成均館法學

第29卷 第4號



法學硏究院
2017



德巖 鄭圭相 敎授 近影

덕암(德巖) 정규상(鄭圭相) 교수 이력

1952.04.10. 경상남도 함양 출생(본관 하동)

Ⅰ. 학력사항

1971. 02. 서울고등학교
1976. 02. 성균관대학교 법률학과 학사
1983. 08. 성균관대학교 법학대학원 석사
1994. 08. 성균관대학교 법학대학원 박사

Ⅱ. 주요 경력

1983 제25회 사법시험 합격
1984 - 1985 제15기 사법연수원 수료
1987 - 1989 인천대학교 법학과 전임강사
1989 - 성균관대학교 법과대학 교수
1991 - 1996 법무부 민사특별법 제정 특별분과위원회 위원
1996 - 1997 독일 뮌헨대학 방문교수
1998 - 2007 성균관대학교 출판부장, 학생처장, 법과대학장
2000 - 2001 법무부 민사소송법 개정 특별분과위원회 위원
2007 - 2008 중국 북경대학 방문교수
2010 - 2012 한국민사소송법학회 회장, 한국민사집행법학회 회장
2013 - 2014 성균관대학교 인문사회과학캠퍼스 부총장
2015 - 현재 성균관대학교 제20대 총장

발 간 사

자연의 운행은 어김없고, 해야 할 일은 줄어들지 않고 있습니다. 새로운 것이 쏟아져 나오고 가동연한이 늘어남에 따라 하고 싶은 것은 더 많아지고 있습니다. 자강불식(自强不息)이란 단어는 새로운 세계를 준비하는 선생님들에게 친근하게 다가옵니다.

이번 호는 덕암(德巖) 정규상(鄭圭相) 교수님의 정년기념호로 준비되었습니다. 정 교수님은 2015년부터 현재까지 성균관대학교 제20대 총장으로 재직 중이십니다. 교수님은 1983년 제25회 사법시험을 합격하고 사법연수원을 15기로 수료하였으며, 1989년부터 성균관대학교 법과대학 교수로 부임한 이래 열정적으로 강의와 연구 및 학교 행정 업무를 수행하였습니다. 아쉬운 정년을 맞이하신 정 총장님의 앞날에 건강과 행운이 항상 함께 하기를 기원합니다.

지난 12월 11일 본교에서 제4회 송암 학술상 시상식이 있었습니다. 엄정한 심사를 통하여 6명의 영광스러운 수상자가 선정되었습니다. 특히 신진학자 상을 수상하신 두 분의 학문적 대성을 바랍니다. 성균관 법학에 대한 송암 임재연 선생의 숭고한 뜻은 해마다 열매를 맺고 있으며, 아울러 성균관 법학도 나날이 발전하고 있습니다. 내년에도 제5회 송암 학술상은 자랑스러운 수상자들과 함께 할 것입니다.

이번 호에도 여러 선생님들께서 많은 옥고를 보내주셨습니다. 보내주신 논문을 정성껏 심사해주신 여러 심사위원님들의 노고에 따라 엄선하여 다양한 분야의 논문을 싣게 되었습니다. 이번 호에 실리지 못한 필자 여러분에게 죄송한 마음을 전하며 계속 성균관 법학을 사랑해주시기를 부탁드립니다.

격동의 해라고 할 수 있는 올해에도 변함없이 어려운 작업을 하신 편집위원님들께 감사를 드립니다. 또한 바쁜 와중에도 옥고를 심사해주신 심사위원님들의 노고에 다시 한 번 감사를 드립니다.

2017.12.31.

법학연구원장

배 병호

目　次

[硏究論文]

• 'Privacy by design'의 도입과 그 적용에 관한 소고	김나루	1
• 특허심판 전치의 필요성과 제도개선에 관한 연구	김민호·김현경	31
• 개인신용정보 비식별 조치의 내용과 한계에 관한 연구	백승엽·김일환	63
• 해양법상 국가관할권이원지역(ABNJ)의 규율원칙	서진웅·성재호	103
• 인권영향평가 확대방안에 관한 입법론적 고찰	장인호	137
• 기본소득에 대한 헌법적 고찰 -사회국가원리의 관점을 중심으로-	홍석한	177
• 소송당사자 표시정정의 법리에 관한 검토	박병대	207
• 계약금 교부의 법적 성질 재검토	정상현	243
• 中国金融监管架构改革的模式选择	郭雳·朱涤	277
• 금융환경의 변화에 대한 법적 대응에 관한 연구	정경영	293
• 침해자 이익 법리에 준사무관리 법리의 적용을 위한 특허법 제128조 제4항의 개정방안	이승현·정차호	329
• 링크 사이트에 의한 저작권 침해 확산에 대한 입법적 대응방안 연구	이해완	411
• 부동산의 이중매매에 관한 형사책임	정다희	463

CONTENT

Articles

• A Study on the Introduction and Application of Privacy by design	Kim, Na Roo	1
• A Study on the Improvement of the System of Intellectual Property Trial & Appeal Board in Korea	Kim, Min Ho Kim, Hyun Kyung	31
• A Study on the Contents and Limitation of personal credit information's de-identification	Baik, Seung Yeoub Kim, Il Hwan	63
• The Guiding Principle for the Areas Beyond National Jurisdiction under the UNCLOS	Seo, Jin Woong Sung, Jae Ho	103
• A Study on Expansion Plan of Human Rights Impact Assessment System	Chang, In Ho	137
• A Constitutional Study on the Basic Income: From a Perspective of Social State Principle	Hong, Seok Han	177
• The Legal Analysis on the Rectification of a Party	Park, Byoung Dae	207
• A Review on the Legal Nature of the Issuance of Down Payment	Jung, Sang Hyun	243
• On the Reform of China's Financial Regulatory Regime	Li Guo Zhu Di	277
• A Study on the Legal Scheme to the Change of Financial Environment	Jung, Gyung Young	293
• A Suggestion for an Amendment of Section 128(4) of the Patent Act to Apply "Unauthorized Management Jurisprudence" to Infringer's Profit Jurisprudence	Lee, Seung Hyun Jung, Cha Ho	329
• A Study on Legislative Action against Proliferation of Copyright Infringement by Link Sites	Lee, Hae Wan	411
• Criminal Responsibility regarding Double Dealing in Real Estate	Chung, Da Hee	463

‘Privacy by design’의 도입과 그 적용에 관한 소고

김나루*

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. ‘Privacy by design’의 내용
1. 의의 및 연혁
2. ‘Privacy by design’의 7가지 원칙
3. 지능정보사회로의 도입 필요성
Ⅲ. ‘Privacy by design’에 관한 외국의 입법과 정책
1. 유럽연합
2. 미국
3. 영국
4. 프랑스
5. 일본
6. 싱가포르
Ⅳ. ‘Privacy by design’의 적용
1. ‘Privacy by design’의 이행을 위한 실현 전략
2. 빅데이터 활용 단계에 따른 ‘Privacy by design’의 이행 전략
3. ‘Privacy by design’의 적용례
4. 우리나라에의 도입 방향
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

우리나라는 제4차 산업혁명 시대를 맞이함에 따라 급격한 정보통신기술의 변화를 겪고 있다. 무엇보다 인공지능기술과 데이터 활용기술이 융합되어 고차원적인 정보처리를 하는 지능정보기술이 핵심적인 요소가 되었으며, 지능정보기술의 발전을 위하여 빅데이터가 큰 역할을 하고 있다. 빅데이터 활용을 위한 대규모의 방대한 개인정보 수집은 모바일 기기, 사물인터넷, 각종 센서 등을 통한 다양한 방식의 네트워크 접속을 통하여 제한 없이 이루어지고, 강화된 데이터 분석 기술을 통한 개인 식별로 인하여 정보주체의 개인정보에 대한 통제가 더욱 어려워짐에 따라 사생활 침해 문제가 가속화되고 있다. 이제는 정보통신기술의 급격한 변화를 고려하여, 지능정보사회에서 가속화되는 개인정보 및 사생활 침해 문제에 대응할 수 있는 새로운 보호 패러다임을 논의해야 할 시점이다. ‘Privacy by

* 숙명여자대학교 법학박사

design'은 개인정보를 처리하는 정보기술 및 관련 시스템의 설계 단계, 상품 및 서비스의 기획 단계에서부터 프라이버시의 보호 및 강화를 위한 조치를 마련하는 광범위한 과정을 의미하는 것으로, 개인정보 및 사생활 침해의 위험을 최소화하고 개인정보의 처리와 관련하여 소비자와 신뢰를 쌓을 수 있는 필수적 도구이다. 그러므로 우리나라의 "개인정보보호법" 체계 내에서 'Privacy by design'의 이행을 의무화하여 사전에 개인정보 및 사생활 침해를 예방할 수 있도록 노력해야한다.

Ⅰ. 서론

우리나라는 제4차 산업혁명 시대를 맞이함에 따라 급격한 정보통신기술의 변화를 겪고 있다. 무엇보다 인공지능기술과 데이터 활용기술이 융합되어 고차원적인 정보처리를 하는 지능정보기술이 핵심적인 요소가 되었으며, 지능정보기술의 발전에 있어서 빅데이터가 큰 역할을 하고 있다. 왜냐하면 대규모 데이터에 대한 자가 학습을 통해 알고리즘의 성능을 강화하기 때문이다. 이때 모바일 기기, 사물인터넷, 각종 센서 등을 통한 네트워크 접속이 다양한 방식으로 이루어짐으로써 데이터 수집에 제한이 없어지기 때문에, 이에 대한 개인의 통제가 어려워지고 있다. 또한 더욱 강력해진 데이터 분석 기술은 막대한 양의 데이터세트 내에서 개인을 식별하여 프라이버시를 침해하는 결과를 낳았다. 이제는 정보통신기술의 급격한 변화를 고려하여, 지능정보사회에서 가속화되는 개인정보 및 사생활 침해 문제에 대응할 수 있는 새로운 보호 패러다임을 논의해야 할 시점이다. 새로운 대안으로 등장하게 된 'Privacy by design'에 대한 의의 및 원칙, 도입의 필요성 등에 대한 일반적인 내용을 살펴보고, 이에 관한 외국의 입법과 정책, 실질적 적용에 대하여 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 'Privacy by design'의 내용

1. 의의 및 연혁

'Privacy by design'[1]은 1960년대 건축 분야에서 고안된 개념이며, 프라이버

시는 주거용 건물을 지을 때 가장 중요한 요소 중의 하나로 간주되었다.[2] 정보 분야에서 있어서 'Privacy by design'이라는 용어는 'Surveillance by design'[3] 이라는 개념의 등장 이후, 1990년대 후반부터 등장하기 시작하였는데, 캐나다 온타리오주의 정보프라이버시 위원회(Information & Privacy Commissioner)의 Ann Cavoukian 박사에 의해 소개되었다. 'Privacy by design'에 관한 공식적인 첫 번째 언급은 2000년에 열렸던 캐나다 컨퍼런스인 '컴퓨터, 자유와 프라이버시 2000(Computers, Freedom & Privacy 2000: Workshop on Freedom and Privacy by Design)'에서였다. 2010년에 열렸던 서른 두 번째의 '정보보호와 프라이버시위원회 국제컨퍼런스(International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners)'에서 Ann Cavoukian 박사는 'Privacy by design'의 개념과 이에 관한 7가지 원칙을 제시하였고, 이 컨퍼런스의 참가자들은 'Privacy by design'은 기본적인 프라이버시 보호에 있어서 필수적인 요소임을 결의하였다.[4] 2014년에 열렸던 '정보보호와 프라이버시위원회 국제컨퍼런스(International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners)'에서는 사물인터넷에 관한 선언과 빅데이터에 관한 결의안이 만장일치로 채택된 바 있다. 사물인터넷에 관한 선언에서는 'Privacy by design'은 혁신 기술의 가장 큰 강조점이 되어야 한다고 밝혔고, 빅데이터 결의안에서는 'Privacy by design'은 필수적으로 이행되어야 한다고 언급되었다.[5] 'Privacy by design'은 정보기술 및 그 시스템의 설계에 있어서 프라이버시 보호 및 강화 기술(조치)을 포함시켜야 한다는 개념이다. 법적 문서에서는 일반원칙과 같은 포괄적인 개념으

---

1) 'Privacy by design'은 프라이버시 중심 디자인, 설계 프라이버시, 프라이버시 보호 디자인 등으로 해석되고 있으나, 여기서는 원문을 그대로 쓰기로 한다.

2) A. Hedley, Privacy as a Factor in Residential Buildings and Site Development - An Annotated Bibliography, Bibliography Vol. 32, National Research Council of Canada, 1966, p. 13~21.

3) Surveillance by Design의 개념은 1994년에 통과된 미국의 감청통신지원법(Communications Assistance for Law Enforcement Act, CALEA)에 관한 논의에서 만들어졌으며, 이것은 법집행기관이 합법적으로 원하는 모든 데이터에 접근할 수 있는 방식으로 시스템이 설계되도록 요구함으로써 감시기능이 통신 설계에 포함되는 것을 보장하는 것을 의미한다. 감청통신지원법의 목적은 법집행기관의 통신에 대한 합법적인 도청, 즉 감청 능력을 강화하기 위한 것이다(K.Chandramouli et al, Knowledge Modeling for Privacy-by-Design in Smart Surveillance Soulution, 2013 10th IEEE International Conference on Advanced Video and Signal Based Surveillance, IEEE, 2013, p. 172).

4) https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/10-10-27_jerusalem_resolutionon_privacybydesign_en.pdf (검색일: 2017년 10월 05일).

5) https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-10-14_mauritius_declaration_en.pdf (검색일: 2017년 10월 05일).

로 기술되고 있으며, 컴퓨터과학자 및 엔지니어는 구체적인 프라이버시 강화 기술의 사용과 동일한 의미로 보기도 한다. 그러나 'Privacy by design'은 단순히 일반원칙의 집합도 아니고, 프라이버시 강화 기술의 이행으로 축소될 것도 아니다. 실제로 'Privacy by design'은 다양한 기술적, 구조적 요소를 포함한 절차이다.[6] 결국 'Privacy by design'은 모든 정보기술 및 그 시스템의 설계, 초기 상품 개발이나 서비스 기획 단계에서부터 프라이버시의 보호 및 강화를 위한 조치를 확립하는 포괄적인 절차를 의미한다고 볼 수 있다.

한편, 개인정보 및 사생활 보호를 위한 익명화 또는 비식별화에 관한 이슈는 전통적인 제로섬 패러다임을 기반으로 하고 있다. 직접적인 식별자[7] 또는 준식별자[8]가 많이 변환되거나 제거될수록 데이터의 질은 저하되나, 프라이버시가 보호된다. 이와 반대로 정보에 대한 익명화 또는 비식별화의 제한은 데이터의 질적 향상을 가져오지만, 개인의 프라이버시는 침해될 수 있다. 그러나 적절한 비식별화 기술과 재식별 위험 측정 기술을 통해 필수적으로 요구되는 데이터의 질적 수

---

6) European Union Agency For Network And Information Security(ENISA), Privacy by design in big data-An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics, 2015, p. 21.

7) 직접적인 식별자들(direct identifiers)은 정보주체와 명확하게 연결이 되어 바로 특정 개인을 식별하는 인자이다. 예를 들면, 이름, 이메일 주소, 집 주소, 전화번호, 건강보험번호, 사회보장번호 등이다(Ann Cavoukian, Khaled El Emam, Dispelling the Myths surrounding De-identification: Anonymization Remains a Strong Tool for Protecting Privacy, Information & Privacy Commissioner of Ontario, 2011, p. 11).

8) 직접적인 식별자를 제거함으로써 개인의 프라이버시는 보호될 수 있으나 정보의 완전한 비식별화를 보장하는 데에 불충분하다. 그렇기 때문에 준식별자(quasi-identifiers)의 제거가 포함되는데, 준식별자는 개인을 직접적으로 식별하지는 못하지만 간접적인 재식별을 위해 사용될 수 있다. 예를 들면, 성별, 혼인여부, 우편번호 또는 위치 정보, 중요한 날짜(출생, 사망, 입원, 파산, 부검, 표본수집, 방문), 병명, 직업, 인종, 수입 등이다(Ann Cavoukian, Khaled El Emam, Dispelling the Myths surrounding De-identification: Anonymization Remains a Strong Tool for Protecting Privacy, p. 11); 우리나라도 2014년 12월에 행정자치부가 발행한 '개인정보 비식별화에 대한 적정성 자율평가 안내서'에 준식별자의 개념에 대하여 정의한 바 있다. 준식별자는 연령, 성별, 거주 지역, 국적 등과 같이 해당 데이터만으로는 직접적으로 특정 개인을 식별할 수는 없지만 다른 정보와 결합하여 개인을 식별할 수 있는 데이터를 의미한다. 개인특성(성별, 생년월일, 연령, 국적, 고향 및 거주지, 우편번호, 결혼여부, 종교, 흡연 및 음주여부, 관심사항 등), 신체특성(혈액형, 신장 몸무게, 혈압, 눈동자 색깔, 신체검사 결과, 장애유형, 장애등급, 병명, 상명코드, 투약코드, 진료내역 등), 신용특성(세금 납부액, 신용등급, 기부금, 건강보험료 납부액, 의료급여자 등), 경력특성(학교명, 학과명, 학년, 성적, 학력, 직업, 직종, (전·현)직장명, 부서명, 직급, 자격증명, 경력 등), 전자적 특성(PC사양, 비밀번호, 쿠키정보, 접속 및 방문일시, 서비스 이용기록, 위치정보, 접속 로그, IP 주소, MAC 주소, CPU ID, USB serial 번호, 단말기 ID, 네트워크 국가 코드 등), 가족 특성(배우자, 자녀, 부모, 형제여부, 법정대리인 정보 등), 위치 특성(GPS 데이터, RFID 리더 접속기록, 특정 시점 센싱 기록, 인터넷 접속, 핸드폰 사용 기록, 사진 등)으로 구분하여 기술하였다(행정자치부·한국정보화진흥원, 개인정보 비식별화에 대한 적정성 자율평가 안내서, 2014, 13~16면).

준을 유지하는 동시에 높은 수준의 프라이버시 보호를 달성하는 것이 가능하다. 이는 제로섬 패러다임에서 프라이버시 보호와 데이터 질의 최대화를 이루는 포지티브섬 패러다임으로 인식을 전환하는 것이다. 이를 위한 핵심 원칙은 'Privacy by design'이라고 제안된 바 있다.[9] 즉 개인의 프라이버시 보호를 위해 식별자를 익명화 또는 비식별화 하면 데이터의 이용가치는 저하되고, 익명화 또는 비식별화를 하지 않음으로써 데이터의 이용가치가 증대되는 경우에는 프라이버시가 침해될 수 있다. 결국 프라이버시와 데이터 이용가치는 반비례 관계에 있다. 그런데 이러한 관계를 형성하지 않고, 프라이버시도 보호하면서 데이터의 이용가치를 유지하기 위해서는 서비스 및 관련 시스템의 설계에서부터 개인의 프라이버시 보호에 중점을 두고 그 체계를 확립하는 'Privacy by design'을 도입할 필요가 있다.

2. 'Privacy by design'의 7가지 원칙

Ann Cavoukian 박사가 제시한 'Privacy by design'의 7가지 원칙[10]은 다음과 같다. 첫째, 사후대책을 강구하는 것이 아니라 사전을 강구하는(Proactive not Reactive) 제도이다. 'Privacy by design'은 프라이버시 침해의 위험이 구체화되기를 기다리는 것이 아니라 프라이버시를 침해하는 사건을 예상하고 미리 예방하는 것이다. 둘째, 초기(기본) 설정 프라이버시(Privacy as the Default)를 추구한다. 'Privacy by design'은 기반이 되는 IT시스템 또는 사업 관행 내에서 자동적으로 개인정보가 보호되도록 함으로써 프라이버시를 최대한 보장하는 것이다. 개인이 자신의 프라이버시를 보호하기 위해 어떤 특정한 행위를 할 것이 요구되지 않는다. 이는 시스템상에서 프라이버시 보호가 초기설정 되어 있는 것을 의미한다. 셋째, 설계에 내재된 프라이버시(Privacy Embedded into Design)를 추구한다. 'Privacy by design'은 IT시스템 및 사업 시행의 계획과 설계에 프라이버시 보호가 이미 전제되어 있음을 의미한다. 프라이버시 보호는 부수적인 사항이 아니라 IT시스템 및 사업 시행에 있어서 필수적 요소가 되도록 하는 것이다. 넷째, 완전한 기능 보장(Full Functionality) - 제로섬이 아닌 포지티브섬(Positive-Sum, not Zero-Sum)을 지향한다. 'Privacy by design'은 한쪽이 이

9) Ann Cavoukian, Khaled El Emam, Dispelling the Myths surrounding De-identification: Anonymization Remains a Strong Tool for Protecting Privacy, p. 12.

10) https://www.ipc.on.ca/images/resources/7foundationalprinciples.pdf (검색일: 2017년 10월 05일).

득을 보면, 다른 한쪽이 손해를 보는 접근 방식(제로섬)이 아니라 관련된 정당한 이익과 목적이 모두 윈윈하면서 공존하도록 하는 것이다. 'Privacy by design'은 프라이버시 vs. 안전 및 보안과 같은 잘못된 이분법적인 접근을 피하고, 공존할 수 있음을 보여준다. 다섯째, 엔드 투 엔드 보안(End-to-End Security) - 라이프 사이클에 따른 보호(Lifecycle Protection) 방식을 지향한다. 'Privacy by design'은 관련 데이터 전체의 생애주기별 관리를 보장한다. 데이터가 생성된 때부터 삭제될 때까지 프라이버시 보호를 위해 강력한 보안조치의 이행은 필수적이다. 이는 모든 데이터가 안전하게 보관되며 적절한 시기에 안전하게 삭제될 것을 보장하는 것이다. 여섯째, 가시성(Visibility) 및 투명성(Transparency)을 중요시한다. 'Privacy by design'은 모든 관련자에게 이미 명시한 원칙과 목적에 따라 사업 시행 또는 기술 적용이 이루어진다는 것을 보장하며, 관련 요소들을 투명하게 공개하는 것을 원칙으로 한다. 일곱째, 사용자의 프라이버시 존중(Respect for User Privacy)을 최우선으로 한다. 무엇보다 'Privacy by design'은 설계자 및 운영자로 하여금 강력한 프라이버시 초기 설정, 사용자에게 관련 내용의 적절한 통지, 사용자 친화적인 선택권 부여와 같은 조치를 제공함으로써 개인의 이익을 가장 우선적으로 보호하도록 요구하고 있다. 이를 통해 지속적으로 사용자 중심의 설계 및 운영이 이루어지도록 한다. 이러한 'Privacy by design'의 7가지 원칙은 'Privacy by design'이 추구하는 바를 구체적으로 설명하는 동시에 이를 실현하기 위하여 어떠한 노력을 기울여야 하는지 보여주고 있다. 즉 'Privacy by design'은 프라이버시 보호를 내재하고 있는 기술과 시스템, 상품 등의 개발을 통하여 프라이버시 침해를 예방하고 최소화하는 제도라고 볼 수 있다.

3. 지능정보사회로의 도입 필요성

오늘날 우리나라를 포함한 전 세계는 제4차 산업혁명 시대를 맞이하고 있다. 제4차 산업혁명으로의 변화 근원은 인공지능기술과 데이터 활용기술을 융합하여 기계에 인간의 고차원적인 정보처리 능력을 구현하는 기술인 지능정보기술이라고 볼 수 있다.[11] 고차원적인 정보처리를 하는 능력은 무엇보다 다양한 정보자원으로부터 방대한 데이터를 수집·전달·저장·분석하는 과정을 통하여 가능하게 된다. 즉 빅데이터 활용을 통해서 가능하게 된다. 왜냐하면 대규모 데이터에 대한 자가

11) 관계부처 합동, 제4차 산업혁명에 대응한 「지능정보사회 중장기 종합대책(안)」, 2016, p. 6.

학습을 통해 알고리즘의 성능을 강화하기 때문이다. 이때 각종 모바일 기기, 사물인터넷, 각종 센서 등을 통한 네트워크 접속이 다양한 방식으로 이루어짐으로써 데이터 수집에 제한이 없어지기 때문에 이에 대한 통제가 어려운 것이 현실이다. 또한 급격한 기술의 변화를 통해 더욱 강력해진 데이터 분석 기술은 데이터 세트 내에서 개인을 식별하여 프라이버시를 침해하게 되었다. 이에 대한 대응을 위하여 정보기술 및 관련 시스템의 설계와 계획에 있어서 프라이버시의 보호 가치가 포함될 것이 요구되었는데, 이것이 'Privacy by Design'이 등장하게 된 주요한 원인이었다. 'Privacy by Design'은 결과에 중심을 둔 체계가 아니라 절차에 초점을 맞춘 체계라고 볼 수 있다. 'Privacy by Design'은 프라이버시 보호가 정보기술 및 그 시스템 설계의 토대가 되어야 하는 동시에 실질적인 운영에 있어서도 내재되어야 함을 의미한다. 이에 따라 빅데이터 기술자들에게 'Privacy by Design'을 기초로 한 기술을 개발하고 이행할 것이 요구되고 있다.[12] 구체적으로 사물인터넷의 경우, 개인의 라이프스타일에 관한 세부 내용, 습관, 활동 등을 완전히 감시하고 그 데이터를 저장하며, 이를 통해 개인의 미래 행동을 예측하기도 한다. 이와 같은 개인과 사물의 연결성은 개인의 삶을 상상할 수 없는 방식으로 감시함으로써 개인의 프라이버시가 존재하지 않는 세상을 생성하고 있다. 만일 상호연결된 기기 및 프로그램 설계에 프라이버시를 내재시킨다면 개인의 프라이버시도 보호하고 이와 동시에 사물인터넷의 유용성을 동시에 누릴 수 있다.[13] 또한 클라우드 컴퓨팅[14]은 정보 처리 및 저장, 다른 정보 자원과의 커뮤니케이션

12) Ann Cavoukian, Jeff Jonas, Privacy by Design in the Age of Big Data, Information and Privacy Commissioner, 2012, p. 7~9.

13) Ann Cavoukian, Claudiu Popa, Embedding Privacy Into What's Next: Privacy by Design for the Internet of Things, Privacy & Big Data Institute, 2016, p. 3~4.

14) 클라우드 컴퓨팅은 최소한의 관리 노력 또는 서비스제공자와의 상호작용으로 빠르게 공급될 수 있는 공유 컴퓨팅 자원(예. 네트워크, 서버, 스토리지(storage), 앱, 서비스 등)에 실시간으로, 편리한 방식의, 온디맨드(on-demand, 사용자의 요구가 있으면 즉시 정보 또는 서비스 제공) 네트워크 접근을 위한 모델이다. 클라우드 모델은 5가지 핵심적 특징을 가지고 있다. 이를 구체적으로 살펴보면, 첫째, 각각의 서비스 제공자와 상호작용 요청 없이 필요한 경우 자동적으로 소비자가 일방적으로 컴퓨팅 능력을 공급할 수 있는 '온디맨드 셀프서비스(On-demand self-service)', 다양한 클라이언트 플랫폼(예. 휴대폰, 테블릿, 노트북, 단말기(workstations))으로 사용을 증진시키는 네트워크 및 표준 메커니즘에 접근하여 이용하게 되는 '광범위한 네트워크 접근(Broad network access)', 소비자의 요청에 따라 (재)공급되는 다양한 물리적·가상적 자원들을 다수의 소비자에게 제공하기 위해 서비스 제공자의 컴퓨팅 자원이 통합되어 있는 '자원 통합(Resource pooling)', 소비자의 요청에 상응하여 실시간으로 대응하는 '강한 탄력성(Rapid elasticity), 서비스 유형(예. 저장, 처리 등)에 상응하여 적절한 정도로 자동적으로 자원 이용을 통제하고, 극대화하는 '조정된 서비스(Measured service)' 등을 특징으로 하고 있다(Peter Mell, Timothy Grance, The NIST Definition of Colud Computing, Special Publication 800-145, National

을 위한 새로운 전달 모델로서, 미래의 정보통신기술의 적용에 있어 핵심이다. 그리고 클라우드 컴퓨팅과 빅데이터 및 사물인터넷과의 융합은 다양한 분야의 새로운 스마트 어플리케이션의 개발을 촉진시킬 것이다. 그러나 이러한 클라우드 컴퓨팅의 이익과 함께 정보 보안과 프라이버시 침해 문제가 등장하였으며, 이는 해결되어야 할 중요한 사안이다. 이를 해결하기 위한 대안으로 'Privacy by design'이 논의되고 있다.[15] 'Privacy by design'은 빅데이터, 사물인터넷, 인공지능, 클라우드 컴퓨팅 등이 주요 요소가 된 지능정보사회에서 개인정보 및 프라이버시 보호를 위한 사전적인 대응책으로서, 정보기술 및 관련 시스템의 계획과 설계, 그 운영 방식 등에 프라이버시 보호 조치를 포함시켜 프라이버시 침해를 최소화하려는 새로운 개념이다. 빅데이터 활용과 개인정보 보호 간의 갈등을 어떻게 해결할 것인가라는 문제에 직면하고 있는 우리나라에 'Privacy by design'은 하나의 대안이 될 수 있으므로 도입의 필요성이 인정된다.

Ⅲ. 'Privacy by design'에 관한 외국의 입법 및 정책

1. 유럽연합

2018년에 시행되는 유럽연합의 새로운 개인정보보호에 관한 법인 "일반정보보호규칙"[16]은 개인정보의 처리와 관련하여 상품 개발의 초기나 서비스 기획 단계부터 프라이버시 보호를 강화하는 조치를 이행하도록 새로운 의무를 부과하고 있다(Privacy by design). 또한 개인정보 및 프라이버시 보호를 위한 가장 강력한 기술을 초기 설정으로 선택할 의무도 포함하고 있다(Privacy by default). 이것은 기업이 새로운 상품과 서비스를 기획 및 개발을 할 때, 준수해야 할 중요한 원칙이다.[17] "일반정보보호규칙" 이전의 유럽연합의 개인정보보호법이라고 할 수 있는 "정보보호지침(Data Protection Directive 95/46/EC)"에서는 전문 46에

Institute of Standards and Technology, 2011, p. 2).

15) Thomas Lorünser et al, Cloud Security and Privacy by Design, Conference paper(6th International Conference on E-Democracy), 2015, p. 1.

16) REGULATION (EU) 2016/679 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC이다. 이를 줄여서 'General Data Protection Regulation' 또는 'GDPR'이라고 한다.

17) C. Burton et al, The Final European Union General Data Protection Regulation, BNA Privacy & Security Law Report, Bloomberg BNA(The Bureau of National Affairs), 2016, p. 7~8.

'개인정보처리와 관련하여 정보주체의 권리와 자유의 보호를 위하여는 개인정보처리 시스템의 설계 시점과 개인정보를 처리하는 시점에 모두 적절한 기술적·조직적 조치가 취해져야 한다.'[18]고 함으로써 'Privacy by design'에 대하여 간접적으로 언급한 바 있다.

유럽연합의 "일반정보보호규칙"에 따르면, '기술 수준, 이행 비용, 정보처리의 특성, 범위, 상황, 목적, 정보처리로 인한 자연인의 권리와 자유에 미치는 다양한 위험 가능성을 고려하여, 정보관리자[19]는 정보처리를 위한 수단을 결정할 때와 정보처리를 할 때 가명화와 같은 적절한 기술적·체계적 조치를 이행해야 한다. 이는 정보주체의 권리를 보호하고 정보수집 최소화와 같은 정보보호원칙이 효과적인 방식으로 이행되며 정보처리 과정에 필수적인 안전조치가 포함될 수 있도록 설계되어야 한다.[20]'고 규정하고 있다. 또한 '정보관리자는 구체적인 처리 목적에 필요한 개인정보만 처리되도록 초기 설정을 보장하는 적절한 기술적·체계적 조치를 이행해야 한다. 이러한 의무는 수집된 개인정보의 양, 그 정보의 처리 규모, 정보의 보관 및 접근 가능 기간에 상응하여 적용된다. 특히 정보주체의 개입 없이는 개인정보에 불특정 다수의 자연인이 접근할 수 없도록 초기 설정하여 개인정보를 보장하여야 한다.'[21]고 규정하고 있다. 그리고 '정보보호 인증 메커니즘은 제1항과 제2항의 요구사항을 이행하고 있음을 증명하는 요소로 사용될 수 있다.'[22]고 규정하고 있다.

한편, 유럽연합은 PRISMACLOUD(PRIvacy & Security MAintaining Services in the CLOUD) 프로젝트를 진행하고 있다. 이 프로젝트의 최종 목표는 보안과 프라이버시 보호가 내재된 안전한 클라우드 서비스를 개발하는 것이

18) Data Protection Directive 95/46/EC Recital (46) Whereas the protection of the rights and freedoms of data subjects with regard to the processing of personal data requires that appropriate technical and organizational measures be taken, both at the time of the design of the processing system and at the time of the processing itself, particularly in order to maintain security and thereby to prevent any unauthorized processing.

19) 우리나라 개인정보보호법 제2조 제5호에 따르면, 업무를 목적으로 개인정보파일을 운용하기 위하여 스스로 또는 다른 사람을 통하여 개인정보를 처리하는 공공기관, 법인, 단체 및 개인 등을 '개인정보처리자(personal information controller)'라고 함으로써 컨트롤러와 프로세서를 구별하지 않는다. 그러나 유럽연합의 일반정보보호규칙은 controller와 processor를 구별하여 정의하고 있다. 실제로 processor는 controller를 대신하여 개인정보를 처리하는 자로 규정하고 있기 때문에 의미상에 큰 차이가 있다고 보지 않는다. 유럽연합의 일반정보보호규칙상의 정보관리자와 정보처리자는 우리나라에서 통상 사용하는 개인정보처리자라고 이해하면 될 것이다.

20) General Data Protection Regulation Article 25(Data protection by design and by default) 1.

21) 동법 Article 25(Data protection by design and by default) 2.

22) 동법 Article 25(Data protection by design and by default) 3.

다. 무엇보다 클라우드에 있는 데이터는 강력한 암호화를 통하여 생애주기 내내 보호되어야 하고 사용자는 자신의 데이터에 대한 완전한 통제를 할 수 있어야 한다. 이와 동시에 프라이버시 강화 기술은 사용자가 클라우드 서비스를 이용하면서 비자발적으로 공개하는 정보를 최소화하도록 적용되어야 한다. PRISMACLOUD의 주요한 구체적인 목적은 클라우드에 있는 데이터의 생애주기 동안 데이터의 안전을 위한 암호 도구의 개발, 사용자의 프라이버시 보호를 위한 암호 도구 및 방법의 개발, 클라우드 기반 시설 및 체계 구축을 위한 활성화 기술의 마련, 안전한 서비스 구성을 위한 방법론 개발, 프로젝트 결과의 실험적 평가 및 확인에 있다.[23] 이와 같이 유럽연합은 'Privacy by design' 원칙을 클라우드 컴퓨팅에 적용하여 사용자의 개인정보 및 프라이버시 보호하는 클라우드 기반 체계를 확립하려고 노력하고 있다.

2. 미국

2012년 3월에 미국의 연방거래위원회(Federal Trade Commission, FTC)는 '급변하는 시대의 소비자 프라이버시 보호(Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change)'라는 보고서를 발표하였다. 여기에서 'Privacy by design'을 언급하고 있는데, 'Privacy by design'은 기업이 상품 및 서비스 개발 단계에서부터 소비자 프라이버시의 개선을 위해 노력해야 한다는 것이다. 이를 위하여 기업은 소비자 정보에 대하여 적절한 안전조치를 취해야 한다는 '정보 보안', 기업은 정보의 수집을 제한해야 한다는 '합리적인 수집 제한', 기업은 합리적인 정보 보유 및 폐기 정책을 이행해야 한다는 '안전한 정보 보유', 기업은 소비자 정보의 정확성을 적절히 유지해야 한다는 '정확성' 등과 같은 프라이버시 보호 원칙을 기업의 관행에 도입해야 한다. 그리고 이러한 원칙의 이행을 위하여 기업은 상품 및 서비스의 생애주기 내내 종합적인 정보관리를 해야 한다. 이와 관련하여 기업은 프라이버시 영향평가를 규칙적으로 해야 하며, 상품과 서비스의 디자인 및 개발 단계부터 체계적으로 프라이버시 이슈를 고려하여 관련 조치를 취해야 한다. 그리고 연방거래위원회는 기업으로 하여금 상품 및 서비스의 개발·관리와 연관된 프라이버시 침해 문제의 해결을 위하여 종합적인 프라이버시 프로

23) Thomas Lorünser et al, Cloud Security and Privacy by Design, Conference paper(6th International Conference on E-Democracy), 2015, p. 2.

그램을 시행하도록 요구한다. 이와 관련하여 기업은 프라이버시 프로그램을 운영할 담당자 지정, 직원 트레이닝 및 관리와 상품의 디자인 및 개발에 있어서의 위험 평가, 확인된 위험을 해결하기 위한 통제 및 조치의 시행, 서비스 제공자의 적절한 관리·감독, 규칙적인 테스트와 모니터링을 통한 프라이버시 프로그램의 평가 및 보완을 해야 한다.[24]

최근에 캘리포니아 주는 사물인터넷 기기의 제조업자로 하여금 소비자의 개인정보의 보호를 위해 그 기기에 합리적인 안전 및 보안 조치가 포함된 기기를 개발하도록 요구하는 내용을 담은 법안(California Senate Bill No.327)을 통과시킨 바 있다. 이는 Title 1.81.26 SECURITY OF CONNECTED DEVICES 부분으로서, 정보프라이버시와 관련하여 민법 제3장 4부에 추가되는 내용이다. 이는 사물인터넷 기기 제조업자에게 기기 개발 및 생산의 초기 단계에 사전 예방적으로 안전 및 보안 조치를 설계하여 이행하도록 함으로서 'Privacy by design'의 실행을 의무화하고 있다.[25] 구체적으로 살펴보면, 연결기기[26]를 판매하거나 판매를 제안하는 제조업자는 소비자의 정보에 대한 불법적인 접근, 파기, 이용, 수정, 공개로부터 정보를 보호하기 위하여 기기의 특성과 기기가 수집·보관·전달하는 정보에 적합한 합리적인 보안 기능을 기기에 갖춰야 한다.[27] 소비자에게 판매 또는 제공되는 연결기기는 기기의 포장, 제품의 겉면, 제조업자의 인터넷 웹사이트를 통하여 다음에 대한 통지를 제공해야 한다. 기기가 수집하는 다양한 개인정보의 종류, 기기의 개인정보 수집 절차 및 수집 빈도, 기기와 상호작용하는 다른 기기의 종류, 연결 기기에 대한 보안 패치와 기능 업데이트 방법 등에 대한 모든 정보를 제공해야 한다.[28] 또한 이들은 정보의 수집 또는 전달을 하기 이전에 소비자의 동의를 받아야 한다.[29]

3. 영국

---

24) FEDERAL TRADE COMMISSION, Protecting Consumer Privacy in ad Era of Rapid Change, FTC REPORT, 2012, p. 22~32.

25) https://www.natlawreview.com/article/california-bill-mandates-privacy-design-iot-devices (검색일: 2017년 10월 10일).

26) Section 1798.91.04 '연결기기'는 직·간접적으로 인터넷에 연결할 수 있거나 다른 연결기기에 연결할 수 있는 모든 기기, 센서 또는 다른 물리적 사물을 의미한다.

27) Section 1798.91.01.

28) Section 1798.91.02.

29) Section 1798.91.03.

영국의 "정보보호법"에는 'Privacy by design'을 직접적으로 언급하고 있지 않지만, 정보보호감독국(Information Commissioner's Office)[30]은 'Privacy by design'은 수범자인 관련 기관이 정보보호법상의 의무를 준수하도록 할 것이라고 보고 있다. 또한 정보보호감독국은 관련 기관들에게 개인정보 및 프라이버시 보호가 어떤 프로젝트의 초기 단계, 더 나아가 프로젝트 내내 핵심적인 고려사항임을 강조하고 있으며, 이를 보장하도록 권고하고 있다. 예를 들어, 개인정보 보관 또는 처리에 있어서 새로운 IT 시스템을 확립할 때, 프라이버시와 관련한 법률·정책·전략을 마련할 때, 데이터 공유 이니셔티브를 추진할 때, 새로운 목적을 위하여 데이터를 사용할 때 등의 경우, 개인정보 및 프라이버시 보호를 고려하는 것은 중요하다. 그 과정에서 'Privacy by design'은 프라이버시 침해 위험을 최소화하고 신뢰를 쌓을 수 있는 필수적 도구이다. 프라이버시를 고려하여 프로젝트·절차·상품·시스템 등을 설계하면 기관은 초기에 문제점을 발견할 수 있고, 프라이버시와 정보 보호에 대한 인식을 고취시킬 수 있다. 그리고 기관은 법적 의무를 더 잘 이행하고 정보보호법의 위반 가능성을 낮출 수 있으며 정보주체에게 부정적인 영향을 미치는 행위를 할 가능성도 낮출 수 있다.[31]

4. 프랑스

프랑스는 2010년 5월 25일의 디지털 잊힐 권리(Droit à l'oublie numérique)에 관한 보고서에서 'Privacy by design' 원칙의 이행을 권고하였고,[32] 2011년에 발간된 디지털 혁명에서의 개인의 권리에 관한 국회의 보고서는 'Privacy by design'을 유럽을 위한 중요한 자산으로 보았다.[33] 또한 프랑스 정보보호당국인 CNIL(Commission nationale de l'informatique et des libertés)은 2015넌 7월에 개인정보관리자로 하여금 'Privacy by design' 원칙을 채택하도록 하는 개인정보 보호에 관한 가이드라인의 수정본을 발간하였다. 이와 관련하여 2016년에

30) Information Commissioner's Office는 영국 내에서 정보보호에 관한 권리를 보장하기 위해 설립된 독립적인 기관이다. 정보(데이터)보호위원국, 정보(데이터)보호감독국, 정보(데이터)보호국, 정보(데이터)보호청, 정보보호위원회 등으로 번역하고 있다. 여기에서는 '정보보호감독국'으로 번역하기로 한다.

31) https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/privacy-by-design/ (검색일: 2017년 10월 12일).

32) http://www.cyberlex.org/page-accueil/cyberlex-remet-son-rapport-droit-a-loubli.html. (검색일: 2017년 10월 12일).

33) http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i3560.asp.(검색일: 2017년 10월 12일).

프랑스 당국은 직장에서의 생체인식 정보 접근의 통제에 관한 2가지 결정을 공표하였다. 여기에서 'Privacy by design'과 'Privacy by default'의 원칙의 준수는 정보주체의 보호를 위해 필수적임을 언급하였다.[34]

5. 일본

일본 총무성은 2012년 8월에 '스마트폰 개인정보 보호 이니셔티브(スマートフォン プライバシー イニシアティブ)'라는 보고서를 발표하였고, 여기에는 스마트폰 이용자의 정보 취급 지침을 제시하고 있다. 이러한 지침은 스마트폰이 제공하는 편리한 서비스를 이용자가 안전하게 이용할 수 있는 환경을 정비하기 위한 것으로 관련 사업자가 이행해야 할 기본원칙[35]을 세우고 있다. 기본원칙의 하나로 'Privacy by design'을 채택하였는데, 이는 관련 사업자가 새로운 앱 및 서비스, 소프트웨어 및 단말기를 개발할 때 이용자의 개인정보와 프라이버시가 보호될 수 있도록 설계해야 함을 의미한다. 즉 이용자의 개인정보 보호 필요성 및 권리를 명확히 인식하고, 이용자의 관점에서 그들이 이해할 수 있는 응용프로그램 또는 서비스 등의 설계 및 개발을 실시해야 함을 뜻한다.[36][37]

---

34) Anna Romanou, The necessity of the implementation of Privacy by Design in sectors where data protection concerns arise, Computer Law & Security Review, doi: 10.1016/j.cslr.2017.05.021, ELSEVIER, 2017, p. 3.

35) 기본원칙으로 투명성 보장, 이용자 참여 기회 보장, 적절한 수단에 의한 정보 취득, 적절한 안전 관리, 불만 및 상담에 대한 대응 체계 확보, 프라이버시 바이 디자인을 언급하고 있다. '투명성 보장'은 관계 사업자 등이 해당 정보의 취득 · 보관 · 활용 및 이용자 참여 방법에 대한 자세한 내용을 이용자에게 통지하거나 쉽게 알 수 있도록 해야 함을 의미한다. 또한 이용자에게 통지(공표) 또는 이용자의 동의를 얻는 경우, 그 방법은 이용자가 쉽게 이해할 수 있는 방식이어야 한다. '이용자 참여 기회 보장'은 관계 사업자 등이 자신의 사업의 특성에 따라 취득하는 정보 및 그 이용 목적, 제3자 제공의 범위 등 필요한 사항을 이용자에게 통지(공표)하거나 동의를 취득해야 하며, 해당 정보 취득 정지 및 이용 정지 등과 같은 이용자 참여의 수단을 제공해야 함을 의미한다. '적절한 수단에 의한 정보 취득'은 관계 사업자 등은 해당 정보를 적절한 수단을 통해 취득해야 함을 의미한다. '적절한 안전 관리'는 관계 사업자 등이 해당 정보의 누설, 멸실 또는 훼손을 방지하고 정보의 안전한 관리를 위해 적절한 조치를 취해야 함을 의미한다. '불만 및 상담에 대한 대응 체계 확보'는 관계 사업자 등이 해당 정보의 취급에 관한 불만 및 상담에 대해 적절하고 신속하게 대응해야 함을 의미한다(利用者視点を踏まえたICTサービスに係る諸問題に関する研究会, スマートフォン プライバシー イニシアティブ 概要 －利用者情報の適正な取扱いとリテラシー向上による新時代イノベーション－ , 2012, p. 9).

36) 利用者視点を踏まえたICTサービスに係る諸問題に関する研究会, スマートフォン プライバシー イニシアティブ 概要 －利用者情報の適正な取扱いとリテラシー向上による新時代イノベーション－ , 9.

37) '스마트폰 프라이버시 이니셔티브'에 프라이버시 중심 디자인이 도입된 것은 해외의 법제도나 프라이버시 보호의 프레임워크를 검토한 결과이다. 예를 들면, 세계의 통신사업자가 가입하는 사업자단체인 세계이동통신사업자협회(GSMA)가 2011년 1월에 발표한 '모바일 프라이버시 원

6. 싱가포르

싱가포르의 "개인정보보호법"에 'Privacy by design'은 직접적으로 언급되지 않고, 개인정보보호 관련 가이드라인에도 이에 대한 내용이 존재하지 않는다. 그러나 싱가포르 정보통신부 장관은 '안전한 스마트국가 확립'을 주제로 한 2015년의 GovernmentWare 컨퍼런스에서 국가는 'Security by design'의 사고방식을 가져야 함을 강조한 바 있고, 'Security by design'은 싱가포르의 사이버안보 능력을 증대시키는 필수적인 요소라고 하였다. 이는 처음부터 보안을 염두하여 시스템을 확립하고, 시스템 이행 후 외부의 공격에 대한 점검, 수명이 다한 자산에 대한 안전한 폐기, 온라인 사용자에 대한 사이버교육 등에 관한 것이라고 언급하였다. 그리고 정부는 새로운 시스템을 시행하거나 기존의 시스템을 재구성할 때, 필수적으로 이 원칙을 채택해야 함을 덧붙였다.[38] 이와 같이 'Security by design'은 궁극적으로는 'Privacy by design'과 유사한 개인정보 및 프라이버시의 보호를 위한 개념이라고 볼 수 있다.

Ⅳ. 'Privacy by design'의 적용

1. 'Privacy by design'의 이행을 위한 실현 전략

'Privacy by design'은 개인정보의 보호를 위한 수단으로 그치는 것이 아니라 처리되는 개인정보의 양을 최소화하도록 관련 시스템을 설계해야 한다는 개념이 포함되어 있다. 개인정보 최소화의 핵심적인 요소는 가능한 한 빠른 시간 내에 데이터로부터 개인 식별자 분리, 가명화 및 익명화 기술의 사용 또는 개인정보의 삭제 등이다.[39] 앞서 언급한 'Privacy by design'의 원칙을 이행하기 위해

칙'에서는 이 협회에 가입하는 통신사업자가 프라이버시에 관한 정책이나 대응책을 검토할 때 기본이 되는 지침을 정하고 있다. 이 원칙의 기본구조가 프라이버시 중심 디자인(privacy by design)에 근거하고 있으며, 이 근거의 배경은 2010년 12월에 발표된 FTC보고서(FTC Staff Issues Privacy Report)이다(최혜선, "개인정보보호의 신경향-프라이버시 중심 디자인(Privacy by Design)을 중심으로-", 「일감법학」 제24권, 건국대학교 법학연구소, 2013, 328~329면).

38)http://www.zdnet.com/article/singapore-urges-nation-to-adopt-security-by-design-mindset/ (검색일: 2017년 10월 10일).

39) Peter Schaar, Privacy by Design, Identity in the Information Society Vol.3 Issue 2, Springer, 2010, Springer, p. 267～268.

서는 이러한 내용이 기본이 되며, 구체적인 내용은 이행하는 주체에 따라 조금씩 달라질 수 있다.

'유럽연합 네트워크 및 정보 안전 기관(European Union Agency For Network And Information Security)'[40]은 'Privacy by design'의 실현을 통하여 정보주체의 프라이버시 침해를 최소화하고, 그들의 개인정보를 보호하기 위하여 8가지 전략을 세운 바 있다. 첫째, 개인정보의 양은 가능한 한 최소한의 양으로 제한되어야 한다는 MINIMIZE 전략, 이는 개인정보의 처리는 처리 목적에 대응하여 비례적이어야 한다는 것이다. 둘째, 개인정보 및 그 상관관계는 숨겨져야 한다는 HIDE 전략, 이 전략은 불연계성 달성을 목표로 함으로써 개인정보의 남용을 막는다. 셋째, 개인정보는 가능한 한 분산된 방식으로 분리된 형태로 처리되어야 한다는 SEPARATE 전략, 이는 다양한 자원으로부터 비롯된 개인정보의 보관 또는 처리를 분리함으로써 특정 개인의 완전한 프로파일을 만들지 못하게 하는 것이다. 넷째, 개인정보는 가장 높은 수준의 총계처리 방식으로 처리되어야 한다는 AGGREGATE 전략, 이는 개인정보의 구체적인 내용이 드러나지 않도록 함으로써 개인의 식별을 어렵게 하며 민감도를 낮추게 된다. 다섯째, 정보주체는 정보가 처리될 때마다 적절히 통지를 받아야 한다는 INFORM 전략, 이는 정보주체가 관련 시스템을 사용할 때마다 자신의 개인정보 중 어떠한 정보가 어떠한 목적으로 처리되는지, 정보접근권 및 이에 대한 행사 방법을 알 수 있도록 해야 하는 것이다. 여섯째, 정보주체는 그들의 개인정보 처리에 대한 도구 및 수단을 제공받아야 한다는 CONTROL 전략, 이는 INFORM 전략과 대응관계에 있는 전략으로서, 개인정보의 사용을 통제하는 수단이 없이는 정보주체에게 그들의 개인정보가 수집된다는 사실에 대한 통지는 의미가 없고, 이와 반대로 적절한 정보의 제공과 통지 없이는 정보주체로부터 동의를 받는 것은 의미가 없다. 그러므로 정보주체에게 개인정보 보호와 관련한 권리의 행사를 위한 수단을 제공하는 것이 필요하다. 일곱째, 관련 법률에 상응하는 프라이버시 정책이 확립되고 시행되어야 한다는 ENFORCE 전략, 여덟째, 정보처리자는 현재 시행되고 있는 관련 법률

40) 유럽연합 네트워크 및 정보 안전 기관(European Union Agency For Network And Information Security)은 유럽연합, 그 회원국, 유럽의 시민들을 위한 네트워크 및 정보 안전 기술 분야의 핵심기관으로서, 2004년에 설립된 이후에 유럽연합 내의 높은 수준의 네트워크 및 정보 안전 유지, 이에 관한 건전한 문화 정착 및 인식 개선을 위해 크게 기여하고 있다. 이 기관은 회원국 및 관계 기관과 긴밀히 협력하고 있으며, 네트워크 및 정보 안전과 관련한 유럽연합의 법률과 정책의 개발과 이행을 지원하는 기능을 하고 있다. https://www.enisa.europa.eu/about-enisa(검색일: 2017년 10월 15일).

및 프라이버시 정책에 대한 준수를 입증할 수 있어야 한다는 DEMONSTRATE 전략이다.[41] 이러한 전략은 'Privacy by design'을 구체화하여 실질적인 적용을 위한 것이다. 상품 및 서비스, 정보기술 및 관련 시스템의 계획과 설계의 단계에서부터 이러한 전략을 적용하여 정보주체의 개인정보 및 프라이버시를 보호함으로써 이에 대한 침해를 예방할 수 있다.

2. 빅데이터 활용 단계에 따른 'Privacy by design'의 이행 전략

'유럽연합 네트워크 및 정보 안전 기관'은 앞서 언급한 'Privacy by design' 전략을 빅데이터 분석의 가치체인(value chain)에 적용하였다. 즉 빅데이터 활용 및 처리 단계에 따라 이를 적용한 것이다. 빅데이터 분석의 가치체인은 정보 수집 및 취득, 정보 분석 및 큐레이션[42], 정보 보관, 정보 사용의 4단계로 구분된다. 정보 수집 및 취득 단계에는 MINIMIZE, AGGREGATE, HIDE, INFORM, CONTROL 전략[43], 정보 분석 및 큐레이션 단계에서는 AGGREGATE, HIDE 전

41) European Union Agency For Network And Information Security(ENISA), Privacy by design in big data-An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics, 22; European Union Agency For Network And Information Security(ENISA), Privacy and Data Protection by Design-from policy to engineering, 2014, p. 18~22.

42) 큐레이션(curation)은 추천이라는 뜻으로 빅데이터 분석을 통해 개인 맞춤 정보를 제공하는 행위를 말한다. 다른 사람이 만들어 놓은 콘텐츠를 개별 목적에 따라 분류하고 배포하는 것을 말한다. 콘텐츠가 많아질수록 선별된 양질의 정보에 대한 수요가 증가하고 있는데, 큐레이션은 이런 수요를 충족시키기 위한 것으로 신규 비즈니스로 급부상하고 있다. 다양하고 많은 정보를 자기만의 스타일로 조합해내는 파워블로거, 각계각층의 사람들이 거대한 집단지성을 형성한 위키피디아, 스마트폰을 통해 주제에 따라 유용한 정보를 모아 제공하는 애플리케이션 등이 큐레이션의 한 형태라고 볼 수 있다.
http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=3586052&cid=59277&categoryId=59282(검색일: 10월 10일)

43) MINIMIZE 전략-빅데이터 수집 단계와 관련하여 직접적으로 중요한 프라이버시 원칙은 정보 수집 최소화(data minimization)라고 할 수 있다. 정보를 수집하는 정보관리자는 처리 목적에 비추어 어떤 정보가 실제로 필요한지(필요하지 않는지), 관련정보의 보유기간을 정하는 것이 필요하다. 또한 수집단계에서 불필요한 개인정보 제외, 수집 정보 분야의 축소, 자동화된 삭제 메커니즘을 제공하는 등의 구체적인 절차가 마련되어야 한다. 그리고 특정 목적에 절대적으로 필요한 정보를 제한하고 정확한 정보처리의 필요성을 정하는 데에 있어서 프라이버시 영향평가(Privacy Impact Assessment)는 정보관리자에게 유용한 도구가 될 수 있다. AGGREGATE 전략-총계 처리된 정보는 개인정보 대신에 사용된다. 분산된 자원으로부터의 통계 분석과 같은 특정한 케이스에서 개인정보는 수집될 필요가 없고, 익명화된 정보의 수집으로 충분하다. (부분)익명화는 가장 중요한 해결책이며 이는 정보관리자로 하여금 분석을 위해 정보를 공개하기 이전에 모든 개인정보를 삭제하도록 만들 수 있다. HIDE 전략- 많은 경우 개인에 대한 정보는 정보주체의 인지 없이 수집된다(예. 개인의 웹서치 및 온라인상 행동 등). 현재 인터넷과 모바일 사용자의 프라이버시 보호하는 프라이버시 강화기술(예. 추적금지(anti-tracking), 암호화(encryption), 신원 가장(identity masking) 등)은 이용가능하다. INFORM 전략-개개인은 빅데이터 분석을 위한 개인정보의 수집에 대해 적절히 통지받을 필요가 있다. 이를 위하여 적절한 통지 및 다른 투명성 메커니즘이 마련되어야 하는데, 그러한 도구는 정보수집 뿐만 아니라 빅데이터

략[44], 정보 보관 단계에서는 HIDE, SEPARATE 전략[45], 정보 사용 단계에서는 AGGREGATE 전략[46], 모든 단계에서 공통적으로 ENFORCE, DEMONSTRATE 전략이 적용된다.[47]

그러나 빅데이터 분석 가치체인에 'Privacy by design'의 전략을 적용할 때에 갈등이 발생할 수 있다. 데이터 수집 최소화와 정보 보유의 제한은 'Privacy by design' 접근의 필수적인 부분이라고 할 수 있는데, 빅데이터로부터 트렌드 및 패턴 파악, 가치 있는 사항을 발견하기 위해서는 가능한 한 이용가능한 데이터세트는 풍부해야 한다(MINIMIZE 전략에 반함). 그래서 데이터 수집 최소화는 막대한 양의 데이터를 수집 및 보관을 하는 빅데이터와 대응하지 않는다는 논쟁이 있을 수 있다. 또한 다양한 정보자원으로부터 취득한 정보 간의 결합은 빅데이터 분석에 있어서 필수적인 부분이나, 이는 개인정보의 분산처리에 반할 수 있다(SEPARATE 전략에 반함). 상관관계에 있는 데이터세트를 통해 개인정보를

처리 내내 개인이 이용가능한 상태가 되어야 한다. 특히 정보의 수집 시점은 자신에 관한 정보의 사용에 대해 이해하고 결정을 내리기 위하여 개인에게 가장 중요한 시점이다. CONTROL 전략-정보 수집 단계는 사용자의 동의를 얻을 필요가 있는 단계이며, 옵트인(opt in) 메커니즘의 실질적인 이행은 이와 관련하여 중요하다. 또한 옵트아웃(opt out) 도구는 정보처리의 어떤 시점이든 개인에게 제공되어야 한다. 정보보호를 위한 확실한 정책 및 개인정보 저장소와 같은 사용자 통제 수단을 제공하는 다른 메커니즘은 중요한 조치라고 볼 수 있다(European Union Agency For Network And Information Security, Privacy by design in big data-An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics, p. 23~24).

44) AGGREGATE 전략-빅데이터 분석에서 가장 중요한 기술 중의 하나는 익명화(anonymization)이다. 다양한 프라이버시 모델과 익명화 방법이 마련되어야 한다. K-익명화(K-anonymity) 및 차별 프라이버시(differential privacy)는 주요한 프라이버시 모델이다. HIDE 전략- 프라이버시 보존형 분석(privacy preserving analytics)에 있어서 중요한 기술은 암호화(encryption)이다. 검색가능한 암호화(searchable encyption), 동형 암호화(homomorphic encryption), 안전한 다자계산(secure multiparty computation) 등이 이 분야의 유망한 기술이라 할 수 있다(European Union Agency For Network And Information Security, Privacy by design in big data-An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics, p. 24).

45) HIDE 전략-데이터베이스 상의 개인정보를 보호하기 위한 세분화된 접근통제(granular access control) 및 인증(authentication)과 같은 안전조치는 필수적이며, 암호화(encryption)도 정보보호를 위한 필수적인 수단이다. SEPARATE 전략-분산된 시스템 상에서의 프라이버시 보존형 분석(privacy preserving analytics)은 다양한 데이터베이스 상에서의 연산(computation)을 제공하는 것과 같이 개인정보의 보호에 중요하다(European Union Agency For Network And Information Security, Privacy by design in big data-An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics, p. 24).

46) AGGREGATE 전략-프라이버시 보존형 정보 공개 및 검색(privacy preserving data publishing and retrieval)은 개인정보의 추론을 예방하기 위하여 익명화(anonymization)를 기반으로 한다(European Union Agency For Network And Information Security, Privacy by design in big data-An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics, p. 25).

47) European Union Agency For Network And Information Security, Privacy by design in big data-An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics, p. 23~26.

추론할 가능성은 이를 숨기고자 하는 전략에 반할 수 있다(HIDE 전략에 반함). 그리고 빅데이터상의 개인정보를 사용할 때 적절한 수준의 총계처리가 항상 이루어지는 것은 아니다(AGGREGATE 전략에 반함). 또한 이미 처리된 정보를 사용 또는 다른 목적으로 수정하여 사용하는 것은 통지와 동의에 영향을 줄 수 있다. 왜냐하면 이러한 연속적인 정보처리는 정보주체에게 불투명하게 나타나기 때문이다(INFORM & CONTROL 전략에 반함). 또한 다양한 주체에 의한 정보 처리 및 정보 공급의 연속으로 인하여 정보관리자 자신도 기존의 데이터세트가 형성되었던 조건에 대해 확실하게 인지하고 있기 어려울 수 있다(ENFORCE & DEMONSTRATE 전략에 반함). 빅데이터 처리에 있어서 'Privacy by design'의 실현 전략을 이행하여 그로부터 이익을 얻을 수 있는지에 대한 논의가 있을 수 있으나, 프라이버시가 빅데이터의 핵심 가치라고 본다면 'Privacy by design'은 강력한 도구가 될 수 있다. MINIMIZE 전략은 더 유용한 정보를 수집할 수 있도록 하며, HIDE, AGGREGATE, SEPARATE 전략은 개인의 사적인 영역에 영향을 주지 않고, 개인정보를 사용할 수 있도록 한다. INFORM 전략은 사용자의 정보 및 투명성을 위한 더 나은 메커니즘을 제공하며, CONTROL 전략은 동의 및 프라이버시 선호도를 표시하는 새로운 방식을 제공할 것이다. ENFORCE와 DEMONSTRATE 전략은 정보관리자가 책임 있게 프라이버시 정책을 적용 및 이행하도록 할 것이다.[48] 이와 같이 빅데이터 활용과 'Privacy by design'의 이행 전략 간에는 충돌되는 부분이 있지만, 궁극적으로 빅데이터의 효율적인 이용과 개인정보 및 사생활 보호에 도움이 된다고 볼 수 있다.

3. 'Privacy by design'의 적용례

공적 및 사적 영역에서 사용이 증가하는 개인 인증 방식은 생체정보 인증 방식이다. 이는 생리적 또는 행동적 특성을 바탕으로 자동적인 개인 인식 기술이다. 생체인식은 전자여권, 직장 출입, 운전면허증, 자동현금인출, 데이터베이스 내의 얼굴 영상 인식, 제한된 공간으로의 접근 등에 사용된다. 그러나 이와 관련하여 생체정보의 도용, 다른 목적으로의 사용 등 프라이버시 침해 문제가 제기되고 있다. 이에 대한 해결책으로 'Privacy by design'의 적용이 요구되는데, 이는 생

48) European Union Agency For Network And Information Security, Privacy by design in big data-An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics, p. 22~23.

체정보의 처리 시에 암호화 기술을 사용하는 것이다. 생체인식의 암호화는 생체정보 샘플과 패스워드(디지털 키)를 결합한 알고리즘을 사용하는 복잡한 과정이다. 패스워드는 생체정보와 연결되어 있기 때문에 시스템은 강력한 인증보안을 제공한다. 결과적으로 제3자(악의적인 사용자 또는 공격자)는 생체인식 샘플을 기반으로 자신들만의 견본을 만들어낼 수 없게 된다.[49]

또한 의료 분야의 기술 발전으로 인터넷을 통한 원격의료 및 건강관리 서비스 제공, 실시간 의료·건강 정보 교환, 건강 정보의 디지털화 등의 e-health 시스템[50]은 환자의 삶의 질을 향상시키고, 의사의 업무를 간소화시키고 있다. 그러나 마찬가지로 개인정보 및 프라이버시 침해 문제를 야기할 수 있으며, 건강 정보의 불법적인 접근 및 공개는 정보주체에게 심각한 경제적·심리적·사회적 피해를 끼친다. 예를 들어, 정보주체는 보험회사가 취득한 정보에 의하여 부당한 조치를 받을 수 있고, 취업상의 불이익, 사회적 차별 등의 어려움을 겪기도 한다. 이때 'Privacy by design'은 e-health 시스템과 관련하여 야기되는 프라이버시 침해 문제의 대안이 될 수 있다. 'Privacy by design'의 원칙이 원격 의료 기술의 개발에 어떻게 적용되었는지를 보여줄 수 2가지 예시가 있는데, General Electric(GE)사의 QuietCare 시스템과 Intel사의 Health Guide이다. QuietCare 시스템은 원격진료서비스를 제공하고 있는데, 개인의 일상생활 프로필을 형성하는 일련의 동작탐지기 및 센서들로 구성되어 있다. 이들이 수집한 데이터는 중앙서버로 전송되며, 중앙서버에서 개인의 일반적인 패턴이 구조화된다. 이렇게 형

49) Anna Romanou, The necessity of the implementation of Privacy by Design in sectors where data protection concerns arise, p. 6~7.

50) e-health 시스템은 5가지의 기본적 기능을 가지고 있다. 개인정보의 저장 및 처리, 다른 제3의 시스템과의 개인정보 교환, 맞춤형 공공데이터의 통합, 공적인 사용을 위한 개인정보의 전송, 사적인 데이터 메시지의 교환이다. 개인정보의 저장 및 처리에서는 암호화기술을 사용해야 하며, 제3자의 시스템과의 개인정보 교환에 있어서는 모든 시스템에서 대리인 역할을 하는 사용자 쪽의 미들웨어가 마련되어야한다. 또한 맞춤형 공공데이터의 통합에 있어서는 공공데이터에 대한 초기의 요청을 변환함으로써 사용자의 요건을 숨기는 기술을 사용하고, 다른 요청을 숨기기 위하여 시스템 내의 사용자 그룹과 협력을 하고, 익명화 네트워크 기술을 사용해야 한다. 익명화 네트워크 기술 사용의 대표적인 예는 TOR(분산형 네트워크 기반의 익명 인터넷 통신 시스템) 서비스로서 이는 인터넷상에 프록시 네트워크를 형성하고 프록시 서버를 따라 암호화 메시지를 반복하여 보낸다. 공적인 사용을 위한 개인정보의 전송에 있어서는 의료기록의 경우, 식별요소를 최소화하고 삭제하고, 통계데이터의 경우, 프라이버시를 보호하는 암호화 기술, 통계처리의 형태와 저장에 적합한 기술을 사용해야 한다. 사적인 개인정보 메시지의 교환에 있어서는 익명화 및 암호화 기술을 사용해야 한다(George Drosatos et al, Towards Privacy by Design in Personal e-Health Systems, Proceedings of the 9th International Joint Conference on Biomedical Engineering Systems and Technologies(BIOSTEC 2016), Volume 5: HEALTHINF, SCITEPRESS, 2016, p. 474~476).

성된 프로필은 새롭게 수신된 개인의 데이터와 비교되며, 잠재적인 의료응급상황, 일상의 중요한 변화 등을 탐지한다. 중요한 경고 메시지는 미리 지정된 개인, 즉 본인, 본인의 가족, 간병인, 응급 의료진에게 전달된다. 이 시스템은 기술의 설계 단계에서부터 프라이버시 보호가 내재되어 있다. 즉 환자의 일상 프로필을 형성하기 위해 최소한의 정보만이 수집되며, 저장된 민감한 정보는 무선이 아닌 유선으로, 정해진 수신인에게 전송된다. 이 시스템의 가장 가치 있는 기능은 중요한 사건에 대한 실시간 탐지와 의료진의 정보 이용이다. 이 시스템은 환자의 프라이버시를 보호하면서 기능의 최대화가 동시에 이루어질 수 있도록 되어 있다. 이 시스템이 생성한 보고서에의 접근은 사용자(본인) 친화적으로 암호화된 온라인 인터페이스를 통하여 가능하며, 본인 및 관련된 의료진만 패스워드 입력 후에 접근이 가능하도록 되어 있다. 개인의 프로필에 대한 모든 접근 및 수정은 기록되며 모니터된다. 이 시스템의 기록보관 데이터베이스와 인터페이스는 안전한 데이터 센터 내의 중앙서버에서 관리되고, 현재의 기술을 기반으로 정기적으로 업데이트되며, 유지 및 보수는 전문가에 의해 신속하게 이루어진다.[51]

Health Guide는 의료인이 원격으로 의학적 견해를 제공할 수 있도록 하는 시스템이다. 이 시스템은 홈디바이스와 인터페이스가 혼합된 것으로 환자와 의사 간의 상호 비디오 세션을 가능하게 한다. 이 시스템의 설계에 환자의 의료 및 건강 정보를 보호하기 위하여 프라이버시 보호와 보안이 내재되어 있다. 환자는 스스로 기기를 구매할 수 없지만, 의사의 조언과 의사와의 관계를 바탕으로 기기의 사용에 대한 명확한 동의를 함으로써 설치할 수 있게 된다. 기기의 사용을 위하여 의사와 환자는 4개의 숫자로 된 개인식별번호를 입력해야 한다. 기기의 사용이 멈추었을 때, 다시 사용을 위하여 다시 개인식별번호를 입력해야 한다. 기기의 하드드라이버와 저장된 데이터는 암호화되며, 모든 기술적 배치는 전문기술자에 의해 운용된다. 만일 환자가 더 이상 기기의 사용을 원하지 않으면 처리되었던 모든 데이터는 복구할 수 없는 방식으로 완전히 삭제된다.[52] 이와 같이 제품의 설계에서부터 'Privacy by design'의 원칙을 적용함으로써, 개인정보의 생성부터 소멸까지 이를 보호하여 사전에 개인정보 및 사생활 침해의 문제를 예방할

51) Ann Cavoukian et al, Remote home health care technologies: how to ensure privacy? Build it in: Privacy by Design, Identity in the Information Society Vol.3 Issue 2, Springer, 2010, p. 373~375.

52) Ann Cavoukian, Angus Fisher, Scott Killen, David A. Hoffman, Remote home health care technologies: how to ensure privacy? Build it in: Privacy by Design, p. 375~377.

수 있도록 하고 있다. 이와 동시에 개인정보를 이용하여 개인에게 필요한 맞춤형 정보를 제공하고, 관련 분야의 연구에 활용하고 있다.

한편, 사람들의 모든 일상적인 활동은 많은 감시 카메라에 의해 촬영된다. 길거리, 전철역, 공항, 쇼핑몰, 엘리베이터, 학교 등 공적·사적 영역에서 카메라는 사람들의 모든 이동과 움직임을 추적한다. 이러한 CCTV 카메라는 범죄를 탐지하고 예방하며, 필요한 경우 위치를 확인함으로써 국민의 안전을 보장한다. 그러나 CCTV 카메라와 관련하여 수집한 데이터의 오남용으로 인한 프라이버시 침해 가능성이 문제 될 수 있다. 등록된 데이터를 이용한 개인의 사회적 활동에 대한 국가의 통제와 압력, 차별, 감시 등이다. 이에 대한 해결 방안의 하나는 'Privacy by design'의 원칙을 적용하는 것으로서, 감시 카메라 시스템에 프라이버시 보호 조치를 내재시키는 것이다. 그 예의 하나로서, 스마트 카메라는 특수한 기술을 사용함으로써 카메라에 의해 촬영된 개인의 신분을 숨기거나 부분적으로 보여줄 수 있다. 이러한 카메라의 설계는 자동적으로 행동데이터(걷는 것, 자동차 이동 등)와 신원데이터(사람의 얼굴, 자동차 번호판 등)를 분리할 수 있다. 그러므로 개인의 신원에 관한 어떠한 정보도 포함하지 않은 행동데이터는 프라이버시를 침해하지 않게 되며, 행동데이터는 시스템을 운영하는 자에게 직접적으로 전송된다. 신원데이터는 보안 또는 범죄 억지를 위한 이유로 법시행기관에 전송된다. 또한 스마트 카메라의 데이터는 관련 법률에 따라 특정 기간 동안만 보관하도록 프로그램화 된다. 그리고 'Privacy by design'의 원칙 적용의 또 다른 예는 이미지 암호화인데, 이는 CCTV 카메라의 프라이버시 침해에 대한 대응책이라고 본다. 이 기술을 사용함으로써 특정 데이터는 미리 신원이 확인된 특정인에게만 보여질 수 있게 된다. 특정인은 암호키를 보유하고 있는 자로서 그 데이터에 대한 접근 여부를 제어할 수 있다. 누군가 CCTV 카메라의 테이프를 가져간 경우에도, 그 데이터는 암호화되어 있기 때문에 안전한 상태로 남아 있게 된다.[53]

스마트 그리드(Smart grid)는 쌍방향 정보 교환을 통한 전력망의 현대화를 의미한다. 이는 소비자에게 언제, 어떤 방식으로, 어느 정도의 비용으로 전기를 사용할 것인가에 대한 더 많은 선택권 부여, 전기 공급 장애, 물리적·사이버 공격, 자연재해의 경우 자가 치유, 광범위한 에너지 자원과의 연결, 더 나은 고품질 전기의 제공 및 전기 효율의 극대화를 달성하기 위한 것이다. 그러나 스마트 그

53) Anna Romanou, The necessity of the implementation of Privacy by Design in sectors where data protection concerns arise, p. 9~10.

리드는 전기 서비스의 제공 및 이에 대한 가격 통지, 원격으로 이루어지는 전기의 공급과 단절, 기기의 도난 탐지, 에너지 효율 분석 및 모니터 등을 위하여 매우 세밀한 개인정보를 수집하고 이용하기 때문에 프라이버시 침해 문제가 우려된다. 예를 들면, 거주자가 전자레인지로 조리하는 식사를 하는 경향이 강한지, 아침을 먹는지 여부, 거주자가 집에 있는 시간과 외출하는 시간, 집에 알람 시스템이 있는지 여부와 그것이 있다면 얼마나 자주 작동이 되는지, 언제 TV 또는 컴퓨터가 이용되는지, 집에 식기세척기 또는 드라이어가 있는지 여부와 얼마나 자주 사용되는지, 런닝 머신과 같은 운동 기기가 얼마나 자주 사용되는지, 집에 있는 기기의 숫자와 종류, 거주자가 언제 잠을 자고 일어나는지 등 매우 자세한 개인의 행동 정보를 수집한다.[54] 스마트 그리드와 관련한 개인정보 및 프라이버시 침해 문제의 우려를 완화하는 동시에 스마트 그리드의 기능 활성화를 위하여 이 시스템에 'Privacy by design'을 적용한 '스마트 프라이버시(SmartPrivacy) 모델'이 제안된 바 있다. 이 모델에 따르면, 제공되는 서비스의 질과 양은 유지하되, 소비자로부터 수집하는 개인정보의 양을 줄이며, 소비자의 개인정보 수집·이용·공개와 관련하여 소비자와 투명하게 소통을 해야 한다. 또한 소비자의 프라이버시 보호 방법을 미리 계획하고, 개인정보의 사용 이전에 시스템에 프라이버시 보호 조치를 확립해야 한다. 기존에 수집하였던 목적을 위해 개인정보가 더 이상 필요하지 않을 때는 안전하게 파기해야 한다. 개인정보의 이용, 보관, 공개와 관련하여 다양한 소비자 성향을 반영하고, 이를 기반으로 소비자가 개인정보 보호 옵션을 선택할 수 있도록 해야 한다. 또한 프라이버시 강화 기술을 활용하는 능력으로 새로운 기회와 시장을 창출해야 한다. 소비자에게 정확한 정보를 제공하며 개인정보에 대한 접근을 허용하며, 잘못된 정보를 수정하도록 해야 한다. 'Privacy by default'와 개인정보 침해 통지와 같은 프라이버시와 보안 프로토콜 강화하여 개인정보 오남용에 대한 저항력을 강화해야 한다. 또한 환경 개선을 위한 개인의 참여를 독려하여 스마트 그리드와 관련 기술 내에서 소비자의 신뢰를 보장한다.[55] 이처럼 다양한 분야의 정보기술 및 시스템 마련에 있어서 'Privacy by design'의 원칙을 적용한 예를 살펴보았다. 이는 정보기술 및 시스템의 설계

54) Ann Cavoukian, Jules Polonetsky, SmartPrivacy for the Smart Grid: embedding privacy into the design of electricity conservation, Identity in the Information Society Vol.3 Issue 2, Springer, 2010, p. 278~284.

55) Ann Cavoukian, Jules Polonetsky, SmartPrivacy for the Smart Grid: embedding privacy into the design of electricity conservation, p. 285~287.

단계부터 개인정보 및 사생활의 보호 조치를 하도록 하는 동시에 개인정보를 유용하게 사용함으로써 정보기술 및 시스템의 기능 강화 달성을 가능하게 한다. 이를 통해 개인정보 및 사생활 침해를 미리 예방하고, 개인정보의 이용에 대한 신뢰를 확보할 수 있을 것이다. 결국 'Privacy by design'이 지향하고 있는 개인정보의 이용과 보호의 균형을 달성할 수 있게 된다.

4. 우리나라에의 도입 방향

'Privacy by design'은 개인정보 및 사생활 침해가 심각해지고 있는 지능정보사회에서 그 대안이 될 수 있는 것으로 정보기술 및 관련 시스템의 계획 단계, 상품 개발이나 서비스 기획 단계에서부터 프라이버시의 보호 및 강화를 위한 조치와 기술을 확립하는 포괄적인 절차를 의미한다. 'Privacy by design'의 개념 자체는 다소 추상적일 수 있으나, 7가지 기본 원칙을 바탕으로 이를 실행하기 위한 이행 조치가 마련되어야 한다. 특히 지능정보사회에서 핵심적인 요소라고 할 수 있는 빅데이터 활용과 관련하여 이를 뒷받침하고 있는 모바일 기기, 사물인터넷, 인공지능 시스템의 체계 확립에 있어서 'Privacy by design' 실현 전략을 이용하여 구체적인 조치를 이행하고 관련 기술을 발전시켜야 한다. 물론 우리나라도 개인정보 및 사생활 침해에 다양한 기술 개발에 힘쓰고 있으나, 개인정보 및 사생활 침해를 사전에 예방할 수 있는 체계의 마련에 관한 논의가 더욱 강화될 필요가 있다. 이러한 측면에서 'Privacy by design'은 정보기술 및 관련 시스템, 상품 및 서비스의 개발 단계에서부터 프라이버시 보호를 대전제로 하여 관련 조치를 취하고, 이를 기반으로 개인정보의 활용을 통하여 소비자에게 이익을 제공하기 때문에 개인정보의 보호와 활용의 균형을 위한 대안이 될 수 있다.

앞서 'Privacy by design'에 관한 외국의 입법과 정책에서 살펴본 바와 같이, 내년에 시행되는 유럽연합의 "일반정보보호규칙"은 'Privacy by design'에 관한 내용을 규정하고 있으며, 이에 대한 이행을 의무화하고 있다. 또한 다른 국가에서는 'Privacy by design'은 정보주체의 개인정보 및 사생활 보호를 위하여 필수적인 것이며, 확립될 필요가 있는 제도임을 인식하고 있다. 그리고 앞서 언급하지 않았지만, 2010년에 독일에서 개최되었던 '연방정보보호위원회 컨퍼런스(Conference of the Data Protection Commissioners of the Federation and the Länder)'에서 독일의 "연방정보보호법(Federal Data Protection Act)"은 앞

으로 'Privacy by design'에 관한 조항을 규정해야한다고 제안된 바 있으며, 여기에는 정보처리자뿐만 아니라 상품의 제조자 및 설계자도 법적으로 개인정보 처리에 대해 책임을 지도록 해야 한다는 내용을 포함하고 있다.[56] 내년의 시행을 앞두고 있는 유럽연합의 새로운 개인정보보호법에 대응하여 개정된 독일의 새로운 "연방정보보호법"은 'Privacy by design'에 관한 규정[57]을 두고 있다. 영국의 정보보호감독국은 'Privacy by design'이 "정보자유법(Freedom of Information 2000)"상의 하나의 원칙으로서 포함되어야 한다고 강조한 바 있다. 그러나 이와 관련하여 특정 조항, 정보보호당국의 권한 또는 개인의 권리에 관하여 구체화되지는 않았다.[58] 'Privacy by design'은 정보주체의 개인정보 및 사생활의 보호 수준을 향상시킬 수 있는 수단으로 인정되고 있으며, 법적 체계로의 편입 필요성이 높아지고 있다고 볼 수 있다. 더욱이 빅데이터 활용으로 심각해지는 개인정보 및 사생활의 침해에 대응하기 위하여 'Privacy by design'을 우리나라의 "개인정보보호법"상 준수되어야 할 기본 원칙 또는 절차로 규정하여 다양한 분야의 개인정보 처리에 있어서 기본 전제가 되도록 해야 한다. 그리고 정보기술 및 그 시스템, 상품 및 서비스 등의 개발자 또는 설계자에게도 정보주체의 개인정보 및 사생활 보호를 위한 책임자로서 관련 의무를 이행하도록 해야 할 필요가 있다.

Ⅴ. 결론

지능정보사회에서 더욱 심각해지고 있는 개인정보 및 사생활 침해에 대하여 대응하는 새로운 보호 체계가 필요하다. 'Privacy by design'은 개인정보를 처리하는 정보기술 및 관련 시스템의 설계 단계, 상품 및 서비스의 기획 단계에서부터 프라이버시의 보호 및 강화를 위한 조치를 마련하는 광범위한 과정을 의미하는 것으로, 개인정보 및 사생활 침해의 위험을 최소화하고 개인정보의 처리와 관련하여 소비자와 신뢰를 쌓을 수 있는 필수적 도구이다. 그러므로 우리나라의

56) David Krebs, "Privacy by Design: Nice-to-have or a Necessary Principle of Data Protection Law?", Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law(JIPITEC) Vol.4, Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e.V.(DGRI), 2013, p. 12.

57) Federal Data Protection Act('Bundesdatenschutzgesetz') Section 71(Data protection by design and by default).

58) David Krebs, "Privacy by Design: Nice-to-have or a Necessary Principle of Data Protection Law?", p. 12.

"개인정보보호법" 체계 내에서 'Privacy by design'의 이행을 의무화하여 사전에 개인정보 및 사생활 침해를 예방할 수 있도록 노력해야한다.

(논문투고일 : 2017.11.11., 심사개시일 : 2017.11.14., 게재확정일 : 2017.12.18.)



김 나 루

프라이버시 바이 디자인, 빅데이터, 일반정보보호규칙, 제4차 산업혁명, 지능정보사회

【참 고 문 헌】

관계부처 합동, 제4차 산업혁명에 대응한 「지능정보사회 중장기 중합대책(안)」, 2016

김나루, “빅데이터 활용과 개인정보보호체계의 재구축을 위한 헌법적 고찰”, 숙명여자대학교 대학원 박사학위 논문, 2017

최혜선, “개인정보보호의 신경향-프라이버시 중심 디자인(Privacy by Design)을 중심으로-, 「일감법학」제24권, 건국대학교 법학연구소, 2013

행정자치부·한국정보화진흥원, 개인정보 비식별화에 대한 적정성 자율평가 안내서, 2014

Alan Hedley, Privacy as a Factor in Residential Buildings and Site Development - An Annotated Bibliography, Bibliography Vol. 32, National Research Council of Canada, 1966

Ann Cavoukian, Operationalizing Privacy by Design: A Guide to Implementing Strong Privacy Practices, Information and Privacy Commissioner, 2012

Ann Cavoukian et al, Remote home health care technologies: how to ensure privacy? Build it in: Privacy by Design, Identity in the Information Society Vol.3 Issue 2, Springer, 2010

Ann Cavoukian, Claudiu Popa, Embedding Privacy Into What's Next: Privacy by Design for the Internet of Things, Privacy & Big Data Institute, 2016

Ann Cavoukian, Jeff Jonas, Privacy by Design in the Age of Big Data, Information and Privacy Commissioner, 2012

Ann Cavoukian, Khaled El Emam, Dispelling the Myths surrounding De-identification: Anonymization Remains a Strong Tool for Protecting Privacy, Information & Privacy Commissioner of Ontario, 2011

Ann Cavoukian, Jules Polonetsky, SmartPrivacy for the Smart Grid: embedding privacy into the design of electricity conservation, Identity in the Information Society Vol.3 Issue 2, Springer, 2010

Anna Romanou, The necessity of the implementation of Privacy by Design in sectors where data protection concerns arise, Computer Law & Security Review, doi: 10.1016/j.cslr.2017.05.021, ELSEVIER, 2017

C. Burton et al, The Final European Union General Data Protection Regulation, BNA Privacy & Security Law Report, Bloomberg BNA(The Bureau of National Affairs), 2016

David Krebs, "Privacy by Design: Nice-to-have or a Necessary Principle of Data Protection Law?", Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law(JIPITEC) Vol.4, Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e.V.(DGRI), 2013

European Union Agency For Network And Information Security(ENISA), Privacy by design in big data-An overview of privacy enhancing technologies in the era of big data analytics, 2015

European Union Agency For Network And Information Security(ENISA), Privacy and Data Protection by Design-from policy to engineering, 2014

FEDERAL TRADE COMMISSION, Protecting Consumer Privacy in ad Era of Rapid Change, FTC REPORT, 2012

George Drosatos et al, Towards Privacy by Design in Personal e-Health Systems, Proceedings of the 9th International Joint Conference on Biomedical Engineering Systems and Technologies(BIOSTEC 2016), Volume 5: HEALTHINF, SCITEPRESS, 2016

Peter Mell, Timothy Grance, The NIST Definition of Colud Computing, Special Publication 800-145, National Institute of Standards and Technology, 2011, 2

Thomas Lorünser et al, Cloud Security and Privacy by Design, Conference paper(6th International Conference on E-Democracy), 2015

K.Chandramouli et al, Knowledge Modeling for Privacy-by-Design in Smart Surveillance Solution, 2013 10th IEEE International

Conference on Advanced Video and Signal Based Surveillance, IEEE, 2013

Martin Degeling et al, Privacy by Socio-Technical Design: A Collaborative Approach for Privacy Friendly System Design, 2016 IEEE 2nd International Conference on Collaboration and Internet Computing (CIC), IEEE, 2016

Michelle Chibba Ann Cavoukian, Privacy, consumer trust and big data: Privacy by design and the 3 C'S, 2015 ITU Kaleidoscope Academic Conference: Trust in the Information Society (K-2015), IEEE, 2015

Michael H. Davis et al, A Cybermodel for Privacy by Design: Building privacy protection into consumer electronics, IEEE Consumer Electronics Magazine Vol. 4 Issue 1, IEEE, 2015

Noria Foukia et al, PISCES: A framework for privacy by design in IoT, 2016 14th Annual Conference on Privacy, Security and Trust (PST), IEEE, 2016

Peter Schaar, Privacy by Design, Identity in the Information Society Vol.3 Issue 2, Springer, 2010, Springer

利用者視点を踏まえたICTサービスに係る諸問題に関する研究会, スマートフォンプライバシー イニシアティブ 概要 －利用者情報の適正な取扱いとリテラシー向上による新時代イノベーション－ , 2012

Abstract

A Study on the Introduction and Application of Privacy by design

Kim, Na Roo

We have been experiencing the rapid change of Information and Communication Technology while facing the Fourth Industrial Revolution. Intelligence Information Technology, which processes data at high level by combining artificial intelligence technique with the use of data, is a critical element in the Fourth Industrial Revolution. Big data plays an important role for the development of Intelligence Information Technology. A variety of personal information for the use of big data are collected through various mobile devices, Internet of Things and different sensors and data analytics technologies identify individuals in large datasets. Because of that, it becomes more difficult for the owner of personal information to control their personal information and the infringement of privacy happens more than ever before. It's time to discuss a new paradigm to be able to deal with that. Privacy by design is a wide process of establishment of privacy measures from design for products, services, information technologies and systems involved. It is an important tool which can minimize the dangers for the infringement of personal information and privacy and build trust and credibility with customers. Therefore, we should make an effort to prevent the infringement of personal information and privacy by necessarily implementing the principles of Privacy by design.



Kim, Na Roo

Privacy by design, Big data, General Data Protection Regulation, the Fourth Industrial Revolution, Intelligence Information Society

특허심판 전치의 필요성과 제도개선에 관한 연구

김민호*
김현경**

【목 차】

Ⅰ. 문제의 소재
Ⅱ. 특허심판의 연혁과 현황
1. 연혁
2. 현황
Ⅲ. 필요적 특허심판전치주의의 합헌성 및 필요성
1. 필요적 행정심판전치주의 현황
2. 필요적 특허심판전치의 합헌성
Ⅳ. 특허심판의 제도개선 방안
1. 특허심판원의 현황과 문제점
2. 전문성 및 독립성의 강화
3. 사법절차의 준용
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

우리나라는 특허, 실용신안, 디자인, 상표 등 모든 산업재산권의 유무효, 존속기간 연장, 통상실시권 허락 등 특허법이 규정하는 분쟁 유형에 대하여 반드시 특허심판원의 심결을 거친 후 그 심결에 대하여 특허법원에 심결취소소송을 제기하는 이른바 필요적 특허심판전치주의를 취하고 있다. 최근 대한변호사협회가 이 같은 필요적 특허심판전치주의를 폐지할 것을 주장하는 성명을 발표하였다. 하지만 변호사협회의 주장은 필요적 특허심판전치주의의 법리적 타당성에 대해 문제를 제기하기보다는 변리사와의 업역(業域)적 관계, 특허법원의 위상 및 역량 등에 대한 것으로서 이것만 봐서는 필요적 특허심판전치주의 존폐에 대해 현명한 판단을 하는 것이 곤란할 것으로 보인다. 필요적 특허심판전치주의 존폐에 대한 판단을 위해서는 우선 현행 특허심판제도의 실태조사가 선행되어야 할 것이며, 필요적 심판전치주의가 우리나라 헌법과 법체계상 타당한 것인지에 대한 검토가

* 주저자, 성균관대학교 법학전문대학원 교수
** 교신저자, 서울과학기술대학교 IT정책전문대학원 교수

수반되어야 하는 바, 분석 결과 행정심판의 필요적 전치가 그 운영이나 절차로 인하여 국민의 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하지 않는 한 필요적 행정심판전치로 인하여 실현되는 권리구제적 효용성이 크다면 이를 특별히 제한할 이유는 없다고 판단된다. 특허심판은 위헌성 문제와는 별도로 국민의 권리구제의 실효성과 신뢰성 제고차원에서 공정성을 담보할 수 있는 제도개선이 필요하다. 심판관의 직무상 독립성을 보장하고 전문성이 강화되어야 한다. 심판관 구성을 보다 개방적으로 개편 운영하여 변리사, 변호사 등 전문가와 지적재산권 분야의 대학교수 등 외부 인사를 비상임 위원으로 대폭 확충함으로서 독립성 및 전문성에 대한 신뢰를 제고하여야 한다. 또한 필요적 전치주의가 적용되는 심판은 사법절차가 더욱 엄격히 준용되어야 하므로 특허심판의 대심적 심리구조를 개선하기 위해 구술심리와 집중심리를 더욱 보완·강화할 필요가 있다. 당사자가 구술심리를 신청한 경우 연계된 사건까지 포함하여 반드시 집중심리 대상이 되도록 제도개선이 필요하다.

Ⅰ. 문제의 소재

현행 특허법 제186조 제6항은 “심판을 청구할 수 있는 사항에 관한 소는 심결에 대한 것이 아니면 제기할 수 없다”고 규정하여 특허 무효나 특허 권리범위확인 등에 관한 행정적인 분쟁을 법원에 바로 제소할 수 없고, 특허심판원의 판단을 필수적으로 거치도록 강제하고 있다. 다시 말해서 우리나라는 특허, 실용신안, 디자인, 상표 등 모든 산업재산권의 유무효, 존속기간 연장, 통상실시권 허락 등 특허법이 규정하는 분쟁 유형에 대하여 반드시 특허심판원 심결을 거친 후 그 심결에 대하여 특허법원에 심결취소소송을 제기하는 이른바 필요적 특허심판전치주의를 취하고 있다.

최근 대한변호사협회가 이 같은 필요적 특허심판전치주의를 폐지할 것을 주장하는 성명을 발표하였다. 대한변협의 주장을 요약하면 첫째, 특허청에 대한 대리를 주 업무로 하는 변리사의 이익 보호를 위해 특허 등에 관한 무효심판 대리 역시 변리사가 독점하는 것은 위법이라는 점, 둘째, 특허 등의 무효 여부를 법원이 아니라 행정기관인 특허청 소속 특허심판원이 판단하도록 강제하는 것은 폐해라는 점, 셋째, 특허법원의 평균 사건처리기간이 특허심판원의 평균 사건처리기간보다 짧고, 재판부의 전문성 및 보조인력이 크게 강화된 사정을 고려할 때 심판

을 강제할 실질적 필요성이 소멸되었다는 점 등이다.

변호사협회의 주장은 필요적 특허심판전치주의의 법리적 타당성에 대해 문제를 제기하기보다는 변리사와의 업역(業域)적 관계, 특허법원의 위상 및 역량 등에 대한 것으로서 이것만 봐서는 필요적 특허심판전치주의 존폐에 대해 현명한 판단을 하는 것이 곤란할 것으로 보인다.

필요적 특허심판전치주의의 존폐에 대한 판단을 위해서는 우선 현행 특허심판제도에 관한 실태조사가 선행되어야 할 것이며, 필요적 심판전치주의가 우리나라 헌법과 법체계상 타당한 것인지에 대한 검토가 수반되어야 한다. 법리적 검토는 현행 특허심판제도의 실태와 연계하여 분석하여야 한다.

주지하는 것처럼 구 지방세법[1] 제78조제2항은 "제72조 제1항에 규정된 위법한 처분 등에 대한 행정소송은 행정소송법 제18조 제1항 본문·제2항 및 제3항의 규정에 불구하고 이 법에 의한 심사청구와 그에 대한 결정을 거치지 아니하면 이를 제기할 수 없다."고 규정하여 행정심판 필요적 전치주의를 취하고 있었으나, 헌법재판소가 2001. 6. 28, 심사기관의 독립성·공정성이 없고 심리절차에 있어 사법절차가 준용되지 않음을 이유로 그 행정심판전치주의 규정에 대하여 위헌결정[2]을 하여 지방세 필요적 심사전치제도가 폐지되었다. 따라서 필요적 특허심판전치주의의 법리적 허용가능성을 판단하기 위해서는 '심판기관의 독립성·공정성 유무, 심리절차에 있어 사법절차의 준용여부 등'에 대한 실태적 분석이 수반되어야 한다.

Ⅱ. 특허심판의 연혁과 현황

1. 연혁

1994년 이전에 우리나라는 특허 분쟁은, 실질적으로 사실심으로 기능했던 행정기관인 특허청의 심판소, 항고심판소 및 법률심인 대법원의 2단계를 거치는 구조였다. 특허청 내에 설치되어 있는 특허심판소를 거쳐 이에 불복할 경우에는 다시 특허청 내에 설치되어 있는 특허항고심판소를 거쳐야 했고, 최종적으로 대법원에 상고할 수 있었다. 이러한 쟁송절차에 의할 경우 특허심판과 특허항고심판

1) 1998. 12. 31. 법률 제5615호로 개정되기 전의 법.
2) 헌법재판소 2001. 6. 28. 선고, 2000헌바30호 결정.

은 법적으로 행정청의 행정심판제도로서의 성격을 갖게 된다. 이는 일반적인 행정쟁송절차로서 행정심판을 경유하고 이에 불복할 경우 고등법원에 제소하는 형태와는 다르다고 볼 수 있다. 즉 행정쟁송의 고등법원의 소송절차를 사실상 특허청의 특허항고심판이 담당하는 것이라고 볼 수 있다.

이러한 특허항고심판제도는 헌법이 보장하는 법관에 의하여 재판을 받을 권리와 평등권 등을 침해할 여지가 있다는 위헌논쟁이 제기되었고 이에 대법원은 "특허항고심판제도는 ① 사실심에 관한한 헌법 제27조 제1항에서 보장하고 있는 법관에 의한 재판을 받을 권리를 박탈하고 ② 특허사건의 사실심은 특허청 항고심판소의 항고심판이 최종심으로 되어 사법권의 일부가 특허청 심판소에 귀속되어 사법권은 법원에 속한다는 헌법 제101조 제1항의 사법국가주의 내지 삼권분립의 원칙에 위배될 뿐만 아니라 재판의 전심절차로서만 행정심판을 할 수 있도록 한 헌법 제107조 제3항의 규정에 위반되며 ③ 다른 행정사건과는 달리 특허사건의 당사자에게는 고등법원의 재판을 받을 수 없도록 함으로써 모든 국민은 법앞에 평등하다는 헌법 제11조 제1항에 위배된다"고 하면서 위헌법률제청의견을 제기하였다.

이에 대하여 법무부장관·상공자원부장관·특허청장·대한상공회의소·변리사회는 "① 헌법상 재판을 받을 권리가 반드시 각급법원의 재판을 모두 받아야 한다는 의미가 아니며, 헌법에는 법원의 3심구조에 관한 규정이 없다 ② 헌법에는 강학상 또는 소송실무상 일반적으로 사용되는 개념인 사실심과 법률심의 구별에 관한 규정이 없기 때문에 위헌이라고 단정할수 없다. 특허사건에 관하여도 상고심인 대법원이 일반법원과 마찬가지로 채증법칙위배, 경험칙위배 등을 이유로 하급심인 특허심판소의 사실인정의 잘못에 관하여 사실상 심판을 하고 있으므로 특허사건의 사실인정의 문제가 법원이 재판관할에서 완전히 벗어난 것도 아니다, ③ 헌법적 근거하에 있는 행정심판이 삼권분립주의에 위배되지 않는다"고 하며 합헌의견을 제기하였다.[3]

이에 대하여 헌법재판소는 '법관에 의한 사실확정과 법률의 해석적용'을 재판청구권의 본질로 이해하는 전제에서 헌법불합치결정을[4] 내렸다. 그 주요내용은 다음과 같다.

---

3) 성낙인, 재판청구권과 특허심판청구권, 고시계 41집 제4호, 1996, 47-48면.
4) 헌재 1995.9.28.선고, 92헌가11, 93헌가8,9,10(병합).

- “특허청의 심판절차에 의한 심결이나 보정각하결정은 특허청의 행정공무원에 의한 것으로서 이를 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판이라고 할 수 없다. 특허법 제186조 제1항은 법관에 의한 사실확정 및 법률적용의 기회를 박탈한 것으로서 헌법상 국민에게 보장된 ‘법관에 의한’ 재판을 받을 권리의 본질적 채용을 침해하는 위헌규정이라 아니할 수 없다”

- 특허청의 항고심판심결이나 결정은 그 판단주체로 보아 행정심판임이 분명하고 이러한 행정심판에 대하여는 법원에 의한 사실적 측면과 법률적 측면의 심사가 가능하여야만 비로소 특허사건에 대한 사법권 내지는 재판권이 법원에 속한다고 할 수 있을 것인 바, 특허법 제186조 제1항이 이러한 행정심판에 대한 법원의 사실적 측면과 법를적 측면에 대한 심사를 배제하고 대법원으로 하여금 특허사건의 최종심 및 법률심으로서 단지 법률적 측면의 심사만을 할 수 있도록 하고 재판의 전심절차로서만 기능해야 할 특허청의 항고심판을 사실확정에 관한 한 사실심의 최종심으로 기능하게 하고 있는 것은, 일체의 법률적 쟁송에 대한 재판기능을 대법원을 최고법원으로 하는 법원에 속하도록 규정하고 있는 헌법 제101조 제1항 및 제107조 제3항에 위반된다.[5)]

헌법재판소의 헌법불합치결정이 예상되던 시점인 1994년 법원조직법과 특허법 등의 관련 법률을 개정하여 특허청 내의 심판소와 항고심판소를 통합하여 특허심판원을 설치하고, 고등법원급인 특허법원을 설립하는 것으로 제도가 정비되었다. 1994년 7월 27일 법원조직법을 개정하여(법률 제4765호), ‘특허법원’을 설치하고 특허법원으로 하여금 심결취소소송의 제1심사건을 심리하게 하는 한편, 1995

5) 이러한 헌법불합치 결정에 대하여는 “법원의 재판을 받을 권리 즉 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 권리란 그것이 반드시 3심제의 원리에 입각하여 재판을 받을 권리를 의미하지 않으며, 궁극적으로 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판을 받을 기회를 원천적으로 봉쇄하고 있는지의 여부에 따라 결정되어야 할 일이므로, 특허심판의 경우 대법원에의 상고를 제도화하고 있는 한 이러한 재판청구권에 위배되지 않는다. .... 또한 법률심이나 사실심이냐의 문제는 현행 헌법상 전혀 언급이 없는 문제이고 이에 관한 논의는 법조실무적인 차원의 것에 불과할 뿐만 아니라 대법원이 법률심으로서의 기능만 수행할 것이냐 아니면 사실심으로서의 기능을 동시에 수행하도록 할 것이냐의 문제 또는 어디까지나 입법정책적인 문제에 불과할 뿐 헌법직접적인 문제는 아니다.. 그리고 법관에 의한 사실확정이라는 대전제의 충족이 재판청구권의 본질이라면 국내 모든 헌법학자들이 합헌적으로 인용하고 있는 배심제도와의 관련성도 문제이다... 배심제도의 사실확정은 법관이 아닌 배심원에 의하여 사실상 결정된다는 점에서 사실확정이 재판청구권의 본질적 부분이라고 볼 수 있을 것인지 의문이다.”는 비판의견도 있다. 성낙인, 앞의 논문, 49-50면.

년 1월 5일 특허법을 개정하여(법률 제4892호) 당시 특허청 내에 설치된 심판소와 항고심판소를 통합하여 '특허심판원'을 설치함으로서 행정부 내의 2단계 심판을 1단계로 줄이고 특허심판원의 심결 등에 대한 불복의 소는 '특허법원'의 전속관할로 하였다.

2. 현황

가. 특별행정심판으로서 필요적 전치주의

현재 특허심판제도는 행정심판제도의 특칙이라고 볼 수 있다. 민사소송에 준하는 엄격한 절차를 따르도록 규정함으로서 준사법적 성격을 띤다. 사정재결[6]과 같은 판단재량의 여지가 없으며 당사자는 심판청구의 사유가 있는 경우 심판절차를 거치지 않고서는 다른 방법으로 권리구제를 받을 수 없는 필요적 행정심판 전치주의를 채택하고 있다(특허법 제186조제6항). 또한 심결에 대하여는 특허법에 정하여진 절차에 따라 특허법원에 불복소송을 제기하는 이외의 행정심판법이나 행정소송법 등 다른 법률에 의하여 불복할 수 없다(특허법 제224조의2).

나. 특허심판의 유형과 주요내용

특허심판의 유형으로는 '당사자계 심판'과 '결정계 심판'으로 분류된다. 전자는 특허권이 부여된 이후 당사자 간에 분쟁이 발생한 경우 판단하는 심판을 의미하며, 후자는 청구인이 특허청을 피청구인으로 하는 심판을 의미한다.

'당사자계 심판'으로는 유효하게 등록된 특허권을 무효사유를 이유로 특허권의 효력을 소급적으로 무효시키는 '무효심판(제133조)'과[7] 분쟁대상물이 특허권의 보호범위에 속하는 지 여부를 심판관이 공적으로 확인함으로서 침해소송 담당 법원에 판단기준을 제공하는 '권리범위 확인심판(제135조)'이 있다. 무효심판의 경우 처음 도입 시 심판청구주체는 '이해관계인 또는 심사관'으로 제한적이었으나, 특허요건을 구비하지 못한 특허를 조기에 무효로 할 수 있도록 하고자 설정등록일부터 등록공고일 후 3개월 이내에는 누구든지 특허무효심판을 청구할 수 있도록 개정하였다. 그러나 특허무효심판의 복잡성으로 그 활용도가 저조하자 특허취

6) 행정심판청구가 이유 있다고 인정되지만 공공복리 등을 고려하여 그 청구를 받아들이는 것이 적절하지 않다고 인정될 때 심판청구를 기각하는 심결을 받아들이는 것을 말한다.

7) 이해관계인 또는 심사관에 한해 청구 가능하나 등록공고일 후 3개월이 되는 날까지는 누구나 청구할 수 있다.

소신청제도를 도입하고, 무효심판의청구 주체는 다시 '이해관계인 또는 심사관'으로 제한하였다. 특허취소신청제도는 누구든지 하자가 있는 특허에 대하여 선행기술정보에 기초한 특허취소사유를 특허심판원에 제공하면 심판관이 해당 특허의 취소 여부를 신속하게 결정하는 것을 주요 내용으로 한다. 권리범위확인심판은 ① 선결문제로서 법원에 침해판단기준의 제공, ② 권리분쟁의 조기해결 도모, ③ 소제기여부의 결정을 위한 판단자료 제공, ④ 사업 중지 및 계속투자 여부의 결정 판단의 용이성, ⑤ 후발 이용발명자의 권익보호와 강제실시권의 선결문제로서 이용침해판단 등에 실질적으로 기여 등의 장점으로 인해 그 제도적 취지가 인정된다고 한다.[8)]

'결정계심판'으로는 심사관으로부터 거절결정을 받은 경우 그 위법성을 주장하면서 거절결정의 취소를 구하는 '거절결정 불복심판(제132조의17)'과 청구범위의 감축, 오류의 정정, 불명료한 내용의 석명 등에 한해 특허를 정정 하는 '정정심판(제136조)', 그밖에 정정무효심판(제137조), 통상실시권허여심판(제138조), 특허권존속기간연장등록의 무효심판(제134조) 등이 있다. 현행 거절결정 불복 심판에서 어느 하나의 청구항이라도 거절이 해소되지 않으면 그 출원 전체에 대해 특허받을 수 없도록 하고 있으나 이는 특허 받을 수 있는 권리를 부당하게 제한하는 요인이므로 심판에서도 각 거절이유/청구항별로 그 당부를 심리하고, 심결확정시 출원에 허여 가능한 청구항이 존재하면 그 청구항만으로 그 특허출원에 대해 특허결정을 하여 등록을 인정하는 제도의 도입 검토가 필요하다는 견해도 있다.[9)]

다. 심결의 효력, 소송과의 관계

특허심판의 심결에 대하여는 일사부재리의 효력과 구속력, 확정력 등이 인정된다. 심결이 확정된 때에는 그 사건에 대하여는 누구든지 동일사실 및 동일증거에 의하여 다시 심판을 청구할 수 없다(일사부재리, 제163조). 즉 원칙적으로 특허 등에 관하여 심결이 확정되면 제3자라 하더라도 이를 다시 다툴 수 없도록 한 것이다. 그러나 새로운 사실 또는 새로운 증거를 근거로 확정심결의 내용과 다른 심판청구를 하는 경우 일사부재리에 해당하지 않는다. 심결이 확정되면 당사자는 물론 일반 제3자에게도 대세적 효력이 미치고, 재심사유가 없는 한 소멸, 변경

8) 김원오 외, 권리범위확인심판 존폐론 연구, 지식재산연구센터, 2000.12, 73~74면.
9) 김원오, "특허심판제도와 그 운영을 둘러싼 쟁점과 과제", 법학연구 제13집 제2호, 132면.

되지 않는다.

우리 특허법상 심판의 특징은 특허권의 무효 여부 및 권리범위 등에 관해서는 특허심판원에서의 심판이 선행되어야 하고, 침해소송에 대해서는 심판을 거치지 아니하고 곧바로 법원에 의한 재판을 받을 수 있다. 즉 침해소송이 제기된 경우에 침해소송의 당사자는 통상 특허무효심판 또는 권리범위확인심판을 청구하여 해당 특허권의 무효 등을 주장하는 것이 보통 이지만 침해소송(일반 민사법원)과 심판(특허심판원)의 소관이 달라 각각 독립하여 판결 또는 심결을 하게 된다. 따라서 법원에 제기하는 특허권 등의 침해에 관한 소송과 당해 소송에 대응하여 특허심판원에 청구하는 특허권 등의 무효심판은 서로 밀접하게 관련되어 있으므로 소송과의 관계를 규정하고 있다. 심판장은 심판에서 필요하면 직권 또는 당사자의 신청에 따라 그 심판사건과 관련되는 특허취소신청에 대한 결정 또는 다른 심판의 심결이 확정되거나 소송절차가 완결될 때까지 그 절차를 중지할 수 있다(제164조제1항). 또한 법원은 소송절차에서 필요하면 직권 또는 당사자의 신청에 따라 특허취소신청에 대한 결정이나 특허에 관한 심결이 확정될 때까지 그 소송절차를 중지할 수 있다(특허법 164조 제2항). 뿐만 아니라 동 소송 또는 심판이 제기되거나 청구되는 경우에는 법원이나 특허심판원은 서로 상대기관에 그 취지를 통보하도록 의무화 하고 있다(제164조 제3항 제4항).

라. 특허심판원의 구성

특허심판원의 심판관의 자격은 대통령령으로 정한다고 규정하고 있다(제143조제2항). 이에 따라 특허법 시행령 제8조에서 규정하고 있다. 심판관이 될 수 있는 사람은 특허청 또는 그 소속기관의 4급 이상의 일반직 국가공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 국제지식재산연수원에서 소정의 심판관 연수과정을 수료한 사람으로 한다(특허법 시행령 제8조제2항). 다음 각 호로는 ① 특허청에서 2년 이상 심사관으로 재직한 사람이거나, ② 특허청에서 심사관으로 재직한 기간과 5급 이상의 일반직국가공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로서 특허심판원에서 심판업무에 직접 종사한 기간 및 특허법원에서 기술심리관으로 재직한 기간을 통산하여 2년 이상인 사람을 의미한다.

다음으로 심판장이 될 수 있는 사람은 특허청 또는 그 소속기관의 3급 일반직

국가공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로 한다. 다음 각 호는 ① 특허심판원에서 2년 이상 심판관으로 재직한 사람이거나, ② 심판관의 자격을 갖춘 사람으로서 3년 이상 특허청 또는 그 소속기관에서 심사 또는 심판사무에 종사한 사람을 의미한다(특허법 시행령 제8조제3항).

특허심판원장이 될 수 있는 사람은 심판관의 자격이 있는 사람으로 하며(특허법 시행령 제8조제4항), 심사관, 심판관, 심판장 또는 특허심판원장의 자격의 직급에 해당하는 공무원으로서 변리사의 자격이 있는 사람은 제1항부터 제4항까지의 규정에도 불구하고 각각 심사관, 심판관, 심판장 또는 특허심판원장이 될 수 있다(특허법 시행령 제8조제5항).

심판의 합의제에 대하여 특허법 제146조는 “① 심판은 3명 또는 5명의 심판관으로 구성되는 합의체가 한다. ② 제1항의 합의체의 합의는 과반수로 결정한다. ③ 심판의 합의는 공개하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 권리별, 전문영역별로 심판장 1인과 심판관 3인으로 구성되는 13개 심판부가 상설합의체로 운영되며, 각 사건마다 심리의 효율화와 신속화를 도모하기 위해 주심 심판관이 지정되고 그가 각 심판부의 심판장이 되어 심결문의 작성 등 실질적 심판업무를 수행하도록 하고 있다.

Ⅲ. 필요적 특허심판전치주의의 합헌성 및 필요성

1. 필요적 행정심판전치주의 현황

가. 필요적 전치주의·임의적 전치주의 개념

필요적 전치주의(mandatory administrative remedy system, exhaustion-of-administrative-remedy system)는 행정소송을 제기하기 전에 행정심판을 반드시 거치도록 하는 제도이다. 그에 반해, 임의적 전치주의(optional administrative remedy system)는 행정심판을 거친 후 행정소송을 제기하는 루트와 행정심판을 거치지 않고 행정소송을 바로 제기하는 루트 중 민원인이 자유롭게 선택할 수 있도록 하는 제도이다. 대륙법계는 행정부의 사법부로부터의 독립이라는 권력분립원칙 및 행정부가 스스로의 과오를 자율적으로 시정할 수 있는 기회를 준다는 측면을 강조하여,[10] 필요적 전치주의의 필요성을 설명한다. 영미법계에서도 사법부가 전문성, 신속성, 저렴성 등의 측면에서 모든 행정사건에 제대로 대응하기 힘

들다는 자각에 따라 필요적 전치주의가 확산되어 왔다.[11]

우리나라는 1980년 개정헌법 제108조 제3항에 규정을 신설하여 헌법상 행정심판의 근거를 마련하였다. 이 규정은 1987년 그 내용을 그대로 유지하면서 개정헌법 제107조 제3항으로 옮겨졌다.[12] 헌법 제107조 제3항에서 "재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다."는 규정 자체로는 행정심판의 임의적 전치주의와 필요적 전치주의가 선택적으로 허용 가능한 것이지 어느 하나가 금지되는 것은 아니라고 할 수 있다. 따라서 현행 법률상 행정심판을 행정소송을 제기함에 있어서 필수적인 전치주의로 할 것인지 아니면 임의주의로 할 것인지 여부는 행정소송법상 소송요건의 문제에 불과한 것이다.[13] 행정소송법은 원칙적으로 행정심판임의주의를 채택하고 있다. 이는"행정심판과 행정소송의 관계"에서 행정심판을 거치지 아니하고도 행정소송을 제기할 수 있다는 원칙을 선언한 것으로 국민들에게 비용부담 없이 행정심판을 통하여 신속한 자기통제를 추가로 더 요구할 수 있도록 하겠다는 취지와 함께, 비용부담이 있더라도 행정심판을 거치지 않고 곧바로 신속하게 법원에 의한 권리구제를 받을 수 있도록 하겠다는 취지도 함께 가진다.[14] 그러나 현행 행정소송법은 예외적으로 필요적 전치주의를 규정하고 있다. 즉 "다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 경우(행정소송법 제18조 제1항 단서)" 예외적으로 필요적 행정심판 전치주의를 적용하도록 하고 있다.

나. 필요적 행정심판전치주의 현황

필요적 행정심판을 규정한 법률로는 앞서 언급한 특허법 이외에 국가공무원법(제16조),[15] 지방공무원법(제20조의2),[16] 도로교통법(제142조),[17] 국세기본법(제

10) 김청규, "행정심판 전치범위의 확대방안에 관한 고찰", 「중앙법학」 제7집 제2호, 중앙법학회, 2005, 71면.

11) 김청규, 앞의 논문, 72면.

12) 헌법에 행정심판의 법적 근거가 마련되기 전에 1951년 '소원법'에 먼저 규정되었다. 이 소원법은 1984년에 제정된 행정심판법 부칙 제2조에 의하여 폐지되었고, 같은 부칙 제4조에 의하여 "소원법"을 "행정심판법"으로 개정한다는 점에서 명백히 행정심판법은 소원법을 계승하는 것이고, 1984년 이전에는 소원법이 행정심판법의 역할을 담당하였다. ; "행정심판의 헌법상 근거", 행정법연구, 44집, 2016, 46면.

13) 최선웅, 앞의 논문, 62면.

14) 신봉기 외, 특별행정심판 제도에 관한 연구, 경북대 산학협력단, 2009. 19면.

15) 제16조(행정소송과의 관계) ① 제75조에 따른 처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위(不作爲)에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

56조) 등이 있다. 이 경우 직접적으로 행정심판전치를 명시하는 경우도 있고, 행정소송을 제기하는 경우에는 행정심판의 재결에 불복하는 방식으로 할 것을 규정함으로서 간접적으로 규정하는 경우도 있다. 다만 필요적 전치주의를 취하고 있음에도 불구하고 특별행정심판[18]의 유형을 취하고 있는 경우는 '공무원 신분(소청심사위원회)'과 '조세(조세심판원)'의 경우이며, 음주운전의 경우 「행정심판법」에 의한 행정심판을 필요적 전치로 규정하고 있으므로 특별행정심판이라 볼 수 없다. 특별행정심판은 행정심판법에 의한 일반행정심판에 비해 전문성·특수성, 특례의 필요성이 인정되는 경우로 대표적으로 특허심판, 소청심사, 조세심판 등이다. 이하에서는 앞서 검토된 특허심판 외에 공무원등에 대한 소청심사와 조세심판에 대하여 검토한다.

(1) 공무원신분

공무원과 교원의 신분은 보장되며 법에서 정한 사유에 의해서만 불이익한 인사조치나 징계를 당할 수 있다. 즉 형의 선고, 징계처분 또는 법률로 정하는 사유에 의하지 아니하고는 그 의사에 반하여 휴직·강임 또는 면직을 당하지 아니하는 등 신분보장을 받고 있다. 이 규정은 국가공무원법 및 지방공무원법, 교원의 지위 향상 및 교육활동 보호를 위한 특별법 모두 유사하게 규정하고 있다. 이러한 공무원 및 교원의 신분보장에 대한 침해가 있는 경우에는 불복수단으로서의 소청절차를 운용하고 있다. 소청심사는 심사 대상이 공무원과 교원의 신분상의 처분으로 한정되고, 위원의 구성에 있어서 특수성을 가지며 행정소송과의 관계에서 필요적 전치절차로 운영된다. 즉 공무원은 행정소송을 제기하기 전에 반드시 소청심사를 거쳐야 하며(국가공무원법 제16조, 지방공무원법 제20조의2), 교원소청심사 신청에 대한 심사위원회의 결정에 대하여 교원, 「사립학교법」제2조에 따른 학교법인 또는 사립학교 경영자 등 당사자는 그 결정서를 송달받은 날부터 90일 이내에 「행정소송법」으로 정하는 바에 따라 소송을 제기할 수 있다.(교원지

16) 제20조의2(행정소송과의 관계)제67조에 따른 처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위에 관한 행정소송은 심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

17) 제142조(행정소송과의 관계) 이 법에 따른 처분으로서 해당 처분에 대한 행정소송은 행정심판의 재결(裁決)을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

18) 특별행정심판이란 특정분야의 행정심판에 대하여 행정심판법에 의한 일반행정심판 절차에 따라 심판하지 아니하고 각 개별법에서 행정심판법에 갈음하여 따로 정한 특례절차에 따라 하는 행정심판을 말한다.; 김기표, 신행정심판법론, 2003, 한국법제연구원, 636면.

위향상을 위한 특별법 제10조 제3항).[19]

소청심사의 위원은 다른 행정심판과는 달리 공무원이나 교육경력이 있는 사람을 위촉하도록 함으로써 전문성을 강화하였다고 볼 수 있다. 그리고 위원회를 일반 행정심판과 별도로 구성하여 소청심사에 관한 사안만을 전담하도록 하는 것은 전문성의 강화에 기여한다고 할 수 있다.

행정기관 소속 공무원의 소청은 행정안전부에 두는 소청심사위원회에서 한다(국가공무원법 제9조 제1항). 과거 소청심사위원회는 중앙인사위원회 소속이었으나 행정조직의 개편에 의하여 소속이 변경된 바 있다. 국회,법원,헌법재판소 및 선거관리위원회 소속 공무원의 소청에 관한 사항을 심사·결정하게하기 위하여 국회사무처, 법원행정처, 헌법재판소사무처 및 중앙선거관리위원회사무처에 각각 해당 소청심사위원회를 두고 있다(동법제9조 제2항). 지방공무원의 징계에 대한 소청을 심사하기 위한 기관으로 지방소청심사위원회가 구성되어 있으며, 각급 학교 교원의 징계처분과 그 밖에 그 의사에 반하는 불리한 처분에 대한 소청심사(소청심사)를 하기 위하여 교육부에 교원소청심사위원회(이하 “심사위원회”라 한다)를 둔다(교원지위향상을 위한 특별법 제7조).

소청심사위원회는 통상 5명에서 9명의 위원으로 구성하도록 규정하고 있다. 행정안전부에 설치된 소청심사위원회는 위원장 1명을 포함한 5명 이상 7명 이내의 상임위원으로 구성하되, 위원장은 정무직으로 보하고, 필요하면 약간의 비상임위원을 둘 수 있다(국가공무원법 제9조 제3항). 지방소청심사위원회는 위원 7명으로 구성한다(지방공무원법 제14조 제1항). 교원소청심사위원회는 위원장 1명을 포함하여 7명 이상 9명 이내의 위원으로 구성하되 위원장과 대통령령으로 정하는 수의 위원은 상임으로 한다.

위원의 자격은 통상 법관·검사 또는 변호사의 직에 일정기간 이상 근무한 자, 대학에서 행정학·법률학을 담당한 부교수 이상의 직에 근무한 자, 그리고 3급·국장급 이상 또는 고위공무원단에 속하는 공무원으로 일정기간 이상 근무한 자 등이다. 직무의 특성을 인정하여 교원소청심사위원회의 경우 교육 경력이 10년 이상인 교원 또는 교원이었던 자, 사립학교를 설치·경영하는 법인의 임원이나 사립

19) 교원소청심사를 신청한 교원만이 아니라 학교법인 또는 사립학교 경영자도 소송을 제기할 수 있다. 이에 관한 헌법재판소의 결정례(헌재2006.02.23. 2005헌가7)는 헌법재판소가 종전의 1998.7.16. 95헌바19등 결정에서 이 사건 법률조항이 헌법에 위반되지 아니한다고 판시한 의견을 변경한 결과이다.

학교 경영자, 「교육기본법」 제15조제1항에 따라 중앙에 조직된 교원단체에서 추천하는 자 등이 포함된다.

소청심사는 그간 많은 변화를 겪었다. 위원회의 소속기관이 자주 변경되었으며 근거 법령의 개정 작업도 빈번하게 이루어졌다. 적지 않은 소청 접수 건수와 처리 건수 그리고 상대적으로 높은 인용률에 비추어 볼 때 나름대로 소청인의 권리구제를 위하여 제 역할을 다하였다고 평가할 수 있을 것이다. 그러나 소속 기관으로부터 독립성이 보장되지 않은 점, 위원 임명의 투명성과 위원의 신분보장이 미약한 점 등을 개선사항으로 지적할 수 있다.[20]

(2) 조세

조세심판은 필요적 행정심판전치주의 방식이다. 즉 위법한 처분에 대한 행정소송은 국세기본법에 의한 심사청구나 심판청구를 거치지 않으면 제기할 수 없다고 규정하고 있다(법 제56조 제2항).

이러한 조세심판에서의 필요적 행정심판전치주의를 채택한 근거에 대하여는 조세법률 관계의 특성을 들어 설명하는 견해가 있다. 즉 조세법률은 전문적이고 기술적이며, 대량적이고 반복적으로 분쟁이 발생하므로 전문적·기술적 지식이 필요하면서도 신속하고 정확하게 해결할 필요가 있다고 보아 조세심판전치주의가 필요하다고 보는 것이다.[21] 조세심판은 다른 일반 행정심판과 달리 세법의 적용 여부 뿐만 아니라 '세무회계'의 적용이라는 점에서 조세심판만이 가진 특유한 전문기술성이 있다는 것이다.[22]

또 다른 근거로는 외국의 경우를 들어 외국의 경우에도 조세사건에 대하여 소송만으로 해결하는 것이 아니라 대부분 조세행정심판제도를 두고 있다고 한다. 일본은 국세청 산하에 국세불복심판제도의 심사청구절차를 전치주의로 거치게 하고 있으며 독일도 소송 전에 과세행정청의 심판담당부서에 이의신청을 하도록 하고 있다고 한다. 다만, 미국만 종전의 행정부 내의 조세항소위원회가 조세법원으로 발전한 것이라고 주장한다.[23]

---

20) 신봉기외, 전게보고서, 304면.
21) 임승순, 조세법, 2009, 267면 이하.
22) 서희열, "국세심판제도의 평가와 장단기 개편방안", 세무학연구 제22권 제3호, 2005.9, 13면.
23) 유일언, "미국의 연방조세법원제도에 관한 연구", 법학연구(충남대) 제6권 제1호, 1995.12, 51면 이하.

아울러 이러한 필요적 조세심판전치는 소송경제적 측면에서도 필요하다고 한다. 법원에 대한 소송부담을 줄여 주는 측면과 조세행정심판 단계에서 사전에 쟁점을 정리해주어 법원의 심리부담을 줄여 준다고 평가하기도 한다.[24] 대량의 사건이 행정소송을 거치므로 소송경제에 역기능을 하는 것 보다는 조세심판을 통하여 오히려 사법심을 보완하는 기능이 있고, 행정소송보다는 신속한 권리구제기능을 한다는 견해이다.[25]

이러한 필요에 따라 조세심판원은 2008년 2월 29일자의 「국세기본법」 및 「지방세법」 개정에 따라 종전의 재정경제부 산하에 있던 '국세심판원'과 '지방세심의위원회'의 확대개편을 통하여 국무총리 소속으로 공식 출범하여, 국세(관세 포함)와 지방세에 대한 조세심판업무를 수행하고 있다.

조세심판원의 조직은 '원장'과 '조세심판관'을 두도록 규정하고 있다. 조세심판원장의 자격요건은 고위공무원단에 속하는 일반직 공무원 중에서 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하도록 규정하고 있다(「국세기본법」 제67조 제3항). 다만, 이 경우에 국무총리가 해당 업무의 관련부서인 기획재정부장관과 행정안전부장관의 의견을 들을 수 있도록 규정하여 전문성에 대한 검증을 보완하고 있다(국세기본법 시행령」 제55조의4 제1항). 물론 원장도 단순한 행정직이 아닌 직접 조세심판에 관여하는 '조세심판관'이다. 다만 조세심판원장은 조세심판관에게 적용되는 임기 및 신분상 보장, 당연퇴직사유 등이 적용되지 않는다(「국세기본법」 제67조 제6항). 이러한 점에서는 독립성이 부족하다고 지적도 제기된다.[26]

조세심판관은 상임조세심판관과 비상임조세심판관으로 구분된다. 그러나 양자는 모두 조세·법률·회계분야에 관하여 전문지식과 경험을 갖춘 자로서(「국세기본법」 제67조 제4항) ① 조세에 관한 사무에 4급 이상의 국가공무원·지방공무원 또는 고위공무원단에 속하는 일반직공무원으로서 3년 이상 근무한 자 또는 5급 이상의 국가공무원·지방공무원으로서 5년 이상 근무한 자, ② 판사·검사 또는 군법무관의 직에 5년 이상 재직한 자, ③ 변호사·공인회계사·세무사·관세사 또는 감정평가사의 직에 6년 이상 재직한 자, ④ 공인된 대학에서 법률학·회계학·무역학·재정학 또는 부동산 평가학의 부교수이상의 직에 재직한 자의 각

24) 김범준, "조세심판제도의 실무적 개선방안과 입법론", 조세법연구, 제15권 제1호, 2009, 163면 이하.
25) 서희열, 앞의 논문, 13면.
26) 신봉기 외, 앞의 연구보고서, 242면.

해당하는 자격을 가져야 한다(「국세기본법 시행령」 제55조의2 제1항).

조세심판관의 신분은 법적으로 '임기보장'과 '신분보장'으로 보장된다. 이는 조세심판관의 신분보장(인적 독립)을 통하여 전문성·독립성을 확보하고자 하는 정책이다. 구체적으로 조세심판관의 임기는 3년으로 하고 2차에 한하여 연임할 수 있다.아 울러 조세심판관에 대한 당연퇴직사유를 규정하고 있는데, ① 금고 이상의 형의 선고를 받았을 때, ② 장기의 심신쇠약으로 직무를 수행할 수 없게 된 때에 해당하는 경우가 아니면 본인의 의사에 반하여 면직되지 않는다고 규정되어 있다(「국세기본법」 제67조 제5항).

상임조세심판관은 원장과 마찬가지로 고위공무원단에 속하는 일반직 또는 별정직 공무원 중에서 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하도록 규정하고 있다.[27] 다만, 상임조세심판관의 경우도 국무총리가 해당 업무의 관련부서인 기획재정부장관과 행정안전부장관의 의견을 들을 수 있도록 규정하여 전문성에 대한 검증을 보완하고 있다.[28] 따라서 상임조세심판관은 국장급 공무원으로서 그 임무는 심판관회의에서 주심 및 배석심판관을 담당한다.

비상임조세심판관의 임용은 심판업무에 필요한 비상임조세심판관으로서 조세심판원장의 제청으로 국무총리가 예산의 범위에서 위촉한다.[29] 이들은 상임심판관과 동수 이상의 인원이 참여하여 자유심증에 따라 다수결로 의결함으로써 공정하고 심도 있는 심판이 이루어지도록 하는데 기여하고 있다. 따라서 이러한 비상임조세심판관을 조세담당공무원 이외의 자인 민간전문가를 위촉함으로써 상임조세심판관이 가지지 못한 객관성을 담보하고자 하는 제도적 취지로서 어느 정도의 객관성을 확보할 수 있다고 보여 진다.[30]

그러나 조세심판원의 위와 같은 원장, 상임조세심판관의 인적 구성은 현직 조세공무원이 참여한다는 점에서 현실적으로 심판기관의 객관성을 인정받기 어렵다는 견해도 있다. 물론 비상임조세심판관을 이러한 정당성 및 객관성 확보차원에서 임명한다고는 하지만 이 역시 상임조세심판관의 판단을 넘어서기는 역부족이므로 논란이 된다는 것이다.[31] 즉 같은 행정조직의 심판관이 직접 심판을 한다는 점에서는 권리구제절차가 가진 기본적인 인적 독립에 의한 심사의 객관성을 확보

27) 「국세기본법」제67조 제3항.
28) 「국세기본법 시행령」제55조의4 제1항.
29) 「국세기본법 시행령」제55조의4 제2항.
30) 신봉기 외, 앞의 연구보고서, 243-244면.
31) 신봉기 외, 앞의 연구보고서, 244면.

하는 데에는 실패하였다고 볼 수 있다고 하며, 이러한 조세심판관의 인적 독립성의 부족에 다수의 사건을 처리한다는 점에서 심판기구 로서의 객관성과 공정성을 확보하기에는 부족하다는 지적이 가능하다.[32]

(3) 운전면허 등

도로교통법은 “이 법에 따른 처분으로서 해당 처분에 대한 행정소송은 행정심판의 재결(裁決)을 거치지 아니하면 제기할 수 없다”(제142조)라고 규정함으로서 필요적 행정심판전치주의를 취하고 있다. 동법에 따르면, 동법상의 운전면허취소처분 등에 대하여 지방경찰청장에게 이의신청을 할 수 있도록 하면서, 그 이의신청 여부와 관계없이 행정심판법에 의한 행정심판청구를 할 수 있도록 함과 동시에 행정소송에 있어 재결전치주의를 채택하고 있다(제94조).

2. 필요적 특허심판전치의 합헌성

가. 필요적 행정심판전치의 위헌성 여부

(1) 헌법 제107조 제3항의 해석

행정심판이란 행정기관이 행하는 행정쟁송절차인바, 행정상 법률관계의 형성이나 법률사실의 존부·진부에 대한 분쟁을 행정기관이 심리·판단하는 절차로서 실정법상으로는 행정심판 이외에 이의신청·심사청구·심판청구·재결신청·불복신청 등의 명칭으로 사용되고 있다.

헌법 제107조 제3항에서 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다.”라고 규정하고 있으며, 이에 따라 「행정심판 절차를 통하여 행정청의 ‘위법 또는 부당한’ 처분이나 부작위로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제하고, 아울러 행정의 적정한 운영을 꾀함」을 목적으로 지난 1984년 12월 15일 법률 제3755호로 제정된 「행정심판법」은 행정심판에 관한 일반법으로서 기능하고 있다. 그 밖에도 국가공무원법, 국세기본법, 도로교통법 등에서 행정심판 절차에 관한 특칙을 정하고 있다.

행정심판과 행정소송의 관계는 종래에는 행정심판을 거쳐야만 행정소송의 제

32) 이는 곧 행정심판제도에서 행정심판위원이 주로 민간전문가로 구성되어 객관성을 확보한다는 점과 비교할 때, 심판기관 구성이 심리의 공정성을 해치는 문제점으로 등장할 수 있다고 하며 이는 곧 조세심판원의 주사법적 기능의 미흡으로 연결된다고 한다.; 서희열, 앞의 논문, 23면.

기가 가능한 이른바 '행정심판전치주의'가 원칙이었으나, 오늘날에는 행정소송 제기에 앞서 행정심판을 선행할 것인지는 당사자가 임의적으로 결정할 수 있다. 물론 행정소송에 있어 행정심판의 재결을 필수요건으로 삼는 필요적 (행정심판)전치주의의 적용례가 여전히 존재한다. 「국가공무원법」 소정의 소청심판, 「국세기본법」 소정의 국세심판, 「도로교통법」 소정의 운전면허처분에 관한 행정심판, 「특허법」 소정의 특허심판 등이 바로 그것이다.[33]

행정심판은 행정상 분쟁에 관하여 사실관계를 인정하고 법을 적용하여 그 분쟁을 심리·판단하는 판단작용의 성질과 행정의사의 표현으로서 분쟁관계를 규율함으로써 행정목적을 실현하는 행정행위의 성질을 함께 지니고 있다. 이러한 이중적 성격 중 어느 쪽에 더 비중을 둘 것인가는 입법정책적 문제이나, 현행 우리 헌법은 판단작용으로서의 성격을 강조하고 있다고 볼 것이다.[34] 따라서 행정심판 역시 넓은 의미의 사법절차로 보아야 한다. 현행 헌법 제107조 제3항은 이를 분명히 확인하고 있다. '법률의 근거'와 '사법절차의 준용'이라는 요건을 충족한 행정심판은 넓은 의미의 사법구제절차에 포함된다 할 것이다.

헌법 제107조 제3항의 내용은 현행 헌법에서 처음 규정된 것으로서, '행정심판이 재판을 받을 권리를 침해하는 것인가'라는 논쟁을 불식하기 위하여 제정되었다. 현행 헌법 제107조 제3항의 규정으로 행정심판의 헌법적 근거가 마련됨으로서 적어도 행정심판이 재판을 받을 권리를 침해한다는 논란은 종식된 것으로 보여 진다.

다만 "재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다."는 규정의 해석상, 재판의 전심절차로서 행정심판을 거칠 것인지는 오로지 청구인의 임의적 결정에 따라야 하는 이른바 '임의적 행정심판전치주의'여야 하는지, 아니면 입법자가 구체적 사정에 따라 필요적 전치주의 또는 임의적 전치주의를 선택적으로 결정할 수 있는지에 대해 견해의 대립이 있을 수 있다.

이 문제는 2가지 측면에서 분석이 필요하다. 하나는 행정심판전치의 형태(임의주의, 필요주의)에 관한 사항이 입법정책적 결단사항이 될 수 있는지, 또 하나는 만약 필요적 전치주의를 선택할 경우 삼심재판제도의 예외성을 인정하게 되는

33) 「행정소송법」 제18조 (행정심판과의 관계) (1) 취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다. 다만, 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 그러하지 아니하다.

34) 김민호, 행정법, 박영사, 2018(출간예정), 423면.

바, 헌법상 재판의 심급제도는 반드시 3심제여야 하는지를 각각 검토해 보아야 한다.

(2) 행정심판전치의 형태에 관한 문제

구 행정소송법[35]은 취소소송 등 행정소송을 제기하려면 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에는 이에 대한 재결을 거치도록 하는 필요적 행정심판전치주의를 채택하고 있었으나, 1994. 7. 27 법률 제4770호로 행정소송법이 개정되어 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 취소소송 등을 제기할 수 있도록 하여 임의적 전치주의를 원칙으로 하고 다른 법률에 당해 처분에 대한 행정심판의 재결을 거치지 아니하면 취소소송 등을 제기할 수 없다는 규정이 있는 때에는 행정심판의 재결을 거치도록 하는 필요적 행정심판전치주의를 예외적으로 인정하고 있다.

이처럼 원칙적으로 행정심판임의주의를 취하면서 예외적으로 필요적 행정심판전치주의를 채택하는 이유는 당해 처분이 전문적이고 기술적인 경우이어서 그에 대한 판단을 법률가인 법관에 의한 사법적인 판단보다는 전문가로 구성되는 행정심판위원회에 맡기는 것이 적절한 때, 행정청의 재량권의 행사가 위법하지 않고 부당한 경우라도 사회정책적 고려에서 상대방을 구제하여 주는 것이 적절한 때, 유사한 행정처분이 대량적·반복적으로 행하여지므로 사법부의 부담을 들어 주고 행정의 통일성을 확보할 필요가 있는 때 등을 들 수 있다.[36]

현행 헌법 제107조 제3항의 문언만으로는 행정심판전치의 형태가 임의주의만을 의미하는지 아니면 필요주의와 임의주의를 모두 인정하고 있는 것인지를 명확히 알 수는 없으나, 국가공무원법, 국세기본법, 도로교통법 등 필요주의를 취하고 있는 현행 법률이 있다는 점, 여전히 필요적 행정심판전치가 요구되는 영역이 존재한다는 점 등을 고려한다면 헌법 제17조 제3항의 규정이 행정심판전치의 형태에 대해서는 특별히 제한을 두고 있지 않은 것으로 보인다. 다만 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있으므로 행정심판의 전치가 ‘국민의 재판을 받을 권리’를 본질적으로 침해하여서는 안 된다. 따라서 행정심판의 전치가 국민

35) 1994. 7. 27. 법률 제4770호로 개정되기 이전의 행정소송법 제18조 제1항, 제38조 제2항.
36) 전극수, “2011.1.1 시행된 지방세기본법에서의 행정심판전치주의에 관한 연구”, 공법연구 제40집 제1호, 2011.10, 506면.

의 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하지 않는 한 그 전치의 형태는 입법자의 결단사항인 것으로 해석하는 것이 타당하다.

헌법재판소도 "헌법 제107조 제3항은 "……행정심판의 절차는 법률로 정하되……"라고 규정하고 있으므로 입법자는 행정심판을 통한 권리구제의 효율성, 행정청에 의한 자기시정의 개연성, 문제되는 행정심판사항의 특성 등 여러 가지 요소를 감안하여 입법정책적으로 행정심판절차의 구체적 모습을 형성할 수 있다 할 것이다."라고 결정[37]하여 이 같은 입장을 취하고 있다.

입법자가 행정심판전치의 형태를 결정할 때에는 법원 및 사안의 전문성, 심판 및 소송의 경제성 등 여러 요인을 고려하여야 한다.[38] 특히 필요적 심판전치주의가 필요한 이유는 행정처분이 대량으로 이루어지는 경우 그 처분에 대한 심판에 일관성, 통일성을 기하여야 하는 점, 심리의 내용에 전문성을 확보하여야 하는 점, 법원의 자원에 부담을 줄여야 하는 점 등을 제시할 수 있다.[39]

(3) 재판의 심급제도에 관한 문제

헌법 제27조 및 제107조의 해석상 재판의 심급제도는 반드시 3심제여야 하는지에 대한 검토가 필요하다. 왜냐하면 현행 특허심판제도는 행정심판을 필요적으로 전치하고 있을 뿐만 아니라 특허심판원의 재결에 불복할 경우 고등법원급인 특허법원에 소송을 제기하도록 하고 있으므로 법원에 의한 재판은 특허법원-대법원의 2심제 구조를 취하고 있으므로 만약 헌법의 해석상 재판은 반드시 3심제여야 한다면 이러한 2심적 구조 자체가 위헌이기 때문이다.

이에 대해 헌법재판소는 "재판이란 사실확정과 법률의 해석적용을 본질로 함에 비추어 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 한 차례의 심리검토의 기회는 적어도 보장되어야 할 것이며, 또 그와 같은 기회에 접근하기 어렵도록 제약이나 장벽을 쌓아서는 안 된다고 할 것으로, 만일 그러한 보장이 제대로 안되면 재판을 받을 권리의 본질적 침해의 문제가 생길 수 있다고 할 것이다. 그러나 모든 사건에 대해 똑 같이 3차례의 법률적 측면에서의 심사의 기회의 제공이 곧 헌법상의 재판을 받을 권리의 보장이라고는 할 수 없을 것이다."라고 결정[40]하여

37) 헌법재판소 2001. 6. 28.자 2000헌바30 결정.
38) 김청규, "행정심판 전치범위의 확대방안에 관한 고찰", 「중앙법학」 제7집 제2호, 중앙법학회, 2005, 64면.
39) 김청규, 앞의 논문, 73면.

재판의 심급제도가 반드시 3심제가 아니라는 사실만으로 국민의 재판을 받을 권리를 침해한 것은 아니라는 입장이다.

현행 헌법 제101조 제2항은 "법원은 최고법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다."라고 하여 심급재판제도를 규정하고 있다. 하지만 3급심을 반드시 보장해야한다는 명문의 규정은 없다. 오히려 헌법 제110조 제4항은 비상계엄하에서 특수한 경우 군사법원을 단심으로 할 수 있음을 규정하고 있다.

대법원과 하급법원으로 구성되는 심급제도의 보장은 입법자가 상소가능성을 전면적으로 배제할 때 위헌이 되는 것이지, 2심이나 3심 혹은 4심 등의 특정한 심급을 입법자가 보장해야 하는 것은 아니라는 것이다.[41] 대법원도 양형의 부당·사실의 오인 등 사실심의 상고제한은 3심제 그 자체에는 위배되지만 합리적인 이유가 있는 경우에는 위헌이 아니라고 판시[42]하고 있다. 상고심을 순전한 법률심으로 하여 법령위반을 이유로 하는 때에 한하여 상고를 할 수 있다고 하든가 또는 법령위반 이외에 양형부당이나 사실오인의 경우에도 상고 할 수 있는가, 하는 것은 입법정책의 문제이지, 위헌 여부의 문제는 아니고, 우리나라에서 일반적으로 3심제를 유지하고 있는 것은 사법작용상 본질적인 의미에서가 아니라 장기적인 제도운영의 결과라는 것이다.[43] 결국 우리 헌법이 대법원을 최고법원으로 규정한 이상 개별입법이 심급제를 완전히 폐지해 버리거나 대법원에의 상고를 부당하게 제한하는 것은 입법정책의 문제가 아니라 '재판을 받을 권리'를 침해하는 위헌적인 처사지만 합리적인 이유와 방법에 따른 상고 허용 여부의 문제는 결국 입법정책과 입법재량의 문제로 귀결된다는 것이 통설이자 헌법재판소와 대법원의 일관된 입장이다.[44]

(4) 단기 제소기간에 관한 문제

현행 행정심판법이나 행정소송법은 행정심판 또는 행정소송의 제소기간을 처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내로 규정하고 있음에 반하여 특허법 제186조 제3항과 제4항의 심결 등에 대한 소의 경우 제소기간을 '심결 또는 결정의 등본

40) 헌법재판소 1992. 6. 26.자 90헌바25 결정.
41) 박선영, "헌법 제27조 제1항의 '재판을 받을 권리'와 심급제에 관한 소고", 「유럽헌법연구」 제18호, 유럽헌법학회, 2015, 234면.
42) 대법원 1966. 11. 22.선고 66도1240 판결; 대법원 1987. 4. 14.선고 87도350 판결 등.
43) 법제처, 헌법주석서I, 2010, 166면.
44) 박선영, 앞의 논문, 234면.

을 송달받은 날부터 30일 이내'에 제기하도록 하고 있는 바, 이처럼 제소기간을 단기로 제한하는 것은 위헌이라는 주장이 있다.

하지만 특허사건의 경우 오히려 당사자의 권리구제절차를 신속히 하여 권리관계를 조속히 확정하여 주는 것이 당사자에게 유리할 수 있다. 기술의 발달이 급속한 지금의 산업환경 하에서는 산업재산권에 대한 법률관계를 신속하게 확정하는 것이 필요하다는 것이다. 단지 제소기간이 단기라고 해서 국민의 재판받을 권리가 침해되었다고 할 수는 없다. 재판받을 권리를 실현하는 구체적 절차와 형식은 입법재량에 속한다는 것은 통설적 입장이다.

나. 필요적 행정심판전치의 유용성

행정심판은 약식쟁송이라는 점에서의 절차적 불완전성과 심판대상인 행정기관 자신이 심판자의 지위에 서게 되는 점에서의 절차적 불합리성을 내포하고 있음에도 불구하고 쟁송법상 중요한 역할을 담당한다.

첫째, 자율적 행정통제의 기능을 들 수 있다. 행정심판은 행정권이 사법권의 간섭을 받지 아니하고 행정권 행사에 있어서의 과오를 자기반성에 의하여 자체적으로 시정함으로써 행정권의 지위를 보장하고 권력분립의 원칙을 유지하는 데 조력한다.[45]

둘째, 행정능률의 보장 기능이다. 법원에 의한 분쟁의 종국적 판단은 심리절차의 공정 및 신중으로 말미암아 현실적으로 상당한 시간적·경제적 비용이 요구된다는 한계를 지니고 있으므로 신속·간편한 행정심판을 인정함이 분쟁의 신속한 해결을 도모하게 되어 행정능률의 보장에 기여하게 된다.[46]

셋째, 행정청의 전문지식 활용이라는 기능도 발휘된다. 고도로 복잡화된 현대행정은 수많은 사회적·경제적 문제의 해결을 위한 전문성과 기술성을 필요로 하지만, 사법부의 일반 법원조직은 이러한 전문적·기술적 문제의 처리에 있어 적합하지 않은 점이 많으므로 전문기관인 행정청으로 하여금 그에 관한 분쟁을 심판하게 하려는 것이다.[47]

넷째, 소송경제의 확보 기능을 간과하여서는 아니 될 것이다. 재차 강조하거니와 사법절차는 시간적·물리적·경제적으로 막대한 비용이 소요된다. 이에 비하여

45) 김민호, 앞의 책, 424면.
46) 김민호, 앞의 책, 425면.
47) 김민호, 앞의 책, 425면.

행정심판은 이러한 비용을 절감할 수 있으며, 행정소송 제기 이전에 행정심판을 거침으로써 불필요한 제소나 남소(濫訴)를 방지하여 법원의 소송 부담을 경감시키는 실질적 효과를 갖고 있다.[48]

다섯째, 권익구제의 폭을 확대하는 기능도 있음을 부인할 수 없다. 가령 행정소송의 한 유형인 취소소송의 경우 '처분 등' 행정작용의 위법을 법원에서 판단하는 구조에 놓여 있기 때문에 원칙적으로 임의적인 행정심판을 거치지 않고 항고소송을 제기하면 원고가 되는 '처분 등'의 상대방 또는 그 위법을 다투는 제3자는 행정권의 행사가 '법규에 적합한가 아니면 법규에 위반한 작용인가?'하는 합법성 여부 심사에 국한되는 판단을 받게 된다. 따라서 위법하거나 부당한 '처분 등'에 대한 심판이 가능한 행정심판에서는 '재량적 행정작용을 적정하게 함으로써 행정권의 행사가 공익 목적에 적합한가?'라는 합목적성 여부 심사를 포함하고 있다는 점에서 정당하지 않은 부당한 '처분 등'을 통제하는 차원에서 행정심판 청구인에 대한 권익구제의 길을 넓혀주고 있다고 볼 것이다.[49]

따라서 행정심판의 필요적 전치가 그 운영이나 절차로 인하여 국민의 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하지 않는 한 필요적 행정심판전치로 인하여 실현되는 권리구제적 효용성이 크다면 이를 특별히 제한할 이유는 없을 것으로 보인다.

다. 필요적 특허심판전치의 필요성

행정심판의 필요적 전치가 국민의 권리구제적 효용성이 있는 때에는 이를 인정한다고 해서 헌법상 국민의 재판을 받을 권리를 침해하지는 않는다. 그렇다면 특허무효심판의 성격상 필요적 전치주의를 취해야 할 필요성이 있는지를 검토해 보아야 한다.

주지하는 바처럼 조세심판도 필요적 심판전치주의를 채택하고 있다. 그 필요성에 대해서는 대체적으로 다음과 같은 논리가 제시된다. 첫째, 행정청 스스로에게 자기시정의 기회를 줄 필요가 있다. 둘째, 청구가 인용되는 경우 간이·신속한 해결로 쟁송경제를 도모할 수 있다. 셋째, 조세사건은 매우 빈번하게 발생하는 사건으로서 이처럼 대량적 사건에 대해 일관성·통일성을 기할 필요가 있다. 넷째,

48) 김민호, 앞의 책, 425면.
49) 김민호, 앞의 책, 425면.

다수 사건 전부가 법원에 제기되어 법원의 부담이 늘어나는 상황을 방지할 필요가 있다. 다섯째, 행정청의 전문성을 활용할 필요가 있다.[50]

결국 특허심판 역시 이러한 관점에서 필요적 전치의 타당성을 검토해 보아야 할 것이다. 특히 주의 깊게 검토해야 할 기준은 전문성과 신속성에 대한 요구이다. 이에 대해서는 필요적 전치를 지지하는 견해와 반대하는 입장의 차이가 존재한다.

(1) 공정성

특허심판의 필요적 전치를 지지하는 자들은 현행 제도가 ① 심판제도는 사법제도를 준용하므로 소송과 동일한 공정성을 확보하고 있다는 점, ② 특허법 또는 특허 관련 박사학위 소지자 또는 변리사 등 자격을 가진 전문가를 심사관으로 채용 후 수년간의 심사경험과 훈련을 거친 인력만 심판관으로 선발하고 있다는 점, ③ 2015년 기준 심결 중 86.2%는 법원 소송 단계로 이르지 않아 신속하고 효율적으로 권리구제가 실현된 것으로 보인다는 점, ④ 심판관은 기술을 직접 파악하여 특허성을 판단할 수 있으나, 법관은 기술심리관의 도움을 받아야 하므로 시간 및 비용의 낭비를 초래할 수 있다는 점 등을 고려해 볼 때 공정성이 담보된다고 주장하고 있다.

반면에 제도의 개선을 요구하는 주장의 논거는 ① 특허청장이 심판관에 대한 인사권을 가지고 있는 지금의 제도 하에서는 특허심판원의 독립성과 공정성이 담보될 수 없다는 점, ② 현행 교육시스템으로는 심판관의 자질을 신뢰하기 곤란하다는 점, ③ 행정심판과 달리 특허심판의 경우 심판마다 비용이 지출된다는 점 등이다.

(2) 절차의 중복

필요적 전치의 폐지를 주장하는 자들은 현행 특허심판은 적극적·소극적 권리범위확인심판을 그 내용으로 하는 까닭에 법원의 침해소송과 판단과정 및 내용이 중복된다는 이른바 절차의 중복을 비판하고 있다. 반면에 필요적 전치가 유지되어야 한다고 주장하는 자들은 오히려 유사특허에 대해 법원의 소송과 특허심판이 별개로 진행된다면 특허성 판단의 통일성을 저해할 수 있다고 반박한다.

---

50) 대법원 1988. 2. 23. 선고 87누704 판결; 1986. 9. 9. 선고 86누254 판결 등.

특허권 침해소송 법원에서 대상 특허발명의 신규성 및 진보성을 판단할 수 있고, 자유실시기술의 항변 법리로 인하여 권리범위확인심판에서도 확인대상발명의 신규성 및 진보성을 판단할 수 있으므로 판단이 상충하는 결과가 발생할 수 있다.[51] 따라서 절차의 중복문제가 아니라 오히려 특허성 판단의 통일성을 위해서라도 특허심판이 필요적으로 전치되어야 한다.

(3) 재판받을 권리

무효심판에 있어 특허심판의 경우 사법적 절차에 따른 사실심은 특허법원 1회로 제한되므로 재판을 받을 권리를 침해하고 있다는 비판에 대하여, 필요적 전치가 유지되어야 한다고 보는 입장에서는 오히려 무효확인소송 1심을 지방법원 관할로 할 경우 지방법원의 전문인력이 부족하여 충실한 국민의 권리구제를 저해할 수 있다는 반론을 제기하고 있다.

재판을 받을 권리의 구체적 실현형태는 입법재량으로서 그 형태만으로 재판을 받을 권리가 침해되었다고는 보기 어렵다. 형태적 측면보다는 실질적으로 국민권익구제 수단 및 절차가 제한적이고 불합리하다면 재판을 받을 권리가 침해되었다고 볼 수 있다. 결론적으로 특허심판을 필요적으로 전치하였다는 형식적 사실만으로 재판을 받을 권리가 침해되었다고 단정할 수는 없다.

(4) 소결

일반 행정심판과 달리 특허심판은 고도의 기술전문성과 심사심판 경험을 통한 청구항의 해석능력, 특허법 지식이 필요하다는 점을 부인하기는 어렵다. 또한 행정청의 전문지식을 활용하는 것이 국민 권익구제에 유용할 수 있고, 행정청 스스로 자율적 · 능률적으로 신속하게 행정처분의 위법을 시정할 수 있으며, 법원의 부담을 경감하는 장점도 있다.

특허 등 전문기술적 성격을 가지는 사건에 대하여 행정심판의 재결이 제3자적 독립성이 확보된 합의제의결기관에 의하여 행해지는 경우에는 이러한 행정심판은 사실상 1심의 기능을 담당하고 있는 것으로서 특허심판원, 특허법원, 대법원의 불복절차는 형식적으로는 2심제로 운영되지만 실체적으로는 3심제로 운영된다고

51) 정차호, 권리범위확인심판 및 침해소송에서의 공지기술의 항변 및 자유실시기술의 항변, 성균관법학 제27권 제3호, 2015.9, 292면.

볼 수 있다.

과거 특허심판제도는 특허청의 심판소와 항고심판소를 거친 심결에 대하여 대법원에 바로 상고하도록 하여 위헌의 문제가 제기되었다. 헌법재판소는 법률심인 대법원에서만 심리가 이루어져 사실관계에 대하여 법원의 판단을 받지 못하는 결과를 초래하는 구 제도가 위헌이라고 판단하였던 것이다. 하지만 현행 제도는 헌법재판소가 지적한 법원에서의 사실심 판단을 위하여 특허법원이 사실심을 수행하도록 하고 있으므로 위헌성은 제거되었다고 보여 진다.

하지만 여전히 위헌성 제거와는 별도로 국민의 권리구제의 실효성과 신뢰성 제고차원에서 '공정성'을 담보할 수 있는 제도개선이 필요하다. 인사제도 개선을 통한 특허청과 심판원 상호간의 독립성 강화 문제, 사법적 분쟁해결의 기본 이념을 충실히 반영한 심판절차의 개선 문제 등에 대한 공론화가 필요할 것으로 보인다.

Ⅴ. 특허심판의 제도개선 방안

1. 전문성 및 독립성의 강화

특허심판의 독립성을 강화하기 위한 방안으로 '특허심판원을 특허청으로부터 분리하는 방안'과 '중앙행정심판위원회에 통합하는 방안'이 을 검토된 바 있다. 위헌성은 전혀 문제될 것이 없는 수준이지만 그럼에도 불구하고 특허심판행정의 품질을 더욱 높이기 위하여 독립성, 공정성, 전문성을 제고하기 위한 노력은 계속되어야 할 것이다.

특허심판원을 특허청으로부터 구조적으로 분리시키는 방안은 ①비용·효과분석 결과, 제도개편에 따른 혼란에 비해서 분리·독립의 실익이 크지 않다는 점, ②전문지식을 갖춘 심판인력을 안정적으로 수급하기 곤란하다는 점 등에서 바람직하지 않다는 연구결과가 있다.[52)]

현제 국민권익위원회에 소속되어 있는 중앙행정심판위원회에는 국가보훈사건, 도로교통법사건, 정보공개청구사건 등에 대해서 전문위원회를 두고 있는데 중앙행정심판위원회의 조직 운영상 특허심판을 전담하는 전문위원회를 설치·운영하는 것이 현실적으로 곤란 할 것으로 보인다. 현행처럼 특허심판원을 독립적으로 운

52) 한국행정학회, "특허심판의 공정성과 독립성 강화를 위한 조직 및 제도 연구", 특허청 발주 연구용역 보고서, 2016.

영하는 것이 가장 바람직하다. 다만 특허심판원의 전문성·독립성을 강화하기 위해 몇 가지 제도개선이 필요하다.

첫째, 심판관의 직무상 독립성을 보장하고 전문성이 강화되어야 한다. 특허쟁송의 한 주축인 특허심판제도는 원론적으로 법치행정의 기반 하에 민사소송의 이념인 적정, 신속, 공평, 경제와 특허법의 목적인 권리보호와 이용도모를 통한 산업발전에 기여라는 명제가 적절히 조화를 이룰 수 있도록 운영해 나가야 한다.[53] 심판관의 직무독립은 심판업무에만 전념할 수 있도록 심판지원 인력 및 시스템이 보완되어야 한다. 현행법상 심판의 구술심리 조서작성은 특허심판원장이 지정하는 직원이 심판장의 명을 받아 하도록 되어 있는데, 심리내용의 공공성 내지는 공정성을 충분히 담보하기 위해서는 조서의 작성을 특허청장이 임명하는 사무관으로 하여금 담당하게 하는 심판서기관제도 도입이 필요하다.[54]

둘째, 심판관에 대한 인사제도가 개선되어야 한다. 대부분의 행정심판위원회는 변호사, 법학교수, 의사 등 전문가 등 외부인사로 구성되는 것이 일반적이다. 물론 공무원으로 보해지는 상임위원은 있다. 하지만 심판위원 모두가 공무원인 심판관으로 구성된 경우는 특허심판이 유일하다. 따라서 특허심판원의 심판관 구성을 보다 개방적으로 개편 운영하여야 한다. 변리사, 변호사 등 전문가와 특허법 분야의 대학교수 등 외부 인사를 비상임 위원으로 대폭 확충함으로서 독립성 및 전문성에 대한 신뢰를 제고하여야 한다. 2017년 특허심판원은 외부전문가를 상임심판관으로 특별채용한 바가 있는데 이러한 특별채용이 대폭 확대되어야 할 것이다.

셋째, 심판관의 자격을 더욱 엄격하게 하여야 한다. 현재는 심판관의 자격을 '특허청 또는 그 소속기관의 공무원으로서 국제지식재산연수원에서 소정의 심사관 연수과정을 수료한 자(특허법 시행령 제8조)'로 하고 있는데, 앞으로는 심사경력기간을 늘리고 변리사, 변호사 업무를 10년 이상 수행한 자 등으로 심판관의 자격을 보다 강화할 필요가 있다.

2. 사법절차의 준용

필요적 전치주의가 적용되는 심판은 사법절차가 엄격히 준용되어야 한다. 특히

53) 김원오, "특허심판제도와 그 운영을 둘러싼 쟁점과 과제", 인하대학교 법학연구 제13집 제2호, 2010. 8., 117~157면.
54) 김원오, 앞의 논문, 117~157면.

특허심판처럼 1심 재판의 성격을 지니고 있는 경우에는 더욱 엄격한 사법절차가 준수되어야 한다.[55] 사법절차의 핵심적 구성요소는 독립성, 공정성, 대심적 심리구조, 당사자의 절차적 권리보장 등이다.[56]

특허심판의 대심적 심리구조를 개선하기 위해 구술심리와 집중심리를 더욱 보완·강화할 필요가 있다. 구술심리제도는 구체적 진실을 파악하여 심리의 충실을 기하고, 양당사자가 심판정에 직접 출석하여 진술하도록 함으로써 충분한 공격·방어의 기회를 주고 그 과정에서 상대방의 주장, 쟁점 및 심판진행에 대한 명확한 이해와 함께 결과에 대한 예측가능성을 높여줌으로써 심판의 신뢰도를 제고할 수 있으며, 집중심리제도와 결부되면 더욱 심리촉진을 기할 수 있다.[57] 집중심리제도는 1회의 서면공방 후 양 당사자로부터 주장과 증거 자료를 한꺼번에 제출받아 구술심리 및 기술설명회 등을 통하여 쟁점 및 증거를 조기에 정리하고 신속하게 결정을 내리는 제도이다.[58] 당사자가 구술심리를 신청한 경우 연계된 사건까지 포함하여 반드시 집중심리 대상이 되도록 운영한다면 사법절차의 기본이념인 대심주의 및 당사자의 권리보장 등이 제도적으로 담보될 수 있을 것으로 보인다.

Ⅵ. 결론

이상에서 필요적 특허심판전치주의의 법리적 허용가능성을 분석하였다. 이를 위하여 심판기관의 독립성·공정성 유무, 심리절차에 있어 사법절차의 준용 여부 등에 대해 살펴보았다. 결론적으로 행정심판의 필요적 전치가 그 운영이나 절차로 인하여 국민의 재판을 받을 권리를 본질적으로 침해하지 않는 한 필요적 행정심판전치로 인하여 실현되는 권리구제적 효용성이 크다면 이를 특별히 제한할 이유는 없다고 판단하였다.

특허심판은 ① 심판제도는 사법제도를 준용하므로 소송과 동일한 공정성을 확보하고 있다는 점, ② 특허법 또는 특허관련 박사학위 소지자 또는 변리사 등 자격을 가진 전문가를 심사관으로 채용 후 수년간의 심사경험과 훈련을 거친 인력만 심판관으로 선발하고 있다는 점, ③ 2015년 기준 심결 중 86.2%는 법원 소

55) 최영규, “행정심판의 기능과 심판기관의 구성-‘행정심판의 사법화’에 대한 이의”, 행정법연구, 제42호, 행정법이론실무학회, 2015, 51면.
56) 헌법재판소 2000. 6. 1. 자 98헌바8 결정.
57) 김원오, 앞의 논문, 117~157면.
58) 김원오, 앞의 논문, 117~157면.

송 단계로 이르지 않아 신속하고 효율적으로 권리구제가 실현된 것으로 보인다는 점, ④심판관은 기술을 직접 파악하여 특허성을 판단할 수 있으나, 법관은 기술심리관의 도움을 받아야 하므로 시간 및 비용의 낭비를 초래할 수 있다는 점 등을 고려해 볼 때 공정성이 담보된다고 보여 진다. 또한 유사특허에 대해 법원의 소송과 특허심판이 별개로 진행된다면 특허성 판단의 통일성을 저해할 수 있다는 점에서 특허심판이 절차의 중복문제를 야기 시키지는 않는 것으로 판단된다. 아울러 특허심판의 필요적 전치를 폐지하고 무효확인소송 1심을 지방법원 관할로 할 경우 지방법원의 전문인력이 부족하여 충실한 국민의 권리구제를 저해할 수 있다. 하지만 여전히 위헌성 제거와는 별도로 국민의 권리구제의 실효성과 신뢰성 제고차원에서 공정성을 담보할 수 있는 제도개선이 필요하다. 심판관의 직무상 독립성을 보장하고 전문성이 강화되어야 한다. 심판관 구성을 보다 개방적으로 개편 운영하여 변리사, 변호사 등 전문가와 특허법 분야의 대학교수 등 외부인사를 비상임 위원으로 대폭 확충함으로서 독립성 및 전문성에 대한 신뢰를 제고하여야 한다. 또한 필요적 전치주의가 적용되는 심판은 사법절차가 더욱 엄격히 준용되어야 하므로 특허심판의 대심적 심리구조를 개선하기 위해 구술심리와 집중심리를 더욱 보완·강화할 필요가 있다. 당사자가 구술심리를 신청한 경우 연계된 사건까지 포함하여 반드시 집중심리 대상이 되도록 제도개선이 필요하다.

(논문투고일: 2017.11.12., 심사개시일: 2017.11.14., 게재확정일: 2017.12.11.)



김 민 호 · 김 현 경

행정심판전치주의, 특허심판, 특허심판원, 무효심판, 특허소송

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김기표, 신행정심판법론, 한국법제연구원, 2003.

김민호, 행정법, 박영사, 2018(출간예정).

법제처, 헌법주석서I, 2010.

Ⅱ. 논문

김범준,“조세심판제도의 실무적 개선방안과 입법론”,조세법연구,제15권 제1호, 2009

김원오 외,『권리범위확인심판 존폐론 연구』, 지식재산연구센터, 2000.12.

김원오, 특허심판제도와 그 운영을 둘러싼 쟁점과 과제, 法學硏究第13輯 第2號

김원오, 표호건, “권리범위확인심판의 존폐문제연구”, 지적재산권연구센터, 2000.

김청규, “행정심판 전치범위의 확대방안에 관한 고찰”, 「중앙법학」 제7집 제2호, 중앙법학회, 2005.

박선영, “헌법 제27조 제1항의 ‘재판을 받을 권리’와 심급제에 관한 소고”, 「유럽헌법연구」 제18호, 유럽헌법학회, 2015, 2

박정희, “권리범위확인심판제도의 폐지 필요성에 대한 고찰”,「특허소송연구」제3집, 특허법원, 2005.

, “특허무효심판에서의 특허의 정정”,「특허소송연구」제4집, 특허법원, 2008.

성낙인, (헌법-자유권과 평등권)재판청구권과 특허심판청구권, 고시계41(4), 1996.

신봉기외, 특별행정심판 제도에 관한 연구, 경북대 산학협력단, 2009.

서희열,“국세심판제도의 평가와 장단기 개편방안”, 세무학연구 제22권 제3호, 2005.9

유일언,“미국의 연방조세법원제도에 관한 연구”,법학연구(충남대), 제6권 제1호,1995.12.

전극수, “2011.1.1 시행된 지방세기본법에서의 행정심판전치주의에 관한 연구”, 공법연구 제40집 제1호, 2011.10.

