

高麗法學

제 110 호
2023. 9.

高麗大學校 法學研究院

간 행 사

많은 분들의 협조와 노력 속에 **高麗法學** 제110호를 정시에 발간할 수 있게 되어 기쁘게 생각합니다. 늘 그러하듯 이번에도 다양한 분야에서 활동하고 계시는 많은 연구자들께서 논문을 투고해 주셨는데, 엄격한 심사를 거쳐 그 중 8편의 논문을 게재하게 되었습니다. 이번 호에는 헌법, 민법, 형법, 민사소송법 및 국제법 분야와 같은 전통적 법학 분야의 논문은 물론, 최근 큰 이슈가 되고 있는 생성형 인공지능과 P2E 게임산업의 규제개선에 관한 주제를 다룬 논문도 게재되어 학술지로서의 **高麗法學**의 위상을 더욱 공고히 할 수 있게 되었습니다.

특히 이번 **高麗法學** 제110호는 2023년 8월 말 고려대학교 법학전문대학원에서 정년을 맞이하신 지원림 교수님의 정년을 기념하면서, 그 강연 주제인 “민법 공부 40년: 회고와 당부” 강연록을 신게 되었습니다. 지원림 교수님의 정년을 진심으로 축하드리며, 또한 선생님께서 더욱 건강하게 왕성한 연구 활동을 이어 나가시기를 기원합니다.

이번 **高麗法學** 제110호의 발간을 위해서도 많은 연구자들께서 논문심사를 위해 수고해 주셨으며, 편집위원들 또한 **高麗法學**의 정시 발간을 위해 귀중한 시간을 기꺼이 할애해 주셨습니다. 이 자리를 빌려 감사의 인사를 드립니다. 또한 **高麗法學**의 발간을 위해 항상 전폭적 지원을 아끼지 않으시는 강병근 법학연구원장님과 학술지발간을 위한 행정업무를 차질 없이 수행해 주신 심현우 간사께도 감사의 뜻을 전합니다.

2023년 9월

高麗法學 편집위원장 김경욱

목 차

■ 연구논문

대리모를 통해 출생한 아동의 출생등록 문제에 관한 헌법적 고찰	성관정 / 01
실질적 불법구성요건개념에 관한 고찰 - 소극적 구성요건표지이론에 대한 오해와 이해 -	강수경 · 하태인 / 41
수사상 디지털증거 압수수색 제도의 참여권에 관한 고찰.....	성혜정 / 73
디스커버리와 선정당사자 제도에 관한 연구 - 선정자의 디스커버리 의무 적용.....	이준범 / 111
생성형 인공지능(AI) 규제원칙에 관한 연구.....	이성엽 / 149
P2E 게임산업의 규제개선에 관한 연구 - 위메이드의 ‘위믹스 사태’를 중심으로 -.....	원지호 · 박선종 / 181
핵군축 협상 의무 사건(2016, Marshall Islands v. U.K.)의 ‘분쟁의 존재’ 판단에 관한 소고 - 소수의견을 중심으로.....	전효진 / 221
미국 인플레이션 감축법 및 하위 규정 분석.....	조수정 / 257

■ 특별강연

민법공부 40년: 회고와 당부.....	지원림 / 291
-----------------------	-----------

대리모를 통해 출생한 아동의 출생등록 문제에 관한 헌법적 고찰*

성 관 정**

▶ 목 차 ◀

I. 서언	2. 결정요지
II. 대리모출생아동의 출생등록 문제	3. 검토
1. 대리모 출산의 개관	IV. 우리나라의 경우
2. 출생등록제도의 개관	1. 서울가정법원 2018. 5. 9. 선 고 2018브15 결정 사건
3. 검토	2. 관련 법령
III. 유럽인권재판소 2014. 6. 26. Mennesson v. France(No. 65192/11, 2014. 6. 26.) 판결	3. 검토
1. 사건의 개요	V. 결어

I. 서 언

의학적 보조생식기술(assisted reproductive technology)의 힘을 빌린 대리모 출산은 국내외에서 종종 이루어지고 있다. 그간 이러한 대리모 출산을 둘러싼 대부분의 논의는 대리모계약 그 자체, 즉 대리모계약이 유효한지 여부에 집중되어 있었다. 그러나 그 유효성 여부에 관한 논의와는 별개로 현실에서 대리모를 통한 출산은 꾸준히 이루어져 왔다. 그 결과 대리

* 이 논문은 2023년도 제1학기 고려대학교에서 개설된 김하열 교수님의 “헌법판례연구” 수업에서 발표한 글을 수정·보완한 것이다.

** 변호사, 법학박사.

2 대리모를 통해 출생한 아동의 출생등록 문제에 관한 헌법적 고찰

모를 통해 출산한 아동을 둘러싼 각종 법적 분쟁이 현실화되기 시작하였고, 우리나라의 경우도 예외는 아니었다. 대리모를 통해 출산한 아동의 출생신고 여부가 문제된 서울가정법원 2018. 5. 9. 선고 2018브15 결정이 그 대표적 사례라 할 수 있다. 아래에서 자세히 살펴보겠지만, 동 사안에서는 대리모를 통해 출산한 아동의 출생신고 시 대리모가 아닌 대리모 출산을 의뢰한 부모 중 모(母)를 해당 아동의 친모로 기재할 수 있는지 여부가 문제되었다.

출생등록은 태어난 아동이 한 사회의 구성원이 되었음을 입증하는 법적 징표로 할 수 있다. 이를 기반으로 아동은 가족의 일원이 되고, 각종 사회복지 혜택을 받는 그 사회의 구성원이 될 수 있다. 대리모 출산을 통해 태어난 아동에게 있어서도 이는 마찬가지다. 따라서 그것이 아동의 정체성 형성 내지 가족생활에 있어 끼치는 그 영향력을 감안할 때, 대리모를 통해 출산한 아동의 신분상 지위에 관한 문제, 보다 구체적으로 해당 아동의 출생등록에 관한 문제가 법적 분쟁화되리라는 것은 필연적인 결말이라 할 수 있다. 그 법적 분쟁을 헌법적 관점에서 바라볼 필요성 역시 바로 그 필연성에서 찾을 수 있다. 관련하여, 이미 유럽인권재판소 2014. 6. 26. *Mennesson v. France* 사건에서는 대리모를 통해 출산한 아동의 출생등록 문제를 기본권 차원에서 조명한 바 있다. 동 사안에서는 프랑스 국내법상 대리모를 통한 아동 출산이 금지된다는 점과는 별개로, 대리모를 통해 출산한 아동의 출생등록 문제 자체를 살펴볼 것을 제안하고 있다. 이러한 점에서 볼 때, 위 유럽인권재판소 결정은 국내에서의 법률분쟁을 헌법 차원에서 살펴보는 데 있어 주요한 이정표가 될 수 있을 것으로 보인다.

II. 대리모출생아동의 출생등록 문제

1. 대리모 출산의 개관

(1) 대리모 출산의 개념정의 및 분류

대리모(surrogate mother)는 ‘출생한 자녀를 타인에게 인도할 것을 내

용으로 하는 당사자 간의 합의에 의하여 남편 이외의 자의 정자로 수정한 후 임신 및 출산한 여성'이라고 정의할 수 있다.¹⁾ 대리모는 그 난자의 제공자가 누구인지에 따라 이른바 유전적 대리모(genetic surrogate mother)와 출산 대리모(gestational surrogate mother)의 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 전자는 난자를 제공한 여성이 실제 대리모로서 출산을 하는 반면, 후자는 출산하는 대리모의 난자가 아닌 다른 여성의 난자를 체외수정의 방법에 의하여 수정시킨 다음 이를 대리모의 자궁에 착상시켜 출산하게 한다.²⁾ 전자를 전통적 대리모(traditional surrogate mother)라고 부르기도 한다.

전자에 해당하는 유전적 대리모의 경우에는 일반적으로 출산한 대리모를 법적인 모(母)로 보고 있다.³⁾ 반면, 주로 후자의 경우 대리모 출산을 의뢰한 의뢰모(intended mother)⁴⁾와 대리모 가운데 누구를 어머니로 보아야 하는지가 문제된다. 이와 관련하여, 국내외 많은 견해에서는 실제로 자녀를 출산한 사람을 어머니로 보고 있다. 이는, “모(母)는 항상 확실하다(Mater semper certa est)”라는 로마시대의 격언을 토대로 확립되어 온 “아이를 출산한 여자가 어머니”라는 대원칙에 따른 것으로 파악된다.⁵⁾ 이 밖에 난자 제공자인 유전적인 모(母), 즉 의뢰모를 법률상 모(母)로 인정해야 한다는 견해,⁶⁾ 대리모에게는 어머니가 되려는 의욕 내지 의사가 없었다는 것을 이유로 당초의 의도를 기준으로 의뢰모를 모(母)로 인정해야 한다는 견해,⁷⁾

1) 윤진수, “보조생식기술의 가족법적 쟁점에 대한 근래의 동향”, 「서울대학교 법학」 제49권 제2호, 2008, 80-81쪽. 넓은 의미의 대리모에는 출산 목적으로 고용되어 직접 성관계를 통해 아이를 임신하고 출산하는 경우가 포함될 수 있겠으나, 과학기술의 발달에 따라 생겨난 새로운 출산 형태에 관한 것으로만 그 논의를 축소하기 위해 여기에서의 논의 대상이 되는 대리모는 의학적 보조생식기술을 이용하는 경우만으로 국한하기로 한다.

2) 상세한 내용은 윤진수, 친족상속법 강의, 박영사, 2022, 210-211쪽.

3) 배성호, “대리모에 의해 출생한 자의 법적 지위 : 생명윤리법의 개정 내지 생식보조의료에 관한 새로운 민사특별법의 제정을 위한 시론”, 「인권과 정의」 제345호, 2005, 14쪽.

4) 해외에서는 대리모 출산을 의뢰한 부모를 “intended parents”라고 표현하고, 국내 연구에서는 이를 “의뢰부모”라고 번역하는 것이 일반적이다. 이에 따라 이 글에서는 대리모 출산을 의뢰한 부(父)인 “intended father”를 “의뢰부”로, 대리모 출산을 의뢰한 모(母)인 “intended mother”를 “의뢰모”라 표현하기로 한다.

5) 윤진수, 앞의 글, 2008, 81쪽.

6) 이덕환, “대리모출산의 친자법상 문제”, 한양대학교 법학연구소 「법학논총」 제13권, 1996, 218-219쪽.

일단은 출산 대리모를 모(母)로 보고 법원의 허가에 의하여 의뢰한 부부를 법률상 부모로 바꾸어야 한다는 견해⁸⁾ 등이 대립한다.

(2) 대리모계약의 유효 여부

대리모계약을 둘러싸고 복잡한 법률문제가 발생한다는 점에서, 그 효력을 인정할 것인지 여부에 대해서는 견해가 대립한다. 국내외에서는 종래 무효설이 주를 이루었다. 대표적으로 대리모계약이 민법 제103조 선량한 풍속 기타 사회질서 위반이라는 견해가 있다. 무효설의 주된 근거는, 여성이 인격이 없는 하나의 상품적 도구로 전락될 수 있고, 여성의 생식 기능과 출생한 자(子)를 계약의 급부의 대상으로 여김으로써 인간의 존엄과 가치가 침해될 수 있다는 것이다.⁹⁾ 관련하여, 서울가정법원 2018. 5. 9. 선고 2018브15 결정에서는 출산 대리모가 우리 법령의 해석상 허용되지 않고, 대리모를 통한 출산을 내용으로 하는 계약이 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것으로 민법 제103조에 의해 무효라고 판시한 바 있다. 대리모 출산 문제가 법적 분쟁화된 최초의 사례인 미국 뉴저지 주 대법원의 Matter of Baby M 판결에서도 유사한 취지에서, 유상의 대리모계약은 성문법 및 공공질서(public policy)에 반하여 무효라고 보았다.¹⁰⁾

한편, 최근 대두되고 있는 유효설에서는, 현행법상 대리모계약을 명시적으로 금지하는 법규가 없고 이를 민법 제103조 위반으로 볼 수 없다는 것을 이유로 대리모계약을 유효한 법률행위로 본다.¹¹⁾ 유효설의 주된 근거로

7) 윤석찬, “인공임신을 통한 대리모계약의 유효론과 제반쟁점”, 「영남법학」 제44호, 2017, 105-106쪽 참조. 이와 유사하게, 미국 캘리포니아 주법에서는 유전이나 출산이라는 사실 이외에 당사자의 의도(intention)를 중시하여, 자녀를 양육할 의도를 가지고 출산하도록 이를 의도한 사람이 생모(natural mother)라고 보고 있다. 상세한 것은, 윤진수, 위의 글, 2008, 85쪽.

8) 윤진수, 앞의 글, 2008, 94쪽.

9) 고정명·신관철, “대리모계약의 모성추정에 관한 고찰”, 국민대학교 법학연구소 『법학논총』 10집, 1998, 12쪽. 맹광호, “대리모계약의 유효성 여부”, 「비교사법」 제12권 제2호, 2005, 86쪽.

10) 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 1988 N.J.77 A.L.R.4th 1(Supreme Court of New Jersey, 1988).

11) 맹광호, 위의 글, 2005, 88쪽.

는 대리모에 의한 임신·출산이 절대적 불임 부부의 불임 극복을 위한 최후의, 유일한 수단이 될 수 있고, 이 경우 대리모계약의 효력을 인정해서 종족 보존과 자녀 양육을 바라는 불임 부부의 행복추구권을 보장해주어야 한다는 것을 들 수 있다.¹²⁾ 관련하여, 미국의 판례 가운데 대리모 출산과 관련하여 잘 알려진 미국 캘리포니아 주 대법원의 Johnson v. Calvert 판결에서는 대리모계약이 공공질서(public policy)에 반하지 않는다고 보고 동 계약이 유효라고 본 바 있다.¹³⁾

이와 같은 대리모계약의 유효성 여부에 관한 논의는, 의뢰부모의 가족관계 형성의 자유를 어디까지 인정할 것인지, 그 범위에 관한 논의로 귀결될 수 있다. 이 논의에 따라 언제, 누구와, 어떠한 방식으로 출산을 할지에 관한 자유에 있어 대리모계약을 그 방법론으로 선택할 수 있는지 여부가 결정된다. 앞서 살펴본 바와 같이 대리모계약이 무효라고 보는 대표적인 논거는 여성의 신체가 상품화될 수 있다는 것인데, 이것이 의뢰부모의 가족관계 형성의 자유를 제한하는 논거가 될 수 있다. 임신과 출산 과정에서 대리모가 겪게 되는 신체 내지 생명과 관련된 위험, 나아가 그 위험 수위 내지 정도에 관한 예측 불가능성 역시 그 자체로 의뢰부모의 가족관계 형성의 자유를 제한하는 논거가 될 수 있다.

반면, 대리모계약에 찬성하는 대표적인 논거는 대리모에 의한 임신·출산이 불임인 부부에게 있어 유전자를 물려받은 자녀의 출산을 가능하게 하는 대체불가능한 수단이라는 것인데, 여기에는 근본적으로 불임인 부부도 대리모계약을 통해 불임이 아닌 부부가 누리는 만큼의 가족관계 형성의 자유를 누릴 수 있어야 한다는 견해가 자리한다. 동 견해에 따르면, “신체적

12) 윤진수, 앞의 글, 2008, 82쪽; 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제”, 「민사법학」 제21호, 2002, 45-46쪽; 백승훈, “대리모계약의 문제점과 유효성 여부”, 동국대학교 비교법문화연구소 「비교법연구」 제6권 제1호, 2005, 125-126쪽. 이밖에 혼외자에 대한 친권자를 결정할 때 민법 제909조 제4항에 따라 우선 당사자의 협의에 따르도록 하고 있다는 점에 비추어 볼 때, 사전에 친권자를 결정하는 것이 가능하므로 무효행위전환의 법리(민법 제138조)에 의해 친권자 결정의 사전약정으로서 대리모계약의 효력을 인정할 수 있다는 견해로는, 엄동섭, “대리모계약”, 「저스티스」 제34권 제6호, 2001, 106쪽 참조.

13) 5 Cal. 4th 84, 851 P.2d 776, 19 Cal. Rptr. 2d 494(Supreme Court of California, 1993).

조건(physical equipment)”은 일종의 생래적 제비뽑기(natural lottery)와도 같은 것에 불과하기 때문에, 신체적 결함을 보완할 수 있는 기술의 발달에도 불구하고 대리모계약을 무효라고 보는 것은 불임인 부부의 법적인 권리를 불합리하게 박탈하는 것과 다름없는 것이 된다.¹⁴⁾ 이는 평등원칙의 관점에서 가족관계 형성의 자유의 행사 문제를 바라보는 것이기도 하다.¹⁵⁾ 가족관계 형성의 자유, 보다 구체적으로는 유전자를 물려받을 수 있는 자녀를 가족 구성원으로 추가할 자유를 신체적 결함을 이유로 박탈하는 것이, 불임이 아닌 부부와 불임인 부부를 합리적 근거 없이 차별하는 것이라고 보기 때문이다.

(3) 대리모계약의 허용여부에 관한 해외 입법례

1) 입법례의 분류

대리모계약 자체를 법률로 명시적으로 금지하는 국가로는 프랑스, 독일,¹⁶⁾ 이탈리아, 스위스, 미국 워싱턴 DC 등이 있다. 우리나라와 마찬가지로 대리모계약에 관하여 규율하는 법률이 없는 국가로는 일본, 벨기에, 미국 뉴욕주 등이 있다. 이타적 대리모를 일정한 요건 하에 허용하면서 상업적 대리모에 대해 규제하는 국가로는 영국, 그리스, 베트남, 이스라엘, 캐나다 등이 있고, 상업적 대리모까지 완전히 허용하는 국가로는 인도, 러시아, 우크

14) John A. Robertson, “Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth”, 「Virginia Law Review」 Vol.69. No.3., 1983, p.411, p.428. 동 논문에서는 생산권(procreative right) 내지 생산의 자유(procreative right)가 단순히 임신과 출산만이 아닌 수정, 임신 및 출산, 양육 등에 이르는 출산과 관련한 모든 영역을 포괄하는 광범위한 권리라고 보고 있다.

15) 같은 취지로는, 나은지, 권오성, “대리모의 법적 문제점과 입법 필요성에 관한 연구”, 국민대학교 법학연구소 「법학 논총」 제28권 제2호, 2015, 335-336쪽 참조.

16) 독일은 민법에 대리모계약에 대한 명시적 규정은 없지만, 1989년 입양중개법에 의해 대리모계약의 중개 행위가 금지되었고, 1990년 배아보호법에 의해 대리모에게 인공수정을 행하거나 수정란을 착상시키는 의료행위가 처벌되고 있다. 영리목적 유무를 불문하고 대리모계약은 독일민법 제134조 및 제138조에 따라 강행법규 위반 내지 공서양속 위반을 이유로 그 효력이 부정된다. 자세한 내용은 김현진, “대리모 출생아의 친자관계 - 2018. 5. 18. 선고 서울가정법원 2018브15결정을 중심으로-”, 인하대학교 법학연구소 「법학연구」 제22집 제3호, 2019, 506쪽 참조.

라이나, 미국 캘리포니아주 등이 있다.¹⁷⁾ 아래에서는 프랑스, 일본, 영국의 사례를 각 대리모계약을 금지하는 국가, 대리모계약에 관하여 규율하는 법률이 없는 국가, 일정한 요건하에 대리모를 허용하는 국가의 대표적인 예로 살펴본다.

2) 프랑스

프랑스 민법 제16-7조¹⁸⁾에서는 대리모 관련 모든 계약은 무효라고 명시적으로 규정하고 있다. 참고로, 프랑스 민법 제311조의25는 모친과 관련된 친자관계는 자(子)의 출생증서에 있어서의 모친의 표시에 의해 확립된다고 규정하고 있기 때문에, 모자 관계는 모친의 이름을 출생증서에 기재하는 것으로 증명된다. 따라서 대리모계약을 통해 자녀를 출산하는 경우 프랑스 법은 대리모를 그 출산자녀의 모친으로 본다. 한편, 아이를 출산한 자 이외의 자가 자신을 모친으로 출생증서에 기재하는 행위는, 프랑스 형법 제227조의13에 따라 3년 이하의 자유형 또는 4,500유로 이하의 벌금형에 처하게 된다.¹⁹⁾

한편, 프랑스 법무부 장관은 아래에서 살펴볼 유럽인권재판소의 결정이 있기 전인 2013. 1. 25. 대리모계약을 통해 국외에서 출생한 아동에게도 프랑스 국적을 부여하라는 내용의 회람을 작성한 바 있다. 이에 따라 국사원(Conseil d'Etat)에서는 2014. 12. 12. 대리모계약의 결과 국외에서 출생한 아동에게 관련 규정에 따라 프랑스 국적을 부여할 수 있는 경우에는 해당 아동으로부터 프랑스 국적을 박탈할 수 없다는 입장을 표명하며, 위 회람의 효력을 확인하는 결정을 내린 바 있다.²⁰⁾

17) 김현진, 위의 글, 2019, 504-505쪽.

18) 프랑스 민법 제16-7조 타인을 위한 임신이나 출산에 관한 모든 합의는 무효이다. 동 번역은, 세계법제정보센터 홈페이지에서 “프랑스 민법전(Code civil)”을 참조.

19) 자세한 내용은 서중희, “프랑스법상 대리모계약으로 출생한 자의 부모결정기준과 자녀의 복리”, 조선대학교 법학연구원 「법학논총」 제24권 제1호, 2017, 222쪽 참조. 이에 따르면, 대리모 출산을 중개하는 자, 의뢰부모, 대리모시술을 한 의사도 모두 처벌대상이 된다. 다만 동 행위가 형법상 금지되지 않는 나라에서 이루어진 경우에는 프랑스 형법 제L.113-6조에 따라 그 처벌대상에서 제외된다. 자세한 내용은 김현진, 앞의 글, 2019, 506쪽 참조.

20) J. Courd, “GPA : soutien d gouvernement a la «circulaire Taubira»,” *Dr. fam.*,

프랑스 파기원은 아래에서 살펴볼 유럽인권재판소의 판결이 있는 후인 2015. 7.경 동성커플이 러시아 대리모를 통해 두 아이를 출산한 사건에서 ‘프랑스인 의뢰부를 부(父)로, 외국인 대리모를 모(母)로 기재한 출생증명서를 근거로 한 프랑스 민사등록부에의 등록이 가능하다.’고 판시하였다.²¹⁾ 그러나 프랑스 파기원은 2017년 재차 프랑스인 의뢰부를 부(父)로, 대리모가 아닌 의뢰모를 모(母)로 하는 내용의 해외 작성 출생증명서에 대해 ‘해당 증명서가 그 나라 판결에 따른 것이라 할지라도, 모(母)라고 기재된 자가 실제 출산한 자에 해당하지 않아 허위이므로 그 효력을 인정할 수 없다’고 판시하는 한편, 부모 중 한쪽이 프랑스인인 경우 대리모 출산을 이유로 민사등록부에의 등록을 막는 것이 정당하지 않다고 보고 프랑스인 의뢰부가 부(父)라고 기재된 부분에 한해서만 그 효력을 인정한다고 판시한 바 있다.²²⁾

3) 일본

우리나라와 마찬가지로, 일본 현행법상 대리모계약을 인정하는 법률은 제정되어 있지 않다. 다만, 일본 최고재판소는 대리모 출산 자녀의 출생신고가 최종적으로 불수리되도록 한 바 있고, 이후 해당 대리모 출산 자녀들은 의뢰인 부부에게 친양자 입양된 것으로 확인된다. 구체적인 사례는 다음과 같다.²³⁾

부인이 자궁절제 수술을 받게 되자, 부부는 미국 네바다주에 거주하는 대리모와 대리모계약을 체결하게 되었다. 이후 부부는 부부의 정자와 난자를 채외수정한 수정란을 같은 해 5.경 대리모의 자궁에 이식하여 자녀를 출

n° 4, Avril 2015, alerte 32. 김현진, “대리모를 둘러싼 프랑스의 법적 동향”, 「강원법학」 제54권, 2018, 97쪽에서 재인용.

21) 자세한 내용은, 유로저널 2015. 7. 5.자 신문기사 “프랑스 최고재판소, 외국인 대리모 출산 프랑스 호적취득 허용판결” 참조.

22) 1^{er} Civ., 5 juillet 2017, n° 16-16.455. 김현진, 앞의 글, 2019, 527쪽에서 재인용. 이외에도 전영, 프랑스에서의 혼인과 가족생활 보호에 관한 연구 - 팩스제도와 동성혼을 중심으로 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017, 68-69쪽 참조.

23) 자세한 내용은, 전해정, “대리모가 낳은 자녀에 대한 친양자 입양 - 일본 神戸家庭裁判所姫路支部平成20(2008)年. 12. 26.(家)第60號判決을 중심으로”, 경북대학교 법학연구원 「법학논고」 제37집, 2011, 253쪽 참조. 당시 유명 프로레슬링 선수와 연예인 부부가 대리모 출산을 하여, 일본 내에서도 크게 화제가 되었다.

