高麗法學

제 106 호
2022. 09.

高麗大學校 法學硏究院

간 행 사

高麗法學 제106호(2022년 9월호)가 발간되었습니다. 이번 학술지에도 많은 연구자들께서 귀중한 논문을 투고해 주셨습니다. 심사절차와 게재기준에 따라 총 14편의 연구논문만을 게재하는 데에 대하여 양해를 부탁드리는 한편, 풍부한 연구 결실을 공유하기 위해 투고, 게재해 주신 연구자분들과 게재된 옥고를 함께 봐 주시는 독자분들께 감사의 말씀을 드립니다.

게재논문에 대한 소개에 앞서 먼저 알려드릴 바로는 이번 **高麗法學**에는 고대 법대에서 오랜 기간 재직해 오시다가 올해 8월 정년퇴임을 하시게 된 박기갑 교수님과의 간담회 대담내용을 수록하고 있습니다. 연구·교육·봉사의 교수 본연의 사명 수행과 아울러 선생님의 인간적 풍모를 잘 느끼실 수 있을 것입니다. 지면을 통하여 다시 한 번 선생님께 감사의 말씀과 새로운 시작에 대한 응원의 마음을 전합니다.

이번 **高麗法學**은 데이터경제에 따른 데이터의 이용과 유통을 공·사법적으로 뒷받침하려는 여러 편의 논문이 게재되어 있습니다. '데이터 권리의 귀속에 관한 일반원칙 정립의 필요성', '엔터테인먼트 산업에서의 대체불가토큰(NFT) 활용과 법적 고려사항', '마이데이터 사업에서의 시장창설적 규제', 그리고 '보건의료데이터 법제의 개선방안'이라는 제하의 논문인데, 이들 논문은 최신의 외국법제 또는 모델법(안)의 소개 및 데이터 sharing의 활성화를 위한 법적, 제도적 기반구축의 방향을 제시하고 있습니다.

한편 공법영역의 논문으로는 '헌법 제10조 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 개별기본권의 근거와 보호영역에 대한 고찰', '남북간 '비대칭적' 평화주의에 대한 헌법적 해석', '헤이트 스피치 해소법 제정 이후 일본의 혐오표현 규제동향과 시사점', 그리고 'EU 적정성 결정에 따른 개인정보보호위원회의 고시인 보완규정의 법적 분석'의 논문은 개별기본권의 근거, 법 규범 상호의 위계관계 등에 관한 깊이 있는 이론적 검토와 더불어 최

근의 사회문제에 대한 이론적 천착을 보여주고 있습니다.

또한 금번 高麗法學은 국제적 계약규범을 포함한 민사법적 주제를 다룬 다수의 논문을 수록하고 있습니다. '지적 장애인의 의사능력의 판단기준', '등기명의인표시의 변경·경정등기에 대한 말소등기청구시 청구권원과 증명책임', 그리고 '매수인의 구제수단으로서 특정이행에 관한 비교법적 연구' 논문입니다. 전래의 논의 정리와 더불어 종래 소홀하게 다루어진 논의를 포함하고 있습니다.

끝으로 '신종 감염병 피해에 대한 국가배상책임' 논문은 2015년 메르스 감염피해에 대한 국가배상 판결을 분석하고 이를 통해 최근의 코로나19 소송에 관한 판단 방향을 제시하고 있습니다. 그리고 '국방부 병영생활전문상담관 운영과 관련된 문제점', '최저임금의 산업·업종별 차등적용에 관한 법 이론적 검토'의 논문은 사회법, 노동법 영역의 현안에 대한 실천적 대안을 제시하고 있어서 유익한 참고자료가 될 것으로 알고 있습니다.

논문집필을 해 보신 분들이시면 다 아실 바와 같이 각고의 노력으로 완성된 위 논문들에 관하여 많은 관심과 인용이 있기를 바랍니다. 이번 호의 발간을 위해서도 심사와 편집 전 과정을 함께 해 주신 교내 외의 심사위원님과 편집위원님께 감사하다는 말씀을 올리며, 그리고 개인적 어려움에도 다양한 차원의 행정사무를 원만하게 처리해 주는 심현우 간사님께도 고마운 마음을 전합니다. 2022년 12월 발간 예정인 高麗法學 제107호에도 옥고를 기다리고 있겠습니다.

2022년 9월

高麗法學 편집위원 모두를 대표하여 김상중 올림

목　　차

▣ 연구논문

헌법 제10조 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 개별기본권의 근거와
보호영역에 대한 고찰
- 헌법재판소의 관련 결정에 대한 검토를 중심으로 -····· 이세주 / 01

남북간 '비대칭적(非對稱的)' 평화주의에 대한 헌법적 해석
- 통일 한국의 평화헌법을 통한 '비핵평화주의(非核平和主義)'의
실현을 중심으로-····· 김수진 / 47

헤이트 스피치 해소법 제정 이후 일본의 혐오표현 규제동향과 시사점··· 최　란 / 103

등기명의인표시의 변경·경정등기에 대한 말소등기청구시 청구권원과 증명책임
: 판례상의 '등기명의인에 해당하는 자' 개념에 관한 고찰
대상판결 : 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다299214 판결····· 윤진호 · 김제완 / 141

지적 장애인의 의사능력의 판단기준
- 대법원 2022.5.26. 선고 2019다213344 판결의 검토 -····· 이승현 / 189

매수인의 구제수단으로서 특정이행에 관한 비교법적 연구
- 미국에서의 논의와 사례를 중심으로 -····· 신창섭 · 남기윤 / 239

데이터 권리의 귀속에 관한 일반원칙 정립의 필요성
- ALI-ELI 데이터 원칙의 내용과 규율 방향을 중심으로 -····· 황원재 / 277

엔터테인먼트 산업에서의 대체불가토큰(NFT) 활용과 법적 고려사항·· 임병화 · 고영미 / 315

마이데이터 사업에서의 시장창설적 규제
- 규제법 모델에 의한 개인정보 이동권의 실현 -····· 계인국 / 361

EU 적정성 결정에 따른 개인정보보호위원회 고시인 보완규정의
법적 분석····· 박노형 / 395

보건의료데이터 법제의 개선방안
- 가명정보의 활용, 데이터 거버넌스 및 법적 정합성 보완을
중심으로- ····· 김지희 / 437

신종 감염병 피해에 대한 국가배상책임
- 메르스 판결의 쟁점 분석 및 평가와 코로나19 소송의 전망을
중심으로- ····· 김학수 / 483

국방부 병영생활전문상담관 운영과 관련된 문제점 ····· 이대일 / 549

최저임금의 산업·업종별 차등적용에 관한 법 이론적 검토 ····· 이재현 / 589

▣ 특별대담

박기갑 교수 정년기념 대담 ····· 635

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.1

헌법 제10조 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 개별기본권의 근거와 보호영역에 대한 고찰*

- 헌법재판소의 관련 결정에 대한 검토를 중심으로 -

이 세 주**

▶목 차◀

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 개별기본권
1. 생명권
2. 생명·신체의 안전에 관한 권리
3. 인격권
4. 명예권
5. 초상권과 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유
Ⅲ. 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 개별기본권의 근거와 보호영역에 대한 검토
1. 개별기본권의 헌법적 근거에 대한 개관
2. 생명권에 대한 검토
3. 생명·신체의 안전에 관한 권리에 대한 검토
4. 인격권에 대한 검토
5. 명예권에 대한 검토
6. 초상권과 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유에 대한 검토
Ⅳ. 나오며

* 부족한 글에 대해서 진심어린 지도와 조언을 해주신 심사자분께 깊이 감사드립니다.
** 가톨릭대학교 법학과 부교수.

I. 들어가며

기본권은 한 국가의 최상위법인 헌법이 규정하고 있는 국민의 기본적인 권리이다. 헌법의 궁극적 목적인 기본권 보장은 헌법의 여러 규정 중에서 가장 중요한 내용이다. 그리고 기본권의 실질적 보장의 실현은 근대적 의미의 헌법이 갖는 최고이념이자 존재의의라는 점에는 이론(異論)이 없다.[1] 이러한 기본권은 헌법의 편제상 기본적으로 '제2장 국민의 권리와 의무'에서 규정하고 있고, 그 첫 내용은 제10조 제1문 '인간으로서의 존엄과 가치', 즉 인간의 존엄(尊嚴)과 가치(價値)(인간존엄성)이다.[2] 인간의 존엄과 가치의 실질적 보장과 그 실현은 모든 기본권 규정을 지배하는 기본이념이면서,[3] 동시에 헌법 전체 규정을 지배하는 기본이념이기도 하다.[4] 다시 말해서, 인간의 존엄과 가치는 모든 기본권 규정은 물론이고, 헌법 전체 규정이 궁극적으로 실현하고자 하는 근대적 의미의 헌법이 지니고 있는 최고의

---

1) 이와 관련하여 비교적 최근의 헌법재판소 결정으로, 헌재 2020. 12. 23. 2017헌마416 결정; 2021. 11. 25. 2019헌마534 결정 등. 또한 헌재 2021. 8. 31. 2020헌바181 결정; 2021. 9. 30. 2018헌마300 결정 등 참조.

2) 참고로, 사전적 의미에서 존엄(尊嚴)이란, "인물이나 지위 따위가 감히 범할 수 없을 정도로 높고 엄숙함"을 의미하고, 가치(價値)란, "사물이 지니고 있는 쓸모" 또는 "대상이 인간과의 관계에 의하여 지니게 되는 중요성"을 의미한다. 국립국어원 우리말샘, 2022 참조.

3) 예를 들어, "기본권을 보장하는 목적은 인간의 존엄성을 실현하기 위한 것이다. 그러므로 우리 헌법구조에서 보다 더 중요한 자유영역과 덜 중요한 자유영역을 나눌 수 있다면, 이를 판단하는 유일한 기준은 "인간의 존엄성"이다." 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37 등(병합) 결정. "인간의 존엄성 유지와 개인의 자유로운 인격발현을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법상의 기본권체계 내에서" 헌재 2004. 8. 26. 2002헌가1 결정. "헌법 제10조는 모든 기본권 보장의 종국적 목적이자 기본이념이라 할 수 있는 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하고" 헌재 2018. 5. 31. 2016헌마191 등(병합) 결정 등.

4) 예를 들어, "헌법 제10조에서 규정한 인간의 존엄과 가치는 헌법이념의 핵심으로, 국가는 헌법에 규정된 개별적 기본권을 비롯하여 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리까지도 이를 보장하여야 하며, 이를 통하여 개별 국민이 가지는 인간으로서의 존엄과 가치를 존중하고 확보하여야 한다는 헌법의 기본원리를 선언한 조항이다." 헌재 2000. 6. 1. 98헌마216 결정; 2004. 10. 28. 2002헌마328 결정; 2009. 11. 26. 2007헌마734 결정; 2010. 2. 25. 2008헌가23 결정; 2010. 5. 27. 2009헌마338 결정; 2011. 3. 31. 2009헌마617 등(병합) 결정; 2011. 3. 31. 2010헌마13 결정; 2013. 2. 28. 2012헌마34 결정; 2015. 6. 25. 2011헌마769 등(병합) 결정; 2015. 6. 25. 2013헌마128 결정 등. 또한 "인간의 존엄과 가치를 최고의 헌법적 가치로 삼고 있는 헌법질서 내에서" 헌재 2018. 5. 31. 2013헌바322 등(병합) 결정; 2018. 6. 28. 2015헌가28 등(병합) 결정 등.

이념과 목표이다. 이렇게 볼 때, 인간의 존엄과 가치는 일반적인 개별기본권으로서의 의미와 성격 보다는, 기본적으로 헌법 기본이념·기본원리로서의 중요한 의미와 성격을 갖는다고 할 것이다.[5]

이러한 헌법적 이념과 목적에 반대되는 상황 또는 중대한 위험은 기본권 제한일 것이다. 기본권의 실질적 보장의 실현에 대해 보다 적극적·현실적으로 이해해보면, 특히 기본권 제한에 대한 (헌법재판을 통한) 사법적 심사·판단 및 권리구제의 가능성은 기본권 보장의 실현을 위해 더욱 중요하고 실질적인 내용이다.[6] 이에 기본권 보장을 위해서는, 우선 개별기본권 규정을 중심으로 그 구체적인 헌법적 근거와 보호영역에 대한 고찰 및 이해가 필요하다. 즉 헌법재판제도의 내용 중, 특히 헌법소원심판과 위헌법률심판으로 대표되는 기본권 제한에 대한 사법적 심사·판단과 권리구제의 가능성에 있어서,[7] 해당 심판청구의 당사자인 국민·개인(당사자, 변호인)이 헌법이 규정한 개별기본권(헌법에 열거된 개별기본권)과 비교하여 헌법이 명시적으로 규정하지 않은 개별기본권(헌법에 열거되지 않은 개별기본권)에 대한 기본적인 확인 및 인지와 그 내용을 알지 못하는 불가능이나 어려움만큼은 되도록 해소되어야 할 필요성이 크고, 또한 바람직 할 것이다.[8]

---

5) 헌법 제10조 '인간의 존엄과 가치'의 기본적 성격에 대한 구체적인 검토 등에 대해서는 특히, 이세주, "헌법 제10조 인간의 존엄과 가치의 성격에 대한 고찰", 「헌법학연구」 제28권 제2호, 2022, 140쪽 이하.

6) "모든 국가기관은 헌법의 구속을 받고 헌법에의 기속은 헌법재판을 통하여 사법절차적으로 관철되므로" 헌재 2016. 4. 28. 2016헌마33 결정. "헌법재판은 국가의 최고 규범인 헌법을 기준으로 헌법분쟁 또는 헌법침해의 문제를 유권적으로 결정함으로써 헌법질서를 유지·수호하는 국가작용으로, 일반재판과는 달리 당사자의 구체적인 이해관계에서 비롯되는 분쟁을 다루는 것이 아니라 규범이나 국가작용에 대한 헌법적 판단이 주를 이룬다." 헌재 2016. 11. 24. 2015헌마902 결정. "헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 말미암아 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 경우, 그 기본권 침해의 원인이 된 공권력의 행사를 취소하거나 그 불행사가 위헌임을 확인함으로써 기본권을 침해받은 자를 구제하는 것을 그 목적으로 하는 제도이다." 헌재 2021. 8. 31. 2019헌마516 등(병합) 결정 등.

7) 이에 대해서는 특히, 김현철, "헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자", 「헌법논총」 제18집, 2007; 정문식, "제68조 제1항", 주석 헌법재판소법, 헌법재판연구원, 2015; 한수웅, "헌법소원심판 일반론", 주석 헌법재판소법, 헌법재판연구원, 2015 등 참조.

8) 헌법 제37조 제1항과 관련하여 '헌법에 열거된 기본권'과 '헌법에 열거되지 않은 기본권'으로 기본권을 유형화·분류화 하여 설명하기도 한다. 헌법 제37조 제1항의 기본적인 의미와 성격 등의 검토에 대해서는 특히, 이세주, "헌법 제37조 제1항의 의미와 내용에 대한 고찰",

이러한 여러 주요 내용이 실질적으로 가능할 수 있기 위해서는 무엇보다 헌법이 명시적으로 규정하지 않은 개별기본권에 대한 확인과 그 구체적인 종류와 내용 등에 대한 검토가 기본일 것이다. 지면과 형식의 일정한 제약상 헌법이 규정하고 있는 기본권에서 도출되는 모든 개별기본권의 총합적·구체적인 내용을 전부 살펴보기는 다소 어렵겠으나, 본 연구에서는 특히 헌법 제2장의 첫 규정인 제10조 제1문 '인간의 존엄과 가치'에서 도출되는 개별기본권이 헌법(기본권)이론적으로 그리고 헌법재판실무적으로 성립·인정되고 있어, 이에 대해 좀 더 살펴보고자 한다. 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 여러 개별기본권 중, 특히 '생명권', '생명·신체의 안전권', '인격권', '명예권' 그리고 '초상권'과 '자신의 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유'에 대해 살피고자 한다(Ⅱ).[9] 아울러, 특히 헌법재판소의 관련 결정을 중심으로 해당 개별기본권의 헌법적 근거와 보호영역, 그리고 다른 기본권과의 상호관계 등에 대해 좀 더 면밀히 살펴보고자 한다(Ⅲ).

Ⅱ. 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 개별기본권

헌법 제10조 인간의 존엄과 가치에서 도출되어 성립·인정되는 개별기본권에 대하여,[10] 먼저 헌법학 일반론의 주요 내용과 함께, 특히 헌법재판

「법조」 제70권 제4호, 2021, 75쪽 이하; 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2021, 226~227쪽 등. 이와 더불어, 김하열, 헌법강의, 박영사, 2022, 319쪽; 성낙인, 헌법학, 법문사, 2022, 1048~1049쪽 등 참조.

9) 헌법재판소는 관련 결정에서 예를 들어, 자기결정권, 생활형성권 그리고 성명권, 혈통확인 권리, 임신·출산결정권, 배아에 대한 결정권, 부모의 태아 성별정보에 대한 접근을 방해받지 않을 권리 등의 개별기본권도 언급한다. 지면과 형식의 일정한 제약상 이에 대한 검토를 모두 다루기 어려우므로, 개별기본권으로서 자기결정권의 개념과 보호영역을 중심으로 문제의식과 연구대상 등을 새롭게 하여 후속연구에서 계속 살피고자 한다.

10) 앞서 언급했듯이, 헌법 제10조 '인간의 존엄과 가치'는 기본적으로 헌법 기본이념·기본원리로서의 의미와 성격을 갖는 바, 이러한 인간의 존엄과 가치로부터 개별기본권의 도출 여부에 대한 문제제기와 검토 등에 대해서는 특히, 이세주, 앞의 글(주 5), 165쪽 이하. 이와 더불어, 김명재, "헌법재판소 판례에서의 인간존엄에 관한 논증", 「법학논총」 제30권 제3호, 2010, 216쪽 이하; 김문현, "기본권의 법적 근거와 판단기준에 관한 소고", 「세계헌법연구」 제18권 제2호, 2012, 183쪽 이하; 성낙인, "기본권의 개념과 범위에

소의 여러 관련 결정의 주요 내용을 살펴보고자 한다.[11] 헌법재판소는 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 개별기본권에 대해 대표적으로 '생명권', '생명·신체의 안전권', '인격권', '명예권' 그리고 '초상권'과 '자신의 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유' 등을 언급한다.

1. 생명권

헌법과 기본권의 최고이념은 인간존엄성의 존중 및 실질적 보장이다. 인간존엄성은 기본적으로 모든 인간은 언제 어디서나 존엄하고 가치 있는 존재라는 점을 중핵으로 한다. 이러한 인간존엄성의 실질적 보장을 위해 생각해 볼 수 있는 가장 중요한 내용은 개인의 '생명'(生命)일 것이다. 생명은 인간 존재 그 자체이자 근원이다. 생명이 없이는 인간의 존엄함도 없고, 생명에 대한 무시와 부정은 곧 인간과 인간존엄에 대한 무시와 부정을 의미한다. 따라서 인간존엄성의 실질적 보장의 실현을 위해서는 우선적·전제적으로 개인의 생명이 보장되어야 한다. 이에 국민의 생명 보장을 주된 목적과 내용으로 하는 개별기본권으로서 '생명권'의 인정과 보장은 인간존엄성의 실질적 보장의 실현을 위해 무엇보다 중요하고 필요하다.[12]

관한 연구", 「헌법재판연구」 제6권, 1995, 11~35쪽; 이상수, "헌법재판소 결정문을 통해서 본 인간존엄의 의미", 「서강법률논총」 제8권 제1호, 2019, 128쪽 이하; 정재도, "제4기 헌법재판소의 인격권과 행복추구권에 관한 판결성향 분석", 「외법논집」 제45권 제2호, 2021, 37쪽 이하 등 참조.

11) 참고로, 지면과 형식의 일정한 제약상 헌법재판소 관련 결정의 기본 취지와 핵심 내용은 본문에서 언급 및 설명하고, 이에 대한 보다 구체적인 설명을 살펴볼 필요가 있는 경우에는 각주에서 소개한다.

12) 김대환, "헌법 제37조", 한국헌법학회 편, 헌법주석[Ⅰ], 박영사, 2013, 1177쪽; 김하열, 앞의 책(주 8), 350쪽; 김학성/최희수, 헌법학원론, 피엔씨미디어, 2021, 408쪽; 성낙인, 앞의 책(주 8), 1049쪽, 1209쪽; 양건, 헌법강의, 법문사, 2022, 378쪽; 이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2019, 440쪽; 장영수, 헌법학, 홍문사, 2021, 601쪽; 전광석, 앞의 책(주 8), 285쪽; 정재황, 헌법학, 박영사, 2022, 681쪽; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2022, 495쪽; 한수웅, 헌법학, 법문사, 2021, 389쪽, 620쪽; 허영, 한국헌법론, 박영사, 2022, 382쪽; 홍성방, 헌법학(中), 법문사, 2015, 24쪽. 이와 더불어, 김종철, "제2장 헌법", 이연갑 외(공저), 법학입문, 박영사, 2021, 152쪽; 방승주, "헌법 제10조", 한국헌법학회 편, 헌법주석[Ⅰ], 박영사, 2013, 301쪽 등 참조.

생명권은 비록 헌법이 명문으로 규정하고 있지는 않지만,[13] 인간존엄성의 실질적 보장의 실현을 위해 필수불가결한 요소이고 핵심적 내용이다. 또한 생명권은 나아가 몇몇 기본권에 국한되지 않고 모든 기본권의 실질적 보장의 실현을 위해 필수전제적인 요소와 내용이다. 만일 생명권을 인정하지 않는다면, 이는 인간존엄성의 보장은 물론이고, 모든 기본권 보장의 불가능을 의미하며, 나아가 전체 헌법 규정이 실질적으로 무의미해진다는 것을 의미한다.[14] 그러나 생명권의 구체적인 헌법적 근거에 대해서는 견해가 다소 일치하지 않는 것으로 보인다.[15]

생명권에 대해 헌법재판소는 관련 결정에서 인간 존재의 근원과 인간 존엄성의 근본이 '생명'이라는 점을 강조한다.[16] 즉 생명권은 "인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적·자연법적 권리"이고, "모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권"이라고 헌법재판소는 설명한다.[17]

---

13) 참고로, 헌법이 '생명'을 언급하는 규정례는 제30조이다. 즉 "타인의 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다." 또한 참고로, 생명과 관련하여 '사형'을 언급하는 규정례는 제110조 제4항이다. 즉 "다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다."

14) 이에 대해서는 특히, 허영, 앞의 책(주 12), 382쪽.

15) 특히, '생명권의 헌법적 근거'에 대한 자세한 설명과 평가 등에 대해서는, 성낙인, 앞의 책(주 8), 1209쪽; 이준일, 앞의 책(주 12), 441쪽; 장영수, 앞의 책(주 12), 601쪽; 정재황, 앞의 책(주 12), 681쪽; 정종섭, 앞의 책(주 12), 496쪽; 한수웅, 앞의 책(주 12), 620쪽; 홍성방, 앞의 책(주 12), 24쪽 등 참조.

16) "인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간 존재의 근원이며, 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선험적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1 참조)이라는 점은 논란의 여지없이 자명하다." 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정. 또한 헌재 2008. 7. 31. 2004헌바81 결정; 2009. 11. 26. 2008헌마385 결정; 2010. 2. 25. 2008헌가23 결정; 2010. 5. 27. 2005헌마346 결정; 2010. 7. 29. 2008헌가19 등(병합) 결정; 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정; 2016. 10. 27. 2016헌바322 결정; 2020. 4. 23. 2015헌마1149 결정 등. 이와 더불어, 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76 등(병합) 결정; 2004. 8. 26. 2003헌마457 결정; 2008. 7. 31. 2004헌마1010 등(병합) 결정; 2008. 12. 26. 2008헌마419 등(병합) 결정; 2015. 4. 30. 2012헌마38 결정; 2022. 3. 31. 2017헌마1343 등(병합) 결정 등 참조.

17) 이러한 설명에 대하여, 헌법재판소는 생명권을 인간의 존엄과 가치로부터 직접 도출하지 않고, 모든 기본권의 전제로서 기본권 중의 기본권이고, 명문 규정 여부를 불문하고 당연히 인정되는 헌법상 권리로 이해하고 있다는 평가에 대해서는, 특히 방승주, 앞의 책(주 12), 301쪽; 양건, 앞의 책(주 12), 381쪽; 정재황, 앞의 책(주 12), 681쪽; 정종섭, 앞의 책(주 12), 496쪽 등 참조.

또한 헌법재판소는 인간존엄성 보장을 위한 국민 생명의 보호와 생명권의 보장을 국가의 헌법적 의무로 설명한다.[18] 이와 더불어, 헌법재판소는 생명과 생명권은 「형법」에 대한 이해에서도 "가장 존귀한 형벌법규의 보호법익"이라고 강조한다.[19]

2. 생명·신체의 안전에 관한 권리

생명권과 비교하여, 특히 헌법재판소는 관련 결정에서 개별기본권으로서 '생명·신체의 안전에 관한 권리'(생명·신체의 안전권)를 인정한다.[20] 또한 헌법재판소는 개별기본권으로서 생명·신체의 안전에 관한 권리는 특히 인간존엄성과 직접 관련되며, 그 근간을 이루는 중요한 기본권이라는 점을 강조한다.[21] 이에 헌법재판소는 생명·신체의 안전에 관한 권리의 헌법적 근거는 기본적으로 헌법 제10조 제1문 인간의 존엄과 가치로 보고, 이로부터 도출되어 성립·인정되는 개별기본권으로 이해하여 설명하는 듯하다.[22] 이

---

18) "헌법 제10조는 "인간의 존엄과 가치"에 대한 국가의 보장의무를 규정하고 있는데, 사람의 신체와 생명은 인간의 존엄·가치의 근본이므로 사람의 생명이나 신체에 위해를 발생케 할 우려가 있는 의료행위에 대한 규제는, 바로 인간의 존엄과 가치를 보장해야 하는 국가의 헌법적 의무라고도 할 수 있다." 헌재 1996. 10. 31. 94헌가7 결정. 이와 같은 취지로, 헌재 2002. 12. 18. 2001헌마370 결정; 2005. 3. 31. 2001헌바87 결정; 2005. 5. 26. 2003헌바86 결정; 2005. 9. 29. 2005헌바29 등(병합) 결정; 2010. 7. 29. 2008헌가19 등(병합) 결정; 2010. 7. 29. 2009헌바53 등(병합) 결정; 2013. 8. 29. 2012헌바174 결정; 2014. 8. 28. 2013헌마514 결정; 2015. 7. 30. 2015헌바51 결정; 2016. 10. 27. 2016헌바322 결정 등.

19) 특히, 헌재 2011. 6. 30. 2009헌바354 등(병합) 결정. 이와 더불어, 헌재 2006. 4. 27. 2005헌가2 결정; 2015. 9. 24. 2014헌가1 등(병합) 결정.

20) 참고로, 사전적 의미에서 안전(安全)이란, "위험이 생기거나 사고가 날 염려가 없음 또는 그런 상태"를 의미한다. 국립국어원 우리말샘, 2022 참조.

21) "생명·신체의 안전에 관한 권리는 인간의 존엄과 가치의 근간을 이루는 기본권일 뿐만 아니라," 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419 등(병합) 결정; 2015. 4. 30. 2012헌마38 결정; 2016. 6. 30. 2015헌마813 결정. 또는 "생명·신체의 안전에 관한 권리는 인간의 존엄과 가치의 근간을 이루는 기본권으로서," 헌재 2015. 9. 24. 2013헌마384 결정; 2017. 3. 10. 2016헌나1 결정. 또한 헌재 2003. 6. 26. 2000헌마509 등(병합) 결정 참조. 아울러, "국민의 생명·신체의 안전은 다른 모든 기본권의 전제가 되며, 인간의 존엄성에 직결되는 것이므로," 헌재 2009. 2. 26. 2005헌마764 등(병합) 결정. 이와 더불어, 헌재 1997. 1. 16. 90헌마110·136(병합) 결정(재판관 5인의 위헌의견); 2003. 9. 25. 2002헌마533 결정(재판관 1인의 보충의견); 2011. 3. 31. 2008헌바141 등(병합) 결정; 2018. 5. 31. 2015헌마1181 결정; 2018. 6. 28. 2016헌마1151 결정 등 참조.

와 더불어, 헌법재판소는 관련 결정에서 인간의 존엄과 가치와 함께, 특히 헌법 제36조 제3항 보건권[23]과 헌법 제35조 제1항 환경권[24]을 언급하면서 국가의 기본권 보호의무를 통한 생명·신체의 안전에 관한 권리 보장의 실현에 대해 강조한다.[25] 이와 비교하여, 헌법재판소는 기본적으로 생명·신체의 안전에 관한 권리의 개별기본권성을 인정하지만, 그 헌법적 근거에 대해 구체적·명시적으로 언급하지 않는 결정도 있다.[26] 이러한 생명·신체의 안전에 관한 권리에 대해 헌법학 일반론에서는 다른 개별기본권과 비교하여 아직까지는 상대적으로 그리 많이 언급하고 있지 않은 것으로 보인다.

3. 인격권

인간존엄성의 실질적 보장의 실현을 위해 헌법적 보장이 필수적이라고 할 수 있는 중요한 요소는 개인의 '인격'(人格)이다.[27] 인간존엄성 보장을

---

22) 참고로, 헌법에서 '안전'을 언급하는 제5조, 제37조 제2항, 제50조, 제60조, 제76조, 제91조, 제109조 등은 대부분 국가안전보장과 관련된 내용이다. 이와 비교하여, 헌법 전문은 "우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서"라고 규정하고 있다.

23) 특히, 헌재 2015. 4. 30. 2012헌마38 결정; 2016. 6. 30. 2015헌마813 결정; 2016. 10. 27. 2012헌마121 결정; 2019. 6. 28. 2017헌마1309 결정.

24) 특히, 헌재 2015. 9. 24. 2013헌마384 결정; 2016. 12. 29. 2015헌바280 결정. 이와 더불어, 헌재 2008. 7. 31. 2006헌마711 결정 참조.

25) 헌재 2008. 12. 26. 2008헌마419 등(병합) 결정; 2015. 4. 30. 2012헌마38 결정; 2015. 9. 24. 2013헌마384 결정; 2016. 6. 30. 2015헌마813 결정; 2016. 10. 27. 2012헌마121 결정. 특히 "환경피해는 생명·신체의 안전과 같은 중요한 기본권적 법익 침해로 이어질 수 있으므로, 국가는 사인인 제3자에 의한 환경침해로 인하여 국민의 생명·신체에 위험이 초래될 경우 적극적으로 기본권 보호조치를 취할 의무를 진다." 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바280 결정. 또한 "헌법 제10조, 제36조 제3항에 따라 국가는 국민의 생명·신체의 안전이 위협받거나 받게 될 우려가 있는 경우 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 필요한 적절하고 효율적인 조치를 취하여 그 침해의 위험을 방지하고 이를 유지할 포괄적 의무를 진다. 국가가 위와 같은 조치를 취하지 못하였다면 이는 국가가 국민의 생명·신체 보호의무를 위반하여 국민의 생명·신체의 안전에 관한 기본권 내지 보건권을 침해할 가능성이 있는 경우에 해당한다." 헌재 2019. 6. 28. 2017헌마1309 결정.

26) 예를 들어, 헌재 2011. 2. 24. 2009헌마94 결정; 2015. 10. 21. 2012헌마89·955(병합) 결정.

27) 참고로, 사전적 의미에서 인격(人格)이란, "사람으로서의 품격"을 의미한다. 국립국어원 우리말샘, 2022 참조.

위해 필요한 여러 중요 요소와 비교하여, 혹은 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 여러 개별기본권과 비교하여, 특히 인격과 인격권은 상대적으로 보다 더 추상적·포괄적인 의미와 내용을 지니고 있다는 특징을 갖는다. 그리고 한 개인의 인격과 그 보호·보장은 오로지 인격권 내에 국한되어 생각되거나 논의되는 것만은 아니다. 즉 일반적으로 모든 기본권이 보장하는 고유하고 개별적인 생활영역·자유영역은 한 개인의 인격 보장과 실현을 위해 직·간접적으로 어느 정도의 인격관련성 또는 인격실현성을 나름 지니고 있다는 특징도 언급할 수 있다. 이러한 기본적인 특징으로 인해 인격과 인격권에 대한 검토에 있어서 상대적으로 그 의미와 내용 그리고 헌법적 근거와 보호영역의 설정 및 이해 등에 다소 어려움이 야기되기도 한다. 이러한 어려움은 특히 인격·인격권과 다른 기본권 간의 관계에 있어서, 모든 기본권이 어느 정도 지니고 있는 인격관련성·인격실현성 요소의 직·간접성 여부 및 그 정도와 구체적 현실·상황·당사자 등으로 인해 그리 쉽게 해소되지 못하는 경우도 있고, 이에 다양한 견해와 이해의 시도가 존재한다.

기본적으로 개인이 갖는 "사람으로서의 품격", 좀 더 구체적으로는 "인간의 본질과 고유한 가치"[28] 또는 고유한 "품격, 정체성, 자아"[29] 등으로 이해·설명될 수 있는 인격의 보장을 주요 목적과 내용으로 하는 개별기본권으로서 '인격권'의 인정과 보장은 인간존엄성의 실질적 보장의 실현을 위해 중요하고 필수적이다.[30] 주지하는 바와 같이, 인격권은 생명권과 더불어 인간존엄성의 실질적 보장을 위해 필요하고 중요한 요소 중 하나이며, 기본적으로 헌법 제10조 제1문에서 도출되어 성립·인정되는 개별기본권이다. 그리고 인격권은 인간존엄성과 관련한 구체적 논의와 검토 등에 있어서 실제 가장 직접적이고 밀접한 관련을 갖고 있다.[31] 이에 헌법학 일반론에 있어서 이러한 인

28) 특히, 전광석, 앞의 책(주 8), 288쪽.

29) 특히, 정재황, 앞의 책(주 12), 685쪽.

30) 이와 관련하여, 인격권의 개념과 보호영역에 대한 다양한 설명과 논의 등의 검토에 대해서는 김선택, "헌법상 인격권의 보호체계와 보호법익", 「헌법논총」 제19집, 2008, 497쪽 이하; 송진호, "법인의 인격권에 관한 검토", 「법조」 제65권 제5호, 2016, 133~136쪽; 조소영, "지능정보사회에서 인격권의 새로운 보호체계 검토", 「공법학연구」 제21권 제3호, 2020, 111~114쪽 등 참조.

31) 이와 관련하여, "인간존엄성이 문제된다면, 이는 대부분의 경우 일반적 인격권에 관한

격권의 개별기본권성 인정에 대해 별다른 이론(異論)은 없다.[32] 그러나 인격권의 구체적인 헌법적 근거에 대해서는 견해가 다소 일치하지 않은 듯하다.[33]

헌법재판소는 관련 결정에서 기본적으로 인격을 "인간의 본질이며 고유한 가치"로 설명한다.[34] 그리고 헌법재판소는 인간존엄성의 보장을 위해 중요하고 필요한 "인격의 형성·유지·표현을 보장받을 권리"[35]로 설명하면서, 또는 "인간의 존엄성과 밀접한 연관관계를 보이는 자유로운 인격발현의 기본조건을 포괄적으로 보호"[36]한다고 하여 그 기본적인 보호영역을 설명하면서 개별기본권으로서 인격권(일반적 인격권)을 인정한다. 이러한 인격권에 대해 헌법재판소는 법인의 기본권 주체성, 즉 법인의 인격권을 인정한다.[37] 그리고 헌법재판소는 특히 기본권질서 내에서 뿐만 아니라, 전체 헌법질서 내에서 인격권 보장의 의미와 중요성을 강조한다.[38]

것이었다." 이러한 지적과 평가에 대해서는 특히, 한수웅, 앞의 책(주 12), 536쪽.

32) 김대환, 앞의 책(주 12), 1177쪽; 김하열, 앞의 책(주 8), 308쪽; 김학성/최희수, 앞의 책(주 12), 417쪽; 성낙인, 앞의 책(주 8), 1049쪽, 1153쪽; 양건, 앞의 책(주 12), 364쪽; 이준일, 앞의 책(주 12), 405쪽; 전광석, 앞의 책(주 8), 288쪽; 정재황, 앞의 책(주 12), 686쪽; 정종섭, 앞의 책(주 12), 441쪽; 한수웅, 앞의 책(주 12), 563쪽; 허영, 앞의 책(주 12), 352쪽; 홍성방, 앞의 책(주 12), 56쪽. 이와 더불어, 김종철, 앞의 책(주 12), 152쪽; 방승주, 앞의 책(주 12), 300쪽, 346쪽; 장영수, 앞의 책(주 12), 623쪽 등 참조.

33) 특히, '인격권의 헌법적 근거'에 대한 자세한 설명과 평가 등에 대해서는 예를 들어, 김학성/최희수, 앞의 책(주 12), 418쪽; 정종섭, 앞의 책(주 12), 441쪽; 정재황, 앞의 책(주 12), 686쪽; 한수웅, 앞의 책(주 12), 564쪽; 허영, 앞의 책(주 12), 353쪽 등 참조.

34) 특히, "헌법 제10조는 …… 규정하여 모든 기본권을 보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다." 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82 결정; 1997. 7. 16. 95헌가6 등(병합) 결정; 2015. 11. 26. 2012헌마940 결정. 또는 "인격권은 헌법 제10조로부터 도출되는 인간의 본질과 고유한 가치에 관한 기본권으로서" 헌재 2012. 5. 31. 2009헌마553 결정.

35) 특히, 헌재 2016. 6. 30. 2015헌마916 결정.

36) 특히, 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정; 2019. 12. 27. 2018헌바130 결정; 2019. 12. 27. 2018헌바161 결정.

37) 특히 "법인도 법인의 목적과 사회적 기능에 비추어 볼 때 그 성질에 반하지 않는 범위 내에서 인격권의 한 내용인 사회적 신용이나 명예 등의 주체가 될 수 있고 법인이 이러한 사회적 신용이나 명예 유지 내지 법인격의 자유로운 발현을 위하여 의사결정이나 행동을 어떻게 할 것인지를 자율적으로 결정하는 것도 법인의 인격권의 한 내용을 이룬다고 할 것이다." 헌재 2012. 8. 23. 2009헌가27 결정.

38) "인간의 존엄성과 자유로운 인격발현을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법질서 내에서" 헌재 2003. 10. 30. 2000헌바67·83(병합) 결정. 또한 "인간의 존엄성 유지와 개인의 자유로운 인격발현을 최고의 가치로 삼는 우리 헌법상의 기본권체계 내에서" 헌재 2004. 8. 26.

이와 더불어, 헌법재판소의 관련 결정에서 인격에 대한 정의와 구체적 설명은 상대적으로 많지 않아 보인다. 인격권의 핵심 개념이자 보호영역인 인격의 내용은 상대적으로 더 큰 추상성·포괄성 등으로 인해, 헌법재판소 결정에서 기시감을 강하게 갖는 다른 기본권의 그것에 대한 설명과 같지만은 않다. 하지만 인격권이 인간존엄성의 실현을 위해 중요한 만큼 그 내용을 파악하고 이해를 시도해 볼 필요성은 크다. 이에 대한 주요 내용을 간략히 살펴보면, 대표적으로 예를 들어, 개인의 사회적 평가(명예·품위 등),[39] 모욕적 표현,[40] 사과행위,[41] 중요 개인정보(성명·얼굴 등),[42] 여성 신체,[43] 임신 유지 여부,[44] 배아,[45] 성폭력 피해,[46] 성매매와 그 알선,[47] 미성년자 음란물,[48]

2002헌가1 결정. 특히 "인간으로서의 존엄과 가치를 보장하기 위하여 자유로운 인격발현을 최고가치 중의 하나로 삼는 우리 헌법질서 내에서," 헌재 2014. 3. 27. 2010헌가2 등(병합) 결정; 2016. 9. 29. 2014헌가3·12(병합) 결정; 2016. 9. 29. 2014헌바492 결정; 2016. 9. 29. 2015헌바309·332(병합) 결정; 2021. 10. 28. 2019헌마1091 결정. 이와 같은 취지로, 헌재 2009. 12. 29. 2006헌바13 결정; 2014. 4. 24. 2011헌가29 결정 등 참조.

39) 헌재 2009. 9. 24. 2006헌마1298 결정; 2010. 10. 28. 2007헌가23 결정; 2010. 11. 25. 2009헌마146 결정; 2010. 11. 25. 2009헌마147 결정; 2011. 2. 24. 2009헌마209 결정; 2011. 3. 31. 2008헌바111 결정; 2012. 5. 31. 2010헌마88 결정; 2012. 12. 27. 2010헌가82 등(병합) 결정; 2012. 12. 27. 2011헌바89 결정; 2013. 5. 30. 2012헌바19 결정; 2013. 12. 26. 2009헌마747 결정; 2014. 6. 26. 2012헌마757 결정; 2015. 12. 23. 2013헌가9 결정; 2015. 12. 23. 2013헌마712 결정; 2018. 5. 31. 2016헌마191 등(병합) 결정; 2018. 5. 31. 2016헌마626 결정; 2018. 6. 28. 2017헌마181 결정; 2020. 11. 26. 2016헌마275 등(병합) 결정; 2021. 2. 25. 2016헌바84 결정; 2021. 2. 25. 2017헌마1113 등(병합) 결정; 2021. 3. 25. 2015헌바438 등(병합) 결정; 2021. 5. 27. 2019헌마321 결정; 2021. 7. 15. 2021헌마88 결정; 2022. 3. 31. 2019헌바520 결정.

40) 헌재 2013. 6. 27. 2012헌바37 결정; 2020. 12. 23. 2017헌바456 등(병합) 결정.

41) 헌재 2012. 8. 23. 2009헌가27 결정; 2015. 7. 30. 2013헌가8 결정.

42) 헌재 2014. 3. 27. 2012헌마652 결정; 2014. 8. 28. 2011헌마28 등(병합) 결정; 2016. 5. 26. 2014헌바68·164(병합) 결정; 2015. 6. 25. 2014헌마463 결정; 2016. 6. 30. 2015헌마924 결정; 2017. 7. 27. 2015헌마1094 결정; 2018. 4. 6. 2018헌사242 등(병합) 결정; 2018. 7. 26. 2016헌마1029 결정; 2018. 8. 30. 2014헌마843 결정; 2020. 3. 26. 2018헌마77 등(병합) 결정; 2020. 8. 28. 2018헌마927 결정.

43) 헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340 등(병합) 결정; 2016. 3. 31. 2015헌마688 결정; 2016. 12. 29. 2016헌바153 결정; 2017. 6. 29. 2015헌바243 결정; 2019. 11. 28. 2017헌바182 등(병합) 결정.

44) 헌재 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정; 2019. 4. 11. 2017헌바127 결정.

45) 헌재 2010. 5. 27. 2005헌마346 결정.

46) 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바89 결정; 2016. 12. 29. 2015헌바196 등(병합) 결정.

47) 헌재 2016. 3. 31. 2013헌가2 결정; 2016. 9. 29. 2015헌바65 결정.

48) 헌재 2016. 3. 31. 2014헌마785 결정; 2019. 12. 27. 2018헌바46 결정.

보호·교육 통한 미성년자 인격형성,[49] 가족관계 형성[50] 등을 언급할 수 있다. 이러한 주요 내용은 개인의 '인격'에 대한 훼손·침해·착취·파괴 등과 관련되며, 이를 통해 인격권의 보호영역과 그 대상·내용 등을 살펴볼 수 있다.

4. 명예권

인격권과 더불어, 인간존엄성의 실질적 보장의 실현을 위해 중요한 요소 중 하나는 개인의 '명예'(名譽)이다.[51] 개인의 명예에 대한 보호·보장은 궁극적으로 인간존엄성 실현을 위해 필요하고 중요한 내용과 요소이므로,[52] 이를 위한 개별기본권으로서 '명예권'(명예에 관한 권리)의 성립과 그 보장의 필요성도 인정된다.[53]

헌법재판소는 관련 결정에서 기본적으로 개별기본권으로서 명예권(명예에 관한 권리)을 인정한다.[54] 비교적 초기 결정에서 헌법재판소는 인격권의 내용으로 명예를 언급한다. 즉 개별기본권으로서 명예권 보다는 인격권인 명예 또는 인격권의 내용인 명예로 이해하여 설명하는 것으로 볼 수 있다. 이후 관련 결정에서 헌법재판소는 개별기본권으로서 "명예권" 또는 "명예에 관한 권리"로 설명한다.[55] 그러나 헌법재판소의 비교적 최근 결정에서

---

49) 헌재 2006. 7. 27. 2005헌마1189 결정; 2009. 10. 29. 2008헌마454 결정; 2009. 10. 29. 2008헌마635 결정; 2016. 2. 25. 2013헌마838 결정; 2016. 5. 26. 2014헌마374 결정; 2016. 11. 24. 2012헌마854 결정; 2019. 4. 11. 2017헌바140·141(병합) 결정; 2022. 1. 27. 2019헌마583 결정.

50) 헌재 2012. 5. 31. 2010헌바87 결정; 2014. 7. 24. 2011헌바275 결정; 2015. 3. 26. 2012헌바357 결정; 2015. 4. 30. 2013헌마623 결정.

51) 참고로, 사전적 의미에서 명예(名譽)란, "세상에서 훌륭하다고 인정되는 이름이나 자랑 또는 그런 존엄이나 품위"를 의미한다. 국립국어원 우리말샘, 2022 참조.

52) 참고로, 헌법이 '명예'를 언급하는 규정례는 제21조 제4항이다. 즉 "언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다."

53) 김대환, 앞의 책(주 12), 1177쪽; 성낙인, 앞의 책(주 8), 1154쪽, 1363쪽; 양건, 앞의 책(주 12), 364쪽, 672쪽; 이준일, 앞의 책(주 12), 406쪽; 정재황, 앞의 책(주 12), 688쪽; 정종섭, 앞의 책(주 12), 441쪽; 허영, 앞의 책(주 12), 354쪽. 이와 더불어, 김하열, 앞의 책(주 8), 313쪽; 김학성/최희수, 앞의 책(주 12), 420쪽; 장영수, 앞의 책(주 12), 678쪽; 전광석, 앞의 책(주 8), 383쪽; 한수웅, 앞의 책(주 12), 564쪽; 홍성방, 앞의 책(주 12), 57쪽 등 참조.

54) "개인의 기본권인 언론의 자유와 타인의 인격권인 명예는 모두 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권에 그 뿌리를 두고 있으므로 두 권리의 우열은 쉽사리 단정할 성질의 것이 아니다." 헌재 1999. 6. 24. 97헌마265 결정.

도 그러하듯이, 인격권과 명예권의 관계에 있어서 기본적으로 명예권을 인격권의 중요한 요소·내용으로 보는지 혹은 인격권과 구별되는 개별기본권으로 보는지에 대해서는 살펴볼 필요가 있다.[56]

헌법재판소는 명예에 대해 기본적으로 "사람이나 그 인격에 대한 '사회적 평가', 즉 객관적·외부적 가치평가" 또는 "사람의 가치에 대한 사회적 평가인 외부적 명예" 등으로 설명하면서, 한 개인의 사회적 평가라는 점을 강조한다.[57] 그리고 이러한 명예는 인간존엄성 실현과 인격발현에 기여하고, 이를 위해 명예권은 보호되어야 한다고 설명한다.[58] 그러나 이러한 명예의

---

55) 헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43 결정; 2005. 10. 27. 2002헌마425; 2008. 11. 27. 2008헌마517 결정; 2009. 9. 24. 2006헌마1298 결정; 2010. 11. 25. 2009헌마146 결정; 2010. 11. 25. 2009헌마147 결정; 2013. 6. 27. 2012헌바37 결정; 2013. 12. 26. 2009헌마747 결정; 2014. 6. 26. 2012헌마757 결정; 2017. 6. 29. 2015헌바243 결정; 2018. 5. 31. 2016헌마626 결정; 2022. 3. 31. 2019헌바520 결정 등.

56) 예를 들어, 비교적 최근의 결정으로 "공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하는 행위를 금지하는 심판대상조항은 헌법 제10조가 보장하는 개인의 일반적 인격권, 명예에 관한 권리를 보호하고, 민주사회의 여론 형성에 핵심적인 공론의 장이 제 기능을 다 하도록 하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하다." 헌재 2021. 2. 25. 2016헌바84 결정. 이와 비교하여, "헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권 중 개인의 명예에 관한 권리에서 말하는 명예는 사람이나 그 인격에 대한 사회적 평가, 즉 객관적·외부적 가치평가를 말하는 것이지 단순히 주관적·내면적인 명예감정은 포함되지 않는데(헌재 2005. 10. 27. 2002헌마425 참조)," 헌재 2021. 5. 27. 2019헌마321 결정. 또는 "헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 개인의 명예에 관한 권리도 포함된다." 헌재 2022. 3. 31. 2019헌바520 결정 등.

57) "'명예'는 사람이나 그 인격에 대한 '사회적 평가', 즉 객관적·외부적 가치평가를 말하는 것이지 단순히 주관적·내면적인 명예감정은 포함하지 않는다고 보아야 한다." 헌재 2005. 10. 27. 2002헌마425 결정; 2010. 11. 25. 2009헌마146 결정; 2010. 11. 25. 2009헌마147 결정; 2014. 6. 26. 2012헌마757 결정; 2018. 5. 31. 2016헌마626 결정; 2021. 5. 27. 2019헌마321 결정. 또한 헌재 2013. 12. 26. 2009헌마747 결정; 2016. 2. 25. 2013헌바105 등(병합) 결정. 또는 "사람의 가치에 대한 사회적 평가인 외부적 명예" 헌재 2020. 12. 23. 2017헌바456 등(병합) 결정. 이와 같은 취지로, 헌재 2002. 10. 31. 2001헌마557 결정; 2011. 6. 30. 2009헌바199 결정; 2013. 6. 27. 2012헌바37 결정; 2016. 2. 25. 2013헌바111 결정; 2021. 2. 25. 2016헌바84 결정; 2021. 2. 25. 2017헌마1113 등(병합) 결정; 2021. 3. 25. 2015헌바438 등(병합) 결정; 2021. 9. 30. 2019헌바360·361(병합) 결정 등 참조.

58) "명예 보호는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되는 권리이므로," 헌재 1999. 6. 24. 97헌마265 결정. "인격발현 혹은 사회적 신용유지를 위하여 보호되어야 할 명예권" 헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43 결정. "표현의 자유와 명예의 보호는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되고 민주주의의 근간이 되는 기본권이므로," 헌재 2013. 12. 26. 2009헌마747 결정. 비교적 최근의 결정으로 "명예는 사회에서 개인의 인격을 발현하기 위한 기본조건으로, 명예의 보호는 인격의 자유로운 발전과 인간의 존엄성 보호뿐만

개념과 내용에 개인의 단순한 "주관적·내면적·개별적 명예감정"은 포함되지 않는다고 설명한다.[59] 특히, 개인정보자기결정권 관련 헌법재판소의 주요 결정에서는, 오늘날 명예와 관련된 개인정보는 결국 한 개인의 인격주체성을 특징지어 동일인 식별 여부가 가능한 사항으로 보아 명예와 인격 간의 직접적 관련성과 더불어, 명예는 인격의 중요한 내용·요소라는 점도 이해할 수 있다.[60] 이러한 헌법재판소의 여러 설명에서 볼 때, 한 개인에 대한 사회적 평가인 명예는 기본적으로 인간존엄성과 인격의 중요한 내용·요소로 이해할 수 있다.

결국 이러한 주요 의미와 내용을 갖는 명예의 헌법적(기본권적) 보장을 주된 목적과 내용으로 하는 명예권은 개인의 가치에 대한 사회적 평가에 관한 권리로 이해할 수 있다. 이는 동시에 개인의 가치에 대한 사회적 평가에 관한 일체의 침해는 명예권의 침해를 의미하는 것으로도 이해할 수 있다. 그러나 앞서도 살펴보았지만, 인격과 명예의 구별, 인격권과 명예권의 각 보호영역 구별, 인격에 대한 훼손·제한·침해와 명예에 대한 훼손·제한·침해의 구별 그리고 인격권과 명예권의 헌법적 근거와 상호관계 등에 대해서는 살펴볼 필요가 있다.

5. 초상권과 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유

앞서 생명권, 인격권, 명예권에 대한 검토와 비교하여, 함께 살펴볼 내용으로 '초상권'과 자신의 '신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유'가 있다.[61]

아니라 민주주의의 실현에 기여한다." 헌재 2021. 2. 25. 2016헌바84 결정; 2021. 2. 25. 2017헌마1113 등(병합) 결정; 2021. 7. 15. 2021헌마88 결정.

59) 특히, "헌법이 인격권으로 보호하는 명예의 개념을 사회적·외부적 징표에 국한하지 않는다면 대단히 주관적이고 개별적인 내심의 명예감정까지 모두 여기에 포함되어 입법이나 공권력 작용은 물론 사인(私人)간의 생활관계에서도 전혀 의도하지도 않았고 예측할 수도 없었던 상황에서 명예권 침해의 주장이 제기되고 법적 분쟁화하는 것을 막을 수 없다." 헌재 2005. 10. 27. 2002헌마425 결정.

60) 즉 "이 사건 개인정보는 앞서 본 바와 같이 개인의 명예와 관련되어 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 정보라 할 것이므로" 헌재 2009. 10. 29. 2008헌마257 결정. 또한 헌재 2010. 5. 27. 2008헌마663 결정; 2012. 7. 26. 2010헌마446 결정; 2016. 6. 30. 2015헌마828 결정.

특히, 초상권은 일반적으로 개인의 얼굴, 신체, 모습 등과 직접 관련되고, 그 당사자에게 있어 강한 인격관련성을 갖는 전형적인 내용과 요소이다. 이에 인간존엄성의 실질적 보장을 위해 개인의 초상권에 대한 헌법적 보장의 필요성이 중요하여, 일반적으로 이를 개별기본권으로 언급한다.[62] 그러나 초상권의 헌법적 근거에 대해서는 견해가 다소 일치하지 않은 듯하다.

헌법재판소는 관련 결정에서 인격권과의 상호관계·포함관계를 강조하면서, 기본적으로 헌법 제10조에서 도출되어 개별기본권으로 성립·인정되는 초상권[63]과 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유[64]에 대해서 설명한다. 먼저, 헌법재판소는 개별기본권으로서 초상권은 헌법 제10조에서 도출되고, 당사자의 의사에 반하여 얼굴·신체 등을 함부로 촬영당하지 않을 권리가 보장된다고 설명한다. 그리고 이러한 초상권은 기본적으로 인격권에 포함되며(초상권을 포함한 일반적 인격권), 이에 초상권의 침해는 인격권의 침해로 설명한다.[65] 이와 더불어, 헌법재판소는 개인의 초상권 또는 명예권과 유사

---

61) 참고로, 사전적 의미에서 초상(肖像)이란, "사진, 그림 따위에 나타낸 사람의 얼굴이나 모습"을 의미한다. 국립국어원 우리말 샘, 2022 참조.

62) 김대환, 앞의 책(주 12), 1177쪽; 김하열, 앞의 책(주 8), 313쪽; 성낙인, 앞의 책(주 12), 1154쪽; 양건, 앞의 책(주 12), 364쪽; 이준일, 앞의 책(주 12), 406쪽; 전광석, 앞의 책(주 8), 289쪽; 정재황, 앞의 책(주 12), 690쪽; 정종섭, 앞의 책(주 12), 441쪽; 한수웅, 앞의 책(주 12), 573쪽; 허영, 앞의 책(주 12), 354쪽. 이와 더불어, 김학성/최희수, 앞의 책(주 12), 420쪽; 홍성방, 앞의 책(주 12), 57쪽 참조.

63) 특히, 헌재 2014. 3. 27. 2012헌마652 결정; 2018. 8. 30. 2014헌마843 결정. 이와 더불어, 헌재 2001. 8. 30. 2000헌바36 결정 참조.

64) 특히, 헌재 2017. 6. 29. 2015헌바243 결정; 2019. 11. 28. 2017헌바182 등(병합) 결정. 이와 더불어, 헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340 등(병합) 결정; 2016. 9. 29. 2015헌마913 결정; 2020. 10. 29. 2018헌마1067 결정.

65) "사람은 자신의 의사에 반하여 얼굴을 비롯하여 일반적으로 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영당하지 아니할 권리를 가지고 있으므로, 촬영허용행위는 헌법 제10조로부터 도출되는 초상권을 포함한 일반적 인격권을 제한한다고 할 것이다. …… 청구인은 국가기관에 의해 범죄혐의를 받아 사회윤리적 비난가능성이 높은 피의자로서 얼굴이 공개되어 초상권을 비롯한 인격권에 대한 중대한 제한을 받았고, 수사기관에 의한 초상 공개가 언론 보도로까지 이어질 경우 범인으로서의 낙인 효과와 그 파급효는 매우 가혹하다. 따라서 법익의 균형성도 극단적으로 상실하였다. 결국 촬영허용행위는 과잉금지원칙에 위반되어 청구인의 인격권을 침해하였다고 할 것이다." 헌재 2014. 3. 27. 2012헌마652 결정. 또한 "사람은 자신의 의사에 반하여 얼굴을 비롯하여 일반적으로 특정인임을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관하여 함부로 촬영당하지 아니할 권리, 즉 헌법 제10조로부터 도출되는 초상권을 포함한 일반적 인격권을 가지고 있다. 따라서 옥외집

한 권리로서 인격권(일반적 인격권)에 포함되는 개별기본권으로서 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유를 언급한다.[66] 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유는 초상권에 비해 비교적 그 이후에 언급되는 개별기본권으로, 특히 이른바 성폭력처벌법 등과 관련한 결정에서 설명된다.[67] 이러한 헌법재판소의 설명을 통해 초상권 및 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유와 인격권 간의 상호관계를 살펴볼 수 있다.

Ⅲ. 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 개별기본권의 근거와 보호영역에 대한 검토

1. 개별기본권의 헌법적 근거에 대한 개관

인간의 존엄과 가치에서 도출되는 생명권, 생명·신체의 안전권, 인격권, 명예권, 초상권 등에 대한 검토에 앞서, 각 개별기본권의 헌법적 근거와 관련하여 먼저 검토해야 할 사항이 있다. 주지하는 바와 같이, 헌법 제10조는 제1문과 제2문으로 구성되고 있는 바, 제1문은 인간존엄성과 행복추구권을, 제2문은 국가의 기본권 보장의무를 규정하고 있다. 특히 헌법 제10조 제1문은 비록 인간존엄성과 행복추구권을 형식적으로는 한 문장에서 병렬적으로

회·시위 현장에서 참가자들을 촬영·녹화하는 경찰의 촬영행위는 집회참가자들에 대한 초상권을 포함한 일반적 인격권을 제한할 수 있다." 헌재 2018. 8. 30. 2014헌마843 결정.

66) "심판대상조항은 개인의 초상권 내지 명예권과 유사한 권리로서 일반적 인격권에 포함된다고 볼 수 있는 '자신의 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유'와 '사회의 건전한 성풍속 확립'을 보호하기 위한 것이라고 볼 수 있다." 헌재 2017. 6. 29. 2015헌바243 결정. "심판대상조항은 최근 사회적으로 물의가 되고 있는 '몰래카메라'의 폐해를 방지하기 위한 것으로서, '자신의 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유' 등 인격권을 보호하는 것을 목적으로 한다." 헌재 2019. 11. 28. 2017헌바182 등(병합) 결정.

67) 예를 들어, "카메라등이용촬영죄의 경우, 개별 사안에서 행위 태양이나 불법성의 경중이 다양하게 나타날 수 있으나, 카메라 기타 유사한 기능을 갖춘 기계장치를 이용하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 타인의 신체를 그 의사에 반하여 촬영함으로써 인격체인 피해자의 성적 자유 및 함부로 촬영당하지 않을 자유를 침해하는 성범죄로서의 본질이 달라지는 것은 아니므로," 헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340 등(병합) 결정; 2020. 10. 29. 2018헌마1067 결정.

규정하고 있으나, 인간존엄성과 행복추구권이 기본적으로 동일한 의미, 성격, 위상을 갖는다고 볼 수 없다.[68]

여기서 좀 더 검토와 이해가 필요한 부분은 헌법학 일반론과 헌법재판소의 관련 결정이 보여주는 해당 개별기본권의 헌법적 근거에 대한 특정과 설명이다. 앞서도 언급했지만, 생명권, 인격권, 명예권 등 이러한 개별기본권의 헌법적 근거에 대한 보다 명확한 특정이나 구체적 설명 없이, 단순히 헌법 제10조를 언급하는 것은 다소 주의가 필요하다고 여겨진다. (물론 단순한 기우라고 볼 수 있겠으나, 경우에 따라서) 이는 불필요한 오해와 모호함을 야기할 수 있는데, 즉 ① 헌법 제10조 제1문 인간존엄성을 가리키고 의미하는지, ② 헌법 제10조 제1문 행복추구권을 의미하는지, ③ 헌법 제10조 제1문 인간존엄성과 행복추구권을 모두 의미하는지, 혹은 (다소 무리한 상정일 수 있겠으나) ④ 헌법 제10조 제1문과 제2문을 모두 가리키고 의미하는지가 다소 불분명하다. 하지만 여기서 한 가지 분명한 점은, 해당 개별기본권의 헌법적 근거에 대해 단순히 헌법 제10조를 언급했다고 하여, 이는 적어도 헌법 제10조 제2문을 의미하는 것으로 보기는 어렵다. 헌법 제10조 제2문은 기본적으로 국가의 기본권 보장의무를 규정한 바, 이 내용이 개별기본권의 도출·파생 근거로 기능하기 어렵고, 이를 근거로 개별기본권이 성립·인정될 수도 없을 것이다.[69] 그리고 헌법 제10조 제2문을 근거로 하여 일반적으로 성립·인정되는 개별기본권과 헌법재판소 결정은 그리 쉽게 찾아 볼 수 없다.[70] 이러한 일반적인 이해를 통해 본다면, 해당 개별기본권의

68) 특히, 전광석, 앞의 책(주 8), 270쪽. 또한 이세주, 앞의 글(주 5), 163쪽.

69) 이와 관련하여 참고로, 김선택, 앞의 글(주 30), 495쪽 참조.

70) 특히 "헌법 제10조는 …… 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 지닌 주체임을 천명하고, 국가권력이 국민의 기본권을 침해하는 것을 금지함은 물론 이에서 더 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호하고 이를 실현할 의무가 있음을 선언하고 있다." 헌재 2015. 4. 30. 2012헌마38 결정; 2015. 9. 24. 2013헌마384 결정. "헌법 제10조 제2문은 …… 규정하고 있는바, 이와 같이 헌법상 기본권 보호의무를 지는 국가가 오히려 소속 공무원의 직무상 불법행위로 인하여 유죄판결을 받게 하거나 해직되게 하는 등으로 관련자에게 정신적 고통을 입혔음에도 그로 인한 정신적 손해에 대한 국가배상청구권 행사를 금지하는 것은 헌법 제10조 제2문의 취지에도 반한다." 헌재 2018. 8. 30. 2014헌바180 등(병합) 결정. "헌법 제10조 후문이 규정하는 국가의 기본권 보호의무란 기본권적 법익을 기본권 주체인 사인에 의한 위법한 침해 또는 침해의 위험으로부터 보호하여야 하는 국가의

헌법적 근거로 단순히 헌법 제10조를 언급하는 것은 결국 헌법 제10조 제1문을 가리키고 의미하는 것으로 볼 수 있다. 그리고 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 또는 헌법 제10조 행복추구권을 언급한다면, 이는 헌법 제10조 제1문 인간존엄성 또는 행복추구권을 가리키고 의미하는 것으로 이해할 수 있다. 하지만 그렇지 않은 경우에는 해당 개별기본권의 헌법적 근거에 대한 특정과 설명에 있어서 불분명함과 모호함이 완전히 해소된 것은 아니다. 다른 일반적인 개별기본권에서도 물론 마찬가지겠지만, 특히 헌법 제10조 또는 헌법 제10조 인간존엄성과 관련된 개별기본권의 경우라면, 좀 더 세밀하고 정치(精緻)한 접근과 검토가 좀 더 이루어질 필요가 있다. 이러한 점은 헌법재판소의 여러 관련 결정에서 뿐만 아니라, 헌법학 일반론에서도 역시 마찬가지일 것이다.

2. 생명권에 대한 검토

생명권의 헌법적 근거에 대해 헌법학 일반론의 견해가 다소 일치하지 않고, 헌법재판소의 견해가 다소 명확하지 않는 듯하여 검토가 필요하다. 생명권의 의미, 성격, 위상 그리고 그 존재와 보장의 필수불가결성 및 중요성·전제성 등의 다각적 이해를 통해서 볼 때, 생명권의 헌법적 근거는 제10조 인간의 존엄과 가치이다. 즉 생명권은 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치에서 도출되어 성립·인정되는 대표적이고 중요한 개별기본권이다. 이러한 생명권

의무를 말하며, 주로 사인인 제3자에 의한 개인의 생명이나 신체의 훼손에서 문제되는 바," 헌재 2019. 12. 27. 2018헌바236 등(병합) 결정. "헌법 제10조의 규정에 의하면, 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 지고 기본권은 공동체의 객관적 가치질서로서의 성격을 가지므로, 적어도 생명·신체의 보호와 같은 중요한 기본권적 법익 침해에 대해서는 그것이 국가가 아닌 제3자로서의 사인에 의해서 유발된 것이라고 하더라도 국가가 적극적인 보호의 의무를 진다." 헌재 2020. 3. 26. 2017헌마1281 결정. "헌법 제10조 후문은 "국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다."고 규정하고 있고, 국가가 그러한 기본권 보호의무를 다하였는지 여부는 국가가 최소한의 보호조치를 취했는가를 기준으로 판단하므로," 헌재 2022. 2. 24. 2018헌마998 등(병합) 결정. 또한 헌재 2016. 10. 27. 2016헌바322 결정; 2018. 8. 30. 2014헌바148 등(병합) 결정; 2019. 2. 28. 2018헌마140 결정; 2020. 2. 27. 2016헌마945 결정 등.

은 헌법 제·개정 당시에 중요한 헌법사항이라는 점과 더불어, 헌법적 보장의 중요성·필요성을 이미 충분히 갖춘 개별기본권이다.[71] 그러나 생명권은 (의도적이든 비의도적이든) 헌법이 명시적으로 규정하지 않은 대표적인 개별기본권이다.[72] 비록 헌법에 명문의 규정이 없을지라도, 개별기본권으로서 생명권은 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치로부터 도출·인정되고, 이를 헌법적 근거로 하여 보장된다.[73]

이어서 기본권주체능력과 기본권행사능력의 개념 비교 그리고 적극적 자유와 소극적 자유의 개념 비교를 통한 검토가 필요하다. 기본권주체능력과 비교하여, 기본권행사능력은 기본권 주체가 자유로운 자기결정·자기책임하에 해당 개별기본권을 독자적으로 행사할 수 있는 능력을 의미한다. 개별기본권의 독자적 행사의 가능을 위해, 경우에 따라서는 기본권 주체의 일정한 능력이 요구되고, 기본권행사능력에서는 일반적으로 개별기본권을 독자적으로 행사할 수 있는 정신적·신체적 능력의 보유 여부가 주요 내용으로 다루어진다. 이러한 정신적·신체적 능력은 일반적으로 일정 연령(나이)이 대표적인 예이다. 따라서 만일 해당 개별기본권의 독자적 행사를 위해 일반

71) 이와 관련하여, 특히 전광석, 앞의 책(주 8), 227쪽; 홍성방, 앞의 책(주 12), 25쪽.

72) 참고로, 2018년에 국회와 대통령이 각각 제안한 헌법개정안은 '생명권'을 신설하였다.

국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서	제11조 ① 모든 사람은 생명권을 가진다. ② 사형은 폐지된다.
대통령, 대한민국 헌법개정안	제12조 모든 사람은 생명권을 가지며, 신체와 정신을 훼손당하지 않을 권리를 가진다.

73) 참고로, 유럽연합 주요 국가 헌법의 생명권 관련 규정을 간략히 살펴보면 다음과 같다.

그리스 헌법	제5조 ② 그리스 영토 내에 사는 모든 사람은 국적, 인종 또는 언어, 그리고 종교적 또는 정치적 신념과 상관없이 생명, 명예 및 자유를 완전히 보호받아야 한다. (중략)
독일 기본법	제2조 ② 누구든지 생명권과 신체적 훼손을 받지 않을 권리를 가진다. (중략)
스위스 헌법	제10조 ① 모든 인간은 생명에 대한 권리를 가진다. 사형은 금지된다.
스페인 헌법	제15조 모든 사람은 생명, 신체, 정신에 대한 완전성의 권리를 가진다. (중략)
포르투갈 헌법	제24조 ① 인간의 생명은 침해할 수 없는 신성한 것이다.
핀란드 헌법	제7조 누구나 생명, 개인적 자유, 완전성, 안전에 관한 권리가 있다. (중략)

적으로 관련 개별법률 등에서 일정 연령의 도달을 요구한다면, 이러한 요구는 기본권의 제한을 의미한다.[74] 따라서 이 같은 내용이 헌법적으로 정당한 제한으로 인정되기 위해서는 기본권 제한을 위해 헌법상 요구되는 모든 요건을 충족해야 한다.[75] 그러나 기본권행사능력은 모든 기본권과 관련되기보다는, 일반적으로 기본권 주체의 구체적 행위·행사 및 그 가능성의 보호·보장을 주된 목적과 내용으로 하는 기본권과 관련된다. 즉 별도의 독자적·구체적·현실적인 기본권 행사를 필요로 하는 개별기본권과 관련된다. 이와 비교하여, 특정 법익·상태·상황의 보호·보장을 주된 목적과 내용으로 하는 개별기본권에서는 별도의 기본권 행사를 특별히 필요로 하지 않으므로, 기본권행사능력에 대한 검토의 필요성과 실익이 없을 것이다.[76] 예를 들어, 생명권, 인격권, 신체불가침권, 사생활 자유와 비밀 등은 별도의 구체적 행위, 객관적·외부적으로 확인되는 행위 등이 요구되거나 또는 그러한 행위가능성의 보호를 주된 목적과 내용으로 하는 개별기본권이 아니고, 그 자체로 생명, 인격, 신체, 사생활이라는 중요한 법익·상태·상황의 보호를 주된 목적과 내용으로 한다. 이에 기본권 주체에게 이른바, 생명의 행사, 인격의 행사, 신체의 행사, 사생활의 행사 등이 특별히 필요하거나 별도의 구체적 행위가 요구되지 않으며, 이러한 행위 또는 행위가능성의 보호를 주된 목적과 내용으로 하지 않는다. 이렇듯 이러한 개별기본권의 보장을 위해 반드시 구체적인 기본권 행사가 별도로 필요하거나 특별히 요구되지 않으므로, 그 행사를 위해 정신적·신체적 능력 또한 필요하거나 요구되지 않는다.

---

74) 참고로, 헌법이 일정 '연령'을 언급하는 규정례는 헌법 제67조 제4항이다. 즉 "대통령으로 선거될 수 있는 자는 국회의원의 피선거권이 있고 선거일 현재 40세에 달하여야 한다."

75) "우리 헌법이 선거의 기본원칙 중 하나로 채택하고 있는 보통선거제도는 일정한 연령에 이르지 못한 국민에 대하여 선거권을 제한하는 것을 당연한 전제로 삼고 있다. 그런데 헌법은 제24조에서 모든 국민은 '법률이 정하는 바'에 의하여 선거권을 가진다고만 규정함으로써 선거권연령의 구분을 입법자에게 위임하고 있다. 이와 같이 선거권연령의 구분이 입법자의 몫이라 하여도, 선거권연령에 이르지 못한 국민들의 선거권이 제한되고 그들과 선거권연령 이상의 국민들 사이에 차별취급이 발생하므로, 이에 관한 입법은 국민의 기본권을 보장하여야 한다는 헌법의 기본이념과 연령에 의한 선거권제한을 인정하는 보통선거제도의 취지에 따라 합리적인 이유와 근거에 터 잡아 합목적적으로 이루어져야 할 것이며, 그렇지 아니한 자의적 입법은 헌법상 허용될 수 없는 것이다." 헌재 2021. 9. 30. 2018헌마300 결정.

76) 이와 관련하여 특히, 한수웅, 앞의 책(주 12), 390쪽, 394쪽.

이어서 적극적 자유와 소극적 자유를 살펴볼 필요가 있다. 주지하는 바와 같이, 일반적으로 한 개인이 적극적으로 일정한 행위를 할(작위) 자유의 보장과 마찬가지로, 소극적으로 일정한 행위를 하지 않을(부작위) 자유 또한 보장된다. 그러나 이러한 적극적 자유와 소극적 자유는 모든 기본권과 관련되기 보다는, 기본권 주체의 구체적 행위 및 그 가능성의 보장을 주된 목적과 내용으로 하는 기본권과 보다 관련된다. 즉 적극적 자유와 소극적 자유는 그 개념본질적·개념내재적으로 한 개인의 행위를 전제하고 행위가능성과 관련되므로, 적극적 자유와 소극적 자유가 적용되는 개별기본권, 또는 적극적 자유의 보호영역과 함께 소극적 자유의 보호영역이 성립되는 개별기본권은 기본권 주체의 구체적 행위 및 그 가능성의 보장을 주된 목적과 내용으로 하는 개별기본권과 관련된다.[77]

이러한 적극적 자유와 소극적 자유의 기본적 개념에 대한 이해는 앞서 살펴본 기본권행사능력 관련 내용과 함께 이해할 필요가 있다. 즉 예를 들어, 생명권, 인격권 신체불가침권, 사생활의 자유와 비밀 등의 개별기본권은 그 자체로 특정 법익·상태·상황의 보호를 주된 목적과 내용으로 하는 개별기본권이고, 구체적인 기본권 행사가 별도로 필요하거나 특별히 요구되는 기본권도 아니고, 그러한 구체적인 기본권 행사가 성립·존재하지 않는다. 따라서 이러한 개별기본권에 적극적 자유와 소극적 자유의 개념을 대입하여 논의하거나 구체적 보호영역을 구성하는 시도는 실익이 없고, 적극적 자유와 소극적 자유의 내용이 적용되거나 그 보호영역이 성립되기 어렵다. 따라서 이른바, 죽을 권리, 자살할 권리, 살지 않을 권리, 비인격적일 권리, 인격을 모독할 권리, 신체를 훼손할 권리, 자해할 권리, 사생활 노출할 권리 등은 특히 소극적 자유 개념의 단순 대입·적용을 통한 기본권화와 보호영역 성립의 시도로, 이는 이론적·실무적으로 가능하지 않고, 또한 이를 일반적인 개별기본권으로 격상하여 성립·인정 및 보장해야 할 필요성과 이유에 그리 설득력이 없다.

---

77) 이와 관련하여 특히, 이세주, “결사의 자유 보호영역과 위헌심사의 내용 및 기준에 대한 비판적 검토”, 「헌법학연구」 제27권 제4호, 2021, 247쪽; 한수웅, 앞의 책(주 12), 390쪽. 이와 비교하여, 양건, 앞의 책(주 12), 268쪽; 이준일, 앞의 책(주 12), 307쪽 등 참조.

따라서 헌법재판소가 관련 결정에서 설명하듯,[78] 이른바 생명단축·죽음에 대한 자기결정권 또는 죽을 권리 등이 헌법을 근거로 보장해야 할 권리, 즉 독자적인 개별기본권으로 헌법적 권리화(기본권화)에 대한 성립·인정의 필요성과 가능성에 대해서는 좀 더 세심한 검토가 필요하다고 여겨진다.[79] 이는 헌법이 추구하는 인간존엄성과 그 중핵인 생명·생명권 보장의 의미와 성격 그리고 그 보장의 실현 등에 있어서 의도치 않은 오해가 발생할 수 있다. 또한 적극적 자유에 대한 단순한 반대 개념과 내용이 소극적 자유의 의미와 내용이라는 불필요한 오해를 불러올 수 있다. 더욱이 헌법재판소도 생명권의 주체라고 할지라도 원칙적으로 "자신의 생명을 임의로 처분하는 것은 정당화 될 수 없다"고 말한다.[80] 특히 생명·생명권의 헌법적 인정 및 보장 그리고 생명·생명권의 헌법적 부정 및 제한이 상호 동일한 의미와 위상을 갖고 동일층위에서 논의될 수 있는 내용으로 이해되는 점에 대해서는 더욱 주의가 필요하다. 즉 독자적인 개별기본권으로의 성립·인정을 통해 동일 위상과 층위에서 생명·생명권의 제한에 대한 정당성을 논증하는 점에는 더욱 주의가 필요하다. 생명·생명권과 관련한 여러 사례가 여전히 사회적·법적으로 중요한 화두로 다루어지듯, 인간존엄성 보장의 중핵으로서의

---

78) "죽음에 임박한 환자에게 연명치료는 생명과 직결된 치료행위라 할 것이므로 이를 중단하는 것은 조금이라도 그의 사망 시기를 앞당겨 생명단축을 초래한다 할 것이다. 따라서 죽음에 임박한 환자의 연명치료 중단에 관한 자기결정은 생명단축과 관련된 결정이므로 이를 기본권으로 인정하는 것은 필연적으로 생명권 보호에 관한 헌법적 가치질서와 충돌하는 문제를 야기한다. …… 이와 같이 '연명치료 중단, 즉 생명단축에 관한 자기결정'은 '생명권 보호'의 헌법적 가치와 충돌하므로 '연명치료 중단에 관한 자기결정권'의 인정 여부가 문제되는 '죽음에 임박한 환자'란 '의학적으로 환자가 의식의 회복가능성이 없고 생명과 관련된 중요한 생체기능의 상실을 회복할 수 없으며 환자의 신체상태에 비추어 짧은 시간 내에 사망에 이를 수 있음이 명백한 경우', 즉 '회복 불가능한 사망의 단계'에 이른 경우를 의미한다 할 것이다. …… 그렇다면 환자가 장차 죽음에 임박한 상태에 이를 경우에 대비하여 미리 의료인 등에게 연명치료 거부 또는 중단에 관한 의사를 밝히는 등의 방법으로 죽음에 임박한 상태에서 인간으로서의 존엄과 가치를 지키기 위하여 연명치료의 거부 또는 중단을 결정할 수 있다 할 것이고, 위 결정은 헌법상 기본권인 자기결정권의 한 내용으로서 보장된다 할 것이다." 헌재 2009. 11. 26. 2008헌마385 결정.

79) 이러한 지적에 대해서는 특히, 한수웅, 앞의 책(주 12), 391쪽; 허영, 앞의 책(주 12), 353쪽. 또한 강태수, "자기위해행위의 제한에 관한 헌법적 고찰", 「경희법학」 제43권 제1호, 2008, 19~20쪽 참조.

80) 특히, 헌재 2009. 11. 26. 2008헌마385 결정.

의미, 내용, 위상을 갖는 생명·생명권에 대한 일체의 제한을 내용으로 하는 바에 대해서는 더욱 강한 헌법적 정당성을 충분히 갖춰야 할 것이다. 아울러, 물론 견해와 이해의 차이는 있겠으나, 앞서도 언급했지만 소극적 자유는 모든 기본권을 대상으로 한 단순히 적극적 자유의 반대 개념·내용이 아니라, 구체적 행위와 행위가능성의 보호·보장을 주된 목적과 내용으로 하는 개별기본권과 관련된다는 이해가 숙고되어야 할 것이다.

3. 생명·신체의 안전에 관한 권리에 대한 검토

생명·신체의 안전에 관한 권리는 생명권과 관련하여 기본권적 성격과 보장의 실현구조를 중심으로 살펴볼 필요가 있다. 즉 헌법적 근거, 보호영역, 기본권적 성격과 보장의 실현구조 그리고 개별기본권으로 도출·인정할 필요성·시의성 및 독자성·개별성 등의 검토와 더불어, 특히 생명권 등 다른 개별기본권과의 상호관계(포함·중첩·층위·경합관계 등) 및 국가의 기본권 보호의무 등에 대한 검토가 필요하다. 이에 대한 헌법재판소의 설명은 크게 세 가지로 나누어 볼 수 있다. 먼저, 헌법재판소는 관련 결정에서 ① 생명권은 생명·신체의 안전에 관한 권리에 포함되는 권리로 설명한다.[81] 해당 사건에서 그 제한의 위헌심사에 직접 관련되어 쟁점이 되는 주된 기본권은 생명·신체의 안전에 관한 권리이고, 생명권은 이에 포함되어 심사·판단되므로

81) “생명권은 이미 위 생명·신체의 안전에 관한 권리에 포함되어 있는 권리이므로 이에 대하여 별도로 판단할 필요가 없고, …… 인간다운 생활을 할 권리는 인간의 존엄에 상응하는 최소한의 물질적인 생활의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 권리를 의미하므로 국가의 국민에 대한 생명·신체 보호의무가 문제되는 이 사건에서는 별도로 판단하지 않기로 한다.” 헌재 2015. 4. 30. 2012헌마38 결정. “이 사건의 쟁점은 이 사건 시행령 별표 및 이 사건 고시에서 정한 방사능기준에 의한 보호조치가 국가의 기본권 보호의무를 위반함으로써 생명·신체의 안전과 같은 청구인들의 중요한 기본권을 침해하였는지 여부이다. 청구인들은 이 사건 시행령 별표로 인하여 생명권 및 건강권, 행복추구권, 소비자의 권리, 인간의 존엄과 가치 등이 침해되었다고 주장하나, 이 사건 시행령 별표는 방사선 피폭과 관련하여 일반 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기 위한 위험방지 조치로서 이에 대하여는 국가가 기본권 보호의무를 위반한 것인지가 문제되며, 국가의 기본권 보호의무 위배 여부와 관련된 범위에서 청구인들의 기본권 침해 여부가 판단되므로 이에 대해서는 별도로 판단하지 아니한다.” 헌재 2015. 10. 21. 2012헌마89·955(병합) 결정.

별도로 판단할 필요가 없다는 것이다. 그리고 생명·신체의 안전에 관한 권리의 보장을 위한 국가의 보호의무를 중점으로 한다.

이와 비교하여, 헌법재판소는 관련 결정에서 ② 생명·신체의 안전에 관한 권리를 생명권과 동일시한다.[82] 해당 사건에서 생명·신체의 안전에 관한 권리는 인간존엄성의 근간을 이루는 개별기본권으로 보고, 이러한 국민의 생명·신체 안전에 대한 국가의 보호의무의 충실한 이행 여부를 살피면서, 결국 국가의 국민의 생명권 보호의무 위반 여부를 쟁점으로 하였다. 특히 생명권 보호의무 위반 여부의 판단에서, 생명권이 아닌 생명·신체의 안전에 관한 권리를 언급하며 그 보호·보장을 위한 국가의 적극적 조치와 위험방지 의무 등을 강조한다. 이렇게 볼 때, 헌법재판소는 국민의 생명·신체의 안전에 대한 국가의 보호의무는 국민의 생명권에 대한 국가의 보호의무로 보는 바, 결국 국가의 기본권 보호의무의 대상인 해당 개별기본권으로서 생명·신체의 안전에 관한 권리와 생명권을 동일시하는 것으로 보인다. 이러한 두 가지 설명에서 보면, 헌법재판소가 생명·신체의 안전에 관한 권리는 생명권과 동일한 또는 유사한 기본권적 의미와 성격을 지니고 있다는 평가를 하는지에 대해서는 다소 의문이다.

이러한 설명과 달리, 헌법재판소는 관련 결정에서 ③ 생명·신체의 안전에 관한 권리를 보건권과 동일시 또는 포함되는 것으로 설명한다.[83] 해당

---

82) "다. 생명권 보호의무 위반 여부. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다(헌법 제10조). 생명·신체의 안전에 관한 권리는 인간의 존엄과 가치의 근간을 이루는 기본권이고, 국민의 생명·신체의 안전이 위협받거나 받게 될 우려가 있는 경우 국가는 그 위험의 원인과 정도에 따라 사회·경제적 여건과 재정사정 등을 감안하여 국민의 생명·신체의 안전을 보호하기에 필요한 적절하고 효율적인 입법·행정상의 조치를 취하여 그 침해의 위험을 방지하고 이를 유지할 포괄적 의무를 진다. 피청구인은 행정부의 수반으로서 국가가 국민의 생명과 신체의 안전 보호의무를 충실하게 이행할 수 있도록 권한을 행사하고 직책을 수행하여야 하는 의무를 부담한다. 하지만 국민의 생명이 위협받는 재난상황이 발생하였다고 하여 피청구인이 직접 구조 활동에 참여하여야 하는 등 구체적이고 특정한 행위의무까지 바로 발생한다고 보기는 어렵다. 세월호 참사로 많은 국민이 사망하였고 그에 대한 피청구인의 대응조치에 미흡하고 부적절한 면이 있었다고 하여 곧바로 피청구인이 생명권 보호의무를 위반하였다고 인정하기는 어렵다. 그 밖에 세월호 참사와 관련하여 피청구인이 생명권 보호의무를 위반하였다고 인정할 수 있는 자료가 없다." 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1 결정.

83) "이 사건의 쟁점은, 심판대상조항이 건강의 유지에 필요한 국가적 급부와 배려를 요구할 수 있는 국민의 권리에 대응하여, 국민의 보건을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 할

사건의 쟁점으로서 직접 관련되는 주된 기본권은 보건권이고, 생명·신체의 안전에 관한 권리는 보건권과 동일한 내용, 즉 "'생명·신체의 안전에 관한 권리'는 생명·신체의 안전을 보장받기 위하여 건강을 침해받지 아니하고 유지할 권리를 의미하는 것으로서 결국 보건권과 동일한 내용"으로 설명한다. 앞선 두 가지 경우와 비교해 보면, 생명·신체의 안전에 관한 권리의 성격과 실현구조는 기본적으로 국가의 적극적인 급부, 조치, 의무이행 등을 통한 보장의 실현으로 볼 수 있다. 이러한 생명·신체의 안전에 관한 권리의 기본적인 성격 및 실현구조와 더불어, 그 근거와 보호영역 그리고 다른 기본권과의 관계 등에 대한 이해에 다소 모호성을 보여준다.

이러한 여러 설명에서 볼 때, 생명·신체의 안전에 관한 권리, 즉 헌법재판소의 설명에 따르면,[84] 생명·신체의 안전을 보장받기 위하여 건강을 침해받지 아니하고 유지할 권리를 다른 개별기본권과 구별하여 새로운 독자적인 개별기본권으로 인정해야 할 필요성 및 구체적 보호영역에 대해서는 다소 의문이다. 주지하는 바와 같이, 헌법은 생명권과 신체불가침권 그리고 보건권과 건강권 등의 개별기본권을 보장하고, 또한 국가의 기본권 보호·보장 의무 및 재해예방과 재해 등의 위험으로부터 국민보호 의무 등을 규정하고 있다. 이를 통해 생명·신체의 안전에 관한 권리의 보호영역으로 설명되는 내용은 기본적으로 이에 포함될 수 있다고 여겨진다. 그리고 헌법재판소는 (헌법에 열거되지 않은) 새로운 개별기본권의 성립·인정을 위해, 기본적으로 특히 그 필요성과 보호영역의 명확성을 갖춰 구체적 기본권으로서의 실질에 부합해야 한다는 점을 강조하다.[85] 하지만 생명·신체의 안전에 관한

국가의 기본권 보호의무를 위반하였는지 여부이다. 청구인들은 그 밖에도 심판대상조항에 의하여 생명·신체의 안전에 관한 권리, 알권리, 자기결정권이 침해된다고 주장하고 있다. 그러나 위 각 기본권의 헌법적 의미, 법적 성격, 보호영역 등에 비추어 보면, 이 사건과 가장 직접적이고 밀접한 관련이 있는 기본권은 헌법 제36조 제3항의 보건권이고, 청구인들이 주장하는 '생명·신체의 안전에 관한 권리'는 생명·신체의 안전을 보장받기 위하여 건강을 침해받지 아니하고 유지할 권리를 의미하는 것으로서 결국 보건권과 동일한 내용이므로 별도로 판단하지 아니한다." 헌재 2018. 5. 31. 2015헌마1181 결정.

84) 특히, 헌재 2018. 5. 31. 2015헌마1181 결정.

85) 즉 기본권 인정의 필요성, 보호영역의 명확성, 실질적 권리성 등으로, 이에 대해서는 특히, "헌법에 열거되지 아니한 기본권을 새롭게 인정하려면, 그 필요성이 특별히 인정되고, 그 권리내용(보호영역)이 비교적 명확하여 구체적 기본권으로서의 실체 즉, 권리내용

권리의 성립·인정과 더불어, 그 구체적·개별적 고유한 보호영역의 구성 등에 대해서는 그 독자성과 개별성이 다소 뚜렷하지 않다. 그리고 생명·신체의 안전에 관한 권리를 일반적인 개별기본권으로 보장해야 할 필요성과 시의성 또한 분명치 않아 보인다. 즉 생명·신체의 안전에 관한 권리를 새로운 개별기본권으로 성립·인정을 시도한다면, 그 보호영역은 생명권, 신체불가침권, 보건권, 건강권의 보호영역과 구별이 보다 뚜렷하거나 새로워야 할 것이다. 이렇게 본다면, 생명·신체의 안전에 관한 권리는 기본적으로 국가의 적극적인 급부, 조치, 의무이행 등을 통한 보장이 실현되는 기본권적 성격을 지니므로, 특히 보건권과 건강권 그리고 국가의 국민·기본권 보호의무 등과의 구별에 있어서 고유성과 개별성을 지닐 필요가 있다. 이른바 '안전권'의 무가치성이나 무용론을 의미하는 것은 아니지만, 앞으로 개별기본권으로서 생명·신체의 안전에 관한 권리를 쟁점이 되는 주된 기본권으로 삼아, 본안판단에서 그 제한에 대한 위헌성 심사에 있어서는 다소 주의가 필요하다고 여겨진다.[86] 특히 생명·신체의 안전에 관한 권리의 기본적인 성격과 보장의 실현구조에 대한 설명에 대해서는 앞으로 좀 더 주목해 보아야 할 것이다.[87] 아울러, 기존의 관련 선례에 대한 단순 인용이나 참조 보다는, 보다 비판적인 시각에서 숙고할 필요성이 있다고 여겨진다.

을 규범 상대방에게 요구할 힘이 있고 그 실현이 방해되는 경우 재판에 의하여 그 실현을 보장받을 수 있는 구체적 권리로서의 실질에 부합하여야 할 것이다(헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369, 판례집 21-1하, 769, 775)." 헌재 2011. 8. 30. 2008헌마477 결정.

86) 참고로, 2018년에 국회와 대통령이 각각 제안한 헌법개정안은 '위험으로부터 안전할 권리'와 '안전하게 살 권리'를 신설하였다. 이는 기본적으로 모든 위험과 폭력 등으로부터 안전할 권리와 더불어, 재해 및 그 피해와 위험 등으로부터 안전할 권리를 의미하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 '위험'은 구체적으로 어떠한 유형과 내용인지와 더불어, 이러한 개별기본권으로서 이른바 '안전권'의 기본권적 성격, 보호영역, 보장의 실현구조, 다른 기본권과의 관계 등에 대해서는 앞으로 계속 살펴볼 필요가 있다.

국회헌법개정 특별위원회 자문위원회 보고서	제13조 ① 모든 사람은 위험으로부터 안전할 권리를 가진다. ② 국가는 재해 및 모든 형태의 폭력에 의한 피해를 예방하고, 그 위험으로부터 사람을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.
대통령, 대한민국 헌법개정안	제37조 ① 모든 국민은 안전하게 살 권리를 가진다. ② 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 사람을 보호해야 한다.

87) 참고로, 유럽연합 주요 국가 헌법의 안전권 관련 규정을 간략히 살펴보면 다음과 같다.

4. 인격권에 대한 검토

인격권과 관련하여, 특히 인격권의 구체적인 헌법적 근거와 보호영역에 대해 살펴볼 필요가 있다.[88] 먼저, 앞서도 설명했지만 인격권의 헌법적 근거에 대해 단순히 헌법 제10조로 언급하는 것은 그리 적절치 않다. 그리고 인격권의 헌법적 근거를 단순히 헌법 제10조 제1문이라 할 수도 있겠으나, 좀 더 엄밀히 살펴보면 인간존엄성과 행복추구권은 동일한 의미, 성격, 위상으로 볼 수 없고, 일반적·대표적으로 행복추구권은 보충적 기본권의 성격[89] 또는 포괄적 자유권의 성격이므로,[90] 인간존엄성 보장에 가장 중요하고 필

스페인 헌법	제17조 ① 모든 국민은 자유 및 안전에 대한 권리를 가진다. 누구도 이 조의 정하는 바에 따라 법률이 규정하는 경우와 형식에 의하지 아니하고는 그 자유를 박탈당하지 아니한다.
포르투갈 헌법	제27조 (자유와 안전에 대한 권리) ① 모든 국민은 자유와 안전에 대한 권리를 가진다.
핀란드 헌법	제7조 (생명, 개인적 자유, 완전성에 관한 권리) 누구나 생명, 개인적 자유, 완전성, 안전에 관한 권리가 있다. (중략)
헝가리 헌법	제55조 ① 헝가리공화국에서는 누구든지 자유와 개인의 안전에 대한 권리를 가진다. 법률에 명시된 근거와 절차에 따르지 않고는 누구도 자신의 자유를 박탈당하지 아니한다.

88) 참고로, 앞서 생명권과 안전권을 2018년에 국회와 대통령이 각각 제안한 헌법개정안에서 규정한 것과 비교하여, 인격권에 대해서는 별도로 규정하지 않았다. 또한 참고로, 유럽연합 주요 국가 헌법의 인격권 관련 규정을 간략히 살펴보면 다음과 같다.

그리스 헌법	제5조 (인격의 자유로운 개발) ① 모든 사람은 다른 사람의 권리를 침해하지 않거나 헌법과 올바른 관습을 위반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유롭게 개발하고 국가의 사회, 경제 및 정치 활동에 참여할 권리를 갖는다.
독일 기본법	제2조 ① 누구든지 다른 사람의 권리를 침해하거나 헌법질서 또는 도덕률에 반하지 않는 한 자기의 인격을 자유로이 실현할 권리를 가진다.
스위스 헌법	제10조 (생명 및 인격적 자유의 권리) ② 모든 인간은 인격적 자유, 신체적·정신적 불가침 및 행동의 자유의 권리를 가진다.
스페인 헌법	제10조 ① 인간의 존엄, 인간의 고유한 불가침의 권리, 인격의 자유로운 발현, 법의 존중 및 타인의 권리 존중은 정치질서 및 사회평화의 기본이다.

89) 비교적 최근의 결정으로, “행복추구권은 다른 개별적 기본권이 적용되지 않는 경우에 한하여 보충적으로 적용되는 기본권이므로, 선거운동의 자유의 침해 여부를 판단하는 이상 별도로 행복추구권 침해 여부는 판단하지 아니한다.” 헌재 2021. 2. 25. 2018헌바223 결정. “행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니고 있으므로, 직업수행의 자유 침해 여부를 판단하는 이상, 행복추구권의 침해 여부를 독자적으로 판단하지 않는다.” 헌재 2021. 9. 30. 2019헌마551 결정. 이와 같은 취지로, 헌재 2021. 7. 15. 2018헌마279 등(병합) 결정; 2021. 8. 31. 2018헌바149 결정; 2021. 10. 28. 2018헌마60 결정; 2022. 5. 26. 2021헌마619 결정 등.

수적인 요소와 내용인 인격권의 헌법적 근거로 행복추구권까지 언급하는 것은 적절치 않다. 이러한 이해를 바탕으로 볼 때, 인격권의 구체적인 헌법적 근거에 대한 헌법재판소의 설명은 여전히 일정하지 않은 것으로 보인다.[91] 즉 헌법재판소는 기본적으로 헌법 제10조에서 도출되는 개별기본권으로서 인격권을 인정하지만, 그 헌법적 근거가 단순히 '헌법 제10조'인지, 헌법 제10조 제1문 '인간의 존엄과 가치와 행복추구권'인지, 헌법 제10조 제1문 '인간의 존엄과 가치'인지 등에 대해서 다소 불분명하다.

인격권의 헌법적 근거에 대한 헌법재판소의 설명은 기본적으로 세 가지, 경우에 따라서는 네 가지로 나누어 볼 수 있다. 먼저, 인격권의 헌법적 근거를 ① 단순히 '헌법 제10조'로 보는 경우이다.[92] 이는 헌법 제10조 제1

---

90) 비교적 최근의 결정으로, "행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적 의미의 자유권이다." 헌재 2018. 7. 26. 2016헌마930 결정. "행복추구권은 국민이 행복을 추구하기 위하여 필요한 급부를 국가에게 적극적으로 요구할 수 있는 것을 내용으로 하는 것이 아니라, 국민이 행복을 추구하기 위한 활동을 국가권력의 간섭 없이 자유롭게 할 수 있다는 포괄적인 의미의 자유권으로서의 성격을 가진다." 헌재 2019. 9. 26. 2018헌마315 결정; 2019. 9. 26. 2017헌마632 결정; 2019. 12. 27. 2017헌마1299 결정. "헌법 제10조의 행복추구권은 포괄적인 자유권으로서 다른 구체적인 개별 기본권이 없을 경우에 보충적으로 적용될 수 있는 기본권에 불과한바, 재판청구권의 침해 여부를 판단하는 이상 별도로 판단하지 아니한다." 헌재 2020. 3. 26. 2018헌바202 결정. 이와 같은 취지로, 헌재 2018. 8. 30. 2017헌바197 등(병합) 결정 등.

91) 이와 관련하여 예를 들어, 방승주, 앞의 책(주 12), 346쪽 참조.

92) "헌법 제10조에 의해 보장되는 인격권" 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546 결정; 2018. 5. 31. 2016헌마191 등(병합) 결정; 2018. 6. 28. 2017헌마181 결정. "헌법 제10조에서 보장하는 개인의 인격권" 헌재 2001. 10. 25. 2000헌바60 결정. "헌법 제10조로부터 유래하는 인격권" 헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82 등(병합) 결정; 2012. 12. 27. 2011헌바89 결정; 2013. 10. 24. 2011헌바106·107(병합) 결정; 2015. 12. 23. 2013헌가9 결정; 2018. 7. 26. 2016헌마1029 결정. "헌법 제10조에서 유래하는 일반적 인격권" 헌재 2016. 5. 26. 2014헌바68·164(병합) 결정. "헌법 제10조가 보장하는 개인의 일반적 인격권" 헌재 2021. 2. 25. 2016헌바84 결정. "헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310; 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 642 등 참조)" 헌재 2008. 7. 31. 2004헌마1010 등(병합) 결정; 2010. 5. 27. 2005헌마346 결정; 2013. 6. 27. 2012헌바37 결정; 2014. 3. 27. 2012헌마652 결정; 2014. 6. 26. 2012헌마757 결정; 2018. 5. 31. 2016헌마626 결정; 2018. 8. 30. 2014헌마843 결정; 2021. 5. 27. 2019헌마321 결정; 2022. 3. 31. 2019헌바520 결정. 이와 더불어 헌재 1999. 6. 24. 97헌마265 결정; 2005. 10. 27. 2002헌마425 결정; 2005. 10. 27. 2004헌바37 결정; 2008. 11. 27. 2008헌마517 결정; 2009. 9. 24. 2006헌마1298 결정; 2010. 11. 25. 2009헌마146 결정; 2010. 11. 25. 2009헌마147 결정; 2012. 5. 31. 2010헌마88 결정 등 참조.

문과 제2문을 포함한 인간존엄성과 행복추구권 및 기본권 보장의무를 헌법적 근거로 이해할 수 있을 것이다. 하지만 앞서 검토했듯이, 헌법 제10조 제2문은 기본권의 직접적 근거가 되기 어려우므로, 결국 헌법 제10조 제1문을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 이와 더불어, 헌법재판소는 이른바 '반민규명법'과 관련한 '2006헌마1298 결정'에서 '사자(死者)의 인격권'과 그 '후손의 인격권'도 헌법 제10조에서 유래하는 인격권으로 보고 있고,[93] 이러한 기본적인 이해와 설명은 이후에도 계속된다.[94]

이어서 인격권의 헌법적 근거를 ② 헌법 제10조 제1문 '인간의 존엄과 가치와 행복추구권'으로 보는 경우이다.[95] 헌법재판소의 이러한 명시적 언급은 앞서 헌법 제10조를 언급하는 경우와 비교되지만, 이 두 경우 모두 결국 헌법 제10조 제1문 인간존엄성과 행복추구권을 인격권의 헌법적 근거로 본다는 점에서 동일하다. 이와 더불어, 헌법재판소는 특히 개인정보자기결정권 관련 여러 결정에서,[96] 인격권의 헌법적 근거를 일반적으로 헌법 제10조 제1문으로 설명한다.[97] 그리고 헌법재판소는 특히 '아동의 인격권' 또는

93) 특히, 헌재 2009. 9. 24. 2006헌마1298 결정.

94) 예를 들어, 헌재 2010. 10. 28. 2007헌가23 결정; 2011. 3. 31. 2008헌바111 결정; 2013. 5. 30. 2012헌바19 결정.

95) "인격권은 인간의 존엄성 및 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조에 의하여 보호되는바," 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등(병합) 결정; 2009. 10. 29. 2008헌마454 결정; 2009. 10. 29. 2008헌마635 결정. 또한 헌재 1997. 3. 27. 95헌가14 등(병합) 결정; 2005. 12. 22. 2003헌가5·6(병합) 결정 참조. "헌법 제10조는 모든 기본권 보장의 종국적 목적이자 기본이념이라 할 수 있는 인간의 본질적이고 고유한 가치인 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권으로부터 유래하는 인격권을 보장하고 있고," 헌재 2006. 6. 29. 2004헌마826 결정.

96) 비교적 최근의 결정으로, "개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다." 헌재 2021. 6. 24. 2018헌가2 결정; 2022. 7. 21. 2016헌마388 등(병합) 결정.

97) "헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권" 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513 등(병합) 결정; 2009. 10. 29. 2008헌마257 결정; 2010. 5. 27. 2008헌마663 결정. 또는 "인간의 존엄과 가치, 행복추구권을 규정한 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권" 헌재 2005. 7. 21. 2003헌마282·425(병합) 결정; 2014. 8. 28. 2011헌마28 등(병합) 결정; 2015. 7. 30. 2014헌마340 등(병합) 결정; 2016. 2. 25. 2013헌마830 결정; 2016. 3. 31. 2014헌마785 결정; 2016. 3. 31. 2015헌마688 결정; 2016. 4. 28. 2012헌마630 결정; 2017. 5. 25. 2016헌마786 결정; 2017. 10. 26. 2016헌마656

'아동과 청소년의 인격권'의 헌법적 근거를 일반적으로 헌법 제10조 제1문으로 설명한다.[98]

이와 비교하여, 인격권의 헌법적 근거를 ③ 헌법 제10조 제1문 '인간의 존엄과 가치(인간존엄성)'로 보는 경우가 있다.[99] 아울러, 이러한 관련 결정에서 헌법재판소는 헌법 제10조가 특히 "인격권과 행복추구권"을 보장한다고 명시적으로 언급하며 설명한다.[100] 이처럼, 인간의 존엄과 가치가 아닌

결정; 2017. 12. 28. 2015헌마994 결정; 2019. 9. 26. 2017헌마1209 결정; 2020. 3. 26. 2018헌마77 등(병합) 결정; 2020. 5. 27. 2017헌마1326 결정; 2020. 6. 25. 2019헌마699 결정; 2020. 12. 23. 2017헌마416 결정; 2021. 6. 24. 2018헌가2 결정. 이와 같은 취지로, 헌재 2009. 9. 24. 2007헌마1092 결정; 2012. 12. 27. 2010헌마153 결정; 2015. 6. 25. 2014헌마463 결정; 2016. 6. 30. 2015헌마924 결정; 2017. 7. 27. 2015헌마1094 결정; 2017. 12. 28. 2016헌마1124 결정; 2018. 6. 28. 2012헌마191 등(병합) 결정; 2018. 6. 28. 2012헌마538 결정; 2020. 8. 28. 2018헌마927 결정; 2020. 11. 26. 2016헌마738 결정 등. 또한 헌재 2016. 4. 28. 2012헌마549 등(병합) 결정(재판관 5인의 인용의견) 등 참조.

98) "아동과 청소년은 인격의 발전을 위하여 어느 정도 부모와 학교 교사 등의 지도를 필요로 하는 아직 성숙하지 못한 인격체이지만, 부모와 국가에 의한 단순한 보호의 대상이 아닌 독자적인 인격체이다. 이들의 인격권은 성인과 마찬가지로 인간의 존엄성 및 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조에 의하여 보호된다." 헌재 2016. 5. 26. 2014헌마374 결정. "초중등학교 재학 중인 학생은 아직 성숙하지 못한 인격체이긴 하지만, 부모와 국가에 의한 교육의 단순한 대상이 아닌 독립적인 인격체이며, 그의 인격권은 성인과 마찬가지로 인간의 존엄성 및 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조에 의하여 보호되므로, 이들은 국가의 교육권한과 부모의 자녀교육권의 범주 내에서 자신의 교육에 관하여 스스로 결정할 권리를 가진다." 헌재 2016. 11. 24. 2012헌마854 결정. 또한 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등(병합) 결정; 2019. 4. 11. 2017헌바140·141(병합) 결정; 2022. 1. 27. 2019헌마583 결정(재판관 3인의 반대의견). 이와 더불어, 헌재 2015. 6. 25. 2013헌가17 등(병합) 결정(재판관 4인의 반대의견) 참조.

99) "헌법에서 보장된 인격의 존엄과 가치 및 그를 바탕으로 하는 인격권" 헌재 1991. 4. 1. 89헌마160 결정. "인간으로서의 존엄과 가치에서 유래하는 인격권" 헌재 1999. 5. 27. 97헌마137 등(병합) 결정; 2002. 7. 18. 2000헌마327 결정. "인간의 존엄성으로부터 개인의 일반적 인격권이 보장된다(헌재 1990. 9. 10. 89헌마82, 판례집 2, 306, 310; 1991. 9. 16. 89헌마165, 판례집 3, 518, 526-527)." 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14 결정. 비교적 최근이 결정으로 "헌법 제10조 제1문 …… 이 보호하는 인간의 존엄성으로부터 개인의 일반적 인격권이 보장된다. 일반적 인격권은 인간의 존엄성과 밀접한 연관관계를 보이는 자유로운 인격발현의 기본조건을 포괄적으로 보호하는데, 개인의 자기결정권은 일반적 인격권에서 파생된다(헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127)." 헌재 2019. 12. 27. 2018헌바130 결정; 2019. 12. 27. 2018헌바161 결정.

100) "헌법 제10조는 …… 모든 기본권을 보장의 종국적 목적(기본이념)이라 할 수 있는 인간의 본질이며 고유한 가치인 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다." 헌재 2015. 11. 26. 2012헌마940 결정. 또는 "헌법 제10조는 …… 개인의 인격권과 행복추구권을 보장하고 있다." 헌재 2019. 6. 28. 2018헌바128 결정. 이러한 헌법 제10조 "인격권과 행복

인격권과 행복추구권으로 언급하는 바, 이에 인격권의 헌법적 근거를 기본적으로 인간의 존엄과 가치로 보는 것으로 여겨진다. 하지만 헌법 제10조가 인격권과 행복추구권을 보장한다는 설명과 관련하여 검토해야 할 점이 있다. 즉 헌법재판소가 인간의 존엄과 가치를 인격권과 동일하다고 이해하는지, 혹은 인간의 존엄과 가치로부터 인격권이 도출된다고 이해하는지 다소 분명치 않다. 만일 인간의 존엄과 가치를 인격권과 동일한 것으로 이해한다면, 인격권이 개별기본권인 만큼 인간의 존엄과 가치를 개별기본권으로 이해하는 것으로 볼 수 있다. 하지만 앞서 살펴보았듯이, 헌법과 기본권이 추구하는 최고이념이 인간존엄성의 실질적 보장과 그 실현이므로, 인격권이 인간존엄성을 대체할 수 있는 동일한 정도의 의미, 성격, 내용을 갖는다고 보기는 어렵다. 그리고 "존엄한 인격권"으로 표현하더라도 이러한 존엄한 인격권이 인간의 존엄과 가치가 지닌 의미와 내용을 모두 포함하기에는 부족할 뿐만 아니라, 상호 동일한 의미, 성격, 위상을 갖는 것으로 이해하기 어렵다. 따라서 인간의 존엄과 가치로부터 인격권이 도출되며, 인간존엄성의 실질적 보장의 실현을 위한 주요 내용과 요소로 인격권을 이해하는 것이 보다 적절할 것이다.

마지막으로, 경우에 따라서는 인격권 또는 (이와 구별되는 것으로 보이는) 인격의 자유로운 발현권의 헌법적 근거를 ④ 헌법 제10조 제1문 '행복추구권'으로 보는 경우이다.[101] 이러한 관련 결정에서 헌법재판소는 헌법 제

추구권" 또는 "인격권 및 행복추구권"의 언급 및 그 제한의 위헌심사에 대해서는, 헌재 1990. 9. 10. 89헌마82 결정; 1997. 3. 27. 95헌가14 등(병합) 결정; 2005. 12. 22. 2003헌가5·6(병합) 결정; 2008. 10. 30. 2007헌가17 등(병합) 결정; 2009. 11. 26. 2008헌바58 등(병합) 결정; 2011. 2. 24. 2009헌마209 결정; 2012. 5. 31. 2009헌마553 결정; 2012. 5. 31. 2010헌바87 결정; 2012. 8. 23. 2010헌바402 결정; 2013. 8. 29. 2011헌마122 결정; 2013. 11. 5. 2013헌마667 결정; 2014. 7. 24. 2011헌바275 결정; 2014. 8. 28. 2012헌마623 결정; 2015. 2. 26. 2009헌바17 등(병합) 결정; 2015. 3. 26. 2012헌바357 결정; 2015. 4. 30. 2013헌마623 결정; 2015. 12. 23. 2013헌마712 결정; 2016. 3. 31. 2013헌가2 결정. 이와 더불어, 헌재 1997. 7. 16. 95헌가6 등(병합) 결정(재판관 5인의 단순위헌의견); 2008. 1. 17. 2006헌마1075 결정; 2017. 11. 30. 2016헌바38 결정 등 참조.

101) "행복추구권은 일반적인 행동의 자유와 인격의 자유로운 발현권을 포함하는데," 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등(병합) 결정. "헌법 제10조에 의하여 보장되는 행복추구권은 일반적인 행동의 자유와 인격의 자유로운 발현권을 포함하는바," 헌재 2012. 11. 29. 2011헌마827 결정. "헌법 제10조의 행복추구권은 일반적인 행동의 자유와 인격의 자유

10조 제1문이 인격권의 근거라고 언급하지만, '인격의 자유로운 발현권'의 헌법적 근거는 행복추구권으로 설명한다.[102] 이렇듯 인격의 자유로운 발현권의 헌법적 근거를 행복추구권으로 언급하는 몇몇 결정도 있지만, 인격권과 인격의 자유로운 발현권의 의미와 보호영역의 특정 및 구별 그리고 그러한 구별의 이론적·실무적 필요성과 유용성의 시각에서 볼 때, 의미 있는 구별 및 그 필요성은 그리 크지 않다고 여겨진다. 인격의 자유로운 발현권은 기본적으로 인격권의 의미와 내용에 포함되는 것으로 볼 수 있고, 인격권은 개인의 인격의 보호·보장뿐만 아니라 당사자의 자유로운 발현이 내포되어 있다고 할 것이다. 그리고 이것이 인격의 자유로운 행사의 권리로 이해하기도 다소 어렵다. 앞서도 언급했지만, 특히 헌법재판소가 '인격권'을 "인격의 형성·유지·표현을 보장받을 권리"로 설명하고 있는 바,[103] 이와 구별되는 '인격의 자유로운 발현권'의 독자적 의미와 내용이 다소 의문이다. 이에 인격권과 구별하여 인격의 자유로운 발현권의 성립·인정에 대한 이론적·실무적 필요성과 유용성에 대해서는 의문이며, 상호관계를 어떻게 설정하여 이해하는 것이 적절할지도 의문이다. 만약 인격의 자유로운 발현권을 인격권과 구별되는 일반적인 개별기본권으로 인정하더라도, 인격의 발현권이 아닌 인격의 자유로운 발현권이라 하여 굳이 '자유로운'의 형용으로 칭하는 바도 의문이다. 여러 문헌에서 인격의 자유로운 발현권을 일반적으로 개별기본권으로 언급하고 있고, 그 헌법적 근거를 행복추구권으로 설명하기도 하지만, 이에 대해서는 좀 더 비판적인 시각에서 검토하여 설명할 필요가 있다고 여겨진다. 이와 더불어, 헌법재판소는 인격권의 헌법적 근거를 일반적으로 헌법 제10조, 헌법 제10조 제1문 혹은 헌법 제10조 제1문 인간존엄성 등으로 보는 바, 이러한 헌법재판소의 설명을 통해 보더라도 인격권의 헌법적 근거

로운 발현권을 포함하는바," 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바140·141(병합) 결정. 이와 더불어, 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518 결정; 2010. 9. 30. 2009헌바201 결정 등 참조.

102) 특히, 비교적 초기의 결정인 '98헌가16' 결정은 "인격권은 인간의 존엄성 및 행복추구권을 보장하는 헌법 제10조에 의하여 보호되는바"라 하고, 동시에 "행복추구권은 일반적인 행동의 자유와 인격의 자유로운 발현권을 포함하는데"라고 설명한다. 인격권의 헌법적 근거와 인격권과 행복추구권의 관계에 대한 모호함이 다소 나타나는 것으로 보인다. 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등(병합) 결정.

103) 특히, 헌재 2016. 6. 30. 2015헌마916 결정.

를 행복추구권만으로 단정하여 이해하는 것은 적절치 않다고 여겨진다.

아울러, 인격권의 헌법적 근거를 직접 언급하는 헌법재판소의 결정과 비교하여, 그렇지 않은 결정도 있다. 즉 헌법재판소는 관련 결정에서 기본적으로 개별기본권으로서 인격권을 인정하지만, 그 헌법적 근거에 대한 구체적·명시적 언급이 없는 경우도 있다.[104] 더 나아가, 경우에 따라서는 인격권을 보충적 기본권(보충성)으로 보는 결정이 있다.[105] 즉 헌법재판소는 해당 사건에서 쟁점이 되는 주된 기본권의 제한에 대한 위헌성 심사를 하는 이상 보충적 기본권인 인격권의 제한에 대한 위헌성 심사는 별도로 판단하지 않는다. 이러한 결정 중, 특히 '2009헌마553' 결정을 살펴보면,[106] 참조한 선례로 '98헌마216' 결정을 언급하는데, 선례의 내용은 인간의 존엄과 가치는 헌법이념의 핵심으로 국가의 기본권 보장에 대한 헌법의 기본원리를 선언한 것이며, 이러한 기본권 보장은 1차적으로 개별기본권 규정을 매개로 해야 한다는 점을 설명한다. 이렇게 볼 때, 인간의 존엄과 가치는 행복추구권과 마찬가지로 보충적 기본권을 의미하는 것이라 할 수 없고, 헌법의 기본이념·기본원리를 의미하는 것으로 여겨진다. 이와 함께 참조한 선례로 언급한

---

104) 헌재 1991. 7. 22. 89헌가106 결정; 2001. 8. 30. 2000헌바36 결정; 2007. 10. 4. 2006헌마364 등(병합) 결정; 2011. 2. 24. 2009헌마209 결정; 2011. 11. 24. 2009헌바292 결정; 2012. 8. 23. 2009헌가27 결정; 2013. 12. 26. 2009헌마747 결정; 2015. 5. 28. 2011헌마731 결정; 2015. 7. 30. 2013헌가8 결정; 2015. 9. 24. 2015헌바35 결정; 2016. 2. 25. 2013헌바105 등(병합) 결정; 2017. 6. 29. 2015헌바243 결정; 2017. 11. 30. 2016헌바38 결정; 2018. 4. 6. 2018헌사242 등(병합) 결정; 2019. 11. 28. 2017헌바182 등(병합) 결정; 2021. 2. 25. 2017헌마1113 등(병합) 결정; 2021. 3. 25. 2015헌바438 등(병합) 결정. 이와 더불어, 헌재 2015. 4. 30. 2013헌마623 결정; 2020. 3. 26. 2018헌마77 등(병합) 결정; 2021. 1. 28. 2019헌가24 등(병합) 결정 등 참조.

105) 즉 "인격권은 헌법 제10조로부터 도출되는 인간의 본질과 고유한 가치에 관한 기본권으로서 개별 기본권에 대하여 보충성을 가지고(헌재 2000. 6. 1. 98헌마216, 판례집 12-1, 622, 648; 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103, 112 등 참조), 행복추구권 역시 포괄적 자유권적 기본권으로서 보충적 기본권에 불과하므로(헌재 2011. 5. 26. 2010헌마183, 공보 176, 836 등 참조), 청구인 주장 자체에 의하더라도 위와 같은 기본권들이 제한된다고 보기는 어렵다." 헌재 2012. 5. 31. 2009헌마553 결정. "인격권과 행복추구권은 다른 기본권에 대한 보충적 기본권으로서의 성격을 지니므로(헌재 2012. 5. 31. 2009헌마553, 판례집 24-1하, 529, 539 등 참조), 아래에서 보는 바와 같이 주된 기본권인 재판청구권 등의 침해 여부를 판단하는 이상 이를 별도로 판단하지 아니한다." 헌재 2013. 8. 29. 2011헌마122 결정.

106) 헌재 2012. 5. 31. 2009헌마553 결정.

‘2000헌마546’ 결정의 내용을 살펴보면, 이 사건에서 직접 문제되는 개별기본권인 인격권의 침해 여부를 검토하였으며, 결국 관련 공권력 행사가 인격권을 침해하지 않는다고 결정하였다. 이렇게 볼 때, 인간의 존엄과 가치가 보충적 기본권이라는 의미가 아닌, 일반적인 개별기본권으로서 인격권의 제한에 대한 위헌성 심사를 하였다. 따라서 인격권이 보충적 기본권의 성격을 갖는다는 설명과 선례 제시는 다소 적절치 않아 보인다. 게다가 인격권이 기본적으로 보충적 기본권의 성격을 갖는다면, 이는 보호영역의 성격과도 관련을 갖는다. 앞서 살펴본 인격권의 보호영역이 단순히 행복추구권과 같은 보충적 기본권의 보호영역과 동일한 성격으로 평가되는 것은 적절치 않을 것이다. 이에 인격권은 보충적 기본권의 성격과 의미를 갖는다는 설명이 계속될지에 대해서는 좀 더 지켜볼 필요가 있다.

이처럼 인격권의 헌법적 근거에 대한 헌법재판소의 설명은 다소 일정하지 않은 것으로 보인다. 인간의 존엄과 가치와 행복추구권은 비록 헌법 제10조 제1문에 병렬적으로 규정되어 있지만, 동일한 의미, 성격, 위상을 갖는다고 할 수 없으며, 실제 동일한 의미와 내용을 지니고 있지 않다. 이에 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 인격권을 단순히 형식적인 규정 형태만을 이유로 행복추구권과 같이 보충적 기본권으로 이해하는 것은 타당하지 않다. 게다가 인격권과 행복추구권의 제한에 대한 실질적인 위헌심사의 기준과 강도에 있어서 항상 동일한 위헌심사의 기준과 강도가 적용될 수 없고, 실제로도 언제나 동일하게 적용되지 않는다.

이러한 이해와 시각을 바탕으로 헌법재판소의 주요 결정을 좀 더 면밀히 살펴보면, 헌법재판소가 강조하듯 헌법질서 또는 기본권질서 내에서 인간존엄성과 인격발현이 최고의 가치라는 점은 쉽게 이해할 수 있다. 하지만 인간존엄성과 인격권·인격발현을 동일한 의미와 위상을 지니는 헌법상 최고의 가치로 보아 이 둘을 병렬적으로 설명하는 결정도 있고, 이와 달리 인간존엄성 보장을 위해 인격발현을 헌법상 최고의 가치로 보는 결정도 있다.[107] 앞서 살펴본 바와 마찬가지로, 인간존엄성과 인격권이 동일한 위상

107) 이에 대한 주요 내용은 앞의 각주 38)에서 소개한 바 있다.

과 의미를 지닌 것으로 이해하는 것은 그리 바람직하지 않다고 여겨진다.

5. 명예권에 대한 검토

명예권과 관련하여, 특히 명예권의 헌법적 근거 및 인격권과의 상호관계를 통한 보호영역에 대한 검토가 필요하다. 헌법재판소는 관련 결정에서 기본적으로 헌법 제10조에서 도출되는 명예권을 인정하지만, 헌법적 근거에 대한 설명은 다소 일정하지 않은 듯하다. 이와 더불어, 특히 인격권과 명예권의 의미와 보호영역의 구별 그리고 기본적 상호관계 등에 대해서는 다소 상반되는 설명이 있는 바, 이에 대해 살펴볼 필요가 있다. 먼저, 명예권의 헌법적 근거에 대한 헌법재판소의 설명은 기본적으로 세 가지로 나누어 볼 수 있고, 이에는 명예권과 인격권의 관계에 대한 검토가 수반된다. 즉 헌법재판소는 관련 결정에서 명예권(명예에 관한 권리)은 인격권에 포함된다고 설명하지만, 명예권과 인격권을 동일시하는 설명도 있으며, 헌법 제10조 제1문 '인간의 존엄과 가치 및 행복추구권'을 명예권의 헌법적 근거로 설명한다.[108]

좀 더 구체적으로 살펴보면, 명예권의 헌법적 근거로 헌법재판소는 일반적으로 헌법 제10조를 언급한다. 즉 헌법재판소는 ① 우선 헌법 제10조를 인격권의 헌법적 근거로 설명하고, 이러한 인격권에 명예권(명예에 관한 권리)이 포함된다고 하여, 명예권의 헌법적 근거 및 인격권과 명예권 간의 기본적인 상호관계를 설명한다.[109] 이러한 결정 중, 이른바 '반민규명법'과 관련한 '2006헌마1298' 결정에서 헌법재판소는 "인격권(명예권)"이라고 하여,

---

108) 참고로, 앞서 인격권의 헌법적 근거에 대해 검토했지만, 인격권의 헌법적 근거의 불분명함은 명예권의 헌법적 근거에 까지 이어진다.

109) "헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 개인의 명예에 관한 권리도 포함된다(헌재 1999. 6. 24. 97헌마265, 판례집 11-1, 768, 774; 헌재 2005. 10. 27. 2002헌마425, 판례집 17-2, 311, 319)." 헌재 2009. 9. 24. 2006헌마1298 결정; 2008. 11. 27. 2008헌마517 결정; 2010. 10. 28. 2007헌가23 결정; 2010. 11. 25. 2009헌마146 결정; 2010. 11. 25. 2009헌마147 결정; 2011. 3. 31. 2008헌바111 결정; 2013. 5. 30. 2012헌바19 결정; 2013. 6. 27. 2012헌바37 결정; 2014. 6. 26. 2012헌마757 결정; 2018. 5. 31. 2016헌마626 결정; 2018. 7. 26. 2016헌마1029 결정; 2021. 5. 27. 2019헌마321 결정; 2022. 3. 31. 2019헌바520 결정. 이와 같은 취지로, 헌재 2005. 10. 27. 2004헌바37 결정; 2017. 6. 29. 2015헌바243 결정 등. 이와 더불어, 헌재 2018. 8. 30. 2017헌바158 결정 참조.

인격권이 명예권을 의미하는 듯한 설명을 보여준다.[110] 그리고 사회적 명예와 평가, 명예의 훼손, 명예의 수호·회복 등의 설명에서 볼 때, 명예는 인격권의 주요 내용·요소를 의미하는 듯한 설명을 또한 보여준다. 이러한 설명으로 볼 때, 인격권과 명예권 간의 상호관계 그리고 헌법적 근거에 대한 이해에 다소 의문을 야기한다. 이 결정에서 "명예에 관한 권리" 또는 '명예권'을 위헌심사에 직접 관련되는 주된 개별기본권으로 볼 수도 있겠으나, 헌법재판소는 결국 인격권 제한에 대한 위헌심사를 하였다. 이와 마찬가지로 이른바 '반민규명법'과 관련한 그 이후의 '2008헌바111' 결정과 '2012헌바19' 결정에서 헌법재판소는 명예권 보다는 인격권 제한에 대한 위헌성을 판단하였다.[111] 즉 헌법재판소가 설명하듯 명예는 기본적으로 사람이나 그 인격에 대한 사회적 평가를 의미하는데, 이러한 사회적 평가의 침해는 인격권 제한으로 설명하면서, 결국 인격권 제한에 대한 위헌성을 판단하였다. 이러한 설명 및 심사구도와 마찬가지로, '2014헌바68·164(병합)' 결정에서 성범죄자의 신상정보의 고지로 인해 당사자의 사회적 평가가 침해되는 점을 설명하면서, 이는 일반적 인격권의 제한으로 설명한다.[112] 그리고 '2016헌마1029' 결정에서는 해당 사건에서 문제되는 징계결정 공개조항이 인격권에 포함되는 명예권의 제한에 대해 설명하면서, 결국 해당 사건에 직접 관련되는 주된 기본권인 인격권 제한에 대한 위헌심사를 하였다.[113]

이와 비교하여, 이른바 '제주4·3사건 특별법'과 관련한 '2009헌마146' 결정과 '2009헌마147' 결정에서 헌법재판소는 인격권 보다는 "명예권"을 언급하면서 그 침해에 대한 자기관련성 관련 판단을 하였다.[114] 이와 더불어, 이

110) 헌재 2009. 9. 24. 2006헌마1298 결정.

111) 헌재 2011. 3. 31. 2008헌바111 결정; 2013. 5. 30. 2012헌바19 결정.

112) "아동·청소년 대상 성폭력범죄자의 신상정보가 고지되면, 고지대상자의 사회적 평가가 침해되어 헌법 제10조에서 유래하는 일반적 인격권이 제한된다." 헌재 2016. 5. 26. 2014헌바68·164(병합) 결정.

113) "징계결정 공개조항은 헌법 제10조에서 유래하는 일반적 인격권과 이에 포함되는 명예권 및 직업수행의 자유, 행복추구권을 제한한다. …… 이 사건에서 징계결정 공개조항과 가장 밀접하게 관련되고 가장 침해 정도가 큰 기본권은 일반적 인격권이므로 이를 중심으로 과잉금지원칙위반 여부를 판단한다." 헌재 2018. 7. 26. 2016헌마1029 결정.

114) 헌재 2010. 11. 25. 2009헌마146 결정; 2010. 11. 25. 2009헌마147 결정.

른바 '형법 제307조 명예훼손죄'와 관련한 비교적 최근의 결정에서 헌법재판소는 인격권과 명예권을 병렬적으로 동일층위에서 언급하여, 앞서 살펴본 이전의 주요 관련 결정에서 설명한 인격권과 명예권의 상호관계에 대한 이해에 다소 의문을 야기한다.[115] 아울러, 헌법재판소는 "사생활이나 명예"를 이른바 "인격적 권리"로 언급한다.[116] 해당 결정에서 인격적 권리가 곧 인격권을 의미한다고 볼 수 없지만, 명예는 보다 큰 인격관련성을 갖는다고 할 수 있으며, 이를 통해 명예와 인격 간의 상호관계를 이해해 볼 수 있다. 그러나 비교적 최근의 결정인 '2019헌바520' 결정에서 헌법재판소는 쟁점이 되는 바에 대해, 인격권에 명예권이 포함된다고 설명하면서도 결국 명예권이 아닌 인격권 제한에 대한 위헌성 심사를 하였다.[117]

이러한 설명 및 검토와 비교하여, 헌법재판소는 ② '명예권과 인격권' 또는 '명예와 인격·인격권'을 동일시하는 듯한 결정이 있다.[118] 이러한 결정

---

115) "공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하는 행위를 금지하는 심판대상조항은 헌법 제10조가 보장하는 개인의 일반적 인격권, 명예에 관한 권리를 보호하고, 민주사회의 여론 형성에 핵심적인 공론의 장이 제 기능을 다 하도록 하기 위한 것으로서" 헌재 2021. 2. 25. 2016헌바84 결정.

116) "'사생활이나 명예'라는 타인의 인격적 권리가 침해된 경우 또는 침해될 것으로 예상되는 경우에는 공개 그 자체를 잠정적으로 차단할 필요성이 표현의 자유의 시의성을 보장할 필요성보다 더 크다고 할 수 있다." 헌재 2012. 5. 31. 2010헌마88 결정; 2020. 11. 26. 2016헌마275 등(병합) 결정.

117) "헌법 제10조로부터 도출되는 일반적 인격권에는 개인의 명예에 관한 권리도 포함된다. 심판대상조항에 근거하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받거나 보조금을 유용한 어린이집 대표자 등의 정보가 공표되면 공표대상자의 사회적 평가가 침해될 수 있으므로, 심판대상조항은 헌법 제10조에서 유래하는 일반적 인격권을 제한한다." 헌재 2022. 3. 31. 2019헌바520 결정.

118) "양심표명의 강제이고 인격권의 제한임에 틀림없는 사죄광고제도가 명예훼손을 당한 피해자의 명예회복 즉 그 인격권 보호와의 상관관계에서 헌법 제37조 제2항의 규정에 의하여 정당화 될 수 있는 제한이라고 할 것인가를 다음에서 살핀다." 헌재 1991. 4. 1. 89헌마160 결정. "인격권(헌법 제10조)으로서의 개인의 명예 보호와 언론의 자유의 보장이라는 상반되는 두 권리를 조정하는 한계 설정을 하는 것이 쟁점으로 된 사건이다. …… 개인의 기본권인 언론의 자유와 타인의 인격권인 명예는 모두 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권에 그 뿌리를 두고 있으므로 두 권리의 우열은 쉽사리 단정할 성질의 것이 아니다. …… 개인의 언론 활동이 타인의 명예를 훼손하는 경우, 행위자와 피해자라는 개인 대 개인 간의 사적(私的) 관계에서는 언론의 자유보다 명예 보호라는 인격권이 우선하나, …… 명예 보호는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되는 권리이므로," 헌재 1999. 6. 24. 97헌마265 결정. "(1) 기본권침해의 가능성－인격권(명예권)의 제한 여부" 헌재 2009. 9. 24. 2006헌마1298 결정. "헌법

및 설명과 관련하여, 특히 표현의 자유와 인격권 간의 기본권 충돌에 대해 검토한 주요 결정에서 명예권과 인격권 또는 명예와 인격권을 동일시하는 듯한 결정이 있고, 이에 인격권과 명예권 간의 상호관계 그리고 각 구체적·직접적인 헌법적 근거에 대한 이해에 다소 의문이 제기된다.[119] 더 나아가, 비교적 최근에 특히 형법 제307조(명예훼손) 위헌확인 관련 주요 결정을 살펴보면, 명예권과 인격권 또는 명예와 인격권을 동일시하는 듯한 설명은 계속되고, 마찬가지로 인격권과 명예권 간의 상호관계 그리고 헌법적 근거에 대한 의문이 계속된다고 할 수 있다.[120]

이와 더불어, 헌법재판소는 명예권의 헌법적 근거를 ③ 헌법 제10조 제1문 '인간의 존엄과 가치와 행복추구권'으로 설명하는 경우가 있다.[121] 이러

이 보호하는 명예권은 그 기본권 주체가 가지고 있는 인격과 명예가 부당하게 훼손되는 것의 배제를 청구할 권리이지, 국가가 기본권 주체에게 최대한의 사회적 평가를 부여하도록 국가에게 요청할 권리라고 볼 수는 없다." 헌재 2014. 6. 26. 2012헌마757 결정. 이와 더불어, 헌재 2010. 4. 29. 2009헌마84 결정(재판관 2인의 반대의견) 참조.

119) "심판대상조항이 개인의 명예라는 인격권을 보호하기 위하여 …… 따라서 표현의 자유를 보장하는 경우에도 우리 사회의 특수성을 고려하여, 이러한 명예훼손적인 표현을 규제함으로써 인격권을 보호해야 할 필요성은 매우 크다." 헌재 2016. 2. 25. 2013헌바105 등(병합) 결정. "개인의 명예, 즉 인격권을 보호하기 위한 것이므로, …… 타인의 명예를 훼손하는 표현행위를 규제함으로써 인격권을 보호해야 한다는 필요성을 외면할 수 없다." 헌재 2021. 3. 25. 2015헌바438 등(병합) 결정.

120) "심판대상조항은 헌법 제10조가 보장하는 개인의 일반적 인격권, 명예에 관한 권리를 보호하고, 민주사회의 여론 형성에 핵심적인 공론의 장이 제 기능을 다 하도록 하기 위한 것으로서 그 입법목적이 정당하다. …… 명예는 사회에서 개인의 인격을 발현하기 위한 기본조건으로, 명예의 보호는 인격의 자유로운 발전과 인간의 존엄성 보호뿐만 아니라 민주주의의 실현에 기여한다. …… 이러한 행위는 '허위'의 사실에 기초함에 따라 타인의 명예를 부당하게 실추시켜 개인의 인격권을 심각하게 침해할 위험이 크다는 점에서 결과반가치 또한 인정할 수 있다." 헌재 2021. 2. 25. 2016헌바84 결정. "심판대상조항은 공연히 사실을 적시하여 타인의 명예를 훼손하는 행위를 금지함으로써 개인의 명예, 즉 인격권을 보호하기 위한 것이므로 입법목적의 정당성이 인정된다. …… 명예는 사회에서 개인의 인격을 발현하기 위한 기본조건이므로, 명예의 보호는 인격의 자유로운 발전과 인간의 존엄성 보호뿐만 아니라 민주주의의 실현에 기여한다. …… 개인의 외적 명예에 관한 인격권 보호의 필요성, …… 진실한 사실이라는 이유만으로 특정인에 대한 명예훼손적 표현행위가 무분별하게 허용된다면 개인의 명예와 인격은 제대로 보호받기 어려울 것이다." 헌재 2021. 2. 25. 2017헌마1113 등(병합) 결정; 2021. 7. 15. 2021헌마88 결정. "명예를 훼손할 수 있는 사실의 적시가 공연히 이루어진다면 그 사람의 가치에 대한 사회적 평가로서 외적 명예는 훼손되고, 그로 인해 상대방의 인격권이 침해될 수 있다." 헌재 2021. 2. 25. 2017헌마1113 등(병합) 결정; 2021. 3. 25. 2015헌바438 등(병합) 결정.

한 결정은 특히 이른바 '공적인물에 대한 명예훼손'과 관련하여,[122] 기본적으로 개별기본권으로서 명예권을 인정하고, 인격권과 명예·명예권을 동일하게 보는 듯하면서, 나아가 명예권의 헌법적 근거를 헌법 제10조 제1문 '인간의 존엄과 가치와 행복추구권'으로 설명한다. 이러한 설명에서도 인격권과 명예권 간의 상호관계 및 명예권의 헌법적 근거에 대한 모호함이 여전히 복합적으로 나타난다.

더 나아가, 명예권의 헌법적 근거를 직·간접적으로 언급하는 결정과 비교하여, 기본적으로 개별기본권으로서 명예권을 인정하지만 그 헌법적 근거에 대한 구체적·명시적 언급이 없는 경우도 있다.[123] 그러나 명예권의 헌법적 근거를 행복추구권으로 설명하는 결정은 아직 보이지 않는다.

이렇듯 특히 인격권과 명예권의 의미와 구체적 보호영역의 구별 그리고 기본적인 상호관계 등에 대한 검토의 필요성이 제기된다. 인격권과 명예권의 상호 구별은 헌법적 근거보다도 그 보호영역의 구별에 있어서 더욱 의미가 있다고 여겨진다. 헌법재판소가 기본적으로 개별기본권으로서 명예권의 내용을 언급·설명하는 점을 바탕으로 할 때, 명예권에 대한 보다 개별적·독자적인 구성이 필요하다고 여겨진다. 즉 인격권과 명예권을 동일·유사한 개별기본권으로 취급하기 보다는 명예권의 개별성·독자성이 구분되도록 구성해 나아가는 것이 보다 적절하다고 여겨진다. 더 나아가, 이러한 의미를 바탕으로 할 때, 적어도 '일반적 인격권' 개념의 정립과 내용 그리고 이러한

---

121) 헌재 1999. 6. 24. 97헌마265 결정; 2013. 12. 26. 2009헌마747 결정.

122) "이 경우 인격권으로서의 개인의 명예 보호와 표현의 자유 보장이라는 상반되는 두 권리가 서로 충돌되므로 이를 어떻게 합리적으로 조정할 것인지가 문제된다. …… 표현의 자유와 명예의 보호는 모두 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권에 그 뿌리를 두고 있기 때문에 그 우열을 쉽사리 단정할 수는 없으나, 헌법은 제21조 제4항에서 …… 규정함으로써, 개인의 기본권인 표현의 자유가 타인의 인격권인 명예의 보호와의 관계에서 제한을 받고 있음을 분명히 하고 있다. …… 표현의 자유와 명예의 보호는 인간의 존엄과 가치, 행복을 추구하는 기초가 되고 민주주의의 근간이 되는 기본권이므로, 이 두 기본권을 비교형량하여 어느 쪽이 우위에 서는지를 가리는 것은 헌법적 평가 문제에 속한다." 헌재 2013. 12. 26. 2009헌마747 결정.

123) 헌재 2002. 1. 31. 2001헌바43 결정; 2016. 2. 25. 2013헌바105 등(병합) 결정; 2017. 6. 29. 2015헌바243 결정; 2020. 3. 26. 2018헌마77 등(병합) 결정; 2021. 12. 23. 2019헌마1327 결정. 이와 더불어, 헌재 2001. 8. 30. 99헌바92 등(병합) 결정; 2001. 9. 27. 2000헌마238·302(병합) 결정; 2005. 12. 22. 2005헌마19 결정(재판관 2인의 별개의견); 2020. 3. 26. 2018헌마77 등(병합) 결정 등 참조.

일반적 인격권에 명예권이 포함되어 그 주요 구성 요소와 내용이 될 수 있다는 설명이 보다 더 설득력을 가질 수 있을 것이다. 비록 일반적 인격권의 개념과 내용이 특별 인격권 혹은 개별 인격권이라는 상대 개념과 내용의 성립을 요구할 수 있지만, 나름의 기본적인 상호관계에 대한 설정과 이해라고 볼 수 있으므로 이러한 설명 방식과 시도를 전면 부정할 필요까지는 없다고 여겨진다. 이와 관련하여 앞으로 명예·명예권 관련 헌법재판소의 설명을 계속 지켜볼 필요가 있다.

6. 초상권과 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유에 대한 검토

앞서 살펴본 바와 같이, 기본적으로 인격권(일반적 인격권)에 포함되는 개별기본권으로서 초상권과 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유의 각 보호영역은 다소 중첩되므로 그 의미와 내용을 구분하여 이해할 필요가 있다. 이에 대해 보다 적극적인 이해를 통해 살펴보면, 먼저 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유에 초상권이 포함되거나 또는 동일한 것으로 볼 수 있다. 이에 의하면, 시기적으로 한 개인의 초상권에 국한된 다소 제한적인 인식을 탈피하고, 오늘날 보다 넓어진 인식을 바탕으로 한 개인의 인격관련성의 주요 요소에 대해 마찬가지로 보다 넓고 실질적으로 이해하는 것으로 볼 수 있다. 또는 한 개인을 특정하여 분명히 식별할 수 있는 가장 대표적인 신체의 일부가 얼굴이므로, 신체와 얼굴의 구별 또는 얼굴의 포함 여부 등을 해당 사안이나 경우 등에 따라 다소 의도적으로 구분함으로써, 보다 특별하고 고유한 보호영역의 설정 및 이를 통한 엄격한 보호·보장의 실현 등을 나름 의도한다는 이해를 시도해 볼 수 있다. 아울러, 좀 더 다른 시각에서 보면, 초상권의 의미와 내용을 포함 또는 대체하는 것으로 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유를 헌법재판소가 점차 언급하는 것으로도 볼 수 있다.[124] 이러한 검토에 대해서는 앞으로 관련 헌법(기본권) 이론과 헌법재판소의 결정 등의 의미 있는 내용에 대해 주목할 필요가 있다.

---

124) 참고로, 이에 대해서는 앞의 각주 65) 참조.

Ⅳ. 나오며

기본권 제한에 대한 사법적 심사·판단 및 권리구제의 가능성은 기본권 보장을 위한 가장 중요하고 실질적인 내용이다. 이를 위해서는 우선 국민·개인에게 보장되는 다양한 개별기본권을 확인·인지할 수 있어야 하고, 국민·개인(당사자, 변호인)은 기본권 제한을 내용으로 하는 관련 법령 또는 공권력의 부당성, 과잉성, 불합리성 등을 기반으로 한 주장을 통해 해당 법령 또는 공권력의 위헌성을 정확하고 풍부하게 제시할 수 있어야 할 것이다. 특히 헌법이 명시적으로 규정하지 않은 기본권의 필요와 존재의 실질적 이유, 구체적인 헌법적 근거, 해당 개별기본권 성립·인정의 헌법(기본권)이론적·헌법재판실무적 논증과 이유, 보호영역 등의 구체적 내용은 그 근간과 핵심을 이룬다. 그리고 이러한 내용에 대한 검토는 특히 「헌법재판소법」 제68조 제1항(헌마)과 제2항(헌바)에 따른 각 헌법소원심판의 청구 및 그 위헌심사에서 더욱 중요한 의미를 갖는다. 즉 이러한 기본적인 일련의 검토는 헌법소원심판의 적법요건 충족 여부와 더불어, 본안판단에서의 위헌심사 기준 및 그 방법과 강도, 그리고 해당 구체적 상황과 심판대상의 특정 및 위헌심사 논증 등에 있어서 헌법재판실무적으로 보다 실질적 의미를 갖는다고도 할 수 있다.

이렇듯 기본권의 실질적 보장의 실현을 위한 헌법적 근거와 보호영역 등을 중심으로 한 구체적인 검토는 어느 한 기본권에만 국한되는 것만은 아니며, 모든 기본권에 대해 이루어져야 할 것이다. 헌법에 명시적 규정 여부와 헌법 제2장에 규정 여부를 불문하고, 헌법 제10조를 필두로 하여 모든 기본권을 대상으로 한 이러한 검토와 비판적 고찰 등은 헌법이 추구하는 근본적 이념과 목적에 부합할 것이다. 그리고 이는 헌법(기본권)이론에서 뿐만 아니라, 헌법재판실무적으로도 이루어져야 할 것이다. 이를 통해 헌법이 궁극적인 목적으로 하는 기본권의 실질적 보장의 실현과 더불어, 조심스레 예상해 보는 헌법개정과 기본권 규정 신설 등에 미력하나마 기여하고자 한다.

헌법 제10조 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 개별기본권의 근거와 보호영역에 대한 고찰 - 이 세 주	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.08.27.	2022.08.30.	2022.10.07.

[참고문헌]

김대환, “헌법 제37조”, 한국헌법학회 편, 헌법주석[Ⅰ], 박영사, 2013.
김종철, “제2장 헌법”, 이연갑 외(공저), 법학입문, 박영사, 2021.
김하열, 헌법강의, 박영사, 2022.
김학성/최희수, 헌법학원론, 피엔씨미디어, 2021.
방승주, “헌법 제10조”, 한국헌법학회 편, 헌법주석[Ⅰ], 박영사, 2013.
성낙인, 헌법학, 법문사, 2022.
양건, 헌법강의, 법문사, 2022.
이준일, 헌법학강의, 홍문사, 2019.
장영수, 헌법학, 홍문사, 2021.
전광석, 한국헌법론, 집현재, 2021.
정재황, 헌법학, 박영사, 2022.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2022.
한수웅, 헌법학, 법문사, 2021.
허영, 한국헌법론, 박영사, 2022.
홍성방, 헌법학(中), 법문사, 2015.

강태수, “자기위해행위의 제한에 관한 헌법적 고찰”, 「경희법학」 제43권 제1호, 2008.
김선택, “헌법상 인격권의 보호체계와 보호법익”- 헌법재판소판례를 중심으로 -, 「헌법논총」 제19집, 헌법재판소, 2008.
김명재, “헌법재판소 판례에서의 인간존엄에 관한 논증”, 「법학논총」 제30권 제3호, 2010.
김문현, “기본권의 법적 근거와 판단기준에 관한 소고”, 「세계헌법연구」 제18권 제2호, 2012.
김철수, “현행헌법상 기본권의 법적성격과 체계”, 「헌법논총」 제8집, 헌법재판소, 1997.
김하열, “기본권의 분류와 통합; 통합적 기본권론 시론”, 「헌법논총」 제29집, 헌법재판소, 2018.
김현철, “헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자”, 「헌법논총」 제18집, 헌법재판소, 2007.
성낙인, “기본권의 개념과 범위에 관한 연구”, 「헌법재판연구」 제6권, 헌법재판소, 1995.
송진호, “법인의 인격권에 관한 검토”- 최근의 논의들을 중심으로 -, 「법조」 제65권 제5호, 2016.
이상수, “헌법재판소 결정문을 통해서 본 인간존엄의 의미”- 존엄개념의 과용과 남용 -, 「서강법률논총」 제8권 제1호, 2019.
이세주, “헌법 제37조 제1항의 의미와 내용에 대한 고찰”, 「법조」 제70권 제4호, 2021.
이세주, “결사의 자유 보호영역과 위헌심사의 내용 및 기준에 대한 비판적 검토”, 「헌법학연구」 제27권 제4호, 2021.
이세주, “헌법 제10조 인간의 존엄과 가치의 성격에 대한 고찰”- 헌법재판소의 관련 결정에 대한 검토를 중심으로 -, 「헌법학연구」 제28권 제2호, 2022.
정문식, “제68조 제1항”, 주석 헌법재판소법, 헌법재판연구원, 2015.
정재도, “제4기 헌법재판소의 인격권과 행복추구권에 관한 판결성향 분석”, 「외법논집」 제45권 제2호, 2021.

조소영, “지능정보사회에서 인격권의 새로운 보호체계 검토”, 「공법학연구」 제21권 제3호, 2020.
한수웅, “헌법소원심판 일반론”, 주석 헌법재판소법, 헌법재판연구원, 2015.

국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서, 2018.
대통령, 대한민국헌법 개정안, 2018.
국회도서관, 세계의 헌법, 2010.
국가별 법령집(독일 기본법 등), 헌법재판연구원, 2016.
국가별 법령집(스위스 헌법), 헌법재판연구원, 2020.
국가별 법령집(스페인 헌법 등), 헌법재판연구원, 2017.
국립국어원 우리말샘, 2022.

【국문초록】

헌법의 궁극적 목적인 기본권의 실질적 보장은 헌법이 규정하고 있는 가장 중요한 내용이다. 그리고 기본권의 실질적 보장의 실현은 헌법의 최고 이념이자 존재의의이다. 기본권의 첫 규정 내용인 헌법 제10조 제1문 인간의 존엄과 가치(인간존엄성)의 존중·보장은 모든 기본권 규정뿐만 아니라, 헌법 전체 규정을 지배하는 기본이념이다. 이러한 인간의 존엄과 가치에서 도출되어 성립·인정되는 여러 개별기본권이 있다. 특히 생명권, 생명·신체의 안전권, 인격권, 명예권 그리고 초상권과 자신의 신체를 함부로 촬영당하지 않을 자유를 중심으로 한 헌법학 일반론과 헌법재판소 결정의 주요 내용에 대한 검토는 인간의 존엄과 가치에 대한 고찰의 근간을 이룬다. 이러한 개별기본권의 헌법적 근거, 보호영역 그리고 상호관계 등에 대해, 특히 헌법재판소의 주요 설명에 대한 검토와 이해를 위해서는 보다 면밀한 고찰을 필요로 한다. 이에 대한 다양한 견해와 설명에 있어서 다소 불분명하거나 모호한 사항이 존재하므로, 이를 대상으로 하여 면밀히 살펴볼 필요가 크다. 그리고 이는 헌법재판소 결정에 대한 검토에만 머무는 것이 아니라, 헌법학 일반론에 대한 검토를 의미하기도 한다. 이를 통해 인간의 존엄과 가치에서 도출되는 주요 개별기본권의 헌법(기본권)이론적·헌법재판실무적 성립과 인정에 대한 보다 정확하고 체계적인 이해와 논증을 확립할 수 있다. 이러한 다각적인 고찰은 헌법이 추구하는 최고이념과 목표인 인간존엄성의 존중·보장을 주요 내용과 목적으로 하므로, 인간존엄성의 기본적인 성격에 대한 이해를 바탕으로 하여 인간의 존엄과 가치로부터 도출되어 성립·인정되는 각 개별기본권의 구체적인 헌법적 근거와 보호영역 등에 대한 정립과 이해는 무엇보다 중요하다고 할 수 있다.

【Zusammenfassung】

Eine Untersuchung über den verfassungsrechtlichen Grund und Schutzbereich der aus Art. 10 die Würde und der Wert des Menschen abgeleiteten Grundrechte

Lee, Se-Joo
(The Catholic University of Korea, Professor of Law)

In dieser Arbeit handelt es sich um das Thema über den verfassungs- rechtlichen Grund und den Schutzbereich der aus Art. 10 die Würde und der Wert des Menschen abgeleiteten Grundrechte in der koreanischen Verfassung. Im Kapitel II 'Rechte und Pflichten der Staatsbürger' schreibt die koreanische Verfassung grundsätzlich die Grundrechte und -pflichten der Staatsbürger(Art. 10～Art. 39) vor, vor allem die meisten Grund- rechten(Art. 10～Art. 36) und Grundpflichten der Staatsbürger(Art. 38～Art. 39). Die koreanische Verfassung Art. 10 besteht aus Satz 1 und Satz 2, schreibt sie im Satz 1 die Würde und der Wert des Menschen und das Recht, nach Glück zu streben vor. Im Satz 1 werden also Alle Staats- bürger besitzen einen Eigenwert und Menschenwürde und haben das Recht, nach Wohlstand zu streben vorgeschrieben. Außerdem im Satz 2 werden weiter Es ist die Verpflichtung des Staates, die grundlegenden und unverletzlichen Menschenrechte des einzelnen anzuerkennen und zu ge- währleisten vorgeschrieben. Nach Art. 10 Satz 1 erkennt die koreanische Verfassung die Bedeutung der Menschenwürde wie Art. 1 GG. Aus dem Art. 10 Satz 1 die Menschenwürde oder die Würde und der Wert des Menschen werden sog. die in der Verfassung nicht aufgezählten Grund- rechte

abgeleiteten, vor allem das Recht auf Leben, Persönlikitsrecht(das allgemeine Persönlikitsrecht), Ehrenrecht. In der verfassungsrechtlichen Diskussion spiegelt die Bedeutung der aus der Menschenwürde abgeleiteten Grundrechte heute noch nicht nur die Gewährleitung der Grundrechte, sondern auch sein Schutzbereich wider. Die Rechtsprechungen des koreanischen Verfassungsgerichtes sind heute auch für die Stärkung des Grundrechtschutzes bedeutungsvoll.

주제어(Keyword) : 인간의 존엄과 가치(Die Würde und der Wert des Menschen), 기본권 보장(Grundrechtsschutz), 보호영역(Schutzbereich), 생명권(Recht auf Leben), 인격권(Persönlikitsrecht), 명예권(Ehrenrecht)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.47

남북간 '비대칭적(非對稱的)' 평화주의에 대한 헌법적 해석

- 통일 한국의 평화헌법을 통한 '비핵평화주의(非核平和主義)'의 실현을 중심으로 -

김 수 진*

▶목 차◀

Ⅰ. 서 : 고착화된 분단상황과 동력을 상실한 비핵화 논의
Ⅱ. 핵평화주의와 비핵평화주의의 개념
Ⅲ. 남북헌법상 '비대칭적(非對稱的)' 평화주의
Ⅳ. '평화적(平和的)' 통일의 구체화 방식으로서 통일헌법의 제정
Ⅴ. 통일헌법의 지향점으로서 평화헌법과 그 핵심 내용으로서 비핵평화주의
Ⅵ. 결론 : 평화헌법을 통한 통일 한국의 발전적 재통일과 비핵평화주의를 기대하며

Ⅰ. 서 : 고착화된 분단상황과 동력을 상실한 비핵화 논의

한반도가 분단된 지 75년이 지났다. 대륙과 해양 사이에 걸쳐있는 작은 반도이자 세계 최강 강대국들에 둘러싸여 있어 한반도의 정치적 운명은 순탄치 않았다. 한반도의 불안정한 상황은 1990년대 초반 이미 시작되었지만 2017년 들어 북한의 핵무장 완성으로 그러한 위기는 더욱 깊어졌다. 특히 한반도는 세계인의 눈에 언제라도 전쟁이 일어날지 모르는 지역으로 인식되었다. 물론 평창동계올림픽을 계기로 평화와 화합의 분위기가 무르익었으

* 고려대학교 일반대학원 헌법전공 박사과정수료.

나 전쟁의 어두운 그림자는 늘 한반도와 함께했다.

무엇보다 2018년 세 차례나 남북정상회담을 했음에도 불구하고 남북관계가 개선·발전하지 못하고 조정 국면이 계속되고 있는 가장 큰 이유는 2019년 2월 말 베트남 하노이에서 개최되었던 제2차 북미정상회담이 성과를 거두지 못한 채 종료되었기 때문이라고 평가할 수 있다. 2018년 북한의 평창동계올림픽 참가를 계기로 시작된 이른바 '한반도 평화의 봄' 국면은 남북정상회담과 북미정상회담 등으로 이어지며 남북관계와 북미관계에서 본격화되는 듯 보였지만, 제2차 북미정상회담이 성과를 도출하지 못하면서 남북관계마저 진전되지 못하는 상황이 지속되고 있다.[1)]

냉전기 45년(1945~1990) 동안 한반도는 국제질서에서 작동하는 냉전의 동력에 압도되어 분단 고착의 길을 걸었다. 무엇보다 국제 냉전 심화의 획을 그었던 1950년 한국전쟁의 발발은 한민족의 모든 삶의 영역과 정신사적 측면에서 왜곡을 심화시켰다. 다행히 남한은 경제성장을 통해 선진국을 바라보는 도약이 있었고 군부독재를 극복하고 민주주의로의 정치발전 과정이 시작되었다. 그러나 북한의 경우에는 사회주의 통제경제 속에서 구조적인 모순이 심화되었고 김일성 1인 독재체제를 강화하였다. 북한경제는 1970년대 전반을 기점으로 남한경제에 뒤지기 시작했고 그 후 남북격차는 극심하게 벌어졌다. 그리고 한반도의 상황은 1990~1991년을 기점으로 탈냉전의 국제질서가 시작되면서 크게 요동치기 시작했다. 구체적으로, 동구권 공산정권의 붕괴와 독일의 통일(1990년), 그리고 구소련의 붕괴(1991년)는 북한에 엄청난 충격을 안겨 주었다.

이러한 상황에서 북한 당국은 남북한 간의 경제적 격차, 재래식 군사력 격차, 외교적 고립과 체제 불안 속에서 핵 개발이라는 전략적 선택에 더욱 집중하게 되었다. 물론 이것은 시대적 흐름에 역행하는 것이었으나 이를 막기 위한 오랜 기간의 서방 외교에도 불구하고 북한은 핵무장에 성공하였다.[2)] 북한이 처음으로 '핵보유국'임을 선언한 것은 2005년 2월이다. 북핵 문제해결을 위한 6자 회담에서 특별한 성과가 나오지 않자, 회담 참가를 무기

1) 정성윤 외, 「한반도 비핵·평화프로세스 추진전략과 정책과제」, 통일연구원, 2020, 253면.
2) 윤영관, "한반도 분단 70년, 미래 30년", 통일경제 제1호, 현대경제연구원, 2015, 4-5면.

한 중단하겠다면서 핵무기의 제조·보유를 선언한 것이다. 공식적으로 알려진 북한의 최초 핵실험은 그 이후인 2006년 10월이다. 북한은 2012년 4월 헌법을 개정하면서 2011년 사망한 김정일 국방위원장의 업적 중 하나로 '핵보유국'을 명기했다. 또한, 2013년 4월에는 최고인민회의 법령으로 '자위적 핵보유국의 지위를 더욱 공고히 할 데 대하여'를 채택했으며, 2015년 5월 제7차 노동당 대회에서 항구적 국가전략으로서 경제건설 및 핵무력 건설 병진노선을 선언하였다. 이처럼 2017년 말 북한이 핵무력의 완성을 선언한 이후, 남북관계와 한국의 대외정책에서 북핵 문제와 이에 수반된 안보적 불안의 해소가 최대의 현안 과제라 할 수 있다. 그러므로 북핵은 더이상 우회하거나 회피할 수 있는 문제가 아니며, 비핵화의 문제는 평화체제의 구축을 위한 선결과제이자 병행요건이 되었다.

그러나 한반도의 비핵화 논의는 2018년 남북정상회담과 북미정상회담이 잇따라 열리면서 진전을 보였으나, 그 이후 동력을 상실한 상태이다. 한국의 문재인 대통령과 북한의 김정은 위원장은 2018년 남북정상회담 후 판문점 선언에서 "완전한 비핵화를 통해 핵 없는 한반도를 실현한다."라는 공동의 목표를 확인했다. 이후 싱가포르에서 열린 최초의 북미정상회담에서도 도널드 트럼프 대통령은 북한의 체제안전보장을 약속했고, 김정은 위원장은 한반도의 완전한 비핵화를 약속했다. 그러나 2019년 베트남 하노이에서 열린 두 번째 북미정상회담이 양측이 견지하고 있는 구체적인 비핵화 과정에 대한 의견의 차이를 좁히지 못해 결렬되면서 비핵화 논의는 답보를 거듭해 왔다.

핵에 관한 연구는 기본적으로 국제관계의 맥락에서 등장하고 발전해 왔다. 왜냐하면, 핵의 행위 주체가 복잡한 국제관계 속에서 행동하기 때문이다. 그러므로 핵 연구는 여타의 국제관계 연구와 같이 여러 학문영역과 방법론에 근거하고 있다. 구체적으로 핵 연구는 정치학, 사회학, 경제학, 심리학, 역사학, 법학의 영역에서 양적·질적 방법론에 따라 다양하게 전개되고 있다.

이러한 상황에서 지금까지의 북핵 연구는 그 사안의 중요성에 비해 양적 측면에서 미흡하다고 할 수 있다. 주로 북핵을 한반도와 주변국 간의 국제관계에서 분석하고 전력(戰力) 불균형의 차원에서 설명하거나, 북한의 대응 분석과 제재의 효과를 다룬 내용이 다수였다. 또한, 한국의 대북정책, 북

미관계, 협상전략, 한미동맹, 냉전 이후의 비핵화 사례 등도 많은 성과를 보여준 연구의 주제였다고 평가할 수 있다.

결론적으로, 선행연구는 주로 북핵의 특수성 즉 냉전의 종식에도 불구하고 적대적인 북미 관계의 지속으로 인해 한반도 안보에 대한 구조적 불안정성의 강조와 보편적 핵 연구 등을 대상으로 하는 연구들이 다수였다. 그러나 본 연구의 주제인 헌법상 남북간 '비대칭적' 평화주의의 측면에서 북핵을 다루는 연구는 부족했다고 평가할 수 있다.

이하에서는 이러한 고착화된 분단상황과 동력을 상실한 비핵화 논의를 전제로 먼저, 핵평화주의(핵무장론)와 비핵평화주의의 개념 및 그 유사점과 차이점(Ⅱ)에 대해 검토한다. 그리고 이를 토대로 남북헌법상 '비대칭적(非對稱的)' 평화주의(Ⅲ)에 관하여 고찰할 것이며, 구체적으로 북한 헌법 서문의 '핵보유국 명기'와 북한 헌법상 통일과 평화의 의미를 우리 헌법상 평화주의와 비교하여 살펴볼 것이다. 그러한 후에 우리 헌법상 '평화적(平和的)' 통일의 의미와 그 구체화 방식으로서 통일헌법의 제정(Ⅳ)에 대해 고찰하며, 특히 북핵에 대한 국제사회의 제재의 의미와 핵평화주의가 과연 평화적 통일의 수단이 될 수 있는지에 대해 다룰 것이다. 이를 토대로 통일헌법의 지향점으로서 평화헌법과 그 핵심 내용으로서 비핵평화주의(Ⅴ)를 통해 통일 한국에서 비핵평화주의가 실현될 수 있음을 보여주는 것으로 본 연구를 마무리하고자 한다.

Ⅱ. 핵평화주의와 비핵평화주의의 개념

1. 핵평화주의(핵무장론)

(1) 한국의 핵무장론과 전술핵 재배치론에 대한 논의의 전개과정

냉전의 종식 이후 사실상 핵무기는 전쟁의 도구나 수단이라기보다는 정치적 무기로 활용되었다. 그러므로 핵보유국의 전략 또한 많은 위기상황과 전쟁의 발발 가능성에 대비한 정부의 대응방안, 의도 및 성향을 포함하

는 신호 행위로 이해된다. 핵보유국들은 정치적인 의무와 자국의 안보이익 및 도덕적 선택과 기술적 능력 등에 따른 전략의 설정과 이를 토대로 핵과 관련된 정책을 공언한다. 그리고 이것은 핵보유국이 자국의 핵 정책을 대내외에 공개하여 잠재적인 적들에 대해 그 억지력의 강화 또는 동맹 관계를 재확인할 수 있는 효과를 얻게 되는 것이다.[3)]

2017년 이후 한국에서의 독자적 핵무장 또는 미국의 전술핵무기의 한반도 재배치를 주장하는 목소리가 커졌다. 구체적으로, "전술핵 재배치가 북 핵위협에 대응하는 가장 실효적인 군사적 대책"이며, "남북 간 핵균형을 통해 한반도 핵폐기 협상에 돌입하는 것만이 파국적인 무력분쟁 없이 핵문제를 종국적으로 해결할 수 있는 길"이라는 목소리가 높아졌다.[4)] 그리고 최근 우크라이나와 러시아의 전쟁 이후 한국에서 북한의 공격에 대응하기 위해 핵무기를 보유할 필요가 있다는 의견이 개진되고 있다. 핵전쟁에 대한 두려움과 이로 인한 (외부의) 개입이 힘들 경우, 핵무장국이 비핵국가를 침략할 수 있다는 것을 목격하면서 한국과 우크라이나 사이의 유사성이 주목받고 있다. 구체적으로, 양 국가 모두 핵보유국을 이웃 국가로 두고 있다는 점, 과거 일시적으로 핵무기가 배치되어 있었으나 철수되었다는 점 등이다. 그러나 단순히 우크라이나와 한국을 비교하는 것에는 많은 문제가 있다.[5)]

그리고 북한의 핵무기 사용 위협에 대해서는 이미 오래전부터 핵무장론이 거론되었다. 핵무장론의 방법론은 다양하나 기본적으로 '눈에는 눈', '핵에는 핵'으로 맞서야 한다는 의미에서 핵무장이 필요하다는 견해이다. 우리도 핵무기 보유국이 되어 기존의 '안보적 비대칭성'을 해소하고, 나아가 북한이 핵을 폐기하면 우리도 폐기한다는 '조건부 핵 보유'를 통해 북한과

---

3) 김보미, "북한의 핵선제불사용(No First Use) 선언의 배경과 의미", 전략연구 통권 제70호, 한국전략문제연구소, 2016, 40면; Scott D. Sagan, "The Case for No First Use," Survival, Vol. 51, No. 3, 2005, p. 165.

4) 2018년 2월 자유한국당 김성태 원내대표는 국회 교섭단체에서 그와 같이 발언한 바 있으며, 전술핵 재배치를 한반도 핵 폐기 협상의 평화적 지렛대라고 규정하였다.

5) 2022년 기준 글로벌 군사력지수(Global Firepower Index, GPI)에 따르면, 한국은 세계 6위의 군사 대국이며 북한은 28위지만, 우크라이나는 25위, 러시아는 2위로 반대라는 점이다. 또한, 한국은 미국과 상호방위조약을 맺은 동맹이 있지만, 우크라이나는 나토(NATO)의 회원국도 아니며 미국과 공식적인 동맹 관계가 아니라는 점도 결정적 차이로 볼 수 있다.

협상을 시작하겠다는 논리적 구조이다.

구체적으로, 핵확산금지조약(NPT)[6]을 탈퇴하여 자체적으로 핵 개발에 나서야 한다는 주장이 있으며, 이미 철수한 미국의 전술핵을 재배치해야 한다는 주장이다. 그러나 북한이 자신의 핵무장을 정당화하는 주된 명분은 '미국의 핵위협'이라는 것이 주지의 사실이다. 그렇다면 북한이 자신의 핵무기와 ICBM을 지렛대 삼아 협상하고자 하는 대상은 미국의 핵위협 자체와 그것을 담은 이른바 '적대시정책'을 억지·해소하는 문제이지 남한에 대한 일부 전술핵의 배치 또는 철수 여부는 아니다. 즉, 북한이 자신의 핵무기까지도 내려놓을 수 있도록 이끌 진지한 평화협상의 전제는 대북 핵위협의 실체를 구성하는 미국의 '적대시정책'의 철회일 것이다. 그러므로 한국에 더 많은 전술핵이 배치된다 할지라도 북한이 이것을 자신의 핵무기와 맞바꿀 협상의 대상으로 여길 수 있다는 생각은 심각한 오해와 착각일 수 있다.[7]

그러므로 핵무장론이 과연 북한의 위협에 대한 효과적 대응책인지, 득보다 실이 많은 위험한 발상인 것은 아닌가에 대한 엄격하고 세밀한 검토가 필요하다. 무엇보다 군사적 응징은 제2의 한국전쟁을 유발할 수도 있으므로 비현실적이며, 핵확산금지조약(NPT)을 탈퇴하여 자위적 핵무장을 하는 방안 역시 국제정치적·외교적 고립과 경제적 제재를 불러올 수 있으므로 지양해야 할 것이다.

가장 이상적이며 바람직한 방안은 북한이 남아프리카공화국처럼 스스로 핵무기를 포기하도록 하는 전략 - 물론 여기에도 한계는 존재한다[8] - 으로

---

6) 기존 핵확산금지조약(NPT)을 대체하기 위한 조약으로서 핵무기금지조약(Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, TPNW)이 2017년 7월 UN에서 채택되었다. 이 조약은 핵확산금지조약의 범주를 능가하여 핵무기의 사용, 보유, 생산, 실험, 배치, 운송 등을 완전히 금지하자는 내용의 조약이다. 이 조약은 2021년 기준 129개국이 찬성하였으며, 서명국은 86개국, 비준국은 52개국이다. 이 조약의 발효를 위해서는 50개국의 비준이 필요했으며, 온두라스가 비준함에 따라 2021년 1월 22일부터 효력을 가졌다. 그러나 핵무기 보유국들(이스라엘과 인도, 파키스탄 등과 그 외의 핵보유국도 서명하지 않았고, 북한도 불참)은 이에 대해 강력히 반발하고 있으며, UN 상임이사국 모두 핵보유국으로서 이 안건에 대해 반대할 것으로 판단된다. 그리고 다수결로 채택되었으나 미국, 중국, 러시아, 영국, 프랑스를 비롯한 핵보유국은 불참을 선언하였고, 한국과 일본, 호주 및 대부분의 NATO 회원국(독일, 이탈리아, 캐나다, 스페인, 터키, 폴란드 등)들을 비롯하여 핵우산의 보호 아래에 있는 국가들도 불참을 선언하여 해당 조약의 실효성에 대해 의문이 제기되고 있다. 특히 일본은 피폭의 경험을 가진 국가로서 전통적으로 핵무기를 반대하는 입장을 견지하고 있지만, 여전히 기존의 NPT만 중시할 뿐 해당 조약을 등한시하여 타국뿐만 아니라 일본 내부에서도 비판을 받고 있다.

7) 이삼성, 「한반도의 전쟁과 평화」, 한길사, 2019, 389-390면.

서, '핵무기는 정권 유지의 수단이 아닌 독'이라는 실용적 인식을 하는 정권이 들어서면서 스스로 포기하는 방식일 것이지만, 그 현실적 가능성은 작다. 그렇다면 이에 대한 해외의 시각은 과거부터 현재에 이르기까지 어떠했는가?

2016년 가을, 버락 오바마 미국 대통령은 '핵 선제 불사용(No First Use: NFU)'원칙 선언에 대해 신중히 검토한 바 있다. NFU란 "핵 공격으로부터 미국과 동맹국을 보호하거나 이에 대해 보복할 경우에만 핵무기를 사용한다."라는 원칙이다. 이것은 적국이 미국 또는 동맹국을 공격하더라도 재래식 무기만 사용할 경우에는 핵으로 이에 대해 반격하지 않겠다는 원칙을 의미한다.[9] 그러나 동맹국이 미국의 핵우산을 신뢰할 수 없다는 이유에서 반대가 거세어졌으며, 오바마는 결국 핵 선제 불사용 원칙을 포기했다. 이 원칙이 부활하게 된 계기는 오바마 정권 때 부통령이었던 조 바이든이 대통령에 취임하면서 NFU를 재추진한 것이라 평가할 수 있다. 특히 핵확산금지조약(NPT) 제10조[10]는 "모든 가입국은 이 조약과 관련된 특별한 사태가 자국의 이익을 위태롭게 하는 경우 탈퇴할 수 있다."라고 명기되어 있으며, 이와 관련하여 북한의 핵 위협은 '특별한 사태'에 해당한다는 것이 전문가들의 견해이다. 그렇다면 과연 이러한 한국의 핵평화주의(핵무장론)는 논리적으로 타당한가?

(2) 한국의 독자적 핵무장 필요에 대한 논리적 허구성

무엇보다 한국에서 이와 같은 독자적 핵무장론이 확산되었던 이유는

---

8) 핵 폐기에 있어 남아프리카공화국의 경험은 매우 중요하지만, 이것이 북핵 문제를 완벽히 해결할 수는 없다. 왜냐하면, 남아프리카공화국의 '경험'에 대한 다양하며 상호 모순적인 설명에 대한 이론의 여지가 많아 이를 북한의 경우에 온전히 적용하는 것은 어렵기 때문이다.

9) 이와 관련하여 북한은 핵 위협의 현실화 상황에서 2016년 제7차 당 대회에서 중국과 인도에 이어 세 번째로 NFU 원칙을 선언하였다.

10) 제10조 ① 각 당사국은 당사국의 주권을 행사함에 있어서 본 조약상의 문제에 관련되는 비상사태가 자국의 지상이익을 위태롭게 하고 있음을 결정하는 경우에는 본 조약으로부터 탈퇴할 수 있는 권리를 가진다. 각 당사국은 동 탈퇴 통고를 3개월 전에 모든 조약 당사국과 UN 안전보장이사회에 행한다. 동 통고에는 동 국가의 지상 이익을 위태롭게 하는 것으로 그 국가가 간주하는 비상사태에 관한 설명이 포함되어야 한다. ② 본 조약의 발효일로부터 25년이 경과한 후에 본 조약이 무기한으로 효력을 지속할 것인가 또는 추후의 일정 기간동안 연장될 것인가를 결정하기 위하여 회의를 소집한다. 동 결정은 조약 당사국 과반수의 찬성에 의한다.

북한의 수소폭탄 개발이 미국을 위협할 수도 있는 ICBM 시험 성공과 결합한 사태가 던진 정치적 충격에서 비롯되었다고 평가할 수 있다. 이것은 일본과 한국에 대한 미국의 안보공약인 미일동맹과 한미동맹의 신뢰성에 대한 의문을 불러왔으며, 또 다른 측면에서 본다면 ICBM과 결합한 북한 핵무장이 그만큼 의미심장한 정치적 충격의 유발에 성공했다고 볼 수도 있다. 독자적 핵무장론의 입장은 북한이 ICBM을 갖고 미국 본토에 핵공격을 통해 위협할 경우 미국은 이에 굴복할 것이라 주장하고 있다. 즉, 미국이 적어도 주저 없이 일본과 한국을 보호하는 것에 의구심을 가지며 필요한 모든 선택을 하는 것은 어려울 것으로 판단할 수 있다.[11]

구체적으로 한국과 미국의 전문가들은 미국의 한국에 대한 공약은 구조적으로 약화 될 수밖에 없다고 보고 있다. 그렇다면 북한이 공격을 받거나 공격이 임박한 상황이라고 판단하면 보복타격뿐 아니라 선제타격도 할 수 있다고 할 때, 북한이 핵 선제타격을 감행할 수 있는 상황은 어떤 것인가? 일본 내 미군기지의 수상한 움직임, 남한 군대의 비정상적인 대규모 이동, 핵타격용 전략폭격기 B1-B가 괌 기지로부터 북한 영공에 접근하는 행위 등이 있다. 북한이 미국의 본격적인 대북 공격을 견제하는 수단으로 시카고나 로스앤젤레스 공격을 위협할 경우 미국은 어떤 선택을 할 것인가? 핵전략 분야의 저명한 전문가인 나랑에 따르면, 북한을 보복타격하는 대가로서 시카고나 로스앤젤레스에 대한 북한의 핵공격 위험을 감수해야 할 경우 미국은 주저할 것이라고 보았다.[12]

그렇다면 북한이 수폭과 ICBM을 개발했다고 해서 북한의 대남 공격이 더욱 자유롭다고 할 수 있는가? 물론 북한의 ICBM은 부분적으로 미국의 대북 핵 공격에 대한 억지 효과가 있음을 부정할 수 없다. 그러나 그러한 힘이 곧바로 북한이 미국에 대한 방위공약에 방해받지 않고 남한을 공격할 수 있는 새로운 능력을 갖게 된 것을 의미하는 것은 아니다. 그리고 북한이 미국의 보복을 두려워할 필요 없이 남한에 대한 재래식 또는 핵공격을 위협할

11) 이삼성, 전게서(각주 7), 394면.

12) Eric Talmadge, "Analysis: Is North Korea Winning Deterrence War With US?", Associated Press, The Fox News, August 30, 2017.

수 있는 새로운 능력을 갖게 된 것 또한 의미하지 않는다.

이 두 가지를 구분하여 판단하는 것은 매우 중요하다. 왜냐하면, 북한은 자신이 가진 핵무기와 ICBM을 믿고 남한에 대해 재래식 또는 핵 선제공격을 위협하면 미국은 북한에 대한 핵 선제공격의 명분과 정당한 이유를 갖게 된다. 이러한 가능성은 북한의 ICBM이 미국의 대북 핵 선제공격을 견제하는 기능과 효과를 상쇄하게 될 것이다. 핵평화주의(핵무장론)자들은 북한이 미국을 두려워하지 않고 남한을 공격할 자유를 얻었다고 생각할 수 있지만, 이 문제를 다른 각도에서 바라볼 필요가 있다. 왜냐하면, 한미동맹이 과거에는 북한에 대한 손쉬운 선제타격을 상상했고 실제로 그러한 태도를 나타냈지만, 북한이 ICBM과 결합한 핵무장을 완성하기 이전부터 한미동맹의 선제타격은 남한과 북한의 공멸을 초래할 참혹한 전쟁의 위험도 무릅쓰는 행동이었기 때문이다. 이와 더불어, 북한의 핵무장이 완성됨으로써 달라진 것은 한반도에서 미국이든 북한이든 남한이든 어느 일방의 선제타격을 통해 남북이 공멸되는 고도화된 위험 상황의 고착화라고 평가할 수 있다.[13]

2. 비핵평화주의(非核平和主義)와 그 구별개념으로서 반핵평화주의(反核平和主義)

(1) 비핵화(非核化)와 비핵평화주의(非核平和主義)

인류의 핵무기 개발 및 사용과 거의 동시에 핵에 관한 연구는 시작되어 현재에 이르고 있으며, 이러한 핵 연구는 크게 핵 비확산[14], 핵 억제, 핵 통제·폐기의 세 가지로 나눌 수 있다. 일반적으로 비핵화(非核化, Nuclear disarmament)는 핵무기를 폐기하는 것을 의미하며, 핵확산과 반대의 의미이다. 이러한 비핵화라는 용어는 외교 문제에 있어서 최대의 현안 과제가 되었다고 평가할 수 있으며, 그러한 용어가 한반도의 분단상황이라는 특수성에서 비롯된 것이므로 그 의미는 더욱 각별하다.

---

13) 이삼성, 전게서(각주 7), 396면.

14) 핵 비확산에 관한 연구는 그 밖의 다른 핵 연구와 동일하게 안보정책과 밀접히 관련되어 발전했다. 특히, 핵확산방지조약(NPT)의 체결에 즈음하여 탄생한 새로운 국제규범에 크게 자극을 받았다.

1991년 남북은 「한반도비핵화공동선언」[15]에 공식적으로 합의 및 서명하며 '비핵화'라는 용어를 최초로 사용하였다. 특히 동 선언 제1조는 "남과 북은 핵무기의 시험, 제조, 생산, 접수, 보유, 저장, 배비(배치), 사용을 하지 않는다."라고 규정하여 북한뿐 아니라 남한도 핵무기를 보유하고 사용하지 않겠다는 것을 의미하며, 남한은 현재 핵무기를 보유하고 있지 않지만 앞으로도 보유하지 않겠다는 의미를 담아 '한반도 비핵화'란 말을 사용해왔다.

그리고 그 이후 북한의 핵 능력 상승에도 불구하고 이러한 비핵화라는 용어는 지속적으로 사용되었다. 그러나 현재의 북핵의 상황은 그와 같은 최초의 비핵화의 의미를 상실했다. 또한, 제네바합의(1994년)에서는 「한반도비핵화공동선언」을 인용하여 북한의 핵 동결을 추진하였고, 6자회담(2003~2008년)에서는 1991년의 공동선언에 기초하여 비핵화를 정의하였지만, 현재까지 이러한 북한의 핵무장과 관련된 상황들을 해결하기 위한 협상에서 비핵화라는 용어가 명확하게 정의되지 않은 채 사용되었다. 그리고 하노이 북미정상회담(2019년)이 결렬되면서 양국 간 비핵화에 대한 인식의 차이가 크다는 점이 여실히 나타나게 되었다.

그리고 현 정부는 자유와 평화를 위협하는 북핵문제의 해결과 관련하여 "북한이 핵 개발을 중단하고 실질적인 비핵화로 전환한다면 국제사회와 협력하여 북한경제와 북한 주민의 삶의 질을 획기적으로 개선할 수 있는 '담대한 계획'을 준비할 것이며, '북한의 비핵화'는 한반도에 지속 가능한 평화를 가져올 뿐 아니라 아시아와 전 세계의 평화와 번영에도 크게 기여할 것이다."라고 강조하였다. 여기에서 주목할 부분은 '북한의 비핵화'라는 표현이며 이는 문재인 정부의 '한반도 비핵화'와 차이점을 보인다. 즉, 핵을 포기해야 할 주체가 북한임을 강경하고 선명하게 표현하였다. 그러나 이러한 표현이 북핵 문제를 실질적으로 해결하는 데 있어 도움이 될지 여전히 의문이 남는다.

이처럼 북한의 핵무장으로 인하여 핵 문제에 대한 본질은 크게 변했지만,

---

15) 이 선언은 한반도를 비핵지대화하려는 의도를 지녔다고 평가할 수 있다. 하지만 역설적이게도 이 선언은 한반도에서 북핵이 최대의 안보 현안으로 등장하였음을 알리는 경고이기도 했다. 당시의 비핵화는 확산과정 중에 있는 북핵을 원래의 상태로 돌려놓으려는 것을 의미하였으나, 이제는 원래의 비핵화의 의미를 잃었으며 이는 현 북핵의 상황을 통해 알 수 있다. 이에 대해서는 김성철, "핵연구 관점에서 본 북핵과 비핵화", 통일과 평화 제11집 제1호, 서울대학교 통일평화연구원, 2019, 88면.

이 용어의 의미가 새롭게 정의되지 못한 채 그대로 사용되어 왔으며[16], 이것은 본 연구의 문제의식으로 연결되었다. 따라서 본 연구에서는 이러한 용어의 정의와 관련하여, 비핵화와 비핵평화주의를 별개의 개념이 아니라 연결되어 확장되는 용어로 사용함을 밝힌다. 즉, 변화된 현실을 반영하여 비핵화라는 용어를 더욱 발전 및 확장시켜 '비핵평화주의'라는 용어로 새롭게 정의하여 사용하고자 하는 것이다. 물론 앞에서 설명한 바와 같이 핵을 보유하면서도 평화로울 수 있다고 주장하는 핵평화주의도 살펴보았으나, 본 연구에서는 비핵화에 따라 평화주의의 실현에 더욱 가까워질 수 있다고 이해하였으며, 이를 '비핵평화주의(非核平和主義)'라는 용어로 표현하고자 한다.

그러한 논거 내지 전제는 북한의 핵 보유와 핵 개발이 한반도의 안보를 직접적으로 저해하며, 동북아시아의 지역 안보, 나아가 전 지구적 핵확산금지체제(NPT)에 대한 중대한 위협으로 작용하므로 비핵화를 통한 비핵평화주의에 대한 적극적 지향이 필요하다고 판단하였기 때문이다. 그리고 이러한 평화에 대한 적극적 지향은 일반적인 평화의 가치[17]를 넘어 분단국 통일의 문제와 관련해서는 이중적 의미를 갖는다. 먼저 통일의 장벽을 제거하는 것이 평화추구를 위한 일차적 목적이지만, 이러한 가치가 단순히 분단상황에서의 남북간 평화의 유지·관리를 위한 논리로 작용할 가능성도 있기 때문이다. 그러므로 평화의 문제는 보편적 가치로서 핵심의제이자 통일의 지향이라는 목적성을 함께 요구하게 되므로 '통일이라는 목적을 위한 평화의 추구'라는 중첩된 적극성을 견지해야 한다.

또한, 본 연구의 주제를 관통하고 있는 '통일 한국의 통일헌법이 비핵평화주의를 그 내용으로 포함할 경우 이를 온전히 실현할 수 있는가?'의 문제는 헌법규범과 헌법현실 간에 괴리현상으로서 본 연구에서는 헌법의 이념과 가치로서 비핵평화주의의 실현이 통일 한국의 미래지향적 과제임을 밝힌다. 그리고 본 연구의 논의에서 중요한 의미를 갖는 북핵은 한반도 통일의 저해요인으로 판단하였으며, 그 근거는 북핵은 남북 간 선의의 경쟁 구도를 파괴

16) 미국이 북핵의 전면적 폐기를 요구했던 2019년 하노이 회담에서 비핵화는 트럼프행정부의 정책대로 정의되었다.

17) 평화의 개념에 대해서는 뒤이어 논의할 3. 핵평화주의와 비핵평화주의의 유사점과 차이점 중, 유사점과 관련한 내용에서 조금 더 자세히 설명할 것이다.

하여 한반도의 통일환경을 악화시킬 수 있다고 인식하였기 때문이다.

무엇보다 북한은 헌법에 핵보유국임을 명시한 이후 핵 개발과 경제건설 병진 노선을 천명했다. 북한이 핵 개발을 절대 포기하지 않을 상황에서 그 대책으로 '자위적 핵무장론', '전술핵 재배치론' 등이 다시 거론되고 있는 것이다. 그리고 북한의 핵 개발을 막을 최선의 방법이 없다는 점에서 그러하며, 이는 북한의 핵 보유를 더 두고 볼 수 없는 상황에서도 핵 개발을 저지할 효과적 수단이 부재하기 때문일 수도 있다. 핵평화주의(핵무장론)가 일견 도발 위협에 지친 답답한 국민의 정서를 반영할 수 있는 부분도 있다.

그렇지만 현 상황에서 자위적 핵무장론, 전술핵 재배치론 등의 핵평화주의가 실현되기 어려운 것에 대해서는 이미 살펴보았다. 그리고 우리는 핵확산금지조약(NPT) 등 국제규범을 준수하고 있으며 한반도 비핵화 공동선언으로 핵 보유 의사가 없음을 명확히 하였다. 1990년대 초 전술핵 철수도 이러한 맥락에서 진행되었다. 또한, 우리는 핵 이용국과 원전 수출국으로서 모범적이라는 평판을 듣고 있으며, 핵무기 보유를 선언하는 순간 북한과 같은 취급을 받을 것이다.

이와 더불어, 핵확산금지조약 탈퇴와 핵무장은 핵무기 없는 세상을 추구하는 미국의 대외정책에 대한 정면 도전으로 볼 수 있으며, 일본의 핵무장 등 동아시아의 '핵 도미노 현상'을 일으킬 것이다. 그리고 우리의 핵무장으로 북한이 과연 핵 보유 의지를 꺾겠는가? 오히려 이를 핵무기 개발의 정당화 구실로 삼을 것이며 북한이 받고 있는 국제사회의 제재를 우리에게도 동등하게 요구할 가능성도 크다. 더욱이 미국과의 협상을 시도하는 북한이 우리의 핵무장을 우려하여 군축을 시도한다는 것도 실현 가능성이 없으므로 결론적으로 핵무장으로 얻는 것보다 잃는 것이 더 많다고 평가할 수 있다.

(2) 반핵평화주의(反核平和主義)[18]

본 연구에서 사용한 비핵평화주의(非核平和主義)의 유사개념 내지 구

18) 원자력과 핵무기는 같은 기술을 다른 목적으로 사용함에 따라 이질적으로 나타나는 결과이며, 특히 농축·재처리 기술 이전은 핵확산과 관련하여 날카롭고 민감한 연구의 주제이지만, 평화적 이용과 관련된 원자력의 안전과 관련된 내용 및 주제는 본 연구의 범위에서 제외하기로 하며, 본 용어를 설명하기 위해 개괄적으로만 설명하기로 한다.

별개념으로서 '반핵평화주의(反核平和主義)'와 관련된 선행연구는 그동안 많은 성과가 있었다. 구체적으로, 핵 피폭국인 일본 사회는 평화헌법[19]을 통해 핵무기에 반대해 왔으나, 원자력 발전 또한 일본국 헌법 제9조[20]의 평화헌법 조항에 반하는 것으로서 위헌이라는 생각을 대중적으로 공유하지는 못했다.

즉, 핵무기의 위헌성에 대해서는 많은 논의가 있었지만, 원자력 발전의 위헌성을 따지는 헌법적 논의는 평화헌법 옹호자들 사이에서도 거의 이루어지지 않았다. 그리고 세계 각국은 핵에너지의 이용을 평화적 이용과 군사적 이용으로 나누고 전자에 대해 합헌 입장을 견지해왔다. 특히 일본의 헌법학계는 전쟁수단으로 전용될 수 있는 원자력 발전은 잠재적인 전력(戰力)에 해당하므로 일본국 헌법 제9조에 반한다는 인식이 팽배하였다.[21]

하지만 이러한 이분법적 사고에 결정적 분열을 가져온 것이 후쿠시마 원전 대재앙이며, 이 재앙(동일본대지진/후쿠시마원자력발전사고; 동일본대지진과 동반된 쓰나미가 2011년 3월 11일 후쿠시마 제1원자력발전소를 덮치면서 발생한 사고)은 체르노빌 원전사고(1986년 4월 26일에 소련 우크라이나 소비에트 사회주의 공화국 즉, 현재의 우크라이나 키이우주 프리피야트에 있는 체르노빌 원자력 발전소에서 발생한 최악의 원자력 사고)에 필적하는 것으로서, 인류사적 기념비가 되었다고 평가할 수 있다.[22]

이처럼 반핵평화주의(反核平和主義)는 원자력의 군사적 이용이 가져온 폐해와 참상으로부터 태동한 개념이며, 그러한 원자력의 군사적 이용이 평화주의에 반한다는 일본의 반핵운동으로부터 주목받기 시작하였다. 구체적

---

19) 일본의 평화헌법은 미국에 의한 일본의 군국주의 해체와 천황제유지 및 반공으로 형성된 결과물이다. 이것은 패전 직후 일본국민들의 참혹한 전쟁으로 인한 평화에 대한 강력한 요구에서 비롯된 것인바, 전후 일본의 정체성으로서 평화주의가 인식되게 되었다. 이에 대해서는 김수진, "통일헌법의 지향점으로 평화헌법과 문화국가원리", 경희법학 제56권 제1호, 경희법학연구소, 2021, 13면.

20) 일본 헌법의 평화주의 관련 조항의 핵심은 헌법 제9조이며, 제9조 외에도 헌법 전문(前文)에 평화의 세계적 보편성에 관한 내용 즉, 평화적 생존권도 일본 평화주의의 일부를 형성하고 있다.

21) 이계수, "원자력 발전과 인권", 민주법학 제53호, 민주주의법학연구회, 2013, 117면.

22) 김준섭, "후쿠시마 원전사고의 문제점과 시사점", 日本學報 第104輯, 한국일본학회, 2015, 245-258면; 竹內敬二, 「電力の社會史」, 朝日新聞出版, 2013, p. 8.

으로, 1945년 히로시마와 나가사키에 투하된 2개의 원자폭탄은 전쟁에서 인류 역사상 최초로 일반 시민을 대상으로 한 학살에 사용된 원자폭탄이었으며, 이를 배경으로 일본의 대중운동은 헌법의 평화주의에 기초한 원수폭 금지운동으로서의 특성을 견지하기 시작했다. 그리고 일본 헌법에 수용된 평화주의 원리는 전쟁 또는 전쟁의 위협이 없는 상태를 그 내용으로 하므로 원자력의 평화적 이용에 따른 위험과 공포가 없는 상태까지를 그 규범의 보호영역으로 포괄하지 못하므로 규범영역을 확장할 필요가 있다는 견해가 제시되고 있다.[23]

3. 핵평화주의와 비핵평화주의의 유사점과 차이점

지금까지 핵평화주의와 비핵평화주의에 대해 차례로 살펴보았다. 그렇다면 양자의 차이점은 과연 무엇일까? 핵평화주의(핵무장론)는 점진적인 핵무기의 확산은 오히려 지역 안보의 안정적 역할을 증대시키며, 핵무기의 보유 결과 방어력과 억제력이 강화되어 전쟁의 가능성은 감소하며 핵무기가 부여하는 책임으로 인해 전쟁을 시작하기가 더욱 어려워진다는 논리(Waltz)이다. 반면, 본 연구에서 제시한 비핵화에서 발전 및 확장한 비핵평화주의는 핵의 확산·통제·억제를 포함하는 개념이다.

비핵평화주의에 따르면, 북핵에 대한 최종적인 해결은 북한이 모든 핵무기 프로그램을 폐기하고 NPT 체제로 복귀함으로써 종료되며 그 과정에서 NPT 체제를 위한 실행기관인 IAEA의 안전조치를 따라야 하며 종국적으로 핵 억제력을 통한 안보의 추구를 의미한다.[24]

그렇다면 핵평화주의와 비핵평화주의의 공통점은 무엇인가? 그것은 '평화'에 대한 양자의 궁극적 목적성에 있다. 즉, 양자 모두 핵을 통해 전쟁을 방지하고 안보 및 평화를 추구하느냐 핵의 제거를 통해 이를 추구하느냐에 따른 방법론의 차이를 보이지만 종국적인 목적은 '평화'라는 종착점에의 도달이다.

---

23) 이경주, "원자력과 평화주의 - 일본과 한국의 경우", 민주법학 제54호, 민주주의법학연구회, 2014, 13-17면.

24) 김성철, "핵연구 관점에서 본 북핵과 비핵화", 통일과 평화 제11집 제1호, 서울대학교 통일평화연구원, 2019, 86면.

분단국 통일에서의 평화개념의 특수성에 대해서는 전술하였으며, 일반적인 평화의 개념은 소극적으로 전쟁의 부재와 폭력이 행사되지 않는 상태로 보며, 이를 적극적으로 해석하여 전쟁 및 갈등의 부재를 넘어 구조적인 폭력까지도 소멸한 상태로 이를 정의하기도 한다.[25] 다만, 보편적인 평화의 의미는 전쟁이 부재한 상태라 할 수 있으며, 전쟁의 반대 개념으로 인식되고 있다. 하지만 이러한 평화의 개념은 여러 문화권에서 다양한 형태로 형성되고 변화해왔다.[26]

전쟁의 부재라는 평화의 개념은 전쟁을 빈번하게 경험한 유럽지역에서 출현했다. 예컨대, 투키디데스(Thucydides)는 평화에 관해 "끊임없이 지속되는 전쟁 중의 휴전"이라고 기술하였으며, 홉스(Thomas Hobbes)는 "전쟁이 임박하지도 않고 실제로 행해지지도 않는 기간"이라고 규정하였다.[27] 이와 더불어, 단테(Durante degli Alighieri), 에라스무스(Desiderius Erasmus), 생-피에르(Abbé de Saint-Pierre), 루소(Jean Jacques Rousseau), 칸트(Immanuel Kant) 등 유럽의 여러 사상가가 전쟁과 평화의 의미를 본격적으로 탐구하였다. 이들 중 일부는 기독교 사상 등의 영향을 받아 전쟁과는 별개로 평화에 대한 정의를 내린 바 있다.[28]

그리고 평화는 인권과 결합하여 남북 분단과 한국전쟁, 독재정권과 인권탄압의 시기를 거친 우리 사회의 오랜 화두라 할 수 있다. 그렇다면 이 두 단어는 서로 상이하며 별개의 동떨어진 개념인가? 과거 1990년대에 인권은 인류보편적인 성격을 가지는 개념으로 재조명되었다. 이 시점은 인권의 이름으로 전쟁을 반대하고 군비를 축소하여 평화를 확보하려는 고민이 시작

---

25) John Galtung, Peace by Peaceful Means: Peace and Conflicts, Development and Civilization, Sage Publication, 1996, pp. 1-9.

26) 최상용, "근대 서양의 평화사상", 하영선 편, 「21세기 평화학」, 풀빛, 2002, 13-40면; 김수진, "헌법상 국제평화주의에 대한 현대적 해석 - 통일헌법의 기본방향으로서 평화헌법을 중심으로-", 성균관 법학 제34권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2022, 16-17면.

27) Rachel Kerr, "Peace", in Austin Harrington, Barbara Ⅰ, Maeshall and Hans-Peter Müller, eds., Encyclopedia of Social Theory, New York: Routledge, 2006, pp. 422-423.

28) 성염, "단테의 세계 평화론: 단테의 <제정론> 제1권에 나타난 세계평화와 단일 군주제의 철학적 연관성", 「사랑만이 진리를 깨닫게 한다」, 경세원, 2007, 263-266면; 김용구, 「장 자크 루소와 국제정치: 영구평화를 위한 외로운 산책자의 꿈」, 원, 2004, 37면.

된 시기이자 친북이나 종북으로 치부되어 법의 심판을 받았고, 절충점을 찾지 못한 시기이기도 했다. 그렇지만 2000년대 들어서는 상황이 많이 달라져 평화와 인권을 결합하려는 시도들이 나타났다.

이러한 평화와 인권을 결합하고 이를 가장 먼저 사용 및 체계화한 국가는 일본이라 할 수 있다. 일본에서는 평화와 인권을 결합하여 '평화적 생존권'이라는 표현을 사용하고 있다. 1946년에 제정된 현행 일본 헌법은 그 전문에서 '평화속에 생존할 권리(平和のうちに生存する權利)가 전 세계의 인민에 있다.'라는 표현이 있으며, 그 이후 1962년 일본의 헌법학자 호시노 야사부로(星野 安三郎)는 이 '평화 속에서 생존할 권리'라는 표현을 평화적 생존권이라는 말로 체계화하여 표현하였다.

사회주의 국가들에서도 평화에 대한 권리를 주장하였던 움직임을 발견할 수 있다. 그 구체적 예로, 동독의 바움가르텐(A. Baumgarten)은 평화에 대한 권리(das Recht auf Frieden)는 '전체로서의 인민 및 이를 구성하는 개개인'에 속하는 '인간의 모든 권리 중 실제로 가장 중요한 의미를 갖는 권리'라고 했다. 그의 주장은 당시의 동서 냉전상황을 반영해 동유럽의 입장을 정당화하고자 했던 면은 있지만, 2차대전 이후 UN 헌장 등이 갖는 의미에 대한 적극적 평가를 토대로 평화에 대한 권리를 주장했다는 점에서 주목할 만한다. 왜냐하면 이러한 움직임은 향후 동독과 폴란드 등에서 정치가와 학자들이 평화에 대한 권리를 주장하는 계기가 되었기 때문이다.[29]

정리해 보면, 평화에 대한 권리는 각국의 헌정사, 국제적 맥락, 강조하는 지점에 따라 표현은 달라질 수 있다. 그렇지만 평화와 인권을 결합하고 평화에 대한 권리를 표현하고 있다는 점에서는 공통된다.[30] 그리고 인권을 표현할 때 인권의 근원성을 특별히 부각시켜 '기본적 인권', 즉 1945년 포츠담선언 제10조에서 "기본적 인권이 확립되어야 한다(fundamental human rights shall be established)."라고 규정되어 있는 것에서 알 수 있듯, 그리고 이를 축약해 '기본권'이라고 표현하는 것처럼, 평화에 대한 권리는 '평화권' 또는 '평화적 생

29) A. Baumgaraten, "Das Recht auf Frieden als Menshenrecht", Staat und Recht, Jahrgang 3, 1954, pp. 176-179.

30) 이경주, 「평화권의 이해 - 개념과 역사, 분석과 적용」, 사회평론, 2014, 17-24면.

존권' 등의 용어로 사용될 수 있다. 이러한 평화적 생존권에 대하여 우리 헌법재판소는 헌법상의 권리로 이를 인정[31]하였다가 다시 부정[32]한 바 있다.

이와 더불어, 양 평화주의의 유사점과 차이점에 대한 검토를 위해 본 연구에서는 핵보유국의 지위에서 비핵국가로 전향한 남아프리카공화국[33]의 사례를 설명하고자 한다. 왜냐하면, 남아프리카공화국은 핵평화주의와 비핵평화주의를 모두 경험한 국가로 평가할 수 있으므로 이에 대해 비교법적으로 검토하여 우리의 상황에 접목하여 그 시사점과 양 평화주의의 공통점과 차이점의 도출도 시도해 볼 수 있기 때문이다.

1980년대 핵무기의 개발 및 보유를 시작했던 남아프리카공화국은 냉전의 종식과 체제이행이라는 시대적인 흐름과 함께 선제적이고 주체적인 비핵화를 신속하게 단행하였다. 구체적으로, 1989년 9월에 당선된 남아프리카의 데 클레르크(de Klerk) 대통령은 핵프로그램의 유지 대신 핵확산금지조약(NPT)의 가입 및 핵 폐기를 추진할 경우 예상할 수 있는 경제적 비용의 편익과 외교·안보에 대한 비교분석을 전문가위원회에 의뢰하여 그 분석 결

---

31) 헌법재판소는 "오늘날 전쟁과 테러 혹은 무력행사로부터 자유로워야 하는 것은 인간의 존엄과 가치를 실현하고 행복을 추구하기 위한 기본전제가 되는 것이므로, 헌법 제10조와 제37조 제1항으로부터 평화적 생존권이라는 이름으로 이를 보호하는 것이 필요하며 그 기본내용은 침략전쟁에 강요되지 않고 평화적 생존을 할 수 있도록 국가에 요청할 수 있는 권리라고 볼 수 있다."라고 판단하여 이를 인정하였다(헌재 2006. 2. 23. 2005헌마268).

32) 헌법재판소는 "우리 헌법은 일본 헌법과 같이 평화적 생존권을 직접적으로 도출할 표현을 두고 있지 아니하고, 다만 전문이나 총강에서 "평화적 통일", "세계평화", "국제평화", "침략전쟁의 부인" 등의 규정을 갖고 있을 뿐이다. 평화적 생존권을 헌법에 열거되지 아니한 기본권으로서 새롭게 인정할 필요성이 있다거나 평화적 생존권이 구체적 권리로서의 실질에 부합한다고 보기 어려운 이상, 우리 헌법 전문이나 총강에 나타난 평화에 관한 몇몇 규정에 기초하여 헌법 제10조 및 제37조 제1항을 근거로 평화적 생존권을 헌법상 보장된 기본권으로 쉽사리 인정할 수는 없다고 할 것이다." 라고 판단하여 이를 부정하였다(헌재 2009. 5. 28. 2007헌마369).

33) 남아프리카공화국은 1978년에 최초로 핵폭발 장치를 개발하였으며, 이를 토대로 1979년에는 농축우라늄을 기반으로 한 핵무기를 개발하였다. 그리고 그 이후 1989년 비핵화가 결정될 때까지 핵무기 개발을 지속하여 6-7기의 핵무기를 최종적으로 보유하였다. 이에 대해서는 Albright David, "South Africa and the Affordable Bomb" Bulletin of the Atomic Scientists 50, No. 4, 1994, pp. 37-47; Liberman Peter, "The Rise and Fall of the South African Bomb" International Security 26, No. 2, 2001, pp. 45-86; 황지환, "핵포기 모델의 재검토: 남아프리카공화국, 우크라이나, 리비아 사례를 통해 본 북핵 포기의 가능성과 한계", 세계지역연구논총 제30집 제3호, 한국세계지역학회, 2012, 225-252면.

과와 권고에 따라 주체적·자발적으로 핵 폐기를 결정하였다.[34]

체제이행기 남아프리카공화국의 비핵화의 특징은 첫째, 핵확산금지규범과 레짐에 대한 헌신 및 그에 대한 적극적인 지지를 명확하게 하였고, 둘째, 독자적으로 생산한 핵무기를 주체적으로 폐기한 비핵평화국가로서 핵의 평화적 이용을 위한 핵기술에 대한 지역선도국가로서의 우월적 지위를 토대로 아프리카 역내에서 비핵평화체제의 구축에 있어서 핵심역할을 담당하였다. 이것은 과거의 핵 개발과 아파르트헤이트 정책 의혹으로 인해 실추되었던 국가적 위상을 제고하여 외교적 영향력을 강화하였다는 점이다. 남아프리카공화국의 사례는 과거의 핵개발국이 외교적 고립과 국제적 불신에서 벗어나 국가 위상의 변화를 제고하고 국제사회의 일원으로 다시 편입되기 위해서는 실질적 비핵화 조치와 더불어 비물질적 측면의 진취적 노력 또한 필요하다는 것을 여실히 보여준다.

하지만 현재의 북한의 상황에서 이것을 기대하는 것은 어려울 것이다. 그러므로 남아프리카공화국의 상황과 달리 분단된 한반도의 평화 및 동북아시아의 역내 평화를 위해서도 북한의 자발적 핵 폐기를 대체할 새로운 대안을 고민해야 할 것이다.

Ⅲ. 남북헌법상 '비대칭적(非對稱的)' 평화주의

1. 북한 헌법의 평화주의

(1) 북한 헌법 서문의 '핵보유국' 명기

북한은 2012년 4월 개정헌법에 핵보유국임을 명기하였다. 북한의 핵보유국 선언은 개정헌법 서문[35]에서 김정일 국방위원장의 치적을 설명하면서

---

34) 한인택, "핵폐기 사례연구: 남아프리카공화국 사례의 함의와 한계", 한국과 국제정치 제27권 제1호, 경남대학교 극동문제연구소, 2011, 83-108면.

35) 북한은 개정헌법 서문에서 2011년 12월에 사망한 김정일 국방위원장의 업적을 강조하기 위해 3개 문장을 추가하면서 "김정일 동지께서는 세계 사회주의 체계의 붕괴와 제국주의 연합 세력의 악랄한 반공화국 압살 공세 속에서 선군정치로 김일성 동지의 고귀한 유산인 사회주의 전취물을 영예롭게 수호하시고 우리 조국을 불패의 정치사상

나온다. 문맥상 김일성-김정일-김정은으로 이어지는 세습의 정당성을 강조하는 맥락인 것이다. 북한은 2005년 2월 외무성 성명을 통해 처음으로 "핵무기를 만들었다."라고 밝힌 이후 스스로 핵보유국임을 주장해왔다. 그러나 남한과 미국 등은 북한이 인도와 파키스탄, 이스라엘처럼 핵확산금지조약(NPT)[36]의 외부에서 핵보유국의 지위를 인정받으려는 시도라 판단하여 이를 부인해왔다. 미국도 북한을 '핵보유국'으로 인정할 수 없다는 방침을 오랫동안 유지해 왔으며, 기존 견해에 변화가 없음을 밝혔다.

무엇보다 북한 헌법 서문의 핵보유국 명기는 1992년 발효된 남북 비핵화 선언을 완전히 부정한 것이며, 향후 미국과 비핵화가 아닌 상호 핵무기 감축이나 한국에 대한 미국의 핵우산 철폐를 협상하겠다는 전략으로도 이해할 수 있다. 즉, 김정은 중심의 북한체제는 핵 보유에 집착하며 강경책을 펼칠 것으로 보이며, 김정은이 언급한 '평화보다 자주와 존엄의 중요성'에 대한 부분을 주목해야 할 것이다. 그리고 이것은 내부적으로 취약한 김정은이 체제 안정을 위해 전략적으로 선택한 방법일 수도 있다.

북한은 2006년 핵실험 이후 신문 사설 등을 통해 핵보유국임을 주장했으며, 2010년 4월 비망록에서 "북한은 핵보유국이며 다른 핵보유국들과 동등한 입장에서 국제사회의 핵 군축 노력에 참여하겠다."라고 했다. 그러나 이전과 달리 평가해야 할 점은 북한 법체계[37]의 정점인 헌법에서 이에 대해 명기하였고, 이를 "김정일의 업적"으로 단정지었다는 점이다. 이것은 북한으로서는 '함부로 손대거나 넘볼 수 없는 영역', 즉, 핵보유국 지위를 신성불가침의 영역으로 한계지은 것으로서, 핵과 관련해 북한과 협상해야 하는 국제사회와 대한민국은 완전히 새로운 국면을 맞이한 것으로 이해할 수 있다.

강국, 핵보유국, 무적의 군사 강국으로 전변시키시였으며 강성국가건설의 휘황한 대통로를 열어놓으시였다."라고 적어넣었다.

36) 핵보유국 지위는 핵확산금지조약(核擴散防止條約, Non-Proliferation Treaty; NPT)에 따른 것인바, 북한은 스스로 동 조약의 회원국이 아니라고 부인하고 있는바, 북한은 핵보유국 지위를 가질 수 없다. 왜냐하면, 동 조약은 미국과 러시아, 영국, 프랑스, 중국 등 5개 나라에 대해서만 핵보유국의 지위를 부여하고 있으며, 북한은 조약을 탈퇴한 상태이기 때문이다. 그러나 이 조약은 가입과 탈퇴가 자유로운 조약이 아니며 북한은 9·19 공동성명에 따라 핵 개발 계획을 포기한다고 국제사회에 약속했고, 유엔 안보리 결의도 북한의 핵무기 개발을 금지하였다.

37) 대한민국은 헌법-법률-대통령령-시행규칙의 규범적 체계가 존재하며, 이에 대응하여 북한은 헌법-부문법-규정-세칙의 규범적 체계가 있다고 볼 수 있다.

그렇다면 북한이 북한 헌법 서문에 '핵보유국'을 명기하고 핵을 보유하게 된 원인을 어떻게 파악할 것인가? 북한은 핵 개발의 동기를 북-미 적대관계에서 찾고 있으며, 북-미 간 적대적 관계 해소와 평화체제 구축 등 체제 유지에 대한 것이 담보될 수 없다면 계속해서 핵을 보유할 것이라고 공언하고 있다. 북핵폐기 모델[38]과 관련하여 미국 등이 제시했던 '우크라이나 모델' 과 '리비아모델'의 유효성이 소멸하고, 경제건설과 핵 무력건설의 병진노선을 오랜 기간 유지했던 북한 핵 문제의 해결은 더욱 요원해 졌다.[39] 그리고 북한은 '인도와 파키스탄 모델'을 고려하여 장거리 로켓 발사와 핵실험을 지속하면서 사실상 핵보유국으로 인정받으려 하고 있으며, '양탄일성(兩彈一星)'으로 강대국의 반열에 오른 중국을 그 모델로 하여 경제발전과 핵보유를 함께 이루려 하고 있다.[40]

이처럼 일반적으로 북한의 핵 개발 및 핵 보유의 동기는 북미 간의 적대적 관계에서 발견할 수 있지만, 단순히 북핵 문제는 분단체제, 수령체제, 세계체제의 단선적인 요인이 아니라 이 모든 요인이 복합적으로 결합된 역사-구조적 산물이라 할 수 있다. 즉, 북한 핵 보유의 요인은 북·미 적대관계, 남북 분단체제, 반테러 전쟁, 사회주의권의 붕괴 및 독재정권의 몰락이라는 대외적 변수와 더불어 김일성-김정일-김정은의 세습체제로 이어진 수령체

38) ≪핵폐기 모델 - 4대 유형≫

비고	일괄적폐기	단계적폐기
독자적 폐기	남아공, 브라질, 아르헨티나	북한: 핵 실험장 폭발 폐쇄(2018) 이란: 일부 핵활동 축소폐쇄(2015)
협력적 폐기	구소련 3국 (우크라이나, 카자흐스탄, 벨라루스), 리비아	살라미 핵폐기 모델 북한: 미북 제네바 합의 - 핵활동 동결과 미국지원(1994)

출처: 이상현 외, 「해외 검증사례 비교연구 및 검증방안 개발」, 한국원자력통제기술원, 2019, 110면.

39) 고유환, "북핵 문제와 한반도 평화", 북한연구학회기획 · 박순성 편저, 「통일논쟁」, 한울아카데미, 2015, 219-220면.

40) 마오쩌둥(毛澤東)은 핵무기에 대한 의지가 강했으며, "바지를 저당 잡히고 인민의 절반만이 살아남는다고 하더라도 양탄일성(兩彈一星)의 숙원을 성취해야 한다."라고 주장했다. 양탄일성은 두 개의 폭탄과 한 개의 인공위성을 의미하며, 중국은 1960년대에 수소폭탄과 원자탄 및 인공위성을 쏘아 올려 핵 강대국의 반열에 들어섰고 미국과의 관계도 개선한 바 있다. 그리고 그 이후 덩샤오핑(鄧小平)은 양탄일성을 토대로 비약적 경제발전을 이루었다.

제와 깊은 상관성을 갖는다. 따라서 북핵에 대한 해법도 단순하지 않고 그 해결도 쉽지 않다.[41]

(2) 북한 헌법상 통일과 평화의 의미

일반적으로 사회주의 국가의 경우 호전적·전투적이므로 사회주의 국가의 헌법 또한 반평화적 규정으로 일관하고 있으리라 판단하기 쉽다. 그러나 사회주의 국가(중국[42], 북한)도 평화주의원리를 헌법에 규정하고 있다.

북한 헌법 서문에서는 조국통일에 대해 다음과 같이 규정하고 있다. "위대한 김일성동지와 김정일동지는 민족의 태양이시며 조국통일의 구성이시다. 김일성동지와 김정일동지께서는 나라의 통일을 민족지상의 과업으로 내세우시고 그 실현을 위하여 온갖 로고와 심혈을 다 바치시였다. 김일성동지와 김정일동지께서는 공화국을 조국통일의 강유력한 보루로 다지시는 한편 조국통일의 근본원칙과 방도를 제시하시고 조국통일운동을 전민족적인 운동으로 발전시키시여 온 민족의 단합된 힘으로 조국통일위업을 성취하기 위한 길을 열어놓으시였다." 이것은 조국통일의 주체, 의의, 근본원칙, 방법 및 그 필요성 등에 대해 피력한 것이다.

무엇보다 북한 헌법상 조국통일의 의미에 대한 접근을 위해서는 북한 헌법의 가장 큰 특징이 '주권적 국민의 실종'임을 우선적으로 인식해야 한다. 즉, 북한 헌법의 주체가 국민이 아닌 김일성 일가이며, 헌법의 서문 자체가 김일성 일가의 영웅적 업적에 대한 전근대적 칭송이라 해도 무리가 없다.[43] 따라서 이러한 관점에서 조국통일의 의미를 이해해야 할 것이다.

그리고 북한 헌법 제9조는 북한 헌법 서문의 조국통일에 대한 내용과 더불어, "조선민주주의인민공화국은 북반부에서 인민정권을 강화하고 사상,

---

41) 고유환, "북한 핵 보유 역사에 관한 역사 - 구조적 접근", 북한연구학회보 제20권 제1호, 북한연구학회, 2016, 63면, 83면.

42) 중화인민공화국 헌법(1993년 개정)의 서문에는 "중국은 독립 자주의 대외정책을 견지하고, 주권과 영토보전의 상호 존중 · 상호 불가침 · 상호 내정 불간섭 · 평등호혜 · 평화공존의 다섯 가지 원칙을 견지하고, 각국의 외교 관계와 경제, 문화적 교류를 발전시킨다. 제국주의 · 패권주의 · 식민주의를 지속적으로 반대하고, 세계 각국 인민의 단결을 강화하고, 억압받는 민족과 개발도상국가의 민족 독립 쟁취와 수호, 민족 경제를 발전시키는 정의로운 투쟁을 지지하며, 세계 평화를 지키고 인류 발전 활동을 촉진하기 위하여 노력한다."라고 규정하고 있다.

43) 양선숙, "국민주권성과 통일헌법", 철학 제129호, 한국철학회, 2016, 217-218면.

기술, 문화의 3대혁명을 힘있게 벌려 사회주의의 완전한 승리를 이룩하며 자주, 평화통일, 민족대단결의 원칙에서 조국통일을 실현하기 위하여 투쟁한다."라고 규정하고 있다. 즉, 평화통일을 조국통일의 방식으로 인정하고 있다고 평가할 수 있다.

또한 동법 제17조는 "자주, 평화, 친선은 조선민주주의인민공화국의 대외정책의 기본리념이며 대외활동원칙이다. 국가는 우리나라를 우호적으로 대하는 모든 나라들과 완전한 평등과 자주성, 호상존중과 내정불간섭, 호혜의 원칙에서 국가적 또는 정치, 경제, 문화적 관계를 맺는다. 국가는 자주성을 옹호하는 세계인민들과 단결하며 온갖 형태의 침략과 내정간섭을 반대하고 나라의 자주권과 민족적, 계급적 해방을 실현하기 위한 모든 나라 인민들의 투쟁을 적극 지지성원 한다."라고 규정하고 있는바, 이는 대외정책 및 대외활동원칙의 기본이념으로서 평화를 인정하고 있다고 평가할 수 있다.

이와 더불어, 동법 제59조에서는 "조선민주주의인민공화국 무장력의 사명은 근로인민의 리익을 옹호하며 외래침략으로부터 사회주의제도와 혁명의 전취물을 보위하고 조국의 자유와 독립과 평화를 지키는 데 있다." 그리고 동법 제86조는 "조국보위는 공민의 최대의 의무이며 영예이다. 공민은 조국을 보위하여야 하며 법이 정한데 따라 군대에 복무하여야 한다."라고 명문화하고 있다.

이처럼 북한 헌법은 '자유, 평화, 친선'을 북한 외교의 3대 원칙으로 내세우며 평화를 공식적으로 강조하고 있으며, 이는 명목상이지만 평화주의원리 가운데 침략전쟁 부인의 법리를 사회주의헌법적으로 표현하고 있다고 평가할 수 있다.

그리고 7·4 남북공동성명에서도 자주, 평화통일, 민족대단결을 평화의 3대 원칙으로 천명한 바 있다. 그뿐만 아니라, 평화군축회의를 포함하여 다양한 회담에서 평화의 필요성에 대해 언급한 바 있다. 그러나 국제적 무대나 외무성의 선언에서는 적대적이며 공격적인 감정을 드러내는 행동과 발언을 지속해 왔다. 이처럼 모순되는 북한의 발언과 행동을 어떻게 이해해야 하는가?[44]

북한이 간행한 「조선말 대사전」에서 '평화'는 두 가지 의미를 지니고 있다; ① 전쟁이나 무장충돌 같은 것이 없는 상태, ② 분쟁이나 반목이 없이

44) 김병로, "자위(自衛)로서의 평화: 북한의 평화개념", 평화학 연구 제20권 제3호, 2019, 8면.