정차호, “특허심판원의 나아갈 방향: 세계 최고 심판품질의 달성”, 지식재산21,

통권 제104호, 특허청, 2008.
정차호, 권리범위확인심판 및 침해소송에서의 공지기술의 항변 및 자유실시기술의 항변, 성균관법학 제27권 제3호, 2015.9.
한국행정학회, “특허심판의 공정성과 독립성 강화를 위한 조직 및 제도 연구”, 특허청 발주 연구용역 보고서, 2016.
최선웅, 행정심판의 헌법상 근거. 행정법연구, 제44집, 2016.
최영규, “행정심판의 기능과 심판기관의 구성-‘행정심판의 사법화’에 대한 이의”, 행정법연구, 제42호, 행정법이론실무학회, 2015,

Abstract

A Study on the Improvement of the System of Intellectual Property Trial & Appeal Board in Korea

Kim, Min Ho
Kim, Hyun Kyung

In Korea, after all the types of disputes such as patent, design, trademark, all industrial property rights, extension of duration, permission of commercial license, etc. must be examined by the Intellectual Property Trial & Appeal Board before lawsuit. Recently, the Korean Bar Association issued a statement claiming to abolish such patent litigation system. The lawyers' assertion is not necessarily about the legal validity of patent litigation system, but rather about the business relationship with the patentee and the status and competence of the patent court. In order to decide the necessity of the patent litigation system, it is first necessary to investigate the actual condition of the current patent referee system and it should be accompanied with a review of whether the patent litigation system is valid in the constitution and the legal system of Korea. It is considered that there is no reason to limit the patent referee system. However the patent referee needs to improve the system to ensure fairness in order to improve the effectiveness and reliability of the people's rights remedy. The independence of the judges in terms of their duties shall be ensured and professional expertise shall be strengthened. The referee structure should be more openly reorganized and the trust of independence and professionalism should be improved by reconciling external experts such as patent attorneys, lawyers, and professors in the

field of patent law to non-standing committee members. In addition, judges to which the necessary preconceptions apply should be more strictly enforced in the judicial process, so it is necessary to further supplement or reinforce oral psychology and intensive psychology in order to improve the antecedent psychological structure of patent referees.



Kim, Min Ho · Kim, Hyun Kyung

the principle of the exhaustion of administrative remedies, Patent trial system, Intellectual Property Trial & Appeal Board, Invalidation trial, Ptent litigation.

개인신용정보 비식별 조치의 내용과 한계에 관한 연구

백승엽*
김일환**

【목 차】

Ⅰ. 문제제기
Ⅱ. 개인정보보호법상 개인정보의 의미와 비식별화
Ⅲ. 신용정보법상 한국신용정보원의 역할과 기능
Ⅳ. 신용정보법에서 비식별 조치와 그에 따른 문제점
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

현행 개인정보보호법상 개인정보란 특정한 개인을 '식별할 수 있는'정보를 의미한다. 개인정보를 대상으로 하는 조사, 수집, 보관, 이용 등의 행위는 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당하므로 개인정보보호법은 개인정보처리자가 당초 수집, 이용 목적 외로 개인정보를 이용 또는 제3자에게 제공하는 것을 원칙적으로 금지하고, 예외적으로 정보주체로부터 동의를 받은 경우 등에만 이를 허용한다. 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률(이하 신용정보법) 또한 신용정보회사 등이 개인신용정보를 타인에게 제공하는 경우 원칙적으로 신용정보주체의 개별 동의를 받도록 하고, 일부 예외적인 경우에만 동의 없는 제공을 인정하고 있다. 그러나 비식별(de-identification) 조치된 정보의 경우에는 양법 모두 정보주체의 동의 없이 개인신용정보를 제공 및 이용할 수 있도록 허용하고 있다. 특히 신용정보법은 비식별 정보에 대한 특별 취급을 하고 있는데, 첫째 신용조회회사는 개인신용정보를 그 지배주주 및 계열회사에게 제공할 수 없지만, 비식별 조치된 정보는 예외적으로 제공을 허용하고 있고, 둘째 신용정보회사 등이 '통계작성 및 학술연구 등을 위하여 필요한 경우로서 특정 개인을 알아볼 수 없는 형

* 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정 수료
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

태로 개인신용정보를 제공받기 위한 목적'으로 사용하는 자에게 개인신용정보를 제공하는 경우에는 정보주체의 동의 없이도 가능하며, 셋째 통계작성 및 학술연구를 목적으로 비식별 조치를 하면 정보주체의 동의 없이도 목적 외 이용이 가능하게 된다. 그러나 이러한 법적근거에도 불구하고 비식별 조치는 몇 가지 근본적인 문제점을 가지고 있다. 첫째 비식별 조치는 개인정보자기결정권의 핵심인 정보 주체의 동의권을 행사할 수 없도록 하는 조치임에도 불구하고, 그러한 기본권 제한의 근거를 신용정보법에서 위임하고 있지 않은 점, 둘째 비식별 조치 사유로서 통계작성과 학술연구 목적을 열거하고 있는 바, 이는 통계작성이나 학술연구 두 가지 목적이 아닌 다른 사유를 근거로 비식별 조치가 허용되지 않음으로써 본래의 도입 목적인 빅데이터 산업 활성화와는 상관없이 작동하게 되어 버린 점, 셋째 법문의 '통계작성 및 학술연구 등'이라는 개념이 포괄적이고 불확정적이며 예시적인 형태로도 해석이 가능하고, 대량의 정보가 저장, 조합, 분석되는 빅데이터 처리 과정에서 다른 정보와의 결합을 통해 당초의 개인신용정보로 재식별될 가능성을 무시할 수 없는 등 개인정보자기결정권이 침해될 수 있는 점, 다섯째 현행 법률은 물론이고 개정안 어디에서도 비식별 조치에 대한 구체적인 판단기준이나 한계의 불명확성으로 인해 그 위반행위에 대한 처벌 구성요건을 적용하기가 어려워 죄형법정주의에 위배될 수 있는 문제점을 가지고 있다.

Ⅰ. 문제제기

오늘날 빅데이터, IoT(사물인터넷) 등 새로운 IT 기술과 융합산업의 출현에 따라 개인정보의 활용도가 점증하고 있는 반면 효과적인 개인정보 처리 및 빅데이터 환경에서의 무분별한 수집/활용으로 인한 헌법상 보장된 국민의 기본권(개인정보자기결정권)이 침해되지 않도록 엄격히 보호되고 규제되어야 할 필요성 또는 매우 높아지고 있다.[1] 따라서 개인정보의 활용과 관련하여서는 신산업 발전과 개인정보의 보호라는 두 측면을 동시에 조화롭게 모색해야 하는 과제가 제기되고 있다.

개인정보보호법상 개인정보란 특정한 개인을 '식별할 수 있는'정보를 의미하며

1) 이에 관하여는 김일환, 개인정보의 보호와 이용법제의 분석을 위한 헌법상 고찰, 憲法學硏究 제17권 제2호, 2011. 353면 이하 참조.

개인정보를 대상으로 하는 조사, 수집, 보관, 이용 등의 행위는 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당하므로[2] 개인정보보호법은 개인정보처리자가 당초 수집, 이용 목적 외로 개인정보를 이용 또는 제3자에게 제공하는 것을 원칙적으로 금지하고, 예외적으로 정보주체로부터 동의를 받은 경우 등에만 이를 허용한다. 그러나 비식별(de-identification) 조치된 정보의 경우에는 정보주체의 동의 없이 개인신용정보를 제공 및 이용할 수 있도록 허용하고 있다. 즉 개인정보보호법은 정보 주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 없다고 판단된 때에 "통계작성 및 학술연구 등의 목적을 위하여 필요한 경우로서 특정 개인을 알아볼 수 없는 형태로 개인정보를 제공하는 경우"에는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있다고 함으로써 개인정보자기결정권의 예외적인 사유로 인정하고 있다.

신용정보법 또한 동법 시행령을 통해 '종합신용정보집중기관은 집중 관리하는 신용정보를 활용하여 통계작성 및 학술연구 등의 목적을 위하여 특정 신용정보주체를 식별할 수 없는 형태로 제공하고, 이 경우에는 정보주체의 동의 없이 개인신용정보를 제공 및 이용할 수 있다'고 규정함으로써 개인정보보호법과 유사하게 비식별 정보는 정보주체의 동의를 받지 않고 본래 목적 외 이용과 제3자 제공을 인정하고 있다. 신용정보법은 2015년 개정을 통하여 일련의 개인신용정보 누출 사건을 계기로 신용정보의 전 처리과정에 걸쳐 신용정보주체 및 신용정보의 보호에 초점을 맞추어 금융기관의 개별신용정보집중기관을 폐지하고 통합된 종합신용정보집중기관을 한국신용정보원으로 일원화 하였다. 그러나 한국신용정보원은 애초 개인신용정보의 보호나 이를 강화하고자 하는 소극적 차원을 넘어 신용정보의 집중 및 분석과 관련한 업무를 수행함으로써 적극적으로 공공 목적의 신용정보, 즉 빅데이터 이용을 가능하게 하고 있다. 또한 2016년에는 '금융분야 개인정보 비식별 조치 지원 전문기관'으로 지정되어 비식별 정보에 대한 제반 권한을 갖게 되었다.

이러한 흐름에 발맞추어 정부 또한 2016년 6월 국무조정실, 행정자치부, 방송통신위원회, 금융위원회, 미래창조과학부, 보건복지부 등 관계부처가 합동으로 현행 개인정보보호 법령의 틀 내에서 빅데이터가 안전하게 활용될 수 있도록 하는데 필요한 개인정보의 비식별 조치 기준과 비식별 정보의 활용 범위 등을 명확히

2) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190(병합).

제시하기 위한 개인정보 비식별 조치 가이드라인을 발표하였다. 그러나 이와 같은 법적, 행정적인 기준이 마련되었음에도 불구하고 비식별 조치는 몇 가지 문제점을 내포하고 있으며, 특히 신용정보법 안에서 비식별 조치 개념 자체는 물론이고 이에 대한 처벌규정의 취지, 그리고 비식별 조치 가이드라인에서 정보 간 결합을 인정하고 있다는 점에서 개인의 식별가능성이 완전히 소멸되는 것은 아니기 때문에 언제나 개인신용정보로 재식별될 가능성이 상존하고 있다. 본 논문에서는 이러한 비식별 조치 규정의 내용과 한계에 대하여 신용정보법 및 개인신용정보, 그리고 한국신용정보원의 업무와 관련하여 살펴보고자 한다.

Ⅱ. 개인정보보호법상 개인정보의 의미와 비식별화

1. 법상 보호되는 개인정보의 의미

1) 개인정보의 범위와 기준

현행 개인정보보호법은 모든 개인정보를 보호한 다음에, 민감한 개인정보를 위한 별도의 보호장치를 두고 있다. 먼저 이 법에 따라 보호되는 개인정보는 살아있는 개인에 '관한' 정보이어야 한다.[3] 따라서 특정 개인을 알아볼 수 없도록 가공되었거나 통계적으로 변환된 경우에는 특정 개인과의 관련성이 없고 식별이 어려우므로 개인정보에 해당하지 않는다. 법 제2조제1호는 개인정보를 '성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보'라고만 규정하고 있을 뿐 정보의 종류, 형태, 성격, 형식 등에 대해서는 특별한 제한을 두고 있지 않다. 따라서 개인을 알아볼 수 있는 정보에 해당하는 한, 모든 종류 및 모든 형태의 정보가 개인정보가 될 수 있다.[4]

다음으로 이 법에 따른 개인정보는 개인을 '알아볼 수 있는' 정보이어야 한다. 특정한 개인을 '식별할 수 있는' 정보가 개인정보에 해당한다. 여기에서 '식별'이

3) 헌법상 死者의 기본권주체성여부가 다툼의 대상이다. 곧 죽은 사람 자신의 기본권주체 인정여부는 예를 죽은 사람의 명예훼손은 해당 사람의 명예훼손인가, 또는 가(유)족의 명예훼손에 해당하는가가 논란이 되며, 이는 다시 누가 소송을 제기하는가의 문제, 死者의 이름으로 死者의 기본권침해를 이유로 가족 등이 대신 소송을 제기하는가, 아니면 가족 자신의 명예가 훼손되었음을 이유로 가족이 소송을 제기하는가 등의 문제로 연결된다. 태아나 死者는 기본권주체로 인정하여 보호할 수도 있고(거나), 이를 보호할 국가의 의무를 인정하여 보호할 수도 있다.

4) 행정안전부, 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설, 2011. 12, 14면.

란 특정 개인을 다른 사람과 구분하거나 구별할 수 있다는 의미이다. 예를 들어 대한민국의 국민 중에서 특정 개인을 구분할 수 있는 신원정보(성명, 주민등록번호, 본적, 주소 등), 학교·직장·단체 등 소속된 곳에서 특정 개인을 구분할 수 있는 정보(성명, 학번, 사번, 학년, 직급 등), 기업의 고객 중에서 특정 개인을 구분할 수 있는 정보(성명, ID 등 고객관리정보, 결재정보, 재화·용역 공급을 위한 주소지 및 연락처) 등이 이에 해당한다. 이 외에도 개인의 사적 생활관계와 연관되어 그 개인을 타인과 구분하거나 구별할 수 있는 정보라면 모두 개인정보에 해당될 수 있다. 또한 여기에서 개인을 '알아볼 수 있는' 정보라는 것은, 사전에 친분관계 등이 있는 사람이 특정 개인을 알아보는 것뿐만 아니라, 그 특정 개인을 전혀 모르던 사람이더라도 객관적으로 그 특정 개인을 다른 사람과 구분·구별할 수 있다면 모두 개인정보에 포함될 수 있다는 의미이다.[5] 결국 이 법에서 말하는 개인정보란 '신원을 확인할 수 있는 자연인에 관한 일체의 정보'를 말한다. 따라서 신원을 확인할 수 없는 형태로 수집, 처리되는 어떤 자연인에 관한 정보는 개인정보에 해당하지 않는다. 그러나 이 같은 비신원확인정보라도 그 속에 개인의 인격적 특성이 담겨 있게 되고, 다른 개인정보들과 결합하여 쉽게 신원확인이 가능한 비신원확인정보도 보호대상이 된다.[6] 게다가 지식정보사회, 첨단과학기술의 발전으로 인하여 보호되어야 할 개인정보의 범위가 고정되어 있는 것이 아니라 지속적으로 확대되고 있다는 것에도 주목해야 한다. 지식정보사회의 발달과 더불어 전자우편주소, 신용카드 비밀번호, 로그파일, 쿠키정보, 위치정보, DNA정보 등 새로운 개인정보들이 계속 등장하고 있다.[7]

2) 개인정보의 범위에 대한 논쟁

결국 법 제2조 제1호에서 말하는 개인정보가 되기 위한 기준은 "식별가능성"과 "결합용이성"이다. 그런데 최근 사물인터넷의 발전, 빅데이터 사회로 진입에 따른 개인정보의 이(활)용을 요구하면서, 법 제2조 제1호의 개인정보의 범위가 너무 넓다는 비판이 제기되고 있다. 여기서 몇 가지 사항을 정리해 보자면, 먼저 이 법은 1) 업무목적으로 2) 개인정보를 담고 있는 3) 개인정보파일을 운용하는

5) 행정안전부, 개인정보 보호법령 및 지침·고시 해설, 2011. 12, 15면,

6) 이재일/조규범/이용필, RFID의 발전에 따른 정보프라이버시보호에 관한 법적 연구, 한국정보보호진흥원, 2004, 26면.

7) 한국정보보호진흥원, 2003 개인정보보호백서, 22면.

4) 개인정보처리자에게 적용된다. 따라서 개인정보를 처리하지 않는 자들에게는 이 법이 적용되지 않으므로 개인정보에 해당여부가 이 법적용의 출발점에 해당한다. 따라서 개인정보 해당여부에 관한 논의를 하는 과정에서, “알 수 없는 개인정보”, “비식별화된 개인정보”는 개인정보에 해당하지만, 이 법의 적용을 받지 않도록 하고자 하는 일부 논의는 처음부터 잘못되었다. 다시 한 번 더 반복하자면 개인정보에 해당하면 이 법의 적용을 받고, 개인정보가 아니면 이 법의 적용을 받지 않음이 법체계상 명확하다. 따라서 “알 수 없다”면 더 이상 개인에 관한 정보가 아니며, “비식별화”되어 개인을 식별할 수 없다면 개인정보가 아니므로 더 이상 그 정보에는 이 법을 적용할 수 없다.[8)]

3) 개인정보의 비식별 조치 기준가이드라인의 내용

빅데이터, IoT(사물인터넷) 등 새로운 IT 기술과 융합산업의 출현에 따라 이러한 기술 활용과정에서 발생할 수 있는 개인정보 침해 우려는 신산업 발전과 개인정보의 보호를 동시에 조화롭게 모색해야 하는 과제를 제기하고 있어, 2016년 6월 국무조정실, 행정자치부, 방송통신위원회, 금융위원회, 미래창조과학부, 보건복지부 등 관계부처가 합동으로 현행 개인정보 보호 법령의 틀 내에서 빅데이터가 안전하게 활용될 수 있도록 하는데 필요한 개인정보의 비식별 조치 기준과 비식별 정보의 활용 범위 등을 명확히 제시하기 위한 개인정보 비식별 조치 가이드라인을 발표하였다. 이 가이드라인은 개인정보를 비식별 조치하여 이용 또는 제공하려는 사업자 등이 준수하여야 할 조치 기준을 제시한 것인 바, 단계별 조치사항을 살펴보면, ① (사전 검토) 개인정보에 해당하는지 여부를 검토 후, 개인정보가 아닌 것이 명백한 경우 법적 규제 없이 자유롭게 활용하고, 개인정보에 해당하는 경우에는 ② (비식별 조치) 정보집합물(데이터 셋)에서 개인을 식별할 수 있는 요소를 전부 또는 일부 삭제하거나 대체하는 등의 방법을 활용, 개인을 알아볼 수 없도록 하는 조치하고, ③ (적정성 평가) 다른 정보와 쉽게 결합하여 개인을 식별할 수 있는지를 「비식별 조치적정성 평가단」을 통해 평가한 후, ④ (사후관리) 비식별 정보 안전조치, 재식별 가능성 모니터링 등 비식별 정보 활용 과정에서 재식별 방지를 위해 필요한 조치를 수행하도록 되어있다.[9)]

---

8) 김일환, 초연결사회에서 개인정보보호법제 정비방안에 관한 연구, 成均館法學 第29券 第3號, 2017, 48면.

9) 관계부처 합동, 개인정보 비식별 조치 가이드라인, 2016. 6. 30, 2면 이하 참조.

4) 비식별화 또는 익명화

먼저 개인정보의 가명화(Pseudonymization)는 개인식별성을 제거하는 것이 아니므로, 이러한 가명화로 인하여 더 이상 해당 정보가 개인정보가 아니라고 판단해서는 안 된다. 다음으로 비식별화 또는 익명화에 대하여 검토해보면, 비식별정보 또는 익명화된 정보도 기술발전 등에 따라 재식별될 수 있다는 위험성을 갖고 있다. 법상 개인정보란 구체적인 사람에 관한 정보를 포함할 뿐만 아니라, 명확히 한 사람에게 귀속시킬 수는 없으나, 다른 정보들의 도움을 받아서 그 동일성을 확인할 수 있는 모든 개개 정보들 또한 포함한다.[10] 예를 들어 단지 개인이름만 생략한 경우(형식적 익명정보)에 다른 정보를 통하여 한 개인을 여전히 확인할 수 있다면 이러한 정보는 누구에 관한 정보인지를 전혀 알 수 없게 만든 익명정보가 아니다. 여기서 구체화될 수 있는 개인정보와 익명정보간 구별이 쉽지 않다는 것을 알 수 있다. 왜냐하면 어떤 하나의 개인정보를 익명화하더라도 다른 정보의 도움을 받아서 그 개인이 확인될 수 있다면 이러한 과정을 거쳐서 어떤 개인에 관한 정보인지를 구체화할 수 있기 때문이다. 이에 따라서 독일의 연방헌법법원은 "헌법으로부터 요구되는 정보의 사실상 익명화란 정보수신인이나 제3자가 얻고자 하는 정보가치와 관계에서 수인(受忍)할 수 없는 정도로 커다란 시간, 돈, 작업과 그 외 다른 인력을 쓰는 비용 하에서만 재식별할 수 있는 경우로 이해된다."[11]고 결정하였다. 그렇다면 한 개인이 밝혀질지도 모르는 구체화 위험성이 조직적이고 기술적인 보호조치를 통하여 광범위하게 줄어들은 정보가 “사실상 익명화된 정보”이다. 개인화될 수 있는 정보와 사실상 익명화된 정보사이의 한계는 따라서 유동적이므로, 익명화 여부는 예를 들어 얻고자 하는 정보의 가치 및 수신인 또는 잠재적 침입자의 처분 하에 있는 자원을 고려하여서 개개 경우에 구체화될 수 있는 것이다. 그렇다면 충분한 익명화가 되었는지를 평가할 수 있는 그러한 기준들은 무수히 많으며 완결된 것이 아니다. 예를 들어 이에 관한 판단기준으로는 정보의 형식적인 익명화, 정보처리기관과 다른 기관간 분리, 조직적 삭제 등이 이에 속하고 또한 사실상 익명화된 정보의 전달시 역익명화에 대한 효과적 예방조치가 행해져야 한다.[12] 또한 재식별 위험성을 줄이기 위하여 “사실상

10) BVerfGE 67, 100/144 ; BVerfGE 77, 1/46.
11) BVerfG NJW 1987, 2805/2807 ; NJW 1988, 962/963.
12) BVerfGE 65, 1/49.

익명화개념"은 예를 들어 개인정보의 분리조치와 결합되어야만 한다. 따라서 입법자는 필요한 보호조치를 명령하는 법규정에서 정보처리기관이 추가적인 조직적이고 기술적인 예방조치를 취하도록 의무화함으로써 재식별 위험을 줄이는 소위 사실상 익명화된 정보처리를 확보해야만 한다.

다음으로 개인정보의 식별성과 관련하여 주의할 점은, 한 가지 정보만으로는 특정인을 알아볼 수 없는 경우가 많이 존재한다는 것이다. 이에 따라서 법 제2조 제1호에서는 "해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 것"을 포함시키고 있다. 여기서 법 제2조 제1호는 "쉽게 결합하여"라는 표현을 사용하고 있는데, 여기서 '쉽게'라는 표현은 '합리적으로' 라는 의미로 해석하여야 한다. 즉 '쉽게 결합'이라는 표현은 각각의 정보가 물리적·과학적으로 결합할 수 있다는 가능성보다는 그 각각의 정보 결합의 수단·방법이 합리적으로 이루어질 수 있다는 의미로 보아야 한다. 물리적·과학적으로는 해당 정보의 결합에 따라 정보주체의 식별이 가능하다고 하더라도, 식별을 위해 불합리할 정도의 시간, 노력, 비용이 투입되어야 한다면 그런 단편적인 정보들은 식별성이 있다고 할 수 없다.[13] 따라서 비식별화 또는 익명화는 이 법의 적용을 받는 개인정보에 해당하지 않기 위한 규범적 판단인 바, 현재의 기술과 비용수준에서 '합리적 노력'으로는 재식별화가 불가능함을 뜻한다. 물론 이러한 규범적 판단은 발전하는 기술수준 등을 지속적으로 반영, 검토해야만 한다.

Ⅲ. 신용정보법상 한국신용정보원의 역할과 기능

1. 2015년 개정 전 신용정보집중기관 체계

1) 공적 신용정보집중기관

우리나라는 제정 신용정보법(법률 제4866호)부터 '신용집중기관'을 "신용정보를 집중하여 관리·활용하는 자"로 규정짓고 1995년 7월에 전국은행연합회를 신용정보집중기관으로 지정한 바 있다. 전국은행연합회는 1997년 11월에 신용정보법의 개정(법률 제5378호)에 따라 종합신용정보집중기관(제17조 제2항)으로 명칭을 변경한 이래, 2015년까지 금융회사에서 발생하는 각종 신용정보뿐만 아니

13) 이창범, 개인정보보호법, 법문사, 2012, 19면.

라 공공기관에서 보유하는 공공정보를 집중하여 신용정보제공·이용자와 감독 당국 등에게 제공해 왔다. 한편 개별신용정보집중기관은 1997년 개정 신용정보법에 처음 신설된 것으로서, 금융기관 중 동종의 금융기관으로부터 얻어지는 신용정보를 집중관리·활용하거나 금융기관 외의 동종의 사업자가 설립한 협회 등의 협약에 의하여 신용정보를 집중관리·활용하는 신용정보집중기관을 지칭한다. 이러한 개별신용정보집중기관으로 손해보험협회(1998. 2), 생명보험협회(1998. 8), 한국여신전문금융업협회(1999. 4), 한국금융투자협회(2007. 4), 정보통신사업진흥협회가 금융위원회에 등록되어 있었다.

2) 민간 신용정보회사

한편 신용 관련정보의 집중을 법이 의무화하고 있는 위와 같은 공적 신용정보집중기관(Public Credit Registry)(이하 'PCR') 외에 금융회사들은 사적 계약에 기초하여 정보를 수집하는 민간 신용정보회사(Credit Bureau)(이하 '민간 CB')를 이용하여 개인신용정보를 서로 교환하며 신용정보를 관리해 왔다. 개인신용평가회사라고도 불리는 민간 CB(NICE, KCB 2개사)는 전국은행연합회가 집중·관리중인 금융거래정보와 세금체납정도, 파산·면책 등의 공공정보를 제공받고, 금융기관의 개인 금융거래자료 및 일반기업의 개인 상거래 자료 등 자체 수집한 개인의 신용정보를 가공하여 개인신용평점이나 개인신용등급 등의 형태로 금융회사 등에 판매하고 있다.[14] 즉 회원사들은 자사에 모인 개인고객의 모든 신용정보를 민간 CB에 집중시켜주고 CB는 회원사들로부터 취합된 정보를 관리하고 가공해 다시 회원사에 나눠주는 시스템이다.

3) 2015년 신용정보법의 개정과 한국신용정보원의 설립

금융위원회는 2014년 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」을 '신용정보 보호 및 처리에 관한 법률'로 변경하면서, 신용정보의 전 처리과정에 걸쳐 신용정보주체 및 신용정보의 보호에 초점을 맞춘 전부개정법률안을 입법예고한 바 있다.[15] 국회 역시 2012년부터 2014년까지 발의된 16건의 신용정보법 일부개정법

14) 개인신용평점의 산출을 위해 민간CB사별 수집 정보 및 평가모형이 다른데, 개인신용평점모형의 구성에 대해서는 황인덕, "신용정보의 체계와 정책이슈", 「금융정보연구」 제2권 제2호, 한국금융정보학회, 2013. 8, 46면 참조.

15) 전부개정법률안 제3장에 '신용정보의 집중'을 할애하여 제35조에 신용정보집중기관을 허가제로

률안을 통합·조정하여 2015년 1월 정무위원회안을 마련하였고, 이 대안이 2015년 2월 16일 국회 본회의를 통과하여 2015년 3월 11일 공표되어, 6개월 후인 같은 해 9월 12일부터 신용정보법 일부개정법률안(법률 제13216호)으로 시행되고 있다.[16]

바로 이 법률에서 신용정보집중기관을 종전의 등록제에서 허가제로 바꾸고 금융기관의 개별신용정보집중기관을 폐지[17]하며, 신용정보집중기관과 신용조회회사 사이의 신용정보 교환 및 이용은 신용조회회사의 의뢰에 따라 신용정보집중기관이 제공하는 방식으로 신용정보집중 체계를 큰 폭으로 개편하였다. 그 결과 유일한 종합신용정보집중기관인 한국신용정보원(Korea Credit Information Services)이 2016년 1월 1일부터 출범하게 되었다.

2. 개인신용정보 집중관리 체계

1) 종합신용정보집중기관의 의의와 허가요건

종합신용정보집중기관은 대통령령으로 정하는 금융기관 전체로부터 신용정보를 받아 집중관리 및 활용하는 신용정보집중기관이다. 종래의 신용정보집중기관은 전국은행연합회였는데 2015년 개정 법률을 통해 개별신용집중기관을 폐지하고 종합신용정보집중기관을 한국신용정보원으로 일원화한 바 있다.

2) 종합신용정보집중기관 체제로 재편과 그 의미

변경하고 개별 신용집중기관을 삭제하는 방안이 모습을 나타내었다.

16) 다만 개정법 중 일부조항(제20조의2, 제32조, 제33조 제3호, 제34조, 제35조, 제38조의2, 제38조의3)은 신용정보법 부칙 제1조에 따라 공포 후 1년 후인 2016년 3월 12일부터 시행되도록 하였다. 신용정보법 개정에 발맞추어 2015년 9월 11일 개정된 동법 시행령 중 일부조항은 신용정보법시행령 제3조(신용정보관리·보호인의 지정 등에 관한 경과조치), 제4조(손해배상 책임의 이행을 위한 보험 등 가입의무가 있는 신용정보회사 등의 범위에 관한 경과조치)에 따라, 그 시행일로부터 3개월 또는 1개월의 유예기간이 부여되었다.

17) 2015년 개정된 신용정보법 제25조 제2항 제2호에 따르면 제1호에 따른 대통령령으로 정하는 금융기관에 대해서는 개별신용집중기관의 설립을 허용하지 않고 있다. 이에 따라 금융기관 외의 개별신용집중기관인 한국정보통신진흥협회만 존속하게 되었다. 신용정보법 시행령 제21조 제2항에서는 "법 제25조 제2항 제1호에서 "'대통령령으로 정하는 금융기관'이란 제5조 제1항 제1호부터 제20호까지의 금융기관 및 다음 각 호에 해당하는 기관을 말한다"라고 규정하고 있다. 시행령 제5조 제1항 제15호에서는 보험회사를 명시하고 있고, 은행(제1호), 지주회사(제2호), 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」에 따른 투자매매업자 등(제8호), 여신전문금융회사(제16호) 등 대부분의 금융회사를 포함하고 있다. 또한 시행령 제21조 제2항 각 호에서는 건설공제조합을 비롯한 각종 공제조합 및 기타 금융위원회가 고시하는 기관까지 매우 폭넓게 인정하고 있다.

(1) 한국신용정보원의 설립배경

2015년 신용정보법 개정 내용 가운데 가장 핵심적인 부분을 꼽으라면 금융기관 협회의 개별신용정보집중기관을 폐지하고 통합된 종합신용정보집중기관인 한국신용정보원을 설립한 것이다. 공적 기관으로서의 한국신용정보원의 설립 여부에 관해서는 이해관계에 따라 상반된 주장과 평가가 있어 왔다. ⅰ) 은행업계의 경우에는 신용정보의 집중 체계로 개편하는 작업과 신용정보의 보호는 상관이 없을 뿐만 아니라 하나의 종합신용정보기관에서 신용정보를 집중처리하도록 하는 것이 오히려 신용정보의 유출 사고가 발생할 때 피해의 범위가 더 커질 수 있다는 점에서 개정 전 체계를 유지할 것을(또는 신설되는 기관을 은행연합회 산하 기관으로 설립해 줄 것) 피력해 왔다.[18] ⅱ) 반면 보험업계는 보험계약정보를 비롯한 개인신용정보는 이윤추구의 관점에서보다는 공적인 측면에서 엄격하게 관리되고 활용될 필요가 있으며, 이에 따라 민간단체에 맡겨 놓는 기존의 체제 보다는 중립성과 독립성을 보장할 수 있는 별도의 종합신용정보집중기관을 공적 기관으로 설립하는 형태가 바람직하다는 입장을 취해왔다.[19]

3) 한국신용정보원의 업무와 빅데이터 이용

(1) 신용정보의 보호와 이용 측면에서 한국신용정보원의 역할

현행 종합신용정보집중기관 체계 하에서 신용정보의 보호와 이용이라는 관점에서 볼 때 한국신용정보원으로 종합신용정보집중기관을 일원화한 목적이 그 설립배경과는 일치하지 않는다는 사실을 확인할 수 있다. 한국신용정보원의 역할과 업무에서 일련의 개인신용정보 누출사건을 계기로 개인신용정보의 보호나 이를 강화하고자 하는 소극적 차원에 머물러 있는 것이 아니라, 오히려 집중된 정보를 분석·가공하는 업무가 명시적으로 추가되었기 때문이다. 예를 들어 신용정보법 제25조의2 제2호와 제3호, 그리고 제4호의 업무는 종전에 신용조회회사의 업무

18) 예를 들어 고동원, “2015년 개정 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」에 관한 법적 검토”, 「금융정보연구」 제4권 제2호, 한국금융정보학회, 2015.8, 18면; 노태석, “「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 개정안에 대한 검토”, 「은행법연구」 제7권 제1호, 은행법학회, 2014.5, 124면.

19) 예를 들어 전한덕, “보험계약정보 관리체계 개선방안에 관한 법적 연구”, 한국외국어대학교 박사학위 논문, 2015.8, 113면. 다만 보험계약정보는 그 민감성과 차별성을 감안하여 다른 금융업권의 정보와 분리하여 별도로 관리하는 방안을 마련해야 한다고 주장하고 있다(같은 논문, 114면).

로 인정되었던 것인데, 2015년 개정 이후부터는 민간 회사인 신용조회회사로 하여금 더 이상 그러한 업무를 수행할 수 없도록 하면서, 대신에 이를 전부 종합신용정보집중기관의 업무로 복속시켜 확장한 것을 볼 수 있기 때문이다. 홈페이지에 밝혀놓았듯이 공적 기관인 한국신용정보원에 신용정보를 집중시켜 공공성을 확보한(확보했다고 여기는) 이상 이를 기반으로 하여 '보험사기 다잡아' 등 적극적으로 빅데이터 이용을 가능하도록 하는 취지인 것이다.[20]

(2) 금융분야 개인정보 비식별 조치 지원 전문기관

인터넷 홈페이지를 통해 확인되는 신용정보의 집중 및 분석과 관련한 한국신용정보원의 업무를 정리하면, ① 집중된 정보의 업권 간 연계분석 및 외부기관 정보와의 결합·분석을 통해 통합적인 금융 빅데이터 분석이 가능해지고, 이에 따라 ② 정보분석 기능이 제고됨으로써 기존에 집중되던 신용정보에 대한 분석·활용을 강화할 수 있는 한편, ③ 이러한 과정에서 발생할 수 있는 다양한 정보의 결합 등으로 인한 개인신용정보의 유출을 방지하기 위한 개인신용정보의 비식별 조치와 관련된 권한이 있다. 이에 따라 한국신용정보원은 2016년 8월 31일 금융위원회로부터 '금융분야 개인정보 비식별 조치 지원 전문기관'으로 지정되었다. 전문기관의 주요 역할로는 ① 개인정보 비식별 조치 적정성 평가단 전문가 풀 구성·운영, ② 기업 간 정보집합물 결합지원, ③ 금융분야 비식별 조치 이행 권고(k-익명성 수치 등), ④ 비식별 조치 적정성 실태 점검, ⑤ 교육 및 컨설팅 지원, ⑥ 국내외 비식별 조치 관련 정책·제도·기술 동향 조사 및 연구를 수행한다. 따라서 한국신용정보원의 설립 이후 개인신용정보의 보호와 이를 전제로 한 이용에 대한 논의의 중심에는 개인신용정보의 비식별 조치[21]가 있다.

4) 신용정보집중기관의 업무범위와 설립목적

2015년 개정된 신용정보법에서는 제25조의2를 신설하여 종합신용정보집중기

20) 한국신용정보원," 한국신용정보원, 신용정보 빅데이터 분석 결과 처음 선보여 - '내보험 다보여' 서비스 시연 및 신용정보 빅데이터 분석 결과 공개", 보도자료, 2016. 11. 15; 같은 기관, "신용정보원, 금융 빅데이터 분석 보고서 제공 서비스를 개시하고, 2017년 주요 분석 계획을 발표", 보도자료, 2017. 1. 25.

21) 비식별 조치 현황과 해외의 논의에 대한 자세한 내용은 고학수·최경진, 「개인정보의 비식별화 처리가 개인정보 보호에 미치는 영향에 관한 연구」, 개인정보보호위원회 연구용역보고서, 2015. 12. 10; 한국신용정보원, "해외 비식별 조치 동향 및 국내 적용을 위한 시사점 도출", 「CIS이슈레포트」 2017-5호, 한국신용정보원, 2017.

관의 업무를 종전보다 확대하고 있다. 이에 따라 종합신용정보집중기관인 한국신용정보원은 '1. 신용정보의 집중 관리 및 활용 업무. 2. 공공 목적의 조사 및 분석 업무. 3. 신용정보의 가공·분석 및 제공 등과 관련하여 대통령령으로 정하는 업무. 4. 신용정보주체 주소변경의 통보대행 업무. 5. 다른 법령에서 종합신용정보집중기관이 할 수 있도록 정한 업무 6. 그 밖에 제1호부터 제5호까지에 준하는 업무로서 대통령령으로 정하는 업무'를 수행한다(법 제25조의2). 여기서 제3호와 제6호의 '대통령령이 정하는 업무'란, ① 집중관리하는 신용정보를 활용하여 통계작성 및 학술연구 등의 목적을 위하여 특정 신용정보주체를 식별할 수 없는 형태로 제공하는 업무나 ② 신용정보의 가공·분석 및 제공과 관련된 조사와 분석은 물론이고, ③ 신용정보와 관련한 교육·홍보·출판업무, ④ 기술신용정보를 만들어 내는 데에 필요한 기술에 관한 정보의 수집·조사 및 처리, ⑤ 그 밖에 금융위원회가 정하여 고시하는 업무(「신용정보업감독규정」 제26조의5에 의하면 "특정 개인을 알아볼 수 없는 정보에 관한 가공·분석·조사업무"를 의미함)까지 포괄하고 있다(시행령 제21조의2).

그런데 이를 보면 한국신용정보원으로 종합신용정보집중기관을 일원화한 목적이 그 설립배경과는 일치하지 않는다는 것을 알 수 있다. 개정 법률은 일련의 개인신용정보 누출사건을 계기로 개인신용정보의 보호나 이를 강화하는데 머물러 있는 것이 아니라, 오히려 집중된 정보를 분석·가공하는 업무가 명시적으로 추가되었기 때문이다. 제2호와 제3호, 그리고 제4호의 업무는 종전에 신용조회회사의 업무로 인정되었던 것인데, 개정법은 민간 회사인 신용조회회사로 하여금 더 이상 그러한 업무를 수행할 수 없도록 하면서 대신에 종합신용정보집중기관의 업무에 포함시켜 확장해 놓고 있다. 공적 기관인 한국신용정보원에 신용정보를 집중시켜 공공성을 확보한 이상 적극적으로 공공 목적의 신용정보, 즉 빅데이터 이용을 가능하게 하는 취지인 것이다.

이러한 제도설계의 목적은 2016년 초에 출범한 한국신용정보원이 같은 해 5월 25일 – 자신의 업무와 관련하여 – 처음으로 내놓은 '빅데이터 분석 및 지원 기본계획'이라는 보도자료에서 확인할 수 있다. 이에 따르면, 한국정보신용원이 ① 집중된 정보의 업권간 연계분석 및 외부기관 정보와의 결합·분석을 통해 통합적인 금융 빅데이터 분석이 가능해지고 이에 따라 ② 정보분석 기능이 제고됨으로써 기존에 집중되던 신용정보에 대한 분석·활용을 강화할 수 있는 한편, ② 이러한 과정에서 발생할 수 있는 다양한 정보의 결합 등으로 인한 개인신용정보의

유출을 방지하기 위한 개인신용정보의 비식별 조치[22]가 필요한데, 한국신용정보원은 2016년 8월 31일 금융위원회로부터 금융분야 개인정보 비식별 조치 지원 전문기관으로 지정되었다. 이러한 한국신용정보원의 업무범위와 방향을 보건대, 신용정보의 보호 자체가 목적이기 보다 금융산업의 경쟁력 제고 및 금융소비자의 권익 향상을 위한 신용정의 활용에 중점을 두고, 보호는 활용을 위한 것임을 알 수 있다.[23]

위와 같은 개인신용정보의 이용을 위한 전제가 빅데이터를 안전하게 보호하는 체계의 구축인 바, 한국신용정보원은 ① 금융보안원과 협력하여 금융보안원·보안회사·통신회사가 3중으로 24시간 365일 관련 시스템을 보안관제하며 정기적으로 취약점을 점검·개선해 나가겠다고 하고, ② 인터넷을 통한 해킹을 원천차단하기 위해 인터넷과 물리적으로 분리된 신용정보망에 개별신용정보DB와는 별도로 빅데이터DB를 구축, ③ 모든 분석업무 행위를 모니터링하고 출력과 저장이 불가능하도록 CPU, 메모리, 하드디스크 없이 입력장치(모니터, 키보드, 마우스)만으로 구성된 전용단말기를 통해서만 분석을 수행하며, ④ 빅데이터 관련 업무에 대한 관련 법규의 준수 여부를 진단하는 정기적 컴플라이언스 진단 및 보완·개선, 월마다 임직원 및 위탁업자 등 정보보호 소양 및 전문교육을 실시한다고 밝혔다.[24]

한국신용정보원은 비식별 데이터 결합을 통해 금융산업의 빅데이터 활성화를 지원하는 업무를 담당하고 있다. 현재 개인정보 비식별 조치 분야별 전문기관으로는 통신(한국인터넷진흥원, 정보화진흥원), 복지·의료(사회보장정보원), 공공(정부통합전산센터) 부문이 있는데, 한국신용정보원은 금융보안원과 함께 2016년 8월 31일 '금융분야 개인정보 비식별 조치 지원 전문기관'으로 지정되었다. 이러

22) 빅데이터를 분석하기 위해서는 정보에서 개인을 식별할 수 있는 요소를 삭제하거나 대체하여 개인을 알아볼 수 없도록 하는 조치를 먼저 거쳐야 하는데, 이를 개인정보 비식별 조치라고 한다. 다만 개인정보보호위원회는 비식별(de-identification)'은 '익명'((anonymisation)과 '가명'(pseudonymisation)을 포함한 개념으로, 이를 사용할 경우 의미에 혼동을 가져올 수 있기 때문에 익명처리 또는 가명처리로 용어를 통일하라는 의견을 개진한 바 있다(개인정보보호위원회 결정, "「개인정보 보호법」 일부개정 법률안에 대한 의견", 2017. 1. 9).

23) 이와 같은 설립목적은 한국신용정보원이 보도자료나 홈페이지 등을 통해 발표한 업무추진계획과 추진경과 등에도 나타나 있다. 종래에는 신용정보의 단순한 집중 및 제공 업무에 치중하여 정보의 활용이 미비했을 뿐만 아니라 기존 은행·보험정보가 업권별로 분산 관리되어 금융소비자의 종합적인 신용거래 정보에 대한 연계분석 및 활용에 어려움이 있어왔다. 이에 대출과 보험가입·해지 간 연관관계 분석, 보험 가입자·미가입자의 연체 특정 분석 등 은행·보험 정보를 연계한 융합분석이 가능하도록 한다. 한국신용정보원은 2016년 11월 15일 자신에게 집중된 전체 금융업권의 신용정보 약 7.5억 건을 활용하여 신용정보 빅데이터를 분석한 바 있다.

24) 한국신용정보원, "한국신용정보원, 신용정보 빅데이터 활용을 위한 첫걸음 내딛다!", 2016. 5. 25, 3면.

한 전문기관은 금융기관, 일반기업 등이 보유한 데이터를 개인정보 침해위험 없이 안전하게 분석·활용할 수 있도록 정보집합물에서 개인을 식별할 수 있는 요소(식별자[25], 속성자[26])의 전부 또는 일부를 삭제하거나 대체하는 등의 방법을 통해 개인을 알아볼 수 없도록 하는 '개인정보 비식별 조치'를 지원한다.

비식별 조치는 ① 개인정보에 해당하는지 여부를 검토하는 사전검토단계(개인정보가 아닌 것이 명백한 경우에는 별도의 법적 규제 없이 빅데이터 분석 등에 활용가능), ② 정보집합물에서 개인을 식별할 수 있는 요소를 전부 또는 일부 삭제하거나 대체하는 등의 방법을 활용, 개인을 알아볼 수 없도록 하는 비식별 조치 단계, ③ 다른 정보와 쉽게 결합하여 개인을 식별할 수 있는지를 개인정보 보호책임자 책임 하에 외부전문가가 참여하는 '비식별 조치 적정성 평가단'을 통해 평가하는 적정성 평가단계, ④ 비식별 정보 안전조치, 재식별 가능성 모니터링 등 비식별 정보 활용 과정에서 재식별 방지를 위해 필요한 조치를 수행하는 사후관리 단계로 구성된다.

한국신용정보원은 전문기관으로서 개인정보 비식별 조치 적정성 평가 지원 등을 위하여 법률 전문가, 비식별 조치 기법 전문가 등으로 비식별 조치 적정성 평가단 풀을 구성·운영한다. 금융회사 등이 비식별 조치를 수행한 후 적정성 평가를 위해 3명 이상의 관련 분야 전문가로 구성된 평가단을 구성하고자 할 경우 한국신용정보원이 운영하는 평가단 풀에서 외부전문가를 각 1명 이상 위촉해야 한다.

또한 한국신용정보원은 빅데이터 분석에 활용하기 위하여(통계작성 및 학술연구 등이 목적이 아닐 경우) '기업 간 정보집합물 결합'을 지원하기 위한 전문기관이다. 빅데이터 분석에 활용하기 위해 서로 다른 사업자가 보유하고 있는 정보집

25) 식별자란 개인 또는 개인과 관련한 사물에 고유하게 부여된 값 또는 이름을 말한다. 예컨대 고유식별정보(주민등록번호, 여권번호, 외국인등록번호, 운전면허번호), 성명(한자·영문 성명, 필명 등 포함), 상세 주소(구 단위 미만까지 포함된 주소), 날짜정보 : 생일(양/음력), 기념일(결혼, 돌, 환갑 등), 자격증 취득일 등, 전화번호(휴대전화번호, 집전화, 회사전화, 팩스번호), 의료기록번호, 건강보험번호, 복지 수급자 번호, 통장계좌번호, 신용카드번호, 각종 자격증 및 면허 번호, 자동차 번호, 각종 기기의 등록번호 & 일련번호, 사진(정지사진, 동영상, CCTV 영상 등), 신체식별정보(지문, 음성, 홍채 등), 이메일 주소, IP 주소, Mac 주소, 홈페이지 URL 등, 식별코드(아이디, 사원번호, 고객번호 등).

26) 속성자란 개인과 관련된 정보로서 다른 정보와 쉽게 결합하는 경우 특정 개인을 알아볼 수도 있는 정보를 말한다. 예를 들어 개인특성으로 성별, 연령, 국적, 고향, 병역여부, 결혼여부, 종교, 취미, 동호회, 흡연여부, 음주여부 등, 신체 특성으로는 혈액형, 신장, 몸무게, 허리둘레, 혈압, 신체검사 결과, 장애유형, 병명, 진료내역 등, 신용 특성으로는 세금납부액, 신용등급, 기부금, 건강보험료 납부액, 소득분위, 의료 급여자 등을 들 수 있다.

합물을 결합하는 경우, 전문기관인 한국신용정보원은 신청기관의 식별자를 임시대체키로 전환하고 결합 대상 정보집합물의 비식별 조치 및 적정성 평가를 수행할 뿐만 아니라 신청기관이 비식별 조치된 정보집합물을 제공 및 결합요청하면 임시대체키를 활용하여 결합 수행 후 결합정보를 제공한다.

신청기관은 평가가 완료된 데이터를 결합 및 평가 단계에서 기재한 이용목적에 한하여 활용하고 이에 대한 사후관리 의무가 있는데, 특히 비식별 정보 안전조치 및 재식별 가능성 모니터링 등의 사후관리를 수행해야 한다.

Ⅳ. 신용정보법에서 비식별 조치와 그에 따른 문제점

1. 비식별 조치의 개념

1) 개인정보보호법과 신용정보법에서의 비식별 조치

신용정보법에서는 '비식별 조치'라는 단어를 전혀 찾아 볼 수 없다. 이에 비해 개인정보보호법은 2011년 제정시부터 정보 주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 없다고 판단된 때에 "통계작성 및 학술연구 등의 목적을 위하여 필요한 경우로서 특정 개인을 알아볼 수 없는 형태로 개인정보를 제공하는 경우"에는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있다고 규정해 오고 있다(제18조 제2항 제4호). 이를 위반한 자에게는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 형태 역시 제정 법률에서부터 유지되고 있다(제71조 제2호). 신용정보법으로 다시 눈을 돌려보면 위 내용은 동법 '시행령'에 가서야 발견할 수 있다. 신용정보법 제25조의2에서는 '종합신용정보집중기관의 업무'라는 제목으로 제1호부터 제6호를 열거하고 있는데, 그 중 하나로 '신용정보의 가공·분석 및 제공 등과 관련하여 대통령령으로 정하는 업무'를 제3호에 두었다. 이를 2015년 시행령 개정을 통해 신설한 시행령 제21조의2 제1호에 구체화하여 '집중관리하는 신용정보를 활용하여 통계작성 및 학술연구 등의 목적을 위하여 특정 신용정보주체를 식별할 수 없는 형태로 제공하는 업무'라고 개인정보보호법에서의 형태와 유사하게 규정짓고 있다. 그리고 개인신용정보를 정보주체의 동의 없이 제공 및 이용할 수 있는 경우로 열거하고 있는 사유 중에, "채권추심(추심채권을 추심하는 경우만 해당한다), 인가·허가의 목적, 기업의 신용도 판단, 유가증권의 양수 등 대통령령으로 정하는 목적으로 사용하는 자에게

제공하는 경우"가 있는데(제32조 제6항 제4호, 제33조 제3호), 여기서의 '대통령령으로 정하는 목적' 가운데 하나가 바로 "통계작성 및 학술연구 등을 위하여 필요한 경우로서 신용정보회사 등으로부터 특정 개인을 알아볼 수 없는 형태로 개인신용정보를 제공받기 위한 목적"에 해당한다(제28조 제10항 제7호). 또한 시행령 제21조의2 제2항 제3호에 "그 밖에 금융위원회가 정하여 고시하는 업무"에 대하여 2016년 10월 개정된「신용정보업감독규정」제26조의5에다가 "특정 개인을 알아볼 수 없는 정보에 관한 가공·분석·조사업무"라고 추가해 놓았다. 위의 내용을 종합해보면 한국신용정보원은 '특정 신용정보주체를 식별할 수 없는 형태로 제공'하는 작업과 이러한 정보를 가공·분석·조사하는 업무를 담당하고 있는 것이다. 결국 신용정보법 하에서는 '특정 개인을 알아볼 수 없거나 식별할 수 없는 정보'가 비식별 조치를 거친 정보임을 알 수 있다.

2) 신용정보법 개정 법률안에서 비식별 조치와 재식별 금지

2016년 신용정보법 개정 법률안에서도 비식별 조치를 '특정 개인을 알아볼 수 없는 형태로 처리하는 경우'로 규정짓고(안 제32조의2 제2항 제4호), 신용정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때는 제외하고는 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있도록 허용하고 있다.[27] 2016년 개정안의 특징은 비식별 정보를 개인신용정보로 재환원 또는 재식별화하는 행위를 명시적으로 금지하고 있다는 점이다. 신용정보회사 등으로부터 비식별 조치된 정보를 제공받은 자는 이를 이용하여 다시 '특정 개인을 알아볼 수 있도록 처리해서는 안 된다'고 규정하고 있다(안 제32조의2 제7항). 더 나아가 위와 같은 의도된 재식별뿐만 아니라 제공받은 신용정보의 처리 과정에서 특정 개인을 알아볼 수 있도록 처리된 것을 알게 된 '비의도적 재식별'의 경우에는 정보를 받은 자 쪽에서 지체 없이 삭제하거나 다시 비식별 조치할 것을 요구하고 있다. 의도적·비의도적 재식별 구분하지 않고 이를 위반할 때에는 모두 5년 이하의 징역 또는 5천만 이하의 벌금에 처한다(안 제50조 제2항 제6의3호와 제6의4호). 이에

27) 있는 그대로 옮기자면 2016년 개정안 제32조의2 제2항에는 "제1항에도 불구하고 신용정보회사 등은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 신용정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때를 제외하고는 개인신용정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있다"고 규정하고 있다. 그런데 비식별 조치된 정보가 개인신용정보에 해당하지 않는다는 점에서 위 법문에서 '개인신용정보'라는 문구는 제4호와의 관계에서는 정확하지 않다.

비해 2017년 개정안의 경우에는 현행 법률과 동일한 형태로 회귀하고 있을 뿐이다.

3) 정부의 개인정보 비식별 조치 가이드라인의 문제점

정부에서는 2014년에 방송통신위원회의 '빅데이터 개인정보보호 가이드라인'을 통해 "데이터 값 삭제, 가명처리, 총계처리, 범주화, 데이터 마스킹 등을 통해 개인정보의 일부 또는 전부를 삭제하거나 대체함으로써 다른 정보와 쉽게 결합하여도 특정 개인을 식별할 수 없도록 하는 조치"[28] 또는 2016년 행정자치부 등 5개 정부부처가 발표한 '개인정보 비식별 조치 가이드라인'에서 "정보의 집합물에서 개인을 식별할 수 있는 요소를 전부 또는 일부 삭제하거나 대체하는 등의 방법을 통하여 개인을 알아볼 수 없도록 하는 조치"[29]를 '비식별 조치'하고 표기하고 있다. 이를 통하여 형식이 법률이냐 행정지침이냐에 관계없이 '비식별 조치'에 대한 개념을 이미 공식화하여 사용하고 있음을 알 수 있다.

이러한 가이드라인의 법적 성격에 대해서는 개인정보 보호법령의 해석지침으로서 행정법상 행정지도에 해당하므로, 법령에서 규정하는 내용을 벗어날 수 없는 한계를 가지게 된다. 하지만 이러한 가이드라인은 현행 개인정보보호법 및 신용정보법과 같은 개인정보보호 법률들의 해석상 한계를 넘어서는 측면이 있다.[30] 특히 정부 가이드라인에 따른 비식별 조치를 거친 정보와 개인정보보호법 및 신용정보법의 '특정 개인을 알아볼 수 없거나 식별할 수 없는 정보'가 동일한 것인지가 명확하지 않다. '개인정보 비식별 조치 가이드라인'에서는 이러한 목적의 제한으로 인하여 개인정보보호법상 비식별 정보와 가이드라인에 따른 비식별 정보는 차이가 있어서 전자에 대해서는 비식별 조치 적정성 평가를 제외할 수 있다는 해석을 정부부처는 내놓은 바 있다.[31]

---

28) 방송통신위원회, "빅데이터 개인정보보호 가이드라인", 2014. 12. 23. 제2조 제4호. 다만 이는 공개된 개인정보와 이용정보내역만을 대상으로 삼고 있다(제1조).

29) 국무조정실·행정자치부·방송통신위원회·금융위원회 등, "개인정보 비식별 조치 가이드라인", 2016. 6. 30, 3면과 57면.

30) 이와 같은 지적은 차상휘, "빅데이터 산업의 활성화에 따른 개인정보 보호에 관한 연구", 전북대학교 박사학위논문, 2017, 166면.

31) 국무조정실 등, 위의 자료, 65면에 의하면 "개인정보 보호법 제18조 제2항 제4호에 따른 정보와 「개인정보 비식별 조치 가이드라인」에 따라 비식별 조치한 정보와의 차이는?"이라는 질문에 대한 답변으로, "개인정보 보호법 제18조 제2항 제4호에 따른 정보는 개인정보가 아닌 것으로 추정한다는 점에서는 비식별 정보와 동일하지만, 법에서 허용된 통계작성 및 학술연구 등을 위한 국한된 목적으로만 제공할 수 있다는 점에서 차이가 있어서 「개인정보 비식별 조치 가이드

이와 같은 내용에 따르면 개인정보보호법 및 신용정보법에 의한 비식별 조치와 가이드라인에 의한 그것을 병행할 수 있는 것처럼 읽힐 여지가 있다. 하지만 개인정보보호법과 신용정보법은 해당 규정에 의한 정보주체의 동의를 받지 않고 본래 목적 외 이용과 제3자 제공을 할 수 있는 경우를 명백히 제한적으로 규정하고 있는데도 불구하고, 만약 통계작성이나 학술연구 목적에 해당하지 않는 경우에도 가이드라인에 따라 비식별 조치를 할 수 있고 이러한 비식별 정보에 대해서는 수집 목적 외 사용이 가능하다거나 제3자에게 제공이 가능하다고 보는 것은 법률의 해석 범위를 초과하는 것으로 보인다.[32]

4) 신용정보법에서 비식별 정보의 특별 취급

신용정보법상 '생존하는 개인에 관한 정보로서 신용정보주체를 식별할 수 있는 정보 또는 그 정보만으로 신용정보주체를 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 식별할 수 있는 정보'를 개인신용정보라고 정의하고 있다는 점을 고려한다면(신용정보법 시행령 제2조 제2호), 위의 비식별 조치를 통해 정보주체를 특정하여 알아볼 수 없는 정보는 더 이상 개인신용정보에 해당하지 않는다는(추정된다는[33]) 것을 의미한다.[34] 개인신용정보에 해당한다는 반증이 없는 한 개인신용정보가 아닌 것으로 보되, 만약 개인신용정보라는 반증이 나오는 경우 개인신용정보로 본다는 뜻이라는 게 정부의 입장이다.[35] 다만 개인신용정보가 아닌 것으로 추정되더라도 불특정 다수에게 공개되는 경우에는 다른 정보를 보유하고 있는 누군가에 의해 해당 정보주체가 식별될 가능성이 있으므로 비식별 정보라고 해서 공개가 허용된 것이라고 볼 것은 아니다.[36] 이렇게 비식별 가공된 정보는 아래와 같은 세 가지 부분에서 일반 개인신용정보와 다른 법적 취급을 받는다.

(1) 신용조회회사의 계열회사 등에 대한 정보제공

첫 번째로 신용조회회사는 개인신용정보를 그 지배주주 및 계열회사에게 제공

라인」에 따른 비식별 조치 중 적정성 평가는 제외할 수 있음"이라고 기술하고 있다.

32) 이순환·박종수, "개인정보 비식별 조치 가이드라인의 법적 문제와 개인정보보호법제 개선방향", 「공법연구」 제45집, 한국공법학회, 2016. 12. 280면.

33) 국무조정실 등, 위의 자료, 57면과 64면.

34) 국무조정실 등, 위의 자료, 4면과 57면.

35) 국무조정실 등, 앞의 자료, 57면.

36) 국무조정실 등, 앞의 자료, 57면.

할 수 없지만(제22조의3 전단), 비식별 조치된 정보는 예외적으로 제공을 허용하고 있다(제22조의3 제2호). 이 조항은 신용조회회사가 그 이해 관계자인 계열회사나 지배주주에게 개인신용정보를 불법적 또는 부당하게 제공하고 이를 이용하는 문제를 차단하기 위해 신용조회회사와 계열회사 사이에서 개인신용정보의 제공 및 이용을 금지한 것이다. 이를 위반할 경우 신용조회회사는 6개월의 범위에서 그 업무의 전부 또는 일부를 정지당할 수 있다(제14조 제2항 제6호).

반면 비식별 처리된 정보는 신용조회회사와 그 계열사 간 이용·제공의 제한이 없으므로, 정보 주체의 동의 없이도 비식별 조치된 고객정보를 계열회사에 제공하고, 계열회사는 이를 시장조사, 신상품개발, 마케팅 전략수립 등에 활용할 수 있어 보인다(이에 대한 자세한 설명은 후술하기로 한다). 다만 계열회사가 보유하고 있는 다른 정보와의 결합을 통한 재식별 가능성이 있으므로 재식별되거나 재식별 가능성이 높아지는 상황이 발생한 경우에는 데이터 처리 중지 및 비식별 정보 제공자에게 통지하도록 하는 등 재식별 위험관리 사항을 계약서에 반영하는 등 '비식별 조치 가이드라인'에 따른 사항을 준수해야 한다.[37]

(2) 정보 주체의 동의 없는 정보 제공

두 번째로 신용정보회사 등이 '통계작성 및 학술연구 등을 위하여 필요한 경우로서 특정 개인을 알아볼 수 없는 형태로 개인신용정보를 제공받기 위한 목적'(시행령 제28조 제10항 제7호)으로 사용하는 자에게 개인신용정보를 제공하는 경우에는 정보주체의 동의가 없이도 가능하다(제32조 제6항 제4호). 통계작성과 학술연구라는 제한적 목적을 가진 자에게만 동의 없는 제공이 허용되어 있으므로, 비식별 조치된 정보를 고객 분석이나 신상품 기획 등 다양한 상업적 목적으로 활용하기 위해 제공받을 수 없다고 해석된다. 법문의 해석상 개인신용정보를 제공하는 쪽은 개인신용정보를 보유하고 있는 '신용정보회사 등'임이 분명하고, 시행령 제28조 제10항 제7호가 "통계작성 및 학술연구 등을 위하여 필요한 경우로서 신용정보회사 등으로부터 특정 개인을 알아볼 수 없는 형태로 개인신용정보를 제공받기 위한 목적"이라고 규정되어 있는 이상 목적의 제한을 받는 쪽은 제공자인 신용정보회사 등이 아니라 그로부터 정보를 제공받는 자를 의미한다고 보아야 하기 때문이다.[38] 정부의 입장도 이와 다르지 않다. 전술한 바와 같이 '개

37) 국무조정실 등, 앞의 자료, 16면과 68면.

인정보 비식별 조치 가이드라인'에서 동 가이드라인에 비식별 조치한 정보와 개인정보보호법 제18조 제2항 제4호의 '통계작성 및 학술연구 등'을 위해 비식별 조치한 정보는, 후자의 경우 "법에서 허용된 통계작성 및 학술연구 등을 위한 국한된 목적으로만 제공할 수 있다"는 차이가 있기 때문에 개인정보보호법에 따른 비식별 조치를 할 경우에는 적정성 평가를 제외할 수 있다는 유권해석[39]을 한 바 있기 때문이다. 이러한 입장은 통계작성 및 학술연구 목적을 열거적인 것으로 엄격하게 보고 있다는 전제를 바탕으로 해야만 조화롭게 이해될 수 있다. 요약하면 신용정보법에서는 통계작성 및 학술연구 등을 위해서 필요하다고 요청하는 자에게만 개인신용정보를 비식별 조치한 후 정보 주체의 동의 없이 제공할 수 있는 것이다.

(3) 정보 주체의 동의 없는 목적 외 이용

세 번째로 통계작성 및 학술연구를 목적으로 비식별 조치를 하면 이용 목적의 제한에서 자유로워진다. 즉 통계작성 및 학술연구 등을 위하여 필요한 경우로서 신용정보회사 등으로부터 특정 개인을 알아볼 수 없는 형태로 개인신용정보를 제공받는 때에는 신용정보주체와 신용정보회사등과의 상거래관계의 설정 및 유지 등을 판단하기 위한 본래의 목적에 포함되지 않아도 이용할 수 있는 것이다(제33조 제3호). 신용정보주체인 개인과 신용정보회사 등이 애초에 맺은 상거래관계의 설정 및 유지의 범위 안에 '통계작성 및 학술연구' 등을 위해 필요한 경우가 포함되지 않는 경우가 대부분일 것이다.

5) 비식별 조치와 개인정보자기결정권

개인정보를 대상으로 하는 조사, 수집, 보관, 이용 등의 행위는 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당된다.[40] 이에 따라 개인정보보호법 제18조

---

38) 개인정보보호법 제18조 제2항 제4호에는 개인정보처리자가 정보주체의 동의 없이 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있을 때를 "통계작성 및 학술연구 등의 목적을 위하여 필요한 경우로서 특정 개인을 알아볼 수 없는 형태로 개인정보를 제공하는 경우"라고 명시해 놓고 있다. 이러한 형태를 보면 '통계작성 및 학술연구 등의 목적'의 주어가 누구인지가 분명하지 않다. 생각건대 개인정보보호법의 법문과 2016년 신용정보법 개정안이 동일한 형태였다가 2017년 1월 10일에서야 신용정보법 시행령 제28조 제10항 제7호를 신설하였다는 점을 고려한다면 비식별 조치를 하기 위한 목적의 주어를 명확히 한 입법으로 보는 것이 설득력 있어 보인다.

39) 국무조정실 등, 위의 자료, 65면 참조.

제1항 및 제2항은 개인정보처리자가 당초 수집·이용 목적 외로 개인정보를 이용 또는 제3자에게 제공하는 것을 원칙적으로 금지하고, 예외적으로 정보주체로부터 동의를 받은 경우 등에만 이를 허용한다. 신용정보법 제32조 제1항 및 제6항도 신용정보회사 등이 개인신용정보를 타인에게 제공하는 경우 원칙적으로 신용정보주체의 개별 동의를 받도록 하고, 법원의 제출명령 또는 법관이 발부한 영장에 따라 제공할 수 있도록 하는 등 예외적으로 열거한 경우에만 동의 없는 제공할 수 있도록 하고 있다. 개인신용정보 보호와 관련하여 신용정보법은 개인신용정보가 당초 목적 이외의 용도로 이용되거나 제3자에게 제공되는 것을 엄격히 규제하고 있는바, 이는 기업, 공공기관 등이 당초 목적에 맞지 않게 개인정보를 이용·제공하게 되면 정보주체는 자신의 개인정보를 누가, 어디서, 어떻게 보유하여 활용하는지를 알 수 없으므로, 그러한 개인정보자기결정권에 대한 중대한 침해를 예방하려는 취지에 기반을 둔 것이다.[41]

통계·학술목적에 활용하기 위해 가명처리,[42] 총계처리,[43] 데이터 삭제,[44] 데이터 범주화,[45] 데이터 마스킹[46] 등의 기법을 활용하여 '누구의 정보인지 알아볼

40) 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513, 2004헌마190(병합) 결정("개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 즉 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다. 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 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").

41) 이에 관하여는 김일환, 개인정보보호법상 목적구속원칙의 의의와 내용에 관한 연구, 美國憲法硏究 제25권 제3호, 2014 참조.

42) 가명처리(Pseudonymization)란 개인식별이 가능한 데이터에 대하여 직접적으로 식별할 수 없는 다른 값으로 대체하는 기법이다. 주로 성명, 기타 출신학교나 근무처 같은 고유특징에 적용된다. 이를 세분화하면 ① 휴리스틱 익명화(Heuristic Pseudonymization), ② k-익명성(k-anonymity, ③ 암호화(Encryption), ④ 교환방법(Swapping) 등을 들 수 있다.

43) 총계처리(Aggregation)란 개인정보에 대하여 통계값(전체 혹은 부분)을 적용하여 특정 개인을 판단할 수 없도록 하는 기법이다. ① 총계처리(Aggregation), ② 부분집계(Micro Aggregation), ③ 라운딩(Rounding), ④ 데이터 재배열(Rearrangement) 등의 방식이 있다.

44) 데이터값 삭제(Data Reduction)란 개인정보 중 식별자로 쉽게 쓰일 수 있는 데이터나 식별 또는 누출의 가능성에 특히 유의해야 하는 데이터의 값을 삭제하여 처리하는 방법을 일컫는다. 이는 주로 이름과 같이 개인을 쉽게 식별할 수 있는 정보, 지문이나 홍채 같은 생체정보, 주민등록번호나 계좌번호 같은 이용자 식별번호·계정 등에 적용된다. ① 속성값 삭제(Reducing Variables), ② 속성값 부분 삭제(Reducing Partial Variables), ③ 데이터 행 삭제(Reducing Records), ④ 식별자 제거를 통한 단순 익명화(Trivial Anonymization) 등을 들 수 있다.

45) 범주화(Data Suppression)란 단일 식별 정보를 해당 그룹의 대표값으로 변환(범주화)하거나 구간값으로 변환(범위화)하여 고유 정보 추적 및 그 식별을 방지하는 조치이다. 이는 주로 생년월

수 없는 형태'로 가공한다면 살아 있는 사람에 대한 신용정보이지만 개인신용정보로 보지 않겠다는 게 신용정보법상 비식별 조치의 핵심이다. 이를 뒤집어 말하면 비식별 조치가 된 정보라고 할지라도 다른 정보와의 결합 등을 통해 정보주체를 식별할 수 있는 가능성이 완전히 제거된 수준에 이르기 전에는 개인신용정보에 해당하므로, 이때에는 개인신용정보의 수집과 제공 및 이용을 위해서는 원칙적으로 정보주체의 동의 등을 받아야만 한다. 결국 비식별 조치를 거쳤는가가(비식별 정보에 해당하는지가) 개인신용정보에 대한 정보주체의 동의권 행사 여부를 비롯한 법의 적용 자체가 달라지게 하는 기준으로 작동하는 것이다.

6) 비식별 조치와 위임입법금지

비식별 조치의 가장 근본적인 문제점은 개인정보자기결정권의 핵심인 정보 주체의 동의권을 행사할 수 없도록 하는 조치임에도 불구하고, 그러한 기본권 제한의 근거를 신용정보법에서 위임하고 있지 않은 데 있다. 「헌법」 제75조는 위임의 한계를 정하기 위하여 '구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항'과 '법률을 집행하기 위하여 필요한 사항'에 한하여 위임입법을 허용하고 있다. 이러한 내용은 위임입법의 근거를 마련하는 한편 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항으로 한정함으로써 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있다. 입법자 스스로가 명확성원칙에 부합하도록 정해야 하는 범위 내에서는 입법권을 위임할 수 없도록 하여 입법자의 위임가능성을 제한하고 근본적인 결정을 입법자에게 유보해 놓은 것이다.[47] 위임명령의 내용은 수권법률이 수권한 규율대상과 목적의 범위 안에서 정해야 하는데 이를 위배한 위임명령은 위법이라고 평가되며, 여기에서 모법의 수권조건에 의한 위임명령의 한계가 도출된다. 즉 모법상 아무런 규정이 없는 입법사항을 하위명령이 규율하는 것은 위임입법의 한계를 위배하는 것이다.[48]

일 같이 개인을 쉽게 식별할 수 있는 정보, 주민등록번호 같은 고유식별정보, 계좌번호 같은 기관·단체 등의 이용자 계정에 적용된다. ① 범주화, ② 랜덤 올림 방식(Random Rounding), ③ 범위 방법(Data Range), ④ 제어 올림(Controlled Rounding) 등을 사용한다.

46) 데이터 마스킹(Data Masking)이란 개인식별 정보에 대하여 전체 또는 부분적으로 대체값으로 변환하는 조치이다. 이는 주로 이름이나 전화번호 같이 개인을 쉽게 식별할 수 있는 정보, 계좌번호 같이 기관·단체 등의 이용자 계정 등에 적용된다. 방법으로는 ① 임의 잡음 추가(Adding Random Noise), ② 공백(Blank)과 대체(Impute) 등을 들 수 있다.

47) 헌법재판소 1994. 6. 30. 93헌가15,16,17.

48) 헌법재판소 1997. 4. 24. 95헌마273.

이미 전술한 바와 같이 '특정 개인을 알아볼 수 없거나 식별할 수 없는 정보'인 비식별 조치를 거친 정보는 시행령에서 비로소 "통계작성 및 학술연구 등을 위하여 필요한 경우로서 신용정보회사 등으로부터 특정 개인을 알아볼 수 없는 형태로 개인신용정보를 제공받기 위한 목적"이라는 법문에 등장한다(제28조 제10항 제7호). 그런데 이를 위임하고 있는 신용정보법 규정을 보면, 개인신용정보를 정보주체의 동의 없이 제공 및 이용할 수 있는 경우로 열거하고 있는 사유 중에, "채권추심(추심채권을 추심하는 경우만 해당한다), 인가·허가의 목적, 기업의 신용도 판단, 유가증권의 양수 등 대통령령으로 정하는 목적으로 사용하는 자에게 제공하는 경우"를 들고 있다(제32조 제6항 제4호, 제33조 제3호). 열거하고 있는 사유의 맥락상 이러한 문구만으로 시행령에다가 개인정보자기결정권을 중대하게 제한하는 정보주체의 동의권을 예외로 돌릴만한 위임을 하고 있다고 보이지 않는다. 또한 시행령 제21조의2 제2항 제3호에 "그 밖에 금융위원회가 정하여 고시하는 업무"에 대하여 2016년 10월 개정된 「신용정보업감독규정」 제26조의5에다가 "특정 개인을 알아볼 수 없는 정보에 관한 가공·분석·조사업무"라고 하여 정보집합물 간 결합 조치에 의한 또 다른 비식별 조치에 대한 근거를 가지고 있지만, 이러한 2차적 비식별 조치 역시 신용정보법에서 명시적인 위임은 물론이고 대강의 내용을 예측할 수도 없다.

7) 비식별 조치의 불명확성

다음으로 신용정보법의 비식별 조치가 이러한 위임입법금지 원칙에 위반되지 않는다고 하더라도 빅데이터 활용 측면에서나 개인신용정보의 보호라는 쪽 양 방향 모두에서 문제되는 부분을 짚어보기로 한다.

(1) 비식별 조치 사유로서 통계작성과 학술연구 목적

신용정보법에서는 비식별 조치를 '통계작성 및 학술연구 등을 위해 필요한 경우'에만 가능하도록 한정짓고 있다(시행령 제21조의2). 통계작성과 학술연구를 '및'으로 연결해 놓은 문언적 해석에 충실하면 신용정보회사 등은 위 목적 외의 상업적 목적으로 비식별 정보를 생산할 수 없다. 즉 통계작성이나 학술연구 두 가지 목적이 아닌 다른 사유를 근거로 비식별 조치가 허용되지 않는 것이다. 정부의 '개인정보 비식별 조치 가이드라인'에서 위 목적에 의한 비식별 조치의 경

우 적정성 평가를 생략할 수 있다는 유권해석을 내놓았다는 점에서 비식별 조치의 목적을 시행령의 두 가지로만 열거적으로 해석하는 입장을 취하고 있음도 이미 살펴본 바와 같다.[49]

신용정보법 2016년 개정안 제32조의2 제2항 제4호를 보면 “특정 개인을 알아볼 수 없는 형태로 처리하는 경우”에는 개인신용정보를 정보주체의 동의 없이 목적 외 용도로 이용하거나 제3자에게 제공할 수 있다고 규정하고 있다. 2016년 개정안의 경우에는 비식별 조치를 할 수 있는 목적의 제한이 설정되어 있지 않다. 개정의 취지가 개인신용정보를 비식별 조치하기만 하면 상업적 목적일지라도 정보 주체의 동의 없이 목적 외로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있도록 확대하는데 있었기 때문이다. 하지만 이러한 개정안의 태도에 대하여 국가인권위원회는 “비식별 조치를 적용했다는 이유만으로 목적 외 이용이나 제3자 제공을 광범위하게 허용하도록 하는 것은 「헌법」이 보장하는 개인정보자기결정권을 침해할 우려가 있다”[50]고 판단한 바 있으며, 이에 2017년의 신용정보법 개정안은 현행법의 형태로 다시 회귀하고 있다. 이러한 맥락을 살피건대 현행 신용정보법에서의 비식별 조치 사유는 통계작성 및 학술연구로 엄격하게 제한적으로 해석되어야 하는 것으로 보아야 한다.

이는 신용조회회사가 계열회사에게 비식별 정보를 제공하는 경우에도 마찬가지이다. 신용조회회사는 계열회사에게 개인신용정보의 제공 자체가 금지되어 있지만, 예외적으로 제32조 제6항 제4호에 해당하는 경우, 즉 ‘통계작성 및 학술연구 등을 위하여 필요한 경우’(시행령 제28조 제10항 제7호)의 제한 하에서 비식별 조치를 할 수 있고 정보를 제공할 수 있다. 신용조회회사 자신이 보유하고 있는 개인신용정보를 비식별 조치하여 계열회사에게 제공하기 위한 전제조건이 계열회사가 ‘통계작성 및 학술연구 등을 위하여 필요한 경우’로 한정되어 있는 것이다. 이러한 구조에 따르면 개인신용정보가 아닌 비식별 정보를 제공받았다고 하여 계열회사가 그러한 정보를 받기 위한 목적(통계작성 및 학술연구)에서 말을 바꿔 상업적 목적으로 이용 또는 이를 다시 제3자에게 제공할 수 없다고 보아야 할 것이다.

다음으로 계열회사가 비식별 조치의 본래 목적을 벗어나 그 정보를 이용 및

49) 국무조정실 등, 앞의 자료, 65면.

50) 국가인권위원회, “「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 일부개정법률안」에 대한 의견표명”, 2016. 10 13.

제공할 수 있다는 해석이 가능한지를 알아볼 필요가 있다. 신용정보회사 등은 통계작성이나 학술연구 등을 위해 필요한 경우에만 비식별 조치를 할 수 있다는 점에서 이러한 비식별 정보를 목적 외로 이용하거나 제3자에게 제공할 수 없다. 신용조회회사의 계열회사와 그 외의 신용정보회사 등이 비식별 정보의 이용 및 제공에 있어서 법적용의 자의적인 차별이 발생하게 되는 것이다. 그렇다고 계열회사가 비식별 정보를 통계작성이나 학술연구 목적 외로 이용하기 위해서나 제3자에게 제공하기 위해 동의를 받을 수도 없다. 비식별 조치된 정보는 개인신용정보에 해당하지 않는다고 추정됨에 따라 동의권을 가진 정보 주체가 사라졌기 때문이다.[51]

결국 신용정보법 체제에서 비식별 조치는 본래의 도입 목적인 빅데이터 산업 활성화와는 상관없이 작동하게 되어 버린 셈이다. 이 때문에 비식별 조치의 실제 활용은 매우 미미한 수준에 머무르고 있다. 2016년 하반기부터 2017년 2월까지 9개월 동안 비식별 적정성 평가를 위한 전문가 추천건수는 총 20건이 넘지 않고 비식별 조치한 정보집합물 간 결합 건수 역시 8건에 그치는 것으로 보고되어 있다. 한국신용정보원으로 좁혀보면 전문 추천 건수는 6건, 결합 건수는 3건에 불과한 수준이다.[52]

(2) 비식별 조치를 위한 목적과 비식별 정보의 모호성

(가) 통계작성 및 학술연구 등의 목적을 예시적인 사유로 보는 경우

반대로 빅데이터를 이용한 상품개발이나 영업이익의 향상 등을 꾀하는 신용정보회사 등의 입장에서 보면 비식별 조치를 위한 목적이 반드시 견고한 것만은 아니다. '통계작성'이라는 개념이 포괄적이고 불확정적이어서 이를 신용정보회사 등의 상업적 목적과 연결 지어 활용하는 것이 어려운 일은 아니다. 뿐만 아니라 법문이 "통계작성 및 학술연구 등"이라고 규정되어 있어 예시적인 형태로도 해석이 가능하다. 만약 비식별 조치를 위한 목적을 예시적인 것으로 해석하거나 통계작성을 광범위하게 적용하게 되면 고객이나 회원에 대한 통계작성이라는 명목으로

51) 때문에 신용정보법 제32조의 제6항이나 제33조에서 '개인신용정보'라는 개념을 사용하면서 각 호에서 개인신용정보에 해당하지 않는 비식별 정보를 포함하고 있는 법문형태는 정확하다고 볼 수 없다.

52) 아이뉴스, "말많던 개인정보 비식별조치, 정작 활용은 '잠잠'", 2017. 3. 12. (http://news.inews24.com/php/news_view.php?g_serial=1010759&g_menu=020200&rrf=nv 2017. 4. 30. 확인).

이들의 개인신용정보를 비식별 조치한 후 이를 제3자에게 제공하는 것은 물론이고 본래 목적 외로 이용하더라도 신용정보법 위반에 해당하지 않게 된다. 왜냐하면 비식별 정보는 개인신용정보가 아닌 것으로 추정되는데 이에 대한 무단 이용 및 제공을 두고, '개인신용정보'를 정보 주체의 동의 없이 제공하거나 목적 외로 이용한 경우를 처벌하는 제50조 제2항 제6호 및 제7호에 포섭하기 어렵기 때문이다.

또한 신용조회회사가 통계작성이라는 명목으로 상업적 목적에 활용하기 위해 개인신용정보를 비식별 조치할 수 있게 된다면, 개인신용정보가 아닌 비식별 정보를 제공받았다는 이유로 계열회사는 본래 목적 외 이용제한에서도 자유롭고 이를 다시 제3자에게 제공함에 있어서 어떠한 제약도 받지 않는다. 비식별 조치를 하는 쪽은 정보를 제공하는 신용조회회사인데 이러한 정보를 받은 계열회사 측에서 자신이 보유하고 있는 개인신용정보와의 조합으로 이를 재식별하는 것은 어렵지 않을 수 있다. 이 경우 신용조회회사가 비식별 조치된 정보를 제공한 이상 업무정지(제14조 제2항 제6호)의 법적 책임을 지울 수도 없다.[53] 신용조회회사가 그 이해 관계자인 계열회사나 지배주주에게 개인신용정보를 불법적 또는 부당하게 제공하고 이를 이용하는 사례가 현실에서 빈번하게 발생하는 것을 막겠다고 개인신용정보의 제공 자체를 금지한 취지가 비식별 조치라는 형식을 통해 무력화될 수 있는 것이다.

비식별 정보를 제공받을 수 있는 제3자의 범위가 어디까지인지에 대한 한계가 규정되어 있지 않은 탓에, 비식별 정보라 해도 그 안에는 신용도나 거래능력, 거래유형 등 다양한 항목들이 포함되어 있어 오·남용될 위험성도 크다. 더구나 대량의 정보가 저장, 조합, 분석되는 빅데이터 처리 과정에서는 다른 정보와의 결합을 통해 당초의 개인신용정보로 재식별될 가능성을 무시할 수 없다. 무엇보다 한국의 금융 및 신용 분야는 「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 등에 의해 금융실명거래가 법제화되어 있고 주민등록번호가 집중되어 있는 상황이기 때문에 다른 분야에 비해 빅데이터 처리 과정에서 원래의 개인신용정보로 환원되거나 재식별될 위험성이 높다.[54] 그럼에도 불구하고 이런 상황에서 비식별 조치된 정보

53) 비식별 정보를 이용하거나 제3자에게 제공하려는 사업자 등은 해당 정보의 재식별 가능성을 정기적으로 모니터링 해야 하지만, 이미 제공된 비식별 정보의 모니터링 책임은 과거에 그 정보를 제공한 자가 아니라 현재 그 정보를 이용하는 사업자 등에게 있다는 해석은 국무조정실 등, 앞의 자료, 72면.

54) 국가인권위원회, "「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 일부개정법률안」에 대한 의견표명",

라는 이유로 정보의 제공과 이용에 대한 한계를 풀어버리게 되면, 개인정보자기결정권의 핵심 영역인 정보주체의 동의권을 생략한 채로 제공 및 이용할 수 있는 예외영역이 얼마 만큼인지 가늠하기 어렵다.

(나) 비식별 정보 판단의 불명확성과 유동성

물론 위에서 나타난 재식별 사례의 경우에는 개인신용정보에 해당하는 만큼, 만약 이를 정보 주체의 동의 없이 목적 외로 이용하거나 제공하면 5년 이하의 징역 또는 5천만 이하의 벌금으로 규율할 수는 있다. 하지만 현행 법률은 물론이고 개정안 어디에서도 비식별 조치에 대한 구체적인 판단기준이나 한계의 불명확성으로 인해 그 위반행위에 대한 처벌 구성요건을 적용하기는 어려울 뿐만 아니라 죄형법정주의에 어긋날 수도 있다. 이를 보다 구체적으로 살펴보면 아래와 같다.

(다) 비식별화(de-identification)와 익명화(anonymization)

신용정보법 하에서 비식별 조치된 정보가 '특정 개인을 알아볼 수 없거나 식별할 수 없는 정보'라는 것은 이미 알아본 바와 같다. 방송통신위원회의 "빅데이터 개인정보보호 가이드라인" 등 대부분의 정부 자료에서는 주로 '비식별화'라는 용어를 사용하고 있으며, 2015년 이후 발의된 법안들에도 모두 '비식별화'라는 용어가 사용되고 있다. 그러므로 오늘날 국내의 정부 자료에서는 주로 '비식별화'라는 용어의 사용이 일반화되었다고 보인다. 하지만 식별(identification)에 대응하는 의미로 비식별(de-identification)을 사용하고 있지만 이를 두고 정확하다고 보기는 어렵다. 오히려 분리나 이탈(away, off)을 의미하는 접두사인 'de'를 붙이면 '脫식별'이 올바른 번역이 되고, 진정한 '非식별'은 부정(not)을 의미하는 'non'을 붙여야 한다.[55] 비식별이라는 한국어 안에는 식별성을 제거한다는 의미뿐만

2016. 10 13.

55) 오길영, "데이터 상업화 과정으로서의 개인정보 비식별화", 「민주법학」 제58호, 민주주의법학연구회, 2015, 196면. 미국에서 'PII'(Personally Identifiable Information)에 대응하는 말로 'Non-PII'(non-identification information)'이라는 용어를 사용하고 있는데, 'Non-PII'를 우리네 방식으로 바꾸자면 '아예 개인정보가 아닌 정보'를 의미하게 된다. 한편 'de-identification information'에 대하여는 'PII를 충분히 가리거나 애매하게 하여 남아있는 정보만으로는 특정 개인을 식별할 수 없거나 식별가능하다고 믿기에는 합리적인 이유가 없는 정보'라고 정의한다. 정리하자면 'PII'의 범주 내에서 식별가능성이 낮은 상태의 정보를 'de-identification information'이라 정의하고, 'Non-PII'의 경우에는 애당초 'de-identify'라는 조치의 대상조차 아닌 것이다.

아니라 단순히 식별의 반대개념도 포함될 수 있기 때문이다. 개인정보보호위원회 역시 비식별(de-identification)은 익명(anonymization)과 가명(pseudonymisation)을 포함한 개념이므로 이를 사용할 경우 의미에 혼동을 가져올 수 있다는 지적을 하면서, '익명처리' 및 '가명처리'라는 용어로 통일하도록 결정한 바 있다.[56]

물론 비식별 조치를 익명처리로 용어만 바꾼다고 하여 그 자체로 문제가 해결되는 것은 아니다. 하지만 현재 국내에서 상용되고 있는 '비식별화'라는 용례는 익명성 보다 포괄적인 개념임에도 불구하고 이와 등치시키고 있다는 점에서 오해로 인한 잘못된 법해석 관행을 만들어 낼 수 단점이 선명해 보인다.[57] 비식별은 '잠시(잠정적으로) 식별가능성이 떨어진 상태'까지 포함하고 있는 탓에 마치 '식별성이 완전히 또는 영원히 없어진 상태'를 의미하는 것 같은 혼돈을 불러일으키기 때문이다.[58] 전자의 경우에는 여전히 신용정보법에 의한 개인신용정보의 범주, 즉 '살아있는 개인에 관한 정보로서 성명·주민등록번호 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보(해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 정보')에서 벗어날 수 없다. 그럼에도 비식별 조치라는 형식을 통해 진정한 비식별 정보의 수준에 이르지 않은 개인신용정보까지 정보 주체의 동의 없이 이용되거나 제공될 수 있는 것이다. 더 나아가 비식별 조치된 정보에 대해서는 요구자에 대한 정보를 확인할 수 없으므로 개인신용정보 열람·정정·삭제(제38조, 제38조의3) 등을 행사할 수 없으며, 정보처리 과정에서 우연히 개인이 재식별되었다는 사실만으로는 개인신용정보의 유출로 볼 수 없으므로 누설통지 대상(제39조의2)에도 해당하지 않고 보유기간(제20조의2)의 제한도 받지 않는 등 신용정보법에 의한 규제를 모두 피해갈 수 있게 된다.

(라) 비식별 조치 평가 기준

신용정보법 안에서 비식별 조치 개념 자체는 물론이고 이에 대한 처벌규정의

'de-identification'의 결과로 재식별의 요소가 완전히 제거된 수준에 이른 경우가 'anonymization'이라는 것이 된다(이상의 설명은 오길영, "데이터 비식별 논의의 쟁점과 맹점", 「공법연구」 제45집 제2호, 한국공법학회, 2012. 12. 293면).

56) 개인정보보호위원회, "「개인정보 보호법」일부개정 법률안 의견 조회에 관한 건", 2017. 1. 9.

57) 국무조정실 등, 앞의 자료, 57면에 의하면 "EU 개인정보지침은 'anonymization, 익명화'한 경우에는 지침이 적용되지 않도록 하고 있는데, 이 해설서에서 안내하는 '비식별 조치'는 EU의 익명화와 사실상 같은 개념"이라고 설명하고 있다.

58) 오길영, "데이터 비식별 논의의 쟁점과 맹점",, 276면; 이순환·박종수, 위의 논문, 276면.

취지, 그리고, 비식별 조치 가이드라인에서 정보 간 결합을 인정하고 있다는 점에서 개인의 식별가능성이 완전히 소멸되는 것은 아니고 언제나 개인신용정보로 재식별될 가능성이 상존함을 의미한다. '개인정보 비식별 조치 가이드라인'에 따르면 '재식별 가능성이 현저하다면 이는 비식별 조치가 제대로 이루어지지 않은 것임. 즉 비식별 조치가 충분히 이루어졌다면 그 시점에서 재식별은 불가능'하다고 설명하고 있다.[59] 이를 반대로 해석하면 '재식별 가능성이 현저하지 않으면'이라는 막연한 기준에 의해 개인신용정보에 해당하지 않는다는 결론을 내리게 된다는 것을 알게 된다. 여기서 '비식별 조치가 충분'한지 또한 판단기준으로 적절하지 않다. 전술한 바와 같이 정부 측은 가이드라인에 따라 비식별 조치된 정보와 학술연구 및 통계작성'을 위한 목적에 국한된 개인정보보호법과 신용정보법의 비식별 조치한 정보를 다른 것으로 파악하고, 후자에 대해서 적정성 평가를 제외할 수 있다는 입장을 내놓은 바 있다.[60] 이에 따르면 신용정보법에 의한 비식별 정보는 적정성 평가를 거치지 않고도 생산될 수 있는 것인데, 이를 두고 비식별 조치가 충분하다고 평가해 버리는 셈이다. 또한 신용정보법상 비식별 조치가 적정한지를 심사한다고 하더라도 당초 평가단 평가시 '적정'으로 판단할 만한 상당한 근거가 있었다면, 추후에 재식별되었다는 이유만으로 책임을 부과할 수는 없다.[61]

이러한 체계에 따르면 빅데이터 활용을 위해 개인신용정보를 비식별 조치하여 이용하려는 사업자 측은 물론이고 신용정보 주체 입장 어느 쪽도 만족스럽지 않은 결과가 초래될 수밖에 없다. 비식별 정보의 형태로 이를 활용하려는 쪽에서는 비식별 조치후 적정하다고 판단된 정보이기 때문에 동의 없이 제공·이용하였는데 장래의 사법적 판단결과에 따라 언제든지 비동의 제공·이용죄(제50조 제2항)로 처벌받을 수 있는 불안정한 상태에 처하게 된다. 가이드라인은 유권해석일 뿐이지 법적 효력이 없기 때문에 사법부의 판단에 아무런 영향을 미칠 수 없다.[62]

상시적으로 대량의 빅데이터를 처리해야 하는 사업자가 아무리 전담 부서를

59) 국무조정실 등, 앞의 자료, 71면.

60) 국무조정실 등, 앞의 자료, 65면.

61) 국무조정실 등, 위의 자료, 68면. 이때 비식별 정보를 이용하거나 제3자에게 제공'하려는' 신용정보회사등은 해당 정보의 재식별 가능성을 정기적으로 모니터링 해야 하는데, 이미 제공된 비식별 정보의 모니터링 책임은 과거에 그 정보를 제공한 자가 아니라 현재 그 정보를 이용하는 신용정보회사등이나 계열회사 등에게 있다(같은 자료, 72면).

62) 이순환·박종수, 앞의 논문, 280면.

둔다고 하더라도 막대한 양의 정보에 대해 일일이 점검하여 재식별가능성을 모니터링하기란 현실적으로 쉽지 않은 작업이다. 특히 재식별 우려가 있는 추가적인 정보를 수집하거나 제공받은 경우나, 이용부서에서 비식별 수준의 정도를 당초보다 낮추어달라고 요구한 경우 등의 내부요인의 경우는 사업자가 재식별 가능성에 대한 판단을 내릴 수 있을 것이지만, 빅데이터 정보처리 기술의 발달과 함께 새로운 재식별 사례나 새로운 기술이 등장하는 것은 피할 수 없을 것인데 이를 일일이 사업자가 확인하고 재식별가능성을 판단해야 한다는 것은 너무 과중한 의무를 부담하게 하는 것이다. 더구나 이러한 비식별 조치가 적정하지 않거나 않게 되었다는 주장을 하는 쪽에서 입증책임을 지도록 되어 있는데, 현실적으로 비식별 처리가 일단 되어 개인신용정보라 할 수 없는 정보에 대하여 개인인 신용정보주체가 적정하지 않은지 여부를 주장 및 입증까지 하도록 하는 것은 불가능을 강요하는 것에 불과하다. 현실적으로 신용정보주체가 개인정보자기결정권의 핵심적 수단인 동의권 행사 여부를 행사할 수 있는 영역인지를 판단내릴 수 없는 것이다. 결국 신용카드회사 개인정보 대량 유출 사태처럼 사회적으로 이목을 끌만한 사건이 발생하게 되면 정부 측에서 사후약방문(死後藥方文)식으로 비식별 정보를 다루는 신용정보회사 등을 조사한 후 사회적 여론에 밀린 나머지 불확정적인 기준에 의해 처벌 조항을 적용할 수밖에 없게 된다.

Ⅴ. 결론

현행 법령 및 정부의 가이드라인에 따르면 비식별 정보는 빅데이터 활성화라는 시대 흐름에 맞추어 개인정보자기결정권의 예외적인 사유로 인정하고 있다. 그러나 비식별 조치의 개념 및 목적의 불명확성과 함께 빅데이터 처리 과정에서 다른 정보와 결합을 인정하는 등 당초의 개인신용정보로 재식별될 가능성 또한 상존하고 있다. 무엇보다 한국의 금융 및 신용분야는 '금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률'등에 의해 금융실명거래가 법제화되어 있고 주민등록번호가 집중되어 있는 상황이기 때문에 다른 분야에 비해 빅데이터 처리과정에서 원래의 개인신용정보로 환원되거나 재식별될 위험성이 매우 높다고 할 것이다. 따라서 우리나라의 개인신용정보의 비식별 조치는 빅데이터 산업화의 활성화를 도모함과 동시에 정보주체의 기본권(개인정보자기결정권)의 보호라는 노력이 동시에 이루어

져야 한다. 특히 신용정보법은 비식별 정보에 대한 특별 취급을 통해 예외적인 경우에 정보주체의 동의 없이도 목적 외 용도로 이용하거나 제3자에게 제공할 수 있도록 하고 있다. 즉 신용조회회사는 개인신용정보를 그 지배주주 및 계열회사에게 제공할 수 없지만, 비식별 조치된 정보는 예외적으로 제공을 허용하고 있고, 신용정보회사등이 '통계작성 및 학술연구 등을 위하여 필요한 경우로서 특정 개인을 알아볼 수 없는 형태로 개인신용정보를 제공받기 위한 목적'으로 사용하는 자에게 개인신용정보를 제공하는 경우에는 정보주체의 동의 없이도 가능하며, 통계작성 및 학술연구를 목적으로 비식별 조치를 하면 정보주체의 동의 없이도 목적 외 이용이 가능하게 된다. 그러나 비식별 조치는 몇 가지 근본적인 문제점을 가지고 있다. 우선 비식별 조치는 개인정보자기결정권의 핵심인 정보 주체의 동의권을 행사할 수 없도록 하는 조치임에도 불구하고, 그러한 기본권 제한의 근거를 신용정보법에서 위임하고 있지 않고, 비식별 조치 사유로서 통계작성과 학술연구 목적을 열거하고 있는 바, 이는 통계작성이나 학술연구 두 가지 목적이 아닌 다른 사유를 근거로 비식별 조치가 허용되지 않음으로써 본래의 도입 목적인 빅데이터 산업 활성화와는 상관없이 작동하게 되어 버렸고, 법문의 '통계작성 및 학술연구 등'이라는 개념이 포괄적이고 불확정적이며 예시적인 형태로도 해석이 가능하고, 대량의 정보가 저장, 조합, 분석되는 빅데이터 처리 과정에서 다른 정보와의 결합을 통해 당초의 개인신용정보로 재식별될 가능성을 무시할 수 없는 등 개인정보자기결정권이 침해될 수 있으며, 현행 법률은 물론이고 개정안 어디에서도 비식별 조치에 대한 구체적인 판단기준이나 한계의 불명확성으로 인해 그 위반행위에 대한 처벌 구성요건을 적용하기가 어려워 죄형법정주의에 위배될 수 있는 문제점이 상존하고 있다.

개인신용정보의 비식별 조치는 빅데이터 산업화의 활성화를 도모함과 동시에 정보주체의 기본권(개인정보자기결정권)을 보호하는 노력이 함께 이루어져야 위헌다툼의 논쟁에서 벗어날 수 있다고 판단된다. 따라서 관계 법령에 비식별 조치에 대한 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 비식별 조치(또는 익명화)의 개념 및 목적을 명확하게 규정하여 헌법이 보장하는 개인정보자기결정권의 침해 가능성을 최소화하여야 한다. 또한 빅데이터 산업 활성화라는 시대흐름에 맞추어 비식별 정보가 충분히 적정한 평가를 받고, 재식별 위험성 없이 안전하게 활용될 수 있도록 엄격한 비식별 조치 및 사후관리절차를 더욱 강화할 필요성이 있다. 그리고 비식별 조치에 대한 구체적인 평가기준과 그 위반행위에 대한 처벌근거를

명확하게 마련하는 노력도 함께 이루어져야 할 것이다.

(논문투고일: 2017.11.04., 심사개시일: 2017.11.14., 게재확정일: 2017.12.11.)



백 승 엽 · 김 일 환

개인정보, 개인신용정보, 빅데이터, 비식별화, 신용정보법

【참 고 문 헌】

고학수·최경진, 「개인정보의 비식별화 처리가 개인정보 보호에 미치는 영향에 관한 연구」, 개인정보보호위원회 연구용역보고서, 2015.

권건보, “정보주체의 개인정보자기결정권”, 「개인정보 보호의 법과 정책」, 박영사, 2014.

김세진·김윤정, 「IT융합 활성화를 위한 법제연구」, 한국법제연구원 연구보고서, 2013.10.31.

이인호, 「개인정보자기결정권의 한계와 제한에 관한 연구」, 한국정보보호진흥원 연구보고서, 2001.

이창범, 「개인정보 보호법」, 법문사, 2012.

이현승·송지환, 「개인정보 비식별화기술의 쟁점 연구」, 연구보고서 2016-001, 소프트웨어정책연구소, 2016.8.

정상조·김종보·송옥렬·심영택·허성욱, 「비식별개인정보의 보호 및 활용에 관한 연구」, 방송통신위원회 연구용역보고서, 2010.8.

최경진, 「빅데이터 환경에서 개인정보보호 강화를 위한 법 제도적 대책방안 연구」, 개인정보보호위원회 연구용역보고서, 2012.12.

한정미, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법제연구」, 한국법제연구원 연구보고서, 2007.

함유근·채승병, 「빅데이터, 경영을 바꾸다」, 삼성경제연구소, 2012.

Fred H.Cate/손금주·이영조(역), “빅데이터 활용에 있어서의 프라이버시보호”, 「경제규제와 법」 제8권 제1호(통권 제15호), 서울대학교 공익산업법센터, 2015.5.

강만모·박상무·김상락, “빅 데이터가 여는 미래의 세상”, 「정보과학회지」 제30권 제6호, 한국정보과학회, 2012.6.

고동원, “2015년 개정 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」에 관한 법적 검토”, 「금융정보연구」 제4권 제2호, 한국금융정보학회, 2015.8.

권기준, “신용정보에 관한 연구”, 「법학논총」 제39권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2015.

김수연, “빅데이터 산업 활성화를 위한 개인정보 보호규제 개선 검토”, 「KERI Brief] 15-28호, 한국경제연구원, 2015.12.22.

김영도, “신용정보 집중체계 개편 논의”, 신용정보 집중체계 개편방안 공개토론회 발표자료, 「한국금융연구원 세미나 자료집」, 한국금융연구원, 2014.5.26.

김일환, “자기결정권의 도출근거에 관한 헌법재판소 결정의 비판적 검토”, 「미국헌법연구」 제25권 제2호, 미국헌법학회, 2014.8.

김일환, “정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호에 관한 연구”, 「공법연구」 제29집 제3호, 한국공법학회, 2001.

김일환, “초연결사회에서 개인정보보호법제 정비방안에 관한 연구”, 「성균관법학」 제29권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2017

김지훈, “빅데이터와 개인정보 보호”, 「법제연구」 제46호, 한국법제연구원, 2014.6.

노태석, “「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 개정안에 대한 검토”, 「은행법연구」 제7권 제1호, 은행법학회, 2014.5.

문상일, “빅데이터와 개인정보보호”, 「경제법연구」 제14권 제2호, 한국경제법학회, 2015.8.

박찬일, “종합신용정보집중기관의 역할 및 기능 재조명”, 「월간 금융」 제638호, 전국은행여합회, 2007.

성준호, “빅데이터 환경에서 개인정보보호에 관한 법적 검토”, 「법학연구」 제21권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2013.4.

심우민, ““빅데이터 개인정보보호 가이드라인”과 입법과제”, 「이슈와 논점」 제866호, 국회입법조사처, 2014.6.12.

심우민, “사물인터넷 개인정보보호의 입법정책”, 「헌법학연구」 제21권 제2호, 한국헌법학회, 2015.6.

오길영, “데이터 상업화 과정으로서의 개인정보 비식별화”, 「민주법학」 제58호, 민주주의법학연구회, 2015.

오길영, “데이터 비식별화 논의의 쟁점과 맹점”, 「공법연구」 제45집 제2호, 한국공법학회, 2016.12.

이순환·박종수, “개인정보 비식별 조치 가이드라인의 법적 문제와 개인정보보호법제 개선방향”, 「공법연구」 제45집 제2호, 한국공법학회, 2016.

이은우, “비식별화, 개인정보보호법이 맞는 최대의 위기”, 빅데이터 국회 토론회 (새정연 장병완의원 주최) 발표문, 2015.8.19.

전한덕, “보험계약정보 관리체계 개선방안에 관한 법적 연구”, 한국외국어대학교 박사학위 논문, 2015.8.

차상휘, 「빅데이터 산업의 활성화에 따른 개인정보 보호에 관한 연구」, 전북대학교 박사학위논문, 2017.

황인덕, “신용정보의 체계와 정책 이슈”, 「금융정보연구」 제2권 제2호, 한국금융정보학회, 2013.8.

황창선, “자본시장법 개정과 신용평가회사 관련 규제의 변화”, 「BFL」 제60호, 서울대학교 금융법센터, 2013.

관계부처 합동, 금융분야 개인정보 유출 재발방지 종합대책, 2014.3.10.

국무조정실·행정자치부·방송통신위원회·금융위원회·미래창조과학부·보건복지부, 「개인정보 비식별 조치 가이드라인 -비식별 조치 기준 및 지원·관리체계 안내-」, 2016.6.30.

방송통신위원회·한국인터넷진흥원, 「빅데이터 개인정보보호 가이드라인 해설서」, 2015.2.

방송통신위원회·한국인터넷진흥원, 「정보통신서비스 제공자를 위한 개인정보보호 법령 해설서」, 2012.

한국신용정보원, “해외 비식별 조치 동향 및 국내 적용을 위한 시사점 도출”, 「CIS이슈 레포트」 2017-5호, 한국신용정보원, 2017

한국신용정보원・금융보안원, “정보집합물 결합 안내서”, 2016.9.3

한국정보화진흥원(편), 「새로운 미래를 여는 빅데이터 시대」, 한국정보화진흥원, 2013.

행정자치부/한국정보화진흥원, 「개인정보 비식별화에 대한 적정성 자율평가 안내서」, 2015.

Abstract

A Study on the Contents and Limitation of personal credit information's de-identification

Baik, Seung Yeoub
Kim, Il Hwan

On existing privacy protection act, the privacy protection means information that can identify specific individual. Since actions like investigation, collection, keep, use focused on personal information apply as a rule the limit of individual privacy protection right, the privacy protection law in principle prohibits the case that the manager of personal information uses his information out of purpose of collection, use, or provides a third party with information. By the way, exceptionally he can be allowed if principals of information afford the agreement. Credit information act (the law about use and protection of credit information) also exceptionally acknowledges the offer without agreement the case of a credit information company offers personal credit information to others, in principal after receiving individual agreement of credit information object. However, in the case of the information that takes de-identification action, both allow one provides personal credit information without agreement of principals of information or uses it. In other words, personal information protection act defines one can provide personal information to a third party or use information as a use except of purpose in the case of providing personal information as a form that nobody can identify specific individual for the purpose of statistics producing and academic research if one has no risk to unfairly violate

profits of principals of information or a third party. For this, similar to personal information protection act, de-identification information admits the use except of primary purpose and providing to a third party without an agreement of principals of information. This purpose of act presumes through de-identification action, since information that specific principal of information is unrecognizable is no more personal information, it is not applied to individual information protection act, and it can't violate individual information right that is protected by constitution. Also the government is implementing personal information de-identification guide line announced for clearly abducing de-identification action standard and de-identification information application scope of individual information to utilize Big Data safely in the form of personal information protection act along the appearance of a new ear like Big Data , IoT, etc. Especially, credit information act does special handling about de-identification information. Firstly, a credit inquiry company is not able to provide personal credit information to the controlling shareholder and subsidiary, but it can provide de-identified information exceptionally. Second, in the case a credit information company provides personal credit information to the one who uses it as the purpose to be provided personal credit information that a specific individual can't be recognized for statistics writing and academic research. In this case, the agreement of principals of information is not needed. Additionally, for statistics writing and academic research, after de-identification action, one can use out of purpose without agreement of principals of information. However, in spite of these legal bases, de-identification action has several fundamental problems. First, de-identification action is the action that prohibits principals of information from the agreement right that is the core of personal information right. Though, the basis of prohibition of basic human right is not delegated by credit information act. Second, the reason of de-identification action is statistics and academic research. This is operating regardless Big Data industry vitalization that was primary

introduction purpose, not the original twin purposes, with other reasons. And It can't be allowed as de-identification action. Third, in the law, the notion of statistics writing and academic research is not obvious and comprehensive and interpreted as a form of foreshadower. And in the handling process that wholesale information is stored, mixed, analyzed, the possibility of re-identified with original personal credit information by the combination with other information can't be ignored. By this, personal information right can be invaded. Lastly, it is difficult to apply punishment composition requirement about the offense, of course recent law, because of the lack of concrete yardstick for judgment and ambiguity of limit about de-identification action. So it has the problem that can be against the principle of legality.

Thus, de-identification action has tasks to seek both sides, protection of individual information and planning Big Data industry vitalization, harmoniously.



Baik, Seung Yeoub · Kim, Il Hwan

Personal Information, Personal Credit Information, Big Data, De-identification Action, Credit Information Use and Protection Act

해양법상 국가관할권이원지역(ABNJ)의 규율원칙

서진웅*
성재호**

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. ABNJ의 제도적 범위
1. 지리적 범위
2. 새로운 레짐의 필요성
Ⅲ. ABNJ 규율 원칙
1. 물적 대상
2. 적용 원칙의 이원성(二元性)
3. 통합원칙의 필요성
Ⅳ. UN해양법협약 상의 규율원칙
1. 공해자유의 원칙
2. 인류공동유산의 원칙
3. 제7장과 제11장의 관계
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

국가관할권 이원의 해역에 존재하는 해양자원도 그 이용가능성이 현실화됨에 따라 이에 대한 법적 지위와 이용에 관한 법적 규율의 문제가 현안과제로 대두되고 있다. 새로운 과학기술의 등장과 발전으로 공해와 심해저 상의 해양자원에 대한 탐사 및 이용이 가능하게 되었고, 특히 해양유전자원을 이용한 산업과 생물공학 분야의 상업적 가치가 크게 주목받고 있다. 이에 대하여 잠재적으로 모든 국가에 의하여 개발이 가능한 것인지, 그 개발의 결실은 인류 전체에게 이익이 될 수 있는 '공동 관심사'로 이해되어야 하는지에 대한 이견이 존재하는 실정이다.

현재 해양상의 모든 활동에 대하여 1982년 채택된 UN해양법협약이 기본협약으로 기능하고 있다. 그러나 UN해양법회의 당시에는 해양환경 문제나 해양과학기술의 중요성은 크게 인식되지 못한 상태였으며, 국가관할권이원지역에 해당하는 해역에 존재하는 생물자원의 가치를 고려하지 못하였다. 특히 UN해양법협약은 공해지역과 심해저지역으로 구분하여 각각의 레짐을 설정하고 있어, 국가관할권이원지역에 대한 포괄적 법제를 구축하고 있지 않다. 공해레짐은 공해 수역 상

* 성균관대학교 법학전문대학원 박사수료
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

의 모든 활동에 관하여 규율을 하는 것이고, 심해저 레짐은 심해저 광물자원의 이용과 보존에 관하여서 규율하고 있다. 해양유전자원은 공해나 심해저의 한 곳에 고착되어 있지 않은 유동적 특성을 가지기 때문에, 기존의 구분적 레짐으로 온전히 규율되는데에는 한계를 가지고 있다. 또한 UN해양법협약은 공해레짐과 심해저레짐을 독립적으로 규율하고 있어, 양 레짐 간의 이질성은 국가관할권이원지역을 하나의 대상으로 통합된 규율원칙 하에 다루기에 불충분한 한계를 보여왔다.

이 논문은 국가관할권이원지역의 제도적 범위와 해당지역에 적용 가능한 UN 해양법협약상의 규율원칙들을 분석함으로써, 국가관할권이원지역에 포괄적으로 적용될 수 있는 적정한 규율원칙을 도출하고자 한다.

Ⅰ. 서론

바다는 지구의 4분의 3 이상을 차지하고 있을 만큼 광대한 까닭에, 인간이 바다를 바라보기 시작한 초기에는 하나가 아닌 여러 개인 것으로 받아들였다. 그런 까닭에 제2차 세계대전 이전까지는 주요 항행로 개척과 해양을 통한 교통과 연안국 안전을 담보하는 노력이 주된 과제였다. 그러나 해양에 대한 관심은 17세기 들면서 공해자유의 원칙이나 연안해에 대한 주권 인정과 같은 법제화 노력으로 전환되었고, 나아가 어업과 같은 해양 자원 개발에 대한 관심이 커지게 되었다.[1] 이와 같이 해양은 항행에서부터 자원공급처 등 다양한 용도로 사용되어 왔다.[2] 통항로와 어업 공간으로만 여겨지던 것이 광물자원과 석유자원의 공급처로, 조력발전이나 태양광발전 장소로 활용되기에 이르렀다. 어업자원의 채취와 포획을 포함한 전통적 어로활동 뿐 아니라, 광물자원이나 에너지 자원의 탐사 등의 과학조사, 해저전선 및 관선 부설, 기타 시설의 건설 등 다양한 활동들이 전개되기에 이르렀다. 나아가 바이오산업의 비약적 발전에 따라 해양은 새로운 자원으로 각광받고 있는 생물자원의 보고로서, 바이오자원 탐사를 위한 중요한 대상이 되었다. 해양지역에서의 생물자원에 대한 생물학적 탐사(bioprospecting)를 통한 새

1) René-Jean Dupuy/Daniel Vignes, 「A Handbook on the new Law of the Sea」(Springer, 1991) p. 3.

2) Richard A. Barnes, "Consolidating Governance Principles for Areas beyond National Jurisdiction", 「The International Journal of Marine and Coastal Law」 vol. 27 (Brill, 2012) p. 265.

로운 과학적 진보의 가능성 및 이를 통한 산업, 의약품, 화장품 및 기타 생물 공학 응용 분야에서 발생할 수 있는 상업적 가치가 크게 주목받게 된 것이다.[3)]

전통적으로 해양은 소진되지 않으며, 인간의 어떤 활동이나 사용에도 충분히 활용가능한 것으로 여겨졌다. 차츰 해양자원도 고갈될 수 있으며, 인간의 활동과 이용의 증가로 해양 생태계의 수용 한계를 넘어설 수 있음이 유의되기 시작하였다.[4)] 더욱이 항행기술과 과학기술의 발전으로 인간의 지력이 미치지 못하던 해역도 실제로 탐사 · 개발할 수 있게 됨으로써, 해양자원에 대한 개발과 이용의 문제는 국제사회의 중대한 관심사로 부상하게 되었다. 그러나 기존의 국가 관할권 중심으로 설계된 해양법에는 국가관할권이원지역(Areas Beyond National Jurisdiction: ABNJ)에 대한 명백한 규정을 두지 못하였고, 국가관할권이원지역을 규율하는 기본적 규칙 조차 마련되어 있지 않았다. 직접적으로 적용되는 규정이 없다고 해서 국가관할권이원지역의 이용과 보존에 국제법 규칙이 아예 적용되지 않는다고 할 수는 없겠지만, 해양자원에 대한 이용의 기대치가 높아갈수록 체계적 접근과 규율을 위한 규범의 창설 필요성이 커질 수밖에 없다.[5)]

본고에서는 생물학적 탐사와 관련하여 새로운 관심 영역으로 부상하고 있는 국가관할권이원지역의 개념과 법적 성격을 살펴보고, 관할권이원지역의 법적 제도화에 대하여 검토한다. 이를 통해 국가관할권이원지역의 이용과 보존에 적용되는 국제법상 원칙이 무엇이고 어떠해야 하는지를 추출해보고자 한다.

Ⅱ. ABNJ의 제도적 범위

1. 지리적 범위

현재 우리가 향유하고 있는 해양제도는 하루아침에 이루어진 것이 아니다.[6)] 제2차

3) Rosemary Rayfuse/Robin Warner, “Securing a Sustainable Future for the Oceans Beyond National Jurisdiction: The Legal Basis for an Integrated Cross-Sectoral Regime for High Seas Governance for the 21st Century”, 「The International Journal of Marine and Coastal Law」 vol. 23 (Brill, 2008) p. 404.

4) Rayfuse/Warner, *op. cit.,* p. 401.

5) Yoshifumi Tanaka, “Reflections on the Conservation and Sustainable Use of Genetic Resources in the Deep Seabed beyond the Limits of National Jurisdiction”, 「Ocean Development & International Law」 vol. 39, (Taylor & Francis Ltd, 2008) p. 131 참조.

6) Elisabeth Mann Borgese, “The Process of Creating an International Ocean Regime to Protect the Ocean’s Resources”, 「Freedom for the Sees in the 21st Century: Ocean Governance and

세계대전 이전 이미 과도한 어로활동이 문제 되고 있었으며, 원양 유정 개발이 시작되면서 해양 이용에 대한 가능성이 부각되고 있었다. 이에 따라 해양의 주요 이용을 규율의 틀 속으로 끌어들이기 위한 국제적 노력이 바로 1958년의 UN해양법회의였다. 그러나 1958년의 회의에서 채택된 4개의 협약은 한계를 안고 있었는데, 특히 영해와 대륙붕의 외측한계에 대해 명확히 하지 못한 점은 지속적인 논란의 대상이 되었다. 1960년에는 제2차 UN해양법회의가 개최되었으나, 여전히 이에 대한 합의에 이르지 못하였다. 더욱이 이 시기에는 해양환경 문제나 해양과학기술의 중요성은 전혀 인식되지 못한 상태였고, 해양 공간의 통합성에 대한 언급이 전혀 없었으며, 해양 이용간의 상호 작용에 대해서는 아예 언급이 없었다.[7] 이에 따라 3가지 주요한 경향이 나타나게 되었다. 첫째 항행의 자유를 안정적으로 보장할 수 있는 국가 관할권의 한계를 명확히 하는 것, 둘째 두 차례의 UN해양법회의에 참여하지 못했던 신생국들이 그들의 법적 전통과 경제적 기대를 반영할 새로운 해양법을 만들려는 목소리가 생겨났다는 점, 셋째 지속되는 기술발전이 더 먼 해양과 더 깊은 바다에서 해양자원의 이용을 가능하게 함으로써 어족자원의 고갈과 해양환경 보호의 문제가 등장하게 되었다는 점이다.[8]

이러한 배경과 새로운 경향에 따라 세계 각국은 해양 관리와 규제를 위한 새로운 변화를 맞이하게 되었다. 그 결과 탄생한 1982년 UN해양법협약(이하 UN해양법협약)은 연안국의 관할권에 대한 한계를 명확히 하였다. 특히 영해의 범위를 12해리로 확정하고, 접속수역의 범위를 24해리로 결정하였으며, 200해리 배타적 경제수역을 설정할 수 있도록 하였다. UN해양법협약은 연안국이 자국의 접속수역 내에서 재정적 권한 등의 권한을 행사할 수 있도록 하였고, 배타적 경제수역 내에서는 모든 생물 및 무생물자원의 규율권과 모든 오염활동을 통제할 권한을 부여하였다.

UN해양법협약상의 관할권은 영토를 기반으로 하는 것이다. 이러한 관점에서 국가관할권이원지역(Area Beyond National Jurisdiction: ABNJ)은 국가의 영토에 기반을 둔 국제체제의 예외라는 특징을 가진다.[9] 현재 국가관할권이원지역의

Environmental Harmony」edited by Jon M. Dyke/Durwood Zaelke/Grant Hewison (Island Press, 1993) p. 23.

7) *Ibid.*.

8) *Ibid.*, pp.23~24

9) Donald R. Rothwell/Alex G Oude Elferink/Karen N Scott/Tim Stephens, 「The Oxford Handbook of the Law of the Sea」(Oxford University Press, 2015) p. 203.

규율에 관한 일반적이고 포괄적인 국제체제가 별도로 존재하지 않으므로, 동 지역에서의 활동을 규율하는 주된 제도는 UN해양법협약이 될 수밖에 없다.[10] 그러나 UN해양법협약은 국가관할권이원지역이 무엇인지에 관하여 명백히 규정하고 있지 않다.[11] 다만 UN해양법협약은 국가관할권이원지역과 유사한 용어로 '국가관할권 한계 밖'(beyond the limits of national jurisdiction)[12]이라는 용어를 사용하고 있고, 생물다양성에 관한 협약에서도 '관할권 이원지역'(areas beyond the limits of national jurisdiction)[13]이라는 용어를 사용하고 있다. 두 협약 모두 '국가관할권 한계 밖' 내지 '관할권 이원지역'이 무엇을 의미하는지, 그리고 어떤 범위를 대상으로 하는지에 대하여 명시적으로 규정을 두고 있지 않다.

국가관할권이원지역의 생물다양성에 관한 작업단(Biodiversity Beyond National Jurisdiction(BBNJ) Working Group)[14] 회의에서는 국가관할권이원지역의 의미를 공해와 심해저로 이해하였다. 카리브해공동체(CARICOM)는 UN해양법협약 제86조를 원용하여 배타적 경제수역·영해·내수 또는 군도수역에 포함되지 않는 공해와, 제1조 규정에 따라 국가관할권 한계 밖의 해저·해상 및 하층토를 의미하는 심해저(Areas)라고 풀이하고 있다. EU는 아주 간략하게 UN해양법협약에 정의된 공해와 심해저가 국가관할권이원지역의 의미라고 하였다.[15] 지리적 범위와 관련하여서는 보다 다양한 입장이 개진되었다. UN해양법협약에 따

10) Ane Jørem/Morten Walløe Tvedt, "Bioprospecting in the High Seas: Existing Rights and Obligations in View of a New Legal Regime for Marine Areas beyond National Jurisdiction", 「The International Journal of Marine and Coastal Law」 vol. 29 (Brill, 2014) p. 321.

11) Alex G. Oude Elferink, "The Regime of the Area: Delineating the Scope of Application of the Common Heritage Principle and Freedom of the High Seas", 「The International Journal of Marine and Coastal Law」 vol. 22 (Brill, 2007) p. 162.

12) UN해양법협약 제1조 제1항 제1호: "Area" means the sea-bed and ocean floor and subsoil thereof **beyond the limits of national jurisdiction.**

13) 생물다양성에 관한 협약 제3조: States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of **areas beyond the limits of national jurisdiction.**; 동협약 제14조 제1항 다호 및 라호 참조.

14) 정식명칭은 Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction으로 UNGA Resolution 69/292에 의하여 설치되었음.

15) Chair's non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction 28/02/17, 2017, p. 5. (http://www.un.org/Depts/los/biodiversity/prepcom.htm).

라 공해와 심해저로 보는 모나코의 제안, 국가관할권이원의 수역으로서 공해 및 국가관할권 한계 밖의 해저 및 하층토로 보는 뉴질랜드의 제안, 200해리 이원의 대륙붕을 포함하여 대륙붕이나 국내지역을 포함하지 않는 지역으로 보는 노르웨이의 제안이 있었다.[16] 나아가 지리적 범위와 함께 규율 대상의 범위를 병존적으로 지적하는 입장도 있다. 미크로네시아는 수역 · 해저 · 해상 및 그 하층토와 각 지역의 사이를 포함하여 국가관할권이원지역의 모든 해양생물체의 보전, 지속가능한 사용 및 책임 있는 관리를 언급하였고, WWF는 국가관할권이원지역의 해양생물다양성으로 보는 입장이었다.[17]

2. 새로운 레짐의 필요성

해양법의 전체 역사를 보면 자유를 인정할 것인가, 아니면 일정한 제약을 가할 것인가를 선택하는 과정이었음을 알 수 있다.[18] 결국 국가의 관할권을 인정하는 해역과 관할권이 인정되지 않는 해역의 경계에 관한 논의가 꾸준히 이루어져 왔음을 의미한다. 국가관할권이원지역의 물적 범위와 관련하여 기존의 제도로 충분하다는 입장과, 기존 제도는 불완전하므로 보완이나 새로운 레짐이 필요하다는 견해가 갈라져 있다. 전자는 국가관할권이원지역이란 공해와 심해저를 지칭하는 것이고 UN해양법협약 제7부가 공해를 규율하고 있고, 제11부에서 심해저를 규율하고 있으므로, 이 두 레짐으로 접근하면 된다는 입장이다.[19] 후자는 UN해양법협약상의 공해와 심해저 제도로는 충분하지 않고,[20] UN해양법협약이 국가관할권이원지역을 적절히 규율하고 있지 못하므로[21], 그 공백을 메울 새로운 레짐이 필요하다고 주장하는 것이다. 새로운 레짐이 필요하다고 보는 입장도 약간의 차이를 나타내고 있다. ABNJ 레짐을 공해와 심해저의 해양지역을 포괄하는 통합적 형태의 새로운 제도를 추구하는 입장과, UN해양법협약 하의 두 레짐을 보완하는 레짐으로 보려는 입장이 그것이다. 전자는 UN해양법협약은 공해자유의 원칙적 선언과 해양환경의 보호 및 해양자원 보존을 위한 일정한 제약을 두고 있는 점,

16) *Ibid.*, p.11.
17) *Ibid.*, p.11.
18) Rayfuse/Warner, *op. cit.*, p. 400.
19) Earth Negotiations Bulletin, Summary Report by the Earth Negotiations Bulletin of the Eighth Meeting of the UN Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea, 2007.
20) *Ibid.*.
21) Jørem/Tvedt, *op. cit.*, p. 322.

다양한 국제조약이 공해사용의 여타 측면을 다루고 있으나 현행 공해제도가 포괄적이라고 하기 어렵다는 점 등을 들어 새로운 레짐의 필요성을 제기하고 있다.[22] 후자는 UN해양법협약 제12부가 해양환경에 관하여 매우 개략적인 구조를 제시하고 있기 때문에, 세부적인 새로운 규칙들에 의해 보완되어야 한다고 주장한다. 즉 국가관할권이원지역의 해양생물자원에 대한 효과적인 보존을 위해 특정의 규칙을 통해 개략적 구조의 미비한 부분을 메워야 한다는 것이다.[23]

ABNJ 레짐에 대한 이해가 일치되지 못한 상황에서 ABNJ의 범위를 확정하는 것은 쉬운 일이 아니다. 현행 UN해양법협약상 제도적 공백이 존재하지 않는다는 입장을 따르면 ABNJ라는 새로운 공간개념의 필요성이 요구되지 않는다. 즉 공해와 심해저를 포괄하는 것이 ABNJ의 개념이라고 이해하는 입장[24]에서는 ABNJ의 개념은 단언될 수도 있다. 그러나 ABNJ 레짐 자체를 생물다양성 내지 환경보호의 측면에서 보완적 레짐으로 이해하는 입장에서는 ABNJ 자체를 명확히 언급하지 않고 있어, 어떠한 공간적 범위를 지칭하고 있는지 확인하기 어려운 면이 있다. 이에 더하여 UN해양법협약 상 공해와 심해저 규정 자체도 그 공간적 범위를 소극적으로 정의하고 있는 점도 유의해야 한다. 특히 공해는 초기 성문화 과정에서부터 현재에 이르기까지 소극적으로 정의되고 있다. 1958년 공해에 관한 협약(Convention on the High Seas)은 공해를 '일국의 영해 내지 내수에 해당하지 않는 모든 바다'라고 정의하였다.[25] 그러나 배타적 경제수역(EEZ)과 군도수역 개념의 등장으로 인하여 공해에 관한 정의에 대하여 추가적 접근이 요구되었다.[26]

제3차 UN해양법회의 교섭과정에서 배타적 경제수역의 성격과 관련하여 논란이 있었다. '공해상에 특별한 배타적 경제수역의 레짐을 부가한 것'으로서 공해로 취급되어야 하는지, 또는 영해상 무해통항권과 동등한 공해자유가 적용되는 새로운 연안국의 주권적 지역으로 취급되어야 하는지 여부가 쟁점이 된 바 있다.[27] 배타적 경제수역에 관한 접근방법은 공해가 아니면서 영해의 확장도 아닌 '특수

22) Rayfuse/Warner, *op. cit.*, p. 401.
23) Tullio Scovazzi, "The negotiations for a binding instrument on the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond national jurisdiction", 「Marine Policy」 vol. 70 (Elsevier Ltd, 2016) pp.188-189.
24) Rayfuse/Warner, *op. cit.*, p. 401.
25) 공해에 관한 협약 제1조.
26) Rothwell et. al., *op. cit.*, p. 205.
27) Philip Allott, "Power Sharing in the Law of the Sea", 「American Journal of International Law」 vol. 77(1) (American Society of International Law, 1983) p. 15.

한 구역(zone sui generis)'으로 보되,[28] 배타적 경제수역 레짐의 특성 상 공해 중 연안국의 주권적 권리가 보장되는 지역으로 이해되었다.[29] 1958년 공해협약 규정이 배타적 경제수역상의 항행의 권리를 부당하게 제한할 수 있으므로, 이를 대신하여 공해 레짐의 공간적 적용의 범위를 새로이 명시할 필요성이 제기된 것이다.[30] 결국 UN해양법협약은 제86조에서 공해의 범위와 관련하여 배타적 경제수역 · 영해 · 내수 · 군도국가의 군도수역에 속하지 아니하는 바다의 모든 부분에 적용된다고 규정하게 되었다. 심해저도 국가관할권 한계 밖의 해저 · 해상 및 그 하층토를 의미하는 것으로 규정하고 있다.[31] 공해는 UN해양법협약 제7부가 적용되고, 당해 해저지역은 대륙붕의 자연적 연장에 해당하지 아니하는 한 심해저에 해당되며 이에 대해서는 UN해양법협약 제11부가 적용된다.

이상에서 보는 바와 같이 현재 ABNJ의 공간적 범위에 대하여 명백한 국제적 합의가 성립되어 있지 못하다. 국가관할권이원지역의 유전자원에 대한 이용 가능성이 높아지게 되면서 관심이 커져가고 있지만, 이와 관련한 법적 현황은 진공상태에 있는 것이다.[32] ABNJ의 공간적 범위를 공해와 심해저를 포함하는 하나의 개념으로서 보는 경우라도, 현행 해양법체제 하에서는 공해와 심해저 자체가 소극적 방식으로 규정되어 있는 까닭에 ABNJ 또한 소극적으로 정의할 수밖에 없다. 이와 같은 제도적 한계는 국가관할권이원지역에 대한 새로운 제도의 필요성을 요구하고 있고, 이에 따른 법적 논의와 검토가 필요한 시점이다. UN해양법협약상의 제도는 공해와 심해저를 구분하고 있으나, 공간적 범위로서 공해와 심해저는 구분되는 공간이 아니다. 법적 지역으로서 심해저는 공간적 지역으로서 공해의 일부분으로서 해저부분을 지칭하는 것이었다.[33] 법적 레짐이 적용되는 공간

28) Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982, volume V, Documents of the Conference, Third Session: Revised single negotiating text (part Ⅲ), UN Document A/CONF.62/WP.8/Rev.1/PartⅡ, 1976, p. 153.

29) UN해양법협약 제58조 참조; 연안국에 특별히 할당된 권리로 대체되지 않는 한 공해 레짐이 적용되는 지역에 해당.

30) Myron H. Nordquist, 「United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary」 vol. Ⅲ (Martinus Nijhoff Publishers, 1995) pp.67-68.

31) UNCLOS 제1조 제1항 제1호.

32) Charlotte Salpin/Valentina Germani, "Patenting of Research Results Related to Genetic Resources from Areas beyond National Jurisdiction: The Crossroads of the Law of the Sea and Intellectual Property Law", 「Review of European Community & International Environmental Law」 vol. 16(1) (Wiley-Blackwell, 2007) p. 15.

33) David Kenneth Leary, "More than just Bugs and Bioprospecting in the Abyss. Designing an International Legal Regime for the Sustainable Management of the Deep-Sea Hydrothermal Vents Beyond National Jurisdiction", Ph.D. thesis (Macquarie University, 2005) p. 56.

으로서 구분되는 심해저는 공간적 관점에서 보면 공해의 일부에 해당하며, 심해저를 포함하는 공간으로서의 공해가 국가관할권이원지역으로 이해될 수 있다. 즉 공간적 개념을 기준으로 국가관할권이원지역을 정의하면, 원양(deep sea)지역으로서의 공해 수역과 해당 수역 하부의 해저, 해상 및 그 하층토[34]를 의미하는 것으로 이해된다. 이를 UN해양법협약 상의 관련 규정인 제86조 및 제1조 제1항을 반영하여 보면, '내수, 영해, 군도국가의 군도수역, 배타적 경제수역, 그리고 200해리 이원으로 연장된 법적 대륙붕에 속하지 아니하는 바다의 모든 부분'으로 파악할 수 있다. 이와 같은 법적 개념 정리는 공해에 관한 소극적 개념정리를 되풀이하는 한계를 가지므로, 이러한 개념으로는 명백한 정의라 할 수 없다. 공해에 대한 국제사회의 이해방식이 영해의 확장에 따른 공해의 축소로부터 영해와 공해가 분리되어 온 연혁적 결과로, 소극적 개념정리의 방식을 취할 수밖에 없는 것이 현실이라는 점에서, 이러한 개념정리 이상의 적극적인 정의는 힘들 것으로 판단된다.

Ⅲ. ABNJ 규율 원칙

1. 물적 대상

국가관할권이원지역은 UN해양법협약 하의 공해와 심해저 지역을 포함하는 개념으로 이해하고 있으나[35], 그 정확한 개념에 관하여 명확히 정의내리고 있지 못하고 있다. 따라서 다양한 접근 방법을 통해 국가관할권이원지역을 정의하려는 시도가 있어 왔다. 국가관할권이원지역을 원양(deep sea)으로 이해하고 공해 수역(High Seas)과 수역 하부의 해저·해상 및 그 하층토(the Area) 상의 생물자원으로 이해하는 견해[36], UN해양법협약 상의 두 해양지역인 공해와 심해저로 구성된다는 견해[37], UN해양법협약에 따라 인류공동유산인 심해저와 공해가 포함된

34) Fran Humpehpies, "A Stewardship Approach to 'Legitimate Interests' in Deep Sea Genetic Resources for Use in Aquaculture", 「University of New South Wales Law Journal」 vol. 40(1) (University of New South Wales Law Journal, 2017) p. 27.

35) Barnes, *op. cit.*, p. 265.

36) Humpehpies, *op. cit.*, p. 27.

37) Harriet Harden-Davies, "Deep-sea genetic resources: New frontiers for science and stewardship in areas beyond national jurisdiction", 「Deep-Sea Research II: Topical Studies in Oceanography」 vol. 137 (Elsevier Ltd, 2017) p. 507-508.

다는 견해[38], 공해 및 국가관할권 이원의 해저(deep-seabed)인 심해저(the Area)로 구성된다는 견해[39], UN해양법협약에 규정된 공해와 심해저를 포함하여 남극조약체계(Antarctic Treaty System)에 의하여 규율되는 남위 60도 이하의 해양지역을 포함한다는 견해[40], ABNJ의 수역에는 UN해양법협약 제7부의 레짐이 적용되고 해저에는 UN해양법협약 제11부의 레짐이 적용된다고 봄으로써 ABNJ를 공해와 심해저로 보는 견해[41], 연안국의 관할권이 미치는 EEZ 지역 이원에 공해 레짐과 심해저 레짐의 두 가지 다른 레짐이 적용된다는 견해[42], 그리고 명시적으로 ABNJ를 정의내리거나 정리하지 않으나 묵시적으로 공해와 심해저를 포괄하는 것을 전제로 기술하는 견해 등이 있다. 어떤 견해라 할지라도, 그 표현의 차이만 있을 뿐이지, 구체적으로는 공해와 심해저를 일컫는 것으로 귀결될 수 있다.

그러나 국가관할권이원지역의 지리적 범위를 설명함에 있어 공해와 심해저가 공통분모로 포함된다는 점에서 큰 차이가 없다. 다만, ABNJ에 포함되는 물적 대상과 관련하여 심해저상의 광물자원을 포함한다는 입장[43]과 심해저상의 광물자원은 제외된다는 입장[44]으로 나뉘어지고 있다. 이는 수역과 해저에 2가지의 다른 체제가 적용되는 해양법체계를 어떻게 이해하는가에 따른 차이에서 비롯된다. 수역과 관련하여서는 해양법협약 제7부의 공해자유 원칙이 적용되며, 해저 지형의 경우 해양법협약 제11부와 1994년 심해저이행협정에 따르도록 하고 있는 UN 해양법협약의 체제가 그 배경이다. 후자는 수역과 해저를 완전히 구별하여, 해저 광물자원의 개발·탐사로 얻게 되는 이익의 공유를 위한 기술과 지식의 임

38) Claudio Chiarolla, "Intellectual property rights and benefit sharing from marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction: current discussions and regulatory options", 「Queen Mary Journal of Intellectual Property」 vol. 4(3) (Edward Elgar Publishing, 2014) p. 172.

39) Elisabeth Druel/Kristina M. Gjerde, "Sustaining marine life beyond boundaries: Options for an implementing agreement for marine biodiversity beyond national jurisdiction under the United Nations Convention on the Law of the Sea", 「Marine Policy」 vol. 49 (Elsevier Ltd, 2014) p. 90.

40) Erik J. Molenaar, "Managing Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction", 「The International Journal of Marine and Coastal Law」 vol. 22(1) (Brill, 2007) p. 92.

41) Salpin/Germani, *Ibid.*.

42) Till Markus/Pradeep Singh, "Promoting Consistency in the Deep Seabed: Addressing Regulatory Dimensions in Designing the International Seabed Authority's Exploitation Code", 「Review of European Community & International Environmental Law」 vol. 25(3) (Wiley-Blackwell, 2016) p. 350.

43) Salpin/Germani, *Ibid.*.

44) Humpehpies, *op. cit.*, p. 27.

시 가교를 두고 있다는 입장이다.[45] 두 입장의 차이는 ABNJ 자체를 UN해양법협약상의 공해와 심해저를 포괄하는 상위의 개념으로 이해할 것인지, ABNJ 자체에서 심해저기구의 관할 대상인 심해저 상의 광물자원을 배제하는 별도의 개념으로 이해할 것인지의 차이만 있을 뿐이다. 즉 지리적 범위의 관점에선 볼 것인지, 아니면 해당 지역에서 대상이 되는 물적 범위를 기준으로 볼 것인지에 따른 차이가 나타나는 것이다.

2. 적용 원칙의 이원성(二元性)

국가관할권이원지역의 지리적 범위를 공해와 심해저로 이해하는 입장에서는 이를 규율하는 체제는 2가지가 있다. 따라서 국가관할권이원지역은 UN해양법협약에 의하여 공해 레짐이 적용되는 지역과 심해저 레짐이 적용되는 지역이 구별적으로 존재한다. 남위 60도 이하의 남극 해양지역도 국가관할권이 적용되지 않는 지역이나[46], 이 지역은 남극조약이 통합적으로 적용되는 지역이다.[47] 남극의 해양지역도 UN해양법협약상의 개념에 따르면 공해와 심해저에 해당하지만, UN해양법협약과는 별개로 남극조약체제가 적용된다. 따라서 남극조약체제가 적용되는 지역을 제외한 국가관할권이원지역에 대한 논의가 본고의 대상이 된다.

UN해양법협약 하에서 국가관할권이원지역에 적용되는 원칙은 일정 부분 상호배타적인 2가지가 존재한다. 그 하나가 공해자유원칙이고, 다른 하나는 심해저와 관련한 인류공동유산원칙이다. UN해양법협약 하의 공해레짐과 심해저레짐은 각 레짐이 적용되는 공간적 범위와 물적 범위에서 차이를 나타낸다. 공해레짐은 공간적 범위로서는 어느 특정국가의 관할권에 속하지 않는 해역으로서 내수·영해·배타적 경제수역 및 군도수역에 포함되지 않는 모든 해역에 적용되며, 물적 범위로는 공해상의 모든 자원에 적용된다. 이와 달리 심해저레짐은 공간적 범위로는 국가관할권 한계 밖의 해저 · 해상 및 그 하층토에 적용되며, 물적 범위로서는 광물자원에 한정된다.[48] 양 레짐의 적용범위로서 공간적 범위를 합하면 국가관할권이원지역 전체와 합치하는 반면에, 양 레짐의 적용범위로서 물적 범위의 경우 국가관할권이원지역에 존재하는 자원 중 심해저 상의 비광물자원(유전자원을 포

45) Humpehpies, *Ibid.*.
46) Molenaar, *op. cit.*, p. 92 참조.
47) Molenaar, *op. cit.*, p. 95.
48) Tanaka, *op. cit.*, p. 130.

함하는 생물자원)이 남게 된다.[49] 이러한 이유에서 기존의 UN해양법협약은 심해저상의 비천연자원에 관한 적절한 이용 및 보존에 관한 규정을 두지 못하고 있다는 지적이 있다.[50] 이와는 달리 심해저레짐 상의 해저기구의 관할이 적용되는 심해저상의 광물자원을 제외한 모든 자원은 원칙적으로 심해저의 상위개념인 공해에 해당하기 때문에 공해레짐이 적용된다는 주장도 있다. 이러한 입장에 따르면 UN해양법협약상 물적 관할의 공백은 존재하지 않게 된다.[51] UN해양법협약상의 제도적 규정과는 달리 원칙적으로 '해저', '해상' 및 '하층토'라는 용어의 일반적인 의미는 해당 지역에서 발견되는 생물자원 및 비생물자원을 포함하는 것으로 이해하는 입장도 있으며,[52] 인류공동유산개념을 강행규범(peremptory norm)으로 이해하는 입장도 존재한다.[53]

이 문제의 본질적인 부분은 국가관할권이원지역의 적용원칙이 무엇인가에 있다. 구체적으로 인류공동유산개념이 국가관할권이원지역에 적용되는 원칙으로 이해하는 입장에서는 기존의 공해자유원칙이 적용되던 공해지역에서 각 국가들이 누리던 자유에 대한 제한을 요청하게 된다.[54] 공해자유원칙이 국가관할권이원지

---

49) Tullio Scovazzi, "The Evolution of International Law of the Sea: New Issues, New Challenges", 「Recueil des Cours de l'Acadimie de Droit International」 vol. 286 (Martinus Nijhoff, 2000) p. 217.; Tanaka, op. cit., pp. 129-130.

50) Jørem/Tvedt, op. cit., p. 322.; 이와 관련하여 Lyle Glowka, "The Deepest of Ironies: Genetic Resources, Marine Scientific Research, and the Area", 「Ocean Yearbook」 vol. 12 (University of Chicago Press, 1996) pp. 154-178; Elferink, op. cit., pp.143-176; David Kenneth Leary, 「International Law and the Genetic Resources of the Deep Sea」 (Martinus Nijhoff, 2007); Nele Matz-Luck, "The Concept of the Common Heritage of Mankind", 「The International Legal Regime of Areas Beyond National Jurisdiction: Current and Future Developments」 (Martinus Nijhoff, 2010) pp. 61-75; Tullio Scovazzi, "The Seabed Beyond the Limits of National Jurisdiction: General and Institutional Aspects", 「Ocean Yearbook」 vol. 12 (University of Chicago Press, 1996) pp. 43-60 참조.

51) Friederike Lehmann, "The Legal Status of Genetic Resources of the Deep Seabed", 「New Zealand Journal of Environmental Law」 vol. 11 (Faculty of Law The University of Auckland, 2007), p. 43 참조.

52) Frida M. Armas Pfirter, "The Management of Seabed Living Resources in "The Area" under UNCLOS", 「Revista Electrónica de Estudios Internacionales」 vol. 11 (Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2006), p. 26; Tullio Scovazzi, "Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority", 「The International Journal of Marine and Coastal Law」 vol.19 (Brill, 2004) p. 391.

53) Lehmann, *op. cit.*, p. 45.

54) Report on the Work of the United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea at its eighth meeting, UN Doc. A/62/169, 30 July 2007 (UNICPOLOS Eighth Meeting Report), paras.71-73.; Summary Report by the Earth Negotiations Bulletin of the Eighth Meeting of the UN Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of

역의 적용 원칙으로 이해하는 입장에서는 심해저레짐이 적용되는 심해저상의 천연자원을 제외한 모든 자원에 관하여 공해자유원칙이 적용되어 각 국가가 그 자원의 보존과 이용에 자유를 누리는 것으로 본다.[55] 양 레짐 상의 원칙이 본질적으로 분권적 자유와 중앙집권적 관리라는 상이한 방식을 토대로 하고 있어, 양 레짐의 공간적 범위를 포괄하는 국가관할권이원지역에 적용되어야 할 적절한 원칙을 일관성 있게 확인하는 것은 용이한 것이 아니다. 아울러 양 레짐 상의 원칙이 동시에 병렬적으로 적용가능하지도 않다.[56]

국가관할권이원지역의 적용 원칙을 인류공동유산개념으로 이해할 경우 기존의 공해레짐 자체가 부정되어야 하는 반면에, 공해자유원칙으로 이해하는 경우 기존의 해저기구의 관할을 어떻게 이해할 것인가의 문제가 남는다. 결과적으로 국가관할권이원지역의 적용 원칙 자체가 현재로서는 이질적 원칙 간의 병존에 머물고 있는 것이 현실이다.

3. 통합원칙의 필요성

국가관할권이원지역의 보존과 지속가능한 이용의 측면에서, 특히 공해레짐과 심해저레짐 상 명시적 규율범위에 해당하지 않아 논쟁의 대상이 되고 있는 심해저 상의 생물자원과 관련하여 국제법상 규칙의 정립의 필요성이 제기되고 있다.[57] Tanaka 교수가 지적하고 있는 바와 같이, 국가관할권이원지역의 이용에 따른 종의 보존 내지 멸종에 대한 국제법적 규율이 구체적 법적 틀로 존재하지 않기 때문에 이와 같은 논의가 제기되고 있는 것이다.[58] 또한 국가관할권이원지역의 해양유전자원의 이용 및 보존에 대한 명백한 합의가 존재하지 않는 점에도 원인이 있다.[59] 아울러 공해 관리는 현재 국제해사기구(IMO), 지역수산기구(RFMO) 등에 의해 설립 된 조약 체제를 포함하여 다양한 분야별 및 지리적 기반의 기구들로 인하여 파편화되어 있으며, 이러한 분권화 및 파편화된 체제는 이

---

the Sea, 2007.; UNGA Resolution 27/49, 1970 참조.

55) Report on the Work of the United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea at its eighth meeting, UN Doc. A/62/169, 2007, para. 74.; Earth Negotiations Bulletin, *op. cit.* 참조.

56) Rayfuse/Warner, *op. cit.*, p. 403.; Tanaka, *op. cit.*, p. 139. 참조. Tanaka 교수는 인류공동유산개념을 해양법의 전통원칙에 대한 안티테제로 이해하고 있다.

57) Tanaka, *op. cit.*, p. 130.

58) Tanaka, *op. cit.*, p. 129.

59) Rayfuse/Warner, *op. cit.*, p. 404.

행의 측면을 포함하여 거버넌스와 규제간의 어려움과 격차를 야기하는 문제점이 존재한다.[60] 심해저의 해양유전자원이 인류공동유산의 일부로 간주 되지 않더라도, 해양유전자원은 국가관할권 이원에 존재하여 잠재적으로 모든 국가에 의하여 개발이 가능하며, 인류에게 잠재적으로 이익이 될 수 있기 때문에 '공동의 관심사'에 해당된다.[61] 국가관할권이원지역의 이용 및 보존의 모든 측면을 고려한 국제적 규율의 필요성은 명백하다.[62]

국가관할권이원지역의 레짐을 명백하게 하기 위하여서는 공해레짐과 심해저레짐의 공통된 원칙을 도출하여 하나의 새로운 원칙으로 확립하거나, 양 레짐 간의 관계를 확인하여 우월적 레짐이 존재하는 경우 그 레짐의 원칙을 국가관할권이원지역의 적용원칙으로 제시할 필요성이 있다. 적용원칙이 확정되면 그에 기반하여 전체적 레짐을 확정할 수 있으며, 공해레짐과 심해저레짐 간의 차이에 따른 보완의 방법을 도인할 수 있을 것이다.

다음 장에서는 국가관할권이원지역에 적절한 레짐을 확인하기 위하여 공해레짐과 심해저레짐을 살펴보고자 한다. 이를 통해 양 레짐간의 공통된 원칙을 도출할 수 있을지 내지 양 레짐간의 관계는 어떠한지에 관하여 살펴보고자 한다.

Ⅳ. UN해양법협약상의 규율원칙

1. 공해자유의 원칙

UN해양법협약 제7장은 공해자유원칙에 입각한 레짐을 규정하고 있다. 공해자유원칙은 대항해시대 동방항로를 개척한 스페인과 포르투칼의 통상독점을 위한 해양분할로 인한 해양주권사상과 해양폐쇄주의에 대한 반발로서 그로티우스의 「자유해론」(Mare Liberum, 1609)에서 시작되었다.[63] 이에 따르면, 해양이란 사실상의 점유에 의해서 소유할 수 없는 것이므로 일국의 재산이 될 수 없고, 대

60) Rayfuse/Warner, *op. cit.*, p. 402.

61) Angelica Bonfanti/Seline Trevisanut, "Trips on the High Seas - Intellectual Property Rights on Marine Genetic Resources", 「Brooklyn Journal of International Law」 vol. 37(1) (Brooklyn Law School, 2011) p. 197.

62) Report of the Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction, UN Doc. A61/65, 2006, para.73 및 Annex I, para.12.

63) 강영훈, "공해상의 선박에 대한 관할", 해양연구논총 제9집 (한국해양연구소, 1992) 252쪽.

자연 그대로 항상 개방되어 있어야 한다.[64] 그로티우스가 언급한 바와 같이, 해양은 무주물(res nullius), 공유물(res communis) 또는 공공물(res publica)로 불려왔다.[65] 그러나 이러한 용어들은 '사고방식(attitudes of mind)' 이상의 명백한 법적 정의를 표현하고 있지는 않으며, 본질적으로 법에 의하여 규율되는 공통의 공간을 만드는 세계 공공질서의 특징으로서 주권주장으로부터의 자유로 이해될 수 있다.[66]

공해 자유의 전통적인 형태는 항행의 자유와 어로의 자유를 포함한다. 그로티우스는 "항해 또는 어업의 관점 여부와 무관히, 해양은 무한하기 때문에 어느 한 국가의 소유물이 될 수 없으며, 인류의 사용에 적합하기에 인류 공동의 것이다."[67]고 기술하였다. 그로티우스에게는 해양은 광대화고 한계가 없으며 그 자원의 이용은 무한한 것이어서 누구에 의해서도 점유되거나 전용될 수 없는 공간으로 이해되었다.[68] 해양자유의 원칙과 그 추론적 결과인 기국의 배타적 관할권은 이후 해양법의 선도북소리와 같은 것이었다.[69] 이는 무역의 통로로서의 공해의 무제한적 사용과 어업지역으로서의 공해의 무제한적 사용이라는 국가들의 공통의 관심사를 포함하여 군함의 '비방해통항(unhindered passage)'을 허용하고자 하는 해군적 관점에서의 관심사를 반영한 것이라고 평가된다.[70]

오늘날 공해 레짐의 주요한 특성은 공유물로서의 공해의 법적 성질, 동등한 권리를 가진 개방된 접근에 있다. 이에 따라 공해는 모든 국가에 대해 합법적이고 합당한 사용을 위해 개방되어 있으며, 어느 국가도 이에 대한 독점적 주권으로 전유할 수 없다. 어떤 단일 사용자도 공유물의 자원에 대한 배타적 권리를 가질 수 없으며, 어떠한 국가도 다른 국가가 이러한 자원의 개발에 참여하는 것을 막을 수 없다. 따라서 자원이 적법하게 일단 '획득'되면, 공유물의 자원이 이용자의 독점재산이 되며, 이용자는 상업적 또는 그 밖의 이익을 얻을 수 있다.[71]

---

64) Lassa Oppenheim-Hersch Lauterpacht, 「International Law」, 8th ed. vol. 1 (Longmans, 1958) pp.4-5.
65) Hugo Grotius, 「The Freedom of the Seas; Or, the Right which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade」 Trans R. Magoffin (Oxford University Press, 1916) p. 20.
66) Daniel Patrick O`Connell, 「The Interantional Law of the Sea」 vol. 2 (Clarendon Press Oxford, 1984) p. 792.
67) Grotius, *op. cit.*, p. 28.
68) Rayfuse/Warner, *op. cit.*, p. 400.
69) *Ibid.*.
70) Natalie Klein, 「Maritime Security and the Law of the Sea」(Oxford University Press, 2011) p. 14.
71) Rayfuse/Warner, *op. cit.*, p. 407.

현대 국제법상 공해 자유의 구체적 내용은 UN해양법협약에 규정되어 있다. 동 협약 제87조는 모든 국가가 누리는 공해 자유에 관하여 (a) 항행의 자유, (b) 상공비행의 자유, (c) 제6부에 따른 해저전선과 관선 부설의 자유, (d) 제6부에 따라 국제법상 허용되는 인공섬과 그 밖의 시설 건설의 자유, (e) 제2절에 정하여진 조건에 따른 어로의 자유, (f) 제6부와 제13부에 따른 과학조사의 자유를 열거하고 있으며, 이러한 자유의 목록은 예시적 규정으로 이해되고 있다.[72] 공해자유의 예시적 규정성에 관하여 Churchill과 Lowe는 그들의 저서에서 '새로운 기술이 지속적으로 발전하고 있기 때문에 공해의 자유를 철저히 열거하는 것이 불가능하다'고 하였다.[73] 앞에 열거된 4가지 자유는 공해협약과[74] UN국제법위원회(International Law Commission; ILC)의 1956년 해양법협약 초안에 기원한다. ILC는 이와 관련하여 "향유할 자격이 있는 모든 이들의 이익을 위하여 행사되어야 할 자유는 규제되어야 한다. 공해에 관한 법이 이러한 규칙들을 포함하며 … 공해의 자유를 한정하거나 제한하지 않도록 설계되었으나, 국제사회 전체의 이익을 위하여 공해의 자유의 행사가 보호되도록 설계되었다."[75]고 지적한 바 있다.

ILC가 지적한 바와 같이, 이러한 자유들이 무제한적으로 허용되는 것은 아니다.[76] 제87조 제2항에서 '모든 국가는 이러한 자유를 행사함에 있어서 공해의 자유의 행사에 관한 다른 국가의 이익 및 심해저활동과 관련된 이 협약 상의 다른 국가의 권리를 적절히 고려'할 것을 조건으로 하고 있으며, 공해의 자유를 행사함에 있어서 평화적 목적을 위하여 행사되어야 한다는 제한을 부과하고 있다.[77] 아울러 열거된 자유들 중 (c)항 해저전선과 관선 부설의 자유 및 (d)항 인공섬과 그 밖의 시설 건설의 자유의 경우 제6부 상의 제한으로서 연안국의 동의를 필요로 하며, 기 설치된 시설을 고려하여야 한다. 어로의 자유의 경우 제7부 제2절 상의 공해생물자원의 관리 및 보존에 관한 조건들을 따라야 하며, 과학조사의 자유의 경우 역시 제6부 및 제13부 상의 조건에 따르는 경우에 한하여 허

72) UNCLOS 제87조 제1항 제3문 참조.
73) Robin Rolf Churchill/Alan Vaughan Lowe, 「The Law of the Sea」 3rd edit. (Manchester University Press, 1999) p. 205.
74) 공해협약 제2조.
75) UN Doc A/3159(1956), p. 278. Art.27 Commentary (5).
76) Rayfuse/Warner, *op. cit.*, p. 400.
77) *Ibid.*.

용된다.

오늘날 공해의 자유 개념은 현재의 해양 활동 범위와 해양 공간에서 일어날 수 있는 잠재적인 상충되는 용도 및 관심과 관련하여 이해되어야 한다. 항행의 필요성과 국제적으로 합법적인 해양의 이용은 여전히 고려해야 할 중요한 요소이다. 그러나 국가관할권 이원지역의 해양환경의 보호와 해양생물자원의 타당한 개발과 같이 국제 사회 전체에 소유되기 때문에 집합적 성격을 지닌 다른 관심사와 균형을 이루어야한다.[78] 어로의 자유와 관련하여, UN해양법협약은 기본협약으로서 기능을 한다. UN해양법협약은 수산자원 관리에 관한 국가간의 후속합의와 크게 다르며, "필요한 조치"를 협상하고 협력하며 취할 의무'가 대부분으로 구성되어 있다.[79]

그럼에도 불구하고 UN해양법협약은 다수의 일반원칙을 제시하고 있다. 첫째, 모든 국가는 (a) 자국의 조약상의 의무, (b) UN해양법협약 제63조 제2항과 제64조부터 제67조까지의 규정된 연안국의 권리, 의무 및 이익, (c) 공해생물자원의 보존과 관리에 관한 UN해양법협약 제117조에서 120조까지의 규정을 지킬 것을 조건으로 자국민이 공해에서 어업에 종사하도록 할 권리를 가진다.[80] 공해상의 '생물자원의 보존과 관리'에 관한 광범한 국가의 협력의무에 관하여 UN해양법협약 제118조에서 포괄적 원칙규정을 찾을 수 있다. 특히, 동일한 생물자원이나 동일수역에서의 다른 생물자원을 이용하는 국민이 있는 모든 국가는 관련생물자원의 보존에 필요한 조치를 취하기 위한 교섭을 시작하여야 하며, '이를 위하여 적절한 경우 그 국가는(해당국가들은) 소지역 내지 지역어업기구를 설립하는 데 서로 협력'하여야 한다. 따라서 제118조는 보존조치의 교섭을 시도할 의무를 포함하여 국제/지역어업기구에 참여하거나 설립할 구체적인 의무를 포함하고 있다. 아울러 제119조에서 추가적인 의무들을 규정하고 있다. 그러나 협력의무에 관한 위반의 판단은 독단적 교섭거부와 같이 명백한 악의가 아닌 경우에는 용이하지 않다.[81]

---

78) Tullio Scovazzi, "Marine Protected Areas on the High Seas: Some Legal and Policy Considerations", 「The International Journal of Marine and Coastal Law」 vol. 19 (Brill, 2004) p. 7.

79) Douglas James Adrian Guilfolye, 「Shipping Interdiction and the Law of the Sea」(Cambridge University Press, 2009) p. 100.

80) UN해양법협약 제116조.

81) Yoshifumi Tanaka, 「The International Law of the Sea」(Cambridge University Press, 2012) pp. 225-226.

해양의 사용은 공해자유에 해당할 수 있지만, 그 행위방식은 UN해양법협약 또는 국제법의 다른 규칙의 규정에 따라 달라질 수 있다.[82] 예를 들어, 해양투기의 경우 공해의 자유에 포함되지만, 특히 협약 제210조에 규정 된 조건에 따라 수행되어야한다. 해양투기의 예는 공해의 자유가 행사 될 수 있는 조건이 실질적으로 상당히 제한될 수 있음을 보여준다.[83]

2. 인류공동유산의 원칙

현대 이전 인간의 해양에로의 접근이 연근해에 한정되던 시기에 심해저는 인간이 도달할 수 없는 지역에 해당하였으며, 이러한 현실적 한계로 인하여 자연히 인류 공동체의 관심영역에 포함되지 않았다. 그러나 20세기 중후반에 이르러 비약적 과학기술의 발달에 힘입어 인류는 심해저 개발이 가능한 경지에 이르게 되었으며, 심해저의 이용과 개발 및 보호에 관심을 가지게 되었다.

1950년대까지도 국제사회는 심해저에 관한 법제의 필요성을 인지하지 못하였다. 1958년의 UN 사무국 보고서 「Recent Developments in the Technology of Exploiting the Mineral Resources of the Continental Shelf」에 따르면 수심 200미터 이상에 존재하는 심해저자원에 대한 개발가능성은 거의 없는 것으로 보았으며, 최소한 20년간은 개발이 불가능하다고 예측하였다.[84] 아울러 국제법위원회(ILC)의 심해저 관련 초안 작업 과정에서도 심해저에서의 광업이 상당한 기간동안 기술적으로 불가능할 것이라는 이유로 심해저의 광물자원채취에 관한 규범에 대한 연구의 필요성이 없다고 결론내린 바 있다.[85]

1958년 제1차 UN해양법회에서 대륙붕을 인류공동유산으로 할 것을 주장하였다. 특히 태국의 Wan Waitlagakon은 '바다는 인류의 공동유산'이라고 언급하였다.[86] 국제법협회(ILA) 네덜란드 회장을 역임한 M.W. Mouton은 1966년 헬싱키 세계총회에 심해저 개발에 관한 중간보고서를 제출하였다. 이 보고서에서 심해저의 개발이 기술적으로 가능해 졌으며, 대륙붕협약에 있어서 "개발가능"이라는 기준을 현재에 적용할 경우 대양의 해저를 연안국에 분할하는 효과를 가지게 되어

82) Elferink, *op. cit.*, p.145-146.
83) *Ibid.,* p.146.
84) Recent Developments in the Technology of Exploiting the Mineral Resources of the Continental Shelf, UNGA A/conf.13/25., 1958, p. 24.
85) UN, 「Yearbook of International Law Commission」, vol.Ⅱ, 1956, p.9.
86) U.N. Conference on the Law of the Sea(1st plen. meeting), UN Doc. A/Conf.13/SR.1, 1958, p. 3.

해양자원개발에 부정적으로 보았으며, 심해저에 적용될 국제법상 제도가 필요함을 역설하였다.[87] 심해저에 관한 국제사회의 관심은 1967년 UN 총회에서 몰타의 UN대사 A. Pardo에 의한 심해저의 인류공동유산개념의 도입 제안이 최초의 공식적 표명이라 볼 수 있다. 이 후 1968년에 설립된 국제연합의 해저 평화이용위원회에서 실행된 '국가관할권의 경계 외의 해저와 그 아래'(심해저)를 규율하는 기본원칙에 대한 논의의 성과로 1970년 12월 17일에 '국가의 관할권이 미치는 구역의 경계 외의 해저와 그 아래를 규율하는 원칙의 선언[88]'이 채택되었다. 동 선언은 심해저를 규율하는 조약에 관한 가이드라인을 제공하기 위한 것으로서, 이후 동 선언이 UN해양법협약 도입 시 심해저 제도의 기초가 되었다.[89] 인류공동유산개념은 해양법의 전통적인 원칙에 대한 안티테제로서 등장하였다. Tanaka는 인류공동유산개념의 존재이유(raison d'être)를 주권주의와 공해자유원칙의 전통적 원칙에 대한 안티테제라고 보았다.[90]

심해저레짐은 UN해양법협약 제76조와 제2부속서에 따른 대륙붕의 외측 한계 이원의 해저에 적용된다. 따라서 협약 규정에 따라 연안국 각국의 대륙붕의 외측 한계가 확정되기 전까지는 심해저의 정확한 범위는 확정되지 않는다. 비록 심해저의 범위의 불확정성의 문제가 있으나, 실질적으로는 특별한 문제를 발생시키지 않는다. 지질학적으로 해저기구의 관심의 대상이 되는 주요 광물자원은 잠재적 대륙붕 이원지역에서 발견되기 때문이다.[91] UN해양법협약에 따르면, 심해저와 그 자원은 '인류공동유산'이다.[92] 인류공동유산이 국제법상 원칙에 해당하는지 내지 정책에 해당하는지 여부는 많은 논쟁의 대상이었으며 명확하지 않다.[93] 그러나 '당사국은 제136조에 규정된 인류공동유산에 관한 기본원칙에 대한 어떠한 개정도 있을 수 없으며, 이 기본원칙을 일탈하는 어떠한 협정의 당사국도 되지

87) International Law Association, 「Report of the Fifty-Second Conference」(International Law Association, 1966) pp. 793-798.

88) Declaration of Principles Governing the Sea-Bed and the Ocean Floor, and the Subsoil Thereof, Beyond the Limits of Nations of National Jurisdiction, UNGA 2749(XXV).

89) 인류공동유산개념의 연혁에 관하여서는 Alexandre Kiss, "The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality", 「International Journal」 vol. 40(3) (Canadian Institute of International Affairs, 1985); Helmut Tuerk, 「Reflections on the Contemporary Law of the Sea」(Brill, 2014) pp. 31-34. 참조.

90) Tanaka, *op. cit.*, p. 13.

91) Rothwell, *op. cit.*, p. 228.

92) Tanaka, *supra* no.5, p. 129.

93) Rothwell, *op. cit.*, p. 229.

아니' 하도록 규정한 UN해양법협약 제311조 제6항에서 확인할 수 있듯이 인류공동유산개념은 심해저레짐에서 본질적 개념으로 간주되었다.[94]

UN해양법협약 제137조, 제140조와 제141조가 제136조에 관하여 구체적으로 규정하고 있다. 제137조 제1항은 심해저나 그 자원에 대한 주권이나 주권적 권리의 주장 금지 및 모든 사인 및 법인에 의한 독점의 금지를 규정하고 있다. 동조 제2항은 심해저 자원에 대한 모든 권리는 인류 전체에 부여되며, 이러한 권리는 해저기구를 통하여 인류 전체를 위하여 행위될 것을 규정한다. 동조 제3항은 제11부에 의하지 않고는 어떠한 인 및 법인도 심해저로부터 채취된 광물에 대하여 권리를 주장, 취득, 행사할 수 없도록 규정한다. UN해양법협약은 '인류 전체의 이익'에 대한 정의를 제공하지 않지만 '인류'라는 용어는 현재와 미래 세대를 모두 포함하며, 모든 민족을 포함하는 개념으로 이해되며, 따라서 인류 전체의 이익은 현재와 미래 세대의 모든 민족의 이익을 의미한다고 이해될 수 있다.[95] 심해저 활동은 제1조 제1항 제3호에 규정된 바와 같이, '심해저자원을 탐사하고 개발하는 모든 활동'을 의미하며, 이는 본질적으로 심해저자원개발을 의미한다.[96] 또한 제137조는 인류공동유산개념의 적용범위를 심해저의 자원에 한정한다. 제11부의 목적으로, 자원은 '복합금속단괴를 비롯하여 심해저의 해저나 해저 아래에 있는 자연상태의 모든 고체성, 액체성 또는 기체성 광물자원'로 정의된다.[97] 이는 제137조의 적용범위에 해양유전자원을 포함하는 생물자원은 이 범위를 넘어서 있다고 받아들여지고 있다.[98]

UN해양법협약이 채택된 후 11년이 경과하여 시행되기 직전인 1993년 9월에 협약을 비준하거나 가입한 60개 국가 중 오직 한 국가만이 개도국이 아닌 국가였다(아이슬란드, 1985년 6월 21일 비준). '해양의 최대 사용자이자 최대 오염자이며, 해양에서의 최중요 분쟁당사자'인 선진국들의 불참 속에 발효되는 것은 비극과 같다는 인식 하에, UN사무총장 자비에르 페레스 드 쿠엘라는 협약의 불가피한 발효 이전에 제11부에 관한 문제를 해결하기 위하여 일련의 비공식 협의회를 소집하였다. 이 협의회에서 사무총장 특별대리인인 피지 대사 사티아 난단의 노력에 힘입어, '1982년 12월 10일자 해양법에 관한 국제연합협약 제11부 이행

94) Helmut Tuerk, *op. cit.*, p. 31.
95) Tanaka, *supra* no.5, p. 130.
96) Rothwell, *op. cit.*, p. 230.
97) UN해양법협약 제133조 (a).
98) Tanaka, *supra* no.5, p. 130.

에 관한 협정(1994년 이행협정)'이 1994년 7월에 UN총회에서 채택되었다.[99] 1994년 이행협정 상 UN해양법협약의 개정에 관하여 명백히 언급하고 있진 않지만, 제11부와 제3부속서 상의 심해저 레짐의 근본적인 변화를 만들었다. 또한 이는 UN해양법협약에 보편적 참여가 가능한 길을 열었다. 1994년 이행협정 제2조가 '이 협정과 제11부의 규정은 단일문서로 해석되고 적용'되며, '이 협정과 제11부가 일치하지 아니하는 경우 이 협정의 규정이 우선'한다고 규정하고 있다. 동 협약 제4조는 '이 협정 채택 후에는 협약 비준서, 협약 공식확인서 또는 협약 가입서는 이 협정에 대한 기속적 동의'가 되며, '어떠한 국가나 주체도 이 협정에 대한 기속적 동의를 확정하기 전이나 확정과 동시에 협약에 대한 기속적 동의를 확정하지 아니하고는 이 협정에 대한 기속적 동의를 확정할 수 없'음을 규정하고 있다.