산하였다. 부부는 2003. 12.경 네바다 주지방법원으로부터 받은 ‘출생증명서 및 기타 기록에 대한 신청인 명의의 기록에 관한 결정 및 명령’에 따라 자녀의 출생신고를 하고, 부부가 부(父)와 모(母)로 각 기재된 출생증명서를 발급받았다. 부부는 2004. 1.경 일본으로 귀국해 관련 관청에 출생신고서를 제출하였으나, 구장은 2004. 5. 28.경 부인의 분만 사실이 인정되지 않는다는 것을 이유로 출생신고를 수리할 수 없다고 통지하였다.²⁴⁾

1심에서는 출생신고 불수리가 정당하다고 보고 원고의 청구를 기각하였다.²⁵⁾ 반면, 항소심인 동경고등재판소는 위 부부를 법률상 부모라고 볼 수 없지만, 네바다 주법원의 판결이 일본의 공서양속에 어긋난다고 할 수 없으므로 확정판결의 효력에 관한 민사소송법 제118조를 적용 내지 유추적 융합에 따라 위 출생신고가 수리되어야 한다고 판시하였다.²⁶⁾

그러나 최고재판소는 위 민사소송법 제118조에 따라 네바다 주법원의 판결이 일본에서 그 효력이 인정되기 위해서는 일본 법질서의 기본원칙 내지 기본이념에 부합해야 하는데, 본 사건의 외국 판결은 신분법 질서를 정하고 있는 현행 일본 민법의 기본원칙에 반하며, 일본 민사소송법 제118조 제3호에서 명시하고 있는 공공질서에 반하여 일본에서 그 효력이 인정될 수 없다고 판시하였다. 또한, 동 사건에서 부모 자녀 간 친자관계의 성립에 대해서는 부모의 본국법인 일본법이 준거법이 된다고 보는 한편, 일본 민법의 해석상 모자 관계가 인정될 수 없다는 것을 이유로 부모와 자녀 간 친자관계가 있다고 할 수 없다고 보고, 원심을 파기하였다.²⁷⁾

4) 영국

영국에서는 1985년 대리모계약법이 제정되었고, 그 결과 비영리 목적의 대리모계약에 한하여 일정한 범위에서 그 효력이 인정되어 왔다. 다만, 인공

24) 자세한 내용은 전혜정, 위의 글, 2011, 257쪽 참조.

25) 東京家庭裁判所平成17(2005)年11月平成18(ラ)27 判決. 전혜정, 위의 글 2011, 257쪽에서 재인용.

26) 東京高等裁判所平成18(2006)年9月29日平成19(ラ)27 判決. 전혜정, 위의 글, 2011, 257-258쪽에서 재인용. 관련하여, 윤진수, 앞의 글, 2008, 85-86쪽 참조.

27) 자세한 내용은 전혜정, 위의 글, 2011, 258쪽 참조.

생식에 관한 포괄적인 입법으로 제정된 “인간수정 및 배아생성에 관한 법률 (Human Fertilisation and Embryology Act, 이하 ‘HFE법’라 한다)” 제27조에서는 출산 대리모, 유전적 대리모를 불문하고 아이를 직접 분만한 여성인 대리모를 출생자의 모로 인정하고 있다.²⁸⁾ 이에 따라 현행 HFE법에 따르면, 대리모를 통해 출산하는 경우 친권명령(parental order)을 통해 법적인 부모를 정하는 절차가 추가적으로 필요하다. 예를 들어, 의뢰부모와 대리모가 친권명령 발부에 합의했다는 것, 그 합의 과정에서 금전이나 기타 혜택을 제공하거나 제공받지 않았다는 것이 법원에서 확인되면, 법원은 의뢰부모를 해당 아동의 법적 부모로 간주하는 내용의 친권명령을 발부한다.²⁹⁾ 법원은 해당 친권명령 사본을 GRO(general register office, 중앙등록관청)에 보내고, 이를 받은 GRO는 친권명령등록부에 위 명령내용을 기입한 후 법적인 부모에게 새로운 출생증명서의 발급이 가능하다는 통지를 한다. 대리모를 통해 출산한 아동이 영국에서 출생하였다면, GRO는 출생을 등록한 사무소에 ‘중앙등록관청에 의해 재등록’이라는 문구를 등록부에 기재해 달라는 서신을 보내고, 이에 의해 원래의 출생등록부는 폐쇄된다.³⁰⁾

2. 출생등록제도의 개관

(1) 출생등록을 통한 아동의 보호

아동은 출생등록을 통해 법적 보호를 받는 사회구성원으로 인정받게 된다. 달리 말해, 출생등록은 개인의 법적 지위를 입증하는 수단과도 같은 역할을 해낸다.³¹⁾ 예를 들어, 출생등록이 되어야만 아동은 비로소 교육, 보건 의료, 사회보장 등의 공적 서비스를 제공받을 수 있기 때문이다. 이러한

28) 맹광호, 앞의 글, 2005, 82-83쪽.

29) 이기평·김은애·유수정·이권일·박수경, 미래세대를 위한 법적과제Ⅱ - 보조생식의료 관련 글로벌 법제 동향 -, 한국법제연구원, 2021, 129-130쪽.

30) 자세한 내용은, 사법정책연구원, 가족관계등록제도의 개선방안에 관한 연구 - 등록 사항별 증명서를 중심으로 -, 2019, 135-136쪽 참조.

31) A/HRC/27/22 ‘Birth registration and the right of everyone to recognition everywhere as a person before the law’, 2014, p.3.

측면에서 볼 때 아동이 출생과 동시에 기본권 주체로서의 지위를 갖게 된다는 헌법적 당위와는 별개로, 현실적으로 아동은 출생신고가 될 때 비로소 실질적인 기본권 행사 내지 향유가 가능하다고 할 수 있다.³²⁾

이와 관련하여, 유엔 아동권리위원회는 “유아기에서의 아동권리의 이행 (Implementing child rights in early childhood)”에 관한 일반논평 제7호를 통해 아동의 출생등록이 갖는 중요성을 확인해준 바 있다. 위 일반논평에서는 ‘출생등록이 되지 않는 것이 아동의 개인적 정체성 인식에 부정적인 영향을 끼칠 수 있으며, 그로 인해 아동은 기본적인 보건·교육 및 사회복지 서비스에 접근할 권리를 보장받지 못할 수 있다’는 점을 지적하는 한편, 회원국들을 상대로 모든 아동의 출생등록 보장을 위해 필요한 모든 조치를 취할 것을 권고하기도 하였다.³³⁾

출생등록은 아동의 현실적인 기본권 행사 및 향유를 가능하게 하는 것 이외에, 기본권 침해 상황에 노출된 아동을 보호하는 역할을 수행하기도 한다. 출생등록이 단기간 내에 이루어지지 않은 경우, 아동은 그 빈틈을 노린 각종 범죄에 노출되게 되기 때문이다. 영아유기, 신생아 매매, 불법 입양 등의 경우가 대표적인 예라 할 수 있다. 서류상으로 존재하지 않는 아동의 경우, 학대 피해자가 될 가능성 또한 매우 높다.³⁴⁾ 출생등록은 이러한 위험 상황에 상시적으로 노출된 아동을 보호하고, 이를 통해 아동에 대한 현실적 기본권 보장을 도모하는 역할을 수행한다.³⁵⁾

관련하여 우리 헌법재판소도 출생등록이 갖는 중요성에 관하여, “출생

32) 이상희, “아동의 출생등록제도와 국가의 아동안전보장의무”, 「유럽헌법연구」 제37호, 2021, 12쪽.

33) CRC/C/GC/7.Rev.1, General Comment No. 7. ‘Implementing child rights in early childhood’, 2005, para. 24. 번역은, 국가인권위원회, 유엔 인권조약기구 일반논평 및 일반권고 2021년 개정판 - 아동권리위원회 일반논평 -, 2005, 129쪽 참조.

34) 이른바 “투명인간”으로 불리는 출생등록이 되지 않은 아동의 경우 출생등록이 되지 않았다는 이유로 경찰 및 지방자치단체에서도 아동학대 정황을 파악하기가 쉽지 않다. 이처럼 출생신고가 되지 않은 채 심각한 학대를 당한 뒤에야 존재가 알려진 아동은 2019년 이후부터 최소 22명이 있었던 것으로 파악된다. 자세한 내용은, 동아일보 2023. 6. 24.자 신문기사 “[단독]출생통보제 미룬 4년, ‘투명인간 하은이’ 최소 22명 더 나왔다” 참조.

35) 이상희, 앞의 글, 2021, 13쪽.

등록이 아동의 인격 형성 및 부모와 가족 등의 보호하에 건강한 성장과 발달에 미치는 영향은 매우 크다. 출생등록이 이루어지지 않을 경우 그와 연계된 주민등록이 되지 않으며, 이에 따라 주민등록을 기반으로 한 각종 사회보험 가입이 어렵고, 사회보장에 따른 수급 등도 제대로 보장받지 못한다. 또한, 민법상 권리능력이 있음에도 주민등록이나 신분확인을 기본으로 하는 각종 거래를 하는 것도 쉽지 않다. 형사적으로 출생등록되지 않은 아동은 상대적으로 학대당하거나 유기되기 쉽고, 다른 범죄에 노출되더라도 그 신분이 드러나지 않아 범죄의 표적이 될 가능성이 높다.”라고 최근 실시한 바 있다.³⁶⁾

(2) 국제 인권규범에서의 “출생등록될 권리”의 인정

일찍이 국제 인권규범들은 출생등록이 아동의 인권 보호에서 갖는 중요성에 주목하였고, 그 결과 “출생등록될 권리”를 아동의 가장 기본적인 권리로 명시해 왔다. 대표적으로 유엔 아동의 권리에 관한 협약(Convention on the Rights of the Child, 이하 ‘아동권리협약’이라 부른다) 제7조 제1항에서는 “아동은 출생 후 즉시 등록되어야 하며, 출생시부터 성명권과 국적 취득권을 가진다.”라고 규정하고 있고, 제2항은 당사국에게 동 권리가 실행되도록 보장할 의무를 부여하고 있다. 위 조항은 “모든 어린이는 출생 후 즉시 등록되고, 성명을 가진다.”라고 규정하고 있는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제24조 제2호를 반영한 것으로, 이에 따르면 협약의 당사국은 아동이 출생 즉시 등록될 수 있도록 하는 “보편적 출생등록제도”를 실행할 의무를 부담한다.³⁷⁾

관련하여, 2014년 발간된 유엔인권이사회 연례보고서 “아동의 출생등록과 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리(Birth registration and the right of

36) 헌재 2023. 3. 23. 선고 2021헌마975 결정.

37) 유엔 아동권리위원회의 일반논평 및 권고적 의견들을 토대로 보편적 출생등록 제도의 최소한의 요건 4가지(① 출생 즉시 등록될 것, ② 관할권 내의 모든 아동이 등록되도록 할 것, ③ 출생등록은 무료로 운영될 것, ④ 출생등록에는 최소한 출생 당시 아동의 이름, 성별, 출생일, 출생 장소, 부모의 이름과 장소, 부모의 국적에 관한 정보들이 포함될 것)를 실시하고 있는 것으로, 송진성, “현행 출생신고제도의 문제점 및 개선방안 : 아동권리보장의 관점에서”, 「사회보장법연구」 제7권 제1호, 2018, 220-223쪽 참조.

everyone to recognition everywhere as a person before the law)”에서는, 출생등록될 권리가 건강권, 교육을 받을 권리와 같은 사회적 기본권의 실현과 밀접하게 연관되어 있다고 보았다.³⁸⁾

3. 검토

앞서 살펴본 바와 같이 대리모계약의 유효성 여부를 비롯해 대리모계약을 둘러싼 다양한 쟁점이 문제될 수 있다. 다만, 대리모계약이 이루어지고 있는 현실에 비추어 볼 때, 대리모계약의 유·무효 여부를 따지는 것과는 별도로 현실적으로 일어나고 있는 대리모출생아동의 출생등록 문제에 대해 법적으로 대응할 필요가 있다. 물론 그 문제가 기본적으로 대리모계약의 유·무효여부 문제의 연장선상에서 논의될 수밖에 없다는 점은 부인할 수 없다. 그렇다고 할지라도, 출생등록이 아동의 실질적인 기본권 행사 내지 기본권 침해 문제에 있어 갖는 그 영향력을 고려해 볼 때, 대리모출생아동의 출생등록 문제를 대리모의 유무효 여부 문제로부터 따로 떼어놓고 살펴볼 필요성 역시 충분히 인정된다. 헌법적 관점에서도 이는 다르지 않으며, 그러한 측면에서 아래에서 살펴볼, 2014. 6. 26. 유럽인권재판소에서 있었던 *Mennesson v. France*(No. 65192/11, 2014. 6. 26.) 사건에서의 판시를 주목할 필요가 있다.

Ⅲ. 유럽인권재판소 2014. 6. 26. *Mennesson v. France* (No. 65192/11, 2014. 6. 26.) 판결

1. 사건의 개요

38) A/HRC/27/22 ‘Birth registration and the right of everyone to recognition everywhere as a person before the law’, 2014, p.3.

(1) 대리모계약의 체결과 캘리포니아 주대법원의 판결에 의한 부모 관계의 확정

프랑스 국적의 도미니크 브네송(청구인 1)과 실비 브네송(청구인 2)은 부인 실비 브네송의 불임으로 아이를 가질 수 없었다. 프랑스에서는 대리모 계약이 불법이었기 때문에 두 사람은 미국 캘리포니아로 건너가서 대리모 계약을 체결하였다. 대리모의 임신 사실이 확인된 이후, 캘리포니아 주대법원은 2000. 7. 14. 청구인 1이 쌍둥이 자녀의 생물학적 부(父)이고, 청구인 2가 쌍둥이 자녀의 법적 모(母)라는 판결을 내렸다(이하 ‘캘리포니아 주대법원 판결’이라 한다).³⁹⁾

(2) 쌍둥이 자녀 출산과 로스엔젤레스 소재 프랑스 영사관에서의 출 생등록 거부

2000. 10. 25. 대리모를 통해 쌍둥이 자녀인 발렌티나 브네송(청구인 3)과 피오렐라 브네송(청구인 4)이 태어났다. 청구인 1이 2000. 11. 초순 경 로스엔젤레스 소재 프랑스 영사관을 방문해 위 쌍둥이 자녀의 출생등록을 하고 여권을 발급받으려 하였으나, 영사관에서 대리모계약이 의심된다는 이유로 이를 거부하였다. 쌍둥이 자녀는 미국 여권을 발급받았고, 청구인들은 2000. 11. 초순 경 프랑스로 무사히 돌아올 수 있었다. 한편, 검찰의 요청에 따라 2000. 12.경부터 이 사건에 대한 예비수사가 개시되었으나, 예심판사는 미국에서 대리모계약이 합법이라는 것을 이유로 2004. 9. 30. 청구인들에 대해 프랑스에서의 처벌이 불가하다는 판결을 내렸다.⁴⁰⁾

(3) 출생등록 관련 소송의 계속

2002. 11. 25. 검찰의 요청에 따라, 로스엔젤레스 소재 프랑스 영사관에서의 신청에 근거한 청구인 3, 4에 대한 출생등록이 이루어졌다. 곧이어, 검사가 청구인 3, 4의 출생등록을 무효화하기 위해 2003. 5. 16. 청구인 1, 2를

39) ECHR, *Mennesson v. France*, Application no. 65192/11, 26 June 2014, para. 7-10(유럽인권재판소 판결은 영문본을 참조하였다).

40) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 11-16.

상대로 소를 제기하였다. 검사는 대리모계약이 ‘인체 및 신체의 불가침성(the human body and civil status are inalienable)’이라는 공공질서(public policy)에 반해 무효라고 주장하였다.⁴¹⁾

크레타이 대심지방법원은, 청구인 3, 4의 출생등록 자체가 당초 그것을 무효화하기 위한 목적으로 이루어졌고, 그러한 모순적인 행위 자체가 공공질서를 위반하는 것이라는 점 등을 이유로 2005. 12. 13. 검사의 청구를 기각하였다. 검찰이 항소하였으나, 파리 항소법원은 미국에서 작성된 출생증명서는 미국 법률상 관련 절차를 준수하여 작성된 유효한 것이며, 프랑스 민사신분등록부상의 출생등록 내용 역시 위 캘리포니아 주대법원의 판결에 따른 것이므로, 하급심인 크레타이 대심지방법원의 판단을 유지한다는 판결을 내렸다.⁴²⁾

그러나 파기원은 출생증명서가 대리모계약에 근거하여 작성되었음을 이유로 2008. 12. 17. 파리항소법원으로 사건을 파기환송하였다. 위 파기원 판결의 취지에 따라 파리항소법원에서는 2010. 3. 18. 미국에서 작성된 출생증명서에 따른 청구인 3, 4에 대한 프랑스 내에서의 출생등록이 무효라는 판결을 내렸다.⁴³⁾

(4) 파기원의 2011. 4. 6.자 최종판결

청구인들은 아동의 최선의 이익과, 유럽인권협약 제8조, 제14조 위반을 이유로 다시 상고하였다. 파기원은 대리모계약이 강행규정인 프랑스 민법 제16-7조,⁴⁴⁾ 제16-9조⁴⁵⁾에 반하여 무효임에도 불구하고, 청구인들의 부모-자녀 관계를 법적으로 승인하게 되면 결국 대리모계약의 법적 효력을 인정하게 되는 문제가 발생한다는 것을 이유로 2011. 4. 6. 상고를 기각하였다.

41) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 17-18.

42) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 19-20.

43) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 21-24.

44) 프랑스 민법 제16-7조 타인을 위한 임신이나 출산에 관한 모든 합의는 무효이다. 동 번역은, 세계법제정보센터 홈페이지에서 “프랑스 민법전(Code civil)”을 참조.

45) 프랑스 민법 제16-9조 이 절의 규정은 의무사항이다. 동 번역은, 세계법제정보센터 홈페이지에서 “프랑스 민법전(Code civil)”을 참조.

파기원은 청구인들의 법적인 부모-자녀 관계가 프랑스 내에서 승인되지 않는다고 할지라도 캘리포니아 법률상 승인된 부모-자녀 관계는 여전히 유지된다고 보았고, 그것이 청구인들이 실제로 프랑스 내에서 사는 데 아무런 지장을 주지 않는다고 판단하였다. 이에 따라 파기원은 청구인 3, 4에 대한 출생등록을 무효라고 보는 것이 유럽인권협약 제8조에 따른 사생활 및 가족생활을 존중받을 권리를 침해하거나 아동의 최선의 이익 원리에 반하지 않는다고 판시하였다.⁴⁶⁾

2. 결정요지

(1) 청구인들의 주장

청구인들은 아동의 최선의 이익 침해를 주장하는 한편, 청구인 1, 2와 대리모계약의 결과 출생한 청구인 3, 4 간 해외에서 합법적으로 형성된 부모-자녀 관계가 프랑스 내에서 법적으로 인정받지 못하고 있음을 주장하며 유럽인권협약 제8조에 의해 보장되는 사생활 및 가족생활을 존중받을 기본권이 침해된다고 주장하였다.⁴⁷⁾

(2) 본안 판단

1) 법률에 따른 것인지 여부 및 목적의 정당성에 관한 판단

유럽인권재판소는, 프랑스 민법 제16-7조, 제16-9조 및 프랑스 판례법에 비추어 볼 때, 프랑스 법원에서 청구인 3, 4에 대한 출생등록이 무효라고 판단하리라는 점을 청구인들이 최소한으로나마 예측할 수 있었다고 보았다. 이를 토대로 재판소는 청구인들에 대한 기본권 침해가 “법률에 따른(in

46) ECHR, *Mennesson v. France*, para 25-27.

47) 유럽인권협약 제8조

1. 모든 사람은 그의 사생활과 가족생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
2. 공권력은 국가 안보, 공공의 안전, 국가의 경제적 복리를 위해, 무질서 또는 범죄의 방지를 위해, 보건 또는 도덕의 보호를 위해, 또는 타인의 권리와 자유를 보호하기 위해 민주사회에 필요하고 법에 따라 이루어지는 경우를 제외하고는 이 권리의 행사를 제한할 수 없다.

accordance with the law)” 것이라고 보았다.⁴⁸⁾

재판소는 대리모계약의 결과 해외에서 출생한 아동과 의뢰부모 간 부모-자녀 관계를 법적으로 승인해주지 않은 것이 유럽인권협약 제8조 제2항에 열거된 정당한 목적들 가운데, “보건의 보호”, “타인의 자유와 권리의 보호”에 따른 것이라고 보고, 그 목적의 정당성(legitimate aims)이 인정된다고 보았다.⁴⁹⁾

2) 기타 과잉금지 원칙에 관한 판단⁵⁰⁾

유럽인권재판소는 개별 회원국들이 대리모계약을 허용할지 여부에 관해서 광범위한 재량을 가지고 있기는 하나, 아동의 정체성과 관련되는 것으로서 부모-자녀 관계를 확정하는 문제에 있어서는 개별 회원국이 갖는 광범위한 재량의 폭이 줄어든다고 판시하였다.⁵¹⁾ 재판소는 이를 토대로, 아래와 같이 기본권 침해에 관한 구체적 판단에 나아갔다. 다만, 재판소는 청구인들의 가족생활을 존중받을 권리와 자녀인 청구인 3, 4의 사생활을 존중받을 권리의 문제를 분리하여 판단하였다.

(가) 청구인들의 가족생활을 존중받을 권리 침해 여부

유럽인권재판소는, 프랑스 법상 부모-자녀 관계를 법적으로 승인하지 않는 것이 청구인들의 가족생활에 영향을 준다는 점을 인정하였다.⁵²⁾ 예를 들어, 부모-자녀 관계를 입증해야만 그에 관련된 권리를 행사할 수 있거나 서비스를 보장받을 수 있는 경우에는, 청구인들은 항상 공식 번역이 수반된 미국 시민권 문서를 제출해야만 한다. 또한, 청구인 3, 4는 프랑스 국적을 보유하고 있지 않다는 것을 이유로 예를 들어 청구인들이 가족 단위 여행을 할 때에도 여러 불편한 상황에 처하게 될 뿐 아니라, 청구인 3, 4가 성인이 된 시점에 프랑스에 남아있을 권리, 이와 관련하여 청구인들의 가족으로서의 단

48) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 57-58.

49) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 62.

50) 판결문의 “(c) 민주사회에서의 필요성(necessary in a democratic society)”에 관한 부분으로, 이른바 과잉금지원칙에 따라 이미 판단한 목적의 정당성을 제외한 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성에 관해 판단한 부분이다.

51) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 77-81.

52) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 87.

위가 유지될 수 있는지 그 안정성에 관한 문제가 제기된다고 보았다.⁵³⁾ 나아가, 부모 중 일방이 사망하거나 부부가 이혼을 하게 되는 경우, 청구인들 간 부모-자녀의 가족관계가 유지되는지 여부가 문제될 수 있다고 보았다.⁵⁴⁾

그러나 재판소는 청구인들이 프랑스 법률에 따른 부모-자녀 관계를 법적으로 승인받지 못함에 따라 그들이 실제로 겪고 있는 극복 불가한 수준의 불이익 내지 그로 인해 자신들의 가족생활을 존중받을 권리가 보장되지 못하고 있다는 점을 충분히 입증하지 못하였다고 보았다. 또한, 여타의 가족들과 비교해 볼 때에도, 청구인 가족이 자녀 출생 직후부터 다른 가족들과 마찬가지로 비슷한 여건에서 프랑스 내에서 잘 살고 있고, 파기원에서 유럽인권협약 위반을 이유로 한 청구인들의 주장에 대한 판단도 유탈하지도 않았다고 보았다.⁵⁵⁾

이를 토대로 재판소는 부모-자녀 관계를 프랑스 내에서 법적으로 승인받지 못함에 따른 현실적인 결과와 프랑스 당국의 재량권을 고려해 볼 때, 청구인들의 가족생활을 존중받을 권리와 관련하여 파기원에서 이루어진 프랑스 당국과 청구인들의 이익 간 비교 형량은 비례원칙을 위반하지 않았다고 판단하였다.⁵⁶⁾

(나) 청구인 3, 4의 사생활을 존중받을 권리 침해 여부

유럽인권재판소는 비록 청구인 3, 4가 대리모계약을 통해 태어났을지라도, 청구인 3, 4의 신분이 프랑스 법제도 아래에서도 보장되어야 한다고 보았다. 이를 부인하는 것이 그들의 프랑스 사회 내에서의 정체성 확립을 해치는 것에 해당한다고 보았기 때문이다.⁵⁷⁾

재판소는 유럽인권협약 제8조가 특정한 국적 취득을 보장하는 규정이 아니기는 하나, 국적이 개인의 정체성을 구성하는 한 요소라고 보고 이 점에 주목하였다. 특히 재판소는 프랑스 법률상 원칙적으로 부모 중 한 명이

53) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 89.

54) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 91.

55) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 92-93.

56) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 94.

57) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 96.

프랑스인일 경우 그 자녀는 프랑스 국적을 자동으로 취득하도록 되어 있는데, 이 사건에서는 청구인 3, 4의 아버지가 프랑스 국적을 보유하고 있음에도 청구인 3, 4가 프랑스 민법 제18조에 따라 프랑스 국적을 취득할 수도 없는 불확실한 상황에 처해있다고 보았다. 재판소는 이러한 불확실성이 개인의 정체성 형성에 악영향을 끼치는 것이라고 보았다. 이밖에도 재판소는 청구인 3, 4가 프랑스 내에서 부모-자녀 관계를 법적으로 승인받지 못한 결과, 의뢰모가 자녀들을 수증자로 지정해놓지 않는 한 상속에 있어서도 피해를 입게 되는 것은 물론 이 사건에서는 의뢰부가 생물학적 부(父)에 해당함에도 마찬가지로 상황에 놓인다는 점에 주목하였다.⁵⁸⁾

재판소는 프랑스 당국이 자국 내에서 금지되는 보조출산 방법을 통해 해외에서 자녀를 출산한 후 그에 따른 프랑스 국적 취득을 막으려는 취지 자체는 인정되나, 그것이 비단 의뢰부모뿐만 아니라 태어난 자녀들에게도 직접적인 영향을 끼친다고 보았다. 재판소는 유럽인권협약 제8조가 보장하는 사생활을 존중받을 권리에 따라 모든 사람이 자신의 부모-자녀 관계 등을 포함한 자신의 정체성의 본질적인 부분을 형성할 수 있어야 하고, 이 문제에 있어 아동의 최선의 이익 또한 반드시 고려되어야만 한다고 보았다.⁵⁹⁾

재판소는 부모-자녀 관계가 개인의 정체성을 구성하는 핵심 요소라는 점을 고려할 때, 이를 박탈하는 것이 아동의 최선의 이익을 저해하는 일이라고 보는 한편, 이 사건에서와 같이 의뢰부모 중 부(父)가 생물학적 부(父)에 해당하는 경우에는 이러한 점들이 더욱 고려되어야 한다고 보았다. 즉 부모-자녀 관계의 생물학적 실체가 이미 형성되어 있고 자녀와 부모가 그에 따라서 그 관계를 온전히 승인받기를 원하는 경우, 그 법적 관계를 인정하지 않는 것이 아동의 이익에 부합한다고 보기 어렵다고 본 것이다. 이를 토대로, 재판소는 이 사건에서 자녀들과 생물학적 부(父) 간의 관계가 법적으로 승인되지 않고 있을 뿐 아니라, 인지 또는 입양과 같은 공식적 수단을 통해 또는 사실상의 민사상 신분을 향유함에 따른 효과를 통한 형식적 승인 조차도 파기원에 의해 확립된 금기상 불허되고 있다는 점에 주목하였다.⁶⁰⁾

58) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 97-98.

59) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 99.

재판소는 최종적으로 청구인 3, 4의 정체성 형성에 대한 심각한 방해 및 사생활의 존중에 관한 권리 침해 측면에서 볼 때, 피청구인인 국가는 생물학적 부(父)와의 관계에 관하여 국내법상 승인 자체가 불가하게 함으로써 개별 회원국에게 허용되는 재량의 범위를 초과하였다고 보았다. 즉 문제되는 이익들을 비교형량함에 있어 아동의 이익에 더 무게를 둔 결과, 청구인 3, 4의 사생활을 존중받을 권리가 침해되었다고 봐야 한다고 판시하였다.⁶¹⁾

3. 검토

(1) 대리모계약과 대리모출생아동의 출생등록 문제의 분리

유럽인권재판소는 청구인 1 내지 4가 사실상 프랑스 내에서 다른 가족들과 마찬가지로의 가족생활을 영위하고 있다고 보고 그들의 가족생활을 존중받을 권리가 침해되지 않았다고 보았다. 다만, 자녀들(청구인 3, 4)에 대해서는, 개인의 정체성을 구성하는 핵심요소인 부모-자녀 관계를 법적으로 승인받지 못함에 따라 그들의 사생활을 존중받을 권리가 침해되었다고 판단하였다. 이를 통해 재판소는 대리모계약의 문제와 그에 따른 출생등록 거부 문제를 명확히 구분해내고 있다. 특히 재판소는 아동의 복지 문제에 중점을 두므로써, 대리모출생아동의 출생등록 문제를 대리모계약의 유효효성 문제로부터 사실상 단절시키고 있다. 이는 재판소가 의뢰부모와 대리출생 아동의 책임 범위를 명확히 구분하는 것이라고 할 수 있다.⁶²⁾ 나아가 양자의 분리를 통해, 재판소는 프랑스 국내법 질서에 반하는 대리모계약 체결의 문제와 이미 그 결과로서 태어난 대리모출생아동의 정체성 확립의 문제 간 조화로운 해결을 도모하고 있다고도 할 수 있다.

(2) 친자관계 인정 범위

유럽인권재판소는 의뢰부와 자녀들 간의 친자관계 형성에 대해서만 언

60) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 100.

61) ECHR, *Mennesson v. France*, para. 100-101.

62) 서종희, 앞의 글, 2017, 231쪽.

급하고 있을 뿐, 의뢰모와 자녀들 간의 친자관계에 대해서는 언급하고 있지 않다. 이러한 측면에서 볼 때, 재판소의 판단은 유전적 관계가 인정되지 않는 의뢰모와 자녀들 간 모자관계 형성을 인정하지 않은 프랑스 파기원의 입장을 부정한 것은 아니라고도 볼 수 있다.⁶³⁾

IV. 우리나라의 경우

1. 서울가정법원 2018. 5. 9. 선고 2018브15 결정 사건

(1) 사건의 개요

2006년 혼인신고를 마친 신청인과 신청외 1은 수년 간 불임이 지속되자 대리모의 방법으로 자녀를 출산하기로 하고 신청외 2와 대리모계약을 체결하였다. 국내 병원에서 신청인과 신청외 1의 수정란을 대리모인 신청외 2에게 착상시킨 후, 신청외 2가 2017. 3. 26. 미국 로스앤젤레스 병원에서 사건 본인을 출산하였다. 동 병원에서 발행한 출생증명서에는 사건본인의 모(母)가 ‘신청외 2’로 기재되어 있었다.

신청인은 2017. 12. 22. 서울특별시 종로구청에 사건본인의 출생신고를 하면서 신고서의 모(母)란에 ‘신청외 1’의 성명을 기재하였다. 그러나 종로구청 가족관계등록공무원은 신고서에 기재한 모(母)의 성명과 출생증명서에 기재된 모(母)의 성명이 일치하지 않는다는 이유로 2017. 12. 26. 불수리처분을 하였다.

신청인은 위 불수리처분에 대해 불복신청을 하였으나, 제1심법원은 2018. 2. 14. 신청각하결정을 하였다. 신청인은 “가족관계 등록 등에 관한 법률(이하 ‘가족관계등록법’이라 한다)”이 정한 바에 따라 출생신고서에 출생증명서를 첨부하였고, “생명윤리 및 안전에 관한 법률(이하 ‘생명윤리법’이라 한다)”이 금지하는 영리목적의 대리모계약도 아니며, 수정란을 착상하는 방

63) 서종희, 위의 글, 2017, 230, 232쪽.

법에 의한 대리모의 경우 법률상 금지된 것도 아니므로, 제1심 결정이 부당하다고 주장하였다. 신청인이 항고했으나, 서울가정법원은 항고를 기각하였다.

(2) 결정요지

서울가정법원은 먼저, “우리 민법상 부모를 결정하는 기준은 ‘모의 출산’이라는 자연적 사실이라고, 보고 ‘출산’이라는 자연적 사실은 다른 기준에 비해 그 판단이 분명하고 쉬운 점, 모자관계는 단순히 법률관계에 그치는 것이 아니라, 수정, 약 40주의 임신기간, 출산의 고통과 수유 등 오랜 시간을 거쳐 형성된 정서적인 부분이 포함되어 있고, 그러한 정서적인 유대관계 역시 ‘모성’으로서 법률상 보호받는 것이 타당한 점, 유전적 공통성 또는 관계인들의 의사를 기준으로 부모를 결정할 경우 이러한 모성이 보호받지 못하게 되고, 이는 결과적으로 출생자의 복리에도 반할 수 있는 점, 또한 유전적인 공통성 또는 수정체의 제공자를 부모로 볼 경우 여성이 출산에만 봉사하게 되거나 형성된 모성을 억제하여야 하는 결과를 초래할 수 있고, 그러한 결과는 우리 사회의 가치와 정서에도 맞지 않는 점, 정자나 난자를 제공한 사람은 민법상 ‘입양’, 특히 친양자입양을 통하여 출생자의 친생부모와 같은 지위를 가질 수 있는 점 등에 비추어 보면, 우리 민법상 부모를 결정하는 기준은 그대로 유지되어야 한다.”고 판단하였다.⁶⁴⁾

위 판시를 토대로, 서울가정법원은 “출생신고서 및 출생증명서에 ‘모의 성명 및 출생연월일’을 기재하게 한 것은 우리 민법상 모자관계를 결정하는 기준인 ‘모의 출산사실’을 출생신고에 의하여 확인하고, 출산에 의하여 자연적으로 형성된 모자관계를 법률적으로 일치시키기 위한 조치이므로, 서울특별시 종로구청 가족관계등록공무원이 신청인의 출생신고를 수리하지 아니한 처분은 적법하다고 보고, 그에 대한 불복 신청을 각하한 제1심결정에도 법령을 위반한 잘못이 없다.”고 보았다.⁶⁵⁾

한편, 대리모가 법률상 허용되는지 여부에 관해서는, “우리 민법상 모자관계의 결정 기준이 ‘모의 출산사실’인 점, 가족관계등록법상 출생신고를 할

64) 서울가정법원 2018. 5. 9. 선고 2018브15 결정.

65) 서울가정법원 2018. 5. 9. 선고 2018브15 결정.

때에는 출생신고서에 첨부하는 출생증명서 등에 의하여 모의 출산사실을 증명하여야 하는 점, 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것을 방지함으로써 생명윤리와 안전을 확보하고 국민의 건강과 삶의 질 향상에 이바지하고자 하는 생명윤리법의 입법 목적 등을 종합하여 볼 때, 남편이 배우자 아닌 여성과의 성관계를 통하여 임신을 유발시키고 자녀를 낳게 하는 고전적인 대리모의 경우뿐만 아니라 출산 대리모도 우리 법령의 해석상 허용되지 아니한다고 할 것이고, 이러한 대리모를 통한 출산을 내용으로 하는 계약은 선량한 풍속 기타 사회질서에 위반하는 것으로써 민법 제103조에 의하여 무효”라고 보았다.⁶⁶⁾

2. 관련 법령

(1) 대리모계약의 경우

국내 보조생식의료와 관련된 대표적인 법률로는 생명윤리법이 있고, 이 밖에 모자보건법에도 난임 및 보조생식술 관련 규정이 일부 마련되어 있다. 생명윤리법 제23조 제3항에서 금전이나 재산상의 이익이나 그 밖의 반대급부를 조건으로 배아나 생식세포를 제공 또는 이용하거나 이를 유인하거나 알선하는 것을 금지하고 있으나, 기본적으로 생명윤리법이나 모자보건법 모두 보조생식의료에 관한 전문적인 입법으로 보기는 어렵다. 예를 들어, 생명윤리법은 “연구”에 초점이 맞춰져 있는 법률로 평가되기 때문이다.⁶⁷⁾ 그러한 이유로 현행 국내법상, 대리모를 통한 임신, 출산의 허용 여부 내지 허용 시 구체적인 규제방법 등을 명확하게 규정하는 법령이 마련되어 있다고 말하기는 어려운 것이 사실이다.⁶⁸⁾

관련하여 2006. 4. 29. 비영리 목적의 대리모를 보건복지부 장관 소속

66) 서울가정법원 2018. 5. 9. 선고 2018브15 결정.

67) 이기평·김은애·유수정·이권일·박수경, 앞의 책, 2021, 54, 58쪽.

68) 사실상 대리모계약은 물론 보조생식술을 통해 태어난 아동의 부모를 결정하는 기준 역시 별도로 마련되어 있지 않은 실정이다. 자세한 내용은, 이기평·김은애·유수정·이권일·박수경, 위의 책, 2021, 69-72쪽.

체외수정관리본부의 허가 하에 허용하는 내용의 ‘체외수정 등에 관한 법률안’이,⁶⁹⁾ 같은 해 10. 19. 대리모 계약이 무효라고 보는 ‘의료보조생식에 관한 법률안’이 각 발의된 적 있으나,⁷⁰⁾ 이해관계자들의 견해 대립으로 법안이 통과되지는 못하였다.

이에 따라 현재의 대리모 시술은 법적 구속력이 없는, 대한산부인과학회에서 제정한 “보조생식술 윤리지침(2021. 1. 1. Version 9.0., 이하 ‘산부인과학회 윤리지침’이라 한다)”에 따라 해결되고 있다고 할 수 있다.⁷¹⁾ 실제로 동 지침에서는 상대적으로 대리모 시술에 관하여 구체적인 사항들을 규정하고 있다. 다만, 동 지침에 따르면, 대리모를 통한 임신은 부부 간의 정자와 난자로부터 형성된 배아를 타인의 자궁에 이식하여 임신을 시도하는 것만을 의미한다. 즉 현행 산부인과학회 윤리지침에 따를 때 허용되는 대리모의 범위는 출산 대리모로 국한된다.

동 지침에서는 ‘선천적으로 자궁이 없는 경우, 자궁 절제술을 시행받은 경우, 주요 장기의 질환으로 인해 임신시 태아나 산모의 건강에 심각한 위해가 예상되는 경우, 중증도의 자궁내막 유착이나 자궁내막이 손상된 경우, 반복적 임신 유지 실패 또는 반복적 착상 실패’ 등으로 대리모 시술의 적용이 가능한 경우를 한정하고 있다. 대리모 대상 여성의 경우에 관해서도, 출산경험이 없는 여성, 분만 횟수가 5번을 초과하거나 3회 이상의 제왕 절개술을 시행한 경우는 제외된다고 규정하고 있다. 나아가 대리모 시술을 하기에 앞서 해당 기관생명윤리심의위원회의 심의를 받을 것을 규정하고 있는 등 그 요건, 절차 등을 어느 정도 구체적으로 규율하고 있다.

(2) 출생신고의 경우

현행 가족관계등록법에 따르면, 원칙적으로 부 또는 모가 아동의 출생

69) 체외수정 등에 관한 법률안(2006. 4. 29. 박재완 의원 대표 발의).

70) 의료보조생식에 관한 법률안(2006. 10. 19. 양승조 의원 대표 발의).

71) 2001. 4. 19. 제정되고 같은 해 11. 15. 공포된 “의사윤리지침” 제5장 제56조에서 대리모 출산에 관한 규정을 두었으나, 동 규정은 2006. 4. 22. 삭제된 것으로 확인된다. 자세한 내용은, 김성은, “보조생식의료의 법적규제 및 실제에 대한 대처 - 대리출산을 중심으로-”, 전북대학교 부설법학연구소 「법학연구」 통권 제36집, 2012, 284쪽 참조.

등록의 의무자이다. 동법 제46조 제1항, 제2항에 따르면 혼인 중 출생자의 경우에는 부 또는 모가 출생신고를 하여야 하고, 혼인 외 출생자의 경우에는 모가 출생신고를 하여야 한다. 동법 제57조 제1항에서는 “부가 혼인 외의 자녀에 대하여 친생자출생의 신고를 한 때에는 그 신고는 인지의 효력이 있다.”라고 하여 생부가 출생신고를 할 수 있는 근거를 마련해두고 있다. 동조 제2항에서는 생부가 모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호를 알 수 없는 경우에는 부의 등록기준지 또는 주소지를 관할하는 가정법원의 확인을 받아 출생신고를 할 수 있도록 하고 있다.⁷²⁾ 한편, 동법 제46조 제2항, 제57조 제1항, 제2항이 혼인 중 여자와 남편이 아닌 남자 사이에 출생한 자녀에 대한 생부의 출생신고를 허용하도록 규정되어 있지 않다는 것을 이유로, 헌법재판소가 위 조항들에 대해 2023. 3. 23. 헌법불합치결정을 내렸다.⁷³⁾ 이로 인해, 모의 혼인 계속 중을 불문하고, 혼인 외 출생자에 대한 생부의 출생신고가 가능하게 되었다.

아울러, 가족관계등록법이 2023. 7. 18. 법률 제19547호로 개정됨에 따라, 2024. 7. 19.부터는 부모에게만 원칙적으로 주어졌던 출생신고 의무가 의료기관에도 부과되게 되었다. 이른바 “출산통보제” 즉 부모가 출생신고를 하기 전 의료기관과 건강보험심사평가원을 통해 지방자치단체가 출생사실을 통보받을 수 있는 장치를 마련하는 내용의 규정이 동법 제44조의3에 신설되었다.

그러나 대리모출생아동의 출생등록 문제는 가족관계등록법 등의 개정과는 사실상 무관한 상태에 놓여있다고 할 수 있다. 헌법불합치결정을 통해 대리모가 혼인계속 중인 경우에도 의뢰부에 의해 출생신고가 가능하게 되었다는 점을 제외하면, 대리모출생아동의 출생등록 문제는 가족관계등록법의

72) 2015년 동 규정을 포함해 생부의 출생신고를 가능하게 하는 내용의 규정인 동법 제57조 제2항 내지 제5항이 신설되었을 당시만 하더라도, 생부가 출생신고를 하지 못하여 곤란을 겪는 상황은 모두 해소될 것으로 예상되었다. 그러나 법원에 따라서 생부가 ‘모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호’를 전부 알 수 없는 경우에만 위 규정이 적용된다고 해석함에 따라, 생부가 모의 성명을 아는 경우에도 친생자 출생신고를 위한 확인신청이 기각되어 출생신고를 하지 못하는 사례가 속출한 것으로 파악된다. 자세한 내용은 김상용, “생부의 권리에 관한 소고 - 생부의 출생신고와 친생부인권을 중심으로 -”, 「중앙법학」 제22집 제2호, 2020, 161-162쪽 참조.

73) 헌재 2023. 3. 23. 선고 2021헌마975 결정.

개정 등으로 인해 사실상 큰 영향을 받고 있다고 보기 어렵다. 무엇보다도, 의뢰부모는 대리모출생아동을 혼인 중 출생한 자녀로 출생신고할 수 없다.

가족관계등록법에 따르면, 대리모 출산의 경우 원칙적으로 의뢰부만이 가족관계등록법 제57조 제1항 등에 따라 생부로서 혼인 외 출생자인 대리모출생아동에 대한 출생신고를 할 수 있을 것으로 보인다. 현실적으로 대리모 계약에 앞서 가족관계등록법상의 관련 규정들을 고려하여 의뢰부모가 대리모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호를 미리 파악해두었을 것으로 예상되기 때문에, 대리모의 인적사항을 알지 못해 의뢰부가 출생신고를 하지 못하는 경우는 발생하기 어려울 것으로 보인다. 다만, 이 경우 대리모의 입장에서 결국 자신의 출산 사실을 공개할 수밖에 없는 상황에 처하게 된다.

결국 우리나라에서 대리모출생아동의 경우, 의뢰부의 인지를 통해 의뢰부와 자녀 간에만 가족관계가 형성되거나 대리모가 출생신고를 한 후 의뢰부모가 친양자 입양을 하는 등의 방법을 통해 의뢰부모와 자녀 간 가족관계가 형성될 것으로 예측된다.

3. 검토

(1) 아동의 기본권

1) 가족관계형성의 자유

앞서 살펴본 유럽인권재판소 사건에서 재판소는 자녀들의 가족생활에 대한 권리 역시 침해되지 않는다고 판단하였다. 관련하여, 우리 헌법 제36조 제1항은 “혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성의 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다.”라고 규정함으로써 가족 자유권을 보장하고 있는데, 아래에서는 자녀들의 가족 자유권 즉 가족관계 형성의 자유 및 가족생활 형성의 자유의 순서로 그 침해 여부를 살펴보기로 한다.⁷⁴⁾

먼저, 자녀들의 가족관계 형성의 자유가 침해되었다고 볼 수 있다. 가족관계 형성의 자유는 가족구성원 가운데 부모에게만 부여되는 권리에 해당

74) 가족자유권에 자세한 내용에 관해서는, 김하열, 헌법강의, 박영사, 2023, 754-755쪽 참조.

하지 않는다. 예를 들어, 혼인 외의 자녀가 부(父)를 상대로 인지청구의 소를 제기할 수 있다는 점 등을 고려해 볼 때, 가족관계 형성의 자유는 부모뿐만 아니라 그 자녀에게도 충분히 인정될 수 있다. 따라서 대리모 계약을 통해 태어난 자녀들이 출생신고를 하지 못함으로 인해 결과적으로 자신의 부모와 사회적으로 승인된 가족관계를 형성할 수 없다면, 이는 가족관계 형성의 자유의 침해에 해당하게 된다.

특히, 위 유럽인권재판소 사례에서 아동은 부(父)와 친자관계가 인정됨에도 불구하고, 프랑스 과기원이 캘리포니아 주대법원 판결의 효력을 인정하지 않음에 따라 인지, 입양 등도 불가능한 상황에 처해 있었다. 자녀의 입장에서 볼 때, 자녀는 자신과 무관한 사유로 즉 자신이 대리모가 출생한 자녀라는 이유로, 부모와 가족관계를 형성할 수 없는 상태에 처해 있는 것이다. 바로 이 점에서 자녀의 가족관계 형성의 자유가 침해되었다고 할 수 있다.

이와 관련하여, 외국에서 출산을 한 대리모가 문제된 사례에서 외국판결을 승인하고 신청인을 위한 출생신고명령을 내린 독일 연방대법원에서의 판시를 주목할 필요가 있다. 독일 연방대법원은 이미 아동이 출생한 이상 ‘대리모 금지’라는 일반예방적 가치를 관철시키기 위한 목적으로, 아동의 독일기본법 제6조 제2항 제1문,⁷⁵⁾ 제2조 제2항⁷⁶⁾에 따른 ‘법적인 부모를 가질 권리’ 내지 ‘양친에의 귀속을 법적으로 보장받을 권리’를 희생시켜서는 안 된다고 판시하였다.⁷⁷⁾ 근본적으로 자녀가 이미 출생한 이상, 그가 대리모에

75) 독일기본법 제6조

(1) 혼인과 가족은 국가의 특별한 보호를 받는다.

(2) 자녀의 양육과 교육은 부모의 자연적 권리인 동시에 최우선적으로 부모에게 주어진 의무이다. 그들의 실행에 대하여 국가공동체는 감독한다.

동 번역은 국회도서관, 독일연방공화국 기본법, 2017, 5쪽을 참조.

76) 독일기본법 제2조

(1) 누구든지 다른 사람의 권리를 침해하거나 헌법질서 또는 도덕률에 반하지 않는 한 자기의 인격을 자유로이 실현할 권리를 가진다.

(2) 누구든지 생명권과 신체적 훼손을 받지 않을 권리를 가진다. 인신의 자유는 침해되지 아니한다. 이 권리들은 오직 법률에 근거하여 제한할 수 있다.

동 번역은 국회도서관, 독일연방공화국 기본법, 2017, 3쪽을 참조.

77) BGH, Beschl. v. 10.12.2014-XII ZB 463/13, in: JZ 2016, 202 (204), Rn. 41, 54. 이동수, “외국에서의 대리모출산과 친자관계 결정의 문제에 대한 소고 - 독일과 우리나라의 판례의 동향을 중심으로 -”, 「가족법연구」 제33권 제2호, 2019, 378, 382쪽에서 재인용

의하여 출생했다는 일반예방적 가치를 이유로 차별받을 이유가 없다고 보는 것이다.⁷⁸⁾

독일 연방대법원의 판시에 따르면, 의뢰모와 자녀 간 모자관계를 인정하는 외국판결을 승인하지 않는다면 의뢰모와 자녀 간에는 모자관계의 공백이 생길 수 있는데, 이는 가족관계의 사각지대에 자녀를 방치하는 것이 될 것이라는 점, 이 문제에 있어 핵심 가치는 자(子)의 복리에 있는데 자(子)가 자신의 출생과 관련된 정황에 아무런 책임이 없다는 점, 의뢰부모는 대리모와 달리 부모의 지위를 얻기 위해 노력하고 있다는 사실 및 자녀 성장에 필요한 모든 것을 해줄 준비가 되어 있다는 점 등이 고려되어야 한다.⁷⁹⁾ 또한, 자녀의 복리 측면에서 볼 때, 설령 입양가능성이 인정된다고 하더라도, 일방적 입양거절로 인해 자(子)에게는 부모에게 속할 수 있는 기본권이 보장될 가능성이 축소될 위험이 있다고 본다. 예를 들어, 장애를 안고 태어난 자녀에 대한 입양을 포기할지 여부를 의뢰모가 임의적으로 결정할 수 있고, 대리모 시술로 임신이 되었으나 자녀 출생 전에 의뢰부부가 이혼하거나 또는 그 결정을 사후에 후회한다면 의뢰모는 손쉽게 입양을 포기할 수도 있기 때문이다.⁸⁰⁾

다음으로, 아동은 대리모를 통해 출산되었다는 이유만으로 가족생활을 형성 및 영위하는데 있어서도 다른 가정에서 태어난 아동과 분명 다른 취급을 받고 있다. 유럽인권재판소 판결에서 명시한 바와 같이, 급식을 신청하거나 교외활동을 하는 등 일상 속 사소한 일을 처리하는 데에 있어서도 명백한 제약을 받고 있을 뿐 아니라, 무엇보다도 의뢰부가 인지만을 한 상태에서 부모 중 일방이 사망하거나 이혼 등을 하게 되는 경우 의뢰모와의 가족관계가 불확실한 상황에 처하게 된다. 또한, 아동은 근본적으로 성인이 된 이후에도 가족들과 현재의 가족생활을 유지할 수 있을지가 불투명한 상태

78) BGH, Beschl. v. 5.9.2018-XII ZB 224/17, in: NZFam 2018, 983 (986), Rn. 25. 이동수, 위의 글, 2019, 404쪽에서 재인용.