화목한 상태. 이것은 한국에서의 평화개념의 사전적 의미와 유사하다. 즉, 「국립국어원 표준국어대사전」은 '평화'를 다음의 의미로 설명하고 있다; ① 평온하고 화목함, ② 전쟁, 분쟁 또는 일체의 갈등이 없이 평온함. 또는 그런 상태를 뜻한다.

하지만 북한의 경우 평화가 포함된 합성어의 의미에는 이념적·환경적 특수성이 포함되어 있다. 예를 들어 '평화전략'은 "미제가 세계 혁명전략을 말살하고 해외 침략을 강화하기 위하여 들고나온 침략적인 전략의 하나"라고 정의한다. 비슷한 의미로 '평화주의'는 "제국주의에 굴종 아부하면서 정의로운 전쟁도 포함한 전쟁의 일반에 대해 반대하고 원칙이 존재하지 않는 평화를 주장하는 반동적인 태도나 사상"이라고 정의하였다.[45]

무엇보다 북한에서의 평화개념은 주체사상을 토대로 하여 정부의 정책으로서 핵심이라 할 수 있는 '자위(自衛)'라고 평가할 수 있다. 이것은 제국주의 전쟁에 대한 위험이 제거되지 않은 상황에서 자신의 힘으로 국가를 지킬 힘을 확보하는 것이 주체를 수호할 수 있는 실질적인 방법이며 그것이 바로 평화를 확보하는 방법이라 여기는 것이다.

이러한 생각은 공식적인 입장과 지도자들의 발언을 포함하여 구성원 개인의 의식 속에 깊이 공유되어 있다. 또한, 자위를 중심에 둔 평화의 개념에 따른다면 폭력의 사용도 정당화될 수 있다. "평화수호의 강력한 보검"이라 자처하는 핵무기도 북한이 주장하는 '자위'의 측면에서는 정당화될 수 있다. 이러한 평화개념은 서방국가들이 표방하는 평화개념이나 평화주의와는 상이하다. 평화는 궁극의 가치일 수 없으며 "평화가 아무리 귀중해도 절대로 구걸을 하지 않는다."라는 북한의 구호에서 알 수 있든 자주와 자위가 평화보다 더욱 중요한 가치인 것이다.[46]

2. 우리 헌법상 평화주의

우리 헌법상 평화주의는 먼저, 헌법 전문(前文)에 나타나며 그 내용은

45) 홍용표, "북한의 평화개념과 평화 만들기", JPI PeaceNet, 제주평화연구원, 2021, 4면.
46) 김병로, "자위(自衛)로서의 평화: 북한의 평화개념", 평화학 연구 제20권 제3호, 2019, 28면.

다음과 같다. "… 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써 …"라는 내용이 그것이다. 일반적으로 헌법전문은 헌법제정의 주체 및 그 역사적 의의와 과정, 헌법제정의 지도이념과 목적 등을 규정한다. 그리고 추상적인 용어를 주로 사용하여 국가의 질서형성에 대한 기본적 이념과 방향을 제시하고 있으므로 해석의 필요성이 크다고 할 수 있다. 그러므로 그 해석은 다양한 관점을 고려하여 이루어져야 하며, 무엇보다 전문을 해석함에 있어서는 통일성의 원칙에 따라 본문과의 조화가 중요하다.[47]

그런 의미에서 본다면, 우리 헌법전문에서의 평화주의는 침략전쟁의 부인과 그 뜻을 함께 한다고 할 수 있다. 즉, 헌법전문에서의 평화통일은 제4조 및 제66조 제3항의 평화적 통일의 의미와 유기적으로 관련하여 이해해야 한다. 그리고 세계시민의 지위에서 대한민국은 세계평화와 공생을 위하여 지구공동체의 구성원이라는 점을 명시한 것으로 이해할 수 있다.[48] 그러므로 이 규정이 뜻하는 바는 대한민국은 평화를 사랑하는 평화국가임을 세계적으로 공표한 것이며, 분쟁의 종결과 국가적 이익을 위해 전쟁에 호소하지 않겠다는 것으로 이해해야 하며, 이것은 결국 평화적 세계질서 형성에 적극적으로 동참하겠다는 결의라 할 것이다.

우리 헌법은 또한 분단된 현실을 수용하고 조국 통일에 대한 역사적 사명을 "평화적 방법"으로 달성할 것을 밝히고 있다. 즉, 현행헌법 제4조는 "대한민국은 통일을 지향하며, 자유민주적 기본질서에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다."라고 명문화하고 있다. 이것은 과거 북한으로부터의 무력공격에 대한 경험을 토대로 대한민국은 북한과 같이 무력적인 방법이 아닌, 평화적 방법을 통하여 통일을 성취하기 위해 노력하겠다는 의미로 이해할 수 있는 규정이다. 그리고 평화적 통일의 원칙은 적화에 따른 공산주의적 통일의 방식이 아닌 다원적·자율적 방법으로서 평화통일에 대해 노력하라는 국가의 명령규정으로 볼 수 있다.

특히, 제4조에서 규정한 평화적 통일의 의미는 북한지역도 대한민국의 영토임을 명문화한 헌법 제3조의 효력 범위와 관련해 통일을 위한 무력의

47) 장영수, 「헌법학」, 홍문사, 2022, 117면.
48) 이준일, 「헌법학강의」, 홍문사, 2019, 209면.

사용은 국내의 문제이며 또한 경찰력의 행사라 볼 수 있다. 그러나 한국전쟁에서 경험했던 남북간 무력충돌은 단순히 국내문제에 한정되지 않고 현 상황 즉, 여러 국가(미국, 중국, 러시아)와 상호방위조약을 체결하고 있어 국제분쟁으로 연결될 가능성이 크다.[49] 따라서 남북관계에 대해서는 분단된 한반도의 현실을 고려하여, 국제평화주의를 적용하여 1991년 12월, '남북사이의 화해와 불가침 및 교류·협력에 관한 합의서'가 채택되었고, 1992년 2월 그 효력이 발생하여 남북 상호 간에 법적으로 무력의 행사를 포기하였다.[50]

3. 남북간 평화의 인식 차이와 그 평가

북한의 대남정책과 대북정책을 주도하고 있는 김정은 위원장은 북한 노동당 제8차 당대회 사업총화 보고[51]에서 '평화'라는 표현을 여러번 사용하였으며, 여기에는 김정은 위원장의 평화 인식과 정책 방향이 잘 나타나 있다. 김정은 위원장은 군사력 부분의 성과와 관련하여 "우리 인민들이 존엄 높은 강대한 나라에서 영원히 전쟁의 참화를 모르고 번영과 행복을 마음껏 창조해나갈 수 있게" 되었고, 이것이 지난 5년간 이룩한 "가장 뜻깊고 긍지 높은 대승리"라고 자평하였다. 그리고 대외관계 부문의 사업총화 보고에서 내세운 업적은 "대담한 로선 전환과 공격적인 전략"을 통해 "국제사회가 공감하는 평화의 기류를 조성하고 대화 분위기를 마련"하였다고 평가된다. 이러한 논리는 북한이 미국과의 "역학관계를 극적으로 변화"시킴으로써 "평화수호의 새로운 정치 흐름"을 만들었다는 주장으로 이어졌다. 즉, 미국과의 정상회담을 통해 자신들의 "자주적 리익"과 "평화와 정의를 수호하는 공화국의 전략적 지위"를 과시할 수 있었다는 것이다.

---

49) 장영수, 전게서(각주 47), 241-242면.

50) 헌법재판소는 남북기본합의서의 법적 효력에 대하여 "1992.2.19. 발효된 '남북사이의화해와불가침및교류협력에관한합의서'는 일종의 공동성명 또는 신사협정에 준하는 성격을 가짐에 불과하여 법률이 아님은 물론 국내법과 동일한 효력이 있는 조약이나 이에 준하는 것으로 볼 수 없다."라고 판시하여 법적 구속력을 부인하였다(헌재 2000. 7. 20. 98헌바63 결정).

51) 사업총화 보고는 A4 원고 23페이지 분량으로서 ① 총결 기간(즉, 지난 5년간) 이룩된 성과 ② 사회주의 건설의 획기적 진전을 위한 과제 ③ 조국의 자주적 통일과 대외관계 발전을 위한 과제 ④ 당 사업의 강화발전을 위한 과제 등 네 부분으로 나뉘어 있다.

이처럼 북한 노동당 제8차 당 대회 사업총화의 가장 큰 특징은 경제적으로 국가경제발전 5개년 전략의 실패를 인정하는 대신, 핵 능력 강화 및 이에 기초한 대외적 지위 상승을 주요 성과로 제시하였다는 것이다. 전술한 내용을 통해 북한은 이러한 성과를 평화와 연결시키고 있음을 알 수 있다. 아울러 김정은 위원장은 '국가', '공화국' 등의 표현을 자주 사용하며 힘에 기초한 국익 차원에서, 즉 현실주의적 관점에서 평화를 이야기하고 있으며, 이는 본 연구의 핵평화주의(핵무장론)로 연결될 수 있다. 또한, 북한의 평화개념에는 대미인식이 크게 자리잡고 있으며 북한식 평화 논리는 향후 당 사업 과제에도 그대로 반영되었다.

이처럼 남북간 평화에 대한 인식은 유사한 측면보다 차이점이 더 크다고 평가된다. 첫째, 김정은의 평화관은 매우 현실적이다. 즉, 국가이익 유지와 국가 지위 향상의 중요성을 강조하였으며 평화수호라는 표현을 자주 사용하고 이를 위한 국방력 강화의 필요성을 역설하였다. 이것은 서구에서의 평화개념에 따르면, '매우 소극적인 평화관'을 지니고 있다고 평가할 수 있다. 둘째, 북한의 평화개념 역시 분단이라는 특수성을 포함하고 있다. 하지만 그 정도가 훨씬 심하며 특히 반미주의가 짙게 깔려있다. 셋째, 앞의 두 특징은 결국 북한의 핵 보유 정당화 논리 즉, 핵평화주의로 이어진다. 즉, 우리의 경우 '비핵평화주의'를 지향하고 있지만, 북한은 '핵평화주의(핵무장론)'를 원하고 있다고 판단할 수 있다.[52]

Ⅳ. '평화적' 통일의 구체화 방식으로서 통일헌법의 제정

1. 헌법의 명령으로서 평화통일과 '평화적(平和的)' 통일방식의 구체화로서 통일헌법의 제정

헌법 제4조는 통일정책 및 대북정책에서 자유민주적 기본질서에 입각한 '평화적 통일정책'을 수립하고 이를 추진할 것을 규정하고 있다. 다만, 헌

52) 홍용표, "북한의 평화개념과 평화 만들기", JPI PeaceNet, 제주평화연구원, 2021, 4-6면.

법이 의미하는 통일에 대한 해석에 있어서 유념할 점은 명문으로 표기된 평화적 통일의 의미이며, 무엇보다 '평화적'이라는 수식어가 존재하지 않았다면 통일은 일반적 의미를 가진 단어로 받아들여야 할 것이다.

하지만 헌법 제4조에서 '평화적'이란 단어를 의도적으로 삽입하여 헌법이 '평화적 방법'으로 '평화적 통일완성'을 할 것을 주문하고 있는 것이다. 이것을 헌법의 목적조항 또는 목적규정이라고 칭하며 헌법의 지향점 또는 이러한 목적의 달성을 위한 헌법의 규정으로 이해할 수 있다.

또한, 분단된 한반도의 상황에서 본다면 국가의 기본적 요청인 전체로서 하나인 통일성이 붕괴된 상태를 의미하는 것이 분단의 개념이라면, 이러한 분단상황에서는 일반적으로 2개의 국가 내지 그 이상의 국가로 나뉠 수 있다. 그렇지만 이러한 분리되고 불완전한 상태를 최종적인 상태로 받아들이지 않고 원래 하나였던 통일된 국가의 상태로 나아갈 때, 특별한 의미를 분단에 대하여 부여할 수 있다.

그리고 독일과 한국 및 베트남에서의 '분단국 현상'은 2차 세계대전 이후에 '원래 하나였던 국가'의 상태는 벗어났지만, '새로운 두 개의 국가' 상태에는 아직 도달하지 못했거나, 그렇게 나뉘어진 요소들이 다시 결합하여 원래의 '하나였던 국가' 의 상태로 복귀하지 못해 여전히 불완전한 상태를 유지하고 있는 것을 의미한다.[53]

이와 관련하여 가장 중요한 점은 남북한의 통일은 실질적 통합으로서 심리적·동태적 통합을 의미하며 그러한 통합과정은 정치적, 경제적, 사회적 영역의 통합내용이 제도화되는 방식에 따라 법적 통합으로 귀결될 것이며, 이렇게 남북이 하나의 법제로 통합될 때 실질적 통일 또한 가능할 것이다. 이러한 법제통합은 법치국가의 보편적 원칙으로서 헌법이 부과하는 규율에 따라야 하며, 그 구체적 내용은 인간의 존엄성 존중, 자유민주주의, 법치주의, 평화주의, 사회국가원리 등을 들 수 있다.

그러므로 법제통합의 의의와 그 중요성에 비추어 볼 때, 종국적으로 분단국가의 법제통합은 통일헌법의 제정으로 연결될 것이며, 이것은 현행 헌법

53) 김선택, "분단과 통일, 헌법의 정당성", 통일법연구 1, 헌법이론실무학회, 2015, 5면.

상 평화적 통일이 구현되는 방식의 구체화로서 통일헌법의 제정을 이해해야 함을 의미하는 것이다. 그리고 통일 한국의 사회 통합적 측면에서 보더라도 흡수통일의 방식보다는 통일헌법의 제정 방식을 택하여 그 과정 속으로 통일헌법 제정 주체의 참여를 유도하고 통합의 토대를 다지는 것이 중요하다.

이와 더불어, 통일 독일의 경우와 같이 우등 국민 및 열등 국민으로 나뉘어 차별되는 것을 막고, 심리적 거리를 최소화하여 이를 사회통합을 위한 계기로 삼아 적극적으로 통일헌법의 제정을 활용하는 것은 특별한 의미가 있다. 즉, 헌법을 중심으로 현행법 질서가 통일된 법체계를 형성하듯, 통일헌법을 중심에 두고 통일 한국에서 일관성 있는 법체계를 형성하는 것이 바람직할 것이다. 물론 통일의 준비는 통일헌법만으로 완성될 수는 없다. 그렇지만 통일헌법을 고려하여 통일을 준비하는 것이 가장 합리적일 수 있는 근거를 이 지점에서 발견할 수 있다.[54]

2. 북한의 핵개발에 대한 국제사회의 제재는 어떤 의미를 갖는가?

(1) 북한 핵개발의 역사적 전개과정

최근 한국과 미국을 비롯한 국제사회는 북한이 7차 핵실험 실시와 관련하여 필요한 모든 준비를 종료한 것으로 판단하여, 김정은 국무위원장 등 정치 수뇌부의 결단이 있다면 핵실험은 언제나 가능하다고 보고 있다.[55] 북한은 7차 핵실험 이전에 6차례(2006년, 2009년, 2013년, 2016년 1월 및 9월, 2017년)의 핵실험을 실시한 바 있다.

그렇다면, 북한이 이렇게 핵실험과 핵개발을 하는 동기는 과연 무엇인가? 북한의 핵개발 동기에 대해서는 학자들 간 많은 논쟁이 있었으며, 이는 북한의

54) 장영수,「대한민국 헌법의 역사」, 고려대학교 출판문화원, 2019, 301면.

55) 미국은 북한이 7번째 핵실험을 위해 풍계리 핵실험장을 준비하고 있다고 평가하고 있으며, 이것은 북한 스스로 공개한 성명의 내용과 일치한다고 판단하고 있다. 함경북도 길주군 풍계리 핵실험장은 북한이 과거 여섯 차례 핵실험을 했던 곳이다. 1차 북미정상회담을 앞두고 2018년 5월 비핵화 조치의 일환으로 갱도를 폭파했으나, 새로운 핵실험을 위해 기능을 복구하고 있다는 정황이 위성 사진 등을 통해 드러나고 있다. 한겨레, ""북, 여전히 7차 핵실험 준비"…미 국무부 경고", 2022, 8, 12.

핵문제 등장 시점인 1993년부터 1차 핵실험 강행 시기인 2006년까지 북한의 핵개발에 대하여 단순히 핵무기를 생산하고 보유할 목적이라는 주장과, 이와 반대로 북한은 핵무기 개발에 대한 능력과 의지가 없으며, 단지 미국과의 관계 개선에 이를 이용하기 위한 협상용이라고 보는 견해가 대립되어 왔다.

북한 핵개발의 역사적 전개과정을 살펴보면, 북한의 핵개발은 1950년대로 거슬러 올라간다. 북한과학원 제2차 총회(1955년 3월)에서는 원자 및 핵물리학연구소 설치에 대해 결정했고, 구소련과 '연합 핵연구소 설립에 관한 협정'을 체결(1956년 3월)하였다. 그리고 구소련은 1958년 1월 북한의 길주 부근에 원자력 훈련센터의 건설을 원조하였고, 이듬해 1959년 9월에 '조·소 원자력 평화적 이용에 관한 협정'을 체결하였다.[56]

이후 북한은 1970년대에 영변 핵시설의 확장과 방사능 이용기술 개발에 집중하였고, IAEA에 가입(1974년)하여 선진 원자력기술 습득에 주력한 바 있다. 특히, 1970년대 말 자체 우라늄광 탐사를 북한 전역에 실시하여 2,600여만 톤의 우라늄 매장량 및 400여만 톤의 가채량을 발표했다.[57] 그리고 그 이후 영변에 1980년부터 5MW급 실험용 원자로 건설에 박차를 가하여 1986년 이를 완성했다.[58]

이와 더불어, 1980년대 초부터 북한은 다수의 핵뇌관 실험을 통하여 핵폭발 장치를 개발하였고 이것은 북한의 핵무기 생산준비 완료로 평가할 수 있다. 이후 북한은 NPT에 가입(1985년 12월 12일)시 영변 핵시설의 존재에 대해 IAEA에 통보했다. 그러나 1989년 SPOT(프랑스의 상업위성)에 의해 영변 핵시설 사진이 공개되어 핵개발 의혹이 커졌다. 그러나 동유럽과 구소련의 공산당 정권의 붕괴상황에서 남한과 북한의 고위급회담 추진과 「한반도 비핵화에 관한 공동선언」의 채택(1991년 12월 31일)으로 관련국들은 북한의 핵개발 의지를 간과하였다.[59]

---

56) 장준익, 「북한 핵미사일 전쟁」, 서문당, 1999, 116면.

57) 신범철 외, 「평화공동체 추진구상」, 한국전략문제연구소 통일정책용역연구보고서, 2011, 92면.

58) 이상우, 「북한정치 변천: 신정체제의 진화과정」, 오름, 2014, 275면.

59) 구본학, "북한 핵문제 전개과정과 해결방안", 통일정책연구 제24권 2호, 통일연구원, 2015, 3-4면.

(2) 국제사회의 대북제재는 어떤 의미가 있으며, 이러한 제재는 과연 실효적인가?

2006년 최초로 핵실험을 성공한 이후 북한의 핵능력은 지속적으로 확대되었으며, 북한에 대한 국제사회의 제재는 수직적인 핵확산의 억제에 집중되었으나, 여전히 그 실효성에 의문이 제기된다.

무엇보다 북한이 핵개발을 처음 결정했던 시점으로부터 현재까지의 역사적 사례를 분석해보면, 북한이 핵을 포기할 가능성은 여전히 희박하며, 북한이 주장하는 '평화협정 체결 후의 비핵화'는 신뢰하기 어렵다. 그리고 이에 대응한 국제사회의 대북제재는 북한에 어려움을 가중시켰으며, 북한의 태도 변화를 끌어낼 만큼 효과적이지는 못했다는 것 또한 입증되었다. 그러므로 이러한 현 상황에서 대북제재의 실효성을 제고하고 새로운 대안을 모색해야 할 것이다.

최근 미국이 더 강력한 대북제재 신규 결의안을 추진하고 있지만, 중국과 러시아가 반대할 가능성이 그 어느 때보다 높다는 지적이 나온다. 왜냐하면, 중국과 러시아가 버티고 있는 한 UN 안보리 차원의 신규 대북제재 결의안은 통과될 가능성이 없기 때문이다. 이것은 북한의 추가 핵실험 시 미국이 UN 안보리를 통한 제재 강화를 추진한다고 하더라도 그 실효성이 없음을 뜻한다.[60]

그리고 독자 제재는 현실적으로 기존 제재의 실효성을 높이는 방법으로서 북한과 무역하는 중국 기업·정부 등에 대한 세컨더리 보이콧[61]의 방법 정도를 고려할 수 있다. 이와 더불어, 북한 정찰총국이 연계된 해커집단 '라자루스'의 자산을 동결하는 조치도 이 제재안에 포함되었다.[62] 한국 외교부는 한미

---

60) 안보리 신규 제재가 이뤄지기 위해서는 유엔 안보리 이사국 중 9개국이 찬성표를 던지고 미국과 영국, 프랑스, 중국, 러시아 등 5개 상임이사국이 거부권을 행사하지 않아야 한다. 추가 제재는 안보리 산하 대북제재위원회 5개 상임이사국과 10개 비상임이사국의 만장일치를 통해 가능하며 이 중 1개국이라도 반대할 경우 무산된다. 중국과 러시아 중 한 국가라도 거부권을 행사한다면 안보리 결의는 채택될 수 없다.

61) 세컨더리 보이콧은 제재 국가와 거래하는 제3국의 기업과 은행 등에 대해서도 제재를 가하는 것으로, 거래의 불법성 여부를 따지지 않고 정상적 거래에 대해서도 제재한다는 것이 특징이다. 미국이 세컨더리 보이콧 의지를 갖고 있다는 것만으로도 국제사회에 북한과 거래를 기피하는 효과를 가져오는 것은 물론 중국을 압박하는 카드가 될 수 있을 전망이다.

양국이 북한의 추가 도발을 막기 위해 안보리의 단호한 조치가 필요하다는 것에는 의견을 함께했다. 그러나 중국과 러시아가 북한의 탄도미사일 시험에 대응한 제재 강화에 난색을 표하고 있어 새 결의안 표결은 쉽지 않을 전망이다.

UN 안보리 차원의 대북제재는 2006년 시작되어 2017년 마지막으로 강화되었으며 이후 중국과 러시아가 인도주의 차원의 제재 완화를 촉구해 오고 있다. 실제 중국은 최근 안보리 상임이사국을 차례로 방문해 '제재 신중론'을 펼치며 미국과 대립해 왔으며, 중러 양국은 줄곧 안보리 내 대북 결의안 채택을 반대해 왔다. 무엇보다 이것은 최근 러시아의 우크라이나 침공 이후 나타나고 있는 신냉전주의(新冷戰主義)적 대립 구도를 극명하게 드러내는 하나의 예로 볼 수 있다. 물론 중국이 2006년 이후 지금껏 대북제재 결의안 자체에 반대한 적은 없지만, 현재의 구도가 '한미일'의 자유민주주의 대 '북중러'의 권위주의 연합 간의 대결인 만큼, 이것은 미국의 의도대로 모든 것이 움직이지 않는다는 것을 여실히 보여주는 대목이다.

3. 핵평화주의는 평화적 통일의 수단이 될 수 있는가?

(1) 핵평화주의(핵무장론)의 내포된 자기모순성

무엇보다 독자적 핵무장론은 대부분 한미동맹을 한국 안보의 기본틀로 생각한다. 그러나 한국의 핵무장 논리는 한국이 가장 큰 위기에 처했을 때 미국의 동맹 공약을 신뢰할 수 없다는 것을 전제한다. 그렇다면 이것은 그 자체로서 자기모순을 내포하고 있다. 만약 미국이 주도하는 군사동맹 체제와 그것의 일부인 NPT 체제가 없었다면, 남한과 북한은 일찍이 핵무장을 했을 가능성이 크다. 한국의 경우, 미국이라는 동맹국과 미국이 주도하는 국제질서의 결과로서 핵무장을 그동안 자제해 왔다고 볼 수 있다. 그렇지만 NPT 체제 밖에 있는 북한이 핵무기를 '미국의 적대시정책'으로부터 자신을 보호하는 방어용 무기가 아닌, 남한이나 일본에 대한 영토적 침략을 위해 그러한 무기 사용의 위협을 가정한다면, 그러한 사태를 미국이 용인하기는

62) 라자루스는 지난 2014년 북한체제를 조롱하는 영화를 제작한 미국 '소니픽처스' 해킹 주범으로 지목되었다.

어려울 것이다. 그러한 상황이 우려된다면 한국과 일본은 미국과의 동맹체제를 해체하여 독자적인 핵무장을 지향할 것이며, 미국의 전술핵 재배치 정도로 안심할 수 없을 것이다.

기본적으로 한반도 평화체제 성립(즉, 북한의 핵무기가 한반도와 일본의 평화 및 번영에 위협됨이 없는 궁극의 평화로운 해체상태) 이전까지 한국은 미국과의 동맹 관계를 유지할 것이다. 그리고 이러한 한미·미일 동맹이 유지되는 한 북한의 공격적 핵무기 위협에 대해 미국은 용인할 수 없을 것이다. 왜냐하면, 동맹의 존재 이유 자체가 사라지기 때문이다. 결론적으로 핵무장론은 한미동맹의 유지와 동시에 핵무장을 주장하는 것이므로 이미 자기모순을 내포하고 있다고 할 것이다.[63]

이처럼 핵무장론은 내포된 논리적 허구성에도 불구하고, "핵의 균형"을 이룰 수 있다는 명분으로 포장되어 있다. 그렇지만 이것은 대단히 비현실적이며 위험한 선택이며 결정이다. 왜냐하면, 미국과 한국이 동맹 관계를 지속하면서도 독자적인 핵무장을 주장하는 것은 그 실현 가능성이 희박하기 때문이다. 한미동맹이 존재하는 한 동맹국인 미국조차 한국의 독자적인 핵무장에 반대할 것이며, 이를 용인할 가능성은 거의 없을 것이다. 무엇보다 한국의 핵무장에 대해 미국의 입장은 점점 더 복잡해질 것이며, 중국과 러시아의 반대는 거의 확실할 것이다. 특히, 중국은 한국의 대외적 경제 관계의 많은 부분을 통제하고 있으므로, 경제적 보이콧을 할 가능성이 크며 한국의 독자적인 핵무장은 또한, 일본의 핵무장으로 연결될 수 있다. 이와 더불어, 미국이 한국에 대해 핵무장을 용인하면서 일본에 대하여 이를 봉쇄할 뚜렷한 명분도 없을 것이다. 따라서 중국의 이러한 대응에 따라 한국의 경제는 크게 타격을 받을 것이다.[64]

(2) 평화적 통일 수단으로서 핵평화주의의 한계

그렇다면 북한이 지향하고 있는 핵평화주의(핵무장론)는 과연 평화적 통일의 수단이 될 수 있는가? 먼저, 핵평화주의에 대한 현실주의적 관점은

---

63) 이삼성, 전게서(각주 7), 397-398면.

64) Andrei Lankov, "Should South Korea have a nuclear Weapon of its own?", CNN, September 26, 2017.

국가의 안보를 위해서는 무엇보다 적대국과의 힘의균형(balance of power)이 중요하다고 보았다. 그리고 힘의균형을 유지하기 위한 구체적 방법으로는 내적 균형(internal balance; 국력을 향상하여 적대국과의 균형을 이루는 것)과 외적 균형(external balance; 힘 있는 강대국과의 동맹을 통해 힘의 불균형을 보강하는 것)을 고려할 수 있다.

왈츠(Kenneth N. Waltz)에 따르면, 이 두 가지 방법 가운데 "일반적으로 국가는 잘못된 추측이나 불확실성이 적은 방향의 노력을 통한 내적 균형을 더욱 선호한다."라고 판단했으며,[65] 전쟁과 무정부적 질서라는 극도의 위험 상황에 직면하여 나타날 수 있는 필연적 행동 원리를 "자조(self-help)"라고 표현하였다.[66] 즉, 왈츠는 국제체계의 변화에 대한 설명의 근거로서 점진적 핵무기의 확산은 국가 간의 군사력 사용을 어렵게 하여 정치적 예측 및 협력을 용이하게 해 주기 때문에 국제평화의 증진과 국제체계의 안정성을 강화한다고 보고 있다.[67] 이러한 관점에 따르면, 북한의 핵위협에 대하여 국가안보를 위한 자체적인 방위력의 향상과 핵무장이 강조될 수 있다.

그렇다면 이러한 핵평화주의는 우리 헌법상 '평화적' 통일의 수단이 될 수 있는가? 우리가 지향해야 할 한반도의 통일은 단순한 지리적・물리적 통일을 뛰어넘어 통일 이전의 민족공동체가 가졌던 결속력 이상의 가치 추구와 정치적 완성체로서의 통일에서 한 걸음 발전하여 남북한 주민의 실질적 통합을 달성하는 것에 그 목적이 있다. 즉, 한반도의 통일은 원래 하나였던 국가공동체가 분단되면서 다시 이를 원래의 상태로 회복한다는 점에서 '재통합'의 특성을 갖게 된다. 이러한 재통합적 성격은 헌법 제3조에서 뚜렷하게 나타나며 또한 그러한 통일방식은 헌법 제4조에서 규정한 자유민주적 기본질서에 따라 평화통일이 되어야 하는 것이다.[68]

---

65) Kenneth N. Waltz, 「Theory of International Politics」, Massachusetts: Addison-Wesley, 1979, p. 118.

66) Kenneth N. Waltz, 「Theory of International Politics」, Massachusetts: Addison-Wesley, 1979, p. 111.

67) Scott D. Sagan and Kenneth N. Waltz, 「The Spread of Nuclear Weapons: A Debate」, New York: W. W. Norton and Company, 1995, p. 8.

68) 김정현 외, 「분단국가 통합의 법제적 과제 - 헌법-」 , 한국법제연구원, 2016, 19면.

이와 더불어 국제사회의 관점에서 한반도의 통일은 한 민족이 한반도의 전부에 대해 군사분계선을 넘어 실효적인 통치를 할 정부를 구성하는 '국내문제'가 아닌, 두 분단 '국가'(divided 'States') - 분단된 주체는 국제법상 법인격을 가진다 - 가 하나의 통일된 법인격을 가진 새로운 실체로 성립되는 과정이다. 이처럼 남북의 분단상황이 지닌 특수성 - 국제법적으로 한반도에 2개의 국가가 존재하나, 헌법적으로 볼 때 1개의 국가가 존재할 뿐이라는 국제법과 헌법 간에 나타나는 괴리현상 - 에 비추어 남북관계는 국내문제이자 국제문제이다. 그러므로 헌법과 국제법의 시각을 함께 검토해야만 통일국가의 형태 및 국가체제에 대하여 올바른 규범적 논의를 전개해 나갈 수 있다.

그리고 헌법상 제3조의 영토조항과 제4조의 평화적 통일조항은 국가목적규정으로 볼 수 있다. 왜냐하면, 국가목적규정은 일반적인 형태 또는 제한적인 형태로 국가의 행위에 대하여 명령과 지시로 일정한 방향설정 및 실질적인 과제를 부여하는 것을 그 내용으로 하며, 법률과 법규명령의 해석 및 적용, 특히 일반조항 또는 재량행위에 있어 기준과 방향 제시의 기능을 한다. 또한, 지속적인 장래의 사회문제를 지적하고 국가 활동에 있어서 이를 한계짓는 것이 아니라 오히려 그 길과 방향을 제시하는 동태적 특성을 나타낸다.[69]

이와 관련하여, 1948년 제헌헌법은 제4조에서 "대한민국의 영토는 한반도와 그 부속도서로 한다."라고 영토에 관한 규정을 두었으며 이는 현재까지 유지되고 있다. 유진오 박사는 이 규정에 대하여 다음과 같이 설명하고 있다.

"이 조항은 국가의 3요소 중 하나인 영토에 관해 규정한 것이며, 영토에 관하여 각국의 입법례를 살펴보면 헌법에서 그 범위를 규정한 경우도 있고, 헌법에 그 규정이 없는 경우도 있다. 헌법에 영토에 관한 규정을 두는 것은 다수의 국가가 결합하여 하나의 국가를 이룬 연방국가에서 특별히 필요한 것인바, 우리나라는 연방국가가 아니며 또한 우리나라의 영토는 역사상 증명된 그 명료함으로 인해 헌법에 그러한 규정을 둘 필요가 없다는 주

69) 임예준, "국제법상 북한의 법적 지위에 대한 고찰", 안암법학 제46권, 안암법학회, 2015, 319-320면; 김수진, "헌법상 국제평화주의에 대한 현대적 해석 -통일헌법의 기본방향으로서 평화헌법을 중심으로-", 성균관 법학 제34권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2022, 8면; 정극원, "헌법상 평화조항에 관한 일고찰", 세계헌법학연구 제18권 제3호, 세계헌법학회, 2012, 123면.

장도 일응 논리적일 수 있다고 할 수 있다.

그렇지만 우리나라의 헌법은 결코 남한에서만 한정되어 시행되는 것이 아니고 고유한 영토 전체에 대하여 시행되는 것이라는 점을 명확히 하기 위하여 특별히 본 조를 명문화한 것이다. 또한, 영토에 관하여 헌법에 규정을 두었으므로 영토의 취득 및 상실에 관해 헌법의 개정이 필요하다."라고 하였다.[70]

이것은 우리 헌법이 헌법제정 시점부터 분단국 헌법이 아닌 한반도 전체에 대해 적용되는 전체헌법으로 구상되었음을 의미하며, 통일시까지만 효력을 갖는 잠정헌법이 아닌 통일 여부와 무관하게 항구적인 효력을 갖는 완성헌법으로서 구상되었음을 알 수 있다. 결론적으로, 통일에 대한 문제는 의도적으로 헌법에 명문화되지 못하고 이를 우회함으로써, 법적인 문제가 아닌 사실의 문제로 남겨졌다고 볼 수 있다.[71]

그리고 현행헌법 제4조는 평화적 통일정책이 자유민주적 기본질서에 따라야 함을 천명하고, 통일에 대한 당위성 및 그 방법에 대하여 직접 규정하고 있다.[72] 이러한 헌법 제4조의 '평화통일'조항은 헌법상 국제평화주의와 같은 의미로 이해할 수 있으며, 이는 한국전쟁의 경험을 토대로 남북한이 무력사용에 대해 이를 규범적으로 상호 금지하기로 합의하고 대화와 타협을 통해 평화적 통일을 지향함을 의미하며, 추상적인 '자유민주적 기본질서'와 '평화통일'에 대한 해석을 과제로 남긴다. 첫째, '평화통일원칙'은 통일의 방식이 무력에 의한 것이 아닌 전체 주권자의 자유로운 의사에 따른 주권의 행사에 의한 결정이어야 함을 의미하며, 둘째, '평화통일원칙'은 인간의 존엄성에 대한 근본원리를 구현하는 헌법 국가적 한계를 구현하며 이는 헌법개정의 한계로 연결될 수 있다고 해석할 수 있다.[73]

따라서 '자유민주적 기본질서'는 평화적 통일의 달성을 위한 방식이자, 우리가 지향하는 통일의 가치와 내용을 이루며 또한 법에 의해 추진되어야 함을 의미하는 것이다.[74] 그리고 「남북관계발전에 관한 법률」은 이의 추

---

70) 유진오, 「헌법해의」, 명세당, 1949, 23면.

71) 심경수, "영토조항의 통일지향적 의미와 가치", 헌법학연구 제7권 제2호, 한국헌법학회, 2001, 142면.

72) 이경주, "평화국가 원리, 그 가능성과 한계", 평화군축센터, 2012, 15면.

73) 정영화, "헌법 제4조",「헌법주석서 Ⅰ」, 법제처, 2010, 127면.

진을 위해 제정되었으며, 이 법률은 대북정책에 대한 법적 토대를 설정하는 법률로서 특히 남북 간 합의서에 국내 법률 수준의 절차를 규정하여 법적 실효성을 부여함으로써 남북관계의 일관성과 안정성을 확보하고, 남북한 간의 국가적 책무, 기본적 관계 및 남북합의서의 체결과 비준, 남북회담에 있어서 그 대표의 임명에 관한 사항을 규정하고 있다.

구체적으로 「남북관계발전에 관한 법률」의 제2조는 "남북관계의 발전은 자주·평화·민주의 원칙에 입각하여 남북공동번영과 한반도의 평화통일을 추구하는 방향으로 추진되어야 한다."라고 규정하여 그 기본원칙을 구체화하고 있다. 그러므로 핵평화주의는 헌법과 남북관계 발전에 관한 법률에 따른 평화적 통일의 수단이 될 수 없다고 판단할 수 있다.

그렇다면 핵평화주의를 대신하여 지금까지 우리의 통일 과정상의 '평화'를 통일 한국의 '평화헌법'으로 확장한다면 비핵평화주의는 실현될 수 있는가?

Ⅴ. 통일헌법의 지향점으로서 평화헌법과 그 핵심 내용으로서 비핵평화주의

1. 국제평화주의의 등장과 평화헌법의 탄생

국내법은 일반적으로 일 국가 내에서 개인과 개인 간 또는 개인과 국가 간의 관계를 규율하는 법으로 인식되었다. 그러나 18~19세기를 지나면서 유럽 국가를 중심으로 국제관계가 더욱 활성화되어 다양한 분야에서 국가 간의 조약 체결이 증가하였으며, 이것은 과거 국가가 독자적으로 규율하였던 사항에 대하여 국제법적 규제[75]가 필요함을 의미하는 것이다. 따라서 전통적 시각에서 국내법과 국제법은 이원적인 구조를 갖는 것으로 인식되었다. 즉, 고전적 주권이론에 따라 주권자는 국가 내적으로 최고의 권력을 소유할 뿐만 아니라 대외적으로는 독립적 존재로 인정되었으므로 타국이 국

74) 김정현 외, 「분단국가 통합의 법제적 과제 - 헌법 -」, 한국법제연구원, 2016, 99면.

75) 국제법(international law)이라는 용어는 로마법의 'jus gentium'(대외적으로 이민족 간의 관계를 규율하는 법)에서 비롯되었다. 이병조·이중범 공저 「국제법신강」, 일조각, 2008, 5면과 각주 1.

내의 문제에 대해 개입하는 것은 주권의 침해로 간주되었다.

그러나 오늘날 국제적 교류가 점점 활발해지고 글로벌화되면서 동일한 대상에 대하여 국내법과 국제법 간에 충돌하는 경우가 잦아지고 있다. 이것은 국제사회에 대하여 공통의 기준에 따라 운영하려는 국제법과 각국의 국내 법질서에 대한 재량권을 최대로 획득하기 위한 국가 간의 긴장 관계에서 시작되었다고 볼 수 있다. 이처럼 국내법과 국제법의 상호관계에 대한 파악은 국제적 공통질서와 개별국가의 주권 중 어느 것을 강조할 것인지의 문제와 관련하여 판단해야 할 것이다.

이러한 새로운 경향과 더불어 국제법과 국내법에 대한 이원론의 붕괴에 결정적 계기가 되었던 사건은 두 차례에 걸친 세계대전이었다. 세계대전의 경험을 통해 일 국의 국내질서의 변화 즉, 군국주의화는 주변 국가의 침략으로 국제질서의 변화로 드러났으며, 그러한 국제질서의 변화가 또다시 타국의 국내질서에 큰 영향을 미치게 된다는 것이 드러났다. 이와 같은 국제질서와 국내질서의 밀접한 상관성에 기초한 국내법과 국제법의 상호 접근은 정치・경제적 변화로 촉발되었다고 할 것이다.

하지만 최근 들어 이러한 양자 간의 접근은 법적 통일성에 대한 요청과 인권의 보편성의 측면에서 특히 강조되고 있다.[76] 무엇보다 인권의 보장을 위한 전제는 인간의 생존과 이를 확장한 평화적 생존이다. 그리고 평화적 생존을 위협하는 가장 큰 요소는 전쟁이었으며, 이러한 전쟁 예방의 목적을 위해 제1차 세계대전 이후 국제규범적 차원에서 켈로그-브리앙 조약(不戰條約, Treaty for the Renunciation of War)이 체결되었다.

제1차 세계대전 이후, 미국과 유럽은 항구적인 평화체제의 형성을 위한 다양한 노력을 경주하였으며, 국제법을 통한 전쟁 발발의 방지를 위한 '부전조약(不戰條約)'도 그 일환의 하나라 할 수 있다. 이 조약은 "국가정책적 수단으로서의 전쟁"에 대한 포기를 선언하여 국제분쟁의 해결을 위한 전쟁은 불법이라는 개념을 안착시키고 정책적 수단으로서의 전쟁포기를 분명히 하였다. 그러나 부전조약과 그 이후의 국제연맹 및 UN과 같은 국가 간의 약속만으로는 전쟁 없는 평화로운 생존을 보장할 수 없으므로 제2차 세계대전

76) 장영수, 전게서(각주 47), 237-238면.

이후에는 각국의 헌법에 평화주의를 규정하여 밝히고, 이를 통해 전쟁을 견제하고자 하였다.

무엇보다 헌법에 평화의 이념을 선언하고 법적인 보장수단을 갖추는 것은 근대헌법에서 출발하였으며, 1789년 프랑스 인권선언과 프랑스 헌법은 평화헌법의 선구적 역할을 했다고 평가할 수 있다. 구체적으로 1791년 프랑스 헌법은 시민 중심의 프랑스 혁명 정신을 이 헌법이 계승하고 있다는 점에서 그 의의가 있으며, 최초로 침략적 전쟁의 포기를 규정하여 국제평화주의를 구현한 헌법이었다고 평가할 수 있다. 그리고 1946년 프랑스 헌법의 전문은 1791년 헌법에서 정한 "정복을 위한 전쟁"의 포기와 기타 "국민의 자유에 반하는 무력행사"를 하지 않을 것을 선언하였고 1958년 헌법으로 계승되었다.

정리해 보면, 두 차례에 걸친 세계대전의 경험과 이에 대한 반성은 국제적·국내적 평화의 밀접한 상관성에 대한 분명한 인식을 낳았다. 그리고 국제질서의 평화에 대한 헌법과 국제법의 관심은 증가했으며, 이를 기초로 다양한 국제협약에서 평화의 유지와 침략전쟁을 부인하는 선언들이 이어졌다. 이와 더불어, 각국 헌법은 보편적으로 이와 유사한 규정을 두게 된 것이며, 평화에 대한 관심과 그러한 평화관념의 공유로 인하여 평화의 가치 및 평화 사상은 더욱 널리 전파되었다. 그리고 이것이 헌법에 평화를 명문화하는 것으로 나타나게 되었다.

2. 국제평화주의에 대한 헌법적 수용 및 규정화의 의미로서 각국의 평화헌법

제2차 세계대전의 경험을 통해 인류는 또다시 전쟁의 참상을 목격하였고, 전쟁의 방지 및 평화의 유지를 위한 다양한 형태의 노력이 경도되었다. 특히 전범재판은 인간성에 대한 범죄로 침략전쟁을 규정하였고, 전쟁을 혐오하고 평화에 대한 희구의 분위기는 더욱 고조되었다.[77] 그리고 결과적으로 국제적으로는 UN이 창설되어 국제평화를 위한 제도의 마련으로 이어졌으며, 각국 헌법에서는 국제평화주의를 규정하였다.

---

77) 장영수, 전게서(각주 47), 240면.

먼저, 침략전쟁의 포기와 군사고권을 제한한 독일기본법(1949년) 제24조는 주권 이양과 집단적 안전보장을 위한 주권의 제한에 대하여 다음과 같이 명문화하고 있다. “연방은 법률에 의해 그 주권적 권리(Hoheitsrechte)를 국제기관에 인도할 수 있다(제1항). 연방은 평화를 유지하기 위해 상호집단안전보장제도에 참가할 수 있다. 이 경우에는 연방은 평화롭고 또 영속적인 질서를 유럽 및 세계의 각 국가 간에 유지하고 또한 보장할 수 있는 주권작용의 제한에 동의한다(제2항). 국제분쟁을 규제하기 위해 연방은 일반적·포괄적·의무적·국제적 중재재판협정에 참가한다(제3항).”

그리고 동법 제26조는 침략전쟁의 금지를 명문으로 규정하고 있다. “국가간의 평화적인 공동생활을 교란할 우려가 있고 또한 그러한 의도로 행해지는 행위, 특히 침략전쟁의 수행을 준비하는 행위는 위헌으로 한다. 그와 같은 행위는 처벌한다(제1항). 침략전쟁을 위한 무기는 연방정부의 허가가 있는 경우에 한해 제조, 운반 또는 거래할 수 있다. 그 세목은 법률로 정한다(제2항).”

이탈리아는 순조롭게 새로운 헌법을 제정했다. 1947년 12월 공포된 헌법은 침략전쟁의 부인과 주권 제한의 의사를 다음과 같이 명문화하였다. “이탈리아는 타국민의 자유를 침해해 국제분쟁을 해결하는 전쟁을 부인하고 타국과 상호 대등한 조건하에 평화와 정의를 확보하기 위한 질서에 필요한 주권제한에 동의하고 이러한 목적의 국제조직을 추진하고 조장한다(제11조).”

1946년 일본 헌법은 침략전쟁의 포기와 비무장을 규정하였다. 제9조 제1항은 “일본국민은 정의와 질서를 기조로 하는 국제평화를 성실히 희구하고 국권의 발동인 전쟁과 무력에 의한 위협 또는 무력행사는 국제분쟁의 해결수단으로서는 영구히 이를 포기한다.”라고 명문화하였으며, 동조 제2항에서는 “전항의 목적 달성을 위해 육해공군 그 밖의 전력은 이를 보유하지 않는다. 국가의 교전권은 이를 부인한다.”라고 헌법에 이를 밝혔다.

1949년 코스타리카 헌법 제12조는 “상비군으로서의 군대는 폐지한다. 경비 및 공공질서를 위해 필요한 경찰을 둔다. 대륙 간 협정이나 국방을 위한 군대를 둘 수 있다. 이 경우에도 군대는 문민에 복종한다. 군대는 개별적으로도 집단적으로도 성명을 내서는 아니되며 대표가 되어서도 아니 된다.”라고 규정하고 있다.

그 이외에도 국제분쟁의 평화적 해결을 헌법에 규정한 스페인 헌법(1931년), 침략적 전쟁의 부인을 규정한 니카라과 헌법(1950년)과 브라질 헌법(1946년)이 있다. 그리고 침략전쟁의 포기와 비무장을 선언한 파나마 헌법(1994년)과 에콰도르 헌법(2008년)이 있으며, 침략전쟁의 포기와 전수방위를 규정한 필리핀(1935년)과 우리나라의 헌법을 들 수 있다. 또한, 영세중립국을 선언한 오스트리아 헌법(1955년)과 스위스 헌법이 있으며, 비동맹 군축을 통해 평화주의를 규정한 구 유고슬라비아 헌법(1974년)과 방글라데시 헌법(1973년)을 들 수 있다.[78] 이러한 평화주의 헌법은 근대의 입헌주의 헌법과 현대의 복지국가 헌법 이후, 새로운 헌법의 대두로서 이것이 시대적 요구이자 당위임을 의미한다고 볼 수 있다.[79]

3. 평화헌법의 핵심 가치 내지 내용으로서 비핵평화주의의 실현

(1) 평화헌법의 중요성과 의미 - 그 구체적 역할과 내용은 무엇인가?

판문점 선언과 그 이후의 한반도 비핵화 및 평화체제 구축을 위한 다양한 합의들이 이루어졌으며, 이것은 한반도의 지정학적 위치와 그 중요성 및 위력의 상징이라 할 수 있다. 그렇다면 이러한 역학관계와 지정학적 상황을 고려할 때, 통일 한국은 통일 이전과 어떻게 달라질 것인가?

무엇보다, 소비에트 연방 및 동맹국들이 연속적으로 붕괴된 이후 북핵 위기 도발이 있었으며, 그 이후 평화에 대한 협상과 유인이 계속되었다. 구체적으로, 북한은 ICBM 시험 발사와 핵실험을 통해 북핵 위기를 조장하였으며, 미국은 이에 대하여 독자적·다국적 협력 및 UN 안보리의 대북제재 결의를 통해 이에 대응하는 국면이 반복되었다. 이처럼 고조된 전쟁상황에서 북미정상회담이 최초로 성사되었으나, 하노이에서의 북미정상회담 결렬 및 그 이후의 교차국면은 한반도의 평화가 비단 남북한의 의지만으로는 한계가 있음을 여실히

---

78) 김수진, "통일헌법의 지향점으로서 평화헌법과 문화국가원리", 경희법학 제56권 제1호, 경희법학연구소, 2021, 11-12면; 김수진, "헌법상 국제평화주의에 대한 헌대적 해석 - 통일헌법의 기본방향으로서 평화헌법을 중심으로-", 성균관법학 제34권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2022, 19-20면.

79) 이경주, 「평화권의 이해 - 개념과 역사, 분석과 적용」, 사회평론, 2014, 65-81면; 정극원, "헌법상 평화조항에 관한 일고찰", 세계헌법연구 제18권 제3호, 세계헌법학회, 2012, 121면.

나타내 주었으며, 강대국의 승인 및 이해관계가 복잡하게 결부되어 있음을 부각시켜 준 계기가 되었다. 이러한 상황이라면 주권적 면모를 갖춘 통일 한국에서의 평화의 확정을 통한 평화헌법이 그 어느 때보다 필요할 것이다.

이와 더불어, 동북아시아는 냉전의 유산이 강하게 잔존하며 새롭게 형성된 세계질서에 대하여 예민한 반응을 나타낼 수 있는 지역임에 유념해야 한다. 구체적으로, 전자는 지속적인 한반도의 분단상황을 중심으로 형성되었던 지점에서 발견할 수 있으며, 후자는 미중관계의 변동을 통해 뚜렷하게 나타나고 있다. 결론적으로, 한반도 통일의 문제는 남한과 북한이 그 주체이자 당사자이기도 하지만, 일정 부분 분단의 책임을 공유하고 있는 동북아시아 주변 국가 간 역할과 그 관계성 또한 간과해서는 안 될 것이다.

무엇보다 통일 한국에서의 통일이 갖는 특별한 의미는 국가공동체가 분단되어 다시 원래의 상태로 회복한다는 재통합적 특수성과 그 수준에 주목해야 한다. 즉, 통일 이전의 분단상황에서 유발되었던 저하된 성장에 머무르거나 이를 단순히 회복하는 수준을 벗어나 분단상황이 애초에 없었더라면 가능했을 성장의 능가가 가능하도록 하는 '발전적 상승의 재통합'을 의미하는 것이다. 이와 더불어, 이러한 한반도의 발전적 상승의 의미를 갖는 재통합은 동북아평화공존체제 형성에 이바지할 수 있는 중요한 목표이자 지향점을 의미하는 것이다.

(2) 비핵평화주의의 헌법적 구체화

일반적으로 평화주의의 이념을 기초로 하여 국내외적 평화의 지향과 개인의 평화적 생존권 보장을 위해 적극적 노력을 다하는 국가를 평화국가라 할 수 있다. 제2차 세계대전 이후 제정된 헌법들은 평화주의원리를 명문으로 규정하고 있다. 이것은 두 번에 걸친 세계대전을 통해 평화적 생존이 전제되지 않고는 근대적 의미의 헌법이 추구하는 인권보장이 불가능함을 절감했기 때문이다.

전술한 바와 같이, 명문화된 평화관련 헌법조항들은 각국의 역사적, 국제·정치적 특수성을 반영하여 침략전쟁의 포기와 주권(군사고권)제한형, 침략전쟁 포기와 비무장형, 침략전쟁 포기와 전수방위형, 영세중립화형, 비동

맹 군축형, 사회주의 헌법의 침략전쟁 부인형 등으로 유형화할 수 있다.

그러고 이러한 평화주의는 헌법의 기본원리로서 선언적 가치에 그치지 않고 규범적 이념으로 기능한다. 이하에서는 본 연구의 주제를 관통하는 평화헌법의 핵심가치로서 비핵평화주의의 실현에 대한 일본의 이념적 노력과 이를 규정화한 필리핀과 팔라우공화국 헌법에 대해 차례로 검토하여 통일 한국의 비핵평화주의 실현을 위한 평화헌법의 내용적 요청으로 확장하고자 한다.

먼저 일본의 비핵 3원칙과 관련하여, 일본이 보유하고 있는 막대한 플루토늄은 국제사회로부터 이른바 '잠재적 핵보유국'이라고 불리고 있어 한반도를 포함한 동북아 주변 국가에 위협적으로 작용하고 있다. 그러나 일본이 "핵은 갖지도, 만들지도, 들이지도 않는다."라는 이른바 '비핵 3원칙'을 고수해온 국가임을 고려할 때, 이는 모순적 행태라고 판단할 수 있다. 그리고 이것은 본 연구의 주제와 관련하여, 일본 평화헌법의 한계이자 통일 한국이 지향하는 비핵평화주의의 모습과는 다르다고 평가할 수 있다.

구체적으로, 일본식 평화헌법은 전범국으로서 국제사회의 제재와 처벌의 성격이 강하고, 일국(미국)에 편향되어 비(非)주체성과 국민의 민주적 정당성 부재에 대해 지적받아왔으며, 이것은 특정한 약속과 정보를 초월하여 자율적·민주적 정당성을 확보하여 평화를 확정한 통일 한국의 평화헌법과 비교하여 확연한 차이와 구조적 한계를 내포할 수밖에 없다. 그러므로 일본식 평화헌법은 동북아평화공존체제를 견인할 수 있는 동력을 많은 부분 상실했다고 판단할 수 있다. 이와 더불어, 일본은 평화헌법의 제정 당시에 평화가 안착하지 못한 상태였고 이것은 최근 평화헌법 개정 및 헌법해석변경의 문제, 수정주의적 보통국가화 경향과도 관련성이 있으며 그 불안정성을 여실히 나타내고 있다.[80]

그리고 비핵평화주의의 헌법적 구체화의 예로서 1935년 필리핀 헌법은 군대를 두되 그 사명을 국토방위에 한정하는 전수방위형 헌법이라고 할 수 있다. 이것은 필리핀을 오랫동안 지배했던 스페인 헌법의 영향이 컸다고 볼 수 있다. 1931년 스페인 헌법 제6조는 "국가정책의 수단으로서 전쟁을 포기하고 국군의 사명을 국토방위에 한정한다."라고 규정하였다. 그리고 1977년

80) 통일부 통일교육원, 「통일문제 이해」, 2020, 114면.

스페인 헌법에서는 전수방위를 위한 선전포고의 경우에도 곧바로 이러한 권리를 행사할 수 있는 것은 아니고, 사법·조정·중재 절차를 거쳐야만 선전포고를 할 수 있다고 한정했다.

이러한 스페인 헌법의 영향을 받은 1935년 필리핀 헌법은 "국책수행의 수단으로서의 전쟁을 포기하고 일반적으로 수락된 국제법의 제 원칙을 국내법 일부로 채용하고 평화·평등·정의·자유·협조 및 모든 국민과의 친선정책을 존중한다."라는 규정이 있다. 그리고 이 조항은 1946년 헌법으로 이어졌으며, 1987년 현행헌법 제2장 제2조에 다음과 같이 계승되었다. "필리핀은 국가정책의 실현수단으로서 전쟁을 부인하며, 보편적으로 수용되는 국제법의 원칙을 국내법의 일부로 채택하고 평화·평등·정의·자유·협력 정책 및 모든 국가와의 우호 정책을 고수한다."라고 규정하여 평화주의를 헌법에 표명하였다.

무엇보다 1987년 필리핀 헌법은 외국군대의 기지를 두지 않고(제18장 제25조) 비핵정책을 규정(제2장 제8조)한 헌법으로 유명하다. 필리핀 주둔 외국군대가 미군이었던 관계로 외국군대의 주둔 여부 문제는 제18장 제25조에서 다음과 같이 규정되어 있다.

"군사기지와 관련한 필리핀 공화국과 미합중국 간 협정이 1991년 만료된 후, 외국 군사기지, 군대 또는 시설은 상원에서 적절히 동의된 조약과 의회가 요구하여 해당 목적으로 실시된 전국 국민투표에서 국민의 투표중 과반수로 승인된 조약 그리고 다른 계약 국가에 의해 조약으로 인정된 조약의 경우를 제외하고는 필리핀 내에 허용될 수 없다."

그리고 현행 필리핀 헌법 제2장 제8조는 "필리핀은 국익에 따라 영토 내 비핵무기 정책을 채택하고 추구한다."라고 명문화하여 비핵평화주의 헌법의 성격도 아울러 가지고 있다.

이와 더불어, 1980년 비핵평화주의를 최초로 공포하고 명문화한 팔라우 공화국의 헌법도 주목할 만하다. 팔라우는 1986년 신자유연합협정에 따라 50년간 재정지원을 받는 것을 조건으로 미국에 군사기지를 제공하고, 조건부로 핵무기 반입을 승인했다. 그러나 "전쟁에 사용할 핵무기, 화학병기, 가스 또는 생물병기 등 유해물질, 원자력시설 및 폐기물을 국민투표에서 3/4의 찬성 없이는 팔라우 영역에서 사용, 실험, 저장 혹은 폐기할 수 없다."라

는 규정을 둠으로써 비핵평화주의 헌법으로 평가할 수 있다.

(3) 비핵평화주의를 통한 동북아 평화공존체제의 형성

한반도를 포함하여 동북아 지역은 세계 경제의 발전을 이끌며 가장 중요한 국제질서의 중심지역으로 부상하였고, 중대한 변화가 있었다. 지난시기 동북아 지역의 외교적·국제정치적·경제적 위상은 강화되었으며, 특히 중국이 비약적으로 성장했다. 그러한 상황에서 미국은 전략적으로 동북아에 우선적으로 순위를 두어 중국을 견제하고 다양한 관여정책을 실행하고 있다.[81]

그럼에도 불구하고, 한반도가 불안한 근본적 원인은 한국전쟁의 정전상태가 평화상태로 전환되지 않은 채 불안정한 휴전상태가 유지되고 있기 때문이다.[82] 이러한 정전상태가 종식되고 항구적 평화체제가 정착되기까지 군사적 대립과 불안정은 계속될 것이다. 더불어 북한의 핵무기 개발은 한반도의 안보 상황을 질적으로 변화시켰다. 북한이 냉전체제 해체 이후 핵무기 개발에 몰두하여 사실상의 핵보유국이 됨에 따라 한반도 안보 상황은 근본적으로 변했으며, 북한의 핵무기 개발과 한·미의 핵 억지력이 공포의 균형(balance of terror)을 향해 치달았다고 평가할 수 있다.[83]

북한이 핵 무력의 완성을 선언한 2017년 말 이후, 남북관계와 한국의 대외정책에서 북핵 문제 및 이에 따른 안보 불안을 해소하는 것이 최대의 현안 과제가 되었다. 그러므로 북핵 문제는 이제 피하거나 외면할 수 없으며, 평화체제의 구축을 위한 전제조건이자 이를 병행할 수 있는 요건으로서 비핵화와 이를 확장한 비핵평화주의를 이해해야 할 것이다.

김정은의 "완전한 비핵화"가 공언된 2018년 이후 비핵화에 대한 희망도 기대했으나, 북미간 협상이 포함하고 있는 불확실한 요소들과 하노이 정상회

---

81) 통일부 통일교육원, 전게서(각주 80), 114면.

82) 문재인 대통령은 2021년 9월 22일 UN총회의 기조연설에서 남북미, 혹은 남북미중 4자의 종전선언을 제안한 바 있다. 이것은 한반도 평화를 위한 국제사회의 지지를 호소한 것으로 평가되지만, 이러한 정부의 노력에도 불구하고 종전선언의 중요한 키를 쥔 미중 간의 갈등은 격화되고 있다. 또한 '하노이 노딜' 이후 북미 간의 비핵화 협상은 진전이 없고 오히려 북한이 미사일 실험을 강행하며 무력시위를 하는 등 종전선언까지 가는 과정은 어려울 것으로 예상된다.

83) 박종철, "한반도 비핵화와 평화체제 전환의 재조명 : 배경, 유산, 쟁점, 과제", KINU통일+ 2016년 여름호, 통일연구원, 22면.

담의 결렬로 인해 북핵 해결에 대한 기대감은 낮아졌다.[84] 그리고 그 이후 2019년 하노이 회담 결렬로 인해 비핵화와 북핵 철폐는 요원한 문제가 되었다. 이와 관련하여 북한은 핵의 점진적 감축을 원하고, 미국은 CVID 또는 FFVD와 포괄적 일괄 폐기를 원하고 있다.[85] 무엇보다 통일 한국과 동북아시아의 새로운 질서 구축에도 핵 통제는 핵심과제이다. 왜냐하면, 동북아시아는 전 세계 원자로의 4분의 1이 존재[86]하므로 핵 안보에 대한 위험이 크기 때문이다.

이러한 상황(즉, 동북아에서 평화헌법 실현의 한계와 불안전한 휴전상태에서의 북한의 핵보유)에서 통일 한국의 통일헌법이 평화헌법을 기본방향으로 하고, 그 구체적 내용으로서 한반도의 완전한 비핵화, 교전권의 부인, 침략전쟁의 부인, 평화적 생존권 등을 통해 비핵평화주의가 실현된다면 이것은 동북아평화체제 형성과 국제평화주의의 구현에 한 걸음 더 가까워질 수 있을 것이다.

Ⅵ. 결론 : 평화헌법을 통한 통일 한국의 발전적 재통일과 비핵평화주의를 기대하며

1994년 10월 북미간 양자회담을 중심으로 타결된 '제네바합의'는 북핵 문제의 해결을 위한 최초의 국제적 성과였다. 그러나 베트남 북미정상회담 합의문의 실패 이후 현시점까지 북핵 문제는 여전히 한반도의 안보를 위협하는 핵심적인 문제로 남아있다. 즉 북핵 문제는 '지리(支離)하지만 늘 새로운 도전'이라 할 수 있다. 특히, 핵위협에 직접적으로 노출되어 있는 한국은 한반도 평화의 최대 당사국이므로 "북핵 문제의 해결은 한반도의 화해와 협

84) 김성철, "핵 연구 관점에서 본 북핵과 비핵화", 통일과 평화 제11집 제1호, 서울대학교 통일평화연구원, 2019, 80면.

85) CVID - 완전하고 검증 가능하며 돌이킬 수 없는 비핵화(Complete Verifiable Irreversible Dismantling)는 2002년 10월 조지 W. 부시 행정부의 모델이며, FFVD - 최종적이고 완전히 검증된 비핵화(Final, Fully Verified Denuclearization)는 2018년 6월 도널드 트럼프 행정부의 모델이다. FFVD는 CVID와 말만 달라졌을 뿐 실질적인 의미는 거의 동일하다는 것이 전문가의 분석이다.

86) World Energy Outlook 2014, IAEA.

력을 위한 선결과제"인 것이다.

지금까지 한국에서 보수와 진보정권이 번갈아 집권하면서 다양한 대북정책을 폈으나, 북한의 비핵화 실현에는 실패했다고 평가할 수 있다. 이러한 상황에서 최초의 북미정상회담은 물론이고, 세 차례의 남북정상회담, 그리고 북한 문제의 국제적 성격을 부각시켰던 세 차례의 북중정상회담을 포함하여 북핵 문제로 최악의 안보 위기를 경험했던 한반도가 2018년을 기점으로 평화프로세스를 맞이하는 분위기가 형성되었다.[87] 즉 2018년 북한 김정은 위원장의 평화전략으로 한반도에 근본적인 변화가 진행되었으며, 남북대화를 제안하는 신년사와 평창동계올림픽의 참가를 기점으로 평화의 한 걸음을 내딛었다. 북한은 기존 병진노선을 마무리 짓고 경제건설에 많은 노력을 다할 것을 주장하였으며, 핵과 미사일 실험을 중단하고 풍계리의 핵실험장을 폐쇄하는 것을 기점으로 '완전한 비핵화'를 천명한 바 있다. 그러나 그 이후 한반도 평화와 비핵화는 동력을 상실하여 답보상태에 있다.[88]

최근 우리 정부는 77주년 광복절 경축사에서 비핵화에 대한 '담대한 구상'을 제안하였다. 구체적으로, "북한이 핵개발을 중단하고 실질적인 비핵화로 전환한다면 그 단계에 맞춰 북한의 경제와 민생을 획기적으로 개선"하는 것을 목표로 한 대규모 식량 공급 프로그램 등 '6개의 경제협력 구상'(대규모 식량 공급, 발전·송배전 인프라 지원, 항만·공항 현대화, 농업 생산성 향상을 위한 기술 지원, 병원·의료 시설 현대화, 국제투자·금융지원)으로 이뤄진 '담대한 구상'을 처음으로 북한에 공개적으로 제안했다.

이 구상은 경제와 안보를 교환하는 제안에 근접해 있다고 평가할 수 있다. 물론 담대한 구상이 과거 이명박 정부의 '비핵개방3000'(북한이 핵을 포기하고 개방하면 10년 안에 주민소득이 3000달러에 이르도록 돕겠다는 구상)과는 차별화되며 이를 더욱 발전시킨 경제 지원책으로 볼 여지도 있다. 그러나 북한은 이러한 우리의 비핵화 로드맵으로서 '담대한 구상'에 대하여 "어리석음의 극치"이며, "우리는 절대로 상대해주지 않을 것"이라고 밝힌 바 있다.

---

87) 고유환, "2018 남북정상회담과 비핵평화 프로세스", 정치와 평론 제22권 제1호, 2018, 125-142면.

88) 김병로, "자위(自衛)로서의 평화: 북한의 평화개념", 평화학 연구 제20권 제3호, 2019, 8면.

그리고 이전 정부와 차별화되어 있다고 주장하는 '담대한 구상'에 대해서 "새로운 것이 아니라 10여 년 전 이명박 역도가 내들었다가 세인의 주목은커녕 동족 대결의 산물로 버림받은 '비핵, 개방, 3000'의 복사판에 불과하다."라고 지적하였다. 이처럼 75년이 넘는 남북 분단의 역사적 경험을 돌아볼 때, 북한이 우리의 비핵화 제안을 수용할 가능성은 희박할 것이다. 평화와 비핵화에 대한 이러한 남북 간의 이질적인 접근은 본 연구의 문제의식과 주제로 연결되어 남북간 '비대칭성(非對稱性)' 에 주목하게 된 이유이기도 하다.

따라서 이러한 문제의식과 국내외적 상황을 기초로, 본 연구는 남북간 불균형적으로 형성된 평화의 간극을 점차 줄이고 비핵평화주의를 실현하는 것이 통일 한국의 평화헌법을 통해 가능한지에 대해 살펴보았다. 그리고 비핵평화주의 실현을 위한 통일 한국의 평화헌법이 분단국가의 발전적 재통일과 자유민주적 기본질서에 입각한 평화통일 즉, 국제평화주의의 구현에 가까워질 수 있음을 알 수 있었다. 특히 통일 한국의 평화헌법을 통해 헌법상 핵보유국임을 명기하고 사실상 핵보유국인 북한이 비핵평화주의의 실현에 닿을 수 있다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있다.

마지막으로, 선대와 달리 안보평화를 넘어 경제평화로의 지향 의지를 보여주었던 김정은 위원장의 파격적인 정책 횡보 즉, 경제발전과 인민 생활의 향상을 구호로 군수시설을 민수용으로 전환했던 것에서 새로운 평화에 대한 길을 모색했었다는 생각도 들었다. 하지만 최근 7차 핵실험의 준비에서 여전히 비핵평화주의 실현이 다시 요원해질 수도 있다는 한계를 인식하게 한다. 이러한 시점에 동북아시아의 분단체제에 있어서 한반도의 통일은 국제적인 외부의 조건과 더불어 한반도 내부 즉 남한과 북한의 내적인 동력이 필수적 전제조건임을 인식해야 할 것이다. 그리고 본 연구에서 밝힌 이러한 내적 동력(비대칭적 평화주의 극복의 수단으로서 통일 한국의 평화헌법을 통한 비핵평화주의의 실현)은 헌법상 국제평화주의의 구현과 동북아 평화체제 형성을 위한 초석이 될 것이다.

남북간 '비대칭적(非對稱的)' 평화주의에 대한 헌법적 해석 - 김 수 진	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.08.27.	2022.09.02.	2022.10.07.

[참고문헌]

1. 국내문헌

고유환, "북핵문제와 한반도 평화", 북한연구학회기획·박순성 편저, 「통일논쟁」, 한울아카데미, 2015.

———, "북한 핵보유 역사에 관한 역사 - 구조적 접근", 북한연구학회보 제20권 제1호, 북한연구학회, 2016.

———, "2018 남북정상회담과 비핵평화 프로세스", 정치와 평론 제22권 제1호, 2018.

구본학, "북한 핵문제 전개과정과 해결방안", 통일정책연구 제24권 제2호, 2015.

권영성, "헌법의 평화원리 실현에 관한 고찰", 통일과 평화 제8집 제1호, 서울대학교 통일평화연구원, 2016.

———, "자유민주적 기본질서와 통일", 통일법 연구 제3권, 헌법이론실무학회, 2017.

김덕중 외, "냉전시기 미국의 對동맹국 비핵화 정책연구 : 한국과 파키스탄의 비핵화 분석", 평화연구, 2019.

김민수, "평화적 생존권에 관한 헌법적 연구", 성균관대학교 법학전문대학원 박사학위논문, 2014.

김병로, "자위(自衛)로서의 평화: 북한의 평화개념", 평화학 연구 제20권 제3호, 2019.

김보미, "북한의 핵선제불사용(No First Use) 선언의 배경과 의미", 전략연구 통권 제70호, 한국전략문제연구소, 2016.

김선택, "분단과 통일, 헌법의 정당성", 통일법연구 1, 헌법이론실무학회, 2015.

김성철, "핵 연구 관점에서 본 북핵과 비핵화", 통일과 평화 제11집 제1호, 서울대학교 통일평화연구원, 2019.

김승대, "우리 헌법상 평화주의와 핵개발", 헌법학연구 제20권 제2호, 한국헌법학회, 2014.

김수진, "통일헌법의 지향점으로서 평화헌법과 문화국가원리", 경희법학 제56권 제1호, 경희법학연구소, 2021.

———, "헌법상 국제평화주의에 대한 현대적 해석 -통일헌법의 기본방향으로서 평화헌법을 중심으로-", 성균관법학 제34권 제2호, 성균관대학교 법학연구원, 2022.

김용구, 「장 자크 루소와 국제정치: 영구평화를 위한 외로운 산책자의 꿈」, 원, 2004.

김정현 외, 「분단국가 통합의 법제적 과제 - 헌법」, 한국법제연구원, 2016.

김준섭, "전후 일본의 평화주의에 관한 고찰", 국제정치논총 제40집 제4호, 한국국제정치학회, 2000.

———, "후쿠시마 원전사고의 문제점과 시사점", 日本學報 第104輯, 한국일본학회, 2015.

김하열, "통합, 헌법, 헌법재판", 저스티스 통권 제182-1호, 한국법학원, 2021.

———, 「헌법강의」, 박영사, 2022.

김형민, "평화와 인권 : 평화권에 대한 사회윤리적 고찰", 신학사상 제114호, 한국신학연구소, 2001.

로길남, 「비핵화문제 본질 리해하면 풀린다」, 평양출판사, 2014.

류은숙, 「인권을 외치다」, 푸른숲, 2009.

문용일, "남아프리카공화국의 핵규범 외교: 비핵화 공표와 아프리카비핵지대조약을 중심으로", 평화연구, 2020.

박종철, "한반도 비핵화와 평화체제 전환의 재조명 : 배경, 유산, 쟁점, 과제", KINU통일+

2016년 여름호, 통일연구원.
배건이, 「독일 통일 이후 분야별 법제 정비 사례 조사 및 한반도 통일과정에서의 정책방안 도출」, 한국법제연구원, 2015.
서 승, “현대 동아시아의 국가폭력과 일본평화주의의 회귀”, 한국사회학회 심포지움 논문집, 한국사회학회, 2004.
성 염, “단테의 세계 평화론: 단테의 <제정론> 제1권에 나타난 세계평화와 단일 군주제의 철학적 연관성”, 「사랑만이 진리를 깨닫게 한다」, 경세원, 2007.
손형섭, “일본 평화헌법 개정 논의의 현황과 쟁점”, 의정연구 제20권 제1호, 한국의회발전연구회, 2014.
신범식, “통일한국의 등장과 동북아 지역질서의 변화 : 러시아의 역내 전략적 행위자로서 가능성과 한국의 대응”, 전략연구 통권 제65호, 한국전략문제연구소, 2015.
신범철 외, 「평화공동체 추진구상」, 한국전략문제연구소 통일정책용역연구보고서, 2011.
심경수, “영토조항의 통일지향적 의미와 가치”, 헌법학연구 제7권 제2호, 한국헌법학회, 2001.
양선숙, “국민주권성과 통일헌법”, 철학 제129호, 한국철학회, 2016.
유진오, 「헌법해의」, 명세당, 1949.
윤영관, “한반도 분단 70년, 미래 30년”, 통일경제 제1호, 현대경제연구원, 2015.
이경주, “평화적 생존권의 헌법 실천적 의미”, 민주법학 제4권, 민주주의법학연구회, 2009.
———, “평화국가 원리, 그 가능성과 한계”, 참여연대 평화군축센터, 2012.
———, “원자력과 평화주의”, 민주법학 제 54호, 민주주의법학연구회, 2014.
———, 「평화권의 이해 - 개념과 역사, 분석과 적용」, 사회평론, 2014.
이계수, “원자력 발전과 인권”, 민주법학 제53호, 민주주의법학연구회, 2013.
이근관, “국제적 인권으로서 평화권에 대한 고찰”, 인권평론 통권 제1호, 한길사, 2006.
이병조・이중범 공저 「국제법신강」, 일조각, 2008.
이삼성, 「한반도의 전쟁과 평화」, 한길사, 2019.
이상현 외, 「해외 검증사례 비교연구 및 검증방안 개발」, 한국원자력통제기술원, 2019.
이수형, “한반도 평화통일 환경 조성전략을 위한 주요 전제 조건 검토”, JPI 정책포럼, 제주평화연구원, 2014.
이준일, 「헌법학강의」, 홍문사, 2019.
이찬수, “비전(非戰), 반군국주의, 비핵화로서의 평화 : 일본 평화개념사의 핵심”, 「세계평화개념사-인류의 평화 그 거대담론의 역사」, 인간사랑, 2020.
이토 나리히코 지음, 강동완, 「일본은 왜 평화헌법을 폐기하려 하는가? - 평화헌법 이야기」, 행복한 책읽기, 2006.
이홍석, “북한 핵무기 개발과 비핵화 동인”, 韓國軍事學論集 第76輯 第1卷, 2020.
이효원, “남북한특수관계론의 헌법학적 연구 - 남북한 교류협력에 관한 규범체계의 모색 -”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위 논문, 2006.
———, “통일헌법의 제정 방법과 국가조직”, 서울대학교 법학 제55권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2014.
임예준, “국제법상 북한의 법적 지위에 대한 고찰”, 안암법학 제46권, 안암법학회, 2015.
장영수, “대북정책의 제도적 기초와 국민적 합의 도출을 위한 전제 - 「남북관계발전에 관한 법률」의 정비를 중심으로 -”, 고려법학 제59호, 고려대학교 법학연구원, 2010.

———, "통일헌법 제정의 기본방향", 유럽헌법연구 제21호, 유럽헌법학회, 2016.
———, 「대한민국 헌법의 역사」, 고려대학교 출판문화원, 2019.
———, "통일헌법의 전제조건에 관한 연구", 고려법학 제100호, 고려대학교 법학연구원, 2021.
———, 「헌법학」, 홍문사, 2022.
장준익, 「북한 핵미사일 전쟁」, 서문당, 1999.
정극원, "헌법상 평화조항에 관한 일고찰", 세계헌법연구 제18권 제3호, 세계헌법학회, 2012.
정성윤 외, 「한반도 비핵·평화프로세스 추진전략과 정책과제」, 통일연구원, 2020.
정영화, "남북통일에 대비한 법질서", 제3회 한국 법률가대회 주제발표논문, 2002.
———, "헌법 제4조", 「헌법주석서 Ⅰ」, 법제처, 2010.
정태일, "칸트의 영구평화론: 관점과 적용", 대동철학 제51집, 대동철학회, 2010.
차진아, "통일 한국 의회의 구성 및 권한에 관한 통일합의의 방향", 고려법학 제99호, 고려대학교 법학연구원, 2020.
채이병, "전쟁 방지와 공동체 사이의 갈등해소 : 토마스 아퀴나스와 칸트를 중심으로", 칸트연구 제21집, 한국칸트학회, 2008.
최경옥, "日本國憲法上 憲法 第9條와 맥아더노트와의 관계", 미국헌법연구 제17권 제1호, 미국헌법학회, 2006.
최상용, "근대 서양의 평화사상", 하영선 편, 「21세기 평화학」, 풀빛, 2002.
코세키 쇼오이치 지음, 김창록 옮김, 「일본국 헌법의 탄생」, 뿌리와 이파리, 2010.
통일부 통일교육원, 「통일문제 이해」, 2020.
하세가와 마사야스 지음, 최은봉 옮김, 「일본의 헌법」, 소화, 2000.
하야시 히로후미 지음, 현대일본사회연구회 옮김, 「일본의 평화주의를 묻는다 - 전범재판・헌법9조・동아시아 연대」, 논형, 2012.
한인택, "핵폐기 사례연구: 남아프리카공화국 사례의 함의와 한계" 한국과 국제정치 제27권 제1호, 2011.
황지환, "핵포기 모델의 재검토: 남아프리카공화국, 우크라이나, 리비아 사례를 통해 본 북핵 포기의 가능성과 한계" 세계지역연구논총 제30집 제3호, 2012.
홍기준, "평화학 및 평화운동의 국제적 동향: 시사점과 과제", 국제기구저널 제4권 제1호, 국제기구포럼, 2009.
홍용표, "북한의 평화개념과 평화 만들기", JPI PeaceNet, 제주평화연구원, 2021.
浦田一郎,"日米同盟論の矛盾-朝鮮半島平和体制の觀点から", Inha Law Review, vol. 14, no. 1, 2011.

2. 외국문헌

深瀨忠一,「戰爭放棄と平和的生存權」, 岩波書店, 1987.
北岡伸一, 「政党政治の再生-戰後政治の形成と崩壞」, 中央公論社, 1995.
小熊英二, <民主>と<愛國> 戰後日本のナショナリズムと公共性, 新曜社, 2002.
宇野·小林,「北東アジア地域協力の可能性」, 國際書院, 2009.
笹本潤, 「世界の平和憲法 新たな挑戰」, 大月書店, 2010.
竹內敬二, 「電力の社會史」, 朝日新聞出版, 2013.
日本軍縮學會編,「軍縮辭典」, 信山社, 2015.

廣島平和研究所監修 吉川元 · 水本和實 編,「なぜ核はなくならないのかII」, 2016.
A. Baumgaraten, “Das Recht auf Frieden als Menshenrecht”, Staat und Recht, Jahrgang 3, 1954.
Albright David, “South Africa and the Affordable Bomb”, Bulletin of the Atomic Scientists 50, No. 4, 1994.
Andrei Lankov, “Should South Korea have a nuclear Weapon of its own?”, CNN, September 26, 2017.
Bruno Tetrais, “The Trouble with No First Use”, Survival, Vol. 51, No. 5, 2005.
Eric Talmadge, “Analysis: Is North Korea Winning Deterrence War With US?”, Associated Press, The Fox News, August 30, 2017.
Eric Watkins, “Yemen’s riots prompt talk of reform”, Middle East International, February 19, 1993.
Gregory Handerson, Richard N. Lebow and John G. Stoessinger, Divided Nations in a Divided World, New York: David Makay Company, Inc., 1974.
Joby Warrick, “The secret to Kim’s success? Some experts see Russian echoes in North Korea’s missile advances”, Washington Post, July 8, 2017.
John Galtung, 「Peace by peaceful means: Peace and conflict, development and civilization」, Sage, 1996.
Joseph. S. Nye. Jr. Soft Power: The Means To Success In World Politics, Public Affairs, 2004.
Kenneth N. Waltz, Theory of International Politics, Massachusetts: Addison-Wesley, 1979.
Liberman Peter, “The Rise and Fall of the South African Bomb”, International Security 26, No. 2, 2001.
Rachel Kerr, “Peace”, in Austin Harrington, Barbara Ⅰ, Maeshall and Hans-Peter Müller, eds., Encyclopedia of Social Theory , New York: Routledge, 2006.
Scott D. Sagan and Kenneth N. Waltz, The Spread of Nuclear Weapons: A Debate, New York: W.W. Norton and Company, 1995.
Scott D. Sagan, “The Case for No First Use”, Survival, Vol. 51, No. 3, 2005.
World Energy Outlook 2014, IAEA.

【국문초록】

본 연구는 북한이 2000년대부터 최근까지 지속적으로 핵보유국이라 주장해왔고 2012년 4월 헌법을 개정하면서 '핵보유국'을 명기했으며, 국제사회에서도 그러한 지위를 확보하기 위해 노력해온 사실과 이와는 대조적으로, 대한민국은 헌법의 제정 시점부터 평화를 헌법적 가치로서 이를 이념적으로 수용 및 구체화하여 현재까지 헌법 원리로 발전시켜 온 점에 주목하였다.

이것은 오랜 기간 고착화된 분단상황에서 상호 체제경쟁으로 인한 헌법개정과 더불어 이러한 변천이 남북간 상반된 헌법구조로 귀결되었다는 점과 무관하지 않다. 이러한 상황에서 그동안 답보상태에 있던 남북관계가 2018년 4월 제1차 남북정상회담의 개최 이후 극적으로 「4·27 판문점 선언」이 합의되었으며, 동 선언의 실효성을 높이기 위해서는 남북간 화해·협력의 정착과 남북관계의 개선·발전 및 한반도의 비핵화 실현을 통한 평화체제의 구축이 필요할 것이다. 하지만 한반도의 비핵화 논의는 2018년 남북정상회담과 북미정상회담이 잇따라 열리면서 진전을 보였지만 이후 동력을 상실한 상태이다.

본 연구는 이러한 상황에서 남북관계에 영향을 미치는 대내외적 요인을 가능한 제도화하는 것이 남북관계가 더욱 안정적으로 발전하고 종국적으로 통일의 기반을 구축하여 통일 한국의 국가 질서형성에 기여할 수 있다는 문제의 인식에서 비롯되었다.

그리고 비핵평화주의의 실현과 관련하여, 일반적으로 비핵화라는 용어는 외교 문제의 최대 현안 과제가 되었다고 평가할 수 있으며, 그러한 용어가 한반도의 특수한 분단상황에서 비롯된 것이므로 그 의미는 각별하다. 구체적으로, 남한과 북한은 1991년「한반도비핵화공동선언」에 합의 및 서명하며 비핵화라는 용어를 공식적으로 최초로 사용하였다. 그리고 북한의 핵 능력 상승에도 불구하고 이러한 비핵화라는 용어는 지속적으로 사용되었지만, 현재의 북핵의 상황은 그와 같은 최초의 비핵화의 의미를 상실했으며 새롭게 정의될 필요가 있다.

이러한 상황과 문제의식을 통해 본 연구는 지금까지의 분단된 남북의 통일과정에서 축적된 연구와 역대 정부의 대북정책에서 비롯된 '평화'에서 발전한 통일 한국의 '평화헌법'을 통해 비핵평화주의(非核平和主義)의 실현에 얼마나 근접할 수 있는지를 보여주는 것이다. 즉, 본 연구는 핵보유국을 주장하고 이를 실천하려는 태도를 지향하는 북한과 평화통일을 헌법에 담고 이를 지향하는 대한민국 간에 '비대칭적(非對稱的)'으로 형성된 평화의 개념과 인식의 폭을 좁혀가기 위한 과정으로서, 미래지향적 관점에서 한반도 평화통일의 대비를 위한 방향성과 논의점을 제시하고자 하는 것에 그 목적이 있다.

그리고 무엇보다 본 연구의 주안점은 우리에게 통일은 당위이자 헌법적 명령으로서 다양한 통일의 방식 중 '평화적' 통일의 구체화 방식으로서 통일헌법의 제정과 그 기본방향으로서 평화헌법이 분단국가의 발전적 재통일과 비핵화평화주의의 실현을 통해 헌법의 국제평화주의 구현에 더욱 가까워 수 있다는 것에 있다.

【Abstract】

Constitutional interpretation of asymmetric pacifism between South and North Korea
- Focusing on the realization of non-nuclear pacifism through the peaceful constitution of a unified Korea -

Kim, Soo-Jin
Department of law graduate school, Korea University

First of all, this study contrasts with the fact that North Korea has consistently claimed to be a nuclear weapons state from the 2000s until recently, and specified a 'nuclear state' when revising its constitution in April 2012, and the international community has also made efforts to secure such a status. As a result, the Republic of Korea has ideologically accepted peace as a constitutional value from the time the constitution was enacted, and paid attention to the fact that it has been materialized and developed into a constitutional principle until now.

This is not unrelated to the fact that this change in the governance structure, along with constitutional amendments due to mutual system competition, resulted in conflicting constitutional structures between the two Koreas in the state of division that had been fixed for more than 70 years. Under these circumstances, inter-Korean relations which had been at a standstill, dramatically after the first inter-Korean summit in April 2018, the "April 27 Panmunjom Declaration" was agreed and reconciliation between the two Koreas were reached. Establishment of cooperation and improvement of inter-Korean relations. It will be

necessary to establish a peace regime through development and the realization of the denuclearization of the Korean Peninsula. However, discussions on the denuclearization of the Korean Peninsula made progress with the inter-Korean summit and the North Korea-U.S. summit held in succession in 2018, but have since lost momentum.

This study stems from the recognition of the problem that in such a situation, institutionalizing the internal and external factors that affect inter-Korean relations as much as possible can contribute to the formation of a national order in a unified Korea by developing more stable inter-Korean relations and ultimately establishing the basis for unification.

And by expanding such discussions, it is intended to show that North Korea's non-nuclear pacifism can be realized through the peace constitution of a reunified Korea that developed from the peace in the process of unification of the divided North and South Korea. And in relation to the realization of denuclearization and pacifism, in general, the term denuclearization can be evaluated as the biggest issue in foreign affairs, and the meaning is special because such a term originates from the special division situation of the Korean Peninsula. Specifically, South and North Korea officially used the term denuclearization for the first time when they agreed and signed the 1991 Joint Declaration on the Denuclearization of the Korean Peninsula. And since then, despite the increase in North Korea's nuclear capabilities, the term denuclearization has been used continuously, but the current situation of North Korea's nuclear program has lost the meaning of that initial denuclearization.

Through this situation and awareness of the problem, this study examines how close it can be to the realization of non-nuclear pacifism through the 'peace constitution' of a unified Korea that has developed from 'peace' in the process of unification between the two Koreas divided

so far. This will be considered a study showing In other words, this study narrowed the concept and perception of peace that was formed 'asymmetrically' between North Korea, which insists on a nuclear-weapon state and pursues an attitude to practice it, and the Republic of Korea, which aims for peaceful unification in its constitution. As a process for progress, the purpose is to present directions and points of discussion for preparation for peaceful unification of the Korean Peninsula from a future-oriented perspective.

And above all, the focus of this study is that unification is a necessity and a constitutional mandate for us. Among the various methods of unification, the establishment of the Unification Constitution as a concrete method of 'peaceful' unification and the peaceful constitution as its basic direction is the developmental reunification and denuclearization of a divided country. It is that the realization of pacifism can bring us closer to the realization of international pacifism in the Constitution.

주제어(Keyword) : 비대칭적 평화주의(Asymmetric pacifism), 평화적 통일(peaceful unification), 핵보유국(nuclear weapons state), 핵평화주의(핵무장론)(nuclear pacifism (nuclear armament theory)), 비핵평화주의(non-nuclear pacifism), 국제평화주의(international pacifism), 통일헌법(unification constitution), 평화헌법(peace constitution)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.103

헤이트 스피치 해소법 제정 이후 일본의 혐오표현 규제동향과 시사점

최 란*

▶목 차◀

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 헤이트 스피치 해소법 제정 경위, 주요 내용
1. 제정까지의 과정
2. 주요내용
Ⅲ. 헤이트 스피치 해소법 시행 이후 규제동향
1. 차별적 언동과 관련된 판례의 동향
2. 헤이트 스피치 해소법 제정 이후 마련된 관련 조례 검토
Ⅳ. 결론을 대신하여_일본의 '비규제적 접근' 기조를 둘러싼 두 가지 시선

Ⅰ. 들어가며

2007년 노무현 정부 입법으로 '차별금지법'이 발의된 후 15년 만인 지난 2022년 5월, 국회에서 처음으로 '차별금지법(혹은 평등법, 이하 차별금지법)' 제정을 위한 공청회가 열렸다. 그러나 해당 공청회는 국민의 힘 법사위원 전원이 불참하고, 진술인도 추천하지 않음으로 인하여 절반의 의미만 남게 되었다. 공청회 사안만으로도 알 수 있듯이 여야 간의 여전한 입장차이로 인하여 다양한 사회적 차별에 포괄적으로 대응할 수 있도록 하는 형식의 법

* 이 논문은 2021년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 일반공동연구지원사업 지원을 받아 수행된 연구임.(NRF-2021S1A5A2A03070071)
** 고려대학교 법학연구원 전임연구원. 법학박사.

제 마련에는 다소 시일이 걸릴 것으로 보인다.

일본에서도 사회 내의 차별에 전반적으로 대응할 수 있는 법안을 마련하기 위한 논의가 꾸준히 이루어져 오고 있다. 그러나 표현의 자유가 충분히 확립되어 있다고 하기 어려운 상황에서 자칫 표현을 규제하는 또 다른 법령 마련의 포석이 되는 것 아닌가 하는 우려와 입법을 위한 국민적 합의가 충분하다고 하더라도 이러한 법제마련은 사실상 쉽지 않다는 입법기술적 한계를 주된 이유로 하여 답보상태에 머무르고 있다.

다만 근래 일본에서는 차별해소를 목적으로, 그 사회 내에서 주요하고 시급한 해소를 필요로 하는 문제라고 손꼽히고 있는 몇몇 개별적 차별 사안들에 대응하기 위한 다양한 법제를 마련하고 있다. 특히 지난 2016년에는 이른바 '인권 3법'[1]이라고 하여 세 가지 개별적인 차별 사안에 대응하기 위한 법률이 시행되었다. 그 가운데 하나가 일본사회가 인종차별이라는 문제를 처음으로 직시한 법이라고 평가받는[2] '일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 해소를 위한 조치의 추진에 관한 법률(本邦外出身者に對する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に關する法律, 이하 헤이트 스피치 해소법)'이다.

헤이트 스피치 해소법은 2010년 전후로 활발해진 배외주의 단체들의 가두선전시위와 그 과정에서 이루어지는 일본 외 출신자(주로 재일한국인과 재일조선인)에 대한 차별적 혐오발언이 심각한 사회갈등을 야기하자 이에 대응하기 위해 마련한 것으로, 해당 법 전문에서 부당한 차별적 언동은 '용납하지 않는다'고 선언하고 있으면서도 금지규정과 벌칙규정을 두지 않은 이념법(理念法)의 형식으로 제정되었다. 그리고 이 법은 시행 7년째를 맞이하는 올해에 이르기까지 다른 법령의 해석지침이 되기도, 지방공공단체의 헤이트 스피치 관련 조례 제정의 근거가 되기도 하는 등의 역할을 하고 있

1) 헤이트 스피치 해소법 외에 '장애를 이유로 하는 차별해소의 추진에 관한 법률(障害を理由とする差別の解消の推進に關する法律)', '부락차별 해소의 추진에 관한 법률(部落差別の解消の推進に關する法律)'까지를 인권 3법이라고 부른다. 일본에서는 포괄적인 차별대응법제 마련을 위한 합의가 어렵자 시급하게 해소하여야 할 차별문제를 사안별로 나누어 개별적, 부분적으로 대응하고 있다.

2) 萩原　優理奈, "我が國におけるヘイトスピーチへの法的對応", 「言語·地域文化研究」 25号, 2019, 140頁.

다. 이렇듯 일본은 불특정 다수에 대한 헤이트 스피치를 직접 규제하지 않으면서도, 해당 법의 제정과 시행을 통해 일본사회에서 부당한 차별적 언동은 용납되지 않는다는 점을 분명하게 밝히고 있으며, 국가와 지방공공단체에 헤이트 스피치 해소를 위한 시책마련을 의무지우고 있다는 점에서 미국이나 유럽과는 또 다른 독자적인 형태의 규제라고 평가받고 있다.[3]

상기 서술한 바와 같이 우리나라에서 모든 종류의 차별에 반대하는 포괄적인 차별금지법제를 마련하기까지는, 이에 대하여 사회적 합의가 있다고 하더라도[4] 아직 많은 과정이 필요할 것으로 보인다. 무엇보다 국가인권위원회가 제20대 대통령직인수위원회에 제안한 '10대 인권과제'중 하나인 사회적 약자에 대한 혐오표현문제[5]의 해소에 관련된 규정이 이러한 포괄적 차별금지법안에도 일부 반영되어 있으나,[6] 법안의 실효성을 위하여 처벌규정이 아니라고 하더라도 장래적 이행의무를 확보하기 위한 규정(예를 들어 시정명령이나 이행강제금 등)을 두는 경우 표현의 자유를 위축시킬 가능성이 상당하다는 우려가 있는 만큼,[7] 일본과 같이 혐오표현문제를 우선적으로 해소를 요하는 차별 관련 문제로 보아 개별적, 부분적 대응에 나설 가능성도 배제할 수 없다. 나아가 입법이 된다고 하더라도 이러한 어려움들에 미루어 일본의 차별 관련 법제들과 같이 금지규정이 없는 형식으로 성립할 가능성

---

3) 檜垣伸次, "日本型ヘイト·スピーチ法の可能性_第3の道としての非規制的施策(小特集 "Hate Speech In Japan"を論じる)", 「法律時報」 94卷4号, 2022; 奈須祐治, "ヘイトスピーチに對する非規制的アプローチの展開-HATE SPEECH IN JAPAN出版以降の動向を踏まえて(小特集 "Hate Speech In Japan"を論じる)", 「法律時報」 94卷4号, 2022 등.

4) 한겨레신문(2022.05.08.), "국민 67% "차별금지법 필요"…인권위 "사회적 합의 이미 충분"", https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1041928.html (최종검색일: 2022.08.24.)

5) 한겨레신문(2022.03.30.), "인권위, 차별금지법 제정 등 '10대 인권과제' 인수위에 제안", https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1036808.html (최종검색일: 2022.08.24.)

6) 대표적으로 장혜영 의원 등이 발의한 차별금지법안(의안번호 1116)의 경우 "직접차별뿐만 아니라 간접차별, 성별 등을 이유로 한 특정 개인 및 집단에 대하여 신체적·정신적 고통을 주는 행위 및 차별의 표시·조장 광고 행위를 차별로 금지"(해당 법안 제3조 제1항 제2호부터 제5호)하고 있다.

7) 법률신문(2022.02.16.), "포괄적 차별금지법 제정 통한 혐오표현 규제는 신중히 검토해야", https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=176529 (최종검색일: 2022.08.24.)

도 있다.

이에 이 논문에서는 이념법의 형식으로 제정, 시행되고 있는 일본의 헤이트 스피치 해소법의 그간의 성과 및 앞으로의 과제를 관련 사법판단의 현황과 지방공공단체의 헤이트 해소를 위한 시책마련 상황(특히 조례 제정)을 중심으로 살펴보고(Ⅲ), 우리에게 주는 시사점(Ⅳ)을 확인해 보고자 한다. 이에 앞서, 헤이트 스피치 해소법의 제정경위와 주요내용을 살펴보면 다음과 같다.

Ⅱ. 헤이트 스피치 해소법 제정 경위, 주요 내용

1. 제정까지의 과정

2010년도 이전까지 일본에서는 부락차별표현에 대한 대처, 인종차별철폐 조약에의 가입, 인권옹호 법안의 심의 등을 중심으로 헤이트 스피치 관련 규제 논의가 이루어져 왔으나, 헌법이 보장하는 집회, 결사, 표현의 자유 등을 부당하게 규제하거나 정당한 언론을 위축시킬 수 있으므로 신중해야 한다는 이른바 규제 신중론에서 크게 벗어나지 않는 태도를 보였다. 다시 말해, 규제보다는 교육 및 계발활동 등을 통해 사회전체의 인권의식을 높이는 것이 필요하며, 이를 통해 극복할 수 있는 문제라고 본 것이다.

그러나 2010년 이후 재일특권을 용납하지 않는 시민의 회(在日特權を許さない市民の會,이하 재특회) 등으로 대표되는 배외주의 단체의 가두선전(街頭宣傳)활동이 활발해지며 시민들과의 충돌 및 마찰이 발생하는 일이 자주 발생하게 되었고, 특히 재일한국인과 재일조선인들이 이러한 헤이트 스피치의 주된 표적이 되었다. 그러던 중 일명 조선학교사건[8]이 발생하였고,

8) 해당 사건을 형사재판을 중심으로 간략하게 설명하면 다음과 같다. 일명 조선학교사건이라고 불리는 이 사건은 2009년에서 2010년 사이 재특회 회원들 가운데 일부가 교토조선제1초급학교 주변에서 확성기 혹은 가두선전차량을 이용하여 학교 및 학교법인에 대하여 차별적이고 모욕적 언사를 반복하고, 해당 학교의 비품을 훼손하는 등의 행위를 한 혐의로 위력업무방해죄, 기물손괴죄 및 모욕죄로 기소된 사안이다. 해당 사건은 공연히 특정인 혹은 특정할 수 있는 집단에 대한 차별적이고 폭력적인 표현행위가, 설령 그 일부에 정치적 목적이 있다고 하더라도 모두 허용된다고 할 수 없으며, 이

이에 대해 민·형사상의 책임을 인정하는 교토지방재판소판결[9]을 계기로 일본에서도 헤이트 스피치 관련 법제화의 필요성에 관한 논의가 활발하게 전개되었으며, 국가 및 지자체 또한 보다 적극적으로 헤이트 스피치 관련 여러 시책을 마련, 시행하게 되었다.

헤이트 스피치 관련 국가단위의 시책 가운데 대표적인 것이 바로 헤이트 스피치 해소법의 제정이다. 헤이트 스피치 해소법은 부당한 차별적 언동을 [용납하지 않는다]고 하면서도, 금지조항을 두고 있지 않다. 다만, '일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 해소가 시급한 과제임을 감안하여, 그 해소를 위한 대책에 대해 기본이념을 정하고, 또 국가 등의 책무를 밝힘과 동시에 기본적 시책을 정하여 이를 추진(제1조)[10]할 수 있도록 하기 위한 이념법(理念法)으로서의 성격을 갖는다.[11] 다시 말해, 개인이나 단체의 언동을 규제하기 위한 법이 아닌 헤이트 스피치가 용납할 수 없는 행위임을 선언하고, 이에 대한 교육·계발 활동을 위한 법적 근거를 마련하여 국민들에게 이를 알리고, 차별적 언동의 해소에 대한 이해와 협력을 구하기 위한 법이라는 것이다. 입법추진 당시 제출되었던 법률안 가운데는 금지규정을 담고 있는 법률안도 있었으나, 표현의 내용을 금지하는 형태의 규제를 하게 되는 경우 위법한 표현이 무엇인지 그 외연을 분명히 해야 하는 문제가 발생하고(입법기술상의 어려움), 헌법이 보장하고 있는 표현의 자유와의 관계에서도

사건의 구체적인 사실관계에 비추어 볼 때 문제된 표현행위는 정당한 정치적 행위에 해당하지 않는다고 판단, 기존 법체계를 활용하여 헤이트 스피치에 형사책임(모욕죄 등)을 추궁하였다는 점에서 의미가 있다. 조선학교사건에 관한 보다 자세한 내용은, 萩原 優理奈, 앞의 논문, 134-135頁을 참고.

9) 형사사건과 관련하여서는 京都地判平成 23·4·21 LEX/DB25471643 및 그 상급심. 그리고 민사사건과 관련하여서는 京都地判平成 25·10·7 判時 2208号, 74頁 및 그 상급심.

10) 이하 헤이트 스피치 해소법의 법문 번역은 일본 법무성 홈페이지에서 제공하고 있는 한글 가역본을 바탕으로 한다. 관련 링크는 https://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00050.html (최종검색일: 2022.08.24.)

11) 헤이트 스피치 해소법 제정까지의 심의 과정(第189回 國會參議院法務委員會 會議錄 및 특히 第190回 國會參議院法務委員會 會議錄 第8号 平成28年4月19日, 2-3頁.)을 살펴보면, 금지를 목적으로 하는 것이 아닌 관련 교육 및 계발 등을 위한 이념법임을 거듭 확인하고 있음을 알 수 있다. 자세한 내용은, 이진원, "일본 헤이트스피치 해소법의 성격", 「일본학」 제56집, 2022, 29-32면; 魚住裕一郎 외, 『ヘイトスピーチ解消法 成立の経緯と基本的な考え方』, 第一法規株式會社, 2016, 9頁을 참고.

문제가 될 수 있다는 등의 이유로 하여 이러한 형태로 입법되었다.[12)]

다만, 심의당시 이념법으로 제정된다고 하더라도 국가나 지자체의 행정 사무처리의 근거가 될 수 있고, 이로 인해 불이익한 처분(예를 들어 시위나 도로사용에 대한 불허처분 등)이 이뤄질 수 있음에 대해 예정하고 있었다. 나아가 사법 판단에 있어 다른 법령을 해석하는데 지침이 될 수 있으며, 이러한 행정행위와 판례가 축적되어감에 따라 헤이트 스피치를 금지하는 것과 같은 효과가 발생할 수 있다고 보았다.[13)]

그리고 헤이트 스피치 해소법 성립 이후 실제로 그러한 활용이 이루어지고 있다.[14)] 관련 보다 상세한 내용은 아래에서 다시 살펴본다.

2. 주요내용

헤이트 스피치 해소법의 주요 내용은 다음과 같다.

먼저 전문은 부당한 차별적 언동은 '용납할 수 없음'을 선언한 뒤, '더 심화된 인권교육과 인권계발 등을 통해 국민에게 널리 알려 그 이해와 협력을 얻고, 부당한 차별적 언동의 해소를 위한 대책을 추진할 수 있도록' 하는 것이 동법의 목적이라고 밝히고 있다. 즉, 이 법은 헤이트 스피치를 행한 사람이 아닌 국가나 지자체, 그리고 국민에 대하여 부당한 차별적 언동을 해소할 것을 요구하고 있는 것으로, 헤이트 스피치를 규제하는 것이 목적이 아님을 명확히 하고 있다.

제1조에는 입법목적을 서술하고 있는데, 부당한 차별적 언동을 해소하는 것이 중요한 과제임을 재차 확인하고 있으며, 그 문제를 해결하기 위하여 국가 등이 적극적으로 임할 것을 선언하고 있다.

제2조는 이 법에서의 '부당한 차별적 언동'을 '오로지 '일본의 역외에 있는 국가 또는 지역의 출신자 또는 그 자손이며 적법하게 거주하는 사람(이하,

---

12) 第190回 國會參議院法務委員會 會議錄 第8号 平成28年4月19日, 2-3頁 및 8頁.

13) 第190回 國會參議院法務委員會 會議錄 第8号 平成28年4月19日, 5-6頁.

14) 법령의 규정 해석에 있어 헤이트 스피치 해소법을 참고한 예로 거론되는 판례로는 大阪地判平成 29 · 11 · 16 westlaw 2017WLJPCA11166001; 横浜地川崎支決平成 28 · 6 · 2 判時 2296号 등.

‘일본 외 출신자’라 함)’에 대하여 ‘일본 외의 국가나 지역의 출신자임을 이유로 하여, 일본 외 출신자를 지역사회로부터 배제할 것을 선동’하는 것이라고 정의하고 있다. 즉, 이 법의 대상을 ‘일본 내에 적법하게 거주하고 있는 일본 외 출신자’로 한정하고 있는 것이다. 이에 대해서는 이 법률안을 제안하게 된 입법사실이 적법하게 거주하고 있는 재일한국인, 재일조선인에 대한 헤이트 스피치였기 때문에 이렇게 한정하게 된 것이며, 이 법의 이념법으로서의 성격에 비추어 볼 때 그렇다고 하여 아이누민족[15]이나 불법하게 체류하는 자에 대한 헤이트 스피치는 허용된다는 의미라고 볼 수는 없다고 밝히고 있다.[16]

나아가 ‘차별적 의식을 조장하거나 또는 유발할 목적으로, 공공연하게 그 생명, 신체, 자유, 명예 또는 재산에 위해를 가하는 내용을 고지하거나, 일본 외 출신자를 현저하게 모욕하는 등’을 전형적인 행위 태양으로 예시하고 있음[17]에 미루어 불특정 다수에 대한 헤이트 스피치 역시 그 대상이 된

---

15) 1875년 5월 7일, 일본과 러시아는 사할린(일본식 명칭은 가라후토(樺太))과 쿠릴제도를 교환하는 조약을 맺어 쿠릴제도 전체를 일본령, 사할린 전체를 러시아령으로 확정하였다. 이로 인하여 쿠릴제도 최북단의 슘슈섬까지 일본령에 편입되었는데, 에도막부 말기에 체결한 러일화친조약에 의하여 그간 러시아인화 되었던 슘슈섬의 아이누민족은 이러한 국가 간의 합의로 이유로 다시 일본본토 문명에 동화될 것을 강요받았다. 당시 일본정부(메이지 정부)는 아이누민족의 관리를 강화한다는 명목으로 그 전원(97명)에 대하여 시코탄섬으로 이주할 것을 지시하였고, 이주와 정착이 이루어진 6년의 시간동안 49명의 아이누인이 사망하였다. 이러한 현실에 본토인들 사이에서는 생존경쟁(우열간의 경쟁)에서 열등한 아이누민족이 일본인에게 패배한 것이라는 인식이 널리 퍼지게 되었고, 사라져가는 민족, 보호하지 않으면 멸망하는 약한 민족으로 정의하기에 이르렀다. 아이누민족이나 류큐민족과 같이 일본 내부에 존재하면서도 쉽게 내부화 되지 않는 이들에 대한 차별의식은 오늘날에도 여전히 존재하며, 일본 외 출신자에 대한 차별과 함께 해결해야 할 사회문제가 되고 있다. 관련 내용은, 구로카와 미도리/후지노 유타카 저(김영주 외 역), 『차별의 일본근현대사_포섭과 배제의 사이에서』, 한국외국어대학교 일본연구소 일본사회의 서벌턴 연구 번역총서 01, 제이앤씨, 2022, 32-34면을 참고하여 정리.

16) 第190回 國會參議院法務委員會 會議錄 第8号 平成28年4月19日, 4-5頁과 8頁 및 법무성 홈페이지, 「本邦外出身者に對する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に關する法律」に係る參考情報（その２）, https://www.moj.go.jp/content/001308139.pdf (최종검색일: 2022.08.24.), 1-3頁.

17) 이는 2015년 법무성이 공익재단법인 인권교육계발추진센터에 위탁하여 실시한 ‘헤이트 스피치에 관한 실태조사 보고서’의 내용 중에 ‘인터넷상에서 확인할 수 있는 시위·가두선전활동의 발언내용 등의 파악(「平成２７年度法務省委託調査研究事業 ヘイトスピーチに關する實態調査報告書」（公益財団法人人權教育啓發推進センター）, ７頁 참고)’에서 일반적으로 헤이트 스피치라고 지적되는 내용들을 유형화 한 것이다. 앞의 「本邦外出身者に對する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に關する

다고 할 것이다.[18]

제4조에서는 국가 및 지방공공단체의 책무에 대하여 규정하고 있는데, 국가에 대해서는 시책을 강구할 '책무가 있다'라고 하면서도, 지방공공단체에 대해서는 '강구하도록 노력한다'라고 하여 법문에 차이를 두고 있다. 지방공공단체의 경우 주민들 가운데 일본 외 출신자의 비율이 각기 다르기 때문에 그 실정에 맞게 시책을 강구할 필요가 있는 한편, 국가의 경우 교육이나 계발을 주도적으로 해 나갈 책무가 있기 때문에 다르게 표현한 것이라고 한다.[19]

제5조 이하에서는 구체적인 시책을 제시하고 있다. 제5조는 상담체제의 정비를, 그리고 제6조에서는 교육활동을 실시하고 이를 위해 필요한 대책을 마련할 것을, 제7조에서는 홍보 및 기타 계발활동을 실시할 것을 국가 및 각 지방공공단체에 요구하고 있다. 여기에서 계발활동의 '계발'이란 '국민 간에 인권존중의 이념을 보급시키고, 그에 대한 국민의 이해를 심화시키는 것을 목적으로 하는 홍보 등 (인권)교육활동 이외의 것'을 말한다.[20] 마지막으로 부칙에서는 헤이트 스피치 해소법 시행 이후 일본 내 헤이트 스피치 발생 실태 조사하고, 이를 바탕으로 법제를 보완해 나갈 것을 명시하고 있다.

Ⅲ. 헤이트 스피치 해소법 시행 이후 규제동향

1. 차별적 언동과 관련된 판례의 동향

(1) 특정한 개인 및 집단에 대한 헤이트 스피치 관련 형사판례의 다소간의 변화

앞서 살펴본 조선학교사건의 경우와 같이 특정인 혹은 특정 집단에 대

法律」に係る參考情報（その２）, 3頁.

18) 檜垣伸次, 앞의 논문(각주 3), 75頁.

19) 第190回 國會參議院法務委員會 會議錄 第8号 平成28年4月19日, 9-10頁.

20) 인권교육·계발 추진법 제2조와 제3조에서는 인권계발이란 '국민 간에 인권존중의 이념을 보급시키고, 그에 대한 국민의 이해를 심화시키는 것을 목적으로 하는 홍보 기타 계발활동(인권교육을 제외한다.)'을 의미하며, '국민이 그 발달단계에 따라 인권존중의 이념에 대한 이해를 심화시켜 이를 체득할 수 있도록' 하는 것이라고 설명하고 있다.

한 헤이트 스피치는 현행법 체계 하에서도 명예훼손죄나 모욕죄, 혹은 협박죄 등의 적용을 통해 일부 대처가 가능하다. 다만 협박죄의 경우 자연인에 대한 가해의 고지를 인정할 수 있는 한도 내에서 협박죄의 성립을 긍정하는 것이 일본의 다수설 및 판례의 태도이므로[21] 법인에 대해서는 성립이 부정되는 등의 한계가 있어 헤이트 스피치에 대해서는 명예에 관한 죄의 적용 및 성립을 검토하는 경우가 보다 일반적이다.

우리와 마찬가지로 일본 역시 명예훼손죄와 모욕죄의 보호법익을 외부적 명예라고 보는 것이 다수설이자 판례의 견해이다.[22] 그리고 양 죄는 사실적시의 여부로 구분된다. 즉, 공연하게 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손하는 경우에는 명예훼손죄가, 사실을 적시하지 않고 공연하게 모욕하여 사람의 명예를 훼손하는 경우에는 모욕죄가 성립하게 되는 것이다. 다만 양 죄의 법정형은 우리의 경우보다 상대적으로 그 차이가 큰데, 명예훼손죄는 3년 이하의 징역이나 금고 또는 50만 엔 이하의 벌금에 해당하나 모욕죄의 경우 구류(30일 미만)나 과료(1만 엔 미만)에 불과하다.[23]

현행 형사법을 통한 헤이트 스피치 대처에 있어 특기할만한 것은 그간 일본에서는 조선학교사건에서와 같이 차별적 언동에 사실 혹은 사실과 의견이 혼재되어 있는 경우-'일본인을 납치한 OO산하, 조선학교, 이런 건 학교라고 할 수 없다.', '북조선 스파이 양성기관, 조선학교를 일본에서 몰아내자', '남자 일손이 없는 전쟁 중을 틈타 여성들을 강간하고 학살하여 묻은 곳이 바로 이 토지' 등-라고 하더라도 명예훼손죄보다는 모욕죄의 적용이 주로 검토되었다는 점이다. 상기의 법정형의 차이에서도 알 수 있는 바와 같이 헤이트 스피치의 해악을 고려하여 엄벌을 필요로 한다면 명예훼손죄 적용 및 성립을 우선 검토하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 그럼에도 헤이트 스피치 관련 사안에서 검찰이 주로 모욕죄의 적용을 검토한 것은, ① 명예훼손죄의 경우 사실적시를 요건으로 하고 있고, 진실성 증명에 의한 면책도 가능하기 때문에 차별적이고 혐오를 수반하는 발언이 진실인지 여부가

21) 관련 내용은 山口 厚, 『刑法各論』, 有斐各, 2003, 74頁 이하를 참고.
22) 관련 내용은 山口 厚, 앞의 책, 132頁 이하를 참고.
23) 다만 2022년 7월 7일부로 모욕죄의 법정형이 1년 이하의 징역 및 금고 혹은 30만 엔 이하의 벌금 및 구류, 과료로 개정, 상향되었다.

법원에서 다퉈질 수 있어 피고인에게는 자신의 발언이 진실이라는 점을 증명할 수 있는 기회를 얻는 것일 뿐만 아니라 국가의 공인까지 받게 된다는 점에서 문제가 있고,[24] ② 특히 적시한 사실이 식민지배와 같은 역사적 사실에 기반한 것인 경우 검찰이 피해자의 입장에서 해당 사실에 관한 역사적 경위 및 정당성 등을 주장하여야 한다는 점은 부담스러울 뿐만 아니라 사법판단의 대상으로 적합하지 않다는 인식이 있었으며,[25] ③ 심리과정에서 피해자에게 또 다른 피해가 발생할 수 있다고 판단했기 때문[26]이라고 분석한다.

다만, 헤이트 스피치 해소법 성립 이후 사회 전반에 헤이트 스피치의 해악에 대한 인식이 높아지고, 차별의 묵인이 아닌 반차별이 일본사회의 상식으로 자리함에 따라,[27] 단언하기에는 조심스럽지만, 검찰 또한 특정인 혹은 특정 집단에 대하여 구체적 사실을 적시하여 차별적 언동이 이루어지는 경우 이전보다 적극적으로 중한 죄인 명예훼손죄의 적용을 검토하고 있는 것으로 보인다.[28]

먼저 앞선 조선학교사건과 닮은 사건이자, 조선학교 및 그 학교 법인에 대하여 이루어진 또 다른 헤이트 스피치에 대하여 이번에는 모욕죄가 아닌 명예훼손죄 규정을 적용, 그 성립을 인정한바 있다.[29] 살펴보면, 평소 재일조선인총연합회(在日朝鮮人總聯合會)나 조선학교 등을 비판하는 활동을 해온 A는 조선학교가 인접해 있는 공원에서 불특정 다수인을 상대로 확성기 등을 사용하여 '얼마 전까지, 지금은 공터지만, 여기 일본인을 납치한 조선학교가 있었다.', '몇 년 전까지 여기에 교토의 조선학교가 있었다. 이 조선학교에서 일본인을 납치했다.', '이건 이미 경찰청에서도 인정하였는데, 여기 조선학교 교장이 일본인을 납치했고, 국제지명수배 되었다.', '여기 OO공원 옆에 그 납치 실행범이 있는 조선학교가 있었다.'와 같은 취지의 진술을 한

24) 金尙均, "刑法における名譽保護犯の處罰範囲_ヘイト·スピーチに對する刑事規制の可能性", 『差別表現の法的規制　排除社會へのプレリュードとしてのヘイト·スピーチ』, 法律文化社, 2017, 33頁.

25) 萩原　優理奈, 앞의 논문, 136頁.

26) 萩原　優理奈, 앞의 논문, 136頁.

27) 萩原　優理奈, 앞의 논문, 138頁.

28) 金尙均, "ヘイトスピーチに對する刑事規制", 「法律時報」 93卷3号, 2021, 93頁.

29) 金澤眞理, "ヘイトスピーチに對し名譽毀損罪の成立を認めた例", 「新·判例解說 Watch」 刑法 No.1, 2021, 189頁.

사안[30]에 대하여 검찰은 명예훼손죄로 기소(징역 1년 6월 구형)하였다. 피고인은 이 같은 진술은 공익을 위한 것이므로 위법성이 조각된다고 주장하였으나, 이 사건 법원은 "피고인의 발언 가운데 중요한 부분은 '당해 조선학교 전교장이 일본인을 납치하여 국제지명수배 되었다'라고 할 것인데 이 점에 대해서는 진실성의 증명도, 진실이라고 믿은데 상당한 이유도 없다"고 판단, 명예훼손죄의 성립을 인정하여 50만 엔의 벌금형을 선고한바 있다. 그 외에도 인터넷에 피해자의 실명을 거론하며 '재일조선인 작사가', '개나 고양이를 먹음' 등의 내용을 게재한 것에 대하여 명예훼손죄를 적용, 그 성립을 인정하여 벌금 10만 엔이 선고되었다.[31] 특히 이 사안의 경우 문제된 발언이 헤이트 스피치라는 점을 확인한 후 명예훼손죄의 성립을 인정하였다.[32]

(2) 불특정 다수인에 대한 헤이트 스피치 문제의 사법적 해결에 있어 헤이트 스피치 해소법의 인용 - 가와사키시(川崎市) 헤이트 시위 금지 가처분 결정 사안을 중심으로

앞서 서술한 바와 같이 헤이트 스피치 해소법은 그 입법과정에서부터 금지규정이 없는 이념법임을 분명히 하였으나, 다른 법령의 해석지침으로 활용될 수 있다는 점을 시사하고 있었다. 그리고 이에 부응하듯 해당 법이 성립한 후 얼마 되지 않아 헤이트 스피치 해소법을 인용한 헤이트 시위 금지 가처분 결정이 내려지며 동법의 효과 및 가치를 긍정적으로 평가하는 목소리가 높다.

이 사건은 재일동포 집중거주지역에서 활동하는 사회복지단체 OO이 해당 지역에서 예정되어 있던 헤이트 시위금지의 가처분을 구한 사건[33]이다. 기존에 법원은 헤이트 시위와 같이 불특정 다수인에게 행해지는 헤이트 스피치와 관련하여 그것이 헤이트 스피치의 대상이 되는 자(들)에게 반발심이나 불쾌감을 불러일으킨다고 하더라도 표현행위를 규제하면서까지 보호

---

30) 大阪高等裁判所令和 2·9·14 LEX/DB25571082, 이 사례의 경우 여기에 그치지 않고 해당 언동을 촬영한 동영상을 구글이 운영하는 TwitCasting의 자기 계정에 게재하고, 이를 불특정 다수인이 열람할 수 있는 상태로 두기도 하였다.

31) 石垣簡裁平成 30·1·17 公刊物未登載(金尙均, 앞의 논문(각주 28), 92頁에서 재인용).

32) 金尙均, 앞의 논문(각주 28), 92頁.

33) 横浜地裁川崎支部平成 28·6·2 判時 2296号, 14頁.

할만한 이익 내지는 구체적인 권리침해를 인정하기가 어렵다고 판단해왔다. 그러나 이 사건 법원은 불특정 다수에 대한 차별적 언동에 대하여 민사구제할 수 있는지 여부를 결정하는데 있어 기존에 주로 검토되었던 불쾌감이나 공포심 내지는 명예가 아닌 '주거에서 평온하게 생활할 권리'라는 인격권을 바탕으로 구체적인 권리 침해가 발생하였음을 인정하였다는 점에서 획기적이라는 평가를 받고 있다.[34]

관련 내용을 간단히 살펴보면 다음과 같다. 이 사건 법원은 먼저, '누구든 생활기반으로써의 주거에서 평온하게 생활하며 인격을 형성하고 자유롭게 활동함으로써 그 품성, 덕행, 명성, 신용과 같은 인격적 가치에 대한 평가를 사회로부터 획득한다'고 한 후, 주거에서 평온한 생활을 할 권리가 일본 헌법 제13조[35]에서 유래하는 인격권임을 확인하였다. 나아가 일본 외 출신자가 오로지 일본 외에 있는 국가나 지역 출신임을 이유로 차별받거나 일본 사회에서 배제되지 않을 권리는 이러한 인격권을 향유하기 위한 전제가 되므로 강력히 보호해야 한다고 설시하였다.

특히 이 결정에서 법원은 '일본 외 출신자가 자신의 민족이나 출신국, 출신지역에 대하여 품는 감정이나 신념'은 '인격형성의 초석 내지는 개인의 존엄의 가장 근원적인 것'이며, '이는 상호간에 존중되어야 하는 것'이라고 위치지우는 형태로 헤이트 스피치의 해악이 헌법의 핵심원리인 개인의 존중에 관한 것임을 확인하고 있다.[36] 다만, 일본 외 출신자가 자신의 민족이나 출신국, 출신지역에 대하여 품는 감정이나 신념에 그 자체로 법적인 보호의 이익이 있다고 본 것은 아니며, 인격권-주거에서 평온하게 생활할 권리- 침해의 중대성을 근거 짓는 요소로 이용되었다는 점에 주의할 필요가 있다.[37]

---

34) 萩原　優理奈, 앞의 논문, 137頁.

35) 第十三條　すべて國民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に對する國民の權利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の國政の上で、最大の尊重を必要とする。(모든 국민은 개인으로 존중받는다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리는 공공의 복지에 반하지 않는 한 입법 그 밖의 국정에서 최대한의 존중을 필요로 한다.)

36) 奈須祐治, "マイノリティ集住地域における特定人を標的としないヘイト·デモの仮處分による差止めの可否（横浜地川崎支決平成28·6·2)", 平成28年度重要判例解說, 「ジュリスト」 臨時增刊(1505号), 2017, 17頁.

이후 법원은 헤이트 스피치 해소법 제2조의 정의 규정을 그대로 인용한 후, 일본 외 국가 또는 지역의 출신자임을 이유로 일본사회에서 배제할 것을 선동하는 부당한 차별적 언동은 인격권을 위법하게 침해하는 불법행위라고 인정하였다. 다시 말해, 특정인을 지명하지 않은 헤이트 스피치라고 하더라도 그것이 헤이트 스피치 해소법 제2조가 정하는 부당한 차별적 언동에 해당하는 경우에는 이 사건 지역의 재일코리안들의 인격권-주거에서 평온하게 생활할 권리-에 구체적인 침해가 발생할 수 있다고 본 것이다.

다만, 헤이트 스피치 해소법 자체가 표현규제조항을 두고 있는 것은 아니기 때문에 동법 제2조에서 규정하는 헤이트 스피치가 언제나 금지된다 할 수는 없다.[38] 이 사건 법원 또한 충돌하는 권리와의 관계에서 헤이트 스피치로 인해 침해된 권리의 중대성을 고려하기 위한 하나의 고려요소로서 헤이트 스피치 해소법의 존재 및 그 내용이 검토될 수 있음을 확인한 것이라고 보아야 할 것이다.[39]

이렇듯 이 결정은 헤이트 스피치 해소법 성립을 계기로 그간 묵인 내지는 방관에 가까웠던 불특정 다수에게 이루어진 차별적 언동에 대하여 일정한 규제를 위한 이론적 틀을 제공했다는 점에서 의의가 있다고 할 것이다. 나아가 헤이트 스피치 해소법이 금지규정 없는 이념법으로 성립되었음에도 다른 법령의 해석지침으로서 적극적으로 활용되며 입법당시 기대하였던 '마치 금지하는 것과 같은 효과'를 낼 수 있음을 증명하였다고 평가되기도 한다.[40]

다만, 이 사건에서의 헤이트 스피치는 재일코리안들의 밀집거주지역이라는 특수한 상황에서 이루어졌으며, 재차 반복하여 이루어 질 것이 예정되

---

37) 毛利 透, "憲法訴訟の實踐と理論(１)_ヘイトデモ禁止仮處分命令事件", 「判例時報」 2321号, 2017, 5頁 이하(萩原 優理奈, 앞의 논문, 138頁에서 재인용).

38) 헤이트 스피치 해소법의 정의 규정인 제2조는 정당화되기 어려운 내용차별을 내용으로 하고 있으며, 그 사정을 엄격하게 한정하고 있지도 않기 때문에 이념법으로는 몰라도 그 자체로 법적규범력을 갖는다면 위헌이 될 수 있다는 견해로, 檜垣伸次, "ヘイト·スピーチ解消法と政府言論-非規制的施策の可能性", 「福岡大學法學論叢」 63卷2号, 2018, 501頁.

39) 毛利 透, 앞의 논문(각주 37), 6頁(萩原 優理奈, 앞의 논문, 138頁에서 재인용); 檜垣伸次, 앞의 논문(각주 38), 501頁.

40) 師岡康子, "差別の撤廢に向けて_ヘイトスピーチ解消法成立の意義と今後の課題", 「世界」 885号, 2016, 220頁.

어 있었고, 지역주민을 직접적인 대상으로 삼고 있었기 때문에 지역주민들 각자의 구체적인 인격권 침해를 인정하는 것이 비교적 용이하였던 점,[41] 마찬가지의 지적으로, 불특정 다수에 대한 규제의 선례로 해당 사례가 꼽히고 있으나 이 사안에서 예정되어 있었던 헤이트 스피치는 실제로 상당한 정도로 특정된 대상에 대해서 이루어지는 것임을 알 수 있고 이로 인하여 침해될 인격권 또한 강고한 한편, 헤이트 스피치의 행태나 양상(JR 가와사키역 앞 번화가를 중심으로 지속적·반복적으로 이루어짐, 가두선전차량이나 스피커를 사용 등)에 비추어 보면 금지청구를 인용하기에 충분한 정도로 위법성이 현저한 경우였다는 점, 그리고 '금지'가 표현활동에 가져오는 위축효과를 숙고하여야 한다는 점[42]에서 이 사건 법원의 헤이트 스피치에 대한 평가는 사안의 특수성을 충분히 고려하여 한정적으로 해석하여야 하며, 섣부른 일반화에 신중하여야 한다는 견해도 있다.[43]

2. 헤이트 스피치 해소법 제정 이후 마련된 관련 조례 검토

(1) 오사카시 헤이트 스피치 대처에 관한 조례(大阪市ヘイトスピーチへの對處に關する條例) 및 해당 조례의 합헌성에 대한 최고재판소의 판단[44]

오사카시 헤이트 스피치 대처에 관한 조례(이하 오사카시 조례)는 '헤이트 스피치가 개인의 존엄을 해치고 차별의식을 발생시킬 우려가 있음을 감안하여 헤이트 스피치에 대처하기 위해 오사카시가 취하는 조치 등에 관해 필요한 사항을 정함으로써 시민 등의 인권을 옹호하고 헤이트 스피치 억제를 도모하는 것(제1조)[45]'을 목적으로 상기의 헤이트 스피치 해소법 제정

41) 毛利 透, 앞의 논문(각주 37), 5頁 이하(萩原 優理奈, 앞의 논문, 138頁에서 재인용).
42) 萩原 優理奈, 앞의 논문, 138頁.
43) 毛利 透, 앞의 논문(각주 37), 5頁 이하(萩原 優理奈, 앞의 논문, 138頁에서 재인용).
44) 最高裁第三小法廷令和 4·2·15 令和3年 (行ツ) 第54号, LEX/DB25571948
45) 이하 오사카시 헤이트 스피치 대처에 관한 조례의 번역은 '아시아 태평양 인권 정보센터(휴라이트 오사카(HURIGHTS OSAKA)'에서 제공하는 한글 가역본을 바탕으로 한다. 관련 링크는, https://www.hurights.or.jp/archives/racism-elimination/2016/10/osaka-city-hate-speech-ordinance.html (최종검색일: 2022.08.24.)

에 앞서 2016년 1월에 제정되었다. 따라서 엄밀하게 말하면 오사카시 조례의 제정 자체는 시행이후의 동향이라 하기 어렵지만, 해당 조례를 근거로 이루어진 행정상의 조치가 개인의 기본권을 침해하는 것인지가 다퉈지며, 헤이트 스피치 해소법 제정 이후 이루어진 일련의 헤이트 스피치에 대한 법적 대응 가운데 처음으로 그 주요구조가 표현의 자유에 적합한지를 심사받게 되었다는 점[46]에서 해당 조례와 최고재판소의 판단을 함께 검토해볼 필요가 있다.

1) 오사카시 조례의 특징

해당 조례의 주요한 특징 다음과 같다. 먼저, 독자적이고 상세한 정의규정(제2조)을 두고 있는데, 이는 비슷한 시기에 제정된 헤이트 스피치 해소법에서의 헤이트 스피치의 정의와는 다소 차이가 있다. 살펴보면, 해당 조례는 대상으로 하는 헤이트 스피치를 인종·민족에 관한 특정 속성을 지닌 개인·집단에 대한 일정한 표현활동으로 다음 3가지 요건에 해당하는 것을 말한다. ① 목적: 사회로부터 배제하는 것이나 권리·자유를 제한하는 것, 또는 명확하게 증오나 차별의식 혹은 폭력을 조장하는 것, ② 상태: 상당히 모욕하거나 비방하는 것, 혹은 위협을 느끼게 하는 것, ③ 불특정성: 불특정 다수의 사람이 표현내용을 알 수 있는 상태(장소 혹은 그러한 방법)로 두는 것. 여기에는 인터넷 등을 이용하여 문서, 그림, 동영상 등을 다수가 열람, 시청할 수 있도록 공개해 두는 경우도 포함되며, 오사카시 구역 외에서 이루어진 행위라고 하더라도 오사카시민에 대한 것이면 조례 적용의 대상이 된다.

다음으로, 해당 조례는 헤이트 스피치의 확산방지조치 및 인식 등의 공표에 관한 규정을 두고 있는 최초의 조례이다. 다시 말해, 헤이트 스피치가 행해진 경우 확산방지를 위한 조치(예를 들어 시설 내 표현 내용을 게시한 경우에는 그 간판이나 게시물에 대한 철거요청, 인터넷을 통해 게시한 경우에는 프로바이더에 대한 삭제요청 등[47])를 할 수 있을 뿐만 아니라 해당 표

---

46) 瑞慶山廣大, “大阪市ヘイトスピーチ對處條例の合憲性_最三判令和4·2·15 裁判所ウェブサイト”, 「法學セミナー」 808号, 2022, 129頁.

47) 관련 내용은, ‘오사카시 헤이트 스피치 대처에 관한 조례 운용에 관하여(「大阪市ヘイトスピーチへの對處に關する條例」の運用について)’가운데, ‘오사카시 헤이트 스피치에의 대처에 관한 조례 Q&A에 관하여(大阪市ヘイトスピーチへの對處に關する條例Q＆Aについて)’의 항목 15를 참고, https://www.city.osaka.lg.jp/shimin/cmsfiles/

현을 한 자의 성명 또는 명칭을 공표할 수 있도록 규정하고 있는 것이다. 따라서 만일 어떠한 표현행위가 헤이트 스피치에 해당한다면, 오사카시 시장은 표현내용의 개요 및 그 확산을 방지하기 위하여 취한 조치, 그리고 해당 표현활동을 행한 자의 성명 또는 명칭을 원칙적으로 공표할 수 있다(제5조 제1항). 다만, 성명 또는 명칭을 공표하고자 하는 경우에 시장은 표현활동을 행한 자에게 공표사실과 공표내용, 이유를 통지하고, 상당기간을 정하여 의견을 진술할 수 있도록 함과 동시에 유리한 증거를 제출할 기회를 주어야 한다(제5조 제3항). 나아가 확산방지조치 및 공표에 앞서 시장은 문제된 표현행위가 해당 조례에서 열거하고 있는 표현활동에 해당하는 경우(오사카시 구역 내에서 행해진 혐오표현활동, 오사카시 구역 외에서 행해진 표현 활동 가운데 시민을 대상으로 한 것이 명확한 혐오표현활동 등)에는 심사회의 의견을 청취하여야 하고(제6조 제1항), 심사회는 상당기간을 정하여 표현활동을 행한 자에게 서면으로 의견을 진술하고 유리한 증거를 제출할 기회를 주어야 한다(제9조 제2항). 마지막으로 해당 조례를 적용하는데 있어 표현의 자유 또는 그 밖의 일본헌법이 보장하고 있는 국민의 자유와 권리를 부당하게 침해하지 않도록 유의하여야 한다는 점을 조례에 명시하고 있다(제11조).

2) 오사카시 조례에 대한 합헌성 판단

(가) 사실관계 및 최고재판소의 판단

문제가 된 것은 해당 조례에서의 헤이트 스피치에 대한 정의규정과 확산방지조치 및 인식 등의 공표에 관한 규정(제2조 및 제5조부터 제10조)으로, 특히 조례의 실효성을 담보하기 위해 헤이트 스피치를 행한 자의 성명 및 명칭을 공표할 수 있도록 한 규정이 합헌인지 여부가 다퉈져 주목을 받았다.

사실관계부터 살펴보면,[48] 어떤 사람이 2013년 오사카시내에서 이루어진 '2월 24일 한국국교단절국민대행진 in 츠루하시(鶴橋)'라는 시위활동을 촬영한 동영상을 인터넷에 올리고, 본건 조례시행 후에도 불특정 다수인이

---

contents/0000339/339043/040118toikotae.pdf (최종검색일: 2022.08.24.)

48) 이하 오사카시 조례의 합헌성 심사와 관련된 구체적인 사실관계 및 판시사항은, 毛利透, "大阪市ヘイトスピーチ對處條例の合憲性", 「新·判例解說 Watch」 憲法 No.200, 2022를 참고하여 정리하였다.

시청할 수 있는 상태에 둔 것에 대하여 오사카 시장은 심사회의 심의를 거쳐 헤이트 스피치에 해당한다고 인정하고, 이를 행한 자의 성명 및 명칭에 준하는 인터넷상 닉네임을 공표하였다.[49] 이에 오사카시 주민인 원고들은 해당 조례가 위헌이므로 인식 등 공표를 위한 조치의 시행을 위해 이루어진 지출(심사회 위원들의 보수 등) 또한 위법이라고 주장하며, 감사청구를 거쳐 주민소송을 제기하였으며(지방자치법 제242조의 2 제1항 제4호), 1심과 항소심에서 패소한 원고가 상고하여 사건은 최고재판소의 판단을 받게 되었다.

최고재판소는 먼저, 표현의 자유 또한 공공복지에 의해 합리적이고 필요최소한의 한도 내에서 제한받을 수 있음을 확인하고, 이 사건 각 규정에 의한 제한이 합리적이고 필요최소한의 한도 내에서 이루어진 것인지 여부는 각 규정의 목적을 위하여 필요로 하는 제한의 정도, 제한되는 자유의 내용 및 성질, 구체적인 제한의 양태 및 정도 등을 교량하여 결정하는 것이 상당하다고, 이 사건에 있어서의 합헌성 심사의 방식을 밝혔다.[50]

다음으로, 최고재판소는 사안과 관련하여 다음과 같이 판단하였다.

'① 먼저 제재의 목적에 대하여 이 사건 조례가 정하는 확산방지조치나 인식 등의 공표는 표현의 자유를 일정한 범위에서 제약한다. 다만, 그 목적은 문리해석 등에 비추어 볼 때 헤이트 스피치 억제를 도모한 것으로 해석되며, 조례에서 말하는 헤이트 스피치는 민·형사상 책임을 인정할 수 있어 억제할 필요성이 높은, 특정한 개인을 대상으로 하는 표현활동뿐만 아니라 민족전체 등의 불특정 또는 다수의 사람들을 대상으로 하는 표현활동과 같이 민·형사상 책임을 묻기 어려운 경우라고 할지라도 인종 및 민족에 관한 특정한 속성을 이유로 하여 특정인 등을 사회로부터 배제하는 등과 같은 부당한 목적을 가지고 공연하게 이루어지는 것으로, 그 내용 및 양태는 해당

49) 심사회의 심사 중 이 사건 동영상은 삭제되었기 때문에 확산방지 조치는 취하지 않았다. 毛利 透, 앞의 논문(각주 48), 1頁.

50) 표현의 자유를 제약하는 규제의 합헌성 심사와 관련하여 "정치적 표현에 있어 표현내용이 가져오는 효과를 이유로 한 제약의 합헌성이 문제가 되는 경우에 있어서 이익형량이란 그 자유의 높은 보장의 필요성을 근거로 자유제약의 필요최소한도성을 실질적으로 판단하는 심사라고 이해하여야 한다"고 한다. 다시 말해 정치적 표현의 자유를 제한하는 경우에는 이를 제한하는 수단이 실제적으로 필요최소한도에 그치는 것인지에 대한 실질적 심사가 이익형량을 위한 필요성·합리성을 긍정하기 위한 전제가 되어야 한다는 것이 판례의 입장이라는 설명으로, 毛利 透, 앞의 논문(각주 48), 2-3頁.

인종 및 민족에 속하는 자에 대한 차별의식, 증오 등을 일부러 유발 또는 조장하는 것, 또는 특정인 등의 생명, 신체 등에 위해를 가하는 범죄행위를 선동하는 것이기 때문에 이는 억제할 필요성이 높은 것이다. 그리고 실제로 오사카시내에서 그러한 과격하고 악질성이 높은 차별적 언동을 수반하는 가두선전활동 등이 빈번하게 행하여졌다는 것을 감안하면 본건 각 규정의 목적은 합리적이며 정당한 것이라고 할 수 있다.

② 다음으로, 취해진 행정상 조치에 대하여 평가하였는데, 본건 각 규정에 의해 제한되는 표현활동의 내용 및 성질은 상기와 같이 과격하고 악질성이 높은 차별적 언동을 수반하는 것으로 한정되며, 그 제한의 양태 및 정도도 시장에 의하여 사후적으로 이루어지는 확산방지조치 등의 대상이 되는 것에 그친다. 그리고 확산방지조치 또한 시장이 간판이나 게시물 등을 철거할 것을 요청하거나 인터넷상의 표현에 대한 삭제요청 등을 할 수 있는 것으로 해석되지만, 해당요청에 응하지 않는다고 하여도 별도의 제재는 없다. 나아가 인식 등 공표 또한 표현활동을 한 자의 이름 및 명칭을 특정하기 위한 법적 강제력을 수반하는 수단이 존재하지 않는다.'

이렇듯 최고재판소는 본건 각 규정은 불명확하거나 과도하게 광범위한 규제라고 할 수 없고, 표현의 자유의 제한은 합리적이고 필요최소한도에 머무른다고 하여, 오사카시 조례가 일본헌법 제21조 제1항[51]에 반하여 위헌이라는 주장을 받아들이지 않았다.

(나) 분석 및 평가

본 판결은 오사카시 조례가 헤이트 스피치를 특정한 개인에 대한 것과 민족전체와 같이 불특정 다수에 관한 것으로 나누고 있으며, 후자에 대한 제약을 정당화하는 것에 규제의 난점이 있음을 인식하고 있다.[52] 다만, 권리를 침해당한 특정인을 확인하기가 어려운 후자의 경우라고 하더라도 ① 해당 조례가 제약의 대상이 되는 표현을 과격하고 악질적이어서 억제할 필요성이 높은 표현으로 한정하고 있고, ② 실제 오사카시내에서 그러한 헤이트

51) 第二十一條 ①集會、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。(집회, 결사 및 언론, 출판 그 밖의 모든 표현의 자유는 보장된다.)

52) 毛利 透, 앞의 논문(각주 48), 4頁.

스피치가 빈번하게 일어나고 있으므로 이를 억제할 현실적인 필요성이 인정된다는 점을 들어 규정의 목적이 정당하고 합리적이라고 판단하였다. 이는 조례의 제정경위 및 오사카시의 헤이트 스피치 문제의 실태 등의 입법사실을 바탕으로 해당 조례의 조문을 해석하고 있다는 점에서, 그리고 이를 비교형량에 반영하고 있다는 점에서 특징적이라고 할 수 있다. 그러나 그렇기 때문에 헤이트 스피치 규제입법과 표현의 자유와의 비교형량에 있어 일반적인 시사점을 제시하고 있다고 보기는 어렵다는 지적도 있다.[53] 오사카시와는 달리 헤이트 스피치가 지역사회의 주요문제가 아닌 지역에서 이러한 조례를 마련, 적용하는 경우에 대한 최고재판소의 입장은 분명하지 않기 때문이다.[54]

다음으로 조례의 실효성을 확보하기 위한 행정상의 조치(확산방지조치 및 인식 등의 공표)가 법령위반 등에 대한 제재를 목적으로 하는 것인지, 사회공공에 대한 정보제공을 목적으로 하는 것인지에 대하여도 판단하였는데,[55] 최고재판소는 해당 행정상 조치들이 표현의 자유를 일정부분 제약한다는 것을 인정하면서도, 이러한 조치들은 법적강제력이 없어 제재라고 하기 어렵고, 그 제약 또한 합리적이며 필요최소한도에 그친다고 판시하였다.

이러한 행정상 조치에 대하여는 오사카시 또한 '헤이트 스피치를 용납하지 않는 자세나 인식을 공표하는 것'으로, '시민 등의 인권의식을 고양시키고, 이러한 표현활동을 반복하는 것을 용인하지 않는 사회적 환경을 실현하기 위한 목적으로 하는 정보제공'이라고 그 취지를 설명하고 있다.[56] 즉, 오사카시 조례에 규정된 행정상 조치는 문제가 된 표현행위가 헤이트 스피치에 해당한다는 사실을 인정하고 이를 표시하는 것에 불과하고, 이러한 공표조치는 다른 오사카시 조례(오사카시의 개인정보조례, 소비자보호조례, 호객행위 등의 적정화에 대한 조례 등) 및 법령에서도 일반적으로 사용하고

53) 瑞慶山廣大, 앞의 논문, 129頁.

54) 瑞慶山廣大, 앞의 논문, 129頁.

55) 이와 같이 법령위반행위나 공익에 적합하지 않은 행위 및 그러한 상황을 공표함으로써 행정상 조치의 실효성 확보를 예정하는 방법은 최근 일본의 행정법분야에서 널리 사용되기 시작하였다고 한다. 이와 같은 공표의 제재적 성격에 관한 논의로는, 天本哲史, 『行政による制裁的公表の法理論』, 日本評論社, 2019, 29-31頁(石塚武志, "ヘイトスピーチ解消法と條例によるヘイトスピーチ對策の到達点", 「法律時報」 95卷4号, 2021, 103頁에서 재인용).

56) 상기의 오사카시 조례 Q&A 항목 17 및 19.

있는 것으로,[57] 행정청이 권력적으로 표현활동에 개입하는 것이라고는 말하기 어렵다는 것이다.[58]

다만, 이에 대해서는 오사카시가 확산방지조치 및 인식 등의 공표를 제재라고 평가하고 있지 않고, 최고재판소 역시 이를 강제할 법적 근거가 없음을 이유로 하여 제재로 평가하지 않다고 하더라도, 공적 주체로부터 성명이나 명칭이 공개되는 것의 억제효과나 위축효과에 비추어 보면 '표현의 자유를 일정한 범위에서 제약하는' 행위가 구체적으로 무엇인지, 어느 정도의 것인지를 보다 자세히 설명했어야 한다는 지적이 있다.[59]

한편, 이 합헌판단으로 인하여 헤이트 스피치 관련 조례의 필요성을 긍정하면서도 표현의 자유에 대한 과도한 규제가 될까 제정에 신중하였던 지방공공단체나 그러한 성격의 조례의 활용방법을 고민하고 있었던 지방공공단체들이 보다 적극적으로 헤이트 스피치 문제에 대응할 수 있게 되었다고 긍정적으로 평가하는 견해도 있으며,[60] 무엇보다 앞으로의 헤이트 스피치 대책입법의 합헌성 심사와 관련하여 일정한 판단기준을 제시하였다는 점에서 이 판결의 의미를 찾을 수 있을 것이다.

(2) 카가와현 간온지시(香川縣 觀音寺市)의 마을 내 교류주차장 설치 및 관리에 관한 조례「觀音寺市まちなか交流駐車場の設置及び管理に關する條例〕와 공원조례〔觀音寺市公園條例〕

헤이트 스피치를 직접 규제하기 위한 조례는 아니지만 공공시설물 이용에 관한 조례에 헤이트 스피치를 금지하는 조항을 포함한 지자체도 있다. 간온지시의 '마을 내 교류주차장 설치 및 관리에 관한 조례(觀音寺市まちなか交流駐車場の設置及び管理に關する條例, 이하 주차장 조례)'는 헤이트 스피치 해소법 시행 후 전국에서 최초로 헤이트 스피치를 금지하는 조항을 포함한 조례로 널리 알려져 있다.[61] 동 조례 제7조는 주차장에서 금지하는 행

57) 상기의 오사카시 조례 Q&A 항목 17.
58) 石塚武志, 앞의 논문, 102頁; 상기의 Q&A 항목 22.
59) 毛利 透, 앞의 논문(각주 48), 4頁.
60) 特定非營利活動法人コリアNGOセンター, 大阪市ヘイトスピーチ條例「合憲」判決についてのコメントを發表(2022.02.21.), https://korea-ngo.org/archives/1942 (최종검색일: 2022.08.24.)

위를 열거하고 있는데, 제2항 제7호에서 '인종 등의 공통의 속성을 가진 불특정 다수의 자에 대하여 당해 속성을 이유로 하여 부당한 차별적 취급을 조장할 우려가 있는 행위'를 금지하고 있다. 나아가 이러한 금지행위가 판명되거나 발생한 경우에 시장은 이용의 허가를 취소, 정지 및 그 외 필요한 조치를 강구할 수 있도록 하고 있다(제9조).

상기의 조례 제정 이듬해인 2017년에 간온지시는 공원관련 기존의 조례를 개정하여 헤이트 스피치 행위를 한 자에 대해 최대 5만 엔의 과태료를 부과할 수 있도록 하기도 하였다.[62] 살펴보면, 2005년 10월 11일에 제정된 간온지시 공원조례(觀音寺市公園條例, 이하 공원조례) 제5조는 각 호의 다음과 같은 행위, 공원 내 시설의 손상 또는 오손(汚損), 대나무의 벌채나 식물의 채취, 모닥불을 피우거나 화기를 가지고 노는 등의 위험행위 등을 금지하고 있었으며, 이를 위반한 자에 대하여 5만 엔 이하의 과태료에 처하는 규정을 두고 있었다(제22조). 이후 2017년 7월 간온지시는 해당 조례를 개정하였는데,[63] 상기의 제5조의 공원 내 금지 행위에 '인종, 국적, 그 외 출신지를 이유로 하여 부당한 차별적 취급을 유발하거나 조장할 우려가 있는 행위를 하는 것(제5조 제8호)을 추가하였으며, 마찬가지로 위반시 5만 엔의 과태료를 부과할 수 있도록 하였다.

해당 조례들은 혐오관련 집회나 시위가 시가 관리하는 주차장이나 공원 내에서 이루어지는 것을 제한하는 입법이라고 할 수 있다. 이와 같이 공공장소에서 일정한 행위를 하는 것을 금지하는 조례가 그간 없었던 것은 아니다. 다만, 주차장 조례의 경우 불특정 다수의 자들을 향해 이루어지는 인종 등 속성에 관한 헤이트 스피치 행위를 금지하고 있다는 점에서, 그리고 특히 공원조례의 경우 출신지를 이유로 하는 헤이트 스피치를 명확히 금지

61) 2016년 12월 28일 제정.

62) 觀音寺市公園條例, https://www.city.kanonji.kagawa.jp/d1w_reiki/H417901010155/H417901010155.html (최종검색일: 2022.08.24.)

63) 이러한 개정은 심의회가 논의를 거듭한 결과라기보다는 당시의 담당자의 결단이 주요 동력이 되어 이루어진 것이라고 한다. 관련 기사로는, 47NEWS(一般社団法人共同通信社, 2019.09.12.), "香川縣觀音寺市でヘイト對策條例が先進的な理由_日韓關係惡化の中、增える問い合わせ", https://nordot.app/543700563515442273?c=39546741839462401 (최종검색일: 2022.08.24.)

하고 있으며[64] 조례의 실효성 및 일정정도의 강제력을 담보하기 위하여 행정질서벌을 규정하고 있다는 점에서 주목할 만하다.[65]

(3) 가와사키시(川崎市) 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 조례(差別のない人權尊重のまちづくり條例)

가와사키시(川崎市)의 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 조례(이하, 가와사키시 조례)는 가와사키시내에서 반복적으로 이루어지고 있는 일본 외 출신자에 대한 헤이트 시위, 가두선전을 주요 입법사실로 하여 제정된 조례로, 헤이트 스피치 해소를 위해 주로 비규제적인 방법을 모색해온 일본에서는 이례적으로 금지규정과 함께 제재로 형사벌(50만 엔 이하의 벌금)을 두고 있다는 점에서 주목을 받고 있다.[66]

(가) 가와사키시 조례의 주요 내용 및 특징

조례는 제1장 총칙, 제2장 부당한 차별 없는 인권 존중 마을 만들기 추진, 제3장 일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 해소를 위한 조치의 추진, 제4장 잡칙, 제5장 벌칙, 부칙으로 구성되어 있으며, 조례의 금지대상인 '부당한 차별'을 "인종, 국적, 민족, 신조, 나이, 성별, 성적 지향, 성별정체성, 출신, 장애 그 밖의 사유를 이유로 하는 부당한 차별"로 정의하고 있는, 속성을 이유로 한 차별을 금지하는 포괄적인 반차별 조례이다.[67]

---

64) 도쿄변호사회 홈페이지 자료, ヘイトスピーチなどの人種差別の撤廢に關する條例の參考例の紹介, https://www.toben.or.jp/know/iinkai/foreigner/pdf/20220525hatespeechsankourei.pdf (최종검색일: 2022.08.24.)

65) 藤井正希, "ヘイトスピーチ規制條例の憲法的硏究", 「社會情報學部硏究論集」 28卷, 2021, 40頁.

66) 이렇듯 주된 법령에 벌칙규정이 없음에도 조례에서 독자적으로 벌칙규정을 두는 경우는 일본에서도 흔하지는 않다. 다만, 지방자치법 제14조에서 지방공공단체의 조례제정권을 인정하고 있으며, 조례위반자에 대하여 2년 이하의 징역 내지는 금고, 100만 엔 이하의 벌금, 구류, 과료(科料) 내지는 몰수형 또는 5만 엔 이하의 과료(過料)를 부과할 수 있도록 정하고 있어 조례에 벌칙규정을 두는 것 자체는 문제가 없다. 관련 내용은, 배상균, "일본에서의 헤이트 스피치에 대한 인식과 규제방향_가와사키시 조례를 중심으로", 「형사정책」 제33권 제4호, 2022, 98면.

67) 조례 제정 논의의 시작단계에서는 가와사키시 역시 헤이트 스피치에 특화된 조례마련을 우선과제로 삼아 부속기관인 '가와사키시 인권시책 추진협의회'에 대하여 검토를 요청하였으나, 동 협의회가 '헤이트 스피치에 특화된 것이 아닌, 헤이트 스피치로

이 조례 제2장에서는 부당한 차별금지의 시책의 추진 주체와 그 책무의 내용을 규정하고 있으며, 제3장에서는 특히 일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동을 해소하기 위한 조치의 추진을 규정하고 있다. 그중 제12조에서는 시의 구역 내 공공장소에서 일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동을 하거나, 하게해서는 안 된다고 규정하고 있으며, 부당한 차별적 언동 중에서도 ① 일본 외 출신자를 그 거주지에서 퇴거시킬 것을 선동하거나 고지하는 것(제1호), ② 일본 외 출신자의 생명, 신체, 자유, 명예 또는 재산에 위해를 가할 것을 선동하거나 고지하는 것(제2호), ③ 일본 외 출신자를 사람 외의 존재로 비유하는 등, 현저하게 모욕하는 것(제3호)을 금지하고 있다. 해당 조례는 금지행위를 위반한 자에 대하여 최종적으로는 형벌을 부과할 수 있도록 하고 있기 때문에 헤이트 스피치 중에서도 특히 악질적인 행위유형을 구체적으로 세분화(배척, 위해, 모욕의 3유형)하여 규정하고 있다.

나아가 이를 위반하여 차별적 언동을 하거나, 하게 한 자가 다시 동일한 이유로 차별적 언동을 하거나 할 것이 명백하게 우려되는 때에는 지역을 정하여 권고일자로부터 6개월간 동일 이유로 차별적 언동을 해서는 안 된다는 취지의 권고(제13조)를 할 수 있고, 이 권고에 따르지 않는 경우에는 동일한 취지의 명령 내릴 수 있으며(제14조), 명령에도 불구하고 이를 위반한 경우에는 명령받은 자 혹은 법인인 경우에는 그 대표자나 관리인의 성명 등을 공표하는 등의 조치(제15조)를 취할 수 있도록 정하고 있다. 그리고 최종수단으로 제14조의 명령에 위반한 자에 대하여 벌금을 부과(제23조)하도록 하는 규정을 마련하고 있다. 즉, 차별적 언동을 집요하게 반복하는 자에 한하여 규제할 수 있도록 함으로써 표현의 자유와의 균형을 고려하고 있는 것이다.[68]

가와사키시 조례의 해석지침은[69] '차별적 언동을 금지하는 해당 조례

이어지는 토양에 직접 대처할 수 있는 폭넓은 조례가 필요하다'고 제언함에 따라 헤이트 스피치에 대한 대책을 포함, 인권전반을 아우르는 형태의 조례로 입법되었다. 관련 내용은, '川崎市差別のない人權尊重のまちづくり條例' 解釋指針(이하 가와사키시 조례 해석지침), 29-30頁, https://www.city.kawasaki.jp/250/cmsfiles/contents/0000113/113041/sisinn2.pdf (최종검색일: 2022.08.24.)

68) 배상균, 앞의 논문, 94면.

69) 앞의 가와사키시 조례 해석지침, 68-69頁.

의 규정을 무지나 오해에 기인하여서도 위반할 수 있으므로 이러한 경우에는 권고에 그치지만, 그렇지 않고 위 사항을 계속 반복하는 자에 대해서는 표현의 자유에 유의하여 일정한 요건을 마련하고 대상을 한정하는 것을 전제로, 그리고 문제되는 표현을 구체적으로 정하여서, 제14조 제1항의 명령위반에 대한 벌칙규정을 적용할 수 있다고 설명한다. 다시 말해, 벌칙규정을 적용하기 위해 검찰 등에 의한 절차에 이르기 이전에 권고 및 명령위반을 요건으로 하는 등의 단계적 절차를 마련하여 신중하게 판단할 수 있도록 하고 있다는 것이다. 나아가 이러한 조치들을 결정함에 앞서 시장의 자의적인 판단을 방지하기 위하여 제3기관인 심사회의 의견을 듣도록 하고 있고, 행정형벌을 선택함으로써 행정기관인 가와사키시의 판단뿐만 아니라 사법기관에 의한 이중삼중의 검토 및 판단과정을 거치도록 하고 있는 등 표현의 자유 또는 기타 일본헌법이 보장하고 있는 국민의 자유와 권리를 부당하게 침해하지 않도록 운용에 신중을 기하고 있다.[70]

가와사키시 조례의 경우 인터넷을 이용한 헤이트 스피치를 규제하기 위한 규정도 상세하게 마련해두고 있다(제17조). 다만 인터넷상에서의 행위는 워낙 다양하여 자칫 과도한 규제가 될 수 있으므로 대상이 되는 행위를 직접 금지하는 등의 사전규제조치규정은 두지 않고 있으며, 사후적인 피해의 확산방지를 위한 조치와(제17조 제1항) 문제된 행위가 '일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동'에 해당한다는 취지 등을 계발활동을 목적으로 공표를 할 수 있도록 정하고 있다(제17조 제2항). 그리고 이 경우 역시 확산방지조치 및 공표에 앞서 심사회의 의견을 들어야 한다(제17조 제3항).

(나) 분석 및 평가

주된 법령인 헤이트 스피치 해소법이 헤이트 스피치를 직접 규제하는 규정을 두고 있지 않음에도 불구하고 가와사키시 조례는 특히 악질적인 헤이트 스피치에 한하여 형벌로써 대처할 수 있도록 함에 따라 가와사키시 조례의 적용 영역 내에서는 특정인 혹은 특정집단에 대한 헤이트 스피치뿐만 아니라 일정한 속성을 공유하는 불특정 다수인에 대한[71] 헤이트 스피치 또

70) 앞의 가와사키시 조례 해석지침, 63-64頁.

한 '반사회적 행위'로 보아 규제할 수 있게 되었다. 이러한 조례 제정의 배경에는 재일한국인과 재일조선인의 밀집거주지역인 가와사키시에서 2013년 5월부터 2016년 1월까지 총 12회에 거쳐 이루어진 일본 외 출신자(재일한국인과 재일조선인 중심)에 대한 배제 및 배척을 호소하는 시위 등 해당 지역에서 일정기간에 반복되어 발생한 헤이트 시위가 있다. 가와사키시는 이러한 헤이트 스피치가 단순한 무지나 오해에서 비롯한 것이라면 교육이나 계발을 통해 해소할 수 있지만, 명확한 의도를 가지고 반복적으로 행해지는 경우 해당 지역의 거주민의 평온한 생활을 위협할 수 있다고 판단하여 악질적이고 반복적인 구체적인 행위에 한하여 50만 엔 이하의 벌금[72]이라는 행정형벌을 두기로 한 것이다. 나아가 행정질서벌(과태료)이 아닌 행정형벌(벌금)을 규정한 이유는 표현의 자유와 같은 시민의 자유와 권리를 부당하게 침해하지 않도록 행정기관인 가와사키시의 판단뿐만 아니라 검찰의 기소, 법원의 재판이라는 이중삼중의 과정을 거쳐 판단 내릴 수 있도록 하기 위함이라고 설명한다.[73]

해당 조례의 벌칙규정과 관련해서는 다음과 같은 문제의식이 있다. 먼저, 법률인 헤이트 스피치 해소법이 처벌규정은 물론 금지규정도 두지 않은 이념법에 그쳤음에도 조례로 이를 웃도는 규제를 실시하는 것이 타당한가 하는 문제이다. 일본헌법 제94조[74]는 '지방공공단체는…법률의 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다'고 하고 있으며, 일본 지방자치법 제14조[75] 역시 '보

71) 이 조례가 규제하고 있는 행위는 형법상의 협박죄나 명예훼손죄와는 달리 개인을 피해자로 특정할 필요가 없다. 관련 내용은 앞의 가와사키시 조례 해석지침, 68-69頁.

72) 50만 엔 이하라는 벌금액은 표현행위를 범죄구성요건으로 하고 있는 명예훼손죄와 가나가와현민폐방지조례(神奈川縣迷惑行爲防止條例) 제2조 조폭행위 금지에 대한 죄(粗暴行爲の禁止に對する罪)를 참고로 정하였다고 한다. 관련 내용은, 앞의 가와사키시 조례 해석지침, 68-69頁.

73) 가와사키시 홈페이지〉 市政情報〉 廣報·廣聽〉 よくある質問 (FAQ) 〉 市民參加·自治と平和·人權〉 「川崎市差別のない人權尊重のまちづくり條例」〉 總論的な質問〉 なぜ刑事罰まで設けたのですか, https://www.city.kawasaki.jp/templates/faq/250/0000126641.html (최종검색일: 2022.08.24.)

74) 第九十四條 地方公共團體は、その財産を管理し、事務を處理し、及び行政を執行する權能を有し、法律の範圍內で條例を制定することができる。(지방공공단체는 재산을 관리하고 사무를 처리하며 행정을 집행할 권한이 있고 법률의 범위 내에서 조례를 제정할 수 있다.)

통 지방공공단체는 법령에 위반하지 않는 범위에서…조례를 제정할 수 있다'고 정하고 있으므로, 조례가 국가법령을 위반해서는 안 된다는 점은 분명하다. 그리고 종래 일본에서는 '국가법령에 위반'이라는 것의 의미를 조례의 내용이 국가법령의 내용과 직접적으로 모순되거나 저촉되는 경우와 같은 적극적인 저촉뿐만이 아니라 국가의 법령보다 엄격하게 규제하거나, 혹은 국가가 지정하는 지역이외의 지역에서 조례로 국가의 법령과 같은 취지의 규제를 하는 것과 같은 소극적인 저촉 또한 위법이라고 해왔다.[76] 이에 의하면 법률인 헤이트 스피치 해소법이 금지규정과 처벌규정을 두지 않았음에도 헤이트 스피치에 대하여 형사벌을 할 수 있도록 정하고 있는 가와사키시 조례의 경우 법률의 위임범위를 넘어서는 입법행위로 위헌이라는 평가가 가능하다.

다만, 2010년 이후 일본에서는 공해(公害)규제문제를 계기로 상기의 '국가법령위반'을 적극적 저촉만으로 한정하고, 소극적 저촉의 경우에는 법령위반에 해당하지 않는다고 해석하여야 한다는 견해가 많아지고 있다.[77] 나아가 최고재판소[78] 또한 "조례가 국가법령에 위반하는 것인가는 양자의 대상사항과 규정문언을 대비하는 것뿐만 아니라, 각각의 취지, 목적, 내용 및 효과를 비교하여 양자사이 모순저촉이 있는가 여부에 따라 이를 판단하여

---

75) 第十四條　普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第二條第二項の事務に關し、條例を制定することができる。(보통지방공공단체는 법령에 위반하지 않는 한 제2조 제2항의 사무에 관해서 조례를 제정할 수 있다.)
② 普通地方公共団体は、義務を課し、又は權利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除くほか、條例によらなければならない。(보통지방공공단체는 의무를 부과하거나 권리를 제한하려면 법령에 특별히 정하고 있는 경우를 제외하고는 조례에 따라야 한다.)
③ 普通地方公共団体は、法令に特別の定めがあるものを除くほか、その條例中に、條例に違反した者に對し、二年以下の懲役若しくは禁錮こ、百万円以下の罰金、拘留、科料若しくは沒收の刑又は五万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる。(보통지방공공단체는 법령이 특별히 정하고 있는 경우를 제외하고는 그 조례 중에 조례를 위반한 자에 대하여 2년 이하의 징역 내지는 금고, 100만 엔 이하의 벌금, 구류, 과료(科料) 내지는 몰수형 또는 5만 엔 이하의 과료(過料)를 부과하는 취지의 규정을 둘 수 있다.)

76) 中西紀夫, "條例違反に對する處罰とその限界_明確性の原則と適正處罰の原則から分析", 「四日市大學環境情報論集」 3卷2号, 2000, 228頁.

77) 中西紀夫, 앞의 논문, 228頁.

78) 最大判昭和 50・9・10 刑集 39卷 6号, 489頁.

야 한다. 예를 들어 법령에 어떤 사항을 규율하는 명문의 규정이 없고, 당해 법령전체에 비추어 이러한 규정의 결여가 특별히 해당 사항에 대하여 어떤 규제도 하지 않는다는 취지라고 해석될 때에는 이를 규제하는 조례는 법령에 위반한다고 할 것이지만, 반대로 특정사항에 대하여 이를 규율하는 법령과 조례가 병존하는 경우라고 하더라도, 조례가 법령과는 별개의 목적에 입각하여 규율을 의도하였으나 그 적용에 따라 법령의 규정이 의도하는 효과와 목적을 방해하지 않는 경우나, 양자가 동일한 목적에서 나온 것이라고 하더라도 법령이 반드시 해당 규정을 통해 전국적으로 일률적이고 동일한 내용을 규제하려는 것이 아니라 각각 보통지방공공단체에게 그 지방의 실정에 맞추어 특별한 규제를 시행하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 경우 법령과 조례 사이에 어떠한 모순저촉도 없어 조례가 국가법령을 위반하는 문제는 발생하지 않는다"고 판시하였다.

헤이트 스피치 해소법은 부당한 차별적 언동은 없어야 한다고 하고 있으며, 헤이트 금지 해소가 매우 중요한 과제임을 밝히고 있다. 나아가 지방공공단체에 대하여 국가와의 역할분담을 바탕으로 해당 지역의 실정에 맞는 시책을 강구하도록 요청하고 있으므로, 해당 법이 전국적으로 일률적이고 동일한 내용을 규제하려는 취지가 아님은 명백하다고 할 것이다. 이에 따르면 해당 법이 가와사키시 조례와 같이 차별적 언행을 금지하거나 처벌하는 규정을 조례를 통해 마련하는 것을 금지하는 취지로는 해석할 수 없으므로 이러한 방식의 규제 또한 허용된다는 해석이 가능하다.[79]

이에 대하여 가와사키시는, 일본 내에서도 해당 지역의 헤이트 스피치 문제가 특히 심각한 상황이었던 점, 헤이트 스피치 해소법 제4조 제2항은 지방공공단체에 대하여 헤이트 스피치 해소를 위해 국가와 적절한 역할분

79) 楠本 孝, "ヘイトスピーチを刑事規制する川崎條例について", 「三重法経」 154号, 2022, 13頁. 다만, 해당 논문에서는 법률을 웃도는 조례의 제정이 가능한 것인지에 관한 논의는 대부분 공해규제문제의 기본방향에 대해 논의되어 왔던 것으로 표현의 자유를 제한하는데 동일하게 적용할 수 있는지 여부에 의문을 표하고 있으며, 상기의 판례의 태도를 고려한다고 하더라도 헤이트 스피치 해소법 제정 당시 중대한 피해에 대한 인식이 있었음에도 이를 금지하거나 처벌하는 규정을 두지 않았음에 반하여 굳이 법률이 규제하지 않은 사항에 대하여 조례로 법률에 웃도는 규제를 하는 것이 허용된다고 할 수 있는지에 대한 판단에 신중하여야 한다고 서술하고 있다.

담을 바탕으로 지역의 실정에 맞는 시책을 강구하도록 하고 있었던 점, 앞서 서술한 최고재판소의 판례를 인용하여 '특정 사항에 대하여 이를 규율하는 법률과 조례가 병존하는 경우 그 적용에 있어 전자의 목적과 효과를 방해하지 않는 경우라면, 그리고 해당 법률이 전국적으로 동일한 내용의 규제를 일률적으로 시행하는 취지가 아니라 지방의 실정에 따라 별도의 규제를 실시하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 경우 조례가 법령을 위반하는 문제는 발생하지 않는다'고 판시한 점 등을 들어 문제없다는 입장이다.[80]

마찬가지로 문제되지 않는다고 판단하면서도, 그 이유를 조례가 채택하고 있는 규제수단의 엄밀성에서 찾는 견해도 있다.[81] 해당 견해는, '헤이트 스피치 해소법이 전국적으로 동일한 내용의 규제를 일률적으로 시행하는 취지가 아님은 명백하지만, 헤이트 스피치 해소법 제정과정 중 심의에서 금지, 처벌하여야 하는 범위를 명확하게 정의하기 어렵다는 점, 정의가 가능하다고 해도 문제되는 표현이 이에 해당하는지 여부를 누가 판단할 것인지, 다른 말로 남용방지 시스템을 구축할 수 있을지 여부에 따른 기술적 한계 등이 문제가 되어 최종적으로 이념법으로 성립하였다는 점에 비추어 보면, 법률과 조례의 목적과 기대하는 효과가 상통한다고 하더라도 이러한 기술적 문제를 극복할 수 있어야 조례에서 이를 금지하는 벌칙규정을 두는 것이 가능하다고 본다. 그런데 가와사키 조례는 형벌적용에 앞서 권고, 명령 등의 사후적이고 단계적인 조치를 택함으로 인하여 구성요건을 구체화하는 동시에 가벌성을 신중하게 판단할 수 있도록 하고 있고, 명령위반에 대하여 부과하는 형사벌인 50만 엔 이하의 벌금도 표현행위에 대한 제재로 결코 과도하다고 할 수 없으므로 타당하다고 평가한다.[82]

한편, 가와사키시 조례는 형사벌을 부과하는 것으로 그간의 기조인 비

---

80) 가와사키시 홈페이지〉市政情報〉廣報·廣聽〉よくある質問 (FAQ) 〉市民參加·自治と平和·人權〉「川崎市差別のない人權尊重のまちづくり條例」〉總論的な質問〉本邦外出身者に對する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に關する法律は、本邦外出身者に對する不当な差別的言動を禁止していないのに、條例で禁止·罰則まで設けるのは法律の定めた範囲を越えていませんか。, https://www.city.kawasaki.jp/templates/faq/250/0000126641.html (최종검색일: 2022.08.24.)

81) 楠本 孝, 앞의 논문, 15頁 이하.

82) 楠本 孝, 앞의 논문, 15頁 이하.

규제적 접근에서는 한 발 더 나아간 것이라 평가하며, 다만 앞서 서술하였던 오사카시 조례에 대한 최고재판소 판결이 확산방지조치 및 공표 등의 행정조치가 제재가 아니라는 점을 들어 헌법에 반하지 않는다 판단한 것에 미루어 보아 해당 조례의 합헌성을 지지하기 위해서는 별도의 이유가 필요할 것이라는 점을 지적하는 견해도 있다.[83]

가와사키 조례와 같이 벌칙규정이 부가된 조례를 고민하고 있는 지자체로는 오키나와현(沖縄縣)[84]과 가나가와현 사가미하라시(神奈川縣 相模原市)[85] 정도가 언급되고 있으나 쉽지 않을 전망이다. 나아가 가와사키시 조례의 운용은 겸억적으로 이루어지고 있으며, 아직 기소된 사례도 없다.[86] 가와사키 조례의 합헌성 및 해당 조례가 일본의 비규제적 접근 기조에 미칠 영향 등에 대해서는 향후의 전개상황을 주시할 필요가 있다고 할 것이다.

Ⅳ. 결론을 대신하여_일본의 '비규제적 접근' 기조를 둘러싼 두 가지 시선

일본의 헤이트 스피치 해소법은 그간 '일본에는 신법으로 규제해야 할 정도로 심각한 차별은 존재하지 않고, 현행법으로 충분히 대처 가능하다. 차별과 혐오라는 악질적인 동기는 양형을 통해 반영하면 된다'와 같은 말을 반복하며 일본 내에서 발생하는 차별과 혐오문제의 실태를 외면해온 일본 정부가 차별적 언동이 피해자에게 중대한 고통을 준다는 점, 그리고 지역사

83) 奈須祐治, 앞의 논문(각주 3), 81頁.

84) 沖縄タイムス＋プラス(2022.04.13.), ヘイトスピーチ止められない先行例それを下回る沖縄の條例案弁護士が点檢, https://www.okinawatimes.co.jp/articles/-/941887 (최종검색일: 2022.08.24.)

85) カナロコ(2022.07.16.), 相模原市人權施策審 惡質ヘイトに罰則規定 條例の答申案, https://www.kanaloco.jp/news/social/article-924308.html (최종검색일: 2022.08.24.)

86) 가와사키시 홈페이지〉市政情報〉平和·人權·交流〉總合的人權施策〉「川崎市差別のない人權尊重のまちづくり條例」〉市民の皆様へ〉「川崎市差別のない人權尊重のまちづくり條例」の全面施行から一年を振り返って (令和3年6月30日市長コメント), https://www.city.kawasaki.jp/250/cmsfiles/contents/0000130/130445/20210630mayorcomment.pdf (최종검색일: 2022.08.10.)

회에 심각한 균열을 발생시킨다는 점 등 헤이트 스피치의 해악을 직시하였다는 점만으로도 높이 평가 받고 있다.[87] 나아가 이 법은 국가나 지방자치단체에게 헤이트 스피치 해소를 위한 다양한 교육활동 및 홍보 등의 계발활동을 요구하고 있으며 이를 바탕으로 헤이트 스피치 해소에 초점을 맞춘 학교 및 사회 교육 그리고 계발활동들이 전개되고 있다.[88]

더욱이 이 법은 이념법으로 성립하였으나 다른 법령의 해석지침으로 활용되고 있으며, 조례제정의 근거가 되는 등 입법과정에서 여러 번 언급된 바와 같이 '규제와 같은 효과'를 내고 있기도 하다. 다만 이에 대해서는 앞서 살펴본 바와 같이 '헤이트 스피치 해소법의 정의 규정은 이념법의 성격에 비추어 본다면 문제되지 않는다고 할 것이지만, 해석에 따라 과소포섭이 되기도 과잉 포섭이 되기도 하는 등 명확성의 문제가 발생할 수 있으므로 실질적으로 규제의 역할을 하는 해석지침으로 활용되어서는 안 된다'[89]거나, 법률을 웃도는 조례제정의 합헌성에 의문을 제기하는 견해 등이 있으며, 같은 상황을 두고서 오히려 이념적·선언적 법률에 머물러 있어서는 안 된다는 점을 확인한 것이라고 보아 악질적인 사례에 한정하여 벌칙규정을 신설하는 등의 방안을 적극적으로 검토하여 실효성을 확보할 필요가 있다고 분석하기도 한다.[90]

이렇듯 사법판단의 근거로, 그리고 금지규정 내지는 벌칙규정을 둔 조례제정의 근거로 헤이트 스피치 해소법이 활용되는 것과 관련해서는 일반화를 경계하는 견해와 이념법의 한계를 지적하는 견해가 고루 있지만 헤이트 스피치 해소법 제정을 계기로 불특정 다수인에게 행해지는 헤이트 스피치의 해악이 일본사회 전반에 보다 널리 공유되고 있으며, 이에 대응하기 위한 법리 및 시책이 적극적으로 궁리되고 있다는 점에서 의미가 있다고 생각한다. 다만, 금지규정이나 벌칙규정이 없다고는 하나 정부가 특정한 표현

87) 萩原　優理奈, 앞의 논문, 137頁; 檜垣伸次, 앞의 논문(각주 3), 76頁; 藤井正希, 앞의 논문, 34頁 등.

88) 자세한 내용은 법무성 홈페이지, 令和 4 年版人權教育·啓發白書, https://www.moj.go.jp/content/001376516.pdf (최종검색일: 2022.08.24.), 2-7頁과 56-57頁을 참고.

89) 檜垣伸次, 앞의 논문(각주 3), 76頁.

90) 萩原　優理奈, 앞의 논문, 139頁.

을 용납하지 않는다고 선언하는 것은 커다란 위축효과를 수반하게 된다거나, 규제목적을 달성하면서도 정부가 스스로 정치적 책임을 회피하기 위한 규제우회를 하게 되는 등의 법의 남용이 우려된다는 지적은 이념법으로의 입법 이후에도 계속되고 있으며,[91] 특정한 개인이나 집단을 대상으로 하지 않는 헤이트 스피치 사안에 가와사키시 헤이트 시위 가처분 결정 사안에서 제시한 법리가 일반적으로 적용될 수 있을지 여부에 대하여 표현의 위축 등을 이유로 경계하는 목소리가 높은 만큼 앞으로 해당 법의 활용 및 관련 판례의 동향을 주시할 필요가 있다고 할 것이다.

일본에서는 헤이트 스피치 해소법을 계기로 차별의 묵인이 아닌 반차별이 사회적 상식으로 자리 잡고 있다. 헤이트 시위현장에서 경찰의 대응만 보더라도 해당 법 시행 이전에는 '위법행위가 발생하는 경우 이에 대해 엄정한 대처를 할 것'이라는 통지를 근거로 헤이트 스피치 시위를 사실상 방관하는 태도를 취하였다면, 헤이트 스피치 해소법 시행 이후에는 헤이트 시위에 대응하여 반차별 연좌시위를 하는 자들을 우선 보호하거나, 경찰선도차량이 헤이트 시위 선두에 서서 '법률에 따라 국민은 일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동이 없는 사회실현에 기여할 수 있도록 노력해야 함을' 당부하고 이에 대한 협조를 요청하거나,[92] 맞불시위를 진행하는 반차별 시위자들로 인하여 예정된 헤이트 시위가 중지되자 이에 항의하는 자들에게 "이것이 국민여론의 힘"이라고 대답하는 등 일변한 태도를 보이고 있다.[93] 나아가 문부과학성과 법무성을 주축으로 이루어지고 있는 인권교육과 홍보 등의 계발활동을 통해 시민들의 헤이트 스피치에 대한 인식이 과거에 비해 높아졌으며, 이는 헤이트 스피치 해소를 위한 정책 운용에 긍정적인 영향을 미치고 있다.[94]

---

91) 관련 내용은, 檜垣伸次, 앞의 논문(각주 3), 78頁을 참고.

92) 瀧 大知, "ヘイトデモと警察對応_差別禁止法がない社會における「反差別」の立ち位置", 「和光大學現代人間學部紀要」 12卷, 2019, 142-144頁. 다만 해당 논문에서는 법 시행이후 이러한 변화는 긍정적이라고 평가하면서도 헤이트 스피치 해소법의 이념법으로서의 한계 및 헤이트 시위에 맞불시위를 진행하는 반차별주의자들에 대한 경찰의 대응에 여전히 문제가 있음에 대해 지적하고 있다.

93) 瀧 大知, 앞의 논문, 136-138頁.

94) 萩原 優理奈, 앞의 논문, 138頁.

다만 현재 헤이트 스피치 해소법의 활용상황을 두고는 이념법으로 제정되었으면서도 표현규제의 근거가 됨을 경계하는 목소리와 이러한 활용이 곧 민·형사상 규제책의 필요성에 대한 반증이라는 목소리가 함께 나타나고 있음은 앞서 살펴본 바와 같다. 우리 역시 반차별법제의 제정을 위한 논의 중에, 그리고 어렵게 제정이 된다고 하더라도 성립 이후 같은 형태의 문제제기가 계속 될 것이라고 생각한다. 더욱이 어렵게 법제정에 뜻을 모았다고 하더라도 규제 대상을 어떻게 추출할지에 대한 문제, 다시 말해 표현의 자유를 지나치게 제한하지 않으면서도 차별과 혐오의 해악을 충분히 고려한 법안을 마련할 수 있을지에 대한 입법기술적인 문제로 다시 난항에 빠질 가능이 높다. 나아가 금지규정이나 벌칙규정을 둘 것인지 여부에 따른 합의도 쉽지 않을 것이다.

이러한 문제들에 있어, 다른 사회구성원에 대한 차별과 혐오를 일본사회가 용납하지 않음을 분명하게 밝히면서도 강제력을 수반하지 않는 비규제적 접근을 원칙으로 표현의 자유와 침해되는 권리 사이에 균형을 도모하고자 하는, 그리고 이러한 이념을 바탕으로 다양한 법리와 규제방식을 궁리해 나아가고 있는 일본의 경우가 최고의 선택은 아닐지라도 차선책으로 제시될 수 있으며, 해당 제도의 장단점을 우리 실정에 비추어 충분히 검토해 볼 필요가 있다고 생각한다. 더 많은 표현은, 우리 사회 일부구성원에게 가해지는 차별과 배제를 위한 혐오의 표현들을 우리 사회가 외면하지 않는 때 진정으로 실현될 수 있을 것이라 생각한다. 혐오가 결집과 승리를 위한 도구가 되고 있는 지금이야말로 이러한 문제를 해소하기 위하여 우리사회가 궁리한 최선의 방법이 무엇인지 서로 이야기 나누고 그 결과를 법과 정책을 통해 실현해 나갈 때라고 할 것이다.

헤이트 스피치 해소법 제정 이후 일본의 혐오표현 규제 동향과 시사점 - 최 란	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.08.27.	2022.08.30.	2022.10.07.

[참고문헌]

[국내문헌]

구로카와 미도리/후지노 유타카 저(김영주 외 역), 『차별의 일본근현대사_포섭과 배제의 사이에서』, 한국외국어대학교 일본연구소 일본사회의 서벌턴 연구 번역총서 01, 제이앤씨, 2022.

배상균, “일본에서의 헤이트 스피치에 대한 인식과 규제방향_가와사키시 조례를 중심으로”, 「형사정책」 제33권 제4호, 한국형사정책학회, 2022.

이진원, “일본 헤이트스피치 해소법의 성격”, 「일본학」 제56집, 동국대학교 일본학연구소, 2022.

[외국문헌]

山口 厚, 『刑法各論』, 有斐各, 2003.

魚住裕一郎 외, 『ヘイトスピーチ解消法 成立の経緯と基本的な考え方』, 第一法規株式會社, 2016.

天本哲史, 『行政による制裁的公表の法理論』, 日本評論社, 2019.

萩原　優理奈, “我が國におけるヘイトスピーチへの法的對応”, 「言語·地域文化研究」 25号, 東京外國語大學大學院, 2019.

金尙均, “刑法における名譽保護犯の處罰範囲_ヘイト·スピーチに對する刑事規制の可能性”, 『差別表現の法的規制　排除社會へのプレリュードとしてのヘイト·スピーチ』, 法律文化社, 2017.

_____, “ヘイトスピーチに對する刑事規制”, 「法律時報」 93卷3号, 日本評論社, 2021.

金澤眞理, “ヘイトスピーチに對し名譽毀損罪の成立を認めた例”, 「新·判例解說 Watch」 刑法 No.1, 日本評論社, 2021.

奈須祐治, “ヘイトスピーチに對する非規制的アプローチの展開-HATE SPEECH IN JAPAN出版以降の動向を踏まえて(小特集 “Hate Speech In Japan”を論じる)“, 「法律時報」 94卷4号, 日本評論社, 2022.

_____, “マイノリティ集住地域における特定人を標的としないヘイト·デモの仮處分による差止めの可否 (横浜地川崎支決平成28·6·2)”, 平成28年度重要判例解說, 「ジュリスト」 臨時增刊(1505号), 有斐各, 2017.

毛利　透, “憲法訴訟の實踐と理論(１)_ヘイトデモ禁止仮處分命令事件”, 「判例時報」 2321号, 日本評論社, 2017.

_____, “大阪市ヘイトスピーチ對處條例の合憲性”, 「新·判例解說 Watch」 憲法 No.200, 日本評論社, 2022.

檜垣伸次, “ヘイト·スピーチ解消法と政府言論-非規制的施策の可能性”, 「福岡大學法學論叢」 63卷 2号, 福岡大學研究所, 2018.

_____, “日本型ヘイト·スピーチ法の可能性_第3の道としての非規制的施策(小特集 “Hate Speech In Japan”を論じる)”, 「法律時報」 94卷4号, 日本評論社, 2022.

師岡康子, “差別の撤廢に向けて_ヘイトスピーチ解消法成立の意義と今後の課題”, 「世界」 885号, 岩波書店, 2016.

瑞慶山廣大, “大阪市ヘイトスピーチ對處條例の合憲性_最三判令和4·2·15 裁判所ウェブサイト”, 「法學セミナー」 808号, 日本評論社, 2022.
石塚武志, “ヘイトスピーチ解消法と條例によるヘイトスピーチ對策の到達点”, 「法律時報」 95卷4号, 日本評論社, 2021.
藤井正希, “ヘイトスピーチ規制條例の憲法的研究”, 「社會情報學部研究論集」 28卷, 群馬大學社會情報學部, 2021.
中西紀夫, “條例違反に對する處罰とその限界_明確性の原則と適正處罰の原則から分析”, 「四日市大學環境情報論集」 3卷2号, 四日市大學學會環境情報學部部會/ 四日市大學學會, 2000.
楠本 孝, “ヘイトスピーチを刑事規制する川崎條例について”, 「三重法経」 154号, 三重短期大學法經學會, 2022.
瀧　大知, “ヘイトデモと警察對応_差別禁止法がない社會における「反差別」の立ち位置”, 「和光大學現代人間學部紀要」 12卷, 和光大學現代人間學部, 2019.

【국문초록】

근래 일본에서는 차별해소를 목적으로, 그 사회 내에서 주요하고 시급한 해결을 요하는 문제로 손꼽히는 몇몇 차별사안들에 대응하기 위한 법제를 마련하였다. 특히 지난 2016년에는 이른바 '인권 3법'이라고 하여 세 가지 개별적인 차별 사안에 대응하기 위한 법률이 시행되었다. 그 가운데 하나가 일본사회가 인종차별이라는 문제를 처음으로 직시한 법이라고 평가받는 '일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 해소를 위한 조치의 추진에 관한 법률(本邦外出身者に對する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に關する法律, 이하 헤이트 스피치 해소법)'이다.

헤이트 스피치 해소법은 2010년 전후로 활발해진 배외주의 단체들의 가두선전시위와 그 과정에서 이루어지는 일본 외 출신자(주로 재일한국인과 재일조선인)에 대한 차별적 혐오발언이 심각한 사회갈등을 야기하자 이에 대응하기 위해 마련한 것으로, 해당 법 전문에서 부당한 차별적 언동은 '용납하지 않는다'고 선언하고 있으면서도 금지규정과 벌칙규정을 두지 않은 이념법(理念法)의 형식으로 제정되었다. 그리고 이 법은 시행 7년째를 맞이하는 올해에 이르기까지 다른 법령의 해석지침이 되기도, 지방공공단체의 헤이트 스피치 관련 조례 제정의 근거가 되기도 하는 등의 역할을 하고 있다.

이렇듯 일본은 불특정 다수에 대한 헤이트 스피치를 직접 규제하지 않으면서도, 해당 법의 제정과 시행을 통해 일본사회에서 부당한 차별적 언동은 용납되지 않는다는 점을 분명하게 밝히고 있으며, 국가와 지방공공단체에 헤이트 스피치 해소를 위한 시책마련을 의무지우고 있다는 점에서 미국이나 유럽과는 또 다른 독자적인 형태의 규제라고 평가받고 있다.

이에 이 논문에서는 먼저, 혐오표현 해소를 위한 일본의 국가단위 대응책 가운데 가장 대표적이라고 할 수 있는 헤이트 스피치 해소법의 제정경위와 주요내용을 간략하게 살펴본다(Ⅱ). 다음으로 이념법의 형식으로 제정, 시행되고 있는 헤이트 스피치 해소법의 그간의 성과 및 앞으로의 과제를, 관련 사법판단의 현황과 지방공공단체의 헤이트 스피치 및 차별해소를 위

한 시책마련 상황(주로 조례 제정경위 및 그 내용)을 중심으로 살펴보고(Ⅲ), 우리에게 주는 시사점(Ⅳ)을 확인해 보고자 한다.

【Abstract】

Regulatory trends and implications after the enactment of 「The Act on the Promotion of Efforts to Eliminate Unfair Discriminatory Speech and Behavior against Persons with Countries of Origin other than Japan」

Choi, Ran
Researcher, Legal Research Institute of Korea University
Ph.D. in Law

The Act on the Promotion of Efforts to Eliminate Unfair Discriminatory Speech and Behavior against Persons with Countries of Origin other than Japan(Briefly, The Anti-Hate Speech Act) was established when racist protests and hate speech (especially against Koreans in Japan) that became active around 2010 caused social conflict. In the preamble of this law, it is declared that unfair discriminatory words and actions are 'unacceptable'. However, it was enacted in the form of a philosophical law with no prohibition or punishment provisions. And now, this Act serves as a guideline for interpretation of other laws, as well as a basis for enacting ordinances related to hate speech by local public organizations.

Although Japan does not directly regulate hate speech against unspecified people, it clearly states that unfair discriminatory speech and behavior is not tolerated in Japanese society through the enactment and enforcement of the law. Furthermore, it is evaluated as a different type of

regulation from the United States or Europe in that it requires national and local public organizations to come up with policies to resolve hate speech.

In this paper, first, the circumstance of enactment and main contents of the Anti-Hate Speech Act are briefly reviewed (II). And then, the achievements and tasks of Japan's anti-hate speech law, enacted and implemented in the form of philosophy law, are examined focusing on the current status of relevant judicial judgments and the situation of local public organizations preparing policies(in particular, ordinances) for resolving hate (III), check the implications (IV).

주제어(Keyword) : 헤이트 스피치 해소법(Anti-Hate Speech Act), 차별금지법(Anti-discrimination law), 혐오표현(hate speech), 혐오표현 규제(hate speech regulation), 비규제적 접근(unregulated approach)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.141

등기명의인표시의 변경·경정등기에 대한 말소등기청구시 청구권원과 증명책임***

: 판례상의 '등기명의인에 해당하는 자' 개념에 관한 고찰

대상판결 : 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다299214 판결

윤 진 호* · 김 제 완**

▶목 차◀

Ⅰ. 대상판결
1. 사안의 개요 및 쟁점
(1) 사안의 개요
(2) 쟁점
2. 판시사항
(1) 1심판결
(2) 원심판결
(3) 대상판결
Ⅱ. 평석
1. 문제의 제기
2. 변경등기와 경정등기에서 동일성 요건
(1) 변경등기와 경정등기 법제와 동일성 요건
(2) 변경등기와 경정등기에서 동일성 요건에 관한 판례의 동향
3. 등기명의인에 관한 동일성 요건 판단상의 쟁점
(1) 등기명의인의 동일성
(2) 동일성 일탈의 변경(경정) 등기시 등기명의인
(3) 위법한 등기명의인표시변경(경정)등기의 말소청구에서 요건사실
(4) 동일성 요건과 변경(경정) 등기의 추정력
(5) 변경(경정)등기의 명의인 및 추정력에 관한 판례의 동향
4. 결론
참고문헌

* 제1저자 변호사, 법률사무소 서울중원.
** 교신저자 고려대학교 법학전문대학원 교수.
*** 이 연구는 인성기금의 고려대 법학전문대학원 인성특별연구비의 지원으로 이루어졌음.

Ⅰ. 대상판결

1. 사안의 개요 및 쟁점

(1) 사안의 개요

대상판결의 사안을 이해의 편의를 위해 평석 대상이 되는 쟁점을 중심으로 하여 간략히 요약하면 다음과 같다.

A부동산 등(이하 '이 사건 부동산'이라 한다)에 관하여 '종단대순진리회 목포방면'(이하 '기존 목포방면'이라 한다)이 2000~2003년경 그 명의로 소유권이전등기 또는 소유권보존등기를 마친 후, 2007~2008년경 원고가 그 명의인 '대미륵봉심회'[1]로 등기명의인표시변경등기(이하 '1차 표시변경등기'라 한다)를 마쳤다.[2]

그 후 2018년경 피고 '종단대순진리회 목포방면'(위의 '기존 목포방면'과 동일한 것인지에 대해 다툼이 있고, 이는 이 사건의 주요 쟁점 중 하나이므로, 이하 '피고 목포방면'이라고 구별한다)이 이 사건 부동산에 관하여 그 소유명의를 '종단대순진리회 목포방면'으로 각 등기명의인표시변경등기(이하 '2차 표시변경등기'라 한다)를 마친 후, 그 중 일부 부동산에 관해서는 피고 재단법인 대순진리회목포방면 유지재단[3](이하 '피고 유지재단'이라 한다)에 소유권이전등기 경료하였다.

이에 원고 '대미륵봉심회'가 위 '2차 표시변경등기'가 위법한 것이며, 그에 터잡은 소유권이전등기도 원인무효라는 취지로, 피고들을 상대로 각 표시변경등기 및 소유권이전등기 등의 말소를 청구한 것이다.

---

1) 기존 목포방면은 종단대순진리회의 지방 하부 종교단체로서 비법인사단이었고, 원고는 자신이 기존 목포방면과 동일한 종교단체인 비법인사단이라고 주장하였기 때문에, 1심과 원심에서는 이들이 비법인사단으로서 실체를 가진 동일한 단체인지 여부가 많이 다투어졌다(1심판결문 8~11면).

2) 일부 부동산에 관하여는 먼저 '미륵봉심회'로 등기명의인표시변경등기가 이루어졌다가 다시 '대미륵봉심회'로 등기명의인표시변경등기가 이루어졌다.

3) 피고 재단법인 대순진리회목포방면 유지재단은 2017. 3. 20. 기존 명칭인 '재단법인 대미륵봉심회 유지재단'에서 현재의 명칭으로 변경하고, 2017. 5. 12. 법인등기부에 그 변경등기를 마쳤다(원심판결문 3~4면).

(2) 쟁점

원고측에서는 원고 소유인 이 사건 부동산에 관하여 등기명의인을 피고 목포방면으로 변경한 '2차 표시변경등기'는 등기명의인의 동일성을 해치는 방법으로 위법하게 행해진 등기이므로, 피고 목포방면은 원고에게 '2차 표시변경등기'의 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 주장하였다("2차 표시변경등기의 무효" 주장).

이에 대해 피고측에서는 오히려 이 사건 부동산이 처음부터 '피고 목포방면' 소유이며, '1차 표시변경등기'에서 원고 '대미륵봉심회'로 소유명의를 변경한 것 자체가 동일성을 해치는 것으로서 위법한 것이라고 주장하였다. 즉, 피고측은 오히려 이를 바로잡기 위하여 '피고 목포방면'으로 소유명의를 바꾸는 내용의 '2차 표시변경등기'를 한 것이고, 그 결과 당초 명의자로 적법하게 환원된 것이라는 요지이다. 결국 과거의 명의자인 '종단대순진리회 목포방면'으로 환원되었는데, 이는 위법한 '1차 표시변경등기'에 대한 말소등기 대신 새로운 '2차 표시변경등기'를 한 것으로 볼 수 있으며, 이는 실체관계에 부합하는 것으로서 유효한 것으로 보아야 한다는 취지이다("2차 표시변경등기는 실체관계에 부합한 유효 등기" 주장).

이에 대해 다시 원고측에서는 '1차 표시변경등기'는 등기명의인의 동일성을 해치지 않는 것으로서 유효하다고 주장하였다. 즉, '기존 목포방면'과 원고 '대미륵봉심회'는 동일성이 유지되는 단체로서, 다만 그 명칭을 전자에서 후자로 적법히 변경한 것으로, 그에 따라 이루어진 '1차 표시변경등기'는 적법하다는 것이다. 오히려 '피고 목포방면'은 '기존 목포방면'이나 원고 '대미륵봉심회'와는 동일성이 유지되지 않는 전혀 별개의 단체라고 다투었다("1차 표시변경등기의 유효" 주장).

이 점에 대해 피고측에서는 정반대로 주장하였다. 즉, 원고 '대미륵봉심회'가 '1차 표시변경등기' 전의 소유명의인인 '기존 목포방면'과 다른 종교단체이며, 오히려 '기존 목표방면'과 '피고 목포방면'은 명칭 자체의 변경 없이 동일성을 유지하고 있는 단체라는 것이다. 따라서 원고 '대미륵봉심회'는 이 사건 부동산의 진실한 소유자가 아니고, 말소등기를 청구할 권원이 없다는 것도 피고측의 주된 항변이다("1차 표시변경등기의 무효, 원고에게 청구권

원 부존재" 주장).

결국 이 사건의 주요 쟁점을 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 원고의 말소등기 청구의 권원에 관한 것이다. 원고가 '피고 방면'으로의 '2차 표시변경등기'를 말소할 수 있는 법적 근거와 요건을 살펴야 하며, 그 과정에 '2차 표시변경등기'의 유효성 여부를 판단하여야 한다. 그 과정에는 표시변경등기에 있어서 동일성 요건이 주요 문제로 된다.

둘째, 설사 '피고 목포방면'으로의 '2차 표시변경등기'가 적법하지 않은 것으로서 말소의 대상이 된다고 하더라도, 이에 대한 말소를 청구할 수 있는 권원이 실제로 원고에게 있는가 하는 점이다. 이는 무효인 '2차 표시변경등기'에 따른 소유명의자인 피고측에서 오히려 '1차 표시변경등기'의 효력을 다투면서 원고의 청구권원 또는 자격을 다툴 수 있는가 하는 문제와 연관된다. 이는 결국 '기존 목포방면'과 원고 '대미륵봉심회' 간의 동일성이 인정되는지(원고의 주장), 아니면 '기존 목포방면'과 '피고 목포방면' 간의 동일성이 인정되는지(피고측의 주장)에 관한 사실인정의 문제로 되며, 나아가 이에 대한 증명책임의 문제로 연결되어 진다.

2. 판시사항

(1) 1심판결

1심판결에서는 원고가 기존 목포방면과 동일성이 인정되는 단체로서 이 사건 부동산의 진실한 소유자라고 인정하기 어렵다는 이유로, 원고의 청구를 기각하였다.[4]

우선 1심판결에서는 말소청구의 권원과 관련된 증명책임에 관하여 설시하였다. 부동산의 등기명의인의 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구하려는 자는 자신이 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실을 증명하여야 한다는 것이다.[5] 다음으로

4) 청주지법 2020. 7. 8. 선고 2019가합13367 판결.

5) 대법원 1985. 11. 12. 선고 85다81, 85다카325 판결, 대법원 1993. 10. 8. 선고 93다28867 판결 등 인용.

이 법리를 대상판결 사안에 적용하였다. 이 사건 부동산이 '기존 목포방면'의 소유라는 점에 대해서는 쌍방 다툼없는 상황에서, 원고가 제출한 증거들만으로는 원고가 '기존 목포방면'과 동일성이 인정되는 단체로서 이 사건 부동산의 진실한 소유자라고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다고 판시하였다. 따라서 원고가 이 사건 부동산의 진실한 소유자임을 전제로 하는 원고의 주장은 더 나아가 판단할 필요없이 이유없다고 보아, 원고의 청구를 기각하였다.[6] 즉, 이 사건 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 진실한 소유자는 1차 표시변경등기명의인인 원고가 아니라 당초의 기입등기명의인인 '기존 목포방면'이라고 보았다.

(2) 원심판결

항소심인 원심은 1심판결을 파기하고, 원고의 청구를 인용하였다.[7]

우선 원심판결에서는 말소청구와 관련하여 등기명의인의 표시 변경(경정)등기에서 동일성 요건에 관한 법리를 설시하였다. 즉, 등기명의인의 표시 변경(경정)의 등기가 그 등기명의인의 동일성을 해하는 방법으로 행하여져서, 그 등기가 타인을 표상하는 결과에 이르렀다면, 이 경우에는 원래의 등기명의인은 새로운 등기명의인을 상대로 그 변경(경정)등기의 말소를 구할 수 있다는 것이다.[8]

다음으로 이 법리를 대상판결 사안에 적용하였다. 우선, 만약 '2차 표시변경등기'가 등기명의인의 동일성을 해치는 방법으로 마쳐졌다면, 원래의 등기명의인인 원고로서는 피고 목포방면을 상대로 '2차 표시변경등기'의 말소를 구할 수 있다고 설시하였다. 즉, 1심판결과는 다르게, 이 사건 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 진실한 소유자는 당초의 기입등기명의인

6) 이 밖에 추가적인 쟁점으로, 원고가 피고 목포방면에 대한 예비적 청구로, 피고 목포방면의 이사 퇴임 및 연임 안건, 종단 명칭과 정관의 변경, 변경된 사항의 등기신청, 신임 이사 선출 및 의사록 등 공증절차 위임 등 안건에 관한 각 이사회결의에 대해 무효확인을 청구한 부분이 있었다. 이에 대해서 1심판결에서는, 위 이사회결의가 원고의 법률상 권리관계에 대한 불안이나 위험을 초래한다고 볼 수 없으므로 확인의 이익이 없어 부적법하다고 보았다.

7) 대전고법 2020. 12. 9. 선고 (청주)2020나1906 판결.

8) 대법원 1992. 11. 13. 선고 92다39167 판결 인용.

인 '기존 목포방면'이 아니라 1차 표시변경등기명의인인 원고라고 본 것이다. 다음으로, 원심판결에서는 이 사건 부동산의 기존 등기명의인이었던 원고와 피고 목포방면 사이에 동일성이 없다는 점은 피고 목포방면도 인정하고 있다고 설시하였다. 그렇다면 피고 목포방면은 '2차 표시변경등기'에 관한 말소등기절차를 이행할 의무가 있다고 판단하였다. 그리고 이에 대한 피고 목포방면의 주요 항변, 즉 원고가 '기존 목포방면'과 명칭(대미륵봉심회)만 동일할 뿐 실체에 있어서는 전혀 다른 종교단체여서 이 사건 부동산의 진실한 소유자가 아니라는 피고들의 주장에 대해서는, 이와 같은 피고측의 주장을 인정할만한 충분한 증거가 없다는 이유로 이를 배척하였다.[9]

한편, 원심판결은 피고 유지재단 역시 '피고 목포방면'으로부터 일부 부동산에 관해 받은 소유권이전등기를 말소할 의무가 있다고 판단하면서, 이와 관련하여 원고는 이 사건 부동산의 기존 등기명의인으로서 그 부동산에 관한 소유권 있음이 추정되고, 피고 유지재단이 제출한 증거만으로는 그 등기의 추정력을 번복할 수 없다고 설시하였다.

(3) 대상판결

대상판결에서는 등기명의인의 표시 변경 또는 경정등기에 대한 말소등기청구시 증명책임에 관한 법리 문제를 들어 원심을 파기환송하였다.[10]

대상판결에서는 우선 등기명의인의 표시 변경(경정)등기에서 동일성 요건에 원심의 법리를 수긍하였다. 즉, "등기명의인의 표시 변경 또는 경정의 부기등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 방법으로 행하여져서 부동산등기사항증명서상의 표시가 실지 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면, 진실한 소유자는 그 소유권의 내용인 침해배제청구권의 정당한 행사로써

9) 원심에서 원고는 피고 목포방면의 이사회결의에 대해 무효확인을 구하는 예비적 청구부분 소를 취하하였다. 한편, 피고들은 본안전 항변으로, 원고가 이 사건 부동산의 기존 등기명의인과 동일하지 않은 단체이므로 원고적격이 없고, 따라서 이 사건 소는 원고적격이 없는 자에 의하여 제기된 것으로서 부적법하다고 항변하였으나, 이행의 소에 있어서는 자기에게 이행청구권이 있음을 주장하는 자에게 원고적격이 있는 것이므로, 피고들의 위 항변은 이유없다고 판시하였다.

10) 대법원 2021. 5. 7. 선고 2020다299214 판결.

그 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 부기등기인 표시 변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있다"고 설시하였다.

그러나 대상판결은 이에 관한 증명책임의 소재에 관하여 원심과 다른 견해를 취하였다. 즉, "이와 같이 부동산의 등기명의인의 표시 변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구하려는 자는 자신이 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실을 증명하여야 한다"고 설시하였다.[11]

그러면서 대상판결은, 이 사건 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 진실한 소유자는 1차 표시변경등기명의인인 원고가 아니라 당초의 기입등기명의인인 '기존 목포방면'이라고 보았다. 그러므로 "원고로서는 자신이 이 사건 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실, 즉 이 사건 부동산에 관해 그 명의로 본등기인 소유권보존등기를 마친 '기존 목포방면'과 동일한 단체라는 사실 및 2차 표시변경등기가 그 등기명의인의 동일성을 해치는 것이라는 사실을 모두 증명할 책임이 있다"는 것이다.

따라서 원심은 원고의 말소등기청구에 대해 원고가 진실한 소유자인지, 즉 '기존 목포방면'과 동일한 단체라는 사실이 증명되었는지 여부에 관하여 살펴보았어야 하는데, 이를 제대로 살피지 아니한 채, 단지 원고와 '피고 목포방면' 사이에 동일성이 인정되지 않음이 인정된다는 이유만으로 원고가 '피고 목포방면'에 대해 2차 표시변경등기에 관한 말소등기청구를 할 수 있다고 판단한 것은 잘못이라는 것이다. 즉, 원심은 원고가 기존 목포방면과 동일한 단체가 아니라고 볼 증거가 없다는 이유로 그와 같은 피고들의 주장을 배척하였는데, 이는 오히려 원고가 원래의 등기명의인에 해당하는 진실한 소유자가 아니라는 점에 대한 증명책임이 피고들에게 있는 것처럼 전제한 것이며, 이러한 원심판단에는 등기명의인표시변경등기의 말소등기청구권의 성립요건 및 증명책임의 분배 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 하였다.[12]

---

11) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다1859 판결 인용.

12) 이와 같은 취지에 따라 그 뒤 파기환송 후 항소심은 원고를 이 사건 부동산의 원래의

Ⅱ. 평석

1. 문제의 제기

대상판결은 변경등기 및 경정등기의 동일성 요건에 관하여 다시 한번 생각하게 하는 중요한 판결이라고 생각된다. 최근까지 변경등기와 경정등기에 관하여 의미 있는 판결이 다수 축적되면서 관련 법리가 발전되고 있는 상황에서, 대상판결은 그 중에서도 '등기명의인'에 관한 변경등기 및 경정등기에 관하여 판시한 것이며, 특히 '등기명의인에 해당하는 자'의 개념이 무엇인지, 이를 법적으로 어떻게 평가하여야 하는지를 생각해 보게 하는 판결이다.

대상판결에 대한 필자의 평석 요지는 다음과 같다.

첫째, 대상판결에서 위법한 변경등기에 대한 말소청구의 요건과 권원에 관하여 판시한 부분에 대하여는 필자도 공감한다. 즉, "등기명의인의 표시변경 또는 경정의 부기등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 방법으로 행하여져서 부동산등기사항증명서상의 표시가 실지 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면, 진실한 소유자는 그 소유권의 내용인 침해배제청구권의 정당한 행사로써 그 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 부기등기인 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있다"고 판시한 부분은 원심판결에서의 견해를 유지한 것이며, 기존의 대법원 판례에서도 여러 차례 확인된 법리이다.[13] 위법한 변경등기 또는 경정등기의 대표적 요소로서 동일성 판단을 제시하였다는 점에서 적절하며, 이에 대한 말소등기절차 이행청구의 권원으로서 소유권에 기한 방해배제청구권이라는 취지로 판시한 것인데, 이 또한 적절하다고 생각한다. 다만, 용어상 대상판결에서는 '침해배제청구권'이라는 용어를 사용하고 있으나,[14] 이는

등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라고 볼 수 없다고 보아 원고의 피고들에 대한 항소를 모두 기각하였고(대전고법 2021. 9. 16. 선고 (청주)2021나50783 판결), 이는 그 뒤 상고심에서 심리불속행기각으로 확정되었다(대법원 2022. 1. 27. 선고 2021다277723 판결).

13) 경정등기 사례로는 대법원 1985. 11. 12. 선고 85다81, 85다카325 판결, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다1859 판결, 변경등기 사례로는 대법원 1993. 10. 8. 선고 93다28867 판결 등 참조.

강학상 '방해배제청구권'을 칭하는 것으로 생각된다. 판례는 소유권의 내용의 실현이 사실적, 법적으로 방해되는 경우 이에 대해 '침해배제청구권'이라는 용어를 사용하기도 하고,[15] '방해배제청구권'이라는 용어를 사용하기도 하여,[16] 용어상 양자를 혼용하고 있다. 민법 제214조 전단은 "소유권을 방해

14) 의용민법에는 소권의 형식으로 점유보호청구권의 규정은 두고 있었으나(제198조 내지 200조), 소유권에 기한 물권적청구권 규정은 없었다. 그럼에도 당시의 일본의 학설과 판례는 일반적으로 이를 긍정하였고, 이는 우리의 민법 제정, 시행 전까지 우리나라에서도 마찬가지였다. 예컨대, 日本大審院 判決 大正4(1915). 12. 2. (民錄 21輯, 1965頁)은 소유권에 기한 방해제거청구권 사안에서, 소유권이 침해된 경우 "소유물의 취려(회복)방해배제 기타 일반 소유권침해의 제각(제거)청구"를 할 수 있다고 판시한 바 있고("...所有物ノ取戻妨害排除其他一般ニ所有權侵害ノ除却ヲモ請求"...), 대법원 1956. 9. 13. 선고 4289민상164 판결은 원고 소유 토지와 인접한 피고 소유 토지에 대한 피고의 공사가 원고 소유 토지의 지반에 손해를 끼치는 것이어서 상린관계 규정에 따른 공사 제한규정이 적용되어야 하는지 문제된 사안에서 소유권(상린권)에 기한 "침해배제청구"의 용어가 사용된 바 있다. 이와 같은 의용민법시대의 "침해배제청구"라는 용어는 우리 민법 제정, 시행 후에도 제214조의 법문상 소유권에 기한 "방해제거청구권" 용어와 함께 혼용되어 사용되어져 왔는데, 예컨대, 대법원 1962. 4. 18. 선고 4294민상1512 판결에서도 타인 소유 토지 위에 무단으로 세워진 건물에 대해서 토지소유자가 그 철거를 구하는 것과 관련하여 "침해배제"의 용어가 사용되는 등 그 뒤에도 계속 사용되어져 오고 있다. 이와 같은 "침해배제청구" 용어 사용의 정확한 연원은 알 수 없으나, 의용민법 시대에 소유권에 기한 물권적청구권의 규정이 없던 상황에서, 의용민법 제709조가 "타인의 권리침해"를 불법행위의 성립요건으로 규정하고 있음에 기해, 소유권의 "침해"의 경우 그로 인한 결과에 대해서는 손해배상청구가 가능하고, 만약 그 "침해"의 원인이 계속되고 있는 경우에는 그 "침해의 배제를 청구"할 수 있음이 논해지면서 이와 관련하여 "침해배제청구" 용어가 사용되어져 온 것으로 생각된다.

15) 예컨대, 타인 소유 임야상 무단 분묘설치를 임야 소유권에 대한 침해라고 하면서 그 임야의 소유자는 그 분묘의 관리처분권을 가진 자를 상대로 '침해배제청구'를 할 수 있다고 하거나(대법원 1967. 12. 26. 선고 67다2073 판결), 타인의 소유권이나 점유권을 침해하는 경우에는 그 권리자는 그 '침해나 침해의 우려'에 대하여 이의 배제를 민사소송으로 청구할 수 있다고 하거나(대법원 1970. 2. 10. 선고 67다318 판결), 명의신탁재산에 대한 제3자의 침해에 대해서 대외적으로는 수탁자만이 그 '침해배제'를 구할 수 있다거나(대법원 1979. 9. 25. 선고 77다1079 전원합의체 판결), 실지 소유관계를 표상하고 있지 아니한 무효의 등기에 대한 말소청구는 소유권의 내용인 '침해배제권'의 정당한 행사에 해당한다고 설시하기도 하였다(대법원 1985. 11. 12. 선고 85다81, 85다카325 판결),

16) 예컨대, 원인무효인 등기 부분의 말소를 구하는 것은 소유권에 기한 '방해배제청구권'의 행사로서 가능하다거나(대법원 1996. 4. 23. 선고 94다11750 판결), 부동산에 부합된 물건의 소유권이 부동산의 소유자에게 귀속되었다고 볼 수 없는 경우에는 부동산의 소유자는 '방해배제청구권'에 기하여 부합물의 철거를 청구할 수 있다거나(대법원 2020. 4. 9. 선고 2018다264307 판결), 말소등기에 갈음하여 허용되는 진정명의회복을 원인으로 한 소유권이전등기청구권과 무효등기의 말소청구권은 모두 소유권에 기한

하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있"다고 하여 법문상으로는 소유권에 기한 '소유물방해제거청구권'이라는 용어로 규정되어 있지만,[17] 학자들은 통상적으로 이를 소유물에 대한 '방해배제청구권'으로 칭해 오고 있고,[18] 최근에는 실무상 다른 판례에서도 '방해배제청구권'이라는 용어가 사용되는 경우가 더 많으므로, 여기서는 '방해배제청구권'이라는 용어를 사용하고자 한다.

둘째, 필자가 대상판결의 논지에 대해 다소간의 의문을 가지면서 주로 평석하고자 하는 부분은 대상판결에서 판시한 증명책임의 소재에 관한 것이다. 대상판결에서는 "원고로서는 자신이 이 사건 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실"을 증명하여야 한다고 판시하면서, 나아가 앞서 살핀 바와 같이 말소등기청구를 위하여는 두 가지를 증명하여야 한다고 설시하였다. 즉, ① 원고 자신이 이 사건 부동산에 관해 그 명의로 본등기인 소유권보존등기를 마친 '기존 목포방면'과 동일한 단체

'방해배제청구권'으로서 그 법적 근거와 성질이 동일하다거나(대법원 2001. 9. 20. 선고 99다37894 전원합의체 판결), 선순위근저당권의 피담보채무가 변제로 인하여 소멸된 경우 후순위근저당권자는 후순위근저당권에 기한 '방해배제청구'로서 선순위근저당권자에게 그 근저당권설정등기의 말소를 구할 수 있다거나(대법원 2000. 10. 10. 선고 2000다19526 판결), 일부 공유자가 공유물의 전부나 일부를 독점적으로 점유한다면 이는 다른 공유자의 지분권에 기초한 사용·수익권을 침해하는 것이므로, 공유자는 자신의 지분권 행사를 방해하는 행위에 대해서 민법 제214조에 따른 '방해배제청구권'을 행사할 수 있다고 설시한 바도 있다(대법원 2020. 5. 21. 선고 2018다287522 전원합의체 판결의 다수의견).

17) 구 민법은 제198조 내지 제200조에서 소권의 형식으로 점유물방해정지청구권, 점유물방해예방청구권, 점유물반환청구권 등 점유보호청구권에 관해 규정하고 있었으나, 소유권에 기한 물권적청구권에 관해서는 규정은 두고 있지 않았다. 이에 대해 현행 민법은 그 제정 당시 심의・토론 과정에서, 소유권에 관한 물권적청구권은 점유보호청구권의 경우와 같이 종래 학설상 널리 인정되어 온 점, 로마법에서도 그 실질적인 근거가 있는 점, 독일민법은 소유권 부분에서 이를 규정하고 있는 점(독일민법 제985조, 제1004조) 등을 근거로 이는 우리 민법에서도 당연히 인정되어야 한다고 보아 만주민법을 가장 유사하게 참조하여 신설하였다(명순구, 실록 대한민국 민법 2, 법문사(2010), 89~93면).

18) 양창수, "214조", 민법주해[Ⅴ] 물권(2), 박영사(2002), 234면 각주1); 조성민, "방해배제청구권과 자력구제", 법학논총 제13권, 한양대학교 법학연구소(1996. 10.), 167면 등 참조. 다만, 곽윤직, 물권법[민법강의Ⅱ] 신정판, 박영사(1997), 357면; 지원림, 민법강의 제17판, 홍문사(2020), 636면 등은 민법상 법문을 그대로 따라서 '소유물방해제거청구권'이라는 용어를 사용하고 있고, 한편 이은영, "소유자의 방해제거청구권", 부동산법학 제1권 제1호, 한국부동산법학회(1987), 197면(각주1)은 '방해배제청구권'을 '방해제거청구권'과 '방해예방청구권'을 포함한 개념으로 사용한다.

라는 사실과 ② '2차 표시변경등기'가 그 등기명의인의 동일성을 해치는 것이라는 사실(즉, 원고와 '피고 목포방면'과의 동일성 결여)을 모두 증명할 책임이 있다"는 것이다. 이 중에서 ② 부분은 '2차 표시변경등기'의 유효성 판단을 위하여 그 핵심개념으로서 동일성을 살펴야 하는 것이므로 어찌 보면 당연한 것이라고 생각된다. 필자가 의문을 제기하고자 하는 부분은 ①과 ②가 동일한 법리로 모순 없이 설명할 수 있는 것인지에 관한 것이다.

이를 위하여 필자는 이 글에서 다음과 같은 순서로 논의를 전개해 보고자 한다.

첫째, 변경등기 및 경정등기에 있어서 동일성 요건에 관한 이론과 판례의 동향을 살펴보고자 한다. 즉, 동일성 요건에 관한 부동산등기법령과 등기예규 등의 내용을 살펴보고, 이와 같은 동일성 요건이 부동산표시, 등기명의인표시, 권리내용, 등기원인 등의 변경(경정)등기에 있어서 어떻게 기능하는지 관련 판례의 분석을 통해서 검토해 보기로 한다.

둘째, 변경등기 및 경정등기 중에서 특히 등기명의인에 관한 동일성 요건을 판단하는 과정상의 쟁점을 살펴보고자 한다. 판례에서 언급한 '등기명의인에 해당하는 자'의 개념을 어떻게 이해하고 해석 적용하여야 하는지에 관하여도 살펴보고자 한다. 즉, 등기명의인표시변경(경정)등기의 경우에도 그 특성상 변경(경정) 전후의 등기명의인을 동일인으로 볼 수 있어야 할 것인데, 만약 동일성을 벗어났을 때 과연 누구를 등기명의인으로 보아야 하고 그와 같은 등기는 어떻게 처리되어야 하는지, 만약 그와 같이 동일성을 벗어난 변경(경정)등기를 말소해야 한다면 그 요건은 무엇이고 이때 등기의 추정력이 어떻게 작용하는지 검토해 보기로 한다.