2014년에 이르러 UN해양법협약에 참여한 국가는 166개국에 이르며, 미국을 제외한 대부분의 주요 선진국이 협약에 참여하고 있다. 1994년 이행협정의 참여국은 145개국에 이른다.[100] 다만 1994년 이행협정 체결 이전에 UN해양법협약에 가입한 21개국이 1994년 이행협정에 참여하지 않고 있다. 이로 인하여 UN해양법협약 하의 심해저레짐이 파편화되었다는 지적도 존재한다.[101] 심해저 레짐은 UN해양법협약 제11부와 제3부속서 및 1994년 이행협정으로 구성되며, 심해저 레짐은 심해저 광물자원의 관리를 위하여 협약에 의하여 설립된 해저기구가 제정한 규칙, 규정 및 절차에 의하여 보충된다.

인류공동유산개념의 주요한 특징은 일반적으로 비전유(非專有), 국제관리, 이익공유와 평화적 유보로 이해된다.[102] 심해저 레짐은 개발에 참여하지 않은 국가를 포함하여 모든 국가가 자원개발로부터 획득된 이익을 받을 수 있도록 하는 공유물 레짐(common property regime)과 구별된다.[103] 인류공동유산개념은 심해저에 적용되지만, 국가간 이견으로 인해 개념의 본질적인 요소는 모호하게 남아 있다.[104] 결과적으로, 인류공동유산 개념의 내용은 아직 확고하게 확립되지 않았

99) UNGA Resolution A/RES/48/263, 1994.
100) Rothwell, *op. cit.*, p. 227.
101) Rayfuse/Warner, *op. cit.*, p. 404.
102) Patricia W. Birnie/Alan E. Boyle, 「International Law and the Environment」 2nd edit. (Oxford University Press, 2002) p. 143.
103) Rayfuse/Warner, *op. cit.*, p. 409.
104) Edward Guntrip, "The Common Heritage of Mankind – An Adequate Regime for Managing the Deep Seabed?", 「Melbourne Journal of International Law」 vol. 4(2) (Melbourne Law School,

다.[105]

3. 제7장과 제11장의 관계

전통적으로 '심해저'라 불리는 지역은 모든 국가가 공해의 자유를 누릴 수 있는 공해의 일부였다.[106] 협약 제11부는 이 전통적인 체제를 완전히 대체하지 못하며, 제7부 내지 제11부 어느 쪽도 해양 이용상 적용범위에 관하여 철저히 정의하지 못하고 있다.[107] 협약 제7부에 정의된 공해 레짐은 심해저 지역(the Area)에도 적용가능하며, 배타적 경제수역과 중첩되지 않는 대륙붕에도 적용가능하다. 제11부는 심해저 지역에 관한 다수의 원칙을 설정하고 광물 자원에 대해서만 상세한 규정 체제를 수립하였다.[108] 그러나 심해저레짐은 해저기구에 의한 광물자원의 이용과 그 이익의 배분의 이행에 집중되어 있다. 아울러 인류공동유산 개념이 심해저의 유전자원에 적용된다는 국제관습법 또는 성문국제법상의 규율이 존재하지 않는다.[109] 또한 생물학적 탐사(bioprospecting)가 공해의 불법적 사용이라고 주장하는 사람은 거의 없다.[110] 아울러 공해자유원칙은 기국주의의 결과와 함께 해양법상 분명한 원칙이 되었다.[111]

제2차 생물다양성협약 당사국 총회에서 요청한 생물다양성협약과 해양법협약과의 관계에 관한 연구[112]에 따르면 심해저의 유전자원에 적용 할 수 있는 법적 제도에 관한 모호성이 나타난다. 이 연구는 심해저를 관장하는 인류공동유산개념이 심해저의 유전자원에 적용 가능하다는 것을 인식하고 있는 것처럼 보이지만[113], 또한 그러한 원칙의 존재에 따른 실질적인 결과가 없음을 시사하고 있다.[114] UN해양법협약 제11부가 UN해양법협약 중 가장 긴 부분이며 가장 복잡

2003) p. 386.
105) *Ibid.*, p. 387.
106) Elferink, *op. cit.*, p. 144.
107) *Ibid.*.
108) *Ibid.*, p. 145.
109) Tanaka, *supra* no.5, p. 139.
110) Jørem/Tvedt, *op. cit.*, p. 323.
111) Rayfuse/Warner, *op. cit.*, p. 400.
112) Study of the relationship between the Convention on Biological Diversity and the United Nations Convention on the Law of the Sea with regard to the conservation and sustainable use of genetic resources on the deep seabed.
113) *Ibid.*, p.10. paras.32-34.
114) *Ibid.*, pp.29-30, paras.114-116.

하게 구성된 부분임에도 불구하고, 2014년에 이르기까지 해저자원개발은 상업적 규모로 이루어지지 못하고 있다.[115] 또한 1994년 이행협정의 협상 당시, 심해저의 생물자원의 가치를 인정하고 있었음에도 불구하고, 1994년 이행협정의 협상에서 UN해양법협약 제133조에 생물자원을 포함하도록 자원의 정의를 확대 하자는 제안도 없었다.[116]

인류공동유산 개념의 적용을 공해상에 확대하는 것은 어려운 제안이다. 인류공동유산개념의 정의와 범위는 모두 심각한 논쟁의 문제이며 법적 지위조차 불명확하다.[117] 특히 심해저 광산에 대한 이익 분배 규정을 크게 삭제 한 1994년 이행협정에 의해 UN해양법협약 제11부가 개정되었다. 이에 관한 국가관행 및 법적 확신(opinio juris)은 비전용, 국제적 관리 및 평화적인 목적의 요소에 대한 수용을 분명히 보여 주지만, 이는 획득 기반의 공유물 레짐에 내재된 배타적 소유 개념에 직접적으로 반대하는 이익공유의 측면으로서, 인류공동유산의 적용은 다수의 반대를 일으킨다.[118] 인류공동유산개념을 광물 이외의 자원으로 확대하는 것은 광범한 공해자유원칙의 오랜 전통에 반하는 것으로 평가된다.[119] 오직 국가의 자발적 행동만이 자유의 범위를 제한하고 구속력 있는 규범을 제정할 수 있다.[120] 새로운 기술의 발전으로 인하여 해양의 이용가능성의 증대가 이루어지는 것은 당연하다. 그러나 새로운 경제적 가치가 창출될 수 있다는 것만으로 적용성을 가지는 법원칙을 대체하는 새로운 개념이 당연히 도입될 수는 없다.[121]

심해저는 공해의 일부이지만, 심해저상의 광물자원에 관하여 국제사회는 인류공동유산의 개념을 도입하여 그 이익을 분배하는 체제를 수립하였다. 그러나 인류공동유산개념은 아직까지 국제사회에서 법적 지위가 명확하지 않으며, 그 법적 내용도 광물자원의 이용과 이를 통한 이익의 배분을 제외하고는 규정되어 있지 못하다. 심해저레짐은 심해저지역의 광물자원에 대한 특별레짐으로서 작용하며, 공해레짐이 국가관할권이원지역의 일반레짐으로 이해되어야 한다. 국가관할권이

115) Rothwell, *op. cit.*, p. 226.
116) Elferink, *op. cit.*, p. 153.
117) Birnie/Boyle, op. cit., p.143.; 이와 관련하여 Kemal Baslar, 「The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law」(Martinus Nijhoff, 1998) pp.1–7; Leary, supra no. 50, pp.98–101; Nico Schrijver, 「Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties」(Cambridge University Press, 1997) p.468 참조.
118) Rayfuse/Warner, *op. cit.*, p. 409.
119) Lehmann, *op. cit.*, p. 47.
120) *Ibid.*.
121) Churchill/Lowe, *op. cit.*, p. 205 참조.

원지역은 현행 UN해양법협약 상 공백이 존재하는 것이 아니며, 다만, 명문의 규정으로 심해저레짐과 공해레짐 간의 관계가 확립되어 있지 않은 것이 규정상의 한계일 뿐으로 이해함이 타당하다.

Ⅴ. 결론

해양은 다양한 목적으로 사용되며, 하나의 지역 안에서 다양한 행위들이 수행되는 복합적 공간이다. 특히 국가관할권 이원의 공해 및 심해저지역은 국제법이 전제하고 있는 영역국가의 예외적 상태에 해당하는 특수성을 가지고 있다. 이러한 예외적 공간을 규율하기 위하여 UN해양법협약은 공해레짐과 심해저레짐을 독립적으로 규율하고 있어 양 레짐간의 이질성은 국가관할권이원지역을 하나의 대상으로 통합된 규율원칙하에 다루기에는 불충분한 한계를 보여왔다. 이를 극복하고 국가관할권이원지역을 하나의 레짐으로 통합하기 위해서는 어떤 법원칙에서 접근할 것인가 하는 점이 우선적으로 검토되어야 한다.

인류공동유산개념은 법적 정의와 범위에 관하여 논쟁적 불명확성을 가지며, 심해저레짐은 공간적 개념으로서 공해의 일부에 관한 특수한 규정이라는 점에서 공간개념으로서 공해 전반에 적용되긴 힘들다는 것은 주지의 사실이다. 국가관할권이원지역 전체에 있어서 심해저레짐은 심해저지역의 광물자원에 대한 특별레짐으로서, 공해레짐은 일반레짐으로 이해함이 타당한 것이다. 결과적으로 공해레짐상의 공해자유원칙이 국가관할권이원지역의 일반적·기본적 법원칙으로 받아들여질 수밖에 없다. 다만, UN해양법협약 상의 공해레짐 역시 해양 이용 상의 적용 범위에 관하여 철저히 정의하지 못하는 한계를 가지고 있다.[122] 특히 오늘날 공해와 관련하여 가장 중요한 문제인 해양의 보존 및 지속가능한 이용의 측면에서 UN해양법협약 상의 공해레짐은 기본원칙으로 기능하고 있지만, 불충분한 것임을 부인할 수 없다.

국가관할권이원지역 규율의 기본적인 법원칙은 공해자유원칙이 되어야 하지만, 다양한 분야에 활용되고 모든 국가가 이해관계를 가지는 인류 전체의 잠재적 이익 대상이 되는 '공동의 관심사'[123]에 해당하기 때문에, 그 보존과 이용의 측면에

122) Elferink, *op. cit.*, p. 144.
123) Bonfanti/Trevisanut, *op. cit.*,, p. 197.

서는 UN해양법협약이 망라하지 못한 부분들을 포괄적으로 규정할 필요성이 있다. 이러한 측면에서 BBNJ Working Group의 연구는 주목할 필요성이 있다. 동시에 일부 개발도상국들이 국가관할권이원지역에 대해 인류공동유산개념의 확대적용을 요구하는 것은 적절하다고 할 수 없다. 자연 및 자연에 존재하는 자원은 보호 보존되어야 하지만, 보호 보존을 위하여 그 이용 자체를 금지하는 레짐이 도입되는 것 또한 적절하다고 할 수 없다. 자연에 대한 이해의 증진은 그 자체로서 인류 전체의 지적 이해를 증진시키는 행위이며, 이러한 이해의 증진을 통한 과학적 진보를 통해 획득되는 새로운 자원과 그 자원을 이용하는 기술 자체 역시 인류 전체의 이익을 증진시킨다. 다만 해양의 합리적 이용과 보존이 공존할 수 있는 방안을 강구하여, 국가관할권이원지역에 적용될 수 있는 통합적 규율원칙이 마련되어야 한다.

(논문투고일 : 2017.11.12., 심사개시일 : 2017.11.14., 게재확정일 : 2017.12.14.)



서진웅 · 성재호

국가관할권이원지역, 해양의 규율원칙, 공해자유원칙,
인류공동유산개념, UN해양법협약

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

Daniel Patrick O`Connell, 「The Interantional Law of the Sea」 vol.2 (Clarendon Press Oxford, 1984)

David Kenneth Leary, 「International Law and the Genetic Resources of the Deep Sea」 (Martinus Nijhoff, 2007)

Donald R. Rothwell/Alex G Oude Elferink/Karen N Scott/Tim Stephens, 「The Oxford Handbook of the Law of the Sea」 (Oxford University Press, 2015)

Douglas James Adrian Guilfolye, 「Shipping Interdiction and the Law of the Sea」 (Cambridge University Press, 2009)

Helmut Tuerk, 「Reflections on the Contemporary Law of the Sea」 (Brill, 2014)

Hugo Grotius, 「The Freedom of the Seas; Or, the Right which Belongs to the Dutch to Take Part in the East Indian Trade」 Trans R. Magoffin (Oxford University Press, 1916)

International Law Association, 「Report of the Fifty-Second Conference」 (International Law Association, 1966)

Kemal Baslar, 「The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law」 (Martinus Nijhoff, 1998)

Lassa Oppenheim-Hersch Lauterpacht, 「International Law」 8th ed. (Longmans, 1958)

Myron H. Nordquist, 「United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary」 vol. Ⅲ (Martinus Nijhoff Publishers, 1995)

Natalie Klein, 「Maritime Security and the Law of the Sea」 (Oxford University Press, 2011)

Nico Schrijver, 「Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties」 (Cambridge University Press, 1997)

Patricia W. Birnie / Alan E. Boyle, 「International Law and the Environment」 2nd edit. (Oxford University Press, 2002)

René-Jean Dupuy/Daniel Vignes, 「A Handbook on the new Law of the Sea」(Springer, 1991)

Robin Rolf Churchill/Alan Vaughan Lowe, 「The Law of the Sea」, 3rd edit. (Manchester University Press, 1999)

United Nations, 「Yearbook of International Law Commission」vol. Ⅱ (United Nations, 1956)

Yoshifumi Tanaka, 「The International Law of the Sea」(Cambridge University Press, 2012)

Ⅱ. 논문

Alex G. Oude Elferink, "The Regime of the Area: Delineating the Scope of Application of the Common Heritage Principle and Freedom of the High Seas", The International Journal of Marine and Coastal Law」vol. 22 (Brill, 2007)

Alexandre Kiss, "The Common Heritage of Mankind: Utopia or Reality", 「International Journal」vol. 40(3) (Canadian Institute of International Affairs, 1985)

Ane Jørem/Morten Walløe Tvedt, "Bioprospecting in the High Seas: Existing Rights and Obligations in View of a New Legal Regime for Marine Areas beyond National Jurisdiction", 「The International Journal of Marine and Coastal Law」vol. 29 (Brill, 2014)

Angelica Bonfanti/Seline Trevisanut, "Trips on the High Seas - Intellectual Property Rights on Marine Genetic Resources", 「Brooklyn Journal of International Law」vol. 37(1) (Brooklyn Law School, 2011)

Charlotte Salpin/Valentina Germani, "Patenting of Research Results Related to Genetic Resources from Areas beyond National Jurisdiction: The Crossroads of the Law of the Sea and Intellectual Property Law", 「Review of European Community & International Environmental Law」vol. 16(1) (Wiley-Blackwell,

2007)

Claudio Chiarolla, “Intellectual property rights and benefit sharing from marine genetic resources in areas beyond national jurisdiction: current discussions and regulatory options”, 「Queen Mary Journal of Intellectual Property」vol. 4(3) (Edward Elgar Publishing, 2014)

David Kenneth Leary, “More than just Bugs and Bioprospecting in the Abyss. Designing an International Legal Regime for the Sustainable Management of the Deep-Sea Hydrothermal Vents Beyond National Jurisdiction”, Ph.D. thesis (Macquarie University, 2005)

Edward Guntrip, “The Common Heritage of Mankind - An Adequate Regime for Managing the Deep Seabed?”, Melbourne Journal of International Law」vol. 4(2) (Melbourne Law School, 2003)

Elisabeth Druel/Kristina M.Gjerde, “Sustaining marine life beyond boundaries: Options for an implementing agreement for marine biodiversity beyond national jurisdiction under the United Nations Convention on the Law of the Sea”, Marine Policy, vol.49, 2014

Elisabeth Mann Borgese, “The Process of Creating an International Ocean Regime to Protect the Ocean’s Resources”, 「Freedom for the Sees in the 21st Century: Ocean Governance and Environmental Harmony」edited by Jon M. Dyke/Durwood Zaelke/Grant Hewison (Island Press, 1993)

Erik J. Molenaar, “Managing Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction”, 「The International Journal of Marine and Coastal Law」vol. 22(1) (Brill, 2007)

Fran Humpehpies, “A Stewardship Approach to ‘Legitimate Interests’ in Deep Sea Genetic Resources for Use in Aquaculture”, 「University of New South Wales Law Journal」vol. 40(1) (University of New South Wales Law Journal, 2017)

Frida M. Armas Pfirter, “The Management of Seabed Living Resources in

"The Area" under UNCLOS", 「Revista Electrónica de Estudios Internacionales」vol. 11 (Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2006)

Friederike Lehmann, "The Legal Status of Genetic Resources of the Deep Seabed",「New Zealand Journal of Environmental Law」vol. 11 (Faculty of Law The University of Auckland, 2007)

Harriet Harden-Davies, "Deep-sea genetic resources: New frontiers for science and stewardship in areas beyond national jurisdiction", Deep-Sea Research II: Topical Studies in Oceanography」 vol. 137 (Elsevier Ltd, 2017)

Lyle Glowka, "The Deepest of Ironies: Genetic Resources, Marine Scientific Research, and the Area", 「Ocean Yearbook」vol. 12 (University of Chicago Press, 1996)

Nele Matz-Luck, "The Concept of the Common Heritage of Mankind", 「The International Legal Regime of Areas Beyond National Jurisdiction: Current and Future Developments」(Martinus Nijhoff, 2010)

Philip Allott, "Power Sharing in the Law of the Sea", 「American Journal of International Law」 vol. 77(1) (American Society of International Law, 1983)

Richard A. Barnes, "Consolidating Governance Principles for Areas beyond National Jurisdiction", 「The International Journal of Marine and Coastal Law」vol. 27 (Brill, 2012)

Rosemary Rayfuse/Robin Warner, "Securing a Sustainable Future for the Oceans Beyond National Jurisdiction: The Legal Basis for an Integrated Cross-Sectoral Regime for High Seas Governance for the 21st Century", 「The International Journal of Marine and Coastal Law」vol. 23 (Brill, 2008)

Till Markus/Pradeep Singh, "Promoting Consistency in the Deep Seabed: Addressing Regulatory Dimensions in Designing the International Seabed Authority's Exploitation Code", 「Review of European

Community & International Environmental Law」vol. 25(3) (Wiley-Blackwell, 2016)

Tullio Scovazzi, “Marine Protected Areas on the High Seas: Some Legal and Policy Considerations”, 「The International Journal of Marine and Coastal Law」vol. 19 (Brill, 2004)

, “Mining, Protection of the Environment, Scientific Research and Bioprospecting: Some Considerations on the Role of the International Sea-Bed Authority”, 「The International Journal of Marine and Coastal Law」vol.19 (Brill, 2004)

, “The Evolution of International Law of the Sea: New Issues, New Challenges”, 「Recueil des Cours de l'Acadimie de Droit International」 vol. 286 (Martinus Nijhoff, 2000)

, “The negotiations for a binding instrument on the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond national jurisdiction”, 「Marine Policy」vol. 70 (Elsevier Ltd, 2016)

, “The Seabed Beyond the Limits of National Jurisdiction: General and Institutional Aspects”, 「Ocean Yearbook」vol. 12 (University of Chicago Press, 1996)

Yoshifumi Tanaka, “Reflections on the Conservation and Sustainable Use of Genetic Resources in the Deep Seabed beyond the Limits of National Jurisdiction”, 「Ocean Development & International Law」 vol. 39, (Taylor & Francis Ltd, 2008)

강영훈, “공해상의 선박에 대한 관할”, 「해양연구논총」제9집 (한국해양연구소, 1992)

Ⅲ. 기타자료

Chair’s non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction

28/02/17, 2017

Earth Negotiations Bulletin, Summary Report by the Earth Negotiations Bulletin of the Eighth Meeting of the UN Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea, 2007

Report of the Ad Hoc Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction, UN Doc. A61/65, 2006

Report on the Work of the United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea at its eighth meeting, UN Doc. A/62/169, 2007

Report on the Work of the United Nations Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea at its eighth meeting, UN Doc. A/62/169, 30 July 2007 (UNICPOLOS Eighth Meeting Report)

Summary Report by the Earth Negotiations Bulletin of the Eighth Meeting of the UN Open-ended Informal Consultative Process on Oceans and the Law of the Sea, 2007

Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-1982, volume V, Documents of the Conference, Third Session: Revised single negotiating text (part Ⅲ), UN Document A/CONF.62/WP.8/Rev.1/PartⅡ, 1976

Abstract

The Guiding Principle for the Areas Beyond National Jurisdiction under the UNCLOS

Seo, Jin Woong
Sung, Jae Ho

The marine resources existing in the Area Beyond National Jurisdiction became the concern of humans by the development of the science and technology and availability of the resources. Being possible to explore and exploit the resources on the high seas and the Area(Deep Sea Bed), the potential lucrative returns from the exploitation of marine genetic resources for industrial and other biotechnical applications anticipated. Different approaches on the marine resources beyond national jurisdiction has been insisted by the developed and developing countries respectively. Are the resources 'resource of the countries exploiting and developing' or 'common heritage'? It has been one of the main issue of international law nowadays.

The United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982 has been functioned as a basic agreement on all activities of the mankind in the oceans. However, at the time of the UN Conference on the Law of the Sea, the importance of marine environmental issues was not fully recognized. The availability of biological resources existing in the oceans corresponding to the Area Beyond National Jurisdiction was not take into account and not reflected in the Convention at all.

UN Convention on the Law of the Sea sets the respective regimes of the Area Beyond National Jurisdiction divided into the High seas and the

Area. While 'the freedom of the high seas' governs all activities on the high seas, but 'the common heritage of mankind' regulates the conservation and usage of mineral resources on the Area. UN Convention on the Law of the Sea governs both regimes independently. Due to the fluid characteristics of the marine biological resources that are not adhered to a specific part of the high seas or the Area, there is a limit that can not be completely regulated by the existing rules and principles under the UN Convention on the Law of the Sea. Additionally, the heterogeneity between the High Seas regime and the Area regime has shown inadequate limits in dealing with Area Beyond National jurisdiction as a single object under the integrated principle.

This paper examines to derive the appropriate guiding principle for the Area Beyond National Jurisdiction by calrifying the institutional scope of its area and the applicable principles under the UN Convention on the Law of the Sea.

Seo, Jin Woong · Sung, Jae Ho

Areas Beyond National Jurisdiction, Guiding Principle of the Ocean, Freedom of the High Seas, Common Heritage of Mankind, UNCLOS

인권영향평가 확대방안에 관한 입법론적 고찰

장인호*

【목 차】

Ⅰ. 인권영향평가 확대의 논의배경
Ⅱ. 인권영향평가 확대의 의의와 필요성
1. 인권영향평가의 개념과 종류
2. 인권영향평가의 특성과 근거
3. 인권영향평가의 적용과 전망
4. 인권영향평가의 확대 필요성
Ⅲ. 인권영향평가 확대 관련 국내외현황 및 문제점 분석
1. 국제적 동향
2. 각국의 실태
3. 현행법제도상 문제점
4. 인권영향평가 확대를 위한 입법적 대응방안 마련필요성 점증
Ⅳ. 인권영향평가 확대를 위한 제도화의 방향과 내용 검토
1. 방향과 원칙
2. 고려할 요소
3. 구체적 내용
4. 인권영향평가 제도화와 확대를 통한 다양한 분야에서의 인권 보호향상·인간존엄성가치 실현 및 헌법국가 구현
Ⅴ. 맺음말

【국 문 요 약】

인권영향평가제도는 헌법상 보장된 인간존엄성은 물론 개별권리 등과 같은 헌법적 가치들이 실질적으로 보호될 수 있는데 기여할 수 있도록 인권에 대한 사전조사·예측·평가 등을 통하여 사후적으로 발생할 수 있는 악영향과 파급효과를 사전에 미리 피하거나 선제적으로 제거 또는 그 피해를 최소화하는 동시에 긍정적 측면은 더욱 확대될 수 있도록 함으로써 다양한 분야에서 많은 제도들이 헌법과 인권이라는 최고의 가치에 부합해 친화적으로 운영될 수 있도록 하는 데 있어 필수적인 제도적 장치이다.

이러한 인권영향평가 등과 같은 영향평가는 환경 분야에서 처음으로 적용되기 시작하였으나 현재는 개인정보영향평가·성별영향분석평가·부패영향평가·재해영향

* 경찰대학 조교수, 법학박사

평가·교통영향평가 등과 같이 다양한 분야로까지 점차 확대되고 있는 추세이다.

이에 따라 다양한 분야에서 국가 또는 사인에 의해 개인의 인간존엄성과 자유 그리고 권리가 침해될 위험성이 여전히 존재하는 상황에서 인권영향평가제도가 인권의 침해를 사전에 예방하는 데 초점을 두고 운영하는 제도인 만큼 앞으로 인권영향평가를 입법·체계화하는 동시에 이를 확대해야 할 필요성이 점증되고 있다.

무엇보다 인권영향평가제도는 다른 영향평가와 다르게 헌법이 그 보장을 천명한 핵심가치인 기본적인 인권의 실질적인 보장에 관한 제도로 수많은 국가기관이 추진하는 계획·사업 등의 수립·시행과정에서 국민 개개인의 인권과 자유의 보호에 부정적인 악영향을 사전에 미리 예방적인 차원에서 차단하는 것이므로 국민의 기본적인 인권과 자유가 실질적으로 보호되는 데 중요한 기능과 역할을 한다.

이러한 점에서 볼 때, 다양한 인권영향평가 장치가 충분히 작동할 수 있는 시스템 마련을 위해 적절하게 입법적 대응을 해야 할 필요성이 증대된 가운데 인권영향평가제도를 포함한 국가인권계획 전반에 관한 기본적인 틀인 「인권기본법」 등을 입법·실시하거나 인권영향평가제도에 관한 독자적인 개별법인 「인권영향평가법」 등을 제정·이행하는 방안들을 고려해야 할 것이다. 아울러 입법계획상의 측면에서 「인권기본법」, 「인권영향평가법」 등을 입법할 경우 해당제도의 운영방향과 개선방안에 관해 사회적 합의 즉 총의를 모아 해결해야 한다.

이에 따라 인권영향평가제도의 확대를 위해서는 인권영향평가제도가 입법될 경우 여러 인권침해적인 요소와 문제점들은 물론 각 분야에서의 헌법현실변화와 특수상황이 충실하게 반영되어야 한다. 특히, 인권영향평가제도는 인권의 침해위험성과 그 부정적인 영향을 사전에 미리 방지·예방할 수 있도록 하는데 기여할 수 있어야 한다.

따라서 인권영향평가 제도화와 활성화를 통하여 헌법적 가치인 인간존엄성을 비롯하여 헌법사 그 보호의 중요성을 천명하고 있는 헌법적 가치인 권리보장를 실질적으로 구현시키는데 있어 부정적인 영향과 파급효과를 미리 제거·최소화하는 동시에 국민 개개인의 기본적인 인권의 보호를 천명한 헌법정신에 따라 개인의 인권이 충실히 보장되는 안정적인 사회질서와 환경이 조성·구축될 수 있도록 해야 한다.

무엇보다 다양한 분야에서의 인권영향평가제도의 성공적인 확대를 통하여 헌법이 천명하고 있는 최고이념·최고원리이자 국가가 궁극적으로 실현해야 할 인간

의 존엄성·가치와 국민 개개인의 자유·권리가 실질적으로 보장될 수 있도록 함으로써 헌법의 가치와 생명력이 실질적으로 구현될 수 있는 헌법국가 즉 헌법과 법률이 지배하는 인권친화적인 사회가 구현되도록 노력해야 할 것이다.

Ⅰ. 인권영향평가 확대의 논의배경

최근 국가계획·사업추진 등이 시행되기 이전에 국민의 기본적인 인권의 침해요소를 제거하거나 최소화시키기 위해서 인권영향평가의 확대 필요성의 논의가 점증되고 있다.

인권영향평가의 영향평가는 환경 분야에서 처음으로 논의되었던 것으로 국제사회 및 국가에서의 공동과제인 지속가능성을 실현하기 위하여 환경 분야에서 도입·운영하게 된 영향평가제도 즉 환경영향평가제도[1]에서부터 처음 시작된 것이다. 그 이후 다양한 분야에서도 각 분야에서의 특정한 영향을 사전에 미리 평가하여 부정적 영향을 제거·최소화시키기 위하여 수많은 영향평가가 적용·운영된 것이다.

이러한 가운데 인권에 미치는 영향과 파급효과의 각종 부정적인 원인들을 사전에 미리 파악·분석하여 제거·최소화하는 것이 중요하다는 인식이 점차 확산되면서 인권보장을 위한 영향평가제도 확대필요성이 점차 논의되기에 이르렀다.

무엇보다 인권영향평가의 제정·운영목적은 국가로부터 개인의 자유와 권리가 보호·존중받아야 한다는 것에 있으며, 그리고 최고법이자 근본법인 헌법상의 그 보호·보장을 천명한 기본적 인권의 실효적인 실현을 통한 인간의 존엄성과 가치구현됨이 최우선이 되어야 함에 있으며, 그 목적과 방향에 따라 인권영향평가가 입법·운영되어야 한다.

이러한 점에서 인권영향평가제도는 헌법에 명시된 개별적인 기본적 인권 등은 물론 헌법이 명문·해석 등으로 수용하고 있는 기본원리·국가과제 등과 같은 헌법적 가치를 얼마나 실현·보장할 수 있느냐에 중점을 두고 다각적인 측면에서 평가

1) 1969년 미국에서 「국가환경정책기본법」을 근거로 환경영향평가가 처음 마련·실시된 이후 우리나라를 포함한 전 세계 주요 국가들에서 개발계획·사업추진 등을 실시·이행 등 하기 전에 반드시 환경영향평가라는 제도와 과정·절차를 필히 통과하도록 하고 있으며, 우리나라에서도 1977년부터 환경영향평가를 처음 도입해 1933년 독자적인 「환경영향평가법」을 입법·실시하기에 이르렀다.

함으로써 국민 개개인에게 보장된 기본적인 인권에 미치는 부정적인 악영향과 파급효과를 미리 제거·최소화시키고 긍정적인 영향은 더욱 극대화할 수 있도록 해야 한다.

특히, 인권영향평가제도는 오랜 역사동안 국가에 의해 침해되었던 인권침해의 역사에 비추어 볼 때, 특히 인간의 존엄성과 국민의 자유권적 기본권 등과 같은 헌법적 가치의 본질적인 내용이 무분별하게 침해되지 않도록 기여해야 할 것이다.

아울러, 인권영향평가제도는 국가 이외의 여러 형태의 이익집단·사조직·기업·등의 사인에 의한 새로운 기본권 침해의 종류와 그 부정적 악영향을 사전에 파악·방지하고 사후적으로 그 피해를 제거 또는 최소화하는데도 기여할 수 있어야 한다.

그러나 최근 다양한 분야에서 인권영향평가가 확대되어야할 필요성이 점차 증대되고 있음에도 불구하고 인권영향평가제도가 명확하게 무엇을 의미하고, 구체적으로 누가·언제·어디서·어떠한 기준·과정 등을 통하여 인권영향평가를 운영·실시해야 하는 지에 대한 상세한 내용에 대한 설명과 규정이 미흡한 실정이다.

예를 들어, 인권영향평가제도의 개념을 비롯하여 인권영향평가제도의 평가대상, 평가주체, 평가내용 등이 명확하지 않아 인권영향평가제도의 운영에 있어 혼란이 있을 수밖에 없어 현재 인권영향평가제도가 실효적으로 운영될 수 없는 상황이다.

더욱 큰 문제는 인권영향평가는 헌법상 보장된 국민개개인의 자유와 권리 보호·보장에 미치는 영향과 직결되는 문제로 국민의 헌법상 권리인 인권에 관한 사항임에도 불구하고 교통영향평가·재해영향평가 등과 같은 영향평가 운영의 수준으로 운영되고 있으며, 인권의 중요성에 비하여 인권영향평가가 그 기본방향·원칙 그리고 구체적인 관련내용에 있어 다른 영향평가와 차별성을 보이지 못하고 있다는 점이다.

뿐만 아니라 앞으로 다양한 분야에서의 국민 개개인의 기본적인 인권의 침해를 사전에 방지하기 위하여 확대되어 운영되어야 할 필요성도 점증하고 있는 인권영향평가가 제도화과정에서 평가대상·평가분야·평가주체·평가기준 등이 실효성이 없어 부실하게 운영될 경우, 인권영향평가제도가 법과 절차에 따른 것이라는 이유로 기본적 인권의 침해와 유린의 수단으로 악용·남용될 수 있는 문제도 있다. 물론 절차와 법적 근거가 있다고 하여 그 내용에 기본권침해적인 요소 즉 위헌적

인 요소가 있어도 이를 제거할 헌법과 법률상 제도가 있지만 이를 제거하는 데 있어 사회적 혼란과 비용을 감수해야 하는 등의 문제가 발생할 수밖에 없다.

이러한 점에서 다양한 분야에서 국가 또는 사인에 의해 개인의 인간존엄성과 자유 및 권리들이 침해될 위험성이 여전히 현존하는 상황에서 인권영향평가제도가 인권의 침해를 사전에 예방하는 데 초점을 둔 제도인 만큼 앞으로 인권영향평가의 운영방향과 내용을 입법·체계화하고 이를 확대해야할 필요성이 점증되고 있다.

그러므로 본 연구에서는 인권영향평가제도가 인간의 존엄성과 가치를 비롯하여 헌법상 보장된 국민 개개인의 존엄성과 자유와 권리 그리고 여러 개별적 기본권 등은 물론 헌법기본원리·헌법과제 등과 같은 헌법적 가치를 실현·구현하는데 중요한 기능과 역할을 할 수 있도록 하는데 주안점을 두고 인권영향평가의 운영실태, 문제점 등을 살펴봄으로써 인권영향평가제도가 앞으로 헌법적 가치를 실현하도록 운영될 수 있도록 제도화에 주안점을 두고 입법론적 측면에서 고찰하고자 한다.

Ⅱ. 인권영향평가 확대의 의의와 필요성

1. 개념과 종류

가. 개념

'인권영향평가제도'의 개념을 정의하기 위해서는 프랑스대혁명을 계기로 각국의 헌법에 수용된 '인권'이라는 개념에 대한 정의를 살펴보는 것에서부터 시작하여 '영향평가'라는 제도가 적확하게 무엇을 의미하고 있는 지를 살펴볼 필요가 있다.

'인권'[2]은 "인간의 권리의 줄임말"로 인간이 태어나면서부터 인간이기 때문에 당연히 가지는 권리이자 인간으로서 보장된 천부적·생래적·자연적인 권리를 의미한다. 「대한민국헌법」에서 '인권'의 개념에 대해서 구체적으로 명시하고 있지는

2) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2017, 375-376면 ; "'인권'이란 로크·몽테스키외·루소 등의 사회계약론자와 계몽주의적 자연법론자에 의해 천부인권론이 주장된 18세기에 등장한 개념이다. 인권이란 국가로부터 생명·건강·자유·재산 등의 개인법익존중을 요구할 수 있는 권리로서 인간이기 때문에 당연히 가지는 천부적인 권리 즉 인간이 태어남으로써 개인에게 귀속되는 생래적 권리를 말한다.

않지만, 「국가인권위원회법」 제2조 제1호에 따르면 '인권'이란 「대한민국헌법」 및 법률에서 보장하거나 대한민국이 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법에서 인정하는 인간으로서의 존엄과 가치 및 자유와 권리를 의미한다고 명시한 규정을 볼 때, '인권영향평가제도'에서의 '인권'은 헌법과 국제규범에 의해서 개인에게 보호·보장되는 권리[3]임을 알 수 있다.

일반적으로 '인권'이라 단어는 헌법과 여러 법률에서 '기본권'[4]이란 용어와 혼용해서 명시·사용하면서 동일시하는 것이 실정이지만 엄밀한 의미에서 '인권'과 '기본권'의 관계[5]와 차이[6]를 살펴보면, 양 개념은 유사하지만 일치하는 동일개념이 아니다.[7]

'영향평가'는 환경영향평가[8]를 비롯해 개인정보영향평가[9]·성별영향분석평가[10]·

---

3) 전광석, 『한국헌법론』, 집현재, 2014, 199-200면 ; "좁은 의미에서 인권은 법제화를 전제하는 개념이다. 이런 개념이해에 따르면 '인권'은 헌법 또는 국제합의에 의해 개인에게 보장된 권리이다"고 한다.

4) 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2007, 347-349면 ; "'기본권(fundamental rights)'은 헌법이 보장하는 국민의 기본적 권리를 말하는데 이 중에는 인간본성에서 나오는 생래적 권리라고 하는 천부인권·자연권도 있지만 국가내적·생존권적·기본권·청구권적 기본권·참정권 등이 포함된다"고 한다.

5) 장영수, 『헌법학』, 홍문사, 2017, 418-422면 ; "인권과 기본권의 관계는 단순히 어느 쪽이 보다 일반적이고 포괄적인지를 확인하는 방식으로는 정리될 수 없다. 오히려 인권은 인류역사발전을 통해 전체발전방향을 제시해주는 이념적인 것으로, 기본권은 인권이 특정국가헌법에 의해 인권사상발전·인권선언 등을 고려한 가운데 자국 상황에 맞추어 실정화된 것으로 이해될 수 있다"고 한다.

6) 정종섭, 『헌법학원론』, 박영사, 2016, 286면 ; "현재까지 논의되어온 인권(human right)이라는 말은 아직 그 개념이 명확하지 않아 도덕적 가치 또는 도덕적 권리, 자연권, 국제법상 인권, 국내 헌법상 권리, 법률상 권리를 모두 포괄하는 의미로 사용되기도 하고 자연권의 의미로 사용되기도 한다. 전자의 경우에도 국내 법률상의 모든 권리를 인권으로 보지 않는다. 어느 경우든 실정헌법상 기본권은 인권과 일치하지 않기 때문에 기본권과 인권은 개념상 구별도어야 한다"라고 한다.

7) 김백유, 『헌법학(Ⅱ)』, 한성, 2016, 3-5면 ; "엄격한 의미에서 인권과 기본권은 동일한 개념이 아니다. 왜냐하면 인권은 인권사상을 바탕으로 하여 인간이기 때문에 당연히 누리는 인간의 생래적인 권리인 인간의 자연적인 권리로서 도덕적 권리를 의미하지만, '기본권'이란 일반적으로 인간의 자연권 내지 천부인권사상에 기초하여 국가의 실정헌법체계에 편입된 것으로서 헌법상 보장되는 국민의 권리, 즉 정당성과 합법성을 획득한 실정법적인 권리를 의미한다"한다.

8) '환경영향평가'란 사업시행에 따라 자연환경·사회환경·생활환경·경제환경 등에 미치는 해로운 부정적인 영향을 사전예측·분석하고 이에 대한 대책을 마련하기 위해서 하는 영향평가를 의미한다.

9) 「개인정보보호법」 제33조 제1항에 따르면, 공공기관의 장은 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 개인정보파일의 운용으로 인하여 정보주체의 개인정보 침해가 우려되는 경우에는 그 위험요인의 분석과 개선 사항 도출을 위한 평가를 '영향평가'라고 명시적으로 밝히고 있다.

10) 「성별영향분석평가법」 제2조에 따르면, '성별영향분석평가'란 중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장이 여러 공공정책을 수립하거나 시행하는 과정에서 그 정책이 성평등에 미칠 영향을 분석·평가해 국가의 공공정책들이 성평등 실현에 기여할 수 있도록 하는 것을 말한다.

재해영향평가[11]·교통영향평가[12] 등의 개념정의에서 알 수 있듯이 일정사업계획의 수립에서 실시하는 평가·분석을 말하는 것[13]임을 알 수 있으며, 다양한 분야에서 수많은 영향평가들이[14] 활용되고 있다.

여러 개념정의들을 종합하여 살펴보면, '인권영향평가제도'란 인간이 인간이기에 당연히 가지는 천부적 권리가 국가에 의하여 무분별하게 침해되지 않고 충분하게 보호·보장될 수 있도록 국가가 목표와 계획을 수립·시행·이행하는 과정에서 그 법제도·계획·사업 등이 인권에 미칠 영향과 인권침해적인 요소를 면밀하게 분석·평가하여 계획이 인권의 실현 즉 헌법상 보장된 인간존엄성은 물론 개별적 권리 등과 같은 헌법적 가치를 실질적으로 보호에 기여할 수 있도록 사전에 미리 조사·예측·평가 등을 통해 사후적으로 발생할 수 있는 부정적인 영향을 미리 피하거나 선제적으로 제거 또는 그 피해를 최소화하는 동시에 긍정적인 측면은 더욱 확대될 수 있도록 함으로써 다양한 분야에서 수많은 제도들이 헌법과 인권이라는 최고의 가치에 부합하여 친화적으로 운영될 수 있도록 하는 제도임을 알 수 있다.

나. 종류

인권영향평가제도의 종류는 인권의 주체[15], 유형[16], 규모·방식[17] 등을 기준으

---

11) '재해영향평가'란 홍수·지진·가뭄 등과 같은 천재지변 및 자연재해가 발생할 수 있는 확률·크기 등과 그 영향·파급효과를 전망·분석 및 대책마련을 위해 하는 것으로 영향평가의 한 종류이다.

12) '교통영향평가'란 사업시행으로 나타날 수 있는 교통상의 각종장애 등과 같은 여러 문제점들 및 그 파급효과를 예상·검토함으로써 관련대책을 마련하기 위해 하는 영향평가를 의미하는 것이다.

13) 홍정선, 『행정법원론(하)』, 박영사, 2008, 839-842 ; "영향평가는 쾌적하고 안전한 국민생활을 도모함을 목적으로 한다. 사업자는 영향평가를 작성함에 있어서 대상사업을 시행하고자 하는 때에는 대통령이 정하는 바에 따라 영향평가에 대한 서류(평가서)를 작성하여야 한다"라고 한다.

14) '영향평가'에는 '인권영향평가'와 '환경영향평가' 이외에도 문화영향평가·경제영향평가·기술영향평가·산업영향평가·관광영향평가·개인정보영향평가 등으로 다양하고 많은 영향평가들이 존재한다. 또한 여러 종류의 영향평가로 구분된다. 예를 들어, 환경 분야에서 '환경영향평가'에는 전략환경영향평가·소규모환경영향평가·기후변화환경영향평가·습지환경영향평가 등의 많은 영향평가가 있다.

15) 인권의 '주체'를 기준으로 인영향향평가제도는 성별영향분석평가제도, 여성인권영향평가제도, 아동인권영향평가제도, 장애인인권영향평가제도, 노인인권영향평가제도 등으로 구분될 수 있다.

16) 인권 '유형'을 기준으로 언론출판자유권영향평가·환경권영향평가·참정권영향평가 등으로 나뉜다.

17) 인권영향평가는 '규모·방식'을 기준으로 대규모인권영향평가, 소규모인권영향평가, 전략적·포괄적 영향평가·통합적 영향평가·사전예방적인 영향평가·사후구제적 영향평가· 등으로 구분될 수 있다.

로 구분될 수 있다.

2. 특징과 근거

가. 특징

인권영향평가제도 특징으로 국가인권최소침확보해제도[18]·사전예방제도[19]·세대초월제도[20]·인권최우선제도[21]·인권친화적행위검증제도[22]·사회약자소수자보호제도[23]·지속가능한인권보호제도[24]·인권보호질적수준향상제도[25]·사전평가에촛점둔실질적영향사후평가제도[26] 등이 있다.

나. 근거

우리나라에서 인권영향평가의 법적 근거로는 당연히 국가의 최고법이·근본법인 「대한민국헌법」 제2장에서 개인의 인간존엄성을 비롯해 자유권 등을 천명

---

18) 자유·평등·박애가 주창된 프랑스혁명의 전·후 인권보장·발전역사를 보면 국가에 의한 인권침해가 대부분이고 그로 인해 침해된 생명과 인권은 셀 수가 없을 정도이며, 인권영향평가제도는 과거 같은 국가에 의한 인권의 침해역사를 반복하지 않고자 하는데 중점을 둘 수밖에 없는 제도이다.

19) 인권영향평가제도는 영향평가 중 하나로 '사전예방제도'라는 특징으로 말미암아 인권영향평가제도는 인권의 침해를 사후적으로 구제하는 것에 초점을 맞춘 것이 아니라 인권의 침해를 사전에 예방하는 것에 초점을 맞추어야 인권의 보호와 침해를 위해 조사·예측·평가 등을 진행해야 한다.

20) 인권영향평가제도는 현재 행해지고 있는 무분별한 인권침해를 방지하는 것뿐만 아니라 미래세대의 인권 보호도 고려해야 하므로 현재세대와 미래세대를 초월하는 '세대초월제도'라는 특징을 갖고 있으며, 현재세대는 물론 미래세대까지 포괄하여 여러 세대를 함께 고려하는 제도이다.

21) 인권영향평가제도는 인권최우선제도라는 특징을 갖고 있으며, 이에 따라 인권영향평가제도 평가 시 인권은 최고규범인 헌법상의 최고의 가치로 오로지 환경·사회질서 등의 가치와 관계·충돌할 경우 당연히 인권이 최우선이 되어야 하며 인권 이외의 다른 가치와 타협의 대상이 될 수 없다.

22) 인권영향평가는 조사·예측·평가하는 제도이므로 '인권친화적행위검증제도'의 특징을 갖으며, 해당행위·제도의 인권친화적인지 여부검증을 통해 관련행위·제도가 절차적 정당성을 확보하게 해준다.

23) 인권영향평가제도는 다양한 분야에서 인권보호영향평가 시 소수자인권보호 고려가 필수적이다.

24) 인권영향평가제도는 인권보호계획·제도가 단기간의 임시미봉책에 그치는 것을 방지하고 장기적 안목에서 체계적 수립을 통하여 인권 보호가 지속가능하게 함이 목적인 제도라는 특징이 있다.

25) 인권영향평가는 국가계획·사업을 수립·추진 등을 할 때 인권에 어떤 부정적 영향을 미칠 것인지를 점검해 인권보호를 위한 계획·행정의 질적 수준을 향상시키는 '인권보호질적수준향상제도'이다.

26) 김현수, "인권영향평가와 지방행정 – 서울 성북구 사례를 중심으로-", 「제4회 인권도시포럼 자료집」, 한국인권재단, 2013, 4-6면 ; "인권영향평가는 국가기관이 계획·사업을 위한 행동을 하기 전에 사전예방적으로 평가하는 방법이 있으며, 정책·계획·사업의 과정에서 미친 실질적인 영향을 평가하기도 하는 사후평가가 있다"고 한다.

한 권리장전이 가장 중요한 근거이며, 「국가인권위원회법」[27], 「성별영향분석평가법」[28] 등과 같이 인권과 관련해 국회에서 제정된 형식적 법률을 비롯해 대한민국이 인권과 관련해 가입·비준한 국제인권조약 및 국제관습법 등을 들 수 있다.

3. 인권영향평가의 적용과 전망

가. 적용

현재 우리나라에서 인권영향평가를 시행하는 곳으로는 서울시성북구·광명시·수원시·광주광역시 등이 있으며, 운영중인 인권영향평가의 유형으로 지방자치단체 인권영향평가[29], 주민센터인권영향평가[30] 등이 있다. 이처럼 인권과 관계된 분야와 지역이라면 어느 곳이든지 인권영향평가가 적용될 수 있어 앞으로 다양한 분야에서 인권영향평가가 적용될 수 있다.

나. 전망

인권영향평가는 인권의 침해를 사전에 예방하는 데 초점을 두고 운영해야 하는 제도이므로 영향평가가 적용될 분야는 도시개발·에너지개발·도로건설·철도건설·공항건설 등의 특정분야만을 구분하지 않고 인권과 관련된 다양하고 수많은 모든 분야가 포함될 것으로 예상된다.

4. 인권영향평가의 확대 필요성

가. 國家에 의한 인권침해양상 변화

아직도 수많은 분야에서 국가 또는 사인에 의해 인권이 침해되고 있어 그 보

---

27) 「국가인권위원회법」 제1조에 따르면, 이 법률은 국가인권위원회를 설립하여 모든 개인들이 가지는 불가침의 기본적인 인권을 보호하고 그 보호수준을 더욱 향상시킴으로써 인간으로서 존엄과 가치를 실현하고 민주적인 기본질서의 확립에 이바지함을 목적함을 명시적으로 밝히고 있다.

28) 「성별영향분석평가법」 제1조에 따르면 동법은 국가기관의 정책에 대한 성별영향분석평가에 관하여 기본적 사항을 정하여 정책의 수립과 시행에서 성평등을 실현하는 것을 목적으로 한다.

29) 대한뉴스, “광주광역시, 광역자치단체 최초 인권영향평가 시행”, 대한뉴스, 2017. 20. 21. ; “광주시는 정책·제도시행 전 인권침해요인여부 살피는 인권영향평가를 전국최초로 시행한다”고 한다.

30) 인천일보, “1호 인권건축물 첫삽 뜬다”, 인천일보, 2017. 10. 31. ; “수원시는 2019년 착공예정인 지동주민센터를 인권영향평가가 적용되는 첫 공공건축물모델로 선정·절차에 착수한다.”고 한다.

호필요성은 여전히 유효하다. 더욱이 오늘날의 국가는 과거와 같이 국가가 전쟁 방지·범죄예방 등의 최소한의 행위에만 머무는 야경국가가 아니라 사회적 기본권 등을 위해 적극적으로 개입하는 사회복지국가 등을 추구하므로 각 분야에서 국민이 요구하는 국가과제·목적[31] 또한 급증함에 따라 국가과제 계획·추진 등의 과정에서 침해될 수 있는 인권침해 방지[32]를 위해 인권영향평가제도가 확대되어야 한다.

나. 私人에 의한 인권침해사례 증대

개인·기업 등과 같이 국가가 아닌 私人에 의하여 개인의 인권이 침해되는 사례가 점차 계속 증가하면서 사인으로부터의 인권침해사례를 분석·파악할 수 있도록 私人에 의한 인권침해를 예방하기 위한 국가개입[33]과 인권영향평가제도의 확대 필요성도 증대되었다.

Ⅲ. 인권영향평가 확대 관련 국내외현황 및 문제점 분석

1. 국제적 동향

국제사회에서 국제연합(UN) 등은 특정계획 또는 제재 또는 부패 등의 문제가 특정국가나 특정지역의 인권상황에 미치게 될 부정적인 영향과 파급효과에 대한 평가를 하고 인권에 미치는 부정적인 영향과 그 파급효과를 사전에 미리 분석·파악함으로써 사전에 예방하기 위해 인권영향평가를 인권보고서에 포함시키고 있다.

예를 들어, 북한인권에 관한 보고서에서 북한에 대한 인권영향평가[34]를 진행

---

31) 양건, 『헌법강의』, 법문사, 2009, 176-178면 ; "사회국가는 국가의 목표를 규정한 국가목표규정이며, 사회국가실현방법은 입법자에게 위임되어서 광범한 입법형성자유가 인정된다"고 한다.

32) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 2002, 16-17면 ; "헌법은 국가목표를 표방하면서도 그 목표를 달성함에 있어 국가목적실현과 관련된 특정국가기관의 자의나 전횡은 용납 안 한다"라고 한다.

33) 김승대, 『헌법학강론』, 법문사, 152-155면 ;"헌법에 요구하는 국가의 기본권보장의무는 단순히 선언적인 것이 아니라 법적인 강제력을 갖는 것을 의미한다. 국가가 기본권의 보장을 제대로 이행하지 않으면 헌법의무의 위반이 된다. 여기서 기본권보장의무내용은 국가기관의 침해로부터 기본권을 보장할 의무와 私人에 의한 침해로 부터 기본권을 보장할 의무로 구별된다"고 한다.

34) VOA뉴스, "유엔북한인권보고관 제재가 북한인권에 미치는 영향평가해야", VOA뉴스, 2017. 10. 27. ; "유엔안보리 대북제재가 북한인권상황에 미칠 영향에 대한 평가가 필요하다고 유엔북한

했다.

더욱이 오늘날 기본적인 인권 보장이 국제화·보편화되는 경향[35]으로 인하여 국제사회에서 인간이 태어나면서 당연히 부여되는 인간의 존엄성[36]과 자유 그리고 그 밖의 여러 개별인권의 보호문제는 더 이상 일부지역이나 몇 개의 국가에서만의 문제가 아니라 인류가 공동으로 지키고 보호해야할 보편적·공통적 가치로 인정되었다. 그 결과 인권의 보장을 위해 국제사회에서 인권을 보호할 수 있는 인권영향평가 등과 같은 제도의 입법 즉 제도화와 법적 근거를 바탕으로 하는 구속력 있는 인권보호시스템마련 필요성이 점증하고 있다.

이러한 점에서 국제사회에서 인류의 보편적인 가치이자 공동목표인 인간존엄성을 비롯한 개인의 자유와 권리를 실질적·체계적으로 보호·보장하기 위하여 인권영향평가제도 등과 같은 제도적인 장치를 도입·운영하는 것이 요망되고 있으며, 이러한 추세로 인하여 인권영향평가 등이 제도화되고 그 운영·이용이 더욱 확산되고 있음을 알 수 있다.

2. 각국의 실태

환경 분야 영향평가제도인 환경영향평가제도가 미국에서 「국가환경정책법(National Environmental Policy Act)」를 근거로 처음으로 도입·운영된 후 우리나라를 비롯해 약110개가 넘는 국가에서 도입·활용[37]하고 있다. 이처럼 환경법에서 처음 법적 근거가 마련되어 적용되기 시작한 영향평가제도는 환경 분야를 넘어 점차 다양한 분야로 확대되고 있다.

인권특별보고관이 밝혔다. 특별보고관은 유엔총회에서 인권문제를 다루는 제3위원회에 출석하여, 제재가 필수적인 경제부문에 부정적 영향을 미쳐 인권을 누리는 데 직접적 타격을 가할 가능성을 우려한다고 하였다"고 한다.

35) 김학성, 『헌법학이론』, 피앤씨미디어, 2016, 127-128면 ; "현대헌법의 인권보장의 또 다른 특색의 하나는 인권의 국가적 보장단계를 넘어 국제차원에서 인권보장이 필요 하다는 인권보장의 보편화 현상이다. 1945년 UN헌장, 1948년 세계인권선언, 1950년 유럽인권조약, 1966년 국제인권조약 등은 이런 경향의 대표적 산물이다"고 한다.

36) 김백유, 『헌법학(Ⅱ)』, 한성, 2016, 418-419면 ; "인간존엄가치는 모든 기본권의 종국적인 목적이자 기본이념이며 인간의 본질적이고도 고유한 가치로서 모든 경우에 최대한 존중되어야 하는 것으로 우리 헌법에서 최고의 가치를 가지는 핵심적인 조항으로 헌법에 의하여 창설된 모든 국가기관의 공권력행사는 이를 효과적으로 실현하고 이에 봉사하기 위하여 존재하는 것으로 체계적으로 최상위 목표규정이다"고 한다.

37) 박현소/강소영, "CEPTED 활성화를 위한 범죄영향평가의 법제화 방안", 「한국공안행정학회회보」 제19권 제2호, 한국공안행정학회보, 2010, 88-89면 ; "미국연방정부가 주요조치를 취하고자 할 경우 환경영향평가서(Environment Impact Statement, EIS)를 작성하도록 규정했다"고 한다.

최근 전 세계 각국에서는 수많은 사람들의 생명과 희생을 통하여 획득한 개인의 자유, 평등, 그리고 인간존엄성 등과 같은 개인의 기본적인 인권과 헌법적 가치[38]를 실효적으로 보호하기 위한 제도적 장치로서 인권영향평가제도가 마련되었다.

유럽의 여러 국가들을 비롯해 미국·뉴질랜드·캐나다 등은 국제연합의 권고를 적극적으로 받아들여 아동·청소년·여성·장애인·노인 등과 같은 사회적 약자의 인권을 충실하게 보호하기 위하여 다양한 계획을 지속적으로 수립·시행을 해왔으며, 전 세계 여러 나라들이 아동·청소년영향평가 등과 같은 다양한 분야에서 인권과 관련된 각종 영향평가제도[39]를 도입·운영하면서 가시적인 성과를 거두고 있다고 한다.

노르웨이·호주·캐나다 등과 같이 전 세계 여러 국가들이 인권영향평가제도를 도입·마련함으로서 자국에서의 다양한 분야에서 인권의 주체들에게 미치는 부정적인 인권침해적인 요소·원인·부정적 파급효과 등을 분석·규명하면서 개인의 인권이 국가 또는 사인 등에 의하여 무분별하게 침해되는 것을 예방·방지하기 위해 노력하고 있다.

이와 같이 전 세계 각국은 인권영향평가 등과 같은 사전예방적인 분석·규명시스템을 자국의 상황과 여건에 맞게 도입·시행 및 발전시키고 있다. 또한, 각국에서 인권의 지속적인 보호·보장과 객관성·신뢰성·공정성·다양성·투명성·포괄성·전문성 등을 갖춘 인권보호시스템 확장을 위해 인권영향평가제도를 도입·운영되기에 이르렀다.

더욱이 프랑스·스위스·독일 등의 유럽국가들은 각 부처의 필요에 따라 그때마다 개별적인 영향평가를 도입·운영한 것에 머물지 않고 인권영향평가·개인정보영향평가 등과 같은 여러 개별적인 영향평가를 단일의 영향평가시스템으로 통합하

38) 프랑스대혁명을 시작으로 수많은 사람의 생명이 스러져 간 대가로 유럽을 비롯해 전 세계에서 자유권·평등권 등의 인권이 국제사회에서 보호·향상해야할 보편적인 가치로 자리 잡았고 더 나아가 각국의 최고법인 헌법에서도 개인의 자유와 권리는 국가는 물론 누구에 의해서도 침해되서는 아니 되는 중요한 핵심가치로 수용되기에 이르렀다. 이와 같이 인권투쟁의 과정에서 이름모를 수많은 사람들의 생명과 노력의 대가이자 인권발전과정에서의 산물인 인간존엄성과 개인의 자유와 권리가 지속적으로 사전예방적인 측면에서 보호·보장될 수 있도록 인권영향평가제도를 도입·운영해야하는 중요성과 필요성이 점증하고 있는 중이다.

39) 박영균/조흥식/장승원, “아동·청소년 영향평가제도 도입 방안 연구”, 한국청소년개발원 연구보고서, 한국청소년정책연구소, 2014, 4-5면 ; “우리나라뿐만 아니라 여러 선진주요국가들에서는 여러 가지 정책 분야에서 해당 정책과 계획의 주류화와 활성화를 위한 과학적 평가체계로서 여러 종류의 영향평가제도를 도입하여 성과를 거두고 있다”고 한다.

여 종합적·체계적인·통합적인 영향평가[40]의 운영·실시를 위해 노력하고 있는 중이다.

우리나라에서도 이미 다양한 분야에서 법적 근거에 기초하여 개인정보영향평가·건강영향평가 등과 같이 여러 가지 유형의 영향평가의 도입·시행이 이루어지고 있으며, 이미 국내의 일부지역에서 서울특별시 성북구의 인권영향평가제도[41], 광주광역시의 인권영향평가제도[42] 등을 도입·운영하고 있는 중이다.

국내의 서울시·광역시 등 각 지방자치단체들이 인권조례 등의 근거를 마련하는 것을 통하여 인권영향평가제도를 도입하고 있는 중이며, 국가인권위원회는 국가적인 수준에서 다양한 분야에서 각종 계획·사업 등의 수립·시행과정에서 국민 개개인의 존엄성과 기본적인 인권 그리고 자유에 미칠 영향과 파급효과를 과학적·체계적으로 분석하고 이를 평가하여 국가정책·사업이 인권에게 미칠 부정적인 인권침해요소를 사전에 방지·예방함으로써 인권친화적인 효과·행정·계획·사업 등을 유도하기 위한 평가시스템인 인권영향평가제도의 도입검토[43]를 고려하고 있다.

이와 같은 상황에 비추어 볼 때 우리나라를 비롯하여 전 세계 각국에서 인권영향평가를 비롯하여 고용영향평가·저출산고령화영향평가 등 기본적 인권의 보호와 관련하여 인권영향평가에 주로 초점을 맞추고 있는 독자적인 개별입법영향평가의 도입을 위한 입법적 논의[44]가 지속적으로 이어져 오고 있는 중이다.

특히 국제사회에서의 협약은 물론 주요국가의 인권제도의 입법정책상의 흐름을 보더라도 유럽각국과 미국·캐나다·스위스 등의 주요선진국 물론 우리나라에서도 인권영향평가제도 확대를 통한 인권보호시스템마련·강화의 요구가 점증하고

---

40) 김기표, “입법영향평가의 제도화에 관한 연구”, 박사학위논문(경희대학교), 2011, 34-35면 ; “유럽각국은 각 부문별로 하는 개별입법영향평가를 하나의 종합적인 영향평가제도로 통합하여 체계적으로 시행하는 통합입법영향평가제도를 통합해 시행하고 있다”고 한다.

41) 2012년 서울특별시 성북구는 인권조례를 근거로 국내에서 처음으로 인권영향평가를 도입하였다.

42) 2009년 광주광역시는 「광주광역시 인권증진 및 민주·인권·평화도시육성조례」를 근거로 하여 추진하는 계획·정책에 외부전문기관에 인권영향평가를 실시하기 위해 의뢰할 수 있도록 하였다.

43) 예를 들어, 「국가인권위원회법」 제28조 제1항에 따르면, 국가인권위원회는 인권보호·향상에 중대한 영향을 미치는 재판이 계속 중인 경우 법원 또는 헌법재판소의 요청이 있거나 필요하다고 인정할 때 법원담당재판부 또는 헌법재판소에 법률사항에 관하여 의견을 제출할 수 있다. 이 경우 미리 해당분야에서의 인권영향평가가 이루어 졌다면 중요한 자료로 활용될 수 있을 것이다.

44) 김기표, 위의 논문, 34-35면 ; “개별입법영향평가란 각 부문별로 도입·시행하는 영향평가를 말한다. 우리나라에서 규제영향분석·법안비용추계·부패영향평가·성별영향평가 등 입법과 관련된 개별영향평가가 도입·시행되며, 인권영향평가 등 도입논의가 계속 진행되고 있다”고 한다.

있음을 알 수 있다.

3. 현행법제도상 문제점

가. 인권영향평가의 법적 근거 부재

1) 인권영향평가에 관한 기본적인 틀 부재

현재 개인의 자유와 권리 등 기본적 인권을 천명한 국내 최고법[45]인 헌법을 비롯해 기본적 인권과 관련하여 「국가인권위원회법」·「북한인권법」 등이 존치·운영되고 있지만 인권영향평가제도의 개념과 내용의 전반에 대해 상세히 규정한 기본법적 성격을 가진 법규는 부재한 상태이며, 일부 「개인정보보호법」과 같은 인권에 관한 개별법에 개인정보영향평가 등과 같은 영향평가 관련규정[46]이 부분적으로 열거되고 있을 뿐이다.

그 결과 국민의 기본적 인권의 침해원인을 미리 분석·파악해 부정적 요인들을 제거 또는 최소화하는데 있어 중요한 역할과 기능을 하는 '인권영향평가'의 법적 개념·평가항목·운영기준·관리절차 등의 내용에 관해 구체적으로 명시하고 있는 법률이 없는 상태이다. 이와 같이 인권영향평가를 포함한 국가인권계획전반에 관한 기본적 틀이 부재[47]하거나 인권영향평가제도에 관한 독자적인 법적 근거인 관련개별법의 입법미비문제 등이 현실이다.

2) 인권영향평가의 불명확한 개념

'인권영향평가제도'의 법적 근거가 빈약하다 보니 강제적인 효력 즉 구속력을 발휘할 수 있는 인권영향평가제도의 법적 개념정의도 제도화되지 못한 상황이다. 다른 분야에서의 부패영향평가제도[48] 등의 영향평가처럼 법적 개념에 대한 명확한 개념정의를 제시하지 못하면서 불명확한 인권영향평가의 의미로 인하여 그 구

45) 허영, 『헌법이론과 헌법』, 박영사, 2017, 3-4면 ; "헌법은 한 나라 법질서의 바탕이 되는 것이기 때문에 어떤 법규정효력에 의문이 생기는 경우 이를 최종적으로 판단하는 판단기준의 기능을 발휘하게 된다"고 한다.

46) '개인정보영향평가'에 관한 「개인정보보호법」 제33조 제1항에 따르면, 공공기관장은 영향평가하고 그 결과를 행정안전부장관에게 제출하고, 영향평가는 행정안전부장관이 지정하는 평가기관 중에서 의뢰해야 한다.

47) 국가인권위원회의 법적 근거인 「국가인권위원회법」 외에는 국민의 기본적인 인권의 보호와 침해방지를 전면적으로 다루는 법률이 없는 상태로 인하여 국민의 기존적인 인권과 관련된 사항이 국가와 정부보다는 국가인권위원회를 중심으로 이루어져 왔다는 비판도 있다.

48) '부패영향평가'란 법령의 제정·개정 시 법령상 부패유발요인을 사전에 미리 제거·정비함으로써 부패를 야기할 수 있는 부정적 영향과 그 파급효과를 선제적으로 예방하는 시스템을 의미한다.

체적 대상과 기준 등에서의 혼선도 야기하고 있어 인권영향평가가 다양한분야로 확대되기가 용이하지 않다.

3) 인권영향평가의 방향과 원칙의 일관성 확보 부족

인건영향평가도 여러 제도들 중 하나이므로 제도운영의 방향과 원칙은 제도의 성공적 운영 즉 성패에 있어 직접·간접적으로 연결되는 중요한 문제이다. 그러나 현재의 시스템에서는 인권영향평가의 큰 윤곽이 되는 방향이 제시되지 못하고 있으며, 기본원칙 또한 충분하게 제시되지 않아 인권영향평가제도가 일관성이 없이 중구난방으로 운영될 위험성이 상존해 있다.

나. 인권영향평가 계획수립단계 문제

1) 불분명한 인권영향평가계획의 방향과 원칙

인권영향평가가 장기적인 안목에 터 잡아 계획이 수립되지 못하여 관련계획이 체계적으로 수립되지 못할 뿐만 아니라 인권영향평가가 추진·실시될 경우에도 신뢰성·체계성 등이 충분하게 확보되지 못하고 있다. 이러한 측면에서 볼 때, 인권영향평가가 제도화되는데 있어 기본적인 운영방향과 세부원칙이 마련·제시되지 못함에 따라 인권영향평가가 체계적·효율적으로 운영·활용될 가능성이 낮을 수밖에 없다.

2) 단기적·임시미봉책이고 기존평가와 연계성부족한 인권영향평가계획

현재의 인권영향평가가 다양한 분야에서 일부사안·분야에서만 한정되어 이루어지고 있을 뿐이고 인권영향평가의 운영이 단기적이고 미봉책에 불가하여 지속적으로 진행되지 못하고 있어 인권이라는 중요한 헌법가치의 보호에 크게 기여하기가 용이하지 않은 상황이다.

또한, 인권영향평가가 그 속성상 몇 번의 평가에만 그치는 것이 아니라 지속적으로 이루어지 않고 있다. 그리고 인권영향평가가 이루어지기 이전에 평가가 이루어졌던 과거의 평가기록과의 연계[49]도 함께 이루어져야 하지만 이에 대한 고

49) 이윤식/제갈돈/김주환/김흥률/유기석/심광호/박재신, “통함성과관리를 위한 평가결과활용방안에 관한 연구”, 「정책분석평가학회지」 제15권 제4호, 한국정책분석평가회, 2005, 210-213면 ; “성관관리가 비교적 제대로 적용되지 않고 행정개혁과 긴밀한 관계를 갖지 못하거나 관리기법간 연계성이 약한 우리나라의 경우, 이로 인하여 발생하는 책임소재의 불분명과 업무위험에 대한 공무원들의 업무회피 등과 같은 여러 문제점들을 피하기 어려울 것이다. 그나마 실행되고 있는 성과평가 또한 대부분 내부평가이고 외부평가는 아직도 체계적이지도 못한 형편이다”고

려 가 현재 운영 중인 일부지역의 인권영향평가에서 충분하게 고려되지 못하고 있다.

3) 국민의견수렴·참여 불충분과 사회적 합의·인식 미흡

인권영향평가가 추진·실시되는 데 있어서 인권과 관련된 당사자와 국민 개개인의 의견수렴은 물론 그들의 참여가 충분하게 이루어질 수 있는 절차와 기준 등이 부족할 뿐만 아니라 이를 위한 사회합의 즉 국민의 총의가 부족하고 인권영향평가제도에 대한 필요성은 크나 그에 반하여 인권영향평가의 실시와 이용에 대한 인식이 부족한 실정이다.

4) 인권영향평가와 국기기관의 업무 연계성 고려 부족

법령의 입법과정 등에서 인권의 감독기관이라고 하는 국가인권위원회 등이 인권감독기관으로서의 기능과 역할[50]과 관련하여 인권영향평가제도 등이 연계되어 활용될 필요성이 있으나, 인권영향평가제도가 이런 측면에서의 고려와 함께 도입되어야 함에 불구하고 현재 우리나라 현실에서도 적극적으로 활성화되지 못하고 있다.

다. 인권영향평가 계획결정단계 문제

1) 새로운 유형의 인권침해에 대한 실태파악 미흡

첨단과학기술사회·정보사회에서 정보화기술 등의 새로운 첨단기술[51]의 출현이라는 헌법현실의 변화로 인하여 국가에 의한 인권침해의 양태와 패러다임이 크게 변화하고 있다. 이에 따라 과거에는 국가가 주로 고문·협박 등과 같은 물리적인 수단을 동원하였다면 현재는 정보통신기술 등을 통한 국민의 개인정보 등을 이용

한다.

50) 박찬운, "국가인권위원회 10년 인권정책분야를 평가한다", 「법학연구」 제34권, 전북대학교 법학연구소, 2011, 42-43면 ; "국가인권위원회의 인권정책권고의 기능에서 내용적으로 자장 중요한 것 중에 하나가 국민 개개인의 인권에 영향을 주는 법령의 입법과정에서 개인의 인권과 자유의 감독기관으로서의 기능과 역할을 충분히 이행하였는지의 여부이다. 인권위가 10년간 독자적인 판단하에 인권증진에 위해 상당한 정도의 노력을 기울여 연구·조사하여 정부에 인권증진 법안을 제정할 것을 권고한 것은 약10개 정보에 불과하다"고 한다.

51) 김현경/김민호, "「지능정보사회기본법」 제정에 관한 연구", 「IT와 법 연구」 제15집, 경북대학교 IT와 법연구소, 2017, 67-69면 ; "최근 우리나라도 인공지능 등 지능정보기술을 바탕으로 사회·경제, 삶 전반에 혁신과 근본적인 변화가 예상되는 제4차 산업혁명시대에 대비하기 위하여 기술·산업·사회분야의 각종정책을 아우르는 지능정보사회 중장기종합대책이 발표하였다"고 한다.

한 국민 개개인의 사생활을 통제하는 방향으로 국가통제의 양태가 점차 변화하고 있다.

더욱이 이와 같은 첨단기술을 이용한 개인의 기본적인 침해가 국가조직에 의해서만 발생하는 것이 아니라 대기업·글로벌기업·거대민간조직 등과 같은 사조직에 의해서도 이루어지고 있다는 점이다. 그럼에도 불구하고 이러한 새로운 유형의 인권침해양태와 그 패러다임이 현저하게 변화하고 있음에도 관련 인권침해의 실태파악이 미흡하다.

2) 투명하지 않은 기준과 절차

인권영향평가가 이루어지는 절차·기준이 투명하지도 않은 문제점이 있다. 특히 인권영향평가의 절차에 기본권 당사자의 의견수렴이 될 수 있는 제도적 장치가 충분하지 않다. 더욱이 인권영향평가감독·관리하는 평가기관 및 인권영향평가위원회 등의 논의는 물론 기관·위원회인적구성 등에 있어 공정·투명성은 물론 절차적 정당성과 합당성을 확보할 수 있어야 하지만 이에 대한 고려가 미흡하다.

3) 인권영향평가제도 간 연결성 미흡과 담당조직·기관 불투명

인권이라는 특수한 분야에 대한 평가인 인권영향평가가 소관부처 등에서 개별적으로 이행되고 있어 인권영향평가제도 간 체계적인 연계성이 부족하다. 아울러, 인권영향평가를 주도적으로 전담해서 담당할 조직과 기관이 불투명하다.

4) 계획·사업추진자와 인권영향평가기관과의 공모문제 상존

인권영향평가가 운영되는데 있어서의 절차와 기준이 공정하지도 않고 또한 투명하지도 않은 문제점이 있다. 또한, 인권영향평가를 하는 기관 및 그 대행기관과 계획·사업추진자 사이에서의 공모위험성을 전혀 배제할 수 없다는 문제점이 있다.

라. 인권영향평가 계획시행단계 문제

1) 사회약자·소수자 고려 부족한 운영과 불충분한 관리감독

인권영향평가제도는 사회약자·소수자보호제도라는 특징에서도 알 수 있듯이 다수자의 횡포로부터의 소수자의 기본적인 인권 보호 등이 고려되어야 하지만 이러한 측면이 인권영향평가의 평가항목에 충분하게 반영되지 못하고 있다, 특히

다양한 인권과 관련된 주변의 환경이 기술 등 여러 요인들로 인하여 급격하게 변하고 있지만 평가항목이 기존유형에 머물러 있어 새로운 변화를 적절히 대응하지 못하고 있다.

2) 인권의 부정적 영향 제거·최소화하기 위한 평가기법 불충분

국가계획·사업·정책·제도 등이 시행되는 되는 단계에서 이루어지는 영향평가가 다양한 분야에서 발생하고 있는 인권에 대한 부정적 영향을 야기시키는 다양한 요인을 평가·분석 할 수 있는 평가기법이 부족·미비[52]하고 지속적으로 연구와 개발이 되지 않다 보니 기존의 구방식의 틀과 형식에 벗어날 수 없는 인권영향평가가 형식적으로 이행·시행될 수밖에 없다.

특히, 인권영향평가가 위험성요소를 비판적으로 발견·지적하고 개선하는 데 초점이 맞추어지지 않고 무비판적이거나 긍정적인 점만을 주로 부각해서 평가가 이루어질 경우 이러한 인권영향평가를 통해서는 해당분야에서의 인권침해적인 요소와 위험성의 악영향과 부정적인 파급효과를 최소화하거나 제거할 수 없다.

3) 인권영향평가가 책임회피용으로 악용될 소지

인권의 침해적 요소가 많은 국가사업과 계획에서 인권영향평가가 부실하게 이루어질 경우 인권침해위험성이 상당히 현존하고 있음에도 불구하고 인권영향평가가 계획시행단계에서 부실하게 진행되었지만 이를 근거로 법에 규정된 절차인 인권영향평가에 따라 이행하였다는 이유로 무분별한 인권유린이라는 중대한 사태가 발생할 수 있으며, 이러한 사태에도 불구하고 해당사업·계획책임자들은 인권평가를 근거로 통과한 사안으로 문제가 없음을 주장하는 등 부실한 인권영향평가는 인권침해발생책임자들이 책임회피를 위한 근거로 악용할 소지가 있다.

4. 인권영향평가 확대를 위한 입법적 대응방안마련 필요성 점증

가. 인권영향평가 확대를 위한 입법적 대응필요성 점증

52) 인권영향평가가 입법기관의 입법화 노력으로 인해 제도화되어 운영·시행될 경우 인권에 악영향과 부정적인 파급효과를 전혀 모르거나 알아도 구체적이지 않은 상황에서 이런 원인을 최대한 총체적으로 파악·분석하지 못한다면 인권영향평가제도가 성공적인 운영될 수 없다. 이런 점에서 평가기법의 완비·보완은 인권영향평가의 성공적 운영과 직결되는 문제이지만 시간·인력·재정 등의 여러 이유로 인권영향평가제도가 많은 변수들을 포함·고려하지 못하고 협소한 측면이 있다.

인권영향평가제도 확대를 위해서는 인권영향평가제도와 관련해서 나타나는 여러 인권침해적인 요소와 문제점들은 물론 다양한 분야에서 나타나는 헌법현실의 변화와 특수한 상황[53]을 고려하여 인권침해위험성과 그 부정적인 영향을 사전에 방지·예방 등과 같은 해결을 할 수 있도록 입법적 대응의 필요성이 점증하고 있다.

이러한 상황에서 입법부는 인권영향평가를 포함한 기본적인 인권전반에 관한 기본적인 틀을 제공하는 법률이 입법되거나 또는 인권영향평가제도에 관한 독자적인 개별법이 마련되는 등과 같이 위임받은 입법형성의 자유를 행사함으로써 인권영향평가를 제도화하여 그 법적 근거를 토대로 국기기관에 의하여 인권의 보호·침해방지를 위해서 필수불가결한 인권영향평가를 계획·추진되고 다양한 분야에서 더욱 활성화될 수 있도록 해야 한다.

나. 인권영향평가 확대를 위한 제도화의 필요성 점증

다양한 분야에서 인권영향평가가 활성화되기 위해서는 인권영향평가를 제도화해야 할 필요성이 매우 크다. 인권영향평가의 제도화 즉 관련 기본법의 입법을 통하여 공공분야는 물론 민간분야에서의 인권관련 국가기관 내지 기업 등 제3자에 의하여 국민 개개인의 기본적인 인권의 침해위험성 우려될 경우 국가는 영향평가를 실시함으로서 인권에 미치는 부정적인 영향력과 그 요인들을 사전에 미리 평가하여 최대한 악영향과 부정적인 파급효과를 피하거나 또는 제거·최소화할 수 있도록 적극적으로 노력하여야 한다.

Ⅳ. 인권영향평가제도 확대를 위한 제도화의 방향과 내용 검토

1. 방향과 원칙

인권영향평가의 특성에 비추어 볼 때, 인권영향평가 확대를 위해서는 제도[54]

53) 김일수·허영, 『세계화와 법적과제』, 경세원, 2008, 32-33면 ; "최근에 나타나고 있는 한국적인 특수한 상황, 예를 들어 가족공동체해체, 노동력이동, 여기시간의 증폭, 일자리의 감소, 초고령사회로의 진입 등의 문제에 직면하면서 새로운 법제도와 법정책의 수요가 증대되고 있다"고 한다.

54) '제도'는 국가가 국과과제 등 특정목적과 가치의 실현을 위해 '제도'의 근거가 되는 헌법·법률 등의 법적 근거를 제정했다는 것을 말하며, 입법된 법규를 근거로 국가예산·재정 등의 비용이 책정·마련되고 재원을 기반으로 하여 공무원 등의 운영·관리하는 인력을 선발·고용·충원하고 상황에 따라 해당제도를 개선·발전시키기 위한 연구기관·교육기관 등을 설립·운영할 수 있도록 국가 또는 사인 등의 사회구성원에게 이행·참여 등을 강제·권고할 수 있는 합법적 시스템을 의

화가 시급하며 무엇보다, 최고법인 헌법이념이자 국가가 실현해야할 궁극적 목적이기도 한 인간존엄성을 비롯해 개인의 자유와 권리가 실질적으로 보호될 수 있도록 인권영향평가의 입법에 있어 장기적인 안목에서 방향이 인권영향평가 제도화를 위한 다양한 분에어서 계획이 체계적으로 수립되는 동시에 여러 기본원칙들에 터 잡아 인권영향평가가 일관성이 있고 지속적이며 효과적이고 안정적으로 구현될 수 있도록 해야 할 것이다.

이와 같이 국민의 기본적 인권의 사전예방적인 측면에서의 보호에 중요한 인권영향평가를 제도화하는 방향으로 여러 방법들이 고려될 수 있으며, 그중 몇 가지를 살펴보면 다음과 같다. 우선, 「환경영향평가법」을 근거로 환경영향평가가 추진·실시되는 것과 마찬가지로 인권영향평가에 관한 독자적인 개별법률인 「인권영향평가법」을 마련하는 방법이 있다.

다른 방법으로는 국가인권계획사업전반에 관한 기본적인 틀에 해당하는 「인권기본법」의 제정을 통하여 인권기본계획·인권지표·인권지수 등과 함께 인권영향평가를 포함·명시하여 인권침해 재발을 사전에 미리 방지하는 제도화방안이 있다.

어느 방안을 선택하든지 인권영향평가를 제도화하는 입법정책상의 문제이므로 사회적 합의에 기초하여 국회가 인권영향평가의 법적 근거를 마련해 다양한 분야에서 계획·추진되는 국가계획사업에 앞서 인권영향평가가 실시될 수 있도록 해야만 한다.[55] 이를 위하여 인권영향평가제도는 '사전예방성'이 고려될 필요가 있음에 따라 인권영향평가가 제도화가 내실 있게 진행되기 위해서는 "분석과 예방"이 고려되어야 하며 이를 위해서는 조사와 예측이 인권영향평가의 방법에 반영되어야 할 것이다. 또한 인권영향평가제도는 '투명성'이 고려될 필요가 있으므로 인권영향평가의 평가절차·평가기준 및 평가기준 등이 신뢰성·투명성을 확보할 수 있도록 절차 즉 절차적 정당성[56]을 확보해야 한다. 그리고 인권영향평가

미한다.

55) 인권영향평가제도는 경제·사회·문화·환경 등의 '다양성'을 고려해야 하며, 인권보호가 필요한 다양한 분야로 인권영향평가 확대·적용될 수 있도록 "참여와 협력" 등의 고려가 필요하다.

56) 김일환, "첨단과학기술사회에서 효율적인 기본권보호에 관한 예비적 고찰", 「헌법학연구」 제1권 제2호, 한국헌법학회, 2002, 71-73면 ; "법치국가와 기본권보호의 출발점은 바로 절차적 정의이다. 곧 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 화보할 수 있다. 이러한 점에서 오늘날 기본권과 조직, 절차를 연결하는 것은 기본적 인권의 실현·보장을 위하여 아주 중요한 의미를 갖는다"고 한다.

는 '지속가능성이' 고려되어야 하며, 이를 위해 재정·예산·영향평가를 효과적으로 실시·운영할 수 있도록 전문적 인력확보 등을 위한 인권교육·헌법교육[57] 등의 교육[58]이 동시에 이루어져야 한다.[59]

2. 고려할 요소

가. 분석과 예방

인권영향평가제도의 방향인 '사전예방성'에 부합함으로써 인권영향평가제도가 실질적으로 국민의 기본적인 인권의 침해를 효과적으로 예방하고 인권보호에 충실하게 기여하기 위해서는 "분석과 예방"이 고려되어야 하며, 이를 위해서는 국민 개개인의 기본적인 인권의 침해방지와 보호를 위한 "조사와 예측"이 이루어져야 하는 것은 필수불가결하다.

나. 참여와 협력

인권영향평가제도가 더욱 확대되기 위해서는 "참여와 협력" 등이 고려되어야 한다. 이를 위하여 인권영향평가가 국민의 기본적 인권 보호에 실질적으로 기여할 수 있도록 민간전문가·국제전문가 등의 적극적인 참여가 이루어져야 한다. 즉 인권영향평가를 하는 데 있어 전문가의 참여와 민간·국제적인 협력이 필수적으로 수반되어야 한다. 아울러, 인권과 관련된 국제기구와 국제민간단체와의 협력도 더욱 확대되어야 한다.

다. 재정과 예산

인권영향평가제도가 확대되기 위해서는 "재정과 예산" 등이 고려되어야 한다.

---

57) 박혜형, "헌법교육의 제도 정비 방안 연구", 석사학위논문(성균관대학교), 2016, 18-19면 ; "학교에서 법교육프로그램을 통해 건전한 가치관과 태도, 합리적 사고능력과 문제해결능력 등을 교육함으로서 비행과 범죄예방의 수잔으로 이용하는 것이 필요하다"고 한다.

58) 「유엔인권교육훈련선언문」 제3조에 따르면, "'인권교육훈련은 학령기전·초등·중고동·대학 등의 모든 교육과정과 공립·사립·공식·비공식 또는 비제도권여부와 상관없이 모든 유형 교육·훈련과 학습에 관련된다. 여기에 훈련자교육·평생교육·대중교육·공공정보·인식개선활동 직업훈련이 포함된다.

59) 아울러, 인권영향평가의 제도화에 있어 인권영향평가의 특징인 국가인권최소침해확보제도·사전예방제도·인권친화적행위검증제도·사회약자소수자보호제도·인권보호질적수준향상제도 등의 여러 요소들이 함께 고려되어야 할 필요성이 크다.

이를 위하여 인권영향평가가 국민의 기본적 인권에 안정적인 보호에 실질적으로 기여할 수 있도록 인권영향평가를 정기적으로 실시간 홍보하고 이에 관한 교육 등을 지속적으로 유지·관리할 수 있는 안정적 재정마련과 예산편성이 뒷받침될 것이 요망된다.

라. 교육과 홍보

인권영향평가제도가 다양한 분야에서 활동하는 많은 인권주체의 기본적 인권 보호를 위한 "교육[60]과 홍보"가 전제될 필요가 있다. 이를 위해서는 개인의 기본적 인권의 침해예방 및 피해최소화를 하기 위하여 국민의 인권에 영향과 파급효과를 미치는 국가기관 내지 사인을 대상으로 인권영향평가홍보[61]·인권교육프로그램[62] 등을 마련·실시되어야 한다.

3. 구체적 내용

가. 인권영향평가 제도화 요망

1) 평가목적

가) 인권영향평가목적으로서 인간의 존엄성과 가치와 자유 보장·구현

인권영향평가의 평가목적은 사업과 계획을 수립·추진·진행·실시 등을 하는 과정에서 최고법인 헌법상의 최고이념인 핵심적인 가치인 국민 개개인의 기본적 인권이 무분별하게 침해되지 않도록 사전에 부정적인 영향과 파급효과를 방지함으로써 그 사회적 비용을 최소화하는 동시에 국민의 인권을 실질적으로 보장·구현하기 위함이다.

---

60) 「유엔인권교육훈련선언문」 제1조에 따르면, "'인권교육훈련'이란 보편적인 인권문화 증진을 목표로 하는 모든 교육, 훈련, 정보, 학습 활동으로 이루어진다"고 명시하고 있다.

61) 이정기/전범수, "인권영향 관람이 인권의식의 변화에 미치는 영향에 관한 연구", 「정치커뮤니케이션연구」 통권 제27호, 한국정치커뮤니케이션학회, 2012, 154-156면 ; "참여자들은 영화를 본 후 설문응답을 통해 외국인노동자나 장애인의 입장을 간접적으로 경험해 봄으로써 차별의 폐해를 인식할 수 있었고, 차별을 배척해야 사회적 약자의 인권을 존중할 수 있다는 의식으로 나아가 인권존중심을 향상시킬 수 있었음을 규명하였다. 그러나 인권영화 관련 연구는 부족하다"고 한다.

62) 황동진/송혁/김사현, "인권교육이 청소년의 인권의식에 미치는 영향", 「청소년학연구」 제22권 제10호, 한국청소년학회, 2015, 82-83면 ; "UN의 「인권교육훈련선언문」 제1조에 따르면, 인권교육은 기본적으로 제공되어야 하는 기초적인 권리이며, 인권교육이 인간의 보편성, 개별성, 상호의존성 등의 인권원칙에 따라 모든 이의 보편적 존중과 기본적 자유수호 증진을 위해 필수적으로 제공되어야 함을 강조하고 있다"고 한다.

나) 인권영향평가목적으로서 국민자유·권리의 사전예방적인·지속가능한 보호·실현

인권영향평가의 평가목적은 사전예방적인 측면에서 국민의 존엄성과 자유 그리고 개별인권이 미리 부정적 악영향과 그 파급효과를 예방·방지함으로써 국민의 자유와 권리 즉 인권에 대한 사후적인 보호보다 지속가능하게 보장하기 위함에 있다.

2) 평가책무

가) 국민개별인권보호를 위한 국가의 평가의무

국가는 계획·사업 등의 추진·실시과정에서 국민의 인권의 침해와 그 위험성을 미리 예방하기 위해 인권영향평가계획을 수립·시행할 책무를 지며, 국가는 계획·사업 등의 수립·추진과정에서 인권영향평가의 실시를 통해 다양한 분야에서 예상되는 인권침해위험요소를 완전하게 제거 또는 최소화하기 위해서 노력해야 한다.

나) 인권영향평가계획·원칙에 따른 국가기관의 평가의무

국가기관은 입법부의 입법형성자유행사에 따라 입법·마련된 인권영향평가의 계획과 원칙에 따라 각 분야에서 추진되는 사업·제도에 대한 인권영향평가를 추진·실시해야 할 평가의무가 있다. 이와 같은 국가기관의 평가의무는 국민의 기본적 인권의 침해와 그 위험성을 사전에 미리 예방·방지하기 위해 인권영향평가를 이행·실시해야 하는 국가기관의 의무로 단순한 선언적·도덕적 의무가 아니라 강제적·법률적 의무이다.

나. 평가대상과 평가항목

1) 평가대상

가) 다양한 분야로 인권영향평가 확대

인권영향평가의 평가분야 즉 '평가대상'과 관련하여 살펴보면, 국가 또는 지방자치단체가 앞으로 수립·추진·입법·시행해야 할 계획·사업·제도·분야 등이 모두 인권영향평가의 대상에 포함된다. 이에 따라 인권영향평가의 대상은 어느 특정 분야에만 국한되는 것이 아니라 인권의 침해와 보호와 조금이라도 관련된 다양한 분야이어야 한다.

나) 공공분야와 민간분야로 구분해 인권영향평가 적용

인권영향평가의 적용대상을 공공분야와 민간분야로 구분하여 공공분야에서는 국가기관에 의한 개인의 기본적 인권에 대한 무분별한 침해와 보호에 중점을 두어야 하며, 민간분야에서는 사인에 의한 기본적 인권의 침해와 그 보호에 집중하여 공정하고 투명한 평가가 이루어져야 한다. 또한, 공공분야는 공적 가치인 공익과 관련된 것이므로 인권영향평가를 적용하는 데 있어 민간 분야 보다 더욱 엄격한 기준과 세밀한 평가기법 등이 적용될 필요가 있으며, 민간분야에서의 인권영향평가의 제도화에 있어서는 새로운 헌법현실변화와 특수한 상황[63]에 에 따른 다양한 인권침해요소[64]를 고려해야 한다. 아울러, 공공분야와 민간분야에서의 공공기관과 민간단체의 역할이 중첩된 경우가 점증한 최근현실에서 사인과 연결된 공공기관에 의한 인권침해영향 또는 공공기관과 연결된 사인에 의한 인권침해위험성[65] 등도 인권영향평가에 포함키여 한다.

2) 평가항목

가) 다층적·실효적·다양한 평가항목 마련

인권영향평가가 다양한 분야의 인권보호에 기여하기 위해서는 인권에 영향을 미치는 각양각색의 사항들 즉 다양하고 다층적인 평가항목과 함께 실효적인 그리고 실증적인 평가항목[66]이 될 수 있도록 고려함으로써 다층적·실효적·실증적·다양한 인권영향평가가 마련되어야 한다. 이를 위해서 현재세대의 여러 계층 간에

63) 김일수·허영, 『세계화와 법적과제』, 경세원, 2008, 32-33면 ; "최근에 나타난 한국의 특수상황, 예를 들어 가족공동체의 해체, 노동력의 이동, 여기시간의 증폭, 일자리의 감소, 초고령사회로의 진입 등과 같은 문제들에 직면하면서 새로운 법제도와 법정책의 수요가 증대되고 있다"고 한다.

64) 오늘과 같은 정보화시대·첨단기술사회에는 과거에 볼 수 없었던 형태의 기본권 침해가 발생하고 있으며, 국가는 물론 사기업 등 사인에 의한 기본권 침해유형의 패러다임과 양태도 전혀 다르게 변모하고 있는 만큼 여러 인권침해요소와 특수상황을 고려해 인권영향평가를 제도화해야 한다.

65) 양건, "한국 인권보장의 현황과 과제-국제인권조약과 관련하여-", 「국제인권교육」 제4권, 명지대학교 국제인권교육센터, 2002, 132-133면 ; "특히 한국 인권보장의 현황과 관련해 주목할 것은 사이버테러 문제는 결코 사인간의 기본권 침해만의 문제로 볼 수 없다는 점이다. 공공기관 또는 공공기관과 연결된 사인에 의한 사이버 테러가 존재하지 않느냐는 심각한 우려가 있다"라고 한다.

66) 김영학, "토지정보 시스템의 평가대상 및 기준에 관한 연구", 「한국지적정보학회지」 제2권 제1호, 한국지정정보학회, 2000, 120-122면 ; "영향평가를 시스템의 채택이나 시스템절차의 변경에 관한 운영적인 측면에서의 의사결정으로 볼 때 영향평가의 단계는 일반적으로 여러 가지 평가요인을 선정하고 평가항목의 규범적 틀을 제시하고 실증분석을 하는 것이 일반적이다"고 한다.

서 나타나는 인권침해요소는 물론 현재세대는 물론 미래세대에게도 미칠 수 있는 인권침해요소도 사전예방적인 차원에서 인권영향평가의 제도화를 통해서 제거·최소화해야 한다.

나) 구체적·선택적·명확한 평가항목 확보

인권영향평가를 운영하는 데 있어 고려되어야할 평가항목에 인권과 관련된 각 분야에서의 인권침해관련처리행위·위반행위 수 및 그에 따른 인권침해가능성, 각 분야 인권침해가능성과 위험정도, 침해위험요소 조치여부 등의 여러 항목들이 사회적 합의와 입법론적 논의를 거쳐 인권영향의 평가항목이 보편적인 가치에 부합하도록 그리고 구체적이고 명확히 제시[67]함으로써 인권영향평가제도의 규범적인 틀과 기준들이 구체적으로 제시될 수 있어야 한다.

아울러, 인권영향평가에 있어서 필수적으로 반드시 평가해야할 항목과 범위를 미리 선택·결정하는 선택적 평가항목[68]을 통하여 인권영향평가의 질적 향상뿐만 아니라 추진하는 계획·사업의 경우에 따라서는 인권에 영향을 미치지 않을 것으로 판단되는 사안은 평가항목에서의 제외를 고려함으로써 경제적·시간적 비용[69]과 부담을 최대한 경감사킬 수 있도록 해야 할 것이다.

다. 평가기준과 평가기관

1) 평가기준

가) 국제기준·요구 충족하는 평가기준 반영

---

67) 이발래, “지방자치단체의 인권제도화에 관한 연구-인권증진기본계획과 인권영향평가제도를 중심으로-”, 「헌법학연구」 제19권 제4호, 한국헌법학회, 2013, 172-173면 ; “보편성과 구체성이 담보될 수 있도록 인권상황·관련실태조사가 이루어지고, 이러한 실태조사를 바탕으로 인권지표와 인권지수를 개발해 국가의 기본적인 인권의 실태상황을 면밀하게 분석·파악할 수 있다”고 한다.

68) 양지훈/박선환/김태흠/황상일, “환경영향평가 시 토양 관련 평가항목에 대한 고찰”, 「환경영향평가」 제25권 제1호, 한국환경영향평가학회, 2016, 43-45면 ; “환경부는 2011년 12월 환경영향평가서 작성에 대한 선택과 집중을 위해 필수로 평가해야할 항목·범위를 미리 결정하는 스코핑제도를 제안하였다. 「환경영향평가 스코핑 가이드라인」에서는 영향평가항목 선정기준은 평가항목 제외, 현황조사 항목, 평가항목 선정 등으로 구분되며 사업에 따른 영향정도, 참고할 수 있는 유사사례 존재여부, 분쟁 혹은 전문가의견이 반드시 필요한지 여부에 따라 결정된다”고 한다.

69) 안소은/배현주/곽소윤/임연희/김진사, “빅데이터를 이용한 대기오염의 건강영향평가 및 피해비용 추정”, 「정책분석평가학회보」 제15권 제3호, 한국환경정책평가연구원, 2015, 5-7면 ; “사업초기계획추진단계의 비용분석결과가 전체사업추진에 미치는 효과가 지대하므로 연구개발예산의 효율적 사용과 비용절감을 위하여 사업초기단계에서 철저한 비용평가 과정을 통해 의사결정에 반영하고 사업 진행 간의 체계적인 비용관리가 필수적이다”고 한다.

국내 인권영향평가제도의 '평가기준'은 국제사회에서 추구하는 국제적 인권기준에 정합하여 국내에 존치하는 인권관련법률·제도에 반영되어야 한다. 이러한 측면에서 볼 때 인권영향평과 관련하여 새로운 인권영향평가기준, 인권지수 등과 같은 국제적인 기준과 요구가 반영될 수 있도록 현재 인권영향평가기준이 앞으로 더욱 엄격해져야 할 것이다.

나) 새롭게 개선된 평가항목기준과 인권영향평가전문가 자격기준 연구·개발

다양한 분야에서의 인권의 침해방지와 보호 강화를 위한 인권영향평가가 더욱 활성화되기 위해서는 현재의 인권영향평가기준보다는 더 많은 인권침해요소를 최대한 배제하고 그 부정적 악영향을 최소화시킬 수 있도록 천편일률적이고 획일적인 기준보다 변화되는 상황에 적절히 대응할 수 있는 다양하고 현실변화에 맞고 新기준이 연구·개발되는 여건조성과 개선된 새로운 평가기준이 제시·보급될 필요성이 크다. 이는 국제사회에서도 요구하는 사항으로 인권영향평가제도의 운영에 있어서 인권지수 등의 새로운 그리고 개선된 평가기준을 연구·개발·활용 등이 권장·요망되고 있다. 이와 동시에 인권영향평가를 하는 수행하는 주체[70]인 인권영향평가전문가의 자격기준[71]도 함께 연구·개발되어야 한다.

2) 평가기관

가) 민간전문가 등 제3의 다양한 평가주체 참여와 인권영향평가의무화

인권영향평가제도의 평가주체 즉 '평가기관'과 관련하여 살펴보면, 인권영향평가의 기관의 구성원은 수립할 계획·추진할 사업·입법할 제도·시행할 분야 등을 할 국가기관 또는 지방자치단체 또는 사인이 아닌 해당 계획·사업·제도·분야 등과 관련하여 민간전문가 등과 같이 국가기관이 아닌 제3자가 참여할 수 있도록 해야 한다.[72]

---

70) 김이랑/심미나/임종인, "개인정보영향평가 자격기준의 문제분석과 개선방안 연구", 「정보보호학회논문지」 제23권 제1호, 한국정보보호학회, 2013, 128-129면 ; "영향평가수행을 위해서는 전문지식이 필요하기 때문에 통상적 평가대상의 계획·사업이해도가 높은 사업주관부서가 기관 내 개인정보보호전담조직 등의 도움을 받아 별도의 영향평가팀을 구성해 수행해야 하다"라고 한다.

71) 김이랑/심미나/임종인, 위의 논문, 2013, 129-131면 ; "자격기준은 크게 학력·경력·보유자격으로 구성되는데 학력은 고급전문인력에서 요구되는 요소이므로 경력과 보유자격이 일반, 고급 전반에 거쳐 중요한 비교요소가 된다. 하지만 경력은 전문성에 대한 객관적 비교가 어렵고 자격취득 이후의 숙련도 평가를 위한 요소이다"고 한다.

72) 이를 위하여 국내 또는 국제 민간전문가 등이 포함된 인권감독위원회 등의 인권영향평가가 운영

이와 더불어 인권영향평가가 지속적으로 이루어지기 위해서는 단발성이나 임시적인 것이 아니라 기본적 인권과 관련된 계획과 사업의 추진 시 다양한 인권침해요소를 사전에 분석하고 미리 개선사항을 도출할 수 있는 절차가 될 수 있도록 인권영향평가를 의무적·강제적으로 반드시 해야만 하는 관련규정[73]이 인권영향평가 관련 법규에 명시되어야 한다. 이와 동시에 인권영향평가를 내실 있게 평가·분석하여 인권평가결과가 신뢰성·객관성 등을 확보할 수 있도록 하는데 기여할 수 있는 전문적인 인력증원[74]의 확보의무조항과 함께 영향평가전문인력의 일정 수 확보조항 등이 고려되어야 할 것이다. 뿐만 아니라 인권영향평가의 안정적인 운영을 위하여 재정예산확보 등의 조치도 함께 고려되어야 한다.

나) 인권감독위원회·인권보고관 등 전담보고기구조직 실시와 평가기관 지정

인권영향평가의 평가기관지정은 물론 기관지정취소 등의 세부사항도 함께 포함되고 다양한 분야에서의 특정사업·계획이 해당분야에 미칠 영향과 파급효과를 평가여부 및 전문적인 의견을 제시하는 인권영향평가보고관 등은 인권영향평가의 제도의 성공을 위하여 필요하다. 또한 인권영향평가를 주도하는 인권감독위원회 등을 헌법기구로 격상시켜 국민인권의 보호를 강화하는 등의 여러 방안들을 다각적으로 것도 고려해야 한 다. 아울러, 인권영향평가기관에게 권한확대·독립성 등을 강화시키는 것을 고려해 대행기관과 계획·사업추진자 사이의 공모할 수 있는 가능성을 배제·감소시켜야만 한다. 이와 함께 인권영향평가를 전문적으로 담당하여 처리·평가하는 전문전담·담당조직이 지정·구성·확보 등이 되어야 한다. 그리고 인권영향평가를 지정하는 주체가 누구인지에 대한 명시적 규정을 두고, 이러한 규정에 근거하여 확정된 지정주체가 지정하는 평가기관[75]에 의뢰하여 영향평가

되어야 하며, 인권영향평가기관의 구성은 해당 인권분야에서의 시민·민간전문가 등과 같이 다양한 구성원이 참여해 인권침해요인여부평가를 통해 최적의 결정을 도출할 수 있도록 구성해야 한다.

73) 「개인정보보호법」 제33조 및 동법 시행령 제35조 등에 따라 개인정보영향평가가 의무화된 것처럼 인권영향평제도도 인권관련 사업·계획이 추진될 경우 반드시 인권영향평가제도가 수반될 수 있도록 구속력이 있는 인권영향평가제도의 강제적·의무적 이행조항을 필히 명시해야 한다.

74) 「개인정보보호법」 제37조 등에ㅓ 영향평가의 객관성·신뢰성 등을을 안정적으로 보장하고 평가결과의 질적인 수준을 확보하기 위하여 개인정보영향평가를 위한 전문인력을 약10명 이상 상시 적으로 보유할 것을 요구하는 것처럼 인권영향평가를 위한 인권영향평가전문가를 상시적으로 보유할 수 있는 것과 일정 수 이상의 인권영향평가전문가 확보를 위한 명시적 규정이 필요하다.

75) 「개인정보보호법」 제33조 제1항에서는 행정안전부장관이 지정된 평가기관에 개인영향평가를

가 체계적으로 진행될 수 있도록 인권영향평가를 객관성과 신뢰성을 확보하면서 공정하게 추진·진행할 수 있는 평가기관 지정시스템을 마련·정착시켜야 한다.

라. 평가방법과 평가절차

1) 평가방법

가) 과학적·개관적·외부적 평가·실태조사 실시

인권영향평가제도의 '평가방법·조사'에 관해서 살펴보면, 현재 어느 분야에서 언제 누구에 의하여 얼마나 많은 개인의 인권이 무슨 원인으로 어떠한 방법으로 침해되고 있는 지에 대한 정확한 실태조사가 사전[76]에 실시될 필요가 있다. 이를 위해서는 다양한 분야에서의 인권침해실태를 파악할 수 있는 정기적·부정기적 실태조사, 기관외부조사·기관내부조사, 전수조사·부분조사 등의 다각적인 실태조사 방법이 이루어져야 한다. 또한, 인권침해실태예측을 위한 통계조사, 인권침해종류 분석·예측하는 유형별조사, 인권주요침해자파악·예측하는 동향조사 등도 실시되어야 한다. 그리고 인권영향평가를 하는 방법에 있어서 내부평가에만 의존할 것이 아니라 외부전문가가 참가하여 진행하는 외부인권영향평가가 체계적으로 추진·시행되어야 할 것이다.

나) 객관성·신뢰성·효율성·포괄성 갖춘 평가기법 마련

인권주요침해요인, 인권침해형태, 인권침해기간 등과 같이 인권침해와 보호와 관련된 실태와 문제를 충분히 예측할 수 있도록 인권영향평가제도의 평가항목의 추가가 필요하다. 이와 함께 국가가 추진하는 계획과 사업이 미치는 부정적 악영향을 효과적으로 예방[77]·방지하고 최소화하기 위해서는 추진하는 사업과 계획에 대한 포괄적 평가가 이루어져야 한다. 또한, 각각의 분야에서 문제되는 기본적 인권에 미치는 부정적 악영향을 다각적인 측면에서 각종요인[78]을 함께 고려하면

의뢰·실시하도록 함으로써 영향평가에 대한 신뢰성과 객관성을 확보하는 규정을 명시하고 있다.

76) 이러한 점에서 볼 때, 국가기관은 물론 사기업 등 사인에 의해서 추진·진행되는 다양한 분야에서의 모든 사업과 계획들에 인권영향평가가 예방적으로 추진·적용되어야할 필요성이 매우 크다.

77) 사전에 인권침해원인을 분석하는 제도인 인권영향평가의 특성상 인권의 사전예방적인 보호를 위해서는 침해위험성이 높은 침해요인을 사전에 미리 예측하여 제거 또는 최소화시켜야 한다.

78) 박경래, "인권과 경찰활동 -조직 및 환경적 영향요인을 중심으로-", 「한국경찰연구」 제7권 제4호, 한국경찰연구학회, 2008,. 130-131면 ; 경찰 등 국가기관의 인권인식·인권지표·인권평가

서 평가할 수 있도록 신뢰성·객관성·효율성 등을 갖춘 평가기법[79] 등이 확보·마련되어야 한다. 이러한 평가기법이 확보될 때 비로소 인권영향평가가 형식적으로 운영되지 않고 실질적인 기능과 역할을 할 수 있을 것이다.

2) 평가절차

가) 인권주체 및 다양한 의견 반영하는 의견수렴절차 고려

인권영향평가제도의 '평가절차'와 관련하여 살펴보면, 다양한 분야에서 수립·계획·추진되는 사업·입법 활동 등과 같은 여러 평가절차과정에서 해당 분야에서의 인권의 주체인 당사자가 언제어디서나 자신의 의견을 충분하게 전부 반영할 수 있도록 참여의 기회를 실질적으로 보장하는 의견수렴절차가 충분하게 고려되어야 할 것이다.

나) 평가절차 과정공개·열람하는 투명한 평가절차 마련

공청회 등과 같은 방법을 통하여 인권영향평가제도가 효과적·체계적으로 운영·관리되기 위해서는 인권주체 의견을 반영할 수 있는 공식적이고 투명한 절차[80]가 마련되어야 한다. 무엇보다 오늘날 첨단과학기술 발전 등과 같이 인권영향평가에 있어서 첨단기술 등과 관련하여 고려해야할 요소가 점차 다양해진 상황에서 기술발전의 영향에 대한 법적 차원에서의 평가[81]가 체계적으로 이루어져야 하고 이를 위한 법제도도 함께 개선·정비 및 입법되어야 할 필요성이 크다.

등과 관련하여 국가기관에 종사하는 자의 계급, 성별, 교육수준 등의 개인적 변수는 물론 기관의 태도와 형태에 있어 조직적 변이와 환경적 변이 등과 같이 다양한 요소들이 고려되어야 한다"라고 한다.

79) 인권영향평가제도가 지속가능하게 운영되기 위해서는 예산과 재정이 지속가능해야 하고, 객관적·공정성을 담보할 수 있는 인권영향평가제도 평가항목이 체계적·구체적으로 마련되어야 한다.

80) 영향평가결과에 대해서 인권영향평가위원회 의결과정 등과 같이 의견을 제시·반영할 수 있고 인권영향평가와 관련된 정보를 투명하게 공개·접근할 수 있도록 해 알권리도 충족시키는 절차를 마련해야 한다. 아울러, 인권영향평가제도의 결과에 의견이 분분한 경우 현장조사를 통한 인권영향평가의 기준, 평가항목의 결과 등도 평가절차과정의 공개와 열람을 시스템적으로 마련해야 한다.

81) 김일환, "첨단과학기술에서 헌법의 역할과 기능에 관한 시론적 고찰", 「토지공법연구」 제37권 제3호, 한국토지공법학회, 2007, 300-301면 ; "과학기술의 발전에 대한 통제와 평가시스템 구축과 관련해, 국가와 개인을 통한 새로운 과학기술의 도입·적용에 대한 법적 통제는 바로 이러한 기술이 법이라는 틀 속에서 자유와 권리를 침해여부를 분석하는 것이며, 결국 이런 통제작용은 법친화적인 첨단과학기술사회의 첫 걸음에 해당한다. 따라서 첨단기술발전에 따른 법적 영향과 영향평가를 분석·통제하는 다양한 시스템을 구축하는 법제정비가 동시에 이루어져야 한다"고 한다.

마. 평가감독과 평가관리

1) 평가감독

가) 평가의 기준정도·위원회구성·평가항목구성 및 평가결과 사후적 검토

인권영향평가제도가 기본적인 인권의 보호라는 목적에 합당하게 실질적으로 운영되기 위해서는 인권영향평가가 추진·실시되는 평가가 이루어 진 이후에도 해당 분야에서의 인권영향평가와 관련된 기준·위원회의 인적 구성· 평가항목의 구성 등이 적절히 이루어진 것이 합당한지 즉 국가기관 등이 추진한 사업추진·법령제도화 등과 관련된 사업계획성과평가 타당성에 대한 철저한 관리·감독[82]이 수반되어야 한다.[83]

나) 평가 이후 이의제기 시 평가기관 이외의 재검토평가시스템 마련

인권영향평가제도가 부실하게 이루어질 경우 이러한 부실한 인권영향평가제도가 법과 절차에 따른 평가결과라는 이유만으로 국민의 기본적 인권을 유린의 정당화 근거로 악용·남용될 가능성이 있으므로 인권영향평가제도가 부실하게 진행되지 않도록 철저하게 감독할 수 있는 시스템을 마련하는 것이 필요하다. 또한, 인권영향평가제도가 법과 절차의 요건을 충족한 인권영향평가제도라고 하더라도 조금이라도 인권침해요소가 있거나 인권침해위험성의 이의제기가 있다면 이를 면밀하게 재검토할 수 있도록 평가를 하였던 기관 이외에 또 다른 제3의 여러 기관을 통하여 객관성과 신뢰성을 확보할 수 있는 평가결과 분석시스템[84]의 고려가 요망된다.

---

82) 공동성/방문규/윤기웅, "재정사업 평가결과에 영향을 미치는 요인에 관한 연구", 「정책분석평가학회보」 제17권 제4호, 정책분석평가학회, 2007, 27-30면 ; "재정사업자율평가 등과 같이 평가자료를 분석하여 어떤 요인이 얼마나 평가결과에 영향을 미치는 가를 분석하는 것은 중요하다. 따라서 평가항목 외에도 평가결과에 영향을 미치는 사업유형·예산규모 등 여러 요인이 평가결과미친 영향과 파급효과에 대한 사업성과평가 타당성을 제고하는 노력이 계속되어야 한다고 한다.

83) 이를 위해서는 다양한 분야들에서 실시되었거나 추진될 인권영향평가제도를 통한 평가가 현재의 인권 보호 및 침해상황에 대한 실태와 문제점 등을 충분하게 반영하고 있는지 등의 여부와 함께 실시된 인권영향평가의 결과에 대한 사후적 심의·검토가 이루어져야 할 것이다.

84) 국가인권위원회, "인권영향평가 및 관리에 관한 지침(HRIAM 가이드)", 국가인권위원회, 2011, 67-69면 ; "인권영향평가에 있어서 수집한 정보를 통대로 인권의 위험과 영향을 평가를 위한 범위를 정해야 하는 것과 인권영향평가결과와 효과성 등을 분석하는 것도 필요하다"고 한다.

2) 평가관리

가) 인권영향평가전문가 육성 및 전반적인 평가검토·관리체계 구축

인권영향평가가 더욱 확대·활성화되기 위해서는 인권영향평가를 평가할 수 있는 인권영향평가전문가 육성 등과 같은 장기적인 안목에서의 계획이 마련될 필요성이 크다. 또한, 부실한 인권영향평가의 방지를 위해 계획의 수립단계서부터 평가단계까지 기본방향과 기본원칙에 따라 인권영향평가제도에 대한 전반적인 검토체계를 구축하는 것이 필요하다.

나) 평가비용 충당할 예산·재정 확보와 평가결과신뢰할 종합적·체계적 분석체계 마련

인권영향평가제도가 안정적으로 운영될 수 있도록 뒷받침되기 위해 재정이 확보되어야 한다. 또한, 인권영향평가 관리를 하는데 있어 평가기준 선정방식에 따라 인권영향평가의 결과가 차이가 나고 그 차이점은 무엇인지 그리고 각각의 방식으로 행해지는 인권영향평가의 신뢰성 등을 분석·규명하여 그 결과를 인권영향평가에 개선·반영해야 한다.

4. 인권영향평가 제도화와 확대를 통한 다양한 분야에서의 인권보호 향상 및 인간존엄성가치 실현·헌법국가 구현

가. 인권영향평가 제도화를 통한 다양한 분야로 인권영향평가 확대 및 인권보호 향상

오늘날 인권의 보호는 더 이상 한 국가만의 문제가 아닌 국제사회와 인류의 보편적인 가치이므로 인권 보호의 기준이 국제적인 수준에 걸맞게 상향조정되어야 하며, 이를 위해서는 국제인권관련 규범과 기준이 국내에서도 충실히 이행될 수 있도록 다양한 분야에서의 인권의 사전예방적인 측면에서의 보호가 충분하게 이루어질 수 있는데 기여할 수 있는 인권영향평가가 제도화 즉 입법[85]되어야만 한다.

나. 인권영향평가 확대를 통한 인간존엄성가치와 자유 실현 및 헌법국가 구현

국가가 인권영향평가의 제도화·확대를 통해 인권침해요인을 방지·예방하는 것

85) 인간존엄성과 자유의 침해를 방지·예방하는 인권영향평가의 구체적인 입법을 통해 국가계획·사업·제도 추진 시 인권영향평가가 반드시 실시되어 그 역할을 해야 할 필요성이 크다.

은 국가에게 부여된 헌법상 기본권보호의무[86]이므로 모든 국가기관은 다양한 분야에서 계획·사업추진 시 인권영향평가제도를 반드시 실시해야 하며, 다양한 분야에서 인권의 충실한 보호를 위해 인권영향평가제도가 확대되어야 한다.

따라서 다양한 분야에서의 인권영향평가제도 확대를 통해 헌법이 보장을 천명한 최고이념·최고원리[87]이자 국가가 궁극적으로 실현해야 할 인간존엄성과 개인자유·권리가 실질적으로 보장되도록 하여 헌법규범력이 살아 숨 쉴 수 있는 헌법국가 즉 헌법과 법률이 지배하는 사회가 구현될 수 있도록 노력해야 한다.

Ⅴ. 맺음말

인권영향평가제도는 헌법상 보장된 인간존엄성은 물론 개별적인 권리 등과 같은 헌법적 가치를 실질적으로 보호에 기여할 수 있도록 사전에 미리 조사·예측·평가 등을 통하여 사후적으로 발생할 수 있는 부정적인 영향을 미리 피하거나 선제적으로 제거 또는 그 피해를 최소화하는 동시에 긍정적인 측면은 더욱 확대될 수 있도록 함으로써 다양한 분야에서 수많은 제도들이 헌법과 인권이라는 최고의 가치에 부합하여 친화적으로 운영될 수 있도록 하는 데 있어서 필수적인 제도적 장치이다.

이러한 인권영향평가 등의 영향평가는 처음에 환경 분야에서의 적용·운영을 시작으로 다양한 분야에서 개인정보영향평가·성별영향분석평가·부패영향평가·재해영향평가·교통영향평가 등과 같이 수많은 평가·분석이 확대되고 있는 추세이다.

무엇보다 인권영향평가제도는 다른 영향평가와 다르게 헌법이 그 보장을 천명한 핵심가치인 기본적인 인권의 실질적인 보장에 관한 제도로 수많은 국가기관이 추진하는 계획·사업 등의 수립·시행과정에서 국민 개개인의 인권과 자유의 보호에 부정적인 악영향을 사전에 미리 예방적인 차원에서 차단하는 것이므로 국민의 기본적인 인권과 자유가 실질적으로 보호되는 데 중요한 기능과 역할을 한다.

---

86) 성낙인, 『헌법학』, 법문사, 2014, 29-30면 ; "근대입헌주의헌법은 국민의 자유·권리를 헌법에서 명시적으로 보장하고 있으며, 한국헌법도 전문과 제2장 국민의 권리·의무에서 대한민국의 자유와 권리를 보장하며, 특히 헌법 제10조 후문에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다고 하면서 국가의 기본권보장의무를 규정하고 있다"고 한다.

87) 정종섭, 앞의 책, 410-412면 ; "헌법 제10조에서 정하고 있는 인간존엄성은 기본권보장의 대전제가 되는 이념기초를 의미하고 기본권보장을 지배·관통하는 최고원리이다. 이는 헌법상 기본권이 인간 이외의 동물·식물·무생물 등 어떤 존재에게도 인정되지 않는다는 것을 말한다"고 한다.

그러나 인권영향평가는 현재의 법제도적 시스템에서 볼 때, 인권영향평가에 관한 기본적인 틀이 부재하여 인권영향평가의 법적 근거가 미약하다. 또한 인권영향평가의 법적 개념이 불명확하다. 이뿐만 아니라 인권영향평가 계획수집단계에서 “불분명한 인권영향평가계획의 방향과 원칙”, “단기적이고 미봉책에 불과한 인권영향평가계획”, “국민의견수렴·참여와 사회적 합의와 총의수렴 불충분”, “인권영향평가제도에 대한 인식 미흡” 등의 문제가 나타나고 있다. 아울러, 인권영향평가의 계획결정단계에서 “새로운 유형의 인권침해에 대한 실태파악 미흡”, “인권영향평가제도 간 연결성 미흡과 담당조작·기관의 불투명”, “계획·사업추진자와ㅓ 인권영향평가기관과의 공모문제 상존” 등과 같은 문제의 소지가 있다.

이러한 점에서 볼 때, 다양한 인권영향평가 시스템이 작동할 수 있는 인권영향평가를 포함한 국가인권계획전반에 관한 기본적인 틀인 「인권기본법」 등을 입법·실시하거나 또는 인권영향평가제도에 관한 독자적인 개별법인 「인권영향평가법」 등을 제정·이행하는 방안들을 고려해야 할 것이며, 이 경우 어떠한 방향과 방안을 선택할 것은 사회적 합의 즉 총의를 모아 입법계획상의 측면에서 해결해야 한다.

인권영향평가의 특성에 비추어 볼 때, 인권영향평가 확대를 위해서는 사전예방적인 인권보호제도인 인권영향평가의 제도화가 시급하다. 아울러 장기적인 안목에서 인권영향평가의 제도화를 위하여 다양한 분야에서의 인권보호를 위한 여러 기본원칙들에 터 잡아 인권영향평가가 일관성이 있고 지속적이며 효과적이고 안정적으로 구현될 수 있도록 하기 위해서는 ‘사전예방성’, “분석과 예방”, ‘다양성’, “참여와 협력”, ‘지속가능성’, “교육과 홍보” 등이 함께 고려되어야 한다.

이와 동시에 인권영향평가의 제도화에 있어서 인권영향평가제도의 특징인 국가인권최소침해확보제도, 사전예방제도, 인권친화적행위검증제도, 사회약자소수자보호제도, 인권보호질적수준향상제도 등과 같은 인권영향제도의 여러 가지 특징과 각각의 요소들이 함께 고려되어야 할 필요성이 크다.

이를 위하여 인권영향평가제도의 평가기준이 국제기준을 충족하는 평가기준을 반영하고 개선된 새로운 평가기준이 꾸준히 연구·개발되어 보급·시행되어야 한다. 인권영향평가기관에는 민간전문가 등 제3의 다양한 평가주체가 참여할 수 있어야 하며, 인권감독위원회·인권보고관 등 전담보고기구조직 마련·실시해야 한다. 또한 인권영향평가와 관련하여 과학적·다각적인 실태조사와 객관성·효율성·신뢰성·포괄성을 갖춘 평가기법기법이 마련되어야 한다. 더욱이 인권영향평가절차에

있어서 인권주체와 다양한 의견들을 반영할 수 있는 의견수렴절차가 준비·고려되어야 하며, 평가절차와 과정을 공개·열람할 수 있는 투명한 인권영향평가절차가 검토·마련될 필요성이 크다. 아울러, 평가관리와 관련하여 인권영향평가전문가를 육성하는 동시에 평가전반적 검토관리체계를 구축해야 한다.

(논문투고일: 2017.11.12., 심사개시일: 2017.11.14., 게재확정일: 2017.12.11.)



장 인 호

인권영향평가제도, 인권, 기본권, 영향평가, 인권영향평가, 사전예방, 「인권영향평가법」, 「인권기본법」, 지속가능한 인권영향평가, 인간의 존엄성과 가치, 자유, 헌법적 가치, 헌법국가.

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

김백유, 「헌법학(Ⅰ)」, 한성, 2016.
_____, 「헌법학(Ⅱ)」, 한성, 2016.
김승대, 『헌법학강론』, 법문사, 2010.
김일수·허영, 『세계화와 법적 과제』, 경세원, 2008.
김철수, 「헌법학개론」, 박영사, 2007.
김학성, 「헌법학이론」, 피앤씨미디어, 2016.
권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2002.
성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2014.
양 건, 「헌법학 강의」, 법문사, 2009.
장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2017.
전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2014.
정종섭, 「헌법학원론」, 박영사, 2016.
허 영, 「헌법이론과 헌법」, 박영사, 2017.
한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2017.
홍정선, 『행정법원론(하)』, 박영사, 2008.

Ⅱ. 논문

국가인권위원회, “인권영향평가 및 관리에 관한 지침(HRIAM 가이드)”, 국가인권위원회, 2011.
김기표, “입법영향평가의 제도화에 관한 연구”, 박사학위논문(경희대학교), 2011.
김영학, “토지정보시스템의 평가대상 및 기준에 관한 연구, 「한국지적정보학회지」 제2권 제1호, 한국지적정보학회, 2000.
김일환, “첨단과학기술사회에서 헌법의 역할과 기능에 관한 시론적 고찰”, 「토지 공법연구」 제37권 제2호, 한국토지공법학회, 2007.
_____, “첨단과학기술사회에서 효율적인 기본권보호에 관한 예비적 고찰”, 「헌법

학연구」 제1권 제2호, 한국헌법학회, 2002.
김현경/김민호, “「지능정보사회기본법」 제정에 관한 연구”, 「IT와 법 연구」 제15집, 경북대학교 IT와 법연구소, 2017.
공동성/방문규/윤기웅, “재정사업 평가결과에 영향을 미치는 요인에 관한 연구”, 「정책분석평가학회보」 제17권 제4호, 정책분석평가학회, 2007.
박경래, “인권과 경찰활동 -조직 및 환경적 영향요인을 중심으로-”, 「한국경찰연구」 제7권 제4호, 한국경찰연구학회, 2008.
박찬운, “국가인권위원회 10년 인권정책분야를 평가한다”, 「법학연구」 제34권, 전북대학교 법학연구소, 2011.
박영균/조흥식/장승원, “아동·청소년 영향평가제도 도입 방안 연구”, 한국청소년개발원 연구보고서, 한국청소년정책연구소, 2014.
박현소/강소영, “CEPTED 활성화를 위한 범죄영향평가의 법제화 방안”, 「한국공안
행정학회회보」 제19권 제2호, 한국공안행정학회보, 2010.
박혜영, “헌법교육의 제도 정비 방안 연구”, 석사학위논문(성균관대학교), 2016.
안소은/배현주/곽소윤/임연희/김진산, “빅데이터를 이용한 대기오염의 건강영향 및 피해비용 추정”, 「정책분석평가학회보」 제15권 제3호, 한국환경정책평가연구원, 2015.
양 건, “한국 인권보장의 현황과 과제-국제인권조약과 관련하여”, 「국제인권교육연구」 제4권 , 명지대학교 국제인권교육센터, 2002.
양지훈/박선환/김태흠/황상일, “환경영향평가 시 토양 관련 평가항목에 대한 고찰”, 「환경영향평가」 제25권 제1호,한국환경영향평가학회, 2016.
이발래, “지방자치단체의 인권제도화에 관한 연구 - 인권증진기본계획과 인권영향평가제도를 중심으로-”, 「헌법학연구」 제19권 제4호, 한국헌법학회, 2013.
이윤식/제갈돈/김주환/김흥률/유기석/심광호/박재신, “통함성과괸리를 위한 평가결과 활용방안에 관한 연구”, 「정책분석평가학회지」 제15권 제4호, 한국정책분석평가회, 2005.
이정기/전범수, “인권영향 관람이 인권의식의 변화에 미치는 영향에 관한 연구”, 「정치커뮤니케이션연구」 통권 제27호, 한국정치커뮤니케이션학회, 2012.

Abstract

A Study on Expansion Plan of Human Rights Impact Assessment System

Chang, In Ho

Recently, the debate on the necessity of expanding the human rights impact assessment is increasing in order to eliminate or minimize the basic infringement of human rights before the implementation of national plans and projects. Impact Assessment of Human Rights Impact Assessment was first discussed in the field of environment, and it started from impact assessment system, that is, environmental impact assessment system, introduced and operated in the field of environment in order to realize sustainability, which is a joint task in international society and country. Since then, numerous impact assessments have been applied and operated in order to evaluate the specific effects in each field in advance and to eliminate or minimize the negative effects.

Above all, the purpose of establishing and operating the human rights impact assessment is to ensure that the freedom and rights of individuals from the state should be protected and respected. In this regard, the Human Rights Impact Assessment System focuses on how to realize and guarantee constitutional values such as basic principles and national tasks that the Constitution adopts, such as individual basic human rights specified in the Constitution. It should be possible to eliminate or minimize the negative adverse effects and the ripple effects on basic

human rights guaranteed to individual citizens and to maximize the positive effects.

However, in spite of the growing need to expand the human rights impact assessment in various fields, it is necessary to clarify what the human rights impact assessment system clearly means. There is a lack of description and content of the details of what should be done. In addition, there is an increasing need to be expanded and operated in order to prevent violations of individual human rights in various fields in advance. In the course of institutionalization, evaluation subjects, evaluation areas, evaluation subjects, evaluation standards, etc.

Accordingly, in a situation where the risk of infringement of human dignity, freedoms and rights of individuals is raised in various fields by the state or sign, the system of human rights impact assessment system is focused on prevention of infringement and protection of human rights in advance It is increasingly necessary to legislate and systematize human rights impact assessments and expand them.

Therefore, in this study, the human rights impact assessment system realizes and implements the constitutional values such as the dignity and value of human being, the dignity, freedom and rights of individuals guaranteed by the Constitution and various individual fundamental rights as well as basic constitutional principles and constitutional issues.

This study focuses on institutionalization so that the human rights impact assessment system can be operated to realize the constitutional values by examining the operational status and problems of the human rights impact assessment.



Chang, In Ho

Human Rights Impact Assessment System. Human Rights, Fundamental Human Rights, Impact Assessment, Prevention, 「Human Rights Impact Assessment Act」, 「Fundamental Act on Human Rights」, Sustainable Human Rights Impact Assessment System, Human Rights Impact Assessment, Human Dignity and Rights, Freedom, Constitutional Value, Constitutional State.

기본소득에 대한 헌법적 고찰

-사회국가원리의 관점을 중심으로-

홍석한*

【목 차】

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 기본소득의 의의와 유형화
1. 기본소득의 개념과 특징
2. 기본소득의 유형화
Ⅲ. 기본소득의 논의 배경 및 이념적 지향
1. 기본소득 논의의 배경
2. 기본소득의 이념적 지향
Ⅳ. 기본소득에 의한 사회국가원리 구현의 가능성
1. 사회국가원리의 의의와 기본소득의 수용
2. 기본소득을 통한 자유와 평등의 실질적 보장
3. 기본소득을 통한 공동체의 통합과 발전
4. 기본소득을 통한 헌법상 경제질서의 구현
Ⅴ. 결론

【국 문 요 약】

세계 각국에서 기본소득에 대한 사회적 관심이 확대되고 있으며, 학술적 논의도 영역을 넘나들면서 활발하게 전개되고 있다. 본 논문은 기본소득에 대한 헌법규범적 평가가 필요한 시점이라는 인식에서 출발한다. 이에 우선적으로 사회국가원리의 관점에서 기본소득의 헌법적 근거 내지 정당화 가능성을 고찰해본다.

기본소득은 자산에 대한 심사나 노동조건이 없이 개인을 단위로 하여 모든 사람에게 정기적이고 무조건적으로 현금을 지급하는 제도를 의미한다. 즉, 정기성, 현금지급성, 개별성, 보편성, 무조건성을 특징으로 한다. 이는 기존의 복지제도가 빈곤과 양극화 등 사회적 문제를 충분히 해결하지 못하고 있는데 대한 반성과 미래사회에 대응할 수 있는 새로운 복지체제의 필요성을 배경으로 하며, 특정한 이념적 지향에 한정되기 보다는 좌우를 가리지 않고 다양한 관점에서 제기되는 개

* 목포대학교 법학과 부교수

혁적 구상이다.

기본소득은 모든 사람의 인간다운 삶의 조건을 충족시킴으로써 자유와 평등을 실질적으로 보장하고자 한다. 또한 강한 공동체성을 내포하면서 공동체의 통합과 지속적인 발전을 추구하기 위한 노력의 하나로 볼 수 있다. 이에 사회정의의 실현, 실질적인 자유와 평등의 보장, 공동체의 통합과 평화적인 유지를 추구하는 사회국가원리의 이념에 부합한다. 이밖에 적정한 소득의 분배, 고용증진, 국민경제의 성장 및 안정, 실질적인 직업의 자유 및 적정임금의 보장 등과 관련해서도 긍정적으로 기여할 수 있다는 점에서 경제에 관한 규정을 통해 수용되고 있는 사회국가원리를 구현하는 것을 기대할 수 있다. 결국, 기본소득은 헌법상 사회국가원리로부터 근거를 찾을 수 있고, 그 실현에도 이바지할 것이라는 평가가 가능하다.

Ⅰ. 서론

기본소득은 자산이나 노동 등과 관련하여 특별한 조건을 부가하지 않고 모든 구성원에게 정기적으로 현금을 지급하는 제도를 말한다. 그 연혁은 16세기까지 거슬러 올라가 영국의 정치가 토머스 모어(Thomas More)의 저서 『유토피아』(Utopia, 1516) 혹은 스페인 출신의 철학자 비베스(Juan Luis Vives)의 보고서 『빈민원조에 대하여』(De Subventione Pauperum, 1525)에서 기원을 찾기도 하지만[1] 본격적인 논의와 발전은 20세기 중후반부터 전개되었다. 특히, 1986년 기본소득유럽네트워크(Basic Income European Network)가 결성되고, 2004년 회원국의 범위를 확대하여 기본소득지구네트워크(Basic Income Earth Network: BIEN)로 전환하면서 기본소득에 대한 사회적 관심이 확대되었고 학술적 논의도 매우 활발하게 전개되고 있다. 우리나라에서도 2009년 기본소득한국네트워크가 결성된 것을 계기로 시민단체 차원의 기본소득 운동이 본격화되었으며, 2016년 7월에는 제16차 기본소득지구네트워크 총회가 서울에서 개최되기도 하였다.

기본소득은 노동과 소득의 연결을 단절시키는 다소 획기적인 발상이다. 그럼에도 불구하고 전 세계적 차원에서 큰 반향을 일으키고 있는 이유는 두 가지 측면

1) 기본소득지구네트워크 홈페이지. http://basicincome.org/basic-income/history/#note2 (최종검색일 2017.12.13.)

에서 파악이 가능하다. 한편으로는 오랜 기간 사회국가원리의 이념 하에 적용되어 온 각종 복지제도가 빈곤과 빈부격차의 확대, 양극화의 심화 등을 해결하지 못하고 있는데 대한 반성과 회의, 그리고 다른 한편으로는 일자리 축소에 대한 우려 등 인공지능의 발달과 함께 다가올 미래사회에 대한 불안 및 대응 필요성에 대한 인식이다. 이에 기본소득은 단지 새롭게 거론되는 하나의 복지제도에 그치는 것이 아니라 복지와 관련한 패러다임의 전환 또는 첨단과학기술의 발전과 그에 따른 사회적 변화 속에서도 공동체의 지속가능성을 확보하고 인간중심의 질서를 구축하기 위한 개혁의 표지로 이해될 수 있다.[2)]

기본소득은 주로 사회복지학이나 정치학, 사회학 영역을 중심으로 논의가 활성화되어 있지만, 그 강한 개혁적 성격에 비추어 최고규범인 헌법적 관점에서의 평가 역시 매우 중요하다. 본 논문은 이러한 인식에 따라 헌법상 사회국가원리의 관점에서 기본소득을 고찰해보고자 한다.[3)] 기본소득은 사회국가원리에 근거를 두고 시행되어 온 기존 복지정책의 한계를 극복하고자 하는 것이지만, 그 정당성의

---

2) 첨단과학기술의 발달은 인간공동체의 발전에 큰 도전을 제기하고 있으며, 이로 인해 변화된 환경에서 경제적 및 사회적 질서를 유지하고 기본권을 보호하는 것은 매우 중대한 헌법적 과제이다. 첨단과학기술의 발달과 관련한 헌법적 대응의 필요성과 내용에 대해서는 김일환, "첨단과학기술사회에서 헌법의 역할과 기능에 관한 시론적 고찰", 토지공법연구, 제37집 제2호, 2007, 287면~307면.

3) 헌법재판소는 "사회국가원리"를 우리 헌법의 기본원리로 인정하고 있으며, 사회국가를 "사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가"로 정의하거나(헌재 2002. 12. 18. 선고, 2002헌마52 결정 등), 사회국가원리를 "모든 국민에게 생활의 기본적 수요를 충족시켜 건강하고 문화적인 생활을 보장하는 것이 국가의 책무"인 원리로 설명하고 있다(헌재 2015. 4. 30. 선고, 2013헌마435 결정; 헌재 2014. 6. 26. 선고, 2012헌바382 등 결정). 다만, "사회복지의 이념"(헌재 2015. 6. 25. 선고, 2013헌마128 결정; 헌재 2012. 5. 31. 선고, 2011헌마241 결정; 헌재 2011. 7. 28. 선고, 2009헌마27 결정), 또는 "복리국가의 요청"(헌재 2014. 10. 30. 선고, 2011헌바172 등 결정), "현대복지국가"(헌재 2015. 2. 26. 선고, 2014헌바177 결정) 등과 같이 사용하는 표현에는 다소 차이를 두고 있다. 한편, 학계에서도 "사회국가원리"가 일반적으로 사용되지만(김학성, 「헌법학원론」, 피앤씨미디어, 2017, 248면; 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2016, 302면; 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2017, 163면; 홍성방, 「헌법학(중)」, 박영사, 2012, 148면 등), 복지국가원리(전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2017, 224면; 정필운, "교육영역에서 복지국가원리의 구현: 쟁점과 과제", 헌법학연구, 제21권 제4호, 2015 등), 사회복지주의(김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2013, 258면; 정재황, 신헌법입문, 박영사, 2016, 96면), 사회복지국가원리(성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2017, 278면) 등과 같이 표현되기도 하며, "사회국가"와 "복지국가"의 차이를 설명하거나(허 영, 같은 책, 166면~167면; 양 건, 「헌법강의」, 법문사, 2016, 210면~211면), 우리 헌법상 "사회국가원리"라는 개념을 사용하는 것은 타당하지 않다는 견해(전광석, "헌법재판소가 바라 본 복지국가원리", 공법연구, 제34집 제4호 제1권, 2006, 228면~229면)도 있다. 본 논문에서는 관련된 상세한 논의는 생략하고, 가장 일반적인 사회국가원리라는 용어를 사용하고자 한다.

근거 역시 종국적으로는 사회국가원리에서 찾을 수 있다. 다만, 기본소득은 여러 가지 형태로 주장될 수 있는데 비하여 실제 제도화된 경험은 매우 드물다.[4] 기본소득을 둘러싼 찬성과 반대의 논의도 다양한 학문분야를 넘나들며 폭넓게 진행되고 있다. 이에 기본소득의 모든 측면을 고려하여 포괄적인 평가를 진행하는 것은 쉽지 않다. 이러한 한계를 인정하면서 본 논문은 기본소득의 일반적인 개념과 특징, 논의의 배경과 추구하는 이념적 지향을 토대로 사회국가원리의 관점에서 이에 대한 근거 내지 정당화 가능성을 찾아 평가해보는데 초점을 두고자 한다.

Ⅱ. 기본소득의 의의와 유형화

1. 기본소득의 개념과 특징

기본소득의 개념에 대해서는 전형적인 합의가 존재하지 않으며, 여전히 발전 중에 있다고 할 수 있다. 다만, 현재 기본소득지구네트워크의 국제자문위원회(International Advisory Board) 위원장이자, 기본소득의 체계화에 가장 크게 기여한 것으로 평가받는 필립 반 빠레이스(Pilippe van Parijs)는 기본소득을 "정치단위가 모든 구성원에게 개인단위로 자산조사와 노동에 대한 요구 없이 지급하는 소득"으로 정의한 바 있다.[5] 이를 이어받아 기본소득지구네트워크는 "모든 사람에게 개인을 단위로 하여 자산심사나 노동조건이 없이 무조건적으로 지급되는 소득"으로 정의해왔다. 그러나 이후 서울에서 개최된 2016년 총회에서 "정기성"과 "현금지급성"을 개념 요소로 추가하였고, 현재는 기본소득을 "자산심사나 노동조건이 없이 개인을 단위로 하여 모든 사람에게 무조건적으로 이행되는 정기적인 현금지급(a periodic cash payment unconditionally delivered to all on an individual basis, without means-test or work requirement)"으로 정의하고 있다.[6]

---

4) 1982년부터 석유와 같은 천연자원에서 발생하는 수익을 기금으로 조성하여 주민에게 급여를 지급하는 알래스카의 '영구기금 배당금 제도'(Permanent Fund Dividend)가 대표적인 기본소득 실행의 예라고 할 수 있다. 이밖에 핀란드는 국가 단위로는 유럽 최초로 2017년 1월부터 실업자 2천명에게 2년간 매월 560유로(약 72만원)를 기본소득으로 지급하는 실험을 진행하고 있으며, 캐나다의 온타리오주도 2017년 6월부터 빈곤층 주민 4천명에게 3년간 매년 1인당 1만 7천달러(약 1천 5백만원), 부부는 2만 4천달러(약 2천만원)의 기본소득을 지급하는 실험을 시작했다. 향후 재원조달의 적절성이나 빈곤과 실업에 대한 효과 등의 측면에서 긍정적인 결과가 도출된다면 그 파급효과는 매우 클 것으로 보인다.

5) Philippe Van Parijs/너른복지연구모임 옮김, "기본소득: 21세기를 위한 명료하고 강력한 아이디어", in: Bruce Ackerman·Anne Alstott·Philippe Van Parijs et al./너른복지연구모임 옮김, 「분배의 재구성: 기본소득과 사회적 지분급여」, 나눔의 집, 2010, 22면.

6) 기본소득지구네트워크 홈페이지. http://basicincome.org/basic-income/ (최종검색일 2017.12.13.)

기본소득지구네트워크는 전 세계 기본소득 운동을 주도하며 학술적 논의도 매우 활발하게 전개하고 있는바, 기본소득지구네트워크의 정의를 가장 폭넓은 범위에서 합의를 볼 수 있는 기본소득의 개념으로 인정할 수 있을 것이다. 이러한 정의에 따를 때, 기본소득은 일회적인 급여가 아닌 정기성, 현물이나 서비스의 직접적인 제공이 아닌 현금지급성, 가구단위가 아닌 개별성, 자산심사 없이 구성원 모두에게 지급되는 보편성, 과거나 현재의 노동 여부나 의향을 문제 삼지 않는 무조건성을 특징으로 한다.

이러한 다섯 가지 특징들 가운데 기본소득은 무엇보다 개별성, 보편성, 무조건성에 의해 기존의 복지제도와 가장 큰 차이를 드러낸다. 기본소득은 생계와 사회적 삶의 보장을 개인 스스로 혹은 가구 단위에서 우선하여 책임지도록 하지 않는다. 또한 생계유지 활동에 어려움이 있는 특정한 집단에 제한적으로 적용하거나 노동과 연계하여 사회적으로 배제된 소수의 사람에 대해서만 지급되는 것이 아니다. 즉, 기본소득은 노동을 통한 자기기여를 전제로 하는 사회보험 또는 자산조사를 통한 수급요건 심사를 필요로 하는 공공부조와 같이 개인의 노동 기타의 책임을 전제조건으로 삼고 보충적이고 선별적으로 작동하는 복지제도와는 성격을 달리한다.

2. 기본소득의 유형화

기본소득은 앞서 살펴 본 다섯 가지 특징, 즉, 정기성, 현금지급성, 개별성, 보편성, 무조건성이 유지되는 한도 내에서 매우 다양하게 유형화될 수 있다. 첫째, 기본소득의 정기성은 그 단위를 한정하지 않으므로 주, 월, 분기, 년 등 지급되는 기간에 따른 유형화가 가능하다. 둘째, 기본소득의 현금지급성은 원칙적으로 지급되는 금액의 정도를 문제 삼지 않는다. 낮은 수준의 금액이 지급되는 경우에도 기본소득으로 볼 수 있으며 따라서 지급되는 금액의 수준 즉, 최소생활의 유지를 보장하는 정도의 충분한 금액인지 여부에 따른 유형화가 가능하다.[7] 또한 기본소

7) 무조건성과 충분성을 기준으로 하여 기본소득을 과도적 기본소득(Transitional Basic Income), 부분 기본소득(Partial Basic Income), 완전 기본소득(Full Basic Income)으로 구분하는 예로 Tony Fitzpatrick, Freedom and Security: An Introduction to the Basic Income Debate, Palgrave Macmillan, 1999, p.43. 이와 달리 기본소득의 개념에 지급수준의 충분성이 명시되지는 않았지만, 개인단위로 지급된다는 것은 당연히 개인의 실질적인 자유를 보장하기에 충분한 수준으로 지급되어야 한다는 의미를 담고 있다는 견해로 윤홍식, 「기본소득, 복지국가의 대안이 될 수 있을까?: 탈상품화 대 탈노동화」, 2016, 1003면. 한편, 2016년 제16차 기본소득지구네트워크 총회에

득은 현금지급성을 특징으로 하지만 다양한 상품이나 서비스로 교환이 가능한 매체로 지급할 수도 있다고 한다면[8] 현금으로 지급되는지 여부에 따른 유형화도 가능하다. 셋째, 기본소득의 개별성은 연령 등 일정한 조건에 따른 금액의 차등을 배제하지 않으므로 차등지급 여부 및 그 기준에 따른 유형화 역시 가능하다.

넷째, 기본소득의 보편성은 '모두에게' 지급될 것을 요구할 뿐 지급하는 공동체의 성격과 단위를 문제 삼지 않으며, '모두'의 범위가 불확정적이다. 따라서 국가, 주(州) 또는 지방자치단체는 물론 초국가적 정치단위도 기본소득의 지급주체가 될 수 있고[9] 이에 지급주체 내지 단위에 따른 유형화가 가능하다.[10] 한편 기본소득지구네트워크는 보편성에 대해 "자산심사 없이 모두에게(to all, without means test)" 지급되는 것으로 설명하고 있는바, 여기서는 '구성원 모두' 보다는 '소득이나 자산에 상관없이' 지급된다는 점에 중점이 있는 것으로 보아야 한다. 그렇다면 기본소득은 지급주체의 공식적인 구성원 자격(시민권 또는 국적)을 조건으로 하는지 여부에 따른 유형화,[11] 지급 단위 내부에서 연령, 거주지, 직업 등 인구학적 특성에 따라 지급대상을 한정하는지 여부 및 한정하는 대상에 따른 유형화도 가능하다.[12]

서는 "물질적 빈곤에서 벗어나고 모든 개인의 사회적 문화적 참여를 보장하기 위하여, 다른 사회 서비스와 결합해서 제공되는 정책 전략의 한 부분으로 규모와 주기에서 안정적이고, 충분히 높은 수준의 기본소득"을 지지한다는 결의가 채택된 바 있다. 강남훈, "기본소득 쟁점과 이해", 한국형 기본소득제 입법을 위한 토론회 자료집, 2017, 10면~11면.(밑줄은 필자)

8) 기본소득지구네트워크는 현금지급성을 현물 또는 특별한 용도에 한정된 바우처로 지급되는 것을 배제한다는 뜻으로 설명하고 있다(기본소득지구네트워크 홈페이지.http://basicincome.org/basic-income/ (최종검색일 2017.12.13.)). 다만, 다른 상품이나 서비스로 폭넓게 교환될 수 있다면 반드시 현금일 필요는 없으며 상품권 형태의 지급도 가능할 것이다. 강남훈, 위의 글, 10면 주6).

9) Philippe Van Parijs/너른복지연구모임 옮김, 앞의 글, 25면.

10) 정치적 공동체가 아닌 기업, 학교, 각종 단체 등도 공적 재원을 통해 다른 조건없이 모든 구성원 개인에게 정기적으로 급여를 지급할 수 있을 것이다. 다만, 기본소득에 관한 논의는 대체로 정치적 공동체를 전제로 하여 이루어지고 있기 때문에 이러한 경우를 기본소득으로 볼 것인지는 논란이 될 수 있다.

11) 미국 알래스카의 '영구기금 배당금 제도'는 알래스카에서 1년 이상 거주한 모든 사람을 대상으로 하며, 2004년 제정된 브라질의 시민기본소득법(citizen's basic income law) 역시 브라질 시민권을 가진 사람들뿐만 아니라 브라질에서 5년 이상 거주한 외국인까지 수급자에 포함시키고 있다.

12) 이에 따라 기본소득의 단계적 도입이 가능해지며, 보편적인 아동수당이나 노인기초연금도 각각 아동기본소득 또는 노인기본소득으로 볼 여지가 생긴다(강남훈, 앞의 글, 10면; 노호창, "기본소득에 관한 개관과 입법 사례의 검토", 노동법연구, 제36호, 2014, 405면~407면). 또한 최근 우리나라에서는 기본소득 도입을 위한 탐색이 농민기본소득을 중심으로 진행되고 있다(정의당 정책위원회·정의당 농민위원회(준)·국회의원 윤소하 주최로 2017년 2월 6일 개최된 "농민 기본소득 보장을 위한 농민수당도입토론회" 자료집 참조). 이와 반대로 기본소득의 보편성은 어떠

다섯째, 기본소득은 복지와 관련된 다른 종류의 급여나 현물, 서비스 등 그 밖의 사회서비스를 대체하는지 여부를 문제 삼지 않는다는 점에서 다른 사회서비스를 대체하는지 여부와 그 정도를 기준으로 유형화하는 것도 가능하다. 이 때 완전 대체형 기본소득의 경우에는 그렇지 않은 경우에 비하여 지급액이 상대적으로 커질 수밖에 없으므로 이러한 유형화는 기본소득의 지급금액에 따른 유형화와 연동될 수도 있다.[13] 여섯째, 기본소득의 개념 요소에는 재원조달 방식이 포함되어 있지 않다.[14] 기본소득 관련 논의에서 그 재원조달 방안과 관련한 부분이 차지하는 비중이 매우 크다는 점을 고려할 때 재원으로서의 조세나 기금의 내용적 특성에 따른 유형화도 의미가 있을 것이다.[15]

Ⅲ. 기본소득의 논의 배경 및 이념적 지향

1. 기본소득 논의의 배경

기본소득에 관한 논의는 무엇보다 자본주의의 구조적 모순을 해결하기 위해 취해진 다양한 복지정책들이 사실상 실패했다는 인식을 계기로 활성화되었다.[16] 실업, 빈곤, 양극화와 불평등 등의 문제가 해결될 기미를 보이지 않고 있는데 대한 반성이다. 특히, 종래의 복지제도는 임금노동에 기반을 둔 완전고용을 전제로 하고 있는데 비하여 현실에서는 생산성과 노동 유연성의 증대, 고용없는 투자의 확대로 이러한 조건은 더욱 충족되기 어렵다. 노동을 통한 소득과 이 소득에 근거한 사회보험을 중심으로 복지체제가 구축되었지만, 안정된 일자리와 고용이 흔들리면서 사회보험에 기여할 수 없는 사람이 늘어나고 이는 다시 복지재정의 위축으로 이어진다. 이처럼 일자리와 임금을 중심으로 하는 복지정책이 한계에 직면하고 있는 상황에서 기본소득은 노동과 소득을 연결시키는 기존의 소득보장제

한 선별성도 배제하는 것이며 인구학적 특성에 따른 급여라도 선별적 급여라는 견해로는 윤홍식, 앞의 글, 1003면.

13) 다만, 강남훈, 앞의 글, 11면은 다른 모든 사회서비스를 없애고 기본소득을 도입하자는 것은 극단적인 우파적 주장이며 이러한 제안을 하는 사람은 없다고 한다.

14) 이러한 측면에서 생산수단의 사회적 소유와 기본소득을 결합하여 사회가 소유한 자본과 자원에서 발생하는 이익을 배당금의 형태로 지급하는 사회배당(Social Dividend)도 기본소득의 범위에 포함될 수 있다.

15) 과세방식에 따른 기본소득 유형화의 예에 대해서는 백승호, “기본소득 모델들의 소득재분배 효과 비교분석”, 사회복지연구, 제41권 제3호, 2010, 189면~190면 참조. 기본소득 재원마련 방안에 대한 여러 모델에 대해서는 최광은, 「모두에게 기본소득을」, 박종철출판사, 2013, 124면~131면 참조.

16) 윤홍식, 앞의 글, 996면.

도와 복지체제의 한계를 극복하기 위한 제도로 이해된다.[17]

보다 심각한 문제는 이러한 부정적 상황이 앞으로 쉽게 변할 것으로 보이지 않는다는데 있다. 기술발달에 따른 생산성 극대화는 자본주의 경제의 구조적인 변화를 더욱 부추길 것이다. 양질의 안정적인 일자리를 기대하기가 더욱 어려워지면서 기존 복지체제의 근간도 한층 더 흔들리게 될 것이다. 기본소득 논의가 복지국가의 위기로 간주되는 1970년대에 체계화되기 시작한 이후 최근 들어 더욱 주목을 받게 된 배경에는 특히 인공지능의 발달과 그에 따른 일자리 감소에 대한 위기감이 큰 몫을 차지하고 있다.[18]

기존 복지체제에 대한 철저한 반성과 부정적 전망에 대한 대응의 필요성은 우리에게도 절실하다. 우리나라는 1990년대 후반 외환위기 이후 신자유주의적인 경제체제로의 전환이 가속화되면서 고용불안과 비정규직의 증가, 청년실업의 만성화에서 벗어나지 못하고 있으며 비자발적 실업과 비정규직의 과잉은 빈곤 및 경제적·사회적 불평등의 심화를 지속시키고 있다.[19] 더욱이 산업구조에서 제조업이 차지하는 비중이 크기 때문에 대규모 자동화의 영향력은 보다 막대할 수밖에 없는 반면, 일자리 감소와 대량실업에 대응할 수 있는 사회보장제도는 상대적으로 취약한 상태이다.[20] 기존 복지정책의 문제점을 면밀하게 분석하는 한편, 인공지능의 발달과 더불어 진행될 전면적인 사회적·경제적 변화에 대한 대응책을 마련해야 할 필요성이 매우 큰 것이다. 이러한 상황에서 기본소득은 4차 산업혁명 시

17) 최승호, “독일의 기본소득보장(Garantiertes Grundeinkommen) 모델 연구 -근로의욕 고취인가, 보장성 강화인가?-”, 한독사회과학논총, 제23권 제1호, 2013, 92면, 115면.

18) 김은표, “기본소득 도입 논의 및 시사점”, 이슈와논점, 제1148호, 국회입법조사처, 2016, 1면; 김윤명, “지능정보사회에 대한 규범적 논의와 법정책적 대응”, 정보화정책, 제23권 제4호, 한국정보화진흥원, 2016, 36면; 성승제·김형준, “인공지능과 기본소득 논의의 법적 검토”, 정보화 법제연구, 2016-01호, 한국정보화진흥원, 2016, 26면.

19) 우리나라는 2016년 8월 현재 전체 임금근로자의 32.8%가 비정규직이고, 청년실업률은 9.3%에 이르는데 비하여, 비정규직 근로자의 사회보험가입자 비율은 국민연금이 36.3%, 건강보험이 44.8%, 고용보험이 42.8%에 그치고 있다. 한편, 2016년 시장소득 빈곤율도 근로연령층이 12.3%, 은퇴연령층은 무려 65.4%에 달한다. 통계청 홈페이지 경제활동인구조사 및 가계금융복지조사 참조.
http://kosis.kr/statisticsList/statisticsList_01List.jsp?vwcd=MT_ZTITLE&parmTabId=M_01_01 (최종검색일 2017.12.13.)

20) 우리나라는 국내총생산(GDP)에서 제조업이 차지하는 비중이 30%에 달한다. 이는 경제협력개발기구(OECD) 35개 회원국 중 가장 높고 주요 20개국(G20) 가운데 중국(35.9%)에 이어 두 번째로 높은 비율이다. 연합뉴스, 2017년 2월 9일자. “장하성 "제조업 비중 큰 한국…성장해도 고용 늘지 않아".
http://www.yonhapnews.co.kr/bulletin/2017/02/09/0200000000AKR20170209180400002.HTML?input=1195m (최종검색일 2017.12.13.)

대에 대비하여 인간중심의 사회를 형성해야 하는 국가의 적극적이고 포괄적인 과제를 이행하기 위한 중요한 방안으로 작용할 수 있다.[21]

2. 기본소득의 이념적 지향

기본소득은 자산심사나 노동 여부와 의향에 대한 조건도 없이 모든 사람에게 현금을 지급하는 제도라는 점에서 이념적으로는 상당히 급진적인 좌파의 복지지향을 대변하는 것으로 보일 수 있다. 그러나 실제로 기본소득을 주장하는 입장은 극우파에서 극좌파에 이르기까지 그 스펙트럼이 매우 넓다. 특히, 위에 살펴본 바와 같이 기본소득은 적어도 그 개념 자체로는 지급되는 금액의 정도와 복지를 위한 다른 종류의 급여나 현물, 서비스 등 그 밖의 사회서비스를 대체하는지 여부를 문제 삼지 않기 때문에 더욱 더 다양한 층위에서 주장될 수 있다.

기본소득을 지지하는 관점은 크게 세 가지 정도로 나누어진다.[22] 우선, 다소 급진적인 좌파적 관점에서 사회주의 또는 공산주의로의 변화를 염두에 두면서 기본소득을 주장하는 입장이 있다. 기본소득은 자본주의 체제 내에서 사회주의 경제를 실현함으로써 자본주의가 사회주의와 공산주의로 이행하는데 기여할 수 있다는 것이다. 이는 최저임금제와의 결합을 강조하며 대체로 '노동으로부터의 해방'을 위해 기본소득이 높은 액수로 지급될 것을 주장한다.

다음으로, 우파적인 입장에서는 기본소득이 유연한 노동시장을 조성하고 복지국가의 비효율성을 극복함으로써 지속가능한 자본주의를 만드는데 기여할 것으로 본다. 기본소득이 임금을 낮추고 노동시장을 더욱 유연하게 만드는 수단이 될 수 있으며, 복지를 위한 복잡한 제도들을 단순화시킴으로써 국가의 개입과 복지에 소요되는 행정비용을 축소할 수 있을 것으로 기대하는 것이다. 이에 각종 현금급여와 현물급여, 기타 복지를 위한 공공사업들을 통합하여 기본소득의 재원으로 활용하는 것, 최저임금제와 실업수당 등 기업의 부담에 기초한 사회보험의 폐지, 노동유인과 재정지출 축소를 위한 낮은 액수의 기본소득 등을 주장한다.

마지막으로 중도적인 입장은 기본소득 지지자들의 가장 폭넓은 범위에서 수용

---

21) 시사IN, 2016년 9월 7일자. "인공지능, 기본소득을 부르다." http://www.sisain.co.kr/?mod=news&act=ar ticleView&idxno=26888 (최종검색일 2017.12.13.)

22) 이하 기본소득 주장자들의 넓은 이념적 스펙트럼과 관련해서는 윤홍식, 앞의 글, 1007면~1012면; 곽노완, "대안지구화의 경제적 시공간 -독일과 한국에서 기본소득과 사회연대소득의 가능성을 중심으로-", 마르크스주의 연구, 제5권 제4호, 2008, 157면~170면 참조.

되고 있는 것으로서 기본소득을 복지국가의 재활성화 수단으로 이해한다. 복지국가를 해체하고 새로운 체제로 이행하는 것 또는 신자유주의적 분배체계를 확고하게 구축하는 것을 지향하기 보다는 복지국가의 성과를 긍정하는 가운데 그동안 드러난 복지국가의 한계를 극복하고 문제점을 해결하기 위한 대안으로 기본소득을 수용하는 것이다.[23] 이는 완전고용을 전제로 한 복지정책의 한계를 극복하기 위해서는 고용과 무관한 새로운 소득보장방식이 필요하고, 사각지대가 없으며 빈곤해결과 소득재분배에 효과적인 새로운 복지제도가 요구된다는 인식에 기초한다. 기본소득의 여러 기대효과들 즉, 양질의 일자리 확대와 노동자들의 협상력 증대, 선별적 복지에 수반되는 낙인효과의 배제와 공동체 통합의 강화, 양성평등과 문화적 발전, 환경보전 등을 강조하는 경우 역시 이러한 입장에 포함시킬 수 있다.[24]

위와 같이 기본소득은 특정한 이념적 지향에 한정되기 보다는 매우 다양한 관점에서 제기될 수 있는 제도이다. 좌파와 우파, 진보와 보수의 문제로 치환할 수 없는 것이다. 다만, 대체적으로는 대규모의 혁명적 변화보다는 중도의 입장에서 기존 복지제도의 문제점을 극복하고 자본주의가 새로운 상황에 적응할 수 있도록 하기 위한 고민을 담고 있는 개혁적 구상의 측면이 강하다고 본다.

Ⅳ. 기본소득에 의한 사회국가원리 구현의 가능성

1. 사회국가원리의 의의와 기본소득의 수용

가. 사회국가원리의 이념과 내용

사회국가는 "사회정의의 이념을 헌법에 수용한 국가, 사회현상에 대하여 방관적인 국가가 아니라 경제·사회·문화의 모든 영역에서 정의로운 사회질서의 형성을 위하여 사회현상에 관여하고 간섭하고 분배하고 조정하는 국가이며, 궁극적으로는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 그 실질적 조건을 마련해 줄 의무가 있는 국가"로 정의되고 있다.[25] 이에 사회국가는 첫째, 사회정의를 실현하기 위하여 정당한 재분배와 인간의 존엄성에 기반을 둔 약자에 대한 배려를 중시한

23) 최광은, 앞의 책, 13면~14면.

24) 이와 달리 윤홍식, 앞의 글, 1008면~1009면은 북유럽 사민주의 입장 가운데 기본소득이 노동의 힘을 강화하여 노동계급에 유리한 개혁을 이끌어내는데 기여할 수 있다는 점을 근거로 이를 지지하는 측을 좌파진영에 포함시키고 있다.

25) 헌재 2002. 12. 18. 선고, 2002헌마52 결정.

다. 국가의 중립성과 사적자치에 의한 정의의 실현이 지나친 낙관론이었음을 인정하고, 국가가 사회 내의 다양한 이해관계에 대한 조정과 개인의 사회적 활동의 결과에 대한 수정을 통해 정의를 실현할 수 있을 것으로 신뢰한다. 둘째, 사회국가는 국가의 절제에 의한 자유, 형식적인 자유와 평등이 아니라 국가의 개입에 의한 자유, 실질적인 자유와 평등을 지향한다. 국가는 법적인 자유를 실제로 행사할 수 있는 조건을 마련해 주어야 하며, 인격의 자유로운 발현을 도모할 수 있는 실질적인 기회를 동등하게 제공해야 한다. 셋째, 무엇보다 사회국가는 공동체의 통합과 평화, 지속적인 발전에 대해 광범위한 책임을 지며, 이를 위해 사회 전 영역을 아우르는 계획과 비전을 제시하고 시행해야 한다.[26] 공동체의 통합을 저해하는 빈곤과 양극화, 빈부격차, 불공정한 배분 등을 해결하고, 실업, 질병, 노령 등 여러 사회적 위험으로부터의 안전을 제공해야 한다. 뿐만 아니라 출현 가능한 위험을 예측하고 적극적으로 예방하며, 사회발전의 방향을 계획하고 추진해가는 미래지향적인 질서를 구축해야 한다. 이러한 국가의 적극적인 역할은 특히, 첨단 과학기술의 발달에 따른 사회변화와 함께 더욱 강조될 수밖에 없다.[27]

우리 헌법은 이러한 사회국가원리를 명시적으로 선언하고 있지는 않지만, 헌법 전문과, 제31조 내지 제36조의 사회적 기본권 조항, 제119조 이하 경제에 관한 장을 통해 수용하고 있다. 즉, 헌법전문에서는 "정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여, 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고"라고 언급함으로써 실질적인 자유와 평등에 관한 국가의 의무를 강조하고 있고, 제31조 이하에서는 인간다운 생활을 할 권리를 비롯한 일련의 사회적 기본권과 그 보장을 위한 국가의 구체적인 의무를 규정하고 있으며,[28] 제119조 이하에서는 경제의 성장 및 안정, 적정한 소득분배, 경제력 남용의 방지 등 적극

---

26) 사회국가원리는 사회경제적 통합을 핵심적인 과제로 하며, 이는 정치공동체로서 국가의 존립근거이자 이유이다. 이상경, "빈곤에 대한 헌법적 접근 -사회적 기본권 및 헌법원리 실현을 통한 빈곤극복의 과제와 복지재정지출의 한계-", 공법연구, 제44집 제3호, 2016, 36면.

27) Dieter Grimm, "Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung", in: Dieter Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden: Nomos, 1994, 613면.

28) 이밖에 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치도 사회국가원리의 이념을 포함하는 규정으로 볼 수 있다. 인간의 존엄과 가치에 국가에 의한 최소한의 생활보호가 포함된다는 견해로는 홍성방, 앞의 책, 19면; 한수웅, 앞의 책, 538면. 헌법재판소 역시 이와 유사하게 "최소한의 기본적 사회보장을 하지 않아 인간으로서의 인격이나 본질적 가치를 훼손할 정도"에 이르는 경우에는 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것으로 본다. 헌재 2012. 2. 23. 선고, 2009헌바47 결정.

적으로 계획·유도·조정해야 하는 경제전반에 대한 국가의 책임을 폭넓게 인정하고 있다.

나. 사회국가원리의 개방성과 기본소득의 수용 가능성

헌법상 사회국가원리는 위와 같이 국가에 대해 사회정의의 실현, 실질적인 자유와 평등의 보장, 공동체의 통합과 평화적인 유지 등을 요구할 뿐 이를 달성하기 위해 취할 수 있는 구체적인 조치는 개방적으로 남겨둔다. 사회국가의 이념을 실현하기 위한 확정적인 요소를 직접 제시하지는 않으며, 이는 입법자에 의한 정치적 결정에 맡겨진다.[29] 이러한 사회국가원리의 개방성은 정치적 논쟁과 혼란의 계기가 될 수도 있지만, 사회변화에 탄력적으로 대응하는 것을 가능하게 한다. 국가는 사회국가원리의 이념적 목표와 헌법이 직접 제시하고 있는 국가의 과제에 명백히 모순되는 것이 아니라면 매우 다양한 정책을 사회국가원리의 틀에서 시행할 수 있고, 과학기술의 발달과 사회적·경제적 변화에 유연하게 대응할 수 있다.[30]

헌법의 경제질서 역시 개방성을 갖기는 마찬가지이다. 헌법상 경제질서를 '사회적 시장경제질서'로 특정하거나 헌법 제119조 제1항과 제2항을 원칙과 예외의 관계로 보기도 한다.[31] 그러나 우리 헌법이 특정한 경제체제를 헌법적으로 보호하고 있다고 보기는 어렵다. 오히려 자유주의에 대한 반성이라는 틀을 유지하면서 요구되는 국가의 과제들을 나열하고 있을 뿐이다. 이에 헌법상의 경제체제는 자유방임적인 자유경제체제와 중앙계획적인 통제경제체제 사이에 존재하는 매우 다양한 체제를 포함하는 것으로 볼 수 있으며, 다소 개방적이고 중립적인 혼합경제체제 정도로 이해할 수 있다.[32]

---

29) 전광석, "사회변화와 헌법과제로서의 복지국가의 실현", 공법연구, 제31집 제1호, 2002, 62면; 한수웅, 위의 책, 307면.

30) 김상겸, "사회국가원리에 관한 고찰 -독일 기본법상의 전개과정과 논의를 중심으로-", 헌법학연구, 제7권 제1호, 2001, 138면.