79) BGH, Beschl. v. 10.12.2014-XII ZB 463/13, in: JZ 2016, 202 (204), Rn. 56. 이동수, 위의 글, 2019, 383-384쪽에서 재인용.

80) BGH, Beschl. v. 10.12.2014-XII ZB 463/13, in: JZ 2016, 202 (204), Rn. 59; 이동수, 위의 글, 2019, 386-387쪽에서 재인용.

에 놓여있다. 비록 현재에 가족들과 함께 살고 있다고 할지라도 장래 가족들과의 생활이 보장되지 않거나 불확실한 상황에 놓여있다면, 이를 두고 아동이 원하는 대로 가족생활을 영위할 자유를 누리고 있다고 보기는 어렵다. 이처럼 자기가 살고 있는 가족 형태가 보전되지 않을 것이라는 불안정성과 그 예측불가능성을 고려할 때, 아동의 가족생활을 형성 및 영위할 자유는 침해되고 있다고 봐야 한다.

2) 출생등록될 권리

앞서 살펴본 사례에서 유럽인권재판소는 부모-자녀관계를 승인받는 것이 개인의 정체성을 구성하는 데 있어 핵심적인 부분을 차지한다고 보고, 그 출생등록을 거부함으로써 아동의 사생활을 존중받을 권리가 침해당하였다고 보았다. 이러한 판단에는 아동의 최선의 이익에 관한 아동권리협약 제3조⁸¹⁾ 및 출생등록될 권리에 관한 동 협약 제7조 제1항이 적극적으로 고려된 것으로 보인다.

부모-자녀관계의 법적 승인은, 개개인이 자신의 뿌리를 찾는 일 내지 확인받는 일을 의미하는 것이 된다. 더군다나 그러한 법적 승인이 어려운 경우와 대조해 볼 때 그것이 갖는 가치는 더욱 확연히 드러난다. 이러한 점에서 볼 때 부모-자녀관계의 승인은 개인의 정체성 형성에 있어, 나아가 그와 관련한 기본권 행사에서 가장 기초가 되는 일이 된다고 할 수 있으므로, 유럽인권재판소의 이 부분 판단에 동의한다.

다만, 유럽인권협약에서와 달리 우리 헌법의 차원에서 본다면, 출생등록을 하지 못함으로써 입게 되는 기본권 침해의 문제는 사생활을 존중받을 권리보다는 일반적 인격권 그 중에서도 사회적 인격상 결정권의 문제로 보

81) 아동권리협약 제3조

1. 공공 또는 민간 사회복지기관, 법원, 행정당국, 또는 입법기관등에 의하여 실시되는 아동에 관한 모든 활동에 있어서 아동의 최선의 이익이 최우선적으로 고려되어야 한다.
2. 당사국은 아동의 부모, 후견인, 기타 아동에 대하여 법적 책임이 있는 자의 권리와 의무를 고려하여, 아동복지에 필요한 보호와 배려를 아동에게 보장하고, 이를 위하여 모든 적절한 입법적·행정적 조치를 취하여야 한다.
3. 당사국은 아동에 대한 배려와 보호에 책임있는 기관, 편의 및 시설이 관계당국이 설정한 기준, 특히 안전과 위생분야 그리고 직원의 수 및 적격성은 물론 충분한 감독면에서 기준에 따를 것을 보장하여야 한다.

는 것이 보다 적합해 보인다. 출생등록의 문제는 공적·사회적 관련성이 두드러지는 영역에서의 문제에 해당하기 때문이다. 예를 들어, 아동은 출생등록이 되어야만 교육, 보건의료, 사회보장 등 공적 서비스를 제공받는 등 법적 보호를 받는 사회구성원으로서 인정될 수 있다. 이처럼 출생등록이 갖는 공시 제도로서의 효과에 비추어 볼 때, 출생등록은 현실적으로 자신의 사회적 인격상 결정의 근간이 된다. 따라서 이를 가로막는 것은, 사회적 인격상 결정권의 침해 문제에 해당한다.

관련하여, 최근 대법원과 헌법재판소는 “출생등록될 권리”를 헌법에 명시되지 않은 기본권으로 보고 있는데, 그 헌법적 근거에 관해서는 견해를 달리하는 것으로 보인다. 먼저, 대법원 2020. 6. 8. 선고 2020스575 판결에서는,⁸²⁾ 대한민국 국민으로 태어난 아동은 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 가지고 이러한 권리는 ‘법 앞에 인간으로서 인정받을 권리’로서 모든 기본권 보장의 전제가 되는 기본권이므로 법률로써도 이를 침해할 수 없다고 판시하면서, 대한민국 국민으로 태어난 아동에 대해 국가가 출생신고를 받아주지 않거나 그 절차가 복잡해 준비해야 할 서류도 많고 시간도 오래 걸려 출생신고를 받아주지 않는 것과 마찬가지로 결과가 발생한다면 이는 그 아동으로부터 사회적 신분을 취득할 기회를 박탈함으로써 인간으로서의 존엄과 가치, 행복추구권 및 아동의 인격권을 침해하는 것이라고 판시하였다.

반면에, 헌재 2023. 3. 23. 선고 2021헌마975 결정에서는 ‘혼인 중 여자와 남편 아닌 남자 사이에서 출생한 자녀에 대한 생부의 출생신고’를 허용하도록 규정하지 않은 가족관계등록법령이 문제된 사안에서, 심판대상조항들이 혼인 외 출생자인 청구인들의 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’를 침해한

82) 신청인은 귀화허가를 받은 대한민국 국민으로 사실혼 관계에 있는 중국국적의 여성과의 사이에서 출생한 자녀에 대해 출생등록을 하려 하였다. 그런데, 자녀의 모(母)는 약 10년 전 여권갱신이 중국당국으로부터 불허되어, 일본정부로부터 난민의 지위를 인정받아 일본정부가 발행하는 여행증명서를 이용해 대한민국에 입국한 상태였기 때문에 혼인신고에 필요한 서류 등을 발급받을 수 없는 상태였고, 이를 이유로 출생등록이 거부되었다. 이에 따라 신청인은 출생신고에 필요한 서류를 발급받지 못하는 경우가, 가족관계등록법 제57조 제2항 상의 ‘모의 성명·등록기준지 및 주민등록번호를 알 수 없는 경우’에 해당한다고 보아 가정법원에 출생신고를 위한 확인을 신청하였다(자세한 내용은 원심판결인 청주지방법원 2020. 3. 3.자 2019브24 결정 참조).

다고 보면서, 태어난 즉시 ‘출생등록될 권리’가 헌법에 명시되지 아니한 독자적 기본권이라고 보았다. 헌법재판소는 동 기본권이 헌법 제10조 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권으로부터 도출되는 일반적 인격권을 실현하기 위한 기본적인 전제로서 헌법 제10조, 헌법 제34조 제1항의 인간다운 생활을 할 권리, 헌법 제36조 제1항의 가족생활의 보장, 헌법 제34조 제4항의 국가의 청소년 복지향상을 위한 정책실시의무 등에 근거를 두고 있다고 본다.

(2) 의뢰부모의 기본권

의료기술이 발달하면서 인공수정이나 체외수정과 같이 의·과학 기술의 보조를 받아 출산을 하는 경우가 보편화되고 있다. 이러한 현실을 고려할 때, 인공수정이나 체외수정이라는 방법을 통한 출산의 자유는 가족구성(가족관계 형성)의 자유에 충분히 포섭될 수 있다. 그러나 이 경우에도 그 자유는 일정 부분 제한될 수 있다. 대리모의 경우 이러한 문제에 곧장 직면하게 된다.

대리모출생아동과 의뢰부모 간 일반적인 친자관계를 전제로 한 출생등록이 이루어지지 않는다고 하더라도, 그 자체로 가족관계 형성의 자유가 침해되었다고 할 수만은 없다. 앞서 언급한 바와 같이 대리모 내지 의뢰부 일방의 출생신고 이후 친양자 관계 등을 통해 법적으로도 가족관계를 충분히 형성할 수 있고, 그 가족이 실재(實在)하는 데 있어서 문제될 부분이 없을 것이기 때문이다. 이는 현행 우리 법제에서 대리모계약을 금지하고 있고, 의뢰부모도 이를 사전에 알고 있었다는 점에 비추어 볼 때, 어느 정도 충분히 예상 가능한 것이라 감내할 수 있는 부분이라 할 수 있다. 사실상 사후적으로나마 가족관계 형성의 자유에 어느 정도의 제한을 받는 것은 현행 법제상 불가피한 일이라 할 수 있다.

다만, 보다 근본적으로 대리모계약 자체의 유효성 여부와 그에 따른 가족관계형성의 자유에 대한 제한 문제에 관해서는 별도로 검토해 볼 필요가 있다.⁸³⁾ 예를 들어 오늘날 이른바 무자녀 가족인 ‘딩크족’을 비롯해 다양한 가족 형태가 등장하였다는 점을 감안할 때,⁸⁴⁾ 가족을 구성하는 데 있어 자

83) 이에 관한 논의는 앞서 이 글의 초반에서 다루었던 대리모계약의 유효여부에 관한 논의의 연장선상에 있는 것이다.

녀가 그 필수적인 구성요소에 해당한다고 볼 수는 없다.⁸⁵⁾ 따라서 극단적으로 표현하면 대리모계약은 자신의 혈통을 잇는 자녀를 구성원으로 하는 가족을 만들기 위해, 여성의 신체를 그 수단으로 사용하는 행위라고도 표현할 수 있다. 정확히는 여성의 신체의 일부인 ‘자궁’이 그 대상이 된다고 할지라도, 의뢰 부모와의 관계에서 해당 여성이 누군가의 가족을 형성하는데 필요한 수단이나 객체로 전락하는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 임신 및 출산을 하기에 앞서, 인공수정, 체외수정 과정에서 대리모가 감내해야 하는 신체 전반의 변화는 물론 임신, 출산 과정에서 겪게 될 건강에의 위험 등을 고려하면,⁸⁶⁾ 위 권리의 행사는 극히 예외적인 경우에만 허용되어야 할 것이다. 반면, 자신의 유전자를 물려받은 아이를 가지고 싶은 것은 인간의 본질적이고도 자연스러운 욕망을 고려할 때, 이는 그 자체로 하나의 기본권으로 충분히 인정될 수 있다.⁸⁷⁾ 오히려 대리모를 무조건적으로 금지하는 것이, 기술의 발달에도 불구하고 불임인 부부와 불임이 아닌 부부를 아이를 가질 권리 문제에 있어 차별하는 것에 해당한다. 이에 따르면, 대리모계약을 통해 가족을 형성할 자유는, 기술의 발달이 허락하는 한 최대한 보장될 필요가 있다. 이처럼 대리모계약에 관한 찬반논의를 토대로 가족관계형성의 자유의 제한 범위가 정해지게 되는데, 그 제한의 범위에 따라 가족관계 형성의 자

84) 여성가족부의 2020년 가족실태조사 분석 연구에 따르면, 20대의 절반 가량이 비혼 독신 또는 동거, 무자녀에 동의하는 것으로 나타났다. 자세한 내용은 여성가족부, 2020년 가족실태조사 분석연구, 2021, 73-74쪽 참조.

85) 헌법상 가족의 개념을 판단하는 결정적인 요소가 자녀의 존재여부라고 보는 견해로는, 한수웅, 헌법학, 법문사, 2021, 1079쪽 참조. 독일에서도 본래 기본법 제6조에 규정된 “가족” 개념의 해석에 있어 자녀를 필수적 요소로 보았으나, 최근에는 가족 개념에서 자녀의 비중이 상대화되고 있는 것으로 보인다. 이에 대해서는 김하열, “헌법상 가족의 개념”, 「인권과 정의」 제510호(2022. 12), 2022, 15-16쪽 참조.

86) 특히 자궁의 제공이 대리모의 생명에도 영향을 줄 수 있다는 점에 비추어 볼 때, 대리모 계약의 경우 대리모의 건강과 생명에 대한 처분권 자체가 문제될 수도 있다. 자세한 내용은, 이준일, 인권법 - 사회적 이슈와 인권 -, 홍문사, 2021, 607쪽 참조.

87) 이준일, 위의 책, 2021, 609-610쪽. 한편, 대리모를 통해 아이를 가질 권리는 의식적이고 의도적인 행위로서 우연하고도 의도되지 않은 임신 행위에 비하여 더 많은 보호를 받아야 한다는 견해로는, Andrea E. Stumpf, “Redefining Mother : A Legal Matrix for New Reproductive Technologies”, 「The Yale Law Journal」 Vol.96, No. 1(Nov., 1986), 1986, pp.200-201 참조.

유 제한이 정당화될 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다.

한편, 앞서 살펴본 유럽인권재판소 사안과 달리 국내에서의 사안의 경우는 추가적으로 고민해봐야 할 부분이 있다. 우리나라 사안의 경우 출산 대리모 사안에 해당하기 때문이다. 즉 의뢰부뿐만 아니라 의뢰모도 자신의 난자를 제공한 결과 아동과 의뢰모 간에도 생물학적으로 친자관계가 인정되기 때문에 의뢰부와 의뢰모 양자 간 차별이 문제될 수 있다.

이 경우에도 ‘모(母)는 항상 확실하다(Mater semper certa est)’라는 로마 격언을 토대로 오랜 기간 확립된 ‘아이를 출산한 여자가 어머니’라는 대원칙에 따라 출산 대리모만을 법적인 모(母)로 여전히 인정하게 된다면, 의뢰모의 경우 자신의 난자를 제공하였음에도 단지 의뢰부의 배우자의 지위에서 입양을 통해서만 또는 친양자입양을 통해서만 모자관계를 형성할 수 있게 된다.⁸⁸⁾ 이는 가족생활에 있어 남녀를 차별하는 행위에 해당할 수 있다. 결국 생물학적 친자관계를 인정받고 있다는 점에서는 의뢰부와 의뢰모가 다르지 않음에도, 의뢰모는 출산을 하지 못하였다는 이유로 모자관계를 인정받지 못하는 상황에 처하게 되기 때문이다.

대리모의 불법성 여부를 차치하더라도, 아동과의 관계만을 놓고 볼 때 의뢰부모 모두 생물학적 친자관계가 인정된다는 점은 서로 다르지 않다. 그럼에도 불구하고 위 로마법 이래 고수해온 원칙만을 고집한다면, 이는 가족생활에 있어 남녀를 차별하는 행위에 해당할 수 있다. 향후 대리모를 제한적 범위에서 허용하게 되는 경우, 이 부분이 충분히 고려되어야만 한다.

(3) 대리모의 기본권

원칙적으로 대리모에게는, 대리모 출산을 통해 태어난 아동과 가족을 이룰 의사는 없었다고 볼 수 있다. 그런데, 만약 앞서 언급한 ‘아이를 출산한 여자가 어머니’라는 로마법 이래 확립된 대원칙에 따라 대리모와 아동 간 출생신고가 반드시 이루어져야만 한다면, 대리모는 부득이하게 해당 아동과 가족관계를 형성해야만 하는 상황에 놓이게 된다.

88) 김현진, 앞의 글, 2018, 79, 102-103쪽 참조.

우리 가족관계등록법 제46조 제2항에서는 혼인 외 출생자의 신고는 모(母)가 하도록 규정하고 있다. 물론 동법 제57조에서 부(父)가 혼인 외의 자녀에 대하여 친생자출생신고를 할 수 있도록 규정하고 있기는 하나, 앞서 살펴본 바와 같이 이때에도 모(母)의 인적사항이 최소한으로나마 요구된다는 점이 문제된다. 결국 부부가 부모의 수정란을 이용해 출산 대리모를 통해 출산을 한 경우에도, 현행 법령상 해당 아동은 대리모와의 가족관계를 전제로 부와 가족관계를 형성할 수 있다.⁸⁹⁾

그러나 대리모가 국내 법령상 금지되는 것이라 할지라도, 대리모에게 원치 않는 가족관계의 형성까지를 강요할 수는 없다. 이는 대리모계약에 대한 일반예방적 효과의 문제와 대리모와 아동 간 가족관계 형성의 문제를 전혀 구분해내지 못하는 것이다. 이를 감안할 때, 대리모가 해당 아동과 가족관계의 형성을 강요당하지 않을 수 있는 방안이 별도로 강구될 필요가 있다. 관련하여 대리모 출생 자녀의 자신의 출신에 대한 알 권리 보장이 문제될 수 있겠으나, 일정 연령에 이르렀을 때 이를 알 수 있는 방안을 마련해 놓는 등 알 권리 보장을 위한 다른 조치를 취해 놓는다면 이러한 문제는 함께 해결될 수 있을 것으로 보인다.

V. 결 어

이 글은 대리모출생아동의 출생등록 문제를 헌법학의 관점에서 살펴보고자 한 데에서 비롯되었다. 의학적 보조생식기술의 발달로 인해 가능해진 새로운 출산 형태로서 대리모 출산의 문제를, 대리모 출산을 통해 태어난 아동의 출생등록 문제에 중점을 두고 검토하고자 하였다. 이 글에서 이루어진 구체적인 여러 문제제기와 나름의 결론들은 모두 그러한 관점에서 서

89) 유전적 대리모의 경우 원칙적으로 대리모가 법적인 모(母)로 인정될 것이고, 의뢰모와 대리모출생자 사이는 법정모자관계가 아닌 인척관계가 된다. 자세한 내용은 윤우일, “대리모계약에 기해 출생한 자의 친자관계 결정기준”, 「경희법학」 제47권 제3호, 2012, 282-283쪽 참조.

술되었다.

먼저, 이 글에서 다루고자 하는 대리모 출산의 개념 범위를 설정하였고, 대리모계약의 유효성 여부, 대리모계약의 허용여부에 관한 해외 입법례를 살펴보았다. 동시에 아동에게 있어 출생등록이 갖는 의미를 살펴보고자 하였다. 다음으로, 대리모 출산을 통해 태어난 아동의 출생등록 문제를 의뢰부모, 아동의 기본권 차원에서 접근한 유럽인권재판소 *Mennesson v. France* 사건의 판시를 살펴보았다. 이를 기초로 대리모 출산 시 우리나라에서 이루어지고 있는 아동의 출생등록 문제를 헌법적 차원에서 살펴보고자 하였다.

주지하듯이 대리모계약의 유효성에 관해서는 꾸준히 많은 논란이 있었고, 다양한 견해 대립이 존재한다. 실제로 이를 둘러싸고는 민법, 헌법과 같은 법률의 영역은 물론 윤리 차원에서도 많은 논의가 존재해 왔다. 그러나 결과적으로 의학적 보조생식기술의 힘을 빌린 대리모계약은 꾸준히 체결되어 왔고, 현재에도 체결되고 있다. 심지어 대리모계약이 법령상 금지되는 경우에도, 그 법망을 회피하는 방식으로 그것은 꾸준히 이루어지고 있다. 그 결과 대리모를 통해 아동이 출산되고 있다는 것 역시 부인할 수 없는 현실이다. 이러한 현실은 대리모를 둘러싼 논의가 그 유효성에 관한 논의만이 아닌, 대리모계약을 통해 태어난 아동과 그 아동의 출생등록이라는 보다 현실적인 문제상황에 관한 논의를 필요로 한다는 것을 의미한다.

이러한 측면에서 볼 때 앞서 살펴본 유럽인권재판소의 판결은, 대리모 출생아동의 출생등록 문제를 대리모계약의 유효성 여부에 관한 논의로부터 분리해내고, 해당 아동과 의뢰부모의 출생등록을 둘러싼 문제에 집중하였다는 점에서 특히 주목할 만하다. 비록 하급심 단계이기는 하나 우리나라에서도 유사한 사안이 법적 분쟁화되었다는 사실에 비추어 볼 때, 유럽인권재판소 판결은 대리모를 통해 태어난 아동과 그 아동의 출생등록 문제를 접근하는 데 있어 하나의 중요한 본보기가 되었다고 할 수 있다.

대리모를 통해 출생한 아동의 출생등록 문제에 관한 헌법적 고찰 - 성 관 정	수령 날짜	심사개시일	개재결정일
	2023.08.15.	2023.08.27.	2023.09.18.

[참고문헌]

[단행본]

- 김하열, 헌법강의, 박영사, 2023
 사법정책연구원, 가족관계등록제도의 개선방안에 관한 연구 - 등록사항별 증명서를 중심으로 -, 2019
 윤진수, 친족상속법 강의, 박영사, 2022
 이기평·김은애·유수정·이권일·박수경, 미래세대를 위한 법적과제Ⅱ - 보조생식의료 관련 글로벌 법제 동향 -, 한국법제연구원, 2021
 이준일, 인권법 - 사회적 이슈와 인권 -, 홍문사, 2021
 전영, 프랑스에서의 혼인과 가족생활 보호에 관한 연구 - 팩스제도와 동성혼을 중심으로 -, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2017
 한수웅, 헌법학, 법문사, 2021

[논문]

- 고정명·신관철, “대리모계약의 모성추정에 관한 고찰”, 국민대학교 법학연구소 「법학논총」 10집, 1998
 김민중, “생명공학의 발달에 따른 민사법적 과제”, 「민사법학」 제21호, 2002
 김상용, “생부의 권리에 관한 소고 - 생부의 출생신고와 친생부인권을 중심으로 -”, 「중앙법학」 제22집 제2호, 2020
 김성은, “보조생식의료의 법적규제 및 실제에 대한 대처 - 대리출산을 중심으로-”, 전북대학교 부설법학연구소 「법학연구」 통권 제36집, 2012
 김하열, “헌법상 가족의 개념”, 「인권과 정의」 제510호(2022. 12), 2022
 김현진, “대리모 출생아의 친자관계 - 2018. 5. 18. 선고 서울가정법원 2018브15결정을 중심으로-”, 인하대학교 법학연구소 「법학연구」 제22집 제3호, 2019
 나은지, 권오성, “대리모의 법적 문제점과 입법 필요성에 관한 연구”, 국민대학교 법학연구소 「법학 논총」 제28권 제2호, 2015
 맹광호, “대리모계약의 유효성 여부”, 「비교사법」 제12권 제2호, 2005
 배성호, “대리모에 의해 출생한 자의 법적 지위 : 생명윤리법의 개정 내지 생식보조의료에 관한 새로운 민사특별법의 제정을 위한 시론”, 「인권과 정의」 제345호, 2005
 백승훈, “대리모계약의 문제점과 유효성 여부”, 동국대학교 비교법문화연구소 「비교법연구」 제6권 제1호, 2005
 서종희, “프랑스법상 대리모계약으로 출생한 자의 부모결정기준과 자녀의 복리”, 조선대학교 법학연구원 「법학논총」 제24권 제1호, 2017
 송진성, “현행 출생신고제도의 문제점 및 개선방안 : 아동권리보장의 관점에서”, 「사회보장법연구」 제7권 제1호, 2018
 엄동섭, “대리모계약”, 「저스티스」 제34권 제6호, 2001
 윤석찬, “인공임신을 통한 대리모계약의 유효론과 제반쟁점”, 「영남법학」 제44호, 2017
 윤우일, “대리모계약에 기해 출생한 자의 친자관계 결정기준”, 「경희법학」 제47권 제3호, 2012
 윤진수, “보조생식기술의 가족법적 쟁점에 대한 근래의 동향”, 「서울대학교 법학」 제49권 제2호, 2008

- 이덕환, “대리모출산의 친자법상 문제”, 한양대학교 법학연구소 「법학논총」 제13권, 1996
- 이동수, “외국에서의 대리모출산과 친자관계 결정의 문제에 대한 소고 - 독일과 우리나라의 판례의 동향을 중심으로 -”, 「가족법연구」 제33권 제2호, 2019
- 이상희, “아동의 출생등록제도와 국가의 아동안전보장 의무”, 「유럽헌법연구」 제37호, 2021
- 전혜정, “대리모가 낳은 자녀에 대한 친양자 입양 - 일본 神戸家庭裁判所姫路支部平成20(2008)年. 12. 26.(家)第60號判決을 중심으로”, 경북대학교 법학연구원 「법학논고」 제37집, 2011
- Andrea E. Stumpf, “Redefining Mother : A Legal Matrix for New Reproductive Technologies”, 「The Yale Law Journal」 Vol.96, No. 1(Nov., 1986), 1986
- John A. Robertson, “Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth”, 「Virginia Law Review」 Vol.69. No.3., 1983

【국문초록】

이 글은 대리모출생아동의 출생등록 문제를 헌법학의 관점에서 살펴보고자 한 데에서 비롯되었다. 의학적 보조생식기술(assisted reproductive technology)의 발달로 인해 가능해진 새로운 출산 형태로서 대리모 출산의 문제를, 대리모 출산을 통해 태어난 아동의 출생등록 문제에 중점을 두고 검토하고자 하였다.