2. 변경등기와 경정등기에서 동일성 요건

(1) 변경등기와 경정등기 법제와 동일성 요건

변경등기 또는 경정등기는 등기와 실체관계 사이에 불일치가 생긴 경우 그 불일치를 제거하기 위하여 기존의 등기를 변경하는 등기를 말하는데, 불일치가 후발적인 경우 이를 시정하기 위한 것이 변경등기, 불일치가 원시

적인 경우 이를 시정하기 위한 것이 경정등기이다.[19]

먼저, 변경등기는 이미 등기되어 있는 사항에 관하여 후발적으로 실체관계의 변경이 생긴 경우 등기를 이와 일치시킬 목적으로 행해지는 등기를 말하는데, 변경등기는 원칙상 당사자의 신청에 의해서 이루어지는 것으로, 등기 이후 토지 또는 건물의 등기사항 변경[20]으로 인한 부동산표시의 변경,[21] 그리고 등기명의인의 표시변경, 권리의 변경 등의 경우에 사용된다.

한편, 등기의 신청에 관하여는, 부동산표시의 변경에 있어서는 그 소유권의 등기명의인의 단독신청으로(부동산등기법 제23조 제5항), 등기명의인의 표시변경에 있어서는 해당 권리의 등기명의인의 단독신청으로(부동산등기법 제23조 제6항),[22] 권리의 내용에 변경이 있을 때에는 당해 등기의 등기권리지와 등기의무자의 공동신청으로(부동산등기법 제23조 제1항) 각각 이루어진다.[23] 등기의 형식에 관하여는, 부동산표시변경등기는 주등기의 형식으로, 등기명의인표시변경등기는 부기등기의 형식으로, 권리변경등기는

---

19) 등기와 실체관계 사이에 불일치가 생긴 경우 그 불일치를 제거하기 위하여 기존의 등기를 변경하는 등기를 광의의 변경등기라고 하고, 여기에는 이미 등기되어 있는 사항에 관하여 후발적으로 실체관계의 변경이 생긴 경우 등기를 이와 일치시킬 목적으로 행하여지는 협의의 변경등기와 불일치가 원시적으로 생긴 경우 그 시정을 위한 것인 경정등기가 있다(부동산등기법, 사법연수원, 2018, 84면). 통상적으로 변경등기라 함은 협의의 변경등기를 말하는바, 이하에서의 변경등기는 협의의 그것을 말하는 것으로 한다.

20) 토지의 분할・합병, 토지의 소재와 지번, 지목, 면적, 등기원인 등의 등기사항 변경(부동산등기법 제35조, 제34조)과 건물의 분할・구분・합병, 건물의 소재, 지번 및 건물번호, 건물의 종류, 구조와 면적, 등기원인 등의 등기사항 변경(부동산등기법 제41조 제1항, 제40조)이 있다.

21) 여기에는 부동산 자체의 물리적 변경(면적의 증감, 지목의 변경, 건물 종류 또는 구조의 변경, 부속건물의 신축 등)에 관한 사항과 부동산의 동일성(부동산 소재지 명칭의 변경, 지번의 개정에 의한 변경, 건물번호의 변경 등)에 관한 사항이 모두 포함된다.

22) 등기명의인의 표시변경(경정)의 등기는 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 등기부상의 표시를 실제와 합치시키기 위하여 행하여지는 것에 불과할 뿐 어떠한 권리변동을 가져오는 것이 아니므로 등기가 잘못된 경우에도 등기명의인은 다시 소정의 서면을 갖추어 경정등기를 하면 되는 것이고 따라서 거기에는 등기의무자의 관념이 있을 수 없다(대법원 1992. 11. 13. 선고 92다39167 판결 참조).

23) 이 밖에 토지의 경우 등기관이 공간정보의구축및관리등에관한법률 제88조 제3항에 의해 지적소관청으로부터 등기부 토지표시와 지적공부의 불일치 사실의 통지를 받았으나 등기명의인으로부터 등기신청이 없을 때 직권으로 표시변경등기를 하는 경우가 있다(부동산등기법 제36조 제1항).

등기상 이해관계 있는 제3자가 없거나 만약 있더라도 그 제3자의 승낙이 있다면 부기등기로,[24] 만약 그 제3자의 승낙이 없는 경우에는 주등기[25]의 형식으로 이루어진다(부동산등기법 제52조 제1호, 제5호).[26]

다음으로, 경정등기는 기존 등기의 일부에 등기 당시부터 착오 또는 빠진 부분(유루)이 있어 그 등기가 원시적으로 실체관계와 일치하지 아니하는 경우에 이를 시정하기 위하여 당사자의 신청 또는 직권으로 기존 등기의 해당 부분을 정정 또는 보충하여 실체관계에 맞도록 등기사항을 변경하는 등기이다(부동산등기법 제32조).[27] 경정등기는 등기사항의 일부가 실체관계와 불일치한 때에 행하여지는 등기라는 점에서 원시적 또는 후발적 이유로 기존 등기사항 전부가 부적법하여 그 전부를 소멸시키는 말소등기와 구별되며, 실체관계와 등기의 불일치 사유가 원시적이라는 점에서 후발적 사유를 원인으로 하는 변경등기와 구별된다.[28]

경정등기는, 착오 또는 유루의 발생원인에 따라 분류하면 착오 또는 유루가 당사자의 신청에 기인한 경우와 착오 또는 유루가 등기관의 과오(부동산등기법 제32조 제2항)에 의한 경우로 나눠볼 수 있으며, 경정등기는 대상에 따라서는 부동산표시경정등기, 등기명의인표시경정등기, 권리경정등기로

---

24) 이 경우 종전 변경 전 등기사항에 말소 표시를 한다(부동산등기규칙 제112조 제1항 본문).

25) 이 경우 종전 변경 전 등기사항에 말소 표시는 하지 않는다(부동산등기규칙 제112조 제1항 단서).

26) 전세금 변경의 전세권변경등기를 할 경우에 그 등기에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자(예 : 후순위 저당권자)가 있는 때에는, 그 ① 승낙서 또는 이에 대항할 수 있는 재판의 등본을 첨부하면 부기에 의하여 그 변경등기를 하고, 그 ② 승낙서 등을 첨부하지 않으면, 주등기(독립등기)로 그 변경등기(이때에는 그 부분이 위 저당권보다 후순위가 됨)를 한다[등기선례 제2-366호]. 그리고 전세권설정등기 후에 제3자 명의의 근저당권설정등기가 경료된 후 전세권설정등기의 변경등기를 신청하는 경우, 그 내용이 전세금의 감액인 경우에는 근저당권자의 승낙서 등을 첨부하지 않아도 부기에 의하여 그 등기를 할 것이나, 전세권의 존속기간 연장과 전세금의 감액을 함께 신청하는 경우에는 근저당권자의 승낙서 등을 첨부한 때에 한하여 부기에 의하여 그 등기를 할 수 있다[등기선례 제5-421호].

27) 대법원 2009. 2. 6.자 2007마1405 결정.

28) 이와 같이 변경등기와 경정등기는 등기와 실체관계의 불일치가 후발적이냐 원시적이냐에 따른 차이만 있을 뿐 나머지는 차이가 없어 등기절차상 거의 같게 취급된다(부동산등기법, 사법연수원, 2018, 85면).

분류할 수 있다. 부동산표시경정등기는 소유권의 등기명의인이 단독으로 신청하고(부동산등기법 제23조 제5항) 주등기의 형식으로 이루어진다. 권리경정등기는 등기권리자와 등기의무자의 공동신청에 의해서 이루어지는데, 등기상 이해관계 있는 제3자가 없거나 만약 있더라도 그 제3자의 승낙이 있다면 부기등기로,[29] 만약 그 제3자의 승낙이 없는 경우에는 주등기의 형식으로 이루어진다(부동산등기법 제52조 제1호, 제5호).[30] 그리고 등기명의인표시경정등기는 해당 권리의 등기명의인이 단독으로 신청하고(부동산등기법 제23조 제6항), 부기등기의 형식으로 이루어진다.[31]

변경등기와 경정등기의 공통적인 허용한계로서 '동일성' 요건을 들 수 있다. 변경등기는 등기와 실체관계 사이에 후발적 불일치가 있는 경우에 등기를 그 후발적 사유에 따른 내용과 일치시키기 위한 것으로, 변경 전후의 등기의 동일성이 인정되는 범위 내에서 허용된다. 비록 변경등기의 경우에도 그 한계로 동일성이 언급되어지고 있으나, 적법한 후발적 변경등기사유에 기해서 그 해당 등기명의인이나, 또는 등기권리자・의무자에 의해서 변경등기가 이루어지는 한 그 변경 전후 등기의 동일성은 아래에서 볼 경정등기에 비하여 상대적으로 덜 문제된다고 할 수 있다.[32] 한편 경정등기는 등기와 실체관계 사이의 불일치가 원시적으로 발생한 경우에 등기를 실체관계에 맞춰 일치시키기 위한 것으로, 경정등기의 경우 어느 경우에 원시적 불일치가 있다고 할 수 있는지와 관련해서, 그리고 착오 또는 유루는 당사자에 의해서뿐만 아니라 등기관에 의해서도 발생할 수 있다는 점에서 변경등기에서보다 좀 더 구체적으로 논해지게 된다. 먼저 경정등기는 경정 전후

29) 이 경우 종전 경정 전 등기사항에 말소 표시를 한다(부동산등기규칙 제112조 제1항 본문).

30) 이 경우 종전 경정 전 등기사항에 말소 표시는 하지 않는다(부동산등기규칙 제112조 제1항 단서).

31) 등기명의인의 표시경정은 등기부에 기재되어 있는 권리자의 성명, 상호나 주소, 사무소 등에 착오 또는 유루가 있는 경우에 이를 시정하는 것이고, 이와는 달리 등기명의인을 다른 사람으로 변경하거나 등기명의인의 수를 증감하는 것(단독소유를 공유로 하거나 공유를 단독소유로 하는 경우 등)은 등기명의인표시의 경정에 해당하지 아니하며, 이는 권리에 관한 경정등기 또는 일부 말소 의미의 경정등기로 취급된다.

32) 만약 변경 전후의 등기명의인의 동일성이 인정되지 않는다면 이는 부동산등기법이 예정하고 있는 본래의 변경등기의 범주를 벗어난 것이라고 볼 수 있다.

의 등기의 동일성이 인정되는 범위 내에서 인정되는데, 이와 같은 동일성 요건에 있어서는 그 착오 또는 유루가 등기관에 의한 때에는 필요로 하지 않고,[33] 당사자의 신청에 착오나 유루가 있는 경우에만 필요로 한다. 다음으로, 어느 경우에 당사자나 등기관의 착오나 유루에 의한 불일치가 있다고 볼 수 있는지에 관해서는, 등기관의 착오나 유루에 의한 불일치의 경우는 등기관이 당사자가 신청한 내용과 달리 등기하거나 빠트린 경우라고 할 수 있고, 당사자의 착오 또는 유루에 의한 불일치가 있다고 할 수 있는 경우는 등기신청서의 기재내용이 등기원인증명서면의 기재내용과 일치하지 아니한 경우를 말하며,[34] 만약 등기신청서의 기재내용과 등기원인증서상의 기재내용이 일치하는 경우에는 불일치가 있다고 할 수 없어 경정등기는 허용되지 않는다.[35]

변경(경정)등기의 효력에 관해서는, 변경등기는 기존 등기에 대한 후발적 변경사유 발생시 동일성을 전제로 그 불일치를 시정하기 위한 것으로, 등기시에 변경사유에 대한 효력이 발생한다. 반면, 경정등기의 경우 기존 등기에 대한 경정의 효과는 등기시에 소급하여 발생하고 그 등기의 동일성이 유지된다. 다만 이와 같이 경정등기의 소급효에는 예외가 있다. 즉, 등기명의인의 동일성 유무가 명백하지 아니하여 경정등기 신청이 받아들여진 결과 명의인의 동일성이 인정되지 않는 위법한 경정등기가 마쳐진 경우, 그것

---

33) 당사자의 잘못이 아닌 등기관의 과오로 등기의 착오 또는 유루가 발생한 경우에는 직권 또는 당사자의 신청에 의한 경정이 가능하고, 이때에는 경정 전·후의 등기의 동일성 여부에 대해서는 별도로 심사하지 않는다[경정등기절차에 관한 업무처리지침(개정 2014. 12. 1. 등기예규 제1564호) 제3항 참조].

34) 경정등기절차에 관한 업무처리지침(개정 2014. 12. 1. 등기예규 제1564호) 2. 나. (2)은 "신청서에 기재된 사항이 등기원인을 증명하는 서면과 부합하지 아니함에도 등기관이 이를 간과하고 그 신청에 따른 등기를 마친 경우 등기신청인은 등기필증 등 등기의 착오를 증명하는 서면을 첨부하여 경정등기를 신청할 수 있다"고 규정하고 있다.

35) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다118549 판결 참조. 경정등기절차에 관한 업무처리지침(개정 2014. 12. 1. 등기예규 제1564호) 2. 나. (3)은 "등기원인을 증명하는 서면과 신청서에 기재된 권리의 내용이 일치하는 등 적법절차에 의하여 완료된 등기에 대해서는 원칙상 경정등기를 할 수 없다"고 규정하고 있다. 다만, 이와 같은 경우에도 당사자의 진의 중시와 등기경제의 측면에서 경정등기를 허용해야 한다는 견해로는, 김봉섭, "권리경정등기의 허용과 한계", 한·일 등기관 상호연수 제11회(2009), 법원공무원교육원(2009), 121면.

이 경정 후의 명의인의 권리관계를 표상하는 결과에 이르렀고 그 등기가 실체관계에도 부합하는 것이라면 그 등기는 유효하다고 인정되지만,[36] 이와 같은 경우에는 경정등기의 효력이 소급하지는 않고 경정등기시로부터 그와 같은 명의인의 권리취득을 공시하게 된다.[37]

(2) 변경등기와 경정등기에서 동일성 요건에 관한 판례의 동향

1) 부동산표시의 경정

판례는 부동산표시경정등기의 허용 여부에 대해서 '동일성 혹은 유사성'을 그 기준으로 들고 있다. 그리하여 일반적으로 부동산에 관한 등기의 지번표시에 다소의 착오 또는 오류가 있다 할지라도 적어도 그것이 실질상의 권리관계를 표시함에 족한 정도로 '동일 혹은 유사성'이 있다고 인정되는 경우에 한하여 그 등기를 유효시하고 그 경정등기도 허용된다고 한다.

나아가 판례는 동일성 또는 유사성 요건을 요구하는 이유에 관하여 설시하고 있다. 즉, 만일 이 표시상의 착오 또는 오류가 중대하여 그 실질관계와 동일성 혹은 유사성조차 인정할 수 없는 경우에는 그 등기는 마치 없는 것과 같은 외관을 가지므로 그 등기의 공시의 기능도 발휘할 수 없기 때문에, 이런 등기의 경정을 무제한으로 인정한다면 제3자에게 뜻밖의 손해를 가져 올 경우도 있을 것이므로 이와 같은 경우에는 경정등기를 허용할 수 없고, 그 등기는 무효라고 보아야 한다는 것이다.[38]

따라서 불측의 이해관계인이 없는 경우에는 예외를 인정하기도 한다. 예컨대, 판례는 위와 같이 부동산에 관한 등기의 지번표시에 중대한 착오 또는 오류가 있는 경우에도 같은 부동산에 대하여 따로 보존등기가 존재하지 아니하거나 등기의 형식상으로 보아 예측할 수 없는 손해를 미칠 우려가

---

36) 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다2135 판결 등 참조.

37) 대법원 2015. 5. 21. 선고 2012다952 전원합의체판결.

38) 대법원 2007. 7. 26. 선고 2007다19006 판결. 실제로는 '115-1 번지' 지상 건물에 관하여 그 소유권 취득 및 이전사실을 공시하기 위하여 등기를 하는 과정에서, 지번의 표시가 '115-6 번지'로 잘못 기재되어 있고, 지적 또한 실제 면적인 90.18㎡와 다르게 25.02㎡로 기재된 사안에서, 등기부상의 표시 부동산과 이 사건 실제 115-1 지상 건물을 사회관념상 동일하거나 유사한 것이라고 볼 수 없으므로, 이 등기가 실제 건물을 표상하는 효력이 없다고 보았다.

있는 이해관계인이 없는 경우에는, 당해 오류 있는 등기의 경정을 허용하여 그 경정된 등기를 유효로 볼 수 있다고 판시한 사례가 있다.[39]

2) 등기명의인표시의 경정

판례는 등기명의인의 표시경정을 등기부에 기재되어 있는 등기명의인의 성명, 주소 또는 주민등록번호 등에 착오나 빠진 부분이 있는 경우에 그 명의인으로 기재되어 있는 사람의 동일성을 변함이 없이 이를 정정하는 것이라고 한다.[40]

따라서 토지에 관하여 등기가 되어 있는 경우에 등기부상 명의인의 기재가 실제와 일치하지 아니한다 하더라도 인격의 동일성이 인정된다면 등기명의인의 표시경정등기가 가능하다고 보고 있다.[41]

3) 변경등기 및 경정등기와 이해관계 있는 제3자의 승낙

판례는 등기명의인이 아닌 사람을 상대로 권리변경등기나 경정등기에 대한 승낙의 의사표시를 청구하는 소는 당사자적격이 없는 사람을 상대로 한 부적법한 소라고 한다.[42] 등기명의인이 아닌 사람은 권리변경등기나 경정등기에 관하여 등기상 이해관계 있는 제3자에 해당하지 않음이 명백하고, 권리변경등기나 경정등기를 부기등기로 하기 위하여 등기명의인이 아닌 사람의 승낙을 받아야 할 필요는 없기 때문이라는 이유이다.

이때 부동산등기법 제52조 단서 제5호에서 말하는 등기상 이해관계 있

---

39) 대법원 1975. 4. 22. 선고 전원합의체 판결. 연지동 345와 연지동 394의1의 지번 표시는 표시상 현격한 차이가 있어 동일성은 없지만 연지동 394의1 지상에 다른 건물의 소유권보존등기나 등기의 형식상으로 보아 예측할 수 없는 손해를 입을 우려가 있는 이해관계인이 없다면 그러한 경정등기도 유효한 것이라고 보았다.

40) 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다33214 판결 참조.

41) 대법원 1995. 6. 13. 선고 94다36360 판결, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2015다230815 판결 등 참조. 대법원 2015다230815 판결은 임야 지분의 등기부상 소유자인 원고의 성명이 잘못 기재되어 있고 그 임야 지분에 관하여 임야대장에 기재된 소유자의 한자(漢字) 성명 일부와 주민등록번호가 원고와 다른 상황에서 이를 이유로 국가를 상대로 소유권확인청구를 한 사안에서. 이는 등기명의인 표시경정등기를 통하여 정정되어야 하며, 이와 달리 임야대장 표시에 관한 사정을 가지고 그 소유권의 확인을 구할 이익은 없다고 보았다.

42) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003다35567 판결, 대법원 2013. 7. 11. 선고 2013다18011 판결 등 참조.

는 제3자란 기존 등기에 권리변경등기나 경정등기를 허용함으로써 손해를 입게 될 위험성이 있는 등기명의인을 의미하고, 그와 같은 손해를 입게 될 위험성은 등기의 형식에 의하여 판단하며 실질적으로 손해를 입을 염려가 있는지는 고려의 대상이 되지 않는다고 한다.[43]

그리하여 근저당권의 채무자를 제3자로 변경하는 근저당권변경등기의 경우, 이는 등기권리자인 근저당권자와 등기의무자인 근저당권설정자의 공동신청에 의해서 이루어지고, 근저당권의 채무자 변경 약정이 있는 경우 근저당권자는 근저당권설정자를 상대로 하여 근저당권변경등기절차이행청구를 할 수 있다. 다만, 이때 새로운 채무자로 되기로 한 제3자는 근저당권등기의 등기명의인이 아니고, 근저당권변경등기에 의하여 새로이 '채무자'로 등기된다고 하여 '등기명의인'이라고 할 수도 없으므로, 그 제3자를 상대로 근저당권변경등기에 대한 승낙의 의사표시를 청구한 소는 당사자적격이 없는 사람을 상대로 한 것으로서 부적법하다고 보았다.[44]

4) 등기원인의 경정

판례는 일반적으로 권리의 등기에서 등기원인의 경정은 허용된다고 한다. 이와 관련해서 판례는 등기는 법률에 다른 규정이 없는 경우에는 등기권리자와 등기의무자가 공동으로 신청하여야 하는데(부동산등기법 제23조 제1항), 부동산표시의 변경이나 경정의 등기는 부동산등기법 제23조 제5항에 의하여 소유권의 등기명의인이 단독으로 신청할 수 있고, 등기명의인표시의 변경이나 경정등기는 부동산등기법 제23조 제6항에 의하여 해당 권리

---

43) 대법원 1998. 4. 9.자 98마40 결정, 대법원 2011. 9. 14.자 2011마1248 결정, 대법원 2017. 1. 25.자 2016마5579 결정 등. 참고로 대법원 2011마1248 결정은, '등기상 이해관계 있는 제3자'는 기존 등기에 존재하는 착오 또는 빠진 부분을 바로잡는 경정등기를 허용함으로써 손해를 입게 될 위험성이 있는 등기상의 권리자를 의미하는데, 경정될 등기와 등기부상 양립할 수 없는 등기가 된 경우에 그 등기내용은 단지 경정의 대상이 될 뿐이고, 그 등기명의자를 승낙청구의 상대방인 등기상 이해관계 있는 제3자로 보아 별도로 그 승낙까지 받아야 할 필요는 없다고 한다.

44) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2014다87878 판결. 원심은 근저당권자와 근저당권설정자 사이의 당해 근저당권의 채무자를 기존 채무자인 근저당권설정자에서 제3자로 변경하기로 하는 합의를 하고 제3자도 이에 동의하였다고 보고 제3자를 상대로 한 승낙의 의사표시청구를 인용하였으나, 대법원은 위 본문에서의 내용과 같이 당사자적격 부정 취지로 원심을 파기자판하여 소각하하였다.

의 등기명의인이 단독으로 신청할 수 있다고 한다.

그러나 등기원인을 경정하는 등기는 위 각 표시의 변경이나 경정에 해당하지 않으므로 단독 신청에 의한 등기의 경우에는 단독 신청으로, 공동 신청에 의한 등기의 경우에는 공동으로 신청하여야 한다고 한다. 그러므로 공동 신청에 의한 소유권이전등기의 경우 쌍방이 공동으로 등기원인을 경정하는 등기를 신청할 수 있고, 상대방이 이를 거부하는 경우에는 그를 상대로 경정등기절차이행을 명하는 판결을 받아 단독으로 신청할 수 있다는 것이다.[45]

이와 같은 등기원인의 경정은 등기신청서상의 등기원인과 등기원인증서상의 등기원인이 동기의 착오 또는 표시상의 착오로 인하여 각각 다른 내용으로 되어 있는 경우에 한한다.[46] 따라서 등기신청서에 기재된 등기원인 내용과 여기에 첨부되어 있는 등기원인증서의 내용이 동일하고 이에 따라 등기가 이루어졌다가 그 뒤 이와는 일자와 내용이 전혀 다른 등기원인의 경정을 구하는 것이라면 이는 기존 등기원인에 등기 당시부터 착오 또는 빠진 부분을 정정하려는 신청으로 볼 수 없어 경정등기의 요건을 갖추었다고 할 수 없어 허용되지 않는다.[47] 다만, 이 경우에도 등기원인증서상의 기재의

---

45) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다118549 판결. 갑이 을을 상대로 소유권이전등기의 등기원인을 '증여'에서 '매매'로 경정하는 절차의 이행을 청구한 사안에서, 원심은 "등기원인을 '증여'에서 '매매'로 경정하는 등기는 그 등기에 의하여 권리관계에 변동을 가져오는 경우에 해당한다고 할 수 없고, 원고에 대한 증여세부과처분 후에 등기부상 등기원인이 '증여'에서 '매매'로 경정된다고 하더라도 당연히 위 부과처분이 취소되거나 무효로 되는 것이 아니므로 원고에게 이 사건 등기원인의 경정을 소로써 구할 이익이 없다고 보아 각하하였으나, 대법원은 위 본문과 같은 이유로 소의 이익을 인정하였다. 위 대법원 판결에 대한 평석으로는 이정민, "등기원인의 경정을 구하는 소의 적법 여부"(2013. 6. 27. 선고 2012다118549 판결 : 공2013하, 1314), 대법원판례해설 제95호(2013 상), 법원도서관(2013) 참조. 이에 의하면 위 대법원판결은 등기원인에 착오나 빠진 부분이 있는 경우 그 등기원인의 경정을 구하는 소가 가능한 것인지에 관한 종전의 견해 대립에 대하여 이를 명확히 정리한 최초의 판결로서 그 의의가 있다고 한다.

46) 원래 이 경우는 신청정보와 등기원인을 증명하는 정보가 일치하지 아니한 경우로서 부동산등기법 제29조 제8호에 의해서 등기관이 신청을 각하해야 하지만 등기관이 이를 간과하고 등기신청을 수리하여 등기가 이루어진 경우이다.

47) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다118549 판결. 이 판결은, 등기신청서에 '2010. 6. 24. 증여'가 등기원인으로 기재되어 있고 여기에 등기원인증서로 동일자 증여계약서가

착오가 외관상 명백한 경우에는 허용될 수 있다.[48]

5) 권리자의 경정등기와 일부 말소 의미의 경정등기

판례는 경정 전과 경정 후의 명의인이 달라지는 권리자의 경정은 인정하지 않고 있다.[49] 그리하여 단독소유를 공유로 또는 공유를 단독소유로 하는 경정등기도 이는 소유자가 변경되는 결과로 되어 등기명의인의 동일성을 잃게 되므로 허용될 수 없다고 한다.[50] 경정등기가 허용되기 위해서는 경정 전후의 등기에 동일성 내지 유사성이 있어야 하는데, 경정 전의 명의인과 경정 후의 명의인이 달라지는 권리자 경정등기는 등기명의인의 동일성이 인정되지 않으므로 허용되지 않기 때문이라는 것이다.

이에 관하여, 판례는 일부 말소 의미의 경정등기의 방식을 적극 활용하고 있다. 예컨대, 실체관계상 공유인 부동산에 관하여 단독소유로 소유권보존등기가 마쳐졌거나 단독소유인 부동산에 관하여 공유로 소유권보존등기가 마쳐진 경우에 소유권보존등기 중 진정한 권리자의 소유부분에 해당하

첨부되어 등기가 이루어졌다가(등기신청서상의 등기원인과 등기원인증서상의 등기원인이 일치) 그 뒤 이와는 일자와 내용이 전혀 다른 '2010. 1. 20. 매매'로 등기원인의 경정을 구하는 사안에서, 이는 기존 등기원인에 등기 당시부터 착오 또는 빠진 부분을 정정하려는 신청으로 볼 수 없어 경정등기의 요건을 갖추었다고 할 수 없다고 판시하였다.

48) 경정등기절차에 관한 업무처리지침(개정 2014. 12. 1. 등기예규 제1564호) 2. 나. (3) (나) ④ 참조. 등기원인증서의 실질적 내용이 매매임에도 증여로 기재되어 있거나 등기 당시 도래하지 않은 일자가 원인일자로 등기원인증서에 기재되어 있는 경우 등을 말한다.

49) 권리자의 경정은, 등기신청서상의 매수인과 등기원인증서상의 매수인이 착오로 다르게 기재되어 있는 경우에도 허용되지 않는다. 예컨대, 등기원인증서인 매매계약서상의 매수인이 갑임에도 착오로 소유권이전등기신청서에는 을로 기재하여 그에 따른 등기가 마쳐진 경우 소유자 을을 갑으로 경정할 수 없다. 부동산등기실무[Ⅱ], 법원행정처(2015), 31면.

50) 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다33214 판결 등 참조. 이에 의하면, 2인의 공유등기를 그 중 1인의 단독 소유로 경정하여 달라는 등기신청은 그 취지 자체에 있어서 이미 법률상 허용될 수 없음이 명백한 경우에 해당하므로 부동산등기법 제55조 제2호 소정의 사건이 등기할 것이 아닌 때에 해당하여 등기공무원은 이를 각하하여야 한다고 한다. 그러나 만약 등기공무원이 이를 간과하고 등기신청을 수리하여 등기가 행하여진 경우에는 등기상 이해관계 있는 자는 부동산등기법 제178조 소정의 등기공무원의 처분에 대한 이의신청의 방법으로 그 등기의 시정을 구할 수 있으므로, 민사소송의 방법으로 그 시정을 구할 수는 없다.

는 일부 지분에 관한 등기명의인의 소유권보존등기는 무효이므로 이를 말소하고 그 부분에 관한 진정한 권리자의 소유권보존등기를 하여야 한다, 그런데 이 경우 진정한 권리자는 소유권보존등기의 일부말소를 소로써 구하고 법원은 그 지분에 한하여만 말소를 명할 수 있으나, 등기기술상 소유권보존등기의 일부말소는 허용되지 않는다. 따라서 이와 같은 경우 그 판결의 집행은 단독소유를 공유로 또는 공유를 단독소유로 하는 경정등기, 즉 일부말소 의미의 경정등기의 방식으로 이루어질 수 있다고 한다.[51]

다만, 판례는 합유재산에 대해서는 달리 취급하고 있다. 즉, 단독소유를 합유로 하는 경정등기는 소유자가 변경되는 결과로 되어 등기명의인의 동일성을 잃게 되므로 허용될 수 없는 것일 뿐만 아니라, 합유재산을 단독소유로 소유권보존등기 한 것은 등기기술상 경정등기의 방식으로 처리할 것도 아니라는 것이다. 예컨대, 합유재산을 합유자 1인의 단독소유로 소유권보존등기를 한 경우에는 그 소유권보존등기가 실질관계에 부합하지 않는 원인무효의 등기라고 할 것이다.[52] 그런데 이 경우 판례는 다른 합유자는 등기명의인인 합유자를 상대로 소유권보존등기 말소청구의 소를 제기하는 등의 방법으로 그 원인무효의 등기를 전부 말소시킨 다음 새로이 합유의 소유권보존등기를 신청해야 한다는 것으로, 일부 말소 의미의 경정등기의 활용을 부정한다.[53]

6) 건물의 신축 및 증·개축과 변경등기

판례는 건축의 증개축의 있어서 신, 구건물 간에 동일성이 인정되는 경우 먼저 경료된 보존등기가 원인무효가 되지 않는 한 현재의 건물에 대하여 다시 경료된 보존등기는 이중등기로서 무효이고, 이 경우 당초의 보존등기

---

51) 대법원 1995. 5. 9. 선고 94다38403 판결 참조. 이와 같이 일부 말소 의미의 경정등기는 등기절차 내에서만 허용될 뿐 소송절차에서는 일부말소를 구하는 외에 경정등기를 소로써 구하는 것은 허용될 수 없다고 한다.

52) 대법원 1970. 12. 29. 선고 69다22 판결 참조.

53) 대법원 2017. 8. 18. 선고 2016다6309 판결. 부동산이 원고와 피고의 합유임에도 피고 단독소유로 소유권보존등기가 마쳐졌다는 이유로 피고를 상대로 그 소유권보존등기의 권리자를 피고 단독소유에서 원고와 피고의 합유로 고치는 경정등기절차의 이행을 구하는 사안에서, 원심은 원고의 경정등기청구를 인용하였으나, 대법원은 위 본문 내용과 같은 이유에서 각하취지로 파기환송하였다.

는 변경등기로 보완가능하다고 보았다.[54] 이는 건물의 증개축 후 오히려 후등기가 실체에는 좀 더 부합하지만 다소 차이가 있더라도 전등기가 건물과의 동일성이 인정되므로 공시로서 유효하다고 보고, 그 다소간의 차이는 변경등기가 가능하다는 점에 근거하고 있다고 볼 수 있다.[55]

그러나 단순한 증축, 개축이 아니고, 구건물이 멸실 후 신축된 경우는 동일성 부정되므로 위와 달리 보게 된다. 즉 판례는 멸실된 건물과 신축된 건물이 위치나 기타 여러가지 면에서 서로 같다고 하더라도 그 두 건물이 동일한 건물이라고는 할 수 없으므로 신축건물의 물권변동에 관한 등기를 멸실건물의 등기부에 등재하여도 그 등기는 무효이고 가사 신축건물의 소유자가 멸실건물의 등기를 신축건물의 등기로 전용할 의사로써 멸실건물의 등기부상 표시를 신축건물의 내용으로 표시 변경등기를 하였다고 하더라도 그 변경등기는 무효라고 하였다.[56] 그러므로 이미 멸실된 건물에 대한 근저당권설정등기에 신축된 건물에 대한 근저당권이 설정되었다고는 할 수 없으며 그 등기에 기하여 진행된 경매에서 신축된 건물을 경락받았다 하더라도 그로써 소유권취득을 내세울 수 없고,[57] 또한 새 건물에 대한 근저당권을 설정할 의사를 가지고 종전건물의 등기부에 근저당권설정등기를 하고, 후에 그 표제부 표시를 새 건물로 변경등기하였다고 하여 새 건물에 대한 등기로서 유효하게 된다고 할 수 없다고 한다.[58]

결국 이와 같이 기존 건물의 일부가 멸실된 후 그 소유자가 새로이 건물을 신축하고 기존 건물의 등기부의 표제부 표시를 신축 건물에 맞추어 변경등기한 경우, 기존 건물에 관하여 마쳐진 근저당권설정등기뿐만 아니라 표시변경등기 후에 마쳐진 근저당권설정등기는 모두 신축 건물에 그 효력

---

54) 대법원 1993. 2. 23. 선고 92다36397 판결.

55) 한편, 하나의 건물에 관하여 존재하는 두 개의 보존등기 중 어느 하나가 실체에 전혀 부합하지 않는 현격한 차이가 있는 경우, 이는 이중보존등기의 문제는 아니라, 그 등기는 등기의 본래의 기능인 공시기능과 관련하여 당해 건물의 실질관계에 부응하는 유효한 등기라고 할 수 없고, 나아가 이는 경정등기에 의해서 유효한 등기로 될 여지도 없다. 대법원 1977. 1. 25. 선고 76다1872 판결, 대법원 1978. 6. 27. 선고 77다405 판결 참조.

56) 대법원 1980. 11. 11. 선고 80다441 판결.

57) 대법원 1976. 10. 26. 선고 75다2211 판결.

58) 대법원 1992. 3. 31. 선고 91다39184 판결.

이 미치지 않는다.[59]

7) 토지의 분필과 변경등기

판례는 토지 중 일부가 분필절차를 거쳐 분필된 경우 변경등기의 일종인 분필등기가 이루어지는 대신 별도의 보존등기가 경료된 경우 그 당초의 보존등기는 분필등기 전이라도 당해 토지 전체를 표상하는 유효한 등기라고 할 것이므로 그 후행 보존등기는 중복등기로서 무효라는 취지로 판시한 바 있다.[60]

3. 등기명의인에 관한 동일성 요건 판단상의 쟁점

(1) 등기명의인의 동일성

등기명의인의 표시변경(경정)의 등기는 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 등기부상의 표시를 실제와 합치시키기 위하여 행하여지는 것이다. 여기서 등기명의인이라 함은 권리에 관한 등기의 현재의 명의인, 즉 등기상 권리자를 말하고,[61] 등기명의인의 표시란 등기명의인의 성명 또는 명칭, 주소 또는 사무실 소재지, 주민등록번호 또는 부동산등기용등록번호를 말한다.

따라서 등기명의인표시의 변경등기는 등기를 마친 후에 위와 같은 등기명의인의 표시에 개별적 변경사유(주소의 이전, 상호의 변경 등) 또는 일반적 변경사유(행정구역의 변경, 행정구역 명칭의 변경 등)가 발생한 경우에 이를 실체와 일치시키기 위한 등기라고 할 수 있다.[62] 그리고 등기명의

---

59) 대구고법 2006. 9. 15. 선고 2005나8300 판결.

60) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2010다107064 판결. 만일 '임야'를 '전'으로 변경하여 임야대장을 토지대장으로 등록전환한 후 등록전환을 위한 변경등기를 하지 않고 '전'으로 별도의 보존등기를 하였다면, 이 경우에도 마찬가지의 법리로 ① 선차의 '임야'등기가 유효한 것으로 보고, ② 후자의 '전'등기는 이중의 보존등기로서 무효로 보며, ③ 차후 '임야'등기에 대해 변경등기를 하여야 할 것이다.

61) 예를 들어 소유권보존등기 또는 소유권이전등기의 소유권자, 근저당권설정등기의 근저당권자 등을 들 수 있다.

62) 등기명의인의 표시에 변경사유가 있다고 해서 그 변경등기를 신청하여야 할 의무가 부과되는 것은 아니다. 다만 신청서에 기재된 등기의무자의 표시가 등기기록과 일치하지 아니하면 신청각하사유(부동산등기법 제29조 제7호)에 해당하므로 간접적으로

인표시의 경정등기는 등기부에 기재되어 있는 등기명의인의 성명, 주소 또는 주민등록번호 등에 등기 당시부터 원시적으로 착오나 빠진 부분이 있는 경우에 그 명의인으로 기재되어 있는 사람의 동일성을 변함이 없이 이를 정정하는 것이다.[63]

한편, 등기명의인표시변경(경정)등기를 신청하는 경우에는 그 등기원인을 증명하는 증서로서 그 표시의 변경(경정)을 증명하는 정보를 첨부정보로서 제공하여야 한다(부동산등기규칙 제46조 제1항 제1호).[64] 실무상 많이 나타나는 예로는, 1) 법인이 등기명의인인 경우의 법인등기사항증명서, 2) 외국인이 등기명의인인 경우의 외국인등록사실증명(출입국관리법 제88조 제2항), 외국인의 주소 또는 성명 등의 변경을 증명하는 본국 관공서의 증명이나 공증증서 등, 3) 재외국민이 등기명의인인 경우의 재외국민등록부 등본(재외국민등록법 제7조) 등이다. 대상판결 사안과 같이 법인 아닌 사단, 재단이 등기명의인인 경우에는 명칭, 대표자 등의 변경내용이 기재된 정관, 그 밖의 규약이나 결의서 등을 들 수 있다. 다만 구체적인 사건에서 이러한 서면이 첨부되어 있다고 보아 등기신청을 수리할 것인지 여부는 그 등기신청을 받은 등기관이 판단할 사항이다.[65]

(2) 동일성 일탈의 변경(경정)등기시 등기명의인

등기명의인표시의 변경(경정) 등기는 동일한 등기명의인에 관하여 그 표시를 변경(경정)하는 절차이므로, 변경(경정)등기 전과 후의 등기명의인 표시는 동일인을 나타내는 표상으로서 인격의 동일성이 유지되어야 한다.

신청의무가 있다고 할 수 있다.

63) 대법원 1996. 4. 12. 선고 95다33214 판결 참조.

64) 구 부동산등기법(2011. 4. 12. 법률 제10580호로 전부개정되어 2011. 10. 13. 시행되기 전의 것) 제48호 제1항의 '등기명의인의 표시의 변경 또는 경정을 증명하는 시, 구, 읍, 면의 장의 서면 또는 이를 증명할 수 있는 서면'이 대표적인데, 이러한 서면은 성명이 변경된 경우의 기본증명서(선례 201203-5), 주소가 변경된 경우의 주민등록표등,초본과 같이 시장 등의 명의로 발급된 서면을 말한다. 표시변경사실을 증명하는 시장 등의 서면(정보)을 제출할 수 없는 경우에는 실무상 그 사실을 확인하는데 상당하다고 인정되는 자의 보증서면과 그 인감증명 및 그 밖의 보증인자격을 인정할 만한 서면(공무원재직증명, 법무사등록증 사본 등)을 제출할 수 있다.

65) 부동산등기실무[Ⅱ], 법원행정처(2015), 17~18면 참조.

따라서 만약 등기 전과 후의 명의인 사이에 동일성이 인정되지 않는 때에는 권리주체의 변경이 있는 경우이므로 변경등기나 경정등기가 이루어져서는 아니 된다.[66] 그러나 등기관이 이를 간과하고 수리하여 변경(경정)등기가 이루어진 경우 현재 누구를 등기명의인으로 보아야 하는지, 어떤 방식으로 처리되어야 하는지에 대해서는 견해가 나뉜다.

1) 원래의 등기명의인이라는 견해

이 견해는, 동일성을 벗어난 변경(경정)등기가 된 경우에는 이는 변경(경정)등기의 범주를 넘어선 위법한 것으로서, 이 경우 원래의 등기명의인이 여전히 등기명의인이라고 보는 견해이다.[67] 당사자표시 변경(경정)등기는 본질적으로 등기명의인 자체의 변동을 가져올 수 없는 성질의 등기로서 그로 인해 외관상의 표시가 전혀 별개의 인격을 표상하는 것으로 바뀌더라도 등기명의인 자체의 동일성은 유지된다는 점을 그 근거로 들고 있다. 따라서 원래의 등기명의인은 그 동일성을 벗어난 위법한 변경(경정)등기를 단독으로 신청하여 경정하거나 말소할 수 있고, 이 경우 만약 변경(경정)등기

---

66) 소유권이전등기시 신청착오로 인하여 소유자를 "채○○"으로 하여야 할 것을 "김○○"으로 잘못 등기한 경우에는, 신청착오로 인한 등기명의인 표시경정등기를 할 수 있는 반면에(등기선례 제5-543호), 본래 을 종중 명의로 경료되었어야 할 등기임에도 착오로 갑 종중 명의로의 소유권이전등기가 잘못 경료된 경우 갑 종중과 을 종중이 별개의 종중이라면 갑 종중 소유명의의 부동산에 대하여 을 종중 명의로의 등기명의인표시변경(경정)등기를 경료받을 수는 없고, 판결 등으로 갑 종중 명의의 소유권이전등기를 말소한 다음, 을 종중 앞으로의 소유권이전등기절차를 밟아야 한다(등기선례 제6-22호).

67) 양승태, "등기명의인의 표시를 타인 이름으로 경정한 명의인표시경정등기의 효력", 민사판례연구 제9권, 민사판례연구회(1987), 20～24면; 채영수, "변경·경정등기와 그 한계", 재판자료 제43집 (상), 법원행정처(1988), 540~541면. 특히 양승태, 위의 논문, 20~24면은, 타인의 허위서류에 기해서 동일성을 해하는 방식으로 자기 명의로 등기명의인표시경정등기를 한 사안에 관한 대법원 1985. 11. 12. 선고 85다81, 85다카325 판결에 대하여, 대법원은 진실한 소유자는 그 동일성을 벗어난 경정등기로 인한 소유권등기의 명의인을 상대로 하여 그 소유권등기의 말소를 청구할 수 있다고 하였으나, 표시경정등기는 본질적으로 등기명의인 자체의 변동을 가져올 수 없는 성질의 등기로서 외관상의 표시가 전혀 별개의 것으로 바뀌더라도 등기명의인 자체의 동일성은 유지되는 것임에도 불구하고 어째서 위 경우에 등기명의인이 변동되는 효과가 발생되는지에 관하여 아무런 설명이 없다고 비판한다. 결국 위 사안에서는 경정등기로 인해서 등기명의인표시가 외관상 달라졌다고 하더라도 그것은 표시만 달라졌을 뿐 실질적인 명의인은 여전히 기존의 등기명의인이라고 보아야 할 것이므로, 이 자가 단독으로 다시 표시경정등기를 하여 진정한 소유자인 자기 명의로 등기명의인표시를 고칠 수 있도록 해야 한다는 주장이다.

명의인을 상대로 그 변경(경정)등기의 말소를 구한다면 이는 등기의무자가 아닌 자를 상대로 한 것으로서 부적법하다고 한다.

2) 변경(경정)등기명의인이라는 견해

이 견해는, 변경(경정)등기가 동일성을 해치는 방법으로 행하여져서 타인을 표상하는 결과에 이르렀다면 그 변경(경정)등기명의인인 타인을 새로운 등기명의인으로 보는 견해이다. 따라서 이 경우 원래의 등기명의인은 경정등기에 의할 수 없고 그 새로운 등기명의인인 변경(경정)등기명의인을 등기의무자로 하여 그 변경(경정)등기의 말소를 구할 수 있다고 한다. 우리 판례의 입장으로,[68] 등기예규도 이와 같은 내용을 규정하고 있다.[69]

3) 검토

등기명의인표시변경(경정)등기 본래의 성질에 비추어보면 위 ① 설이 논리상 타당할 것이다. 변경(경정)등기는 동일성 범위 내에서만 인정되는 것이고 만약 동일성을 벗어난다고 하더라도 그 효력을 인정할 수 없어 여전히 등기명의인의 동일성이 유지된다고 보아야 하기 때문이다. 그러나 변경(경정)등기가 전혀 다른 인격을 가진 타인을 표상하는 결과에 이른 경우 원래의 등기명의인이 단독으로 경정등기신청을 하여 자신의 명의로 돌릴 수 있다면 제3자에게 불측의 손해를 줄 위험이 있고, 한편 변경(경정)등기가 동일성을 벗어나 이루어진 경우는 원래의 등기명의인이 아닌 제3자에 의한 허위서류 이용 등 사위의 방법에 의한 경우가 대부분인바 이 경우 그 제3자를 상대로 변경(경정)등기의 말소를 구하는 것이 권리관계를 명확히 하는 데에 기여할 수 있다고 생각된다.[70] 따라서 위 ② 설에 의함이 타당하다고 생각

68) 대법원 1985. 11. 12. 선고 85다81, 85다카325 판결; 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다1859 판결; 대법원 1992. 11. 13. 선고 92다39167 판결; 대법원 1993. 10. 8. 선고 93다28867 판결 등. 예컨대, 대법원 1992. 11. 13. 선고 92다39167 판결은 "등기명의인의 표시변경(경정)의 등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 방법으로 행하여져서 등기가 타인을 표상하는 결과에 이르렀다면 이 경우에는 원래의 등기명의인은 새로운 등기명의인을 상대로 변경(경정)등기의 말소를 구할 수밖에 없다"고 판시하였다.

69) 경정등기절차에 관한 업무처리지침(개정 2014. 12. 1. 등기예규 제1564호) 2. 다. (1)(다)항 참조.

70) 동지: 조의연, "등기명의인 표시변경등기에 관한 실무상 몇 가지 문제점", 청연논총(제7집) 박국수 사법연수원장 퇴임기념, 사법연수원(2010), 158면.

되고, 대상판결도 이와 같은 입장에 의하고 있다.

(3) 위법한 등기명의인표시변경(경정)등기의 말소청구에서 요건사실

등기명의인의 표시변경 또는 경정의 부기등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 방법으로 행하여져서 부동산의 등기부상의 표시가 실지 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면 진실한 소유자는 그 소유권의 내용인 침해배제청구권의 정당한 행사로써 그 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 부기등기인 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있다.[71]

앞서 살핀 바와 같이 여기서 말하는 소유권에 기한 침해배제청구권은 민법 제214조 전단에서의 소유권에 기한 방해배제청구권을 말하는 것이다. 소유권에 기한 방해배제청구권을 행사하고자 하는 자는 ① 자신이 당해 물건의 소유자라는 사실, ② 소유권이 방해받고 있는 사실, 즉 상대방의 침해사실을 주장, 증명해야 한다. 여기서 방해란 일반적으로 소유권에 의하여 법적으로 보장되는 물건에 대한 전면적인 지배의 권능 내지 가능성이 타인의 개입에 의하여 실제에 있어서는 실현되지 못하고 있는 적극적 또는 소극적인 사실적, 법적 방해 상태라고 할 수 있다.[72] 예컨대, 물건의 사용수익에 대한 사실적 방해, 실체관계에 부합하지 않은 부실등기 등을 들 수 있다.[73]

이와 관련하여 대상판결은 위법한 등기명의인표시변경(경정)등기의 말소를 구하고자 하는 자는 ① 자신이 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실, ② 등기명의인 표시변경(경정)등기가

---

71) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다1859 판결.

72) 양창수, "214조", 민법주해[V] 물권(2), 박영사(2002), 241~242면. 한편, 방해제거청구권은 현재도 계속되고 있는 방해의 원인에 대한 제거청구이고, 이미 종결된 방해의 결과에 대한 제거청구가 아니다. 방해의 결과에 제거청구는 손해배상 영역에 속하고 따라서 방해자의 귀책사유를 요한다(양창수, 위의 책, 243~244면).

73) 등기부상 진실한 소유자의 소유권에 방해가 되는 불실등기가 존재하는 경우에 그 등기명의인이 허무인 또는 실체가 없는 단체인 때에는 소유자는 그와 같은 허무인 또는 실체가 없는 단체 명의로 실제 등기행위를 한 자에 대하여 소유권에 기한 방해배제로서 등기행위자를 표상하는 허무인 또는 실체가 없는 단체 명의 등기의 말소를 구할 수 있다(대법원 1990. 5. 8. 선고 90다684, 90다카3307 판결, 대법원 2008. 7. 11.자 2008마615 결정 등 참조).

등기명의인의 동일성을 해치는 방법으로 행하여진 사실을 모두 증명할 책임이 있다고 설시하였다.

위 요건 중 ② 요건은 원고와 피고가 별개의 인격체라는 사실을 증명하면 되는데 대상판결 사안에서는 이 점에 대해서는 원, 피고 쌍방에 다툼이 없는 사실로 인정되었다. 그래서 누가 진실한 소유자인지에 관한 ① 요건이 주요 쟁점이 되었다. 그렇다면 누가 부동산의 진실한 소유자인가. 우리 민법은 법률행위에 기한 부동산물권변동에 관한 성립요건주의를 취하고 있어 등기를 해야만 물권변동의 효력이 발생하고, 따라서 소유권이전등기를 경료해야만 소유권을 취득할 수 있다. 그러므로 자신이 어떤 부동산의 소유자임을 주장, 증명하고자 하는 자는 기본적으로 자신의 소유권취득사실, 즉 자기명의로 적법 유효한 소유권이전등기 경료사실을 주장, 증명해야 하고, 나아가 그 뒤 현재까지도 소유권을 보유하고 있는 사실, 즉 그와 같은 소유권등기가 현재까지도 유효한 사실을 주장, 증명해야 하는데, 이와 관련해서는 아래에서 항을 바꿔 등기의 추정력에 대하여 살펴보기로 한다.

(4) 동일성 요건과 변경(경정)등기의 추정력

앞서 지적한 바와 같이 대상판결에 대한 필자의 의문의 출발점은 등기의 추정력이다.

어떤 등기가 있으면 그 등기 경료 사실 자체에 기해서 그 등기가 표상하는 실체적 권리관계가 존재하는 것으로 추정케 하는 효력이 인정되는데, 이것을 등기의 추정적 효력 또는 추정력이라고 한다. 우리 민법에 명문의 규정은 없으나, 통설과 판례는 등기의 추정력을 법률상 추정으로 인정하고,[74] 따라서 이와 같은 등기의 추정력을 복멸시키기 위해서는 상대방이 반대사실에 대한 증명책임을 부담하게 되는데,[75] 이 증명의 정도는 '반증'이

74) 예컨대, 김황식, "전론", 민법주해[Ⅳ] 물권(1), 박영사(2002), 102면; 지원림, 민법강의 제17판, 홍문사(2020), 505면; 대법원 1979. 6. 26. 선고 79다741 판결 등.

75) 등기의 추정력을 부정하려면 이를 주장하는 자가 그 등기의 무효임을 증명할 책임이 있다(대법원 1983. 11. 22. 선고 83다카950 판결). 그러나 사망자 명의로 신청하여 이루어진 이전등기는 일단 원인무효의 등기라고 볼 것이어서 등기의 추정력을 인정할 여지가 없으므로, 그 등기의 유효를 주장하는 자가 현재의 실체관계와 부합함을 증명

아니라 '본증'으로서, 상대방은 반대사실에 관하여 법관에게 확신을 일으킬 만한 정도의 증명을 하지 못하는 한 법률상의 추정을 깰 수 없다. 판례는 등기의 추정력이 등기명의인이 적법한 권리자인 점(권리의 적법 추정), 등기원인이 적법한 것인 점(등기원인의 존재 및 유효성 추정),[76] 등기가 절차적으로 유효요건을 갖추어 적법하게 이루어진 점(등기절차의 적법 추정)에 대하여 미치며,[77] 나아가 등기를 경료하기 위하여 그 전제요건이 되는 농지매매증명, 농지분배절차, 경매절차, 외국인토지취득절차 등이 적법하게 구비된 점에까지 미친다고 본다(등기의 전단계 절차적 요건 적법 구비 추정).[78] 그러나 등기의 추정력이 인정되는 사항은 권리등기에 관한 것에 한하고, 토지의 소재, 지번, 지목, 지적 또는 건물의 종류, 구조, 면적 등 부동산의 물리적 성상에 관한 사항은 추정력이 인정되지 아니한다.[79]

위법한 등기명의인표시변경(경정)등기의 말소청구의 요건사실 중 '자신이 진실한 소유자인 사실'과 관련해서는 일반적으로 부동산 소유권등기를 경료한 자는 그 경료된 등기의 추정력에 의해서 부동산의 적법한 소유자로 추정된다. 따라서 그 추정을 깨뜨려야 하는 상대방측에서 그 추정과 반대되는 사실을 증명해야 하게 된다.

그렇다면 등기명의인의 표시변경(경정)의 등기가 되어 있는 경우는 어떠한가. 등기명의인의 표시변경(경정)의 부기등기는 기존 주등기상의 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 등기부상의 표시와 실제를 합치

할 책임이 있다(대법원 1983. 8. 23. 선고 83다카597 판결, 대법원 2017. 12. 22. 선고 2017다360, 377 판결 등 참조).

76) 다만 판례는 가등기에 대해서는 권리추정력은 인정하나(대법원 1997. 9. 30. 선고 95다39526 판결), 구체적인 등기원인에 대해서는 추정력을 부정한다. 즉 의용 민법과 의용 부동산등기법 적용 당시 행하여진 가등기의 구체적인 등기원인이 존재하는 것으로 추정할 수 없다고 판시한 바 있고(대법원 1963. 4. 18. 선고 63다114 판결 참조), 가등기의 구체적인 등기원인의 추정력이 부정되는 것은 현행 민법과 부동산등기법에 따라 이루어진 가등기에 관해서도 마찬가지라고 하였다(대법원 1992. 2. 11. 선고 91다36932 판결, 대법원 2018. 11. 29. 선고 2018다200730 판결 등 참조).

77) 대법원 2002. 2. 5. 선고 2001다72029 판결 등.

78) 요건사실론, 사법연수원(2018), 90면.

79) 김황식, "전론", 민법주해[Ⅳ] 물권(1), 박영사(2002), 105면; 정회근, "부동산표시사항의 경정등기에 관한 소고 -현실경계의 확정과 그 등재에 따른 법적 검토를 중심으로-" 토지공법연구 제30집, 사단법인 한국토지공법학회(2006. 3.), 544면.

시키기 위하여 행하여지는 것이다. 즉, 표시변경(경정)의 부기등기는 그 자체만으로는 독자적인 의미를 가질 수 없고 기존 기입등기를 전제로 하여 그것과 일체로서 기능하는 것으로서, 표시변경(경정)등기는 그 변경(경정)등기명의인의 기존 기입등기명의인과의 "동일 인격" 내지 "인격의 동일성"에 관한 추정력이 있다고 할 것이다. 따라서 이 경우 기존 기입등기의 추정력에 의해서 그 등기명의인은 적법한 권리자로 추정되고, 이에 대해서 등기명의인표시변경(경정)의 부기등기가 경료되었다면 이는 기존 기입등기의 명의인과 동일성이 전제 내지 인정되는 범위 내에서 이루어지는 것이기 때문에 그것은 기존 기입등기와 함께 일체로서 그 표시변경(경정)된 등기명의인이 적법한 권리자임을 추정케 하는 효력이 있다고 할 것이다.[80]

대상판결 사안은 원고가 원고 명의에서 피고 목포방면 명의로 경료된 '2차 표시변경등기'가 동일성을 해하여 이루어진 것임을 이유로 하여 소유권에 기한 방해배제청구권에 의해서 피고 목포방면을 상대로 '2차 표시변경등기'의 말소를 청구한 것이다. 이와 같이 원고로서는 '2차 표시변경등기'의 유효성을 다투는 것인데, 이를 위하여 자신이 보존등기명의자인 '기존 목포방면'과 동일한 단체라는 사실을 스스로 증명하여야 할 책임이 있는지 의문이다. 왜냐하면 '1차 표시변경등기'에 의하여 원고가 소유명의인으로 된 것이므로, 등기의 추정력에 따르자면 동일성 요건을 갖춘 채 유효하게 등기가 경료된 것으로 추정되어야 하고, 만일 그렇지 않다면 이를 다투는 측에서 이를 증명하여야 한다고 보는 것이 타당하기 때문이다.[81] 따라서 이미 '1차 표시변경등기'가 일응 존재하는 상황에서 '1차 표시변경등기'의 핵심내용인 동일성 부분에 대해 등기상의 기재 이외에 추가적으로 원고가 이를 증명하

80) 경정등기는 등기절차의 당초에 생긴 오류를 제거하기 위한 등기로서, 일단 경정등기가 이루어지면 그 등기는 최초부터 소급하여 경정된 내용의 등기였던 것으로 취급된다[양승태, "등기명의인의 표시를 타인이름으로 경정한 명의인표시경정등기의 효력", 민사판례연구 제9권, 민사판례연구회(1987), 22면].

81) 따라서 이 부분과 관련해서는 오히려 원심의 판단이 타당한 것으로 생각된다. 원심은 이와 같은 전제하에 원고가 이 사건 부동산의 "기존 등기명의인"으로서 그 부동산에 관한 소유권 있음이 추정되고, 피고측이 제출한 증거만으로는 이 추정력을 번복할 수 없다고 보아, "원래의 등기명의자인 원고"로서는 동일성을 해치는 방법으로 마쳐진 2차 표시변경등기에 대해서 피고 목포방면을 상대로 그 말소를 구할 수 있다고 판시하였다.

여야 할 책임이 있는지 의문이라는 것이다.

앞서 본 바와 같이, 등기명의인표시변경(경정)등기는 그 등기명의인의 기존 기입등기명의인과의 "동일 인격"이 추정되므로, 등기명의인표시변경(경정)등기의 명의인이 자신이 부동산의 소유자인 사실을 밝히기 위해서 자기 명의의 등기명의인표시변경(경정)등기 경료 사실만을 입증하면 되고, 위 "동일 인격"의 추정을 다투고자 하는 상대방측에서 그 반대사실을 증명해야 할 것이다. 이와 같은 법리를 대상판결 사안에 적용해 보면, 먼저 '1차 표시변경등기'는 등기명의인이 당초의 '기존 목포방면' 명의에서 원고 '대미륵봉심회' 명의로 변경된 것으로, 이는 기존 기입등기인 '기존 목포방면' 명의의 소유권등기와 함께 일체로서 그 표시변경된 등기명의인인 원고가 '기존 목포방면'과 "동일 인격"이 인정되는 적법한 권리자임을 추정케 하는 효력이 있다고 할 수 있다. 다음으로, '2차 표시변경등기'는 등기명의인이 원고 '대미륵봉심회' 명의에서 '피고 목포방면' 명의로 변경된 것으로, 이는 위의 기존 기입등기 및 '1차 표시변경등기'에 의한 원고 '대미륵봉심회' 명의의 소유권등기와 함께 일체로서 그 표시변경된 등기명의인인 '피고 목포방면'이 원고와 "동일 인격"이 인정되는 적법한 권리자임을 추정케 하는 효력이 있다고 볼 수 있다.

따라서 원고로서는 '2차 표시변경등기'의 추정력에 의해서 원고 자신이 '2차 표시변경등기'의 무효사유, 즉 ① 자신이 당해 부동산의 진실한 소유자라는 사실과 ② 피고 목포방면 명의의 '2차 표시변경등기'가 동일성을 해하여 이루어진 등기라는 사실을 증명하여야 하고, 이 중 위 ①의 사실은 '1차 표시변경등기'의 추정력에 의해서 원고가 자신의 '1차 표시변경등기' 경료 사실만 증명하면 족하다고 해야 할 것이다.

즉, '2차 표시변경등기'가 동일성을 벗어난 무효의 것임을 주장하는 원고로서는 기존 기입등기 및 '1차 표시변경등기'의 경료 사실을 통해서 자신이 당해 부동산의 진실한 소유자인 사실과 피고 명의의 '2차 표시변경등기'가 동일성을 벗어난 것인 사실을 증명하면 된다. 원고가 자신이 '기존 목포방면'과 동일한 단체라는 사실을 스스로 증명해야 할 책임은 없다고 봄이 타당하다고 할 것이다.

물론 실무에서 소송전략상 피고측으로서는 적극적 방어의 측면에서 원

고의 청구권원으로서 소유권 자체를 당연히 다툴 수 있으며,[82] 이를 위하여 피고측으로서는 '1차 표시변경등기'의 효력을 다투어야 할 것이다. 그 경우에도 결국 '1차 표시변경등기'에서 동일성은 누가 증명하여야 하는지의 문제로 귀착된다. 변경등기에 관하여 추정력을 인정할 것인지, 그 추정력에 어떠한 제한이 없는지에 관하여는 별도로 생각해 볼 수 있는 문제라고 하더라도, 그 문제에 앞서 대상판결에 대해 의문을 품게 되는 것은, 적어도 변경등기의 추정력에 관한 한 일관성을 유지하고 있지 못하기 때문이다. 즉, 대상판결의 논지에 의하면, '2차 표시변경등기'는 추정력을 인정하면서도,[83] '1차 표시변경등기'는 추정력을 부정하는 것으로 보이기 때문이다.[84]

따라서 원고로서는 자신이 '기존 목포방면'과 동일한 단체라는 사실을 증명하여야 하는 것은 아니고, 오히려 다툼이 있다면 이는 소송을 실제로 수행하고 있는 원고측으로서는 스스로 "자신이 등기명의인인 '대미륵봉심회'임을 밝혀야" 하는 문제가 남을 뿐이라고 보아야 한다. 이는 대상판결에서 사용하고 있는 "자신이 이 사건 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실을 증명하여야"한다는 설시에 관한 문제로 이어진다. 말소등기 청구의 권원이 소유권에 기한 방해배제청구권이라면, 해당 부동산이 자신의 소유임을 증명하면 족하다.[85] 그런데 대상판결에서는 더 나아가 '자신이 이 사건 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자'임을 증명하여야 한다는 것이다. 다만, 앞서 살핀 바와 같이 변경등기의 추정력에 따라 이는 '자신이 이 사건 부동산의 1차 표시변경등기상의 등기명의인에 해당하는 자'임을 증명하여야 한다는 취지로 이해되어야 한다는 것이 필자의 지적이다. 이와 같이 이해하고 대상판결 사안에 따르자면, 이 사

82) 대법원 2005. 9. 28. 선고 2004다50044 판결; 대법원 2008. 10. 9. 선고 2008다35128 판결; 대법원 2012. 5. 24. 선고 2012다10485 판결; 대법원 2019. 7. 10. 선고 2015다249352 판결 등.

83) '2차 표시변경등기'의 유효성 판단 요소로서 동일성 요건에 관하여, 대상판결은 이를 다투는 원고 측에서 '동일하지 않음'을 증명하여야 한다는 논지인데, 이는 변경등기의 추정력을 인정하는 것으로 이해되기 때문이다.

84) 반면 '1차 표시변경등기'의 유효성 판단 요소로서 동일성 요건에 관하여는, 이것도 원고 측에서 '동일함'을 증명하여야 한다는 것이 대상판결의 결론인데, 이는 변경등기의 추정력을 부정하는 것으로 이해될 수밖에 없기 때문이다.

85) 물론 이를 증명하는 과정에도 등기의 추정력이 중요한 역할을 할 것이다.

건 부동산이 비법인사단 소유임은 분명하지만, 말소청구를 하고 있는 원고가 1차 표시변경등기상의 등기명의인인 그 비법인사단인지 여부를 밝혀야 한다는 것으로, 말하자면 이는 소송에서 당사자인 원고와 등기명의인 간의 동일성 판단에 관한 문제로 귀착되는 것이다.

이 문제는 통상적인 등기의 추정력만으로는 쉽게 설명될 수 없는 성격으로서, 물권법의 문제뿐 아니라 소송법상의 문제까지 포함하고 있는 복합적인 것으로 보인다. 변경등기와 경정등기에서 동일성 요건에 관하여 이미 많은 논의가 있지만, 그 중에서 '등기명의인의 동일성' 문제는 좀 더 복잡한 쟁점을 포함하고 있음을 보여준다. 이하에서는 '변경(경정)등기의 명의인 및 추정력'에 관하여 구체적인 유사사례들에 대해서 우리 판례가 어떠한 견해를 취하고 있는지를 살펴보고자 한다.

(5) 변경(경정)등기의 명의인 및 추정력에 관한 판례의 동향

1) 대법원 1985. 11. 12. 선고 85다81, 85다카325 판결 사안

이 판결 사안은, 원고와 피고는 같은 중국인인 형제 사이인데 본건 부동산은 그 소유명의가 모두 원고 앞으로 등기되어 있는 것을 동생인 피고가 1976. 1. 22.에 당시 대구 화교협회회장[86] 소외인으로부터 자신이 마치 원고와 동일인인 것처럼 허위내용의 동일인 증명서를 발급받아 이를 첨부한 등기명의인표시변경신청서를 그 정을 모르는 등기공무원에게 제출함으로써 위 주장과 같은 등기명의인표시경정의 부기등기가 이루어졌고 이에 기하여 신등기부가 편제되면서 위 경정등기부분은 폐쇄됨에 따라 본건 부동산에 관하여 당초부터 원고와 동일인인 것으로 된 피고 명의의 소유권등기만이 남게 되었다. 이에 대해 원고가 피고를 상대로 위 표시경정등기 및 소유권등기의 무효를 주장하며 각 말소를 구한 사안이다.[87]

---

86) 국내에 거주하는 대만국적 화교의 호적업무는 주한국대북대표부에서 각 지의 화교협회로 하여금 이를 관장하도록 하고 있으므로, 국내 부동산을 상속한 국내 거주 대만국적의 화교는 상속을 증명하는 서면으로 주한국대북대표부가 인증한 화교협회 호적등기부 등본을 첨부하여 상속등기를 신청할 수 있다("화교협회 호적등기부등본을 상속을 증명하는 서면으로 첨부할 수 있는지 여부", 제정 2006. 8. 17., 등기선례 제200608-6호).

87) 이는 전체 사안 중 등기명의인표시경정등기의 말소청구 관련 부분만을 요약한 것이다.

원고는 ① 계쟁부동산에 원래 원고 명의로 소유권등기가 경료되어 있었던 사실, ② 피고가 허위의 동일인보증서에 기해서 등기명의인표시경정등기를 경료한 사실 및 그 뒤 신등기부에 이기시 피고 명의로 소유권등기가 경료된 사실을 주장하였고, 원심은 이와 같은 원고의 주장사실을 모두 인정하였다. 그러면서도 원심은, 원고의 피고에 대한 소는 당사자적격이 없는 사람을 상대로 한 부적법한 소라고 보았다.[88] 특히 피고 명의의 소유권등기의 말소청구 부분과 관련해서는, 이 사건 부동산에 관하여 피고 명의로 등기명의인 표시경정등기가 되었다 하여도 그것으로서 피고에게로의 권리변동의 효력이 생기는 것이 아니고 결국 위 등기의 명의인은 여전히 원고이고, 이 경우 재경정등기를 하거나 경정등기의 말소를 할 수 있으므로, 피고를 상대로 그와 같은 경정등기에 의해서 이루어진 그 이름의 소유권등기의 말소를 구할 수는 없다고 보았다. 즉 동일성을 벗어난 등기명의인표시경정등기가 있더라도 그 등기의 명의인은 여전히 기존 기입등기명의인이라고 본 것이다.

이에 대해서 대법원은 원심이 원고의 청구 중 폐쇄등기부상의 명의표

---

88) 즉, 원심은 폐쇄등기는 말소등기의 경우와 달라서 그 폐쇄된 부분을 필요한 경우 등기공무원이 직권으로 이기할 수 있는 데 지나지 않을 뿐 그와 같은 폐쇄등기의 회복등기절차 이행의 의무가 있을 수 없고 따라서 가사 현재의 등기부상의 권리자가 실제 피고라고 할지라도 피고가 그 폐쇄등기부의 회복을 승낙한다 하여 그것이 회복될 수 있는 것도 아니라 할 것이므로 위 폐쇄등기부의 회복을 구하는 피고에 대한 청구부분은 그 주장 자체에 의하여 정당한 당사자에 대한 청구가 아니라고 보았다. 그리고, 당사자표시 명의변경의 부기등기라는 것도 등기절차상 어디까지나 동일인이 그 표시의 잘못을 이유로 그 스스로 결정을 구하는 데 지나지 아니하여 따로 등기의무자의 관념을 인정할 여지가 없는 것이므로 그 경정등기에 잘못이 있다면 다시 그 자신이 다시 필요한 서면을 첨부하는 등으로 그 사유를 소명하여 표시상의 착오를 이유로 그 이름으로 재경정등기를 하거나 경정등기 자체를 말소할 수 있는 것이라 할 것이고, 비록 사실상은 우연히 그와 같은 경정된 이름의 별도의 사람이 존재한다 하여도 그 등기는 어디까지나 종전 소유자를 표시하는 것으로 보아야 한다고 하였다. 따라서 본건 부동산에 관한 등기명의인 표시경정등기가 되었다 하여 그것으로서 피고에게로의 권리변동의 효력이 생기는 것으로 볼 수 없으므로 피고가 등기에 이해관계 있는 등기의무자가 된다고 할 수 없고, 결국 위 등기는 여전히 원고 이름으로 있는 것으로 보아야 할 것이니 이와 같은 경우 별개의 인격인 피고를 상대로 하여 그와 같은 경정등기를 함으로써 이루어진 그 이름의 소유권이전등기의 말소등기절차의 이행을 구할 수 없는 것이라 할 것이고, 또 위와 같은 당사자표시 경정등기를 말소함에 있어서 피고의 승낙이 필요한 것도 아닐 뿐더러 가사 그 승낙이 있다 하여도 그 때문에 그 이름 앞으로 된 소유권이전 및 보존등기나 처음 경정등기가 경정 또는 말소되는 것도 아니라 할 것이므로 피고에 대한 소는 모두 당사자적격이 없는 사람을 상대로 한 부적법한 소라고 판단하였다.

시경정등기의 말소절차이행을 구하는 부분을 부적법하다고 본 것은 정당하다고 보았다. 폐쇄된 등기부의 기재상황은 현재의 권리관계를 표상하는 것이 아닌 만큼 그 말소청구를 구할 수 없기 때문이라는 것이다.[89] 그러나 신등기부상의 소유권등기 말소청구 부분과 관련해서는, 현재 등기부상의 표시가 실지 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면 진실한 소유자가 그 소유권에 터잡아 표시상의 소유명의자를 상대하여 그 소유권에 장애가 되는 각 등기의 말소청구를 하는 것은 소유권의 내용인 침해배제권의 정당한 행사이므로, 원고가 그 명의로 소유권등기가 있던 소유자라면 허위로 동일인 증명을 얻어 피고명의로 표시경정등기를 하여 등기부 편제에 따라 현재의 신등기부에의 이기절차로서 피고명의의 소유권이전등기 및 보존등기가 경료되어 있는 이상 원고는 그 명의자인 피고에 대하여 그 소유권이전등기 및 보존등기의 말소를 청구할 수 있다고 판단하였다.[90] 즉 동일성을 벗어난 등기명의인표시경정등기에 기한 소유권등기가 이루어졌다면 등기명의는 이제는 그 소유권등기의 명의인에게 넘어갔다는 것이고, 그 새로운 등기명의인을 상대로 하여 그 등기의 말소를 구할 수 있다는 것이다.

위와 같은 대법원 판결에 의하면, 동일성을 벗어난 위법한 표시경정등기의 말소청구와 관련하여, 계쟁부동산에 피고 명의의 소유권등기가 경료된 이상 피고가 적법한 소유자인 것으로 추정되므로, 이를 다투고자 하는 원고로서는 ① 계쟁부동산이 원고 자신의 소유라는 사실, ② 동일성을 벗어난 피고 명의의 등기명의인표시경정등기 경료 사실을 주장, 입증해야 하는데, 위 사안의 경우 위 ① 요건에 대해서는 원고 명의의 소유권등기 경료 사실

89) 대법원 1979. 9. 25. 선고 78다1089 판결 및 대법원 1980. 1. 15. 선고 79다1949 판결 인용.

90) 이에 관한 평석으로는, 양승태, “등기명의인의 표시를 타인이름으로 경정한 명의인표시경정등기의 효력”, 민사판례연구 제9권, 민사판례연구회(1987) 참조. 이에 의하면, 위 판결은 등기명의인표시경정등기로 말미암아 표시상의 등기명의인이 피고로 바뀌었음을 전제로, 진실한 소유자인 원고는 소유권침해배제청구권을 행사하여 그 등기의 말소를 구할 수 있다고 하나, 경정등기로 인하여 피고가 등기명의인이 되었다는 점과 원고가 소유권자로서 그에 대한 침해의 배제를 청구할 수 있는 점은 논리적으로 모순이므로, 원고가 여전히 소유권자라고 하기 위해서는 경정등기로 인해서 등기명의인 표시가 외관상 피고 이름과 같이 되었다고 하여도 그 표시만 달라졌을 뿐 실질적인 명의인은 여전히 원고로 남아 있다고 보아야 한다고 한다.

이 인정되어 원고가 적법한 소유자인 사실이 추정되고, 위 ② 요건에 대해서는 피고가 허위의 동일인보증서에 기해서 등기명의인표시경정등기를 경료한 사실이 인정되었으므로, 피고를 상대로 피고 명의의 경정등기의 말소를 구하는 원고의 청구가 인용되어져야 했던 사안이었음을 알 수 있다.

2) 대법원 1993. 10. 8. 선고 93다28867 판결 사안

이 판결의 사안은, 소외 회사 명의로 소유권이전등기가 경료된 이 사건 부동산에 관하여 소외 회사와는 법인격이 다른 별개의 회사인 피고 회사가 사위의 방법으로 본점소재지 및 상호에 대한 등기명의인 표시변경등기를 경료하였다. 그러자 소외 회사에 대한 채권자인 원고가 소외 회사를 대위하여 피고 회사를 상대로 위 등기명의인표시변경등기의 말소청구를 한 사안이다.[91]

원심은, 소외 회사 명의로의 소유권이전등기 경료 사실 및 피고 회사가 사위의 방법으로 동일성을 벗어난 등기명의인표시변경등기를 경료한 사실을 인정하였음에 불구하고, 위 등기명의인표시변경등기의 말소절차에 있어 피고 회사는 당사자적격이 없으며, 피고 회사에게 그 말소를 구할 소의 이익도 없다고 보아 결국 원고의 피고 회사에 대한 소는 부적법하다고 판단하였다.[92] 위 등기명의인표시변경등기에도 불구하고 등기명의인은 여전히 원래의 등기명의인인 소외 회사라고 보았기 때문이다.

이에 대해서 대법원은, 앞서 본 대법원 1985. 11. 12. 선고 85다81, 85다카325 판결을 인용하면서, 현재 등기명의인 표시변경의 부기등기에 의하여 등기부상의 표시가 실지 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면 진실한 소유자는 그 소유권에 터잡아 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에

91) 이는 전체 사안 중 등기명의인표시변경등기 말소청구 부분만을 요약한 것이다.

92) 즉, 등기명의인 표시변경의 부기등기에 대한 등기의무자는 소외 회사 자신일 뿐 피고 회사는 그 부기등기에 대한 등기의무자가 아니며, 그 변경등기에 잘못이 있다면 소외 회사가 스스로 다시 경정 내지 변경등기를 하거나 위 변경등기를 말소할 수 있다고 할 것이므로, 피고 회사는 피고적격이 없다는 것이다. 한편, 본점소재지 및 상호변경에 의한 등기명의인 표시변경등기에 의하여 마치 피고 회사가 등기명의인인 것과 같은 외관이 창출되었다 하더라도 이에 의하여 실체적으로 소외 회사로부터 피고 회사로의 소유권이전이라는 권리변동이 발생한 것이 아니어서 위 표시변경등기만에 의하여서는 소외 회사에게 위 각 부동산에 관한 권리를 행사함에 있어서 아무런 법률상의 장애도 생기지 않는 만큼 그 말소를 구할 소의 이익도 없다고 보아야 한다는 것이다.

장애가 되는 등기의 말소청구를 할 수 있고 이는 소유권의 내용인 침해배제 청구권의 정당한 행사라고 설시한 다음, 피고 회사의 허위 신청에 의하여 이 사건 부동산에 관하여 경료된 등기인명의 표시변경의 부기등기에 의하여 현재 등기부상 위 피고 회사의 소유인 것처럼 보이는 외관이 작출된 이상 이 사건 부동산의 진실한 소유자인 소외 회사는 등기부 표시상의 소유명의자인 피고 회사를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 그 부기등기의 말소청구를 할 수 있다고 판단하였다.

즉, 위 대법원 판결 또한 동일성을 벗어난 등기명의인표시변경등기가 경료된 경우 기존 등기명의인은 그 새로운 등기명의인인 변경등기명의인을 상대로 그 등기의 말소를 구할 수 있다는 것으로, 위 사안에서도 등기명의인표시변경등기의 "동일 인격"의 추정을 깨뜨리고자 하는 자는 그 반대사실을 증명해야 하는데, 소외 회사를 대위한 원고에 의해서 ① 소외 회사가 계쟁부동산에 관하여 그 명의로 소유권등기를 경료한 사실이 인정되어 현재 적법한 소유자임이 추정되고, ② 소외 회사와는 별개의 법인격을 가진 피고 회사가 사위의 방법으로 등기명의인표시변경등기를 경료한 사실이 인정되었음을 이유로, 소외 회사가 계쟁부동산의 적법한 소유자로서 피고 회사를 상대로 위 변경등기의 말소를 청구할 수 있음을 판시한 것으로 볼 수 있다.

3) 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다1859 판결 사안

이 판결 사안에서는, 이 사건 각 부동산에 관하여 1965년~1990년경 '창원황씨문중' 또는 '창원황씨종중' 명의로 소유권보존등기 또는 소유권이전등기가 마쳐져 있었다. 피고 종중(창원황씨 철원종중회)은 1999. 4. 16. 이 사건 각 부동산에 관하여 위와 같이 '창원황씨문중' 또는 '창원황씨종중'으로 된 등기명의를 피고 종중으로 각 등기명의인표시경정의 부기등기를 마쳤다. 이에 대해서 원고 종중(창원황씨 대종회)은 이 사건 각 부동산은 원고 종중 소유 토지로서 철원 부근에 거주하던 원고의 종원들을 중심으로 해서 '창원황씨문중' 또는 '창원황씨종중' 명의로 소유권보존등기 및 소유권이전등기를 마친 것인데, 피고가 아무런 권원 없이 피고의 소유인 것처럼 피고 명의로 등기명의인표시경정등기를 신청하여 위와 같이 '창원황씨문중' 또는 '창원황씨종중'으

로 된 등기명의를 피고로 변경하는 각 등기명의인표시경정의 부기등기를 마쳤으므로, 피고에 대하여 위 각 부기등기의 말소를 구한다고 주장하였다.

위 사안에서는, 이 사건 각 부동산에 관한 소유권보존등기 및 소유권이전등기 당시의 등기명의자인 '창원황씨문중' 또는 '창원황씨종중'이 원고 종중을 표상하는지, 즉 이 사건 각 부동산이 원래 원고 종중의 소유로서 위 각 등기 당시 원고 종중이 등기신청을 한 것인지 여부가 쟁점이 되었다. 다시 말해 원고 종중의 그 명의로의 소유권등기 경료 사실 자체가 불명확했던 사안이었다.

원심은, 이 사건 각 부동산이 원고 종중의 소유라고 볼 수 없고 이 사건 각 부동산의 소유권보존등기 및 소유권이전등기 당시 원고 종중이 등기신청을 했다고 볼 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.[93]

이에 대해서 대법원은, 앞서 본 대법원 1985. 11. 12. 선고 85다81, 85다카325 판결 및 대법원 1993. 10. 8. 선고 93다28867 판결을 인용하면서, 등기명의인의 표시변경 또는 경정의 부기등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 방법으로 행하여져서 부동산의 등기부상의 표시가 실지 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면 진실한 소유자는 그 소유권의 내용인 침해배제청구권의 정당한 행사로써 그 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 부기등기인 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있다고 설시한 다음, 이와 같이 부동산의 등기명의인의 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구하려는 자는 자신이 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실을 증명하여야 한다고 하면서, 원심이 이 사건 각 부동산의 소유자로서 이 사건 소유권보존등기 및 이전등기의 등기신청인이 원고라는 주장을 배척한 결론은 정당하다고 판시하였다.

위 대법원 판결도 동일성을 벗어난 변경(경정)등기가 이루어진 경우 현재의 등기명의인은 그 변경(경정)등기명의인이라는 것이고, 따라서 진실한 소유자는 그 변경(경정)등기명의인을 상대로 그 변경(경정)등기의 말소를

93) 등기 없이 물권변동의 효력이 발생하는 법률의 규정에 의한 물권변동사유의 존부 또는 등기를 해야만 물권변동의 효력이 발생하는 법률행위에 의한 물권변동사유의 존부에 대해서 심리한 결과 그 각 사유의 존재가 인정되지 않는다는 취지로 이해된다.

청구할 수 있다는 것으로, 위 사안의 경우에도 원고가 ① 계쟁부동산이 원고 자신의 소유라는 사실, ② 피고 명의의 등기명의인표시경정등기가 동일성을 벗어난 것인 사실을 주장, 증명해야 하는바, 위 ② 요건과 관련하여 원고 종중과 피고 종중이 각각 별개의 인격체인 사실에는 다툼이 없고, 위 ① 요건과 관련해서는 원고로서는 계쟁부동산이 자신의 소유임을 증명하기 위해서 계쟁부동산에 관한 원고의 소유권등기 경료 사실을 증명해야 하는데, 심리 결과 계쟁 부동산에 관한 '창원황씨문중' 또는 '창원황씨종중' 명의의 소유권등기를 원고 종중(창원황씨 대종회)의 소유권등기로 볼 수 없어, 즉 원고의 소유권등기 경료 사실 자체를 인정할 수 없음을 이유로 원고의 청구를 기각한 사례이다.

4) 검토

위 판결 사안은 모두 원고가 자신 또는 자신이 대위한 채무자가 해당 부동산의 소유자인데 피고가 사위의 방법 내지 무단으로 동일성을 해하여 등기명의인표시변경(경정)등기를 하였다고 주장하며 그 각 등기의 말소를 구한 사안이다. 이들 사안에서 대법원은 동일성을 벗어난 등기명의인표시변경(경정)등기가 경료되었다면 현재의 등기명의인은 변경(경정)등기명의인임을 전제로 이 경우 진실한 소유자는 변경(경정)등기명의인을 상대로 그 변경(경정)등기의 말소를 구할 수 있다고 판단하였다. 이때 진실한 소유자는 자신이 현재 적법한 소유자인 사실과 변경(경정)등기가 동일성을 벗어난 것인 사실을 증명해야 하는데, 이 중 자신이 적법한 소유자인 사실은 자기 명의로의 소유권등기 경료사실을 통해서 등기의 추정력을 이용하여 증명할 수 있다.

그런데 여기서 유의할 것은 앞서 본 첫 번째, 두 번째 판결은 모두 당해 변경(경정)등기 이전에 원고측의 소유권등기 경료 사실이 인정된 사안인 반면에, 마지막 세 번째 판결은 원고측의 소유권등기 경료 사실 자체가 불명확하여 인정되지 않았던 사안이었다는 점이다.

위 관련판결 사안에서 당해 부동산의 소유자들의 등기상황을 보면, 대법원 1985. 11. 12. 선고 85다81, 85다카325 판결 사안에서 원고는 당해 부동산의 소유권등기(기입등기)를 경료하였던 등기명의인이었고, 대법원 1993.

10. 8. 선고 93다28867 판결 사안에서 원고가 대위한 채무자인 소외 회사도 당해 부동산에 관하여 소유권이전등기(기입등기)를 경료한 등기명의인이었으며, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다1859 판결 사안에서는 원고가 당해 부동산에 관하여 경료된 소유권등기(기입등기)의 명의자가 비록 명칭은 다르지만 원고 자신을 표상하는 것으로 따라서 원고가 당해 부동산에 관한 소유자라고 주장하였었다.

그리하여 위 대법원 1985. 11. 12. 선고 85다81, 85다카325 판결과 대법원 1993. 10. 8. 선고 93다28867 판결 모두 "현재 등기명의인 표시변경의 부기등기에 의하여 등기부상의 표시가 실지 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면 진실한 소유자는 그 소유권에 터잡아 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 등기의 말소청구를 할 수 있고 이는 소유권의 내용인 침해배제청구권의 정당한 행사이다"고 설시한 다음, 해당 부동산의 진실한 소유자는 등기부 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 그 부기등기의 말소청구를 할 수 있다고 판시한 것이다.

그런데 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다1859 판결은 위 두 판결 설시내용과는 다소 다른 내용의 설시를 하였다. 앞서 두 판결과 같이 "진실한 소유자는 그 소유권의 내용인 침해배제청구권의 정당한 행사로써 그 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 부기등기인 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있다"고 설시한 것은 동일하나, 그에 이어서 설시한 내용을 보면, "부동산의 등기명의인의 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구하려는 자는 자신이 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실을 증명하여야 한다"고 설시하였고, 대상판결도 이 부분 설시내용을 인용하고 있다.

즉 앞서 위 두 판결에서는 "자신이 진실한 소유자라는 사실"만 인정되면 족했던 것이 여기서는 갑자기 "자신이 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실"로 변경되었는데, 이는 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다1859 판결 사안이 위 두 판결 사안과는 다소 다른 특성에 기인한 것으로 보여진다. 앞서 본 바와 같이, 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다1859 판결 사안은 당해 부동산에 관하여 원고와는 다른 명칭으로 소유권등

기(기입등기)가 경료된 상황에서 원고가 그 등기명의가 자신을 표상하는 것이라고 주장을 한 사안이었다. 그렇기 때문에 원고로서는 자신이 진실한 소유자임을 입증하기 위해서는 자신이 소유권등기를 경료한 사실을 입증해야 하는데, 여기서는 앞의 두 판결 사안과는 다르게 원고가 당해 부동산의 소유권등기상 자신의 명칭('창원황씨 대종회')과는 다른 등기명의('창원황씨문중' 또는 '창원황씨종중')가 자신을 표상하는 것임을 증명해야 하고, 따라서 대법원 2008. 12. 11. 선고 2008다1859 판결의 위 설시내용은 바로 이를 말하기 위해서 "자신이 원래의 등기명의인에 해당하는 자" 부분을 덧붙여 언급한 것으로 이해할 수 있다고 본다. 즉 "원래의 등기명의인"이라는 표현을 추가로 언급한 세 번째 판결은 원고 종중 명의의 소유권등기 경료 사실 자체가 인정되지 않았던 사안의 특성에 기인하였던 것으로 볼 수 있다.

그렇다면 결국 위 관련판결은 모두 "진실한 소유자는 그 소유권의 내용인 침해배제청구권의 정당한 행사로써 그 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 부기등기인 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있다"는 동일한 취지를 설시한 것이라고 생각된다.

4. 결 론

대상판결 사안은 이 사건 부동산에 관한 1차 표시변경등기를 경료한 등기명의인인 원고가 피고 목포방면에 의한 2차 표시변경등기가 동일성을 해하는 위법한 등기임을 이유로 이에 대한 말소를 구하는 사안이다. 이 경우 피고 목포방면 명의로 2차 표시변경등기가 경료된 이상 등기의 추정력에 기하여 피고 목포방면이 적법한 소유자임이 인정된다고 할 것이므로, 원고로서는 자신이 이 사건 부동산의 소유자인 사실과 피고 목포방면 명의의 2차 표시변경등기가 동일성을 해하여 경료된 것인 사실을 주장, 증명해야 한다고 할 것이다. 대상판결 사안에서는 원고와 피고 목포방면이 서로 다른 단체라는 사실에 대해서는 쌍방 다툼이 없었기 때문에 결국 원고가 이 사건 부동산의 소유자인 사실을 증명하는 것만이 문제가 되었다.

이에 대해서 원심은 1차 표시변경등기 명의인인 원고를 이 사건 부동산

에 관한 소유권 등기명의인으로 보고 이에 기해 이 사건 부동산에 관한 원고의 소유권 있음이 추정된다고 보았다. 이는 1차 표시변경등기의 "동일 인격"의 추정력을 전제한 것으로 볼 수 있다. 즉 1차 표시변경등기의 명의인인 원고가 기존 기입등기명의인인 '기존 목포방면'과 동일한 인격으로서 소유권을 적법하게 보유하고 있는 것으로 추정된다고 보고, 이를 깨뜨리기 위해서는 피고 목포방면이 그 반대사실을 증명해야 하는데 그 증명이 부족하다고 보았다.

그런데 대상판결은 "부동산의 등기명의인의 표시 변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구하려는 자는 자신이 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실을 증명하여야 한다"고 설시하고서는, 이 사건 부동산의 원래의 등기명의인은 원고가 아닌 '기존 목포방면'으로 그가 진실한 소유자라 할 것이므로, "원고로서는 자신이 이 사건 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라는 사실, 즉 이 사건 부동산에 관해 그 명의로 본등기인 소유권보존등기를 마친 기존 목포방면과 동일한 단체라는 사실 및 2차 표시변경등기가 그 등기명의인의 동일성을 해치는 것이라는 사실을 모두 증명할 책임이 있다"고 보았다. 그런 다음 대상판결은 원심이 원고의 말소등기청구에 대해 원고가 진실한 소유자인지, 즉 '기존 목포방면'과 동일한 단체라는 사실이 증명되었는지 여부에 관하여 살펴보았어야 함에도 이를 제대로 살피지 않은 채, 오히려 원고가 원래의 등기명의인에 해당하는 진실한 소유자가 아니라는 증명책임이 피고들에게 있는 것처럼 전제하여 원고가 기존 목포방면과 동일한 단체가 아니라고 볼 증거가 없다는 이유로 그와 같은 피고들의 주장을 배척한 것은 잘못이라고 판단한 것이다.

즉, 대상판결은 원고를 이 사건 부동산의 원래의 등기명의인에 해당하는 자로서 진실한 소유자라고 볼 수 없다고 판단하였다. 다시 말해, 1차 표시변경등기명의인인 원고가 자신의 변경등기 경료 사실만을 주장, 증명하여 자신의 소유권을 증명할 수는 없고, 오히려 자신이 기존 기입등기명의자인 '기존 목포방면'과 동일한 단체임을 증명해야 한다고 보았다. 이는 곧 기존 소유권등기에만 그 등기명의인의 소유권의 적법 추정을 인정하고 있을 뿐, 1차 표

시변경등기의 “동일 인격”의 추정력을 인정하지 아니한 것으로 볼 수 있다.

그러나 대상판결 사안에서 원고는 이 사건 부동산에 관한 소유권등기에 관한 1차 표시변경등기의 명의인이다. 앞서 본 바와 같이, 등기명의인표시변경(경정)등기는 그 등기명의인의 기존 기입등기명의인과의 “동일 인격”이 추정되므로, 등기명의인표시변경(경정)등기의 명의인이 자신이 부동산의 소유자인 사실을 밝히기 위해서 자기 명의의 등기명의인표시변경(경정)등기 경료 사실만을 증명하면 되고, 위 “동일 인격”의 추정을 다투고자 하는 상대방측에서 그 반대사실을 증명해야 할 것이다. 따라서 원고는 ‘기존 목포방면’의 소유권등기와 일체화된 1차 표시변경등기의 “동일 인격”의 추정력에 기해서 이 사건 부동산에 관한 적법한 소유자로 추정된다고 할 것이고, 그러므로 이와 같은 원고의 1차 표시변경등기 경료사실의 주장, 증명만으로 원고가 이 사건 부동산에 관한 진실한 소유자임을 주장, 증명한 것으로 보아야 하며, 이에 대해서 다투고자 하는 피고측에서 그 반대사실을 증명해야 한다고 할 것이다. 즉, 이미 ‘1차 표시변경등기’가 일응 존재하는 상황에서 ‘1차 표시변경등기’의 핵심내용인 동일성 부분에 대해 등기상의 기재 이외에 추가적으로 원고가 이를 증명하여야 할 책임은 없다고 보아야 한다는 것이 필자의 견해이다.

더군다나, 대상판결 사안은 원고가 자기 명의로 등기명의인표시변경등기를 경료한 사실이 분명한 사안이었으므로, 앞서 본 유사 관련판결 중 마지막 세 번째 판결 설시와 같은 “원래의 등기명의인” 부분을 굳이 추가로 언급할 필요가 없었다고 생각된다.

나아가 대상판결의 설시내용대로라면, 피고 목포방면의 2차 표시변경등기에는 추정력을 인정하면서도 원고의 1차 표시변경등기에는 추정력을 인정하지 않는 결과가 되어 이는 변경등기의 추정력에 관한 일관성을 결여하게 되는 문제점이 있게 된다. 뿐만 아니라 만약 피고 목포방면의 주장대로 원고가 기존 목포방면과 다른 단체였다면 기존 목포방면으로부터의 원고로의 1차 표시변경등기는 동일성을 해하는 위법한 등기라고 해야 할 것이므로, 따라서 피고 목포방면으로서는 자신이 이 사건 부동산의 진실한 소유자임을 주장하며 원고의 1차 표시변경등기의 말소등기청구를 구하는 소를 제

기했어야 했고, 이 경우 피고 목포방면은 자신이 진실한 소유자, 즉 기존 목포방면과 동일한 단체인 사실을 증명해야 한다. 그런데 피고 목포방면은 1차 표시변경등기의 말소를 구하는 대신 원고로부터 피고 목포방면 자신으로의 등기명의인의 동일성을 해하는 2차 표시변경등기를 경료하고 말았는바, 이 경우 대상판결의 논지대로 원고가 자신이 이 사건 부동산에 관해 그 명의로 본등기인 소유권보존등기를 마친 기존 목포방면과 동일한 단체라는 사실까지 증명해야 한다고 한다면, 이는 결국 피고 목포방면이 원고 명의의 1차 표시변경등기의 말소청구를 하는 경우와 이와는 달리 자신이 2차 표시변경등기를 경료한 경우 사이에 소송의 승패가 달라질 수도 있는 증명책임에 관한 현저한 불균형이 발생하는 것이 되어 부당하다고 생각한다.

따라서 원심과 같이 2차 표시변경등기뿐만 아니라 1차 표시변경등기에도 추정력을 인정함이 타당하다고 본다. 그러므로 대상판결 사안에서는, '2차 표시변경등기'가 동일성을 벗어난 무효의 것임을 주장하는 원고로서는 기존 기입등기 및 '1차 표시변경등기'의 경료 사실을 통해서 자신이 당해 부동산의 진실한 소유자인 사실과 피고 명의의 '2차 표시변경등기'가 동일성을 벗어난 것인 사실을 증명하면 되고, 이와는 별도로 원고가 자신이 '기존 목포방면'과 동일한 단체라는 사실을 스스로 증명해야 할 책임은 없다고 봄이 타당하였다고 할 것이다.[94]

등기명의인표시의 변경·경정등기에 대한 말소등기청구시 청구권원과 증명책임 - 윤 진 호·김 제 완	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.08.27.	2022.09.01.	2022.10.07.

94) 다만 1차 표시변경등기에 추정력을 인정한다고 하더라도, 대상판결 사건의 재판과정에서 원고와 피고에 의해서 변론에 현출된 주장, 증거에 의하면 원고는 그 소속 종단의 도헌 및 '기존 목포방면'의 회칙과 그 구성과 내용에 있어서 전혀 별개인 새로운 도헌을 제정하여 원고의 대표에게 '기존 목포방면'의 대표가 아닌 그 소속 종단의 대표와 유사한 지위를 인정하는 등 '기존 목포방면'과는 신앙공동체에 있어 교리의 내용, 내부규약, 단체의 활동체제에 근본적인 변화가 있었다고 볼 수 있는바, 이와 같은 점 등에 의하면 원고가 '기존 목포방면'과 동일성이 인정되는 단체라고 할 수 없어 결국 1차 표시변경등기의 추정력은 복멸되었다고 판단할 수 있었을 것이다.

[참고문헌]

[단행본]

편집대표 곽윤직, 민법주해[Ⅳ] 물권(1), 박영사(2002)
편집대표 곽윤직, 민법주해[Ⅴ] 물권(2), 박영사(2002)
곽윤직, 물권법[민법강의Ⅱ] 신정판, 박영사(1997)
지원림, 민법강의 제17판, 홍문사(2020)
명순구, 실록 대한민국 민법 2, 법문사(2010)
민법법인등기실무, 대법원 법원행정처(2018)
부동산등기법, 사법연수원(2018)
요건사실론, 사법연수원(2018)
부동산등기실무[Ⅰ], 법원행정처(2015)
부동산등기실무[Ⅱ], 법원행정처(2015)
예규・선례 통합집(부동산・기타등기), 법원행정처(2016)
예규・선례 색인집(부동산・기타등기), 법원행정처(2016)

[논문]

김봉섭, "권리경정등기의 허용과 한계", 한·일 등기관 상호연수 제11회(2009), 법원공무원교육원(2009)
김종호, "부기등기의 법률관계, 1", 경영법무 통권 제74호, 한국경영법무연구소(2000)
김종호, "부기등기의 법률관계, 2", 경영법무 통권75호, 한국경영법무연구소(2000)
김황식, "부기등기관련소송의 당사자 민사재판의 제문제(상) : 송천 이시윤박사화갑기념 논문집 (95.10)", 박영사(1995)
서규영, "대지권 경정등기에 관하여 -대지권이 있음에도 대지권의 표시의 등기를 하지 아니한 집합건물의 양수인이 청구하는 대지권경정등기-", 판례연구 제17집 상, 서울지방변호사회(2003)
서태영, "경정등기의 형식을 빈 이전등기에 대한 구제방법", 법률신문 제1681호, 법률신문사(1987)
안갑준, "말소등기절차에 관한 일고찰", 사법논집 제26집, 대법원 법원행정처(1995)
안갑준, "말소등기절차와 관련하여 실무상 제기되는 몇가지 문제 1", 법조 제45권 제4호 (96.04), 법조협회(1996)
양승태, "등기명의인의 표시를 타인 이름으로 경정한 명의인표시경정등기의 효력", 민사판례연구 제9권, 민사판례연구회(1987)
이은영, "소유자의 방해제거청구권", 부동산법학 제1권 제1호, 한국부동산법학회(1987)
이정민, "등기원인의 경정을 구하는 소의 적법 여부"(2013. 6. 27. 선고 2012다118549 판결 : 공2013하, 1314), 대법원판례해설 제95호(2013 상), 법원도서관(2013)
전경운, "소유권의 소극적 침해", 민사법학 제49-1호, 한국사법행정학회(2010)
정회근, "부동산표시사항의 경정등기에 관한 소고 -현실경계의 확정과 그 등재에 따른 법적 검토를 중심으로-" 토지공법연구 제30집, 한국토지공법학회(2006. 3.)
제철웅, "실체법상의 등기권리자 및 등기의무자와 소위 절차법상의 : 물권적 등기청구권을 중심으로", 민사법학 제18호, 한국사법행정학회(2000)
조성민, "방해배제청구권과 자력구제", 법학논총 제13권, 한양대학교 법학연구소(1996. 10.)
조의연, "등기명의인 표시변경등기에 관한 실무상 몇 가지 문제점", 청연논총(제7집) 박국수 사법연수원장 퇴임기념, 사법연수원(2010)
채영수, "변경·경정등기와 그 한계", 재판자료 제43집 (상), 법원행정처(1988)

【국문초록】

대상판결 사안은 기존 등기명의인 소유의 부동산에 관한 1차 표시변경등기의 명의인인 원고가 그 뒤 2차 표시변경등기를 경료한 피고를 상대로 하여 그것이 동일성을 해하는 위법한 등기임을 이유로 그 말소를 구하는 사안이다.

등기명의인은 권리에 관한 등기의 현재의 명의인, 즉 등기상의 권리자를 말하고, 등기명의인의 표시변경(경정)의 등기는 등기명의인의 동일성이 유지되는 범위 내에서 등기부상의 표시를 실제와 합치시키기 위하여 행하여지는 것이다. 이와 같이 등기명의인표시의 변경(경정) 등기는 동일한 등기명의인에 관하여 그 표시를 변경(경정)하는 절차이므로, 변경(경정) 전과 후의 등기명의인표시는 동일인을 나타내는 표상으로서 인격의 동일성이 유지되어야 한다.

그러나 만약 등기명의인의 표시변경 또는 경정의 부기등기가 등기명의인의 동일성을 해치는 방법으로 행하여져서 부동산의 등기부상의 표시가 실지 소유관계를 표상하고 있는 것이 아니라면, 이 경우 판례에 의하면 진실한 소유자는 그 소유권의 내용인 침해배제청구권의 정당한 행사로써 그 표시상의 소유명의자를 상대로 그 소유권에 장애가 되는 부기등기인 표시변경 또는 경정등기의 말소등기절차의 이행을 청구할 수 있다.

그렇다면 대상판결 사안에서 2차 표시변경등기의 말소를 구하는 1차 표시변경등기의 명의인인 원고로서는 기본적으로 자신이 당해 부동산의 진실한 소유자인 사실을 주장, 입증해야 하는데, 이에 대해서 원심은 1차 표시변경등기의 추정력을 인정하여 그 명의인인 원고를 당해 부동산의 소유권자로 본 반면에, 대상판결은 1차 표시변경등기명의인인 원고가 자신의 그 변경등기 경료사실만을 주장, 입증하여 자신의 소유권을 입증할 수는 없고 이와는 별도로 자신이 당초의 기존 등기명의인과 동일한 자임을 입증해야 한다고 보았다.

이와 같은 원심과 대상판결의 차이점에 주목하면서, 동일성을 일탈한 위법한 등기명의인표시변경(경정)등기의 말소를 구함에 있어 자신이 진실한 소유자인 사실에 관한 증명책임의 소재가 과연 누구에게 있는지, 이와 관련하여 등기의 추정력은 어떻게 작용할 수 있는지를 중심으로 살펴보았다.

【Abstract】

The source of claim and the burden of proof when requesting the cancellation of registration of change or correction of the indication of a registered titleholder : A review on the concept of ‘a person corresponding to a registered titleholder’ in case law - Korea Supreme Court Decision 2020Da299214 Decided May 7, 2021 -

Yoon, Jin-ho(Attorney-at-law, Law office Seoul Central)
Kim, Je-wan(Professor, Korea University School of Law)

The Supreme Court decision is about a case in which the plaintiff, the titleholder of the first registration of change of the indication for real estate owned by the existing registered titleholder, seeks to cancel the registration against the defendant who has subsequently registered the second registration of change of the indication on the grounds that it is an illegal registration that harms identity.

The registered titleholder refers to the current title holder in the registration of rights, that is, the right titleholder in the registration, and the registration of change(or correction) of the indication of the registered titleholder is performed in order to match the indications in the register with the reality within the extent that the identity of the registered titleholder is maintained.

As such, the registration of change(or correction) of the indication of

the registered titleholder is a procedure for changing(correcting) the indication with respect to the same registered titleholder, so the identity of the person must be maintained before and after the change(or correction) of the indication of the registered titleholder.

However, if the registration of change(or correction) of the indication of the registered titleholder is carried out in a way that impairs the identity of the registered titleholder, and the indication in the real estate register does not represent the actual ownership relation, in this case, according to Korean precedent, the true owner may request the cancellation of the registration of change(or correction) of the indication, which is an obstacle to the ownership, against the owner on the indication on the basis of the legitimate exercise of the right to claim exclusion of infringement which is the content of the ownership.

In this paper, noting the difference between the judgment of the appellate court and the judgment of the Supreme Court, in seeking the cancellation of registration of change(or correction) of the indication of a registered titleholder, which is an illegal registration that deviated from the identity, I looked into who has the burden of proof regarding the fact that he or she is the true owner, and in this regard, focused on how the power of presumption in registration can work.

주제어(Keyword) : 등기명의인(registered titleholder), 표시변경등기(registration of change of the indication of a registered titleholder), 표시경정등기(registration of correction of the indication of a registered titleholder), 동일성(identity), 침해배제청구(claims for exclusive of invasion), 등기의 추정력(power of presumption in registration), 증명책임(burden of proof)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.189

지적 장애인의 의사능력의 판단기준

- 대법원 2022.5.26. 선고 2019다213344 판결의 검토 -

이 승 현*

▶목 차◀

Ⅰ. 대상판결의 분석
1. 사실관계
2. 소송의 경과
Ⅱ. 평 석
1. 서 설
2. 의사능력의 판단기준에 대한 판례의 동향
3. 의사능력의 판단기준에 대한 일본의 논의
4. 평석 대상 판결에 대한 검토
Ⅲ. 결 론
1. 평석 대상 대법원 판결의 타당성 여부
2. 평석 대상 대법원 판결의 의의

Ⅰ. 대상판결의 분석

1. 사실관계

(1) 2015년 7월 6일 원고[1]는 피고와의 사이에서 피고에게 굴삭기(이하에서는 '이 사건 굴삭기'라고 한다)의 구입자금으로 대출원금 88,000,000원을 대출금리 연 11.9%, 대출기간 48개월, 월납입금 2,313,059원(원리금균등상환)으로 정하여 대출하는 내용의 일반대출약정(이하에서는 '이 사건 대출약정'이라고 한다)을 체결하였으며, 같은 날 이 사건 굴삭기의 공급자로 기재된 소외 1명의의 은행계좌로 인지대 35,000원을 공제한 87,965,000원을 입금하였다.

* 성균관대학교 강사, 법학박사.

1) 원고는 신용대출 또는 담보대출 등을 목적으로 설립된 회사이다.

(2) 2015년 7월 9일 이 사건 굴삭기에 관하여 피고 명의로 소유권이전등록이 완료되었는데, 2015년 11월 2일 원고는 피고에게 전화로 “익일까지 이 사건 대출약정에 따른 연체금을 변제하지 않으면 차량인도절차를 진행하겠다”는 내용을 고지하였다.

(3) 2016년 12월 1일을 기준으로 한 이 사건 대출약정에 의한 미상환 대출원금 및 이자, 연체료, 상환수수료는 합계 48,259,252원이었으며 그중 미상환 대출원금은 43,791,260원이었고, 지연배상금률은 연 25%였다.

(4) 한편 피고에 대한 한정후견 개시신청에 따라 청주지방법원 영동지원은 2017년 1월 28일 피고에 대한 한정후견개시결정을 하였으며, 이때 피고의 한정후견인으로 피고의 형이 선임되었다.

2. 소송의 경과

(1) 제1심 법원의 판단과 항소

원고는 피고가 2016년 5월 15일부터 이 사건 대출약정에 기한 할부금을 연체하여 기한의 이익을 상실하였음을 이유로 피고를 상대로 2016년 12월 1일 기준 원리금 48,259,252원 및 그중 원금 43,791,260원에 대하여 2016년 12월 2일부터 완제하는 날까지 연 25%의 비율에 의한 약정지연손해금을 청구하였다.

이에 대하여 제1심 법원[2]은 피고가 이 사건 대출약정을 체결할 당시에 이 약정의 법률적 의미와 효과를 이해할 수 있는 의사능력을 갖추고 있었다고 보기 어렵고[3], 증인의 증언이나 원고가 제출한 증거들만으로는 당시 피

2) 부산지방법원 2018.1.11. 선고 2016가단353926 판결.

3) 제1심 법원은 그 근거로 ① 피고는 2005년 10월 12일 3급 지적장애로 장애인등록이 되었고, 2013년 5월 20일 발급받은 장애진단서에도 지능지수 70, 사회발달연령 7세 8개월, 사회성숙지수 43으로 정신지체 소견을 보인다고 기재되어 있는 점, ② 피고에 대한 성년후견심판 신청사건(청주지방법원 영동지원 2015느단156호, 이하 ‘관련 성년후견사건’이라 한다)에서 국립정신건강센터 정신과 전문의 유빈이 제출한 피고에 대한 정신감정서에 의하면, 피고의 지능지수(IQ)는 52, 사회지수(SQ)는 50으로 사회연령이 9세 수준이고, 학습이나 문제해결에 가용할 수 있는 기본적인 지적능력뿐만 아니라 일상생활에서의 사회적응 및 발달수준도 해당 연령에 비해 매우 부족하며, 사회적 규범에 대한 이해 부족, 비합리적 방식의 의사결정 가능성이 높아 정신적 제약으로 인해 사무를 처리할 능력이 매우 부족한 것으로 판단하고 있는 점, ③ 전술한 ②와

고에게 의사능력이 있었음을 인정하기 어려우므로, 이 사건 대출약정은 피고가 의사능력을 흠결한 상태에서 체결된 것으로서 무효임을 이유로 원고의 청구를 기각하였다. 이에 대해서 원고가 항소하였다.

(2) 원심 법원의 판단

원심[4]은 피고는 원고에게 "원고의 피고에 대한 이 사건 대출약정에 따라 이 사건 대출 원리금 등 합계 48,259,252원과 그 중 원금 43,791,260원에 대하여 2016년 12월 2일부터 다 갚는 날까지 연 25%의 비율로 계산한 지연손해금을 지급할 의무가 있다"고 판시하여 원고의 항소를 인용하였는데, 그 내용은 다음과 같다.

원고의 항소에 대하여 피고가 이 사건 대출약정 당시에 의사무능력이었음을 주장한 데 대하여 원심은 ① 피고는 2005년 10월 12일 지적장애 3급의 장애인 판정을 받은 사실, ② 피고는 2013년 5월 20일경 지능지수 70, 사회발달연령 7세 8개월의 장애진단서를 발급받은 사실, ③ 피고에 대한 청주지방법원 영동지원(사건번호 생략) 성년후견개시 사건에서 국립정신건강센터장이 2016년 12월 7일 제출한 감정서(을 제5호증의3. 이하에서는 '이 사건 감정서'라고 한다)의 기재에 의하면, 피고에 관하여 "정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족하다"는 감정 결과가 나온 사실은 인정하였다. 그러나 원심은 ① 이 사건 감정서의 기재에 의하면 원고는 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 정도는 아니라는 감정 결과가 나온 점, ② 피고도 일정한 금전적인 이익을 얻기 위하여 이 사건 대출약정을 체결하였다는 취지로 주장하고 있는바, 피고가 자신의 필요에 따라 이 사건 대출약정을 체결한 것으로 보이는 점, ③ 피고는 원고의 직원을 직접 만나

같은 이유로 관련 성년후견사건에서도 2017년 1월 18일 피고에 대한 한정후견 개시결정이 내려졌고, 위 결정에서 피고가 한정후견인의 동의를 받아야 하는 행위의 범위에는 '부동산의 관리·보존·처분, 예금 등의 관리, 물품의 구입·판매, 서비스 이용계약의 체결·변경·종료, 금전 및 유체동산 등의 차용·대여·증여 등'이 포함되어 있는 점, ④ 전술한 ①②③을 종합하면 피고가 재산상의 합리적 의사결정을 하기 어려운 지적 장애는 정신감정서상의 감정기간(2016년 10월 31일부터 2016년 11월 24일) 이전부터 장기간 계속되어 왔다고 보이는 점을 든다.

4) 부산지방법원 2019.1.18. 선고 2018나41754 판결.

이 사건 대출약정과 관련한 문서를 작성하였고, 원고 직원의 대출금 지급 독촉 전화를 받아 “내일까지는 해결할 수 있을 것 같다. 무슨 일이 있어도 내일까지는 처리하겠다”는 내용의 통화를 하기도 한 점, ④ 장애인복지법 시행규칙 제2조 및 별표 제1의 ‘장애인의 장애등급표’에 의하면, 지적장애인 3급은 ‘지능지수가 50 이상 70 이하인 사람으로서 교육을 통한 사회적·직업적 재활이 가능한 사람’으로 규정하고 있는 점, ⑤ 피고가 이 사건 대출약정 이후 2017년 1월 28일 한정후견개시결정을 받은 사실은 앞서 본 바와 같으나, 한정후견은 ‘질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람’을 대상으로 하는 것인 점 등을 이유로 이 사건 인정사실만으로는 이 사건 대출약정 당시 피고가 인지 및 판단능력을 현저히 결여하여 독자적으로 자기 의사를 결정할 수 없는 의사무능력의 상태에 있었다고 인정하기에 부족하다고 보아서 원고의 주장을 받아들였고 피고의 주장을 배척하였다.

그 밖에 원고의 항소에 대하여 피고는 이 사건 대출약정은 통정허위표시로 인하여 무효라거나 사기로 취소되어야 한다거나 원고의 주장이 신의칙 위반이라는 점 등을 주장하였다. 이러한 피고의 주장에 대하여 원심은 이 사건 대출약정 당시 피고의 주장과 같이 원고와 피고 사이에 피고가 명의만을 제공하기로 하는 합의가 있었음을 인정할 아무런 증거가 없는 점, 이 사건 대출약정 당시 제3자가 피고를 기망하여 이 사건 대출약정에 서명하게 하였다거나, 위와 같은 사실을 원고가 알고 있었음을 인정할 증거가 없는 점, 피고가 주장하는 사정만으로는 원고의 이 사건 청구가 신의칙에 반한다거나 정의 관념에 반한다고 보기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없는 점을 이유로 피고의 주장을 받아들이지 않았다. 이러한 원심 법원에 대하여 피고가 상고하였다.

(3) 대법원 판결[5)]

대법원은 이 사건 대출약정 당시 의사무능력이었다는 피고의 상고에 대하여 “원심 판결은 지적 장애인의 의사능력에 관한 법리를 오해하여 필요

5) 대법원 2022.5.26. 선고 2019다213344 판결.

한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 질못"이 있음을 이유로 원심 판결을 파기환송하고 피고의 상고를 인용하였다. 대법원 판결이 판시한 내용은 다음과 같다.

1) 의사능력이란 자기 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력이나 지능을 말한다. 의사능력 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단해야 하고[6], 특히 어떤 법률행위가 일상적인 의미만을 이해해서는 알기 어려운 특별한 법률적 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위해서는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대해서도 이해할 수 있어야 한다.[7]

장애인복지법 제2조 제2항 제2호, 장애인복지법 시행령 제2조 제1항 [별표 1] 제6호, 장애인복지법 시행규칙 제2조 제1항 [별표 1] 제6호에 따르면, 특별한 사정이 없는 한 지능지수가 70 이하인 사람은 교육을 통한 사회적·직업적 재활이 가능하더라도 지적장애인으로서 위 법령에 따른 보호의 대상이 된다. 지적장애인에 해당하는 경우에도 의학적 질병이나 신체적 이상이 드러나지 않아 사회 일반인이 보았을 때 아무런 장애가 없는 것처럼 보이는 경우가 있다. 반면 지적장애를 가진 사람이 장애인복지법령에 따라 지적장애인 등록을 하지 않았다거나 등록 기준을 충족하지 못하였다고 해서 반드시 의사능력이 있다고 단정할 수 없다.

이러한 사정을 고려하면, 지적장애를 가진 사람에게 의사능력이 있는지를 판단할 때 단순히 그 외관이나 피상적인 언행만을 근거로 의사능력을 쉽게 인정해서는 안 되고, 의학적 진단이나 감정 등을 통해 확인되는 지적장애의 정도를 고려해서 법률행위의 구체적인 내용과 난이도, 그에 따라 부과되는 책임의 중대성 등에 비추어 볼 때 지적장애를 가진 사람이 과연 법률행위의 일상적 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과를 이해할 수 있는지, 법률행위가 이루어지게 된 동기나 경위 등에 비추어 합리적인 의사결정이라고 보기 어려운 사정이 존재하는지 등을 세심하게 살펴보아야 한다.

---

6) 대법원 2002.10.11. 선고 2001다10113 판결 참조.

7) 대법원 2006.9.22. 선고 2006다29358 판결; 대법원 2009.1.15. 선고 2008다58367 판결 등 참조.

2) 원심 판결의 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거에 따르면 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

가. 피고는 2005. 10. 12. 지적장애 3급의 장애인으로 등록하였다. 피고는 2013. 5. 20. '지능지수 70, 사회발달연령 7세 8개월, 사회성숙지수 43'의 장애진단을 받았다.

나. 이 사건 대출약정 이후 피고에 대한 성년후견 개시가 청구되어 (사건번호 생략) 2017. 1. 18. 피고에 대해 한정후견이 개시되었다. 그 심판 절차에서 2016. 10. 31.부터 2016. 11. 24.까지 이루어진 피고에 대한 정신상태 감정 결과 '지능지수 52, 사회지수 50(사회연령 9세)'이라는 진단을 받았고, '학습이나 문제해결을 위한 기본적인 지적능력뿐만 아니라 일상생활에서의 사회 적응 수준이 해당 연령에 비해 매우 부족하고, 사회적 규범에 대한 이해가 부족하며, 비합리적 방식의 의사결정 가능성이 높아 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 매우 부족하다.'는 평가를 받았다. 위 감정 결과의 내용과 그 감정 시기 등에 비추어 볼 때, 이 사건 대출약정 당시 피고의 지능지수와 사회적 성숙도 역시 위 감정 당시와 비슷한 정도였을 것으로 볼 수 있다.

다. 이 사건 대출약정의 대출금은 8,800만 원으로서 결코 소액이라고 볼 수 없다. 이 사건 대출약정은 굴삭기 구입자금을 마련하기 위한 것으로서 굴삭기는 실질적으로 대출금채무의 담보가 되고 대출금은 굴삭기 매도인에게 직접 지급되는데, 이와 같은 대출 구조와 내용은 피고의 당시 지적능력으로는 이해하기 어려운 정도라고 볼 수 있다.

라. 원고는 피고가 굴삭기의 실수요자라고 보아 이 사건 대출을 한 것이고, 증빙자료로서 피고의 굴삭기운전자격증을 제출받았으나, 굴삭기운전자격증은 이후 위조된 것으로 판명되었다. 이 사건 대출약정 당시 피고의 지적능력에 비추어 피고가 굴삭기를 운전할 능력이 있었다고 보기도 어렵다. 이 사건 대출금은 굴삭기 공급자에게 직접 지급되어 피고가 이를 받은 적이 없는데도, 피고가 굴삭기운전자격증을 위조하면서까지 이 사건 대출약정을 할 동기를 찾기 어렵다. 이와 같이 이 사건 대출약정의 체결 경위에는 합리적인 의사결정이라고 보기 어려운 사정이 있고, 오히려 제3자가 대출금을 실제로 사용하기 위해서 피고를 이용한 것은 아닌지 의심이 든다.

3) 이러한 사정을 위에서 본 법리에 비추어 보면, 지적장애인인 피고가 이 사건 대출약정의 법률적인 의미나 효과를 이해할 수 있었다고 보기 어렵다. 따라서 피고는 이 사건 대출약정 당시 의사능력이 없다는 이유로 이 사건 대출약정은 무효라고 볼 여지가 많다.

그런데 원심은 피고가 이 사건 대출약정 당시 인지·판단능력이 현저히 결여되어 독자적으로 자기 의사를 결정할 수 없는 상태에 있었다고 보기 어렵다는 이유로 피고의 의사무능력 주장을 배척하였다. 원심판결은 지적장애인의 의사능력에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않아 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유 주장은 정당하다.

Ⅱ. 평 석

1. 서 설

판례에 의하면 의사능력이 있는지 여부에 대한 판단은 구체적인 행위와 관련하여 개별적으로 판정되는 것이고, 그에 관한 형식적・획일적 기준이 있는 것은 아니며, 의사능력이 없음을 주장하는 사람이 이를 증명해야 한다고 한다.[8] 이러한 판례의 입장은 의사무능력자를 두텁게 보호하기 위하여 법원이 최종적인 후견자의 입장에서, 그리고 구체적 타당성을 도모하는 관점에서 의사능력이 있는지 여부에 대하여 구체적 사정을 고려한 개별적 판단을 할 수밖에 없는 태도를 취한 점에서 기본적으로 타당한 것으로 보인다.

다만 판례의 입장이 기본적으로 타당하다고 하더라도 구체적으로 의사능력의 유무[9]를 판단한 판례를 살펴보면 어떤 경우에 의사무능력이 인정되는지가 선명하지 않은 경우가 적지 않다. 특히 동일한 사실관계임에도 의사능력이 인정되는지 여부가 각 심급의 판결마다 결론이 다른 경우가 있는데,

---

8) 대법원 2014.3.13. 선고 2009다53093, 2009다53109 판결; 대법원 2006.9.22. 선고 2004다51627 판결.

9) 의사능력 유무의 판단기준은 의사능력의 판단기준을 의미한다. 이 논문에서는 이 두 용어를 혼용하여 사용하기로 한다.

그 대표적 예로 이 논문이 평석의 대상으로 삼은 대법원 2022.5.26. 선고 2019다213344 판결(피고의 의사무능력 인정)과 이 판결의 하급심 판결(원심 판결(피고의 의사무능력 부정)과 제1심 판결(피고의 의사무능력 인정))을 들 수 있다. 물론 동일한 사실관계라도 당사자의 주장 증명의 여하에 따라 판결의 결과가 달라지는 원인이 민사소송법상 변론주의 원칙이 적용되어 당사자의 주장 증명에 따른 법관의 심증 형성에 있다면 이는 문제되지 않을 것이다.

그러나 동일한 사실관계에서 당사자의 주장 증명과 관계없이 법관의 심증이 동일하지 않은 부분이 적지 않게 존재한다면 이는 국민의 예측가능성의 관점에서 문제될 것으로 보인다. 여기에서 필자는 동일한 사실관계라도 이에 대한 법관의 심증이 동일하지 않고 이에 따라 판결의 결과가 달라지는 이유가 해당 사실관계에서 문제되는 쟁점을 판단하는 기준이 명확하지 않은 점에 있는 것이 아닌가라는 문제의식을 갖게 되었다. 그리고 이러한 문제의식을 갖게 된 부분이 바로 의사능력의 유무를 판단하는 판례의 태도이다. 물론 의사능력의 유무를 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단하는 확립된 판례의 법리가 적용되는 상황에서는 의사능력 유무의 판단기준을 명확하게 정하는 작업은 불가능할 것이다. 그러나 판례가 의사능력의 유무를 판단할 때 어떠한 요소를 중요하게 고려하고 어떠한 판단기준을 동원하는지를 탐구하고 규명하는 작업은 국민의 예측가능성의 관점에서 바람직할 뿐만 아니라 필요하다고 생각한다. 게다가 최근 고령화 사회가 진전되면서 미성년자뿐만 아니라 성인이라도 치매를 앓는 고령자나 지적 장애인 등의 의사능력 유무가 문제되는 사례가 증가되고 있을 뿐만 아니라 다양화되고 있다. 이러한 상황에 비추어 보면 의사능력의 유무에 대한 확고한 판례의 법리에 기대어 의사능력의 유무에 대한 판단기준을 규명하는 작업이 실익이 없다거나 필요 없다고 볼 것이 아니다. 오히려 적극적으로 판례가 의사능력의 유무를 판단할 때 어떠한 요소를 중요하게 고려하고 어떠한 기준에 따르는지를 사례 내지 유형별로 정리하여 이를 규명하는 작업을 수행하여야 하며, 이를 통하여 의사능력 유무의 판단기준의 선명화에 기여하고 나아가 다양한 사례에 대응하고 예측할 수 있는 지침을 제시하는 것이 학계의 임무라고 생각한다. 이와 관련하여 우리나라와 동일하게 의사능력의

유무 판단에 대한 확고한 판례 법리를 갖고 있는 일본의 학설 중에는 자국의 판례를 소재로 의사능력의 유무를 판단할 때 주로 고려하는 요소 내지 판단기준을 규명하려고 노력하는 견해가 적지 않게 보인다.[10]

이에 따라 이 논문에서는 최근 지적 장애인의 의사능력의 유무에 대하여 판단한 대법원 2022.5.26. 선고 2019다213344 판결(이하에서는 '평석 대상 대법원 판결'이라고 한다)을 평석의 대상으로 삼았다. 여기에서는 전술한 '이 사건 대출약정' 당시 피고에게 의사능력이 있는지 여부가 문제되었다(이 문제에 대해서 피고가 상고이유로 다투고 있었다).

이하에서는 이 쟁점에 대한 기존 판례의 입장을 정리한 다음에 비교법적 관점에서 우리나라와 동일하게 의사능력의 유무 판단에 대한 확고한 판례 법리를 갖고 있는 일본에서는 어떠한 논의가 있는지를 고찰한 후 이를 기초로 평석 대상 대법원 판결을 검토함으로써 판례가 의사능력의 유무를 판단할 때 고려하는 요소 내지 판단기준을 규명하고 평석 대상 대법원 판결의 타당성 여부와 의의를 밝히기로 한다.

2. 의사능력의 판단기준에 대한 판례의 동향

(1) 의 의

판례[11]는 의사능력을 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능으

---

10) 예컨대 大村敦志・道垣內弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 新注釋民法(1) 總則(1) §§1-89, 有斐閣, 平成30年(2018年), 380頁 이하[山本敬三 집필], 能見善久・加藤新太郎 編集, 論点体系 判例民法 1 總則I, 第3版, 第一法規, 平成31年(2019年), 77頁 이하[田口治美 집필], 三輪まどか, "[論說] 高齡者の意思能力の有無・程度の判定基準-遺言能力, 任意後見契約締結能力をめぐる裁判例を素材として-", 「横浜法學」, 第22卷 第3号, 横浜法學會, 平成26年(2014年), 263頁 이하, 村田彰, "「意思能力」を考える-「意思能力」を定義する場合の留意点を中心として-", 「名城法學」, 第66卷 第3号(片桐善衛教授退職記念号), 名城大學法學會, 平成28年(2016年), 183頁 이하, 一藁幸, "意思能力規定に期待される役割に關する一考察-近時の裁判例の分析をもとに-", 「岡山大學法學會雜誌」, 第68卷 第3・4号, 岡山大學法學會, 平成31年(2019年), 435頁 이하 등이 있다.

11) 대법원 2012.3.15. 선고 2011다75775 판결; 대법원 2002.10.11. 선고 2001다10113 판결 등.

로 정의하며, 학설[12]도 대체로 이를 지지한다. 그리고 판례는 의사능력의 판단기준과 관련하여 "의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 할 것이므로, 특히 어떤 법률행위가 그 일상적인 의미만을 이해하여서는 알기 어려운 특별한 법률적인 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위하여는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대하여도 이해할 수 있을 것을 요한다"고 판시하는데[13], 이는 오늘날 확립된 판례의 법리라고 볼 수 있다.

의사무능력자의 행위에 대하여 법률상 아무런 효과가 발생하지 않게 하는 제도는 사적 자치의 원칙을 토대로 하며, 궁극적인 목적은 의사무능력자를 보호하는 데에 있다.[14] 따라서 의사능력이 없는 자(의사무능력자)가 한 행위의 법적 효과에 대하여 우리민법은 명문규정이 없지만, 판례 및 학설은 무효라고 해석한다.[15] 다만 여기에서 무효의 법적 성질에 대하여 학설은 의사무능력자는 물론이고 그 거래상대방이나 제3자도 무효를 주장할 수 있다는 절대적 무효설[16]과 의사무능력자를 보호하는 차원에서 의사무능력자는 무효를 주장할 수 있지만 그 상대방 등은 무효를 주장할 수 없다는 상대적 무효설[17]이 대립하는데, 이에 대해서는 사적 자치의 원칙에 비추어 볼

---

12) 김형석・오영준 편집 / 양창수 편집대표, 민법주해[I], 총칙(1)[제1조-제30조], 제2판, 박영사, 2022, 451면(김시철 집필); 지원림, 민법강의, 제19판, 홍문사, 2022, 61면; 송덕수, 민법총칙, 제6판, 박영사, 2021, 188면 등.

13) 대법원 2006.9.22. 선고 2006다29358 판결; 대법원 2009.1.15., 선고 2008다58367 판결; 대법원 2012.3.15. 선고 2011다75775 판결 등.

14) 김형석・오영준 편집 / 양창수 편집대표, 앞의 책, 452면(김시철 집필).

15) 대법원 2014.3.13. 선고 2009다53093, 2009다53109 판결; 대법원 2006.9.22. 선고 2004다51627 판결; 김증한・김학동, 민법총칙, 제10판, 박영사, 2013, 122면; 이영준, 민법총칙, 개정증보판, 박영사, 2007, 859면; 한승・손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 주석민법, [총칙1], §1-§96, 제5판, 한국사법행정학회, 2019, 274면(신숙희 집필) 등.

16) 김형석・오영준 편집 / 양창수 편집대표, 앞의 책, 452면(김시철 집필); 강태성, 민법총칙, 제5판, 대명출판사, 2013, 123면; 고상룡, 민법총칙, 제3판, 법문사, 2003, 115면; 곽윤직・김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013, 110면; 김상용, 민법총칙, 제2판, 화산미디어, 2013, 148면; 김준호, 민법총칙, 제15판, 법문사, 2021, 63면; 김증한・김학동, 앞의 책, 121면; 백태승, 민법총칙, 제6판, 집현재, 2014, 134면; 송덕수, 앞의 책, 188-189면; 이영준, 앞의 책, 858면; 이은영, 민법총칙, 제5판, 박영사, 2009, 158면; 지원림, 앞의 책, 61면 등.

17) 김주수・김상용, 민법총칙, 제7판, 삼영사, 2013, 99면; 김민중, 민법총칙, 법영사, 2014,

때 의사무능력자의 법률행위에 대하여 어떤 효과를 인정하기 어려운 점을 근거로 한 절대적 무효설이 다수설의 지위를 차지하는 것으로 보인다.

(2) 판례의 동향

1) 판례의 일반적 동향

우리나라의 경우에 의사능력의 유무에 대한 판단기준에 대하여 리딩케이스가 되는 판례는 대법원 2002.10.11. 선고 2001다10113 판결이다.[18] 이 판결은 "의사능력이란 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 말하는 것으로서, 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 할 것이다"라고 판시하여 의사능력의 유무는 구체적 법률행위별로 개별적으로 판단하여야 함을 최초로 밝힌 점에서 의의가 있다.[19]

전술한 대법원 2002.10.11. 선고 2001다10113 판결이 선고된 이후의 판례의 동향을 살펴보면 대법원 2002.10.11. 선고 2001다10113 판결을 통하여 제시된 구체적 판단 부분을 법리로 발전시켜서 법률행위의 법률적 의미나 효과에 대하여 이해할 수 있어야 의사능력이 있다고 보는 경향에 있다. 예컨대 대법원 2006.9.22. 선고 2006다29358 판결[20]은 "의사능력이란 자신의

123면 등.

18) 이 판결의 소송 경위는 다음과 같다. 즉 원고가 피고 축협으로부터 두 차례에 걸쳐 5,000만 원을 대출받고 그 담보로 원고 소유 주택과 토지에 근저당권을 설정해 주었는데, 그 후 원고는 위 대출약정 및 근저당권 설정 당시 자신이 의사무능력자였음을 이유로 위 근저당권의 말소를 청구하였다. 이에 대하여 원심 판결인 수원지방법원 2000.12.8. 선고 2000나4231 판결은 ① 원고에 대한 정신장애 진단과 감정 결과는 이 사건 계약을 체결한지 1년이 경과한 후에 있었고, 이는 원고 가족들의 진술에 상당 부분을 의존한 점, ② 원고는 종전에도 근저당권을 설정한 경험이 있었으며, 계약을 체결할 당시에 피고 축협을 방문하여 일부 서류에 직접 서명・날인한 점, ③ 이 사건 계약은 돈을 빌리고 이에 대하여 담보를 제공하는 정도로서 비교적 낮은 정도의 판단능력을 요하는 점 등을 이유로 원고의 의사무능력을 인정하지 않았다.

19) 물론 이 판결 이전에도 의사능력이 없으면 해당 법률행위는 무효라는 취지의 대법원 판결들이 선고되었지만, 의사능력의 의의와 판단기준을 판시한 최초의 판례는 대법원 2002.10.11. 선고 2001다10113 판결이다.

20) 이 판결의 소송 경위는 다음과 같다. 즉 피고2가 처(妻)인 피고1의 신용보증계약상 채무를 연대보증하였는데, 그 후 원고가 피고들을 상대로 연대보증금을 청구하였고, 이에 대하여 피고2는 연대보증계약을 체결할 당시에 자신이 의사무능력이었다고 주

행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 말하는바, 특히 어떤 법률행위가 그 일상적인 의미만을 이해하여서는 알기 어려운 특별한 법률적인 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위하여는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대하여도 이해할 수 있을 것을 요한다고 보아야 하고, 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 할 것이다"라고 판시하였다.

또한 판례는 의사무능력자로 인정되는 경우에 민법 제141조[21]가 유추적용되어 의사무능력자는 현존이익의 한도에서 반환책임이 있다고 판시하였지만, 현존이익의 부존재는 의사무능력자에게 증명책임이 있다는 입장을 취하였다. 예컨대 대법원 2009.1.15. 선고 2008다58367 판결[22]은 "의사능력이란 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로

장하였다. 이에 대하여 원심 판결인 서울중앙지방법원 2006.4.19. 선고 2005나3679 판결은 ① 피고2는 연대보증계약을 체결할 당시에 만 38세로서 계약서에 자필 서명하였으며, 직접 발급받은 인감증명서를 제출한 점, ② 연대보증행위는 비교적 낮은 정도의 판단능력을 요하는 행위인 점, ③ 피고2에 대한 정신감정은 연대보증계약을 체결한 지 약 5년 후에 이루어진 점 등을 이유로 피고2의 의사무능력을 인정하지 않았다.

21) **민법 제141조(취소의 효과)** 취소된 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. 다만, 제한능력자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있다.

22) 이 판결의 소송 경위는 다음과 같다. 즉 원고는 피고 농협으로부터 5,000만 원을 대출받고 담보로 원고 소유 부동산에 근저당권을 설정해 주었으며, 이 사건 대출 당시에 원고의 지인 甲이 원고와 함께 피고 농협을 방문하여 대출금 5,000만 원을 수령하여 자기 아들 乙의 사업자금으로 사용하였다. 그 후 원고는 지능 64, 사회적 연령 7세, 의사소통 영역 5.14 내지 6.19세, 작업 영역 7.54 내지 10.4세 정도에 해당되었으므로, 원고는 자신의 의사무능력으로 인하여 이 사건 대출계약이 무효라는 이유로 피고 농협을 상대로 대출금채무의 부존재 확인과 근저당권설정등기의 말소를 청구하였다. 이에 대하여 피고는 설사 대출계약이 무효라 하더라도 근저당권 말소와 동시에 원고로부터 5,000만 원을 부당이득으로 반환받아야 한다는 동시이행의 항변을 하였다. 이에 대하여 원심 판결인 인천지방법원 2008.7.10. 선고 2007나12913 판결은 원고가 의사무능력자라고 판단하였고, 이 판결은 이를 수긍하였다. 다만 원심 판결은 원고의 현존이익이 없다는 이유로 피고의 동시이행항변을 배척하였지만, 이 판결은 ① 이 사건 대출금 5,000만 원은 원고가 甲, 乙 측에 경솔하게 대여하여 이를 모두 소비한 점, ② 다만 원고가 甲 또는 乙에 대하여 대여금채권 또는 부당이득반환채권을 가지고 있으므로 원고의 현존이익은 위와 같은 채권 형태로 현존하는 점, ③ 피고 농협은 원상회복으로 현존이익의 위 채권의 양도를 구할 수 있으며, 원고의 위 채권의 양도의무와 피고 농협의 근저당권설정등기를 말소할 의무는 동시이행관계에 있는 점 등을 이유로 원심 판결의 이 부분 판단을 수긍하지 않았다(근저당권설정등기의 말소청구 부분을 파기하였다).

합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 말하는 것으로서, 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 할 것이므로, 특히 어떤 법률행위가 그 일상적인 의미만을 이해하여서는 알기 어려운 특별한 법률적인 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위하여는 그 행위의 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대하여도 이해할 수 있을 것을 요한다. 민법 제141조는 "취소한 법률행위는 처음부터 무효인 것으로 본다. 그러나 무능력자는 그 행위로 인하여 받은 이익이 현존하는 한도에서 상환할 책임이 있다"고 규정하고 있는데, 무능력자의 책임을 제한한 위 조항의 단서는 부당이득에 있어 수익자의 반환범위를 정한 민법 제748조의 특칙으로서 무능력자의 보호를 위해 그 선의 · 악의를 묻지 아니하고 반환범위를 현존 이익에 한정시키려는 데 그 취지가 있으므로, 의사능력의 흠결을 이유로 법률행위가 무효가 되는 경우에도 유추적용되어야 할 것이나, 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 그로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우, 그 취득한 것이 금전상의 이득인 때에는 그 금전은 이를 취득한 자가 소비하였는가의 여부를 불문하고 현존하는 것으로 추정되므로, 위 이익이 현존하지 아니함은 이를 주장하는 자, 즉 의사무능력자 측에 입증책임이 있다"고 판시하였다.

그리고 판례는 의사무능력은 이를 주장하는 자에게 증명책임이 있다고 판시하였으며, 의사무능력을 이유로 법률행위의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 반하지 않는다는 입장을 취한다. 예컨대 대법원 2014.3.13. 선고 2009다53093, 2009다53109 판결은 "민법 제1108조 제1항은 "유언자는 언제든지 유언 또는 생전행위로써 유언의 전부나 일부를 철회할 수 있다"고 정하고 있고, 만 17세[23]에 달한 사람은 의사능력이 있으면 유언을 할 수 있으므로, 의사능력이 있는 유언자는 언제든지 자신의 유언을 철회할 수 있다고 할 것이다. 한편 의사무능력을 이유로 법률행위의 무효를 주장하는 측은 그에 대하여 입증책임을 부담한다"고 판시하였다. 또한 대법원 2006.9.22. 선고 2004다51627 판결은 "의사무능력자의 사실상의 후견인이었던 아버지의 보조를 받아 의사무능력자가 자신의 명의로 대출계약을 체결하고 의사무능력자 소유

23) **민법 제1061조(유언적령)** 만17세에 달하지 못한 자는 유언을 하지 못한다.

부동산에 관하여 근저당권을 설정한 후, 의사무능력자의 여동생이 특별대리인으로 선임되어 위 대출계약 및 근저당권설정계약의 효력을 부인하는 경우에, 이러한 무효 주장이 거래관계에 있는 당사자의 신뢰를 배신하고 정의의 관념에 반할 것 같은 예외적인 경우에 해당하지 않는 한, 의사무능력자에 의하여 행하여진 법률행위의 무효를 주장하는 것이 신의칙에 반하여 허용되지 않는다고 할 수 없다"고 판시하였다.

2) 의사능력의 유무에 대한 판례

(가) 서 언

의사능력의 유무가 문제된 사안에서 판례는 사안에 따라 구체적·개별적으로 판단하여 의사능력의 유무를 판단한다. 이하에서는 평석 대상 대법원 판결이 선고되기 이전에 선고된 의사능력의 유무에 대하여 판단한 주요 판례를 소개한다.

(나) 의사능력을 긍정한 판례

판례가 의사능력을 긍정한 예로 다음의 판례가 있다.

① 망인이 대학을 졸업한 후 편집성 정신분열증 진단을 받고 정신병원에 입원하였는데, 정신병원에 있는 동안에 병원을 탈출하려고 시도하다가 병원 건물 9층에서 추락하여 사망한 사안에서 대법원 1993.9.14. 선고 93다21552 판결은 "이 사건 사고 당시 망인이 행위책임을 부담할 정도의 완전한 의사결정능력을 보유하고 있다고 볼 수 없다 하더라도 자신의 신체에 대한 위험성 등을 판별할 수 있는 어느 정도의 의사능력을 갖고 있어 과실상계에 해당하는 사유가 있다"는 원심 판결[24]을 수긍하였다.[25]

② 대법원 2002.2.5. 선고 2001다72029 판결은 계약을 체결할 당시의 나이가 19세 4개월에 이른 사람은 의사능력을 가지기에 넉넉하다고 판시하였다.

③ 원고가 뇌경색이 발병된 후 체결한 이 사건 부제소합의는 의사능력이 없는 상태에서 체결한 것이라는 이유로 무효라고 판단한 원심 판결[26]에 대하여 대법원 2009.2.26. 선고 2008다80616 판결은 "원고가 이 사건 확인서

24) 서울고등법원 1993.4.2. 선고 92나34768 판결.

25) 다만 이 판결은 원심이 산정한 과실상계의 비율이 과다하다는 이유로 원심을 파기하였다.

26) 서울고등법원 2008.10.9. 선고 2008나6726 판결.

작성 당시 월 330만 원의 차임은 피고가 약속한 차임보다 현저하게 저렴한 금액이고, 이 사건 빌라를 차임 월 330만 원에 임대하고 피고로부터 차액을 지급받아 월 400만 원의 수입을 획득할 수 있다는 것 등을 판단할 능력이 있었다는 사실을 전제로 하는 것인 점, 원심 변론종결 전까지 원고의 정신적 능력을 판단할 만한 감정서 등 객관적인 자료가 제출된 바 없고, 원고가 금치산 등의 선고를 받은 바 없는" 등 원고의 의사무능력을 인정하기에 충분한 증거가 없다는 이유로 원심 판결[27]을 파기하였다.[28]

④ 원고가 망인의 대리인인 甲으로부터 이 사건 부동산을 매수하였는데, 망인이 甲에게 위임장을 작성해 주었을 당시에 의사무능력이었다고 판단하여 매매계약은 무효라고 판시한 원심 판결[29]에 대하여 대법원 2013.10.31. 선고 2013다52387 판결은 "이 사건 위임장에는 2010. 8. 11. 대리로 발급된 망인의 인감증명서가 첨부된 사실, 망인은 2010. 8. 7.경 서울아산병원에 입원하였다가 같은 해 8. 12.경 퇴원하여 한국관광대학 노인전문병원으로 전원하였는데, 서울아산병원에서 퇴원할 무렵 자신의 주치의와 상담을 하고 수술 치료를 거부하는 의사를 표시하였던" 사실관계에 의하면, "적어도 2010. 8. 11. 이전에 망인의 위 인감증명서 발급을 위임하는 망인 명의의 위임장이 작성되었을 것이고, 위 인감증명서가 첨부된 이 사건 위임장 역시 그 무렵 작성되었을 가능성이 상당히 큰데, 당시 망인은 자신의 수술 치료 여부에 관해 주치의와 상담하고 거부의 의사를 표시할 정도의 정신적 능력 또는 지능을 지니고 있었다"고 보이므로, 의사무능력이라고 보기 어렵다는 이유로 원심 판결을 파기하였다.

---

27) 서울고등법원 2008.10.9. 선고 2008나6726 판결.

28) 다만 본문의 ② 판결과 ③ 판결은 성인의 의사능력 추정과 관련된 판결로서, 적극적으로 의사능력이 있다는 점의 '표지'가 있다고 판시한 판결은 아닌 것으로 보인다. 한편 본문의 ③ 판결과 유사한 취지의 판례로 대법원 2006.10.26. 선고 2005다36069 판결(담당 공무원이 부동산매도용 인감증명서를 발급받을 때에는 본인이 직접 인감증명 발급대장에 서명하여야 한다는 취지를 당사자에게 설명하였으며, 당사자가 이를 알아듣고 인감증명 발급대장에 직접 서명하였고, 당사자가 비록 고령이면서 거동이 불편하기는 하였지만, 의사소통에 문제가 있는 정도는 아니었다고 진술하고 있는 점 등 제반 사정에 비추어 볼 때, 당사자에게 부동산매매계약에 관한 의사능력이 없었음을 인정하기 어렵다고 판단한 사례로서 의사능력의 흠결에 대한 증명이 부족하다고 본 판례)이 있다.

29) 서울북부지방법원 2013.5.31. 선고 2012나677 판결.

⑤ 원고(A, B 부부의 친자)는 甲(A, B 부부의 양자)에게 이 사건 부동산을 명의신탁하였으며, 甲은 피고에게 이 사건 부동산을 대물변제 조로 매도하였는데, 그 후 원고는 甲이 의사무능력자라는 이유로 이 사건 매매계약이 무효라고 주장하면서 이 사건 부동산의 소유권이전등기말소를 청구한 사안(이 사안은 지적 장애 자체가 없었던 사안이다)에서 대법원 2012.3.15. 선고 2011다75775 판결은 "의사능력이란 자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능을 말하는 것으로서, 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 할 것"이라는 기존 판례를 설시한 후 甲은 뇌병변(보행・일상생활의 현저한 제한), 지체장애(신체적 장애)가 있었을 뿐 지적 장애가 있는 자가 아닌 점을 이유로 甲은 의사무능력자가 아니라고 판단한 원심 판결[30]을 수긍하였다.

(다) 의사능력을 부정한 판례

판례가 의사능력을 부정한 예로 다음의 판례들이 있다.

㉮ 대법원 1976.12.14. 선고 76다2191 판결은 "원심은 … 원고가 1973. 1. 4.생인 유아로서 의사능력이 없다 해서 원고 앞으로의 어음취득이 무효라고 할 수는 없다고 판단하고 있는 바, 이 판단 또한 정당하고 이 사건 어음상에 법정대리인의 표시가 없다고 하여 결론을 달리할 바 되지는 못하며, 의사능력이 없는 미성년자에 대하여는 그 법정대리인이 당연히 이를 대리하여 법률행위를 할 수 있는 것이므로 반대의 견해에 입각한 소론 논지도 그 이유 없음에 돌아간다"고 판시하여 만 2세의 유아는 어음을 배서로 취득할 의사능력이 없지만, 법정대리인이 유아를 대리하여 어음을 취득할 수 있고, 그 법정대리 표시가 없어도 무방하다고 보았다.

㉯ 대법원 1993.7.27. 선고 93다8986 판결은 피고의 아들 甲이 실제로 이 사건 부동산을 매도하고 소유권이전등기를 이전해 주었는데, 그 당시에 피고는 뇌혈관질환 후유증인 대뇌기질적 장애로 인하여 사물을 판별할 만한 능력이나 의사를 결정할 능력을 완전히 상실한 상태에 있었던 사안에서

30) 수원지방법원 2011.8.16. 선고 2010다24838 판결.

이 사건 소유권이전등기는 피고의 의사에 기하지 않은 원인무효의 등기라고 판시하였다.[31]

㉰ 대법원 1996.4.23. 선고 95다34514 판결은 유언공정증서를 작성할 당시에 유언자가 반혼수 상태였으며, 유언공정증서의 취지가 낭독된 후에도 그에 대하여 전혀 응답하는 말을 하지 아니한 채 고개만 끄덕였다면, 유언공정증서를 작성할 당시에 유언자에게는 의사능력이 없었으며 그 공정증서에 의한 유언은 유언자가 유언의 취지를 구수하고 이에 기하여 공정증서가 작성된 것으로 볼 수 없어서, 민법 제1068조가 규정한 공정증서에 의한 유언의 방식에 위배되어 무효라고 판단한 원심 판결[32]을 수긍하였다.

㉱ 대법원 1996.8.23. 선고 96다19833 판결은 "위 망인은 이 사건 사고 당시 생후 4년 3개월 남짓 되어 책임능력은 물론 의사능력도 없었다고 볼 것이고, 이 사건 사고가 발생하기 45일 전인 1994. 3. 5. 위 유치원에 입학하여 유치원 생활에 채 적응하지도 못한 상태이었는 바, 이러한 연령층에 있고 유치원 생활 경험도 거의 없는 유치원생들에 있어서는 다른 각급 학교 학생들의 경우와 달리 유치원 수업활동 외에 수업을 마치고 그들이 안전하게 귀가할 수 있는 상태에 이르기까지가 유치원 수업과 밀접불가분의 관계에 있는 생활관계에 있는 것으로 보아야 하며, 따라서 위 망인의 유치원 담임교사인 피고 2(유치원 유아반의 담임교사)는 위 망인 등 원생들이 유치원에 도착한 순간부터 유치원으로부터 안전하게 귀가할 수 있는 상태에 이르기까지 법정감독의무자인 친권자에 준하는 보호감독의무가 있다"고 판시하여 이 사

31) 이와 유사한 취지의 판례로 대법원 2002.10.11. 선고 2001다10113 판결; 대법원 2006.9.22. 선고 2006다29358 판결; 대법원 2009.1.15. 선고 2008다58367 판결 등이 있다. 이 중에서 대법원 2009.1.15. 선고 2008다58367 판결은 의사능력의 흠결이 증명되었다고 본 판례(초등학교 때 열병으로 언어 및 정신적 장애를 겪게 되어 이를 중퇴하고 가족들의 도움을 받으며 생활하고 있었으며, 신체감정 결과 지능은 64로서 정신지체의 범주에 속하는 지적 능력을 가지고 있었고, 사회적 연령은 7세, 의사소통 영역은 5.14 내지 6.19세, 작업 영역은 7.54 내지 10.4세 정도에 해당되며, 일상적인 질문에 대하여 말로는 전혀 답을 하지 못하고 동작으로만 "예, 아니오"의 대답이 가능하여 내용전달이 전혀 되지 않는 당사자의 경우에 금융회사와의 대출거래약정 및 근저당권설정의 법률적인 의미와 그로 인하여 자신이 부담하게 될 법적인 책임을 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력을 갖추고 있었다고 볼 수 없으므로, 이러한 대출거래약정 등에 대한 의사능력이 흠결되었다고 본 사례)이다.

32) 서울고등법원 1995.6.9. 선고 94나486 판결.

건 사고 당시 생후 4년 3개월 남짓 된 망인은 의사능력이 없었다고 보았다.

㉲ 대법원 2000.12.12. 선고 2000다49275 판결은 "이 사건 유언공정증서 작성 당시 유언자인 甲의 의식 상태는 반혼수 상태로서 의사능력이 결여되어 있었을 뿐만 아니라, 공증인인 변호사 乙이 유언취지를 물음에 대하여 甲은 고개를 끄덕거리는 거동을 하였음에 불과하여 유언자가 공증인 면전에서 유언의 취지를 구수하여 공정증서가 작성되었다고 볼 수 없으므로 위 공정증서에 의한 유언은 민법 제1068조가 정한 형식과 절차에 위배되어 무효"라고 판시한 원심 판결[33]을 수긍하였다.

㉳ 원고가 피고 축협으로부터 두 차례에 걸쳐 5,000만 원을 대출받고, 그 담보로 원고 소유 주택과 토지에 근저당권을 설정해 주었는데, 그 후 원고는 대출약정 및 근저당설정 당시 자신이 의사무능력자였다는 이유로 위 근저당권의 말소를 청구한 사안에서 대법원 2002.10.11. 선고 2001다10113 판결은 원고에 대한 진단과 감정결과에 의하면 "원고는 이 사건 계약 무렵 그 지능지수는 70 정도이고, 사회연령은 6세 정도에 불과하며, 읽기, 쓰기, 계산 능력을 제대로 갖추지 못한 상태였다고 볼 여지가 있는 바, 이러한 원고의 지능지수와 사회적 성숙도에다가, 장애인복지법상 지능지수 70 이하의 사람을 정신지체인(정신장애자)으로서 보호의 대상으로 삼고 있는 점, 원고가 대출받은 금원이 5,000만 원으로서 결코 소액이라고 할 수 없는 점, 계약 관계자들은 모두 면지역의 동네 사람들로서 원고의 정신 상태를 알 만한 처지라는 점을 보태어 보면, 원고가 이 사건 계약 당시 5,000만 원이라는 금액을 대출받고 이에 대하여 자기 소유의 부동산을 담보로 제공함으로써 만약 대출금을 변제하지 못할 때에는 근저당권의 실행으로 인하여 그 소유권을 상실할 수 있다는 일련의 법률적인 의미와 효과[34]를 이해할 수 있는 의사능력을 갖추고 있었다고는 볼 수 없고, 따라서 이 사건 계약은 의사능력을 흠결한 상태에서 체결된 것으로서 무효"라고 판시하였다.[35]

---

33) 대구지방법원 2000.7.26. 선고 99나11180 판결.

34) 여기에서의 법률적인 의미와 효과는 돈을 변제하지 못하면 소유권을 상실할 수 있는 있는 경우를 의미하는 것으로 보인다.

35) 다만 대법원 2002.10.11. 선고 2001다10113 판결은 원고가 변호사에게 이 사건 소송대리를 위임한 것의 의사능력은 있다는 취지를 덧붙였다.

㉦ 피고 2가 처(妻)인 피고 1의 신용보증계약상 채무를 연대보증하였는데, 그 후 원고가 피고들을 상대로 연대보증금을 청구하자, 피고 2는 연대보증계약을 체결할 당시에 의사무능력이었다고 주장한 사안에서 대법원 2006.9.22. 선고 2006다29358 판결은 “피고 2는 위 연대보증계약 당시 이미 정신지체장애 3급의 판정을 받은 장애인으로서, 2005.10.경 실시된 위 피고에 대한 정신감정 결과 위 피고의 지능지수는 58에 불과하고, 읽기는 가능하나 쓰기는 이름 및 주소 외에는 불가능하며, 기초적인 지식도 제대로 습득하지 못하였고, 간단한 계산능력이나 단순한 주의력도 결여되어 있으며, 사회적 이해력 및 상황의 파악능력도 손상되어 있어, 보증이나 대출의 의미를 제대로 이해할 수 없다는 진단을 받은 사실을 인정할 수 있는 바, 위 연대보증계약 체결 당시의 위 피고의 지능지수 및 사회적 성숙도도 위 정신감정 당시와 비슷하였을 것으로 보이는 점에다가, 장애인복지법상 지능지수 70 이하의 사람을 정신지체인으로서 보호의 대상으로 삼고 있는 점, 위 연대보증계약에 기하여 부담하게 되는 채무액이 2,000만 원이 넘어 결코 소액이라고 할 수 없는 점 등을 보태어 보면, 위 피고가 위 연대보증계약 당시 그 계약의 법률적 의미와 효과를 이해할 수 있는 의사능력을 갖추고 있었다고는 볼 수 없고, 따라서 이러한 계약은 의사무능력을 흠결한 상태에서 체결된 것으로서 무효”라고 판시하였다.

㉧ 대법원 2006.9.22. 선고 2004다51627 판결은 “이 사건 부동산은 원고가 가족들로부터 증여받은 원고 소유의 부동산인 사실, 원고는 정신지체 장애등급 2급으로 독자적인 경제활동이 곤란하였기 때문에, 그의 부모 및 이 사건 배당이의 소송의 특별대리인으로 선임된 여동생 소외 2 등과 오랜 기간 함께 거주하면서 가족들이 원고와 그 자녀의 생활비를 조달하여 온 사실, 원고의 아버지인 소외 1은 정신지체자인 원고의 사실상 후견인의 입장에서 원고를 보조하여 원고 소유의 이 사건 부동산에 관하여 피고 앞으로 원심 판시와 같은 각 근저당권을 설정하여 주고 원고의 명의로 돈을 대출받은 사실, 소외 1은 이 사건 부동산 이외에도 그가 원고 이름으로 등기해 주었던 경북 청도군 풍각면 송서동(지번 생략) 대지 및 그 지상 건물에 관하여는 피고 앞으로 1980. 12. 30, 1982. 8. 6, 1989. 6. 7. 각 근저당권을 설정하여

주고 대출받았다가 이를 해지하기도 한 사실이 인정된다. 그렇지만 한편으로 원고가 위 대출계약 및 연대보증계약 당시 직접 피고 조합사무실을 방문하여 피고 조합 직원들 앞에서 관련 서류에 서명 · 날인하였으나 주소는 소외 1이 대필하여 주고 서명은 소외 1이 다른 종이에 원고의 이름을 쓴 후 원고가 이를 보고 따라 기재하는 방식으로 작성하였음을 알 수 있으므로, 피고 조합 직원들은 원고가 법률행위를 할 수 있을 정도의 충분한 의사능력을 갖추지 못하였음을 알 수 있었던 것으로 보이고, 위 대출금은 원고가 아닌 원고와 주거를 달리하던 원고의 동생 소외 3을 위하여 사용되었으므로 위 대출로 인하여 원고가 구체적인 이익을 얻은 바는 없으며, 또한 이 사건 특별대리인은 원고의 여동생으로서 원고로부터 이 사건 부동산에 관하여 매매를 원인으로 한 소유권이전등기를 경료 받았음을 알 수 있지만 원고나 이 사건 특별대리인이 소외 1과 이해관계를 같이 한다고 단정할 수 없다"고 판시하여 원고(정신지체장애 2급, 지능지수 70 미만)가 피고 농협으로부터 대출을 받거나 부(父)의 채무를 연대보증하고 그 담보로 근저당권을 설정해 준 것은 의사무능력 상태에 있었으므로 무효라고 판단한 원심 판결[36]을 수긍하였다.

㉦ 대법원 2007.11.15. 선고 2007다48943 판결은 "피고가 소외 1(피고의 아들 1)을 통하여 자신의 주민등록증을 새로 발급받고 인감을 변경신고한 후, 인감증명서를 발급받아 소외 1에게 교부함으로써 이 사건 매매계약에 이르게 된 데 대한 법률적인 의미와 효과를 이해할 수 있는 의사능력을 갖추고 있었다고 볼 수 없다고 판단하였음은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, … 피고는 이 사건 매매계약 이후인 2004. 10. 25. 딸인 특별대리인에게 대리권을 수여하여 아들인 소외 2(피고의 아들 2) 명의로 이 사건 부동산에 관하여 2004. 10. 25.자 매매예약을 원인으로 한 소유권이전청구권가등기를 마쳐준 사실, 원고는 2004. 11. 17. 위 매매예약이 통정허위표시임을 전제로, 서울서부지방법원 2004가단60464호로 원고의 피고에 대한 소유권이전등기청구권을 보전하기 위하여 소외 2를 상대로 위 가등기의 말소를 구하는 채권자대위소송(이하 '관련사건'이라 한다)을 제기하였으나, 위 법원은 2006. 1. 3. 이 사건 매매계약은 소외 1이 의사능력이 결여된 피고를 데리고 다니면

36) 대구고등법원 2004.8.18. 선고 2003나3660 판결.

서 자의적으로 인감증명서를 발급받은 후 스스로 위임장을 작성하여 권한 없이 체결한 것으로서 아무런 효력이 없고, 그에 기한 원고의 피고에 대한 소유권이전등기청구권이 존재하지 아니함에도 원고가 당사자적격 없이 제기한 관련사건의 소는 부적법하다는 이유로 이를 각하 … 민사재판에 있어서 이미 확정된 관련 민사사건에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없는 한 유력한 증거가 되므로 합리적인 이유 설시 없이 이를 배척할 수 없는 것이다"라고 판시하여 원고가 피고(치매 상태로 자신의 자녀, 자신의 나이, 계절을 모를 정도였다)의 대리인 甲(피고의 아들)으로부터 이 사건 부동산을 매수하였는데, 피고가 의사무능력 상태에 있어서 이 사건 매매계약은 무효라고 판단한 원심 판결[37]을 수긍하였다.

㉦ 대법원 2012.3.29. 선고 2012다3906 판결은 "원고가 이 사건 연대보증 및 근저당권설정의 대리권 수여 당시 소외 1의 차용금 650,000,000원에 대하여 연대보증하고 그 담보로 자기 소유 부동산을 제공함으로써 만약 위 차용금을 변제하지 못할 때에는 근저당권의 실행으로 인하여 그 소유권을 상실할 수 있다는 일련의 법률적 의미와 효과를 이해할 수 있는 의사능력을 갖추고 있었다고 볼 수 없으므로, 원고의 위 대리권 수여행위는 의사능력을 흠결한 상태에서 이루어진 것으로서 무효"라고 판시하여 원고(지능지수 69, 지적 장애 3급)가 동생의 피고에 대한 채무를 연대보증하고, 그 담보로 피고에게 근저당권을 설정해 준 것이 의사능력이 없는 상태에서 한 것이어서 무효라고 판단한 원심 판결[38]을 수긍하였다.

㉧ 대법원 2015.1.29. 선고 2014다49425 판결은 "망인은 2009. 4. 1.부터 2009. 4. 15.까지 경희요양병원에 입원하여 치매 등으로 치료를 받았는데, 위 병원에서 2009. 4. 1. 작성된 GDS(Global Deterioraion Scale) 검사에서 망인에게 중증도의 인지 장애가 있다고 파악되었으며, 2009. 4. 10. 작성된 환자평가표상 망인은 의사결정을 할 수 있는 인식기술이 심하게 손상되었다고 기재"되어 있으며, "망인은 2010. 2. 16.부터 2010. 3. 9.까지 MH연세병원에 입원하여 치매 등으로 치료를 받았는데, 위 병원에서 2010. 2. 19. 작성된 GDS 검사에

37) 서울고등법원 2007.6.13. 선고 2006나15146 판결.
38) 서울고등법원 2011.12.16. 선고 2011나34769 판결.

서도 망인에게 중증도의 인지 장애가 있다고 파악되었고, 망인에게 시행한 인지기능검사 및 진료기록에 의하면 망인은 당시 인지장애가 심해 정확한 의사소통 및 합리적 판단을 할 수 있는 상태가 아니"었고, 원고가 MH연세병원에서 입원치료를 받을 당시 작성된 간호 정보 조사지 중 이 사건 증여계약 체결 전후 무렵에 작성된 부분에서 나타난 원고의 모습, 치매 치료를 받을 무렵 주변사람들을 알아보지 못한 사실 등 여러 가지 인정 사실에 비추어 볼 때 "망인은 치매 증상이 나타나기 시작한 후 그 증상이 점차 악화되어 이 사건 증여계약 체결 당시 이 사건 각 부동산 중 망인의 지분을 피고에게 증여하는 행위의 법률적인 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능, 즉 의사능력을 갖추고 있었다고 볼 수 없으므로, 이 사건 증여계약은 원고가 의사능력을 흠결한 상태에서 체결한 것으로서 무효"라고 판시하여 망인이 치매로 의사능력이 없는 상태에서 한 이 사건 증여가 무효라고 판단한 원심판결[39]을 수긍하였다.

3) 지적 장애인의 의사능력의 유무에 대한 판례의 분석과 장애인 복지법령

(가) 판례의 분석

전술한 판례 중 지적 장애인의 의사능력의 유무를 판단한 판례로는 ㉥ (대법원 2002.10.11. 선고 2001다10113 판결), ㉦ (대법원 2006.9.22. 선고 2006다29358 판결), ㉧ (대법원 2006.9.22. 선고 2004다51627 판결), ㉨(대법원 2012.3.29. 선고 2012다3906 판결)가 있다. 이 판례들이 지적 장애인의 의사능력의 유무를 판단할 때에 주요 판단근거로 고려한 요소는 대략적으로 다음과 같이 정리할 수 있을 것으로 보인다.

첫째, 지적 장애의 정도와 내용이다. 즉 판례에 의하면 지적 장애인의 의사능력을 부정하는 데에 주요 판단근거로 작용하는 것으로는 지적 장애인에 대한 진단 또는 감정 등 객관적 증거의 유무, 객관적 증거에 기초할 때 지적 장애의 정도가 얼마나 중한지 등을 들 수 있다.

---

39) 창원지방법원 2014.6.17. 선고 2013나7190 판결.

둘째, 장애인복지법령이다. 즉 장애인복지법령은 지능지수 50-70인 자는 교육을 통하여 사회적·직업적 재활이 가능하다고 규정하지만, 판례에 의하면 지능지수 70 이하인 자는 지적 장애인으로서 보호의 대상이 되는 점이 고려된다.

셋째, 법률행위의 내용이다. 즉 판례에 의하면 지적 장애인이 해당 법률행위를 함으로써 상당한 경제적 부담을 안게 되거나 상대적으로 복잡한 내용의 법률행위인지 여부가 고려된다.

넷째, 법률행위의 경위이다. 즉 판례에 의하면 거래 상대방 등이 지적 장애가 있는 자임을 알고 있었다는 점 등이 고려된다.

한편 전술한 고려 요소 중 첫째인 '지적 장애의 정도와 내용'과 관련하여 판례는 그 진단 또는 감정이 문제되는 법률행위 이후에 이루어진 것이라 하더라도 그 구체적인 내용을 판단의 중요한 요소로 고려한다. 즉 그 진단 또는 감정 결과상 지적 장애의 정도가 중하면 법률행위 당시에도 그 지적 장애의 정도는 동일할 것이라는 점을 적극적으로 인정한다.[40]

(나) 장애인복지법령

가) 용어의 변경 및 장애등급제의 폐지

장애인복지법령은 2007년에 개정되면서 기존의 '정신지체(Mental Retardation)'라는 용어가 '지적 장애(Intellectual Disability)'라는 용어로 변경되었다. 그 후 장애인복지법령은 2017년 12월 19일 장애인복지법[41]의 개정으로 '장애

---

40) 예컨대 대법원 2006.9.22. 선고 2006다29358 판결 참조("기록에 의하면 피고 2는 위 연대보증계약 당시(2000. 12. 19.경) 이미 정신지체장애 3급의 판정을 받은 장애인으로서, 2005. 10.경 실시된 위 피고에 대한 정신감정 결과 위 피고의 지능지수는 58에 불과하고, 읽기는 가능하나 쓰기는 이름 및 주소 외에는 불가능하며, 기초적인 지식도 제대로 습득하지 못하였고, 간단한 계산능력이나 단순한 주의력도 결여되어 있으며, 사회적 이해력 및 상황의 파악능력도 손상되어 있어, 보증이나 대출의 의미를 제대로 이해할 수 없다는 진단을 받은 사실을 인정할 수 있는바, 위 연대보증계약 체결 당시의 위 피고의 지능지수 및 사회적 성숙도도 위 정신감정 당시와 비슷하였을 것으로 보이는 점에다가,..").

41) **구장애인복지법(2017년12월19일개정전)제32조(장애인등록)**
① 장애인, 그 법정대리인 또는 대통령령으로 정하는 보호자(이하 "법정대리인 등"이라 한다)는 장애 상태와 그 밖에 보건복지부령이 정하는 사항을 특별자치시장 · 특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)에게 등록

등급'을 '장애 정도'로 변경함으로써 장애등급제를 폐지하였으며, 이에 보조를 맞추어서 2018년 12월 31일 장애인복지법 시행령이 개정되었고, 그 후 2019년 6월 4일 장애인복지법 시행규칙이 개정되었다.

전술한 바와 같이 장애등급제가 폐지됨에 따라 오늘날 지적 장애인은 기존의 '제1급(지능지수 34 이하)[42], 제2급(지능지수 35-49)[43], 제3급(지능지수 50-70)[44]'이라는 등급 대신에 모두 '지능지수 70 이하'의 자[45]로 일원

하여야 하며, 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 등록을 신청한 장애인이 제2조에 따른 기준에 맞으면 장애인등록증(이하 "등록증"이라 한다)을 내주어야 한다.

② (생략)

③ 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 제1항에 따라 등록증을 받은 장애인의 장애 상태의 변화에 따른 장애 등급 조정을 위하여 장애 진단을 받게 하는 등 장애인이나 법정대리인등에게 필요한 조치를 할 수 있다.

④ 장애인의 장애 인정과 등급 사정에 관한 업무를 담당하게 하기 위하여 보건복지부에 장애판정위원회를 둘 수 있다.

(이하 생략)

현행 장애인복지법 제32조(장애인등록)

① 장애인, 그 법정대리인 또는 대통령령으로 정하는 보호자(이하 "법정대리인 등"이라 한다)는 장애 상태와 그 밖에 보건복지부령이 정하는 사항을 특별자치시장・특별자치도지사・시장・군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)에게 등록하여야 하며, 특별자치시장・특별자치도지사・시장・군수・구청장은 등록을 신청한 장애인이 제2조에 따른 기준에 맞으면 장애인등록증(이하 "등록증"이라 한다)을 내주어야 한다.

② (생략)

③ 특별자치시장・특별자치도지사・시장・군수・구청장은 제1항에 따라 등록증을 받은 장애인의 장애 상태의 변화에 따른 장애 정도 조정을 위하여 장애 진단을 받게 하는 등 장애인이나 법정대리인등에게 필요한 조치를 할 수 있다.

④ 장애인의 장애 인정과 장애 정도 사정에 관한 업무를 담당하게 하기 위하여 보건복지부에 장애판정위원회를 둘 수 있다.

(이하 생략)

42) 지능지수가 34 이하인 사람으로서 일상생활과 사회생활에 적응하는 것이 현저하게 곤란하여 일생 동안 다른 사람의 보호가 필요한 사람이 제1급에 해당되었다.

43) 지능지수가 35 이상 49 이하인 사람으로서 일상생활의 단순한 행동을 훈련시킬 수 있고, 어느 정도의 감독과 도움을 받으면 복잡하지 아니하고 특수기술이 필요하지 아니한 직업을 가질 수 있는 사람이 제2급에 해당되었다.

44) 지능지수가 50이상 70 이하인 사람으로서 교육을 통한 사회적・직업적 재활이 가능한 사람이 제3급에 해당되었다.

45) 지능지수가 70 이하인 사람으로서 교육을 통한 사회적・직업적 재활이 가능한 사람이 이에 해당된다.

화되었다. 또한 과거에 장애등급은 제1급 내지 제6급으로 구분되었지만, 장애인등급제가 폐지된 후에는 기존의 제1급 내지 제3급은 '장애의 정도가 심한 장애인'으로, 기존의 제4급 내지 제6급은 '장애의 정도가 심하지 않은 장애인'으로 변경되었다.[46] 다만 지적 장애인의 경우에는 과거에도 제1급 - 제3급 중 어느 하나에 해당되었으며, 이는 모두 '장애의 정도가 심한 장애인'에 해당되었다.

나) 중증장애인 등과 지적 장애의 판정기준

장애인연금법령은 장애인연금이 지급되는 '중증장애인'을 별도로 규정하며[47], 이러한 중증장애인에는 원칙적으로 장애인복지법령에 따른 '장애의 정도가 심한 장애인'이 해당되는데, 지적 장애인의 경우에는 보건복지부 고시(장애정도 판정기준)를 통하여 지능지수 50 미만의 지적 장애인만이 위 '중증장애인'에 해당된다.[48] 또한 보건복지부 고시(장애정도 판정기준)에 따라 '보행상 장애[49]'에 해당되는 지적 장애인에는 원칙적으로 지능지수 35미만인 경우의 자만 해당된다.[50]

---

46) [수요자 중심의 장애인 지원체계 구축] 장애등급제 단계적 폐지 시행을 위한 장애인복지 사업안내, 보건복지부, 2020, 6면(file:///C:/Users/lshhs23/ownloads/EC%E%5%%95%A0%B%93%B1%EA%B8%89%EC%A0%9C_%EB%8B%A8%EA%3%84%EC%A0%81_%ED%8F%90%EC%A7%80_%EC%8B%9C%ED%96%89%EC%9D%84_%EC%9C%84%ED%95%9C_%EC%9E%A5%EC%95%A0%EC%9D%B8%EB%B3%B5%EC%A7%80_%EC%82%AC%EC%97%85%EC%95%88%EB%82%B4.pdf)(최종방문일 : 2022년 8월 21일).

47) **장애인연금법 제2조(정의)** 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "중증장애인"이란 「장애인복지법」 제32조에 따라 등록한 장애인 중 근로능력이 상실되거나 현저하게 감소되는 등 장애 정도가 중증인 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람을 말한다.

48) **장애정도판정기준(보건복지부고시)**
제5장장애유형별장애인연금수급을위한중증장애인기준
지적장애 - 지능지수가 50 미만인 사람으로 일상생활의 단순한 행동을 훈련시킬 수 있고, 어느 정도의 감독과 도움을 받으면 복잡하지 아니하고 특수기술을 요하지 아니하는 직업을 가질 수 있는 사람

49) 보행상 장애가 인정되면 도로 교통을 이용할 때에 편의지원 대상이 된다.

50) **장애정도판정기준(보건복지부고시)**
제4장보행상장애가있는사람판정기준
(1) 대상 기준
인지 및 행동장애로 도로 교통을 이용할 때 타인의 지속적인 보호 관찰이 필요한

한편 현행 2022년 1월 28일자 보건복지부 고시(장애정도 판정기준)에는 지적 장애의 판정 기준이 규정되어 있는데, 그 주요 내용은 ① 전문의의 진단(정신건강의학과 등), ② 진료기록 확인, ③ 장애의 고착 또는 회복가능성 고려, ④ 지능지수(IQ)에 따라 판정하되 사회성숙도 검사를 참조하는 점 등으로 요약된다.

3. 의사능력의 판단기준에 대한 일본의 논의

(1) 의사능력의 정식(定式)

일본의 경우에 의사능력의 정식(定式)에 대해서 살펴보면 학설 및 판례에 따라서 미세한 차이가 보이기는 하지만, 크게 나누면 다음과 같이 두 가지로 정리할 수 있다.

첫째, 의사능력을 행위의 결과를 인식하는 능력으로 이해하는 경우이다.[51] 다만 판례에 의하면 여기에서 말하는 행위의 결과란 권리의무의 변동을 의미하는 경우 이외에 행위의 사회적・경제적인 귀결을 의미하는 경우도 있다.[52]

둘째, 행위의 결과를 인식할 뿐만 아니라 그에 기초해서 확실하게 의사결정을 할 능력으로 이해하는 경우이다.[53] 이는 강박관념이 있는 자나 조울

사람을 대상으로 한다.

(2) 판정기준

지능지수가 35 미만인 사람으로 일상생활과 사회생활이 적응이 현저하게 곤란하여 일생동안 타인의 보호가 필요한 사람

※ 전체 지능지수가 연령별 최저득점으로 지능지수가 35 미만인지 여부를 확인하기 어려운 경우에는 GAS 및 비언어적 지능검사도구(시각-운동통합발달검사 : VMI, 벤더게슈탈트검사 : BGT)를 추가 시행하고, 검사내용, 검사결과에 대한 상세한 소견을 제출한다.

51) 四宮和夫, (法律學講座双書) 民法總則, 第4版, 弘文堂, 昭和61年(1986年), 44頁 외에 我妻榮, 新訂民法總則 (民法講義 1), 岩波書店, 昭和40年(1965年), 60頁도 참조.

52) 福岡地判 平成9年(1997年) 6月 11日 金法 1497号 27頁.

53) 岡松參太郎, “意思能力論(2)”, 「法學協會雜誌」, 第33卷 第11号, 法學協會, 大正4年(1915年), 1912頁 등 외에 東京地判 平成4年(1992年) 3月 9日 判タ 806号 172頁; 東京地判 平成17年(2005年) 9月 29日 判タ 1203号 173頁 등을 참조.

증 상태에 있는 자가 한 경우와 같이 행위의 결과를 인식하고 있지만 그 동기 과정에 정신장애의 영향이 있기 때문에 확실하게 의사결정을 할 수 없는 경우를 포함할 가능성이 있다.[54] 이에 따르면 정신장애가 있는 경우에도 의사무능력을 인정할 여지가 넓어질 수 있을 것으로 보인다.

다만 일본의 경우에 전술한 정식들은 그 차이가 명확하게 의식되지 못한 상태로 사용되고 있는 경우가 많으며, 첫 번째 정식이 사용되고 있는 경우에도 그 의미는 넓게 파악되고 있는 것으로 보인다.[55]

(2) 의사능력의 판단기준

1) 개 관

일본의 경우에 의사능력의 유무가 문제된 사안에서 판례는 의사능력의 판단기준을 분명하게 제시하고 있지 않으며, 사안에 따라 구체적・개별적으로 판단하여 의사능력의 유무를 판단하는 결과, 의사능력을 긍정한 판례[56]

---

54) 熊谷士郎, 議事無能力法理の再檢討, 有信堂高文社, 平成15年(2003年), 21頁.

55) 동일한 취지의 이해로 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서, 380頁[山本敬三 집필] 참조.

56) 의사능력을 긍정한 판례로 大阪高判 昭和49年(1974年) 12月 10日 判タ 322号 144頁(원고(피항소인) 소유의 이 사건 부동산에 관하여 피고(항소인)들 명의의 소유권이전등기가 경료되었으며, 그 후 원고는 금치산선고를 받은 상황에서 원고는 피고를 상대로 소유권이전등기가 경료될 당시에 자신은 의사무능력이었다고 주장하면서 등기의 말소를 청구한 사안에서 원고는 어릴 때 소아마비로 인하여 신체적 장애가 있었으며, 지능지수는 60이지만, 낮은 정도의 정신박약 상태였던 점 등을 이유로 원고의 의사능력이 긍정되었다. 이 판례에 의하면 의사무능력의 증명책임은 해당 법률행위의 무효를 주장하는 자가 부담하며, 이 사건에서 원고는 지능지수가 낮고 인격 미숙이라는 점은 인정되었지만, 이 사건 등기 당시에 의사능력이 없었다고 볼 수 있는 충분한 증거가 없음을 이유로 원고의 의사능력이 긍정되었다), 東京高判 平成12年(2000年) 9月 28日 判時 1731号 9頁(원고(피공제인)가 소지하고 있는 이 사건 각 어음에 따라 제1배서인인 피고(항소인)를 상대로 어음금 및 각 만기일부터의 이자 지급을 청구한 데 대하여 피고(항소인)가 자신에게는 의사능력이 없었으므로 배서행위는 무효라고 주장하였는데, 이에 대하여 원심은 원고(피항소인)의 청구를 인용한 약속어음판결을 인가하였기 때문에 피고(항소인)가 이에 불복하였으며, 배서행위는 보좌인의 동의 또는 이에 갈음하는 허가를 받지 않고 하였기 때문에 이를 취소한다는 취지의 주장을 추가하여 항소한 사안에서 판례는 행위 당시에 행위자가 준금치산 등의 선고를 받지 않았다면 그 후 개정 일본민법(平成11年(1999年) 法律 第149号로 개정된 일본민법을 말한다)의 시행 후 해당 행위자가 보좌개시 심판을 받았다고 하더라도 보좌개시 심판 전에 한 행위를 취소할 수 있는 것은 아니라고 판시하였다. 이 사안에서 판례는 피고(항소인)에 대한 정신감정서에 의하면 피고는 낮은 정도의 지적 장애인으로 판정되었

와 이를 부정한 판례[57]가 다수 선고되었다. 일본의 학설도 의사능력의 존재

지만, 이 감정서의 기재만으로는 이 사건 배서행위를 판단할 능력까지 없었는지 여부가 명확하지 않다고 판단하였고, 결국 이 사건 배서행위에 대한 피고의 의사능력이 없었다고 인정할 수는 없다고 판시하였다), 大阪高判 平成24年(2012年) 9月 12日 金融法務 1991号 122頁(제1심 판결 취소)(X(60세)가 대금 합계 800만 엔으로 원본보증이 없는 투자신탁과 관련된 금융상품의 구입계약을 체결한 사안에 대하여 X는 종양으로 인하여 항암제 치료를 받는 등 전신 상태는 양호하지 않았으며, 자동차를 타다가 넘어져서 좌경막하혈종(左硬膜下血腫)으로 입원하였을 때에는 알코올에 의존하는 경향이 보였고, 상당한 정도로 이해력이 결여된 시기가 있었지만(계약을 체결한 때는 퇴원하고 나서부터 42일 후), 식사의 수발은 필요하지 않았으며 배변이나 탈의도 스스로 할 수 있었고 진단시 담당의사의 질문에 대하여 식사나 음주에 대해 대답한 점, 취급은행의 담당자가 면담하였을 때에 특별히 이상한 언동은 보이지 않은 점 등을 이유로 X의 의사능력이 긍정되었다) 등이 있다.

57) 의사능력을 부정한 판례로 東京高判 昭和48年(1973年) 5月 8日 判時 708号 36頁(피고(피항소인)로부터 이 사건 토지를 매수한 원고가 피고에게 위약금을 청구한 데 대하여 피고는 자신이 의사무능력이라고 주장한 사안에서 판례는 피고는 지능지수 42, 정신연령 68개월로 의학상 중증도의 정신박약에 해당되는 자로서, 매매계약을 이해하고 자기의 행위의 결과를 판단할 수 있는 정신능력이 없었으며, 완전한 의사무능력자라고는 볼 수 없어도 이 사건 매매계약 체결에 대해서는 법률상 의사능력이 없는 자로 해석하여야 한다는 점 등을 이유로 피고의 의사능력을 부정하였다), 福岡高判 平成16年(2004年) 7月 21日 判時 1878号 100頁(피고(항소인)는 甲의 원고(피항소인)에 대한 대출금채무를 연대보증하였는데, 원고가 연대보증금을 청구하자 피고는 의사무능력을 주장하였는데, 피고에게는 다음과 같은 사정이 있었다. 즉 피고는 정신박약 진단(장애정도 경도)을 받았으며, 지능지수 54 내지 63, 정신연령 10세였고, 甲은 피고와 병원에서 입원치료 중 가볍게 알게 된 사이에 불과하며, 피고에게 아무 일도 아니라는 식으로 말하면서 대출업체에 피고를 데리고 가서 연대보증을 서게 하였고, 이 사건 소송이 제기된 후 피고는 성년후견심판을 받았다. 이 사안에서 판례는 "의사능력이란 자신의 행위의 결과를 정확하게 인식하고, 이에 기초하여 정확하게 의사결정을 하는 정신능력을 말하며", 의사능력의 여부는 "문제되는 개별 법률행위마다 각각의 난이도, 중대성 등을 고려하여 행위의 결과를 정확하게 인식할 수 있었는지 여부를 중심으로 판단해야 한다"고 설시한 후 피고는 이 사건 연대보증계약의 결과를 정확하게 인식하고 이에 근거하여 정확하게 의사결정을 할 정신능력이 없었다는 이유로 의사무능력에 의한 무효를 인정하였다), 廣島高判 平成28年(2016年) 12月 1日 判時 2334号 120頁(X(91세)가 공유지분 2분의 1을 가지는 건물에 장남이 대표이사를 맡은 주식회사를 채무자로 하는 최고액 3억 엔의 근저당권설정계약을 체결한 사안에 대하여 간호보험주치의의 의견서에 기초하여 정신상 장애의 내용 및 정도가 인정되며, X는 치매로 인하여 요 간호 3의 인정을 받았고, 단기 기억에 문제가 있으며, 일상적인 의사결정을 하기 위한 인지능력에는 돌봄이 필요한 점 등을 이유로 X의 의사능력이 부정되었다), 大阪高判 平成27年(2015年) 9月 30日 判時 2299号 92頁(교통사고로 인한 피해를 입고 사망한 형의 유일한 상속인인 X(60세 또는 61세)가 이 교통사고에 대하여 가해자와 합의를 성립시킨 사안에 대하여 후견개시심판 신청 사건(전술한 합의가 성립된 지 1년 3개월 후에 후견개시 심판)에서의 감정서에 기초하여 정신상 장애의 내용 및 정도가 인정되었으며, X는 중증도의 인식 장애, 정신발달지체로 20세 이전에 증상 및 장애가 고정되었고, 발달연령은 6세 정도로 계산이나 읽기 등은 거의 불가능하여 재산의 관리나 추상적인 개념에 대한 이해는 불가능한 점 등을 이유로 X의 의사능력

여부에 대해서는 7세 정도의 지적 판단능력이 기준이 된다고 하면서도 실제로 문제되는 각각의 행위 내지 행위의 종류마다 판단할 필요가 있다고 해석하므로[58], 판례의 태도와 기본적으로 동일한 해석을 취한다. 즉 학설에 의하면 의사능력이란 일반적으로는 자기의 행위의 법적인 의미를 이해할 수 있는 능력을 말하며, 재산행위에 대해서는 대체로 7세 정도의 지적 판단능력이 기준이 된다고 해석되지만, 의사능력의 유무에 대한 판단은 획일적·형식적인 기준에 의해서 결정되는 것이 아니라 행위의 종류, 특히 행위의 복잡성·중대성의 정도 등과의 관계에서 구체적 사안마다 판단되어야 한다고 한다.[59]

다만 학설 중에는 의사능력의 판단 유무에 대한 판례를 소재로 의사능력의 판단기준을 규명하려는 노력을 기울이고 있는 견해가 보인다. 이러한 견해의 대표적 예로 야마모토 케이조(山本敬三)의 견해, 타구치 하루미(田口治美)의 견해를 들 수 있다. 이하에서는 이 견해들을 살펴본다.

2) 야마모토 케이조(山本敬三)의 견해

야마모토 케이조(山本敬三)에 의하면 의사능력의 유무를 결정하는 획일적 기준과 관련하여 판례 중에는 확실히 정신장애의 상황·정도를 구체적으로 인정하고 일상생활을 하는 것도 불가능 내지는 겨우 가능하다고 볼 수 있을 정도의 능력밖에 없음을 이유로 의사능력을 부정한 것으로 보이는 판례가 적지 않다고 한다.[60] 그러나 이러한 판례에 대하여 그는 이 경우에 어쨌

이 부정되었다) 등이 있다. 여기에서 大阪高判 平成27年(2015年) 9月 30日 判時 2299号 92頁의 사안의 개요와 판결요지는 다음과 같이 정리할 수 있다. 즉 甲이 운행하던 자동차와 피고1(항소인1)이 운행하던 자동차가 충돌하여 甲이 사망하였는데, 甲의 상속인인 원고(피항소인)가 피고1과 보험회사인 피고2, 3을 상대로 손해배상을 청구한 사안이다. 피고들은 원고와 화해계약을 체결하였다고 주장하였으며, 이에 대하여 원고는 자신이 중증도의 지적 장애, 정신발달지체라는 진단을 받았으며, 발달연령은 6세 정도이고, 이러한 상태에서 체결한 화해계약은 의사무능력 상태에서 체결한 것으로서 무효라고 주장하였다. 이에 대하여 이 판례는 원고(피항소인)의 능력, 이 사건 화해의 내용, 성질 등에 비추어 보면 원고는 이 사건 화해계약의 의미를 이해하는 능력을 갖추지 못하였으므로, 의사무능력이었다고 보아야 하고, 따라서 이 사건 화해계약은 무효라고 판시하였다.

58) 幾代通, (現代法律學全集 5) 民法總則, 第2版, 青林書院, 昭和59年(1984年), 51頁; 四宮和夫, 전게서, 44頁; 內田貴, 民法 I, 總則·物權總論, 第4版, 東京大學出版會, 平成20年(2008年), 103頁; 山本敬三, 民法講義 I 總則, 第3版, 有斐閣, 平成23年(2011年), 39頁 등을 참조.

59) 山本敬三, 전게서, 39頁; 幾代通, 전게서, 51頁.

든 각각의 사례에서 문제되는 법률행위의 의미를 이해하고 그 결과를 인식할 수 없다고 볼 수도 있으므로, 전술한 판례가 있기 때문에 일상생활을 하기가 불가능하거나 겨우 가능하다고 볼 수 있을 정도의 능력밖에 없을 것이 판단의 기준으로 되어 있다-그 정도의 능력이 있으면 의사능력이 있다고 한다-고 즉석에서 판단할 수는 없다고 한다.[61] 또한 그는 의사능력의 유무를 결정하는 구체적 기준과 관련하여 일본의 판례 중에는 문제되는 법률행위의 의미를 이해하고 그 결과를 인식할 능력이 있는지 여부를 기준으로 삼고, 그러한 능력이 있는지 여부를 구체적으로 판단한 판례가 다수를 차지하고 있는데[62], 이때 특히 문제되는 점은 행위의 난이도・중대성이라고 분석한다.[63]

---

60) 大村敦志・道垣內弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서, 380頁[山本敬三 집필]에 의하면 이러한 판례의 예로 東京地判 平成9年(1997年) 2月 27日 金判 1036号 41頁[저당권설정계약], 東京地判 平成10年(1998年) 7月 30日 金法 1539号 79頁[근저당권설정계약], 東京地判 平成21年(2009年) 5月 28日 / 2009WLJPCA05288004[부동산의 증여계약・예저금(預貯金)의 환급], 東京地判 平成21年(2009年) 10月 14日 / 2009WLJPCA10148006[보험금 수령인의 변경], 東京地判 平成22年(2010年) 6月 29日 / 2010WLJPCA06298009[연대보증계약], 東京地判 平成22年(2010年) 11月 30日 / 2010WLJPCA11308025[연대보증계약・근저당권설정계약] 등을 든다(여기에서 판례번호 중 WLJP로 시작하는 판례번호는 Westlaw JAPAN의 판례 데이터베이스의 문헌번호를 말한다. 이하 같다).

61) 大村敦志・道垣內弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서, 380-381頁[山本敬三 집필].

62) 예컨대 東京地判 昭和35年(1960年) 4月 15日 法曹新聞 153号 11頁[부동산 매매]; 東京高判 昭和48年(1973年) 5月 8日 判時 708号 36頁[부동산 매매]; 東京地判 平成4年(1992年) 2月 27日 判タ 797号 215頁[금전 증여]; 東京高判 平成12年(2000年) 9月 28日 判タ 1731号 9頁[배서행위]; 東京地判 平成25年(2013年) 12月 24日 / 2013WLJPCA 12248006[부동산 매매・대리권 수여]; 東京地判 平成27年(2015年) 2月 3日 / 2015 WLJPCA02038001[부동산 증여] 등을 참조.

63) 大村敦志・道垣內弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서, 381-382頁[山本敬三 집필]은 행위의 난이도・중대성을 기준으로 의사능력의 유무를 판단한 판례로 東京高判 平成11年(1999年) 12月 14日 金法 1586号 100頁, 東京地判 平成17年(2005年) 9月 29日 判タ 1203号 173頁을 든다. 여기에서 전자인 東京高判 平成11年(1999年) 12月 14日 金法 1586号 100頁은 금전소비대차계약 외에 연대보증인의 구상권을 담보로 하기 위하여 양도담보계약을 체결한 사례에서 표의자는 "일상적으로 이루어지는 금전의 대차의 의미나 빌린 돈은 반환하여야 한다는 점은 이해할 수 있었지만, 고도의 복잡한 논리적 판단을 할 능력을 없었던" 점을 전제로 "이 사건의 금전소비대차는 정신적으로 멀쩡한 어엿한 사람이라도 그 위험의 크기에서 볼 때 금전소비대차의 가능 여부를 판단하는 데에 충분한 사고분별을 요하는 것이었다"라고 판시하였으며, 표의자에게는 "그 내용을 이해하고 위 계약을 체결하는지 여부를 정확하게 판단할 정도의 의사능력은 없었다"고 판시하였으며, 후자인 東京地判 平成17年(2005年) 9月 29日 判タ 1203号 173頁은 "의사무능력이 있는지 여부는 문제되는 개개의 법률행위마다 그 난이, 중대성 등도 고려하여 행위의 결과를 확실하게 인식하고 있었는지 여부라

3) 타구치 하루미(田口治美)의 견해

타구치 하루미(田口治美)에 의하면 판례는 의사능력의 유무를 판단할 때에 (a) 행위자의 정신상 장애의 존재 여부, 내용 및 정도, (b) 해당 행위의 복잡성, 중대성의 정도, (c) 해당 행위를 한 동기, 이유, 경위에 대한 합리성의 유무 등을 고려한다고 한다. 이를 기초로 그는 판례가 다음과 같이 네 가지의 판단기준으로 의사능력의 유무를 판단하였다고 분석한다.[64]

첫째, 판례는 행위자의 정신상 장애의 존재 여부, 내용 및 정도에 대해서는 주치의의 진료기록카드[65], 주치의의 의견서[66], 주치의의 증언[67], 해당 행위 후에 이루어진 후견개시심판 신청 사건에서의 정신감정의 결과[68]와 같은 증거에 기초하여 인식 장애나 기억 장애 등 정신상 장애의 존재 여부, 내용 및 정도를 검토하였다.

둘째, 판례에 의하면 해당 행위 당시의 행위자의 연령이 90세를 넘은 고령인 점[69], 해당 행위 당시의 행위자의 행동상황으로 알츠하이머(Alzheimer)병의 하나의 증상으로 손이 떨려서 서명에 1시간이 소요된 점[70], 해당 행위 전후의 행동 상황으로 알츠하이머(Alzheimer)병으로 인하여 해당 행위의 수개월 후에 업무를 그만 둘 수밖에 없게 된 점[71]이나 정신분열증으로 인하

는 점을 중심으로 판단되어야 한다"고 판시한 후에 연대보증계약 및 근저당권설정계약에 대해서는 의사능력이 결여되어 있었다고 판시하면서 변호사에 대한 소송위임에 관해서는 "사회통념상 자기의 이익을 지키기 위한 변호사에 대한 소송위임계약의 의미를 이해하는 것은 자기가 상당한 경제적인 부담을 수반하는 이 사건 각 연대보증계약 및 이 사건 근저당권설정계약……의 의미를 이해하는 것보다도 용이하다"라고 판시하여 소송능력을 가지고 있었다고 판단하였다. 이 밖에 행위의 난이도 · 중대성을 분명히 고려한 판례로 福岡高判 平成16年(2004年) 7月 21日 判時 1878号 100頁[연대보증계약]; 東京地判 平成17年(2005年) 8月 31日 / 2005WLJPCA08310002[변호사에 대한 위임] 등을 참조.

64) 이하의 내용은 能見善久・加藤新太郎 編集, 전게서, 77頁[田口治美 집필]을 참조하여 정리하였다.

65) 東京高判 平成23年(2011年) 3月 23日 平成22年 (ネ) 6532号 간행물 미등재, 원판결 취소.

66) 廣島高判 平成28年(2016年) 12月 1日 判時 2334号 120頁, 名古屋高判 平成14年(2002年) 9月 18日 平成14年 (ネ) 200号 재판소 홈페이지.

67) 東京高判 平成11年(1999年) 12月 14日 金融法務 1586号 100頁, 東京高判 平成10年(1998年) 6月 15日 判タ 1041号 212頁, 원판결 취소.

68) 大阪高判 平成27年(2015年) 9月 30日 判時 2299号 92頁.

69) 廣島高判 平成28年(2016年) 12月 1日 判時 2334号 120頁, 東京高判 平成23年(2011年) 3月 23日 平成22年 (ネ) 6532号 간행물 미등재, 원판결 취소.

70) 名古屋高判 平成14年(2002年) 9月 18日 平成14年 (ネ) 200号 재판소 홈페이지.

여 해당 행위를 한 지 10일 후에 목을 매달아 자살한 점[72] 등은 모두 의사능력을 부정하는 사정으로 고려되었다. 이와 달리 판례는 의사의 진찰을 받은 때나 해당 행위를 한 시점에 취급 은행의 담당자와 면담한 때에 행위자에게 특별히 이상한 언동이 보이지 않은 점[73] 등을 의사능력을 긍정하는 사정으로 고려하였다.

셋째, 판례에 의하면 해당 행위의 복잡성에 대해서는 은행과의 금전소비대차계약, 신용판매회사와의 보증위탁계약과 골프 회원권의 담보제공이 일체로 이루어진 계약인 점[74], 해당 행위의 중대성의 정도에 대해서는 근저당권설정계약의 최고액 3억 엔으로 다액인 점, 오랜 기간에 걸쳐서 거주하고 있었던 자택의 증여인 점[75], 특별한 이해관계도 없는 소외 회사를 채무자로 하는 근저당권의 설정인 점[76] 등은 모두 의사능력을 부정하는 사정으로 고려되었다.

넷째, 판례에 의하면 해당 행위를 한 동기, 이유, 경위에 대한 합리성의 유무에 대해서는 오랜 기간 자택에 거주하였으며 현재도 거주하고 있는 장남 부부가 아니라 시집간 딸에게 갑자기 자택을 증여한 점[77], 매매계약서도 작성되지 않고 대금의 지급이 이루어지지 않은 채 소유권이전등기절차가 이루어진 점[78] 등 해당 행위를 한 경위 등에 부자연스럽고 불합리한 점이 있는 경우가 모두 의사능력을 부정하는 사정으로 고려되었다.[79]

---

71) 名古屋高判 平成14年(2002年) 9月 18日 平成14年 (ネ) 200号 재판소 홈페이지.
72) 東京高判 平成10年(1998年) 6月 15日 判タ 1041号 212頁, 원판결 취소.
73) 大阪高判 平成24年(2012年) 9月 12日 金融法務 1991号 122頁, 원판결 취소.
74) 東京高判 平成11年(1999年) 12月 14日 金融法務 1586号 100頁.
75) 東京高判 平成23年(2011年) 3月 23日 平成22年 (ネ) 6532号 간행물 미등재, 원판결 취소.
76) 名古屋高判 平成14年(2002年) 9月 18日 平成14年 (ネ) 200号 재판소 홈페이지.
77) 東京高判 平成23年(2011年) 3月 23日 平成22年 (ネ) 6532号 간행물 미등재, 원판결 취소.
78) 東京高判 平成10年(1998年) 6月 15日 判タ 1041号 212頁, 원판결 취소.
79) 그 밖에 학설 중에는 판례를 종합적으로 볼 때 판례는 유언, 임의후견계약, 간호(介護) 계약에서 요구되는 의사능력의 정도는 유언 ≦ 간호(介護) 계약 < 임의후견계약이라는 입장을 취한다고 해석한 후 의사능력의 유무・정도의 판단기준에 대해서도 판례는 유언, 임의후견계약, 간호(介護) 계약에 따라 각각 다르게 판단한다고 평가하는 견해(三輪まどか, 전게논문, 280頁 이하), 고령자는 중요한 의사결정을 할 때에 높은 인지기능이 요구되는 방법을 선택하는 것을 기피하며, 정신적 노력을 요하는 번거로운 방법을 회피하는 경향이 있고, 이와 연동하여 권위 있는 사람이나 자신을 돌봐주는 사람의 의사에 동조하기 쉬운 특성을 가지는 점을 염두에 두고 고령자의 의사능력을

(3) 의사능력의 존재 여부에 대한 판단의 기준시와 방법

1) 판단의 기준시

의사능력의 존재 여부를 판단하는 기준시는 平成29年(2017年) 개정으로 신설된 현행 일본민법 제3조의2[80]에 따르면 '법률행위의 당사자가 의사표시를 한 때'이다.[81] 이는 다음의 두 가지 점을 의미한다.

첫째, 의사능력의 존재 여부에 대한 판단은 제한행위능력의 경우와 달리 과거에 필요한 능력을 가지고 있었는지 여부에 대한 판단이 된다. 그리하여 이에 대한 판단이 용이하지 않을 뿐만 아니라 이를 위한 증명 역시 상대적으로 어려워지기 쉽다.[82]

둘째, 의사능력의 존재 여부에 대한 판단은 법률행위 시점이 아니라 의사표시 시점에 이루어지게 된다. 예컨대 청약과 승낙의 합치로 계약이 성립한 경우에는 청약자가 청약의 '의사표시를 한 때'에 의사능력이 없었던 때 또는 승낙자가 승낙의 '의사표시를 한 때'에 의사능력이 없었던 때에 그 계약은 무효가 된다. 平成29年(2017年) 일본민법 개정으로 신설된 제97조 제3항에 따르면 표의자가 통지를 발송한 후에 의사능력을 상실한 때라 하더라도 의사표시는 그로 인하여 그 효력을 방해받지 않는다고 규정되어 있다. 따라서 일본민법 제3조의2에서 '의사표시를 한 때'란 표의자가 그 통지를 발송한 때를 의미하게 된다. 다만 학설 중에는 엄밀하게 말하면 의사표시를 한 자가 그 의사표시를 한 때에 의사능력이 없었던 경우에는 그 의사표시가 무효이며, 그리하여 법률행위도 무효가 된다고 보아야 한다는 견해가 주장된다.[83] 이 견해에 따르면 일본민법 제3조의2는 '법률행위'가 무효가 된다고

고려하여야 한다는 견해(村田彰, 전게논문, 225頁 이하) 등도 주장되었다.

80) **일본민법제3조의2** 법률행위의 당사자가 의사표시 할 당시에 의사능력이 없었던 때에 그 법률행위는 무효로 한다.

81) 일본의 경우에도 우리나라와 동일하게 의사무능력자가 한 의사표시는 무효라고 해석하는 입장이 통설 및 판례의 입장이었고 이를 반영하여 平成29年(2017年) 개정으로 일본민법 제3조의2가 신설되었다. 이 규정에 대하여 학설은 전술한 일본의 통설 및 판례의 입장을 명문으로 인정한 규정으로 해석한다(大村敦志・道垣內弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서, 377頁[山本敬三 집필]).

82) 大村敦志・道垣內弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서, 390-391頁[山本敬三 집필].

규정하는데, 이에 대해서는 '의사표시'가 무효가 된다고 규정하는 방법이 간명하며, 또한 취지에도 부합된다고 한다.[84] 그럼에도 불구하고 일본민법 제3조의2가 '법률행위'의 효과로 규정한 이유는 제한행위능력에 관한 규정과 보조를 맞추기 위해서였다고 해석된다.[85]

2) 판단 방법

학설에 의하면 의사능력의 존재 여부를 판단하기 위한 방법으로 우선 고려할 수 있는 것은 인간의 정신적 능력의 정도에 관한 다양한 지표를 단서로 삼으면서 의사능력에 상당하는 정신적 능력이 있는지 여부를 판단하는 방법이라고 한다(이른바 '정신적 능력의 정도에 관한 지표 등을 단서로 한 판단').[86] 예컨대 정신의학 영역에서 치매에 관한 평가방법으로 유명한 하세가와(長谷川)식 치매 스케일(長谷川式認知症スケール)[87]에 따르면 자기의 인식, 시간에 관한 인식, 장소에 관한 인식, 작업 기억, 계산, 최근 기억, 비언어성 기명(記銘), 전두엽 기능에 대한 평가가 이루어지며, 그 시점에 따라서 경도・중도・고도라는 판정이 이루어진다. 학설은 이러한 판정이 의사표시를 한 때의 전후에 이루어진 경우에는 그 시점의 정신적 능력을 확정하는 데에 유력한 단서가 된다고 해석한다.[88] 또한 학설에 의하면 의사의 진단서나 간호기록 기타 당시의 기록 등에서 당사자가 전술한 항목 그 밖의

---

83) 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서(新注釋民法(1)), 391頁[山本敬三 집필].

84) 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서(新注釋民法(1)), 391頁[山本敬三 집필]; 法制審議會-民法(債權關係)部會, 法制審議會(債權關係)部會 第90回 會議議事錄, 法務省, 平成26年(2014年), 20頁 이하[山本敬三 간사]; 法制審議會-民法(債權關係)部會, 法制審議會(債權關係)部會 第95回 會議議事錄, 法務省, 平成26年(2014年), 2頁 이하[山本敬三 간사](이하에서는 '第95回 會議議事錄'으로 표기하기로 한다); 第95回 會議議事錄, 3頁[能見善久 위원]을 참조.

85) 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서(新注釋民法(1)), 391頁[山本敬三 집필].

86) 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서, 391頁[山本敬三 집필].

87) 이에 대해서는 '認知症の診斷に使われる長谷川式認知症スケールとは / 認知症の基礎知識'(https://www.sompo-egaoclub.com/articles/topic/852)(최종방문일 : 2022년 8월 23일)을 참조하여 정리하였다.

88) 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서, 391頁[山本敬三 집필].

항목에 대해서 가지고 있었다고 여겨지는 능력의 정도를 확정할 수 있는 경우도 그 시점의 정신적 능력을 확정하는 데에 유력한 단서가 된다.[89]

다만 학설은 의사능력의 존재 여부를 판단할 때에는 이러한 정신적 능력의 판정이 그대로 의미를 가지는 것은 아니며, 어디까지나 각각의 경우에 문제되는 법률행위에 대해서 그 의미를 이해하고 결과를 인식할 수 있었는지 여부가 판단될 필요가 있다고 하면서, 전술한 정신적 능력의 판정은 그러한 판단을 하기 위한 단서로 자리매김 된다고 해석한다.[90] 예컨대 학설에 의하면 사람에 관한 인식이 없는-상대방이 누구인지를 식별할 수 없는-경우에는 상대방이 누구인지가 중요한 법률행위를 할 정신적 능력이 없다고 판단되기 쉬울 것이며, 작업 기억과 최근 기억이 없는 경우나 계산능력이 없는 경우에는 적어도 복잡한 법률행위나 고액의 금전이 문제되는 법률행위를 할 정신적 능력이 없다고 판단되기 쉬울 것이라고 한다.[91]

한편 학설에 의하면 전술한 정신적 능력의 정도에 관한 지표 등을 단서로 한 판단 외에 일본의 판례를 살펴보면 의사능력의 존재 여부를 판단할 때에는 합리적 의사결정을 단서로 한 판단이 이루어지는 경우가 많다고 한다(이른바 '합리적 의사결정을 단서로 한 판단').[92] 이는 의사능력이 있으면 합리적 의사결정이 이루어질 것이라고 상정한 후에 합리적 의사결정이 이루어지지 않았음을 이유로 의사능력이 없었다는 추론을 하는 방법이다. 이는 엄밀하게 말하면 다시 다음의 두 가지 방법으로 구별할 수 있다고 한다.[93]

첫째, 합리적인 의사결정과 괴리된 의사결정이 이루어지고 있는 점을

---

89) 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서, 391-392頁[山本敬三 집필].

90) 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서, 392頁[山本敬三 집필].

91) 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서, 392頁[山本敬三 집필]. 한편 민사정신감정의 방법 등에 대해서는 西山詮, 民事精神鑑定の實際, 追補改訂版, 新興医學出版社, 平成10年(1998年), 西山詮, 民事精神鑑定の本質, 新興医學出版社, 平成27年(2015年) 등을 참조.

92) 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서, 392頁[山本敬三 집필].

93) 이하의 내용은 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서, 392-393頁[山本敬三 집필]을 주로 참조하여 정리하였다.

단서로 삼는 방법이다. 예컨대 판례에 의하면 실제로 이루어진 법률행위의 내용이 일반적으로 합리성이 없는 경우에는 그 당사자에게 의사능력이 없었다고 판단되기 쉽다.[94] 또한 그러한 내용의 법률행위를 할 합리적인 목적(동기)이 일반적으로 존재하지 않는 경우에는 그럼에도 불구하고 이러한 법률행위를 한 당사자에게는 의사능력이 없었다고 판단되기 쉽다.[95] 이러한 경우에는 당사자에게 착오가 있었다고 볼 수도 있지만, 전술한 정신적 능력의 정도를 의심하게 하는 사정이 있는 때에는 그 이전에 애초에 의사능력이 없었다고 판단되는 경우가 적지 않다.

둘째, 합리적인 의사결정을 저해하는 요인이 있는 점을 단서로 삼는 방법이다. 예컨대 판례에 의하면 의사결정 과정에서 상대방이 자기의 이익을 도모하기 위하여 사기적 내지 강요적인 수단을 이용하는 경우에 그러한 수단의 영향을 받아서 의사결정을 한 당사자는 그만큼 충분한 판단능력, 즉 의사능력이 없었다고 판단되기 쉽다.[96]

학설 중에는 이러한 경우에 사기나 강박, 폭리행위 이외에 소비자계약에서는 오인・곤혹에 의한 취소를 문제로 삼을 수도 있다고 보는 견해가 있다(일본소비자계약법(消費者契約法) 제4조). 이 견해에 따르면 실제로 일본의 판례 중에는 반드시 그러한 요건들이 충족되었다고 볼 수 없는 경우에 전술한 정신적 능력의 정도를 의심하게 하는 사정이 있음을 이유로 의사능력이 결여되어 있다고 보아서 필요한 구제를 인정한 판례도 보이지만, 엄밀하게 말하면 이들은 의사표시 내지 합의의 하자 문제로, 그러한 요건이 필요한 구제를 인정하기 위하여 지나치게 엄격한 것이라면 적절한 개정 등을 통하여 그 실현을 도모하여야 한다고 한다.[97]

---

94) 東京地判 平成10年(1998年) 3月 19日 金法 1531号 69頁[어음의 배서]; 東京高判 平成10年(1998年) 6月 15日 判タ 1041号 212頁[주택의 매매계약]; 東京地判 平成10年(1998年) 10月 30日 判時 1679号 46頁[자택을 제외한 거의 모든 재산의 증여]; 東京地判 平成22年(2010年) 9月 28日 / 2010WLJPCA9288034[근저당권 설정계약] 등.

95) 東京地判 平成25年 12月 24日 /2013WLJPCA12248006[부동산의 매매・대리권의 수여] 등.

96) 東京地判 平成8年(1996年) 10月 24日 判時 1607号 76頁[연대보증계약・근저당권설정계약] 등 이외에 熊谷士郎, 전게서, 348頁 이하 및 356頁을 참조.

97) 大村敦志・道垣内弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 전게서, 393頁[山本

4. 평석 대상 판결에 대한 검토

(1) 사실관계, 증거, 기록 등에 따른 피고의 의사능력의 인정 여부

평석 대상 판결의 원심이 확정한 사실관계 및 관련 기록에 따르면 이 사안에서는 피고의 의사능력을 인정할 수 있는 점과 부정할 수 있는 점이 모두 보인다.

우선 피고의 의사능력이 인정될 여지가 있는 부분으로는 피고 본인은 원심 제1-3회 변론기일에 직접 출석하였으며, 원심 재판부가 직접 피고의 모습을 확인한 후 이에 근거하여 피고에게 의사능력이 있다고 판단한 점, 원고 측 추심 직원은 피고에게 직접 전화하여 이 사건 대출약정의 이행을 촉구하였는데 피고는 전화 통화에서 "내일까지 해결하겠다"라는 취지로 말하였는 바, 이는 일반인과 다름없는 모습을 보인 점을 들 수 있다.

그러나 피고에게 의사능력이 없다고 볼 여지가 있는 부분도 존재하며, 이 부분이 전술한 의사능력을 인정할 여지가 있는 부분보다 많을 뿐만 아니라 더 강한 것으로 보이고, 평석 대상 대법원 판결도 이를 고려하여 피고에게 의사능력이 없다고 판단한 것으로 보인다. 본 평석 대상 판결이 피고의 의사능력을 부정한 데에 영향을 미쳤을 것으로 보이는 부분을 밝히면 다음과 같다.

첫째, 기록에서 나타난 바와 같이 피고의 지적 장애의 정도가 심한 점을 들 수 있다. 즉 관련 기록에 따르면 2005년 10월 12일 피고는 지적 장애인(지적 장애 3급)으로 등록되었으며, 2013년 5월 20일에 피고는 장애진단(지능지수 70, 사회발달연령 7세 8개월, 사회성숙지수 43 진단)을 받았고, 2016년 11월경 피고에 대한 후견감정 결과도 지능지수 52, 사회지수 50(사회연령 9세)의 지적 장애 진단이 나왔다.[98] 이러한 점들을 종합해 보면 평

敬三 집필].

98) 참고로 위 진단의 주요 내용은 다음과 같다. 첫째, '일상생활평가'와 관련하여 소지품 및 금전관리나 적절한 구매행위를 하는 데에 타인의 도움이 많이 필요하며, 대중교통이나 일반 공공시설을 이용하는 데에도 타인의 도움이 많이 필요하다. 둘째, '기능과 증상 상태 평가'와 관련하여 피고는 장애로 인하여 일상적인 장보기나 물품구매가 어려웠으며(계산능력의 장애), 중증도의 이해 및 판단력 장애가 있다(이해 및 판단력 장애). 셋째, 피고에 대한 '종합설명'으로는 지능이 매우 낮은 수준이며, 사회성숙도 역시 매우 낮고, 학습이나 문제 해결에 가용할 수 있는 기본적인 지적 능력뿐만 아니라 일상생활에서의 사회적응 및 발달수준도 해당 연령에 비하여 매우 부족하

석 대상 대법원 판결의 판단이 피고의 지적 장애의 정도가 심하다는 쪽으로 기울었을 것으로 여겨진다.

둘째, 이 사건 대출약정은 2015년 7월 6일에 있었고, 피고에 대한 후견감정은 2016년 11월경에 있었지만, 피고에 대한 후견감정의 내용이나 피고의 나이(1962년생) 등을 고려하면 피고는 이 사건 대출 약정 당시에도 후견감정에서 진단된 정도의 지적 수준을 가지고 있었다고 볼 여지가 있다.

셋째, 이 사건 대출약정의 내용과 구조가 간단하지 않으며[99], 이 사건 대출금도 8,800만 원으로 고액이다.

넷째, 이 사건 대출약정의 경위를 볼 때 피고가 이 사건 대출약정을 체결한 행위의 합리성에 의심이 가는 부분이 많으며, 제3자가 이 사건 대출금을 실제로 사용하는 과정에서 피고를 이용한 것은 아닌지 의심이 가는 부분이 많다. 즉 원고는 피고가 굴삭기의 수요자로 판단하여 이 사건 대출을 하였을 것이고, 이에 따라 피고의 굴삭기운전기능사 자격증이 제출되었지만, 이는 위조된 것이었다. 또한 피고가 굴삭기운전기능사 자격증을 위조하면서까지 이 사건 대출약정을 체결한 이유를 파악하기 어렵다.[100] 그리고 이 사건 대출약정의 체결 경위의 합리성에도 의심이 가는 부분이 있다.

결국 이 사건에서는 피고의 지적 장애 정도, 이 사건 대출약정의 내용, 그 체결 경위 등을 세심하게 고려하면 피고에게 의사능력이 있다고 볼 측면보다는 피고에게 의사능력이 없다고 볼 측면이 많을 뿐만 아니라 강하다고

며, 사회적 규범에 대한 이해가 부족하고 비합리적 방식의 의사결정의 가능성이 높아서 정신적 제약으로 인하여 사무를 처리할 능력이 매우 부족한 것으로 판단된다. 넷째, 회복가능성은 없으며, 현재의 지적 장애 상태가 고정되어 있다.

99) 이 사건 대출은 약 1억 1,8000만 원의 중고 굴삭기(포크레인)의 구입자금을 마련하기 위한 8,800만 원의 대출이며, 이 사건 대출약정은 만약 대출금채무가 연체될 경우에 원고가 해당 굴삭기를 임의처분하여 대출원리금에 충당하는 약정으로 보인다. 또한 거래계에서 일반적으로 차량 구입자금 대출(오토론)의 내용을 고려해 볼 때 이 사건 대출에도 위와 같은 약정이 있었을 것으로 충분히 예상된다.

100) 이 사건 대출금은 피고에게 지급되지 않고 굴삭기 매도인에게 직접 지급되었는데, 피고는 자기가 직접 운행하지 않아서 경제적 이익을 취득할 것으로 보이지 않는데도 무리하게 굴삭기운전기능사 자격증을 위조하면서까지 이 사건 대출약정을 체결한 이유를 파악하기가 어렵고, 이 사건 대출현장에서 자신이 취득하지도 않은 굴삭기운전기능사 자격증이 제시되었는데도, 피고가 아무런 조치를 취하지 않은 점에 비추어 볼 때 피고는 이 사건 대출약정의 의미를 알지 못하였을 가능성이 큰 것으로 보인다.

생각한다. 평석 대상 대법원 판결도 이 점을 고려하여 피고의 의사능력을 부정한 것으로 보인다.

(2) 의사능력의 의미에 대한 원심 판결의 자의적 해석의 인정 여부

평석 대상 대법원 판결의 원심의 판단이유를 살펴보면 원심은 기존에 확립된 판례 법리와 달리 의사능력의 의미를 자의적으로 좁게 해석한 결과 의사능력이 부정되는 범위가 지나치게 협소하게 됨으로써 의사무능력자의 보호가 소홀해질 위험성을 내포한 점에서 타당하지 않다고 생각한다. 즉 원심 판결이 "…앞서 본 인정사실만으로는 이 사건 대출약정 당시 피고가 인지 및 판단능력을 현저히 결여하여 독자적으로 자기 의사를 결정할 수 없는 의사무능력의 상태에 있었다고 인정하기에 부족하고…"라고 설시함으로써 의사능력의 의미를 좁게 해석한 판단은 기존에 확립된 판례 법리가 제시한 의사능력의 의미라고 볼 수 없다. 왜냐하면 전술한 기존의 확립된 판례 법리에 따르면 의사능력은 "자신의 행위의 의미나 결과를 정상적인 인식력과 예기력을 바탕으로 합리적으로 판단할 수 있는 정신적 능력 내지는 지능"으로 정의되기 때문이다.