31) 김철수, 앞의 책, 262면~272면; 성낙인, 앞의 책, 287면~288면; 허 영, 앞의 책, 170면~174면 등. 한편, 헌법재판소도 "우리 헌법의 경제질서는 사유재산제를 바탕으로 하고 자유경쟁을 존중하는 자유시장 경제질서를 기본으로 하면서도 이에 수반되는 갖가지 모순을 제거하고 사회복지·사회정의를 실현하기 위하여 국가적 규제와 조정을 용인하는 사회적 시장경제질서로서의 성격을 띠고 있다."라고 판시한 바 있다. 헌재 2001. 6. 28. 선고, 2001헌마132 결정.

32) 이와 유사한 입장으로는 김형성, "경제헌법과 경제정책의 헌법적 한계", 저스티스, 제37권 제3호, 한국법학원, 2004, 11면~13면; 전광석, 앞의 책, 883면~885면; 윤수정, "우리 헌법상의 경제질서", 공법연구, 제44집 제2호, 2015, 144면~148면; 한수웅, 앞의 책, 316면~321면.

한편, 앞서 본 바와 같이 기본소득은 매우 다양하게 유형화될 수 있으며, 넓은 이념적 스펙트럼 속에서 주장되고 있다. 다만, 현재의 복지정책이 위기에 처해 있으며 미래지향적인 대안이 필요하다는 인식과 모든 구성원의 인간다운 생활과 지속가능한 공동체의 발전을 도모해야 한다는 목적의 측면에서는 일치한다. 또한 자본주의적인 생산과 분배 체제를 부정하기 보다는 대부분 복지제도의 개혁을 통해 재분배와 보장성을 강화하는데 초점을 두고 있다.[33]

결국 사회국가원리는 그 이념을 달성하기 위한 범위 내에서 입법자의 폭넓은 재량을 허용할 수 있는 개방성을 특징으로 하고 있으며, 기본소득은 사회국가원리와 매우 유사한 지향을 갖고 있으면서 다양한 유형으로 수용이 가능하다. 이러한 측면을 고려할 때 기본소득은 원칙적으로 헌법상 사회국가원리에 근거하여 인정될 수 있는 제도로 볼 수 있다.[34]

2. 기본소득을 통한 자유와 평등의 실질적 보장

헌법의 가장 중요한 목표는 국민의 기본권을 보장하는 것이며, 기본권의 핵심은 자유와 평등이다. 우선, 헌법상 자유는 기본적으로 국가이전의 자연상태에서의 자유를 의미하며, 이에 소극적이고 방어적인 권리로서 그 보장은 국가의 간섭과 개입을 최소화하는 것에서 시작한다. 그러나 기본적 필요가 충족되지 않는 빈곤에 놓인 사람에게 자유는 사실상 의미가 없다.[35] 이 경우 자유는 굶어죽을 자유와 다름없으며, 생존이 불가능하거나 최소한 자율적인 주체로 살아가는 것이 불가능해진다. 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있도록 그 조건을 마련해줄 의무를 이행하는 사회국가가 요청되는 이유이다.[36]

기본소득 역시 모든 사람의 최소한의 생존수준을 보장하여 인간다운 삶을 충족시키는데 일차적인 목적이 있다.[37] 특히, 기존 복지제도는 수급자격의 설계와

33) 최승호, 앞의 글, 114면.

34) 노호창, 앞의 글, 450면 주105).

35) Daniel Raventós/이한주·이재명 옮김, 「기본소득이란 무엇인가」, 책담, 2016, 148면~150면; Bert. B. Lockwood·R. Collins Owens·Grace A. Severyn, "Litigating State Constitutional Rights to Happiness and Safety: A Strategy for Ensuring the Provision of Basic Needs to the Poor", William & Mary Bill of Rights Journal, Vol.2 Issue1, 1993, p.19.

36) 이러한 사회국가적 과제는 자유와 재산 사이의 관계를 매우 중요하고 근본적인 것으로 이해함으로써 자유는 사실상 재산 즉, 물질적 독립으로부터 파생된다고 보는 공화주의적 관점과도 맞닿아있다. 기본소득과 공화주의 전통의 관계에 대해서는 David Casassas, "Basic Income and the Republican Ideal: Rethinking Material Independence in Contemporary Societies", Basic Income Studies, Vol.2 Issue2, 2007, pp.1~7.

심사, 수급 신청과 지급 등의 과정에서 많은 사람들을 필요한 보호에서 배제해왔다. 부양의무제를 비롯한 비현실적이고 불합리한 수급기준, 열악한 근로조건으로 인해 4대 보험의 혜택을 받지 못하거나 낮은 임금으로 빈곤에서 벗어나지 못하는 계층, 낙인효과에 대한 우려나 행정상 착오로 인한 미지급 등이 발생한다.[38] 이에 비하여, 기본소득은 그 개별성, 보편성, 무조건성으로 인하여 복지 사각지대를 축소시키고 보다 많은 사람들이 자유의 실질적인 토대를 갖출 수 있도록 한다.

한편, 기본적인 생활에 필요한 수요가 충족된다고 해서 곧바로 자유의 실질적 보장이 완성되는 것은 아니다. 생계가 유지되더라도 그것이 타인과의 관계에서 특정한 방식과 내용의 소득활동을 강제 받는데 따른 결과이고, 자유로운 인격 발현의 여지가 없다면 자유를 누릴 수 있는 조건이 확보되었다고 보기 어렵다. 기본소득은 공동체 구성원들이 생계유지에 매몰된 종속적인 상태를 벗어나 삶의 방식에 관한 선택의 폭을 넓히고[39] 자율적인 자기결정과 인격발현의 기회를 확보하는 것을 진지하게 다룬다. 진정한 자유를 목표로 개인의 자율성을 강조함으로써[40] 단순히 생계보장에만 집중하는 기존의 복지제도를 넘어서는 것이다.[41]

나아가 기본소득은 가족관계, 근로관계, 사회관계의 모든 측면에서 실질적 평등을 달성하는데 기여할 수 있다. 우선, 기본소득은 노동여부와 근로조건에 관한 선택권을 강화함으로써 상대적으로 열악한 조건에 있는 여성의 노동을 개선하고, 일과 가정의 양립을 실현하는데 기여할 수 있다. 또한 가구단위가 아니라 엄격하

---

37) Jan Gallert·Philip von der Meden, "Das verfassungsmäßige Recht auf ein bedingungsloses Grundeinkommen", Forum Recht, 2007, p.2.
http://forum-recht-online.de/wp/wp-content/uploads/2012/06/FoR0701_Gallert-Mehden.pdf (최종검색일 2017.12.13.)

38) 문병효, "한국사회의 빈곤과 행정법적 과제", 공법연구, 제44집 제3호, 2016, 118면.

39) 필립 반 빠레이스(Pilippe van Parijs)는 실질적 자유지상주의에 최적화된 제도적 표현으로서 기본소득을 주장한다. 실질적 자유는 ①권리를 보장하는 제도적 안전의 구조, ②그 구조 내에서 자기 자신에 대한 소유권, 그리고 무엇보다 ③다양한 삶의 방식 가운데 자신이 하고 싶어 할 수도 있는 것은 무엇이든 선택할 수 있는 것을 핵심으로 하며, 이를 위해 기본소득은 지속 가능한 최고의 수준에서 정해져야 하는 것으로 본다. Pilippe van Parijs/조현진 옮김, 모두에게 실질적 자유를: 기본소득에 대한 철학적 옹호, 후마니타스, 2016, 62면~80면.

40) 이명현, "시민권과 기본소득 -호혜성 원리 중심의 고찰-", 사회보장연구, 제26권 제4호, 2010, 438면~439면.

41) Wolfgang Eichhorn·André Presse, "Grundrechte und Grundeinkommen", in: Götz W. Werner·Wolfgang Eichhorn·Lothar Friedrich (Hrsg.), Das Grundeinkommen: Würdigung-Wertungen-Wege, KIT Scientific Publishing, 2012, p.22는 기존의 사회보장제도에 비하여 기본소득은 인간의 존엄성, 거주이전의 자유, 인격의 자유로운 발현, 직업선택 및 국내에서 직장을 선택할 수 있는 자유를 보장하는데 더욱 기여할 것이라고 한다.

게 개인단위로 지급되기 때문에 돌봄 노동의 가치를 정당하게 평가하고, 가정 내 부적인 소득배분의 불균형과 고정적인 성별분업을 수정할 가능성도 있다.[42] 나아가 가족과 주거시설을 공유함으로써 생활비가 절감되는 이점을 유지하도록 하여 혼인과 공동생활을 장려하고 가족해체의 함정을 없앨 수 있다.[43] 이에 궁극적으로는 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되는 혼인과 가족생활(헌법 제36조 제1항)의 촉진을 기대할 수 있는 것이다.[44] 다음으로, 기본소득은 저임금 일자리에 대한 선택을 감소시켜 양질의 일자리를 확대하고 노동자의 협상력을 강화시킬 수 있다.[45] 근로관계에서의 실질적인 평등을 기대할 수 있으며, 특히 고용, 임금, 근로조건에 있어서 여성에 대한 부당한 차별을 방지하는(헌법 제32조 제4항) 효과도 예상할 수 있다. 마지막으로, 기본소득은 개인에게 교육, 문화, 봉사 등 생계 이외의 활동에 관심을 가질 수 있는 여유를 제공함으로써 사회관계의 형성과 유지 측면에서도 평등을 실현할 수 있다. 특히, 공동체 구성원으로서 공동의 업무에 대등하게 참여할 수 있는 최소한의 조건을 보장하여[46] 정치참여와 그에 수반되는 평등의 전망을 보다 밝게 유지할 수 있다.[47]

3. 기본소득을 통한 공동체의 통합과 발전

일반적인 복지제도와 마찬가지로 기본소득도 빈곤과 양극화 해소를 통해 공동체의 통합에 기여할 수 있다. 다만, 기본소득은 일반적인 조세 또는 공동의 자산을 재원으로 하여 공동체 구성원 모두에게 동일하게 적용된다는 점에서 이미 그 자체로 강한 공동체성 내지 연대성을 내포하고 있다. 구성원 모두에게 보편적으

42) 노호창, 앞의 글, 426면; 박홍규, "기본소득(Basic Income) 연구", 민주법학, 제36권, 2008, 132면; Carole Pateman, "Democratizing Citizenship: Some advantages of a Basic Income", Politics & Society, Vol.32 No.1, 2004, pp.98~102; Daniel Raventos/이한주·이재명 옮김, 앞의 책, 100면~103면, 125면~127면.

43) Philippe Van Parijs/너른복지연구모임 옮김, 앞의 글, 29면.

44) 다만, 기본소득이 여성의 임금노동에 대한 유인을 축소시킬 수 있는 가능성과 남성에 대한 재정적 의존도를 약화시켜 탈가족화와 개인화를 촉진할 가능성도 무시할 수는 없다. 이명현, 「복지국가와 기본소득: 논쟁과 전략의 탐색」, 경북대학교 출판부, 2014, 24면.

45) 노호창, 앞의 글, 426~427; Tony Fitzpatrick, 앞의 책, pp.131~132.

46) 임경석, 「인권 실현의 토대로서의 글로컬 기본소득에 대한 단상, 기본소득의 쟁점과 대안사회」, 박종철출판사, 2014, 98면.

47) 다만, 이러한 실질적 평등은 기본소득이 단순히 생활비 보조 수준이 아니라 일정 정도 높은 수준에서 지급될 때 충분히 달성될 수 있을 것이다. 윤홍식, 앞의 글, 1010면; Carole Pateman, 앞의 글, p.92.

로 지급되는 기본소득은 선별과 구분을 배제함으로써 공동체의식 내지 연대의 이념을 보다 강하게 표현한다고 할 수 있다. 이는 선별적 복지가 부끄러움과 열등의식을 자극하여 인간의 존엄을 해하고, 대등하고 자율적인 관계 형성을 방해하여 연대에 부정적인 영향을 미칠 수 있는 것과 구분되는 점이다.

기본소득은 빈곤이 단순히 개인적 능력의 부족에 따른 문제가 아니라 사회구조적인 문제이며, 모두의 책임의식과 그에 따른 공동 대응이 필요하다는 점을 특별히 강조한다. 사회국가원리가 추구하는 사회통합의 이념을 모든 구성원들의 공동체 의식에 의지하여 실현할 수 있는 이상적인 제도로 볼 수 있는 것이다. 또한 앞서 언급한 바와 같이 기본소득이 세계적 반향을 일으키고 있는 배경에는 로봇에 의해 인간의 노동력이 대체될 우려가 큰 인공지능 시대에 대응하기 위한 새로운 소득보장 복지체제가 필요하다는 인식이 자리하고 있다. 이러한 측면을 고려하면, 기본소득은 사회의 존속과 발전을 위하여 미래지향적이고 광범위한 예측과 대응을 수행해야 하는 사회국가적 과제와도 맞물려 있는 제도라고 할 수 있다.[48]

4. 기본소득을 통한 헌법상 경제질서의 구현

가. 경제와 관련한 헌법규정

우리 헌법은 경제와 관련하여 상대적으로 많은 내용을 규정하고 있으며, 대체로 제2장 국민의 권리와 의무에 규정된 조항들과 경제에 관한 독립된 장인 제9장으로 구성되어 있다. 국민의 권리와 의무 가운데 경제와의 관계에서 중요한 의미를 갖는 내용으로는 제11조 평등권, 제15조의 직업의 자유, 제23조의 재산권, 제32조의 국민의 근로의 권리, 국가의 고용증진과 적정임금보장을 위한 노력 의무 및 최저임금제 시행 의무, 제33조의 근로3권, 제38조의 납세의 의무 등을 들 수 있다.[49] 이밖에 비록 제3장 국회에 규정된 내용이지만 조세법률주의를 규정한 제59조 역시 경제적으로 중요한 의미를 갖는 조항으로 볼 수 있다. 아래에서는 기본소득이 이들 헌법규정과 어떠한 관련성이 있으며, 헌법상 경제질서의 구현에

48) Wolfgang Eichhorn·André Presse, 앞의 글, pp.24~25는 자동화와 생산성 고도화의 시대에는 가사, 교육, 과학 및 연구, 돌봄과 사회복지, 예술 등에 인력이 필요하게 될 것이며, 기본소득은 단순히 사회국가를 구해내는데 그치는 것이 아니라 이러한 "새로운 노동"이 부각되는 이른바 문화사회로의 전환에 대응하기 위한 사회적 및 민주적 법치국가의 경제정책 수단이라고 한다.

49) 이밖에 제10조의 행복추구권에서 파생되는 일반적 행동자유권, 제21조 제1항 결사의 자유, 제34조 인간다운 생활을 할 권리를 경제와 관련한 헌법규정에 포함시키기도 한다. 김형성, 앞의 글, 10면~11면.

어떻게 이바지할 수 있는지에 대해 살펴본다.

나. 적정한 소득의 분배

먼저, 헌법은 전문에서 모든 영역에 있어서 각인의 균등한 기회 보장과 국민생활의 균등한 향상을 언급하면서 제119조 제2항을 통해 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 재차 명시하고 있다. 이에 따라 국가는 효과적인 소득재분배 정책을 강구함으로써 부의 편중과 양극화, 그에 따른 불평등의 심화를 최대한 배제해야 한다. 이러한 소득재분배 정책은 다양한 방법으로 추진될 수 있지만 무엇보다 조세정책이 가장 기본이 된다. 조세는 단순히 국가재정을 조달한다는 소극적인 목적에 그치지 않으며, 사회국가적 재분배는 물론 일정한 방향으로 국가를 만들어가는 유도적·형성적 기능을 갖는다.[50]

기본소득의 재원마련 방법과 관련해서도 조세제도의 개선이 가장 유력하게 제기된다.[51] 부자들의 상속재산이나 투기소득, 금융소득, 부동산 관련 소득 등에 대해 중과세하는 방안, 자연자원의 이용 및 보존과 관련한 토지세, 환경세나 생태세를 도입하는 방안 등이다. 물론 이와 같이 기본소득의 재원을 마련하기 위해 조세제도를 개편한다고 할 때 이것이 조세법률주의나 조세평등주의와 같은 조세입법에 관한 헌법상의 기본원칙에 부합하는 방식으로 이루어져야 하며, 기본권을 침해해서는 안된다는 점은 분명하다.[52]

---

50) "현대에 있어서의 조세의 기능은 국가재정 수요의 충당이라는 고전적이고도 소극적인 목표에서 한걸음 더 나아가, 국민이 공동의 목표로 삼고 있는 일정한 방향으로 국가사회를 유도하고 그러한 상태를 형성한다는 보다 적극적인 목적을 가지고 부과되는 것이 오히려 일반적인 경향이 되고 있다. 이러한 조세의 유도적·형성적 기능은 우리 헌법상 "국민생활의 균등한 향상"을 기하도록 한 헌법 전문(前文), 모든 국민으로 하여금 "인간다운 생활을 할 권리"를 보장한 제34조 제1항, "균형 있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고, 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여" 국가로 하여금 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있도록 한 제119조 제2항, "국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여" 국가로 하여금 필요한 제한과 의무를 과할 수 있도록 한 제122조 등에 의하여 그 헌법적 정당성이 뒷받침되고 있다." 헌재 1994. 7. 29. 선고, 92헌바49 등 결정.

51) 최광은, 앞의 책, 124면~131면; 노호창, 앞의 글, 428면~429면; 강남훈·곽노완, 「국민 모두에게 기본소득을!」, 민주노총 정책연구원, 2009, 34면~42면; 강남훈, 「한국에서 단계적 기본소득 도입을 위한 재정 모형, 기본소득 재원, 어떻게 마련할 것인가」, 녹색전환연구소, 2015, 8면; 하승수, 「나는 국가로부터 배당받을 권리가 있다」, 한티재, 2015, 124면~133면; Baptiste Mylondo/권효정 옮김, 「조건없이 기본소득」, 바다출판사, 2014, 145면~151면 등.

52) "오늘날의 법치주의는 실질적 법치주의를 의미하므로 헌법상의 조세법률주의도 과세요건이 형식적 의미의 법률로 명확히 정해질 것을 요구할 뿐 아니라, 조세법의 목적이나 내용이 기본권 보장의 헌법이념과 이를 뒷받침하는 헌법상의 제원칙에 합치되어야 하고, 나아가 조세법률은 조세평등주의에 입각하여 헌법 제11조 제1항에 따른 평등의 원칙에도 어긋남이 없어야 한다."

다만, 조세는 국가의 재정수요 충족이라는 본래적 기능 외에 소득의 재분배, 자원의 적정배분, 경기의 조정 등 여러 정책적 기능을 포함하는 만큼 조세법의 형성에는 입법자의 정책적 판단이 널리 존중된다.[53] 또한 재산권에 대해 제한이 허용되는 정도는 재산권 객체의 사회적 기능, 재산권의 행사가 기본권의 주체와 사회전반에 대하여 가지는 의미에 따라 달라지는바, 토지와 같은 생산자원은 사회성과 공공성이 크기 때문에 이에 대한 입법자의 규율권한은 더 확대된다.[54] 특히, 헌법은 제23조 제2항에서 일반적으로 재산권 행사의 사회적 의무성을 강조하는 것에 더하여 제122조에서 "국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형 있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다."라고 규정함으로써 토지재산권에 대한 한층 더 강한 규제의 필요성과 가능성을 표현하고 있다.[55]

기본소득은 보편적인 복지제도로서 선별적인 제도에 비하여 결과적으로 빈곤완화와 소득재분배효과가 더 크다는 분석이 있다.[56] 뿐만 아니라 위에 언급한 바와 같이 토지를 비롯한 한정된 생산자원으로부터 발생하는 추가소득을 환수하여 기본소득의 재원으로 삼는 것은 헌법적으로 정당화될 여지가 크다. 이로써 기본소득은 재원을 확보하는 과정에서부터 이미 분배정의를 실현하는데 기여할 수 있게 된다.

한편, 조세제도 개선과 함께 천연자원을 포함한 공유자원의 이용 수익을 기금으로 조성하는 것도 기본소득 재원마련 방안으로 제시된다.[57] 20세기 후반 이후 사회구성원 일부에 의해 부가 집중적으로 축적될 수 있었던 중요한 이유 중에 하나가 인류 공동의 재산이라고 할 수 있는 자연재산을 저렴한 비용으로 이용할 수 있는 기회가 집중되었기 때문이라고 한다면 자연재산 이용과 관련한 비용을 적정하게 책정하여 기본소득의 재원으로 활용하는 것도 부의 재분배에 기여할 수 있다.[58] 특히, 헌법은 제120조 제1항에서 "광물 기타 중요한 지하자원·수산자원·수

헌재 1997. 6. 26. 선고, 93헌바49 결정.

53) 헌재 2007. 1. 17. 선고, 2005헌바75 등 결정.

54) 헌재 2006. 1. 26. 선고, 2005헌바18 결정.

55) 헌재 1999. 10. 21. 선고, 97헌바26 결정.

56) 강남훈, 앞의 글 주7), 11면~14면; 김교성, "기본소득 도입을 위한 탐색적 연구", 사회복지정책, 제36권 제2호, 2009, 33면 이하; 백승호, 앞의 글, 185면 이하; Irwin Garfinkel·Chien-Chung Huang·Wendy Naidich, "기본소득보장이 빈곤과 소득분배에 미치는 영향", in: Bruce Ackerman·Anne Alstott·Philippe Van Parijs et al./너른복지연구모임 옮김, 앞의 책, 213면~250면.

57) 알래스카의 영구기금 배당금(Permanent Fund Dividend) 제도가 이러한 유형의 대표적인 예에 해당한다.

력과 경제상 이용할 수 있는 자연력은 법률이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 채취·개발 또는 이용을 특허할 수 있다."라고 하여 자연자원의 공유화 내지 사회화를 규정하고 있다.[59] 이는 공유자원의 이용 수익을 보편적인 기본소득의 재원으로 삼을 수 있는 적극적인 근거가 될 수 있다.

다. 고용증진과 국민경제의 성장 및 안정

기본소득에 대해서는 노동윤리를 파괴하고 무임승차를 정당화함으로써 결국 노동을 기피하는 실업자를 대량으로 만들어낼 수 있다는 비판이 제기된다. 개인의 근로의욕 상실에 더하여 국가의 일자리 창출의지 감소가 우려되기도 한다.[60] 기본소득이 노동과 소득, 노동과 복지의 연결관계를 부정하는데서 비롯되는 합리적인 지적이라고 할 수 있으며, 이러한 우려에 따르면 기본소득은 고용증진과 국민경제의 성장 및 안정을 추구해야 하는 국가의 과제수행에 부정적인 영향을 미칠 수밖에 없다.

그러나 이러한 문제제기에 대해서는 역시 설득력이 있는 여러 반론이 제기될 수 있다. 첫째, 현재의 경제위기는 노동과 복지를 연계시키는 기존 복지체제에서 발생한 것이다. 노동연계복지(Workfare)는 소수의 사람만 구제할 뿐이며 행정적 실패와 관료주의 강화 등 많은 한계를 내포하고 있다.[61] 특히, 자산조사를 통한 선별적 공공부조의 경우 도덕적 해이와 실업의 함정을 초래하여 근로유인을 축소시키고 빈곤에 머무르게 하는 요인이 되고 있다.

둘째, 기본소득이 노동유인을 감소시킨다고 확정할만한 증거는 없으며, 오히려 노동유인을 강화할 수도 있다.[62] 압박에 의한 노동에서 벗어나 보다 의미있는 일

---

58) 이강식, "한국에서의 기본소득 도입을 위한 법적 기반에 관한 연구", 방송통신대학교 법학석사 학위논문, 2017, 59면~60면.

59) 한수웅, 앞의 책, 333면~336면은 사회화를 "국유화 또는 공유화의 방법으로 재산권의 소유자의 변경을 통하여 재산권내용의 변형을 목적으로 하는 사유재산에 대한 공권적 침해", "국유화 또는 공유화의 방법으로 재산권을 박탈하여 박탈한 재화를 공동경제로 이전하는 것"이라고 정의하면서 사회화의 목적은 '사유재산질서에 대한 반대원칙'을 형성하는 것이며, 소유자 변경에 더하여 '재산권내용의 변형' 또는 '새로운 재산권질서의 도입'이 그 본질적 요소라고 본다.

60) 김은표, 앞의 글, 3면~4면.

61) 노동연계복지로 특징 지워지는 미국의 복지정책에 대한 검토를 통해 이러한 문제점을 지적하는 연구로는 Joel Handler·Amanda Sheely Babcock, "The Failure of Workfare: Another Reason for a Basic Income Guarantee", Basic Income Studies, Vol.1 Issue.1, 2006, pp.1~22.

62) 인간이 게으르다는 것은 편견이며, 기본소득은 오히려 능동적이고 자발적인 노동 동기를 부여할 것이라는 주장으로 Daniel Häni·Philip Kovce/원성철 옮김, 기본소득 자유와 정의가 만나다, 오롯, 2016, 71면~73면.

을 찾아 집중하는 계기가 될 수 있는 것이다. 또한 기본소득은 실업의 함정을 가져오지 않는다. 이에 추가적인 소득을 얻기 위해 노동을 선택하도록 만들 수 있고, 이는 경제활동을 보다 활성화시키게 된다.[63] 더욱이 기본소득이 낮은 수준에서 지급되는 경우에는 개인적 필요와 욕구충족을 위한 추가적인 노동은 반드시 요구될 수밖에 없다.[64] 나아가 기본소득은 개인이 생계를 위해 포기할 수밖에 없었던 창의적인 아이디어와 계획을 실행에 옮길 수 있는 기반이 된다. 기본소득이라는 사회안전망을 통해 도전정신과 창의성을 발휘할 수 있으며, 이에 창업을 비롯한 자유롭고 생산적인 경쟁이 촉진될 수도 있다.[65]

셋째, 개인의 소득원을 고용을 통한 임금노동에만 한정하는 것은 더 이상 적절하지 않다. 기본소득은 낮은 경제 성장률과 높은 실업률, 빈곤층 증대와 소득불균형 심화 등으로 총체적인 위기에 처한 현재의 경제상황을 벗어나 미래의 사회변화에 대응하여 경제의 성장과 안정을 추구하기 위한 유력한 대안이다. 기술발달과 함께 고도화된 현재의 산업구조에서 소득을 산업사회의 임금노동과 연계해서만 파악하는 것은 이미 문제가 있으며,[66] 4차 산업혁명이 초래할 미래사회에서는 이러한 한계가 더욱 두드러질 수밖에 없다.[67]

넷째, 기본소득이 국가의 고용증진 의지를 약화시킬 수는 없다. 기본소득이 국가에 의한 적극적인 고용정책의 병행을 부정하는 것이 아닐 뿐만 아니라[68] 고용증진은 기본소득을 지속시키기 위한 세원 확보와도 연결되기 때문이다. 무엇보다 헌법은 근로의 권리를 기본권으로 보장하고 있으며, 국가는 이에 상응하여 고용증진을 위한 사회적·경제적 정책을 시행해야 할 헌법적 의무가 있다.

다섯째, 기본소득은 저임금의 열악한 일자리를 축소시키고 양질의 일자리를 늘리는 계기가 될 수 있다. 국가의 고용증진 의무가 일자리의 질적인 측면을 전혀 도외시하는 것이 아니라면, 그리고 적정임금 보장을 위해 노력해야 할 국가의 의무를 아울러 고려한다면 기본소득이 국가의 고용증진 의무에 대해 부정적이라고

63) Pilippe van Parijs, What's wrong with a free lunch?, Beacon Press, 2001, pp.25~26: 곽노완, "분배정의와 지속가능한 최대의 기본소득 -게으른 자에게도 지급되는 기본소득은 정의로운가?-", 시대와 철학, 제24권 제2호, 2013, 21면에서 재인용; 노호창, 앞의 글, 422면.

64) 임경석, "인권의 실현을 위한 기본소득", 시민사회와 NGO, 제13권 제2호, 한양대학교 제3섹터 연구소, 2015, 141면.

65) 김은표, 앞의 글, 3면; Daniel Häni·Philip Kovce/원성철 옮김, 앞의 책, 63면~64면.

66) 최광은, "기본소득 모델의 이해와 한국에서의 도입가능성 연구", 한신대학교 국제평화인권대학원 석사학위논문, 2010, 57면.

67) 노호창, 앞의 글, 420면.

68) Daniel Raventos/이한주·이재명 옮김, 앞의 책, 189면~190면.

단정하기는 어렵다.

라. 직업의 자유의 실질적 보장 등

헌법은 제15조에서 직업선택의 자유를 보장하고 있는바 이는 자신이 원하는 직업을 자유롭게 선택하고 선택한 직업을 자기가 원하는 방식으로 자유롭게 수행할 수 있는 자유를 의미한다.[69] 헌법이 직업의 자유에 의해 보호하는 '직업'은 생활의 기본적 수요를 충족시키기 위한 계속적 소득활동을 말하며,[70] 이러한 직업의 자유는 기본적으로 국가의 간섭을 배제하는 방어권적 성격을 갖는다.

그러나 생계를 위하여 열악하고 부당한 근로조건을 거부할 수 없거나 적성이나 재능에 관계없이 구속적인 노동에 얽매이는 경우에는 직업의 자유를 실질적으로 누리고 있다고 보기 어렵다. 직업선택의 자유는 "삶의 보람이요 생활의 터전인 직업을 개인의 창의와 자유로운 의사에 따라 선택케함으로써 자유로운 인격의 발전에 이바지하게 하는" 기본권이며,[71] "근로자는 근로를 통하여 자아를 실현하고 나아가 기술을 습득하고 능력을 유지·향상시키며 원만한 인간관계를 형성하는 등으로 참다운 인격의 발전을 도모함으로써 자신의 인격을 실현시키고 있"는 것이기 때문이다.[72]

기본소득은 개인이 각자 자신의 삶의 전망 가운데 선호에 따라 자율적으로 직업을 선택하는 가능성을 높일 수 있다.[73] 언제나 소득보장이 가능하기 때문에 개인은 노동시간의 단축, 노동강도의 저감, 임금의 인상 등을 선택할 수 있는 폭넓은 자유를 보장받는다.[74] 직업의 자유를 실질적으로 보장하고 그 헌법적 의의를 구현하는데 기여할 수 있는 것이다. 이밖에 기본소득은 저임금의 열악한 일자리에 대한 수요를 축소함으로써 양질의 일자리를 증대시키고 노동자의 협상력 및 임금 향상을 가져올 수 있다. 이로써 실질적인 임금 상승이 이루어져 적정임금의 보장을 위한 국가의 노력에도 부응하고,[75] 자주적인 근로3권의 강화도 기대할 수

---

69) 헌재 2010. 6. 24. 선고, 2007헌바101 등 결정.
70) 헌재 2003. 9. 25. 선고, 2002헌마519 결정.
71) 헌재 1989. 11. 20. 선고, 89헌가102 결정.
72) 대법원 1996. 4. 23. 선고, 95다6823 판결.
73) 노호창, 앞의 글, 426면~427면; 임경석, 앞의 글 주64), 141면~142면.
74) William A. Jackson, "Basic Income and the Right to Work: A Keynesian Approach", Journal of Post Keynesian economics, Vol.21 No.4, 1999, p.655.
75) 다만, 이러한 효과를 실질적으로 기대하기 위해서는 충분히 높은 수준의 기본소득이어야 할 것이다. 기본소득은 자칫 저임금에 대한 보조금(이른바 '콤비임금')의 성격을 갖게 되어 임금삭감

있게 된다.

Ⅴ. 결론

위와 같이 기본소득의 의의와 논의 배경, 이념적 지향 등을 정리하고 기본소득에 대해 긍정적인 입장에서 헌법적 근거로 활용될 수 있는 내용들을 사회국가원리를 중심으로 살펴보았다.

기본소득은 자산심사나 노동조건이 없이 개인을 단위로 하여 모든 사람에게 무조건적으로 이행되는 정기적인 현금지급을 의미한다. 정기성, 현금지급성, 개별성, 보편성, 무조건성을 특징으로 한다는 점에서 대체로 선별적이고 보충적인 성격이 강조되는 기존의 복지제도와는 큰 차이가 있다.

기본소득은 그동안의 다양한 복지정책들이 자본주의의 구조적 문제를 해결하는데 충분한 효과를 거두지 못하고 있는 것에 대한 반성과 회의를 배경으로 한다. 또한 인공지능과 함께 도래할 4차 산업혁명 시대 일자리 감소의 위기를 비롯한 새로운 환경에 적극적으로 대응해야 할 필요성이 논의를 보다 활성화시키는 계기가 되고 있다. 기본소득을 지지하는 관점은 사회주의 또는 공산주의로의 변화를 지향하는 다소 급진적인 좌파에서부터 노동시장의 유연화를 염두에 둔 우파적인 입장에 이르기까지 그 스펙트럼이 매우 넓다. 기본소득은 특정한 이념적 지향에 한정된 제도가 아니며 대체로 대규모의 혁명적 변화보다는 점진적인 개혁을 추구하기 위한 구상으로 제기된다고 할 수 있다.

헌법상 사회국가원리는 사회정의의 실현, 실질적인 자유와 평등의 보장, 공동체의 통합과 평화를 추구한다. 국가는 국민 각자가 실제로 자유를 행사할 수 있는 실질적 조건을 마련해야 하는 적극적인 의무를 부여받는다. 기본소득 역시 모든 사람의 인간다운 삶을 충족시킴으로써 자유의 실질적인 조건을 마련하고자 한다. 나아가 단순한 생계유지를 넘어 자율적인 자기결정에 근거한 진정한 자유를 보장하고, 가족관계, 근로관계, 사회관계의 측면에서 실질적 평등을 기대할 수 있게 한다는 점에서도 사회국가원리의 이념에 부합한다. 또한 다른 복지제도와 마

을 조장하고 복지의 해체를 조장하며 사람들로 하여금 저임금의 일자리도 수용하게 만들 것이라는 비판(최승호, 앞의 글, 115면~116면; 이명현, 앞의 책, 27면 참조)도 가능하기 때문이다. 콤비임금과 관련한 2010년 기본소득 국제학술대회에서의 논쟁에 대해서는 기본소득한국네트워크 홈페이지 참조. http://basicincome.kr/bbs/board.php?bo_table=TmP&wr_id=308 (최종검색일 2017.12.13.)

찬가지로 기본소득도 빈곤과 양극화의 해소를 통해 공동체의 통합에 기여할 수 있다. 이에 더하여 조세 또는 공동의 자산을 재원으로 공동체 구성원 모두에게 보편적으로 급여를 제공함으로써 강한 공동체성 내지 연대성을 내포하고 있다는 점, 미래사회에 대응하여 공동체를 유지·발전시키기 위한 적극적인 구상이라는 점에서 사회국가원리에 보다 충실한 제도라고 할 수 있다. 이밖에도 적정한 소득의 분배, 고용증진, 국민경제의 성장 및 안정, 실질적인 직업의 자유 및 적정임금의 보장 등과 관련해서도 긍정적인 평가가 가능하고 이에 경제에 관한 규정을 통해 수용되고 있는 사회국가원리를 구현하는 데에도 기여할 수 있다.

이와 같이 기본소득은 이론적으로 사회국가원리에서 그 헌법적 근거를 찾을 수 있으며, 사회국가원리의 실현에 이바지할 것이라는 예견이 가능하다. 그러나 아직은 제도화되어 실행된 예가 많지 않은 까닭에 이와 관련한 경험적인 증거를 제시하기는 어렵다. 또한 기본소득은 그 보편성과 무조건성으로 인하여 헌법상 자유와 권리에 따르는 책임과 의무(헌법 전문), 근로의 의무(제32조 제2항), 보충성 원칙 등과 충돌하는 것으로 볼 여지도 여전히 남아있다. 물론 기본소득은 다양한 유형으로 접근하는 것이 가능하고, 점진적으로 도입하는 것도 배제되지 않기 때문에 사회적 합의와 더불어 현실적인 부작용을 최소화하고, 이론적 충돌을 극복하는 방안을 찾아내는 것도 충분히 가능하다. 이에 외국에서 진행되고 있는 기본소득 실험을 예의 주시하는 한편, 좀 더 면밀한 헌법이론적 접근을 계속해서 이어나가야 할 것이다.

(논문투고일: 2017.10.26., 심사개시일: 2017.11.14., 게재확정일: 2017.12.11.)



홍 석 한

기본소득, 헌법, 사회국가원리, 복지, 경제질서

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내문헌

강남훈·곽노완 외, 기본소득의 쟁점과 대안사회, 박종철출판사, 2014.

김철수, 헌법학신론, 박영사, 2013.

김학성, 헌법학원론, 피앤씨미디어, 2017.

성낙인, 헌법학, 법문사, 2017.

양 건, 헌법강의, 법문사, 2016.

이명현, 복지국가와 기본소득: 논쟁과 전략의 탐색, 경북대학교 출판부, 2014.

전광석, 한국헌법론, 집현재, 2017.

정재황, 신헌법입문, 박영사, 2016.

최광은, 모두에게 기본소득을, 박종철출판사, 2011.

하승수, 나는 국가로부터 배당받을 권리가 있다, 한티재, 2015.

한수웅, 헌법학, 법문사, 2016.

허 영, 한국헌법론, 박영사, 2017.

홍성방, 헌법학(중), 박영사, 2012.

이강식, 한국에서의 기본소득 도입을 위한 법적 기반에 관한 연구, 방송통신대학교 법학석사학위논문, 2017.

최광은, 기본소득 모델의 이해와 한국에서의 도입가능성 연구, 한신대학교 국제평화인권대학원 석사학위논문, 2010.

강남훈, 기본소득 쟁점과 이해, 한국형 기본소득제 입법을 위한 토론회 자료집, 2017.

_____, 한국에서 단계적 기본소득 도입을 위한 재정 모형, 기본소득 재원, 어떻게 마련할 것인가, 녹색전환연구소, 2015.

강남훈·곽노완, 국민 모두에게 기본소득을!, 민주노총 정책연구원, 2009.

곽노완, 분배정의와 지속가능한 최대의 기본소득 -게으른 자에게도 지급되는 기본소득은 정의로운가?-, 시대와 철학, 제24권 제2호, 2013.

_____, 대안지구화의 경제적 시공간 -독일과 한국에서 기본소득과 사회연대소득의 가능성을 중심으로-, 마르크스주의 연구, 제5권 제4호, 2008.

김교성, 기본소득 도입을 위한 탐색적 연구, 사회복지정책, 제36권 제2호, 2009.

김상겸, 사회국가원리에 관한 고찰 -독일 기본법상의 전개과정과 논의를 중심으로-, 헌법학연구, 제7권 제1호, 2001.

김일환, 첨단과학기술사회에서 헌법의 역할과 기능에 관한 시론적 고찰, 토지공법연구, 제37집 제2호, 2007.

김윤명, 지능정보사회에 대한 규범적 논의와 법정책적 대응, 정보화정책, 제23권 제4호, 한국정보화진흥원, 2016.

김은표, 기본소득 도입 논의 및 시사점, 이슈와 논점, 제1148호, 국회입법조사처, 2016.

김형성, 경제헌법과 경제정책의 헌법적 한계, 저스티스, 제37권 제3호, 한국법학원, 2004.

노호창, 기본소득에 관한 개관과 입법 사례의 검토, 노동법연구, 제36호, 2014.

문병효, 한국사회의 빈곤과 행정법적 과제, 공법연구, 제44집 제3호, 2016.

박홍규, 기본소득(Basic Income) 연구, 민주법학, 제36권, 2008.

백승호, 기본소득 모델들의 소득재분배 효과 비교분석, 사회복지연구, 제41권 제3호, 2010.

성승제·김형준, 인공지능과 기본소득 논의의 법적 검토, 정보화 법제연구, 2016-01호, 한국정보화진흥원, 2016.

윤수정, 우리 헌법상의 경제질서, 공법연구, 제44집 제2호, 2015.

윤홍식, 기본소득, 복지국가의 대안이 될 수 있을까?: 탈상품화 대 탈노동화, 한국사회보장학회 정기학술발표논문집, 2016.

이명현, 시민권과 기본소득 -호혜성 원리 중심의 고찰-, 사회보장연구, 제26권 제4호, 2010.

이상경, 빈곤에 대한 헌법적 접근 -사회적 기본권 및 헌법원리 실현을 통한 빈곤극복의 과제와 복지재정지출의 한계-, 공법연구, 제44집 제3호, 2016.

임경석, 인권의 실현을 위한 기본소득, 시민사회와 NGO, 제13권 제2호, 한양대학교 제3섹터연구소, 2015.

전광석, 사회변화와 헌법과제로서의 복지국가의 실현, 공법연구, 제31집 제1호, 2002.

최승호, 독일의 기본소득보장(Garantiertes Grundeinkommen) 모델 연구 -근로의욕 고취인가, 보장성 강화인가?-, 한독사회과학논총, 제23권 제1호, 2013.

Baptiste Mylondo/권효정 옮김, 조건없이 기본소득, 바다출판사, 2014.

Bruce Ackerman·Anne Alstott·Philippe Van Parijs et al./너른복지연구모임 역, 분배의 재구성: 기본소득과 사회적 지분급여, 나눔의 집, 2010.

Daniel Häni·Philip Kovce/원성철 옮김, 기본소득 자유와 정의가 만나다, 오롯, 2016.

Daniel Raventos/이한주·이재명 옮김, 기본소득이란 무엇인가, 책담, 2016.

Pilippe van Parijs/조현진 옮김, 모두에게 실질적 자유를: 기본소득에 대한 철학적 옹호, 후마니타스, 2016.

Ⅱ. 국외문헌

David Casassas, Basic Income and the Republican Ideal -Rethinking Material Independence in Contemporary Societies, Basic Income Studies Vol.2 Issue2, 2007.

Wolfgang Eichhorn·André Presse, Grundrechte und Grundeinkommen, in: Götz W. Werner·Wolfgang Eichhorn·Lothar Friedrich (Hrsg.), Das Grundeinkommen: Würdigung-Wertungen-Wege, KIT Scientific Publishing, 2012.

Tony Fitzpatrick, Freedom and Security: An Introduction to the Basic Income Debate, Palgrave Macmillan, 1999.

Jan Gallert·Philip von der Meden, Das verfassungsmäßige Recht auf ein bedingungsloses Grundeinkommen, Forum Recht, 2007.

Dieter Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: Dieter Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, Baden-Baden: Nomos, 1994.

Joel Handler·Amanda Sheely Babcock, The Failure of Workfare: Another Reason for a Basic Income Guarantee, Basic Income Studies Vol.1 Issue.1, 2006.

William A. Jackson, Basic income and the right to work: a Keynesian approach, Journal of post Keynesian economics Vol.21 No.4, 1999.

Bert. B. Lockwood·R. Collins Owens·Grace A. Severyn, Litigating State

Constitutional Rights to Happiness and Safety: A Strategy for Ensuring the Provision of Basic Needs to the Poor, William & Mary Bill of Rights Journal Vol.2 Issue1, 1993.

Carole Pateman, Democratizing Citizenship: Some advantages of a Basic Income, Politics & Society Vol.32 No.1, 2004.

Abstract

A Constitutional Study on the Basic Income: From a Perspective of Social State Principle

Hong, Seok Han

Basic income is becoming a major social concern around the world, and academic discussions are actively being developed in various fields. This paper starts with the recognition that normative evaluation of the basic income based on the Constitution is necessary. Therefore, it focuses on finding constitutional grounds and legitimacy of basic income from the viewpoint of Social State Principle in the Constitution of Korea.

Basic income is a periodic cash payment unconditionally delivered to all on an individual basis, without means-test or work requirement. That is, basic income has five characteristics: Periodic, Cash payment, Individual, Universal, Unconditional. Basic Income has emerged through reflection on the fact that the current welfare system has not solved the problems such as poverty and polarization and the recognition that a new welfare system is needed to cope with future society without being limited to a specific ideology.

Basic income tries to ensure freedom and equality substantially by satisfying the conditions so that everyone enjoys human life. Also, it implies a strong sense of community and can be seen as an effort to pursue the integration and continued development of the political community. Therefore, Basic income meets the ideals of the Social State Principle that pursues the realization of social justice, the guarantee of real freedom and equality, and the integration and peaceful maintenance of the community. In addition, Basic Income can also be positively assessed in terms of proper distribution of income, employment

promotion, growth and stability of the national economy, guarantee of substantial freedom of occupation and optimum wages. Thus, it can also contribute to the implementation of the Social State Principle expressed through the articles on the economy of the Constitution. Considering all these aspects, it can be predicted that the Basic Income is based on the Social State Principle of Constitution and contribute to the realization of the Principle.



Hong, Seok Han

Basic Income, Constitution, Social State Principle, Welfare, Economic Order

소송당사자 표시정정의 법리에 관한 검토

박병대*

【목 차】

Ⅰ. 당사자표시의 정정에 관한 일반이론과 검토의 범위
Ⅱ. 당사자표시정정의 유형
1. 명칭 변경이나 오기 정정의 범주에 속하는 표시정정
2. 소송상 당사자요건을 충족시키기 위한 표시정정
3. 당사자변경 유형의 표시정정
Ⅲ. 당사자의 동일성 여부에 관한 판단 기준
1. 논의의 실익
2. 동일성 대비 기준으로서의 '실질적 당사자'
3. 당사자표시정정의 유형과 동일성 판단
4. 상속포기가 개재된 사건의 당사자표시정정
5. 당사자표시정정과 당사자변경의 구분 기준
Ⅳ. 표시정정이 안 된 채 판결이 선고된 이후의 법적 문제
1. 판례의 2분법과 관련 쟁점의 범위
2. 당사자표시정정이 안 된 채 선고된 판결의 효력
3. 항소심에서의 소송요건형 표시정정의 허용 여부
Ⅴ. 종합 정리

【국 문 요 약】

당사자표시정정은 법원의 소송실무를 통하여 광범위하게 인정되어 이제는 판례법으로 확립되었다고 평가될 정도에 이르렀다. 이 논문에서는 종래 판례에서 인정된 당사자표시정정의 사례를 유형화하여, ① 명칭 변경이나 오기 정정의 범주에 속하는 오기수정형 표시정정, ② 당사자능력이나 당사자적격의 흠결을 보완하는 소송요건형 표시정정, ③ 당사자 동일성의 한계를 넘는 당사자변경형 표시정정으로 구분하였다. 어느 유형의 표시정정인가에 따라 허용 여부와 한계 및 요건을 달리 보아야 하기 때문이다.

---

* 성균관대학교 법학전문대학원 석좌교수

세부적인 쟁점 중, 소 제기 이전에 이미 사망한 자를 상속인으로 정정하는 것에 대해서는 표시정정설과 피고경정설이 있지만, 판례가 오랜 동안 견지해온 표시정정설로 규율하더라도 법리적으로 무리가 없고 소송경제 등 당사자의 이익에도 부합한다고 본다. 사망자가 원고이거나 제소 당시에 당사자가 사망한 사실을 이미 알고 있었던 경우라도 당사자표시정정을 일괄 부정할 것은 아니고, 개별 사건의 사정에 따라 민사소송법상 신의성실의 원칙에 의한 견제를 하는 것으로 충분하다.

당사자표시정정은 소장 등에 기재된 당사자표시의 흠결에도 불구하고 그 표시가 표상하는 실질적 당사자가 존재한다는 것을 관념적으로 전제하고 있다. 그 경우 실질적 당사자의 확정은 소송당사자 확정 이론의 영역에 속하지만, 의사설, 표시설 등 기존의 어느 이론에 의하더라도 명료한 설명을 하는 데 한계가 있다. 이는 관점을 달리하여 보면, 제소된 사건이 소송요건을 갖추어 청구 본안의 심리에 들어갈 수 있도록 법원이 후견적 역할을 다하게 하고 그로써 국민의 기본권인 재판청구권을 두텁게 보장하려는 데 본질이 있다. 그러므로 그 논리의 연장선상에서 당사자표시정정은 법원의 후견적 역할이 수긍될 수 있는 영역 한계를 지켜야 하고, 당사자능력이나 당사자적격 등 소송요건의 흠결을 보완하는 차원을 벗어나서는 안 된다. 소의 적법성에 관한 흠결을 구제하는 정도가 아니라 청구의 당부에 닿아 있는 당사자의 변경은 당사자표시정정이 허용되는 영역이 아니다. 그 선에서 당사자주의와 사이에 조화를 이루어야 한다. 그런 점에서 상속포기가 개재되어 있는 사건에서 1순위 상속인을 2순위 상속인으로 교체하는 것을 피고경정이 아닌 당사자표시정정으로 보는 판례는 재고되어야 한다.

사망자 상대 사건에서 당사자표시정정이 안 된 채로 1심 판결이 선고되면 그 판결은 당연무효이고 항소심에서는 표시정정을 할 수 없다고 하는 판례도 근거가 박약하다. 당사자의 권리구제, 소송경제, 절차의 안정성 등 어느 면에서 보더라도 항소심에서의 표시정정이라고 하여 무조건 배척할 것은 아니다. 당사자표시정정은 소송요건형 표시정정이 본류이므로 적용 대상과 영역 한계가 그 범주를 벗어나지 않도록 하되, 당사자확정 이론의 도그마에 얽매일 필요는 없다. 소송요건의 보정이 항소심에서 이루어지더라도 상대방의 심급의 이익을 해치지 않는 등의 사정이 있다면 이를 마냥 거부하는 것은 능사가 아니다.

Ⅰ. 당사자표시의 정정에 관한 일반이론과 검토의 범위

소송당사자가 누구인가는 소장에 기재된 당사자 표시 및 청구의 내용과 원인사실 등 소장의 전체 취지를 합리적으로 해석하여 확정하여야 한다는 것이 확립된 판례이다. 그렇게 확정된 당사자를 지칭한 표시에 오기나 오류가 있을 때 이를 수정하는 것이 당사자표시의 정정이고, 기존 당사자를 다른 제3의 권리주체로 변경하는 것이 당사자의 변경이다. 민사소송법은 당사자의 변경 중 피고의 경정에 관해서만 규정을 두고(제260조, 제261조), 당사자표시의 정정에 관해서는 침묵하고 있지만 판례법으로 확립되었다는 평가를 받고 있다.[1)]

당사자표시정정에 관한 판례의 법리는 다음 몇 가지로 요약할 수 있다.[2)] (1) 당사자 확정에 관한 법리에 의하여 확정된 당사자가 소장의 표시와 불일치하거나 당사자능력이나 당사자적격에 관한 판단의 잘못으로 당사자 표시에 오류가 있는 경우에는 당사자표시의 정정에 의하여 이를 바로잡는다. (2) 당사자표시의 정정은 당사자의 동일성이 인정되는 경우에 한하여 허용된다. (3) 당사자 표시의 오기나 오류가 있을 때에는 법원이 직권으로라도 표시정정을 하도록 석명권을 행사하거나 보정을 촉구하여야 하고 그러한 조치 없이 소를 각하하는 것은 위법하다. (4) 당사자표시정정신청이 정당한 때에는 따로 그 신청을 받아들이는 결정 등을 할 필요 없이 정정된 당사자를 상대로 절차를 진행하여 판결하면 되고, 신청을 받아들일 수 없을 때에 한하여 기각 결정을 한다. 기각결정은 통상항고의 대상이 된다. (5) 당사자변경신청서나 소송수계신청서를 제출하였더라도 실질이 당사자표시정정에 해당하면 표시정정신청으로 보고 처리한다. (6) 당사자표시정정은 항소심에서도 할 수 있지만, 사망자를 당사자로 한 경우에는 제1심 판결이 선고된 이상 항소심에서 상속인으로 표시정정을 하는 것은 허용되지 않는다. (7) 부적법한 당사자표시정정 신청이라도 상대방이 동의하여 정정된 당사자와 사이에 소송절차가 진행되어 판결이 선고되었으면 상급심에서 새삼 당사자표시정정의 효력을 다투는 것은 신의칙에 반하는 것이어서 허용될 수 없다.

이와 같이 당사자표시정정에 관한 법리는 상당히 정리된 듯이 보이지만, 구체

---

1) 이시윤, 「신 민사소송법」(제10판) (박영사, 2016), 139면.

2) 이상원, "원고가 사망자의 사망 사실을 모르고 그를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우, 사망자의 상속인으로의 당사자표시정정이 허용되는지 여부 및 이 경우 실질적인 피고로 해석되는 상속인의 의미", 「대법원판례해설」 63권 (법원도서관, 2007), 303면 참조.

적 적용 국면에서는 반드시 그렇지도 않다. 우선 당사자표시정정은 당사자확정의 법리에 따라 소장 등의 기재와 다른 실질적 당사자가[3] 존재한다는 것을 전제로 하여 표시와 실질을 합치시키는 절차라고 할 수 있다. 그러므로 당사자표시정정이 허용되는 동일성의 존부 판단은 실질 당사자가 누구인지를 정하는 것이 선행되어야 할 것인데, 당사자확정의 기준에 관하여 학설은 분분하고, 판례가 제시하는 기준은 너무 포괄적이어서 여전히 애매하다. 보기에 따라서는 서로 모순되는 듯한 선례들이 정리되지 않은 채 집적되어 있어 판례를 인용한 논의에 상당한 혼선이 있다.

또한 당사자표시정정과 당사자의 변경은 인정 요건과 법적 효과 등에서 확연한 차이가 있어 그 구별기준과 적용범위가 명확하여야 한다. 판례와 학설에서 제시하는 기준은 변경 전후에 당사자의 동일성이 있는지 여부라고 할 수 있지만 구체적인 사안에 들어가면 판단이 쉽지 않은 회색지대가 넓게 존재한다. 일부 판례는 당사자표시정정의 영역을 넓혀가면서 당사자변경과의 경계선을 흐리게 하는 혼선을 초래하고 있기도 하다. 특히 사망자를 당사자로 한 사건의 표시정정에 관한 판례는 다른 유형의 표시정정 사례와 비교해 볼 때 논리적 일관성이나 논거의 타당성에 의문을 갖게 하는 부분이 있다.

다소 진부한 주제인 당사자표시정정의 문제를 새삼 거론하는 것은, 당사자표시정정과 연계된 당사자확정 법리의 성격을 다시 살펴볼 필요가 있고, 당사자표시정정의 사례를 단순 집적 상태로 둘 것이 아니라 유형화하여 분석함으로써 논리체계를 분명하게 하고자 하는 것이다. 또한 판례가 표시정정 법리의 적용영역을 넓혀가면서 원칙이 소홀히 된 듯한 인상이 있어 이 단계에서 그 기준을 다잡을 필요도 있다고 보기 때문이다. 이 글은 그런 관점에서 당사자표시정정의 유형, 그 허용 범위와 한계, 당사자변경과 사이의 구별기준을 살펴보면서 사망자가 당사자인 사건에서의 당사자표시정정에 관한 법리를 정리해 보고자 하는 데 취지가 있다.

Ⅱ. 당사자표시정정의 유형

3) 대법원 1969. 12. 9. 선고 69다1230 판결; 대법원 1983. 12. 27. 선고 82다146 판결 등에서는 '사실상의 피고'라고 하고, 대법원 2006. 7. 4.자 2005마425 결정, 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다99040 판결 등에서는 '실질적인 피고'라고 표현하고 있다.

1. 명칭 변경이나 오기 정정의 범주에 속하는 표시정정

당사자표시정정은 소장 등에 기재된 당사자 표시의 오기 등 단순한 오류를 시정하거나 소송 진행 도중에 당사자의 명칭이 변경된 경우에 이를 바로잡는 차원에서 시작된 것으로 보인다. 민사소송법에 이를 허용하는 명문 규정이 있지는 않지만, 이미 선고된 판결에 존재하는 오기조차도 판결경정에 의하여 정정할 수 있는 바에야(제211조) 소송절차가 진행되는 도중에 표시의 오류 등이 드러난 때에 이를 시정할 수 있어야 한다는 것은 의문의 여지가 없다. 이런 유형의 표시정정은 '오기수정형 표시정정'이라고 할 수 있다.

오기수정형 표시정정은 부동산에 관한 권리를 다투는 사건에서 권리주체의 명칭과 부동산 등기부에 기재된 권리자 표시가 다른 경우에 흔히 나타난다. '파평윤씨 판서공파 종중'이 올바른 종중 명칭이지만 등기부상으로는 '파평윤씨 이조참판공파 용정종중'이라고 되어 있어 당사자 표시에 '등기부상 표시'를 추가하는 표시정정을 신청한 사례가 전형적이다.[4] 판례에 나타난 다른 사례로는, 임야 소유자인 박종선(朴種宣)이 매도증서에 자신의 이름을 박종의(朴種宜)로 잘못 기재하여 등기부 및 토지대장에도 소유명의자가 박종의(朴種宜)로 기재된 사안에서, 등기부상 소유명의자인 박종의(朴種宜)를 상대로 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기절차의 이행을 구하는 소를 제기한 예가 있다.[5] '성균관'에서 '재단법인 성균관'으로 피고 표시를 정정한 사례,[6] 원고 표시를 '사단법인 한국장애인부모회'에서 독립된 법인격을 가진 권리주체인 '사단법인 한국장애인부모회 전북지회'로 정정한 사례[7] 등도 모두 이 유형에 속한다. 이러한 정정은 판결경정 사유인 단순 '오기'의 정정과 유사한 것으로서, 당사자가 능동적으로 정정신청을 하지 않으면 법원이 나서서라도 표시정정을 하게 해야 하고, 그런 조치를 취하지 않으면 심리미진 등의 위법사유가 된다는 것이 판례이다.[8]

---

4) 대법원 1999. 4. 13. 선고 98다50722 판결.

5) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008다27615 판결. 이 사건은 박종의(朴種宜)를 상대로 공시송달에 의하여 받은 승소확정판결의 효력이 동일한 당사자로 인정되는 박종선(朴種宣)에게 미친다고 본 원심의 판단을 수긍한 사안으로서, 소송절차 진행 중에 성명 표시의 오기가 밝혀졌다면 당연히 당사자표시정정의 대상이 되었을 것이다.

6) 대법원 1996. 10. 11. 선고 96다3852 판결.

7) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다97044 판결. 이 사건에서 '사단법인 한국장애인부모회'(중앙회)와 '사단법인 한국장애인부모회 전북지회'(전북지회)는 각각 권리능력이 있는 권리주체이지만 그 사건 당사자의 의사는 전북지회를 상대로 하는 것이므로 판례가 말하는 당사자확정의 법리에 따른 해석 논리에 의하면 전북지회가 당사자이고 소장에서 중앙회로 표시한 것은 단순한 오기일 뿐이라고 본 것이다.

2. 소송상 당사자요건을 충족시키기 위한 표시정정

가. 당사자능력이나 당사자적격은 소송요건이므로 원고든 피고든 그 요소에 결격이 있으면 소는 부적법하다. 그러므로 당사자표시에 소송요건의 결격사유가 있으면 그 상태에서 곧바로 소를 각하할 수 있는 것이 원칙이라고 하겠지만, 판례는 당사자의 의사를 적극적으로 해석하여 절차상의 배려를 할 것을 요구하고 있다. 즉, 소장 등에 표시된 당사자가 당사자능력이나 당사자적격에 흠결이 있는 때에는, 보완이 불가능한 경우가 아닌 한 당사자표시정정으로 바로잡을 수 있도록 한 다음 청구의 당부에 관한 본안에 나아가 판단해야 한다는 것이 확립된 판례이다. "소송에 있어서 당사자가 누구인가는 당사자능력, 당사자적격 등에 관한 문제와 직결되는 중요한 사항이므로, 사건을 심리·판결하는 법원으로서는 직권으로 소송당사자가 누구인가를 확정하여 심리를 진행하여야 하는 것이며 …… 소장의 전취지를 합리적으로 해석하여 확정하여야 할 것이고, 소장에 표시된 원고에게 당사자능력이 인정되지 않는 경우에는 소장의 전취지를 합리적으로 해석한 결과 인정되는 올바른 당사자능력자로 그 표시를 정정하는 것은 허용되며, 소장에 표시된 당사자가 잘못된 경우에 당사자표시를 정정케 하는 조치를 취함이 없이 바로 소를 각하할 수는 없다."는 것이 거듭된 판시이다.[9] 이 경우에 법원이 당사

---

8) 대법원 1997. 6. 27. 선고 97누5725 판결(산재보험료 부과처분의 상대방이 법인이고 그 부과처분에 대한 행정심판청구도 법인에 의하여 이루어졌으나 그 재결에 대한 취소소송을 제기하면서 소장의 당사자란에 원고를 개인인 "서영석(동화전공 주식회사 대표이사)"이라고 기재한 경우 청구의 내용 등에 비추어 진정한 원고는 서영석이 대표이사로 있는 위 회사인데, 원고가 소장에 원고 표시를 대표이사인 서영석 개인으로 잘못 표시한 것임을 충분히 알 수 있으므로, 법원으로서는 마땅히 원고에게 이 사건 원고가 누구인가를 분명히 하도록 명하여 원고를 명확히 확정한 연후에 확정된 원고가 법인이라면 원고의 표시를 법인으로 정정케 하는 조치를 취하여야 하고, 이러한 조치를 취함이 없이 단지 원고에게 막연히 소장 정리만 명한 후 대표이사 개인을 원고로 보아 당해 소를 각하하였음은 심리미진으로 인하여 판결에 이유를 갖추지 못한 위법을 저지른 것에 해당한다.)

9) 대법원 2001. 11. 13. 선고 99두2017 판결(소장의 당사자란에는 원고가 인천광역시장과 인천대학교총장으로 기재되어 있지만, 청구원인 등으로 볼 때 그 당사자란 기재는 인천광역시가 자신에게 이 사건 간접강제결정의 집행력 배제를 구할 당사자능력과 당사자적격이 있음에도 이를 제대로 알지 못하여 당사자능력과 당사자적격이 없는 자신의 기관들을 원고로 잘못 표시한 것에 불과하다고 할 것이니, 위 당사자란 기재에 대응하는 올바른 당사자능력자는 인천광역시라고 할 것이고, 따라서 원심으로서는 직권으로 원고들로 하여금 원고 표시를 인천광역시로 정정하게 하는 조치를 취하게 한 다음 이 사건 소의 적법 여부를 가렸어야 할 것인데도 그러한 조치를 취함이 없이 원고들에게 당사자능력이 없다는 이유만으로 바로 소를 각하한 것은 위법하다).

같은 취지의 선례로는, ① 대법원 1999. 4. 27. 선고 99다3150 판결(부동산등기부에는 소유자가 '고산문'으로 기재되어 있지만 이는 '재단법인 전라북도 향교재단' 산하 고산향교의 약칭에 불과한 것임이 밝혀져 피고를 '고산문'에서 "재단법인 전라북도 향교재단"으로 정정한 사건), ②

자 표시를 정정하게 하는 조치를 취함이 없이 소를 각하하는 것은 이유불비 또는 석명권불행사의 위법이 있어 파기사유가 된다.[10] 이러한 표시정정의 대상은 원고 표시든 피고 표시든 상관이 없고,[11] 항소심에서도 허용된다.[12] 이 유형의 표시정정은 "소송요건형 표시정정"이라고 할 수 있다.

나. 위와 같은 소송요건형 표시정정 중 당사자능력이 문제된 사례로는, 학교를 당사자로 하였다가 그 운영주체인 개인이나 법인으로 표시정정을 한 경우,[13] 권리주체의 하부조직이나 내부기관을 당사자로 지정하였다가 권리능력이 있는 당해 권리주체로 표시정정을 한 경우,[14] 민사소송에서는 행정소송과 달리 행정청의 당사자능력이 인정되지 않음에도 행정청을 피고로 하였다가 국가나 지방자치단체로 표시정정을 한 경우[15] 등 다양한 형태로 나타난다.

대법원 2002. 3. 29. 선고 2001다83258 판결(남원읍 명의로 소유권보존등기가 되어 있는 토지에 관하여 남원읍을 피고로 표시하여 등기말소를 청구한 사건에서, 지방자치에관한임시조치법이 시행됨에 따라 읍면은 군에 편입되어 독립적인 법인격을 갖는 지방자치단체로서의 지위를 상실하고 소속 군의 하부 행정구역에 불과하게 됨으로써 민사소송의 당사자능력을 인정할 수 없음에도, 원심이나 제1심이 올바른 당사자능력자인 남제주군으로 피고표시를 정정하도록 하는 조치를 취함이 없이 본안에 관하여 판단한 것은 위법하다고 한 사건) 등이 있다.

10) 대법원 1999. 12. 24. 선고 97누3569 판결. 이와 관련하여 김홍엽, 「민사소송법」(제6판) (박영사, 2016), 118면에서는, 소송능력 등 흠의 보정에 관한 민사소송법 제59조를 당사자능력에 관한 당사자표시정정에 유추적용할 수 있다고 본다.

11) 원고표시 정정의 사례는 대법원 2001. 11. 13. 선고 99두2017 판결, 피고표시 정정의 사례는 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다99040 판결이 대표적이다.

12) 대법원 1978. 8. 22. 선고 78다1205 판결.

13) 학교시설을 지칭하는 '영남실업고등기술학교'를 피고로 표시하였다가 그 설립주체인 개인 명의로 표시정정을 한 대법원 1978. 8. 22. 선고 78다1205 판결, 외국인학교가 원고가 되어 제소한 사건에서 "학교는 일반적으로 법인도 아니고 대표자 있는 법인격 없는 사단 또는 재단도 아닌 교육시설의 명칭일 뿐이기 때문에서 원칙적으로 민사소송에서 당사자능력이 인정되지 않는다"고 하여 파기환송한 대법원 2017. 3. 15. 선고 2014다208255 판결 등.

14) ① 대법원 1996. 10. 11. 선고 96다3852 판결(순천향교의 전교 임명 추천을 위하여 구성된 '순천향교 수습위원회'를 상대로 제소하였으나 이는 순천향교의 내부기관에 불과하고 당사자능력이 없으므로 피고 표시를 '순천향교'로 정정할 수 있다고 한 사건), ② 대법원 1999. 4. 9. 선고 97누19731 판결(소장에 원고로 표시한 '군산대학교 총장 조성환'이 조성환이라는 자연인을 의미하지 않는 것이 명백하므로 결국 이는 당사자능력이 없는 기관에 불과한 군산대학교 총장을 당사자로 표시한 데 불과한 것으로서, 원고가 취소를 구하는 이 사건 재심판정은 '군산대학교 기성회'의 업무집행기관으로서의 '군산대학교 총장'을 피신청인으로 한 것이지만, 사용자인 군산대학교 기성회에 대하여 효력이 미친다고 할 것이므로 이 기성회가 그 취소를 구할 당사자적격이 있다고 할 것이다. 따라서 원심이 소장에 원고로 표시된 '군산대학교 총장'이라는 기재에 대응하는 올바른 당사자능력자는 '군산대학교 기성회'라고 확정하여 원고의 표시정정 신청을 받아들인 조치는 정당하다), ③ 대법원 1999. 11. 26. 선고 98다19950 판결('전국운수노동조합 전북지부 정읍미화분회'는 원래는 법인격이 있는 노동조합이었다가 '전라북도 항운노동조합' 산하에 편입되었음에도 원고를 위 정읍미화분회로 표시하여 소를 제기한 것은 단지 법률적인 평가를 그르친 잘못에 기인한 것으로 보여질 뿐이므로 '전라북도 항운노동조합'으로 원고 표시의 정정을 허용한 것은 정당하다) 등.

15) 앞에서 본 대법원 2001. 11. 13. 선고 99두2017 판결 외에, 소장에서 원고 표시를 "임시관재총

다. 당사자적격이 문제되는 사례는 파산·회생절차와 관련하여 생기는 경우가 잦다. '채무자 회생 및 파산에 관한 법률'에 따라 파산선고를 할 때는 동시에 파산관재인을 선임하여야 하고(제312조 제1항), 회생절차개시결정을 할 때는 관리인의 선임 또는 불선임 결정을 하여야 한다(제50조 제1항, 제74조 제3항). 파산관재인이나 회생절차의 관리인이 따로 선임된 경우는 물론이고, 회생절차에서 관리인 불선임결정을 하여 채무자가 관리인으로 간주되는 경우에도(제74조 제4항) 관리인의 지위는 채무자의 지위와 별개이고, 파산재단이나 회생채무자의 재산과 관련된 소송에서는 파산관재인이나 관리인이 당사자적격을 가진다(제78조, 제359조). 소송법상 일종의 법정소송담당 관계가 형성되는 것이다. 따라서 파산선고나 회생절차개시결정 이후에 채무자의 재산에 관한 소를 제기할 때는 파산관재인이나 관리인을 피고로 하여야 한다. 그럼에도 채무자를 피고로 하여 소를 제기한 때에는 관리인으로 당사자표시정정을 하여 당사자적격자를 상대로 소송이 진행되도록 하여야 한다.[16] 회생절차에서 관리인 불선임결정을 하여 채무자가 관리인으로 간주되는 경우에도 법정소송담당 관계의 관리인의 지위를 표시하는 당사자표시정정을 하도록 보정명령을 하지 않은 채 당사자적격이 없다는 이유로 소를 각하하는 것은 잘못이라고 한 판례 역시 같은 법리 구조로 이해된다.[17]

행정사건에서 과세처분이나 부담금 부과처분에 대하여 다툴 수 있는 당사자적격자는 원칙적으로 처분상대방이다. 그러므로 제3자가 처분의 취소를 구하는 것은 특별한 사정이 없는 한 부적법하지만, 이 경우에도 법원은 바로 소를 각하해

국, 대표자 총국장"으로 기재하였다가 "원고 국(國), 대표자 임시관재총국장"으로 보정한 것은 정당하고 이를 당사자변경으로 논란할 것이 아니라고 한 대법원 1953. 2. 19. 선고 4285민상27 판결 등.

16) 대법원 1999. 1. 26. 선고 97후3371 판결; 대법원 1995. 1. 12. 선고 93후1414 판결. 한편 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010다37141 판결에서는, 채무자에 대한 개인회생절차 개시결정이 내려진 후에 개인회생채권자가 제기한 사해행위취소의 소는 당사자적격이 없어 부적법하다고 하여 각하한 것이 정당하다고 하였으나, 이 경우는 그 흠결을 보정할 수도 없다고 본 것이므로 사안이 다르다고 할 수 있다.

17) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2012다68279 판결. 이 사건에서처럼 관리인 불선임결정이 있었던 대법원 2016. 12. 27. 선고 2016다35123 판결의 당사자표시는 다음과 같은 특이한 형태가 되었다. 이 사건은 채권자 갑(甲)의 채무자 을(乙)에 대한 승소 확정판결이 있은 후 을에 대한 회생절차가 개시되었으나 관리인 불선임결정이 된 경우 그 판결에 대한 재심을 청구할 당사자적격자는 관리인이므로 을의 채무자로서의 지위와 간주관리인으로서의 지위가 구별된다는 것을 반영한 것이다.

원고, 재심피고, 피상고인	甲
피고	乙
재심원고, 상고인	회생채무자 乙의 법률상 관리인 乙

서는 안 되고 당사자적격자인 처분상대방으로 당사자표시를 정정하도록 하는 조치를 취하여야 한다는 것이 판례이다.[18]

라. 사망자를 당사자로 한 소의 당사자표시정정도 이 범주에서 논의될 수 있다. 소장에 원고 또는 피고로 표시된 당사자가 소 제기 당시 이미 사망한 경우에 그 사건의 실질적 당사자는 상속인이라고 보아 당사자표시를 상속인으로 정정하는 것이 허용되는지 등과 관련하여 여러 판례가 쌓여 있고[19] 논의도 많았지만 의견은 여전히 분분하다. 대체로 피고경정으로 설명하는 견해와 당사자표시정정으로 설명하는 견해로 나뉘어 있다.[20] 피고경정설은, 사망자 명의를 상속인으로 변경하는 것은 실질적으로 당사자의 변경이라고 보아야 할 것인데, 민사소송법에 피고경정 제도가 도입된 이상 이제는 기교적인 설명으로 표시정정에 의존할 필요 없이 정면으로 피고경정의 법리를 적용하여 그 요건과 기준을 정립해 나가는 것이 옳다는 취지이다.[21] 피고경정설은 주로 1990년의 민사소송법 개정으로 피고경정 제도가 도입된 입법연혁을 근거로 하고 있으나, 이론적으로는 사망자와 상속인 사이의 당사자 동일성을 인정할 수 있는지가 관건이 될 것이다. 엄밀하게 보면, 소송요건형 표시정정의 전형적 사례인 교육시설로서의 '학교'와 표시정정된 당사자인 '학교법인'의 관계에 비해서 사망자와 상속인, 피합병회사와 존속회사 사이의 당사자 동일성에는 질적으로 상당한 차이가 있다. 사망자나 피합병회사는 권리능력 소멸 전까지는 독립된 권리주체였기 때문에 사망이나 합병이라는 사유가 생겼다고 하여 그 권리의무를 승계하는 상속인이나 합병후 존속법인과 실질적 인격동일체라고 쉽게 단정할 수는 없기 때문이다. 그렇지만 상대방 당사자와 사이의 계쟁 권리관계 자체, 즉 소송물을 기준으로 보면 권리주체의 동일성을 반드시 부정할 것도 아니고, 민사소송법이 인정하는 당사자변경의 한계와[22] 소송경제

18) 대법원 1977. 6. 28. 선고 75누250 판결(과세관청이 법인격 없는 단체인 '아파트자치회'에 대하여 조세부과처분을 하면서 납세고지서에 부과처분의 상대방을 그 자치회 회장 개인의 성명만 기재하였으나 자치회가 원고가 되어 그 처분의 취소를 구하는 소를 제기한 사건에서, 원심이 자치회는 처분상대방이 아니어서 그 처분의 취소를 구할 소의 이익이 없다는 이유로 소를 각하한 데 대하여, 설령 그 부과처분이 회장 개인에 대하여 한 것으로 인정된다고 하더라도 곧바로 소를 각하할 것이 아니라 원고의 표시를 그 개인 명의로 정정케 하는 조치를 취하였어야 한다고 한 사안이다.).

19) 김익환, "당사자표시정정의 허용범위", 「민사판례연구」 37권 (박영사, 2015) 781면에 의하면, 대법원 1960. 10. 13. 선고 4292민상950 판결이 최초의 선례라고 한다.

20) 상세는 이상원, 앞의 논문, 323면 이하 참조.

21) 호문혁, 「민사소송법」(제11판) (법문사, 2013), 939면; 정동윤/유병현/김경욱, 「민사소송법」(제5판) (법문사, 2016), 177면; 정영환, 「신민사소송법」 (세창출판사, 2009), 214면; 전병서, 「민사소송법강의」(제9판) (홍문사, 2017), 91면 등.

의 측면까지 함께 감안하면 피고경정설이 표시정정설보다 합리성 면에서 반드시 우월하다고 할 수도 없다.[23] 또한 둘 중 어느 설을 취하느냐에 따른 법적 효과의 차이는 시효중단의 발생 시점이 소 제기 시가 되느냐 피고경정신청 시가 되느냐 등에 있다고 할 것인데, 소송상대방의 사망 사실을 외부에서 쉽게 알 수 있는 것도 아닐 뿐 아니라 원래의 의무자인 사망자를 상대로 권리행사를 위한 소제기를 한 이상 이른바 '권리 위에 잠자는' 경우에 해당한다고 할 수도 없다. 그런 원고를 굳이 권리보호의 장막 밖으로 내칠 일은 아니다.

사망자를 상대방으로 하여 소를 제기하는 경우는 대부분 사망사실을 몰랐을 것으로 보이지만, 사망사실을 알면서 상속인을 배제하고 판결을 편취하기 위하여 사망자를 상대로 제소하였다가 소송과정에서 사망사실이 드러나자 그제야 상속인으로 당사자표시정정을 신청하는 경우도 있다. 이런 경우의 원고에게는 소 제기 시를 기준으로 시효중단의 효과를 부여하여 보호할 가치는 없다. 원고가 사망자인 경우도 대개는 마찬가지일 것이다.[24] 그러나 그런 예외적인 경우 때문에 사망자가 당사자인 사건 전부를 피고경정의 법리로 규율하는 것은 시효중단의 시기와 관련하여 구체적 타당성과 형평에 어긋날 개연성이 크다. 보호대상에서 배제함이 마땅한 예외적인 경우는 민사소송법 제1조가 규정한 신의성실의 원칙을 적용하여 당사자정정을 불허하는 등으로 견제할 수 있다.[25]

한편 사망자를 상속인으로 하는 당사자표시정정에 관한 판례의 판시 문언으로 보면, 사망 사실을 모르고 제소한 경우에만 표시정정을 할 수 있는 것으로 제한

---

22) 민사소송법은 제1심에서 하는 '피고'의 경정만 허용하고 있으므로(제260조 제1항), '원고'가 사망자이거나 '항소심'에 이른 경우에는 경정이 불가능하다.

23) 김홍엽, 앞의 책, 114면은 법률은 1심에서 피고에 한하여 임의적 당사자변경을 허용하고 있으므로, 판례가 당사자표시정정의 허용범위를 합목적적·신축적으로 운영함으로써 당사자표시정정의 허용범위가 상대적으로 확장되는 것은 부득이한 것이므로 판례의 태도는 정당하다고 한다.

24) 판례는, 소장에 '원고'로 표시된 당사자가 이미 사망하였다면 그 소는 처음부터 부적법한 것이므로 각하해야 한다고 하는 반면(대법원 1979. 7. 24. 선고 79마173 판결, 대법원 1983. 2. 8. 선고 81누420 판결, 대법원 1990. 10. 26. 선고 90다카21695 판결 등), 사망자가 생존한 동안에 진행된 선행절차에 대한 불복소송 사건에서는 상속인으로 당사자표시정정을 하는 것을 예외 없이 허용하고 있다. 경락허가결정 이후에 사망한 이해관계인의 상속인이 망인 이름으로 항고한 경우(대법원 1971. 4. 22.자 71마279 결정), 재심 제기 당시 재심대상판결의 당사자가 이미 사망하였음에도 재심청구인으로 표시하여 재심을 제기한 경우(대법원 1979. 8. 14. 선고 78다1283 판결), 조세부과처분에 대한 전심절차 도중에 심판청구인이 사망하였음에도 사망자 이름으로 행정소송을 제기한 경우(대법원 1994. 12. 2. 선고 93누12206 판결) 등이 그 예이다.

25) 강현중, "소송계속 전 원고가 사망한 경우 그 소송대리인의 소송대리권", 법률신문 2016. 11. 10.자에서 "원고의 사망사실을 숨기고 소장을 송달하여 소송계속을 도모하는 것은 신의칙상 부당형성 배제 내지 선행행위와 모순되는 거동의 금지 원칙에 위반되어 허용되어서는 안 될 것이다"라고 한 취지에 공감한다.

하는 듯한 설시가 여럿 보인다.[26] 학설상으로는 제소 당시 사망사실에 대하여 선의가 아니라면 당사자표시정정은 할 수 없고, 피고 경정의 방법으로 상속인으로 바꿀 수밖에 없다고 하는 주장이 있는 반면[27] 사망사실을 알았던 경우에도 표시정정을 허용할 것이라는 견해도 있다.[28] 그러나 실질당사자와 표시상 당사자를 일치시키는 절차가 당사자표시정정이라면 상대방의 사망사실을 알았는지 여부에 따라 표시정정의 허용 여부가 달라지는 것으로 해석할 필요는 없다고 본다. 판례도 제소 당시에 이미 상대방의 사망한 사실을 알았음이 분명한 사건에서도 표시정정을 인정한 사례가 있는 것으로 볼 때,[29] 반드시 사망 사실을 모르고 제소한 경우에만 표시정정이 허용된다는 취지는 아닌 것으로 이해된다. 이 문제 역시 사망자라는 사실을 알았는지 여부에 따라 표시정정의 허용 여부를 재단할 것이 아니라, 원칙적으로는 허용하되 신의성실의 원칙에 배치되는 사정이 있을 때는 그 법리에 따라 배제하는 것으로 충분하고, 이는 사망자가 원고이든 피고이든 마찬가지라고 할 것이다.

3. 당사자변경 유형의 표시정정

당사자표시정정은 원칙적으로 당사자의 동일성이 인정되는 범위 내에서만 허용된다. 따라서 종중 대표자가 개인 자격으로 소를 제기하였다가 종중으로 원고 표시정정을 하거나[30] 회사의 대표이사가 개인 명의로 소를 제기하였다가 회사로 당사자표시정정을 하는 것,[31] 권리능력 없는 사단인 부락의 구성원 중 일부가 제기한 소송에서 당사자인 원고의 표시를 부락으로 정정하는 것[32] 등은 모두 허용

26) 대법원 1960. 10. 13. 선고 4292민상950 판결; 대법원 2006. 7. 4.자 2005마425 결정; 대법원 2014. 10. 2.자 2014마1248 결정 등.

27) 이시윤, 앞의 책, 145면.

28) 강현중,「신민사소송법강의」(박영사, 2015), 128면.

29) 대법원 2011. 3. 10. 선고 2010다99040 판결(사망자를 피고로 기재한 소장에 그 사망사실이 기재된 주민등록초본을 첨부하여 제출하고, 제1심 법원에 그 상속인을 확인할 수 있는 가족관계증명서 등에 관한 사실조회를 신청한 다음 그 조회 결과에 따라 피고의 표시를 상속인으로 정정하는 신청서를 제출한 사안에서 “이 사건의 실질적인 피고는 당사자능력이 없어 소송당사자가 될 수 없는 사망자인 소외인이 아니라 처음부터 사망자의 상속인인 피고이고 다만 소장의 표시에 잘못이 있었던 것에 불과하므로, 원고는 소외인의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있고, 따라서 당초 소장을 제출한 때에 소멸시효중단의 효력이 생긴다”고 판시하였다.).

30) 대법원 1996. 3. 22. 선고 94다61243 판결.(원고 ‘오만근’을 ‘해주오씨 통사랑공파 종회’로 정정신청한 사건).

31) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다11276 판결. 회사의 대표이사가 개인 명의로 소를 제기한 후 회사를 당사자로 추가하고 그 개인 명의의 소를 취하함으로써 당사자의 변경을 가져오는 당사자추가신청을 하는 것도 마찬가지이다(대법원 1998. 1. 23. 선고 96다41496 판결).

되지 않는다. 말하자면 기존 당사자와 실질적 동일성이 인정되지 않는 제3의 권리주체로 당사자표시를 수정하는 것은 단순한 표시정정이 아니라 당사자의 변경에 해당하므로 원칙적으로 허용되지 않는다고 보아야 한다. 그러므로 당사자변경 유형의 표시정정은 허용되어서는 안 되는 것이고, 이는 당사자표시정정의 한계라고 할 수 있다.

판례는, 사망자를 상대로 제소하였다가 1순위 상속인으로 정정하는 것을 당사자표시정정으로 인정하는 데서 더 나아가 1순위 상속인들이 상속포기를 한 것을 확인하고 2순위 상속인으로 재차 변경하는 것까지도 당사자표시정정으로 인정하고 있다. 유형 분류를 하자면 당사자변경형 표시정정이라고 할 수 있는데, 뒤에서 보는 바와 같이 1순위 상속인과 그 후순위 상속인 사이에 당사자 동일성을 긍정하는 것은 당사자 변경과 표시정정 사이의 경계선을 구획하는 판단기준에 관한 문제에 맞닿아 있으므로 신중할 필요가 있다.

Ⅲ. 당사자의 동일성 여부에 관한 판단 기준

1. 논의의 실익

당사자표시의 정정은 소장 등에 표시된 당사자와 당사자확정의 법리에 의하여 관념되는 실질적 당사자 사이에 동일성이 있어야 허용되고, 동일성이 없으면 임의적 당사자 변경에 해당하므로 피고경정 등 민사소송법에 규정된 요건에 해당하지 않는 한 허용되지 않는다는 데 대해서는 판례·학설상 이견이 없다. 그러나 그 동일성의 존부를 판단하는 구체적 기준에 관하여는 본격적인 논의가 없는 듯하다. 다만 앞에서 본 바와 같이 사망자를 상속인으로 정정하는 것에 대하여 표시정정설과 피고경정설이 대립하는 정도가 있을 뿐이다.

당사자표시정정과 당사자변경은 그 요건과 효과에 뚜렷한 차이가 있다. 피고의 경정은 제1심 변론종결 이전까지 당사자가 서면으로 신청하여야만 하는 반면 표시정정은 훨씬 유연하게 인정된다. 법적 효과 측면에서는, 제소로 인한 시효중단의 효과가 표시정정이면 제소 시로 소급하지만, 피고의 경정이면 경정신청서를 제출한 때에 생긴다(민사소송법 제260조, 제265조). 당사자표시정정에 해당하는 경우에는 원래의 소가 유지되는 반면 피고의 경정은 종전 피고에 대한 소의

32) 대법원 1994. 5. 24. 선고 92다50232 판결.

취하와 변경된 피고에 대한 신소의 제기가 결합된 당사자의 교환적 변경의 성질을 가지므로 새로운 피고에 대한 제소의 효과는 피고경정신청이 있은 때가 기준이 될 수밖에 없다. 같은 논리로 권리행사에 제척기간이 있을 경우 표시정정이냐 피고경정이냐에 따라 그 기간 준수 여부의 판단도 달라지고, 전부명령과 후행 압류 추심명령 등이 경합하는 경우 권리귀속 여부의 판단도 달라질 수밖에 없다.

2. 동일성 대비 기준으로서의 '실질적 당사자'

당사자표시정정은 소장 등에 기재된 당사자표시의 흠결에도 불구하고 그 표시가 표상하는 실질적 당사자가 존재한다는 관념을 전제하고 있다. 그러므로 그런 실질적 당사자를 확정하는 것이 선결문제이고, 당사자 동일성의 비교 역시 그 토대 위에서 논의될 수 있다.

당사자확정의 기준에 관하여는 종래부터 표시설, 의사설, 행동설 등 다양한 견해가 제시되어 있다. 나아가 그 각 견해는 서로 대립하는 관계가 아니라 의사, 행동 등이 표시행위의 해석 기준이 된다는 설명도 있다.[33] 판례는 일찍부터, 당사자의 확정은 소장의 당사자란 기재를 원칙으로 하되 청구의 취지와 원인 그 밖에 소송에 나타난 일체의 자료를 종합적으로 판단하여 합리적으로 정하여야 한다고 판시해 왔다.[34] 소송행위 해석의 문제로 보는 것으로 이해된다.[35]

그런데 위와 같은 학설이나 판례의 설시에도 불구하고 구체적인 사건에서 소장 등에 표시된 당사자의 당사자요건에 흠결이 있을 때 그 어느 설명을 대입해도 그 사건의 '실질적 당사자' 내지 '사실상의 당사자'를 누구로 보아야 하는지가 쉽

33) 호문혁, 앞의 책, 218면('학설들이 서로 대립하는 것처럼 소개하는 것은 일본식 설명이다'); 「주석 민사소송법(Ⅰ)」(한국사법행정학회, 2012), 321면(장석조 집필 부분)에 소개된 독일의 학설 중 Jauernig의 견해도 같은 취지로 이해된다.

34) "법원은 소송의 당사자를 소장의 표시에만 의할 것이 아니고 청구의 내용과 원인사실을 종합하여 확정하여야 하는 것이며 그 확정당사자가 소장의 표시와는 다를 때에는 당사자의 표시를 정정보충 시키는 조치를 취하여야 할 것이므로 갑으로 원고를 표시하였으나 갑이 대표자로 있는 을 농장이 진정한 원고임을 알 수 있는 경우에는 을 농장의 법적 성격을 판단한 후 그 결과에 따라 원고의 표시를 정정케 하여야 하며 이러한 조치를 취함이 없이 소를 각하함은 위법이다"고 한 대법원 1965. 12. 21. 선고 65누104 판결이 리딩케이스인 듯하다. 그 밖에 대법원 1960. 10. 13. 선고 4292민상950 판결, 대법원 1969. 12. 9. 선고 69다1230 판결, 대법원 1983. 12. 27. 선고 82다146 판결 등. 관련 판례를 정리한 문헌은 이상원, 앞의 논문, 306~320면 참조.

35) 당사자확정의 문제를 소송행위의 해석의 문제임을 직접적으로 명시한 것은 "당사자는 소장에 기재된 표시 및 청구의 내용과 원인사실을 합리적으로 해석하여 확정하여야" 한다고 판시한 대법원 1996. 10. 11. 선고 96다3852 판결 등이 있다.

게 드러나지 않는다는 데 어려움이 있다. 예를 들어, 소장에는 피고가 '학교'로 기재되어 있고 준비서면 등 변론자료는 '학교장' 명의로 제출된 경우에 실질적 당사자가 권리의무의 귀속 주체인 '학교법인'이라는 해석은 학설의 어느 설명에 의하더라도 반드시 명료하다고 할 수 없다. 원고의 진정한 의사는 학교법인을 상대로 제소한 것이라거나(의사설), 소장 기재의 문면상 표시에도 불구하고 실질 상대방은 학교법인이라거나(표시설) 피고측에서 학교장이 그 이름으로 소송수행을 하고 있음에도 소송행위자는 학교법인이라고 하는 것(행동설) 등은 어느 것이나 다분히 의제적이다. 또한 사망자를 피고로 하여 소가 제기된 경우에 '사실상의 피고'는 상속인이고 당초부터 상속인을 상대로 소가 제기된 것으로 보아 당사자표시정정을 허용하여야 한다는 것이 판례인데, 이를 두고 학설은 판례가 예외적으로 의사설을 취한 것이라고 평가하고 있다.[36] 그러나 피고의 사망사실을 모르는 상태에서 사망자를 상대로 소를 제기한 원고의 의사가 상속인을 상대로 소를 제기하려는 것이었다고 설명하는 것은 그 자체로 자연스럽지 못하다. 더구나 소 제기 이전에 이미 사망한 사실을 알면서도 공시송달 등으로 사망자를 상대로 판결을 받아 부동산등기를 하려고 도모하는 경우와 같이 당초부터 상속인이 아니라 오히려 사망자를 상대로 할 의사였던 사건들도 있다. 이처럼 다 같이 사망자가 당사자인 사건이라도 구체적 사안을 들여다보면 다양한 스펙트럼이 펼쳐질 수 있기 때문에 의사설을 관철하여 설명하는 데에는 한계가 있다. 다수의 학설이 판례를 의사설이라고 하는 것은 다분히 결과론적·부분적 해석에 지나지 않는다.

결국 당사자표시정정에서 정정 전후의 당사자 동일성을 판단하는 전제가 되는 실질적 당사자 내지 사실상의 당사자는 원고의 청구 내용을 토대로 해석에 의한 의제를 하는 것이라고 보는 것이 솔직한 접근법일 수 있다. 소를 제기하는 당사자의 궁극적 의사는 청구 본안에 관하여 법원의 판단을 받고자 하는 데 있고, 또한 법원으로서도 소를 제기한 당사자의 의사를 최대한 선해하여 본안 판단에 이를 수 있도록 이끌어갈 의무가 있다. 그러므로 당사자표시에 오류가 있거나 당사자능력이나 당사자적격 등 소송요건에 흠결이 있으면 청구의 내용 등을 토대로

36) 이시윤, 앞의 책, 130; 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 174; 박익환, 앞의 논문, 784 등. 이에 대해서는, 판례가 사망자를 피고로 한 사건의 경우에만 의사설을 따르고 있다고 볼 합리적인 근거가 부족하고, 의사설이 근거로 삼는 '상속인을 진정한 피고로 할 의사'라는 개념은 피고가 사망하였으면 누구인지는 모르나 진정한 상속인을 피고로 삼는다는 조건부 내지 불확정 의사로서 절차의 안정에 반한다는 등으로 비판하는 견해가 있다(성경희, "사망자를 피고로 하여 제소한 경우, 상속인 및 후순위 상속인으로의 당사자표시정정 허용 여부", 「재판과 판례」 16집 (대구판례연구회, 2008), 176면 참조).

법적으로 적정한 소송당사자와 사이에 소송관계가 형성될 수 있도록 소송행위의 취지를 해석하는 작용이 따를 수밖에 없다. 그러한 해석으로 추출된 관념상 당사자가 실질적 당사자라고 상정해 두고, 그 당사자와 소장 등에 표시된 당사자가 동일성의 범주 안에 있는지를 판단하는 것이 당사자자표시정정의 논리 구조이다. 국민의 헌법상 기본권인 재판청구권을 실질적으로 보장하고, 소송당사자의 권익 보호와 소송경제 및 절차의 안정을 위한 법원의 후견적 의지가 반영된 것이라고 할 수 있다.

다만 소송관계의 형성은 어디까지나 당사자의 선택 재량의 문제이므로 당사자 요건의 흠결을 보완하는 표시정정이 일단 이루어진 이상 정정된 대로 당사자는 확정된다. 그 이후의 표시정정은 오기수정형이 아닌 이상 더 거론될 여지가 없는 것이고, 표시정정의 명목으로 그 당사자를 재차 다른 당사자로 바꾸거나, 1차로 한 정정을 철회하고 새로운 당사자로 대체하려는 것은 임의적 당사자변경에 해당할 뿐이라고 보아야 한다.

3. 당사자표시정정의 유형과 동일성 판단

가. 앞에서 본 당사자표시정정의 유형을 중심으로 정정 전후 당사자의 동일성 여부를 살펴보면, 우선 오기수정형 표시정정의 경우는 판결에 오기가 있을 때 판결경정이 인정되는 것처럼 동일성 인정에 아무런 장애가 없다.

소송요건형 표시정정 중 당사자능력이 문제되는 경우도 당사자의 동일성이 유지된다는 데에는 의문이 없다. 민사소송은 본질적으로 권리의무의 존부와 귀속을 따지는 것이므로 그 당사자는 당연히 권리능력이 있어야 한다. 법적 지식의 부족으로 학교라든가 권리주체의 하부조직 등을 당사자로 표시하여 제소하였더라도 그 실질은 법적 권리의무의 주체를 소송당사자로 하고자 한 것으로 보아야 하고, 따라서 그 당사자표시를 권리능력이 있는 주체로 정정한다고 하여 당사자의 동일성에 변경이 생길 것은 없다.

당사자적격이 문제되는 소송요건형 표시정정의 경우는, 법정소송담당에 관한 법률 규정에 의하여 계쟁 권리관계에 관한 관리처분권이 제3자에게 부여되어 있을 뿐 실질적 이해관계자는 여전히 본래의 권리주체라고 볼 수 있으므로 표시정정의 국면에서 동일성을 긍정하는 데 문제는 없을 것이다.

나. 소송요건형 표시정정에서 논란의 여지가 있는 것은 역시 사망자가 당사자

인 경우이다. 사망한 자는 권리능력이 없고 실체법상으로도 사망과 동시에 상속인에게 권리의무가 승계되므로, 소송당사자 표시를 사망자에서 상속인으로 정정하더라도 권리의무 주체의 변경이 생기는 것은 아니라고 볼 수 있다. 그러나 상속은 포기나 한정승인이 가능하다는 점, 상속인은 복수인 경우가 많고 유언에 의해 상속분이 달라질 수 있을 뿐 아니라 유증 등에 따라 상속인 이외의 제3자가 권리주체가 될 수도 있는 점 등을 감안하면, 사망자와 상속인은 별개의 권리주체라고 볼 수 있고, 특히 당사자 확정 이론에 관하여 표시설을 취한다면 당사자표시를 상속인으로 변경하는 것은 동일성을 인정하기 어렵다고 볼 수도 있다. 그러나 판례의 견해에 따라 소장의 청구원인 등을 종합하여 해석해 볼 때 당해 사건의 실질적 당사자는 처음부터 상속인으로 확정될 수 있는 경우라면, 사망자에서 상속인으로 당사자표시정정을 하는 것과 그 밖의 소송요건형 표시정정의 경우를 본질적으로 다르다고 할 것은 아니다.

이와 달리 당사자의 주장 취지가 굳이 사망자나 소멸법인을 당사자로 하려는 것임이 명확하다면 소장 등에 표시된 대로 사망자 등이 당사자라고 확정하고 판단하여야 할 것이어서, 이때는 당사자표시정정이 거론될 여지가 없고 소송요건의 결여를 이유로 소를 각하할 수밖에 없을 것임은 물론이다.[37]

다. 문제는 당사자변경형 표시정정의 경우이다. 회사 대표이사 개인을 회사로, 종중을 종중유사단체로 정정하는 경우처럼 전형적인 임의적 당사자변경에 해당하는 경우는 그야말로 당사자의 변경이지 표시정정이 아니다. 소를 제기하면서 권리의무의 귀속주체를 잘못 파악하여 당사자 선정을 그르쳤다면 그 청구는 원칙적으로 본안에서 기각될 대상이지 소송요건의 흠결을 보정할 대상이 아니다. 다시 말해 이 경우는 기존 당사자에게 권리능력이나 당사자적격 등 당사자요건에 아무런 문제가 없고 다만 권리의무의 존부라는 청구의 당부에 관한 본안 판단이 문제될 뿐이다. 이는 당사자 표시의 문제가 아니라 권리나 의무의 존부라는 청구의

37) 대법원 1996. 3. 22. 선고 94다61243 판결 (원고가 당초 "삼척시교육장"을 피고로 표시하여 소를 제기한 후 당사자를 명확히 하라는 제1심법원의 석명에도 불구하고 "삼척시교육장"이 정당한 피고임을 거듭 밝힌 이상 피고는 삼척시교육장으로 확정되었다고 보지 않을 수 없어 항소심에 이르러 피고를 "삼척시"로 바꾸는 것은 당사자의 경정에 해당되어 허용될 수 없다고 한 사례); 대법원 1999. 12. 24. 선고 97누3569 판결(행정청이 고려직장주택조합 등 7개 개별조합에 대하여 개발부담금을 부과하였음에도 그 7개 조합을 구성원으로 하여 조직된 '고려연합주택조합'이 원고가 되어 그 부담금부과처분의 취소를 구한 사건에서, 법원이 2차례에 걸쳐 석명하였음에도 '고려연합주택조합'이 원고라는 주장을 견지하자, 당사자표시를 정정하게 하는 조치를 취하지 아니한 채 당사자적격의 흠결을 이유로 소를 각하한 것은 정당하다고 한 사례) 등 참조

내용에 대한 판단 문제이므로 단순히 당사자 표시에 오류가 있는 경우와는 차원이 다르다. 그런 점에서, 판례가 상속포기가 개재된 사망자 상대 사건에서 취하고 있는 일련의 태도가 타당한지는 의문이다. 항을 바꾸어 살펴본다.

4. 상속포기가 개재된 사건의 당사자표시정정

사망자의 1순위 상속인이 상속포기를 하여 2순위 상속인이 채무를 상속하게 된 경우에 관하여 당사자표시정정이 문제된 판례는 3건이 확인된다.

가. 최초의 선례는 대법원 2006. 7. 4.자 2005마425 결정(이하 'Ⓐ판례'라고 한다)이다. 원고는 원래의 채무자가 이미 사망한 사실을 모르고 사망자를 피고로 하여 제소하였다가 1심에서 사실조회를 통하여 사망사실을 확인한 다음 그 처와 자녀들로 1차 당사자표시정정신청을 하였으나 이미 상속포기신고를 하였다는 답변서가 제출되자 사망자의 손자녀들을 피고로 하는 2차 당사자표시정정신청을 하였다. 이에 1심은 2차 표시정정신청을 기각하였고 2심도 1심 결정을 유지하였으나, 대법원은 원심을 파기하였다. "원고가 사망 사실을 모르고 사망자를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우에 …… 여러 사정을 종합하여 볼 때 사망자의 상속인이 처음부터 실질적인 피고이고 다만 그 표시를 잘못한 것으로 인정된다면, 사망자의 상속인으로 피고의 표시를 정정할 수 있다. 이 경우에 실질적인 피고로 해석되는 사망자의 상속인은 실제로 상속을 하는 사람을 가리키고, 상속을 포기한 자는 상속 개시시부터 상속인이 아니었던 것과 같은 지위에 놓이게 되므로 제1순위 상속인이라도 상속을 포기한 경우에는 이에 해당하지 아니하며, 후순위 상속인이라도 선순위 상속인의 상속포기 등으로 실제로 상속인이 되는 경우에는 이에 해당한다. 따라서 1차 당사자표시정정신청은 진정한 상속인들이 아닌 1순위 상속인들로 피고 표시를 정정하는 것으로서 잘못이므로, 제1심으로서는 위 신청에 구속되어 1순위 상속인들을 이 사건 소송의 피고로 볼 것이 아니라, 진정한 상속인들인 2순위 상속인들을 피고로 정정한 취지의 2차 당사자표시정정신청이 적법한 것으로 보고 그들을 이 사건 소송의 실질적인 피고들로 인정하여 소송을 진행하였어야 할 것이다"는 것이 판시이유이다. 요약하자면, 사망자를 상대로 제소하였다가 1순위 상속인으로 1차 당사자표시정정을 하고, 1순위 상속인이 상속포기한 것으로 밝혀지자 2순위 상속인으로 2차 당사자표시정정을 한 사안에서, 1심과 항고심은 2차 표시정정을 불허하였으나 대법원은 허용하여야 한다고 한

사건이다.

그러나 1순위 상속인을 2순위 상속인으로 바꾸는 소송절차의 문제를 상속포기의 소급효라는 실체법의 논거를 들어 재단하는 것이 과연 타당한지는 매우 의문이다. 이 사건에서 1차 표시정정 이후 1순위 상속인이 적극적으로 응소하여 상속포기 사실을 들어 다툰 이상 원고와 1순위 상속인 사이에 소송관계가 이미 성립되었다고 보아야 한다.[38] 그 상태에서 2순위 상속인으로 당사자를 변경하는 것은 오기수정형이나 소송요건형 표시정정의 어디에도 속하지 않는다. 당사자능력과 당사자적격을 모두 갖춘 1순위 상속인에서 다른 권리의무주체인 2순위 상속인으로 당사자를 교체하는 전형적인 피고경정에 해당할 뿐이다. 그러한 당사자 교체를 제한 없이 허용하는 것은 소송절차의 안정이나 예견가능성의 측면에서도 바람직하지 못하다. 근본적으로 1순위 상속인의 상속포기로 차순위자에게 채무가 상속되는 것은 1순위 상속인에 대한 청구권의 존부 문제이지 당사자의 확정 및 표시정정의 문제가 아니다. 이는 전형적인 당사자변경에 속하므로, 민사소송법 제260조의 피고경정 요건에 해당하는지 여부에 따라 판단되어야 하고,[39] 그 경정이 허용된다고 하더라도 시효중단 등의 효과는 2차 표시정정신청서가 접수된 날을 기준으로 하는 것이 옳다. 극단적으로는 차순위자의 순차 상속포기로 피고경정이 지체되어 채권자의 채권이 그 사이에 시효소멸하는 경우가 생길 수도 있다. 그러나 시효소멸의 위험부담은 어차피 채권자가 지는 것이고, 시기적으로 시효기간의 만료가 임박한 상황에서 상속포기 등 채무자의 특정이 문제될 수 있는 경우라면 차순위자를 예비적 피고로 하는 등 취할 수 있는 권리보전의 방법이 전혀 없는 것도 아니다. 1순위자의 상속포기로 인한 시효소멸의 위험부담은 근본적으로 여유기간이 충분하지 않을 때까지 권리행사를 미루고 있었던 채권자가 감당해야 한다는 점에서, 선순위자의 상속포기라는 돌발상황이 차순위 상속인에게 불리하게 작용하게 하는 것은 합리적이라고 할 수 없다.[40]

---

38) 민사소송법 제260조 제1항 단서는 '피고가 본안에 관하여 준비서면을 제출하거나 변론을 한 뒤에는 그의 동의를 받아야' 피고의 경정이 가능하도록 규정하고 있다.

39) 경정요건으로 규정된 "피고를 잘못 지정한 것이 분명한 경우"에는 해당한다고 볼 것이므로 관건은 종전 당사자인 1순위 상속인의 동의 여부에 있다고 할 것이다.

40) 유병현, "당사자의 사망이 소송절차에 미치는 영향", 「민사소송」(한국민사소송법학회지) 제12권 제1호 (한국사법행정학회, 2008), 54~55면도 Ⓐ판례에 대하여 비판적이다(이론상 당사자의 동일성을 해치지 않고 그 표시를 고치는 것에 지나지 않는 표시정정의 개념과 모순되며, 최종적으로 진정한 상속인이 나타날 때까지 반복하여 표시정정이 가능하다는 것이어서 지나치게 표시정정의 개념을 확장시킨다는 취지이다). 성경희, 앞의 논문, 177~178면도 판례에 반대하는 의견이다. 반면 Ⓐ판례에 찬성하는 견해는, 민사판례연구회 편, 「2000년대 민사판례의 경향과

나. 상속포기와 당사자표시정정이 쟁점이 된 두 번째 선례는 대법원 2009. 10. 15. 선고 2009다49964 판결(이하 'Ⓑ판례'라고 한다)이다. 이 사건에서 원고는 원래의 채무자가 이미 사망한 사실을 알고 1순위 상속인(피상속인의 자녀들)을 피고로 하여 제소하였는데, 1심 소송 도중에 1순위 상속인들의 상속포기 사실을 알게 되어 2순위 상속인(피상속인의 형제)으로 피고경정신청서를 제출하였다. 이에 1심 법원은 그 신청서 제출 시에 이미 10년의 소멸시효기간이 경과되었다고 하여 2순위 상속인들의 시효항변을 받아들여 원고의 청구를 기각하였다. 원심도 그 결론을 유지하였으나 대법원은 파기환송하였다. 대법원은 Ⓐ판례를 인용함과 아울러 "상속개시 이후 상속의 포기를 통한 상속채무의 순차적 승계 및 그에 따른 상속채무자 확정의 곤란성 등 상속제도의 특성에 비추어" 볼 때, 사망자를 1순위 상속인으로 표시정정을 하는 것이 허용된다고 하는 법리는 이미 사망한 채무자의 1순위 상속인의 상속포기 사실을 알지 못하여 1순위 상속인을 상대로 소를 제기한 경우에도 마찬가지로 적용된다고 하면서, "이 사건 소의 실질적인 피고는 상속포기의 소급효로 말미암아 처음부터 상속채무에 관한 법률관계의 당사자가 될 수 없는 1순위 상속인이 아니라 적법한 상속채무자인 2순위 상속인인 피고들이라 할 것인데 다만 그 표시에 잘못이 있는 것에 지나지 아니하여 피고표시정정의 대상이 된다 할 것이고, 이와 같이 변경 전후 당사자의 동일성이 인정됨을 전제로 진정한 당사자를 확정하는 표시정정의 대상으로서의 성질을 지니는 이상 비록 소송에서 피고의 표시를 바꾸면서 피고경정의 방법을 취하였다 해도 피고표시정정으로서의 법적 성질 및 효과는 잃지 않는다고 보아야 할 것"라고 판시하였다.

말하자면 원고 스스로도 피고를 1순위 상속인에서 2순위 상속인으로 바꾸는 것을 피고의 경정에 해당한다고 보아 피고경정신청서를 제출하였는데 대법원이 그 신청서는 법적 성질상 당사자표시정정신청서로 보아야 한다고 하여 시효 중단효의 발생시점을 제소 시로 소급한 것이다. 앞에서 Ⓐ판례에 대하여 언급한 것과 마찬가지 이유로, 피고경정에 해당한다고 본 원심의 판단이 오히려 타당한 것으로 보인다.[41]

흐름」(박영사, 2012), 975면(여미숙 집필부분)이 있다. 박익환, 앞의 논문, 805면에서는 사망사실을 모르고 사망자를 피고로 한 종래의 판결의 연장선상에서 이해될 수 있고 적어도 잘못된 판결은 아니지만, 피고경정 제도를 통하여 해결할 수 있었다면 적절한 사안이었다고 평하고 있다.

41) 호문혁, 앞의 책, 943면도 Ⓑ판례 사건은 전형적으로 피고경정에 해당한다는 등의 이유로 반대

다. 대법원 2014. 10. 2.자 2014마1248 결정(이하 'Ⓒ판례'라고 한다)은 위 Ⓐ판례와 Ⓑ판례의 법리를 승계하면서도 실질 내용에서는 종전보다 한걸음 더 나아가 표시정정의 허용 범위를 확장하였다. 이 사건의 원고는 채무자가 이미 사망한 사실을 모르고 피고로 표시하여 소를 제기하였다가 1심 진행 중 사망사실을 알고 1순위 상속인들로 당사자표시정정을 하였고, 그 후 공시송달에 의하여 변론이 진행된 후 1심 판결이 선고되었다. 그로부터 약 10년이 경과되어 원고는 판결금채권의 시효중단을 위해 다시 1순위 상속인들을 상대로 제소하였고(2차 소송), 그제야 종전 판결의 존재를 알게 된 1순위 상속인들은 종전 판결에 대하여 추후보완항소를 하고 그 2심에서 과거에 이미 상속포기 한 사실을 주장하여 다투었다(1차 소송 사건의 항소심). 이에 원고는 그 항소 사건에서 피고를 2순위 상속인들로 바꾸는 당사자표시정정신청을 하였는데 원심은 이를 기각하였으나 대법원은 파기환송하였다. 1순위 상속인을 2순위 상속인으로 바꾸는 것이 피고경정이 아니라 당사자표시정정 사항이라고 하는 것은 위 Ⓐ판례의 법리를 따랐지만, Ⓐ판례나 Ⓑ판례의 사안은 그러한 당사자표시정정신청이 모두 1심 단계에서 있었던 데 반해 이 사건 사안은 항소심에서 그 신청이 있었다는 점이 다르고 이는 주목할 만한 점이다.

이 사건 역시 당사자표시정정신청 시점을 기준으로 하면 이미 채권의 소멸시효 기간이 경과된 사건이고, 따라서 1순위 상속인을 2순위 상속인으로 피고를 바꾸는 것이 피고의 경정인지 당사자표시정정인지에 따라 원고 청구의 인용 여부가 달라지는 사안으로 보인다. 이 사건에서 1순위 상속인의 상속포기는 선행소송의 변론종결 전에 있었다. 따라서 만약 선행판결에 의한 채권의 시효소멸을 차단하기 위하여 원고가 제기한 2차 소송만 진행되었다면, 선행판결의 기판력 때문에 2차 소송도 원고 승소로 유지되는 데 그쳤을 공산이 크다. 그런데 1순위 상속인이 1차 사건에 대하여 추후 보완 항소를 하여 상속포기를 주장하며 다투자, 원고가 2순위 상속인으로 당사자표시정정을 신청한 것이다. 결국 이 사건에서 추후보완항소가 부적법하다면 2차 소송에서 1순위 상속인 패소 판결이 내려지고, 1차 소송의 항소사건은 항소각하로 종결되었어야 한다. 반대로 추후보완항소가 적법한 것으로 인정된다면, 1차 소송의 1심 판결은 기판력이 없어 2차 소송은 중복제소가 되어 부적법하므로 1차 소송의 항소심만 유지될 것이고 그 소송과정에서 1순

취지이다.

위 상속인들의 상속포기 항변에 따라 원고는 1순위 상속인들에 대해서 패소할 수밖에 없었을 것이다. 그 상황에서 다시 2순위 상속인을 상대로 새로 소를 제기하더라도 이는 소멸시효 항변에 의하여 패소판결로 종결되었을 것인데, ©판례에 따라 당사자표시정정의 방법으로 2순위 상속인이 1차 소송의 항소심에 끌려 들어오게 되고 결국 소멸시효 항변도 소용없게 되었다. 표시정정 당시는 상속 이후 이미 시효기간이 훨씬 지났지만 시효중단의 효과는 1차 소송의 제소 시점에 발생하기 때문이다. 이러한 결과가 초래된 근본원인은 결국 당사자변경에 해당하는 것을 표시정정이라고 해석한 법리전개의 오류에 있다. ©판례의 판시처럼 1순위 상속인을 2순위 상속인으로 바꾸는 것이 당사자변경이 아니라 표시정정의 대상이라고 하면, 이미 1심에서 사망자로부터 1순위 상속인으로 당사자표시정정이 이루어져 그 사이에 대립되는 소송관계가 형성되었음에도 불구하고 항소심에서 2순위 상속인으로 재차 당사자를 교체하는 셈이 된다. 결국 2순위 상속인은 피상속인의 사망 이후 이미 소멸시효기간이 경과된 뒤에 소송관계에 끌려 들어왔음에도 채무상속의 부담에서 벗어날 수 없게 되었고, 그 의사와 무관하게 1심의 심급이익까지 박탈당하고 자칫 1심 소송비용까지 부담해야 할 형편에 놓이게 되었다. 민사소송법 제260조가 피고 경정은 1심에서만 가능하도록 한 이유가 극명하게 드러난 사건이라고 할 수 있다.[42]

5. 당사자표시정정과 당사자변경의 구분 기준

당사자표시정정은 원래는 오기 등 형식적 흠결을 바로잡는 절차적 수단으로 인정되었을 것이다. 준비서면으로 청구에 관한 주장을 변경하는 것이 그 기초에 변경이 없는 한 자유로운 것처럼 당사자 명칭의 표기에서도 단순한 오기의 정정이나 호칭의 변경 정도는 법에 따로 근거규정이 없더라도 당연히 허용된다고 본 것이고, 오기수정형 표시정정이 그 전형이다. 판례는 거기에서 나아가 당사자확정에 관한 소송행위 해석론을 기반으로 표시정정의 영역을 확장하였다. 소장 등에 기재된 당사자란의 표기뿐 아니라 청구의 취지 및 이유 등 소의 전체 취지를 합리적으로 해석하여 소송법적으로 적합한 당사자요건을 갖춘 주체가 소송당사자

42) 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다11276 판결에서, 제1심 법원이 부적법한 당사자정정신청을 받아들이고 피고도 이에 동의하여 제1심 변론이 정정된 원고와 피고 사이에 진행되고 판결이 선고된 이상 그 후에 그 당사자표시정정과 그에 터 잡은 판결의 효력을 다투는 것은 소송절차의 안정을 해칠 뿐만 아니라 소송경제나 신의칙 등에 비추어 허용될 수 없다고 사례도 참고할 만하다.

라고 해석하여야 한다는 것을 전제하면서, 그렇게 확정된 당사자 명칭에 부합하도록 당사자표시를 정정하는 소송요건형 표시정정을 광범위하게 인정하기에 이른 것이다. 뿐만 아니라 당사자가 스스로 표시정정을 하지 않으면 법원이 적극적으로 석명권의 행사 등 소송지휘를 하여 절차적 배려를 할 의무가 있다고 하고, 그러한 조치 없이 소를 각하하는 것은 위법하다는 법리를 확립하였다. 소송법적 지식이 부족한 당사자가 당사자능력이나 당사자적격이 없는 주체를 당사자로 표시하여 소를 제기한 경우에 권리자의 구제와 소송경제를 위하여 당사자표시정정의 영역을 확장한 것이라고 이해할 수 있다. 다만 이와 같은 오기수정형 표시정정이나 소송요건형 표시정정은 어느 것이나 소의 제기 등 소송행위의 해석을 기반으로 법원이 확정한 당사자와 소장 등에 표시된 당사자 사이에 법적 주체의 동일성이 유지되는 한도에서만 허용된다는 근본적 제한이 있다. 그래야만 상대방의 예견가능성이 보장되고 법적 지위의 불안이 초래되지 않기 때문이다. 정정 전후 당사자의 동일성이 없으면 회사 대표이사와 회사의 관계처럼 설령 법적 분쟁의 경제적·사실적 기반이 같다고 하더라도 별개의 소가 된다. 이때는 당사자표시정정이 아니라 당사자변경이 되므로 이는 법이 허용한 피고경정 등의 한도 내에서만 가능하다고 보아야 한다.

판례도 이와 같은 당사자표시정정과 당사자변경의 경계선을 잘 견지하였으나, 상속포기가 개재된 사건에 관한 2006년의 Ⓐ판례 이후 그 경계를 구획하는 논리체계에 혼선이 야기되었다. 상속을 포기한 1순위 상속인에 갈음하여 2순위 상속인으로 당사자를 바꾸는 것은 소송법적 당사자요건 차원의 문제가 아니라 청구권의 존부에 관한 문제로서 서로 별개의 소라고 보아야 한다. 당사자표시정정과 당사자변경을 구분하는 기준은 다시 원칙으로 돌아가 정정 내지 변경 전후 당사자 사이에 권리의무주체의 동일성이 있느냐로 판단하여야 한다. 종전 당사자를 상대로 하면 소각하가 아니라 청구기각이 될 상황에서 청구인용이 될 수 있는 다른 당사자로 바꾸는 것은 당사자표시정정이 허용되는 소송법상의 당사자요건의 영역이 아니라 청구의 당부에 관한 본안 판단의 영역이다. Ⓐ판례 이후 Ⓑ, Ⓒ판례로 이어진 일련의 판례가 당사자표시정정의 영역을 확장한 것은 경계선을 넘은 것이다.

Ⅳ. 표시정정이 안 된 채 판결이 선고된 이후의 법적 문제

1. 판례의 2분법과 관련 쟁점의 범위

당사자표시정정은 상소심에서도 가능한가? 단순한 오기수정형 표시정정이라면 그 성질상 상소심에서도 당연히 허용되어야 할 것으로 보이지만, 당사자능력이나 당사자적격이 문제되는 소송요건형 표시정정도 항소심이나 상고심에서 제한 없이 허용될 것인지에 대해서는 이견이 있을 수 있다.

판례는, '학교' 자체를 당사자로 하여 1심 판결이 선고된 후 항소심에서 그 운영주체인 개인으로 당사자표시정정을 신청한 사건에서, "당사자표시를 정정하는 것은 당사자를 변경하는 것이 아니므로 항소심에서 그러한 정정이 있었다 한들 당사자에게 심급의 이익을 박탈하는 현상이 일어난다고는 말할 수 없고, 따라서 상대편의 동의가 있어야 표시정정이 가능한 것이라고 말할 수도 없다"고 하여 항소심에서 이루어진 소송요건형 표시정정에 대해서도 그 효력을 인정하였다.[43]

반면 같은 소송요건형 표시정정의 하나라고 할 수 있는 사망자 상대 소송의 경우에는 1심 계속 중일 때와 1심 판결 이후를 전혀 달리 규율하고 있다. 사망자가 당사자인 소송이 1심에 계속된 상태에서는 특별한 사정이 없는 한 사망자를 상속인으로 바꾸는 표시정정을 할 수 있지만, 1심 과정에서 사망사실을 간과하여 사망자를 당사자로 한 판결이 일단 선고되고 나면, 상속인 또는 상대방의 소송수계신청이나 당사자표시정정신청은 허용될 수 없고, 그 판결도 당연무효라는 것이 거의 확립된 판례로 보인다.[44][45]

---

43) 대법원 1978. 8. 22. 선고 78다1205 판결(당초 피고를 '김인택'으로 하였다가 1심에서 '선화고등공민학교'로 당사자표시정정을 하고, 항소심에서 다시 '영안실업고등기술학교'로 표시정정신청을 하였는데 그 항소심판결에 대한 상고심에서 파기환송이 된 후 환송후 원심에서 종전의 당사자표시정정신청을 모두 철회함으로써 피고 표시를 '김인택'으로 환원시킨 사건이다. 결국 당사자능력이 없는 학교시설을 당사자로 표시하였다가 항소심에서 그 설립운영자 개인으로 당사자표시정정을 한 셈이다.) 이 사건처럼 기왕에 했던 표시정정신청을 철회하는 방식에 의한 표시정정을 수긍한 사례로는 대법원 1972. 12. 26. 선고 72다2128 판결도 있다.

44) 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결(제1심이 공시송달로 진행되어 사망자를 피고로 한 1심 판결이 선고된 후 상속인들이 추후보완 항소를 제기하면서 소송수계신청을 하고, 항소심에서 원고도 피고를 상속인들로 정정하여 달라는 당사자표시정정신청과 함께 소송수계신청을 한 사건이다. 대법원은 상속인들의 추후보완 항소나 소송수계신청은 모두 부적법하며 당사자표시정정신청도 허용되지 않는다고 판시하였다.) 같은 취지의 선행 판례로는 ① 대법원 1970. 3. 24. 선고 69다929 판결(제1심에서 망인이 변론기일소환장 등을 직접 송달받고 불출석한 양으로 되어 의제자백으로 원고 승소판결이 선고되자, 망인의 상속인들이 망인 명의로 항소를 제기한 다음 소송수계신청을 한 데 대하여 원심이 항소를 각하한 것은 정당하고, 거기에 당연무효인 판결의 취소를 구할 권리보호의 이익이 있다는 상고이유 주장은 독자적 견해에 불과하다.), ② 대법원 1971. 2. 9. 선고 69다1741 판결(이미 사망한 자를 상대로 소를 제기하였음에도 당사자표시정정절차를 취함이 없이 제1심 판결이 선고되자 망인의 상속인들이 수계신청과 동시에 항소를 한 경우에 수계신청이 허용될 수 없는 것으로서 부적법한 이상 항소도 부적법하여 각하

항소심에서 당사자표시정정이 허용되느냐에 대해서는 기본 방향에서 두 가지 상반된 견해를 상정해 볼 수 있다. 첫째는, 당사자표시정정은 정정 전후의 당사자 동일성에 변함이 없어야만 허용되는 것이니 동일성이 유지되는 한도에서 당사자의 표시만을 변경하는 것이라면 항소심이라고 하여 안 된다고 할 이유는 없고 오히려 이를 허용하는 것이 소송경제와 당사자의 이익에 부합한다는 견해가 있을 수 있다. 반면 표면적으로 드러난 당사자가 당사자능력이나 당사자적격이 없어 표시정정이 필요한데도 이를 간과한 채 일단 1심 판결이 선고된 이상 당해 사건의 당사자는 판결에 표시된 대로 확정되었다고 보아야 하므로 항소심이나 상고심에서 표시정정을 하는 것은 허용되지 않는다고 보는 견해도 상정해 볼 수 있다. 정정허용설을 따르면 항소심에서 당사자표시를 정정한 후 본안에 대한 판단이 이루어지겠지만, 정정불가설을 취하면 소가 부적법한 것이 되거나 1심 판결의 효력이 부정되어 소각하 또는 항소각하의 결론에 이르게 될 것이다.[46]

이처럼 당사자표시정정이 안 된 채로 1심 판결이 선고되었을 때 생기는 후속 문제는 상급심에서도 표시정정을 할 수 있느냐에 그치는 것이 아니라 그 판결의 효력과 상소의 적법 여부, 항소심 및 상고심이 해야 할 조치, 판결경정을 통한 표시정정의 가부 등 여러 쟁점이 줄줄이 연계되어 있다. 학설은 대체로 사망자 사건과 그 밖의 사건을 달리 취급하는 판례의 2분법적 태도를 수긍하는 듯하고,[47] 그에 대해 비판적인 분석을 한 견해는 발견되지 않는다. 그러나 판례의 설

하여야 한다.) 등이 있다.

다만 당사자의 생존 시에 대리권 위임을 받은 소송대리인이 당사자의 사망사실을 모르고 사망 이후에 사망자 이름으로 소를 제기한 경우라면 그 소의 제기는 적법하고 소송절차는 중단되지 아니하며 그 절차 진행으로 선고된 1심 판결은 상속인에 대해 효력이 있다. 이는 당사자가 사망하더라도 소송대리인의 소송대리권은 소멸하지 않는다는 민사소송법 제95조 제1호의 규정이 있기 때문이다. 대법원 2016. 4. 29. 선고 2014다210449 판결 참조.

45) 실무에서는 상속인들이 소송수계신청을 하는 경우가 많다. 그러나 피고가 제소 당시 이미 사망하였으면 원고와 그 사망자 사이에 소송계속이 발생할 여지가 없다는 점에서 소송수계의 대상이 될 수는 없다. 상속인으로의 표시정정을 인정하는 것은 소장 기재로는 사망자가 피고로 되어 있더라도 처음부터 상속인과 사이에서 소송관계가 형성되었다고 보는 것을 논리적으로 전제하는 것이다.

46) 사망자가 당사자인 1심 판결이 선고된 이후 그 항소심이나 상고심의 사건처리방법에 관하여는, 본안 판단에 나아간 원심을 파기하고 소를 각하한 예가 있는가 하면, 상소가 부적법하다고 하여 항소나 상고를 각하한 예가 있다. 소각하의 사례는 모두 원고가 사망자인 사건으로서, 대법원 1983. 2. 8. 선고 81누420 판결, 대법원 1990. 10. 26. 선고 90다카21695 판결, 대법원 1994. 6. 28. 선고 94다17048 판결이 있다. 이와 달리 항소나 상고를 각하할 것이라고 한 사례로는, 대법원 1970. 3. 24. 선고 69다929 판결, 대법원 1971. 2. 9. 선고 69다1741 판결, 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다37006 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결이 있다.

47) 이시윤, 앞의 책, 141면; 김홍엽, 앞의 책 126면 등. 강현중, 앞의 책, 128면은, 소 제기 전 사망사실을 간과하고 판결한 경우에는 상소로써 다툴 수 없고 따라서 상속인을 상대로 새로운 소

시는 선례의 반복적 답습에 그치고 있고 법리적 논증은 모호하다. 논리 체계의 정합성과 일관성을 위해서 몇 가지 관점에서 논의가 필요하다.

2. 당사자표시정정이 안 된 채 선고된 판결의 효력

판결의 당사자표시에 단순 오기 수준의 오류가 있는 때에는 그 판결의 효력까지 문제될 것은 없다. 판결경정의 대상도 되는 바에야 항소심에서 그 표시를 정정할 수 있다는 데는 의문의 여지가 없기 때문이다.

이론적으로나 재판실무에서 논란의 여지가 있는 것은 소송요건형 표시정정의 사례들이다. 판결에 기재된 당사자가 제소 전에 이미 사망하였거나 합병 등으로 소멸한 법인인 경우, 학교나 지방자치단체장 등이 당사자로 되어 있는 채로 판결이 선고된 경우, 회생절차개시결정이 있었음에도 관리인이 아닌 종전 채무자가 피고로 되어 있는 경우 등이 모두 그 부류에 속한다.

판례가 일반적인 소송요건형 표시정정이 항소심에서도 가능하다고 보는 논거는 비교적 분명하다. 당사자표시의 정정은 당사자변경과 다르므로 항소심에서 표시정정을 하더라도 심급이익의 박탈이 일어나지 않는다는 것이다.[48] 당사자의 동일성이 유지되는 범위 안에서 당사자표시만을 정정하는 것을 항소심이라고 막을 이유는 없다는 취지로 이해할 수 있다. 이에 비해 사망자가 당사자인 사건의 논거는 접근법이 다르다. 판시를 그대로 인용하면, '사망자를 피고로 하는 소제기는 원고와 피고의 대립당사자 구조를 요구하는 민사소송법상의 기본원칙이 무시된 부적법한 것으로서 실질적 소송관계가 이루어질 수 없으므로, 그와 같은 상태에서 제1심 판결이 선고되었다 할지라도 그 판결은 당연무효이고, 상속인들이 제기한 항소나 소송수계신청은 모두 부적법하며 그들에 대한 당사자표시정정신청도 허용되지 아니 한다'는 것이다.[49] 판시에 포함된 논거는 두 가지이다. 하나는 사망자가 당사자인 소는 대립당사자 구조가 아니라서 부적법하다는 것이고, 다른 하나는 사망자를 당사자로 한 판결은 당연무효라는 것이다. 그중 어느 것이 항소각하의 이유이고 어느 것이 소송수계신청이나 당사자표시정정신청이 허용될 수 없는 근거인지는 반드시 명확하지 않다. 하지만 대립당사자 구조가 아니라서 부

송을 제기하여야 한다고 적고 있다.

48) 대법원 1978. 8. 22. 선고 78다1205 판결.

49) 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다33775 판결, 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다37006 판결, 대법원 2015. 1. 29. 선고 2014다34041 판결 등.

적법하다는 것은 소 자체를 부적법하게 하는 사유이지 항소의 적법 여부에 대한 직접적 논거는 아니라고 보이고, 반면 판결이 당연무효라는 것은 그런 판결에 대하여 굳이 항소하여 다툴 이익이 없다는 의미에서 당사자표시정정이 허용되지 않는 사유라기보다는 항소가 부적법한 이유라고 할 수 있다. 결국 당사자표시정정이 허용되지 않는 것은 대립당사자 구조의 실질적 소송관계가 성립되지 않는 사건이기 때문이고,[50] 항소가 부적법한 것은 불복대상인 1심 판결이 당연무효이기 때문이라고 보는 것 같다. 그러나 이 논리에 대해서는 다음과 같은 의문이 든다.

우선 첫째로, 대립당사자 구조가 안 되어 소가 부적법하다는 것은 허무인을 상대로 하거나 존재하지 않는 단체를 상대로 소를 제기한 것과 같은 경우라면 합당한 논거가 될 수 있다.[51] 그러나 앞에서 본 것처럼 사망자를 상대로 한 소가 그 청구원인 등을 종합하여 볼 때 권리관계의 실질적 주체, 즉 상속인을 상대로 하는 취지라고 해석될 때에는 비록 표시상으로는 사망자가 피고로 되어 있더라도 실질적으로는 상속인과 사이에 소송관계가 성립하므로 당사자표시정정에 의하여 당사자를 바로잡을 수 있고, 법원도 그렇게 하도록 할 의무가 있다는 것이 판례이다. 그러므로 당사자가 사망자여서 대립당사자 구조가 안 되어 소가 부적법하다는 것은, 1심에서도 당사자표시정정이 인정될 수 없는 사건이라면 몰라도 통상의 사망자 상대 사건처럼 1심에서라면 당사자표시정정이 허용될 수 있는 사건에서는 성립할 수 없는 논리이다. 그 논리를 관철하면 사망자 상대 사건은 1심 판결 선고 전후를 불문하고 당사자표시정정이 거론될 여지가 없다. 이는 1심에서 하는 당사자표시정정은 폭 넓게 허용하는 판례 논리와 양립하기 어렵다. 1심에서는 실질적 소송관계가 형성되어 당사자표시정정이 허용되는 사건이 표시정정이 안 된 채로 1심 판결이 선고되었다고 하여 사정이 달라진다고는 할 수 없다.

둘째로, 1심 판결에 당사자에 관한 소송요건의 흠결이 있다고 하여 그 판결이 당연무효라고 하고 항소마저 차단하는 것이 언제나 타당한지도 의문이다. 그런

50) 소송수계신청 등이 허용되지 않는 이유에 대하여, 대법원 1979. 7. 24.자 79마173 결정은 사망자를 상대로 한 소는 처음부터 부적법한 것이기 때문이라고 판시하였다.

51) 실재하지 아니하는 교회를 채무자로 하여 가처분결정이 내려진 경우 또는 단체로서의 실체를 인정할 만한 물적 요소, 인적 요소 또는 규약을 갖추지 못한 사찰을 채무자로 하여 가처분결정이 내려진 경우에는 그 가처분결정에서 단체의 대표자로 표시된 자가 단체의 이름으로 가처분 취소신청이나 이의신청을 하였을지라도 이는 부적법한 신청으로서 각하를 면할 수 없고, 그 이의신청 등을 단체의 대표자로 표시된 개인이 한 것으로 보고 판단하는 것도 허용될 수 없다고 한 대법원 1994. 11. 11. 선고 94다14094 판결, 대법원 2008. 7. 11.자 2008마520 결정 등 참조.

이유만으로 판결이 당연무효이어서 항소가 부적법하다면 1심 판결의 당사자가 학교나 행정청 등으로 되어 있어 당사자능력의 결격이 있는 경우는 왜 사망자의 경우와 달리 당연무효가 아니고 항소하여 다툴 수 있다고 보는지 설명하기 어렵다. 사망자를 당사자로 표시한 판결이든 '학교' 자체를 당사자로 표시한 판결이든 그 상태로는 상속인이나 학교 운영주체인 법인에 대하여 기판력이 미칠 수 없고 형성력, 집행력도 인정할 수 없다는 의미에서 판결이 '무효'라고 해석할 수는 있다.[52)53)] 따라서 예컨대 사망자를 상대로 하거나 학교를 상대로 등기말소청구를 하여 승소판결을 받아 등기를 말소하였다고 하더라도 이는 무효인 판결에 기한 것이므로 진정한 권리자인 상속인이나 학교법인이 말소회복등기를 청구한다고 하여 기판력에 저촉되는 것이 아니다. 그러나 판결의 효력이 없다는 것과 그에 대한 상소가 적법한지 여부는 논리 필연적으로 연계되어 있다고 할 수 없다.[54)] 사망자를 피고로 한 판결이 무효여서 그 자체로는 상속인에게 효력이 미칠 수 없다고 하더라도 청구의 내용에 비추어 상속인과 사이에 소송관계가 형성될 수 있는 사건이라면 그 판결에 대한 상소를 허용하고 그 절차 안에서 권리관계를 규명할 수 있도록 허용하는 것이 모순된다고는 할 것은 아니다. 판결이 유효한 것이 상소의 전제조건이라고 볼 수는 없다.

---

52) 판례가 이미 사망한 자를 피고로 하여 제기된 소는 부적법하여 애초부터 시효중단 효력이 없고, 법원이 이를 간과하여 본안에 나아가 판결을 내린 경우에도 당연무효이므로 마찬가지라고 한 것도 같은 취지이다(대법원 2014. 2. 27. 선고 2013다94312 판결). 김홍엽, 앞의 책, 120면에서, 당사자능력이 없는 자나 사망자를 상대로 한 소에서 당사자확정 법리에 의하여 당사자요건을 갖춘 상속인 등이 실질적 당사자로 확정되는 것으로 본다고 하여 당사자표시정정 없이도 실질적 당사자에게 판결의 효력이 미친다는 것을 의미하지는 않는다고 한 것도 같은 맥락으로 이해된다. 반면 강현중, 앞의 책, 123~4면에서는, 표시정정이 되지 않은 채 판결이 확정되면 잘못 기재된 당사자와 동일성이 인정되는 범위에서 적법하게 확정된 당사자에게 효력이 미친다는 것이 판례라고 하면서 대법원 2011. 1. 27. 선고 2008다27615 판결을 들고 있다. 그러나 그 사건은 박종선(朴種宣)을 박종의(朴種宜)로 잘못 기재한 오기수정형 표시정정 사건이므로 이를 소송요건형 표시정정 사건에 일반화 할 것은 아니다.

53) 대법원 2017. 5. 17. 선고 2016다274188 판결도 같은 맥락에서 이해될 수 있다. 사망자를 채무자로 한 지급명령은 상속인에게 송달되는 등으로 형식적으로 확정된 것 같은 외형이 생겼더라도 유효하게 될 수 없고, 이와 마찬가지로 회생절차의 관리인을 채무자로 한 지급명령이 발령된 후 그 정본의 송달 전에 회생절차폐지결정이 확정되어 관리인의 권한이 소멸되었다면 그 지급명령에 기한 전부명령도 무효라고 한 사안이다.

54) 무권대리인의 촉탁에 의한 공정증서는 무효이지만 채무자는 청구이의의 소로써 강제집행 불허의 재판을 구할 수 있다고 한 대법원 1997. 4. 25. 선고 96다52489 판결, 사망자를 상대로 한 가처분결정에 대하여 상속인의 이의신청을 인정한 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다30578 판결 등은 집행권원이 무효임에도 그에 대한 쟁송을 허용한 사례이고, 그 밖에 무효의 가압류결정에 기한 가압류집행에 대하여 그 집행 이후 소유권을 취득한 자가 제3자이의 소에 의하여 위 집행의 배제를 구할 수 있다고 한 대법원 1982. 10. 26. 선고 82다카884 판결 등 참조.

3. 항소심에서의 소송요건형 표시정정의 허용 여부

사망자가 당사자인 사건에서 항소심에서는 당사자표시정정이 허용되지 않는다는 판례는 결국 그 1심 판결에 대한 항소도 부적법하다는 것과 연결된다. 반면 학설은 당연무효인 판결에 대한 상소는 원래 부적법한 것이지만, 사망자를 상대로 한 판결의 경우에는 무효인 판결에 의하여 생긴 외관을 제거하는 의미가 있으므로 예외적으로 상소를 허용해야 한다는 데에 대체로 견해가 모아져 있는 듯하다.[55] 그 설명 취지를 연장하면 사망자가 피고인 사건에서 적어도 상속인은 항소하여 표시정정을 신청할 수 있다는 것으로 이해될 수도 있기는 하나 분명하지는 않다.

사견으로는, 피상속인과 상속인, 학교와 학교법인 사이에 실질적 당사자 동일성이 인정되어 1심 단계에서 당사자표시정정이 허용되는 관계라면 항소심에서도 그 표시를 정정하도록 허용해서 안 될 이유는 없다. 피고가 당사자요건 결격자일 때 항소심에서 표시정정을 허용하면 심급의 이익이 박탈되는 문제가 있지만, 그런 경우는 피고의 경정에 관한 민사소송법 제260조 제1항 단서를 유추하는 등으로 피고의 동의가 있어야 한다고 새기면 충분하다. 그러므로 당사자표시가 잘못된 판결이 그 자체로는 효력을 발휘할 수 없다고 하더라도 패소자가 항소하여 항소심에서 당사자표시를 정정하고 올바른 당사자와 사이에 판결을 받을 수 있도록 하는 것을 원천봉쇄하고 반드시 새로운 소를 제기하라고 강제할 필요는 없다.[56] 이는 당사자의 동일성이 인정될 때만 당사자표시정정이 허용된다는 법리적 구조에 걸맞지 않고 소송경제와 당사자의 이익에도 배치될 수 있다. 상속인으로서는 스스로 적극당사자가 되어 신소를 제기하기보다는 이왕에 열려 있는 소송절차에서 피상속인이 패소한 1심 판결을 취소시킴과 동시에 항소로써 권리관계를 명확

55) 상세는 오상현, “소장 송달 전에 사망한 사람을 당사자로 한 판결의 효력과 상소, 수계”, 「법조」 2016. 2. (법조협회 2016), 316~322면 참조. 다만 여기서 ‘외관’이란 ‘유효한 판결인 것으로 보이는 것’이라고 하는 견해가 있는 반면(이시윤, 앞의 책, 144면), 판결이 존재한다는 것 자체를 외관으로 볼 수 없고, 판결에 따른 등기·등록 등을 말한다는 견해가 있다(김홍엽, 앞의 책, 126면). 뒤의 견해에 의하면 판결이 선고된 상태만으로는 항소할 수 없고 그 판결의 집행으로 등기·등록이 이루어진 다음이라야 추후보완항소를 할 수 있다고 보게 될 것이다.

56) 항소가 허용되지 않는다면 상속인으로서는 적극적 당사자가 되어 새로운 신청을 하거나 소를 제기할 수밖에 없다. 강제집행 이전이라면 청구이의의 소나 제3자 이의의 소를 제기하거나 집행문부여에 대한 이의신청 또는 승계집행문부여에 대한 이의의 소를 제기할 수 있을 것이고, 상속등기 전에 이미 집행이 마쳐졌거나 상속등기 이후 승계집행문을 받아 집행이 된 경우에는 말소등기에 대한 회복등기청구의 소를 따로 제기할 수밖에 없을 것이다.

하게 정리하고자 할 수도 있다. 이것을 다른 당사자표시정정의 경우와 구분하여 굳이 막을 이유는 없다.[57] 요컨대 법리적으로나 소송경제 등 실질의 측면에서나 사망자를 당사자로 한 판결이 선고되었다고 하여 항소심에서 당사자표시정정을 허용하지 못할 이유는 없다. 당사자가 사망자인 경우이든 다른 당사자능력 결격 사유가 있는 경우이든 그 흠은 관련 당사자의 심급이익 등을 침해하지 않는 범위에서는 항소심에서도 보정될 수 있다고 보는 것이 타당하다.

한편 최근 대법원은, 조세심판청구를 하였다가 조세심판원의 결정 이전에 다른 회사에 흡수 합병되어 해산된 법인을 그대로 원고로 표시하여 과세처분의 취소를 구한 사건에서 원고표시정정이 되지 않은 채 원고 패소의 1심 판결이 선고된 후 항소심에서 비로소 합병회사로 당사자표시정정신청을 한 데 대하여 이를 허용해야 한다는 취지로 판시하였다.[58] 비록 그 사건에서는 항소심에서 표시정정이 허용되느냐가 직접 쟁점이 되지는 않았지만 법인의 합병 소멸은 자연인의 사망과 유사하게 볼 수 있다는 점에서, 내용적으로는 항소심에서 하는 당사자표시정정을 허용하지 않던 종전 판례와는 분명 다른 걸음을 뗀 것이라고 평가할 수 있다.

당사자의 동일성이 인정되어야 표시정정이 가능하다는 점, 소송요건은 사실심 변론종결 시까지 갖추면 되는 점, 그 밖에 기왕에 시작된 소송절차에서 분쟁을 해결하고자 하는 당사자의 의사와 이익 등 소송경제와 신속성 등 어느 측면에서 보더라도 일반적인 사망자 사건에 관하여 항소심에서 하는 표시정정을 원천봉쇄하는 기존 판례는 재고되어야 한다.[59]

---

57) 대법원 2002. 4. 26. 선고 2000다30578 판결은, 사망자를 상대로 한 가처분결정에 대하여 상속인은 무효인 그 가처분결정에 의하여 생긴 외관을 제거하기 위한 방편으로 가처분결정에 대한 이의신청을 하여 취소를 구할 수 있다고 하였다. 사망자 상대 판결이 당연무효이어서 그에 대한 항소는 부적법하다는 판례의 논리를 적용하면, 사망자 상대 가처분결정에 대해서도 상속인은 채무자 지위에서 이의신청으로 다툴 것이 아니라 제3자의 지위에서 제3자 이의의 소를 제기하여야 한다고 볼 여지도 있다. 그러나 위 판례는 가처분채무자의 포괄승계인인 상속인 지위에서 이의신청으로도 다툴 수 있다고 본 것이다.

58) 대법 2016. 12. 27. 선고 2016두50440 판결.

59) 그러나 상고심에 이르러 당사자표시정정의 방법으로 흠결을 보정할 수는 없다고 할 것이다(대법원 2012. 6. 14. 선고 2010다105310 판결). 상대방의 심급이익의 보장 및 법률심으로서의 상고심의 성격 때문이다. 같은 취지의 판례로는, 원고가 사망자인 사건에서 원고승소의 원심판결에 대하여 피고가 상고한 사건에서 상고각하를 한 대법원 1994. 1. 11. 선고 93누9606 판결이 있고, 피고가 사망자인 사건에서 원고 패소의 원심판결에 대하여 원고가 상고한 사건에서 상고각하를 한 대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다33775 판결; 대법원 2002. 8. 23. 선고 2001다69122 판결이 있다.

Ⅴ. 종합 정리

당사자표시정정에 관해서는 오랜 동안 다수의 판례가 집적되면서 많은 논점이 정리되었다. 집적된 판례를 분석해 보면 법리적으로 의미 있는 유형 분류가 가능하다. 그 첫째는 당사자표시의 단순한 오기나 사후 변동 등을 반영 보충하기 위한 오기수정형 표시정정이고, 둘째는 당사자능력이나 당사자적격 등 당사자요건의 흠결을 보정하기 위한 소송요건형 표시정정, 마지막 셋째는 새로운 당사자로 교체하는 당사자변경형 표시정정이다.

오기수정형 표시정정이 허용된다는 데에는 어떤 이견도 없다. 이미 선고된 판결에 오기가 있을 때 판결경정이 허용되는 것과 마찬가지이다.

당사자표시정정의 본류는 소송요건형 표시정정이다. 당사자능력이나 당사자적격 등 소송요건에 흠결이 있는 당사자가 원고가 되거나 그런 당사자를 피고로 하는 소는 부적법하므로 각하의 대상이 되는 것이지만, 소송요건의 흠결은 보완할 수 있는 한 최대한 보정의 기회를 주어야 한다. 그것이 국민의 헌법적 기본권인 재판청구권을 실질적으로 보장하는 것이고, 소송법의 정신에 부합한다. 당사자요건에 흠결이 있을 때 석명권의 행사 등 소송지휘를 통하여 보완할 수 있는 기회를 부여하지 않은 채 소를 각하하면 위법하다고 하는 판례는 그와 같은 법원의 후견적 기능을 고려한 것이라고 할 수 있다.

소송요건형 표시정정에서 가장 논란이 되는 대상은 사망자를 당사자로 하는 사건이다. 당사자가 소 제기 이후에 사망하면 소송승계로 해결하면 되고 그에 대해서는 민사소송법도 규정을 두고 있다. 그러나 소 제기 전에 이미 사망한 경우에 관해서는 정한 바가 없다. 판례는 사망자가 당사자인 소는 실질적으로 상속인을 상대로 한 것이라고 해석하고 당사자 표시를 정정할 수 있도록 하되, 표시정정이 되지 못한 채 1심 판결이 선고되고 나면 상소심에서는 당사자표시정정이 허용되지 않는다는 독특한 법리 체계를 구축했다. 사망자를 상속인으로 당사자표시를 바꾸는 것이 당사자표시정정에 해당하는지 당사자변경에 해당하는지는 순수 법리론으로 쉽게 단정하기는 어렵다. 소송경제 등 논리 외적인 요소까지 감안하여 다분히 정책적 결단을 할 문제로 보인다. 그런데 피고경정 제도가 민사소송법에 명문으로 규정된 이후로도 벌써 30년 가까운 세월이 흘렀다. 법적 안정성을 희생하고라도 굳이 피고경정 제도로 규율 구도를 바꾸지 않으면 안 될 만큼 표시

정정론에 어떤 법리적 맹점이 있다고 보기는 어렵다. 소송법은 법리 체계 못지않게 재판실무의 관행도 주의 깊게 응시하여야 한다. 절차의 예측가능성도 중요한 것이고, 관행은 흔히 충분히 합리적인 나름의 근거를 지니고 있기 때문이다.

다만 그러한 판례 법리에 의하더라도 사망자가 피고가 아니라 원고인 사건에서는 당사자표시정정으로 보완하는 것이 대개는 문전에서 배척당한다. 이는 당사자표시정정 법리 자체의 논리라기보다는 민사소송법 제1조가 대원칙으로 선언하고 있는 신의성실의 원칙이 작동한 것으로 이해될 수 있다. 판례가 재심이나 낙찰허가결정에 대한 항고, 행정심판을 거친 행정소송 등 선행절차가 있는 경우에는 사망자 명의로 제소되었더라도 상속인으로 표시정정이 허용된다고 하는 것 역시 신의칙 적용의 틀로 접근하면 쉽게 납득이 된다.

당사자변경형 표시정정은 경계해야 할 한계이다. 당사자표시정정과 당사자변경은 인접 영역이지만 법적 효과에서 현격한 차이가 있다. 상속포기가 개재된 사망자 상대 사건에서 1순위 상속인을 2순위 상속인으로 당사자 교체를 하는 것을 당사자표시정정으로 보고 허용하여야 한다는 일련의 판례는 그 경계선을 넘은 것이다. 소송절차의 운용은 언제나 양쪽을 살펴야 하고 어느 한쪽의 절차적 이익이 외면되지 않도록 하여야 한다. 사망자를 상대로 제기한 소가 2순위 상속인에 대한 채무의 소멸시효 중단 사유가 된다고 한 것은 당사자표시정정 법리의 부적절한 확장이다.

당사자표시정정과 당사자의 변경을 가르는 추상적 기준은 당사자의 동일성이다. 동일성이 유지되면 표시정정으로 가능하지만, 그렇지 않으면 임의적 당사자변경이 되어 법이 허용한 피고경정의 요건을 충족해야 인정된다. 동일성 판단을 위해서는 관념적으로 사실상의 당사자 내지는 실질적 당사자를 상정하여야 한다. 그러나 사망자 사건과 같은 경우에 실질적 당사자를 누구라고 관념할 것인지에 대해서는 당사자확정 이론에 관한 어느 견해를 적용하더라도 명료하지가 않다. 이 점은 전통적 당사자확정 이론과는 좀 다른 시각에서 접근해 볼 수 있다. 당사자표시정정은 당사자의 법적 지식의 부족이나 판단의 오류를 보완해 주는 지원과 후견의 방책이라는 데 주목함으로써 당사자 동일성 판단의 실마리를 찾는 것이다. 판례가, 법원은 당사자의 표시정정신청을 수동적으로 기다리기만 할 것이 아니라 능동적으로 석명권을 행사하여 정정을 유도할 의무가 있다고 하는 것은 국민의 헌법상 기본권인 재판청구권을 실질적으로 뒷받침하기 위한 것이라고 할 수 있다. 그러나 민사소송의 근본원리인 당사자주의와 처분권주의의 한계를 무너뜨

려서는 안 되는 것이므로, 당사자 지정과 관련하여 법원이 개입 관여하는 것은 소송요건의 흠을 보정하는 한도에서 그쳐야 한다. 법원으로서는 재판을 청구한 당사자의 뜻을 최대한 수용하여 본안 판단의 단계에 이를 수 있도록 도와야 하지만, 소송요건을 보정하는 차원을 넘는 당사자표시정정은 당사자주의의 기본원칙에 어긋난다. 단적으로 소각하를 면하게 하는 당사자표시정정은 허용되지만 청구기각을 면하게 하는 당사자표시정정은 피고경정의 영역이라고 보아야 한다.

사망자를 상대로 한 소송의 상소심에서도 당사자표시정정이 허용되는지에 관한 판례의 논거는 설득력이 없다고 본다. 당사자 동일성의 관문을 통과할 수 있는 범주의 정정이라면 항소심이라고 하여 무조건 막을 이유는 없다. 특히 1심 판결 후 상속인이 당사자표시정정신청이나 소송수계신청의 방법으로 스스로 절차 참여의 기회를 요구하면서 항소하였는데, 그런 1심 판결은 당연무효이니 항소할 이익이 없다고 하여 내치는 것은 재고되어야 한다. 논거도 박약하고 당사자의 권리 구제나 소송경제 등 어느 면에도 긍정적이지 않다.

당사자표시정정의 법리는 판례법으로 자리 잡았다고 평가되고 있다. 그러나 단순 집적은 일탈의 위험이 있다. 그 법리가 적용될 수 있는 대상과 유형, 당사자 변경과의 경계선, 당사자 동일성 요건의 판단 기준, 상소심에서의 당사자표시정정과 상대방의 권리구제 방법 등 연계된 쟁점을 관통하는 논리 체계가 바탕에 깔려 있어야 한다. 그래야만 구체적 사건을 조망하는 시야가 명료하다.

(논문투고일: 2017.11.10., 심사개시일: 2017.11.14., 게재확정일: 2017.12.14.)



박 병 대

당사자표시정정, 당사자변경, 당사자 확정, 피고 경정, 당사자의 동일성, 사망자 상대 소송, 상속 포기, 당사자능력, 당사자적격, 신의성실의 원칙

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

강현중, 「신민사소송법강의」 (박영사, 2015)

김홍엽, 「민사소송법」(제6판) (박영사, 2016)

민사판례연구회 편, 「2000년대 민사판례의 경향과 흐름 (박영사, 2012)

민일영/김능환 편집대표, 「주석 민사소송법(Ⅰ)」 (한국사법행정학회, 2012)

이시윤, 「신 민사소송법」(제10판) (박영사, 2016)

전병관, 「민사소송법 강의」(제9판) (홍문사, 2017)

정동윤/유병현/김경욱, 「민사소송법」(제5판) (법문사. 2016)

정영환, 「신민사소송법」(세창출판사, 2009)

호문혁, 「민사소송법」(제11판) (법문사, 2013)

Ⅱ. 논문

강현중, “소송계속 전 원고가 사망한 경우 그 소송대리인의 소송대리권”, 법률신문 2016. 11. 10.자

김익환, “당사자표시정정의 허용범위”, 「민사판례연구」 37권 (박영사, 2015)

성경희, “사망자를 피고로 하여 제소한 경우, 상속인 및 후순위 상속인으로의 당사자표시정정 허용 여부”, 「재판과 판례」 16집, (대구판례연구회, 2007)

오상현, “소장 송달 전에 사망한 사람을 당사자로 한 판결의 효력과 상소, 수계”, 「법조」 2016. 2.

유병현, “당사자의 사망이 소송절차에 미치는 영향”, 「민사소송」(한국민사소송법학회지) 제12권 제1호 (한국사법행정학회, 2008)

이상원, “원고가 사망자의 사망 사실을 모르고 그를 피고로 표시하여 소를 제기한 경우, 사망자의 상속인으로의 당사자표시정정이 허용되는지 여부 및 이 경우 실질적인 피고로 해석되는 상속인의 의미”, 「대법원판례해설」 63권 (법원도서관, 2007)

Abstract

The Legal Analysis on the Rectification of a Party

Park, Byoung Dae

Courts have acknowledged the correction or rectification of the names of the lawsuit parties in many cases. Those cases can be categorized in three types. The first is the type of error correction, the second is the type of supplementation of the lack of requisite for proceedings like the qualification for a party, and the last is the type of party substitution. The party who is already dead before the filing of a suit can be substituted to his or her heir and heiress. Theoretically, it can be comprehended as the modification rather than the substitution of the parties. Such understanding would be good for the cost economy and efficiency of the process. But when the dead is plaintiff, the party rectification is principally not allowed because the action is unsuitable for a lawsuit. But it is exceptional on occasion of the action followed by the relevant contentious cases. This exception can be interpreted with the fair and equitable principle provided by the Code of Civil Procedure.

The theory of the party rectification has an underlying assumption of the existence of the de facto party or the real party in interest behind the party indicated in the written complaint. But regretfully, there is a limit to making a clear explanation on the party recognition by any of the existing relevant theories. It can be understood as the court's guardianship to ensure the constitutional right to access to courts. But because the court's guardianship should not go beyond the basic limits of the adversary system, the party rectification should be restricted to the

backup of deficiencies in the requisite for proceedings. Therefore the alteration of parties may not be allowed under the name of the party rectification. Nonetheless, on the basis of the party rectification, the Supreme Court has allowed the alteration of the parties who is the heirs of prior ranking to the subordinated heirs. But the validity of the precedent's grounds should be scrutinized and reconsidered.

And there are some precedents which the trial court's judgement is void if it is rendered without the party rectification in the dead party case. But those precedents seem not to have sufficient logical grounds. In view of the protection of right, cost efficiency and the stability of proceedings, the petition for party rectification does not have to be always rejected only for the reason that it is filed in the process of the appellate court trial. Considering the main axis in the theory of the party rectification is the type of supplementation of the lack of requisite for proceedings, it is necessary to clearly recognize the logic of the application so that the target and zone limits are not deviated from the category.



Park, Byoung Dae

Rectification of a Party, Alteration of a Party, Recognition of a Party Capacity of a Party, Qualification for a Party, Death of a Party, Principle of Faith and Trust(Fair and Equitable Principle)

계약금 교부의 법적 성질 재검토

정 상 현(鄭相鉉)*

【목 차】

I. 서 설
II. 계약금의 교부와 해약금 추정
1. 계약금에 관한 입법례
2. 민법 제565조 제1항의 제정과정
3. 해약금 추정에 대한 평가
III. 계약금계약의 법적 성질에 관한 논의
1. 계약금계약의 독립성
2. 계약금계약의 요물성 여부
3. 학설과 판례의 검토
IV. 새로운 해석의 시도와 그 근거
1. 새로운 해석의 단초
2. 계약금 교부에 대한 당사자의 의사
3. 계약금계약 개념의 인정실익 여부
4. 민법 제565조 제1항의 해석
5. 계약금 교부와 계약 구속력의 관계
6. 계약금의 일부 교부
V. 결 어

【국 문 요 약】

계약금의 교부는 임대차계약이나 도급계약에서 빈번하게 사용되고 있으나 매매계약에서 가장 일반화되어 있다. 특히 부동산 매매계약에서는 매수인이 매매대금의 10% 정도를 계약금으로 수수하는 관행이 확립되어 있다. 계약금의 교부는 계약체결의 증거가 되기도 하고, 약정해제권을 유보하기도 하며, 별도의 특약으로 계약위반에 대한 제재로서 위약금의 역할을 하기도 한다. 계약금 교부에 대한 우리 민법학계와 판례의 일반적인 생각은 매매계약과 같은 주된 계약과 별도로 계약금의 교부를 위하여 체결되는 독립적 계약의 존재를 인정한다. 이를 널리 계약금계약이라고 하며, 그 법적 성격을 요물계약이라고 해석한다. 그리하여 계약금의 일부를 먼저 지급하고 잔액을 나중에 지급하기로 약정하거나 계약금 전부를 나중에 지급하기로 약정한 경우, 계약금계약은 성립하지 않았으므로 해약금 추정 규정인 민법 제565조 제1항에 따라 주된 계약을 해제할 수 없다고 한다.

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수・법학박사

이러한 태도는 민법 제565조 제1항의 해석이나 거래현실, 당사자의 의사에 비추어 타당하지 않으며 그 실익도 없다고 생각한다. 왜냐하면 해약금 추정의 효력은 계약금 교부를 굳이 계약금계약이라든가 요물계약 내지 낙성계약이라 하지 않더라도, 주된 계약의 내용으로 계약금을 모두 교부하면 그 자체로서 발생하는 법률효과이기 때문이다. 계약금은 그 이상도 그 이하도 아닌 매매대금의 일부이고, 분할하여 지급되는 대금 중 가장 선행하는 것으로서 특별한 의미가 있을 뿐이다.

민법 제565조 제1항은 '계약 당시에' 계약금이 '교부'된 경우 '당사자간에 다른 약정이 없는 한' 해약금으로 추정하므로, 교부자는 이를 '포기'하고 수령자는 그 배액을 '상환'하여 매매계약을 해제할 수 있다고 규정한다. 법해석의 일반원칙에 따를 경우 위 규정의 적용을 위하여 문리해석을 넘는 확장, 축소, 유추 등을 해야 할 필요는 없다. 그리고 계약금의 교부는 계약금이 전부 교부되어야 함을 전제로 하는 것이지 일부가 교부되는 것을 포함하지는 않을 것이다. 해약금 추정의 법적 효과는 위 규정이 제시하고 있는 법률사실, 즉 계약금의 교부에 따른 것일 뿐이다. 그 외에 독립적인 '계약금계약'이라든가 계약금계약의 '성립' 등은 불필요하고, 요물계약이나 낙성계약의 성질에 따른 논리구성 역시 무의미하다.

현실적인 거래에서 매수인이 매도인에게 지급하는 중도금이나 잔금이 대금의 일부라는 점에 의문이 없는 것처럼 계약금 역시 동일한 의미를 갖는다. 다만 계약금은 그 중 가장 먼저 지급되는 것으로 증약금, 해약금, 별도의 위약금약정과 그에 대한 손해배상액의 예정으로 추정되는 효과가 발생될 뿐이다. 그러므로 계약금의 교부를 반드시 주된 계약과 별도로 체결되는 '계약'으로 볼 필요는 없으며, 계약금계약이 '성립'되어야 해약금 추정의 효력이 발생되는 것도 아니다. 실제로 매수인이 매도인에게 계약금을 교부하면서 매매계약과 별도로 '계약금의 지급에 관한 계약'을 체결한다는 의사를 가지지는 않을 것이다. 오히려 매매계약의 내용으로 전체 매매대금을 계약금, 중도금, 잔금으로 분할하여 지급하기로 약정하는 정도의 의사를 갖는다고 해석하는 것이 현실에도 부합한다.

I. 서 설

계약금(Draufgabe)은 매매계약 등을 체결하면서 당사자의 합의에 따라 일방이 상대방에게 교부하는 금전 기타 유가물을 의미한다. 계약금이라는 용어 외에 내금, 선금 또는 선급금, 착수금, 보증금, 약정금, 해약금, 예약금 등으로도 사용된다. 중국에서는 정금(定金)이라 하고 일본에서는 수부(手附)라고 하는데[1], 특히 후자는 우리민법에서도 익숙한 용어였다.[2] 계약금은 매매 뿐만 아니라 임대차, 도급 등에서도 적지 않게 사용되고 있으나 매매에서 가장 일반화되었다. 특히 부동산 매매계약에서 대금의 약 10%를 계약금으로 교부하는 관행은 거의 일상적이라고 하여도 좋을 정도이다.[3] 계약금은 계약 당일 전액 수수하는 것이 통상적이지만, 경우에 따라서는 그 일부나 전부를 사후에 지급하는 약정을 하기도 한다. 계약금의 교부에 관하여 부여된 일정한 법적 효과는 과거 요물계약이었던 매매계약이 낙성계약으로 발전하는 과정에서 생겨난 것으로 파악되고 있다.[4]

계약금의 교부는 그 법적 효과와 관련하여 다양한 속성을 갖는다. 주된 계약의 체결 증거가 되는 성질(증약금)이나 약정해제권을 유보하는 성질(해약금), 별도 특약을 전제로 계약위반에 대한 제재의 성질을 갖기도 한다(위약금).[5] 판례에 따

---

1) 일본민법전에서는 手付를 사용하고 있으나 手附를 혼용하는 경우도 있다. 吉田豊, 手付の研究, 日本比較法研究所研究叢書(69), 中央大學出版部, 2005 ; 吉田豊, “近代民事責任の原理と解約手附制度との矛盾をめぐって”, 法学新報 第72卷 第1・2・3号, 中央大学法学会, 1965 ; 遠藤浩, “手付契約の解釈”, 民事研修 第545号, 2002 ; 末川博, “手附契約の解釈”, 民商法雜誌 第26卷 第4号, 有斐閣, 1951 ; 遠田新一, “手附の性質”, 民商法雜誌 第30卷 第6号, 有斐閣, 1955 ; 来栖三郎, “日本の手附法”, 法学協会雜誌 第80卷 第6号, 1964.

2) 대법원 1953. 1. 1. 선고 52다18 판결 (4285민상18) ; 대법원 1955. 3. 10. 선고 4287민상383・384 판결 ; 대법원 1955. 5. 31. 선고 4288행상22 판결 ; 대법원 1966. 6. 21. 선고 66다699・700 판결 ; 서울고등법원 1949. 5. 20. 선고 4282민공20 판결 ; 대구고등법원 1953. 3. 25. 선고 4284민공266 판결.

3) 한웅길, “계약금에 관한 소고”, 동아법학 제40호, 동아대학교법학연구소, 2007.8, 128면.

4) 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2011, 130면.

5) 김현태, 채권법각론, 일조각, 1986, 112면 ; 김형배, 채권각론[계약법], 박영사, 2001, 305-306면 ; 김증한・김학동, 채권각론, 박영사, 2006, 215-216면 ; 황적인, 채권법각론, 한국방송통신대학교출판부, 1999, 160-161면 ; 장재현, 채권법각론, 경북대학교출판부, 2006, 217-219면 ; 김상용・박수곤, 민법개론, 화산미디어, 2015, 1550-1552면 ; 송덕수, 신민법강의, 박영사, 2017, 1376-1378면 ; 지원림, 민법강의, 홍문사, 2017, 1385-1386면 ; 심재돈, 민법주해(편집대표 곽윤직), 제XIV권, 채권(7) 제554조-제597조, 박영사, 1997, 139-140면 ; 이용운, 주석민법(편집대표 박준서), 채권각칙(2), §543-§567, 한국사법행정학회, 1999, 415면 ; 박동진, 계약법강의, 법문사, 2016, 160면 ; 곽윤직, 앞의 책, 130-131면 ; 한삼인, “계약금에 의한 매매계약의 해제”, 고시계 제47권 제9호, 2002.8, 136-137면 ; 박병칠, “계약금포기・배액상환의 약정 및 관련문제-판례를 중심으로-”, 민법연구 제3집, 대한민사법학회, 1994, 104면.

르면 계약금이 해약금과 손해배상액의 예정을 겸유할 수도 있다고 한다.[6] 그 외 주된 계약의 성립을 위한 성약금의 성질을 인정하는 견해도 있는데[7], 이는 계약금의 교부를 요물계약으로 이해할 때 의미 있는 속성으로 볼 수 있다.[8] 우리민법은 매매계약에서 교부된 계약금을 해약금으로 추정하고 이를 다른 유상계약에 준용하고 있다(민법 제567조). 계약금을 해약금으로 추정하는 민법 제565조 제1항은 "매매의 당사자 일방이 계약 당시에 금전 기타 물건을 계약금, 보증금 등의 명목으로 상대방에게 교부한 때에는 당사자간에 다른 약정이 없는 한 당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하고 수령자는 그 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다."고 규정한다.

계약금과 관련하여 우리 민법학계에서 제기되는 가장 첨예한 논란은 그 교부를 요물계약으로 볼 것인가 낙성계약으로 볼 것인가 하는 문제이다. 그리고 그 전제로서 학자들은 예외 없이 계약금의 수수에 관한 약정이 주된 계약과 별도로 체결되며, 이를 널리 계약금계약이라고 한다.[9] 판례 역시 독립적인 계약금계약 개념을 인정하면서 그 법적 성격은 요물계약이라고 천명하였다. 그리하여 주된 계약 체결 시에 계약금의 일부를 먼저 지급하고 잔액을 나중에 지급하기로 약정하거나 계약금 전부를 나중에 지급하기로 약정한 경우에 대하여, 대법원은 계약금계약이 성립하지 않았으므로 당사자는 민법 제565조 제1항에 의하여 주된 계약을 해제할 수 없다고 판시하였다.[10]

---

6) 대법원 1967. 3. 28. 선고 67다122 판결 ; 대법원 1971. 5. 24. 선고 71다473 판결 ; 대법원 1992. 5. 12. 선고 91다2151 판결 ; 대법원 1996. 10. 25. 선고 95다33726 판결. 학설은 긍정하는 견해(김동훈, "계약금의 수수에 따른 몇 가지 법률문제", 신세기의 민사법 과제, 법원사, 2001, 394면 ; 김민중, "계약금몰수·배액상환의 약정", 고시계 제576호, 2005, 75면 ; 손재종, "매매계약과 계약금 약정의 법률관계 검토", 부동산학연구 제15집 제2호, 한국부동산분석학회, 2009.8, 67면 ; 강신웅, "위약 계약금·보증금 등의 해석과 민법 제398조의 입법론", 기업법연구 제16호, 한국기업법학회, 2004.3, 503-505면 ; 오종근, "계약금의 법적 성질-해약금을 중심으로-", 법학논집 제15권 제3호, 이화여자대학교법학연구소, 2011.3, 177면 ; 박병칠, 앞의 논문, 108면)와 부정하는 견해(남효순, "계약금약정에 관한 몇가지 쟁점", 서울대학교 법학 제39권 제2호, 서울대학교법학연구소, 1999, 284-285면 ; 최창렬, "계약금계약에 관한 연구", 재산법연구 제20권 제1호, 한국재산법학회, 2003.8, 68면 ; 김학동, "손해배상의 예정", 인권과 정의 제252호, 대한변호사협회, 1997, 109면)로 나뉜다.