먼저, 이 글에서 다루고자 하는 대리모 출산의 개념 범위를 설정하고 대리모 출산의 종류 대리모계약의 유무효 여부, 대리모계약의 허용여부에 관한 해외 입법례 등을 살펴봄으로써 대리모 출산 문제를 개관하고자 하였다. 동시에 출생등록에 관한 개관을 통해 아동에게 있어 출생등록이 갖는 의미를 살펴보고자 하였다. 다음으로, 대리모 출산을 통해 태어난 아동의 출생등록 문제를 의뢰부모, 아동의 기본권 차원에서 접근한 유럽인권재판소 2014. 6. 26. *Mennesson v. France* 사건의 판시를 살펴보았다. 유럽인권재판소 사안의 경우 대리모 계약의 유무효 여부를 떠나 대리모를 통해 출산한 아동의출생등록 문제에 집중하였고, 이를 기본권 차원에서 주목하였다는 점에서 관련 문제를 접근하는데 주요한 이정표로 작용하였다. 이에 따라 해당 논의를 기초로 대리모 출산 시 우리나라에서 이루어지고 있는 아동의 출생등록 문제를 헌법적 차원에서 살펴보고자 하였다.

【Abstract】

A constitutional study on the issue of birth registration
of children born through surrogate mothers

Sung, Guan Jung
(Lawyer, Ph.D. in Law)

This article originated from an attempt to examine the issue of birth registration of children born by surrogate mothers from the perspective of constitutional law. As a new form of childbirth made possible by the development of assisted reproductive technology, the issue of surrogate motherhood was examined, focusing on the issue of birth registration of children born through surrogate motherhood.

First, this paper tried to outline the issue of surrogacy by setting the scope of the concept of surrogacy to be covered, examining the types of surrogacy, whether surrogacy contracts are valid or not, and foreign legislative examples on whether surrogacy contracts are permitted. At the same time, through an overview of birth registration, the meaning of birth registration for children was also examined. Next, 2014. 6. 26. *Mennesson v. France*, the judgment of the European Court of Human Rights, which approached the issue of birth registration of children born through surrogate motherhood, from the perspective of the basic rights of the requesting parents and children, was reviewed. In the case of the ECHR case, regardless of the validity or invalidity of the surrogate mother contract, it focused on the issue of birth registration of children

born through surrogate mothers, and it served as a major milestone in approaching related issues in that it paid attention to it from the perspective of fundamental rights. Accordingly, based on that discussion, the issue of birth registration of children in Korea when giving birth to a surrogate mother was examined from a constitutional level.

주제어(Keyword) : 대리모(surrogacy), 대리모계약(surrogacy agreement), 출생등록(birth registration), 출생등록될 권리(right to be registered after birth), 가족생활의 자유(right to family life)

실질적 불법구성요건개념에 관한 고찰

- 소극적 구성요건표지이론에 대한 오해와 이해 -

강 수 경* · 하 태 인**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|--|---|
| I. 머리말 | 2. 위법성의 존재근거로서의 불법
구성요건 |
| II. 1900년대 초·중반 독일 형법학
에서 구성요건론의 전개 | IV. 소극적 구성요건표지이론에 관한
오해와 그에 대한 비판적 고찰 |
| 1. 벨링(Ernst Beling)의 구성요
건개념 | 1. 이론의 배경에 관한 오해의 정정 |
| 2. 신칸트학과(Neukantianismus)
의 구성요건이해 | 2. 오해에 기초한 이론에 대한 비
판과 그에 대한 재비판 |
| 3. 벨첼(Hans Welzel)의 구성요
건개념 | 3. 소결 |
| 4. 소결 | V. 실질적 구성요건개념의 확정과
한국 형법으로의 적용에 대한
검토 |
| III. 구성요건과 위법성의 관계에
따른 상이한 불법구성요건개념 | |
| 1. 위법성의 인식근거로서의 불
법구성요건 | |

* 주저자 : 브레멘대학교 법학과 박사과정.

** 교신저자 : 경남대학교 경찰학과 교수.

I. 머리말

3단계 범죄체계가 주류가 되어 있는 한국 형법학계에서 소극적 구성요건표지이론은 2단계 범죄체계를 전제로 한다는 이유로 학문적 이단(異端)으로 취급되며 비판의 대상이 되고 있다. 그렇지만 이론의 구조적 특수성으로 인해 각종 문헌에서 꾸준히 거론은 되고 있다. 소극적 구성요건표지이론이 대부분의 형법총론 기본교재에서 언급되고 있는 위치는 두 곳이다. 하나는 구성요건론에서 총체적 불법구성요건이라는 개념으로¹⁾ 또는 구성요건과 위법성의 관계와 관련하여²⁾ 소개되고 있고, 다른 하나는 착오론에서 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오사례의 해결모델 중 하나로³⁾ 다루어진다. 그런데 이렇게 언급이 되는 부분에서도 소극적 구성요건표지이론의 유래나 본질을 언급한 문헌은 찾아보기 어렵다. 심지어 소극적 구성요건표지이론의 지지자에 의해 저술된 글⁴⁾에서조차 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오와 관련하여 논지가 전개되고 있을 뿐, 구성요건의 역사적 전개 속에서 다루어지거나 구성요건의 본질과 관련된 내용은 발견되지 않는다. 어느 이론이나 지지를 하든 비판을 하든 그 이론의 본질에 대한 정확한 이해가 바탕이 되어야 한다. 그러나 한국 형법학계에서는 현재까지 소극적 구성요건표지이론에 관한 심층적인 연구가 전개되지 못한 상황이다. 그로 인해 단지 2단계 범죄체계라는 피상적인 설명이 그 본질을 호도하는 형국이라고 할 수

1) 김성돈, 형법총론, 제7판, SKKUP, 2021, 278면; 배종대, 형법총론, 제15판, 홍문사, 2021, 126면 이하, 205면 이하; 신동운, 형법총론, 제13판, 법문사, 2021, 461면; 오영근, 형법총론, 제6판, 박영사, 2021, 84면, 87면; 이형국·김혜경, 형법총론, 제6판, 법문사, 2021, 119면; 임웅, 형법총론, 제12판, 법문사, 2021, 133면.

2) 신동운, 앞의 책(각주 1), 462면; 오영근, 앞의 책(각주 1), 87면, 183면; 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 제10판, 박영사, 2021, 118면.

3) 김성돈, 앞의 책(각주 1), 233면, 419면 이하; 배종대, 앞의 책(각주 1), 330면; 신동운, 앞의 책(각주 1), 461면 이하; 오영근, 앞의 책(각주 1), 295면, 305면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책(각주 2), 359면; 이형국·김혜경, 앞의 책(각주 1), 116면, 293면; 임웅, 앞의 책(각주 1), 360면.

4) 대표적인 글로는 문채규, “소극적 구성요건표지이론을 위한 변론 - 고의책임의 본질을 중심으로 -”, 「형사법연구」 제12호, 1999; 문채규, “위법성조각사유에 관한 학계의 몇 가지 오해에 관하여”, 「비교형사법연구」 제21권 제4호, 2020.

있다. 소극적 구성요건표지이론에 관한 연구의 상황이 이렇다 보니 이론 자체에 대한 오해가 쌓이게 되고, 그러한 오해는 진실인 양 받아들여진다.

그러한 오해를 불식시키고 소극적 구성요건표지이론에 대한 올바른 이해를 위해서는 구성요건개념에 관한 이해가 선행되어야 한다. 그러기 위해서는 우선 구성요건의 개념이 역사적으로 어떻게 전개되었는지를 살펴볼 필요가 있고, 그 흐름 속에서 위법성의 개념과 어떠한 관련성을 가지는지가 다루어져야 한다. 그를 통해 실질적 구성요건개념을 도출함으로써 이와 조화를 이루는 소극적 구성요건표지이론의 타당성이 논증될 수 있을 것이다. 그 결과 소극적 구성요건표지이론이 한국 형법에도 적용될 수 있음을 확인할 수 있을 것이다.

II. 1900년대 초·중반 독일 형법학에서 구성요건론의 전개

1900년대 초반부터 중반에 이르기까지의 시기에 독일 형법학이 보여주는 모습은 가히 백가쟁명(百家爭鳴)이라고 해도 과언이 아니다. 형법학자들은 각자 자기만의 독특한 시각과 이해로 형법학을 풀어내고자 하였다. 그 견해들의 배경에는 물론 당대 시대사조가 자리 잡고 있었다. 즉 자연과학의 발전을 시작으로 가치중심적 입장이 형법학에 녹아 들어간 것이다. 그 대표적인 흐름은 법실증주의와 이에 반대되는 신칸트학파의 입장이라고 할 수 있고, 그것과는 다른 토대의 입장이 벨첼의 견해이다.

1. 벨링(Ernst Beling)의 구성요건개념

벨링의 구성요건에 관한 입장은 1906년에 출판된 「범죄론(Die Lehre vom Verbrechen)」에서 드러난다.⁵⁾ 그의 목표는 구성요건을 중심으로 범

5) 벨링 이전의 구성요건이론에 대해서는 강수경, “형법학에서 구성요건이론의 역사적 전개 - 벨링(Ernst Beling)과 그 이전의 구성요건이론을 중심으로-”, 「법사학연구」 제60호, 2019 참조.

죄개념을 파악하는 것이었다.⁶⁾ 그래서 벨링은 구성요건을 “실정법적으로 확고하게 표현된 범죄유형”으로, 범죄를 “유형적이며, 구성요건에 해당하는 행위”로 정의한다.⁷⁾ 그 결과 “구성요건 없으면 범죄 없다(Kein Verbrechen ohne Tatbestand)”라는 명제를 통해 법치국가의 원칙을 구현하게 된다.⁸⁾ 벨링은 구성요건을 순수하게 기술적인 속성을 가지는 것으로 보았으며, 구성요건해당성은 위법성에 대한 잠재적 판단으로 이해하였다.⁹⁾ 벨링에게 위법성은 “구성요건의 밖에” 그리고 “규범 안에” 위치하는 불법배제사유를 통해서 제거되는 것이었기에, 명시적으로 소극적 구성요건표지이론은 거부되었다.¹⁰⁾

2. 신칸트학과(Neukantianismus)의 구성요건이해

마이어(Max Ernst Mayer)의 구성요건론은 기본적으로 벨링의 순수한 객관적 구성요건에 기초하고 있으며, 자신의 고유한 문화규범이론과 결부된 위법성은 문화규범의 인식근거인 구성요건을 통해 징표된다고 보았다.¹¹⁾ 그래서 구성요건과 위법성의 관계를 불법조각사유의 개입이 입증될 때까지 연기와 불의 관계처럼 가치판단에 대한 징표라고 보았다.¹²⁾ 하지만 마이어는 구성요건에 어떠한 가치판단도 내재되어 있지 않다는 벨링의 견해에 의문을 가졌

6) *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906, S. 1 ff.

7) *Beling*, 앞의 책(각주 6), S. 23 f.

8) *Beling*, 앞의 책(각주 6), S. 23, 110; 강수경, 앞의 글(각주 5), 293면.

9) *Beling*, 앞의 책(각주 6), S. 112, 147; 심재우, “구성요건의 본질”, 연세대 「법학연구」 제2권, 1982, 61면.

10) *Beling*, 앞의 책(각주 6), S. 164 ff.; 강수경, 앞의 글(각주 5), 295면.

11) *M. E. Mayer*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch, Heidelberg 1915, S. 52.

12) *M. E. Mayer*, 앞의 책(각주 11), S. 52. 이에 대해 엥기쉬(Karl Engisch)는 그러한 비유를 다음과 같이 비판하였다: “불과 연기 사이에는 인과관계가 존재한다. 연기에서 불로 이어지는 추론은 효과에서 원인으로 이어지는 추론이다. 어떤 비교될 수 있는 관련성이 구성요건해당성과 위법성 사이에 존재하는가?”(*Engisch*, “Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht”, in: *von Caemmerer/ Friesenhahn/Lange* (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Band I, Karlsruhe 1960, S. 406).

고,¹³⁾ 규범적 구성요건표지의 의미인식을 통해 구성요건에 가치를 부여하고자 하였다.¹⁴⁾ 마이어는 규범적 구성요건요소를 “부진정 구성요건요소이자 진정 위법성요소(unechte Tatbestands- und echte Rechtswidrigkeitselemente)”로 표현하면서, 구성요건의 영역에서는 “의사활동과 인과적 관련성이 없는 결과요소”이며 위법성과의 관계에서는 위법성의 요소라고 하였다.¹⁵⁾ 그래서 규범적 구성요건요소는 위법성을 근거 짓는다고 보았다.¹⁶⁾

규범적 구성요건표지의 발견 이후 구성요건론은 헤글러(August Hegler), 자우어(Wilhelm Sauer) 그리고 메츠거(Edmund Mezger) 등을 통해 점차 가치결정적인 불법유형으로 전환되었다. 헤글러는 “이익법학(Interessenjurisprudenz)”의 의미에서 구성요건을 반사회적 행동의 이익침해적인 사회유해성(즉 위법성)을 나타내는 “범죄기술(Deliktsbeschreibung)”이라고 표현하였다.¹⁷⁾ 그 사회유해성은 “우월한 이익의 원칙(Prinzip des überwiegenden Interesses)”이 판단기준인 불법배제사유를 고려하였다.¹⁸⁾ 그리고 자우어는 구성요건을 “사회에 대한 유용성 및 유해성(Nützlichkeit und Schädlichkeit für die Gemeinschaft)”에 따라 결정되는 “실질적 위법성의 유형화(Vertypung der materiellen Rechtswidrigkeit)”라고 이해하였다.¹⁹⁾ 더 나아가 메츠거의 구성요건론은 형식적으로는 객관적 평가규범의 위반이자 실질적으로는 이익침해로 파악되는 그의 불법개념에서 출발한다.

13) M. E. Mayer, 앞의 책(각주 11), S. 10 Fn. 22.

14) 그러한 의미인식을 통해 “구성요건이라는 가치중립적 추상성”에 가치가 충족된(wertgefüllt) 또는 가치충족이 필요한(wertausfüllungsbedürftig) 개념이 부여된다(Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts, Tübingen 1969, S. 80). 참고로 가치가 충족된(wertgefüllt) 개념은 “확정된 가치척도”를 담고 있으며, 가치충족이 필요한(wertausfüllungsbedürftig) 개념에는 “주관적인”(법관의) 평가가 필수적이다(Wolf, Die Typen der Tatbestandsmässigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts, Breslau 1931, S. 58).

15) M. E. Mayer, 앞의 책(각주 11), S. 182 f., 185.

16) M. E. Mayer, 앞의 책(각주 11), S. 184 f.

17) Hegler, “Die Merkmale des Verbrechens”, in: ZStW 1915, 36. Bd., S. 20 ff., 35 f.

18) Hegler, 앞의 글(각주 17), S. 36 f., 39 ff.

19) Sauer, “Zur Grundlegung des Rechts und zur Umgrenzung des strafrechtlichen Tatbestands”, in: ZStW 1915, 36. Bd., S. 462 f.

메츠거는 불법을 구성하는 표지들을 구성요건표지로 보았다.²⁰⁾ 그래서 그는 구성요건을 “특수한 유형화된 불법의 표현, 즉 형법의 목적을 위한 특별한 ‘불법유형(Unrechtstyp)’의 형성”으로 이해하였고, 개별사례에서는 특별한 불법배제사유의 유보 하에 놓이게 된다고 보았다.²¹⁾ 그리고 그의 구성요건론에서는 표현(Ausdruck), 경향(Tendenz) 및 의도(Absicht)와 같은 주관적 불법요소²²⁾ 외에 규범적 구성요건요소도 고려되는데,²³⁾ 규범적 구성요건요소의 특별한 의미는 “형법의 입법자가 형법구성요건의 본연적 기능에 반하여 행위에 대한 최종의 가치판단(Werturteil)을 법원에 내맡기는” 것에 있다고 한다.²⁴⁾ 그 밖에 구성요건과 위법성의 관계를 다음과 같이 표현하였다: “입법적인 구성요건형성의 행위는 [...] 직접적으로 특수하게 유형화된 불법으로서 불법근거인 위법성선언을 포함한다. 입법자는 구성요건의 형성을 통해 특수한 위법성을 창출한다: 행위의 구성요건해당성은 위법성의 단순한 인식근거(ratio cognoscendi)가 아니라 위법성의 진정한 존재근거(ratio essendi)이다. 구성요건해당성은 행위를 그 자체로 위법한 행위로 만드는 것이 아니라, 특별한 불법배제사유의 결여와 결합하여서만 위법한 행위로 만든다.”²⁵⁾ 이를 통해 구성요건과 위법성의 기능적 결합이 아닌 개념적 결합이 증명되었다고 한다.²⁶⁾

20) *Engisch*, 앞의 글(각주 12), S. 406.

21) *Mezger*, “Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände”, in: Festschrift für *Ludwig Traeger* zum 70. Geburtstag. Überreicht von der Juristischen Fakultät der Universität Marburg, Neudruck der Ausgabe Berlin 1926, Aalen 1979, S. 190 f.

22) *Mezger*, 앞의 글(각주 21), S. 200, 202, 204.

23) 메츠거는 논리적 의미에서 주관적 기능과 규범적 기능을 구별하는데, 전자는 “사실판단(Tatsachenurteil)이라는 결과를 수반하는 대상의 ‘인지(Erkenntnis)’로서 인식적인 기능”이고, 후자는 “가치판단(Werturteil)이라는 결과를 수반하는 대상의 ‘평가(Bewertung)’로서 규범적인 기능”이다(*Mezger*, 앞의 글(각주 21), S. 216).

24) *Mezger*, 앞의 글(각주 21), S. 197. 이에 대해 규범적 표지는 구성요건의 보장적 기능과 충돌될 수 있다는 점이 문제로 지적될 수 있다.

25) *Mezger*, 앞의 글(각주 21), S. 195.

26) *Tiedemann*, 앞의 책(각주 14), S. 81.

3. 벨첼(Hans Welzel)의 구성요건개념

다음으로 벨첼의 구성요건개념에 관한 관점이 고려될 수 있다. 벨첼의 시각은 크게 초기와 후기로 구분할 수 있다. 벨첼은 목적적 행위론을 중심에 두면서 “목적지향적인, 즉 고의행위”와 “목적활동으로 회피할 수 있었던 야기, 즉 과실행위”를 중요시하였고,²⁷⁾ 이러한 주관적 요소들은 불법구성요건에 속하게 되었다.²⁸⁾ 이러한 배경에서 초기의 벨첼은 자신의 구성요건론에서 총체적 불법구성요건의 모습을 보여준다. 구성요건은 위법성의 토대로서 전형적인 표지에 따라 기술된 형법적 불법을 그려내게 되는데,²⁹⁾ 그 불법구성요건은 객관적 및 주관적 요소의 구조성을 나타낸다.³⁰⁾ 그리고 구성요건에는 전형적으로 적법한 행위의 예외구성요건, 즉 정당화사유가 존재한다고 보았으며,³¹⁾ 정당화사유는 불법배제사유로 다루어졌다. 그에 따라 초

27) *Welzel*, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, Berlin 1940, S. 21.

28) 벨첼의 제자 히르쉬(Hans Joachim Hirsch)는 벨첼이 고의와 과실을 책임의 영역에서 구성요건으로 전치시킨 것을 “전통적인 체계형상에 대한 코페르니쿠스적 전환”으로 평가한다(*Hirsch*, “Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil D)”, in: ZStW 1981, 93. Bd., S. 842). 하지만 벨첼 이전에 이미 폰 베버(Hellmuth von Weber)가 고의를 책임으로부터 위법성(불법구성요건)으로 배치할 것을 주장하였다(*von Weber*, “Die garantierende Funktion der Strafgesetze”, in: Deutsche Juristen-Zeitung 1931, S.667): 이에 따르면 “위법성 내에서 객관적 구성요건과 주관적 구성요건은, 즉 외적 인과과정을 통해 그리고 행위자의 특정한 의사를 통해 특징 지워지는 행위들은 구별되어야 한다”라고 한다. 이와 관련하여 암보스(Kai Ambos)는 목적주의(Finalismus)의 특징은 “이러한 배치의 이전”에 있는 것이 아니라, “법이 토대를 두고 있는, 전법률적인(vorrechtlich) 존재적 평가의 - 현실적 구조의 - 강조”에 있다고 한다(*Ambos*, “100 Jahre Belings ‘Lehre vom Verbrechen’: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene?”, in: ZIS 2006, S. 467 Fn. 46).

29) *Welzel*, 앞의 책(각주 27), S. 33, 47.

30) *Welzel*, 앞의 책(각주 27), S. 35에서는 객관적 구성요건이 “각 범죄의 대상적이며 실체적인 핵심”이라고 한다. 왜냐하면 “의사의 객관화는 외부의 행위”에서 드러나기 때문이다. 이러한 의사객관화(Willensobjektivierung)는 객관적 구성요건을 형성하는 객관적 행위상황을 통해 표현되기 때문에 객관적 구성요건은 순수하게 객관적이며 외적인 것이 아니라, “구성요건에 의해 외계에서 객관화되어 존재하는” 것이라고 한다.

31) *Welzel*, 앞의 책(각주 27), S. 47에 의하면 “정당화사유는 [...] 예외상황에, 즉 처음부

기 벨첼의 견해에서 구성요건은 사실상 위법성의 존재근거(Seinsgrund)였다: “구성요건에 해당하는 행위를 한 자는 기본적으로 위법하게 행위한 것이다. 구성요건은 불법유형이기 때문에 구성요건의 충족을 통해 기본적으로 불법이 존재한다”.³²⁾

이후 벨첼의 구성요건이론은 점차 변화하여 1952년 저서 「형법체계의 새로운 모습(Das neue Bild des Strafrechtssystems)」 제2판에서 이전과는 다른 불법과 위법성의 개념적 차이를 나타낸다.³³⁾ 위법성³⁴⁾은 “행위와 법질서 간의 관계”이지만, 불법은 “전체로서 위법한 행위”, 즉 “위법하게 평가된 대상”이며, 특히 형법적 불법은 “구성요건해당성의 표지를 통해” 특징 지워진다. 이러한 구성요건해당성은 위법성의 징표로 작용한다고 한다.³⁵⁾ 그리고 나서 벨첼은 1954년 「독일 형법(Das Deutsche Strafrecht)」 제3판부터 구성요건개념에 “금지실질(Verbotsmaterie)”의 개념을 도입한다.³⁶⁾ 즉 법규범의 관점에서 형법적 구성요건은 금지실질을 포함한다는 것이다.³⁷⁾ 이러한 구성요건은 법치국가의 명확성과 관련하여 금지실질의 구체화를 통해서 “법률 없으면 범죄 없다(nulla poena sine lege)”라는 명제의 요청으로서 보장기능을 충족시키게 된다.³⁸⁾ 이에 반해 금지(Verbotensein)로서 위법성은 금지실질과 법질서 간의 불균형³⁹⁾이고 구성요건은 구성요건에 해당하는 행위에 반가치성을 부여한다고 한다.⁴⁰⁾ 그러면서 모든 구성요건실현은 규범위

터 사회생활의 기본질서에 저촉되지 않은 생활관계에, 예를 들어 정당방위상황에” 기인하는 것이라고 한다.

32) Welzel, 앞의 책(각주 27), S. 46.

33) Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Aufl., Göttingen 1952, S. 17. 물론 이러한 관점의 변화에 대해 벨첼은 언급하지 않는다.

34) 위법성은 객관적 가치판단이지만, 이것이 위법성의 대상이 객관적 또는 외부세계의 실체(Substrat)이어야 한다는 것을 의미하지는 않는다(Welzel, 앞의 책(각주 33), S. 16).

35) Welzel, 앞의 책(각주 33), S. 18.

36) Welzel, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 3. Aufl., Berlin 1954, S. 40 ff.