또한 기존의 확립된 판례 법리에 의하면 이 사건 대출약정과 관련하여 개별적으로 피고의 의사능력 유무를 판단해야 하는데, 전술한 설시 부분에서 나타난 원심의 판단은 이러한 개별적 판단기준을 채택하였다기 보다는 일반적인 의사결정능력의 결여가 있어야 의사무능력을 인정할 수 있다는 취지로 이해되어 타당하지 않다고 생각한다.

(3) 성년후견과 한정후견의 관계

이 사건에서는 피고에 대하여 성년후견심판이 청구되었지만, 한정후견심판이 선고되었고[101], 원심은 이를 피고의 의사무능력을 부정하는 근거로

101) **민법 제9조(성년후견개시의 심판)**
① 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 한정후견인, 한정후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 성년후견개시의 심판을 한다.

원용하였다. 즉 원심은 “한정후견심판은 정신적 제약으로 사무처리능력이 부족한 사람을 대상으로 하고, 피고는 한정후견심판만 받았다”는 점을 피고의 의사능력을 긍정하는 이유 중 하나로 들었다.

그러나 기존의 확립된 판례 법리에 의하면 성년후견의 대상이 되는 자는 의사능력이 없고, 한정후견의 대상이 되는 자는 의사능력이 있다고 단정할 수 없다. 즉 판례에 의하면 의사무능력도 문제되는 법률행위마다 개별적으로 판단하여야 하고, 의사무능력이 인정되기 위하여 모든 법률행위에 대하여 지속적으로 무능력일 것을 요구하지 않는다. 또한 기존 판례는 성년후견과 한정후견의 차이는 정도의 차이에 지나지 않아서 양자의 구별이 명확한 것도 아니므로, 한정후견을 청구해도 성년후견 심판을 할 수 있고, 성년후견을 청구해도 한정후견심판을 할 수 있다는 입장을 취한다.[102] 그러므로 설득적인 근거 제시 없이 기존 판례의 입장과 다른 판단을 한 원심은 타당하지 않다.

민법 제12조(한정후견개시의 심판)

① 가정법원은 질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람에 대하여 본인, 배우자, 4촌 이내의 친족, 미성년후견인, 미성년후견감독인, 성년후견인, 성년후견감독인, 특정후견인, 특정후견감독인, 검사 또는 지방자치단체의 장의 청구에 의하여 한정후견개시의 심판을 한다.

102) 대법원 2021.6.10.자 2020스596 결정은 “성년후견은 ‘질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람’에 대하여 개시되고(제9조 제1항), ‘질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람’에 대하여 한정후견이 개시된다(제12조 제1항). 성년후견의 요건과 한정후견의 요건 중에서 ‘질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약’ 부분은 같고, ‘사무처리 능력의 지속적 결여’와 ‘사무처리 능력의 부족’은 정도의 차이에 지나지 않아 둘 사이의 구별이 명확한 것은 아니다. … 성년후견이 개시된 경우 피성년후견인의 법률행위는 원칙적으로 취소할 수 있는 반면(제10조 제1항 참조), 한정후견이 개시된 경우 피한정후견인은 유효하게 법률행위를 할 수 있는 것이 원칙이고 예외적으로 가정법원이 피한정후견인의 행위능력을 제한할 수 있다(제13조 제1항 참조). 성년후견이나 한정후견에 관한 심판 절차는 가사소송법 제2조 제1항 제2호 (가)목에서 정한 가사비송사건으로서, 가정법원이 당사자의 주장에 구애받지 않고 후견적 입장에서 합목적적으로 결정할 수 있다. 이때 성년후견이든 한정후견이든 본인의 의사를 고려하여 개시 여부를 결정한다는 점은 마찬가지이다(제9조 제2항, 제12조 제2항). 위와 같은 규정 내용이나 입법 목적 등을 종합하면, 성년후견이나 한정후견 개시의 청구가 있는 경우 가정법원은 청구 취지와 원인, 본인의 의사, 성년후견 제도와 한정후견 제도의 목적 등을 고려하여 어느 쪽의 보호를 주는 것이 적절한지를 결정하고, 그에 따라 필요하다고 판단하는 절차를 결정해야 한다. 따라서 한정후견의 개시를 청구한 사건에서 의사의 감정 결과 등에 비추어 성년후견 개시의 요건을 충족하고 본인도 성년후견의 개시를 희망한다면 법원이 성년후견을 개시할 수 있고, 성년후견 개시를 청구하고 있더라도 필요하다면 한정후견을 개시할 수 있다고 보아야 한다”고 판시하였다.

(4) 지적 장애인에 대한 차별금지의무

장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한법률(이하에서는 '장애인차별금지법'이라고 한다)은 정당한 사유 없는 장애인에 대한 차별을 금지하고 있다.[103] 그런데 이 사건과 같은 대출계약이 의사무능력을 이유로 무효가 된다면 향후 금융지관은 지적 장애를 가진 자에게 대출하는 행위를 기피하거나 대출을 거절할 수 있는데, 이러한 대출 거절은 장애인차별금지법에서 금지하는 차별에 해당될 위험이 있다. 실제로 국가인권위원회는 금융기관의 지적 장애인에 대한 일률적인 대출 거부가 차별행위에 해당된다는 이유로 구제조치 권고 결정을 내린 바 있다.[104] 이러한 상황에서 금융기관이 장애

---

103) **장애인차별금지및권리구제등에관한법률**

제4조(차별행위)

① 이 법에서 금지하는 차별이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 장애인을 장애를 사유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 경우
2. 장애인에 대하여 형식상으로는 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하지 아니하지만 정당한 사유 없이 장애를 고려하지 아니하는 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우

(이하 생략)

③ 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 정당한 사유가 있는 경우에는 이를 차별로 보지 아니한다.

1. 제1항에 따라 금지된 차별행위를 하지 않음에 있어서 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등이 있는 경우
2. 제1항에 따라 금지된 차별행위가 특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우. 이 경우 특정 직무나 사업 수행의 성질은 교육 등의 서비스에도 적용되는 것으로 본다.

제6조(차별금지)

누구든지 장애 또는 과거의 장애경력 또는 장애가 있다고 추측됨을 이유로 차별을 하여서는 아니 된다.

제17조(금융상품및서비스제공에있어서의차별금지)

금융상품 및 서비스의 제공자는 금전대출, 신용카드 발급, 보험가입 등 각종 금융상품과 서비스의 제공에 있어서 정당한 사유 없이 장애인을 제한·배제·분리·거부하여서는 아니 된다.

제47조(입증책임의배분)

① 이 법률과 관련한 분쟁해결에 있어서 차별행위가 있었다는 사실은 차별행위를 당하였다고 주장하는 자가 입증하여야 한다.

② 제1항에 따른 차별행위가 장애를 이유로 한 차별이 아니라거나 정당한 사유가 있었다는 점은 차별행위를 당하였다고 주장하는 자의 상대방이 입증하여야 한다.

104) 예컨대 국가인권위원회 2011.4.26.자 10진정532200 결정, 국가인권위원회 2010.7.19.자 10 진정 4600 결정 등.

인차별금지법의 제재를 피하기 위하여 지적 장애가 있는 자임에도 불구하고 그 자에게 대출을 해 주었는데, 이후에 법원에서 의사무능력을 이유로 무효로 판단하면 금융기관이 손해를 입을 우려도 있는 점이 사실이다.

그렇지만 금융기관으로서는 거래상대방의 의사능력 유무에 관하여 개별적으로 조사 및 판단하여야 하므로, 양자가 모순된 상황이 된다고 단정할 수는 없다. 즉 금융기관에 대출하려는 자에게 의사무능력이 의심되는데도 불구하고 이를 무시하고 금융기관이 그 자에게 대출을 해 주었다면 금융기관은 이에 따른 위험을 부담하여야 한다고 생각한다. 왜냐하면 의사능력 제도는 거래의 안전에 대한 고려보다 의사무능력자의 보호를 더 우위에 두고 있기 때문이다. 다만 금융기관이 거래상대방에 대한 개별적인 검토를 하지 않고 모든 경우에 일률적으로 대출을 거부하는 행위는 장애인 차별에 해당될 수 있을 것이다. 전술한 국가인권위원회 결정도 일률적 대출 거부가 지적 장애인에 대한 차별에 해당된다고 판단한 것이지, 금융기관의 개별적 심사로 인한 대출 거절까지 지적 장애인에 대한 차별로 본 것이 아님은 이를 뒷받침한다고 생각한다.

Ⅲ. 결 론

1. 평석 대상 대법원 판결의 타당성 여부

평석 대상 판결이 피고의 의사능력을 부정한 점은 타당하며, 이에 따라 피고의 나머지 상고이유(통정허위표시에 의한 무효, 기망에 의한 취소, 신의칙 위반 등)에 대해서 판단하지 않은 점도 정당하다고 생각한다.

특히 앞에서 살펴본 바와 같이 사실관계나 증거 등에 비추어서 세심하게 살펴볼 때 피고의 의사능력이 긍정되는 측면보다는 부정되는 측면이 많을 뿐만 아니라 강하다고 판단한 점, 기존의 확립된 판례 법리와 달리 의사능력의 의미를 자의적으로 좁게 해석함으로써 의사무능력의 범위도 축소되고 나아가 거래의 안전보다도 의사무능력자의 보호에 우위를 두는 의사무

능력 제도 취지의 몰각이 우려되는 판단을 한 원심을 받아들이지 않은 점은 대법원이 의사무능력자 제도의 취지를 살리기 위하여 많은 노력을 기울이고 있는 점에서 긍정적으로 평가된다.

다만 평석 대상 대법원 판결에 대해서는 의사능력의 판단기준과 관련하여 의사무능력자에게 계약 체결에 대한 유책사유가 있는 경우를 어떻게 보아야 할 것인지가 문제될 수 있다.

예컨대 의사무능력자가 인감증명서를 직접 발급받는 등 의사능력이 있는 자와 같은 외관을 형성하는 데에 의사무능력자 자신에게 유책사유가 있는 경우가 있을 수 있다. 이 경우에 의사무능력자에게 의사능력이 없음을 이유로 계약을 무효로 할 경우에 거래의 안전이 문제될 수 있다는 비판이 제기될 수 있을 것이다. 그러나 의사능력 제도 자체가 거래의 안전을 희생하더라도 의사무능력자를 보호하기 위한 제도이므로[105], 거래의 안전에 대한 가치보다 의사무능력자의 보호에 대한 가치를 보다 더 중시할 수 있고, 따라서 의사무능력자에게 계약 체결에 대한 유책사유가 있더라도 의사무능력자를 보호하여야 한다. 즉 의사무능력자의 유책사유가 의사무능력을 부정하는 사유가 된다고 볼 수 없다. 이와 관련하여 平成29年(2017年) 일본민법 개정 과정에서 거래의 안전을 고려하여 의사무능력자의 유책성의 정도, 상대방의 주관적 사정 등을 고려하여 예외적으로 법률행위를 유효로 보자는 안이 제시되었지만, 최종적으로 채택되지 않은 점[106]도 참고할 수 있을 것이다.

또한 의사무능력자가 직접 금융기관에 방문한 사정이 의사능력의 유무를 판단할 때 어떠한 의미를 갖는지가 문제될 수 있다.

생각건대 이는 일상생활을 영위할 수 있는 정도라고 볼 수 있을 뿐, 근저당권 설정행위 등과 같은 개별적인 법률행위의 법률적 의미와 효과까지 알 수 있었다는 근거가 되는 의미로는 볼 수 없다.

---

105) 윤진수, “의사무능력자가 한 법률행위의 효력-대법원 2002.10.11. 선고 2001다10113 판결-”, 민법기본판례, 제2판, 홍문사, 2020, 22면.

106) 法務省民事局參事官室, 民法(債權關係)の改正に關する中間試案, 法務省, 平成25年(2013年), 1頁, 法務省民事局參事官室, 民法(債權關係)の改正に關する中間試案の補足說明, 法務省, 平成25年(2013年), 7頁 이하를 참조.

2. 평석 대상 대법원 판결의 의의

평석 대상 대법원 판결이 선고되기 전에 판례가 지적 장애인의 의사능력의 유무를 판단할 때에 주요 판단근거로 고려한 요소들에는 ① 지적 장애의 정도와 내용, ② 장애인복지법령에서 일반적으로 지능지수 70 이하인 사람을 지적 장애인으로 보호하고 있는 점, ③ 법률행위의 내용, ④ 법률행위의 경위에 비추어 볼 때 해당 법률행위의 합리성에 의심이 드는지 여부 등이 있다고 정리할 수 있었다. 평석 대상 대법원 판결은 이들 요소를 종합적으로 고려하고 각각의 요소를 구체화하는 방향으로 기존 판례의 법리를 발전시켜 판시한 것으로서 그 결론은 타당하다. 특히 이 판결을 보면 기존의 판례에서는 볼 수 없었던 지적 장애인의 의사능력 유무에 대한 판단기준을 처음으로 명시적으로 제시한 점에서 그 의의를 발견할 수 있는데, 이를 발췌하면 다음과 같다.

“장애인복지법 제2조 제2항 제2호, 장애인복지법 시행령 제2조 제1항 [별표 1] 제6호, 장애인복지법 시행규칙 제2조 제1항 [별표 1] 제6호에 따르면, 특별한 사정이 없는 한 지능지수가 70 이하인 사람은 교육을 통한 사회적 · 직업적 재활이 가능하더라도 지적장애인으로서 위 법령에 따른 보호의 대상이 된다. 지적장애인에 해당하는 경우에도 의학적 질병이나 신체적 이상이 드러나지 않아 사회 일반인이 보았을 때 아무런 장애가 없는 것처럼 보이는 경우가 있다. 반면 지적장애를 가진 사람이 장애인복지법령에 따라 지적장애인 등록을 하지 않았다거나 등록 기준을 충족하지 못하였다고 해서 반드시 의사능력이 있다고 단정할 수 없다. 이러한 사정을 고려하면, 지적장애를 가진 사람에게 의사능력이 있는지를 판단할 때 단순히 그 외관이나 피상적인 언행만을 근거로 의사능력을 쉽게 인정해서는 안 되고, 의학적 진단이나 감정 등을 통해 확인되는 지적장애의 정도를 고려해서 법률행위의 구체적인 내용과 난이도, 그에 따라 부과되는 책임의 중대성 등에 비추어 볼 때 지적장애를 가진 사람이 과연 법률행위의 일상적 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과를 이해할 수 있는지, 법률행위가 이루어지게 된 동기나 경위 등에 비추어 합리적인 의사결정이라고 보기 어려운 사정이 존재하

는지 등을 세심하게 살펴보아야 한다.”

물론 전술한 평석 대상 대법원 판결의 설시부분은 의사능력의 유무를 구체적인 행위와 관련하여 개별적으로 판정하는 기존의 확고한 판례 법리를 포기한 것은 아니다. 그렇지만 기존의 판례 법리를 유지할 뿐만 아니라 이를 보다 구체화하는 방향으로 발전시키기 위하여 노력을 기울인 점에서 대법원도 의사능력의 유무에 대한 판단기준을 구체적으로 제시하려고 노력하고 있음을 확인할 수 있다.

나아가 이러한 판례의 노력은 의사능력 유무의 판단기준이 명확하지 않은 점에 대한 반성 내지 고백이 표현된 것으로 보인다. 왜냐하면 전술한 설시 부분 중 ‘법률행위의 구체적인 내용과 난이도, 그에 따라 부과되는 책임의 중대성’과 같이 기존의 판례에서는 명시적으로 제시되지 않았던 문구를 추가함으로써[107] 지적 장애인의 의사능력, 나아가서는 의사능력의 유무가 문제되는 사안에 대하여 적용될 수 있는 의사능력 유무의 판단기준을 보다 더 구체적으로 제시하였기 때문이다. 만약 평석 대상 대법원 판결의 설시 부분이 필자가 이해한 취지의 표현이라면 의사능력의 유무에 대한 판단기준과 관련하여 향후 후속적으로 선고될 판례는 평석 대상 대법원 판결에 따라 의사능력의 유무를 판단하는 요소 내지 판단기준을 구체화하는 방향으로 나아가게 될 것이다. 지적 장애인을 비롯한 의사능력의 유무가 문제되는 자의 의사능력 유무 판단에 대한 판례의 발전적 모습을 기대하며 이 글을 마친다.

지적 장애인의 의사능력의 판단기준	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
- 이 승 현	2022.08.24.	2022.09.12.	2022.10.07.

107) 일본의 하급심 판례의 경우에는 일찍부터 행위의 난이도・중대성을 기준으로 의사능력의 유무를 판단한 판례(예컨대 東京高判 平成11年(1999年) 12月 14日 金法 1586号 100頁, 東京地判 平成17年(2005年) 9月 29日 判タ 1203号 173頁 등)가 있는데, 평석 대상 대법원 판결은 이를 참조하여 설시한 것으로 보인다.

[참고문헌]

I. 국내문헌

강태성, 민법총칙, 제5판, 대명출판사, 2013.

고상룡, 민법총칙, 제3판, 법문사, 2003.

곽윤직・김재형, 민법총칙, 제9판, 박영사, 2013.

김민중, 민법총칙, 법영사, 2014.

김상용, 민법총칙, 제2판, 화산미디어, 2013.

김주수 ・ 김상용, 민법총칙, 제7판, 삼영사, 2013.

김준호, 민법총칙, 제15판, 법문사, 2021.

김증한 ・ 김학동, 민법총칙, 제10판, 박영사, 2013.

김현진, "치매와 유언능력 그리고 구수요건", 「민사판례연구」, 제39권, 박영사, 2017.

김형석・오영준 편집 / 양창수 편집대표, 민법주해[I], 총칙(1)[제1조-제30조], 제2판, 박영사, 2022.

백태승, 민법총칙, 제6판, 집현재, 2014.

송덕수, 민법총칙, 제6판, 박영사, 2021.

윤진수, "의사무능력자가 한 법률행위의 효력-대법원 2002.10.11. 선고 2001다10113 판결-", 민법기본판례, 제2판, 홍문사, 2020.

이영준, 민법총칙, 개정증보판, 박영사, 2007.

이은영, 민법총칙, 제5판, 박영사, 2009.

지원림, 민법강의, 제19판, 홍문사, 2022.

한승 ・ 손철우 편집 / 김용덕 편집대표, 주석민법, [총칙1], §1-§96, 제5판, 한국사법행정학회, 2019.

II. 일본문헌

岡松參太郎, "意思能力論(2)", 「法學協會雜誌」, 第33卷 第11号, 法學協會, 大正4年(1915年).

幾代通, (現代法律學全集 5) 民法總則, 第2版, 青林書院, 昭和59年(1984年).

內田貴, 民法 I, 總則・物權總論, 第4版, 東京大學出版會, 平成20年(2008年).

能見善久・加藤新太郎 編集, 論点体系 判例民法 1 總則I, 第3版, 第一法規, 平成31年(2019年).

大村敦志・道垣內弘人・山本敬三 編集代表 / 山野目章夫 編集, 新注釋民法(1) 總則(1) §§1-89, 有斐閣, 平成30年(2018年).

四宮和夫, (法律學講座双書) 民法總則, 第4版, 弘文堂, 昭和61年(1986年).

山本敬三, 民法講義 I 總則, 第3版, 有斐閣, 平成23年(2011年).

三輪まどか, "[論說] 高齡者の意思能力の有無 ・ 程度の判定基準-遺言能力, 任意後見契約締結能力をめぐる裁判例を素材として-", 「横浜法學」, 第22卷 第3号, 横浜法學會, 平成26年(2014年).

西山詮, 民事精神鑑定の實際, 追補改訂版, 新興医學出版社, 平成10年(1998年).

西山詮, 民事精神鑑定の本質, 新興医學出版社, 平成27年(2015年).

我妻榮, 新訂民法總則 (民法講義 1), 岩波書店, 昭和40年(1965年).

熊谷士郎, 議事無能力法理の再檢討, 有信堂高文社, 平成15年(2003年).

一藁幸, "意思能力規定に期待される役割に關する一考察-近時の裁判例の分析をもとに

-", 「岡山大學法學會雜誌」, 第68卷 第3 · 4号, 岡山大學法學會, 平成31年(2019年).
村田彰, "「意思能力」を考える-「意思能力」を定義する場合の留意点を中心として-", 「名城法學」, 第66卷 第3号(片桐善衛教授退職記念号), 名城大學法學會, 平成28年(2016年).

III. 기타 자료
法務省民事局參事官室, 民法(債權關係)の改正に關する中間試案, 法務省, 平成25年(2013年).
法務省民事局參事官室, 民法(債權關係)の改正に關する中間試案の補足說明, 法務省, 平成25年(2013年).
法制審議會-民法(債權關係)部會, 法制審議會(債權關係)部會 第90回 會議議事錄, 法務省, 平成26年(2014年).
法制審議會-民法(債權關係)部會, 法制審議會(債權關係)部會 第95回 會議議事錄, 法務省, 平成26年(2014年).
'認知症の診斷に使われる長谷川式認知症スケールとは / 認知症の基礎知識'
(https://www.sompo-egaoclub.com/articles/topic/852)
[수요자 중심의 장애인 지원체계 구축] 장애등급제 단계적 폐지 시행을 위한 장애인복지 사업안내, 보건복지부, 2020.
(file:///C:/Users/lshhs23/Downloads/%EC%9E%A5%EC%95%A0%EB%93%B1%EA%B8%89%EC%A0%9C_%EB%8B%A8%EA%B3%84%EC%A0%81_%ED%8F%90%EC%A7%80_%EC%8B%9C%ED%96%89%EC%9D%84_%EC%9C%84%ED%95%9C_%EC%9E%A5%EC%95%A0%EC%9D%B8%EB%B3%B5%EC%A7%80_%EC%82%AC%EC%97%85%EC%95%88%EB%82%B4.pdf)

【국문초록】

대법원 2022.5.26. 선고 2019다213344 판결이 선고되기 전에 판례가 지적 장애인의 의사능력의 유무를 판단할 때에 주요 판단근거로 고려한 요소들에는 ① 지적 장애의 정도와 내용, ② 장애인복지법령에서 일반적으로 지능지수 70 이하인 사람을 지적 장애인으로 보호하고 있는 점, ③ 법률행위의 내용, ④ 법률행위의 경위에 비추어 볼 때 해당 법률행위의 합리성에 의심이 드는지 여부 등이 있다고 정리할 수 있었다. 평석 대상 대법원 판결은 이들 요소를 종합적으로 고려하고 각각의 요소를 구체화하는 방향으로 기존 판례의 법리를 발전시켜서 판시한 것으로서 그 결론은 타당하다. 특히 이 판결을 보면 기존의 판례에서는 볼 수 없었던 지적 장애인의 의사능력 유무에 대한 판단기준을 처음으로 명시적으로 제시한 점에서 의의가 있다.

물론 전술한 대법원 판결의 설시부분은 의사능력의 유무를 구체적인 행위와 관련하여 개별적으로 판정하는 확고한 판례의 법리를 포기한 것은 아니다. 그렇지만 기존의 판례 법리를 유지할 뿐만 아니라 이를 보다 구체화하는 방향으로 발전시키기 위하여 노력을 기울인 점에서 대법원도 의사능력의 유무에 대한 판단기준을 구체적으로 제시하려는 노력을 하고 있음을 확인할 수 있다.

나아가 판례의 이러한 노력은 의사능력 유무의 판단기준이 명확하지 않은 점에 대한 반성 내지 고백이 표현된 것으로 보인다. 왜냐하면 전술한 설시 부분 중 '법률행위의 구체적인 내용과 난이도, 그에 따라 부과되는 책임의 중대성'과 같이 기존의 판례에서는 명시적으로 제시되지 않았던 문구를 추가함으로써 지적 장애인의 의사능력, 나아가서는 의사능력의 유무가 문제되는 사안에 대하여 적용될 수 있는 의사능력 유무의 판단기준을 보다 더 구체적으로 제시하였기 때문이다. 만약 평석 대상 대법원 판결의 설시부분이 필자가 이해한 취지의 표현이라면 의사능력의 유무에 대한 판단기준과 관련하여 향후 후속적으로 선고될 판례는 평석 대상 대법원 판결에 따라 의사능력의 유무를 판단하는 요소 내지 판단기준을 구체화하는 방향으로 나아가게 될 것이다.

【Abstract】

The Standards for Judgment of Mental Capacity of the Person with Intellectual Disabilities
- A Review of the Supreme Court Decision 2019 Da 213344 Decided May 26, 2022 -

Lee, Seung-Hyun
Instructor of Sungkyunkwan University, Ph. D.

The factors considered in precedents as major standards of judgment as to the presence of mental capacity of the person with an intellectual disability persons before the Supreme Court Decision 2019 Da 213344 Decided May 26, 2022 are as follows: ① the degree and description of intellectual disability, ② the welfare laws for the disabled considering people of intelligence quotient as low as 70 to be the person with an intellectual disability, ③ description of legal behavior, and, ④ doubt of rationality of certain legal behavior based on the grounds of the legal behavior, etc. The Supreme Court precedent subject to analysis comprehensively considers these factors and has developed legal principles towards specification of each factor and the conclusions are feasible. Especially, this precedent is meaningful in that it has expressly presented standards of judgment as to the presence of mental capacity of the person with an intellectual disability for the first time, which has not been available in the previous precedents.

Of course, the instructions of the above-mentioned precedent has not

given up the legal principles of firm precedents that have individually decided mental capacity in relation to specific behavior. However, it can be understood that the Supreme Court has tried to specifically present standards of judgment as to the presence of mental capacity in order to maintain legal principles of the previous precedents and develop them into more specific directions.

Furthermore, such efforts in precedents express reflection or confession of unclear standard of judgment as to the presence of mental capacity. It is because the instructions have added expressions such as 'specific description of legal behavior, level of difficulty and importance of responsibilities imposed thereupon' which have not been clearly suggested in the existing precedents in order to more specifically present standards of judgment as to the presence of mental capacity which can be applied to mental capacity of the person with an intellectual disability or issues where presence of mental capacity matters. If the instructions of the Supreme Court judgment presented above are the expression as understood by the author, in the future precedents, the direction will specify the factors or standards of judgment to decide mental capacity according to the Supreme Court judgment subject to analysis.

주제어(Keyword) : 지적 장애인(the person with an intellectual disability), 의사능력(mental capacity), 의사무능력(mental incapacity), 의사능력의 판단기준(standards of judgment of mental capacity), 법률행위의 구체적인 내용과 난이도(specific contents and level of difficulty of legal behavior), 책임의 중대성(importance of responsibilities)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.239

매수인의 구제수단으로서 특정이행에 관한 비교법적 연구

- 미국에서의 논의와 사례를 중심으로 -

신 창 섭*·남 기 윤**

▶목 차◀

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 보통법상 특정이행의 역사
1. 영국 형평법상 특정이행
2. 미국 초기의 통일매매법
Ⅲ. 미국에서의 특정이행에 대한 학설의 전개와 사례
1. 미국에서의 학설의 전개
2. 특정이행의 제한 원칙
3. UCC상 특정이행의 요건 및 제한
Ⅳ. 비교법적 연구 : 국제계약에서의 특정이행
1. 우리나라 민법상 강제이행청구권
2. 국제규범들과 비교법적 검토
3. 특정이행의 제한
4. 소결
Ⅵ. 결 어

Ⅰ. 서 론

우리는 오늘날 4차 산업혁명, 초연결성(Hyper-Connectivity) 등으로 표현되는 시대에 살고 있다. 세계화라는 단어는 생소하지 않고, 비대면이라는 수단은 낯설지 않으며, 국제사회의 심리적·경제적 거리는 급격하게 가까워지고 있다. 이런 흐름에서, 국제계약은 이미 우리 사회에서 중요한 위치를 차지하고 있다.[1)]

* 제1저자, 고려대학교 법학전문대학원 교수.
** 교신저자, 고려대학교 법학연구원 연구원.

국제계약 법률관계에서는 당사자들 국가의 문화, 관습 그리고 언어의 차이 등을 적절히 고려해야 한다. 계약당사자는 상대방이 계약을 불이행할 시 자신이 인정받을 수 있는 구제수단과 불확실한 본인의 법적 지위 등 여러 가지 요소들을 고려해야 하고, 이러한 과정들은 원활한 국제 계약관계를 저해하는 요소로 작용 될 수 있다.

계약체결의 자유 못지않게, 계약위반에 놓인 당사자에게 적절한 구제수단이 주어지는 것도 중요할 것이기에[2] 그동안 통일된 국제규범에서 구제수단을 어떠한 형식으로 규정할 것인가에 대해 깊은 논의가 되어왔다. 그 논의의 중심은 손해배상(damages)과 특정이행(specific performance)의 조화에 있다. 대륙법 국가에서는 채무불이행 시 본래의 내용대로 채무를 이행받을 권리가 인정되고 있지만, 영미법 국가들은 손해배상을 원칙으로 하고, 특정이행을 예외적으로만 인정하는 차이를 보이기 때문이다.[3] 대부분의 국제규범은 구제수단에 대해 타협적인 접근방법을 취하고 있지만, 그러한 논의의 결과로 만들어진 협상의 산물이 항상 명확하고 확실한 규정으로 귀결되는 것은 아니다.

대륙법 국가의 계약당사자는 영미법 국가와의 국제계약에 있어서, 채무불이행이 발생했을 때, 자신의 구제수단으로 특정이행이 인정될 수 있을지 확신할 수 없는 불완전한 상황에 놓이게 될 텐데, 이러한 상황에 대비해 영미법 국가이자, 우리나라의 주요 교역국인 미국에서의 특정이행과 관련된 규정과 그 사례들을 연구해보고자 한다.

이를 위해, 먼저 특정이행의 발전과정과 역사를 살펴본다. 영국의 형평법원에서 인정되는 특정이행의 발전과정을 살펴보고, 미국의 초기로부터 오늘날에 이르기까지, 특정이행이 명문화되는 역사와 그에 따른 논의를 살펴본다. 이어서 미국에서 예외적인 구제수단인 특정이행을 더 넓게 인정해야 한다는 견해와 손해배상만을 우선으로 인정해야 한다는 견해로 나누어지는 학술적 논의가 전개되고 있는데 이를 살펴보고자 한다. 그리고 미국 내 상

---

1) 이기수·신창섭, 「국제거래법(제7판)」 세창출판사, 2019, 1면.

2) Schmitt, Michael A. & Pasterczyk, Michael, *Specific Performance Under the Uniform Commercial Code*, 26 DePaul L. Rev. 54, 54 (1976).

3) 자세한 내용은 후술하도록 한다.

사거래에 있어 가장 공고한 위치를 차지하고 있는 미국통일상법전(Uniform Commercial Code, 이하 'UCC')에서, 매수인의 구제수단으로 특정이행을 규율하고 있는 제2-716조에 대해 연구하고, 특정이행의 인정과 제한 사례들을 살펴보고자 한다.[4] 마지막으로는 연구된 결과를 토대로 국제규범과의 비교법적인 연구를 하는 것으로 논문을 맺으려 한다.

Ⅱ. 보통법상 특정이행의 역사

1. 영국 형평법상 특정이행

영국에서는 보통법(common law)과 형평법(equity)이 상호보완적으로 존재하고 있다. 보통법은 고대의 관습과 법원의 선례들로 구성되고, 형평법은 형평법원에서 형성되어온 원칙들로[5] 구성된다.[6]

초기 영국의 법 제도는 보통법을 중심으로 발전을 이루어 왔다. 하지만 보통법이 경직되어 융통성이 부족하다는 문제, 영장제도(writ system)의 한계 등[7]이 지적되었다.[8] 특히 문제가 되었던 것은 계약위반에 있어서 구제수단이었는데, 형평법상 구제수단이 인정되지 않았던 시기에는 손해배상이 부적절한 구제수단인 것이 명백할지라도, 피해당사자는 여지없이 특정이행

---

4) 본 논문은 특히 미국 내 상사거래 관계를 규율하는 UCC 제2-716조가 적용되어 특정이행에 관해 판단한 사례를 중심으로 전개된다. 결과적으로 해당 사례들을 살펴보면서, 동 규정이 가지고 있는 의미, 요건은 물론 판결이 의미하는 바를 면밀하게 연구하고자 한다.

5) 형평법은 형평법원들이 그동안 발전시켜온 원칙은 물론, 규칙과 및 구제수단을 모두 포함하고 있다. Worthington, Sarah, Equity 9 (2nd ed. Oxford Univ. Press 2006).

6) Geldart, William, Introduction to English Law, 18 (9th ed. Oxford Univ. Press 1984).

7) 신탁(trust)의 위반이 있을 때, 구제가 불가능하다는 것은 보통법상 영장제도의 고질적인 문제로 지적됐다. 그것뿐만 아니라 초기 영국의 영장제도는 나날이 다양하지는 소송의 형식들에 대처하지 못했다. 자세한 내용은 피정현, "영미법상의 Common Law", 「원강법학」 제16권 (1999). 참조.

8) 대평의회에서 보통법원의 여러 가지 문제들이 표출되었다. 그 중 특별히 문제가 되었던 구제수단이 미흡하다는 것이었다. 채무불이행에 있어 구제수단이 손해배상만 인정되는 것은 물론, 불법행위에 있어서 금전배상만을 인정하는 명백한 경직성과 한계를 보였다. 사법연수원 출판부, 「영국법:외국법」 사법연수원, 2012, 33면.

을 청구하는 것이 불가했다.[9] 이에 대해 타당하지 않다는 문제점들이 지적됐고,[10] 보통법이 가지고 있는 이러한 단점을 보완하기 위해[11] 형평법상 구제수단이 예외적으로 인정되기 시작했다.[12] 형평법원은 자신의 재량권으로,[13] 엄격히 적절성 검토가 통과된 사안에 대해서 특정이행을 인정해주었으며, 법원은 피고가 특정이행 명령에 불응한 때 법정모욕죄(contempt)로 구금했다.[14]

2. 미국 초기의 통일매매법

미국 초기에는 구제수단에 있어서 영국 형평법원들의 규칙을 채택해 왔다.[15] 미국은 연방제 국가이기에 주(州)마다 법에 차이가 있었다.[16] 점차 주(州)간 상사거래가 많아지고 이에 비례해 분쟁도 증가하였는데, 이때 당사자들은 준거법 결정 등의 문제에 직면하게 되었고,[17] 결국 통일된 법률의 필요성이 제기되었다. 1982년 통일주법전국위원회(National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 이하 'NCCUSL')라는 준정부 기구는 통일법의 제정에 착수했고, 그 결과 1906년 통일매매법(Uniform Sales Act) 반포되었다.[18]

미국 통일매매법 제68조[19]에는 형평법상의 구제수단인 특정이행이 규

---

9) Schmitt & Pasterczyk, *supra* note 2, at 56.

10) Worthington, *supra* note 5, at 24-25.

11) 형평법은 보통법이 너무 경직적이고, 융통성이 없다는 것을 완화시키기 위해 만들어졌다고 한다. Geldart, *supra* note 6, at 18.

12) 조대환, 「영미계약법 원리: 영미법 역사 속 계약법 원리의 발견과 이해」유원북스, 2021, 726면

13) Schmitt & Pasterczyk, *supra* note 2, at 56.

14) Worthington, *supra* note 5, at 25-26.

15) Schmitt & Pasterczyk, *supra* note 2, at 57.

16) 엄동섭, 「미국계약법 Ⅰ」법영사, 2010, 22면.

17) 박정기·윤광운, 「미국통일상법전」法文社, 2006, v 면.

18) 이 외에도 통일유가증권법(Uniform Negotiable Instruments Act), 통일창고증권법(Uniform Warehouse Receipts Act), 통일주식이전법(Uniform Stock Transfer Act), 통일선하증권법(Uniform Bills of Lading Act), 통일조건부매매법(Uniform Conditional Sales Act) 등이 제정되었다. 상게서, 23면.

19) USA §68 [Specific Performance]

정되어 있다. 매도인이 특정물 또는 확정된(ascertained) 물품의 인도 계약을 파기했고, 법원은 적합한 경우(it thinks fit) 계약의 이행을 지시할 수 있다고 규정한 것이다. 해당 조항에는 "적합한 경우"라는 문언을 통해 법원이 특정이행을 인정할 수 있게 재량권을 확대하여 부여하는 모습을 보여주는데, 이는 법원이 특정이행을 더욱 폭넓게 인정할 수 있게 하려는 초안자의 의도가 보이는 부분이다.[20] 하지만 미국 통일매매법 초기에 제68조가 적용된 사례를 살펴보면 영국에서의 형평법상 원칙과 크게 다른 판단을 하지 않는 다소 소극적인 모습을 보이고 있었으나, 차츰 금전으로 손해배상이 가능한 사안에서도 법원이 특정이행 명령을 내리는 방향으로 변화하고 있는 모습이 보인다.[21]

Ⅲ. 미국에서의 특정이행에 대한 학설의 전개와 사례

1. 미국에서의 학설의 전개

(1) 서론

피해당사자에게 주어질 구제수단에 대해 대륙법계 국가와 영미법계 국가는 서로 다른 접근방식을 취하는데, 이행청구권이 대체로 인정되는 대륙법계 국가와는 달리, 미국은 손해배상을 통한 금전배상의 원칙을 우선으로 한다.[22]

Where the seller has broken a contract to deliver specific or ascertained goods, a court having the powers of a court of equity may, if it thinks fit, on the application of the buyer, by its judgment or decree direct that the contract shall be performed specifically, without giving the seller the option of retaining the goods on payment of damages. The judgment or decree may be unconditional, or upon such terms and conditions as to damages, payment of the price and otherwise, as to the court may seem just.

20) *See* Handler, Michael, *Specific Performance Under Section 2-716 of the Uniform Commercial Code*, 33 U. Pitt. L. Rev. 243 (1971).

21) 예컨대 주간 통상위원회(Interstate Commerce Commission)에서 발급된 라이센스는 금전으로 그 손해의 산정이 가능한 상황임에도 불구하고, 특유성이 인정되었다. McCormick Dray Line, Inc. v. Lovell, 13 Pa. D. & C.2d 464 (Pa. Com. Pl. 1958)

미국에서 손해배상과 특정이행의 조화에 관해서 학계는 물론, 입법부에도 활발한 논의의 대상으로 여겨지고 있으며, 오늘날까지 그 논의는 계속되고 있다.[23] 손해배상만을 우선으로 인정하는 미국의 전통적인 입장과 관련해, 이를 지지하는 견해와 반대로 특정이행이 더 넓게 인정되어야 한다는 견해가 있는데, 이에 대한 학설의 전개를 살펴보고자 한다.

1) 미국의 전통적 입장지지 견해

① 효율적 계약위반 이론

효율적 계약위반이론을 기반으로 주장되고 있는 견해이다.

효율적 계약위반이론(efficient breach theory)이란, 위반당사자가 계약을 위반하고 손해배상금을 지급하는 것이, 원래대로의 계약을 이행하는 것보다 더욱 경제적으로 효율적인 결과를 가져온다면, 계약위반이 허용되어야 한다는 견해이다.[24]

손해배상만이 피해당사자에게 유일한 구제수단으로 추정된다면, 위반당사자는 자신이 현재의 계약에서 벗어남을 통해 얻을 이익을 상한선으로, 피해당사자에게 손해배상금을 지급하는 방향으로 협상하고자 의도할 것이다. 이러한 협상의 결과가 성공적이라면 사회 전반을 봤을 때, 계약의 당사자 모두 경제적으로 수혜자가 될 것이고, 이는 곧 사회 전반에 효율적 자원배분으로 이어진다는 것이다.[25][26]

이 견해를 주장하는 학자들은 기존 계약보다 더 효율적인 다른 계약을

---

22) 영미법 국가에서는 이행을 강제하는 것은 계약위반 당사자의 자유를 구속하는 것으로 본다. 김명숙, “권리 구제 방법에 대한 검토”「안암법학」 제46권 (2015), 100면.

23) Schmitt, & Pasterczyk, *supra* note 2, at 55.

24) Eisenberg, Melvin A., *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 Calif. L. Rev. 975, 1005 (2005).

25) Eisenberg, Theodore & Miller, Geoffrey P., *Damages Versus Specific Performance*, 12 J. of Empirical Legal Stud. 29, 33 (2015).

26) 이에 대해서 추가되는 비용이 발생할 수 있다는 점을 지적하기도 한다. 언급되는 비용들을 살펴보면 당사자의 전략적 행동, 감정적인 요인의 작용, 시간이 부족할 경우 합리적이지 못한 협상에서 생기는 비용들이 있다. Farnsworth, Ward, *Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgment? A Glimpse inside the Cathedral*, 66 The U. of Chi. L. Rev. 373, 381-83 (1999).

추구하는 위반당사자에게, 강제로 기존의 계약을 이행하게 하는 것은 경제적으로 살펴봤을 때 비효율적이라 주장한다. 차라리 경제적 효율성을 고려해 전략적 사고로 계약을 파기하면, 계약관계에 있는 당사자들 모두에게 경제적 이익이 창출될 것이고, 이러한 과정에서 발생하는 비용은 오롯이 계약당사자 간의 계약 파기를 위한 협상 비용 정도일 것이라 주장한다.[27] 계약위반 시 병렬적으로 손해배상과 특정이행을 인정하게 된다면, 오히려 앞서 설명한 계약 파기로부터 창출될 사회적·경제적 가치가 상실되는 결과를 초래할 것이라고 한다.[28]

반대의 견해에 따르면, 경제적 효율성만을 근거로 전개된 주장에 대해서는 고민의 여지가 있으나, 법 윤리적 설득력의 타당성에는 의문이 있다는 것이다. 효율적 계약위반을 근거로 한 주장은 단기적인 시각으로 접근한 것으로 생각되고, 이를 넘어 더욱 장기적인 시각으로 본다면, 위반당사자는 자신의 이익만을 추구하는 모습으로 거래계에서 자신의 자리를 잃을 수 있으며,[29] 피해당사자 또한 자신의 의지와는 상관없이 제삼자와의 계약을 파기해야만 하는 연쇄적 효과가 나타날 수도 있다는 것을 고려하지 않는 논리 전개라 지적한다. 그것뿐만 아니라, 효율적 계약위반을 주장하는 학자들의 견해와 같이, 계약당사자들이 경제적인 논리만을 바탕으로 상황을 판단하여 계약 파기를 하게끔 부추긴다면, 결과적으로 사회 전반의 계약관계에 대한 불신이 증가할 것이라며, 이러한 불신에서 생길 비용들에 대해서 적절히 고려하지 않은 논리는 타당성을 결한다고 지적한다.[30]

② 계약 파기 후 부당한 협상 비용의 제한

계약 파기 후 협상 비용의 문제에 대해서도 언급된다. 손해배상이 우선적 구제수단일 시, 계약 파기 후 협상 비용의 감소 효과가 있을 것이라는 견

---

27) White, James J., Uniform Commercial Code 319 (6th ed. W. 2010).

28) Bouckaert, Boudewijn. & Geest, Gerrit de., Encyclopedia of Law and Economics, 125-26 (Edward Elgar 2000).

29) Beale, H. G., Remedies for Breach of Contract 6 (Sweet & Maxwell 1980).

30) 자세한 내용은 최봉경, “특정이행과 손해배상-비교법적연구를 중심으로-” 「저스티스」 제178권 (2020), 78-80면 참조.

해이다.[31]

만약 위반당사자가 특정이행이라는 구제수단에 강력히 구속되어 있다면, 더 좋은 조건을 제안받았다는 등의 사유로 계약에서 벗어나고자 의도한 때, 위반당사자가 그러지 못하게 특정이행을 도구처럼 사용할 것이라 주장한다.[32] 계약상 의무에서 벗어나기 위한 일련의 조정과정이 있을 텐데, 이 과정에서 피해당사자가 특정이행을 도구로 위반당사자를 속박하고, 부당한 대가(bribe money)를 요구하거나 혹은 얻어내는 것에 이를 것이라 주장한다.[33] 가령 이런 수준에 이르지 않는다고 하더라도, 조정과정에서는 비용이 발생할 텐데, 이를 무시할 수 없다는 점을 지적하며,[34] 더 나아가 피해당사자가 악의로 특정이행을 활용할 수 있다는 우려를 표한다.[35]

하지만 위의 논리와 같이 조정 비용을 부당한 대가(bribe money)라 판단하는 것에 일부 학자들은 의문을 표한다. 오히려 위반당사자가 계약을 파기하고 얻을 이익이 부당한 대가라고 주장하며, 위반당사자가 계약 파기로 얻은 부당한 대가를 단순히 이익으로 고려하는 그 전제부터가 타당하지 않다는 것이다.[36]

③ 도덕적 관점

손해배상이라는 구제수단은 위반당사자가 약속을 파기하는 것이 아니

---

31) Posner, Richard A., Economic Analysis of Law, 88-89 (2nd ed. Little, Brown 1977).

32) Schwartz, Alan, *The Case for Specific Performance*, 89 The Yale L. J. 271, 279 (1979).

33) 최초 계약당사자인 매도인(이하 '甲')과 매수인(이하 '乙')이 1억 상당 가액의 차량에 대해 매매계약을 체결했다고 가정하자. 乙은 자동차를 1억 5천만 원에 재판매하여 5천만 원의 이익을 얻을 수 있었다. 하지만 甲이 계약상 의무를 이행하기 전, 새로운 매수인(이하 '丙')이 나타나 해당 물품을 2억 원에 구매하겠다고 했다. 이런 경우, 甲의 입장에서 최초의 계약상 의무를 이행할 때 자신이 얻지 못하는 비용(부담 비용), 즉 甲이 乙과 丙에게 각각 판매했을 때의 판매 가격 차이는 1억 원이다. 이때 乙은 이 1억 원을 참조하여 甲에게 일정한 금액을 요구할 것이고 이것은 곧 부당이득으로 이어질 수 있다는 것이다.

34) *See* Kronman, Anthony T., *Specific Performance*, 45 The U. of Chi. L. Rev. 351 (1978).

35) Grinsted, Brandon, *The Evolution of Court-Ordered Mergers: An Equitable Remedy or a Marriage Made in Hell*, 53 Mercer L. Rev. 1647, 1672 (2002).

36) Perillo, Joseph M. & Calamari, John D, Calamari and Perillo on Contracts 551-52 (6th ed. Thomson/West 2009).

라, 손해배상이라는 대안을 이행한 것으로 봐야 한다는 견해이다. 이 접근법에 따르면 손해배상이 이루어진다는 것이, 당사자 간 약속을 파기한 행위의 결과라는 관점으로부터 자유로워질 수 있다고 한다.[37] 학자들은 이러한 전제를 토대로, 다음과 같은 주장을 전개한다.

법원이 당사자의 자율성을 지나치게 간섭하지는 말아야 한다고 하며, 이행을 명령하는 것은 위반당사자의 자유를 손해배상보다 더욱 많이 침해하는 형태의 구제수단일 것이기에 적절하지 않다고 주장한다.[38]

계약위반 시 이행의 대안으로 손해배상금이 지급된다는 견해는 일정 지지를 받고 있고, 그 타당성이 현격히 떨어진다고 보기 어려울 수 있지만, 의무론적 관점에서 바라본다면 무조건 옳다고 침묵하기는 어려울 것이다.[39]

반대 견해에 따르면 "자신의 말은 지켜져야 한다."[40]라는 명제를 전제로 견해를 제시한다. 모든 계약당사자는 계약상 의무가 이행될 것을 기대하고 계약을 체결한 것이지, 손해배상을 바라보고 계약을 체결한 것이 아니라는 주장이다. 이러한 의견을 내는 학자들은 오히려 손해배상을 당사자들이 더 선호한다는 타당한 의견이 제시되지 않을 시, 당사자들의 기대에 따라 특정이행이 우선으로 인정되어야 한다고 주장한다.[41]

2) 미국의 전통적 입장 반대 견해

① 손해산정의 한계로 인한 피해당사자의 재산상 피해

특정이행이 더 일상적으로 인정되어야 한다는 학자들은 현재의 손해배상

---

37) 다만, 이러한 견해를 주장하는 학자는 손해배상을 정당화하려는 것처럼 보이는 난제를 극복해야 할 것이다.

38) 계약당사자들은 계약을 체결한 때, 상대방이 계약상 의무를 이행하지 아니하더라도, 이행 대신 손해배상을 통해 자신의 손해를 보전하는 것을 인식했을 것이라는 견해가 있다. Eisenberg, *supra* note 24, at 35.

39) 효율적 계약위반 이론은 계약상 파트너를 도구적 그리고 피상적으로 취급하며, 쉽게 계약을 체결하고 파기하는 이론들을 정립하고, 이를 옳다 지지하는데, 도덕적인 관점에서는 이의제기의 소지가 충분하다는 것이다. Markovits, Daniel & Schwartz, Alan, *The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest*, 97 Va. L. Rev. 1939, 1994-96 (2011).

40) Farnsworth, E. Allan, *The Past of Promise: An Historical Introduction to Contract*, 49 Colum. L. Rev. 576, 599-00 (1969).

41) Eisenberg, *supra* note 24, at 37.

제도에서 피해당사자의 손해가 완전히 배상이 되지 않는 것을 주된 근거로 논리를 전개한다.[42] 특히, 법률관계가 복잡다기해지는 현대사회에서 이러한 불합리한 상황은 더욱 많이 발생한다고 주장한다.[43] 손해산정의 한계성이 나타난다고 주장되는 것은 부수적 손해(incidental damages)[44]와 결과적 손해(consequential damages)이다.

UCC가 적용된 사안의 손해산정에 있어서 예견가능성의 요건이 상당히 완화되었다는 평가가 있지만,[45] 그럼에도 피해당사자의 손해에 대해서 완전한 배상이 어렵다는 주장이 제기된다.

특히 결과적 손해의 경우를 예로 들 수 있는데, 재판매를 목적으로 한 상사계약에서 계약위반 시 발생할 수 있는 매수인의 영업권(good will),[46] 명성(reputation), 통상적이지 않은 범위(the extent that it is extraordinary)의 손해에 대해서 매도인의 책임이 인정되기에는 어려움이 있을 것이다.[47] 결국 특정 손해들에 대해서 충분히 보상받을 수 있을지에 대한 의문이 지속해서 제기되는바,[48] 이는 손해배상이라는 구제수단이 매수인에게 부적절할 수도 있다는 견해의 주된 근거로 작용하고 있다.

---

42) 어떠한 분석가들은 특정이행을 통해 정확한 기대이익이 보호되고, 과도하거나 모자란 구제를 방지할 수 있다고 강조하고 있다. Schwartz, *supra* note 32, at 271.

43) 보통법상 손해배상의 목적은 피해당사자의 손해를 완전하게 배상하는 것에 있기에, 부족한 배상이 이루어질 때 손해배상은 그 역할에 충실하지 못한다고 볼 수 있다고 주장한다.

44) 부수적 손해의 대표적인 예로는 변호사비용(layer's fee)을 들고 있다. 변호사비용과 관련해서 각자 부담 원칙이 있기에, 피해당사자에게 적절하지 못한 비용이 될 수 있다는 것이다. Schwartz, *supra* note 32, at 276.; 이러한 문제는 국제거래 관계에서 더욱 커지며, 손해산정에 있어서 주요 논의의 대상이다. 국제거래에서의 변호사비용에 대한 논의는 신창섭·남기윤, "국제물품매매계약에 관한 국제연합협약 하에서 손해의 범위에 관한 연구 - 변호사비용의 포함 여부를 중심으로-", 「고려법학」 제103호(2021). 참조.

45) Perillo & Calamari, *supra* note 36, at 518.

46) *See* Neville Chem. Co. v. Union Carbide Corp., 422 F.2d 1205 (3d Cir. 1970).

47) Lewis v. Nine Mile Mines, Inc., 268 Mont. 336, 886 P.2d 912 (1994); 조대환, 전게서(주 12), 425면.

48) 단, 절대적으로 영업권의 상실이 인정되지 않는 것은 아니고, 영업권의 배상이 허용되기는 하지만 그 요건이 매우 엄격할 것은 물론이다. Perillo & Calamari, *supra* note 36, at 518.

② 부족한 손해산정으로 인한 사회적 손실

상술했듯 부수적 손해[49]와 결과적 손해산정의 문제에 있어서는, 실제 손해(actual loss)[50]의 문제와는 다르게, 손해배상이 매수인에게 완전한 구제수단이 될 수 없을 수 있다는 문제점이 지적되는데,[51] 이것은 당사자의 재산상 피해를 넘어, 사회에 좋지 않은 영향을 줄 수 있다고 주장한다.

위반당사자에게 있어서 손해배상금은 채무불이행을 염두에 두고 있을 때 주요 고려대상이 될 것이다. 위반당사자 자신이 지급해야 할 손해배상금을 검토해 볼 때, 적은 금액으로 계약관계에서 벗어날 수 있다는 사실을 인식한다면, 그는 계약을 위반하고자 하는 유혹에 더 쉽게 노출이 될 것이고,[52] 결과적으로 계약위반의 증대라는 결과를 가져온다는 주장이다.[53]

③ 사회적 또는 상업적 상호작용

특정이행이 더 일반적으로 인정된다면 사회적 또는 상업적 환경에서의 관계적인 측면에 있어 이로운 영향을 미칠 것이라는 견해이다. 계약당사자들은 자신의 계약에 대한 신뢰를 바탕으로 더 적극적으로 투자할 것이며, 결과적으로 사회적 또는 상업적인 관계가 발전된다는 순기능이 있다는 것이라 주장한다.[54] 만약, 일방의 당사자가 금전적인 대가, 즉 손해배상금을 지급하면 언제든 계약을 파기할 수 있다는 인식이 통용되고, 사회구성원들이 쉽게 계약을 체결 및 파기를 하는 것이 빈번해진다면, 계약에 대한 신뢰성이 재고될 것이고, 이런 신뢰의 상실 속에서 투자 또한 소극적일 수밖에 없다는 주장이다.[55]

---

49) 직접손해 외에 추가로 발생한 손해에 들어가는 비용을 부수적 손해라 한다. Schwenzer, Ingeborg H., Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) 106 (4th ed. Oxford Univ. Press 2016); 매수인의 경우를 예로 들면, 자신이 정당히 거절할 수 있는 물품들을 부득이 보관해야 할 때 발생하는 비용을 들 수 있다.

50) 실제 손해는 계약 일방의 당사자가 계약상 의무를 불이행하거나 부적합한 이행이 있을 때 발생한 손해를 말한다. 이기수·신창섭, 전게서(주1), 162면.

51) Schwartz, *supra* note 32, at 276.

52) *Id.*

53) Eisenberg, *supra* note 24, at 37.

54) Perillo & Calamari, *supra* note 36, at 551.

오늘날에는 모두 끊임없이 사회적 상호작용을 하며 살아간다. 그중 가장 큰 부분은 시장(market)에서의 상호작용이다.[56] 사인 간의 사회적 상호작용을 넘어, 이제는 중소기업부터, 대기업에 이르기까지 상사 활동 또는 생산활동을 함에 있어서 협업을 통한 목적의 달성은 일상화되어 있다.[57] 이렇듯 사회에 크게 자리 잡은 상호작용이라는 요소를 전혀 고려하지 않고, 경제적 효율성을 근거로, 손해배상만을 우선적 구제수단으로 인정되어야 한다는 의견을 지지하는 주장은, 오히려 우리 사회의 상호작용 저해 결과를 불러올 것이고, 질적인 빈곤을 초래할 여지가 있다고 주장된다.[58]

2. 특정이행의 제한 원칙

이하에서는 앞서 소개한 특정이행 관련 논의와 이론들을 바탕으로, 미국에서의 특정이행 제한의 원칙을 검토하고자 한다.[59]

(1) 구제수단으로서 손해배상의 부적절성

손해배상이 적절한 구제수단이 아닌 경우, 형평법상의 구제수단인 특정이행이 인정된다. 하지만 반대로 손해배상이 적절한 구제수단으로 인정된 경우 특정이행이 제한될 것이다. 이를 위해 고려되는 요소로는 대체물을 합리적 구매 가능성과 손해배상액 산정의 적절성이다.[60]

---

55) *Id.*

56) Katz, Avery, *Virtue Ethics and Efficient Breach*, 45 Suffolk U. L. Rev. 777, 795 (2012).

57) *Id.*

58) *See* White, James Boyd, *Economics and Law: Two Cultures in Tension*, 54 Tenn. L. Rev. 161 (1986).

59) 형평법상 구제수단에 있어서 적절성의 검토에 있어서는 선행연구들이 있으므로, 본 논문에서는 자세한 논의는 하지 않고자 한다. 간략히 소개만 하자면, 피해당사자가 법원으로부터 특정이행을 인정받기 위한 요건에는 ① 손해산정의 불확실성이 있는 경우 ② 계약 목적물 대체품의 구매가 어려운 경우 ③ 계약 목적물이 특유하거나 대체물품 확보가 어려운 경우 ④ 사적 용역계약의 경우 ⑤ 계약위반자의 지급불능 상태(도산 등)가 있다. 자세한 내용은 조대환, 전게서(주12), 458-464면 참조.

60) 실무적인 시각으로 살펴본다면, 당사자들은 소송 과정에서 발생할 비용과 판결 확정 시까지의 기간 등을 고려해서 특정이행의 청구를 할 것이다.

첫째, 매수인 자신이 계약으로 얻고자 했던 목적물의 등가물 즉, 대체물을 합리적으로 구매 가능한 경우, 손해배상이 적절한 구제수단이 될 것이고, 특정이행은 인정되지 않을 것이다. 이때에는 매수인이 대체물을 구매하고, 대체물 구매가격과 계약상 목적물 구매가격 간 차액에 대해 손해배상을 인정받을 수 있을 것이다.

둘째, 손해배상액의 산정에 있어서 상당한 어려움이 있는 경우이다. 하지만 상사 계약관계를 중심으로 살펴보면, UCC 제2-716조가 적용된 경우, 손해배상액의 산정이 어려운 경우에 놓여 있다고 하더라도, '다른 적절한 상황'을 이유로 특정이행이 인정되고 있다.

(2) 계약의 유효성

소송 당사자 간에 유효하고, 강제력 있는 계약이 체결된 상태여야 한다. 즉 당사자 간 계약이 유효하지 않은 경우, 특정이행 또한 인정되지 않을 것이다.[61] 특정이행이 인정되기 위해서 계약은 반드시 명확해야 하고 확실해야 한다.[62] 명확성에 대한 기준은 형평법에서 더욱 엄격하게 다루어진다. 당사자들은 반드시 합리적인 확실성을 가지고, 계약에서 기대되는 바가 무엇인지 인식하고 있어야 한다.[63] 법원은 확실성 여부의 판단을 위해서 거래과정, 이행과정 등을 고려한다.[64]

(3) 가혹한 상황과 불공정성

특정이행의 인정으로 인해 채무자에게 가혹한 상황(harshness)이 초래되거나, 불공정한 상황이면, 특정이행이 제한될 것이다. 이러한 불공정성에 대한 원칙은 그때의 상황에 맞게 검토해야 할 것이다.[65] 또한 채무자의 곤

---

61) Keller v. California Liquid Gas Corp., 363 F. Supp. 123 (D. Wyo. 1973).

62) McKenna v. McKenna, 607 S.W.2d 464 (Mo. Ct. App. 1980).

63) Perillo & Calamari, *supra* note 36, at 560.

64) 조국현, "미국계약법상 특정이행의 한계에 관한 연구"「홍익법학」제16권 제3호 (2015) 821면.

65) 계약은 반드시 공평하고 공정해야 한다. Campbell v. Carr, 361 S.C. 258, 603 S.E.2d 625 (Ct. App. 2004).

란(hardship)을 근거로 해서 특정이행이 거절될 수 있을 것이다.

(4) 공공의 이익

법원은 공공의 이익을 고려해서 특정이행의 인정 및 제한의 여부를 결정할 수 있다. 예컨대 중국과의 국익을 고려해 볼베어링(ball bearings)의 양도에 대한 특정이행을 명령한 사례가 있다.[66]

(5) 감독의 곤란에 의한 제한

특정이행의 명령을 실현하는데 많은 시간과 비용이 필요한 경우 특정이행은 인정되지 않을 것이다. 특정이행의 실효성이 법원의 계속적 감시하에서만 성립될 수 있는 경우, 법원은 특정이행 명령내리지 않는다는 것이다.[67]

3. UCC상 특정이행의 요건 및 제한

(1) 서론

미국은 연방주의라는 특성하에 주(州) 단위로 입법이 이루어진다. 따라서 미국 초기에는 통일된 상법전이 존재하지 않았다. 그러나 주(州) 간 상거래의 발전으로 인해, 통일된 상법의 필요성이 제기되었고, NCCUSL은 미국법률학회(American Law Institute: 이하 'ALI)와 함께 통일유가증권법과 통일매매법의 수정 및 통합작업을 했다. 그 결과 UCC가 1952년 제정, 공표되었다.[68]

UCC는 총 13편으로 구성되어 있고, 제2편에서는 매매에 관한 내용을 담고 있으며,[69] 이 중 제2-716조[70]에는 매수인의 구제수단으로서 특정이행

---

66) Danieli & C. Officine Meccaniche S.p.A. v. Morgan Constr. Co., 190 F. Supp. 2d 148 (D. Mass. 2002).

67) *See* Axelrod, Eliot L., *Judicial Attitudes Toward Specific Performance of Construction Contracts*, 7 U. Dayton L. Rev. 33 (1981).; 보통법 국가에서는 건설계약에서 특정이행을 감독의 곤란을 이유로 제한하는 경우가 발견된다.

68) 엄동섭, 전게서(주16), 23면.

을 규정하고 있다.

UCC 제2-716조와 미국 통일매매법 제68조를 비교해보면, "구제수단이 부적절한 경우"라고 명시적으로 규정하고 있지 않다는 공통점이 있다. 반면, 통일매매법에서는 특정물 또는 확정된 물품이라고 규정하고 있었지만, UCC에서는 이를 승계하지 않았다는 차이점이 있다.[71][72]

입안자들이 UCC에 '특유한(unique)'이라는 문언과 더불어 '다른 적절한 상황(other proper)'의 문언을 추가했는데, 이는 이전 통일매매법보다 특정이행이 더 넓게 인정되게 하려는 의도가 담겨 있다고 평가되며,[73] 법원에 많은 재량권이 부여된다고 본다.[74] 하지만 이러한 변화에도 불구하고 실효성에는 의문이 있다는 견해가 있다.[75]

이하에서는 매수인의 구제수단[76]에 대해서 규정하고 있는,[77] UCC 제2-716조를 살펴보고자 한다. 특히 제1항에 명시되어 있는 '특유성'과 '다른 적절한 상황'을 근거로 특정이행이 인정된 사례들을 중심으로 살펴본다.

(2) UCC 제2-716조에서 인정된 특정이행

1) 특유성

---

69) 박정기·윤광운, 전게서(주17), vii-vi면.

70) UCC § 2-716(1) Specific performance may be decreed where the goods are unique or in other proper circumstances.

71) White, *supra* note 27, at 314.

72) 추가적으로 UCC는 특정이행을 인정하기 위한 요건을 계약체결 시점으로 제한하지 않고 있다는 점을 강조한다. UCC § 2-716 cmt. 2.

73) Uniform Sales Act § 68; UCC § 2-716 cmt. 1.

74) UCC § 2-716 cmt. 1. "seeks to further a more liberal attitude than some courts have shown in connection with...specific performance.

75) *See* Nordstrom, Robert J., Handbook of the Law of Sales (West Pub. Co. 1970).

76) 엔조 페라리(Enzo Ferrari) 자동차 매매계약의 사례를 살펴보면 더 자세히 설명되어 있다. 이 사례에서는 엔조 페라리 자동차를 구매하기 위해 계약을 체결했지만, 자동차 주행거리의 문제로 매수인은 계약을 완료하는 것을 거부했고, 매도인을 이에 강제이행을 주장하는 사례이다. 다시 말해, 자동차를 인수하고 매매대금을 지급하라는 것인데, 이에 법원은 매도인의 요구는 단지 매매대금인 미국통화를 받는 것 뿐이기 때문에, 즉 이익으로서 매도인에게 주어지는 금전 대가관계(cash consideration)는 특별한 것이 아니기 때문에, 특정이행은 적절한 구제수단이 아니라고 판단했다.

77) UCC § 2-716 cmt. 4.

UCC 제2-716조 제1항을 살펴보면, “물품이 특유한 경우” 특정이행 명령을 발할 수 있다고 규정되어 있는데, 이는 특정이행 인정 여부를 법원이 결정할 수 있게 재량권을 부여한 것으로 볼 수 있다. 특정이행이 인정된 예시로는 15년의 기간 동안 조립을 한 스트레오 시스템,[78] 집안에서의 가보 등이 있다.

매수인은 물품이 특유하다는 입증을 통해 법원으로부터 특정이행을 인정받을 수 있는데, 입증하는 방법은 다양하다. 이하에서는 UCC 하에서 ‘특유성’을 이유로 매수인에게 특정이행이 인정된 사례들을 살펴보고자 한다.

ⅰ) Colorado-Ute Elec. Association, Inc.v. Envirotech Corp.[79] : 물품이 대체 불가하다는 이유로 특정이행을 인정한 사례

법원으로부터 특정이행을 인정받기 위해서는 목적물이 매수인의 필요에 맞게 설계되었고, 그 목적물이 복잡하고, 특유하다는 것이 입증되어야 한다.[80]

Colorado-Ute(이하 ‘원고’)는 콜로라도에 소재한 석탄화력발전소에 사용하게 될 대기오염 제어 장비를 구매하기 위해 Buell(이하 ‘피고’)과 매매계약을 체결했다. 계약의 주요 내용은 대기오염 제어 장비의 배출농도가 주(州)의 기준을 초과하지 않게 하는 것이었다.[81] 하지만 기준치를 계속 초과하는 문제가 발생했고, 원고는 소송을 제기했다.

법원은 해당 사안에서 특정이행이 적절한 구제수단이라고 판단했다. 그 이유는 해당 물품이 매우 크고, 복합적이고, 기술적으로 복잡하며, 설치한 뒤에는 본질적으로 대체 불가능한 성격을 가졌기 때문이라는 것이었다.

---

78) 오디오 스테레오 시스템에 있어, 일부 부품은 대체 불가하다는 반박할 수 없는 증언이 나왔고, 다른 부품들의 경우 또한, 교체가 가능하더라도 어렵고, 긴 대기기간이 필요하다며, 장기간에 걸쳐 오디오를 취득한 점, 특정 시스템과 맞게 특별히 그 일부를 설계하고 직접 디자인되었다는 점을 인정하여 특유성을 인정하였다. Cumbest v. Harris, 363 So. 2d 294 (Miss. 1978).

79) 524 F. Supp. 1152 (D. Colo. 1981).

80) Peg A. Williams, Cause of Action for Specific Performance Under UCC § 2-716. (2022), https://1-next-westlaw-com-ssl.oca.korea.ac.kr/Document/I2d8a6b7b779c11d98c9fedf223f1c1dc/View/FullText.html?originationContext=typeAhead&transitionType=Default&contextData=(sc.Default) (last visited Oct. 8, 2022).

81) 피고는 현장 테스트(field test) 비용에 대한 보증과 1년 동안 제작상(workmanship) 결함에 대한 보증을 해주는 것이었다.

ii) McCormick Dray Line, Inc. v. Lovell.[82] : 목적물의 중요한 부분이 특유성을 인정받은 사례

계약의 목적물 중 중요한 부분에 대해 특유성을 인정받은 경우, 전체 계약에 대해서 특정이행을 인정받은 사례가 있다.

McCormick(이하 '원고')은 Lovell(이하 '피고')가 소유한 Pennsylvania Public Utility Commission(이하 'PUC') 및 Interstate Commerce Commission(이하 'ICC') 면허 양도 등에 대한 매매계약을 체결했다.[83] 하지만 이행되지 않자 특정이행을 법원에 청구한 사안이다.

법원은 면허들에 대해서 특유성을 인정했는데, 면허는 계약의 중요한 부분이라고 판단했고, 중요한 부분에 대해서 특정이행이 인정되었기 때문에, 계약 전체에까지 특정이행이 인정된다고 판시했다.

iii) Madariaga v. Morris[84]: 특유성 인정 및 적절한 손해배상 불가의 경우

계약의 목적물이 특별하고, 고유하며, 특유한 가치나 특징을 가지고 있고, 금전배상만으로는 원고의 손해에 대해 적절한 보상이 불가하다고 판단된 사안에서 법원은 특정이행을 명령했다.

Madariaga(이하 '원고')와 Morris(이하 '피고') 간 사업 인수에 대한 계약상 의무가 이루어지지 않자, 원고가 특정이행을 청구한 사안이다.

항소법원은 해당 사안에 대해서 손해배상으로는 합당한 보상이 불가할 것이기에, 적절한 구제수단으로 보기 어렵다고 판단했다. 법원은 피고의 핫소스 제조법이 포함된 사업을 특별, 고유, 특유하다고 하며 특유성을 인정했고, 원고가 다른 곳에서는 얻을 수 없는, 즉 대체 불가한 것이기에 특정이행이 적절하다고 판단했다.

iv) Campbell Soup Co. v. Wentz[85]: 목적물의 특유성 인정 사례

계약의 목적물이 원고의 상업적인 면을 고려해봤을 때 상당한 중요성이 있고, 공개시장에서 대체물을 찾기 어렵다는 이유로 목적물에 대한 특유

82) 13 Pa. D. & C.2d 464 (Pa. Com. Pl. 1958).

83) 해당 계약에서는 부동산 일부, 피고의 화물 자동차 사업 그리고 그의 영업권(good-will)을 양도하는 것 또한 포함되어 있었다.

84) 639 S.W.2d 709 (Tex. App. 1982), writ refused NRE (Nov. 24, 1982).

85) 172 F.2d 80 (3d Cir. 1948).

성을 인정했다. 1심(trial court)에서는 특정이행을 인정하지 않았지만, 항소심에서는 특정이행이 인정된 사례이다.

당근 매매계약과 관련해 Campbell(이하 '원고')은 Wentz(이하 '피고')와 Lojeski에 대해 소송을 제기했다. 1947년 원고는 펜실베이니아 농부인 피고와 서면으로 당근 매매계약을 체결했다. 계약 내용은 피고가 1947년 시즌 동안 특정 토지의 면적에서 농작한 생트네이 당근(Chantenay red cored carrot, 이하 '당근')을 원고에게 조달하는 것이었다. 계약서에서 명시된 가격은 인도 시점에 따라 달랐고, 1948년 1월을 기준으로는 톤당 30달러로 기재되어 있었다. 피고는 100톤에 달하는 당근을 수확했지만, 1948년 1월 원고 대리인에게 당근을 판매하지 않을 것이라고 전했다. 당시의 당근 시장가격은 최소 톤당 90달러로 추정되었으며, 해당 당근은 사실상 구할 수 없는 상태였다. 이후 피고는 Lojeski에게 당근을 판매했고, 이 중 일부는 시장에 재판매되어, 이를 원고가 다시 구매하게 되었다. 원고는 후에 이러한 사실을 인식했고 소송을 제기했다. 피고에게는 당근 판매 금지와 계약상 의무에 대한 특정이행을 청구했으며, 1심법원에서는 이 청구를 받아들이지 않았다.

항소법원은 해당 사례에 있어서 1심법원의 결정과는 다르게 특정이행이 적절하다고 판단했다. 법원은 당근이 공개시장에서 구하는 것이 사실상 불가능하고, 그 당근은 색상과 질감이 다른 당근과는 다르다는 점, 가공과정에서 해당 당근의 특성으로 말미암아 작업의 용이성이 있다는 점을 그 주된 근거로 당근에 대한 특유성을 인정했다. 그리고 1심법원이 원고 수프 제작에 있어 당근의 비율 등의 쟁점에 관해서는 확인하지 않았다는 점을 지적했다. 원고의 수프 중 다수가 해당 당근을 사용하고 있고, 전국적으로 해당 제조업체의 이름으로 판매되는 식품 제품의 외관의 균일성 유지의 측면은 상업적으로 상당히 중요한 문제이며, 대체물 재료와 원래 당근으로 만든 재료의 동등성이 해당 사안에 있어서 적절히 고려되어야 한다고 했다.

결과적으로 원고는 당근에 대한 그 수요를 예상하고 오래전부터 계약을 체결했으며, 그 균일한 외관과 평판이 상업상 중요한 부분으로서 작용했다는 점을 살펴봤을 때, 형평법상 구제가 해당 사안에서 더 적절하다고 법원은 판단했다.

v) Beckman v. Vassall-Dillworth Lincoln-Mercury, Inc.[86] : 합리적 대체거래가 가능하다는 이유로 특유성 부정 사례

반대로 '특유한'의 요건을 갖추지 못해서 특정이행이 인정되지 않은 사례가 있는데, 그 주된 논지로 대체물을 합리적으로 구매 가능하다는 이유를 들었다.

Beckman(이하 '항소인')은 Vassall(이하 '피항소인')과 1979년 링컨 컨티넨탈 자동차에 대한 매매계약을 체결했다. 항소인이 4주 정도 후 자동차에 대해 문의했는데, 계약서는 찾을 수 없었고, 결과적으로 자동차가 주문되지 않았다는 통지를 받았다. 이에 항소인은 손해배상과 더불어 특정이행에 대한 명령을 청구하는 소송을 제기했다. 하급법원(lower court)에서는 항소인이 손해배상이 법적으로 부적절한 구제수단이라는 점을 입증하지 못해, 특정이행이 인정되지 않았다.

항소법원은 계약의 목적물이 특유하거나, 등가물을 공개시장에서 구매할 수 없을 때, 특정이행이 적절한 구제수단이라고 하며, 항소인이 동일 차량을 구매할 수 있었는데도 불구하고 대체거래를 하지 않은 점을 간과할 수 없다고 했다. 이어 대체물을 구매할 수 있는 상황에서 적절한 구제 방법으로는 항소인이 대체거래를 한 뒤, 그 거래에서의 실제 구매가격과 본 계약상 주문가격 간 차액에 대해서 손해배상이 이루어지는 것이라고 했다. 결국 법원은 계약의 목적물이 특유하지 않다고 판단하였는바, 하급심의 판단과 같이 특정이행을 인정하지 않았다.

vii) Gay v. Seafarer Fiberglass Yachts, Inc.[87] : 특유성이 인정됐지만, 채무자의 이행불가를 이유로 특정이행이 제한된 사례

특유성은 인정되었지만, 거래 환경의 변화로 인한 이행 비용의 증가를 근거로 피고가 이행불가의 상태에 놓였음을 인정했고, 결과적으로 특정이행이 제한된 사례이다.

GAY(이하 '원고')는 Seafarer(이하 '피고')와 특별제작한 요트에 대한 매매계약을 체결했고 원고는 피고에게 계약상 명시된 매매대금 중 일부를 계

86) 321 Pa. Super. 428, 468 A.2d 784 (1983).
87) 1974 WL 21674 (N.Y. Sup. Ct. July 22, 1974).

약금으로 지급했다. 해당 계약에는 물가 연동 조항(escalation clause)을 두지 않았는데, 즉 요트 제작비용의 변동에 따른 계약가격 인상에 대한 구체적인 내용이 없었다는 것이다. 이후 오일쇼크(oil shortage)와 에너지 위기가 발생함으로 인해 요트 제작비용은 급격히 상승했고, 피고는 계약의 이행을 거부했다. 이에 원고는 특정이행을 청구했고 이에 대한 약식재판이 진행됐다.

피고는 극심한 오일쇼크와 에너지 위기로 인해 원자재 가격이 상승했고, 결과적으로 요트 건조 비용이 크게 증가했기 때문에 자신의 계약상 이행책임이 면제되어야 한다고 주장했다. 다만, 이 요트는 피고에 의해서만 제작되고, 공개시장에서 구매할 수 없다는 특유성에 대해서 피고는 부인을 하지 않았다.

법원은 극심한 오일쇼크는 석유를 통해 생산되는 합성수지의 가격상승으로 이어졌고, 결과적으로 이행비용의 증가가 발생하였다는 점을 인정했다. 또한, 계약상 정해진 가격으로 요트를 판매하는 의무의 면제를 구하는 피고의 법적인 이론은 UCC 제2-615조에서 "전제조건이 결여되어 있다는 항변(excuse by failure of presupposed conditions)"과 보통법상 "이행 불가능(impossibility of performance)"으로 잘 알려진 원칙이라 하며, 이어 피고의 이행불능을 이유로 원고의 특정이행 청구를 인정하지 않았다. 마지막으로 법원은 피고의 이행불능 관련 주장이 없었다면, 특정이행의 명령을 내렸을 것이 명백하다고 설시했다.

2) 다른 적절한 상황

비록 물품의 특유성이 인정되지 아니하더라도, '다른 적절한 상황(other proper circumstances)'에 해당한다고 판단되면, 특정이행이 인정될 수 있을 것이다.[88]

i) Stephan's Mach. & Tool, Inc. v. D & H Mach. Consultants, Inc.[89]

: 피고의 재정적인 면을 다른 적절한 상황으로 인정한 사례

대체거래가 가능했지만, 물품의 특유성과 원고의 재정적 상황을 고려해서 특정이행이 인정됐다.

원고는 피고와 1975년 기계(Monti Horizontal Boring Mill machine) 1

88) White, *supra* note 27, at 314.

89) 65 Ohio App. 2d 197, 417 N.E.2d 579 (Ohio Ct. App. 1979).

대를 특정 가격에 판매하기로 한 서면계약을 체결했다. 하지만 기계는 지속적 오작동을 일으켰고, 1977년 피고와 원고는 추가 요금 없이 새로운 기계(Boring machine)로 교체해주기로 합의했다. 하지만 이후 피고는 인도를 거부했고, 이에 소송이 제기됐다.

피고는 원고가 법률상 적절한 구제수단을 가지고 있고, 또한 원고가 회복 불가한 손해(irreparable harm)를 입게 될 증거가 없으므로, 특정이행을 인정받을 권리가 없다고 주장했다.

항소법원은 특유성 이외에도 '다른 적절한 상황'에 대해서 논했다. 원고는 신탁회사(Trust Company)로부터 자금을 조달했는데, 피고가 설치한 기계가 작동 불능상태가 되어서, 극복할 수 없는 재정적 부담에 놓이게 됐고, 결과적으로 자신의 채권자들에 대해 이행지체 상태에 놓이게 되었다는 점을 주목했다. 결과적으로 법원은 원고의 재정적 상황을 살펴봤을 때, 피고가 아닌 다른 제조업자로부터 비슷한 기계를 구매해서, 사업상 손실을 회피할 수 있었다는 주장에는 동의하지 않았으며, 특정이행을 인정했다.

ii) CMA CGM, S.A. v. Waterfront Container Leasing Co.[90] : 대체거래의 부적절함을 이유로 특정이행을 인정한 사례

특정이행을 인정했을 시, 대체거래로 인한 추가적 낭비를 막을 수 있는 것을 '다른 적절한 상황'으로 인정한 사례이다.

CMA(이하 '원고')를 임차인으로 Waterfront Container(이하 '피고')를 임대인으로 한 컨테이너 임대계약이 2007년 3월 체결되었다. 임대된 컨테이너는 약 7,200개이고 계약기간은 5년이며, 계약에는 구매옵션 조항이 포함되어 있었다. 2012년 원고는 자신의 구매옵션 조항을 행사하기 피고에게 통지했지만, 이내 피고는 거부하였다. 같은 해 5월 피고는 원고에 컨테이너의 반환을 요구했으며, 반환이 시작되었다. 원고는 이내 소송을 제기했지만, 이 시점에서 약 절반의 컨테이너가 반환된 상태였다.

원고는 자신에게 현재 남아 있는 컨테이너의 점유를 유지한 채, 구매옵션에 대한 특정이행이 인정되는 것이 가장 실용적이고 논리적 수단이라고 주장했다. 이에 피고는 원고가 대체 컨테이너를 구매하는 것이 가능하다고

90) No. 12-CV-5467 JSC, 2013 WL 6576792 (N.D. Cal. Dec. 13, 2013).

주장하며, 자신은 원고의 대체 컨테이너 구매가격과 임대 계약상 구매옵션 가격 간의 차액만 배상하면 된다고 주장했다.

법원은 비록 계약상 목적물이 특유하지 않더라도, 사안을 살펴봤을 때 UCC 제2-716조에서 말하는 '적절한 상황'에 해당이 된다고 판단했다. 법원은 피고가 주장하는 바와 같이 원고가 대체거래를 한다면, 연속적으로 발생하게 될 낭비에 주목했는데, 장차 수천 개 컨테이너의 낭비적 이동이 필요할 것으로 판단했다.[91] 마지막으로 법원은 특정이행이 인정될 시 소송의 해결 시일을 앞당길 것이라 언급했다.

3) 소결

UCC 제2-716조는 제1항을 통해 목적물이 특유성이 있는 경우 특정이행을 발할 수 있게 하고 있고, 가령 특유성이 인정되지 아니하더라도 '다른 적절한 상황'에 놓여 있다고 판단되면 법원이 특정이행을 발할 수 있게 규정하고 있다. 이는 특정이행을 법원의 재량으로 인정할 수 있게 하는 기틀을 마련해주고 있다.[92] 하지만, 특유성과 그 밖의 적절한 상황에 대한 판단기준에 대해서 모호하다는 비판이 지속해서 제기되고 있으며,[93] 이는 곧 비슷한 쟁점이라고 하더라도 서로 다른 결과가 도출되는 사례를 만들어낼 수 있다.

Ⅳ. 비교법적 연구 : 국제계약에서의 특정이행

1. 우리나라 민법상 강제이행청구권

우리나라에서 이행에 대한 청구권에 관해서는 민법 제389조에 규정하고 있다. 해당 규정에 대해서는 종래에는 절차법적 규정으로 이해하는 절차

---

91) 이때 법원이 지적한 낭비로는 원고가 피고에게 컨테이너를 반환하는 것, 그리고 원고가 제삼자로 다시 컨테이너를 구매하는 것, 그리고 구매한 컨테이너의 실제 이전 것에 대한 비용이 있다.

92) *See* Axelrod, Elliot, Specific Performance of Contracts for Sales of Goods: Expansion or Retrenchment in the 1980's, 7 Vt. L. Rev. 249 (1982).

93) White, *supra* note 27, at 316.; Walt, Steven, *For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention*, 26 Tex. Int'l L.J. 211, 225-26 (1991).

법설이 통설이었는데, 근래에는 실체법설과 이행청구권설 또한 주장되고 있다.[94] 민법상 강제이행청구권은 헌법과 민사법상의 이념을 통해 개인에게 부여된 권리이다.[95] 우리 민법에서 규정된 강제이행청구권 행사에 있어, 채무자의 귀책 사유는 필요하지 않다.[96]

2. 국제규범들과 비교법적 검토

주요 국제규범들의 특정이행 관련 규정들을 살펴보며 비교법적 논의를 하고자 한다.

서로 다른 접근방법을 가지는 각 법체계 간 구제수단의 차이에 직면해서, 주요 국제규범들은 타협적인 접근법을 선택하는, 중간적 해결책을 마련하고 있다. 국제규범들은 특정이행청구권을 원칙적으로 인정하면서 일정한 제한을 두고 있는 형식으로 규정을 하고 있다.

먼저 유럽계약법원칙(Principles of European Contract Law, 이하 'PECL')에서는 비금전채무와 관련해 특정이행청구권을 인정하며,[97] 이어서 제한 사유 다섯 가지를 열거하고 있고,[98] 합리적 기간 내 이행을 청구해야 한다는 제한을 두고 있다.[99] 아시아 계약법원칙(Principel of Asia Contract Law: 이하 'PACL') 정리 초안에서는 비금전채무에 대해서 매도인의 의무의 불이행이 있으면, 매수인에게 그 이행을 요구할 권리를 인정함과 동시에, 제한 사유를 다섯 가지로 열거하고 있으며,[100] 합리적 기간에 의한 제한도 있다.[101] UNIDROIT 국제상사원칙(Principles of International Commercial

---

94) 이영준, 「아시아 계약법원칙과 한국계약법:채무불이행 편」 한중일상법통일연구소, 2021, 314면.

95) 박종두·박세욱, 「채권법총론(제4판)」 삼영사, 2014, 144면; 이은영, 「채권총론(제4판)」 박영사, 2009, 158면.

96) 이영준, 전게서(주94), 335면.

97) PECL § 9:102(1).

98) PECL § 9:102(2).

99) PECL § 9:102(3).

100) PALC § 301(1).

101) PALC § 301(1)(e).

Contracts, 이하 'PICC') 또한 비금전채무의 이행에 대해서 이행을 청구할 수 있게 규정하고 있으며,[102] 다섯 가지 제한 사유를 열거하고 있다.[103] 상기 국제규범들은 모두 매수인이 이행을 청구할 수 있게 명시적으로 인정하면서도, 일정한 제한을 열거하는 모습을 보이고 있으며, 이 제한 사유는 살펴봤을 때 유사한 것으로 보인다.[104]

국제물품매매계약에 있어 명실상부한 국제규범으로 인정받고 있는 국제물품매매계약에 관한 국제연합협약(United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 이하 'CISG')의 접근방법을 살펴보면, 위의 국제규범들과 큰 틀에서는 비슷하고, 세부적으로는 다른 모습을 보인다. CISG는 제46조 제1항을 통해 매수인의 구제수단으로 특정이행청구권을 인정하고 있으며,[105] 제28조를 통해 제한 규정을 두고 있다.[106] 하지만 CISG가 취하고 있는 방식은 특정이행에 관한 해석의 통일성을 저해한다는 문제가 제기되기도 한다.[107]

미국에서는 법원의 재량으로 특정이행이 인정되고 있지만, PICC, PECL, PACL은 법원의 재량권이 없으며, 법원은 특정이행에 관한 제한 규정 중 해당하는 사유가 없는 한 매수인의 청구가 있을 시, 특정이행을 명령해야 한다.[108] 우리나라 민법에서도 강제이행청구권은 당사자의 권리로서

---

102) PICC § 7.2.2.

103) PICC §7..2.2. (a)~(e).

104) 자세한 내용은 후술하도록 한다.

105) CISG 제46조는 매수인의 구제수단을 규정하고 있다. 살펴보면 매도인이 계약상 의무를 불이행했을 시, 계약대로의 의무이행을 청구할 수 있고(제1항), 인도된 물품이 계약에 부적합한 경우에 대체물의 인도를 청구할 수 있으며(제2항), 수리를 청구해 그 부적합의 치유를 청구할 수 있다(제3항).

106) CISG에서 특정이행에 대한 법원의 재량권에 대해서는 많은 논의가 존재한다. 그중 하나는 자국 내에서 특정이행이 인정되지 않는 상황에서, 법원이 CISG를 통해서 특정이행을 명령할 재량권이 있는지에 대한 논의이다. Gonzalez, Olga, *Remedies Under the U.N. Convention for the International Sale of Goods*, 2 Int'l Tax & Bus. Lawyer 79, 97 (1984).

107) Fitzgerald, John, *CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec*, 16 J.L. & Com. 291, 291 (1997).

108) *See* UIDROIT, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016 (UNIDROIT 2016), https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/

법원에 청구할 수 있다.[109]

3. 특정이행의 제한

주요 국제규범들은 원칙적으로 피해당사자에게 특정이행을 청구할 수 있는 권한을 인정하고, 일정한 제한 사유를 두고 있다. 특정이행을 청구한 때에는 이 구제수단이 피해당사자의 필요를 만족시킬 최선의 방법이라고 추정될 것이고, 위반당사자가 특정이행의 명령을 면하기 위해서는 이행의 불능 등 제한 사유가 존재한다는 것을 증명해야 할 것이다.[110]

해당 규범들은 특정이행의 제한 사유에 대해서 각각 명시적으로 규정하고 있는데, 공통적인 것으로는 ① 이행 불가인 경우[111] ② 합리적인 대체거래가 가능한 경우[112] ③ 이행이 불합리한 경우[113]가 ④ 합리적인 기간 내에 이행을 요구하지 않는 경우[114] 등이 있다.[115] CISG에서는 제28조를 통해[116], 특정이행에 대한 제한을 두고 있다. 하지만, CISG의 제28조의 일부 문언에는 모호성이 존재해, 상이한 해석을 발생시킬 여지가 있고,[117] 이는

---

principles2016-e.pdf (last visited Oct. 8, 2022).

109) 이병문, "이행청구권에 관한비교법적연구" 「비교사법」 제14권 제3호 (2007), 528면

110) Lando, Ole. & Beale, H. G., Principles of European Contract Law. Parts I and II Combined and Rev 398 (Kluwer Law Int'l 2000).

111) PECL §9:102(2)(a); PICC §7.2.2 (a); PACL §301(1)(a).

112) PECL §9:102(2)(d); PICC §7.2.2 (c); PACL §301(1)(d).

113) PECL §9:102(2)(b); PICC §7.2.2 (b); PACL §301(1)(c).

114) PECL §9:102(3); PICC §7.2.2 (e); PACL §301(1)(e).

115) 인적 성질, 일신전속적 성격인 경우도 있지만, 본 논문에서는 해당 사안에 대해서는 논의하지 아니한다.

116) CISG 제28조에는 "…특정이행을 명하는 판결을 하여야 하는 것이 아닌 한, 특정이행을 판결할 의무가 없다"라고 명시하고 있다.

117) 이러한 모호함에 대해서 문제 제기된 문언은 "자국법(court's own law)"과 "…이 협약이 적용되지 아니하는 유사한 매매계약…"라는 부분이다.
첫째, "자국법(court's own law)"이 '법정지국의 국내법'인지, '국제사법 원칙에 따른 준거법'인지에 대해서는 논의가 되고 있다. 이에 제28조가 제시하는 자국법은 법정지법(lex fori), 즉 법정지국의 국내법이라고 하는 것이 통설이다. Honnold, John. & Flechtner, Harry M., Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention 294 (4th ed. Kluwer Law Int'l 2009).
둘째, "…이 협약이 적용되지 아니하는 유사한 매매계약…"라는 문언은 특정이행

반정의 문제까지 발생시킬 수 있는바, 해석할 때 주의가 필요할 것이다.

1) 대체거래의 가능성

합리적 대체거래가 가능한 경우, 특정이행이 제한된다는 것은 주요 국제규범들의 공통된 모습이며, 미국에서도 특정이행을 인정받기 위해서는 대체거래가 불가능한 경우여야 한다.[118] 만약 대체거래가 합리적으로 가능한 상황에 있다면 대체거래 후, 대체거래 비용과 기존 계약에서의 비용의 차액만을 배상받을 수 있을 것이다. 특정이행의 제한 사유로 대체거래의 가능성이 인정되는 것은, 보통법상 손실경감[119]의 원칙을 기반으로 세워진 결과물이다.[120] 반면, 우리 민법에서는 대체거래의 가능성만으로 강제이행 청구권이 거부되지는 않을 것이다.[121]

국제규범들이 규정하고 있는 '합리적으로' 대체거래를 해야 한다는 문언은, 다른 곳에서 동일한 이행을 얻을 수 있었다는 사실 자체만으로는 부족하다. 대체물의 공급자를 찾아보는 것은 상황에 따라서는 피해당사자에게 합리적으로 기대를 할 수 없는 상황이 있을 수 있기 때문이다.[122] '합리적 대체거래'의 기준에 대해서 일각에서는 모호하다는 평가가 있다.[123]

2) 이행불능

이행불능은 이행청구권의 주요한 제한 사유로 평가된다.[124]

인정에 있어 법원은 실체법(substantive law)에 따라 특정이행의 인정 여부를 결정할 수 있다는 것을 의미한다. Fitzgerald, *supra* note 107. at 299.

118) Treitel, G. H., the Law of Contract 919 (9th ed. Thomson/Sweet Maxwell 1995); 다만, 대체거래가 가능하다고 하더라도, UCC 상 '다른 적절한 상황'을 이유로 특정이행이 인정될 수 있다.

119) 손실경감(mitigate)이란, "합리적으로 방지 가능한 손해에 대해서는 피해당사자가 경감을 해야 한다"라는 원칙으로서, 영미법계 국가들에는 널리 인정이 되는 원칙이다.

120) 보통법에서는 위반당사자의 과실, 태만 등과는 상관없이, 채무불이행에 대해서 전적으로 책임을 지는 이른바, 무과실책임을 원칙으로 하고 있다. 이러한 상황에서 피해당사자가 합리적으로 회피할 수 있었던 손실에 대해서는 손해가 인정되지 않는다. Posner, Eric A., *Fault in Contract Law*, 107 Mich. L. Rev. 1431, 1431 (2009).

121) 이영준, 전게서(주95), 308면.

122) UNIDROIT, *supra* note 108, at 246.

123) 이영준, 전게서(주94), 309면.

우리 민법에서는 이행불능이 있는 경우,[125] 또는 채무의 성질을 살펴봤을 때 허용되지 아니한 경우[126]에 강제이행 청구권이 배제된다.[127] 이때의 불능은 물리적인 불능만을 포섭하는 것은 아니고, 거래의 관념 또는 사회의 관념으로 살펴봐서 불능을 판단해야 한다는 것이 통설과 판례[128]의 입장이다. 물리적 이행에 있어서 지나친 비용의 지출이 발생한다면 불능으로 판단될 소지가 있다.[129] 우리의 민법상 경제적 불능은 PICC에서의 '불합리한 비용 발생'에 대해서 좁게 인정된다.[130]

앞서 국제규범들에도 이행불능의 경우를 특정이행의 제한 사유로 두고 있는 것은 물론, 미국에서도 이행불능에 있어 특정이행이 제한된다. 미국의 이러한 제한 사유들에 판례의 흐름을 살펴봐서, 후에 우리 민법에 있어 불능의 판단 요소로서 고려해 보는 것은 타당할 것으로 보인다.[131]

미국에서 있었던 상업적 실행 곤란성에 대해서 살펴보면, 상기 GAY 사례에 있어서는 오일쇼크로 인해 발생한 원자재 비용의 상승을 이유로 피고가 실행 곤란성에 놓여 있다고 판단됐고, 계약상 이행의 의무가 면제됐다. 하지만 피고가 자신의 의무를 이행했을 때, 수익이 감소 혹은 창출되지 않는다는 상황이 과연 상업적 실행 곤란성에 포섭되는지는 검토가 필요할 것이다. 특정한 상황에 놓여 계약상 의무이행에 더 큰 비용이 지출되어 생긴 경제적인 손실을 이유로 이행 의무를 면제해주는 것과 이행 비용이 상당히 증가해 이행이 곤란한 상태에 놓였다는 것에는 명백한 차이가 존재할 것이

---

124) 이행불능은 특정이행의 제한사유를 넘어, 계약법 자체에서도 매우 중요한 사안이기에 많은 연구가 진행되고 있다.

125) 민법 제389조 제1항의 반대해석.

126) 민법 제389조 제1항 "중략.... 그러나 채무의 성질이 강제이행을 하지 못할 것인 때에는 그러하지 아니하다."

127) 이영준, 전게서(주94), 337면.

128) 대법원 2015. 8. 27 선고 2013다28247 판결.
…채무의 이행이 불능이라는 것은 단순히 절대적·물리적으로 불능인 경우가 아니라 사회생활의 경험법칙 또는 거래상의 관념에 비추어 볼 때 채권자가 채무자의 이행의 실현을 기대할 수 없는 경우를 말한다.

129) 박동진, 「계약법 강의(제2판)」法文社, 2020, 580면.

130) 이병문, 전게논문(주109), 529면.

131) 박영목, "이행불능에 관한 연구"「고려대학교 박사학위논문」(2008). 46면.

기 때문이다. 비슷한 상황에서도 Missouri Pub. Serv. Co. v. Peabody Coal Co.[132] 사례에서는 피고가 석탄 금수조치로 인한 이행 비용 증가로 상업적 실행 곤란성에 놓여 있다고 주장을 했는데도 불구하고, 법원은 피고의 이행 의무의 면제 주장을 받아들이지 않았다는 점은 눈여겨볼 만하다.[133]

3) 합리적인 기간

우리 민법과 비교를 했을 때, 차이가 나는 부분은 합리적 기간에 의한 특정이행 청구권 행사의 제한이 있다. 주요 규범들은 채무불이행 시, 합리적인 기간 내에 이행을 요구하지 않으면 특정이행을 청구할 권리가 제한된다. 우리 민법의 경우는 합리적인 기간이 강제이행 청구권의 제한 사유로 해당하지 않을 것이다.

4. 소결

보통법 국가와 대륙법 국가의 특정이행에 관한 접근방법은 차이가 있다. 이러한 차이에 있어서 주요 국제규범들은 타협적인 접근방법을 취하고 있다. 이에 대한 학술적 논의가 활발한 가운데, 적어도 국제상사계약에 있어서, 양 법체계의 국가에서 특정이행의 실질적인 적용에 그 차이가 크지는 않을 것이라는 견해가 있다.[134]

국제상사계약의 주체는 상인이다. 상인은 이익을 추구하는 자이고, 효

---

132) Missouri Pub. Serv. Co. v. Peabody Coal Co., 583 S.W.2d 721 (Mo. Ct. App. 1979).

133) 원고와 피고는 석탄을 거래하고 있었는데, 석탄 금수조치로 석탄의 생산비용이 상승해 이후, 피고는 석탄에 대한 선적을 중단했다. 피고는 석탄 금수조치로 인해 상업적 실행 곤란 상태에 놓였다고 주장했다. 이에 법원은 상업적 실행 곤란성을 판단하며, 피고가 주장한 아랍의 석유 금수조치는 이전부터 언론, 재계, 경제학자들이 충분히 논의가 있었던바, 피고는 계약기간 동안 금수조치가 될 것이라고 예견할 수 있었다고 했다. 그리고 이어서, 피고가 이 계약에 따라서 이익이 없고 손해를 보는 거래를 해 손실이 발생하는 것이 인정되더라도, 이것으로 상업적 실행 곤란성이라 보기는 어렵다고 판단했다.

134) Fitzgerald, *supra* note 108, at 302.; Barnes, Wayne R., *Contemplating a Civil Law Paradigm for a Future International Commercial Code*, 65 La. L. Rev. 677, 751-52 (2005).

율성을 중심축으로 사고를 할 것이다. 이들이 채무불이행의 상황에 직면했을 때, 합리적인 대체거래가 가능하다면 지체 없이 대체거래 후 손해배상을 청구할 것이다. 특히 타국에서 대량 생산된 공산품의 매매계약이었다면 더욱 그러할 것이다. 더 나아가 특정이행이 인정되는 상황에 놓였다고 하더라도, 그 수단을 피해당사자가 적극적으로 이용할지에 대해서는 의문이 있다. 상인의 특성상 '기일의 지체'로 발생할 손해 또한 간과할 수 없기 때문이다. 특정이행을 청구하고, 그 이행 기간을 기다리는 것보다, 합리적 범위에서 대체물을 찾아 합당한 배상을 받는 것이 더욱더 효율적이다. 하지만 그렇다고 해서 특정이행이 국제상사거래에서 아예 사용되지 않는 것은 아니다. 국제거래에 있어서 거래의 목적물은 매수인의 국가에서 한정적이거나 아예 없는 것일 수도 있다.[135] 이런 경우 일정 시간이 지체되더라도, 특정이행을 통해 매수인을 계약의 목적에 다가서게 하는 것이 더욱더 합리적일 것이다.[136]

Ⅵ. 결 어

법체계 간 서로 다른 접근방식을 가지고 있는 구제수단은, 계약법에 있어서 가장 많이 논의되고 있는 쟁점 중 하나이다. 국제계약 관계가 비약적으로 상승하고 있는 상황에서 주요 국제규범과 더불어 세계 주요 통일법만큼이나 중요하고 강력한 규범력이 있는[137] 미국 UCC에서의 특정이행을 살펴보았다.

미국에서의 특정이행의 역사를 살펴볼 때, 초기에는 형평법상의 원칙을 승계하는 것으로 보였다. 하지만 미국은 관련 규정의 명문화를 하는 과정에서 특정이행의 인정 범위를 넓히고자 의도했고, 오늘날 UCC에 와서는 '다

135) Walt, *supra* note 94, at 222-23.

136) Fitzgerald, *supra* note 107, at 303.

137) 안강현, "미국통일상법전(UCC) §2-207조 개정의 의미 -계약의 성립 및 그 조건 확정을 중심으로-" 「국제거래법연구」 제19권 제2호 (2010), 128면.

른 적절한 상황'을 근거로 법원에 더 큰 재량권을 부여하는 모습을 보이는데, 이는 특정이행 인정 요건의 엄격함을 계속해 완화하려는 시도로 보인다. 그 결과 미국에서 UCC가 적용된 판례들을 살펴봤을 때, 점차 특정이행이 인정되는 사례들이 증가하고 있는 모습이 관찰되고 있다.

이어서 주요 국제규범들을 살펴봤는데, 주요 국제규범들은 특정이행과 관련한 규정들은 대동소이(大同小異)한 모습을 보이는 것으로 관찰되었다. 특정이행을 청구할 수 있는 권리를 원칙적으로 인정하고, 일정한 제한 사유를 열거하고 있는 모습이 보인다. 특히, 살펴봐야 할 것은 이행불능이다. 이행불능의 경우에는 공통으로 특정이행이 제한되고 있지만, 이것에 대한 해석은 국가마다 차이가 보이기 때문이다.

본고에서는 미국에서의 사례를 살펴보았는데, 미국에서는 유사하게 이행비용의 증가로 발생했다는 실행 곤란성에 관한 주장에 대해서 그 판단이 서로 다른 단면을 살펴보았다.

미국은 우리나라의 주요 교역국으로, 양국을 둘러싼 거래는 앞으로도 더욱 증가할 것이며, 이 과정 속 많은 계약관계가 형성될 것이다. 이에 크고 작은 분쟁들이 수반될 것이 예상되며, 이때 우리나라 당사자가 미국에서 구제수단으로 특정이행을 인정받을 수 있는지는 쉽사리 예견하기 어려울 것이다. 미국의 동향과 사례를 살펴본 이 논문의 접근이, 이러한 어려움을 해소하는 데 있어 도움이 되길 바란다.

매수인의 구제수단으로서 특정이행에 관한 비교법적 연구 - 신 창 섭·남 기 윤	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.08.27.	2022.09.17.	2022.10.07.

[참고문헌]

1. 국내 단행본

박동진, 「계약법 강의(제2판)」法文社, 2020.
박정기·윤광운, 「미국통일상법전」法文社, 2006.
박종두·박세욱, 「채권법총론(제4판)」삼영사, 2014.
사법연수원 출판부, 「영국법:외국법」사법연수원, 2012.
양창수, 「민법주해 Ⅰ: 총칙(1) 제1조 ~ 제30조 (제2판)」박영사, 2022.
엄동섭, 「미국계약법 Ⅰ」법영사, 2010.
이기수·신창섭, 「국제거래법(제7판)」세창출판사, 2019.
이영준, 「아시아 계약법원칙과 한국계약법: 채무불이행편」한중일민상법통일연구소, 2021.
이은영, 「채권총론(제4판)」박영사, 2009.
조대환, 「영미계약법 원리: 영미법 역사 속 계약법 원리의 발견과 이해」유원북스, 2021.

2. 국내 논문

김명숙, "권리 구제 방법에 대한 검토"「안암법학」제46권 (2015).
김영두, "계약관계에 있어서 이행청구권의 실현 불능 사유"「민사법학」 제50호 (2010).
박영목, "이행불능에 관한 연구"「고려대학교 박사학위논문」(2008).
신창섭·남기윤, "국제물품매매계약에 관한 국제연합협약 하에서 손해의 범위에 관한 연구 - 변호사비용의 포함 여부를 중심으로-"「고려법학」제103호 (2021).
안강현, "미국통일상법전(UCC) §2-207조 개정의 의미-계약의 성립 및 그 조건 확정을 중심으로-"「국제거래법연구」제19권 제2호 (2010).
이병문, "이행청구권에 관한비교법적연구"「비교사법」 제14권 제3호 (2007).
조국현, "미국계약법상 특정이행의 한계에 관한 연구"「홍익법학」 제16권 제3호 (2015).
최봉경, "특정이행과 손해배상-비교법적연구를 중심으로-"「저스티스」 제178권 (2020).
피정현, "영미법상의 Common Law"「원강법학」제16권 (1999).

3. 해외 문헌

Bouckaert, Boudewijn. & Geest, Gerrit de., Encyclopedia of Law and Economics (Edward Elgar 2000).
Beale, H. G., Remedies for Breach of Contract (Sweet & Maxwell 1980).
Geldart, William, Introduction to English Law (9th ed. Oxford Univ. Press 1984).
Honnold, John. & Flechtner, Harry M., Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention (4th ed. Kluwer Law Int'l 2009).
Lando, Ole. & Beale, H. G., Principles of European Contract Law. Parts I and II Combined and Rev (Kluwer Law Int'l 2000).
Nordstrom, Robert J., Handbook of the Law of Sales (West Pub. Co. 1970).
Perillo, Joseph M. & Calamari, John D, Calamari and Perillo on Contracts (6th ed.

Thomson/West 2009).
Posner, Richard A., Economic Analysis of Law (2nd ed. Little, Brown 1977).
Schwenzer, Ingeborg H., Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (4th ed. Oxford Univ. Press 2016).
Treitel, G. H., the Law of Contract (9th ed. Thomson/Sweet Maxwell 1995).
UIDROIT, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016 (UNIDROIT 2016)
White, James J., Uniform Commercial Code (6th ed. W. 2010).
Worthington, Sarah., Equity (2nd ed. Oxford Univ. Press 2006).

4. 해외 논문

Axelrod, Eliot L., *Judicial Attitudes Toward Specific Performance of Construction Contracts*, 7 U. Dayton L. Rev. 33 (1981).
_____, *Specific Performance of Contracts for Sales of Goods: Expansion or Retrenchment in the 1980's*, 7 Vt. L. Rev. 249 (1982).
Barnes, Wayne R., *Contemplating a Civil Law Paradigm for a Future International Commercial Code*, 65 La. L. Rev. 677 (2005).
Eisenberg, Melvin A., *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 Calif. L. Rev. 975 (2005).
Eisenberg, Theodore & Miller, Geoffrey P., *Damages Versus Specific Performance*, 12 J. of Empirical Legal Stud. 29 (2015).
Farnsworth, E. Allan, *The Past of Promise: An Historical Introduction to Contract*, 49 Colum. L. Rev. 576 (1969).
Farnsworth, Ward, *Do Parties to Nuisance Cases Bargain After Judgment? A Glimpse inside the Cathedral*, 66 The U. of Chi. L. Rev. 373 (1999).
Fitzgerald, John, CISG, *Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec*, 16 J.L. & Com. 291 (1997).
Fransworth, *Legal Remedies for Breach of Contract*, 70 Colum. L. Rev. 1145 (1970).
Gonzalez, Olga, *Remedies Under the U.N. Convention for the International Sale of Goods*, 2 Int'l Tax & Bus. Lawyer 79 (1984).
Grinsted, Brandon, *The Evolution of Court-Ordered Mergers: An Equitable Remedy or a Marriage Made in Hell*, 53 Mercer L. Rev. 1647 (2002).
Handler, Michael, *Specific Performance Under Section 2-716 of the Uniform Commercial Code*, 33 U. Pitt. L. Rev. 243 (1971).
Katz, Avery, *Virtue Ethics and Efficient Breach*, 45 Suffolk U. L. Rev. 777 (2012).
Kronman, Anthony T., *Specific Performance*, 45 U.Chi.L.Rev. 351 (1978).
Markovits, Daniel & Schwartz, Alan, *The Myth of Efficient Breach: New Defenses of the Expectation Interest*, 97 Va. L. Rev. 1939 (2011).
Posner, Eric A., *Fault in Contract Law*, 107 Mich. L. Rev. 1431 (2009).
Schmitt, Michael A. & Pasterczyk, Michael, *Specific Performance Under the Uniform Commercial Code*, 26 DePaul L. Rev. 54 (1976).

Schwartz, Alan, *The Case for Specific Performance*, 89 The Yale L. J. 271 (1979).
Walt, Steven, *For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention*, 26 Tex. Int'l L.J. 211 (1991).
White, James Boyd, *Economics and Law: Two Cultures in Tension*, 54 Tenn. L. Rev. 161 (1986).

【국문초록】

국제계약에서는 각 국가의 문화, 관습, 언어의 차이가 존재하기 때문에 더욱 복잡한 법률관계가 수반되고, 우리는 이런 법률관계의 해석에 신중한 접근을 해야 할 것이다. 이 중 특히나 법체계 간 다른 접근방법을 보이는 구제수단의 문제에 대해서는 더욱 그러할 것이다.

대륙법 체계 국가에서는 채무불이행이 있을 시, 피해당사자가 상대방에게 계약상 채무의 이행을 강제할 것을 법원에 청구할 수 있는 권리가 인정되는 반면, 영미법 국가들은 우선적으로 손해배상을 주된 구제수단으로 하고, 특정이행은 예외적인 사유에만 인정되는 차이를 보인다. 이러한 차이 속에서 대륙법 체계 국가인 우리나라의 당사자가 영미법 체계 국가의 당사자와의 국제계약상 분쟁이 발생했을 시, 특정이행을 인정받을 수 있는지 여부를 사전에 예견하기 어려운 상황에 놓이게 될 것이다. 이런 불명확성에 대비해, 우리나라의 주요 교역국이자 영미법 체계 국가인 미국에서의 구제수단으로서 특정이행에 관해 연구했다.

이를 위해 첫째, 영국의 형평법원에서부터 오늘날 미국통일상법전에 이르기까지 특정이행의 역사와 변화를 살펴보았다.

둘째, 특정이행에 관한 학설의 전개를 살펴보았다. 예외적인 구제수단인 특정이행을 더욱 폭넓게 인정하자는 주장을 중심으로 전개되는 서로 다른 학설들을 살펴보는 것을 통해, 특정이행을 바라보는 미국의 학술적인 시야와 논리를 들여다보았다.

셋째, 미국 상사계약에서 특정이행의 요건 및 사례들을 연구했다. 상사계약을 규율하는 가장 공고한 위치에 있는 미국통일상법전, 특히 특정이행을 규정하고 있는 제2-716조의 문언과 그 문언에 속에 있는 입안자의 의도 등을 살펴보고, 해당 규정이 적용된 결과 법원에 의해 특정이행 청구가 인정된 사례들을 소개한다.

마지막으로, 특정이행을 규정하고 있는 주요 국제규범들의 비교법적인 연구를 진행했다. 주요 국제규범들은 공통적으로 피해당사자에게 특정이행에 대한 권리를 인정하고, 일정한 제한 사유를 열거하고 있는 타협적인 접근방법

을 취하고 있다. 이를 토대로 앞서 연구한 미국과 우리나라와의 공통점과 차이점을 같이 살펴보았다.

결과적으로 본고는 우리 법체계와는 다른 접근방법과 입법례를 가진 미국에서의 특정이행에 관한 학설과 사례를 살펴보며, 차츰 미국에서 특정이행을 더 넓게 인정하려는 입법론적, 해석론적 접근법과 법원의 판단이 발견되었다.

앞으로 일어날 우리나라와 미국의 국적을 가진 당사자간 국제상사 계약관계에 있어 발생할, 불명확한 국제 계약당사자의 법적 지위를 해소하고, 국제거래의 원활성을 증진시키는 것에 본 연구가 작은 도움이 되길 바란다.

【Abstract】

A Comparative Study on the Specific Performance as the Buyer's Remedies
-Focusing on U.S. Cases and Discussions-

Chang-Sop Shin
(Professor, Korea University Law School)
Ki-Yun Nam
(Researcher, Legal Research Institute of Korea University)

International contracts are accompanied by complex legal relationships due to differences in culture, customs and language and therefore we should be prudent when we are to interpret such relationships. This is particularly true for the problem of different law systems showing different approaches to relief.

In the case of a breach of contract in a continental law country, the aggrieved party's right to require the court to force performance is recognized while common law countries use damages as a main relief as specific performance are recognized only in exceptional cases. If an international contract dispute arises between a party from South Korea, a continental law country and a party from a common law country under these differences, it would be difficult to predict whether specific performance would be recognized. In preparation for such uncertainties, this research was conducted on the use of specific performance in the United States, a common law country and major trading partner of South Korea.

First, this paper examines the history and changes of specific performance starting from the British Court of Equity to the United States

Uniform Commercial Code.

Second, it examines the development of theories on specific performance. The logic and academic perspective of the United States is looked into by examining different theories that unfold around arguing for wider recognition of specific performance, an exceptional relief.

Third, this paper examines the requirements and cases of specific performance in commercial contracts. It looks into the United States Uniform Commercial Code. More specifically the language in Section 2-716 and the intention behind it, and introduces cases where specific performance was recognized by the court as a result of said policy.

Lastly, comparative research on major international norms that stipulate specific performance was conducted. Major international norms commonly recognize the aggrieved party's right on specific performance and are taking a compromising approach that lists certain reasons for restrictions. Based on this, this paper looks into the similarities and differences between the United States and South Korea.

As a result, this paper looked into the theories and cases on specific performances of the United States, which has a different approach and Legislative Cases to South Korea and found legislative, interpretative approaches and court decisions trying to more widely recognize specific performance.

This paper hopes to help resolve the uncertainty that will occur on the legal status of international contract between parties of South Korean and United States nationalities and increase the facilitation of international trade.

주제어(Keyword) : 특정이행(Specific Performance), 계약위반 책임(Breach of Contract Liability), 미국통일상법전(Uniform Commercial Code), 형평법(Equity), 특유성(Uniqueness)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.277

데이터 권리의 귀속에 관한 일반원칙 정립의 필요성*

- ALI-ELI 데이터 원칙의 내용과 규율 방향을 중심으로 -

황 원 재**

▶목 차◀

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 데이터의 정의
Ⅲ. 데이터의 가치 및 데이터 거래
1. 데이터의 가치와 규율방향
2. 데이터 거래의 특성
3. 데이터 거래 가이드라인
Ⅳ. 데이터에 대한 권리의 보호 방안
1. 데이터 소유권에 관한 논의
2. 직접적 귀속을 정하는 방안
3. 직접적 귀속 없이 데이터의 활용을 보호하는 방안
Ⅴ. 데이터에 대한 권리에 적용될 일반원칙 및 시사점
1. ALI-ELI 데이터 원칙
(1) ALI-ELI 데이터 원칙의 취지와 데이터권 일반
(2) 공동생성 데이터의 성립
(3) 공동생성 데이터의 권리 귀속
(4) 개별 데이터권의 내용과 권리 귀속
2. 시사점
Ⅵ. 결론

Ⅰ. 서 론

무상으로만 여겨지던 데이터는 이제 모든 산업의 필수요소가 되었으며, 세계 각국은 디지털 경제에 대비하여 다양한 준비를 시작하고 있다. 우리나라 역시 「개인정보 보호법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관

* 이 글은 2022년 한국데이터법정책학회 상반기 정기학술대회에서 발표한 내용을 수정·보완한 것입니다. 토론자님과 익명의 심사위원님께 깊은 감사의 말씀을 전합니다.
** 계명대학교 법학과 조교수, 법학박사.

한 법률」, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」을 개정하고, 「데이터 산업진흥 및 이용촉진에 관한 기본법」을 제정하는 등 이러한 변화에 대비하고 있다. 그러나 디지털 경제의 필수자산인 데이터를 거래할 때 어떠한 법원칙에 기초하여 거래가 이루어져야 할 것인지 분명한 기준이 확립된 것도, 제시되고 있는 것도 아니다. 특히, 데이터에 소유권과 같은 배타적 권리를 부여하는 것을 전제로 거래질서를 확립할 것인지, 아니면 단순한 채권적 이용권을 전제로 거래질서를 확립할 것인지, 채권적 이용권에 근거하여 기대되는 상대방의 이익은 어느 범위까지 법적으로 보호될 수 있는지 등의 질문에는 쉽게 답하기 어렵다. 더 나아가 데이터란 무엇이며, 데이터를 전제하지 않은 기존의 다른 법률이 데이터의 거래질서에 충분한 보호를 제공할 수 있는지도 분명하지 않다. 데이터에 관한 원칙의 부재는 규정의 미비와 해석의 혼란을 초래하고, 규정의 흠결과 해석 혼란은 거래비용을 증가시켜 해당 시장의 발전을 저해한다. 데이터에 관한 일반 원칙의 정립이 필요한 이유도 여기에 있다. 이하에서는 데이터에 대한 짧은 소개 및 정의를 시작으로(II), 데이터의 가치와 데이터 거래를 살펴본 후(III), 데이터에 대한 권리를 보호하는 방안(IV) 및 데이터에 대한 권리에 적용될 수 있는 일반원칙을 살펴본다(V). 이를 통해 데이터 거래에 관한 계약 또는 가이드 라인을 만들 때 무엇을 주의해야 할 것인지를 검토해 본다.

Ⅱ. 데이터의 정의

현재, 데이터는 법률상 다양한 의미로 사용되고 있다. 사전적으로 데이터는 “이론을 세우는 데 기초가 되는 사실, 또는 바탕이 되는 자료” 또는 “관찰이나 실험, 조사로 얻은 사실이나 정보” 또는 “정보·통신 컴퓨터가 처리할 수 있는 문자, 숫자, 소리, 그림 따위의 형태로 된 정보”를 의미한다.[1] 그러나 법률에서는 이러한 사전적 정의가 그대로 활용되고 있지 않다. 구체

1) 국립국어원, 표준국어대사전 참고. 자세한 것은 https://stdict.korean.go.kr/main/main.do (2022.8.14. 방문).

적으로 「데이터 산업진흥 및 이용촉진에 관한 기본법」은 데이터를 “다양한 부가가치 창출을 위하여 관찰, 실험, 조사, 수집 등으로 취득하거나 정보시스템 및 「소프트웨어 진흥법」 제2조제1호에 따른 소프트웨어 등을 통하여 생성된 것으로서 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리될 수 있는 자료 또는 정보”로 정의하고 있고(동법 제2조 제1호), 「데이터기반행정 활성화에 관한 법률」에서는 데이터를 “정보처리능력을 갖춘 장치를 통하여 생성 또는 처리되어 기계에 의한 판독이 가능한 형태로 존재하는 정형 또는 비정형의 정보”로 정의하고 있고(동법 제2조 제1호), 「지능정보화 기본법」은 데이터를 “부호, 문자, 음성, 음향 및 영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료 또는 지식”으로(동법 제2조 제4호 나목), 「방송법」은 “문자・숫자・도형・도표・이미지 그 밖의 정보체계”로(동법 제2조 제1호 다목) 정의하고 있다. 그 외에도 산업데이터, 교통카드데이터, 문화재데이터, 공공데이터, 항공안전데이터 등 개별 법률의 문맥 속에서 별도의 데이터 정의가 사용되고 있다. 따라서 데이터에 대한 법률상 공통의 정의 개념을 찾기는 어렵다.

선행연구 역시 데이터에 대한 다양한 정의와 구분을 시도하고 있으나,[2] 아직 분명한 합의가 도출된 것으로 보이지는 않는다.[3] 그러나 논의의 편의상 이 글에서는 데이터의 공통적 속성을 근거로 데이터를 ‘컴퓨터로 처리할 수 있는 구문론적 정보 또는 자료’로 정의한다.[4] 물론, 데이터와 정보를 구별하려는 견해도 있으나,[5] 데이터를 가공하여 정보를 얻는 경우 이 정보를 다시 데이터로 활용하여 새로운 정보를 얻을 수 있기에, 데이터와 정보를 엄격하게 구분하는 것은 불가능해 보인다. 또한, 데이터는 인식 및 판단 주체로부터 독립되어 타인에 의한 접근 및 활용이 가능하다는 점에서 지식과는 구별된다.[6] 결국, 데이터는 구조화된 최종 지식의 생산 기초 중 컴퓨터

---

2) 최경진, “데이터와 사법상의 권리, 그리고 데이터 소유권(Data Ownership)”, 고학수·임용(편), 데이터오너십, 2019, 100면.

3) 이상용, “데이터세트에 대한 배타적 보호”, 「인권과정의」 제503호, 2022, 109면.

4) 유사한 정의로 이상용, “데이터세트에 대한 배타적 보호”, 「인권과정의」 제503호, 2022, 109면.

5) 데이터와 정보를 구별하는 견해로 정진명, “데이터 이용과 사법적 권리구제”, 「민사법학」 제92호, 2020, 307면.

로 처리할 수 있는 구문론적 정보 또는 자료 정도로 정의해 볼 수 있다.[7] 그러나 데이터 자체의 개념 정의에 '경제적 가치가 있을 것'을 요구하는 것은 그 현실적 필요성을 고려하더라도 경제적 가치와 접목되기 어려운 공공데이터, 문화재데이터 등을 고려할 때 데이터 개념을 부당하게 축소할 수 있다는 점에서 타당해 보이지 않는다.[8] 그 외에 개별 데이터의 집합물인 데이터세트도 별도로 논의할 필요가 있으나,[9] 데이터 일반에 대한 논의에 집중하기 위하여 이하에서 별도로 구별하지 않는다.

Ⅲ. 데이터의 가치 및 데이터 거래

1. 데이터의 가치와 규율방향

데이터의 개념은 데이터에 대한 규율의 출발점이 된다. 따라서 데이터를 적절하게 정의하고 구분하는 것은 데이터가 가져오는 경제적 가치를 고려할 때 중요한 의미가 있다. 데이터는 그 자체로 경제적 가치를 갖는 경우가 많고, 경제적 가치를 갖지 않더라도 경제적 가치를 갖는 새로운 정보 또는 최종 지식의 생산 및 가공에 이바지하기 때문이다. 이 경우 창출된 경제적 가치를 어떻게 분배할 것인가의 문제가 발생하게 된다. 데이터를 통해 새로운 가치를 창출하는 이러한 과정을 보통 데이터 혁명이라고 부르고,[10]

---

6) 이동진, "데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 실익", 「정보법학」 제22권 제3호, 2018, 222면. 그러나 「지능정보화 기본법」은 정보와 지식을 구분하지 않고, 데이터와 지식 역시 구분하지 않는다(동법 제2조 제1호 및 제4호 나목 참고).

7) 이와 달리 정보 자체를 ① 내용/의미론적 정보, ② 표시·기호/구문론적 정보, ③ 물리적·유형적 실현물/구조적 정보로 구분하고, 각각의 정보단계는 보호의 방법이 다르다는 견해도 있다. 자세한 것은 이동진, "데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 실익", 「정보법학」 제22권 제3호, 2018, 221면 참고. 유사한 구분으로 정진명, "데이터 이용과 사법적 권리구제", 「민사법학」 제92호, 2020, 305면.

8) 데이터의 개념에 '경제적 가치가 있을 것'을 요구하는 견해로는 이상용, "데이터세트에 대한 배타적 보호", 「인권과정의」 제503호, 2022, 109면.

9) 데이터세트에 대해서 자세한 것은 이상용, "데이터세트에 대한 배타적 보호", 「인권과정의」 제503호, 2022, 107면 이하.

개략적으로 빅데이터(big data)로부터 출발하여, 오픈 데이터(open data)를 거쳐, 마이데이터(my data)의 문제로 발전하고 있다고 설명한다.[11] 이러한 설명이 타당한지 아닌지를 떠나서, 데이터 혁명이 경제적으로 중요한 의미가 있다 점에는 이론이 없어 보인다.

그러나 데이터 혁명을 어떻게 촉진시킬 것이냐에 대해서는 의견이 다양하게 나뉘고 있다. 이러한 의견 중에서 대표적인 것으로 데이터 소유권에 관한 주장을 들 수 있다. 데이터 혁명을 촉진하려면 적절한 동인을 제공해야 하는데, 데이터 생산 및 가공에 참여한 자가 경제적 이익을 독점할 수 있도록 하는 것이 가장 효과적이라는 주장이 이에 해당한다. 이 견해는 이를 통해 공유지의 비극을 피하고,[12] 사인의 적극적 참여 및 효율성 제고를 기대할 수 있다고 주장한다(사회적 편익의 사유화).[13] 그러나 데이터에 대하여 법률상 배타적이고 독점적인 지위를 인정하는 방식은, 즉 데이터 소유권이라는 주장은 이하에서 살펴보게 될 바와 같이 전통적 의미의 소유권 개념과 부합되기 어렵다. 데이터는 유형물이 아니며 물리적 속성조차 갖고 있지 않기에 유형적 물건에 대한 전면적 지배권을 그 요소로 삼는 소유권과 조화되기 어렵기 때문이다.

따라서 현재 데이터는 재화의 귀속질서에 관한 규율을 통해 보호되기보다, 별도의 계약을 통해 그 거래 자체를 규율함으로써 보호되거나, 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」 등을 통한 거래질서의 측면에서 보호되고 있다. 아직 데이터의 개념정의 조차 합의되지 않았음을 고려하면 계약을 통해 데이터 거래와 데이터의 경제적 이익을 보호하고, 법률을 통해 데이터의 건전한 거래질서를 유지하는 것이 우선되어야 함이 분명하므로,

---

10) 이에 관하여 박경렬, “개발협력 관점에서 본 ‘데이터 혁명’: 비판적 소고”, 「국제개발협력연구」 제12권 제2호, 2020, 3면 이하.

11) 박주석, “박데이터, 오픈데이터, 마이데이터의 비교 연구”, 「한국빅데이터학회지」 제3권 제1호, 2018, 46면.

12) Hardin, The Tragedy of the Commons, Vol. 162 Issue 3859, Science (1968), pp. 1243.

13) 박상철, “데이터 소유권 개념을 통한 정보보호 법제의 재구성”, 고학수·임용(편), 데이터오너십, 2019, 48면; 이동진, “데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 실익”, 「정보법학」 제22권 제3호, 2018, 220면.

이러한 규율방향은 타당해 보인다. 그러나 디지털 대전환에 따른 데이터 시장의 폭발적 성장과 규율 필요성의 폭증을 누구나 충분히 예측할 수 있기에 데이터의 귀속질서에 관한 최소한의 공통적 원칙을 미리 연구하는 것은 당연한 준비로 보인다.

2. 데이터 거래의 특성

데이터 권리에 적용될 일반 원칙을 논하기 전에 우선, 논의의 순서상 데이터 거래에 대한 현재 상황과 데이터 거래의 특성부터 살펴본다. 데이터 거래는 주로 '데이터 제공형 계약'의 모습을 띠고 있는데, 이는 데이터의 제공자가 계약의 상대방에게 데이터를 제공하고 이용할 수 있도록 허락하는 것을 핵심으로 한다. 반면에, '데이터 창출형 계약'은 기존 데이터를 가공하여 새로운 데이터를 창출하거나 공장 등에 별도의 장비를 설치하고 데이터를 생성하는 것을 계약의 목적으로 한다. 데이터제공형 계약과 데이터창출형 계약 외에도 '데이터 공용형 계약'이 존재하는데, 데이터공용형 계약은 데이터 거래 및 공유 플랫폼에서 별도의 공유 규약에 따라 거래하는 계약 유형을 의미한다.[14]

데이터 거래는 주로 이하에서 살펴볼 '데이터 거래 가이드라인'에 기초한 약관이나 개별 계약을 통해 이루어진다. 그러나 데이터 거래를 단순히 계약적 측면만을 놓고 검토해서는 안 된다. 오히려 데이터 거래는 다양한 관점에서 문제를 바라보아야 한다. 우선, 데이터는 개인정보가 더 큰 경제적 가치를 갖지만, 개인정보 보호에 관한 법제도의 규율을 받기 때문에 별도의 조치 없이 거래되거나 창출되기 어렵다는 문제가 있다.[15] 데이터가 비개인

14) 이러한 구분은 한국데이터산업진흥원, 데이터 거래 가이드라인, 2019에 따른 것이다. 유사한 구분으로는 이동진, "데이터거래의 법적 쟁점 및 데이터거래 가이드라인", 서울대학교 인공지능정책 이니셔티브 이슈페이퍼, 2019-2, 17면 참고. 기타의 구분으로 데이터 제공계약, 데이터 쉐어링계약, 데이터 처리계약, 기타 데이터 플랫폼 계약 등으로 분류하는 입장으로 정신동, "데이터 경제에 있어 계약관계의 규율: - ALI-ELI 데이터 경제 원칙상의 데이터 공급 계약과 데이터 마켓플레이스 계약을 중심으로-", 「고려법학」 제105호, 2022, 4면.

15) 기존의 정보를 통해 새로운 개인정보를 창출하는 것의 문제에 대해서는 이병준·황원

정보에 해당하는 경우라면 거래나 창출이 용이할 수 있지만, 이 경우라도 건전하고 공정한 거래질서의 유지라는 측면에서 경쟁법 제도의 규율을 받기 때문에 이를 충분히 고려해야 한다. 예컨대, 비개인정보인 데이터를 직접 수집하거나 생성한 자가 일반적으로 해당 데이터의 보유·접근 권능은 물론, 데이터의 처리 및 정정에 대한 권능, 사용 및 수익에 대한 권능, 그리고 처분 권능 역시 갖게 되는데,[16] 이러한 처분권에 근거하여 데이터 제공자가 계약의 상대방에게 데이터를 제공하면, 자신이 데이터를 사용하지 않을 것을 전제로 데이터를 양도하는 경우와 자신이 데이터를 사용할 것을 전제로 데이터를 양도하는 경우가 존재할 수 있고, 전자의 경우와 달리 후자의 경우 데이터 제공자와 데이터 수령자 간의 데이터 이용은 경쟁 관계에 놓일 수 있으므로 경쟁법적 고려가 필요해진다. 데이터 창출형 계약의 경우 도급계약의 성질을 갖고 있어 데이터 제공형 계약과 다르게 평가될 것처럼 보이지만, 데이터 창출형 계약에서도 기존의 데이터를 통해 새로 데이터를 창출하는 경우라면 새로 만들어진 데이터가 기존 데이터와 경쟁 관계에 놓일 수 있어 경쟁법적 관점에서 데이터 창출의 효과를 바라볼 필요성이 생긴다. 유사한 관점에서, 필수적 데이터에 대하여 필수설비이론(essential facility doctrine)과 같이 이용강제가 허락될 수 있다는 주장도 제기되고 있으며,[17] 데이터 제공시 사업활동을 구속하거나 방해하는 불공정한 조건을 부여하는 경우라면 불공정거래행위가 될 수도 있다(공정거래법 제45조 제1항 제7호, 제8호).

한편, 데이터 거래 및 권리귀속의 문제를 계약만으로 규율하는 경우 계약상 공백에 적절한 대처가 어렵다는 한계가 있다. 특히, 이러한 문제는 데이터 창출형 계약에서 발생한다. 예컨대, 데이터를 가공하여 발생한 파생데이터 또는 별도의 장비를 통해 생성된 데이터의 권리 귀속 및 권능의 범위

재, “프로파일링의 문제와 이용자 보호 - 개인정보 보호법과 약관규제법을 중심으로 -”, 한국유통법학회 동계학술대회 발제문, 2021, 49면 이하.

16) 이동진, “데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 비판”, 고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019, 131면 이하.

17) 홍대식, “데이터 소유권(Ownership)을 둘러싼 법적 쟁점과 경쟁법 원칙의 적용”, 고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019, 192면 이하.

를 정하는 문제가 발생할 수 있다. 데이터 창출에 관한 계약에서 이를 사전에 정한다면 강행법규에 반하지 않는 한 약정한 바에 따라 그 귀속을 정하면 되나, 약정이 존재하지 않는다면 귀속주체의 결정시 어려움에 봉착할 수밖에 없기 때문이다. 일반적으로 데이터를 수집하거나 생성한 자가 그 권한을 갖게 될 것이나, 해당 데이터가 원 데이터 제공자에게 또는 정보주체에게 법적으로 중요한 의미가 있다면 데이터를 수집하거나 생성한 자에게 그 권리의 귀속과 권능을 일방적으로 인정하기는 어려울 수 있다. 이러한 점에서 계약을 통해 데이터 거래 및 귀속을 규율하고 보호하는 방식은 한계가 있을 수밖에 없다.

3. 데이터 거래 가이드라인

앞서 언급한 바와 같이, 우리나라에서 데이터 거래는 주로 '데이터 거래 가이드라인'에 기초하여 이루어지지만, 일정한 한계가 있다.[18] 데이터 거래 가이드라인은 데이터 시장에서 거래와 권리에 대한 기준이 마련되어 있지 않은 현실에서 대표적인 거래유형(데이터 제공형, 데이터 창출형, 오픈마켓형)을 나누고 각각의 경우 발생할 수 있는 법적 쟁점에 대한 기준을 제시하는 것을 목적으로 하고 있다. 즉, 데이터 거래 가이드라인은 데이터의 귀속에 관한 일률적 기준을 마련하기보다 데이터 창출에 대한 기여도, 장비 소유권 등 여러 고려 요소를 통해 데이터 이용권한을 적절히 배분함으로써 데이터의 이용과 창출을 촉진하려는 산업진흥적 목적을 갖고 있다. 이러한 취지 때문에 '데이터 거래 가이드라인'은 데이터 시장에 적용될 수 있는 일반원칙이 되기에 한계가 있고, 일반원칙의 확립을 목적으로 하는 이하에서 살펴볼「데이터 시장에서의 제원칙(Principles for a Data Economy: Data Transactions and Data Rights)」(이하, ALI-ELI 데이터 원칙)과 구별된다. 예컨대, ALI-ELI 데이터 원칙은 그 거래계약의 유형을 묻지 않고 당사자가 데이터의 창출에 기여하였다면 공통의 권리 귀속 원칙을 적용하지만, 데이

18) 자세한 것은 https://www.datastore.or.kr/service/trade-guideline (2022년 5월 29일 최종방문).

터 거래 가이드라인은 계약의 유형에 따라 별도의 권리 또는 권한의 귀속 규정을 두고 있다.

권리의 귀속을 구체적으로 정하고 있는 데이터 제공형 표준계약서와 데이터 창출형 표준계약서를 중심적으로 살펴보면 다음과 같다. 우선, 데이터 제공형 표준계약서[19]는 제공된 데이터의 이용권한을 분명히 규정하고 있다. 즉, 데이터 제공자는 수령자에 대하여 제공데이터를 계약기간 내에 계약 목적에 맞추어 이용하는 것을 허락한 것으로 규정하고 있다(제4조 제1항). 또한, 단순히 제공된 데이터의 이용권한만을 규정하지 않고 데이터에 대한 권리 또는 권한의 귀속 역시 정하고 있다. 즉, 제공된 데이터를 가공, 분석, 편집, 통합 등을 하여 새로운 또는 2차적 데이터가 생성되는 경우(파생데이터),[20] 그 이용권한은 데이터 수령자가 갖고 데이터 제공자는 별도의 목적 범위에서 해당 파생데이터를 무상 또는 유상으로 이용하도록 규정하고 있다(제5조 제1항). 또한, 데이터 수령자가 파생데이터를 이용하여 이익을 얻게 되면, 데이터 제공자는 해당 이익의 일정한 비율을 지급할 것을 청구할 수 있도록 하여, 이익배분요구권을 명시하고 있다(제5조 제4항). 그 외에도 데이터의 이용허락이 제공데이터의 내용 정정, 추가, 또는 삭제에 대한 일반적 권한을 수여한 것이 아님을 밝히고 있으며(제4조 제2항), 제공데이터 이용허락이 데이터 제공자의 데이터 이용권이나 제3자에 대한 이용허락을 배제하지 않음을 규정하여(제4조 제5항, 제6항), 이용허락의 배타성을 부정하고 있다.

데이터 창출형 표준계약서는[21] 복수 당사자의 관여하에 새로운 데이터를 창출하는 계약을 목적으로 하며 창출된 데이터와 파생데이터의 이용권한은 별지에서 종류별로 정함을 원칙으로 하고 있다(제4조 제1항, 제5조 제1항).[22] 그러나 별지에서 예상하지 못하였던 데이터가 창출되는 경우 약정

---

19) 데이터 제공형 표준계약서는 https://www.datastore.or.kr/resources/files/Data_Transaction_Guidelines_2.pdf (2022년 5월 29일 최종방문)에서 확인할 수 있다.

20) '파생데이터'의 정의는 데이터 제공형 표준계약서 제2조 제2항, 데이터 창출형 표준계약서 제2조 제6항 참고.

21) 데이터 창출형 표준계약서는 https://www.datastore.or.kr/resources/files/Data_Transaction_Guidelines_3.pdf (2022년 5월 29일 최종방문)에서 확인할 수 있다.

으로 정한 일방에게 모든 권한이 귀속되는 것으로 규정하고 있다(제4조 제2항). 다만, 예상하지 못한 파생데이터가 생성된 경우라면 양 당사자가 별도의 합의를 통해 이용권한을 정하도록 하고(제5조 제1항), 약정한 이용권한 외의 권한은 어느 누구에게도 인정하지 않는 방식을 택하고 있다(제5조 제2항). 즉, 대상데이터는 물론 파생데이터의 경우에도 약정 또는 합의가 권리 귀속 판단의 결정적 기준이 된다. 그 외에, 새로운 데이터를 제3자에게 제공하거나 이용하게 하여(제7조) 이익을 얻었다면, 그 이익에 대한 배분을 청구할 수 있도록 규정하고 있다(제8조 제2항).

이와 같이, 데이터 거래 가이드라인과 표준계약서는 계약의 유형별 권리 귀속을 규정하고 있으나, 데이터에 관한 권리의 일반적 귀속 원칙을 확인하기는 어렵다. 특히, 데이터의 창출과 새로운 데이터의 권리 또는 권한의 귀속을 정하는 것을 목적으로 하는 데이터 창출형 표준계약서의 경우 권리 또는 권한의 귀속을 전적으로 당사자 간의 약정 또는 별도의 합의에 의존토록 하여 약정이나 합의의 이면에 놓인 원칙 또는 계약의 정당성을 판단하도록 하는 데이터 거래의 원칙이 전혀 드러나지 않고 있다. 즉, 당사자간 협상력의 불균형이나 합의의 부당성, 그리고 데이터에 관한 권리나 권한을 인정해야 하는 이유의 중요성 또는 권리나 권한을 부정해야 하는 데이터 주체의 정당한 이익 등이 전혀 고려되지 못하고 있다.

데이터에 관한 권리 또는 권한의 귀속을 전적으로 계약이나 합의에 맡길 수 없고, 계약이나 합의의 이면에 놓인 원칙이 필요한 이유는 특히 보건의료 데이터에서 분명히 드러난다.[23] 보건의료 데이터는[24] 정보주체의 사

---

22) 별지에는 파생데이터의 이름, 대상데이터, 대상기간, 계약당사자의 이용권한을 명시하고 있다.

23) 이러한 광범위한 보건의료 데이터 개념은 보건의료 체계가 이미 오래전부터 데이터를 통해 환자를 진료하는 전통을 고수하였기 때문으로 보인다. 따라서 보건의료 산업에서 데이터의 중요성은 강조해도 지나치지 않으며, 모든 데이터가 중요성을 갖는다. 김명희, 보건의료 데이터, '활용'과 '유출' 사이, 시사 IN, 2021.6.30. https://www.sisain.co.kr/news/articleView.html?idxno=44893 (2022년 8월 13일 최종방문).

24) 보건의료 데이터 또는 보건의료 정보란 "보건의료와 관련한 지식 또는 부호·숫자·문자·음성·음향·영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료"를 의미하며(보건의료 기본법 제3조 제6호), 여기서 '보건의료'란 "국민의 건강을 보호·증진하기 위하여 국가·지방자치단체·보건의료기관 또는 보건의료인 등이 행하는 모든 활동"을 의미한다(보건의

생활을 현저히 침해할 우려가 있는 민감정보에 해당하므로(개인정보 보호법 제23조 제1항) 전적으로 그 권리 또는 권한을 계약에 맡길 수 없다. 또한, 보건의료 데이터는 고유식별정보를 포함할 뿐만 아니라 의료정보와 건강정보로 이루어져 있어, 환자의 개인정보자기결정권은 물론 인격권, 사생활의 비밀과 자유에 관한 권리와 밀접하게 관련되어있다.[25] 즉, 보건의료정보는 고유식별정보이며 민감정보이므로 원칙적으로 높은 정도의 보호가 필요하며(개인정보 보호법 제23조, 제24조, 제24조의2),[26] 따라서 「개인정보 보호법」은 물론 「의료법」 등 별도의 법률에 규정된 보호정도를 충실히 지켜야 한다. 특히, 개인의료정보인 보건의료 데이터는 사전 동의와 같은 개인정보자기결정권을 통한 보호로 충분히 보호되지도 않는다. 환자는 치료목적이라는 더 중요한 이익을 위해 자신의 개인정보자기결정권을 포기하기 쉽고, 의사와 환자 간의 밀접한 신뢰관계는 개인정보자기결정권에 내재된 이익형량을 무의미하게 만들기 때문이다.[27] 따라서 개인의료정보인 보건의료 데이터에는 「개인정보 보호법」보다 더 강한 보호가 필요하다는 주장도 제기되고 있다.[28] 정리하면, 단순한 계약이나 합의만으로 보건의료 데이터의 권리나 권한 귀속을 정해서는 안 되며, 그 이면에 놓인 원칙이나 가치질서가 필히 고려되어야 한다.

그러나 보건의료 데이터 역시 '보건의료 데이터 활용 가이드라인'에 기초하여 거래되고 있다.[29] '보건의료 데이터 활용 가이드라인'에서 제안하고 있는 '가명정보 제공 및 활용 계약서(안)'은 권리의 귀속에 관한 규정을 두

료 기본법 제3조 제1호). 따라서 보건의료 데이터는 국민건강의 보호 및 증진을 위한 다양한 행위주체의 활동으로 생산되는 모든 종류의 자료를 의미하게 되어 그 범위가 매우 넓다.

25) 김영국, "개인의료정보와 빅데이터 활용의 법적 쟁점", 「법제」 제691호, 2020, 67면.

26) 헌법재판소 2018.8.30. 선고 2014헌마368 결정.

27) 김화, "보건의료산업 관련 데이터 이용의 쟁점", 「민사법학」 제92호, 2020, 345면 이하.

28) 이한주, "개인의료정보보호법 제정의 필요성과 입법방향", 「한국의료법학회지」 제22권 제1호, 2014, 196면 이하.

29) 자세한 것은 http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0101vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=040101&CONT_SEQ=363309&page=1 (2022년 5월 29일 최종방문).

고 있으나, 이익배분요구권이 없다는 점을 제외하면 '데이터 제공형 표준계약서'의 그것과 크게 다르지 않다. 즉, 데이터 수령자가 가명정보를 처리하여 새롭게 또는 2차적으로 얻게 된 연구 결과의 이용권한을 갖게 되며(제11조 제1항), 데이터 제공자의 데이터 처리권이 이 계약으로 제한되지 않도록 하여(제11조 제3항), 데이터 제공자의 이용이 제한되지 않도록 하고 있다. 특히, 양 당사자의 합의에 초점을 두고 있을 뿐, 일반적인 원칙을 찾아보기 어렵다. 그러나 데이터 제공형 표준계약서나 데이터 창출형 표준계약서와 같이 양 당사자의 합의만으로 보건의료 데이터와 같은 특수 유형 데이터의 권리 및 권한의 귀속을 정하기 어렵다는 점은 분명해 보인다. 또한, 입법 및 계약에서 고려되어야 할 추상적인 일반원칙이 필요하다는 점도 분명해 보인다. 이와 관련하여, 권리 부여의 원인과 일방에게 권리를 부여하지 못하게 만드는 이유의 중요성, 그리고 기타 계약체결 상황과 공익을 고려한 추상적 일반원칙이 제안될 수 있다. 이러한 의미에서 공정의 원칙에 맞추어 데이터에 대한 권리 및 권한을 귀속시키는, 이하에서 살펴볼 ALI-ELI 데이터 원칙은 참고할 필요성이 매우 높다.

물론, 보건의료 데이터는 공익적 이용의 필요성과 경제적 활용도가 높아, 계약을 통한 자유로운 활용이 강하게 요구된다는 점을 간과할 수는 없다.[30] 코로나와 같은 공중보건 위기에 대처하거나 새로운 치료법을 개발하기 위해서는 방대한 보건의료 데이터가 필수적이고 적극 활용되어야 하기 때문이다. 특히, 데이터 산업의 발전을 강조하는 데이터 3법의 개정과 함께,[31] 가명정보 개념이 도입되면서 과학적 연구목적을 위한 정보처리는 정보주체의 동의 없이 가능해졌기에(개인정보 보호법 제28조의2 제1항), 가명정보에 관한 규정이 보건의료 데이터의 산업적 처리에 어떠한 영향을 미칠 것인지도 입법취지를 고려하여 검토되어야 할 것이다. 그러나 이러한 변화에도 불구하고 보건의료 데이터는 정보주체의 통제필요성과 연구개발의 필요성이 첨예하게 대립하는 분야임을 잊어서는 안 된다. 양자가 모두 중요하

30) 김영국, "개인의료정보와 빅데이터 활용의 법적 쟁점", 「법제」 제691호, 2020, 64면.
31) 데이터 3법의 개정은 「개인정보 보호법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」의 개정을 의미한다.

기 때문이다. 따라서 계약을 통한 자유로운 권리 귀속의 결정이 전적으로 타당할 수 없다.

Ⅳ. 데이터에 대한 권리의 보호 방안

1. 데이터 소유권에 관한 논의

데이터 권리에 적용될 일반원칙을 찾기 전에, 보다 적극적으로 데이터 권리를 보호하는 방안도 살펴볼 필요가 있다. 이러한 방안으로 가장 많이 언급되는 것은, 잘 알려진 바와 같이 '데이터 소유권'이다. 데이터의 창출을 시장에서 촉진시키기 위해서는 적절한 동인이 필요하며, 이때 가장 효과적인 동인은 데이터 활용의 이익을 사인이 독점할 수 있도록 하는 것이다. 이를 통해 사인이 스스로 효율을 높이도록 독려하는 것이다.[32] 이 경우, 우리 민법은 소유권의 내용으로 소유물을 사용, 수익, 처분할 수 있는 권능을 명시하고 있고(민법 제211조), 물권법정주의에 의하면 특별한 사정이 없는 한 소유권의 이러한 권능은 대세적·영구적으로 제한될 수 없기에[33] 권능의 인정 범위 역시 분명히 할 수 있는 장점도 있다.

그 외에도, 데이터 소유권은 현행법이 데이터를 충분히 보호하지 못하고 있다는 점을 논거로 한다. 물론, 데이터는 「부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률」, 「특허법」, 「저작권법」 등에 의하여 보호될 수 있고,[34] 데이터가 성명이나 주민등록번호 등과 같이 그 스스로 또는 다른 정보와 결합하여 개인을 식별할 수 있게 하는 정보라면 「개인정보 보호법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」, 「신용정보의 이용

32) 박상철, "데이터 소유권 개념을 통한 정보보호 법제의 재구성", 고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019, 48면; 이동진, "데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 실익", 「정보법학」 제22권 제3호, 2018, 220면.

33) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010다81049 판결; 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결 참고.

34) 최경진, "데이터와 사법상의 권리, 그리고 데이터 소유권(Data Ownership)", 고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019, 101면.

및 보호에 관한 법률」, 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」 등에 의하여 보호될 수 있다.[35] 그러나 데이터가 「저작권법」에 의해 보호되더라도 대부분 데이터는 창작성이 없기에 그 보호가 불완전할 수밖에 없고(저작권법 제2조 제1호, 제18호 참고), 데이터베이스가 보호되더라도 편집물로서의 데이터베이스 자체에 대한 보호이므로(저작권법 제2조 제19호), 데이터에 대한 직접적 보호는 아니라는 한계가 있다. 즉, 현행 법률들은 데이터를 담고 있는 유체물을 중심으로 한 규율체계나, 데이터를 구체화하는 창작성 있는 표현이나 편집물을 중심으로 하는 규율체계, 또는 진보적인 기술적 사상을 보호하는 규율체계를 갖고 있기에,[36] 온라인을 통한 전자적 데이터 제공과 처리가 일반화된 현재의 거래상황과 데이터 자체가 독자적인 가치를 갖게 된 현재의 시장 상황을[37] 정확히 반영하고 있지 못하다. 그러나 데이터 소유권이 인정된다면 이러한 규율 공백을 소유권 제도를 통해 보완할 수 있게 된다.

또한 데이터는 쉽게 복제가 되며 복제로 원본이 손상되지도 않는데, 이러한 특성이 현행법에는 잘 반영되어 있지 못하다는 점이 지적되고 있다. 즉, 현재의 법제도에 의하면 데이터를 임의로 복제하여 제3자에게 판매한 경우 제3자의 권원 없는 데이터 이용을 금지하고 삭제를 요청하는 것이 어렵다.[38] 그러나 데이터에 소유권이 인정된다면 제3자가 무단으로 데이터를 탈취하여 이용하는 경우 그 사용을 금지할 수 있고, 데이터 접근에 필요한 암호를 분실한 경우 이를 관리하는 제3자에게 공개를 청구할 수 있고, 데이터에 대한 강제집행을 하는 등[39] 적극적인 권리행사가 가능해질 수 있다. 특히, 기술적으로 데이터의 접근을 특정한 자에게만 허용하는 것이 가능하다면, 즉 데이터를 배타적으로 지배하고 관리하는 것이 기술적으로 가능한

35) 최경진, “데이터와 사법상의 권리, 그리고 데이터 소유권(Data Ownership)”, 고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019, 102면.

36) 그 외에도 정보통신망을 보호하기 위하여 데이터를 규율하는 경우(정보통신망법 제48조)가 있다.

37) 권영준, “데이터 귀속·보호·거래에 관한 법리 체계와 방향”, 「비교사법」 제28권 제1호, 2021, 5면.

38) 백대열, “데이터 물권법 시론”, 「민사법학」 제90호, 2020. 130면 이하.

39) 이동진, “데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 실익”, 「정보법학」 제22권 제3호, 2018, 233-234면.

경우라면,[40] 익명데이터에 대한 재산권을 데이터의 수집·가공자에게 인정하는 것이 가능할 수 있다.

그러나 물적 속성이 없는 데이터는 소유권의 대상이 되기 어렵다. 또한 배타성과 절대성을 전제하는 소유권은 데이터의 본질적 특성과 조화되지 않는다. 그 외에도 데이터의 공유를 인정하면 데이터의 창출에 오히려 도움이 된다는 반론 역시 강하게 주장되면서 데이터 소유권은 쉽게 받아들여지고 있지 못하다.[41] 데이터는 무형이며 물리적 속성을 갖지 않기에 유형적 물건을 개념 요소로 하는 소유권과 조화되기 어렵다. 따라서 현재 '데이터 소유권'이라는 표현은 데이터에 대한 직접적 소유권을 의미하기보다, 적법하게 데이터를 보유하거나 데이터에 접근하여 이용할 수 있는 권리, 이익배분을 요구할 권리, 복제하거나 처분할 수 있는 권리, 제거·폐기 또는 정정을 할 수 있는 권리 등을 함축적으로 지칭하는 표현으로 이용되고 있는 것으로 보인다. 즉, 데이터에 어떠한 권리가 인정될 수 있는가에 대한 논의를 대표성을 갖는 소유권이라는 용어로 함축적으로 표현한 것으로 이해하는 것이 타당해 보인다.

2. 직접적 귀속을 정하는 방안

데이터는 이론적으로 소유권의 대상이 되기 어렵지만, 입법을 통해 민법상 물건의 개념을 확대하여 데이터에 소유권을 인정하려는 움직임도 물론 존재한다.[42] 이 개정 법률안은 물건을 "유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력, 법률 또는 기술에 의해 배타적 지배권과 독립성이 확보된 정보"로 정의하여 데이터를 물건의 정의 안에 포함하려 한다. 그러나 데이터를 물건으로 보고 직접적 소유권을 인정하면 기술적 사상이나 표현형식과 같은 구문정보에 대한 보호법제인 「특허법」이나 「저작권법」과 달리 어

40) 이러한 경우에 대하여 이동진, "데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 실익", 「정보법학」 제22권 제3호, 2018, 232면.

41) Determann, No One Owns Data, 70 Hastings L. J., 2018, pp. 1.

42) 조정훈 의원 등 11인 발의 「민법 일부개정법률안」(2020.11.02. 제안, 의안번호 2104799).

떠한 기간 제한도 없는 영구적 보호가 인정되어,[43] 법제 간의 불균형이 초래될 우려가 있다. 물론, 이 개정안은 유체물과 동등한 정도의 배타적 속성을 갖는 데이터만을 그 대상으로 하므로 데이터 일반에 관한 것은 아니지만 사용·수익권 등과 같은 데이터 권리의 귀속에 영향을 미치기에 충분해 보인다. 예컨대, 데이터의 가공으로 최종적으로 창출된 이익을 원데이터의 제공자와 데이터 가공자에게 어떻게 분여할 것인가라는 의문에 의도하지 않았던 기준을 제시해 버릴 수 있다.

한편, 저작권과 유사한 체계를 통해[44] 데이터의 재산적 가치를 보호하는 입법안도 제안되었다.[45] 이 법률안은 '데이터재산권'(제2조 제2호)이라는 개념을 도입하고, 데이터재산권자가 갖고 있는 일체의 권리인 '복제권'(제8조)에 근거하여 타인에게 데이터의 이용을 허락할 수 있도록 하였으며(제14조 제1항), 원데이터를 가공한 정보를 '2차적데이터'로 정의하여 독자적인 보호의 대상으로 삼고 있다(제5조 제1항). 또한, 데이터를 이용한 자는 정당한 보상금을 지급하도록 하였으며(제12조 제1항), 데이터가 공동기여로 생성되었다면 데이터재산권자 전원의 합의하에 그 권리가 행사되도록 하여(제16조 제1항), 데이터 생성에 기여한 정도에 따라 보상이 이루어지도록 하였다(제16조 제2항). 그 외에도, 데이터재산권의 등록과 행사방법(제19조, 제20조), 그리고 데이터재산권 침해에 대한 구제방법도 규정하고 있다.[46] 그런데 데이터재산권 보호를 위하여 데이터재산권등록부를 규정하고 있음에도(제19조 제1항), 등록부 등록이 재산권 양도 등의 효력요건이 되지 않도록 규정하여(제20조), 대항요건주의를 택하고 있는 저작권법 제54조와는 다

43) 특허권은 특허출원일로부터 20년 동안 인정되며(특허법 제88조 제1항), 저작재산권은 저작자가 사망한 후 70년 동안 인정된다(저작권법 제39조 제1항).

44) 이러한 관점을 취하는 견해로는 권영준, "데이터 귀속·보호·거래에 관한 법리 체계와 방향", 「비교사법」 제28권 제1호, 2021, 19면.

45) 박성중 의원 등 11인 발의 「데이터재산권의 보호 등에 관한 법률안」(2021.4.13. 제안, 의안번호 2109453).

46) 구체적으로 데이터재산권이 침해되면 침해자에게 침해의 정지를 청구할 수 있고, 침해의 우려가 있는 경우라면 침해의 예방이나 손해배상의 담보를 청구할 수 있다(제47조 제1항). 데이터재산권을 보호하기 위하여 기술적보호조치를 무력화하지 못하도록 금지하고 있으며(제49조 제1항), 데이터재산권을 침해한 자에게 5년 이하의 징역이나 5천만원 이하의 벌금을 부과할 수 있도록 하였다(제60조).

른 입장을 취하고 있어, 구체적인 사건에서 제3자에 대한 보호 문제가 발생할 우려가 있어 보인다.

3. 직접적 귀속 없이 데이터의 활용을 보호하는 방안

데이터에 대한 권리의 직접적 귀속 원칙을 규정하는 입법이 이루어지고 있지만, 현재 우리 법률은 주로 권리의 직접적 귀속을 정하지 않고 부정경쟁방지법제를 통한 간접적 보호방안에 초점을 맞추고 있는 것으로 보인다. 첫째로 부정경쟁방지법이 일부 개정되었다. 이에 따라, 경쟁자의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 데이터를 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 무단 이용하여 경쟁자의 경제적 이익을 침해하는 행위는 부정경쟁행위에 포함될 수 있게 되었다(부정경쟁방지법 제2조 제1호 파목).[47] 지적재산권법을 통해 보호되지 않는 성과라면 원칙적으로 자유로운 이용이 허용되나, 공정하고 자유로운 경쟁질서에 반하는 특별한 사정이 있다면 예컨대, 성과의 부정한 취득, 신의칙에 반하거나 악의적인 이용행위, 직접적 모방행위 등이 있다면, 그 성과의 이용이 금지된다. 금지되는 타인의 성과물 이용행위가 있다면, 피해자는 그 이용의 금지를 청구할 수 있고(부정경쟁방지법 제4조 제1항), 손해배상을 청구할 수 있으며(부정경쟁방지법 제5조), 실추된 신용의 회복을 위해 필요한 조치를 청구할 수도 있다(부정경쟁방지법 제6조). 또한, 2022년 4월 20일부터 시행되고 있는 부정경쟁방지법에는 데이터 보호를 위한 법적 기반을 마련하여 데이터의 원활한 이용과 유통을 보장하려는 취지에서 데이터에 관한 새로운 규정(부정경쟁방지법 제2조 카목)도 추가되었다.[48]

---

47) 관련 판결로 대법원 2010. 8. 25.자 2008마1541 결정; 대법원 2020. 3. 26.자 2019마6525 결정.

48) 부정경쟁방지법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. “부정경쟁행위”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.
.....
카. 데이터(「데이터 산업진흥 및 이용촉진에 관한 기본법」 제2조제1호에 따른 데이터 중 업(業)으로서 특정인 또는 특정 다수에게 제공되는 것으로, 전자적 방법으로 상당량 축적・관리되고 있으며, 비밀로서 관리되고 있지 아니한 기술상 또는 영업상

둘째로 부정경쟁방지법제와 연계된 「데이터 산업진흥 및 이용촉진에 관한 기본법」(이하, 데이터기본법)이 입법되었다. 데이터기본법은 데이터의 생성, 거래, 활용에 관한 기본법적 성격을 갖고 있기에(데이터기본법 제1조, 제7조 제1항), 데이터기본법의 입법은 중요한 의미를 갖는다.[49] 데이터기본법은 데이터생산자가 인적 또는 물적으로 상당한 투자와 노력으로 생산한 데이터가 경제적 가치를 갖는다면 이를 데이터자산으로 보고, 이를 보호하는 것을 원칙으로 규정하고 있다(데이터기본법 제12조 제1항). 또한, 데이터자산을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하여 무단으로 취득하고, 사용하고, 공개하는 행위, 제3자에게 제공하는 행위, 정당한 권한 없이 데이터자산에 적용된 기술적 보호조치를 회피·제거·변경하는 행위 등을 금지하고 있고, 이러한 행위의 금지청구 등에 대해서는 부정경쟁방지법에서 정한 바에 따르도록 하였다(데이터기본법 제12조 제3항). 특히, 데이터에 대한 객관적인 가치평가를 지원하기 위하여 과학기술정보통신부장관이 데이터 가치평가 기법 및 체계를 수립하고 공표할 수 있게 하였으며(데이터기본법 제14조), 데이터기본법을 위반하는 행위로 영업이익이 침해되어 손해가 발생하였다면 위반행위를 한 자는 그 손해를 배상하도록 하면서, 자신에게 고의 과실이 없음을

의 정보를 말한다. 이하 같다)를 부정하게 사용하는 행위로서 다음의 어느 하나에 해당하는 행위

1) 접근권한이 없는 자가 절취・기망・부정접속 또는 그 밖의 부정한 수단으로 데이터를 취득하거나 그 취득한 데이터를 사용・공개하는 행위
2) 데이터 보유자와의 계약관계 등에 따라 데이터에 접근권한이 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 데이터 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 데이터를 사용・공개하거나 제3자에게 제공하는 행위
3) 1) 또는 2)가 개입된 사실을 알고 데이터를 취득하거나 그 취득한 데이터를 사용・공개하는 행위
4) 정당한 권한 없이 데이터의 보호를 위하여 적용한 기술적 보호조치를 회피・제거 또는 변경(이하 "무력화"라 한다)하는 것을 주된 목적으로 하는 기술・서비스・장치 또는 그 장치의 부품을 제공・수입・수출・제조・양도・대여 또는 전송하거나 이를 양도・대여하기 위하여 전시하는 행위. 다만, 기술적 보호조치의 연구・개발을 위하여 기술적 보호조치를 무력화하는 장치 또는 그 부품을 제조하는 경우에는 그러하지 아니하다.

49) 다만, 개인정보, 저작권, 공공데이터에 대해서는 다른 법률이 적용되는 것으로 규정하여(데이터기본법 제7조 제2항), 데이터기본법이 모든 데이터에 대한 기본법이 되는 것은 아니다.

증명하지 못하는 한 면책될 수 없게 하였다(데이터기본법 제42조).

셋째로 「산업 디지털 전환 촉진법」(이하, 산업디지털전환법)이 입법되었다. 산업디지털전환법은 산업데이터의 생성과 활용을 활성화하고 산업에 지능정보기술을 적용하여 디지털 전환을 촉진하는 것을 주된 내용으로 한다. 특히, 산업디지털전환법은 산업데이터의 활용과 보호에 관한 원칙을 제시하여 산업데이터를 활용할 때 발생할 수 있는 법적 불확실성을 제거하고자 하였다.[50] 이러한 점은 다른 법률과 구별되는 점으로 앞으로의 데이터 규율방향에 좋은 방향성을 제공한 것으로 평가할 수 있다. 구체적으로, 산업디지털전환법은 인적 또는 물적으로 상당한 투자와 노력을 들여서 산업활동 과정에서 기존에 없던 새로운 데이터가 생성되면, 산업데이터를 생성한 자에게 해당 산업데이터를 활용하여 사용·수익할 권리를 부여하고 있다(산업디지털전환법 제9조 제1항). 산업데이터가 공동으로 생성된 경우라면, 또는 산업데이터를 생성한 자가 이를 제3자에게 제공한 경우라면, 원칙적으로 산업데이터의 생성에 관여한 자와 제3자 모두 산업데이터의 사용·수익권을 갖도록 하였다(산업디지털전환법 제9조 제2항, 제3항). 산업데이터가 다양한 방식으로 활용될 수 있기에 사용·수익권이 언제나 배타적일 필요는 없기 때문이다. 다만, 별도의 약정을 통해 산업데이터의 사용·수익권을 제한하거나 배분할 수 있도록 하였다(산업디지털전환법 제9조 제2항 및 제3항 단서). 그 외에도, 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서를 유지하기 위한 의무 및 산업데이터의 원활한 활용과 합리적 이익 배분을 위한 협조의무도 규정하고 있다(산업디지털전환법 제9조 제4항, 제5항). 이처럼, 산업디지털전환법은 데이터기본법과 달리 '산업데이터 자산'이라는 배타성을 갖는 개념을 두고 있지 않고, 산업데이터를 생성한 자에게 데이터를 활용한 사용·수익권을 주고 있을 뿐이다.[51] 즉, 산업디지털전환법은 산업데이터의 활용 및 보호의 원칙을 명확히 규정하면서, 특히 산업데이터의 원활한 활용과 이익의 배분 등을 계약을 통해 촉진하려는 의도를 갖고 있다(산업디지털전환법 제10조 제2항).

---

50) 개인정보에 관해서는 개인정보 보호법이 적용되므로 산업디지털전환법이 적용되지 않는다(산업디지털전환법 제4조 제2항).

51) 한편, 산업데이터의 활용에는 데이터 수집, 연계, 저장, 보유, 가공, 분석, 이용, 제공, 공개 및 기타 유사행위가 포함된다(산업디지털전환법 제2조 제3호).

한편, 산업데이터에 대한 사용·수익권을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 침해하면 손해를 배상할 책임을 부담하도록 하여(산업디지털전환법 제9조 제7항, 제4항 전단), 부정경쟁방지법과 해석의 통일성을 기하고 있다. 또한, 산업데이터에 대한 사용·수익권을 갖는 자는 산업데이터의 무결성·신뢰성을 확보하고, 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손되지 않도록 하며, 산업데이터를 활용한 제품이나 서비스가 위해를 야기하지 않도록 노력할 의무가 있고, 이러한 의무를 위반하면 손해를 배상할 책임을 부담하도록 하였다(산업디지털전환법 제9조 제7항, 제6항). 다만, 손해배상을 청구하기 위해서는 사용·수익권을 침해한 자 또는 의무를 위반한 사용·수익권자의 고의나 과실을 증명해야 한다는 점에서 입증책임을 전환하고 있는 데이터기본법과는 구별되는 것으로 보인다.

V. 데이터에 대한 권리에 적용될 일반원칙 및 시사점

살펴본 바와 같이, 현재 데이터는 계약을 통해 규율되고, 그 권리의 귀속 역시 계약 및 데이터 거래 가이드라인을 통해 정해지고 있다. 더불어 부정경쟁방지법 등을 통해 거래질서의 측면에서 보호되기도 한다. 그러나 이러한 보호 방식은 데이터 시장의 빠른 변화와 성장을 충분히 반영하기 어렵고, 규제틀에 대한 예측가능성이 낮아 거래비용을 높이게 한다. 따라서 데이터에 대한 거래원칙, 특히 데이터 권리의 귀속에 관한 최소한의 공통원칙이 마련될 필요가 있다. 이러한 시장의 요구는 이미 산업디지털전환법을 통해 일부 반영되고 있지만, 충분한 것으로 보이지는 않는다. 따라서 더 구체적인 내용을 담고 있는 ALI-ELI 데이터 원칙을 통해 미비점과 보완점을 찾아볼 필요가 있다.

1. ALI-ELI 데이터 원칙

(1) ALI-ELI 데이터 원칙의 취지와 데이터권 일반

거래법은 전통적으로 상품이나 권리, 서비스를 대상으로 하였으므로 데

이터 시장에서도 전통 거래법의 원칙이 제대로 작동하는지 확인할 필요가 있다. 또한, 데이터에는 국경이 없고 국제적으로도 아직 (거래는 물론) 권리 귀속에 관한 명확한 규칙이 없기에, 미국법률협회(American Law Institute, ALI)와 유럽연합법률협회(European Law Institute, ELI)는 함께 국내는 물론 국제 데이터 시장에 적용할 수 있는 법의 일반원칙을 찾아내기 위하여 연구프로젝트를 진행하였고, 데이터 거래의 당사자들이 계약에 활용할 수 있는 일반원칙을 정리하여 「데이터 시장에서의 제원칙(Principles for a Data Economy: Data Transactions and Data Rights)」을 제안하게 된다.[52] ALI-ELI 데이터 원칙은 각국 입법의 기초자료가 될 것을 목표로 작성된 것이므로 권리의 귀속을 정할 때 ALI-ELI 데이터 원칙은 충분히 참고할 가치가 있다. 이하에서는 ALI-ELI 데이터 원칙의 내용 중에서 데이터 권리의 귀속에 관한 내용을 중심으로 살펴본다.

ALI-ELI 데이터 원칙은 데이터 권리의 귀속에 관하여 광범위한 일반원칙을 정하고, 데이터 권리의 귀속에 관한 다양한 문제에 기준을 제시하는 것을 목적으로 한 규정을 다수 두고 있다. 우선, 데이터에 관한 권리를 데이터권(Data Rights)으로 부르면서 데이터권에는 데이터 접근권, 데이터 처리 정지권, 데이터 정정 요구권, 데이터 이익배분요구권이 포함됨을 밝히고 있다(제16원칙 제1항).[53] 그러나 데이터권에 관한 이 설명이 예시적인 것에 불과하고 추가적인 권리를 정하는 것이 가능함을 분명히 하여 데이터권이

---

52) 자세한 것은 https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/completed-projects-old/data-economy (2022년 5월 29일 최종방문).

53) ALI-ELI 제16원칙(데이터권)

(1) 데이터권에는 다음과 같은 권리가 포함된다.

(a) 상황에 따라 데이터 포팅을 포함하는 수단으로 데이터에 접근할 수 있는 권리

(b) 데이터 관리자에게 데이터 행위를 정지할 것을 요구할 수 있는 권리

(c) 데이터 관리자에게 데이터의 정정을 요구할 수 있는 권리

(d) 데이터의 사용으로 만들어진 경제적 이익의 배분을 요구할 수 있는 권리

(2) 제3장에 명시된 데이터권은 완결된 것이 아니다; 오히려, 당사자가 유사한 추가적 권리를 갖는 것을 법률 체계가 허용할 수 있다. 따라서 제3장에서 그러한 권리를 명시하지 않았다는 점으로부터 어떠한 부정적 추론도 이루어져서는 안 된다.

(3) 제3장에 명시된 데이터권은 당사자가 데이터 관리자에게 데이터와 관련하여 갖게 된 데이터권 이외에 다른 권리, 예컨대 채무불이행으로 인한 권리, 부당이득으로 인한 권리, 재산권의 대상(代償)에 대한 권리, 불법행위법으로 인한 권리에 영향을 미치지 않는다.

강행적 성격을 갖지는 않는다는 점을 분명히 하였다(제16원칙 제2항). 따라서 데이터권은 강행법규에 반할 수 없고(제17원칙 (a)), 별도의 약정이 있다면 그 약정이 우선하게 된다(제17원칙 (b)).[54] 심지어 이 원칙상의 데이터권은 데이터에 관한 임의법규에도 우선하지 않는 '원칙'의 성격을 갖고 있을 뿐임을 분명히 밝히고 있다는 점이 특징적이다(제17원칙 (c), (d)).

(2) 공동생성 데이터의 성립

ALI-ELI 데이터 원칙은 제18원칙부터 제23원칙에서 공동생성 데이터에 대한 권리를 광범위하고 체계적으로 규정하고 있다.[55] 데이터 시장에서 주로 데이터 생성에 관여한 자들 간의 권리 귀속이 분쟁의 대상이 된다는 점을 고려하면,[56] 이러한 상세한 규정 방식은 충분히 이해할 만하다. 우선, 이 원칙은 공동생성 데이터의 권리를 논하기 전에 공동생성 데이터로 평가하기 위하여 고려해야 할 요소들을 구체적으로 규정하고 있다(제18원칙 제1항).[57] 즉, ① 데이터에 코딩된 정보의 주체가 되는지(예컨대, 정보주체), 또

---

54) ALI-ELI 제17원칙(데이터권에 대한 원칙의 적용)
제3장 이하의 권리는 다음과 같은 우선순위에 따라 규율된다.
(a) 데이터 프라이버시/데이터 보호법을 포함하여, 계약을 통해 변경할 수 없는 강행법규
(b) 계약이 제18원칙부터 제27원칙에 부합하거나 준거법에서 제18원칙부터 제27원칙의 적용을 배제할 수 있는 자유가 있는 경우, 당사자의 계약
(c) (a)에서 규정된 것을 제외하고 데이터권에 적용하기 위하여 마련된 법률규칙
(d) 제18원칙부터 제27원칙

55) '공동생성 데이터'에서 '생성'의 의미는 기술적 의미보다 규범적 의미라고 한다. 따라서 데이터가 공동으로 '생성'되었는지 여부는 이 원칙의 판단기준이나 고려 요소 하에서만 평가될 수 있다. 예컨대, 데이터에 코딩된 정보의 주체 또는 해당 정보의 대상이 되는 자산의 소유자 혹은 운영자는 기술적 의미에서 데이터를 공동으로 생성하는 자가 될 수 없기 때문이다. Cohen/Wendehorst, ALI-ELI Principles for a Data Economy, 2021, p. 135 f.

56) Cohen/Wendehorst, ALI-ELI Principles for a Data Economy, 2021, p. 134.

57) ALI-ELI 제18원칙(공동생성 데이터)
(1) 제19원칙부터 제23원칙에서 정하는 공동생성 데이터에 해당하는지 여부와 공동생성 데이터가 되는 범위를 결정하는 데 사용되는 요소는 다음과 같은 우선순위를 갖는다.
(a) 당사자가 데이터에 코딩된 정보의 주체가 되는 정도, 또는 당사자가 정보의 대상이 되는 자산의 소유자나 운영자가 되는 정도
(b) 당사자의 활동으로 데이터가 생산되는 정도, 또는 당사자가 소유하거나 운영하는 제품이나 서비스의 사용으로 데이터가 생산되는 정도

는 해당 정보의 대상이 되는 자산의 소유자 혹은 운영자(예컨대, 자산의 임차인)가 되는지, ② 활동을 통해 데이터 생성에 참여하거나 소유 또는 운영하는 대상 자산이 데이터 생성에 참여한 정도는 어떠한지(예컨대, '커넥티드 카'[58]를 소유하거나 운영하여 데이터를 생성하는 경우), ③ 데이터를 수집 및 결합하여 새로운 데이터를 만드는 경우라면 결합에 참여한 정도는 어떠한지(예컨대, 데이터베이스, 파생데이터), ④ 제작 또는 개발한 프로그램 및 서비스가 이용됨으로써 생성된 데이터의 정도는 어떠한지(예컨대, '커넥티드 카'를 제작한 회사가 자동차 자체의 상태정보, 운행정보, 기상정보 등을 수집하는 경우[59])를 고려하여 공동생성 데이터 여부 및 정도를 판단하도록 하였다. 이를 통해 데이터에 대한 권리가 데이터의 최초생산자에게 전적으로 귀속되는 것이 아니라, 다른 참여자들에게도 인정될 수 있도록 하였다.

한편, ALI-ELI 데이터 원칙은 공동생성 데이터의 성립을 정할 때 각 고려 요소들이 열거된 순서에 따라 우선순위를 갖도록 하여 평가시 중요성을 교량할 수 있게 하였다.[60] 즉, 해당 우선순위가 절대적인 기준이 되어 후순위 요소를 배척하는 관계에 있지 않으므로 후순위 요소에 강한 고려사항이 있다면 선순위 요소보다 평가에서 더 중요하게 고려될 수 있게 하였다. 예컨대, '커넥티드 카'를 이용하는 동안 자동차의 상태정보, 운행정보, 기상

(c) 당사자가 새로운 품질의 데이터를 만들면서 데이터를 수집하고 결합하는 정도
(d) 당사자가 생산하거나 개발한 컴퓨터 프로그램 또는 상품 및 서비스의 기타 관련 요소가 사용되면서 생성된 데이터의 정도

(2) 기여도를 평가할 때에는 기여의 유형, 기여의 정도(투자 방법 포함), 기여의 원근도, 기여의 특수성의 정도, 다른 당사자의 기여 정도가 고려되어야 한다.

(3) 당사자가 상황상 유의미한 기여를 하지 않았다면, 그 당사자에 의한 공동생성 데이터로 보지 않는다.

58) '커넥티드 카(connected car)'는 무선 네트워크를 통해 연결된 자동차로 단순히 이동 서비스만을 제공하는 것이 아니라 네트워크를 통해 다양한 경험을 제공하는 것을 목적으로 하는 자동차를 말한다.

59) Cohen/Wendehorst, ALI-ELI Principles for a Data Economy, 2021, p. 136, 사례 89 참고.

60) ALI-ELI 데이터 원칙은 개별 요소의 참여 정도 외에도 제19원칙 제2항의 요소들이 제20원칙부터 제23원칙과의 관계에서 함께 고려되도록 하여 개별 권리를 고려한 공동생성 데이터가 성립하도록 규정하고 있다. Cohen/Wendehorst, ALI-ELI Principles for a Data Economy, 2021, p. 135.

정보 등이 수집되어 데이터가 생성되었다면, 해당 데이터의 생성에 자동차 소유자 혹은 임차인의 기여도가 가장 중요하게 평가될 수 있고, 자동차 운전자의 기여도가 다음으로 중요하게 평가될 수 있을 것이다(제18원칙 제1항 (a), (b)의 우선순위 고려). 그러나 개인의 운행 습관과 관련된 데이터가 생성된 경우라면 직접 행위자인 운전자의 기여도(제18원칙 제1항 (b))가 그 근접성을 고려할 때 가장 중요하게 평가될 수 있다. 기상 데이터의 경우라면 데이터의 생성에 소유자나 운전자의 기여보다 데이터 수집 센서를 설계하고 자동차에 설치한 제작자의 기여도(제18원칙 제1항 (d))가 그 구체적 관련성을 고려할 때 가장 중요하게 평가될 수 있다.[61]

ALI-ELI 데이터 원칙은 공동생성 데이터에 대한 당사자의 기여도를 판단할 때 기여의 유형, 규모, 정도, 특수성 등이 고려되어야 하나(제18원칙 제2항), 유의미한 기여가 없다면 기여하지 않은 것으로 보도록 하여 기여도 평가에서 불필요한 소모적 논쟁이 발생하지 않도록 하였다(제18원칙 제3항). 물론, 기여의 실질적 무의미성은 별도의 규정이 없더라도 기여도 평가 시 고려될 것이나, ALI-ELI 데이터 원칙은 데이터에 관한 일반원칙을 밝힌다는 측면에서 이를 분명히 규정하고 있다. 그 외에 ALI-ELI 데이터 원칙은 자연인 외의 단체에게도 데이터권이 귀속될 수 있는지에 대해서 부정적 입장을 취하지는 않았으나, 명확한 규정을 두고 있지도 않다.[62]

(3) 공동생성 데이터의 권리 귀속

ALI-ELI 데이터 원칙은 공동생성 데이터가 인정되는 경우 현행 법체계를 고려하여 공정하게 데이터권이 귀속되도록 하였다. 따라서 데이터권이 법체계에 수용되는 방식이나 계약을 통해 데이터권을 수정하거나 면제하는 정도 역시 해당 법체계에서 '공정(fairness)의 원칙'이 하는 역할을 고려하여 결정되도록 하였다(제19원칙 제1항).[63] 물론, '공정의 원칙'이 갖는 추상성

61) Cohen/Wendehorst, ALI-ELI Principles for a Data Economy, 2021, p. 137, 사례 90 참고.

62) Cohen/Wendehorst, ALI-ELI Principles for a Data Economy, 2021, p. 135, 사례 88 참고.

63) ALI-ELI 제19원칙(공동생성 데이터에 대한 권리를 결정하는 일반요소)

때문에 구체화가 문제 될 수 있으므로 ALI-ELI 데이터 원칙은 각각의 법체계 내에서 '공정'을 고려한 구체화가 입법 혹은 사법을 통해 가능하게 하였다.[64] 그러나 ALI-ELI 데이터 원칙은 구체적으로 공동생성 데이터의 권리 귀속이 인정될 수 있는 5가지 요소들도 동시에 언급하고 있는데, ① 제18원칙의 요소를 고려하여 데이터 생성에 참여한 정도, ② 제20원칙부터 제23원칙에서 정하는 데이터권 귀속원인의 중요성 정도, ③ 데이터 관리자(controller)나 제3자가 데이터권의 귀속을 부정할 수 있게 하는 정당한 이익(예컨대, 개인정보 보호나 영업비밀 보호 이익 등)의 중요성 정도, ④ 데이터 거래 당사자간 협상력의 불균형 정도, ⑤ 공정하고 효율적인 경쟁을 담보하는 기타 공익 등이 이에 해당한다(제19원칙 제2항). 한편, 공동생성 데이터에 대한 데이터권이 인정되는 경우 그 권리의 특성과 제한(예컨대, 권리의 종류, 시기, 유·무상 여부 등)을 정할 때에도 동일한 요소들을 고려하여 공정의 원칙에 맞추어 결정하도록 하였다(제19원칙 제3항).

그런데 데이터권의 귀속을 결정하는 제19원칙 상의 5가지 요소들은 그 평가에 우선순위나 중요성의 차이를 두지 않고 유연하고 균형 있게 평가되어야 한다는 점에서 우선순위를 언급하고 있는 공동생성 데이터 성립에 관한 제18원칙 상의 4가지 요소들과는 다르다. 이러한 평가의 유연성은 이 원

---

(1) 공동생성 데이터에 대한 데이터권은 공정하게 인정된다; 따라서 준거법 하에서 데이터권이 현존하는 법체계에 수용되는 방법 및 데이터권이 계약에 의하여 면제되거나 수정될 수 있는 정도는 해당 법체계에서 공정의 원칙이 하는 역할에 맞추어 결정된다.

(2) 공동생성 데이터의 경우, 데이터의 생산에 참여한 당사자가 이하의 요소들을 고려하여 판단하였을 때 사실과 상황에 부합한다면 데이터권을 갖는다.

(a) 제18원칙에서 열거된 요소들을 고려하여 당사자가 관련 데이터 생산에 참여한 비율

(b) 제20원칙부터 제23원칙에 열거된 것과 같이 당사자에게 데이터권이 부여되어야 하는 원인의 중요성

(c) 데이터 관리자 또는 제3자가 데이터권을 부정할 수 있게 하는 기타 정당한 이익의 중요성

(d) 당사자들 간의 협상력의 불균형

(e) 공정하고 효율적인 경쟁을 담보하는 이익을 포함하는 기타 공익

(3) 데이터의 형식, 기간, 보안, 권리의 완전한 행사에 필요한 기타 지원, 지급되는 보상과 같은 데이터권의 특성과 제한을 결정할 때에도 제2항에서 열거된 요소들이 고려되어야 한다.

64) Cohen/Wendehorst, ALI-ELI Principles for a Data Economy, 2021, p. 141.

칙이 각 국가에 도입될 때 권리 귀속에 관한 결정을 개별 국가의 사정에 따라 달리 할 수 있게 하려는 의도였다고 한다.[65] 또한, 경쟁법 측면에서도 새로운 규율체계를 도입하려는 것은 아니며, 오히려 기존의 경쟁법 체계와 조화를 이루는 것을 목적으로 하였다고 한다.[66] 따라서 각각의 고려 요소들은 필요한 경우 무시될 수도 있다고 한다.

(4) 개별 데이터권의 내용과 권리 귀속

구체적인 데이터권의 내용과 권리 귀속은 다음과 같다. 첫째, 가장 중요한 권리인 데이터 접근권 및 포팅(porting)에 관한 권리는 다음과 같은 경우 발생한다(제20원칙).[67] 상품이나 서비스 사용자의 목적에 부합하는 통상적

---

65) Cohen/Wendehorst, ALI-ELI Principles for a Data Economy, 2021, p. 143.

66) Cohen/Wendehorst, ALI-ELI Principles for a Data Economy, 2021, p. 144.

67) ALI-ELI 제20원칙(공동생성 데이터에 대한 접근권 및 포팅권)

(1) 제19원칙을 전제로, 공동생성 데이터에 대한 접근 또는 포팅에 관한 권리는 다음과 같은 경우에 발생한다.

(a) 데이터 접근 또는 포팅이 상품 및 서비스 사용자의 목적에 부합하는 통상적 이용, 유지, 재판매에 필요하고, 데이터 관리자가 공급망의 일부이면서 이러한 필요성을 예상하였을 것이 합리적으로 기대되는 경우

(b) 데이터 접근 또는 포팅이 상품 및 서비스 공급자 자신의 의무에 부합하는 품질 관리나 품질 개선에 필요하고, 데이터 관리자가 공급망의 일부이면서 이러한 필요성을 예상하였을 것이 합리적으로 기대되는 경우

(c) 데이터 접근 또는 포팅이 일방 당사자가 자신의 활동을 잘 이해할 수 있게 하는 사실 및 그 당사자가 제3자에게 제공해야 하는 활동의 증거를 확인하는 데 필요한 경우로, 그 당사자에게 긴급하고 공동생성 데이터의 접근 또는 포팅으로 데이터 관리자의 이익이 침해될 것이 합리적으로 기대되지 않는 경우

(d) 데이터 접근 또는 포팅이 일방 당사자의 새로운 상품이나 서비스 개발에 필요한 경우로, 일방 당사자와 데이터 관리자의 이전 영업활동, 데이터 생성에 대한 각각의 기여 방법, 그들 상호 간의 관계를 고려할 때 그러한 개발 활동이 그 당사자의 영업적 기회로 주로 여겨지는 경우

(e) 데이터 접근 또는 포팅이 일방 당사자가 정당하게 상품이나 서비스의 공급자를 변경하거나 추가적인 고객을 유인하지 못하게 하는 것과 같은 그 당사자를 해하는 반경쟁적 잠금효과(lock-in effects)를 피하는 데 필요한 경우

(2) 제19원칙 제3항에 따라, 신뢰할 수 있는 제3자에 대한 공개, 데이터 분리, 데이터 익명화, 데이터 블러링과 같은 적절한 제한 속에서만 제1항의 권리가 발생하며, 이러한 제한 없는 권리가 타인의 권리나 공익과 충돌하지 않는 범위까지만 그 권리가 인정된다.

(3) 데이터 관리자는 제3자를 보호하기 위하여 제32원칙 상의 의무를 지켜야 하며, 제2항의 제한은 어떠한 경우라도 데이터 관리자의 이러한 의무이행을 가능하게 만들어야 한다.

인 이용, 유지, 재판매에 필요한 경우(제20원칙 제1항 (a)), 또는 상품 또는 서비스 공급자의 품질 관리나 개선 등 의무이행에 필요한 경우(제20원칙 제1항 (b)), 그리고 데이터 관리자가 공급망의 일부이면서 이러한 필요성을 합리적으로 예상할 수 있었던 경우(제20원칙 제1항 (a) 및 (b) 후단)가 이에 해당한다. 또한, 일방 당사자의 활동을 확인하고 증거를 확보하는 데 필수적인 경우이며 데이터 관리자의 이익이 침해될 것이 합리적으로 예상되지 않는 경우라면 데이터 접근권이나 포팅에 관한 권리가 인정된다(제20원칙 제1항 (c)). 그 외에도 데이터 접근권이나 포팅에 관한 권리는 새로운 상품이나 서비스 개발을 위하여 필수적이고 당해 개발활동이 영업활동으로 주로 여겨지는 경우(제20원칙 제1항 (d)), 또는 반경쟁적 잠금효과(lock-in-effects)를 피하기 위하여 필수적인 경우에도 인정될 수 있다(제20원칙 제2항 (e)). 그러나 데이터 접근권 또는 포팅에 관한 권리는 데이터 익명화, 데이터 블러링(data blurring), 데이터 분리와 같은 적절한 제한조치가 갖추어진 경우에만 인정될 수 있도록 하였으며, 이러한 제한조치가 없더라도 데이터 관리자나 제3자의 적법한 이익을 보호하기 위하여 인정되었을 범위까지만 권리가 인정된다(제20원칙 제2항). 그 외에도 데이터 접근권 또는 포팅에 관한 권리가 인정되는 경우 데이터 관리자는 제3자를 보호하기 위하여 데이터 연쇄공급에서 공급자의 의무를 규정한 제32원칙상 의무를 준수해야 한다(제20원칙 제3항).

둘째, 공동생성 데이터의 경우 데이터 생성에 참여한 일방은 다음과 같은 경우 데이터 처리의 중지권 또는 삭제권을 갖는다(제21원칙).[68] 우선, 해

---

68) ALI-ELI 제21원칙(공동생성 데이터에 대한 데이터 활동 중지권)
제19원칙을 전제로, 일방 당사자가 데이터 관리자에게 공동생성 데이터에 대한 데이터 활동의 중지, 그리고 데이터의 삭제를 요구할 수 있는 권리는 다음과 같은 경우에 발생한다.
(a) 데이터 활동이 그 당사자에게 중대한 경제적 또는 비경제적 손해를 야기하거나 야기할 것이 합리적으로 기대되는 경우
(b) 데이터 활동의 목적이 그 당사자가 데이터 생산에 기여한 방법과 다음과 같은 이유로 부합하지 않는 경우로,
(i) 그 당사자는 완전히 다른 목적을 위해 해당 데이터 생산에 참여하였고, 만약 그 당사자가 데이터 관리자가 수행하는 데이터 활동의 목적을 알았거나 알 수 있었다면 데이터 생산에 참여할 것이 합리적으로 기대되지 않는 경우
(ii) 과도한 행위나 계약으로부터 당사자를 보호하는 것과 같은, 중대한 공익질서를 대변하는

당 데이터의 처리가 그 당사자에게 중대한 경제적 또는 비경제적 손해를 야기하거나 야기할 것이 합리적으로 예상되는 경우라면 데이터 처리의 중지 또는 삭제를 요구할 수 있다(제21원칙 (a)). 또한, 해당 데이터의 처리 목적과 다른 목적을 위하여 그 당사자가 데이터 생산에 참여하였고, 만약 데이터의 처리 목적을 알았거나 알 수 있었다면 데이터 생산에 참여하지 않았을 경우, 또는 데이터 생산에 대한 참여 동의가 거래질서에 관한 중요 원칙에 반하여 부당한 방법으로 이루어진 경우라면, 그 당사자는 데이터 처리의 중지 또는 삭제를 요구할 수 있다(제21원칙 (b)).

셋째, 공동생성 데이터에 대한 정정권은 다음과 같은 경우 발생한다(제22원칙).[69] 즉, 공동생성 데이터에 오류나 불완전성이 있다면 그 당사자는 데이터 관리자에게 오류 또는 불완전성의 수정을 요구할 수 있다. 다만, 데이터의 오류나 불완전으로 발생하는 경제적 또는 비경제적 손해가 경미하지 않아야 하고, 데이터 정정에 들어가는 비용과 발생할 수 있는 손해를 교량하여 비용이 과도하지 않은 경우에만 인정되는 것으로 하였다.

넷째, 공동생성 데이터에 대한 이익배분요구권에 대해서는 다음과 같은 원칙을 정하고 있다(제23원칙).[70] 우선, 별도의 계약적 또는 규범적 근거가

원칙들과 부합하지 않는 방법으로 해당 목적을 위해 데이터 생산에 참여한다는 그 당사자의 동의를 얻은 경우

69) ALI-ELI 제22원칙(공동생성 데이터에 대한 정정권)
제19원칙을 전제로, 일방 당사자가 데이터 관리자에게 공동생성 데이터의 오류를 정정하고, 데이터의 불완전성을 정정해 달라고 요구할 수 있는 권리는 부정확한 데이터의 관리나 처리가 그 당사자나 다른 당사자의 적법한 이익에 대한 경미하지 않은 경제적 또는 비경제적 손해를 야기할 수 있고, 그 정정 비용이 정정하지 않으면 발생할 수 있는 손해와 비교하여 과도하지 않은 경우에 발생한다.

70) ALI-ELI 데이터 원칙 제23원칙(공동생성 데이터의 경제적 이익에 대한 배분요구권)
(1) 일방 당사자는, 해당 권리의 계약적 또는 규범적 근거가 없고 해당 권리가 제19원칙 제3항의 개별 약정의 일부에 속하는 것이 아니라면, 일반적으로 다른 당사자가 공동생성 데이터를 사용하여 만든 경제적 이익에 대한 배분을 요구할 권리가 없다.
(2) 제1항에도 불구하고, 다음과 같은 예외적인 경우 일방 당사자는 공동생성 데이터의 관리자가 그 데이터를 사용하여 만든 경제적 이익에 대한 배분을 요구할 권리가 있다.
(a) 그 당사자가 해당 데이터의 생성에 기여한 정도가 다음과 같은 경우로,
(i) 그 당사자의 기여가 매우 특별해서 경제적 관점에서 다른 당사자의 기여로 대체될 수 없는 경우
(ii) 그 당사자의 기여에 특별한 노력이나 비용이 들어간 경우

없다면 공동생성에 참여한 자는 원칙적으로 다른 당사자가 공동생성 데이터를 통해 얻은 경제적 이익의 배분을 요구할 권리가 없도록 하였다(제23원칙 제1항). 그러나 예외적으로 다음과 같은 경우라면 경제적 이익에 대하여 배분을 요구할 수 있도록 하였다. 구체적으로 당사자 일방이 데이터의 공동생성에 기여한 바가 매우 특별해서, 경제적 관점에서 다른 당사자의 기여로 대체될 수 없는 경우, 또는 일방 당사자의 기여에 특별한 노력이나 비용이 투입된 경우(제23원칙 제2항 (a)), 그 당사자는 경제적 이익의 배분을 요구할 권리가 인정된다. 또한, 데이터 관리자에 의하여 창출된 이익이 지나치게 과도한 경우거나(제23원칙 제2항 (b)), 공동생성 데이터에 참여한 당사자가 그 보상에 대해서 효과적으로 협상할 수 없었던 상황이었다면(제23원칙 제2항(c)), 경제적 이익에 대한 배분요구가 허용될 수 있도록 하였다.

그 외에도 ALI-ELI 데이터 원칙은 공익을 위한 데이터권을 명시하고 있다(제24원칙). 공익을 위하여 데이터 접근권 등을 인정하는 경우, 데이터 생성에 대한 기여도는 고려되지 않으며, 데이터 접근이 필수적이고, 적절하며, 비례적인지가 고려되어야 한다고 보았다. 또한, 공익을 위한 접근권 등을 인정할 때 차별이 없도록 주의해야 하며, 데이터 익명화, 데이터 블러링, 데이터 분리 등과 같은 적절한 제한이 전제되도록 하였다(제25원칙). 그 외에도 공익을 위하여 데이터 수취인의 데이터 처리를 허용하고(제26원칙), 공익을 위한 데이터 접근권 등은 상호호혜의 원칙에 따른다는 원칙도 밝히고 있다(제27원칙).

2. 시사점

지금까지 살펴본 바와 같이 데이터 권리의 귀속에 관해 명확한 규정을 두고 있는 법률은 존재하지 않는다. 산업적 요청에 따라 산업디지털전환법에서 산업데이터에 대한 귀속 원칙을 일부 정하고 있을 뿐이다. 그러나 데

(b) 데이터 관리자에 의하여 만들어진 이익이 예외적으로 과도한 경우
(c) 경제적 이익의 배분을 요구하는 당사자가 해당 데이터의 생성에 기여할 때 그 보상에 대해서 효과적으로 협상할 수 있는 상황에 있지 않았던 경우

이터의 생성 및 그 이익에 관여한 자들의 이해관계를 합리적으로 조율하기에는 턱없이 부족하다. 예컨대, 산업디지털전환법은 공동생성 데이터의 사용·수익권을 원칙적으로 데이터 생성에 관여한 모든 사람에게 부여하고 있으나(산업디지털전환법 제9조 제2항), 구체적인 사용·수익의 비율은 결국 당사자 간의 약정에 전적으로 유보될 수밖에 없고, 공동 생성에 관여하지 않았으나 데이터에 대한 권리를 보유할 이익을 갖는 정보주체의 정당한 이익도 전혀 고려되지 않는다는 점에서 충분한 원칙이라고 보기 어렵다. 결국 "산업데이터 생성・활용의 활성화와 지능정보기술의 산업 적용을 통하여 산업의 디지털 전환을 촉진"(산업디지털전환법 제1조)한다는 입법취지에 맞춘 제한적 성격의 원칙으로 이해될 수밖에 없다.

그 외에, '데이터 거래 가이드라인' 및 표준계약서는 데이터 거래 및 권리 귀속에 관한 계약에 일정한 틀을 현실적으로 제공하고 있고, 이러한 계약의 틀을 데이터 거래의 원칙으로 생각해 볼 수도 있다. 그러나 데이터 시장의 발전과 다변화를 생각하면 '데이터 거래 가이드라인' 및 표준계약서가 전제하는 대표적인 거래유형(데이터 제공형, 데이터 창출형, 오픈마켓형)이 적절하고 효과적인 분류인지 의문이며, 권리의 귀속에 관한 유형 공통의 쟁점과 유형에 한정된 특수한 쟁점을 명확히 구분하지 못하였다는 점에서 새로운 거래유형이 등장할 경우 그 활용 가치가 제한될 수밖에 없다. 즉, '데이터 거래 가이드라인'은 현재의 데이터 거래계약의 상황을 보여주어 데이터 이용과 창출 과정에서 법적 분쟁이 발생하지 않도록 도와줄 뿐, 데이터 거래시장의 진흥과 촉진, 그리고 변화에는 대응하지 못한다. 따라서 데이터 거래의 계약적 측면을 넘어 다양한 관점에서 데이터 거래의 일반원칙을 확립할 필요성이 크다. 이러한 데이터 거래의 일반원칙은 입법은 물론 '데이터 거래 가이드라인'의 보완에도 적극 활용될 수 있을 것이다.

무엇보다 분쟁의 가능성이 높은 공동생성 데이터에 대한 정의와 권리 귀속에 관한 원칙이 필요하다. 우선, ALI-ELI 데이터 원칙은 '공동생성 데이터'를 데이터 관리자 외의 자가 관여된 데이터로 정의하며, 구체적으로 "데이터 관리자 외의 자가 정보주체가 되거나 정보대상의 소유자나 운영자가 됨으로써, 또는 데이터 생성활동을 하거나 데이터 생성장비를 소유하거

나 운영함으로써, 또는 데이터 생성 상품이나 서비스를 제작하거나 개발함으로써, 생성한 데이터"로 정의하고 있다(제3원칙 (h)). 따라서 데이터를 직·간접적으로 공동 생산하는 경우는 물론, 데이터를 생성하는 상품이나 서비스를 제작하거나 개발하는 경우, 그리고 데이터의 정보주체가 되거나 정보대상의 소유자나 운영자가 되는 경우까지도 데이터를 공동생성한 것으로 보고 있다. 즉, 다양한 자가 데이터 생산에 직·간접적으로 참여할 수 있고, 이때 상이한 역할을 담당할 수 있다는 점을 널리 인정하여 '공동생성 데이터'의 인정 범위를 넓히고 있다. '공동생성 데이터'라는 개념이 없는 우리 '데이터 거래 가이드라인'의 경우, 해당 개념을 인정한다면 제공데이터(데이터 제공형 표준계약서) 및 대상데이터(데이터 창출형 표준계약서)는 물론 '파생데이터'까지 데이터 생산에 복수의 자가 관여하였다면 모두 '공동생성 데이터'가 될 수 있다. 물론, ALI-ELI 데이터 원칙 역시 '파생데이터'를 별도로 정의하고 있으나,[71] '공동생성 데이터'는 데이터 생성에 관여한 복수의 당사자를 중심으로 한 개념임에 반하여, '파생데이터'는 다른 데이터를 기반으로 동적으로 생성된 데이터를 의미한다는 점에서 구별되며, 상호 개념상 배타성도 인정되지 않는다.[72] 따라서 '데이터 거래 가이드라인'에서 파생데이터를 규율하고 있다는 점이 '공동생성 데이터'에 관한 규율부재를 정당화하거나 '공동생성 데이터'의 필요성을 부정하지 못한다.

데이터 제공형은 물론 데이터 창출형에서도 '공동생성 데이터'가 발생할 수 있다는 점을 인정하고 '공동생성 데이터'라는 개념의 유용성을 받아들인다면, '공동생성 데이터'에 대한 권리 귀속을 별도로 규정할 필요가 있다. 이때 권리를 일방에게 독점적으로 인정하고 다른 자에게는 이익배분요구권 등 제한적 권리만을 인정하는 방법을 생각해 볼 수 있고, 관여자 모두에게 권리를 공정하게 분여하는 방법도 고려해 볼 수 있다. 살펴본 바와 같이 전자의 방안이 데이터 소유권에 관한 논의라면, 산업디지털전환법과 ALI-ELI

71) ALI-ELI 데이터 원칙은 '파생 데이터(derived data)'를 "다른 데이터를 처리하면서 생성된 데이터를 의미하며, 집적된 데이터 및 다른 데이터로부터 외부의 판단 원칙에 따라서 추론된 데이터"로 정의하고 있다(제2원칙 (i)).

72) Cohen/Wendehorst, ALI-ELI Principles for a Data Economy, 2021, p. 34.

데이터 원칙은 후자의 방안을 택하고 있다. '데이터 거래 가이드라인'은 제공된 데이터를 통해 파생데이터가 만들어졌을 때 데이터 수취인에게 이용권한을 인정하고 있어(데이터 제공형 표준계약서 제5조 제1항) 전자와 유사한 것처럼 보이나, '공동생성 데이터'라는 개념을 알지 못하므로 그 입장을 일률적으로 평가하기 어렵다. 보통 데이터의 생산자에게 권리나 이익이 귀속되어야 한다고 이해하는 것이 일반적이다.[73] 그러나 '공동생성 데이터'에 대한 기여도를 고려하지 않고 데이터를 주도적으로 '생성'하였다는 이유만으로 주된 데이터 생성자에게 그 권리를 독점적으로 인정하는 것은 데이터 생성에 대한 다양한 기여방법(작성, 투자, 기획 등)을 고려할 때 타당하지 않아 보이며, '생성'의 주도성 판단의 어려움을 고려하면 유용한 기준인지도 의문이다. 또한 공동생성 데이터에 대한 기여도는 데이터의 가치에 대한 기여를 고려하지 않을 수 없고, 데이터의 가치는 데이터의 활용가능성에 영향을 받는데 데이터의 활용가능성은 시대에 따라 변화하므로, 공동생성 데이터에 대한 주된 기여자, 즉 주된 생산자 역시 시대에 따라 변할 수밖에 없다. 결과적으로 주된 생산자를 정하고, 그에게 독점적 권리를 수여하는 방법은 한 시점의 이해관계를 고려한 정적 자산의 권리 귀속 판단에는 타당한 방식일 수 있으나, 데이터와 같이 폭발적으로 그 가치가 변화하는 동적 자산의 권리 귀속을 판단하는 방식으로는 타당한 방식이 되기 어렵다.

'공동생성 데이터'에 대한 권리의 구체적인 귀속은 ALI-ELI 데이터 원칙을 참고할 필요가 있다. 특히, 공동생성 데이터의 권리 귀속을 정하기 위해 일반적으로 고려해야 할 요소들을 구체적으로 열거하고 공정성을 고려한 종합적 평가를 통해 이를 정하는 원칙을 선언하고(제19원칙), 구체적 권리 유형에 따라 별도의 세부 규정(제20원칙 이하)을 두는 ALI-ELI 데이터 원칙의 규율방식은 참고할 필요가 있다. 우선, 데이터의 권리 귀속을 정하는 일반적 요소들을 열거하고 종합적으로 평가하는 규율방식은 빈번하게 발생하는 사례군에 대한 원칙적 평가를 전제로, 중요한 판단기준을 조문에 열거하는 방식으로 보통 '유동적 체계(bewegliches System)'라고 부르며, 입법

73) 이상용, "데이터세트에 대한 배타적 보호", 「인권과정의」 제503호, 2022, 124면.

자에 의하여 평가방향과 기준이 정해진 재량적 판단체계이므로 단순히 '공정'한지를 살피는 직관적 판단체계는 아니다.[74] 이러한 규율방식은 비전형적 사례에 대한 대응에 유리하고, 다양한 사례군이 축적됨에 따라 규율체계가 계속해서 발전할 수 있도록 가능성을 열어둔다는 점에서 장점이 있다. 유동적 체계는 판단기준의 다양성과 단계성을 중요한 특성으로 하는데, 이러한 특성은 '공동생성 데이터'의 기여도 판단에서도 나타나므로 ALI-ELI 데이터 원칙의 이러한 규율방식은 적절한 것으로 보인다. 그 외에도, 접근권, 포팅에 관한 권리, 정지 및 삭제권, 정정권, 이익배분요구권 등 중요한 권리가 발생하는 경우를 열거하면서, 개인정보의 보호나 건전한 거래질서와 같은 공익을 함께 고려하도록 한 ALI-ELI 데이터 원칙의 규율방식은 데이터 거래의 계약적 측면 이면에 놓은 다양한 관점을 함께 반영하였다는 점에서 긍정적이다. 물론, 다른 법령을 통해 강제되는 의무를 별도로 언급할 필요가 없다고 볼 수도 있으나, 데이터 거래의 일반원칙을 밝혀 혼란을 예방하고 예측가능성을 높인다는 측면에서 필요해 보인다.

V. 결 론

데이터는 무형이며 물리적 속성도 없어 유형적 물건을 개념 요소로 하는 소유권과 조화되기도 어렵다. 따라서 데이터에 관한 권리를 소유권과 같은 배타적인 권리로 이론구성하기 어렵고, 소유권에 기초한 기존 민사법의 일반원칙을 아무런 변경 없이 데이터에 적용하기도 어렵다. 따라서 부정경쟁방지법제를 통해 데이터를 간접적으로 보호하는 방안이 널리 사용되고 있는 것으로 보인다. 그러나 다른 한편으로 데이터의 합리적 유통과 공정한 거래질서를 확립하기 위하여 표준계약서의 마련과 활용을 장려하고 있기도 하다(데이터기본법 제21조).

표준계약서의 적극적 활용은 데이터 시장에서 공정한 거래질서, 그리고

74) 유동적 체계에 대하여 자세한 것은 황원재, "최근 소비자법 판결을 통해 본 원칙교량적 법률해석", 「민사법학」 제96호, 2021, 259면 이하.

공정한 권리 귀속 원칙의 형성을 촉진하게 될 것이다. 따라서 표준계약서의 내용을 작성할 때에는 단순히 합의에 기초한 권리 귀속을 규정하기보다 데이터의 특성을 고려한 실질적 일반원칙이 반영되도록 노력할 필요가 있다. 그러나 데이터의 거래와 권리 귀속은 아직 모든 법적 쟁점이 노정(露呈)되어 있지 않다. 따라서 실질적 일반원칙을 찾는 것은 매우 어렵다. 예컨대, 현재 데이터 거래는 주로 '데이터 제공형 계약'의 모습을 띠고 있으나 새로운 유형의 계약이 등장할 가능성이 크고, 이러한 변화에 대처하기 위해서는 데이터 권리의 귀속에 관한 일반원칙이 정립될 필요가 있으나 현재 이에 관한 논의는 미약한 상태이다. 대부분의 논의는 주로 데이터 소유권에 관한 것으로 제한되어 있다. '데이터 창출형 계약'의 경우에도 창출된 데이터 또는 파생데이터의 권리 귀속에 관한 약정 또는 합의 외에 권리 귀속 일반에 대한 원칙이 발견되지 않는다. 이러한 점에서 ALI-ELI 데이터 원칙은 우리나라의 입법 및 표준계약서 작성에 충분한 시사점을 제공한다. 물론, 데이터 거래와 권리 귀속의 일반원칙은 아직 추상성을 띠지 않을 수 없고, 더 많은 연구와 시간이 필요해 보인다. 그러나 ALI-ELI 데이터 원칙은 입법 및 표준계약서 작성에 필요한 중요한 첫걸음을 제안하고 있다.

데이터 권리의 귀속에 관한 일반원칙 정립의 필요성 - 황 원 재	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.08.18.	2022.08.30.	2022.10.07.

[참고문헌]

고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019
권영준, “데이터 귀속·보호·거래에 관한 법리 체계와 방향”, 「비교사법」 제28권 제1호, 2021
김명희, “보건의료 데이터, ‘활용’과 ‘유출’ 사이”, 시사 IN, 2021.6.30. https://www.sisain.co.kr/news/articleView.html?idxno=44893 (2021년 7월 31일 최종방문)
김영국, “개인의료정보와 빅데이터 활용의 법적 쟁점”, 「법제」 제691호, 2020
김화, “보건의료산업 관련 데이터 이용의 쟁점”, 「민사법학」 제92호, 2020
박경렬, “개발협력 관점에서 본 ‘데이터 혁명’: 비판적 소고”, 「국제개발협력연구」 제12권 제2호, 2020
박상철, “데이터 소유권 개념을 통한 정보보호 법제의 재구성”, 고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019
박주석, “박데이터, 오픈데이터, 마이데이터의 비교 연구”, 「한국빅데이터학회지」 제3권 제1호, 2018
백대열, “데이터 물권법 시론”, 「민사법학」 제90호, 2020
이동진, “데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 비판”, 고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019
이동진, “데이터 소유권(Data Ownership), 개념과 그 실익”, 「정보법학」 제22권 제3호, 2018
이동진, “데이터거래의 법적 쟁점 및 데이터거래 가이드라인”, 서울대학교 인공지능정책이니셔티브 이슈페이퍼, 2019-2
이병준·황원재, “프로파일링의 문제와 이용자 보호 –개인정보 보호법과 약관규제법을 중심으로–”, 한국유통법학회 동계학술대회 발제문, 2021
이상용, “데이터세트에 대한 배타적 보호”, 「인권과정의」 제503호, 2022
이한주, “개인의료정보보호법 제정의 필요성과 입법방향”, 「한국의료법학회지」 제22권 제1호, 2014
이한주, “개인정보보호법상 의료정보 적용의 문제점과 해결방안”, 「헌법연구」 제3권 제2호, 2016
정신동, “데이터 경제에 있어 계약관계의 규율: – ALI-ELI 데이터 경제 원칙상의 데이터 공급 계약과 데이터 마켓플레이스 계약을 중심으로–”, 「고려법학」 제105호, 2022
정진명, “데이터 이용과 사법적 권리구제”, 「민사법학」 제92호, 2020
최경진, “데이터와 사법상의 권리, 그리고 데이터 소유권(Data Ownership)”, 고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019
홍대식, “데이터 소유권(Ownership)을 둘러싼 법적 쟁점과 경쟁법 원칙의 적용”, 고학수·임용(편), 데이터오너십, 박영사, 2019
황원재, “최근 소비자법 판결을 통해 본 원칙교량적 법률해석”, 「민사법학」 제96호, 2021

Cohen/Wendehorst, ALI-ELI Principles for a Data Economy, 2021
Determann, No One Owns Data, 70 Hastings L. J., 2018
Hardin, The Tragedy of the Commons, Vol. 162 Issue 3859, Science, 1968

【국문초록】

무상으로만 여겨지던 데이터는 이제 모든 산업의 필수요소가 되었으며, 세계 각국은 디지털 경제에 대비하여 다양한 준비를 시작하고 있다. 우리나라 역시 「개인정보 보호법」, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」을 개정하고, 「데이터 산업진흥 및 이용촉진에 관한 기본법」을 제정하는 등 이러한 변화에 대비하고 있다. 그러나 디지털 경제의 필수자산인 데이터를 거래할 때 어떠한 법원칙에 기초하여 거래가 이루어져야 할 것인지 분명한 기준이 확립된 것도, 제시되고 있는 것도 아니다. 특히, 데이터에 소유권과 같은 배타적 권리를 부여하는 것을 전제로 거래질서를 확립할 것인지, 아니면 단순한 채권적 이용권을 전제로 거래질서를 확립할 것인지, 채권적 이용권에 근거하여 기대되는 상대방의 이익은 어느 범위까지 법적으로 보호될 수 있는지 등의 질문에는 쉽게 답하기 어렵다. 더 나아가 데이터란 무엇이며, 데이터를 전제하지 않은 기존의 다른 법률이 데이터의 거래질서에 충분한 보호를 제공할 수 있는지도 분명하지 않다. 데이터에 관한 원칙의 부재는 규정의 미비와 해석의 혼란을 초래하고, 규정의 흠결과 해석 혼란은 거래비용을 증가시켜 해당 시장의 발전을 저해한다. 데이터에 관한 일반 원칙의 정립이 필요한 이유도 여기에 있다. 이 글은 데이터에 대한 짧은 소개 및 정의를 시작으로, 데이터의 가치와 데이터 거래를 살펴본 후, 데이터에 대한 권리를 보호하는 방안 및 데이터 권리에 적용될 수 있는 일반원칙을 살펴본다. 이를 통해 데이터 거래에 관한 계약 또는 가이드 라인을 만들 때 무엇을 주의해야 할 것인지를 검토해 본다.

【Abstract】

The Need to Establish General Principles for Attribution of Data Rights

- Focusing on Content and Direction of ALI-ELI Data Principles -

Hwang, Won Jae
(Keimyung University, Prof. Dr. iur)

Data, once considered free, have now become an essential part of every industry. Countries around the world are starting various preparations for the digital economy. To prepare for the changes in the market, Korea has also amended the 'Personal Information Protection Act', 'Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Information Protection', 'Credit Information Use and Protection Act' and enacted the 'Basic Act on Data Industry Promotion and Utilization Promotion'. However, there is no clear standard on what legal principles should be used when transacting data, which are essential assets of the digital economy. In other words, a question arises as to whether the transaction order will be established on the premise of granting exclusive rights such as ownership to data, or whether the transaction order will be established on the premise of a simple obligatory license. In addition, the question arises as to the extent to which the expected interests of the other party can be legally protected based on the obligatory license. Furthermore, it is not clear what data are, and whether other existing laws that do not presuppose data can

provide sufficient protection for the transaction order of data. Absence of principles regarding data leads to incomplete regulations and confusion in interpretation, and flaws in regulations and confusion in interpretation cause obstacles to transactions. This is why it is necessary to establish general principles regarding data. This article starts with a brief introduction and definition of data, then looks at the value of data and data transactions. After that, this article looks at ways to protect rights to data and general principles that can be applied to data rights. With these considerations, this article reviews what to look out for when creating contracts or guidelines for data transactions.

주제어(Keyword) : 데이터 소유권(Data Ownership), 데이터권(Data Rights), 이익배분요구권(Economic Share in Profits), 데이터 거래 가이드라인(Data Transaction Guidelines), ALI-ELI 데이터 원칙(ALI-ELI Principles for a Data Economy)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.315

엔터테인먼트 산업에서의 대체불가토큰(NFT) 활용과 법적 고려사항

임 병 화* · 고 영 미**

▶목 차◀

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 대체불가토큰(NFT)의 이해
1. NFT의 개념
2. 엔터테인먼트 관련 NFT 시장동향
Ⅲ. NFT와 엔터테인먼트 산업
1. 음악 NFT
2. 영화 및 방송 NFT
3. 게임 및 메타버스 NFT
4. 수집품 NFT와 엔터테인먼트 산업
5. 국내 엔터테인먼트 산업 내 NFT 활용사례
Ⅳ. 법적 고려사항
1. 서설
2. NFT의 국제적 규제동향
3. NFT의 법적 쟁점
Ⅴ. 결 론

Ⅰ. 서 론

대체불가토큰(Non Fungible Token, NFT)은 블록체인 네트워크 위에서 발행되는 디지털 토큰으로 비트코인과 이더리움 등의 가상자산과 달리 다른 토큰과 교환이 불가능한 토큰이다. 블록체인 위에서 거래되고 거래 내역이 블록체인 분산 원장에 영구적으로 기록되어 투명하고 안전한 디지털 소유증명이 가능하다. 이러한 특징은 인터넷상에서 희소성과 고유성의 가치

* 성균관대학교 경영대학 핀테크융합전공 부교수.
** 숭실대학교 국제법무학과 부교수, J.S.D,교신저자.

를 부여할 수 있게 해준다. 디지털전환(digital transformation)에 따른 혁신 서비스의 개발 및 유통에 사용될 수 있는 주요 기술로 인정받고 있다.

엔터테인먼트 산업은 NFT 활용이 기대되는 산업 분야 중 하나이다. 디지털아트를 비롯하여, 음악, 영화, 드라마, TV쇼, 게임, 스포츠, 그리고 메타버스(Metaverse)까지 다양하고 풍부한 디지털 자산이 존재한다. 특정 가수나 배우, 캐릭터, 세계관, 아이템, 운동선수 등 기업들이 보유한 지식재산권(Intellectual Property, IP)을 이용하여 NFT를 발행하고자 하는 기업들이 증가하고 있다. 유명 아티스트 또는 운동선수의 짧은 동영상이나 사진, 미디어아트 작품 등을 NFT로 발행하는 것이다.

그러나 엔터테인먼트 산업 내 NFT는 수집품 형태의 NFT 발행 외에도 다양한 방법으로 활용할 수 있다. NFT 발행을 통해 영화 제작 자금을 모집한다던가, 유명 가수의 콘서트 입장권을 포함한 NFT를 발행할 수도 있고, NFT로 음원이나 영화를 판매할 수 있다. 또한, 게임 캐릭터 또는 아이템을 NFT로 발행하고 이를 2차 시장에서 거래하여 새로운 게임 생태계를 구축할 수 있고 메타버스 안에서 개인이나 고유의 아이템을 표현하기 위한 방식으로 NFT를 활용할 수 있다. 이는 NFT가 메타버스 경제에서의 재산권을 보장하는 수단으로 활용될 수 있음을 의미한다. 이렇듯 NFT는 엔터테인먼트 산업에서 상당한 활용 가능성을 갖고 있다.