7) 김기선, "계약금(보증금)", 고시계 제25권 제10호, 1980.9, 44면.

8) 심재돈, 앞의 책, 139면.

9) 곽윤직, 앞의 책, 130면 ; 송덕수, 앞의 책, 1375면 ; 지원림, 앞의 책, 1385면 ; 김상용·박수곤, 앞의 책, 1550면 ; 엄동섭, "계약금(해약금)계약의 법적 성질", 저스티스 제152호, 한국법학원, 2016.2, 178면 ; 송호영, "해약계약금의 약정에서 계약금의 일부만 지급된 경우의 법률관계", 민사판례연구 제38권, 박영사, 2016, 463면.

10) 대법원 1955. 3. 10. 선고 4287민상388 판결 ; 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다73611 판결 ; 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다231378 판결.

본 논문은 학설과 판례에 의하여 일반적으로 수용되고 있는 계약금계약의 독립적 의미에 관한 것이다. 즉 매매계약 등의 주된 계약과 별도로 '계약금계약'이라는 독자적 개념을 인정할 법 이론적 필요 내지 실익이 있는지, 현실 거래에서도 당사자가 그러한 인식을 바탕으로 계약을 체결하는지 등에 관하여 검토한다. 나아가 계약금계약을 전제로 한 요물계약설과 낙성계약설의 주장 내용과 근거 역시 논의 대상으로 삼을 것이다. 어떤 법리적 성질이 불필요한 논란을 야기하는 원인이 되는데도 굳이 그 전제가 되는 개념을 인정해야 하는지는 의문이다. 실제 부동산 매매계약의 체결과정을 볼 때 매수인이 계약금을 교부하면서 매매계약과는 별도의 계약금계약을 체결한다고 인식할까? 과연 매수인은 계약금계약의 체결에 따른 채무 이행으로서 계약금을 교부한다고 생각할까? 민법상 계약금의 교부에 대한 법적 의미를 다시 생각할 필요가 있다고 생각한다.

II. 계약금의 교부와 해약금 추정

1. 계약금에 관한 입법례

우리민법 제565조 제1항에서 교부된 계약금을 해약금으로 추정하는 법률효과는 전통적인 우리 제도를 법전화한 것이 아니라 서구의 법제를 계수한 것이다. 다만 서구 역사에서도 계약금은 민법의 변방적 존재(Randexistenz)로 취급되어 깊이 있는 논의 대상이 되지 못하였다. 근대민법에 이르러 낙성계약 원칙이 정립된 후에는 더욱 계약금 수수에 대하여 특별한 의미를 부여하지 않았다.[11] 그리하여 독일민법 제336조 제2항은 계약금에 증약금의 의미를 부여하였을 뿐 해약금(Reugeld)으로 보지는 않았다.[12] 스위스채무법 제158조 역시 계약금을 증약금으로 보면서(제1항), 해약금으로 약정된 경우에는 교부자가 이를 포기하고 수령자는 그 배액을 상환하여 계약을 해제할 수 있다(제3항)고 규정한다.[13] 반면 프랑

11) Volker Rieble, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, Recht und Schuldverhältnisse, §§328-359, 12.Aufl., Sellier de Gruyter, 2004, 2 zu §336, S.230 ; Peter Gottwald, Münchener Kommentar zum BGB, Bd.2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§241-432 6.Aufl., C. H. Beck, 2012, 1 zu §336, S.2291.

12) 독일민법 제336조 (1)계약체결에서 계약금으로 교부된 것은 계약체결의 표지로 인정된다. (2)계약금은 의심스러운 경우 해약금으로 인정되지 않는다.

13) 스위스채무법 제158조 (1)계약금으로 교부된 것은 계약체결의 증거로 간주되고 해약금이 아니다. (2)관행이나 계약으로 별도의 정함이 없으면 계약금을 수령한 자는 채권에 충당함이 없이 보유한다. (3)해약금이 약정된 경우 교부한 자는 이를 포기하고 수령자는 배액을 상환하여 계

스민법 제1590조는 매매의 예약과 관련하여, 예약금(les arrhes)이 수수된 경우 교부자는 예약금을 포기하고 수령자는 그 배액을 상환함으로써 매매예약을 해제할 수 있도록 규정하여, 예약금을 해약금으로 추정한다.[14] 일본민법 제557조 제1항[15]은 계약금에 대한 해약금 추정 규정을 두지만, '계약 당시에', '당사자간의 다른 약정이 없는 한'과 같은 내용을 포함하지 않고 있는 점이 우리와 다르다.[16] 한편 중국은 합동법(계약법) 제115조에서 계약금에 관하여 규정하고[17], 제114조에서 위약금을, 제116조에서 계약금과 위약금을 동시에 약정한 경우의 선택을 규정할 뿐, 별도의 해약금 추정 규정은 없다.[18][19]

2. 민법 제565조 제1항의 제정과정

우리 역사 속의 민사거래에서도 계약금 유사의 금전을 교부하는 관행이 존재하였다. 조선시대에 부동산 매수인은 매도인에게 계약을 파기하지 않겠다는 증거로 대금의 일부를 미리 선급하였다. 다만 이러한 금전의 교부를 해약금으로 추정하는 관습은 없었다. 당사자가 해약하는 경우 매도인은 언제나 수령한 계약금을 반환하도록 하고, 매도인이 해약하지 않으면 이를 대금의 일부로 취급하여 충당

약을 해제할 수 있다.

14) 프랑스민법 제1590조 당사자 사이에 예약금의 지급과 함께 매매예약이 약정된 경우, 교부자는 예약금을 포기하고 수령자는 그 배액을 상환함으로써 매매예약을 해제할 수 있다. 이 규정은 매매의 예약(la promesse de vente)을 해제하는 것으로 본계약의 해제에 관한 우리민법과는 큰 차이가 있다는 견해도 보인다. 명순구, "계약금약정의 해석", 법학논집 제35집, 고려대학교법학연구원, 1999.12, 90면.

15) 일본민법 제557조 매수인이 매도인에게 계약금을 교부한 때에는 당사자의 일방이 계약의 이행에 착수하기까지는 매수인은 그 계약금을 포기하고 매도인은 그 배액을 상환하여 계약을 해제할 수 있다.

16) 일본민법 제557조의 제정과정에 관하여 자세한 것은 廣中俊雄・星野英一, 民法典の百年Ⅲ, 個別的觀察(2) 債權編, 有斐閣, 1998, 310頁 이하 ; 이준현, "주된 계약과 더불어 계약금계약을 한 당사자가 계약금의 전부 또는 잔금을 지급하지 않은 경우의 법률관계", 법조 제663호, 법조협회, 2011.12, 277-284면 ; 최창렬, "해약금계약의 법적 성질", 토지법학 제32권 제2호, 한국토지법학회, 2016.12, 279-283면 ; 한웅길, 앞의 논문, 133면 참조.

17) 中華人民共和國 合同法 제115조(계약금) ①당사자는 '중화인민공화국 담보법'에 따라 채무이행을 위한 채권자의 권리를 담보하기 위하여 계약금(定金)을 지불할 것을 약정할 수 있다. ②채무자가 채무를 이행한 경우에 계약금은 그 대금으로 충당되거나 계약금을 지불한 당사자에게 반환하여야 한다. ③계약금을 지불한 당사자가 채무를 이행하지 아니한 경우에는 계약금의 반환을 청구하지 못한다. 계약금을 수령한 당사자가 계약 내용에 따른 채무이행을 하지 아니한 때에는 상대방으로부터 수령한 계약금의 배액을 반환하여야 한다.

18) 계약금의 법적 성질과 관련된 중국합동법 해석에 대하여 자세한 것은 채성국, 중국의 계약책임법, 경인문화사, 2008, 226-227면 참조.

19) 외국의 입법례에 관하여 자세한 것은 김동훈, "민법의 해약금 규정의 운용방향", 비교사법 제22권 제3호, 한국비교사법학회, 2015.8, 1115면 ; 오종근, 앞의 논문, 171-173면 참조.

하였다.[20] 이러한 관습과 달리 현행민법 제565조 제1항은 교부된 계약금을 해약금으로 추정하고 있다. 이 규정의 제정 당시 입법자의 의사를 파악할 수 있는 이유서(Motive)나 심의록(Protokolle)과 같은 자료를 찾을 수 없어서, 여기에 어떤 취지가 내포되어 있는지 명확하게 알 수는 없다.

당초 위 규정의 초안은 제554조로서 제1항 "매매의 당사자 일방이 계약 당시에 금전 기타의 물건을 상대방에게 교부한 때에는 이를 계약금 또는 보증금으로 추정한다.", 제2항 "계약금 또는 보증금은 위약금의 약정으로 본다."라고 규정되었다. 이에 관한 국회 법제사법위원회의 심의에서는 참조한 외국 입법례로 스위스채무법 제158조와 프랑스민법 제1590조를 소개하고 있을 뿐이며, 당시 일본민법과는 그 취지나 내용이 다르다고 평가하였다.[21] 나아가 동 위원회는 초안을 현행민법과 같이 수정하면서, "우리나라의 매매계약의 실제가 이미 계약금, 보증금 등의 명목으로 매매 당시 수수한 경우에는 이를 포기 또는 배액상환 함으로써 계약을 해제할 수 있는 약정해제권 보류를 의미하는 것으로 관습에 익어졌기 때문에 현행법과 동취지로 본조를 수정함이 가하다."라고 제안하였고, 심의위원들 역시 그러한 '수정안에 합의' 하였다.[22] 따라서 우리민법의 제정과정에서는 계약금을 위약금으로 간주할 것인지, 해약금으로 추정할 것인지에 대한 논의는 있었다. 그러나 계약금의 교부를 과연 주된 계약과 독립된 계약으로 볼 것인지, 요물계약으로 볼 것인지 아니면 낙성계약으로 볼 것인지에 대한 논의는 전혀 없었다. 민법 제565조 제1항은 최근 몇 차례의 민법개정 시도에서도 별다른 변화 없이 본래 모습을 유지하고 있다.[23]

3. 해약금 추정에 대한 평가

민법 제565조 제1항의 해약금 추정 규정에 대해서는 그 타당성 평가와 관련하여 긍정론과 부정론으로 견해가 나뉜다. 긍정론은 국민들의 법의식에 계약금을 해약금으로 추정하는 관습이 이미 형성되었고[24], 당사자가 일정액의 대가를 지급

20) 朝鮮總督府, 慣習調査報告書, 1913.3, 220-221頁.
21) 민의원 법제사법위원회 민법안심의소위원회, 민법안심의록, 상권, 1957, 329면.
22) 앞의 민법안심의록, 329-330면.
23) 법무부, 2004년 법무부 민법개정안, 채권편・부록, 2012 ; 법무부, 2013년 법무부 민법개정시안, 채권편(하), 2013 참조.
24) 정길용, "계약금이 수수되어 해제권이 유보된 계약과 채무자의 기한의 이익 포기", 법학연구 제20집 제3호, 연세대학교법학연구원, 2010, 24면 ; 오종근, 앞의 논문, 174면.

하고라도 변심의 기회를 갖거나[25], 성급한 계약체결의 위험을 회피할 기회를 제공하는 것은 바람직하다고 한다.[26] 그리고 계약 해제로 당사자가 얻게 되는 이익이 포기하는 계약금보다 적을 때에는 계약 파기를 억제할 수 있으며[27], 계약금 교부에 대한 해약금 추정의 효과 발생을 회피하려면 이를 배제하는 특약을 하면 된다는 견해 역시 긍정적인 태도로 평가될 수 있다.[28]

반면 부정론은 계약법의 대원칙인 계약준수원칙(pacta sunt servanda)에 비추어 해약금 추정 규정의 타당성이 의심스럽다고 한다. 즉 다른 해제사유도 없이 계약금 교부만으로 주된 계약의 해제를 인정하는 것은 계약의 구속력을 약화시키는 근거가 될 뿐만 아니라[29], 오히려 계약금의 교부를 통하여 그 구속력을 강화하고자 하는 당사자의 의사에도 반한다고 한다.[30] 그러면서 민법 제565조 제1항의 적용에 매우 신중한 태도가 필요하다거나 그 적용범위를 극히 제한해야 하며[31], 심지어 이 규정의 폐지를 주장하는 견해도 있다.[32] 부정적 의미의 개정론으로서 적용범위를 축소해야 한다거나[33] 서구 여러 국가와 같이 증약금으로 추정하는 것이 타당하다는 견해도 있다.[34]

III. 계약금계약의 법적 성질에 관한 논의

1. 계약금계약의 독립성

우리 민법학계의 일반적인 견해는 계약금의 교부를 '계약금계약'이라고 하면서

25) 지원림, "계약금 분할지급 약정의 효력-대상판결:대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다231378 판결", 민사법학 제72호, 한국민사법학회, 2015.9, 100면 ; 남효순, 앞의 논문, 281-282면.
26) 이준현, 앞의 논문, 293면.
27) 최창렬, "계약준수의 확보방안에 관한 연구", 재산법연구 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011.2, 172면 ; 오종근, 앞의 논문, 175면 ; 정길용, 앞의 논문, 24면.
28) 송호영, 앞의 논문, 477면.
29) 양창수・김재형, 민법I 계약법, 박영사, 2010, 55면 ; 황적인, 앞의 책, 161면 ; 김형배, 앞의 책, 306면 ; 송덕수, 앞의 책, 1377면 ; 김동훈, 앞의 "민법의 해약금 규정의 운용방향", 1114면.
30) 김병재, "계약금몰수・배액상환약정의 해석", 민법판례연구XI, 민사판례연구회, 박영사, 1989, 206면 ; 김형배, 앞의 책, 306면 ; 심재돈, 앞의 책, 147면.
31) 최창렬, "계약금포기와 배액상환의 법리 소고", 계약법의 과제와 전망, 모원김욱곤교수정년퇴임기념논문집, 삼지원, 2005, 269면 ; 남효순, 앞의 논문, 282면.
32) 김형배, 앞의 책, 306면.
33) 조일윤, "민법상 계약금규정에 관한 입법론적 고찰", 동아법학 제46호, 동아대학교 법학연구소, 2010.2, 195-196면.
34) 송덕수, 앞의 책, 1378면 ; 최창렬, 앞의 "계약금계약에 관한 연구", 65-66면.

매매계약 등 주된 계약에 부수하여 별도로 체결되는 독립적인 '종된 계약'이라고 한다.[35] 그리하여 주된 계약으로서 매매계약이 무효, 취소, 해제로 인하여 실효되면 계약금계약도 그 효력을 상실하므로, 수령자는 받은 계약금을 부당이득에 따라 교부자에게 반환하여야 한다.[36] 계약금계약은 주된 계약과 별개의 독립적인 계약이므로 그 법적 성질 역시 따로 고려된다. 계약금계약이 요물계약의 성격을 갖더라도 그것이 낙성계약인 매매계약 등의 주된 계약에 영향을 미치지 않는다고 한다.

대체로 계약금은 주된 계약의 체결 시에 교부되지만, 그 교부를 별도의 계약으로 파악하는 일반적 견해에 의하면, 계약금계약이 주된 계약의 내용은 아니기 때문에 반드시 주된 계약과 동시에 성립하여야 하는 것은 아니다. 주된 계약이 성립된 후 수수된 계약금도 일종의 계약금으로서 그 효력이 발생하고, 계약 당시에 반드시 계약금 전액이 지급될 필요는 없다고 한다.[37] 다소 오래된 판례이지만 우리 법원의 태도 역시 동일하다. 즉 수부금(계약금)에 관한 약정이 주된 계약에 부수한 요물계약이기는 하나 반드시 주된 계약과 동시에 성립할 것을 요하지 아니하므로 주된 계약이 체결된 후에 성립된 계약금계약도 유효하다고 판시한 바 있다.[38] 반면 학설 가운데 계약금계약은 주된 계약과 동시에 체결되어야 하며, 주된 계약 체결 후에 성립한 계약금계약은 무효라는 견해도 있다.[39]

2. 계약금계약의 요물성 여부

(1) 판례의 태도

종래 우리 대법원의 태도는 주된 계약과 별도의 계약금계약을 인정하는 전제

---

35) 김증한・안이준, 채권각론, 박영사, 1967, 213면 ; 이태재, 채권각론, 진명문화사, 1990, 166면 ; 김형배・김규완・김명숙, 민법학강의, 신조사, 2010, 1297면 ; 곽윤직, 앞의 책, 130면 ; 김현태, 앞의 책, 111면 ; 황적인, 앞의 책, 160면 ; 김증한・김학동, 앞의 책, 215면 ; 김상용・박수곤, 앞의 책, 1550면 ; 송덕수, 앞의 책, 1376면 ; 지원림, 앞의 책, 1385면 ; 심재돈, 앞의 책, 144면

36) 곽윤직, 앞의 책, 130면 ; 김현태, 앞의 책, 114면 ; 이태재, 앞의 책, 167면 ; 황적인, 앞의 책, 160면 ; 심재돈, 앞의 책, 144면 ; 장재현, 앞의 책, 217면 ; 이용운, 앞의 책, 424면 ; 김증한・김학동, 앞의 책, 215면 ; 김형배・김규완・김명숙, 앞의 책, 1297면 ; 송덕수, 앞의 책, 1376면 ; 송호영, 앞의 논문, 463면.

37) 곽윤직, 앞의 책, 130면 ; 김형배・김규완・김명숙, 앞의 책, 1297면 ; 김상용・박수곤, 앞의 책, 1550면 ; 송덕수, 앞의 책, 1376면 ; 심재돈, 앞의 책, 144면 ; 오종근, 앞의 논문, 169면 ; 송호영, 앞의 논문, 463면.

38) 대법원 1955. 3. 10. 선고 4287민상388 판결.

39) 김기선, 앞의 논문, 44면.

에서 이를 요물계약으로 파악하였다. 즉 “부동산계약의 성립에 관한 우리의 거래 관행은 교섭의 과정을 거쳐 약정내용을 확정하고 계약금을 건네어야 비로소 계약이 성립된다고 보며, (중략) 계약금도 건네지 않은 것을 계약성립으로 인정하려면 그럴싸한 이유가 있”어야 한다고 판시하였다.[40] 나아가 “계약금계약은 요물계약이므로 계약금이 지급되지 않거나 일부 지급된 경우에는 계약금계약이 성립하지 않으므로 당사자가 임의로 주계약을 해제할 수 없다.”고 판시한 바 있다.[41] 이러한 판례를 통하여 우리 대법원은 계약금의 교부를 ‘계약금계약’으로, 그 계약금계약은 ‘요물계약’으로 파악하는 태도를 확립하기에 이르렀다. 그 결과 계약금이 교부되지 않거나 그 일부만 교부된 경우에는 계약금계약이 성립하지 못하여 민법 제565조 제1항에 의한 해약금 해제도 불가하다는 결론을 견지하였다.

다만 그 후의 판례 중에 계약금계약을 요물계약이 아니라 낙성계약에 따른 논리를 전개한 바 있어 주목을 끌었다. 즉 당사자가 매매대금을 5억 원, 계약금을 6,000만 원으로 약정하였는데, 매수인이 계약 당일 계약금을 모두 마련하지 못하여 우선 300만 원을 매도인의 계좌에 송금하고 나머지 5,700만 원은 다음날 송금하기로 하였으나, 매수인은 380만 원 정도 예치된 MMF통장을 공인중개사에게 맡겼을 뿐 계약금을 전혀 지급한 바 없었던 사안이 있었다. 이에 대하여 대법원은 계약금계약이 요물계약이라는 기존의 태도를 유지하면서도, “당사자가 계약금의 일부만을 먼저 지급하고 잔액은 나중에 지급하기로 약정하거나 계약금 전부를 나중에 지급하기로 약정한 경우, 교부자가 계약금의 잔금이나 전부를 약정대로 지급하지 않으면 상대방은 계약금 지급의무의 이행을 청구하거나 채무불이행을 이유로 계약금약정을 해제할 수 있고, 나아가 위 약정이 없었더라면 주계약을 체결하지 않았을 것이라는 사정이 인정된다면 주계약도 해제할 수도 있을 것”이라고 판시하였다.[42]

최근 대법원은 비록 가정에 의한 것이지만, 계약금 교부의 요물계약성을 완화하는 모습을 보이기도 한다. 즉 당사자가 매매대금을 11억 원, 계약금을 1억 1,000만 원으로 정하고, 계약금 중 1,000만 원은 계약 당일 지급하되 나머지 1억 원은 다음 날 매도인의 은행계좌에 송금하기로 약정한 사안이었다. 이에 대하여도 대법원은 계약금계약의 요물계약성을 전제로 하면서도, “계약금 일부만 지

40) 대법원 1975. 12. 23. 선고 74다1761 판결.
41) 대법원 1955. 2. 10. 선고 54다3 판결 (4287민상3).
42) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2007다73611 판결.

급된 경우 수령자가 매매계약을 해제할 수 있다고 하더라도, 그 해약금의 기준이 되는 금원은 '실제 교부받은 계약금'이 아니라 '약정 계약금'이라고 봄이 타당하다."고 판시하였다.[43]

(2) 요물계약설

계약금계약은 요물계약이라는 주장이 종래 우리 민법학계의 전통적 견해이다.[44] 그 근거는 다음과 같이 크게 세 가지 정도 제시된다.

첫째, 연혁적으로 로마시대의 계약금 교부는 요물계약으로 취급되었다고 한다. 즉 유스티니아누스황제 시절 희랍을 중심으로 한 동부지방의 상거래에서 광범하게 이용된 보증금제도와 로마법상의 매매계약이 결합되어 보증금을 위약금으로 하는 해제권유보부 매매계약이 새롭게 창설되었는데[45], 이것은 단순히 합의만으로는 성립하지 못하고 물건이나 금전의 지급을 요건으로 하였다는 것이다.[46]

둘째, 민법 제565조 제1항의 명문규정이 계약금계약의 요물성을 전제로 한다는 주장이 있다. 즉 위 규정에 계약금의 '교부'가 규정되어 있음에도 이를 무시하고 '약정'하는 것만으로 계약금계약의 성립을 인정하면 사실상 민법규정은 형해화되어 그 존재의의를 상실한다고 한다.[47] 나아가 계약금의 '교부' 외에 '포기' 또는 배액의 '상환'을 규정한 것 역시 계약금이 실제로 교부된 것을 전제로 하지 않으면 이 규정의 내용을 설명할 수 없다고도 한다.[48]

셋째, 계약금의 교부가 해제권을 유보하는 해약금의 역할에 직접적으로 관련된다는 입장도 있다. 즉 해약금으로서 계약금을 실제로 '교부'하는 것은 주된 계약

---

43) 대법원 2015. 4. 23. 선고 2014다231378 판결. 다만 이 판결은 계약금 교부를 위약금 약정으로 해석하였고 위약금은 손해배상액의 예정으로 추정되므로 그 감액을 인정하였다. 즉 매매계약서의 별도약정 제6조는 채무불이행에 따른 배상액을 계약금 1억 1,000만 원으로 정한 위약금약정으로서 이를 손해배상액의 예정으로 추정한 다음, 매도인은 해제에 따른 원상회복으로서 계약금 1,000만 원을 반환할 의무가 있고, 위 제6조의 위약금 약정과 손해배상액 예정의 법리에 따른 감액으로서 1억 1,000만 원의 70%인 7,700만 원의 합계 8,700만 원의 지급을 명하였다.

44) 김증한・안이준, 앞의 책, 218-219면 ; 곽윤직, 앞의 책, 158면 ; 김현태, 앞의 책, 111면 ; 김증한・김학동, 앞의 책, 215면 ; 이태재, 앞의 책, 166면 ; 황적인, 앞의 책, 160면 ; 김형배, 앞의 책, 304면 ; 김상용・박수곤, 앞의 책, 1550면 ; 심재돈, 앞의 책, 143면 ; 이용운, 앞의 책, 423면 ; 지원림, 앞의 책, 1385면 ; 송덕수, 앞의 책, 1375면 ; 박동진, 앞의 책, 160면 ; 김기선, 앞의 논문, 44면 ; 손재종, 앞의 논문, 70면.

45) 최병조, 로마법강의, 박영사, 1999, 463면.

46) 현승종・조규창, 로마법, 법문사, 1996, 814면 이하.

47) 김동훈, 앞의 "민법의 해약금 규정의 운용방향", 1113면.

48) 지원림, 앞의 논문, 102면.

이 해제될 경우의 위험을 분담하기 위한 것인데, 이를 위하여 계약금의 지급을 단순히 약정하는 것으로 대신한다면, 그것만으로는 위험에 대한 담보가 될 수 없기 때문이라고 한다.[49] 그리고 해약금은 약정해제권의 유보 내지 행사의 대가인데, 실제로 교부되지 않은 계약금에 이러한 효과를 부여하면, 해제의 상대방은 그러한 대가를 확보하지 못한 상태에서 원치 않는 계약의 해제를 감수해야 하므로, 이는 당사자의 이해관계 조정이라는 측면에서 적절하지 않다는 것이다.[50]

물론 이와 다소 구분되는 견해지만, 원칙적인 형태로 계약체결 시에 계약금이 전부 교부되면 요물계약으로, 계약금이 일부 지급되거나 전혀 지급되지 않으면 법률행위의 해석을 통하여 낙성계약으로 볼 수 있다는 주장도 등장하였다.[51]

(3) 낙성계약설

계약금 교부를 낙성계약이라고 하는 견해도 있다. 종래 소수설의 입장이었으나 최근 판례의 변화와 함께 요물계약설의 근거를 비판하면서 세력을 확장하였다.

첫째, 연혁적으로 계약금계약을 요물계약으로 파악할 필요가 없다고 한다. 이에 따르면 로마시대에 계약금계약을 요물계약으로 이해한 것은 로마 동부지방인 희랍의 보증금제도에 국한된 것이며, 전통적으로 낙성계약이 확립되었던 로마법에서는 계약금을 증약금으로 보았다고 한다. 물론 유스티니아누스칙법에서는 희랍의 보증금제도와 로마의 매매법이 결합하여, 해약금이나 위약금으로서 '2배액제한칙법'이 확립되고 근대법에 영향을 미쳤으나, 이는 계약금의 요물계약성과는 무관한 문제라고 한다.[52]

둘째, 계약금의 해약금 추정 규정인 민법 제565조 제1항은 임의규정이므로 계약금계약은 계약금의 지급약정을 전제로 한 계약이라고 한다.[53] 계약금이 전부 지급되기 전이라도 계약금을 대가로 해제권을 유보하는 약정을 하는 것은 계약자

---

49) 김동훈, 앞의 "민법의 해약금 규정의 운용방향", 1114면.
50) 지원림, 앞의 논문, 102면.
51) 전창은, "법률행위 해석의 관점에서 바라본 해약금약정의 효력", 민사법학 제76호, 한국민사법학회, 2916.9, 152-155면 ; 명순구, 앞의 논문, 92-103면.
52) 엄동섭, 앞의 논문, 185-190면 ; 남효순, 앞의 논문, 277-280면 ; 최창렬, 앞의 "계약금계약에 관한 연구", 61-62면 ; 최창렬, 앞의 "해약금계약의 성질", 271-273면.
53) 이종구, "계약금의 미지급 단계에서의 계약금계약과 주계약의 효력 등에 관하여", 법학논총 제33권 제1호, 단국대학교법학연구소, 2009.6, 192면 ; 엄동섭, 앞의 논문, 185면 ; 남효순, 앞의 논문, 267-272면 ; 최창렬, 앞의 "해약금 계약의 법적 성질", 259-308면 ; 송호영, 앞의 논문, 470-472면.

유의 원칙에 비추어 얼마든지 가능하다는 것이다.[54] 그리고 계약금계약은 그 체결과 계약금의 지급 방식에 따라 여러 유형으로 나누어지지만, 거래현실에서 계약체결 당시 계약금 전액을 교부하는 것은 흔한 현상일 뿐이므로, 계약금의 일부 또는 전부를 교부하기로 하는 약정만으로도 계약금계약은 체결될 수 있다고 한다.[55] 그러므로 계약금이 통상 계약체결 시에 교부되는 것을 이유로 계약금계약을 요물계약이라고 하는 것은 사실과 규범을 혼동하는 것이라고 한다.[56]

셋째, 요물계약설에 따르면 계약금의 교부가 오히려 계약의 구속력을 약화시키는 모순이 발생할 수 있다고 비판한다. 즉 계약금이 지급된 경우는 그렇지 않은 경우보다 계약의 구속력이 강해야 하는데, 요물계약설에 의하면 계약금이 지급되는 경우 민법 제565조 제1항의 해약금 추정 규정이 적용되어 주된 계약을 해제할 수 있는 반면, 지급되지 않으면 그러한 해제가 불가능하게 되어 부당할 뿐만 아니라 계약금을 교부하는 목적에 반하게 된다고 한다.[57]

넷째, 다른 개념 내지 제도와의 비교를 통하여 요물계약설을 비판한다. 즉 해약금으로 추정되는 계약금계약도 증약금이나 위약금으로서 체결된 경우와 동일한 구조이며, 계약금이 가지는 의미나 기능 그리고 그 성질의 차이가 있을 뿐인데, 증약금이나 위약금은 낙성계약이라고 하면서 해약금으로서의 계약금계약만 요물계약으로 봐야 할 이유는 없다고 한다.[58] 또한 질권설정계약과 비교하여 민법 제330조가 “질권의 설정은 질권자에게 목적물을 인도함으로써 그 효력이 생긴다.”고 규정하고 그 표제가 ‘질권설정의 요물성’임에도, 학설 중에 요물성을 부정하는 견해가 있다는 점에 비추어 보면, 계약금계약 역시 반드시 요물계약이라고 해야 할 이유는 없다고 한다.[59]

3. 학설과 판례의 검토

(1) 요물계약설과 낙성계약설의 첫째 근거인 로마법상 계약금계약의 법적 성질

54) 오종근, 앞의 논문, 179면.
55) 남효순, 앞의 논문, 268면 ; 송호영, 앞의 논문, 471-472면.
56) 남효순, 앞의 논문, 269면.
57) 정병호, “요물계약 개념의 유래와 현행법상 요물계약설에 관한 비판적 고찰”, 법사학연구 제53호, 한국법사학회, 2016, 250면 ; 임병석, “해제조건 불성취의 주장과 해약계약금계약의 본질”, 민사법학 제77호, 한국민사법학회, 2016.12, 173면 ; 전창은, 앞의 논문, 144면 ; 이준현, 앞의 논문, 276-277면 ; 김동훈, 앞의 “민법의 해약금 규정의 운용방향”, 1105-1106면.
58) 송호영, 앞의 논문, 470면.
59) 송호영, 앞의 논문, 470-471면.

에 대한 이해는 오늘날의 논의에서 직접적 근거로 채택하기는 곤란하다. 특정 제도를 로마의 어떤 지역 또는 어떤 시대를 기반으로 일반화할 것인지가 명확하지 않기 때문이다. 즉 로마의 변방인 동부 희랍지역을 중심으로 할 것인지, 그 지역의 제도가 다른 지역의 특정 제도와 결합하면서 수정된 법제도를 중심으로 할 것인지, 로마법의 황금기로 평가되는 고전기를 중심으로 할 것인지, 로마법이 집대성된 유스티니아누스의 로마법대전 중 특정 법문에 근거할 것인지에 따라 결론은 달라진다. 시대적·장소적 기반의 다양성으로 인하여 계약금계약의 법적 성질에 대한 보편적 로마법의 태도를 가늠하기는 어려울 것이다. 특히 로마법대전에 대한 수많은 수정(interpolatio)을 고려한다면 혼란은 더욱 가중될 것이다.

(2) 요물계약설의 둘째 근거는 민법 제565조 제1항의 계약금 '교부', '포기', '상환' 등에 비추어 요물계약이라고 하는 반면, 낙성계약설의 둘째 근거는 위 규정에서 '당사자 사이에 다른 약정이 없는 한'을 전제로 계약자유의 원칙상 낙성계약의 형태로 계약금계약이 체결되는 것은 얼마든지 가능하다고 한다. 그러나 민법 제565조 제1항의 존재의의는 계약금의 교부에 대하여 이를 해약금으로 추정하는 법적 효과가 본질적이다. 낙성계약설의 근거가 된 '당사자 사이에 다른 약정이 없는 한'의 의미는 해약금으로 추정하는 효과와 다른 약정, 즉 위약금약정을 의미하는 것이지, 계약금의 현실적인 교부 없이 그 지급약정만으로 계약금계약이 성립될 수 있다는 의미의 '다른 약정'을 의미하는 것은 아니다. 나아가 요물계약설이 계약금의 전부이든 일부이든 교부된 금액을 전제로 계약금계약의 성립을 인정하고 위 규정을 적용한다면, 낙성계약설과 계약금계약의 성립범위에는 차이가 있어도 해약금에 의한 해제 가능성에서는 별다른 차이가 없다. 한편 계약금이 전부 지급된 경우는 요물계약으로 보고 전부 지급되지 않은 경우는 계약의 해석에 따라 낙성계약으로 볼 수 있다는 견해는 동일한 법률사실에 관하여 그 법적 성질을 다르게 파악하는 근거가 희박하다.

(3) 요물계약설의 셋째 근거는 계약금이 수수됨으로써 주된 계약의 해제를 원하지 않는 당사자에게 계약금 상당액으로 계약해제에 따른 불이익을 보전해주는 측면을 강조하는 반면, 낙성계약설의 셋째 근거는 계약금을 교부한 자와 수령한 자 사이에도 해제권 행사와 관련된 지위의 불균형이 발생할 수 있다는 측면을 강조한다. 나아가 낙성계약설과 관련하여, 계약금을 교부하는 것은 주된 계약의 구속력을 강화하기 위한 것임을 전제로, 계약 구속력의 강도가 "계약금의 합의가 없는 경우 > 계약금의 합의는 있으나 계약금의 일부 또는 전부의 지급이 없는

경우 > 계약금의 합의가 있었고 계약금이 전부 지급된 경우"로 정해지는 것은 계약금을 교부하는 목적에 반한다는 비판이 있다.[60] 그러나 이 견해는 단순히 계약금의 해약금 추정 규정만을 전제로 주된 계약의 구속력을 판단한 것이다. 특히 계약금 교부의 합의가 없는 경우는 계약금계약의 법적 성질에 대한 논의대상이 아닌데, 이를 추가하여 마치 계약 구속력에 왜곡이 있는 것처럼 설명하는 것은 설득력이 떨어진다. 일반적으로는 계약금의 수수가 주된 계약의 구속력을 강화하기 위한 것으로 생각되지만, 우리민법 제565조 제1항과 같은 규정을 두어 약정해제권을 유보한 것은 주된 계약의 구속력을 약화시키는 것임은 분명하다.[61] 민법 제565조 제1항에 대한 평가는 엇갈리지만, 계약금의 지급 여부에 따라 주된 계약의 구속력에 강약의 차이가 발생하더라도, 이 역시 위 규정의 적용에 따른 법률효과이므로, 그것이 요물계약설의 약점이 되거나 낙성계약설의 장점이 되는 것은 아니다.

(4) 낙성계약설의 넷째 근거는 다른 제도와의 비교를 통하여 요물계약성을 비판한다. 그러나 계약금의 교부를 해약금으로 추정하는 민법 규정을 전제로 하면, 해약금을 증약금이나 위약금과 동일시 할 수 없고, 계약금을 중도금이나 잔금과 비교할 수도 없다. 그리고 계약금계약을 질권설정계약과 비교하여 요물계약설을 비판하는 견해도 있는데, 이는 물권행위의 구성요소와 공시방법의 관계에 대한 오해에서 비롯된 것으로 보인다. 물권행위를 물권적 합의와 공시방법을 포함하여 이해하는 입장[62]에서는 물권행위인 질권설정행위의 성립에 질물의 인도가 포함되므로 이를 요물계약으로 파악할 여지가 있고, 물권적 합의만 물권행위로 보고 공시방법은 물권변동의 별도 요건으로 이해하는 견해에 의하면[63] 질물의 인도와 관계 없이 질권설정행위 자체로서 물권행위가 성립하므로 이는 낙성계약으로 이해될 수 있다. 그러므로 해약금으로 추정되는 계약금계약의 법적 성질을 이러한 논리에 따라 요물계약 또는 낙성계약으로 특정할 수는 없다.

(5) 이상과 같은 학설의 검토를 통하여 우리 판례의 태도를 살펴보면, 계약금

60) 이준현, 앞의 논문, 276-277면 ; 김동훈, 앞의 "민법의 해약금 규정의 운용방향", 1105-1106면

61) 김증한·김학동, 앞의 책, 221면 ; 황적인, 앞의 책, 161면 ; 김형배, 앞의 책, 306면 ; 송덕수, 앞의 책, 1377면 ; 송호영, 앞의 논문, 475면.

62) 방순원, 신물권법, 일한도서, 1960, 25면 ; 장경학, 물권법, 법문사, 1990, 164면 ; 이영섭·최식, 신민법대의(상), 박영사, 1968, 197-200면, 286면 ; 이영준, 한국민법론[물권편], 박영사, 2004, 85-86면, 744면.

63) 곽윤직, 물권법, 박영사, 2004, 39면, 299면 ; 김증한, 물권법, 박영사, 1983, 47면, 434면 ; 김기선, 한국물권법, 법문사, 1990, 69면, 370면.

의 교부를 통한 주된 계약의 구속력 확보와 해약금 추정력의 인정범위를 일관하여 견지하지 못하고, 개인적 판단으로 어느 순간 논리와 결론이 달라지는 상황을 연출한 것으로 보인다. 이러한 상황은 2008년과 2015년의 판례가 등장하면서 야기되었다. 기존의 판례는 계약금의 교부를 주된 계약과 별도의 '계약금계약'으로 파악하고, 이를 '요물계약'으로 이해하는 확고한 태도를 유지하였다. 그러나 2008년 계약금이 전혀 교부되지 않은 사례, 2015년 계약금 중 극히 일부만 교부된 사례를 접하면서, 이러한 경우에도 해약금 추정에 따른 해제를 인정하게 되면 계약의 구속력을 매우 후퇴시키는 결론에 이를 것이라는 우려가 예상되었다.

이에 대법원은 기본원칙으로 계약금계약의 요물계약설을 유지한다는 견해를 피력하면서, 추가적으로 가정적인 내용의 판시를 통하여 낙성계약설의 면모를 드러내고 말았다. 2008년 판례에서는 아직 지급하지 않은 계약금의 지급의무를 불이행하면 계약금계약 자체를 해제할 수 있다는 법정해제(민법 제544조) 가능성을 나타내었다. 이것은 계약금계약의 요물성을 전제하면서도, 계약금이 전혀 지급되지 않은 상태에서 계약금계약은 성립되었고 그 효력으로 아직 지급되지 않은 계약금의 지급의무를 인정함으로써, 낙성계약설의 논리를 그대로 드러낸 것이었다. 2015년 판례에서도 계약금을 일부만 지급한 경우에는 계약금계약이 성립되지 않았으므로 이를 해제할 수 없다고 전제하면서, '해제할 수 있다고 하더라도' 해약금의 기준은 약정 계약금이라는 가정적 결론을 도출하였다. 이 역시 계약금이 일부 지급된 경우에는 요물계약설에 의할 경우 해제할 수 없다는 결론과 낙성계약설에 의할 경우 주된 계약을 해제할 수 있다는 결론이 동시에 존재하는 모순된 상황의 연출이었다. 대법원은 계약금 교부에 대한 요물계약을 포기하고 낙성계약으로 선회할 것인지 고민하고 있는 것인가? 매우 의문스럽고 무의미한 태도라고 생각한다.

IV. 새로운 해석의 시도와 그 근거

1. 새로운 해석의 단초

우리의 일반적인 학설과 판례는 '계약금계약'이 '성립'되어야 민법 제565조 제1항에 따른 해약금 추정의 효력이 발생되어 주된 계약의 해제가 가능하다는 논리를 구성하고 있다. 나아가 계약금의 교부를 계약금계약으로 전제하고, 그 성격

이 요물계약이라거나 낙성계약이라는 견해의 다툼으로 발전되었다. 이것은 계약금의 교부를 매매계약 등 주된 계약과 독립된 별개의 계약금계약으로 파악하면서 발생한 논란이다. 그런데 민법 제565조 제1항의 적용은 계약금의 교부에 따른 법률적 효과일 뿐이라고 생각한다. 굳이 계약금계약이라든가 요물계약 내지 낙성계약 등의 개념을 인정하지 않아도 된다. 주된 계약의 내용으로서 약정한 계약금을 모두 교부하면 그 자체로서 해약금 추정의 법률적 효과는 발생하는 것이다.

부동산 매매계약의 체결과 이행과정에서 계약금 교부와 중도금 지급, 잔금 지급 및 그에 상환되는 소유권이전등기는 그 계약의 목적달성을 위하여 어느 하나도 소홀히 다룰 수 없는 중요한 요소이다. 그 중에서 매수인이 지급하는 계약금과 중도금, 잔금은 매매대금으로서 공통된 성질을 가진다. 다만 그 과정에서 계약금이 가장 먼저 지급되므로 이에 대하여 계약 체결의 증거, 민법 제565조 제1항에 따른 해약금 추정, 별도의 위약금약정 및 그에 대한 손해배상액의 예정(제398조 제4항)으로 추정되는 효과가 발생되는 것이다. 따라서 계약금의 교부가 반드시 주된 계약과 별도의 계약이라거나 계약금계약이 성립되어야 해약금 추정의 효력이 발생된다고 할 필요는 없다. 결국 우리민법 규정상 계약금의 교부 그 자체로서 위와 같은 일정한 법률적 효과가 발생된다고 하면 끝날 문제를 '계약금계약'이라든지 계약금계약의 '성립' 등으로 파악하여 논란을 가중시킨 것은 아닐까? 오히려 이 개념을 인정함으로써 요물계약설과 낙성계약설의 불필요한 논쟁으로 진행되는 상황을 야기한 것은 아닐까? 계약금의 교부는 그 이상도 그 이하도 아닌 매매대금의 일부이고, 분할하여 지급되는 매매대금 중 가장 먼저 지급되는 것으로서 특별한 의미가 있을 뿐이라고 생각한다.

물론 당사자가 주된 계약과 별도로 계약금계약을 체결하는 것 자체를 부정할 이유는 없다. 주된 매매계약에서 계약금의 총액을 정했더라도, 별도의 계약금계약을 통하여 계약금의 지급 방법이나 시기에 관하여 약정하는 것은 계약자유의 원칙상 허용될 수 있기 때문이다. 그러나 이런 형식이 주된 매매계약의 내용에 포함되는 계약금의 지급에 관한 약정, 즉 매매계약을 체결하면서 그 내용으로 계약금을 언제 어떠한 방법으로 지급할 것인지를 정하고, 그에 따라 계약금이 교부되는 것과는 구별되어야 한다. 이러한 점에서 계약금이 주된 계약에 부수하여 체결되는 계약금계약에 따라 교부되는 경우와 그러한 계약금계약 없이 교부되는 경우로 나누어 그 법적 기초를 설명하는 것은 의미가 있다고 생각된다.[64)]

2. 계약금 교부에 대한 당사자의 의사

종래 계약금을 '선금'이나 '선급금'이라고 한 역사적 사실이 있고, 우리의 관습 역시 그러하였음은 이미 본 바이다. 그런데 일반적인 학설은 계약금을 선급금과 개념적으로 구별하고 있다. 선급금은 매매계약을 체결할 때 매수인의 신용상태가 의심스럽거나 분할지급이 편리하다는 등의 이유로 대금의 일부를 기한 전에 미리 지급하는 것을 의미한다. 그러므로 선급금은 단지 대금의 일부 변제에 지나지 않으므로, 해제권의 유보나 손해배상액의 예정으로 작용하는 계약금과는 전혀 다른 개념이라고 한다.[65] 주된 계약이 해제 없이 이행되면 계약금은 수령자가 교부자에게 반환해야 하는 점에서 구별된다는 것이다. 그리고 이 반환청구권의 법적 성질을 부당이득반환청구권으로 보는 견해도 있고[66], 계약금이 효용을 잃은 경우 반환한다는 당사자의 의사에 따른 계약금계약상의 권리라는 견해도 있다.[67]

그런데 위 일반적인 견해도 계약금과 선급금은 관념상으로 구별되지만 실제로는 그 구별이 어렵고 그 실익이 있는지도 의문이라고 한다.[68] 그리하여 계약금과 선급금의 구별은 당사자의 의사, 계약의 취지, 거래의 성질, 거래관행, 수수된 금액 등 여러 가지 사정을 고려하여 결정해야 할 문제라고도 한다.[69] 나아가 이들 모두 계약 성립의 증거로서 작용하고 주된 계약이 해제되지 않은 상태로 이행되면 대금의 일부로 충당된다는 점에서 공통적이라고 한다.[70] 만일 계약이 이행되지 않고 채무불이행을 원인으로 해제되면 교부자는 계약금의 반환을 청구하겠지만, 해제권을 행사한 자가 수령자인 경우에는 이를 손해배상액과 상계한다고 이해한다.[71] 이러한 견해는 계약금이 지급된 후 주된 계약이 해제되거나 해제되지 않고 이행된 경우, 계약금의 반환에 관한 법률효과를 너무 복잡하게 설명하여 불필요한 논란을 야기한다. 왜냐하면 결과적으로 계약금을 대금의 일부로 충당하거

64) 장재현, 앞의 책, 217면.
65) 곽윤직, 앞의 채권각론, 133면 ; 김형배, 앞의 책, 309면 ; 송덕수, 앞의 책, 1381면 ; 이용운, 앞의 책, 415-416면 ; 심재돈, 앞의 책, 138면.
66) 김증한·안이준, 앞의 책, 218-219면 ; 김증한·김학동, 앞의 책, 219면.
67) 곽윤직, 앞의 채권각론, 133면 ; 송덕수, 앞의 책, 1381면 ; 이용운, 앞의 책, 431면.
68) 양창수·김재형, 앞의 책, 56면.
69) 곽윤직, 앞의 채권각론, 133면 ; 이용운, 앞의 책, 416면 ; 심재돈, 앞의 책, 138면.
70) 김기선, 신채권각론, 법문사, 1964, 124면 ; 김현태, 앞의 책, 114면 ; 김증한·김학동, 앞의 책, 219면 ; 곽윤직, 앞의 채권각론, 133면 ; 이태재, 앞의 책, 167면 ; 장재현, 앞의 책, 222면 ; 송덕수, 앞의 책, 1381면 ; 박동진, 앞의 책, 160면.
71) 심재돈, 앞의 책, 159면.

나 손해배상액에 상응하는 부분으로 상계한다면, 이는 계약금을 대금의 일부로 취급한 결과와 다를 바가 없기 때문이다. 따라서 계약금의 교부를 주된 계약과 별도의 계약금계약에 따른 것으로 해석하여 계약금을 다시 교부자에게 반환해야 한다는 논리구성은 불필요하다는 결론에 이른다. 물론 계약금을 교부하면서 민법 제565조 제1항의 해약금 추정을 배제하고 순수한 선급금으로 약정하는 것은 계약자유의 원칙과 위 조항의 임의규정성에 비추어 부정할 것은 아니다.

현실적으로도 주된 계약인 매매계약을 체결할 때 매수인이 매도인에게 계약금을 교부하면서, 매매계약과 별도로 '계약금의 지급에 관한 계약'을 체결한다는 의사를 가질까? 오히려 매수인은 매매계약의 내용으로 전체 매매대금을 계약금, 중도금, 잔금으로 분할하여 지급하기로 약정하는 정도의 의사를 갖지 않을까? 그 중 계약금이 가장 먼저 지급됨으로써 특별한 속성을 가질 것이라고 인식하면서도, 중도금이나 잔금을 대금의 일부로 취급하는데 의문이 없는 것처럼 계약금 역시 동일한 의미를 갖는 것으로 생각하지 않을까? 이와 같이 계약금을 대금의 일부로 취급하는 것은 이미 다른 유형의 계약에서 일반화되고 있다. 여행계약과 관련하여 공정거래위원회의 표준약관 제10021호(2014. 12. 19. 개정) 제11조(여행요금) 제2항은 "여행자는 계약체결시 계약금(여행요금 중 10% 이하 금액)을 여행사에게 지급하여야 하며, 계약금은 여행요금 또는 손해배상액의 전부 또는 일부로 취급합니다."라고 규정하여, 계약금을 대금의 일부로 이해하고 있다.[72]

3. 계약금계약 개념의 인정실익 여부

계약금계약의 개념을 인정하고 요물계약설을 견지하는 일반적인 학설과 판례의 태도는 민법 제565조 제1항의 실효성을 유지하기 위하여 계약금을 대금의 일부로 보아서는 안 된다고 한다. 위 규정은 계약금이 교부된 경우 '이행에 착수할 때까지' 주된 계약을 해제할 수 있다고 한다. 그런데 만일 교부된 계약금을 주된 계약에 따른 채무의 일부 이행, 즉 대금의 분할지급 내지 선급금으로 본다면, 계약금의 교부 자체가 이미 이행에 착수한 것이 되므로, 계약금이 교부되는 순간

72) 국내 여행사 중 모두투어, 노랑풍선, KRT여행사, 참좋은여행, 온라인투어, 투어이천, 여행박사, 인터파크INT, 내일여행, 투어2,000, 세계KRT, 한진관광, 레드캡투어, 롯데관광개발 등이 공정거래위원회 국외여행표준약관을 그대로 사용하고, 하나투어, 온누리투어, 팜투어, 바나나여행사, 드림항공여행사 등은 위 약관을 일부 수정하여 사용한다. 그러나 여행요금에 관해서는 거의 모두 위 약관과 동일하거나 유사하며, 계약금을 '여행요금 또는 손해배상액의 전부 또는 일부로 취급'하는 것은 공통적이다.

해약금 해제는 불가능하여 위 규정의 존재의의가 상실된다고 생각하는 것이다.

그러나 이러한 주장은 매우 기교적인 해석으로 보인다. 왜냐하면 민법 제565조 제1항에 의할 경우 계약금의 교부는 그 자체로서 해약금 추정의 전제가 되는 것으로 보아야 하기 때문이다. 그래서 해제권 행사의 요건으로서 '이행의 착수'는 계약금의 교부를 제외한 것으로 중도금의 교부와 같은 행위가 있을 때로 해석해야 하지 않을까? 계약금의 지급 자체는 해약금 추정의 '전제'일 뿐, 이를 '이행의 착수'로 보아서는 안 되는 것이다.

그런데 이러한 해명에도 다시 추가적인 의문이 제기될 수 있을 것이다. 매우 비현실적이지만, 예를 들어 매매계약의 체결 직후 매도인이 매수인에게 소유권이전등기를 넘겨주고, 그 후 계약금이 교부되었을 뿐 다른 이행착수행위가 없는 경우를 상정하자. 이 경우에 계약금이 교부된 후 당사자는 민법 제565조 제1항에 따라 매매계약을 해제할 수 있는가? 위 규정상의 이행착수행위를 앞에서 설명한 바대로 계약금 교부 후의 것만을 의미한다면, 그 전에 이미 소유권이전등기를 넘겨 이행행위를 하더라도 이는 이행의 착수로서는 의미가 없으므로, 해약금 해제가 가능하다고 해석해야 하지 않느냐는 의문이 제기될 수 있다.

법의 해석은 전형적인 유형을 모델로 삼아야 설득력을 갖는다. 그런데 위와 같은 의문의 제기는 매우 기이한 유형을 전제로 민법규정의 적용 가능성을 추론하는 비현실성을 벗어나지 못한다. 계약금의 교부와 해약금 추정의 법률효과는 매매계약 등 주된 계약이 성립하고 그 내용으로 계약금액과 지급방법이 확정된 상태를 전제로 한다. 이와 관련하여 계약이 성립한 유형을 몇 가지로 나누어 살펴본다. 매수인의 계약금 교부에 앞서는 매도인의 소유권이전등기가 당사자의 약정에 따른 것이라면, 이는 약정해제권의 포기로서 민법 제565조 제1항의 적용이 배제되는 경우로 보아야 하는 것이 당사자의 의사에 부합한다. 그리고 약정한 기일에 앞서 미리 매도인이 자의적으로 소유권이전등기를 넘겨 준 것이라면, 기한의 이익을 포기한 매도인을 억지로 보호할 필요가 없을 뿐만 아니라 선행된 소유권 이전행위는 매도인이 매수인의 해약금 해제를 차단할 의도에 따른 것으로 볼 수 있으므로, 오히려 신의칙상 매수인에게 해약금 해제를 인정하는 것이 타당할 수 있다. 또한 당사자 사이에 소유권 이전시기만 약정하고 계약금, 중도금, 잔금에 관하여 아무런 약정도 없는 상황에서 매도인이 소유권이전등기를 한 것이라면, 그러한 상태의 매매계약이 과연 성립한 것인지 의문이다.

그러므로 계약금을 대금의 일부로 보아서는 안 되므로 계약금계약의 개념을

인정할 수밖에 없다는 주장은 민법 제565조 제1항의 규정이 갖는 전제와 그에 따른 요건충족을 오해하거나 현실성이 없는 기이한 예를 통하여 결론을 추론하려는 일반화의 오류가 있는 것으로 보인다. 그러한 예는 결과적으로 위 규정의 적용대상에서 제외되어야 할 것이다.

4. 민법 제565조 제1항의 해석

민법 제565조 제1항의 해약금 추정 효력이 발생하기 위해서는 계약금의 교부와 매매계약의 관계 설정을 전제로 해야 하고, 매매계약의 내용으로 계약금을 교부하는 현실적 이유를 고려해야 한다. 이 규정은 계약금이 교부된 경우 '당사자 간에 다른 약정이 없는 한' 해약금, 즉 주된 계약에 대한 약정해제권의 유보로 추정되는 법률적 효과를 부여하고 있다. 그러나 위 규정의 어디에도 '계약금계약'이라는 용어뿐만 아니라 계약금계약의 '성립' 또는 '효력' 등의 개념을 사용한 바가 없다. 단지 당사자 일방이 '계약 당시에' 금전 기타 유가물을 '계약금' 명목으로 상대방에게 '교부'한 때, 교부자는 이를 '포기'하고 수령자는 그 배액을 '상환'하여 매매계약을 해제할 수 있다고 규정할 뿐이다.

법의 해석은 법규 및 그 구성요소인 낱말이나 개념 등의 의미를 명확히 하는 것이다. 법해석의 방법으로는 법규에 사용된 단어의 사전적 의미를 명확히 하는 문리해석이 모든 해석의 출발점이고, 이를 토대로 특별한 경우에 목적론적인 해석, 즉 법규의 용어나 문자가 가지는 의미를 확장하거나 축소할 수 있는 것이다. 이와 같은 법해석의 원칙에 비추어 민법 제565조 제1항 자체에 규정된 낱말이나 개념 중 계약금, 교부, 포기, 상환 등과 관련하여 문리해석을 통한 의미의 확정이 곤란한 것이 있는가? 이에 대하여 법 적용의 확장이나 축소뿐만 아니라 논리적 해석으로서 유추 등이 필요한 부분이 있는가?

실제 계약에서 대금을 10억 원으로 하되, 계약 당일 계약금으로 1억 원을 지급하고, 중도금을 4억 원, 잔금을 5억 원으로 약정하였다면, 계약 당일 교부한 1억 원이 '계약금'임에 틀림없다. 이러한 계약에 대하여 민법 제565조 제1항이 적용될 수 있다는 데에도 의문이 없을 것이다. 그리고 위 규정의 적용으로 계약금이 해약금으로 추정되기 위해서는 '계약금'이 '교부'되면 족하고, '계약금계약'을 별도로 체결해야 한다는 근거는 어디에도 없다. 더욱이 이를 요물계약이나 낙성계약으로 해석해야 하는 단서 역시 어디에서도 발견하기 어렵다. 나아가 위 규정

의 문리해석으로 '계약금'의 '교부'는 계약금이 '전부' 교부되는 것을 의미한다고 해석함이 일반원칙에 부합하며, 계약금의 '일부'가 교부되는 것을 전제로 하지는 않을 것이다. 같은 맥락에서 위 규정은 '계약 당시에' 계약금을 교부한 때라고 명시하고 있는데, 여기서 계약 당시는 '계약체결 시'를 의미하는 것이지, 그 후의 다른 시점을 포함하는 것은 아니다. 물론 2015년 판례와 같이 당사자가 계약금의 일부를 계약체결 후에 교부하기로 약정하는 것은 그 약정의 효력으로 인정되는 바이며, 그렇더라도 해약금 추정의 효력은 전부 교부된 시점에 발생한다.

민법 제565조 제1항에 따른 계약금 교부의 법적 효과는 증약금 외에 다른 약정이 없는 한 해약금으로 추정된다. 그러한 효과의 발생은 위 규정이 제시하고 있는 법률사실의 충족 여부에 달린 것일 뿐이다. 이를 위하여 계약금의 교부 외에 '계약금계약'이라든가 '요물계약', '낙성계약', 계약금계약의 '성립' 또는 '효력발생'이라는 등의 사실이 필요하다는 일반적인 견해의 논리는 이해할 수 없다.

5. 계약금 교부와 계약 구속력의 관계

앞에서 본 바와 같이 민법 제565조 제1항의 해약금 추정 규정에 대한 평가는 엇갈리고 있다. 이것은 채무불이행과 같은 특별한 사유도 없이 계약금이 교부되었다는 이유만으로 계약 해제를 인정하는 것이 바람직한지에 대한 관념의 차이에서 기인한다. 즉 계약이 본격적인 이행단계로 진입하기 전에 당사자 중의 1인이 변심한 경우, 그가 계약금 상당의 불이익을 감내한다면 계약을 해제할 수 있다는 위 규정의 취지를 충분히 공감할 수 있는지가 관건이다. 이것은 계약준수원칙 내지 계약의 구속력을 강조하는 입장과 계약 상황에 따라 변심할 가능성을 가진 당사자의 의사 중, 어느 쪽에 무게 중심을 더 둘 것인가에 따라 달라진다.

예를 들어 부동산 매매계약에서 매매대금 총액의 10%에 해당하는 계약금을 포기하거나 상환하고 계약을 해제할 수 있다는 것은 오랜 관행을 통해 형성된 우리 법감정의 응집 결과이다. 그런데 실제 거래에서 당사자는 계약을 해제하기 위한 계약금 10% 상당의 불이익을 매우 부담스럽게 생각할 수도 있다. 그래서 당해 계약을 통하여 매수인은 반드시 그 목적물을 매수해야 한다는 결심이 없으면, 그리고 매도인 역시 반드시 처분해야 한다는 확정적 의사가 없으면, 계약이 돌이킬 수 없는 상태로 진행되는 것을 꺼리거나 다른 방법으로 매매계약의 구속력을 약화시키기 위한 방안을 강구할 것이다.

그 중 손쉬운 방안으로 선택하는 것이 해제권을 행사하기 위하여 감내해야 할 불이익으로서 계약금을 매우 적게 교부하고 수령하는 것이다. 그리하여 당사자가 계약금을 매매대금의 10%가 아닌 1%, 아니면 0.1%의 교부를 약정할 수도 있다. 이러한 약정은 계약자유의 원칙상 당연히 허용된다. 이에 관하여 요물계약설 또는 낙성계약설은 위 1% 또는 0.1%의 범위에서 계약금계약이 성립되었다고 할 것이고, 필자는 그 범위의 금액이 대금의 일부로서 교부되었다고 생각할 것이다. 어떤 입장에 의하더라도 주된 계약의 내용으로 약정한 계약금은 전부 교부되었으므로, 민법 제565조 제1항의 적용에 따라 해약금 해제가 가능하다. 이 때 당사자는 매매대금의 1% 또는 0.1%에 해당하는 계약금 정도의 계약 구속력을 인식하였을 것이므로, 매수인은 그 정도의 금액만 포기하면, 매도인은 그 정도의 금액만 더 얹어서 배액을 상환하면, 매매계약을 해제할 수 있다고 생각할 것이다. 계약금을 통한 해약금 추정력을 매매대금의 1% 또는 0.1%에 해당하는 계약금 교부로 확대하였기 때문에, 당사자 모두 계약의 구속력을 약화시켜서 언제든지 변심할 수 있는 여지를 남겨 둔 것이다.

그런데 계약금의 교부와 해약금 해제가 주로 문제가 되는 상황은 이와 좀 다르다. 앞서 본 2008년 판례에서는 계약금으로서 교부를 약속했던 계약금이 매매대금 5억 원의 12%인 6,000만 원이었고, 그 중 MMF통장의 예금 300만 원을 먼저 교부하기로 약정하였으나 이를 공인중개사에게 인도하였을 뿐 매도인에게 교부하지 않아, 결국 계약금이 전혀 교부되지 않은 사례였다. 2015년 판례는 매매대금 11억 원의 10%인 계약금 1억 1,000만 원에서, 1,000만 원만 계약 당일 교부하고 나머지 1억 원은 그 다음날 교부하기로 약정하였으나 변심한 매도인의 계좌폐쇄로 그마저 교부하지 못한 사례였다. 이 때 당사자가 매매계약을 해제할 수 있는 계약금으로 의식한 것은 얼마일까? 위 2015년 판례의 사안을 토대로 볼 때, 당사자는 계약체결 당일 1,000만 원에 해당하는 계약금 정도로 매매계약에 대한 구속력을 인식하였을까? 그리하여 매수인은 1,000만 원만 포기하면, 그리고 매도인은 1,000만 원만 더 얹어서 상환하면, 매매계약을 해제할 수 있다고 생각하였을까? 과연 이러한 당사자의 인식을 법적 정의와 타당성의 측면에서 정당한 것으로 받아들여야 할까?

그러나 매매계약을 통하여 매수인이 계약금을 1억 1,000만 원 교부하기로 약정하였으므로, 민법 제565조 제1항에 의한 해약금의 추정 효력은 1억 1,000만 원이 모두 교부되어야 발생하는 것으로 보아야 할 것이다. 이렇게 되면 매매계약

의 해제를 위해 매수인이 포기해야 하는 금액은 1억 1,000만 원이 되고 매도인 역시 1억 1,000만 원을 얹어 배액을 상환해야 하므로, 해제에 상당한 부담을 느낄 것이다. 그러므로 1,000만 원만 지급된 상태에서는 위 규정에 따른 해약금 해제의 효력은 발생하지 않는다고 해야 한다. 설명 방식에는 차이가 있지만 요물계약설에 의하더라도 동일한 결론에 이른다. 그러나 낙성계약설에 의하면 1,000만 원이 지급되었더라도 계약금을 1억 1,000만 원으로 약정하였기 때문에, 1억 1,000만 원의 범위에서 계약금계약이 체결되어 해약금 해제가 가능하다고 해석한다. 마치 낙성계약설은 계약의 구속력을 약화시키기 위하여 당사자가 선택한 방안으로 계약금을 1%나 0.1%로 정한 것과 동일한 결론에 이르도록 해석한다. 그러나 이러한 해석은 당사자의 의사에 비추어 매우 의문이다.

더욱이 낙성계약설을 취하는 견해 중에는 증약금약정과 위약금약정은 낙성계약인데, 해약금약정만 요물계약이라고 하는 것은 의문이라는 주장이 있다.[73] 그런데 우선 증약금을 낙성계약으로 보는 태도는 매우 비현실적이라고 생각한다. 계약금에 부여되는 증약금으로서의 성격도 주된 계약과는 별도의 약정에 의하여 인정되는 속성인가? 계약금이 교부되면 증약금계약이 성립된 것인가? 만일 그렇다면 증약금계약의 효력은 무엇인가? 주된 계약의 체결을 증명하는 효력을 발생시키기 위해서 당사자가 증약금의 지급을 약정한다는 의미인가? 이와 같은 의문에 대한 해답은 무의미하다. 왜냐하면 계약금이 교부되면 그 기본적인 속성으로 계약금은 증약금의 성질을 갖기 때문이다. 그리고 이러한 비판은 위약금약정에 대해서도 마찬가지라고 생각한다. 물론 위약금으로 취급되기 위한 계약은 매매계약과 별도로 존재한다. 그러나 계약금이 위약금의 속성을 갖게 되는 것은 '위약금의 지급을 위한 계약'을 별도로 체결하는 것이 아니라 '계약금을 위약금으로 의제하는 계약'을 체결한다는 의미이다. 그러므로 계약금의 교부가 주된 계약과 별도의 계약으로서 계약금계약이 성립한다거나 이를 통하여 증약금계약, 위약금계약, 해약금계약이 별도로 성립된다는 생각은 아무래도 당사자의 의사와 거리가 있는 것으로 보인다. 물론 계약금의 일부인 1,000만 원만 교부되어도 매매계약 자체는 성립하였으므로, 이를 매매의 예약이라고 할 수도 없고, 매수인의 입장에서 목적물을 미리 찍어두는 정도라고 할 수도 없다. 이 문제는 별도로 논의할 사안이고, 아래에서 예약이나 가계약과 관련하여 약간 언급하기로 한다.

---

73) 송호영, 앞의 논문, 470면.

6. 계약금의 일부 교부

계약금의 교부에 대한 법적 성질을 현실적으로 파악하기 위해서는 계약금의 교부방식에 대한 당사자의 약정 유형을 참작할 필요가 있다. 이들 유형에 따라 주된 계약의 해제 가능성을 널리 인정할 것인지 아니면 좁게 인정할 것인지를 고려할 수 있기 때문이다. 다만 계약금의 교부와 주된 계약인 매매계약의 관계에 비추어, 매매계약의 성립을 위하여 체결하는 예약이나 가계약을 위하여 교부하는 예약금 또는 가계약금은 본 논문의 서술 대상이 아니다.[74] 그리고 주된 계약의 체결 당시 계약금이 전부 교부된 경우는 요물계약설이나 낙성계약설에 의할 때 계약금 전부에 대한 계약금계약이 성립되었고, 특히 낙성계약설에 의하면 계약금계약의 이행 역시 이루어진 것으로 본다. 이들 견해를 따르거나 계약금을 대금의 일부라고 하더라도 계약금이 전부 교부되면 민법 제565조 제1항의 해약금 추정 규정에 따라 주된 계약의 해제가 가능하다는 점은 공통적이다. 반면 계약금이 전혀 교부되지 않은 경우는 그 정도에 차이가 있을 뿐 계약금이 일부 교부된 경우와 유사한 결론에 이르므로 별도로 서술하지 않는다.

주로 문제가 되는 것은 계약금 중 일부가 먼저 지급된 경우 해약금 추정으로 인한 해제 가능성에 관해서이다. 계약금은 통상 주된 계약 체결 시에 그 전액이 교부된다. 그런데 당사자가 계약의 이행을 확신하지 못하거나 계약 체결 당시 매수인이 계약금을 미처 준비하지 못하여, 계약 당일 일부만 지급하고 나머지는 멀지 않은 후일 지급하는 경우도 있다. 계약금 1억 1,000만 원 중 1,000만 원을 먼저 계약 당일 지급하고, 나머지 1억 원은 다음날 매도인의 계좌에 송금하기로 약정한 2015년 판례의 사안은 그 전형적인 예이다. 이러한 사례는 낙성계약설이 계약 당시의 약정으로 계약금계약이 성립되며, 계약 당일 일부를 지급하고 다음 날 잔액을 지급함으로써 계약금계약이 이행된다는 해석 가능성을 피력한 배경이 되었다. 반면 요물계약설은 이러한 해석을 경계한다. 그러나 이와 같은 계약금의 교부 약정을 별도의 계약금계약으로 보거나 특히 낙성계약의 형태로 해석하는 것은 논리적 비약이다. 왜냐하면 계약금을 분할하여 교부하는 것도 매매계약의 내용으로 그 지급방식을 달리 정한 것으로 볼 수 있고, 이 역시 계약자유의 원칙에

74) 이에 대해서 자세한 것은 황태윤, “가계약의 개념과 내용에 관한 고찰”, 동북아법연구 제8권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2015, 299면 이하 ; 지원림, 앞의 논문, 91-95면 참조.

비추어 얼마든지 가능하기 때문이다. 즉 이러한 형식의 계약금 지급방식 역시 매매계약을 통한 대금분할지급의 일환일 뿐이므로, 이것이 계약금의 교부를 낙성계약으로 해석해야 할 논리적 필연성은 없다.

한편 요물계약설도 그 타당성을 떠나 일부 지급된 계약금을 전제로 해약금 해제를 인정하기 위한 절충적 견해, 즉 계약금계약감축설[75], 계약금계약예약설[76], 요물계약완화설(계약금총액설, 절충설)[77] 등을 제시하고 있어서 그 논리적 완결성을 해친다. 반면 낙성계약설에 의하면 지급되지 않은 계약금의 교부를 이행의 무로 하여 계약금계약은 성립하므로, 민법상의 해약금 추정 규정이 적용될 수 있는 상태에 있고, 따라서 '당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지' 매매계약의 해제가 가능하다는 입장이다. 그리고 이 견해에 따를 경우 해약금 해제를 하기 위해서 포기하거나 상환해야 하는 배액의 결정 기준이 실제 지급된 일부의 계약금인지 아직 지급되지 않은 계약금을 포함한 전액인지 확정되어야 하는 문제가 남는다. 그런데 민법 제565조 제1항의 명문규정에 비추어 현실적으로 지급된 계약금을 기준으로 해약금 해제가 가능하다는 해석을 용인할 수 있을까? 이러한 해석은 앞서 본 바와 같이 계약의 구속력, 즉 계약법의 대원칙인 '약속은 지켜져야 한다'는 명제를 심각하게 훼손하는 것이므로, 해약금으로 추정되는 계약금은 약정한 금액 전부를 기준으로 해야 할 것이다. 결국 이러한 논리적·실제적 근거가 뒷받침되지 못하는 '계약금계약'과 그 '성립' 개념, 그리고 그에 대한 이론적 설명으로서 '요물계약설' 및 '낙성계약설'은 의미 없는 책상머리의 논쟁일 뿐이다.

---

75) 실제 교부된 계약금 범위에서 계약금계약이 성립한다는 입장으로, 약정한 계약금의 일부가 교부된 경우 실제 교부된 금액을 포기하거나 배액을 상환하여 주된 계약을 해제할 수 있다고 한다(김동훈, 앞의 "민법의 해약금 규정의 운용방향", 1108-1110면 ; 來栖三郎, "日本の手附法", 法學協會雜誌 第80卷 第6號, 東京大學出版會, 1964.6, 752頁).

76) 계약금이 전부 지급된 때에 비로소 계약금계약이 성립하고 그에 따라 해제권도 인정될 뿐이므로, 계약금의 사후 지급약정은 계약금계약의 예약에 불과하다는 견해이다(심재돈, 앞의 책, 145면 ; 柚木馨·高木多喜男, 新版 注釋民法(14), 有斐閣, 1993, 178頁 ; 小脇一海, "手附", 現代契約法大系 第1卷, 有斐閣, 1973, 273頁 ; 相原東孝, "手付と內金", 契約法大系(第1卷), 有斐閣, 1962, 63-64頁.

77) 약정한 계약금 전액에 대하여 계약금계약이 성립하지만, 그 전부가 지급되기 전이라도 교부자는 잔액을 지급함하고, 수령자는 약정한 계약금의 배액을 상환하여 주된 계약을 해제할 수 있다는 견해이다(牛山積, "手付を交付している場合の解除", 不動産法大系 第1卷 賣買, 青林書院新社(1970), 92-95頁).

V. 결 어

계약금의 교부를 주된 계약과 독립된 별개의 '계약금계약'으로 보거나 이를 '요물계약' 또는 '낙성계약'으로 파악하는 논쟁은 계약금을 해약금으로 추정하는 민법 제565조 제1항의 해석, 거래현실, 당사자의 의사에 비추어 불필요한 것으로 보인다. 민법 제565조 제1항의 적용은 계약금의 교부에 따른 법률적 효과이므로, 굳이 위와 같은 계약 개념을 인정하지 않더라도, 주된 계약의 내용으로 정한 계약금을 모두 교부하면 그 자체로서 발생하는 법률효과이기 때문이다. 위 규정에 따라 '계약 당시'에 계약금이 '교부'되면 '당사자간에 다른 약정이 없는 한' 해약금 추정이 되므로, 교부자는 이를 '포기'하고 수령자는 그 배액을 '상환'하여 계약을 해제할 수 있다. 법해석의 원칙에 비추어 위 규정의 적용을 위한 확장, 축소, 유추 등의 필요는 없다. 위 규정에서 계약금의 교부는 계약금이 전부 교부되어야 함을 전제로 하는 것이지 일부가 교부되는 것을 포함하지는 않는다.

거래 현실에서 중도금이나 잔금이 대금의 일부임에 의문이 없는 것처럼 계약금 역시 동일하다. 계약금의 교부는 그 이상도 그 이하도 아닌 매매대금의 일부이다. 다만 분할하여 지급되는 대금 중 가장 먼저 지급되는 것으로서 특별한 의미가 있을 뿐이다. 이 때문에 계약금이 증약금, 해약금 추정, 별도의 위약금약정과 그에 대한 손해배상액의 예정으로 추정되는 효과가 발생되는 것이다. 실제로도 매수인이 매도인에게 계약금을 교부하면서 매매계약과 별도로 '계약금의 지급에 관한 계약'을 체결한다는 의사를 갖지는 않는다. 오히려 매매계약의 내용으로 전체 매매대금을 계약금, 중도금, 잔금으로 분할하여 지급하기로 약정하는 정도의 의사를 갖는다고 해석하는 것이 현실에 부합한다. 물론 매매계약의 내용으로 계약체결 시에 계약금의 전부를 지급하거나 일부를 지급하거나 후에 전부를 지급하기로 하는 약정도 계약자유의 원칙에 비추어 얼마든지 가능하다. 그러므로 계약금의 교부를 반드시 주된 계약과 별도로 체결되는 계약으로 보거나 이를 요물계약 또는 낙성계약으로 해석할 필요는 없다.

(논문투고일: 2017.11.07., 심사개시일: 2017.11.14., 게재확정일: 2017.12.11.)



정 상 현

계약금, 계약금계약, 요물계약, 해약금, 증약금, 위약금,
손해배상액의 예정, 계약의 구속력

【참 고 문 헌】

1. 국내문헌

강신웅, “위약 계약금・보증금 등의 해석과 민법 제398조의 입법론”, 기업법연구 제16호, 한국기업법학회, 2004.3

곽윤직, 물권법, 박영사, 2004

———, 채권각론, 박영사, 2011

김기선, “계약금(보증금)”, 고시계 제25권 제10호, 1980.9

———, 신채권각론, 법문사, 1964

———, 한국물권법, 법문사, 1990

김동훈, “계약금의 수수에 따른 몇 가지 법률문제”, 신세기의 민사법 과제, 법원사, 2001

———, “민법의 해약금 규정의 운용방향”, 비교사법 제22권 제3호, 한국비교사법학회, 2015.8

김민중, “계약금몰수・배액상환의 약정”, 고시계 제576호, 2005

김병재, “계약금몰수・배액상환약정의 해석”, 민법판례연구XI, 민사판례연구회, 박영사, 1989

김상용・박수곤, 민법개론, 화산미디어, 2015

김증한, 물권법, 박영사, 1983

김증한・김학동, 채권각론, 박영사, 2006

김증한・안이준, 채권각론, 박영사, 1967

김학동, “손해배상의 예정”, 인권과 정의 제252호, 대한변호사협회, 1997

김현태, 채권법각론, 일조각, 1986

김형배, 채권각론[계약법], 박영사, 2001

김형배・김규완・김명숙, 민법학강의, 신조사, 2010

남효순, “계약금약정에 관한 몇가지 쟁점”, 서울대학교 법학 제39권 제2호, 서울대학교법학연구소, 1999

명순구, “계약금약정의 해석”, 법학논집 제35집, 고려대학교법학연구원, 1999.12

민의원법제사법위원회민법안심의소위원회, 민법안심의록, 상권, 1957

박동진, 계약법강의, 법문사, 2016

박병칠, “계약금포기·배액상환의 약정 및 관련문제-판례를 중심으로-”, 민법연구 제3집, 대한민사법학회, 1994
방순원, 신물권법, 일한도서, 1960
법무부, 2004년 법무부 민법개정안, 채권편·부록, 2012
———, 2013년 법무부 민법개정시안, 채권편(하), 2013
손재종, “매매계약과 계약금 약정의 법률관계 검토”, 부동산학연구 제15집 제2호, 한국부동산분석학회, 2009.8
송덕수, 신민법강의, 박영사, 2017
송호영, “해약계약금의 약정에서 계약금의 일부만 지급된 경우의 법률관계”, 민사판례연구 제38권, 박영사, 2016
심재돈, 민법주해(편집대표 곽윤직), 제XIV권, 채권(7) 제554조-제597조, 박영사, 1997
양창수·김재형, 민법I 계약법, 박영사, 2010
엄동섭, “계약금(해약금)계약의 법적 성질”, 저스티스 제152호, 한국법학원, 2016.2
오종근, “계약금의 법적 성질-해약금을 중심으로-”, 법학논집 제15권 제3호, 이화여자대학교법학연구소, 2011.3
이영섭·최식, 신민법대의(상), 박영사, 1968
이영준, 한국민법론[물권편], 박영사, 2004
이용운, 주석민법(편집대표 박준서), 채권각칙(2), §543-§567, 한국사법행정학회, 1999
이종구, “계약금의 미지급 단계에서의 계약금계약과 주계약의 효력 등에 관하여”, 법학논총 제33권 제1호, 단국대학교법학연구소, 2009.6
이준현, “주된 계약과 더불어 계약금계약을 한 당사자가 계약금의 전부 또는 잔금을 지급하지 않은 경우의 법률관계”, 법조 제663호, 법조협회, 2011.12
이태재, 채권각론, 진명문화사, 1990
임병석, “해제조건 불성취의 주장과 해약계약금계약의 본질”, 민사법학 제77호, 한국민사법학회, 2016.12
장경학, 물권법, 법문사, 1990
장재현, 채권법각론, 경북대학교출판부, 2006
전창은, “법률행위 해석의 관점에서 바라본 해약금약정의 효력”, 민사법학 제76호, 한국민사법학회, 2916.9
정길용, “계약금이 수수되어 해제권이 유보된 계약과 채무자의 기한의 이익 포기”, 법학연구 제20집 제3호, 연세대학교법학연구원, 2010

정병호, “요물계약 개념의 유래와 현행법상 요물계약설에 관한 비판적 고찰”, 법사학연구 제53호, 한국법사학회, 2016
조일윤, “민법상 계약금규정에 관한 입법론적 고찰”, 동아법학 제46호, 동아대학교법학연구소, 2010.2
지원림, “계약금 분할지급 약정의 효력”, 민사법학 제72호, 한국민사법학회, 2015.9
———, 민법강의, 홍문사, 2017
채성국, 중국의 계약책임법, 경인문화사, 2008
최병조, 로마법강의, 박영사, 1999
최창렬, “계약금계약에 관한 연구”, 재산법연구 제20권 제1호, 한국재산법학회, 2003.8
———, “계약금포기와 배액상환의 법리 소고”, 계약법의 과제와 전망, 모원김욱곤교수정년퇴임기념논문집, 삼지원, 2005
———, “계약준수의 확보방안에 관한 연구”, 재산법연구 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011.2
———, “해약금계약의 법적 성질”, 토지법학 제32권 제2호, 한국토지법학회, 2016.12
한삼인, “계약금에 의한 매매계약의 해제”, 고시계 제47권 제9호, 2002.8
한웅길, “계약금에 관한 소고”, 동아법학 제40호, 동아대학교법학연구소, 2007.8
현승종・조규창, 로마법, 법문사, 1996
황적인, 채권법각론, 한국방송통신대학교출판부, 1999
황태윤, “가계약의 개념과 내용에 관한 고찰”, 동북아법연구 제8권 제3호, 전북대학교 동북아법연구소, 2015

2. 외국문헌

廣中俊雄・星野英一, 民法典の百年III, 個別的觀察(2) 債權編, 有斐閣, 1998
吉田豊, “近代民事責任の原理と解約手附制度との矛盾をめぐって”, 法学新報 第72卷 第1・2・3号, 中央大学法学会, 1965
———, 手付の研究, 日本比較法研究所研究叢書(69), 中央大學出版部, 2005
来栖三郎, “日本の手附法”, 法学協会雜誌 第80卷 第6号, 1964
末川博, “手附契約の解釈”, 民商法雜誌 第26卷 第4号, 有斐閣, 1951

相原東孝, “手付と內金”, 契約法大系 第2卷, 有斐閣, 1962
小脇一海, “手附”, 現代契約法大系 第1卷, 有斐閣, 1973
牛山積, “手付を交付している場合の解除”, 不動産法大系 第1卷 賣買, 青林書院新社(1970)
遠藤浩, “手付契約の解釈”, 民事研修 第545号, 2002
遠田新一, “手附の性質”, 民商法雜誌 第30卷 第6号, 有斐閣, 1955
柚木馨・高木多喜男, 新版 注釋民法(14), 有斐閣, 1993
朝鮮總督府, 慣習調査報告書, 1913.3
Volker Rieble, Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 2, Recht und Schuldverhältnisse, §§328-359, 12.Aufl., Sellier de Gruyter, 2004
Peter Gottwald, Münchener Kommentar zum BGB, Bd.2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§241-432 6.Aufl., C. H. Beck, 2012

Abstract

A Review on the Legal Nature of the Issuance of Down Payment

Jung, Sang Hyun

In Korea, general theories and the Supreme Court's ruling recognize the issuance of a down payment as a separate 'down payment contract' independent of the main contract such as a sale contract. Furthermore, it is controversial whether this down payment contract is contract for the need things or not. However, in personal opinion, this argument seems to be unnecessary in light of the interpretation of the Article 565 (1) of the Civil Code of Korea(CCK), the reality of real estate transactions and the will of contracting parties. Because the application of the Article 565 (1) of the CCK is only a legal effect of granting a down payment. Even if we do not accept such a contract as a down payment contract or a contract for the need things, it is a legal effect that occurs when all the down payment are issued. Therefore, I think that the down payment is a part of the whole purchase price, not more than that nor less than that. It is only the first payment that is paid in dividends, which has the special significance.

The Article 565 (1) of the CCK stipulates only that "when the down payment is issued" at the time of contract, it is estimated to be a contract releasing fee, unless there is another agreement between the contracting parties. According to that article, the contracting parties can release the contract, by the grantor merely "abandons" the down payment, and by the recipient "repayment" the two times of down payment. In light

of the principles of interpretation of the law for the application of these provisions, it is neither necessary nor permissible to expand, reduce or analogy beyond the interpretation of that text. In the above provisions, the down payment is based on the assumption that the down payment is all issued. It does not include that a part of the down payment is issued. The occurrence of the legal effect that the down payment is presumed as a contract releasing fee is only in accordance with the legal facts, namely the issuance of the down payment, presented by the above provisions. In addition to this, it is not necessary to have such a contract as a down payment contract or a contract on the need things.

In a realistic transaction, the down payment also has the same meaning as there is no doubt that the buyer's mid payment or balance paid to the seller is a part of the total sales price. However, since the down payment is the first to be paid, it is only an estimated effect of the money for evidence of contracts and the contract releasing fee, or penalty and compensation for damages due to the separate agreement. Therefore, the issuance of the down payment is not necessarily regarded as an independent contract. In fact, the buyer will not be willing to conclude a 'contract' for the payment of the down payment separately from the sale contract, issuing a down payment to the seller. Rather, it is in reality that the parties have the intention that the contents of the sale contract shall have the intention of making a commitment to pay the whole sale price divided into down payment, intermediate payment and balanced payment.



Jung, Sang Hyun

down payment, contracts on the down payment, contracts on the need things, contract releasing fee, money for evidence of contracts, penalties, damages compensation, contract binding

中国金融监管架构改革的模式选择

郭雳*

朱涤**

【目 录】

一、关于金融监管架构的基础理论

（一）金融监管架构的基本模式

（二）四类监管模式之间的关系

（三）哪种监管模式最佳

二、中国金融监管遇到的问题及应对

（一）金融监管困境

（二）目前的金融监管应对

三、中国金融监管架构的模式思考

（一）解决问题的思路

（二）可能的路径选择和改革

四、结语

【摘 要】

金融创新的不断涌现伴生着风险事件频发，使得中国金融监管架构的改革成为世界关注的焦点。从理论上分析了四种金融监管模式及其之间的关系，并结合已有的实证研究结果，本文认为，不存在恒定的所谓最优监管模式，实践中需要结合不同国家的各自情况进行具体分析。针对中国目前出现的混业经营、互联网金融创新等新情况，解决问题的关键并不是监管机构的合并，而在于监管机构职责的明确以及互相间的沟通协调。此外，金融监管架构改革不能一蹴而就，应当综合考虑各种因素，逐步推进，防止酿成更大风险。

一国金融监管的架构设计绝不是政策制定者们凭空创造出来的。相反，监管架构通常产生于各种事件、危机以及对它们的争论之后，这些活动往往会引发对于现有监

* 郭雳，北京大学法学院教授、博士生导师

** 朱涤，北京大学法学院博士生。本文写作得到了中国法学会2016年度重点委托课题“完善金融风险法律防控体制机制问题研究”的支持。

管框架的再评估。中国目前正在经历这样一个阶段。股市大起大落、互联网金融频频出事、资产管理行业是非不断，促使人们将目光集中于金融监管架构的改革上。从媒体报道以及一些专家学者的观点中[1]不难看出，英国当下采用的不细分金融行业，而是将审慎监管与行为监管分开，并将审慎监管机构纳入央行的金融监管体制可能是我国期望借鉴的模式。

这种观点背后的逻辑不难理解。长期以来，中国在金融行业都是采用分业经营、分业监管的方式。尽管法律[2]规定并没有明确开放监管限制，但很多金融机构已经在事实上形成了混业经营。因此，分业监管的方式显然已经不太合适，于是几家金融监管机构的整合就成了许多人眼中的最佳方案。而之所以借鉴英国的模式，是因为其在金融危机之后将之前开展综合监管的金融服务局（FSA）一分为二，一部分作为审慎监管局（PRA），纳入英国的中央银行——英格兰银行，负责对于英国大型金融监管机构的审慎监管；另一部分成立独立的行为监管局（FCA），对金融机构的行为进行监管。这一点又与中国央行（“中国人民银行”）期望履行金融机构微观审慎监管职能的主张不谋而合。

然而，上述认识其实不无值得细思之处。在讨论中国究竟该如何推进金融监管架构的改革时，应当从基础理论、金融行业目前出现的主要问题、改革的各种路径和成本等角度做进一步的分析。

---

1) 参见《谁将执掌超级央行》，网易财经，http://money.163.com/16/0614/16/BPHKUN4800254IU4.html，2016年6月17日访问；《超级央行呼之欲出：以宏观审慎名义扩大管理范围》，新浪财经，http://finance.sina.com.cn/china/2016-05-17/doc-ifxsenvn7261068.shtml，2016年5月17日访问；
卜永祥：《金融管理体制改革的关键问题》，《财新周刊》，2016年第6期；
李波：《以宏观审慎为核心，推进金融监管体制改革》，《第一财经日报》，2016年2月5日。

2)《商业银行法》第43条规定：“商业银行在中华人民共和国境内不得从事信托投资和证券经营业务，不得向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资，但国家另有规定的除外。”《证券法》第6条规定：“证券业和银行业、信托业、保险业实行分业经营、分业管理，证券公司与银行、信托、保险业务机构分别设立。国家另有规定的除外。”《保险法》第8条规定：“保险业和银行业、证券业、信托业实行分业经营、分业管理，保险公司与银行、证券、信托业务机构分别设立。国家另有规定的除外。”

一、关于金融监管架构的基础理论

（一）金融监管架构的基本模式

以Paul A. Volcker为首的30人集团曾经在2008年以17个国家地区为样本，对其各自的金融监管架构进行了研究。该研究报告认为，一般而言，金融监管架构主要分为四种模式：机构监管模式、功能监管模式、综合监管模式以及双峰监管模式。[3] 这种分类方式是一种大体上的合并同类项，因为并没有两个国家或地区的金融监管架构是完全一致的；尤其是金融市场较为复杂的国家或地区，即使可以将其归为上述的某一类中，但是彼此之间仍存在较大的差别。而且，各个模式之间，界限有时也并不是很清晰。例如美国这种联邦监管机构和州监管机构并行的模式就又给监管架构的划分增加了一个维度，实际上很难说清楚其究竟应当归为哪一类。

上述的四种模式中，机构监管和功能监管是两个相对应的概念。机构监管模式是最古老的金融监管模式之一，其理念较为简单，主要是按照金融机构法律实体的类型来将其划归于不同的监管机构。中国目前采用的主要就是这种方式，即商业银行由银监会监管、证券、期货、基金公司由证监会监管、而保险公司则归由保监会监管。

功能监管的概念是1995年由Robert C. Merton提出的。Merton教授认为，金融功能比金融机构更加稳定。任何金融体系的首要作用都是促进经济资源的分配，无论是从时间上还是空间上。基于此，金融体系主要有六大功能：货物和服务的支付清算；集中资金；跨越时间、地域、行业配置经济资源；管理不确定性和控制风险；提供价格信息以及降低信息不对称的风险。这六项基本功能不会随着时间和空间的变化而改变。金融机构最有效的形式却总是在不断变化，即使是相同的机构，实际上承担的功能也在持续演进。随着科学技术的发展，以及市场竞争导致更低的交易成本，金融中介产品和服务之间的区别日益模糊，金融机构彼此之间的界限也变得越来越不清晰。因此，金融监管的功能视角比机构视角更为可靠，监管当局可以通过功能视角来预测机构存在的最有效形式，从而可以在事前立法和制定政策，而非仅针对已经存在的机

3) See Group of Thirty, Structure of Financial Supervision: Approaches and Challenges in a Global Marketplace,2008.

构形式。[4]

综合监管的模式理念非常简单。面对日益复杂金融市场，为了避免监管上的重叠和真空，由一家监管机构充当超级监管者，对所有金融机构进行监管的模式即为综合监管模式。采用综合监管模式最典型的例子为改革前的英国（FSA）以及德国（联邦金融监管局BaFin）。

双峰监管模式是一种基于金融监管目标的监管模式。这一概念曾经在1994年《英国金融监管：改革蓝图》[5]中进行过讨论，Michael Taylor在1995年的文章中明确提出。[6] Taylor认为，金融监管有两项目标：一是保证金融体系的稳定与稳健（“金融体系保护”）；二是保护存款人、投资者以及投保人等消费者的权益（“消费者保护”）。上述两项目标翻译成金融监管措施的话，金融体系保护对应的是审慎监管措施，主要包括资本充足率、公司治理、风险敞口等内容；而消费者保护则对应为针对业务活动的监管措施，主要包括金融产品的广告、营销、销售规则、从业人员准入规则等。

将审慎监管与行为监管区分开来，是因为这两类金融监管措施存在一定的冲突。当年英国在讨论监管模式改革时，比较主流的观点认为，客观上行为监管和审慎监管之间有一种文化差异——行为监管通常是由律师实施，而审慎监管，特别是在宏观层面，主要是经济学家负责。因此，肩负行为监管和审慎监管双重责任的监管机构中，要么律师群体占上风，要么经济学家群体来主导，一方占据上风就会导致另一方工作不被重视。因此，当由一家机构（如FSA）同时负责行为监管和审慎监管时，金融监管工作就总是面临强调一方而牺牲另一方的风险。新制度设计须对此加以考虑，使这种风险降到最低。[7]

---

4) See Robert C. Merton, A Functional Perspective of Financial Intermediation, Financial Management, Vol. 24, No.2 (1995), pp23-41.

5) UK Financial Supervision: A Blueprint for Change, Centre for the Study of Financial Innovation, May 1994.

6) 尽管这种观点在英国最先被讨论和研究，但是率先付诸实施的是澳大利亚。For example, see Andrew Godwin, Li Guo & Ian Ramsay, Is Australia's “Twin Peaks” System of Financial Regulation a Model for China? Hong Kong Law Journal, Vol.46, Part 2-3 (2016)。

7) 孙天琦：《次贷危机后，英国为什么抛弃金管会模式》，《清华金融评论》，2016年1月，42-47页。

（二）四类监管模式之间的关系

前文已经提到，这四类监管模式并不能够完全区分开来。首先，功能监管与机构监管模式之间的界限本身就很模糊。事实证明，Merton有关功能监管的理论并没有在实践中得到完全的贯彻执行。显然迄今为止，并没有任何金融监管者能够凭借功能视角完全准确地预测金融市场的产品和服务情况以及金融机构的最优形态，金融监管措施也不能够仅仅依靠不同的功能条线而脱离金融机构开展，如资本充足率、杠杆率、风险敞口、业务集中度等审慎监管标准始终需要作用于相应的金融机构整体。因此，纯粹的功能监管模式其实是构想出来的，其本质上更像是机构监管模式的一种补充。很多人将美国的监管模式视作是功能监管，实际上这种看法并不完全准确。美国财政部认为，其监管体系确切来讲是基于机构的功能监管（Institutionally Based Functional Regulation），[8] 在这种体制下，真正受到监管的仍然是实施业务活动的金融机构本身。

其次，无论是综合监管还是双峰监管模式，有些时候可能仅仅是在金融监管机构设立上相区别，然而其沿用的监管理念和标准依然沿袭了机构监管或功能监管模式。采用综合监管模式的日本，其FSA仍然是按照金融机构的功能来进行监管，监管机构内部的组织形式也同样如是设置；德国的BaFin作为综合的金融监管机构，其内部的组织形式也基本是按照不同的业务条线来划分，但是会分设单独的业务部门监管跨条线的金融机构。在英国现行制度框架下，PRA负责审慎监管的机构包括存款机构（包括银行、房屋贷款互助协会、信用合作社）、保险机构以及主要的投资公司。对于存款机构、主要的投资公司，其适用一套监管方式，而对于保险机构，则有另外一套监管方式。这实际上仍然是功能监管的思路和理念。[9] 此外，如果细看英国PRA和FCA的具体职责，会发现英国并没有完全将审慎监管与行为监管区分开来，PRA和FCA并不完全是一个负责前者，一个负责后者。FCA同样也承担着审慎监管的职能，只是对象不同而已。前文提及，PRA监管的对象是存款类机构、保险公司以及主要的投资公

8) The Department of the Treasury, Blueprint for a Modernized Financial Regulatory Structure, http://www.treas.gov/press/releases/reports/Blueprint.pdf,March, 2008.

9) The Prudential Regulation Authority's approach to banking supervision, March 2016; The Prudential Regulation Authority's approach to insurance supervision, March 2016.

司，而由FCA单独进行审慎监管的公司则超过24000家，包括资产管理公司、财务顾问公司、抵押贷款和保险经纪公司。如果从审慎监管的机构数量上来讲，FCA甚至是欧洲最大的审慎监管机构。10)

四种监管模式之间在很多情况下并没有完全清晰的界限，可以说，功能监管脱胎于机构监管模式，是在金融机构之间的边界越来越模糊的情况下对于监管体系的一种升级完善；而双峰监管实际上是由综合监管模式演变而来，其着眼点在于如何提高监管的效能，解决监管目标和方式上的冲突，但其监管的具体方式又无法完全脱离功能监管与机构监管的基础。

（三）哪种监管模式最佳

综合来看，监管模式在最顶层的划分其实总围绕着两个问题：是否需要划分不同的监管机构；如果答案肯定，以何种标准进行划分。随之而来的一个重要问题是，究竟什么样的监管模式是最佳的？在讨论这一问题时，如同本文开篇所提到的，人们很容易得出一个结论：既然混业经营已经成为不可逆转的趋势，金融市场也变得日益复杂，不同的金融机构、产品、服务之间的界限也越来越模糊，那么似乎综合监管模式和双峰监管模式更符合金融行业发展的趋势。

然而，从30人集团的调查报告中来看，尽管其在理论上也推崇上述的观点，但是实证分析的结果并未支持该结论。报告指出，2008年金融危机是考验一国或地区监管模式有效性的良机，因为一般来讲，正常环境下运行很好的金融监管体系往往会在市场出现混乱时产生问题。通过对各国金融监管机构在2008年金融危机中的表现进行观测，报告显示，一国或地区对金融监管模式的选择与其在金融危机时监管的有效性并没有直接的关系。

在综合监管模式下，尤其是面对复杂的市场，即使是超级监管者也可能会缺乏有效性，其内部分为不同的业务条线，仍然涉及到部门之间的协调问题，这与其他模式下不同监管机构之间的协调并无二致。作为曾经的超级监管者，英国FSA在北岩银行（Northern Rock）破产的问题上检讨了其单一机构内部协调所出现的问题。相反，

10) FCA Supervision, https://www.the-fca.org.uk/about/supervision, visited on June 18th, 2016.

常被指责为监管体系混乱、监管机构重叠的美国却在机构救助过程中反应迅速，监管机构促成JP Morgan Chase收购贝尔斯登的股权仅用了一个周末，而后美联储又迅速地为系统重要性的投资银行开放了贴现窗口。可见，并没有绝对具有优势的监管模式，单一监管机构的内部部门之间以及不同监管机构之间的沟通协调是否顺畅，是决定危机中金融监管能否发挥效用的关键。11)

当然这一实证研究也具有一定的局限性，因为各国监管机构进行金融改革的目标不仅仅着眼于市场混乱时金融监管机构能够及时有效地作出反应，还在于监管机构可以持续有效地监控金融机构、市场和整个金融体系，提前预防危机。但是，哪一种监管模式能够在这一方面发挥更加关键的作用，在实证方面的确很难证明，因为导致金融危机的变量因素总是多方面的，其他变量非常难于控制，因此难以识别金融监管在其中起到的作用。而一国金融市场的稳定也可能并不能够最终归因于金融监管体系的有效性，也有可能是因为其市场和产品较为简单，金融监管措施从而更加直接地发挥了其应有的功效。

综上所述，金融监管模式的选择需要依据各国的不同情况进行具体分析，哪一种最优不能够概而论之。

二、中国金融监管遇到的问题及应对

（一）金融监管困境

从我国的情况来看，科学技术的发展、金融产品和服务的不断创新，确实对金融市场环境产生了极大的影响。引发金融监管架构改革讨论的主要问题如下：

一是随着金融业的不断发展和技术进步，金融体系中出现了新的机构形态或业态，很多正处于不受监管或监管较弱的状态。前者包括事实上已经形成混业经营的银行集团、保险集团、金融控股公司等。尽管目前以银行或者是保险公司为母公司的金融集团分别受到银监会、保监会的综合并表监管，但是监管标准并不统一，容易造成监管套利。而如中信集团、招商局集团、光大集团等以控股公司作为母公司的金融控股集

11）同前注3。

团，在集团层面基本处于无人监管的状态。此外，一些互联网金融企业，凭借着技术优势，也正在快速覆盖越来越广泛的金融产品和服务。以蚂蚁金服为例，其业务范围囊括了第三方支付、小额贷款、融资、理财、保险等多个领域。

二是资金的流向和金融产品的创新超出了银行、证券、保险原来的业务边界，很多情况下银行的交易对手就是保险公司或是券商，资金运行的归集跨越了银行间市场、交易所市场、场外融资市场甚至是民间借贷市场，监管机构难以把握资金的流向，各个市场也有不同的主责机构。[12] 近年来，风险最为突出的是影子银行。尽管不同研究可能对影子银行的界定存在差异，但是有一点比较明确，影子银行游离于传统银行业务之外，其活动不受监管或是所受监管较弱，常常会成为监管套利的工具。一方面，从主体身份转换入手，从原先受到审慎性监管的机构转换为监管豁免或者少受监管的主体；另一方面，从业务形式入手，设计不受法律监管的业务形式从事原本受到法律限制的业务。[13] 中国的影子银行问题在后一点上表现得尤为突出，主要是商业银行资产的大规模出表。政府对于商业银行的信贷规模以及交易对手集中度有着非常严格的限制，商业银行为了规避上述的监管，会通过信托平台或者证券公司、基金公司等渠道腾挪信贷资金，实现“变相房贷”和“变相增息”。[14] 在这一过程中，金融工具实际上已经突破了金融系统和市场之间的边界，打破了监管当局之间各司其职的格局，活跃在监管盲区之中。例如：银监会可以通过限制融资类信托业务占银信合作业务余额比例的方式来对银行业和信托业进行监管，但是对于银证合作等方式却无能为力。[15]

（二）目前的金融监管应对

中国近年来意识到了上述问题。2013年8月，由国务院批准正式建立了金融监管协

12) 周迎颖：《股灾反思录（四）——监管之责》，金融界网站，http://finance.jrj.com.cn/2015/07/23174619547433.shtml，2016年6月17日访问。

13) 袁达松：《对影子银行加强监管的国际金融法制改革》，《法学研究》，2012年第2期，194-208页。

14) See Li Guo & Daile Xia, In Search of a Place in the Sun: The Shadow Banking System with Chinese Characteristics, European Business Organization Law Review, Vol. 15, Issue 3 (2014), pp387-418。

15) 潘静、柴振国：《中国影子银行的金融监管研究——运用市场约束优化政府监管》，《现代法学》，Vol.35 No.5，2013年9月，88-96页。

调部际联席会议制度，由中国人民银行牵头，成员单位包括银监会、证监会、保监会、外汇局。其职责中包括：交叉性金融产品、跨市场金融创新的协调、金融信息共享和金融业综合统计体系的协调等。16)

针对可能会酿成系统性风险的金融业态、产品等，部门之间的权责划分多由规范性文件的形式进行协调。例如：央行、银监会、证监会、保险会联合其他部委等10家机构联合发布的《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》（以下简称“《指导意见》”），明确了互联网支付、网络借贷、股权众筹融资、互联网基金销售、互联网保险、互联网信托和互联网消费金融各领域中，不同金融监管部门应当履行的职责。17)国务院办公厅关于影子银行的107号文，规定银行业机构的理财业务由银监会负责监管；证券期货机构的理财业务及各类私募投资基金由证监会负责监管；保险机构的理财业务由保监会负责监管；金融机构跨市场理财业务和第三方支付业务由中国人民银行负责监管协调。18)

很多人认为这些协调机制并没有真正发挥作用。事实上，中国的金融体系也确实表现得并不十分稳定。2015年股票市场在短时间内经历了大幅的上涨和下跌。在政府决定救市的时候，金融监管机构的反应速度也偏慢。互联网金融企业，如P2P网贷平台等，更是违约事故频发。

三、中国金融监管架构的模式思考

（一）解决问题的思路

首先，应当看到，上述一些问题可以通过目前的监管职责划分加以解决。例如：互联网金融尽管被认为是金融行业的一种新生业态，但是其在功能上与传统的金融机构并没有本质区别，根本上没有跳脱出Merton所总结的金融中介机构的六大功能，其仅仅是在提供产品和服务的方式上发生了改变。目前，业界比较普遍的观点也认为，互联网金融并没有超越现有金融体系的范畴，也不会改变金融的本质。19)《指导意见》

16)《国务院关于同意建立金融监管协调部际联席会议制度的批复》（国函〔2013〕91号）。
17)《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》（银发〔2015〕221号）。
18)《国务院办公厅关于加强影子银行监管有关问题的通知》（国办发〔2013〕107号）。

按照功能划分监管机构的思路并没有大碍，欠缺的可能是：如果一个互联网金融机构具有多个金融功能，其也应当如金融控股公司一样受到综合并表监管，在整体上适用审慎监管标准。而针对金融控股公司或从事混业经营的公司，可以直接指定由央行或者银监会以商业银行为核心进行监管，适用统一的审慎监管标准。

其次，新情况的处理更依赖于新的监管理念和方式，并不是简单调整监管架构就可以实现。例如针对系统性风险的监测，影子银行机构和产品跨越多个市场等其实是宏观审慎监管的问题。宏观审慎是针对系统性风险、金融业的全局运行来说的，主要致力于确保金融体系整体稳定。尽管国际清算银行在20世纪70年代就已经提出这一概念，但是直到2008年金融危机之后，其才真正被各国所重视，引入到监管实践。如果对目前分行业的监管机构进行合并，首先需要明确合并的是什么。银监会、证监会、保监会基本不承担宏观审慎监管（除了逆周期监管等有限情形）职能，其监管的对象从来都是针对个体的金融机构，或是某一个功能条线。如果这些监管机构合并，合并的实际上是其原本承担的微观审慎监管职能。

那么接下来，微观审慎职能合并，真正目的何在？其初衷主要是为了对所有监管对象，由同一审慎监管机构，应用相同的监管方式，适用统一的或是大致相同的监管标准。如不然，微观审慎监管机构的合并所起到的作用也仅仅是将所有的金融监管部门捏合在一起，监管的理念和规则并没有发生变化，自然也不会起到实质性的作用。事实上，至少我国目前的银行、证券、保险这些不同性质的金融机构主要业务差别较大，风险特点各不相同，专业化的监管也许更符合我国的国情。就具体指标而言，各自之间也有非常明显的差异，不容易整合到一起，换言之，完全凭借一套规则监管是行不通的。[20] 因此，我国金融监管机构的合并值得认真评估。

再次，有必要正确认识金融创新与金融监管的关系。有一些毛病恐怕并不出在金融监管的架构上。金融创新在很多情况下，是规避监管的手段。中国的影子银行之所以规模巨大，很大一部分原因在于在宽松的货币环境下，对于商业银行的贷款规模等指标存在着严格的限制。在这种情况下，金融机构有非常强的动力不断创造新的金融产

19) 张晓朴：《互联网金融监管的原则：探索新金融监管范式》，《金融监管研究》，2014年第2期，6-9页；陈龙：《互联网不会改变金融的本质》，《21世纪经济报道》，2014年3月26日，第11版。

20) 郭田勇：《我国应构建央行牵头的宏观监管框架》，中国证券网，http://finance.ifeng.com/a/20160113/14164663_0.shtml，2016年6月18日访问。

品，获取利润。中国人民银行在2015年进行了9次降息降准；2016年尽管仅有一次降准，也未使用利率工具，但却频繁使用了MLF（中期借贷工具）、PSL（抵押补充贷款）等新型货币政策工具，其已成为央行基础货币供应的重要渠道。在基础货币投放过量的情况下，如果商业银行货币创造的功能因为贷款规模的限制而受限，其总是有动力运用其他的杠杆机制来达到相同的目的。于是监管机构试图通过运用规则（例如银监会对于银信理财的额度限制）堵住监管缺口。但是金融创新的目的恰恰就在于绕开这些监管规则。监管者与金融机构如此博弈，很难说主要责任在谁身上，真正应该反思的是货币政策与监管规则的一致性以及宏观审慎监管与货币政策相协调的问题。

最后，应当仔细斟酌改革的成本和路径。如前所述，双峰监管实际上是站在金融监管目标的角度上，为提升监管的效能划分了不同的监管职责。其沿袭了英联邦国家混业经营、综合监管的思路，与我国金融行业目前的监管体系差异较大。贸然开展改革，可能会干扰正常的金融监管秩序。同时，在金融领域已经存在着非常严重的“刚性兑付”，专门的行为监管机构的设立会否加剧这一问题，也未可知。如果顶层设计一定要采用双峰监管模式，也需要循序渐进地推进。怎样进行审慎监管职能的合并，是否将证券市场的公平与透明性的监管职能一并放入行为监管机构等，均是需要慎重考量的问题。

（二）可能的路径选择和改革

基于上述分析，笔者认为，中国目前的金融监管架构调整不宜过多过快，可在现有基础上，强化和完善相关职能，考虑以下内容：

1. 由中国人民银行履行宏观审慎监管的职能。由央行对系统重要性金融机构、跨行业开展业务的金融机构进行监管，监测跨市场和系统性的风险。其逻辑在于，宏观审慎监管与货币政策的目标方向具有一致性。宏观审慎监管政策同宏观经济调控政策一样属于宏观范畴，目的都是实现经济的平稳增长，置于同一部门实施不仅不会产生角色矛盾，还会相互促进。这种做法与英国、美国、德国等国家的改革思路是相一致的。事实上，在2015年12月，中国央行就已推出宏观审慎评估体系（MPA）代替其原有的差别准备金动态调整和贷款管理机制。MPA体系更为全面地考虑资本和杠杆情

况、资产负债情况、流动性、定价行为、资产质量、外债风险、信贷政策执行等七大方面，并将以往关注的狭义贷款转向广义信贷，将债券投资、股权及其他投资、买入返售资产等纳入其中。[21] 其既可以说是一项差别化、结构性的货币政策，也是变相对商业银行在贷款规模上的一种审慎监管标准。2017年MPA作为考核机制正式施行，每季度考核一次，考核的对象分为全国性系统重要性机构、区域性系统重要性机构和普通机构等三类，就前述七大方面进行评分，结果分为：A、B、C三个档次，对三类机构适用不同的存款准备金利率。针对不同的情况，存款准备金利率的调整幅度会有变化。[22] 而在2017年第一季度，央行正式将表外理财纳入广义信贷范围，以合理引导金融机构来加强对表外业务风险的管理。[23]

2. 微观审慎监管职能暂由三会根据不同机构、不同业务功能继续分别行使，但要增强其与宏观审慎监管、货币政策的协调。如前所述，宽松的货币政策，严格的审慎监管标准，是中国影子银行产生的根源。微观审慎监管天然与货币政策具有冲突性，假如将微观审慎职能放入央行，后者有可能滥用其最后贷款人的地位，掩饰监管疏失或者放松审慎监管的标准。尽管如此，仍然不应当忽视微观审慎监管与货币政策的协调，否则就会出现更多基于规避监管目的的金融创新。

目前的金融监管协调部际联席会议制度并没有发挥应有作用，原因在于其过于宽泛和笼统，并没有赋予牵头人明确的权利和义务，也没有清晰的职责划分。无论采取何种监管方式，即便是超级监管机构，也仍然会涉及内部部门之间监管协调的问题。金融监管的有效性，在很大程度上并不取决于制度选择，而在于能够实现各监管主体或是监管机构内部部门的有效沟通和协调。因此，如果改革方案真的是将中国目前的几大金融监管机构合并，那么其前提和最充分理由应当是改革将显著地增进了机构间的沟通和协调。2017年7月14日－15日召开的全国金融工作会议，提出了“设立国务院金融稳定发展委员会，强化人民银行宏观审慎管理和系统性风险防范职责”的要求。[24] 11月8日，该委员会成立并召开了第一次全体会议。据报道，它其中一项职责

21) 张明、郑联盛、王宇哲、杨晓晨、周济：《宏观审慎评估体系对银行业有何影响》，新浪财经，http://finance.sina.com.cn/zl/china/2016-04-18/zl-ifxriqqx2899459.shtml，2016年6月19日访问。
22) 刘枫：《实施MPA，银行业务将如何调整——央行MPA管理细则解读》，http://finance.sina.com.cn/roll/2016-04-12/doc-ifxrckae7791781.shtml，2017年11月11日访问。
23) 《中国金融稳定报告2017》，中国人民银行金融稳定分析小组，中国金融出版社。

为“统筹金融改革发展与监管，协调货币政策与金融监管相关事项，统筹协调金融监管重大事项，协调金融政策与相关财政政策、产业政策等”。[25] 这显然是中国加强金融监管统筹协调机制的又一重大推进。

四、结语

金融监管架构的调整从来都不可能一蹴而就，而是在金融机构和监管者不断博弈的过程中逐步演变而来。金融监管总是落后于金融创新，其根本原因在于资本的逐利性总是会超越监管者对于相关机构和市场有效约束的动力。在考虑金融监管架构的改革方案时，有必要注意以下几点：一是不应过度迷信监管架构的调整能够快速大幅地提升金融监管的效能；二是从来没有绝对优越的金融监管架构；三是任何的改革都有成本，在选择过程中应当综合考虑各项因素，与现状差异过大的改革方案可能会酿成更高的风险。有鉴于此，我国不妨在现有格局基础上针对突出问题，重点加强央行宏观审慎监管的职能，同时围绕提升监管沟通和协调，积小胜为大胜，逐步推进监管架构向综合监管或者双峰监管模式转换。

24) “全国金融工作会议在京召开”，新华社报道，http://www.gov.cn/xinwen/2017-07/15/content_5210774.htm，2017年11月11日访问。
25) “国务院金融稳定发展委员会成立并召开第一次会议”，新华网，http://news.xinhuanet.com/2017-11/08/c_1121926062.htm，2017年11月11日访问

(논문투고일: 2017.11.11., 심사개시일: 2017.11.15., 게재확정일: 2017.12.11.)



郭雳 · 朱涤

关于金融，中国金融监管，金融监管架构改革，金融行业

Abstract

On the Reform of China's Financial Regulatory Regime

Li, Guo
Zhu, Di

A great deal of financial innovation, alongside the mounted financial risks, has led to the call for reforming the financial regulatory regime in China. This article analyzes four types of financial regulatory regimes and their relationships from a theoretical perspective. Based on the existing empirical studies of the effectiveness of such different regimes, the authors argue that there is no lasting optimal one. Regulatory regimes have been built up in accordance with the specific conditions of each country. Regarding the concerns raised by mixed operation of financial industries, the innovations driven by internet finance and other dynamics in China, this article holds that the duties of the financial regulatory bodies should be specified further and the communication and coordination among them be improved. Meanwhile, the overhaul of financial regulatory regime cannot be accomplished at one stroke and ought to be carried forward gradually, with considerations paid to all the factors relevant in order to avoid higher risks it may cause.



Li, Guo · Zhu, Di

Financial innovation, Financial regulatory regimes, Financial industries

금융환경의 변화에 대한 법적 대응에 관한 연구*

정경영**

【목 차】

Ⅰ. 서
Ⅱ. 금융환경의 변화
1. 핀테크의 활성화
2. 인터넷 전문은행의 등장
3. 전자양도성기록(ETR) 모델법
4. 블록체인기술과 암호통화, 스마트계약
Ⅲ. 환경변화에 대한 법적 대응
1. 서
2. 규제법적 대응
3. 거래법적 대응
4. 감독법적 대응
Ⅳ. 결어

【국 문 요 약】

4차 산업혁명의 큰 변화의 물결에서 특히 금융환경은 금세기 들어 빠른 속도로 변화하고 있다. 인터넷을 통한 금융, 유가증권의 전자화, P2P 기반의 금융거래, 블록체인기술에 기반한 금융의 탈중앙화, 분산발행의 암호통화의 상용, 스마트계약의 등장 등 불과 10여 년 전에는 예측하기 힘들었던 금융현상들이 앞 다투어 등장하고 있다. 이들 변화를 포괄하는 핀테크 산업은 활성화를 위한 기본적 규제완화가 이뤄졌지만 실질적 규제의 완화의 필요성과 함께 규제의 적정성이 논의되고 있다. 그밖에 최근 UN의 국제상거래법위원회가 완성한 전자양도성기록(Electronic Transferable Record)에 관한 모델법, 특히 블록체인기술에 바탕을 둔 암호통화(cryptocurrency)의 등장은 특히 지급결제영역에 상당한 영향을 미치리라 본다.

---

* 이 논문은 한국은행의 재정지원을 받아 “지급결제 환경변화에 따른 정책당국의 당면과제”라는 제목으로 작성되어 2017년 한국은행 지급결제제도 컨퍼런스에서 발표되었는데, 분량이 너무 많고 집중도가 낮아 ‘금융환경변화에 대한 법적 대응’에 집중하여 논문을 수정하였다. 본 논문 내용은 집필자의 개인의견으로서 한국은행의 공식견해를 나타내는 것은 아니다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수

핀테크란 인터넷전문은행, 전자양도성기록, 블록체인, 암호통화, 스마트계약 등의 등장과 같이 정보통신기술에 바탕을 둔 금융현상이다. 새로운 핀테크 현상에 대한 법적 대응방안에 관해, 일시적 적극적 시장파괴자의 급증에 대해서는 금융당국은 시장감시기능을 강화하여야 하고 사법적으로 처리하거나 김독기능을 최대한 활용하여 제재를 가하여 금융소비자의 피해를 적극적으로 줄일 필요가 있다. 하지만 소극적인 시장파괴자가 생겨나는 것은 시장이 안정적으로 자리잡는 과정에 발생하는 일시적인 현상으로 보아야 하고, 교육, 행정지도를 통한 현상의 완화를 넘어 이를 없애기 위해 조급하게 규제수단을 동원하는 것은 자칫 규제방향에 오류가 발생할 수 있다.

암호통화도 최근 거래소 해킹을 비롯하여 전세계적으로 많은 문제점을 노정시키고 있다. 암호통화를 악용하여 사기행위를 하는 자에 대해서는 보다 사법적 역량을 집중하여 단속할 필요가 있다. 그리고 암호통화를 투기수단으로 이용한다든지 세금회피를 위한 수단으로 활용한다든지 하는 현상에 관해서는 금융홍보, 교육 등을 통해 금융소비자를 계도하거나 행정지도 등을 통해 과열되지 않도록 할 필요가 있다. 하지만 아직 암호통화의 본질이 규명되지 않고 기술이 발전하는 단계에서 이를 과도하게 규제하거나 금지시키는 것은 기술의 발전 및 중립성을 해치고 산업의 성장을 저해할 수 있다. 섣부른 규제는 정치적 관점에서는 가능한 일이지만 정책적 관점에서는 실패할 가능성이 훨씬 높고 이는 장기적으로 산업의 발전과 새로운 창조를 가로막는 규제가 될 수 있고, 종국적으로 기술발전의 혜택을 박탈하여 금융소비자의 부담을 증가시키는 근시안적 정책이 될 가능성이 높다.

Ⅰ. 서

4차 산업혁명의 큰 변화의 물결에서 특히 금융환경은 금세기 들어 빠른 속도로 변화하고 있다. 인터넷을 통한 금융, 유가증권의 전자화, P2P 기반의 금융거래, 블록체인기술에 기반한 금융의 탈중앙화, 분산발행의 암호통화의 상용, 스마트계약의 등장 등 불과 10여 년 전에는 예측하기 힘들었던 금융현상들이 앞 다투어 등장하고 있다. 이를 크게 분류하면 핀테크 산업의 등장, 전자양도성기록의 모델법 제정, 블록체인과 암호통화의 등장이라 할 수 있다. 이런 금융환경의 변

화 속에서 우리 금융시스템이 어떻게 변화된 환경에 적응하고 변화를 주도할 수 있을 것인가 하는 문제는 글로벌 경쟁환경에서 금융생존의 문제라 할 수도 있다.

최근 핀테크[1] 산업이 활성화될 수 있는 기본적 규제완화가 이뤄졌지만 실질적 규제의 추가 완화의 필요성과 함께 규제의 적정성이 논의되고 있다. 그리고 결제시스템이 간편하게 변화하였고[2] 인터넷 전문은행이 도입됨으로써 금융혁신의 계기를 맞이하였는데, 아직 인터넷 전문은행의 소유구조에 관한 은행법 개정의 문제 외에도 인터넷 전문은행의 거래보안과 금융사고에 대한 책임이 문제되고 있는 실정이다. 뿐만 아니라 UN의 국제상거래법위원회에서 최근 전자양도성기록(Electronic Transferable Record)에 관한 모델법을 완성하여 지급결제에 영향을 미칠 가능성이 있으므로 이에 관한 검토도 요구된다. 그 중에서도 특히 블록체인기술에 바탕을 둔 암호통화(cryptocurrency)가 등장하여 지급수단으로 활용되고 있어 그 법적 성질에 관한 논의와 함께 거래에 대한 규율이 문제된다.

기술과 법의 관계에 관해, 산업혁명 이래 양자의 관계는 사물과 그림자처럼 계속 추적하는 관계에 있다고 보면서, 혁명과 변화는 동전으로 양면으로 본다.[3] 이 글은 최근 지급결제시스템에 ICT 기술발전이 접목되어 초래되는 금융환경의 혁명 또는 변화에 관해 살펴보고, 이런 변화 속에서 금융거래가 원활하게 이뤄지고 금융시스템이 안정되기 위해 어떠한 정책적 선택을 하여 효율적인 규율(Regtech)을 할 것인가 하는 점에 관해 살펴본다. 그러면서 보다 적절하고 실효성 있는 제도를 통해 금융산업과 금융소비자가 모두 만족할 수 있는 금융인프라의 안정화와 선진화에 기여할 수 있는 정책방향을 모색한다.

---

1) 핀테크는 2015년 1월 5일 박근혜 전대통령이 경제계 신년인사회에서 경제 중점 추진과제 중 하나로 핀테크를 언급하였고 2015년 경제정책에서 핀테크 활성화를 경제정책 과제로 내세웠다. 그 가운데 당시 정부가 핀테크 육성에 있어서 가장 우선적으로 추진하였던 것이 인터넷전문은행이었다(이상복 등, "주요국 인터넷전문은행의 현황과 그 법적 시사점", 「법학논총」, 제33집 제1호, 303면.

2) 2016년 중의 괄목할 만한 변화는 간편결제, 간편송금 등 신종 전자지급서비스 이용이 크게 늘어난 점이다. 이는 정부의 규제완화, 스마트폰의 보급 확대 등으로 서비스 제공여건이 마련된 가운데 전자금융업자들이 근거리 무선통신방식(NFC, Near Field Communication) 또는 마그네틱 보안전송방식(MST, Magnetic Secure Transmission) 등을 지급서비스에 적극 활용하기 시작한 데 기인한다(한국은행, 2016년도 지급결제보고서, 2017. 3, 3면).

3) Fiammetta Piazza, "Bitcoin in the Dark Web: A Shadow over Banking Secrecy and a Call for Global Response", Southern California Interdisciplinary Law Journal, Summer, 2017(26 S. Cal. Interdisc. L.J. 521), p.521.

Ⅱ. 금융환경의 변화

1. 핀테크의 활성화

(1) 의의

핀테크(Fintech)는 금융(Finance)과 기술(Technology)의 합성어로 금융서비스와 ICT 기술이 결합된 서비스를 의미한다. 광의의 핀테크는 금융서비스를 지원하는 모든 ICT 기술을 의미하여 신용평가시스템, 금융회사의 서버 및 네트워크 기술 등도 포함된다. 협의의 핀테크는 ICT 기술을 활용하여 소비자에게 새로운 금융서비스를 제공하는 것을 의미하고, 카카오페이, 네이버페이, 삼성페이, 투자형 크라우드펀딩, P2P 대출, 로보어드바이져 등을 포함한다.[4] 사실 금융과 기술의 결합은 최근에 이뤄진 것은 아니고, 오래 전부터 금융에는 다양한 기술이 활용되었다는 점에서 핀테크는 새로운 금융현상을 표현하기에 정확한 용어는 아니다. 오히려 일반적인 기술보다는 정보통신기술과의 결합이 최근에 금융서비스를 진화시켰다는 점에서, 핀테크에서 기술은 정보통신기술(ICT)을 의미한다고 볼 수 있다. 이렇게 볼 때 핀테크의 정확한 의미를 "ICT 융합의 신종금융서비스"로 이해해도 무방하다고 본다.

핀테크가 법적 용어가 아니어서 규범의 적용대상을 한정하는 의미는 없으므로 그 의미의 엄밀한 이해는 그다지 문제되지 않는다. 하지만 핀테크를 활성화하고자 하는 정책의 지향점을 정확하게 인식시키기 위해서는 핀테크에 관해 보다 명확한 의미가 전제될 필요가 여전히 존재한다. 먼저 금융기관의 업무전산화는 핀테크에서 제외된다고 보아야 하지만, 소비자와 접점을 가지는 ATM, 인터넷뱅킹, 모바일뱅킹은 핀테크에 포함시키는 것이 적절하다고 본다. 그리고 금융기관이 아니더라도 금융에 상응하는 업무를 정보통신기술을 활용하여 이용자에게 제공할 경우에도 핀테크에 포함된다고 보아야 하고, 오히려 이 부분이 기존의 전자금융과 구별되는 핀테크의 특성이 나타나는 국면이기도 하다.[5] 예를 들어 애플페이

---

4) 윤민섭, "핀테크(Fintech)와 소비자보호방안 연구", 한국소비자원, 정책연구 15-21, 9면.

5) 핀테크산업의 등장에 따른 금융시장의 변화를 크게 '파괴적 혁신(Disruptive Innovation)'과 '고객경험가치(User Experience)'라는 두 가지 키워드로 설명된다. 고객경험가치는 감각적인 부가가치를 의미하지만, 파괴적 혁신은 기존 시장이 발전하는 것이 아니라 기존 시장을 파괴하고 새로운 시장을 창출하는 혁신을 의미한다고 보고, 기존 금융기관보다는 새롭게 등장한 IT기업이 주도적 역할을 할 것으로 예상한다(곽관훈, "핀테크 관련 국내법제의 현황과 과제", 「강원법학」, 제49권(2016. 10), 261면). 이러한 관점에서 보더라도 핀테크 개념은 전자금융과 구별되는 ICT 융합

(Apple Pay), 삼성페이, 휴대폰 소액결제제도와 같이 통신회사가 정보통신기술을 활용하여 결제서비스를 제공하는 경우라든가 최근 등장한 암호통화(cryptocurrency)와 같이 비금융권에서 전자지급수단을 채굴하여 이를 지급결제에 활용하는 경우가 이에 해당한다.

(2) 핀테크산업의 유형화

핀테크산업을 사업분야별로 구분하면, 결제, 송금 및 전자화폐, 플랫폼(대출, 투자중개), 금융데이터분석으로 구분하는 견해도 있다.[6] 하지만 결제와 송금의 구별이 쉽지 않고 전자화폐는 결제수단이라는 점에서, 핀테크는 1) 전통 금융업분야, 2) 지급결제분야, 3) 금융정보분야 등 세분야로 구별하는 편이 보다 적절하다고 본다. 전통 금융업분야에는 수신, 여신 등 은행업의 중심 업무, 투자중개 등의 증권업 업무, 온라인 보험계약[7] 등이 포함되는데, 이 영역에서는 금융기관은 물론 비금융기관에 대한 금융업의 개방이 문제되고 있다. 여기서는 금융업의 주도권 다툼이 예상되고 과도기적 현상으로서 지점을 두지 않는 인터넷전문은행 등이 등장하고 있다. 다음으로 지급결제분야는 핀테크의 효용성이 가장 강하게 나타나고 있는 분야로서 지급수단의 전자화는 전자금융거래법 제정 이후 이미 상당부분 진행된 바 있으며, 최근 비트코인 등 암호통화가 등장함으로써 가장 혁신적으로 변화하는 분야라 할 수 있다. 세 번째로 금융정보의 분석, 관리, 보호 등이 핀테크에서 차지하는 비중이 급격하게 증가하고 있다. 이는 핀테크가 정보통신기술의 발달로 전통적인 금융기관에 의한 서비스를 넘어 비금융기관에 금융서비스의 제공이 용이하게 되었다는 점을 실체로 하고 있다. 이는 다양한 정보의 생산, 수집을 의미하고 동시에 그러한 정보의 관리, 보호가 재산권적, 인격권적 차원에서 문제가 될 수 있음을 의미한다.

(3) 핀테크산업에서 정책방향

핀테크는 금융업 전반에 영향을 미치므로 핀테크라는 하나의 사회·경제현상을 제도적으로 어떻게 수용할 것인가 하는 규율규제의 방향이 문제되고, 이는 다양

의 신종금융서비스로 이해함이 적절하다고 본다.

6) 곽관훈, 앞의 논문, 264면.

7) 최근 보험계약의 전자화를 마무리하는 상법개정안이 국회를 통과하였다(2017. 9. 27). 타인의 생명보험계약에서 상법이 요구하던 '서면동의'를 전자서명 또는 공인전자서명이 있는 전자문서에 의해서도 가능하도록 하여 타인의 생명보험계약을 전자계약의 형태로 체결할 수 있게 되었다.

한 관련 법률에 영향을 미칠 수 있다. 전통 금융업은 상법(이하 법명을 약칭함[8])은 물론 은행법, 자본시장법, 보험업법, 여신전문금융업법, 금융실명법, 대부업법 등과 관련되고, 지급결제분야는 전자금융거래법, 금융실명법, 외국환거래법, 한국은행법, 전자어음법 등이 관련되며, 금융정보분야는 개인정보보호법, 신용정보보호법 등이 관련된다. 이들 법률들은 제정목적이 각기 상이할 뿐만 아니라 기타 법률과 소관부처도 달리하는 법률도 있어 일관성 있는 정책방향을 구현하기가 쉽지 않다. 따라서 핀테크에 대한 효율적 규제를 위해서는 핀테크산업을 어떻게 수용할 것인가 하는 거시적 정책방향이 먼저 확정되어야 하고, 그 이후에 구체적인 규제수단들에 관한 논의가 전개될 필요가 있다. 일본의 경우에도 핀테크의 활성화를 위해 은행법이 개정되어 은행의 금융 관련 IT기업에의 출자의 유연화 등을 시도한 바 있고[9], 자금결제에 관한 법률에서 가상통화에 관한 규정을 도입하였다.

정부는 2단계 핀테크 발전 로드맵[10]을 발표한 바가 있고, 핀테크 발전협의회 등을 통해 핀테크가 블록체인기술과 접목[11]되게 되었다. 단순히 규제완화[12]의 차원을 넘어서, 기존의 금융기관에 의해 제한적으로 제공되던 금융서비스가 이후 금융기관이 아닌 기업에 의해 제공되는 것을 허용할 것인지, 이를 허용할 경우 금융의 안정에 관한 문제점은 없으며 이를 보완할 수 있는 수단을 확보할 수 있는지, 그게 어렵다면 어느 범위에서 금융서비스를 개방할 것인지, 국제금융시장에서 경쟁력을 확보하기 위해 그 개방의 속도를 어떻게 가져갈 것인지 등에 관한

---

8) 자본시장법은 자본시장과 금융투자업에 관한 법률, 금융실명법은 금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률, 대부업법은 대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률, 전자어음법은 전자어음의 발행 및 유통에 관한 법률의 약칭이다.

9) 은행 또는 그 자회사는 다른 국내회사의 의결권의 5%를 초과하여 취득·보유해서는 안되는 5%룰(일본 은행법 제16조의3 1항)을 개정하여 금융당국의 개별인가를 얻어 초과 출자하는 것을 가능하게 하였다(이효경, "최근 일본의 핀테크를 둘러싼 법제정비와 과제", 강원법학, 2016. 10. 235~236면).

10) 2016.10월 핀테크 정책의 초점을 육성에서 발전으로 전환하고 ① 핀테크 규제·제도 혁신, ② 신기술과 금융의 융합선도, ③ 지원체계 활성화 등 3대 과제를 추진한다는 기본방향 발표한 바 있다.

11) 2016년 11월 한국거래소가 개장한 스타트업 전용시장(KSM)의 거래플랫폼에 블록체인기술을 적용하였다고 한다(금융위원회 보도자료, "블록체인 기술과 금융의 융합 추진 관련 현장의견 청취", 2017. 1. 10).

12) 규제완화적 관점에서 여신전문금융업법상 신용카드를 사용한 전자상거래에서 거래시마다 매번 인정하여야 하고 인증방법의 선택권을 신용카드회사로 한정하고 있는 점(동법 감독규정 제24조의6)을 개선할 필요가 있다는 주장, 정보통신 진흥 융합 활성화 등에 관한 특별법(ICT특별법)상의 임시허가제도의 확대 주장 등(곽관훈, 앞의 논문, 268면, 271면)도 핀테크에 대한 규제방향설정과 관련된다.

포괄적인 로드맵이 형성되어야 한다고 본다. 이러한 거시적 정책방향이 결정된다면 그 이후에 산업자본의 진입, 핀테크의 보안문제, 개인정보의 보호문제 등 구체적인 규제수준에 관한 논의가 전개될 필요가 있다.[13] 이미 도입이 진행되고 있는 인터넷전문은행의 예에서는 비교적 그 과정이 순조롭게 진행되고 있지만, 암호통화에 관해서는 거시적 정책방향이 다시 흔들리는 모습마저 나타난다.[14]

2. 인터넷 전문은행의 등장[15]

(1) 의의

인터넷전문은행이란 소수의 영업점 또는 영업점 없이 은행업무의 대부분을 인터넷 및 ATM 등의 전자매체를 통해 영위하는 은행을 말한다.[16] 고객이 지점에서 은행원과 대면하여 이뤄지던 거래를 중심으로 하던 은행(거래)을 1세대 은행(거래)이라 한다면, 지점 등을 통한 거래도 이뤄지지만 ATM 등의 기기를 통해 은행원과의 대면거래 없이 자동화된 거래를 병행하던 은행(거래)을 2세대 은행(거래)이라 할 수 있다. ATM 등의 비중이 높아지면 은행 점포는 은행원과 고객 간의 대면거래의 장소로서 영업소가 아니라 업무를 정산하고 관리하는 백오피스의 기능을 수행하고 대부분의 거래는 온라인으로 자동화된 설비에 의해 이뤄지게 된다. 이와 같이 지점 등의 영업소 없이 온라인으로 자동화된 설비에 의한 은행(거래)은 3세대 은행(거래)이라 할 수 있다.

(2) 인터넷뱅킹

1995년 미국 샌프란시스코에 본사를 둔 Wells Fargo 은행이 세계 최초로 인

13) 예를 들어 간편결제 정책을 추진함에 있어서도 금융보안을 기본으로 하여, 금융분야 개인정보 유출 재발방지 종합대책을 추진한 바 있고, 전자상거래 결제 간편화 방안을 추진함에 있어서도 정보보호 및 소비자 보호를 위한 후속조치 대책을 마련하여 병행 추진한 바 있다. 그리고 주요 후속조치로서 정보보호능력을 갖춘 PG사에만 카드정보 저장 허용, PG사에 대한 검사감독 강화 및 내부통제 강화 지도, 정보유출시 손해배상책임 및 엄격한 처벌, FDS 강화, 환금성 사이트 보안, 전자금융업자의 배상준비금 상향조정 등도 그 예로 볼 수 있다(금융위원회, “핀테크 보안 등”, 보도자료, 2015. 1. 7).

14) 암호통화가 도입되는 과정에서 발생하는 투기성 자금의 형성, 거래질서의 문란, 개인정보의 해킹 등의 문제를 이유로 암호통화의 이용을 규제하는 것은 새로운 기술의 발전을 막는 근시안적 정책이라 할 수 있다.

15) 인터넷전문은행의 도입도 대표적인 핀테크의 일환으로 볼 수 있지만 은행업의 관점에서 보면, 단순히 ICT기술의 도입에 그치지 않고 점포의 극복이라는 새로운 측면도 있어 핀테크와 구분하여 언급하였다.

16) 이상복 등, 앞의 논문, 303면.

터넷뱅킹 서비스를 시작한 이래, 각국의 은행들이 앞 다투어 인터넷뱅킹 서비스를 도입하기 시작하였다. 국내에서는 1999년 7월 신한, 한미, 주택은행 등이 뱅크타운(banktown)을 이용하여 인터넷뱅킹 서비스를 제공하기 시작한 이후 그 해 하반기에 국민, 한빛(우리), 조흥은행 등이 자체적으로 개발한 독자적인 인터넷뱅킹 시스템을 구축함으로써 국내 은행권에 본격적인 인터넷뱅킹 시대가 열리게 되었고, 우리나라 전자금융 발전의 토대를 마련하였다. 그 이후 초고속 인터넷망의 발달과 무선 인터넷의 확산으로 언제 어디서나 쉽고 편리하게 사용할 수 있는 인터넷뱅킹은 괄목할만한 성장과 발전을 계속해 왔다.[17]

(3) 인터넷전문은행

인터넷전문은행은 지점 등의 영업점을 보유하지 않거나 소수의 영업점을 보유할 것을 전제로, 업무의 대부분을 인터넷·모바일 등 온라인 기반으로 또는 ATM 등 오프라인 자동화기기 기반으로 은행업무를 영위한다.[18] 1995년 8월 미국에서는 세계 최초의 인터넷전문은행인 SFNB(Security First Network Bank)가 기존 은행과는 달리 점포망을 갖지 않고 인터넷만을 영업채널로 하여 뱅킹서비스를 제공하는 새로운 형태의 금융서비스를 시작하였다. 그 후 인터넷전문은행은 영국과 일본, EU, 홍콩, 싱가포르 등으로 확산되었으며, 기존은행과의 경쟁보다는 틈새시장을 기반으로 하여, 주로 저렴한 수수료와 높은 금리혜택이라는 가격효율성을 이용하여 점진적으로 영업을 확대해 나가고 있다.[19] 우리나라도 금융위원회를 중심으로 도입방안[20]이 검토되다가 금융위원회가 2015년 말에 인터넷전문은행의 예비인가를 승인한 바 있다. 인터넷전문은행 사업자로 카카오 컨소시움과 KT 컨소시움을 선정하였다. 인터넷전문은행은 예금, 대출, 결제 등 모든 은행업무에 핀테크를 접목한 은행으로 거듭나고 있다.

---

17) 김종완, “인터넷뱅킹 사용자의 만족도가 인터넷 전문은행으로의 전환의도에 미치는 영향에 관한 실증적 연구”, 숭실대학교 대학원 박사학위 논문(2009, 12), 1면; 이상복 등, 전게논문, 304면.

18) 이준희, “인터넷전문은행 관련 법률적 쟁점에 관한 소고”, 기업법연구, 2016. 3, 79면.

19) 김종완, 앞의 논문, 1면; 이상복 등, 앞의 논문, 304면.

20) 금융위원회는 인터넷전문은행을 도입을, 현행법 체제하에서 1~2개 인터넷전문은행을 시범적으로 인가하고 이후 은행법의 은산분리 규제 등을 완화한 후 추가 인가하는 2단계(Two-Track approach) 인가방안을 마련한 바 있다(금융위원회, “인터넷전문은행 도입”, 보도자료, 2015. 6. 18).

(4) 규제 방향

인터넷전문은행은 제도 도입에 있어 산업자본의 은행업에의 참여(은산분리)와 은행거래가 비대면거래로 이뤄짐에 따라 본인확인이 문제 되었지만, 은행업감독규정의 개정과 본인확인에 관한 금융위원회의 유권해석 등에 힘입어 출범한 바 있다.[21] 은행업감독규정에 의하면, 인터넷전문은행을 전자금융거래법 제2조 제1호에 따른 전자금융거래의 방법으로 은행업을 영위할 것 등을 조건으로 인가한 은행으로 정의하고 있다. 따라서 은행업의 모든 업무가 인터넷전문은행에 개방되었다고 볼 수 있으므로 비대면의 자동화된 방식을 활용할 경우 은행의 고유업무, 부수업무, 겸업업무 등을 수행할 수 있다. 그런데 현재 은산분리를 내용으로 하는 은행법 개정안의 국회통과가 쉽지 않아, 향후 사업수행에 필수적인 인터넷전문은행의 증자에 어려움이 예상된다. 정권이 교체되고 일부 인터넷전문은행의 인가과정에서 인사의혹 등이 문제가 되어[22] 중요한 금융정책기조가 변경된다는 것은 문제가 아닐 수 없다. 인터넷전문은행이 이미 외국에서는 일반화된 ICT기반의 은행인데도 이를 정치권이 발목을 잡는 기현상은 발생하지 않길 기대할 뿐이고, 인가과정에 비리가 있다면 사법처리의 몫이지 그것이 정책에 영향을 미칠 사항은 아니라 본다. 그밖에 최저자본금 쟁점에 관해서도 금융위원회와 의원입법안이 일치하지 않지만 본질적 문제라 보기는 어렵다. 인터넷전문은행은 예정대로 은행법 개정을 통해 활성화될 필요가 있고, 인터넷전문은행과의 경쟁을 통해 기존 은행들이 영업의 정체와 은행고객보호의 한계를 극복하고, 일부이긴 하지만 시중은행이 정치지향적 성향으로부터 벗어나는 돌파구로 활용할 필요가 있다고 본다.

---

21) 금융실명법상 실명확인증표의 대면확인 방식을 완화하고자 금융위원회는 "금융거래시 실명확인방식 합리화방안"을 발표하였고(2015. 5. 18.), 비대면확인방식을 이용한 신한은행의 비대면 실명확인 계좌개설에 관한 보도자료가 발표되었다(2015. 12. 2.). 동 보도자료에서 금융위원회는 1) 실명확인증표의 사본제출, 2) 영상통화를 통한 확인, 3) 접근매체 전달시 확인, 4) 기존계좌의 활용, 4) 기타 이에 준하는 새로운 방식(생체인증)을 통한 확인 중 2가지를 적용하는 경우 비대면방식의 실명확인이 가능함을 명시하였다. 기타 인터넷전문은행의 출범과정에 관해서는, 이준희, 앞의 논문, 79~81면 참조.

22) http://www.ddaily.co.kr/news/article.html?no=161439 (2017. 10. 22. 최종방문).

3. 전자양도성기록(ETR) 모델법[23)]

(1) 의의

1) 취지 : 선하증권, 어음·수표 등 유가증권은 '증권'이라는 서면을 통해 일정한 권리의 유통을 보장하고 있다. 이들 유가증권에 있어서 권리유통의 수단인 '증권'의 존재는 지금까지 권리의 단일성을 보장하는 방편이었지만, 최근에는 권리의 전자화를 어렵게 하는 걸림돌로 인식되기 시작하였다. 유가증권이 전자화되기 위해서는 증권이 전자매체로 전환되어야 하고, 이 경우 전자매체의 유일성, 권리의 유일성이 보장되어야 한다. 이렇게 권리의 단일성이 보장되면서 이전가능하도록 설계된 전자매체를 전자양도성기록(Electronic Transferable Record: ETR)이라 한다. UNCITRAL(유엔국제상거래법위원회)은 6년간의 논의를 거쳐 최근 '전자양도성기록에 관한 모델법(UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records)'을 제정하였고, 각국은 자국의 유가증권을 전자화하기 위해 동 모델법을 기준으로 자국법을 제정 또는 개정할 것으로 예상된다.

2) 개념 : 모델법은 기존의 유가증권을 양도성 증서, 증권으로 지칭하면서, 전자양도성기록을 양도성과 증서·증권성을 충족하는 전자기록으로 정의하고 있다(모델법 제2조). 전자양도성기록은 양도성 증서·증권과 동일한 효력이 있는데, (a) 전자기록이 양도성 증서·증권에 포함될 것이 요구되는 정보를 포함하고 있고,

---

23) 전자양도성기록 모델법은 전체 4부분으로 구분되어 있다. 제1장 일반규정(Ⅰ. General Provision)에는 제1조 적용범위(Scope of application), 제2조 개념(Definitions), 제3조 해석(interpretations), 제4조 당사자자치(Party autonomy), 제5조 정보요건(Information requirements), 제6조 전자양도성기록의 부가정보(Additional information in electronic transferable record), 제7조 전자양도성기록의 법적 인정(Legal recognition of an electronic transferable record) 등이 규정되고, 제2장 기능적 등가성 규정(Ⅱ. Provision on Functional Equivalence)에는 제8조 서면(Writing), 제9조 서명(Signature), 제10조 양도성 증서·증권(transferable document or instrument), 제11조 지배(Control) 등이 규정되고, 제3장 전자양도성기록의 사용(Ⅲ. Use of electronic transferable records)으로서 제12조 일반적 신뢰기준(General reliability standard), 제13조 전자양도성기록의 시간, 장소 표시(Indication of time and place in electronic transferable records), 제14조 영업소(Place of business), 제15조 배서(Endorsement), 제16조 수정(Amendment), 제17조 양도성 증서·증권의 전자양도성기록으로의 대체(Replacement of a transferable document or instrument with an electronic transferable record), 제18조 전자양도성기록의 양도성 증서·증권으로의 대체(Replacement of an electronic transferable records with transferable document or instrument) 등이 규정되고, 제4장 전자양도성기록의 국제간 인정(Ⅳ. Cross-border recognition of electronic transferable records)에는 제19조 외국 전자양도성기록의 차별금지(Non-discrimination of foreign electronic transferable records)가 규정되어 있다. 전자양도성기록에 관한 자세한 논의는 정경영, "UNCITRAL 전자양도성기록(ETR) 모델법에 관한 연구 – 국내법에의 수용에 관한 검토를 포함하여", 비교사법 제24권 4호(통권79호), 2017, 1597면 이하 참조.

(b) ⅰ) 그 전자기록을 전자양도성기록으로 확인하고, ⅱ) 그 전자기록을 효력발생시점부터 효력종료시점까지 '지배(control)'의 대상이 될 수 있도록 할 수 있고, ⅲ) 전자양도성기록의 무결성을 유지하도록, 신뢰할 수 있는 수단이 사용되어야 한다(제9조 1항). 여기서 무결성을 판단하는 기준은 전자양도성기록에 포함된 정보가, 그 생성 시부터 효력종료 시까지 발생하는 정당한 변경을 포함하여 통신, 저장, 게시의 통상 과정에 발생하는 변경 외에 완전하고 변경 없이 유지되었는가 여부이다(제9조 2항). 제9조는 양도성 증서·증권의 기능적 등가성을 구현하기 위해 전자기록의 요건을 규정하는데, 이는 "단일성(singularity)"과 "지배(control)"라는 요건을 결합함으로써 동일한 의무이행을 중복 청구할 가능성을 방지하는 것을 목적으로 한다.[24]

3) 요건 : 전자양도성기록이 유효하기 위해서는, 1) 정보요건, 2) 수단의 신뢰성 요건을 충족하여야 한다. 첫째, 정보요건이란 대응하는 양도성 증서·증권의 요건을 모두 갖추어야 함을 의미한다. 예를 들어 선하증권이 전자양도성기록의 형태(전자선하증권)로 발행된다면 선하증권에 포함되어야 하는 사항들이 모두 전자선하증권에도 포함되어야 한다. 둘째, 수단의 신뢰성 요건은 일정한 기능 수행을 전제하고 있는 바, 전자양도성기록의 확인, 지배의 대상성, 전자양도성기록의 무결성 유지라는 기능을 수행할 수 있을 정도의 신뢰할 수 있는 수단이 전자양도성기록에 사용되어야 함을 의미한다. 전자양도성기록이 위조 또는 변조될 경우 거래의 대상이 되기 어려우므로 다른 전자기록에서 요구되는 바와 같이 기본적으로 무결성을 갖추어야 한다.

그리고 일반 전자기록과 구별되는 전자양도성기록으로 확인할 수 있는 수단을 가져야 하며, 전자양도성기록에는 후술하는 바와 같이 양도성 증서·증권의 점유에 대신하여 지배(control)라는 개념을 도입하고 있으므로 지배의 대상이 될 수 있어야 한다. 동 모델법은 법률이 양도성 증서·증권의 점유를 요구할 경우, 전자양도성기록에 관해 특정인에 의한 전자양도성기록의 배타적 지배를 증명하고 특정인을 지배권자로 확인하는 신뢰할 수 있는 수단이 사용되어야 동 요건이 충족된다고 규정한다(제10조 1항). 법률이 양도성 증서·증권의 양도를 요구하거나 허용할 경우, 전자양도성기록에 대한 지배권의 양도를 통해 그 요건이 충족된다고

24) UNCITRAL, A/CN.9/W.G.Ⅳ/WP.139/Add.1 para 6.

본다(제10조 2항). 지배[25]라는 개념은 제9조 (b) (ii)와 밀접하게 관련되며 전자양도성기록을 관리하는데 사용된 시스템에 의존한다. 이는 전자양도성기록과 관련된 정보의 지배("논리적 지배, logical control") 또는 그 정보를 포함하는 물리적 객체의 지배("물리적 지배, physical control")를 의미한다.[26]

(2) 모델법의 성격

UNCITRAL은 전자양도성기록에 관한 법률을 협약(convention)으로 할 것인지 아니면 모델법(model law)으로 할 것이지 법형식에 관한 논의를 하였지만 모델법으로 결정을 한 바 있다. 따라서 동 모델법은 승인절차를 거쳐 확정되었지만 법적 구속력을 가지지 않고 입법의 표준으로서 사실상 규범력만 가질 뿐이다. 하지만 동 모델법은 규범영역에서 글로벌 스탠다드로 작용할 가능성이 높다. 전자양도성기록에 관한 모델법은 몇 가지 기본원칙에 따라 규정을 마련하였는데 그 원칙을 통해 모델법의 성격을 살펴볼 수 있다. 첫째 기능적 등가성 원칙으로서 모델법은 전자양도성기록의 개념에 관해 적극적으로 규정하지 않고 양도성 증서·증권의 개념에 의존하고 있어 기능적 등가성 원칙에 따라 전자양도성기록이 일정한 요건을 충족할 경우 양도성 증서·증권과 동일한 효력을 가진다는 입법방식을 취하고 있다.[27] 둘째, 기술적 중립성 원칙으로서 전자양도성기록에 사용되는 기술을 일정한 기술로 예정하거나 특정하지 않고 중립적으로 규정하여 기술의 발전을 도모하고자 한다. 그 예로 초반 논의에서는 전자양도성기록의 유일성을 확보하는 방안으로 등록(registry)방식과 토큰(token)방식이 논의되었는데, 종반 논의에서는 블록체인에 의한 전자양도성기록의 생성 가능성도 포함시켜서 논의를 진행시킨 바 있다.[28] 셋째, 실체법 불간섭 원칙[29]으로서 전자양도성기록을 지배

25) 제10조의 표제는 점유가 아닌 지배로 되어 있어 모델법의 다른 조항의 표제스타일과 구별된다. 이는 지배의 개념이 모델법에서 특별히 관련되기 때문인데, 지배라는 개념은 국내법에서 존재할 수 있지만 제10조에 포함된 지배라는 개념은 모델법의 국제적 성격에 비추어 독립적으로 해석될 필요가 있다(A/CN.9/W.G.IV/WP.139/Add.1 para 31).

26) UNCITRAL, A/CN.9/W.G.IV/WP.139/Add.1 para 28.

27) 기존의 유가증권은 '증권(문서)'에 근거하고 증권의 '점유'에 따라 권리관계가 변동되었는데, 전자양도성기록 모델법은 증권에 대응하는 개념으로 '기록'을, 점유에 대응해서는 '지배'라는 개념을 대응시키고 있다. 그러면서 전자양도성기록에 관한 새로운 실체법 규정을 두지 않고 유가증권에 관한 규정을 그대로 대응시키고 있다.

28) UNCITRAL, A/CN.9/897 para 52 참조.

29) UNCITRAL, A/CN.9/897 para 38, 41은 기능적 등가성, 기술적 중립성, 전자통신에 대한 비차별만을 전자양도성기록의 기본원칙으로 설명하고 있지만, 이들 원칙은 전자통신에 관련된 법률의 일반원칙이고 오히려 전자양도성기록 모델법의 특징은 실체법 불간섭의 원칙에 있다고 본다.

(control)하는 자가 실체법적 권리를 가지는지 여부 그리고 그 자가 정당한 지배권자인지 여부 등은 실체법이 결정할 문제이므로, 모델법은 그러한 사실에 영향을 미치는 것을 목적으로 하지 않는다. 마찬가지로, 모델법은 전자양도성기록의 사용과 관련되는 모든 기능을 규정할 것을 목적으로 하지도 않는다.

(3) 전자양도성기록의 효력

전자양도성기록은 전자적 형태라는 이유만으로 법적 효력, 유효성 또는 집행가능성이 부인되지 않으며, 묵시적 동의를 포함하여 당사자의 동의 없이 전자양도성기록의 사용을 요구하지는 않는다(제6조). 전자양도성기록의 개념을 적극적으로 규정하여 그에 대한 특별한 효력을 부여하지 않고, 양도성 증서·증권(유가증권)의 효력을 전자양도성기록에 차별 없이 부여하고 있다. 이는 전자 관련 입법에서 흔히 나타나는 입법 방식으로서 기능적 등가성, 실체법 불간섭의 원칙이라 표현할 수 있으며, 매체가 서면에서 전자기록으로 변화되더라고 그 본질에는 변화가 없음에 근거한 것이다. 모델법 제6조 2항은 전자양도성기록의 효력이 인정되더라도 그 사용·수령이 강제되어서는 안 됨을 규정하고 있지만, 입법 국가는 최소한 정책적 목적을 위해 일정한 범주의 사용자에 관해 일정 유형의 전자양도성기록의 사용을 강제할 수 있다고 본다. 전자양도성기록의 사용에 대한 동의는 명시적이거나 특정한 형태로 표현될 필요는 없고,[30] 당사자의 행위를 포함하여 모든 상황으로부터 추정될 수 있다.[31]

(4) 우리 법률에의 영향

전자양도성기록에 관한 모델법은 우리 법상 특히 전자어음의 발행 및 유통에 관한 법률(이하 전자어음법이라 함)과 전자금융거래법에 영향을 미칠 것으로 본다. 특히 전자어음법은 전자어음관리기관을 중앙에 두는 등록방식의 외양을 지니면서도 정작 전자어음행위의 효력은 전자문서의 발신과 수신에 영향을 받도록 정하고 있어, 과연 동 방식이 전자어음의 유일성을 확보하고 전자어음에 대한 지배요건을 충족할 수 있는지 하는 점이 문제되리라 본다. 전자어음이 토큰방식이 아

30) UNCITRAL, A/CN.9/W.G.IV/WP.139 para 68.

31) 동의의 방식을 시스템별로 보면, 등록기반시스템에서는 전자양도성기록의 사용에 대한 동의에 상응하는 시스템규정에 대한 승낙을 요구할 수 있지만, 토큰기반 또는 분산원장 기반의 시스템에서는 계약 원칙의 사전 승낙을 요구하지 않고 오히려 전자양도성기록에 관한 지배권 실행이나 채무이행과 같은 상황에 의해 추정될 수 있다(A/CN.9/W.G.IV/WP.139 para 69).

닌 이상 전자문서의 잔류성을 고려할 때, 전자문서의 송수신을 전자어음행위의 효력요건으로 정하는 것(전자어음법 제6도 4항, 제7조 3항)은 모델법의 관점에서 전자어음에 대한 지배권의 요건을 충족하기 어렵기 때문이다. 전자금융거래법은 전자어음법에 비해 영향을 받는 부분이 상대적으로 적으리라 보지만, 블록체인 방식에 의한 전자금융거래를 포괄하기 위해서는 보다 적극적인 규정이 개정이 요구될 수도 있다.

4. 블록체인기술과 암호통화, 스마트계약[32)]

(1) 블록체인의 개념

블록체인[33)]이란 입력 내용이 블록체인 네트워크 참여자에 의해 확인되는 분산된 데이터베이스(distributed database)이다.[34)] 단순히 분산원장이라고도 하며, 거래데이터를 중앙집중형 방식이 아닌 거래참가자 모두가 내용을 공유하는 분산형 디지털장부라고도 하는데, 공개키방식을 활용하여 보안성을 확보한다.[35)] 대체로 블록체인의 개념은 분산된 네트워크의 집합적 연산능력이 중앙서버를 대신한다는 점(분산성), 네트워크 참여자의 확인에 의한 신뢰성 확보(공시성), 개개의 블록은 기록의 보관기능을 한다는 점(장부성)을 기본 요소로 한다고 볼 수 있다.

---

32) 이하 내용 중 일부는 저자의 선행연구와 내용이 중복되어 정경영·백명훈, 앞의 보고서, 25~29면의 내용을 요약하여 정리하였다.

33) 블록체인이라는 용어 대신 분산원장기술(Distributed Ledger Technology: DLT)이라는 용어를 사용하기도 한다. 여기서 분산원장기술이란 다수 참가자가 일련의 동기화된 원장(a set of synchronized ledgers)을 관리하는 기술을 의미한다(한국은행, 앞의 보고서, 7면).

34) Louis F. Del Duca, "The Commercial law of Bitcoin and Blockchain Transactions," UCC Law Journal, July 2017, p.1.

35) F. Del Buca, "Teh Commercial Law of Bitcoin and Blockchain Transaction", UCC Law Journal, Vol. 47, Issue 2,(47 No. 2 UCC L. J. ART 4), Westlaw p.2: 비트코인에서 공개키 사용방식을 예시하면, 비트코인의 각 사용자는 비밀키와 공개키의 쌍으로 구성하는 거대한 숫자열을 사용한다. 메시지는 공개키 또는 개인키로 암호화 될 수 있지만 비밀키 및 공개키로만 해독될 수 있다. 각 사용자 자신의 비밀키는 비밀리에 보관하지만 자신의 공개키를 공개할 수 있다. 그래서 타인이 그에게 암호화된 메시지를 보낼 수도 있고 그로부터 온 메시지를 해독할 수도 있다. 만일 L이 M에게 M의 공개키를 이용하여 메시지를 암호화하여 암호화된 메시지를 보낸 경우, 타인이 그 메시지를 가로채더라도 암호화된 메시지를 읽을 수 없다. M만이 자신의 비밀키를 사용하여 그 메시지를 해독할 수 있다. 반대로, M이 L에게 자신의 비밀키로 암호화하여 메시지를 보낼 경우, 타인이 이를 가로챈 경우 이번에는 M의 공개키를 잉요하여 이를 해독할 수 있다. 왜냐하면 이 경우 메시지의 내용의 비밀을 유지하는 것이 아니라 M만이 비밀키를 가지고 있으므로 그 메시지가 M으로부터 왔다는 것을 증명하는 것이 목적이기 때문이다. 만일 M이 메시지를 L이 비밀리에 보길 원한다면 그 메시지를 L의 공개키로 암호화하면 되고 이 경우에도 자신으로부터 동 메시지가 발신되었다는 것을 증명하기 위해서는 M의 비밀키로 서명할 수 있다.

분산원장(distributed ledger)의 본질을 가지는 블록체인의 네트워크 참여자는 기록의 동일한 사본을 가지게 되는데,[36] 이는 정보의 기록으로서 원장(장부)의 기능한다. 다만 원장으로서의 기능을 하기 위해서는 원장의 신뢰성이 확보되어야 한다. 장부의 상실의 위험 방지(보전성)과 장부기록의 해킹 등에 의한 변조 위험의 방지(무결성)가 요구되고, 기록주체의 권한확인 및 사후적 부인방지(진정성과 부인봉쇄)가 요구되며 네트워크상의 오류에 대한 책임(통신책임) 등이 신뢰성 확보의 요체이다. 그런데 블록체인의 신뢰성 즉 네트워크의 참여자의 신뢰의 대상은 다른 사람이 아닌 컴퓨터 절차에 대한 신뢰이고,[37] 비트코인은 거래의 구체적 내용이 블록체인에 기록되는 가장 성공적인 예로 볼 수 있다.[38]

(2) 블록체인의 신뢰성

블록체인 네트워크의 모든 참여자는 동일한 최신의 원장을 가지므로,[39] 한 참여자가 어떤 이유로 그 기록을 상실하더라도 다른 사람이 기록을 보관하고 있어 중앙 집중식 정보의 보관에 따르는 데이터 상실의 위험을 제거할 수 있다.[40] 그리고 이미 기록된 블록의 수정은 불가능하며,[41] 거래의 내용을 변경하기 위해서는 형성된 거래를 채굴자들의 작업증명을 거쳐 다시 새로운 블록을 만들게 된다. 따라서 기록의 보전성과 무결성에 관한 한 중앙집중형 장부와 비교할 때 월등하게 신뢰성이 보장된다. 다음으로 진정성에 관해 보면, 블록체인 네트워크 참여자는 과거의 기록을 열람할 수 있고 이를 통해 작업증명절차를 거치므로 특정 주소로 표시되는 의사표시의 진정성을 확인할 수 있다. 뿐만 아니라 본인도 전자서명[42]을 거쳐 전자적 방식으로 의사표시를 하므로 이 과정에서 진정성이 확보되고 특히 공인전자서명을 거칠 경우 입법적으로 부인봉쇄의 기능마저 달성된다.[43]

---

36) Ryan Surujnath, “Off the Chain! A Guide to Blockchain Derivatives Markets and the Implications on Systemic Risk,” Fordham Journal of Corporate and Financial Law, 2017 (22 Fordham J. Corp, & Fin. L. 257) p.262.

37) Ryan Surujnath, op.cit., p.263.

38) Ryan Surujnath, op.cit., p.263.

39) 비트코인 블록체인 네트워크는 매 평균 10분마다 그간의 변경사항을 반영하기 위해 블록을 생성하고, 이더리움 블록체인 네트워크는 매 평균 17초마다 블록을 생성한다.

40) Ryan Surujnath, a.a.O., p.262.

41) 사실상 불가능하다는 의미이지 완전히 불가능한 것은 아니다. 이른바 과반수 이상의 다수의 동의에 의한 하드포크(hard folk)에 의해 수정이 될 수도 있다.

42) 자신의 거래에 관한 블록을 형성하고자 하는 자는 전자서명에 의해 자신의 거래내용을 네트워크상의 노드들에 공시하게 되므로 전자서명을 통한 본인확인절차도 거치게 된다고 볼 수 있다.

43) 정당한 자산보유자만이 자신의 지갑(wallet)에 개인키를 가지게 된다(Ryan Surujnath, op.cit.,

그밖에 네트워크상의 오류문제는 블록체인에 고유한 문제는 아니므로 블록체인의 신뢰성을 판단함에 있어 특별히 고려할 사항은 아니다.

(3) 암호통화의 등장

블록체인기술은 위·변조가 어렵고 기록의 보관이 용이할 뿐만 아니라 기록의 상실로부터도 안전하므로 보안성이 요구되는 장부를 필요로 하는 경우 활용될 수 있다. 신뢰할 수 있는 제3자(Trusted Third Party, 예컨대, 금융결제원, 한국예탁결제원 등)가 거래를 기록하고 보관하고 증명하던 기능을 블록체인기술을 활용하여 대체할 수 있다. 이 경우 신뢰할 수 있는 제3자의 활용 없이 분산된 형태로 기록·보관되어 네트워크 참여자들의 컴퓨터에 기록이 보관되고 기록 또는 디지털 자산에의 접근에 전자서명방식의 접근이 요구되므로 장부의 신뢰를 유지할 수 있게 된다. 이러한 블록체인기술은 보안성을 바탕으로 전자화된 토큰을 생성하여 이를 통해 가치의 흐름을 창출할 수 있다. 대표적인 예가 비트코인이며 전통적 결제수단을 대체할 수 있는 가능성마저 보여주고 있다.

(4) 스마트계약으로의 발전

블록체인 기술은 더 나아가 조직법제의 변형, 발전도 추구할 가능성을 보이고 있다. 즉 블록체인 기술은 지분권을 토큰을 통해 표창할 수 있어 투자계약 또는 회사의 모습을 탈중앙화·탈집중화하기에 이르렀다. 아직 이러한 블록체인기술을 전통적인 회사법 체계 안으로 선명하게 포섭하기에는 아직 해결하여야 할 문제들이 있지만, 회사 내지 조직의 형태를 창조해 내고 있으며[44] 이는 스마트계약의 개념으로 탄생한다. 스마트계약[45]을 정의하면, 스마트계약이란 블록체인 기술을 기반으로 계약의 자동실행이 보장된 컴퓨터 프로그램(코드)를 의미한다. 그 일반적 목적은 통상적인 계약조건(지급조건, 담보, 익명성, 그 집행)을 충족시키는 것이고 악의적, 우연한 예외적 현상을 최소화하고, 신뢰하는 중개인의 필요성을 최소화하는 것이다. 관련된 경제적 목적은 사기에 의한 손해, 중재와 강제집행비용,

---

p.262.).

44) 정경영·백명훈, "디지털사회 법제연구(1)-블록체인 기반의 스마트계약 관련 법제 연구-", 한국법제연구원, 2017. 8. 24, 121면, 27면.

45) 스마트계약이라는 용어는 변호사이자 컴퓨터 프로그래머인 Nick Szabo가 1994년에 처음 사용한 것으로 알려져 있으며, 당시 스마트계약의 개념은 계약의 조건을 실행하는 컴퓨터화 된 거래 프로토콜이다.

그리고 기타 거래비용을 절감하는 것도 포함한다. 스마트계약을 둘러싼 모호성의 대부분은 계약에 관한 전통적인 법적 이해와 코드의 스마트한 측면간의 상호 불일치에 기인한다. 많은 온라인 행위들은 코드에 의해 지배되고, 법적으로 볼 때 적절하지만 계약 형성의 요소를 결여하고 있다. 스마트계약은 중앙기관의 통제를 받지 않는 조직 또는 네트워크로서 '탈중앙화 자율조직(Decentralized Autonomous Organizations: DAOs, 이하 DAO라고 한다.)'을 창조할 수 있어 앞으로 다른 법률에 많은 영향을 미치리라 기대한다.

(5) 규제·규율의 방향

블록체인에 대한 규제는 기술에 대한 규제가 되어 매우 예민할 수 있다. 전자관련 입법에 있어 기술적 중립성이라는 원칙이 보편적 원칙으로 자리잡고 있는 점을 고려할 때 기술의 발전방향에 영향을 미치는 규제는 매우 신중할 필요가 있다. 블록체인기술은 비트코인 등 암호통화로 거래에 영향을 미치든지 아니면 스마트계약 등 블록체인기술을 응용한 상품 또는 플랫폼의 모습으로 타나난다. 따라서 블록체인에 관한 규제수단은 블록체인기술 그 자체보다는 암호통화나 스마트계약에 대한 규제가 적절하다고 본다. 하지만 암호통화는 법적 성질을 파악하기가 쉽지 않아 보다 신중한 접근이 요구되므로 그 법적 성질에 관한 논의를 거쳐야 한다고 본다. 스마트계약은 사실상 사법체계에 영향을 미치는 개념이어서 공법저 규제는 그다지 요구되지 않는다고 본다.