37) Welzel, 앞의 책(각주 36), S. 40.

38) Welzel, 앞의 책(각주 36), S. 40.

39) Welzel, 앞의 책(각주 36), S. 42.

40) Welzel, 앞의 책(각주 36), S. 41.

반이 되지만, 법질서는 규범과 허용명제로 구성이 되기 때문에 항상 위법한 것은 아니라고 한다.⁴¹⁾ 그래서 구성요건에 해당하는 행위는 허용명제, 즉 정당화사유⁴²⁾가 존재하지 않는 경우에만 위법하게 된다.⁴³⁾ 이렇게 행위에 대한 잠재적 반가치판단으로서 구성요건해당성은 위법성에 대한 징표가 된다.⁴⁴⁾

4. 소결

실질적 구성요건의 의미를 밝히기 위해 20세기 이후 구성요건의 역사적 전개를 간략하게 살펴보았다. 벨링에 의해 현대적 구성요건개념이 확정된 이후로, 신칸트학파의 영향 하에 기술적이며 가치중립적인 구성요건에 관한 이해를 극복하기 위하여 목적론적(teleologisch) 개념형성이 등장하였고,⁴⁵⁾ 벨첼의 목적적 행위론을 통한 인적 불법론이 형법학으로 들어오게 되었다.⁴⁶⁾ 이러한 흐름은 구성요건에서 점점 실질적이고 규범적인 내용이 고려되고 있음을 보여준다. 여기에서 더 나아가 구성요건은 범죄유형의 기술을 넘어 범의개념과 결부된 사회적 유해성을 나타낼 수 있어야 한다. 따라서 구성요건개념은 범죄의 당벌적인 내용이 되는 종합적 요소들을 포함하

41) *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Aufl., Berlin 1969, S. 50, 53.

42) 벨첼은 정당화사유와 사회적 상당성을 구별한다. *Welzel*, 앞의 책(각주 41), S. 57에 따르면, 사회적 상당성은 “사회적 행위자유의 ‘정상’상태(‘Normal’-Zustand)”이므로, 사회적으로 상당한 행위에서는 구성요건해당성이 탈락한다. 정당화사유 역시 마찬가지로 행위자유를 제공하지만, 그것은 “구성요건에 해당하는, 즉 사회적으로 상당하지 않은 행위의 실행을 허가하는 특별한 허용”을 부여하는 것이다.

43) *Welzel*, 앞의 책(각주 41), S. 82.

44) *Welzel*, 앞의 책(각주 36), S. 41, 58. 록신은 불법구성요건에서 위법성의 징표로 전환된 벨첼의 구성요건에 대한 이해를 “벨링으로의 회귀”라고 비판한다(*Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Aufl., Berlin 1970, S. 45). 구성요건이 가치중립적인 것이 아니라고 해명한다고 하더라도 벨첼의 구성요건은 위법성과의 관계에서 결국 가치중립적이기 때문이다(*Roxin*, 앞의 책(각주 44), S. 47).

45) *Jescheck*, “Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre”, in: ZStW 1961, 73. Bd., S. 192.

46) *Welzel*, “Studien zum System des Strafrechts”, in: *Welzel*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin 1975, S. 145.

여야 한다.⁴⁷⁾ 이러한 구성요건개념에는 소극적 구성요건표지로서 정당화사유가 포함되어야 한다. 왜냐하면 “불법과 불법배제를 구성요건화할 수 있는 근본적인 가능성은 불법구성요건론의 토대”이기 때문이다.⁴⁸⁾

Ⅲ. 구성요건과 위법성의 관계에 따른 상이한 불법구성요건개념

불법구성요건은 범죄론의 핵심이며 형법상 불법은 입법자가 사회적 평가를 하고 그 당벌성(*Strafwürdigkeit*)과 처벌필요성(*Strafbedürftigkeit*)을 기술한 개별구성요건을 충족하여서만 성립하게 된다. 하지만 형법전에서 정의규정의 부재로 인해 구성요건의 개념은 다양하게 전개되었다. 특히 그 의미는 구성요건과 위법성의 관계와 관련하여, 즉 정당화사유의 체계상의 위치와 관련하여 다르게 이해된다. 그래서 불법구성요건의 의미에서 구성요건이 위법성의 인식근거인지 아니면 존재근거인지의 문제가 중요하게 다루어지게 된다.

1. 위법성의 인식근거로서의 불법구성요건

벨링의 구성요건개념은 마이어와 벨첼을 거쳐 오늘날에도 지배적인 구성요건론에 영향을 끼치고 있다. 이러한 불법구성요건의 개념은 불법유형의 구체화 또는 범죄유형의 윤곽과 동일하게 사용된다. 이렇게 이해된 불법구성요건에는 형법적으로 중요한 행위와 중요하지 않은 행위를 구분하는 선별기능이 부여된다. 그에 따라 불법구성요건은 “각각의 범죄에 개별적인 특색을 포함하고 전형적인 불법내용을 특징 지우는” 표지를 기술하고, 이러한 전제에서 구성요건해당성은 잠재적 판단으로서 위법성을 징표한다.⁴⁹⁾ 즉

47) Kaufmann, “Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum”, in: JZ 1956, S. 356.

48) Engisch, 앞의 글(각주 12), S. 412.

49) Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 47. Aufl., Heidelberg 2017, Rn. 176, 179.

불법구성요건은 위법성의 인식근거로 기능한다.

범죄체계 내에서 구성요건해당성과 위법성의 분리는 평가객체와 평가의 분리에 기인한다. 그 전제는 위법성은 구성요건에 해당하는 행위에 대한 법질서의 객관적 (반)가치판단이라는 것이다.⁵⁰⁾ 그래서 불법은 주어로, 위법성은 관계 또는 술어로 이해된다.⁵¹⁾ 이러한 위법성의 판단에 이르기 위해서는 불법구성요건이 충족되어야 하지만, 정당화사유의 개입을 고려하여 원칙과 예외의 관계를 설정하여 “구성요건에 해당하는 행위는 범위만이지만, 예외적으로 위법성은 정당화사유를 통해 배제된다”.⁵²⁾ 그에 따라 정당화사유는 불법구성요건에 속하는 것이 아니라 개별사례에서 예외적으로 비전형적인 예외사유의 범위에서 특정 범죄의 구성요건에 해당하는 불법내용을 보류시킨다. 즉 정당화사유는 위법성을 조각하고 위법성의 최종적인 평가는 정당화사유의 흠결을 전제로 한다.

2. 위법성의 존재근거로서의 불법구성요건

이 입장은 불법배제요소들 역시 불법의 영역에서 불법을 근거 짓는 요소들과 마찬가지로 고려되어야 한다는 관점에서 출발한다. 이러한 개념은 벨링의 구성요건론이 등장하기 이전에 받아들여진 총체적 구성요건(Gesamtthatbestand)에서 유래하며, 소극적 구성요건표지이론과 연결된다. 이와 같은 시각은 현대적인 의미에서 두 가지의 모습을 보이는데, 하나는 구성요건에 행위의 가치판단을 포함한다는 소위 총체적 불법구성요건론(die Lehre vom sog. Gesamtunrechtstatbestand)이며, 다른 하나는 존재와 당위의 구별을 토대로 불법구성요건이 불법근거요소와 불법배제요소를 포함하나 위법성이라는 가치판단으로부터는 분리되어 있다는 견해이다.

(1) 소극적 구성요건표지이론에 대한 역사적 개관

50) *Welzel*, 앞의 책(각주 41), S. 51.

51) *Welzel*, 앞의 책(각주 41), S. 52.

52) *Schröder*, “Die Irrtumsrechtsprechung des BGH”, in: ZStW 1953, 65. Bd., S. 204.

소극적 구성요건표지이론은 이미 백여 년 전 메르켈(Adolf Merkel)에 의해 전개되었다.⁵³⁾ 1889년 「독일 형법의 교과서(Lehrbuch des Deutschen Strafrechts)」의 “고의와 착오” 장(章)에서 처음으로 정당화사유가 소극적 구성요건표지라고 밝혔으며, 거기에서 행위상황에 대한 착오뿐만 아니라 정당화사유의 사실적 전제에 대한 착오에서도 고의범이 언급될 수 없다고 하였다.⁵⁴⁾ 이러한 소극적 구성요건표지의 사고방식은 프랑크(Reinhard Frank)로 이어졌다. 그는 구성요건을 “범죄의 본질적 표지의 총체”라고 이해하였다.⁵⁵⁾ 그 구성요건은 행위의 위법성과 관련된 범명제를 포함하며, 그 위법성은 정당방위 또는 긴급피난과 같은 범명제에 의해 배제되고, 그러한 위법성의 결여는 범죄구성요건의 조각으로 이어진다.⁵⁶⁾ 이에 따라 “위법성은 적극적 구성요건표지는 아니지만, 그 결여는 소극적 구성요건표지”⁵⁷⁾라고 하면서, 소극적 구성요건표지를 “통상적으로 존재하는 위법성의 요소를 배제하는 사정”이라고 파악하였다.⁵⁸⁾ 메르켈과 마찬가지로 프랑크 역시 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오에 고의조각의 효과를 부여하였다.⁵⁹⁾

벨링의 구성요건개념이 도입된 이후에 메르켈과 프랑크 다음으로 소극적 구성요건표지이론을 이어받은 학자는 바움가르텐(Arthur Baumgarten)이다. 1913년 자신의 저서 「범죄론의 구축(Der Aufbau der Verbrechenslehre)」에서 정당화사유는 소극적 구성요건표지로서 구성요건개념에 포함되며,⁶⁰⁾ 소극적 구성요건표지의 부존재에 대한 인식은 고의에 속한다고 보았다.⁶¹⁾ 그리고

53) 이에 대해 당시에는 “불법근거”와 “불법배제”라는 개념이 존재하였으며, 메르켈은 단지 “소극적 구성요건표지”라는 표현을 소극적 구성요건표지이론으로 도입하였을 뿐이라는 입장은 Hirsch, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, Bonn 1960, S. 30 ff.

54) Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889, S. 82.

55) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, 2. Aufl., Leipzig 1901, S. 78.

56) Frank, 앞의 책(각주 55), S. 79, 88, 90.

57) Frank, 앞의 책(각주 55), S. 79.

58) Frank, 앞의 책(각주 55), S. 78.

59) Frank, 앞의 책(각주 55), S. 97.

60) Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenslehre. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis, Tübingen 1913, S. 188, 218.

메츠거는 1926년 트래거(Ludwig Traeger)를 위한 기념논문집에 수록된 논문 “형법적 구성요건의 의미에 대하여(Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände)”에서 소극적 구성요건표지이론을 지지하며 구성요건은 위법성의 존재근거임을 명확히 밝혔다.⁶²⁾ 이어서 라드부르흐(Gustav Radbruch)가 1930년 프랑크를 위한 기념논문집에서 “범죄론의 체계학에 관하여(Zur Systematik der Verbrechenslehre)”라는 제목으로 소극적 구성요건표지이론을 옹호하는 입장을 밝히게 된다. 즉 위법성은 구성요건해당성과 분리될 수 없고 구성요건과 위법성의 혼합으로 범죄표지로서의 기능은 상실된다고 한다.⁶³⁾

(2) 소위 총체적 불법구성요건

이상에서 소개된 역사적 전개과정에서 발견될 수 있는 공통점은 위법성이라는 반가치가 구성요건에 내재되어 있거나 근거 지워진다는 것이다. 여기에서 더 나아가 책임요소나 객관적 처벌조건을 포함하지 않으면서 불법을 근거 짓는 요소와 불법을 배제하는 요소의 결합을 통해 위법한 행위를 포함하는 총체적 불법구성요건이 등장한다.⁶⁴⁾ 제2차 세계대전 후 이러한 관점은 랑-히릭센(Dietrich Lang-Hinrichsen)과 록신(Claus Roxin)의 견해에서 확인할 수 있다. 이 둘은 내용상 총체적 불법구성요건과 동의어로 사용되는 총체적 구성요건이라는 표현을 사용한다.

랑-히릭센은 위법성의 존재근거를 형성하는 표지복합체(Merkmal-skomplex)로서 총체적 구성요건과 그 하위개념으로서 보장구성요건을 구별한다. 총체적 구성요건은 보장구성요건 외에 기술되지 않은 구성요건보충표

61) Baumgarten, 앞의 책(각주 60), S. 183.

62) Mezger, 앞의 글(각주 21), S. 195.

63) Radbruch, “Zur Systematik der Verbrechenslehre”, in: Hegler (Hrsg.), Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Band I, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930, Tübingen 1969, S. 165 f.

64) 이러한 의미에서 푸페(Ingeborg Puppe)는 소극적 구성요건표지이론보다 총체적 불법구성요건론이 더 적절하다고 한다(Puppe, “Zur Struktur der Rechtfertigung”, in: Küper/Welp (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 188).

지, 행위의무표지 그리고 소극적 구성요건표지로서의 정당화사유를 포함한다.⁶⁵⁾ 랑-히릭센은 이러한 총체적 구성요건을 위법성의 특별한 형태로 보면서, 소극적 구성요건표지이론은 구성요건론의 일면성(Einseitigkeit)을 넘어서 포괄적 구성요건개념으로 도달하는 이론사적 노력이라고 평가한다.⁶⁶⁾

현재의 입장과는 달리 초기의 록신은 자신의 박사학위논문 「개방적 구성요건과 법의무표지(Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale)」에서 불법을 근거 짓는 요소와 배제하는 요소의 결합형태인 총체적 구성요건을 주장한다. 총체적 구성요건은 “사회적 의미에서 위법성에 중요한 모든 상황”을 포함하며,⁶⁷⁾ “정당화된 행위는 더 이상 구성요건에 해당하지도 않으며 구성요건에 해당하는 행위는 항상 위법하기” 때문에 총체적 구성요건은 위법성의 존재근거라고 한다.⁶⁸⁾

(3) 엥기쉬(Karl Engisch)와 카우프만(Arthur Kaufmann)의 불법구성요건

초기의 엥기쉬는 자신의 교수자격논문인 「형법에서 고의와 과실에 대한 연구(Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht)」에서 소극적 구성요건표지이론을 전개하면서, 불법배제의 효과를 지닌 정당화사유는 소극적 구성요건표지라고 하였다.⁶⁹⁾ 그래서 구성요건표지와 위법성표지 간의 차이를 두지 않고 둘 표지 모두 단일하게 구성요건표지라고 하였다.⁷⁰⁾ 이후 엥기쉬는 평가의 객체와 위법성인 객체의 평가를 구별함으로써 구성요건해당성의 확정이 위법성이라는 가치판단을 도출한다고 보

65) Lang-Hinrichsen, “Tatbestandslehre und Verbotsirrtum”, in: JR 1952, S. 307.

66) Lang-Hinrichsen, 앞의 글(각주 65), S. 307.

67) Roxin, 앞의 책(각주 44), S. 178.

68) Roxin, 앞의 책(각주 44), S. 175.

69) Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1930, Aalen 1995, S. 10 f. 여기에서 엥기쉬는 “구성요건의 범위를 축소하는 표지가 중요하기 때문에” 소극적 구성요건표지(negative Tatbestandsmerkmale)라는 표현 대신 제한적 구성요건표지(einschränkende Tatbestandsmerkmale)라는 표현을 제안하였다.

70) Engisch, 앞의 글(각주 69), S. 11 f.

았다.⁷¹⁾ 여기에서 평가의 객체는 정당화사유의 개입에 대해서도 중요한 행위의 요소를 포함하는 모든 행위요소를 의미하며, 위법성이라는 평가는 적극적 또는 소극적 구성요건표지의 실현 내지 비실현으로 연결된다고 한다.⁷²⁾ 구성요건해당성과 위법성의 관계에 대해서는 위법성의 판단을 근거짓는 동시에 위법성의 존재근거가 되는 불법구성요건이 적용되고, 위법성은 “불법구성요건의 실현에 판단된 가치서술 그 자체”로서 구성요건에는 속하지 않는 것으로 이해한다.⁷³⁾ 이러한 관점에서 불법구성요건은 “일반적이든 특별하든, 적극적이든 소극적이든, 기술적이든 규범적이든, 객관적이든 주관적이든, 행위자 관련이든 행위 관련이든 무관한, 모든 위법성판단에 중요한 표지”를 포함한다.⁷⁴⁾ 그에 따라 구성요건에 해당하는 행위에 대한 위법성판단은 구성요건표지가 존재하고 불법배제사유가 관여하지 않는다는 확정을 통해 이루어진다.⁷⁵⁾ 그 결과 구성요건해당성과 위법성은 근거와 결과의 관계에 놓이게 된다.⁷⁶⁾

카우프만은 존재와 당위 그리고 평가의 객체와 객체의 평가를 구분할 뿐만 아니라 불법이 주어, 위법성이 술어라는 벨첵의 견해를 원용하여 불법구성요건과 위법성의 관계를 설명한다.⁷⁷⁾ 이러한 측면에서 위법성은 특정한 행동의 법질서에 대한 객관적 모순으로서 입법자가 반사회적으로 평가한 당벌적인 불법을 기술한 불법구성요건에 대한 판단이라고 한다.⁷⁸⁾ “불법은 금지되어 있기 때문에 불법인 것이 아니라, 불법이기 때문에 금지”된

71) *Engisch*, 앞의 글(각주 12), S. 404.

72) *Engisch*, 앞의 글(각주 12), S. 404 f.

73) *Engisch*, “Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht”, in: *Engisch/Maurach* (Hrsg.), *Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag*, München/Berlin 1954, S. 132.

74) *Engisch*, 앞의 글(각주 12), S. 409; *Engisch*, 앞의 글(각주 73), S. 132.

75) *Engisch*, 앞의 글(각주 12), S. 409.

76) *Engisch*, 앞의 글(각주 12), S. 410.

77) *Kaufmann*, “Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen”, in: *JZ* 1954, S. 654.

78) *Kaufmann*, *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts. Zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre, Durchgesehener Neudruck der Ausgabe Mainz 1949, Aalen 1985*, S. 164.

다.⁷⁹⁾ 그래서 금지되는 것, 즉 위법하다는 것은 불법구성요건의 실현이고, 위법성은 구성요건표지가 아니라, 구성요건에 해당하는 행위에 대한 평가의 결과로서 논리적으로 독립적인 범죄표지라고 한다.⁸⁰⁾ 이에 따라 불법구성요건은 “필수적으로 위법성 판단에 이르는 모든 표지를 포함”하여야 한다.⁸¹⁾ 이러한 불법구성요건에는 불법근거와 불법배제의 표지가 속하게 되고, 적극적 표지의 존재와 소극적 표지의 부존재에 대해 위법성판단이 내려진다.⁸²⁾ 그 결과 불법구성요건은 가치서술인 위법성의 존재근거가 되며 위법성과는 근거-결과의 관계에 놓인다.⁸³⁾

IV. 소극적 구성요건표지이론에 관한 오해와 그에 대한 비판적 고찰

1. 이론의 배경에 관한 오해의 정정

소극적 구성요건표지이론에 대한 오해는 이 이론이 총체적 불법구성요건개념을 전제로 2단계 범죄체계를 취한다는 설명에서 비롯하는데, 이러한 설명은 이론의 역사를 검토하면 정확한 것은 아니다.

소극적 구성요건표지이론의 창시자로 알려진 메르켈은 주관적 불법의 옹호자⁸⁴⁾로서 국내에 소개된 총체적 불법구성요건개념과는 다른 이론적 전개를 보여주었고, 엥기쉬와 카우프만은 구성요건해당성과 위법성의 관계를

79) *Kaufmann*, 앞의 글(각주 77), S. 654.

80) *Kaufmann*, 앞의 책(각주 78), S. 65, 67.

81) *Kaufmann*, 앞의 글(각주 77), S. 656.

82) *Kaufmann*, 앞의 글(각주 77), S. 657.

83) *Kaufmann*, 앞의 글(각주 47), S. 356.

84) *Merkel*, *Kriminalistische Abhandlungen I. Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, Leipzig 1867, S. 42 ff.; 문채규·강수경, “불법과 책임의 구별 그리고 규범이론 - 독일의 논의를 중심으로 -”, 「서울대학교 법학」 제59권 제4호, 2018, 47면 이하.

근거(Grund)-결과(Folge)의 관계로 설정하여 소극적 구성요건표지이론을 인정하더라도 구성요건해당성-위법성-책임의 형식적 3단계 범죄체계와 전혀 배치되지 않는 이론적 구성을 그려냈기 때문이다.⁸⁵⁾ 앞서 언급한 바와 같이 총체적 불법구성요건의 개념을 통해 소극적 구성요건표지이론을 다룬 학자는 랑-히릭센과 록신이다.⁸⁶⁾ 이들은 총체적 불법구성요건(Gesamtunrechtstatbestand)이 아닌 총체적 구성요건(Gesamtthatbestand)이라는 표현을 사용하였지만,⁸⁷⁾ 내용상 그 둘은 동의어로 이해될 수 있다. 이 입장이 소위 2단계 범죄체계와 관련된 것으로, 이 총체적 불법구성요건에는 입법자의 반가치판단이 내재된 것으로 본다.

이렇듯 총체적 불법구성요건을 인정할 때에만 소극적 구성요건표지이론으로 연결될 수 있다는 설명은 소극적 구성요건표지이론을 주장하는 견해 중의 일부로서 이 이론에 대한 오해에서 비롯된 것이다.

2. 오해에 기초한 이론에 대한 비판과 그에 대한 대비판

총체적 불법구성요건이라는 전제에서 소극적 구성요건표지이론을 비판하는 논거 역시 타당하지 않다. 크게 보면 두 가지의 비판적 논거가 제시될 수 있다. 하나는 (불법)구성요건해당성이 위법성의 인식근거라는 관점에서 양자는 원칙과 예외의 관계를 구성하기 때문에, 양자가 결합된 채로 불법-책임의 2단계 범죄체계를 형성하는 소극적 구성요건표지이론은 설득력이 없다는 것이다.⁸⁸⁾ 다른 하나는 벨첼에 의해 제기된 ‘모기사례’⁸⁹⁾에서 볼 수

85) *Engisch*, 앞의 글(각주 12), S. 410; *Kaufmann*, 앞의 글(각주 47), S. 356.

86) *Lang-Hinrichsen*, 앞의 글(각주 65), S. 307; *Roxin*, 앞의 책(각주 44), S. 174 ff. 이 둘의 차이는 위법성인식에서 드러나는데, 랑-히릭센은 대표적인 고의설의 지지자이지만, 록신은 위법성인식을 주관적 구성요건요소로 인정하지 않는다. 록신에 따르면 “구성요건과 불법의 단일성이 구성요건인식과 불법인식의 분리를 배제하는 것은 아니”라고 한다(*Roxin*, 앞의 책(각주 44), S. 185).

87) 이를 소개한 국내문헌은 심재우, 앞의 글(각주 9), 79면.

88) 배중대, 앞의 책(각주 1), 206면; 신동운, 앞의 책(각주 1), 461면.

89) *Welzel*, “Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem”, in: *ZStW* 1955, 67. Bd., S. 210; *Welzel*, 앞의 책(각주 41), S. 81; 김성돈,

있듯이 이 이론이 위법성의 독자적 지위를 부정한다는 것이다.

(1) 원칙과 예외의 관계에 대한 비판

먼저 전자와 관련하여 불법구성요건은 위법성을 징표하고 구성요건해당성의 효력은 정당화사유 또는 위법성조각사유에 의해 중단된다고 한다. 이러한 구조를 원칙과 예외의 관계로 설정하게 되는데, 원칙과 예외의 관계는 규범이론적 관점에서 금지 또는 요구와 허용의 관계에 상응한다.⁹⁰⁾ 허용은 금지된 행동을 전제하게 된다. 즉 허용은 금지와 독립되어 있는 것이 아니라 그 판단의 대상과 연동되어 있다.⁹¹⁾ 왜냐하면 금지된 행위와 허용된 행위는 종합적 관점에서 동일한 행위이기 때문이다. 그래서 하나의 행위에 두 가지 판단, 즉 (잠재적) 위법성의 판단과 적법성의 판단이 별도로 내려진다는 것에는 논리적인 문제점이 존재한다. 예를 들어 정당방위 사례의 경우 원칙-예외 관계를 따를 때 일시적으로 위법한 행위가 적법하게 되는 것이다. 여기에서 드는 의문은 최종적으로 적법하다는 판단이 내려진다면 과연 중간결론으로서 불완전한 판단이 필요한가이다. 전체적인 행위의 평가는 위법한지 아니면 적법한지에 대한 하나의 판단으로 족하기 때문이다.⁹²⁾

그리고 이와 같은 원칙과 예외의 수용에서는 불법과 위법의 개념 간에

앞의 책(각주 1), 278면; 배종대, 앞의 책(각주 1), 126면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책(각주 2), 118면; 이형국·김혜경, 앞의 책(각주 1), 116면 각주 2.