본 연구는 엔터테인먼트 관련 NFT 시장구조 및 NFT 활용사례를 분석하고, 엔터테인먼트 NFT 관련 법적 고려사항을 살펴본다. 엔터테인먼트 산업 내 NFT 관심이 증대되고 있고 분야별 특성에 따라 NFT 활용 방법이나 범위가 다르다. 그럼에도 불구하고 여전히 엔터테인먼트 산업 내에 NFT 발행 사례와 법적 고려사항을 분석한 연구는 미비하다. 한정훈(2022)은 언론과 영화 분야에서의 NFT 활용사례를 소개하면서 엔터테인먼트 분야의 NFT 트렌드를 분석하였고, Hu(2021)와 Behal(2022)은 NFT를 활용한 음악 시장에서의 새로운 참여 방법을 분석하였다. 그리고 김민정·박재우(2021)는 에니메이션 분야에 NFT 활용방안을 제시하였다. 그러나 음악, 영화, 게임 등 엔터테인먼트 산업 분야별 NFT 활용방안을 비교·분석한 연구는 아직 없다.

엔터테인먼트 산업 분야별 NFT 활용사례와 트렌드 분석은 중요한 의

미를 갖지만, NFT를 활용한 혁신적인 산업 방식의 변화를 이해하는 데 한계가 있다. 대표적으로 '지루한 원숭이의 요트클럽(Bored Ape Yacht Club, BAYC)'을 들 수 있다. BAYC는 2021년부터 2022년 8월까지 가장 인기 있는 NFT 프로젝트로 BAYC NFT를 발행하면 무작위로 원숭이 모양의 사진이 생성된다. 발행되는 NFT 수를 총 10,000장으로 제한하여 NFT를 보유한 사람들에게만 특정 서비스나 행사 참여 기회를 제공해준다. 여기에 BAYC를 개발한 유가랩스(Yuga Labs)가 BAYC NFT를 보유한 개인에게 해당 원숭이와 관련한 저작권 및 상업권을 모두 제공해주기로 하였다. 유명 아티스트나 프로듀서들이 참여하면서 개인이 소유한 BAYC를 음악, 영화, 소설 등에 주인공으로 등장시키는 다양한 프로젝트가 등장하였는데 이는 메타버스와 엔터테인먼트의 결합과 함께 미디어 그룹이 아닌 개인이 주도하는 엔터테인먼트 시장이 시작되었음을 의미한다. 즉, BAYC는 웹3.0 시대의 엔터테인먼트 산업을 선도하고자 하고 있다. Lee (2021)는 BAYC NFT에 대해 분산된 개인 간 협업 모델 관점에서 장점 및 단점을 설명하였다.

BAYC 모델에서 중요한 측면은 엔터테인먼트 분야 간 경계가 없다는 것이다. BAYC NFT의 저작권과 상업권을 모두 개인이 소유하기 때문에 음악, 영화, 메타버스, 그리고 게임 분야를 자유롭게 넘나들 수 있고, 자신만의 NFT 프로젝트를 만들 수도 있다. 본 연구에서는 이러한 BAYC 모델을 포함하여, 음악, 영화 및 방송, 게임, 메타버스 등 각 엔터테인먼트 산업 분야별 NFT 활용사례를 분석함으로써 엔터테인먼트 NFT에 대한 폭넓은 이해가 가능하도록 하였다. 또한, 국내 기업들의 엔터테인먼트 NFT 시장 참여 사례를 소개하고, 관련 법적 고려사항을 제시하였다.

기존의 규제 및 법적 환경은 NFT를 포함한 디지털 자산을 고려하여 설계된 것이 아니다. 그럼에도 불구하고 투자자, 금융 서비스 및 핀테크 기업, 기타 상업적 이해관계자들은 그러한 환경 속에서 다양한 디지털 산업을 수행 가능성을 탐색하며, 그 과정에서 결국에는 몇 가지 핵심적인 법·규제 문제를 극복하고 해결할 필요가 있다. 즉, 여러 혁신사업의 경우 일정 규모와 시점까지는 NFT에 대한 규제망을 피하여 사업을 영위할 수 있을지라도, 결국은 타협이 필요할 수 있는 상업적 및 법적 문제들을 마주하는 것을 볼

수 있다. 특히 NFT 기반 엔터테인먼트 산업의 이해관계자들이 직면할 수 있는 핵심적인 법적 문제 중에서, 각국의 규제현황, 금융법, 그리고 지식재산권법 등과 관련한 주요 쟁점들을 살펴본다.

본 연구는 다음과 같이 구성되어 있다. 제 2장에서는 NFT에 대한 개념 설명과 시장구조를 분석한다. 제 3장에서는 음악, 영화 등 엔터테인먼트 산업에서의 NFT 활용사례와 국내 기업들의 NFT 시장 진출 현황을 살펴본다. 제 4장에서는 NFT의 가산자산성, 증권성, 지적재작권 이슈 등 NFT와 관련한 주요 법적 쟁점을 살펴보고, 제 5장에서 결론으로 마무리한다.

Ⅱ. 대체불가토큰(NFT)의 이해

1. NFT의 개념

NFT는 이더리움과 폴리곤과 같은 퍼블릭(public) 블록체인 네트워크에서 발행된 대체 불가능한 디지털 토큰이다. 퍼블릭 블록체인의 분산된 원장과 암호화 기술로 인해 소유권 등의 거래 정보를 누구나 확인할 수 있고, 거래 및 소유에 대한 위·변조가 불가능하다. 따라서 디지털아트(digital art), 디지털 수집품(digital collectibles) 등 디지털 자산에 대한 소유권을 부여할 수 있다.

NFT는 퍼블릭 블록체인 기반의 메인넷 토큰, 디앱(dApp) 토큰들과는 다른 특징을 지니고 있다. 비트코인(BTC), 이더리움(ETH), 솔라나(SOL) 등의 메인넷 토큰들은 하나의 블록체인 네트워크 위에서 모두 같은 가치를 갖는 여러 개의 토큰이 발행된다. 예를 들어, 1 BTC는 소유자가 누구든지, 어떠한 서비스에 활용되든지 상관없이 모두 동일 가치를 지닌다. 반면, NFT는 메인넷 토큰들과 달리 1개 또는 소수만 발행되며, 발행된 토큰 가치는 같은 프로젝트 또는 프로토콜에서 발행되었다고 할지라도 NFT마다 구별되는 콘텐츠를 포함하고 있다. 다시 말해, 비트코인이나 이더리움과 같이 블록체인 네트워크에서 거래되는 방식은 같지만 각각의 NFT의 가치가 서로 다르다. 그리고 메인넷 토큰과 달리 1개 이하로 분할되지 않고 1 NFT

단위로 거래된다. 블록체인 네트워크에서의 거래는 1 NFT에 대한 온전한 소유권을 이전시키는 거래라고 볼 수 있다.

NFT는 이더리움 블록체인 위에서 주로 발행되었다. 이더리움은 스마트 계약이 가능한 최초의 블록체인으로 탈중앙화 응용프로그램인 디앱(dApp) 토큰의 기본이 되는 블록체인이다. 탈중앙화 게임을 비롯하여 토큰 교환, 겜블링(gambling), 그리고 스테이블코인을 비롯한 탈중앙화 금융인 디파이(DeFi)까지 그 응용범위가 다양하다. 이들 디앱 토큰들은 대부분 이더리움 스마트계약의 표준인 ERC-20 기반 토큰으로, 서로 교환이 가능하다는 특징이 있다. 예를 들어, 탈중앙화 예측 플랫폼인 어거(Augur)의 가상자산인 REP는 가상자산 담보형 스테이블코인인 다이(DAI)와 직접 교환이 가능하다. ERC-20 토큰은 대체 가능하고, 1개 이하로도 분할 가능하여 거래수단으로 활용될 수도 있다.

한편, NFT는 교환이 가능한 ERC-20 토큰 표준이 아닌, 교환 불가능한 ERC-721 토큰 표준을 따른다. 최초의 블록체인 기반의 탈중앙화 게임인 크립토키티(CryptoKitties)와 외계인 모습의 디지털 사진을 발행하는 크립토펑크(CryptoPunks) 모두 ERC-721 표준으로 발행된 토큰들이다. 이들은 하나의 토큰이 발행될 때 새로운 캐릭터가 생성되며, 새로운 캐릭터는 기존에 생성되었거나 앞으로 생성되는 캐릭터의 모습과 다른 유일한 형태이다. 따라서, 생성된 캐릭터 모습에 따라 그 가치가 다르고, 무엇보다 다른 디지털 토큰들과 직접적인 교환이 불가능해 스마트 계약을 활용한 응용프로그램에 사용하기 어렵다. NFT 거래는 이더리움 등의 블록체인 네트워크에서 직접 거래하거나 디지털 지갑을 이용한 거래만 가능하며, 모든 거래 정보는 블록체인 분산 원장에 기록되어 위·변조가 불가능한 상태로 영원히 남게 된다.

모든 NFT가 교환 불가능한 것은 아니다. 대체가능 ERC-20 표준과 대체불가능 ERC-721 표준이 혼합된 멀티 토큰 표준(Multi Token Standard)인 ERC-1155 표준을 따르는 NFT도 존재한다. ERC-721 토큰들은 서로 교환할 수 없지만, ERC-1155 토큰은 ERC-721 토큰과 교환할 수 있다. 예를 들어 게임 아이템은 ERC-721 표준의 NFT로 발행하고 이들을 묶어 한 번에 교환하는 경우 ERC-1155 표준을 이용할 수 있다. 이 경우 수수료를 절

감하고 효율성을 크게 증대시킬 수 있게 된다. 대표적인 메타버스 디앱인 더 샌드박스(The Sandbox)는 ERC-721 토큰과 ERC-1155 토큰 발행을 활용하여 디지털 자산에 대한 생성 및 교환을 허용하고 있다. NFT는 이더리움 블록체인 외에도 폴리곤(Polygon), 트론(Tron), 클레이튼(Klaytn), 솔라나(Solana) 등 스마트 계약이 가능한 블록체인에서도 발행되고 있으며 각 블록체인 위에서 거래할 수 있다. 기술적인 부분에 대한 자세한 이해를 위해서는 이진영·조규선(2021), KISA(2021), 그리고 Wang et al. (2021)을 참고하길 바란다.

NFT는 메인넷마다 조금씩 다른 특징을 갖고 있다. 트론 기반의 NFT 토큰 표준은 이더리움의 ERC-721과 유사하고, 폴리곤 기반의 NFT는 하나의 디지털 자산에 대해 1개 이상의 NFT를 발행할 수 있는 특징이 있다. 또한, 솔라나 기반의 NFT는 이더리움에 비해 발행 및 거래 수수료가 저렴하고 거래 속도고 빠르다는 장점을 갖고 있다. 다음 표는 이더리움 표준에 따른 발행 토큰의 특징을 정리한 것이다.

〔표 1〕 이더리움 토큰 표준 비교

	ERC-20	ERC-721	ERC-1155
교환 가능성	O	X	O
토큰 발행 개수	제한 없음	1개	소수
특징	모든 토큰의 가치는 동일	모든 토큰의 가치가 다름	종류에 따라 그룹화가 가능하고 같은 그룹끼리 교환 가능함
활용사례	Stablecoins, DeFi dapps, DEXs	CryptoKitties, BAYC, CrypytoPunks	The Sandbox

NFT는 다양한 분야에 활용되고 있다. 대표적인 NFT로는 먼저 디지털 아트(Digital art), 짧은 동영상, 사진, 웹툰 등 디지털 자산에 대한 소유권을 명시하여 발행한 NFT를 들 수 있다. 오픈씨(OpenSea)와 같은 다양한 NFT 마켓플레이스(Marketplace)에서 개인 소유의 디지털 자산을 NFT로 발행

및 유통할 수 있으며, 타인이 발행한 NFT도 구매할 수 있다. 디지털 자산과 수집품에 대한 소유권 부여 기능이 NFT 발행의 주요 목적이다.

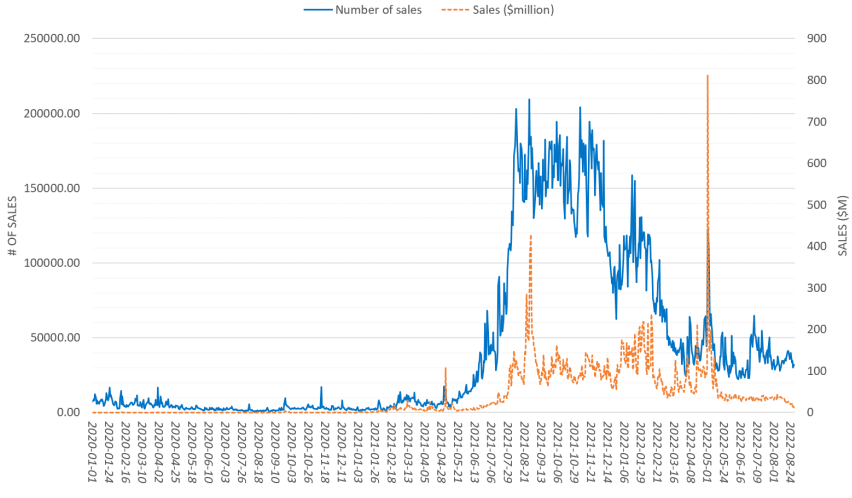
인터넷 사용자들이 공감하거나 인정하는 디지털 자산에 대한 소유권 부여는 새로운 부가가치를 만들고 있다. 수집품의 기능을 넘어 인터넷 공간에서 자신을 대표하거나 경제적 가치를 부여하는 등 NFT를 활용한 다양한 프로젝트들이 등장하고 있다. 앞서 언급한 탈중앙화 게임인 크립토키티, 프로파일 사진(profile picture, PFP)을 생성하는 크립토펑크를 비롯하여 지루한 원숭이의 요트 클럽(Bored Ape Yaucht Club, BAYC), 그리고 8개의 아이템이 적혀 있는 루트(Loot) 등이 대표적인 부가가치를 창출하고 있는 NFT 프로젝트들이다. 이들 프로젝트는 2022년 7월 현재, 거래가 가장 활발한 NFT이기도 하다.

NFT는 메타버스 경제에서도 활용된다. 인터넷 공간의 가상 세계를 뜻하는 메타버스 경제에서 NFT는 디지털 자산에 대한 재산권을 부여할 수 있고, 블록체인에 저장되어 인터넷 사용자 모두에게 그 소유권을 인정받을 수 있다. 이 밖에도 개인의 신분증이나, 스키나 골프 회원권, 지적재산권(IP), 집 또는 토지 등을 NFT로 발행하여 거래할 수 있도록 하는 실물 경제와 직접적으로 연결된 서비스가 등장하고 있다.

2. 엔터테인먼트 관련 NFT 시장동향

NFT 시장은 2021년을 기점으로 급속하게 확대되고 있다. [그림 1]은 2020년 1월부터 2022년 8월까지의 NFT 시장의 거래 규모와 거래량 추이를 나타낸 것이다. 비트코인과 이더리움 등의 가상자산 시장이 급성장하기 시작한 2021년 1월보다는 늦은 5월부터 NFT 시장 규모가 상승하였다.

〔그림 1〕 NFT 시장 추이



출처: NonFungible.com, 저자 재구성

초기 NFT 시장은 디지털 자산의 수집품과 게임 캐릭터를 NFT로 발행하면서 시장이 형성되었다고 볼 수 있다. 최초의 NFT 발행 게임인 크립토키티가 초기 NFT 시장을 알렸다면, 2021년 3월 경매를 통해 판매된 비플(beeple)의 디지털아트 작품인 '매일: 첫 5,000일(Everdays: The First 5000 Days)'은 2022년 8월 현재까지 단일 NFT로는 가장 비싸게 판매된 NFT로, 대중들이 NFT 시장에 관심이 증대되는 결정적 계기가 되었다. 이후 유명 연예인 또는 정치인들의 짧은 동영상이나 사진, 대표적인 SNS인 트위터 창업자 잭 도시(Jack Dorsey)의 '첫 트윗(The First Tweet)' 등 다양한 디지털 자산이 NFT로 발행되고 높은 가격에 거래가 이루어지며 NFT 시장이 크게 성장하게 되었다.

NFT 시장은 엔터테인먼트 분야가 주도한다고 볼 수 있다. 논펀저블닷컴[1]에 따르면 NFT 시장은 아트, 수집품, 게이밍, 메타버스, 그리고 유틸리티 등 모두 5개 분야로 나눌 수 있는데, 2021년 기준 거래 규모가 가장 높은 분야는 수집품 분야로 전체 시장의 약 48%에 해당한다. 대표적인 NFT 프로젝트인 크립토펑크와 BAYC가 수집품 분야에 포함된다. 두 번째로 규모

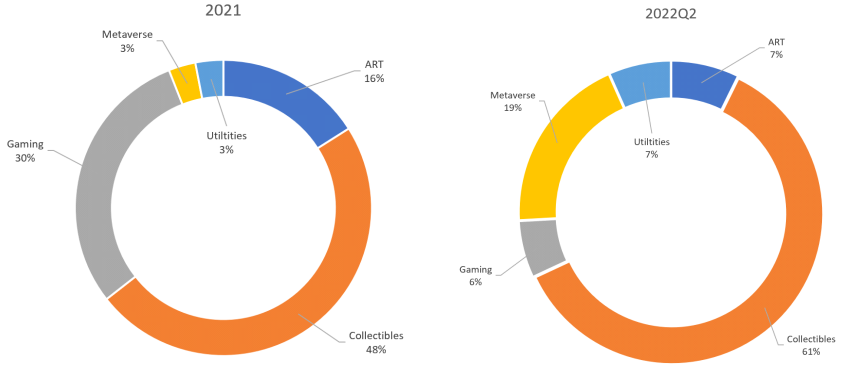
1) https://nonfungible.com

가 큰 분야는 게이밍 분야로 약 30%의 비중을 차지하였으며, 디지털아트 분야는 약 16% 비중으로 세 번째 규모에 해당하였다. 2021년에만 크립토펑크가 24억달러, BAYC가 10억 달러, 그리고 대표적인 게임분야 프로젝트인 엑시인피니티(Axie Infinity)가 38억 달러 가량의 NFT를 판매하였다.

그러나 2022년 이후 NFT 시장에 큰 변화가 생겼다. 2021년부터 급성장한 NFT 시장은 대중의 인기를 바탕으로 제대로 된 가치평가를 받기 어려운 점이 있었다. 초기 값비싸게 판매된 유명 연예인 또는 정치인들의 영상이나 사진을 바탕으로 발행된 NFT의 가치는 크게 하락하였다. 예를 들어 트위터의 첫 트윗은 최초 290만달러에 낙찰되었지만 불과 1년 만에 280달러까지 하락하였다. 반면, BAYC와 같은 새로운 NFT 프로젝트들이 등장하면서 NFT에 대한 가치평가의 기준이 바뀌게 되었다.

2022년 2분기 기준 NFT 시장 규모는 수집품 분야의 비중이 60%에 해당하며 메타버스가 20%, 그리고 아트와 유틸리티 분야가 7%에 해당한다. 전년도까지 두 번째로 시장 규모가 높았던 게이밍 분야는 제일 낮은 6%에 불과하였다. [그림 2]는 2021년과 2022년 2분기의 NFT 시장 규모를 비교한 그림이다.

〔그림 2〕 분야별 NFT 시장 규모



- Total volume (USD) 기준

출처: NonFungible.com, 저자 재구성

수집품 분야의 비중 확대는 엔터테인먼트 관련 NFT 시장 확대와 관련이 있다. 수집품 분야의 대표 프로젝트로 NBA Top Shot, 크립토펑크, 그리

고 BAYC 등이 있다. 이 중 크립토펑크와 BAYC는 하나의 NFT에 서로 다른 모습의 외계인 또는 원숭이 그림이 저장된 것으로 단순히 캐릭터에 대한 수집품으로 이해될 수 있다. 그러나 이 프로젝트를 진행하고 있는 유가랩스(Yuga Labs)는 NFT를 소유한 개인에게 NFT에 저장된 캐릭터에 대한 소유권뿐만 아니라 캐릭터를 활용한 저작권 및 사업권 등을 모두 부여하고 있다. 즉, 본인이 소유한 BAYC NFT를 이용한 사업은 NFT를 발행한 유가랩스의 허락 없이 상업적으로 얼마든지 활용할 수 있다. 아디다스(Adidas)와 같은 대형 스포츠 브랜드는 BAYC NFT를 구매하여 홍보를 시작으로 상업적으로 활용하고 있다. 또한, 엔터테인먼트 산업의 개인 또는 법인들이 인터넷상의 유일하고 검증된 NFT 캐릭터를 이용한 새로운 유형의 콘텐츠 제작에 활용하고자 하고 있다. 따라서 수집품 분야의 NFT 비중 확대가 엔터테인먼트 분야의 NFT 시장 확대와 직접적으로 연결된다고 볼 수 있다. 실제로 2022년도 2분기 가장 수익성이 높았던 상위 5개의 NFT 중 유가랩스와 관련된 NFT가 4개나 포함되어 있다.[2)]

수집품 분야 이외에도 메타버스 분야의 비중 확대도 엔터테인먼트 산업과 관련이 높다. 메타버스 게임 내 NFT 활용이 증대되고 있는데 유가랩스가 만든 메타버스 게임 프로젝트인 아더사이드(OtherSide) 내의 가상토지 NFT가 대표적이다. 사업권이 부여된 BAYC NFT와 결합하여 메타버스 환경에서 디지털 콘텐츠를 제작할 수 있다. 이 경우, 콘텐츠와 관련된 저작권과 사업권 모두 NFT 보유자가 독점하게 된다. 유가랩스가 탈중앙화된 엔터테인먼트 산업의 방향성을 제식하고 있으며 NFT 시장은 이러한 유가랩스 프로젝트에 크게 의존한 시장을 형성하고 있다. 실제 2022년 2분기 기준 유가랩스가 진행하는 프로젝트가 전체 NFT 시장의 30% 이상을 차지하고 있다.[3)]

---

2) 구체적으로 크립토펑크의 'Punk #7756'은 무려 340배 이상의 수익을 기록했으며, 메타버스 프로젝트인 아더사이드(Otherside)의 'OtherSide #59906'은 270배 이상의 수익을 기록했다. 이 밖에도 BAYC의 'Ape #6388', 'Ape #7537'는 각각 9배, 3배 이상의 수익을 기록하며 상위 4개 모두 유가랩스가 인수하거나 유가랩스가 만든 프로젝트로부터 발행된 NFT가 차지하였다.

3) 'Quarterly NFT Market Report Q2, 2022', NonFingible.com

Ⅲ. NFT와 엔터테인먼트 산업

엔터테인먼트는 사람들의 감정에 감동을 일으키게 하는 콘텐츠 또는 장치로 사람들을 즐겁게 하는 영화, 공연예술, 만화, 여행, 미술, 음악, 게임 등의 문화 활동을 일컫는 말이다. 많은 경우에는 하나의 콘텐츠가 여러 분야로 확장되기도 하고 하나의 콘텐츠에 여러 분야의 활동이 동시에 접목되는 경우도 많다. 구체적으로 만화 원작이 영화로 제작되거나 뮤지컬 등 공연이나 게임 등으로 재생산되기도 하고, 하나의 영화 또는 드라마에는 다양한 장르의 음악을 포함하고 있다.

엔터테인먼트의 중요한 특징 중 하나는 같은 콘텐츠라도 사람마다, 그리고 나라마다 느끼는 감정이 다르다는 점이다. 개인마다 사고방식이나 생활방식, 그리고 선호에 따라 느끼는 감정이 다르게 나타나고, 나라마다 문화와 역사가 달라 콘텐츠를 이해하는 정도에 차이가 있을 수밖에 없다. 결국 많은 국가의 대중이 선호하는 콘텐츠를 만드는 것이 엔터테인먼트 산업에 있어 중요한 성공 요인이 된다.

NFT는 엔터테인먼트 산업 내 콘텐츠에 대한 소유권을 부여하고 완전하게 보장해 주는 데에 역할을 할 수 있다. 대부분 콘텐츠는 무형의 자산으로 디지털 형태로 보존하는 경우가 많다. 음악, 영상, 아이디어 등을 NFT로 발행하게 되면 소유권을 보장하고 정당한 권리를 부여할 수 있게 된다. 또한, NFT는 대중에게 쉽게 노출될 수 있으므로 창작자들의 엔터테인먼트 산업 진출의 진입장벽을 낮춰주는 역할도 한다.

엔터테인먼트 산업에서 NFT를 활용하는 구체적인 방안은 크게 세 가지로 구분된다. 먼저 만화, 영화, 음악 등의 전통적인 엔터테인먼트 기업이나 엔터테이너들이 본인들의 콘텐츠를 활용하여 NFT를 발행하는 경우이다. 이렇게 발행되는 NFT는 수집품 분야에 해당한다. 두 번째로는 NFT를 이용하여 엔터테인먼트 서비스를 소비하거나 새로운 콘텐츠 제작을 위한 자금조달이나 판매에 있어 새로운 방식을 제공하는 경우이다. 공연 및 콘서트 티켓을 NFT로 발행하거나 영화나 드라마 제작을 위해 NFT 발행을 통해 자금을 조달하는 방식 등이 이에 해당한다. 마지막으로 NFT를 이용하여

기존 엔터테인먼트 산업 종사자가 아닌 창작자가 엔터테인먼트 시장에 진출하는 새로운 방식을 제공하는 경우이다. 대표적인 NFT 프로젝트 기업인 유가랩스는 BAYC NFT를 활용하여 탈중앙화된 형태의 엔터테인먼트 산업 생태계를 만들어 가고 있다. 본 절에서는 엔터테인먼트 분야별 NFT의 활용 사례와 대표 프로젝트를 소개하고 국내 엔터테인먼트 관련 기업의 NFT 시장 진출 현황을 살펴본다.

1. 음악 NFT

음악 분야는 엔터테인먼트 분야 중 NFT 활용이 가장 활발한 분야 중 하나이다. 이미 Royal, Sound.xyz, Audius, Catalog 등 음악 NFT 플랫폼이 여럿 존재하고 있으며, 유명 가수들의 음악을 NFT로 판매하거나 창작자들의 저작권 보호 및 수익성 보장을 위한 NFT 발행이 주를 이루고 있다. 이러한 음악 산업의 NFT 발행 확대는 음악 산업 구조와 무관치 않다. 현재 음악 산업은 소수 기업에 의한 독과점 시장이 형성되어 있다. UMG (Universal Music Group), Sony 등 소수의 레코드 레이블이 전체 음반 시장의 68%를 차지하고 있고 스포티파이(Spotify), 애플뮤직, 아마존뮤직, 텐센트뮤직, 그리고 유튜브뮤직 등 상위 5개 스트리밍 플랫폼 기업이 80% 이상의 시장 점유율을 차지하고 있다. 무엇보다 스트리밍 플랫폼 기업은 아티스트 음악을 통해 번 매출액의 80% 이상을 가져간다는 문제점이 있다. 국내의 경우 SM, 하이브, JYP, YG 등 4대 엔터테인먼트 기업이 음반 시장의 60% 이상을 차지하고 있으며 멜론과 유튜브뮤직, 지니뮤직이 스트리밍 시장의 70% 이상을 차지하고 있다.[4)]

이러한 독과점 구조의 음악 산업 시장에서 아티스트들은 큰 수익을 기대하기 어렵다. 음악 NFT는 이러한 독과점 구조를 깨고 아티스트들의 효과

---

4) '음악 NFT: 음악 산업에 불어오는 Web3 흐름', 2022.04.18., Xangle (https://xangle.io/insight/research/625cff122de213afd81f0700)
'멜론 649만명 vs. 유튜브뮤직 586만명...유튜브 급성장에 '멜론 천하' 균열', 2022.06.07., TechM(https://www.techm.kr/news/articleView.html?idxno=98140)

적인 수익을 창출할 수 있도록 도와줄 수 있다. 예를 들어 아티스트들이 창작한 음악을 본인이 음악 NFT 마켓플레이스에서 직접 NFT로 발행하여 판매하게 되면, NFT 판매 수익은 100% 아티스트들에게 돌아간다. 음악 스트리밍 역시 중간 유통단계를 생략할 수 있어 효율적인 수익 창출이 가능하다. 또한, 음악 NFT를 보유한 소비자는 2차 시장에서 NFT를 판매하여 추가 수익을 기대할 수 있으며, 가격 상승분의 일정 비율을 아티스트에게 돌려주는 방식으로 공정한 수익 배분이 가능하다.

워터앤뮤직(Water & Music)에 의하면 음악 NFT는 2021년에 본격적인 발행이 시작되었는데 2021년에만 총 8천6백만달러 규모의 1,500개 음악 NFT가 발행되었다.[5] 음악 NFT의 대부분을 차지하고 있는 것은 유명 가수나 아티스트들이 만든 음악을 NFT로 발행하는 것이다. 2021년 한 해 동안 가장 큰 규모의 음악 NFT를 발행한 아티스트는 3LAU로 천8백만달러 규모의 NFT를 발행하였다.[6]

음악 NFT 플랫폼은 각각의 특징을 지니고 있다. 먼저 2021년 10월에 런칭한 로열(Rotay.io)은 아티스트 음악의 로열티(Royalty)와 저작권 일부를 분배해준다. 사운드(Sound.xyz)는 아티스트의 신규 음악을 미리 소비자들에게 들려주고, 정해진 시간에 판매할 수 있는 플랫폼으로 동일 NFT를 1개 이상의 NFT로 발행할 수 있게 해준다. 유명 아티스트인 스눕독(Snoop Dogg)이 NFT 발행에 참여하면서 더욱 잘 알려지기도 하였다. NFT를 구매한 소비자는 특정 음악 재생 시간에 코멘트를 달 수 있고, 아티스트와 온라인으로 직접 소통할 수 있는 권한을 부여받는다. 경우에 따라서는 아티스트의 미공개 곡을 들어볼 수도 있고, 콘서트 입장권을 받을 수 있다. 카탈로그(Catalog)는 각 음원 당 1개의 NFT만 발행되는 플랫폼으로 음원 관련 다양

5) 'Music NFT sales in 2021: What we learned,' 2022.05.06., Water & Music, (https://www.waterandmusic.com/music-nft-sales-in-2021-what-we-learned/)

6) 2021년 한 해 동안 두 번째로 음악 NFT 발행 규모가 큰 가수는 deemmau5로 2백만달러 이상의 음악 NFT를 발행하여 판매하였다. 가장 많은 수의 음악 NFT를 발행한 가수는 Tory Lanez로 1백만개 이상의 NFT를 발행하였는데 모두 1달러에 판매되었다. 또한, Grimes와 Steve Aoki, 그리고 Snoop Dogg도 음악 NFT 발행을 이끈 대표적인 아티스트들이다.

한 서비스를 추가할 수 있다. 벵크리스에 따르면 카탈로그를 통한 NFT 발행 수익이 연간 스트리밍을 통한 수익에 비해 평균적으로 7.5배 높았다고 한다.[7)]

오디우스(Audius)는 음악 스트리밍 서비스에 NFT를 활용하는 탈중앙화 음악 스트리밍 플랫폼으로 아티스트들에게 매출의 90%를 제공한다. deadmau5, Katy Perry, Nas, Steve Aoki, 3LAU 등 유명 아티스트들을 포함한 10만명이 넘는 아티스트들의 음악 스트리밍 서비스를 제공하고 있다. 다른 음악 NFT 플랫폼과 달리 음악을 업로드하거나 스트리밍되면 아티스트와 소비자는 오디오($AUDIO)라는 토큰을 보상으로 받는다. 이는 마치 디파이 대출 서비스의 이자농사(yield farming)[8)]의 개념과 유사한 것으로 플랫폼 참여자들에게 소유권 보장, 공정한 수익 배분 이외의 추가적인 유인을 제공함으로써, 오디우스 생태계를 확장해 나가는 유인이 되고 있다.

이 밖에도 음악 제작 단계에서 NFT 발행까지 제공하는 플랫폼도 존재한다. 아르페지(Arpeggi)는 전문 아티스트가 아니더라도 다른 사용자의 샘플(sample)을 이용하여 만든 음악을 본인이 저작권을 갖는 형태의 NFT로 발행할 수 있다. 일반적으로 음악 원본의 링크만을 블록체인에 저장하는 다른 플랫폼과 달리 음악 데이터를 적은 용량으로 변환하여 블록체인에 저장하는 기술을 보유하고 있다.

2. 영화 및 방송 NFT

영화 및 방송산업도 NFT 활용사례가 증가하고 있는 엔터테인먼트 산업이다. 영화 및 방송산업은 영상 및 오디오의 제작, 배급, 그리고 상영을 포괄하는 분야로 대표적인 콘텐츠 산업이다.[9)] 불확실성이 높은 대표적인 고부

---

7) ‘The next big trend in NFTs,’ 2022.02.04., Bankless, https://newsletter.banklesshq.com/p/the-next-big-trend-in-nfts?r=kfkwx&utm_campaign=post&utm_medium=web

8) 이자농사란 디파이 렌딩(lending) 프로토콜 등에 가상자산을 예치하는 경우, 유동성 공급에 대한 보상으로 프로토콜의 거버넌스 토큰을 추가로 지급받는 것을 말한다. 디파이 디앱들이 유동성 및 사용자 확보를 위한 유인책으로 널리 활용되고 있다.

가가치 산업으로 다양한 분야로의 파급효과가 크다는 특징이 있다. 1995년 디즈니가 제작된 '라이온킹'은 4천만달러의 제작비를 투자하여 10억 달러 이상의 수익을 기록했으며, 1998년 제작된 '타이타닉'은 2억 8천만달의 제작비를 투자형 32억달러 이상의 수익을 기록하였다.[10] 그리고 미국의 대형 미디어 기업인 디즈니의 마블 코믹스 대표 작품인 어벤져스(Avengers)는 만화를 원작으로 하는 영화 중 가장 높은 수익률을 기록하였는데, 영화에 등장하는 등장인물을 바탕으로 장난감을 비롯한 캐릭터 상품, 게임 등의 다른 산업 분야로 확대되었다. 이렇듯 영화나 드라마는 다른 분야로의 파급효과가 높고, 영상시청, 캐릭터 상품이나 게임 등 다양한 형태의 소비를 경험함으로써 고객 확보에 유리하다는 특징이 있다.

영화 및 방송산업 분야의 NFT 활용은 크게 세 가지로 나눌 수 있다. NFT를 이용하여 제작비를 모집하는 것, NFT를 통해 영화와 드라마를 제작 및 배급하는 것, 그리고 영화 및 방송 관련 캐릭터, 영상, 사진 등을 NFT로 발행하여 판매하는 것 등이다. 이 중 영화 산업에서 NFT 활용이 가장 활발한 분야는 NFT를 이용한 크라우드 펀딩이다. 영화 및 방송 분야는 음악 산업과 유사한 독과점 구조를 갖고 있어 중소 미디어 기업의 자금조달이 어렵다. 소수의 대형 미디어 기업들이 자본력을 바탕으로 본인들의 IP와 저작권을 바탕으로 여러 작품의 영화나 드라마를 제작하는 반면, 소규모 독립 미디어 그룹들은 대형 미디어 그룹들의 자금지원을 받아 그들의 IP에 대한 작품을 제작하는 사례가 주를 이루고 있다. 어벤져스에 등장하는 아이언맨, 스파이더맨, 헐크, 토르 등 개별 캐릭터가 주인공이 되는 영화작품이 이러한 방식을 취하기도 한다.

따라서 NFT를 이용한 크라우드 펀딩 형식의 자금조달은 저예산 영화 제작이나 자본력이 부족한 중소 미디어 기업에게 새로운 자금조달 창구가

---

9) 제작을 위해 자금을 모집하는 단계에서부터 시나리오 작성, 영화 및 드라마 촬영, 배급, 홍보 등이 영화 및 방송산업의 영역이라고 볼 수 있다. 영화 촬영기나 필름 제작, 촬영장소의 제작, 감독 및 배우, 그리고 영화소비와 관련된 영화관 건설이나 DVD 제작, 넷플릭스와 같은 인터넷 동영상 플랫폼(OTT) 등도 모두 포함한다.

10) 2021년 국내에서 제작된 드라마인 '오징어 게임'은 넷플릭스(Netflix)에서 2천만달러의 제작비를 투입하여 40배가 넘는 8억9천만달러 이상의 수익을 기록하였다.

되고 있다. 실제 2021년 4월, 영화 투자회사인 The Forest Road Company는 제작할 영화 관련 NFT 제작 및 판매권리를 대가로 2천만달러의 자금을 모집한 경험이 있다. 그리고 NFT만을 이용하여 100% 영화 제작을 위한 자금을 모집하기 위한 프로젝트도 등장하였는데 영화 '아이리시맨'을 만든 할리우드 프로튜서인 닐스 줄(Niels Juul)이 설립한 'NFT Studio'가 대표적인 예이다. 또한, 영화 '대부'로 잘 알려진 알 파치노(Al Pacino)의 딸인 영화 제작자 줄리 파치노(Julie Pacino)는 'I Live Here Now'제목의 영화 제작을 위해 자신의 사진 NFT를 판매하여 8만달러 이상의 자금을 모집하기도 하였다.

영화의 제작 및 배포 단계에서 NFT를 활용하기도 한다. 제작 단계에서 NFT 판매를 통해 자금조달과 함께 지적재산권 및 저작권을 창작자나 영화 소비자들에게 분산시킴으로써 더 많은 소비자 확보에 활용될 수 있다. 라이트스트림(Ritestream)은 창작자가 프로젝트를 플랫폼에 올리면 소비자가 프로젝트 일부를 구매하여 제작자에게 자금을 지원하고, 향후 소유 비율에 따라 수익 일부를 받는 플랫폼이다.[11] 이는 진입장벽이 높은 영화 및 방송산업에 신규 창작자 및 제작자들에게 제작부터 배포까지의 권한을 부여함으로써, 영화 및 방송산업의 참여 기회를 확대해주고, 소비자들에게는 다양한 콘텐츠를 제공해 줄 수 있다.

또한, 여러 투자자의 의견을 반영하여 영화를 제작할 수 있는 플랫폼도 존재한다. 할리우드다오(HollywoodDAO), 스토리다오(StoryDAO), 그리고 film.io 등의 탈중앙화자율조직인 다오(Decentralized Autonomous Organization, DAO)가 자금조달부터 제작, 배급까지의 주요 결정을 내린다. 다오의 참여 지분은 가상자산 보유지분 또는 NFT 소유 여부 등으로 결정된다.

제작 단계에서의 NFT 활용은 직접 NFT를 발행하지 않고 기존의 NFT 프로젝트를 활용할 수도 있다. 할리우드 배우인 위더스푼이 운영하는 미디어회사인 헬로 선샤인(Hello Sunshine)은 NFT 프로젝트 WoW(World of Women)와 협력하여 NFT 소유자들이 WoW의 세계관을 확장시키고, 영화나 TV쇼와 같은 새로운 콘텐츠 제작을 위한 협업을 진행하고 있다.

---

11) https://ritestream.io

영화 배급 단계에서 NFT를 활용할 수도 있다. 2016년 오스카상 후보에 올랐던 “Claude Lanzmann: Specters Of The Shoah”가 최초의 영화 NFT로 2021년 3월에 판매되었고, 에니메이션 단편 시리즈인 “Stoner Cats”[12]은 NFT를 구매해야만 볼 수 있다. 유명 배우인 앤서니 홉킨스(Anthony Hopkins)가 주연을 맡은 영화인 ‘제로 컨택트(Zero Contact)’는 NFT 플랫폼인 보엘레(Vuele)[13]를 통해 배포되었는데, NFT를 구매해야 영화시청이 가능하고 시청이 끝난 영화 NFT는 마켓플레이스에서 판매하여 현금화도 가능하다. 국내 영화인 ‘그대를 사랑합니다’는 세계 최초로 영화 본편을 NFT로 발행하여 영구적으로 소유할 수 있게 하였다.

마지막으로 영화 영상이나 등장인물 등을 상품화하여 NFT로 발행하여 판매하기도 한다. 영화 ‘매트릭스(Matrix)’의 제작사인 워너브러더스는 매트릭스 관련 아바타를 창작하여 10만개의 아바타 NFT를 NFT 거래 플랫폼인 니프티(Nifty)에서 판매하였다. 국내에서는 롯데시네마가 ‘매트릭스’ 굿즈 NFT를 발행하였는데 미디어아트로 제작된 영화표를 NFT에 담아 판매하였다.

글로벌 대형 미디어 기업들의 NFT 시장 참여도 확대되고 있다. 디즈니를 비롯하여 폭스, 제임스 본드 영화 ‘노 타임 투 다이(No time to die)’를 제작한 MGM, ‘스폰지밥’, ‘대부’, ‘스타트렉’, ‘타이타닉’ 등을 제작한 ViacomCBS 등은 주로 수집품 NFT 발행을 통해 NFT 시장에 진출하고 있다. 디즈니의 경우에는 스파이더맨을 포함한 캐릭터의 디지털아트 NFT를 소비자가 쉽게 접근할 수 있도록 모바일 앱을 통해 구매할 수 있도록 하고 있다. 영화나 대형 미디어 기업들이 판매하는 수집품 NFT는 소비자의 소유 욕구를 충족해주고 커뮤니티의 생성 및 홍보의 효과를 기대할 수 있게 해준다.

3. 게임 및 메타버스 NFT

초기 NFT가 대중에게 알려지게 된 데에는 게임 NFT가 중요한 역할을 하였다. 일본의 유명 게임인 ‘포켓몬고(Poketmon Go)’는 증강현실(AR) 게

12) https://www.stonercats.com/
13) https://vuele.io/

임으로 여전히 인기 있는 게임이다. 포켓몬고의 종이카드는 그 인기에 힘입어 국내에서도 한 장이 30만원 넘는 가격에 거래되기도 한다. 게임 NFT는 이러한 한정된 종이카드의 반대되는 개념으로 캐릭터의 디지털아트 작품에 희소성의 가치와 함께 소유권을 부여해주는 역할을 한다. 최초의 게임 NFT는 2017년에 출시된 크립토키티(CryptoKitties)로 무작위로 생성된 고양이 그림의 NFT를 받게 되고 이를 육성하는 게임이다. 각 NFT는 서로 다른 고양이 모양을 포함하고 있으며, 가장 비싸게 거래되었던 NFT는 드래곤 고양이(#896775)로 600 ETH에 거래된 기록이 있다. 육성 정도에 따라 게임 참여자가 소유한 NFT의 가치가 상승하기도 한다.

게임 분야의 NFT 활용은 크게 두 가지 형태로 나뉠 수 있다. 첫 번째로는 수집품 형태의 NFT를 활용하는 방식으로 'In-game NFT' 모델이다. 하나의 크립토키티와 같이 게임 아이템 또는 캐릭터를 NFT로 발행하여 게임 내 소유권을 인정해 주는 역할을 하는 것이다. 위·변조가 불가능하여 게임 내 새로운 형태의 경제생태계를 만들 수 있다.[14] 두 번째로는 게임에 참여하기 위한 입장권의 역할을 하면서도 게임을 통해 획득한 NFT나 가상자산을 법정화폐로 교환할 수 있는 'P2E (Play-to-Earn)' 모델이다. 온라인 게임 대부분은 아이디와 패스워드를 입력하여 게임에 접속하게 된다. 하지만 디지털 신원 역할을 할 수 있는 NFT가 게임 계정을 대신할 수 있게 된다. 그리고 게임 참여를 통해 새로운 NFT를 발행하거나 추가 보상으로 가상자산을 받기도 한다. 획득한 NFT는 마켓플레이스에서 현금화가 가능하고 가상자산은 가상자산 거래소에서 법정화폐로 교환할 수 있다.

P2E 모델은 게임 분야의 NFT 활용이 더욱 증대되는 주된 이유이기도 하다. 기존 P2E는 워크래프트 3 (Warcraft 3)과 같은 MMORPG 게임에서 획득한 희귀 아이템을 외부 거래 시장에서 거래함으로써, 계정 간 이동시키는 방식이 주를 이뤘다. NFT를 활용하면 거래 약속 미이행의 거래상대방 위험(counterpary risk)을 미연에 방지할 수 있고, 거래 단계도 간단해진다.

NFT를 활용한 P2E의 대표 사례로는 엑시 인피니티(Axie Infinity)를

14) 육성한 고양이 NFT의 시장 가격이 상승하고, 이를 마켓플레이스에서 판매 가능하기 때문에 In-game 모델을 P2E 모델로 볼 수도 있다.

들 수 있다. 2018년 개발된 게임으로 엑시(Axie)라는 게임 캐릭터가 NFT로 발행된다. 3마리 이상의 엑시, 즉 3개 이상의 엑시 NFT를 소유해야만 게임 참여가 가능하다. 게임 형식은 포켓몬과 유사한 형태로, 주어진 퀘스트(Quest)를 완료하고 다른 엑시들과 결투하는 평범한 방식이다. 결투에서 승리하거나 퀘스트를 완료하면 그에 대한 보상으로 게임 포인트 또는 아이템이 아닌 사랑의 묘약(Smooth Love Portion, SLP)이라는 가상자산을 받는다. 그리고 결투 결과와 상관없이 결투 참여 횟수에 따라 거버넌스 토큰인 AXS를 받을 수 있어, 게임 참여에 따른 추가 보상을 제공하고 있다. 두 엑시의 교배로부터 새로운 엑시를 생성하는데 게임 참여 보상으로 받는 SLP이 있어야만 새로운 엑시 NFT를 획득할 수 있다. 획득한 NFT는 엑시 NFT 마켓플레이스에서 거래할 수 있고, 게임 참여를 통해 얻는 가상자산인 SLP와 AXS도 바이낸스 등의 가상자산 거래소에서 거래할 수 있다. 엑시 인피니티는 NFT와 가상자산이 결합된 게임으로 각각의 역할을 분명히 구분하고 있다. 또한, 엑시 NFT와 가상자산 SLP, AXS 모두 법정화폐로 교환할 수 있는 대표적인 P2E 사례이다.

소라레(Sorare)도 NFT를 활용한 P2E 게임으로 실제 축구 선수 카드를 사용하여 가상의 팀을 만들고, 이를 관리하는 게임이다. 2018년 개발된 이더리움 블록체인 기반 게임으로 NFT로 발행된 선수 카드를 보유하면 현실 세계에서 선수들의 경기 결과에 따라 보상이 주어진다. NFT 발행 매수에 따라 커먼(무제한), 레어(100장), 슈퍼레어(10장), 그리고 유니크(1장) 등으로 등급이 나뉘고, 희귀도에 따라 참가 리그가 제한된다. 5장의 카드로 팀을 편성하고 현실 세계에서 이 선수들의 경기 결과에 따라 점수가 산정된다. 리그 성적에 따라 레어 카드나 이더리움 등의 보상을 획득하게 된다. 앞서 설명한 in-game NFT 모델과 P2E 모델이 결합 된 형태라고 볼 수 있다.[15]

NFT는 메타버스[16]에서 희소성 및 재산권을 보장할 수 있게 해준다.

---

15) 인기 있는 P2E 게임 순위는 다음 사이트에서 확인할 수 있다. https://playtoearn.net/blockchaingames

16) 메타버스는 '메타(Meta)'와 '유니버스(Universe)'의 합성어로 현실을 초월한 디지털

메타버스 내 창작자의 디지털 작품 또는 다양한 서비스 제공에 있어 NFT를 활용하게 되면 그 상품 또는 서비스는 메타버스 내에서 유일한 것으로 그 저작권과 소유권이 분명해진다. 메타버스 안의 2차 시장도 NFT 마켓플레이스를 통해 쉽게 형성된다. 그러나 NFT가 메타버스 경제생태계의 중요한 역할을 할 것이라는 예상과 달리, 아직 메타버스에서의 NFT 활용은 주로 게임에 활용되고 있다.

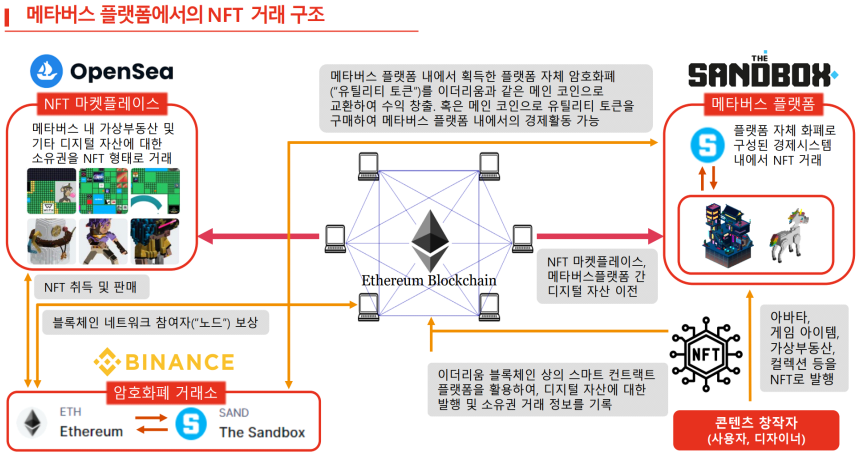
대표적인 NFT를 활용한 메타버스 게임으로는 '디센트럴랜드(Decentraland)'와 '더샌드박스(The Sandbox)'가 있다. 디센트럴랜드는 실제의 부동산과 유사한 형태를 메타버스에서 구현한 것이다. 메타버스 내 가상의 땅을 NFT로 발행되고, 창작자들이 만든 건물이나 상품 역시 NFT로 발행되어 전용 마켓플레이스에서 디센트럴랜드 가상자산인 MANA를 통해 구매할 수 있다. 본인이 소유한 땅에 건물을 세우고, 임대료를 받는 것도 가능하다. 건물 주인은 카지노 게임을 통해 추가 수입을 얻을 수도 있다. 가상의 땅에 대한 시세차익, 창작물 NFT 판매, 그리고 카지노 게임인 포커 등으로 수익을 낼 수 있다.

2011년에 출시된 더샌드박스는 '마인크래프트(Minecraft)'니 '로블록스(Roblox)'와 유사한 복셀(voxel)[17]게임으로 가상의 땅을 구매하여 그곳을 직접 만들고 소유하고 수익화하는 게임이다. 게임 내 다양한 사물과 동식물을 생성하기 위한 복스에딧(VoxEdit), 이를 거래할 수 있는 마켓플레이스, 그리고 3D 게임을 만드는 게임 메이커로 구성되어 있다. 더샌드박스 내 거래는 가상자산인 SAND로 거래되고 더샌드박스 내 가상의 부동산은 LAND라는 NFT로 발행된다. 그리고 게임 내 창작자들이 만든 디지털자산은 ERC-1155 토큰으로 발행되어 거래 또는 게임에 활용된다. [그림 3]은 메타버스와 NFT, 그리고 NFT 마켓플레이스 간의 관계를 도식화한 것이다.

기반의 가상 세계를 뜻한다.

17) 복셀(voxel)은 3D 그래픽의 최소 단위를 말한다.

〔그림 3〕 메타버스와 NFT 거래 구조



출처: 'NFT & Metaverse - NFT & 메타버스 산업에 PwC 서비스 적용 사례,' 2022.04. 삼일회계법인

게임과 메타버스에서의 NFT는 디지털 소유권 증명을 위해 사용되기도 하지만 부가적인 이점도 존재한다. 창작자들이 만든 아이템이나 상품, 그리고 가상의 땅은 NFT로 발행되고 전용 마켓플레이스에서 거래되고 있다. 그러나 서로 다른 플랫폼의 게임 NFT를 거래할 수 있는 외부 마켓플레이스가 있다면, 다른 게임 NFT를 거래할 수 있고 이는 게임을 넘나들 수 있음을 의미한다. 예를 들어 엑시 인피니티의 엑시 NFT를 매도하고 더샌드박스 내 가상의 땅에 대한 NFT를 구매하는 것이다. 게임 플랫폼을 넘나들 수 있다는 점은 게임 소비자들을 더욱 유인할 수 있고, 새로운 경제생태계를 만들 수 있음을 의미한다. Loot[18]는 여러 개의 게임을 넘나들 수 있는 아이템 정보를 담은 NFT 프로젝트로 2022년 8월 현재 NFT 거래량 상위권을 기록하고 있고, 비디오 유통업체인 게임스톱(GameStop)은 2022년 블록체인 게임을 위한 NFT 마켓플레이스를 설립하였다. 하나의 NFT로 한 개 이상의 게임에 참여하게 하거나 각 게임의 NFT를 2차 시장에서 거래할 수 있는 플

18) https://www.lootproject.com

랫폼의 등장은 이러한 게임 생태계 변화의 시작이라고 볼 수 있다.

4. 수집품 NFT와 엔터테인먼트 산업

수집품은 NFT 시장 규모가 가장 큰 분야이다. 디지털아트를 비롯하여 음악 및 영화에 등장하는 유명 아티스트들의 짧은 동영상이나 사진, 디지털 아트 작품, 그리고 스포츠 경기 동영상과 선수들의 사진 등 엔터테인먼트 대부분 분야에서 수집품 NFT를 생각할 수 있다. 대표적인 스포츠 영상 NFT는 미국 프로농구 NBA Top Shot을 들 수 있다. 그리고 글로벌 미디어 기업인 디즈니는 2021년 11월 “Golden Moments” 시리즈를 시작으로 2022년에는 스파이더맨을 비롯하여 어벤져스에 등장하는 캐릭터 관련 수집품 NFT 판매를 시작하였다.

그러나 앞서 언급한 수집품 NFT는 엔터테인먼트 산업이 NFT를 활용하는 일부에 불과하다. 크립토펑크, BAYC[19], Moonbirds[20] 등 NFT 시장을 주도하고 있는 NFT 프로젝트들은 모두 수집품 분야에 해당한다. 그러나 그 기능이 개인의 소유 욕구를 충족하기 위한 수집품에 한정되지 않고 응용범위와 가능성이 확대되고 있다. 무엇보다 크립토펑크와 같은 PFP(Profile in Picture) 프로젝트들은 엔터테인먼트 분야 유명 아티스트나 프로듀서 등이 소유하고 있다는 사실이 알려지면서 더욱 인기를 끌었는데 트위터와 같은 SNS에 이들의 사진이 아닌 본인 소유의 PFP NFT를 올려놓는 것은 더 이상 새로운 것이 아니다.[21] NFT가 갖는 고유한 성질로 인터넷 공간이나 메타버스에서 자신을 나타내는 방식으로 활용되는 것이다.

PFP NFT의 확장성은 인터넷 공간을 뛰어넘고 있다. 유가랩스(Yuga

---

19) BAYC NFT는 발행 개수가 10,000개로 고유성과 함께 희소성의 가치도 있다.

20) 코인케코에 의하면 2022년 5월 기준, Moonbirds의 경우 최저 가격이 28.5 ETH로 가장 급성장하고 있는 NFT 프로젝트 중 하나이다.

21) 미국 유명 가수인 에미넴, 영화배우 기네스 펠트로(Gwyneth Paltrow), 지미 팰런 쇼의 지미 팰런(Jimmy Fallon), NBA 선수인 스테판 커리(Stephen Curry), 테슬라 최고경영자 일론 머스크(Elon Musk) 등이 트위터 프로필 사진에 BAYC를 사용하였다. 미국 유명 래퍼인 Jay Z는 크립토펑크 아바타를 개인 프로필 사진으로 사용하였다.

Labs)는 그들이 직접 만들거나 소유한 프로젝트인 BAYC와 크립토펑크의 NFT를 보유한 개인들에게 모든 상업적 권리를 제공하고 있다. NFT에 포함된 IP에 대한 사용 권한 일체를 NFT 소유자에게 부여한다는 것이다. 따라서 BAYC나 크립토펑크를 소유한 개인이나 법인은 이를 이용한 광고를 비롯하여 웹툰, 음악, 영화, 게임 등 다양한 분야에 개인적으로 혹은 상업적으로 활용할 수 있다. 실제 유명 가수인 스눕독과 에미넴(Eminem)은 본인들의 뮤직비디오에 각자가 소유한 BAYC를 등장시켰고,[22] 글로벌 스포츠 브랜드인 아디다스(Adidas)는 보유한 BAYC 아바타를 이용한 광고 및 메타버스 프로젝트를 제작하기도 하였다.

〔그림 4〕 BAYC 아바타를 상업적으로 활용한 사례

ㅡ 왼쪽 그림은 스눕독과 에미넴의 뮤직비디오의 한 장면이고, 오른쪽 그림은 아디다스 BAYC가 아디다스 제품을 착용하고 있는 이미지

BAYC는 로드맵2.0을[23] 제시하면서 영화는 물론 게임 및 메타버스 등 탈중앙화된 엔터테인먼트 산업을 선도하고자 하고 있다. 먼저 영화 분야에서 주목할만한 프로젝트가 진행 중이다. BAYC를 보유한 개인들은 그들의 아바타를 영화나 소설, 음악 등의 주인공으로 만들어 가고 있다. 특히 2022년에는 가상자산 거래소 코인베이스가 할리우드에 출연할 BAYC를 찾기 위한 오디션을 열었다. '세 타락자들(The Deen Trilogy)' 제목의 3부작 영화를 제작할 목적으로 이 영화에 출연할 BAYC를 선발하는 것이다.

---

22) 싱글 앨범인 'From the D 2 the LBC' 음악의 뮤직비디오. https://youtu.be/RjrA-slMoZ4

23) https://twitter.com/boredapeyc/status/1440392967437488134?lang=ru

음악 분야에서도 유명 아티스트들 본인이 소유한 NFT가 아닌 BAYC를 활용하는 사례가 늘어나고 있다. 2011년 11월 등장한 킹십(KINGSHIP)은 글로벌 레코드 레이블인 UMG가 만든 최초의 NFT 밴드로 3개의 BAYC NFT와 1개의 돌연변이 원숭이인 MAYC(Mutant Ape) NFT로 구성된 4인조 밴드이다. 레이블 이름은 그룹이 만들어진 시간을 따라 '10:22PM'로 하였으며 메타버스 내의 밴드로 음악 발매뿐만 아니라 콘서트 등을 기획하고 있다.

소설 분야에도 흥미로운 사례가 있다. '관리인 젠킨스'라고 알려진 BAYC #1789는 BAYC NFT에서 일어나는 일을 회고록 형식으로 작성하여 트위터에 게재하였다. 짧은 소설들은 큰 인기를 누리게 되었고, 한 달 만에 소설 NFT 프로젝트인 라이터 룸(Writer's Room) NFT를 발행하였다. NFT 보유자들이 보유 NFT의 가격에 따라 소설의 내용에 대해 투표권을 갖는다. 커뮤니티가 공동으로 소설을 작성하는 웹 3.0 소설의 모델이라고 볼 수 있다. 젠킨스는 2019년 9월에는 연예 기획사인 CAA(Creative Artists Agency)와 정식 작가로 계약을 맺었고, 유명 베스트셀러 작가인 닐 슈트라우스(Neil Strauss)와 공동으로 소설을 집필하고 있다.

저작권 및 상업권이 NFT 개발 기업이 아닌 소유자에게 이전되면서 엔터테인먼트 산업 형태도 변화하고 있다. 엔터테인먼트 기업은 유명 NFT IP를 활용한 콘텐츠 제작을 위해서는 NFT 개발사가 아닌 NFT 소유자들과의 계약이 필요하다. 실제 CAA는 NFT 수집가인 "0xb1"과 계약을 맺고 보유한 IP의 라이선스 제휴를 통해 새로운 콘텐츠의 창작 및 수익 극대화를 위한 방안을 협력하기로 하였다. NFT를 보유함으로써 유명 배우나 스포츠 선수와 유사한 위치에서 계약을 맺게 되는 것이다.

이러한 PFP NFT의 엔터테인먼트 분야로의 확장은 BAYC만 해당하지 않는다. 라바랩스(Larva Labs)가 개발한 크립토펑크와 미비츠(Meebits)는 2019년 9월 미국 유명 할리우드 에이전시인 UTA와 계약하면서 이들 PFP NFT가 영화나 방송, 광고 등에 등장할 수 있는 길이 열렸다. 하지만 2022년 유가랩스가 라바랩스 지분을 매입하면서 사실상 BAYC, MAYC, 크립토펑크, 미비츠 등은 유사한 방식으로 활용될 가능성이 높다. 이 밖에도 WAYC (Women Ape Yacht Club), RAYC(Rare Apepe YC), WoW 등 계속해서

BAYC와 유사한 새로운 NFT 프로젝트가 등장하고 있다.

이렇듯 수집품 NFT는 엔터테인먼트 산업에 큰 혁신을 가져오고 있다. 대형 기획사나 레이블이 주도했던 산업을 NFT 소유자들이 주도하는 산업으로 변화시키고, 현실과 메타버스 간의 경계가 사라지게 하는 역할을 하고 있다.

5. 국내 엔터테인먼트 산업 내 NFT 활용사례

국내 엔터테인먼트 산업에서의 NFT 시장에 대한 관심이 높아지고 있다. 대형 연예기획사를 비롯하여, IT 기업. 게임회사, 메타버스 진출 기업, 그리고 TV 등 제조업 기업까지 NFT 관련 산업에 진출하거나 진출을 선언하고 있다.

대형 연예기획사인 YG엔터테인먼트는 가상자산 거래소 바이낸스와 협력하여 소속 가수 또는 배우를 활용한 NFT 상품을 만들어 바이낸스 NFT 마켓플레이스에서 거래할 수 있도록 할 예정이다. 바이낸스가 보유한 메인넷 및 가상자산 환경을 활용하여 NFT 상품 외에도 디앱 게임 개발이나 메타버스와 연동하는 등 소비자들에게 새로운 경험을 제공하고자 하고 있다. 가수 방탄소년단이 소속된 하이브레이블즈도 YG엔터테인먼트와 유사하게 NFT 시장 진출을 위해 국내 가상자산 거래소인 두나무와 협력하기로 하였다.

국내 대형 IT 기업인 네이버와 카카오도 NFT 시장에 적극적이다. 네이버는 '도시(DOSI)'라는 NFT 플랫폼을 보유한 라인 자회사인 라인넥스트와 협력하여 NFT의 발행 및 거래 서비스에 진출하였다. 네이버 아이디 기반 블록체인 지갑을 도시와 연동하여 네이버페이로 NFT 결제 환경을 제공하고, 네이버 NOW 등으로 NFT 활용 엔터테인먼트 서비스를 제공할 것으로 예상된다. 카카오의 경우에는 이미 '클립드롭스(Klip Drops)'라는 NFT 거래소를 보유하고 있는데 반년 만에 100억이 넘는 거래액을 기록하기도 하였다.[24] 카카오웹툰 등 카카오가 보유한 IP를 활용하여 다양한 NFT 상품을 개발하고 있다. 그리고 블록체인 관련 계열사인 그라운드X를 통해 국내

24) "카카오 NFT거래소 '클립드롭스', 반년 만에 100억 돌파', 2022.01.16., 전자신문

NFT 얼라이언스인 '그리드'를 구축하면서[25] 소비자들에게 실생활에서 NFT를 활용한 새로운 경험을 제공하고자 하고 있다.

NFT 시장에 가장 적극적인 국내 기업은 게임 분야 기업이라고 볼 수 있다. 넥슨, 엔씨소프트, 넷마블, 위메이드, 크래프톤, 컴투스 등 국내 게임사들 모두 NFT 도입을 고려하고 있다. 기존 흥행했던 게임 IP를 활용하여 NFT를 발행하거나 NFT를 활용한 새로운 경험을 제공할 수 있다. 그리고 새로운 게임을 NFT와 접목할 수도 있는데 P2E 모델의 신규 게임을 계획하고 있는 기업들도 있다.

그러나 국내에서 P2E 게임은 여러 제약이 존재한다. 국내 게임사 '나트리스'는 2021년 말에 '무한돌파삼국지 리버스' 제목의 클레이튼 기반 국내 1호 P2E 게임을 출시하였다. 하지만 국내 게임물관리위원회가 내린 등급분류 결정 취소 처분으로 국내 앱 마켓에서 퇴출되는 일이 있었다. 결국 나트리스는 국내 시장을 포기하고 해외 시장으로 이동하여 2022년 7월 바이낸스 스마트체인(BSC) 기반의 P2E 게임으로 전환하였다.

국내 TV 제조업 기업들은 외부 NFT 마켓플레이스를 스마트 TV에서 접속하는 방식으로 NFT 시장에 진출하고 있다. 단일 NFT로 가장 높은 가격에 거래된 것은 비플의 ' 매일: 매일: 첫 5000일' 제목의 디지털아트 작품이다. 역대 미술사 경매에서 낙찰된 작품 중 3번째로 높은 가격을 기록하기도 한 이 작품은 고화질의 대형 TV에서 감상하는 것이 필요할 것이다. 삼성전자와 LG전자는 이러한 소비자의 니즈를 반영하여 NFT 작품을 구매하고 감상할 수 있는 NFT 플랫폼을 스마트 TV와 접목하고자 하고 있다. 삼성전자의 경우에는 글로벌 NFT 마켓플레이스인 니프티와 파트너십을 체결하였고,[26] LG전자는 자체 NFT 플랫폼인 'LG 아트 랩(Art Lab)'의 특허를 출원하며 본격적인 TV NFT 시장 진출을 준비하고 있다. 일반 소비자들에

25) NFT 얼라이언스인 그리드에는 카카오게임즈, 카카오엔터테인먼트, 카카오브레인 등의 카카오 계열사를 비롯하여 어나더월드, 제일기획, 아모레퍼식, 롯데백화점, 신한은행, 신한카드, 신한금융투자, 대웅제약, 테디베어무지엄, 핑거랩스 등 50여개가 넘는 기업이 참여한다.

26) "Nifty partners with Samsung for smart TV NFT platform", 2022.04.01. Ledger Insights

게 NFT 접근성을 높이고, 시장 참여 기회가 더욱 확대되는 효과를 기대할 수 있다.

마지막으로 NFT 시장의 잠재력이 높은 메타버스 분야에도 국내 기업들이 적극적으로 진출하고 있다. SKT와 네이버는 메타버스 플랫폼인 '이프랜드(ifland)'와 '제페토(Zepeto)'를 만들어 국내 소비자들에게 메타버스 경험을 제공하고 있다. 이프랜드는 국내 가상자산 거래소 코빗과 협력하여 코빗의 NFT 마켓플레이스와 메타버스 가상자산거래소 '코빗타운'을 연동하는 서비스를 기획하고 있다. 네이버 제페토는 라인 블록체인 기반의 NFT를 발행하고 있으며 게임사 크래프톤과 협력하여 NFT 메타버스 플랫폼을 만들기로 하였다. 이 밖에도 KT는 계열사가 보유한 웹소설이나 웹툰 IP를 이용한 NFT 발행을 계획하고 있다.

이렇듯 국내 기업들은 소비자들의 NFT 시장에 직접 진출하거나 시장 접근성을 높이기 위한 사업을 확대하고 있다. 특히 연예기획사, 게임, 메타버스 분야 등 엔터테인먼트 기업들의 NFT 시장 참여가 구체화되고 규모가 커지고 있는 단계이다. 이는 국내 기업들이 NFT 시장의 잠재력을 긍정적으로 보고 글로벌 시장에 적극 대응하여 경쟁력을 확보하고 있음을 의미한다.

Ⅳ. 법적 고려사항

1. 서설

기존의 규제 및 법적 환경은 NFT를 포함한 디지털 자산을 고려하여 설계된 것이 아니다. 그럼에도 불구하고 투자자, 금융 서비스 및 핀테크 기업, 기타 상업적 이해관계자들은 그러한 환경 속에서 다양한 디지털 산업을 수행 가능성을 탐색하며, 그 과정에서 결국에는 몇 가지 핵심적인 법·규제 문제를 극복하고 해결할 필요가 있다. 즉, 여러 혁신사업의 경우 일정 규모와 시점까지는 NFT에 대한 규제망을 피하여 사업을 영위할 수 있을지라도, 결국은 타협이 필요할 수 있는 상업적 및 법적 문제들을 마주하는 것을 볼

수 있다. 이하에서 특히 NFT 산업의 이해관계자들이 직면할 수 있는 핵심적인 법적 문제들 중에서, 각국의 규제현황, 금융법, 지식재산권법, 그리고 소비자보호 등과 관련한 주요 쟁점들을 살펴본다.

2. NFT의 국제적 규제동향

NFT가 다른 국가들에 비해 더 급진적인 조치를 취한 특정 국가들도 있지만 법적 영역에서 어디에 배치되어야 하는지에 대한 국제적인 합의는 없다. 일부 국가의 경우 NFT 등 특정 종류의 가상화폐(토큰)를 금지시켰다.[27]

대부분 국가에서 현재의 법률이 블록체인과 NFT의 미래 존재를 염두에 두고 형성되지 않았기 때문에 기술 발전이 끊임없이 새로운 도전을 불러오는 것은 분명하다. 비록 NFT가 획득한 일부 작업에 일반적인 입법 개념이 사용될 수 있지만, 여전히 해결해야 할 많은 영역이 있다. 법과 기술의 경주에서, 기술이 끊임없이 법과 새로운 갈등을 일으키는 현실에서, 현재의 법률이 충분히 이러한 문제들을 다룰 수 있는지의 여부를 검토하는 것은 매우 중요하다.

지난해 9월 유럽연합(EU)이 암호화폐 자산 규제안을 내놓았다. “암호화폐 자산 시장 규제(Markets in Crypto-Assets:MICA)”가 채택될 경우, 암호화폐 자산을 다루는 모든 발행자와 서비스 제공자를 규제할 것이다. 이런 종류의 포괄적인 규칙 제정은 최초의 시도일 수는 있지만, 모호한 규제로 인한 애로를 겪는 참여자들에게 규제 확실성을 제공할 수 있으나, 과도한 부담으로 미래 혁신을 저해하는 측면도 있다.

유럽의 암호화폐 규칙 제정이 기선을 제압한 상황에서 미국이 추격전을 벌일지는 미지수다. 마찰의 가능성과 다수의 이해 당사자들의 복잡성으로 인해, 미국은 좀 더 관망적인 접근법을 취하는 것으로 보인다. 결국, 규칙

---

27) 예를 들어, 태국 증권거래위원회(SEC)는 유의미한 가치나 목적에 기반하지 않고 시장참여자들의 투기로 형성된 가격을 가진 토큰에 대한 투자로 인한 시장참여자들의 잠재적 손실을 막기 위한 노력으로 NFT를 포함한 특정 종류의 토큰을 공식적으로 금지했다. 해당 금지는 2021년 6월 11일부터 시행되나, 기존 토큰에는 소급 효과가 없다.

의 조화나 조정이 필요할 것 같지만, 그것은 앞으로 몇 년이 걸릴 것이다. 그 사이에 디지털 자산에 대한 규제 지형은 일부 예측보다 느릴 수 있으며 여러 기관과 부서에서 발전할 것이다.

NFT의 발행, 판매 및 유통, 그리고 보유 등의 각 단계에서 관련 당사자들은 일정한 법규제의 대상이 되거나 영향을 받을 수 있다. 우선 NFT 발행 단계에서, 발행자는 증권 등 금융투자상품의 성격을 갖는 NFT의 발행과 관련하여 자본시장법상 증권 발행 관련 규제가 적용될 수 있음을 유의할 필요가 있다. 또한, 현재 논의 중인 가상자산발행자에 대한 규제에 대한 도입 여부 주시하고 관련 내용을 면밀하게 파악할 필요가 있다. 금융위원회는 일반적인 NFT를 가상자산으로 판단하지는 않지만, 다수 발행하여 결제나 투자수단으로 이용하는 경우에는 해당 NFT를 가상자산으로 간주한다는 입장을 표명한 바 있다.

FATF(Financial Action Task Force)[28]가 2021년 10월 28일(현지시간) 발표한 '가상자산 및 가상자산 사업자를 위한 지침' 개정안에 따르면, "교환가능(interchangeable)하기 보다는 유일(unique)하고, 결제 및 투자용(payment or investment)이라기 보다는 수집용(collectible)에 가까운 NFT는 일반적으로 가상자산으로 간주되지 않는다"면서도, "NFT의 일반적인 사용이 가상자산의 정의에 해당하지 않더라도 가상자산의 일반적인 성격인 결제 및 투자에 사용된다면 가상자산으로 규제해야 한다"는 내용을 명시하였다.[29][30] 전문가들은 NFT가 특별한 기호나 취미를 가진 사람들끼리 거래하는 탓에 가격 조작 및 자금세탁방지(AML)에 특히 취약한 것으로 보고 있다. FATF는 2022년 6월 30일 발간한 '가상자산과 가상자산사업자(VASP)

28) FATF는 1989년 G7 정상회의에서 금융기관을 이용한 자금세탁에 대처하기 위하여 Task Force를 설립키로 합의함에 따라 출범했으며, 우리나라는 2009년 10월 정회원으로 가입하였다. 현재 우리나라, 미국, 영국, 중국, 일본 등 37개 국가와 European Commission, Gulf Co-operation Council 등 2개 국제기구가 회원으로 참여하고 있다. FATF는 자금세탁방지 국제기준의 제정과 국제협력 강화 등을 목표로 활동하고 있다. 참조: 금융정보분석원(https://www.kofiu.go.kr/kor/policy/iois01_1.do)

29) "NFT 규제동향" 2-3, 「자본시장포커스」 2022-09호, 2022년 4월, 자본시장연구원

30) "Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers" at 24, 0ct. 2021, FATF/OECD

에 대한 FATF의 감독 기준′ 보고서에서 자금세탁과 자전거래(wash trading) 등 불법 금융 행위에 NFT가 악용될 수 있다고 지적하면서, 비금융기관 업체들의 NFT 시장 진출과 함께 NFT로 인한 금융위험의 시장 내 전이 가능성에 대한 우려를 표명하였다.[31]

NFT가 가상자산에 해당하게 되면 특정금융거래정보법상 신고를 이행함으로써 AML 의무를 준수하도록 하겠지만, 가상자산에 해당하지 않으면 관련 의무를 준수할 필요가 없다.

3. NFT의 법적 쟁점

(1) NFT의 법적 성격

1) NFT의 가산자산성 판단 및 법적 취급

NFT는 그 성격상 다양한 자산과 연계될 수 있고 수많은 권리와 의무를 나타내므로 분류하기가 어렵다. 특히 NFT가 「특정거래정보의 보고 및 이용등에 관한 법률(이하 “특정금융정보법”)」상 가상자산에 해당하는지 또는 자본시장과 금융투자산업에 관한 법률(이하“자본시장법”)에 따른 증권에 해당하는지가 주요 쟁점이다.

특정금융정보법에 따르면, 가상자산이란 경제적 가치를 지닌 것으로서 전자적으로 거래 또는 이전될 수 있는 전자적 증표 및 그에 관한 일체의 권리를 의미한다.[32] 자본시장법상 금융투자상품이란 이익을 얻거나 손실을 회피할 목적으로 현재 또는 장래의 특정 시점에 금전, 그 밖의 재산적 가치가 있는 것을 지급할 것을 약정함으로써 취득하는 권리로서 그 권리를 취득하기 위해 지급하였거나 지급해야 할 금전 등의 총액이 그 권리로부터 회수하였거나 회수할 수 있는 금전 등의 총액을 초과하게 될 위험이 있는 것을 말한다.[33] NFT가 그 자체로서 경제적 가치를 가진다기보다 경제적 가치를

31) “Targeted Update on Implementation of FATF’s Standards on VAs and VASPs” at 20, June 2022, FATF/OECD

32)「특정 금융거래정보의 보고 및 이용에 관한 법률」 제2조 제1호

지닌 기초자산에 대한 일종의 등기권리증으로 역할 하기기 때문에 NFT를 일반적으로 특정금융정보법상 가상자산으로 포섭함에 있어 논란이 있다. 그러나, NFT가 다양한 형태로 급속하게 발전하고 있어, NFT가 지급수단, 투자수단 또는 자금조달수단과 같은 경제적 기능을 가진다고 실질적으로 판단되는 경우, 특금법상 가상자산으로 편입될 수 있다는 것이 금융감독당국의 입장이다.[34] NFT가 가상자산에 해당되는 경우, 현행 ICO 금지 규정이나 업권법상 발행인 규제에서는 자유롭지만, NFT의 거래 또는 중개 등의 영업행위를 하는 자는 신고 의무 등 특정금융정보법상의 각종 의무를 부담하게 된다.

2) NFT의 증권성 판단 및 법적 취급

NFT는 그 성격 및 수익 창출 방식에 따라 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률(“자본시장법”)상 투자계약증권에 해당될 수 있다. 가상자산의 증권성이 인정되는 경우, 해당 가상자산은 자본시장법 등 증권관련 법령의 적용을 받는다. 참고로, 자본시장법상 “투자계약증권”이란 “특정 투자자가 그 투자자와 타인 간의 공동사업에 금전 등을 투자하고 주로 타인이 수행한 공동사업의 결과에 따른 손익을 귀속 받는 계약상의 권리가 표시된 것”을 말한다.[35]

증권법의 적용을 받는 경우라도 자산의 유통 가능성이나 고액의 투자를 받을 수 있는 경우도 있기 때문에, 사업자는 증권법상의 자금조달 방안이 주는 실익도 함께 고려할 필요가 있다. 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 “자본시장법”)」은 금융투자상품을 “이익을 얻거나 손실을 회피할 목적으로 현재 또는 장래의 특정 시점에 금전, 그 밖이 가치가 있는 것을 지급하기로 약정함으로써 취득하는 권리로서, 그 권리를 취득하기 위하여

---

33) 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」 제3조 제1항 본문

34) 금융위원회 보도 내용 설명자료 https://www.fsc.go.kr/no010102/76934?srchCtgry=&curPage=&srchKey=&srchText=&srchBeginDt=&srchEndDt=

35) 송화윤, “NFT 규제에 대한 비교법적 고찰-증권형 및 가상자산형 NFT를 중심으로” 273-274, 「증권법 연구」 제23권 제1호, 2022년 5월

지급하였거나 지급해야 할 금전 등의 총액이 그 권리로부터 취득할 수 있는 금전 등의 총액을 초과하게 될 위험이 있는 것"이라고 규정한다.[36] 금융투자상품은 예금상품이나 보험상품과는 달리 투자성이 있는 것으로 원본 손실의 가능성이 있다. NFT 사업자가 증권관련 법령 규제로 인한 잠재적 불이익을 완화시키거나 최소화하기 위해서는 자본시장법상의 소액 공모 방식에 따르거나 비교적 용이하고 간단한 크리우드펀딩을 통하여 자금을 조달할 수 있다.

미국의 경우 비록 규제 당국이 지금까지 NFT에 대한 공식적인 지침을 제공하지 않았지만, NFT는 여러 열거된 항목과 "기타 모든 상품 및 물품"까지 포함하여 포괄적으로 정의하는 미국의 상품거래법(Commodity Exchange Act: CEA)에 따라 "상품(commodity)"으로 간주될 수 있다.[37] 미국의 상품선물거래위원회(Commodity Futures Trading Committee: CFTC)는 "상품" 정의에는 비트코인, 이더리움과 같은 암호화폐와 재생 에너지 신용, 배출 허용량 및 기타 무형 품목이 포함된다고 명시했다[38]. NFT는 블록체인 기술을 사용하여 구매, 판매, 보유한다는 점에서 암호화폐와 일부 유사점을 공유한다.

NFT가 상품으로 간주되는 경우 CEA는 두 가지 방법 중 하나를 적용할 수 있다. 첫째, CEA의 '사기 및 조작 거래에 대한 일반적인 금지'는 "현물" 기반, 즉 완전히 자금을 조달하고 차입하지 않은 거래에 적용될 수 있다. 그러나 NFT가 마진 베이스 또는 레버리지 베이스로 제공되는 경우, 거래가 28일 이내에 NFT의 "실제 인도"로 이어지지 않는 한, 등록된 파생상품 거래소에서만 NFT를 거래해야 하는 요구사항을 포함하여 추가 요구사항이 적용될 수 있다. CFTC는 최근 이러한 문제를 고려하는 데 도움이 될 수 있는 교환 매체로 사용되는 디지털 자산에 대한 '실제 인도(actual

36) 자본시장과 금융투자에 관한 법률 제3조 제1항

37) David Lucking & Vinod Aravind, "Cryptocurrency as a Commodity: The CFTC's Regulatory Framework" at 2, 「Global Legal Insight-Fintech」 1st Edition, 2019, Allen & Overy LLP

38) In the Matter of: Coinflip, Inc., d/b/a Derivabit, and Francisco Riordan, CFTC Docket No. 15-29; CFTC Docket No. 15-19, 2015 WL 5535736 (Sept. 17, 2015)

delivery)'에 대한 해석을 내놓았다.[39][40]

3) 조각투자와 NFT

조각투자란 2인 이상의 투자자가 실물자산, 기타 재산적 가치가 있는 권리를 분할 할 청구권에 투자하고 이를 거래하는 방식의 신종 투자 형태를 일컫는 말이다. 2022년 증권선물위원회는 ㈜뮤직카우가 발행한 '음악저작권료 참여청구권'을 투자계약증권으로 판단하였고, 4월 28일 투자자 보호와 사업자를 위한 예측가능성 제공을 위하여 투자상품의 증권성 판단기준 및 조각투자증권의 처리원칙, 조각투자증권 관련 금융 규제샌드박스 등을 주요 내용으로하는 '조각투자 등 신종증권 사업 관련 가이드라인'을 배포하였다. 해당 가이드라인에 따르면, 조각투자 상품을 판매하는 모든 기업들은 가이드라인에 따라 증권성 여부가 확인되면 반드시 금융당국에 신고해야 한다.

한편, 기술한 바와 같이 NFT는 그 성격 및 수익 창출 방식에 따라 자본시장 및 금융투자업에 관한 법률("자본시장법")상 투자계약증권에 해당될 수 있다. 참고로, 최근 금융당국은 신한은행의 공동구매 제품을 재판매하여 수익을 내는 재테크 사업인 "SOTWO"에서 발행된 토큰과 음악저작권 조각투자플랫폼으로 알려진 뮤직카우의 "저작권수익 참여청구권"을 자본시장법상 투자계약증권으로 인정될 여지가 있다고 판단한 바 있다.[41] 조각투자계약상품과 기초자산에 대한 권리를 작은 단위로 쪼개어 거래하는, 이른바 Fractional NFT("f-NFT")의 경우 f-NFT는 완전히 동일한 것은 아니지만, 판단의 취지로 볼 때 f-NFT도 수익창출에 관련 사업으로 인해 투자계약증권으로 취급될 가능성이 있다.

(2) NFT의 금융법적 쟁점

오늘날 시장에서 거래되는 많은 NFT는 여러 가지 이유로 현행법에 따라 "증권"으로 간주되지 않을 것으로 보인다. 그러나 NFT가 다른 사람들의

39) https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/8139-20
40) https://www.cftc.gov/sites/default/files/2020/06/2020-11827a.pdf at 37734
41) https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=177257

노력에 기초하여 구매자에게 이익의 기대치를 제공하도록 설계되었고 그렇게 마케팅되었다면 NFT는 담보로 간주 될 수 있다. 그러한 약정의 한 가지 잠재적 예는 투자자가 NFT에 대한 부분적인 지분을 다른 사람들과 공유하는 "부분적" NFT("f-NFT")일 수 있다. 사실과 상황에 따라 f-NFT는 하우이 테스트에서 '투자 계약'으로 간주될 수 있다.

NFT(또는 f-NFT)가 유가증권으로 간주되는 경우, 일반적인 증권법 문제가 발생할 수 있다. 예를 들어 1933년 증권법에 따른 제공의 등록 또는 면제; 1934년 증권거래법("거래소법")에 따른 브로커-딜러로서의 해당 금융상품의 판매자의 등록; 시장의 등록. 증권 거래소는 거래소법에 따라 증권 거래소로 판매되며, 중요한 누락이나 허위 진술 및 내부자 거래에 대한 증권법 책임, 공매도 제한 및 최초 공개에 따른 시장 안정 등이다.

(3) NFT와 지식재산권법

1) 서설

NFT 시장의 참신한 성격은 누가 실제로 NFT 저작권을 소유하고 있는지에 대한 의문을 제기한다. 특히, 실물 또는 디지털 컨텐츠에 대한 NFT의 발행과 거래가 진행되는 과정에서 여러 저작권법상 문제가 제기될 수 있다. 현행 법률 하에서는 NFT의 저작권을 별도로 다루고 있지 않으므로, NFT는 기존의 저작권법의 적용을 받게 된다. 예를 들어, 전통적인 견해는 기초적인 디지털 작품을 만드는 원본 예술가가 저작권 소유자라고 말한다. 반면에 NFT 옹호자들은 NFT가 예술의 한 형태에 기반을 두더라도 그것들이 주조될 때에만 만들어지기 때문에, NFT는 저작권 소유자로 간주된다고 주장한다. 이하에서는 NFT의 제작(Minting) 및 발행, 거래 및 유통단계에서 발생할 수 있는 지식재산권법의 내용과 쟁점과 각 이해당사자의 권리 내용을 살펴보고자 한다. 추가적으로, 현재 진행되고 있는 NFT 관련 지식재산권 분쟁사례와 사례별 쟁점을 소개한다.

2) NFT 제작 관련 지식재산권 쟁점

NFT는 물리적으로 존재하는 실물자산, 외부 저장소(서버)에 저장된 디지털자산 등 각종 "유무형의 자산"을 기초로 발행되며, 통상 "고유식별자(Token Identifier)"와 기초자산에 관한 정보인 "메타데이터". 그리고 "스마트컨트랙트" 등으로 구성된다.[42]

NFT 제작(Minting)은 실물(아날로그)인 상태의 저작물을 NFT로 발행하는 경우와 처음부터 하나인 디지털 원저작물에 대하여 수 개의 NFT가 제작되는 경우로 나누어 볼 수 있다.

원저작자는 블록체인상에 직접 NFT를 위한 스마트 컨트랙트를 구현할 수 있다. 또는 NFT 거래서나 옥션(경매) 사이트 등 사업자들이 제공하는 플랫폼상의 기능을 이용하여 발행할 수도 있고, 또는, 관련 업무를 수행하는 제3자에게 저작물의 NFT 제작 업무를 위탁하여 발행할 수 있다. 그 과정에서 플랫폼 약관이나 업무 수탁자와의 계약 내용에 저작물의 복제를 NFT 발행 목적으로 한정하는 등 권리 범위를 명확히 하여 저작물을 NFT화 하는 과정에서 법적 이슈가 발생하는 것을 방지 내지 최소화하거나 하는 것이 바람직하며, 각 이해당사자들은 거래 전에 약관이나 거래 계약을 면밀히 확인할 필요가 있다. 특히 NFT 발행 위탁 관계에서, 수탁자는 사전에 계약상 허용된 이용 범위를 명확히 설정하고 이해함으로써 NFT 발행 과정에서 저작권 침해 가능성을 차단할 필요가 있다.

3) NFT 유통 및 거래 관련 지직재산권 쟁점

발행된 NFT의 이전 및 양도를 위한 거래는 스마트 컨트랙트에 의존하여 이루어지는데, 스마트 계약서는 NFT에 대한 개인의 소유권을 추적하고 예술가에 대한 로열티 수수료 지급과 같은 규정된 조건을 포함할 수 있다.[43] NFT의 거래가 이루어지는 경우, NFT의 대상이 된 원저작물의 소유

---

42) https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Info/LawFirm-NewsLetter-View?serial=177257

43) Emily Dieli, " Tarantino v. Miramax: The Rise of NFTs and Their Copyright Implications" at 2, Boston College Intellectual Property & Thechnoloy Forum, June 27, 2022

권만 이전되는지, 소유권 뿐만 아니라 저작권 등 원저작물의 제반 권리가 NFT에 화체되어 모두 이전되는지가 문제될 수 있다. 원저작물의 제작자와 NFT 제작자 사이의 계약 등 구체적 사안에 따라 달라지겠지만, NFT 거래 자체가 원저작물의 저작권의 양도까지 포함한다고 볼 것은 아니다.[44]. 보다 근본적으로, NFT 제작자가 원저작권자로부터 NFT 발행에 대한 동의를 얻었다는 사실 자체만으로는 소유권이나 저작권 등의 권리를 양도받았다는 의미로 볼 것은 아니다.[45]계약 조건에 사용된 언어는 적용 가능한 권리를 특정할 만큼 충분히 명시적이어야 하지만 기술발전 등에 따른 미래의 새로운 권리 출현을 포괄할 만큼 충분히 광범위해야 한다.

NFT의 구매는 고유성이 인정된 디지털 콘텐츠를 공식적으로 구매하여 보유한다는 사실을 인증하는 것 외에 NFT에 대한 그 밖의 모든 권리를 보장받기 어렵다. 즉, 소유권을 인정받는 경우라 하더라도, 원작자와의 추가적인 계약 없이는 특정 콘텐츠 파일의 보유자로서 인테넷망에서 인정받는다는 사실 외에 저작권 관련 제반 권리를 인정하기는 어렵기 때문이다. 특히, 디지털 컨텐츠는 복제 및 사용이 비교적 자유롭기 때문에 원본의 보유에도 불구하고 복제본의 보유나 사용을 제한하기가 무척 어렵다. 또한, NFT를 구매한 경우라도 콘텐츠 제작자가 아닌 구매자가 지식재산권 등의 권리를 보유하지 않을 가능성이 높기 때문에 구매자는 가능한 경우 해당 NFT가 적법한 권리를 가진 자에 의해 제작된 것인지 확인할 필요가 있다. 블록체인은 NFT의 생성 및 거래 내역을 모두 기록하고 있기 때문에 이를 확인하는 것이가능하다[46]. 기술한 바와 같이, NFT의 구매 자체로 저작권이 당연히 양도되는 것은 아니기 때문에, 계약 내용이 NFT 대상 저작물의 양도와 저작권의 양도를 함께 포함하고 있는지 확인할 필요가 있다.[47]

---

44) “NFT 관련시장 및 정책동향 분석” 28면,(사) 한국인터넷기업협회

45) 곽상빈, “대체불가능토큰(NFT) 거래 관련 법적 쟁점에 관한 소고” 190쪽, 「지급결제학회지」 제13권 2호, 2021년 12월, 한국지급결제학회

46) 김현경, NFT콘텐츠 거래의 법적 쟁점에 대한 고찰“ 395면, 「성균관법학」 제33권 제3호 2021년 9월, 성균관대학교 법학연구원

47) 김현경 전게논문 415면

4) NFT 저장소 관련 쟁점

NFT 플랫폼은 대개 분산형 파일시스템인 InterPlanetary File System (IPFS)에 저장되는데, IPFS는 대용량 파일이나 데이터를 저장하여 인터넷 상에 공유하기 위한 프로토콜이자 P2P 네트워크이다. 원저작물로부터 NFT 제작이 이루어진(디지털화된) 저작물은 새로운 저작물로 인정되지 않고 원저작물이 복제된 것으로 본다. 이러한 디지털화된 저작물이 IPFS나 블록체인 등 별도에 별도로 저장되는 것 또한 원저작물의 복제행위로 볼 수 있다. 따라서, 원저작자의 허락이 없는 경우 디지털화된 저작물의 네트워크를 통한 전송이나 저장은 저작권이나 전송권의 침해할 위험이 있다.[48]

5) 분쟁사례(Miramax, LLC v. Tarantino)

미국 연방법원은 미라맥스와 쿠엔틴 타란티노 사이에 계류 중인 사건에서 처음으로 이 문제에 대해 판결을 내릴 기회를 갖게 될 것이다. 영화 제작사와 유명 감독은 타란티노가 NFT로 판매한 각본 장면의 지적재산권을 놓고 갈등을 빚고 있다.[49] 이에 1994년 이 영화를 제작한 스튜디오 미라맥스는, 2021년 11월, “계약상 및 지적재산권을 강제, 보존, 보호하기 위해” 타란티노를 상대로 저작권 및 상표권 침해에 대한 소송을 제기했다.[50]

미국 저작권법을 고려할 때, 원작의 저작권자(및 그 사용권자)는 작품을 NFT로 변환할 수 있는 권한을 가지고 있다.[51] 타란티노는 “미라맥스와 타란티노 사이의 1993년 계약에 따르면 타란티노를 필수 저작권 소유자이고, 따라서 펄프 픽션과 관련된 NFT를 발행할 수 있는 권리를 보유한다”고 주장한다.[52]

---

48) 정영훈, “NFT(대체불가능토큰) 관련 주요 동향과 소비자 이슈” 20면, 「소비자정책동향」 제122호, 2022년 5월 26일, 한국소비자원

49) MIRAMAX, LLC, Plaintiff, v. Quentin TARANTINO; Visiona Romantica, Inc.; and Does 1-50, Defendants.United States District Court, C.D. California. November 16, 2021

50) MIRAMAX, LLC, Planintiff v. Quentin TARANTINO; Visiona Romantica, Inc.; and Does 1-50, Defendants. No.2:21-cv-08979: 2011 WL 5359414 (C.D.Cal.)(Trial Pleading), United Distict Cour, C.D. California

51) 17 U.S.C.§ 101

NFT는 블록체인 기술과 암호화폐를 기반으로 새롭게 부상하는 산업 분야 중 하나로 2014년 이후 급성장하였다. 거의 30년 전인 계약 체결 당시만 해도 암호화폐는 존재하지 않았다. 따라서, 계약서의 언어를 면밀히 분석하여 쟁점된 권리의 적절한 소유권을 결정해야 한다. 계약에서 타란티노는 "출판물(출판물 제외 포함)"을 인쇄할 권리를 유보했다. 미라맥스는 타란티노의 출판권이 NFT 발행에 적용되지 않는다고 주장한다. 또한, 타란티노가 진행하는 NFT의 판매는 "일회성 거래"로서 출판의 개념에서 벗어나며, 따라서, 해당 NFT는 타란티노가 유보한 "각본 출판물"로 간주할 수 없기 때문에, 결과적으로, 타란티노는 NFT를 발행할 수 있는 권리가 없다고 주장한다.[53] 타란티노는 그 반대의 주장을 펼치는데, 그는 단지 원본 대본의 복사본을 복제하고 있을 뿐이며, 이는 그가 분명히 유보한 권리이다. 타란티노의 NFT 판매는 진행 중인 소송에도 불구하고 2022년 1월 실제로 이루어졌다. 타란티노는 그의 펄프 픽션 대본 중 영상 편집과정에서 상영이 제외된 7개의 장면을 독특한 NFT로 제작하였다[54].

판례의 결과와 향후 법률은 향후 NFT의 구매 및 판매 방식에 직접적인 영향을 미칠 것이다. 법원이 전통적인 지적재산법을 NFT에 적용하면서 NFT 자체보다는 NFT 뒤에 있는 기본 자산에 저작권을 부여하게 될 것이라는 예측도 있지만, 법원이 NFT 매각이 일회성 거래라고 판단하면 재산을 NFT로 매각하는 것은 작품의 복제에 해당하기 때문에 타란티노가 침해했다고 판단할 가능성도 있다. 비록 분쟁은 타란티노와 미라맥스 사이의 계약 해석에 달려 있을 가능성이 높지만, 법원은 전통적인 저작권법에 따라 이 사건을 분류하고 NFT에 대한 향후 분쟁에 대한 지침을 제공할 수 있는 기회를 가지고 있다는 것이 어느정도 변수로 작용할 수도 있다. 따라서, 양측

52) MIRAMAX, LLC, Plaintiff, v. Quentin TARANTINO; Visiona Romantica, Inc.; and Does 1-50, Defendants.United States District Court, C.D. California.June 21, 2022

53) *See* Emily Dieli(2022) at 8, *supra* note 40; MIRAMAX, LLC, Plaintiff, v. Quentin TARANTINO; Visiona Romantica, Inc.; and Does 1-50, Defendants.United States District Court, C.D. California. June 30, 2022

54) 타란티노의 펄프픽션 NFT는 상영에서 누락된 7개의 장면, 본인의 음성해설, 손으로 쓴 대본 등이 포함되어 있다.

이 저작권을 기반으로 NFT를 판매할 수 있도록 허용하는 법원 명령이 내려질 가능성도 배제할 수 없다.

6) 소결

거래계약과 관련하여, NFT 관련 분쟁 위험을 최소화하기 위하여, 작품의 원작자, NFT 제작자 및 발행자, 그리고 NFT 구입자들은 각각의 관련 권리를 면밀하게 확인하고, 관련 내용을 계약서에 구체적으로 작성할 필요가 있다. 이 과정에서 기술발전으로 인하여 미래에 제기될 수 있는 새로운 권리의 출현을 함께 고려하는 것이 바람직하다.

입법적 측면에서, NFT 저작권의 법적 정의 규정 등을 포함하여 NFT 저작권의 법적 시행이 절실히 필요하다. NFT 저작권법은 우선 저작권 침해 및 불법 복제로부터 취약한 아티스트와 크리에이터의 보호한다. 또한, NFT 저작권의 법적 보장은 더 큰 혁신의 잠재력을 가진 새롭고 유망한 분야에서 독특한 작품을 만들 동기를 부여할 것이다.[55] NFT 저작권은 NFT만의 고유하고 독특한 시장을 형성시키고 작품의 시장가치를 증가시키는 경제적 정당성도 가지고 있다. 끝으로, NFT 저작권은 NFT가 원작품에의 접근에 대한 장벽으로 작용하는 것이 아니라 블록체인 코드를 통해 누가 작품을 "소유"하는지 보여주는 증서 역할을 하게 함으로써 NFT 저작권은 원작품의 가치를 향상시키는 기능을 한다.

V. 결 론

본 연구는 엔터테인먼트 산업에서의 NFT 시장동향 및 활용사례를 분석하고 관련 법적 고려사항을 살펴보았다. 2021년을 시작으로 빠르게 증가한 NFT 시장은 수집품과 메타버스 분야가 주를 이루고 있다. 수집품 NFT 중에서는 BAYC나 크립토펑크와 같은 PFP NFT가 가장 활발히 거래되고 있다. 이들 PFP NFT는 소유자에게 NFT IP를 활용한 상업권 권리 일체를

55) *See* Emily Dieli(2022) at 9

부여하고 있는데, 영화, 음악, 메타버스, 게임 등 탈중앙화된 엔터테인먼트 시장을 개척하고 있다. 그리고 메타버스 분야의 NFT는 주로 게임 분야로 역시 엔터테인먼트 분야로 볼 수 있다. 결론적으로 NFT 시장은 엔터테인먼트 분야가 주도하고 있다고 볼 수 있다.

엔터테인먼트 산업 분야에서 NFT는 발행자가 보유한 IP 기반의 콘텐츠 발행, 자금조달 및 서비스 판매의 새로운 방식 제공, 그리고 PFP NFT의 IP를 활용한 개인 주도 콘텐츠 제작 등의 방법으로 활용되고 있다. 대형 미디어 그룹은 그들이 보유한 IP 콘텐츠를 활용하여 소비자들에게 새로운 경험과 동시에 커뮤니티를 만들고 있고, 음악과 영화 분야에서는 창작자나 아티스트들에게 자금조달 또는 공정한 이익을 분배하는 수단으로 NFT가 활용되기도 한다. 그리고 BAYC 사례에서와 같이 대형 미디어 그룹이 보유한 IP가 아닌 개인이 보유한 IP가 주도하는 새로운 형태의 엔터테인먼트 시장이 만들어지고 있다.

국내에서도 대형 연예기획사나 IT기업, 그리고 게임회사 등 엔터테인먼트 산업 내 기업들의 NFT 시장 진출이 활발해지고 있다. 그러나 NFT에 대한 법적 근거가 부족하다는 점은 이들 기업이 NFT 시장에 진출하는 데 걸림돌이 된다. 따라서, 저작권법, 증권법, 특금법 등에서 NFT에 대한 법적 취급을 명확히 규정할 필요가 있다.

입법자들은 특히 NFT에 대한 저작권의 정의를 법문에 명시하고, 저작권법의 근본적인 목적을 반영하여 기본 자산의 원 소유자가 저작권을 소유하며, 라이선스를 통해서만 자산을 발행할 수 있음을 명확하게 규정하여야 한다. 요컨대, NFT 저작권의 입법적 명확화는 저작권의 보호 및 디지털 시장의 공정성 확보를 보장하고, 과학 및 예술의 발전을 촉진시키며, 고유한 시장의 형성과 경제적 가치의 창출에 기여한다.

엔터테인먼트 산업에서의 대체불가토큰(NFT) 활용과 법적 고려사항 - 임 병 화 · 고 영 미	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.08.27.	2022.09.08.	2022.10.07.

[참고문헌]

[국문]

곽상빈, “대체불가능토큰(NFT) 거래 관련 법적 쟁점에 관한 소고”, 「지급결제학회지」 제13권 2호, 2021년 12월, 한국지급결제학회

김민정, 박재우, “NFT 기술을 활용한 한국 애니메이션 디지털 M&L 수익창출방안 연구,” 에니메이션연구, 제17권 제3호, 2021년

삼일회계법인(2022), “NFT & Metaverse - NFT & Metaverse 신업에 PwC 서비스 적용 사례,” 2022년 4월

송화윤, “NFT 규제에 대한 비교법적 고찰-증권형 및 가상자산형 NFT를 중심으로”, 「증권법 연구」 제23권 제1호, 2022년 5월

이중엽, 이강효(2021), “NFT 기술 동향과 정책적 시사점,” 2021년 한국통신학회 추계종합학술발표회

이진영, 조규선, “최신 NFT 기술의 이해와 응용,” 「한국정보기술학회지,」, 제19권 제1호, 2021

정영훈, “NFT(대체불가능토큰) 관련 주요 동향과 소비자 이슈”,「소비자정책동향」 제122 호, 2022년 5월 26일, 한국소비자원

한정훈, “미디어 엔터테인먼트와 NFT,”, 「트렌드리포트」, Vol. 50, 2022년, 한국방송통신전파진흥원

“NFT 기술의 이해와 활용, 한계점 분석,”「 KISA Insight」, Vol. 03, 2021년, 한국인터넷진흥원

“NFT 규제동향”, 「자본시장포커스」 2022-09호, 2022년 4월, 자본시장연구원

[영문]

Behal, Pranav (2022), “Listen-To-Earn: How Web3 Can Change the Music Industry,” Working paper, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4150998

David Lucking & Vinod Aravind, “Cryptocurrency as a Commodity: The CFTC’s Regulatory Framework”, 「Global Legal Insight-Fintech」1st Edition, Allen & Overy LLP, 2019

Emily Dieli, “Tarantino v. Miramax: The Rise of NFTs and Their Copyright Implications”, Boston College Intellectual Property & Thechnoloy Forum, June 27, 2022

Hu, Cherie,, “Music NFT market update,” Water & Music, April 25, 2021, Slide

In the Matter of: Coinflip, Inc., d/b/a Derivabit, and Francisco Riordan, CFTC Docket No. 15-29; CFTC Docket No. 15-19, 2015 WL 5535736 (Sept. 17, 2015)

Lee, Edward,, “The Bored Ape Business Model: Decentralized Collaboration via Blockchain and NFTs,” 2021, Available at SSRN:https://ssrn.com/abstract=3963881

Lee, Edward, “NFTs as Decentralized Intellectual Property,” Working paper, 2022 Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4023736

Murray, Michael D., “NFT Ownership and Copyrights,” Working paper, 2022 Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4152468

MIRAMAX, LLC, Plaintiff, v. Quentin TARANTINO; Visiona Romantica, Inc.; and Does 1-50, Defendants.United States District Court, C.D. California. November 16, 2021

MIRAMAX, LLC, Plaintiff, v. Quentin TARANTINO; Visiona Romantica, Inc.; and Does 1-50, Defendants. United States District Court, C.D. California. June 21, 2022

MIRAMAX, LLC, Plaintiff, v. Quentin TARANTINO; Visiona Romantica, Inc.; and Does 1-50, Defendants. United States District Court, C.D. California. June 30, 2022

Wang, Qin, Rujia Li, Qi Wang, Shiping Chen, "Non-Fungible Token (NFT): Overview, Evaluation, Opportunities and Challenges," Working paper, 2021, Available at https://doi.org/10.48550/arXiv.2105.07447

"Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers", 0ct. 2021, FATF/OECD

"Targeted Update on Implementation of FATF's Standards on VAs and VASPs", June 2022, FATF/OECD

https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/8139-20

https://www.cftc.gov/sites/default/files/2020/06/2020-11827a.pdf

https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=177257

https://www.fsc.go.kr/no010102/76934?srchCtgry=&curPage=&srchKey=&srchText=&srchBeginDt=&srchEndDt=

https://www.kofiu.go.kr/kor/policy/iois01_1.do

【국문초록】

본 연구는 엔터테인먼트 관련 NFT 시장 구조 및 NFT 활용사례를 분석하고, 엔터테인먼트 NFT 관련 법적 고려사항을 살펴본다. 엔터테인먼트 산업 내 NFT 관심이 증대되고 있고 분야별 특성에 따라 NFT 활용 방법이나 범위가 다르다. 언론과 영화, 에니메이션, 그리고 음악 시장 등 특정 엔터테인먼트 산업이 아닌 음악, 영화, 게임 등 엔터테인먼트 산업 분야별 NFT 활용사례와 활용방안을 비교·분석한 연구는 아직 없으며, 엔터테인먼트 산업 내에 NFT 발행 사례와 법적 고려사항을 함께 분석한 연구도 없는 상황이다.

본 연구에서는 음악, 영화 및 방송, 게임, 메타버스 등 각 엔터테인먼트 산업 분야별 NFT 활용사례를 분석함으로써 엔터테인먼트 NFT에 대한 폭넓은 이해가 가능케 하였다. 특히 '지루한 원숭이의 요트클럽(BAYC)' NFT 모델 분석을 통해 NFT를 활용한 새로운 형태의 엔터테인먼트 산업을 소개하고 향후 엔터테인먼트 산업의 발전 방향을 전망해 본다. 또한, 국내 기업들의 엔터테인먼트 NFT 시장 참여 사례를 소개하고, 관련 법적 고려사항을 제시하였다.

기존의 규제 및 법적 환경은 NFT를 포함한 디지털 자산을 고려하여 설계된 것이 아니다. 그럼에도 불구하고 투자자, 금융 서비스 및 핀테크 기업, 기타 상업적 이해관계자들은 그러한 환경 속에서 다양한 디지털 산업을 수행 가능성을 탐색하며, 그 과정에서 결국에는 몇 가지 핵심적인 법·규제 문제를 극복하고 해결할 필요가 있다. 즉, 여러 혁신사업의 경우 일정 규모와 시점까지는 NFT에 대한 규제망을 피하여 사업을 영위할 수 있을지라도, 결국은 타협이 필요할 수 있는 상업적 및 법적 문제들을 마주하는 것을 볼 수 있다. 특히 NFT 기반 엔터테인먼트 산업의 이해관계자들이 직면할 수 있는 핵심적인 법적 문제 중에서, 각국의 규제현황, 금융법, 그리고 지식재산권법 등과 관련한 주요 쟁점들을 살펴본다.

【Abstract】

Non-Fungible Token(NFT) Utilization and Legal Considerations in the Entertainment Industry

Byung Hwa Lim
(Associate Professor,
Sungkyunkwan University, SKK Business School, Department of FinTech)
Youngmi Ko
(Associate Professor, Soongsil University, Department of Global Law)

This study analyzes the entertainment-related NFT market structure and NFT use cases, and examines legal considerations related to entertainment NFT. Interest in NFT in the entertainment industry is increasing, and the method or scope of using NFT varies depending on the characteristics of each field. Nevertheless, there are still insufficient studies analyzing NFT issuance cases and legal considerations within the entertainment industry. Han Jung-hoon(2022) analyzed NFT trends in the entertainment sector by introducing NFT use cases in the media and film fields, and Hu(2021) and Behal(2022) analyzed new ways to participate in the music market using NFT. In addition, Kim Min-jung and Park Jae-woo(2021) suggested a plan to use NFT in the animation field. However, there are no studies yet comparing and analyzing NFT utilization plans by field of entertainment industry such as music, movies, and games.

Although the analysis of NFT use cases and trends in each field of the entertainment industry has important significance, there is a limit to

understanding the innovative changes in the entertainment industry using NFT. In this study, including this BAYC model, a wide understanding of entertainment NFT was possible by analyzing NFT use cases in each entertainment industry such as music, film and broadcasting, games, and metaverse. In addition, domestic companies' participation in the entertainment NFT market was introduced, and related legal considerations were presented.

The existing regulatory and legal environment is not designed in consideration of digital assets, including NFT. Nevertheless, investors, financial services and fintech firms, and other commercial stakeholders need to explore the possibilities of performing various digital industries in such an environment, eventually overcoming and resolving some key legal and regulatory issues. In other words, in the case of various innovative projects, it can be seen that they face commercial and legal problems that may eventually require compromise, even if they can run their business avoiding the regulatory network for NFT until a certain size and point. In the following, among the key legal issues that stakeholders in the NFT-based entertainment industry may face, major issues related to each country's regulatory status, financial laws, and intellectual property laws are examined.

주제어(Keyword) : 대체불가토큰(NFT)(Non-Fungible Token(NFT)), 엔터테인먼트(Entertainment), 시장구조(Market Trend), 활용사례(Virtual Asset), 법적 고려사항(Legal Considerations)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.361

마이데이터 사업에서의 시장창설적 규제

- 규제법 모델에 의한 개인정보 이동권의 실현 -

계 인 국*

▶목 차◀

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 마이데이터 사업의 법적 성격
1. 데이터법의 기본 구도
2. 개인의 정보자기결정권과 실질화
3. 개인정보 이동권
4. 마이데이터 사업의 현황
Ⅲ. 마이데이터 사업 규제
1. 개인정보 이동권의 이원적 목적
2. 규제법적 측면에서의 분석
3. 마이데이터 사업의 진입규제
Ⅳ. 평가 및 개선 방안

Ⅰ. 서 론

"마이데이터(My Data)"라는 비유적 표제는 정보주체가 그의 데이터에 대한 통제권과 결정권을 가지고 그 제공과 활용을 직접 그리고 적극적으로 관리하고 결정하는 모습을 보여준다.[1] 일단 마이데이터의 출발점은 정보주체가 본인에게 또는 제3자에게 그의 개인정보를 전송해줄 것을 요청하는 권리를 법적으로 보장하는 것이라 할 수 있다. 개인정보 이동권 또는 전송요구권 등과 같은 제목의 권리가 법적으로 보장되면 이에 따라 정보주체가 자

* 고려대 행정전문대학원 부교수, 법학박사(Dr. jur.).

1) 이성엽/계인국, "보건의료 데이터 활용의 법적 쟁점과 과제", 공법연구 제50집 제2호 (2021), 163면.

신의 데이터를 조회, 저장하기 시작하여 차츰 제3자에게 전송을 요구하게 되고 본인의 관리 및 통제 하에 정보주체의 대리자가 데이터를 분석하여 맞춤형 서비스를 제공하게 된다는 것이다. 이렇게 정보주체를 대리하여 데이터를 요청받고 이를 처리하여 필요한 서비스를 제공하는 사업이 이른바 "마이데이터 사업"이다. 그러나 개인정보 이동권을 그저 법적으로 보장해주기만 하는 것으로는 수많은 기관 및 업종 간에 융통되는 다양한 형태의 데이터를 간단히 저장 또는 전송하고 이를 토대로 마이데이터 사업을 활성화시키는데 한계가 있다. 데이터 표준화의 문제는 물론, 전송이 허용되는 데이터의 범위나 종류가 영역에 따라 달리 판단될 수도 있고 기간과 그 갱신의 문제, 타 기관 및 사업자 데이터로의 접속이나 요금의 문제, 데이터의 저장능력 및 전송과정에서의 암호화 등 마이데이터 사업을 일정 궤도에 올리기 위해서는 여러 법적, 제도적 기반을 구축할 필요가 있는 것이다.

대개 법적 권리의 보장과 제도적 기반의 구축은 규제로 이어지게 된다. 다만 기존 개인정보 보호법제가 정보주체의 인적 관련 정보를 타인이 무단히 이용함을 금지하고 법률의 규정이나 정보주체의 동의를 통해 이용할 수 있도록 하는 등의 규제를 두었다면, 마이데이터 사업은 개인정보 이동권의 보장에서 출발하여 해당 영역과 타 영역간의 데이터 표준화, 개인정보보호와 보안 이슈 등의 제도적 기반을 통해 새로운 데이터 시장을 비로소 창설하는 규제로 이해할 수 있다.[2] 이러한 "시장창설적 규제(marktschaffende Regulierung)"는 법치국가 원리의 현대적 발전단계에서 나타나는 국가형상인 보장국가(Gewährleistungsstaat)와, 보장국가를 특징짓는 국가와 사회의 "분업적 공동선실현(arbeitsteilige Gemeinwihlverwirklichung)"이라는 이념

2) 이미 존재하는 시장에서의 경쟁을 보호하는 것이 아니라 시장을 비로소 형성하고 공동선 목적과의 결합 가운데 경쟁을 지속적으로 보장하는 시장창설적 규제는 바로 규제법(Regulierungsrecht)상의 규제개념이다. 이러한 규제개념을 설명한 대표적 문헌으로는, *M. Fehling*, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland - Zu den Konturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, in: *H. Hill* (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Sektors, S. 91 (99); *M. Ruffert*, Regulierung im System des Verwaltungsrechts-Grundstrukturen des Privatisierung- sfolgenrechts der Post und Telekommunikation, AöR 124 (1999), S. 237 (246); *O. Lepsius*, Ziele der Regulierung, in: *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), Regulierungsrecht, § 19, Rn. 1; 계인국, 망규제법상 규제목적의 결합과 그 의의, 67면 (93면).

을 표방하는 규제법 정책에서 비롯된다.[3] 마이데이터 사업의 시행과 활성화를 위한 제도형성과 규제는 국가주도적·국가후견적 데이터 유통공간을 표방하는 것이 결코 아니다.[4] 오히려 마이데이터 사업은 민간에 의해 서비스가 창출되고 제공되며 이를 위한 법적, 제도적 기반을 국가가 보장하는 모습을 잘 보여주고 있다. 다시 말해 정보주체는 이전보다 더욱 능동적이고 실질적으로 그의 정보자기결정권을 행사할 수 있게 되고 마이데이터 사업자는 데이터 활용을 통해 다양한 서비스를 산출해내어 데이터 시장을 활성화시키지만 데이터 시장의 근간을 애초에 처음 형성하며 그 안에서 추구되는 공익을 시장원리와 결합시켜 충분한 수준을 지속적으로 보장하도록 하는 규제가 필요한 것이다.[5] 이러한 기본적 관점을 발전시키기 위하여 이하에서는 (i) 마이데이터의 이념과 기존 데이터법제를 비교하여 (ii) 마이데이터의 법적 성격을 통해 시장창설적 규제의 적용가능성을 타진하고 (iii) 특히 진입규제의 문제를 중심으로 논의를 구체화하여본다.

Ⅱ. 마이데이터 사업의 법적 성격

1. 개인의 정보자기결정권의 실질화

(1) 데이터법과 개인의 정보자기결정권

데이터(Data)는 현실 세계에서 수집되고 측정된 사실, 수치 등의 자료로, 데이터매체가 확정하고 정보 및 지식의 토대로 기능할 수 있는 기호, 상징,[6] 및 소통체계의 의미를 가진다.[7] 데이터법이란 이 데이터를 규율하는

---

3) 보장국가의 핵심적 테제인 국가와 사회의 분업적 공동선실현이 가지는 의미에 대해서는, 계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제” 공법연구 제41집 제4호 (2013), 158면 이하.

4) 이는 시장창설적 규제에 대한 흔한 오해 중 하나이다. 시장창설적 규제는 기업으로 하여금 특정 비즈니스 모델을 지시 또는 강제하거나 경쟁에 강제로 참여하도록 하는 계획경제 또는 권위적· 후견적 정책과는 전혀 다르다는 것을 유의하여야 한다..

5) 주지하다시피, 형성되는 시장에서 공익목적과 시장원리가 유기적으로 결합되는 모습은 보장국가론을 기초로 하는 규제법의 전형적인 모습이다.

법영역 전반에 대한 표현이며 특히 데이터의 이용과 보호, 그리고 데이터 인프라 보안을 주된 내용으로 한다. 또한 데이터법은 "누가 무엇을 언제 그리고 어떤 경유로 이에 대해 아는 지"를 스스로 확정할 수 있는 개인의 권한을 내용으로 하는 헌법상 개인의 정보자기결정권과 사생활의 비밀과 자유를 구체화하는 법이므로 공법적 규율이 주를 이루고 있으나 동시에 민사법 및 형사법적 성격이 나타나기도 한다.[8]

(2) 금지원칙

금지원칙(Verbotsprinzip)이란 개인정보 보호법제에서 타인이 임의로 인적 관련 정보를 이용함이 원칙적으로 금지된다는 것을 말한다. 본래 금지원칙은 개인정보의 처리단계와 공적 결정을 분리시켜 어떤 공적 결정이 내려지는지와 무관하게 개인정보를 보호대상으로 하고 데이터 이용의 한계를 법률상 구현하여 국가권력의 정보처리 결정권한을 제한 및 분할하는 역할을 수행하였다.[9] 그러나 금지원칙은 이내 일반의 제3자에 대해서도 개인정보 이용의 합법성을 문제 삼게 되는데, 법치국가원리나 권력분립의 원칙[10] 및 관할권[11] 등에 의해 어느 정도 예측이 되는 국가권력의 경우와 달리 일반의 제3자에 대해서 특히 개인정보 이용의 합법성을 예측할 기준 내지 가능성이 마련될 필요가 있었기 때문이다. 이러한 합법성의 수단으로 널리 사용된 것이 바로 동의제도이다. 즉 동의는 종래 금지원칙에 기반한 개인정보 보호법제에서 정보의 수집, 처리 및 이용을 위한 조건이며, 동의를 통해 개인정보처리의 형식적 합법성을 인정하게 된다.

---

6) *M. Albers*, Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), GVwR II, § 22, Rn. 11.

7) *T. Vesting*, Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), GVwR II, § 21, Rn. 11.

8) 양천수, "데이터법의 형성과 분화", 이성엽 편, 데이터와 법, 39면.

9) *M. Albers*, Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), GVwR II, § 22, Rn. 88.

10) 계인국, "빅데이터 시대 전자정부에서의 개인정보보호", 안암법학 제50호, 214면 이하.

11) *C. Petersen*, Einheitlicher Ansprechpartner und Datenschutz, LKV 2010, S. 344 (346).

(3) 실질적 합법화 수단의 강구

금지원칙 하에서 동의는 정보주체가 자신의 인격형상이 미래 어느 시점에 특정되고 이용되지 않도록, 미리 사전에 동의한 정보만을 수집·처리 및 이용되도록 하여 예상하지 못하였던 정보 이용이나 결합을 최소한으로 줄인다는 데에 의의가 있다. 그러나 동의는 어디까지나 형식적으로 정보이용을 합법화시킬 뿐이지 정보이용자가 적극적이고 주관적으로 이용목적 등을 설정하는 것은 그 내용으로 하지 않는다.[12] 이에 따라 동의 이외에도 데이터 이용을 실질적으로 합법화시킬 수 있는 수단들이 추가적으로 요청되고 또한 강구되어왔는데, 대표적으로 목적구속의 원칙이 목적동일성을 요구하던 것에서 목적합치가능성(=양립가능성)으로 변화되고, 다시 정보주체가 정보처리목적을 스스로 정하도록 하는 주관적 목적확정이 제안되었던 예를 들 수 있다.[13] 이러한 실질화 경향은 개인의 정보자기결정권이 입법자가 정해놓은 프레임 안에서만 인정된다는 것을 넘어 적극적으로 그의 데이터를 이용하고 전송을 요구할 것을 결정하고 관리할 수 있다는 데에 미친다. 바로 여기에서 개인의 정보자기결정권과 개인정보 이동권의 발전방향이 마주치게 된다.

2. 개인정보 이동권

(1) 법률상 개념

유럽연합 데이터보호 기본명령(General Data Protection Regulation: GDPR) 제20조를 통해 본격적으로 실정법에 등장한 개인정보 이동권(Right to data portability)은, 개인정보주체가 정보처리자에게 제공했던 자신에 관한 개인정보를 구조적이고, 통상적으로 사용되며 기계적 판독이 가능한 형식으로 전송받을 수 있는 권리이며 또한 이러한 개인정보를 다른 정보처리자에게 방해받지 않고 전송할 수 있는 권리로 정의되어 있다. 현행법상 개

---

12) 이와 같은 동의의 한계, 즉 형식적 합법화 수단이라는 점을 간과하고 동의제도에 과도한 기능을 부여하려는 경우에 포괄동의와 같은 문제상황이 발생한다.

13) 계인국, “빅데이터 시대 전자정부에서의 개인정보보호”, 안암법학 제50호, 228면 이하.

인정보 이동권의 근거규정은 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(이하, 신용정보법) 제33조의2 제1항으로, 여기에서는 "개인인 신용정보주체는 신용정보제공·이용자등에 대하여 그가 보유하고 있는 본인에 관한 개인신용정보를... 전송하여 줄 것을 요구할 수 있다"고 규정하고 있으며 본인에 관한 개인신용정보를 전송받게 되는 대상에 대해 동조항 각호는 신용정보주체 본인과 본인신용정보관리회사, 대통령령으로 정하는 신용정보제공·이용자, 개인신용평가회사 등으로 정하고 있다. 한편 개인정보 보호법 개정안 제35조의2 제1항은 "개인정보처리자에게 그가 처리하는 자신의 개인정보를...전송할 것을 요구할 수 있다"고 규정하고 있으며 마찬가지로 전송받을 수 있는 자로 정보주체 본인, 개인정보관리 전문기관, 안전조치의무나 시설 및 기술 기준을 충족하는 자로 규정하고 있다.

EU GDPR이나 신용정보법, 개인정보 보호법 개정안 등에서 나타난 개인정보 이동권의 법률상 개념은 다시 정보주체가 전송을 받을 권리와 정보주체 이외에 다른 정보처리자에게 전송할 권리로 나누어진다는 것을 알 수 있다. 대개 전자를 다운로드권, 후자를 전송요구권으로 표현하며 각각 독자적인 의미를 지니고 있다.

(2) 내용

1) 다운로드권(본인전송요구권)

개인정보 보호법 제35조는 이미 정보주체가 자신의 개인정보에 대한 열람을 해당 개인정보처리자에게 요구할 수 있는 개인정보 열람청구권을 인정하고 있으며[14] 개인정보 보호법 시행령 제41조 제2항은 개인정보 열람의 방법에 대해 서면, 전화, 전자우편, 인터넷 등 정보주체가 쉽게 활용할 수 있는 방법으로 함을 정하고 있다. 그러나 다운로드권은 디지털 문서화된 개인정보를 컴퓨터 등 정보처리장치로 처리 가능하고 통상적으로 이용되는 구조화된 형식으로 전송받는 것을 요구하는 권리이다.[15] 따라서 한편으로

14) 마찬가지로 신용정보법 역시 신용정보의 열람청구권를 신용정보법 제38조에 규정하고 있다.

15) 개인정보 보호법 개정안 제35조의2 제1항 및 제2항. 특히 제2항 제3호. 이러한 내용을

는 “개인정보 열람권의 디지털 버전”[16]이지만 그보다 더 나아가 열람보다 더욱 적극적인 측면, 즉 자신의 개인정보를 통상적으로 이용되는 구조화된 형식으로 이동시켜 직접 처리할 수 있도록 한다는 의미도 아울러 가지고 있다.

2) 전송요구권

전송요구권은 정보주체가 정보처리자에게 자신의 개인정보를 제3자에게 전송할 것을 요구할 수 있는 권리이다. 제3자에게 개인정보를 제공하는 모습은 기존의 제3자 제공동의와 외형상 유사하나, 제3자 제공동의가 제공받는 자와 이용목적 및 범위 등을 사업자가 정하여 정보주체에게 동의를 구하는 형식적 성격을 가지는 반면, 전송요구권은 정보주체가 전송 여부, 전송받는 자, 대상 정보와 전송목적, 기간 등을 정하여 전송을 요구하는 주관적 확정 및 실질적 정당화방안이라는 점에서 분명한 차이가 있다.

전송요구권은 개인정보 이동권에서 핵심적인 내용을 점하고 있으며 개인정보를 다른 사업자에게 이동시킴으로 인하여 데이터 시장에서의 경쟁활성화를 지향할 수도 있다. 반면 전송요구권을 통하여 더 나은 서비스를 제공하는 사업자에게 개인정보가 편중될 우려가 존재하며 이러한 서비스 제공의 우월성은 정보주체의 요구를 이행할 수 있는 정도의 인적 · 물적 투자에 비례한다는 점에서 오히려 정보집중성과 고착현상을 가져와 마이데이터 사업추진의 공익 목적인 데이터 유통 활성화와 소비자 후생을 저해할 수 있다. 여기에서 마이데이터 사업 규제가 경쟁의 창설과 지속적인 보장을 통해 동시에 공익 목적을 달성하는 목적간의 결합 필요성이 이미 발견된다.[17]

(3) 의의

1) 정보주체의 권리 실질화

데이터법에서 이용과 보호 사이의 불균형이 발생하는 문제와 함께, 정보처리기술의 발전으로 인해 정보관리에 있어 비대칭성이 점차 커지는 문

미루어 볼 때, 동 개정안은 EU GDPR 제20조를 모범으로 한 것으로 보인다.

16) 고환경, “마이데이터 법제도 기반 마련”, 배일권 외, 마이데이터의 시대가 온다, 129면.

17) 규제법상 목적결합에 대해서는 이하, 4 (2) 참조

제는 정보주체의 통제권을 지속적으로 약화시키고 형식화시키는 데에 일조하고 있다. 여기에서 개인정보 이동권이 정보주체의 선택권을 근거로 하여 기관 또는 기업이 보유한 데이터의 전송을 요구하거나 타 정보처리자에게 직접 전송할 것을 요구한다는 것을 주시할 필요가 있다. 이로써 정보주체는 강화된 개인정보의 관리 및 통제권을 보유하게 되고 그에 상응하여 정보주체의 결정권을 실질적으로 보장받게 된다. 앞서 살펴본 바와 같이 개인의 정보자기결정권에 기초한 정보처리는 형식적 합법화 수단으로서 동의를 넘어 지속적으로 실질적 합법화 방안을 강구하여 왔다. 개인정보 이동권의 의미 역시 개인정보 자기결정권의 실질화의 경향 가운데 이해할 수 있다. 개인정보 이동권은 정보주체가 정보처리자에게 제공한 정보를 보다 적극적이고 실질적으로 통제 및 관리할 수 있도록 개인의 정보자기결정권이 실질화 및 주관화된 결과로 볼 수 있다. 주지하다시피 개인의 정보자기결정권의 본래 이상적 모습은 바로 정보주체가 어떤 정보를 누가 어떤 경로로 어떻게 처리하는지를 정보주체가 직접 결정한다는 것이므로 실질화·주관화된 권리로서 개인정보 이동권은 정보주체의 자기결정권을 신장시키는데 기여하게 된다.

2) 데이터 소유관점의 전환

정보주체가 그의 관리 및 통제권을 보다 강화하려는 방안으로 한동안 논의되었던 것은 데이터 소유권의 문제이다. 데이터 소유권의 논의는 데이터의 이용을 활성화하기 위하여 데이터의 경제적 자산 가치를 법적으로 보장하고 유통의 법적 근거를 마련하자는 정책적 함의에서 비롯된 것이긴 하지만, 적어도 현재의 법리상으로는 데이터가 소유권의 대상으로서 민법 제98조의 “유체물 및 전기 기타 관리할 수 있는 자연력”에 해당되지 않으며 배타적 지배가능성과 현존성 및 독립성이 부정된다는 점을 쉽게 넘어서지 못한다. 또한 소유권 법리에 따르는 경우 일견 정보주체의 통제권을 통해 데이터 이용이 활성화될 것으로 생각될 수도 있으나 정반대의 상황, 다시 말해 소유권에 기한 방해배제청구 등 소유권에 기한 보호논리에 의해 예측하지 못한 사후적 분쟁이 발생하는 등 오히려 이용저해를 불러올 수도 있

다.[18] 결국 현재로서는 데이터 소유권이라는 표현은 데이터에 대한 법적 지위에 대한 정책적 또는 편의상의 개념[19], 그리고 관련된 법적 문제 상황까지 모두 망라하는 표제어로 봄이 적절해 보인다.

오히려 주목해야 할 점은 "데이터 소유권"이라는 표현 그 자체나 데이터를 이용하기 위해 정보주체 등에게 데이터의 소유권 법리를 무리하게 인정하려는 것보다는 이 논의를 촉발시킨 문제의식, 즉, 데이터 활용 및 공유의 패러다임을 개인중심으로 전환한다는 의도와 방향성이다. 개인정보 이동권은 정보주체에게 정보결정권을 실질화시키고 실제적인 관리 및 통제를 가능하게 한다는 점에서 관점의 전환을 통한 문제해결에 기여한다.

3) 시장에 의한 자기결정권의 보장

본래 금지원칙은 국가권력의 정보처리 결정권한을 제한 및 분할하는 역할을 수행하려는 것이지만 그간의 개인정보보호의 법과 정책은 오히려 이를 민간 영역에 더 엄격하게 적용시킨 면이 없지 않다. 데이터에 대한 수요와 이를 충족시킬 수 있는 정보처리기술의 발전 및 그 경제적 효용성은 정보주체의 자기결정권을 실질화시키는 중요한 배경임에도 불구하고 민간 영역, 특히 시장이 그저 개인의 정보자기결정권을 침해하거나 무력화 또는 형해화시키는 주된 위협요인이라고 치부하는 것은 다소 편협할 뿐만 아니라 정보주체의 자기결정권을 오히려 지속적으로 형식화시킬 뿐이다.

그러나 개인정보 이동권은 이미 그 개념에서부터 데이터 시장에서의 경쟁을 형성 및 촉진한다는 의미를 내포하고 있으며 마이데이터 사업의 성패는 결국 다양한 사업자의 참여를 유인 및 촉진할 수 있는 여건과 이에 의한 시장형성이 관건이 된다. 바로 이 지점에서, 마이데이터 사업 규제에 대한 일련의 원칙 내지 방향성이 나타나기 시작한다. 민간 영역, 특히 시장은 종래에도, 그리고 여전히 잠재적인 침해요인이긴 하지만 이에 머무르지 않고 적극적으로 시장기능에 의해 오히려 개인의 정보자기결정권을 실질화할

---

18) 이상의 논의에 대해서는 이성엽/계인국, 보건의료 데이터 활용의 법적 쟁점과 과제, 공법연구 제50집 제2호 (2021), 161면 참조

19) 권영준, "데이터 귀속·보호·거래에 관한 법리 체계와 방향", 이성엽 편, 데이터와 법, 70면 이하.

수 있으므로 마이데이터 사업에서의 규제는 데이터 시장의 창설 및 활성화와 시장기능의 보호, 그리고 이를 통해 동시에 개인정보 자기결정권을 보장하는 방향으로 기획되어야 한다는 것이다. 시장에 의해 개인정보 자기결정권이 실질화되고 또한 더욱 효과적으로 보장된다는 것은 이하에서[20] 제시되는 마이데이터 사업의 시장창설적 규제에서 다시 언급된다.

3. 마이데이터 사업의 현황

(1) 도입

데이터 이동에 대한 제도는 이미 과거에도 이동전화의 번호이동제도나 계좌이동서비스를 통해 나타난 바 있었다.[21] 이러한 금융 및 통신 분야에서의 경험을 토대로 하여 최근의 데이터 이동제도 역시 금융 분야에서의 개인신용정보 전송요구권으로 이어진다. 2016년 6월 정부의 "지능정보사회 중장기 종합대책"에서 데이터 산업 활성화 전략에서 마이데이터 제도가 논의된 이후 금융 분야를 중심으로 하여 마이데이터 산업 도입계획이 발표되었다.

(2) 법제화

법제화 현황을 대략적으로만 살펴보면 먼저 신용정보법 제33조의2에 개인신용정보 전송요구권이 신설되었고 금융분야의 마이데이터 산업으로서 신용정보법 제2조제9의2호에 본인신용정보관리업을 두었다. 신용정보법상 전송요구권은 본인, 본인신용정보관리회사, 개인신용평가회사, 기타 대통령령으로 정하는 자에게 개인신용정보를 전송할 것을 요구할 수 있도록 하고 있다. 이어 「전자정부법」은 제43조의2에 정보주체 본인에 관한 행정정보

---

20) 이하 III. 2. 참조.

21) 번호이동은 기존 전화번호를 유지하면서 이동통신 사업자와 서비스를 변경하도록 하였고 계좌이동서비스는 자동이체 출금계좌를 타 은행으로 변경하면서 기존 계좌의 자동이체 항목을 이동시키는 서비스이다. 이에 대해서는, 정원준, "데이터 이동권 도입의 실익과 입법적 방안 모색", 성균관법학 제32권 제2호 (2020), 73면 이하; 최정민/조영은, 개인정보 이동권과 마이데이터 산업 관련 연구, 경제규제와 법 제13권 제2호 (2020), 98면 이하.

의 제공요구권 규정을 신설하였다. 이에 따르면 정보주체는 본인이나 본인이 지정하는 자로서 본인정보를 이용하여 업무를 처리하려는 행정기관등이나 은행, 그 밖에 대통령령으로 정하는 개인, 법인, 단체에게 제공할 것을 요구할 수 있다. 또한 「데이터 산업진흥 및 이용촉진에 관한 기본법」(이하, 데이터산업법) 제2조에서는 데이터사업자와 데이터사업자 중 특히 데이터분석제공사업자를 정의하였는데 마이데이터 사업자가 여기에 해당된다고 볼 수 있다. 이어서 제16조에서 데이터분석제공사업자에게 신고의무를 두고 있다. 또한 동법 제15조는 정부가 데이터의 생산, 거래 및 활용 촉진을 위하여 데이터를 컴퓨터 등 정보처리장치가 처리할 수 있는 형태로 본인 또는 제3자에게 원활하게 이동시킬 수 있는 제도적 기반을 구축하도록 노력할 것을 아울러 규정하고 있다.

(3) 영역특수/포괄 규제

1) 영역특수성의 고려

법제화 현황에서 나타나는 바와 같이 개인정보 이동권의 보장과 마이데이터 사업의 구축은 영역별로 진행되고 있다. 먼저 공적 영역과 민간 영역을 분리하였으며 다시 금융, 의료, 통신, 교육 등 세부 영역에서 데이터의 전송 범위 등을 영역특수성에 따라 판단하고자 하는 것이다. 특히 초기 단계에서는 정보주체의 데이터를 표준화된 API(Application Programming Interface)[22]로 제공받기 위해서는 데이터가 이미 어느 정도 정형화된 모델을 갖추고 있어야 하고 이들 데이터의 저장과 전송이 가능하며 또한 이를 통한 서비스의 산출이 가시적으로 예측되는 분야를 정할 필요가 있었다.[23] 금융 분야의 경우 이미 각 금융회사나 신용정보기관에서 금융데이터를 저장, 관리하고 또한 교환하면서 어느 정도는 정형화된 모델을 보유하고 있었

22) API는 마이데이터 사업자와 정보제공자가 개인정보를 송수신하기 위해 전송규격 및 절차를 미리 표준화 및 정의한 것이다. 금융위원회/금융보안원, “금융분야 마이데이터 기술 가이드라인, 2021, 5면.

23) “정보가 원활하게 이동되기 위해서는 정보 제공자와 수신자간에 전송 정보의 대상과 형태에 대한 합의, 즉 “표준화”가 필수적“, 관계부처 합동, “마이데이터 데이터 표준화 방안”, 2021. 9. 28.

기 때문에[24] 마이데이터 사업이 선도적으로 추진될 수 있었다.

2) 영역포괄 규제로의 전개

영역특수성을 고려하는 규제, 즉 영역특수 규제(sektorspezifische Regulierung; 전문규제)는 전형적이고 일반적인 규제정책이라 할 수 있다. 영역특수 규제를 통해 사후적으로 통일적 규제정책이 발견되고 동일한 법리를 적용할 수 있게 되는 경우에 영역특수 규제는 점차 영역포괄 규제(sektorübergreifende Regulierung)로 나아간다.[25] 마이데이터 산업은 정보주체가 그의 데이터를 자유롭게 이용하고 전송할 수 있게 한다는 이념 하에서 장기적으로는 영역포괄 규제로 발전되어야 하며 정책적으로도 전 분야 확산을 준비하고 있다.[26] 이를 위하여 개인정보에 대한 일반법적 지위를 가지는 개인정보 보호법이나 데이터산업법에 마이데이터 사업에 대한 규정을 정비할 필요가 있다. 제도적 차원에서는 데이터 표준화가 중요한 의미를 갖게 되는데, 전송되는 데이터의 범위나 종류에 대해 영역특수성이 어느 정도로 인정되어야 할 것인지에 따라 정형성/비정형성, 용이성, 구체성의 판단이 달라질 것이기 때문이다. 그러므로 각각의 영역에서 먼저 데이터 표준화가 시작되어야 하고 표준화의 진행 중에 발견되는 문제를 해결하기 위한 다양한 방안 - 예를 들어 데이터 표준화 거버넌스와 같은 - 이 장기적으로 모색되고 진전될 필요가 있다.[27] 법적 규정의 정비와 데이터 표준화 진전 정도 등의 준비가 일정 수준에 이르게 되어 마침내 전 분야 확산이 본격화될 때에는 영역포괄적 규제가 시행되어야 한다. 이 단계에서는 특히 영역특수성을 고려하여 설계된 마이데이터 사업자 진입규제에 있어 일련의 변화가 나타날 것으로 예측된다.

---

24) 비교적 정형화된 금융데이터도 금융위원회, 신용정보원, 금융보안원, 각종 금융 관련 협회, 기업체가 참여하는 TF를 통해 2년 가량 표준화작업을 진행하여왔으며 세부적인 내용은 계속 진행 중에 있다. 특히 전 분야 확산을 위한 데이터 표준화 작업은 마이데이터 사업 구축 및 활성화를 위한 가장 중요한 과제라 할 수 있다.

25) 영역포괄적 규제에 대해서는 특히, *J. Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifen geregelt werden?, Verhandlungen des 66 DJT, Bd. I, Gutachten D 참조

26) 4차산업혁명위원회, 마이데이터 발전 종합대책, 2021.

27) 관계부처 합동, “마이데이터 데이터 표준화 방안”, 2021. 9. 28. 5면.

Ⅲ. 마이데이터 사업 규제

1. 개인정보 이동권의 이원적 목적

개인정보 이동권은 정보주체가 개인정보의 이동을 요구할 수 있는 방안이 되며 이를 통해 정보주체의 관리권과 통제권을 실질적으로 보장하여 준다는 의미를 가진다. 그러나 실제로는 개인정보의 이동가능성을 권리로서 부여해준다고 하여도 특정 정보처리자의 정보처리능력과 우수한 서비스가 시장우월적 내지 지배적인 지위를 누리는 경우 오히려 이동가능성은 이러한 지위를 더욱 공고히 하는 결과를 가져올 수도 있고 그만큼 정보주체의 고착현상도 더욱 강화될 위험이 있다.

따라서 개인정보 이동권의 실현을 위해서는 정보주체에게 실질적 권리를 부여하는 동시에 다른 한편으로는 정보처리자 간에 유효경쟁을 활성화시켜야 하는 문제를 해소해야만 한다. 이를 고려하여 EU GDPR 제20조상의 개인정보 이동권이 도입되던 당시 이미 개인정보 이동권에는 이원적 목적이 반영되어 있었다. 즉 개인정보 이동권은 정보주체의 정보자기결정권을 실질화한다는 목적뿐만 아니라, 개인정보의 이동을 통해 각종 온라인 서비스 사업자 간의 유효경쟁(funktionsfähiges Wettbewerb)을 형성한다[28]는 목적을 가지고 있다.[29] 이는 이하에서 언급하는 규제법의 목적결합 구조에 부합될 수 있는 모습을 띄고 있다.

2. 규제법적 측면에서의 분석

(1) 시장창설적 규제

1) 의의

28) Article 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY (WP 29), Guidelines on the Right to Data Portability, p. 4.

29) 이러한 점에서 개인정보 이동권의 경쟁법적 측면을 강조하는 견해로는, 고환경/손경민/주성환, 정보이동권과 마이데이터 사업, BFL 제93호 (2019), 27면.

규제법(Regulierungsrecht)은 - 일상적 용어와는 다소 달리 - 국가와 사회의 분업적 공동선 실현을 보장하는 공법적 규제모델 및 그 법영역을 지칭한다. 특히 규제법은 경쟁과 시장을 새로이 창설하는 시장창설적(=형성적) 규제를 주된 내용으로 한다. 시장창설적 규제는 민간의 이윤추구행위에 내재되어 있는 공동선 실현 잠재력을 신뢰하며 이러한 구조를 제도화하여 공공임무가 분업적으로 실현될 수 있도록 진흥하려는 것으로, 단순히 국가독점 영역을 개방하고 난 이후의 문제를 해결하려는 민영화결과법(Privatisierungsfolgerecht)에 국한되지 않는다. 특히 규제법의 이론적 배경이 되는 보장국가(Gewährleistungs-staat) 이론과 그에 따른 보장행정의 유형이 일반 행정법상 질서행정-급부행정에 이어 법치국가의 발전단계에서 나타나는 제3의 행정유형으로 승인되어감에 따라 시장창설적 규제 역시 공공임무의 이행을 위한 시장의 형성이나 공법상 권리의 실현영역 등 그 범위를 크게 넓혀가고 있다.[30] 마이데이터 규제는 시장창설적 규제의 근간이 되는 보장국가 이론의 주제어인 "국가와 사회의 분업적 공동선 실현"을 통해 구현되기에 적절한 모습을 보이고 있다.

2) 마이데이터 시장의 창설과 규제

앞서 설명한 개인정보 보호법제의 금지원칙은 개인정보 보호법을 개인정보의 이용을 제한하는 소위 "개인정보 규제"로 인식하게 했다. 그러나 개인정보 이동권에 근거한 마이데이터 사업은 기존 개인정보 이용가능성에 있어 중요한 전환의 계기를 가져오게 한다. 즉, 개인정보 이동권의 승인과 마이데이터 제도의 구축은 정보주체에게 정보를 제공 또는 전송하는 기관, 기업 등이 참여할 시장을 형성하는 이른바 시장창설적(=형성적) 규제의 모습을 띄게 된다. 시장의 창설과 경쟁의 형성 및 개방을 위해 먼저 법적 권리로서 개인정보 이동권의 내용이 입법되면 이 법적 근거에 따라서 각 개인이 마이데이터 사업을 시작할 수 있게 된다. 또한 입법자는 개인정보 이동권의

30) 독일을 중심으로 하여 발전된 규제법(Regulierungsrecht)의 특성과 시장창설적 규제에 대한 국내 논의로는, 계인국, "보장행정의 작용형식으로서 규제", 공법연구 제41집 제4호 (2013), 155면 이하; "규제개혁과 행정법", 공법연구 제44집 제1호 (2015), 645면 이하; "디지털 플랫폼 서비스 규제의 공법적 모델", 고려법학 제104호 (2022), 54면 이하 등.

근거와 함께 영역특수성을 고려하여 대상 사업이나 사업자 요건, 데이터의 이동으로 인한 비용과 요금의 문제 등의 내용을 아울러 규율할 수도 있다. 한편 규제당국은 마이데이터 사업의 시행을 위한 세부적 지침을 마련하고 사업을 시작할 수 있는 지원방안을 마련하게 된다. 예를 들어 금융위원회는 마이데이터 시행을 위해 "금융분야 마이데이터 서비스 가이드라인"을 마련하여 신용정보법상의 제반 규정을 해석하고 개인신용정보의 전송에서의 기본원칙, 전송방식과 유형, 전송절차, 본인인증의 요건과 절차, 보안관련 준수사항 등을 제시하였다.[31] 또한 마이데이터 사업의 진흥을 위한 각종 지원제도를 추진하여 마이데이터 생태계를 조성하고 확산할 수 있게 지원하기도 한다.[32]

3) 시장창설적 규제와 보장책임

마이데이터 사업이 시장에서 일정 궤도에 오르게 되면 마이데이터 사업과 이를 통한 해당 산업에서의 유효경쟁, 개인의 데이터 활용 및 관리, 정보비대칭성 개선을 통한 소비자 권익 보호, 해당 산업에서의 데이터 효용성 강화는 국가가 주도하는 것이 아니라 각 사업자, 즉 민간에 의해 이행되고 달성된다. 이 단계에서는 더 이상 국가의 직접적인 제도설계나 이행을 요하지 않게 되므로 시장의 유효경쟁을 저해하지 않는 한도에서 자연스럽게 사업 출범 당시의 규제가 완화 및 개선된다. 동시에 변화하는 시장 상황과 요구에 상응하도록 제도의 개선을 추진하게 되는데 이제는 국가가 일방적으로 마이데이터 제도를 구축하는 것이 아니라 시장원리와 공익을 조율하는 역할을 수행해야 한다. 시장창설적 규제는 이제 지속적인 유효경쟁의 보장과 개인정보 이동권의 실현, 나아가 각 영역별로 제기되는 특수한 공익목적의 이행을 감독하는 기능을 주로 수행하며 마이데이터 시장이 유효적절하게 작동할 것에 대한 최종적 책임, 즉 보장책임(Gewährleistungsverantwortung)을 부담하는 것이다.

---

31) 금융위원회/한국신용정보원, 금융분야 마이데이터 서비스 가이드라인 (2021. 7)

32) 예를 들어 마이데이터 실증서비스 지원사업이나 비즈니스 모델 발굴 사업, 교육 사업 등이 있다.

(2) 마이데이터 사업에서의 목적결합

1) 규제법상 목적결합

규제법상의 규제는 유효경쟁을 창설한다는 경쟁적 목적과 함께 해당 영역에서 기대되고 추구하는 특수한 공익목적을 함께 둔다. 이를 실현하기 위해 규제법에서 경쟁적 목적과 공익목적은 양자 모두 규제목적이자 동시에 각각 서로를 실현시키는 수단으로 결합되는 이른바 목적결합(Zielverknüpfung)을 이루고 있다. 규제법의 입법적 특징인 목적결합은 사적 영역의 고유한 합리성과 공익 실현의 조화라는 보장국가 이론에 기반하고 있음을 보여주는 한편, 기존의 경쟁법상 규제와 차이를 명확히 보여준다. 또한 규제법은 결합되어 있는 규제목적을 반복적으로 규제수단이 원용하도록 입법하고 있어 규제목적을 단지 선언적 또는 강령적인 차원에 그치지 않고 규제수단의 직접적이고 구속적인 지침으로 삼고 있다.[33]

2) 마이데이터 규제에의 적용가능성

개인정보 이동권과 이에 기초한 마이데이터 사업에서 규제법 모델, 특히 목적결합은 앞서 소개한 개인정보 이동권의 이원적 성격에 부합한다. 정보주체의 정보자기결정권을 실질화하는 개인정보 이동권은 헌법상 기본권인 개인의 정보자기결정권에서 유래하며 이를 통해 개인정보의 이동을 보장하고 동시에 개인정보 보호라는 공익적 차원을 고려하여야 한다. 그러나 이러한 공익적 목적을 달성하는 방식은 국가에 의한 이행이 아니라 시장원리에 의해, 다시 말해 유효경쟁의 창설 및 보호와 지속을 통해 가능한 것이다. 뿐만 아니라 마이데이터 사업의 각 영역에서 다시 개별적 공익목적이 나타난다. 즉 일반적으로 인정되는 개인정보 보호나 정보주체의 통제권 강화 뿐만 아니라 금융과 보건의료, 통신, 교육 등 개별 영역에서 정보주체의 개인정보를 전송하여 활용함에 있어 요구되는 특수한 공익목적이 다시 시장에서의 경쟁목적과 조화를 이뤄야 한다. 공익목적만을 위하여 시장원리를

33) 목적결합의 이론적 의미와 입법적 구성에 대해서는, 계인국, “망규제법상 규제목적의 결합과 그 의의 - 보장행정의 공동선실현 메커니즘 -”, 강원법학 제39권 (2013), 87면 이하 참조.

도외시하여서도 안 되고 그렇다고 시장원리에 공익적 목적의 이행을 전적으로 방임해둘 수도 없기 때문이다. 그러므로 마이데이터 사업 규제는 먼저 경쟁의 보호와 공익이 결합된 규제목적을 선언하되, 그저 선언 내지 노력의무에 그치는 것이 아니라 개별 규제수단이 반복적으로 규제목적을 지향하도록 법적 구조를 정비할 필요가 있다.

규제법 이론이 일반적으로 통용되는 독일의 경우 시장원리와 같은 사회 영역 고유의 논리가 특정한 공익목적과 결합되는 목적결합의 입법형식을 다수 찾아볼 수 있다. 그러나 - 그 충분한 필요성에도 불구하고 - 이론적 근거를 구비하여 목적결합의 입법구조를 실현한 예를 국내의 현행법에서 발견하기는 아직 어려운 실정이다. 일단 현행법의 해석을 통해 정책적인 진행방향 및 향후 입법적 개선방안을 발견할 수는 있다. 비록 매우 모호하지만 데이터산업법은 국가와 지방자치단체의 책무조항을 두고 있는데, 예를 들어 제3조 제3항은 "국가와 지방자치단체는 민간부문의 창의정신을 존중하고 시장중심의 의사형성이 가능하도록 노력하여야 한다"고 규정하고 있으며 제15조 역시 "정부는 데이터의 생산, 거래 및 활용 촉진을 위하여 데이터를 컴퓨터 등 정보처리장치가 처리할 수 있는 형태로 본인 또는 제3자에게 원활하게 이동시킬 수 있는 제도적 기반을 구축하도록 노력하여야 한다"고 하여 마이데이터 사업을 비롯한 데이터산업의 시장중심적 성격을 강조하는 한편 동시에 제17조에서는 제도의 구축과 공익목적 보장을 선언하고 있으므로 데이터산업에 대한 규제 역시 이러한 방향에 부합되어야 할 것을 추론해볼 수는 있다.

다만 현행 데이터산업법은 기본법적 지위라는 것을 감안하더라도 모호한 책무조항과 노력의무를 지나치게 남발하고 있다는 인상을 지울 수 없다. 결국 현행법의 규정을 통해 향후 마이데이터 규제에서 시장의 창설과 보호, 그리고 공익목적을 상호 결합시키는 방향을 제안하는 것일 뿐, 책무조항과 노력의무 등을 규제목적 및 수단의 직접적인 법적 근거로 삼는 것이 그다지 바람직하지는 않다. 여기에서는 일단 개인정보 이동권의 이원적 성격, 시장창설적 규제의 논리, 그리고 데이터산업법의 책무규정 또는 노력규정에서 엿보이는 입법자의 의도를 감안하여 마이데이터 규제의 목적과 목적결합에

의한 상호작용을 입법적으로 보완하는 것을 제안하는 정도에 그칠 수밖에 없다.

3) 목적 간 균형의 요청

한편, 목적결합의 구조를 고려함에 따라 마이데이터 사업 규제에 있어 구체적인 문제 역시 발견할 수 있다. 앞서 마이데이터 사업의 추진은 일단 영역적 접근을 시도하고 있으며 장기적으로 영역포괄적 방향으로 나아간다는 것을 살펴보았다. 이렇게 영역별로 나타나는 공익목적이 개인정보 이동에 미치는 영향력을 해당 영역의 기관이나 사업자와 완전히 같은 정도로 부여할 수 있을 것인지의 문제이다. 예를 들어 금융이나 의료 영역은 종래 강력한 공익목적에 따른 규제를 받아왔는데, 금융“마이데이터 사업”이나 의료 “마이데이터 사업”을 곧바로 “금융기관”이나 “의료기관”의 행위와 동일시할 수 있을 것인가의 문제이다. 뿐만 아니라 데이터가 지니는 속성상, 데이터 흐름이 마이데이터 사업을 통해 가속화될 경우 정보주체의 전송요구 등을 금융, 의료, 통신의 영역에 각각 구속시키는 것이 적절한가의 문제도 제기해 볼 수 있다. 영역특수성에 따른 공익목적이 지나치게 부각될 경우 자칫 경쟁상태가 왜곡되는 문제가 발생할 수 있는 것이다. 위의 예를 들어 설명하자면 “금융기관”에 상응하는 물적 요건을 갖춘 금융“마이데이터 사업자”만이 요건을 충족하여 시장에 진입하게 되면 정보주체가 이에 고착되어 경쟁저해상황이 발생하고 결국 능동적이고 실질적인 정보자기결정권의 행사 역시 형해화되기 때문이다. 이 문제를 이하의 진입규제에서 마이데이터 사업자에게 요구되는 각종 물적 요건의 적절성 문제와 향후 유지필요성을 통해 다시금 자세히 살펴본다.

3. 마이데이터 사업의 진입규제

(1) 진입규제

1) 의의

경제규제의 관점에서 진입규제는 사업자 또는 행위자로 하여금 시장이나 직군 또는 특정 영역으로의 접근 자체를 제한하는 것으로 과다경쟁의 방

지나 시장질서의 교란 등을 방지하는 수단이다. 보다 넓은 의미에서 진입규제는 위험방지 등 일정한 공익목적의 달성을 위하여 국가가 사전적으로 당사자의 참여 자체를 제한하는 법적 통제수단을 총칭한다. 국민의 기본권을 강력하게 그리고 사전적으로 제한한다는 점에서 진입규제 제도의 설계나 운용에 있어 달성하려는 공익 목적과 제한되는 권리 및 이익에 대한 세심한 형량이 필요할 뿐만 아니라, 당사자에게 덜 제한적인 다른 수단으로 동일하거나 더 나은 결과를 가져올 수 있다면 진입규제의 시행을 재고하여야 한다. 특히 객관적 조건에 의해 진입을 제한하는 수준의 진입규제는 "월등하게 중요한 공익의 명백하고 확실한 위험을 방지하는 경우에 비로소 정당화" 될 수 있다.[34]

진입규제는 규제전략의 측면에서 볼 때 본질적으로는 진입장벽으로서 기능함이 분명하나 해당 사업영역에 있어서 사업자가 최소한 갖추어야 할 주관적 및 객관적 조건을 사전에 법적으로 정해둠으로써 다른 한편 사업자에게 명확한 예측가능성을 제공하며 또한 해당 영역에 관련된 사업자 및 일반 국민의 권익을 보호하는 역할을 수행하기도 한다. 또한 진입규제는 사전적으로 일정한 권리 행사 방식을 제한하여 진입 이후의 행위규제에 대해서도 가이드라인의 역할을 수행하기도 한다. 나아가 사전적으로 부과되는 각종 의무는 입법자가 사전에 예측하지 못한 긍정적/부정적 상황에 대한 보완책으로 작동할 수도 있다.[35]

2) 진입규제의 법리

행정법상 진입규제는 자유권적 기본권의 행사에 대한 제한과 그 제한 요건의 법정화 및 요건 충족 시 제한의 원칙적 해제를 내용으로 하는 소위 허가(Genehmigung)의 법리로 설명될 수 있다. 주지하다시피, 본래 허용되

34) 인용된 문장은 독일 연방헌법재판소의 "약국판결(Apotheke-Urteil)"(BVerfGE 7, 377)에서 제안된 직업의 자유의 제한이론인 이른바 단계이론(Stufentheorie)의 설명 중, 객관적 조건에 의한 직업선택의 제한의 정당성을 설명하는 문구이다. 진입규제는 특히 헌법상 직업의 자유와 관련하여 주관적 또는 객관적 조건에 의해 직업선택이 제한되는, 일종의 상향된 제한수준으로 나타난다.

35) 같은 견해로, 김태호. "과학기술혁신과 시장진입규제: 신산업 분야 규제개선 논의의 비판적 수용론을 겸하여", 경제규제와 법, 제10권 제2호 (2017), 348면 (350면).

며 또한 사회적으로 의미 있는 행위에 대해 단지 행정법적 사전심사를 위해 법률에 요건을 정해놓는[36] 통제허가(Kontrollerlaubnis; 허가유보부 사전적 금지)는 그 제한요건이 해소 또는 충족되는 경우 원칙적으로 발령되어야 한다. 그러나 특허(Konzession; 예외적 승인)의 경우는 본래 이 개념이 처음 등장했을 때 국가의 배타적 권리를 통해 특정한 경제행위에서의 독점을 선언하는 것, 즉 본래 당사자가 그의 자유권에 근거하여 가지는 것 이상의 권리를 창설하는 것을 의미했기에 국가의 법적 권력의 수여 여부를 정하는 재량행위로 이해되었다. 다만 현대 기본권 이론에서 기본권을 단지 자연적 자유권으로만 이해한다거나, 특허로써 국가의 법적 권력을 수여하는 데에 기본권 구속성이 문제되지 않는다는 이해 등은 오늘날 더 이상 일반적으로 통용되지 않으며, 그렇기에 행정청의 형성권한과 특별한 국가의 법적 권력의 연관을 통해 허가와 특허를 구별하려는 것은 지속적으로 설득력을 잃어가고 있다.[37] 결국 통제허가와 특허를 기속행위와 재량행위라는 기준을 통해 일률적으로 구분하려는 것은 오늘날 큰 의미가 없다.[38]

(2) 마이데이터 사업에서의 논의

마이데이터 사업은 정보주체에게 다운로드권과 전송요구권을 인정하여 종래 금지 또는 강력한 규제 하에 놓여있던 정보처리자 간의 정보 이동을 폭넓게 허용한다. 이러한 마이데이터 사업은 종래 금지원칙에 기초한 개인정보 보호법제의 기조를 유지하면서 동시에 그 동안 제한되어 있던 개인정보 이동에 대한 정보주체의 자기결정권을 회복 및 강화하는 것이기도 하다. 개인정보 이동권에 근거한 다운로드권 및 전송요구권의 행사는 개인의 정보자기결정권으로부터 유래, 허용되는 행위이며 사회적 해악을 미치는 것은 아니라고 볼 것이기에, 이러한 점에서 전통적 의미에서의 특허 또는 예외적

36) 그러므로 통제허가의 본래적 모습은 소위 네거티브 규제에 맞닿아있다고 할 수 있으며, 허가제의 운용에 있어 유의해야 할 점이기도 하다.

37) *M. Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, S. 40 ff.; *C. Bumke*, Verwaltungsakte, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), GVwR II, § 35, Rn. 91 ff.; *M. Ruffert*, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 21, Rn. 56

38) 같은 견해로, 이원우, 경제규제법론, 448면 이하.

승인을 진입규제 수단으로 둘 이유는, 설득력이 높지 않다. 나아가 재량권을 인정하거나 부관을 허용하기 위해 강학상 특허로 하여야 한다는 것도 오늘날 행정법 일반이론에 비추어 타당하지 않다.

개인정보 이동권의 도입을 통해 회복 및 허용되는 행위에 대한 사전적, 사후적 통제조치가 고려되는데 그 중에서도 특히 사전적인 국가개입으로는 전통적인 허가의 법리에 기초한 진입규제가 예정되고 있다. 이 경우에 충분히 고려되어야 할 것은 첫째, 본래 정보주체에게 실질적 권리를 부여하는 동시에 다른 한편으로는 정보처리자 간에 유효경쟁을 활성화시킨다는 개인정보 이동권의 이념에 허가의 법리가 부합되는가이다. 두 번째는 관련 법령에서 나타나는 유사한 데이터 사업자에게 동일한 강도의 진입규제가 나타나는가이다.

(3) 진입규제 현황과 분석

1) 데이터산업법: 신고의무

데이터산업법 제16조는 데이터거래사업자와 데이터분석제공사업자에게 신고의무를 두고 있으며 이에 따라 신고한 사업자에 대해서는 필요한 재정적 · 기술적 지원 등을 할 수 있음도 규정하고 있다. 여기에서 데이터분석제공사업자란 법 제2조제8호의 정의에 의하면 “데이터사업자 중 데이터를 수집・결합・가공하여 통합・분석한 정보를 제공하는 행위를 업으로 하는 자”로 마이데이터 사업자가 여기에 해당하며 신용정보법상의 본인신용정보관리회사가 그 예로 들어질 수 있다. 데이터산업법은 데이터의 생산, 거래 및 활용 촉진에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 데이터로부터 경제적 가치를 창출하고 데이터산업 발전의 기반을 조성한다는 입법목적을 표방하고 있으나 더 나아가 데이터의 보호나 전문인력 양성, 국제협력(제4조) 및 이를 위한 국가데이터정책위원회의 설립근거(제6조)를 두고 있다는 점에서 데이터정책 전반에 대한 기본법으로 지위를 가진다.

데이터산업법 제16조가 마이데이터 사업자에 대한 진입규제로 신고의무를 두고 있음을 유의할 필요가 있다. 데이터산업법상 신고의무는 진입규제인

동시에 기술적, 재정적 지원 대상으로 한다는 의미를 가지고 있으므로 개별법에서 영역별로 요구되는 공익목적을 위해 보다 강화된 진입규제를 정함이 불가능한 것은 아니라 하여도, 데이터 관련 법제에서 특히 데이터의 활용을 규율하는 경우 데이터산업법과의 정합성을 유지할 필요는 여전히 중요한 의미가 있다. 그러나 이하에서 보는 바와 같이 개인정보 보호법과 그 외 개별법 영역에서는 강학상 허가나 심지어 특허를 진입규제수단으로 두고 있다.

2) 개인정보보호법 개정안: 지정의 의미

개인정보 보호법 개정안은 일정한 요건을 충족하는 경우에 개인정보처리자가 처리하는 자신의 개인정보를 자신, 다른 개인정보처리자 또는 제35조의3제1항에 따른 개인정보관리 전문기관에게로 전송할 것을 개인정보처리자에 대하여 요구할 수 있다는 개인정보의 전송 요구 근거규정을 신설하였다. 이에 따라 개정안 제35조의3은 정보주체의 권리행사를 효과적으로 지원하고 개인정보를 통합·관리하기 위하여 보호위원회 및 관계 중앙행정기관의 장이 안전성 확보조치 수준, 기술적·재정적 능력 등을 고려하여 개인정보관리 전문기관를 지정할 수 있음을 규정하고 있다. 여기에서 보호위원회 및 관계 중앙행정기관의 장에게 주어진 재량의 여지를 감안하면 지정은 강학상 특허로 이해된다.

개인정보관리 전문기관의 진입규제에 있어 지정, 다시 말해 전통적 의미에서 특허에 가까운 수단을 투입한 것 자체는 일면 수긍할 수 있는 면이 없지만은 않다. 마이데이터 사업을 통해 정보주체의 전송요구권이 행사되고 여기에서 취득한 정보주체의 개인정보를 통합관리하고 다시 처리하여 각종 서비스를 제공하는 데에 있어 개인정보 보호와 정보보안을 위한 일정한 요건을 요구하고 다시 이에 대해 재량의 여지를 둘 필요가 있다고 생각되기 때문이다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 재량행위성을 인정하기 위하여 강학상 특허, 즉 사회적으로 허용되지 않은 행위에 대한 예외적인 승인을 수단으로 삼을 이유는 없다. 개인정보 이동권에 근거한 다운로드권 및 전송요구권의 행사는 개인의 정보자기결정권으로부터 유래하는, 사회적으로 허용되고 기대되는 행위이지 사회적 해악을 방지하기 위해 예외적으로만 인정

되는 것이 아니다. 뿐만 아니라 개인정보 보호법 개정안의 위 규정은 데이터산업법에 신설될 예정이었으나 개인정보 보호법 개정안 제35조의2에 반영된 것이란 점을 되새겨볼 필요도 있다. 비록 개인정보 보호법이 데이터 보호법제라는 점을 감안하더라도 신고의무만을 부과하고 있는 데이터산업법과 비교하였을 때, 이를 사회적으로 허용되지 않는 행위에 대한 보호수단으로서 특허라고 새기는 것이 적절한 것인지 따져볼 필요가 있다.

오히려 여기에서의 지정은 개인정보 보호위원회 및 관계 중앙행정기관의 장이 개인정보 보호의 제반 요건이나 수준을 사전적으로 심사하기 위하여 제한하여두는 허가에 가깝게 해석하되 예외적으로 재량권이 인정되는 경우로 보아야 한다. 또한 이 경우 요건을 충족한다면 가급적 이를 지정하도록 함이 수권목적에 합치되는 재량권의 행사라고 보아야 한다. 그러나 언제 수권목적에 합치되는 재량권의 행사인지 논란이 될 수 있고 경우에 따라 사실상 특허제와 같이 운영될 가능성이 높으므로 이를 방지하기 위하여 입법기술적으로 평가규칙(Bewertungsregel)을 대안으로 제시해볼 수 있다. 평가규칙은 재량권을 행사하는 경우 특정한 이해에 대해 입법적 우위를 인정하는 것이다. 다시 말해 입법자가 법규정에 미리 정해둔 특정한 구성요건이 충족되는 경우에는 법규정에 따라 지정 여부가 원칙적으로 정해지며 예외적 혹은 비전형적인 경우에만 그럼에도 불구하고 재량권을 행사할 수 있도록 하여 재량권을 입법자가 우위에 두는 이해 아래 구속시키고 그 범위로 재량권이 한정된다.[39] 개인정보 보호법 개정안 제35조의3 제2항 각호는 개인정보관리 전문기관의 지정요건의 대강을 정해두고 있으며 동조 제6항에서 세부적인 기준 등을 대통령령에 위임하고 있다. 개인정보 보호법의 취지상으로는 개정안 제35조의3 제2항 제2호의 안전성 확보조치 수준의 판단에 입법자가 우위를 둔다고 해석할 수 있다.[40] 이 경우 안전성 확보조치 수준

39) 평가규칙은 대개 당위규정(Soll-규정)형식에서 입법자가 우위를 인정하는 특정이해와 이에 따른 재량권 행사를 보여준다. 이에 대한 설명과 예시로는 계인국, “산지전용허가의 법적 쟁점과 개선방안”, 토지공법연구 제77집 (2017. 2.), 115면(134면 이하) 참조.

40) 보다 적절한 입법방식은 입법자가 우위를 인정하는 요건을 제1항에서 미리 선언하는 것(“...개인정보를 안전하게 관리할 수 있는 안전성 확보조치를 마련하여 개인정보관

이 대통령령 등으로 정한 바에 부합될 경우 원칙적으로 지정을 하여야 하고 개정안 제35조의3 제2항 제1호 및 제3호의 경우는 예외적이고 비전형적인 사례로서 심히 문제가 되는 경우에만 재량권의 행사를 인정하게 된다.

평가규칙의 활용은 먼저 지정을 특허가 아닌 허가로 이해하면서도 재량권을 인정하고, 재량권의 행사를 제한하여 사실상 특허로 활용되는 것을 방지하며, 지정제도가 추구하는 본질적인 공익목적을 명확히 하며, 다시 이를 통해 재량권 행사의 방향성을 제시한다는 장점이 있다. 개인정보 보호법 개정안과 마이데이터 사업의 특수성이란 측면에 국한하여 보면 기술수준 및 전문성, 안정적 운영을 위한 재정능력에 대한 재량권을 축소시켜 최소한의 진입규제요건으로 두게 되고 이로써 다양한 사업자가 시장에 진입하여 경쟁이 강화된다. 또한 마이데이터 시장에서 경쟁은 다시 사업자로 하여금 기술수준이나 재정능력 건전성을 제고하도록 하는 역할을 수행하고 이를 갖추지 못한 사업자를 시장에서 배제하도록 한다는 의미도 있다.

3) 금융 마이데이터: 허가제

금융분야에서 마이데이터 사업은 신용정보의 이동에서 발생할 수 있는 각종 문제들을 이유로 하여 진입규제 수단으로 허가를 규정하고 있다(신용정보법 제4조 2항). 신용정보법은 먼저 마이데이터 사업으로 본인신용정보관리업을, 마이데이터 사업자로서 본인신용정보관리회사를 정의하고 있다. 신용정보법 제2조 제9의2호에서는 개인인 신용정보주체의 신용관리를 지원하기 위하여 신용정보를 일정한 방식으로 통합하여 제공하는 본인신용관리업을 정의하고 이를 다시 동조 제9의3에서 금융위원회로부터 허가를 받은 본인신용정보관리회사가 하도록 규정하였다.

본인신용정보관리업 허가절차에 대해서는 신용정보법 시행령과 시행규칙 및 금융위원회 고시인 신용정보업감독규정에서 정하고 있다. 본인신용정보관리업 허가신청에 앞서 예비허가를 신청할 수도 있으나 허가요건을 완비한 경우에는 예비허가를 생략하고 바로 허가를 신청할 수도 있다. 금융위

리 전문기관의 지정을 받아야 한다")이나, 더 나아가 당위규정 형식으로 규정하는 것도 생각해볼 수 있다.

원회는 예비허가 여부를 신청을 받은 후 2개월 이내에 결정하여야 하며 본 허가의 경우 3개월 이내(예비허가를 받은 경우에는 1개월 이내)에 결정하여야 한다. 예비 및 본 허가여부의 결과와 이유는 지체 없이 신청인에게 문서로 통지하여야 하고, 흠결이 있을 때에는 보완을 요구할 수 있다. 허가를 발령하면서 금융위원회는 조건을 붙일 수 있으며 금융감독원장으로 하여금 조건의 이행여부를 확인하도록 하여야 한다. 본인신용정보관리업의 허가 요건에 대해서는 신용정보법 제6조에서 인력 및 물적 시설 요건, 자본금 요건, 사업계획요건, 대주주 적격요건, 임원요건, 전문성 요건 등으로 규정하고 있다.

금융사업의 경우 본래 허가받은 업무만을 영위할 수 있으며 이에 따라 겸영 업무에 대해 강력한 제한이 인정되고 있다. 만약 금융 마이데이터 사업에 대해서도 이러한 방향성을 견지함이 타당하다면 통제허가를 통한 진입규제를 채택함을 현 상황을 일단 수긍할 수도 있다. 그러나 서두에서도 언급한 바와 같이 금융사업과 금융 마이데이터 사업이 동일한 것인가의 문제가 제기될 수 있다. 금융 마이데이터 사업은 본인의 신용정보를 분석 및 처리하여 개인 맞춤형 금융서비스를 제공받을 수 있도록 하여 데이터 효용성은 물론 소비자 선택자치권과 후생을 증진시키는 것이다. 그런데 이러한 서비스가 단지 금융상품의 판매 및 계약체결과 이어진다는 것으로 곧장 금융상품 및 이와 관련된 행위규제의 대상으로 되는 것인지에 대해서는 의문이 남는다. 마이데이터 사업 특성상 금융데이터의 제공을 주로 한다는 점에서 다양한 금융업 분야와 관계되지만 이들 모든 업종을 전면적으로 수행하는 사업자가 아니라는 점을 고려해야 한다. 이러한 점이 고려되지 않는 경우 마이데이터 사업자가 실제로 금융업 자체를 수행하지 않는 경우에도 관련 금융규제를 전면적으로 받게 된다는 문제가 발생한다. 뿐만 아니라 개인정보 이동권이 지향하는 유효경쟁의 보장과 관련하여도 문제가 될 수 있다. 즉, 본인신용정보관리업에 해당하는 업무를 법 개정 이전에 영위하던 회사와 신규 진입회사와의 관계에 있어서 금융회사가 아닌 신규 금융 마이데이터 사업자가 시장에 진입하기 위해 금융회사의 요건을 갖출 것을 요구받게 되어 결국 기존 사업자에게 정보주체가 고착되고 유효경쟁을 실현하기 어렵게 될 것이기 때문이다.

뿐만 아니라 관련 법령이 정하는 진입규제에서는 금융분야 마이데이터 진입규제와 같은 강도의 규제를 찾아보기 힘들다. 이미 살펴본 데이터산업법은 신고의무를 두고 있으며 해석상 이는 자기완결적 신고로 봄이 타당하다. 마찬가지로 개인정보 보호법은 개인정보처리자에 대한 별도의 진입규제를 두고 있지 않다. 영역특수성에 따른 진입규제의 예로 들수 있는「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」상 위치정보사업자는 신용정보법과 마찬가지로 물적 시설이라든지 기술적·관리적 조치 등을 요구받고 있음에도 등록의무를 두고 있을 뿐이다.[41]

4) 보건의료 마이데이터: 허가? 신고?

2021년 보건복지부는 동의를 기반으로 하는 데이터 제공 및 직접 활용이 가능한 "마이 헬스웨이" 플랫폼을 운용하고 있다. 마이 헬스웨이 플랫폼을 통해 정보주체는 개인의 보건의료 관련 데이터를 조회 및 저장할 수 있고 또한 공공기관이나 의료기간 및 민간사업자에 대해 데이터를 요청하면 플랫폼은 데이터 활용기관을 통해 사용자를 인증하여 동의 결과를 전달한다. 이렇게 전달된 인증 및 동의 결과에 의해 요청된 의료데이터는 정보주체 또는 사업자에게 전송되어 다양한 서비스를 제공받을 수 있게 된다. 그런데 보건의료 데이터는 대개 민감정보에 해당한다는 점에서[42] 다른 데이터에 비해 특별한 보호필요성이 인정되어 왔고 이에 따라 강화된 물리적·기술적·관리적 대책을 요청받아왔다. 이러한 경향은 보건의료 마이데이터 사

---

41) [위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률]
제5조 ① 개인위치정보를 대상으로 하는 위치정보사업을 하려는 자는 상호, 주된 사무소의 소재지, 위치정보사업의 종류 및 내용, 위치정보시스템을 포함한 사업용 주요 설비 등에 대하여 다음 각 호의 사항을 갖추어 방송통신위원회에 등록하여야 한다.
1. 법인일 것
2. 사업목적을 달성하기에 필요한 물적 시설을 갖출 것
3. 개인위치정보의 보호와 개인위치정보주체 및 제26조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자의 권리 보호를 위한 기술적·관리적 조치를 할 것

42) 다만 민감정보로서 보건의료 데이터의 영역을 지나치게 경계적으로만 이해하는 경우 이 문제는 기존 개인정보 보호법제에서는 물론 마이데이터에 있어서도 난제를 가져오게 된다. 보건의료데이터의 경계적 이해방식과 콘텍스트적 이해방식에 대해서는, 이성엽/계인국, "보건의료 데이터 활용의 법적 쟁점과 과제", 공법연구 제50집 제2호(2021), 156면 이하 참조

업에도 이어지게 되어 마이데이터 활용기관을 대상으로 하는 활용규칙의 신설, 정보보호 및 보안 체계의 구축, 활용기관 사전심사제도를 도입하려는 방안이 제시되고 있는데,[43] 특히 진입규제와 관련하여서는 활용기관 사전심사제도가 문제된다.

마이데이터 사업을 추진하는 모든 영역이 그러하듯 보건의료 역시 영역 특수성을 강조하게 되면서 금융 마이데이터와 마찬가지로 허가 또는 신고제를 운용할 가능성이 높다. 즉 활용기관 사전심사제도를 통해 활용기관의 자격과 서비스 유형을 제한하고 이를 위한 심사요건을 강화하는 것이다. 활용기관 사전심사요건으로는 보안관련 요건, 자본금 요건, 사업계획 요건, 전문성 요건이 고려되고 있으며 각 요건 기준의 수준에 따라 진입규제의 수준 역시 "선규제/후완화 - 선활용/후규제 - 선활용/사후관리"로 다르게 제안되고 있다. 보건복지부의 정책안은 이하 도식의 3가지 방안을 제시하고 있다.

〔그림 1〕 활용기관 사전심사 세부기준(안)[44]

보건의료 마이데이터의 경우 여러 방안을 고려하여 법제화가 진행되는 단계에 있다. 그러나 이미 금융 마이데이터 사업에서 진입규제 수단으로 허

43) 보건복지부, "보건의료 마이데이터, 건전한 생태계 조성을 위한 정책 추진 방향 모색", 2022. 3. 4. 15면.

44) 보건복지부, "보건의료 마이데이터, 건전한 생태계 조성을 위한 정책 추진 방향 모색", 2022. 3. 4. 21면.

가제를 채택하고 있다는 점, 보건의료 데이터의 민감성으로 인해 데이터 이동에 대해 이미 여러 관련 법령을 통해 규제가 이뤄지고 있다는 점, 금융데이터에 비해 표준화나 정형화 수준이 매우 미진하다는 점, 활용기관에 대한 신뢰가 충분하지 않다는 점 등을 감안할 때 사전적 심사를 강화하기 위해 허가제를 도입할 것으로 예측된다. 그러나 이 경우 금융 마이데이터 사업에서 나타난 장단점이 보건의료 마이데이터 분야에서도 유사하게 등장하게 될 것이다.

Ⅳ. 평가 및 개선 방안

개인정보 보호법을 중심으로 하여 형성되고 시행되어온 데이터법제는 개인의 정보자기결정권을 보호하기 위하여 금지원칙을 기반으로 한 동의제도를 구축하였고 이에 따라 개인의 정보가 정보주체의 동의에 따라 이용 및 처리될 수 있도록 하는 데에 기여하였다. 그러나 형식적 합법성을 인정하는 동의 제도의 한계는 그간 꾸준히 제기되어왔으며 오히려 동의가 개인의 자기결정권을 형해화시키는 수단으로 악용되기도 하였다. 동시에 금지원칙으로 인해 정보주체조차도 실질적으로 자신의 데이터를 전송받고 또한 다른 정보처리자에게 전송하는 가능성이 차단되어 있었다. 그러나 데이터의 유통체계, 더 나아가 데이터 그 자체를 하나의 생존배려(Daseinsvorsorge)로 인정하려는 견해[45]까지 주장되고 있는 현대 사회에서 정보주체 권리의 실질화는 필연적인 방향이라 할 것이다. 정보주체의 권리 실질화를 통해 데이터 이용을 더욱 활성화시키고 동시에 개인정보 역시 보호하려는 방안은 계속 논의되어왔고 마침내 개인정보 이동권의 실정화에 이르게 되었다. 특히 실질적인 이동권의 보장을 위해 유효경쟁의 형성과 진흥을 내재하고 있는 개인정보 이동권은 시장을 형성하여 민간에 의한 데이터 이동서비스가 창출 및 제공되며 이를 공적으로 보장하려는 모습을 보여준다. 이러한 모습은 보장국가 이론 및 이를 바탕으로 하여 시장창설적 규제를 내용으로 하고

45) *M. Voigt u. a.* (Hrsg.), Weißbuch: Digitale Daseinsvorsorge stärken, VKU/Quadriga Hochschule Berlin, 2020, S. 27 ff.

목적결합의 구조를 통해 유효경쟁 목적과 공동선 목적을 상호적으로 추구하는 규제법 모델에 부합한다. 현재 개인정보 이동권을 실정법상 개념으로 수용하고 있는 가운데 매우 추상적으로만 데이터 시장의 형성을 암시하고 있는 각종 규정들을 전반적으로 개선하여 목적결합의 입법형식을 취하는 것은 이른바 마이데이터 시장의 법적 성격과 규제목적, 규제필요성, 규제목적과 수단의 정합성 등을 위해 반드시 요구된다 하겠다.

소위 마이데이터 사업에서 규제법 모델의 의미와 목적결합 구조의 필요성은 진입규제의 목적과 수단 간의 정합성에서도 다시 한번 분명히 나타난다. 데이터 시장의 창설이라는 마이데이터 사업의 본래의 취지에 비추어 볼 때 현 상황에서 제안되는 바와 같이 높은 수준의 허가 요건이나 허가제 자체는 합리적으로 완화될 필요가 있다. 시설요건이나 전문성 요건 등에 대해서는 향후 데이터 표준화나 호환기준 등의 구축 이후에는 등록이나 인증 및 자기완결적 신고 등의 수단을 이용하는 방안을 생각해볼 수 있다. 즉, 마이데이터 사업 초기에 법령해석의 문제나 사회적 신뢰의 고려, 진입규제 요건에 대한 실증적 판단 등을 고려하여 허가제를 운용한다고 하더라도 규제일몰제나 사후 규제 평가 등을 통해 진입요건의 개선을 꾀해볼 수도 있다. 위에서는 자세히 다루지 않았으나, 추후 마이데이터 사업의 전 분야 확산이 이뤄지는 경우에는 기존의 영역특수적으로 진행되었던 진입규제가 중복규제가 될 수 있으므로 영역 간 상호인정제를 도입하는 것도 고려해볼 수 있다.[46] 상호인정제는 데이터 표준화와 정형성의 확보, 근거법령에 대한 해석지침이나 사례의 축적 등을 통해 영역포괄적으로 통용되는 기준을 확보할 것을 전제로 하며 결과적으로 데이터산업법이나 개인정보 보호법과 같은 일반법에 의하게 될 것이다. 이 경우 개별법에서 유지되는 영역특수성의 논리가 중복규제가 되지 않도록 법령 상호 간의 정합성이 강조되어야 한다.

마이데이터 사업에서의 시장창설적 규제	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
- 계 인 국	2022.08.27.	2022.09.06.	2022.10.07.

46) 김현경, “마이데이터, 전 산업 확장을 위한 법제도 고려사항”, 배일권 외, 마이데이터의 시대가 온다, 186면.

[참고문헌]

4차산업혁명위원회, “마이데이터 발전 종합대책”, 2021.
계인국, “보장행정의 작용형식으로서 규제”, 공법연구 제41집 제4호 (2013), 158면 이하
_____, “망규제법상 규제목적의 결합과 그 의의 - 보장행정의 공동선실현 메커니즘 -”, 강원법학 제39권 (2013),
_____, “인터넷 검색엔진과 정보보호 - 인적관련 정보의 인적관련 정보의 처리와 정보자기결정권 및 “IT-기본권” -”, 법제연구 제46호,
_____, 규제개혁과 행정법”, 공법연구 제44집 제1호 (2015), 645면 이하
_____, “산지전용허가의 법적 쟁점과 개선방안”, 토지공법연구 제77집 (2017. 2.), 115면
_____, “디지털 플랫폼 서비스 규제의 공법적 모델”, 고려법학 제104호 (2022)
고환경/손경민/주성환, “정보이동권과 마이데이터 사업”, BFL 제93호 (2019)
관계부처 합동, “마이데이터 데이터 표준화 방안”, 2021. 9. 28.
김태호. “과학기술혁신과 시장진입규제: 신산업 분야 규제개선 논의의 비판적 수용론을 겸하여”, 경제규제와 법, 제10권 제2호 (2017)
금융위원회/금융보안원, “금융분야 마이데이터 기술 가이드라인”, 2021
금융위원회/한국신용정보원, “금융분야 마이데이터 서비스 가이드라인” (2021. 7)
배일권 외, 마이데이터의 시대가 온다, 지식공감사 (2022).
보건복지부, “보건의료 마이데이터, 건전한 생태계 조성을 위한 정책 추진 방향 모색”, (2022. 3. 4.)
이성엽 편, 데이터와 법, 박영사 (2021).
이성엽/계인국, “보건의료 데이터 활용의 법적 쟁점과 과제”, 공법연구 제50집 제2호 (2021),
이원우, 경제규제법론, 홍문사 (2010)
정원준, “데이터 이동권 도입의 실익과 입법적 방안 모색”, 성균관법학 제32권 제2호 (2020).
최정민/조영은, “개인정보 이동권과 마이데이터 산업 관련 연구”, 경제규제와 법 제13권 제2호 (2020).

Article 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY (WP 29), Guidelines on the Right to Data Portability, (2017)
Albers, Marion, Umgang mit personenbezogenen Informationen und Daten, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II(zit.: GVwR II), § 22, München 2008.
Bumke, Christian, Verwaltungsakte, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II(zit.: GVwR II), § 35, München 2008.
Fehling, Michael, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland - Zu den Konturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, in: *H. Hill* (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Sektors, S. 91 ff.
Lepsius, Oliver, Ziele der Regulierung, in: *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), Regulierungsrecht, § 19, Tübingen 2010.

Martini, Mario, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung, Tübingen 2008.

Masing, Johannes, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifen geregelt werden?, Verhandlungen des 66 DJT, Bd. I, Gutachten D.

Petersen, Christin, Einheitlicher Ansprechpartner und Datenschutz, LKV 2010.

Ruffert, Matthias, Regulierung im System des Verwaltungsrechts – Grundstrukturen des Privatisierungsfolgenrechts der Post und Telekommunikation, AöR 124 (1999).

ders., in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, § 21.

Vesting, Thomas, Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II(zit.: GVwR II), § 21, München 2008.

Voigt u. a. (Hrsg.), Weißbuch: Digitale Daseinsvorsorge stärken, VKU/Quadriga Hochschule Berlin, 2020.

Weichert, Thilo, in: *Däubler/Klebe/Wedde/ders.,* Bundesdatenschutzgesetz, 3.Aufl., Einl. 2016.

【국문초록】

헌법상 개인의 정보자기결정권은 인적 정보의 이용 및 처리를 스스로 결정할 수 있는 권리이다. 이를 토대로 형성된 지금까지의 데이터법은 제3자의 임의적 이용을 원칙적으로 금지하고 정보주체의 동의를 통해 이용을 위한 형식적 합법성을 부여하였다. 정보주체가 보다 실질적으로 데이터 이용을 정할 수 있도록 하는 방안이 계속 논의되어왔고 개인정보 이동권 역시 그 연장선상에 놓여있다. 유럽연합 데이터보호 기본명령 제20조를 통해 실정법적 개념으로 나타난 개인정보 이동권이 실질적으로 보장되기 위해서는 정보처리자 간의 유효경쟁을 형성 및 활성화하여 개인정보가 충분한 이동성을 가지도록 해야한다. 이러한 기본구조는 보장국가론에 기초한 규제법의 이념에 부합한다. 비유적 표현으로서 “마이데이터” 사업은 유효경쟁을 창설 및 진흥하는 규제목적과 개별 영역적 공동선 목적이 결합된 가운데 개인정보 이동권을 현실화한다. 이러한 이론적 배경에 따라 마이데이터 사업에서의 진입규제 현황을 살펴보면, 현 상황에서 제안되는 바와 같이 높은 수준의 허가 요건이나 허가제 자체는 합리적으로 완화될 필요가 있다. 데이터의 자유로운 이동을 보장하고 시장을 형성하여 민간에 의해 서비스가 창출되고 제공되며 이를 공적으로 보장하는 마이데이터의 본래의 취지를 고려할 필요가 있다.

【Zusammenfassung】

Marktschaffende Regulierung im „My-Data“ Projekt
- Zur Verwirklichung des Rechts auf Datenübertragbarkeit -

Prof. Dr. jur. Inkook Kay
(Korea University, Graduate School of Public Administraion)

Das Recht auf informationellen Selbstbestimmung gewährleistet die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Das bisherige Datenschutzrecht liegt das Verbotsprinzip zugrunde, das die Verarbeitung personenbezogener Daten verboten ist, soweit und solange sie nicht durch eine entsprechende gesetzliche Bestimmung erlaubt wird. Daher fordert das Datenschutzrecht an eine Eineilligung, um der Datenverarbeitung Dritter eine formelle Legitimation zu gewähren. Es wurde laufend darüber diskutiert, wie der Betroffene seine Entscheidungsbefugnis effektiver und materieller verfügen kann. Das Recht auf Datenübertragbarkeit steht in einer Entwicklungslinie. Um das Recht auf Datenübertragbarkeit effektiv zu gewährleisten, das funktionsfähige Wettbewerb zwischen Datenverarbeitern gesichert werden soll. Als ein metapherischer Gebrauch, “My-Data” verwirklicht das Recht auf Datenübertragbarkeit durch die marktschaffende Regulierung mit der Zielverknüpfung zwischen einem Wettbewerbsziel und einer sektorspezifischer Gemeinwohlsziel. Soweit man den eigentlichen Orientierung von Recht auf Datenübertragbarkeit und “My-Data” berücksichtigt, sollte die hohen Genehmigungsanforderungen oder das repressive Verbot mit Ausnahme an sich angemessen gelockert werden.

주제어(Schlüsselwörter) : 개인정보 이동권(Recht auf Datenübertragbarkeit), 마이데이터(My-Data), 시장창설적 규제(marktschaffende Regulierung), 진입규제(Zugansregulierung), 보장국가(Gewährleistungsstaat)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.395

EU 적정성 결정에 따른 개인정보보호위원회 고시인 보완규정의 법적 분석*

박 노 형**

▶목 차◀

Ⅰ. 들어가며
Ⅱ. 보완규정의 법적 성격
Ⅲ. 보완규정의 구체적 분석
1. 수집 목적 외 개인정보 이용·제공 제한
2. 개인정보의 국외 제3자 제공 제한
3. 정보주체 이외로부터 수집한 개인정보의 수집 출처 등 고지
4. 가명정보 처리에 관한 특례 적용범위
5. 시정조치 등
6. 국가안보 목적의 정보분석을 위한 개인정보 처리에 관한 개인정보보호법 적용과 개인정보 침해조사 및 집행
Ⅳ. 마치며

Ⅰ. 들어가며

2021년 12월 17일 개인정보보호위원회와 유럽연합(European Union, EU)의 유럽위원회(European Commission)는 한국에 대한 개인정보보호의 '적정성 결정'(adequacy decision)이 채택되었음을 발표하였다.[1] 2017년 1월 10

* 본 논문은 2019년 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2019S1A5A2A03046683, 과제명: 초연결 사회 보안환경 변화에 따른 취약요인 분석 및 신보안전략). 본 논문의 작성에서 자료와 자구 검토 등을 도와준 고려대학교 법학연구원 김효권 연구교수와 대학원 석사과정 정숙현 학생에게 감사를 표시한다.

** 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 개인정보보호위원회, "한국, EU 개인정보보호 적정성 결정 최종 통과", 보도자료(2021.

일 유럽위원회는 유럽의회와 EU이사회에 보낸 커뮤니케이션(communication)에서 한국과 일본을 시작으로 동아시아와 동남아시아의 핵심 무역파트너들과 적정성 결정에 관한 논의를 우선 진행할 것임을 밝혔다.[2] 이후 5년 가까운 시간의 협상을 거쳐 한국에 대한 EU 적정성 결정이 채택되었다.[3] EU 적정성 결정으로 한국은 '개인정보 국외이전에 있어 EU회원국에 준하는 지위'를 부여받은 것으로 볼 수 있다.[4]

EU 적정성 결정은 3개 조문의 본문 및 본문 앞의 한국 개인정보보호법의 주요 내용 설명 및 본문 뒤의 두 건의 부속서(Annex)로 구성된다.[5] EU

---

12. 17)(이하 'EU 적정성 결정 보도자료') 및 European Commission, "Commission Implementing Decision of 17.12.2021 pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data by the Republic of Korea under the Personal Information Protection Act", Official Journal of European Union, Volume 65 (24 February 2022) (이하 'EU 적정성 결정'). EU 적정성 결정은 EU의 개인정보보호법인 일반개인정보보호규칙(General Data Protection Regulation, GDPR) 제45조에 근거한다. GDPR 제45조에 관한 자세한 내용은 다음의 문헌 참조: 박노형 외 8인, EU개인정보보호법-GDPR을 중심으로 (박영사, 2017), 266면 이하. 국내에서 유럽위원회는 종종 '집행위원회'라고 불리나, 동 기관은 집행만 담당하지 않고 또한 그 명칭에 집행의 단어도 포함되어 있지 않아서, 원문에 맞게 유럽위원회라 부른다.

2) European Commission, "Exchanging and Protecting Personal Data in a Globalised World", COM(2017) 7 final(10 January 2017). 동 커뮤니케이션에서 유럽위원회는 한국과 일본이 당시 '종합적인 개인정보보호 체제'(comprehensive data protection regimes)를 마련하는 입법을 채택하거나 현대화하였다고 밝혔다.

3) EU 적정성 결정의 핵심 요건인 개인정보보호 감독당국의 독립성이 충족되지 않아서 한국과의 적정성 협의가 두 차례 중단되었다. 2020년 2월 소위 '데이터 3법 개정'으로 개인정보보호위원회가 독립적인 개인정보보호 감독기구로 확대 출범함에 따라 적정성 논의가 본격 재개되었다고 한다. EU 적정성 결정 보도자료 참조. 2019년 1월 23일 채택된 EU의 일본에 대한 적정성 결정은, 한국과 달리, 민간부문 개인정보 역외이전에 국한하는데, 동시에 일본도 EU에 대한 국외이전의 적정성 결정을 내렸다. 개인정보보호법, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(정보통신망법) 및 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」(신용정보법)의 데이터 3법은 4차 산업혁명시대에서 데이터의 활용을 촉진하기 위하여 2020년 1월 9일 국회에서 관련 개정안이 채택되었고, 이들 3법은 2020년 2월 4일 개정되고 2020년 8월 5일 시행되었다.

4) EU 적정성 결정 보도자료 참조. 보다 실질적으로는 한국의 EU 디지털시장에 대한 접근 또는 EU 디지털시장의 확보로 볼 수 있다. EU 적정성 결정이 없는 상황에서는 대체로 GDPR 제46조 2(c)와 2(d)항에 규정된 표준계약조항을 통하여 EU시민의 개인정보가 역외로 이전할 수 있었을 것이다.

5) EU 적정성 결정의 3개 조문은 불과 2쪽의 분량이고, 한국 개인정보보호법의 주요 내용에 대한 설명이 70쪽 가까운 분량이다. EU 적정성 결정 부속서 I은 17쪽 분량이고, 부속서 II는 32쪽 분량이다. 이하에서는 조문의 표기는 서술의 편의상 개인정보보호법

적정성 결정에서 한국 개인정보보호법의 설명은 EU에서 이전된 개인정보에 대한 한국 정부에 의한 접근과 이용에 치중하고 있다. 또한, 부속서 I은 한국으로 이전된 개인정보의 처리와 관련한 개인정보보호법의 해석과 적용을 위한 보완규정(Supplementary Rules)이고, 부속서 II는 한국 정부에 의한 개인정보 접근에 대한 법체제의 설명이다.[6] 개인정보보호위원회는 EU 적정성 결정에 기반하여 한국으로 이전된 개인정보의 처리에 대한 「한국으로 이전된 개인정보의 처리와 관련한 「개인정보 보호법」의 해석과 적용을 위한 보완규정」(이하 '보완규정')을 채택하였는데, 보완규정의 내용은 EU 적정성 결정 부속서 I의 내용과 일치한다.[7] 보완규정은 EU 적정성 결정의 채택에 필요하여 한국이 제시한 보완적 법적 문서이지만, 개인정보보호법의 주요 규정에 대한 개인정보보호위원회의 해석을 포함하고 있어서, 개인정보보호법의 이해를 위하여 중요하다.

문제는 보완규정의 개인정보보호법의 주요 규정에 대한 해석이 여러 점에서 무리가 있다는 점이다. 보완규정이 EU 적정성 결정의 채택에 필요한 보완적 조치이기는 하지만, 아래에서 검토하듯이 행정규칙의 지위를 가진 보완규정이 법률인 개인정보보호법의 기본적인 의미와 입법적 맥락을 무시하거나 뛰어 넘는 것으로 보인다. 본 논문은 법률로서 개인정보보호법과 그 하부규범인 행정규칙으로서 보완규정을 비교 분석하여, 보완규정의 내용의 문제점을 파악하고자 한다.[8]

은 '법', 동 법의 시행령은 '영'이라 부른다.

6) 부속서 II에서 한국 정부의 형사법집행 목적과 국가안보 목적의 개인정보 접근의 설명에 대하여 개인정보보호위원회 위원장, 국정원 원장, 법무부 검찰국장, 국가인권위원회 위원장, 대테러센터 센터장 및 금융정보분석원 원장이 자필 서명하였다.

7) 보완규정은 EU 적정성 결정이 채택되기 전인 2020년 9월 1일 개인정보보호위원회 고시 제2020-10호로 제정되어 동년 12월 17일 시행된 점에서, EU 적정성 결정의 채택을 위한 중요한 법적 보완조치로 볼 수 있다. 2021년 11월 16일 일부 개정된 개인정보보호위원회 고시 제2021-5호는 동년 12월 17일 즉 EU 적정성 결정이 채택되면서 동시에 시행되었다. EU 적정성 결정 부속서 I의 제목은 "Supplementary Rules for the Interpretation and Application of the Personal Information Protection Act Related to the Processing of Personal Data Transferred to Korea"이다.

8) 보완규정의 내용은 EU 적정성 결정 부속서 I의 내용과 일치해야 하는데, 종종 국문과 영문의 내용이 완전하게 일치하지 않고, 영문 표현도 적절하지 않다. 예컨대 가명정보의 처리에서 보완규정의 '공익적 기록보존 ... 경우'는 EU 적정성 결정 부속서 I에서 'for the purpose of ... preservation of public records'라고 표기되는데, 이는 'archiving

Ⅱ. 보완규정의 법적 성격

개인정보보호위원회의 고시인 보완규정은 국가 등의 책무에 관한 법 제5조와 국제협력에 관한 법 제14조에 근거한다.[9] 보완규정은 개인정보보호법의 특정 법조항에 대한 해석 기준을 명확히 하고, 한국과 EU의 양국간 제도적 차이점을 보완하기 위하여 채택되었다.[10] 보완규정은 법체계상 개인정보보호법의 해석과 집행 기준을 명확히 하기 위하여 소관 행정청이 작성·공표하는 행정규칙으로서, 보완규정의 내용을 위반하는 행위는 개인정보보호법의 관련 법조항을 위반하는 행위로 간주될 수 있어서, 개인정보처리자에게 법적 구속력을 가진다.[11] 또한, 보완규정의 위반으로 개인의 권리와 이익이 침해되는 경우 해당 개인은 개인정보보호위원회 또는 법원 등에 구제를 요구할 수 있다.[12]

보다 구체적으로, EU 적정성 결정에 따라 한국으로 이전된 개인정보를 처리하는 개인정보처리자가 보완규정에 부합하는 조치를 취하지 않는 경우에는 법 제64조 제1항과 제2항에 따른 '개인정보가 침해되었다고 판단할 상

---

purposes in the public interest'라고 표기하는 것이 적절할 것이다. GDPR 제89조 참조. 또한, 내용의 차이도 발견된다. 예컨대, 아래 각주 73과 114 및 해당 본문 참조.

9) 보완규정 제1절. 개인정보보호위원회는 '개인정보 보호에 관한 법령의 해석·운용'에 관한 사항을 심의·의결한다. 법 제7조의9 제1항 제5호.

10) 보완규정 제1절. EU회원국 개인정보보호 감독당국들과 유럽개인정보보호감독관(European Data Protection Supervisor)으로 구성된 유럽개인정보보호이사회(European Data Protection Board, EDPB)는 특히 한-EU 법제 간 차이를 조정하기 위한 개인정보위원회의 고시 제·개정 등 한국 정부의 노력을 높이 평가하였다. EU 적정성 결정 보도자료 참조.

11) 보완규정 제1절. 행정규칙도 관련 법규나 상위규칙에 위반되지 않아야 한다. 홍정선, 행정법특강 (박영사, 2014), 163-164면 참조. 행정규칙은 법규나 상위규칙에 위반되지 않으면서 특정한 행정목적을 달성하기 위하여 필요한 범위 내에서만 제정할 수 있고, 법규 등에서 규정하지 않은 국민의 권리·의무에 관한 사항을 새롭게 규정할 수 없다. 남상택, "고시의 법적 성격에 관한 재고찰 - 판례를 중심으로", 「국가법연구」, 2014, 15면 참조. 법령보충적 행정규칙은 단지 행정규칙의 일종에 불과하여 그 자체로서 법규명령으로 볼 수 없고, 고시와 같은 형식의 입법위임에서는 행정규제기본법 제4조 제2항 단서의 '전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항'에 국한하여야 할 것이다. 임영호, "판례를 중심으로 본 법령보충적 행정규칙의 법적 성질", 「행정판례연구 XII」, 2007, 57면 참조.

12) 보완규정 제1절.

당한 근거가 있고 이를 방치할 경우 회복하기 어려운 피해가 발생할 우려가 있다고 인정되는 경우'로 간주된다.[13] 이러한 경우 개인정보보호위원회 또는 관계 중앙행정기관은 동 조항에서 부여한 권한에 따라 해당 개인정보처리자에게 시정조치 등을 명할 수 있고, 또한 구체적인 개인정보보호법 위반행위에 따라 이에 상응하는 처벌(벌칙, 과태료 등)도 병과할 수 있다.[14] 문제는 개인정보보호법의 해석과 집행기준을 규정한 보완규정의 내용이 상위규범인 개인정보보호법의 내용에 일치하느냐이다.

Ⅲ. 보완규정의 구체적 분석

1. 수집 목적 외 개인정보 이용·제공 제한

보완규정은 다음과 같이 여섯 개 사항에 대한 개인정보보호법의 해석과 집행기준을 제시한다. 보완규정의 첫 번째 해석은 EU에서 한국으로 이전된 개인정보의 수집 목적 외 이용·제공의 제한에 관한 것이다. 이와 관련하여 개인정보보호 원칙에 관한 법 제3조, 개인정보의 수집·이용에 관한 법 제15조 및 개인정보의 목적 외 이용·제공 제한에 관한 법 제18조의 해석이 이루어진다.

법 제3조 제1항과 제2항은 개인정보처리자가 개인정보의 처리 목적에 필요한 범위에서 최소한의 개인정보만을 적법하고 정당하게 수집하여야 하며, 그 목적 외의 용도로 활용하여서는 아니 된다는 원칙을 규정하고 있다.[15] 이러한 원칙에 따라 법 제15조 제1항은 개인정보처리자가 개인정보를

---

13) 보완규정 제1절.

14) 보완규정 제1절.

15) 보완규정 제3절 제1조 제(i)항. EU 적정성 결정 부속서 I에서 인용된 법 제3조 제1항의 개인정보의 '적법하고 정당하게 수집'은 'collect ... lawfully and fairly'로 표기되어 GDPR 제5조 제1(a)항의 용어와 일치한다. 이 점에서 법 제3조 제1항은 개인정보의 적법하고 공정한 수집으로 표기하는 것이 보다 정확할 것이다. 적법함과 정당함은 규범적 근거로서 상당히 유사하여 연이어 명기될 필요는 없기 때문이다. 이에 관한 상세한 사항은 다음의 문헌 참조: 박노형, 개인정보보호법 (박영사, 2020), 118면. 한편, EU 적정성 결정 부속서 I은 'processing the personal information legally and

수집하는 경우에는 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다고 규정하고, 법 제18조 제1항은 개인정보를 그 수집 목적의 범위를 초과하여 이용하거나 제3자에 제공하여서는 아니 된다고 규정한다.[16] 또한, 법 제18조 제2항 각 호에 따른 예외적인 경우에 해당하여 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 제3자에게 제공할 수 있는 경우에도 제5항에 따라 개인정보가 안전하게 처리될 수 있도록 개인정보를 제공받는 자에게 이용 목적이나 이용 방법을 제한하거나 개인정보의 안전성 확보를 위하여 필요한 조치를 마련하도록 요청하여야 한다.[17]

개인정보의 수집·이용 및 목적 외 이용·제공에 관한 보완규정의 위 내용은 정보주체의 국적과 관계없이 대한민국의 법적 관할권이 미치는 영내에서 제3국으로부터 수집하는 모든 개인정보의 처리에 동일하게 적용된다.[18] 즉, 보완규정이 EU에서 한국으로 이전된 개인정보의 처리에 대한 보충적 규정이지만, EU가 아닌 다른 제3국에서 이전된 개인정보에도 위의 개인정보의 수집과 이용에 관한 기본원칙과 규정이 적용됨이 확인된다. 따라서, 보완규정을 통하여 EU는 물론 제3국에서 이전된 개인정보에 대하여 개인정보보호법은 차별 없이 적용된다.

EU 적정성 결정에 근거하여 EU에서 한국으로 이전된 개인정보는 이전 당시 EU 개인정보처리자가 특정한 당초 수집 목적이 한국 개인정보처리자가 개인정보를 수집하는 목적으로 간주되며, 이 경우 한국 개인정보처리자는 법 제18조 제2항 각 호의 예외적인 사유에 해당하는 경우를 제외하고는 그 개인정보의 수집 목적 범위를 초과하여 이용하거나 제3자에게 제공할 수 없다.[19] 즉, 개인정보를 이전한 EU 개인정보처리자의 원래 수집 목적이 동 개인정보를 이전받은 한국 개인정보처리자의 수집 목적으로 간주된다. 따라

---

lawfully'(개인정보를 법적으로 적법하게 처리함)으로도 규정하여 하나의 문서에서 용어가 혼란스럽게 사용된다.

16) 보완규정 제3절 제1조 제(ii)항.

17) 보완규정 제3절 제1조 제(iii)항.

18) 보완규정 제3절 제1조 제(iv)항.

19) 보완규정 제3절 제1조 제(v)항. EU 적정성 결정 부속서 I은 EU의 개인정보처리자를 'personal information controller'로 표기하는데, 본 논문에서는 보완규정에서와 같이 개인정보처리자로 부른다.

서, 한국 개인정보처리자는 EU에서 이전된 개인정보를 원래 EU에서 수집된 목적의 범위에서 이용·제공할 수 있고, 예외적으로 법 제18조 제2항에 규정된 여덟 가지 근거에 따라 목적 외 이용·제공도 허용된다.

2. 개인정보의 국외 제3자 제공 제한

보완규정의 두 번째 해석은 EU에서 한국으로 이전된 개인정보의 국외 제3자 제공 제한에 관한 것이다. 이와 관련하여 개인정보의 제3자 제공에 관한 법 제17조 제3항과 제4항 및 개인정보의 목적 외 이용·제공 제한에 관한 법 제18조에 관한 해석이 이루어진다.

보완규정의 국외 제3자 제공에 관한 규정은 EU 적정성 결정 부속서 I에서는 개인정보의 재이전(onward transfer)에 관한 규정이 된다.[20] 개인정보의 재이전은 EU에서 개인정보가 이전된 제3국 또는 국제기구로부터 다른 제3국 또는 다른 국제기구로의 이전을 의미한다.[21] 따라서 보완규정은 EU에서 한국으로 이전된 개인정보가 다시 제3국으로 이전되는 경우에 개인정보보호법이 어떻게 해석되어 적용되는지를 규정한다.

개인정보를 국외 제3자에게 제공하는 경우에는 국가별 개인정보보호 제도의 차이 등으로 인해 한국의 개인정보보호법이 보장하는 수준의 보호를 받지 못할 위험이 발생할 수 있다.[22] 이러한 경우는 법 제17조 제4항에 언급된 '정보주체에게 불이익이 발생하는지' 또는 영 제14조의2 제1항 제3호에 언급된 '정보주체의 이익을 부당하게 침해하는지'의 경우로 간주될 수 있다.[23] 이 점에서 개인정보처리자는 개인정보가 국외로 이전된 이후에도 개인정보보호법이 보장하는 수준의 안전조치와 정보주체의 권리 행사를 보장

20) 보완규정의 '개인정보의 국외 제3자 제공 제한'은 EU 적정성 결정 부속서 I에서 'Limitation to Onward transfer of Personal data'(개인정보의 재이전 제한)로 표기된다.

21) GDPR 제44조. 또한, 개인정보의 재이전은 '제3국 또는 국제기구로부터 동일하거나 다른 제3국 또는 국제기구의 컨트롤러, 프로세서에게'(from the third country or international organisation to controllers, processors in the same or another third country or international organisation) 이전되는 경우이다. GDPR 상설 제101항.

22) 보완규정 제3절 제2조 제(ii)항 제1문.

23) 보완규정 제3절 제2조 제(ii)항 제2문.

할 수 있는 내용을 계약서 등 구속력 있는 문서에 명확히 반영하도록 요구된다.[24] 다만, 이러한 내용의 구속력 있는 문서의 준수 및 국외에서 개인정보보호법 관련 규정의 위반에 대한 시정이나 관련된 구제가 현실적으로 가능할지 의문이다.

보완규정은 개인정보의 국외 제3자에게 제공되는 근거를 개인정보보호법의 세 가지 규정에서 확인한다. 정보주체의 동의를 받는 경우와 동의를 받지 않는 두 가지 경우의 국외 제3자 제공에 관한 것이다. 첫째, 법 제17조 제2항 각 호의 사항 모두를 정보주체에게 미리 알리고 동의를 받고 개인정보를 국외 제3자에게 제공할 수 있고, 개인정보보호법을 위반하는 내용으로 개인정보 국외 제공에 대한 계약을 체결하여서는 아니된다.[25] 둘째, 법 제18조 제2항의 여덟 가지 경우에 예외적으로 개인정보의 목적 외 국외 제3자에게 제공이 허용된다.[26] 다만, 이러한 경우에도 해당 개인정보의 제공이 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때에는 개인정보를 제3자에게 제공할 수 없으며, 개인정보를 제공하는 자는 개인정보가 안전하게 처리될 수 있도록 개인정보를 제공받는 자에게 그 개인정보의 이용 목적이나 이용 방법을 제한하거나 개인정보의 안전성 확보를 위하여 필요한 조치를 마련하도록 요청하여야 한다.[27] 법 제18조 제2항은 국외 제3자 제공을 허용한 제17조 제3항을 언급한 제18조 제1항에 대한 예외로서 목적

24) 보완규정 제3절 제2조 제(ii)항 제2문.

25) 보완규정 제3절 제2조 제(i)항 제(1)호. 법 제17조 제3항과 일치한다.

26) 보완규정 제3절 제2조 제(i)항 제(2)호. 법 제18조 제2항은 정보주체의 별도 동의, 다른 법률의 특별한 규정, 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명 등을 위하여 필요, 다른 법률에서 정하는 소관 업무 수행으로서 개인정보보호위원회의 심의·의결을 거치는 경우, 조약의 이행, 범죄 수사 등 필요, 법원 재판업무 수행, 형 등 집행에 필요의 여덟 가지 경우에 목적 외 제3자 제공을 허용한다. 공공기관은 이러한 여덟 가지 모든 예외를 이용할 수 있으나, 민간부문 개인정보처리자는 정보주체의 별도 동의, 다른 법률의 특별한 규정, 또는 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명 등을 위한 필요의 세 가지 예외만 이용할 수 있고, 정보통신서비스 제공자인 개인정보처리자는 정보주체의 별도 동의, 및 다른 법률의 특별한 규정의 두 가지 예외만 이용할 수 있다. 법 제18조 제2항 단서. 따라서, 민간부문에서의 목적 외 국외 제3자 제공의 가능성은 제한적이라고 볼 수 있다.

27) 보완규정 제3절 제2조 제(i)항 제(2)호 단서. 이 단서의 내용은 법 제18조 제2항 본문에서 언급된 침해 우려의 배제와 제18조 제5항의 이용 목적이나 이용 방법의 제한 또는 안전성 확보 조치의 마련에 관한 내용과 일치한다.

외 제공을 허용한 것인 점에서, 목적 외 국외 제3자 제공이 예외적으로 허용되는 것이다.[28] 셋째, 법 제17조 제4항에 따라 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 개인정보를 제공하는 경우 개인정보를 국외 제3자에게 제공할 수 있다.[29] 다만, 이 규정이 적용될 수 있는 경우는 영 제14조의2에서 규정하는 개인정보의 추가적 이용·제공에 관한 기준을 충족하는 경우로 한정되고, 그 외에도 개인정보처리자는 당해 개인정보의 제공으로 인하여 정보주체에게 불이익이 발생하는지 여부, 암호화 등 안전성 확보에 필요한 조치를 하였는지 여부를 고려하여야 한다.[30]

그런데, 법 제17조 제4항에 따른 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 국외 제3자 제공이 허용된다는 보완규정의 해석에 주의 깊은 검토가 필요할 것이다. 법 제17조 제4항은 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 정보주체의 동의 없이 개인정보의 이용을 허용한 제15조 제3항과 함께 소위 데이터 3법의 개정으로 2020년 2월 4일 신설되었다. 이들 신설된 규정은 최초 수집 목적과 다르지만 양립 가능한 목적의 추가적 처리에 관한 GDPR 제6조 제4항을 모델로 한 것으로 보인다. GDPR 제6조 제4항은 원래 수집 목적과 다른 즉 새로운 목적의 추가적 처리를 허용하는 것인데, 원래 수집된 목적의 적법한 처리를 위한 요건이 충족되고 또한 암호화 또는 가명처리 등 적절한 안전조치의 존재를 포함한 적어도 다섯 가지 요소가 고려될 것이 요구된다. GDPR 제6조 제4항은 수집 목적과 양립 가능한 목적의 개인정보 처리의 적법성을 인정하는 것이고, 개인정보의 역외 이전에 대하여는 별도로 GDPR 제5장의 관련 규정이 적용되어야 한다. 그런데, 보완규정은 GDPR 제6조 제4항과 유사한 내용이지만 본래의 취지와는 다른 법 제17조 제4항에 따라 국외 제3자 제공이 허용된다고 해석한다. 이는 원칙적으로 정

28) 2021년 9월 28일 국무회의에서 의결된 개인정보보호법의 제2차 개정안에는 법 제18조 제1항에서 정보주체의 동의를 받은 국외 제3자 제공에 관한 법 제17조 제3항을 삭제하고 정보주체의 동의를 포함하여 다섯 가지 경우의 국외 이전을 위하여 신설된 제28조의8 제1항으로 대체하는 것이 포함되어 있다.

29) 보완규정 제3절 제2조 제(i)항 제(1)호.

30) 보완규정 제3절 제2조 제(i)항 제(1)호 단서. 이 단서의 내용은 법 제17조 제4항과 영 제14조의2 제1항과 일치한다.

보주체의 동의에 기반한 국외 제3자 제공을 허용하는 개인정보보호법의 제한적 접근에서는 파격적인 해석으로 볼 수 있다.[31] 보완규정의 해석대로 법 제17조 제4항에 따라 목적 외 국외 제3자 제공이 허용된다고 하더라도, 정보주체가 원래 수집 목적과 다르지만 양립가능한 목적으로 국외 제3자 제공을 예측하는 것이 일상적이지 않을 것이다.[32] EU에서 한국으로 이전된 개인정보가 다시 제3국으로 이전되는 경우에서 수집 목적과 다른 목적의 국외 제3자 제공이 EU시민의 개인정보 역외이전을 제한적으로 허용하는 GDPR 제5장의 규정에 부합하기 어려울 것이다.

3. 정보주체 이외로부터 수집한 개인정보의 수집 출처 등 고지

보완규정의 세 번째 해석은 정보주체 이외로부터 수집한 개인정보의 수집 출처 등 고지에 관한 것이다. 이와 관련하여 정보주체 이외로부터 수집한 개인정보의 수집 출처 등 고지에 관한 법 제20조의 해석이 이루어진다.

보완규정의 정보주체 이외로부터 수집한 개인정보의 수집 출처 등 고지에 관한 아래 세 가지 의무는 EU 적정성 결정에 기반하여 EU에서 이전된 개인정보를 신용정보법 등 다른 법률에 따라 처리하는 개인정보처리자에게 동일하게 요구된다.[33] 참고로 GDPR 제13조는 '개인정보가 정보주체로부터 수집되는 경우 제공되어야 할 정보'를, 제14조는 '개인정보가 정보주체로부터 획득되지 않은 경우 제공되어야 할 정보'를 상세하게 규정한다.

(1) EU에서 이전된 개인정보를 수령한 개인정보처리자의 EU 정보주체에 대한 고지 의무

개인정보처리자는 EU 적정성 결정에 기반하여 EU로부터 개인정보를 이전받은 경우에는[34] 그 이전이 발생한 날로부터 1개월 이내에 다음 제(1)

31) 2021년 9월 28일 국무회의에서 의결된 개인정보보호법의 제2차 개정안에 포함된 정보주체의 동의 등 다섯 가지 경우의 국외 이전을 규정한 제28조의8 제1항의 관점에서도 마찬가지일 것이다.

32) 영 제14조의2 제1항 제2호 및 GDPR 상설 제50항 참조.