스마트계약에 관한 사법상의 규율의 방향을 보면, 민법, 전자 관련 법률과의 관계가 특히 문제된다. 스마트계약이 민법상의 일반계약과 다른 점은, 1) 계약에 따른 채무의 발생이 문제되지 않고, 2) 채무불이행(이행지체, 이행불능, 불완전이행 등)이라는 개념이 불필요하며, 3) 위험부담도 문제되지 않으며, 4) 채무이행을 담보하기 위한 보증, 담보 등의 제도가 불필요하며, 5) 계약의 해제와 해지의 구별이 불가능하며, 6) 법적 강제(소송·중재)가 불필요하다는 점, 7) 디지털자산이 주로 거래대상이 되고 등기, 등록에 의해 권리변동이 발생하는 재산(권리이전에 형식주의를 취하는 재산)과는 맞지 않는다는 점, 8) 이행이 사실상 강제된다는 점, 9) 사물인터넷 등과 연결되어 기존의 계약을 변경할 경우 기존의 계약의 효과로 보기 어려운 점, 10) 익명성이 보장될 수 있다는 점 등이다. 그밖에도 전자문서법, 전자서명법, 전자금융거래법 등에 영향을 미치리라 보지만 이 글에서 논의는 생략한다.[46]

Ⅲ. 환경변화에 대한 법적 대응

1. 서

가상통화(암호통화)의 가치가 폭등하고 거래규모가 급증하면서 시장이 과열[47] 되고 있다는 지적이 있었고, 가상통화를 악용한 불법거래, 가상통화 투자를 빙자한 유사수신행위, 다단계판매행위 등 사기범죄가 발생하여 소비자 피해에 대한 우려의 목소리가 증가하고 있다. 최근 가상통화거래소에서 전자지갑 또는 고객정보 해킹사고[48]가 발생하는 등 소비자피해가 발생한 바 있고, 가상통화거래가 무분별하게 이뤄질 경우 금융거래질서에 부정적 영향을 미칠 우려가 있다는 점에서 금융당국은 이에 대한 대응책을 논의하고 내놓고 있다.[49] 새로운 금융현상에 관해 규제수단을 적용하는 것은 쉽지 않다. 새로운 금융거래의 법적 성질에 대한 파악이 있어야 적절한 규제수단을 강구할 수 있고 너무 강한 규제는 시장을 위축시킬 가능성이 있기 때문에 피해를 일정 부분 감수하더라도 신중한 규제가 요구된다. 이하에서는 최근 금융당국이 취한 규제수단에 관해서 간략하게 검토하고 암호통화를 장기적 관점에서 어떻게 규율할 것인가 하는 점을 거래법적 관점과 감독법적 관점에서 검토한다.

---

46) 이에 관해서는 정경영·백명훈, 앞의 보고서, 159~181면 참조.

47) 가상화폐의 하루 거래량이 2조 6천억에 달하여 코스닥을 추월하며 과열양상을 보이고 있다(이데일리http://www.edaily.co.kr/news/news_detail.asp?newsId=01315286616091936&mediaCodeNo=257&OutLnkChk=Y).

48) 올해 4월 가상통화 거래소 '야피존'에서 전자지갑 해킹 사고로 약 55억원 규모의 비트코인이 탈취되는 사고가 터졌다. 지난 6월에는 빗썸 직원 PC가 해킹돼 약 3만여명의 고객정보가 유출되기도 했다. 거래량 폭증에 따라 해킹사고, 마약거래 등 불법적 거래에 악용되는 부작용이 증가하고 있는 셈이다(Id).

49) 「가상통화 관계기관 합동 TF」 2017. 9. 1. 회의, 2017. 9. 29. 회의 등(http://www.fsc.go.kr/search/search.jsp?menu=7700000(2017.10.19 최종방문)). 2017년 12월 13일 정부는 가상화폐에 관한 규제안을 내놓은 바 있다. 그 골자를 보면, 1) 은행에 이용자 본인 확인 의무 부가하고, 2) 미성년자와 비거주자(외국인)의 계좌개설 및 거래 전면 금지하고, 3) 금융기관에는 가상통화 보유·매입·담보취득·지분투자 금지하며, 4) 가상통화 거래소 운영을 위해서는 고객자산의 별도 예치, 5) 설명의무 이행, 6) 이용자 실명확인, 7) 암호키 분산보관, 8) 가상통화 매도매수 호가·주문량 공개가 의무화하는 입법을 추진할 것으로 발표하였다. 이와 함께 가상화폐 거래소는 가상통화 자금모집인 ICO(Initial Coin Offering)와 신용공여 등도 금지되며, 가상화폐 거래소에는 자금세탁방지의무를 부과하고 은행 등의 의심거래 보고의무 강화하기로 했다(국제신문, 2017.12.15.; http://www.kookje.co.kr/news2011/asp/newsbody.asp?code=0200&key=20171214.99099005876(2017.12.15. 방문).

2. 규제법적 대응[50]

(1) 유사수신행위 관련

1) 쟁점 : 가상통화를 발행하고 이를 보관, 관리하면서 교환하거나 매매하는 등의 행위가 유사수신행위에 해당하는 것은 아닌가 하는 문제가 발생한다. 유사수신행위의 규제에 관한 법률(이하에서 유사수신행위법이라 함)에서는 유사수신행위를 '다른 법령에 따른 인가·허가를 받지 아니하거나 등록·신고 등을 하지 아니하고 불특정 다수인으로부터 자금을 조달하는 것을 업(業)으로 하는 일정한 행위[51]'를 의미한다. 이에 포함되는 행위로는 원본무손실·수익가능성을 약속하고 출자금, 예금·적금·부금·예탁금, 사채의 발행·매출, 손실보전을 약속한 회비징수 등이 포함된다. 가상통화를 채굴하여 이를 거래소를 통해 매매하는 것은 관점에 따라 자금조달행위로 해석할 가능성은 있지만 첫째, 원본무손실이 약정된 것이 아니며, 둘째, 출자금, 예금·적금·부금·예탁금, 사채의 발행·매출, 회비징수에 해당하지 않아 현행법상 유사수신행위로 보기는 어렵다고 본다.

2) 규제 동향 : 금융위원회는 가상통화 관련 유사수신행위 규제 명확화, 처벌 강화를 위한 유사수신행위규제법 개정안 마련 중이다.[52] 즉 유사수신행위의 정의 조항 정비·확대, 위법행위에 대한 벌칙 강화 및 몰수·추징 규정을 신설한다는 내용이다. 예를 들어 '거래상대방으로 하여금 교환의 매개 또는 가치의 저장수단으

---

50) 아래에서 언급하고 있는 유사수신행위 쟁점과 ICO 쟁점 이외에도, 소비자가 가상통화 취급업자로부터 매매자금 또는 가상통화를 빌려 매매(속칭 '코인 마진거래')하는 등 사실상 신용공여행위가 이루어지고 있어 가상통화 취급업자의 신용공여 현황 및 대부업법 등 관련법 위반 여부가 문제되고 있다. 그리고 블록체인기술의 익명성을 기화로 가상통화에 의한 자금세탁이 문제되고 있는데 금융당국은 은행권을 통해 가상통화 취급업자의 계좌개설·고객확인 현황 및 의심거래 유형을 추가로 파악하는 등 시장감시가 요구되고 있다. 금융위원회는 가상통화 취급업자에게 집금계좌를 발급한 은행의 자금세탁방지의무 이행에 대한 테마검사도 실시할 예정이며, 가상통화 취급업자에 대한 자금세탁방지 의무부과를 위한 특정금융정보법 개정안을 마련하여 국회심의·통과를 추진하고 있다. 기타 이용자 확인과 정보유출에 대한 대책도 논의되고 있다.

51) 1. 장래에 출자금의 전액 또는 이를 초과하는 금액을 지급할 것을 약정하고 출자금을 받는 행위, 2. 장래에 원금의 전액 또는 이를 초과하는 금액을 지급할 것을 약정하고 예금·적금·부금·예탁금 등의 명목으로 금전을 받는 행위, 3. 장래에 발행가액(發行價額) 또는 매출가액 이상으로 재매입(再買入)할 것을 약정하고 사채(社債)를 발행하거나 매출하는 행위, 4. 장래의 경제적 손실을 금전이나 유가증권으로 보전(補塡)하여 줄 것을 약정하고 회비 등의 명목으로 금전을 받는 행위(유사수신행위의 규제에 관한 법률 제2조).

52) 금융위원회, [보도참고] 기관별 추진현황 점검을 위한「가상통화 관계기관 합동TF」개최(2017. 9. 29).

로 인식되도록 하는 것으로서 전자적 방법으로 이전가능한 증표를 발행·보관·관리·취득·교환·매매·알선 또는 중개하는 영업행위'를 유사수신행위에 포함시키겠다는 취지이며, 동 유사수신행위등규제법 개정안을 연내 국회심의·통과될 수 있도록 추진하고 있다.

3) 검토 : 유사수신행위법의 제정이유는 금융관계법령에 의한 인가나 허가등을 받지 아니하고 불특정다수인으로부터 출자금 또는 예금등의 명목으로 자금을 조달하는 유사수신행위를 규제함으로써 선량한 거래자를 보호하고 건전한 금융질서를 확립하려는 것이었다.[53] 동법은 출자금이나 예금 등의 명목으로 인허가 없이 자금을 조달한 후 이를 반환하지 못하여 선량한 거래자가 손해를 입는 것을 방지하고자 하는 일종의 무인가자금조달에 의한 사기를 방지하고자 함에 있다. 가상통화가 거래계에 도입된 지 얼마되지 않아 가상통화에 대한 규제가 현단계에서 필요한지도 문제되지만 도입할 경우 어떠한 경로로 도입하고 규제할 것인지가 더욱 문제된다. 규제채널은 규제대상의 본질에 맞는 수단이 되어야 하므로 가상통화의 본질은 규제채널과 밀접하게 관련된다. 가상통화는 부수적으로 투자성이 나타나고 일부 거래자에게는 투자적 목적이 더 우선할 가능성도 있지만 일정한 네트워크내에서 지급수단으로서 본질을 가지고 있음을 앞서 보았다. 기존의 유사수신행위는 이익을 약속한 자금조달행위를 의미하는데 반해 가상통화의 채굴·매매·지급 등의 행위는 지급수단의 매매행위에 해당하고 지급수단의 수요와 공급에 따른 이익·손실을 부수적으로 발생하는 현상에 지나지 않는다. 재화에 대한 일시적 투기행위는 시장경제의 부산물이며 이를 근절하기 위해 재화의 유통을 막는 것은 바람직하지 못하다고 본다. 투기행위가 과열될 수 있는 재화는 비트코인 이외에도 향후 다양한 형태로 출현할 수 있다. 이를 고려할 때 어떤 재화이든 투기행위를 조장할 경우 이를 처벌할 수 있는 규제수단이 마련되어야 하고, 투기행위가 발생함을 이유로 특정 재화의 유통을 금지시키는 것은 본말이 전도된 규제라 볼 수 있다. 요컨대 유사수신행위법의 개정을 통해 가상통화의 유통을 규제하는 것은 동법의 취지에도 맞지 않고 가상통화의 본질에도 맞지 않으므로, 투기·사기·다단계 등의 부적절한 영리추구행위를 규제하는 방향으로 법률의 집행이 요구되고 필요하다면 이에 관한 입법이 필요하다고 본다.

53) 동법 제정이유 참조.

(2) ICO에 관한 규제

1) 쟁점 : ICO(Initial Coin Offering)이란 코인 또는 토큰의 발행시장에서 발생하는 자금의 조달방식이다.[54] ICO에서 코인에는 토큰의 개념이 포함된 것으로 이해되어, 금전 또는 가상의 통화로 투자를 한 투자자는 그 투자 증명의 수단으로 토큰을 제공받게 되며, 토큰을 최초로 발행하여 판매함으로써 자금을 조달하는 것 역시 ICO라 할 수 있다.[55] 디지털토큰을 발행하여 투자금을 가상통화 등으로 조달하는 ICO가 전세계적으로 증가하고 있으며, 최근 국내에서도 ICO 움직임이 있는 것으로 파악된다고 한다. 이에 ICO를 앞세워 투자를 유도하는 유사수신 등 사기위험 증가, 투기수요 증가로 인한 시장과열 및 소비자피해 확대 등 부작용에 관한 우려가 있다.

2) 규제 동향 : 외국의 규제동향을 보면, 중국은 최근 가상통화의 해외 인출 중단을 비롯한 규제정책을 내놓고 있다. 미국의 경우 증권거래위원회(SEC)는 2017년 7월 25일 ICO에 투자하려는 자는 투자대상기업이 SEC에 등록하였는지 여부를 확인하도록 함으로써 ICO에 대한 규제의 움직임을 보이고 있다. 그러면서 SEC는 각 개별 ICO의 사실과 상황에 따라서 가상코인이나 가상토큰이 증권일 수 있다고 보고, 이 경우 ICO에서 코인이나 증권을 제시하고 판매하는 것은 연방 증권법의 적용을 받을 수 있다고 보았다.[56] 중국 인민은행 등은 ICO를 금융사기·다단계 사기와 연관되는 불법 공모행위로 규정하고, ICO의 전면금지를 발표하였다(‘17.9.4일). 싱가포르 통화청(MAS, ‘17.8월), 홍콩 금융감독원(SFC, ’17.9.5일)도 증권발행 형식의 ICO의 경우 증권법에 따른 규제방침을 발표하였고, 미국 증권거래위(SEC, '17.8월), 싱가포르 통화청(MAS, ‘17.8월), 말레이시아 증권위(SC, '17.9.7일), 영국 금융감독청(FCA, ‘17.9.12일) 등도 ICO 관련 투자경고를 한 바 있다.[57]

---

54) 백명훈·이규옥, “블록체인을 활용한 ICO의 이해와 금융법상 쟁점”, 금융법연구 제14권 제2호 (2017), 79면.

55) 위의 논문, 82면.

56) 백명훈·이규옥, 앞의 논문, 93~94면; 특히 SEC는 기존의 미국 연방 증권법을 The DAO라고 하는 새로운 패러다임에 적용하여 The DAO 토큰이 증권임을 결정하였다.

57) 금융위원회, [보도참고] 기관별 추진현황 점검을 위한「가상통화 관계기관 합동TF」개최(2017. 9. 29)참조.

3) 검토 : ICO의 개념에서 코인과 토큰을 모두 포함하고 있으나 법리적 관점에서 보면, 코인과 토큰은 전혀 다른 성질을 가지고 있다. 코인은 앞서 본 바와 같이 분산발행되는 암호통화의 성질을 가지지만 토큰은 The DAO 사례에서 보는 바와 같이, 프로젝트를 기획자가 자신의 책임으로 토큰을 개발하여 코인과 교환으로 토큰을 지급하고 이는 프로젝트에의 지분권을 의미한다. 따라서 암호통화는 자본시장법에 의한 규제가 어렵다고 보았지만 토큰은 암호통화와 달리 지분증권 또는 투자계약증권 등의 성질을 가질 수 있어 자본시장법의 적용가능성이 없지 않다. 특히 토큰발행의 경우 해당 토큰은 증권헤 해당한다고 볼 가능성이 높아 모집가액 등의 다른 요건이 출족되는 한 ICO이 발기인에게는 자본시장법 제119조의 증권신고서 제출 등의 의무가 적용될 수 있다.[58] 이렇게 볼 때 ICO에 대한 규제는 먼저 코인과 토큰의 성질을 밝힌 뒤 양자의 ICO를 구별하여 그에 맞는 규제수단을 강구할 필요가 있다고 본다. ICO에 관해서도 유사수신행위 규제가 논의되고 있는 바, ICO가 직접발행의 경우에는 계속성·반복성을 가지는 '업'으로서의 요소가 결여되어 있다는 점, 코인 또는 토큰의 투자자는 향후 이들의 가치상승을 기대하고 ICO에 참여하지만 대부분의 ICO 약관에는 이러한 내용의 조건을 부여하고 있지 않다는 점에서 유사수신행위에 해당한다고 보기는 어렵다고 본다.[59]

3. 거래법적 대응

(1) 암호통화[60]의 포섭

1) 명칭 : 암호통화를 전자지급수단으로 보아 전자금융거래법에 포함시킬 경우 먼저 암호통화의 정의조항이 동법 제2조에 포함될 필요가 있다. 암호통화라는 용어보다 가상화폐, 가상통화라는 용어가 많이 사용되지만 이는 네트워크형 전자화폐로서 종전부터 사용되던 개념이어서 오히려 혼동을 초래할 수 있다. 오히려 비트코인이나 이더처럼 네트워크형 전자화폐이면서도 분산발행되는 화폐를 별도로 구별할 필요가 있으므로 이에 관해 암호통화라는 새로운 명칭을 사용하는 것이 적절하고 cryptocurrency에도 더 잘 대응된다고 본다. 이렇게 볼 때, '분산발행

58) 동지, 백명훈·이규옥, 앞의 논문, 108면.

59) 백명훈·이규옥, 앞의 논문, 113면; 다만 동 견해도 원금 또는 현금초과금액을 약속하는 ICO의 경우에는 동 법의 적용대상이 될 수 있다고 보고 있다.

60) 암호통화의 법적 성질에 관해서는 금융투자상품성을 가진 전자지급수단으로 볼 수 있다. 이에 관한 자세한 논의는 정경영·백명훈, 앞의 보고서, 117~126면 참조.

되지 않는 가상통화'는 발행권자가 존재하므로 '이전 가능한 금전적 가치가 표창된 전자정보'에 해당하므로 현행법상 선불전자지급수단에 해당할 수 있고 범용성과 환금성을 갖추고 있다면 전자화폐에 포함될 수 있어 별도의 입법이 필요 없다고 본다. 이는 가상통화가 설사 블록체인기술을 사용하고 있다고 하더라도 분산발행되지 않는 한 동일하다. 그리고 우리 전자금융거래법도 전자관련 입법의 글로벌스탠다드라 할 수 있는 '기술적 중립성'을 존중하고 있기 때문에 블록체인기술을 사용하였다고 달라질 것은 없다. 하지만 '분산발행되는 가상통화' 즉 분산발행의 기술을 사용한 네트워크형 전자화폐 즉 암호통화는 기존의 선불전자지급수단이나 전자화폐와는 구조를 달리하므로 이를 규율하기 위해서는 전자금융거래법의 개정이 요구된다.

2) 전자금융거래법 개정안 검토 : 박용진의원의 전자금융거래법 개정안은 "가상통화"란 교환의 매개수단 또는 전자적으로 저장된 가치로 사용되는 것으로서 전자적 방법으로 저장되어 발행된 증표 또는 그 증표에 관한 정보를 말한다. 다만, 화폐·전자화폐·재화·용역 등으로 교환될 수 없는 전자적 증표 또는 그 증표에 관한 정보 및 전자화폐는 제외한다(동 개정안 제2조 23호). 동 개정안에 따르면 가상통화는 교환매개수단 또는 가치저장수단의 전자정보를 의미하며 지급·교환성이 있어야 하고 전자화폐가 아닌 것을 의미한다고 한다. 교환매개수단으로서 가치를 저장하지 않는 것도 포함될 수 있다는 점을 규정하고 있는 것으로 판단되어 암호통화의 특징을 일부 표현하고 있다고 볼 수 있다. 하지만 동 개념 규정은 첫째, 교환매개수단, 가치저장수단의 개념이 모호하고, 둘째, 전자화폐는 제외되고 선불전자지급수단은 제외되지 않는 것인지 그렇다면 그 이유는 무엇인지 의문이고, 셋째 가상화폐나 암호통화의 본질을 잘 구현하고 있지 못하며, 넷째, 전자금융거래법은 전자지급거래를 규율하는데 교환매개수단을 가상통화의 요소로 이해하는 것이 적절한지 의문이며, 다섯째, 전자적으로 저장된 가치로서 교환매개수단이 될 수 있는 것은 매우 광범위하여 전자어음은 물론이고 전자채권, 전자선하증권, 전자증권 등 너무 포괄적인 표현이라는 점 등이 지적될 수 있다.

3) 비교법적 검토 : 앞서 본 바와 같이 우리 전자금융거래법보다 늦게 자금결제에 관한 법률을 제정한 일본은 가상통화에 관해서 우리보다 먼저 동법에 관련 규정을 포함시키는 개정을 단행하였다. 아직 가상통화에 관한 입법을 각국이 주

저하고 있는 상황에서 일본의 입법은 우리법을 제정함에 있어 많은 시사점을 제공한다. 동법에서 가상통화는 물품의 구입·임대, 서비스에 대한 대금으로 이용할 수 있고 동시에 불특정 상대방에 대해 구매·판매도 가능하고 재산적 가치를 가지고 이전가능한 전자정보(1유형)이거나 이러한 전자정보(1유형)와 불특정 상대방에 대해 상호 교환가능한 재산적 가치를 가지고 이전가능한 전자정보(2유형)라 할 수 있다. 1유형의 개념은 그렇다 하더라도 2유형의 전자정보는 그 의미가 명확하지 않지만, 예컨대 비트코인과 이더를 상호교환하는 경우 이더는 1유형에 포함되므로 1유형의 가상통화를 2유형에서 다시 규정한 것이 아닌 것은 명확하다. 1유형과 상호교환이 가능한 전자정보라 함은 The DAO 거래에서 보는 바와 같이 이더를 제공하면 그 대가로 지급하는 토큰을 의미하는 것으로 추측된다. 이렇게 볼 일본법은 가상통화를 개념 정의하면서 1) 암호통화라는 명칭 대신 가상통화라는 명칭을 사용하고 있고, 2) 블록체인 등 특정기술에 관한 언급이 없으며, 3) 일정한 네트워크 참여자간의 거래를 대상으로 하지 않았고, 4) 분산발행 역시 개념요소로 하지 않았고, 5) 일정한 금액의 기재를 요구하지 않고, 6) 발행이라는 절차를 요구하지 않으며, 7) 발행자에 대한 권리성도 규정하지 않은 점 등이 특징이다. 이렇게 볼 때 일본법상의 가상통화는 금액기재, 발행절차, 발행자에 대한 권리성을 배제하였다는 점에서 선불전자지급수단(前払式支払手段)과 구별되는 지급수단을 규정한 점은 확실하지만 분산발행의 암호통화의 특징을 구현하고 있지 못하다고 본다.

4) 소결 : 암호통화를 정의하기 위해서는 암호통화의 가장 중요한 특징이라 할 수 있는 '분산발행'의 성질이 포함되어야 하고 가상통화로서의 성질 즉 '참여자간의 이용'이 포함되어야 하며 전자지급수단으로의 성질 '전자정보'가 포함되어야 한다. 이를 정리해 보면, 암호통화라 함은 '분산형으로 발행되어 참여자간에 통화로서 기능을 하는 전자정보'라 정의할 수 있다. 그밖에 '블록체인기술에 기반하여'라는 수식어가 들어가는 것도 고려할 수 있지만 블록체인기술에 기반하지 않고 분산발행되는 암호통화가 생길 가능성이 있고 블록체인은 하나의 기술에 지나지 않으므로 기술적 중립성이라는 관점에서도 포함시키는 것은 부적절하다고 본다. 즉 기술의 발전을 제약할 수 있는 입법은 바람직하지 못하므로 블록체인기술을 개념에 포함시키지 않는 입법이 타당하다고 본다.

(2) 거래구조의 변화

1) 서 : 사실 암호통화를 전자금융거래법에 포섭할 경우 가장 크게 달라져야 하는 부분이 거래구조에 관한 규정이다. 전자지급수단의 발행자와 이용자간의 관계를 기본 모델로 하여 지급수단의 종류[61]에 따라 규율하고 있는 전자금융거래법규정은 암호통화에 관한 한 적용되기 어렵다. 왜냐하면 암호통화는 발행자가 따로 존재하지 않아 전자금융업자에 해당하는 지위에 있는 자가 없어 발행자와 이용자간의 관계가 문제되지 않게 되기 때문이다. 따라서 암호통화의 경우 전자금융업자의 책임에 관한 동법 제9조도 문제되지 않고, 전자금융업의 허가와 등록에 관한 규정보다도 암호통화의 거래소에 관한 규정이 더 긴요하다. 암호통화를 전자지급수단의 일종으로 볼 경우 전자금융거래법의 개정범위가 문제되는데, 법적 성격이 전혀 다른 암호통화를 포섭하기 위해서는 먼저 전자지급수단의 분류가 전제되어야 한다. 즉 전자지급수단을 기존의 전자화폐 등 발행자(또는 채무자)가 존재하는 집중형 전자지급수단과 암호통화와 같이 발행자(채무자)가 존재하지 않는 분산형 전자지급수단의 구별이 요구된다. 집중형 전자지급수단에는 지급수단에 관한 주채무자가 존재하는데 반해, 분산형 전자지급수단의 경우에는 지급수단에 관한 주채무자는 존재하지 않고 지급수단으로 활용되거나 유통만 될 뿐이다.

2) 집중형 전자지급수단 : 기존의 전자자금이체, 직불전자지급수단, 선불전자지급수단, 전자화폐, 온라인 신용카드, 전자채권 등은 모두 수취인 또는 전자지급수단의 최종 소지인이 금융기관 또는 전자금융업자에 대한 채권을 가지고 이를 행사함으로써 결제가 완료되는 구조이다. 즉 '특정인에 대한 채권'을 전제한 전자지급수단이어서 주채무자인 금융회사 또는 전자금융업자을 신뢰하고 지급거래가 이뤄지므로 모두 집중형 전자지급수단에 포함된다. 이러한 집중형 전자지급수단에 관해서는 주채무자에 해당하는 전자금융업자 또는 금융회사의 신용을 유지하기 위해 시장진입조건을 엄격하게 관리할 필요가 있고 감독수단을 통해 재무구조나 영업행위를 규제할 필요가 있고, 감시권한을 활용하여 시스템리스크가 발생하지 않도록 하여야 하여야 한다. 현재 전자금융거래법은 그러한 목적으로 제정된 법이고 규정된 전자지급수단이 모두 집중형 전자지급수단이므로 전자금융업자, 금

61) 전자금융거래법상 지급수단은 지급지시형(채권형) 전자지급수단(전자자금이체, 직불전자지급수단, 온라인신용카드), 가치표창형(유가증권형) 전자지급수단(선불전자지급수단, 전자채권), 가치소재형(물권형) 전자지급수단(전자화폐)으로 크게 분류될 수 있고 그에 따라 효력을 달리 규정하고 있다(정경영, 전자금융거래와 법, 박영사, 2007, 110~116면).

융회사의 신뢰성 확보에 관한 많은 규제를 두고 있다.

3) 분산형 전자지급수단 : 분산형 전자지급수단의 대표적인 예가 암호통화이고 '특정인에 대한 채권'을 전제하지 않는 전자지급수단의 특성상 신뢰할 수 있는 제3자의 개념은 나타나지 않는다. 따라서 전자지급수단에 관한 발행이나 발행인의 책임, 환불, 환금에 관한 규정은 불필요하게 되지만,[62] 지급수단이 이전되었을 경우 이행의 효력 등에 관한 사법규정은 분산형 전자지급수단거래에서도 동일하게 필요하다. 다만 암호통화 등 분산형 전자지급수단은 '금융투자상품성을 가지는 전자지급수단'이므로 재화나 금융투자상품과 유사하게 전자지급수단의 유통거래에 관한 규정이 요구되고 거래중개자의 책임, 거래의 투명성, 결제시스템, 거래소 파산시 당사자의 권리의무 등에 관한 규정 등이 요구된다.

4) 공통 규정 : 기존의 전자지급수단(집중형)과 암호통화(분산형)이 본질을 달리하여 전혀 다른 지급수단처럼 생각되지만 상당 부분은 공통된다. 즉 양자 모두 전자지급수단이고 지급수단이 이전됨으로써 채무변제에 상응하는 효과가 발생하고 오류가 발생한 경우 이를 해소하고 그에 대한 거래당사자의 책임이라든가 거래의 신뢰성 확보수단, 기록의 보존의무, 약관에 관한 규제 등 많은 규정은 공통된다고 본다. 따라서 암호통화를 전자금융거래법에 편입시킴에 있어서는 전자지급거래 관련 기존의 규정을 집중형 전자지급수단에만 해당하는 규정들과 공통규정으로 먼저 구별한 뒤 암호통화 즉 분산형에 필요한 규정을 새로이 마련하여 포함시킨 후 공통규정에 분산형 전자지급수단에 관해 특별한 제한이 요구될 경우 그에 관한 제한규정을 삽입할 필요가 있다.

4. 감독법적 대응

(1) 암호통화 거래소[63]

62) 우리 전자금융거래법은 '가치표창 전자정보'의 성질을 가진 전자지급수단 중 범용성과 환금성을 가질 경우 전자화폐로서의 성질을 부여하고 있다. 만일 일정한 암호통화에 관해 거래소 등이 일정액 이상의 환금을 보장하고 이러한 정책에 힘입어 범용성 마저 가진다면 선불전자지급수단과 전자화폐의 관계와 유사하게 암호통화도 전자화폐적 성질을 인정하여야 하는가 아니면 이러한 가능성에 대비하여 전자화폐형 암호통화를 함께 규정하여야 하는 것도 문제될 수 있다. 하지만 입법이 시장에 앞서 갈 수는 없으므로 이에 관해 미리 규정을 두는 것은 부적절하고 만일 유사한 암호통화가 시장에서 발생한다면 위의 쟁점에 관한 고려도 요구된다고 본다.

63) 앞서 소개한 박용진 의원안에서는 암호통화 거래소를 가상통화취급업(개정안 제2조 24호, 제6

분산발행된 암호통화는 그 자체로 유통되기는 어려워 지급수단으로 활용과 유통을 위해 거래소를 대개 활용한다. 따라서 암호통화는 통화 그 자체의 신뢰가 확보되더라도 신뢰할 수 있는 거래소가 존재하지 않는다면 지급수단으로 활용과 유통이 쉽지 않게 된다. 따라서 거래소의 신뢰성 확보는 암호통화의 이용자의 보호를 위해 매우 중요한 문제이고 따라서 규제의 대상이 된다고 할 수 있다. 암호통화의 신뢰성은 계약자유의 원칙에 따라 참여자의 자유로운 의사와 판단에 따라 확보되지만 암호통화 거래소의 신뢰는 개인의 판단에 맡기기에는 위험하고 대형 금융사고가 발생할 가능성이 존재한다. 왜냐하면 암호통화는 분산발행되어 특정인의 신용에 근거하지 않지만 암호통화거래는 집중적으로 거래되므로 중개소인 거래소는 암호통화와 그 대가가 경유하게 되어 거래는 중개소의 신용에 의존하기 때문이다.

(2) 거래소에 관한 규제

1) 시장진입규제 : 암호통화 거래소도 금융기관의 성격을 가지므로 설립되어 영업을 하기 위해서는 일정한 시장집입규제가 요구된다. 최근 대형 암호통화 거래소에서 해킹사고가 있었고 일본의 마운트콕스사의 사고 역시 소비자보호를 위해 거래소에 대한 규제의 필요성을 제기하고 있다. 암호통화 거래소에 대한 시장진입규제의 수준은 암호통화의 법적 성질을 비롯하여 암호통화 거래소가 담당하는 기능, 책임, 결제위험 등이 고려되어야 한다. 참고로 박용진 의원안에서는 가상통화취급업자는 인가를 요건으로 규정하고 있으며(동 개정안 제46조의3), 일본의 자금결제에 관한 법률에서는 가상통화 교환업자는 등록을 요하는 것으로 규정하고 있다(동법 제2조 8호). 그리고 전자금융거래법은 전자지급수단의 종류에 따라 전자금융업자에 허가 또는 등록을 요구하고 있는 바, 전자화폐의 발행, 관리를 위해서는 허가를 기타 전자지급수단의 경우에는 등록을 요건으로 하면서 은행의 경우 허가 및 등록을 면제하고 있다(동법 제28조, 29조). 자본시장법상 거래소(유가증권, 코스닥, 코넥스 등)도는 허가를 받아야 영업을 할 수 있는 허가제가 도입되어 독점체제에서 경쟁체제로 전환되었다.

2) 영업행위규제 : 암호통화거래소는 증권거래소와 같이 일정한 신뢰를 바탕으

장 제46조의3 이하)으로 규정하고 있고, 일본 자금결제에 관한 법률에서는 가상통화교환업자(동법 제2조 8호)로 규정되어 있다.

로 운영되어야 할 뿐만 아니라, 시장의 중립적 중개자 역할을 하여야 한다. 따라서 시장에 개입하여 암호통화의 시세에 개입하여서는 안되며 시장에 관한 정보를 고객에게 충분히 공시하여야 하며 기술적 안정성을 확보[64]하여야 한다. 한 걸음 더 나아가 과도한 투기행위가 억제될 수 있는 제도적 장치(예를 들어 서킷 브레이크)의 도입도 검토되어야 하며, 자금세탁 방지를 위해 이용자의 실명확인의무, 이상거래에 대한 감독당국에의 보고의무, 소비자보호를 위해 설명의무 등을 부담시킬 필요도 있다.

3) 소결 : 암호통화 거래소가 영업이 허가사항으로 하는 것이 적절한지 아니면, 인가 또는 등록이 적절한지는 거래소의 기능, 책임, 결제위험 등을 고려하여 결정할 사항이다. 그런데 암호통화 거래소의 기능이 암호통화거래의 중개, 지급행위의 중개 등이 주된 업무이고 부수적으로 암호통화의 매매 또는 보관 등의 업무를 수행한다고 볼 수 있다. 향후 다양한 암호통화가 생겨날 가능성이 있고 암호통화를 발행하는 업무는 대체로 담당하지 않을 것으로 예상되어 암호통화의 거래소는 일단 등록제로 입법하고 추이를 보면서 규제의 수준을 높이는 것이 규제과잉에 의한 시장왜곡, 기술발전의 저해의 위험성을 피할 수 있다고 본다. 등록요건으로 자본금 규정이라든가, 재무건전성기준, 사업계획의 타당성 등은 암호통화 거래소의 주된 업무가 암호통화의 발행이 아니고 지급거래의 중개·대행이라는 점에서 전자자금이체업과 유사하게 기준을 설정하는 것이 적절하다고 생각한다. 기타 예비허가(동법 제33조의2), 겸업제한(35조) 등 전자금융거래법에 많은 규정들이 암호통화 거래소에도 적용될 수 있으며, 자본시장법에 규정되고 있는 영업행위 규제에 관한 많은 규정들을 검토하여 필요하다고 판단될 경우 이를 도입할 필요가 있다.

(3) 의무·책임과 감독

1) 의무와 책임 : 암호통화의 거래의 안전성과 전자지급업무의 수월성을 확보하고 이용자 보호를 위해 암호통화 거래소에도 일정한 의무와 책임의 부과가 요구된다. 전자금융거래법 제21조의 안전성 확보의무는 다른 전자금융업자와 동일

64) 이를 위해서 일정한 인적, 물적 시설을 갖추어야 함은 물론, 거래소는 24시간 개장하는 것보다는 시스템의 안전성을 점검하고 업그레이드할 수 있는 브레이크 타임을 가지는 것이 적절하다고 본다.

하게 적용되어야 할 사항이고 전자적 침해행위 등의 금지(동법 제21조의4), 전자금융거래기록의 생성, 보존, 파기(동법 제22조), 약관의 명시와 변경통지 등(동법 제24조), 전자금융거래정보의 제공(동법 제26조), 분쟁처리 및 분쟁조정 등(동법 제27조)의 규정은 암호통화 거래소에도 원론적으로 적용될 수 있는 조항이라 본다. 다만 암호통화 거래소는 전자지급수단의 발행자의 지위에 있지 않으므로 개별 조항의 일부 수정이 요구되며 이는 각 조항의 단서조항으로 처리될 필요가 있다. 다만 암호통화 거래소의 책임과 관련하여 전자금융거래법 제9조는 적용되기 어렵다고 보며 암호통화 거래소에 관한 책임조항은 별도로 마련할 필요가 있다고 본다.

2) 거래소에 대한 감독 : 전자금융거래법상의 전자금융거래에 대한 감독시스템은 전자지급수단의 성질을 가지고 있는 암호통화에도 적용되어야 하고 이를 중개하는 암호통화 거래소에도 적용될 필요가 있다고 본다. 특히 암호통화는 액면가치가 존재하지 않는 금융투자상품성을 가진 전자지급수단이므로 투기적 수단으로 활용될 가능성이 상존하므로 이러한 투기행위가 발생하지 않도록 암호통화 거래소에 대한 감독수단도 강화되어야 한다. 최근 자주 문제되고 있는 미성년자의 암호통화 구매행위는 차단되어야 할 것으로 생각되며, 빈번하게 발생하는 시스템 정지도 발생하지 않도록 감독이 요구되는 부분이다. 다만 암호통화는 분산발행되고 암호통화 거래소가 암호통화를 발행하는 것은 아니므로 감독수단에 있어서도 이러한 고려에 따라 미세조정이 필요함을 앞서 언급한 바와 다르지 않다.

Ⅳ. 결어

기술의 발전은 4차 산업혁명의 개념에서 추측되는 바와 같이 그 방향성과 속도를 가늠하기가 쉽지 않다. 특히 금융분야는 글로벌화 된 환경에 힘입어 그 확산속도가 더 빠르다고 볼 수 있다. 하루가 멀다 하고 새로운 금융상품이 등장하고 있는 현실 속에서 우리는 어떤 기준을 가지고 이런 변화를 수용하고 적응할 것인가? 게다가 시장원리의 관점에서 보면 경쟁적 환경 속에서 선택과 집중, 선제적 대응을 통해 금융시장을 효율적으로 설계할 것인가 하는 부담도 안고 있다. 금융현상이 새롭게 생겨날 때마다 대응방안에 관해 우왕좌왕할 정도로 금융시장

이 한가하지도 않을 뿐만 아니라 이기적 구성원들에 의해 금융시장이 왜곡되는 현상을 자주 볼 수 있어 새로운 금융현상에 관해 우리가 가져야 할 기본적 원칙을 정립할 필요가 있다.

금융을 포함하여 새로운 사회현상이 발생할 때 이를 해결하거나 적응함에 있어서 목적은 인간(Human)이 되어야 한다. 인간이 목적이고 중심적 가치를 가지도록 사회현상을 받아들여야 한다. 금융분야에서 이는 금융소비자로 나타날 수 있고 금융소비자 특히 선량한 금융소비자가 보다 편리하게 금융서비스를 누릴 수 있고 이익이 공유될 수 있도록 정책이 판단되어야 금융에 관한 신뢰가 구축되어 장기적으로 금융산업의 발전에 밑거름이 된다. 단기적 산업의 진흥을 위해 선량한 금융소비자를 외현할 경우 지속가능한 성장을 가져올 수 없다. 다음으로 최근 금융환경의 변화는 새로운 기술의 도입이다. 4차 산업혁명의 특징은 불가예측성이다. 기술의 발전이 어떤 방향으로 갈지 알 수 없으므로 기술의 발전을 섣불리 예측하여 기술의 발전을 왜곡해서는 안된다. 이른바 기술적 중립성원칙이 모든 기술관련정책의 기본이 되어 기술에 대한 규제를 최대한 적게하고 기술이 시험될 수 있는 방안 예컨대 규제 샌드박스 등을 통해 기술이 발전할 수 있는 기회를 최대한 부여할 필요가 있다.

핀테크라는 개념으로 포괄될 수도 있지만 구체적으로 보면, 인터넷전문은행, 전자양도성기록, 블록체인, 암호통화, 스마트계약 등의 등장은 다양하게 기술에 바탕을 둔 금융현상이다. 이들 새로운 기술이 도입되는 과정에는 선량한 의지를 가진 시장조성자도 있지만 시장이 불안정한 상태에서 무임승차, 규제차익을 의도할 뿐만 아니라 심지어는 사기적 행각까지 일삼는 소극적 적극적 시장파괴자까지 생겨나서 금융소비자피해가 일부 발생한다. 시장파괴자를 막기 위해 기술을 규제하거나 기술의 발전할 틈을 없애는 것은 부적절하다. 일시적 적극적 시장파괴자의 급증에 대해서는 금융당국은 시장감시기능을 강화하여야 하고 사법적으로 처리하거나 김독기능을 최대한 활용하여 제재를 가하여 금융소비자의 피해를 적극적으로 줄일 필요가 있다. 하지만 소극적인 시장파괴자가 생겨나는 것은 시장이 안정적으로 자리잡는 과정에 발생하는 일시적인 현상으로 보아야 하고, 교육, 행정지도를 통한 현상의 완화를 넘어 이를 없애기 위해 조급하게 규제수단을 동원하는 것은 자칫 규제방향에 오류가 발생할 수 있다.

암호통화도 최근 거래소 해킹을 비롯하여 전세계적으로 많은 문제점을 노정시키고 있다. 암호통화를 악용하게 사기행위를 하는 자에 대해서는 보다 형법 기타

금융관계법상의 처벌규정을 십분활용하여 사법적 역량을 집중하여 엄격하게 단속할 필요가 있다. 그리고 암호통화를 투기수단으로 이용한다든지 세금회피를 위한 수단으로 활용한다든지 하는 현상에 관해서는 금융홍보, 교육 등을 통해 금융소비자를 계도하거나 행정지도 등을 통해 과열되지 않도록 할 필요가 있다. 하지만 아직 암호통화의 본질이 규명되지 않고 기술이 발전하는 단계에서 이를 규제하거나 금지시키거나 하는 것은 기술의 발전 및 중립성을 해치고 산업의 성장을 저해할 수 있다. 섣부른 규제는 정치적 관점에서는 가능한 일이지만 정책적 관점에서는 실패할 가능성이 훨씬 높고 이는 장기적으로 산업의 발전과 새로운 창조를 가로막는 규제가 될 수 있고, 종국적으로 기술발전의 혜택을 박탈하여 금융소비자의 부담을 증가시키는 근시안적 정책이 될 가능성이 높다.

(논문투고일: 2017.11.12., 심사개시일: 2017.11.14., 게재확정일: 2017.12.11.)



정 경 영

핀테크, 지급결제, 암호통화, 가상화폐, 전자유가증권, 블록체인, 스마트계약, 인터넷전문은행, 국제상거래법위원회

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 단행본

임재연, 자본시장법, 박영사, 2014.

정경영, 전자금융거래와 법, 박영사, 2007.

한국은행, 2016년도 지급결제보고서, 2017. 3.

Ⅱ 국내 논문

곽관훈, “핀테크 관련 국내법제의 현황과 과제”, 「강원법학」, 제49권(2016. 10).

김종완, “인터넷뱅킹 사용자의 만족도가 인터넷 전문은행으로의 전환의도에 미치는 영향에 관한 실증적 연구”, 숭실대학교 대학원 박사학위 논문(2009, 12).

김홍기, “최근 디지털 가상화폐 거래의 법적 쟁점과 운용방안”,「증권법연구」(한국증권법학회, 2014), 제15권 제3호.

백명훈·이규옥, “블록체인을 활용한 ICO의 이해와 금융법상 쟁점”, 금융법연구 제14권 제2호(2017).

윤민섭, “핀테크(Fintech)와 소비자보호방안 연구”, 한국소비자원, 정책연구 15-21.

이상복 등, “주요국 인터넷전문은행의 현황과 그 법적 시사점”, 「법학논총」, 제33집 제1호.

이준희, “인터넷전문은행 관련 법률적 쟁점에 관한 소고”, 기업법연구, 2016. 3.

이효경, “최근 일본의 핀테크를 둘러싼 법제정비와 과제”, 강원법학, 2016. 10.

정경영, “UNCITRAL 전자양도성기록(ETR) 모델법에 관한 연구 – 국내법에의 수용에 관한 검토를 포함하여”, 비교사법 제24권 4호(통권79호), 2017,.

정경영·백명훈, “디지털사회 법제연구(1)-블록체인 기반의 스마트계약 관련 법제연구-”, 한국법제연구원, 2017. 8. 24,

Ⅲ. 기타

금융위원회 보도자료, “블록체인 기술과 금융의 융합 추진 관련 현장의견 청취”, 2017. 1. 10)

금융위원회, “핀테크 보안 등”, 보도자료, 2015. 1. 7.
금융위원회, “인터넷전문은행 도입”, 보도자료, 2015. 6. 18.
금융위원회, “기관별 추진현황 점검을 위한「가상통화 관계기관 합동TF」개최”, 보도자료, 2017. 9. 29.

Ⅳ. 국외 논문

Adam Chodorow, “Rethinking Basis in the Age of Virtual Currencies”, Virginia Tax Review, Summer, 2017(36 Va. Tax Rev. 371).
Fiammetta Piazza, “Bitcoin in the Dark Web: A Shadow over Banking Secrecy and a Call for Global Response”, Southern California Interdisciplinary Law Journal, Summer, 2017(26 S. Cal. Interdisc. L.J. 521).
F. Del Buca, “Teh Commercial Law of Bitcoin and Blockchain Transaction”, UCC Law Journal, Vol. 47, Issue 2,(47 No. 2 UCC L. J. ART 4).
Louis F. Del Duca, “The Commercial law of Bitcoin and Blockchain Transactions,” UCC Law Journal, July 2017.
Ryan Surujnath, “Off the Chain! A Guide to Blockchain Derivatives Markets and the Implications on Systemic Risk,” Fordham Journal of Corporate and Financial Law, 2017 (22 Fordham J. Corp, & Fin. L. 257).
UN, 「UNCITRAL Model Law on Electronic Transferable Records」, Sep. 2017
UNCITRAL, A/CN.9/W.G.Ⅳ/WP.139.

Abstract

A Study on the Legal Scheme to the Change of Financial Environment

Jung, Gyung Young
Professor in Law, Sungkyungkwan Univ. Law School

In the wave of the 4th Industrial Revolution, the financial environment especially has changed rapidly in this century. Financial symptoms such as finance in internet, digitization of negotiable instrument, financial transanciton based on P2P, decentralized finance based on blockchain technology, use of cryptocurrency issued by a distributed way, introduction of smart contract etc. were not expected no less than 10 years ago. Fintech industry has been deregulated basically but remaining regulations need to be examined from the perspective of substantial necessity of the regulations. And the Model Law on Electronic Transferable Records legislated by UNCITRAL and the cryptocurrency is substantially expected to influence on the payment industry.

Fintech is a financial symptom based on the ICT(information communication technology) including internet only bank, electronic transferable records, a blockchain, a cryptocurrency, a smart contract. As for a corresponding scheme to new fintech symptoms, such policies as market monitoring and superintendence on market including a positive way of judicial enforcement are necessary to decrease the aggressive market distructors. Nevertheless a more cautious way of regulation is needed to prevent the fintech market from being demolished by regulation, instead

to educate the consumers and instruct the business by administrative channel for decrease of market destructors.

A cryptocurrency exposed many worldwide problems including the recent happening of hacking into cryptocurrency trade center and trade interruption owing to the temporary concentration of deal. Judicial enforcement is necessary against the offender who committed fraud on deal of cryptocurrency and for preventing such crimes to protect consumers and the innocent investors. But positive regulations or prohibitions on the trade of cryptocurrency without knowing the essence and legal nature of the cryptocurrency can hurt the development of cryptocurrency and blockchain industry and damage the technology neutrality. Regtech is necessary for the new technology not to take the risk of mistake on regulation.



Jung, Gyung Young

Fintech, Electronic Transferable Records, ETR, Internet only bank, ICT, Payment and settlement, Cryptocurrecy, Blockchain

침해자 이익 법리에 준사무관리 법리의 적용을 위한 특허법 제128조 제4항의 개정방안

이승현*
정차호**

【목 차】

I. 서 설
II. 민법상 준사무관리의 의의 및 인정 여부
1. 준사무관리의 의의 및 다른 제도와의 관계
2. 민법상 준사무관리의 인정 여부에 대한 논의
3. 민법상 준사무관리의 인정 여부에 대한 각국의 입법례
III. 특허법상 준사무관리 법리의 의의 및 인정 여부
1. 특허법상 준사무관리 법리의 의의
2. 특허법상 준사무관리 법리의 인정 여부에 대한 논의
3. 특허법상 준사무관리 법리의 인정여부에 대한 각국의 입법례
IV. 현행 특허법 제128조 제4항의 타당성 여부 검토
1. 의 의
2. 특허권 침해의 특수성과 현행 손해배상제도에 대한 문제점
3. 특허법 제128조 제4항의 운용실태 및 문제점
V. 총괄적 검토
1. 민법상 준사무관리 도입 여부에 대한 검토
2. 특허법상 준사무관리 법리의 도입 여부에 대한 검토
VI. 결 어
1. 특허법상 준사무관리 법리의 명문화 필요성
2. 입법론 제시

【국 문 요 약】

우리 특허법은 침해자의 이익을 특허권자의 손해로 '추정'하는 규정을 두고 있다. 침해자가 타인의 특허권을 침해하여 이익을 얻은 경우에 일반적인 손해배상

* 성균관대학교 법학연구원 선임연구원·법학박사.
** 성균관대학교 법학전문대학원 교수·법학박사.

의 법리에 따르면 손해배상액이 특허권자의 손해로 한정되므로, 특허권자의 손해를 초과하는 침해자의 이익은 침해자가 그대로 보유할 수 있게 된다. 현행 규정에 따르면 그러한 초과에 대하여 침해자가 증명을 하면 그 추정은 복멸된다. 그리고 특허권자가 생산능력이 없거나 부족한 개인발명가, 대학, 연구소, 중소기업, 스타트업 등 소위 '약한 특허권자(weak patentee)'인 경우 그 복멸은 매우 용이하다. 그런 점에서 현행 침해자 이익 법리는 침해자의 불법행위를 조장하는 결과를 초래하며, 정의(justice)에 반한다. 따라서 그러한 비정의(unjustice)를 시정하기 위하여 독일민법은 제687조 제2항을 통하여 고의 침해에 대하여는 침해자의 이익을 전부 박탈하는 준사무관리를 명문으로 인정하고 있다. 이러한 독일식 준사무관리는 고의를 성립요건으로 하며, 피해자의 손해를 전보할 뿐만 아니라 침해자에 대한 제재 및 침해행위의 억제라는 측면을 가지고 있어서 일반적인 불법행위와 구별되는 특수한 불법행위에 해당된다. 그런데 우리 민법에는 준사무관리에 대한 명문규정이 없는 바, 이를 우리 민법상 인정할지 여부에 대해서 학설상 견해의 대립이 있어 왔다. 그러나 이를 인정하지 않으면 "타인 물건을 고의로 매각한 경우에는 침해로 인한 이득의 박탈을 긍정하는 것이 침해의 예방·침해자에 대한 제재"라는 여러 국가에서 공통적으로 승인을 받고 있는 형평감각에 반하게 되므로, 최소한 우리 민법의 해석론으로 준사무관리를 인정해야 한다.

한편 민법상 준사무관리는 침해자의 고의를 전제로 하지만, 특허법상의 준사무관리 법리는 침해자의 고의·과실을 요건으로 하는 점에서 양자는 구별해서 이해하여야 한다. 그리고 후자는 특허권 침해의 경우에 특허권자가 침해자로부터 손해배상을 받기 위한 손해액 산정방법 중 하나인 침해자 이익액 산정법리의 일종으로 파악되어야 한다. 이를 기초로 특허권 침해의 경우에 준사무관리 법리의 적용을 인정하는지 여부가 문제될 수 있다. 이에 대해서 필자들은 온라인, 디지털 환경에서 특허권 침해가 더욱 용이하다는 점, 약한 특허권자를 보호하여야 한다는 점 등을 이유로 지식재산권법 분야 중 특허법에서 준사무관리 법리를 선도적으로 도입해야 한다고 주장한다. 현행 특허법 제128조 제4항에 따라 침해자 이익액을 전부 반환하게 하려면 특허권자가 그에 상응하는 생산능력을 가져야 하는데, 특허권자가 생산능력이 없거나 작은 중소기업, 개인 발명가, 대학, 연구소 등인 경우에는 해당 규정이 무의미하게 된다. 따라서 현행 특허법 제128조 제4항을 침해자 이익액을 특허권자의 손해액으로 '간주'하는 규정으로 개정함으로써 특허법상 준사무관리 법리를 명문으로 인정하여야 한다. 이러한 동 규정의 개정을 통

하여 향후 스타트업, 벤처기업 등 4차 산업혁명의 핵심이 될 연구중심 기업들이 특허권에 의하여 강하게 보호받게 될 것이다.

I. 서 설

(1) 침해자가 권리자의 물건을 무단으로 매각하여 큰 이익을 얻은 경우에 권리자는 침해자에 대해서 민법 제750조 소정의 불법행위에 기한 손해배상청구권을 행사하거나 제741조 소정의 부당이득반환청구권을 행사할 수 있다.[1] 그리고 그 두 구제수단의 관계에 대해서 일반적 학설 및 판례는 양자가 제도의 목적, 요건 및 효과를 달리하는 별개의 제도임을 근거로 양자의 병존 내지 경합을 인정한다.[2] 또한 민법 제741조 소정의 부당이득이나 민법 제750조 소정의 불법행위에 기하여 권리자가 침해자에 대해서 반환을 청구할 수 있는 범위는 본인이 사무를 관리했을 경우에 일반적으로 얻을 수 있는 객관적 가치(본인이 입은 손실)를 한도로 한다.

그런데 그러한 법리는 경우에 따라서는 침해자의 침해행위를 조장하는 결과가 되어서 정의(justice)에 반하다. 특히 침해자가 고의로 권리자의 물건을 무단으로 매각하여 막대한 이익을 얻은 경우에 비정의(unjustice)는 두드러진다. 그리하여 민법학계 차원에서는 침해자가 얻은 이익을 박탈하여 권리자에게 반환하게 하기 위해서 독일의 준사무관리를 우리 민법에 도입할 필요가 있는지 여부가 학설상 논의되고 있다. 나아가 그 논의는 침해자 이익액 산정법리의[3] 일환으로 준사무관리 법리를 인정하는지에 대한 논의로 이어질 수 있다.

(2) 한편 특허권도 민법상 재산권에 해당되므로, 특허권 침해의 경우에도 원칙적으로 민법상의 일반적인 구제수단이 적용될 수 있으며, 전술한 비정의

---

1) 즉 권리자는 침해자에 대해서 불법행위에 기한 '손해'배상청구권과 침해이익으로 인한 '객관적 가치'의 반환청구권을 행사할 수 있다. 다만 전자의 경우에는 침해자에게 고의·과실이 있는 경우에만 행사할 수 있지만, 후자의 경우에는 침해자의 행위로 인하여 할당내용을 가진 권리자의 재화가 침해되기만 하면 침해자의 고의·과실 여부를 묻지 않고 그 행사가 인정된다(藤原正則, 不当利得法, 信山社, 2002(平成14年), 269頁).

2) 김준호, 채권법-이론·사례·판례-, 제8판, 법문사, 2017, 746면; 송덕수, 채권법각론, 제3판, 박영사, 2017, 443면; 지원림, 민법강의, 제15판, 홍문사, 2017, 1602면; 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다56087 판결; 동 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결; 동 2014. 7. 16. 선고 2011다76402 전원합의체 판결; 동 2014. 9. 4. 선고 2013다3576 판결 등.

3) 이 글에서는 침해자 이익액에 의한 손해배상액 산정 법리를 축약하여 '침해자 이익액 산정 법리' 또는 '침해자 이익(액) 법리'라고 표현한다.

(unjustice) 문제도 기본적으로 공유한다. 그러나 무체물인 특허권은 유체물에 비해서 침해가 용이하여 특별한 보호가 필요한 반면 특허권 침해의[4] 특수사정으로 인하여 민법상 일반적인 구제수단을 행사하기 위한 특허권자의 증명 정도는 오히려 유체물 침해의 경우보다 어렵다.

그리하여 특허권 침해의 경우에는 특허권자를 특별하게 보호하기 위해서 침해자 이익 전부를 특허권자에게 반환케 하는 법리의 도입방안이 적극적으로 모색되고 있다. 다만 이러한 법리 적용의 이론적 근거에 대한 학설상 설명은 ① 전통적인 손해배상 법리를 수정하는 견해, ② 일반부당이득의 전통적 법리를 수정하는 견해, ③ 독일의 준사무관리 규정을 유추 적용하는 견해(이른바 준사무관리 법리의 적용) 등으로 나누어져 있다.

(3) 이 글에서는 침해자 이익액 산정법리 적용의 이론적 근거 중 준사무관리 법리의 도입, 입법론을 고찰한다. 이를 위해서 다음과 같은 순서로 연구를 진행하고자 한다.

첫째 민법적 차원에서 준사무관리의 의의 및 다른 제도와의 관계를 살펴본다. 왜냐하면 이를 통하여 민법상 다른 제도와 차별되는 준사무관리의 의의 내지 법적 지위를 명확하게 규명할 수 있기 때문이다.

둘째, 준사무관리 법리를 우리 민법상 도입할 필요가 있는지 여부를 검토한다. 이와 함께 이 문제에 대한 타당한 결론 도출의 초석을 마련하기 위하여 준사무관리를 명문 규정으로 인정하는 독일과 이에 대한 명문 규정을 두지 않은 상황에서 준사무관리의 도입 여부에 대한 논의가 전개된 일본의 사례를 살펴본다.

셋째, 특허법적 차원에서 침해자 이익 반환법리의 일환인 준사무관리 법리에 대한 고찰을 한다. 물론 침해자 이익액 산정법리 적용의 이론적 근거에 대해서는 학자에 따라서 준사무관리 법리 외에도 불법행위나 부당이득의 전통적 입장을 수정하여 설명하기도 하므로 이에 대한 논의도 살펴본다. 이와 함께 특허법상 침해자 이익액 산정법리의 이론적 근거를 해명하는 기초자료의 구축을 위해서 준사무관리 법리를 포함하여 침해자 이익액 산정법리 적용 여부 및 운용에 대한 각국의 입법례를 살펴본다.

넷째, 보다 실질적으로 특허권자를 보호하기 위한 준사무관리 법리의 도입 여

4) 여기에서 특허권 침해란 일반적으로 특허권 존속기간 중 대한민국 영토 내에서 권원없이 특허발명(patentierte Erfindung, patented invention)에 대하여 생산·사용·양도·대여 등의 실시행위를 하는 것을 말한다. 비교: 배대헌, 특허권침해와 손해배상, 세창출판사, 1997, 20면.

부와 관련하여 문제되는 현행 특허법 제128조 제4항의 손해액 추정규정이 특허권자를 실질적으로 보호하는 데에 유용하게 작용하는지 여부를 살펴본다. 그리고 이러한 작업을 수행한 결과 만약 현행 특허법 제128조 제4항이 특허권자를 효과적으로 보호하지 못한다면 동 규정이 앞으로 어떠한 방향으로 개정 내지 입법이 이루어져야 하는지에 대한 개정론 내지 입법론도 제시해 보고자 한다.

II. 민법상 준사무관리의 의의 및 인정 여부

1. 준사무관리의 의의 및 다른 제도와의 관계

(1) 의 의

1) 민법상 준사무관리라는 명칭이나 그 범위 등에 대해서 학설은 일치되어 있지 않다. 즉 견해에 따라서는 준사무관리라는 표현 대신에 부진정 사무관리 또는 무단사무관리라는 용어를 사용하고 이를 타인의 사무를 자기의 사무로 오신하여 관리하는 오신사무관리와 병렬적인 개념으로 이해하거나[5] 준사무관리 대신 부진정 사무관리라는 용어를 사용하고 이를 오신사무관리와 무단사무관리의 상위개념으로 파악하기도 한다.[6] 그렇지만 준사무관리라는 용어를 그대로 사용하는 것이 일반적 견해이다.[7] 이에 따르면 준사무관리란 어떤 자가 타인의 사무를 자기의 사무로 삼을 의사를 가지고 타인의 사무를 관리하는 경우를 말한다. 그리고 이러한 준사무관리는 일반적으로 침해자의 관리의사 결여의 태양에 따라 오신사무관리와 악의의 무단사무관리(또는 불법관리 내지 무단사무관리라고도 한다)로 구분될 수 있다.[8]

---

5) 김형배, 사무관리·부당이득 [채권각론II], 박영사, 2003, 52면.

6) 변우주, “부진정사무관리와 준사무관리의 포섭범위에 관한 고찰”, 민사법의 이론과 실무, 제17권 제2호, 민사법의 이론과 실무학회, 2014, 33-34면; 백경일, “부당사무관리개념의 도입을 전제로 한 사무관리법의 새로운 체계구성-반의사사무관리와 불이익사무관리를 구분할 필요성에 관하여-”, 고려법학, 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010, 190-191면; 서종희, “부당사무관리 및 부진정(準)사무관리와 부당이득과의 관계-부당이득 성립요건 및 반환범위에 관한 재고찰과 함께-”, 민사법학, 제63-1권, 한국민사법학회, 2013, 40면 주7 참조.

7) 이에 따라 이 글에서도 ‘준사무관리’라는 용어를 그대로 사용하면서 그 하부유형으로 오신사무관리와 악의의 무단사무관리(불법관리)라는 용어를 사용한다. 다만 민법상 준사무관리에 대한 논의 부분에서는 필요에 따라서 준사무관리와 악의의 무단사무관리(불법관리)라는 용어를 혼용할 수도 있다.

8) 그밖에 악의의 무단관리만 준사무관리로 인정하는 입장에 따르면 오신사무관리자에게 악의의 타인 사무에 대한 간섭이라는 특별한 비난사유가 없다는 점도 오신사무관리와 악의의 무단사무관리를 구별하는 표지로 작용한다. 안춘수, “무권리자의 처분과 부당이득 및 사무관리”, 법학연

2) 이 중 전자인 오신사무관리는 관리자에게 관리의사가 결여되어 있으므로 당연히 적법한 사무관리가 성립되지 않으며, 악의가 없으므로 독일민법 제687조 제2항에서 규정된 악의의 무단사무관리가 되지도 않는다. 이 경우를 어떻게 처리하는지에 대해서 일반적 견해는 부당이득이나 관리자가 자신의 사무로 오신함에 대해서 과실이 있는 경우에는 불법행위가 성립될 수 있다고 해석한다. 그리고 이러한 구성에 따라 청구되어야 할 범위는 관리자가 타인의 물건을 처분한 경우에는 물건의 시가 상당액이 되며, 관리자가 타인의 물건을 무단으로 사용한 경우에는 그 물건의 적정 임대료 상당액이 될 것이라고 한다.[9]

3) 이와 달리 후자인 악의의 무단사무관리의 경우, 독일에서는 민법 제687조 제2항의 명문규정을 통하여 본인은 사무관리 규정에 의해서 침해자에게 사무관리자에 대한 것과 동일한(예컨대 사무처리결과의 인도청구권·계산보고청구권 등) 청구를 할 수 있으며, 그 때에 본인도 침해자에 대해서 부당이득반환의무를 지게 됨을 인정하고 있다. 그러나 이러한 악의의 무단사무관리에 대한 명문규정을 두지 않은 우리나라의 경우에는 이를 우리 민법에 받아들일 수 있는지 여부에 대해서 학설은 긍정설과[10] 부정설로[11] 견해가 대립하고 있는 실정이다.

(2) 사무관리, 부당이득 및 불법행위와의 관계

1) 사무관리와의 관계

사무관리는 (계약상 또는 법률상) 의무 없이 타인을 위하여 그의 사무를 처리하는 행위이며, 적법행위로서 우리 민법이 인정하는 제도이다(민법 제734조 이하). 그러나 이는 의사표시를 요소로 하는 법률행위가 아니므로, 준법률행위 중에서도 사실행위(혼합 사실행위)로서의 법적 성격을 갖는다. 그리고 이에 해당되면 사무관리자는 본인에 대해서 비용상환청구권, 손해배상청구권의 권리를 갖는 반

구, 제24권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2014, 156-157면 참조.

9) 김상용, 채권각론, 화산미디어, 2011, 505면; 김형배, 앞의 책, 53면; 송덕수, 앞의 책, 438면; 지원림, 앞의 책, 1590-1591면 등. 일본에서도 일반적 견해이다(好美清光, “準事務管理の再評価-不当利得法等の検討を通じて-”, 不当利得 · 事務管理の研究 3(谷口知平教授還暦), 有悲閣, 昭和47年(1972年), 372頁; 藤原正則, 전게 不当利得法, 270頁 참조).

10) 김현태, 신고 채권법각론, 일조각, 1969, 324면; 김석우, 채권법각론, 박영사, 1978, 438면; 김증한·김학동, 채권각론, 제7판, 박영사, 2006, 686면; 김형배, 앞의 책, 56면 등.

11) 곽윤직, 채권각론, 제6판, 박영사, 2003, 343면; 김상용, 앞의 책, 506면; 김준호, 앞의 책, 738면 등.

면 관리계속의무, 통지의무, 보고의무 등의 의무를 진다. 이와 달리 독일에서 인정된 악의의 무단사무관리는 침해의 위법성이 인정되기 때문에 적법행위인 사무관리가 될 수 없다. 나아가 이는 고의 침해자의 위법한 침해행위에 대한 특별한 제재적 성격을 갖는 점에서 일반적인 사무관리에 해당될 수 없음은 더욱 분명해진다. 그리하여 학자에 따라서는 준사무관리의 특별한 제재적 성격을 강조하여 준사무관리를 참칭사무관리(Geschäftsanmaßung)로 부르기도 한다.[12] 다만 준사무관리 사안에 해당되는 경우에는 관리자에게 사무처리로 인한 이득이 귀속되는 것을 방지하기 위하여[13] 사무관리 규정 중 사무관리의 효과를 차용한 것에 불과하다.[14]

2) 부당이득과의 관계

부당이득이란 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 얻은 이익을 의미하는 바, 우리민법은 이를 제741조 이하의 규정을 통하여 일반적 제도로 규율하고 있다.[15] 이러한 부당이득 제도의 목적은 기본적으로 부당한 재산적 가치 귀속의 조정, 즉 있어서는 아니 될 상태 및 이득자의-손실자의 손해의 한도에서-이득의 제거에 있다. 그리고 당사자의 행위나 의사(예컨대 당사자의 고의, 과실)와는 관계없이 법률상 원인 없는 이득이 발생했다는 사실이 있다면 부당이득이 인정되므로, 그 법적 성격은 법률사실 중 사건에 해당된다고 보는 것이 일반적 견해이다.[16] 이러한 일반적 견해에 따르면 특허권 침해에 있어서 부당이득의 성

12) 藤原正則, 전게 不当利得法, 270頁.

13) Peter Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, 5.Aufl., Mohr Siebeck, 1998, Rn.631.

14) 김태한·최병덕, "사무관리에 관한 고찰", 사회과학연구, 제7집 제1호, 호서대학교 사회과학연구소, 1988, 99면; 藤原正則, 전게 不当利得法, 270頁.

15) 이러한 부당이득을 우리 민법이 일반적인 제도로 규율하는 이유에 대해서 학설은 통일론(공평설)과 비통일론(유형론)으로 나누어져 있다. 이 중 전자인 통일론(공평설)은 부당이득이 통일적인 제도로 되어 있음을 중시한다. 그리하여 특정한 당사자 사이에 재산적 가치의 변동이 생긴 경우에 그것은 제3자에 대한 관계에서 고찰하면 거래의 안전을 위하여 그대로 인정되어야 하지만 당사자 사이에서만 고찰한다면 공평의 요구에 반하여 부인되어야 하는 모순이 있는 때에 재산적 가치의 반환을 명함으로써 위의 모순을 해결하려는 것이 부당이득제도라고 이해한다. 따라서 부당이득에 있어서의 '정당한 이유' 또는 '법률상 원인'이라는 것은 재산적 가치의 변동이 그 당사자들 사이의 관계에 있어서도 정당한 것으로 유지되어야 한다는 공평의 이념에 바탕을 둔 실질적·상대적 이유라고 이해한다(곽윤직, 앞의 책, 346면; 송덕수, 앞의 책, 440면 등 참조). 이와 달리 후자인 비통일론(유형론)을 취하는 학자들은 모든 부당이득에 대하여 통일적으로 설명하는 것이 적당하지 않다는 견지에서 부당이득을 여러 유형으로 나누고 그 각각에 대해서 인정이유나 요건을 살펴보아야 한다고 주장한다. 이 견해에 의하면 부당이득의 유형을 급부부당이득·침해부당이득·비용부당이득의 셋으로 나누거나(지원림, 앞의 책, 1596면), 거기에 구상부당이득을 추가하여 넷으로 나누기도 한다(김상용, 앞의 책, 517면 이하 참조).

립에 특허권 침해자의 고의·과실 여부는 중요시되지 않는 점에서 침해자의 고의를 성립요건으로 하는 준사무관리와는 기본적으로 법적 지위를 달리 한다고 볼 수 있다.

3) 불법행위와의 관계

불법행위에 대한 전통적 시각에 의하면 불법행위란 고의 또는 과실로 위법하게 타인에게 손해를 가하는 행위이며, 이러한 불법행위에 해당되면 민법 제750조 이하의 규정에 따라 가해자는 피해자에 대해서 손해배상책임을 부담하게 된다. 따라서 특허권 침해의 경우에도 특허권 침해자는 특허권자에 대해서 원칙적으로 민법 제750조 소정의 불법행위 책임을 부담하게 된다. 다만 불법행위의 주된 목적은 피해자의 손해를 전보하는 데에 있기 때문에 그 반환범위도 피해자의 재산변동에만 집중하는 차액설의 입장에 따라 피해자의 손해를 한도로 한다. 이와 달리 준사무관리는 악의의 침해자를 제재하고 침해행위의 조장을 예방하기 위하여 반환범위를 침해자 이익 전액으로 하는 점에서 그 제도적 목적이나 반환범위에서 일반적인 불법행위와 다르다. 그리하여 전통적인 시각에서 파악된 불법행위와 준사무관리 역시 그 법적 지위를 달리 한다고 볼 수 있게 된다.

2. 민법상 준사무관리의 인정 여부에 대한 논의

(1) 개 관

독일민법 제687조 제2항과 달리 우리 민법에는 관리의사를 결여한 경우를 규율하는 준사무관리에 대한 명문 규정이 없다. 그리하여 민법상으로는 그 경우의 법적 처리를 둘러싸고 학설상 다양한 견해의 대립이 있다. 즉 악의의 무단사무관리에 민법 제734조 이하의 사무관리 규정이 준용될 수 있는지 여부에 대해서 학설상 견해의 대립이 있다. 그리고 이러한 견해의 대립은 악의의 침해자가 권리자가 입은 손해보다 더 많은 이익을 얻은 경우에 침해자가 취득한 이익에 대한 완전한 환수 및 박탈의 타당성 여부 및 그 인정범위에 대한 논의를 통하여 더욱 치열하게 전개되고 있다. 왜냐하면 악의의 무단사무관리의 경우에 권리자를 구제하기 위한 수단으로 어떠한 것을 채택하는지에 따라서 반환범위에서 차이가 발생하

16) 예컨대 곽윤직, 앞의 책, 346면; 김주수, 채권각론, 제2판, 삼영사, 1997, 554면; 송덕수, 앞의 책, 440면; 지원림, 앞의 책, 1595면 등. 이와 달리 김상용, 앞의 책, 515면은 비급부부당이득은 사건이나 급부부당이득은 사건이라고 단정할 수 없다고 한다.

며, 이는 권리자가 보호받는 정도의 광협에도 영향을 미치기 때문이다.[17]

(2) 준사무관리의 인정 여부에 대한 학설상 논의

1) 준사무관리 긍정설

준사무관리를 우리 민법에 도입하는 것을 긍정하는 학설의 근저에는 "준사무관리를 인정하지 않으면 적법한 사무관리가 성립하는 경우보다 성립하지 않는 경우에 관리자가 더 유리한 지위에 있게 되는 바, 이는 부당하다"는 시각이 자리 잡고 있다. 그리하여 이 견해는 준사무관리 개념을 인정함으로써 부당이득이나 불법행위처럼 피해자가 실제로 입은 손실이나 손해를 한도로 하는 반환범위에 구애되지 않고 위법하게 타인의 영역을 침해하여 얻은 침해자의 이익을 침해자가 보유할 수 없게 해야 한다고 주장한다.[18] 다만 긍정설 내에서도 준사무관리를 인정하는 범위에 있어서는 학설상 견해의 대립이 있다.

즉 제1설은 오신사무관리의 경우에는 오신에 과실이 있는지 여부에 따라 부당이득 또는 부당이득과 함께 불법행위가 되어서 반환범위는 손실자의 손실 내지 피해자의 손해를 한도로 결정되지만, 악의의 무단사무관리의 경우에는 사무관리 규정을 준용하여 악의의 침해자가 권리자가 입은 손해보다 더 많은 이득을 얻은 경우에도 침해자가 얻은 이익을 모두 권리자에게 반환하게 해야 한다고 한다.[19]

제2설은 정당사무관리가 성립되지 않는 모든 경우(부당사무관리, 오신사무관리 및 악의의 무단사무관리)에 준사무관리가 인정될 수 있다고 한다. 즉 이 견해에 의하면 부당사무관리는 본인의 의사 및 이익에 반하는 것이 명백한지 여부에 따라 사무관리가 성립하는 경우와 사무관리가 성립하지 않는 경우로 구분될 수 있는데, 준사무관리가 적용될 수 있는 영역은 이 중 후자의 경우라고 한다.[20] 다만

---

17) 전술한 바와 같이 악의의 무단사무관리의 경우에 독일의 준사무관리와 같은 명문규정이 없는 우리 민법 하에서 권리자가 구제받을 수 있는 수단으로는 원칙적으로 부당이득반환청구권이나 불법행위에 기한 손해배상청구권이 있다. 그리고 그 반환범위는 부당이득의 경우에는 권리자의 손실(부당이득의 경우), 불법행위의 경우에는 피해자의 손해(불법행위의 경우)를 한도로 결정된다. 그런데 이 경우에 사무관리 규정(민법 제738조, 제684조 제1항)을 준용하는 경우에는 관리자가 본인에 대해서 취득한 것 전부의 인도 내지 이전의무가 있는 점에서 전자의 부당이득이나 불법행위와 반환범위에서 차이가 발생한다.

18) 강현중, 주석민법 제3판, 채권각칙(5)(편집대표 박준서), 한국사법행정학회, 1999, 412-413면; 김현태, 앞의 책, 324면; 김석우, 앞의 책, 438면; 김증한 · 김학동, 앞의 책, 686면; 김형배, 앞의 책, 56면; 백경일, 앞의 책, 210면 이하; 윤철홍, 채권각론, 전정2판, 법원사, 2015, 409면; 조광훈, "준사무관리에 관한 연구", 사법행정, 제47권 제3호, 한국사법행정학회, 2006, 31면.

19) 김형배, 앞의 책, 51-53면; 백경일, 앞의 논문, 210-211면.

이 견해는 본인이 추인을 하면 정당사무관리가 된다는 점에서 부당사무관리의 하부 유형 사이에는 차이를 두지는 않지만, 악의의 무단사무관리의 경우에는 본인이 추인도 할 수 없다고 한다.[21] 그리고 이 견해는 오신사무관리를 오신에 과실이 없는 경우와 과실이 있는 경우로 나누어서 전자의 경우에는 부당이득 문제로, 후자의 경우에는 준사무관리 문제로 파악한다.[22]

2) 준사무관리 부정설

준사무관리를 우리 민법에 도입하는 것을 부정하는 견해의 주요 논거로는 사무관리는 적법행위인데 비하여 악의의 무단사무관리는 원칙적으로 불법행위에 해당하므로 후자를 전자에 준해서 다룰 수 없는 점, 준사무관리에 관한 명문규정이 없는 우리나라의 상황에서는 준계약적인 성질을 가지는 사무관리 자체적으로 해결하는 방안으로 입법을 통하여 독일과 같이 준사무관리 규정을 명문화할 필요가 있지만 악의의 무단사무관리자의 능력이나 노력에 의하여 취득한 모든 이익을 사무관리 규정에 의해서 본인에게 반환하도록 하는 것 역시 공평에 반하는 점 등을 들 수 있다.[23] 이 견해에 따르면 오신사무관리와 악의의 무단사무관리는 부당이득과 불법행위 문제로 보게 된다.[24]

그런데 악의의 침해자가 본인이 입은 손해보다 더 많은 이득을 얻은 경우에 악의의 침해자의 본인에 대한 반환범위에 대해서는 부정설 내에서도 견해가 대립한다.

즉 제1설은 부당이득으로 반환해야 하는 범위는 만약 본인이 사무를 관리했더라면 얻을 수 있었을 이익으로 제한되는 것이 마땅하며 이것으로 본인의 보호는

---

20) 강현중, 앞의 책, 420-422면.

21) 강현중, 앞의 책, 420-421면.

22) 강현중, 앞의 책, 422면.

23) 곽윤직, 앞의 책, 343면; 김상용, 앞의 책, 506면; 김준호, 앞의 책, 738면; 변우주, 앞의 논문, 38면 이하; 서종희, 앞의 논문(2013), 68면; 양형우, 민법의 세계 : 이론과 판례, 제8판, 피앤씨미디어, 2016, 1543-1544면; 지원림, 앞의 책, 1591면; 이혁주, “사무관리의 구성요건에 관한 연구”, 비교사법, 제3권 제1호, 한국비교사법학회, 1996, 263면.

24) 다만 준사무관리 부정설 중에는 다른 준사무관리 부정설과 달리 사무관리의 성립요건으로 관리의사를 요구하지 않고 객관적으로 타인의 사무에 해당하기만 하면 사무관리가 성립한다는 점을 전제로 하여 부당사무관리, 오신사무관리, 악의의 무단사무관리도 사무관리에 해당된다고 보고, 따라서 우리 민법 하에서 준사무관리 개념을 인정할 필요가 없다는 견해도 존재한다. 이 견해에 의하면 부당사무관리, 오신사무관리, 무단사무관리는 본인의 의사 및 이익에 합치되지 못하는 관리로서 효과가 수정되는 점(민법 제734조 제3항, 제739조 제3항)을 제외하고는 사무관리와 다를 바가 없게 된다(이은영, 채권각론, 제5판, 박영사, 2007, 655-660면 참조).

충분하기 때문에, 굳이 이를 넘어서서 관리인이 얻은 이익 전체를 반환받을 수 있도록 하기 위하여 준사무관리를 인정할 필요는 없다고 한다.[25]

제2설은 불법행위와 달리 부당이득 제도는 잘못 귀속된 이득을 올바르게 귀속시키는 데에 그 목적이 있음을 전제로 하여 살펴볼 때 이 경우의 반환범위에 있어서도 권리자의 손실에 구애될 것이 아니라 침해자가 얻은 이익 모두를 부당이득반환청구권에 기해서 반환청구할 수 있으므로, 이렇게 해석하는 한도에서는 준사무관리라는 특별한 개념을 인정할 필요가 없다고 한다.[26]

그리고 제3설은 과실이 없는 오신사무관리의 경우에 사무관리에 준하여 이익 전체를 반환하게 하는 것은 선의자 보호의 정신에 반해서 타당하지 않으며, 과실 있는 오신사무관리[27]와 악의의 무단사무관리의 경우에는 불법행위가 되어서 반환범위는 원칙적으로 통상의 손해가 되지만, 지식재산권 침해 등 특별한 경우에는 악의의 무단관리자가 얻은 이득을 손해로 보아서 처리하는 것이 가능할 뿐만 아니라 적절하다고 한다.[28]

3. 민법상 준사무관리의 인정 여부에 대한 각국의 입법례

(1) 독 일

1) 독일민법상 준사무관리 규정의 입법 경위

독일민법은 제687조 제2항을 통하여 준사무관리에 대한 명문규정을 두고 있는바, 동 규정을 둔 취지를 이해하기 위해서는 그에 대한 입법경위를 간단하게 살펴볼 필요가 있다. 이하에서는 이를 소개한다.

우선 제1초안에서는 민법전에 준사무관리에 대한 규정을 신설하는 것을 거부하였다. 왜냐하면 타인의 사무를 자기의 사무로 할 위법한 의도로 관리한 경우에는 불법행위에 대한 여러 규정들에 의해서 피해자인 본인이 입은 모든 손해를 배상해야 할 책임을 부담하므로, 굳이 본인에게 수익인도청구권을 인정하는 준사무관리 규정을 둘 필요는 없다고 판단하였기 때문이다. 그리고 동 초안은 본인에게

25) 곽윤직, 앞의 책, 343면; 지원림, 앞의 책, 1591면.
26) 송덕수, 앞의 책, 438면 및 483면; 서종희, 앞의 논문(2013), 70면 이하.
27) 이 경우에 제3설은 무단사무관리가 성립한다고 한다(최병조, 민법주해 XVII권, 채권(10) (편집대표 곽윤직), 박영사, 2005, 94면).
28) 최병조, 앞의 책, 94-98면 참조.

준사무관리에 기한 권리를 인정하지 않더라도 악의의 무단사무관리자(위법한 관리자)가 적법한 사무관리자보다 유리한 지위에 있는 것은 아니라고 하였다.[29]

그러나 그 후 제2독회에서는 불법행위에 기한 손해배상청구권으로는 본인의 이익은 정당하게 보호되지 못한다고 보아서 준사무관리에 대한 명문규정을 두자는 제안을 채택하였다. 그 이유는 다음과 같다. 즉 불법행위에 기한 손해배상청구권의 경우에 본인은 불법행위의 일반적 요건, 특히 채무자의 악의 있는 의도를 증명하여야 할 뿐만 아니라 소멸시효에 있어서도 불이익을 입는다. 이에 비해서 준사무관리에 대한 규정을 통하여 사무관리 규정을 준용하면 본인은 채무자의 위법한 의도를 증명할 필요가 없을 뿐만 아니라 사무관리에 기초하여 소구당한 자로부터 자신은 성실한 관리자로서가 아니라 악의로 행위한 것이라고 주장하는 항변을 박탈한다는 이점을 갖는다. 특히 횡령한 타인의 물건을 특별히 고가로 매각한 경우에 제1초안에 의하면 본인은 횡령자에 대해서 시가 상당액의 배상밖에 청구할 수 없음에 비하여 준사무관리 규정에 의하면 본인은 횡령자에 대해서 횡령자가 얻은 수익 그 자체의 인도를 청구할 수 있는 이점이 있으므로 실질적으로 보다 타당한 결과에 이를 수 있다는 것이다.[30]

2) 독일민법상 준사무관리에 대한 규정의 명문화

이와 같은 입법경위를 통하여 현행 독일민법전에는 준사무관리를 명문으로 인정하는 규정을 두었다. 즉 독일민법 제687조는 “부진정 사무관리”라는 표제 하에 제1항에서는 “타인의 사무를 자기의 사무라고 생각하고 처리하는 때에는 제677조 내지 제686조는 적용되지 않는다”고 규정함으로써[31] 타인의 사무를 자기의 사무로 오신하여 관리하여도 사무관리 규정의 적용이 없음을 나타내고 있으며, 제2항에서는 “자기의 사무처리에 관한 권한이 없음을 알면서 타인의 사무를 자기의 사무로서 처리하는 때에는 본인은 제677조, 제678조, 제681조, 제682조에 정하여진 청구권을 주장할 수 있다. 본인이 이를 주장하는 때에는 본인은 사무관리

29) Motive zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Bd.II, 1888, S.870f.

30) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd.II, 1898, S.742f.

31) BGB §687 Unechte Geschäftsführung (1) Die Vorschriften der §§ 677 bis 686 finden keine Anwendung, wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, dass es sein eigenes sei. 독일민법 제687조 제1항의 원문 및 번역은 양창수 역, 2015년판 독일민법전, 박영사, 2015, 546-547면을 인용한 것이다.

자에 대하여 제684조 제1문에 의하여 의무를 진다"고 규정함으로써[32] 악의의 무단사무관리자가 본인의 사무를 권한이 없음을 알면서 자기의 사무로 관리한 때에는 본인은 사무관리 규정을 통하여 인정되는 권리를 악의의 무단사무관리자에 대해서 행사할 수 있으며, 본인이 이를 행사한 때에는 그는 악의의 무단사무관리자에 대해서 부당이득반환 규정에 따라서 비용상환의무가 있음을 나타내고 있다. 이 중 제2항이 이 글에서 주목하는 준사무관리 또는 악의의 무단사무관리에 대한 규정이다.[33]

(2) 일 본

1) 서 언

우리민법과 마찬가지로 준사무관리에 대한 명문규정이 없는 일본민법 하에서도 준사무관리를 둘러싼 일련의 문제의식은 우리나라와 기본적으로 동일하다. 즉 일본에서도 준사무관리의 인정실익이 특히 문제가 되는 사안, 예컨대 고의로 타인의 동산을 권한 없이 처분하여 시장가치 이상의 매매대금을 얻거나, 타인의 특허권임을 알면서 이를 무단 사용하여 특허권자의 손해를 넘는 막대한 이득을 올린 경우 등에 대해서 일반적인 불법행위나 부당이득에 의한 구제수단으로는 침해자에게 침해행위를 조장하는 데 비하여, 권리자 보호에는 미흡하다는 문제를 의식하고 있다. 그리고 이러한 문제의식 하에 일본에서도 준사무관리를 도입할지 여부에 대해서 학설상 견해의 대립이 있으며, 이러한 견해의 대립상의 큰 틀 역

32) BGB §687 Unechte Geschäftsführung (2) Behandelt jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, dass er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen. Macht er sie geltend, so ist er dem Geschäftsführer nach § 681 Satz l verpflichtet. 독일민법 제687조 제2항의 원문 및 번역은 양창수 역, 앞의 독일민법전, 546-547면을 인용한 것이다.

33) 독일민법 제687조 제2항은 사무관리의 효과를 차용한 것에 불과하므로, 본래는 동 규정이 손해배상의 일환인지, 부당이득의 일환인지는 분명하지 않다(Detlef König, Ungerechtfertigte Bereicherung Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht Taschenbuch, Universitätsverlag Winter GmbH Heidelberg, 1985, S.1557 참조). 그러나 전통적으로 침해부당이득의 효과는 객관적 가치 반환이며, 불법행위에 기한 손해배상에서 제재적 요소가 배제되는 독일법 하에서는 침해자에 대한 제재의 역할은 준사무관리 제도가 담당하고 있다(藤原正則, 전게 不当利得法, 270頁). 참고로 스위스채무법 제423조는 제1항에서 사무관리가 본인의 이익을 고려하지 않고 이루어진 경우에도 본인은 그 사무관리로부터 발생한 이익을 취득할 권리를 가진다고 규정하며, 제2항에서 본인은 이득한 한도에서만 관리자에게 상환하며 관리자가 부담하는 의무를 면하게 할 의무를 진다고 규정한다. 이와 같이 스위스채무법도 준사무관리에 대한 명문규정을 두고 있지만, 관리자의 악의를 요건으로 하지 않는 점에서 독일민법과 다르다(강현중, 앞의 책, 413면 참조).

시 우리민법 하에서의 논의 상황과 동일하다. 다만 준사무관리의 인정 여부에 대한 일본 학설의 세부적 검토 내용은 우리민법 하에서의 학설상 논의에 비해서 풍부하고 치밀하다. 이러한 점은 우리민법상 준사무관리를 인정할지 여부에 대한 타당한 결론을 내리는 데에 적지 않은 도움을 줄 수 있을 것으로 생각된다. 이하에서는 이러한 점을 염두에 두고 일본민법상 준사무관리 도입 여부에 대한 학설의 논의상황을 살펴본다.

2) 학설의 논의 상황

(가) 과거 일본의 학설은 일본민법상 준사무관리를 긍정하는 데에 적극적이었다. 이러한 태도의 근저에는 진정한 권리자로부터 위임을 받거나 위임을 받지 않더라도 본인을 위하여 관리하는 때에는 관리자는 자신이 얻은 수익을 권리자에게 인도하여야 하는 것과 마찬가지로(일본민법 제646조, 제701조 참조), 타인의 사물을 보다 악질로 자신을 위하여 관리하는 경우에는 그로 인하여 얻은 수익이 피해자가 입은 손해 내지 손실보다 큰 경우에 관리자가 그 차액을 보유할 수 있는 것은 불공평할 뿐만 아니라 부당하다는 사고가 내재되어 있었다. 이에 따라 이 견해는 침해자가 고의로 객관적 타인 사무를 자기를 위하여 관리 또는 침해한 경우에 피해자는 그가 입은 손해 또는 손실을 넘어서 침해자가 취득한 이익(비용을 공제한 것)을 청구할 수 있어야 하며, 그 법적 구성으로 독일의 준사무관리 규정(제687조 제2항)을 참조하여 사무관리 규정을 통해서 위임 규정(일본민법 제701조, 제646조)을 유추 적용해야 한다는 입장을 취하였다.[34]

(나) 그러나 오늘날 일본의 학설은 준사무관리 긍정설과 부정설로 나뉘어서 첨예하게 대립하고 있으며, 각 학설의 구체적 내용도 그 근거에 따라 다르다. 이하 이를 살펴본다.

---

34) 鳩山秀夫, 增訂 日本債権法各論(下卷), 岩波書店, 大正13年(1924年), 777頁; 末川博, "準事務管理", 末川法律論文集 第3卷, 岩波書店, 昭和45年(1970年), 483頁; 近藤英吉, 債権法各論, 弘文堂, 昭和8年(1933年), 168頁. 이 견해에 의하면 본인에게 수익인도청구권을 인정하기 위해서 "조리에 따라서" 또는 "공평의 이념의 요구"로 사무관리 규정을 "유추적용"하거나 악의점유자의 과실반환의무 규정(일본민법 제190조)을 적용하게 되므로, 피해자는 침해자에 대해서 사무처리 및 전말의 보고청구권을 인정할 수 있다(일본민법 제701조, 제645조). 이에 따라 일반적인 불법행위에 기한 손해배상청구의 경우에 피해자의 손해 등에 대한 증명의 곤란함을 피할 수 있는 데에 이 견해의 장점이 있었다(近藤英吉, 전게 債権法各論, 168頁). 또한 악의침해자에 대한 수익인도청구의 인정 여부가 문제되는 경우가 많은 지식재산권 침해의 경우에 대해서도 준사무관리를 긍정하는 견해가 다수설의 지위를 차지하였다(竹内賀久治, 特許法, 厳松堂, 昭和13年(1938年), 384頁; 兼子一 · 染野義信, 特許 · 商標, 青林書院, 昭和30年(1955年), 112頁; 永田菊四郎, 工業所有権法, 有信堂, 昭和32年(1957年), 313頁 이하 등).

가) 준사무관리 부정설은 그 논거에 따라 세부적으로 부당이득·불법행위설, 사무관리설, 사무관리 추인설로 나누어진다. 부당이득·불법행위설은 이른바 준사무관리가 문제되는 사안은 부당이득 또는 불법행위의 문제로 보아야 한다고 함으로써 준사무관리 법리의 도입을 부정하는 견해이다.[35] 이 견해가 내세우는 주요 논거는 다음과 같다.

첫째, 이러한 행위는 불법행위 또는 악의의 부당이득 문제로 해결해야 하며, 본래 이타적인 행위로 사무관리자를 보호하는 것을 목적으로 삼고 있는 사무관리 제도를 준용하는 것은 민법의 체계에 어긋난다.[36]

둘째, 불법행위 또는 부당이득에 있어서의 손해·손실에 대해서는 악의의 무단관리자가 얻은 이익(소요된 비용 등은 공제한 이익, 즉 순이익을 의미한다)은 대부분의 경우에 본인에게 보통 발생한 손해·손실로 인정하여 그 반환 내지 배상을 청구할 수 있다. 만약에 악의의 무단관리자의 행위가 없었다면 본인은 그 이익을 얻을 수 있었는지 여부라는 점에 대한 개별적 증명은 필요하지 않다고 보아야 한다.[37]

셋째, 만약에 악의의 무단관리자의 특수한 재능이나 기회 덕분에 일반적으로 합리적인 것으로 예기되는 이상의 이익을 얻었다면, 그것은 오히려 본인에게 반환시키지 않는 것이 공평에 적합하다.[38] 또한 악의의 무단관리자가 들인 통상의 노력이나 비용은 공제되며, 그 후의 이익이 본인에게 지급되므로, 악의의 무단관리자가 특별하게 불이익을 입을 위험도 피할 수 있다.[39]

그리고 사무관리설은 사무관리의 요건으로 '타인을 위한 의사'는 필요하지 않으며, 사회통념상 객관적으로 본인의 이익이 되면 충분하다는 전제에 서서 준사무관리가 문제되는 사안의 경우에도 진정한 사무관리가 된다고 하는 견해이다.

---

35) 石田文次郎, 債権各論, 早稲田大学出版部, 昭和23年(1948年), 249頁 이하; 我妻榮, 債權各論 下卷一(民法講義V4), 岩波書店, 昭和55年(1980年), 927頁 이하; 松坂佐一, 事務管理・不当利得[新版], 法律学全集 22-I, 有斐閣, 平成2年(1990年), 49頁 이하; 我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明, 我妻・有泉 コンメンタール民法-総則・物権・債権-[第2版], 日本評論社, 2008, 1227頁 이하; 北川善太郎, 債権各論(民法講要Ⅳ)[第3版], 有斐閣, 2003, 212頁; 川井健, 民法概論 4(債権各論), 有斐閣, 2008, 362頁; 平田健治, 新注釈民法(15), 債權(8), §§ 697~711, (編集代表 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三), 有斐閣, 平成29年(2017年), 40頁 등.

36) 北川善太郎, 전게 債権各論(民法講要Ⅳ)[第3版], 212頁; 我妻榮, 전게 債權各論 下卷一(民法講義V4), 927-928頁.

37) 松坂佐一, 전게 事務管理・不当利得[新版], 49頁; 我妻榮, 전게 債權各論 下卷一(民法講義V4), 928頁.

38) 我妻榮, 전게 債權各論 下卷一(民法講義V4), 928頁.

39) 我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明, 전게 我妻・有泉 コンメンタール民法, 1227頁.

따라서 이 견해에 의하면 당연히 준사무관리라는 관념을 부정하게 된다.[40] 다만 이 견해는 실질적으로 살펴보면 준사무관리 긍정설과 동일한 결과를 인정한 것이라는 평가를 받는다.[41]

마지막으로 준사무관리 추인설이란 일본민법에 규정이 없는 준사무관리라는 개념을 인정하지 않더라도 그 실질은 '사무관리의 추인'이라는 법률구성에 의해서 달성될 수 있다는 견해이다. 이 견해는 준사무관리가 문제되는 사안에서 악의의 무단관리자의 행위 후에 본인이 추인을 한 경우에는 본인의 의사에 합치하게 되므로 본인의 의사에 반하지 않을 것이라는 사무관리의 요건이 충족되며, 본인의 추인 전에는 악의의 무단관리자의 행위는 타인을 위하여 이루어진 것이 아니지만, 본인의 추인 후에는 '타인을 위하여'라는 요건 흠결의 하자는 치유된다고 한다. 따라서 이 견해는 본인의 추인에 의해서 후발적으로 사무관리의 요건이 충족되면, 악의의 무단관리자는 본인에 대해서 자신이 받은 이득을 인도할 의무가 인정되며, 본인의 악의의 무단관리자에 대한 이득인도청구 자체에 본인의 추인의 의사도 포함된다고 해석한다.[42]

나) 준사무관리 긍정설 역시 그 논거에 따라 세부적으로 개입권설, 제재설, 원본소유자로의 수익귀속설로 나누어진다.

개입권설은 준사무관리와 일본상법이 규정하는 경업금지의무 위반인 경우의 개입권(일본상법 제41조·제48조·제74조·제147조·제264조)의 유사성에 주목해서, 후자는 개입권의 상법적 특수형을 규정한 것으로 해석하며, 전자인 준사무관리에 대해서는 개입권의 민법적 일반형으로 해석하는 견해이다.[43] 그리고 후자인 개입권의 민법적 일반형은 해석상 "[객관적] 타인의 사무를 어떤 자가 그것을 알면서 자기를 위하여 관리하는 경우에 본인이 그 관리를 자기를 위하여 이루어진 것으로 간주할 수 있다"는 제도로 이해해야 한다고 한다.[44]

그리고 제재설은 준사무관리라는 용어를 사용하는지 여부는 별론으로 하고 타인의 권리를 무단으로 이용한 자에 대한 제재로서 악의의 무단이용자는 자신이

---

40) 岡村玄治, 債権法各論, 厳松堂, 昭和4年(1929年), 567頁 이하.

41) 平田春二, 平田春二, 新版注釈民法(18) 債權(9) 事務管理 · 不当利得 §§ 697 ~ 708(編集代表 谷口知平 · 於保不二雄 · 川島武宜林 · 林 良平 · 加藤一郎 · 幾代 通), 有斐閣, 平成3年(1991年), 322頁.

42) 加藤雅信, 事務管理 · 不當利得 · 不法行爲(新民法大系 Ⅴ) 第2版, 有斐閣, 平成19年(2007年), 26頁.

43) 平田春二, 전게 新版注釈民法(18) 債權(9), 326-327頁 및 332頁 이하.

44) 平田春二, 전게 新版注釈民法(18) 債權(9), 323-324頁 및 333頁 이하.

얻은 이익을 피해자에게 인도해야 한다는 견해이다.[45] 즉 이 견해는 여기에서 논의되는 문제는 현행 일본민법이 규정하고 있지 않는 것이어서, 새로운 법창조가 필요하다고 파악한다. 그리고 이러한 관점에서 "타인의 배타적·독점적으로 보호되는 권리영역에 대한 악의침해자에 대해서는 권리자가 자신이 입은 손해를 문제삼지 않고, 위 침해자가 침해행위로 인하여 취득한 수익의 인도를 청구할 수 있다"는 명제를 세운다. 이를 기초로 이 견해는 이러한 명제를 지탱하는 데에 추가로 이른바 준사무관리라는 중간명제 내지 중간적 구성을 받아들여서, 사무관리장을 통하여 위임 절의 '수취한 물건'의 인도청구권 규정(일본민법 제648조, 제701조)을 유추해야 한다고 주장한다.[46] 또한 이 견해는 준사무관리를 인정하는 것은 침해행위에 대한 특수한 제재를 인정하는 것이 전제된 것이며,[47] 이에 따라 침해행위를 하여도 결국은 이득이 되지 않는다는 사법(司法) 정책을 독일민법 제687조 제2항이 구현하였다고 해석한다.[48]

마지막으로 원본소유자로의 수익귀속설은 관리자가 그의 재능이나 유리한 기회로 인하여 얻고 있는 이익을 관리자가 아니라 본인에게 귀속되어야 하는 것으로 보는 점에서는 기본적으로 개입권설 및 제재설과 궤를 같이 하지만, 관리자에 대한 본인의 수익인도청구권 및 수익계산보고청구권에 대해서는 다음과 같이 설명한다. 즉 일본민법이 원본에서 발생하는 수익은 원본소유자에게 귀속한다고 하

45) 広中俊雄, 債権各論講義, 第6版, 有斐閣, 1994, 388頁 이하; 好美清光, 전게 "準事務管理の再評価-不当利得法等の検討を通じて-", 382-391頁 및 430頁 이하; 水本浩, 債権各論 (下), 民法セミナー7, 一粒社, 昭和61年(1986年), 28頁 이하; 四宮和夫, 事務管理・不当利得・不法行為 上巻(現代法律学全集10), 青林書院, 昭和60年(1985年), 43-46頁; 澤井裕, テキストブック事務管理・不当利得・不法行為 [第2版], 有斐閣ブックス, 1996, 22頁 이하; 鈴木祿弥, 債権法講義, 四訂版, 創文社, 2001, 696頁 이하; 近江幸治, 事務管理・不当利得・不法行為(民法講義VI) [第2版], 成文堂, 2009, 23頁; 藤原正則, 전게 不当利得法, 272頁 이하 등. 다만 藤原正則의 최근 문헌을 보면 그의 견해에 다소 변화의 조짐이 엿보인다. 즉 그는 최근 문헌에서 "부당이득의 유형론은 침해자로부터 이익을 박탈하는 경우에 준사무관리를 승인하면 침해자(사무관리자)에 대해서 사무의 계산·보고의무를 부과하는 것으로 피해자가 손해의 증명을 부담하는 불법행위로 인한 손해배상보다 유리하다고 생각하고 있다. 그러나 민사소송에서 일반적으로 증거제출명령 등의 제도가 정비되어 있으며, 지식재산권에 관한 법률에서도 과실의 추정·서류의 제출의무(예를 들면 일본특허법 제103조, 제105조) 등 증명의 경감이 도모되면, 준사무관리의 우위성은 실제상으로는 의미를 잃게 된다"고 설명하고 있다(藤原正則, 新注釈民法(15), 債權(8), §§ 697~711, (編集代表 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三), 有斐閣, 平成29年(2017年), 140頁 참조).

46) 好美清光, 전게 "準事務管理の再評価-不当利得法等の検討を通じて-", 430-431頁.

47) 好美清光, 전게 "準事務管理の再評価-不当利得法等の検討を通じて-", 384頁. 여기에서 침해행위에 대한 특수한 제재란 악의침해자는 과실로 인한 불법행위자보다도 훨씬 악질이며, 불법행위법이 예정하는 제재보다도 좀 더 엄중한 제재(이익환수)가 인정되어야 하는 것을 의미한다(円谷峻, 不法行為法 事務管理・不当利得-判例による法形成-, 第3版, 成文堂, 2016, 301頁).

48) 好美清光, 전게 "準事務管理の再評価-不当利得法等の検討を通じて-", 384頁.

고 있는 점에 비추어 보면, 관리자가 처리한 사무는 본인에게 귀속되고 있는 이른바 원본의 일종으로, 이 원본의 처리에 의해서 얻고 있는 수익은 원본소유자인 본인에게 귀속한다고 해석할 수 있고, 따라서 본인은 그 인도를 관리자에 대하여 청구할 수 있다고 해석한다.[49]

3) 준사무관리의 인정 여부가 문제된 일본 판례에 대한 학설의 평가

학설상 준사무관리를 인정한 것인지 여부가 다투어진 일본 판례는 1건이 있다.[50] 본 판례의 사안 및 판결요지는 다음과 같다. 즉 선박의 공유자인 A가 다른 공유자 B의 동의를 얻지 않고 자신의 지분과 B의 지분을 임의로 매각하였는데, 그 후에 B가 A의 매매를 추인하여 A에 대해서 매각대금의 반액을 청구한 사안이었다. 이에 대해서 일본 대심원 판결은 "공유자 중 1인인 A가 다른 공유자 B의 동의를 얻지 않고 자기의 지분과 함께 임의로 다른 공유자 B의 지분을 타인에게 매각하는 행위는 불법행위를 조성하는 것이 됨은 말할 필요가 없는 바이지만, 다른 공유자 B가 후일 그 매매행위를 승인하는 때에는 사무관리 법칙에 의거하여 B는 일본민법 제701조, 제646조의 규정에 기초해서 A가 B의 지분을 매각하여 수령한 대금의 인도를 청구할 수 있음이 명백하다"고 설시하여 B의 청구를 인용하였다.

본 판례가 준사무관리를 일본민법에 수용한 것인지 여부에 대해서 학설상 견해가 나누어지며, 수용하였다면 어떠한 법적 근거로 수용하였는지에 대한 평가도 엇갈린다. 예컨대 독일민법 제687조 제2항에 따른 법적 구성에 의하여 준사무관리를 긍정하는 과거의 학설은 본 판례가 준사무관리를 수용한 것이라고 하지만,[51] 개입권설에 따라서 본 판례가 준사무관리를 일본민법에 수용한 것으로 보고 그 법적 근거를 B의 승인이 민법적 일반형의 개입권 행사에 해당된다고 보기도 한다.[52] 또한 제재설을 취하는 학자들 사이에서도 본 판례를 통해서는 무슨 이유로 B의 승인에 의해서 A의 행위가 사무관리가 되는지가 명백하지 않다고 함으로써 본 판례가 무슨 태도를 취하는지 분명하지 않다고 평가하거나[53], 본 판례

---

49) 金山正信, "『準事務管理』概念は必要か", 民法の争点II, ジュリスト増刊, 有斐閣, 昭和60年(1985年), 138頁 이하.
50) 大判 大正7年 12月 19日 民録 24輯 2367頁.
51) 鳩山秀夫, 民法研究 第4卷, 岩波書店, 昭和5年(1930年), 242頁 이하.
52) 平田春二, 전게 新版注釈民法(18) 債權(9), 323頁 이하.
53) 水本浩, 전게 債権各論 (下), 25-26頁.

를 선택적 추완이론과 함께[54] 준사무관리 법리에 의해서 이해할 수 있다고 하거나,[55] B의 사후 승인은 관리자의 이타적 의사를 보완할 수 없어서 사무관리가 될 수 없으므로 본 판례는 준사무관리를 수용한 것이라고 평가하거나,[56] 본 판례가 본인의 '승인'이 있는 때에는 '사무관리' 법칙에 의한다고 설시하고 있으므로, 본 판례는 사무관리에 의한 처리를 한 것으로 해석될 수 있다고 평가하기도 한다.[57] 한편 준사무관리 부정설에 의하더라도 본 판례에 대한 평가는 엇갈린다. 예컨대 본 판례가 준사무관리를 인정한 취지인지 여부는 불명확하다고 하거나,[58] 판례도 준사무관리 부정설의 입장을 취한다고 해석하거나,[59] 본 판결은 본인의 추인으로 인하여 사무관리가 되는 것으로 해석하면 충분하며 이를 준사무관리를 인정한 것으로 보는 것은 쓸데없는 해석을 부가한 것이라고 해석하거나,[60] 본 판례는 준사무관리를 긍정한 것이라고 해석하기도 한다.[61]

III. 특허법상 준사무관리 법리의 의의 및 인정 여부

1. 특허법상 준사무관리 법리의 의의

(1) 전술한 바와 같이 민법상 준사무관리는 독일의 준사무관리 개념을 기초로 하여, 그 인정 여부가 논의되어 왔음을 알 수 있었다. 즉 준사무관리란 악의의 무단침해자가 관리의사 없이 타인의 사무를 관리한 경우를 의미하며, 그 법적 효과도 사무관리의 효과규정만을 차용하여 결과적으로 침해자가 얻은 이익을 모두 타인에게 반환하게 하지만 여전히 침해자의 고의를 전제로 한다. 그런데 특허법 영역에서는 특허권 침해의 특수성상 특허권자를 두텁게 보호하기 위하여 침해자가 고의뿐만 아니라 과실로 특허권자의 특허권을 침해하였고, 침해자가 특허권자의 손해액을 초과하는 막대한 이득을 얻은 경우에 침해자의 이익액을 모두 특허

54) 무권리자의 행위의 추완에 의해서 취득물의 인도를 청구할 수 있다는 이론을 의미한다.
55) 四宮和夫, 전게 事務管理・不当利得・不法行為 上卷, 45頁.
56) 澤井裕, 전게 テキストブック事務管理・不当利得・不法行為 [第2版], 21頁; 藤原正則, 전게 不当利得法, 270-271頁.
57) 近江幸治, 전게 事務管理・不当利得・不法行為(民法講義Ⅵ) [第2版], 22頁.
58) 我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明, 전게 我妻・有泉 コンメンタール民法, 1227頁.
59) 川井健, 전게 民法概論 4(債権各論), 362頁.
60) 加藤雅信, 전게 事務管理・不當利得・不法行爲(新民法大系 Ⅴ) 第2版, 26-27頁.
61) 北川善太郎, 전게 債権各論(民法講要Ⅳ)[第3版], 211頁.

권자에게 반환시켜야 하는지 여부로 논의된다. 즉 침해자가 얻은 이익을 모두 특허권자에게 반환하게 하는 결과는 동일하지만, 민법상 준사무관리 법리와 특허법상 인정되는 침해자 이익 법리는 애초에 그 개념 내지 요건의 외연을 달리하는 것이다. 이에 따라 준사무관리의 발상지인 독일에서도 판례는 특허권 침해의 경우에 침해자 이익액 산정법리의 법적 근거를 독일민법상 준사무관리 규정의 직접 적용이 아닌 유추적용에 구하고 있었다.[62] 그리고 그 유추적용의 범위도 준사무관리의 규정의 유추적용을 통한 사무관리의 효과규정의 유추적용에 국한되어 있었다(이른바 이중의 유추적용).

(2) 게다가 오늘날에는 독일 판례가 인정하는 준사무관리 규정의 유추적용은 특허권 침해의 경우에 특허권자가 침해자로부터 손해배상을 받기 위한 손해산정 방법 중 하나인 침해자 이익액 산정법리의 일종으로 각국에서 인식된 것으로 보인다. 따라서 이에 대해서는 민법상 준사무관리와 다른 명칭을 부여함으로써 개념상의 혼란을 다소나마 방지할 필요가 있다. 이러한 시각에서 이하에서는 침해자의 고의·과실로 인하여 특허권자의 특허권을 침해한 경우에 침해자 이익액 산정법리의 일환으로 논의되는 준사무관리 규정의 유추적용을 민법상의 준사무관리와 구별하여 특허법상의 준사무관리 법리로 그 명칭을 부여한다.

또한 특허법 영역에서 준사무관리 법리가 논의되는 이유는 침해자의 이익을 특허권자에게 전부 반환하게 함으로써 특허권자를 두텁게 보호하기 위한 데에 방점이 있다. 그런데 침해자 이익 반환법리의 법적 근거는 후술하는 바와 같이 준사무관리 법리 이외에도 전통적인 불법행위나 부당이득 법리를 수정해서 해석하는 등 다양한 설명이 이루어지고 있으므로, 경우에 따라서는 침해자 이익액 산정법리의 전반적인 운용 실태도 조망해 볼 필요가 있다.

이하에서는 이러한 문제의식에 입각하여 특허법상 준사무관리 법리의 인정 여부를 중심으로 한 침해자 이익액 산정법리에 대한 우리나라에서의 논의와 주요 입법례를 살펴봄으로써 우리나라에 특허법상 준사무관리 법리를 도입할 수 있는지 여부, 도입한다면 그 구체적인 모습은 어떻게 이루어져야 하는지에 대한 실마리를 얻고자 한다.

2. 특허법상 준사무관리 법리의 인정 여부에 대한 논의

62) BGH 29, 5, 1962., GRUR 1962, 509, 511-Dia-Rähmchen II 참조.

우리나라에서 준사무관리 법리의 도입 여부와 관련하여 논의될 수 있는 현행 특허법 규정은 제128조 제4항이다. 동조는 “손해배상청구권 등”이라는 표제 하에 제4항에서 “제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자가 그 침해행위로 인하여 얻은 이익액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 추정한다”고 규정하고 있다. 동 규정이 준사무관리 법리를 도입한 것인지 여부에 대해서 학설상의 논의상황을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 제1설은 동 규정에 대해서 특허권자의 손해액으로 추정된 침해자 수익의 반환은 외관상 준사무관리 법리에 의한 것으로 볼 수 있을 뿐만 아니라 손해액 증명에 관한 특허권자의 증명곤란을 해결하기 위한 규정으로 해석한다.[63] 그러나 이 견해는 우리민법상 준사무관리에 관한 규정이 없을 뿐만 아니라 동 규정이 침해자 이익액을 특허권자의 손해액으로 ‘추정’한다고 함으로써 독일민법에서 명문으로 인정하는 준사무관리의 적용을 배제한 것으로 이해한다.[64]

둘째, 제2설은 특허법 제128조 제4항과 같은 규정은 무단실시자가 얻은 이익액을 손해액의 기준으로 하고 있으므로 무단사무관리의 경우와 같이 위법한 행위를 한 자로 하여금 그가 받은 이익을 모두 내어놓도록 한다는 의미에서 무단사무관리에 있어서 권리자가 가지는 이익이전청구권은 불법행위에 있어서의 손해배상청구권과는 구별된다고 한다.[65] 다만 동 규정은 무단사무관리의 경우와는 달리 침해자 이익액을 권리자가 받은 손해액으로 ‘추정’하는데 지나지 않으므로, 실제로 무단실시자가 그의 특수한 기능이나 실력을 기초로 권리자가 얻을 수 있는 이익(권리자가 받은 손해)보다 훨씬 많은 이익을 얻었음을 증명하여 추정을 복멸시킬 수도 있다고 한다. 따라서 이러한 경우에 권리자는 무단사무관리를 원용하여 무단실시자가 얻은 이익 자체를 그에게 인도할 것을 청구하는 것이 유리할 것이라고 한다.[66]

셋째, 제3설은 특허권 침해의 경우에 침해자 이익을 특허권자에게 반환하게 하기 위하여 손해배상은 피해자 손해의 전보라는 기능과 더불어 침해행위의 억제와 제재를 위해서도 기능한다고 파악하는 견해이다. 그리하여 이 견해는 손해에 대해서 규범적·추상적 손해 개념의 파악을 시도하며 배상액 산정에 있어서도 차액

63) 배대헌, 앞의 책, 86-87면; 김재국·김장생, “특허권침해에 대한 손해배상-특허법 제128조 제1항, 제2항-”, 기업법연구, 제20권 제4호(통권 제27호), 한국기업법학회, 2006, 473면.
64) 배대헌, 앞의 책, 210면; 김재국·김장생, 앞의 논문, 473면.
65) 김형배, 앞의 책, 56면.
66) 김형배, 앞의 책, 56면.

설에 집착하지 않고 피해자 이외에 가해자의 사정을 고려하고 있다.[67] 따라서 이 견해는 특허권 침해에 있어서 침해자 이익액 산정법리의 일환으로서 불법행위에 대한 전통적인 시각을 수정하여 준사무관리 법리를 인정하는 것과 가까운 결론에 도달하려는 입장으로 볼 수 있다. 다만 이 견해에 의하면 특허권 침해의 경우에 준사무관리 법리를 우리민법상 도입하는지 여부에 대한 논의는 특허권 침해에 대한 손해배상청구권을 규정한 특허법 제128조 제4항과 같은 특별법이 존재하는 이상 큰 실익이 없다고 한다. 왜냐하면 주요한 무체재산권과 관련하여 각각의 특별법에서 침해자가 얻은 이익의 반환을 원칙적으로 손해배상액에 포함시키고 있기 때문이라고 한다.[68] 요컨대 이 견해는 대체로 준사무관리 부정설에 기초하여 우리민법상 준사무관리를 도입하지 않더라도 준사무관리를 채택함으로써 도모하려는 악의의 무단사무관리자가 취득한 본인의 손실을 초과한 이익박탈의 효과는 특허법 제128조 제4항 등과 같은 특별법에서 해결된다고 결론을 내리고 그 이상의 논의를 진행하고 있지는 않는 것으로 판단된다.

넷째, 제4설은 무단사무관리를 준사무관리 또는 사무관리로서 인정할 것인가의 문제는 특히 특허권이나 저작권이 침해된 경우에 논쟁의 실익이 있었지만, 현재에는 입법에 의해서 많은 부분이 해결되었다고 한다.[69] 다만 이 견해는 지식재산권 중에서 특별법에 의해서 손해액이 추정되지 않는 경우에는 사무관리의 법리에 따라 무단관리자가 얻은 이익을 본인에게 인도하도록 함으로써 특허권, 저작권의 경우와 균형을 맞출 필요가 있다고 한다.[70]

다섯째, 제5설은 특허권 침해와 같이 고의로 타인의 재산을 침해한 자의 반환범위를 결정함에 있어서는 전통적인 부당이득법의 원리보다는 침해자의 침해의 동기, 공평의 원칙, 부당이득법의 목적 등을 중시해야 하므로, 손실자의 손실을 한도로 반환범위를 획일적으로 제한하는 입장은 재고되어야 한다고 한다.[71] 이에 따라 이 견해는 입법적 불비에 의해서 고의의 침해자에 대한 초과이익반환법리

67) 김상중, “지적재산권 침해로 인한 손해배상책임 : 손해배상법의 현대적 발전경향의 관점에서”, 재산법연구, 제31권 제3호, 한국재산법학회, 2014, 250면 이하; 최병조, 앞의 책, 94면 이하.

68) 김상중, “영국의 restitution for wrongs와 위법이익의 반환: 우리 부당이득법의 수용 여부와 손해배상법의 발전방향에 대한 시사점”, 민사법학, 제78호, 한국민사법학회, 2017, 348면; 최병조, 앞의 책, 98-99면.

69) 이은영, 앞의 책, 660면.

70) 이은영, 앞의 책, 661면. 나아가 이 견해는 지식재산권에 관한 특별법의 이론적 기초를 부여하기 위해서도 사무관리의 법리가 필요하다고 한다(이은영, 앞의 책, 661면 주1 참조).

71) 서종희, “침해부당이득에서 수익자의 초과수익반환-독일법을 중심으로 한 비교법적 고찰-”, 저스티스, 통권 제151호, 한국법학원, 2015, 200-201면.

(준사무관리 등)가 정비되어 있지 않은 우리나라의 현실에서 부당이득 규정에 대한 적극적인 해석이 필요하다고 한다.[72] 또한 이 견해는 침해자가 권리자의 재산을 침해하지 않았다면 그 노력이나 재능의 실현 자체란 애당초 있을 수 없을 것이라는 점에서, 침해부당이득에서는 이득자가 고의나 무단으로 손실자의 권리를 침해함으로써 발생하는 경우가 많다는 점을 고려하더라도 부당이득반환 법리로 침해자 이익을 전부 반환하게 하는 해석론을 전개해야 한다고 한다.[73]

여섯째, 제6설은 특허법 제128조 제4항의 침해자 이익액을 특허권자의 손해액으로 추정하는 규정은 영업상 경쟁을 하지 않는 특허권자나 대기업에 비해서 생산능력이 모자라는 중소기업을 효과적으로 보호할 수 없는 난점이 있으므로, 입법론으로 손해액 추정규정을 간주규정으로 개정해야 한다고 한다. 즉 이 견해는 특허법 제128조 제4항의 개정을 통하여 준사무관리 법리를 도입하자는 입법론을 주장하는 것이다.[74]

3. 특허법상 준사무관리 법리의 인정 여부에 대한 각국의 입법례

(1) 독 일

1) 개 관

독일에서는 종래부터 특허권자 또는 배타적 실시권자는 고의·과실 있는 권리침해자에 대해서 ① 일실이익의 배상, ② 실시료 상당액의 지급, ③ 침해자가 침해로 인하여 얻은 이익의 반환이라는 세 가지 방법 중 어느 하나를 선택하여 청구할 수 있음을 인정해 왔다. 이 세 가지 종류의 손해배상액 산정방법은 독일특허법 규정에 근거한 것이 아니라[75] 그 동안 확립되어 온 판례에 의해서 인정된 것

72) 서종희, 앞의 논문(2015), 201면.

73) 서종희, 앞의 논문(2015), 202-203면. 그렇지만 이 견해는 궁극적으로는 특수한 사정을 고려하여 초과수익을 환수시킬 수 있는 법리가 입법을 통해서 마련되어야 한다고 주장한다(서종희, 앞의 논문(2015), 203면).

74) 정차호·장태미, 특허법의 손해배상론, 동방문화사, 2016, 116면 및 123면 참조.

75) 2009년 특허법 개정 전에 특허권 침해에 대한 손해배상청구권을 규정한 구 독일연방공화국 특허법(Patentgesetz, vom 16. Dezember 1980, BGBl. 1981 I S.1) 제139조 제2항 1문은 “고의 또는 과실로 인하여 당해 행위(필자 주-제1항이 규정하는 특허권 침해행위를 의미)를 한 자는 피침해자에 대해서 그로 인하여 발생한 손해를 배상할 의무를 부담한다”고 규정하였으며, 제139조 제2항 2문은 “침해자가 경과실 책임을 부담함에 불과한 경우에는 법원은 손해배상에 갈음하여 권리자의 손해와 침해자에게 발생한 이익 사이의 범위 내에서 보상액을 결정할 수 있다”

이었다. 즉 19세기말 이후 제국법원(Reichsgericht)은 저작권, 특허권, 실용신안권, 디자인권의 각 침해사건에서 세 가지 방법을 적용하였으며, 연방대법원(Bundesgerichtshof)도 이를 이어받아서 다시 상표권에도 적용된다고 설시한 적이 있었다. 독일의 학설도 세 가지 손해배상액 산정방법이라는 결론 자체에 대해서 거의 이의가 없었다. 다만 이러한 방법들에 대한 법적 근거를 어디에 구할 것인가에 대한 논쟁이 있을 뿐이었다. 이러한 세 가지 종류의 손해배상액 산정방법 중 준사무관리 법리의 도입 여부와 결부되어 문제되는 것은 세 번째인 침해자 이익액의 산정방법이다. 이 산정방법을 통하여 특허권자는 고의 또는 과실 있는 침해자에 대해서 손해배상으로 침해자의 침해행위로 인하여 얻은 이익액의 반환을 청구할 수 있다. 그리고 이 방법은 두 번째 산정방법인 실시료 상당액과 같이 특허권자가 침해가 없었다면 이익을 얻을 수 있었는지 여부는 문제로 삼지 않는 점에서[76] 첫 번째 손해산정방법인 일실이익배상과 다르다.[77]

2) 독일특허법상 준사무관리 법리를 둘러싼 학설 및 판례의 입장

(가) 2009년 특허법 개정 전의 논의상황과 준사무관리 법리

가) 독일의 판례는 세 번째 손해배상액 산정방법을 통하여 행사하는 특허권자의 침해자에 대한 침해자 이익반환청구권의 법적 성질은 손해배상청구권이므로 부당이득 반환액을 제한하는 독일민법 제818조 제3항은[78] 적용되지 않는다고 설시하였지만,[79] 이러한 손해배상액 산정방법에 기한 청구권의 법적 근거에 대해서

고 규정하고 있었다. 이에 대해서 기초자는 침해자에게 경과실이 있다고 하더라도 그에게 이익이 유보되어서는 안되므로, 보상액은 침해자 이익액을 하회해서는 안된다는 입장을 취하고 있었으며(Amtliche Begrundung zu den Gesetzen über den gewerblichen Rechtsshutz vom 5. 5. 1936, BIPMZ. 1936, S.113 참조), 독일의 지배적 학설도 이러한 기초자의 입장을 존중하고 있었다(Horst Heinrich Jakobs, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn 1964, S.89; Georg Klauer und Philipp Möhring, Patentrechtskommentar Band II, 3.Aufl., München, 1971, S.1393f. 참조).

76) RG 8, 6, 1895., RGZ 35, 63-Ariston; RG 31, 12, 1898., RGZ 43, 56; RG 6, 11, 1929., RGZ 126, 127; RG 11, 1, 1902., RGZ 50, 111, 115 참조.

77) 다만 Albert Preu, Richtlinien für die Bemessung von Schadenersatz bei Verletzung von Patenten, GRUR 1979, S.757은 특허권자가 전혀 특허발명을 실시하지 않은 경우에는 손해의 발생이 부정되는 결과 이 산정방법도 부정된다고 한다. 틀린 주장 또는 극소수설이라고 생각된다.

78) BGB §818 Umfang des Bereicherungsanspruchs (3) Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. 독일민법 제818조 [부당이득반환청구권의 범위] ③ 반환 또는 가액상환의 의무는 수령자가 더 이상 이득하지 아니하는 한도에서 배제된다. 독일민법 제818조 제3항의 원문 및 번역은 양창수 역, 앞의 독일민법전, 606-607면을 인용한 것이다.

는 명확하게 밝히고 있지 않았다. 물론 이에 대해서 독일의 판례는 독일민법 제687조 제2항의 유추적용에 그 법적 근거를 구하고는 있었다. 그런데 여기에서 독일의 판례가 독일민법 제687조 제2항의 '직접'적용이라고 하지는 않았는 바, 그 이유는 다음과 같은 사정에 기인한다. 즉 독일민법 제687조 제2항은 침해자의 고의를 요구하고 있지만, 침해자 이익액에 따른 손해배상액 산정방법은 과실로도 충분한 점에서 양자는 다르므로,[80] 엄밀하게 말하면 독일민법 제687조 제2항의 직접적용은 될 수가 없다는 것이다. 그렇지만 실제로 이러한 이해에 대해서는 제국법원 시대 이후의 확립된 독일 판례이거나 관습법으로 정착되었다는 점이[81] 강조되는 경우가 많았다고 한다.[82]

나) 그런데 이러한 독일의 판례에 대해서는 동 규정이 사무의 타인성에 대한 침해자의 악의를 요건으로 하고 있는 반면에 침해자 이익액의 손해배상액 산정방법은 침해자의 과실에 기한 침해에 대해서도 이용되고 있는 점을 논리적으로 어떻게 설명해야 하는지가 문제가 되었다.

이에 대해서 학설 중에는 독일의 판례가 독일민법 제687조 제2항의 유추적용을 침해자 이익액의 손해배상액 산정방법의 법적 근거로 구하였던 애초의 목적은 독일민법 제667조의[83] 침해자 이익액의 반환을 원용하지 않고 오히려 세 번째

79) 따라서 침해자가 특허권 침해로 인하여 이익을 얻었는지 여부가 문제된다(BGH 29, 5, 1962., GRUR 1962, 509, 512-Dia-Rähmchen Ⅱ 참조).

80) 이와 관련하여 독일의 최초 특허법인 1877년법(Patentgesetz, vom 25. Mai 1877, RGBl. S.501) 제34조는 침해자의 고의를, 1891년법(Patentgesetz, vom 7. April 1891, RGBl. S.79) 제35조 제1항은 침해자의 중과실을 손해배상의 요건으로 삼고 있었다. 이에 따라 1891년법 하의 독일의 판례는 세 번째 손해배상액 산정방법을 침해자에게 고의 또는 중과실이 있는 경우로 한정하고 있었다(RG 3, 2, 1909., RGZ 70, 249, 252. 또한 Liane Lutz, DIE ERWEITERTE SCHADENSBERECHNUNG, Diss. Tübingen, 1974, S.70 참조). 그 후 1936년 특허법(Patentgesetz, vom 5. Mai 1936, RGBl. Ⅱ S.117) 제47조 제1항이 처음으로 침해자가 경과실인 경우에도 특허권자에게 손해배상청구권을 인정하였다. 이에 따라 독일의 판례는 세 번째 손해산정방법을 고의 또는 과실 있는 침해자에 대해서 인정하게 되었다(BGH 29, 5, 1962., GRUR 1962, 509, 511-Dia-Rähmchen Ⅱ).

81) 다만 관습법으로 정착되었다는 이해에 대해서는 오늘날과 같이 제품의 시장에서의 성공이 광고, 판매, 상표 등 다양한 원인에 기초하고 있는 시대에는 특허발명에 의한 제품의 개량이 매출액에 어느 정도의 기여를 하고 있는지에 대한 증명 및 가해자의 이익으로 무엇을 관념하는지에 대한 확정이 곤란하며, 특허권자는 침해자에 의해서 주장된 매출액에서 공제되어야 할 비용에 관한 신고의 정당함을 유효하게 검토할 가능성을 가지지 못한다는 이유로 타당하지 않다는 비판이 있다(Horst von der Osten, Zum Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinnes im Patentrecht, GRUR 1998, S.285f. 참조). 이러한 비판은 발명의 해당 제품에 대한 기여도를 적용함으로써 해결될 수 있는 문제라고 본다.

82) 半田吉信, "ドイツにおける特許侵害に基づく損害賠償の範囲", 知的財産権の侵害と民事法上の救済(千葉大学社会文化科学研究科研究プロジェクト報告書 第66集), 2003, 16頁; 田村善之, 知的財産権と損害賠償[新版], 弘文堂, 平成16年(2004年), 84頁.

손해산정방법이 인정됨을 전제한 후 독일민법 제666조를[84] 원용함으로써 침해자 이익액에 관한 정보계산청구권(Anspruch auf Auskunfterteilung oder Rechnungslegung)을 특허권자에게 부여하려고 한 점에 있었음을 주목해야 한다는 견해가 주장되고 있었다.[85]

이러한 관점에서 독일 판례의 변천을 살펴보면 다음과 같다. 즉 애초에 이 논법의 시초가 된 것은 독일민법 시행 전의 제국상급상사법원(Reichsoberhandelsgericht) 1877년 9월 12일 판결이었지만, 동 판결은 1870년 저작권법 제55조 제4항에서 인정되고 있었던 상연권 침해자에 대한 권리자의 침해이익반환청구권의 존재를 전제로 하여 권리자의 침해자에 대한 계산청구권을 인용하기 위하여 동 규정의 청구권의 법적 성질을 사무관리(negotiorun gestio)라고 해석한다고 설시하였음에 불과하였다.[86] 그 후 독일민법이 시행되어서 준사무관리의 성립에 타인의 사무성에 대한 침해자의 악의가 요건으로 되었음이 분명해졌지만, 독일민법 시행 후인 1900년 3월 7일 제국법원 판결도 세 가지 손해산정방법이 인정됨을 전제로 특허권자가 침해자 이익액을 확정하기 위하여 침해자에 대해서 침해이익의 계산을 청구한 사안에서 독일민법 제687조 제2항, 제681조,[87] 제666조를 참조하여 이를 인용하고 있었다.[88] 그 후 정보계산청구권은 세 번째

---

83) BGB §667 Herausgabepflicht Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt, herauszugeben. 독일민법 제667조 [인도의무] 수임인은 위임사무의 처리를 위하여 받은 것과 사무처리에 의하여 취득한 것 전부를 위임인에게 인도할 의무를 진다. 독일민법 제667조의 원문 및 번역은 양창수 역, 앞의 독일민법전, 504-505면을 인용한 것이다.

84) BGB §666 Auskunfts-und Rechenschaftspflicht Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen. 독일민법 제666조 [통지의무 및 보고의무] 수임인은 위임인에 대하여 필요한 통지를 할 의무를 지며, 청구가 있으면 사무처리의 현황을 또 위임사무의 처리 후에는 그 경과를 보고할 의무를 진다. 독일민법 제666조의 원문 및 번역은 양창수 역, 앞의 독일민법전, 504-505면을 인용한 것이다.

85) Jakobs, a. a. O., S.91ff.

86) ROHG 13, 9, 1877., ROHGE 22, 338, 340.

87) BGB §681 Nebenpflichten des Geschäftsführers Der Geschäftsführer hat die Übernahme der Geschäftsführung, sobald es tunlich ist, dem Geschäftsherrn anzuzeigen und, wenn nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, dessen Entschließung abzuwarten. Im übrigen finden auf die Verpflichtungen des Geschäftsführers die für einen Beauftragten geltenden Vorschriften der §§ 666 bis 668 entsprechende Anwendung. 독일민법 제681조 [사무관리자의 부수의무] 사무관리자는 가능하게 되는 즉시로 본인에게 사무관리의 인수를 통지하고, 지연으로 위험이 발생할 우려가 없는 경우에는 본인의 결정을 기다려야 한다. 그 외에 사무관리자의 의무에 대하여는 수임인에 관한 제666조 내지 제668조의 규정이 준용된다. 독일민법 제681조의 원문 및 번역은 양창수 역, 앞의 독일민법전, 544-545면을 인용한 것이다.

88) RG 7, 3, 1900., RGZ 46, 14, 18.

손해산정방법에 한정되지 않고 다른 산정방법에 대해서도 인정되었으며, 그 근거도 독일민법 제687조 제2항의 유추적용이 아니라 신의성실의 원칙에서 구하게 되었다.[89] 그리하여 이미 애초의 목적은 상실되었음에도 불구하고[90] 독일 판례의 설시만이 계승되었고 그 후에도 세 번째 산정방법은 독일민법 제687조 제2항의 유추적용이라고 설시하는 판결로 이어지게 되었다.[91] 결국 독일의 판례가 독일민법 제687조 제2항의 유추적용을 침해자 이익액의 손해배상액 산정방법의 법적 근거로 구하였던 애초의 목적은 이미 손해로 인정됨을 전제한 후 그 금액을 조사하기 위한 보조수단을 도출하는 데에 있었으므로, 독일민법 제687조 제2항에서는 '과실'에 대한 해명이 이루어지지 못한 간극은 메워지지 않은 채로 동 규정의 유추적용이라는 설시가 독일 판례를 통하여 확립되었던 것이다.[92]

(다) 또한 침해자 이익액의 손해배상액 산정방법의 법적 근거를 독일민법 제687조 제2항의 유추적용에 구하고 있는 독일의 판례에 대해서는 특허권 침해의 경우에 타인의 사무성을 어디에서 구하여야 하는지가 학설상 논의되었다. 예컨대 단순한 구성으로 특허권 침해자를 사무관리자로 판단한다면 특허발명의 실시는 법적으로는 특허권자만이 할 수 있으므로, 특허권 침해자가 이를 특허권자의 허락 없이 실시하는 것은 타인의 사무를 관리하게 된다는 점에 그 논거를 구하여야 하고, 따라서 특허권을 침해하는 제품의 생산, 양도 등의 행위 전체가 '타인의 사무'가 된다고 주장하는 견해가 있다.[93] 그러나 이에 대해서는 특허권자가 특허제

89) RG 4, 5, 1923., RGZ 108, 1, 7.

90) Lutz, a. a. O., S.133ff.

91) RG 22, 10, 1930., RGZ 130, 108, 110; RG 13, 10, 1937., RGZ 156, 65, 67., GRUR 1937, 1072, 1073; RG 15, 11, 1937., RGZ 156, 321, 326., GRUR 1938, 36, 38; BGH 29, 5, 1962., GRUR 1962, 509, 511-Dia-Rähmchen II(eingehend) 참조.

92) 이러한 독일 판례의 귀결에 대해서는 공평이라는 감각 이상의 의미 있는 설명은 이루어지지 못한 실정에 있었다고 평가하는 견해로 Fritz Lindenmaier, Die Herausgabe des Verletzergewinns, ZAkDR 1936, S.16; Eduard Reimer, PATENTGESETZ UND GEBRAUCHSMUSTERGESETZ, 3.Aufl., Köln · Berlin · Bonn · München, 1968, S.1663(Karl Nastelski) 참조. 또한 학설 중에는 과실 있는 침해자에 대해서 독일민법 제687조 제2항을 동원하는 것은 부적절하다는 견해가 주장되기도 하였다(Wilhelm Kisch, Schadensersatz und Bereicherung bei Patentverletzung, LZ 1927, S.670; Philipp Möhring, Einzelfragen der Schadensliquidation im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1931, S.423f.; Werner Pinzger, Berechnung des Schadensersatzes wegen Patentverletzung, GRUR 1931, S.672; Lutz, a. a. O., S.95f.; Lindenmaier, a. a. O., S.1663(Karl Nastelski) 참조). 한편 Walter Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigte Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau, Graz, 1934, S.24f.는 자기를 위하여 사무를 관리한 자가 선의인 경우에 대해서까지 객관적으로 타인의 재산을 침해한 점이나 배타권에 반하는 점 등을 이유로 이익반환의 무를 부담하게 한다면 그것은 사무관리와는 아무런 관계가 없는 관점을 동원하게 된다고 한다.

93) Lutz, a. a. O., S.94.

품을 생산, 양도하고 있지 않은 경우에까지 '타인의 사무'라고 할 수 있는 것인가라는 비판이 있었으며,[94] 이 논리에 편승하여 준사무관리를 구성하면 침해자가 얻은 이익 전액이 반환되므로, 단지 제683조 이하의 요건 하에서 일정한 비용만을 본인에 대하여 상환청구할 수 있음에 불과하다는 귀결을 도출하게 된다는 비판도 있었다.[95]

한편 독일 판례는 세 번째 손해배상액 산정방법에서 침해자는 침해로 인한 이익 중에서 침해제품에 특허발명이 기여하고 있는 정도에 따른 금액을 반환하면 충분하며, 나아가 이러한 기여관계가 있을 것은 침해자 이익 반환의 요건이기 때문에 이는 권리자가 증명하여야 한다는 입장을 취한다.[96] 이러한 독일 판례의 논리의 출발점은 타인의 사무성을 침해자가 특허발명이라는 타인의 재산을 이용하고 있는 부분에만 구하는 데에 있다. 즉 이에 대한 독일 판례의 설시에 따르면 "특허발명을 침해하여 제조한 물체는 보호되는 발명사상의 구현물이므로, 이를 무권리자가 업으로 판매하는 것은 동시에 타인의 재산을 자기를 위하여 이용하고 있는 것을 포함하게 되고, 따라서 제687조 제2항의 타인의 사무성이 긍정된다"고 하게 된다. 이 관점에서 동 판결은 하나의 사실행위 속에 침해자 자신의 사무와 타인의 사무가 동시에 포함되어 있다고 관념하는 것도 가능하다고 해석하고 있으며, 그 경우에는 타인의 재산을 이용하지 않으면 얻을 수 없었을 이익만이 반환의 대상이 된다는 귀결도 이끌 수 있다고 판단하고 있는 것이다.[97]

(나) 2009년 특허법 개정과 준사무관리 법리

---

94) Kisch, a. a. O., S.670.

95) Hartmut Haines, BEREICHERUNGSANSPRÜCHE BEI WARENZEICHENVERLETZUNGEN UND UNLAUTEREM WETTBEWERB, Köln · Berlin · Bonn · München, 1970, S.9.

96) 이러한 독일 판례의 입장에 대해서 학설 중에는 준사무관리의 효과 면에서도 세 번째 손해배상액 산정방법을 설명할 수 없다는 견해가 있다(Rudolf Kraßer, Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht, GRUR Int. 1980, S.269; Wolfganf Bernhardt und Rudolf Kraßer, LEHRBUCH DES PATENTRECHTS, 4.Aufl., München, 1986, S.636).

97) BGH 24, 2, 1961., BGHZ 34, 320, 322., GRUR 1961, 354, 355-Vitasulfal 참조. 이러한 독일 판례에 대해서도 학설상으로는 준사무관리와 부당이득의 제도적 경계를 애매하게 한다고 비판하는 견해가 있었다(Haines, a. a. O., S.10f.). 그리고 타인의 재산을 이용하고 있다는 관점에 주목하여 부당이득반환청구권에 따라 비례적인 이익배분을 도출하는 견해도 주장되었다(Wilburg, a. a. O(Anm.92)., S.122ff.). 이 견해에 의하면 만약 부당이득에서 이러한 구성이 허용된다면 굳이 준사무관리를 유추하는 의의는 어디에 있는지 검토를 요한다고 한다(Walter Wilburg, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163, 1964, S.351 참조).

가) 특허법 개정의 배경

지식재산권 보호의 최소한의 요건은 EC도 가입한 WTO TRIPs 협정에서 규정되어 있지만, 침해소송에서의 권리보호를 위한 구체적 절차가 EC 가맹국마다 서로 다른 점에서 역내시장에 통일된 조치를 요구하는 권리자의 목소리가 강하였다. 유럽위원회는 1998년 10월 "단일시장에서의 모방품·해적품(海賊品) 대책에 관한 녹서(綠書)(green paper)"(COM(98)0569FINAL)를, 2000년 4월 그 보완백서(follow up paper)(COM2000/0789FINAL)를 각각 공표하였으며, 2003년 1월 지침안(COM(2003)46FINAL)을 제안하였다. 그 안에는 다양한 수정의견이 나왔지만, 당시 EU 이사회 의장국은 유럽의회의 과반수와 이사회 사이에서 사전교섭을 하여 전체가 합의할 수 있는 독자적인 수정안을 작성한 뒤에 2004년 3월 유럽의회의 전체회합에서 과반수로 가결되어, 2004년 4월 29일 "지식재산권의 행사를 확보하기 위한 수단 및 절차에 관한 유럽연합의 지재권 집행지침"(2004/48/EC. 이하 'EC 집행지침')이[98] 제출되었다(또한 동 지침은 2006년 4월 26일에 수정안이 제출되어 형사벌에 관한 규정[제2조]이 철회되었다). 동 지침은 강력한 증거수집절차의 도입을 요구하는 등 각 가맹국의 법원에서 이루어지고 있었던 모범사례(best practice)를 집대성한 것이다.

EC 집행지침은 시행시기를 제정한 때로부터 2년 후인 2006년 4월 29일로 정하였는데 그 제정 전부터 강력한 증거수집절차를 법제화하고 있었던 커먼 로(common law) 국가(영국)와 대륙법의 일부 국가(프랑스, 이탈리아)에서는 별도의 큰 대응을 할 필요가 없다고 하여 이른 시기에 국내법으로의 이행을 마쳤지만, 그렇지 않았던 대륙법의 일부 국가에서는 자국으로의 이행이 늦어졌다. 독일에서는 사법성이 2006년 1월에 개정 법안을 작성하였으며, 내각이 2007년 1월에 법안을 제출하였지만, 몇 가지 점에서 의견이 일치되지 않아서[99] 시행시기가 도과되었다. 이후 유럽위원회는 2007년 8월 독일정부가 실시의무를 이행하고 있지 않

98) "Directive 2004/48/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights." EC 지침의 상세한 내용에 대해서는 George Cumming und Mirjam Freudenthal und Ruth Janal, Enforcement of Intellectual Property Rights in Dutch, English and German Civil Procedure, Wolters Kluwer, 2008, S.57ff., Thomas Cottier and Pierre Véron, Concise International and European IP Law, Kluwer Law International, 2008, p.462 and seq.

99) 예컨대 프라이버시(privacy)권과의 저촉을 이유로 제3자에 대한 정보청구[제140b조]의 결정절차, '상업적 규모'[제140b~d조]의 정의 방법, 소송비용에 대한 상한 도입에서는 의견이 일치되지 못하였다.

다고 하여 ECJ에 EC법상의 의무불이행확인소송을 제기하였고, 2008년 6월 5일 유럽위원회의 소를 인정한 판결이 나왔다(C-395/07).

결국 독일에서는 2008년 7월 7일에 개정법이 채택되었고 동년 9월 1일에 시행되어서 특허법, 실용신안법, 의장법, 상표법, 저작권법, 종묘(種苗)법, 반도체보호법이 개정되었다.[100] EC 집행지침에 규정이 있는 가처분 등을 규정한 독일민법, 독일민사소송법에 대해서는 이미 동 지침에 적합하다고 보아 개정되지 않았다. 그리고 다시 2009년 특허법이 개정되어 특허무효소송의 제1심 절차가 확충되고 제2심 절차의 범위가 축소되었다.[101]

이러한 경위로 개정된 특허법에서 침해자 이익액 산정법리와 관련된 규정이 바로 EC 집행지침 제13조를 자국의 법으로 이행한 제139조 제2항이다. 물론 EC 집행지침 자체가 각 가맹국에 일정한 재량을 부여하고 있으므로, 국내법으로의 이행에 있어서 각국마다 차이가 있다. 그리고 독일의 경우에는 2009년 개정된 특허법에는 조문상 크게 변한 부분이 있거나 실무에서도 변용된 부분이 있지만, 다른 한편 종전의 실무에 조문을 맞추었을 뿐이라고 하여 실무에 변화가 없는 부분이 혼재되어 있다.[102] 따라서 조문을 보는 것만으로는 실무에 어떠한 변화가 있었는지는 분명하지 않다. 그렇지만 독일특허법이 EC 집행지침 제13조를 자국의 법에 어떠한 형태로 이행하였는지를 살펴보는 것은 의미가 있다고 여겨진다. 그리하여 이하에서는 EC 집행지침 제13조 및 독일특허법 제139조 제2항과 이에 관련된 독일의 실무를 살펴본다.

나) 손해배상에 관한 EC 집행지침 제13조와 독일특허법 제139조 제2항

EC 집행지침 제13조는 침해자에 대해서 권리자가 입은 실제 손해에 상당하는 배상액의 지급을 명할 수 있음을 규정하며, 배상액의 인정에 있어서는 일실이익, 침해자가 얻은 이익, 실시료액으로 할 수 있음을 규정하였다(제1항). 또한 동조 제2항은 침해자가 선의 무과실인 경우의 손해배상의 도입에 대하여 가맹국에게

100) "Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des Geistigen Eigentums" 2008 BGBlI 1191.

101) 심리의 장기화와 미제사건의 증가를 방지하기 위해서 2007년부터 독일연방대법원 주도로 독일특허법의 무효소송절차의 개정이 논의되어서, 2008년 10월 15일 개정법안이 작성되었고, 2009년 7월 31일 성립되어 동년 10월 1일부터 시행되었다.

102) 따라서 조문을 보는 것만으로는 실무에 어떠한 변용이 있었는지는 판명될 수 없다(菊地浩明, "ドイツ特許法改正とクロスボーダー訴訟の現在(上)", 判例タイムズ, 第1310号, 判例タイムズ社, 2010, 24-25頁).

재량을 인정하고 있지만, 독일은 이를 도입하지 않았다. 이러한 EC 집행지침 제13조를 개정 독일특허법은 다음과 같은 모습으로 이행하여 제139조 제2항에 규정하였다. 즉 동조 제2항은 "고의 또는 과실에 의해 침해를 한 자는 침해를 받은 자에 대해서 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 의무를 진다. 손해배상액 산정에 있어서는 권리침해로 인해 침해자가 받은 이익을 고려할 수 있다. 손해배상청구는 발명의 실시허락에 의해 얻을 수 있는 적절한 실시료에 따라서 침해자가 지급하여야 했던 금액을 기초로 하여 산정할 수 있다"고 규정함으로써 특허권 침해에 대한 손해배상에 대하여 침해행위로부터 얻은 침해자의 이익액을 특허권자의 손해액으로 산정할 수 있음을 인정하고 있다.[103]

이러한 독일특허법 제139조 제2항의 개정부분은 지금까지의 판례법을 받아들인 것으로서, 종전의 실무를 변경하는 것은 아니다.[104] 즉 실무상 종래부터 특허권자는 침해자에 대해서 ① 특허권자의 일실이익, ② 침해자 이익, ③ 실시료의 세 가지 산정방법 중 하나를 선택하여 청구해 온 것이다. 이 경우에 원고인 특허권자는 심리 도중에 주장의 근거를 변경할 수 있다. 그리고 연방대법원은 2008년 5월 20일 판결에서 특허권자와 전용실시권자가 함께 손해배상청구소송을 제기한 경우에도 세 가지 손해산정방법 중 하나를 선택할 수 있지만, 침해자 이익 혹은 실시료를 선택한 경우에는 각각의 원고는 각자가 취득할 수 있는 부분만을 안분하여 청구하여야 한다고 설시하였다.[105]

침해자 이익액 산정법리와 관련하여 동조 동항은 침해자가 얻은 이익에 관한 추정규정을 두지 않았으므로, 그 금액에 대한 증명책임은 원고인 특허권자에게 있다. 다만 특허권자는 침해의 유무를 확인하는 소송의 판결에 따라 피고가 공개한 회계자료에 기초해서 침해자 이익을 주장·증명하는 것이 가능하다.[106] 문제는

---

103) Germany Patent Act Section 139(2) ("When assessing the damages, the profit which the infringer has made by infringing the right may also be taken into account.").

104) 이에 대한 자세한 내용은 Peter Meier-Beck, "Damages for Infringement According to German Law-Basic Principles, Assessment and Enforcement", IIC 2004, S.113, Peter Meier-Beck, "The Judicial Practice of the German Federal Supreme Court of Patent and Utility Model Law in 2007", IIC 2009, S.446ff., Klaus Grabinski, "Gewinnherausgabe nach Patentverletzung, Zur gerichtlichen Praxis acht Jahre nach dem "Gemeinkostenanteil"-Urteil des BGH", GRUR 2009, S.260. 등을 참조.

105) 연방대법원 2008년 5월 20일 판결 "Tintenpatrone"(2009 IIC, 475 참조).

106) 독일의 침해소송은 침해의 유무를 확인하는 소송(금지명령, 손해배상의무의 확인, 손해액 산정에 필요한 정보공개청구)과 구체적인 손해배상을 청구하는 소송인 2단계 절차로 이루어진다(菊地浩明, 전게 "ドイツ特許法改正とクロスボーダー訴訟の現在(上)", 24頁).

침해품의 매출로부터 어떤 항목의 경비를 공제할 수 있는가이다. 이에 대해서 종래에는 피고가 주장하는 다수의 비용 항목이 공제되었기 때문에 원고가 침해자 이익을 손해로 청구하는 경우는 적었다. 그런데 이러한 상황은 침해품의 생산·유통과 직접 관계되는 경비만이 침해품의 매출에서 공제된다고 판시한 2000년 11월 2일 연방대법원 판결을 계기로 바뀌었다("Gemeinkostenanteil").[107] 이 판결은 연방대법원 1부의 디자인권 침해에 관한 판결이었지만, 하급심 재판례는 특허권 침해사건에 대해서도 동일한 법리에 따른 운용을 하였고, 오늘날 이러한 실무의 운용은 정착되어 있다. 이 판결 후의 공제경비에 대한 실무의 운용은 대체로 다음과 같다.

첫째, 침해자 이익은 침해품의 매출에서 그 생산·유통과 직접 관계되는 경비를 공제하고, 거기에 침해품 중 일부의 부품만이 특허권 침해를 구성하는 경우 당해 특허의 기여율을 곱하여 산정한다.

둘째, 공제할 수 있는 경비로는 침해품의 제조에 사용된 원재료·소모품비, 침해품만을 위하여 사용된 제조 및 보관비, 침해품만을 위하여 고용된 인원의 인건비, 침해품의 선전광고비, 침해품의 매출을 기초로 한 보험료, 침해품의 제조에만 사용된 제조기계의 조달비, 침해품을 위하여 사용된 제조기계의 운전비 등이 있다.

셋째, 공제할 수 없는 경비로는 본사 건물의 임대료, 보관·경리운영의 인건비, 일반선전비, 보험비, 차입이자, 제조기계의 감가상각비, 침해품의 개발비·스타트업 비용, 금지명령으로 인하여 판매할 수 없게 된 침해품의 보관비 등이 있다.

넷째, 인과관계와 관련해서는 원고인 특허권자가 침해자 이익과 특허권 침해의 (가치) 인과관계를 증명할 필요가 있다. 피고가 침해품에 다른 특허권도 사용되고 있는 사실, 피고 상표가 강한 유인력을 가지고 있었던 사실 등을 반증한 경우에는 침해자 이익 전부가 손해로 인정되지 않는다. 참고로, 이러한 법리는 기여도 (가치 인과관계)의 적용을 말하는 것으로 보인다.

한편 전술한 연방대법원 판결이 나온 후 뒤셀도르프(Düsseldorf) 지방법원에서는 침해소송에서의 손해배상청구 사건이 연간 10건~20건이 계속되지만(또한 침

107) 이른바 경비분배(Gemeinkostenanteil) 판결(2001 GRUR 329=2002 IIC 900). 이와 관련하여 Heinz GODDAR(城山康文(訳)), "特許権行使と特許訴訟における損害賠償額の算定について-ドイツを例にして", 知的財産法政策学研究 Vol. 12, 北海道大学法学研究所, 2006, 19頁은 경비분배는 구체적으로 침해자가 간접경비에 대해서 당해 제품에 공헌한 부분이 분명하게 될 정도로 내역을 제시한 경우에만 당해 부분을 침해품으로 배분하고, 또한 당해 부분을 순매출액에서 공제할 수 있는 방법으로 적용되며, 향후 침해자가 "이익" 혹은 "이익 이외의 부분"을 증명하려면 아마도 이 방법이 이용될 것이라고 한다.

해소송의 제1단계에서 침해를 인정하는 판결이 나온 경우, 제2단계의 소송제기로 이행하지 않고 소송 외 화해가 이루어지는 경우가 대부분이다), 사건수의 약 80%로 침해자 이익에 따른 손해 주장이 이루어지며 나머지 20%는 실시료에 따른 손해 주장이 이루어진다.[108] 실무에서는 일반적으로 침해자 이익에 따른 산정이 손해배상액 산정방법 중 가장 고액의 산정이 가능하다고 여겨지고 있다. 이 비율은 만하임(Mannheim) 지방법원이나 뮌헨(München) 지방법원에서도 마찬가지이다. 다만 이는 제2단계의 소송이 제기된 경우에 대해서이고, 제1단계에서 침해를 확인하는 판결이 나온 후에 소송 외 화해를 하는 경우에는 반대로 실시료 기초로 산정되는 것이 80%, 침해자 이익 기초로 산정되는 것이 20%가 된다.

(2) 일 본

1) 일본에서 준사무관리 법리의 도입 여부와 관련하여 논의될 수 있는 특허법 규정은 제102조 제2항이다. 동조는 "손해액의 추정 등"이라는 표제 하에 제2항에서 "특허권자 또는 전용실시권자가 고의 또는 과실로 인하여 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 그 침해로 인하여 자기가 받은 손해배상을 청구하는 경우에 그 자가 그 침해행위로 인하여 이익을 얻고 있는 때에는 그 이익액은 특허권자 또는 전용실시권자가 받은 손해액으로 추정한다"고 규정하고 있다. 일반적으로 동 규정의 입법취지에 대해서는 특허권 침해로 인하여 특허권자가 자신이 입은 손해액의 증명을 하는 것이 어려운 반면 상대방인 특허권 침해자가 받은 이익액의 증명은 비교적 용이한 점을 고려해서 특허권자를 보호하기 위한 점에 있다고 설명된다.[109] 동 규정의 제정 과정에서 심의회의 답신은 일본민

108) 실제로 특허권 침해소송에서 특허권자는 손해배상책임의 확인만을 청구하는 것이 보통인 점에서 침해소송 심리의 신속성에 영향을 미치고 있고, 이 관계에서 손해배상책임이 확인된 제1심 판결 후에 금전에 대해서 당사자 사이에 화해를 하는 경우가 흔히 있는 전형적인 예이므로, 침해소송에서 손해배상책임이 확인된 후에 손해배상의 금전청구의 별소가 제기되는 경우는 적다고 한다(梶山太郎, ドイツ連邦共和国における知的財産訴訟制度(特許訴訟制度)の調査結果(報告), 法務省大臣官房司法法制部, 2013, 8頁 참조).

109) 特許庁編, 工業所有権法(産業財産権法)逐条解説, 第18版, 社団法人 発明協会, 2010年(平成22年), 289-290頁; 高林龍, 標準 特許法, 第5版, 有斐閣, 2014, 272頁; 渋谷達紀, 特許法, 発明推進協会, 平成25年(2013年), 469頁 이하; 茶園成樹, 特許法, 有斐閣, 2013, 286頁 이하; 中山信弘・小泉直樹 編, 新・注解 特許法 下巻, 青林書院, 2011, 1611頁(飯田圭 執筆); 駒田泰土・潮海久雄・山根崇邦, 特許法(知的財産法I), 有斐閣, 2014, 203頁; 中山信弘, 特許法, 第二版, 弘文堂, 平成24年(2012年), 361頁 이하; 井崎康孝, "逸失利益の算定/侵害者利益", 大阪弁護士会知的財産法の実務研究会編, 知的財産権・損害論の理論と実務, 別冊 NBL No. 139, 商事法務, 2012, 26頁; 牧野和夫, 知的財産法講義[三訂版], 税務経理協会, 平成27年(2015年), 238頁; 田村善之, 特許法の理論, 有斐閣, 2009, 369頁 이하 등.

법 제709조의 불법행위 규정과 동일한 취지의 규정 외에 “고의 또는 과실로 인하여 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대해서 그 침해행위로 인하여 받은 이익의 반환을 청구할 수 있다”는 취지의 규정을 두자고 제안하였지만, 침해자의 이익액이 특허권자의 손해액을 넘는 경우에도 그 전부를 특허권자에게 반환하게 하는 것은 침해자에게 가혹하며, 본인의 손해를 한도로 하는 손해 전보라는 제도적 목적을 갖는 민법상 손해배상 원칙으로부터도 현저하게 일탈하게 된다는 이유에서 이를 받아들이지 않았고, 결국 침해자의 이익액을 특허권자의 손해액으로 추정한다는 현행 일본 특허법 제102조 제2항을 두게 되었다고 한다.[110] 이러한 경위를 거쳐서 제정된 동 규정에 대해서 일반적 학설은 기본적으로 불법행위법의 범위 내에서 증명문제로 규정된 추정규정이고, 매출의 감소로 인한 일실이익액의 단순한 계산규정이어서, 손해의 발생사실(추정의 전제사실)까지 추정되는 것은 아니므로 일본민법 제709조의 적용 요건인 손해의 발생에 대해서는 원고인 특허권자가 주장·증명하여야 한다고 해석한다.[111] 이러한 시각을 기초로 일반적 학설은 동 규정을 통하여 준사무관리 법리의 도입은 배제되었으며, 준사무관리 법리를 도입함으로써 꾀하려는 침해자 이익액 반환이라는 손해산정방법의 효과는 일본특허법 제102조 제2항 등과 같은 특별법으로 해결되었다고 결론을 내리고 그 단계에서 논의를 종결 짓는다.[112]

---

110) 特許庁編, 전게 工業所有権法(産業財産権法)逐条解説, 290頁.

111) 예컨대 中山信弘·小泉直樹 編, 전게 新·注解 特許法 下卷, 1613-1614頁(飯田圭 執筆); 高林龍, 전게 標準 特許法, 275-276頁; 駒田泰土·潮海久雄・山根崇邦, 전게 特許法(知的財産法I), 209頁은 “현행법 제102조는 어디까지나 불법행위법의 범위 내에서의 규정이다. 만약 특허권자가 침해자가 입은 방대한 이득을 용이하게 자기의 손해액으로 할 수 있다고 한다면 손해의 전보라는 불법행위법(일본민법 제709조)의 틀을 초과해 버린다”고 한다.

112) 中山信弘·小泉直樹 編, 전게 新·注解 特許法 下卷, 1613頁 이하(飯田圭 執筆); 高林龍, 전게 標準 特許法, 275頁 이하; 駒田泰土·海久雄·山根崇邦, 전게 特許法(知的財産法I), 209頁 이하; 円谷峻, 전게 不法行為法 事務管理·不当利得-判例による法形成-, 301頁; 田山輝明, 事務管理·不当利得・不法行為 債権各論下卷(民法要義 6), 成文堂, 2006, 19頁; 田山富信, やさしい事務管理・不当利得・不法行為法 [第三版], 法学書院, 2009, 24頁; 北川善太郎, 전게 債権各論(民法講要IV)[第3版], 212頁; 内田貴, 民法II(債権各論)[第2版], 東京大学出版会, 2007, 526頁; 我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明, 전게 我妻・有泉 コンメンタール民法, 1227-1228頁; 加藤雅信, 전게 事務管理・不當利得・不法行爲(新民法大系 V) 第2版, 27-28頁; 松坂佐一, 전게 事務管理・不当利得[新版], 50-51頁 주2; 我妻榮, 전게 債權各論 下卷一(民法講義V4), 929頁; 水本浩, 전게 債権各論 (下), 29頁 등. 한편 長野史寛, “知的財産権侵害における不当利得返還請求-侵害利得と不法行為が交錯する一場面”, 法学論叢 第180卷 第5・6号(松岡敎授退職記念号), 東部大學法學會, 平成29年(2017年) 3月, 682-683頁은 일본민법상 침해부당이득에서는 어떠한 재화가 상대방의 수중에 있고 그 중 어디까지가 자신의 권리의 할당내용에 반하는지를 권리자가 주장·증명해야 하는 점에 주목하여 일본특허법 제102조 제2항과 제3항은 불법행위책임에 기초 짓는 귀책요소로서의 고의·과실을 차용하여 이 추가적인 요소의 힘에 의해서 위 증명책임을

2) 그런데 학설 중에는 일반적 학설의 입장을 취하면서도 다소 이견을 제시하거나 동 규정의 취지를 존중하면서도 준사무관리 법리의 도입 여부와 관련하여 고찰한 견해들도 보인다. 이하에서는 이를 살펴본다.

제1설은 일본특허법 제102조 제2항에 의해서 특허권자를 증명의 곤란으로부터 구제할 수 있다고 생각하는 것은 타인의 내막을 계산하는 것이 어렵다는 점을 간과한 것이고, 따라서 타인이 얻은 이익을 계산하는 것은 대부분의 경우에 매우 곤란하다고 한다. 그리고 그러한 것이 가능하더라도 만약 침해자가 대기업인 경우에 그는 "자신이기 때문에, 즉 그만큼의 자본력, 기업경영력, 선전력, 판매능력이 있다면 그만큼의 이익을 얻은 것이고, 이와 비교하여 힘이 약한 특허권자의 손해는 결코 그러한 큰 것이 있을 수는 없다"고 주장하고 이를 증명함으로써 손해액의 추정을 복멸하는 것은 그다지 어려운 일이 아니라고 한다.[113] 따라서 현행 일본 특허법 하에서도 여전히 준사무관리 법리를 도입할 필요성은 존재한다고 한다.[114]

제2설은 일본 특허법 제102조 제2항의 손해액 추정규정은 준사무관리 부정설에 서서 예외적으로 입법하였음을 나타내고 있지만, 동 규정은 준사무관리 법리와 달리 '추정'에 그치고 있으므로, 경우에 따라서는 악의의 무단실시자가 추정을 복멸하는 것이 어렵지 않고, 따라서 침해자가 얻은 이익 자체를 특허권자에게 반환하게 하는 준사무관리 법리는 여전히 유용하다고 한다.[115] 나아가 동 규정을 통하여 지식소유권 영역에 준사무관리 법리를 배제하면 특허권자를 보호하기 위해서 마련된 특별법이 오히려 악의의 실시로 인하여 손해를 입은 피해자의 보호가 약화되는 결과가 되므로,[116] 악의의 위법한 관리자에 대한 제재·공평의 이념을 중시하여 준사무관리를 아울러 적용해야 한다고 한다.[117]

제3설은 만약 준사무관리 법리를 인정하면 침해자가 얻은 이익은 권리자에게

침해자에게 전환시킨 것이며, 그러한 의미에서 일본특허법 제102조 제2항과 제3항은 침해이득과 불법행위의 '혼합구성요건'을 규정한 것이라고 한다.

113) 平田春二, 전게 新版注釈民法(18) 債權(9), 329頁.

114) 水本浩, 전게 債権各論 (下), 29-30頁; 平田春二, 전게 新版注釈民法(18) 債權(9), 329頁; 潮見佳男, 基本講義 債権各論I 契約法・事務管理・不当利得(ライブラリ 法学基本講義 6-I), 第2版, 新世社, 2009, 294頁.

115) 澤井裕, 전게 テキストブック事務管理・不当利得・不法行為 [第2版], 23頁; 田山富信, 전게 やさしい事務管理・不当利得・不法行為法 [第三版], 24頁.

116) 민법상 준사무관리는 악의의 침해자에 대해서만 적용되지만, 일본특허법 제102조 제2항의 경우에는 과실 있는 선의자에게도 적용된다.

117) 澤井裕, 전게 テキストブック事務管理・不当利得・不法行為 [第2版], 23頁.

인도되어야 하므로, 침해자의 이익을 손해로 추정한다는 일본 특허법 제102조 제2항은 거의 의미를 잃게 되며, 동 규정의 입법경위에 비추어 보더라도 입법론으로는 경청할 가치가 있지만, 해석론으로 준사무관리 법리를 인정하는 것은 곤란하다고 한다.[118] 그러나 이 견해는 지식재산권 침해에 있어서의 손해 개념은 상당히 특수한 것으로, 준사무관리라는 법률구성은 곤란하다고 하더라도 해석론 혹은 입법론으로 그에 가까운 결론에 도달하는 것이 반드시 부당하지는 않다고 한다.[119] 이러한 사고를 기초로 이 견해는 결론적으로 한편으로는 침해자가 위법한 행위로 인하여 취득한 이익을 보유하는 것은 정의에 반하는 것으로 보이지만, 다른 한편으로는 침해자가 고유한 능력·자력·노력 등에 의하여 획득한 이익 전부를 특허권자에게 인도하는 것도 형평에 반하는 것으로 보이므로, 준사무관리 법리를 특허법 분야에 도입하는지 여부는 결국 이 두 가지 요청 사이에 가장 타당한 종착점은 어디에 있는가에 대한 문제라고 한다.[120]

제4설은 우선 준사무관리 긍정설이 실질적 타당성을 중시하는 이상 이 견해에 따를 경우에는 그 법적 효과가 중요하게 된다는 관점에서 준사무관리 긍정설의 타당성 여부를 검토한다.[121] 그 검토의 대상은 주로 제재설에 입각하여 준사무관리 긍정설을 취하는 견해에 집중되어 있다. 즉 이 견해는 제재설에 따라서 준사무관리 법리를 도입하더라도 준사무관리 법리가 보충할 수 없는 과실 침해의 경우에는 특허권자의 적정한 보호를 도모하기 위하여 일본특허법 제102조 제2항의 해석으로 특허권자의 이용태양에 따라서 침해자 이익의 반환을 인정할 필요성이 있다고 한다.[122] 또한 이 견해는 제재설에 의해서 준사무관리 법리를 받아들일 경우에 구체적으로 어떠한 법적 효과를 목표로 하는지가 명확하지 않다고 한다.[123] 이에 따라 제재설에 의하는 경우에는 구체적 사례에 대한 처리의 기준을 어디에 구하는지가 문제되므로, 제재설이 제재라는 관점에서 일의적(一義的)으로 효과론을 결정하기 위해서는 그 기준을 명확하게 해 둘 필요가 있다고 지적한다.[124] 한편 이 견해는 일본특허법 제102조 제2항에 관하여 다음과 같이 해석한

118) 中山信弘, 전게 特許法, 第二版, 393頁.
119) 中山信弘, 전게 特許法, 第二版, 393頁.
120) 中山信弘, 전게 特許法, 第二版, 393頁.
121) 田村善之, 전게 知的財産権と損害賠償[新版], 270頁 이하.
122) 田村善之, 전게 知的財産権と損害賠償[新版], 271頁.
123) 田村善之, 전게 知的財産権と損害賠償[新版], 271-272頁 참조.
124) 田村善之, 전게 知的財産権と損害賠償[新版], 272頁.