90) *Binding*, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, 1. Band: *Normen und Strafgesetze*, Leipzig 1872, S. 52: “예외가 규범의 행위개념에서 허용된 행위의 표지를 지닌 한 그룹을 분리한다면, 그 예외는 규범의 효력범위를 축소시키고 이러한 규범을 무조건적 규범(살인하지 말라!)에서 조건부 규범(살인할 권리와 의무가 부여되는 사정이 존재하지 않는다면, 살인하지 말라!)으로 전환시킨다. [...] 살인 자체는 이 시점부터 허용되는 것도 아니고 허용되지 않는 것도 아니다; 살인이 조건부 규범에 해당하는 한, 살인은 금지되고, 그것이 예외에 해당하자마자 살인은 허용된다.”

91) *Schmid*, *Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht*, Berlin 2002, S. 71 f.: “규범이론적 관점에서 구성요건표지와 정당화사유 간에는 차이가 존재하지 않는다. 금지를 근거 지우는 데에 양자는 동일하게 필요하고, 구성요건표지는 적극적으로 존재하여야 하며, 정당화사유는 결여되어야, 즉 소극적으로 존재하여야 한다.”

92) *Kaufmann*, 앞의 글(각주 77), S. 655.

혼동을 가져오게 된다. 일반적으로 “구성요건단계의 임무는 불법의 근거지움이지만, 위법성단계의 과제는 불법의 배제”⁹³⁾라거나 “불법이란 구성요건에 해당하고 위법한 행위이다. 불법이 인정되려면 구성요건해당성이 ‘있어야’ 하고 위법성조각사유가 ‘없어야’한다”⁹⁴⁾라고 설명된다. 이러한 설명은 벨첼의 이론에 기반을 둔 것으로 볼 수 있는데, 벨첼은 “위법한 행위 자체”를 불법으로 정의하면서, 불법은 주어이며 위법성은 서술어라고 한다.⁹⁵⁾ 만약 이러한 설명처럼 정당화사유, 즉 위법성조각사유가 위법성의 영역에 속한다면 형법적 불법은 구성요건에 해당하고 위법한(정당화되지 않은) 행위로서, 위법성의 요소인 정당화사유가 존재하지 않아야 불법이 되는 것이다. 이러한 개념설정에 따르면 결국 “위법성은 위법한 행위”라는 순환논증(petitio principii)으로 이어진다. 이에 따라 구성요건해당성과 위법성의 관계는 원칙과 예외의 관계가 아니라, 오히려 규정방식에서 입법기술적인(gesetztechnisch) 문제라고 할 수 있다.⁹⁶⁾ 예를 들어 각론에서 “손괴를 통해 현저한 위협을 방지하기 위하여 손괴가 필수적이지 않다면, 타인의 물건에 대한 손괴는 금지된다”⁹⁷⁾와 같이 구성요건과 정당화사유가 처음부터 함께 규정될 수도 있다.

(2) 위법성의 독자적 지위 부정에 대한 비판

소극적 구성요건표지이론은 특히 구성요건과 위법성을 엄격하게 구분하는 벨첼과 그의 제자에 의해 비판된다.⁹⁸⁾ 그 비판은 주로 위법성 판단을

93) 배종대, 앞의 책(각주 1), 206면.

94) 신동운, 앞의 책(각주 1), 461면.

95) Welzel, 앞의 책(각주 41), S. 52.

96) Baumgarten, 앞의 책(각주 60), S. 85 f.; Kaufmann, 앞의 책(각주 78), S. 66; Lang-Hinrichsen, 앞의 글(각주 65), S. 306; BGHSt 39, 1 (28): “구성요건을 제한하거나 무제한적 구성요건에서 정당화사유를 예정한 입법자의 결정은 사정에 따라서는 단지 기술적인 속성을 나타낸다.”

97) Otto, “Die Lehre vom Tatbestand und der Deliktsaufbau”, in: JA 1995, S. 469.

98) Welzel, 앞의 책(각주 41), S. 54 f., 81 f.; Hirsch, 앞의 책(각주 53), S. 220 ff. und passim; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin 1991, 6/54 ff.; Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne

포함하는 총체적 불법구성요건에 맞추어져 있으며, 비판의 정점이 “정당방위로 사람을 살해하는 것과 모기를 죽이는 것은 법적으로 정확히 동일하다: 둘은 구성요건에 해당하지 않는 사건이다”라는 소위 ‘모기사례’라고 할 수 있다.⁹⁹⁾ 이 명제는 행위의 분리를 전제로 하는데, 벨첼은 법적으로 중요하고(구성요건에 해당하고) 금지된(위법한) 행위, 법적으로 중요하지만(구성요건에 해당하지만) 허용된(적법한) 행위 그리고 법적으로 중요하지 않은(구성요건에 해당하지 않는) 행위를 구분하였다.¹⁰⁰⁾ 이러한 배경에서 소극적 구성요건표지이론이 허용성의 독자적 가치단계를 오인하여 구성요건에 해당하지 않는 행위와 구성요건에 해당하지만 정당화되는 행위의 가치차이를 고려하지 않았다고 한다.¹⁰¹⁾

하지만 ‘모기사례’ 역시 소극적 구성요건표지이론에 대한 적합한 비판이 아니다. 사람과 모기의 극단적 대립은 범죄유형을 상정하는 구성요건의 의미에서 타당하지 않기 때문이다. 범죄유형이라는 것은 법치국가의 보장기능을 구체화할 뿐만 아니라 형법적으로 중요한 행위를 확정한다는 절차적 관심사를 표현한다.¹⁰²⁾ 형법적 중요성은 적극적 구성요건표지를 통해서 도출되는 것이며, 이것이 소극적 구성요건표지를 통해 중요하지 않은 것으로 전환될 수는 없다. 단지 정당방위상황에서의 살인은 불법으로 평가되지 않는다는 것을 의미한다.¹⁰³⁾ 이에 반해 법적인 숙고의 대상이 되지 않는 행위는 처음부터 형법적으로 고려되지 않을 뿐이다.¹⁰⁴⁾ 그래서 소극적 구성요건이론을 두고 구성요건에 해당하지 않는 행위와 구성요건에 해당하나 정당화되지 않는 행위를 구별하지 못한다는 비판은 타당하지 않다.¹⁰⁵⁾

Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1954, S. 189 ff., 238 ff.

99) *Welzel*, 앞의 글(각주 89), S. 210; *Welzel*, 앞의 책(각주 41), S. 81.

100) *Welzel*, 앞의 글(각주 89), S. 211. 벨첼이 의미하는 구성요건해당성은 “행위의 형법적 중요성”이며, 정당화사유는 “법적 중요성을 건드리지 않고 단지 구성요건실현의 금지성 또는 위법성을 배제한다”.

101) *Welzel*, 앞의 글(각주 89), S. 211; *Welzel*, 앞의 책(각주 41), S. 81 f.

102) *Kaufmann*, 앞의 글(각주 47), S. 355; *Roxin*, 앞의 책(각주 44), S. 180.

103) *Kaufmann*, 앞의 글(각주 47), S. 355 f.

104) 마찬가지로 하태인, “판례분석을 통한 오상방위의 해석”, 『형사법연구』 제31권 제4호, 2019, 191면.

벨첼은 기존의 자신의 견해와 달리 구성요건에 위법성과 구별되는 규범 위반의 개념을 도입하게 되는데,¹⁰⁶⁾ 그 후로 벨첼학과(Welzel'sche Schule)는 허용규범의 독자성을 인정하고 그것으로 규범충돌(Normenkollision)이 중단된다고 본다.¹⁰⁷⁾ 여기에서 개념적 형상인 금지실질(Verbotsmaterie)과 금지실질의 내용인 위법한 행위를 구별함으로써 금지실질은 형식적으로 파악된다.¹⁰⁸⁾ 그 결과 금지 또는 요구와 그 허용이 동시에 존재할 수 없는 평가의 문제를 발생시킨다. 하지만 불법은 적극적 전제조건 존재 시에 그 존재를 통해, 소극적 전제조건 존재 시에 그 부존재를 통해 단일하게 판단되어야 한다. 그래서 위법성이라는 평가는 법질서 속에서 구성요건에 해당하는 불법을 통해 반가치의 창출을 의미하게 되는 것이다. 이에 따라 구성요건과 위법성의 관계에서 행위반가치·결과반가치가 행위가치·결과가치에 의해서 수학적 으로 상쇄된다는 보상의 관점(Saldierungs-oder Kompensationsmodell)은 받아들여질 수 없다.¹⁰⁹⁾

3. 소 결

105) ‘모기사례’에서의 극단적 비교는 법익보호라는 가치의 관점에서 두 행위의 차이를 보여주지 못하기 때문에 주목을 끌 수 있지만, 결과적으로는 중요하지 않다고 한다(Schünemann, “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre”, in: GA 1985, S. 349).

106) Welzel, 앞의 책(각주 36), S. 40 ff.; Welzel, 앞의 책(각주 41), S. 49 ff.

107) 대표적으로 Kaufmann, 앞의 책(각주 98), S. 248 ff.

108) Kaufmann, 앞의 글(각주 47), S. 355 Fn. 30.

109) 보상모델에 대해서는 Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959, S. 156 f.; Schünemann, 앞의 글(각주 105), S. 373 f.; Welzel, 앞의 책(각주 41), S. 83 ff. 참조. 하지만 이러한 산술적인 관점에는 행위반가치·결과반가치와 행위가치·결과가치 사이에 어떠한 관련성이 존재하는지, 가치와 반가치의 크기가 어느 정도로 상쇄되는지가 의문스러운데(Puppe, 앞의 글(각주 64), S. 183 f.), 가치비교를 위한 어떠한 일반적인 기준도 존재하지 않기 때문이다(Renzikowski, Notstand und Notwehr, Berlin 1994, S. 39.). 이와 달리 소극적 구성요건표지이론에 의할 경우 구성요건에서의 표지들은 적극적 또는 소극적으로 하나의 가치 내지 반가치를 근거지을 수 있게 된다.

이상에서 구성요건이 위법성의 인식근거라는 관점이 어떻게 소극적 구성요건표지이론을 오해하고 있는지를 밝혔다. 중요한 것은 불법구성요건이 당벌적 행위를 그려내야 하고, 그에 대한 위법성은 구성요건의 충족으로부터 도출된다는 것이다. 그래서 불법구성요건은 행위의 위법성을 판단하기 위한 모든 표지를 포함하는 것으로 이해되어야 한다. 원칙과 예외 관계가 해소된다면, 불법구성요건과 위법성 간의 가치차이가 발생하는 것이 아니라, 위법성이라는 평가에 필요한 모든 조건은 동등하게 다루어진다.¹¹⁰⁾ 여기에서 위법성은 “구성요건에 해당하지만 정당화되지 않은 행위”의 가치서술어를 의미하게 된다.¹¹¹⁾ 그에 상응해서 위법성 또는 적법성의 판단에서는 전체적인 사건의 모습을 보이는 하나의 사실관계가 중심이 되는 것이다. 그래서 정당화사유는 위법성의 조각과 관련되는 것이 아니라, 정당화사유는 그 부존재가 불법의 발생에 영향을 미치는 불법구성요건의 소극적 구성요건표지로 이해되어야 한다. 이렇게 이해된 불법구성요건은 위법성의 존재근거가 되며 양자는 근거와 결과(Grund und Folge)의 관계에 놓이게 된다.

그리고 불법구성요건은 구성요건의 실현이라는 존재(Sein)의 영역에서 형법적 불법을 확정하게 되고 이로부터 가치판단인 당위(Sollen)로서의 위법성이 도출될 수 있다. 이러한 불법구성요건은 자연스럽게 소극적 구성요건표지이론과 결부된다. 소극적 구성요건표지이론은 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 특별한 해결모델이 아니라, 구성요건론과 불법론으로부터 도출될 수 있는 논리적 귀결이다. 그로 인해 정당화사유가 존재하면 형법적 불법은 성립될 수 없으며 행위자의 행위도 위법하지 않게 된다. 불법구성요건을 통해 실질적으로 확정된 불법은 책임판단의 대상으로 기능하게 된다.

V. 실질적 구성요건개념의 확정과 한국 형법으로의 적용에 대한 검토

110) *Renzikowski*, 앞의 책(각주 109), S. 134.

111) *Engisch*, 앞의 글(각주 12), S. 411.

불법구성요건을 위법성으로 연동시키려면 구성요건에는 범죄유형과 금지실질이라는 두 가지 조건이 고려되어야 한다. 범죄유형은 기본적으로 각각의 범죄에 대한 전형적인 불법내용을 의미한다.¹¹²⁾ 그에 따라 범죄유형을 통해서 형법적으로 중요한 행위방식이 기술되고 “법률 없으면 형벌 없다(*nulla poena sine lege*)” 및 “법률 없으면 범죄 없다(*nullum crimen sine lege*)”라는 원칙으로부터 도출되는 법치국가의 보장기능이 충족된다.¹¹³⁾ 물론 이러한 범죄유형에 정당화사유는 포함되지 않는다.¹¹⁴⁾ 그 밖에 실질적 구성요건개념에는 금지실질이 필수적이다. 금지실질은 “인간의 행동에 위법하다는 평가를 내리기에 필요한 모든 표지를 담고” 있으며 “범죄의 당벌성에 대한 종합적 요소”를 포함한다.¹¹⁵⁾ 그래서 소극적 구성요건표지로서 정당화사유는 금지실질의 개념에 속하게 된다. 이러한 금지실질은 가치판단을 위한 본질적 근거가 되는데, “가치는 표시(*Prägung*)와 결부된 것이 아니라, 실질(*Materie*)을 통해 수반”되기 때문이다.¹¹⁶⁾ 이러한 불법구성요건에서 적극적 구성요건과 소극적 구성요건이 결합하여 불법을 형성하게 되고, 그렇게 형성된 불법은 위법하다는 평가로 이어지게 된다.

1970년대 이후로 한국 형법학은 독일 형법이론의 대부분을 수용하였다. 특히 당시에 독일의 지배적인 이론이었던 벨첼의 견해가 중심이 되었다. 그에 따라 인적 불법론의 토대에서 3단계 범죄체계가 한국 형법학의 주류로서의 자리를 차지하였다. 물론 이러한 한국 형법학의 지배적 견해는 독일의 통설과 다르지 않다. 즉 구성요건해당성이 위법성을 징표하고 정당화사유는 구성요건에 해당하는 행위의 위법성을 조각한다고 본다. 그러다 보니 위에

112) *Kaufmann*, 앞의 글(각주 47), S. 354; *Wessels/Beulke/Satzger*, 앞의 책(각주 49), Rn. 177 f.

113) *Kaufmann*, 앞의 글(각주 47), S. 355; *Wessels/Beulke/Satzger*, 앞의 책(각주 49), Rn. 177 f.

114) *Kaufmann*, 앞의 글(각주 47), S. 354; *Radbruch*, 앞의 글(각주 63), S. 165.

115) *Kaufmann*, 앞의 글(각주 47), S. 356. 여기에서 말하는 금지실질은 구성요건개념으로서 벨첼의 금지실질과 구별되는데, 벨첼의 구성요건개념은 명시적으로 벨링의 개념으로 귀착되고(*Welzel*, 앞의 책(각주 41), S. 52), 거기에서 금지실질과 범죄유형을 동일시하기 때문이다(*Kaufmann*, 앞의 글(각주 47), S. 354 Fn. 26).

116) *Engisch*, 앞의 글(각주 12), S. 408.

서 언급한 불법구성요건론은 주된 흐름에서 벗어난 것은 사실이다.

문제는 한국 형법을 해석할 때 독일의 이론을 적용한다는 것이다. 하지만 한국 형법이 독일 형법과 다르다는 점에 주목해야 한다. 형법총론에서 제13조에 따른 “고의”가 배제되건, 제15조 및 제16조에 따른 착오사례의 경우이건, 제20조부터 제24조에 이르기까지 정당화사유가 존재하는 경우이건, 서술어는 모두 “벌하지 아니한다”라고 규정되어 있다. 반면에 독일 형법전에서 정당방위(§ 32), 정당화적 긴급피난(§ 34) 또는 승낙(§ 228)의 경우에 명시적으로 “위법하지 않다(nicht rechtswidrig)”라고 규정되어 있다. 이러한 규정의 차이에도 불구하고 주류의 견해는 정당화사유가 존재하는 경우에 형법총론의 “벌하지 아니한다”를 “위법하지 않다”로 해석하고 있다. 이는 단지 독일 형법의 규정을 한국 형법의 해석근거로 차용하고 있는 것으로 볼 수 있다. 하지만 동일한 논리로 정당화된 행위는 처벌되지 않기 때문에 그 “벌하지 아니한다”를 “구성요건에 해당하지 않는다”로 해석하여도 무방할 것이다. 이렇듯 정당화사유를 위법성조각사유로 이해하는 것은 절대적인 것이 아니며, 그에 대한 이론적 논증이 필요한 것이다. 실질적 불법구성요건 개념으로 구성요건과 위법성을 이해하게 된다면, 한국 형법에 충분히 소극적 구성요건표지이론이 적용될 여지가 있다고 본다.

실질적 불법구성요건개념에 관한 고찰 - 강 수 경·하 태 인	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2023.08.23.	2023.08.26.	2023.09.18.

[참고문헌]

I. 국내문헌

- 김성돈, 형법총론, 제7판, SKKUP, 2021.
 배종대, 형법총론, 제15판, 홍문사, 2021.
 신동운, 형법총론, 제13판, 법문사, 2021.
 오영근, 형법총론, 제6판, 박영사, 2021.
 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 제10판, 박영사, 2021.
 이형국·김해경, 형법총론, 제6판, 법문사, 2021.
 임웅, 형법총론, 제12판, 법문사, 2021.
 강수경, “형법학에서 구성요건이론의 역사적 전개 - 벨링(Ernst Beling)과 그 이전의 구성요건이론을 중심으로-”, 「법사학연구」 제60호, 2019, 279-302면.
 문채규, “소극적 구성요건표지이론을 위한 변론 - 고의책임의 본질을 중심으로 -”, 「형사법연구」 제12호, 1999, 71-95면.
 문채규, “위법성조각사유에 관한 학계의 몇 가지 오해에 관하여”, 「비교형사법연구」 제21권 제4호, 2020, 155-182면.
 문채규·강수경, “불법과 책임의 구별 그리고 규범이론 - 독일의 논의를 중심으로 -”, 「서울대학교 법학」 제59권 제4호, 2018, 41-82면.
 심재우, “구성요건의 본질”, 연세대 「법학연구」 제2권, 1982, 59-90면.
 하태인, “판례분석을 통한 오상방위의 해석”, 「형사법연구」 제31권 제4호, 2019, 165-198면.

II. 외국문헌

- Ambos, Kai*, 100 Jahre Belings “Lehre vom Verbrechen”: Renaissance des kausalen Verbrechensbegriffs auf internationaler Ebene?, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2006, S. 464-471.
Baumgarten, Arthur, Der Aufbau der Verbrechenslehre. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Strafrechtsverhältnis, Tübingen 1913.
Beling, Ernst, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.
Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, 1. Band: Normen und Strafgesetze, Leipzig 1872.
Engisch, Karl, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, in: von *Caemmerer, Ernst/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard* (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Band I, Karlsruhe 1960, S. 401-437.
 ———, Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in: *Engisch, Karl/Maurach, Reinhart* (Hrsg.), Festschrift für *Edmund Mezger* zum 70. Geburtstag, München/Berlin 1954, S. 127-163.
 ———, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1930, Aalen 1995
Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem

- Einführungsgesetze, 2. Aufl., Leipzig 1901.
- Hegler, August*, Die Merkmale des Verbrechens, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1915, 36. Bd., S. 19-44, 184-232.
- Hirsch, Hans Joachim*, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil I), in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1981, 93. Bd., S. 831-863.
- _____, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, Bonn 1960.
- Jakobs, Günther*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin 1991.
- Jescheck, Hans-Heinrich*, Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1961, 73. Bd., S. 179- 209.
- Kaufmann, Armin*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen 1959.
- _____, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen 1954.
- Kaufmann, Arthur*, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts. Zugleich ein Leitfaden durch die moderne Schuldlehre, Durchgesehener Neudruck der Ausgabe Mainz 1949, Aalen 1985.
- _____, Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, in: Juristenzeitung 1956, S. 353-358.
- _____, Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, in: Juristenzeitung 1954, S. 653-659.
- Lang-Hinrichsen, Dietrich*, Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, in: Juristische Rundschau 1952, S. 302-307, 356-358.
- Mayer, Max Ernst*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch, Heidelberg 1915.
- Merkel, Adolf*, Kriminalistische Abhandlungen I. Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, Leipzig 1867.
- _____, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.
- Mezger, Edmund*, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in: Festschrift für *Ludwig Traeger* zum 70. Geburtstag. Überreicht von der Juristischen Fakultät der Universität Marburg, Neudruck der Ausgabe Berlin 1926, Aalen 1979, S. 187-230.
- Otto, Harro*, Die Lehre vom Tatbestand und der Deliktsaufbau, in: Juristische Ausbildung 1995, S. 468-476.
- Puppe, Ingeborg*, Zur Struktur der Rechtfertigung, in: *Küper, Wilfried/Welp, Jürgen* (Hrsg.), Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und *Johannes Wessels* zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 183-201.
- Radbruch, Gustav*, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: *Hegler, August* (Hrsg.), Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für *Reinhard von Frank* zum 70. Geburtstag, Band I, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930, Tübingen 1969, S. 158-173.

- Renzikowski, Joachim*, Notstand und Notwehr, Berlin 1994.
- Roxin, Claus*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Aufl., Berlin 1970.
- Sauer, Wilhelm*, Zur Grundlegung des Rechts und zur Umgrenzung des strafrechtlichen Tatbestands, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1915, 36. Bd., S. 449-472.
- Schmid, Christian*, Das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit aus rechtstheoretischer Sicht, Berlin 2002.
- Schröder, Horst*, Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1953, 65. Bd., S. 178-209.
- Schünemann, Bernd*, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht 1985, S. 341-380.
- Tiedemann, Klaus*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts, Tübingen 1969.
- von Weber, Hellmuth*, Die garantierende Funktion der Strafgesetze, in: Deutsche Juristen-Zeitung 1931, S. 663-667.
- Welzel, Hans*, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Aufl., Berlin 1969.
- _____, Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 3. Aufl., Berlin 1954.
- _____, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 2. Aufl., Göttingen 1952.
- _____, Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, Berlin 1940.
- _____, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1955, 67. Bd., S. 196-228.
- _____, Studien zum System des Strafrechts, in: *Welzel, Hans*, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin 1975, S. 120-184.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 47. Aufl., Heidelberg 2017.
- Wolf, Erik*, Die Typen der Tatbestandsmässigkeit. Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom Besonderen Teil des Strafrechts, Breslau 1931.

【국문초록】

1900년대 구성요건의 역사를 보면 벨링에 의해 범죄유형의 기술로서 현대적 구성요건의 형태가 갖추어지기 시작하였고, 신칸트학파의 영향을 받아 구성요건에 가치의 의미가 담겼으며 그리고 벨첼에 이르러 인적 불법론이 구현될 수 있게 되었다. 이렇듯 구성요건에는 시간이 흐를수록 실질적이고 규범적인 내용이 포함되었다. 그런데 실질적 불법구성요건은 단순히 범죄유형의 기술을 넘어서 범의개념과 결부된 사회적 유해성을 그려낼 수 있어야 한다. 그러기 위해서는 구성요건개념에 범죄의 당벌적인 내용을 형성하는 종합적 요소들이, 즉 불법을 구성하는 요소뿐만 아니라 불법을 배제하는 요소 역시 구성요건개념에 포함되어야 한다.

이러한 불법구성요건은 그 속에 위법성이 내재된 총체적 불법구성요건과 구별된다. 위법성은 사회적 유해성에 대한 평가이며 가치판단이기 때문에 불법구성요건에서 불법으로 확정된 행위는 위법하다는 평가로 이어져야 한다. 이는 구성요건실현이라는 존재(Sein)의 영역에서 불법이 확정되고, 여기로부터 당위(Sollen)인 위법성이 판단되어야 함을 의미한다. 이를 통해 구성요건해당성과 위법성은 근거와 결과의 관계에 놓이게 되고, 그러한 구성요건은 위법성의 존재근거로서 기능하게 되는 것이다.

실질적 불법구성요건에는 소극적 구성요건표지로서 불법배제사유가 포함된다. 그러한 불법구성요건개념은 자연스럽게 소극적 구성요건표지이론과 연결된다. 그래서 이 이론은 단지 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 해결모델이 아니라 구성요건론과 불법론의 이해에서 도출되는 논리적 귀결이다. 이에 따라 정당화사유가 존재하면 불법이 성립되지 않으며, 적극적인 구성요건에 해당하고 정당화사유가 존재하지 않으면 불법이 되고, 여기에 위법성의 평가가 내려질 수 있다.

이와 같은 불법구성요건개념은 한국 형법의 해석에도 적용될 수 있다. 통상적으로 위법성조각사유라고 이해되는 정당화사유는 독일 형법상의 정당방위나 정당화적 긴급피난 그리고 승낙의 경우에 명시적으로 “위법하지 않다”라고 규정된 것을 한국 형법의 해석으로 차용한 것이라고 할 수 있다.