33) EU 적정성 결정 부속서 I, 각주 6. 보완규정은 이러한 내용을 언급하지 않는다.

호부터 제(5)호에 해당하는 내용을 정보주체에게 알려야 한다:[35] (1) 개인정보를 이전하는 자와 이전받는 자의 명칭 및 연락처, (2) 이전받는 개인정보의 항목 또는 범주, (3) 개인정보의 수집·이용 목적(본 고시의 1[36]에 따라 개인정보를 이전하는 자가 특정한 목적), (4) 개인정보의 보유기간, 및 (5) 해당 개인정보 처리에 대한 정보주체의 권리와 그 행사 방법·절차에 관한 사항 및 권리 행사에 따른 불이익이 있는 경우 그 불이익의 내용.

개인정보처리자로부터 고지를 받는 정보주체는 EU 정보주체이다. EU에서 한국으로 개인정보가 이전된 경우, 즉 이전이 수행된 이후에 해당 개인정보처리자의 EU 정보주체에게의 고지인 점에서 고지 사항에서 '이전받는'은 과거형인 '이전받은'으로 정정되어야 할 것이다. 보완규정은 이전이 발생한 날로부터 1개월 이내에 고지하도록 요구하는데, EU 적정성 결정 부속서 I은 '지체 없이 및 어느 경우이든 이전으로부터 1개월 이내'(without undue delay, and in any event not later than one month from the transfer)의 고지를 요구한다.[37]

GDPR 제14조는 '개인정보가 정보주체로부터 획득되지 않은 경우 제공되어야 할 정보'를 규정하는데, 컨트롤러의 정보주체에 관한 개인정보의 공정하고 투명한 처리를 보장하기 위하여 기본적으로 여섯 개 항목 및 추가적으로 일곱 개 항목의 정보를 제공하도록 요구한다. 법 제20조는 '정보주체 이외로부터 수집된 개인정보의 수집 출처 등 고지'를 규정하는데, 개인정보

34) EU 적정성 결정 부속서 I은 'If the personal information controller receives the personal information transferred from the EU based on its adequacy decision'(개인정보처리자가 적정성 결정에 기반하여 EU에서 이전된 개인정보를 수령하면)이라고 표기한다.

35) 보완규정 제3절 제3조 제(i)항.

36) '본 고시의 1'은 보완규정 제3절 제1조 제(v)항을 가리킬 것이다. 즉, EU 적정성 결정에 근거하여 EU에서 한국으로 이전된 개인정보는 이전 당시 EU 개인정보처리자가 특정한 당초의 수집 목적이 한국 개인정보처리자가 개인정보를 수집하는 목적으로 간주된다. EU 적정성 결정 부속서 I은 '개인정보를 이전하는 자'를 '개인정보 반출자'(data exporter)라고 표기한다.

37) GDPR 제14조 제3(a)항은 '개인정보를 획득한 후 합리적 기간 내, 그러나 늦어도 한 달 내'(within a reasonable period after obtaining the personal data, but at the latest within one month)라고 규정한다.

처리자가 정보주체에게 고지해야 할 항목은 세 가지이다. 또한, 원칙적으로는 정보주체의 요구가 있으면 정보주체에게 고지해야 하고, 5만명 이상의 정보주체에 관하여 법 제23조에 따른 민감정보 또는 법 제24조 제1항에 따른 고유식별정보를 처리하는 자 또는 100만명 이상의 정보주체에 관하여 개인정보를 처리하는 자는 정보주체의 요구가 없어도 정보주체에게 고지해야 한다.[38]

〔표 1〕 정보주체에 대한 수집 출처 등 고지 사항의 비교

EU로부터 개인정보가 이전된 경우 정보주체에 대한 고지 사항(보완규정 제3절 제3조 제(i)항)	정보주체 이외로부터 수집한 개인정보의 수집 출처 등 고지 사항(법 제20조 제1항)
(1) 개인정보를 이전하는 자와 이전받는 자의 명칭 및 연락처	1. 개인정보의 수집 출처
(2) 이전받는 개인정보의 항목 또는 범주	
(3) 개인정보의 수집·이용 목적(본 고시의 1에 따라 개인정보를 이전하는 자가 특정한 목적을 말한다)	2. 개인정보의 처리 목적
(4) 개인정보의 보유기간	
(5) 해당 개인정보 처리에 대한 정보주체의 권리와 그 행사 방법·절차에 관한 사항 및 권리행사에 따른 불이익이 있는 경우 그 불이익의 내용	
	3. 제37조에 따른 개인정보 처리의 정지를 요구할 권리가 있다는 사실

38) 법 제20조 제2항 및 영 제15조의2 제1항.

(2) EU로부터 이전된 개인정보의 국내·외 제3자 제공의 경우 개인정보처리자의 EU 정보주체에 대한 고지 의무

개인정보처리자는 EU 적정성 결정에 기반하여 EU로부터 이전받은 개인정보를 국내·외 제3자에게 제공하려는 경우에는 그 제공이 발생하기 이전에 다음 제(1)호부터 제(5)호에 해당하는 내용을 정보주체에게 알려야 한다:[39] (1) 개인정보를 제공하려는 자와 제공받는 자의 명칭 및 연락처, (2) 제공하려는 개인정보의 항목 또는 범주, (3) 개인정보 제공이 예상되는 국가, 예상되는 제공 일시와 제공 방법(개인정보가 국외 제3자에게 제공될 수 있는 경우), (4) 개인정보를 제공하려는 자의 제공 목적 및 법적 근거, 및 (5) 해당 개인정보 처리에 대한 정보주체의 권리와 그 행사 방법·절차에 관한 사항 및 권리 행사에 따른 불이익이 있는 경우 그 불이익의 내용

EU 적정성 결정에 기반하여 EU로부터 이전받은 개인정보를 국내·외 제3자에게 제공하려는 경우는 EU의 관점에서 개인정보의 '역외 재이전'(onward transfer)에 해당한다.[40] 여기서 국내·외 제3자 제공에 관하여 고지를 받는 정보주체는 EU 정보주체가 될 것이다. 법 제17조 제2항은 개인정보의 국내·외 제3자 제공에서 정보주체에게 다섯 개 사항을 고지하도록 요구한다. 또한, GDPR 제14조 제4항은 컨트롤러가 개인정보가 획득된 목적과 다른 목적으로 개인정보를 추가로 처리하고자 하는 경우, 추가적 처리 전에 다른 목적에 관한 정보와 동 조 제2항에 언급된 관련 있는 모든 추가적 정보를 정보주체에게 제공하도록 요구한다.

---

39) 보완규정 제3절 제3조 제(ii)항.

40) GDPR 상설 제101항 참조.

〔표 2〕 제3자 제공의 경우 고지 사항 비교

EU에서 이전된 개인정보의 재이전의 경우 정보주체에 대한 고지 사항(보완규정 제3절 제3조 제(ii)항)	정보주체의 동의를 받아 제3자 제공하는 경우 정보주체에 대한 고지 사항(법 제17조 제2항)
(1) 개인정보를 제공하려는 자와 제공받는 자의 명칭 및 연락처	1. 개인정보를 제공받는 자
(2) 제공하려는 개인정보의 항목 또는 범주	3. 제공하는 개인정보의 항목
(3) 개인정보 제공이 예상되는 국가, 예상되는 제공 일시와 제공 방법(개인정보가 국외의 제3자에게 제공될 수 있는 경우에 한한다)	
(4) 개인정보를 제공하려는 자의 제공 목적 및 법적 근거	2. 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 이용 목적
(5) 해당 개인정보 처리에 대한 정보주체의 권리와 그 행사 방법·절차에 관한 사항 및 권리행사에 따른 불이익이 있는 경우 그 불이익의 내용	5. 동의를 거부할 권리가 있다는 사실 및 동의 거부에 따른 불이익이 있는 경우에는 그 불이익의 내용
	4. 개인정보를 제공받는 자의 개인정보 보유 및 이용 기간

(3) 고지 의무의 비적용

개인정보처리자는 아래 네 가지 경우의 어느 하나에 해당하면 위 두 가지 경우의 고지 의무가 적용되지 않는다.[41] 첫째, 고지 대상이 되는 개인정

41) 법 제20조 제4항은 다음 두 가지 경우 중 어느 하나에 해당하면 정보주체 이외로부터 수집한 개인정보의 수집 출처 등 고지의 의무를 적용하지 아니한다: 1. 고지를 요구하는 대상이 되는 개인정보가 법 제32조 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 개인정보파일에 포함되어 있는 경우, 2. 고지로 인하여 다른 사람의 생명·신체를 해할 우려가 있거나 다른 사람의 재산과 그 밖의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있는 경우. 또한, 이들 두 가지 경우의 고지 의무의 비적용이 개인정보보호법에 따른 정보주체의 권리보다 명백히 우선해야 한다. 법 제20조 제4항 단서.

보가 법 제32조 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 개인정보파일에 포함되어 있는 경우로서 이 조항에 의해 보호되는 이익이 정보주체의 권리보다 명백히 우선하고, 그 고지가 이 조항에 의해 보호되는 이익의 달성을 위협하는 경우이다.[42] 예컨대, 진행 중인 범죄 수사를 위태롭게 하거나, 국가안보를 위협하는 등의 경우는 공익에 해당하기 때문에 위의 두 가지 경우의 고지 의무가 적용되지 않는다. 둘째, 고지로 인하여 다른 사람의 생명·신체를 해할 우려가 있거나 다른 사람의 재산과 그 밖의 권리 또는 이익을 부당하게 침해할 우려가 있는 경우로서 다른 사람의 생명, 신체, 재산과 그 밖의 권리 또는 이익이 정보주체의 권리보다 명백히 우선하는 경우이다.[43] 셋째, 정보주체가 위의 두 가지 고지 의무가 적용되는 경우 개인정보처리자가 알려야 하는 정보를 이미 보유하고 있는 경우이다.[44] 넷째, 개인정보보호법 제3[장]의 규정에 따라 개인정보를 처리하는 경우를 포함하여 개인정보처리자가 정보주체에게 연락 가능한 정보를 보유하고 있지 않거나 과도한 노력이 수반되어야 하는 경우이다.[45] 여기서 '과도한 노력'은 정보주체에 대한 연락에 관련된다.[46] 이러한 경우에 해당하는지 여부를 판단할 때에는 EU에

---

42) 보완규정 제3절 제3조 제(iii)항 제(1)호. 법 제20조 제4항 제1호와 일치한다. 공공기관의 장은 개인정보처리자로서 개인정보파일을 운용하는 경우 개인정보보호위원회에 개인정보파일의 명칭 등을 등록하도록 요구되는데, 다음의 다섯 가지에 해당하는 개인정보파일의 경우 개인정보파일의 명칭 등을 등록하도록 요구되지 않는다: 1. 국가안전, 외교상 비밀, 그 밖에 국가의 중대한 이익에 관한 사항을 기록한 개인정보파일, 2. 범죄의 수사, 공소의 제기 및 유지, 형 및 감호의 집행, 교정처분, 보호처분, 보안관찰처분과 출입국관리에 관한 사항을 기록한 개인정보파일, 3. 「조세범처벌법」에 따른 범칙행위 조사 및 「관세법」에 따른 범칙행위 조사에 관한 사항을 기록한 개인정보파일, 4. 공공기관의 내부적 업무처리만을 위하여 사용되는 개인정보파일, 및 5. 다른 법령에 따라 비밀로 분류된 개인정보파일. 각각 법 제32조 제1항과 제2항.

43) 보완규정 제3절 제3조 제(iii)항 제(2)호. 법 제20조 제4항 제2호와 일치한다.

44) 보완규정 제3절 제3조 제(iii)항 제(3)호. GDPR 제14조 제5(a)항은 정보주체가 이미 관련 정보를 가지고 있는 경우 해당 개인정보를 제공하도록 요구하지 않는다.

45) 보완규정 제3절 제3조 제(iii)항 제(4)호 제1문. 보완규정은 '개인정보보호법 제3절'이라고 규정하고, EU 적정성 결정 부속서 I은 'Section 3 PIPA'라고 규정하는데, 개인정보보호법 제3장이 개인정보 처리에 관한 규정이다. GDPR 제14조 제5(b)항은 그러한 정보의 제공이 불가능한 것으로 입증되거나 과도한 노력을 수반하는 경우 해당 개인정보를 제공하도록 요구하지 않는다.

46) EU 적정성 결정 부속서 I 참조.

서 개인정보를 이전한 자와 협력할 수 있는지를 고려해야 한다.[47]

4. 가명정보 처리에 관한 특례 적용범위

보완규정의 네 번째 해석은 가명정보 처리에 관한 특례의 적용범위에 관한 것이다. 이와 관련하여 가명정보의 처리에 관한 특례인 법 제3장 제3절의 6개 조문 및 개인정보보호 원칙에 관한 법 제3조 및 적용 제외에 관한 법 제58조의2의 해석이 이루어진다.

(1) 가명정보의 처리 원칙

법 제3장 제3절 가명정보의 처리에 관한 특례에 따라 개인정보처리자는 통계작성, 과학적 연구, 공익적 기록보존 등을 위한 경우에는 정보주체의 동의 없이도 가명정보를 처리할 수 있다.[48] 이러한 경우에도 정보주체의 권리 보호를 위해 필요한 적절한 안전조치의무와 금지의무가 부과된다.[49] 이를 위반하는 경우 과징금을 부과할 수 있다.[50] 가명정보에 대하여 개인정보보호법 적용을 일부 제외한다.[51]

소위 데이터 3법 개정으로 2020년 2월 개인정보의 활용을 촉진하기 위하여 가명정보와 가명처리의 개념이 개인정보보호법에 도입되었다. 개인정보처리자는 개인정보의 수집목적을 달성할 수 있는 경우에는 익명처리가 가능한 경우에는 익명, 익명처리로 수집목적을 달성할 수 없는 경우에는 가명에 의하여 처리할 수 있도록 요구된다.[52] 개인정보보호원칙의 하나로써 가명처리가 명시되지만, 실제로 개인정보보호법에서 가명정보의 처리는 통계작성, 과학적 연구, 공익적 기록보존 등의 목적에 한정된다.[53]

---

47) 보완규정 제3절 제3조 제(iii)항 제(4)호 제2문. 이러한 경우는 정보주체에게 연락하는 것이 가능한지 또는 이러한 연락에 과도한 노력이 수반하는지의 결정이다. EU 적정성 결정 부속서 I 참조.

48) 보완규정 제3절 제4조 제(i)항. 법 제28조의2와 일치한다.

49) 보완규정 제3절 제4조 제(i)항. 법 제28조의4와 제28조의5와 일치한다.

50) 보완규정 제3절 제4조 제(i)항. 법 제28조의6과 일치한다.

51) 보완규정 제3절 제4조 제(i)항. 법 제28조의7과 대체로 일치한다.

52) 법 제3조 제7항.

그런데, 가명정보의 처리에 관한 특례 규정은 가명처리된 정보, 즉 가명정보가 통계작성, 과학적 연구, 공익적 기록보존 등의 목적 이외의 목적으로 처리되는 경우에는 적용되지 않는다.[54] 예를 들어, EU 적정성 결정에 따라 한국으로 이전된 EU 주민의 개인정보를 통계작성, 과학적 연구, 공익적 기록보존 외의 목적으로 가명처리하는 경우에는 본 특례 규정이 적용되지 아니한다.[55] 보완규정에 따르면, 통계작성 등 세 가지 목적이 아닌 경우에 EU 주민의 가명정보 처리 또는 해당 개인정보의 가명처리에 개인정보보호법의 가명정보의 처리에 관한 특례 규정이 적용되지 않으므로, 개인정보보호법의 일반규정이 적용될 것이다. 예컨대, 이 경우 해당 EU 주민인 정보주체의 동의가 요구된다고 볼 것이다.

(2) 가명정보의 파기 의무

개인정보처리자가 통계작성, 과학적 연구, 공익적 기록보존 등의 목적으로 가명정보를 처리함에 있어 그 구체적인 처리 목적을 달성한 이후에도 헌법 제37조 및 법 제3조에 따라 이를 파기하지 아니하는 경우에는 해당 정보를 법 제58조의2의 '시간·비용·기술 등을 합리적으로 고려할 때 다른 정보를 사용하여도 더 이상 개인을 알아볼 수 없는 정보' 즉 익명정보로 처리하여야 한다.[56] 따라서, 처리목적을 달성한 가명정보는 파기되는 것이 원칙이

---

53) 법 제28조의2 제1항. GDPR은 가명처리를 개인정보의 안전한 처리를 위한 조치로써 규정하여 가명처리의 활용을 촉진한다. 즉, 가명처리를 통하여 해당 정보주체에 해당 위험을 감소할 수 있고 컨트롤러와 프로세서는 개인정보보호 의무를 충족하는데 도움을 줄 수 있음이 인정된다. GDPR 상설 제28항. 한편, 개인정보의 당초 수집목적과 양립하는 다른 목적의 개인정보의 이용과 제공을 규정한 법 제15조 제3항과 제17조 제4항에 적용되는 영 제14조의2는 안전성 확보에 필요한 조치로 가명처리 또는 암호화를 명시한다.

54) 보완규정 제3절 제4조 제(ii)항 제1문.

55) 보완규정 제3절 제4조 제(ii)항 제2문. 엄밀하게는 통계작성 등의 목적이 아닌 목적으로 EU 주민의 개인정보의 가명처리가 아니라 EU 주민의 가명정보 처리에 개인정보보호법의 특례 규정이 적용되지 않을 것이다. 2021년 9월 28일 국무회의에서 의결된 개인정보보호법 제2차 개정안은 제28조의2 제1항을 "정보주체의 동의 없이 가명정보를 처리할 수 있다"로부터 "정보주체의 동의 없이 개인정보를 가명처리하거나 가명정보를 처리할 수 있다"로 대체하는 내용을 포함한다.

56) 보완규정 제3절 제4조 제(iii)항.

고, 파기되지 않는 가명정보는 익명처리되어야 한다.

그런데, 법 제28조의7은 가명정보에 대하여 개인정보보호법의 특정 규정의 비적용을 규정하는데, 개인정보의 파기에 관한 법 제21조는 적용하지 않도록 명시되어 있다.[57] 개인정보처리자는 개인정보의 처리 목적 달성 등 그 개인정보가 불필요하게 되었을 때에는 지체없이 그 개인정보를 파기하도록 요구되는데,[58] 가명정보는 개인정보의 세 번째 유형이다.[59] 따라서, 가명정보에 대하여 개인정보의 파기에 관한 법 제21조가 적용되지 않도록 규정된 것은 입법적으로 타당하지 않을 것이다. 마침 개인정보보호위원회는 보완규정의 해석을 통하여 'EU 적정성 결정에 기반하여 한국으로 이전된 개인정보'를 포함하여 가명정보는 파기되는 것이 원칙이라고 해석한다. 개인정보보호법에서 가명정보의 파기가 요구되지 않는 것도 문제이지만, 법률의 하위 지위를 가진 고시를 통하여 개인정보보호법의 명시적 규정에 반하는 해석을 하는 것도 무리일 것이다.[60]

(3) 가명정보의 익명처리

개인정보처리자가 통계작성, 과학적 연구, 공익적 기록보존 등의 목적으로 가명정보를 처리함에 있어 그 구체적인 처리 목적을 달성한 이후에도 헌법 제37조 및 법 제3조에 따라 이를 파기하지 아니하는 경우에는 해당 정보를 법 제58조의2의 '시간·비용·기술 등을 합리적으로 고려할 때 다른 정보를 사용하여도 더 이상 개인을 알아볼 수 없는 정보' 즉 익명정보로 처리하

---

57) EU 적정성 결정 부속서 I은 신용정보법 제40조의3에서 규정된 가명정보에 대한 동법의 적용 제외가 통계작성, 과학적 연구 및 공익적 기록보존의 목적으로 가명처리된 신용정보의 처리에만 적용된다고 규정한다. 신용정보회사 등은 통계작성, 연구, 공익적 기록보존 등을 위하여 가명정보를 제공하는 경우 신용정보주체로부터 미리 개별적으로 동의를 받지 않아도 된다. 신용정보법 제32조 제6항 제9의2호.

58) 법 제21조 제1항. 한편, 개인정보처리자는 가명정보를 처리하는 과정에서 특정 개인을 알아볼 수 있는 정보가 생성된 경우에는 즉시 해당 정보의 처리를 중지하고, 지체없이 회수·파기하여야 한다. 법 제28조의5 제2항.

59) 법 제2조 제1호 다목.

60) 2021년 9월 28일 국무회의에서 의결된 개인정보보호법의 제2차 개정안에는 제28조의7 적용범위에서 제21조를 삭제하는 것이 포함되어 있다. 즉, 동 개정안이 시행되면 처리목적이 달성된 가명정보는 파기되어야 한다.

여야 한다.[61] 따라서, 처리목적을 달성한 가명정보는 파기되는 것이 원칙이고, 파기되지 않는 가명정보는 익명처리되어야 한다.

흥미로운 점은 가명정보를 파기하지 않을 법적 근거로서 헌법 제37조와 법 제3조가 언급되는데, 특히 개인정보 보호원칙을 규정한 법 제3조는 가명정보가 파기되지 않는 경우와 관련이 없어 보인다.[62] 법 제3조 제7항에 따라 개인정보처리자는 개인정보를 익명 또는 가명으로 처리하여도 개인정보 수집목적을 달성할 수 있는 경우 익명처리가 가능한 경우에는 익명에 의하여, 익명처리로 목적을 달성할 수 없는 경우에는 가명에 의하여 처리될 수 있도록 하여야 한다. 따라서, 법 제3조 제7항은 가명정보의 익명처리에 대한 법적 근거가 될 수 있지만, 가명정보가 파기되지 않는 근거가 되지는 않을 것이다.

5. 시정조치 등

보완규정의 다섯 번째 해석은 시정조치 등에 관한 것이다. 이와 관련하여 시정조치 등에 관한 법 제64조 제1항, 제2항 및 제4항의 해석이 이루어진다. 개인정보보호위원회는 개인정보가 침해되었다고 판단할 상당한 근거가 있고 이를 방치할 경우 회복하기 어려운 피해가 발생할 우려가 있다고 인정되면 개인정보보호법을 위반한 자(중앙행정기관, 지방자치단체, 국회, 법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회는 제외)에 대하여 다음 각 호에 해당하는 조치를 명할 수 있다:[63] 1. 개인정보 침해행위의 중지, 2. 개인정보 처리의

61) 보완규정 제3절 제4조 제(iii)항. EU 적정성 결정 부속서 I은 '[가명정보] 자체 또는 다른 정보와 결합하여'(alone or when combined with other information) 더 이상 개인을 알아볼 수 없도록 익명처리할 것이라고 규정한다.

62) 헌법 제37조 제2항은 국가안전보장 등의 경우에 법률로서 국민의 자유와 권리가 제한될 수 있음을 규정하는데, 가명정보를 파기하지 않아 정보주체의 자유와 권리가 제한되는 법률의 제정 근거가 될 수 있을 것이다.

63) 법 제64조 제1항. 관계 중앙행정기관의 장도 소관 법률에 따라 세 가지 시정조치를 명할 수 있다. 법 제64조 제2항. 신용정보법 제45조의4도 상거래정보보호규정과 관련하여 개인신용정보에 있어서 개인정보보호위원회의 시정조치를 거의 동일하게 규정한다. EU 적정성 결정 부속서 I, 각주 10 참조.

일시적인 정지, 3. 그 밖에 개인정보의 보호 및 침해 방지를 위하여 필요한 조치.

(1) 회복하기 어려운 피해의 발생

법 제64조 제1항 및 제2항에 따라 개인정보보호위원회 또는 관계 중앙행정기관의 장이 시정조치를 명하기 위하여는 개인정보보호법 위반으로 인해 개인정보가 침해되었다고 판단할 만한 상당한 근거가 있고 이를 방치할 경우 회복하기 어려운 피해가 발생할 우려가 있다고 인정되어야 한다. 법원 판례는 '회복하기 어려운 피해가 발생할 우려'를 개인의 인격권이나 사생활에 대한 피해를 야기할 우려가 있는 경우로 해석하고 있다.[64] 여기서 '회복하기 어려운 피해가 발생할 우려가 있다고 인정되면'의 문구는 개인정보보호법을 위반하여 개인정보에 대한 개인의 권리와 자유가 침해될 가능성이 있다고 간주되는 상황을 말한다.[65] 이는 개인정보에 대한 개인의 권리를 보호하기 위하여 개인정보보호법에 포함된 모든 원칙과 권리 및 의무가 위반될 때마다 해당될 수 있다.[66]

그런데, 개인정보보호위원회 등이 시정조치를 명하는데 요구되는 회복하기 어려운 피해의 우려를 개인정보보호법 위반으로 개인정보에 대한 개인의 권리와 자유의 침해가능성으로 간주하는 보완규정의 해석은 지나친 것으로 보인다. 개인정보보호법의 위반과 개인정보의 침해가 있는 경우 이를 방치할 경우 회복하기 어려운 피해가 발생할 우려가 있게 되기 때문이다.

---

64) 보완규정 제3절 제5조 제(i)항. EU 적정성 결정 부속서 I의 각주 8과 각주 9는 각각 대법원과 서울고등법원 판례를 언급한다. 대법원은 "언론매체를 통하여 원고에 대한 피의사실이 공표된 경우 피해자인 원고는 물론 그의 가족 등 그 주변 인물들에 대하여 사실상 회복하기 어려운 정신적, 물질적 피해를 가할 우려가 있음을 충분히 예상할 수 있었[다]"고 판시하였다. 대법원 1999.1.26. 선고, 97다10215, 10222 판결. 또한 서울고등법원은 "일단 인터넷포털사이트에 명예나 명예감정을 침해하는 송신기사가 게재되면 그 해당 인물에게 회복하기 어려운 중대한 피해를 야기할 우려가 있다"고 판단하였다. 서울고법 2008.1.16. 선고, 2006나92006 판결. EU 적정성 결정 부속서 I은 '회복하기 어려운 피해'를 'damage that is difficult to remedy'라고 표기하는데, 'irreparable damage'가 보다 적합할 것이다.

65) 보완규정 제3절 제5조 제(ii)항 제1문.

66) 보완규정 제3절 제5조 제(ii)항 제2문.

(2) 개인정보보호위원회의 중앙행정기관 등의 장에 대한 시정 권고

개인정보보호위원회는 중앙행정기관, 지방자치단체, 국회, 법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회가 개인정보보호법을 위반하였을 때에는 해당 기관의 장에게 개인정보 침해행위의 중지, 개인정보 처리의 일시적인 정지, 또는 그 밖에 개인정보의 보호 및 침해 방지를 위하여 필요한 조치를 하도록 권고할 수 있다.[67] 이 경우 권고를 받은 기관은 특별한 사유가 없으면 이를 존중하여야 한다.[68] 여기서 개인정보보호위원회의 중앙행정기관 등에 대한 시정 권고는 개인정보보호법의 위반, 즉 '위법 사항'에 대한 조치를 말한다.[69]

중앙행정기관 등은 개인정보보호법을 적용받는 국가기관으로서, 개인정보보호법 위반 행위를 하여서는 아니 되고, 예외적으로 개인정보보호법의 위반 행위가 발생한 경우에는 해당 행위를 즉시 중지하는 등 시정조치를 하고, 피해를 배상해야 할 의무가 있다.[70] 따라서 개인정보보호위원회의 시정 권고가 없더라도 중앙행정기관 등은 개인정보보호법의 위반 사항을 인지한 경우에는 동 위반에 대한 시정조치 등을 하여야 한다.[71]

개인정보보호위원회가 시정조치를 권고한 경우는 중앙행정기관 등의 개인정보보호법 위반 여부가 객관적으로 명확한 경우에 해당할 여지가 크다고 할 수 있으므로, 중앙행정기관 등이 개인정보보호법의 위반이 아님을 입증할 수 있는 명확한 근거를 개인정보보호위원회에 제시하여 개인정보보호보호위원회가 이를 인정한 경우가 아니라면 개인정보보호위원회의 시정 권고를 따라야 한다.[72] 이러한 점을 고려할 때, 법 제64조 제4항의 '특별한 사유'는 개인정보보호위원회가 당초 파악하지 못한 특별한 규정이 존재하는 경우 등 중앙행정기관 등이 개인정보보호법을 위반하지 아니하였음을 입증할 수 있는 명확한 사실이나 법적 근거가 있는 예외적인 경우로 엄격히 제한되어야 한다.[73]

---

67) 법 제64조 제4항 제1문.
68) 법 제64조 제4항 제2문.
69) 보완규정 제3절 제5조 제(iii)항 제1문.
70) 보완규정 제3절 제5조 제(iii)항 제2문.
71) 보완규정 제3절 제5조 제(iii)항 제3문.
72) 보완규정 제3절 제5조 제(iii)항 제4문.

6. 국가안보 목적의 정보분석을 위한 개인정보 처리에 관한 개인정보보호법 적용과 개인정보 침해조사 및 집행

보완규정의 여섯 번째 해석은 국가안보 목적의 정보분석을 위한 개인정보처리에 관한 개인정보보호법 적용과 개인정보 침해조사 및 집행에 관한 것이다. 이와 관련하여 개인정보보호위원회의 소관 사무에 관한 법 제7조의8, 개인정보보호위원회의 심의·의결 사항 등에 관한 법 제7조의9, 적용의 일부 제외에 관한 법 제58조, 개인정보보호 원칙에 관한 법 제3조, 정보주체의 권리에 관한 법 제4조, 및 침해사실의 신고 등에 관한 법 제62조의 해석이 이루어진다.

(1) 국가안보 목적의 개인정보 처리에서 개인정보처리자의 의무

국가안보 목적을 위한 개인정보의 수집은 국가정보원 등 관련 기관이 특정 상황과 안전조치 하에 통신정보를 감청하거나 제공 요청할 수 있도록 하는 특별법들(이하 '국가안보 관련 법률'이라고 함)에 의해 규율된다.[74] 이러한 국가안보 관련 법률에는 「통신비밀보호법」, 「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법」, 「전기통신사업법」이 포함되는데, 이와 관련된 개인정보의 수집과 추가적 처리는 개인정보보호법의 요건을 추가로 준수하여야 한다.[75] 이러한 점을 고려하여, 법 제58조 제1항 제2호는 '국가안전보장과 관련된 정보 분석을 목적으로 수집 또는 제공 요청되는 개인정보'에 관하여 법 제3장부터 제7장까지를 적용하지 아니한다고 규정한다.[76] 개인정보보호법의 이러한 일부 적용 제외는 국가안보와 직접적으로 관련된 정보

73) 보완규정 제3절 제5조 제(iii)항 제5문. 그런데, EU 적정성 결정 부속서 I의 상응하는 내용은 '특별한 사유'(extraordinary circumstances)를 개인정보보호위원회가 처음 권고할 때 알지 못한 사실상 또는 법적인 특별한 사정이 있는 경우와 같이 중앙행정기관 등이 실제로 개인정보보호법을 위반하지 않았다고 증명하는 분명한 근거가 있는 예외적인 경우로 엄격히 제한되어야 한다고 규정하는데, 이 규정이 보다 명확하게 보인다. 또한, 개인정보보호위원회는 개인정보보호법의 위반이 발생하지 않았다고 결정해야 한다.

74) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제1문.

75) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제2문.

76) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제3문.

분석에 필요한 경우로 엄격히 제한된다.[77] 국가안보와 관련된 정보 분석을 목적으로 수집 또는 제공 요청되는 개인정보 등에 관하여 법 제3장부터 제7장까지 적용되지 않지만, 법 제1장(총칙), 제2장(개인정보 보호정책의 수립 등), 제8장(개인정보 단체소송), 제9장(보칙), 제10장(벌칙)은 적용된다.[78] 보완규정은 이러한 개인정보 등에 대하여 개인정보보호 원칙을 규정하는 법 제3조와 정보주체 권리를 보장하는 법 제4조가 적용될 수 있음에 특히 주목한다.[79]

법 제58조 제4항에 따른 개인정보처리자의 특별한 의무에 더하여, 보완규정은 개인정보보호위원회의 시정조치 등의 권한에도 주목한다.[80] 즉, 침해 신고 등 민원 처리와 시정조치 및 권고를 포함한 개인정보보호위원회의 업무와 권한을 규정하는 법 제60조 내지 제65조, 개인정보보호법 위반자에 대한 행정 및 형사 제재를 규정하는 법 제70조 이하도 국가안보와 관련된 정보 분석을 목적으로 수집 또는 제공 요청되는 개인정보에 적용된다.[81] 법 제7조의8 제1항 제3호와 제4호 및 법 제7조의9 제1항 제5호에 따르면, 민원 처리를 포함한 이러한 조사 및 시정 권한은, 국가안보 관련 법률과 같은 특

---

77) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제4문.

78) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제5문. 2020년 2월 데이터 3법 개정 전에는 법 제58조 제1항은 제3장에서 제7장까지 적용되지 않도록 규정하였는데, 데이터 3법 개정으로 '정보통신서비스 제공자 등의 개인정보 처리 등 특례'에 관한 제6장이 추가되었다. 이에 개인정보 단체소송에 관한 제7장은 제8장이 되었는데, 데이터 3법 개정 후에도 제58조 제1항은 여전히 제7장까지 적용되지 않도록 규정한다. 즉, 데이터 3법 개정 전에는 개인정보 단체소송에 관한 규정이 적용되지 않았는데, 데이터 3법 개정 후에는 동 규정이 적용되게 된 것이다. 개인정보 단체소송은 집단분쟁조정을 포함한 개인정보 분쟁조정과 연결되어 있는 점에서 분쟁조정위원회에 관한 제7장은 적용에서 제외하면서 개인정보 단체소송에 관한 제8장은 적용되게 하는 것의 입법 논리적 타당성은 없다고 보인다.

79) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제6문.

80) 법 제58조 제4항의 해석에 관하여 아래 각주 87의 본문 이하 참조.

81) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제8문. 2022년 1월 12일 개인정보보호위원회는 국가정보원이 「공공기관의 개인정보 보호에 관한 법률」에 위반하여 직무범위를 벗어나 개인정보를 수집·제공하였다고 판단하고, 과거 법 위반행위에 대하여 법적 근거 없이 수집·제공한 개인정보를 파기하고 향후 개인정보 보호 관련 법규를 준수할 것을 권고하였다. 개인정보보호위원회, "개인정보위, 국정원에 개인정보보호 관련 법규 준수 권고", 보도자료 (2022. 1. 12.).

별법에 규정된 개인정보 수집과 관련된 제한과 안전조치 규정을 위반하는 경우에도 적용된다.[82] 법 제3조 제1항의 '적법하고 정당한 개인정보의 수집' 요건에 따라, 동 요건의 위반은 법 제63조와 법 제64조의 '이 법'을 위반한 것이 되어, 개인정보보호위원회는 동 조항에 따른 조사와 시정조치를 할 수 있다.[83]

국가안보 관련 개인정보 처리에 대해 개인정보보호법의 핵심원칙, 권리와 의무를 적용하는 것은 헌법상 보장된 자신의 개인정보를 스스로 통제할 수 있는 개인의 권리인 개인정보자기결정권을 반영하는 것이다.[84] 헌법재판소가 인정한 것과 같이, 동 권리는 "기본적 권리로서 현대의 정보통신 기술의 발달 및 국가적 역량의 강화에서 기인한 내재적 위험성으로부터 개인정보를 보호함으로써 궁극적으로는 개인의 결정의 자유를 보호"하기 위해 "자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는" 개인의 권리를 포함하고 있다.[85] 헌법 제37조 제2항에 따라, 국가안보에 필요한 경우를 포함한 이 권리에 대한 모든 제한에 개인의 권익과 관련 공익 간의 균형이 요구되며, 기본권의 본질적인 내용을 침해해서는 아니 된다.[86]

따라서, 국가안보 목적으로 개인정보를 처리함에 있어서 국가정보원 등 개인정보처리자는 특히 법 제3조와 제58조 제4항에 따라 다음 사항을 모두 준수해야 한다. 첫째, 법 제3조 제1항에 따라, 개인정보의 처리 목적을 명확

---

82) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제9문.

83) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제10문. 다만, 보완규정에 따른 개인정보보호위원회의 권한 행사는 「국가인권위원회법」에 따른 국가인권위원회의 권한을 대체하지는 아니한다. 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제11문. 국가인권위원회는 입법과정에 있는 법령안을 포함하여 인권에 관한 법령 등의 조사와 연구 및 그 개선이 필요한 사항에 관한 권고 또는 의견을 표명할 수 있다. 국가인권위원회법 제19조 제1호.

84) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제12문.

85) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제13문. 헌재 2005.5.26. 99헌마513 결정 참조. EU 적정성 결정 부속서 I의 각주 13은 국가권력에 의한 개인정보자기결정권에 관한 헌법재판소의 결정을 추가로 인용한다. 헌재 2005.7.21. 2003헌마282 결정 등 참조.

86) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제14문. 헌법 제37조 제2항은 "국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다"고 규정한다.

하게 하여야 하고 그 목적에 필요한 범위에서 최소한의 개인정보만을 적법하고 정당하게 수집하여야 한다.[87] 특히, 국가정보원법과 같은 적절한 관련 규정을 근거로 하여 해당 임무를 수행하기 위한 목적으로만 개인정보를 수집하고 처리해야 한다.[88] 둘째, 법 제58조 제4항에 따라, 당초 의도된 목적을 위하여 필요한 범위에서 최소한의 기간에 최소한의 개인정보만을 처리하여야 한다.[89] 처리 목적을 달성한 경우에는 법률이 추가적인 보관을 의무화하지 않는 한 해당 개인정보를 불가역적으로 파기하여야 하고, 보관을 의무화한 경우라 하더라도 해당 개인정보를 다른 개인정보와 구분하여 저장하고 관리하여야 하며, 관련 규정에 구체적으로 적시된 목적과 다른 목적으로 활용되지 아니하여야 하고 해당 보유기간이 종료된 경우 파기하여야 한다.[90] 셋째, 법 제3조 제2항에 따라, 개인정보의 처리 목적에 필요한 범위에서 적합하게 개인정보를 처리하여야 하며, 그 목적 외의 용도로 활용하여서는 아니 된다.[91] 넷째, 법 제3조 제3항에 따라, 개인정보의 처리 목적에 필요한 범위에서 개인정보의 정확성, 완전성 및 최신성이 보장되도록 하여야 한다.[92] 다섯째, 법 제3조 제4항에 따라, 개인정보의 처리 방법 및 종류 등에 따라 정보주체의 권리가 침해받을 가능성과 그 위험 정도를 고려하여 개인정보를 안전하게 관리하여야 한다.[93] 이러한 안전조치에는 개인정보 접근 제한, 접근 통제, 접속기록 확인 등 개인정보 안전성 확보를 위한 구체적 방안이 포함될 수 있다.[94] 여섯째, 법 제3조 제5항에 따라, 개인정보 처리방침 등 개인정보의 처리에 관한 사항을 공개하여야 하며, 열람청구권 등 정보주체의 권리를 보장하여야 한다.[95] 일곱째, 법 제3조 제6항에 따라, 정보주체의 사생활 침해를 최소화하는 방법으로 개인정보를 처리하여야 한다.[96]

87) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제(1)호 제1문.
88) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제(1)호 제2문.
89) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제(2)호 제1문.
90) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제(2)호 제2문. 법 제21조와 일치한다.
91) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제(3)호.
92) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제(4)호.
93) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제(5)호.
94) 보완규정 제3절 제6조 제(ii)항.
95) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제(6)호.

국가안보 목적으로 개인정보를 처리함에 있어서 국가정보원 등 개인정보처리자가 위의 일곱 개 사항을 모두 준수해야 하는데, 보완규정의 이러한 해석의 일부는 문제가 될 것이다. 예컨대, 여섯째 사항에 관하여, 공공기관의 장은 개인정보파일을 운용하는 경우에는 개인정보파일에 기록되는 개인정보의 항목 등을 개인정보보호위원회에 등록해야 한다.[97] 공공기관은 이렇게 개인정보보호위원회에 등록해야 하는 개인정보파일에 대하여 개인정보 처리방침을 정해야 한다.[98] 그런데, 이러한 등록 의무에 대한 예외가 인정되는데, '국가 안전, 외교상 비밀, 그밖에 국가의 중대한 이익에 관한 사항을 기록한 개인정보파일'은 등록에서 제외된다.[99] 따라서, 국가안보를 목적으로 처리되는 개인정보에 대하여 개인정보 처리방침 등 개인정보의 처리에 관한 사항이 공개되어야 한다는 보완규정의 해석은 법 제32조와 제30조에 명시적으로 반한다. 보완규정의 열람청구권 등 정보주체의 권리 보장에 관한 해석도 아래에서 검토되듯이 문제가 될 것이다. 개인정보보호위원회는 개인정보파일의 등록 현황을 누구든지 쉽게 열람할 수 있도록 공개해야 하는 것이 원칙이지만,[100] '국가 안전, 외교상 비밀, 그밖에 국가의 중대한 이익에 관한 사항을 기록한 개인정보파일'은 개인정보보호위원회에의 등록에서 제외되므로 이러한 개인정보파일의 등록 현황은 누구든지 쉽게 열람할 수 있도록 공개될 수 없다.

(2) 국가안보 목적의 개인정보 처리에서 정보주체의 권리

보완규정은 법 제3조 제5항과 제4조를 결합하여 국가안보에 관련하여 다음과 같은 해석을 한다. 법 제3조 제5항과 제4조에 따라 정보주체는 국가안보 목적을 위한 개인정보처리와 관련하여 아래 권리를 보유한다.[101] 첫

96) 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제(7)호. 보완규정은 법 제3조 제6항이 아닌 제3조 제4항을 그 근거로 언급한다.

97) 법 제32조 제1항.

98) 법 제30조 제1항 제2문.

99) 법 제32조 제2항 제1호.

100) 법 제32조 제4항.

101) 법 제3조 제5항에 따라 개인정보처리자는 '열람청구권 등 정보주체의 권리'를 보장하여야 하는데, 제4조는 '개인정보의 처리에 관한 정보를 제공받을 권리' 등 다섯 가지

째, 법 제4조 제1호와 제3호에 따라, 정보주체는 자신의 개인정보가 처리되고 있는지 여부, 해당 개인정보의 제공을 포함한 그 처리 내용, 해당 정보에 접근한 사실에 대한 확답을 받을 권리를 보유하는데, 동 권리는 해당 개인정보의 사본 발급을 포함한다.[102] 둘째, 법 제4조 제4호에 따라, 정보주체는 개인정보의 처리 정지, 정정·삭제 및 파기를 요구할 권리를 보유한다.[103]

그러나, 국가안보에 관련하여 보완규정의 법 제4조를 통한 정보주체 권리의 구체적인 적용의 해석은 개인정보보호법의 내재적이고 명시적인 예외적 규정에 반한다. 예컨대, '법률에 따라 열람이 금지되거나 제한되는 경우' 개인정보처리자는 정보주체에게 그 사유를 알리고 열람을 제한하거나 거절할 수 있다.[104] 이와 관련하여, 국가안보에 관련되는 정보 및 보안 업무를 관장하는 기관에서 국가안보와 관련된 정보의 분석을 목적으로 수집하거나 작성한 정보에 대해서는 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」을 적용하지 아니한다.[105] 특히 '국가안전보장·국방·통일·외교관계 등에 관한 사항으로서 공개될 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있다고 인정되는 정보는 공개하지 아니할 수 있다.[106] 또한, 법 제20조 제1항과 제2항에 따라, 개인정보처리자는 정보주체 이외로부터 수집한 개인정보의 수집 출처 등을 정보주체에게 알려야 한다. 그러나, 이렇게 고지를 요구하는 대상이 되는 개인정보가 '국가 안전, 외교상 비밀, 그 밖에 국가의 중대한 이익에 관한 사항을 기록한 개인정보파일'에 해당하는 경우 이러한 고지는 요구되지 않는다.[107] 이러한 고지 의무의 예외는 개인정보보호법에 따른 정보주체의 권리보다 명백히 우선하는 경우에 한하는데,[108] 국가안보는 국가안전을 해치

정보주체의 권리를 규정한다.

102) 보완규정 제3절 제6조 제(ii)항 제(1)호.

103) 보완규정 제3절 제6조 제(ii)항 제(2)호.

104) 법 제35조 제4항 제1호.

105) 정보공개법 제4조 제3항. 다만, 정보목록의 작성과 비치에 관하여 공개하지 아니할 수 있는 정보가 포함된 경우에는 해당 부분을 갖추어 두지 아니하거나 공개하지 아니할 수 있다. 동 법 제4조 제3항 단서 및 제8조 제1항.

106) 정보공개법 제9조 제1항 제2호.

107) 법 제20조 제4항 제1호.

108) 법 제20조 제4항 단서.

는 관련 정보주체의 권리보다 명백히 우선해야 할 것이다.[109]

이렇게 국가안보에 관련하여, 정보주체에 대한 수집 출처 등 고지 의무에 대한 예외가 규정되는데, 보완규정의 해석에 의하여 정보주체에게 '자신의 개인정보가 처리되고 있는지 여부, 해당 개인정보의 제공을 포함한 그 처리 내용, 해당 정보에 접근한 사실에 대한 확답을 받을 권리'가 인정된다는 것은 타당하지 않을 것이다.[110] 이러한 취지에서, 국가안보에 관련하여, 정보주체에게 개인정보의 처리 정지, 정정·삭제 및 파기를 요구할 권리를 보유한다는 보완규정의 해석도 타당하지 않을 것이다.

(3) 국가안보 목적의 개인정보 처리에서 정보주체의 권리 행사

정보주체는 개인정보처리자에게 직접 또는 개인정보보호위원회를 통하여 자신의 권리를 행사할 수 있고, 대리인에게 이를 위임할 수 있다.[111] 정보주체가 요구하는 경우, 개인정보처리자는 지체 없이 정보주체의 권리를 보장하여야 한다.[112] 다만, 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, 필요성과 비례성을 충족하는 한도에서 진행 중인 수사에 장애를 초래하거나 국가안보를 위협하는 경우와 같은 중대한 공익 보호에 필요한 경우, 또는 제3자의 생명·신체를 해할 우려가 있거나 다른 사람의 재산과 그 밖의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있는 경우에는

---

109) 개인정보의 제3자 제공 현황에 대한 열람청구를 받은 개인정보처리자가 임의적으로 열람 허용 여부를 결정할 수 있는데, 국가정보원 등 수사기관이 국가안보에 긴요한 사안에 대한 수사를 진행하고 있는 경우 제3자 제공 현황이 수사대상자에게 노출된다면 증거인멸 등 수사활동이 제대로 수행되기 어려울 수 있다. 이 경우에는 제3자에 해당하는 당해 수사기관에게 열람청구의 허용 또는 제한, 거부에 관련한 의견을 조회하여 결정할 수 있다. 개인정보보호위원회, 2020 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설 (2020), 372면 및 표준지침 제31조 제2항.

110) 공공기관인 영상정보처리기기운영자는 '범죄수사·공소유지·재판수행에 중대한 지장을 초래하는 경우' 정보주체의 개인정상정보 열람등 요구를 거부할 수 있다. 표준지침 제44조 제4항 제1호.

111) 보완규정 제3절 제6조 제(iii)항 제1문. 정보주체는 법 제35조에 따른 열람, 제36조에 따른 정정·삭제, 제37조에 따른 처리정지, 제39조의7에 따른 동의 철회 등의 요구를 문서 등 대통령령으로 정하는 방법·절차에 따라 대리인에게 하게 할 수 있다. 법 제38조 제1항.

112) 보완규정 제3절 제6조 제(iii)항 제2문.

해당 정보주체의 권리행사를 지연, 제한 또는 거절할 수 있다.[113] 이러한 요청이 거절되거나 제한되는 경우, 개인정보처리자는 정보주체에게 지체 없이 그 이유를 통지해야 한다.[114] 이와 관련하여 개인정보처리자는 정보주체의 권리 행사 방안 및 절차를 마련하여 정보주체들이 이를 알 수 있도록 일반에 공개하여야 한다.[115]

또한, 적절한 고충처리절차 보장 요건에 관한 법 제58조 제4항[116]과 개인정보의 처리로 인하여 발생한 피해를 신속하고 공정한 절차에 따라 구제받을 권리에 관한 법 제4조 제5호[117]에 따라 정보주체는 적절한 보상을 받을 권리를 보유한다.[118] 이러한 권리에는 법 제62조에 따른 개인정보침해신고센터에 대한 정보주체의 개인정보와 관련된 권리와 이익에 대한 침해에 대한 개인정보보호법 위반사항 신고 및 개인정보보호위원회에 대한 민원 제기, 및 행정소송법에 따른 개인정보보호위원회의 결정 또는 부작위에 대한 사법적 구제를 요청할 수 있는 권리가 포함된다.[119] 또한 정보주체는 개인정보처리자의 위법한 개인정보의 수집과 같은 처분 또는 부작위로 인하여 자신의 권리와 이익이 침해된 경우에는 행정소송법에 따라 사법적 구제를 요청하거나 국가배상법에 따라 손해배상을 청구할 수 있다.[120] 이러한

113) 보완규정 제3절 제6조 제(iii)항 제3문. 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보주체에게 그 사유를 알리고 열람을 제한하거나 거절할 수 있다: 1. 법률에 따라 열람이 금지되거나 제한되는 경우, 2. 다른 사람의 생명·신체를 해할 우려가 있거나 다른 사람의 재산과 그 밖의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있는 경우, 3. 공공기관이 다른 법률에 따라 진행 중인 감사 및 조사에 관한 업무 등을 수행할 때 중대한 지장을 초래하는 경우. 법 제35조 제4항. 이와 거의 유사하게 개인정보의 처리정지 요구의 거절에 관하여 법 제37조 제2항, 보다 제한적으로 개인정보의 정정삭제 요구의 제한에 관하여 제36조 제2항 참조.

114) EU 적정성 결정 부속서 I. 이 내용은 보완규정에 포함되지 않는다.

115) 보완규정 제3절 제6조 제(iii)항 제4문. 개인정보처리자는 정보주체가 열람등 요구를 할 수 있는 구체적인 방법과 절차를 마련하고, 이를 정보주체가 알 수 있도록 공개하여야 한다. 법 제38조 제4항.

116) 법 제58조 제4항은 '개인정보의 처리에 관한 고충처리'와 '그 밖에 개인정보의 적절한 처리를 위하여 필요한 조치'의 마련을 규정한다.

117) EU 적정성 결정 부속서 I은 '적절한 구제'(appropriate redress)라고 규정한다.

118) 보완규정 제3절 제6조 제(iii)항 제5문. EU 적정성 결정 부속서 I은 '구제를 받을 권리'(right to obtain redress)라고 규정한다.

119) 보완규정 제3절 제6조 제(iii)항 제6문.

구제 수단은 국가안보 관련 법률과 같은 개인정보 수집에 대한 제한과 요건을 규정한 특별법에 포함된 규정을 위반하는 경우에도 적용된다.[121]

EU 정보주체의 경우, 자신이 속한 EU 회원국의 '개인정보 감독기구'(data protection authority)를 통하여 개인정보보호위원회에 민원을 제기할 수 있고, 개인정보보호위원회는 관련 민원에 대해 조사한 후 해당 민원을 전달한 EU 회원국의 개인정보 감독기구를 통하여 해당 EU 정보주체에게 그 조사 결과를 통지한다.[122]

(4) 국가안보 목적의 개인정보 처리에서 법 제58조 제4항의 해석

특히 보완규정의 법 제58조 제4항의 지위 및 해석에 유의해야 한다. 보완규정은 법 제58조 제4항의 실체적 의미와 지위를 간과하고, 원칙적 규정인 법 제3조와 제4조에 근거하여 국가안보 목적의 개인정보 처리에서 개인정보처리자의 의무와 정보주체의 권리를 무리하게 인정하려고 하기 때문이다. 법 제58조 제1항 제2호에 따라, 국가안보와 관련된 정보 분석을 목적으로 수집 또는 제공 요청되는 개인정보에 대하여 법 제3장에서 제7장까지 적용되지 않는다. 이렇게 적용되지 않는 규정 중에서 가장 중요한 것은 개인정보의 수집, 이용, 제공 등, 개인정보의 처리 제한, 및 가명정보의 처리에 관한 특례로 구성된 개인정보의 처리에 관한 제3장, 개인정보의 안전한 관리에 관한 제4장, 및 정보주체의 권리 보장에 관한 제5장이다. 이들 3개 장은 개인정보처리자의 의무와 정보주체의 권리를 규정하여 개인정보보호법의 실체법적 근간이다. 이렇게 개인정보처리자의 의무와 정보주체의 권리에 관한 규정은 국가안보와 관련된 정보 분석을 목적으로 수집 또는 제공 요청되는 개인정보에 대하여 예외적으로 적용되지 않는다. 정보주체의 권리는 물론 개인정보처리자의 의무에 따른 정보주체의 이익은 국가안보에 관련되어서 제한되는 것이다. 물론 국가안보 목적의 개인정보 처리에도 총칙인 제

120) 보완규정 제3절 제6조 제(iii)항 제7문.

121) 보완규정 제3절 제6조 제(iii)항 제8문. EU 적정성 결정 부속서 I은 특별법과 함께 개인정보보호법도 언급한다.

122) 보완규정 제3절 제6조 제(iii)항 제9문. 조사 결과는 시정조치(corrective measures)를 포함할 수 있다. EU 적정성 결정 부속서 I 참조.

1장에 포함된 개인정보보호원칙을 규정한 법 제3조와 정보주체의 권리를 규정한 법 제4조는 여전히 적용된다.

문제는 법 제3조와 제4조는 개인정보보호의 원칙적 규정이고, 이들 두 개 조문은 개인정보의 처리에 관한 법 제3장과 정보주체의 권리 보장에 관한 법 제5장에서 보다 구체적으로 규정된다. 보다 구체적이고 실천적인 규정들이 적용되지 않는다면, 법 제3조와 제4조의 일반적이고 원칙적인 규정의 적용은 그야말로 제한적이고 선언적일 수밖에 없다. 일반적이고 원칙적인 규정을 통하여 국가안보와 관련하여 이들보다 구체적이고 실천적인 규정들의 적용 결과를 도출하려는 것은 무리일 것이다. 법 제3조와 제4조의 일반적이고 원칙적인 규정을 실제로 적용하기 위하여 구체화한 법 제3장과 제5장이 규정된 법적 의의가 무시될 수는 없다.

국가안보에 관련되어 법 제3장, 제4장 및 제5장 등 개인정보보호법의 실체법적 근간이 적용되지 않지만, 법 제58조 제4항에 따라 개인정보처리자는 "개인정보를 처리하는 경우에도 그 목적을 위하여 필요한 범위에서 최소한의 기간에 최소한의 개인정보만을 처리하여야 하며, 개인정보의 안전한 관리를 위하여 필요한 기술적·관리적 및 물리적 보호조치, 개인정보의 처리에 관한 고충처리, 그 밖에 개인정보의 적절한 처리를 위하여 필요한 조치를 마련하여야 한다." 법 제58조 제4항에서 개인정보처리자는 국가안보 목적의 개인정보 처리에서 다음과 같이 적어도 네 가지 의무를 부담한다. 첫째, 개인정보처리자는 '그 목적을 위하여 필요한 범위에서 최소한의 기간에 최소한의 개인정보만'을 처리해야 한다. 이러한 의무는 '그 목적에 필요한 범위에서 최소한의 개인정보만을 적법하고 정당하게 수집'하도록 요구한 법 제3조 제1항과 유사하다. 여기에 '최소한의 기간에'가 추가된 것이다. 따라서, 국가안보에 관련된 경우에도 법 제3조 제1항이 아닌 법 제58조 제4항에 따라 처리 목적에 필요한 범위에서 최소한의 기간에 최소한의 개인정보만을 처리하도록 특별히 요구된다. 둘째, 개인정보처리자는 '개인정보의 안전한 관리를 위하여 필요한 기술적·관리적 및 물리적 보호조치'를 마련해야 한다. 국가안보에 관련하여 개인정보의 안전한 관리에 관한 법 제4장이 적용되지 않지만, 개인정보처리자는 개인정보의 안전한 관리에 필요한 안전조

치를 마련하도록 특별히 요구된다. 위에서 검토하였듯이, 법 제4장의 제32조는 국가안전 등을 기록한 개인정보파일의 등록과 공개를 예외적으로 요구하지 않고, 또한 법 제30조도 이러한 경우 개인정보 처리방침의 수립과 공개도 예외적으로 요구하지 않는다. 국가안보에 관련하여 법 제30조와 제32조는 각각 자체적인 예외를 규정하지만, 법 제58조 제4항에 따라, 개인정보처리자는 개인정보의 안전한 관리에 필요한 안전조치를 마련하도록 여전히 요구된다. 이는 법 제4장의 핵심 규정인 제29조의 안전조치의무와 일치한다. 따라서, 사실상 개인정보의 안전한 관리에 관한 법 제4장의 핵심 내용은 국가안보에 관련하여도 적용되는 것이다. 셋째, 개인정보처리자는 '개인정보의 처리에 관한 고충처리'를 마련해야 한다. 개인정보처리자인 공공기관은 개인정보보호위원회에 등록대상이 되는 개인정보파일에 대하여 개인정보 처리방침을 정해야 하고, 개인정보 처리방침은 '개인정보 보호책임자의 성명 또는 개인정보 보호업무 및 관련 고충사항을 처리하는 부서의 명칭과 전화번호 등 연락처'를 포함한다.[123] 개인정보처리자는 개인정보의 처리에 관한 업무를 총괄하여 책임질 개인정보 보호책임자를 지정하는데, 그의 업무는 '개인정보 처리와 관련한 불만의 처리 및 피해 구제'를 포함한다.[124] 그런데 위에서 검토하였듯이, '국가 안전, 외교상 비밀, 그밖에 국가의 중대한 이익에 관한 사항을 기록한 개인정보파일' 등은 개인정보보호위원회의 등록에서 제외되고, 이 경우에는 개인정보 처리 관련 고충 사항의 처리를 포함한 개인정보 처리방침의 수립과 공개가 요구되지 않는다.[125] 그럼에도, 법 제58조 제4항에 따라, 개인정보처리자는 개인정보의 처리에 관한 고충처리를 마련하도록 특별히 요구된다. 이 점에서 개인정보의 고충처리에 있어서 개인정보의 안전한 관리에 관한 제4장이 사실상 적용된다고 보아야 할 것이다. 넷째, 개인정보처리자는 '그 밖에 개인정보의 적절한 처리를 위하여 필요한 조치'를 마련해야 한다. 개인정보의 적절한 처리의 의미가 분명하지 않지만, 개인정보의 '적절한 처리를 위하여' 개인정보 보호책임자는 개인정

123) 법 제30조 제1항.
124) 법 제31조 제1항과 제2항 제3호.
125) 법 제30조 제1항.

보보호법 시행령에서 요구된 다음의 세 가지 업무를 수행해야 한다:[126] 1. 개인정보 처리방침의 수립·변경 및 시행, 2. 개인정보 보호 관련 자료의 관리, 3. 처리 목적이 달성되거나 보유기간이 지난 개인정보의 파기. 위에서 검토하였듯이, 국가안보에 관련하여 개인정보 처리방침의 수립과 변경에 관련된 규정은 예외적으로 적용되지 않지만, 개인정보 보호 관련 자료의 관리는 물론 처리 목적이 달성되거나 보유기간이 지난 개인정보의 파기는 개인정보의 적절한 처리를 위한 필요한 조치로서 인정될 수 있다.[127] 또한, 이러한 적절한 처리를 위하여 필요한 조치에는 개인정보 취급자에 대한 전문 훈련 등과 같은 개인정보 안전성 확보를 위한 구체적 방안이 포함될 수 있다.[128]

Ⅳ. 마치며

2021년 12월 유럽연합(EU)의 유럽위원회는 한국에 대한 개인정보보호의 '적정성 결정'(adequacy decision)을 채택하였다. GDPR 제45조에 근거한 EU 적정성 결정을 통하여 EU 시민의 개인정보가 일괄하여 한국으로 이전될 수 있게 되었다. 특별히 주목해야 할 EU 적정성 결정의 중요한 의의는 EU의 개인정보가 한국에 자유롭게 이전될 수 있게 되는 점에서 한국 기업이 자유롭게 EU 개인정보를 처리 또는 활용할 수 있는 점에서 EU 디지털 시장이 한국에 통합되는 사실이다.

개인정보보호위원회는 EU 적정성 결정에 기반하여 한국으로 이전된 개인정보의 처리에 대한 개인정보보호법의 해석과 적용을 위한 보완규정을 고시로서 채택하였다. 동 고시는 EU 적정성 결정 부속서 I의 내용과 대체로 일치한다. 개인정보보호위원회의 고시인 보완규정(이하 '보완규정')은 EU 적정성 결정의 채택에 필요하여 한국이 제시한 보완적 법적 문서이지만, 개

126) 법 제31조 제2항 제7호 및 영 제32조 제1항.

127) 특히 개인정보의 파기는 개인정보의 처리에 관한 법 제3장에 포함된 제21조에 규정되어 있다. 개인정보의 파기에 관하여 보완규정 제3절 제6조 제(i)항 제(2)호 참조.

128) 보완규정 제3절 제6조 제(ii)항.

인정보보호법의 주요 규정에 대한 개인정보보호위원회의 해석을 포함한다. 예컨대, 수집 목적 외 개인정보의 이용·제공 제한에 관한 규정들이 EU에서 한국으로 이전된 개인정보는 물론 다른 제3국에서 이전된 개인정보에도 적용된다고 밝힌 점은 중요한 의미를 가진다.

그런데, 보완규정의 개인정보보호법의 주요 규정에 대한 해석에서 여러 문제가 제기될 수 있다. 행정규칙의 지위를 가진 보완규정이 법률의 지위를 가진 개인정보보호법의 기본적인 의미와 입법적 맥락을 무시하거나 뛰어넘는 것으로 보이기 때문이다. 예컨대, 보완규정은 개인정보의 국외 제3자에게 제공되는 근거에 개인정보보호법 제17조 제4항의 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 국외 제3자 제공을 허용한다고 해석하는데, 동 규정이 유래한 EU GDPR의 명시적인 규정은 물론 동 규정이 데이터 3법 개정으로 포함된 당시의 취지에 비추어서 무리가 될 것이다. 또한, 개인정보보호법은 가명정보의 파기를 예외적으로 요구하지 않는데, 보완규정은 EU 적정성 결정에 기반하여 한국으로 이전된 개인정보를 포함하여 가명정보의 파기가 원칙이라고 해석한다. 개인정보보호법이 가명정보의 파기를 요구하지 않는 것도 문제이지만, 법률의 하위 지위인 고시를 통하여 개인정보보호법의 명시적 규정에 어긋나는 해석을 하는 것은 무리일 것이다.

무엇보다 중요한 점은 국가안보 목적의 정보분석을 위한 개인정보 처리에 관한 보완규정의 해석이다. 이러한 경우 개인정보보호법 제58조 제1항 제2호는 개인정보보호법의 제3장부터 제7장까지 적용되지 않도록 규정하는데, 이들 규정은 개인정보보호법의 실체적 규정이다. 이렇게 국가안보 목적의 경우에 개인정보보호법의 구체적이고 실체적인 규정이 적용되지 않는데, 보완규정은 개인정보보호 원칙을 규정한 제1장 제3조를 통하여 개인정보 처리에 관한 제3장과 정보주체의 권리 보장에 관한 제5장이 사실상 적용되도록 해석한다. 그런데, 개인정보보호법 제58조는 제1항에서 국가안보 목적의 경우 제3장과 제5장 등의 실체적 규정의 적용 예외를 규정하면서 제4항에서 최소한의 범위와 정도이지만 정보주체의 권리가 가능한 대로 보호될 수 있도록 규정한다. 이 점에서 개인정보보호법의 명시적 규정을 무시한 보완규정의 해석은 큰 무리라고 보아야 한다. 다만, 국가안보 목적의 경우 해

당 정부기관은 법 제58조 제4항에 규정된 최소한의 구체적 조치를 마련하여 시행하여야 할 것이다.

개인정보보호위원회의 고시인 보완규정은 법률인 개인정보보호법의 명시적인 규정을 존중하여 올바로 해석하도록 재검토되어야 할 것이다. 앞으로 영국 등 다른 국가들과도 적정성 결정을 통하여 디지털시장을 확대하는 것이 필요한 시점에서, 보완규정의 개인정보보호법의 해석은 개인정보보호법의 법적 의미와 입법적 맥락의 틀에서 올바르게 이루어져야 한다.

EU 적정성 결정에 따른 개인정보보호위원회 고시인 보완규정의 법적 분석 - 박 노 형	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.08.27.	2022.09.06.	2022.10.07.

[참고문헌]

[국내문헌]

개인정보보호위원회, 2020 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설 (2020).
개인정보보호위원회, “한국, EU 개인정보보호 적정성 결정 최종 통과”, 보도자료 (2021. 12. 17).
개인정보보호위원회, “개인정보위, 국정원에 개인정보보호 관련 법규 준수 권고”, 보도자료 (2022. 1. 12).
남상택, “고시의 법적 성격에 관한 재고찰 - 판례를 중심으로”, 「국가법연구」, 2014.
박노형 외 8인, EU개인정보보호법-GDPR을 중심으로 (박영사, 2017).
박노형, 개인정보보호법 (박영사, 2020).
임영호, “판례를 중심으로 본 법령보충적 행정규칙의 법적 성질”, 「행정판례연구 XI I」, 2007.
홍정선, 행정법특강 (박영사, 2014).

[판례]

대법원 1999.1.26. 선고, 97다10215, 10222 판결.
서울고등법원 2008.1.16. 선고, 2006나92006 판결.
헌재 2005.5.26. 99헌마513 결정.
헌재 2005.7.21. 2003헌마282 결정.

[해외문헌]

European Commission, “Exchanging and Protecting Personal Data in a Globalised World”, COM(2017) 7 final (10 January 2017).
European Commission, “Commission Implementing Decision of 17.12.2021 pursuant to Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the adequate protection of personal data by the Republic of Korea under the Personal Information Protection Act”, Official Journal of European Union, Volume 65 (24 February 2022).

【국문초록】

2021년 12월 유럽연합(EU)의 유럽위원회는 한국에 대한 개인정보보호의 '적정성 결정'(adequacy decision)을 채택하였고, EU 적정성 결정을 통하여 EU시민의 개인정보가 일괄하여 한국으로 이전될 수 있게 되었다. 개인정보보호위원회는 EU 적정성 결정에 기반하여 한국으로 이전된 개인정보의 처리에 대한 개인정보보호법의 해석과 적용을 위한 보완규정을 고시로서 채택하였는데, 동 고시는 EU 적정성 결정 부속서 I의 내용과 대체로 일치한다.

개인정보보호위원회의 고시인 보완규정(이하 '보완규정')은 EU 적정성 결정의 채택에 필요하여 한국이 제시한 보완적 법적 문서이지만, 개인정보보호법의 주요 규정에 대한 개인정보보호위원회의 해석을 포함한다. 예컨대, 수집 목적 외 개인정보의 이용·제공 제한에 관한 규정들이 EU에서 한국으로 이전된 개인정보는 물론 다른 제3국에서 이전된 개인정보에도 적용된다고 밝힌 점은 중요한 의미를 가진다.

문제는 보완규정의 개인정보보호법의 주요 규정에 대한 해석에서 여러 문제가 있다는 점이다. 행정규칙의 지위를 가진 보완규정이 법률인 개인정보보호법의 기본적인 의미와 입법적 맥락을 무시하거나 뛰어 넘는 것으로 보이기 때문이다. 예컨대, 보완규정은 개인정보의 국외 제3자에게 제공되는 근거에 개인정보보호법 제17조 제4항의 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 국외 제3자 제공을 허용한다고 해석하는데, 동 규정이 유래한 EU GDPR의 명시적인 규정은 물론 동 규정이 데이터 3법 개정으로 포함된 당시의 취지에 비추어서 무리가 될 것이다. 또한, 개인정보보호법은 가명정보의 파기를 예외적으로 요구하지 않는데, 보완규정은 EU 적정성 결정에 기반하여 한국으로 이전된 개인정보를 포함하여 가명정보의 파기가 원칙이라고 해석한다. 개인정보보호법이 가명정보의 파기를 요구하지 않는 것도 문제이지만, 법률의 하위 지위에 있는 고시를 통하여 개인정보보호법의 명시적 규정에 어긋나는 해석을 하는 것은 무리일 것이다.

무엇보다 중요한 점은 국가안보 목적의 정보분석을 위한 개인정보 처

리에 관한 보완규정의 해석이다. 이러한 경우 개인정보보호법 제58조 제1항 제2호는 개인정보보호법의 제3장부터 제7장까지 적용되지 않는다고 규정하는데, 이들 규정은 개인정보보호법의 실체적 규정이다. 이렇게 국가안보 목적의 경우에 개인정보보호법의 실체적 규정이 적용되지 않는데, 보완규정은 개인정보보호 원칙을 규정한 제1장 제3조를 통하여 개인정보 처리에 관한 제3장과 정보주체의 권리 보장에 관한 제5장이 사실상 적용되도록 해석한다. 개인정보보호법 제58조는 제1항에서 국가안보 목적의 경우 제3장과 제5장 등의 실체적 규정의 적용 예외를 규정하면서 제4항에서 최소한의 범위와 정도이지만 정보주체의 권리가 가능한 대로 보호될 수 있도록 규정한다. 다만, 국가안보 목적의 경우 해당 정부기관은 법 제58조 제4항에 규정된 최소한의 구체적 조치를 마련하여 시행하여야 할 것이다.

이 점에서 개인정보보호법의 명시적 규정을 무시한 보완규정의 해석은 큰 무리라고 볼 수 있다. 개인정보보호위원회의 고시인 보완규정은 법률인 개인정보보호법의 명시적인 규정을 존중하여 올바로 해석하도록 재검토되어야 할 것이다.

【Abstract】

Legal Analysis of the Personal Information Protection Commission's Public Notice: the Supplementary Rules Adopted in Relation to the EU Adequacy Decision

Nohyoung PARK
(Professor, Korea University Law School)

In December 2021, the European Commission of the European Union adopted the adequacy decision on the data protection of the Rep. of Korea(Korea). The adequacy decision means that the personal information of the EU citizens and residents may freely be transferred to Korea. The Personal Information Protection Commission of Korea adopted the public notice which is the supplementary rules applicable to the personal information transferred from the EU to Korea for the interpretation and application of the Personal Information Protection Act(PIPA). This public notice('Supplementary Rules') became effective upon the adoption of the adequacy decision by the European Commission. This public notice or the Supplementary Rules is identical to the Annex I of the adequacy decision.

The Supplementary Rules is a legal instrument which was regarded necessary in relation to the adoption of the adequacy decision, but it has some interpretations of some of important provisions of the PIPA. For example, it is to note that the PIPA provisions on the limitation to out-of-purpose use and provision of personal information applies to the personal information transferred from third countries as well as from the

EU. However, some of the Supplementary Rules' interpretations seem to go beyond the legal meanings and legislative contexts of the PIPA. For example, the Supplementary Rules interpret Article 17(4) on the provision of personal information for the purposes compatible to the original ones to be a legal basis for the provision of personal information to third parties abroad. However, considering the legal meanings of GDPR Article 6(4), a model of the PIPA Article 17(4), and the legislative context of the latter during the so-called 'three data law amendment', this interpretation of the Supplementary Rules is certain to be excessive and immoderate. Further, the PIPA does not require the destruction of pseudonymized personal information, when achieving its purpose of processing, but the Supplementary Rules interprets that personal information transferred to Korea on the basis of the adequacy decision, including its pseudonymized personal information, should be destroyed when its purpose is achieved. It is a serious matter that the PIPA does not require the destruction of such personal information at present, but it is also another serious matter that the public notice exceeds the PIPA, which is at a higher status than itself.

In addition, the Supplementary Rules' interpretation in relation to the analysis of personal information related to national security in Article 58(1)(i) of the PIPA seems to be most wrongful. Article 58(1) of the PIPA provides that Chapters III through VII are not applicable in this case. The provisions of those chapters are most important substantive provisions of the PIPA. However, the Supplementary Rules interprets that Article 3 of Chapter I on the principles of data protection is still applicable in lieu of those chapters including Chapters III and V on the processing of personal information and the guarantee of data subjects' rights respectively. Article 58(4) still provides how to process personal information to benefit the protection of data subjects in this case,

although it may be at a minimum. For national security purposes, however, the government department concerned should devise and implement those relevant measures stipulated in Article 58(4) of the PIPA.

It is certain to find that the Supplementary Rules wrongly goes well beyond the legal meanings and legislative contexts of the PIPA in the name of interpretation to benefit the personal information transferred from the EU. The Supplementary Rules, the public notice of the Personal Information Protection Commission, should be revised to interpret the PIPA to fulfill the legal system's purpose: legal expectation and stability.

주제어(Keyword) : 개인정보보호법(Personal Information Protection Act), 개인정보보호위원회(Personal Information Protection Commission), 국외이전(transfer abroad), 보완규정(Supplementary Rules), 적정성 결정(adequacy decision), EU 개인정보보호법(GDPR)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.437

보건의료데이터 법제의 개선방안

- 가명정보의 활용, 데이터 거버넌스 및 법적 정합성 보완을 중심으로 -

김 지 희*

▶목 차◀

Ⅰ. 논의의 배경
Ⅱ. 보건의료데이터의 의미와 처리
1. 보건의료데이터의 정의
2. 국내 보건의료데이터의 수집 및 처리 현황
(1) 민간 보건의료데이터
(2) 공공 보건의료데이터
Ⅲ. 국내 보건의료데이터 활용 개선 방안
1. 민감정보의 가명처리
2. 데이터 거버넌스의 보완
(1) 데이터 거버넌스의 의미와 필요성
(2) 국내 보건의료데이터 활용 거버넌스 현황
(3) 국내 보건의료데이터 거버넌스 개선 방안
1) 보건의료데이터 심의제도의 법규성 보완
2) 보건의료데이터 비식별 전담 심의기관의 마련
3. 보건의료데이터 관련 법체계 정합성 보완
(1) 비공개대상정보의 분리·제외 처리의 의미
(2) 생명윤리법상 정보제공의 요건
Ⅳ. 결론

* 서울대학교 법과대학 법학전문박사, 변호사, ㈜한국유나이티드제약 Legal 팀장.
** 본 글은 저자의 박사학위논문 “보건의료데이터의 안전한 활용을 위한 법제 개선 방안에 관한 연구”(2022)의 일부 내용을 발췌 및 수정·보완하여 작성하였다.

Ⅰ. 논의의 배경

대한민국 정부는 2018년 '보건의료 빅데이터 플랫폼' 시범사업을 시작하였고, 2020년 데이터3법을 개정하여 가명정보에 대한 개념을 명시적으로 도입하였으며, 데이터 산업진흥 및 이용촉진에 관한 기본법(법률 제18475호, 2021. 10. 19. 제정, 약칭: 데이터산업법)을 제정하는 등 보건의료데이터의 활용을 증진하기 위한 노력을 기울여왔다[1].

또한 유럽연합은 2018년 5월부터 정보보호지침(Data Protection Directive, 이하 DPD)을 대체하여 일반정보보호법(General Data Protection Regulation, 이하 GDPR)을 제정하였고, 일본 또한 2019년 개인정보보호법 개정안을 마련하여 가명가공정보의 개념을 창설하고 곧 시행될 예정에 있는 등 국제적으로도 법제적 변화가 있었다.

이러한 상황에서 국내 보건의료데이터의 안전한 활용을 위한 법제적 개선방안을 도출하기 위한 연구가 필요하다. 먼저 국내외 보건의료데이터 관련 현황과 제도를 살펴보고 보완 필요점과 대응방안을 고찰해보고자 한다.

Ⅱ. 보건의료데이터의 의미와 처리

1. 보건의료데이터의 정의

보건의료기본법(법률 제17966호 일부개정 2021. 3. 23.)에 정의된 내용을 살펴보면, '보건의료 데이터'란 '보건의료와 관련한 지식 또는 부호·숫자·문자·음성·음향·영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료'를 말한다. 보건의료기본법(법률 제17966호 일부개정 2021. 3. 23.) 제3조 제1호에 따르면 '보건의료'란 '국민의 건강을 보호·증진하기 위하여 국가·지방자치단체·보건의료기관 또는 보건의료인 등이 행하는 모든 활동'을 말한다. 또한 동조 제6호에

1) "국회, 제약육성 100억. 첨단바이오 연구 52억 증액", 데일리팜, 2018. 11. 29.자 기사

따르면, '보건의료데이터'란 '보건의료와 관련한 지식 또는 부호·숫자·문자·음성·음향·영상 등으로 표현된 모든 종류의 자료'를 말한다.

4차 산업의 키워드로 꼽히고 있는 '빅데이터'는 강학상 '기존의 정보관리 및 분석체계로는 감당하기 어려운 대용량 데이터의 수집 및 분석기술[2)]'을 의미하는 것으로 알려져 있다. '강원도 빅데이터 활용에 관한 조례(강원도조례 제4378호, 2019. 3. 8., 제정)' 제2조 제1항은 '빅데이터'를 '디지털 환경에서 생성되는 정형 또는 비정형의 대량 데이터'라고 정의하고 있다. 한편으로는 '빅데이터'의 의미에 대하여 대용량, 초고속, 다양성의 개념 표지가 고려되기도 하며, 데이터의 활용 측면에서 정확도[3)]의 개념을 반영하기도 한다. 뿐만 아니라, 빅데이터는 다양한 산업분야에서 활용될 수 있다. 미국 소매 유통기업 타깃(Target)이 고객의 멤버십카드 적립현황 빅데이터를 분석하고 고객의 임신 개월 수를 추정하여 관련 상품 할인쿠폰을 보낸 사례[4)]는 이미 유명하다.

종합하면, '보건의료 빅데이터'는 '국민의 건강을 보호·증진하기 위하여 국가·지방자치단체·보건의료기관 또는 보건의료인 등이 행하는 모든 활동과 관련된 정형, 비정형의 데이터를 포함하는 대량의 데이터'라고 볼 수 있다. 이처럼 '빅데이터'의 특징은 막대한 양에 있기 때문에, 그 수집과 분석에 있어 일일이 개인의 적극적인 참여가 반영되기 어렵다. 정보주체인 개인들이 뒤켠에 머물러, 개인 스스로 자신을 아는 것보다 정보를 수집하고 처리하는 산업체나 정부가 더 깊게 파악하는 상황이 벌어지기도 한다[5)]. 이러한 빅데이터의 시대가 도래하면서 보건의료데이터 수집 및 활용에 있어 개인정보보호에 대한 우려의 목소리가 높아지는 것은 어찌보면 당연한 현상이라고도 볼 수 있다.

---

2) 오승한, 빅데이터 산업의 개인정보침해 행위에 대한 경쟁법의 적용과 위법성 판단, 법률신문, 2018. 11. 29.자 기사

3) IBM, The Four V's of Big Data, https://www.ibmbigdatahub.com/infographic/four-vs-big-data(검색일: 2020.09.01.)

4) Joseph Jerome, BIG DATA:CATALYST FOR A PRIVACY CONVERSATION, 48 Ind. L. Rev.213, 2014, p7

5) Joseph Jerome, BIG DATA:CATALYST FOR A PRIVACY CONVERSATION, 48 Ind. L. Rev.213, 2014, p1

2. 국내 보건의료데이터의 수집 및 처리 현황

보건의료데이터는 주로 의사의 환자에 대한 진료를 통해 1차적으로 생성·수집된다. 국내의 보건의료데이터가 다루어지는 영역은 병원과 같이 의료기관이 보건의료데이터를 보유하고 있는 민간 영역이 있고, 보건복지부 산하의 기관들이 법적인 설립 근거와 기능에 적합한 자료들을 보유하게 되는 공공 영역이 있다. 대한민국 정부는 보건의료데이터의 활용을 위한 여러 제도를 마련하여 추진하고 있는 바,[6] 그 현황을 살펴보고자 한다.

(1) 민간 보건의료데이터

민간 영역의 보건의료데이터 수집은 의료법(법률 제17787호 일부개정 2020. 12. 29.) 제22조(환자의 주된 증상, 진단 및 치료 내용이 포함된 진료기록부 작성)에 따라 의료기관인 병원에서 수집 및 보유하는 정보가 대표적이다. 의료법 시행규칙 제14조에서는 진료기록부의 구체적인 기재 사항들이 나열되어 있는데, 진료 받은 사람의 주소, 성명, 연락처 등 인적사항과 주된 증상, 진단명 등이 이에 포함된다.

의료법 제21조 제2항에 따르면 의료인, 의료기관의 장 및 의료기관 종사자는 환자가 아닌 다른 사람에게 환자에 관한 기록을 열람하게 하는 등 내용을 확인할 수 있게 하여서는 아니 된다. 병·의원 등 민간 업체에서 다루어지는 보건의료데이터의 종류 및 관련 법령이 어떠한 것이 있는지 간단히 살피면 다음과 같다.

---

6) 보건의료데이터의 활용에 관하여 보건의료기본법(법률 제17966호, 2021. 3. 23. 일부개정)은 '보건의료에 관한 통계와 정보를 수집·관리하여 이를 보건의료정책에 활용할 수 있도록 필요한 시책을 수립·시행하여야 한다(제52조)'고 규정하고 있고, 보건의료기술진흥법(약칭: 보건의료기술법, 법률 제15344호, 2018. 1. 16. 타법개정)은 '보건의료데이터 관리 전문기관 육성, 보건의료·복지 분야 전산화 촉진, 보건의료데이터 공동이용 활성화 등 보건의료데이터의 진흥'을 규정하고 있다(제10조). 이는 헌법 제36조 제3항에서 '모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다'라고 함으로써 규정하고 있는 보건권의 보장을 위하여, 국가가 정책적으로 보건의료데이터를 활용할 수 있음을 선언한 조문이다. - 박대웅, 류화신, 보건의료 빅데이터 법제의 쟁점과 개선방향 - 시민참여형 모델구축의 탐색을 중심으로, 법학논총 34.4 2017. 3쪽

〔표 1〕 법률에 따른 개인정보의 수집 및 이용[7)]

개인정보 파일명	수집항목	근거 법률
진료기록부	주소, 성명, 연락처, 주민등록번호, 병력 및 가족력, 주된 증상 등	의료법 제22조, 같은 법 시행규칙 제14조
처방전	환자의 성명, 주민등록번호, 의료기관 명칭, 전화번호 등	의료법 제18조, 같은 법 시행규칙 제12조
수술기록	환자의 성명, 수술명, 수술기록 등 수술의사의 성명 등	의료법 제22조, 같은 법 시행규칙 제15조
진단서	환자의 성명, 주민등록번호, 주소, 병명 및 [통계법] 제22조제1항 전단에 따른 한국표준질병·사인 분류에 따른 질병분류기호 등	의료법 제17조, 같은 법 시행규칙 제9조
환자 진료기록의 열람 및 사본 교부	환자 본인-성명, 연락처, 주민등록번호(외국인등록번호), 주소 신청인-성명, 연락처, 주민등록번호(외국인등록번호), 주소, 환자와의 관계 등	의료법. 제21조, 같은 법 시행규칙
감염병 환자, 감염병의사환자 또는 병원체보유자 신고의무	감염병 환자, 감염병의사환자 또는 병원체보유자의 성명 등	감염병의 예방 및 관리에 관한 법률. 제11조, 같은법 시행규칙 제6조, 성매개감염병 및 후천성면역결핍증 건강진단규칙 제7조
감염인 진단 검안 사실 신고의무	사망자 성명·주민등록번호·주소, 검사소견, 추정 감염경로 등	후천성면역결핍증예방법제5조, 같은 법 시행규칙

이와 같이 병원 등에 수집되는 민간 보건의료데이터는 의료법 제21조 제3항의 환자의 배우자 등 특별한 경우가 아니면 제3자 제공이 금지된다. 다만 생명윤리 및 안전에 관한 법률(법률 제17783호 일부개정 2020. 12. 29.

7) 개인정보보호위원회, 의료기관 개인정보보호 가이드라인, 2020. 12. 12쪽

약칭: 생명윤리법)에 따른 연구를 위한 경우 연구대상자의 사전동의 서명과 익명화처리를 거치면 IRB 심의를 거쳐 연구목적으로만 연구자에게 제공이 가능할 따름이다.[8]

이러한 가운데 개인정보보호법의 개정으로 제한된 목적에서 정보주체의 동의 없이도 가명정보를 활용할 수 있는 가능성이 열렸다. 가명처리에 관한 제15조 제3항[9], 제17조 제4항[10], 제28조의2[11]가 마련되었다(이러한 가명정보 처리 특례 조항이 보건의료데이터와 같은 민감정보에도 적용되는 것인지에 관한 논의가 있기는 하나 실무적으로는 이미 가능한 것으로 해석되어 가이드라인 등을 통해 권고되고 있고, 실제 이를 근거로 활용이 진행되고 있다. 아래 별도항에서 자세히 살펴본다).

뿐만 아니라, 정부는 민간 보건의료데이터 활용에 있어서, 국민이 자신의 의료데이터에 접근·통제할 수 있는 권리를 증진하여 의료서비스에 대한 능동적 참여가 가능하도록 하기 위해 의료분야 마이데이터[12] 사업을 '마이헬스웨이'라 명명하여 추진하고[13] 있다. 이를 위한 법제적 근거로 2020. 3.

---

8) 생명윤리법 제16조, 제18조 (하기 관련법제에서 더 자세히 조문을 살펴볼 것이다)

9) 개인정보처리자는 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 정보주체에게 불이익이 발생하는지 여부, 암호화 등 안전성 확보에 필요한 조치를 하였는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 정보주체의 동의 없이 개인정보를 이용할 수 있다

10) 개인정보처리자는 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 정보주체에게 불이익이 발생하는지 여부, 암호화 등 안전성 확보에 필요한 조치를 하였는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 정보주체의 동의 없이 개인정보를 제공할 수 있다

11) 개인정보처리자는 통계작성, 과학적 연구, 공익적 기록보존 등을 위하여 정보주체의 동의 없이 가명정보를 처리할 수 있다

12) '마이데이터'란 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률(법률 제16957호, 2020. 2. 4. 일부개정), 제2조 제9의2에서 정하고 있는 '본인신용정보관리업'을 가리키는 용어로, '개인인 신용정보주체의 신용관리를 지원하기 위하여 개인신용정보를 통합하여 그 신용정보주체에게 제공하는 행위를 영업으로 하는 것'을 말한다 신용정보협회 사이트 참조, <http://www.cica.or.kr/14_mydata/mydata.jsp>, (검색일: 2021. 4. 18.). 이를 통해 각종 기관과 기업 등에 분산돼 있는 자신의 정보를 한꺼번에 확인할 수 있으며, 업체에 자신의 정보를 제공해 맞춤상품이나 서비스를 추천받을 수 있다.

13) 4차산업혁명위원회 및 관계부처 합동, '국민 건강증진 및 의료서비스 혁신을 위한 마이 헬스웨이(의료분야 마이데이터) 도입방안', 2021. 2. 2쪽

의료법이 개정되어 전자서명이 기재된 전자문서를 제공하는 방법으로 의무기록을 열람할 수 있도록 하는 제21조 제5항이 신설되었다[14]. 또한 의료법 시행령 개정안이 마련되어[15] 진료기록 열람을 지원하기 위한 '마이헬스웨이' 시스템의 구축 근거를 마련하고, 적법한 대리권을 가진 자가 대리 열람을 요청하는 경우 이를 지원할 수 있도록 하였으며, '마이헬스웨이' 시스템의 민감정보 및 고유식별번호 처리의 근거를 마련하였다.[16] 또한 개인정보

---

14) 의료법 제21조

① 환자는 의료인, 의료기관의 장 및 의료기관 종사자에게 본인에 관한 기록(추가기재·수정된 경우 추가기재·수정된 기록 및 추가기재·수정 전의 원본을 모두 포함한다. 이하 같다)의 전부 또는 일부에 대하여 열람 또는 그 사본의 발급 등 내용의 확인을 요청할 수 있다. 이 경우 의료인, 의료기관의 장 및 의료기관 종사자는 정당한 사유가 없으면 이를 거부하여서는 아니 된다.

③ 제2항에도 불구하고 의료인, 의료기관의 장 및 의료기관 종사자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 기록을 열람하게 하거나 그 사본을 교부하는 등 그 내용을 확인할 수 있게 하여야 한다. 다만, 의사·치과의사 또는 한의사가 환자의 진료를 위하여 불가피하다고 인정한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 환자의 배우자, 직계 존속·비속, 형제·자매(환자의 배우자 및 직계 존속·비속, 배우자의 직계존속이 모두 없는 경우에 한정한다) 또는 배우자의 직계 존속이 환자 본인의 동의서와 친족관계임을 나타내는 증명서 등을 첨부하는 등 보건복지부령으로 정하는 요건을 갖추어 요청한 경우
2. 환자가 지정하는 대리인이 환자 본인의 동의서와 대리권이 있음을 증명하는 서류를 첨부하는 등 보건복지부령으로 정하는 요건을 갖추어 요청한 경우
3. 환자가 사망하거나 의식이 없는 등 환자의 동의를 받을 수 없어 환자의 배우자, 직계 존속·비속, 형제·자매(환자의 배우자 및 직계 존속·비속, 배우자의 직계존속이 모두 없는 경우에 한정한다) 또는 배우자의 직계 존속이 친족관계임을 나타내는 증명서 등을 첨부하는 등 보건복지부령으로 정하는 요건을 갖추어 요청한 경우

[이하 4호 내지 18호 생략]

④ 진료기록을 보관하고 있는 의료기관이나 진료기록이 이관된 보건소에 근무하는 의사·치과의사 또는 한의사는 자신이 직접 진료하지 아니한 환자의 과거 진료 내용의 확인 요청을 받은 경우에는 진료기록을 근거로 하여 사실을 확인하여 줄 수 있다.

⑤ 제1항, 제3항 또는 제4항의 경우 의료인, 의료기관의 장 및 의료기관 종사자는 「전자서명법」에 따른 전자서명이 기재된 전자문서를 제공하는 방법으로 환자 또는 환자가 아닌 다른 사람에게 기록의 내용을 확인하게 할 수 있다.

15) 법제처 사이트 https://moleg.go.kr/lawinfo/makingInfo.mo?mid=a10104010000&lawSeq=67480&lawCd=0&lawTypeTYPE5&currentPage=1&keyField=&keyWord=&stYdFmt=&edYdFmt=&lsClsCd=&cptOfiOrgCd=(검색일 : 2022. 7. 14.)

보호법 2차 개정안에 개인정보의 전송 요구에 대한 조문안이 포함되었고,[17]

---

16) 의료법 시행령 개정안

제10조의3(진료기록 등 열람 지원) - 신설

① 보건복지부장관은 법 제21조에 따른 진료기록의 열람 등 각 호의 사항을 지원하기 위하여 정보시스템(이하 "진료기록등열람지원시스템")을 구축·운영할 수 있다.

1. 법 제21조에 따른 기록 열람 또는 사본의 발급
2. 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 제52조제2항에 따른 기록의 열람 또는 사본의 발급
3. 행정기관 또는 공공기관이 관계법령에 따라 수집한 정보 중 보건복지부장관이 정하여 고시하는 정보의 열람 또는 사본의 발급
4. 그 밖에 보건복지부장관이 정하여 고시하는 정보의 열람, 전송 등

② 보건복지부장관은 법 제21조제3항, 「생명윤리 및 안전에 관한 법률」 제52조제2항, 「개인정보 보호법」 제38조 제1항 및 제2항에 따른 법정대리인 또는 대리인의 기록 열람 및 사본 발급 등을 지원하기 위해 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자료의 제공 또는 관계 전산망의 이용을 요청할 수 있다. 이 경우 자료제공등을 요청받은 자는 정당한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다.

1. 「주민등록법」제30조제1항에 따른 주민등록전산정보자료
2. 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」에 따른 가족관계등록전산정보자료(가족관계증명서 등)

③ 보건복지부장관은 진료기록등열람지원시스템의 자료 또는 정보를 안전하게 보호하기 위하여 물리적·기술적 대책을 포함한 보호대책을 수립·시행하여야 한다.

④ 보건복지부장관은 제1항부터 제4항까지의 업무를 보건의료 분야에 전문성이 있다고 인정되는 전문기관에 위탁할 수 있다.

⑤ 그 밖에 진료기록등열람지원시스템의 구축·운영 등에 필요한 사항은 보건복지부장관이 정하여 고시한다.

제42조의2(민감정보 및 고유식별정보의 처리) - 조문 호수 개정

보건복지부장관(제10조의3제4항, 제10조의5제1항 제11조제2항, 제31조의6제1항 및 제42조제1항부터 제7항까지의 규정에 따라 보건복지부장관의 업무를 위탁받은 자를 포함한다), 질병관리청장, 시·도지사 및 시장·군수·구청장(해당 권한이 위임·위탁된 경우에는 그 권한을 위임·위탁받은 자를 포함한다), 의료인, 의료기관의 장, 의료기관 종사자, 법 제37조에 따른 의료기관 개설자·관리자 또는 국가시험등관리기관은 다음 각 호의 사무를 수행하기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법」 제23조에 따른 건강에 관한 정보, 같은 법 시행령 제18조제2호에 따른 범죄경력자료에 해당하는 정보, 같은 영 제19조제1호 또는 제4호에 따른 주민등록번호 또는 외국인등록번호가 포함된 자료를 처리할 수 있다.

17) 제35조의2(개인정보의 전송 요구)

① 정보주체는 매출액, 개인정보의 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 개인정보처리자에 대하여 다음 각 호의 요건을 모두 충족하는 경우에 개인정보처리자가 처리하는 자신의 개인정보를 자신, 다른 개인정보처리자 또는 제35조의3 제1항에 따른 개인정보관리 전문기관에게로 전송할 것을 요구할 수 있다.

- 후략 -

김미애 의원 대표 발의안으로서 환자가 자신의 의료정보를 활용할 수 있도록 환자가 지정하는 제3자에게 진료 기록 등이 전달될 수 있게 하는 의료법 개정안이 2021. 3. 29. 발의되었다.[18]

민간 보건의료데이터의 활용을 활성화하기 위한 적극적인 정책 취지가 담겨있는 것으로 보인다. 이는 데이터의 효용성을 활용하는 측면에서는 충분히 바람직한 방향이지만, 데이터 유출시의 위험 등을 고려해보았을 때, 안전한 데이터의 처리와 이에 대한 사회적 신뢰가 충분히 구축되어 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 이러한 전제요건을 갖추어야만, '마이헬스웨이'의 본래 취지대로 정보주체의 적극적인 정보 열람 및 제공 등이 이루어질 것이기 때문이다.[19] 아무리 시스템을 갖춘다고 하더라도 정보주체가 시스템을 활용하지 않으면 무용지물이 되고 말 것이다. 이어서 공공 보건의료데이터에 대하여 마저 살펴본 후 보건의료데이터의 안전한 활용에 대한 국내 현 상황과 개선방안에 대하여 살피고자 한다.

(2) 공공 보건의료데이터

공공 영역의 경우 국민건강보험공단과 건강보험심사평가원에서 국민건강보험법(법률 제17772호 일부개정 2020. 12. 29.)에 따라 보험급여 관리 업무를 위해 보험자격, 보험급여, 검진자료 등의 막대한 보건의료데이터를 수집한다. 이렇게 각 의료기관의 보건의료데이터는 약가급여청구 등 법률에 정해진 절차를 수행하기 위해 공공기관(국민건강보험공단, 건강보험심사평가원 등)에 제출된다. 국민건강보험공단과 건강보험심사평가원은 이렇게 수집된 데이터를 비식별화 과정을 거쳐 연구자에게 제공하고 있다.[20]

---

18) 김미애의원 대표발의, 의료법 일부개정법률안, 의안번호 2109182, 2021. 3. 29. 의안정보시스템 사이트 참조. http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_B2R1O0E1R1C8X1D0D0R1T0K8G4E6L4 (검색일: 2021. 5. 21.)

19) '마이헬스웨이'는 국민이 자신의 건강정보에 대한 결정권을 갖고 원하는 곳에 원하는 방식으로 활용하여 건강 증진 혜택을 누려야 한다는 취지에서 시작된 정책이다 - 개인정보보호위원회, 마이 헬스웨이 구축시작_누리집 게시, 2021. 2. 24. 3쪽.

20) 박대웅, 류화신, 보건의료 빅데이터 법제의 쟁점과 개선방향, 의료법학, 제17권 제2호, 2017. 317쪽

보건의료데이터가 공공기관이 보유·관리하는 정보일 경우에는, '공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률'(법률 제17344호, 2020. 6. 9., 타법개정, 약칭: 공공데이터법)에 따라 국민의 정보 이용권이 보장된다. 동법 제17조에서는 '공공기관의 정보공개에 관한 법률(법률 제14839호, 일부개정 2017. 07. 26. 약칭: 정보공개법)' 제9조에 따른 비공개대상정보를 제외하여 제공하도록 정하고 있고, 해당 제9조에서는 비공개대상정보로서 '해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보'를 정하고 있다. 보건의료데이터를 업무상 수집하여 다루는 주요 공공기관으로서, 국민건강보험공단, 건강심사평가원, 질병관리청, 국립암센터가 있다.

〔표 2〕 기관별 수집정보

공공기관	기관별 수집정보
국민건강보험공단	건강검진 자료 진료내역 정보 의약품처방 정보
건강보험 심사평가원	요양기관현황 병원평가정보 진료내역 정보 의약품처방 정보
질병관리청	감염병 등 각종 건강조사 자료
국립암센터	암종별 레지스트리

국민건강보험공단에서는 '건강보험자료공유서비스'[21]를 운영하고 있다. 연구계획서와 IRB 승인서를 갖추어 국민 건강정보에 대한 자료제공의 신청이 있으면 공단 내 자료제공 심의위원회의 심의를 거쳐 자료를 제공하고 해당 연구가 종료되면 이를 통보받아 데이터를 회수하여 삭제한다. 또한 국민건강보험공단은 연구목적으로 활용할 수 있도록 표본연구 데이터베이

21) '건강보험자료공유서비스' https://nhiss.nhis.or.kr/bd/ay/bdaya001iv.do (검색일: 2021.5.5.)

스를 제공하기도 한다. 빅데이터의 공개 종류 및 범위 확대와 관련하여 방대한 원시 빅데이터를 표본코호트[22]로 구성하여 제시한다.

건강보험심사평가원에서는 '보건의료빅데이터 개방시스템'[23]을 운영하고 있다. 건강보험심사평가원에서 보유하고 있는 보건의료 빅데이터를 통계화하고 비식별화하여 자체 심의위원회를 거쳐 공공데이터로 제공하기도 하고, 빅데이터 분석을 통한 연구결과를 학술논문의 형태로 개시하기도 한다.

질병관리청은 감염병관리센터, 질병예방센터 등을 포함한 7개 센터를 두고 있다.[24] 에이즈 및 결핵과 같은 감염질병의 예방 및 확산 억제, 장기기증에 대한 관리 및 인식 활성화, 급성 및 만성 질병에 대한 조사와 감시, 급성 및 만성 질병에 대한 정보 제공을 수행한다. 이러한 업무에 관련된 다양한 보건의료데이터가 질병관리청에서 통계 처리된다.[25] 질병관리청은 업무에 관련된 이런 데이터들을 '질병관리청과 그 소속기관 직제(대통령령 제31677호, 2021. 5. 11., 일부개정)'에 따라 직접 면접 또는 온라인 조사를 통해 연구대상으로부터 수집하기도 하고 의료기관이 보유하는 의무기록을 통해서 자료를 생성하기도 한다.[26] 홈페이지(kdca.go.kr)를 통해 법정 감염병에 대한 주요통계, 질병별, 지역별 및 성별·연령별 통계 데이터를 제공한다.[27]

국립암센터에서는 암 등록정보, 암 종별 레지스트리 정보, 암 유전체정보, 국가 암통계정보 등 암에 관련된 종합적 정보를 암관리법(법률 제17472호, 2020. 8. 11., 타법개정)에 따라 수집·보유하고 있다.[28] 내부에 암 빅데이터 플랫폼 사업단을 두고 있다.

이와 같이 공공 영역의 보건의료데이터는 각 공공기관에서 정보를 내

---

22) '표본코호트2.0DB', 건강보험자료공유서비스 홈페이지, 2018 https://nhiss.nhis.or.kr/bd/ab/bdaba002cv.do. (검색일: 2021.5.5.)

23) http://opendata.hira.or.kr/home.do '보건의료빅데이터 개방시스템'

24) 질병관리청 홈페이지 kdca.go.kr (검색일: 2021.5.5.)

25) 김은수, 위의 글, 42쪽

26) 강희정 외, '보건의료정보 활용을 위한 기본계획 수립연구: 보건의료통계의 정책적 활용을 중심으로' 2015. 258쪽

27) 한국정보화진흥원, '해외 세금(기업)·의료 데이터 개방 현황 및 데이터 거버넌스 현황' 2020. 19쪽

28) 이병철, '보건의료 데이터 재정사업 분석', 국회예산정책처, 2021. 87쪽

부적으로 처리하여 제공하는 전담부서가 있지만 데이터를 효율적으로 처리 및 활용하는 데에는 한계가 있다. 독립적인 정보처리 전문기관이 아닌만큼 유출에 따른 위험, 사회적 비난에서 자유롭지 못하며 본래의 행정업무에도 바쁜 상황이기에 데이터 폐쇄성을 띄기 쉽다. 데이터 플랫폼의 구축과 거버넌스 활용이 강조되는 등의 논의가 있는 바, 보완 방안에 대하여 아래 별도 항에서 자세히 살피고자 한다.

Ⅲ. 국내 보건의료데이터 활용 개선 방안

1. 민감정보의 가명처리

개인정보보호법 가명처리에 관한 조항 제15조 제3항에서는 '개인정보처리자는 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 정보주체에게 불이익이 발생하는지 여부, 암호화 등 안전성 확보에 필요한 조치를 하였는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 정보주체의 동의 없이 개인정보를 이용할 수 있다'고 정하고 있고, 제17조 제4항에서는 '개인정보처리자는 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 정보주체에게 불이익이 발생하는지 여부, 암호화 등 안전성 확보에 필요한 조치를 하였는지 여부 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 정보주체의 동의 없이 개인정보를 제공할 수 있다'고 하고 있다. 또한 제28조의2에서는 '개인정보처리자는 통계작성, 과학적 연구, 공익적 기록보존 등을 위하여 정보주체의 동의 없이 가명정보를 처리할 수 있다'고 정하고 있다. 이에 따르면 가명처리한 정보의 경우 활용이 가능한 것으로 볼 수 있다. 그러나 보건의료데이터의 경우, 민감정보에 해당한다는 점에서 논의의 여지가 있다.

즉, 민감정보에 대한 조항인 제23조[29]에서는 '개인정보처리자는 사상·

29) 제23조(민감정보의 처리 제한)
① 개인정보처리자는 사상・신념, 노동조합・정당의 가입・탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인

신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 그 밖에 정보주체의 사생활을 현저히 침해할 우려가 있는 개인정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 '민감정보'라 한다)를 처리하여서는 아니 된다.'고 하면서, 민감정보에 대하여 일반개인정보에 비해 보다 엄격히 보호하고 있기 때문이다.

이에 대한 헌법재판소의 판단을 살펴보면, 결정례로서 '국민건강보험공단의 서울용산경찰서장에 대한 요양급여내역 제공행위 위헌확인 사건'이 있다.[30] 해당 사례에서 수사기관이 피의자들의 동선을 추적하기 위해 이들이 어느 병원에 방문하였는지 등에 관한 정보를 국민건강보험공단에 요청하였고 국민건강보험공단은 개인정보의 제3자 제공에 대한 예외허용 사유로서 구 개인정보보호법 제18조 제2항 제7호 '범죄의 수사와 공소의 제기 및 유지를 위하여 필요한 경우'를 근거로 민감정보가 포함된 정보를 제공한 사안이다. 헌법재판소는 이에 대하여, 민감정보에 대한 제23조 제1항 제2호에도 불구하고 위 제18조 제2항 제7호에 따른 '범죄 수사를 위해 불가피한 경우'라고 보아 합헌으로 판단하였다. 이와 같은 헌법재판소의 결정은 민감정보에 관한 특례조항에서 제2호로 정하고 있는 '법령에 정하고 있는 경우'에 동법의 조항들도 포함된다고 보아 동법 제18조 제2항을 제23조의 예외 사유에 포함하여 해석한 것이다. 즉, 민감정보에 관한 특례조항인 제23조의 예외 사유로 '법령에 정하고 있는'의 해석시 동법인 개인정보보호법 내의 다른 조항도 법령으로 인정하는 태도를 보이고 있다.

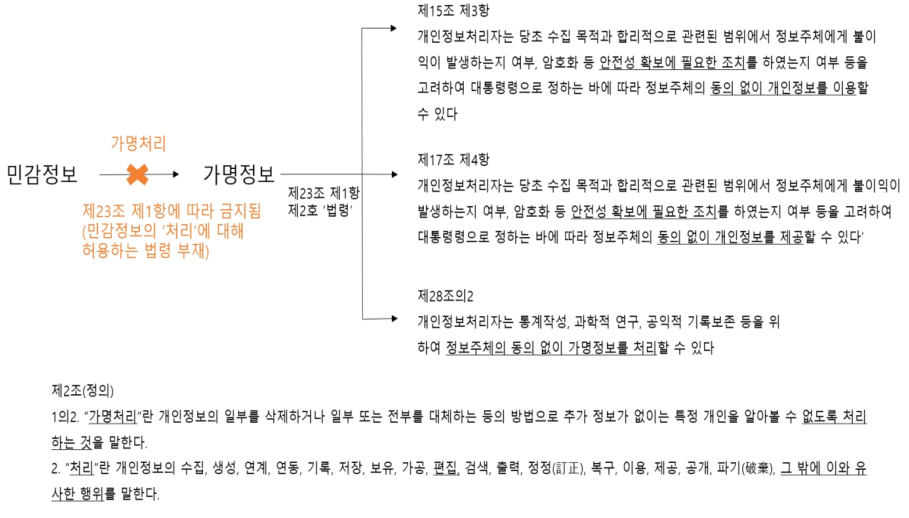
그러나 법조문을 다시 자세히 살펴보면, 제23조(민감정보의 처리 제한)의 경우 개인정보처리자는 민감정보에 대하여 정보주체에게 동의를 받거나 법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우가 아니면 '처리'하여서는 아니 된다. 제2조(정의) 조항에 따르면 '처리'란 개인정보의 수집, 생

정보로서 대통령령으로 정하는 정보(이하 "민감정보"라 한다)를 처리하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 정보주체에게 제15조제2항 각 호 또는 제17조제2항 각 호의 사항을 알리고 다른 개인정보의 처리에 대한 동의와 별도로 동의를 받은 경우
2. 법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우

30) 헌법재판소 2018.8.30. 2014헌마368 결정

성, 연계, 연동, 기록, 저장, 보유, 가공, 편집, 검색, 출력, 정정, 복구, 이용, 제공, 공개, 파기, 그 밖에 이와 유사한 행위를 말하고 '가명처리'란 개인정보의 삭제, 대체 등의 방법으로 추가 정보의 사용 없이 개인을 알아볼 수 없도록 '처리'하는 것을 말한다. 제28조의2(가명정보의 처리 등) 조항에서, 개인정보처리자는 일정목적으로 동의 없이 가명정보를 처리할 수 있다고 정하고 있는데, 민감정보에 대해서는 위 제23조에서 특례로서 '처리'를 금하고 있는 바, 제28조의2가 적용되기 위한 가명 '처리'부터 허용되지 아니하는 것이라고 본다면(개인정보보호법에는 민감정보의 가명 '처리'를 허용하는 별도 조항이 없다) 법문상으로는 가명처리를 포함한 정보 활용이 금지되는 것으로 해석될 여지가 있다.



〔그림 1〕 민감정보의 가명정보 활용 관련 조문

이와 달리 실무적현황을 살펴보면, 위 헌법재판소 결정례 뿐만 아니라 개인정보보호위원회가 2020. 12. 23. 개정하여 발령한 '보건의료데이터 활용 가이드라인'[31]에서도 보건의료데이터를 비식별화하여 활용할 수 있는 것을

31) 개인정보보호위원회 사이트 참조,
<https://www.pipc.go.kr/np/cop/bbs/selectBoardArticle.do?bbsId=BS217&mCode

전제하고 관련 세부사항을 규정하고 있다. 위에서 살펴본 바와 같이 민감정보의 가명정보처리에 대한 법적 근거가 없다고 엄격하게 해석한다면, 이러한 가이드라인은 법률적 근거 없이 정해진 것으로 위법한 것이 되며, 실제 이러한 주장으로 보건의료데이터의 활용 자체를 원천적으로 부정하는 견해도 있다. 정보활용의 시대적 흐름에 상당히 역행할 뿐만 아니라, '정보의 안전한 사용'이라는 정책적 취지에 어긋나는 측면이 있지만 문헌적으로만 보면 충분히 논쟁의 여지가 있는 부분이다. 이를 명확히 하고 특히 법률적 근거를 마련하여 불필요한 혼란을 불식하는 것이 바람직하다. 현재 추진되고 있는 정책현황과 이미 공공기관들에서 심의위원회를 거쳐 비식별화 후 보건의료데이터를 제공하고 있는 현실, 그리고 데이터 활용 촉진의 필요성 등을 감안하면, 보건의료데이터의 가명정보 활용을 원천적으로 막는 것이 제도의 취지는 아닐 것이다.

그렇다면 조문은 그대로 두고 지금과 같이 판례의 해석과 가이드라인에 따른 연성규범[32]의 형태로 두는 것은 어떠할지에 대해 검토해본다. 이러한 고민은 반대로, 실무적 사례 축적이 충분히 되었고 관련 분야가 성숙되었다는 방증이기도 하다. 연성규범의 예비 법률적 성격을 고려해 보았을 때 법규성을 갖도록 법령에 편입하는 것이 바람직할 것이다. 보건의료데이터의 활용에 있어서 그 절차를 완화하는(정보주체 동의의 면제) 요건을 법규성 없이 사법적 해석과 가이드라인에만 맡겨두는 것은 혼란과 논쟁의 여지를 남겨두는 이외에 실익이 없다 . 이러한 점을 그대로 둔다면, 데이터 처리자 입장에서는 자칫 법문언적으로만 해석하면 위법한 행위일지도 모를 상황에

=D010030000&nttId=7023> (검색일: 2021. 4. 9.)

32) 연성규범의 개념은 다양하게 해석되는데 일종의 행동규범, 준칙으로서, '직접적인 법적 구속력은 갖지 않으나 간접적으로 사회구성원의 행위에 실질적인 영향력을 미치기 위하여 만들어진 행위규범'으로 여겨진다.(최난설헌, '연성규범의 기능과 법적 효력', 2013. 92쪽) 연성규범은 경성규범과 달리 법적 강제성은 없지만 유연한 해석과 사회적 합의에 도움이 되기 때문에 주로 변화가 빠른 첨단기술산업이나 통합통치기관이 부재한 국제산업표준분야 등에서 활용된다. 해당 규범에 대한 국가기관의 판단 재량이 넓어지고 탄력적인 정책집행이 가능하다. 다양한 법체계와 조화를 이룰 수 있고 광범위한 개인 및 집단의 참여가 가능하다는 장점이 있다.(위준석, 연성규범의 새로운 양상, 2018. 111쪽) 이러한 특징으로 인하여, 후일 법률로 채택될 것을 대비하여 시범적으로 운용되기도 하고, 법률에 대한 해석 및 보충기능을 하기도 한다.

서 보건의료데이터의 가명처리 및 활용을 수행하는 상황으로 몰리게 되는 것이고, 이는 데이터 활용에 있어 장해로 작용한다.

관련하여 비교법적인 측면에서 해외의 경우는 가명정보의 활용에 대하여 제도적으로 명시하고 있는지 여부를 간단히 살펴보고자 한다.

〔표 3〕 해외법제에서 가명정보의 활용에 대한 명시

국가	법명	규율내용
핀란드[33]	의료 및 사회보장 데이터2차 활용에 관한 법률	의료데이터 등이 과학적 연구, 통계, 개발 및 혁신 활동, 교육, 지식관리, 관계기관의 운영과 감독, 관계 기관의 계획 및 보고의 목적으로 2차적으로 활용될 수 있다고 명시
미국[34]	HIPAA Privacy Rule	제164.514항에서, 전문가 판단 또는 세이프하버 방식에 의하여 비식별 정보(de-identified information)로 판단된다면 HIPAA의 규제대상이 되지 아니한다고 명시
영국[35]	보건복지법(HSCAct)	환자에 관한 보건의료정보를 분석, 가공하며 제3자 및 일반에 제공 및 공개할 수 있도록 명시
일본	차세대의료기반법[36]	인정사업자로 하여금 옵트아웃 형태로 비식별 보건의료데이터 처리 및 제공 가능 명시
대만	개인정보보호법[37]	병력, 의료, 유전자, 건강검사와 관련된 개인정보에 대하여 공공기관이나 학술연구기관이 일정 목적에 근거하여 통계나 학술연구를 위하여 처리를 거친 후 공개할 수 있도록 명시

33) 김영진, 김주현, 핀란드 보건의료 데이터 활용 제도 현황 및 시사점, 한국보건산업진흥원 보건산업브리프 vol.324 2021. 3쪽

34) 김재선, 의료정보의 활용과 개인정보보호, 2016. 행정법연구(44), 278쪽

35) 정현학, 장보은, 보건의료 빅데이터 관련 각국의 법체계, 보건산업브리프 vol.208 2015. 5쪽(Health and Social Care Act 2012 제250조 내지 제277조)

36) 손형섭, 한국 개인정보보호법과 일본 개인정보보호법의 비교분석, 2019. 45쪽

37) 대만의 현행 개인정보보호법은 본래 1995년 '컴퓨터 개인정보처리 보호법'이라는 이

유럽, 미국, 영국 뿐 아니라 대만에서도 개인정보보호법에 보건의료데이터의 비식별처리 후 활용이 가능하다는 규정을 명시적으로 두고 있고 일본의 경우는 인정사업자가 옵트아웃 형태로 이용 가능하다.

불분명한 법문을 그대로 두어 보건의료데이터를 법적 근거 없이 가명처리하여 이용한다는 논쟁을 그대로 두는 것 보다는, 법률 해석을 명확히 하기 위해서 민감정보라 하더라도 (적어도 이 글에서 연구하고 있는 대상인 보건의료데이터에 대해서는) 가명처리하여 활용할 수 있는 근거 조항을 개인정보보호법에 마련하는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 가령 개인정보보호법 제23조 제1항에 제3호로서 가명정보의 처리를 예외사유로 추가 신설하는 방안이 있다.

2. 데이터 거버넌스의 보완

(1) 데이터 거버넌스의 의미와 필요성

국내의 보건의료데이터 활용실태를 살펴보면 국내 보건의료 빅데이터 분석 및 활용 경험이 있는 공공기관은 16.4%, 민간기업은 7.9%에 불과하여 데이터 활용 비율이 높지 않다.[38] 이러한 활용이 저조한 요인으로는, 개인 보건의료데이터 관리 시스템의 공정성에 대한 인식이 부정적인 비율이 높고(58.2%), 정부 정책과 사회 시스템에 대한 신뢰 또한 부정적(53.6%)일 뿐 아니라, 보건의료데이터의 활용으로 인한 연구개발 성과와 이익을 사회공공 이익으로 공유하지 않고 기업에 편중된다는 인식(51.8%)이 작용한 것으로 분석되고 있다.[39] 그 필요성에 비하여 데이터 처리에 있어서의 충분한 신뢰와 공감대가 형성되지 못하고 있는 측면이 있다. 건강보험심사평가원이 데

름으로 제정되었다가 2010년 법률명을 '개인정보보호법'으로 개정하였고 현행법은 총칙(제1장), 공공기관의 개인정보에 대한 수집·처리와 이용(제2장), 비공공기관의 개인정보에 대한 수집·처리와 이용(제3장), 손해배상과 단체소송(제4장), 벌칙(제5장)과 부칙(제6장)의 총 6장 45개의 조로 되어 있다(김성수, 대만의 개인정보보호, 21쪽).

38) 이병철, 앞의 글, 14쪽

39) 최윤희, 데이터 AI 기반 바이오경제에 대한 한국의 사회적 수용성 현황과 과제, ISSUE PAPER, 2019. 458쪽

이터를 처리하여 보험사에 제공한 것만으로도 대가를 지급받고 민간 기업에 넘겼다며 시민단체의 고발을 당하는 현황이다. 보건의료데이터 활용에 대한 사회적 합의를 끌어내고 개인정보 보호에 대한 투명하고 객관적인 시스템을 구축하는 것이 필요하다.[40]

이를 위해 '데이터 거버넌스'의 역할이 강조되고 있다. 경제협력개발기구(OECD)도 2016년 12월 13일 '보건의료정보의 데이터 거버넌스에 관한 OECD 이사회 권고를 채택하여[41] 광범위한 이해관계자들의 자문과 참여를 보장하도록 권고하고 있다.[42] 또한 유럽연합 집행위원회는 유럽 전역의 데이터 거버넌스에 관한 공통된 규칙 및 관행을 수립하여 데이터 가용성을 높이기 위한 데이터 거버넌스 법안(Data Governance Act)을 발표하였다.[43] 미국의 경우 2015년 1월 정밀의료[44] 발전계획 PMI 사업을 공표하고 연방정부의 주도하에 지역사회 단체, 환자, 건강 옹호단체들로 하여금 사업에 참여하도록 하여 데이터 거버넌스를 구축해 나가고 있다.[45]

거버넌스(Governance)는 행정학에서 등장한 용어로서, 1993년 Gavery의 연구에서 언급한 시장이론과 이해관계의 네트워크에 의해 형성되는 새로운 이론에서 시작되었다.[46] '거버넌스'에 대하여 명시적으로 확정된 정의

---

40) 관련하여 보건복지부는 최근에 보건의료데이터 활용 정책 거버넌스를 정립하여 사회적 공감대 형성 및 신뢰를 기반으로 주요 정책 방향 등을 결정하겠다고 발표하기도 하였다. - 보건복지부, '보건의료 데이터 인공지능 혁신전략(21~25년)', 2021. 6. 4.자 보도자료

41) 보건의료정보의데이터 거버넌스에 관한 OECD 권고는 디지털 경제 정책 위원회(Committee on Digital Economy Policy, CDEP)와 보건위원회(Health Committee, HC)가 공동으로 개발하였다. 개인정보보호, 법학, 통계, 연구개발, 정보기술, 보건정책, 산업계, 시민사회 전문가 65명으로 구성된 AEG(Advisory Expert Group)를 구성하여 권고안을 개발하였다.

42) OECD, Recommendation of the Council on Health Data Governance, OECD/LEGAL/0433, <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/348/348.en.pdf> (마지막 검색일 : 2021.7.1.)

43) 김경훈, 이준배, 윤성욱, EU 데이터거버넌스 법안(Data Governance Act) 주요내용 및 시사점, 2021. 1쪽

44) 정밀의료(Precision medicine)는 개인의 각기 다른 유전자, 환경, 생활방식을 고려하여 소위 맞춤형으로 질병의 치료와 예방에 접근하는 방법론을 말한다.

45) 윤혜선, 앞의 글, 34쪽

는 없지만, 민·관이 네트워크로 연결되는 열린 조직으로 해석된다.[47] 데이터 거버넌스는 조직이 데이터를 정확히 활용할 수 있도록 데이터를 관리하고 통제하고 조직화하며 각 구성원들에게 역할과 책임을 부여하는 등의 활동을 통해서 데이터 품질을 향상시키는 것으로,[48] 데이터의 전반적인 관리 및 통제와 데이터 품질을 높임으로서 활용가치를 증진하고 가치창출에 기여하는 참여형 활동을 의미한다.[49] 따라서 거버넌스에서는 상호 소통과 협력을 기반으로 하는 수평적 소통이 중심이 된다.

(2) 국내 보건의료데이터 활용 거버넌스 현황

국내의 경우, 보건의료 빅데이터 플랫폼이 마련되어 있다. 보건복지부는 보건의료분야 4개 기관(국민건강보험공단, 건강보험심사평가원, 질병관리청, 국립암센터)간의 빅데이터를 의학연구, 정책개선 등 공공적 연구에 활용할 수 있도록 연구자에게 개방하는 사업인 '보건의료 빅데이터 시범사업 계획'을 2018. 11. 의결하여 '보건의료 빅데이터 플랫폼(hcdl.mohw.go.kr)'을 구축, 실시하였다(현재는 2021. 7. 시범사업이 종료되고 본 사업이 시작되었다).[50]

---

46) 장경애, 김우제, 데이터거버넌스 구성요소의 개발과 중요도 분석 2016. 47쪽

47) 양천수, 데이터법 형성과 발전 그리고 과제, 2021. 225쪽

48) 장경애, 김우제, 앞의 글, 95쪽

49) 한편 보건의료 빅데이터 활용에 있어서 아예 동의 모델에서 합의 모델로 전환함이 바람직하다는 논의도 있어왔다. (가령 목광수, 보건의료 빅데이터의 윤리적 활용을 위한 방안 모색: 동의가 아닌 합의 모델로의 전환, 2019.) 이 글에서는 '동의 방식'에 대한 논의보다는 공공 보건의료데이터를 비식별화함으로써 정보주체의 동의를 받지 않고 정보를 활용할 수 있는 방안에 대하여 논의하는 글이므로 소개에 그치고자 한다.

50) 근거 규정은 보건의료기본법 제44조, 보건의료기술진흥법 제10조, 제26조이다. 보건의료기본법 제44조

① 국가와 지방자치단체는 새로운 보건의료제도를 시행하기 위하여 필요하면 시범사업을 실시할 수 있다.

② 국가와 지방자치단체는 제1항에 따른 시범사업을 실시한 경우에는 그 결과를 평가하여 새로 시행될 보건의료제도에 반영하여야 한다.

보건의료기술진흥법 제10조

보건복지부장관은 보건의료정보의 생산·유통 및 활용을 위하여 다음 각 호의 사업을 추진한다.

1. 보건의료정보를 관리하기 위한 전문연구기관의 육성

‘보건의료 빅데이터 플랫폼’의 정보 활용절차는 다음과 같다.[51] 우선 연구자들이 플랫폼 홈페이지에서 ‘데이터 편람(카탈로그)’을 내려 받아, 이를 토대로 필요한 데이터를 플랫폼 홈페이지에서 신청한다. 그러면 이에 대해서 플랫폼 내 구성되어 있는 연구평가소위원회에서 1차로 연구의 공공성 등을 심의하고 정책심의위원회에서 1차 심의 결과를 검토하여 데이터 제공범위를 협의한 후 데이터 연계와 비식별조치를 진행한다. 다시 연구평가 소위원회에서 2차로 비식별조치 결과를 검토하여 폐쇄망을 통해 데이터를 제공한다.

---

2. 보건의료・복지 분야의 전산화를 촉진하기 위한 업무의 표준에 관한 연구・개발 및 관리
3. 보건의료정보의 공동이용 활성화
4. 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 보건의료정보의 진흥에 관한 중요 사업

보건의료기술진흥법 제26조

① 한국보건의료연구원은 연구에 필요한 정보 수집을 위하여 국가기관 및 대통령령으로 정하는 공공기관에 대하여 자료를 제출하도록 요청할 수 있다. 이 경우 그 요청을 받은 기관은 특별한 사유가 없으면 그에 따라야 한다.

② 한국보건의료연구원은 제1항에 따라 자료를 요청할 경우 「개인정보 보호법」 제23조에 따른 민감정보 및 같은 법 제24조에 따른 고유식별정보 등의 개인정보가 포함된 자료의 제출을 요청할 수 있다. 이 경우 해당 국가기관 및 공공기관은 개인식별이 가능한 부분을 삭제한 후 제출하여야 한다.

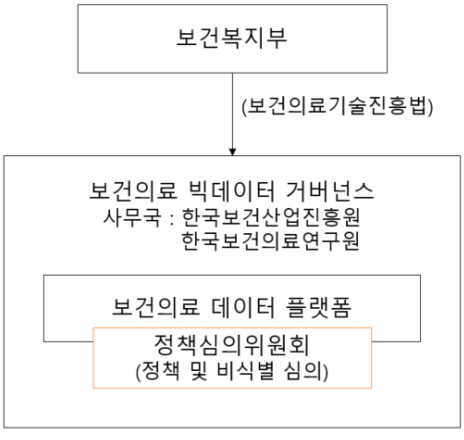
③ 제2항에도 불구하고 한국보건의료연구원은 연구를 위하여 두 개 이상의 국가기관 및 공공기관이 보유한 자료를 통합하여 분석할 필요가 있는 경우에는 국가기관 및 공공기관으로부터 개인식별이 가능한 부분을 포함한 자료를 제출받아 자료의 통합작업을 수행할 수 있다. 이 경우 자료를 통합한 후에는 반드시 개인식별이 가능한 부분을 삭제하여야 한다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 제공된 자료는 연구목적 외에는 사용할 수 없다.

‘보건의료 빅데이터 플랫폼’ 사이트 참조,
https://hcdl.mohw.go.kr/BD/Portal/Enterprise/DefaultPage.bzr?tabID=1003
(검색일 : 2021. 9. 28.)

해당 조항의 주요 내용은 ‘국가는 보건의료제도를 시행하기 위해 필요하면 시범사업을 실시할 수 있다’는 내용이다.

51) ‘보건의료빅데이터 플랫폼’ 사이트 참조
https://hcdl.mohw.go.kr/BD/Portal/Enterprise/DefaultPage.bzr (검색일 : 2021. 10. 13.)



〔그림 2〕 보건의료 빅데이터 거버넌스 구조도

정책심의위원회는 2018년 7월 보건복지부훈령 제183호 '보건의료 데이터 정책심의위원회 운영규정[52]'(이하 '훈령' 또는 '운영규정')에 따라 구성된 조직이다. 훈령에 따르면 정책심의위원회는 보건복지부에 두며, 위원장은 보건복지부 차관으로 한다.[53]

정책심의위원회의 주요 기능은 의료정보 및 보건의료 데이터 활용에 관한 주요 정책 및 사업, 제도 개선에 관한 사항 등을 효율적으로 심의하는 것이다(운영규정 제2조 제1항). 주요 심의사항은 의료정보 및 보건의료 데

52) 본래 훈령 제2018-121호 '보건의료 빅데이터 정책심의위원회 운영규정'이었다가, 2021. 8. 31. 제명이 변경된 현재 운영규정으로 개정·발령되었다.
보건복지부 사이트 참조
http://www.mohw.go.kr/react/jb/sjb0406vw.jsp?PAR_MENU_ID=03&MENU_ID=030406&page=1&CONT_SEQ=367067 (검색일: 2021. 10. 24.)

53) 위원은 보건복지부 보건산업정책국장, 각 분야(운영규정 별표1에서 정하고 있으며, 의료계, 연구계, 학계, 법률계, 환자단체, 보건산업계, 시민사회단체, 공공기관)를 대표하는 20명 이내의 위원으로 구성하며, 위원은 별표1의 요건을 갖춘 사람 중 추천을 받아 보건복지부 장관이 임명하거나 위촉한다. 별표1의 분야별 자격요건을 보면, 의료계는 진료의를 포함한 의료 공급분야 종사자, 보건의료 데이터의 의료적 활용 및 연구에 대한 식견을 보유한 자, 의료데이터에 기반한 공공적 의료에 관한 식견을 보유한 자 등이고, 연구계는 의료데이터 활용 사회정책 연구 경험자 또는 이러한 수준 이상의 자격이 있다고 인정되는 사람으로 정하고 있다. 공공기관의 경우는 보건의료 데이터 보호, 활용 담당부서 이사급 또는 이 이상의 수준의 자격이 있다고 인정되는 사람으로 정하고 있다.

이터의 보호 및 활용 정책, 주요 사업계획에 관한 사항, 보건의료 데이터 활용 관련 제도 개선에 관한 사항, 보건의료 데이터 개방·제공·결합 등 활용에 관한 사항 등이다(운영규정 제2조). 빅데이터 플랫폼 내에서 정보의 제3자 제공시 절차에 있어서는 비식별 조치를 담당한다는 점에서 정책심의위원회가 앞서 살펴보았던 각 공공기관별 내부 데이터 전담부서와 일부 유사한 기능도 담당하고 있다.

위와 같이 국내 보건의료데이터의 안전한 활용에 있어서 거버넌스 시스템이 마련되어 있다. 다만 현행 보건의료 빅데이터 정책심의위원회는 보건복지부 훈령으로 규율되고 있는데 이에 대한 법적근거 여부가 논쟁이 된다. 법규성 있는 제도를 마련하여 전문성을 지닌 심의위원회 구성을 도모하는 것이 필요해 보인다. 공공기관이 일일이 내부에 두도록 하는 것 보다는 전담기관을 두는 것이 효율적이다. 전문성의 제고와 각 공공기관의 부담 감소, 정보의 연계를 위해서도 이러한 방안이 바람직하다. 또한 정책심의위원회가 주요 정책 의사결정기구로서 뿐만 아니라 비식별 조치 적정성 평가까지 맡아 집중적인 관리가 쉽지 아니하다는 점 등의 개선 필요성이 있다.

(3) 국내 보건의료 데이터 거버넌스 개선 방안

1) 보건의료데이터 심의제도의 법규성 보완

현재 보건의료 빅데이터 플랫폼의 정책심의위원회 구성은 보건복지부 훈령 제183호 '보건의료 데이터 정책심의위원회 운영규정[54]'이 기준 규정이 되고 있다. 행정규칙의 형태라 하더라도 법규명령에 대해서는 법규성을 인정하는 것이 헌법재판소와 대법원의 입장이나,[55] 이 때에는 상위법령의 위임, 상위법령의 내용을 구체화하는 기능, 상위법령의 위임의 한계를 벗어나지 않은 내용의 요건이 갖추어져야 한다[56]. 현 정책심의위원회에 대한 보건

54) 본래 훈령 제2018-121호 '보건의료 빅데이터 정책심의위원회 운영규정'이었다가, 2021. 8. 31. 제명이 변경된 현재 운영규정으로 개정·발령되었다.
보건복지부 사이트 참조
<http://www.mohw.go.kr/react/jb/sjb0406vw.jsp?PAR_MENU_ID=03&MENU_ID=030406&page=1&CONT_SEQ=367067> (검색일: 2021. 10. 24.)

55) 헌법재판소 1992. 6. 26. 결정 91헌마25, 대법원 1989. 9. 29. 선고 86누484

복지부 훈령은 상위법령의 명확한 위임이 없다. 명확하게 하기 위하여 법규성을 갖출 필요가 있다.

유럽연합의 데이터 거버넌스 법안(Data Governance Act)과 같이 독립법제로 마련하는 방안도 생각해볼 수 있다. 그러나 보건의료데이터의 분야적 특수성을 감안하여 개인정보 보호를 위한 시스템 구축이라는 점에서, 국내 기준법제의 틀 안에서 통일적으로 규율될 수 있도록 위임규정을 통해 개선하는 것이 바람직할 것으로 보인다. 국내법제에는 보건의료데이터 활용시 관련하여 검토 대상인 법률이 이미 많은 상황인 바(하기 표4 참조), 별도의 법률을 추가로 제정하면 과도한 행정비용이 발생되고 수범자의 입장에서 더욱 혼란에 빠질 수 있다.

〔표 4〕 국내 보건의료데이터 보호관련 법률 현황

	법제명*	규율 내용
공공데이터 관련	공공데이터법	공공데이터에 대한 국민의 이용권 보장
	정보공개법	공공데이터에 대한 공공기관의 공개의무 규정
	전자정부법	전자정부의 효율적 구현목적, 사생활 보호 조항
	데이터기반행정법	데이터 기반의 행정활성화, 개인정보보호보호법 준수 조항
	지능정보화 기본법	지능정보기술을 활용한 정책 추진 목적, 개인정보 보호 및 사생활 보호 조항
	국가지식정보법	국가 지식의 공유 및 확산 활성화
보건의료데이터 관련	생명윤리법	인간대상 연구시 인간의 존엄성과 가치 보호, 개인정보 보호 조항
	보건의료기본법	보건의료에 관한 국민의 권리 및 의무 규율, 사생활 보호 조항
	국민건강보험법	공단, 심사평가원 등 업무 수행시 취득 개인정보 누설 금지 조항
	암관리법	암관리사업에 종사자는 업무상 취득 개인정보 누설 금지 조항
	의료법	의료종사자 업무상 취득 개인정보 누설 금지 조항
	약사법	약사, 한약사 업무상 취득 개인정보 누설 금지 조항

56) 홍정선, 김기홍, '행정법 특강', 박영사, 2011. 57쪽

데이터 관련	개인정보보호법	일반 개인정보에 대한 보호 규율, 민감정보 특례, 익명화 및 가명화 규율
	신용정보법	신용정보 산업 건전 육성 목적, 신용정보 이용 관련 사생활 비밀 등 보호 조항
	정보통신망법	정보통신서비스 제공자 및 소비자 등의 개인정보 보호 조항(개인정보보호법으로 이관)
	데이터산업법	민간 데이터의 생산, 거래 및 활용을 위한 기반 조성

* 약칭으로 기재하였다.

국내와 유사한 국가건강보험체계를 갖고 있는 영국의 사례가 상당한 참고가 된다. 영국의 데이터 관리 조직은 다음과 같다.

〔그림 3〕 영국의 데이터 관리 조직

영국의 경우에는 보건의료데이터 처리 컨트롤타워로서 NHS Digital이 기능하는 바, 국내에는 이에 상응하여 앞서 살펴 본 한국보건산업진흥원과 한국보건의료연구원을 사무국으로 하는 보건의료 빅데이터 플랫폼이 있다. 국내의 보건의료 빅데이터 플랫폼의 조직과 구성은 여러 가지 면에서 영국의 NHS Digital과 닮아있다. NHS Digital은 영국의 보건의료정보 인프라

구축 및 빅데이터 공개·활용 등을 담당한다.[57] NHS Digital은 NHS 및 사회 복지 서비스에 대한 데이터를 수집할 법적 책임을 진다. 이를 이해하고 분석하는 전문가인 연구원, 분석가들과 데이터를 공유할 수 있다. 기밀정보는 치료 및 의료서비스 개선과 심각한 질병에 대한 연구 및 치료법 개발에 사용될 수 있다. 다만 정보주체가 자신의 기밀정보가 치료 이외의 목적으로 사용되는 것을 중지할 수 있도록 하는 옵트아웃(Opt-out)제도를 실시하고 있다. 거부신청이 이뤄지면 NHS Digital 및 모든 보건의료 기관에서 해당 기밀정보를 사용할 수 없다. 이러한 절차는 NHS Digital 홈페이지에 상세히 안내 되어 있으며[58] 홈페이지에 공개된 바에 따르면 옵트아웃을 신청하는 환자의 비율은 2021년 9월 1일 기준으로 5.35%에 불과하다.[59]

뿐만 아니라 영국은 독립된 자문기구인 HRA(Health Research Authority)를 마련해 두었다는 특징이 있다 . 영국 HRA의 경우 Care Act 제2장 부칙 제7호에서 HRA의 구성 및 기능에 대하여 정하고 있는데, 보건 사회복지 연구에 관한 규정의 집행에 있어서 표준화된 규율을 관리하고 NHS Digital에 정책적 조언을 하는 것이 HRA의 주된 업무이다.[60]

국내의 경우 보건의료 데이터 플랫폼 거버넌스의 근거 법령인 보건의료기술진흥법 제10조[61]에 이어 제10조의2를 신설하여 '보건복지부 장관은

---

57) 이태훈, 영국 보건의료정보 담당기구 NHS Digital의 기능과 역할, 2019. 78쪽

58) NHS 사이트 참조
<https://www.nhs.uk/your-nhs-data-matters/manage-your-choice/>
(검색일 : 2021.10.28.)

59) NHS Digital 사이트 참조
<https://digital.nhs.uk/data-and-information/publications/statistical/national-data-opt-out/september-2021#> (검색일 : 2021.10.29.)

60) 이하의 조문 내용은 영국의 Care Act 2014 법률 원문을 참고하였다.
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/23/contents/enacted>
(검색일 : 2021.10.28.)

61) 보건의료기술진흥법 제10조
보건복지부장관은 보건의료정보의 생산・유통 및 활용을 위하여 다음 각 호의 사업을 추진한다.
1. 보건의료정보를 관리하기 위한 전문연구기관의 육성
2. 보건의료・복지 분야의 전산화를 촉진하기 위한 업무의 표준에 관한 연구・개발 및 관리

제10조의 사업을 추진함에 있어 전문심의기관의 역할과 기능을 정하고 구체적인 정보 수집, 처리, 제공에 관한 지침을 행정규칙의 형식으로 정할 수 있다'는 구체적인 위임규정을 마련하는 방안이 있다.

개인정보보호위원회는 2020. 12. 23. '보건의료데이터 활용 가이드라인'을 개정하여 게시하였다.[62] 가이드라인에서는 상세한 비식별화 방법에 대해 제시하면서 '식별력을 충분히 낮추었는지 여부'에 관하여 가이드라인에 정해진 기준이 없는 유형의 정보의 경우 데이터 심의위원회 검토를 거치도록 하고 있다. 보건의료데이터 활용 가이드라인의 제20면에서는 보건의료데이터를 가명처리하여 활용하고 제공하는 가상사례에 대하여 설명하고 있는데 모든 사례가 심의위원회의 판단을 필수적으로 포함하고 있을 만큼, 보건의료데이터의 비식별화 판단에 있어서 심의위원회에 의지하고 있는 부분이 상당하다.

그러나 가이드라인에 이러한 데이터 심의위원회에 대한 권고는 개인정보보호 관련 법령에서 위임규정을 두고 있지 아니하여 법적 강제성이 없다. 이는 유연한 해석을 가능하게 하는 장점이 있는 반면, 예견가능성이 감소하고 해석상의 혼란을 야기할 가능성이 있다. 권고에서 법률의 취지와 다른 해석을 제시하거나, 가변적인 환경을 신속하게 반영하지 못하면 그릇된 기준을 제시할 위험도 있다. 현재 개인정보보호 분야에서의 빠른 기술발전과 데이터 환경의 변화는 권고와 가이드라인 등의 형태가 행위규범으로서 활용될 여지가 많다고는 볼 수 있다. 다만 앞서 살펴본 바와 같이 데이터와 관련된 법문이 여러 법령에 산재해 있고, 그 중에서도 산업분야 별로 규제의 내용이 상이하여 관련 법률이 상당수 존재하는 바, 가이드라인 등이 올바른 행위준칙으로서 기능하려면 이러한 법령과 일관성을 유지하면서도 실무의 변화를 반영하기 위한 노력이 필요하다.

뿐만 아니라, 연성규범의 예비 법률로서의 기능을 감안하였을 때 이미

---

3. 보건의료정보의 공동이용 활성화
4. 그 밖에 보건복지부령으로 정하는 보건의료정보의 진흥에 관한 중요 사업

62) 개인정보보호위원회 사이트 참조 <https://www.pipc.go.kr/np/cop/bbs/selectBoardArticle.do?bbsId=BS217&mCode=D010030000&nttId=7023> (검색일: 2021. 4. 9.)

해당 산업분야에 충분히 성숙하여 관례로서 정립된 내용들에 대해서는 적절히 경성규범화 하여 수범자로 하여금 이를 지킬 의무를 부과하고 법적 안정성을 수립하는 것도 필요하다. 국내 제도 하에서는 특히 보건의료데이터의 가명정보 활용에 있어서 개인정보보호의 측면에서 보호와 활용을 균형있게 달성하기 위한 거의 유일한 장치인 만큼, 보다 강제성을 가질 필요가 있다. 개인정보보호법에 가명화에 대한 개념이 명시적으로 도입되었고 인간대상 연구목적의 경우 생명윤리법에 근거하여 IRB를 통한 심의를 거쳐 비식별 데이터를 활용한 산업적 경험이 충분히 성숙한 바, 심의위원회의 구성과 기능, 의무 사항을 법령으로서 규율하기에 적절하고도 필요한 시기가 되었다고 볼 수 있다.

또한 동 가이드라인 전반을 보면 안전조치에 대한 구체적인 기준을 제시하고는 있지만 이를 근거로 한 판단은 결국 데이터 심의위원회의 담당으로 하고 있다. 가명처리에 있어 식별자의 제거·대체 등 법령에 정하고 있는 조치를 취하여도 그 재식별 가능성에 대하여 심의위원회의 판단을 거치도록 하고 있는 바, 이는 개인정보처리자의 의무를 확대하는 것일 뿐 아니라 개인정보를 제공받아 활용하려는 자 입장에서도 추가 절차를 거치도록 함으로써 제약이 가해지는 행정작용이다. 법률유보원칙에 따라 법률상 근거가 요청된다는 측면에서도 법규성을 갖추는 것이 바람직하다. 또한 기능은 다소 상이하나 동 심의위원회와 대비되는 조직으로 보건의료정책심의위원회를 살펴보면, 보건의료기본법에 조문을 두어 법률로서 규율하고 있고[63] 기관생명윤리위원회(IRB)의 경우에도 생명윤리법에서 규율하고 있다.[64]

---

63) 보건의료기본법 제20조
보건의료에 관한 주요 시책을 심의하기 위하여 보건복지부장관 소속으로 보건의료정책심의위원회(이하 "위원회"라 한다)를 둔다.
제22조(위원회의 기능) 위원회는 다음 각 호의 사항을 심의한다.
1. 보건의료발전계획
2. 주요 보건의료제도의 개선
3. 주요 보건의료정책
4. 보건의료와 관련되는 국가 및 지방자치단체의 역할
5. 그 밖에 위원장이 심의에 부치는 사항

64) 제10조(기관생명윤리위원회의 설치 및 기능)
① 생명윤리 및 안전을 확보하기 위하여 다음 각 호의 기관은 기관생명윤리위원회(이

심의위원회의 조직과 구성에 대한 규정이 명확하지 않을 경우, 자칫 잘못하면 재식별화 위험성을 판단할 충분한 전문 인력으로 구성되지 아니한 형식적 심의위원회 절차를 통해 안전성을 평가 받은 보건의료데이터가 처리·활용될 위험도 있다. 또 한편으로 수범자 입장에서는, 가이드라인대로 심의위원회를 조직하여 성실하게 절차를 지킨다 하더라도 개인정보 유출사고 시 면책이 될 수 있는지 불분명하다. 법규성이 없기 때문에 참작사유에 불과할 뿐, 개인정보 침해인지 여부는 별도로 사법적 판단을 받게 될 것이기

하 "기관위원회"라 한다)를 설치하여야 한다.

1. 인간대상연구를 수행하는 자(이하 "인간대상연구자"라 한다)가 소속된 교육ㆍ연구 기관 또는 병원 등
2. 인체유래물연구를 수행하는 자(이하 "인체유래물연구자"라 한다)가 소속된 교육ㆍ연구 기관 또는 병원 등
3. 제22조제1항에 따라 지정된 배아생성의료기관
4. 제29조제2항에 따라 등록한 배아연구기관
5. 제31조제3항에 따라 등록한 체세포복제배아등의 연구기관
6. 제41조제1항에 따라 보건복지부장관의 허가를 받은 인체유래물은행
7. 그 밖에 생명윤리 및 안전에 관하여 사회적으로 심각한 영향을 미칠 수 있는 기관으로서 보건복지부령으로 정하는 기관

② 제1항에도 불구하고 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 다른 기관의 기관위원회 또는 제12조제1항에 따른 공용기관생명윤리위원회와 제3항 및 제11조제4항에서 정한 기관위원회 업무의 수행을 위탁하기로 협약을 맺은 기관은 기관위원회를 설치한 것으로 본다.

③ 기관위원회는 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 다음 각 목에 해당하는 사항의 심의
   가. 연구계획서의 윤리적ㆍ과학적 타당성
   나. 연구대상자등으로부터 적법한 절차에 따라 동의를 받았는지 여부
   다. 연구대상자등의 안전에 관한 사항
   라. 연구대상자등의 개인정보 보호 대책
   마. 그 밖에 기관에서의 생명윤리 및 안전에 관한 사항
2. 해당 기관에서 수행 중인 연구의 진행과정 및 결과에 대한 조사ㆍ감독
3. 그 밖에 생명윤리 및 안전을 위한 다음 각 목의 활동
   가. 해당 기관의 연구자 및 종사자 교육
   나. 취약한 연구대상자등의 보호 대책 수립
   다. 연구자를 위한 윤리지침 마련

④ 제1항에 따라 기관위원회를 설치한 기관은 보건복지부장관에게 그 기관위원회를 등록하여야 한다.

⑤ 제3항 및 제4항에 따른 기관위원회의 기능 및 등록 등에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

때문이다. 이러한 예측 가능성의 부족과 불안함은 정보의 폐쇄성을 야기시킬 수 있다.

2) 보건의료데이터 비식별 전담 심의기관의 마련

현재로서는 국내 가이드라인에서 법률의 위임 없이 정하고 있는 심의위원회를 제외하면, 생명윤리법에 따른 각 병원별 IRB가 보건의료데이터에 대한 개인정보보호 장치로서 유일한 비식별화 판단 조직이라 할 것이다. IRB는 병원의 보건의료데이터를 활용한 연구에 대한 판단이 이루어져 왔고, 이는 주로 병원내 연구원(의, 약사)의 의학논문연구에 필요한 데이터 활용에 대한 윤리성 심의이다. 이에 비해 최근에는 대용량, 초고속, 다양성의 특징을 가진 빅데이터를 활용한 다양한 정책사업들이 추진되는바, 민감정보에 해당하고 유형 또한 다양한 보건의료데이터에 대하여 비식별화 판단에 대한 업무를 모두 IRB를 통해 처리하기에는 어려움이 따른다.

보건의료기술진흥법 제10조의3으로서 '보건의료정보의 비식별 심의를 위한 전문 거버넌스를 구축한다'는 취지의 조항을 두어 법적 근거를 갖추고, 그 구성의 자세한 사항을 시행령 등에 위임하는 규정을 두며 시행령으로써 보건의료데이터 비식별 전문 심의 거버넌스 및 그 내부 전문 심의위원회에 대한 구성을 규율함으로써 법규성을 갖출 수 있도록 하는 방안이 있다. 이는 미국의 전문가 판단제도와 유사하다.

미국 HIPAA 프라이버시 규칙[65] 제164.514(b)항은 두 가지 방식에 의

---

65) 미국은 보건복지부(Department of Health and Human Services, HHS)의 인권실(Office of Civil Rights, OCR)이 중심이 되어 보호의료정보(Protected Health Information, PHI)에 대한 정보보호를 추진하고 있다. HIPAA(건강정보 이동성 및 책임성에 관한 법, Health Information Portability and Accountability Act)는 의료관련 행정 및 금융 거래에 관한 사항을 표준화하여 퇴직하거나 전직하는 근로자에게 지속적인 의료보험혜택을 제공하고 의료서비스의 관리 부담과 비용을 줄이기 위한 목적으로 1996년 제정되었다. 총 5편으로 구성되어 있고, 개인건강정보 보호에 관한 규칙 제정의 근간이 된 부분은 제2편 F부 행정의 간소화(Administrative Simplification)에서 다루고 있다(Title I. Healteh Care Access, Portability, and Renewability Tile II. Preventing Health Care Fraud and Abuse; Administrative Simplification; Medical Liability Reform 2.1 Privac Rule / 2.2 Transactions and Code Sets Rule / 2.3 Scurity Rule / 2.4 Uniquie Identifiers Rule (National Provider Identifier) / 2.5 Enforcement Rule).

해 보건의료데이터가 비식별화된 것으로 판단할 수 있다고 정하고 있다. 전문가 판단방식(164.514(b)(1), Expert determination method)은 개인 사안별로 전문가가 판단하도록 하는 방식이고, 세이프하버 방식(164.514(b)(2), Safe harbor method)은 HIPAA 프라이버시 규칙에서 나열한 18가지 식별자(identifiers) 또는 준식별자(quasi-identifiers)가 데이터에서 제거되면 비식별화된 것으로 간주하는 방식이다.

전문가 판단방식은 외부 전문가로 하여금 재식별의 위험성을 판단하게 하는 방식으로, HIPAA 프라이버시 규칙에서 '비식별화에 대해 폭넓게 받아들여지고 있는 통계적 그리고 과학적인 이론과 방식에 대해 적절한 수준의 지식과 경험이 있는 자'가 전문가로서 판단할 수 있다고 정하고 있다.[66]

HIPAA는 건강정보의 프라이버시를 보호하기 위한 연방 규칙을 제정하도록 위임하고 있고, 이에 따라 미국 보건복지부는 'HIPAA 프라이버시 규칙(HIPAA Privacy Rule)'과 'HIPAA 보안규칙(HIPAA Security Rule)'을 제정하였다. 보건의료 정보의 처리, 특히 비식별화의 방식을 구체적으로 규제하고 있다.(김은수, 앞의 글, 124쪽) HIPAA Privacy Rules (이하 'HIPAA 프라이버시 규칙')는 2002년에 제정되었고, 본래 명명은 '개인 식별이 가능한 보건의료데이터의 보호에 관한 기준(Standards of Privacy of Individually Identifiable Health Information)'이다.(박민영, 최민경, '의료정보의 관리와 비식별화에 관한 법적 과제', 유럽헌법연구 제21호, 2016. 512쪽) '적용대상기관(covered entities)'과 그 기관의 '업무제휴자(business associates)'들(건강보험, 의료정보교환사업자 및 의료서비스 제공자 등이다. -윤혜선, 앞의 글, 71쪽)에게 적용되며, 대상기관이 PHI(보호의료정보, Protected Health Information)를 이용·공개할 수 있는 조건을 정하는 것이 제정 취지이다.

2013년 HIPAA 규칙은 전자적으로 저장된 건강정보(Electronic Protected Health Information, ePHI)를 보호하기 위해 행정안전장치, 물리적 보호장치, 기술적 안전장치의 세 가지 안전장치를 도입하고,{미국 보건복지부 홈페이지 참조, <https://www.hipaajournal.com/recent-hipaa-changes/> (검색일: 2021.04.03.)} 의료기관, 건강보험 제공자, 고용주 또는 공급 업체, 비즈니스 관계자는 환자 데이터가 손상되었을 가능성이 낮다는 것을 입증할 수 없는 한 ePHI의 무단 유출이 있었던 것으로 추정된다.{미국 보건복지부 홈페이지 참조, <https://www.hipaajournal.com/recent-hipaa-changes/> (검색일: 2021.04.03.)} 이러한 추정을 깨뜨리는 사정 중 하나로 데이터의 암호화가 있어, 비식별화된 건강정보는 규칙의 적용대상이 아니고 자유롭게 이용 또는 공개할 수 있다.{'What Information is Protected : "There are no restrictions on the use or disclosure of de-identified health information" OCR Privacy Rule Summary, Last Revised 05/03, p3 미국 보건복지부 홈페이지 참조, https://www.hhs.gov/sites/default/files/privacysummary.pdf (검색일 2021.09.24.)} 이러한 점에서 데이터가 충분히 안전하게 비식별화되었는지에 대한 판단이 중요하게 작용한다.

66) 구체적인 학위나 자격증이 필요한 것은 아니고 HIPAA 프라이버시 규칙에서 요구하는

HIPAA 프라이버시 규칙의 가이드라인에 따르면 전문가는 해당 정보가 데이터를 사용하게 될 주체에 의해 식별될 수 있는 가능성을 평가한다. 전문가로 선정되면 상당한 재량을 가지고 재식별 가능성에 대해 판단할 수 있다. 전문가 판단 방식이라고 하여 완전히 주관에 맡기는 것은 아니고, 가이드라인으로 판단 요소들을 제시하고 있다. 크게 3가지로 반복 가능성(replicaility), 데이터 소스의 이용 가능성(data source availability), 그리고 구별성(distinguishability)이다.[67] 식별 위험성 판단 요소 등을 자세히 제시하여 주관적이고 모호한 판단이 나오지 않도록 객관성 확보를 꾀한다.

전문가 판단방식은 개별사안의 정보환경 맥락과 예상주체를 반영하여 합리적인 판단을 모색할 수 있다는 점에서 보건의료데이터 비식별 판단에 적합한 방식으로 보인다. 반면에 통합된 객관적인 기준이 존재하기 어렵다는 점에서 혼란이 야기되거나, 사안별로 전문가를 선임해야하기 때문에 상당한 시간과 비용이 소요되는 단점이 존재한다. 판단주체인 전문가가 수범기관에 유리하게 판단하려는 동기가 생길 가능성도 있어[68] 이러한 도덕적 해이를 완화할 사후 관리의 필요성도 대두되고 있다.

국내의 상황을 비추어보면, '보건의료데이터 비식별 전문 심의 거버넌스'를 구축하고 그 내부에 '전문 심의위원회'를 두어 보건의료데이터에 대한 비식별 판단을 전담하도록 하는 방안을 제안하고자 한다. 현재 결합전문기관으로서 국민건강보험공단, 건강보험심사평가원, 한국보건산업진흥원, 국립암센터가 보건의료분야 결합전문기관으로 지정되어 있고, 한국보건의료정보원이 전자의무기록 표준화 업무를 담당하고 있다. 이 다섯 기관은 이미

일정 수준의 지식과 관련 경험은 다양한 방식의 교육이나 경험들을 통해 획득할 수 있다고 하고 있다. - 재인용: 김은수, 앞의 글, 139쪽 / 원문: Guidance Regarding Methods for De-identification of Protected Health Information in Accordance with the Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) Privacy Rule, OCR, 10 (2012)

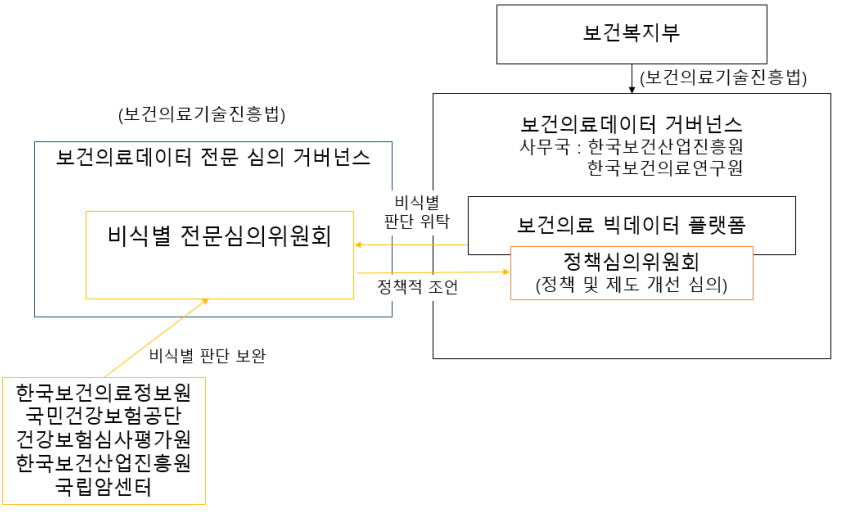
다만 규제당국인 OCR이 사후에 비식별화 방식을 적용한 전문가의 실제 경험, 관련된 전문적 또는 학문적 경험에 대하여 검토할 수 있다. - 고학수, 개인정보 비식별화 방법론, 박영사, 2017. 10면

67) 재인용: 김은수, 앞의 글, 139쪽 / 원문: Guidance on De-identification of Protected Health Information, 2012. 11. 26. p14

68) 김은수, 앞의 글, 137쪽

보건의료데이터에 대한 처리 경험과 전문 인력이 있어 미국의 전문가제도와 유사한 비식별 판단 전문기관 운용시 참고할 수 있다. 또한 위 결합전문기관으로 하여금 이러한 비식별 심의를 보완할 수 있도록 하면 막대한 양의 빅데이터 처리에 도움이 될 것이다. 또한 이러한 보건의료데이터 전문 심의위원회 또한 정책심의위원회와 마찬가지로 다양한 각계 위원들(의료전문가, 데이터전문가, 정보주체를 대변할 시민단체 등)을 포함하여 구성하는 것이 바람직하다.

이러한 '비식별 전문 심의 거버넌스'를 고안하여 이로 하여금 보건의료데이터의 비식별 판단을 전담하도록 하고, '보건의료 빅데이터 플랫폼'의 '정책심의위원회'는 정책 및 제도 개선 심의에 집중하며, '전문 심의위원회'에서 조언을 할 수 있도록 하는 방안이다. 이와 같이 이 글에서 제안하는 보건의료데이터 심의 전문 거버넌스의 구조를 도식화하여 정리하면 다음과 같다.



〔그림 4〕 보건의료데이터 전문 심의 거버넌스 제안

또한 이러한 개인정보 심의위원회의 조직에 대한 상세 규율방안에 대하여 현 국내 법제에서 참고할만한 유사 조직으로는, 개인정보에 관한 판단기관으로 '개인정보 영향평가 기관'과 '개인정보 결합전문기관'이 있다. 미국의 전문가 판단과 같이 전문가의 요건을 관대하게 두고 사후관리로 감시하

기에는 아직 실무적인 사례 축적이 충분하지 않고 결과 예측이 어려운 측면이 있다. 따라서 심의위원회 구성에 대한 규율과 위원의 자격요건에 대하여 기준이 될 규율을 둘 필요가 있다고 생각된다. 보건의료기술진흥법에 근거 규정을 두고 보건의료데이터 전문 심의 거버넌스를 구축한다면, 보건의료데이터 비식별 심의를 전문적으로 전담할 조직이 구성 가능할 뿐 아니라, 현재 보건복지부 산하 '보건의료 빅데이터 플랫폼'에 대한 정책적 조언을 할 수 있는 독립된 기구로서 역할이 가능하다.

3. 보건의료데이터 관련 법체계 정합성 보완

국내에서 보건의료데이터 활용시 개인정보의 보호에 대한 부분은 위와 같이 개인정보에 대해 통합적으로 규율하는 개인정보보호법, 공공데이터에 대해 규정하는 공공데이터법, 정보공개법을 통하여 규율되고, 의료법, 생명윤리법 등 관계법에 조항을 두거나 시행령, 고시 등의 보충을 통해 규정하며 행위 준칙으로서 가이드라인을 세부적으로 마련하여 구체적인 기준을 제시하고 있다. 보건의료데이터를 별도로 관장하는 개별법은 없고, 관계법과 산업분야별 가이드라인 및 지침을 마련하여 보완하고 있는 것이다. 산업분야별 규제가 아닌 통합된 개인정보보호법으로 규율하는 방식으로서 수평적 규제방식(horizontal regulation)을 취하고 있다. 이러하다보니, 보건의료데이터의 처리 실무시 개인정보보호법과 관련법령 간 해석이 충돌되는 부분에 대한 정합성 보완의 필요성이 발생하기도 한다. 이에 대하여 살펴보고자 한다.

(1) 비공개대상정보의 분리·제외 처리의 의미

공공데이터법 제17조 제2항에서는 비공개대상정보를 분리하여 제외하는 처리를 하면 공개·제공할 수 있도록 하고 있다. 여기에서의 '분리·제외 처리'가 개인정보보호법상 익명처리만을 가리키는 것인지, 데이터3법의 개정으로 최근 도입된 가명처리도 적용되는 것인지 문제가 된다. 현재 공공기관들이 보건의료데이터에 관련하여 이미 가명화를 포함한 비식별 조치를

거치면 심의를 거쳐 제3자에게 제공 가능한 것으로 내부 절차를 정하여 운용하고 있는 현황[69]을 감안해보면, 실무에서는 이미 가명처리도 포함하여 해석되고 있다. 그렇지만 법문에서 비공개대상정보를 '분리'하여 '제외'한다고 하고 있어 문언적으로는 일부 삭제조치만을 가리킨다. 이는 익명처리로는 볼 수 있어도 개인정보보호법의 가명처리에 대한 정의[70]를 고려해보면 가명처리의 방법 중 '대체'등의 방법까지 포함하는 개념으로 문언 해석되기는 어렵다.

가명화 정보는 식별성이 거의 없어서 정보공개법상 비공개대상에 포함되지 않는다고 전제하여 애초에 공공데이터법의 '분리', '제외'의 대상이 아니고 본래 (공공데이터법에 따라) 활용이 가능하다고 해석하는 우회적인 해석을 시도해볼 수도 있다. 그러나 이러한 접근은 정보공개법에서 비공개대상정보 판단에 '식별성'을 기준으로 명시하고 있지 아니하다는 점에서 근거가 빈약하다. 정보공개법 제9조에서는 비공개대상정보로서 '해당 정보에 포함되어 있는 성명·주민등록번호 등 개인에 관한 사항으로서 공개될 경우 사생활의 비밀 또는 자유를 침해할 우려가 있다고 인정되는 정보'라고 정하고 있을 따름이다. 뿐만 아니라, 이러한 논리대로라면 가명정보 뿐 아니라 익명정보도 애초에 비공개대상이 아닐 것이기 때문에 공공데이터법 제17조 제2항의 '분리하여 제외하는' 처리를 하면 '공개·제공할 수 있다'는 조항 자체가 불필요하다는 해석이 되어 모순에 빠진다.

데이터3법의 최근 개정으로 가명정보 개념이 명시적으로 도입된 만큼, 공공데이터법의 '분리하여 제외'의 기재를 다양한 가명처리의 기법을 포괄할 수 있는 문언으로 구체화 하는 것이 타당하다고 생각된다. 가령, 공공데이터법 제17조 제2항 후단에 '개인정보보호법 제2조에 따른 가명 처리한 경우'를 추가적으로 포함하는 것도 방안이 될 수 있다.

---

69) 건강보험심사평가원에서 운영하는 '보건의료빅데이터 개방시스템' 사이트에서도 '공공데이터법 제1조 및 제3조161)'에 근거하여 공공데이터를 제공한다고 소개하고 있다.

70) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1의2. "가명처리"란 개인정보의 일부를 삭제하거나 일부 또는 전부를 대체하는 등의 방법으로 추가 정보가 없이는 특정 개인을 알아볼 수 없도록 처리하는 것을 말한다.

(2) 생명윤리법상 정보제공의 요건

가명화된 보건의료데이터의 활용 근거가 되는 또 다른 법규로서 생명윤리법이 있다. 생명윤리법 제16조 제1항에서는 인간대상연구를 위해서 연구대상자로부터 사전에 서면동의를 받아야할 사항으로 제1호 내지 제8호를 정하고 있고 이 중 제4호로서 '개인정보 보호에 관한 사항'이 포함되어 있다. 제18조[71]는 이렇게 개인정보를 제공하는 것에 대하여 연구대상자로부터 서면동의를 받은 경우 기관위원회(IRB)의 심의를 거쳐 개인정보를 제3자에게 제공할 수 있다고 하면서, 이 때 정보는 식별정보를 포함하는 것에 대한 연구대상자의 동의가 없는 한 익명화하여 제공해야 한다고 정하고 있다.

생명윤리법은 '익명화'에 대해서 '개인식별정보를 영구적으로 삭제하거나, 개인식별정보의 전부 또는 일부를 해당 기관의 고유식별기호로 대체하는 것(제2조 제19호)'으로 정의하고 있다. 개인정보보호법 제58조의2에서 익명정보를 '시간・비용・기술 등을 합리적으로 고려할 때 다른 정보를 사용하여도 더 이상 개인을 알아볼 수 없는 정보'로 정하고 있는 것과 상이하다. 생명윤리법 제2조 제19호 후단의 '고유식별기호로 대체하는 것'은 개인정보보호법에 따르면 오히려 '가명화'에 가깝다. 개인정보보호법 제2조 1의2에 따르면 '가명처리'란 '개인정보의 일부를 삭제하거나 일부 또는 전부를 대체하는 등의 방법으로 추가 정보가 없이는 특정 개인을 알아볼 수 없도록 처리하는 것'을 말하기 때문이다.

---

71) 생명윤리법 제18조(개인정보의 제공)
① 인간대상연구자는 제16조제1항에 따라 연구대상자로부터 개인정보를 제공하는 것에 대하여 서면동의를 받은 경우에는 기관위원회의 심의를 거쳐 개인정보를 제3자에게 제공할 수 있다.
② 인간대상연구자가 제1항에 따라 개인정보를 제3자에게 제공하는 경우에는 익명화하여야 한다. 다만, 연구대상자가 개인식별정보를 포함하는 것에 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.

〔표 5〕 익명화 및 가명화에 대한 생명윤리법과 개인정보보호법상 정의

생명윤리법 제2조 제19호	개인정보보호법
‘익명화’란 ‘개인식별정보를 영구적으로 삭제하거나, 개인식별정보의 전부 또는 일부를 해당 기관의 고유식별기호로 대체하는 것’	제58조의2 ‘익명정보’란 ‘시간・비용・기술 등을 합리적으로 고려할 때 다른 정보를 사용하여도 더 이상 개인을 알아볼 수 없는 정보’
	제2조 1의2 ‘가명처리’란 ‘개인정보의 일부를 삭제하거나 일부 또는 전부를 대체하는 등의 방법으로 추가 정보가 없이는 특정 개인을 알아볼 수 없도록 처리하는 것’

개인정보보호법에 가명정보 개념이 명시되기 이전부터 생명윤리법상에는 고유식별기호로 대체한 비식별조치가 된 정보에 대해서는 서면 동의 및 IRB심의를 거쳐 활용할 수 있도록 함으로써, 매우 제한적 목적에 한한 경우일지라도 실무적으로 가명정보의 활용이 가능하도록 운용되고 있었던 것이다. 이에 대하여 ‘보건의료데이터 활용 가이드라인’에서는 보건복지부의 유권해석을 기재함으로써 기준을 제시하여 해결을 도모하고 있다[72]. 보건복지부의 ‘생명윤리법 관련 기관 운영지침’ 일부 개정(2020. 8. 4.)[73]을 통해 기관 내 지침으로서 시행이 된 해석으로, ‘개정 개인정보 보호법의 가명처리는 생명윤리법의 ‘익명화’에 포함되는 것으로 해석됨’이라고 지침을 정하고 있는 것이다.

데이터3법의 개정으로 가명정보에 대한 규정이 개인정보보호법에 명문화됨에 따라, 용어의 정의를 통일시키는 것이 바람직하다. 생명윤리법의 제2조 제19호 후단의 ‘고유식별기호로 대체하는 것’의 경우 가명정보로 세분화하여 개정 개인정보보호법과 개념을 일치시키는 것이 타당할 것이다. 생명윤리법과 개인정보보호법 간의 일치하지 않는 정의로 인해 법 적용상 충돌

72) 보건복지부, 개인정보보호위원회, 보건의료 데이터 활용 가이드라인, 2020. 붙임1.
73) 보건복지부 사이트 참고 <http://www.mohw.go.kr/react/jb/sjb0406vw.jsp?PAR_MENU_ID=03&MENU_ID=030406&page=1&CONT_SEQ=359711> (검색일 : 2021. 11. 7.)

가능성이 있고, 수범자의 혼란 우려가 있기 때문에 두 법이 조화를 이루도록 하는 것이 요구된다. 가령 생명윤리법 제2조 제19호에서 익명화에 대하여 규정하고 있는 바를 '익명화와 가명화란 개인정보보호법에 정한 바에 따른다'고 개정하는 방안이 있다.

뿐만 아니라 생명윤리법과 개인정보보호법 간의 해석상 혼란은 가명정보의 활용과 관련된 조항에서도 발견된다. 개정 개인정보보호법에 따르면 개인정보처리자는 통계작성, 과학적 연구, 공익적 보존목적 등을 위한 목적으로 가명정보를 처리할 수 있다(제28조의2). 보건의료데이터 활용 가이드라인에 따라 보건의료 데이터 활용 연구도 위 '과학적 연구'에 포함되기 때문에, 보건의료 데이터를 과학적 연구 목적으로 활용하고자 할 경우 가명처리를 통해 제3자 제공이 가능하다. 이에 반해 생명윤리법에 따르면 인간대상 연구자는 연구 목적으로 연구대상자의 동의를 받고 수집한 개인정보는 IRB를 거쳐 익명화 후 제3자에게 제공할 수 있다고 정하고 있다(제18조).[74] 여기에서의 익명화란 앞서 언급한 '개인식별정보를 영구적으로 삭제하거나, 개인식별정보의 전부 또는 일부를 해당 기관의 고유식별기호로 대체하는 것(생명윤리법 제2조 제19호)'이고 '개인식별정보'란 '연구대상자와 배아·난자·정자 또는 인체유래물의 기증자의 성명·주민등록번호 등 개인을 식별할 수 있는 정보'라고 정하고 있어(생명윤리법 제2조 제17호) 개인정보보호법에 따른 '개인정보'[75]와 개념이 유사하다.

---

74) 제18조(개인정보의 제공)
① 인간대상연구자는 제16조제1항에 따라 연구대상자로부터 개인정보를 제공하는 것에 대하여 서면동의를 받은 경우에는 기관위원회의 심의를 거쳐 개인정보를 제3자에게 제공할 수 있다.
② 인간대상연구자가 제1항에 따라 개인정보를 제3자에게 제공하는 경우에는 익명화하여야 한다. 다만, 연구대상자가 개인식별정보를 포함하는 것에 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.

75) 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "개인정보"란 살아 있는 개인에 관한 정보로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 정보를 말한다.
가. 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보
나. 해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 정보. 이 경우 쉽게 결합할 수 있는지 여부는 다른 정보의 입수 가능성 등 개인을 알아보는 데 소요되는 시간, 비용, 기술 등을 합리적으로

〔표 6〕 생명윤리법과 개인정보보호법에서의 연구목적 가명정보 활용

생명윤리법 제18조	개인정보보호법 제28조의2
인간대상연구자는 연구 목적으로 연구대상자의 동의를 받고 수집한 개인정보는 IRB를 거쳐 익명화 후 제3자에게 제공할 수 있다.	개인정보처리자는 통계작성, 과학적 연구, 공익적 보존목적 등을 위한 목적으로 가명정보를 처리할 수 있다.

즉, 생명윤리법에 따른다면 과학적 연구를 위한 목적으로 활용하기 위하여 가명화 조치를 하더라도 정보주체인 연구대상자의 서면동의가 있어야만 IRB 심의를 거쳐 제3자 제공이 가능한 것으로 해석된다. 생명윤리법 제4조[76]에 따라, 인간대상연구의 경우에는 생명윤리법이 우선적으로 적용될 것이므로 법문언상으로만 본다면 과학적 연구 중에 '인간대상연구'의 경우 개인정보보호법에 비해 엄격하게 규율되는 셈이다.

이에 대해서 '보건의료데이터 활용 가이드라인'에서는 보건복지부의 유권해석을 기재함으로써 기준을 제시하고 있다.[77] 생명윤리법 제15조 제2항에 따르면, 연구대상자 및 공공에 미치는 위험이 미미한 경우로서 국가위원회의 심의를 거쳐 보건복지부령으로 정한 기준에 맞는 연구는 기관위원회의 '심의'를 면제할 수 있도록 정하고 있고, 시행규칙 제13조 제1항 제3호에서는 '연구대상자등에 대한 기존의 자료나 문서를 이용하는 연구'를 면제 대상연구에 포함하고 있다. 보건복지부의 운영지침은 '의료기관에서 진료목적으로 수집된 의료데이터 등'을 이에 해당하는 것으로 보아 가명처리가 확인

고려하여야 한다.

다. 가목 또는 나목을 제1호의2에 따라 가명처리함으로써 원래의 상태로 복원하기 위한 추가 정보의 사용·결합 없이는 특정 개인을 알아볼 수 없는 정보(이하 "가명정보"라 한다)

76) 제4조(적용 범위)

① 생명윤리 및 안전에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에 따른다.

② 생명윤리 및 안전에 관한 내용을 담은 다른 법률을 제정하거나 개정할 경우에는 이 법에 부합하도록 하여야 한다.

77) 보건복지부, 개인정보보호위원회, 보건의료 데이터 활용 가이드라인, 2020. 붙임1.

된 경우 IRB 심의 및 동의를 면제할 수 있다고 정하고 있고{이는 보건복지부의 개인정보보호법 개정에 따른 '생명윤리법 관련 기관 운영지침' 일부 개정(2020. 8. 4.)[78]을 통해 기관 내 지침으로서 시행이 되었다}, 이를 가이드라인에 제시하고 있다.

그러나 이는 의료기관에서 진료목적으로 수집된 의료데이터에 대해서만 지침에 명시가 되어 있다는 한계를 지닐 뿐만 아니라, 행정당국의 운영지침으로서 법규성이 없고, 무엇보다도 생명윤리법 제15조 제2항에서는 IRB심의를 면제하고 있을 뿐 동의를 면제하는 조항이 존재하지 않음에도 이렇게 해석한다는 것은 논리적으로 무리한 해석이다.

유권해석을 통한 실무적 해결은 행정청의 재량을 넓히고 구체적 타당성에 맞는 탄력적 규율을 형성할 수 있다는 면도 있다. 그러나 개별 해석에 따라 모순과 혼란을 초래할 수 있고 행정 낭비를 초래할 수 있다는 부담이 있다. 뿐만 아니라, 수범자 입장에서 보건의료데이터를 활용하여 과학적 연구를 하고자 할 경우, 그 연구가 인간대상연구인지 판단하여 상황에 따라 생명윤리법과 시행규칙을 살펴야 하고, 더 나아가 가이드라인에 기재된 개별기관 운영지침과 유권해석까지 확인하여 기준을 파악하여야 하는 점에서 상당한 부담과 혼란을 초래하는 측면이 있다.

행정기관의 무리한 유권해석 부담을 줄이고 수범자의 혼란을 덜기 위하여, 개정된 데이터3법의 취지에 맞게 생명윤리법상의 관련된 조항을 정비하는 것이 바람직하다. 옵트아웃제가 아닌 이상 가명정보에까지 정보주체의 동의를 일일이 거치도록 하여 정보의 활용을 가로막는 것은 국내 법제현황에 맞지 않는다. 오히려 비식별조치에 대한 철저한 심의와 관리 쪽에 규제의 초점을 맞추는 것이 국내 현황에 적절한 보호 방향이라고 생각된다. 과학적 연구 목적에 대한 심의와 가명화 조치에 대한 심의를 거쳐 제3자에게 제공할 수 있도록 하여 개인정보보호와 조화를 이루도록 하는 것이 바람직하다. 가령, 생명윤리법 제18조를 '인간대상연구자는 연구목적으로 개인정보

78) 보건복지부 사이트 참고 <http://www.mohw.go.kr/react/jb/sjb0406vw.jsp?PAR_MENU_ID=03&MENU_ID=030406&page=1&CONT_SEQ=359711> (검색일 : 2021. 11. 7.)

의 익명화 또는 가명화 후 IRB 심의를 거쳐 제3자에게 제공할 수 있다'의 취지로 개정하는 방안이 있다.

Ⅳ. 결 론

보건의료데이터는 적절하게 활용하면 의료산업계의 발전과 국민건강 증진에 도움이 된다. 특히 우리나라는 국민건강보험체제를 갖추고 있어 국민건강보험공단과 건강보험심사평가원 등 담당 공공기관에 전 국민의 건강검진기록, 의약품처방기록, 보험자격을 포함한 막대한 양의 정보가 수집되고 있다. 데이터의 수집과 체계적인 관리가 가능하다는 점에서 데이터 활용에 있어 유리한 여건을 갖추고 있다. 반면에 보건의료데이터는 민감정보인 만큼 개인정보의 보호가 더욱 엄격히 요구되고 상당히 고도의 판단이 필요한 만큼 제도적으로 뒷받침될 필요가 있다.

이 글에서는 보건의료데이터를 활용하면서도 개인정보를 보호하기 위하여 크게 세가지 개선방안을 제시하였다. 첫째, 민감정보인 보건의료데이터의 가명화 정보 활용을 법조문에 명확히 하여 법적 근거를 마련하는 것이다. 둘째는 데이터거버넌스를 강화하여 보건의료 빅데이터 플랫폼의 법규성을 확보하고 별도의 심의전문기관을 두는 것이다. 셋째로, 개인정보보호법과 관련법령간의 정합성을 보완하여 수범자의 혼란을 방지하는 것이다. 이를 통해, 개인정보 중에서도 특히 고도한 처리와 보호가 필요한 영역인 보건의료분야 데이터에 대하여, 안전한 활용을 활성화하는데에 도움이 되기를 희망한다. 이러한 개선방안 등을 통하여 보건의료데이터 선진국으로 도약하고 의약산업의 발전 및 국민건강의 보장을 이루는데 도움이 되길 기원하며 글을 마치고자 한다.

보건의료데이터 법제의 개선방안	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
- 김 지 희	2022.08.18.	2022.09.05.	2022.10.07.

[참고문헌]

강희정 외, 보건의료정보 활용을 위한 기본계획 수립연구: 보건의료통계의 정책적 활용을 중심으로, 한국보건사회연구원(2015)

고학수, 개인정보 비식별화 방법론, 박영사, 2017.

김은수, 비식별화 방식을 적용한 개인정보보호에 대한 연구 : 보건의료 데이터를 중심으로, 서울대학교 박사학위논문(2018)

박대웅, 류화신, 보건의료 빅데이터 법제의 쟁점과 개선방향, 의료법학, 제17권 제2호(2017)

박민영, 최민경, 의료정보의 관리와 비식별화에 관한 법적과제, 유럽헌법연구, 제21호(2016)

윤혜선, 정밀의료를 위한 데이터 거버넌스에 관한 연구, 바이오경제연구 제2권 제1호(2019)

이병철, 보건의료 데이터 재정사업 분석, 국회예산정책처(2021)

이승현, 오정윤, 보건의료 빅데이터 활용을 위한 일본의 법제동향: 차세대의료기반법을 중심으로, 보건산업브리프, 제267호(2018)

장경애, 김우제, 데이터거버넌스 구성요소의 개발과 중요도 분석(2016)

정승모, 일본의 개인의료데이터 현황 및 정책적 시사점, 정보통신방송정책 제3권 제3호(2019)

최난설헌, 연성규범의 기능과 법적 효력, 법학연구 제16권 제2호(2013)

최윤희, 데이터 AI 기반 바이오경제에 대한 한국의 사회적 수용성 현황과 과제, ISSUE PAPER(2019)

홍정선, 김기홍, '행정법 특강', 박영사(2011)

개인정보보호위원회, 개인정보보호 가이드라인(의료기관)(2020)

한국인터넷 진흥원, 일본의 익명가공정보 활용 관련 차세대 의료기반법의 주요내용, 최종 보고서(2018)

【국문초록】

빅데이터의 시대가 도래하면서 보건의료데이터의 활용 효용성이 높아지고 있을 뿐 아니라, 그에 따른 개인정보보호의 사회적 요청도 커지고 있다. 이에 따라, 보건의료데이터를 안전하게 활용하기 위한 개선방안에 관한 연구가 필요하다. 국내 보건의료데이터는 민간 영역의 수집과 공공 영역의 수집으로 나뉘어 질 수 있다. 그 중에서도 공공 영역의 수집 정보는, 국민건강보험제도의 원활한 운영을 위하여, 국민건강보험공단, 건강보험심사평가원 등에서 업무상 수집하게 되는 대량의 처방정보 등으로 체계적인 수집 및 관리가 가능하다. 개인정보보호법에 따르면, 가명처리한 개인정보에 대하여 당초 수집 목적과 합리적으로 관련된 범위에서 안전여부를 고려하여 정보주체의 동의 없이 이용할 수 있도록 하고 있다(제15조 제3항). 그러나, 보건의료데이터와 같은 민감정보에 대해서는 제23조에서 일반개인정보에 비해보다 엄격히 보호하는 특별조항을 둠으로써, 가명정보의 활용이 가능한지 여부에 대한 해석의 대립이 있다. 실무적으로는 이미 보건의료정보의 비식별화 및 그 활용이 시행되고 있다는 점과 사회적 필요성의 측면에서, 이를 명문화하여 규율할 필요가 있다. 한편, 데이터 활용에 있어서 안전성을 증진하고 활용 효용성을 높이기 위해서는 사회적 신뢰가 구축될 필요가 있는 바, 이를 위한 시스템적 방안으로 데이터 거버넌스의 구축 및 전문성 보완의 방법이 있다. 거버넌스의 법률적 근거를 마련하고, 보건의료데이터의 비식별 조치에 대해 심의하는 전문기관을 둠으로써 데이터 처리에 대한 전문성을 확보하는 방안이다. 관련 전문인력의 확충과 법률의 위임이 필요하다. 국내와 유사하게 국민건강보험제도를 운영하고 있는 영국의 경우, NHS Digital이라는 독립된 기관을 마련하여 법규로서 그 조직 및 권한을 인정하고 보건의료데이터의 가공, 연계 등을 맡아할 수 있도록 하고 있다. 마지막으로, 보건의료데이터 관련 법체계의 정합성을 보완할 필요가 있다. 우리나라는 보건의료데이터를 보호하는 독립법제를 마련하고 있지 않고, 개인정보보호법으로 규율하되, 생명윤리법, 의료법, 공공데이터법 등에 관련 조항을 두고 있다. 이에 따라 용어의 정의와 요건사실에 대하여 문헌적으로 상이하

여 해석상의 논란이 있을 수 있는 부분에 대하여 정비가 필요하다. 이를 통해 유권해석으로서 해결하던 부분을 개선하여 수범자로 하여금 혼란을 줄임으로써 데이터의 활용을 활성화하는데 도움이 될 수 있다.

【Abstract】

Improvement of Legislation for the Proper use of health and medical data

JiHee Kim
JSD Seoul National University
Legal team Senior manager of Korea United Pharm. INC.

Proper use of health and medical data helps develop the medical industry and promote national health. In particular, Korea has a national health insurance system, so a huge amount of information, including health examination records, drug prescription records, and insurance qualifications, is collected from public institutions such as the National Health Insurance Corporation and the Health Insurance Review and Assessment Service. It has favorable conditions for data utilization in that it is possible to systematically collect and manage data.

Data governance is being emphasized to promote the use of health and medical data along with the legislation. This is because the participation of experts and public-private agreements are important due to the nature of health and medical data, and securing social trust in personal information protection is important. In relation to this, we tried to present specific measures by reviewing the inspection of the current health care big data platform and measures to strengthen and improve it in a comparative manner.

The Policy Deliberation Committee within these platforms is

stipulated as a directive and is in charge of deliberation on not only policy deliberation but also research purposes and de-identification measures. It was proposed to legalize the basis for the composition of the Policy Deliberation Committee, focus its functions on policy decision-making, and to specialize in de-identification judgment by establishing a separate professional deliberation agency.

As an organization dedicated to judging the de-identification of health and medical data, a plan was proposed to establish governance for professional deliberation health and medical data and to establish a deliberation committee to deliberate on the adequacy of de-identification. The National Health Insurance Service, the National Health Insurance Review and Assessment Service, the Korea Health Industry Promotion Agency, and the National Cancer Center, which are currently combined specialized institutions, can supplement de-identification deliberations. The governance of such health and medical data review can provide policy advice to the Policy Deliberation Committee within the health and medical data platform.

주제어(Keyword) : 데이터(Data), 보건의료데이터(Health care data), 가명정보(pseudonymous data), 비식별(de-identification), 가명화(pseudonymization), 개인정보보호법(Personal Information Protection Act), 데이터 거버넌스(Data Governance), GDPR

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.483

신종 감염병 피해에 대한 국가배상책임

- 메르스 판결의 쟁점 분석 및 평가와 코로나19 소송의 전망을 중심으로 -

김 학 수 *

▶목 차◀

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 국가배상책임의 이론적 논의
1. 개설
2. 국가배상책임의 성립요건
3. 소결
Ⅲ. 2015년 메르스 감염피해에 대한 국가배상 판결의 요지 및 정리 : 대법원의 인정과 부정사례(원심 확정)
1. 메르스 감염자에 대한 국가배상책임이 인정된 사례 - 대법원 2019.3.14, 선고 2018다223825 판결(30번 환자 완치사안, 심리불속행상고기각)
2. 국가배상책임이 부정된 사례 - 대법원 2022.6.25. 선고 2020다221136 판결(104번 환자 사망사안, 심리불속행상고기각)
Ⅳ. 최근의 메르스 감염병 피해 국가배상 판례의 쟁점 분석
1. 개설
2. 코로나19 바이러스 감염으로 인한 피해 환자 및 유족들이 국가를 상대로 한 손해배상 청구 가능성
3. 메르스 감염증상황하에서 동일 환자로부터 감염된 환자에 대한 법원의 상반된 판결
4. (구체적인) 과실의 인정 여부
5. 상당인과관계의 성부 : 감염병 의심환자 신고시 진단검사 지연과 역학조사 부실 등 일련의 행정조치와 피해 사이의 인과관계 추단의 구체적 판단기준
Ⅴ. 결론 : 메르스 국가배상판결의 평가와 코로나19 등 신종 감염병 소송의 전망
1. 평가
2. 전망

* 국립 순천대학교 공공인재학부(법학전공) 강사, 법학박사(행정법).

I. 서 론

지난 2015년 발생한 메르스 감염병 피해에 대한 국가배상소송이 최근에 하나, 둘 대법원에서 확정판결이 나오고 있다. 심지어 메르스 사망자 유족이 국가, 지방자치단체와 병원을 상대로 소송을 제기하고 1심 판결 선고까지 무려 만 7년이나 지난 현재 시점(2015월 7월~2022년 7월)에서 판결문을 받아 본 피해자(원고)도 있다.[1] 더욱이 이후 메르스 국가배상소송의 판결 선고는 코로나19 소송의 시작 시점과 교차하면서, 이어질 것으로 예상된다.

또 다시 2020년 초부터 시작된 신종 코로나바이러스 감염증(이하 '코로나19'라고 한다)은 국가·방역당국·지방자치단체는 물론 국민 모두가 일상회복을 염원하며 힘겹고 헌신적인 노력을 다하고 있음에도 여전히 2년 반 동안 변이를 거듭하며 끊임없이 감염 및 확산되고 있다. 또한 역학조사로 드러나지 않는 감염경로 불명 등으로 코로나19에 감염되었거나 감염 접촉자들은 자가격리와 입원치료 등 사회경제적 손해를 기꺼이 감수하고 있다. 국가와 지방자치단체는 국가적 재난을 예방하고 만약 발생하였다면, 그 피해를 최소화하는 것이 (헌법상) 기본적 책무이며[2], 여기에 적극 협조하는 것

---

1) 서울중앙지법 2022. 7. 12, 2015가합17444 : 중동호흡기증후군(MERS·메르스) 감염 환자 유족들이 정부와 지방자치단체, 병원을 상대로 손해배상 소송을 냈으나 7년간의 법정 다툼 끝에 1심에서 패소했다. 2022년 7월 12일 서울중앙지법 민사합의18부는 메르스 환자였던 A씨의 유족이 건양대병원을 운영하는 학교법인 건양학원과 국가를 상대로 제기한 손해배상 청구 소송에서 원고 패소로 판결했다. 재판부는 "원고들의 청구를 모두 기각한다"라면서 "소송 비용은 모두 원고가 부담한다"라고 판결했다. 대전 건양대병원에서 숨진 A씨의 유족 6명은 2015년 7월 대전광역시, 국가를 상대로 3억 여원을 배상하라며 소송을 제기했다. 병원이 메르스 확진자에게 적절한 조처를 하지 않았고, 국가와 지자체도 필수 정보공개나 역학조사 등 역할을 다하지 않았다는 취지였다. 이는 메르스 감염 사망자의 유족이 병원과 국가 등을 상대로 낸 첫 손해배상소송 중 하나였다. 소송은 2015년 7월 9일 제기돼 이날로 만 7년이 넘게 이어졌지만 손해배상 책임은 인정되지 않았다. 메르스는 2015년 5월 20일에 국내에서 첫 환자가 나온 이후 국내에서 총 186명이 확진됐고, 총 39명의 사망자가 발생했다. 세계일보 · 조선일보 등 2022.7.12.자 보도, 2022.8.11. 검색,

2) 국가는 해외에서 신종감염병이 발생 및 유행할 경우, 국민의 건강에 심각한 유해를 미치는 신종감염병이 유입되는 것을 방지하고, 만약 유입이 되었다면 전파 및 확산을 예방하기 위하여 적절하고 효율적인 가능한 모든 조치를 취함으로써 국민의 생명과 신체의 안전을 보호해야 할 구체적 의무가 있다. 이는 국가가 기본적 인권을 보장할 의무를 가지며(헌법 제10조), 국민이 보건에 관한 국가의 보호를 받는 것(헌법 제36조

이 (헌법 차원의) 국민의 책임이자 의무이다.[3] 물론 그 중 일부 이웃분들은 감염병의 확산 예방에 소극적이거나 비협조적인 행동 양상으로 인해 감염병에 쉽게 노출되거나 확진, 재확진되는 사례도 적지 않고, 국가의 지역확산 차단을 위한 선제적 조치에도 불구하고 여러 복합적 요인으로 인하여 지역 감염현상이 일상화되고 있는 듯하다. 사실 우리는 누구나 자신도 코로나19 감염으로부터 자유롭지 못하기 때문에, 어쩌면 최선의 방역책은 일상생활 곳곳마다 서로에 대한 존중과 배려가 감염병 확산을 막고 극복하는 가장 효과적인 방법일지 모른다.

한편, 최근 코로나19에 감염되었던 환자와 유족들이 국가를 상대로 잇따라 손해배상소송을 제기하고 있어[4] 법원이 국가의 배상책임을 인정할지 주목된다. 이러한 소송에서 코로나19 확산과 관련한 보건당국 등 정부의 과실 여부와 환자들이 이 같은 정부의 과실로 코로나19에 감염되고 단순 피해를 넘어 사망에 이른 것으로 볼 수 있는지 인과관계 입증 여부가 이번 소송의 최대 쟁점으로 부각되고 있다. 아직까지(2022.8.) 대법원 판결(심리불속행 상고기각[5]의 원심 확정과 상고기각)은 국가배상책임 3건(각주 6, 7, 8)을

제3항)을 근거로 하여, 국가는 적절한 입법 및 행정적 조치에 의하여 국민의 생명과 신체의 안전을 보호하고 침해적 위험을 방지하기 위한 헌법상 국가의 생명과 안전과 관련 기본권을 보호해야 할 포괄적 의무를 지는 것이다(헌재결 2008.12.26., 2008헌마419 436(병합)). 헌법 제34조 제6항에서는 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위해 노력하여야 한다고 하여 국가의 의무를 헌법적 차원에서 명시적으로 규정하고 있다. 이에 근거하여 감염병예방법 제1조에서 그 입법목적을 구체화하였다. 다만, 이러한 국가의 보호의무에 기한 여러 방역조치를 적극 시행함에 있어, 그 대상 및 범위의 설정, 재량행사에 따른 공권력 동원 등 각종 방역조치가 오히려 사회경제적 영역에서의 국민의 자유권, 보건권, 사회적 기본권 등에 까지 확대되면서 특히, 국민경제의 주축인 소상인 등의 영업의 자유 및 재산권 형성 활동을 상당히 위축시키거나 피해에 따른 직접적 생계의 위협적 상황을 초래하고 있다.

3) 그런데, 국가 의무로써 피해의 최소화라는 예방접종 등 각종 방역조치(감염예방이라는 공동체의 질서유지 경찰행정)은 국민의 기본권인 보건권 보장으로부터 도출된다고 볼 것이고, 감염병예방법상 조치에 따른 인한 행동의 자유, 신체의 자유, 사생활의 자유, 영업의 자유, 직업 선택의 자유 등 국민의 기본권이 침해되는 상황에서 기본권이 경합하는 경우에는 문제가 될 수 있다(구체적 위헌성 여부의 판단 문제).

4) '코로나 사망' 국가상대 손배소…정부 부실대응 첫 소송, 2020.7.30.자, 동아일보; '코로나19' 감염피해 국가책임 인정될까, 환자·유족들 줄이어 손해배상 소송 제기, 법률신문뉴스, 2020.8.10.자; "확진자 관리부실로 사망" 정부 상대 손배소 잇따라, 2022.3.16.자 충청투데이, 2022.8.9.일 검색

5) 본 논문 심사위원 한 분(익명)께서 "특히, Ⅲ.에 소개된 심리불속행 판결은 엄격한

제외하고는 몇 가지 사안은 하급심 판단만 있을 뿐, 현재로 만 7년이 지나고 있지만 여전히 1심 판단조차 나오지 않은 채 진행 중인 소송사례는 상당한 수에 이른다.

이러한 국가배상 재판과정에서는 무엇보다도 코로나19 확산과 관련한 국가의 과실 여부, 그로 인한 감염 및 사망 등 결과와의 인과관계 입증 여부가 핵심쟁점이 될 것으로 예상된다.

주지하는 바와 같이, 국가를 상대로 한 행정상 손해배상청구는 국가가 직접 국민에 대하여 어떠한 행위를 할 수 있는 존재는 아니지만 그 자체로 추상적, 자연적 법인격체로서, 국가라고 볼 수 있는 공무원, 영조물 등이 국민에게 피해를 주는 상황이 발생할 수 있고, 이러한 경우에 국가로 하여금 배상책임을 지게 하는 법 제도가 마련되어 있다. 헌법 제29조에서 위법한 국가작용에 의한 권리침해에 대해 국민이 구제받을 수 있는 수단으로서 국가배상청구권을 기본권의 하나로 명시하고 있다. 이러한 국가배상청구권을 구체화하기 위한 것이 국가배상법이다. 국가배상법상 책임으로는 1. 공무원의 직무상 불법행위로 인한 국가 등의 손해배상(국가배상법 제2조 제1항 본문 전단), 2. 자동차의 운행으로 인한 국가 등의 손해배상(제2조 제1항 본문 후단), 3. 영조물의 설치·관리상의 하자로 인한 국가 등의 손해배상(제5조), 4. 비용부담자의 손해배상(제6조) 등을 규정하고 있다. 이 중 코로나19 감염 피해에 대한 국가배상책임은 대체로 공무원의 직무상 불법행위로 인한 국가의 손해배상에 해당한다.

헌법 제29조 제1항의 규정에 따라 국가배상법 제2조 제1항에서는 국가

의미에서 대법원이 법리적 입장을 공식적으로 표명한 것은 아니므로 대법원 태도로 소개하는 데에는 신중을 기할 필요가 있다."고 지적하여 주신 것에 깊이 감사드린다. 그러나, 대법원 재판 심사과정에서 상고이유에 대한 판결의 이유를 적시한 다음 기각하는 것은 아니지만, 심리불속행도 판결 전에 상고이유를 충분히 살필 뿐만 아니라 원심판결의 당부에 대한 검토와 논의를 모두 거친다는 점에서 비록 정형화된 문구(법률상 심리불속행 사유)로 기각하였다고 하여 현 제도적 취지(재판의 신속성·업무효율성 도모하기 위함이며, 향후 재판을 받을 권리 등과 관련하여 심리불속행 제도의 위헌성 여부, 논쟁은 별론으로 한다)에 비추어 법리적 심리를 다하지 않았다거나 공식적 입장이 아니라고 단정하여서는 아니 된다는 점에서, 이 또한 법률상 대법원의 공식적 표명의 하나라고 생각한다(헌재결 2010헌마625,2012.5.3., 전원재판부 참조).

또는 지방자치단체는 공무원 또는 공무를 위탁받은 사인이 고의 또는 과실로 법령을 위반하여 타인에게 손해를 가한 경우 그 손해에 따른 정당한 배상을 지급할 것을 의무 지우고 있다.

따라서 감염병 재난대응상황하에서 국민이 코로나19에 감염된 경우, 책임발생과 관련하여 공무원의 '고의 또는 과실'이 있는지, 또한 고의 또는 과실이 존재한다면 손해의 발생 사이에 '인과관계'가 성립하는지 여부가 문제가 될 수밖에 없다.

환언하면, 환자 사망 등 피해 발생 당시 코로나19 관련된 정부의 대응지침이 어떠하였는지, 정부의 대응이 감염병예방법 등 관련 법률과 지침에 부합하였는지 등을 위주로 판단하게 될 것이며, 만약 국가의 법률 위반 행위가 발생하였다면 그 과실을 어느 정도 비율로 인정할지도 관건이 될 것이다. 최근 2015년 메르스(MERS, 중동 호흡기 증후군) 사태 당시 감염된 30번 환자가 낸 국가배상청구소송에서 승소 확정판결이 내려져 메르스 감염병 사태에 따른 국가배상책임에 관한 첫 대법원 판결이 선고되었다.[6] 그리고 2022년 6월 25일 선고된 망인104번 환자의 유족들이 낸 국가배상청구는 상고기각되었다.[7] 또한, 이에 앞서 2019년 3월 14일 선고된 망인 38번 환자의 유족이 제기한 배상청구도 같은 취지로 상고 기각되었다.[8] 이러한 메르스 배상소송에서 법원은 국가의 '초기 대응 부실' 책임 등을 물어 국가와 의료기관 등을 상대로 낸 손해배상청구소송에서도 이런 점들을 판단기준으로 삼고 있다.

현행법상 국가에 대하여 배상책임을 묻기 위해서는 특히 국가의 고의 · 과실과 손해의 발생, 또한 이에 대한 인과관계가 모두 인정되어야 한다. 개

6) 대판 2019.3.14., 2018다223825

7) 대판 2022.6.25., 2020다221136 : 이 소송에서 1심에서는 "보건당국이 메르스 위험 노출을 고지하고 증상을 확인해야 하는 등 '능동감시' 의무를 불이행한 과실로 A가 메르스 진단 및 치료기회를 상실하게 되었다."며 유족들의 청구에 대하여 일부승소 판결하였다. 그러나 2심 판단에서는 "질병관리본부에서 1번 환자에 대한 역학조사를 부실하게 한 부분이 있다."라고 인정하면서도 "질병관리본부 등의 과실과 A의 사망 사이에 상당인과관계를 인정하기 어렵다."고 하여 1심 판단을 뒤집고 원고 패소 판결하였다. 이에 대해 대법원은 최근 심리불속행 기각으로 원심을 확정하였다. 메르스와 같은 감염병 사태와 관련해 국가에게 책임을 물을 수 없다고 판시하였다.

8) 대판 2019.3.14., 2018다249667

별 구체적 사안별로 차이가 있겠지만, 책임과의 관계에서 과실입증이 어렵거니와, 설령 국가의 과실이 인정되더라도 인과관계의 입증의 어려움으로 실제 피해자들에 대한 구제가 쉽지 않을 것으로 예상된다. 따라서 코로나19 피해 소송절차가 시작되는 시점인 상황에서, 이에 대한 실무상 배상책임의 향방에 관하여, 최근 확정된 2015년 메르스 피해 국가배상 대법원 판결 및 항소심(사실관계, 인정사실 및 법리적 논거, 판단)을 중심으로 고찰함으로써 코로나19 국가책임에 대한 법리전개와 권리구제 가능성을 가늠해 보고자 한다. 본고에서는 국가배상책임에 대한 그동안의 학계와 판례상 논의 성과에 사견(私見)을 보태어 요약하여 살펴보고(Ⅱ), 최근의 메르스 감염피해에 대한 국가배상 판결(책임 인정 사례와 부정 사례)의 심급 경과 및 요지를 각 정리한 다음(Ⅲ), 이에 근거하여 신종 감염증 피해에 대한 국가배상책임에 관한 주요쟁점에 관한 법원의 판단 내용을 학술적·실무적 관점에서 분석을 해 봄으로써(Ⅳ), 메르스 국가배상판결에 대한 평가와 함께 향후 코로나19 등 유사 신종 감염병소송에서 인용 가능성에 대하여 전망하기로 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 국가배상책임의 이론적 논의

1. 개설

코로나19 감염병 등 신종감염병 피해에 대한 피해자의 국가배상책임의 인정여부는 결국 코로나19 확산과 관련한 국가의 과실 여부(역학조사 부실 등 고의 또는 중대한 과실 등으로 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률을 위반한 사실)와 그로 인한 감염 및 사망 등 결과(인적·경제적·정신적 피해 포함)와의 인과관계 입증여부가 핵심쟁점이 될 것이며, (2) 환자 사망 등 피해 당시 코로나19 관련 정부 대응지침이 어떠하였는지, 정부의 대응이 감염병 예방법 등 관련 법률과 지침에 부합하였는지 등을 위주의 판단 등에서 쟁점화되어 승패가 좌우될 것으로 예상된다.

물론, 코로나19 등 신종감염병의 감염피해에 대한 국가배상책임은 후술

하는 메르스 사례와 같이, 대체로 공무원의 직무상 불법행위로 인한 국가의 손해배상에 해당한다. 따라서 그동안의 축적된 이론 및 판례상 법리를 확인하기로 한다.

2. 국가배상책임의 성립요건

국가배상법 제2조에 의한 국가배상책임이 성립하기 위해서는 공무원의 행위, 직무행위, 직무를 집행하면서 행한 행위, 고의·과실의 존재, 위법한 행위, 타인에 대한 손해의 발생, 인과관계의 성립 등의 요건이 충족되어야 한다. 한편, 소송실무상 청구의 인용 여부는 책임요건에 대한 다툼으로 귀결될 수밖에 없다.

(1) 공무원

공무원에 대해서는 광의설에 입각하여 국가공무원법 · 지방공무원법상의 공무원, 입법부 및 사법부 소속의 공무원 그리고 일반적으로 단정하기 어렵다는 반론[9]도 있지만 공무수탁사인도 포함한다고 이해한다[10]는 것이 일반적이다. 배상법상 공무원은 기능적 의미의 공무원을 의미하므로 최광의의 공무원 개념까지 포함될 수 있다. 공무원의 특정 여부에 관해서는 반드시 특정될 필요는 없다고 보는 것이 일반적 견해이다.

(2) 직무행위

국가배상법 제2조 규정에서 '직무'[11]의 범위에 관해서는 1) 공법상 권력작용과 국가배상법 제5조에서 규정된 것을 제외한 비권력작용을 포함한

9) 김철용, 행정법, 고시계사, 2012.2, 717면 각주 부분

10) 대판 2004.4.9., 2002다10691, 대판 2001.1.5., 98다39060

11) 법규 또는 행정규칙상의 공무원에게 부과된 직무상 의무의 내용이 과연 전적으로 또는 부수적으로 라도 사인의 이익(구체적인 국민의 보호 의무)을 위해 부과된 것이어야 하는 것인가의 문제에서, 판례는 직무의 사익보호성이 필요하다고 하면서(대판 2000.6.9., 98다55949), "공무원이 고의 또는 과실로 피해자에게 직무상 의무를 위반하였을 경우라고 하더라도 국가는 그러한 직무상의 의무위반과 피해자가 입은 손해 사이에 상당인과관계가 인정되는 범위 내에서만 배상책임을 지는 것"이라고 하여 인과관계의 문제로 보고 있다(대판 2011.9.8., 2011다3452).

다는 광의설, 2) 헌법상 공·사법의 구분없이 국가배상책임을 인정한다는 점에서 권력작용과 비권력작용은 물론 사경제작용도 포함된다는 최광의설이 있다. 종래 광의설이 통설과 판례의 입장이다.[12][13] 사경제작용(국고작용) 관련 손해배상 분쟁은 민법 제756조에 의한 사용자책임을 물어야 할 것으로, 이는 피해자 보호 측면에서 무과실책임·위험책임·보상책임의 성질을 가지며, 입증책임의 전환 등에 비추어, 국가에게는 면책사유가 적용될 가능성은 없다는 점에서 광의설이 타당하다. 직무행위의 내용에 대해서는, 원칙적으로 국가의 입법·사법·행정작용을 모두 포함되기는 하나, 국회의원의 입법행위나 법관의 사법작용의 경우 실무에서는 그 특성상 상당히 제한적으로 인정된다.[14] 행정작용으로는 법률적·준법률적 행정행위 등 법적행위와 사실행위뿐만 아니라 적극적 작위, 작위의무가 존재함에도 고의·과실로 인한 권한의 불행사 또는 직무를 해태하는 등 부작위도 포함된다.

(3) 집행하면서(직무관련성 여부)

국가배상법 제2조 제1항에서 직무를 '집행하면서'의 의미는 순수한 직무행위뿐만 아니라 널리 객관적으로 직무의 범위에 속한다고 판단되는 행위 및 직무와 밀접하게 관련되는 행위로 이해하는 것이 일반적이다.[15] 종래 직무행위의 판단기준인 '직무관련성'에 관한 견해로는, 1) 직무의사와 상관없이 직무행위뿐만 아니라 널리 외형상으로 직무집행과 관련있는 행위를 포함된다는 외형설[16], 2) 직무와 공무원의 불법행위 사이에서 내용적인 측

---

12) 대판 2004.4.9., 2002다10691

13) 그런데, 배상법 제2조의 직무와 제5조의 설치와 관리와의 경합을 긍정해야 한다는 입장이 있다. 종래 통설의 견해가 논리상 정합적이지는 않다는 점에서 타당하다고 생각한다. 김연태, 행정법사례연습, 홍문사, 2012.3, 463면

14) 국회의원의 입법행위는 그 입법내용이 헌법의 문언에 명백히 위반됨에도 국회가 굳이 당해 입법을 한 것과 같은 특수한 경우에 한하여 배상책임이 인정된다(대판 2008.5.29., 2004다33469)고 하였고, 법관이 위법 또는 부당한 목적을 가지고 재판을 하는 등 법관이 그에게 부여된 권한의 취지에 명백히 어긋나게 이를 행사하였다고 인정할 만한 특별한 사정이 있으면 배상책임이 인정된다(대판 2003.7.11., 99다24218)고 한 바 있다.

15) 대판 1995.4.21., 93다14240

16) 홍정선, 행정법원론, 박영사, 2021, 825면; 박윤흔·정형근, 최신행정법강의(상), 박영사,

면의 관련여부와 시간적·장소적·도구적인 관련성을 종합적으로 고려하여 구체적인 경우, 그 직무가 공무원의 불법행위가 원인이 되었다고 볼 수 있는지 여부가 그 판단기준이라고 이해하는 실질적 직무관련설[17] 등이 주장되는데, 3) 판례는 '세관 공무원의 공무원증 위조 사건'에서 직접 공무원의 직무집행 행위이거나 그와 밀접한 관련이 있는 행위를 포함하고, 이를 판단함에 있어서는 행위 자체의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무행위로 보여질 때에는 비록 그것이 실질적으로 직무행위가 아니거나 또는 행위자로서는 주관적으로 공무집행의 의사가 없었다고 하더라도 그 행위는 공무원이 직무를 '집행함에 당하여' 한 행위로서 직무집행으로 보여진다[18]고 하여 외형설을 취하였다. 직무행위인지의 여부 판단에는 국민에게 직접 손해를 발생케 한 특정된 공무원의 행위이지만, 경우에 따라서는 감독직무 태만행위도 직무행위에 포섭될 수 있다. 피해자 구제 관점에서 외형설로 판단하는 것이 합리적이다.

(4) 고의·과실(귀책성 있는 행위인지 여부)

국가배상법은 당해 공무원을 기준으로 하는 '주관적 과실책임'을 원칙으로 한다(대위책임설). 민법 제750조의 일반불법행위(불법행위능력)의 성립요건에서 과실책임의 원칙으로 하면서, 특수불법행위책임(민법 제755조 내지 760조) 또는 개별법상 특수한 상황을 고려하여 과실책임의 결함을 보충하는 차원에서 위험책임 또는 무과실책임의 적용하는 영역으로 구분하고 확장하고 있다. 다만, 소송실무에서는 국가배상법과 민법상 일반불법행위에서의 고의·과실의 개념을 법적인 일반개념으로 보아 동일하게 취급하여 필연적으로 손해발생과 관련시켜 왔다(근대시민사회에서부터 견지하여 온 불법행위책임으로서 귀책의 근거로서의 과실책임주의 지배). 따라서 고의 · 과실이 없으면 책임은 없다고 본다. 그런데 연혁적으로 보아, 불법행위 성립요건을 어떻게 규정하는가는 입법정책의 문제이고, 구성요건의 설정에 있어

2009, 600면; 정하중·김광수, 행정법개론, 법문사, 2022, 520면

17) 박균성, 행정법론, 박영사, 2021.2, 811-812면

18) 대판 2005.1.14., 2004다26805

서는 사회발전에 따라서는 불법행위의 성립 범위를 완화하여 유연하게 대처하거나 또는 엄격하고 명료하게 그 범위를 정하여 적용할 것인가는 현실적 상황에 따라 규율 내용을 정하는 것이다. 다만, 불법행위가 무한정 허용될 수는 없으므로, 그 성립요건 범위에 관한 기준이 필요한 것이다. 이러한 점에서, 현대 복지행정은 고도의 경제성장과 과학기술의 발전으로 정보기술 활용한 행정업무의 전자화, 복합적 행정행위, 다단계형 행정과정, 국가보유 정보의 보안 등 여러 요인으로 인하여 개인이 국가의 과실을 입증하기가 용이하지 않으며(국가와 피고인 피해자 간의 입증자료 입수 등 부조리하고 불공정한 비대칭적 증명상황), 실질적 법치행정의 구현의 수단인 국가배상법은 국가와 개인 사이에서 공평하고 합리적 이익 조정을 목적으로 한다는 근본취지를 되새겨 보면, 고의·과실이 책임요건으로 반드시 요구될 것인가는 재검토의 대상이 될 수 있다고 생각한다. 근래의 논의에서는 국가배상법 제2조의 과실요건과 관련하여 과실개념의 객관화와 고의·과실의 입증책임을 완화(일응 추정의 법리 등)하여 국가배상책임의 성립요건을 완화하여 피해자의 구제기회 및 가능성을 확대하자는 주장이 있는데, 그 내용은 다음과 같다.

1) 과실 개념의 객관화

종래 공무원의 주관적 주의의무 위반이 과실이라는 견해를 수정하여 과실을 객관적 주의의무위반으로 파악하려는 경향을 말한다. 즉 통상의 인식능력을 가진 일반인 관점에서 그러한 정황과 사정하에서 발생하는 손해는 보통 과실이 있는 것으로 추정되는 경우, 가해자인 공무원의 과실이 추정되는 것으로 본다는 것을 의미한다. 과실 개념의 객관화 경향으로 논의되는 것은 주로 국가의 위법행위로 인한 국가의 흠, 객관적 주의의무, 조직과실이론(가해공무원 특정의 포기), 과실과 위법성의 일원화 이론 등이 있다.

피해자 구제의 기회 및 가능성을 확대하는 차원에서 국가배상법상의 '주관적 과실개념'을 객관화하여 이론 구성하려는 견해들은 다음과 같다.

① 과실을 '국가 등 행정주체의 작용이 정상적 수준에 미달한 상태' 내지 '객관적 관념화'하여 국가작용의 흠 정도로 완화'하여 이해하려는 견해[19], ② 국가배상책임을 자기책임이라는 전제하에 국가배상법상 과실개념

19) 김도창, 일반행정법(상), 청운사, 1992, 628면; 김동희·최계영, 행정법 Ⅰ, 박영사, 2021,

을 주관적으로 파악하지 않고 국가작용의 하자로 보아 객관적으로 파악하려는 견해[20], ③ 과실을 주관적 심리상태로 파악하기 보다는 객관적인 주의의무 위반으로 이해하여 주의의무의 내용을 고도화하는 것으로서, 당해 공무원의 주의력이 아니라, 그 직종의 평균적 공무원의 주의력이 과실의 판단기준이 되며, 그에 따라 직종에 따라서는 보다 높은 주의의무가 과해진다고 보는 견해[21], ④ 국가배상법에 있어서 과실의 요건을 손해발생보다는 법령위반, 즉 위법성에 관련시키는 것이 타당하다는 일원론적 견해[22] 등이 있다. ⑤ 판례는 구조의무 위반에 따른 손해배상책임 인정 여부 판단에서 공무원의 직무집행상 과실이라 함은 공무원이 그 직무를 수행함에 있어 당해 직무를 담당하는 평균인이 통상 갖추어야 할 주의의무를 게을리한 것을 말한다[23]고 하였다. 생각건대, 현대 복지국가의 기능적 측면에서 행정수요가 다양한 영역으로 확대되면서 그에 대응하여 증대되는 위험에 적절히 대응하기 위해서는 과실의 객관화(일반화·추상화 경향)를 통하여 책임범위를 확장하는 것이 국민의 권리구제 측면에서 타당하고, 그 이론구성은 자기책임설 입장을 폭넓게 수용하고 고려하는 전향적인 입법적 논의가 필요하다.

2) 과실 입증책임의 완화

민법 및 민사소송법상의 일반원칙과 마찬가지로 불법행위에서 고의 · 과실의 입증책임은 원고인 피해자에게 있다. 그러나 문제는 실제 국가배상소송에서 관건은 공무원의 고의 · 과실의 입증을 엄격히 적용하는 경우이다. 법률요건분류설에 따르면, 자기에게 유리한 사실을 주장하는 자는 그 근거가 되는 법률요건을 입증하여야 한다. 즉, 국가배상청구권을 주장하는 원고는 가해자인 공무원의 고의·과실을 비롯하여 원칙적으로 모든 배상요건을 증명하여야 한다. 그러나 공무원의 고의·과실을 입증하는 것은 쉽지 않다.[24] 특히, 공무원의 직무가 고도의 전문성과 기술성을 띠고 있는 경우, 공

569-570면

20) 박균성, 앞의 책, 842면

21) 김남진·김연태, 행정법 Ⅰ, 법문사, 2021.3, 644면

22) 정하중·김광수, 앞의 책, 528면

23) 대판 2021.6.10., 2017다286874; 대판 2006.7.28., 2004다759

24) 예컨대, 관용차의 운전으로 사고가 발생한 경우, 사인은 공무원이 주의를 다하지 않은

무원의 주관적인 고의·과실을 피해자인 사인이 증명한다는 것은 매우 어려운 과정이다. 따라서 피해자의 구제 관점에서 소송실무상 위법의 과실 추단, 즉 위법이 입증된 경우에는 행정기관에게 위법한 직무행위에 대하여 무과실을 증명하도록 하거나, 또는 일응 추정의 법리, 즉 국가배상에 관한 다른 요건(특히, 요건 중 손해발생의 증명)을 모두 입증하면, 피고 측이 반증으로 추정을 뒤집지 못하는 한 그 입증된 사실로부터 일응 고의·과실이 추정되는 것으로 본다. 이와같이 피해자의 입증책임을 경감시켜주거나 가해자에게로의 (일부) 전환하는 것이 요구된다.

3) 가해 공무원 특정의 포기

공무원의 과실을 입증하기 위해서는 가해공무원의 특정이 필수적인가에 대하여 소극적이다. 즉, 누구의 행위인지가 판명되지 않더라도 손해의 발생상황으로 보아 공무원의 행위에 의한 것이 인정되면 국가는 배상책임을 지게 되는 것이다(독일 조직과실론, 프랑스 공역무과실론 개념의 발전).[25] 다단계형(분절형) 행정절차나 복합적 행정행위 등 여러 공무원을 거쳐서 처리되었다거나 공무원의 집단에 의하여 폭행을 당한 경우가 이에 해당된다. 판례는 이미 전투경찰들의 과도한 시위집압으로 인하여 시위 참가자가 사망한 사안에서 국가배상책임을 인정하되, 시위참가자에 대하여 30% 과실상계를 원심을 인정한 사례에서 가해 공무원의 특정을 요구하지 않고 직무집행상의 과실을 인정한 바 있다.[26]

(5) 법령의 위반(위법으로 평가할 만한 행위인지)

1) 공무원의 가해행위가 법령에 위반하여야 한다. 국가배상법상 위법개념은 손해배상의 성질과 관련하여 검토하고 위법성의 판단기준에 있어서는 '법령의 의미와 범위'에 관하여여는 다음과 같다. 협의설은 성문법, 불문법, 평등의 원칙, 비례의 원칙. 신뢰보호의 원칙 등 행정법의 일반원칙의 위반으로 보는 것이고,[27] 광의설은 엄격한 의미의 법령위반(협의설)뿐만 아니라

과실로 사고가 발생하였다는 점을 입증하여야 한다.