다. 즉 1998년 특허법 개정 후 일실이익액 증명의 곤란함의 구제는 제1항에 맡기며, 제2항에 관해서는 침해의 억제를 위하여 침해자의 이익을 모두 반환하는 제도(제재를 근거로 하는 준사무관리에 가깝다)로 순화시키는 사고방식이 나타나도 이상하지 않다고 한다.[125] 나아가 그러한 발상 하에서는 동조 제2항에서는 권리자의 일실이익과는 관계없이 침해자가 어떠한 이익을 취득하고 있는가라는 점에 주목한 취급이 이루어지게 될 수 있다고 한다.[126]

(3) 미 국

1) 서 언

미국에서는 특허권자가 자기의 특허권 침해에 대하여 민사소송에 따라 구제를 청구하여야 하며,[127] 민사상의 구제수단에는 금지명령(injunction)과[128] 손해배상의 두 종류가 인정된다. 여기에서 후자인 손해배상에 관해서는 미국특허법 제284조에[129] 규정되어 있으며, 고의, 과실 등 주관적 요건의 충족은 요구되지 않는

125) 田村善之, 전게 知的財産権と損害賠償[新版], 323頁.

126) 田村善之, 전게 知的財産権と損害賠償[新版], 323頁.

127) 28 U.S.C. §281. Remedy for infringement of patent A patentee shall have remedy by civil action for infringement of his patent. 미국 특허법 제281조 [특허권 침해에 대한 구제] 특허권자는 자기의 특허권 침해에 대하여 민사소송에 따라 구제를 청구하여야 한다.

128) 35 U.S.C. §283. Injunction The several courts having jurisdiction of cases under this title may grant injunctions in accordance with the principles of equity to prevent the violation of any right secured by patent, on such terms as the court deems reasonable. 미국 특허법 제283조 [금지명령] 본 특허법에 기한 소송에 대해서 관할권을 가지는 법원은 특허에 의해서 얻은 권리의 침해를 방지하기 위하여 형평법 원칙에 좇아서 법원이 적절하다고 인정하는 조건에 기초하여 금지명령을 인가해도 된다.

129) 35 U.S.C. §284. Damages Upon finding the claimant the court shall award the claimant damages adequate to compensate for the infringement but in no event less than a reasonable royalty for the use made of the invention by the infringer, together with interest and costs as fixed by the court. When the damages are not found by a jury. the court shall assess them. In either event the court may increase the damages up to three times the amount found or assessed. Increased damages under this paragraph shall not apply to provisional rights under section 154(d) of this title. The court may receive expert testimony as an aid to the determination of damages or of what royalty would be reasonable under the circumstances. 미국 특허법 제284조 [손해배상] 법원은 청구권자가 유리하다고 사실인정을 한 경우에는 청구권자에 대하여 침해를 보상하는 데에 충분한 손해배상을 결정하여야 하며, 당해 배상은 어떠한 경우에도 침해자가 한 발명의 실시에 대한 합리적 실시료에 법원이 정하는 이자 및 비용을 가산한 금액을 하회해서는 안된다. 손해배상액에 대해서 배심에 의하여 결정되지 못한 경우에는 법원이 그것을 사정(査正)하여야 한다. 어느 경우에도 법원은 손해배상액을 결정 또는 사정(査正)액의 3배까지 증액할 수 있다. 본 단락에 기초하여 증액된 손해배상은 제154조(d)에 기초한 가정(假定)의 권리에는 적용되지 않는다. 법원은 필요에 따라서 손해배상액 또는

다.[130] 이러한 미국특허법의 손해배상 법리에는 전통적으로 ① 특허권자의 손해를 전보하는 목적 외에 ② 침해자의 부당이득(unjust enrichment)을 방지하는 목적과 ③ 장래의 침해를 방지하는 예방적 목적이 인정되어 왔다.[131] 이 중 ③을 주된 목적으로 하여 과거에는 침해자 이익의 배상(recovery of an infringer's illicit profits)이 미국특허법상 독립된 손해산정방법으로 인정되었다.[132] 그러나 침해자 이익액에 관한 적절한 증거를 제시하기 어렵고 그로 인하여 소송이 지연된다는 이유로 현재 미국에서 침해자 이익의 배상은 1946년 특허법 개정으로 삭제되었다.[133] 따라서 현재 미국의 특허법상으로 침해자 이익의 배상은 독립적인 손해산정방법으로 인정되지 않는다.[134] 이는 오늘날 미국의 판례가 특허권 침해로 인한 손해배상액은 일실이익(lost profits), 합리적 실시료(reasonable royalty)라는 두 가지 방법에 의해서 산정된다는 입장을 취하고 있는 점에서도 엿볼 수 있다. 그렇

적절한 실시료를 결정하기 위한 보조로서 전문가 증인의 증언을 들을 수 있다.

130) 田村善之, 전게 知的財産権と損害賠償[新版], 149頁.

131) Paul H. Hubbard, *Monetary Recovery under the Copyright, Patent, and Trademark Acts*, 45 TEX. L. REV. 953 (1967).

132) 이러한 법리의 인정은 실시료 상당액 산정 법리와의 비교를 통하여 그 실익이 있었음을 알 수 있다. 즉 실시료 상당액 산정을 위한 가상의 실시계약에서는 침해자가 어느 정도의 이익을 확보하는 것을 인정하는 데 반하여 침해자 이익액 산정에 있어서는 침해자가 이익을 전부 반환하여야 하므로 침해자 이익액은 일반적으로 실시료 상당액보다 더 클 것으로 예상된다. 이러한 관점에서 침해자 이익 법리로 인하여 잠재적인 침해자는 침해를 하여도 남는 이익이 없을 것이라는 예상을 하게 되고, 이에 따라 결과적으로 침해는 억제될 것이다(정차호·장태미, 앞의 책, 89-90면).

133) Thomas F. Cotter, *Comparative Patent Remedies*, Oxford, 2013, pp. 198-199.

134) 다만 디자인 특허의 침해에 대해서는 오늘날에도 침해자 이익의 반환이 명문으로 허용되고 있다. 35 U.S.C. §289. Additional remedy for infringement of design patent Whoever during the term of a patent for a design. without license of the owner, (1) applies the patented design, or any colorable imitation thereof, to any article of manufacture for the purpose of sale, or (2) sells or exposes for sale any article of manufacture to which such design or colorable imitation has been applied shall be liable to the owner to the extent of his total profit, but not less than $250, recoverable in any United States district court having jurisdiction of the parties. Nothing in this section shall prevent, lessen, or impeach any other remedy which an owner of an infringed patent has under the provisions of this title, but he shall not twice recover the profit made from the infringement. 미국 특허법 제289조 [디자인특허의 침해에 대한 추가적 구제] 디자인특허의 존속기간 중에 특허권자의 허락을 얻지 않고 (1) 판매하기 위한 제조물품에 특허 디자인 또는 실질적으로 동일한 디자인을 이용한 자, 또는 (2) 특허 디자인 혹은 실질적으로 동일한 디자인이 이용되고 있는 제조물품을 판매한 자, 혹은 판매를 위하여 전시한 자는 250불을 하회하지 않는 총이익(total profit)을 특허권자에게 지급할 책임을 지며, 당해 회수는 당사자에 대한 관할권을 가지는 중앙지방법원에서 이루어진다. 본조의 어떠한 규정도 침해된 특허권자는 본 특허법 규정에 기초하여 가지는 다른 구제를 방해하거나 감소시키거나 거기에 이의를 신청하는 것이 아니지만, 특허권자는 침해로 인하여 얻은 이익을 2번 회수할 수는 없다.

지만 특허법 이외의 특별법, 예컨대 디자인 특허법, 저작권법, 상표법, 영업비밀법 등에서는 침해자 이익액에 의한 손해액 산정이 여전히 허용되고 있다.[135]

이하에서는 미국의 특허법 내지 지식재산권법상의 침해자 이익액 산정법리가 어떠한 역사적 변천에 따라 운용되어 왔는지를 살펴보기 위해서 특허법상 침해자 이익의 배상이 삭제된 1946년을 기준으로 하여 삭제되기 전의 특허법상 침해자 이익액 산정법리의 운용과 1946년 이후 미국 지식재산권법상 침해자 이익액 산정법리의 운용으로 나누어서 살펴본다.

2) 1946년 특허법 개정 전의 특허법상 침해자 이익액 산정법리의 운용

(가) 침해자 이익 배상이 미국특허법상 인정되었던 시대에 특허권자는 에쿼티(equity) 소송에 의하여 침해자 이익의 반환을 청구할 수 있었으며, 반환이 인정되는 것은 침해자가 실제로 획득한 이익이었다.[136] 다만 이 경우에 침해자의 이익 전액이 반환되는 것이 아니라 특허발명에 돌아갈 수 없는 부분은 침해자의 수중에 남겨진다고 하였고, 이에 따라 이른바 이익 배분(apportionment)이 이루어질 필요가 있었다. 이에 대한 선도적 판례가 된 Mowry v. Whitney, 81 U.S. (14 Wall.) 620, 650-651 (1871)은 복잡하게 이루어진 제조공정 중 한 공정에 관한 발명의 특허권자는 침해자가 모든 공정으로 인하여 얻은 이익의 반환을 청구할 수는 없다고 판시하여 이익 전액의 반환을 명한 원판결을 파기 환송하였다. 왜냐하면 다른 각 공정에 대해서도 특허권이 존재하는 경우에는 침해자는 자기가 획득한 이익의 몇 배의 금액을 반환하여야 하는 것이 되어서 부당하며, 침해자가 특허권자의 발명을 사용함으로써 공중에 사용가능하거나 동등한 결과를 얻을 수 있는 다른 방법에 비해서 어떠한 이익을 얻었는가라는 점을 문제 삼아야 하고, 그 결과 산정된 차액이 침해자가 특허발명으로 인하여 획득한 이익이 된다고 보았기 때문이다.

---

135) 이 밖에 미국과 같은 법계인 영국에서도 특허법 제61조가 특허권 침해에 대한 손해배상 시 침해행위로 얻은 침해자의 이익액을 손해배상액으로 산정할 수 있다고 규정하며, 지식재산권의 행사를 확보하기 위한 수단 및 절차에 관한 EC 집행지침 제13조가 침해자 이익액에 따른 손해배상액 산정에 대하여 규정하고 있다고 한다(자세한 내용은 정차호·장태미, 앞의 책, 95-96면의 본문 및 주144, 주145, 주146 참조). 그러나 동 지침이 있기 전에도 독일, 영국 등에서는 침해자 이익 법리를 운영하였고, 동 지침 이후 프랑스 등이 동 법리를 도입하였다(Thomas Cotter, supra, p. 270 참조).

136) Livingston v. Woodworth, 56 U.S. (15 How.) 546 (1853); Dean v. Mason, 61 U.S. (20 How.) 198 (1857).

(나) 이 판결 이후 이익 배분의 기준을 어떻게 설정하는가라는 문제에 대해서 미국에서는 판례가 집적되었다.

우선 제품 전체의 가치에 발명의 효과가 미치고 있는 경우에는 침해자가 실시품의 판매로 인하여 획득한 이익 전액의 배상이 명하여졌다. 특허발명의 실시부분이 제품의 일부에 불과한 경우에도 제품 전체의 가치가 발명에 유래되고 있는 경우 내지는 발명 없이는 제품을 판매하는 것이 불가능한 경우에 제품 전체의 이익 반환이 인정되었다.[137] 그러나 발명의 효과가 판매된 제품의 일부에 대해서만 미치고 있는 경우 내지는 기존 제품의 개량에 불과한 경우에는 이익 중에서 특허발명에 돌아가야 할 금액의 반환만이 허용되었다.[138] 또한 방법의 특허발명 침해사례의 경우에는 일반적으로 사용가능한 다른 방법에 의하더라도 동등한 효과를 얻을 수 있다면 그것과의 비교에 따라 이익의 일부가 반환됨에 그쳤다.[139]

요컨대 전술한 배분에 관한 증명책임의 소재에 대한 미국의 판례는 다음과 같이 정리될 수 있다. 즉 증명 불능인 정도로까지 침해자의 발명의 실시 부분과 비실시 부분이 혼합되어 있는 사실을 원고 특허권자가 증명한 경우에는 특허권자에게 모든 이익이 배상된다.[140] 그럼에도 불구하고 증명책임은 여전히 특허권자에게 있으므로, 특허권자가 적절한 개산(槪算)을 가능하게 하는 증거를 제출하거나 이익의 배분이 전혀 불가능한 점을 제시할 책임을 진다.[141] 따라서 배분액을 증명할 수 없는 특허권자는 명목액의 배상을 받을 수 있음에 그친다.[142]

(다) 그 후 1938년 에퀴티(equity)와 커먼 로(common law) 절차의 통합이 이루어졌으며, 이어서 1946년 미국 연방의회에 의해서 특허권 침해에 대한 구제수단에 관하여 특허법 개정이 있었다. 즉 종래의 "원고는 침해자가 배상하여야 할 이

137) Manufacturing Co. v. Cowing, 105 U.S. 253, 255-256 (1881); Hurbut v. Schillinger, 130 U.S. 456, 471-472, 9 S. Ct. 584 (1889); Crosby Steam-Gage & Valve Co. v. Consolidated Safety-Valve Co., 141 U.S. 441, 453-454, 12 S. Ct. 49 (1891); Warren v. Keep, 155 U.S. 265, 267-268, 15 S. Ct. 83 (1894). 이러한 일련의 판례 법리를 전체시장가치원칙(Entire Market Value Rule. 이하 'EMVR'로 약칭한다)이라고 한다.

138) Littlefield v. Perry, 88 U.S. (21 Wall.) 205, 228-229 (1874); Garretson v. Clark, 111 U.S. 120, 121-122, 4 S. Ct. 291 (1884).

139) Mowry v. Whitney, 81 U.S. (14 Wall.) 620, 650-651 (1871).

140) Westinghouse Elec. & Manufacturing. Co. v. Wagner Elec. & Manufacturing Co., 225 U.S. 604, 614-615, 618, 32 S. Ct. 691 (1915).

141) Dowagiac Manufacturing Co. v. Minnesota Moline Plow Co., 235 U.S. 641, 646-647, 35 Ct. 221 (1915).

142) Garretson v. Clark, 111 U.S. 120, 121-122 (1884). 다만 이러한 배분을 결정하기 위해서는 많은 시간이 소요되었으므로, 이 산정절차에 소송의 대부분의 시간이 허비되었다고 한다(H.R. Rep. No. 1587, 79th Cong., 2d Sess. 2 (1946) 참조).

익에 더하여 자기가 입은 손해배상을 받을 자격을 가진다"라는 규정에서 침해자 이익에 관한 문언이 삭제되었고, 그 대신에 "원고는 법원에 의해서 확정되는 비용, 이자와 함께 당해 발명의 제조, 사용, 판매를 적절하게 보상하는 일반적 손해배상을 받을 자격을 가진다"로 개정되었다.[143] 그 후 동 조문은 실질적 변경을 받지 않은 채, 1952년 현행 특허법 제284조로 이어지게 되었다.[144] 이러한 미국 연방의회에 의한 1946년 특허법 개정의 취지는 소송절차의 지연을 해소하기 위하여 침해자 이익 반환 제도를 폐지한다는 데에 있었다.[145] 물론 그 후에도 학설상으로는 이러한 특허법 개정에 의하더라도 침해자 이익의 반환은 여전히 존속하고 있다는 견해도 존재하였지만,[146] 1964년 연방대법원은 미국에서 침해자 이익의 반환은 독립적인 손해배상제도로는 폐지되었다고 분명하게 선언하였다.[147] 이후 미국의 실무는 이 판결에 따라 침해자 이익은 폐지되었다는 견해를 일치하여 채용하였으며, 나아가 이러한 해석은 미국의 확립된 판례의 입장이 되었다고 평가할 수 있다.[148]

3) 1946년 특허법 개정 후 지식재산권법상 침해자 이익액 산정법리의 운용

(가) 전술한 바와 같이 1946년 특허법 개정으로 침해자 이익액 산정 규정이 삭제되었으며, 미국의 확립된 판례도 특허법상 침해자 이익의 반환은 손해산정방법으로 인정되지 않는다고 하였다. 이러한 특허법 개정의 취지는 다른 지식재산권 침해인 디자인권 침해, 상표권 침해 및 저작권 침해소송에도 동일하게 적용되어야 할 것이지만, 무슨 이유에서인지 디자인특허법, 저작권법, 상표법 및 통신영업비밀법 등에서는 침해자 이익액에 의한 손해액 산정이 여전히 허용되고 있다.[149]

---

143) Revised Statutes Section 4921; Act of Aug. 1, 1946, ch. 726, §1, 60 Stat. 778.

144) Norman C. Fulmer, *Measure of Damages in Patent Infringement Suits*, 36 J. PAT. OFF. SOC'Y. 317, 319 (1954).

145) H.R. Rep. No. 1587, 79th Cong., 2d Sess. 2 (1946).

146) Note, *The Enforcement of Rights Against Patent Infringers*, 72 Harv. L. Rev. 328, 345 (1958) 참조. 하급심 판례의 동향에 대해서는 Notes, *Recovery in Patent Infringement Suits*, 60 Col. L. Rev. 841, 843-844 (1960); 5 Chisum on PATENTS, chap. 20, pp. 67-70 참조.

147) Aro Manufacturing Co. v. Convertible Top Replacement Co., 377 U.S. 476, 84 S. Ct. 1526 (1964) (Aro II) 참조.

148) General Moters Corp. v. Devex Corp., 461 U.S. 648, 654 (1983) 참조. 그 밖의 판결에 대해서는 5 Chisum on PATENTS, chap. 20, pp. 68-70 참조. 다만 이에 대해서는 침해자 이익의 반환을 폐지한 것은 부당한 이득을 허용하여 침해를 억제할 수 없다는 점에서 입법론으로 의문이라는 비판적 견해가 주장되고 있었다(Paul H. Hubbard, *Monetary Recovery under the Copyright, Patent, and Trademark Acts*, 45 Tex. L. Rev. 953, 972-973 (1967) 참조).

149) Cotter, supra note 133, p. 149.

공제 가능한 비용과 관련해서는 변동비(variable cost)뿐만 아니라 고정간접비(fixed overhead)의 일정 부분도 공제할 수 있다는 것이 미국의 디자인특허법, 상표법 및 저작권법에서의 공통된 법리이다.[150] 이와 같이 디자인특허법, 상표법, 저작권법 등에 적용되는 침해자 이익 법리는 기본적으로는 서로 동일하지만[151] 일부 쟁점에 대해서는 다소 다르게 운용된다. 예컨대 미국의 상표법은 고의 침해가 있는 경우에만 침해자 이익액을 산정할 수 있는 점이 특허법 및 저작권법과 다르다.[152]

(나) 미국에서의 침해자 이익액 산정법리는 침해자의 부당이득을 방지하는 목적을 중시하고 있다.[153] 이러한 목적은 미국 지식재산권법 곳곳에서 나타나고 있다. 예컨대 미국의 침해자 이익 법리는 의제신탁(constructive trust) 법리를 통해서 구현되기도 한다. 동 법리에 의하면 피신탁인(trustor)으로서 대상 제품을 판매하는 경우에 그 피신탁인이 얻은 이익은 신탁인(trustor)인 권리자에게 반환되어야 한다는 것이다.[154] 이에 따라 미국의 침해자 이익 법리는 침해자가 권리자를 대위하는 의제신탁(constructive trust)의 법리에서 비롯된 것이라고 설명하기도 하며,[155] 이는 결과에 있어서 독일의 준사무관리 법리와 유사하다. 이러한 시각은 미국 저작권법의 해당 규정의 입법이력에서 침해자 이익 법리의 목적이 "침해자가 그의 부당한 행위로부터 비정당한 이익을 획득하는 것을 방지하기 위한 것"이라고 설명되고 있는 부분에서도 나타난다.[156]

또한 이러한 시각은 미국법 특유의 부당이득 법리에서도 나타난다. 즉 미국 지

150) Cotter, supra note 133, p. 150.

151) John Skenyon, et al, *Patent Damages Law and Practice*, Clark Boardman Callaghan, 2013, §1:12.

152) Merck Eprova AG v. Brookstone Pharmaceuticals, LLC, 2013, WL 363382, at 23 (S.D.N.Y. 2013).

153) Paul H. Hubbard, *Monetary Recovery under the Copyright, Patent, and Trademark Acts*, 45 TEX. L. REV. 953, 955 (1967) 참조.

154) *Id.* at 978.

155) Amy L. Landers, *Patent Claim Apportionment, Patentee Injury, and Sequential Invention*, 19 Geo. Mason L. Rev. 471, 490 (2012) 참조. 이러한 의제신탁 법리가 적용되면 손실자는 형평법상 보상권이나 신탁재산의 대상물에 대한 추급권(tracing)을 가지고 있어서 손실자는 부당이득자가 취득한 재산을 처분하면 그 처분의 대가 내지 그 대가로 취득한 물건까지도 수탁자(부당이득자)의 점유 하에 있는 한 모두 신탁재산이라고 주장할 수 있다. 또한 침해자가 부당이득한 물건을 투자하여 매우 많은 이득을 취득한 경우라면, 의제신탁 법리에 의해서 이득자가 취득한 재산은 모두 손실자를 위한 신탁재산으로 귀속된다(Hanbury & Martin, Modern Equity (by Dr Jill E. Martin), 17th ed., Sweet & Maxwell, 2005, p. 657 참조).

156) H.R. Rep. No 94-1476 at 161 (1976), reprinted in 1976 U.S.C.C.A.N. 5659, 5777.

식재산권법에서의 침해자 이익액 산정 법리는 (권리자의 실손해와 무관한) 부당이득 법리에 기초하므로, 침해자는 침해로 인하여 발생한 이익액 전부를 권리자에게 반환해야 한다.[157] 이러한 의미에서 미국 지식재산권법은 결과적으로 침해자의 이익을 권리자의 손해로 간주한 것이라는 평가도 있다.[158] 그리고 이와 관련하여 최근 미국에서는 침해자가 부당이득을 취하는 것을 방지하여야 하므로, 미국 특허법에 침해자 이익 법리를 다시 도입하여야 한다는 견해도 주장되고 있다.[159]

IV. 현행 특허법 제128조 제4항의 타당성 여부 검토

1. 의 의

우리나라에서 준사무관리 법리의 도입이 논의되는 전형적인 예는 특허권 침해의 경우에서이다.[160] 이에 대해서 민법상 준사무관리의 도입 여부와 관련된 학설의 견해 대립 및 그 타당성 여부는 별론으로 하더라도, 일반적인 견해는 준사무관리가 전형적으로 문제되는 사안인 지식재산권 침해, 특히 특허권 침해 사안에서 우리민법상 준사무관리를 도입하지 않더라도 준사무관리를 채택함으로써 도모

157) 이와 관련하여 미국의 제3차 원상회복법 리스테이트먼트상 인정되는 위법하게 취득한 이익의 환수구제는 위법행위에 대한 인센티브를 억제하는 기능을 가지는 구제일 뿐 제재적 성질을 가지는 구제는 아니다(American Law Institute, Restatement Third: Restitution and Unjust Enrichment, vol. I., St Paul, MN, American Law Institute Publishers, 2011, §3 comment a and e 참조). 다만 이와 함께 미국의 실무는 이익의 환수책임을 통한 위법행위의 억제가 경우에 따라서는 실효성이 없을 수 있으므로, 징벌적 손해배상을 인정하여 보충하는 경우가 있는데, 이 경우의 징벌적 손해배상은 부당이득법 이외의 불법행위법이나 제정법 등에 법적 근거를 가지므로, 위법하게 취득한 이익의 환수를 징벌로 인정하여 보강하더라도 모순은 발생하지 않는다고 한다(Restatement Third: Restitution and Unjust Enrichment, §51 comment k; 櫻井博子, “アメリカ法における違法に取得した利益に対する責任”, 法学会雑誌, 56巻 1号(前田雅英教授退職記念号 川村栄一教授退職記念号), 首都大学東京都市教養学部法学系, 2015, 749頁 참조).

158) 정차호·장태미, 앞의 책, 91면.

159) Caprice L. Roberts, *The Case for Restitution and Unjust Enrichment Remedies in Patent Law*, 14 Lewis & Clark L. Rev. 653 (2010) 참조. 이상의 미국 지식재산권법 영역에서의 침해자 이익 법리의 운용과 관련하여 정차호·장태미, 앞의 책, 91면은 침해로 인하여 권리자가 잃는 것은 일실이익뿐만 아니라 시장인지도 감소, 판매비 증가 등도 있으므로, 침해자 이익 법리로도 권리자의 손해를 모두 보전하지 못하는 경우가 많을 것이며, 그런 면에서 침해자가 권리자에게 본인의 이익 전부를 반환한다고 하여도 권리자에게 지나친 혜택을 주는 것이라고 보기는 어렵다고 한다.

160) 일본의 경우에도 과거의 학설은 특허권 등 무체재산권의 보호를 염두에 두고 준사무관리 법리의 인정 여부에 대해서 논의하고 있었다(藤原正則, 전게 不当利得法, 272頁 참조).

하려는 악의의 무단사무관리자가 취득한 본인의 손실을 초과한 이득박탈의 효과는 특허법 제128조 제4항 등과 같은 특별법에 의해서 해결된다고 결론짓고 이 단계에서 논의를 종결하는 것 같다. 그렇지만 준사무관리 법리를 도입할 필요가 있다는 관점에서 본다면 다시금 특허권 침해의 특수성과 특허권 침해의 경우의 구제수단으로 운용되는 현행 손해배상제도의 문제점을 분명히 인식할 필요가 있다. 그리고 일반적 견해의 결론처럼 실제로 특허법 제128조 제4항 등 특별법을 통하여 특허권자 등과 같은 지식재산권자가 준사무관리를 인정함으로써 도모하려는 효과를 누리고 있는지 여부도 심층적으로 살펴볼 필요가 있을 것이다. 이를 위해서는 특허법 제128조 제4항의 실제 운용실태를 정확하게 파악해야 한다. 그 결과 만약에 특별법을 통해서도 실제로 권리자의 보호에 흠결이 발견된다면, 이는 준사무관리 법리를 특허법에 도입할 필요성이 있음을 나타낼 것이다. 이에 따라 준사무관리 법리를 특허법에 도입한다면 그 구체적 모습은 특허법 분야에서도 해석론으로 도입할 것인지, 그렇지 않으면 특허법과 같은 특별법에 명문규정을 통하여 도입할 것인지가 문제될 것이다. 나아가 이러한 문제는 연구결과에 따라서는 중대한 입법적 흠결의 문제로 발전할 수 있고, 따라서 이에 대한 개정론 내지 입법론의 제시가 필요할 수도 있을 것이다. 이하에서는 이러한 문제의식 하에 현행 특허법 제128조 제4항의 타당성 여부를 검토한다.

2. 특허권 침해의 특수성과 현행 손해배상제도에 대한 문제점

(1) 특허권 침해의 특수성

1) 특허권은 권리 객체가 무체물이며 권리의 본질이 지배권이라는 점에서 준물권에 속한다. 그런데 특허권은 목적물을 점유하는 것이 아니어서 침해행위가 어디에서든지 쉽게 이루어지며, 물건에 대한 점유라는 사실 상태를 통하여 권리를 행사하는 동산과 부동산의 경우와는 달리 특허권자가 특허권을 준점유하고 있다고 하더라도 제3자에 의한 권리침해가 가능하다.[161] 또한 특허권은 일반적으로 출원일 후 20년이 되는 날까지 존속하지만, 이러한 법정된 존속기간과는 상관없이 특허권의 실질적 존속기간, 즉 경제적 수익을 확보할 수 있는 기간은 짧아지고 있다. 따라서 특허발명이 시장에서 가치를 인정받는 것이 긴요한 초기 단계에

161) 전효숙, "특허권 침해로 인한 손해배상", 저스티스, 제30권 제1호, 한국법학원, 1997, 7면.

서 특허권 침해를 효과적으로 억제하지 못한다면 그 후 특허권자가 그 특허로부터 경제적 이익을 확보할 가능성은 매우 낮아진다.[162]

2) 한편 유체물의 침해에 대한 소송에서는 통상적으로 목적물의 교환가치에 따라 손해배상액을 산정하지만, 특허권 침해의 경우에는 권리 침해에 관한 인과관계와 손해의 증명 등이 매우 어렵다. 즉 특허권 침해로 인한 손해의 경우에는 재산권 가치의 감소 부분이든 일실이익이든 증명이 매우 어렵다.[163] 또한 현실적으로 특허발명을 완성하기 위하여 투자한 많은 시간과 비용을 손해액으로 산정하기 어려우므로, 일반적인 민법상의 손해배상제도만으로는 특허권자가 입은 피해를 완전하게 구제하기에 한계가 있다.[164] 따라서 특허법에서는 특허권 침해로 인한 손해배상에 관한 특별규정(제128조, 제130조)을 두어 이에 대한 해결을 도모하고 있다.[165]

(2) 현행 특허법상 손해배상제도

1) 특허권 침해에 대해서는 민법상의 구제수단인 불법행위에 기한 손해배상청구권과 부당이득반환청구권 외에 특별법인 특허법이 침해금지·예방청구권, 손해배상청구권, 신용회복청구권 등의 구제수단을 제공한다.[166] 이 밖에 형사적인 구제수단으로 특허권 침해죄(특허법 제225조), 허위표시죄(특허법 제228조)를 제공한다.[167] 특허권 침해는 일반적으로 위법한 것이고 책임무능력자의 특허권 침해가 문제되는 경우는 거의 없으므로, 특허권 침해 소송에 있어서는 결국 권리자의 손해발생 여부 및 손해액 산정, 그리고 (침해와 권리자의 손해 사이의) 인과관계

162) 즉 특허권의 존속기간이 한정적이라는 사실과 특허발명으로부터 수익을 창출할 수 있는 시기가 제한적이라는 사실은 특허권을 (권한의 만료기간이 없는) 일반 물권과는 다른 방법으로 보호할 필요성을 웅변한다(정차호·주지환, "손해배상액 증액제도의 특허법에의 도입 필요성", 성균관법학, 제24권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2012, 765면 참조).

163) 김재국·김장생, 앞의 논문, 461면.

164) 복진요, "지재권 분야에 징벌적 손해배상제도 도입가능성에 관한 연구", 지식재산21, 특허청, 2010.4, 16면.

165) 김재국·김장생, 앞의 논문, 462면.

166) 특허법 제126조, 제128조, 제131조. 이러한 특허법상 인정되는 손해배상액은 법정책적·경제학적 관점에서 보면 침해예방의 제재적 기능을 수행하며, 불법행위에 대한 구제수단은 권리자 보호의 역할뿐만 아니라 대중으로 하여금 그와 같은 불법행위를 하지 않도록 계도하는 데에도 중요한 목적이 있다(최지선, "특허침해 손해액 산정시 특허법 제128조의 조항별 활용도, 인용규모 및 영향요인 간 관계에 관한 통계분석과 시사점", 법경제학연구, 제13권 제2호, 한국법경제학회, 2016, 236면 참조).

167) 전효숙, "특허권 침해로 인한 손해배상", 신특허법론(손경한 편저), 법영사, 2005, 782면 이하 참조.

가 핵심적인 쟁점이 될 것이다.[168]

2) 한편 민법은 제394조에 의하여 금전배상을 원칙으로 하고 있기 때문에 특허법상의 손해배상에 있어서도 그 손해액을 얼마로 산정할 것인지가 문제가 된다. 일반적으로 특허권 침해에 대한 손해배상청구의 경우 민법 규정과 특허법 규정을 모두 적용할 수 있다고 본다.[169] 그런데 전술한 바와 같이 특허권 침해는 일반 재산권 침해에 비해서 불법행위의 증명이나 손해액의 증명이 어렵다는 특징을 가지고 있기 때문에, 민법상의 손해배상 규정만으로는 특허권 침해를 효율적으로 구제할 수 없다. 이러한 인식 아래, 특허법은 (2001년 개정 이후) 민법과는 다른 독특한 손해배상 제도를 운용하고 있다.[170] 즉 특허법의 손해배상제도가 민법의 일반적인 제도보다는 특허권자에게 더 유리하므로, 예외적인 상황이 아닌 한 특허권자는 특허법 규정을 통하여 손해배상을 청구하는 것이 일반적이다.[171]

(3) 현행 특허법상 손해배상제도의 문제점

1) 침해사실 증명의 어려움

특허법 제97조는 "특허발명의 보호범위는 청구범위에 적혀 있는 사항에 의하여 정하여진다"고 규정하고 있다. 그런데 기술적 사상인 발명을 문자로 정확히 표현하는 것이 매우 어렵고,[172] 따라서 특허권 분쟁은 필연적으로 권리의 불명확성이라는 독특한 쟁점을 수반하게 된다.[173] 이와 같은 권리의 불명확성은 침해자의 특허권 침해행위가 존재하는지 여부의 발견이나 침해자의 행위가 특허권 침해에 해당하는지 여부에 대한 판단을 어렵게 하는 요인이 된다.[174]

---

168) 박성수, 특허침해로 인한 손해배상액의 산정, 경인문화사, 2007, 16면.

169) 윤선희, "특허권침해에 있어 손해배상액의 산정", 저스티스, 통권 제80호, 한국법학원, 2004.8, 113면.

170) 정희장, "특허권 등 침해에 대한 손해배상청구권, 부당이득반환청구권", 지적소유권에 관한 제문제(상), 법원행정처, 1992, 471면.

171) 이인종, 특허권자보호강화방안에 관한 연구, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 1999, 62면.

172) 정차호, "미국특허소송에서의 청구항 해석: 예측불가능한 게임", 지식재산연구, 제3권 제2호, 한국지식재산연구원, 2008, 20면.

173) 미국 연방대법원 대법관들도 특허사건의 어려움에 대하여 토로하곤 한다. 2012년 Scalia 대법관이 CNN 기자와 가진 인터뷰에서 가장 어려웠던 사건들이 어떤 것이었냐는 질문에서 "아마도 특허 사건"이라고 답하였다고 한다.<http://www.ipwatchdog.com/2012/07/25/ justice-scalia-hardest-decision-probably-a-patent-case/ id=26743/>.

174) 배상철, 산업재산권분야에 있어서 징벌적 손해배상제도의 도입가능성 및 도입방향, 한국발명진흥회 지식재산연구센터, 2007, 6면. 이와 관련하여 최승재, "특허권의 실효성 확보를 위한

특허법은 (특허를 부여하는 반대급부로) 발명가에게 발명을 공개하도록 강요하므로,[175] 공중은 특허발명을 용이하게 입수할 수 있으며, 침해자는 특허권자에게 인식되지 않고 쉽게 특허발명을 실시할 수 있고 또한 특허발명의 원리를 변형하여 그 변형된 것이 본인의 발명인 것처럼 꾸밀 수도 있다. 이러한 상황에서 침해자의 객관적 실시유형이 특허권 침해에 해당하는지에 대한 판단이 특허권 침해소송의 쟁점이 된다.[176] 그러나 이와 같은 특허권 침해는 침해사실의 발견 자체가 어려울 뿐만 아니라, 침해 여부의 판단은 기술적 판단으로서 고도의 전문성을 요하므로 실제로 침해사실을 증명하여 법원으로부터 인정받기는 매우 어렵다.[177]

한편 특허발명의 실시라는 것은 특허발명을 이루는 구성요소를 모두 실시한 경우만을 말하며, 판례는 일관되게 구성요소 중 일부만을 실시한 경우에는 특허권 침해란 있을 수 없다고 판시하고 있을 뿐만 아니라[178], 이를 엄격하게 판단하고 있다.[179] 따라서 특허권 침해 소송에 있어서 가장 중요하고 심리에 있어서 핵심이 되는 쟁점은 특허권을 침해하였다고 주장되는 물건 또는 방법이 과연 청구항의 모든 요소를 실시하고 있느냐의 여부이다.[180] 실무적으로 특허권 침해소송에서는 먼저 청구항을 해석하여 권리범위를 특정하며, 2단계로 침해자의 실시행위를 특정하고,[181] 그 후 그 행위가 권리범위에 속하는지를 판단하게 된다. 그러나 실제 특허권 침해소송에서 피고가 실제로 실시하는 물건 또는 방법을 명확하게 특정하는 것은 그리 쉬운 일이 아니다.[182]

가중적 손해배상제도의 도입에 관한 연구", 강원법학, 제33권, 강원대학교 법학연구소, 2011, 446면도 참조.

175) 특허법 제64조 및 제87조 참조.

176) 박성수, 앞의 책, 16면.

177) 홍광식, "특허권 등 침해의 제유형", 지적소유권에 관한 제문제(上), 법원행정처, 1992, 308면. 이와 관련하여 정차호·이철남·황성필·배윤근·이용명, 특허권 실효성 확보 필요성에 관한 연구, 특허청 연구용역 보고서, 2010, 8면은 특허권자가 제기한 적극적 권리범위확인심판에서의 인용율이 약 25%에 불과하다고 한다.

178) 대법원 2000. 11. 14. 선고 98후2351 판결; 대법원 2001. 12. 24. 선고 99다31513 판결.

179) 대법원 2003. 3. 12. 선고 2001다15987 판결.

180) Brian J. McNamara, *Patent Protection of Computer Hardware and Software*, 12 Wake Forest J. Bus. & Intell. Prop. L. 137, 185 (2012).

181) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2010후3356 판결; 대법원 2005. 4. 29. 선고 2003후656 판결; 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010후296 판결 등.

182) 권택수, "특허권침해금지소송에 있어서의 실무상 제문제-피고제품 및 피고방법의 특정, 특허청 구범위의 해석과 관련하여-", 민형사실무연구 : 서울북부지방법원 승격기념논문집, 서울북부지방법원, 2004, 355면. 그 외 특허가 너무 잘 무효가 된다는 점도 지적될 수 있다. 정종한·박진하·이광형, "특허사건에 대한 특허심판원의 심판 및 법원의 판결 동향에 관한 통계적 연구", 지식재산연구, 제7권 제2호, 한국지식재산학회, 2012년 6월호 참조.

2) 손해배상액 산정의 어려움

특허권 침해는 그 태양이 다양하고, 침해 관련 증거가 피해자가 아닌 침해자에게 편중되어 있어서 침해에 따른 일실이익(lost profit)을 증명하는 것도 용이하지 않다.[183] 또한 일실이익의 증명이 어려울 경우 특허법 제128조 제4항에 따라 침해자의 이익액을 특허권자의 손해액으로 추정하여 손해배상을 청구할 수 있으나, 침해자가 특허권 침해로 얻은 이익을 특허권자가 증명하는 것은 매우 어려운 일이므로 이 방법 역시 권리자의 구제로는 충분치 못하다. 나아가 침해로 인하여 생긴 특허권자의 손해와 침해자가 얻은 이익은 시장수요의 증감, 침해자의 사업적 능력 등에 의하여 크게 좌우되는 것이어서, 권리자의 매출 감소가 반드시 침해로 인한 것이었다거나 침해자가 얻은 이익이 권리자가 얻을 수 있었던 이익이라고 단정하기도 어려운 점도 있다.[184]

한편 특허법 제128조 제2항의 일실이익이 적절히 증명되지 못한 경우, 법원은 동법 제128조 제5항에 의해서 실시료 상당액에 기초하여 손해배상액을 산정하게 되는데, 그 대상이 첨단기술인 경우에는 확립된 실시료가 없으므로 적정한 실시료를 산정하기가 대단히 곤란하고,[185] 기본적으로 실시료 상당액은 일실이익에 미치지 못하므로 특허권자의 권리를 적절하게 보호하지 못하게 된다.[186] 법원은 특허권 침해소송에서 동법 제128조 규정에 따라 손해배상액 산정 요소들을 하나하나 검토하게 되는데, 이때 손해배상액 산정에 어려움이 있는 경우 제7항의 "손해액을 증명하기 위하여 필요한 사실을 증명하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우"로 보고 특허권자가 입은 실손해액보다 훨씬 소액으로 손해배상액을 정해 버린다.[187]

---

183) 복진요, 앞의 논문, 35면. 그리하여 특허법은 피고의 관련 서류를 입수할 수 있는 규정을 두고 있다(특허법 제132조 제1항 참조). 그러나 피고는 통상 해당 서류가 영업비밀을 포함한다는 이유로 제출을 거부한다.

184) 이헌욱, 특허 침해와 손해배상산정에 관한 고찰: 특허법 제128조를 중심으로, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 2002, 102면.

185) 배대헌, "특허법상 징벌적 손해배상액 제도의 도입 여부 논의", 산업재산권 분야에 있어서 징벌적 손해배상제도의 도입 가능성 및 도입방안, 한국발명진흥회 지식재산권연구센터, 2005, 104면.

186) 실시료는 이익액의 몇 %로 정하게 되므로 (항상 그러한 것은 아니지만) 본질적으로 실시료는 일실이익보다 적다.

187) 법원 지적재산권분야 1·2심 합동연구회, 법률신문, 2010.7.10.

3) 손해배상액 규모의 문제

특허권자가 무효 판단의 단계와 침해 판단의 단계를 극복하고 승소한다 하더라도 최종적으로 받게 되는 손해배상액이 너무 소액이라는 지적도 존재한다.[188] 실무적으로 권리자가 손해배상청구를 통해 받을 수 있는 배상액은 일실이익의 일부에 불과하고, 더 많은 경우에는 일실이익을 증명하지 못하고 실시료 상당액으로 배상받기 때문이다.[189] 결국 특허권자가 상당한 시간과 비용이 요구되는 소송을 감당한다고 하여도 손해배상액이 실시계약을 통하여 실시료를 받는 것과 큰 차이가 나지 않아 청구의 실익이 없다는 것이 문제이다. 또한 침해자의 입장에서는 소송에서 패소한다 하더라도 이익액의 일부만 손해배상액으로 지불하게 되는 사례가 너무 많으므로[190] 침해 및 소송을 두려워하지 않게 되고, 특허권자의 경우에는 비록 승소한다고 하여도 받게 되는 금액이 소송비용 등에 미치지 못하는 경우가 많아서[191] 소송 또는 권리 그 자체를 포기하게 된다.

법원의 낮은 손해배상 인용액도 문제이다. 2000년부터 2009년 상반기까지 선고된 국내의 특허권(실용신안권 포함) 침해 및 손해배상 관련 민사사건에서, 손해배상 인용액이 5천만원 이하인 경우가 전체 사건의 절반을 차지하였다.[192] 더구나 국내 개인이 손해배상을 청구하는 경우 인용액은 청구액의 10% 수준이라고 한다.[193] 또한 논자에 따라서는 종래의 통설 및 판례가 침해자의 이익을 순이익으로 보는 입장을 취하고 있다고 이해한 뒤 이 법리에 따라 침해행위와 직접 관계없는 비용까지 덩달아 공제되는 경우가 많아서 결과적으로 손해배상액이 충분

---

188) 2010년에 수행된 한 설문조사에 의하면, 응답자 중 약 80%가 특허소송의 결과에 만족하지 못하고 있다(정차호 등, 앞의 보고서(2010), 152면 참조).

189) 배상철, 앞의 보고서(2007), 6면. 참고로 일본에서 특허권 침해가 인정된 판례 103건을 대상으로 한 "일본에서 손해배상액의 인용내역"을 보면 일본에서도 대부분의 경우 손해배상액이 실시료 상당액에 머물러 있음을 알 수 있다. 日本工業所有権審議会損害賠償等小委員会報告書のとりまとめについて, 1997.11.25., 일본특허청 참조. 한편 미국에서는 70% 정도의 확률로 (일실이익이 아닌) 실시료 상당액을 기준으로 손해배상액이 산정되고 있다고 한다. William O. Kerr, et al., *Patent Infringement Damages: Statistics and Trends, 1990-2004*, IPRA, Inc. (Yardley, PA, 2004)(DLICA s 20.05에서 재인용).

190) 침해자의 이익액의 25%를 실시료로 책정하는 것이 기본적인 규칙(rule of thumb)이라고 생각하여 왔으나, 이러한 생각을 뒤집고, 25%라는 숫자에 너무 얽매일 필요가 없다고 판시한 최근의 판례가 있다. Uniloc USA, Inc. v. Microsoft Corp., 632 F.3d 1292 (Fed. Cir. 2011) 참조.

191) 특허권자가 특허권 침해에 대한 구제를 받기 위해 부담하는 비용과 시간의 소모가 상당하다는 점도 문제점으로 지적된다(육소영, "산업재산권 분야에 있어서 징벌적 손해배상 제도의 도입가능성 및 도입방안", 한국발명진흥회 지식재산권연구센터, 2005, 152면 참조).

192) 배상철·서경·원미경·김남경·조지은, 침해소송 관련 특허사법제도 선진화를 위한 소송현황 분석 및 발전방안 연구, 한국지식재산연구원, 2009, 146면.

193) 배상철 등, 앞의 보고서(2009), 147면.

치 않게 되는 문제가 있다고 지적되기도 한다.[194] 나아가 승소한 경우에 법원에 의해 인정되는 변호사 비용은 원고가 실제로 지급한 금액 전부가 아니라 그 범위 안에서 권리의 주장에 필요하였다고 인정되는 상당액 수준에 불과하여 현실적으로 매우 낮다.[195]

이러한 현실은 침해자가 무단으로 타인의 특허권을 침해하는 것을 조장하는 측면이 있다. 처음부터 실시허락계약을 체결할 필요 없이 몰래 침해행위를 하다가 소제기를 당하더라도 침해로부터 발생한 이익의 일부만 배상해 주면 되므로, 침해는 만연하게 되고 특허권은 쉽게 무시된다.

4) 법원의 관대한 선고관행

특허권 침해소송에서의 특허권자의 낮은 승소율 역시 구제수단의 실효성을 의심케 하는 요인이다. 한 자료에 의하면, 국내의 특허권 침해 및 손해배상 관련 민사사건의 1심에서 인용판결을 받은 사건은 전체의 26.8%이고, 권리자의 청구가 전부 인용된 경우는 9.7%에 불과하였다.[196] 다른 자료에 의하면, 2008년 및 2009년 2년간 서울중앙지방법원에서 판결에 이르렀던 사건 90건 중 원고가 승소하거나 일부 승소한 건은 21건으로 원고승소율은 23.3%에 불과하였다.[197] 이처럼 법원이 특허권 침해에 대하여 미온적인 태도를 보이므로[198], 특허의 존재를 뻔히 알면서도 고의로 침해를 하는 가해자의 도덕적 해이가 빈번하게 발생하게 된다.

---

194) 양창수, "특허권침해로 인한 손해배상 시론-특허법 제128조 제1항의 입법취지와 해석론-", 법조, 통권 제588호, 법조협회, 2005, 60면 이하 참조. 다만 침해자의 이익액을 산정하는 방법에 관한 이론 중 총이익설과 순이익설은 합리적이지 않으므로 현재 우리의 실무는 한계이익설을 취하고 있다고 이해하는 견해도 있다(정차호·장태미, 앞의 책, 120면).

195) 대법원 1970. 3. 10. 선고 69다2012 판결; 대법원 1996. 11. 8. 선고 96다27889 판결. 이와 관련하여 최승재, 앞의 논문, 460면은 "미국에서 2009년 특허권 침해소송에서 인용된 손해배상액의 중위값 (median)은 900만 달러이다. 2006년과 2008년 각 300만 달러에서 상승한 것으로 역사상 최고치라고 할 수 있다. … 이러한 미국의 통계와 비교하여 보면, 우리나라에서의 손해배상액의 인용액이 시장의 차이 등을 감안하더라도 얼마나 낮은 수준인지 알 수 있다"고 한다. 한편 미국의 2002-2007년의 판결을 분석한 자료에 의하면 손해배상액 중위값이 4.3백만 불이라고 한다. David W. Opderbeck, *Patent Damages Reform and the Shape of Patent Law*, 89 B.U.L. Rev. 127 (2009). 참조.

196) 배상철 등, 앞의 보고서(2009), 142면.

197) 정차호 등, 앞의 보고서(2010), 151면.

198) 범죄의 지식재산권 범죄에 대한 관대한 선고관행도 문제이다. 법원의 산업재산권 침해에 대한 처리현황자료에 따르면, 1심에서의 실형 선고율이 현저히 낮은 반면, 집행유예나 벌금 선고율은 상대적으로 높다. 자세한 내용은 배상철, 앞의 보고서(2007), 18-21면 참조. 또한 좌승관, "특허법상 형사처벌에 관한 소고", 지식재산21, 특허청, 2011년 4월호는 "검찰연감 통계자료에 의하면 검찰청에서의 특허법 위반사건의 기소율은 10%에도 못미치고 있다"고 한다.

3. 특허법 제128조 제4항의 운용실태 및 문제점

(1) 개 관

전술한 바와 같이 현행 특허법상의 손해배상제도는 전반적으로 피해자 구제 및 침해방지라는 기본적인 역할을 수행하지 못한다. 특허소송은 무효판단, 침해판단 및 손해배상액 산정의 3단계로 구성되는데, 1단계에서 특허가 쉽게 무효가 되고 2단계에서 침해가 아니라는 판단이 난무하고 3단계에서 법원이 인정하는 손해배상액이 상당히 소액이어서, 현실적으로 특허법이 제공하는 권리구제책이 기능을 발휘하지 못하게 되고, 이러한 사실을 잘 아는 침해자는 만연히 침해를 하게 된다.

한편 준사무관리 법리와 관련하여 논의될 수 있는 특허법 제128조 제4항의 실제 운용 형태를 살펴보면 침해자 이익 규정이 일실이익 규정보다 더욱더 적극적으로 활용되지 못하고 있다. 그리고 침해자 이익 규정을 적용하는 경우에 침해품의 판매액 대비 손해배상액이 매우 낮다는 문제점도 지적되고 있다. 물론 동 규정의 문언에 의하면 침해자 이익액이 특허권자의 손해액으로 추정되므로, 침해자가 특허권자의 실제 손해가 침해자의 이익액보다 적다는 것을 증명하는 경우에는 추정은 복멸되고 실제손해액에 따라 배상될 것이다. 그런데 동 규정에 의한 침해자 이익 법리는 실제로 영업상 경쟁을 하지 않는 일반 개인인 특허권자나 대기업에 비하여 생산규모가 작은 중소기업에게는 전혀 활용될 수 없거나 침해자의 이익 중 일부만을 받을 수 있게 되었고, 결국 동 규정은 이러한 약한 특허권자들에게는 무용지물로 전락해 버렸다.[199] 이는 동 규정을 통해서도 권리자의 보호에 중대한 흠결이 있음을 반증하는 것이므로, 이를 시정하기 위한 개정론 내지 입법론의 제시가 필요할 것으로 생각한다. 이하에서는 이러한 문제의식 하에 특허법 제128조 제4항의 운용 실태를 살펴보고 이를 통한 동 규정의 문제점을 지적하고 이에 대한 기존 학설의 입장을 살펴본다. 이를 통하여 특허법 제128조 제4항이 앞으로 나아가야 할 방향에 대한 기초자료를 마련하고자 한다.

(2) 특허법 제128조 제4항의 운용 실태

199) 이에 대한 지적으로 정차호·장태미, 앞의 책, 116면 이하 참조.

아래 표는 2009년부터 2011년까지의 기간 중 특허권 침해에 대한 손해배상액을 산정한 22건의 사건에서 침해자 이익 규정이 일실이익 규정보다 더 활발하게 적용되지 못하고 있으며, 더욱 중요하게는 침해자 이익 규정을 적용하는 경우 침해품의 판매액 대비 손해배상액이 매우 낮다는 문제점을 보여주고 있다. 그런 견지에서는 침해자 이익에 관한 특허법 제128조 제4항은 특허권자를 두텁게 보호하고자 하는 본래의 의도를 살리지 못하고 있다고 생각한다.[200]

[표] 손해액 산정방법별 소송건수 및 손해배상액 비율[201]

구분	일실이익 (제128조 제2항)	침해자 이익(제128조 제4항)	실시료 상당액(제128조 제5항)	상당 손해(제128조 제7항)
소송건수	6건	5건	2건	9건
손해배상액/ 침해품의 판매액 비율	36.4%	13.2%	0.52%	23.7%

한편 우리나라와 달리 독일에서는 전체 특허권 침해에 대한 손해배상청구소송 중 약 75%는 권리자가 침해자의 이익을 근거로 주장한다고 한다.[202] 즉 독일에서는 특허권자가 다른 손해배상액 산정방법보다 침해자 이익액에 의한 산정방법이 더 유리한 것으로 보고 그 방법을 더 많이 활용하고 있는 것이다.[203]

(3) 특허법 제128조 제4항의 실질적 문제점

현행 특허법 제128조 제4항은 특허권 침해의 경우에 민사적 구제수단만으로는 특허권자를 제대로 보호할 수 없기 때문에 마련된 규정이다. 그러나 특허권자를 보호하기 위하여 두어진 동 규정의 입법취지는 특허권자의 생산능력에 따라 제대

200) 정차호·장태미, 앞의 책, 68면.

201) 서울대학교 산학협력단, "지재권소송에서 손해배상 산정의 적절성 확보방안", 2011년 국가지식재산위원회 정책연구사업 연구용역보고서, 2012, 46-47면. 이와 달리 최지선, 앞의 논문(주 166), 250면 이하는 원고인 특허권자는 양도수량 손해액 인정 조항 또는 실시료 상당손해액 조항보다는 침해자이익 손해액 추정 조항을 적극적으로 활용되는 경향을 나타낸다고 하여 전혀 다른 실태 분석을 하고 있다.

202) Alwxander Harguth & Steven Carlson, Patents in Germany and Europe, Wolters Kluwer, 2011, p. 217.

203) 정차호·장태미, 앞의 책, 69면.

로 실현될 수 없는 점에서 동 규정의 실질적인 문제점이 있다. 즉 특허권자가 침해자에 대해서 손해배상청구를 하기 위해서는 특허권자가 자신의 생산능력을 증명할 필요가 있다. 이러한 특허권자의 생산능력은 특허권 침해와 손해의 인과관계를 밝히는 데에 핵심적 요소가 되며, 특허권자가 침해자로부터 배상을 받을 수 있는 금액의 기준이 된다. 그런데 이러한 생산능력은 특허권자가 대기업인 경우에는 용이하게 증명할 수 있지만, 생산능력이 전무하거나 생산능력이 대기업에 비해서 부족한 특허권자, 즉 개인 발명가, 대학, 연구소, 중소기업 등은 자신의 생산능력을 증명하는 것이 상대적으로 매우 어렵다. 그리하여 영업상 경쟁을 하지 않는 개인 발명가인 특허권자는 침해자 이익 법리를 활용할 여지가 없게 되고 대기업에 비해서 생산규모의 차이가 많이 나는 중소기업 등은 침해자의 이익 중 일부만을 받을 수 있게 된다. 즉 일부의 특허권자에게는 침해자 이익 법리가 무용한 것이 된다.[204] 설사 침해자 이익액의 계산이 용이하며 그 액수가 증가한다고 하더라도 실제로 특허권자는 자신의 생산능력에 기초하여 산정된 배상액만 받을 수 있으므로, 개인인 발명가나 중소기업에게 현행 특허법 제128조 제4항은 매력적으로 다가올 수 없다. 그렇다면 동 규정은 특허권자의 생산능력에 의존하는 구조에서 탈피하는 방향으로 개정이 이루어질 필요가 있다.

(4) 특허법 제128조 제4항의 개정에 대한 학설상의 논의

전술한 문제점 때문에 지식재산권법 분야의 학자들은 동 규정의 개정필요성과 관련하여 다양한 견해를 제시하였다. 예컨대 특허법 제128조 제4항과 동일하게 손해액 추정규정인 저작권법 제125조 제4항과 관련하여 침해행위의 목적론적 견지에서 침해자가 침해행위를 통하여 얻은 이익을 저작권자가 입은 손해액과 관계없이 전액 반환하게 하는 입법의 필요성을 검토해 볼 필요가 있고 그 이론적 근거로 독일의 준사무관리를 제시하거나,[205] 특허법 제128조 제4항은 독일의 실무

204) 정차호·장태미, 앞의 책, 116면.

205) 이해완, 저작권법, 제3판(전면개정판), 박영사, 2015, 1126면 본문 및 주2; 정재훈, “저작권침해에 대한 손해배상-입법론을 중심으로-”, 법조, 통권 제486호, 법조협회, 1997, 99면은 지적소유권 침해행위에 관해서는 침해행위를 억제한다는 목적을 배제하기 어렵다 볼 것이므로 지적소유권자의 과보호라는 측면이 있지만 침해자가 고의일 경우 침해행위로 얻은 이익을 전부 반환하도록 하는 입법의 타당성 여부가 충분히 검토되어야 한다고 한다. 다만 이에 대해서는 침해자 이익액이 손해액을 초과하는 경우에까지 모든 이익을 반환하도록 하는 것은 권리자를 지나치게 강하게 보호하는 것이며, 민법상 손해배상원칙에 벗어난다는 반대 견해도 있다(김태경, “저작권 침해와 손해배상에 관한 일고찰”, 법조, 제48권 제12호, 법조협회, 1999, 257면 참조).

(부당이득을 반환하게 하는 판례의 태도)나 미국의 지식재산권법(특허법은 제외)에서처럼 부당이득을 반환하는 것으로 개정함이 타당하다고 하거나,[206] 지식재산권 침해에 대한 부당이득반환에 대하여 지식재산권자의 보호를 위하여 악의의 수익자의 판매액만을 지식재산권자가 증명하면 모든 비용 또는 감액 사유를 침해자가 증명하게 하고, 부당이득반환범위를 손실의 한도로 제한하지 않는 방법을 모색해야 한다고 주장되고 있다.[207]

V. 총괄적 검토

1. 민법상 준사무관리 도입 여부에 대한 검토

(1) 준사무관리의 법적 지위에 대한 검토

1) 타인의 물건을 무단으로 매각하거나 타인의 특허권을 무단남용하거나 타인의 금전으로 투기를 하여 큰 이익을 얻은 사안에서 일반적인 불법행위나 부당이득에 의하면 그 반환범위는 피해자나 손실자의 손해 및 손실로 한정되므로, 침해자는 피해자나 손실자의 손해 및 손실을 초과하는 이득은 그대로 보유할 수 있게 된다. 그런데 이러한 결과는 실질적으로 법이 침해자에게 불법행위를 조장하는 것이나 다름없으며, 정의와 공평에 반하는 것으로 여겨진다. 그리하여 이러한 경우에 피해자나 손실자의 손해 및 손실을 초과하는 침해자의 이익도 모두 반환하게 해야 한다는 문제의식 하에 동원된 해석론이 일반불법행위의 손해배상론의 전통적 법리를 수정하는 해석론, 일반부당이득의 전통적 법리를 수정하는 해석론, 고의로 인한 침해자에게는 준사무관리에 따라 침해자의 이익을 박탈하는 해석론이다. 그런데 이러한 침해자의 이익을 모두 반환하게 하기 위한 해석론 중 어느 것을 채택하는지를 결정하기 위해서는 그 기초로 이들 해석론이 법적 근거로 삼

206) 현대호, "지적재산권법의 손해배상제도에 관한 개선방안연구", 연구보고 02-04, 한국법제연구원, 2002, 90면. 나아가 이 견해는 특허법 제128조 제4항과 동일하게 손해액 추정규정인 부정경쟁방지법 제14조의2도 부당이득의 반환에 관한 내용으로 개정되어야 한다고 한다(현대호, "영업비밀의 보호요건과 구제수단에 관한 법제연구", 법조, 제54권 제8호, 법조협회, 2005, 204면 참조).

207) 전효숙, "지식재산권의 침해와 부당이득", 산업재산권, 제36호, 한국산업재산권법학회, 2011, 267면.

는 부당이득, 불법행위, 준사무관리의 제도적 목적, 요건 및 효과상의 차이를 분명하게 인식할 필요가 있다.[208]

2) 우선 준사무관리와 부당이득의 관계를 검토한다.

생각건대 독일에서 주장된 준사무관리 법리는 독일민법 제687조 제2항을 통하여 명문으로 인정된 것이지만, 동 법리는 악의의 침해자를 제재하고 나아가 침해자의 침해행위를 억제하기 위한 정책적 목적에서 제시된 것이다. 이러한 특성을 감안하면 준사무관리는 부당이득과는 다른 독자적인 법적 지위가 인정되므로, 최근 학설상 주장되는 일반부당이득의 전통적 법리를 수정하는 해석론에 대해서도 기본적으로 찬성할 수 없다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 준사무관리에서는 침해자의 고의가 성립요건으로 중요시되지만, 부당이득의 경우에는 원칙적으로 침해자의 고의·과실은 그 성립요건이 되지 않는 바, 이러한 차이는 부당이득의 전통적 법리를 아무리 수정하여 해석하더라도 피할 수 없다. 그리고 부당이득의 전통적 법리를 수정하는 해석론에서 제시하는 공평의 원칙 역시 추상적이고 애매모호하면서도 가변적인 관념이어서 논자에 따라 달리 파악될 수 있는 여지가 있기 때문에 침해자 이익액 산정법리의 이론적 근거로 채택하기는 곤란하다.[209] 이와 달리 준사무관리에 따라서 침해자를 제재하기 위하여 그가 취득한 이득을 모두 권리자에게 반환하게 한다는 정책적 관점에 입각한 설명이 비교적 간명한 점에서 양자는 구별된다.

둘째, 첫째 논거의 연장선상에서 볼 때 준사무관리의 제도적 목적인 악의의 침해자에 대한 제재 및 침해행위의 억제(침해행위의 예방)라는 관점은 이득의 보유에 대한 법적 근거가 없다고 평가되는 이득을 원래 귀속되어야 할 자에게 반환하게 하는 것을 제도적 목적으로 하는 부당이득제도에는 기본적으로 어울리지 않는다.[210] 즉 부당이득은 침해자의 고의·과실이 없는 때에도 권리자에게 권리의 귀속

208) 사무관리의 경우에는 일반적 학설 및 판례에 의하면 사무관리자에게 본인을 위한 관리의사가 있을 것을 성립요건으로 하는 적법행위인 반면, 악의의 무단관리의 경우에는 관리의사가 없는 위법행위인 점에서 양자는 구별된다. 다만 후자의 경우에는 침해자 이익의 반환을 용이하게 하기 위하여 사무관리의 효과 규정을 차용할 뿐이다.

209) 즉 논자에 따라서는 권리자의 손해를 초과하는 악의 침해자의 이득액을 전부 권리자에게 반환하게 하는 것이 공평의 원칙에 부합한다고 판단되기도 하지만(예컨대 송덕수, 앞의 책, 482면 이하), 반대로 침해자의 개인적인 활동과 능력의 성과로 얻어진 것은 이를 권리자에게 반환하지 않고 침해자가 보유하게 하는 것이 공평의 원칙에 부합한다고 판단되기도 한다(예컨대 지원림, 앞의 책, 1628면 이하).

210) 동지 안춘수, 앞의 논문, 191-192면; 김상중, 앞의 논문(2017), 357면은 악의 수익자에 대한 반환책임의 가중은 "위법행위에 따른 이득이 위법행위자에게 그대로 보유되어서는 안된다"는 정의의 관념에 비추어 그 취지에는 공감하지만 행위자의 비난가능성 정도에 따른 이 같은 책

할당을 회복시키는 최저한도의 권리보호로서, 불법행위를 보완하는 기능을 가지고 있으므로, 부당이득 영역에서는 침해자에 대한 제재 및 침해행위의 억제라는 측면은 불법행위법과는 달리 기본적으로 고려될 수 없다.[211]

3) 다음으로 불법행위와의 관계를 검토한다. 생각건대 우선 준사무관리와 종래에 인정되어 온 불법행위는 서로 이질적인 법적 지위에 있다고 볼 수 있다. 왜냐하면 전통적인 불법행위 제도는 그 주된 목적이 피해자의 손해를 전보하는 데에 있으며 그 반환범위도 차액설의 입장에 따라 피해자의 손해를 한도로 하지만, 준사무관리는 타인의 권리영역을 침해하는 자에 대한 불법행위적인 제재의 연장으로 인정되는 것으로서, 악의의 침해자의 제재 및 침해행위의 조장을 예방하기 위하여 침해자 이익액을 모두 권리자에게 반환하게 하려는 점에서 그 제도적 목적이나 반환범위에 차이가 있기 때문이다. 그런데 전술한 바와 같이 최근에는 특허권 침해와 같은 경우에 침해자 이익의 반환을 인정할 필요가 있다는 문제의식 하에 손해배상의 기능을 손해의 전보 외에 침해행위의 억제 및 제재에도 있다고 보며, 손해 개념을 파악함에 있어서도 규범적·추상적 손해 개념의 파악을 시도하고[212] 배상액 산정에 있어서도 차액설에 집착하지 않고 피해자 이외에 가해자의

임가중은 적어도 우리나라의 부당이득법에 의해서는 실현될 수 없는 과제라고 한다. 왜냐하면 침해자의 비난가능성이라는 표지가 어떠한 매개를 통하여 '손실'과 '이득'을 중심요건으로 하는 부당이득반환책임의 성립과 내용 형성에 영향을 미치는지 의문이기 때문이라고 한다. 또한 이 견해는 부당이득반환범위에 관한 민법 제747조는 수익자의 선의, 악의에 따라 '그 받은 이익'의 반환의무를 정하고 있는 바, 이러한 문언이 가령 타인의 물건 또는 지식재산권의 무단 이용에 있어서 침해자의 선의, 무과실인 경우에는 그 '받은 이익'이 물건 또는 권리의 이용 자체로 해석되는 반면, 악의의 경우에는 무단 이용에서 비롯한 후속적 영업이익이라고 여겨질 수 있을 정도의 변화 가능한 해석의 여지를 제공할 수는 없다고 한다.

211) 藤原正則, 전게 新注釈民法(15), 債權(8), 139頁.

212) 이와 관련하여 특허권자의 손해를 차액설이 아닌 규범적 손해개념으로 파악하려는 시도는 독일이나 일본에도 있다. 예컨대 독일에서는 특허권자의 손해를 침해된 특허권이 침해된 사실(침해된 특허권의 객관적 가치)로 파악하거나(Robert Neuner, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133, 1931, S.277ff.), 특허권자의 손해에 대해서는 특허권 침해의 특수성을 고려하고 특허권 침해자의 특허권 침해행위를 제재 및 억제하는 정책적인 기능을 갖는 개념으로 파악하거나(Ernst Steindorff, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158, 1959, S.431ff.; Joachim Schmidt-Sanzer, Zur Technik der topischen Rechtsbildung: Angemessene Lizenzgebühr und Verletzergewinn als Grundlagen der Schadensberechnung, JR 1969, S.81ff.; Ulrich Loewenheim, Möglichkeiten der dreifachen Berechnung des Schadens im Recht gegen den unlautern Wettbewerb, ZHR 135 (1971), S.97ff.), 특허권의 가치가 회복불능이 되는 것은 특허제품이 침해자에 의해서 유통에 놓여진 시점이라는 명제를 세운 후 특허권의 배타적 이용에 결부되어 있는 특허권자의 시장기회 상실을 손해로 파악하려는 시도(Kraßer, a. a. O., S.268ff.) 등이 있다. 일본에서도 특허법 제102조 제2항의 손해를 일실이익이 아니라 침해행위로 인하여 상실된 특허권자의 시장을 이용할 기회의 상실이라는 규범적 손해개념으로 파악하여 특허권 침해와 손해 사이에 인과관계가 없는 경우에도 특허권자의 침해자에 대한 손해배상청구를 인정해야 한다는 견해가 주장되고 있다(田村善之, "侵害による利益を損害額と推定する特許法

사정을 고려하는 견해가 대두됨에 따라 준사무관리는 불법행위 내지 특수한 불법행위로 파악될 수 있는 토대가 마련되었다.[213] 나아가 일반적인 불법행위 제도에서는 기본적으로 침해자의 고의 · 과실을 요건으로 하는 반면 준사무관리의 경우에는 침해자의 악의가 중요한 성립요건으로 작용하며 그 효과도 침해자 이익 전부를 효과적으로 권리자에게 반환하게 하기 위하여 사무관리의 효과 규정을 차용하는 점에서 준사무관리에는 일반 불법행위와 구별되는 특수한 불법행위로서의 법적 지위가 인정될 수 있다고 생각한다.

(2) 준사무관리의 도입 여부에 대한 검토

1) 우리나라에서는 독일민법 제687조 제2항과 같은 규정이 없는 이상 준사무관리를 도입할지 여부에 대해서 학설상 다툼이 있음은 전술한 바와 같다. 특히 이러한 견해 대립은 악의의 침해자가 본인이 입은 손해보다 더 많은 이득을 얻은 경우에 침해자가 취득한 이득에 대한 완전한 환수 및 박탈의 타당성 여부 및 그 인정범위에 대한 논의를 통하여 더욱더 치열하게 전개되고 있다.

이에 대해서 준사무관리 부정설은 그 주요 논거로 사무관리는 적법행위인데 비하여 악의의 무단사무관리는 원칙적으로 불법행위에 해당하므로 후자를 전자에 준해서 다룰 수 없으며, 준사무관리를 인정할 필요성은 있지만 명문 규정이 없으므로 이를 인정할 수 없고, 만약 이를 인정한다면 손해의 전보를 목적으로 하는 불법행위 제도의 취지에 반하는 점을 제시하는 것 같다. 그러나 이러한 논거에 대해서는 다음과 같은 비판이 가능하다고 생각한다.

우선 준사무관리 부정설의 첫째 논거에 대해서는 사무관리와 준사무관리는 관

102条2項の適用の要件と推定の覆滅の可否-ごみ貯蔵機器事件-", 知財管理, Vol. 63, No. 7, 日本知的財産協会, 2013, 1115-1116頁 및 同, "特許権侵害に対する損害賠償額の算定に関する裁判例の動向", 知財管理, Vol. 55, No. 3, 日本知的財産協会, 2005, 376-377頁 주14 참조). 나아가 침해자의 이익을 권리자의 손해로 간주하는 사고는 전통적인 손해개념인 차액설과는 다른 규범적인 손해개념에 의거하고 있다고 볼 수 있고, 그 결과 불법행위의 손해개념이 변화되어서 불법행위와 부당이득의 효과가 중복될 가능성이 있다는 견해도 주장되고 있다(藤原正則, 전게 新注釈民法(15), 債權(8), 139-140頁).

213) 최병조, 앞의 책, 96면은 준사무관리의 법적 성질에 대해서 우리민법에 관한 한 체계적 관점에서 보면 불법행위법을 적용하는 것이 정합적이라고 한다. 왜냐하면 불법행위는 특단의 사정이 없는 한 행위의 유형은 고려하지 않고 법익침해, 위법성, 책임(고의 · 과실)이라는 일반적 시각에서 접근하기 때문이라고 한다. 또한 오병철, 법정채권법, 법문사, 2014, 228면은 준사무관리라는 별도의 제도를 만드는 것보다는 무단사무관리는 본질적으로 불법행위의 영역에 들어가는 것이므로, 불법행위에 따른 손해배상의 범위를 적절히 조절하는 것으로 모든 이익을 피해자인 본인에게 배상하는 이론적인 방법을 취하는 것이 바람직하다고 한다.

리의사의 존부에 의하여 개념이나 요건상 명확하게 구별될 수 있고, 준사무관리의 성립을 인정한다는 것은 위법행위를 적법행위로 하는 것이 아니라 관리자가 취득한 모든 이익을 반환함에 있어서 사무관리의 효과에 관한 규정만을 준용하는 것으로 해석할 수 있다는 비판이 가능하다고 생각한다.[214] 그리고 이러한 법적 처리를 통하여 적법한 사무관리자의 책임보다 적어도 가볍게 되지는 않는 점에서 그 타당성은 충분히 인정될 수 있다. 또한 이러한 법적 처리는 악의의 침해자를 효과적으로 제재하기 위해서도 충분히 제시될 수도 있다고 생각한다. 실제로 독일에서도 그러한 법적 처리를 하고 있다. 다만 명문규정을 통하여 처리하고 있는 점이 우리나라와 다를 뿐이다.

준사무관리 부정설의 두 번째 논거는 준사무관리의 인정 필요성은 있지만 명문 규정이 없으므로 이를 인정해서는 안된다는 것이다. 그러나 이를 인정하지 않으면 "타인 물건을 고의로 매각한 경우에는 침해로 인한 이득의 박탈을 긍정하는 것이 침해의 예방·침해자에 대한 제재"라는 비교법적으로 공통적인 승인을 받고 있는 형평감각에 반하게 된다.[215] 따라서 준사무관리에 대한 명문규정이 없는 우리나라에서도 해석론상 이를 인정해야 한다. 그리고 향후 우리민법에 준사무관리를 도입하는 명문 규정을 두는 방안도 긍정적으로 검토할 필요가 있다고 생각한다.

준사무관리 부정설의 세 번째 논거는 이를 인정하면 손해의 전보를 목적으로 하는 불법행위 제도의 취지에 반한다는 것이다.[216] 그러나 오늘날 불법행위 제도는 손해의 전보 외에 침해행위의 제재 및 예방적 관점이 있음이 학설상 승인되고 있을 뿐만 아니라 이러한 관점이 강조되고 있다. 따라서 이 논거 역시 오늘날에는 설득력이 떨어진다고 생각한다.

참고로 준사무관리와 동일한 결과에 이르는 영미법상의 의제신탁 법리의 활용가능성을 모색해 볼 수도 있을 것이다. 그렇지만 신탁(Trust)은 부당이득법리가 발달하지 못한 영미법에서 발전된 제도라는 점에서[217] 대륙법계에 속하는 우리나

214) 동지 김태한·최병덕, 앞의 논문, 99면.

215) 藤原正則, 전게 不当利得法, 272頁; 好美清光, 전게 "準事務管理の再評価-不当利得法等の検討を通じて-", 381頁 이하; 近江幸治, 전게 事務管理・不当利得・不法行為(民法講義VI) [第2版], 23頁은 준사무관리를 인정하는지 여부는 침해자 이익 박탈에 대한 가치평가의 차이이지만 법률적 정의의 관념에서는 그러한 이익은 반환하게 하는 것이 일반적인 감각이라고 한다.

216) 이 점은 일본특허법 제102조 제2항의 제정 경위에서 손해액 추정규정으로 입법하게 된 주된 이유이기도 하다(特許庁編, 전게 工業所有権法(産業財産権法)逐条解説, 290頁 참조).

217) Peter Birks, Unjust Enrichment, 2nd ed., Oxford University Press, 2005, p.285 and seq.;

라에서 영미법상의 의제신탁을 받아들이기는 어려울 것이다.[218]

2) 그밖에 사무관리설, 일본에서 주장되는 개입권설, 원본소유자로의 수익귀속설, 사무관리 추인설에 대해서 검토한다.

우선 사무관리설은 관리의사를 요건으로 요구하지 않으므로 준사무관리도 사무관리에 해당된다고 해석하지만, 이타적인 '인류부조'가 아니라 자기의 사리를 위하여 타인의 권리를 '침해'하는 경우가 결과적으로 그 타인의 이익이 된다고 해서 바로 적법행위인 진정한 사무관리로 해석하는 것은 타당하지 않으며, 타인의 사무를 자기를 위하여 고의로 침해하는 경우에는 결과적으로 그 타인의 이익으로 되지 않는 경우가 압도적으로 많으므로, 실질적 측면에서 보더라도 이 견해는 민법상 준사무관리의 인정 여부에 대한 문제의 해결에는 도움이 되지 않는다.[219] 그리고 이 견해는 사무관리의 성립요건으로 관리의사를 요구하지 않는 점에서 우리민법의 사무관리 규정에 대한 해석의 한계를 벗어난 것으로서 타당하지 않다.[220]

다음으로 개입권설에서의 개입권은 이미 사무처리관계에 있는 자의 충실의무 위반에 기초를 두는 제도임에 반하여 준사무관리는 아직 적법한 사무처리관계가 성립되어 있지 않은 자 사이에 사무처리적 효과를 인정하려고 하는 것이므로 개입권으로부터 준사무관리적 효과를 도출하는 것은 무리이다.[221] 또한 이 견해는 상법상의 개입권을 근거로 제시하고 있으나 상법상의 개입권은 영리활동에 관련하여 특별히 필요로 한 권리 개념일 뿐이고 일반적 생활관계에서 적용되는 권리 개념으로 보기는 어렵다.[222] 따라서 개입권설도 타당하지 않다. 그리고 원본소유

Graham Virgo, The Principles of the Law of Restitution, 2nd ed., Cambridge University Press, 2006, p.19 and seq.; 양창수, 민법주해 XVII권, 채권(10) (편집대표 곽윤직), 박영사, 2005, 141면 이하 참조.

218) 동지 서종희, 앞의 논문(2013), 67면. 일본에서도 영미법상 의제신탁을 두고 "물 위에 뜬 기름"이라고 표현하며 이질적인 존재라고 평가하는 견해가 있다(四宮和夫, 信託法, 有斐閣, 1989, 머리말 3頁; 加藤雅信 · 加藤新太郎 編著, 김상수 譯, 현대민법학과 실무, 법우사, 2010, 574면 참조). 독일의 경우에도 사무관리 및 부당이득으로 영미법상 의제신탁 등과 유사한 효과를 얻을 수 있다고 한다(Helmut Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, C.H.Beck, 1973, S.17f.; Hein Kötz, Trust und Treuhand, Eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts, Göttingen: Vandenhoeck & Rupprecht, 1963, S.97f. 참조).

219) 好美清光, 전게 "準事務管理の再評価-不当利得法等の検討を通じて-", 376頁.

220) 안춘수, 앞의 논문, 155면.

221) 水本浩, 전게 債権各論 (下), 29頁; 四宮和夫, 전게 事務管理 · 不当利得 · 不法行為 上巻, 44-45頁 주3 참조.

222) 이혁주, 앞의 논문, 262면.

자로의 수익귀속설은 침해자의 선의·악의나 과실 유무가 어떻게 취급되는지에 대한 구체적 해명이 없으므로, 취하기 어렵다.

마지막으로 사무관리 추인설에 대해서는 추인에 의해서 사무관리가 된다고 하는 점에서 침해자의 주관적 악성의 존재를 도외시한다는 점, 추인으로 인하여 관리자의 모든 이익을 박탈할 수 있다고 하는 것은 논리의 비약이 심하다는 점에서 타당하지 않다.

3) 요컨대 필자들은 우리민법에도 기본적으로 준사무관리를 도입할 필요가 있다고 생각하므로, 준사무관리 긍정설에 찬동한다. 그리고 준사무관리 긍정설 중에서도 준사무관리의 원조인 독일의 악의의 무단사무관리 규정의 제도적 목적을 비교적 충실하게 반영하여 이론 구성한 제재설이 가장 타당하다고 생각한다. 다만 아직까지는 독일민법과 같이 우리민법에서 준사무관리를 명문규정을 통하여 도입하는 것은 시기상조이며, 해석론으로 받아들여야 한다고 생각한다. 왜냐하면 현재로서는 우리민법에서 준사무관리의 필요성만으로 명문규정을 두기에는 학계의 이론적 공감대가 아직은 형성되지 못하였기 때문이다.[223]

2. 특허법상 준사무관리 법리의 도입 여부에 대한 검토

(1) 민법상 준사무관리와의 구별 필요성

민법상 준사무관리는 침해자의 고의를 전제로 하지만, 특허법상 준사무관리 법리는 침해자의 고의·과실을 요건으로 하는 점에서 애초에 그 개념 내지 요건의 외연을 달리한다. 물론 양자 모두 침해자가 얻은 이득을 모두 특허권자에게 반환하게 하는 결과에 도달하려는 점에서는 동일하다. 게다가 오늘날에는 독일 판례가 인정하는 준사무관리 규정의 유추적용은 특허권 침해의 경우에 특허권자가 침해자로부터 손해배상을 받기 위한 손해산정방법 중 하나인 침해자 이익액 산정법리의 일종으로 각국에서 인식되고 있다. 따라서 이에 대해서는 민법상 준사무관리와 다른 준사무관리 법리라는 명칭을 부여함으로써 양자를 구별하여 이해할 필요가 있다.

---

223) 이보다 훨씬 학설 및 판례상 제도의 인정필요성에 대한 공감대가 단단하게 형성되어 있는 대상청구권에 대해서 아직까지도 민법상 명문 규정화 되어 있지 않다는 현실도 필자들이 우리민법상 준사무관리 법리를 명문 규정화 하는 데에 주저하는 이유 중의 하나로 작용한다.

(2) 특허법상 준사무관리 법리의 적용 필요성

1) 특허권 침해의 특수성으로 인한 증명곤란 해결책으로서의 준사무관리 법리

침해자가 특허권자의 특허발명을 무단으로 실시하면 이는 특허권자의 특허권을 침해한 행위에 해당되어서 특허권자는 침해자에 대해서 민법상 불법행위에 기한 손해배상청구나 부당이득반환청구를 할 수 있다.[224] 그러나 이러한 구제수단만으로는 권리자를 충분히 보호할 수 없기 때문에 이 경우에 준사무관리를 통하여 고의의 침해자로부터 이득을 박탈하는 제도가 적어도 해석론상으로 인정되어야 함은 전술한 바와 같다. 그런데 이러한 민법상 준사무관리는 특허권 침해의 모든 경우를 해결해 주지 못하므로, 준사무관리 법리라는 형태의 이론구성이 필요하다. 왜냐하면 민법상 일반 재산권 침해의 경우와 차별되는 특허권 침해의 특수성과 이로 인한 증명의 곤란함을 해결함으로써, 특허권자를 보호하기 위한 특허법의 취지를 살려야 하기 때문이다.

즉 특허권 침해행위는 성질상 공간적 제약을 받지 않고 용이하게 이루어지며, 이러한 현상은 오늘날 온라인, 디지털 환경에서 더욱 두드러지므로 물권과 달리 물리적인 강구책으로 특허권 침해행위를 방지할 수 없으며, 유체물에 비해서 권리의 경계는 상대적으로 애매하고 특허권자가 특허권 침해행위의 존재를 인식하는 경우는 오히려 드물기 때문에 특허권의 보호에는 특별한 배려가 필요하다.[225] 그리고 무체재산권이라는 특수성, 존속기간의 제한 및 특허권에 대한 실시의 독점력, 침해자 측에 증명자료가 편중되어 있는 사정 등으로 인하여 특허권자가 실제 손해액을 증명하는 것이 곤란하다. 또한 특허권 침해행위로 인한 손해는 침해자의 기술, 자본, 선전력, 경험, 대체상품의 유무뿐만 아니라 경제상황이나 수요자의 취향 등 복합적인 요인에 의하여 영향을 받는다. 따라서 실제로 특허권자가 침해자의 침해행위의 유무, 침해자의 침해행위와 손해 사이의 인과관계 등을 증

---

224) 다만 사무관리의 성립 여부와 관련하여 우리나라의 일반적 학설 및 판례에 의하면 사무관리가 성립하려면 관리자에게 타인을 위하여 관리할 의사(즉 관리의사)가 있어야 하지만, 이 경우에는 침해자에게 그러한 의사가 결여되어 있으므로 권리자는 민법 제734조 이하의 사무관리에 의한 구제를 받을 수 없다(곽윤직, 앞의 책, 337면; 김상용, 앞의 책, 496면; 김주수, 앞의 책, 524면; 김형배, 앞의 책, 27면; 김준호, 앞의 책, 737면; 송덕수, 앞의 책, 432면; 지원림, 앞의 책, 1590면; 최병조, 앞의 책, 42면 이하; 대법원 1997. 10. 10. 선고 97다26326 판결; 대법원 2010. 2. 11. 선고 2009다71558 판결 등). 이와 달리 이은영, 앞의 책, 665면; 강현중, 앞의 책, 356면은 관리의사는 사무관리의 성립요건이 아니라고 보게 되므로, 이 경우에 권리자는 사무관리법에 의한 구제를 받을 수 있게 된다.

225) Loewenheim, a. a. O., S.115ff.

명하는 것은 매우 어렵다. 나아가 이러한 증명의 곤란함은 제4차 산업혁명이 도래하는 오늘날에는 더욱 심각해지고 있다.

2) 특허법상 준사무관리 법리 적용의 구체화

전술한 바에서 한 걸음 더 나아가 특허권 남용 등의 경우에서의 고의의 증명 문제를 생각하면 특허권 침해의 경우에는 침해자의 고의를 증명하는 것은 대부분의 경우에 거의 불가능한 점도 고려해야 한다. 즉 유체물에 대한 권리 침해의 경우에 침해자의 고의를 증명하는 것은 비교적 어렵지 않은 반면, 특허권 침해의 경우에는 특허권 자체의 특성, 특허권 침해의 특수성으로 인하여 침해자의 고의를 증명하는 것이 어렵다. 그렇다면 특허권 침해의 경우에는 민법상 준사무관리와 같이 침해자의 고의만을 요건으로 할 것이 아니라 침해자의 경과실의 경우도 그 요건으로 포섭하는 준사무관리 법리의 도입이 필요하다고 생각한다.

이와 관련하여 독일에서도 침해자의 고의를 준사무관리의 요건으로 삼는 독일 민법 제687조 제2항에 대해서 특허권 침해의 경우에 침해자의 고의를 증명하는 것이 곤란함을 지적하여 동 규정을 과실에 의한 특허권 침해에도 적용해야 한다는 견해가 주장되고 있음[226]은 우리나라의 특허법 분야에서 준사무관리 법리를 도입함에 있어서 시사하는 바가 적지 않다고 생각한다. 또한 현행 특허법 제128조 제4항의 운용에서 드러나는 실질적인 문제점도 준사무관리 법리를 특허법에 도입하는 데 있어서 중요한 이유가 된다고 생각한다. 즉 동 규정에 따른 침해자 이익액을 반환하게 하려면 특허권자의 생산능력의 증명이 있어야 가능한데, 이러한 증명은 특허권자가 대기업인 경우에는 용이한 반면, 생산능력이 없거나 작은 개인 발명가나 중소기업과 같은 약한 특허권자(weak patentee)의 경우에는 그러한 증명이 용이하지 않고, 따라서 이들을 충분하게 보호할 수 없다. 그렇다면 동 규정은 특허권자의 생산능력에 의존하는 구조에서 탈피하여 준사무관리 법리가 실현되는 방향으로의 개정방안이 적극적으로 모색될 필요가 있다.

VI. 결 어

226) Wolfgang Fikentscher, Lehrbuch des Schuldrechts, 3.Aufl., Walter de Gruyter Berlin · New York, 1971, S.502f.

1. 특허법상 준사무관리 법리의 명문화 필요성

우리나라와 일본의 경우에는 침해자 이익액 산정법리에 대해서 추정규정을 두고 있지만, 이러한 방식은 실제 손해액을 한도로 책정하는 방식으로서 특허권자는 실제 손해를 배상받으므로 손해도 이익도 없고, 침해자는 불법행위로 형성한 이익 중 일부만 배상액으로 지급하고 남은 이익액을 획득하게 되므로, 침해자에게 유리하다.[227] 이러한 운용은 특허권이라는 무체재산권 침해의 특성을 충분하게 배려하지 않는 조치일 뿐만 아니라 특허권 침해의 경우에 특허권자를 보호하고자 하는 특허법 제128조 제4항의 취지도 살릴 수 없다. 게다가 특허권이 효과적으로 보호되려면 무엇보다도 특허권자의 손해전보에 충분할 뿐만 아니라 침해자가 침해를 단념할 정도로 제재적이고 억제적인 손해액이 산정되어야 한다.[228] 이러한 과제를 비교적 효과적으로 수행할 수 있는 방안 중 하나는 바로 지금까지 검토한 준사무관리 법리를 도입하는 데에서 찾을 수 있을 것으로 생각한다. 그렇다면 독일에서 준사무관리가 민법에서 명문 규정화된 배경 및 특허법 영역에서 준사무관리 법리가 실제로 운용되는 모습 등을 자세하게 참고할 필요가 있을 것이다. 전술한 바와 같이 독일의 준사무관리는 침해자에 대한 제재와 침해행위의 예방 내지 억제를 위하여 일반 불법행위와 다르게 그 반환범위를 침해자가 얻은 모든 이익액으로 하고 있으며, 그 법적 효과로 사무관리 규정을 차용하고 있다. 그러나 우리민법 하에서는 이에 대한 명문규정이 없고 그 도입에 대해서 학설상 공감대가 아직 튼튼하게 형성되지 못한 이상 이러한 독일의 운용실태는 해석론으로 받아들일 수밖에 없다. 그렇지만 특허법 등과 같은 특별법 영역에서는 명문규정의 도입을 통하여 준사무관리 법리의 수용을 검토할 여지가 충분히 있다고 생각한다. 그리고 이러한 시각의 첫단추로 지식재산권법 분야 중 특허법에서 준사무관리 법리를 선도적으로 도입해야 한다고 생각한다. 이러한 관점에서 현행 특허법 제128조 제4항에 대한 입법론의 제시도 가능할 뿐만 아니라 필요하다고 생각하며, 이를 통하여 궁극적으로는 현행 특허법 제128조 제4항의 실효성을 담보

227) 이와 달리 영미법의 방식은 특허권자의 손해액과 무관하게 침해자 이익 전부를 특허권자에게 배상하도록 하는 방식으로서 침해자는 불법행위로 형성한 이익을 전부 반환하는 것이므로 침해자에게 가혹한 면은 없고, 특허권자는 실제손해액보다 더 많은 액수를 침해자의 이익으로 받을 수 있어서 특허권자에게 유리하다(정차호·장태미, 앞의 책, 116면 참조).

228) 김원준, “특허권 침해로 인한 손해배상액의 산정방법-특허법 제128조 제2항 및 제3항을 중심으로-”, 법학논총, 제34집 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2014, 237면.

할 수 있을 것이다.

2. 입법론 제시

(1) 전술한 관점에서 현행 특허법 제128조 제4항에 대한 입법론을 제시하기 위해서는 우선 최근 개정된 현행 특허법 제128조의 구조를 개관해 볼 필요가 있다. 즉 현행 특허법 제128조는 "손해배상청구권 등"이라는[229] 표제 하에 제1항에서 "특허권자 또는 전용실시권자는 고의 또는 과실로 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 침해로 인하여 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다"고 규정하며, 제2항에서 "제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위를 하게 한 물건을 양도하였을 때에는 그 물건의 양도수량에 특허권자 또는 전용실시권자가 그 침해행위가 없었다면 판매할 수 있었던 물건의 단위수량당 이익액을 곱한 금액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 할 수 있다"고 규정하고 있다. 그리고 동조 제3항은 "제2항에 따라 손해액을 산정하는 경우 손해액은 특허권자 또는 전용실시권자가 생산할 수 있었던 물건의 수량에서 실제 판매한 물건의 수량을 뺀 수량에 단위수량당 이익액을 곱한 금액을 한도로 한다. 다만, 특허권자 또는 전용실시권자가 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 사정이 있으면 그 침해행위 외의 사유로 판매할 수 없었던 수량에 따른 금액을 빼야 한다"고 규정하며, 제4항은 "제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자가 그 침해행위로 인하여 얻은 이익액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 추정한다"고 규정하고, 제5항은 "제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 그 특허발명의 실시에 대하여 통상적으로 받을 수 있는 금액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 하여 손해배상을 청구할 수 있다"고 규정한다. 또한 동조 제6항은 "제5항에도 불구하고 손해액이 같은 항에 따른 금액을 초과하는 경우에는 그 초과액에 대해서도 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에게 고의 또는 중대한 과실이 없을 때에는 법원은 손해배상액을 산정할 때 그 사실을 고려할 수 있다"고 규정하며, 제7항은 "법원은 특허권 또는 전용실시권의 침해에 관한 소송에서 손해가 발생된 것은 인정되나 그 손해액을 증명하기 위하

229) 본조의 제목은 종래 "손해액의 추정 등"이었지만, 2016년 3월 29일 "손해배상청구권 등"으로 개정되었다.

여 필요한 사실을 증명하는 것이 해당 사실의 성질상 극히 곤란한 경우에는 제2항부터 제6항까지의 규정에도 불구하고 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있다"고 규정한다. 이러한 현행 특허법 제128조는 2016년 개정에 의해서 조문의 제목이 바뀌었으며, 제1항이 추가된 것이 특징이다. 이와 관련하여 전자의 조문의 제목이 바뀐 부분에 대해서 학설은 동 개정을 통하여 손해배상청구권에 대한 근거조문을 명확하게 하였다고 평가한다.[230] 그리고 후자인 제1항이 추가된 개정에 대해서 학설은 특허법 제128조의 법적 성질과 관련하여 의의가 있다고 한다. 즉 이 견해는 제1항의 추가로 특허권 침해에 대한 손해배상청구권의 근거를 특허법 제128조로 볼 수 있는 법적 근거가 마련되었다고 평가한다.[231]

(2) 전술한 바를 종합하여 현행 특허법 제128조 제4항의 입법론을 제시한다.

첫째, 제128조의 제목이 손해액의 추정 등에서 손해배상청구권 등이라고 개정된 것은 제128조 제4항의 입법론을 제시하는 데에 긍정적으로 작용할 수 있으므로 타당하다. 왜냐하면 준사무관리 법리의 법적 성질에 대해서 그 발상지인 독일에서도 분명하지 않지만, 이를 침해자를 제재하기 위하여 마련된 특수한 불법행위로 보는 필자의 견지와 부합되기 때문이다.

둘째, 제128조 제4항이 준사무관리 법리를 도입하는 개정론을 구체적으로 제시함에 있어서는 신설된 제1항 및 제130조와의 관계와 함께 동 법리의 존재의의를 살릴 수 있는 방향으로의 고려가 필요하다. 즉 제1항은 "특허권자 또는 전용실시권자는 고의 또는 과실로 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 침해로 인하여 입은 손해의 배상을 청구할 수 있다"고 규정하는 바, 이를 통하여 제128조의 손해배상청구권은 침해자의 고의 또는 과실을 요구한다. 또한 특허법 제130조를 통하여 침해자의 과실은 추정된다. 이와 함께 준사무관리 법리는 고의·과실이 있는 침해자에 대한 제재적 효과를 도모하기 위하여 고의·과실이 있는 침해자의 모든 이익액을 특허권자에게 반환하게 하려는 것일 뿐만 아니라, 특허권자의 증명곤란을 배제하기 위한 것에 존재의의가 있다. 그런데 현행 제128조

230) 윤선희, 특허의 이해, 제3판, 법문사, 2017, 198면.

231) 최지선, "법원의 재량에 기한 특허침해 손해배상액 산정 판결례 고찰과 쟁점 연구", 저스티스, 통권 제156호, 한국법학원, 2016, 121면 주15 참조. 현행 특허법 제128조 제1항이 추가되기 전의 제128조의 법적 성격에 대해서 일반적 학설은 특허권 침해에 대한 손해배상청구권의 법적 근거는 민법 제750조이고 특허법 제128조는 단지 손해액 추정을 위한 특칙에 불과하다고 이해하고 있었다(안원모, 특허권의 침해와 손해배상, 세창출판사, 2005, 26면 이하; 김석준, 新 각주특허법, 제7판, 한빛지적소유권센터, 2015, 477면 이하 참조).

제4항의 손해액 추정규정만으로는 준사무관리 법리의 존재의의를 충분히 살릴 수 없다. 그렇다면 제128조 제4항은 "제1항에 따라 손해배상을 청구하는 경우 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자가 그 침해행위로 인하여 얻은 이익액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 추정한다"에서 "특허권자 또는 전용실시권자는 고의 또는 과실에 의하여 자기의 특허권 또는 전용실시권을 침해한 자에 대하여 침해자가 그 침해행위로 인하여 얻은 이익액을 특허권자 또는 전용실시권자가 입은 손해액으로 하여 배상청구할 수 있다"로 개정되어야 할 것이다(하선은 필자).[232]

제128조 제4항을 이와 같이 개정하면, 다음과 같은 효과를 도모할 수 있을 것으로 생각한다.

첫째, 규정의 제목은 현행 규정대로 "손해배상청구권 등"으로 유지함으로써 제128조 제4항의 손해산정방법 역시 침해자 이익액을 효과적으로 특허권자에게 반환하기 위한 손해배상청구권임을 분명하게 할 수 있는 장점이 있다고 생각한다.

둘째, 제128조 제1항 및 제130조와의 관계를 고려하면서 제128조 제4항을 준사무관리 법리에 충실하게 고의·과실 있는 침해자로 함으로써 인접하는 규정과의 통일적 규율을 보다 명확하게 할 수 있다고 생각한다. 그리고 이를 통하여 기존의 추정규정으로 인하여 특허권자를 충분히 보호하지 못하는 문제를 효과적으로 개선할 수 있을 것으로 기대된다. 나아가 이러한 개정을 통하여 향후 스타트업, 벤처기업 등 4차 산업혁명의 핵심이 될 연구중심 기업들이 특허권에 의해서 강하게 보호받게 될 것이다.

232) 침해자 이익액이 특허권자의 실제 손해액보다 적은 경우에 특허권자가 제4항을 선택하면 실제손해액보다 적은 침해자 이익액에 의하여 산정이 가능하다. 그러나 그런 경우에 대부분 특허권자는 다른 항을 자유롭게 선택할 수 있고, 자연스럽게 제2항 또는 제5항에 의한 산정을 선택할 것이다(정차호·장태미, 앞의 책, 117면 주240 참조).

(논문투고일 : 2017.11.11., 심사개시일 : 2017.11.14., 게재확정일 : 2017.12.11.)



이승현 · 정차호

침해자 이익, 부당이득, 준사무관리, 추정 규정, 간주 규정

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내문헌

1. 단행본

강현중, 주석민법 제3판, 채권각칙(5)(편집대표 박준서), 한국사법행정학회, 1999.

곽윤직, 채권각론, 제6판, 박영사, 2003.

김상용, 채권각론, 화산미디어, 2011.

김석우, 채권법각론, 박영사, 1978.

김석준, 新 각주특허법, 제7판, 한빛지적소유권센터, 2015.

김주수, 채권각론, 제2판, 삼영사, 1997.

김준호, 채권법-이론·사례·판례-, 제8판, 법문사, 2017.

김증한·김학동, 채권각론, 제7판, 박영사, 2006

김현태, 신고 채권법각론, 일조각, 1969.

김형배, 사무관리·부당이득 [채권각론II], 박영사, 2003.

박성수, 특허침해로 인한 손해배상액의 산정, 경인문화사, 2007.

배대헌, 특허권침해와 손해배상, 세창출판사, 1997.

배상철, 산업재산권분야에 있어서 징벌적 손해배상제도의 도입가능성 및 도입방향, 한국발명진흥회 지식재산연구센터, 2007.

배상철·서경·원미경·김남경·조지은, 침해소송 관련 특허사법제도 선진화를 위한 소송현황 분석 및 발전방안 연구, 한국지식재산연구원, 2009.

송덕수, 채권법각론, 제3판, 박영사, 2017.

안원모, 특허권의 침해와 손해배상, 세창출판사, 2005.

양창수, 민법주해 XVII권, 채권(10) (편집대표 곽윤직), 박영사, 2005.

양창수 역, 2015년판 독일민법전, 박영사, 2015.

양형우, 민법의 세계 : 이론과 판례, 제8판, 피앤씨미디어, 2016.

오병철, 법정채권법, 법문사, 2014.

윤선희, 특허의 이해, 제3판, 법문사, 2017.

윤철홍, 채권각론, 전정2판, 법원사, 2015.

이은영, 채권각론, 제5판, 박영사, 2007.

이해완, 저작권법, 제3판(전면개정판), 박영사, 2015.
정차호·장태미, 특허법의 손해배상론, 동방문화사, 2016.
정차호·이철남·황성필·배윤근·이용명, 특허권 실효성 확보 필요성에 관한 연구, 특허청 연구용역 보고서, 2010.12.
지원림, 민법강의, 제15판, 홍문사, 2017.
최병조, 민법주해 XVII권, 채권(10) (편집대표 곽윤직), 박영사, 2005.

2. 논 문

권택수, “특허권침해금지소송에 있어서의 실무상 제문제-피고제품 및 피고방법의 특정, 특허청 구범위의 해석과 관련하여-”, 민형사실무연구 : 서울북부지방법원 승격기념논문집, 서울북부지방법원, 2004.
김상중, “영국의 restitution for wrongs와 위법이익의 반환: 우리 부당이득법의 수용 여부와 손해배상법의 발전방향에 대한 시사점”, 민사법학, 제78호, 한국민사법학회, 2017.
김상중, “지적재산권 침해로 인한 손해배상책임 : 손해배상법의 현대적 발전경향의 관점에서”, 재산법연구, 제31권 제3호, 한국재산법학회, 2014.
김원준, “특허권 침해로 인한 손해배상액의 산정방법-특허법 제128조 제2항 및 제3항을 중심으로-”, 법학논총, 제34집 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2014.
김재국·김장생, “특허권침해에 대한 손해배상-특허법 제128조 제1항, 제2항-”, 기업법연구, 제20권 제4호(통권 제27호), 한국기업법학회, 2006.
김태경, “저작권 침해와 손해배상에 관한 일고찰”, 법조, 제48권 제12호, 법조협회, 1999.
김태한·최병덕, “사무관리에 관한 고찰”, 사회과학연구, 제7집 제1호, 호서대학교 사회과학연구소, 1988.
변우주, “부진정사무관리와 준사무관리의 포섭범위에 관한 고찰”, 민사법의 이론과 실무, 제17권 제2호, 민사법의 이론과 실무학회, 2014.
배대헌, “특허법상 징벌적 손해배상액 제도의 도입 여부 논의”, 산업재산권 분야에 있어서 징벌적 손해배상제도의 도입 가능성 및 도입방안, 한국발

명진흥회 지식재산권연구센터, 2005.
백경일, “부당사무관리개념의 도입을 전제로 한 사무관리법의 새로운 체계구성-반의사사무관리와 불이익사무관리를 구분할 필요성에 관하여-”, 고려법학, 제56호, 고려대학교 법학연구원, 2010.
복진요, “지재권 분야에 징벌적 손해배상제도 도입가능성에 관한 연구”, 지식재산21, 특허청, 2010.
서종희, “침해부당이득에서 수익자의 초과수익반환-독일법을 중심으로 한 비교법적 고찰-”, 저스티스, 통권 제151호, 한국법학원, 2015.
서종희, “부당사무관리 및 부진정(準)사무관리와 부당이득과의 관계-부당이득 성립요건 및 반환범위에 관한 재고찰과 함께-”, 민사법학, 제63-1권, 한국민사법학회, 2013.
안춘수, “무권리자의 처분과 부당이득 및 사무관리”, 법학연구, 제24권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2014.
양창수, “특허권침해로 인한 손해배상 시론-특허법 제128조 제1항의 입법취지와 해석론-”, 법조, 통권 제588호, 법조협회, 2005.
육소영, “산업재산권 분야에 있어서 징벌적 손해배상 제도의 도입가능성 및 도입방안”, 산업재산권 분야에 있어서 징벌적 손해배상제도의 도입 가능성 및 도입방안, 한국발명진흥회 지식재산권연구센터, 2005.
윤선희, “특허권침해에 있어 손해배상액의 산정”, 저스티스, 통권 제80호, 한국법학원, 2004.
이혁주, “사무관리의 구성요건에 관한 연구”, 비교사법, 제3권 제1호, 한국비교사법학회, 1996.
전효숙, “특허권 침해로 인한 손해배상”, 저스티스, 제30권 제1호, 한국법학원, 1997.
전효숙, “특허권 침해로 인한 손해배상”, 신특허법론(손경한 편저), 법영사, 2005.
전효숙, “지식재산권의 침해와 부당이득”, 산업재산권, 제36호, 한국산업재산권법학회, 2011.
정재훈, “저작권침해에 대한 손해배상-입법론을 중심으로-”, 법조, 통권 제486호, 법조협회, 1997.
정종한·박진하·이광형, “특허사건에 대한 특허심판원의 심판 및 법원의 판결 동

향에 관한 통계적 연구", 지식재산연구, 제7권 제2호, 한국지식재산학회, 2012년 6월.

정차호, "미국특허소송에서의 청구항 해석: 예측불가능한 게임", 지식재산연구, 제3권 제2호, 한국지식재산연구원, 2008.

정차호·주지환, "손해배상액 증액제도의 특허법에의 도입 필요성", 성균관법학, 제24권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2012.

정희장, "특허권 등 침해에 대한 손해배상청구권, 부당이득반환청구권", 지적소유권에 관한 제 문제(상), 법원행정처, 1992.

조광훈, "준사무관리에 관한 연구", 사법행정, 제47권 제3호, 한국사법행정학회, 2006.

좌승관, "특허법상 형사처벌에 관한 소고", 지식재산21, 특허청, 2011년 4월호.

최승재, "특허권의 실효성 확보를 위한 가중적 손해배상제도의 도입에 관한 연구", 강원법학, 제33권, 강원대학교 법학연구소, 2011.

최지선, "특허침해 손해액 산정시 특허법 제128조의 조항별 활용도, 인용규모 및 영향요인 간 관계에 관한 통계분석과 시사점", 법경제학연구, 제13권 제2호, 한국법경제학회, 2016.

최지선, "법원의 재량에 기한 특허침해 손해배상액 산정 판결례 고찰과 쟁점 연구", 저스티스, 통권 제156호, 한국법학원, 2016.

현대호, "지적재산권법의 손해배상제도에 관한 개선방안연구", 연구보고 02-04, 한국법제연구원, 2002.

현대호, "영업비밀의 보호요건과 구제수단에 관한 법제연구", 법조, 제54권 제8호, 법조협회, 2005.

홍광식, "특허권 등 침해의 제유형", 지적소유권에 관한 제문제(上), 법원행정처, 1992.

3. 학위논문

이인종, 특허권자보호강화방안에 관한 연구, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 1999.

이헌욱, 특허 침해와 손해배상산정에 관한 고찰: 특허법 제128조를 중심으로, 연세대학교 법무대학원 석사학위논문, 2002.

4. 기타자료

http://www.ipwatchdog.com/2012/07/25/justice-scalia-hardest-decision-probably-a-patent-case/id=26743/

법원 지적재산권분야 1·2심 합동연구회, 법률신문, 2010.7.10.

서울대학교 산학협력단, "지재권소송에서 손해배상 산정의 적절성 확보방안", 2011년 국가지식재산위원회 정책연구사업 연구용역보고서, 2012.

日本工業所有権審議会損害賠償等小委員会報告書のとりまとめについて, 1997.11.25., 일본특허청.

II. 외국문헌

1. 일본문헌

加藤雅信, 事務管理・不當利得・不法行爲(新民法大系 V) 第2版, 有斐閣, 平成19年(2007年).

加藤雅信・加藤新太郎 編著, 김상수 譯, 현대민법학과 실무, 법우사, 2010.

岡村玄治, 債権法各論, 厳松堂, 昭和4年(1929年).

兼子一・染野義信, 特許・商標, 青林書院, 昭和30年(1955年).

高林龍, 標準 特許法, 第5版, 有斐閣, 2014.

広中俊雄, 債権各論講義, 第6版, 有斐閣, 1994.

鳩山秀夫, 増訂 日本債権法各論(下卷), 岩波書店, 大正13年(1924年).

鳩山秀夫, 民法研究 第4卷, 岩波書店, 昭和5年(1930年).

駒田泰土・潮海久雄・山根崇邦, 特許法(知的財産法I), 有斐閣, 2014.

菊地浩明, "ドイツ特許法改正とクロスボーダー訴訟の現在(上)", 判例タイムズ, 第1310号, 判例タイムズ社, 2010.

近江幸治, 事務管理・不当利得・不法行為(民法講義VI) [第2版], 成文堂, 2009.

近藤英吉, 債権法各論, 弘文堂, 昭和8年(1933年).

金山正信, "『準事務管理』概念は必要か", 民法の争点II, ジュリスト増刊, 有斐閣, 昭和60年(1985年).

内田貴, 民法II(債権各論)[第2版], 東京大学出版会, 2007.

茶園成樹, 特許法, 有斐閣, 2013.

藤原正則, 不当利得法, 信山社, 2002(平成14年).
藤原正則, 新注釈民法(15), 債權(8), §§ 697~711, (編集代表 大村敦志 · 道垣内弘人 · 山本敬三), 有斐閣, 平成29年(2017年).
末川博, “準事務管理”, 末川法律論文集 第3卷, 岩波書店, 昭和45年(1970年).
牧野和夫, 知的財産法講義[三訂版], 税務経理協会, 平成27年(2015年).
梶山太郎, ドイツ連邦共和国における知的財産訴訟制度(特許訴訟制度)の調査結果(報告), 法務省大臣官房司法法制部, 2013.
半田吉信, “ドイツにおける特許侵害に基づく損害賠償の範囲”, 知的財産権の侵害と民事法上の救済(千葉大学社会文化科学研究科研究プロジェクト報告書 第66集), 2003.
北川善太郎, 債権各論(民法講要IV)[第3版], 有斐閣, 2003.
四宮和夫, 事務管理 · 不当利得 · 不法行為 上卷(現代法律学全集10), 青林書院, 昭和60年(1985年).
四宮和夫, 信託法, 有斐閣, 1989.
渋谷達紀, 特許法, 発明推進協会, 平成25年(2013年).
石田文次郎, 債権各論, 早稲田大学出版部, 昭和23年(1948年).
松坂佐一, 事務管理 · 不当利得[新版], 法律学全集 22-I, 有斐閣, 平成2年(1990年).
水本浩, 債権各論 (下), 民法セミナー7, 一粒社, 昭和61年(1986年).
我妻榮, 債權各論 下卷一(民法講義V4), 岩波書店, 昭和55年(1980年).
我妻榮 · 有泉亨 · 清水誠 · 田山輝明, 我妻 · 有泉 コンメンタール民法-総則 · 物権 · 債権-[第2版], 日本評論社, 2008.
櫻井博子, “アメリカ法における違法に取得した利益に対する責任”, 法学会雑誌, 56卷 1号(前田雅英教授退職記念号 川村栄一教授退職記念号), 首都大学東京都市教養学部法学系, 2015.
円谷峻, 不法行為法 事務管理 · 不当利得-判例による法形成-, 第3版, 成文堂, 2016.
鈴木祿弥, 債権法講義, 四訂版, 創文社, 2001.
永田菊四郎, 工業所有権法, 有信堂, 昭和32年(1957年).
長野史寛, “知的財産権侵害における不当利得返還請求-侵害利得と不法行為が交錯する一場面”, 法学論叢 第180卷 第5 · 6号(松岡敎授退職記念号),

東部大學法學會, 平成29年(2017年) 3月
田山富信, やさしい事務管理・不当利得・不法行為法 [第三版], 法学書院, 2009.
田山輝明, 事務管理 · 不当利得 · 不法行為 債権各論下巻(民法要義 6), 成文堂, 2006.
田村善之, 知的財産権と損害賠償[新版], 弘文堂, 平成16年(2004年).
田村善之, 特許法の理論, 有斐閣, 2009.
田村善之, “侵害による利益を損害額と推定する特許法102条2項の適用の要件と推定の覆滅の可否-ごみ貯蔵機器事件-”, 知財管理, Vol. 63, No. 7, 日本知的財産協会, 2013.
田村善之, “特許権侵害に対する損害賠償額の算定に関する裁判例の動向”, 知財管理, Vol. 55, No. 3, 日本知的財産協会, 2005.
井崎康孝, “逸失利益の算定/侵害者利益”, 大阪弁護士会知的財産法の実務研究会編, 知的財産権 · 損害論の理論と実務, 別冊 NBL No. 139, 商事法務, 2012.
潮見佳男, 基本講義 債権各論I 契約法 · 事務管理 · 不当利得(ライブラリ 法 学 基 本 講 義 6-I), 第2版, 新世社, 2009.
竹内賀久治, 特許法, 厳松堂, 昭和13年(1938年).
中山信弘・小泉直樹 編, 新・注解 特許法 下巻, 青林書院, 2011.
中山信弘, 特許法, 第二版, 弘文堂, 平成24年(2012年).
川井健, 民法概論 4(債権各論), 有斐閣, 2008.
澤井裕, テキストブック事務管理 · 不当利得 · 不法行為 [第2版], 有斐閣ブックス, 1996.
特許庁編, 工業所有権法(産業財産権法)逐条解説, 第18版, 社団法人 発明協会, 2010年(平成22年).
平田健治, 新注釈民法(15), 債權(8), §§ 697~711, (編集代表 大村敦志 · 道垣内弘人 · 山本敬三), 有斐閣, 平成29年(2017年).
平田春二, 新版注釈民法(18) 債權(9) 事務管理 · 不当利得 §§ 697 ~ 708(編集代表 谷口知平 · 於保不二雄 · 川島武宜林 · 林 良平 · 加藤一郎 · 幾代通), 有斐閣, 平成3年(1991年).
好美清光, “準事務管理の再評価-不当利得法等の検討を通じて-”, 不当利得 · 事務管理の研究 3(谷口知平教授還暦), 有悲閣, 昭和47年(1972年).

2. 서구 문헌

Albert Preu, Richtlinien für die Bemessung von Schadenersatz bei Verletzung von Patenten, GRUR 1979.

Alwxander Harguth & Steven Carlson, Patents in Germany and Europe, Wolters Kluwer, 2011.

Amy L. Landers, *Patent Claim Apportionment, Patentee Injury, and Sequential Invention*, 19 Geo. Mason L. Rev. 471, 490 (2012).

Brian J. McNamara, *Patent Protection of Computer Hardware and Software*, 12 Wake Forest J. Bus. & Intell. Prop. L. 137, 185 (2012).

Caprice L. Roberts, *The Case for Restitution and Unjust Enrichment Remedies in Patent Law*, 14 Lewis & Clark L. Rev. 653 (2010).

David W. Opderbeck, *Patent Damages Reform and the Shape of Patent Law*, 89 B.U.L.Rev. 127 (2009).

Detlef König, Ungerechtfertigte Bereicherung Tatbestände und Ordnungsprobleme in rechtsvergleichender Sicht Taschenbuch, Universitätsverlag Winter GmbH Heidelberg, 1985.

Eduard Reimer, PATENTGESETZ UND GEBRAUCHSMUSTERGESETZ, 3.Aufl., Köln · Berlin · Bonn · München, 1968.

Ernst Steindorff, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158, 1959.

Fritz Lindenmaier, Die Herausgabe des Verletzergewinns, ZAkDR 1936.

Georg Klauer und Philipp Möhring, Patentrechtskommentar Band II, 3.Aufl., München, 1971.

George Cumming und Mirjam Freudenthal und Ruth Janal, Enforcement of Intellectual Property Rights in Dutch, English and German Civil Procedure, Wolters Kluwer, 2008.

Graham Virgo, The Principles of the Law of Restitution, 2nd ed., Cambridge University Press, 2006.

Hanbury&Martin, Modern Equity(by Dr Jill E. Martin), 17th ed., Sweet & Maxwell, 2005.

Hartmut Haines, BEREICHERUNGSANSPRÜCHE BEI WARENZEICHENVERLETZUNGEN UND UNLAUTEREM WETTBEWERB, Köln · Berlin · Bonn · München, 1970.

Hein Kötz, Trust und Treuhand, Eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen trust und funktionsverwandter Institute des deutschen Rechts, Göttingen: Vandenhoeck & Rupprecht, 1963.

Heinz GODDAR(城山康文(訳)), "特許権行使と特許訴訟における損害賠償額の算定について-ドイツを例にして", 知的財産法政策学研究 Vol. 12, 北海道大学法学研究所, 2006.

Helmut Coing, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, C.H.Beck, 1973.

Horst Heinrich Jakobs, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn 1964.

Horst von der Osten, Zum Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinnes im Patentrecht, GRUR 1998.

Joachim Schmidt-Sanzer, Zur Technik der topischen Rechtsbildung: Angemessene Lizenzgebühr und Verletzergewinn als Grundlagen der Schadensberechnung, JR 1969.

John Skenyon, et al, *Patent Damages Law and Practice*, Clark Boardman Callaghan, 2013.

Kerr and Troxel, *Calculating Intellectual Property Damages*, Thomson West, 2013.

Klaus Grabinski, "Gewinnherausgabe nach Patentverletzung, Zur gerichtlichen Praxis acht Jahre nach dem "Gemeinkostenanteil"-Urteil des BGH", GRUR 2009.

Liane Lutz, DIE ERWEITERTE SCHADENSBERECHNUNG, Diss. Tübingen, 1974.

Motive zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, Bd.II, 1888.

Norman C. Fulmer, *Measure of Damages in Patent Infringement Suits*, 36 J. PAT. OFF. SOC'Y. 317, 319 (1954).

Note, *The Enforcement of Rights Against Patent Infringers*, 72 HARV. L. REV. 328, 345 (1958).

Notes, *Recovery in Patent Infringement Suits*, 60 COL. L. REV. 841, 843-844 (1960).

Paul H. Hubbard, *Monetary Recovery under the Copyright, Patent, and Trademark Acts*, 45 TEX. L. REV. 953 (1967).

Peter Birks, Unjust Enrichment, 2nd ed., Oxford University Press, 2005.

Peter Meier-Beck, "Damages for Infringement According to German Law-Basic Principles, Assessment and Enforcement", IIC 2004.

Peter Meier-Beck, "The Judicial Practice of the German Federal Supreme Court of Patent and Utility Model Law in 2007", IIC 2009.

Peter Schlechtriem, Schuldrecht, Besonderer Teil, 5.Aufl., Mohr Siebeck, 1998.

Philipp Möhring, Einzelfragen der Schadensliquidation im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1931.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd.II, 1898.

Richard. L. Stroup, *Patentee's Monetary Recovery from an Infringer*, 59 J. PAT. OFF. SOC'Y. 362, 400 (1977).

Robert Neuner, Interesse und Vermögensschaden, AcP 133, 1931.

Rudolf Kraßer, Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht, GRUR Int. 1980.

Thomas Cottier and Pierre Véron, Concise International and European IP Law, Kluwer Law International, 2008.

Thomas F. Cotter, *Comparative Patent Remedies*, Oxford, 2013.

Ulrich Loewenheim, Möglichkeiten der dreifachen Berechnung des Schadens im Recht gegen den unlautern Wettbewerb, ZHR 135 (1971).

Walter Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigte Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau, Graz, 1934.

Walter Wilburg, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163, 1964.

Werner Pinzger, Berechnung des Schadensersatzes wegen Patentverletzung, GRUR 1931.

Wilhelm Kisch, Schadensersatz und Bereicherung bei Patentverletzung, LZ 1927.

William O. Kerr, et al., *Patent Infringement Damages: Statistics and Trends, 1990-2004*, IPRA, Inc. (Yardley, PA, 2004).

Wolfganf Bernhardt und Rudolf Kraßer, LEHRBUCH DES PATENTRECHTS, 4.Aufl., München, 1986.

Wolfgang Fikentscher, Lehrbuch des Schuldrechts, 3.Aufl., Walter de Gruyter Berlin · New York, 1971.

Abstract

A Suggestion for an Amendment of Section 128(4) of the Patent Act to Apply "Unauthorized Management Jurisprudence" to Infringer's Profit Jurisprudence

Lee, Seung Hyun
Jung, Chaho

In the case that an infringer has made a huge profit through infringing someone else's patent right, the scope of restitution of the enrichment from a general illegal act or unjust enrichment is restricted to the loss that the patentee suffered. Therefore the infringer is allowed to withhold whole of the enrichment which is over the loss. Incidentally, such a result practically invites a potential licensee to infringe the patent right and is against justice and equity. Therefore to correct such unjustice, section 687(2) of the German Civil Act recognizes the pursuant management of affairs where an infringer is deprived of all his/her profit. Such German pursuant management of affairs puts intent as a prerequisites for establishment, transfers the damage that the victim suffered, and has two aspects (i.e. a restriction against the infringer, the suppression of an act of infringement). And in terms of applying mutatis mutandis to the effective provision of the pursuant management of affairs for effective realization of such aspects, the act falls under a special illegal act, distinct from general unjust enrichment or a general illegal act. Incidentally, the Korean Civil Act has no provision concerning pursuant management of affairs, and there are theoretical confrontations about whether to recognize the fact that there is no provision. But if not recognized, it is against a sense of equity that is commonly approved by the comparative law saying, "if you have intentionally sold what is owned by

someone else, agreement about you being deprived of the profit from your infringement is prevention of an act of infringement and a restriction against the infringer." Therefore at least pursuant management of affairs must be recognized according to the theory of interpretation of the civil law.

On the other hand, pursuant management of affairs according to the civil law assumes the infringer has committed the crime intentionally. But the legal principle of the pursuant management of affairs in the patent law takes the infringer's intent and negligence as requirements and therefore these two cases must be understood separately. And in the case of patent infringement, the latter one must be grasped as a type of legal principle of calculation of the profit of the infringer – one of the methods of calculation of damages through which the patentee can receive. Based on this, a problem can arise in the case of patent infringement – whether such a case recognizes application of the legal principle of the pursuant management of affairs or not. As for this, we, the authors, think that in the patent law, the legal principle of the pursuant management of affairs should be introduced initiatively for reasons (e.g. because the distinct characteristics of patent rights infringement should be considered; because today, when we are facing the fourth industrial revolution era, it is expected that it will be much more difficult to prove patent rights infringement). Naturally, in relation to this, section 128(4) of the Patent Act prescribes that the infringer's profit is presumed as the patentee's loss. However, if the infringer can prove the patentee's limited production capacity, the presumption may be rebutted. And for weak patentees, such as individual inventors, SMEs, such proof would be easy. As a result, for weak patentees, section 128(4) is useless. Therefore section 128(4) of the Patent Act should be revised into a provision that regards the infringer's profits as the patentee's damage. By doing so, the legal principle of the pursuant management of affairs will be recognized in the Patent Act. I hope that through such revision, section 128(4) would be the most preferred one among three damages calculation methods by weak patentees.

Lee Seung Hyun · Jung Chaho

infringer's profit, unjust enrichment, unechte Gesch ftsf hrung ohne Auftrag, putative regulatory, considered regulatory

링크사이트에 의한 저작권침해 확산에 대한 입법적 대응방안 연구*

이해완**

【목 차】

Ⅰ. 문제의 소재
Ⅱ. 판례의 동향과 그 시사점
1. 국내 판례의 동향
2. 해외 주요국 등의 판례 동향
3. 판례의 시사점 – 종합적 검토
Ⅲ. 저작권법 개정의 필요성과 방향성
1. 개정의 필요성
2. 개정의 방향성
3. 관련 이슈들의 검토
Ⅳ. 저작권법 개정안의 제시 및 설명
1. 서설
2. 제1안의 제시와 그 설명
3. 제2안의 제시와 그 설명
Ⅴ. 맺음말

【국 문 요 약】

대법원 판례는 인터넷상의 링크 제공행위가 저작재산권 등의 직접침해에 해당할 수 있는 가능성을 부정하고 있다. 나아가 불법복제물에 대한 링크제공행위가 불법복제물을 업로드한 사람의 공중송신권 침해행위에 대한 방조가 될 수 있는 가능성도 부정하는 취지로 보이는 이른바 '츄잉' 사건에 대한 대법원 판결이 선

---

* 본고는 필자가 국가지식재산위원회 보호전문위원회 위원으로서 2017년 정책이슈로 제안하여 연구를 수행하고 위원회에 2017년 10월에 제출한 '링크에 의한 저작권침해 확산에 대한 입법적 대응방안'이라는 제목의 연구보고서를 토대로 하여 그 분량을 대폭 줄이면서 수정, 보완하는 방식으로 작성한 것임을 밝힌다. 그리고 본고의 내용은 필자가 2015년에 발표한 논문(이해완, "인터넷 링크와 저작권 침해 책임", 성균관법학 제27권 제3호(2015.09), 229~269면)의 연장선에서 논문 발표 이후의 판례, 학설 등의 동향에 대한 소개와 함께, 입법론적인 제안을 중심으로 새로운 논의를 하기 위하여 작성하는 것인바, 필자의 이전 발표 논문의 내용 중 본고의 논지에 전제가 되는 부분은 약간의 중복을 감수하면서 인용할 수밖에 없었음을 아울러 밝힌다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수

고된 후 여러 학자들의 비판이 있었음에도 불구하고 그로부터 2년 반이 넘는 세월이 흘렀지만 아직 판례의 변경은 이루어지지 않고 있다. 그 사이에 비공개 웹스토리지에 저장된 복제물에의 링크를 특수한 기술적 방식으로 제공하여 광고수익을 취하는 링크사이트 운영이 확산되어 저작권자의 정당한 권익을 침해하는 현상이 지속되어 왔지만, 저작권자들은 법적 구제수단에 있어서 큰 제약을 받으면서 속수무책으로 큰 피해를 입어 왔다. 외국의 사례들을 보면, 우리처럼 링크제공자의 저작권 직접침해 책임과 간접침해 책임을 모두 부정하는 나라는 찾아보기 어렵다. 특히 EU의 경우에는 최근의 GS Media 사건 판결을 통해 불법복제물이라는 인식을 가지고 있는 등의 추가적인 주관적 요건 하에 불법복제물에 대한 링크제공행위를 공중송신의 개념에 포함하여 직접침해로 규율하는 입장을 뚜렷이 취하고 있어 우리에게 많은 시사점을 안겨 주고 있다. 본고는 이러한 상황을 기초로 하여, 이제는 저작권자의 정당한 권익을 보호하기 위하여 입법을 서둘러야 할 때라고 판단하고, 그 구체적인 방안을 모색하였다. 결론적으로, 필자는 이를 위해 저작권법의 개정이 필요하다고 생각한다. 그리고 그 방향성은 저작권자의 권익에 대한 충실한 보호와 인터넷상 표현의 자유의 중요한 내용인 링크의 자유 보호라고 하는 서로 상충하는 두 가지의 목표 사이에 적절한 균형점 내지 조화점을 찾는 데 두어져야 한다고 본다. 구체적으로, 침해간주규정을 개정하여, 불법성에 대한 인식 등의 요건을 갖춘 불법복제물에 대한 링크 제공행위를 저작재산권 침해행위로 보는 규정을 도입할 것을 제1안으로 제시하고, 나아가 그에 비하여, 표현의 자유에 대한 우려를 조금이라도 더 줄이기 위한 대안을 모색하여 제2안으로 제시한다.

Ⅰ. 문제의 소재

하이퍼링크(hyperlink, 이하에서는 '링크'라고만 한다)는 인터넷상의 정보를 전달하는 하나의 수단으로서, 웹페이지 상의 특정한 텍스트나 이미지 등에 다른 웹페이지로의 연결정보가 포함되어 있어 그 텍스트나 이미지 등을 클릭하면 자동으로 다른 웹페이지상의 정보에 접근할 수 있도록 하는 것을 뜻한다. 이것은 인터넷을 인터넷답게 만드는 핵심적 기능요소이므로, 링크의 자유는 인터넷의 자유 또는 인터넷상의 표현의 자유와 관련된 것으로 인식되어 상당한 존중과 보호를 받아 왔다. 그러나, 다른 자유의 영역이 그러한 것처럼 '링크의 자유'도 절대적인 것일 수는 없다. 저작권 보호와의 관계에서도 링크의 자유를 기본적으로 보장하되 저작권자등의 권리를 지나치게 해하는 결과를 초래하지 않도록 그 한계선을 적정하게 잘 긋기 위해 주의를 기울일 필요가 있다.

그러한 관점에서 우리나라의 판례상황을 살펴보면, 우리 대법원 판례는 저작권의 보호와 링크의 자유 사이의 적정한 한계선을 제시하고 있다고 할 수 없다. 대법원은 타인의 저작물을 허락 없이 링크하는 행위가 '복제' 또는 '전송' 등의 개념에 해당하지 않아 저작재산권의 직접침해에 해당하지 않는다는 것을 일관되게 판시해 오고 있을 뿐만 아니라, 2015.3.12. 선고 2012 도 13748 판결(뒤에서 보는 이른바 '츄잉사건' 판결)에서 불법복제물에 대하여 링크를 건 행위가 저작재산권 침해의 방조행위가 될 수 있는지 여부가 문제가 된 사안에서 그 가능성조차 부정하는 취지의 판시를 하였고, 달리 링크설정 행위가 저작권 침해가 될 수 있는 가능성에 대하여 언급한 판결은 전혀 내지 않고 있기 때문이다. 결국 링크행위가 저작물의 불법복제물의 유포나 그 확산에 어떠한 기여를 하든지 상관없이 '링크'의 방식을 취하기만 하면 그 방식의 특성으로 인하여 어떤 이유로든 저작권침해의 책임을 지지 않는다고 보는 것이 대법원 판례의 입장인 것으로 인식될 수 있는 상황이 상당기간 지속되고 있다고 할 수 있다.

이러한 판례 상황은 마치 '저작권'이라는 배의 밑창에 큰 구멍이 난 것에 비유할 수 있을 정도로, 저작권 보호의 면에서 대단히 염려스러운 상황을 초래하고 있다. 위 대법원 판결의 선고 이후, 유료콘텐츠의 불법복제물에 대한 링크를 분야별로 조직화하여 일종의 콘텐츠 '큐레이션(curation)' 서비스[1]를 하면서 광고수

1) '큐레이션' 서비스로서의 링크사이트의 운영상 특징에 대한 자세한 소개는 임원선, "저작권법상

입을 거두는 링크 사이트가 방송프로그램 등의 영상저작물이나 만화저작물 등을 중심으로 확산되어 왔다. 이를 통해 저작권자들에게 돌아가야 할 정당한 수익의 몫이 불법복제물을 조직적으로 확산하는 데 기여하는 링크 사이트 운영자의 광고 수익으로 부당하게 전환되는 것에 대하여 사법적, 행정적 통제가 거의 이루어지지 못하는 상황 속에서 저작권자의 권익은 속수무책으로 희생되어 왔다. 오늘날 링크 사이트의 운영형태를 보면, 웹스토리지 사이트에 비공개로 올려진 불법복제물을 특수한 기술적 방식을 통해 특정 링크 사이트를 통해 공중이 접근할 수 있도록 제공하는 방식을 취하고 있는 사례가 많음을 알 수 있다. 이것은 공개형 웹스토리지 방식을 중심으로 한 이전의 침해 방식이 '비공개 웹스토리지 + 공개 링크 사이트'의 교묘한 결합형태의 새로운 방식으로 변형되어 법적 규제를 회피하거나 우회하는 전략으로 활용되고 있는 것으로 파악된다. 이전의 공개형 웹스토리지 방식이나 현재의 링크 사이트 방식이 모두 저작권자의 정당한 몫을 약탈하는 정의롭지 못한 영리행위의 방식이라는 점에서 동일하지만 전자는 확립된 규제의 틀 속에 있는 반면 후자는 그렇지 않고, 오히려 대법원 판례에 의하여 면죄부를 받은 것과 같은 상황 속에 있기 때문에 후자의 방식이 확산되어 저작권의 보호라고 하는 저작권법의 근본적 목적을 좌절시키는 참으로 안타까운 현상이 빚어지고 있다.

필자는 위 '츄잉 사건 판결'이 저작권등 보호의 면에서 위와 같은 파괴적인 결과를 초래할 현실적 위험성을 내포할 뿐만 아니라 법리적인 면에서도 중대한 논리적 오류가 있다고 보고 그에 대한 강한 비판의견을 제시해 왔다.[2] 뒤에서 보는 바와 같이, 이 판결에 대하여는 필자 외에도 여러 학자들이 비판적 입장을 취해 왔고, 나아가 서울고등법원 판결이 정면으로 판례변경의 필요성을 제시하는 상황에까지 이르렀다.

그러나 아직도 대법원 판례의 변경은 이루어지지 않고 있고, 따라서 링크를 이용한 불법복제물 확산에 대한 무방비적 상황에서 벗어나지 못하고 있다. 이러한 상황의 지속으로 인한 저작권보호의 공백에 대하여, 이제는 입법적 대응을 더 이상 미룰 수 없다고 생각된다. 대법원 판례의 변경이 생각보다 쉽지 않은 상황에서 판례변경을 수동적으로 기다리고만 있기에는 저작권자들의 정당한 권익에 미

링크와 링크사이트의 법적 성격에 관한 검토", 계간 저작권 2017 가을호, 149~152면 참조.

2) 이해완, "인터넷 링크와 저작권 침해 책임", 성균관법학 제27권 제3호(2015.09), 254면 이하 참조.

치는 파괴적 영향이 너무 큰 것으로 보이기 때문이다.

이러한 관점에서 이 글에서는, 링크에 의한 저작권 침해의 가능성에 대한 지금까지의 판례 동향에 대하여 재정리해 본 다음, 저작권자의 정당한 권익을 크게 위협하는 위와 같은 상황에 대한 입법적 대처방안에 대하여 살펴보고, 구체적으로 저작권법 개정안을 마련하여 제시해 보고자 한다.

II. 판례의 동향과 그 시사점

1. 국내 판례의 동향

가. 츄잉 사건 이전 판례의 동향

뒤에서 살펴볼 츄잉 사건에 대한 대법원 판결은 불법복제물에 대한 링크설정 행위가 저작재산권 침해의 방조(간접침해)에 해당하는지 여부에 대한 문제를 다룬 최초의 판결이다. 따라서 그 이전의 판결들은 간접침해의 문제에 대하여는 언급하지 않고, 타인의 저작물을 권리자의 허락 없이 링크하여 제공하는 것이 저작재산권이나 저작인격권의 직접침해에 해당하는지 여부에 대하여만 주로 다루고 있다. 그 결론은 저작권침해에 관한 한 예외 없이 (직접)침해의 성립을 부정하는 취지를 일관해 온 것으로 볼 수 있다.

대법원 2009. 11. 26. 선고 2008다77405 판결은 “인터넷에서 이용자들이 접속하고자 하는 웹페이지로의 이동을 쉽게 해주는 기술을 의미하는 인터넷 링크 가운데 이른바 심층링크(deep link)또는 직접링크(direct link)는 웹사이트의 서버에 저장된 저작물의 인터넷 주소(url)와 하이퍼텍스트 태그(tag)정보를 복사하여 이용자가 이를 자신의 블로그 게시물 등에 붙여두고 여기를 클릭함으로써 위 웹사이트 서버에 저장된 저작물을 직접 보거나 들을 수 있게 하는 것으로서, 인터넷에서 링크하고자 하는 저작물의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하다. 따라서 이는 구 저작권법 제2조제14호 에 규정된 “유형물에 고정하거나 유형물로 다시 제작하는 것”에 해당하지 아니하고, 또한 저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지언정 같은 조 제9의2호에 규정된 “송신하거나 이용에 제공하는 것”에 해당하지도 아니한다. 그러므로 위 심층링크 내지 직접링크를 하는 행위는 구 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 않는다고 할 것이다.“라고 판시하였다. 이 판결은 타인의 저작물에 대한 링크설정

행위가 복제권 또는 전송권에 대한 직접침해가 될 수 있는지에 대하여 최초로 명확하게 판시한 것으로서, 직접침해의 성립을 부정하는 취지를 분명히 하고 있다.

다만 대법원의 이러한 판시내용 중 링크걸기가 전송의 개념에 해당하지 않는다고 본 것은 절대적 타당성을 가진 논리라고 보기는 어렵다. '송신'의 개념에는 해당하지 않더라도, '이용제공'의 개념에 해당하는 것으로 보는 것은 논리적으로 불가능한 것은 아니며, 저작권자의 권익을 보다 두텁게 보호하고자 하는 관점에서는 이용제공의 범위를 지나치게 좁히는 것이 타당하지 않다고 보아, 타인의 저작물에 대한 링크를 설정하여 공중에게 제공하는 행위도 '이용제공'의 범위에 포함된다고 볼 수 있을 것이기 때문이다. 그러므로, 링크제공행위를 '전송'에 해당하지 않는다고 보는 것은 전송에 대한 개념규정에서 오는 필연적인 결론이라기보다는, 링크의 자유를 최대한 보장하고자 하는 정책적인 관점의 반영이라는 측면이 강하다고 할 수 있다. 뒤에서 보는 EU의 판례는 '공중송신'의 개념을 넓게 잡아 링크설정 행위도 공중전달의 개념에 포함될 수 있는 것으로 보면서, 그 범위를 다른 기준으로 적절히 제한하는 입장을 취하고 있음을 알 수 있는데, 그것도 위와 같은 판례의 입장이 절대적 타당성을 가진 것은 아닐 수 있음을 보여주는 것이라 할 수 있다.

이후 대법원은 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결을 통해, 링크의 유형 중 해당 사이트에서 이용자가 클릭할 필요 없이 바로 링크가 실행되어 링크된 이미지가 화면에 보이게 하는 이른바 '인라인 링크'('임베디드 링크'라고도 한다)[3]에 대하여도 저작재산권 침해를 부정하는 결론을 내린다. 즉, 이 판결은 포털 사이트에서의 이미지 검색 서비스의 결과화면에서 이른바 썸네일 이미지의 크기보다 상당히 큰 크기로 화면에 나타나게 하는 '상세보기 이미지'의 제공이 저작재산권 침해에 해당하는지 여부를 판단하면서 "인터넷 링크는 인터넷에서 링크하고자 하

3) 링크제공자가 링크에 사용하는 태그를 일반적인 링크용 태그가 아닌 다른 태그를 사용함으로써 해당 웹페이지를 방문했을 때 별도로 링크가 연결된 텍스트나 이미지를 클릭할 필요 없이 링크된 내용이 자동적으로 보여지거나 들려지도록 하는 방식의 링크를 말한다. 이러한 인라인 링크의 경우에는 링크가 자동적으로 실행되기 때문에 웹사이트 이용자로서는 링크된 정보의 위치는 물론 링크가 되어 있다는 사실조차 모르는 경우가 많다. 한편, 프레임 링크의 경우 이용자의 클릭이 있어야 화면에 나타나는 점에서 일반 링크와 유사하지만 , 그 클릭행위 후에 나타나는 화면은 여전히 링크 제공 웹사이트의 한 프레임인 것처럼 보여 , 링크 제공 사이트의 일부에 링크 대상물이 현출되는 방식이라고 볼 여지가 있다는 점에서 인라인 링크로서의 속성도 일부 가지고 있다고 할 수 있다. Pekka Savola, "Blocking injunctions and website operators' liability for copyright infringement for user-generated links", E.I.P.R. 2014, 36(5), 280. 따라서 프레임 링크와 인라인 링크의 구별이 아주 선명하다고 하기는 어렵다 . 이해완, 앞의 논문, 233면 참조.

는 웹페이지나 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보 내지 경로를 나타낸 것에 불과하여, 위와 같은 사정만으로는 피고가 원래의 이미지 또는 이를 축소, 변환한 상세보기 이미지를 자신이 직접 관리하는 서버 등의 유형물에 저장하였다고 단정하기에 부족하다"고 판시하였다. 이는 이른바 '편입 기준'[4]을 취하지 않고 Perfect10 사건 판례 등에서 취하는 이른바 '서버 기준'[5]을 채택하여, '인라인 링크' 등을 통해 타인의 저작물을 자신의 사이트에 편입된 콘텐츠의 일부인 것처럼 제공하더라도 자신이 관리하는 '서버'에 해당 저작물을 저장한 경우가 아닌 한 직접침해의 책임을지지 않음을 비교적 명확히 선언한 것이라 할 수 있다.

나. 츄잉 사건에 대한 대법원 판결과 그에 대한 두 가지의 비판논리

가입회원들로 하여금 해당 사이트에 만화에 대한 링크를 걸어 올리도록 하는 방식으로 '츄잉'이라는 만화 사이트를 운영하던 피고인이 저작권법위반방조죄로 기소된 사안에 대한 대법원 2015.3.12. 선고 2012도13748 판결은 처음으로 링크제공행위가 저작재산권침해의 방조행위가 될 수 있는지에 대하여 판시한 판결로서,그 동안 큰 논란의 대상이 되어 왔다. 이 판결은 먼저 기존 판례를 인용하면서 "이른바 인터넷 링크(Internetlink)는 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지나, 웹사이트등의 서버에 저장된 개개의 저작물 등의 웹 위치 정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 비록 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 링크된 웹페이지나 개개의 저작물에 직접 연결된다 하더라도 위와 같은 링크를 하는 행위는 저작권법이 규정하는 복제 및 전송에 해당하지 아니한다"고 판시하였다. 나아가 링크걸기가 저작권침해의 방조행위가 될 수 있는지 여부와 관련하여, "형법상 방조행위는 정범의 실행을 용이하게 하는 직접, 간접의 모든 행위를 가리키는 것인데, 링크를 하는 행위 자체는 위와 같이 인터넷에서 링크하고자 하는 웹페이지 등의 위치정보나 경로를 나타낸 것에 불과하여, 인터넷 이용자가 링크 부분을 클릭함으로써 저작권자로부터 이용허락을 받지 아니한 저작물을 게시하거나 인터넷

4) '편입 기준((incorporation test)'이란 '프레임 링크'나 '인라인 링크' 등을 통해 화면상 자신의 웹페이지 안에 다른 저작물을 편입시킨 모습을 취하기만 하면 설사 자신이 관리하는 서버에 해당 정보를 복제, 저장하지 않아도 공중송신권(미국법상의 배포권, 전시권 등) 침해의 주체가 될 수 있다고 보는 판단기준을 뜻한다.

5) '서버 기준(server test)'이란 자신이 관리하는 서버 컴퓨터에 전자적 정보를 저장 하여 직접 송신 서비스를 제공하는 자만이 공중송신권(미국법상의 배포권, 전시권 등) 침해의 주체가 될 수 있다고 보는 판단기준을 뜻한다.

이용자에게 그러한 저작물을 송신하는 등의 방법으로 저작권자의 복제권이나 공중송신권을 침해하는 웹페이지 등에 직접 연결된다고 하더라도 그 침해행위의 실행 자체를 용이하게 한다고 할 수는 없으므로 이러한 링크 행위만으로는 ... 저작재산권 침해의 방조행위에 해당한다고 볼 수 없다"고 판결하였다.

위 판결을 통해 대법원은 링크 행위가 링크의 유형을 불문하고 저작재산권의 직접침해가 될 수 없음은 물론이고, 저작재산권의 침해에 대한 방조로도 평가될 수 없다는 판단을 내린 셈이다. 이러한 대법원 판례의 입장에 대하여는 학자들로부터 상당한 비판이 제기되었는데, 비교적 자세하게 비판한 두 견해의 입장을 살펴보면, 일부 논거는 상호간에 공유하지만 주된 논거에 있어서 서로 다른 입장을 취하고 있다. 이를 뚜렷이 비교할 수 있도록 하는 의미에서 명명해 보면, 하나는 '사후적 침해행위 방조론', 다른 하나는 '계속적 이용제공 방조론'이라 부를 수 있을 것으로 생각된다.

먼저, '사후적 침해행위 방조론'(이하 '제1설'이라 한다)은 필자의 사견[6]으로서, 링크제공행위가 링크의 대상이 되는 불법복제물을 업로드한 정범의 업로드행위(그에 수반한 복제 및 그것을 통한 '이용제공'행위), 즉 사전적 침해행위에 대한 방조행위라고 할 수는 없지만, 링크제공 이후에 해당 링크를 인터넷상 공중이 접근하여 클릭함으로써 이루어지는 송신 및 복제 행위, 즉 사후적 침해행위에 대하여는 그 실행행위를 용이하게 하는 방조행위로 보아야 할 것이라는 취지이다. 여기에서 중요한 법리적인 전제가 되는 것은 저작권법상 전송의 정의[7]에는 '이용제공'만 포함되는 것이 아니라 그것에 기하여 이루어지는 구체적, 개별적인 '송신' 행위도 포함되어 있다는 점이다. '이용제공'이 전송 개념의 중심에 자리잡은 것은 송신의 전 단계 준비행위에도 저작권이 미치도록 함으로써 그 보호를 두텁게 하기 위한 것이지 '송신'이 가지는 법적 중요성을 무시하거나 간과한 것이 아니라는 것은 저작권법의 규정 자체에 의하여 명백하다.[8] 이 때 '송신'(전송)의 주체는 위에서 본 '서버 기준'과 같은 맥락에서 '서버'에 불법복제물을 업로드를 하여 공중의 구성원이 접근하여 이용할 수 있도록 제공한 사람이다. 링크제공자는 자신이

6) 자세한 것은, 이해완, 앞의 논문, 255~260면 참조.

7) 저작권법 제2조 제10호: "전송(傳送)"은 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다.

8) 만약 '이용제공'만을 전송의 개념으로 보고 그에 따라 공중의 접근 시에 자동적으로 이루어지는 사후적 송신 행위를 전송의 개념에서 제외하고자 하였으면 위 규정에서 굳이 "그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다"는 문언을 포함하지 않았어야 할 것이다.

제공한 링크의 클릭에 의하여 이루어지는 송신에 관한 한, 그 송신 행위(전송 행위)에 의한 공중송신권 침해에 대한 방조의 책임을 져야 한다고 보는 것이다. 한편으로, 사후적 침해행위로서의 '복제' 행위는 링크를 클릭한 인터넷 이용자의 PC에 해당 복제물이 다운로드되는 과정에서 이루어지는 복제를 뜻하는 것이다. 이용자의 입장에서는 그 복제가 '사적 이용을 위한 복제'로서 저작재산권 제한 사유에 해당하는 경우가 많겠지만, 그 복제의 주체에는 해당 이용자만이 아니라 서버에 불법복제물을 업로드하여 복제가 이루어지도록 한 사람(정범)도 포함되는 것으로 보아야 할 것이다. 그 경우 링크제공자는 역시 자신이 제공한 링크의 클릭을 통해 이루어지는 복제행위에 관한 한, 정범(불법복제물을 업로드 한 사람)의 복제권 침해행위를 방조한 것으로 보아야 할 것이다. 원심판결과의 관계에서 깊숙이 분석해 보면 대법원이 사전적 침해행위에 대한 것만 판단의 대상으로 한 것으로 볼 여지가 있지만, 해당 재판부가 사후적 침해행위에 대한 방조의 법리에 대한 뚜렷한 인식을 가지고 있었던 것으로 보이지는 않는다. 설사 그러한 인식을 가졌다 하더라도 그 부분을 판결문에 분명히 명시하지 않고 마치 일반적인 법리인 것처럼 아무런 제한문구 없이 방조책임을 부정하는 판시를 함으로써, 링크라는 이유만으로 예외 없이 정범은 물론 방조의 성립 가능성조차 부정하는 것으로 읽힐 수 있게 한 것은 큰 문제라고 본 것이 제1설의 입장이다.

다음으로 '계속적 이용제공 방조론'이라고 부를 수 있는 견해(이하 '제2설'이라 한다)에 대하여 살펴본다. 이 견해는, 제1설과는 구별되는 다른 관점에서 위 대법원 판례를 비판하였다. 대법원 판례가 링크의 자유 보장에 지나치게 치우친 관점을 취하였다는 것, 그에 따라 저작권법 제102조 규정 취지와도 부합하지 않는 결론을 내렸다는 등의 근거제시는 제1설과 일치하지만, 다음과 같은 주장은 제1설과 뚜렷이 다른 견해를 제시한 부분이다.

"대법원은 최초 업로드행위자가 범한 복제권 및 공중송신권 침해행위를 각각 이 사건 링크의 방조대상으로 검토함에 있어 복제권에서나 타당한 논리를 공중송신권에도 별다른 검토 없이 그대로 적용해버리는 오류를 범하고 있다. 만일 복제권 침해에 국한하였다면 이미 끝나버린 복제행위를 그보다 나중시점에 걸린 링크가 조력할 여지가 전혀 없으므로 이 사건 판결의 이해가 타당하다. 그렇지만 공중송신권 침해에 관해서는 설령 링크가 나중에 걸렸다고 하더라도 여전히 방조가 가능함을 이 사건 판결은 간과하고 있다. 공중송신권 침해는 업로드가 완료되더

라도 계속 진행되는 침해행위의 성격을 가질 뿐, 이미 끝나버린 침해행위가 아닌 것이다. 환언하여 '….유형물 에 고정하거나 다시 제작하는…' 행위를 뜻하는 복제는 당해 고정이나 제작행위가 끝나는 즉시 더 이상 타인이 조력할 여지가 없게 되지만, 공중송신 중 전송은 다른 이들이 "접근할 수 있도록 이용에 제공"하는 행위가 본질이므로 업로드가 모두 이루어지는 순간 앞서 복제와 같이 타인의 조력이 불가능하게 되는 것이 아니라 그 업로드된 콘텐츠가 인터넷 상에 존속하는 동안은 여전히 '이용에 제공'이 계속 되고 있는 것이고 그런 계속적 행위를 타인이 충분히 조력할 여지가 생기는 것이다. [중략] 복제권 침해범죄는 그 성질상 업로드로 유형물(여기서는, 서버에의 복제물을 의미함)이 만들어지는 즉시 당해 범죄의 기수(旣遂)가 될 뿐 아니라 범죄의 종료(終了)까지 있게 되는 범죄, 즉 우리 형법상 즉시범에 해당한다. 반대로 공중송신권 침해범죄는 즉시범이 아니라 계속범에 해당할 것이다. 왜냐하면 일단 인터넷상에 업로드되면 기수에 도달할지는 몰라도 범죄가 종료되는 것은 아니며, 당해 콘텐츠가 삭제될 때까지 '이용에 제공'하는 행위가 계속된다고 보아야 하기 때문이다. 여기서 혼동하지 말아야 할 것은, 여기서 전송행위가 제공하는'이용'이란 '송신'이 이루어지는 것처럼 실제 이용이 이루어지는 것을 의미한다기보다 이용자가 원하면 언제든지 접근할 수 있도록 허용하는 접근가능성 제공을 뜻한다는 것이다. 따라서 주거에 일단 침입한 것으로 주거침입죄는 기수에 도달하지만 주거로부터 퇴거할 때까지 당해 범행의 구성요건적 행위가 계속된다고 이해하는 우리 형사법의 시각을 채용하면, 인터넷공간에 일단 업로드한 것으로 전송에 의한 공중송신권 침해범죄는 기수에 도달하지만 당해 콘텐츠가 삭제될 때까지 당해 범행의 구성요건적 행위가 계속되는 셈이다. 이런 상황에서 설정되는 링크는 실질적으로 접근가능성을 증대시켜 '이용에 제공'하는 행위에 조력하는 행동에 해당하므로, 실제 당해 링크를 통한 송신이 이루어지는지에 관계없이, 형법상 방조에 해당한다고 볼 수 있게 되는 것이다."[9]

제2설의 위 견해는 '사전적 침해행위'에 대하여도 링크제공자의 방조책임을 인정할 수 있다고 보는 점에서, '사후적 침해행위'에 대하여만 방조책임이 인정될 수 있다고 보는 제1설의 입장과 구별된다. 제1설은 사전적 침해행위 가운데 파일 업로드 과정에서의 '복제' 행위만이 아니라 업로드에 의한 '이용제공' 행위에 대

9) 박준석, "인터넷 링크행위자는 이제 정범은 물론 방조범조차 아닌 것인가 - 대법원 2012도 13748 판결의 문제점과 저작권 형사범죄 처벌의 논리 - ", 산업재산권 제48호(한국지식재산학회, 2015), 128~131면.

하여도, 링크설정행위가 그 실행행위 자체를 용이하게 하는 것은 아니라고 보아야 할 것이라고 보아 그 점에 대한 대법원 판례의 취지를 수긍하는 입장을 취하였음에 반하여, 제2설의 견해는 '이용제공' 행위의 계속성 및 '접근 가능성' 제공이라고 하는 특성에 비추어, 링크제공자에 의한 방조가 인정될 수 있다고 보는 입장을 취하고 있는 것이다. 제1설에 비하여 제2설에 의할 때 방조책임의 추궁이 보다 용이하여지고, 그 범위가 넓어지는 면이 있어, 권리자의 입장에서 권리의 보호를 받는 면에서는 보다 유리한 입장이라 할 수 있다.

다만, 필자는 여전히, '이용제공'의 실행행위는 업로드 행위에 한정되고, 링크에 의하여 더 많은 공중의 구성원들이 실제 해당 저작물에 접근할 수 있게 되는 것은 피해의 확대를 가져오는 것이긴 하지만 실행행위 자체를 용이하게 하는 것이라고 보기는 어려운 것으로 판단되어, 제1설의 입장을 유지하고자 한다. 그것은 공중송신 중 이용제공이 가지는 계속(범)적 성격을 부정하는 것은 아니고, 단지 이용제공의 실행행위 자체와 기타의 다른 요소들을 개념적으로 구분하는 논리에 기한 것일 뿐이다.

아무튼 제1설의 입장에 의하더라도, 불법복제물에 대한 링크설정행위가 그에 따라 필연적으로 수반되게 되는 침해행위에 대하여 방조책임을 져야 하는 것으로 보는 것인데, 위 대법원 판결은 그 점을 분명히 하지 않고 있고, 전체적으로 방조책임의 가능성을 부정하고 있는 것으로 보이는 면이 강하다는 점에서, 적어도 일정한 범위에서 방조책임을 인정하는 취지의 새로운 판례에 의하여 대체, 변경되어야 할 것으로 생각된다.

다. 츄잉 사건 이후의 판례 동향

츄잉 사건에 대한 대법원 판결 이후 아직 링크에 의한 저작권침해 방조의 책임 유무를 정면으로 다룬 새로운 대법원 판결은 선고되지 않고 있다. 그러나 최근 대법원 판례를 정면으로 비판하면서 링크제공자의 방조 책임을 인정한 서울고등법원 판결이 나와 큰 관심을 모으고 있다.

서울고등법원 2017.3.30. 선고 2016나2087313판결이 그것인데, 이 판결은 해외 동영상 링크 사이트에서 대량으로 수집한 해외 동영상 공유 사이트에 게시된, 원고들(방송3사)이 저작재산권을 보유하고 있는 영상저작물인 방송 프로그램들에 대한 임베디드 링크를 게재하여 이용자들이 무료로 시청할 수 있도록 제공한 피

고에게 원고들이 저작재산권 침해 등을 이유로 손해배상청구를 한 사안에서, 피고의 위와 같은 링크제공 행위가 공중송신권 침해행위에 대한 방조행위에 해당하는 것으로 보아야 한다고 판시하였다. 이 판결은 결론적으로 "이 사건 링크행위는 실질적으로 해외 동영상 공유 사이트 게시자의 공중에의 이용제공의 여지를 더욱 확대시키는 행위로서 해외 동영상 공유 사이트 게시자의 공중송신권(전송권) 침해행위에 대한 방조에 해당한다고 봄이 타당하다"고 판시하면서 그에 바로 이어지는 괄호 안에 삽입한 보충적 판시로서 "따라서 이와 일부 배치되는 대법원 2015. 3. 12. 선고 2012도13748 판결 등의 견해는 변경되어야 하고, 설령 그 판례의 취지에 따라 이 사건 링크행위를 전송권 침해행위에 대한 방조로 볼 수 없다고 하더라도, 피고의 이 사건 링크행위는 부정하게 스스로의 이익을 꾀할 목적으로 타인의 시간과 노력 및 자본을 투입하여 이룩한 성과물의 명성 등에 편승하는 행위로서 법적으로 보호할 가치가 있는 원고들의 이익을 침해한 위법한 행위에 해당한다고 봄이 타당하므로, 민법상의 일반 불법행위가 성립한다고 보아야 하고, 이 사건에서는 그 경우 원고들이 그로 인한 구체적 손해액을 증명하는 것이 사안의 성질상 매우 어려워 법원은 민사소송법 제202 조의2에 따라 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 의하여 인정되는 모든 사정을 종합하여 상당하다고 인정되는 금액을 손해배상 액수로 인정할 수 있다 할 것이므로, 이 사건 결론에는 영향이 없다고 보인다"고 판시하였다. 위와 같이 하급심 판결이 대법원 판결을 정면으로 비판하면서 변경을 요구한 것은 매우 이례적인 일로서, 츄잉 사건에 대한 대법원 판결이 중대한 문제점을 내포하고 있다는 강한 확신에 기한 것으로 보인다. 이 판결은 위와 같은 결론을 내림에 있어서 학설이 제시한 여러 가지 근거들을 제시하고 있다. 위 판결이 취한 논거들을 보면, 기본적으로 '사후적 침해행위 방조론'(제1설)이 아니라 '계속적 이용제공 방조론'(제2설)의 입장을 채택한 것으로 보인다. 이러한 논거에 대하여는 위에서 본 바와 같이 링크제공행위가 불법복제물을 업로드 한 사람의 실행행위 자체를 용이하게 하는 것은 아니지 않은가 하는 비판이 있을 수 있다고 생각되지만, 위 판결은 "실질적으로 ... 이용제공의 여지를 더욱 확대시키는 행위"라고 규정함으로써, 정범의 실행행위 자체를 용이하게 하는지 여부만을 따지는 기존 법리의 형식적 적용이 야기하는 문제를 실질적 규범판단에 의하여 극복하고자 하는 취지를 드러내고 있는 것으로 보인다. 그러한 입장을 취하는 이유 내지 취지는 충분히 공감할 수 있으나, 그러한 '실질론'의 도움을 받지 않고도 기존 법리에 의하여 공중송신권 침해에 대한 방조를 인정할

수 있는 제1설의 입장을 취하는 것이 논리적인 면에서 보다 강한 설득력을 가질 수 있을 것이라고 보는 필자의 관점에서는 전적으로 찬성하기는 어려운 판시라 생각한다.

그러나 아무튼 위 판결이 불법복제물에 대한 링크제공행위에 대하여 방조책임을 인정하는 결론을 내린 것은 기본적인 방향성의 면에서 매우 타당한 입장을 취한 것이고, 이러한 법리가 대법원에 의하여 수용된다면, 링크사이트에 의한 침해확산의 문제를 해결하는 데 긍정적인 영향을 미칠 수 있을 것이다.

최근 위 사건에 대한 상고심 대법원의 판결(대법원 2017. 9. 7. 선고 2017다222757판결)이 선고되어 큰 관심을 모은 바 있다. 그러나 위 항소심 판결에 대하여 원고들만 상고하고 피고는 상고하지 않아, 법률심인 대법원이 판시한 것은 오로지 원심판결에서 피고의 '직접침해'를 인정하지 않은 것의 당부와 손해배상액 결정의 당부에 대한 것뿐이었다. 이 판결문에는 방론으로라도 링크제공행위가 불법복제물을 업로드한 행위에 대한 방조가 될 수 있는지에 대한 언급을 한 바가 전혀 없다. 따라서 대법원의 이 판결에 링크제공행위를 침해방조행위로 보는 취지가 내포된 것으로 보기는 어렵고, 결론적으로 그 부분 쟁점에 관한 한, 츄잉 사건에 대한 대법원 판결의 입장이 아직 변경된 바 없다고 보는 것이 타당하다. 오히려 위 판결은 이미지에 대한 인라인 링크에 대하여 '서버 기준'을 취하여 링크제공자의 직접침해를 부정한 대법원 2010. 3. 11. 선고 2009다4343 판결에 이어, 동영상 임베디드 링크에 대하여도 링크 제공자의 직접침해를 부정하는 취지를 명백히 한 판례로서의 의미를 가질 뿐이다.

한편, 서울고등법원의 위 판결이 괄호 속의 가정적 판단을 통해, 설사 방조책임을 인정할 수 없다고 하더라도 민법상의 불법행위 책임을 물을 수 있다고 본 것에 대하여는 어떻게 평가할 것인지에 대하여 생각해 볼 필요가 있다. 만약 이러한 가정적 판단을 대법원이 수용하여, 불법복제물에 대한 링크는 침해방조로도 볼 수 없지만 불법행위에는 해당한다는 판결을 선고하여 그것이 대법원 판례로 정립된다면 어떨까? 그 경우에는 링크 사이트로 인한 저작권침해 확산에 대한 형사적 구제수단은 사용할 수 없고, 행정적 대응도 어려운 상황이 되므로 저작권 보호의 면에서 대단히 취약한 상황이 될 것이다. 항소심 재판부가 예비적, 가정적으로만 불법행위 법리를 언급하고 기본적으로 침해방조를 인정하는 입장을 취한 것은 불법행위 법리가 가진 그러한 한계를 인식한 데 기한 것으로 여겨진다. 이와 관련하여, 판결문에 의하면, 실제로 원고들이 제2 예비적 청구원인으로 주장

한 것은 민법상의 불법행위가 아니라 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률(이하 부정경쟁방지법이라 한다) 제2조 제1호 (차)목 규정(2013. 7. 30. 법률 제11963호로 개정된 부정경쟁방지법에 신설된 규정)위반이었던 것으로 보인다. 부정경쟁방지법의 동 규정은 부정경쟁행위금지에 대한 보충적 일반조항의 성격을 가진 것으로서 "그 밖에 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위"를 부정경쟁행위의 하나로 규정함으로써 동법상의 손해배상청구권, 금지청구권 등 구제수단을 취할 수 있도록 하고 있다. 동법도 이를 형사처벌의 대상으로 규정하고 있지는 않으므로, 민법상의 불법행위로 인정하는 것에 비하여 금지청구권의 행사가 보다 명확하게 인정되고, 손해배상과 관련한 추정규정의 적용을 받을 수 있다는 정도의 혜택만 권리자에게 추가로 주어진다고 할 수 있다. 하지만 민법상의 불법행위보다 권리자의 입장에서 조금이라도 더 유리한 법적용일 수 있다는 점과 실제 원고가 그것을 예비적 청구원인으로 삼아 주장하였다는 점 등에 비추어보면, 위 판결에서 이에 대한 판단을 생략하고, 민법상의 불법행위를 인정한 것은 아마도 동 재판부가 판례가 변경되지 않은 상황을 전제로 판단할 때 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목을 적용하기보다는 민법상 불법행위의 법리를 적용하는 것이 위 사안과 같은 경우에 보다 타당한 법적용이라고 판단한 것이 아닐까 생각된다. 그것은 재판부가 위 (차)목 규정의 적용범위를 다소간 제한적으로 보는 입장에서, 인터넷 이용자의 링크 행위가 영리적인 목적의 경쟁행위는 아닐 수 있다는 것을 감안한 것일 가능성이 클 것으로 보인다. 위 판결의 이 부분과 관련된 판시는, 현재 링크제공자의 저작권침해 책임 또는 침해방조 책임이 대법원 판례에 의하여 분명히 인정되지 않고 오히려 그 책임이 부정되는 것처럼 보이는 상황에서 예비적으로 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목규정의 적용이 주장되기도 하지만, 법리적인 면에서 인터넷 이용자의 링크설정행위에 대하여는 위 (차)목 규정보다는 민법상의 불법행위 법리를 적용하는 것이 타당한 것으로 보는 입장이 있다는 것을 보여 주고 있다. 아무튼 저작재산권 침해에 대한 방조책임 등 가능성에 대하여 표현의 자유를 이유로 부정적 입장을 취하면서 민법상 불법행위의 법리 또는 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 규정의 적용 등을 적용하고자 할 경우, 링크 방식의 저작권침해 확산을 억제하기보다는 형사적 책임과 행정적 규제에 직면한 웹하드 방식의 침해 사이트를 링크 사이트로 전환하도록 유인하는 효과를 발휘하여 저작권 보호에는

큰 공백을 초래할 것이라는 점에 유의하여야 할 것이다.

라. 판례 동향의 개괄적 정리 및 그에 대한 검토

1) 판례 입장의 개괄적 정리

링크제공자의 저작권침해 책임 유무와 관련하여 현재까지 우리나라 판례가 보여온 입장을 개괄적으로 정리해 보면 다음과 같다.

가) 링크제공자의 저작권 직접침해 책임은 판례에 의하여 일관되게 부정되어 왔다.

링크제공자가 저작재산권의 직접침해 책임을 지는지 여부에 대하여 대법원은 링크의 유형을 불문하고 직접침해의 책임을 부정하는 입장을 취해 왔다. 특히 저작재산권 중 복제권의 경우는 링크설정만으로 복제행위가 수반되지 않는다는 이유로, 공중송신권(전송권)의 경우는 링크설정만으로는 “저작물의 전송의뢰를 하는 지시 또는 의뢰의 준비행위로 볼 수 있을지언정 ‘이용제공’이나 ‘송신’ 행위에 해당한다고 볼 수 없다”는 이유로 그에 대한 침해를 부정하였다.

링크의 유형 중 이른바 직접링크(심층링크)나 프레임링크 등의 경우에 직접침해를 인정하지 않는다는 것은 이미 하나의 판례이론으로 정립된 것으로 볼 수 있고, ‘인라인 링크(임베디드 링크)’의 경우에도 이미지 검색서비스의 ‘상세보기’ 서비스와 관련된 사안에서 이른바 ‘서버 기준’을 취하여 직접침해의 책임을 부정한 판례가 나온 바 있다. 나아가 위에서 본 서울고등법원 판결은 동영상 임베디드 링크에 대하여도 링크 제공자의 직접침해 책임을 부정한 사례이고, 대법원 판결이 그 판단을 승인하여 상고기각하는 판결을 함으로써 인라인 링크에 대하여도 공중송신권의 직접침해를 부정하는 것이 대법원 판례의 입장으로 확립되어 가고 있는 것으로 볼 수 있다.

다만 대법원 판례가 이렇게 링크의 모든 유형에 걸쳐 명확하고 일관성 있게 직접침해 책임을 부정하는 입장을 취하는 것이 타당한지에 대하여는 앞으로 점더 신중하게 검토할 필요가 있을 것으로 보인다. 뒤에서 보는 바와 같이 EU의 경우에는 링크의 경우에도 일정한 요건 하에 공중송신권에 대한 직접침해가 될 수 있음을 인정하는 판례가 축적되고 있기 때문이다. 공중송신권을 저작권자에게 인정하여야 할 의무를 각 나라에게 지우는 다자간 국제조약인 WIPO저작권조약

(WCT)의 해석과 관련하여 국제적으로 문제가 될 수 있다는 점 등에 비추어 앞으로 그 추이를 지켜보아야 할 문제라 할 것이다.

나) 링크제공자의 간접침해 책임 유무에 대하여는 부정적인 대법원 판례가 나와 큰 영향을 미치고 있으나 아직 확립된 판례라고 보기는 어려운 상태에서 그에 대한 반대견해를 뚜렷이 표명하는 하급심판결이 나오고 있다.

링크제공자의 간접침해 책임, 특히 불법복제물을 인터넷에 업로드한 자의 공중송신권(전송권) 침해행위에 대한 방조책임의 유무와 관련하여서는 이 문제를 뚜렷이 다룬 유일한 판례가 츄잉 사건에 대한 2015년의 대법원 판결이고, 아직 이를 지지하거나 반대하는 다른 대법원 판결이 선고되지는 않고 있다. 이 문제에 대한 하급심판결은 위 대법원 판례 입장을 따르는 것과 그렇지 않은 것으로 나누어지면서 혼란을 겪고 있는 상황으로 보이고, 위에 소개한 서울고등법원 판결은 대법원 판례의 입장을 정면으로 비판하면서 그것이 변경되어야 한다는 전제 하에, 학설 중 대법원 판례를 비판한 견해들 중 본고에서 '계속적 이용제공 방조론'을 채택하였다. 그러나 그 상고심 판결에서 방조책임의 유무가 쟁점이 되지 않음으로써 그에 대한 대법원의 명시적 판단은 제시되지 않았다.

다) 링크제공자의 행위가 부정경쟁행위나 민법상의 불법행위에 해당할 수 있는지에 대하여는 아직 대법원 판결이 나오지는 않고 있고, 하급심판결 중 불법행위 책임을 긍정한 사례는 있다.

링크제공자의 저작권침해 방조 책임을 부정하는 대법원 판례의 입장이 변경되지 않을 것에 대비하여, 링크 사이트에 의하여 피해를 입고 있는 저작권자 등은 민사소송에서 부정경쟁방지법 제2조 제1호 (차)목 규정 저촉을 예비적 청구원인으로 주장하는 예가 더러 보인다. 이와 관련하여, 법원이 링크제공자의 행위가 위 (차)목의 부정경쟁행위라고 인정한 사례는 잘 발견되지 아니하고, 위 서울고등법원 판결의 경우, 민법상의 일반 불법행위 책임을 예비적, 가정적으로 인정하는 입장을 표명한 바 있다. 만약 민법상의 불법행위 책임이나 부정경쟁방지법 (차)목 규정의 저촉 등만 인정되고 저작권침해의 책임은 직접침해는 물론 방조책임도 전혀 인정되지 않는다면, 저작권자로서는 민사적 구제수단만 사용할 수 있고, 저작권법상의 형사적 또는 행정적 구제수단을 사용할 수 없게 되어 권리 보호를 충분히 받지 못하는 상황이 될 수 있다.

2) 검토

위와 같은 판례상황은 대법원이 링크의 유형이나 방식을 불문하고, 그리고 직접침해 혹은 간접침해(침해방조) 여부를 불문하고, 링크제공자의 법적 책임을 긍정하는 취지의 판시를 한 번도 한 적이 없고, 오히려 그 법적 책임을 부정하는 취지의 판결만 내놓은 상황에 아직은 뚜렷한 변화가 없다는 것으로 요약될 수 있다. 이것은 링크사이트를 통한 저작권침해의 확산을 막고 저작권자의 정당한 권익을 보호하여야 할 국가의 책임에 근본적으로 반하는 결과를 초래하고 있다. 결론적으로 위와 같은 판례 상황은 이에 대한 입법적 대응의 필요성과 정당성을 뒷받침하고 있다고 할 수 있다.

2. 해외 주요국 등의 판례 동향

가. 미국

링크와 관련된 미국 판례를 보면, 초기 판례로서 Ticketmaster Corp., et al. v. Tickets.Com, Inc. 사건 판결 (2000)이 링크를 거는 것만으로는 복제행위가 수반되지 않는다는 이유로 저작권침해(직접침해)를 부정하는 판시를 한 이래로 대체로 직접침해를 잘 인정하지는 않는 경향을 보이고 있다. 그러나 직접침해를 인정한 사례[10]도 없는 것은 아니며, 일정한 요건 하에 간접침해가 성립할 수 있다는 것에 대하여는 판례가 당연시하는 경향을 보이고 있고, 실제로 간접침해(기여침해)를 인정한 사례도 있다. 주류적 입장의 대표적 사례라 할 수 있는 Perfet 10 사건의 항소심 판결[11]은 이미지 검색 서비스와 관련하여 불법복제물인 이미지의 인라인 링크를 제공한 구글의 기여침해(우리 법상의 '침해방조'와 유사함) 유무와 관련하여 "구글이 저작권침해 복제물들을 전세계 시장에 배포하는 다른 웹사이트들의 행위를 실질적으로 돕고 전세계에 있는 인터넷 이용자들이 저작권침해물에 접근할 수 있도록 돕는다는 것은 다툼의 여지가 없다"고 판시하였다. 2심 법원은 위에서 본 기여침해의 요건을 적용할 경우, 구글이 그 검색엔진을 사용하여 Perfect 10의 저작권을 침해하는 복제물을 이용할 수 있다는 것을 인식하고 있었고 간단한 조치로 Perfect 10의 저작물에 대한 추가적인 손해를 방지할 수 있음

10) Live Nation Motor Sports, Inc. v. Davis, No. 3:06-CV-276-L, 2007 WL 79311, at *2 (N.D. Tex. Jan. 9, 2007).

11) Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc, 508 F.3d 1146,1156((9th Cir. 2007).

에도 불구하고 그러한 조치를 취하지 않았다면 기여침해의 책임을 져야 할 것이라고 보았다. 이와 관련하여 1심법원이 실제 Perfect 10의 침해 통지가 적절한 것이었는지 여부에 대한 사실심리를 충실하게 하지 않았음을 지적하면서 2심 법원은 그 부분의 심리를 1심법원이 다시 하도록 하는 취지의 판결을 내렸다.[12]

이와 같이 미국은 아직 완전히 판례가 정립된 것은 아니지만, 전체적으로 직접침해 책임을 인정하지는 않는 경향이 강하고, 그 대신, 불법복제물에 대한 링크에 대하여는 일정한 요건 하에 간접침해의 일종인 기여침해 책임을 인정할 수 있는 것으로 보는 입장을 취하고 있다고 할 수 있다. 이 경우 OSP의 책임과 관련하여서는 미국 저작권법 제512조 (d)가 적용되는 것으로 봄으로써, 전체적으로 링크의 자유와 저작물의 보호, OSP의 책임과 법적 안정성 등을 두루 조화시키고자 하는 취지를 나름대로 구현하고 있는 셈이다. 다만 미국에서도 직접침해 책임을 부정하는 입장이 완전히 확립된 것은 아니고 직접침해 책임을 인정한 사례도 나오고 있으며, 뒤에서 보는 바와 같이 EU의 경우에도 일정한 요건 하에 직접침해 책임을 인정하고 있고 그것은 국제적인 조화가 필요한 면을 내포하고 있으므로, 향후 어느 방향으로 귀착될지는 좀 더 지켜볼 필요가 있을 것으로 보인다.

나. EU

EU의 경우에는 유럽 사법재판소 판례를 통해 방송의 재송신에 적용한 바 있는 '새로운 공중' 기준을 링크행위에 대하여 적용함으로써, 링크의 자유와 저작권 보호 사이의 균형점을 찾고 있다고 할 수 있다. 링크와 관련하여 '새로운 공중' 기준을 처음으로 적용한 선례가 Svensson 사건 판결[13]로서, 이 판결은 스웨덴에서 Svensson을 비롯한 4명의 저널리스트들(원고들)이 자신들이 신문에 기고한 글(그 글은 신문사의 웹사이트에도 게재되어 누구나 제약 없이 열람할 수 있게 제공되고 있었다)을 피고가 자신이 운영하는 웹사이트에 무단으로 링크를 거는 방식으로 공중에게 송신하여 자신들의 저작권을 침해하였다는 이유로 손해배상청구소송을 제기한 사건에서 그러한 링크 제공행위가 공중송신에 해당하지 않는다고 결론

12) 2심 법원의 파기환송 결정에 따라 1심 법원이 다시 구체적으로 심리한 후 기여침해에 대하여 여전히 부정적인 입장을 취하였으나, 구체적인 상황에 따라서는 링크제공행위에 대하여 기여침해의 책임을 추궁할 가능성이 있음은 당연한 전제로 삼았다. Perfect 10, Inc. v. Google, Inc., No. CV 04-9484 AHM SHX, 2010WL9479060 (C.D. Cal. July 30, 2010) aff'd, 653F.3d976(9th Cir.2011). 이해완, 앞의 논문, 261~262면.

13) CJEU Case C-466/12.

을 내리면서 그 근거로서 다음과 같은 근거를 제시하였다.

"저작권지침상의 공중송신의 개념에 포함되기 위해서는 본 사안과 같은 인터넷상의 최초 송신 이후에 다시 동일한 기술적 수단으로 송신이 이루어지는 경우에는 '새로운 공중', 즉 저작권자들이 최초의 공중송신을 할 때 염두에 두지 않은 공중에 대한 송신이어야 하는 것으로 보아야 한다. 본 사안의 경우에 링크 방식으로 저작물을 이용가능하게 하는 것은 새로운 공중에게 송신되는 것이라고 할 수 없다. 본 사안에서 최초의 송신의 대상인 공중은 해당 사이트의 모든 잠재적 방문자들로 구성되어 있어 그 사이트에 대한 접근에 아무런 제한적 조치가 없음을 감안하면, 결국 모든 인터넷 이용자들이 자유로운 접근을 할 수 있는 것이다. 이러한 상황에서는 링크에 의하여 해당 저작물에 접근할 수 있게 된 이용자들은 저작권자들이 최초의 송신 시에 염두에 둔 공중의 범위에 속하는 것으로 보아야 하고, 따라서 새로운 공중이 없으므로 본 사안에서의 공중송신을 위해서는 저작권자의 허락을 받을 필요가 없다."

이것은 기본적으로 링크제공행위가 저작물을 공중에 이용제공하는 행위(전송행위)로서의 성격을 가지는 것으로 봄을 전제로 한 것으로서, 링크의 자유와의 조화를 위해, ECJ가 이전에 방송의 재송신이라는 특수한 영역에 적용해 온 기준인 '새로운 공중' 기준을 의도적으로 도입한 것으로 보인다. 한편으로는 오늘날 링크 설정 및 제공행위가 가지는 중요성을 고려하여, 그것을 공중송신의 개념에 포섭하면서 다른 한편으로는 이를 제한 없이 공중송신으로 인정할 경우에는 모든 링크 행위에 대하여 저작권자의 배타적 권리로서의 공중송신권이 미치게 되어 링크의 자유가 지나치게 제한될 수 있을 것이라는 것을 우려하여, '새로운 공중' 기준을 통해 조화점을 찾고자 한 것이다. 위 판결은 인터넷상에서 일반 공중에게 특별한 제한 없이 무료로 제공되고 있는 저작물(신문기사)의 경우에 링크행위가 '새로운 공중'에 대한 이용제공행위가 아니라고 본 것이다.[14] 그렇지 않고 일정한

14) 이후 유럽사법재판소가 같은 해에 선고한 BestWater International 사건 판결[C-348/13, EU:C:2014:2315.(2014.10.21.)]은 동영상 임베딩 (프레임) 링크와 관련된 사건에서 같은 취지의 판시를 하였다. 이 사안의 원고는 물 정수 시스템을 제조하여 판매하는 사업자로서, 자신의 제품 광고를 위하여 수질오염을 다룬 약 2분 가량의 '사실(Die Realität)'이라는 제목의 동영상을 제작하였고, 이 동영상은 유튜브(YouTube)에 누구나 볼 수 있도록 올려졌다. 원고와 경쟁 관계에 있는 사업자의 대리점을 각자 운영하고 있는 피고들(2명)은 유튜브의 옵션 기능인 임베딩(embedding)을 사용하여 원고 제작의 위 영상을 자신들의 웹사이트에 '프레임 링크' 방식으로 연결하여 제공하였다. 따라서 피고들의 웹사이트 방문자들은 유튜브나 원고의 인터넷 사이트를 거치지 않고 피고들의 사이트에서 클릭하기만 하면 직접 이 영상을 볼 수 있게 되었다. 이에 대하여 위 판결은 "해당 저작물이 다른 웹사이트에서 저작권자의 허락 하에 모든 인터넷 이

기술적 조치에 의하여 접근이 금지되거나 제한되고 있는 저작물에 대하여 그러한 조치를 우회하는 방식으로 하는 링크행위는 '새로운 공중'에 대한 것이므로 공중송신행위에 해당하여 저작권자의 허락 없이 링크를 제공하는 행위가 공중송신권 침해행위가 됨을 분명히 하고 있다.

위 판결에서 분명히 언급하지 않은 중요한 쟁점은 불법복제물에 대한 링크에 대한 것이다. 필자는 위 판결의 취지에는 불법복제물의 경우에 원칙적으로 공중송신권 침해가 될 것이라는 의미가 내포된 것으로 보는 견해를 밝힌 바 있다.[15] 영국의 Paramount v. Sky[16] 사건 판결은 뒤에서 보는 GS Media 사건이 선고되기 전에, 불법복제물에 대한 링크제공은 스벤손판결의 취지에 의하면 공중송신권 침해에 해당하는 것으로 보아야 할 것이라는 전제 하에, 영화 등 콘텐츠의 불법복제물 링크 사이트에 대한 접속차단 명령을 내렸다.

이후 위 쟁점을 유럽 사법재판소에서 정면으로 다루게 된 사건이 바로 GS Media 사건[17]이다.

이 사건의 사안은 네덜란드의 연예뉴스 등을 다루는 한 웹사이트에서 플레이보이 잡지에 실릴 예정인 네덜란드 여성 앵커의 누드 사진이 잡지 출간 전에 인터넷에 유출되어 호주의 어느 사이트에 불법으로 올려져 있는 것을 의도적으로 링크하여 그 이용자들이 다운로드 받을 수 있도록 제공한 것이 위 사진 저작권자의 공중송신권을 침해한 것으로 볼 수 있을지 여부가 쟁점이 된 것이었다. 잡지 출판사에서 여러 차례 삭제를 요구해도 삭제하지 않고 호주의 사이트에서 해당 정보가 삭제된 후에는 다시 다른 곳에 올려진 복제물을 링크하여 제공하는 등의 사실이 인정되므로, 불법복제물이라는 인식을 가지고 의도적으로 링크한 사안임이 분명하였다. 이 사건을 맡은 네덜란드 대법원은 유럽사법재판소의 선례인 Svensson 사건 판결만으로는 사안의 해결방향이 명백하지 않다고 보아 동 사법재판소에 다음과 같은 질문에 대하여 선결적 판결을 요청하였다.

용자에게 이미 자유로운 접근이 가능하도륵 제공되고 있으므로 저작권 지침 제3조 제1항의 '공중송신'에 해당하는 것으로 볼 수 없다"고 판시하였다. 위 판결에 대한 자세한 소개는 박희영, "사법재판소, 유투브 동영상 임베딩은 허용된다", 저작권동향 제22호(한국저작권위원회, 2014.11.28.), 335~337면 참조.

15) 이해완, 앞의 논문, 248면.

16) Paramount Home Entertainment International Ltd and others v British Sky Broadcasting Ltd and others [2014] EWHC 937 (Ch), 18 February 2014.(사건번호: HC13D05471).

17) C-160/15, EU:C:2016:644.; 2016.9.8. 결정.

1 (a) 저작권자가 아닌 어떤 사람이 자신이 운영하는 웹사이트에 제3자가 관리하고 일반 인터넷 사용자가 액세스할 수 있으며 저작물이 저작권자의 동의 없이 이용가능하게 되어 있는 웹사이트를 하이퍼링크의 방법으로 연결하고 있다면, 그것은 저작권지침 3조 1항에서 말하는 공중송신을 구성하는가?

(b) 그 저작물이 이전에 어떤 다른 방법으로 권리자의 동의 하에 공중에게 전달된 바가 없다면 결론이 달라지는가?

(c) 하이퍼링크 설정자가 위 1(a)에서 언급된 제3자의 웹사이트에 저작물을 올려 둔 것에 대하여 저작권자의 동의가 없었다는 사실 및 그 저작물이 이전에 어떤 다른 방식으로 권리자의 동의하에 공중에게 전달된 바도 없다는 사실에 대하여 알고 있는지 여부 또는 알았어야 하는지 여부가 중요한 의미를 가지는가?

2 (a) 질문 1(a)가 부정적으로 답변된 경우 : 그 하이퍼링크에 의하여 연결되는 웹사이트 및 거기 올려진 저작물이 참으로 일반 인터넷 이용자(일반 공중)에게 발견가능하긴 하지만 그렇게 쉽게 발견할 수는 없어 하이퍼링크가 그 저작물의 발견을 크게 촉진하는 경우라면, 공중송신이 있다고 볼 수 있는가?

(b) 질문 2(a)에 답함에 있어서, 그 하이퍼링크 설정자가 하이퍼링크가 연결하는 웹사이트가 일반 인터넷 이용자(일반 공중)에 의하여 쉽게 발견될 수 없다는 사실을 알았거나 알았어야 하는지 여부가 중요한 의미를 가지는가?

3 하이퍼링크의 방법으로, 이전에 저작권자의 동의하에 공중에게 전달된 바 없는 저작물에 대한 접근이 제공된 경우에 이를 공중송신으로 볼지 여부의 질문에 답함에 있어서 고려되어야 할 다른 상황들이 있는가?

이에 유럽사법재판소는 다음과 같은 내용의 판시를 하였다.

"함께 검토되어야 할 것으로 보이는 세 가지 질문들에 의하여 네덜란드연방대법원('조회법원'이라 함)은 본질적으로 어떤 가능한 상황들의 경우에 어떤 웹사이트에 다른 웹사이트에서 저작권자의 동의 없이 자유롭게 이용가능하게 되어 있는 저작물에 대한 하이퍼링크를 게시하는 것이 저작권지침 3조 1항에서 말하는 '공중송신'에 해당하는지를 묻고 있다.

그 질문과 관련된 맥락 속에서, 동 법원은 문제가 된 저작물들이 아직 어떤 다른 방식으로 저작권자의 동의하에 공표된 바가 없다는 사실, 그 하이퍼링크를 제공하는 것이 그 저작물들을 발견하는 것을 훨씬 쉽게 한다는 사실, 그리고 그 링크를 게시한 사람이 그러한 사실들과 권리자들이 후자의 웹사이트에 해당 저작물들을 공표하는 것에 대하여 동의를 하지 않았다는 사실을 인식하였는지 또는 인식하였어야 한다는 사실이 결론에 어떤 영향을 미칠 수 있을지의 질문을 제기하고 있다.

저작권지침 제3조 제1항에 의하면, 회원국들은 저작자들에게 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 그 저작물에 접근하여 이용할 수 있는 권리를 포함하여 유선 또는 무선의 방법으로 그 저작물을 공중에게 송신하는 것을 허락하거나 금지할 배타적 권리를 부여하여야 한다. 따라서 그 규정 하에서, 저작자들은 저작자들에게 자신들의 저작물의 가능한 이용자들과 그 이용자들이 행하려고 고려할지도 모르는 공중송신 사이에 그러한 사용을 금지하기 위해 개입할 수 있도록 허용하는 본질적으로 금지적인 성격의 권리를 가진다.

저작권지침 제3조 제1항은 공중송신 개념을 정의하지 않고 있으므로, 그 의미와 범위는 그 지침이 추구하는 목적과 그 규정이 해석되는 맥락을 고려하여 결정하여야 한다.

그와 관련하여, 저작권 지침의 목적이 저작자들에게 높은 수준의 보호를 제공하여 그들이 공중송신의 경우를 포함하여 자신의 저작물에 대한 이용에 대한 적정한 보상을 받을 수 있도록 하는 것에 있다는 것은 지침 전문 (9)와 (10)을 통해 확인할 수 있다.

동시에, 전문 (3)과 (31)을 통해, 동 지침에 의하여 도모되는 '조화'는 특히 전자적 환경에서, 한편으로 유럽연합의 기본권 헌장 제17조 (2)에 의해 보장되는 저작권자 및 저작인접권자의 지적재산권을 보호하는 바의 이익과 다른 한편으로 동 헌장 제11조에 의해 보호되는 저작물 이용자들의 이익과 기본권의 보호, 특히 표현의 자유 및 정보의 자유, 그리고 그들의 일반적 이익의 보호 사이에 공정한 균

형을 유지하는 것임을 확인할 수 있다.

본 재판소가 이전에 판결한 바와 같이, '공중송신' 개념은 두 가지의 요소를 포함하는데, 그것은 공중에의 '송신'행위와 '공중'에의 저작물의 송신이라는 요소('송신'과 '공중')이다. 나아가 본 재판소는 공중송신의 개념은 개별적 평가를 요한다는 것을 분명히 하였다.

그러한 평가를 위하여는 상호간 독립적이기보다 상호의존적인 몇 가지의 보충적인 요소들이 고려되어야 한다. 그러한 요소들은 다른 상황들에서 넓은 폭으로 다른 정도로 나타나기 때문에 그것들은 개별적으로 및 다른 요소들과의 상호관계 속에서 고려되어야 한다.

본 재판소가 첫 번째로 강조해 온 판단요소는, 이용자에 의한 불가결의 역할과 그 개입의 의도적 성격이다. 이용자는 그 행동의 결과를 충분히 인식하면서 그 고객들에게 저작물에 대한 접근을 제공하기 위해 개입하며, 특히 원칙적으로 그 개입행위가 없으면 그 고객들이 전달되는 저작물을 향유할 수 없는 상황에서 그렇게 할 때 '공중송신'을 하는 것으로 판단된다.

두 번째로, 본 재판소는 '공중'의 개념은 불특정한 수의 잠재적 시청자들을 말하며 나아가 상당히 많은 수의 사람들을 뜻한다고 밝혀 왔다. 나아가 '공중송신'에 해당하기 위하여는 저작물이 이전에 사용된 것과는 다른 특정한 기술적 수단을 사용하여 송신되어야 하며 그렇지 않으면 '새로운 공중', 즉 저작권자들이 저작물에 대한 최초의 공중송신을 허락할 때 기히 고려하지 않은 공중에게 송신되어야 한다(Svensson 사건 판결 등).

세 번째로, 재판소는 저작권 지침 제3조 제1항에서 말하는 송신의 의미는 영리적 성격의 것을 말하는 것으로 보는 것이 적절하다고 밝혀 왔다. 본 사건에서 문제된 상황과 같이 어떤 웹사이트에 다른 웹사이트에서 저작권자의 동의 없이 자유롭게 이용가능하게 되어 있는 저작물에 대한 하이퍼링크를 게시하는 것이 지침 3조 1항에서 말하는 '공중송신'을 구성하는지 여부를 판단함에 있어서 특히 이러한 판단요소들을 고려하여야 한다.

그와 관련하여, 2014.2.13.자 Svensson 사건 판결에서 다른 웹사이트에서 자유롭게 이용할 수 있는 저작물에 대한 하이퍼링크를 게시하는 것은 그 규정에서 말하는 공중송신을 구성하지 않는 것으로 규정해석(그 해석은 이후 BestWater International 사건에서 프레임 링크의 경우에도 적용되는 것으로 판단된 바 있다)을 한 것에 대하여 검토해 볼 필요가 있다.

그러나 이 판결들에서 제시된 이유를 보면, 본 재판소가 문제된 송신 행위는 새로운 공중을 대상으로 이루어진 것이 아니라는 근거 하에 공중송신이 없다고 한 것은, 단지 저작권자의 동의 하에 다른 웹사이트에 자유롭게 이용가능하게 된 상태에 있는 저작물들에 대한 하이퍼링크를 게시한 경우에만 적용할 의도를 가진 것이었음을 알 수 있다.

그러한 맥락에서, 본 재판소는, 그 하이퍼링크와 그것이 연결하는 웹사이트가 동일한 기술적 수단, 곧 인터넷을 이용하여 저작물에 대한 접근을 제공하고 있는 한, 그 링크가 새로운 공중을 대상으로 한 것이어야 한다고 판시하였다. 그렇지 않은 경우, 특히 그 저작물이 저작권자의 허락 하에 다른 웹사이트 상에 모든 인터넷 이용자들에게 이미 자유롭게 이용가능한 상태로 제공되고 있을 경우, 그 행위는 저작권 지침 3조 1항에서 말하는 공중송신에 해당하는 것으로 볼 수 없다는 것이다. 실제로, 해당 저작물이 하이퍼링크가 접근을 허용하는 웹사이트에서 자유롭게 이용가능하게 된 순간, 그리고 그것이 유지되는 동안, 그 저작물의 저작권자들은 그러한 송신에 대하여 동의를 함으로써 모든 인터넷 이용자들을 '공중'에 포함하였다는 것을 고려하여야 한다.

따라서 Svensson 사건 판결이나 BestWater International 사건 판결로부터, 다른 웹사이트에서 자유롭게 이용할 수 있게 제공되었지만 저작권자의 동의 없이 그렇게 된 경우에 그 저작물에 대한 하이퍼링크를 게시하는 것이 원칙적으로 저작권 지침 제3조 제1항에서 말하는 공중송신의 개념에서 제외될 것이라는 결론이 도출될 수는 없다. 오히려 이 판결들은 위 규정이 공중에게 저작물을 송신하는 모든 행위는 저작권자의 허락을 받아야 한다고 명시적으로 규정하고 있음을 전제로, 위 규정의 해석에 있어서 그러한 동의가 가지는 중요성을 확인하고 있다고 보아야 할 것이다.

그러나 GS 미디어, 독일, 포르투갈 및 슬로바키아 정부와 유럽 집행위원회(European Commission)는 다른 웹 사이트에 게시된 저작물에 대한 링크를 그 저작물의 저작권자들이 인터넷상의 공표에 동의하지 않았다는 이유로 모두 자동으로 '공중송신'으로 보는 것은 표현의 자유와 정보의 자유를 크게 제한하는 결과를 초래할 것이며, 저작권 지침이 그러한 자유 및 공중의 이익이라는 축과 다른 한 편에서 지적재산권의 효과적 보호에 대한 저작권자의 이익이라는 축 사이에 설정하고자 하는 올바른 균형과 일치하지 않을 것이라고 주장한다.

이와 관련하여 인터넷은 실제로 헌장 제11조에 의해 보장되는 표현의 자유와

정보의 자유에 특히 중요하며, 하이퍼링크는 인터넷의 적정한 운영과 엄청난 양의 정보를 이용할 수 있는 특징을 가진 동 네트워크 내의 의견 및 정보의 교환에 기여한다는 것에 주목할 필요가 있다. 나아가, 특히 그러한 링크를 게시하는 개인들이 그 링크가 연결하는 웹사이트가 보호되는 저작물에 대한 접근을 제공하는지, 그리고 필요할 경우 그 저작물들의 저작권자가 인터넷상의 공중송신에 대하여 동의하였는지 여부를 확인하는 것은 어려울 수 있다. 그러한 확인은 그러한 권리들이 이용허락을 받은 사람의 재이용허락(sub-license)의 대상이 될 수도 있는 상황에서는 더욱 어렵다. 더구나 하이퍼링크가 접근을 가능하게 하는 웹사이트의 내용은 그 링크 설정 이후에 변경되어 링크 설정자가 모르는 상태에서 변경될 수도 있다.

따라서, 저작권 지침 3조 1항에서 말하는 '공중송신'에 대한 개별적인 평가라고 하는 목적을 이루기 위해서, 다른 웹사이트에서 자유롭게 이용가능한 저작물에의 하이퍼링크를 제공하는 것이 그렇게 함에 있어서 이익을 추구하지 않는 사람에 의하여 행해질 경우에는, 그 제공자가 해당 저작물이 저작권자의 동의 없이 인터넷에 공표되었다는 것을 모르고 있거나 합리적으로 알 수 없다는 사실을 고려할 필요가 있다.

실제로, 그러한 사람은 일반적으로 고객들에게 인터넷에 불법적으로 게시된 저작물에 대한 접근을 제공하기 위해 일반적으로 그의 행위의 결과에 대한 완전한 지식을 가지고 개입하는 것은 아니다. 또한 하이퍼 링크를 통해 접근할 수 있는 웹 사이트에서 이미 무제한으로 해당 저작물에 대한 접근을 할 수 있게 되어 있는 경우에 모든 인터넷 이용자들은 원칙적으로 해당 '개입' 행위가 없어도 이미 접근가능성을 가진다.

그와는 대조적으로, 예컨대 그 사람(링크 제공자)이 저작권자들에 의하여 그에 대한 통지를 받은 사실로 말미암아, 그가 제공하는 하이퍼링크가 인터넷상에 불법적으로 업로드되어 있는 저작물에 대한 접근을 제공하는 것을 알았거나 알았어야 한다는 것이 입증된다면, 그 링크의 제공은 저작권 지침 3조 1항에서 말하는 '공중송신'을 구성하는 것으로 보아야 할 것이다.

링크가 그것이 게시되는 웹사이트의 이용자들로 하여금 저작물이 업로드되어 있는 사이트에 의하여 취해진 제한조치를 우회할 수 있도록 하는 경우에도 그러한 링크의 게시는 그 이용자들이 그러한 개입이 없으면 그 저작물을 이용할 수 없는 의도적 개입에 해당한다는 점에서, 동일한 법리가 적용된다.

또한, 하이퍼링크의 게시가 이익을 위해 수행 될 때, 그러한 링크를 게시한 사람은 해당 저작물이 해당 하이퍼링크가 연결하는 웹사이트에 불법적으로 게시된 것이 아니라는 것을 확인하기 위해 필요한 점검을 수행할 것을 기대할 수 있다. 따라서 그 경우 링크제공자가 해당 저작물의 저작권보호를 받는 성격과 저작권자가 인터넷에 게시하는 데 동의하지 않았을 가능성에 대한 충분한 지식을 가지고 게시한 것으로 추정해야 한다. 그러한 상황에서, 그러한 추정이 복멸되지 않는 한, 인터넷에 불법적으로 업로드된 저작물에 하이퍼링크를 게시하는 행위는 저작권 지침 3조 1항의 의미에서 '공중송신'을 구성한다.

하지만 새로운 공중이 없다면, 위 규정에서 말하는 '공중송신'은 없으며, 따라서 하이퍼링크가 접근을 허용하는 저작물들이 이미 저작권자의 동의하에 다른 웹사이트에서 자유롭게 사용할 수 있게 된 상태라면, 그 하이퍼링크의 제공은 공중송신에 해당하지 않는다.

저작권 지침 3조 1항에 대한 이러한 해석은 저작자들을 위해 동 지침에 의하여 추구되는 바 높은 수준의 보호를 제공한다. 실제 그러한 지침의 규정 하에, 그 5조 3항에 의하여 설정된 제한범위 내에서, 저작권자들은 그 저작물을 웹사이트상에 최초로 업로드한 사람만이 아니라 그 웹사이트에 불법적으로 공개된 저작물에 대한 하이퍼링크를 수익을 목적으로 게시하는 사람 및 위에서 본 조건을 갖춘 경우에는 경제적 이익을 추구함이 없이 그러한 링크를 게시한 사람들에 대하여도 침해소송을 제기할 수 있다.

이와 관련하여, 저작권자들은 모든 경우에 그러한 사람들에게 인터넷에 자신들의 저작물이 올려진 것의 불법적 성격과 그 링크를 삭제하는 것을 거절하면 법적 조치를 취할 가능성이 있다는 것을 알릴 가능성을 가지고 있고 그 사람들은 제5조 3항에 나열된 예외 중 하나로 항변할 수 없을 가능성이 많다는 것에 유의할 필요가 있다.

본건의 사안과 관련하여, GS 미디어가 GeenStijl 웹 사이트를 운영하고 있고 이익을 취하기 위해 Filefactory 웹사이트에 올려진 이 사건 사진들이 포함된 파일들에 대한 하이퍼링크를 제공하였다는 것은 명백한 사실이다. Sanoma가 이 사건 사진들의 인터넷 게재를 승인하지 않았다는 것도 분명하다.

더욱이 GS 미디어가 그 사실을 알고 있었고 따라서 그러한 링크를 게시하는 것이 그 공표물의 불법적 성격에 대한 완전한 인식 하에 이루어졌다고 하는 추정이 복멸되지 않았다는 것이 위에서 본 사실인정의 논리적 귀결이다.

이러한 경우, 조회법원에 의한 최종 검토가 이루어질 것을 전제로, 해당 링크를 게시함으로써 GS Media는 저작권 지침 3조 1항의 의미에서 '공중송신'을 한 것으로 보인다. 그러한 맥락에서 위 법원이 언급한 '다른 상황들'을 따질 필요는 없다.

이상의 검토사항들과 관련하여, 제기된 질문들에 대한 답은 저작권 지침 3조 1항의 해석, 적용에 있어서 웹사이트에 저작권자의 동의 없이 다른 웹사이트에 자유롭게 이용가능하게 제공되어 있는 저작물들에 대한 하이퍼링크를 게시한 사실이 동 규정에서 말하는 '공중송신'에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 그 링크들이 그 다른 웹사이트에의 해당 저작물 게재의 불법적 성격을 몰랐거나 합리적으로 알 수 없었던 사람에 의하여 영리 목적 없이 제공되었는지, 아니면 그 반대로 이들 링크가 그 불법성에 대한 인식이 추정되어야 할 상황에서 영리목적으로 제공되었는지 여부가 먼저 판단되어야 하는 것으로 해석되어야 한다는 것이다. … 이상의 근거 하에, 본 재판소(제2실)는 다음과 같이 판결한다. 저작권 지침 3조 1항의 해석, 적용에 있어서 웹사이트에 저작권자의 동의 없이 다른 웹사이트에 자유롭게 이용가능하게 제공되어 있는 저작물들에 대한 하이퍼링크를 게시한 사실이 동 규정에서 말하는 '공중송신'에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 그 링크들이 그 다른 웹사이트에의 해당 저작물 송신의 불법적 성격을 몰랐거나 합리적으로 알 수 없었던 사람에 의하여 영리 목적 없이 제공되었는지, 아니면 그 반대로 이들 링크가 그 인식이 추정되어야 할 상황에서 영리목적으로 제공되었는지 여부가 먼저 판단되어야 하는 것으로 해석되어야 한다는 것이다."

유럽사법재판소의 위 판결은 불법복제물에 대한 링크설정 행위가 일정한 조건하에 EU 저작권 지침 제3조 제1항에서 말하는 공중송신에 해당하는 것으로 보아야 한다는 것을 명확히 한 최초의 판결로서 큰 의미를 가진다. 위 판결이 그 조건으로 제시한 것은, 1) 그 링크에 의하여 연결되는 웹사이트에 저작물이 업로드되어 있는 것이 저작권자의 허락 없이 불법적으로 이루어진 것을 알거나 알 수 있었던 이용자에 의하여 이루어질 것과 2) 영리를 목적으로 링크한 경우에 그 불법성 인식에 대한 추정이 복멸되지 않을 것 등의 두 가지이다.[18] 그런데 이 두

18) 네덜란드 연방대법원이 질의한 사항 중 '링크된 불법복제물이 인터넷상에서 쉽게 찾을 수 있는 것인지 여부' 등의 요소는 위 판단에 영향을 미치지 않는 것으로 본 취지라 할 수 있다. 그러한 요소까지 판단기준으로 삼을 때 판단하기가 어렵고 애매해지는 면이 클 것이라는 점에서

가지는 이른바 'AND' 조건이 아니라 'OR'조건으로 연결되는 것임을 유의할 필요가 있다. 즉, 위 1)과 2)의 조건을 동시에 충족하여야 공중송신 개념에 해당하는 것이 아니라 위 1)과 2) 중 어느 하나에 해당하기만 하면 공중송신 개념에 해당하는 것으로 보고 있는 것이다. 위 판결은 저작권자의 정당한 권익 보호와 인터넷상의 표현의 자유라고 하는 두 가지 목적가치 사이에 균형을 이루고자 하는 의도를 분명하게 표명하면서도 저작권자의 정당한 권익 보호에 소홀함이 없도록 하는 면에 큰 관심을 기울인 것으로 보인다. 이러한 유럽사법재판소의 판결은 우리 저작권법의 개정에 있어서도 크게 참고할 만한 부분이라 생각된다.

다. 일본

일본의 경우, 링크제공행위의 저작권침해 책임 유무에 대하여 자세히 다룬 로켓뉴스 24사건에 대한 오사카지방법원 판결[19]에서, 역시 '서버 기준'을 취하여 링크제공행위의 직접침해 책임을 부정하고, 침해 방조의 책임은 링크대상 복제물이 불법복제물이라는 인식이 있을 것을 전제로 하는 것으로 보는 취지의 판시를 하여 주목을 받은 바 있다. 이것은 크게 봐서 미국의 주류적 판례의 입장과 동일하다고 할 수 있다. 일본에서는 학설도 대체로 방조책임의 가능성을 긍정하고 있는데, 최근 링크를 악용하여 저작권침해물의 유포를 확산시키는 사이트(이를 '리치사이트'라고 한다)에 대하여 보다 강력한 입법적 대처의 필요성이 제기되어 지속적인 논의를 하고 있다.[20]

그것을 판단기준으로 삼지 않은 ECJ의 입장이 타당한 것으로 생각된다.

19) 大阪地裁 平成25.6.20.判決 平成23(ワ)15245号, 損害賠償等請求事件[ロケットニュース24事件]. 이 사건에 대한 자세한 소개는 이해완, 앞의 논문, 249면 이하 참조.

20) 일본에서의 개정논의의 방향을 알 수 있게 하는 하나의 자료는 2016년 4월에 공표된 일본 지적재산전략본부 검증 · 평가 · 기획 위원회 '차세대 지재시스템 검토위원회' 보고서 내용이다. [知的財産戦略本部 検証 · 評価 · 企画委員会 次世代知財システム検討委員会, "次世代知財システム検討委員会 報告書~"デジタル · ネットワーク化に対応する 次世代知財システム構築に向けて~" (2016.4.) 41~42면 참조.] 이에 의하면, "지극히 악질적인 리치사이트가 침해 콘텐츠의 불법 유통에 실제로 큰 역할을 하는 한편, 법적 근거가 불명확하기 때문에 실효성 있는 조치를 취하기 어려운 상황을 감안할 때, 리치사이트를 통한 침해 콘텐츠로의 일정한 유도 행위에 대하여 법적 조치가 가능한지를 명확하게 하는 것을 포함하여 법제면에서의 대응 등 구체적인 검토를 추진할 필요가 있다"고 하고, "이 때 법적 대응의 구체적인 방법으로 침해간주 규정의 정비에 의한 것도 고려될 수 있다는 의견이 있었다"고 한다. "또한 정보를 소개하는 것만이나 단순히 링크를 거는 행위만으로는 기본적으로 저작권 침해에 해당하지 않는다는 지금까지의 생각과의 관계를 포함하여, 언론 · 표현 활동의 자유와의 균형에 유의할 필요가 있다"고 밝히고 있다. 법적 대응이 이루어져야 할 행위의 범위에 대해서는 '영리 목적'(영리성), '대량으로('대량성), '업으로서'(계속성)의 관점에서 일정한 제한을 하는 방안과, 경미한 것은 제외하거나, 경고하여도 멈추지 않는 것과 같은 악의적인 것이 대상이 될 수 있도록, '침해 콘텐츠를 확산

라. 중국

중국에서는 드라마 영상물에 대한 링크에 대하여 우리나라의 전송권에 해당하는 '네트워크전송권'의 직접침해를 인정한 하급심판결이 나온 바 있다. 드라마 궁쇄연성 링크 사건 판결(북경시 해정구인민법원, 2016)[21]이 그것으로서, 이 판결은 많은 수의 영화와 텔레비전 작품을 편집, 분류하여 링크하고, 그것을 모바일 앱을 통해 이용자들이 접근하여 재생할 수 있도록 제공하고 있는 플랫폼 운영자인 피고가 위 앱을 통해 원고가 전송권을 가지고 있는 궁쇄연성(宫锁连城) 드라마도 마찬가지로 링크 방식으로 재생되게 하고 있는 것에 대하여 전송권의 직접 침해를 인정하는 판시를 하였다.

법원은 피고회사의 위 서비스와 같이 엔진서비스 역할을 하는 플랫폼의 불법성과 주관적 의사의 존재 여부, 불법링크행위가 과연 공정이용에 해당하는지를 종합적으로 검토한 후 결론적으로 피고가 원고의 영상저작물에 대한 전송권 침해를 인정하여야 한다고 밝혔다.

법원은 본 소송에서의 불법 링크 행위는 원 사이트와 권리자가 저작물의 사용에 대해 동의한 범위를 넘었으며 작품의 타깃이 되는 이용자층과 전송범위를 변경한 것이기 때문에 공정한 사용이라고 볼 수 없다고 판시하였다.

위 판결은 중국의 하급심 판결이 EU의 판례 등을 참고하여 일정한 링크제공행위에 대하여 전송권의 침해를 인정하는 경향을 보이고 있음을 보여준다.

3. 판례의 시사점 – 종합적 검토

먼저, 링크 행위가 저작재산권의 직접침해가 될 수 있는지 여부에 대한 국내외 판례입장을 요약해 보면, 우리나라 대법원의 판례와 미국의 주류적 판례 및 일본의 하급심 판례는 '서버기준'을 채택하여 비교적 명확한 부정설의 입장을 취하고

할 목적을 가지고', '침해 콘텐츠라는 정을 알면서'라는 요구 사항을 붙이는 방안, 비친고죄화의 대상 참고로 하여, 시판되고 있는 저작물일 것, 그것을 원작 그대로 이용하는 행위일 것, 저작권자의 권리를 부당하게 해하는 것일 것 등과 같은 요구 사항을 붙이는 방안 등이 제시되었다고 한다.

21) 백지연,"[중국] 해전법원, 동영상콘텐츠플랫폼의 불법링크행위는 공정이용에 해당하지 않음", 저작권 동향 2016년 제1호(한국저작권위원회) 및 중국 국가판권국 홈페이지 기사 "海淀法院：影视聚合平台盗链行为不属于合理使用"
(http://www.ncac.gov.cn/chinacopyright/contents/518/274793.html) 참조.

있는 반면, EU의 판례는 공중송신권(전송권)에 대한 직접침해의 가능성을 인정하면서 Svensson 사건 판결에서 도입한 '새로운 공중' 기준과 GS 미디어 사건 판결에서 불법복제물에 대한 링크행위가 공중송신의 개념에 해당하는 것으로 보기 위한 추가적 요건으로서 '불법성에 대한 인식 등'의 요건 부과를 통해 링크의 자유와 권리자 보호 사이의 균형을 도모하고 있다고 할 수 있다. 중국의 하급심판결도 그와 일부 유사한 입장을 보이고 있다.

미국과 일본의 경우는 불법복제물에 대한 링크를 간접침해로 규제하는 것으로 어느 정도 균형을 이루고자 하는 면이 있으나, 우리나라는 그 점에서도 예외이다.

링크에 의한 불법복제물의 확산, 전파와 관련하여, 우리의 판례처럼 직접침해와 간접침해의 가능성에 대하여 대법원 판례가 모두 부정적인 입장을 표명함으로써 저작권자의 권리보호에 무방비상태를 초래하는 것은 세계적으로 유례를 찾아볼 수 없는 상황이므로, 이러한 상황을 입법적인 노력을 통해서라도 변화시켜 나가야 할 것이다.

III. 저작권법 개정의 필요성과 방향성

1. 개정의 필요성

위에서 본 바와 같이, 현재 웹스토리지 서비스를 제공하는 사이트와 연계하여 링크를 사용하는 방식으로 저작권침해물의 온라인 유포가 광범위하게 이루어지고 있는 상황으로 인해 저작권자등이 엄청난 규모의 피해를 입고 있음에도 불구하고 그에 대한 법적인 보호와 구제는 참으로 미흡하고 혼란스러운 상황에 있다. 위와 같은 상황은 저작권자등에게 돌아가야 할 대가가, 현제도 하에서 법망을 빠져나가기 가장 쉬운 교묘한 방법을 찾아 불법복제물을 유포시키는 링크사이트 운영자의 광고수익과, 정당한 대가를 지급하지 않고 그러한 사이트를 찾아 이용하는 일부 소비자들의 비용절감 혜택으로 나뉘어 분배되고 있는 상황인데, 이것이 법적 정의의 심각한 훼손이라는 것은 그 누구도 부정할 수 없을 것이다.

이러한 상황을 결정적으로 악화시킨 것은 2015년의 츄잉 사건에 대한 대법원 판결이라 할 수 있다. 권리자들이 불법복제물에 대한 링크 정보를 삭제해 달라고 내용증명을 보내면, 츄잉 사건에 대한 대법원 판결을 내세워 이를 거부하면서 오히려 업무방해로 고소할 수도 있다고 하는 답변을 보내고 있는 상황이 초래되었

기 때문이다. 불법복제물의 유포를 확산시키는 대가로 경제적 이익을 취하는 링크 사이트 운영자들이 이렇게 당당한 것만큼 권리자들의 심정은 답답할 것이다.

위 판결이 선고된 직후부터 필자를 포함한 상당수의 학자들이 강력하게 위 판결을 비판해 왔지만 아직도 판례는 변경되지 않은 상태로 2년 반 이상의 세월이 지나고 있다. 현재 방송분야의 피해가 두드러지게 나타나고 있지만, 방송사들만 피해를 입고 있는 것이 아님은 물론이다. 우선, 방송사들의 수익에서 일정한 몫을 분배받는 방송작가들, 실연자들의 피해도 무시할 수 없다.

이러한 상황은 입법적 대처를 절실하게 필요로 하고 있다. 저작권자등 권리자의 정당한 권리를 보호하는 것은 저작권법의 목표일 뿐만 아니라 헌법상의 국가의무이기도 하다. 현재 그 보호에 뚫린 가장 큰 구멍이 바로 링크 사이트에 대한 법적 구제가 어려운 부분이니, 입법적으로 그 구멍을 메워서 저작권자등의 권리보호를 충실하게 하는 것은 국가의 마땅한 책임이라 할 것이다.

저작권법의 개정 등을 통해 서둘러 링크 사이트를 통한 침해 확산을 방지하여야 할 필요성은 위에서 본 바와 같이, 츄잉사건 판결과 깊은 관련성을 가지고 있는 것이 사실이다. 그러나 링크 사이트에 대한 입법적 대처가 위 판결에 대한 대처로서의 의미만 가지고 있다고 볼 것은 아니다. 일본의 경우, 다수학자들은 링크제공자의 저작권침해에 대한 방조책임을 인정하는 입장을 취하고 있고, 우리나라의 츄잉사건 판결과 같은 최고재판소 판결이 나온 바는 없음에도 불구하고 링크사이트에 대한 입법적 대처가 필요하다는 공감대가 커져 정부 차원의 논의를 가속화해 오고 있는 것을 볼 수 있다. 앞서 주요국의 판례동향을 통해 알 수 있었던 것처럼, 우리나라와 일본, 미국 등은 이른바 '서버기준'을 취하여 링크제공자의 직접침해 책임을 일률적으로 부정하는 입장을 취해온 측면이 강한 반면, EU의 경우에는 불법복제물을 링크한 경우에는 '불법성에 대한 인식' 등을 조건으로 직접침해를 인정하는 입장을 취하여 '직접침해'의 차원에서 저작권자의 정당한 보호와 표현 및 정보의 자유를 조화시키는 입장을 보이고 있다. 만약 대법원이 츄잉 사건에 대한 판결의 입장을 변경하여 일정한 상황적 조건 하에 링크제공자의 방조책임을 인정하는 입장을 취한다고 하더라도, 그것만으로는 링크사이트에 대한 법적 대응으로 미흡한 면이 있을 수 있다는 것에 대하여 보다 진지한 검토가 필요한 상황이다.

대법원에서 유럽사법재판소의 GS Media 사건 판결 등을 긍정적으로 검토하여 그에 부합하는 방향으로 판례 변경을 한다면, 링크의 자유와 저작권자의 권리 보

호를 조화시키는 새로운 법적 상황이 도래할 수 있는 것은 사실이다. 그러나 EU의 판단기준이 우리 법에는 없는 '새로운 공중'의 기준이나 주관적 요소를 포함한 '개별적 고려'의 가능성 등을 통해 상당히 복잡하게 전개되는 고유한 논리를 내포하고 있어, 우리의 현행법에 대한 해석적 법리로 수용하기에는 상당한 난점이 있는 것으로 생각된다. 따라서 대법원 판례가 EU의 판례를 수용하는 쪽으로 변경되기를 기대하기는 어렵다. 위 츄잉 사건 판례조차 변경되지 않고 있는 상황이 아닌가.

위 ECJ 판결이 여러 가지 상충하는 법적 가치를 저울에 놓고 비교형량하면서 그 균형을 잡기 위하여 다분히 입법적인 성격을 띠는 결론을 내린 것임을 감안할 때, 우리의 법제 하에서 그러한 부분을 판례에 맡겨두기보다 정면으로 입법을 통해 반영하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

이러한 필자의 생각을 판례의 변경과 관련한 몇 가지 예상 시나리오와의 관계에서 재정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 대법원 판례의 변경이 쉽지 않은 것을 감안할 때, 이후 유사한 쟁점을 가진 사안에서 대법원이 '츄잉' 사건 판결의 논리를 보강하여 그대로 유지하는 판결을 선고하는 상황을 생각해 볼 수 있다. 그것은 이미 저작권 보호에 상당한 파괴적 영향을 미치고 있는 상황이 더욱 악화되어 저작권산업 등에 거의 '재앙'과도 같은 악영향을 미치게 될 것이다. 앞서 본 바와 같은 교묘한 방식의 링크사이트가 거리낌없이 국내에서 활동함으로써, 저작권의 합법시장은 완전히 파괴되고, 모든 합리적 소비자들은 링크사이트를 통해 동영상, 음악 등을 감상하게 되고 저작권자가 누려야 할 경제적 보상은 링크 사이트 운영자의 광고수익 등으로 치환되게 될 것이다. 그러한 상황을 방지하기 위해서는 저작권법 개정이 시급하게 필요하다.

둘째, 대법원 판례가 변경되지도 않고 그 취지를 유지하는 새로운 판결이 선고되지도 않고 계속 현재와 같은 상황이 상당기간 더 지속될 수도 있다. 그 경우에도 저작권자들이 엄청난 규모의 부당한 피해를 입고 있는 상황이 지속되는 것이므로, 역시 시급한 입법적 대처가 필요하다.

셋째, 츄잉사건과는 약간 다른 취지의 대법원 판결이 선고되지만 전원합의체 판결에 의하여 분명하게 정리되지 않는 상황이 될 수도 있다. 그 경우 현재의 상황보다 약간 개선될 수 있지만, 여전히 법적인 불명확성으로 인한 혼란과 저작권자등의 피해가 지속될 수 있다. 이러한 경우에도 입법적 대처는 절실히 필요하다.

넷째, 츄잉사건과 동일한 쟁점을 가진 다른 사건에 대하여 대법원이 전원합의체에 회부하여 전원합의체 판결을 통해, 츄잉사건 판례를 변경함으로써 링크제공자의 저작권침해에 대한 방조책임의 가능성이 판례에 의하여 분명하게 승인되는 상황이 될 수도 있다. 이러한 상황은 상당히 소망스러운 것으로서, 이렇게 되면 그것만으로도 상황이 상당한 정도 개선될 수 있다. 그러나 그 경우에도 '방조책임'이 가지는 정범에 대한 종속성 등의 문제 등으로 저작권자의 대응 및 구제에 어려움을 안기는 부분이 남아 있는데, 표현의 자유와의 조화를 생각하더라도 일정한 조건 하에 직접침해를 인정하여 저작권자의 권리구제를 보다 용이하게 하고 링크 사이트에 의한 침해상황에 보다 적극적으로 대응하는 의미에서 저작권법 개정을 검토할 필요가 있다. 물론 이러한 판례변경이 언제 이루어질 것인지에 대하여 아무도 확신할 수 없는 상황이 더욱 법 개정 노력을 필요로 하는 측면이 큰 것은 사실이다.

다섯째, 대법원이 전원합의체 판결을 통해 EU의 판례와 같은 새로운 균형적 입장을 취하는 판례를 내는 경우를 상정해 볼 수 있다. 그렇다면, (필자의 관점에 의할 때) 저작권법 개정을 할 필요 없이 저작권자의 권리보호와 표현의 자유 사이의 법적 균형과 사회적 정의는 달성될 수 있을 것으로 보인다. 그러나 그 가능성은 극히 희박하고 그것이 현행 저작권법의 해석론으로서 다수 학자의 지지를 받고 있는 것도 아니므로, 현재 상황에서 그러한 판례변경을 기다리기보다 개정입법을 서둘러 저작권자의 정당한 권익을 보호하기 위한 노력을 기울이는 것이 국가의 의무이고 책임이다.

2. 개정의 방향성

가. 서설

링크 사이트의 문제에 대한 입법적 대응에 있어서 무엇보다 먼저 고려하여야 할 것은 저작권자 등의 권리를 충실하게 보호하는 것이다. 따라서 이와 관련하여 생각해 볼 수 있는 여러 가지 입법적 대안들의 타당성을 검증함에 있어서도 그것이 링크 사이트로 인한 피해가 늘어나고 있는 상황에 대하여 저작권자등이 효과적으로 대응하여 충분한 법적 구제를 받을 수 있는지 여부를 중요한 기준으로 적용하여야 할 것이다. 그러나 다른 한편으로는 링크에 대한 새로운 규제의 도입이 링크의 자유를 과도하게 제한하는 것이 되지 않도록 유의할 필요가 있다. 링크는

인터넷을 대중화하는 데 결정적인 기여를 한 월드와이드웹의 핵심적인 기능으로서 오늘날 인터넷의 활용에 있어서 일상적으로 활용되고 있는 중요한 부분이므로, 이것의 사용에 지나친 법적 리스크를 안기는 입법을 할 경우, 인터넷상의 표현의 자유에 대한 위축효과(chilling effect)를 안기는 부작용이 클 수 있다. 당연히 링크의 자유도 절대적 자유일 수는 없지만, 그것이 가지는 기능적 중요성 등에 비추어, 과도한 규제가 가져올 문제점에 대하여 각별히 유의할 필요가 있다는 것이다. 따라서 불법복제물에 대한 링크의 악용으로 저작권자의 권익이 침해되는 상황을 방지하는 입법에 있어서, 한편의 저작권보호와 다른 한편의 표현의 자유라고 하는, 서로 상충하는 두 가지 법적 가치 사이에 적절한 균형과 조화를 이루기 위해 노력할 필요가 있다. 이것이 이 부분과 관련한 입법적 노력의 기본적 방향성이라 할 수 있다.

나. 여러 가지 대안들에 대한 검토

1) 서설

위에서 살펴본 기본적 방향성을 전제로, 아래에서, 링크로 인한 저작권 침해 상황에 대한 입법적 대처방안으로 생각될 수 있는 여러 가지 대안들을 제시하고 그 타당성을 하나하나 점검해 보기로 한다.

2) 링크 사이트 운영만 규제대상으로 하는 방안

먼저, 개별적 링크행위에 대한 규제가 일반 국민의 표현의 자유에 미칠 수 있는 영향을 고려하고, 현재 가장 문제의 초점이 되는 것은 링크 방식을 악용하여 불법복제물의 유포를 하면서 광고수익을 취하는 사이트들인 것을 감안하여, 개별적 링크설정 행위는 규제대상으로 하지 않고 링크 사이트 운영자에 대하여만 일정한 조건 하에 형사처벌을 받도록 하는 등의 규정을 신설하는 방안을 검토해 볼 수 있다. 그러나 다음과 같은 이유에서, 이러한 방안은 타당하다고 하기 어렵다. 첫째, 이러한 방안으로는, 불법복제물에 대한 개별적 링크 행위가 가지는 위험성에 대하여는 아무런 대처를 할 수 없다는 점에서 저작권 보호에 근본적 한계를 가지고 있어, 저작권 보호의 충실화라고 하는 입법목적을 달성하기 어렵다. 예컨대, 앞에서 본 바와 같은 GS Media 사건 판결의 사안과 같이, 출판 전에 해외 사이트를 통해 유출된 저작물의 불법복제물을 유명한 국내 뉴스 사이트에서 링크하

여 제공하는 것과 같은 경우에는 위 방안에 의한 개정입법만으로는 전문적인 링크 사이트를 통한 행위가 아니라는 점에서 권리자의 법적 구제가 여전히 불가능한 한계가 있다. 상영전의 영화파일이 유출된 사건은 국내에도 있었는데, 그러한 경우에 국내 유명포털에서 블로그를 운영하는 파워블로거가 그 파일을 링크하여 제공함으로써 엄청난 접속회수를 기록하고 있어도 권리자가 전혀 법적 구제를 받을 수 없다면, 그것은 큰 문제가 아닐 수 없다. 특히, 현재와 같이 츄잉 사건에 대한 대법원 판결이 변경되지 않고 있는 상황에서, 새로운 입법조치도 이러한 부분에 대한 법적 구제를 받을 수 있게 하지 않는다면, 저작권보호에 큰 어려움이 초래될 수 있을 것이다. 전체적으로 일반 국민들 사이에 불법복제물의 전파를 확산하는 링크를 자유롭게 할 수 있다고 하는 인식을 바꾸어 나가지 않으면, 저작권 보호에 큰 문제를 야기할 수 있다는 것을 감안하여야 할 것이다.

둘째, 법리적으로도 위와 같은 방안은 정당화되기가 어려운 면이 있다. 링크사이트 운영자는 실제적으로는 영리목적으로 불법복제물의 유포를 확산시키는 주범으로 볼 수 있지만, 법리적으로는 사이트 이용자의 링크제공 행위를 적절히 유도하고 그것을 조직화하여 제공하는 '방조'적 활동만 하는 경우가 많다. 그러한 상황에서 사이트 이용자들의 링크제공행위의 위법성을 인정하지 않고, 그것을 적법한 행위로 볼 수 있게 하는 대법원 판례가 존재하는 상황에서 그 이용자들의 행위를 돕는 사이트 운영자만 처벌하는 것은, 정범은 무죄인데, 방조범만 유죄로 인정하는 법리적 모순을 범하는 것이 되어, 여러 가지 문제가 제기될 수 있다. 따라서 법리적인 면에서도 이 방안은 결코 정당화될 수 없는 문제점을 내포하고 있다.

3) '공중송신' 또는 '전송'에 대한 정의 규정을 수정하는 방안

또 하나의 대안으로, EU의 판례에서 공중송신의 개념에 일정한 조건을 갖춘 링크설정 및 제공 행위를 포함하고 있는 것을 본떠서 우리도 '공중송신'이나 그 하위개념인 '전송'의 개념을 수정하여, 불법성에 대한 인식을 가진 불법복제물에 대한 링크 행위 등이 그 개념에 포함되도록 하는 방안을 검토해 볼 수 있다. 그렇게 하면, 일정한 요건을 갖춘 링크제공 행위가 공중송신권의 직접침해에 해당하게 되므로, 그에 대한 법적 구제를 받는 것이 가능해지는 것이 사실이다. 그러나 이 방안도 우리가 선택할 적절한 대안이라 생각되지 않는데, 그 이유는 다음과 같다.

첫째, EU의 판례에서 제시하고 있는 '새로운 공중'의 기준이나 '개별적인 평가'의 필요성 등은 상당히 복잡하고 난해한 면이 있어, 이를 '기타의 공중송신'이나 '전송'의 개념에 입법적으로 반영하는 것이 용이하지도 않고 적절하다고 보기도 어려운 면이 있다. 이후 WCT 등의 다자간 국제조약의 이행과 관련하여, 공중송신의 개념에 대한 국제적 재논의가 있을 때 이와 관련한 보다 심도 있는 재검토가 필요할 수 있지만, 지금으로서는 ECJ 판례의 복잡한 법리를 수용하여 법리적 혼란을 초래하는 일은 지양하는 것이 보다 바람직할 것으로 생각된다.

둘째, 현 상황에서 필요한 것은 불법복제물에 대한 링크제공행위에 대한 규제에 한정되는데, 그것은 행위 자체의 성격이 아니라 행위의 목적물이 가진 속성에 의존하는 면이 많다는 점에서, 공중송신 행위의 일반적 정의를 통해 이를 규정하기보다, 침해간주행위에 포함하여 규정하는 것이 보다 적절하게 여겨지는 면이 있다.

4) 침해간주 규정(제124조)을 개정하여 불법복제물에 대한 링크제공행위를 일정한 조건 하에 침해행위로 간주하는 방안

가) 서설

결국 침해간주규정(저작권법 제124조)을 개정하여 불법복제물에 대한 링크제공행위를 일정한 조건 하에 침해행위로 간주하는 방안이 기본적으로 가장 타당한 방안이라 생각된다. 이 방안은 불법복제물에 대한 링크제공행위가 일정한 조건 하에 위법성을 가짐을 분명히 하고, 그에 대한 민·형사 및 행정적인 모든 법적 구제를 가능하게 한다는 점에서, 저작권자의 권리를 두텁게 보호하는 방안이 될 수 있고, 동시에 침해간주의 '추가적 조건'을 적절히 설정함으로써 표현의 자유에 대한 과도한 제약이 되지 않도록 배려할 수도 있다는 점에서 그러하다. 링크 사이트 운영자들에 대하여도, 그들이 직접 링크를 제공하는 경우는 물론이고 그 이용자들의 링크제공행위를 유도하고 조장하는 방식으로 영리목적을 추구하는 경우에도, 침해간주행위에 대한 방조의 책임을 물을 수 있다는 점에서, 권리보호에 큰 문제가 없는 상황이 될 수 있다. 이 방안을 취할 경우에 결국 관건이 되는 것은 '불법복제물에 대한 링크제공'이라는 기본 요소 외에 어떤 추가적인 요소들을 침해간주의 추가요건으로 할 것인지가 중요하다. 그 추가적인 요소들로는, ① 링크 대상 복제물의 불법성에 대한 인식과 그에 대한 공중의 접근을 용이하게 하고자

하는 목적의 존재, ② 영리의 목적 및 반복·계속성 ('업으로' 요건), ③ 해당 저작물등이 온라인상의 적법한 '무상제공 서비스' 영역에 있는 것이 아닐 것[22]의 세 가지 요소를 생각해 볼 수 있다. 그 외에도 침해의 규모 등 여러 가지 요소를 생각해 볼 수 있겠지만, 다른 요소들을 추가하면 그만큼 저작권자의 권리보호에 제약을 가하게 될 것이라는 점에서 바람직하지 않은 면이 있으므로 본고에서는 위 세 가지 요소들을 중심으로 검토해 보기로 한다. 위 세 가지의 요소에 대하여 다양한 형태의 결합이 있을 수 있으나, 아래에서는 그 중에서 특별히 관심을 가지고 검토할 만한 네 가지의 대안에 대하여만 살펴보기로 한다.

나) 첫째 대안 : 불법복제물에 대한 링크설정이기만 하면 다른 추가조건 없이 침해행위로 간주하는 방안

이것은 저작권자등의 구제의 폭을 가장 넓게 하므로 저작권 보호의 면에서는 가장 바람직한 면이 있지만, 링크의 자유는 가장 크게 제약하고, 링크설정자의 법적 리스크를 크게 한다는 점에서는 큰 문제점을 내포하고 있는 방안이라 할 수 있다. 이와 관련하여, GS Media 사건 판례가 표현의 자유에 대한 문제를 짚은 부분은 우리의 입법과정에 시사하는 바가 많다고 생각된다. 그것을 다시 여기에 인용해 보면 다음과 같다. "그러나 GS 미디어, 독일, 포르투갈 및 슬로바키아 정부와 유럽 집행위원회 (European Commission)는 다른 웹 사이트에 게시된 저작물에 대한 링크를 그 저작물의 저작권자들이 인터넷상의 공표에 동의하지 않았다는 이유로 모두 자동으로 '공중송신'으로 보는 것은 표현의 자유와 정보의 자유를 크게 제한하는 결과를 초래할 것이며, 저작권 지침이 그러한 자유 및 공중의 이익이라는 축과 다른 한편에서 지적재산권의 효과적 보호에 대한 저작권자의 이익이라는 축 사이에 설정하고자 하는 올바른 균형과 일치하지 않을 것이라고 주장한다. 이와 관련하여 인터넷은 실제로 헌장 제11조에 의해 보장되는 표현의 자유와 정보의 자유에 특히 중요하며, 하이퍼링크는 인터넷의 적정한 운영과 엄청난 양의 정보를 이용할 수 있는 특징을 가진 동 네트워크 내의 의견 및 정보의 교환에 기여한다는 것에 주목할 필요가 있다. 나아가, 특히 그러한 링크를 게시하는 개인들이 그 링크가 연결하는 웹사이트가 보호되는 저작물에 대한 접근을 제공하는지, 그

22) 이것은 필자가 저작권자의 경제적 이익을 해치지 않으면서 표현의 자유에 대한 리스크를 조금이라도 줄이기 위한 하나의 제한요소로서 일본 저작권법 제119조 제3항에서 '유상저작물등'에 한하여 위법다운로드를 형벌화한 사례 등을 참고하여 고안해 본 것이다. 다만 후술하는 바와 같이, 그 적용범위는 일본법의 위 규정과 크게 다르다.

리고 필요할 경우 그 저작물들의 저작권자가 인터넷상의 공중송신에 대하여 동의하였는지 여부를 확인하는 것은 어려울 수 있다. 그러한 확인은 그러한 권리들이 이용허락을 받은 사람의 재이용허락(sub-license)의 대상이 될 수도 있는 상황에서는 더욱 어렵다. 더구나 하이퍼링크가 접근을 가능하게 하는 웹사이트의 내용은 그 링크 설정 이후에 변경되어 링크 설정자가 모르는 상태에서 변경될 수도 있다. 따라서, 저작권 지침 3조 1항에서 말하는 '공중송신'에 대한 개별적인 평가라고 하는 목적을 이루기 위해서, 다른 웹사이트에서 자유롭게 이용가능한 저작물에의 하이퍼링크를 제공하는 것이 그렇게 함에 있어서 이익을 추구하지 않는 사람에 의하여 행해질 경우에는, 그 제공자가 해당 저작물이 저작권자의 동의 없이 인터넷에 공표되었다는 것을 모르고 있거나 합리적으로 알 수 없다는 사실을 고려할 필요가 있다."

결국 위 판결은 저작권 보호와 표현의 자유 사이의 올바른 균형을 이루기 위해 불법복제물에 대한 링크제공행위가 공중송신에 해당하기 위해서는 '불법성의 인식 또는 합리적 인식가능성' 등의 추가적인 요건을 요하는 것으로 보았는데, 그 이유로는 위와 같이, 링크를 제공하는 개인들이 일일이 그 불법성 유무를 확인하기는 어렵다는 것 등을 제시하고 있는 것이다. 이것은 우리의 입법과정에서도 반드시 고려되어야 할 부분이라 할 것이다. 물론 위 첫째의 대안을 취하더라도 링크 대상물의 불법성에 대한 인식이 없으면 '고의'가 부정되어 형사처벌의 대상에서는 제외될 가능성이 있지만, 민사적 불법행위 책임은 과실만 인정되어도 질 수 있고, 과실이 없어도 침해정지 등 청구를 당할 수 있는 등 법적 분쟁에 휘말릴 수 있는 리스크가 크다는 점을 간과할 수 없다. 따라서 위 첫째 대안은 인터넷 이용자들의 법적 리스크를 과도하게 높이고, 인터넷상의 표현의 자유를 위축시키는 문제가 있다는 점에서 타당한 방안이라고 보기 어렵다.

다) 둘째 대안 : 불법성에 대한 인식 등을 추가적인 요건으로 하는 방안

이것은 불법복제물에 대한 링크제공이라는 객관적 사실 외에 위 ①의 요소, 즉 링크대상 복제물의 불법성에 대한 인식과 그에 대한 공중의 접근을 용이하게 하고자 하는 목적의 존재를 침해간주의 추가적 요건으로 하는 방안이다. 필자는 이 방안이 저작권 보호와 표현의 자유 사이에 균형을 이루는 가장 적절한 방안이라 생각한다. 위에서 본 ECJ의 GS Media 사건 판결의 취지도 불법복제물에 대한 링크의 경우 '불법성에 대한 인식 또는 합리적 인식가능성'만 있으면 공중송신권

침해로 보는 입장을 통해 그러한 균형을 달성하고자 한 것이므로(판결을 잘못 읽으면 영리목적도 필요로 하는 것으로 오해될 가능성이 있지만, 자세히 읽어 보면, 그렇지 않고, 불법성에 대한 인식 또는 인식가능성이 있거나 영리목적이 있는 경우를 중첩적 관계로 보는 것이 아니라 선택적인 관계로 보는 입장을 취한 것임을 알 수 있다), 이 방안은 적어도 EU의 판례에 비하여 표현의 자유 보장에 소홀하다고 할 수는 없으며, 저작권 보호의 측면에서도 위 첫째 대안에 비하여는 구제의 어려움이 있을 수 있지만, 전문적 링크 사이트에 대한 규제는 충분히 가능하며, 개별적인 링크 행위의 경우에도 그 악의성이 정황상 충분히 입증될 만한 경우에는 구제받을 수 있으므로 큰 부족함은 없다고 할 수 있다. 따라서 필자는 이 방안을 필자가 지지하는 개정방안 중 '제1안'으로 제시하고자 한다. 다만 이 방안에 대하여도 표현의 자유에 대한 제약 등의 우려와 문제제기의 가능성이 있을 수 있다는 점에서, 다른 적절한 대안이 없을지 신중하게 검토해 볼 필요는 있을 수 있다.

라) 셋째 대안 : '영리 목적' 또는 '업으로' 요건을 추가적으로 요하는 방안

이것은 저작재산권 침해간주행위로 보기 위해 불법복제물에 대한 링크제공행위라는 객관적 사실에, 위 ①과 ②의 요소를 추가로 요하는 것으로 규정하는 방안이다. 즉 링크제공자가 영리의 목적으로 또는 업으로 링크 대상물의 불법성을 인식하고 그에 대한 공중의 접근을 용이하게 할 목적을 가지고 불법복제물에 대한 링크를 제공한 경우에 한하여 침해간주행위로 규정할 것을 제안하는 것이다.[23] 그러나 필자로서는 이 방안에 대하여 찬성하기 어려운 면이 있다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 위 방안은 1회적으로 이루어지는 비영리적인 행위이지만 큰 피해를 야기할 수 있는 링크제공행위에 대하여는 법적 구제수단을 부여하지 않음으로써 저작권 보호에 중대한 공백을 초래하는 문제를 남길 수 있다. 앞서 예를 든 바와

23) 이것은 한국저작권위원회에서 준비하여 검토하고 있는 대안이다. 여기서 '업으로'라는 문구는 행위의 반복성과 계속성을 뜻하는 것으로 볼 수 있는데, 그와 관련하여 다음의 판례가 참조사례로 제시되고 있다.
대법원 2012. 7. 12. 선고 2012도4390 판결: 여기서 '업으로' 한다는 것은 같은 행위를 계속하여 반복하는 것을 의미하고, 여기에 해당하는지 여부는 단순히 그에 필요한 인적 또는 물적 시설을 구비하였는지 여부와는 관계없이 금전의 대부 또는 중개의 반복·계속성 여부, 영업성의 유무, 그 행위의 목적이나 규모·횟수·기간·태양 등의 여러 사정을 종합적으로 고려하여 사회통념에 따라 판단하여야 한다.

같은 상황, 즉 상영전에 유출되어 국내에서는 잘 알려지지 않은 해외 사이트에 올려져 있는 영화 파일을 어떤 개인이 발견하고 이를 검색포털에서 검색가능한 형태로 포털의 블로그 등에 링크한 경우에 그로 인한 피해는 어마어마할 수 있지만, 위와 같은 법개정만으로는 이에 대한 법적 구제가 쉽지 않은 것이다. 이것은 다른 나라라면 방조책임 등으로 해결가능할 수 있지만, 현재 방조책임조차 부정하는 취지의 대법원 판례가 변경되지 않고 있는 우리나라의 상황에서는 큰 문제가 될 수 있는 것이다.

둘째, 전문적으로 불법복제물을 링크 방식으로 전파하는 링크 사이트 운영자에 대한 규제와 단속의 면에서도 쉽지 않은 문제를 야기한다. 그러한 사이트 운영자에게 방조책임을 물으려면 그 사이트의 이용자들이 '영리 목적'으로 링크를 제공하거나 아니면 '업으로' 그렇게 한 경우여야만 할 터인데, 그것을 입증하기가 쉽지 않은 경우가 많이 있을 수 있는 것이다. 당연히 링크 사이트 운영자에게는 광고수익을 올리는 등의 영리목적이 인정되지만, 문제는 사이트 운영자가 아니라 그 사이트를 운영하여 링크 정보를 올리는 개인에게 영리목적이 있거나 반복성 등이 인정되어야만 사이트 운영자를 처벌하는 것도 가능하다는 점에서, 수사기관의 부담이나 민사소송을 제기하는 원고등의 입증상의 부담이 상당히 클 수 있다는 것이 우려될 수 있다. 따라서 위 방안은 저작권보호와 표현의 자유 사이에 균형을 이루기보다, 표현의 자유에 다소간 치중함으로써 저작권보호의 면에서는 여전히 상당한 어려움을 초래하는 문제를 내포하고 있다고 생각된다.

마) 넷째 대안 : 불법성에 대한 인식 등과 링크대상 저작물의 전부가 정보통신망을 통하여 동일·유사한 방식으로 공중의 구성원이 자유롭게 접근하여 이용할 수 있도록 적법하게 제공되고 있는 경우가 아닐 것을 추가적인 조건으로 규정하는 방안

이것은 위 ②의 조건이 가지는 문제점을 인식하여, ①과 ③의 요소만 침해간주행위로 보는 추가적 요건으로 규정하는 방안이다. 즉, 이 방안은 불법복제물에 대한 링크제공이라는 기본적인 요건 외에, 불법성에 대한 인식 및 공중에의 접근제공의 목적이 있어야 한다는 주관적 요건과 함께, 링크대상 저작물의 전부가 정보통신망을 통하여 동일·유사한 방식으로 공중의 구성원이 자유롭게 접근하여 이용할 수 있도록 적법하게 제공되고 있는 경우가 아닐 것이라는 요건을 추가적으로 요구함으로써, 표현의 자유에 대한 우려를 최소화하면서 동시에, 저작권산업

내지 저작권의 합법시장에 대한 피해의 우려도 최소화하고자 하는 취지를 반영한 것이라 할 수 있다. 이 방안에 대하여는 한편으로 저작권 보호의 면에서 위 규정에 의하여 제외되는 저작물등(이를 '무상제공저작물등'이라 약칭한다)도 저작권법에 의한 충실한 보호를 받아야 함에도 불구하고 그 부분에 대한 보호를 소홀히 한다는 비판이 있을 수 있고, 다른 한편으로는 표현의 자유를 강조하는 입장에서 여전히 우려를 제기하는 입장이 있을 수도 있다. 그러나 이러한 개정입법을 하면서도 여전히 불법복제물에 대한 링크제공자의 방조책임을 인정하지 않는 취지의 대법원 판례는 잘못이고, 그것은 변경되어야 하거나 제한적으로 해석되어야 한다는 것을 강조하는 전제 하에서 개정할 경우에는 상업적으로 이용되지 않는 저작물에 대한 보호의 방치라고 하는 비판으로부터 상당부분 자유로울 수 있을 것으로 생각되고, 표현의 자유에 대한 우려에 대하여도 위에서 본 EU 판례의 입장 등을 들어 적절히 대응할 수 있으리라 생각된다. 필자로서는 위 둘째 대안이 타당한 방안이라 생각하지만, 그에 대하여 표현의 자유에 대한 우려가 강하게 제기될 경우의 대안으로 이 방안을 취하여도 큰 문제는 없다고 생각되어, 이 넷째 대안을 '제2안'으로 제시하고자 한다. 무상제공저작물등이 아닐 것을 요하는 것은 일본의 2012년 개정 저작권법에서 제119조 제3항[24]에 새로 추가된 '위법 다운로드 형벌화' 관련 규정에 포함된 '유상저작물등'의 개념을 참고한 면이 있지만, 실제 위 '유상저작물등'의 개념은 녹음, 녹화물 등으로 한정되는 등 특수하게 한정된 적용영역을 가진 점에서 이를 우리의 링크 규제 입법에 도입하는 것은 적절치 않은 것으로 생각되어 그 규정과는 크게 다른 내용의 규정을 제안하게 된 것이다.

3. 관련 이슈들의 검토[25]

가. 저작권법 제133조의 2 등에 따른 시정명령 등의 대상으로 할 수 있는지 여부

저작권법 제133조의 2는 온라인상의 저작권등 침해행위에 대한 시정명령에 대

24) 그 규정내용은 다음과 같다. "제30조 제1항에 정하는 사적 사용의 목적으로 유상 저작물 등(녹음되거나 녹화된 저작물 또는 실연 등(저작권 또는 저작 인접권의 목적이 되는 것에 한한다)으로서, 유상으로 공중에게 제공되거나 제시되는 것(그 제공 또는 제시가 저작재산권 또는 저작인접권을 침해하지 않는 것에 한한다)을 말한다."

25) 이 부분의 정리 중 '가', '다', '바' 부분은 한국저작권위원회의 내부 검토자료와 동 위원회 김혜창 팀장이 필자와의 의견교환 과정에서 제시한 의견 등을 참고한 부분이 크다.

한 근거규정으로서 그 제1항에서 "문화체육관광부장관은 정보통신망을 통하여 저작권이나 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물 또는 정보, 기술적 보호조치를 무력하게 하는 프로그램 또는 정보(이하 "불법복제물등"이라 한다)가 전송되는 경우에 심의위원회의 심의를 거쳐 대통령령으로 정하는 바에 따라 온라인서비스제공자에게 다음 각 호의 조치를 할 것을 명할 수 있다."고 규정하고 있다. 이 규정에서 말하는 '불법복제물등'은 같은 조 제2항 등의 대상으로 이어지고 있고, 제133조의 3의 시정권고의 대상도 마찬가지이다. 위와 같이 불법복제물에 대한 링크제공이 일정한 조건 하에 '저작재산권 침해행위'로 간주되게 되면, 그 링크 정보 자체가 위 규정에서 말하는 "저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는…정보"로서 '불법복제물등'에 해당하는 것으로 볼 수 있으므로, 이에 대한 시정명령이나 시정권고 등이 그 부분에 대한 추가적인 법개정 없이도 가능할 것으로 보인다. 따라서 이 부분과 관련한 추가적 법개정은 필요하지 않다.

나. 온라인 서비스제공자의 면책

링크에 대한 규제를 할 경우에 제기되는 한 가지 우려는 온라인서비스제공자에게 이와 관련한 모니터링 의무가 주어지는 것 아닌가 하는 부분이다. 그러나 온라인서비스제공자에 대한 저작권법 제102조의 규정은 침해간주행위에 대하여도 그대로 적용되는 것이므로, 온라인서비스 제공자의 책임이 특별히 가중되거나 모니터링 의무가 강제되는 것은 아니다.

다. 링크사이트를 특수한 유형의 OSP로 규제하는 문제와 추가개정의 필요성 유무

앞에서 본 바와 같은 악의적이고 전문적인 침해목적의 링크 사이트에 대하여는 특수한 유형의 OSP로 지정하여 규제할 필요성이 있을 수 있다. 이를 위해 추가적인 법개정이 필요할지 여부에 대하여 검토해 보면, 다음과 같다.

저작권법 제104조는 '특수한 유형의 온라인 서비스제공자의 의무 등'에 대한 규정으로서 제1항에서 “

다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하여 저작물등을 전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 하는 온라인서비스제공자(이하 "특수한 유형의 온라인서비스제공

자"라 한다)는 권리자의 요청이 있는 경우 해당 저작물등의 불법적인 전송을 차단하는 기술적인 조치 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 권리자의 요청 및 필요한 조치에 관한 사항은 대통령령으로 정한다"고 규정하고 있고, 그 제1항에서는 "문화체육관광부장관은 제1항의 규정에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위를 정하여 고시할 수 있다"고 규정하고 있다. 한편으로, 전기통신사업법 제22조 제2항은 부가통신사업에 대한 신고제를 원칙으로 규정한 제1항 규정의 예외로서, 특수한 유형의 부가통신사업을 경영하려는 자는 저작권 보호와 관련한 기술적 조치 실시 계획, 업무수행에 필요한 인력 및 물적 시설, 재무건전성 등 요건을 갖추어 과학기술정보통신부장관에게 등록(정보통신망에 의한 등록을 포함한다)하여야 한다"고 규정하고 있다. 이것이 바로 '웹하드 등록제'라고 불리는 제도로서 실제적인 면에서 저작권 보호에 상당한 기여를 하고 있다. 전기통신사업법 제2조 제13호는 " '특수한 유형의 부가통신역무'의 하나로 '「저작권법」 제104조에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 부가통신역무'를 포함하고 있으므로(같은 호 가목 규정), 저작권법 제104조에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자로 고시될 경우 전기통신사업법상의 '특수한 유형의 부가통신역무'를 수행하는 자에 해당하여 웹하드 등록제의 적용을 받게 된다. 위와 같은 규정들을 종합해 보면, 앞서 본 바와 같이 불법복제물에 대한 링크 제공행위를 일정한 조건 하에 침해간주행위로 보는 규정을 도입하기만 하면, 링크 사이트에 대하여 별도의 추가적 법규정을 도입할 필요 없이, 제104조 제2항에 따라 문화체육관광부장관이 일정한 유형의 링크 사이트를 '특수한 유형의 온라인서비스제공자'로 고시함으로써 웹하드 등록제의 적용을 받도록 할 수 있다는 것을 알 수 있다. 따라서 링크 사이트에 대하여 별도의 규제를 하지 않아도 일정한 링크제공행위의 위법성을 분명히 하는 입법을 하기만 하면, 저작권 보호를 위한 행정규제의 적용을 통해 링크 방식을 교묘하게 악용하여 저작권침해를 확산시키는 사이트를 근절해 나갈 수 있을 것으로 기대된다.

라. 링크제공자의 방조책임과의 관계

본고에서 제시하는 개정안은 불법복제물에 대한 링크 제공행위를 일정한 조건하에 '직접침해'로 간주하는 취지로서, 이것이 불법복제물에 대한 링크 제공자의 간접침해(침해 방조)책임을 원칙적으로 인정하는 학설의 입장 등을 대체하는 것

은 아니다. 필자로서는 본고에서 제안하는 바와 같거나 유사한 법개정이 이루어진 이후에도 여전히 링크제공자의 '사후적 침해행위'에 대한 방조책임은 인정되어야 할 것으로 보고, 그렇게 주장할 것이다. 따라서 츄잉 사건에 대한 대법원 판례가 변경되어야 할 것이라는 주장도 그대로 유지한다. 이 개정안은 그 부분에 대한 판례 변경이 이루어질지 여부가 불투명한 것을 전제로 하지만, 그 부분에 대한 판례변경을 대체하는 의미의 개정안을 제시하는 것은 아닌 것이다. 만약 필자의 주장과 같이 대법원 판례가 변경되어 사후적 침해행위에 대한 방조책임이 인정될 경우, 권리자로서는 한편으로 침해간주 규정의 요건을 입증하여 침해간주 행위라고 주장할 수 있고, 다른 한편으로 그러한 직접침해 간주 규정의 적용을 받기 어려운 경우에도 방조책임의 요건을 입증할 경우에는 방조책임을 추궁할 수 있게 될 것이다. 그렇지 않은 경우, 즉 판례가 변경되지 않고 오히려 보다 분명하게 방조책임을 부정하는 것으로 굳어질 경우에는 방조책임을 묻기가 어렵게 되겠지만, 그 경우에도 침해간주 규정을 통해 필요한 권리구제를 받을 수는 있어 권리자 보호의 면에서 중대한 문제가 초래되지는 않을 수 있을 것으로 기대된다.

마. 형사처벌 규정

제124조의 개정으로 그 제1항 제4호에서 일정한 요건을 갖춘 링크제공행위를 침해간주행위로 보는 규정을 신설할 경우, 그에 대하여는 현행 저작권법 제136조 제1항이 아니라 제2항(그 제4호에서 "제124조 제1항에 따른 침해행위로 보는 행위를 한 자"를 처벌대상으로 규정하고 있다)이 적용됨으로써 저작재산권침해행위 자체보다는 법정형이 약간 가벼워져, "3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수" 있게 된다. 이와 같이 법정형이 약간 가벼워지는 것을 수용할 수 있다고 보는 한, 형사처벌 규정에 대한 추가적인 개정은 필요하지 않다.

바. 경과규정

본고에서 제안하는 바와 같은 침해간주 규정의 개정이 이루어질 경우, 그것은 위와 같이 형사처벌 규정으로도 이어지는 것이고, 따라서 당연히 그 소급효는 제한되는 것으로 해석되므로, '제124조의 개정 규정은 이 법 시행 후 행해진 행위

부터 적용한다'는 것과 같은 주의적인 부칙규정은 필요하지 않은 것으로 파악된다. 다만 일정한 계도 및 홍보기간의 필요성 등을 감안하여 법개정 후 일정한 기간이 지난 후를 시행일로 하는 것을 고려할 필요가 있을 것이다. 그러나 오랫동안 저작권자의 피해가 누적되어 온 것을 감안할 때 시행일을 너무 많이 늦추는 것은 바람직하지 않다.

IV. 저작권법 개정안의 제시 및 그 설명

1. 서설

위에서 저작권법 개정의 방향성을 구체적으로 검토하면서 도출한 결론에 따라 저작권법 개정안을 작성하여 제시해 보기로 한다. 위에서 정리한 개정의 방향을 요약해 보면 다음과 같다.

1) 링크 사이트의 운영을 규제대상으로 하기보다 링크제공 행위 자체를 대상으로 규정한다.

2) 공중송신이나 전송의 정의규정을 손질하는 것보다 침해간주 규정을 통해 불법복제물에 대한 링크제공행위를 일정한 조건하에 침해간주행위로 보는 규정방식을 취한다.

3) 불법복제물에 대한 링크제공행위를 다른 추가조건 없이 침해간주행위로 규정하는 것은 표현의 자유에 대한 지나친 제약이 되어 바람직하지 않고, 영리의 목적이나 반복·계속성을 추가적인 조건으로 하는 것은 저작권보호에 중대한 공백을 초래하는 부분이 있어 바람직하지 않다.

4) 따라서 링크 대상물의 불법성에 대한 인식 등만을 추가적인 요건으로 하거나(제1안), 거기에 더하여 링크 대상물이 무상제공저작물등이 아닐 것을 추가적 요건으로 하는 방안(제2안)이 타당하다. 위와 같은 전제 하에, 아래에서 제1안과 제2안의 개정안을 구체적으로 제시하고, 그에 대한 간략한 설명을 곁들이고자 한다.

2. 제1안의 제시와 그 설명

가. 제1안의 제시

현행법 규정	개정안
제124조 ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다. 1. ~3. (생 략) <신 설>	제124조 ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로 본다. 1. ~3. (현행과 같음) 4. 저작권이나 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물임을 알면서 공중의 구성원이 정보통신망을 통하여 그 복제물에 접근하는 것을 쉽게 할 목적으로 그 복제물의 인터넷주소 또는 그 주소로의 연결정보를 제공하는 행위

나. 제1안에 대한 설명

위와 같이 저작권법 제124조 제1항 제4호의 규정이 신설될 경우, 위 4호 규정의 적용을 받아 저작권등의 권리침해 행위로 간주되게 위하여는 다음의 요건을 갖추어야 한다.

1) 저작권이나 그 밖에 저작권법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물을 링크 대상으로 한 경우일 것

이른바 '불법복제물'에 대한 링크의 경우만 본호의 적용대상이 됨을 분명히 한 것이다. 저작권을 침해한 경우만이 아니라 저작권법상의 기타 권리로서 저작인접권, 출판권 등을 침해한 경우도 포함된다. '복제물'이라는 용어를 사용함으로써 2차적저작물의 경우는 제외하는 취지도 내포된 것으로 볼 수 있을 것이다.

2) 불법복제물이라는 것에 대한 인식을 가지고 링크 제공 등을 한 경우일 것

타인의 저작권 등 권리를 침해하는 불법복제물이라는 것을 인식할 것이라는 주관적 요건을 요하는 것으로 규정한 것이다. 앞에서 살펴본 ECJ의 GS Media 사건 판결에서는 실제로 인식하는 경우 외에 합리적 인식가능성이 있는 경우도 공중송신의 개념에 포함하는 입장을 취하였으나, 위 규정안은 인식가능성의 경우는 제외하고 실제로 인식하였음을 입증한 경우에만 침해간주행위가 되도록 하여, 표현의 자유에 대한 제약을 최소화하고자 한 것이다.

3) 공중의 구성원이 정보통신망을 통하여 그 복제물에 접근하는 것을 쉽게 할 목적이 있을 것

위 2)의 불법성에 대한 인식에 더하여 또 하나의 주관적 요건으로 공중의 구성원이 그 복제물에 접근하는 것을 쉽게 할 목적을 가진 경우일 것을 요건으로 규정한 것이다. 이것은 자신이 개인적으로 사용하기 위하여 링크를 해 둔 것인데, 우연히 다른 사정으로 인하여 공중에게 공개된 것과 같은 경우에는 적용되지 않도록 하여, 인터넷 이용자들의 정당한 이익을 보호하고자 하는 취지를 담은 것이라 할 수 있다.

4) 그 복제물의 인터넷주소 또는 그 주소로의 연결정보를 제공하는 행위일 것

이것은 링크의 설정 및 제공행위만이 아니라 인터넷 주소를 단순히 화면에 표시함으로써 복제하여 사용할 수 있도록 하는 경우도 포함하는 취지를 내포한 것이다. 그러한 경우를 제외한다면, 역시 저작권등 보호에 큰 공백을 초래할 수 있음을 감안한 것이다.

3. 제2안의 제시와 그 설명

가. 제2안의 제시

현행법 규정	개정안
제124조 ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침해로	제124조 ①다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위는 저작권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리의 침

본다. 1. ~3. (생 략) <신 설>	해로 본다. 1. ~3. (현행과 같음) 4. 저작권이나 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리를 침해하는 복제물(해당 저작물등의 원본이나 그 다른 복제물의 전부가 정보통신망을 통하여 동일·유사한 방식으로 누구든지 자유롭게 접근하여 이용할 수 있도록 적법하게 제공되고 있는 경우를 제외한다)임을 알면서 공중의 구성원이 정보통신망을 통하여 그 복제물에 접근하는 것을 쉽게 할 목적으로 그 복제물의 인터넷주소 또는 그 주소로의 연결정보를 제공하는 행위

나. 제2안에 대한 설명

제2안은 제1안과 마찬가지로 제124조 제1항에 제4호의 규정을 신설하는 방안으로서, 그 내용도 다른 것은 제1안과 모두 같고, 단지 그 중 괄호 안에 추가한 부분만 다른 것이다. 그 괄호 부분의 취지는 앞서 본 '무상제공저작물등'을 보호대상에서 제외하자는 것이다. 즉, 링크 대상물에서 "해당 저작물등의 원본이나 그 다른 복제물의 전부가 정보통신망을 통하여 동일·유사한 방식으로 누구든지 자유롭게 접근하여 이용할 수 있도록 적법하게 제공되고 있는 경우"를 제외함으로써 이미 온라인상의 다른 웹사이트 등을 통해 무상으로 이용할 수 있도록 적법하게 제공되고 있는 저작물은 제외하는 취지를 분명히 한 것이다. 이것은 이를 통해 예컨대 인터넷상의 블로그 내용을 허락 없이 퍼온 글에 대한 링크 제공행위 등은 처음부터 위 규정에 의한 책임추궁의 대상에서 제외되도록 한 것이다. 앞서본 바와 같이, 링크 제공 행위 자체에 '영리목적' 등을 요할 경우에, 권리보호에 중대한 결함이 생기는 것을 감안하여, 그와 같은 권리보호상의 문제를 피하면서, 동시에 표현의 자유 보장 영역을 조금이라도 더 넓히고자 하는 뜻에서, 인터넷상의 '무상

제공' 서비스 영역을 '영리성'이 약한 것으로 보아, 이 규정을 통한 보호범위에서 제외한 취지이다. 이 안을 취하더라도, 유료 사이트나 회원제 로그인 방식의 사이트 등을 통해 서비스되는 콘텐츠의 경우는 해당 링크제공 행위가 영리적 목적을 가지는지 혹은 반복성 및 계속성을 가지는지 여부를 불문하고 법적 구제의 대상이 되도록 함으로써 저작권자등의 경제적 이익은 크게 훼손되지 않을 것이라는 점을 감안한 것이다. 그리고 이러한 규정을 두더라도 위 규정의 적용대상에서 제외되는 저작물의 불법복제물에 대한 링크제공 등 행위에 대하여 방조책임을 물을 수 있는 가능성은 있음을 전제로 하는 것이기도 하다.

문언상 '저작권자등의 허락을 받고'라는 표현 대신 '적법하게'라고 한 것은 허락을 받지 않고도 법정허락 등에 의하여 적법하게 제공되는 경우가 있음을 감안한 것이나, 기본적으로 저작권자등의 허락을 받은 경우를 염두에 둔 것이다.

앞서 소개한 사례에서 나온, 출판 전에 유출된 사진저작물이나 상영전에 유출된 영상저작물은 물론이고, 오프라인으로만 발행되고 온라인상으로는 아직 제공되지 않고 있는 저작물이나 온라인상 로그인 방식으로 회원가입을 한 이용자에게만 무상으로 제공되고 있는 것 등은 위 규정의 적용대상에 포함되는 반면, 온라인상 영리목적으로 운영되긴 하지만 모든 공중을 대상으로 무상으로 서비스하는 포털 사이트 등을 통해 로그인을 하지 않고도 자유롭게 접근할 수 있는 형태로 (배너 광고 등과 함께) 제공되고 있는 것은 그 제공방식이 크게 다르지 않는 한 그 적용대상에서 제외될 것이다.

"..복제물의 전부"라고 표현한 것은 고객 유인을 위해 그 일부만 '미리보기' 또는 '미리듣기' 방식으로 제공되고 있는 영상저작물 또는 음악저작물 등을 염두에 둔 것으로서, 그러한 경우는 그 '전부'에 대한 자유로운 접근이 허용되지 않는다는 이유로 위 규정의 적용대상에서 제외되지 않고 포함되게 된다.

'동일·유사한 방식으로'라는 제한어를 붙인 것은 적법하게 서비스되는 것은 오로지 스트리밍 방식일 뿐인데, 불법으로 다운로드 방식으로 변환하여 제공하는 복제물에 링크를 한 것과 같은 경우는 적용대상에 포함되도록 하는 취지이다.

그리고 형사책임의 면에서는 이러한 괄호 속의 제외대상에 객관적으로 해당하는 경우만이 아니라 그에 해당한다고 믿을 만한 요소들이 있어 그렇게 믿은 경우에도 '고의'가 부정되어 형사책임을 면할 수 있을 것이다.

V. 맺음말

이상의 '제1안'과 '제2안'중 어느 하나가 채택되어 개정입법이 이루어질 경우, 표현의 자유에 대한 과도한 제약을 피하면서도 저작권자등의 권익을 충실하게 보호할 수 있게 될 것으로 기대된다. 츄잉 사건에 대한 대법원 판결이 나온 지 이미 2년 반이 넘는 세월이 지났고, 그 사이에 링크 사이트를 통한 침해 상황은 계속 악화되어 오고 있었음을 감안하여 이제는 더 이상 지연하거나 실기하지 않고 개정입법을 서둘러 강력하게 추진함으로써 저작권자의 정당한 권익이 속수무책으로 침해되는 상황이 방치되지 않도록 하여야 할 것이다.

(논문투고일 : 2017.11.13., 심사개시일 : 2017.11.14., 게재확정일 : 2017.12.11.)



이 해 완

링크, 공중송신권, 전송, 간접침해, 저작권법

Abstract

A Study on Legislative Action against Proliferation of Copyright Infringement by Link Sites

Lee, Hae Wan

The Korean Supreme Court has been consistently denying the possibility that the act of providing links to other's work on the Internet might be a direct infringement of copyright. Furthermore, after the Supreme Court ruling on the so-called 'Chewing' case, in which the court didn't see the act of providing links to illegal copies as a contributory infringement act for the infringement act of those who uploaded illegal copies. Despite the extensive criticism about the 'Chewing Case', over two and a half years have elapsed, yet the case has not been changed.

In the meantime, the link sites that take advertisement revenue by providing links to the illegal copies stored in the private web storage in special technological ways became popular and have been causing the massive loss of the copyright owners. In the case of foreign countries, it is difficult to find a country that denies both the direct and indirect infringement liability of link providers like our country. Especially in the case of EU, they have taken the position of acknowledging direct infringement, by seeing providing links to illegal copies as an act of public communication under the additional requirement of subjective element such as knowledge of the illegality of the copies.

Based on this situation, I think that it is time to hasten legislation to protect the legitimate rights and interests of copyright holders from abusing linking to illegal copies. In conclusion, it is necessary to revise the copyright law for this. The direction of revision is to find a good harmonizing point between protecting

the rights and interests of the copyright owners and preventing the chilling effects on Internet users by avoiding over-restriction of the freedom of linking. Specifically, introducing a new provision that sees providing of link to illegal copies as an infringement of copyright with the requirement of knowledge of the illegality is proposed as the first proposal, and furthermore, I suggest an alternative to reduce the concern about freedom of linking as the second proposal.



Lee, Hae Wan

link, indirect infringement, making available right, the right of public communication, copyright act

부동산의 이중매매에 관한 형사책임

정다희*.

【목 차】

Ⅰ. 들어가면서
Ⅱ. 대법원 판결의 경향
Ⅲ. 배임죄의 본질
Ⅳ. 형법 제355조의 해석
Ⅴ. 총결

【국 문 요 약】

최근 대법원은 동산의 이중양도에 관해 다수의견은 배임죄의 성립을 부정하고, 연이어 대물변제예약에 의한 부동산 등기이전의무는 자신의 채무에 불과하다는 이유로 배임죄의 주체성을 부정하고 있다. 그렇다면 부동산 매매에 있어 계약금과 중도금을 수령한 매도인의 법적지위를 자신의 사무임과 동시에 타인의 사무라고 하는 종전 판례는 유지될 수 있을까?

다수설과 판례는, 중도금을 수령한 상태는 더 이상 계약을 해제할 수 없고, 그럼에도 이중매매한 것은 잔금의 수령과 동시에 등기이전에 협력할 의무를 저버린 배신적 행위로서 비난가능성이 높다는 측면에서 배임죄를 긍정하고 있다.

그러나 1)중도금을 수령하였다는 이유만으로 매도인이 타인의 재산의 관리 또는 보호자에 준하는 지위를 인정할 수 있을만한지, 2)그러한 민사거래에 형벌이 관여하는 것이 형벌의 보충성에 반하는 것은 아닌지, 3)부동산 거래의 안정성을 확보하기 위한 대책의 필요성은 동감하지만 동산의 경우와 달리 부동산의 이중매매만을 유독 배임죄로 형사 처벌하는 것이 형평성에 반하는 것은 아닌지 라는 문제가 여전히 남아 있다.

결론적으로 부동산의 거래 또한 동산과 같이 물품거래계약에 불과하고 부동산

* 웅지세무대학 교수

특유의 등기이전은 단순히 소유권의 완전한 이전을 위한 공시방법의 충족이라는 점에서 등기이전에 협력할 의무 또한 민사상 채무에 불과하지, 매도인의 지위를 배임죄에서 요구하는 '타인의 사무자'라고 까지 할 수는 없다는 생각을 지울 수 없다.

형법 상 배임죄에서 요구하는 '타인의 사무'라 함은 그 타인이 할 수 있는 사무를 타인을 대신하여 행하는 관계가 인정되어야 한다. 매매의 목적물이 동산의 경우이든 부동산의 경우이든 매매 계약상 의무를 이행하는 것은 '자기의 사무'이고, 일부 타인을 '위한' 사무라고 할지라도 '타인의 사무' 그 자체는 아니다.

따라서 부동산의 이중매매는 제1매수인에 대한 채무불이행에 불과하고, 등기이전의무가 형법상 배임죄의 구성요소인 '타인의 사무'가 된다고 할 수 없으므로 판례의 입장은 재검토할 때가 되었다.

Ⅰ. 들어가면서

형법 제355조 제2항은 「타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로써 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다.」 라고 규정하고 있다. 타인의 사무를 처리하는 자가 임무에 위배하여 손해를 가한 경우 형사제재를 하고 있다.

공무원이나 이에 준하는 일정한 지위에 있는 자가 위임의 취지에 반해 직권을 남용하는 경우 직권남용죄로, 직무와 관련하여 금전을 수수하는 경우 뇌물죄로 형사처벌하고, 국고에 부당한 손해를 가한 경우 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 위반(국고손실)」으로 처벌하고 있다.

반면 일반 私人의 경우에는 타인의 사무를 처리하는 자의 경우'임무에 위배하여'손해를 가한 경우에는 배임죄로 처벌함으로써 위탁자에 대한 신뢰관계를 확보하고 있다.

公人과 달리 일반 私人에게 이러한 배임행위를 형사제재까지 할 것인지에 대해 학설상 논쟁이 있을 수 있고, 외국의 입법례 또한 나뉘어 있다. 대체로 독일, 프랑스, 일본 등 대륙법계국가에서는 형법상 이를 처벌하는 규정을 두고 있음에 반해 영미법계[1]에서는 예외적인 경우를 제외하고는 형사제재규정을 두고 있지

1) 영미법계에서는 경영판단원칙에 의해 회사에 대한 배임행위 그 자체를 형사 처벌하지 않으면서도 회사에 대한 사기행위(U.S.C. Title 18, §1342, §1343 등)나 국회의 조사과정에서 위증의 죄로 처벌해 가는 추세이다.

않다. 다만 독일과 일본이 배임죄를 사기죄의 장에서 규율하면서 단순히 재산적 침해죄로서의 성격[2]을 가지고 있어 이득죄의 구조를 취하면서 횡령죄의 장에서 규정하고 있는 우리와는 사뭇 다르지만 우리 대법원도 차츰 기업경영과 관련하여[3] 이러한 배임죄의 적용 영역을 엄격히 해석하여 축소해가고 있고[4], 사실상 위임관계 등도 해석을 통해 조정해 가고 있는 추세이다[5].

따라서 이하에서는 배임죄의 본질이 과연 무엇인지, 이를 바탕으로 형법 제355조 제2항에서 말하는 ①'타인의 사무'는 무엇이고, ②임무위배행위의 의미는 무엇인지, ③부동산 거래에 있어서 중도금의 법적성격과 거래관행은 어떤지, ④부동산의 등기의 이전이나 동산의 물건의 인도 등은 매도인에게 요구되는 협력의 무이고 같은 공시방법임에도 달리 차이를 두는 이유는 무엇인지, ⑤향후 부동산 거래의 안전성을 확보하기 위한 방안은 무엇인지 등에 관한 검토를 곁들여 배임죄의 보호영역과 관련한 본질적인 검토와 함께 판례의 변경 가능성에 대해 조심스럽게 의견을 개진하고자 한다.

Ⅱ. 대법원 판결의 경향

---

2) 일본 형법은 배임죄를 제38장 사기 및 공갈의 장에 포섭하고, 손해를 가할 목적범으로 규정하여 영득죄가 아닌 毁棄罪的 성격에 그치는 경우에도 처벌대상에 포함하고 있어서 법정형의 하한을 횡령죄보다 경하게 하고 있다(山口 厚, 刑法各論 補訂版, 有斐閣(2007), 314면).

3) 기업경영 판단에 있어서 판례는 「문제된 경영상의 판단에 이르게 된 경위와 동기, 판단 대상인 사업의 내용, 기업이 처한 경제적 상황, 손실 발생과 이익 획득의 개연성 등의 여러 사정을 고려할 때 자기 또는 제3자가 재산상 이익을 취득한다는 인식과 본인에게 손해를 가한다는 인식 하의 의도적 행위임이 인정되는 경우에 한하여 배임죄의 고의를 인정하여야 하고, 그러한 인식이 없는데도 본인에게 손해가 발생하였다는 결과만으로 책임을 묻거나 단순히 주의의무를 소홀히 한 과실이 있다는 이유로 책임을 물어서는 안 된다(대법원 2011. 10. 27. 선고 2009도14464 판결)고 한다. 자세한 내용은 이규훈 판사의 경영판단 형사판례의 단계별 유형화 참조(이규훈, "경영판단과 업무상 배임", 형사판례 150선, 288면).

4) 최근 판례(대법원 2017. 07. 20. 선고 2014도1104 전합)는 재산상 손해의 유무는 본인의 전체 재산상태와의 관계에서 법률적 관점이 아닌 경제적 관점에서 파악하고, 현실적인 손해만이 아닌 실해발생의 위험을 초래케하는 경우도 포함된다도 하여 현실적 손해와 실해발생의 위험을 동일시하고 있어서 마치 형사처벌의 대상을 넓히는 것으로 오해할 수는 있다. 그러나 판지에서와 같이 경제적 관점에서 규범적인 해석을 하는 것에 불과하지 반드시 배임죄의 처벌의 대상을 넓히고 있다고 할 수는 없을 것이다.

5) 명의신탁자가 매수한 부동산에 관하여 부동산실명법을 위반하여 명의수탁자와 맺은 명의신탁약정에 따라 매도인에게서 바로 명의수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 이른바 중간생략등기형 명의신탁을 한 사안에 대해 최근 대법원은, 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니하고, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임관계를 인정할 수도 없다(대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결)하여 사실상 위탁관계를 인정해 오던 종전 판결을 변경하였다. 자세한 내용은 정다희,"부동산의 임의처분과 형사책임에 관한 연구", 성균관법학제29권 제1호 454-472면.

1. 부동산의 경우

부동산의 이중매매와 관련된 판결을 시기 순으로 정리해보면 다음과 같다.

(1) 대법원 1986. 07. 08.선고 85도1873 판결

<사안의 요지>

피고인들이 1984. 06. 22.경 피고인 2.소유의 연립주택을 피해자에게 대금 25,500,000원에 매도하기로 하면서 그날 계약금 1,000,000원만을 받았고 중도금에 관하여는 약정함이 없이 위 매매대금에서 위 피해자가 피고인 2.의 위 연립주택 지하실 임차인에 대한 보증금 5,000,000원의 반환채무를 인수하기로 하면서 그 5,000,000원과 위 주택을 매도한 뒤 다시 피고인들이 위 피해자로부터 이를 임차하기로 하여 그 보증금으로 지급할 금 6,000,000원 및 피고인 2가 공소외 1로부터 위 연립주택을 매수하면서 인수한 위 공소외 1.의 위 피해자에 대한 채무금 8,000,000원을 합한 금 19,000,000원을 공제한 나머지 대금 5,500,000원을 그달 안으로 수령함과 동시에 피해자에게 위 연립주택에 관한 소유권이전등기를 경료해 주기로 약정하였는데 위 피해자는 같은 해 07. 15경에야 같은 해 6월말까지 지급하기로 약정한 잔대금 5,500,000원 중 금 2,000,000원만을 제공한 관계로 피고인들이 이를 받지 않고, 이중매매한 사안이다.

<판결요지>

이중매매에 있어서 매도인이 매수인의 사무를 처리하는 자로서 배임죄의 주체가 되기 위하여는 매도인이 계약금을 받은 것만으로는 부족하고 적어도 중도금을 받는 등 매도인이 더 이상 임의로 계약을 해제할 수 없는 상태에 이르러야 한다. 위 채권 금 8,000,000원 등을 매매대금에서 공제하기로 하였다고 하여 그것만으로 중도금에 갈음한 것이라거나 피고인들이 더 이상 임의로 위 매매계약을 해제할 수 없는 상태에 이르렀다고 볼 수 없으므로 배임죄를 구성하지 않는다.

(2) 대법원 1988. 12. 13. 선고 88도750 판결

<판결요지>

부동산매도인이 매수인으로부터 계약금과 중도금까지 수령한 이상 특단의 약정이 없다면 잔금수령과 동시에 매수인 명의로의 소유권이전등기에 협력할 임무가 있으므로 이를 다시 제3자에게 처분함으로써 제1차 매수인에게 잔대금수령과

상환으로 소유권이전등기절차를 이행하는 것이 불가능하게 되었다면 배임죄의 책임을 면할 수 없다.

(3) 대법원 2009. 02. 26.선고 2008도11722 판결

<사안의 요지>

공소외 1 주식회사는 2004. 06. 29. 이 사건 아파트 부지를 우리은행에 담보로 제공하여 채권최고액 20,854,600,000원의 우리은행 명의의 근저당권을 설정하고 우리은행으로부터 160억 원을 대출받으면서, 이후 이 사건 아파트 공사가 완공되어 아파트 건물에 관하여 소유권보존등기를 할 때에는 이를 이미 담보로 제공된 아파트 부지와 함께 위 피담보채무를 위한 공동담보로 제공하기로 약정하였다. 공소외 1 주식회사는 위와 같은 추가담보제공의 약정 후에 이 사건 각 공소사실 기재와 같이 위 각 피해자들에게 이 사건 아파트를 매도하고 그 매매대금을 모두 지급받은 것이고, 그 후 이 사건 아파트가 준공되자 공소외 1 주식회사는 2005. 5. 20. 그에 관한 소유권보존등기를 경료하면서 같은 날 그에 관하여 우리은행에게 공동담보로 근저당권설정등기를 경료하여 주었다는 것이다.

<판결요지>

공소외 1 주식회사가 그와 같이 추가로 근저당권설정등기를 경료하여 준 것은 공소외 1 주식회사가 우리은행에 대하여 지고 있는 2004. 6. 29.자 위 추가담보제공의 약정에 기한 근저당권설정등기의무를 이행한 것에 불과하다 할 것이다. 이와 같이 공소외 1 주식회사는 위 각 피해자들의 매매계약보다 앞선 위 추가담보제공의 약정에 기하여 이 사건 근저당권설정등기를 경료한 것이므로, 이를 두고 피고인이 위 각 피해자들에 대한 관계에서 타인의 사무를 처리하는 자로서 그 임무를 위법하게 위배한 것으로서 배임죄가 성립된다고 할 수 없다.

(4) 대법원 2014. 08. 21.선고 2014도3363 전원합의체 판결

<사안의 요지>

채무자인 피고인이 채권자에게 차용금을 변제하지 못할 경우 자신의 어머니 소유 부동산에 대한 유증상속분을 대물변제하기로 약정한 후 유증을 원인으로 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳤음에도 이를 제3자에게 매도함으로써 채권자에게 손해를 입혔다고 하여 배임으로 기소되었다.

<판결요지>

〔다수의견〕 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권을 이전해 줄 의무는 예약 당시에 확정적으로 발생하는 것이 아니라 채무자가 차용금을 제때에 반환하지 못하여 채권자가 예약완결권을 행사한 후에야 비로소 문제가 되고, 채무자는 예약완결권 행사 이후라도 얼마든지 금전채무를 변제하여 당해 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무를 소멸시키고 의무에서 벗어날 수 있다. 한편 채권자는 당해 부동산을 특정물 자체보다는 담보물로서 가치를 평가하고 이로써 기존의 금전채권을 변제받는 데 주된 관심이 있으므로, 채무자의 채무불이행으로 인하여 대물변제예약에 따른 소유권등기를 이전받는 것이 불가능하게 되는 상황이 초래되어도 채권자는 채무자로부터 금전적 손해배상을 받음으로써 대물변제예약을 통해 달성하고자 한 목적을 사실상 이룰 수 있다. 이러한 점에서 대물변제예약의 궁극적 목적은 차용금반환채무의 이행 확보에 있고, 채무자가 대물변제예약에 따라 부동산에 관한 소유권이전등기절차를 이행할 의무는 궁극적 목적을 달성하기 위해 채무자에게 요구되는 부수적 내용이어서 이를 가지고 배임죄에서 말하는 신임관계에 기초하여 채권자의 재산을 보호 또는 관리하여야 하는 '타인의 사무'에 해당한다고 볼 수는 없다.

[반대의견] 판례의 축적을 통하여, 등기협력의무 등 거래 상대방의 재산보전에 협력하여야 할 의무가 있는 사람이 고의로 임무를 위반하여 상대방에게 회복하기 어려운 손해를 입힌 경우에는 배임죄로 처벌받을 수 있다는 것이 우리 사회의 확립된 법원칙으로서 자리매김하게 되었고, 이러한 법리는 전형적인 배신행위에 대하여는 형벌법규의 개입이 정당하다는 사회적 합의에 의해 지지되고 있는 것이다.

담보계약을 체결한 채권자와 채무자 사이에는 담보계약 자체로부터 피담보채권의 발생 원인이 된 법률관계와는 별도의 독자적인 신임관계가 발생한다고 보아야 한다. 부동산 매매계약에서 신임관계의 본질이 부동산의 소유권을 이전하는 데 있는 것과 마찬가지로, 담보 목적으로 체결된 대물변제예약에서 신임관계의 본질은 담보로 제공하기로 한 부동산의 담보가치를 채권자에게 취득하게 하는 데 있으며, 이는 결국 배임죄의 성립 여부에 있어 양자가 다르지 않다는 것을 의미한다.

2. 동산의 경우

(1) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도11665 판결

<사안의 개요>

피고인이 자신의 어머니 명의를 빌려 자동차를 매수하면서 피해자 갑 주식회사에서 필요한 자금을 대출받고 자동차에 저당권을 설정하였는데, 저당권자인 갑 회사의 동의 없이 이를 성명불상의 제3자에게서 돈을 차용하고 양도담보조로 자동차를 인도하면서 차량포기각서까지 작성해 주었고, 이후 차용금을 변제하지 아니하였을 뿐만 아니라 갑 회사에 대한 대출금 변제도 중단하였던 점, 갑 회사가 자동차에 대한 저당권을 실행하기 위하여 자동차 인도명령을 받았으나 소재파악이 되지 않아 집행 불능에 이르렀던 점, 정상적인 거래관계였다면 마땅히 수반되어야 할 양도인의 인감증명서 교부 등 자동차관리법 기타 관계 법령에 따른 이전등록에 필요한 조치도 전혀 이루어지지 않았던 사정 등이 인정되는 사안이다.

<판결요지>

피고인의 행위는 적어도 미필적으로나마 갑 회사의 자동차에 대한 추급권 행사가 불가능하게 될 수 있음을 알면서도 그 담보가치를 실질적으로 상실시키는 것으로서 배임죄가 성립되는 특별한 사정이 있는 경우에 해당한다고 볼 여지가 있(다).

(2) 대법원 2011. 01. 20.선고 2008도10479 전원합의체 판결

<사안의 개요>

피고인이 이 사건 인쇄기를 공소외 1에게 135,000,000원에 양도하기로 하여 그로부터 1, 2차 계약금 및 중도금 명목으로 합계 43,610,082원 상당의 원단을 제공받아 이를 수령하였음에도 불구하고 그 인쇄기를 자신의 채권자인 공소외 2에게 기존 채무 84,000,000원의 변제에 갈음하여 양도함으로써 동액 상당의 재산상 이익을 취득하고 공소외 1에게 동액 상당의 손해를 입혔다는 사안이다.

<판결요지>

〔다수의견〕 매매의 목적물이 동산일 경우, 매도인은 매수인에게 계약에 정한 바에 따라 그 목적물인 동산을 인도함으로써 계약의 이행을 완료하게 되고 그때 매수인은 매매목적물에 대한 권리를 취득하게 되는 것이므로, 매도인에게 자기의 사무인 동산인도채무 외에 별도로 매수인의 재산의 보호 내지 관리 행위에 협력할 의무가 있다고 할 수 없다. 동산매매계약에서의 매도인은 매수인에 대하여 그의 사무를 처리하는 지위에 있지 아니하므로, 매도인이 목적물을 매수인에게 인

도하지 아니하고 이를 타에 처분하였다 하더라도 형법상 배임죄가 성립하는 것은 아니다.

[대법관 안대희, 대법관 차한성, 대법관 양창수, 대법관 신영철, 대법관 민일영의 반대의견] 동산매매의 경우에도 당사자 사이에 중도금이 수수되는 등으로 계약의 이행이 일정한 단계를 넘어선 때에는 매도인이 매매목적물을 타에 처분하는 행위는 배임죄로 처벌하는 것이 논리적으로 일관되고, 그와 달리 유독 동산을 다른 재산과 달리 취급할 아무런 이유를 찾아볼 수 없다. 다수의견은 본질적으로 유사한 사안을 합리적 근거 없이 달리 취급하는 것으로서 형평의 이념에 반하며, 재산권의 이중매매 또는 이중양도의 전반에 걸쳐 배임죄의 성립을 인정함으로써 거래상 신뢰관계의 보호에 기여하여 온 대법원판례의 의미를 크게 퇴색시키는 것이다.

3. 판결의 의미

매매와 같이 당사자 일방이 재산권을 상대방에게 이전할 것을 약정하고 상대방이 그 대금을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 계약의 경우(민법 제563조), 쌍방이 그 계약의 내용에 좇은 이행을 하여야 할 채무는 특별한 사정이 없는 한 '자기의 사무'에 해당하는 것이 원칙이다.[6]

부동산을 제1매수인에게 매도한 후 제2매수인에게 매도하는 소위 이중매매의 경우에도 각 매수인에게 동 부동산에 대한 소유권을 이전해 줄 의무가 있는 것이며 그 의무에 우열이 있는 것이 아니므로 매도인이 어느 매수인에게 소유권이전등기절차를 이행하여서 그 매수인 명의로 등기가 완료하면 특별한 사정이 없는 한 타매수인에 대한 소유권이전의무는 이행불능이 되어 그 매수인에 대하여 매도인은 채무불이행의 책임을 지게 된다고 할 것임은 부동산매매계약에 인한 매도인의 채무의 성질상 당연하다고 할 것이다.[7]

그러나 우리 대법원은, 위와 같이 부동산의 이중매매의 경우 제1매수인으로부터 1차 계약금에 이어 중도금을 수령하였다면 그것이 몇 차례 중도금이 지급되었는지를 불문하고 더 이상 임의로 계약을 해제할 수 없는 상태에 이르고, 따라서 잔금의 수령과 동시에 매수인 명의로의 소유권이전등기에 협력할 의무가 있으

6) 대법원 2011. 01. 20.선고 2008도10479 전원합의체 판결.
7) 대법원 1977. 10. 11. 선고 77도1116 판결.

므로 이러한 등기협력의무를 전제로 매도인에게 형법 제355조 제2항에서 말하는 '타인의 사무처리자'라고 하여 배임죄의 주체성을 인정하고 있다.

그러면서도 대물변제예약[8]과 동산의 경우에는 계약을 해제할 수 없는지 여부를 불문하고 채무금의 변제나 중도금 명목의 금원을 수령하였음에도 불구하고 등기를 이전해주거나 동산을 인도할 의무는'민사상 채무'에 불과할 뿐이라고 하여 배임죄의 주체성을 부정하고 있다.

위와 같이 종전 판례가 계약금만을 지급한 상태라면 부동산 매매계약의 경우도 채권계약에 불과하지만 중도금의 수령 등으로 더 이상 계약법상 해제할 수 없는 단계에 이르면'타인의 사무 처리자'의 지위를 인정한 것은 고액인 부동산 거래에 있어서 중도금의 지급과 이에 대한 거래관행에 따른 신뢰보호를 위한 법 정책적인 면도 있었다고 생각된다.

그런 차원에서 동산의 거래가액도 부동산 못지않게 고액인 경우 중도금의 순차지급이라는 관행이 생기면서 소수의견에서와 같이 부동산 거래와 균형상 동산 인도 등 협력의무도 신뢰를 보호할 필요가 있다는 생각을 지울 수 없다. 또한 동산의 점유이전도 부동산의 등기이전과 같은 공시방법의 하나라는 점에서 동일하다.

더불어 공시방법으로 근저당권이 설정된 자동차의 경우에는 저당권의 담보가치를 유지하는 범위에서는 채무자가 저당권자의 재산관리의무를 인정할 수 있으므로 타인의 사무를 처리하는 지위에 있다고 할 수도 있다[9].

한편 판례는 부동산의 경우에 제1매수인에게 소유권이전등기를 마쳐준 경우에는 제2매수인의 선악이나 제2매수인으로부터 중도금 이상의 대금을 수령하였는지 여부를 불문하고 제2매수인에 대한 관계에서는 배임죄로 처벌할 수 없다고 함으로써 논리적 형평성을 잃고 있다.[10]

---

8) 대물변제예약은 차용금반환채무의 이행확보를 목적으로 하는 것이어서 소유권 취득이 주된 관심인 이중매매 사안과는 동일하게 평가할 수는 없지만 담보 목적으로 체결된 대물변제예약에서 신임관계의 본질이라는 점에서는 다르지 않다.

9) 이정민, "배임죄에서의 재산상 손해", 형사판례연구회 「형법판례 150선」(2016년), 281면.

10) 판례는, 「형법상 배임죄의 성립여부에 관하여는 부동산이 매도되면 형법은 부동산을 매도한 자에게 매수인을 위한 임무로 매수인에게 소유권을 이전해 줄 의무를 성실히 이행할 것을 명하는 동시에 그 임무에 위배하여 동 부동산을 다시 타인에게 매도하고 그에게 소유권을 이전하는 것은 이를 금하고 있는 것이라고 할 것이므로 부동산을 이중으로 매도한 경우에 매도인이 선매수인에게 소유권이전의무를 이행하였다고 해서 그를 후매수인에 대하여 그 임무를 위법하게 위배하였다고는 할 수 없다」고 하지만 선의의 제2매수인의 입장에서는 제1매수인의 지위와 달리 볼 이유로서는 부족하다.

Ⅲ. 배임죄의 본질

종래 다수설[11]과 판례[12]는 배임죄의 본질은「신임관계에 기한 타인의 신뢰를 저해하는 임무위반행위를 함으로써 그 타인으로 하여금 재산상 손해를 입게 하는 데 있고, 이러한 임무위반행위에는 사무의 내용, 성질 등 구체적 상황에 비추어 법률의 규정, 계약의 내용 혹은 신의칙상 당연히 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아야 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 타인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위가 포함된다」고 하여 배신설의 입장을 따르고 있다.

이러한 배신설의 입장에 대해서는 계약관계의 모든 채무 불이행자가 배임죄로 처벌될 수 있는 것으로 사적 자치의 원칙이나 형법의 보충성의 원칙에 반할 우려가 있다는 비판이 있어왔다.

대법원은 「형법상 배임죄의 성립여부에 관하여는 부동산이 매도되면 형법은 부동산을 매도한 자에게 매수인을 위한 임무로 매수인에게 소유권을 이전해 줄 의무를 성실히 이행할 것을 명하는 동시에 그 임무에 위배하여 동 부동산을 다시 타인에게 매도하고 그에게 소유권을 이전하는 것은 이를 금하고 있는 것」[13]이라고 하고, 다만「 계약의 당사자 일방이 상대방에게 위와 같은 신의칙상 의무를 부담하는 것에 그치지 않고 더 나아가 계약의 목적이 된 권리를 계약 상대방의 재산으로서 보호 내지 관리하여야 할 의무를 전형적·본질적인 내용으로 하는 신임관계가 형성되었음을 요구한다고 제한적으로 해석하여야 하고...」[14]라고 하여 이를 제한하고 있다.

한편 위 2008도10479 전원합의체 판결의〔소수의견〕은, 부동산의 이중매매의 경우「채무자가 그 의무의 이행을 통하여 상대방으로 하여금 그 재산에 관한 완전한 권리를 취득하기 전에 이를 다시 제3자에게 처분하는 등 상대방의 재산 취득 혹은 보전에 지장을 초래하는 행위는 상대방의 정당한 신뢰를 저버리는 것으로 "비난가능성"이 매우 높은 전형적인 임무위배행위에 해당한다.」고 한다.

---

11) 김성돈, 형법각론, 성균관대학교 출판부(2016), 431-432면; 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 박영사(2017), 421면; 임웅, 형법각론(제7정판), 법문사(2016), 509-510면.

12) 대법원 1987. 4. 28. 선고 83도1568 판결 등.

13) 대법원 1986. 12. 9. 선고 86도1112 판결.

14) 위 2008도10479 판결의 다수의견에 대한 대법관 김지형, 대법관 이홍훈, 대법관 김능환의 보충의견.

그렇다고 하여 '비난가능성'이 높다는 이유만으로 형사 처벌을 정당화하기 위해 형법 제355조 제2항의 '타인의 사무'라고 확장 해석하는 것은 죄형법정주의에도 반할 뿐만 아니라 형법의 보충성 원칙에 반한다.

특히 비난가능성의 정도에 따라 처벌 기준을 정한다면 그에 관한 일반적이고 보편적인 기준을 제시할 수 있느냐는 문제에 귀착된다. 이러한 불확정개념에 의해 타인을 위한 사무처리가 '타인의 사무'로 둔갑한다면 죄형법정주의의 또 다른 요청사항인 구성요건의 명확성의 원칙에도 반하게 된다.

예를 들면, 분양아파트 거래나 당사자 약정에 의해 계약금을 납입하고 중도금을 수회 분할 납부하는 경우 어떤 단계에서 더 이상 해제가 어렵다고 할 것인지, 아니면 등기협력의무가 생긴다고 할 것인지 분명하지 않고, 그 판단을 집행기관이나 법원의 보충적 해석에 전적으로 맡긴다면 자의적 해석이 될 우려도 있다.

배신설의 이러한 취약점을 지적하면서 배임죄의 본질을'사무처리의무위반'에서 찾아야 한다는 주장[15]이 제기되고 있다. 즉, 우리 형법의 독자적인 해석을 중시하면서 배임죄는 단순히 대내적 신임관계의 배신을 그 본질로 하는 배신설을 당연한 전제로 하는 것이 아니라 타인의 사무를 처리하는 자의'사무처리의무위반'에서 그 본질을 찾을 수 있다고 한다.

위 학설은 배임죄의 본질을 사무처리의 의무위반이라는 점에서 종전 사무처리설과 동일하지만 법률상의 의무위반에 한정하지 않고 형법상 보호하고자하는 법익이 침해되었다면 그 임무위배행위는 반드시 법률상의 의무뿐 아니라 사실상 맡은 임무도 포함된다고 하여 '신사무처리설'이라고 할 수 있다.

그러나 위와 같은 주장은 형법의 독자성을 강조하는 점에서 일응 설득력이 있어 보이지만 형법상의 규범은 민법상의 규범을 전제하고 있지는 않다는 주장에는 동감하기 어렵다. 법률의 합목적 해석도 요구되지만 전 법률체계상 통일적인 규범해석도 필요하기 때문이다.

예를 들어 질권이 설정된 전세보증금을 세입자가 몰래 받아쓴 경우를 상정해 보자. 이 사안에서 배임죄로 형사처벌하기 위해 질권자에게 '손해'가 있었는지 여부를 판단함에 있어서는 민법의 관련 규정의 해석을 전제로 할 수밖에 없다. 즉, 임대인이 질권설정승낙서를 작성하여 채권자에게 교부함으로써 전세보증금반환채권에 대해 근질권자인 피해자가 대항요건을 갖춘 이상 민법 제353조 제2항, 제3

15) 허일태, "부동산이중매매와 배임죄", 형사법연구 15호(2001년), 331면.

항에 의해 질권자에게는 어떠한 손해를 가하거나 손해발생의 위험을 초래하였다고 할 수 없다.[16]

형법은 독자적인 필요성에 의해 형사처벌을 규율하고 있어서 민사적인 거래를 담보하는 제도적 보장으로서 역할을 다 기대할 수는 없다. 그렇다고 하여 구성요건의 해석과 적용을 통해 규제영역의 범위를 설정함에서는 전규범적인 법질서의 통일적 해석이 필요하다는 생각을 지울 수 없다.

결국'임무위배행위'를 해석함에 있어서는 신임관계에 기한 타인의 신뢰를 저해하는 행위라는 점에서 일응 배신설을 기본으로 하되 민법 등 관련 법령의 해석을 통해 보충해가면서 형법해석의 기본원칙이 저해되지 않도록 일반적이고 보편적인 기준을 찾아 나가야할 것이다.

Ⅳ. 형법 제355조의 해석

1. '타인의 사무'의 의미 해석

형법상 배임죄의 주체는'타인의 사무'를 처리하는 자로 규정하고 있다. 이러한 '타인의 사무'를 처리하는 근거는 법령, 위임·고용 등의 계약, 대리권의 수여와 같은 법률행위 이외 관습, 사무관리 기타 사실상 신임관계가 발생하는 경우도 포함한다.[17]

판례 또한 위에서 살펴본 바와 같이 타인의 사무를 해석함에 있어서 자기의 사무이면서 동시에 타인의 사무인 경우에도 타인의 사무로 해석하고 있다. 그러면서도 당사자관계의 본질적 내용이 단순한 채권관계상의 의무를 넘어서 그들 간의 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 내지 관리하여야 할 의무를 전형적·본질적인 내용으로 하는 신임관계가 형성되었음을 요구한다고 하여 이를 제한하고 있다. 즉, 매도인이 중도금을 수령한 이상 계약을 해제할 수 없는 상태에 이르게 되어 등기 이전에 협력할 의무가 있고 따라서 타인의 사무 처리자의 지위도 동시에 가지게 된다는 것이다.

그러나 이러한 해석은 형법 제 355조를 적용하기 위한 무리한 해석으로 보인

16) 대법원 2016. 4. 29. 선고 2015도5665 동 판결은 배임의 주체성을 부정하였다기보다는 민법 제353조 제2항, 제3항에 의해 타인에게 어떤 손해를 가하거나 손해발생의 위험을 초래하였다고 할 수 없다는 취지의 판결에 불과하다.

17) 임웅, 형법각론(제7정판), 법문사(2016), 511면.

다. 왜냐하면 잔금 지급과 동시에 등기이전에 협력할 의무는 매수인을'위한'의무 이행에 불과할 뿐이어서 그것이 바로 매수인의 사무로 둔갑하여 타인의 재산을 보전·관리할 지위가 되는 것은 아니기 때문이다.

중도금의 지급을 한 상태에서는 과연 금전적 보상만으로는 회복할 수 없는 지위를 갖게 되는가? 그렇다면 동산의 경우에는 왜 중도금을 지급한 이후에도 그런 지위를 보장할 수 없는가? 하는 의문이 제기된다.

2. 중도금 수령인의 지위와 형사처벌

(1) 관련 규정

매매의 당사자 일방이 계약당시에 금전 기타 물건을 계약금, 보증금등의 명목으로 상대방에게 교부한 때에는 당사자 간에 다른 약정이 없는 한 당사자의 일방이 이행에 착수할 때까지 교부자는 이를 포기하고 수령자는 그 배액을 상환하여 매매계약을 해제할 수 있다(민법 제565조제1항). 반면에 부동산의 제1매수인으로부터 중도금을 수령한 이후에 대해서는 민법상 직접적인 규정이 없지만 잔금까지 전액 수령하고도 제2매수인에게 등기를 이전해 주었다면 특별한 사정이 없는 한 제1매수인에 대한 소유권이전의무는 이행불능이 되어 그 매수인에 대하여 매도인은 채무불이행의 손해배상책임을 지게 될 것이다.

부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다(제186조제1항). 다만 예외적으로 상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니하면서 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못하도록 하고 있다(동 제2항).

반면 동산에 관한 물권의 양도는 그 동산을 인도하여야 효력이 생기지만 양수인이 이미 그 동산을 점유한 때에는 당사자의 의사표시만으로 그 효력이 생긴다고 하여 간이인도를 인정하고 있다(제188조제1, 2항).

한편 부동산의 등기신청방법으로 법률에 다른 규정이 없는 경우에는 등기권리자와 등기의무자가 공동으로 신청하고(부동산등기법 제23조), 신청인 또는 그 대리인이 등기소에 출석하여 신청정보 및 첨부 정보를 적은 서면을 제출하는 방법으로 신청을 한다(동 제24조제1항).

(2) 형사처벌 긍정설

판례의 다수의견은 부동산 매도의 경우 중도금을 수령하면 더 이상 계약을 해제할 수 없고 이에 위반하여 제3자에게 이중으로 매도하면 배임죄로 형사처벌하고 있다. 형사처벌의 근거에 대해 채무자로서 자기 사무의 처리라는 측면과 아울러 상대방의 재산보전에 협력하는 타인의 사무처리라는 성격을 동시에 가지게 된다고 하면서 쌍방 간의 신임관계를 기초로 하고 있다.

학설은, 부동산등기법상의 공동신청을 이유로 국가기관에 대한 등기신청을 공법상 행위로서 소유권이전등기가 이전되어야 매도인의 이행제공과 매수인의 이행수령이 완료되므로 등기신청은 매도인의 사무이자 매수인의 사무인 공동의 사무라고 볼 수 있다고 한다.[18]

나아가 중도금을 수령하면 다른 특별한 사정이 없는 한 매도인과 매수인은 단순한 채권채무자를 넘어 잠정적인 물권적 지위[19] 또는 물권적 기대권[20]을 기초로 타인의 사무처리자가 될 수 있다고 한다.

(3) 긍정설에 대한 비판과 검토

중도금을 수령하면 더 이상 계약을 해제할 수 없도록 한 것은 계약해제에 따른 손해를 방지하자는 취지일 뿐 절대적으로 계약해제가 불가능한 것은 아니며 채무불이행에 따른 손해배상책임은 여전히 남아있다. 동시 신청하도록 한 것은 또 다른 목적 즉, 절차의 공정성을 확보하기 위한 것이며 이를 이유로 민사거래의 이행을 확보하는 수단으로 해석할 수는 없다.

등기이전에 따라 소유권이 이전되도록 한 물권법 상의 형식주의를 취하다보니 등기이전에 관한 협력의무가 채무자의 주된 의무인 것은 사실이지만 이것은 등록을 공시방법으로 하는 동산의 경우에도 다를 바가 없다. 즉, 목적물이 부동산이든 동산이든 매매목적물에 대한 권리의 변동은 당사자 사이의 합의와 공시방법의 구비에 의하여 발생한다는 점에서 그 법적 구조가 동일하고, 다만 그 공시방법이 등기 또는 인도라는 점에서 차이가 있을 뿐이다.

판례가 동산인도계약에 의한 공시의 방법에 불과한 목적물을 인도에 협력할 의무에 대해서도 논리적으로 부정할 이유가 없음에도 동산계약에 대해서는 자신

18) 이창섭,“배임죄의 본질에 관한 소고”,비교형사법 연구 제14권 제2호,34-36면.
19) 손동권,“배임죄 성립에 있어 동산과 부동산 사이의 문제”,형사법연구 제25권 제4호,통권 57호(2013년),314면.
20) 이용식,“대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”,형사판례연구 23호(2015년), 236~239면.

의 사무라는 점을 강조하고 있다. 다만 일정한 거래가 진행된 단계에서 발생하는 신뢰관계를 기초로 하여 더 이상 해제할 수 없는 단계에 이른 경우라도 단순히 자신의 사무에 불과하지만 부동산의 경우에는 등기협력의무에서 처벌의 근거를 찾기 때문에 구별되어야한다는 지적[21]도 있다.

그러나 이 또한 판례가 배임죄의 처벌 근거로 삼은'등기협력의무'라는 용어는 민사적으로 인정되는'등기절차이행의무'와 그 내용이 전혀 다르지 않다. 그리고 등기협력의무의 내용이라는 것도 매도인이 등기에 필요한 서류를 가지고 등기소에 출석하거나 혹은 등기에 필요한 서류를 등기권리자인 매수인에게 제공하는 것에 불과하다.

등기절차이행의무라는 민사적 의무를 위반하였다면 그에 따른 민사적인 책임을 지는 것으로 충분하고 나아가 배임죄로 처벌하자고 말하기는 쉽지 않을 것이다. 그런데도 굳이 등기절차이행의무라는 용어 대신 '등기협력의무'를 고안하여 놓고 그 의무는 자기의 사무임과 동시에 타인의 사무라고 하여 그 위반행위를 배임죄로 처벌할 수 있다는 주장은, 결국 민사상 채무불이행 사안을 형사처벌하겠다는 의지의 표현이라고 말할 수밖에 없다.[22] 부동산등기법상의 공동신청주의는 등기의 신뢰성을 제고하고, 부동산 거래안정을 위해 마련된 등기신청방법의 일종일 뿐이고 현재는 거의 모두 변호사 또는 법무사가 대행하고 있다.

다만 판례의 다수의견은 부동산의 경우 중도금을 수령한 단계에서 잔금의 지급과 동시에 소유권 이전에 대한 특별한 신뢰관계가 존재함을 인정할 수 있다는 점[23]에서 어느 정도 수긍이 간다.

그렇다고 하여 중도금을 매도인에게 지급한 제1매수인의 지위가 과연 얼마나 확정적인 지위를 가진다고 할 것인지는 의문이다. 매도인이 중도금을 수령하였다는 이유만으로 매도인의 재산을 마치 타인의 재산과 같이 취급하여 매수인을 대신하여 목적 부동산을 보호, 관리하여야할 의무가 있다고 까지 할 수 없기 때문이다.[24]

부동산 등기의 이전에 협력할 매도인의 의무는 잔금의 수령과 동시에 발생하는 것이어서 중도금만을 지불한 매도인의 입장에서는 아직 등기에 협력할 권리도

21) 위 2014도3363 판결의 다수의견에 대한 전수환 대법관 보충의견.
22) 위 판결의 다수의견에 대한 대법관 김신, 대법관 조희대의 보충의견.
23) 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 박영사(2017), 437면.
24) 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 박영사(2017), 436면.

없다. 중도금을 지불한 매수인의 지위는 매도인에 대한 제3채권자의 압류 등 강제처분에 의해 대항할 수도 없을 만큼 불안한 지위에 있다. 따라서 중도금을 지급한 매도인의 거래상 안전을 확보하기 위해 별론으로 하고, 대항력을 갖추지 못한 이상 제3자에게 대항할 수도 없음은 당연한 이치이다.

따라서 이러한 불안정한 지위를 잠정적인 물권적 지위라거나 물권적 기대권을 기초로 한 매수인이 타인의 사무처리자가 된다는 주장은 논리의 비약이 있다.

한편 매도인이 처음부터 이중 매매할 의사로서 이를 숨긴 채 제1매수인과 매매하는 계약을 체결하고, 중도금을 수령하였다면 이는 형법상 사기죄(제347조)에 해당한다. 따라서 매수인의 지위가 배임죄로 문의되는 유형은 제1매수인과 진집한 의사로 매매계약을 체결하고 중도금을 수령하였으나 갑자기 부동산 가격이 큰 폭으로 상승하거나 제2매수인의 적극적인 요구에 의해 제2매수인에게 이중양도하고 등기를 이전한 경우로 한정된다.

판례는 이 경우 매도인을 배임죄로 형사 처벌하고 있지만 그것만으로 매수인의 보호가 충분하다거나 사법상 충분히 도움 되는 것은 아니다. 제2매수인이 적극적으로 공모한 경우에는 제2매수인의 소유권이전등기는 무효[25]라는 입장이어서 사법적으로 매수인을 보호할 수는 있을 것이다. 다만 이 경우에도 제1매수인이 직접 등기를 이전해올 수 있는 것은 아니다.

반면 제1매수인으로부터 중도금을 수령한 상태에서 제1매수인에게 등기를 이전한 경우에는 제2매수인으로부터 중도금을 수령하였더라도 제2매수인에 대한 배임죄를 부정하고 있어서 형평성에도 맞지 않다.[26]

형법 상 배임죄에서 요구하는‘타인의 사무’라 함은 타인이 할 수 있는 사무를 그를 대신하여 행하는 사무처리 관계가 인정되어야 한다. 판례가 부동산의 등기이전의무를 매도인의‘본질적’인 의무라고 하여 채권담보목적으로 부동산을 제공하는 대물변제예약의 경우와 달리 매도의 경우에 한해 제한적으로 배임죄를 인정하려한 것은 일응 수긍이 간다. 그렇다고 하여 매매의 목적물이 동산의 경우이든 부동산의 경우이든 매매 계약상 의무를 이행하는 것은‘자신의 채무’이며,‘자신의 사무’일 뿐이고, 부차적으로 타인을‘위한’사무가 될 수 있을지언정 그렇다고 하여‘타인의 사무’그 자체가 되는 것은 아니다. 따라서 부동산의 이중매매는 제1매수인에 대한 채무불이행에 불과하고, 형법상 배임죄로 처벌할 수 없다. 이렇게 함

25) 대법원 2013. 10. 11. 선고 2013다52622 판결 등.
26) 허일태, “부동산이중매매와 배임죄”, 형사법연구 15호(2001년), 335-336면.

으로써 동산의 경우에는 물론이고 제2매수인에게 중도금을 수령하고도 제1매수인에게 등기를 이전한 경우에도 배임죄를 부정하는 종전 판례와도 비로소 통일적인 해석이 가능하게 된다. 이러한 취지에서 종전 배임죄를 긍정하는 판례의 태도는 재검토할 때가 되었다고 판단된다.

Ⅴ. 총결

부동산의 매도계약은 기본적으로 목적물 인도를 목적으로 하는 공급계약이고, 형식주의를 취하고 있는 우리 법체계상 등기이전의무는 부동산의 소유권을 이전하기 위해 필요한 계약상 의무이행에 불과하다. 그럼에도 우리 대법원은 부동산의 매도인이 계약금이외 중도금을 수령한 이후에는'등기협력의무'가 있고, 이중매매와 같이 위 의무위반행위를 형법상 배임죄로 처벌하고 있다. 이러한 판례의 입장은 논리적 해석이라기보다는 다분히 부동산 거래의 안전성을 확보하려는 합목적적 해석이거나 현실적인 필요성에 천착된 해석이라고 할 수밖에 없을 것이다.

배임죄의 구성요소로서 형법 제355조 제2항에서 말하는'타인의 사무'는 기본적으로 위임사무 등 법률에 의해 정해진 사무 처리를 말하지만 법령상의 사무만이 아닌 사무 관리나 관습상의 신뢰관계를 저버리는 일체의 배신행위로 확대할 수는 있다. 그러나 비난가능성이 높다거나 현실적인 필요성이 있다고 하여 부동산 매수인이 중도금을 수령하였다는 이유만으로 매도인이 자신의 사무와 타인의 사무처리자의 지위를 동시에 갖는다거나 직접 타인의 사무처리자가 된다고까지 확장할 수는 없다.

부동산의 매도인이 제1매수인으로부터 중도금을 수령하였다는 이유만으로 타인의 재산을 보관하거나 관리를 대행하는 관계가 된다고는 할 수 없다. 기본적으로 소유권의 이전을 위해 타인을 위해 협력할 의무가 있을지언정'타인의 사무'그 자체가 되는 것은 아니다.

따라서 부동산의 이중매매는 제1매수인에 대한 채무불이행에 불과하고, 형법상 배임죄로 처벌할 수 없다. 이렇게 함으로써 동산의 경우에는 물론이고 제2매수인에게 중도금을 수령하고도 제1매수인에게 등기를 이전한 경우에도 배임죄를 부정하는 종전 판례와도 비로소 통일적인 해석이 가능하게 된다.

다만 종전 판례를 변경하여 배임죄 성립을 부정하게 되면 부동산 거래의 법적

보호 장치의 부재라는 현실적인 문제가 있다. 특히 부동산 거래가격이 폭등하는 경우에는 악의의 이중 매도인을 양산하는 부정적 효과도 배제할 수는 없다. 이를 차단하고 제1매수인의 불안정한 지위를 보전하기 위해 가등기 제도나 계약이행을 담보로 하는 보증제도, 등기를 지연해주는 과태료 부과 등 제도[27]마련을 강구할 때도 되었다.

(논문투고일: 2017.11.13., 심사개시일: 2017.11.14., 게재확정일: 2017.12.11.)



정 다 희

부동산이중매매, 배임죄, 매도인의 형사책임

27) 박종률, "부동산 이중매매와 그 예방", 한국콘텐츠학회논문지 9(7), (2009년), 4-5면.

【참 고 문 헌】

Ⅰ. 국내문헌

이규훈, 경영판단과 업무상 배임, 형사정책연구제18권 제4호, 2007

이정민, 배임죄에서의 재산상 손해, 형사판례연구회 「형법판례 150선」, 2016년

김성돈, 형법각론, 성균관대학교 출판부, 2016

이재상·장영민·강동범, 형법각론, 박영사, 2017

임웅, 형법각론(제7정판), 법문사, 2016

허일태, 부동산이중매매와 배임죄, 형사법연구 15호, 2001

이창섭,“배임죄의 본질에 관한 소고”,비교형사법 연구 제14권 제2호, 2012

손동권,“배임죄 성립에 있어 동산과 부동산 사이의 문제”,형사법연구 제25권 제4호 통권 57호, 2013

이용식,“대물변제예약 부동산의 이중매매와 배임죄의 형사불법적 구조”,형사판례연구 23호, 2015

정다희,“부동산의 임의처분과 형사책임에 관한 연구”, 성균관법학제29권 제1호 , 2017

박종률, “부동산 이중매매와 그 예방” , 한국콘텐츠학회논문지 9(7), 2009

Ⅱ. 외국문헌

山口 厚, 刑法各論 補訂版, 有斐閣, 2007

Abstract

Criminal Responsibility regarding Double Dealing in Real Estate

Chung, Da Hee

Majority opinion of the Supreme Court denies the existence of a breach of trust regarding the issue of double dealing in real estate and further questions the identity of such breach, claiming that the duty to register the transfer of ownership derived from the appointment of payment in substitutes represents an individual's own responsibility. if this were the case, however, would it not conflict with the decisions in preceding cases which had concluded that down payment and middle payment (in regards to real estate transactions) remain the responsibility of both the seller and the buyer?

According to precedents and the majority opinion, contracts may not be canceled once the middle payment has been transferred, and if nevertheless double dealing does occur, it would represent an act of foregoing the responsibility to cooperate in the process of transferring the registration of ownership, which would then be considered a breach of trust.

However, questions and ambiguities remain regarding the following: 1) whether the seller can assume the legal role of maintaining or managing the other party's property solely on the grounds that the middle payment had been transferred, 2) whether applying criminal measures in a civil transaction oversteps the limits of criminal law, and 3) whether subjecting only double dealing to criminal prosecution--while recognizing the need to

address this particular issue in order to ensure the integrity of the real estate market--violates the concept of fairness.

Given that real estate transactions can be seen as transactions of other types of goods and that the transfer of registration of ownership unique to real estate merely represents an intermediary steps towards the complete realization and transfer of ownership, the scope of sellers' responsibility does not provide necessary grounds for a breach of trust.

one party performs an act or task on behalf of another. Regardless of whether the purpose of transaction involves real estate or movable goods, the duties outlined in the contract represent the duties of the self; simply put, tasks performed for another entity cannot be considered the same as another entity's tasks. As such, double dealing cannot be addressed under criminal law (under breach of trust) but rather represents the seller's violation of contracts under civil transaction law.



Chung, Da Hee

Double dealing of real estate, breach of trust, Criminal Responsibility of the Vender

成均館法學

第29卷　第4號



法學硏究院
2017

성균관대학교 「成均館法學」 편집위원회 운영규정

제1조 (목적) 이 규정은 법학연구원 규정 제13조에 따른 편집위원회의 구성 기타 운영에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (구성) 편집위원장 및 편집위원은 4년제 대학(법학전문대학원 포함)의 전임교원 및 법조실무가 가운데서 7인 이상을 원장이 위촉한다.

제3조 (편집위원의 임기) ① 편집위원장 및 편집위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.
② 원장은 특별히 필요하다고 인정되는 경우에 임기가 종료되지 아니한 위원을 운영위원회의 동의를 얻어 해촉할 수 있다. 또한 원장은 해촉된 위원을 교체하기 위하여, 또는 사임한 위원을 승계하기 위하여, 기타 필요한 경우에 편집위원을 새로 선임할 수 있고, 그 임기는 퇴임한 위원의 잔여임기로 한다.

제4조 (편집위원회 업무 등) 편집위원회는 다음 각 호의 사항을 처리한다.
1. 『성균관법학』에 게재를 신청한 원고의 심사를 위한 심사위원의 선임
2. 심사결과의 평가와 게재 여부의 결정
3. 심사결과에 대한 이의의 처리

제5조 (논문심사의 위촉) ① 투고된 원고는 원칙적으로 편집위원장를 통해 위촉된 심사위원에 의하여 1편당 3인에 의하여 심사된다.
② 심사위원은 원칙적으로 외부 심사위원 2인 이상으로 한다. 단, 부득이한 사정이 있는 경우 이러한 내 · 외부 심사위원의 비율을 변경할 수 있다.
③ 편집위원장은 당해 논문의 전공분야의 박사학위자 또는 당해 논문제목과 동일 또는 유사한 선행 논문을 발표한 전문가에게 심사를 위촉함을 원칙으로 한다.
④ 논문심사에 있어서 심사위원과 투고자의 인적사항은 밝히지 않는다.

제6조 (게재 결정) ① 편집위원회는 개별심사원의 의견을 종합하여 법학연구원 심사규칙 제4조 제1항 및 제2항에 따른 심사결과가 모두 “수정 후 게재” 이상인 경우에는 특별한 사정이 없는 한 게재를 허용한다.
② 논문심사의 결과에 “대폭 수정 후 차호 재심사”가 들어있는 경우에는 재심사의 진행가능성 및 수정지시의 준수 여부 등을 고려하여 게재여부를 결정한다.
③ 법학연구원 심사규칙 제4조 제2항에 따른 심사결과가 일치하지 않는 경우 또는 심사결과에 “게재유보”가 포함되어 있는 경우 편집위원장은 당해 논문을 심사하지 않은 다른 1인의 심사위원에게 재심사를 의뢰할 수 있다.
④ 동일인(공동저자포함)은 동일호에 1편의 논문만을 투고/게재할 수 있다.

제7조 (게재결정에 대한 이의) ① 법학연구원 심사규칙 제4조에 의하여 “대폭 수정 후 차호 재심사” 또는 “게재유보”의 결정을 통고 받은 신청인은 통지를 받은 날로부터 3일 이내에 편집위원장에게 서면 또는 전자우편으로 이의를 제기할 수 있다.
② 제1항에 따른 이의가 제기된 경우 편집위원장은 편집위원회를 소집하여 이를 처리하여야 한다.
③ 편집위원장은 제2항에 따른 편집위원회의 결과를 지체 없이 신청인에게 통지하여야 한다.

제8조 (편집위원회의 운영) ① 편집위원장은 년4회 정기편집회의를 소집하여야 하며, 본 연구원의 원장이 요구할 경우 임시편집회의를 소집할 수 있다.
② 편집위원회는 재적 과반수 출석과 출석 과반수 찬성으로 의결한다.
③ 필요하다고 인정되는 경우 편집위원장은 서면결정으로 편집위원회에 갈음할 수 있다.

제9조 (비밀준수의무) 편집위원은 편집위원회의 업무에 관하여 얻은 정보를 공개하지 않을 의무가 있다.

< 부 칙 > 본 규정은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규정은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우
제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규정은 2014년 12월 11일부터 시행한다.

< 부 칙 > _____

성균관대학교 「成均館法學」 연구윤리규정

제1조 (목적) 이 규정은 성균관법학에 투고된 글에 관하여 연구윤리위반에 대해 판정하고, 더 나아가 연구윤리의 확산과 부정행위 방지를 목적으로 한다.

제2조 (연구윤리위반의 종류) 연구윤리위반에는 아래의 행위가 포함된다.

1. 표절 등 타인의 저작권을 침해하는 행위
2. 논문의 작성에 실질적인 기여 없이 작성자로 기재하는 행위
3. 과거에 출판된 논문 등 저작물을 중복하여 출판하는 행위
4. 상당한 이유 없이 타인의 명예를 침해하는 표현을 사용하는 행위
5. 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어난 행위

제3조 (연구윤리위원회의 구성) ① 법학연구원규정 제15조에 따라 구성된 성균관대학교 법학연구원의 연구윤리위원회가 성균관법학 윤리위원회(이하 위원회라 한다)의 업무를 수행한다.

② 위원회는 연구윤리위원장을 포함하여 10인 이내의 위원으로 구성한다.

③ 연구윤리위원장과 연구윤리위원은 법학연구원장이 위촉한다.

제4조 (연구윤리위원의 임기) 연구윤리위원장과 연구윤리위원의 임기는 2년으로 하며, 연임할 수 있다.

제5조 (위원회의 권한) ① 위원회는 투고된 글의 연구윤리위반에 대해 심의하고 의결한다.

② 위원회는 연구윤리위반 사안을 검토하기 위해 조사위원을 선임할 수 있다.

제6조 (위원회의 회의) ① 위원장은 위원회를 소집하고 그 의장이 된다.

② 위원장은 투고된 글의 연구윤리위반에 관해 의심이 있을 때나 심의 요청이 접수된 때에 회의를 소집하여야 한다.

③ 회의는 위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.

④ 당해 사안에 대해 공정성을 기대하기 어려운 사유가 있는 위원은 심의나 의결에

관여할 수 없다.

제7조 (조사위원의 권한과 의무) ① 조사위원은 당해 사안이 심의되는 위원회의 회의에 참석하여 발언할 수 있다.
② 조사위원은 당해 사안에 관해 조사보고서를 작성하여 위원회에 제출해야 한다.

제8조 (피조사자의 권한) ① 피조사자는 회의에 출석하여 진술할 권한을 가진다.
② 피조사자는 위원회의 결정이 있은 날로부터 15일 이내에 그 결정에 대해 통지를 받을 권한을 가진다.
③ 피조사자는 통지를 받은 날로부터 7일 이내에 재심을 청구할 권한을 가진다.

제9조 (연구윤리위반에 대한 조치) 위원회는 제2조의 연구윤리위반에 대하여 다음의 조치를 취한다.
1. 투고된 원고에 대한 게재 거부
2. 게재된 경우라면 성균관법학 논문목록에서 삭제
3. 투고자에 대하여 3년 이상 성균관법학에 논문투고 금지
4. 법학연구원 홈페이지에 위반사항 공고
5. 투고자의 소속 기관장에 위반사항 통보

제10조 (위원의 비밀유지의무) 위원장과 위원은 위원회의 직무와 관련하여 취득한 사항에 대하여 비밀을 유지하여야 한다.

제11조 (연구윤리에 대한 교육) 연구윤리위원장은 법학연구원장과 협의하여 연구윤리를 확산하고 부정행위를 방지하기 위한 교육을 정기적으로 실시한다.

제12조 (운영예산) 위원장은 위원회의 운영 및 조사에 필요한 예산을 책정하여 지급할 수 있다.

제13조 (타규정의 준용) 성균관대학교 ‘연구윤리 및 진실성 확보를 위한 규정’을 준용한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2007년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 이 규정은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 투고규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원에서 발행하는 성균관법학(이하 학술지)에 게재할 논문 투고에 관한 사항을 정하는 것을 목적으로 한다.

제2조 (투고자격) ① 투고 요청논문은 다음 각 호에 해당하는 자에 한한다.

1. 성균관대학교 법학전문대학원 교수
2. 성균관대학교 법학연구원 연구원
3. 전국의 법과대학 및 법학전문대학원 교수, 판사, 검사, 변호사
4. 법학 박사학위 과정 이상인 자
5. 기타 편집위원회의 승인을 얻은 자

② 상기의 자격을 가진 자는 공동저술이 가능하며, 공동저자의 경우에는 제1저자가 주저자가 된다.

제3조 (투고원고) 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.

1. 발표논문 : 본 연구원 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 따로 투고된 논문
3. 판례평석
4. 기타 편집위원회에서 학술적 가치가 있다고 인정한 번역물과 서평 등

제4조 (원고제출) ① 학술지에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 60일 전까지 원고파일을 온라인 논문 투고 및 심사 시스템 홈페이지 (https://icls.jams.or.kr)에 제출함을 원칙으로 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고제출은 그 다음날까지 할 수 있다.

② 투고자는 법학연구원이 제공한 논문투고 신청서 및 논문연구윤리 확인서 및 논문사용권 등 위임동의서를 제출하여야 한다. 이를 이행하지 아니한 자는 투고를 철회한 것으로 간주하며, 향후 2년간 성균관법학은 논문투고 신청을 거절할 수 있다.

③ 투고된 논문은 성균관법학 원고작성요령에 따라 제출되어야 한다.

제5조 (원고제출 기일의 연장) 법학연구원장은 논문제출 기일을 연장할 수 있다.

단, 이 기일의 연장은 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다.

제6조 (심사료 및 게재료) ① 학술지에 원고를 제출할 때에는 심사비 6만원을 납부해야 한다. 게재가 결정된 원고에 대해서는 지정된 기일까지 게재료 20만원과 추가부담금을 납부해야 하며, 추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 한다. 이를 이행하지 아니한 논문은 게재하지 아니한다.
② 투고된 논문의 공저인 경우에는 심사료 및 게재료는 인원수에 따라 분담한다. 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다.
③ 본교 법학전문대학원의 교수는 제1항의 지급의무를 면제한다. 단, 공저인 경우 본교 법학전문대학원의 교수에 한하여 의무가 면제되며 그 외의 자는 그러하지 아니한다.

제7조 (논문게재예정증명서 및 논문게재확인서) 연구원장은 논문게재예정증명서 또는 논문게재확인서를 발급할 수 있다.

제8조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 성균관대학교 법학연구원에 귀속한다.

제9조 (규칙의 개정) 본 규칙은 연구원 편집위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

제10조 (기타) 성균관법학의 논문투고와 관련하여 본 규칙에 명시되지 아니한 사항은 법학연구원 편집위원회의 결정에 따른다.

<부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우
제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월31일에 각각 발간한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 원고작성요령

1. 원고는 논문, 판례평석, 서평, 자료로 구별하여 작성합니다.

2. 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 팩스번호 및 e-mail 주소를 기재하여야 합니다.

3. 원고의 분량은 200자 원고지 100매 내외(A4용지 15매)를 원칙으로 합니다. 다만, 원고가 150매 초과시에는 초과분에 대한 게재료를 추가로 부담하여야 합니다.(추가부담금은 200자 원고지 150매를 초과하는 경우 원고지 1매당 2,000원으로 합니다)

4. 제출하는 원고에는 반드시 목차, 국문요약(외국어 논문인 경우에는 외국어요약), 참고문헌, 외국어초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어 5개 이상의 주제어를 첨부해야 합니다. 단, 2015년 3월호 게재될 논문의 외국어 초록과 외국어 주제어는 영문으로 작성해야 합니다.

5. 주석은 각주로 처리합니다.

6. 논문은 '아래한글'로 다음의 규격에 따라 작성합니다.
가. 본문 : 왼쪽 여백 25, 오른 여백 25, 들여쓰기 5, 줄간격 170, 글꼴 바탕, 글자크기 10.5
나. 각주 : 왼쪽 여백 3, 오른 여백 0, 들여쓰기 -3, 줄간격 150, 글꼴 바탕, 글자크기 9

7. 직접 인용할 때에는 " "를 사용하고 강조할 때는 ' ', 방점 또는 밑줄을 사용합니다.

8. 출전은 필자, 논문명, 서명, 판수, (출판사, 간행 년도) 인용면수 순으로 표시합니다.
[예 : 김갑돌, "상법의 이념",「成均館法學」제11호 (법학연구원, 1999) 1쪽]
외국출전은 그 나라의 표준적인 표시방법에 따라 표시할 수 있습니다.
[예 : Joe A. Kim, "Corporate Goverance", 27 A.A.L.Rev. 103, 107~109 (1997)]

9. 국문 또는 한자로 표기되는 저서는 「 」로, 논문은 " "로 표시합니다.

10. 국문 또는 한자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 쪽 또는 면으로, 로마자로 표시되는 저서나 논문을 인용할 때는 p. 또는 S. 로 인용면수를 표시합니다.

11. 국내 판결은 선고 법원, 선고일, 판결 또는 결정, 사건번호의 순으로 표시하고 [예 : 대법원 1995. 1. 1.선고, 1994가1111 판결], 외국의 판결은 그 나라의 표준적인 인용방법에 따릅니다.

12. 외국 인명이나 지명은 우리말로 표기하고 명확히 하고자 할 때에는 ( )안에 언어를 표시합니다. [예 : 화이트(James J. White)]

13. 공저자는 '/'를 사용하여 표기합니다. [예 : 김갑돌/이을순/박명희]

14. 면수나 연도 등에서 '부터 까지'를 나타내는 부호로 '–'이 아닌 '~'를 사용합니다.

15. 영문 성명, 논문명, 판결명 등에서 첫 자 이외에는 소문자로 표기합니다.

16. 일본어 논문명, 서명 등은 번역하지 않고 그대로 표기합니다.

17. 기념논문집은 「××× 기념논문집」 또는 「○○○－××× 기념논문집」으로 표기합니다.

18. 특별한 의미가 없는 한 각주에서 '참조' 표시를 하지 않습니다.

19. 저자(필자)의 명칭은 본국에서 일상적으로 쓰는 순서대로 표기합니다.

성균관대학교 「成均館法學」 심사규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 법학연구원(이하 '연구원' 이라 한다)에서 간행하는 『성균관법학』에 게재하기 위하여 투고된 논문, 판례평석, 기타 원고 등의 심사절차를 정함으로써 공정한 심사기준을 마련함을 목적으로 한다.

제2조 (심사대상) 투고규칙 제3조에 따라 투고된 논문은 심사대상이 된다. 단, 번역물과 서평 등은 논문심사에서 제외할 수 있다.

제3조 (논문심사의 위촉과 심사절차) 논문심사의 위촉은 편집위원회 운영규정 제5조에 따른다.

제4조 (논문심사기준) ① 논문심사는 다음 각호의 기준에 따른다.

1. 논문의 독창성
2. 논문의 전문성
3. 논문의 형식
4. 논문의 해당분야 이론 및 실무의 관한 발전에 대한 기여도

② 논문에 대한 평가는 다음의 단계로 구분한다.

1. 수정이 필요 없을 경우 : "현행대로 게재"
2. 간단한 수정이 필요한 경우 : "수정 후 게재"
3. 전면적인 수정이 필요하며, 금번호에는 게재가 어려운 경우 : "대폭 수정 후 차호 재심사"
4. 게재가 가능하지 않는 경우 : "게재유보"

제5조 (개정) 이 규칙은 『성균관법학』 편집위원회의 의결을 거쳐 개정할 수 있다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우
제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월31일에 각각 발간한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.

< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

성균관대학교 「成均館法學」 발행규칙

제1조 (목적) 이 규칙은 성균관대학교 『성균관법학』을 발행함에 있어 필요한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조 (학술지명) 법학연구원은 국내학술지로『성균관법학』(SungKyunKwan Law Review)을 발행한다.

제3조 (발간시기) ① 성균관법학은 연4회 발간한다.
② 성균관법학의 발간일자는 매년 3월 31일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 31일로 한다.
③ 성균관법학에 게재된 저작물에는 논문투고일자(2***년 *월 *일), 심사일자(2***, *월, *일, 게재확정일자(2***, *월, *일)를 표기한다.
④ 편집위원회의 결정에 의하여 기념호 또는 특집호를 발간할 수 있다.

제4조(별쇄본의 제작) ① 성균관법학에 게재가 확정된 논문에 대해서는 별쇄본을 제작하여 이를 각 논문제출자에게 무상으로 제공한다.
② 무상으로 제공되는 별쇄본은 10부로 한다. 다만, 논문제출자의 신청이 있으면 제출자의 비용부담으로 추가 제공할 수 있다.

< 부 칙 > 본 규칙은 1997년 3월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2002년 3월 2일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2004년 6월 30일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2006년 12월 1일부터 시행된다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2007년 8월 1일부터 시행한다. 2007년의 경우
제19권 제2호와 제3호를 8월 31일과 12월 31일에 각각 발간한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2010년 3월 2일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 3월 2일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 5월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2011년 12월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2012년 9월 1일부터 시행한다.
< 부 칙 > 본 규칙은 2014년 9월 1일부터 시행한다.

法學硏究所 운영위원회

- 연구원장 배병호
- 운영위원 김일환, 김천수, 박광민, 성재호, 임건면, 정호열, 최봉철

法學硏究所 편집위원회

- 편집위원장 김일환(성균관대학교)
- 편 집 위 원 강혁신(조선대학교), 권건보(아주대학교),
  김재범(경북대학교), 김해원(부산대학교)
  김홍식(안동대학교), 이경열(성균관대학교)
  윤종민(충북대학교), 정경영(성균관대학교)
  정차호(성균관대학교)

法學硏究所 윤리위원회

- 윤리위원장 최봉철(성균관대학교)
- 윤 리 위 원 노수환(성균관대학교), 오상현(성균관대학교)
  이해완(성균관대학교), 정상현(성균관대학교)
  정재황(성균관대학교), 패트리샤 게디(성균관대학교)
  한석훈(성균관대학교)

- **연락처 : 서울시 종로구 성균관로 25-2 성균관대학교 법학관 303호 법학연구원**
- **전 화 : (02) 760-1288 Fax : (02) 760-1289**
- **Homepage : http://law.skku.edu/**
- **E-mail : icls@skku.edu**

이 학술지는 2016년도 정부 재원 (교육부)으로 한국연구재단의 지원을 받아 출판되었음.

This journal was supported by the National Research Foundation of Korea Grant funded by the Korean Government (MOE).

成均館法學
第29卷 第4號

1판 1쇄 인쇄 2017년 12월 31일
1판 1쇄 발행 2017년 12월 31일

발 행 인 : 배 병 호
발 행 처 : 성균관대학교 법학연구원
주 소 : 110－745 서울특별시 종로구 성균관로 25-2
전 화 : (02)760－1288
팩시밀리 : (02)760－1289
E－mail : icls@skku.edu
등록번호 : 1992년 12월 22일 제1-1469호
ISSN 1229-943X