25) 홍정선, 앞의 책, 829면, 2021.2; 정하중·김광수, 앞의 책, 529면

26) 대판 1995.11.10., 95다23897

인권존중, 사회질서, 권력남용금지, 신의성실, 공서양속 등과 같이 공무원으로서 마땅히 지켜야 할 준칙이나 규범을 지키지 아니하고 위반한 경우를 포함하여 널리 그 행위가 객관적인 정당성을 결여하고 있음을 뜻하는 것이라고 한다.[28] 이는 종래 통설이지만, '행위의 객관적인 정당성의 결여'의 표현은 구체성이 결여된다는 기본적인 문제점이 있기 때문에 위법성 판단과 관련하여 결과불법성과 행위위법설의 두 가지가 검토된다고 한다.[29][30] 또한 위법성은 법적 작위의무 위반 외에 일정한 작위의 법적 의무가 존재함에도 이를 행하지 않은 경우의 공무원의 부작위에도 인정된다. 재량행위에 있어서는 이른바, '재량이 영으로 수축되는 경우'에도 작위의무가 발생했음으로 인정된다.

2) 위법성을 판단함에 있어서, 그 개념에 대하여 이른바 결과불법설, 행위위법설(광의, 협의), 상대적 위법성설, 직무의무위반설 등 여러가지 학설이 주장된다. 국가배상제도의 기능적 측면과 배상책임요건으로서의 위법성에 대한 논의에서, 피해자 권리구제와 법치행정의 요청인 행정 통제와의 사이에서 각기 바라보는 관점에 따라 해석의 차이가 있을 수밖에 없다.

① 결과불법설은 국가배상법상의 위법을 가해행위의 결과인 손해의 불

---

27) 정하중·김광수, 앞의 책, 521면

28) 대판 2009. 12. 24, 2009다70180; 대판 2008.6.12., 2007다64365; 대판 2005.6.9., 2005다8774; 대판 2002.5.17., 2000다22607; 대판 2000.5.12., 99다70600(특히, '객관적 정당성 상실한 것'의 구체적 내용이 무엇인지 아래 '각주 29'와 관련하여, 이 사건은 위법성보다는 과실의 존재 여부가 직접 쟁점이 되었기 때문에, 위법개념은 제한적이었고, 논리적으로 위법과 과실을 명확히 구분하지 않고 판시하였다는 점에서 문제가 제기된다) 등

29) 김동희·최계영, 앞의 책, 563면

30) 대법원은 행정처분이 항고소송에서 취소되었다고 하더라도 당해 행정처분이 공무원의 고의 또는 과실로 불법행위를 구성한다고 보기 위해서는 담당 공무원이 객관적 주의의무를 결하여 그 행정처분이 객관적 정당성을 상실하여야 한다고 한 다음, '과실이 인정되지 않는다'라는 표현 대신, 당해 사건의 여러 사정을 종합하면 당해 처분이 '객관적 정당성을 상실하였다고 인정될 수 없다'고 판시하는 것은 불명확한 표현이므로, 이러한 사례에서는 상대적 위법성설의 입장이라고 보는 경우가 있는가 하면(박균성, 앞의 책, 818면), 이를 위법성의 판단으로 보아야 하며, 법원이 이에 대한 표현을 명확히 할 것을 주장하는 직무의무위반설(정승윤, "국가배상법상 위법과 고의·과실 개념에 관한 소고", 법학연구, 부산대 법학연구소, 2011.11, 68-72면)도 있다. 이러한 표현 판결은 구성요건에 대한 명확한 판단 없이 국가배상책임을 인정하였다는 점에서 비판이 제기된다. 박현정, "프랑스 국가배상책임제도에서 위법성과 과실의 관계", 법학논총 제29집 제2호, 한양대 법학연구소, 2012.6, 22면

법성을 의미한다고 이해한다. 국민에게 가해진 결과(손해)가 시민법상의 원리에 비추어 수인되어야 할 것인가의 여부를 기준으로 위법성을 판단하는 것이다. 그러므로 공무원의 행위로 인하여 정당한 사유 없이 국민에게 손해가 발생한 경우에는 국가의 배상책임이 인정된다. 결국, 민사상 손해배상의 위법성과 같으나, 항고소송의 위법성과는 관련성이 없기 때문에 항고소송에서 본안판결의 기판력이 국가배상청구소송에 미치지 않는다고 한다. 이 견해에 따르면, 위법성의 개념은 상당히 확장될 될 수 있다. 그러나 이 이론은 민법상 불법행위책임에서는 타당하지만, 국가배상책임은 법치행정의 원칙으로 공무원의 가해행위시의 불법(행위위법)을 문제삼는 것이지, 행위의 결과인 불법(결과위법)을 문제삼는 것이 아니므로 타당하지 않다.[31] 대법원은 '동아약국 화재전소사건'에서 주민의 국가배상청구를 인정한 원심을 파기하였다.[32]

② 행위위법설은 공무원의 행위 자체를 판단대상으로 삼아 위법성을 판단하는 견해로서, 법치 행정의 원리 또는 국가배상소송의 행정통제기능을 고려하여, 공권력 행사의 행위규범에의 적합 여부를 기준으로 위법성여부를 판단하여야 한다는 견해이다.[33]

이러한 견해는 다시 협의와 광의의 행위위법설로 나뉘고 있다. 협의의 행위위법성설은 항고소송에서의 위법성과 마찬가지로 공권력의 행사 자체의 법에의 위반을 위법하다고 본다. 엄격한 의미의 법령위반만을 그 대상으로 한다(성문법 및 불문법, 행정법의 일반원칙 제외).[34] 광의의 행위위법성설(다수설, 주류판례)은 행위 그 자체의 법에의 위반뿐만 아니라 행위의 태양(방법)의 위법, 즉 명문의 규정이 없더라도 권한근거 규정으로서의 공권력 행사의 근거법규 및 각 행정분야에서의 자연법적 객관적 법질서(조리 등)를 종합적으로 고려할 때 인정되는 공무원의 '직무상 일반적 손해방지의무'의 위반을 위법성이 있다고 본다. 엄격한 의미의 법령, 불문법, 인권존중, 권력남용금지, 신의성실 등 (행정)법의 일반원칙도 포함하므로, 취소소송의 위법성보다 국가배상청구소송요건의 위법성이 그 범위가 더 넓다.[35]

---

31) 박균성, 앞의 책, 815면
32) 대판 1997. 7. 25, 94다2480
33) 홍정선, 앞의 책, 830면; 정하중·김광수, 앞의 책, 523면(결어 첫째 문장)
34) 정하중·김광수, 앞의 책, 523면

③ 상대적 위법성설(근래 판례)은 행위 그 자체('행위시 기준')의 위법뿐만 아니라 (손해의 결과에 대한) 피침해이익의 성격, 침해의 정도, 가해행위의 태양 등을 종합적으로 고려하여 행위가 현저히 '객관적 정당성'을 결한 경우에 위법하다고 본다. 이 견해는 민법의 불법행위론에서의 '상관관계론'[36]을 국가배상법상의 위법 판단에 도입한 이론으로, 행위위법성설과 결과위법성설을 함께 고려하려는 입장이다.[37]. 이 견해는 피해자와의 관계에서 상대적으로 위법성을 판단한다. 또한 국가배상책임은 손해전보에 중점을 둔다는 점에서, 국가배상법상 위법의 판단에서는 행위의 위법·적법과 함께 피침해이익을 고려하여야 한다는데 근거한다.[38] 이 견해에 의하면, 현행 법령위반 이외에 손해 발생과 관련된 여러 정황을 종합적으로 고려함으로서 위법의 개념을 확대하여 피해자 권리 구제에 초점을 맞추었다. 그런데 공법관계에서의 위법의 판단은 '행정작용의 행위'가 근거법령의 위반 여부가 기준이 되는 것이다.

④ 직무의무위반설은 취소소송에서의 위법성은 행정작용 측면에서만 위법 여부를 판단하지만, 국가배상책임에서는 행정작용과 행정작용을 한 자와의 유기적 관련성 속에서 위법성을 판단하여야 한다. 즉, 국가배상법상의 위법성을 공무원의 직무의무(사익보호성)의 위반, 즉 직무상 손해방지의무를 위반(법익침해)하였는지를 보고 이에 주관적 책임귀속을 결부시키는 견해이다. 따라서 항고소송의 위법성과 국가배상법상의 위법성은 서로 다른 차원에서 논의되어야 하는 것이므로, 양 위법성 간의 상관관계가 없다고 하면서 국가배상법상의 위법성 여부를 '공무원의 직무의무위반' 그 자체가 곧 위법성이 있다고 한다.[39]

---

35) 박균성, 앞의 책, 815면

36) 시간의 우선성 존재, 누락 변수에 의한 영향에 의해 위법성은 확장될 것이지만, 전후 사이의 상관성이 있다고 해서 양자가 치환되거나 특정 결과에 대해 특정 원인이 반드시 확정되는 것은 아니기 때문에 민법상 상관관계론을 행정법(국가배상법 등)에 그대로 적용하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

37) 현재 일본의 다수설 및 판례의 입장으로, 宇賀克也, 行政法概論 Ⅱ(第2版), 392頁; 김동희·최계영, 앞의 책, 565면; 강현호, 행정법총론, 박영사, 2007. 587면 참조

38) 대판 2000.5.12., 99다70600; 박균성, 앞의 책, 816면

39) 류지태·박종수, 행정법신론, 박영사, 2021, 510-516면

그러나 국가배상법상 '법령에 위반하여'를 직무의무위반으로 파악하는 것은 확대 해석의 가능성을 배제할 수 없다.

(6) 구체적 손해(결과)의 발생

손해란 가해행위로부터 발생한 일체의 손해로서, 법익침해의 결과인 불이익을 말한다. 따라서 적극적 손해·소극적 손해, 재산적 손해·비재산적 손해(생명, 신체, 정신적 손해)가 이에 해당한다. 다만, 그 손해는 가해행위와 상당인과관계에 있는 범위 내의 것이어야 한다.[40]

(7) 인과관계

국가배상청구권이 성립하기 위해서는 가해행위인 직무집행행위와 손해발생 사이에 상당인과관계가 있어야 한다. 인과관계의 유무 판단은 결과발생의 개연성과 관련 법령의 목적과 내용, 그리고 가해행위의 태양, 피해의 상황(정도) 등의 제반사정을 복합적으로 고려하여야 할 것이다.[41] 판례는 직무상 의무의 사익보호성을 요건으로 긍정하며, 이를 인과관계의 문제로 보고 있다.[42]

3. 소결

현행 국가배상법 제2조의 해석론과 관련하여, 국가배상책임에 있어 가해공무원에게 불법행위가 성립하기 위한 주관적 요건으로서 고의 · 과실을 규정함으로써 과실책임주의 입각하고 있다. 그러나 오늘날 현대 복지국가의 기능에 비추어, 행정의 영역과 역할이 증대되고 다양한 행정수요를 감안하면, 행위자의 주관적 요소를 강조할 경우 국민의 배상청구권(기본권)은 상

40) 대판 1998. 9. 22, 98다2631; 대판 1994.12.27., 94다36285 등

41) 특히, 메르스, 코로나19과 같은 신종 감염병 피해에 대한 국가배상책임청구 소송에서는 수많은 관련소송이 연속하여 제기될 것이므로, 고의·과실 등 귀책성 있는 행위와 그로 인한 손해(결과) 사이의 인과성 여부가 특히 쟁점이 될 수밖에 없을 것이다. 다만, 민사상 불법행위의 상관관계론과 국가책임법상 인과관계 개념과는 구별할 필요성이 있다고 생각한다. 예컨대, 대판 2013.7.12., 2006다17539 참조

42) 대판 2011.9.8., 2011다34521 등

당히 제한적일 수밖에 없다. 실제 소송실무에서도 원고측 입장에서는 상당한 입증부담을 지우고 있다. 후술하는 현재까지(2022.8.) 선고된 메르스 판결에서 보는 바와 같이 소구시 기대와는 달리 승소률이 매우 낮다. 이러한 점을 고려하면, 현행 국가배상법 체계에서는 과실의 추상화 · 객관화가 요구되고, 나아가 환경법 분야, 원자력손해배상법 등 일부 영역에서만 인정되고 있는 위험책임과 무과실책임의 법리를 입법정책적으로 도입하는 것이 해석론의 한계를 극복하는 해결책이 될 수 있다. 이미 학계에서 논의되고 있는 바와 같이, 국가배상법 제2조 제1항에서 공무원의 고의·과실 등 주관적 요건을 배제하고, 직무집행의 위법성과 같은 객관적 요건만 갖추어도 국가배상책임이 인정될 수 있어야 헌법적 가치(특히, 기본권 보장, 실질적 법치주의) 실현과 국가배상책임법 제정의 취지·목적에 부합하는 것이라 생각한다.[43]

국가배상법상 구성요건 개념의 재해석을 위한 과실개념의 객관화, 조직과실의 수용, 입증책임의 완화, 국가배상책임의 자기책임설적 입장 등 법리적 논의는 실무상 필요하므로, 이에 대한 원칙을 재설정하고 국가책임의 방향에 대한 획기적인 입법정책적 결단이 요구된다.

Ⅲ. 2015년 메르스 감염피해에 대한 국가배상 판결의 요지 및 정리 : 대법원의 인정과 부정사례(원심확정)

43) 이 부분과 관련하여 김중권 교수의 다음의 견해에 대체로 찬동한다. 즉, “국가배상법의 정비 기회에 우선적으로 국가배상법 제2조 제1항상의 명시적인 주관적 책임요소를 삭제할 것을 주장한다. 즉, 헌법상의 국가자기책임을 관철하는 데 결정적인 장애물이 국가배상법 제2조 제1항상의 명시적인 주관적 책임요소의 존재이다. 그로 인해 국가배상법상의 주관적 책임요소의 존재는 행정소송상의 위법성 판단과 국가배상법상의 (직무행위의) 위법성 판단을 다르게 만들거니와, 가해 공무원의 고의나 과실의 존부가 국가책임 인정의 궁극적인 기준이 되게 한다. 주관적 책임요소가 건재한 이상, 과실의 객관화 등과 같은 합헌적 법률해석은 모색의 일환에 그칠 우려가 있다. 국가배상법 제2조의 주관적 책임요소를 과감하게 삭제할 필요가 있다. 참고로 통일 이후에도 일부 구동독지역에서 통용되는 구동독의 국가책임법(제1조 제1항)과 스위스 국가책임법(제3조 제1항)은 물론 EU운영조약 제340조 제2항은 가해 공무원의 유책성을 요구하지 않는다.”라고 적고 있다. 김중권, 연구논단 “개헌논의에 따른 국가배상시스템의 발본적 개혁에 관한 소고”, 법률신문 뉴스, 2018.2.8., 2022.8.12. 검색

1. 메르스 감염자에 대한 국가배상책임이 인정된 사례 - 대법원 2019.3.14, 선고 2018다223825 판결(30번 환자 완치 사안, 심리불속행상고기각)

<항소심 판결요지 : 서울중앙지방법원 2018.2.9. 선고 2017나9229 판결 : 원고 승소>

제1심 판결 : 서울중앙지방법원 2017.1.19. 선고 2015가소6672747 판결 : 원고 패소

(1) 사실관계

원고(메르스 30번 환자)는 오른쪽 발목을 접질려서 2015.5.22. 15:30경 대전광역시 서구 계백로 정림동에 있는 A병원 응급실에 내원하여 정형외과에서 우족관절 외과 분쇄골절 등의 진단을 받고 같은 날 18:10경 5101호 병실에 입원하였고, 2015.5.26. 관혈적 정복술 및 금속판과 나사못을 이용한 내고정 수술을 받았다.

원고는 입원 중인 2015.5.30. 아침부터 기침, 가래, 콧물, 열감, 인후통, 재채기 등의 증상이 발생하여 이비인후과와 협진 치료를 받고 같은 날 19:00 체온이 38℃ 이상으로 오른 후 발열이 계속되어 2015.6.1. 메르스 의증으로 충남대학교병원으로 전원되었고 2015.6.2. 메르스로 확진되었다. 원고는 2015.7.8. 메르스 완치로 판정되어 A병원으로 전원하여 수술한 발목의 정형외과 치료를 받고 2015.7.11. 퇴원하였다.

K(1번 환자)는 2015.4.24.부터 2015.5.3.경까지 중동지역 국가인 바레인 등에 체류하다가 2015.5.4.경 카타르 도하를 경유하여 인천공항으로 입국하였다. 2015.5.11.부터 몸살, 근육통, 발열 증상이 있어 2015.5.12.부터 2015.5.15.까지 서울 송파구에 있는 모 서울의원에서 외래진료를 받았고. 2015.5.15.부터 2015.5.17. 10:00 경 퇴원할 때까지 평택시에 있는 의료법인 모 의료재단 A병원 8104호에서 입원치료를 받았으며, 2015.5.17. 서울 강동구에 있는 모 의원 및 서울 강남구에 있는 사회복지법인 산하 모 서울병원 응급실에

순차 내원하였다가 귀가하였다.

K(1번 환자)는 2015.5.18. 10:00경 모 서울병원에 내원하여 입원하였고 2015.5.20 06:00경 메르스 확진 판정을 받아 같은 날 13:26경 국립중앙의료원으로 전원되었다.

16번 환자는 2014.8. 대장전절제술을 받은 환자로서 2015.5.1.부터 2015.5.4.까지 A병원에 입원하여 직장 부위의 용종 제거술을 받았고, 2015.5.15. 남은 용종을 제거하기 위하여 A병원에 다시 내원하여 당시 K가 입원해 있던 위 병원 8층의 다른 병실(8112호)에 입원하였으며, 용종제거술을 받은 후 2015.5.18. 퇴원하였다. 2015.5.19. 내지 같은 달 20.부터 16번 환자에게 오한, 기침, 가래, 열감, 설사, 전신위약, 근육통 등의 증상이 나타났다. 16번 환자는 증상이 계속되어 2015.5.22. 새벽 38℃ 이상의 고열 증상이 나타나자 2015.5.22. 20:25경 A병원 응급실로 내원하여 22:50경 원고가 입원해 있던 5101호 병실에 입원하였다.

16번 환자는 발열과 설사 증상이 지속되고 폐렴 증상이 악화되자 2015.5.28. 건양대학교병원으로 전원되었다. 위 환자는 38℃ 내외의 발열 증상이 지속되고 2015.5.30. 39℃의 발열 증상이 나타나 메르스 의증으로 충남대학교병원으로 전원되었으며 2015.5.31. 메르스 확진되었다.

(2) 피고에 대한 원고의 주장

원고(30번 환자)는 A병원에 입원 중 같은 병실에 입원 한 다른 환자(16번 환자)로부터 감염되어 2015.6.2. 메르스 바이러스에 확진되었다. 그 후 피고(대한민국) 공무원들의 메르스 관리에 관한 과실로 인하여 원고가 메르스에 감염되었으므로 피고는 그로 인하여 원고가 입은 고통에 대하여 위자료를 지급할 의무가 있다고 주장한다.

(3) 근거법령 및 판례

피고는 구 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(2015.7.6. 법률 제13392호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 '구 감염병예방법'이라 한다) 제4조에 따라 감염병의 예방 및 방역대책, 감염병 환자 등의 진료 및 보호, 감염병에 관한 정보의 수집·분석 및 제공, 감염병에 관한 조사·연구 등의 사업을 수행할 의

무가 있고, 그 의무를 이행하기 위하여 보건복지부 산하에 질병관리본부를 두어 감염병에 관한 방역·조사·검역·시험·연구 업무를 관장하도록 하였다.[44]

피고 및 그 산하 질병관리본부의 감염병에 관한 방역 등에 관한 행정권한 행사는 관계 법률의 규정 형식상 그 재량에 맡겨져 있다고 할 것이므로, 메르스에 관한 방역 등에 관한 피고 또는 그 산하 질병관리본부의 판단을 위법하다고 평가하기 위하여는 관련 법령의 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 피고 또는 그 산하 질병관리본부가 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니한 것이 현저하게 불합리하다고 인정되거나 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이르렀다고 인정되어야 한다.[45]

(4) 의심환자 신고에 따른 진단검사, 역학조사 등의 조치를 지연한 과실이 있는지 여부

① 구 감염병예방법 제11조 제1항, 제2항, 제13조 제1항에 의하면, 의사는 감염병 환자를 진단한 경우 소속 의료기관의 장에게 보고하여야 하고, 소속 의료기관의 장은 메르스와 같은 제4군 감염병(위 법 제2조 제5호 제머목)의 경우 관할 보건소장에게 신고하도록 되어 있으며, 관할보건소장은 관할시장 등에게, 관할시장 등은 보건복지부 장관 및 시 · 도지사에게 각각 보고하도록 되어 있다. 질병관리본부가 2014.12.24. 개정한 메르스 예방 및 관리지침(제2판, 이하 '메르스 대응지침'이라 한다)에 의하면, 의료기관은 보건소를 통해 검체를 질병관리본부에 이송하여 검사를 의뢰하여야 한다.

한편, 구 감염병예방법 제11조 제5항, 같은 법 시행규칙(2016.1.7. 보건복지부령 제391호로 일부개정되기 전의 것) 제6조 제4항에 따른 감염병의 진단기준(2014.9.19 보건복지부 고시 제2014-148호) 및 법정감염병 진단 · 신고 기준(2014년 1월 개정된 질병관리본부 메뉴얼 제2호)에는 메르스 환자 신고를 위한 진단기준에 '의심환자 : 임상적, 방사선학적, 조직·병리학적으

44) 보건복지부와 그 소속기관 직제 제30조

45) 대판 2006.12.7., 2004다14932; 대판 2002.2.22., 203447; 대판 2016.8.25., 2014다225083 등 참조

로 폐 실질 질환(예를 들어 폐렴 또는 급성호흡곤란증후군)이 있는 급성 호흡기 감염자로, i) 발병 전 14일 이내에 중동지역 여행 또는 거주하였던 자 또는 ii) 원인 불명의 중증 급성 호흡기질환자를 돌본 의료인 또는 iii) 발병 14일 이내에 증상이 있는 확진 또는 의심환자와 밀접한 접촉을 한 자'라고 규정하였다.

구 감염병예방법 제18조 제1항에 의하면 질병관리본부장은 감염병이 발생하여 유행할 우려가 있다고 인정하면 지체 없이 역학조사를 하여야 하고, 감염병 관리 사업 지침(2015년 1월, 질병관리본부 매뉴얼)과 메르스 대응지침에 의하면 메르스 의심환자가 신고되면 지체 없이 관할 보건소의 역학조사반이나 중앙/시·도 역학조사반을 현장에 파견하여 환자 및 보호자를 면담하는 방법 등으로 위험요인을 파악하고 감염경로를 추정하며 접촉자 및 공동노출자를 확인하여 유행 발생 또는 전파 가능성을 확인하도록 되어 있다.

② 질병관리본부는 K(1번 환자)가 방문한 바레인이 메르스 발생 국가가 아니라서 의심환자로 분류하지 않았다고 하나, 메르스 의심환자에 관한 관련 규정이나 질병관리본부 매뉴얼은 의심환자의 중동지역 방문 내력이 있으면 신고를 하도록 규정하고 있을 뿐 방문 내력 해당 국가를 중동지역의 메르스 발병국으로만 한정하고 있지 않다.

③ 질병관리본부는 위와 같은 의심환자 발생 신고가 관련 기준에 부합하므로 즉시 강남구 보건소에 검체를 이송하도록 하여 진단검사가 이루어지도록 조치하고, 확진 전이라도 역학조사반을 파견하여 위험요인을 파악하고 접촉자, 접촉범위 등을 확인한 주의의무가 있었으나, 검사 거절과 지연으로 의심환자 신고 후 약 33시간 뒤 검체를 채취하였고 신고 후 약 31시간 뒤에 2시간 가량 이루어진 역학조사에서 접촉자 등도 제대로 파악하지 못하였다.

따라서, 질병관리본부의 공무원들이 K(1번 환자)에 대한 메르스 의심환자 신고를 받고도 지체 없이 진단검사와 역학조사를 하지 않고 지연한 것은 현저하게 불합리하다고 판단된다.

(5) A병원에서 역학조사를 부실하게 한 과실이 있는지 여부

① 메르스 대응지침에 의하면, 역학조사관은 접촉자 범위를 결정하기

위하여 환자를 면담하고 접촉자 면담을 통해 환자와의 접촉 정도를 파악하고 노출 여부 등을 확인하여 아래와 같이 밀접접촉자와 일상적 접촉자로 분류한 후 어느 쪽이든 증상이 있으면 격리병상으로 이송하고 증상이 없는 경우에도 밀집접촉자는 자택에 격리 조치하고 접촉일로부터 14일간 능동감시(관할 보건소가 유선 또는 방문하여 증상 발현 여부를 확인)하고, 일상적 접촉자는 필요한 경우가 아니라면 격리 조치 없이 14일간 능동감시하도록 되어 있다. 확진 환자가 발생한 경우에는 중앙/시·도 역학조사관이 심층역학조사를 하고 접촉자의 주소지 관할 보건소가 추적조사를 실시한다.

② K(1번 환자)가 거쳐 간 병원 중 모 서울의원, 서울 모 의원은 외래진료였고 모 서울병원은 외래진료와 격리병실 입원이었던 데 비해 A병원은 2박 3일간 입원하였던 장소이므로 가장 중요하고 충실하게 접촉자 조사가 될 필요가 있었다. 그러나 A병원 역학조사팀은 K환자가 병실에만 머물었다는 가정으로 의료진 외에는 같은 병실 환자 및 보호자만 밀접접촉자로 설정하였고 일상적 접촉자에 대하여는 아무런 조사를 하지 않았다. 이와 달리 서울 모 의원이나 모 서울병원 역학조사팀은 밀접접촉자 명단과 일상적 접촉자 명단을 보고하였고, 모 서울의원 역학조사팀도 질병관리본부에 보고는 하지 않았지만 내원 전후 일정시간의 내원자 명단을 병원에 요구하여 98명의 명단이 작성되었고 이를 통보받은 보건소에서 연락을 취한 바 있다.

③ A병원 역학조사팀이 조사한 병원 CCTV 영상에 의하면, K(1번 환자)가 검사실 등에서 대기할 때 다수의 환자 등이 K환자와 근접하게 앉아 있거나 접촉하였고 그 중 8층 간호사 스테이션에서 K환자 옆에 머물거나 지나간 사람들 중 9번, 17번, 19번 환자가 있었으며, K는 병실이 있는 8층에서 1층 접수창구나 2층 채혈실 등으로 이동하기 위해 엘리베이터를 이용하였고, 좁은 공간에서 잠시나마 폐쇄된 엘리베이터에서 접촉한 사람들 중에 17번, 21번, 26번 환자가 있었다.

피고는 메르스 대응지침상 '환자와 2m 이내의 공간에 함께 머문 자'라는 밀집 접촉자 기준과 별개로 K환자와 근접접촉만 확인되면 시간에 관계없이 모두 밀접접촉자 범위에 포함하기로 하여 역학조사하였다고 주장하나, A병원 역학조사팀은 의무기록지와 CCTV 영상으로 1번 환자의 동선과 다

른 환자들과의 접촉사실을 확인하고도 기존 접촉자명단 중 실제 접촉이 확인되지 않는 일부를 격리대상에서 배제하였을 뿐 추가접촉자를 조사하지 않았다. CCTV 영상을 분석할 조사 인력과 시간의 제약을 고려하더라도 다른 접촉자를 확인하기 위한 어떠한 시도도 하지 않고 접촉자 범위를 재검토하지도 않은 것은 도저히 합리성을 긍정할 수 없다.

④ A병원 역학조사관은 밀접접촉자에 해당하는 K(1번 환자)를 방문한 조카. 3번 환자의 아들 10번 환자. 병원 직원 2명도 파악하지 못하였고, CCTV 확인 결과 K(1번 환자)와 대화한 직원이 전날 작성한 명단에 있는 사람이 아니라는 이유로 격리대상에서 제외하면시도 실제 대화한 직원을 파악하지 않았고, K환자와 5분 정도 대화하고 신체적 접촉을 한 심전도실 임상병리사도 접촉자로 조사하지 않는 등 밀접접촉자 조사도 부실하게 하였다.

따라서, 변론 전체의 취지를 더하여 인정되는 위와 같은 사정을 종합하여 보면, 질병관리본부의 공무원 둘이 A병원의 K환자 접촉자를 의료진 및 K 환자와 같은 병실을 사용한 사람들로만 결정하고 다른 밀착접촉자나 일상적 접촉자를 파악하기 위한 조사를 하지 않은 것은 현저하게 불합리하다고 판단된다.

(6) 상당인과관계 여부

1) 다음과 같은 사정을 종합하여 보면, A병원 역학조사가 부실하게 되지 않았더라면 K(1번 환자)가 입원한 기간 8층 병동의 입원환자는 K의 접촉자 범위에 포함되고 그에 따라 원고(30번 환자)의 감염원으로 추정되는 16번 환자(8112호 병실)도 조사될 수 있었다.

① K(1번 환자)는 A병원 병실 안에만 머문 것이 아니라 채혈, 검사 등을 위해 엘리베이터를 이용하고 간호사 스테이션에 머무는 등 병실 밖을 수차례 이동하였고, 이는 다른 많은 환자들도 마찬가지이다. 역학조사관은 K환자에 대한 대면조사나 A병원 현장조사 등을 통해 이를 쉽게 알 수 있었다.

② 입원환자들의 이동 거점은 각자의 병실이므로 K환자의 병실 밖 접촉자를 찾는 일은 K의 병실(8104호)이 있는 같은 A병원 8층 병동에 입원한 환자들에서 출발해야 한다. 8층 병동 입원환자 중 누가 'K환자와 접촉한 사

람'인지 일일이 확인하는 일은 환자들이 서로 얼굴을 기억하지 못하거나 조사 여건 등의 이유로 어렵다고 할 수도 있고, K환자가 16번 환자와 접촉하는 모습이 나온 CCTV 영상 등의 자료는 없기도 하다.

③ 그러나 메르스 대응지침은 '환자와 접촉한 사람' 이외에 '환자의 분비물이 오염된 환경과 접촉할 가능성이 있는 사람(예 : 결혼식, 장례식, 교회, 학교에서의 같은 반 등)'을 일상적 접촉자로 파악하도록 하였다. 입원환자는 하루 종일 병원에서 생활하게 되고 대체로 일반인에 비하여 면역력이 떨어져 있어 감염에 취약한 점, 특히 메르스는 면역기능 저하자의 감염 확률이 높고 예후도 불량한 점, K환자가 외래진료를 받은 병원에 파견된 역학조사관들은 일상적 접촉자 범위를 K환자가 내원한 전후로 일정 시간에 내원한 사람들로 설정한 점 등에 비추어 보면, 8층 병동에 입원한 환자들은 적어도 일상적 접촉자인 K환자의 분비물이 오염된 환경과 접촉할 가능성이 있는 사람'으로 파악하여 접촉자 범위에 포함되는 것이 타당하다.

④ 2015년 5월경 메르스의 기초감염재생산지수(모든 인구가 해당 질병에 면역력이 없다고 가정할 때, 감염성이 있는 환자가 감염 가능기간 동안 직접 감염시키는 평균 인원수, 감염병의 전파력을 나타내는 지표이다)는 0.6~0.8에 불과하여 질병의 유행이 자연적으로 종식될 수 있을 정도로서 전파력이 약하고, 사람 간 밀접접촉에 의한 비말감염이 주요 감염경로로 알려져 있다. 그러나 메르스의 명확한 감염원 빛 감염경로는 밝혀지지 않고, 백신이나 항바이러스제가 개발되지 않아 대중적 치료를 할 수밖에 없으며, 무엇보다 치명률이 약 40%로 매우 높다. 질병관리본부가 메르스의 특성을 모두 고려하여 메르스 대응지침을 만들었다고 보인다.

⑤ 질병관리본부가 A병원을 역학조사한 2015.5.20.과 2015.5.21. 8층 병동의 입원환자나 보호자 중 메르스 증상을 나타난 사람들이 있었고[2015.5.20. 기준 3명 : 9번 환자(8112호 : 16번 환자와 같은 병실이다. 2015.5.20. 발열, 폐렴환자), 11번 환자(8109호, 2015. 5. 20. 발열), 29번 환자(8109호, 2015.5.19. 발열), 2015.5.21. 기준 추가 3명 : 12번 환자(8111호, 2015.5.21. 발열), 13번 환자(12번 환자 보호자, 2015.5.21. 발열), 14번 환자(8110호, 2015.5.21. 발열, 폐렴환자)], 그중 4명은 발열과 관련 없는 병증이었던 사실(11번 환자 알츠

하이머병, 29번 환자 횡문근융해증, 12번 환자 복부 통증, 보호자인 13번 환자)이 인정된다. K의 동선을 따라 접촉자를 파악하기 위한 역학조사관의 최소한의 성의만 있었더라도 위 환자들이 파악됨으로써 8층 병동의 입원환자나 보호자는 접촉자로 분류될 수 있었다.

2) 원고(30번 환자)는 2015.5.30. 아침부터 증상이 시작되었고 메르스의 평균 잠복기 5일을 고려하면 원고는 2015.5.25. 아침 무렵 A병원에서 16번 환자로부터 감염되었다고 추정된다.

3) 질병관리본부가 6번 환자의 확진(2015.5.28. 06:00경)으로 A병원 접촉자를 확대하여 2차 역학조사를 실시하기로 결정한 후 16번 환자를 파악하기까지(2015.5.30. 18:40경까지) 약 2일 13시간의 시간이 걸렸다. 이를 기준으로 살펴보면, 만약 K(1번 환자)가 의심환자로 신고된 2015.5.18. 10:00경 바로 검체채취 및 제대로 된 역학조사가 이루어졌다면 늦어도 2015.5.19.까지는 A병원의 접촉자 범위가 결정되고 그로부터 약 2일 13시간이 지나 16번 환자가 A병원에 입원하기 전인 2015.5.22. 낮까지는 16번 환자가 추적되었을 것이므로 16번 환자와 원고의 접촉이 차단될 수 있었다.

4) 지연된 K(1번 환자)의 확진(2015.5.20. 06:00)으로 비로소 심층 역학조사를 실시하였더라도 A병원의 접촉자에 대한 조사가 제대로 이루어졌다면 2015.5.20. 또는 늦어도 2015.5.21. A병원의 접촉자 범위가 결정되고 그로부터 약 2일 13시간이 지난 2015.5.23. 또는 늦어도 2015.5.24. 오전까지는 16번 환자가 추적되었을 것이므로 원고가 감염된 시기 이전에 16번 환자를 격리 치료할 수 있었을 것으로 보인다.

따라서 전술한 3), 4)의 피고 과실과 원고의 메르스 감염 사이의 상당인과관계가 인정된다.

(7) 소결

원고(메르스 30번 환자)이 발목골절 등으로 A병원에 입원 중 중동호흡기증후군(메르스: MERS)에 감염되었는데, 그 후 국가를 상대로 메르스 관리에 관한 과실을 이유로 위자료 지급을 구한 사안에서, 최초의 메르스 확진 환자인 K(1번 환자)가 입원해 있던 A병원 8층의 다른 병실에 입원하였

다가 메르스에 감염된 16번 환자가 퇴원 후 원고가 입원해 있던 A병원의 같은 병실에 입원하면서 원고가 16번 환자로부터 메르스에 감염되었다고 추정되는데, 제반사정에 비추어 질병관리본부의 공무원들이 K환자에 대한 메르스 의심환자 신고를 받고도 지체없이 진단검사와 역학조사를 하지 않고 지연하였으며, A병원에서 K환자와 접촉한 사람을 의료진 및 K환자와 같은 병실을 사용한 사람들로만 결정하고 다른 밀접접촉자나 일상적 접촉자를 파악하기 위한 조사를 하지 않은 것은 현저하게 불합리하다고 인정되고, A병원 역학조사가 부실하게 되지 않았더라면 K환자가 입원한 기간 8층 병동의 입원환자는 K환자의 접촉자 범위에 포함되고 그에 따라 원고(30번 환자)의 감염원으로 추정되는 16번 환자도 조사될 수 있었으므로 이에 따라 16번 환자를 격리 치료함으로써 원고와의 접촉이 차단될 수 있었음을 이유로, 국가의 과실과 원고의 메르스 감염 사이의 상당인과관계가 인정된다고 보아 국가는 원고에게 위자료를 지급할 의무가 있다고 하였다.

(8) 심급 경과 및 대법원 판결요지

제1심 법원[46]은 원고(30번 환자)의 메르스 감염과 진단검사 및 역학조사 등을 부실하게 한 국가의 과실 사이에 인과관계를 인정하기 어렵다고 판단하여 원고 패소 판결하였다. 그러나 항소심[47]은 메르스 의심환자 신고에 따른 진단검사, 역학조사 등의 조치를 지연하거나 부실하게 한 국가의 과실과 원고의 메르스 감염 사이의 상당인과관계가 인정된다고 보아 국가는 원고에게 위자료를 지급할 의무가 있다고 판시하였다.

재판부는 국내 메르스 환자에 대한 의심 신고를 받고도 진담검사 및 역학조사를 지연한 질병관리본부의 과실 등으로 인하여 원고가 다른 환자로부터 메르스에 감염되었다고 판단하여 국가의 손해배상책임을 인정한 것이다. 이에 따라 피해자(원고)에게 사건의 경위, 피고의 과실 내용과 정도, 메르스의 치명률과 원고의 치료기간 등의 사정을 종합적으로 고려하여 위자료 1천만원을 지급하라고 선고하였다. 피고(대한민국)의 원고(A)에 대한 상

46) 서울중앙지법 2017.1.19., 2015가소6672747
47) 서울중앙지법 2018.2.9., 2017나9229

고심에서 대법원은 본 사건의 경우, 소액사건이므로 소액사건심판법 제3조 각 호의 사유 중 어느 하나에 해당하는 경우에 한하여 상고할 수 있는데, 상고이유 주장은 그에 해당하지 아니한다. 그러므로 상고를 기각하였다.[48]

2. 국가배상책임이 부정된 사례 - 대법원 2022.6.25. 선고 2020다221136 판결(104번 환자 사망사안, 심리불속행 상고기각)

<항소심 판결요지 : 서울중앙지방법원 2020.2.7. 선고 2019나18395 판결 : 원고 패소>

제1심 : 서울중앙지방법원 2019.2.21. 선고 2015가단5310455 판결 : 원고 일부승소

(1) 사실관계

망인(104번 환자)은 2015.5.27. 20:09경 원고 A(유족)와 함께 복통을 호소하는 원고 D를 데리고 피고 병원 응급실에 내원하였다가 치료를 마치고 그 다음날인 5.28. 09:00경 귀가하였다. 원고 A은 6.6. 질병관리본부로부터 '5.27.부터 5.28.까지 피고 병원에 체류하였는지 확인하는 내용'의 전화를 받았고, 당시 '호흡기 증상이 있으면 보건소에 가서 증상에 관하여 이야기하라'는 안내를 받았다. 원고 A는 같은 날 망인에게 전화 연락을 하여 이러한 사실을 알리면서 보건소에 방문하여 검사를 해보라고 하였고, 이에 망인은 같은 날 보건소를 방문하였으나 진료를 받지는 못하였다. 강서구 보건소는 6.7. 18:00경 지역보건의료정보시스템을 통하여 원고 D가 피고 병원 내원자임을 확인하고 즉시 자가격리 조치를 하기 위하여 전화 3회, 문자 1회 시도하여 18:12경 원고 A와 통화하게 되었고, 부모인 망인과 원고 A가 동반 보호자임을 알게 되어 자가격리 대상자로 지정하였다. 강서구 보건소 직원은 6.8. 17:00경 망인의 집을 방문하여 검사하였는데, 당시 작성된 역학조사서에는 '최초 증상(기침 및 숨가쁨) 6.6. 발생, 조사 당시 기침 및 근육통 증상,

48) 대판 2019.3.14., 2018다223825

체온 36.7C'로 기재되어 있다. 망인은 6.9. 19:00경 메르스 확진 판정을 통지받고, 6.10. 04:30경 J병원으로 이송되어 치료를 받던 도중 6.27. 03:27경 메르스로 사망하였다.

서울특별시 강서구청장으로부터, 원고 A, B는 6.10.부터 6.24.까지 자가격리대상임을 통지받았고, 원고 D는 6.7.부터 6. 24.까지 자가격리대상임을 통지받았다. 메르스에 처음으로 감염된 K(메르스 1번 환자)는 4.18.부터 5.3.경까지 중동지역 국가인 바레인에서 농작물을 재배하다가, 5.4.경 카타르를 경유하여 인천공항으로 입국하였는데, 5.11.부터 몸살, 근육통, 발열 증상이 있어 5.12.부터 5.15.까지 M의원에 내원하여 외래진료를 받았고, 5.15.부터 5.17.까지 의료법인 N이 운영하는 L병원 모 병실에서 입원치료를 받았으며, L병원에서 퇴원한 5.17. P의원 및 피고 병원 응급실에 순차 내원하였다가 귀가하였다. K환자는 5.18. 10:00경 피고 병원에 다시 내원하여 격리병실에 입원하였고, 5.20. 06:00경 메르스 확진판정을 받아 같은 날 13:26경 국립중앙의료원으로 전원되었다. Q(메르스 14번 환자)는 5.13.부터 5.20.까지 폐렴 소견으로 L병원 R호실에 입원하였고, 5.21.부터 5.25.까지 L병원에 재입원하였으며, 5.25. S병원에 입원하였다가 폐렴 증상이 심해지자 5.27. 피고 병원 응급실로 내원하여 그때부터 5.29.까지 피고 병원 응급실에서 머물렀다. 질병관리본부는 5.29. 21:00경 Q환자의 메르스 노출 사실을 확인하고 피고 병원에 연락하였고, 피고 병원은 Q환자의 검체 채취 및 중환자실 격리조치 등을 취하였다. Q환자는 5.30. 메르스 확진 판정을 받고 국가지정 격리병상이 있는 서울대학교병원으로 전원되었다.

(2) 피고(대한민국)에 대한 원고의 주장

피고(대한민국)는 ① 메르스의 전염력, 확산 양상, 해외 사례 등에 대한 사전연구를 소홀히 하여, 메르스에 관련된 지침을 제정하면서 밀접접촉자의 범위를 '환자가 증상이 있는 동안 2m 이내의 공간에 1시간 이상 함께 머문자' 등으로 협소하게 규정하는 등, 메르스에 대한 지침 제정 업무를 소홀히 하였고, ② 피고 병원으로부터 K환자에 대한 메르스 감염이 의심된다는 신고를 접수하고서도 이에 대한 진단검사를 지연함으로써 적절한 초기 대응

이 이루어질 기회를 놓쳤으며, ③ 5.20. K환자의 확진 이후에 L병원에 대한 역학조사를 부실하게 하여 메르스가 대규모로 확산되는 계기를 제공하였고, ④ 피고 병원으로부터 메르스 환자 접촉자 명단을 뒤늦게 확보하고 그에 따른 역학조사를 부실하게 시행함으로써, 망인을 비롯한 추가 확진자가 발생하게 하고, 망인이 제대로 된 조기검진 및 치료를 받을수 있는 기회까지 상실하게 하였으며, ⑤ K환자가 입원하였던 병원명, 감염경료 등을 적시에 공개하였다면 Q환자를 즉시 메르스 감염자로 진단하여 격리할 수 있었는데, 위와 같은 정보공개를 지연하였다.

(3) 근거법령 및 판례

피고(대한민국) 및 그 산하 질병관리본부의 감염병에 관한 방역 등에 관한 행정 권한 행사는 관계 법률의 규정 형식상 그 재량에 맡겨져 있다고 할 것이므로, 메르스 관련 방역 등에 관한 피고 대한민국 또는 그 산하 질병관리본부의 판단을 위법하다고 평가하기 위하여는 관련 법령[49]의 취지와 목적에 비추어 볼 때 구체적인 사정에 따라 피고 대한민국 또는 그 산하 질병관리본부가 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니한 것이 현저하게 불합리하다고 인정되거나 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이르렀다고 인정되어야 한다.[50]

(4) 질병관리본부가 메르스 예방 및 관리지침을 부적정하게 제정되었는지 여부

질병관리본부는 2014년 메르스 예방 및 관리지침을 제정하면서 메르스 환자에 대한 밀접접촉자의 기준에 '1시간 이상'이라는 시간적 기준을 둔 사실을 인정할 수 있으나, 변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같

---

49) 구 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(2015. 7. 6. 법률 제13392호로 일부 개정되기 전의 것, 이하 '구 감염병예방법'이라 한다) 제4조, 대통령령 '보건복지부와 그 소속기관 직제' 제30조(현재는 대통령령으로 '질병관리청과 그 소속기관 직제'로 개편 제정·시행되고 있다)

50) 대판 2006.12.7., 2004다14932; 대판 2002.2.22., 2001다23447; 대판 2016.8.25., 2014다2250832 등 참조

은 사실 또는 사정에 비추어 보면, 위와 같은 지침 제정이 세계보건기구와 미국 질병통제예방센터(CDC)의 밀접접촉자 기준을 무시한 것이라거나, 수차례 변화한 신종인플루엔자 환자에 대한 밀접접촉자의 기준 중 아무런 합리적 이유 없이 임의로 하나를 선택한 것이라고 볼 수는 없으므로, 이와 다른 전제에 선 원고들의 이 부분 주장은 받아들일 수 없다.

1) 미국 질병통제예방센터의 메르스 지침에서도 메르스 환자로부터 약 2m 이내에 상당한 기간 동안 있었던 경우에만 밀접 접촉자의 범위에 포함시키고 있는 것으로 보인다.

2) 보건당국은 2009년부터 신종인플루엔자A(H1N1) 유행에 대응할 당시에, 감염병 유입 초기인 2009.7.경까지는 검역과 격리 중심의 봉쇄·차단 전략을 추진하면서 접촉자 범위를 '환자와 2m 이내 접촉자'로, 그 다음에는 '환자와 1m 이내에서 1시간 이상 있었던 사람 등'으로 정하여 이들에 대한 관리조치 위 주의대응을 하다가, 이후에는 신종인플루엔자의 치명률이 낮고 항바이러스제가 개발되어있는 점 등을 고려하여 접촉자를 별도로 파악하지 않고, 발열, 기침 등의 증상이 있는 사람 중 소아, 산모, 노인 등에 대해 신종인플루엔자 검사 없이 항바이러스제를 투약하는 것으로 관리방식을 변경하였는바, 이와같이 신종인플루엔자 접촉자 범위가 변경된 것은 정부의 신종인플루엔자에 대한 대응전략이 변화함에 따라 관리조치가 필요한 접촉자 범위를 축소하는 과정에서 발생한 일이고, 질병관리본부가 2004년 메르스 예방 및 관리지침을 제정하면서 과거 신종인플루엔자에 대한 대응전략과 그에 따른 접촉자 범위를 참고하여 메르스 대응전략을 수립하고 밀접 접촉자 범위를 설정한 것은 어느 정도 합리적 이유가 있다고 판단된다.

3) 메르스 예방 및 관리지침에서는, 밀접접촉자의 범위를 '환자와 신체적 접촉을 한 자(또는 환자가 증상이 있는 동안 2m 이내의 공간에 1시간 이상 함께 머문 자)'로 정하는 한편, 일상접촉자를 정의하면서 그 범위를 시간적 기준 없이 '밀접접촉자 이외에 의사 환자와 접촉한 사람 혹은 환자의 분비물이 오염된 환경과 접촉할 가능성이 있는 사람'으로 정하고, 밀접접촉자와 일상적 접촉자의 접촉자 관리 수준을 차등화하였는 바, 이는 실제로 메르스가 유행하는 상황에서 고위험군을 신속하게 파악하고 불필요한 관리조

치를 최소화하면서 제한된 인적·물적 자원이 효율적으로 활용되도록 하기 위한 것으로 보이고, 이러한 접촉자 범위 설정 및 관리조치 방식이 현저히 불합리하다고 보이지는 않는다.

4) 세계보건기구는 메르스의 밀접접촉자에 관하여 '메르스 환자를 직접 진료하거나 메르스에 감염된 의료진과 함께 일한 사람, 메르스 환자를 방문하거나 메르스 환자와 근접 공간 안에 함께 있었던 사람, 메르스 환자와 근접 거리에서 함께 일하거나 같은 환경을 공유한 사람, 메르스 환자와 함께 여행한 사람, 메르스 환자와 동거하는 사람'으로 정의하였는데(2014.7.14. 자임. 세계보건기구는 우리나라에서의 메르스 유행 이후인 2015.6.30.에는 "확진자와 같은 병동을 쓴 사람에 대해서도 메르스 진단검사를 권고한다."는 내용을 추가하였다), 위 정의에는 '1시간 이상'과 같은 시간적 기준에 관한 직접적인 표현은 없으나 밀접접촉자의 판단에 있어서 확진자와 근접한 거리에서 어느 정도의 시간을 보낼 것을 전제로 하고 있는 것으로 판단된다.

(5) K(메르스 1번 환자)에 대한 진단검사 지연하였는지 여부(상당인과관계)

변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정 즉, ① 메르스 의심환자에 관한 관련 규정이나 질병관리본부 매뉴얼은 의심환자의 중동지역 방문 내력이 있으면 신고를 하도록 규정하고 있을 뿐, 방문 내력 해당 국가를 중동지역의 메르스 발병국으로만 한정하고 있지 아니한 점, ② 2015.5. 당시 중동지역 중 메르스 발병 지역으로 보고된 나라는 사우디아라비아 등 10개국으로서, 바레인은 메르스 발생 국가로 알려진 곳은 아니었으나, 지역적으로 사우디아라비아와 국경을 맞대고 있는 인접 국가로서 생활권을 같이 할 가능성이 높은 나라인 점, ③ 질병관리본부는 위와 같은 의심환자 발생 신고가 관련 기준에 부합한다고 볼 여지가 있는 이상, 즉시 강남구 보건소에 검체를 이송하도록 하여 진단검사가 이루어지도록 조치하고, 확진 전이라도 역학조사반을 파견하여 위험요인을 파악하고, 접촉자, 접촉범위 등을 확인할 주의의무가 있었던 점, ④ 그러나 질병관리본부의 검사거절과 지연으로 의심환자 신고 후 약 33시간 뒤 검체가 채취되었고, 신고

후 약 31시간 뒤에 2시간 가량 이루어진 역학조사에서 접촉자 등도 제대로 파악하지 못하였던 점 등을 더하여 보면, 질병관리본부의 공무원들이 K 환자에 대한 메르스 의심환자 신고를 받고도 지체 없이 진단검사와 역학조사를 하지 않고 지연한 것은 현저하게 불합리하다고 인정될 여지가 있기는 하다.

그러나 앞서 본 바와 같이 Q(14번 환자)가 5.15.부터 5.17.까지 사이에 L 병원에서 K환자로부터 메르스에 감염되었던 것으로 보이므로, 그 이후에 이루어진 K환자에 대한 메르스 진단검사가 적기에 이루어졌다고 하더라도, 그러한 사정만으로 'K환자와 Q환자의 접촉' 및 '망인의 Q환자로부터의 메르스 감염'이 차단될 수는 없었다고 할 것이어서, 위와 같은 피고 대한민국 공무원들의 과실과 '망인'의 감염 내지 사망 사이에 상당인과관계를 인정하기 어렵고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없어, 위와 같은 피고 대한민국의 과실을 이유로 망인의 사망에 대한 불법행위책임을 인정할 수는 없다.

(6) 질병관리본부 공무원들의 역학조사를 부실하게 한 과실이 있는지 여부(상당인과관계)

변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 다음과 같은 사정들에 비추어 보면, 피고 대한민국은 피고 병원으로부터 Q환자와 접촉가능성이 있는 환자 등의 명단을 제출받고도 적절한 사후 조치를 취하지 않은 과실도 있다 할 것이다.

1) 피고 병원은 5.31. 01:20경 Q 환자의 밀접접촉자 117명의 명단을 중앙메르스관리대책본부에 제출한 것을 시작으로, 6.3.까지 678명의 환자 전수 명단을 제출하였다.

2) 역학조사관은 기재된 명단을 제출받은 이후 현장점검반의 모든 팀과 질병관리본부의 역학조사과 자료입력팀에게 이를 전달하였는데, 질병관리본부역학조사과 자료입력 담당자는 6.3.부터 6.5.까지 매일 24:00 기준으로 이루어지는 접촉자 관리 지역보건의료정보시스템의 마스터 데이터베이스에 위 명단 내용을 입력하지 않았다(명단 입력은 6.6.에 이르러서야 이루어졌고, 6.7. 지역 보건소 등에 그 명단이 통보되었다).

3) Q환자에 노출된 환자의 명단 통보가 6.7.까지 지연됨에 따라, 메르스

대응지침에 따른 시·도 보건소 등을 통한 자가격리 및 접촉자들에 대한 노출 위험의 고지가 제때 시행되지 못하였다.

피고 병원은 5.31. 01:20경 Q환자의 밀접접촉자 117명의 명단을 중앙메르스관리대책본부에 제출한 것을 시작으로, 6.3.까지 678명의 환자 전수명단을 제출하였다.

역학조사관은 명단을 제출받은 이후 현장점검반의 모든 팀과 질병관리본부의 역학조사과 자료입력팀에게 이를 전달하였는데, 질병관리본부역학조사과 자료입력 담당자는 6.3.부터 6.5.까지 매일 24:00 기준으로 이루어지는 접촉자 관리 지역보건의료정보시스템의 마스터 데이터베이스에 명단 내용을 입력하지 않았다(명단 입력은 6.6.에 이르러서야 이루어졌고, 6.7. 지역보건소 등에 그 명단이 통보되었다). 위와 같이 Q 환자에 노출된 환자의 명단 통보가 6.7.까지 지연됨에 따라, 메르스 대응지침에 따른 시·도 보건소 등을 통한 자가격리 및 접촉자들에 대한 노출 위험의 고지가 제때 시행되지 못하였다.

따라서, 이러한 사정들에 비추어 보면, 피고(대한민국)은 피고 병원으로부터 Q환자와 접촉 가능성이 있는 환자 등의 명단을 제출받고도 적절한 사후조치를 취하지 않은 과실도 있다 할 것이다.

따라서, 이러한 사정을 종합하면, 질병관리본부의 공무원들이 L병원의 K환자와 접촉자를 의료진 및 K환자와 같은 병실을 사용한 사람들로만 결정하고, 다른 밀착접촉자나 일상적 접촉자를 파악하기 위한 조사를 하지 않은 것은 현저하게 불합리하다고 판단되기는 한다.

그러나, 1) Q환자는 5.15.부터 5.17.까지 사이에 L병원에서 K환자로부터 메르스에 감염된 것으로 보이므로, 그 이후에 이루어진 K환자에 대한 역학조사를 통하여 K환자와 Q환자의 접촉이 차단될 수는 없었을 것으로 생각된다.

2) 질병관리본부에서 5.28.에 접촉자 범위를 확대하여 조사한 것은 Z환자가 확진 판정을 받음에 따라 세계보건기구 및 사우디아라비아를 통해 기존에 알려진 것보다 메르스 바이러스의 전파력이 훨씬 강함을 인지하고 난 후에야 가능했던 것이고, K환자의 확진 시점인 5.20.경에는 당시까지 알려진 메르스 바이러스의 전파력, 전파양식 등에 비추어 메르스 환자와 같은

공간을 공유한 자에 한하여 메르스 감염을 의심할 수 있었던 것으로 보이므로, K환자에 대한 역학조사를 통하여 Q환자를 추적 조사하여 망인과 Q환자의 접촉을 차단할 수 있었을 것이라고 단정할 수는 없다.

3) 당시 세계보건기구(WHO)의 메르스 지침(2014.7.14.자)에도 메르스의 밀접접촉자에 관하여 '메르스 환자를 직접 진료하거나 메르스에 감염된 의료진과 함께 일한 사람, 메르스 환자를 방문하거나 메르스 환자와 근접 공간 안에 함께 있었던 사람, 메르스 환자와 근접 거리에서 함께 일하거나 같은 환경을 공유한 사람, 메르스 환자와 함께 여행한 사람, 메르스 환자와 동거하는 사람'으로 정의하고 있었고, 국내에서 메르스 감염이 확산된 6.30.에 이르러서야 비로소 "확진자와 같은 병동을 쓴 사람에 대해서도 메르스 진단검사를 권고한다."는 내용이 추가되었을 뿐이다.

4) K환자의 접촉자 조사를 전면 재실시하기로 결정한 5.28. 이후 AA 환자를 추적하기까지 약 2일 12시간 40분 정도의 비교적 짧은 시간이 걸리기는 하였으나, 이는 당시 의료기관을 통한 메르스 전파가 일주일 이상 계속되고 있었고, AA환자가 오랜 기간 메르스 증상을 보여 AH 병원에 입원하여 있는 상태였기 때문에 가능했던 것일 수 있는바, 이와 달리 K환자가 메르스 확진 판정을 받은 5.20.경에는 의료기관을 통한 메르스 감염이 본격적으로 문제되기 이전이었으므로, Q환자는 그보다 오랜 시간 후에 추적되었을 가능성도 상당하고, 따라서 AA환자의 추적 결과를 근거로 하여 Q환자와 망인과의 접촉이 차단될 수 있었을 것이라고 단정할 수는 없다고 할 것이다.

5) 또한, K환자의 메르스 확진 당시의 메르스 예방 및 관리지침에 의하면 밀접접촉자의 범위를 '확진 또는 의심환자와 신체적 접촉을 한 자 또는 환자가 증상이 있는 동안 2m 이내의 공간에 1시간 이상 함께 머문 자'로 규정하고 있었으므로 질병관리본부의 공무원들이 K 환자의 접촉자 범위에 관한 역학조사를 부실하게 한 과실이 없었다고 하더라도, Q환자가 밀접접촉자로 지정되어 추적조사 되고, 이로 인하여 Q환자와 망인과의 접촉이 차단되었을 가능성은 높지 않은 것으로 보인다.

6) 한편 위 메르스 예방 및 관리지침에서는 일상적 접촉자를 '밀접접촉

자 외에 메르스 감염 환자와 접촉한 사람 혹은 환자의 분비물이 오염된 환경과 접촉할 가능성이 있는 사람(예: 결혼식, 장례식, 교회, 학교에서의 같은 반 등)'으로 규정하고 있는데, Q환자가 입원했던 R호와 K환자가 입원하였던 O호는 엘리베이터실 등을 사이에 두고 서로 반대편에 위치하여 있었던 점, 감사원의 의뢰에 따른 국립과학수사연구원의 CCTV 분석결과에서도 K환자와 Q환자가 엘리베이터 등에서 접촉한 모습은 발견되지 않은 점 등에 비추어 보면, 질병관리본부 공무원들의 위와 같은 과실이 없었다고 하더라도, K환자에 대한 역학조사에서 Q환자가 일상적 접촉자로 지정되고, 이를 통하여 Q환자와 망인과의 접촉이 차단되었을 것이라고 보기도 어렵다고 할 것이다.

7) 아울러 망인(104번 환자)은 5.27. 20:09경부터 5.28. 09:00까지 사이에 피고 병원 응급실에서 Q환자로 부터 메르스에 감염된 것으로 보이고, Q환자에 대한 메르스 확진 판정 및 Q환자에 대한 역학조사는 그 이후에 이루어졌으므로, 설령 Q환자에 대한 역학조사가 적시에 충실하게 이루어졌다고 하더라도 Q환자와의 접촉을 통한 망인의 메르스 감염은 차단할 수 없었음이 명백하다.

8) 또한 피고 대한민국이 피고 병원의 협조를 얻어 CCTV를 분석하고, 이를 통하여 Q환자와의 접촉 여부를 파악한 다음 그 접촉자의 인적 사항 등을 확인하여 연락을 취함에 있어서는 상당한 시간이 소요될 것으로 보이는데, 앞서 본 바와 같이 메르스의 잠복기가 5일(최소 2일에서 최대 14일)이며, 치명률은 약 40%에 이르는 점, 현재까지 메르스 바이러스 감염 예방을 위한 백신이 없고, 치료를 위한 항바이러스제도 개발되지 않아 감염환자에 대하여는 대증적 치료를 할 수밖에 없는 점 등을 고려해 보면, 설령 피고 대한민국이 CCTV 분석 등을 통하여 Q환자에 대한 충분한 역학조사를 하였다고 하더라도 망인에게 메르스 조기진단 및 치료의 기회가 주어졌을 것이라고 단정하기 어렵다고 할 것이다.

따라서 위와 같은 사정에 비추어, 질병관리본부 공무원들이 역학조사를 부실하게 한 과실과 '망인의 메르스 감염 및 사망' 사이에 상당인과관계가 있다고 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 만한 증거가 없어, 위와 같

은 과실을 이유로 망인(104번 환자)의 사망에 대한 피고 대한민국의 불법행위책임을 인정할 수는 없다.

(7) 국민들에게 병원명 등의 공개를 지연한 과실이 있는지 여부

변론 전체의 취지를 종합하여 인정되는 사실 또는 사정들에 비추어 보면, 원고들이 제출한 증거들만으로는 피고 대한민국이 방역망에 허점이 발견된 5.28. 즉시 전국민에게 병원명 등을 공개하지 않고, 전문가들과의 회의를 거쳐 6.5.에 L병원을 공개한 후, 6.7.에야 나머지 24개 병원 전체를 공개한 것이 현저하게 불합리하다거나, 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이르러 위법하다고 하기 어렵고, 달리 이를 인정할 증거가 없다.

(8) 원고들(104번 환자 유족)에 대한 격리조치의 위법성 여부

감염병예방법 제6조 제1항은 '국민은 국가와 지방자치단체의 감염병 예방 및 관리를 위한 활동에 적극 협조하여야 한다.'고 규정하고 있고, 제41조 제3항 제2호는 '보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병 환자 등과 접촉하여 감염병이 감염되거나 전파될 우려가 있는 사람에게 자가 또는 감염병관리시설에서 치료하게 할 수 있다.'고 규정하고 있는바, 피고 병원에서 메르스 확진 판정을 받은 환자가 발생하였고, 원고 A, D는 망인과 함께 피고 병원 응급실을 방문하였으며, 원고들은 메르스 확진 판정을 받은 망인과 함께 거주하였으므로, 원고들에 대한 격리조치는 감염병예방법에 따른 정당한 조치라 할 것이고, 이를 들어 위법한 행위라고 볼 수는 없다.

(9) 소결

따라서 피고 대한민국 소속 공무원의 과실 등으로 인하여 망인이 메르스에 감염되어 조기진단 및 치료의 기회를 상실하게 되었고, 그로 인하여 망인이 사망에까지 이르게 되었다거나, 원고들에 대한 격리조치가 불법행위임을 전제로 하는 원고들의 피고 대한민국에 대한 이 사건 각 청구 역시 나머지 점에 관하여 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없어 받아들일 수 없다.

(10) 심급 경과 및 대법원 판결 요지

제1심 법원[51]은 국가의 과실과 피해자의 메르스 감염 사이에 상당한 인과관계가 인정된다고 판단하여 원고 일부 승소판결을 하였다. 그러나 항소심[52]은 14번 환자로부터 옮은 2차 감염에 대해 국가가 책임져야 할 인과관계를 인정하기 어렵다고 지적하였다. 재판부는 국가의 진단검사 지연과 역학조사 부실은 인정되지만, 메르스 1번 환자로부터 14번 환자에게 메르스가 옮은 시점이나 당시 메르스의 전염력에 대한 일반적 인식 등을 고려한다면, 14번 환자에 대한 진단검사와 격리 등이 적기에 이루어졌다고 해도 피해자의 감염을 막았으리라고 단정하기 어렵다고 판단하여 원고 패소판결을 내렸다. 대법원[53]은 상고인들(104번 환자 유족 A, B, C, D)의 상고이유에 관한 주장은 상고심절차에 관한 특례법 제4조에 해당하여 이유 없음이 명백하여 같은 법 제5조에 의하여 모두 기각하였다.

Ⅳ. 최근의 메르스 감염병 피해 국가배상 판례의 쟁점 분석

1. 개설

코로나19 상황하에서 현재까지(2022.8.) 메르스 감염자에 대한 국가배상책임을 인정한 원심에 대한 상고가 심리불속행 사유로 기각됨으로써 이를 확정한 대법원 2019.3.14, 선고 2018다223825 판결[54]과 이를 부정한 원심

51) 서울중앙지법 2019.2.21., 2015가단5310455

52) 서울중앙지법 2020.2.7., 2019나18395

53) 대판 2022.6.25., 2020다221136

54) 본 대상 사건의 경우, 국가의 역학조사에서 과실과 환자의 피해 사이의 인과관계를 모두 인정하였다. 이후의 인과관계 부정사례(38번 환자 또는 104번 환자 사례)와 달리 인과관계까지 인정된 이유는 당시 메르스 대응지침상 밀접접촉자와 일상접촉자를 분리하여 규정하고 있었으며, 최초 1번 환자가 계속해서 병원 엘리베이터를 이용하고 주변을 배회하고 다녔기 때문에 같은 층 병동의 입원환자를 모두 일상접촉자로 분류해서 조사했다면, 16번 환자가 실제 추적일보다 빨리 추적할 수 있었을 것으로 보아, 그리했다면 30번 환자가 16번 환자로부터 감염되는 것으로 추정되는 2015.5.25.전에 이미 16번 환자를 추적하여 차단시킬 수 있었을 것으로 판단하였다. 이러한 가정하에

에 대한 상고가 심리불속행 사유로 기각됨으로써 최근 2022년 6월에 최종 확정된 대법원 2022.6.25. 선고 2020다221136 판결과 그에 앞서 원심과 같은 취지로 배상책임을 상고기각한 대법원 2019.3.14., 선고 2018다249667 판결[55]이 있다. 이는 동일한 감염원으로부터 감염된 환자라고 하더라도 핵심 쟁점인 인과관계 성립여부가 구체적인 개별 사안마다 상이한 것으로 판단된다. 따라서 향후 코로나19 감염증 소송에서도 이번 대상 판례의 관점과 유사한 범위 내에서, 구체적으로 감염원을 차단할 수 있었을 것으로 판단되는 시점('언제부터인가?')에 따라 과실여부와 인과관계의 인정여부를 추단하게 될 것으로 보인다.

2. 코로나19 바이러스 감염으로 인한 피해 환자 및 유족들이 국가를 상대로 한 손해배상청구 가능성

전술한 소송제기 사안에서, 코로나19로 인한 사망 등 피해자의 경우 그

재판부는 인과관계가 인정되는 것으로 추단한 것으로 보인다.

55) 이 사안의 경우, 망인 38번 환자의 유족이 제기한 손해배상소송으로 2015년 대전광역시 서구에 위치한 A병원에 입원 중 메르스에 감염되어 사망한 망인의 자녀들이 A병원의 운영자이자 병원 의료진의 사용자인 B와 대한민국과 A병원이 소재한 대전광역시 서구를 상대로 제기한 손해배상 청구의 제1심, 항소심, 상고심까지 진행되었다. 망인 38번 환자 유족인 원고들의 청구에 대하여 제1심은 ① B에 대해서는 망인에 대한 메르스 진단검사를 조속히 요청하여야 할 주의의무 위반 및 망인에 대한 메르스 진단 및 전원 조치를 지연한 과실이 없으며 ② 대한민국에 대해서는 질병관리본부 소속 공무원들에게, 메르스에 대한 사전연구 및 지침 설정과 관련한 과실, 의심환자 신고에 따른 진단검사를 지연한 과실, 밀접접촉자로 분류한 사람들 외의 대상자들에 대하여 사후 모니터링 체제를 적절히 갖추지 못한 과실, 병원명 등에 관한 정보공개를 지연하고 공개범위를 잘못 설정한 과실 등을 인정할 수 없거나 또는 과실이 인정된다 하더라도 그 과실들과 망인의 메르스 감염으로 인한 사망 등 사이의 상당인과관계를 인정할 수 없다는 이유로, ③ 대전광역시 서구에 대해서는 메르스 관련 교육 및 홍보 의무를 다하지 아니한 과실과 망인에 대한 메르스 진단 지연 내지 사망 사이에 상당인과관계가 존재한다고 보기 어렵다는 이유로, 원고들의 청구를 모두 기각하였다. 항소심은 제1심의 청구와 판단을 같이 하면서, 항소심에서는 제1심 판단 외에 항소심 제기시, 원고들(망인의 유족들)이 새롭게 추가한 청구 부분인, B가 규정에 의한 신고의무 및 의사의 환자에 대한 설명의무를 위반하였다는 주장에 대하여도 제1심 인정 사실관계의 범위 내에서 추가 판단하였으나 이 역시 기각하였으며, 상고심에서도 항소심과 같은 취지로 상고 기각하였다. 서울고등법원 2018.6.14. 선고 2018나2010317 판결(제1심: 서울중앙지방법원 2018.1.23. 선고 2015가합558082 판결)

감염경위나 진료경위가 각기 다를 것이므로, 이에 대한 정확한 법원판단을 예측하기 쉽지 않다. 우선 2020년 초기 코로나19가 창궐할 당시 정부의 초기 대응이 잘못되었다는 추상적인 내용으로 국가의 과실에 의한 국가배상책임을 인정하는 것은 어려운 측면이 있다.

과거 메르스 사례에서 국가 · 질병관리본부의 감염병에 관한 방역 행정권한의 행사는 관계 법령상(감염병예방법, 검역법, 의료법, 방역지침 등) 질병관리본부의 재량사항으로 보았으므로, 메르스 방역에 대한 국가 및 그 산하 질병관리본부 등의 대응방식[56]이 위법하다고 보기 위해서는 관계 법령의 취지와 목적을 종합하여 볼 때, 구체적인 사정에 따라서 국가 · 질병관리본부가 그 권한을 행사하여 필요한 조치를 취하지 아니한 것이 현저하게 불합리하다고 인정되거나 경험칙이나 논리칙상 도저히 합리성을 긍정할 수 없는 정도에 이르렀다고 인정되어야 비로소 과실이 인정[57]될 수 있다고 한다.[58] 본 대상 판결에서는 환자가 사망할 당시에 감염병예방법상 규정과 코로나19 대응지침이 어떠하였는지, 정부의 대응이 해당 법률과 지침에 부합하였는지를 쟁점으로 판단할 것으로 예측된다. 해당 법률 및 지침에 부합하지 않았다고 판단할 경우 국가의 과실은 인정될 가능성이 있다.[59] 그러나

---

56) 공공필요에 따른 감염병 방역제한조치 등 근거규정 및 행정권한의 발령 수단의 종류에 대한 법적 성질에 관해서는 김학수, “코로나19로 인한 영업손실보상에 대한 소고”, 공법학연구 제23권 제3호, 한국비교공법학회, 2022.8. 170면, 각주 70 참조

57) 대판 2002.2.22., 2001다23447; 대판 2006.12.7., 2004다14932; 대판 2016.8.25., 2014다225083 등

58) 서울중앙지법 2018.2.9, 2017나9229

59) 그러나, 국가배상‘책임’의 여러 요건 중 위법은 과실의 근거가 된다. 그러나 과실이 있다고 반드시 위법한 것은 아닐 것이다. 또한, ‘위법하지만 과실 없다’라고 인정하는 판례도 있다. ① 재량준칙에 따른 재량권 행사가 위법한 사례 : 재량권 행사에 있어서 관계 공무원이 공익성, 합목적성의 인정·판단을 잘못하여 그 재량권의 범위를 넘어선 행정행위를 한 경우라도 공익성 및 합목적성의 적절 여부의 판단 기준은 구체적 사안에 따라 각각 동일하다고 할 수 없을 뿐만 아니라, 구체적인 경우 어느 행정처분을 할 것인가에 관하여 행정청 내부에 일응의 기준을 정해 둔 경우 그 기준에 따른 행정처분을 하였다면 이에 관여한 공무원에게 그 직무상의 과실이 있다고 할 수 없다(대판 1984. 7. 24, 84다카597; 대판 1994.11.8, 94다26141; 대판 2002.5.10, 2001다62312), ② 위헌 · 위법인 법령의 적용한 사례 : 법원은 행정처분의 근거법령이 위헌 또는 위법하여 처분의 위법성이 인정되는 경우, 법률 전문가가 아닌 행정공무원에게 법령이 상위법규에 위배되는지 여부까지 사법적으로 심사하여 그 적용을 거부할 것을 기대할 수 없다는 이유로 공무원의 직무상 과실을 인정하지 않는다(대판 1999. 9. 17, 96다

과실이 인정된다고 하더라도 인과관계의 성립여부가 관건이 되므로. 결과적으로 원고측 주장을 인용할 가능성은 여전히 예측이 불투명한 부분이다.

따라서 메르스 관련 판례에서 보는 바와 같이, 개별 구체적 사안에 따라 국가배상책임이 긍정되기도 하고 또는 부정되기도 하므로, 향후 코로나19 소송에서는 이른바 과실개념의 객관화, 조직과실의 수용, 입증책임의 완화, 국가배상책임의 자기책임설 입장 등 기존 논의와 성과를 바탕으로 국가배상법상 구성요건의 재해석 내지 법리적 논의에 따른 새로운 원칙이 실무상 도입이 필요하다고 생각된다. 지금까지의 학술적 성과와 실무적 적용 가능성을 감안하여 세부적 기준에 관한 검토가 요구된다.

3. 메르스 감염증상황하에서 동일 환자로부터 감염된 환자에 대한 법원의 상반된 판결

원고(메르스 30번 환자)의 국가배상청구에 대하여 1심 판결의 일부 패소부분에 대하여, 항소심의 인정범위 내에서 이유가 있음을 인정하여 일부 인용 판결한 항소심의 내용대로 확정되었다. 국내 첫 메르스 환자에 대한 의심 신고를 받고도 진단검사 및 역학조사를 지연한 질병관리본부의 과실 등으로 인하여 원고가 메르스에 감염되었다고 판단하여 국가의 손해배상책임을 인정한 판결 (위자료 1천만원)과 국가의 진단검사 지연과 역학조사 부실은 인정되지만, 메르스 1번 환자로부터 14번 환자에게 메르스가 옮은 시

53413). 행정규칙이 상위법령에 위배되어 무효임을 알았다 하더라도 소속 부대장이 그 적용을 거부할 수 없다는 이유로 부대장의 과실은 부인하였으나, 위법한 행정규칙을 발령·유지한 육군참모총장의 직무상 과실을 인정한 경우도 있다(대판 1995.7.14, 93다16819), ③ 법령해석상의 오류 사례 : 행정청이 관계 법령의 해석이 확립되기 전에 어느 한 설을 취하여 업무를 처리한 것이 결과적으로 위법하게 되었다 하더라도 그와 같은 처리 방법 이상의 것을 성실한 평균적 공무원에게 기대하기 어려웠던 경우라면 특단의 사정이 없는 한 공무원의 과실이 인정되지 않는다(대판 1999.9.17, 96다53413), ④ 국가시험 관련 사례 : 대법원은 사법시험 1차 시험의 출제 및 정답 결정상의 오류를 이유로 한 불합격처분취소판결이 확정된 후 피해자들이 제기한 국가배상청구소송에서, 사법시험의 공익적 성격, 문제출제 및 정답 결정 절차의 준수 여부, 법이론과 법령해석에 대한 다양한 의견의 존재가능성 및 출제의 어려움, 피해자들에 대한 2차 시험 응시기회 부여 여부 등을 고려하여 국가배상책임을 부인하였다(대판 2003.11.27, 2001다33789, 33796, 33802, 33819).

점이나 당시 메르스의 전염력에 대한 일반적 인식 등을 고려한다면, 같은 병실을 사용한 14번 환자에 대한 진단검사와 격리 등이 적기에 이루어졌다고 하여도 피해자(망인 104번 환자)의 감염을 막았으리라고 단정하기 어렵다고 판단하여, 14번 환자로부터 옮은 2차 감염에 대해 국가가 책임져야 할 인과관계를 인정하기 어렵다는 이유로 원고 패소판결을 내린 상반된 판결을 살펴보았다.

현행법상 국가배상책임은 국가의 과실, 손해의 발생, 국가의 과실과 손해발생 사이의 상당인과관계가 성립되어야 비로소 배상청구권이 인정된다.

따라서 메르스 사태의 경우 역학 조사상의 과실이 인정되는 경우뿐만 아니라 '만약 역학조사가 충실하게 이루어졌다면 당해 원고가 감염되지 않았을 것이 인정'되어야만 국가의 과실과 사망 사이의 인과관계를 인용할 수 있음을 알 수 있다. 이와 같은 내용에 비추어 메르스 창궐 당시 동일 16번 환자로부터 감염되었음에도 구체적, 유사한 사안임에도 국가책임에 대하여 엇갈린 판결[60]을 내리고 있다.

---

60) 전술한 대판 219.3.14, 2018다223825(서울중앙지법 2018. 2. 9, 2017나9229)에서는 승소판결하였으나, 이에 반해, 동일 16번 환자로부터 감염된 사례는 대판 2019.3.4., 2018다249667(서울중앙지법 2018.1.23., 2015가합558082; 서울고법 2018.6.14., 2018나2010317)이 있다. 본 망인 38번 환자(D) 사건에서, 제1심은 원고들의 청구를 기각하였고 항소심은 1심을 수긍하였으며, 상고심은 항소심을 인정하여 원고들의 청구를 전부 기각하였다. 원고 D의 유족들은 피고(대한민국 등)에 대하여 손해배상청구하였다. 그 쟁점과 판단 요지는 다음과 같다. (1) 메르스에 대한 사전연구 및 지침 설정과 관련한 피고 대한민국 공무원들의 과실 여부 및 D의 사망과의 상당인과관계 여부에서 ① 메르스에 대한 사전연구 부실 여부, ② 메르스 지침의 부당성 여부, ③ 질병관리본부의 과실로 D의 메르스 감염 내지 진단 지연이 발생했는지 여부 및 D의 사망과의 상당인과관계 여부에 대하여, 메르스에 대한 사전연구 및 지침 설정과 관련한 피고 대한민국 공무원들의 과실을 인정할 수 없거나, 그와 같은 과실과 D의 메르스 감염 내지 진단 지연 및 사망 사이의 상당인과관계를 인정할 수 없다고 판시하였다. (2) 또한, 의심환자 신고에 따른 진단검사를 지연한 과실이 있는지 여부에서, ① 질병관리본부의 공무원들이 1번 환자가 방문한 바레인이 메르스 발병국이 아니라는 이유로 메르스 진단검사를 거절·지연한 것이 재량의 범위를 일탈하여 현저히 부당한지 여부, ② 피고 대한민국 공무원들의 과실과 D의 감염 내지 진단 지연 및 사망 사이에 상당인과관계가 있는지 여부에 대하여, 결국 피고 대한민국 공무원들의 이 부분 과실과 D의 감염 내지 진단 지연 및 사망 사이의 인과관계를 인정할 수 없다고 판시하였다. (3) 역학조사 후 모니터링 체계를 마련하지 않는 등 사후관리를 적절하게 하지 못한 과실 및 위법성 여부에서, ① 과실의 존재 여부, ② 재량의 일탈 여부에 대해서는 결국, 질병관리본부 공무원들이 밀접접촉자로 분류한 사람들 외의 대상자들에 대하여 사후 모니터링 체계를 적절히 구비하지 못하기는 하였으나 그것이 재량의 범위를

생각건대, 법원이 국가의 과실과 메르스 감염의 인과관계를 이처럼 다르게 판단하는 것은 신종 감염병이라는 특수한 상황하에서 피해자 구제(보호)를 위한 일관되고 합리적인 기준이 완전히 정립되지 않았음을 의미하는 것으로 이해된다.[61] 작금에 메르스 판결이 하나, 둘 나오기 시작하고, 거의

일탈하여 위법하다고 까지 보기 어렵다. (4) 병원명 등에 관한 정보공개를 지연하고, 공개범위를 잘못 설정한 과실 주장에 대한 판단(2015.5.28.경 확진 환자 발생 병원명 등 공개 필요성 여부)에서, ㉮ 국민에게 감염병 발생 상황, 감염병 예방 및 관리 등에 관한 정보와 대응방법에 대한 알 권리 여부, ㉯ 2015.5.28. 즉시 전국민에게 병원명 등을 공개하지 않은 것이 위법한지 여부, ㉰ D의 감염 내지 진단 지연 및 사망과 사이의 인과관계 여부에 대해서는, 결국 2015.5.28. 내지 5.30.경에 의료기관에 병원명 및 노출기관 등을 공개하지 않고 2015.6.1. 감염내과전문의들에게만 병원명을 공개한 것이 감염병에 관한 정보를 수집, 분석, 제공하고 감염병의 확산을 방지하여 국민들의 건강을 보호할 의무 등을 해태한 것으로서 위법하다고 할지라도, 제출된 증거들만으로는 이와 D의 메르스 감염 내지 진단 지연 및 사망 사이에 상당인과관계가 인정되지 아니한다고 판시하였다.

또한, 최근 서울중앙지법 2022.7.12., 2015가합17444(메르스 감염 사망자 유족, 국가·대전 서구청장·병원 상대 손해배상청구소송 제기하였으나 7년 만의 1심 판결 선고)에서는 동일 16번환자로부터의 감염임에도 원고 패소 판결하였다. 망인 A는 2015년 5월 배우자의 치료를 위해 대전 서구에 있는 건양대병원 응급실에 동행했다가 메르스에 감염되어 사망하였다. 당시 A는 건양대병원 응급실로 전원된 메르스 16번 환자와 약 5분간 함께 있었던 것으로 조사되었고, A의 유족들은 "메르스 확진 판정을 받은 후 국가와 지자체, 병원이 적절한 조처를 하지 않아 손해를 입었다"며 "3억 원을 배상하라"면서 2015년 7월 소송을 제기하였다. 유족들은 건양대병원에 대해서는 조기 진단을 하지 않은 과실, 진단검사를 지연한 과실, 해열체 처방 등 치료를 지연한 과실, 전원 조치를 지연한 과실, 감염 위험방지 조치를 위반한 과실, 병원의 지도설명 의무 위반 등을 주장하였고, 국가에 대해서는 공공 의료 인력을 양성하지 않은 과실, 16번 환자 확진 직후 접촉 사실을 즉시 알리지 않은 과실, 국가지정 감염병 관리기관으로 즉시 전원조치 하지 않은 과실, 메르스 연구 및 감염 방지 대책을 소홀히 한 과실 등을 주장했다. 또한 대전광역시 서구에 대해서도 감염병예방법상 조속한 입원 및 격리 의무위반을 주장했지만, 재판부는 유족들의 주장을 받아들이지 않았다. 재판부는 "의사가 치료 등 의료행위를 할 때는 환자의 구체적 증상이나 상황에 따라 위험을 방지하기 위해 요구되는 최선의 조치를 행하여야 할 주의의무가 있다."면서 "이 같은 주의의무는 의료행위를 할 당시 의료기관 등 임상의학 분야에서 실천되고 있는 의료행위 수준을 기준으로 판단해야 하고, 의사가 행한 의료행위가 그 당시 의료수준에 비춰 최선을 다한 것으로 인정되는 경우에는 의사에게 환자를 진료함에 있어 요구되는 주의의무를 위반한 과실이 있다고 할 수 없다."라고 판시하였다. 이어 "원고(유족들)이 주장하는 병원 의료진의 과실로 A가 메르스에 감염되어 사망에 이르게 되었다는 사실을 인정할 수 없다."라고 판단했으며, 또한 "국가 공무원의 과실 등으로 A가 사망했다거나 격리조치가 위법하다는 것을 전제로 하는 유족들의 청구도 이유 없다."며 "대전 서구도 병원에서 A에 대한 메르스 의심환자 신고를 받고 같은 날 관할 보건소에 해당 내용을 전달하는 등 메르스 감염 차단과 예방조치를 다하지 않은 과실이 있다고 보기 어렵다."라고 판시하였다.

61) 전병주," 신종 감염병 전염과 국가의 손해배상책임에 관한 연구: 메르스 판결을 중심

같은 시점에서 코로나19 대유행 상황에 따른 피해에 대한 코로나19 소송이 제기되는 등 유사한 소송은 지속적으로 제기될 수밖에 없고, 향후 국가 및 방역당국, 지방자치단체의 감염병 대응에 대한 인식과 책임은 더욱 엄중해졌다. 따라서 국가지정 감염병에 대한 국가책임 부분을 명확히 규정할 필요성[62]이 있다. 또한 감염병 관련 피해 사안의 경우, 그 중대성과 파급성을 감안하여 볼 때, 법원은 그 어떤 사안보다 피해자의 권익보호에 적극적인 역할을 도모하여야 할 역할과 책무가 주어진 것이다. 특히 쟁점사항에 대한 면밀한 분석과 평가를 통하여 일관되고 합리적 기준을 제시하여 향후 국가책임 입법실무상 필요한 보완 법리를 생성, 발전시키는데 기여할 수 있도록 노력하여야 한다.

4. (구체적인) 과실의 인정 여부

소송실무상 감염병 피해 분쟁에서 과실문제는 입증책임과 관련된 주요한 쟁점이 되는 사항이다. 국가배상책임의 본질에 대하여 그동안 대위책임과 자기책임설 혹은 중간설, 절충설 등 과실문제를 바라보는 관점에 따라 그 논리적 전개가 상반되거나 복잡하여 혼란을 가중시키고 있다. 이에 대하여는 별론으로 하더라도, 피해자에 대한 공무원의 불법행위에 있어 국가가 책임을 지는 이상, 국가책임이 성립함에 있어서 고의 또는 과실이 필수적 요건은 아닐 것이다. 헌법학자들의 주장대로, 헌법에 합치된다고 주장하는

으로", 인문사회21 제11권 3호, 2020. 1986면.

62) 국가는 국민의 생명· 신체 · 재산을 보호할 일반적 책무를 지며, 국민의 기본권을 보장할 일반적 책무를 진다. 따라서 개별구체적 사안에서 현행법의 구조, 침해의 가능성있는 법익의 종류 및 법익침해의 위험성 정도 등을 고려하여 손해를 방지할 구체적(작위)의무가 있으므로, 설령 명문의 규정이 없다고 하더라도 해석상 법적 작위의무가 있다고 보아야 한다. 그런데 국가의 (직무상) 의무위반이 있었다고 하더라도 배상여부는 국가의 특정 의무(공무원에게 부과된 직무상 작위의무의 내용)가 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위한 것일 경우(사익보호성) 국가가 배상책임을 부담하여야 하지만, 다만, 공공 일반의 이익이거나 행정기관 내부질서 규율을 도모하기 위한 것이라면 그 의무에 위반해 국민에게 손해를 가하였다고 하더라도 국가 또는 지자체가 배상책임을 부담하지 않는다는 것이 국가배상책임에 대한 확립된 법리이다(대판 1993.2.12., 91다43466, 대판 2001.10.23., 99다36280, 대판 2006.4..14, 2003다41746).

자기책임이론에 의하면 국가배상법상 공무원의 배상책임에 있어서 고의 또는 과실 등 주관적 책임요건은 더 이상 필요로 하지 않으므로, 과실책임주의 원칙은 그 타당성을 상실하게 된다. 따라서 현실적 상황에 비추어 보아, 향후 코로나19 등 감염병 피해에 대하여 피해자에 대한 구제의 기회와 가능성을 넓게 열어주기 위해서는 국가배상법 제2조의 과실개념을 객관화 · 추상화하고 있는 작금의 논의가 바람직하며, 궁극적으로는 국가배상법의 과실책임 요건을 폐기하고 무과실책임 원칙으로의 입법정책적 결단이 필요해 보인다.

한편, 소송실무에서 국가배상책임 인정요건으로서의 과실개념은 주관적인 것으로 파악하고 있다. 즉 과실이란 "공무원이 그 직무를 수행함에 있어 당해 직무를 담당하는 평균인이 통상 갖추어야 할 주의의무를 게을리한 것"을 의미한다.[63] 이러한 판례를 분석할 때, 실제 메르스에 따른 사망과 관련해 입원 등 관계병원에 손해배상 책임을 묻기는 쉽지 않다. 즉, 환자가 메르스에 감염됐다는 사실만으로는 병원 과실이 인정되기 어렵고, 일반적인 수준의 예방조치를 게을리한 점까지 인정돼야 책임을 물을 수 있을 것이다. 특히, 국가 1급 감염병으로 지정되어 있다는 점에서 메르스와 같은 감염병 특성상 병원 조치보다는 국가와 지방자치단체의 행정지도가 우선권을 가지게 된다. 관계병원이 국가와 지방자치단체(보건소)의 구체적 지시, 권고 등에 협조하였고, 환자 관리 및 치료에 충분한 주의를 다하였다면 실제 배상책임을 묻기는 어려울 가능성이 높다.

또한, 메르스 등 감염병 예방에 있어서 국가는 의료기관보다 더 높은 수준의 주의를 기울일 책임이 있다고 보아야 한다. 왜냐하면, 감염병예방법상 국가는 감염병 예방·관리에 관한 기본계획 수립 의무, 환자 파악·관리 의무, 감시·역학조사 의무, 예방접종 의무, 감염전파의 차단 조치 등 다양한 의무를 갖고 있기 때문이다.

---

63) 대판 1987.9.22., 87다카11164

5. 상당인과관계의 성부 : 감염병 의심환자 신고시 진단검사 지연과 역학조사 부실 등 일련의 행정조치와 피해 사이의 인과관계 추단의 구체적 판단기준

(1) 서설

소송실무상 핵심쟁점은 인과관계 인정여부에 있다. 대법원은 국가배상책임 성립요건으로서 인과관계를 판단할 때 직무상 의무의 '사익보호성'을 요구한다. 즉, 위반이 문제되는 직무상 작위의무의 내용이 단순히 공공 일반의 이익이나 행정기관 내부 규율을 위한 것이 아니어야 한다. 전적으로 또는 부수적으로라도 사회구성원 개인의 안전과 이익을 보호하기 위하여 설정된 것이어야 위법행위와 손해발생 사이에 인과관계가 성립할 수 있다고 본다.[64] 전술한 메르스 사태로 인한 국가배상사례를 분석해 보면, 대법원은 신고상황의 심각성을 제대로 전달하지 못한 잘못과 피해 정도의 중대함을 함께 고려해 그 주된 연결고리를 매개로 합리적 추단을 이끌어 내고자 하는 노력한 것으로 보인다. 종래 대법원은 국가배상책임에서 상당인과관계의 유무를 판단할 때 일반적인 결과 발생의 개연성은 물론, 직무상의 의무를 부과하는 행동규범의 목적, 수행하는 직무의 목적 내지 기능으로부터 예견가능한 행위 후의 사정 및 가해행위의 태양이나 피해의 정도 등을 종합적으로 고려해야 한다고 판시하여 왔다.[65] 이와 같은 기준은 메르스 판결에도 구체화되어 적용되었다. 이하에서는 인과관계의 입증 내용을 분석하여 본다.

(2) 코로나19 확산과 관련한 국가의 구체적인 과실 여부, 그로 인한 감염 및 사망 등 결과와의 인과관계 입증 문제(경험칙과 논리칙에 의한 자유심증주의 원칙에서의 고도의 개연성)

재판부가 사실을 인정하기 위해 필요한 확신의 정도는 의심을 완전하게 배제할 수는 없으나 의심을 무시할 수 있을 정도의 정확성이면 족하다.

---

64) 대판 2011.9.8., 2011다3452; 대판 1993.2.12, 91다43466 등
65) 대판 1994.12.27., 94다36285 등

따라서 고도의 개연성이 인정된다면 심증을 형성하는데 무리는 없다. 감염병배상책임의 인과관계 증명은 아래 판례를 참조할 수 있다.

대법원은 '예방접종으로인한장애인정거부처분취소 사건'에서 "구 전염병예방법(2009. 12. 29. 법률 제9847호) 제54조의2 제1항의 규정에 의한 국가의 보상책임은 무과실책임이기는 하지만, 그 책임이 있다고 하기 위해서는 질병, 장애 또는 사망(이하 '장애 등'이라 한다)이 당해 예방접종으로 인한 것임을 인정할 수 있어야 한다. 그러나 위와 같은 국가의 보상책임은 예방접종의 실시 과정에서 드물기는 하지만 불가피하게 발생하는 부작용에 대해서, 예방접종의 사회적 유용성과 이에 따른 국가적 차원의 권장 필요성, 예방접종으로 인한 부작용이라는 사회적으로 특별한 의미를 가지는 손해에 대한 상호부조와 손해분담의 공평, 사회보장적 이념 등에 터 잡아 구 전염병예방법이 특별히 인정한 독자적인 피해보상제도인 점, 구 전염병예방법 시행령(2010. 3. 15. 대통령령 제22075호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제19조의2에 예방접종으로 인한 피해에 대한 보상기준이 항목별로 구체적으로 정해져 있는데 그 액수가 그리 크지 않은 점, 예방접종으로 인한 부작용으로 사망이라는 중대한 결과까지 초래될 가능성이 있는 반면, 그 장애 등의 발생 기전은 명확히 밝혀져 있지 아니하고 현재의 의학 수준에 의하더라도 부작용을 완전히 방지할 수는 없는 점 등에 비추어, 구 전염병예방법 제54조의2의 규정에 의한 보상을 받기 위한 전제로서 요구되는 인과관계는 반드시 의학적 · 자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 간접적 사실관계 등 제반 사정을 고려할 때 인과관계가 있다고 추단되는 경우에는 그 증명이 있다고 보아야 할 것인데, 그 인과관계를 추단하기 위해서는 특별한 사정이 없는 한, 1) 예방접종과 장애 등의 발생 사이에 시간적 · 공간적 밀접성이 있고, 2) 피해자가 입은 장애 등이 당해 예방접종으로부터 발생하였다고 추론하는 것이 의학이론이나 경험칙상 불가능하지 않으며, 3) 장애 등이 원인불명이거나 당해 예방접종이 아닌 다른 원인에 의해 발생한 것이 아니라는 정도의 증명이 있으면 족하다."고 판시하였다.[66]

---

66) 대판 2014.5.16., 2014두274 : 국가책임과 관련 사건에서 인과관계 추단에 대한 구체적 요건을 제시한 최초의 판례로 평가할 수 있다.

그 후 대법원은 '예방접종안면마비피해보상거부처분취소 사건'에서 위 판례에서 제시한 예방접종과 피해 사이에 인과관계가 있다고 추단하기 위한 구체적인 요건 3가지 중 1)요건의 내용을 일부 수정하여 인과관계에서의 '공간적 밀접성'을 제외하였으며, 또한 아래 4)부분 내용에서 '인과관계의 추단에 장애가 되는 사정을 추가'로 제시하였는데, 다음과 같이 판시하였다. "여기서 예방접종과 장애 등 사이의 인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 증명되어야 하는 것은 아니고, 간접적 사실관계 등 제반 사정을 고려할 때 인과관계가 있다고 추단되는 경우에는 그 증명이 있다고 보아야 한다. 인과관계를 추단하기 위해서는 특별한 사정이 없는 한 예방접종과 장애 등의 발생 사이에 시간적 밀접성이 있고, 피해자가 입은 장애 등이 그 예방접종으로부터 발생하였다고 추론하는 것이 의학 이론이나 경험칙상 불가능하지 않으며, 장애 등이 원인불명이거나 예방접종이 아닌 다른 원인에 의해 발생한 것이 아니라는 정도의 증명이 있으면 족하다. 4) 그러나 이러한 정도에 이르지 못한 채 예방접종 후 면역력이 약해질 수 있다는 막연한 추측을 근거로 현대의학상 예방접종에 내재하는 위험이 현실화된 것으로 볼 수 없는 경우까지 곧바로 인과관계를 추단할 수는 없다. 특히 피해자가 해당 장애 등과 관련한 다른 위험인자를 보유하고 있다거나, 해당 예방접종이 오랜 기간 널리 시행되었음에도 해당 장애 등에 대한 보고 내지 신고 또는 그 인과관계에 관한 조사·연구 등이 없다면, 인과관계 여부를 판단할 때 이를 고려할 수 있다."[67]

따라서 인과관계의 입증문제와 관련하여, 국가배상책임의 경우도 마찬가지로 손해배상을 지급받기 위한 전제로서 그 성립요건에서 반드시 요구되는 인과관계는 대법원이 위에서 제시한 구체적 3가지 요건을 참고하여 인과관계가 성립한다고 추단하여도 무리가 없다고 생각한다.

---

67) 대판 2019.4.3., 2017두52764 : 쟁점은 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제71조에 따른 예방접종 피해에 대한 국가의 보상책임이 인정되기 위한 요건 / 예방접종과 장애 등 사이의 인과관계가 있다고 추단하기 위한 증명의 정도 / 피해자가 해당 장애 등과 관련한 다른 위험인자를 보유하고 있다거나, 해당 예방접종이 오랜 기간 널리 시행되었음에도 해당 장애 등에 대한 보고 내지 신고 또는 인과관계에 관한 조사·연구 등이 없는 경우, 이를 인과관계 유무를 판단할 때 고려할 수 있는지 여부이다(적극).

(3) 대법원 판례가 제시한 인과관계 판단 기준(부조리하고 불공정한 비대칭적 증명상황의 조정의 필요성: 인과관계에 관한 입증책임의 완화 또는 가해자에 대한 일부 입증책임의 전환) - 진단검사 지연과 역학조사 부실 등 일련의 행정조치와 피해 사이의 인과관계 추단 요건임

원고가 보상을 받기 위하여 진단검사 지연과 역학조사 부실 등 일련의 행정조치와 손해 피해 사이의 인과관계를 증명하려는 경우와 피고인 대한민국이 진단검사 지연과 역학조사 부실 등 일련의 행정조치와 손해 사이의 인과관계 증명을 방해하기 위해 피해가 진단검사 지연과 역학조사 부실 등 일련의 행정조치와 관련 없는 다른 원인으로 발생하였음을 증명하려는 경우 모두 그 증명의 정도와 관련하여, 미국의 국가아동백신피해구제법에서 요구하는 '증거의 우월함(preponderance of the evidence)'이 메르스·코로나19 등 신종감염병 감염으로 인한 손해배상청구에도 적용될 수 있을 것이다.[68] 특히, 청구인이 진단검사 지연과 역학조사 부실 등 일련의 행정조치 등이 사망 등를 초래하였다는 사실을 직접 증명하거나 진단검사 지연과 역학조사 부실 등 일련의 행정조치가 기왕증 또는 유병력을 현저히 악화시켰다는 사실을 직접 증명해야 하는 off-table 방식에 의한 보상청구 사건의 경우, 미국 연방항소법원은 이와 같은 소송에서의 인과관계의 증명은 '논리적이고 법리적으로 추정'할 수 있으면 되는 것이고, 의학적으로 또는 자연과학적으로 확실할 필요는 없다고 하면서, 예컨대 해당 피해의 생물학적 발생기전에 관한 상세한 의학적, 과학적 설명이 없더라도 역학적 증거와 임상양상에 의해 인과관계가 인정될 수 있다는 취지로 판시함으로써 인과관계에 관한 증명책임을 일정 부분 완화하고 있는 것으로 보고 있다.[69]

우리나라 대법원도 의료소송, 환경소송 등 다양한 유형의 손해배상청구

---

68) 42 U.S. Code §300aa-13. Determination of eligibility and compensation. 양백성, "예방접종에 따른 피해에 대한 국가보상에 관한 연구– 예방접종과 피해 사이의 인과관계 관련 쟁점들을 중심으로", 각주 82. 91면, 사법, 사법발전재단, 2021.

69) Knudsen v. Secretary of the Department of Health & Human Services, 35 F.3d 543, 548~549(Fed. Cir. 1994) 참조, 정하명, "예방접종피해구제를 위한 인과관계입증요건", 행정판례연구 20-2집(2016), (주 12), 149면

사건에서 인과관계에 관한 증명책임을 완화하는 내용의 판시를 하고 있다. 의료행위상 주의의무 위반으로 인한 손해배상청구 사건에서 의료상 과실과 결과 사이의 인과관계에 관한 입증책임의 완화(전환)한 경우로서, 대법원은 수술 도중이나 수술 후 환자에게 중한 결과의 원인이 된 증상이 발생한 경우, 증상 발생에 관하여 의료상 과실 외 다른 원인이 있다고 보기 어려운 간접사실들이 증명되면 그 증상이 의료상 과실에 기한 것으로 추정할 수 있는지 여부에 대하여 긍정하였다.[70] 또한 대법원은 피해자 측에서 의료상의 과실 있는 행위를 증명하고 그 결과와 사이에 의료행위 외에 다른 원인이 개재될 수 없다는 점을 증명한 경우에는 의료상의 과실과 결과 사이의 인과관계가 추정되는지 여부에 대하여 적극적이다.[71]

일반적으로 손해배상 청구의 경우 상대방의 행위와 피해자 본인의 피해 사이에 인과관계에 대하여 손해배상을 청구하는 원고에서 입증책임을 진다. 그렇다면 해당 사건에서 인과관계를 원고가 입증하지 못하면 손해배상을 받을 수 없음이 보통이다. 그러나 이와 같이 의료소송의 경우, 특성상 진료기록부, X-RAY, MRI 등 촬영사진, CCTV 등 핵심적인 증거자료들이 병원 측에 편중되어 있어 소송제기시 원고(피해자) 측은 근본적으로 불리하다.

민사소송에서의 입증책임은 원칙적으로 소송을 제기하는 원고에게 있기 때문에 의료사고로 인해 손해배상청구소송을 제기하는 원고의 입장에서는 병원 측의 과실 등 위법한 행위, 구체적인 손해, 인과관계 등을 원칙적으로 모두 입증해야 하는데 애초부터 주요 근거자료들에 대한 입수가 쉽지 않아 의료소송 등에 있어서 일반인이 전문분야인 의료분야의 인과관계를 밝혀낸다는 것은 실제 불가능에 가깝다. 그만큼 승소율이 낮은 것이다. 따라서 이러한 현실적 어려움을 감안하여 의료사건, 환경사건 등 전문분야 소송에 관하여는 전문가로 하여금 인과관계가 없음 등에 대하여 입증할 것을 요구하여 일반인의 입증책임을 완화시켜 주는 것이 대법원의 확립된 판례이다.[72] 이러한 판례의 동향은 코로나19 확산방지의무 내지 조치에 따른 보건

70) 대판 2012.5.9., 2010다57787

71) 대판 2005. 9. 30, 2004다52576

72) 또한, 의약품의 결함으로 인한 손해배상청구 사건에서 의약품의 결함 또는 제약회사

당국 등 정부의 과실 여부와 환자들이 이 같은 정부의 과실로 코로나19에 감염되고 단순 피해를 넘어 사망에 이른 것으로 볼 수 있는지 인과관계 입증 추단에 관하여도 지금까지의 축적된 대법원의 여러 사안들에서의 기존 판단과 다르지 않다고 본다. 국가가 감염병예방법에 따른 즉각적이고 성실한 방역조치 및 의무를 다하는 것은 환자 개인의 건강권 등을 보호하는 것은 물론 감염병 예방 및 확산을 방지함으로써 국민의 일상회복과 국민경제 정상화라는 국가전체의 공익 목적 달성에도 기여하는 것이므로 감염병 의심환자 및 발견 신고시 진단검사의 지연 또는 역학조사 부실 등 일련의 행정조치와 피해 사이의 인과관계 추단에 관한 구체적인 판단기준과 증명책임을 완화해야 한다는 위 각 대법원 판시는 현실에 비추어 원칙적으로 타당하다.

(4) 소결

생각건대, 소송실무상 법원이 실제 코로나19 손해배상소송에서도 진단검사 지연과 역학조사 부실 등 일련의 행정조치와 피해 사이의 인과관계가 추단되는지에 관하여 판단하게 될 경우, 원칙적으로는 인과관계에 관한 증명책임을 적절히 완화(또는 가해자에로의 일부 전환)하고 있는 기존의 대법원 판례가 제시하고 있는 기준에 따라 판단하는 것이 합리적이다.

코로나19 백신과 같은 신종감염병에 대응하기 위해 코로나19 손해배상소송에서도 진단검사 지연과 역학조사 부실 등 일련의 행정조치와 피해 사이의 인과관계를 판단함에 있어서는 각 개별 사안마다 그 사실관계가 다르고 상황인식에 대한 주장이 다를 수 있으나, 법원으로서는 국민의 기본권 침해에 대한 개별 피해 사안에 대하여 그 권리구제에 소홀함이 없도록 하여야 할 의무를 지고 있는 동시에, 궁극적으로는 감염병 소멸 및 일상회복이

의 과실과 피해자의 감염 사이의 인과관계에 관한 증명책임을 완화한 사례(대판 2011.9.29., 2008다16776; 대판 2017.11.9., 2013다26708, 26715, 26722, 26739 판결 등), 공해로 인한 손해배상청구 사건에서 가해행위와 피해자의 손해발생 사이의 인과관계에 관한 증명책임을 완화한 사례(대판 2013.10.11., 2012다111661; 대판 2019.11.28, 2016다233538, 233545; 대판 2020.6.25., 2019다292026, 292033, 292040 판결 등), 산업재해로 인한 요양승인 거부처분 취소청구 사건에서도 업무와 질병 사이의 인과관계에 관한 증명책임을 완화하는 내용의 판시한 사례(대판 2004.4.9., 2003두12530; 대판 2008. 5. 15, 2008두3821; 대판 2017. 8. 29, 2015두3867 등)을 들 수 있다.

라는 공익적 목적이 달성될 수 있도록 노력하여야 할 것이다. 또한, 법원은 해당 피해가 정부의 초기 역학조사 및 예방의무 소홀과 조치부실 등 행정조치부터 발생하였다고 하더라도(과실을 인정하더라도) 피해자들이 결과적으로 코로나 등에 걸려 치료를 받았거나 그 휴유증으로 인한 정신적(물질적) 고통에 대해 경험칙, 논리칙상 합리적으로 추론하는 것이 불가능하다고 쉽게 단정하여서는 안될 것이다(분석결과, 지금까지 메르스 판결 중 국가책임 부정판례가 압도적으로 많이 나오고 있는데, 특히 재판부는 이 쟁점 부분에서 거의 패소 기각시키고 있다).

Ⅴ. 결론 : 메르스 국가배상판결의 평가와 코로나19 등 신종 감염병 소송의 전망

메르스 국가배상판결을 살핀 결과, 신종플루, 메르스에 이어, 코로나19에 이르기까지 신종 감염병의 창궐로 끊임없이 국민 건강과 일상생활을 위협하는 가운데, 이러한 신종감염병에 대한 국가손해배상책임에 대한 합리적 기준 제시를 기대하였으나, 신종 감염병이라는 특수한 상황에서 피해자 보호를 위한 일관되고 합리적인 기준이 정립되지 않아 혼란을 야기할 수 있다. 따라서 메르스 감염병 피해 국가배상청구소송의 주요쟁점에 대한 판결을 평가하고, 향후 코로나19 등 유사 소송에서 국가배상책임의 승소 가능성을 전망하여 보고자 한다.

1. 평가

(1) 전술한 바와 같이, 최근 메르스 감염병 피해에 대하여 국가의 손해배상책임을 부정한 대법원 판결(대법원 2022.6.25. 선고 2020다221136 판결과 각주에서 이와 유사한 판단을 한 대법원 2019.3.14., 선고 2018다249667 판결)을 살펴보았다.

제1심, 항소심과 상고심 모두 같은 취지의 판결에서, 원고(유족들)는 국가를 상대로 메르스에 대한 사전연구 부실, 메르스 대응지침의 부적절, 병원명과 노출기간 공개지연, 부실한 역학조사에 의한 감염 등으로 피해가 발생하였다고 주장했으나, 국가의 이러한 과실과 환자의 감염 사이에 인과관계가 부정되므로 국가의 배상책임은 없다고 판단, 원고 측의 주장을 모두 기각했다. 대법원 역시 원심의 판단을 받아들여 메르스에 대한 국가의 관리지침이 해당 환자를 밀접접촉자로 분류하지 않고, 병원명 등을 공개하지 않은 것이 현저하게 불합리해 위법하다고 보기 어렵고, 질병관리본부 공무원들이 역학조사 등을 부실하게 한 과실과 망인의 사망 사이에 상당인과관계를 인정할 증거가 부족하다고 판단, 상고를 모두 기각했다. 대법원은 국가를 대상으로 배상을 청구하는 사건들의 경우, 대체로 국가의 재량권 행사가 위법했는지 여부를 가리는 기준은 매우 엄격하게 적용하고 있음이 지적된다. 즉, 국가의 의무위반이 있더라도 문제가 되는 국가의 특정 의무가 국민 개개인의 안전과 이익을 보호하기 위한 것일 경우 국가가 배상책임을 부담하는 것이나, 공공일반의 이익을 도모하기 위한 것이라면 그 의무에 위반해 국민에게 손해를 가하더라도 국가 또는 지자체가 배상책임을 부담하지 않는다는 것이 국가배상에 관한 확립된 법리이다.

더욱이 감염병의 경우, 그 특성상 추정에 의해 발병일을 정하고, 감염원을 추적 및 추정하는 과정 역시 여러 가지 가정적 판단을 거쳐, 역학적 인과관계를 판단할 수밖에 없기 때문에 그 인과관계를 밝히는 것은 대단히 어려운 과정을 거쳐야 한다.

당시의 메르스 관리지침에서 일상적 접촉자는 시간적 기준 없이 '의사환자와 접촉한 사람 혹은 환자의 분비물이 오염된 환경과 접촉할 가능성이 있는 사람'으로 규정되어 있었다는 점에서 역학조사 과정에서 보다 면밀한 접촉자 확인 및 분류, 즉각적인 관련 조치를 취하지 않았다는 점에서 국가의 초기대응체계 실패와 부실한 관리지침 등 사회적 비판의 대상이 될 수 있다. 또한, 의심환자 신고에 따른 진단검사의 거절 또는 지연에 대해서는 질병관리본부 공무원들의 재량한계를 벗어나 일탈한 행위로서 현저히 부당하다고 판단하면서도, 설령 당시로서는 특별한 치료법이 밝혀지지 않아 진

단검사의 지연으로 사망의 결과로 초래되었다고 단정할 수 없다고 판시하였으나, 그렇다고 하더라도 감염병예방법 등 관련법령에서 감염병 확산방지 의무 에 기한 국가방역체계는 국가의 국민의 기본권 보호와 직접 관계되는 기본적이고 중요한 책무임에도 진단검사를 지연하였다고 하더라도 감염자의 사망을 막을 수 없었다는 취지여서 과도하게 국가배상책임(청구권적 기본권)을 제한하는 것은 아닌가 하는 의문이 든다. 그리고 당해 사례에서 본 바와 같이 역학조사의 부실과 사망 사이에 상당인과관계에 대한 입증의 어려움이 사실상 감염병 확산방지 정책에 실패한 국가(질병관리본부) 및 지방자치단체(보건소)의 과실을 면책해주는 역할을 할 수 있다는 것에 대해서도 비판을 하지 않을 수 없다(해당 판결에서는 질병관리본부의 공무원들이 역학조사를 부실하게 한 과실을 인정하면서도, 피해자의 메르스 감염 사이에 상당인과관계를 부정하였다. 그 이유는 달리 이를 인정할 원고 측의 증거제시가 없다고만 반복하고 있다). 그런데, 문제는 종래 대법원 판례들에 의해 의료소송 등 일부 전문분야의 경우처럼, 원고 측의 입증책임이 완화되거나 일부 입증책임의 전환이 인정된다 하더라도 전술한 바와 같이 핵심자료 내지 증거들이 피고(국가, 병원, 지방자치단체) 측에 편중되어 있다는 사실은 근본적인 변화를 기대할 수 없고, 여전히 원고(피해자) 측의 불리한 여건하에 소송을 개시할 수밖에 없다는 점을 지적하고자 한다(부조리하고 불공정한 비대칭적 증명상황의 조정의 필요성). 더욱이 법원의 태도도 국가 등을 상대로 하는 지금까지의 메르스 등 판결을 평가하여 보면, 가해자 측의 과실을 인정하는데 있어 과거 답습적 논리의 반복 내지 소극적인 태도를 보이고 있다는 점에서 법원의 전향적이고 적극적 역할(조정)이 요구된다.

여기에 더하여, 법원은 역학조사 후 모니터링 체계의 미흡 등 사후관리 미비의 과실은 인정하면서도, 그것이 재량의 범위를 일탈하여 위법하다고 볼 수 없다고 하였는데, 이는 메르스 유행 당시 국가 등으로서는 신종 감염병에 대한 적절한 준비나 경험이 거의 없었고, 갑작스럽고 급박하게 전개된 재난상황에 비추어 과실여부를 명확히 확정짓는 것은 어려울 것이나, 작금의 코로나19 등 유사상황 하에서는 이를 보완하여 체계구축이 빠르게 진행되어야 하며, 이에 대한 소송이 제기된 경우에는 국가(질병관리청, 지방자치

단체)의 과실여부에 대한 엄격한 심사가 요구된다. 그리고 병원병 등 정보 공개 지연과 공개범위 설정의 잘못에 대한 과실에서 법원은 감염병의 정보 수집, 분석, 제공하고 감염병확산을 방지하여 국민의 건강보호의무 등을 해태한 것으로 위법하다고 하면서도, 이 역시 이러한 과실과 메르스 감염 내지 진단 지연 및 사망 사이에 상당인과관계는 부정하였는데, 이 또한 국가의 과실과 그 피해(중증도, 사망 등) 사이의 인과관계의 어려움을 재확인(국가배상청구권 인정에 소극적 입장 견지)하는데 그치고 있다.

요컨대, 향후 코로나19 등 신종 감염병 피해와 관련 사안의 경우, 국가배상청구권의 과도한 제한하는 요소를 제거하거나 완화(입증책임의 전환)하여 국가책임을 확대하는 입법 정책적 제도적 개선이 요구된다. 다만, 판례 및 쟁점에서 살핀 바와 같이, 피해 발생 시기와 시간적 개연성은 있으나, 입증 자료가 부족하거나 다른 복합적 이유(예컨대, 기저질환, 기왕증)가 있을 경우 인과성을 추단하기 어렵다고 판단하여 기각하는 경우가 다수를 차지하므로, 국가의 진단검사 지연과 역학조사 부실 등 일련의 행정조치와 피해 사이의 인과관계에 대한 입증책임을 전면적으로 전환하는 법률은 존재하지 않으므로, 코로나19 피해 소송 등 피해자와 가해자 간 정보의 비대칭성을 고려해 입증책임을 완화(국가의 입증책임에 대한 일부 전환)하는 의료소송 등 다른 손해배상소송 판례들이 축적되어 있으므로, 현재와 향후 유사재난의 상황을 고려하여 볼 때, 신종 감염병 피해 영역에서도 입증책임의 완화 내지 입증책임을 전환하는 입법정책적 방안을 모색하는 것이 합리적인 접근방식이라고 생각한다.

(2) 한편, 감염병에 있어 국가의 손해배상책임을 인정한 대법원 판결(대법원 2019.3.14, 선고 2018다223825 판결)도 살펴보았다.

제1심에서는 원고 측 주장을 전부 기각하였으나, 항소심 및 상고심 판결에서, 원고 측은 메르스 의심환자 신고에 따른 진단검사, 역학조사 등의 조치를 지연하고 부실하게 한 국가의 과실과 메르스 감염 사이의 인과관계를 주장하였고, 법원은 이를 인정하여 국가는 원고에게 위자료를 지급할 의무가 있다고 판단했다. 즉, 제반사정에 비추어 질병관리본부 공무원들이 메

르스 의심환자 신고를 받고도 진단검사와 역학조사를 지체하였고, 메르스 환자에 대한 밀접접촉자나 일상적 접촉자 파악을 제대로 하지 않은 것은 현저하게 불합리하다고 인정되는 등 국가의 과실과 원고의 메르스 감염 사이의 상당인과관계가 인정된다고 보아 국가에 위자료를 지급할 의무가 있다고 판단하였다. 이와같이 국가배상 긍정 판례의 경우, 신종 감염병의 경우 그동안 알려진 사실과 정보가 많지 않아 과실 유무와 인과관계의 성립여부의 판단에 어려움이 있을 수밖에 없으므로, 이러한 경우 당시까지 알려진 사실과 정보, 이를 기반으로 감염병 대응책에 관하여 전문가들에 의해 제정된 감염병 대응지침을 기준으로 과실과 인과관계를 판단하는 것이 가장 적절한 방법이라고 생각한다.

법원 판단에는 당시 메르스 관리지침에는 밀접접촉자, 일상적 접촉자의 기준, 역학조사관의 접촉자 범위를 결정하기 위한 활동들이 제시되어 있었다는 점에서 당시 메르스 환자와 관련된 역학조사의 부실, 역학조사관의 접촉자 범위 설정 및 이들에 대한 분류, 관찰의 부실을 인정한 것으로 보여진다. 이러한 법원의 판단에는 근래 판례[73]에서 인정하고 있는 사익보호성(사인에 대한 구체적 보호의무 존재) 요건도 요구하고 있는 것으로 보인다. 따라서 본 대상 인정판례의 경우, 이번 메르스 판결 및 코로나19 소송을 계기로, 감염병 예방 및 관리영역에 있어서도 국가의 기본권 보호의무를 적용하여 확인하는 차원의 기준을 제시하고자 노력한 것으로 평가한다.

(3) 이와 같이, 감염병과 관련 국가배상책임에 있어 상반된 판결을 내린 사례들을 통해 대법원이 메르스 환자에 의해 감염된 피해자 또는 그 유족이 국가를 상대로 제기한 손해배상청구소송에서 국가의 과실과 메르스 감염의 인과관계를 주된 쟁점으로 하여 다르게 판단하고 있다는 점도 확인할 수 있다.

이러한 점에서 시사하는 바는, 메르스 사태 이후 현재 전 세계가 코로나19 팬데믹이 장기화되고 있는 시점에서, 법원은 신종감염병이라는 특수한

73) 대판 2011.9.8., 2011다34521; 대판 2010.9.9., 2008다77795; 대판 2000.6.9., 98다55949 등

상황에서 감염병 피해자 보호를 위한 일관되고 합리적인 기준을 제시하지 못하고 있다. 이후 유사한 형태의 분쟁은 계속해서 발생할 수밖에 없고, 코로나19 팬데믹 과정을 겪으면서 국민의 행정수요와 맞물려 국가 및 방역당국, 지방자치단체의 감염병 대응에 대한 책임문제는 건국이래로 새로운 국면을 맞이하는 계기가 될 수 있다.

요컨대, 국가책임문제에 있어서는 국가배상책임에 대한 해석 개념으로 과실개념의 객관화, 조직과실의 수용, 입증책임의 완화, 국가배상책임의 자기책임설 입장 등에 관한 지금까지 축적된 논의와 성과를 바탕으로 현행 국가배상법상 구성요건의 합리적 조정이 필요하다. 또한 감염병에 대한 국가의 책임에 대한 명확한 기준을 마련하는 등 감염병 예방과 관리에 대한 법률상의 미비점을 지속적으로 보완하는 차원에서 적극적인 국회의 입법을 통하여 국가배상책임의 내용을 강화하고 구체화해가는 것이 중요한 과제가 될 것이다. 다만, 기본권인 국가배상청구권의 실현을 위한 법개정은 현실문제(코로나19 피해 대책)에 직면하여 공론화 과정을 거친 경우에 비로소 개정논의가 이루어질 수 있다. 큰 문제는 작금의 정치현실상 학자들의 기왕의 논의와 축적된 성과는 그 타당성에도 불구하고 그동안의 생활정치경험에 비추어 코로나19 방역정치에 몰두하는 두 거대정당의 경쟁적 선의(populism)[74]가 국민의 생명·신체·재산의 법익을 제대로 지켜낼지 반신반의하여 정치과정에서 반영되기가 쉽지는 않을 것으로 생각한다. 지속적인 주문이 필요한 시점이다. 그러한 점에서 한편으로는 법원의 판결은 중요한 의미를 갖는다. 법원은 감염병 예방 및 관리영역에서도 배상책임 판례를 통해 주요 쟁점사항과 그 판단기준, 책임 범위 등에 관하여 합리적 법리를 도출하고 이를 명확히 제시하여야 한다. 특히, 법원 역시 국가로서 감염병 피해자의 권익보호에 적극적인 역할을 수행해야 할 책무가 막중하므로, (국민의 권리구제에 더욱 비중을 두고) 향후 코로나19 소송에서는 '메르스 감염 피해 기각판결'의 다수에서 발견되는 '국가에 대한 책임제한(면책) 사유'를 더욱 엄격하게

74) 오스트리아 경제학자 프리드리히 하이에크(Friedrich Hayek)는 "지옥으로 가는 길은 선의로 포장되어 있다."라고 일갈하지 않았던가! 코로나19 상황하에서는 특히, 정치적 선의가 아닌 행정수요에 정합적이고 과학적인 대응과 효율적이고 실질적인 구제정책 및 법제도적 규율이 필요하다.

심사하기를 기대한다. 즉, 소송실무상 피해 국민으로서는 국가배상청구권을 제대로 행사하기 위해서는 많은 시간과 노력이 소요된다는 점에서 무엇보다 용이한 법리적 접근이 가장 필요하다.

2. 전망

한편, 코로나19 등 향후 신종 감염병 소송에 대하여 전망하여 보자면, 최근 서울중앙지방법원 2022.7.12. 선고 2015가합17444 판결, 대법원 2020.6.25. 선고 2020다221136 판결(104번 환자 사건, 대법원 2019.3.14., 선고 2018다249667 판결(38번 환자 사건) 등 에서와 같이, 소송실무상 메르스 사태 당시 상황에서는 질병관리본부에서 1번 환자에 대한 역학조사를 부실하게 한 부분이 있음을 증명하였다고 하더라도 질병관리본부 등 국가의 과실과 피해자(메르스 38번 환자 등)의 사망 사이에 상당인과관계를 입증하기 어렵다면 승소하기 쉽지 않음을 확인하였다. 주로 국가의 '초기대응 부실' 책임 등을 물어 국가와 의료기관 등을 상대로 낸 손해배상청구소송에서도 이런 쟁점들이 승패를 갈랐다. 따라서 국가책임에 대한 현행 배상법제나 기존판례의 태도가 유지되는 한, 향후 코로나 19 감염병 등 신종감염병 피해에 대한 피해자의 국가배상책임의 인정여부는 결국 다음과 같은 쟁점에서 승패가 좌우될 수밖에 없을 것이다.

(1) 코로나19 확산과 관련한 국가의 과실 여부(역학조사 부실 등 고의 또는 중대한 과실 등으로 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률을 위반한 사실)와 그로 인한 감염 및 사망 등 결과(인적 · 경제적 · 정신적 피해 포함-피해자가 결과적으로 코로나19에 걸려 치료를 받았거나 사망, 그 후유증으로 인한 정신적 고통을 받았을 것임에 대한 결과에 대한 재판부의 자유심증주의에 의한 경험칙, 논리칙상 인정 여부의 추단)와의 인과관계 입증 여부가 핵심 쟁점이 될 것이며, (2) 환자 사망 당시 코로나19 관련 정부 대응 지침(방역수칙 등)이 어떠하였는지, 정부의 대응이 감염병예방법, 검역법 등 관련 법률과 상위 지침에 부합하였는지 등 위주의 내용 판단을 거쳐, 만약 고의·과실에 의한 위반사항이 발생하였다면 국가의 과실(비율)을 얼마나 인

정할지도 관건이 될 것이다. 다만, (3) 메르스 사태와는 달리 이번 코로나19의 경우, 국가배상 사안에서 예측되는 점은 첫째, 메르스 사태 당시 국가 등으로서도 감염병 대비 방역체계가 충분히 구축되지 못한 상황에서 급작스러운 감염병 창궐시 발생한 각종 분쟁에 대한 법원의 판단은 대체로 국가조치 등 미숙한 대응에 따른 과실에 대하여 일정부분 책임을 제한하는 의도에서 국가 측에 면책의 기회를 주면서도, 일부 사안의 경우, 초기대응이 객관적으로 부실한 부분이 존재하고 상대적으로 이른바 우월한 증명력을 갖췄다면 법원이 국가의 과실을 일부 인정한 것으로 평가하지만(예컨대, 예산부족 등 이유로 적절한 방역조치 등을 하지 못하였다고 국가가 항변을 하더라도 이는 불가항력으로 볼 수 없어 의무를 소홀히 한 것이나, 초기 예방의무 미흡과 조치 부실로 적절한 치료를 받지 못하여 피해가 발생한 경우 등 과실) 둘째, 코로나19의 경우에는 과거의 경험 비추어 국가가 선제적으로 고지하고 각종 지침상 대응이 다소 미흡하다고 하더라도 '중대한 과실'이 있다고 보기 어려울 수도 있으며(역학조사 등 정보공개제도를 적극 활용 등 입증 방법 모색), (4) 현행 국가배상책임법상 국가의 과실로 코로나19에 감염되어 중증도 피해, 사망 등 개별 구체적 피해가 발생하였다는 이러한 두 가지 요건을 충족하고 입증하는 것이 쉽지는 않을 것으로 예상된다. 다만, 피해자의 입장에서는 일부라도 구체적으로 입증할 수 있다면 재판에서 일부 인용의 방법으로 승소 가능성을 엿볼 수 있을 것으로 전망한다.

신종 감염병 피해에 대한 국가배상책임 - 김 학 수	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.08.26.	2022.09.06.	2022.10.07.

[참고문헌]

강현호, 행정법총론, 박영사, 2007.
김남진·김연태, 행정법 Ⅰ, 법문사, 2021.3.
김도창, 일반행정법(상), 청운사, 1993.
김동희·최계영, 행정법 Ⅰ, 박영사, 2021.
김연태, 행정법사례연습, 홍문사, 2012.3.
김중권, 김중권의 행정법, 법문사, 2019.
김철용, 행정법, 고시계사, 2012,2.
류지태·박종수, 행정법신론, 박영사, 2021.
박균성, 행정법론, 박영사, 2021.2.
박윤흔·정형근, 최신행정법강의(상), 박영사, 2009.
석종현·송동수, 일반행정법총론, 박영사, 2022.
정하중·김광수, 행정법개론, 법문사, 2022.
한견우·최진수, 현대행정법강의, 신영사, 2009.
홍정선, 행정법원론, 박영사, 2021.

김중권, 연구논단 “개헌논의에 따른 국가배상시스템의 발본적 개혁에 관한 소고”, 법률신문 뉴스, 2018.2.8.
김학수, “코로나19로 인한 영업손실보상에 대한 소고”, 공법학연구 제23권 제3호, 한국비교공법학회, 2022.8.
박현정, “프랑스 국가배상책임제도에서 위법성과 과실의 관계”, 법학논총 제29집 제2호, 한양대 법학연구소, 2012.6,
양백성, “예방접종에 따른 피해에 대한 국가보상에 관한 연구- 예방접종과 피해 사이의 인과관계 관련 쟁점들을 중심으로”, 사법, 사법발전재단, 2021.
전병주, 신종 감염병 전염과 국가의 손해배상책임에 관한 연구: 메르스 판결을 중심으로, 인문사회 21 제11권 3호, 2020.6.
정승윤, “국가배상법상 위법과 고의·과실 개념에 관한 소고”, 법학연구, 부산대 법학연구소, 2011.11.
정하명, “예방접종피해구제를 위한 인과관계입증요건 : 대상판결: 대법원 2014. 5. 16. 선고 2014두274 판결”, 행정판례연구 20-2집, 박영사, 2016.
宇賀克也, 行政法概論 Ⅱ(第2版), 有斐閣
Knudsen v. Secretary of the Department of Health & Human Services, 35 F.3d 543, 548~549(Fed. Cir. 1994)

【국문초록】

메르스 국가배상판결을 살핀 결과, 신종플루, 메르스에 이어, 코로나19에 이르기까지 신종 감염병의 창궐로 끊임없이 국민 건강과 일상생활을 위협하는 가운데, 이러한 신종 감염병에 대한 국가손해배상책임에 대한 합리적 기준을 기대하였으나, 감염병에 대한 국가손해배상책임의 기준이 일관되지 않아 혼란을 야기할 수 있다. 따라서 메르스 감염병 피해 국가배상청구소송의 주요쟁점에 대한 판결을 평가하고 향후 코로나19 등 유사 소송에서 국가배상책임의 승소 가능성을 전망하여 보았다.

1. 메르스 감염병 피해에 대하여 최근 국가의 손해배상책임을 부정한 대법원 판결(대법원 2022.6.25. 선고 2020다221136 판결과 대법원 2019.3.14., 선고 2018다249667 판결)과 2) 감염병에 있어 국가의 손해배상책임을 인정한 대법원 판결(대법원 2019.3.14, 선고 2018다223825 판결)도 살펴보았다.

신종 감염병이라는 특수한 상황에서 피해자 보호를 위한 일관되고 합리적인 기준이 정립되지 않은 것으로 메르스 사태 이후 현재 전 세계는 코로나19 팬데믹 상황이 장기화되고 있는 시점에서, 이후 유사한 형태의 분쟁이 발생할 수밖에 없고, 메르스 사태와 코로나19 팬데믹을 과정을 겪으면서 국민의 행정수요와 맞물려 국가 및 방역당국, 지방자치단체의 감염병 대응에 대한 책임은 건국 이래로 새로운 국면을 맞이한 계기가 될 것이다.

따라서 향후 국가는 감염병 예방 및 관리에 관한 보다 강력하고 효율적인 대응체계를 마련할 필요성이 있으며, 특히 방역체계의 확립(상시화)을 위해 관련 실무지침을 지속적으로 보완ㆍ정비해 나가면서 국가의 공중보건 위기 대비 체계를 점검해야 할 것이다. 더불어 국가배상책임에 대한 해석 개념으로 과실개념의 객관화, 조직과실의 수용, 입증책임의 완화, 국가배상책임의 자기책임설적 입장 등에 관한 지금까지의 축적된 논의를 바탕으로 현행 국가배상법상 구성요건의 합리적 조정이 필요하다. 또한 감염병에 대한 국가의 책임에 대한 명확한 기준을 마련하는 등 감염병 예방과 관리에 대한 법률상의 미비점을 지속적으로 보완하는 차원에서 적극적인 국회의 입법을 통하여 국가배상책임의 내용을 강화하고 구체화해가는 것이 중요한

과제가 될 것이다. 다만, 기본권인 국가배상청구권의 실현을 위한 법개정은 현실문제(코로나19 피해 대책)에 직면하여 공론화 과정을 거친 경우에 비로소 개정논의가 이루어질 수 있고, 학자들의 기왕의 논의와 축적된 성과는 그 타당성에도 불구하고 작금의 정치현실상 정치과정에서 반영되기가 쉽지 않다. 그러한 점에서 법원의 판결은 중요한 의미를 갖는다. 법원은 감염병 예방 및 관리영역에서도 국가배상책임 판례의 축적을 통해 쟁점사항과 그 기준, 책임 범위에 대하여 명확히 제시하여야 하며, 법원 역시 국가로서 감염병 피해자의 권익보호에 적극적인 역할을 도모하여야 할 책무가 막중하므로, 향후 코로나19 배상사건에서는 메르스 감염피해 기각판결의 다수에서 발견되는 국가의 책임제한(면책) 사유를 엄격하게 심사하여야 할 것이다. 즉, 소송실무상 국민이 국가배상청구권을 제대로 행사하기 위해서는 많은 시간과 노력이 소요된다는 점에서 무엇보다 용이한 법리적 접근이 가장 필요하다.

2. 한편, 코로나19 등 향후 신종 감염병 소송에 대한 전망하여 보자면, 최근 서울중앙지방법원 2022.7.12. 선고 2015가합17444 판결, 대법원 2022.6.25. 선고 2020다221136 판결(104번 환자 사건), 대법원 2019.3.14., 선고 2018다249667 판결(38번 환자 사건) 등 에서와 같이, 현행법체계와 그동안의 법원의 태도가 유지된다면, 코로나19 감염병 등 신종감염병 피해에 대한 피해자의 국가배상책임의 인정여부는 결국 다음과 같은 쟁점에서 승패가 좌우될 것으로 예상된다.

(1) 코로나19 확산과 관련한 국가의 과실 여부와 그로 인한 감염 및 사망 등 결과와의 인과관계 입증 여부가 핵심쟁점이 될 것이며, (2) 환자 사망 당시 코로나19 관련 정부 대응 지침(방역수칙 등)이 어떠하였는지, 정부의 대응이 감염병예방법, 검역법 등 관련 법률과 상위 지침에 부합하였는지 등 위주의 내용 판단을 거쳐, 만약 고의 · 과실에 의한 위반사항이 발생하였다면 국가의 과실(비율)을 얼마나 인정할지도 관건이 될 것이다. 다만, (3) 메르스 사태와는 달리 이번 코로나19의 경우, 국가배상 사안에서 예측되는 점은 첫째, 메르스 사태 당시 국가 등으로서도 감염병 대비 방역체계가 충분히 구축되지 못한 상황에서 급작스러운 감염병 창궐시 발생한 각종 분쟁에

대한 법원의 판단은 대체로 국가조치 등 미숙한 대응에 따른 과실에 대하여 일정부분 책임을 제한하는 의도에서 국가 측에 면책의 기회를 주면서도, 일부 사안의 경우, 초기대응이 객관적으로 부실한 부분이 존재하고 상대적으로 이른바 '우월한 증명력'을 갖췄다면 법원이 국가의 과실을 일부 인정한 것으로 평가하지만 둘째, 코로나19의 경우에는 과거의 경험 비추어 국가가 선제적으로 고지하고 각종 지침상 대응이 다소 미흡하다고 하더라도 '중대한 과실'이 있다고 보기 어려울 수도 있으며, (4) 현행 국가배상책임법상 국가의 과실로 코로나19에 감염되어 중증도 피해, 사망 등 개별 구체적 피해가 발생하였다는 이러한 두 가지 요건을 충족하고 입증하는 것이 쉽지는 않을 것으로 예상된다. 다만, 피해자의 입장에서는 일부라도 구체적으로 입증할 수 있다면 재판에서 일부 인용의 방법으로 승소 가능성을 엿볼 수 있을 것으로 전망한다.

【Abstract】

State Liability for Damages from Emerging Infectious Diseases
- Focusing Analysis & Evaluation on Issues of Judgments on MERS and Prospect of COVID-19 Lawsuits -

Hak-Soo Kim
(Instructor, Faculty of Public Human Resources(a law major),
Sunchon National University, Doctor of Law(Administrative Law))

When examining the state compensation judgment on MERS, although reasonable standards on state liability for infectious diseases were expected due to the outbreak of emerging infectious diseases, including swine flu, MERS, and COVID-19, constantly threatening public health and daily life, the standards are inconsistent, which may cause confusion. Therefore, the issues and related legal principles of the MERS infectious disease damage claims were reviewed, and the future possibility of winning against the state liability in similar lawsuits such as COVID-19 was predicted.

1. The recent Supreme Court judgment that denied the state liability for damages from the MERS infectious diseases (Supreme Court Judgment 2020da221136 on June 25, 2022 and Supreme Court Judgment 2018da249667 on March 14, 2019) and 2) the Supreme Court judgment that recognized the state liability for the infectious diseases (Supreme Court Judgment 2018da223825 on March 14, 2019) were also examined.

Since a consistent and reasonable standard for protecting victims in

the special situation of emerging infectious diseases has not been established, a similar type of conflict is inevitable at a time when the COVID-19 pandemic situation around the world is prolonged after the MERS outbreak. As the country experienced the MERS outbreak and the COVID-19 pandemic, the responsibility of the state, quarantine authorities, and local governments for responding to infectious diseases in line with the public's administrative demand will be an opportunity to enter a new phase since the founding of this country.

Therefore, in the future, the state needs to establish a stronger and more efficient response system for the prevention and management of infectious diseases, and in particular for the establishment of a quarantine system (making constant), the system for preparing for the public health crisis should be checked by continuously supplementing and maintaining related working guidelines. Together, based on the accumulated discussion on the objectification of the concept of negligence as an interpretation concept of the state liability for compensation, acceptance of organizational negligence, alleviating burden of proof, and the self-responsibility position of the state liability for compensation, reasonable adjustment of the elements of the current state compensation law is necessary. In addition, it will be an important task to strengthen and materialize the contents of state liability through active legislation in the National Assembly to continuously supplement legal deficiencies in the prevention and management of infectious diseases, such as establishing clear standards for the state responsibility for infectious diseases. However, the revision of the law for the realization of the right to claim state compensation, which is a basic right, can be discussed only when it has undergone a public debate in the face of real problems (COVID-19 damage countermeasures), and despite the validity, it is not easy to reflect in the current political process. In that respect, the court's

decision has an important meaning. The court should clearly present issues, standards, and scope of liability through accumulation of state compensation cases in the field of prevention and management of infectious diseases. As the court has a heavy responsibility as the state to play an active role in protecting the rights and interests of victims of infectious diseases, in future cases of compensation for COVID-19, it will be necessary to strictly examine the reasons for limiting state liability (immunity) found in many judgments of dismissing MERS infection damages. That is to say, an easy legal approach is most needed above all in that it takes a lot of time and effort for the citizens to properly exercise their right to claim state compensation in litigation practice.

2. On the other hand, when the prospect of litigation for emerging infectious diseases such as COVID-19 is looked at, as seen in the recent the Seoul Central District Court Judgment 2015gahap17444 on July 12, 2022, the Supreme Court Judgment 2020da221136 on June 25, 2022 (case of the 104th patient), the Supreme Court Judgment 2018da249667 on March 14, 2019 (case of the 38th patient), the outcome of whether or not the state compensation liability for damage caused by emerging infectious diseases such as COVID-19 is recognized is expected to depend on the following issues:

(1) The key issue will be whether or not the state is negligent in relation to the spread of COVID-19 and whether to prove a causal relationship with the consequences such as infection and death, (2) The key will also be how much the government's negligence (ratio) will be recognized if violations by intention or negligence occur, after judging the contents of the government response guidelines (such as quarantine rules) related to COVID-19 at the time of the patient's death, and whether the government's response was in accordance with related laws such as the Infectious Disease Prevention Act and Quarantine Act and

higher guidelines,

However, (3) unlike the MERS outbreak, in the case of COVID-19, what is expected in the case of state compensation is that: First, the state at the time of the MERS outbreak was not able to establish a sufficient quarantine system against infectious diseases, and various court judgments on disputes generally give the state an opportunity of immunity with the intention of limiting liability for negligence resulting from immature responses such as state measures, but in some cases, the initial response is objectively poor. And if it has relatively so-called 'superior proof', it is evaluated that the court has partially acknowledged the state's negligence. Second, in the case of COVID-19, it may be difficult to say that there is "significant negligence" even if the government preemptively notifies it in light of past experiences and responds to various guidelines. (4) Under the current State Compensation Liability Act, it is not expected to be easy to satisfy and prove these two requirements that individual specific damages such as severe damage and death occurred due to the negligence of the state. However, from the victim's point of view, if it can be proved at least part of it in detail, it is expected that the possibility of winning the case will be seen through the method of partial citation in the trial.

주제어(Keyword) : 메르스(MERS), 코로나19(COVID-19), 감염병유행(Infectious Disease Epidemic), 국가배상책임(State Compensation Liability), 상당인과관계(Significant Causal Relationship), 입증책임의 완화(Alleviating Burden of Proof)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.549

국방부 병영생활전문상담관 운영과 관련된 문제점*

이 대 일**

▶목 차◀

Ⅰ. 문제점
Ⅱ. 국방부의 병영생활전문상담관 처우 개선을 위한 노력
Ⅲ. 문제점 1: 병영생활전문상담관은 5년 이상 근무해야 무기직 계약직으로 전환 가능한 부분
1. 기간제근로자의 사용기간 제한
2. 병영생활전문상담관 채용기간 관련 근거 조항
3. 「기간제법」 제4조 제1항 제6호에 해당하는지 여부
Ⅳ. 문제점 2: 병영생활전문상담관은 연간 4차례 이상 평가받아야 하는 부분
1. 관련 근거 조항
2. 무기계약직으로 전환 후에도 평가를 통해 해고 가능한지 여부
3. 연간 4차례 이상 평가받는 것이 타당한지 여부
Ⅴ. 결론

* 이 글의 주장은 21진정0606700·21진정0119800(병합) 사건 담당조사관인 개인의 의견이며, 국가인권위원회의 공식적인 견해와는 무관하다. 다만, 국가인권위원회는 위 사건에서 2022. 3. 16. 병영생활전문상담관의 무기계약직 전환기간 단축, 전문상담관 평가 횟수 개선 등에 관하여는 국방부장관에게 i) 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」 제41조에 따라 채용된 병영생활전문상담관의 불안정한 지위의 장기화를 해소하기 위하여 같은 법 시행령 제34조 제1항에 따라 무기계약직으로 전환 가능한 기간제근로자 최대 근무기간 5년을 합리적인 기간으로 단축하고, ii) 「병영생활전문상담관 운영에 관한 훈령」 제27조 제2항 및 제7항과 제34조 제1항에서 정하고 있는 병영생활전문상담관에 대한 연4회(분기별)업무 실적 평가 주기를 연2회 정도로 조정하는 것이 바람직하다는 의견표명 결정한 바 있다.

** 국가인권위원회 사무처 군인권보호국 군인권조사과 조사관, 고려대학교 일반대학원 법학과 박사과정(형법전공).

I. 문제점

국방부는 병사들의 군 생활 고충이나 어려움을 해소하고 이에 대한 상담 등을 지원하기 위해 병영생활전문상담관을 두고 있다. 병영생활전문상담관은 2005년도 육군 훈련소 내 중대장에 의한 훈련병에 대한 인분 섭취 가혹행위 사건, 전방 GOP부대 내 총기 난사 사건을 계기로 군의 부적응자 예방 등 악성 사고를 예방하기 위해 도입되었다. 국회와 국가인권위원회는 군 내 악성 사고가 재발하지 않기 위해 장병 기본권 보장 관련 일련의 조치를 국방부에 권고하였고, 그에 따라 국방부에서는 2005년부터 '기본권 전문상담관'이란 이름으로 도입하였다.

초기에는 2005년 7월 1일부터 2006년 12월 31일까지는 '장병 기본권 전문상담관'이란 직책으로 8명(육군, 해병), 2007년에는 20명(육군, 해병),이 배치되었다가 2008년도에는 42명(육군, 해병, 사단급, 해군, 공군, 사령부급이 배치되었다가 2009년도에는 105명(민간경력자, 군 경력자 40명)으로 확대된 뒤, 2010년에는 육군, 여단급, 해군 공군 확대시행하여 148명을 배치하였고, 2011년 이후에는 육군, 연대급, 해군 공군 확대 시행하여,[1) 2)] 2021년에는 630명에 이르게 되었다.

병영생활전문상담관의 근로자 수(2005~2021)는 다음과 같다.

구분	'05~'06	'07	'08	'09	'10	'11	'12	'13	'14	'15	'16	'17	'18	'19	'20	'21
인원	8	20	42	105	106	95	148	199	246	297	346	383	383	522	633	641

각 군별 병영생활전문상담관 현황은 다음과 같다.

---

1) 국방부는 2011. 10. 20. 병영생활전문상담관 운영 규모 확대를 위해 2012년도 예산을 전년대비 17억 증액한 58.5억을 반영하였다. 병영생활전문상담관은 실탄 휴대하 24시간 경계 근무중인 GOP사단과 함대사 및 해병사단, 비행단 등에 상담관 3~4명 증원하여 복무 부적응자에 대한 상담치료 기회를 확대하였고, 그린캠프와 병역심사대 등에는 상담관을 고정 배치하였다.

2) 김광식 등, 「기본권 전문상담관 자격기준 절입을 위한 연구」, 연구보고서(서울, 한국국방연구원), 2008.

구 분	2016년	2017년	2018년	2019년	2020년	2021년 (7월 20명 추가 채용
계(명)	346	383	383	522	633	641
육군	246	271	271	366	476	487
해군	53	57	57	73	73	73
공군	28	32	32	46	46	46
국직	19	23	23	37	39	35

병영생활전문상담관은 군 생활에 따른 부적응에 관한 사항, 가족관계 및 개인 신상에 관한 사항 구타, 폭언, 가혹행위 및 집단 따돌림 등 군 내 기본권 침해에 관한 사항, 질병・질환 및 건강 악화 등 신체에 관한 사항, 장기복무 군인 가족의 자녀교육 및 현지 생활 부적응 등 사회복지에 관한 사항, 그 밖에 군 생활로 인하여 발생하는 고충이나 어려움에 관한 사항에 대한 전문적인 심리상담을 한다. 또 병영생활전문상담관은 복무 부적응을 겪고 있는 장병이 상담실을 방문시 대면 상담하거나, 출장상담, 심리검사 및 각종 집단상담 프로그램 등을 실시한다. 병영생활전문상담관은 상담 역량의 구비가 필요한 간부 및 병사에게 상담 관련 교육을 시행 또는 지도를 할 수 있으며 가능하며, 각종 심리검사 및 심리상담 결과에 대한 분석을 통해 건전한 병영문화 조성을 위한 제도적 보완사항 등을 건의를 할 수 있으며, 자살 징후자를 식별하고, 생명지킴이(게이트키퍼) 양성을 위한 군 자살예방 교관에 대한 교육 및 지도하는 임무가 있다(「병영생활전문상담관 운영에 관한 훈령」 제18조).

병영생활전문상담관 제도가 시행된 이후, 일선 부대에서는 비교적 긍정적인 평가를 받고 있다. 병영생활전문상담관 제도에 관해 병사들은 상담의 질적인 내용이나 상담관의 태도 등에 대해서는 대체로 만족했으며, 상담 이후 군 생활 스트레스가 감소하는 효과가 나타났다. 그러나 병영생활전문상담관 제도 운영에 있어서 병영생활전문상담관 집단과 인사실무자 집단 간 제도 운영에 대한 인식 차이를 분석해보면, 병영생활전문상담관의 신분과 처우에 대한 제도화 필요성이 오래전부터 꾸준히 지적되고 있다.[3] 특히 병영생활전

3) 김영태, 이현엽, 병영생활전문상담관제도의 효과성 분석 및 발전방안 탐색, 국방정책연구 제25권 제3호, 2009. p.198.

문상담관이 기간제근로자 신분을 유지하고 있는데, 이와 같은 지위에 의하면 직급 상승도 보장되지 않는다. 병영생활전문상담관은 상담 관련 자격증을 보유하며 군 상담업무를 하는 정식 직원인데도 불구하고, 군 인트라넷 이용 등에 있어서 제한이 많으며, 기간제근로자 신분에 있어서 채용 기간에서 일반 계약직근로자와 비교하여 상당히 불리한 지위에 있다.

병영생활전문상담관은「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법」에 따라 최초 채용 기간은 2년으로 하되, 필요한 경우 계속 근무한 기간이 5년을 넘지 아니하는 범위에서 1년 단위로 채용 기간을 연장할 수 있고, 이후 심사를 통해 무기계약직으로 전환된다. 이는 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」(이하 '기간제법'이라 함) 제4조 제1항 제6호 및 동법 시행령 제3조 제1항에 의하면, 다른 법령에서 기간제근로자의 사용기간을 달리 정하는 경우 2년을 초과하여 사용할 수 있다고 규정하고 있기 때문에 병영생활전문상담관의 기간제근로자 채용 시 최초 2년, 5년까지 연장되고, 5년 경과 시에는 심사 후 무기계약직 전환 가능하게 된 것이다.

병영생활전문상담관의 지위는 계약직근로자의 지위에 있으면서도 일반적인 기간제근로자나 공무직근로자와 비교하여 상당히 불리한 지위에 놓여 있다. 이와 관련하여 쟁점으로 될 수 있는 부분을 살펴보면, i) 우선 일반 계약직근로자들은 2년 이상 근무하면 무기계약직으로 전환되는데, 병영생활전문상담관들은 5년 이상 근무해야 무기계약직으로 전환 가능한 부분, ii) 일반 공무직들은 연간 2차례 평가를 받는데, 피해자와 같은 병영생활전문상담관들은 연간 4차례 이상 평가를 받고 계약 연장 여부를 심사하도록 한 부분 등이 주로 문제될 수 있다.

물론 쟁점이 될 수 있는 부분 이외에도, 무기계약직근로자들은 특별한 사유가 없는 이상 해고가 되지 않는데, 병영생활전문상담관들은 5년 이상 근무하여 무기계약직으로 전환된다 해도 평가를 통해 해고(계약 해지)가 가능한 것, 육군 중심의 효율적이지 않은 자살 예방 교관 운용 및 예하 부대 병역관리 부담 가중화, 비현실적인 출장여비 책정 및 차별적 대우, 육본, 예하부대의 일방적 지시 통보 및 병영생활전문상담관 의견 무시, 공석의 미해결로 인한 군의 자살사고 방조 및 보상 없는 헌신요구, 위협적이고 폭력적인 군

상담 환경 및 군의 2차 가해 태도, 군 상담경력에 따른 시스템 낙후 및 병영생활전문상담관 제도의 퇴보 등[4]이 여전히 문제로 볼 수 있다.

Ⅱ. 국방부의 병영생활전문상담관 처우 개선을 위한 노력

국방부는 상담관들의 전반적인 고용안정을 위한 인사 운영 방안 마련을 위해「직무분석을 통한 병영생활전문상담관 제도 개선」연구용역(2021. 3. 17. ~ 5. 16.)을 수행하였으며, 이를 토대로 제도 개선 방안을 다각적인 측면에서 검토한 바 있다. 각 군과 실무회의를 지속적으로 개최(2021. 10.)하여 제도 개선사항과 추가 훈령 개정사항을 논의한 바 있다.

연구용역결과	진행현황
임금상승구조 마련	장기과제로 논의 중
감정노동수당 신설	(완료) 감정노동휴가 신설
슈퍼바이저 수당	(완료) 슈퍼바이저에게 특수지근무 수당 지급 中
전담조직 개설 등	장기과제로 논의 중
교육훈련 제공 방안 강구	진행중인 보수교육·슈퍼바이저 교육의 실질적 개선방안 검토 중
초과근무에 대한 보상방안	(완료) 운영지침 마련 후 운영 중
근무환경 가이드라인 마련	가이드라인 마련 중

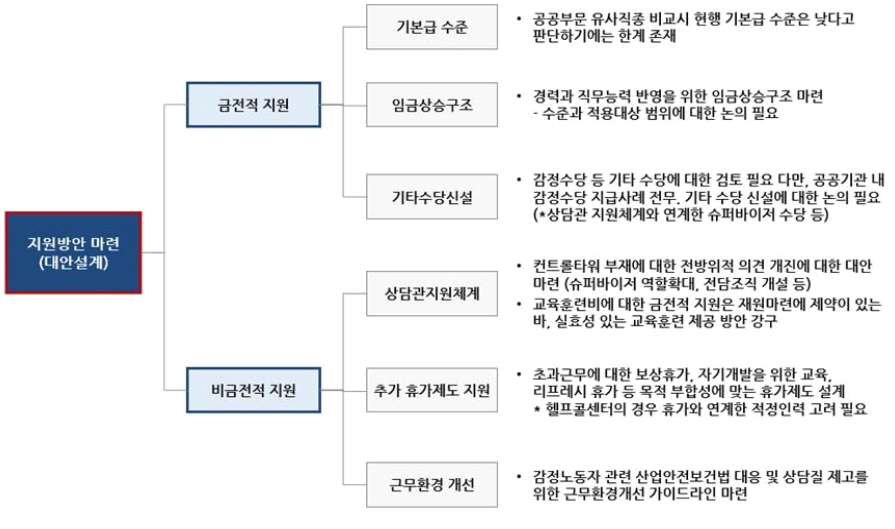
국방부는 병영생활전문상담관의 처우개선을 위하여 기획재정부 등 관계부처와 협의하여 직무 특성에 맞는 수당을 신설·증액하는 등 꾸준히 노력해 왔다. 병영생활전문상담관 노조와 실무·단체 협상(2021년 실무교섭 12회, 단체교섭 12회)을 통해 지속적인 노사 협의를 실시하고 ,「단체협약 기본합의서」를 체결(2021.7.23.)하고, 노·사 임금협약(안) 잠정 합의서 체결(2021.12.9.)

4) 2021. 9. 23. 병영생활전문상담관(630명) 익명 의견 (5년차 무기계약 전환 및 연19회평가, 무기계약후에도 계약해지, 군대내 복지 등의 차별 등의 내용은 제외)

하는 등 지속적인 소통과 대화를 통해 상담관의 처우와 근로환경을 개선하기 위해 노력하고 있다.

또한, 상담관 제도 개선을 위해 수행한 연구용역 결과에 따라 연장·야간·휴일 근로 수당에 대한 지침 마련 및 수당 지급(2021. 8.), 병영생활전문상담관의 감정노동에 대한 보상으로 연1일 감정노동 휴가를 신설하여 훈령 개정(2021. 9.), 상담관 출장비를 월 7만원에서 12만원으로 증액하도록 '22년 예산에 반영하는 등 처우 개선을 추진 완료하였으며, 지원 방안 마련을 지속 추진하고 있다.

국방부는 연구용역 결과 및 민관군합동위원회의 권고내용(군 심리지원 인프라 혁신 : 병영생활전문상담관 자격요건 강화 및 그에 상응하는 처우 개선 병행 추진)에 따라 우수 상담관이 상담 역량을 충분히 발휘할 수 있는 환경 및 여건을 마련을 지속 추진할 것으로 보인다.



그러나 이와 같은 국방부의 노력에도 불구하고, 병영생활상담관의 지위(기간제근로자)가 가지는 한계로 인해 i) 병영생활전문상담관은 5년 이상 근무해야 무기직계약직으로 전환 가능한 부분과 ii) 병영생활전문상담관은 연간 4차례 이상 평가받아야 하는 부분 등의 치명적인 문제점이 여전히 남아 있다.

Ⅲ. 문제점 1: 병영생활전문상담관은 5년 이상 근무해야 무기직계약직으로 전환 가능한 부분

1. 기간제근로자의 사용기간 제한

원칙적으로 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복 갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다. 다만 예외적으로 일정한 경우에 해당되는 경우에 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있도록 규정하고 있다(「기간제법」 제4조(기간제근로자의 사용).

이와 같이 예외를 둔 취지는 2년을 넘어 상당한 기간 동안 기간제근로자를 사용하는 것이 불가피하거나 사용기간을 제한하지 않아도 다시 취업할 가능성이 높다는 등의 특성을 고려하여 예외를 둔 것이다.[5]

외국의 입법례에서도 유럽연합(EU)는 기간제 고용지침에서 기간제 근로계약의 반복 갱신으로 인한 남용을 방지하기 위하여, 기간제 근로계약의 갱신을 정당화할 만한 객관적 사유, 기간제 근로계약 반복 갱신의 최대기간, 반복 갱신의 횟수 중에서 하나 이상의 조치를 취할 것을 요구하고 있다. 독일도 기간제 근로계약은 객관적인 사유가 있는 경우에 허용됨을 원칙으로 하고 있고, 예외적인 경우에 객관적인 사유가 없는 경우에 기간제 근로 계약을 허용하고 있으며, 프랑스는 원칙적으로 사용 사유 제한을 채택하고 있다.[6]

2. 병영생활전문상담관 채용기간 관련 근거 조항

계약직근로자들은 2년 이상 근무하면 무기계약직으로 전환되는데, 병영생활전문상담관들은 5년 이상 근무해야 무기계약직으로 전환 가능하다. 국방부장관은 병영생활전문상담관을 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관

---

5) 임종률, 노동법(제8판), 박영사, 2009. p.588.

6) 김노원, 기간제근로자의 노동법상 보호와 개선방안, 아주대학교 박사학위논문, 2011, p.103.

한 법률」 제2조 제1호에 따른 기간제근로자로 채용하여 전문상담관으로 임명하려는 경우 최초의 채용 기간은 2년으로 하되, 필요한 경우 계속 근무한 기간이 5년을 넘지 아니하는 범위에서 1년 단위로 채용 기간을 연장할 수 있다(「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」 제34조)

이와 관련하여 상위법인 「기간제법」에서, "...다른 법령에서 기간제근로자의 사용 기간을 달리 정하는 경우 2년을 초과하여 사용할 수 있다."고 규정하고 있으므로 병영생활전문상담관의 기간제근로자 채용 (최초 2년 계약 후 5년까지 연장 가능하며, 5년 경과 시 심사 후 무기직 전환)은 일응 타당한 것처럼 보일 수 있다.

병영생활전문상담관의 무기계약직 전환에 필요한 계속 근로기간은 다음과 같다.

분류	계속 근로기간	비고
병영생활 전문상담관	5년	「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」 제34조 근거하여 「기간제법」 예외 해당
일반 계약직	2년	「기간제법」 제4조 제2항 적용

「기간제법」 제4조 제1항 단서 규정은 다음과 같다.

「기간제법」

제4조(기간제근로자의 사용)

① 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있다.

1. 사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우
2. 휴직·파견 등으로 결원이 발생하여 해당 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우

3. 근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우
4. 「고령자고용촉진법」 제2조 제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우
5. 전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우와 정부의 복지정책·실업대책 등에 따라 일자리를 제공하는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우
6. 그 밖에 제1호부터 제5호까지에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

국방부장관은 병영생활전문상담관을 「기간제법」 제4조 제1항 단서에 따라 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용하려면, 「기간제법」 제4조 제1항 제6호('제1호부터 제5호까지에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우'로서 '대통령령으로 정하는 경우')에 해당하여야 한다. 따라서 「기간제법」 제4조 제1항 제6호에 해당하는지 다음과 같이 살펴볼 필요가 있다.

3. 「기간제법」 제4조 제1항 제6호에 해당하는지 여부

(1) 서설

「기간제법」 제4조 제1항 제6호에 해당하려면, i) '제1호부터 제5호까지에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우'로서, ii) '대통령령으로 정하는 경우'이어야 한다.

(2) 형식적 요건: '대통령령으로 정하는 경우'

'다른 법령에서 기간제근로자의 사용 기간을 법 제4조제1항과 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우'는 「기간제법」 제4조 제1항 제6호에서 "대통령령이 정하는 경우"에 해당한다(「기간제법 시행령」 제3조 제3항 제1호).

「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 시행령」
제3조(기간제근로자 사용기간 제한의 예외)
③ 법 제4조 제1항 제6호에서 "대통령령이 정하는 경우"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.
1. 다른 법령에서 기간제근로자의 사용 기간을 법 제4조제1항과 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우

「기간제법」에서 정한 사용기간 및 그 예외 사유는 국민의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치는 중요한 사항이므로, 「기간제법 시행령」 제3조 제1항 제1호 내 '다른 법령'의 범위는 국회, 국무회의 의결 절차를 거치는 '법률' 또는 '대통령령'에 상당하는 경우로 한정하여 해석할 수 있다.[7] 또한 이 '다른 법령'에는 '조례'는 포함되지 않는다.

이에 대해서는 고용노동부 기간제법 업무매뉴얼(2019)에서도 같은 입장을 취하고 있다.

〈기간제법업무매뉴얼, 고용노동부(2019)〉

＊인정예

- 지방공무원임용령 제21조의4제1항에서 임기제 공무원의 사용기간을 5년의 범위 내에서 해당 사업을 수행하는데 필요한 경우(고용노동부 고용차별개선과-137, 2015. 1. 19.)
- 사립학교법 제54조의4 제4항에서 기간제교원의 임용기간을 정한 경우(고용노동부 차별개선과-1974, 2008. 10. 21.)
- 초중등교육법 시행령 제42조 제5항에서 영어 회화 전문 강사가 필요한 경우 계속 근무한 기간을 4년을 초과하지 아니하는 범위에서 사용할 수 있다고 규정한 경우(고용노동부 고용차별개선과-2257, 2014. 11. 11.)

7) 기간제법 업무매뉴얼, 고용노동부(2019)

따라서 이에 의하면, “국방부장관은 병영생활전문상담관을 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 기간제근로자로 채용하여 전문상담관으로 임명하려는 경우 최초의 채용 기간은 2년으로 하되, 필요한 경우 계속 근무한 기간이 5년을 넘지 아니하는 범위에서 1년 단위로 채용 기간을 연장할 수 있다.”는 규정은「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」제34조이므로, 「기간제법」에서 정한 사용기간 및 그 예외 사유를 정한 규정에 대한 형식적 요건(‘대통령령으로 정하는 경우’)은 갖춘 것으로 판단된다.

(3) 실질적 요건: ‘제1호부터 제5호까지에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우’

1) 문제점

국방부가 병영생활전문상담관을 채용하는데 있어서, 「기간제법」제4조 제1항 1호(사업의 완료 또는 특정한 업무의 완성에 필요한 기간을 정한 경우), 2호(휴직・파견 등으로 결원이 발생하여 해당 근로자가 복귀할 때까지 그 업무를 대신할 필요가 있는 경우), 3호(근로자가 학업, 직업훈련 등을 이수함에 따라 그 이수에 필요한 기간을 정한 경우), 4호(「고령자고용촉진법」제2조 제1호의 고령자와 근로계약을 체결하는 경우)에 준하는 사유가 있는 것이 아님은 분명하다.

다만, 병영생활전문상담관의 지원 자격은 일정한 자격증을 보유하고 상담한 경험 또는 기타 군 경력 등을 필요로 하고 있으므로, 제5호(전문적 지식・기술의 활용이 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우)에 준하는 합리적 사유가 있는지 검토할 필요가 있을 것이다.

2) ‘제5호(전문적 지식・기술의 활용이 필요한 경우)에 준하는’

제5호를 둔 취지는 의사, 변호사 등 전문성과 직업능력이 높은 전문 직종은 기간 제한을 통해 보호할 필요성과 당위성이 상대적으로 낮으므로 기간제근로자의 사용 제한 예외를 인정한 것이다.[8)]

병영생활전문상담관은 다음과 같이 대통령령으로 정하는 심리상담 또는

사회복지분야 관련 자격증을 소지하고 일정 기간 상담 경험이 있는 사람이 채용될 수 있다. 구체적인 지원 자격기준에 대해서는 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」 제32조(전문상담관의 자격기준)에 규정되어 있으며, 지원에 필요한 자격증(심리상담 또는 사회복지분야 관련 자격증)이 무엇인지에 대해서는 군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령 [별표 2]에 규정하고 있다.

「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」
제32조(전문상담관의 자격기준)

① 법 제41조 제5항 제1호에서 "대통령령으로 정하는 심리상담 또는 사회복지분야 관련 자격증을 소지하고 일정 기간 이상의 상담경험이 있는 사람"이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 별표 2에 따른 심리상담 또는 사회복지분야 관련 자격증을 소지하고 있는 사람을 말한다.

1. 5년 이상의 상담경험이 있는 사람
2. 심리상담 또는 사회복지분야와 관련된 학사학위를 소지한 사람으로서 3년 이상의 상담경험이 있는 사람
3. 심리상담 또는 사회복지분야와 관련된 석사 이상의 학위를 소지한 사람으로서 2년 이상의 상담경험이 있는 사람

② 법 제41조제5항제2호에서 "대통령령으로 정하는 자격을 갖추고 일정 기간 이상의 군 복무 경력이 있는 사람"이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 병과별(兵科別)로 국방부장관이 정하는 일정 기간 이상의 군 복무 경력이 있는 사람을 말한다.

1. 별표 2에 따른 심리상담 또는 사회복지분야 관련 자격증을 소지하고 있는 사람
2. 심리상담 또는 사회복지분야와 관련된 학사 이상의 학위를 소지한 사람

8) 김노원, 기간제근로자의 노동법상 보호와 개선방안, 아주대학교 박사학위논문, 2011, p.93..

병영생활전문상담관은 i)「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」 [별표 2] 심리상담 또는 사회복지분야 관련 자격증(제32조 관련)의 자격증을 소지하고, ii) 상담 경험(「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」 제32조 제1항) 또는 일정 기간 이상의 군 복무 경력이 있는 사람(「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」 제32조 제2항)이 지원할 수 있다.

「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」 [별표 2]
심리상담 또는 사회복지분야 관련 자격증(제32조 관련)

1. 「자격기본법」 제2조제4호에 따른 국가자격 중 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 국가자격증
   가. 국가기술자격법령에 따른 임상심리사 및 직업상담사
   나. 「사회복지사업법」 제11조제1항에 따른 사회복지사
   다. 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」 제17조제2항에 따른 정신건강임상심리사 또는 정신건강사회복지사
   라. 「초・중등교육법」 제21조제2항에 따른 전문상담교사
   마. 「청소년기본법」 제22조제1항에 따른 청소년상담사
2. 「자격기본법」 제2조제5호에 따른 민간자격 중 국방부장관이 제1호에 준하는 자격으로 인정하여 고시하는 자격의 자격증

‘상담 경험’과 ‘일정 기간 이상의 군 복무경력이 있는 사람’이 무엇인지에 대해서는「병영생활전문상담관 운영에 관한 훈령」제10조는 다시 이를 구체화하고 있다.

「병영생활전문상담관 운영에 관한 훈령」
제10조(지원자격)
① 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」 제32조 제1항의 상담 경험은 이상 심리증세의 치료를 위한 대면 및 집단상담 등 실제 상담한 경험(상담 관련 업무 종사 경험 제외)을 말하며, 세부 인정기준은 위원회에서 정한다.
② 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」 제32조 제2항의 국방부장관이 정하는 병과별 일정기간 이상의 군 복무경력은 10년 이상으로 한다. 다만 군종병과 장교는 1년 이상으로 한다.
③ 국방부장관(인사기획관)은 제1항, 제2항 지원자의 자격증의 등급에 따라 선발심사위원회에서 심사하여 선발과정에 반영할 수 있다.

2022년 병영생활전문상담관 모집공고에 따르면 다음과 같은 지원 자격 요건을 명시하였다.

□ 지원 자격
❍ 아래 자격증 중 하나와 학력·경력 중 하나를 충족하는 사람
※ 자격증 + 학력/경력 ⇒ 동시 충족해야 함
※ 상담 관련 전문 자격증 우대 (상담심리, 임상심리)

구분	내 용
자격증	▪ **민간자격 중 국방부장관이 인정하여 고시하는 자격증** 임상심리 전문가(한국임상심리학회), 상담심리사 1·2급(한국상담심리학회), 전문상담사 1·2급(한국상담학회), 군상담수련전문가(대한군상담학회), 군상담심리사1·2·3급(대한군상담학회), 한상담수련전문가(한상담학회), 한상담전문가 1·2급(한상담학회), 가족상담전문가 수련감독전문가(한국가족문화상담협회), 가족상담전문가

	1·2급(한국가족문화상담협회), 사티어가족상담전문가 지도감독(한국사티어변형체계치료학회), 사티어가족상담전문가 1급(한국사티어변형체계치료학회) ※ 국가기관(한국직업능력개발원)에 등록된 자격증에 대해 '17년 전문가 평가를 통해 선정된 결과이며, 향후 신규 등록 자격증 및 기존 자격증의 변경사항에 대해 지속 평가하여 재 고시 및 변경 적용 가능 ▪ **국가자격증** 임상심리사(한국산업인력공단), 직업상담사 (한국산업인력공단), 사회복지사(보건복지부), 정신보건임상심리사(보건복지부), 정신보건사회복지사(보건복지부), 전문상담교사(교육부), 청소년상담사(여성가족부)
학 력 / 경 력	▪ 아래 요건 중 하나를 충족하는 자 ① 5년 이상의 상담경험이 있는 사람 ② 심리상담 또는 사회복지 분야와 관련된 학사학위 소지자로서 3년 이상의 상담경험이 있는 사람 ③ 심리상담 또는 사회복지 분야와 관련된 석사 이상의 학위소지자로서 2년 이상의 상담경험이 있는 사람

❍ 10년 이상 군 경력자(군종병과 장교 1년 이상)는 아래요건 중 하나를 충족하는 경우 응시 가능

① 심리상담 또는 사회복지 분야 관련 자격증을 소지한 사람 (단, 자격증은 위의 자격증과 동일) ② 심리상담 또는 사회복지분야와 관련된 학사이상 학위를 소지한 사람

※ 위의 자격증, 학력·경력은 병영상담관에 응시가 가능한 최소 요건임.
※ 자격증 등은 심의위원회에서 심사 후 선발과정에 평가결과를 반영
※ 학력·경력요건 미달자 및 국가공무원법 제33조 해당자 선발 배제

병영생활전문상담관은 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」 제32조 제1항에 따라 적어도「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」 [별표 2] 의 자격증을 보유하여야 지원 가능하다. 이와 같은 자격증 보유자가 과연 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 시행령」 제3조 제1

항 제3호에서 말하는 전문자격 소지자에 해당하는지 문제된다. 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 시행령」 제3조 제1항 제3호에 해당한다면, 「기간제법」 제4조 제1항 제5호(전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우)에 준하는 경우로 보아 「기간제법」 제4조 제1항 제6호에 따라 병영생활전문상담관의 채용 기간을 5년 이상으로 할 수도 있을 것이다.

「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 시행령」
제3조(기간제근로자 사용기간 제한의 예외)
① 법 제4조제1항제5호에서 "전문적 지식·기술의 활용이 필요한 경우로서 대통령령이 정하는 경우"란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.
1. 박사 학위(외국에서 수여받은 박사 학위를 포함한다)를 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우
2. 「국가기술자격법」 제9조제1항제1호에 따른 기술사 등급의 국가기술자격을 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우
3. 별표 2에서 정한 전문자격을 소지하고 해당 분야에 종사하는 경우

「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 시행령」[별표 2]에는 다음과 같이 전문자격의 종류(제3조 제1항 제3호 관련)를 25가지 열거하고 있다.

「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 시행령」[별표 2]
전문자격의 종류(제3조제1항제3호 관련)
1. 「건축사법」 제7조에 따른 건축사
2. 「공인노무사법」 제3조에 따른 공인노무사
3. 「공인회계사법」 제3조에 따른 공인회계사

4.「관세사법」제4조에 따른 관세사
5.「변리사법」제3조에 따른 변리사
6.「변호사법」제4조에 따른 변호사
7.「보험업법」제182조에 따른 보험계리사
8.「보험업법」제186조에 따른 손해사정사
9.「부동산가격공시 및 감정평가에 관한 법률」제23조에 따른 감정평가사
10.「수의사법」제2조제1호에 따른 수의사
11.「세무사법」제3조에 따른 세무사
12.「약사법」제3조에 따른 약사
13.「약사법」제4조에 따른 한약사
14.「약사법」제45조에 따른 한약업사
15. 대통령령 제14319호 약사법 시행령 일부개정령 부칙 제2조에 따른 한약조제사
16.「의료법」제5조에 따른 의사
17.「의료법」제5조에 따른 치과의사
18.「의료법」제5조에 따른 한의사
19.「경영지도사 및 기술지도사에 관한 법률」제3조에 따른 경영지도사
20.「경영지도사 및 기술지도사에 관한 법률」제3조에 따른 기술지도사
21.「항공법」제26조에 따른 사업용조종사
22.「항공법」제26조에 따른 운송용조종사
23.「항공법」제26조에 따른 항공교통관제사
24.「항공법」제26조에 따른 항공기관사
25.「항공법」제26조에 따른 항공사

그런데「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 시행령」[별표 2]에 열거된 전문자격증에 대해 살펴보면, 25가지로 열거하고 있는데 기타 사유가 명시되어 있지 아니한 것으로 보아 예시 규정이 아니라 열거 규정으로 해석할 수 있다.

또한 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률 시행령」[별표 2]에 열거된 자격증에는 '전문'자격증으로 명시되어 있고, 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」 [별표 2] 심리상담 또는 사회복지분야 관련 자격증(제32조 관련)에는 '전문'이라는 문구가 존재하지 아니하므로, 관련 규정을 아무리 유추 해석한다고 하더라도, 병영생활전문상담관의 지원 자격에 필요한 자격증을 '전문'자격증으로 해석하기는 어려워 보인다.

3) '합리적인 사유'가 있는지 여부

「기간제법」 제4조 제1항은 사용자가 기간의 정함이 있는 근로계약을 2년의 범위에서 체결하도록 하는 취지는 기간제근로자가 지나치게 긴 시간 동안 불안정한 지위에 놓여있는 것을 방지하고자 하는데 있다. 무기계약직으로 전환되는데 필요한 기간이 길어지면 길어질수록, 기간제 근로자인 병영생활전문상담관은「기간제법」의 입법목적의 선의(고용안정과 근로조건의 개선)에도 불구하고 고용불안을 심화시키고 기간제근로자의 지위를 더욱 열악한 상황으로 몰릴 수 있다.[9]

기간제근로자는 언제나 해고의 불안에 시달리고 근로조건도 열악하다. 기간제 근로자들이 2년이 지난 후 무기계약직으로 전환되지 아니하고 다른 일자리를 찾는데 실패한다면 실업 상태에 놓이게 된다.「기간제법」의 제정 취지는 기간을 정한 계약을 체결하더라도 그 기간을 가급적 축소하여 근로자가 불안정한 지위에 장시간 놓이는 것을 방지하는데 있다. 그래서 「기간제법」 제정 이전에는 「구 근로기준법」 제23조에서 그 기간을 1년으로 제한한 바도 있다.

병영생활전문상담관의 입장에서도 무기계약직으로 전환되는 기간이 길면 길수록 실업의 확률이 높아져 그 지위가 더욱 열악해질 수 밖에 없다.

병영생활전문상담관 중 5년 이상 근무한 무기계약 심의 대상자 및 미계약 체결 인원과 비율은 다음과 같다.

---

9) 헌재2010헌마219,265(병합) 2013. 10. 24. 기간제 및 단시간근로자 보호등에 관한 법률 제4조 위헌확인사건, 재판장 이정미, 재판장 조용호 반대의견

명 연도	무기계약 심의 대상자 (A)	무기계약	무기계약 미체결(B)	희망 퇴직자	미체결 비율 (B/A)
2016	31	29	2	-	6.4%
2017	41	38	3	-	7.3%
2018	48	47	-	1	0%
2019	2	2	-	-	0%
2020	86	86	-	-	0%
2021	41	41	-	-	0%
계	249	243	5	1	2%

병영생활전문상담관의 최근 5년간 재계약 미체결 비율은 다음과 같다. 이들은 다른 전문자격증 보유자들처럼 이직 선택이 쉽지는 않은 것으로 보인다.

명 연도	재계약 심의 대상자 (A)	재계약	재계약 미체결 (B)	희망 퇴직자	미체결 비율 (B/A)
2016	125	111	14	-	11.2%
2017	145	136	8	1	5.5%
2018	174	166	7	1	4%
2019	211	209	2	-	0.9%
2020	169	166	3	-	1.8%
2021	205	203	2	-	0.9%
계	1,029	991	36	2	3.5%

국방부 입장에서도 병영생활전문상담관을 굳이 장시간 동안 불안정한 지위에 놓이게 해야 할 합리적 이유는 찾기 어렵다. 오히려 병영생활전문상담관이 안정적인 지위에서 병사들과 상담할 수 있는 것이 병영생활전문상담관 본연의 임무를 충실히 하는데 도움이 될 것이다.

한편, 고용노동부 질의회시집(2018.12.)에 의하면, i) 간호사, 사회복지사, 의무기록사, 치위생사, 치기공사, 물리치료사 등 해당 분야의 자격증을 소지한 사람은 「기간제법」 제4조 제1항 제5호에 해당하지 않는다고 보았으므로, 병영생활전문상담관 모집공고에 명시된 지원요건 자격증을 소지한 병영생활전문상담관에게 제5호에 준하는 사유로 인정되기는 어려워 보이며, ii)「기간제법」 제4조 제1항 제6호가 적용되는 기준으로서 「통계법」 제22조에 따라 고시한 한국표준직업분류의 대분류 2 전문가 및 관련 종사자의 「소득세법」 제20조 제1항에 따른 근로소득(최근 2년간의 연평균 근로소득을 말한다)이 노동부장관이 최근 조사한 임금구조기본통계의 한국표준직업분류 대분류 2의 근로소득 상위 25%에 해당하는 경우(고소득자인 경우)에 한하여 기간제 근로자를 2년을 초과하여 사용하더라도 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 근로자로 보지 않도록 사용기간 제한의 예외를 인정하고 있다. 병영생활전문상담관은 이 기준에 의하더라도 2022년 모집공고 기준 세전 월 314만원 수준(4대보험 및 요양보험 개인 부담금 및 원천징수세액 포함)의 급여이어서, 고용노동부장관이 조사한 고용형태별근로실태조사의 한국표준직업분류(통계청 고시 제2017-191호) 대분류 2 직업에 종사하는 자(전문가 및 관련 조사자)의 근로소득 상위 100분의 25에 해당하는 금액은 66,393,000원 (세후 실수령액 약 4,541,740원)에는 미치지 못한다. 따라서 고용노동부 질의회시집(2018.12.) 기준에 의하더라도 기타 문제가 될 수 있는 「기간제법」 제4조 제1항 제6호 기타 다른 기준에도 부합하지는 않는다고 판단된다.[10]

4) 소결[11]

국방부장관이 병영생활전문상담관의 기간제근로자 사용기간을 5년으로 할 수 있는 근거 조항은「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」 제34조에 규정되어 있으므로 형식적 요건('대통령령으로 정하는 경우')은 갖춘 것으로 판단된다. 그러나「기간제법」 제4조 제1항 제5호(전문적 지식・기술

10) 고용노동부, 기간제법 질의회시집, 2019. p.578-p.619.

11) 국가인권위원회 2022. 3. 16. 21진정0606700·21진정0119800(병합) 결정

의 활용이 필요한 경우)에 준하는 경우로 보기 어렵고, 그에 준하는 합리적인 사유이 있다고 보기는 어려우므로,「기간제법」에서 정한 사용기간 및 그 예외 사유를 정한 규정에 대한 실질적 요건('제1호부터 제5호까지에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우')은 갖추지 못한 것으로 판단된다. 그러므로「기간제법」제4조 제1항 제6호를 적용하여 병영생활전문상담관에 대해 2년을 초과하여 채용할 수 없다고 판단된다.

「기간제법 시행령」제3조 제3항에서는 다른 법령에서 기간제근로자의 사용기간을 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우에는 기간제근로자 사용기간 제한의 예외를 인정하고 있다. 이에 따라「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」제34조 제1항은 병영생활상담관에 대하여"최초의 채용 기간은 2년으로 하되, 필요한 경우 계속 근무한 기간이 5년을 넘지 아니하는 범위에서 1년 단위로 채용 기간을 연장할 수 있다."고 규정하고 있다. 이에 따라 전문상담관의 경우에는 5년 기간 내에서 기간제근로자의 지위에 머물 수밖에 없다.

전문상담관의 무기계약직 전환에 관한 근거 규정은 「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행된다. 이 기간이 지나지 않으면, 상담관의 역량이나 자질과 무관하게 무기계약직으로 전환되는지 여부에 관한 심사도 가능하지 아니하다. 위 5년이라는 기간은 「구 근로기준법 제23조」에서의 1년이라는 기간보다도 길며, 현행법인「기간제법」제4조 제2항에서의 2년이라는 기간보다도 긴 기간에 해당한다.

무기계약직 전환조건이 5년인 전문상담관은 장기간 불안정한 지위에 있을 수 있으며, 다른 계약직근로자보다 2.5배 긴 기간 동안 해고의 위험이 유지된다. 결국 전문상담관은 5년간 불안정한 기간제근로자의 지위로 남든지, 직장을 떠나든지 양자택일만을 강요받는 것이 되고, 그로 인해 전문상담관과 그들의 가족은 불안정한 지위로 인해 5년 뒤 생계에 위협이 될 소지가 있다.

따라서 전문상담관의 채용 기간을 전문상담관의 불안정한 지위를 고려하여 합리적인 범위로 그 기간을 단축하는 것으로 개정할 필요가 있다. 그러므로「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」제34조 제1항에서 전

문상담관 채용 기간을 현행 5년에서 합리적인 기간으로 축소할 필요가 있다고 본다.

Ⅳ. 문제점 2 : 병영생활전문상담관은 연간 4차례 이상 평가 받아야 하는 부분

1. 관련 근거 조항

‘병영생활전문상담관’은 근무성적평가(700점)를 매분기별로 연 4회 실시하고, 5월과 9월 상담사례평가(각 75점, 총 150점), 이론 및 실기 평가(총 150점)을 실시하여 그 결과(총 1000점)는 재계약 등 심의자료로 활용할 수 있다(「병영생활전문상담관 운영에 관한 훈령」 제27조 제1항, 제7항) 병영생활전문상담관이 매월 제출한 업무수행실적서 등을 근거로 분기별로 업무실적평가 회의를 실시한다(「병영생활전문상담관 운영에 관한 훈령」 제34조).

2. 무기계약직으로 전환 후에도 평가를 통해 해고 가능한지 여부

병영생활전문상담관은 기간제근로자 지위에 있으므로 지위가 열악하다. 이에 따라 병영생활전문상담관 630명은 국가인권위원회에 진정을 제기한 바 있다.[12)]

> 2015년 7월부터 6년간 육군에서 병영생활전문상담관으로 일하던 A씨는 지난해 7월 5년 만에 무기계약직으로 전환됐다. 그런데 무기계약직 생활은 오래 가지 못했다. 갑자기 올해 5월 부대 지휘관에게서 근로계약

12) 정소희, 2021. 8. 19. 국방부 병영생활전문상담관은 “파리 목숨”, 매일노동뉴스, 2022. 8. 15. 접속http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=204486

해지통보서를 받았고 6월 말에는 일을 그만둬야 했다. 계약해지 사유는 “지난해 근무성적평가 결과 D등급(미흡)을 3회 이상 받았고, 장병 상담 후 지휘관과 참모에게 상담 결과 공유가 미흡했다는 것”이었다. A씨는 “해고는 전혀 예상하지 못한 일”이라며 “자살상황이나 위기 상황이 아닌데도 지휘관이 (병사 상담 결과에 대한 공유를) 과도하게 요구했는데, 내담자를 보호할 의무가 있어 상담자로서 소신을 갖고 말했지만 받아들여지지 않았다”고 말했다.

비단 A씨만의 일은 아닌 듯하다. 18일 오전 국방부 병영생활전문상담관들이 서울 중구 국가인권위원회를 찾았다. 국방부가 상담관을 △예외적으로 5년간 기간제로 사용할 수 있도록 허용하고 △무기계약직을 업무평가로 계약해지하고 △연간 4회 이상 업무평가로 계약연장 여부를 심사한 것은 차별적 행위라고 목소리를 높였다. 상담관들의 위기의식이 그만큼 높다는 방증이다.

출처 : 매일노동뉴스(http://www.labortoday.co.kr)

사용자는 기간제근로자가 상시적이고 지속적인 업무슬 수행하고 있는 경우에는 기간의 정함이 없는 근로자로 전환하도록 노력해야 한다. 사용자는 상시적이고 지속적인 업무를 수행하는 기간제근로자를 기간의 정함이 없는 근로자로 전환하기 위하여 전환 대상 업무, 전환 대상자 등을 선정하는 경우에 기간제근로자의 의견 등을 청취하여 합리적이고 공정한 기준, 방법 및 절차 등을 마련하고 해당 사업 또는 사업장의 기간제근로자가 알 수 있도록 공지해야 한다.

기간의 정함이 없는 근로자로 전환되는 근로자의 근로조건 및 복리후생 등에 대해서는 사용자와 해당 근로자가 기간의 정함이 없는 근로자에게 적용되는 단체협약, 취업 규칙 등을 고려하여 결정한다. 기간의 정함이 없는 근로자로 전환되는 근로자의 임금, 정기적으로 지급되는 상여금, 경영성과에 따른 성과금, 그 밖에 근로조건 및 복리 후생 등에 관한 사항에 있어서 다른 특별한 사정이 없는 한 동종 또는 유사한 업무를 수행하는 기존의 기

간의 정함이 없는 근로자에 비하여 차별적 처우를 하지 않도록 노력한다.

무기계약직근로자들은 기간의 제한이 없는 근로자에 해당하는데, 병영생활전문상담관들은 5년 이상 근무하여 무기계약직으로 전환되어도 평가를 통해 해고(계약 해지)가 가능하다.

병영생활전문상담관 중 5년 이상 근무하고 무기계약자로 전환되었다가, 근무성적 저조 등으로 계약 해지된 인원은 다음과 같다.

구분	2016	2017	2018	2019	2020	2021
인원	-	-	-	-	-	3명

무기계약직으로 전환된 이후에도 평가를 통해 병영생활전문상담관을 해고할 수 있는 관련 근거 조항은 「병영생활전문상담관 운영에 관한 훈령」제29조이 있다.「병영생활전문상담관 운영에 관한 훈령」제29조 제1항 제9호에 의하면, '사회통념상 근로계약을 유지시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 경우'계약 해지 사유에 해당하며, 이 경우 제2항에 따라 계약해지 심의위원회의 의결을 거쳐 계약을 해지할 수 있다.

일반적으로 무기계약직에 대한 해지 규정은 별도로 규정되어 있지 아니하다. 다만 병영생활전문상담관도 공무직근로자에 해당하며, 공무직근로자도 무기계약직에 해당하므로 공무직 근로자의 근로계약 해지에 관한 규정인「공무직 근로자 등 인사관리 훈령(국방부훈령)」제23조를 살펴볼 수 있다.

공무직 근로자에게 적용되는 계약 해지 규정은 다음과 같다.

「공무직 근로자 등 인사관리 훈령」(국방부훈령)
제23조(근로계약의 해지 등)
① 공무직근로자 등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 근로계약은 당연히 해지된다.
1. 정년에 도달한 경우

2. 사망한 경우
3. 계약기간이 만료된 경우
4. 형사사건에 기소되어 금고 이상의 형이 확정된 경우
5. 피성년후견인 또는 피한정후견인

② 채용권자는 공무직근로자 등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 근로계약서상 계약기간 중임에도 불구하고 근로계약을 해지할 수 있다.

1. 신체 또는 정신상의 이상으로 업무수행이 곤란하게 된 때
2. 고의나 중대한 과실로 인하여 소속 기관 및 부대에 손해를 초래하거나 소속 기관 및 부대의 명예를 손상한 때
3. 공무직근로자 등 의무규정, 근무시간 등 복무사항을 위반하여 근로관계를 유지할 수 없는 사정이 발생한 때
4. 공무직근로자 등이 수행하는 사업 예산의 축소 또는 사업 자체가 폐지되는 등으로 근로계약을 유지할 수 없는 경우
5. 거짓 또는 부정한 방법으로 채용된 사실이 적발된 때
6. 직무를 수행하는데 필요한 자격증의 효력이 없어지거나 면허가 취소되어 담당 직무를 수행할 수 없게 된 때
7. 사회통념상 근로계약을 유지시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 경우
8. 근무성적이 극히 불량하여 근로관계를 계속 유지하기 어려운 경우
9. 그 밖의 근로관계를 유지할 수 없는 사정이 발생한 때

병영생활전문상담관의 근로계약 해지 규정을 살펴보면 다음과 같다.

「병영생활전문상담관 운영에 관한 훈령」
제29조 (계약해지)
① 상담관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 근로계약은 당연

히 해지되며, 해당 상담관 운영부대장은 계약해지 사유를 각 군 참모총장, 해병대사령관 및 직할부대장에게 보고하여야 한다.

1. 정년에 도달한 경우
2. 상담관이 퇴직일자를 명시한 사직원을 제출한 경우(퇴직일자 미명시 시에는 사직원을 제출한 날)
3. 사망한 경우(사망한 날)
4. 계약기간이 만료된 경우
5. 형사사건에 기소되어 금고 이상의 형이 확정된 경우
6. 피성년후견인 또는 피한정후견인
7. 거짓·부정한 방법 또는 서류를 이용하여 채용된 사실이 확인되었을 때
8. 채용 과정에서 제시한 자격증의 효력이 없어지거나, 면허가 취소되어 담당직무를 수행하는데 제한이 있을 때
9. 사회통념상 근로계약을 유지시킬 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 경우

② 각 군 참모총장, 해병대사령관 및 직할부대장은 사회통념상 근로관계를 더 이상 존속하기 어렵다고 인정되는 다음 각 호의 경우에 계약해지 심의위원회의 의결을 거쳐 계약을 해지할 수 있다. 계약해지 심의위원회 운영과 절차 등에 관하여는 각 군 참모총장, 해병대사령관 및 직할부대장이 정한다.

1. 업무수행 능률이 현저히 저하되어 불성실 이행자로 판정될 경우
2. (삭제)
3. 근무성적 평가결과 종합평점이 최하위인 '미흡'을 2년 이내 2회 이상 받은 경우
4. 정당한 사유 없이 월 업무수행실적서를 2회 이상 미제출시
5. 정당한 사유 없이 월 2회(연간 4회) 이상 무단결근 또는 월 3회(연간 5회) 이상 근무시간을 미준수(지각, 조기퇴근 등) 한 경우
6. 공무원 행동강령 위반시
7. 교육태도 불성실(음주물의, 무단불참 등)자와 전문성 평가 등 교육

평가 결과 미흡(배점의 50%미만 득점자) 평가자
8. 부대원 및 동료 상담관과 반목 갈등으로 물의 야기시
9. 훈령에서 정하는 경우 이외의 보편화된 민간상담관련 학회의 상담 윤리규정 위반시

공공기관에 근무하고 있지 아니한 일반적인 무기계약직에 대해서는 「근로기준법」이 적용된다. 일반 무기계약직도 「근로기준법」제23조에 제1항에 따라 근무규율이나 그 밖의 직장질서 위반행위가 있으면, 그에 대한 제재로서 근로자를 해고할 수 있다. 다만 「근로기준법」제23조에 제1항의 '해고의 정당한 이유'에 대해 판례는 해고처분이 정당하기 위해서는 사회통념상 고용계약을 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 사유가 있는 경우라고 보았다(대판 1992. 5. 12. 91다27518).

사회통념상 당해 근로자와의 고용관계를 계속할 수 없을 정도인지 여부는 당해 사용자의 사업의 목적과 성격, 사업장의 여건, 당해 근로자의 지위 및 담당 직무의 내용, 비위행위와 동기와 경위, 이로 인하여 기업의 위계질서가 문란하게 될 위험성 등 기업 질서에 미칠 영향, 과거 근무태도 등 여러 가지 사정을 종합하여 검토하여 판단하여야 한다(대판 2002. 5. 28. 2001두10455 등).

따라서 공무직 근로자의 경우,「공무직 근로자 등 인사관리 훈령(국방부훈령)」제23조 제2항 제8호에 따라 근무성적이 극히 불량하여 근로관계를 계속 유지하기 어려운 경우에는 계약을 해지할 수 있으며, 공공기관에서 근무하고 있지 아니한 무기계약직의 경우, 사회통념상 고용계약을 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임이 있는 사유가 있으면 「근로기준법」제23조에 제1항에 따라 해고할 수 있고, 이 때에도 과거 근무태도 등을 고려할 수 있다. 그러므로 병영생활전문상담관이 무기계약직으로 전환된 이후라고 하더라도 평가를 통해 「병영생활전문상담관 운영에 관한 훈령」제29조 (계약해지)에 따라 해고하는 것 그 자체가 부적절한 입법은 아닌 것으로 판단된다.

다만 이와 관련하여 근무평가 저조를 이유로 병영생활전문상담관을 해지하였다가 경기지방노동위원회에서 부당해고로 인정한 바 있다.[13)]

경기지방노동위원회 판정요지에 의하면, 『..사용자는 '근로자의 근무평

가 3회 연속 미흡', '상담결과 미공유', '협업미흡'을 사유로 「병영생활전문상담관 운영에 관한 훈령」 제29조 제3항(각 군 참모총장, 해병대사령관 및 직할부대장은 사회통념상 근로관계를 더 이상 존속하기 어렵다고 인정되는 다음 각호의 경우에 계약해지 심의위원회의 의결을 거쳐 계약을 해지할 수 있다.)에 따라 근로계약을 해지했다고 주장하나, 위 규정은 당연규정이 아닌 재량규정이다. 이 사건 근로자의 근무성적평가 점수가 현저히 낮아진 2020. 2분기 전후에 이 사건 근로자의 업무내용, 근무방식 및 태도에 확연히 달라진 정황을 확인할 수 없는 사정에 비추어보면, 이 사건 사용자의 평가 결과를 신뢰하기 어렵고, 근로자가 근무성적 평가 결과 및 내용을 구체적으로 통지받고 개선 또는 소명할 기회를 전혀 부여받지 못한 점 등을 보아 근무성적 평가 3회 미흡을 사유로 해고한 것은 사용자의 재량권을 일탈 남용한 것으로 보인다. 또한 '상담 결과 미공유'와 '부대원과 갈등 및 협업 미흡'에 대하여 근로자가 다소 부족한 점이 있더라도 업무 협의 등을 통해 개선할 기회를 주지 않았다. 이러한 사정을 종합하면 개선의 기회를 부여하지 않고 근무 평가 저조 등의 사유로 해고한 것은 부당하다.』고 판정하였다.

부당해고로 본 경기지방노동위원회의 위 판정은 계약 해지에 따라 해고할 수 있다는 입법 자체가 부당하다는 것이 아니라, 개선의 기회를 부여하지 않고 근무 평가 저조 등으로 해고한 것이 부당하다고 판정한 것이다.

따라서 무기계약직으로 전환된 이후에도 연간 4차례 이상 평가를 통해 해고될 여지가 있다는 점에서, 다른 공무직근로자와 달리 연간 4차례 이상 평가를 받는 것이 타당한지 살펴볼 필요가 있다.

3. 연간 4차례 이상 평가받는 것이 타당한지 여부

(1) 현황

2021년 기준 병영생활전문상담관은 모두 630명인데 이 중에서 무기계약직으로 전환된 사람은 243명(38.6%)에 이른다. 이들은 다른 일반적인 기간제근로자가 2년만 지나면 기간의 정함이 없는 근로자, 즉 무기계약직으로

13) 경기지방노동위원회 2021. 10. 29 2021부해1464

전환되는 것과 달리 2.5배 더 긴 기간인 5년의 기간을 지나 무기계약직으로 전환된 사람들이다.

그러나 이렇게 긴 기간 동안 근무한 뒤 무기계약직으로 전환된 병영생활전문상담관도 연간 4차례 이상 평가받은 뒤 저조한 근무성적을 받으면 계약해지(해고)가 가능하다. 따라서 병영생활전문상담관으로서 오랜 기간 터잡고 근무한 사람들로서는 근무성적 평가가 대단히 큰 부담으로 작용할 가능성이 크다. 이와 같은 부담은 근무기간이 짧은 병영생활전문상담관보다 오히려 근무기간이 긴 병영생활전문상담관에게 더 크게 다가올 가능성이 크다. 또한 근무기간이 긴 병영생활전문상담관의 경우에는 직장 내 동료 간 직간접적으로 상호작용을 해왔기 때문에, 자칫 근무성적 평가에 따라 계약해지(해고)가 될 경우, 직장 내 자신의 명예가 실추될 소지도 크다는 점에서 근무성적을 연 4차례나 하는 것은 매우 큰 부담으로 작용할 것으로 판단된다.

(2) 공무직근로자와 기간제근로자 지위로서의 병영생활전문상담관

‘공무직 근로자’는 상시적·지속적 업무에 종사하며 기간의 정함이 없는 근로계약을 체결한 사람으로서 공무원이 아닌 자를 말한다(「공무직 근로자 등 인사관리 훈령」 제2조 제1호) ‘기간제근로자’는 기간의 정함이 있는 근로계약을 체결한 사람으로서 공무원이 아닌 자를 말한다(「공무직 근로자 등 인사관리 훈령」 제2조 제2호).

무기계약직으로 전환되지 아니한 병영생활전문상담관은 ‘기간제근로자’의 지위에 해당한다. 그러나 병영생활전문상담관도 5년 이상 근무하여 무기계약직의 지위에 있게 되면, 기간의 정함이 없는 ‘공무직 근로자’와 유사한 지위에 있다.

(3) 병영생활전문상담관의 근무성적 평가 방법

일반공무직들은 연간 2차례 평가받는데, 병영생활전문상담관들은 연간 4차례 이상 평가받고 계약 연장 여부를 심사받는다. ‘공무직 근로자’는 매년 6월 30일과 매년 12월 31일 기준 근무성적평정을 연간 2회 실시한다(「공무직 근로자 등 인사관리 훈령」 제45조 제1항).

병영생활전문상담관은「병영생활전문상담관 운영에 관한 훈령」제34조(업무수행 평가) 제1항 및 제36조(보고) 제3호에 따라 분기별로 근무평가를 받고, 이 평가 결과는 같은 훈령 제34조 제3항에 따라 계약갱신·계약해지 등 심의자료로 활용될 수 있다. 그리고 이와 같은 엄격한 심사는 기간제근로자 신분의 5년이 지나 무기계약직으로 전환된 이후에도 여전히 분기별 근무평가를 실시하고 그 결과에 따라 계약 해지가 가능하다.

병영생활전문상담관과 일반공무직 근무성적 평가 횟수를 비교하면 다음과 같다.

분류	매년 평가횟수	비고
병영생활 전문상담관	연 4회 이상 (총 7회 이상)	분기별 근무성적 평가 그 외 상담사례, 이론·실기평가
일반공무직	연 2회 평가	무기계약직 전환시 평가 실시

근무 평가는 피평가자인 병영생활전문상담관이 매월 업무수행실적서를 제출하여야 한다. 이렇게 제출한 자료를 근거로 근무 평가(700점)이 부여되고, 추가적으로 교육평가 3회를 더 실시하여 교육 평가(300점) 점수를 합산하여 계량화하여 종합 평가한다. 그리고 이렇게 합산한 1000점 만점 결과는 재계약 등의 심의자료로 활용된다.

(4) 검토[14)]

이처럼 근무 평가가 자주 있게 되면 병영생활전문상담관은 실제 집중하여야 할 상담업무보다 근무 평가에 더 집중하게 될 우려가 있다. 특히 근무 평가는 피평가자가 업무수행실적서를 제출하여야 하고, 그 결과에 따라 재계약 여부가 결정되기 때문에 병영생활전문상담관으로서는 근무 평가를 상시 신경 쓰지 않을 수 없게 된다.

또한 다른 정부 기관 내 유사 직종을 살펴보면, 행정안전부 공무직 연 2회, 여성가족부 공무직 연 2회, 보건복지부 공무직 연 2회, 기획재정부 공

14) 국가인권위원회 2022. 3. 16. 21진정0606700·21진정0119800(병합) 결정

무직 연 2회, 고용노동부 공무직 연 2회, 법무부 공무직 연 2회, 국방부 공무직 연 2회 근무 평가를 하고 있다. 4차례 이상 평가받는 정부 기관 내 다른 직종은 병영생활전문상담관 이외에 찾기 어렵다. 국방부도 타 공무직근로자와의 형평성 등을 고려하여 병영생활전문상담관의 근무평가 주기의 조정을 적극 검토할 것이라고 한 바 있다.

따라서 근무 평가가 이루어지는 동기나 경위, 근무 평가의 주기, 근무 평가 결과가 근로자에게 미치는 영향, 다른 정부 기관 내 직종들의 근무 평가 방법 등 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 종합하여 볼 때, 병영생활전문상담관에 대한 근무 평가 연 4회를 연 2회로 개선할 필요가 있다.

V. 결 론

병영생활전문상담관은 2005년 도입된 이후, 병영 내 자살사고 예방, 병사들이 직면하는 심리적 갈등을 해소하고 저신건강의 증진을 도와 군 내 각종 사고를 예방하는데 헌신하고 있다. 병영생활전문상담관은 ① 상담활동을 통한 복무부적응 장병 식별・관리 및 지휘 보좌, ② 사고우려자 및 복무부적응장병 등에 대한 현장위주 전문 심리상담 및 관리, ③ 장병 기본권 제한사항 식별 및 시정을 위한 지휘 조언, ④ 심리검사 시행, 간부 및 상담병 대상 상담능력 향상 교육, ⑤ 장병・군인가족에 대한 사회복지 관련 상담 등, ⑥ 전화 및 사이버 상담지원(국방헬프콜), ⑦ 군범죄, 성범죄와 관련된 상담 및 신고 접수(국방헬프콜), ⑧ 기타 운영부대장 등이 부여한 업무 등을 주 임무로 하고 있다.

그러나 병영생활전문상담관은 도입된 이후 여러 가지 문제점이 나타나고 있다. 국방부는 병영생활전문상담관의 처우 개선을 위해 노력을 하고 있지만 기간제근로자의 지위에 있다는 한계로 인해 크게 2가지 문제점을 지적할 수 있다.

첫째, 병영생활전문상담관은 5년 이상 근무해야 무기직계약직으로 전환 가능한 부분에 관한 문제이다.

원칙적으로 사용자는 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서(기간제 근로계약의 반복갱신 등의 경우에는 그 계속 근로한 총기간이 2년을 초과하지 아니하는 범위 안에서) 기간제근로자를 사용할 수 있다. 다만 예외적으로 일정한 경우에 해당되는 경우에 2년을 초과하여 기간제근로자로 사용할 수 있도록 규정하고 있다(「기간제법」 제4조(기간제근로자의 사용).

“국방부장관은 병영생활전문상담관을 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제2조 제1호에 따른 기간제근로자로 채용하여 전문상담관으로 임명하려는 경우 최초의 채용기간은 2년으로 하되, 필요한 경우 계속 근무한 기간이 5년을 넘지 아니하는 범위에서 1년 단위로 채용기간을 연장할 수 있다.”는 규정은「군인의 지위 및 복무에 관한 기본법 시행령」제34조이므로, 「기간제법」에서 정한 사용기간 및 그 예외사유를 정한 규정에 대한 형식적 요건(‘대통령령으로 정하는 경우’)은 일단 갖춘 것으로 판단된다.

그러나 「기간제법」제4조 제1항 제6호에 해당하려면, 형식적 요건인 ‘대통령령으로 정하는 경우’뿐만 아니라, 실질적 요건인 ‘제1호부터 제5호까지에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우’도 충족하여야 한다.

그런데「기간제법」제4조 제1항 제5호(전문적 지식・기술의 활용이 필요한 경우)에 준하는 경우로 보기 어렵고, 그에 준하는 합리적인 사유이 있다고 보기는 어려우므로, 기간제법」에서 정한 사용기간 및 그 예외사유를 정한 규정에 대한 실질적 요건(‘제1호부터 제5호까지에 준하는 합리적인 사유가 있는 경우’)은 갖추지 못한 것으로 판단된다. 그러므로「기간제법」제4조 제1항 제6호을 적용하여 병영생활전문상담관에 대해 2년을 초과하여 채용할 수 없다고 판단된다.

「군인복무기본법 시행령」제34조(전문상담관의 채용기간) 제1항의 적용을 받는 병영생활전문상담관들의 지위가 최대 5년이라는 지나치게 긴 시간 동안 불안정해질 우려가 크다. 원칙적으로 사용자는 2년을 초과하여 기간제 근로계약을 체결할 수 없다. 이러한 노동법 체계는 계약 자유 원리의 수정원리에 기반하고 있다.

기간제근로자로서 긴 채용 기간은 기간제근로자의 고용안정을 보장하는 것이 아니라 오히려 기간제근로자를 열악한 지위로 떨어뜨린다. 기간제

법의 입법목적의 선의(고용안정과 근로조건 개선)에도 불구하고 장기간 동안 무기계약직으로 전환되지 않는 한 고용불안을 심화시키고 기간제근로자의 지위를 더욱 열악한 상황으로 몰아넣는다{헌법재판소 2013. 10. 24. 2010헌마219, 265(병합) 결정, 기간제 및 단시간근로자 보호등에 관한 법률 제4조 위헌확인 사건, 재판관 이정미와 재판관 조용호의 반대의견 참조}.

기간제근로자는 해고의 불안이 크며 근로조건도 열악하다. 기간제근로자들이 2년 후 무기계약직으로 전환되지 아니하고, 다른 일자리를 찾지 못하면 결국 실업 상태에 놓인다. 기간제법의 제정 취지는 기간을 정한 계약을 체결하더라도 그 기간을 되도록 축소하여 근로자가 불안정한 지위에 장시간 놓이는 것을 방지하는 데 있다. 기간제법 제정 이전 구「근로기준법」(2007. 4. 11. 법률 제8372호로 전부 개정되기 전의 것) 제23조(계약기간)는 근로계약은 기간의 정함이 없는 것과 일정한 사업 완료에 필요한 기간을 정한 것을 제외하고는 그 기간은 1년을 초과하지 못한다고 규정한 바 있다.

한편, 기간제법 시행령 제3조(기간제근로자 사용기간 제한의 예외) 제3항에서는 다른 법령에서 기간제근로자의 사용기간을 달리 정하거나 별도의 기간을 정하여 근로계약을 체결할 수 있도록 한 경우에는 기간제근로자 사용기간 2년 제한의 예외를 인정한다. 이에 해당하면 2년을 초과하는 기간 동안 기간제근로자로 남을 수 있다.

이에 따라 병영생활전문상담관은 5년 범위에서 기간제근로자의 지위에 머물 수밖에 없다. 앞서 살펴본 최근 6년간 병영생활전문상담관 중 무기계약직으로 전환된 현황을 볼 때, 병영생활전문상담관은 적어도 5년의 기간이 지나지 않으면, 상담관의 역량이나 자질과 무관하게 무기계약직 심사도 가능하지 아니하다는 것을 확인할 수 있다.

무기계약직 전환조건이 5년인 병영생활전문상담관은 장기간 불안정한 지위에 있을 수 있으며, 다른 계약직근로자보다 2.5배 긴 기간 동안 해고의 위험이 유지된다. 더불어 병영생활전문상담관의 불안정한 지위로 인해 병영생활전문상담관과 그들의 가족은 5년 동안 생계의 위협에 노출될 소지도 있다.

따라서 병영생활전문상담관의 불안정한 지위의 장기화를 해소하기 위하여 군인복무기본법 시행령 제34조 제1항에에 따라 무기계약직으로 전환

가능한 기간제근로자 최대 근무기간 5년을 합리적인 기간으로 단축하는 것이 바람직하다.

둘째, 병영생활전문상담관은 연간 4차례 이상 평가받아야 하는 부분에 관한 문제이다.

병영생활전문상담관은「병영생활전문상담관 운영에 관한 훈령」제34조(업무수행 평가) 제1항 및 제36조(보고) 제3호에 따라 분기별로 근무평가를 받고, 이 평가 결과는 같은 훈령 제34조 제3항에 따라 계약갱신·계약해지 등 심의자료로 활용될 수 있다. 그리고 이와 같은 엄격한 심사는 기간제근로자 신분의 5년이 지나 무기계약직으로 전환된 이후에도 여전히 분기별 근무평가를 실시하고 그 결과에 따라 계약 해지가 가능하다.

앞서 살펴본 바와 같이 병영생활전문상담관은 매월 업무수행실적서를 제출하여야 하고, 이렇게 제출된 자료를 토대로 매 분기별 근무성적평가를 받고, 2차례의 상담사례평가, 이론 및 실기평가를 받는다. 이와 같이 근무평가가 자주 있게 되면 병영생활전문상담관은 본연의 업무인 상담업무보다 재계약 여부가 달린 근무평가에 더 신경 쓸 우려가 있다.

한편 국방부를 포함하여 다른 정부기관 내 공무직근로자는 연 2회 근무평가를 하고 있다. 병영생활전문상담관 이외에 연 4차례 이상 평가를 받는 정부기관 내 다른 직종을 찾아보기 어려운 실정이다. 다행스럽게도 국방부는 타 공무직근로자와의 형평성 등을 고려하여 병영생활전문상담관의 근무평가 주기 조정을 적극 검토할 것이라고 밝힌 바 있다.

따라서 근무평가의 주기, 근무평가 결과가 근로자에게 미치는 영향, 다른 정부기관 내 직종들의 근무평가 방법 등 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 고려하여, 외형상의 근무평가 횟수보다는 평가방법과 내용에 치중함으로써 병영생활전문상담관에 대한 근무평가 횟수를 연 4회를 연 2회 정도로 개선하는 것이 바람직하다.

국방부 병영생활전문상담관 운영과 관련된 문제점	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
- 이 대 일	2022.08.15.	2022.09.06.	2022.10.07.

[참고문헌]

김광식 등, 「기본권 전문상담관 자격기준 절입을 위한 연구」, 연구보고서(서울, 한국국방연구원), 2008.
김영태, 이현엽, 병영생활전문상담관제도의 효과성 분석 및 발전방안 탐색, 국방정책연구 제25권 제3호, 2009.
임종률, 노동법(제8판), 박영사, 2009.
김노원, 기간제근로자의 노동법상 보호와 개선방안, 아주대학교 박사학위논문, 2011,
고용노동부, 기간제법 업무매뉴얼, 2019.
고용노동부, 기간제법 질의회시집, 2019.

[판례]
대법원 1992. 5. 12. 91다27518 판결
대법원 2002. 5. 28. 2001두10455 등 판결
헌법재판소 2013. 10. 24. 2010헌마219,265(병합) 결정

[노동위원회 판정례]
경기지방노동위원회 2021. 10. 29 2021부해1464 판정

[국가인권위원회 결정례]
국가인권위원회 2022. 3. 16. 21진정0606700·21진정0119800(병합) 결정

[기타]
정소희, 2021. 8. 19. 국방부 병영생활전문상담관은 “파리 목숨”, 매일노동뉴스, 2022. 8. 15.접속http://www.labortoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=204486

【국문초록】

본 연구의 목적은 2005년 도입된 병영생활전문상담관의 처우 개선에 있다. 병영생활전문상담관은 2005년 8명으로 시작하여, 2021년 641명에 이르고 있다. 이들은 군 내 사고를 예방하기 위해 헌신하고 병영 문화를 바꾸는데 기여하고 있다. 그럼에도 기간제근로자 지위에 있으면서 나타나는 각종 문제점이 존재한다. 그 결과, 2021년 공공부문 노동자들을 대표하는 노동조합인 전국공공운수사회서비스노동조합은 병영생활전문상담관 630명을 피해자로 하여 국가인권위원회에 진정을 제기하였다. 본 연구에서 문제점으로 지적된 두 가지 이외에도 생각할 문제가 많이 있지만, 치명적이고도 중요한 핵심 쟁점 두 가지에 관하여 집중적으로 살펴보았다.

병영생활전문상담관은 기간제근로자의 지위에 있으면서 다른 계약직근로자보다 2.5배 긴 기간 동안 해고의 위험이 유지된다. 더불어 병영생활전문상담관의 불안정한 지위로 인해 병영생활전문상담관과 그들의 가족은 5년 동안 생계의 위협에 노출될 소지도 있다. 따라서 병영생활전문상담관의 불안정한 지위의 장기화를 해소하기 위하여 군인복무기본법 시행령 제34조 제1항에에 따라 무기계약직으로 전환 가능한 기간제근로자 최대 근무기간 5년을 합리적인 기간으로 단축하는 것이 바람직하다.

그리고 병영생활전문상담관은 분기별로 근무평가를 받고, 이 평가 결과는 계약갱신·계약해지 등 심의자료로 활용될 수 있다. 그리고 이와 같은 엄격한 심사는 기간제근로자 신분의 5년이 지나 무기계약직으로 전환된 이후에도 여전히 분기별 근무평가를 실시하고 그 결과에 따라 계약 해지가 가능하다. 병영생활전문상담관은 매월 업무수행실적서를 제출하여야 하고, 이렇게 제출된 자료를 토대로 매 분기별 근무성적평가를 받고, 2차례의 상담사례평가, 이론 및 실기평가를 받는다. 이와 같이 근무 평가가 자주 있게 되면 병영생활전문상담관은 본연의 업무인 상담업무보다 재계약 여부가 달린 근무평가에 더 신경 쓸 우려가 있다. 한편 국방부를 포함하여 다른 정부기관 내 공무직근로자는 연 2회 근무평가를 하고 있다. 병영생활전문상담관 이외에 연 4차례 이상 평가를 받는 정부기관 내 다른 직종을 찾아보기 어려운

실정이다. 따라서 근무평가의 주기, 근무평가 결과가 근로자에게 미치는 영향, 다른 정부기관 내 직종들의 근무평가 방법 등 근로관계를 둘러싼 여러 사정을 고려하여, 외형상의 근무평가 횟수보다는 평가방법과 내용에 치중하여 병영생활전문상담관에 대한 근무평가 횟수를 축소하는 것이 바람직하다.

【Abstract】

Problems Related to the Operation of the Military Life Special Consultant

Lee Dae-il
(Investigator, National Human Rights Commission of the Republic of Korea)
(Korea University, Crime Legal Studies in Graduate School)

The purpose of this study is to improve the treatment of military life special consultant introduced in 2005. The number of military life special consultant began with eight in 2005 and reached 641 in 2021. They are committed to preventing accidents in the military and contributing to changing the barracks culture. Nevertheless, there are various problems that arise while being in the position of a fixed-term worker. As a result, in 2021, the National Public Transport Social Service Labor Union, a labor union representing workers in the public sector, filed a petition with the National Human Rights Commission with 630 military life special consultant as victims. In addition to the two points pointed out as problems in this study, there are many problems to think about, but we focused on two key issues that are fatal and important.

Military life special consultant are in the position of fixed-term workers and maintain the risk of dismissal for a period 2.5 times longer than other contract workers. In addition, due to the unstable

status of military life special consultant, military life special consultant and their families may be exposed to the threat of livelihood for five years. Therefore, in order to resolve the prolonged unstable status of military life special consultant, it is desirable to shorten the maximum working period of five years for fixed-term workers who can be converted to indefinite contract workers to a reasonable period pursuant to Article 34 (1) of the Framework Act on Military Service.

Military life special consultant receive a quarterly work evaluation, and the results of this evaluation can be used as deliberation data such as contract renewal and contract termination. In addition, such a strict review can still conduct a quarterly work evaluation after five years of fixed-term worker status and terminate the contract according to the results. military life special consultant shall submit monthly work performance reports, receive quarterly work performance evaluations based on the submitted data, and receive two counseling case evaluations, theory and practical evaluations. If there are such frequent work evaluations, there is a concern that military life special consultant will pay more attention to the work evaluation, which depends on whether to renew the contract, than the original work. Meanwhile, public service workers in other government agencies, including the Ministry of National Defense, are evaluated twice a year. There are few other occupations in government agencies that are evaluated more than four times a year other than military life counselors. Therefore, considering various circumstances surrounding labor relations, such as the cycle of work evaluation, the effect of work evaluation results on workers,

and the method of evaluation of jobs in other government agencies, it is better to reduce the number of work evaluations for military life special consultant.

주제어(Keyword) : 병영생활전문상담관(military life special consultant), 기간제근로자(a fixed-term worker), 공무직근로자(an official worker), 근무평가(Performance Evaluation), 국방부(Ministry of National Defense), 국가인권위원회(National Human Rights Commission of the Republic of Korea)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.589

최저임금의 산업·업종별 차등적용에 관한 법 이론적 검토

이 재 현*

▶목 차◀

Ⅰ. 서 론
Ⅱ. 최저임금의 산업·업종별 차등 적용에 관한 근거
1. 문제의 소재
2. 산업·업종별 차등적용에 관한 국제기준
3. 최저임금법의 산업·업종별 차등적용 규정
4. 최저임금 차등적용의 이론적 근거
5. 소결 및 평가
Ⅲ. 산업·업종별 차등 최저임금에 관한 입법례
1. 개관
2. 호주
3. 독일
4. 미국
5. 일본
6. 의의 및 시사점
Ⅳ. 산업·업종별 차등적용 관련 주요 쟁점
1. 논의의 배경
2. 특정 산업·업종의 낮은 지불능력 고려
3. 노동조합 조직률과 산업·업종별 차등 최저임금
4. 산업·업종별 차등 최저임금의 기능
Ⅴ. 결 론

* 공인노무사, 법학박사.

Ⅰ. 서 론

최근 수년간 최저임금액의 급격한 인상[1]으로 최저임금 차등화 논의가 대두되고 있다. 특히, 중소기업과 소상공인 단체는 산업·업종별 차등적용을 요구[2]하고 있는데, 이는 주로 '기업의 지불능력'에 초점을 맞춘 것이다.[3] 2022. 5. 10. 시작된 현 정부의 대선공약 및 당선 이후 발표된 110대 국정과제에서는 최저임금의 차등적용에 관한 사항이 포함되지 않았다. 다만, 2022. 4. 5, 2023년도 최저임금 결정을 위한 최저임금위원회 회의가 개시되면서 업종별 차등적용 논의가 본격적으로 시작되었는데, 이는 대통령이 후보 시절 최저임금의 지역별·업종별 차등적용을 강조했기 때문[4]이다. 최저임금위원회는 2022. 6. 29. 제8차 전원회의에서 공익위원 단일안으로 2022년 대비 5%

---

1) 최저임금은 2005년 3,100원에서 2016년 6,030원까지 약 3천 원 인상에 10년이 걸렸고, 다시 약 3천 원이 인상된 2022년 9,160원 도달에 6년이 걸렸다. 특히, 2018년 적용 최저임금 인상률은 16.4%로 2000년대 들어 두 번째로 높은 것이었다.

적용 연도	시간급	인상률 (인상액)	적용 연도	시간급	인상률 (인상액)
2023	9,620	5.0 (460)	2019	8,350	10.9 (820)
2022	9,160	5.05 (440)	2018	7,530	16.4 (1,060)
2021	8,720	1.5 (130)	2017	6,470	7.3 (440)
2020	8,590	2.87 (240)	2016	6,030	8.1 (450)

2) 중소기업중앙회 2022. 6. 17. 논평, '최저임금 사업 종류별 구분적용 부결에 대한 중소기업계 입장', https://www.kbiz.or.kr/ko/contents/bbs/view.do?seq=152433&mnSeq=207&schFld=whle&schTxt=%EC%BD%94%EB%A1%9C%EB%82%98, 2022. 8. 15. 확인. "최저임금은 그동안 시장의 수용 능력에 대한 고려 없이 지나치게 가파르게 인상되어 왔으며, 영세 중소기업과 소상공인은 장기간 코로나 19 팬데믹에 이은 원자재가격 급등으로 인해 지불능력이 이미 한계에 이른 상황이므로, 법률에 명시된 사업 종류별 구분적용이 실행될 수 있도록 정부와 최저임금위원회의 대책 마련을 촉구한다."
소상공인연합회 2022. 5. 26. 언론보도 '최저임금제도개선위원회 발족 및 기자회견', http://www.kfme.or.kr/32/419, 2022. 8. 15. 확인. "소상공인과 자영업자들이 코로나 19 특수 경제적 재난 상황에서, 방역 조치 동참이라는 사회적 책임과 의무를 다하며 입은 영업 손실의 회복이 더디고, 법에 명시된 근거에 기반하여 최저임금의 업종별·지역별 '구분적용'을 요구하는 바입니다."

3) 이소현·정예은·심승규·홍지훈, "최저임금의 지역별 차등화가 성별 고용형태에 미치는 영향 - 일본 사례를 중심으로 -", 「지역개발연구」 (제52권 제2호), 2020, 57면.

4) 이데일리 2022. 4. 26. 보도, "최저임금 차등적용, 결국 후순위 밀렸다... 올해는 인상률 싸움만" https://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=03860566632300056&mediaCodeNo=257&OutLnkChk=Y, 2022. 8. 15. 확인.

인상된 9,620원을 2023년도 단일 최저임금으로 확정했다. 고용노동부는 2022. 8. 5. 2023년도 적용 최저임금을 시간급 9,620원[5]으로 고시했는데, 특기할 점은 관련 보도자료[6]에 최저임금의 업종별 또는 사업의 종류별 적용에 관한 내용이 다수 포함되었다는 것이다. 이에 따르면 업종별 구분과 관련하여 찬성 11표, 반대 16표로 부결되어 단일 최저임금을 적용하기로 하였고, 최저임금위원회 공익위원의 권고에 따라서 최저임금을 사업의 종류별로 정할지 여부 및 방법에 대하여 통계, 해외사례 검토, 기관협의, 노·사 의견수렴 등 기초연구를 추진할 계획이라고 밝히고 있다. 이는 예년과 달리 2023년 적용 최저임금 결정 과정에서 업종별 차등적용이 주된 쟁점으로 부각[7]되었으나, 현 상황에서 논의가 어려워 향후 논의 진행을 위한 연구 및 자료, 시간 등을 확보하기 위한 것으로 판단된다. 이와 관련하여 대통령실은 2022. 7. 20. 최저임금 업종별·직종별 차등적용 방안에 관한 제안을 10건의 우수제안 중 하나로 발표[8]하면서 관련 논의를 지속적으로 이어나가겠다는 의지를 강력히 표명했다.

최근의 최저임금제도 관련 논의의 변화를 살펴보면, 결정 최저임금액의 적정성이나 「최저임금법」 상 계산방법·산입범위의 조정[9] 문제에서 최저임금의 업종별·지역별 차등적용과 최저임금의 기능·역할에 관한 논의로 진행되어 가는 것으로 파악된다. 이는 최저임금을 단순히 특정 근로관계의 근로조건인 임금설정 문제로 좁게 보는 시각에서 벗어나 최저임금제도의 고유한 기능·역할에 대해 주목하고 고민하기 시작한 것으로 평가할 수 있다. 특히, 오랜 기간 단일한 최저임금이 적용되어 온 우리나라 상황에서 최저임금 차등적용 논의를 위해서는 헌법상 최저임금제도의 목적과 기능, 최저임

5) 월 209시간 기준 2,010,580원으로 월 급여 기준 최초로 200만 원을 넘었다.

6) 고용노동부 2022. 8. 5. 보도자료 '고용노동부, 2023년 최저임금 시간급 9,620원으로 고시', 1면.

7) 문화일보 2022. 6. 16. 보도, "최저임금위, '업종별 차등적용' 본격 갈등 예고", http://www.munhwa.com/news/view.html?no=2022061601039921129001, 2022. 8. 15. 확인.

8) 연합뉴스 2022. 7. 20. 보도, "대통령실, 최저임금 차등적용 등 우수 국민제안 10건 선정", https://www.yna.co.kr/view/AKR20220720071800001?input=1195m, 2022. 8. 15. 확인.

9) 2018년 개정 「최저임금법(법률 제15666호)」, 「최저임금법 시행령(대통령령 제29469호)」으로 관련 논의는 일단락된 것으로 평가할 수 있다.

금 차등적용의 범위와 한계, 적용 효과와 다른 노동법상 제도에 미치는 영향까지 충분히 고려되어야 한다. 하지만 최저임금의 차등적용에 대한 노·사 간 의견이 극명하게 대립하는 상황에서 기본적인 기준이나 원칙을 전혀 수립하지 못한 상태다. 최저임금액의 결정에 국한하더라도 최저임금위원회 위원들 간 의견 대립이 극심한 상황[10]에서, 산업·업종별 차등적용을 위한 범위설정과 이에 따른 구체적인 최저임금액을 정하는 것은 매우 힘들고 어려운 과정이 될 것으로 예상된다. 논의의 생산성과 효율성을 높이기 위해서 사전에 관련 법 이론적 쟁점에 대한 충분한 검토가 필요하다. 이하에서는 이러한 문제의식을 바탕으로 최저임금의 산업·업종별 차등적용에 관한 법 이론적 근거, 주요 외국의 입법례, 산업·업종별 차등적용과 관련된 쟁점, 제도도입을 위한 방향을 어떻게 설정할 것인지에 대하여 살펴본다.

Ⅱ. 최저임금의 산업·업종별 차등적용에 관한 근거

1. 문제의 소재

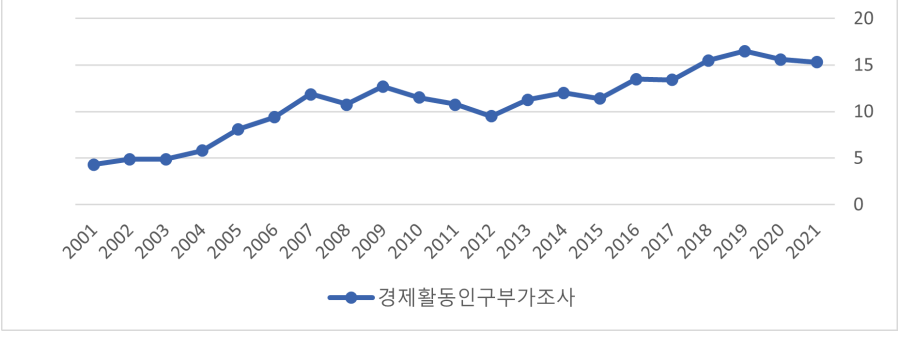
사용자 측은 상대적으로 영세업종인 이·미용업, 택시운송업, PC방, 편의점, 일반음식점업, 주유소, 경비업종 등에 최저임금 차등적용이 필요하다고 주장하는 반면, 노동계는 최저임금 차등적용이 최저임금제도의 기본 취지에 맞지 않는다고 주장[11]하며 대립해 왔다. 한편, 명확한 기준과 근거, 사

10) 이와 관련하여 최윤희, “최저임금의 합리적 인상방안에 관한 소고”, 「일감법학」(제43호), 2019, 149면은 “어느 선에서 합리적인 결정을 내리느냐가 노사를 막론하고 매우 중요한 일임에도 불구하고, 최저임금위원들은 각자가 대변하는 집단의 입장에서 스스로 합리적이라고 판단하는 수준의 결정내용도 선뜻 지지하기 힘든 측면“이 있음을 지적하고 있다.

11) 한국노동조합총연맹 2022. 5. 17. 논평, ‘최저임금 차등적용 방지법 발의 환영한다’, http://inochong.org/report/307866, 2022. 8. 15. 확인. “최저임금 차등적용은 모든 노동자에게 기본적인 생활을 위한 최저선을 보장해야 한다는 최저임금 제도의 취지에 반한다”고 하면서, 최저임금의 차등적용이 “저임금 업종에 대한 낙인효과를 유발하고, 사람을 구하기 힘든 업종에 구인난이 가중될 수 있다”는 점을 지적하였다.
전국민주노동조합총연맹 2022. 6. 11. 성명 ‘윤석열 정부의 최저임금 무력화에 ‘들러리’

회적 합의를 도출하지 못한 상황에서 단기간에 차등적용을 시도하면 혼란을 초래할 수 있으므로 장기적이고 신중한 접근이 필요하다는 입장도 확인된다.[12] 구체적인 산업·업종 및 차등적용 범위에 관한 주장은 매년 조금씩 다르게 나타나지만, 최저임금액의 수준과 이에 비례한 최저임금 미만율[13]이 함께 증가하면서 업종별 차등적용에 관한 주장도 점점 공감대를 얻고 있는 상황으로 분석된다.

〔그림 1〕 적용 연도별 최저임금 미만율



선 최저임금위원회 공익위원을 규탄한다!' ,http://nodong.org/index.php?_filter=search&mid=statement&search_keyword=%EC%9C%A4%EC%84%9D%EC%97%B4+%EC%A0%95%EB%B6%80%EC%9D%98+%EC%B5%9C%EC%A0%80%EC%9E%84%EA%B8%88+%EB%AC%B4%EB%A0%A5%ED%99%94&search_target=title_content&document_srl=7807808, 2022. 8. 15. 확인. "업종별 차등적용을 통해 최저임금을 무력화"한다는 표현을 사용하였다.

12) 최윤희, "최저임금의 합리적 인상방안에 관한 소고", 「일감법학」 (제43호), 2019, 140-141면 참고.

13) 최저임금 미만율은 전체 임금관리자 중 최저임금 미만 근로자의 비중(최저임금 미만 근로자수/전체근로자수 × 100)을 의미한다. 경제활동인구부가조사기준에 의하면, 2001년 4.3%였던 미만율이 2010년 11.5%, 2021년 15.3%로 지속적으로 증가 추세를 보인다. 이에 관해서는 최저임금위원회, 「2022년 최저임금 심의편람」, 2022, 82면 참고.

연도	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
고용형태별근로실태조사	-	-	-	-	-	-	6.9	6.8	8.4	7.9	6.1
경제활동인구부가조사	4.3	4.9	4.9	5.8	8.1	9.4	11.9	10.8	12.7	11.5	10.8
연도	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	
고용형태별근로실태조사	3.9	3.9	4.9	6.2	7.3	6.1	5.1	4.8	4.4	4.4	
경제활동인구부가조사	9.5	11.3	12	11.4	13.5	13.4	15.5	16.5	15.6	15.3	

우리나라는 전국적으로 모든 산업의 모든 근로자에게 하나의 최저임금[14]을 적용하는 단일형에 가깝다. 반면, ILO 협약과 권고는 각 국가의 경제발전 정도와 국가별 사정에 따라 최저임금을 차등 적용하는 제도를 설정할 수 있음을 명시하고 있으며, 실제로 많은 국가에서 노동시장 진입 촉진, 경험 부족 및 노동생산성 격차, 현물급여 지급 등을 고려하여 최저임금 감액 제도(Subminimum wage)[15]를 시행하고 있다.[16] 현재 최저임금의 차등화 방안으로 가장 유력한 것은 산업·업종별 최저임금제다. 현행 「최저임금법」은 최저임금액을 사업의 종류별로 구분하여 정할 수 있고(제4조), 필요한 경우 고용노동부장관이 사업의 종류별로 임금교섭시기 등을 고려하여 효력 발생 시기를 따로 정할 수 있게 규정(법 제10조 제2항)하고 있다. 하지만, 최저임금이 처음 시행된 1988년과 1989년을 제외[17]하고 산업·업종별 최저임금은 시행되지 않고 있다.[18] 다만, 법률적 근거가 존재하므로 최저임금위원회의 합의와 고용노동부장관의 결단이 있으면 언제든지 업종별 차등 최저임금을 적용[19]할 수 있는 상황이다.

2. 산업·업종별 차등적용에 관한 국제기준

ILO의 '최저임금결정제도 수립에 관한 협약(제26호)'[20]은 회원국이 최

---

14) 「최저임금법」은 「선원법」의 적용을 받는 선원 및 선원 사용 선박 소유자에게는 별도로 선원 최저임금을 적용(제3조 제2항)하고, 동거 친족만을 사용하는 사업과 가사 사용인에 대한 적용 제외(제3조 제1항)를 두고 있는데, 이는 「근로기준법」의 적용 범위를 그대로 따른 것이다. 따라서 실질적으로 최저임금액이 다르게 적용되는 경우는 정신장애나 신체장애로 근로 능력이 현저히 낮은 사람에 대한 적용 제외(제7조) 및 수습 근로자에 대한 감액최저임금 적용(제5조 제2항)으로 볼 수 있다.

15) 미국 「공정근로기준법(Fair Labor Standards Act, FLSA)」은 특정 개인(학습 근로자, 장애 근로자 등)을 최저임금 미만의 임금으로 고용할 수 있도록 규정하는데 이를 'Subminimum wage'로 설명하고 있다. U.S. DEPARTMENT OF LABOR 홈페이지, https://www.dol.gov/general/topic/wages/subminimumwage, 2022. 8. 13. 확인.

16) 임무송, "최저임금제도의 문제점과 사회적 갈등 해소 방안", 「법과 기업 연구」 (제11권 제1호), 2021, 157면.

17) 1988년 10인 이상 제조업을 2개의 그룹으로 구분하여 최저임금제도를 처음 실시하였고, 1989년 10인 이상 제조업, 광업, 건설업에 적용되는 단일 최저임금을 적용하였다.

18) 임무송, "최저임금제도의 문제점과 사회적 갈등 해소 방안", 「법과 기업 연구」 (제11권 제1호), 2021, 159면.

19) 조상균, "최저임금의 적용 차등화 방안 연구", 「노동법학」(제66호), 2018, 96면.

20) Minimum Wage-Fixing Machinery Convention, 1928 (No. 26); 법제처 국가법령정보

저임금률을 결정할 수 있는 제도를 수립·유지할 것과 그밖에 최저임금 결정과 관련하여 고려할 사항을 정하고 있다. 동 협약은 임금이 예외적으로 낮은 산업 또는 산업의 일부분(특히 가내근로산업)에 고용되어 있는 근로자를 위하여 최저임금률을 결정할 수 있는 제도를 수립·유지하도록 하고(제1조), 관련 산업이나 산업의 일부에 근로자 및 사용자 단체가 존재하는 경우에는 그 단체와 협의하여 제1조의 규정에 의한 최저임금결정제도 적용 여부를 결정하도록 한다(제2조). 동 협약과 관련된 '최저임금결정제도의 적용에 관한 권고(제30호)'[21]는 여성이 통상 고용되는 산업 및 산업부문에 특별한 고려를 기울이도록 규정(Ⅰ-1-2)[22]하고 있다. 최저임금에 관한 제26호 협약 및 제30호 권고는 산업 또는 산업의 일부에 적용되는 형태의 최저임금제도를 전제로 세부 사항을 규정하고 있는데, 이는 최저임금제도가 각 국가에서 보편적인 노동법상 제도로 정착되기 이전의 사정이 반영된 것으로 판단된다. 1951년 채택된 '농업에서의 최저임금결정제도에 관한 협약(제99호)'[23]은 농업부문 사업장 및 관련 직업 종사 근로자를 위하여 최저임금제도를 수립하고 유지할 것(제1조)[24]과 농업의 특수성을 고려한 최저임금제도 설계·운용 기준을 제시하였다. 1970년 채택된 '개발도상국을 특별히 고려한 최저임금결정에 관한 협약(제131호)'[25]에서 산업·업종별 차등적용에 관한 내용은 확인되지 않으며, 고용조건에 비추어 최저임금제도의 대상으로 하는 것이 적절한 모든 임금근로자의 집단에 대하여 적용되는 최저임금제도를 수립하도록 규정하고 있어(제1조),

---

센터-법령(조약), 다자조약 제1615호, https://www.law.go.kr/trtySc.do?menuId=1&subMenuId=25&tabMenuId=135#licTrty2180, 2022. 10. 9. 확인.

21) Minimum Wage-Fixing Machinery Recommendation, 1928 (No. 30)

22) 최저임금위원회, 「OECD 주요 국가의 최저임금법제도」, 2002, 227-231면 참고. Ⅰ-1-2. 가맹국이 자국의 어떠한 산업 및 산업부문에 대하여 최저임금 결정제도를 적용하는 것이 적당한가를 결정하는 것은 조약에 따라 자유이지만, 여성이 통상 고용되는 산업 및 산업부문에 대해서는 특별한 고려를 기울이는 것이 유익하다.

23) Minimum Wage Fixing Machinery (Agriculture) Convention, 1951 (No. 99)

24) 최저임금위원회, 「OECD 주요 국가의 최저임금법제도」, 2002, 219-221면 참고. [제1조] 1. 이 협약을 비준하는 국제노동기구의 회원국은 농업부문 사업장 및 이에 관련되는 직업에 종사하는 근로자를 위하여 최저임금률을 결정할 수 있는 적당한 제도를 수립하거나 유지할 것을 약속한다.

25) C131 - Minimum Wage Fixing Convention, 1970 (No. 131); 법제처 국가법령정보센터-법령(조약), 다자조약 제1617호, https://www.law.go.kr/trtySc.do?menuId=1&subMenuId=25&tabMenuId=135#licTrty2178, 2022. 10. 9. 확인.

보편적인 단일 최저임금제도를 지향하는 것으로 평가된다. 즉, 제26호 협약은 최저임금의 산업·업종별 차등화의 근거가 될 수 있는 반면, 제131호 협약은 일반적·보편적 최저임금제도의 근거가 된다는 점에서 차이[26]가 있다.

협약을 시간 순서로 살펴보면, 최저임금제도가 충분히 정착되지 못한 시기에는 취약한 산업·업종을 우선적으로 보호하기 위한 최저임금을 도입하고, 이후 보호 범위를 전 산업·업종으로 확대한 것으로 해석될 여지가 있다. 우리나라 역시 최저임금제도 도입 초기에는 산업·업종별 최저임금제를 시행하고 이후 전 산업에 일괄적으로 적용되는 최저임금제로 변경되어 ILO 협약과 비슷한 흐름을 보인다. 다만, 두 개의 협약이 유효하게 존재하므로 '임금이 예외적으로 낮은 산업'의 근로자에게 적용된다는 전제에서 산업·업종별 차등 최저임금 적용의 당위성은 여전히 존재한다.

한편, OECD가 2015년 발간한 「OECD 고용전망 2015(Employment Outlook 2015)」은 최저임금의 핵심정책원칙(Key policy principles)[27]에 대하여 밝히고 있다. 이 중 세 번째 원칙은 필요시 최저임금을 그룹별로 차등하여 정하되 그룹별 생산성이나 지역별 경제 상황을 고려[28]하도록 하고 있다. 이는 일반적·보편적 최저임금제도를 지향하는 제131호 협약에 가까운 것으로 평가할 수 있는데, OECD는 차등 최저임금의 적용을 예외적인 상황에서 고려해야 하는 것으로 보고 있음을 나타낸다.

3. 최저임금법의 산업·업종별 차등적용 규정

우리나라는 선원[29] 등 일부 예외는 있으나 근로자의 연령과 지역, 업종, 사업장 규모와 관계없이 단일한 최저임금액을 정하고 있어 주요국가들의 최저임금제도와 대비된다.[30] 최저임금에 관한 우리나라 최초의 법적 근

---

26) 조상균, "최저임금의 적용 차등화 방안 연구", 「노동법학 (제66호)」, 2018, 81면.

27) OECD, 「OECD Employment Outlook 2015」, 2015, 53면.

28) 다만, 단서는 단순한 제도가 준수율이 높다는 점을 유념하도록 하고 있다.

29) 선원 최저임금은 1984년 「선원법」 개정으로 법제화되었다. 1990년대까지는 육상 근로자보다 선원의 임금이 상대적으로 높아 선원 최저임금에 관한 논의가 거의 없었으나 최근 외국인 근로자에 대한 선원 최저임금 차등적용과 관련하여 논의가 증가하고 있다. 이와 관련해서는 이재현, "선원법제의 특수성을 고려한 선원최저임금제도 개선방안", 「노동법논총」 (제54집), 2022, 402-413면 참고.

30) 김종현, "최저임금제의 헌법적 의의와 한국 최저임금제의 특징", 「헌법학연구(제27

거는 1953년 제정 「근로기준법」[31]으로, '필요에 의하여 일정한 사업 또는 직업에 종사하는 근로자를 위하여 노동위원회의 동의를 얻어 최저임금을 정할 수 있다(제34조 제1항 및 제2항)'고 규정하고 있었다. 그러나 이는 임의규정에 불과했고 '일정한 사업 또는 직업'에 대한 구체적인 위임근거도 두지 않았다. 결국, 이 규정은 시행되지 못한 채 1986. 12. 31. 「최저임금법」 제정으로 삭제되었다.[32] 한편, 1970년대 저임금을 해소하기 위한 정부 차원의 노력[33]이 있었으나, 최저임금제 시행으로 연결되지는 못했다.

우리나라에서 최저임금 도입과 관련된 최초의 논의는 지역별 · 업종별 차등적용을 전제로 시작되었는데, 이는 지역별로 최저임금을 정하면서 다시 산업별 차등을 두는 일본의 영향을 받은 것으로 평가된다.[34] 정부는 1987. 5. 13. 최저임금 적용대상 업종을 10인 이상 제조업으로 최종확정하고 단계적으로 확대하기로 하였다.[35] 이에 따라 1988. 1. 1, 대분류상 제조업 한 개 산업에만 최저임금이 적용되었는데, 「최저임금법」 제정 전 정부가 업종별·지역별 저임금 개선지도 금액을 따로 설정했던 현실을 고려하여, 2개의 그룹으로 나누어 최저임금을 정하였다. 임금수준이 비교적 낮은 식료품, 섬유, 의복, 가죽, 신발, 나무, 종이, 고무, 플라스틱, 도기·자기, 전기기기, 기타 제조업 등 12개 업종을 제1그룹으로 하고, 나머지 16개 업종은 제2그룹으로

권 제1호)」, 2021, 404면.

31) 법률 제286호, 1953. 5. 10. 제정 및 1953. 8. 9. 시행
제34조 (최저임금) ①사회부는 필요에 의하여 일정한 사업 또는 직업에 종사하는 근로자를 위하여 최저임금을 정할 수 있다.
②전항의 규정에 의하여 사회부가 최저임금을 정하고저 할 경우에는 노동위원회의 동의를 얻어야 한다.

32) 조상균, "최저임금의 적용 차등화 방안 연구", 「노동법학」(제66호), 2018, 81면.

33) 정부는 '국민생활 안정을 위한 대통령 긴급조치 제3호' 에 따라 근로감독 행정을 통한 저임금 개선과 임금체불 단속을 추진하였고 저임금 지도선을 추진하여 집중적인 행정지도를 하였다. 이와 관련하여 김헌수, 「최저임금법」, 법원사, 2018, 14면 참고.

34) 최저임금제도 초기에도 현재와 같은 차등적용에 관한 노사의 의견 대립이 확인된다. 경영계(한국경총)는 우리나라 산업은 지역별 · 업종별 생산성이나 임금수준에 큰 차이가 있고, 단일최저임금은 한계기업 도산과 실업 증가 우려가 있으므로 지역별 · 업종별로 최저임금을 결정하고 최저임금심의위원회에 업종별 전문위원회 설치를 건의했다. 반면, 노동계(한국노총)는 차등 최저임금이 극심한 업종별 임금 격차를 더욱 심화시키고, 산업 간의 불균형을 촉진시킬 수 있으며, 세계적 추세가 단일최저임금으로 변화했다는 이유로 반대하였다. 이와 관련하여 최저임금위원회, 「최저임금 30년사」, 2018, 86-87면 참고.

35) 최저임금위원회, 「최저임금 30년사」, 2018, 90-91면 참고.

하여 각각 다른 최저임금을 설정하였다.[36]

1989년부터는 상시근로자수 10인 이상 제조업, 건설업, 광업을 적용대상으로 하면서 동일한 최저임금을 적용하였고, 1990년부터는 상시 근로자수 10인 이상 전 산업에 적용하여 산업·업종별 차등적용은 폐지되었다. 폐지 결정에는 최저임금의 목적이 지나친 저임금을 해소하여 사회적인 최저생계비 보장에 있다는 점, 일부 업종에만 적용하는 것은 공평의 원칙과 제도 목적에 위배되는 점, 1989년 광업·건설업을 추가하여 이미 전체 근로자의 60% 이상에 적용되고 있는 점, 구인난이 심각한 상황에서 전 산업 확대의 좋은 기회라는 점이 고려[37]되었다. 이후 1999. 9. 1.부터 5인 이상 사업장에 최저임금을 확대 시행하였고, 2000. 10. 23. 시행령 개정으로 사업장 규모별 단서조항을 삭제하여 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장으로 확대 적용하였다. 그리고 2005. 5. 31. 개정으로 사업의 종류별로 구분하여 정하도록 한 의무규정을 임의규정으로 변경하였다. 사업장 규모별 적용을 포함하여 산업·업종별 차등적용 규정의 변화를 정리하면 다음과 같다.

〔표 1〕 산업·업종별 차등적용 관련 규정의 변화

시기	주요 내용	비고
제정 최저임금법 (1988년 적용)	10인 이상 제조업 적용	제조업을 2개 그룹으로 구분함
1989년 적용 최저임금	10인 이상 제조업, 건설업, 광업 적용	해당 업종에 단일 최저임금 적용
1990년 적용 최저임금	10인 이상 전 산업(사업장) 적용	
1999년 적용 최저임금	5인 이상 전 산업(사업장) 적용	1999. 9. 1. 적용
2001년 적용 최저임금	전 산업(사업장) 적용	2000. 11. 24. 적용
2005. 5. 31. 법 개정	사업의 종류별 구분적용을 임의규정으로 변경	

36) 김헌수, 「최저임금법」, 법원사, 2018, 111-112면 참고; 최저임금위원회, 「최저임금 30년사」, 2018, 2018, 92면. 이때 하나의 사업장이 두 개 이상의 업종에 해당되는 경우에는 근로자수의 비중이 큰 업종을 주된 업종으로 하고, 근로자수로 판단하기 어려운 경우에는 각 업종별 임금총액이 많은 업종을 주된 업종으로 하도록 하였다.

37) 최저임금위원회, 「최저임금 30년사」, 2018, 95-96면 참고.

4. 최저임금 차등적용의 이론적 근거

(1) 헌법 및 노동법상 원칙

헌법은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별· 종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하여 평등권을 보장하고 있다(제11조 제1항). 평등권은 ‘본질적으로 같은 것을 같게 본질적으로 다른 것은 다르게 취급할 것’을 요청하므로, 평등권 위반 여부 심사는 본질적으로 동일한 것을 다르게 취급하고 있는가라는 차별대우 확인과 차별 대우가 헌법적으로 정당화되는가의 판단 2단계로 이루어진다. 본질적으로 같은 것을 다르게 취급하였다고 하여 그것이 곧 평등권에 위반되는 것은 아니고, 차별대우가 헌법적 정당성을 갖지 못하는 경우 평등권에 위반된다.[38]

헌법상 균등대우의 원칙 또는 차별금지의 원칙은 근로관계에도 적용된다. 근로자와 사용자 간에는 근로의 제공과 임금의 지급이라는 교환적·대가적 근로관계가 존재하는데, 노무나 그 밖의 업무수행이 동일한 가치를 가질 때에는 임금·기타 대우에 관하여 차별해서는 안 되고, 정당한 합리적 이유 없이 근로자들을 차별하는 것은 배분적 정의에 반하는 한편 인간의 가치를 침해하는 것이다.[39] 근로자가 수행하는 노동이 완전히 동일하지 않지만, 작업에 대한 지식·교육 정도·노력·책임·노동조건 등에 있어서 특별히 고려할 만한 차이가 없으면 동일노동으로 볼 수 있다. 동일노동이 통상적인 노무제공의 동질성을 기준으로 하는 개념이라면, 동일가치노동은 노동의 가치를 기준으로 노동의 동일성을 판단하는 개념이다.[40] 노동관계법령에서 ‘동일가치노동’은 「남녀고용평등과 일가정 양립지원에 관한 법률」에 사업주는 동일한 사업 내의 동일가치 노동에 대하여는 동일한 임금을 지급하여야 한다

38) 한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2020, 580-594면 참고. 평등권 위반을 판단하는 심사기준으로는 자의금지원칙 및 비례의 원칙이 적용되며, 헌법이 특별히 평등을 요청하는 경우나 차별대우가 자유권에 대한 중대한 초래하는 경우에는 엄격한 심사기준이 적용된다.

39) 김형배, 「노동법」, 박영사, 2015, 226-227면 참고.

40) 김형배, 「노동법」, 박영사, 2015, 245면.

고 규정(제8조)되어 있다. 대법원[41]에 따르면 동일가치노동의 판단기준으로 기술, 노력, 책임, 작업조건 등 직무 특성, 개별 근로자의 학력, 경력, 근속연수, 그리고 당해 사업장 특성까지 종합적으로 고려될 수 있다.

(2) 최저임금 차등적용의 정당성 판단

개별 사업장마다 고유의 실태가 있으므로 모든 사업장에 노동보호법규를 동일하게 적용하는 것이 타당하다고 단정할 수 없으며, 법의 일률적 적용이 타당하지 않은 경우, 적용제외 또는 차등적용의 필요성이 있다. 즉, 무리하게 법을 일률적으로 적용하면 법의 실효성을 훼손하거나 사용자의 준법의식에 악영향을 미치는 등 불합리한 결과를 초래할 수 있다.[42] 즉, 노동보호법규의 실효성 제고를 위하여 어느 정도의 유연성이 요구되는 측면이 있으며, 구분 또는 차등적용은 법의 취지와 목적을 달성하기 위한 수단과 방법으로 인정될 수 있다.[43]

헌법재판소[44]는 근로자 수에 따른 「근로기준법」 적용배제에 관하여, 상시 근로자수 5명을 기준으로 법의 전면적용 여부를 달리 정한 것은 법의 확대적용을 위한 노력 과정에서 영세사업장의 열악한 현실과 국가의 근로감독 능력의 한계를 고려하면서 법 규범성을 실질적으로 관철하기 위한 입법 정책적 결정으로서 합리적인 이유가 있어 평등원칙에 위배되지 않는다고 보았다. 결정의 기본적인 입장은 비슷한 사안에서 반복적으로 인용되었는데,[45] 최저임금제도 역시 같은 맥락에서 차등적용이 허용될 수 있다. 이

---

41) 대법원 2019. 3. 14.선고 2015두46321판결; 대법원 2011. 4. 28.선고 2011다6632판결.

42) 김희성, “최저임금의 ‘(사업장)규모별 구분적용’에 대한 입법을 위한 법 이론적 제언” (토론문), 최저임금, 이대로는 안 된다! 토론회, 중소기업중앙회, 2019, 38-41면 참고.

43) 이재현, 「최저임금제도의 법 이론적 기초에 관한 연구」, 부산대학교 박사학위논문, 2020, 177-178면.

44) 헌법재판소 1999. 9. 16.선고 98헌마310결정. “택시운전근로자를 고용하는 사용자인지 생산고에 따른 임금을 지급받는 다른 영역의 근로자를 고용하는 사용자인지 여부의 차이는 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 영역에 해당하지 않으며, 차별취급으로 청구인들의 계약의 자유에 중대한 제한을 초래한다고 볼 수 없으므로 완화된 심사기준을 적용”하였다.

45) 김희성, “최저임금의 ‘(사업장)규모별 구분적용’에 대한 입법을 위한 법 이론적 제언” (토론문), 최저임금, 이대로는 안 된다! 토론회, 중소기업중앙회, 2019, 41-42면 참고.

와 관련하여 헌법재판소[46]는 택시운전근로자들에게 생산고에 따른 임금을 제외한 임금만으로 최저임금액 이상을 지급하도록 한 「최저임금법」 제6조 제5항이 계약의 자유와 평등권을 침해하지 않고 포괄위임금지원칙에 위반되지 않는다고 보았다.

한편, 노동법의 구분적용 또는 적용제외의 정당화 관점은, 법률 외 수단에 의한 대체적인 보호 방법이 있으면 가능하다는 '대체적 보호론'과 규제대상이 되는 사업자의 부담 증가를 고려해야 한다는 '사업자부담론'으로 구분될 수 있다. 대체적 보호론은 근로자 보호가 생산성과 결부되므로 사업자가 자발적으로 근로자 보호를 전개하는 '사업자에 의한 보호'와 노동조합이 충분히 기능하고 있으면 법률에 의한 보호 필요성이 감소한다는 '노동조합에 의한 보호'로 구분된다. 최저임금은 주로 중소·영세사업장의 근로자를 보호 대상으로 하므로 사업자에 의한 보호와 맞지 않고, 노동조합에 의한 보호 역시 낮은 조직률을 보이는 우리나라의 현실과 맞지 않는 측면이 있다. 따라서 최저임금의 차등적용 근거는 중소·영세사업자에게 최저임금제도를 일률적으로 준수하도록 하는 것은 부담이 크므로 이들에 대하여 차등적용이 필요하다는 사업자부담론에서 찾을 수 있다.[47] 정리하면, 최저임금의 차등적용은 중소·영세사업자의 인건비 부담을 완화하여 우리나라 전체 경제상황을 개선하고, 중·장기적인 고용 증진 목적에서 정당화될 수 있다. 다만, 이때도 ILO 제26호 협약의 '예외적으로 임금이 낮은 산업'에 해당하는 한편, OECD 최저임금 핵심정책원칙의 '그룹별 생산성'이 고려될 필요가 있다.

5. 소결 및 평가

최저임금제도는 근로조건 중 임금의 하한선을 설정하는 강행규정으로, 근로시간이나 휴가와 같은 다른 노동법상 제도에 비하여 사용자와 근로자의 민감도가 매우 높은 특성이 있다. 우리나라는 최저임금제도 도입 초기에

46) 헌법재판소 2011. 8. 30.선고 2008헌마477결정.

47) 김희성, "최저임금의 '(사업장)규모별 구분적용'에 대한 입법을 위한 법 이론적 제언" (토론문), 최저임금, 이대로는 안 된다! 토론회, 중소기업중앙회, 2019, 42면.

산업·업종별 최저임금을 적용한 경험이 있다. 하지만 이는 최저임금제도가 완성된 상태에서 산업·업종별 차등적용의 필요성에 따른 것은 아니고, 최저임금제도를 최초 도입한 과도기에 단계적으로 적용 범위를 확대해 나가는 과정에서 임시로 고려된 것으로 평가할 수 있다. 실제로 최저임금제 실시 이후 산업·업종별 차등적용은 2년만 유지되었고, 이후에는 사업장 규모에 따른 차등적용만 유지되다가 현재 모든 사업장에 동일한 최저임금이 적용 중이다. 즉, 1987년과 현재는 논의의 전제가 되는 노동환경이 다르다.

산업·업종별 차등적용과 관련된 사용자 측 또는 경영계 주장의 주된 내용은, 최저임금액의 급격한 인상으로 이를 감당하기 어려운 산업·업종의 사용자가 많아졌기 때문에 이들에게 낮은 수준의 최저임금액을 적용할 필요가 크다는 것이다. 이전보다 산업·업종별 차등적용 논의가 비중 있게 받아들여지고 있는 상황은 이러한 주장이 어느 정도 공감대를 불러일으키는 것으로 해석할 수 있다. 최저임금제도는 「최저임금법」에 명시된 것처럼, 근로자의 생활안정 외에도 노동력의 질적 향상과 국민경제의 건전한 발전에 이바지하는 것을 목적(제1조)으로 한다는 점도 이를 뒷받침하는 근거가 될 수 있다. 이러한 관점에서 최저임금의 차등적용에 관한 '사업자부담론'은 설득력이 있고, 헌법상 평등의 원칙에 위반되지 않다고 평가할 수 있다.

하지만 최저임금제도는 임금수준이 매우 낮아 통상적인 노동을 제공하고도 본인과 가족을 부양하기 어려운 저임금 근로자 집단을 보호하기 위하여, 원래는 당사자가 자유롭게 설정해야 할 임금을 국가가 강제로 결정하는 제도[48]다. 처음부터 저임금 근로자 집단을 특정하여 설계된 제도라는 점을 고려하면, 최저임금액이 높게 설정되어 이를 감당하기 힘든 사용자가 많다는 주장은 산업·업종별 최저임금제도 도입 필요성의 근거가 되기 이전에 현행 최저임금제도의 기능과 역할, 운용의 적정성에 대하여 적지 않은 혼란이 있음을 시사한다. 나아가 최저임금을 지불하기 어려운 특정 업종에 한정하

48) 다만, 최근에는 시대의 변화에 따라 다양한 개념요소를 추가해 왔고, 근로자의 노동가치 보장과 동시에 사회보장 및 생활 보장적 성격까지 내포하고 있는 것으로 평가된다. 이와 관련해서는 이재현, "헌법상 노동기본권으로서 최저임금제도의 의의", 「강원법학」 (제66권), 2022, 119면 참고.

여 현재보다 낮은 수준의 최저임금을 적용해야 한다는 주장은 심정적으로는 공감할 수 있는 것이나, 우리나라 최저임금제도의 목적과 취지에 부합하는 것인지에 대해서 의문이 있다. 이에 따라 산업·업종별 차등 최저임금을 적용하고 있는 외국의 경우, 어떤 기준과 원칙에 따라서 이를 운용하는지 확인이 필요하다.

Ⅲ. 산업·업종별 차등 최저임금에 관한 입법례

1. 개관

국가별 최저임금제도는 입법 배경, 제도도입 목적, 국내외 상황 등에 따라 다양하게 운영될 수 있는데, 단일 최저임금과 지역별・산업별・연령별 차등 최저임금 적용 여부는 그 차이를 가장 크게 부각시키는 것이다.[49] 산업·업종별로 최저임금을 차등 적용하는 국가를 살펴보면 다음과 같다.

〔표 2〕 산업·업종별 차등적용 국가[50]

국가	주요 내용	특징
네덜란드	▪ 「최저임금 및 최저휴가수당에 관한 법」, 「최저청년임금법령」과 함께 업종별로 정해지는 단체노동협약(CLA)도 최저임금의 근거로 분류됨. ▪ 기본적으로 전국 단일 최저임금이 적용되며, 단체노동협약(CLA)에 따른 최저임금은 업종별로 다를 수 있음.	단체노동협약은 실질적으로 협약자치 영역으로 판단됨.
독일	▪ 1990년 이후 점진적으로 단체협약 적용률이 낮아져, 협약의 보호권 밖으로 밀려난 근로자가 급증하게 됨. 이에 따라 최저임금에 관한 근거 법령을 제정함. ▪ 국가 최저임금은 업종과 지역을 불문하고 일괄적으로 적용되며, 단체협상을 통해 결정된 업종별·지역별 최저임금이 국가 최저임금보다 높을 경우 차등 인정됨.	법령이 아닌, 협약자치 질서에 따라 단체협약으로 정해지는 업종별 차등 최저임금 존재.

49) 이재현, 「최저임금제도의 법 이론적 기초에 관한 연구」, 부산대학교 박사학위논문, 2020, 173면.

50) 최저임금위원회, 「2022년 주요 국가의 최저임금제도」, 2022의 내용을 정리하였다.

러시아	▪ 노동사회보장부가 산업별 최저임금 기준이 명시된 노동합의서를 공표하며, 해당 산업별 사용자연맹과 노조연합이 합의서에 동의 후 적용 가능. ▪ 산업별 구분 규정은 있으나 실제 적용사례는 없으며, 통상 산업별 최저임금도 중앙정부 최저임금을 기준으로 함.	규정은 존재하나 실질적으로 미적용.
벨기에	▪ 국가 및 산업별 최저임금은 단체협약(형태)로 결정됨. ▪ 국가노동위원회에서 국가최저임금을 결정하고, 중립적 입장의 위원장과 업종별 노동조합 및 사용자단체연합을 대표하는 위원으로 구성된 산업별 공동위원회가 산업별 최저임금을 결정함. ▪ 산업별·사업장별 최저임금은 국가 최저임금보다 높은 수준에서 결정되어야 하며, 단체협약에서 최저임금이 정해지지 않을 경우 국가최저임금 적용.	산업별 공동위원회에서 산업별 업종분류도 결정.
스위스	▪ 연방 차원의 법정 최저임금은 부재하며, 주(州)별로 임금덤핑이 발생할 수 있는 직종(개인가정, 요양소, 병원, 숙박·요식업, 건물관리인 등)에 표준근로계약을 도입. ▪ 일부 업종별 단체협약을 통해 최저임금 가이드라인을 마련하고 있으며 일부 주(17년 - 뉴사텔, 쥐라 주, 20년 - 제네바 주)와 시(23년 빈터투어 시)에서 최저임금 도입함. ▪ 제네바 주에서는 농업, 화훼업 근로자에게 제네바 주 최저임금(23.27CHF)의 73.5%인 17.10CHF 적용됨.	제네바 주 최저임금에서 주 최저임금보다 낮은 산업·업종별 최저임금 확인됨.
영국	▪ 1909년 일부 산업에 임금위원회를 설치하여, 최저임금을 강제하는 '임금위원회법'이 제정되며 산업별 최저임금제도가 시행(1911년 - 봉제업, 종이상자, 레이스, 어망 등 제조업, 1939년 - 제빵, 가구제조, 고무제조 등 산업)되었으나 제2차 세계대전 후 유명무실화되었으며, 현재는 연령을 기준으로 한 최저임금 적용.	최저임금제도 도입 초기, 산업별 최저임금제도를 운용하였으나, 현재 미실시.
미국	▪ 팁과 임금의 합이 최저임금 이상이고, 팁을 전액 수령하며, 사용자로부터 팁크레딧(tip credit) 적용을 고지받은 매월 $30 이상의 팁을 받는 근로자에 대해서는 연방최저임금($7.25)에 미치지 못하는 최저시급 $2.13 적용 가능. ▪ 다만, 팁과 임금의 합이 연방최저임금에 미치지 못할 경우에 그 차액을 지급해야 함.	팁 근로자에 대한 별도의 최저임금제도를 정하고 있음.
일본	▪ 현재 지역별 최저임금과 지역 내 특정(산업별) 최저임금제도를 운용하고 있음. 특정(산업별) 최저임금은 지	지역별 최저임금을 기초로 한 특정(산

	역별 최저임금액을 상회해야 함(최저임금법 제16조). ▪ 특정(산업별) 최저임금은 변동사항이 있을 경우, 수시로 갱신됨.	업별) 최저임금제도 운용.
베트남	▪ 63개 지역을 4개 지역으로 나누어 지역별 최저임금 적용. ▪ 업종별 최저임금의 근거 규정은 있으나, 2003년 섬유·봉제 산업에 결정된 것이 유일한 사례임. 업종별 최저임금은 업종별 노사단체가 교섭을 통해 정하며, 지역별 최저임금보다 낮아서는 안 됨(노동법 제91조 제3항).	업종별 최저임금 근거 규정은 있으나, 현재 미실시하는 것으로 파악됨.
인도네시아	▪ 종래 주 최저임금, 시·군 최저임금, 주 업종별 최저임금, 시·군 업종별 최저임금으로 구분됨. ▪ 중점업종에 적용되는 최저임금을 두고 있었으나 2020년 노동법 개정으로 삭제 및 폐지됨. 이는 일자리 창출 및 투자유치를 위한 법 개정 과정에서 최저임금 종류가 간소화된 것임.	제도 간소화 과정에서 업종별 최저임금 폐지.
태국	▪ 법률상 업종별 최저임금을 정할 수 있으나 현재까지 운용된 바 없음.	법령의 근거는 있으나 미실시.
튀르키예51)	▪ '석탄 및 갈탄 채굴업'의 최저임금은 「석탄법」으로 법정임금의 최소 2배로 규정하도록 하는 특례규정을 두고 있음.	특정 업종에 별도 최저임금 규정
필리핀	▪ 전국단위 단일 최저임금은 없고 지역 내에서 업종·규모별로 구분하여 적용되는데, 업종별 최저임금제는「임금현실화법」에 따라 도입됨. ▪ 지역 내 업종은 농업, 비농업, 제조업, 사립 병원, 도매업, 가사근로자 등을 구분하여 최저임금 결정됨.	업종별 최저임금 운용 중임.
뉴질랜드	▪ 1936년 「산업조정중재법」개정으로 업종별 최저임금은 폐지되었으며, 국가중재재판소에서 단일 최저임금을 결정함.	이전에 실시하였으나 현재 폐지
호주	▪ 1904년「조정중재법」제정으로, 연방조정중재법원이 산업별로 체결한 노사협약(Award)을 승인함으로써 실질적으로 최저임금을 결정하는 산업별 최저임금제도(Award) 도입. ▪ 1956년 「조정중재법」개정으로 연방조정중재위원회가 산업별 최저임금 공인업무를 담당함. ▪ 1966년「사업장노사관계법」제정으로 산업별 최저임금제도의 적용을 받지 못하는 근로자를 보호하기 위하여 국가최저임금이 최초로 도입됨.	산업별 최저임금이 먼저 도입되고, 이후 국가 단위 단일 최저임금제도가 도입됨.

	▪ 2009년 「공정근로법」 제정으로 산업별 최저임금의 현대화 작업을 추진함. 이에 따라 기존의 주(州)별 구분을 없애고 전국(연방)단위의 산업별로 개편됨. ▪ 각 산업별 최저임금마다 직종별(업무 내용, 숙련도 등 반영)로 10~14개 정도의 최저임금을 정하고 있음.	

최저임금위원회의 발간 보고서에 의하면, 조사 대상 총 41개 국가 중에서 산업·업종별 최저임금을 도입한 국가는 많지 않다. 특히, 기존에 산업·업종별 최저임금을 운용하다가 폐지하였거나 규정을 두고 있지만 운용하고 있지 않은 국가가 많아 단일 최저임금이 세계적인 추세라는 노동계의 주장을 일부 확인할 수 있었다. 산업·업종별 차등 최저임금에 관한 입법례는 크게 3가지 유형으로 구분될 수 있다. 첫째, 산업·업종별 최저임금이 협약자치질서와 강하게 연동된 유형으로 호주, 네덜란드, 독일, 벨기에 등이 이에 해당한다. 이들 국가는 대체로 국가 단위의 단일 최저임금보다 높은 수준의 산업·업종별 최저임금을 협약자치질서를 통해 구축하고 있다. 특히, 호주는 산업·업종별 최저임금이 강하게 나타나는 입법례로 분류된다. 둘째, 특례규정 등을 통해 일부 업종에 제한적으로 산업·업종별 최저임금을 설정하는 유형으로 미국, 튀르키예 등이 있으며, 우리나라의 선원 최저임금도 이러한 유형으로 분류할 수 있다. 셋째, 산업·업종별 최저임금에 관한 규정을 두고 있으나 운용하지 않아 실질적으로 폐지되었거나 실제 폐지된 유형으로 러시아, 영국, 베트남, 인도네시아, 태국, 뉴질랜드 등이 이에 해당한다. 한편, 일본은 지역별 최저임금을 기반으로 한 산업별 최저임금이라는 점에서 특수성이 있었고, 스위스 제네바 주는 주 최저임금보다 낮은 산업·업종별 최저임금이 확인되었다. 이하에서는 산업·업종별 차등 최저임금의 대표적인 사례로 볼 수 있는 호주, 독일, 미국, 일본 사례에 대하여 구체적으로 살펴본다.

51) Türkiye. 이전의 '터키'.

2. 호주

호주는 전통적으로 산별 노사관계가 강하게 발달하여 국가 최저임금 없이 산별 노사협약으로 해당 산업 소속 근로자들의 최저임금을 규율해 온 관행이 있었다. 하지만 산별 노사협약이 적용되지 않는 사각지대의 취약근로자가 늘어나면서 최저임금제도가 도입되었다.[52] 호주는 국가 단위로는 뉴질랜드에 이어 세계 2번째로 최저임금제를 도입되었는데,[53] 1896년 빅토리아 주 「공장법(the Factories Act)」은 6개 제조업에 대한 최저임금 결정기관인 Wage Board를 설립했고, 1902년 뉴 사우스 웨일즈, 웨스턴오스트레일리아 주 정부도 최저임금제를 도입했다. 이후 1904년 「조정중재법」 제정으로 연방조정중재법원이 산업별로 체결한 노사협약(Award)을 승인함으로써 실질적으로 최저임금을 결정하였다. 이후 1956년 「조정중재법」개정으로 연방조정중재위원회가 산업별 최저임금(Award) 공인업무를 담당하였고, 1966년 산업별 최저임금 적용을 받지 못하는 근로자를 보호하기 위하여 국가최저임금이 최초로 도입되었다.[54] 현재, 호주의 최저임금제도는「공정근로법(Fair Work Act 2009)」이 규율하고 있다.「공정근로법」제284조 최저임금의 목적[55]에 따르면 공정근로위원회는 ① 생산성, 사업 경쟁력 및 생

---

52) 최저임금위원회, 「2022년 주요 국가의 최저임금제도」, 2022, 447면.

53) 이는 산업·업종별 차등 최저임금이 최저임금제도의 초기 형태라는 점을 나타내는 것으로 해석될 수 있다. 뉴질랜드 역시 업종별 최저임금에서 단일 최저임금으로 변화한 것으로 확인된다.

54) 최저임금위원회, 「2022년 주요 국가의 최저임금제도」, 2022, 447-448면 참고.

55) 284 The minimum wages objective - What is the minimum wages objective?
(1) The FWC must establish and maintain a safety net of fair minimum wages, taking into account:
(a) the performance and competitiveness of the national economy, including productivity, business competitiveness and viability, inflation and employment growth; and
(b) promoting social inclusion through increased workforce participation; and
(c) relative living standards and the needs of the low paid; and
(d) the principle of equal remuneration for work of equal or comparable value; and
(e) providing a comprehensive range of fair minimum wages to junior employees, employees to whom training arrangements apply and employees with a disability.

존능력, 국가 경제의 성과 및 경쟁력, ② 노동참여 증가를 통한 사회적 통합 증진, ③ 저소득 근로자의 상대적 생활 수준 및 요구, ④ 동일·유사 노동에 대한 동일보수 원칙, ⑤연소·수습·장애 근로자에 대한 공정한 임금제공 등을 고려하여, 공정한 최저임금 안전망을 설정하고 유지해야 한다. 호주의 경우 생산성, 사업 경쟁력과 생존능력, 국가 경제 성과 및 경쟁력 등을 저소득 근로자 보호보다 우선하여 규정하는 특성[56]이 있다.

호주는 최저임금제도가 산업별·업종별로 잘 분화된 대표적인 국가로 분류할 수 있다.[57] 최저임금은 크게 국가최저임금(National minimum wage), 산업별 최저임금(Modern awards), 기업별 협약(Enterprise agreements)으로 구분되는데,[58] 이 중 국가최저임금과 산업별 최저임금을 주된 최저임금으로 볼 수 있다. '모던 어워드(Modern Awards)'란, 국가고용기준(National Employment Standards, NES)을 상회하는 최소한의 고용조건을 명시한 문서[59]로 통상적으로 산업별 최저임금을 의미한다. 산업별 최저임금은 기본적으로 산별 노사협약에 해당하는데, 전국단위의 산별 노사가 먼저 합의한 후 공정근로위원회에 합의안을 제출하면, 공정근로위원회는 노사합의의 진정성, 공정근로법 위반 여부, 각종 근로조건의 적정성 등을 검토하여 보완요구 또는 승인 여부를 결정한다.[60] 2022. 7. 1.부터 적용 중인 국가 최저임금은 시간당 $21.38, 38시간 기준 $812.60이며,[61] 산업·직종에 따른 차등화된

56) 이재현, 「최저임금제도의 법 이론적 기초에 관한 연구」, 부산대학교 박사학위논문, 2020, 86면.

57) 문재태·이희수, "최저임금의 실효성 제고를 위한 논의', 「사회법연구」 (제38호), 2019, 126-127면 참고.

58) 최저임금위원회, 「2022년 주요 국가의 최저임금제도」, 2022, 450면.

59) 호주 정부 최저임금 정보, https://www.fairwork.gov.au/tools-and-resources/fact-sheets/minimum-workplace-entitlements/modern-awards#what-is-a-modern-award, 2022. 8. 14. 확인. "A modern award is a document which sets out the minimum terms and conditions of employment on top of the National Employment Standards (NES)."

60) 최저임금위원회, 「2022년 주요 국가의 최저임금제도」, 2022, 450면. 참고로 2017년까지는 4년마다 모든 산업별 최저임금을 심층 검토하였으나, 2018년 법 개정으로 국가최저임금 인상 등 사유 발생시 수시 검토하는 것으로 변경되었다.

61) 호주 정부 최저임금 정보, https://www.fairwork.gov.au/tools-and-resources/fact-sheets/minimum-workplace-entitlements/minimum-wages, 2022. 8. 14. 확인.

최저임금인 모던 어워드는 2022. 7. 18. 기준 121개[62]인 것으로 확인된다. 호주의 최저임금 결정제도는 산업, 직종, 경력 등에 따라 최저임금을 차등화하여 근로자들이 노동에 대한 정당한 대가를 받을 수 있도록 유도하는 법적 장치가 특징이다. 2019년 기준 국가최저임금을 받는 성인 근로자가 총 근로자 중 1.9%인 반면, 22.7%의 근로자가 모던 어워드의 적용을 받고 있다.[63] 120개가 넘는 상세한 산업별 최저임금과 20%를 초과하는 적용률을 고려하면, 호주는 산업·업종별 최저임금 속성이 강하게 나타나는 입법례로 평가할 수 있다.

3. 독일

독일은 전통적으로 높은 노동조합 조직률을 바탕으로 사용자와 근로자가 자율적으로 임금체계를 결정하는 구조를 갖추고 있었다. 하지만 국내·외 사정으로 이러한 구조에 균열이 생기고, 협약자치질서 보호에서 벗어나는 근로자가 증가하자 정책적으로 최저임금 도입을 결정하게 되었다.[64] 2015. 1. 1.부터 시행되고 있는 독일 최저임금법[65]의 제정은 독일 노동법 체계와 실무에서 매우 획기적인 전환점으로 평가된다. 종래 최저임금에 관한 입법적 강제가 존재하지 않았던 독일이 법정 최저임금제도로 전환하게 된 결정적 계기는, 노동시장 유연화에 따른 실업률 감소로 저임금부문 종사 근로자가 확대되었기 때문이다.[66] 최저임금 도입 당시 대연정에 참가한 연립정부

---

62) 호주 공정근로위원회 모던 어워드 정보, https://www.fwc.gov.au/agreements-awards/awards/find-award, 2022. 8. 14.확인. 해당 통계는 어워드 유형을 ①Modern Awawrd(121개), ②Modern Enterprise Award(25개), ③State reference public sector modern award(9개)로 구분하고 있다.

63) 채민희, “호주 최저임금결정제도의 특징 및 관련 논의”, 「국제노동브리프」 (2019년 5월호), 2019, 55, 62면 참고.

64) 이재현, 「최저임금제도의 법 이론적 기초에 관한 연구」, 부산대학교 박사학위논문, 2020, 72면 참고.

65) 법의 정식 명칭은 ‘Tarifautonomiestaerkungsgesetz’이며, 협약자치강화법 또는 노동협약자율성강화법으로 번역되고 있다.

66) 박지순, “독일 최저임금법의 구조와 특징”, 「강원법학」 (제51권), 2017, 103-104면 참고.

는 협약(Koalitionsvertrag)을 통해 전 산업부문에 공통으로 적용되는 법정 최저임금 도입에 합의하였는데 그 내용은 다음과 같다.[67] 해당 합의 내용에 '보편적 최저임금 도입'이라는 문구가 있어 단일 최저임금을 지향하는 것처럼 해석될 수 있지만, 독일의 최저임금이 오랜 기간 형성된 협약자치질서를 바탕으로 구축된 체계를 뒷받침하기 위하여 도입된 제도라는 점을 유념할 필요가 있다.

> 양질의 노동은 한편으로는 생존을 보장할 수 있을 정도의 임금이 지급되어야 하며, 다른 한편으로는 생산성과 임금액이 서로 조화를 이뤄야 한다. 이러한 균형성은 전통적으로 노사의 교섭을 통하여 실현되는 것이어야 하지만 단체협약의 적용률이 점차 감소함에 따라 협약의 사각지대가 점점 더 늘고 있는 것이 현실이다. 따라서 보편적이고 구속력 있는 최저임금의 도입으로 근로자를 위한 적절한 최저한의 보호가 보장되어야 한다.

독일은 1998년부터 「강행근로조건법(Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenüberschreitenden Dienstleistungen(AEntG))」을 통해 건설업에 대한 일종의 최저임금제도를 적용하고 있었다. 동법에 따라 외국인 근로자들이 독일 내 건설업에서 일하는 경우, 해당 분야에 적용되는 독일 단체협약상 최저임금 수준이 이들에게도 적용되도록 강제하고 있었다. 이후 하르츠 노동 개혁이 본격적으로 진행되던 2005년부터 법정 최저임금 도입에 관한 논의가 활발히 이루어졌고, 2009년 강행근로조건법에 따른 단체협약상 최저임금 적용대상 산업이 폐기물 처리업, 직업교육 분야, 광산업, 지붕수리업, 전기수리업, 건물청소업, 페인트 및 도장업, 간호 분야, 경비업, 세탁업까지 확대되었다. 한편, 이와 별도로 여러 주의 「공공조달법(Vergabegesetz)」에 협약임금준수조항을 명문화하는 경우도 증가하였다.[68] 이처럼 산업·

67) Koalitionsvertrag, "Deutschlands Zukunft gestalten" v. 16.12.2013, S. 48 f(박지순, "독일 최저임금법의 구조와 특징", 「강원법학」 (제51권), 2017, 77면에서 재인용).

68) 박귀천, "독일 「최저임금법」 제정의 배경과 의의", 「노동법연구」 (제40호), 2016,

업종별 단체협약을 근거로 한 기존의 최저임금제도는 법정 최저임금에도 영향을 미치게 된다.

2015년, 법정 최저임금이 시행되면서 산업 분야별로 숙박업·요식업 종사 근로자 중 약 50%가 법정 최저임금의 적용대상이 되었고, 농업·임업 및 소매업의 경우 약 20% 수준의 임금인상 효과가 발생한 것으로 파악된다.[69] 2017년까지 법정 최저임금 적용이 유예되었던 농업·임업·조경 산업, 미용업, 섬유·의류업은 2017년을 기점으로 산업별 단체협약에 별도의 최저임금을 규정하지 않은 채 법정 최저임금이 적용 중이다. 그 밖에 세탁업, 환경미화, 경비·보안업, 광업 분야의 경우, 법정 최저임금이 처음 시행될 당시에는 단체협약으로 법정 최저임금보다 높은 수준의 최저임금을 정하였으나, 2019년을 기준으로 협약에 별도의 최저임금을 정하지 않은 채 법정 최저임금이 적용 중이다.[70] 현재, 단체협약을 통하여 별도의 최저임금이 정해지고 있는 산업은 전기, 도축 가공, 청소, 건축 비계 공사, 간병 등으로 다양하며, 동일한 업종 내에서도 기술 보유 여부와 수행 업무, 지역에 따라서 최저임금액이 다르게 설정[71]되어 있는 것으로 확인된다. 이는 법정 최저임금 적용에도

212-213면 참고.

69) Dingeldey, Irene(2019), Wechselwirkungen zwischen Mindestlohn und Tariflohn. Arbeit, 28(1), S. 63(이승현, "독일의 최저임금법: 시행 후 4년간 평가 및 전망", 「국제노동브리프」 (2019년 12월호), 2019, 79면에서 재인용).

70) 이승현, "독일의 최저임금법: 시행 후 4년간 평가 및 전망", 「국제노동브리프」 (2019년 12월호), 2019, 79면.

71) 최저임금위원회, 「2022년 주요 국가의 최저임금제도」, 2022, 48면. 단체협약을 통한 업종별 최저임금의 일부를 살펴보면 다음과 같다.

업종		기간	구 서독지역	구 동독지역
			시급(유로)	
폐기물 처리, 거리미화, 동계도로 제설		21.10.1.~22.9.30.	10.45	10.45
임시 직업소개소 활동		22.4.1.~22.12.31.	10.88	10.88
직업교육 재이수, 계속 교육	일반	2022년	17.18	17.18
	전문기술 보유		17.70	17.70
건물 지붕	일반	2022년	13.00	13.00
		2023년	13.30	13.30
	전문기술 보유	2022년	14.50	14.50

불구하고 여전히 산업·업종별로 구분된 최저임금제도 성격이 강하게 나타나고 있음을 의미한다.

이러한 산업 분야들은 법정 최저임금 도입 전부터 높은 수준의 최저임금을 자율적으로 정하고 있었으며, 법정 최저임금 도입 이후에도 단체교섭을 통해 결정되는 임금인상 수준에 맞춰 최저임금의 인상도 이루어지고 있다.[72] 따라서 독일의 경우, 표면적으로는 단일한 법정 최저임금을 적용 중이나 실제로는 단체협약에 기반한 산업·업종별 최저임금제도를 운용하는 것으로 평가[73]할 수 있다. 정리하면, 독일의 최저임금과 관련된 임금구조는 통일적인 최저기준을 일률적으로 정하는 단일한 법정 최저임금, 업종별 단체협약을 통해 결정되는 업종별 최저임금, 교섭력이 강한 노동조합을 중심으로 결정되는 협약임금으로 구성된다. 독일의 법정 최저임금 도입은 저임금 근로자에 대한 최저기준을 일괄적으로 적용하기 위한 목적보다는, 전통적인 협약자치질서 및 단체협약으로 정하던 산업·업종별 최저임금제를 보완[74]하기 위하여 도입된 것으로 평가할 수 있다.

		2023년	14.80	14.80
전기		2022년	12.90	12.90
		2023년	13.40	13.40
		2024년	13.95	13.95
도축 가공		22.1.1.~22.11.30.	11.00	11.00
청소	내부청소 및 유지보수	2022년	11.55	11.55
		2023년	12.00	12.00
	건물 외벽	2022년	14.81	14.81
		2023년	15.20	15.20

72) Dingeldey, Irene(2019), Wechselwirkungen zwischen Mindestlohn und Tariflohn. Arbeit, 28(1), S. 64(이승현, “독일의 최저임금법: 시행 후 4년간 평가 및 전망”, 「국제노동브리프」 (2019년 12월호), 2019, 78-79면에서 재인용).

73) 최저임금에 관한 규범을 법령에 한정하면 단일한 최저임금제도이나, 협약자치 질서 등으로 확대하는 경우에는 산업·업종별 차등 최저임금제도로 인정할 수 있다.

74) 독일의 법정 최저임금은 단체협약 임금인상률을 고려하여 결정되며, 결정구조 역시 최저임금위원회 내에서 사용자와 근로자 위원이 최종적인 결정 권한을 가지므로 기존 협약자치 질서에서 크게 벗어난 것으로 보기 어려운 점, 법정 최저임금 결정 과정에 노동조합의 이해관계도 많이 반영되고 있는 점이 이를 뒷받침한다. 이와 관련하여 이재현, 「최저임금제도의 법 이론적 기초에 관한 연구」, 부산대학교 박사학위논문,

4. 미국

우리나라의 「최저임금법」에 상응하는 법으로 미국은 「공정근로기준법(Fair Labor Standard Act, FLSA)」을 제정·시행하고 있다. 공정근로기준법은 최저임금, 법정 최장근로시간, 아동노동보호 규율의 근간이 된다.[75] 미국 최저임금제도는 저임금 근로자 보호보다 경제주체 간 거래 공정성이 강조되는 특성이 있다.[76] 미국 최초의 최저임금법은 1912년 매사추세츠 주에서 만들어졌으나 연소자와 여성에게만 적용되었으며, 최저임금위원회는 생활임금을 반영한 최저임금률을 권고할 수 있을 뿐 사업주에게 강제 적용되는 것은 아니었다. 이후 캘리포니아 주 등에서 최저임금제도를 채택하였고, 1930년대 경제 불황 극복 방안으로 최저임금제도가 주목받게 되었다. 1938년 25개 주가 최저임금법을 제정했고, 연방 차원에서도 1938년 「공정근로기준법(Fair Labor Standard Act: FLSA)」이 제정되었다.[77] 2009년 이후 연방 최저임금 인상을 위한 법 개정은 이루어지지 않고 있으며 일반 근로자는 시간급 7.25달러, 팁을 받는 근로자는 2.13달러로 정해져 있으며, 30개 주에서 주 법령 등으로 연방 최저임금 수준을 초과하는 금액을 최저임금으로 정하고 있다.[78] 정리하면, 미국의 최저임금은 연방법에 의한 연방 최

2020, 72면 참고.

75) 강현주, “최저임금법 패러다임 탐색: 미국 공정근로기준법상 ‘공정성’ 개념과 그 함의”, 「노동정책연구」 (제13권 제3호), 2013, 157-159 참고.

76) 이재현, 「최저임금제도의 법 이론적 기초에 관한 연구」, 부산대학교 박사학위논문, 2020, 85면.

77) 최저임금위원회, 「주요국가의 최저임금제도」, 2019, 333면.

78) 최저임금위원회, 「2022년 주요 국가의 최저임금제도」, 2022, 211, 220면 참고; 한편, 미국의 주 정부별 최저임금 정보는 미국 노동부, https://www.dol.gov/agencies/whd/minimum-wage/state, 2022. 10. 9. 확인(아래는 주요 주 최저임금).

State or other jurisdiction	2022. 10. 1.기준(달러)
Federal (FLSA)	7.25
California	25인 이하 14, 26인 이상 15
Florida	10
Georgia	5.15 (연방최저임금 적용)
Illinois	12
Michigan	9.87

저임금, 주법에 의한 최저임금, 카운티(Counties) 또는 시(Cities)의 조례(Ordinances)에 의한 최저임금으로 구분되는데, 연방 최저임금의 업종별·규모별·연령별 구분은 없으나, 각 주 또는 시별로 '사업장 규모별' 구분기준을 두는 경우가 확인된다.[79] 즉, 호주와 같은 일반적인 산업·업종별 최저임금 차등 적용제도를 두고 있지는 않다.

다만, 공정근로기준법은 특례규정으로 팁 근로자에게 적용되는 최저임금인 '팁 크레딧(tip credit)' 제도[80]를 두고 있다. 미국에서 웨이터나 웨이트리스가 서비스를 제공하는 식당을 이용하면 일반적으로 음식값에 더해 15~20%의 팁을 추가로 지불한다. 웨이터나 바텐더 같은 팁 근로자는 미국 전체 근로 인구의 상당 부분을 차지하며 주로 임금이 아닌 팁에 수입을 의존하는데, 공정근로기준법은 이를 고려하여 팁 근로자의 최저임금을 일반 근로자의 최저임금 체계와 분리하고 있다. 공정근로기준법은 관례적·정기적으로 매달 30달러 이상의 팁을 받는 근로자[81]에 대해서 사용자가 2.13달러 이상의 최저임금을 지급하고 이 금액과 팁의 합산 금액이 연방 최저임금인 7.25달러 이상이 되도록 정하고 있다.[82] 이때 연방 최저임금 7.25달러와 팁 근로자 최저임금 차액인

New York	13.20 (Long Island, Westchester, NYC 15)
North Carolina	7.25
Ohio	연간 총수입이 342,000 달러 이상 고용주 9.30, 연간 총수입이 342,000달러 미만 고용주 7.25
Pennsylvania	7.25
Texas	7.25

79) 최저임금위원회, 「주요국가의 최저임금제도」, 2022, 215-217면 참고. 뉴욕 주는 종래 뉴욕 시 11인 이상 사업장, 뉴욕 시 10인 이하 사업장, Long Island 및 Westchester, 그 외 뉴욕 주 근로자의 최저임금을 구분하여 적용하여 오다가, 2019년부터는 뉴욕 시의 사업장 규모별 구분이 없어져 동일한 최저임금 15달러가 적용 중이다. 시애틀 시는 2022년 기준 501인 이상 대규모 사업장은 시간당 17.29달러, 500인 이하 소규모 사업장 시간당 15.75달러가 적용된다. 캘리포니아 주는 2022년 기준 26인 이상 사업장 15달러, 25인 이하 사업장 14달러 적용되는데, 2023년부터는 사업장 규모 구분 없이 15달러가 적용될 예정이다.

80) 미국 「공정근로기준법」 Title 29-LABOR, CHAPTER 8-FAIR LABOR STANDARDS, §203[§3] Definitions (m)(2)(A); (t)

81) "Tipped employee" means any employee engaged in an occupation in which he customarily and regularly receives more than 30dollars a month in tips.

82) 미국 노동부 - Minimum Wages for Tipped Employees, https://www.dol.gov/agenci

5.12달러를 팁 크레딧(employer tip credit)이라고 하는데, 합산 금액이 최저임금 7.25달러에 미치지 못하는 경우, 그 차액을 사용자가 부담한다.[83]

미국의 팁 근로자 최저임금은 미국 팁 문화의 특성을 고려한 일종의 산업·업종별 최저임금제도라고 평가할 수 있는데, 최근에는 여러 이유로 팁 근로자 최저임금을 인상해야 한다는 주장이 제기되고 있다.[84] 미국의 팁 근로자 최저임금은 특정 산업·업종의 특성을 반영하여 별도의 최저임금 기준을 설정한 것으로, 임금의 하한선을 제시하는 전통적인 최저임금 형태와 차이가 있다. 하지만 미국 내에서 팁 근로자 최저임금의 개선 필요성이 강하게 제기되고 있고, 나아가 이를 폐지하자는 주장도 존재[85]하므로 향후 미국에서 단일한 연방 최저임금을 설정하게 될 것인지 주목된다.

5. 일본

일본 「최저임금법」은 "임금이 저렴한 근로자에 대하여 임금의 최저액을 보장함으로써, 근로조건의 개선을 도모하고 나아가 근로자의 생활 안정, 노동력의 질적 향상 및 사업의 공정한 경쟁의 확보에 이바지함과 동시에, 국민경제의 건전한 발전에 기여하는 것"을 목적으로 한다(1조). 근로자,

---

es/whd/state/minimum-wage/tipped, 2022. 10. 9. 확인. 다만, 각 주별로 정한 최저임금을 살펴보면, 연방 최저임금과 같은 방식 외에도 팁 크레딧 없이 현금으로 지급되는 최저임금액만을 정하는 경우도 확인된다.

83) 한주희, "미국 팁 근로자의 현황 및 최저임금 인상과 관련한 쟁점", 「국제노동브리프」 (2015년 12월호), 2015, 21-23면 참고.

84) 팁 근로자들의 빈곤율을 개선할 필요가 있다는 점, 불규칙한 근로시간과 팁 수입 정산·이의제기의 어려움으로 법 준수율이 낮으며 위반 여부를 확인하기 어렵다는 점, 여성 근로자들의 경우 팁 수입에 의존하므로 고객의 성희롱, 성폭력에 적극적으로 대응하기 어렵다는 점 등을 그 근거로 하고 있다. 이에 관해서는 한주희, "미국 팁 근로자의 현황 및 최저임금 인상과 관련한 쟁점", 「국제노동브리프」 (2015년 12월호), 2015, 28-31면 참고.

85) 글로벌이코노믹 2021. 1. 24. 보도 "바이든 대통령 취임 계기 미 '팁 노동자 최저임금' 폐지 가열", https://news.g-enews.com/ko-kr/news/article/news_all/202101241310136943 9a1f309431_1/article.html?md=20210124132920_U, 2022. 8. 14. 확인. "과거 미 서부개척 시절부터 고용주에게는 인건비 부담을 덜어주고 종업원에게는 능력껏 수입을 챙길 수 있는 기회가 된다는 취지로 뿌리를 내린 문화다. 그러나 최근 들어 팁 문화를 없애자는 논의가 미국에서 활발하다."

사용자, 임금의 의의, 적용 범위는 「노동기준법」과 동일하다.[86] 일본 최저임금법이 '근로자의 생활 안정'과 '노동력의 질적 향상'을 목적으로 하는 점은 우리나라와 동일하지만, '사업의 공정한 경쟁 확보'라는 목적을 두고 있는 점은 차이가 있다.[87]

일본의 최저임금제도는 크게 지역별 최저임금과 특정(산업별) 최저임금으로 구분되는데, 특정 최저임금은 지역별로 업종을 지정하여 설정되므로 지역별 최저임금의 한 형태[88]라고도 볼 수 있다. 따라서 동일한 산업이라 하더라도 지역별로 적용되는 최저임금은 다르게 설정될 수 있다.[89] 산업·업종별 최저임금에 해당하는 특정 최저임금액은 관계 노사의 신청을 받은 후생노동대신 또는 도도부현 노동국장이 최저임금심의회의 자문을 구해 필요하다는 의견이 나올 경우, 심의 의견을 존중하여 결정한다(제15조 제1항 및

86) 菅野和夫(이정 역), 「일본노동법」, 법문사, 2015, 329-330면 참고.

87) 神吉知郁子 "最低賃金制度の役割-地域別最賃と特定最賃 政府と勞使の役割分担", 「季刊勞働法」(254号), 2016, 4면(조상균, "최저임금의 적용 차등화 방안 연구", 「노동법학」 (제66호), 2018, 92면에서 재인용).

88) 지역별 최저임금을 구간별로 설정한 이후, 특정 지역 내 산업 4~5개를 지정하여 산업별 최저임금을 설정하는 방식이기 때문이다.

89) 일본의 지역별 최저임금과 특정 최저임금의 비교와 관련해서는, 일본 후생노동성 특정 최저임금 자료, https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000041788.html, 2022. 8. 15. 확인.

구분	지역별 최저임금	특정 최저임금
역할·기능	- 모든 노동자 임금의 최저한을 보장하는 사회 안전망(セーフティネット- safety net)	- 기업 내 임금수준을 설정할 때 노사 간 결정구조를 보완
적용 대상	- 산업·직업에 관계없이 모든 노동자에게 적용 - 도도부현별로 적용	- 산업 또는 직업별로 적용 - 해당 산업의 기간적 노동자에게 적용 * 기간적 노동자 : 해당 산업 특유/주요 업무에 종사하는 노동자
결정 방식	- 행정기관의 결정 의무 (전국 각 지역에 대하여 결정)	- 관계 노사의 신청에 의해 신설, 개정 또는 폐지 - 신설·개폐는 노사의 주도권(イニシアティブ)에 따라
효력	- 형사적 효력(50만 엔 이하의 벌금) 민사적 효력(특정 최저임금과 동일함)	- 형사적 효력은 최저임금법에는 없음(노동기준법 제24조 위반, 30만 엔 이하의 벌금) - 민사적 효력 (최저임금 미만의 임금을 정한 노동계약은 무효)

제2항). 특정 최저임금에서 정하는 최저임금액은 당해 특정 최저임금의 적용을 받는 사용자의 사업장 소재지를 포함한 지역별 최저임금에서 정하는 최저임금액을 상회하여야 한다(제16조). 특정 최저임금은 2021. 3. 기준, 일본 전국에서 227건, 적용 근로자 수 약 292만 명으로 확인[90]된다. 최근 지역별 최저임금의 인상 수준이 높아 산업별 최저임금의 존재 의의는 낮아지고 있으며, 사용자 측은 산업별 최저임금 폐지를 주장하고 있다.[91]

특정 최저임금은 노동협약 케이스(勞働協約ケース)와 공정경쟁 케이스(公正競爭ケース)로 구분되는데,[92] 중앙최저임금심의회의 '현행 산업별 최저임금의 폐지 및 새로운 산업별 최저임금으로의 전환 등에 대해(1986.2.14. 중앙최저임금심의회 답신)'에 따르면,[93] 노동협약 케이스는 노사 간 동종 정규직 노동자의 상당수(원칙적으로 1,000명 이상)에 적용되는 노사의 최저임금 단협이 존재하는 경우 신청할 수 있으며, 신청요건은 당해 산업·직업 정규직 노동자의 1/2이상이 해당 단협을 적용받고, 노사 양측의 합의가 있어야 한다. 공정거래 케이스는 부당한 임금 삭감 방지 및 사업 공정경쟁 확보를 위해 동종 정규직 노동자에게 최저임금 설정이 필요한 경우[94] 신청할 수 있다. 즉, 기업 간, 지역 간 또는 조합원과 비조합원 간 등에서 산업별 최저임금 설정이 필요할 정도로 임금 격차가 존재하는 경우에 새롭게 특정(산업별) 최저임금을 설정할 수 있다.[95]

정리하면, 일본의 최저임금은 지역별 또는 지역산업별 특수성을 고려하

---

90) 일본 후생노동성 특정 최저임금 자료, https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000041788.html, 2022. 8. 15. 확인.

91) 오학수, "일본의 최저임금 결정체계", 「국제노동브리프」 (2019년 4월호), 한국노동연구원, 2019, 30-31면 참고.

92) 일본 후생노동성 특정 최저임금 자료, https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000041788.html, 2022. 8. 15. 확인.

93) 「現行産業別最低賃金の廃止及び新産業別最低賃金への轉換等について」(1986.2.14. 中央最低賃金審議會答申)

94) 후생노동성은 이에 대하여, "'공정경쟁 케이스'는 설정 방식으로서 일정한 정량적 요건을 붙인 '노동협약' 케이스와는 달리 신청 내용이 개별 사안에 따라 다를 것으로 예상되며, 또한 임금 격차의 정도에 대해서도 그 발생 요인이 다양하여 신청요건으로서 정량적 요건을 일률적으로 첨부하는 것은 적당하지 않다."고 밝히고 있다.

95) 오학수, "일본의 최저임금 결정체계", 「국제노동브리프」 (2019년 4월호), 한국노동연구원, 2019, 29-30면 참고.

여 설정된다. 특정(산업별) 최저임금도 지역별 최저임금의 한 유형이라는 점, 최근 지역별 최저임금의 인상으로 인하여 특정(산업별) 최저임금 적용 사례가 줄어들고 있는 점[96], 산업별 최저임금이 적용되지 않더라도 지역별 최저임금이 적용되므로 보호의 사각지대가 발생하지 않는 점에서 일본의 산업·업종별 최저임금의 기능은 제한적이다.[97] 일본의 특정(산업별) 최저임금 제도는 지역 단위로 결정되므로 사실상 지역별 최저임금제도가 중층적으로 설계된 것으로 평가할 수 있다. 특정 최저임금은 지역별 최저임금을 보완하는 성격이 강하므로 산업·업종별 요소가 강하다고 보기는 어렵지만, 기존의 최저임금제도를 보완한다는 점에서 우리나라의 산업·업종별 차등 최저임금 적용 논의에서 참조할 만한 점이 있다고 판단된다.

6. 의의 및 시사점

산업·업종별 차등 최저임금 입법례를 살펴본 결과, 다음과 같은 특성이 확인되었다. 첫째, 산업·업종별 차등 최저임금은 대체로 법정 단일 최저임금을 상회하는 수준으로 형성하는 입법례가 대부분[98]이었다. 호주의 경우, 산

96) 2021년 기준 도쿄의 지역별 최저임금은 1041엔인데, 도쿄 내 4가지 특정(산업별) 최저임금은 모두 1041엔 이하로 설정되어 있어서 지역별 최저임금이 일괄적으로 적용되고 있다. 반면, 홋카이도 지역의 경우, 특정(산업별) 최저임금을 지역별 최저임금 이상으로 설정 및 운용하고 있어 지역별 차이가 확인된다.

도도부현	지역별 최저임금	특정 최저임금	시간액 (엔)	발효연도
도쿄	1,041 (2021년)	철강업	871	2014
		범용 기계기구, 생산용 기계기구 제조업	832	2010
		업무용 기계기구, 전기 기계기구, 정보 통신 기계기구, 시계·동 부분품 안경 제조업	829	2010
		자동차·동 부속품 제조업, 선박 제조·수리업, 선박용 기관 제조업, 항공기·동 부속품 제조업	838	2012
홋카이도	889 (2021년)	처리 우유·우유 음료, 유제품, 당류 제조업	922	2021
		철강업	979	2021
		전자 부품·디바이스·전자 회로, 전기 기계기구, 정보 통신 기계기구 제조업	924	2021
		선박 제조·수리업 선체 블록 제조	917	2021

97) 권 혁 외 4인, 「최저임금 감액적용 제외대상인 '단순노무업무 직종'에 대한 조사·분석」, 고용노동부, 2021, 181-183, 186-187면 참고.

업·업종별 최저임금인 모던 어워드가 적용되지 않는 경우 법정 최저임금이 적용되며, 독일은 법정 최저임금을 상회하는 산업·업종별 최저임금을 단체협약에 기반하여 설정하고 있었다. 일본 역시 지역별 최저임금 기준을 상회하는 산업·업종별 최저임금 설정이 필요한 경우에 특정(산업별) 최저임금을 설정하고 있었다. 이는 법정 단일 최저임금이라는 하나의 기준선으로는 최저임금제도를 합리적으로 운용할 수 없는 경우에, 개별 산업·업종에 적용되는 추가 기준선을 설정하여 최저임금제도의 합리성과 효용성을 높이려는 시도라고 분석할 수 있다.

둘째, 산업·업종별 차등 최저임금은 기존의 협약자치질서를 기반으로 한 경우가 대부분이었다. 호주는 발달한 산별 노사관계를 기반으로 산업 단위의 최저임금제도가 먼저 도입되었다. 이에 따라 200개 이상의 다양한 산업·업종별 최저임금이 적용되고 있으며, 적용 근로자 비율 역시 법정 최저임금 적용 근로자보다 많아 산업·업종별 차등 최저임금이 활성화되어 있었다. 독일의 경우, 법정 최저임금과 협약임금 사이에 단체협약에 기반한 업종별 최저임금이 존재한다. 이러한 협약 기반 업종별 최저임금은 법정 최저임금과 협약임금의 중간적인 성격을 갖는 것으로 볼 수 있는데, 법정 최저임금이 직접적으로 적용되기 어려우면서도 교섭력이 높지 않은 산업·업종의 최저임금을 이 공간에서 규율하도록 설계한 것으로 분석된다. 일본의 경우, 특정(산업별) 최저임금의 결정단계에서 노사 신청에 의하는 점, 특정(산업별) 최저임금 유형 중 하나로 노동협약 케이스를 두고 있다는 점에서 협약자치 질서에 기반한 것으로 평가할 수 있다.

셋째, 세계적으로 산업·업종별 최저임금은 축소되는 경향이 확인되었다. 미국의 경우, 산업·업종의 특성을 반영한 팁 근로자 최저임금제도를 운용하고 있었으나, 개별 근로자의 최저임금에 관한 권리 보호 등을 이유로 축소 또는 폐지 주장이 강하게 제기되고 있었다. 이는 최저임금을 근로자의 보편적인 권리로 보아 일정 수준 이상이 명확하게 보장되어야 한다는 공감

98) 최저임금위원회의 자료에 의하면 연방 차원의 법정 최저임금이 존재하지 않는 스위스 제네바 주에서 주 최저임금보다 낮은 수준의 산업·업종별 최저임금을 설정하는 경우가 확인되나, 단일 법정 최저임금이 존재하지 않는다는 점에서 일반화하기는 어렵다고 판단된다.

대가 형성되고 있는 것으로 분석된다. 또한, 기존에 산업·업종별 차등 최저임금을 적용한 국가에서도 관련 제도를 폐지하거나 실질적으로 미운용하는 경우가 많아 결과적으로 산업·업종별 차등 최저임금 적용 입법례는 줄어들고 있었다. 여기에는 일본의 특정 지역처럼 법정 단일 최저임금의 기능과 역할이 확대되면서 산업·업종별 최저임금이 잠식되는 경우, 복잡한 최저임금체계를 운용하는데 소요되는 행정력 등을 줄이기 위한 경우가 있었다.

Ⅳ. 산업·업종별 차등적용 관련 주요 쟁점

1. 논의의 배경

살펴본 것처럼 차등 최저임금의 적용은 현재 우리나라의 최저임금제도 개선 논의에 있어 가장 중요한 쟁점 중 하나다. 산업·업종, 사업장 규모, 근로자 연령 등에 따라 최저임금을 차등 적용해야 한다는 견해는 사용자의 임금 지급 능력이나 근로자의 생산성 등에 차이를 반영해야 하고, 특정 부문의 최저임금을 낮게 정하면 노동시장에서 상대적으로 경쟁력이 약한 이들의 고용을 촉진할 수 있다[99]고 본다. 반면, 차등 최저임금의 적용에 비판적인 견해는, 저임금부문이 날로 확대되는 현실에서 업종·지역에 따라 최저임금을 달리 정하면, 소득 불평등이 확대되고 취약근로자집단의 저임금이 고착화될 것을 우려[100]한다.

일률적인 최저임금을 적용하거나 연령·업종·지역·사업장 규모 등을 고려하여 차등 적용하는 것은 저마다의 사회경제적 여건과 입법정책에 따라 달리할 수 있다.[101] 현행「최저임금법」은 최저임금 결정에 있어, '사업의

99) 김강식, "최저임금 구분적용의 필요성 검토", 「질서경제저널」, (제22권 제2호) 2019, 107, 108-118면(조상균, "최저임금의 적용 차등화 방안 연구", 「노동법학」 (제66호), 2018, 407면에서 재인용).

100) 한병훈, 「최저임금법제에 관한 연구」, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2014, 153-154, 167면 참고(조상균, "최저임금의 적용 차등화 방안 연구", 「노동법학 (제66호)」, 2018, 407면에서 재인용).

101) 조상균, "최저임금의 적용 차등화 방안 연구", 「노동법학」 (제66호), 2018, 409면.

종류별로 구분'하여 정할 수 있다고 하여(제4조 제1항), 산업·업종별 차등 최저임금의 근거 규정을 두고 있으므로 근거 규정 마련을 위한 논의와 입법 과정 없이 바로 산업·업종별 차등 최저임금 적용이 가능하다. 산업계·경영계에서 산업·업종별 차등 최저임금 주장을 강하게 하는 것도 이러한 배경에서 비롯된 것이다. 하지만 30년 넘게 미적용되고 있어, 실질적으로 그 기능을 다했다는 논리도 성립 가능하다. 특히, 산업·업종별 차등 최저임금 설정 논의 과정에서 최저임금제도의 목적과 취지, 국제기준 등에 대한 충분한 검토가 이루어지지 않은 점은 제도도입을 어렵게 하는 요소다.

「최저임금법」은 임금의 최저수준 보장을 통한 근로자의 생활 안정, 노동력의 질적 향상, 국민경제의 건전한 발전 이바지를 목적으로 한다(제1조). 따라서 산업·업종별 차등 최저임금을 적용하더라도 근로자의 생활 안정과 노동력의 질적 향상이 담보되고, 건전한 국민경제 발전에 기여할 수 있다면 그 당위성이 인정될 수 있다. 하지만 이를 고려하지 않고, 개별 근로관계의 적정 임금설정 문제를 최저임금제도를 통해서 손쉽게 해결하려는 접근 방식은 또 다른 문제를 유발할 가능성이 있다. 이하에서는 산업·업종별 차등적용과 관련된 주요 쟁점을 확인해 본다.

2. 특정 산업·업종의 낮은 지불능력 고려

산업·업종별 차등 최저임금을 적용해야 한다는 주장의 핵심은 개별 업종 간 경영환경이 다르고 기업 지불능력의 차이가 존재한다는 것이다.[102] 이러한 전제에서 현재의 최저임금액이 너무 높게 설정되어 있고, 이를 합리적으로 조정하기 위해서 취약업종에는 법정 최저임금보다 낮은 수준의 최저임금 적용이 필요하다고 본다. 다만, 이러한 주장의 취약점은 현재 우리나라 최저임금제도는 최저임금액의 심의·결정에 '기업의 지불능력'을 별도로 고려하지 않고 있으며, 대체로 산업·업종별 차등 최저임금을 법정 단일 최저임금을 상회하는 수준으로 정하는 다른 나라의 입법례에 반하는 점이다.

102) 조상균, "최저임금의 적용 차등화 방안 연구", 「노동법학」 (제66호), 2018, 96면.

먼저, 최저임금 결정 심의와 관련된 주요지표를 살펴보면 근로자의 생계비, 유사근로자의 임금, 노동생산성, 소득분배율이 「최저임금법」에 명시되어 있고(제4조), 그 외에 최근의 노동・경제 동향과 각종 지표(경제성장률, 고용 관련 지표, 소비자물가, 임금상승률), 최저임금 관련 국제현황 등이 종합적으로 고려된다.[103] 이 중 유사근로자의 임금이나 노동생산성은 산업·업종별 차등 최저임금 적용의 근거가 될 수 있다. 하지만 '기업의 지불능력'은 최저임금 결정 심의에서 명시적으로 고려되지 않는다.

〔표 3〕 최저임금 결정 관련 심의 지표

심의 관련 주요지표	근로자의 생계비	비혼 단신근로자 실태생계비 분석결과, 1인 이상 가구의 가계지출 분석결과, 1인 이상 근로자 가구의 실태생계비 분석결과, 기초생활보장제도 수급기준
	유사 근로자의 임금	임금동향, 최저임금 미만율, 임금전망, 최저임금 영향률, 임금지표간 상호관련성
	노동 생산성	노동생산성 동향
	소득 분배율	소득분배율 동향, 근로자 임금대비 최저임금의 상대적 수준, 저임금 근로자 관련 지표, 기타 소득분배 관련 지표 동향
노동·경제 동향 및 전망	최근 노동·경제 동향	경제성장률(실질, GDP기준), 산업생산 및 경기종합지수, 고용, 소비자물가, 임금 및 근로시간(상용근로자 1인 이상)
	각종 지표에 대한 전망	경제성장률, 고용관련 지표(취업자 수, 고용률 및 실업률), 소비자물가, 임금상승률
최저임금 관련 국제현황	주요 국가 최저임금 현황	소득수준별 최저임금의 상대적 수준(상대격차), 최저임금의 상대적 수준 국제비교(OECD), 최저임금 현황(OECD), 국가별 최저임금 적용 현황
	최저임금 관련 최근동향	OECD 회원국, 非 OECD 회원국
기타		고용, 물가 및 수출입 단가, 국민소득계정, 실물경제, 대외거래, 통화·금리, 경기, 재정, 해외지표

103) 최저임금위원회, 「2022 주요 노동·경제 지표 분석」, 2022, 목차 부분 참고.

최근, 우리나라의 최저임금제도 개선 논의 과정에서 “기업의 지불능력” 고려가 주된 쟁점이 되고 있으나, ‘객관성·구체성이 부족하고 기업별 지불능력이 달라 일률적 기준을 만들기 어려우므로 재검토가 필요’하다는 의견이 다수[104]였다. 현재의 최저임금제도는 저임금 근로자 보호 외에도 다양한 요인을 고려하고 있어 장기적으로는 ‘기업의 지불능력’ 고려가 필요한 측면도 있다. 하지만 현행법이 ‘기업의 지불능력’을 최저임금 심의에 반영하지 않고 있으므로, 지불능력이 낮아 산업·업종별 차등 최저임금이 필요하다는 주장은 그 근거가 취약할 수밖에 없다. 또한, 다른 국가의 입법례를 살펴보면, 산업·업종별 차등 최저임금은 법정 단일 최저임금을 보완하고, 산업·업종의 특성을 고려한 상대적으로 높은 수준의 최저임금을 형성하기 위한 경우가 대부분이다. 따라서 보편적으로 적용되는 법정 단일 최저임금보다 낮은 수준의 산업·업종별 차등 최저임금을 설정해야 한다는 주장은 성립되기 어려운 측면이 있다.

이와 관련하여 현재 적용 중인 최저임금이 본연의 목적과 기능에 부합하는지가 문제가 된다. 최저임금제도는 사용자와 근로자가 자유롭게 정해야 할 임금수준을 국가가 강제하여 하한선을 정하는 것으로, 인간의 존엄성을 반영한 최소한의 근로조건이 고용시장에서 제대로 작동하지 않는 영역에 제한적으로 적용되어야 한다. 하지만 우리나라의 최저임금 영향률[105]은 경제활동인구 부가조사 기준 17.4%로 높은 상태다. 최저임금제도는 제한적인 상황에서 강제로 적용되는 규범이므로 적용 범위는 가급적 최소화하되, 이를 넘어서는 적정임금은 계약 당사자가 자율적으로 정하도록 하는 것이 바람직하다. 최저임금액의 급격한 인상으로 지불능력 한계 상황에 달한 기업이 증가한 현 상황을 근본적으로 해결하는 방법은 산업·업종별 차등 최저임금 적용이 아니라, 최저임금제도의 목적과 취지를 고려한 합리적인 최저임

104) 고용노동부 2019.2.28. 보도자료, ‘최저임금 결정체계 개편안 발표’, 11면.

105) 최저임금 영향률은 당년도 심의한 최저임금을 차년도에 적용할 경우, 차년도 최저임금 위반을 면하기 위해 임금인상이 되어야 할 근로자수 비율의 추정치를 말한다. 최저임금 영향률은 2022년 17.4%, 2021년 19.8%, 2020년 20.7%, 2019년 25.0%, 2018년 23.6%, 2017년 17.4%로 확인되는데, 이는 2001년 ~ 2005. 8. 까지 최저임금 영향률이 한자리에 그친 것과 대조적이다. 이와 관련해서는 최저임금위원회, 「2022년 최저임금 심의편람」, 2022, 83-84면 참고.

금액 설정[106]이다. 따라서 산업·업종별 최저임금은 유사근로자의 임금이나 특정 산업·업종의 노동생산성, 근로자 집단의 교섭력 등을 종합적으로 고려하여 법정 단일 최저임금을 상회하는 산업·업종별 최저임금 설정이 필요한 경우에 한정하여 적용하는 것이 타당하다고 판단된다.

3. 노동조합 조직률과 산업·업종별 차등 최저임금

2023년 적용 최저임금 심의에서 표결 전 위원 중 일부가 퇴장하였고, 결정 이후에도 노·사 단체가 성명서 등을 발표하며 결정 최저임금을 수용하기 어렵다는 입장을 밝혔다. 이처럼 단일 최저임금 결정 과정에서도 심각한 갈등이 표출되는 상황에서 최저임금위원회에 산업·업종별 차등 최저임금 결정 심의에 관한 전적인 책임을 부여하는 것은 현실적으로 무리라고 판단된다. 또한, 우리나라의 최저임금 심의는 제한된 기간에 집중적으로 이루어져 심의 기간 자체가 충분하지 않다.[107] 결국, 산업·업종별 차등 최저임금은 최저임금위원회가 처음부터 심의하여 결정하는 방식보다는 외국 입법례처럼 산업·업종별 노동조합 또는 단체와 해당 산업·업종의 사용자 간 협의 등을 통해 대략적인 기준을 마련하고 이를 국가기관이 최종적으로 심의·조율하여 결정하는 것이 효율적이다. 이를 통해 최저임금 결정에 소요되는 소모적인 논쟁과 에너지를 줄일 수 있고, 이해관계자가 결정 과정에 참여함으로써 산업·업종별 차등 최저임금제도의 합리성과 수용성을 높일 수 있다. 산업·업종별 차등 최저임금을 결정하려는 경우, 해당 업종·산업을 대표하는 노동조합 또는 노동자 단체가 구성되어 있는지, 구성된 경우 전체 근로자를 대표하는 대표성이 부여된 것으로 볼 수 있는지가 주된 쟁점이 될 수 있다.

이와 관련하여 다른 국가의 입법례가 산업·업종별 차등 최저임금을 협약 자치와 강하게 연계하여 설정·운용하는 점이 고려될 필요가 있다. 산업·

---

106) 단기적으로는 최저임금액의 급격한 인상을 억제하고, 중·장기적으로 최저임금 인상에 대한 계획 수립이 필요하다.

107) 이를 보완하기 위하여 최저임금위원회를 이원화하여 구간설정위원회와 결정위원회로 구분하는 방안이 논의된 바 있다. 이 경우, 구간설정위원회는 연중 상시 운영된다. 이와 관련하여, 고용노동부 2019. 2. 28. 보도자료, '최저임금 결정체계 개편안 발표' 참고.

업종별 차등 최저임금을 적용하는 대표적인 국가들을 살펴보면, 호주 13.7%(2018년), 벨기에 49.1%(2019년), 독일 16.3%(2019년), 일본 16.8%(2019년) 등[108]으로, 우리나라의 2020년 노동조합 조직률 14.2% 대비 비슷하거나 높은 수준[109]이다. 산업·업종별 최저임금은 그 성격상 국가 차원에서 일방적으로 심의·결정하는 것보다 해당 산업·업종의 자율적인 협의 또는 합의를 바탕으로 진행되는 것이 효율적이다. 따라서 노동조합이 미조직되어 있거나, 조직률이 낮은 산업·업종에서 차등 최저임금 적용이 필요한 경우 근로자들을 대표할 수 있는 협의체 구성 방안을 고려해 볼 수 있고, 반대로 사용자 단체에 대한 대표성 검증도 필요하다. 산업·업종별 차등 최저임금 적용에 있어서 정부의 역할은 구체적인 산업·업종별 최저임금을 직접 결정하는 것보다 산업·업종별 차등 최저임금에 관한 논의가 적정하게 이루어질 수 있는 환경을 조성하고, 협약자치 질서와의 연계 방안을 탐색·지원하는 역할을 담당하는 것이 바람직하다.

4. 산업·업종별 차등 최저임금의 기능

외국 입법례를 살펴보면, 산업·업종별 최저임금은 법정 단일 최저임금을 보완하는 기능을 하고 있음이 확인된다. 따라서 현재 특정 산업·업종 기업의 지불능력이 낮음을 이유로 적정임금 수준을 정하기 위하여 산업·업종별 차등 최저임금을 설정하려는 것은 적절하지 않다고 판단된다. 즉, 산업·업종별 차등 최저임금을 정하는 목적과 취지가 분명해야 하고, 이것이 「헌법」과 「최저임금법」에서 정하는 제도의 목적·취지에도 부합해야 한다.

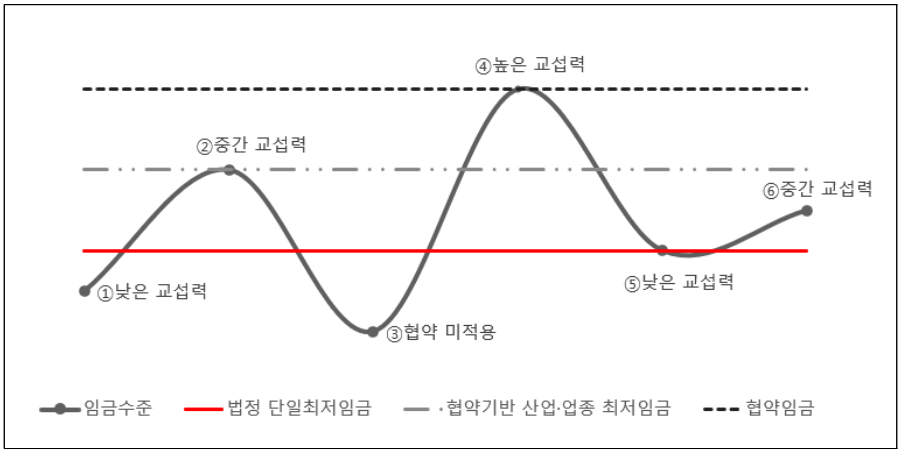
독일의 경우, 기존의 협약자치 질서가 약화하면서 이를 보완하기 위하여 법정 최저임금이 도입되었다. 이때 기존의 협약임금과 법정 최저임금 사이의 간극을 협약으로 정해지는 업종별 최저임금이 메우고 있다는 점에 주목할 필

108) OECD 통계 - 노동조합 조직률(Trade Union), https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=TUD, 2022. 8. 15. 확인.

109) 우리나라의 2019년 노동조합 조직률이 12.5%인 점, 기업별 노조의 조합원 수가 전체 조합원의 약 40%를 차지(노동조합 수로는 약 90%)하는 점 등을 종합적으로 고려하면 우리나라의 집단적 노사관계 성숙성이 비교 국가들보다 상대적으로 낮은 것으로 평가할 수 있다.

요가 있다. 독일의 최저임금을 포함한 임금 결정구조를 그림으로 나타내면 다음과 같다.

〔그림 2〕 독일의 최저임금 적용 구조



교섭력이 낮거나(①, ⑤), 노동조합 미조직 또는 미가입 등으로 협약이 적용되지 않는 경우(③)에는 법정 단일 최저임금이 적용되어 저임금 근로자의 임금수준을 일정 수준 향상시킬 수 있다. 중간 정도의 교섭력을 갖는 산업·업종의 경우(②, ⑥), 단체협약에 기반한 업종별 최저임금으로 일정 수준의 임금을 보장받거나 향상시킬 수 있다. 마지막으로 교섭력이 높은 노동조합인 경우(④)에는 전통적인 협약자치 질서에 의한 협약임금의 적용을 받는다. 이처럼 산업·업종별 차등 최저임금은 최저임금제를 포함한 전체 국가의 임금 결정구조에서 어떤 기능과 역할을 담당할 것인지에 대한 관점으로 설계되어야 한다.

우리나라의 경우 협약임금 결정 범위 대비 법정 최저임금의 영향률이 높다고 평가할 수 있는 상황이다. 이에 따라 산업·업종별 차등 최저임금이 어떤 영역에서 어떠한 기능을 해야 하는지가 문제 된다. 산업·업종별 차등 최저임금 적용을 위해서는 법정 최저임금의 기능과 역할을 명확히 하고, 이를 기반으로 산업·업종별 차등 최저임금의 기능과 역할을 규명하는 과정이 필요하다. 산업·업종별 차등 최저임금의 설정은 단일 법정 최저임금의 기능

적 한계를 보완하기 위한 것이어야 하며, 단계적·유기적인 구조로 설계되어야 한다. 그리고 양 제도의 목적과 기능, 전체 최저임금제도 내에서의 조화, 임금 결정구조의 합리성에 대한 검증도 수반되어야 한다.

V. 결 론

산업·업종별 차등적용에 관한 논의는 최근의 급격한 최저임금액 인상에 따라 자연스럽게 전개된 것이나, 이에 관한 심층적인 검증은 충분하지 않은 상황이다. 이에 따라 산업·업종별 차등적용을 위한 법적 근거, 외국의 입법례, 관련 주요 쟁점에 대하여 살펴보았다. 향후 산업·업종별 차등 최저임금 도입논의가 본격적으로 시작된다는 전제에서, 결론에 갈음하여 산업·업종별 차등 최저임금 적용과 관련된 방향성을 제시해 보고자 한다.

첫째, 산업·업종별 차등 최저임금 도입논의는 최저임금제도 고유의 목적과 취지를 고려하여 진행되어야 한다. 최저임금제도의 헌법적 의의는 근로자의 생활 보장, 노동 유인의 제공, 노동생산성 증대, 사용자들 간의 공정한 경쟁, 낮은 임금으로부터 근로자를 보호하기 위한 하한선 설정에 있고, 이에 더하여 사회국가원리에 따른 계약의 자유 제한과 보완, 기본권 행사를 위한 물적 토대 조성, 소득의 적정분배, 사회적 평등 증진, 인간의 존엄성에 대한 존중, 사회정의에 부합하는 비용부담 등도 논의[110]된다. 산업·업종별 차등 최저임금은 특정 산업·업종의 이해관계를 고려하되, 협약자치 영역과 단일 법정 최저임금 구조의 기능적 한계와 간극을 보완하는 방향으로 설계되어야 한다.

둘째, 최저임금 심의 및 결정기준을 보완하고, 필요한 경우 기업의 지불능력까지 고려할 필요가 있다. 우리나라는 근로자의 생계비, 유사근로자의 임금, 노동생산성 및 소득분배율 등을 최저임금 결정기준으로 규정하고 있으나 이러한 자료만으로는 산업·업종별 최저임금을 결정하기에는 부족한

110) 김종현, “최저임금제의 헌법적 의의와 한국 최저임금제의 특징”, 「헌법학연구」(제27권 제1호), 2021, 390-398면 참고.

측면이 있다. 따라서 유사근로자의 임금과 노동생산성 기준에 관한 산업·업종별 충분한 자료 취합과 분석이 이루어져야 한다. 특히, 잠정적으로 차등적용 대상이 될 수 있는 업종에 대한 선정도 필요하다. 한편, 법령을 개정하여 심의·결정기준에 '기업의 지불능력'에 대한 근거가 마련될 필요가 있다.

셋째, 산업·업종별 차등 최저임금은 가능하면 단순하게 설계될 필요가 있다. 산업·업종별 차등 최저임금을 정하려는 경우, 어떤 업종을 대상으로 할 것인지, 선정 업종에 대한 최저임금 설정 기준은 어떻게 정할 것인지, 이와 관련된 이해관계자의 의견수렴 또는 협의는 어떻게 진행할 것인지, 최종적인 결정절차는 어떻게 할 것인지가 문제 된다. 또한, 제도설계 과정에서 사용자의 요구와 경제적 변수, 국가의 제도적 역량, 노동통계의 질, 행정집행력 등[111]까지 종합적으로 고려해야 하므로 단일 최저임금에 비하여 분쟁 또는 갈등이 발생할 가능성이 크다. OECD가 최저임금의 복잡성이 준수율을 저해하는 요인이 될 수 있다고 지적한 점에 유의하여 기존의 법정 최저임금제도와 연계된 단순한 제도 설계가 요구된다.

최저임금의 산업·업종별 차등적용에 관한 법 이론적 검토 - 이 재 현	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2022.08.15.	2022.09.12.	2022.10.07.

111) 임무송, "최저임금제도의 문제점과 사회적 갈등 해소 방안", 「법과 기업 연구」(제11권 제1호), 2021, 157면.

[참고문헌]

[국내문헌]

권 혁 외 4인, 「최저임금 감액적용 제외대상인 '단순노무업무 직종'에 대한 조사·분석」, 고용노동부, 2021.
김형배, 「노동법」, 박영사, 2015.
김헌수, 「최저임금법」, 법원사, 2018.
이재현, 「최저임금제도의 법 이론적 기초에 관한 연구」, 부산대학교 박사학위논문, 2020.
최저임금위원회, 「주요국가의 최저임금제도」, 2019.
최저임금위원회, 「최저임금 30년사」, 2018.
최저임금위원회, 「2022년 주요 국가의 최저임금제도」, 2022.
최저임금위원회, 「2022 주요 노동·경제 지표 분석」, 2022.
최저임금위원회, 「2022년 최저임금 심의편람」, 2022.
최저임금위원회, 「OECD 주요 국가의 최저임금법제도」, 2002.
한병훈, 「최저임금법제에 관한 연구」, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2014.
한수웅, 「헌법학」, 법문사, 2020.
菅野和夫(이정 역), 「일본노동법」, 법문사, 2015.

강현주, "최저임금법 패러다임 탐색: 미국 공정근로기준법상 '공정성'개념과 그 함의", 「노동정책연구」 (제13권 제3호), 2013.
김강식, "최저임금 구분적용의 필요성 검토", 「질서경제저널」, (제22권 제2호) 2019.
김종현, "최저임금제의 헌법적 의의와 한국 최저임금제의 특징", 「헌법학연구」 (제27권 제1호), 2021.
김희성, "최저임금의 '(사업장)규모별 구분적용'에 대한 입법을 위한 법 이론적 제언"(토론문), 최저임금, 이대로는 안 된다! 토론회, 중소기업중앙회, 2019.
문재태·이희수, "최저임금의 실효성 제고를 위한 논의', 「사회법연구」 (제38호), 2019.
박귀천, "독일 「최저임금법」 제정의 배경과 의의", 「노동법연구」 (제40호), 2016.
박지순, "독일 최저임금법의 구조와 특징", 「강원법학」 (제51권), 2017.
오학수, "일본의 최저임금 결정체계", 「국제노동브리프」 (2019년 4월호), 한국노동연구원, 2019.
이소현·정예은·심승규·홍지훈, "최저임금의 지역별 차등화가 성별 고용형태에 미치는 영향 - 일본 사례를 중심으로 -", 「지역개발연구」(제52권 제2호), 2020.
이승현, "독일의 최저임금법: 시행 후 4년간 평가 및 전망", 「국제노동브리프」 (2019년 12월호), 2019.
이재현, "선원법제의 특수성을 고려한 선원최저임금제도 개선방안", 「노동법논총」 (제54집), 2022.
이재현, "헌법상 노동기본권으로서 최저임금제도의 의의", 「강원법학」 (제66권), 2022.
임무송, "최저임금제도의 문제점과 사회적 갈등 해소 방안", 「법과 기업 연구」 (제11권 제1호), 2021.
조상균, "최저임금의 적용 차등화 방안 연구", 「노동법학」 (제66호), 2018.
채민희, "호주 최저임금결정제도의 특징 및 관련 논의", 「국제노동브리프」 (2019년 5월

호), 2019.
최윤희, “최저임금의 합리적 인상방안에 관한 소고”, 「일감법학」 (제43호), 2019.
한주희, “미국 팁 근로자의 현황 및 최저임금 인상과 관련한 쟁점”, 「국제노동브리프」 (2015년 12월호), 2015.

대법원 2019. 3. 14.선고 2015두46321판결.
대법원 2011. 4. 28.선고 2011다6632판결.
헌법재판소 1999. 9. 16.선고 98헌마310결정.
헌법재판소 2011. 8. 30.선고 2008헌마477결정.
고용노동부 2019. 2. 28. 보도자료, ‘최저임금 결정체계 개편안 발표’,
고용노동부 2022. 8. 5. 보도자료 ‘고용노동부, 2023년 최저임금 시간급 9,620원으로 고시’
법제처 국가법령정보센터-법령(조약), 다자조약 제1615호.
법제처 국가법령정보센터-법령(조약), 다자조약 제1617호.
소상공인연합회 2022. 5. 26. 언론보도 ‘최저임금제도개선위원회 발족 및 기자회견’
중소기업중앙회 2022. 6. 17. 논평, ‘최저임금 사업 종류별 구분적용 부결에 대한 중소기업계 입장’
한국노동조합총연맹 2022. 5. 17. 논평, ‘최저임금 차등적용 방지법 발의 환영한다’
글로벌이코노믹 2021. 1. 24. 보도 “바이든 대통령 취임 계기 미 ‘팁 노동자 최저임금’ 폐지 가열”
문화일보 2022. 6. 16. 보도, “최저임금위, ‘업종별 차등적용’ 본격 갈등 예고”
연합뉴스 2022. 7. 20. 보도, “대통령실, 최저임금 차등적용 등 우수 국민제안 10건 선정”
이데일리 2022. 4. 26. 보도, “최저임금 차등적용, 결국 후순위 밀렸다... 올해는 인상률 싸움만”

[국외문헌]

OECD, 「OECD Employment Outlook 2015」, 2015
Dingeldey, Irene(2019), Wechselwirkungen zwischen Mindestlohn und Tariflohn. Arbeit, 28(1), S. 63.
Koalitionsvertrag, “Deutschlands Zukunft gestalten” v. 16.12.2013, S. 48 f.
神吉知郁子 “最低賃金制度の役割-地域別最賃と特定最賃 政府と勞使の役割分担”, 「季刊勞働法」(254号) , 2016.

미국 노동부 - Minimum Wages for Tipped Employees, https://www.dol.gov/agencies/whd/state/minimum-wage/tipped
미국 노동부 - 주 정부별 최저임금, https://www.dol.gov/agencies/whd/minimum-wage/state
호주 공정근로위원회 모던 어워드 정보, https://www.fwc.gov.au/agreements-awards/awards/find-award
호주 정부 최저임금 정보, https://www.fairwork.gov.au/tools-and-resources/fact-sheets/minimum-workplace-entitlements/modern-awards#what-is-a-modern-award

일본 후생노동성 특정 최저임금 자료,
https://www.mhlw.go.jp/stf/seisakunitsuite/bunya/0000041788.html
OECD 통계 - 노동조합 조직률(Trade Union),
https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=TUD

【국문초록】

최근 수년간, 최저임금액의 급격한 인상으로 인하여 최저임금 차등적용 논의가 대두되고 있다. 특히, 중소기업 및 소상공인은 산업·업종별 차등적용을 요구하고 있는데, 이는 주로 기업의 지불능력에 초점을 맞춘 것이다. 우리나라는 오랜 기간 단일한 최저임금이 적용되어 왔다. 이러한 상황에서 최저임금 차등적용에 관한 논의를 위해서는 헌법상 최저임금제도의 목적과 기능, 최저임금 차등적용의 범위와 한계, 차등적용으로 인한 효과와 다른 노동법상 제도에 미치는 영향까지 충분히 고려되어야 한다. 하지만 최저임금 차등적용에 관한 노사 간 견해 차이가 심하여 기본적인 기준이나 원칙도 수립하지 못한 상태다. 산업·업종별 차등적용을 위한 범위설정과 구체적인 최저임금액 결정은 매우 어려운 과정이 될 것으로 예상된다.

본 논문은 이러한 문제의식을 바탕으로, 최저임금의 산업·업종별 차등적용에 관한 법 이론적 근거, 주요 외국의 입법례, 산업·업종별 차등적용과 관련된 쟁점, 제도도입을 위한 방향 설정에 관하여 살펴보았다. 산업·업종별 차등 최저임금의 도입은, 최저임금제도 고유의 목적을 고려하여 진행되어야 한다. 심의 및 결정기준을 개선하고, 필요하다면 기업의 지불능력도 추가할 필요가 있다. 또한, 산업·업종별 차등 최저임금은 가능하면 단순하게 설계될 필요가 있다.

【Abstract】

Study on the Jurisprudential Basis for the Minimum Wage Differentials by Industry · Type of business

LEE, Jae-Hyun
(Certified Public Labor Attorney, Ph.D.)

In recent years, due to the rapid increase in the minimum wage amount, discussions about applying different minimum wage amounts emerged. In particular, small and medium-sized enterprises and small business owners have called for minimum wage rates that differ by industry or type of business, which take into account each company's ability to pay employees. In Korea, the single minimum wage amount has been applied for a long time. In this backdrop, in order to discuss the differential application of minimum wages, the purpose and function of the minimum wage system under the Constitution, the scope and limitations of the differential application of minimum wages, and the effect of the differential application on other labor laws should be fully considered. However, basic standards or principles have not been established due to stark differences in opinions between labor and management on the topic. It is expected to be a challenging process to set the scope of the differential application by industry or type of business and to determine the specific minimum wage amounts. Recognizing the complexity of the issue, this paper examined the jurisprudential basis for the differential application of minimum wages by

industry or type of business, major relevant legislations in foreign countries, issues related to applying different minimum wage amounts by industry or type of business, and how to set the direction for relevant legislation Applying different minimum wages by industry or type of business should proceed after fully understanding the unique purpose of the minimum wage system. To that end, it is necessary to improve the criteria for legal deliberation and decision making and to add each company's ability to pay as a factor, if necessary. The differential minimum wage system also needs to be designed as simply as possible.

주제어(Keyword) : 최저임금(Minimum wage), 최저임금법(Minimum Wage Act), 최저임금제도(Minimum wage system), 차등 최저임금(Minimum wage Differentials), 산업별 최저임금(Minimum wage differentials by Industry), 업종별 최저임금(Minimum wage by Type of Business)

고려대학교 법학연구원
고려법학 제106호 2022년 9월

http://dx.doi.org/10.36532/kulri.2022.106.635

박기갑 교수 정년기념 대담

참석자 명단

박기갑 고려대학교 법학전문대학원 교수
강병근 고려대학교 법학전문대학원 교수
김현정 연세대학교 정치외교학과 부교수
심현우 고려대학교 법학연구원 간사
김상중 고려대학교 법학연구원 부원장
정경수 숙명여자대학교 법과대학 교수
임예준 고려대학교 공공정책대학 조교수

일시 : 2022년 8월 17일(수)
장소 : 광화문 달개비

[박기갑 교수님 약력]

박기갑(朴基甲) 교수는 1957년 7월 부산에서 출생하였다. 1976년 고려대학교 법과대학 법학과에 입학하였으며, 1983년 2월 동 대학원에서 석사 학위를 취득한 후 같은 해 프랑스 파리 제2대학(Panthéon-Assas)으로 유학을 떠났다. 유학 기간 중 1988년 네덜란드 헤이그 국제법 아카데미에서 디플로마를 취득하고, 1989년 11월 “영공주권의 보호”로 파리 제2대학에서 국제법 박사학위를 취득하였다. 박사학위논문은 프랑스 항공우주아카데미 최우수논문상을 수상하였고 프랑스 정부 보조금을 받아 현지에서 출판되었으며, 1991년 프랑스 학술원상을 수상하였다. 귀국한 1990년 3월부터 한림대학교 법학과에서 8년 동안 조교수와 부교수로 근무한 후 1998년 3월 1일자로 고려대학교에 부임하여 부교수 및 교수로 25년 동안 법과대학과 법학전문대학원에서 국제법을 가르쳤다. 본교 교수로 재직하는 동안 학문 연구와 후학 양성에 매진하였을 뿐 아니라, 안암학사 사감, KU-UBC Academic Exchange Program 현지 책임자, 학생처장, 기획예산처장, 법과대학 및 법학전문대학원 부학장 겸 부원장 등의 보직을 맡아 학교 행정에도 참여하였다. 대한국제법학회 회장, 국제법평론회 회장, 아시아 국제법학회 한국지부 회장 등을 역임하며 국내외 국제법학계 발전에도 힘썼다. 정부 여러 부처의 자문위원직을 맡았으며, 특히 외교부의 국제법 전문가로서 ASEAN, IAEA, ICAO, OECD, UNEP, UN 총회 등 각종 국제회의에 참석하였다. 2012년부터 2022년까지 유엔 국제법위원회(ILC) 위원직을 연임하여 국제법 발전에 기여하였다. 국제법 연구의 수월성을 인정받아 대한국제법학회 상남학술상(2004년) 및 현민학술상(2020년)을 수상하였으며 2014년 4월 동아일보 “10년 뒤 한국을 빛낼 100인”에 선정되었다.

주요 학술논문으로는 “선결적 항변권에 관한 연구 – ICJ 제도를 중심으로” (2004), “국제법상 *Lex ferenda*” (2020), 대표적인 단행본으로는 『국제원자력손해배상법1』 (2001), 해외 발간물로는 “La protection des personnes en cas de catastrophe” (2013, “재난시 인간의 보호” 헤이그 아카데미 강의록) 등이 있다.

– 시작 말 –

김상중 : 박기갑 교수님께서 2022년 8월 31일 자로 오랫동안 몸담아오신 고려대학교에서 정년을 맞이합니다. 1990년 한림대학교에 부임해 8년을 재직하시고, 1998년 고려대학교에 부임해 25년을 보내신 후, 33년의 대학교수 생활을 마무리하십니다. 교수님의 정년을 기념하여 고려법학 편집위원회에서는 교수님을 모시고 학문과 삶에 관한 이야기를 듣는 대담 자리를 마련하였습니다. 오늘 이 자리가 박기갑 교수님의 학자적 풍모와 교육자적 열정 그리고 인간적 내면을 잘 알게 되는 좋은 기회가 되기를 기대합니다.

– 정년 소회 –

강병근 : 명예롭게 퇴임하시는 박기갑 교수님께 축하의 인사를 드립니다. 정년을 맞이하는 소감이 어떠하신지요?

박기갑 : 우선, 이렇게 대담회를 만들어주신 고려대학교 법학전문대학원과 법학연구원에 감사드립니다. 특히, 자리를 함께하신 김상중 부원장님께 감사드립니다. 금방 지나온 것 같은데 33년이 흘렀습니다. 그러고 보니 정말 긴 세월입니다. 무엇보다 큰일 없이 건강하게 마치게 돼서 매우 기쁩니다. 돌이켜보면 지난 세월 연구실을 쭉 지키며 연구와 교육에 전념할 수 있어서 행복했습니다만, 그런 저를 묵묵히 그리고 든든하게 뒷받침해준 저의 집사람이 고마울 뿐입니다. 요즘 같았으면 이혼당했을 것 같은데 …. (전체 웃음) … 한림대학교에서 시작하여 모교인 고려대학교에서 교수 생활을 마치게 된 것은 제가 뛰어나서라기보다는 운이 좋았다고 생각합니다.

– 유년, 중 ·고교 시절 –

임예준 : 정년기념 대담회이다 보니 선생님의 출발선상의 모습이 궁금해집니다. 선생님의 집안 분위기는 어떠했는지, 어린 시절과 중·고등학교 시절은 어떻게 보내셨는지 궁금합니다. 특히 부산 출신이신데, 고등학교 때부터 서울로 유학을 와서 학창 시절을 보내는 남다른 면이 있지 않을까 싶습니다.

박기갑 : 글쎄요 …. 유년기를 되돌아보는 것은 오랜만인데요, 저는 부산지역 중학교 평준화 첫 세대이고 고등학교 비평준화 마지막 세대입니다. 부산에서 중학교 3년을 마치고 서울에 있는 경기고등학교에 진학하게 된 것은 돌아가신 어머님의 욕심 때문이었던 것 같습니다. 어머님께서 외가 식구들이 많이 있는 서울에 가서 공부해보는 것이 어떻겠냐고 하셔서 상경(上京)하였지요. 고등학교 친구들과도 친하긴 하지만 아무래도 초등학교와 중학교 시절을 함께 보낸 부산 친구들과 좀 더 막역하지요. 특히 청소년기에 부모님과 떨어져 살다 보니까 그로 인하여 조숙해진 면도 있었고 …. 고등학교 1학년 때는 한 반에 60명 정도로 제가 기억하기로 경상도 출신 2명, 전라도 출신 1명이 있었습니다. 그런데 사투리에 대한 놀림이 있어서 상처를 좀 받았지요. (전체 웃음) 그런 식으로 고등학교 유학 시절을 보냈습니다.

– 학부 및 대학원 시절 –

김현정 : 교수님께서는 1976년에 고려대학교 법학과에 입학하셨는데요, 대학이나 전공을 선택하신 계기에 대해서 말씀해주시면 좋겠습니다.

박기갑 : 하하, 이것도 글쎄 …. 여러분들은 어떻게 법대에 입학하시게 된 것인지 모르겠는데요, 제가 누님이 둘이고 외아들이다 보니 부모님의 뜻이 많이 반영되었던 것 같습니다. 제 기억으로는 어머님도 그렇고 아버님도 법대를 가는 것이 어떻겠냐는 말씀을 주셨고, 고등학교 마지막에 성적을 놓고 이것저것 생각하다가 결국 법대로 방향을 잡았고, 고려대학교에 입학하게 되었습니다. 법대에 오게 된 것이 적성에 맞아서라고 말하기는 조금 그렇지만, 아무튼 법대에 온 것에 대한 후회라든지 아쉬움이라든지 그런 것은 없었습니다. 법대생으로서 학업과 학교생활을 잘 해왔고 잘 마무리했던 것 같습니다.

정경수 : 고려대학교에서 해방 이후 지금까지 법과대학과 법학전문대학원은 본관, 법학관(구법학관), 제2법학관(신법학관)을 썼는데, 교수님께서는 이 세 건물을 모두 다 사용하셨습니다. 고려대학교 법과대학과 법학전문대학원 변천의 현장을 지키신 분으로서의 술회를 듣고 싶습니다.

박기갑 : 여기 계신 분들 대다수가 고려대학교 법대 출신이신데, 질문을 듣고 나니 정말 그러네요. 제가 학부생인 1976년 당시 주로 본관 건물 2층, 3층에서 강의를 들었고요. 그리고 구 법학관은 제가 프랑스에 유학을 가 있을 때 막 짓고 있었던 것 같아요. 1998년에 고려대에 부임하여 와서는 구 법학관 3층에 첫 연구실을 얻었습니다. 그 당시 구 법학관에서 강의는 주로 2층과 지하 1층에서 이뤄졌습니다. 그때 제가 1998년도 강의를 엄청나게 큰 지하 강의실에서 한 적도 있었고, 보성전문학교 시절에 쓰던 오래되고 딱딱한 조그마한 의자가 있는 강의실에서 강의했던 기억도 납니다. 그리고 대학원 세미나는 비교적 작은 강의실에서 했는데, 기억나시는 분이 계실지 모르겠지만 사범대 뒤편에 강의동이라는 임시 건물이 있었어요. 거기서도 강의했었습니다. 2001년에 신 법학관이 완공돼서 그쪽으로 이사를 했고 3층 318호 연구실에서 옮기지 않고 20년 넘게 사용해왔었습니다. 그 후에는 해송법학관, CJ 법학관이 차례로 완공되었지요. 한 가지만 덧붙이자면 저는 일 년 365일 중 거의 매일 출근했기 때문에 정말 150%로 연구실을 사용했던 것 같습니다. 제 기억에 남는 일화라고 하면, 오래 전 설 연휴 때 구법학관 연구실에 나온 적이 있었는데 당시 수위분께서 오늘 짜장면 시킬 사람도 없는데 왜 왔냐고 …. (전체 웃음) … 그때 개운산을 뛰고 와서 구 법학관에 들어가는 참이었어요. 겨울철이다 보니 노란빛 파카(parka)를 입고 있었는데, 저를 짜장면 배달원으로 생각했는지 수위께서 저보고 오늘 아무도 안 나왔다고 그러셔서 "저 박기갑 교수입니다"라고 말씀드리니, 그분께서 "아니, 교수님. 웬일로 나오셨냐?"라고 놀라시더군요. (전체 웃음)

임예준 : 교수님께서는 대학원에 입학하시고 나서 국제법으로 방향을 정하신 것으로 알고 있습니다. 국제법학을 하시게 된 동기와 간략한 역정 그리고 지금의 소감을 말씀해주시면 감사하겠습니다.

박기갑 : 지금은 의아하게 들리실 수도 있겠지만, 학부 졸업을 앞두고 제가 신문기자를 하려고 동아일보와 조선일보에서 시험을 치렀어요. 조선일보였던 것으로 기억합니다만, 마지막 단계에서 떨어져 당시 학부 지도교수님이셨던 심재우 선생님을 찾아뵈었습니다. 선생님께서 "동아일보 해직 사태도 아직 진행 중인데, 자네같이 괄괄한 사람이 기자를 하면 오래 못 갈 것이다. 차라리 대학원에 와서 공부하는 게

어떻겠냐"고 하셔서 대학원에 가게 되었습니다. 당시는 요즘하고 달랐어요. 제가 1981년 입학이었는데, 그 당시만 하더라도 입시 때 선택했던 전공을 입학하고 나서 꽤 많이 바꿨어요. 가령 김기순 선배님도 처음에 행정법으로 들어오셨는데 국제법으로 바꾸셨고, 장문철 선배님도 상법인데 국제법으로 바꾸셨지요. 저는 심재우 형법 교수님 문하로 들어갔었다가, 그때 유병화 교수님이 부임하셨는데 뭔가 잘 모르지만, 국제법이 신선하다는 기분이 들어 전공을 바꿨습니다.

– 프랑스 유학시절 –

김현정 : 1980년대 당시의 고대 법대 대학원 분위기에서 프랑스 유학을 결정하신 것은 상당히 불확실성이 큰 선택이셨을 텐데요. 어떻게 프랑스 유학을 선택하시고, 준비는 어떻게 하셨는지, 파리에서 학업이나 일상생활은 어떠하셨는지 궁금합니다. 특히, 유학과 관련된 사모님과의 인연도 궁금합니다.

박기갑 : 사실 프랑스 유학은 정말 불확실한 선택이었습니다. 지금 돌이켜 생각해보아도 아찔한 결정이었던 것 같은데 …. 저는 고등학교 때 독일어를 배우고, 학부와 대학원 모두 독일어를 선택하여 입시를 치렀어요, 불어는 정말 백지상태였고요. 그런데 유병화 교수님께서 제가 대학원 석사를 마칠 무렵 프랑스 유학을 권하셨고, 처음에는 그렇게 심각하게 생각하지는 않았습니다. 그때 그분이 아마 학과장이셨을 텐데, 학과장 업무를 마치고 난 오후 5시가 되면 당시의 불어 교과서 모제 1권을 두 과씩 외워서 본인 앞에서 암송하라고 하셔서 그렇게 했습니다. 그런데 유병화 교수님도 결국 저한테 손드신 것이, 제가 암송을 하면 "자네 발음은 베트남 사람 같아서 못 알아듣겠다." … (전체 웃음) … 나중에 프랑스로 유학 가서 일부러 베트남 사람이 하는 가게에 찾아가서 그들의 발음을 들어보니, 저도 알아듣기 쉽지 않더라고요. … (전체 웃음) … 그런데 유병화 교수님이 1983년 2월이었던가 …. 박춘호 교수님 연구조교를 하고 있을 때인데 저를 부르셔서 내려갔더니 한 여학생이 앉아있더라고요. 그러면서 그분이 저한테 "이 사람이 앞으로 자네의 불어 가정교사일세."라고 하셔서 이건 또 웬일인가 …. 그래서 가정교사로 소개받은 여학생과 얼마 후에 …. 청춘남녀가 만나니 서로 좋아하게 되고 결혼하게 된 것이죠. 처음에는 결혼할까 말까 고민했다는 말도 나중에 들었어요. 당시 집사람한테는 제가 딱

하게 보였던 모양이더라고요. 불어 '불'자도 모르는 사람이 프랑스로 유학을 간다고 하니까 걱정도 되고, 안타까움도 있었나 봐요. 민충정공의 3대손이라서 그런지 심지와 강단이 있는 것 같습니다. (웃음) 하여튼 집사람이 불어를 굉장히 잘했어요. 지금도 일상생활 용어는 저보다 더 잘하겠죠. 프랑스에 유학 가서 처음 들은 강의가 프랑스법 입문이었는데, 아침 8시부터 강의를 했어요. 그 강의가 필수였는데, 집사람이 첫 아이를 임신한 상태에서 저하고 같이 강의실에 가서 필기를 다 해주었어요. 그때 필기한 공책이 바이블이 되어서, 그 당시 저하고 같이 유학 중이었던, 실명을 말씀드려도 되려나 …. 서울대 성낙인 전 총장님, 명지대학교 조병륜 전 부총장님 같은 분들이 당시 유학생 시절에 제 집사람이 필기했던 프랑스법 입문 노트를 복사해서 시험을 준비하셨던 그런 기억도 있습니다.

정경수 : 교수님 박사학위 논문 '영공주권의 보호'는 프랑스에서 학술상도 받고, 영국국제법연감(British Yearbook of International Law)에 최고의 서평이 실릴 정도로 높은 평가를 받았습니다. 특히 프랑스 논문 특유의 이분법을 채용하신 게 두드러지는데요. 프랑스 국제법 교육과 그 속에서 어떻게 학업 생활을 하시고 어떤 방식으로 논문 작성을 하셨는지 궁금합니다.

박기갑 : 그 부분도 벌써 1989년 때 일이니 30년이 넘었는데 …, 사실 제가 프랑스 논문으로 최우수상을 받은 것은 두 분의 지도교수를 모신 덕분이 아닐까 하는 생각이 듭니다. 여기 계신 교수님들 대부분 유럽에서 공부하셨지만, 유럽은 아주 엄격한 도제방식이지 않습니까? 저의 첫 번째 지도교수가 미국-이란 중재재판소 소장으로도 계셨던 Michel Virally라는 분이셨는데, 너무 과로하셨는지 제가 논문을 끝마칠 무렵에 암으로 돌아가셨어요. 논문 작성을 다 마치고 구술시험만 남겨두고 있는 상황에서 갑자기 돌아가셔서 암담하더라고요. 그래서 두 번째 지도교수를 찾게 되었는데, 제가 네덜란드 헤이그 국제법 아카데미에서 디플로마(Diploma) 시험을 치를 때 심사위원 중 한 분이셨던 Daniel Bardonnet 교수께 지도교수를 맡아달라고 청하게 되었습니다. 그런데 그분이 한 가지 조건을 붙였는데, 그게 1년을 더 연구해야 한다고 하셔서, 다 된 논문을 가지고 1년을 더 하게 되었죠. 그 당시에는 정말 괴로웠었는데 지나고 나서 생각해보니 새옹지마였습니다. 그리고 프랑스 특유의 이분법이라는 방법론은 처음에는 정말 힘들었는데요. 이분법, 그러니까 예를 들면 사과를 딱 두 쪽으로 쪼개듯이 part 1과 part 2로 나누고서 part

1에 chapter를 두 개를 넣고 마찬가지로 part 2에도 chapter 두 개를 넣고 …. 이런 식으로 균형이 있게 …. 그런데 이러한 이분법은 아마 프랑스에서만 사용하는 방법론이 아닌가 하는 생각도 듭니다. 영국이나 독일에서는 어떻게 하는지 잘은 모르겠지만 …. 그래서 저도 이분법을 도입한 논문을 썼고요. 고려대에 부임한 초기에는 일반대학원에서 강의할 때 이분법을 많이 소개했었습니다. 그런데 결국은 잘 안되더라고요. 왜냐하면, 우리 학생들은 1장, 2장, 3장, 4장, 5장 그리고 결론 이런 식으로 하는 것이 더 익숙해서 그런지 …. 아무튼 이분법은 저로선 아직도 즐겨 사용하는 논리적 접근방식입니다.

김현정 : 교수님께서는 학위가 여러 개 있으신데요. 국내 석사 학위뿐만 아니라 국제공법, 유럽공동체법, 국제사법 프랑스 대학 박사과정(Diplômes Supérieurs d'Université, D.S.U.)[1]과 국제법 박사 코스워크에 해당하는 D.E.A.(Diplôme d'Études Approfondies)[2] 과정을 이수하셨습니다. 또한 헤이그 국제법 아카데미 디플로마도 취득하셨습니다. 이렇게 풍부한 학업 과정과 분야 학습이 이후에 연구자로서 교육자로서 교수님께 어떤 의미가 있는지가 궁금합니다.

박기갑 : 너무 높게 평가해주는 것 같은데 …. 아까도 말씀드렸다시피 저는 불어가 완전 초보인 상태로 갔었고요. 결혼하자마자 1983년 6월 중순에 프랑스에 갔는데 그때부터 완전히 불어학원을 전전했었지요. 프랑스는 학기가 10월부터 시작인데, 제가 9월에 파리 제2대학 입학 불어 테스트를 보았습니다. 결과가 잘 안 나오니까 파리 제2대학 교수님과 인터뷰를 했는데, 교수님께서 멀쩡한 친구가 불어를 못 하니까 박사과정인 D.E.A.는 당장 입학하더라도 실패할 가능성이 높으니, 일단 예비코스 격인 Diplômes Supérieurs d'Université 번역하자면 대학 박사과정을 이수하고 통과가 되면 D.E.A.에 받아주겠다는 통보를 받았습니다. 그러니 저로서는 굉장히 위험한 상황이었죠. 왜냐하면 예비과정을 통과하지 못하면 저는 한국으로 다시 돌아가야 하니까요. 정말 이를 악물고 공부를 했습니다. 그 당시에 녹음기를 갖다 놓고 모든 강의를 녹음했었습니다. 물론 집사람이 그걸 번역해주는 등 옆에서 도와주었지만 …. 프랑스 유학 첫해였던 1983년 가을과 겨울 즈음엔 솔직히 하루에 2시간밖에 잠을 못 잤던 것 같아요. 그리고 또 어떤 때는 수업 시간에

1) 외국 학생을 대상으로 하는 프랑스법과 프랑스 법학 방법론 입문 과정,
2) 현재는 프랑스 학제개편으로 연구 석사 2기 과정(Master 2 recherche)에 해당함.

담당 교수님으로부터 녹음기를 끄라는 지적도 받았었어요. 그렇게 되니까 다른 외국인 친구들이 "야, 그러지 말고 책상 서랍에다가 감추고 녹음해라" 이런 식으로도 조언을 해주곤 했습니다. D.S.U. 과정에 합격하고 그다음에 국가에서 정식으로 인정하는 박사과정인 D.E.A. 과정에 들어갔죠. 그 후부터는 언어에 자신도 붙고 욕심이 좀 생겨서 다른 인접 분야도 좀 공부해봐야겠다 싶어 국제사법과 유럽공동체법 1년짜리 과정을 이수해서 각각 수료했지요. 그리고 네덜란드 헤이그 국제법 아카데미는 잘 아시겠지만, 국제사법재판소가 있는 평화궁, 영어로 Peace Palace 안에 있습니다. 평화궁은 워낙 도서관이 잘 되어있어서 거의 매년 여름에 가서 박사논문 자료를 수집했습니다. 거기 가서 헤이그 국제법 아카데미 프로그램을 보니까 '아, 이런 디플로마 과정도 있구나' 싶어서 욕심이 생겨 시험을 치렀는데 운 좋게 합격하고 디플로마를 땄죠. 하여튼 당시 저로서는 '뭔가를 꾸준히 도전해 보자'라는 그런 생각을 늘 했던 거 같습니다.

- 연구자의 길 -

강병근 : 교수님께서 1980년대에 국제법을 전공하실 때, 고려대학교에는 박재섭 교수님, 유병화 교수님이 계시고, 또 상법과 국제법을 같이 가르치셨던 이윤영 교수님이 계셨고, 또 1982년에는 박춘호 교수님이 고려대학교에서 국제법을 가르치기 시작하셨습니다. 이 분들과의 이야기나 인연을 이야기해 주시면 좋을 것 같습니다.

박기갑 : 네, 그러네요. 지금 말씀 들어보니 진짜 네 분하고는 나름대로 인연이 있었습니다. 일단, 이윤영 교수님은 상법 교수셨죠. 그런데 그분 박사학위는 국제법이지 않습니까? 그 당시, 즉 1970년대와 1980년대만 하더라도 본인의 전공과는 다른 분야의 강의를 맡곤 했었죠. 저도 이윤영 교수님의 상법 수업을 들었고, 교수님께서 제 결혼식 주례도 서셨답니다. 박재섭 교수님은 제가 학부와 대학원 때 모두 수업을 들었습니다. 학부 때 국제법에 솔직히 흥미를 못 느낀 이유가 박재섭 교수님의 강의 스타일 때문이었어요. 그냥 강의록을 처음부터 끝까지 읽으시는 거예요. 본관 2층에서 수업을 하시는데 수강생들 중 거의 반은 잤었고요, 그런데 세월이 지나고 나니 박재섭 교수님이 진정한 학자이시구나 하는 생각이 들었어요. 아시겠지만, 그분 박사학위 논문이 「전쟁과 국제법」이죠. 「전쟁과 국제법」은 제가 여러 번 읽

었었는데, 정말 명저라는 생각이 들었죠. 이 책은 거의 한문투성이인데 제가 고려대학교에 와서 2010년 초에 한글 전용으로 바꿔서 새로 펴냈습니다. 박재섭 교수님께서 고맙다고 직접 전화하시고 그다음 해인가 돌아가셨던 기억이 납니다. 박춘호 교수님은 그분이 하와이 대학교 동서문화센터(East-West Center)에 계시다가 1982년경에 고려대학교에 오셨는데, 제가 그분의 첫 번째 연구조교여서 기억에 남습니다. 연구조교였지만, 진짜 비서처럼 집 구하실 때도 왔다 갔다 했고, 은행 계좌도 제가 만들었던 기억이 납니다. 박춘호 교수님은 유머 감각이 뛰어나셔서 수업 시간에 뭘 배웠는지는 기억이 잘 안 나고 많이 웃었다는 기억밖에 안 나네요 …. (전체 웃음) … 유병화 교수님은 제가 아까도 말씀드렸다시피 프랑스 유학 가도록 인도해주셨고, 결과적으로 중매도 서신 분이시죠. 하나만 덧붙이자면, 작년에 고려대학교 출판문화원을 통해서 1910년대 보성전문에서 국제법을 강의하셨던 주정균이라는 분의 「전시국제공법」을 한글로 바꿔서 발간했었죠. 그러니 보성전문과 고려대학교의 국제법 교수님들께는 한 번씩 나름대로 인사를 드린 것 같습니다.

강병근 : 2000년에 교수님께서 '국내 국제법의 현주소와 21세기 바람직한 발전 방향'이라는 제목의 논문을 쓰셨는데, 일본 강점기에 교육을 받았던 1세대 국제법 교수 혹은 연구자들, 국내파로서 2세대, 해외파 3세대 이런 구분을 하셨습니다. 선생님이 보시기에 3세대 국제법 학자로서 위치, 역할 혹은 독특한 연구 방법론 이런 것들이 있다면 말씀 부탁드립니다.

박기갑 : 오래전에 작성한 논문인데 …, 강 교수님께서 관심을 가져주셔서 감사합니다. 제가 행한 분류는 다분히 주관적입니다. 제가 생각했던 국제법 3세대는, 제가 1957년생이니까 1950년대 말에서 1960년대 중반경에 태어나고, 1980년대 초부터 전후 해외 또는 국내에서 공부하신 분들을 염두에 둔 것입니다. 제3세대는 제가 볼 때 일본 국제법 학풍에서 벗어난 세대가 아닐까 하는 생각을 했습니다. 왜냐하면 우리가 학부 때 썼던 교과서 상당수, 꼭 국제법 뿐만이 아니라 민법도 그랬고, 상법도 그렇고. 제가 확인해보니 일본 책들의 내용이 근간이 되어 있더라구요. 그런데 3세대 때부터는 그래도 나름대로 한국적인 입장에서 우리 한반도를 둘러싼 국제법적 문제를 검토할 수 있게 되지 않았나 싶습니다. 다시 말해서 세대 구분을 한 것은 일본을 통한 학문의 수용 단계를 벗어났다는 점을 강

조하고 싶었기 때문입니다. 또한 그 논문에서 문제 제기도 했는데, 가령 용어의 혼란과 외국 문헌에 대한 의존적 성향을 지적했었습니다. 같은 용어를 놓고도 일본용어를 그대로 사용하기도 하고, 저자마다 서로 다르게 번역하여 사용하고 있다는 점을 지적하였습니다. 동일 주제를 논하면서 서로 다른 용어를 쓴다면 얼마나 우스울까, 따라서 기본적인 용어의 통일이 시급하다고 생각했습니다. 또한 국제법에서는 상대적으로 해외자료 참조의 빈도가 높고 중요성 역시 크지만, 국내 문헌과 외국 문헌을 함께 인용하지 않고 외국 문헌만을 인용한다면, 대외 의존도 심화와 국내 문헌의 상호인용의 빈곤화를 낳지 않을까 우려하였습니다. 그래서 학위논문을 지도할 때도 국내 선행 연구에 대한 조사와 용어 사용의 중요성을 강조해 왔습니다.

김현정 : 저희 젊은 국제법학자들은 한정된 전문영역들을 주로 연구하다 보니까 교수님처럼 연구 분야 폭이 넓고 국제법의 전 분야를 연구하시는 분들에 대한 동경이 있습니다. 저희는 교수님을 국제법 분야에서의 진정한 제너럴리스트라고 생각하고 있는데, 전문화되고 특화된 학자들에게 국제법의 다양한 분야를 아우를 수 있는 능력과 방법에 대해서 말씀해주시면 감사하겠습니다.

박기갑 : 제너럴리스트와 스페셜리스트는 서로 장단점이 있는 것 같습니다. 일단 우리 법학도에게 가장 기초가 되고 중요한 분야는 민법입니다. 제가 김상중 교수님이 여기 계시다 해서 하는 말이 아니라, 민법이 모든 법 분야의 기초가 되고 국제법 이론도 그 기초 하에서 논의하게 됩니다. 결국은 여기 계시는 교수님들께서도 마찬가지이시겠지만 학생들에게 강조하는 것은 일단 기초는 반드시 열심히 닦아야 한다는 것입니다. 그래서 우리가 국제법 석사, 박사 시험 치를 때 공통되는 부분이 있듯이 일단은 공통이론은 확실히 해야 하겠죠. 그것이 일종의 제너럴리스트의 출발점이라고 저는 생각합니다. 그러니까 석사 과정에 들어오자마자 자기는 어떤 분야만을 연구하겠다고 하는 것은 굉장히 위험하지요. 최소한 공통되는 기초이론은 반드시 연마해야 하고, 그걸 기반으로 자신의 연구영역을 확대시켜 나가야지요. 제가 처음에 그랬듯이 제 후학과 제자들이 걸어가는 길이 거의 비슷하더라고요. 제가 '영공주권의 보호' 박사학위논문에서 항공법, 우주법, 해양법, 국가책임법 등을 다뤘기 때문에 교수 임용 초창기인 1990년대 때는 그런 분야에 중점을 두어 연구했고, 여기에 더해 제가 참여했던 실무 주제에 맞춰 연구 범위를 확장해 왔습니다. 저는

주로 외교부 소관 업무와 관련된 국제법 실무에 참여했는데, 그렇다 보니 원자력과 인권 그리고 환경 등으로 폭이 넓어질 수밖에 없더라고요. 국제법 실무에 참여하면서 보고서를 작성해야 하였고, 국제회의에 참여하면서 나름대로 의견을 개진하고 뭔가를 해야 하다 보니까 연구의 폭이 점점 넓어진 것 같습니다. 이처럼 제가 30년 넘게 쭉 국제법을 하면서 제가 의도를 했건 하지 않았건 간에 관심을 가진 영역이 넓어진 건 사실입니다. 물론, 대학원이야 연습 과정이고. 교수가 되고 난 후 지나간 30년을 되돌아보니까 학자는 결국 현재에 안주하지 않아야 하고, 좀 우습고 건방질 수 있지만 '현실은 어떻게 변화하는가?' 그리고 '다가올 미래는 어떤 모습일까?' 등등 그런 점들에 대해서 나름대로 예측하고 준비하는 이러한 자세가 필요하지 않나 그런 생각이 들었습니다. 예를 들어 2010년경 제가 손을 댔던 사이버 공간에 관한 문제, 그리고 현재 김상중 교수님께서 하고 계시는 인공지능(AI) 등을 들 수 있습니다. 인공지능 분야도 매우 넓은데 제가 현재 관심이 있는 측면은 인공지능 윤리, 즉 ethics인데요. 혹자는 인공지능 관련 책임(liability, responsibility)에 관한 논의를 하지만, 저는 그런 것보다는 '인공지능을 인간 중심적 윤리의 측면에서 어떻게 관리를 해야 할 것인가?'에 관심이 많아서 정년 후에도 그런 부분에 좀 더 연구해볼까 합니다.

임예준 : 교수님께서 실무에 관여하며 원자력, 인권, 환경으로 연구 분야가 확대되었다는 말씀을 해주셨습니다. 이처럼 국제법의 다양한 분야를 연구해오시면서 가장 애착이 있는 연구 분야나 주제가 있으신지 궁금하고, 혹시 정년을 앞두고서 교수님께서 아쉬움이 남는 분야나 앞으로 더 연구하고 싶으신 주제가 있으신지요?

박기갑 : 글쎄요, 우선 모든 분야에 다 애착이 있긴 합니다. 한 가지 말씀을 드리자면, 30년 동안 제가 원했건 원치 않았건 인연이 있는 것이 국제원자력법입니다. 제가 1991년 한림대에 있을 때부터 국제원자력법에 관여했는데요. 당시 외교부 조약국 국제협약과로부터 제가 국가책임에 관한 논문을 썼으니 원자력손해배상법 관련 국제회의에 참여해보면 어떻겠냐는 제안을 받았습니다. 1986년 당시 구소련 지금은 우크라이나 체르노빌에서 원전 폭발 사고가 발생한 후에 1963년에 채택된 '원자력손해배상에 관한 비엔나협약'의 개정작업이 1990년부터 비엔나에서 열리고 있는데, 거기에 파견할 한국 측 전문가가 필요하다고 해서 제가 참여하게 된 것입니다. 그래서 국제원자력기구(IAEA)를 시작으로 1994년부터는 프랑스

파리에 있는 국제개발협력기구(OECD) 원자력국 회의에 참여하기 시작했고, 1990년대 말에는 북한 경수로사업 관련해서 한반도 에너지개발기구(KEDO) 사업에도 잠시 관여했습니다. 그러다 보니까 원자력법은 떼려야 뗄 수 없는 저의 연구 분야가 된 거지요. 아쉬웠던 부분에 관해 잠시 이야기해보자면, 국제협상과 회의에 가면 현장에서는 당연히 열심히 일하게 되고, 미처 정리하지 못한 부분은 한국 들어가서 차분히 정리해야지라는 생각을 하곤 합니다. 하지만 막상 귀국하면 밀려 있는 다른 일들, 즉 강의나 연구를 우선하게 되고, 그러다 보니까 제가 참여했던 여러 정부 간 국제회의의 중요한 부분에 대한 기록을 남기지 못했던 점이 아쉽습니다. 기록을 남기지 못했다는 이야기는 소논문으로 작성하지 못했다는 것을 말하는 것입니다. 특히 국제민간항공기구(ICAO)에서 있었던 다년간의 국제협약 제정작업에 참여했던 경험은 아쉽게도 소논문으로 남기지 못했습니다. 그리고 또 생각나는 건 2000년대 초 제네바 당시 유엔 인권소위원회의 한국측 박수길 위원님을 보좌하여 회의에 참석했던 결과도 체계화하지 못했습니다. 아무튼, 그런 게 아쉬움이 있는데…. 다행히 유엔 국제법위원회(ILC)[3] 활동에 관해서는 국제법평론회에서 신경을 써 주셔서 10년 넘게 「국제법평론」 학술지에 게재한 것은 천만다행입니다. 여러분들은 어떠실지 모르겠지만 그때그때 정리를 잘해 놓아야지, 안 그러면 시간은 금방 흘러가 버리더라고요.

정경수 : 교수님의 연구주제들을 보면 대한민국이 당면한 국제법적 쟁점이나 현안이 적지 않고 국제적 논의 주제를 다루는 성과가 많습니다. 이론법학과 실천법학의 구도에서 보면 실천법학에 가깝지 않나 생각됩니다. 한국 국제법학 연구의 임무와 과제에 관한 교수님의 생각을 듣고 싶습니다.

박기갑 : 글쎄요. 이론법학과 실천법학의 구분을 의식적으로 생각해보지 않아서 생각해보고 답을 해야 할 것 같은데 …. (전체 웃음) 음 …. 저는 순수이론만을 다루기보다는 국제법적 현안과 국가들의 실행(practice)에 중점을 두며 연구해온 거 같습니다. 가령 어떤 문제에 대하여 미국, 중국, 일본 등은 어떻게 대응해왔는가? 그리고 대한민국은 동일한 문제에 대해서 어떻게 반응하고 대응했는가 또는 해

3) 유엔 국제법위원회(UN International Law Commission)는 유엔 헌장 제13조 제1항에 근거하여, 1947년 11월 21일 유엔 총회 결의 제174(II)호에 의해 설립된 기관으로 국제법의 점진적 발전과 성문법전화를 목적으로 한다.

야 하는가? 이런 식으로 문제 해결에 관심을 가져왔지요. 이는 제가 프랑스 유학의 과정에서 체득한 법실증주의의 영향이 컸던 것 같습니다. 왜냐하면, 앞서 말씀드린 두 분의 프랑스 지도교수님 모두 법실증주의자이셨거든요. 그래서 추상적인 논의보다는, 법실증주의에 따라 확실한 증거체계 안에서 모든 이론과 논리를 전개해가는 방법론을 제가 체득했었기 때문에 그랬습니다. 그리고 실제로 국제법위원회(ILC)에서도 10년간 일을 해보니 거기서도 주제별 접근방법론이 거의 실증주의 방식을 채택하고 있더라고요. 국가들의 실행, 그리고 국제판례와 국내판례 이런 것들을 수집하고 분석하고, 그리고 그것들을 다시 체계화하는 것들을 볼 수 있었습니다. 따라서 제 생각엔 다른 법 분야들도 마찬가지겠지만, 국제법에서도 소위 판례연구가 매우 중요합니다. 물론 학술논문 분석도 중요하겠지만요. 그 해 나온 국내외 주요 판례와 대한민국 정부의 실행, 주변국들의 실행 등에 대해 구체적인 분석까지는 아니더라도 소개하는 작업도 중요하지 않나 생각합니다.

김상중 : 교수님, 잠깐 쉬었다 하도록 할까요? 1시간 정도 하셨는데 …. 많이 피곤하실 것 같아서 …. 저희는 과일도 먹어가면서 하고 있는데 ….

박기갑 : 그냥 계속하죠, 뭐. (웃음) 제가 올해 국제법위원회(ILC)에서 문안위원회 의장을 맡았는데 각 주제의 결과 보고를 영어로 140분인가 낭독했어요. 그게 제일 길었고 보통 한 70분, 80분 정도씩 다섯 번을 낭독했어요. 그런 것들을 몇 번 해보니까, 이제 이력이 났습니다…. (웃음) 빨리하고 밥을 먹는 게 중요하겠죠. (전체 웃음)

– 교육자의 길 –

김현정 : 교수님께서는 1998년에 고려대학교에 부임하셨는데, 같은 해에 제가 고려대학교에 입학해서 교수님과 특별한 인연이 있지 않나 생각합니다. 당시 교수님께서는 멜빵에 일명 빵모자를 쓰고 다니시는 굉장히 패션너블한 모습이어서 저희 학생들 사이에서는 '진정한 파리지엥'이라고 이야기하곤 했습니다. 1998년도부터 2000년대에는 법과대학에서 강의하셨고, 2009년부터는 법전원 체제에서 국제법을 가르치시게 되었는데요. 법과대학, 일반대학원, 법전원에서 학생들의 국제

법에 대한 태도와 관심이 다를 것으로 생각합니다. 이러한 시간 속에서 보고 느끼신 변화와 차이에 관해서 말씀해주시면 감사하겠습니다.

박기갑 : '파리지엥'이라고 해주셔서 고마운데 …. 그 당시에 제가 멜빵을 했던 기억이 나요. 제가 멋을 내려고 그러진 않았을 것이고 바지 혁대보다는 멜빵이 더 편하더라고요. 그리고 그 당시에 제가 어떤 옷을 입었냐면, 양복은 잘 안 입었고, 주로 콤비를 즐겨 입었던 것 같아요. 그리고 지금 제가 쓰고 있는 동그란 뿔테안경 아마 그때에도 썼었죠. 아무튼 감수성이 예민한 학생들이 파리지엥이라 볼 수도 있었을 거 같아요. (웃음) 그리고 당시 대부분 학부 학생들은 국제법을 필수로 수강하기 싫었을 것 같아요. 물론, 학생 일부는 그때부터 열심히 듣고 대학원까지 진학도 했지만 …. 그런데 아시겠지만, 법과대학 시절에는 국제법1과 2가 필수였기 때문에 학생들이 울며 겨자먹기식으로 들었겠죠. 그래서 상당수 수강생이 졸던 기억이 나요. 학생들이 자는 것은 교수책임이지, 뭐 …. (전체 웃음) 그때 학생들 재우지 않으려고 우스개 소리를 종종 했던 기억이 납니다. 가령 '동네방네'라는 네 글자를 학생들에게 차례로 외치라고 합니다. 학생들이 크게 "동" 외치면 제가 "동네 돌아다니면서 방귀를 뀐 게 자네들이야?" 하면 학생들은 다시 두 번째 단어 "네"를 외치면서 마구 웃지요. 세 번째 단어 '방'을 학생들이 외치면 저는 "방귀 더 이상 뀌지 마라"하면 학생들은 다시 '네'하고 와~ 웃었습니다. (전체 웃음) 법대 학생들이 국제법에 관심을 가지기 시작했던 게 사법시험 1차 선택과목 중 하나였던 국제법의 출제범위를 대한국제법학회에서 대폭 줄이면서 국제법 선택 비율이 30~40%로 올라가면서입니다. 1차 객관식 선택과목으로 국제법 선택이 높아지면서 학생들도 학부 수업에 더 흥미를 느끼게 되었던 거지요. 그리고 그 당시에 행시, 외시 준비하는 학생들도 학부 수업을 많이 들었죠. 그 덕에 대규모 강의가 이뤄졌었지요. 일반대학원의 경우는 아무래도 스승과 제자 상호간 긴밀한 관계가 되니까, 여러 가지 에피소드도 많았고 지금도 대학원 제자들과는 좋은 인연을 맺고 있습니다. 이러한 맥락에서 대학원 강의를 어떻게 하면 잘 할 수 있을까 하는 고민을 하곤 했습니다. 마지막으로 법전원은 글쎄요? 지금 진행형인데 …. 암튼 국제법이 변호사 시험의 주변 과목이 되다 보니, 교수가 강의 준비를 하는 노력에 비해서 그렇게 재미를 못 봤던 것 같아요. 수강생 숫자가 많고 적은 것을 떠나서 학생들이 뭔가 열의가 있어야 하는데 학점에만 너무 매달리는 모습을 보니까 굉장히 안타깝고 아쉬웠던 생각이 들었어요. 이처럼 학부, 일반대학원, 법전원 학생

들의 국제법에 대한 시각의 차이 이런 것들을 제 나름대로 많이 느꼈습니다.

강병근 : 교수님께서 열심히 가르치셔서 일반대학원에 학생들이 참 많이 들어왔던 것으로 기억합니다. 교수님 문하생이 150명 이상이고, 이번 주말에 100여 명의 제자가 선생님을 뵙고 싶어서 올 것 같은데…. 어떤 식으로 일반대학원 학생들을 만나시고 지도하시고 하시는지, 일반대학원의 학생들을 지도하는 일종의 비결이라고 할까요? 그런 것들을 말씀해주시면 감사하겠습니다.

박기갑 : 글쎄요, 학사지원부에 물어보니 일반대학원 제자가 대략 160명 정도 되는 것 같습니다. 이번 주에 (8월 20일) 제자들이 제가 학교를 떠난다고 해서 행사를 준비해주었는데 100명까지는 아닐 것 같아요. 아무튼 제자들에게 고마울 뿐입니다. 1998년에 고려대학교에 부임해서 160여 명의 대학원생을 지도했다니, 정말 많은 숫자긴 하네요. 제가 뭔가 특별히 잘한 게 있는지 모르겠어요. 기억나는 건 최대한 학생들과 술을 마시면서 대화하는 자리를 많이 가졌다는 겁니다. 학생들 개개인이 다 뛰어나고 각자 재능들이 있어 자기들이 알아서 공부했고, 진로를 스스로 정하고 취직을 했기에 제가 오히려 더 고맙더라고요. 지나서 생각해보니 1998년이면 제가 사십 대 초반인데, 사십 대 때는 제가 성격이 급했던 것 같아요. 그래서 그 당시 수업시간에 제자들에게 요구사항도 많았고, 부담도 많이 줬던 것 같아요. 이것저것 지적도 많이 했던 것 같은데 지나고 나니 그건 바람직한 교육 방법이 아닌 것 같더라고요. 오십이 넘으면서부터는 학생들한테 부정적인 말을 가급적이면 하지 말아야지 하는 다짐을 하였습니다. 그래서 성격이 상당히 누그러졌어요. 그때쯤 집사람이 제게 그러더라고요. 당신은 제자들한텐 그렇게 부드러우면서, 막상 딸과 아들한테는 딱딱하게 대하고 왜 따뜻한 말을 못 해주느냐고요. 그래서 아들과 딸에게는 제가 미안합니다.

임예준 : 수업 시간에는 말씀처럼 정말 엄격하셨지만, 수업 이후에는 제자들에게 유하셨던 걸로 기억합니다. 제가 연구실 조교로 있을 때 교수님께서 항상 4시 정도에 운동하러 가시는 걸 보았던 기억도 나는데요. 교수님께서는 제자들과의 모임을 위해 체력을 키우려 한다고 하실 정도로 제자들을 많이 아끼고 많은 시간을 내어주셨습니다. 한동안은 매달 그달이 생일인 제자 모임을 가질 정도로 모든 제자를 챙겨주셨고요. 이렇게 만들어주신 시간이 일반적인 연구실 모임을 넘어서 '기갑사단'을 만들었다고 생각합니다. '기갑사단' 명칭에 대한 보람과 제자들과 함께하는

교수로서의 소회가 궁금합니다.

박기갑 : 예, 감사합니다. 이것도 지나친 평가인데요. 하지만, '기갑사단'이라는 이름은 아주 마음에 듭니다. (전체 웃음) 제 이름이 '기갑'이기 때문에 …. 아무튼 '사단' 규모까진 안 되겠지만 제자들이 인간적인 유대관계를 잘 맺고 유지해 주니 선생으로선 고맙죠. 1998년에 고대에 온 후 외무고시를 준비하던 친구들이 저한테 많이 왔었고요. 외시나 행시를 준비하던 학생들, 특히 문과대, 정경대, 사범대 출신 학생들이 많이 왔었습니다. 그 학생들과 녹지 캠퍼스에서 축구를 하기도 했고, 2000년, 2001년경에는 단합대회 겸해서 평창과 설악산 등으로 1박 2일 세미나를 다니기도 했지요. 그러다 보니까 젊은 학생들하고 어울리려면 체력이 필요하지 않겠어요? 그래서 학교 뒷산인 개운산에 뛰어다니곤 했고, 화정 체육관이 완공되면서부터 거기서 10년 넘게, 코로나로 문을 닫기 전인 2019년 말까지 거길 다녔습니다. 아무튼 체육관 갈 때마다 사람들이 "박 교수는 무슨 운동을 그렇게 열심히 하느냐?" 묻길래, 저는 "술을 마시기 위해서 운동합니다"라고 간단히 답했지요. (전체 웃음) 저도 뭐 사실 할 말이 없어서 우스갯소리로 대답하긴 한 건데 …. 실제로 체력이 있어야지 젊은 제자들하고 어울릴 수가 있었습니다. 생일 모임 이야기를 해보면, 이 자리에 계신 분들이 교수라서 경험하셨겠지만, 학생들이 많이 모이면 학생들은 교수만 쳐다보더라고요. 그리고 모임이 끝나면 그냥 흩어지고 말고요. 그래서 제가 학생들끼리 유대관계를 돈독히 할 방법이 없을까 생각하다가 아이디어를 냈습니다. "그래, 같은 달에 태어난 학생들끼리 모아보자"라고 해서 호구조사를 했더니만 마침 매달마다 태어난 제자의 숫자가 얼추 비슷하더라고요. 한 달에 대여섯 명, 많은 달은 열 명 이런 식으로 태어났더군요. 그래서 한 달마다 묶어 식당을 정해서 저녁 자리를 주선했었고 그렇게 일 년 넘게 했더니 학생들이 다 좋아하더라고요. 왜냐하면, 학생들끼리 같은 달 태어났다고 동질감을 가진 겁니다.

김현정 : 일반대학원 수업에 대해서 질문을 드리고 싶습니다. 저도 기억을 해보면, 일반대학원 수업은 굉장히 긴장되는 순간이었는데요. 원서강독 수업도 있었고, 학생들의 발표와 토론도 있었고, 목차 짜기라는 시간도 있었습니다. 그리고 또 선배들 이야기로는 학기 말에 보자기 시험을 보셨다고도 하고요. 최근에

는 학생들이 스스로 질문을 만들어오고 그 질문을 놓고 토론하는 시간을 갖는다고 들었습니다. 이렇게 다양한 수업 방법론을 적용하셨는데요. 대학원 수업의 교육 방침과 방법론에 대해서 말씀을 해주시면 감사하겠습니다.

박기갑 : 사실은 교수가 해야 할 일은 크게 3분의 1씩 나뉘지 않습니까? 연구 3분의 1, 강의 3분의 1, 학교 행정 혹은 봉사 3분의 1씩 나뉘게 되는데 …. 강의는 연구의 연장이라고들 하지만, 그래도 강의는 학생들을 상대해야 하다 보니 연구와는 별개의 영역이더라고요. 강의 방법론이 아무것도 아닌 것 같지만 굉장히 중요합니다. 사실 33년이라고 하지만 한림대에는 대학원이 없었으니까 한림대학교 8년을 빼고 나면 대학원 강의는 20년 조금 넘게 했습니다. 제 나름대로 일반대학원 강의에 대해서 고민을 많이 했고, 어느 때는 그냥 진부하게 진행되는 때도 있었지만 가급적 강의 방법을 새롭게 바꾸려고 노력했습니다. 그 때문에 학생들은 좀 힘들었던 때도 있었어요. 어느 때는 매주 퀴즈 시험을 보기도 했었고, 아까 말씀 주신 것처럼 3시간 수업을 나눠서 이것도 하고 저것도 하고 하니까 여러 가지 힘이 들었고요. 그리고 보자기 시험은 사실 구술시험이죠. 아마 영국이나 독일에도 있을 텐데, 프랑스는 박사과정에서 논술시험도 있지만, 구술시험도 있습니다. 제 기억으로는 추첨해서 뽑은 문제를 놓고 10분 정도 준비를 하고 치르는 구술시험이었는데, 그게 참 인상에 남아서 한국에 와서 시도해봤지만 오래 하지는 못했습니다. 수강생이 30명이면 30명 각각 다른 시험 문제로 평가를 하다 보니 제가 너무 힘들었습니다. 결국 아이디어는 좋았지만 포기한 거죠. 그리고 일반대학원에서는 학생들의 적극적 참여가 가장 중요하기 때문에 저 나름대로 다양한 시도를 해보았습니다. 각기 장단점이 있더라고요. 학생들한테 전적으로 맡겨놓고 학생들끼리 발표, 질문과 토론을 하게 했더니만 일부 학생들은 좋아하는데, 또 다른 일부 학생들은 불만이 있더라고요. 학기 말 학생들의 강의평가를 확인해보니 담당 교수로부터 체계 있는 지식을 들으려 수강 신청했는데 학생들끼리 하니 중구난방이 되고 교수는 거기에 대해서 코멘트는 하지만 시간이 짧으니까 기대에 못 미친다는 강의평가를 남기는 학생들도 있었어요. 그러니까 결국 대학원 수업 3시간을 어떻게 배분할지가 중요한 것 같습니다. 교수가 50분은 강의를 하고, 나머지 100분은 거기에 대해서 학생들한테 해보라고 하고, 수업 마무리를 교수가 잘 지어야겠더라고요. 그러니까 학생들의 토론에 대해서 적절히 코멘트를 해주고 수업을 마무리 짓는 강의 방법론인데, 저는 아직 다 완성하지 못하고 떠납니다.

임예준 : 헤이그 국제법 아카데미와의 인연에 대해 조금 더 여쭤보겠습니다. 선생님께서는 아시아인으로서는 정말 드물게 헤이그 국제법 아카데미 디플로마를 취득하셨고 교수가 된 후에는 직접 강의까지 하셨습니다. 또한, 제자들이 하계 프로그램을 이수할 수 있도록 공식적으로 재정적 지원을 해주셨고, 헤이그에 가는 학생들에게 용돈도 주셨던 것으로 기억합니다. 헤이그 아카데미는 교수님께 남다른 의미가 있을 것 같은데, 어떤 의미가 있는지 말씀 부탁드리겠습니다.

박기갑 : 네덜란드 헤이그 국제법 아카데미는 저에게 정말 중요한 계기였을 뿐만 아니라 학자로서 한 걸음 더 도약하는 중요한 기회였습니다. 물론 타 전공 분들은 이게 무엇인지 잘 모르실 텐데, 네덜란드 헤이그에 있는 민간 학술기관으로 1923년부터 미국 카네기 재단의 후원을 받아 시작되었으니 곧 100년이 되는 역사를 갖고 있습니다. 매년 여름 국제공법 3주, 국제사법 3주, 그리고 소장 학자들을 위한 연구센터 4주 이런 식으로 진행됩니다. 지금은 겨울에도 세션을 하더라고요. 저는 1988년 여름에 불어로 시험을 치러서 디플로마를 취득했는데, 이것이 자랑할 일인지 모르겠지만, 아직 한국인으로서는 유일하다고 합니다. 그리고 1999년에는 디플로마를 준비하는 학생들을 위해서 3주 동안 불어로 지도해주는 director of studies를 맡았습니다. 아카데미와의 또 다른 중요한 인연은 2013년에 역시 불어로 '재난시 인간의 보호'라는 제목으로 일주일 동안 강의를 했고, 강의내용은 단행본으로 출판되었습니다. 제가 워낙 네덜란드 헤이그 국제법 아카데미 덕을 많이 봤기 때문에, 제 지도학생들에게 "헤이그 아카데미는 꼭 가봐야 한다"라고 추천도 했고, 가고자 하는 학생들에게는 약간의 재정적 지원은 해주었습니다. 요새도 국제법에 관심 있는 학생들이 헤이그 아카데미 많이 가더라고요. 과거와 비교하여 기회가 많이 넓어진 것을 느낍니다.

정경수 : 교수님께서는 고대에 부임하신 다음 해인 1999년부터 '국제법이론 총서'를 발간해오고 계십니다. 이 총서 시리즈는 연구적인 측면도 있지만, 교육적인 고려도 적지 않은 것으로 알고 있습니다. 이 총서 시리즈에 담긴 교수님의 연구 방법과 교육관에 대해 알고 싶습니다.

박기갑 : 이 총서 시리즈를 생각하게 된 것은, 지금은 많이 달라지긴 했지만, 국내 국제법 교과서는 많은데 전문서적이 적어서 참 아쉽더라고요. 저는 일본국제법학회를 자

주 왔다 갔다 했는데 일본의 서점에 가보니 프랑스, 독일, 영국처럼 국제법 분야의 전문 서적 시리즈가 꽤 있더라고요. 그래서 우리나라도 이런 전문 총서 시리즈가 필요하겠다는 생각이 들어서 시작하게 되었습니다. 처음에는 제가 기존에 연구했던 것으로 시작했고 그다음에는 제자들 논문을 중심으로 출판했습니다. 올해도 두 제자의 박사학위논문을 각각 총서로 출판할 예정입니다. 사실 총서 시리즈 중에서 발간될 때는 그리 주목받지 못했지만, 그 이후 관심을 받게 된 경우도 있습니다. 예를 들어, 박진아 박사의 「전염병과 국제법」 총서의 경우 2012년 발간될 때는 그다지 관심을 받지 못했거든요. 그런데 2020년에 코로나19가 터지면서 박진아 박사의 책이 다시 주목받게 됐습니다. 그리고 김민수 박사의 「해수면 상승과 국제법」 총서도 2017년 박사학위 심사 당시만 하더라도 일부 심사위원들은 이걸 혹평하셨더랬어요. 그때만 하더라도 해수면 상승과 관련한 국가 실행이 없었던 상황이고 자칫 소설을 쓴다는 비판도 있었습니다. 그런데 저는 기후변화와 관련된 중요한 주제라고 판단했고, 그래서 총서로 발간했는데 역시 김민수 박사의 책도 참 많이 인용되더군요. 그래서 총서 발간사업은 제가 참 잘했다는 생각이 들고 앞으로도 이런 명맥을 이어갔으면 하는 바람이 있습니다. 참고로 배종인 대사의 2009년 「헌법과 조약체결」 총서는 문화체육관광부 우수도서로 선정되었었죠.

– 교내외 및 국제활동 –

강병근 : 교수님께서는 본부 보직 교수로서 고려대학교 전체의 학교 행정을 하셨습니다. 대학의 본부 행정을 하실 때의 소감이 어떠셨는지 말씀해주시면 감사하겠습니다.

박기갑 : 아이구, 옛날 추억을 또 소환시키시네요. 자기가 속한 과나 대학에서 행정 업무를 맡는 것은 학과의 발전을 위한 것이니 어쩔 수 없겠지만, 학교 본부 행정은 가능하다면 솔직히 안 맡는 게 좋더라고요. (전체 웃음) 1998년도에 고려대에 오자마자 기숙사 사감을 2년 했고요. 2003년부터 1년간 캐나다 밴쿠버에 있는 UBC와 고려대 상호 간에 체결된 KU-UBC Joint Academic Program의 주임교수로 파견되었습니다. 그 당시 UBC에 고려대학교 기숙사를 설립했고, 최대 100명 규모의 학생들을 파견하면서 UBC 측은 고려대 교환학생 비용 부담을 50% 감면을 해주는 특혜를 줬죠. 2004년부터는 학생처장과 기획예산처장을 차례로 3년 정도

맡았습니다. 처장재임 기간에도 강의는 했지만, 연구가 잘 안 되더라고요. 그래서 너무 오랫동안 본부 행정 보직은 안 맡는 편이 좋다는 생각이 들었습니다. 하지만 당시 어윤대 총장님을 모시고 많은 것을 배웠습니다. 보직을 수행하면서 특히 학생처, 기획예산처 직원 분들의 도움을 많이 받았습니다. 늘 감사하게 생각하고요. 그리고 제가 학교 본부에 있을 때 두 가지 큰 사건이 있었습니다. 하나는 2005년 고려대학교 100주년 행사 때 지금은 작고하셨지만, 이건희 삼성그룹 회장의 명예박사 수여식이 인촌기념관에서 있었는데 당시 이를 반대하던 학생들의 격렬한 시위가 있었습니다. 두 번째는 2006년인가 본관에서 교무회의를 하고 있었는데 당시 고려대 보건전문대학 합병 절차에 불만을 가진 시위 학생들로 인해 저를 포함한 처장단들과 학장 몇 분이 오후부터 다음 날 아침까지 무려 16시간 동안 본관 복도에 갇혔던 사건입니다. 법대와 법전원에서의 보직 경력은 제가 하경효 교수님이 원장 하실 때 부원장을 했었지요. 여러 보직을 거치면서 고려중앙재단이 학교 내부 행정에 간섭하지 않고 최대한 중립적 입장을 지킨다고 느꼈습니다. 이는 참으로 고맙고 바람직합니다. 그리고 제가 보직을 맡았던 2000년대 초에 함께 일한 고려대학교 직원 분들이 학교를 위해 헌신적으로 일하시는 모습에 굉장히 감명받았습니다.

정경수 : 교수님께서는 학술 활동 차원에서 학회 활동도 활발하셨고, 대한국제법학회 회장과 국제법평론회 회장도 역임하셨습니다. 또한 기부금도 많은 곳에 상당한 수준으로 내셨는데요. 교수님께 학회 활동의 의미는 어떠했는지요?

박기갑 : '상당한 기부금'이라고 표현하셨는데, 나름대로 고려대 법학전문대학원과 학회의 도움을 받았기에 제가 여유가 되는 한은 조금이라도 기여하려고 노력했습니다. 학회는 학자에게 여러모로 굉장히 중요하다고 생각합니다. 인간관계에도 그렇고, 후학과 선배 간의 어떤 연구가 이뤄지고 어떻게 접근할 수 있는지에 대한 장(場)을 가지는 것은 굉장히 중요하기 때문에 학회가 활성화되어야 한다는 점은 아무리 강조해도 지나치지 않겠죠. 학회 활동과 관련해서는, 저는 국내 학회뿐 아니라, 아까도 말씀드린 것 같은데 일본국제법학회에도 회원이어서, 코로나19 전에는 최대한 일본국제법학회에도 참여했었고요. 그리고 지금은 거의 안 하지만 유럽국제법학회에서 발표도 했었습니다. 그리고 여기 관여하고 계신 분들도 있지만, 아시아국제법학회에서 제가 코리아 챕터 회장을 맡아서 2017년 당시 아시아 국제법학

회 회장이었던 백진현 국제해양법재판소(ITLOS) 재판관과 함께 대규모의 국제 학술행사를 서울에서 개최한 적도 있습니다. 결국 우리 국내 학회가 국내뿐만 아니라 국제적인 유대관계를 가지고서 좀 더 활동 폭을 넓혀나가는 것이 중요하지 않나 생각합니다.

정경수 : 사실 제가 언급한 기부금은 통상적인 경상적 기여에 관한 것은 아니었습니다. 유엔 국제법위원회(ILC) 위원으로 활동하시면서 대학원생들이 ILC 회의가 진행되는 것을 경험할 수 있도록 ILC 인턴을 위한 기부금들도 내셨고요. 그런 것도 본인의 제자뿐만이 아니라 대한민국 전체 국제법계의 새로운 신진 연구자들께서 커 갈 수 있도록 하는 기부금 납부의 의미가 아니셨을까 생각됩니다.

박기갑 : 아, 그것까지 포함을 또 시키셨구나. 그렇죠. 그것은 설명이 좀 필요하네요. 제가 10년 동안 국제법위원회(ILC)의 위원으로 활동하다 보니까 일본과 비교를 할 수밖에 없는데요. 일본은 매년 일본 외무성에서 대학원 박사과정생 또는 소장 학자들을 선발해서 위원회 활동을 참관하라고 보내더라고요. 제가 그 일본 학자들에게 물어보니까, 외무성에서 선발, 지원을 받아 참여하더라고요. 그래서 제가 우리 외교부 국제법률국에 "우리도 소장 학자들을 국제법위원회 국제법 세미나에 보내면 어떻겠냐?"고 제안했지만 아쉽게도 받아들여지지 않았어요. 그러다 제가 생각한 게 우리 학생들이 국제법위원회(ILC) 활동을 참관할 수 있도록 스위스 제네바 체재비, 항공료 일부를 학회에 기부하는 방식이었습니다. 아마 국제법평론회였죠? 그 정도입니다.

임예준 : 다음은 자문 활동에 대해서 좀 여쭤보고 싶습니다. 교수님께서는 국가적 현안의 정책 과정과 관련해 다양한 연구를 수행하고 정부 기관을 위한 국제법 자문을 활발하게 해오셨습니다. 국가적 현안 해결을 위한 적지 않은 보람도 있겠지만 국제법학자로서 고민스러운 상황을 겪을 때도 있으셨을 것 같습니다. 정부 자문 활동에 관한 교수님의 경험과 소감을 여쭤보고 싶습니다.

박기갑 : 이 질문도 현재 계속 진행형이기도 하고, 주로 외교부와 관련성이 있기에 조심스럽긴 하네요. 저는 외교부 조약국, 지금은 국제법률국으로 이름이 바뀌지요. 한 30년 넘게 일을 했습니다. 일일이 다 열거하지는 못하지만 아까 말씀드린 원자력

법, 배타적 경제수역 협상, 인권, 위안부 문제, 독도 영유권 문제 등등, 여러 현안의 TF에도 참여하기도 했습니다. 그 외에도 다양한 국제기구가 개최한 협상 과정에도 참여했습니다. 질문하신 고민스러운 상황에 초점을 맞춰서 이야기하겠습니다. 결국 우리 학자들은 어디까지나 자문 자격으로 참여하지 않습니까? 결정자가 아니고요. 자문이라는 것이 말은 좋은데, 바꿔 말하면 이것은 절차적인 부분에 불과한 것이어서 우리가 아무리 자문해주어도 결정권자가 무시해버리면 거기에 대해서 … 뭐랄까요? 아쉬움이랄까 …. "아니, 그럼 내가 이걸 왜 하지?" 이런 생각이 든 적도 있었습니다. 조심스럽긴 하지만 구체적인 예를 들면, 위안부 문제만 해도 그렇습니다. 위안부 TF 때, 저는 특정 용어 사용을 제안했습니다. 그런데 저의 제안은 받아들여지지 않았습니다. 안타깝고 맥이 풀리게 되죠. 하지만 제가 제안했던 내용을 정부 대표단에서 받아들여서 성안될 때도 있었습니다. 가령 아까 말씀드린 국제항공기구(ICAO)에서 국제조약 문안 채택 시에 제가 제안했던 내용이 일부 반영된 걸로 압니다. 중요한 것은 자문하는 사람 입장에서 볼 때 담당 부처가 저의 의견을 받아들여 주면 좋지만, 안 받아들여지는 경우도 상당수 있다는 겁니다. 아마, 지금도 계속 정부에 자문하시는 분들은 저의 입장을 충분히 이해하실 것으로 생각합니다.

김현정 : 교수님께서는 한국 학자로서는 매우 드물게 오랫동안 국제적 활동을 많이 펼치셨습니다. 특히 최근 10년간은 유엔 국제법위원회(ILC) 위원으로 2번이나 선출되셔서 활동하셨고 마지막 해인 올해에는 문안위원회 의장을 맡아서 매우 바쁜 시간을 보내셨습니다. 국제법 전문 위원으로서의 책임감과 사명감 그리고 특별히 기억에 남는 경험담이 있다면 말씀해주시면 감사하겠습니다.

박기갑 : 예, 여러 국제기구나 국제협상에 참여한 것은 이미 말씀드렸으니까, 제가 지금까지 관여하고 있는 국제법위원회(ILC)에 대해서 말씀을 드려야겠네요. 아마, 국제법 비전공자들은 이게 뭔가 하시겠지만, 유엔 총회의 보조기관 중 하나입니다. 유엔 헌장 제13조 1항(a)에 명문으로 유엔 총회는 "국제법의 점진적 발전 및 그 법전화를 장려한다"라는 조항이 있고, 그 조항에 따른 임무를 수행할 기관이 바로 1947년에 설립된 국제법위원회(ILC)입니다. 1948년에 15명의 위원이 유엔 총회에서 선출되었고, 1949년 첫 회기를 시작했습니다. 저는 올해로 73년의 국제법위원회(ILC) 역사 동안 대한민국 국적 위원으로서는 두 번째입니다. 저는 두 번

의 임기 합계 10년을 올해 연말로써 끝내지만, 한국 국적의 차기 새로운 위원은 작년에 이미 유엔 총회에서 당선되었습니다. 이렇게 역사는 긴 데 "왜 우리나라 위원이 둘, 셋, 이 정도밖에 없었던 것이지?"라는 의문을 가질 수도 있는데요, 대한민국이 유엔에 가입한 것이 1991년도이기 때문에 결국 국제법위원회(ILC) 진출이 상당히 늦을 수밖에 없었다고 말씀드릴 수 있습니다. 그리고 저는 운이 좋아 대한민국 정부의 추천을 받고 유엔총회에서 전체 193개 유엔 회원국의 직접 비밀투표로 치루어지는 선거에서 두 번 연달아 당선돼서 지금까지 활동을 해왔습니다. 총 34명 중 아시아·태평양 지역에 모두 7 또는 8명이 배정됩니다. 이 자리를 빌려 고려대학교 학교 본부와 법전원의 배려에 감사를 드리고 싶습니다. 매년 10주에서 12주 제네바에 가서 일하게 되는데, 특히 전반부 5주 정도가 1학기와 맞물립니다. 그런데 학교 당국에서 흔쾌히 장기 출장 허가를 내주셔서 부담 없이 일을 할 수 있어서 늘 감사하게 생각하고 있습니다. 저 나름대로 열심히 위원회에서 활동했는데 거기에 대해서 후회는 없으며, 최선을 다했다고 생각하고 있습니다. 다만 제가 위원회 작업 주제로 '자결권'(self-determination)이라는 국제법에서 매우 중요한 주제를 국제법위원회(ILC)에서 채택하여 검토할 것을 제안했지만, 일부 위원들은 정치적 성격이 강하다고 반대하여 결국 채택되지 못한 건 아쉬움으로 남습니다.

– 앞으로의 여정과 마지막 한 마디 –

임예준 : 앞으로의 여정에 대해서 여쭙고 싶습니다. 정년퇴임 이후에 어떻게 지내실지 궁금합니다. 특별한 계획이 있으신지요?

박기갑 : 글쎄요. 아마 이 고려법학이 출판될 때쯤에 이미 정년퇴직을 했겠지요. 당장 드는 생각은 일단 쉬면서 이런저런 생각을 하고 싶은데 …. 첫 번째는 제가 다른 데서 밝혔다시피 오랫동안 제 주위를 맴돌았던 국제원자력법에 대해서 조금 더 구체화해서 심도 있는 연구를 하고 싶고요. 다시 말해, 2001년에 발간했던 「국제원자력손해배상법」의 개정판을 내고 싶습니다. 두 번째는 나이가 드니까 법이론이 상당히 재미있고 중요하다는 생각이 들었습니다. 그래서 최근에 이론 쪽을 들여다보고 있는데요 …. 제가 이렇게 말씀드리는 이유는 저의 첫 번째 지도교수

님이신 Michel Virally 교수님의 명저 중 하나가 'La pensée juridique'라는 법철학책입니다. 이 책은 한스 켈젠의 이론을 비판하고 나름대로 입장을 펼치고 있습니다. 제가 두 번 읽어봤는데 한국어로 번역하고 싶다는 생각이 들었습니다. 그리고 세 번째는 (기록으로 남을 터라 조심스럽긴 하지만), 내년부터 베트남 하노이 국립대학의 법학과에서 정기적으로 강의하는 것을 그쪽과 협의하고 있습니다. 아직 제 지도학생 중 박사학위논문을 작성 중인 사람이 10명 정도 남아있기 때문에, 너무 오래 나가 있지는 못하고 1년 중 반 정도는 한국에서 박사학위 논문 지도와 심사를 해야 할 것 같고 나머지 반 정도는 베트남 하노이 대학에서 강의하지 않을까 싶습니다. 당장은 아니고 내년 2월이나 그 이후의 이야기입니다.

김현정 : 이제 마지막 질문입니다. 국제법 연구와 관련해서 교수님께서 후학들이나 제자들에게 마지막으로 당부하시고 싶은 말씀이 있다면 부탁드리겠습니다.

박기갑 : 아, 이 질문도…. (전체 웃음) 제 답변은 추상적이고, 주관적일 수밖에 없네요, 어느 전공에서나 공통으로 이야기할 수 있을 것 같지만 아까 말씀드린 대로 제가 세 번째 세대라고 한다면, 여기 계신 임예준, 김현정 교수님은 그다음 세대가 될 것입니다. 새로운 세대는 아까 말씀드린 대로 "우리보다는 더 전문화된 세대"입니다. 그렇다면 전문화되었다는 것을 우리가 어떻게 설명할 수 있을 것인가? 그리고 아까 김현정 교수님께서 고민한 것처럼 "전문화가 되면 될수록 중요한 일반적인 문제를 어떻게 공부할 것인가?" 하는 문제가 생길 건데요. 아무튼 현재의 방향은 어차피 우리 사회가 복잡 다단화되는 사회니까, 거기에 맞춰서 국제법도 전문화될 수밖에 없고. 지금도 잘하고 계시지만, 미래를 바라보면서 생길 수 있는 법적 문제점을 예측하는 것도 필요해 보입니다. 물론 다 맞출 수는 없겠죠. 우리가 점쟁이는 아니니까요. 그런데 과거를 보면 미래는 대충 보이더라고요. 제가 옛날에 소논문에도 썼지만, 1910년대를 돌이켜 보면 백년 후인 현재의 2010년~2020년 시대상은 분명 다르지만 다른 한편 유사한 상황을 보게 되잖아요? 1910년대 우리가 국권을 잃어버렸을 때, 우리는 열강 사이에 끼여 갈팡질팡했습니다. 오늘날 대한민국은 엄연한 주권 국가이지만, 현재도 미국과 중국 사이에 끼어 있기도 하고 일본과도 문제가 있고 복잡합니다. 러시아와의 관계에서도 마찬가지라 생각합니다. 그게 결국 정치적인 문제도 있지만. 제가 볼 때 국제법 역시 중요합니다. 비록 국제법이 만병통치약은 아니지만, 국가 존립을 보장하고 이익을 대변할 수 있는 중

요한 장치이자 수단이기 때문입니다. 이런 장치와 수단을 홀대하고 방치해서는 안 된다는 조언을 해드리고 싶고요. 그리고 대한민국 국력에 비추어서 국제기구 직원 진출이 상당히 적습니다. 국제기구마다 쿼터가 있는데, 우리 대한민국 국적자가 다 채우지 못한다고 알고 있습니다. 특히, 국제기구의 법률직 진출이 상당히 적습니다. 물론, 그것은 시험이 워낙 까다로워서 그렇다고 할 수도 있겠지만, 어쨌거나 아쉬운 측면입니다. 그리고 마지막으로 이건 저의 능력을 벗어나는 일이지만, 결국은 국제법의 영역이 넓어지고 그에 따른 수요도 늘어나게 되는데 그에 맞춰 국제법 분야 일자리가 확대되었으면 좋겠습니다. 그래서 수많은 국제법 전공자들이 왕성하게 활동하는 모습을 보고 싶습니다. 이것은 좀 더 검토하고 적극적으로 생각해봐야 하는…. 그런데 이거는 제가 말씀드릴 사안은 아닌 것 같네요. 그렇죠? (전체 웃음) 이상입니다. 이런 자리를 만들어주셔서 대단히 감사합니다.

(전체 박수)

김상중 : 장시간 동안 정말 수고 많으셨습니다.

박기갑 : 아닙니다, 다시 한번 더 감사드립니다.

高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규칙 [규정 명칭 변경 2020.9.1.]

2009. 4. 1. 제정
2012. 8. 13. 개정
2020. 9. 1. 개정

제1조 (목적) 이 규칙은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 『高麗法學 (영문명 : Korea Law Review)』 (이하 '『高麗法學』'이라 한다)에 게재할 논문의 작성요령 및 논문투고에 관한 사항 등을 정하는 것을 목적으로 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제2조 (투고자격 및 자격의 제한) ① 투고자의 자격은 다음과 같다.

1. 국내·외 대학 전임교원
2. 법학 관련 연구소의 연구원
3. 법률 분야의 전문가
4. 석사학위과정 이상의 사람
5. 그 밖의 편집위원회의 추천을 받은 사람

② 『高麗法學』에 게재된 원고는 다른 학술지에 다시 게재할 수 없고, 다른 학술지에 게재되었던 원고도 『高麗法學』에 게재할 수 없다.

③ 편집위원회는 위원회의 결정으로 제2항에 위반한 투고자에 대하여 일정기간 투고자격을 제한할 수 있다.

④ 『高麗法學』에 게재된 원고는 전자출판을 할 수 있다.

<본조신설 2020. 9. 1.>

제3조 (논문작성요령) ① 『高麗法學』에 게재될 논문은 특집논문, 일반논문, 판례평석, 연구논문, 학술발표문 및 특별강연문으로 구분된다.

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 한다.

③ 논문의 분량은 200자 원고지 200매(A4용지 25매) 내외를 원칙으로 하며, 300매를 초과할 수 없다.

④ 논문의 본문 및 각주의 작성방법은 본 규칙 [별첨 1]의 원고작성방법에 따라야 한다.

⑤ 제출하는 논문에는 본문 뒤에 참고문헌, 외국어 초록(외국어논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어를 병기한 5개 이상의 주제어를 첨부하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제4조 (원고제출) ① 투고자는 온라인 논문투고 및 심사시스템을 통하여 원고마감일까지 제출하여야 한다. 다만 특별한 사정이 있는 경우에는 e-mail 등의 방법으로 제출할 수 있다. <개정 2020. 9. 1.>

② 『高麗法學』은 원칙적으로 매년 3월 30일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 30일 연 4회 발간하며, 『高麗法學』에 논문을 게재하고자 하는 사람은 각각 발간일 45일 전까지 원고를 제출하여야 한다. 다만 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 그 다음날까지 원고를 제출할 수 있다. <개정 2020. 9. 1.>

③ 편집위원장은 원고제출 마감일까지 제출된 논문의 수가 상당히 적은 경우에는 원고제출 기일을 연장할 수 있다. 이 경우 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

④ 원고마감일 이후에 투고된 원고는 투고자의 의사에 따라 다음 호에 투고한 것으로 한다. <신설 2020. 9. 1.>

⑤ 투고자는 원고를 제출할 때 투고할 논문과 '高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물동의서(高麗法學 연구윤리지침 [별첨 1])'를 온라인 논문투고 및 심사시스템에 업로드 하여야 한다. 다만 온라인 논문투고 및

심사시스템을 통해 연구윤리서약에 동의한 경우에는 '高麗法學 논문투고자 서약서/저작물동의서(高麗法學 연구윤리지침 [별첨 1])'를 제출한 것으로 본다. <신설 2020. 9. 1.>

⑥ 게재가 확정되면 투고자에게 일정 금액의 게재료를 부과할 수 있다. 다만 편집위원회의 결정에 따라 게재료를 면제할 수 있다. <신설 2020. 9. 1.>

제5조 (논문게재안내) 매 학술지 말미에는 이 규칙에 근거하여 다음 호에 게재할 논문의 투고 및 작성요령을 안내한다. <개정 2020. 9. 1.>

제6조 (저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 고려대학교 법학연구원에 귀속된다. <개정 2020. 9. 1.>

제7조 (기타) 이 규칙에서 정하지 아니한 사항은 편집위원회의 결정에 따른다. <신설 2020. 9. 1.>

부칙

이 규칙은 2009년 4월 1일 부터 시행한다.

부칙

제1조 이 규정은 2012년 8월 13일 부터 시행한다.

부 칙<2020.9.1.>

제1조 (시행일) 이 규칙은 2020년 2월 4일로 소급하여 적용한다.

제2조 (명칭변경) 이 규칙의 명칭을 '高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규정'에서 '高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규칙'으로 변경한다.

〔별첨 1〕

高麗法學 원고 작성방법

1. 편집용지(A4)의 여백주기(호글에서 F7 키를 누름)

- 위쪽: 23, 아래쪽: 23, 왼쪽: 28, 오른쪽: 28, 머리말: 11, 꼬리말: 11.

2. 글자모양

- 서체: 신명조, 자간: -5, 장평: 100, 크기: 10.

3. 문단모양

- 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 줄간격: 160, 문단 위: 0,
  문단 아래: 0, 낱말간격: 0, 정렬방식: 혼합.

4. 목차의 순서

- Ⅰ (‘큰제목’으로 설정)
- 1. (‘중간제목’으로 설정)
- (1) (‘작은제목’으로 설정)
- 1) (‘아주작은제목’으로 설정)
- (가) (‘바탕글’로 설정)
- 가) (‘바탕글’로 설정)
- ⅰ) (‘바탕글’로 설정)

5. 각주의 표기

- 저서의 인용: 저자명, 서명, 출판사, 출판년도, 인용면수.

- 정기간행물의 인용: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」 제○권 ○호, 출판년도, 인용면수.
- 대법원 판결의 인용 : 대법원 20○○.○○.○○ 선고, ○○다○○ 판결.
  또는 대판 20○○.○○.○○, ○○다○○.
- 헌법재판소 판결의 인용 : 헌재 20○○.○○.○○. 20○○헌마○ 결정.

6. 저자의 표기

- 논문의 제목 아래에 저자를 표기하고 오른쪽에 *표를 하여 각주란에 인적사항을 표기한다.
- 공동연구논문의 경우에는 주저자(책임연구자)와 공동저자를 구분하고, 주저자/공동저자의 순서로 표기한다.

7. 참고문헌의 표기

- 논문의 본문 뒤에 중요한 참고문헌의 서지사항을 목록으로 첨부하여야 한다.

8. 논문초록의 표기

- 논문의 본문 뒤에 외국어(영어・독어・불어 중 택1)로 작성한 논문초록을 첨부하여야 한다.
- 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명, 소속이 함께 표기되어야 한다.
- 논문의 내용을 적절한 표현으로 전체적으로 전달하되 분량은 20줄 내외로 한다.

9. 주제어의 표기

- 논문초록의 뒤에는 주제어(Keyword)를 국문과 외국어를 병기하여 5개 이상을 첨부하여야 한다.

高麗法學 제107호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제107호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한
   2022년 11월 15일 (12월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식
   1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
   2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

   ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
   ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
   ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법
   - 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : **klr.jams.or.kr**

   ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
   ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 **klr.jams.or.kr** 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
   ※ 홈페이지 참조 : http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do

4. 심사결과 후 게재판정기준
   투고된 논문의 게재여부는 심사위원 3인의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위를 참고하여 편집위원회에서 최종 결정함.

※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일(lab004@korea.ac.kr) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 제108호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제108호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한
   2023년 2월 15일 (3월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식
   1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
   2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

   ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
   ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
   ※ 게재확정시 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법
   - 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : **klr.jams.or.kr**

   ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
   ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 **klr.jams.or.kr** 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
   ※ 홈페이지 참조 : http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do

4. 심사결과 후 게재판정기준
   투고된 논문의 게재여부는 심사위원 3인의 심사결과 점수를 합산한 총점의 순위를 참고하여 편집위원회에서 최종 결정함.

※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일(lab004@korea.ac.kr) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 연구윤리지침

2016. 6. 9. 개정
2020. 9. 1. 개정
2021. 8. 16. 개정

제1장 총 칙

제1조 (목적) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구의 연구윤리를 확보하고 연구부정행위를 방지하며 연구 부정행위 여부를 공정하게 검증할 수 있는 기준을 제시하는 데 그 목적이 있다.

제2조 (적용대상) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구에 종사하는 사람 및 고려대학교 법학연구원이 발행하는 학술지와 관련된 연구에 종사하는 사람에 적용한다.

제3조 (적용범위) 특정 연구 분야의 연구윤리 및 진실성에 관하여 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 지침에 의한다. 이 지침을 적용하기 어려운 분야의 특수한 사정이 있는 경우에는 이를 고려하여 적용할 수 있다.

제4조 (서약) ① 고려법학에 게재를 희망하는 투고자와 논문 심사위원은 본 지침을 준수할 것을 서약해야 한다.
② 논문 투고자와 논문 심사위원은 별첨 1, 2의 서약서를 작성하여 제출하여야 한다. <본조신설 2016. 6. 9>

제2장 연구의 진실성과 사회적 책임

제5조 (연구의 진실성) ① 연구자는 모든 연구 행위(연구의 제안, 연구의 수행, 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가행위 등)를 정직하고 진실하게 수행하여야 한다.
② 연구자는 연구 내용과 그 중요성에 관해 객관적이고 정확하게 기술

해야 하고, 연구결과를 임의로 삭제하거나 추가하지 말아야 한다.
③ 연구자는 모든 연구행위가 편견과 예단 없이 이루어지도록 하여야 한다.

제6조 (연구정보 기록, 보존, 보고 및 공개의무) 모든 연구정보는 정확히 보고되어야 하고 해석 및 확인이 가능하도록 명확하고 정확하게 기록, 처리 및 보존되어야 한다.

제7조 (연구결과의 사회적 기여) 연구자는 연구를 통해 사회적 이익을 증진시키고 공익의 기준에 부합하도록 노력해야 하며, 자신의 연구가 사회에 미칠 영향을 자각하고 전문가로서 책임을 다하여야 한다.

제8조 (연구결과 활용 시 주의사항) 연구자는 연구결과를 공표하고 활용할 때 자신의 학문적 양심에 부합하도록 해야 한다. 특히 외부의 평판 제고나 연구비 확보 등을 위해 연구결과를 왜곡하거나 과장하지 말아야 한다.

제9조 (관련 법규 준수의무) 연구자는 특허나 저작권과 같은 지적 재산권을 존중하고 연구관련 법규를 준수해야 한다.

제 3 장 연구자 상호관계의 공정성

제 1 절 저자의 책임과 의무

제10조 (공동연구) 연구자는 다른 연구자와 공동연구를 수행할 경우에 역할과 상호관계를 분명히 하고 그에 따른 책임을 다해야 한다. 연구 착수에 앞서 연구과제의 목표와 기대 결과, 협력관계에서 각자의 역할, 데이터수집·저장·공유의 방법, 저자결정과 순위기준, 연구책임자 선정, 지적 재산권 및 소유권 문제 등에 대하여 상호 합의와 이해가 이루어져야 한다.

제11조 (저자의 책임과 의무) 저자들은 법학연구원 또는 외부 기관이 자신의 기여도에 대한 증명을 요구할 경우 이에 따라야 한다.

제 2 절 저자결정 기준 및 저자표시

제12조 (저자결정 기준) ① 저자는 연구내용 또는 결과에 대한 학술적·기술적 기여도에 따라 정한다. 학술적·기술적 기여도의 예는 다음과 같다.

1. 연구의 착상 및 설계
2. 데이터 수집 및 해석
3. 초고 작성
4. 최종 원고의 승인 등

② 연구내용 또는 결과에 학술적·기술적 기여를 하지 않은 사람을 감사의 표시 또는 예우 등의 이유로 저자에 포함시켜서는 안 된다. 다만 데이터 수집 또는 입력이나 다른 언어로의 번역 등 기타 기여의 내용에 관하여는 사사를 표하는 주에 그 내용을 적시할 수 있다.

제13조 (저자표시 순서결정) 저자표시 순서는 모든 저자들 간의 협의에 따라 연구 기여도를 반영하여 공정하게 결정하여야 한다.

제14조 (저자정보의 표시) ① 저자는 논문을 투고할 때 저자의 소속, 직위를 정확하게 밝혀서 연구의 신뢰성을 제고하여야 한다.

② 저자의 소속은 집필 등 연구를 수행할 당시의 소속으로 표시한다.

③ 편집위원회는 발간된 논문의 저자정보를 확인하고 관리하여야 한다. <개정 2020. 9. 1.>

제4장 연구 부정행위 및 기타 비윤리적 연구행위

제1절 인용방법 및 원칙

제15조 (인용방법 및 원칙) ① 저자는 자신의 저작물에 소개, 참조, 논평 등의 방법으로 타인의 저작물의 일부를 원문 그대로 또는 번역하여 인용할 수 있다.

② 저자는 출처 표시와 참고문헌 목록 작성의 정확성을 기하여야 한다. 저자는 인용의 모든 요소(저자명, 학술지의 권·호수, 페이지, 출간년도 등)를 2차 출처에 의존하지 말고 원 논문에서 직접 확인해야 하며, 다만 불가피한 경우에는 재인용을 밝히고 인용할 수 있다.

③ 저자는 피인용저작물이 인용저작물과 명확히 구별될 수 있도록 신의성실의 원칙에 입각하여 합리적인 방식으로 인용하여야 한다.

④ 저자는 원칙적으로 공표된 저작물을 인용하여야 하며, 공개되지 아니한 학술 자료를 논문심사나 연구제안서 심사 또는 사적 접촉을 통하여 획

득한 경우에는 반드시 해당 연구자의 동의를 얻어 인용하여야 한다.
⑤ 저자는 타인이 이미 발표한 논문에 담긴 이론이나 아이디어를 번안해서 자신의 저작물에 소개할 때에는 그 출처를 명시해야 한다.
⑥ 저자는 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하는 경우 어떤 아이디어가 자신의 것이고 어떤 아이디어가 참조된 출처로부터 왔는지를 독자들이 명확하게 알 수 있도록 집필해야 한다.
⑦ 저자는 연구의 방향을 결정하는 데에 중대한 영향을 주었거나 독자가 연구 내용을 이해하는 데에 도움이 될 수 있는 중요한 공개된 문헌이라면 관련 연구자가 이론적·경험적으로 알 수 있는 경우를 제외하고는 모두 참고문헌에 포함시켜야 한다.
⑧ 선행연구 리뷰에서 초록을 사용했으면서도 참고문헌 목록에는 학술지 논문을 인용하거나, 논문의 출간 버전을 인용하면서 실제로는 학술회의 발표논문집에 출간된 초기 버전 또는 예비 버전을 사용하는 것을 피해야 한다.

제16조 (일반 지식의 인용방법) ① 타인의 아이디어 또는 그가 제공한 사실에 관한 정보를 사용할 때에는 누구의 것인지 출처를 밝혀야 하지만, 그것이 일반적으로 공지된 지식이거나 독자들이 인지하고 있는 자료인 경우에는 예외로 한다.
② 어떤 개념 또는 사실이 일반 지식인지 의문이 드는 경우에는 인용하는 것이 바람직하다.

제 2 절 연구부정행위

제17조 (연구부정행위의 정의) "연구부정행위"라 함은 전 연구과정(연구의 제안, 연구의 수행 및 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가 행위 등)에서 발생하는 위조 및 변조행위, 표절행위, 부당한 논문저자 표시 행위, 중복게재 행위 등을 말한다.

1. "위조"는 존재하지 않는 데이터 또는 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. "변조"는 연구 재료·장비·과정 등을 인위적으로 조작하거나 데이터를 임의로 변형·삭제함으로써 연구 내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다. (여기서 "삭제"라 함은 기대하는 연구결과의 도출에

방해되는 데이터를 고의로 배제하고 유리한 데이터만을 선택하여 사용하는 행위를 말한다.)

3. "표절"은 저작권법상 보호되는 타인의 저작, 연구 착상 및 아이디어나 가설, 이론 등 연구결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 사용하는 행위를 말한다.
4. "부당한 논문저자 표시"는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 기여가 없는 자에게 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
5. "중복게재"는 편집인이나 독자에게 이미 출간된 본인 논문의 존재를 알리지 않고 이미 출간된 본인 논문과 완전히 동일하거나 거의 동일한 텍스트의 본인 논문을 다른 학술지에 다시 제출하여 출간하는 것을 말한다.

제18조 (아이디어 표절) ① "아이디어 표절"이라 함은 창시자의 공적을 인정하지 않고 전체나 일부분을 그대로 또는 피상적으로 수정해서 그의 아이디어(설명, 이론, 결론, 가설, 은유 등)를 도용하는 행위를 말한다.

② 저자는 통상 각주 또는 참고인용의 형태를 통해 아이디어의 출처를 밝힐 윤리적 책무가 있다.

③ 저자는 타인의 연구제안서 및 기고 원고에 대한 동료 심사 등을 통해 알게 된 타인의 아이디어를 적절한 출처와 인용 없이 도용해서는 안 된다.

제19조 (텍스트 표절) "텍스트 표절"이라 함은 저자를 밝히지 않고 타인 저술의 텍스트 일부를 복사하는 행위를 말한다.

제20조 (모자이크 표절) "모자이크 표절"이라 함은 타인 저술의 텍스트 일부를 조합하거나, 단어를 추가 또는 삽입하거나, 단어를 동의어로 대체하여 사용하면서 원저자와 출처를 밝히지 않는 행위를 말한다.

제21조 (중복게재) ① 이미 출간된 본인 논문과 주된 내용이 동일하다면 후에 출간된 본인 논문의 본문이 다소 다른 시각이나 관점을 보여주는 텍스트를 사용하거나 이미 출간된 동일한 데이터에 대한 다소 다른 분석을 포함하더라도 중복에 해당한다.

② 이미 출간된 논문을 인지할 수 없는 다른 독자군을 위하여 중복게재

를 하는 경우에는 두 학술지의 편집인이 중복게재에 대해 동의해야 하고, 저자는 학술지의 독자들에게 동일 논문이 다른 학술지에 출간되었다는 사실을 밝혀야 한다. 한 언어로 출간된 논문을 다른 언어로 번역하여 다른 학술지에 출간하는 경우도 마찬가지이다.

③ 동일논문을 서로 다른 학회지에 복수로 기고하는 것은 금지되며, 하나의 학술지에 게재거부가 결정된 후에 다른 학술지에 기고하는 것이 원칙이다.

제22조(연구부정행위의 사후조치) ① 연구부정행위 의혹이 제기되면 편집위원회가 부정행위 조사를 실시한 후 과반수 투표로 최종 결정한다.

② 연구윤리를 위반한 투고자는 향후 고려법학 투고가 금지된다. <본조 신설 2016. 6. 9>

제23조 (연구부정행위와 저작권침해 유의) ① 논문이 학술지에 게재되면 통상적으로 저작권은 학술지 발행인에게 이전된다. 따라서 저자는 학술지에 게재된 논문을 다른 형태로 출간하거나 재사용할 때에는 저작권 침해의 우려가 있음을 유의하여야 한다.

② 중복게재는 저작권침해의 우려가 있으므로 유의하여야 한다.

③ 저작권이 보호된 출처로부터 광범하게 텍스트를 인용하는 경우에 인용부호를 적절하게 사용하거나, 제대로 환문하였다 하더라도 저작권이 침해될 수 있음을 유의하여야 한다.

제 3 절 비윤리적 연구행위

제24조 (심사과정의 비윤리적 연구행위) ① 심사자는 연구제안서 또는 논문심사 과정에서 알게 된 특정정보를 원저자의 동의 없이 심사자가 직간접으로 관련된 연구에 유용해서는 안 된다.

② 다음 각 호의 행위는 심사과정의 비윤리적 연구행위에 해당할 수 있으므로 삼가야 한다.

1. 자신이 의뢰받은 논문심사를 학생이나 제3자에게 부탁하는 행위
2. 심사 중인 연구제안서나 논문의 내용을 학과나 학회 동료들과 논의하는 행위
3. 심사종료 후 심사물의 사본을 반납하거나 분쇄하지 않고 이를 보유

하는 행위

제25조 (비윤리적 연구행위) 다음의 행위는 윤리적으로 부적절한 연구행위에 해당할 수 있다.

1. 공동연구의 사실을 적절한 방식으로 알리지 않고 학회나 세미나에서 발표하는 행위
2. 연구계획이 해당분야에 상당히 기여할 것이라는 확신을 주어 연구비를 지원받으려고 기대효과에 관한 진실을 왜곡하는 행위
3. 제출된 논문을 심사하는 과정에서 명예를 손상시키는 언명이나 인신공격을 하는 행위
4. 금전적 이익을 얻기 위해 연구결과를 과대평가하는 행위
5. 논문을 읽지 않고 심사·평가하는 행위
6. 연구비 유용행위
7. 연구업적 및 결과를 허위로 진술하거나 보고하는 행위

제 4 절 부적절한 집필행위

제26조 (부적절한 집필행위) 다음의 행위는 부적절한 집필행위에 해당한다.

1. 부적절한 출처인용
2. 참고문헌 왜곡
3. 출간논문을 인용하면서 초록 등에 의존하는 행위
4. 읽지 않거나 이해하지 못한 저술의 출처인용
5. 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하면서 부분적으로만 출처를 밝히는 행위
6. 텍스트의 재활용 행위
7. 연구업적을 부풀릴 의도로 하나의 논문으로 게재되었어야 할 연구결과를 수 개의 논문으로 분할하여 게재하는 행위

제27조 (참고문헌의 왜곡금지) ① 참고문헌은 논문의 내용과 직접적으로 관련이 있는 문헌만 포함시켜야 한다. 학술지나 논문의 인용지수를 조작할 목적으로 또는 논문의 게재 가능성을 높일 목적으로 관련성에 의문이 있는 문헌을 의도적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 된다.

② 자신의 데이터 또는 이론에 유리한 문헌만을 편파적으로 참고문헌에

포함시켜서는 안 되며, 자신의 관점과 모순될 수 있는 문헌도 인용할 윤리적 책무가 있다.

제28조 (텍스트의 재활용) ① "텍스트의 재활용"이라 함은 저자가 자신의 다른 저술에서 이미 사용했던 텍스트의 일부를 재사용하는 것을 말한다.
② 텍스트 재활용은 윤리적 집필정신에 어긋나므로 이미 출간된 텍스트를 재활용하는 것을 피해야 하며, 불가피하게 재활용하는 경우에는 인용부호를 표시하거나 적절한 환문을 하는 등 표준적 인용관행에 따라야 하며, 저작권 침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.

부 칙

이 규정은 2007년 3월 1일 부터 시행한다.

부 칙 <2020.9.1.>

이 지침은 2020년 2월 4일로 소급하여 적용한다.

부 칙 <2021.8.16.>

제1조 (시행일) 이 지침은 2021년 8월 16일부터 시행한다.

제2조 (다른 규칙의 개정) 高麗法學 게재 논문 심사규칙 일부를 다음과 같이 개정한다.

별첨 2의 내용 중 "高麗法學 게재 논문 심사규정' 제4조 (심사판정과 이의제기)와 제7조 (비밀유지의무)"를 "高麗法學 게재 논문 심사규칙′ 제4조 (심사기준 및 방법)와 제7조 (이의제기) 및 제8조 (비밀유지의무)"로 한다.

[별첨 1]

高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물 동의서

<table>
<tr><td rowspan="2">투고
논문</td><td>제 목</td><td colspan="8"></td></tr>
<tr><td>종 류</td><td>특집
논문</td><td></td><td>연구
논문</td><td></td><td>판례
평석</td><td></td><td>학술발표문
및
특별강연문</td><td></td></tr>
</table>

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재를 희망하는 자로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學' 연구윤리지침을 준수하고 그 위반으로 인해 발생되는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

본인은 위 저작물이 장래 법학 발전에 기여할 수 있도록, 아래와 같이 고려대학교 법학연구원이 위 저작물을 이용하는데 동의합니다.

- 다 음 -

1. 고려대학교 법학연구원이 운영하는 DB구축과 인터넷 등 정보통신망을 통한 서비스와 보존을 위하여, 본 저작물의 내용 변경을 제외한 필요 범위 내에서 편집 및 형식상 변경을 허락하고, 필요한 범위의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함.
2. 저작물을 이미지DB(PDF)로 구축하여 인터넷을 포함한 정보통신망 등에 공개하여 저작물 일부 또는 전부의 복제·배포 및 전송에 관한 일체를 제공하는데 동의함.
3. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고 이용 기간 종료 3개월 이내에 별도의 의사표시가 없을 때에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
4. 저자가 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 편집위원장에게 이를 통보함.
5. 고려대학교 법학연구원은 저작권자의 저작물 이용 동의를 받기 이전에, 해당 저작물로 인하여 발생되었거나 발생될 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.

20 년 월 일

논문 투고자 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

[별첨 2]

高麗法學 논문 심사위원 서약서

투고 논문	제 목								
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문	

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재 논문의 심사위원으로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學 게재 논문 심사규칙' 제4조 (심사기준 및 방법)와 제7조 (이의제기) 및 제8조 (비밀유지의무)를 준수하고 그 위반으로 인해 발생되는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

20 년 월 일

심사위원 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

편집위원장: 김상중(고려대학교 법학전문대학원 교수)

편 집 위 원: 고세일 (충남대학교 법학전문대학원 교수)
김경욱(고려대학교 법학전문대학원 교수)
김성은(강원대학교 법학전문대학원 교수)
박찬호(부산대학교 법학전문대학원 교수)
신호영(고려대학교 법학전문대학원 교수)
심재한(영남대학교 법학전문대학원 교수)
윤은경(제주대학교 법학전문대학원 교수)
이희정(고려대학교 법학전문대학원 교수)
방준식(영산대학교 법학과 교수)
허완중(전남대학교 법학전문대학원 교수)

「高麗法學」은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 법학학술지입니다.
문의나 건의사항이 있으신 분은 아래로 연락주시기 바랍니다.

서울특별시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학연구원
lab004@korea.ac.kr
TEL : (02)3290-1630 / FAX : (02)922-4013

高麗法學 (제106호)

2022年 9月 20日 印刷
2022年 9月 30日 發行

發行人 金 河 烈
發行處 高麗大學校 法學硏究院
서울특별시 성북구 안암로 145
고려대학교 법학연구원
TEL : (02) 3290-2914
FAX : (02) 922-4013

製作處 (주)한신아트
TEL : (02) 2277-2271

값 30,000원

* 이 책의 무단전재 또는 복제행위를 금합니다.

ISSN 1598-1584 (Print)
ISSN 2672-0736 (Online)