이러한 방식이라면 한국 형법에서 “벌하지 아니한다”라고 규정된 표현을 “위법성이 배제된다”가 아닌 “구성요건에 해당하지 않는다”라고 해석하여도 큰 무리가 없어 보인다. 그렇게 한국 형법에 실질적 불법구성요건개념을 통해 소극적 구성요건표지이론이 적용될 수 있다.

【Abstract】

A consideration of the substantive criminal offense
– Misunderstanding and Understanding
of the Doctrine of Negative Elements of a criminal offense –

Kang, Soo-Kyoung

(Doctoral candidate, Univ. Bremen)

Ha, Tae-In

(Professor. University Kyungnam)

It depends on the fact that the criminal offense describes punishable behavior, the unlawfulness of which arises from the fulfillment of the elements of the offense, and that it encompasses all characteristics that constitute the unlawfulness of the act. Here, unlawfulness signifies value predicate of the conduct that meets the elements of the offense and is not justified. Therefore, justifications do not refer to the elimination of unlawfulness but are to be understood as negative elements of the offense, the absence of which determines the emergence of injustice. The unjust criminal offense is therefore the ratio essendi of unlawfulness and stands in a relationship of cause and effect with it. It determines the criminal wrongfulness from the existence, namely the factual reality of the elements of the offense, and from that, unlawfulness as the normative aspect, namely the value judgment, is inferred. Thus, the criminal offense is connected to the doctrine of negative elements of the offense. This doctrine is not a specific solution model for cases of Error regarding the

factual requirements of the justifying grounds, but rather a logical consequence that can be derived from the doctrines of elements of the offense and unlawfulness. If a justification exists, the criminal wrongfulness is not established, and therefore, the conduct of the perpetrator is not unlawful. The unlawfulness determined by the criminal offense, as a matter of substance, is referred to as the object of the guilt judgment.

The legal consequence of certain provisions in the General Part of the Korean Criminal Code is generally stated as “not punishable”. Unlike German criminal law, where conduct that meets the elements of self-defense, necessity, or consent is considered “not unlawful”, in other legal systems, it is merely deemed “not punishable”. However, despite the wording in the specific legal provision, the legal consequence is interpreted as “not unlawful”, similar to German criminal law. Nonetheless, justifications can be interpreted as not constituting elements of the offense since justified behavior is also not punishable. Therefore, the doctrine of negative elements of the offense can be applied to justifications.

주제어(Keyword) : 소극적 구성요건표지이론(the doctrine of negative elements of a criminal offense), 구성요건해당성과 위법성의 관계(the connection between the elements of a criminal offense and unlawfulness), 총체적 불법구성요건(the aggregate offense), 불법구성요건(the substantive criminal offense), 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오(Error regarding the factual requirements of the justifying grounds)

수사상 디지털증거 압수수색 제도의 참여권에 관한 고찰*

성 혜 정**

▶ 목 차 ◀

I. 서론	1. 피고인과 피의자 참여권
II. 압수수색 집행의 참여권 관련 근거 규정	2. 피압수자의 참여권
1. 형사소송법	3. 전자정보 압수와 참여권
2. 법규명령 및 행정규칙	4. 압수영장의 제시 및 사본 교부 와 참여
(1) 검사와사법경찰관의상호협 력과일반적수사준칙에관 한규정(형사소송법시행령)	IV. 디지털증거와 인터넷서비스제 공자에 대한 압수수색에서의 참여
(2) 디지털증거의수집·분석및 관리규칙(대검찰청예규)	1. ‘피의자 또는 변호인’에 대한 사전통지
(3) 범죄수사규칙 및 디지털증 거처리등에관한규칙(경찰 청훈령)	2. ‘처분을 받는 자’에 대한 영장 원본 제시
(4) 디지털증거 관련 법령 체 계의 문제점	3. 정보의 탐색, 선별, 출력, 복제 와 피의자의 참여
3. 법원 영장 별지	4. 소유자, 소지자, 보관자에 대 한 압수목록의 교부
4. 참여권 보장 절차 규정의 의의 및 기대효과	V. 참여권 보장과 프라이버시 보 호의 충돌 문제
III. 피고인, 피의자, 피압수자의 참 여권	VI. 결론
	VII. 참고문헌

* 본고의 내용은 학문적인 시각에서 고찰한 것으로, 소속기관의 견해와는 무관함을 밝힙니다.

** 고려대학교 대학원 법학과 석사과정, 서울경찰청.

I. 서론

현행 형사소송법에서는 제121조에서 형사소송의 당사자인 검사, 피고인 또는 변호인에 대한 재판단계에서의 압수수색영장 집행에 대한 참여권을 규정하고 있고, 제219조에서는 수사단계의 압수수색검증 절차에서도 위 규정을 준용하도록 하고 있다. 그러나, 공판중심주의를 채택하는 재판단계의 동등한 소송당사자로서의 지위를 갖는 피고인의 방어권 보장 측면에서의 참여권 보장 절차는 증거확보의 필요성 등으로 인하여 기밀유지를 필요로 하는 수사단계에서 역시 동일한 기준으로 적용하는 것이 타당한지에 대해 본질적인 검토가 필요하다. 또한, 형사소송법상에는 피고인(피의자) 또는 변호인, 공무소 등 책임자, 주거주, 간수자 등에게 압수수색 집행의 참여권을 인정하고 있는 반면, 형사소송법 시행령 및 각 수사기관 내부규정들에서는 피압수자의 관점에서 참여권을 규정하고 있어, 진정한 참여권자가 누구인지에 대한 해석에 혼란의 여지가 있다. 종래 유체물의 특성을 기반으로 제정된 압수수색 절차 규정들은 정보통신기기 및 인터넷서비스의 제공과 이용이 활발하게 이루어짐에 따라, 새로운 방식의 압수수색 절차를 필요로 하게 되었고, 이러한 변화에 따라 압수수색 집행시 참여권 보장 절차도 새롭게 검토되어야 할 필요성을 가지게 되었다. 또한, 압수수색의 참여권 보장 절차는 수사기밀 유지와 충돌하기도 하지만 압수수색영장의 피압수자 제시 등으로 인하여 피의자 및 기타 관련자의 프라이버시 보호 문제와 충돌하기도 한다.

본 연구에서는 위와 같은 관점에서 현행 수사상 압수수색영장 집행 및 참여권 보장 절차들을 관련 규정과 구체적 환경, 사례들을 통해 논의한 후, 문제점과 개선 방법에 대해 검토해보고자 한다.

Ⅱ. 압수수색 집행의 참여권 관련 근거 규정

1. 형사소송법

형사소송법상 압수수색 집행의 참여권 관련 규정으로는, 법원의 압수수색 규정인, 제118조(영장의 제시와 사본 교부), 제121조(영장집행과 당사자의 참여), 제122조(영장집행과 참여권자에의 통지), 제123조(영장의 집행과 책임자의 참여), 제124조(여자의 수색과 참여), 제129조(압수목록의 교부) 등이 있으며, 수사편의 제219조에서는 수사상 압수수색에서도 위의 규정을 준용하도록 하는 형태로 되어있다.

본법 제118조에서는 ‘처분을 받는 자’에게 압수수색영장을 제시하여야 한다고 하고, ‘처분을 받는 자’가 피고인인 경우, 그 사본을 교부하라고 하면서, ‘처분을 받는 자’와 피고인을 특별히 구분해서 설명하고 있는데, 이러한 것으로 보아, 제121조의 ‘검사, 피고인 또는 변호인은 압수수색영장 집행에 참여할 수 있다’는 규정은 피고인이 ‘처분을 받는 자’이건, 직접 ‘처분을 받는 자’가 아니건 간에 피고인의 사건에 관한 압수수색영장 집행이면, 피고인은 항상 참여할 수 있도록 규정한 것으로 해석되고, 제219조에 의해 준용되는 수사단계의 압수수색영장 집행에서도, 피의자의 사건에 관한 압수수색영장 집행이면, 피의자가 해당 압수수색에 대한 ‘처분을 받는 자’이건, 아니건 간에 항상 참여할 수 있도록 규정한 것으로 해석된다. 그러나, 위의 조항은 참여해야 한다는 의무조항은 아니고, 할 수 있다는 것이며, 제122조¹⁾에서는 통지를 의무사항으로 정하고 있으므로, 단서의 ‘참여하지 아니한다는 의사를 명시’하거나, ‘급속을 요하는 때’를 제외하면, 검사, 피의자 또는 변호인은 직접 ‘처분을 받는 자’ 이건 아니건 간에 압수영장 집행에 참여할 수 있다는 내용의 통지는 받아야 한다는 것으로 해석된다.

1) 형사소송법 제122조(영장집행과 참여권자에의 통지)

압수수색영장을 집행함에는 미리 집행의 일시와 장소를 전조에 규정한 자에게 통지하여야 한다. 단, 전조에 규정한 자가 참여하지 아니한다는 의사를 명시한 때 또는 급속을 요하는 때에는 예외로 한다.

그러나, 이와 관련 대법원²⁾은,

“형사소송법 제219조, 제121조는 ‘수사기관이 압수수색영장을 집행할 때에는 피압수자 또는 변호인은 그 집행에 참여할 수 있다.’고 정하고 있다.”

라고 하여, 제219조에 따라 수사기관의 압수수색영장 집행에서 제121조를 준용하여 적용할 때에는 제121조의 ‘피고인’에 대해 수사단계의 ‘피의자’가 아닌, ‘피압수자’를 의미하는 것으로 해석³⁾한 바 있다. 또 다른 판례⁴⁾에서는,

“피해자 등 제3자가 피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체를 영장에 의하지 않고 임의제출한 경우에는 실질적 피압수·수색 당사자(이하 ‘피압수자’라 한다)인 피의자가 수사기관으로 하여금 그 전자정보 전부를 무제한 탐색하는 데 동의한 것으로 보기 어려울 뿐만 아니라 피의자 스스로 임의제출한 경우 피의자의 참여권 등이 보장되어야 하는 것과 견주어 보더라도 특별한 사정이 없는 한 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에 따라 피의자에게 참여권을 보장하고 압수한 전자정보 목록을 교부하는 등 피의자의 절차적 권리를 보장하기 위한 적절한 조치가 이루어져야 한다. 이와 같이 정보저장매체를 임의제출한 피압수자에 대하여 임의제출자 아닌 피의자에게도 참여권이 보장되어야 하는 ‘피의자의 소유·관리에 속하는 정보저장매체’란, 피의자가 압수·수색 당시 또는 이와 시간적으로 근접한 시기까지 해당 정보저장매체를 현실적으로 지배·관리하면서 그 정보저장매체 내 전자정보 전반에 관한 전속적인 관리처분권을 보유·행사하고, 달리 이를 자신의 의사에 따라 제3자에게 양도하거나 포기하지 아니한 경우로써, 피의자를 그 정보저장매체에 저장된 전자정보에 대하여 실질적인 피압수자로 평가할 수 있는 경우를 말하는 것이다. 이에 해당하는지 여부는 민사법상 권리의 귀속에 따른 법률적·사후적 판단이 아니라 압수·수색 당시 외형적·객관적으로 인식 가능한 사실상의 상태를 기준으로 판단하여야 한다. 이러한 정보저장매체의 외형적·객관적 지배·관리 등 상태와 별도로 단지 피의자나 그 밖의 제3자가 과거 그 정

2) 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결, 2017. 9. 21. 선고 2015도12400 판결 등.

3) 그러나, 이 판례들의 사안들은 피의자와 피압수자가 동일한 경우의 사안들이므로, 피압수자의 참여권을 별도로 인정하고 있는지는 명확하지 않다는 의견도 있다.

- 조은별, 『디지털 증거의 압수수색에 대한 참여권의 보장』, 서울대 박사학위논문, 2021, 34p.

4) 대법원 2022. 1. 27. 선고 2021도11170 판결.

보저장매체의 이용 내지 개별 전자정보의 생성·이용 등에 관여한 사실이 있거나 그 과정에서 생성된 전자정보에 의해 식별되는 정보주체에 해당한다는 사정만으로 그들을 실질적으로 압수·수색을 받는 당사자로 취급하여야 하는 것은 아니다.”

라고 하며, 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조에서 참여권을 보장하는 피의자는, 실질적 피압수·수색 당사자(피압수자)에 해당하는 피의자인 경우를 의미한다는 취지로 설명하고, 특히, 피의자가 실질적 피압수자가 아닌 경우와 대조적으로 실시함으로서, 형사소송법 제219조, 제121조, 제129조의 참여권을 제한적으로 해석한 바 있다.

피압수자가 피의자 자신인 경우, 법 규정대로 피의자를 참여시키면 될 것이나, 위와 같이 판례는 법 제219조, 제121조에 대해서 피의자가 피압수자에 해당하는 경우와, 아닌 경우를 달리 해석하는 태도로 보이므로, 피의자가 피압수자에 해당하지 않는 경우에도 위의 규정대로 참여시키는 경우에 대해 검토해볼 필요가 있을 것으로 보여진다. 우선, 피해자 소유의 디지털증거 압수에 따른 탐색 및 선별 절차에도 위 규정을 그대로 적용하여 피압수자가 아닌 피의자를 반드시 참여시킨다면, 피해자의 개인정보 및 프라이버시를 피의자에게 과도하게 노출시키게 되며, 결국 피해자보호가 불가능하게 되고, 2차 범죄의 위험성도 배제할 수 없게 될 것이다. 이는 수사기관이 개인정보처리자에 상응하는 지위에서 정보주체의 동의 없이 제3자에게 개인정보를 제공하는 것과 비슷한 형태를 띄는 것으로서, 그 자체로서 개인정보보호법과 형사소송법의 두 규정이 양립할 수 없는 모순점을 갖게 되는 것이기도 하다. 피압수자가 피해자나 피의자가 아닌 제3자에 해당하는 경우에도 역시 문제될 수 있다. 피의자의 수사 방어권이 압수대상자의 정보를 피의자에게 노출시키는 것에 대한 위험성을 방지하는 것보다 더 우월하거나 가치 있다고 평가되는 경우 가능할 수 있겠으나, 일반적인 경우, 특정인의 개인정보를 타인에게 의무적으로 공개해야 하는 것은 현실적으로도 허용될 수 없으므로, 위의 판례들도 그런 의미에서 위와 같은 판결에 이르렀을 것으로 추측된다.

2. 법규명령 및 행정규칙

(1) 검사와사법경찰관의상호협력과일반적수사준칙에관한규정(형사소송법시행령)⁵⁾

상위규정인 형사소송법에서 처분을 받는 자가 피고인인 경우 영장 사본을 교부하도록 하고, 피고인의 압수수색영장 집행 참여권을 피의자에게도 준용하도록 명시되어있는 것과는 달리, 본 시행령에서는 법 제219조에서 준용하는 제118조에 따른 영장 제시 대상자에 대해 ‘피압수자’라는 용어를 사용⁶⁾할 뿐, 처분을 받는 자와 피의자를 특별히 구분하여 기술하고 있지 않고, 영장 사본 교부에 대한 내용 또한 없다. 단, 피압수자에게 ‘법관이 발부한 영장에 따른 압수수색검증이라는 사실과 영장에 기재된 범죄사실 및 수색 또는 검증할 장소, 신체, 물건, 압수할 물건 등을 명확히 알리고, 피압수자가 해당 영장을 열람할 수 있도록 해야한다’고 명시하고 있다.

동 시행령 제41조 제3항⁷⁾에서는 ‘피압수자 또는 법 제123조에 따라 참여하게 해야하는 사람’을 ‘피압수자등’이라 지칭하며, 전자정보의 범위를 정하여 출력·복제하거나 또는 전부 복제한 복제본을 반출하기가 현저히 곤란하여, 정보저장매체의 원본을 봉인하여 반출하는 경우에는 피압수자등을 참여시키도록 하고 있다. 또한, 제42조 제4항, 제5항⁸⁾에서는 ‘피압수자등이나 변호인’의 참여권을 압수수색검증의 전 과정에 걸쳐 보장하고, 의견을 제시하는 경우 조서에 적어야 한다고 규정하고 있다.

(2) 디지털증거의수집·분석및관리규정(대검찰청예규)⁹⁾

대검찰청 내부규정인 디지털증거의수집·분석및관리규정에서는 참여권

5) 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정, [시행 2021. 1. 1.] [대통령령 제31089호, 2020. 10. 7., 제정]

6) 위 시행령 제38조(압수수색 또는 검증영장의 제시)

7) 위 시행령 제41조(전자정보의 압수·수색 또는 검증 방법)

8) 위 시행령 제42조(전자정보의 압수·수색 또는 검증 시 유의사항)

9) 디지털 증거의 수집·분석 및 관리 규정 [시행 2021. 1. 1.] [대검찰청예규 제1285호, 2022. 5. 18., 일부개정]

의 보장을 규정하고 있는 제21조¹⁰⁾에서 ‘압수수색검증 전 과정에 걸쳐 피압수자등¹¹⁾이나 변호인의 참여권을 보장하여야 한다’고 하고, 제26조¹²⁾에서는 ‘전자정보에 대한 압수수색검증 과정을 설명하는 등으로 참여권의 실질적 보장을 위하여 노력하여야 한다’고 하며, ‘피압수자 또는 변호인’의 참여가 불가능할 경우 ‘형사소송법 제123조의 참여인’을 참여하게 하도록 규정하고 있다. 또한, 제32조¹³⁾에서는 현장 외의 전자정보 압수수색검증 전 과정에 대해서도 참관일, 참관장소, 참관인 등에 관하여 협의하여야 하며, 참관인에게 압수수색검증 과정을 설명하는 등으로 참여권의 실질적 보장을 위해 노력하여야 한다고 규정하고 있다.

(3) 범죄수사규칙¹⁴⁾ 및 디지털증거의처리등에관한규칙(경찰청훈령)¹⁵⁾

위의 경우들과는 조금 다르게, 경찰청 내부규정인 디지털증거의처리등에관한규칙에서는 전자정보를 압수수색검증할 경우 ‘피의자 또는 변호인, 소유자, 소지자, 보관자’의 참여를 보장하도록 하고 있고, ‘형사소송법 제123조 제1항, 제2항에 정한 장소에 해당하는 경우, 동조 참여자¹⁶⁾’의 참여를 함께 보장하여야 한다¹⁷⁾고 하며, 이들을 모두 ‘피압수자 등¹⁸⁾’으로 지칭하고

10) 위 예규 제21조(참여권의 보장)

11) 제17조 제3항 제1호 ... 피압수자 또는 법 제123조에 따라 압수수색영장을 집행할 때 참여하게 해야 하는 사람(이하 “피압수자등”이라 한다)

12) 위 예규 제26조(현장에서의 참여권 보장)

13) 위 예규 제32조(참관 기회 부여)

14) (경찰청) 범죄수사규칙 [시행 2023. 8. 18.] [경찰청훈령 제1094호, 2023. 8. 18., 일부개정]

15) 디지털 증거의 처리 등에 관한 규칙 [시행 2023. 7. 4.] [경찰청훈령 제1086호, 2023. 7. 4., 일부개정]

16) 형사소송법 제123조(영장의 집행과 책임자의 참여)

① 공무소, 군사용 항공기 또는 선박·차량 안에서 압수·수색영장을 집행하려면 그 책임자에게 참여할 것을 통지하여야 한다.

② 제1항에 규정한 장소 외에 타인의 주거, 간수자 있는 가옥, 건조물(建造物), 항공기 또는 선박·차량 안에서 압수·수색영장을 집행할 때에는 주거주(住居主), 간수자 또는 이에 준하는 사람을 참여하게 하여야 한다.

③ 제2항의 사람을 참여하게 하지 못할 때에는 이웃 사람 또는 지방공공단체의 직원을 참여하게 하여야 한다. [전문개정 2020. 12. 8.]

17) 위 훈령 제13조(압수·수색·검증 시 참여 보장) 제3항

있다. 특히, ‘피의자 또는 변호인의 참여’를 압수수색검증의 전 과정에서 보장하고, 집행의 일시와 장소를 통지하도록 하며,¹⁸⁾ 영장에 의하지 않은 압수로서 형사소송법에서도 참여를 규정하고 있지 않은 임의제출의 경우에도 본 규칙의 참여권 보장 절차를 준용²⁰⁾하도록 하고 있는 점이 주요한 차이점이다.

그러나, 제13조 제3항에서는 ‘경찰관은 참여인과 압수정보와의 관련성, 전자정보의 내용, 개인정보보호 필요성의 정도에 따라 압수·수색·검증 시 참여인 및 참여 범위를 고려하여야 한다.’고 되어있으므로, 형사소송법과 같은 의미로서 피의자의 참여를 반드시 보장하도록 규정하였다기보다는, 앞에 제시한 사례²¹⁾와 같이, 피의자에게 압수대상자의 정보를 노출하는 것이 부적절한 경우에는 참여인과 참여범위를 제한할 수 있도록 그 위험성을 고려하여 보완한 것으로 해석함이 타당해 보인다.

한편, 경찰공무원이 범죄를 수사할 때 지켜야 할 사항과 방법과 절차 및 그밖에 필요한 사항을 규정해놓은 범죄수사규칙에서는 제136조에서 형사소송법 제219조 및 제118조에 따라 피압수자에게 영장을 제시할 수 없을 때에는 참여인에게 제시하도록 하고 있으며, 형사소송법 제123조에 규정된 장소 이외의 경우에서도 압수수색검증영장 집행 시 되도록 제3자를 참여하도록 하고, 제3자를 참여시킬 수 없을 때에는 다른 경찰관을 참여하도록 하고 있다.

(4) 디지털증거 관련 법령 체계의 문제점

압수수색의 참여권을 누구에게 인정해야 하는지에 대한 문제는 전자정보의 개념이 도입된 이후부터 더욱 부각 되었다. 종래의 유체물에 대한 압수수색의 경우 압수수색 현장에서 대부분 집행이 종료되므로, 기존 형사소송법 규정에 따라 집행하면 별다른 문제가 없었으나, 컴퓨터와 저장매체에

18) 위 훈령 제13조(압수·수색·검증 시 참여 보장) 제4항

19) 위 훈령 제13조(압수·수색·검증 시 참여 보장) 제2항

20) 위 훈령 제22조(임의제출)

21) 5p, 피의자 본인이 아닌 피해자 또는 제3자가 처분을 받는 피압수자에 해당하는 경우.

담긴 전자정보의 개념은 유체물의 특성과 달라 기존에 없던 새로운 절차적 규정의 정립을 요구하게 되었고, 지난 2011년 형사소송법에 ‘압수 목적물이 컴퓨터용디스크나 정보저장매체 등인 정보의 압수’에 대해 현장에서 적용할 수 있는 조항²²⁾이 신설되긴 하였으나, 전자정보의 고유한 특성과 이에 따라 직면하게 되는 새로운 환경들에 대한 적용에는 여전히 뚜렷한 방법을 제시하지 않은 채 남아있는 부분이 많으므로, 법원에 의해 형성되어가고 있는 판례와 기존 법의 테두리 안에서 새로운 현상에 적용할 수 있도록 수사기관들이 각자 디지털증거의 특성을 반영한 수집, 분석, 관리 등 절차에 대한 세부지침을 만들어 적용하고 있다.

살펴보았듯이, 형사소송법은 법원의 압수수색에서 피고인에게 부여하는 참여권의 정도를 수사단계의 피의자에게도 동일하게 부여하고 있으나, 실무상황을 고려하여 좀 더 현실적으로 규정될 수 밖에 없는 형사소송법 시행령이나, 각 수사기관의 내부규정들에서는 ‘피의자’가 아닌 직접 처분을 받는 ‘피압수자’와 형사소송법 제123조에 따른 참여자를 중심으로 참여권을 보장하도록 기술되어 있다. 또한, 경찰청훈령인 디지털증거의처리등에관한규칙에서는 그러한 형사소송법의 규정²³⁾을 고려한 듯, ‘피의자 또는 변호인의 참여’를 압수수색검증의 전 과정에서 보장하도록 명시하고는 있으나, ‘참여인과 압수정보와의 관련성, 전자정보의 내용, 개인정보보호 필요성의 정도에 따라 압수·수색·검증 시 참여인 및 참여 범위를 고려하여야 한다’는 내용을 함께 규정하고 있으므로, 반드시 피의자를 참여할 수 있도록 해야 하는 것은 아니고, 앞에서 논의한 사례와 같이, 피의자에게 압수대상자의 정보를 노출하는 것이 부적절한 경우에는 참여인과 참여범위를 제한할 수 있도록 보완하는 규정을 함께 둔 것으로 이해된다.

22) 형사소송법 제106조(압수)

③ 법원은 압수의 목적물이 컴퓨터용디스크, 그 밖에 이와 비슷한 정보저장매체(이하 이 항에서 “정보저장매체등”이라 한다)인 경우에는 기억된 정보의 범위를 정하여 출력하거나 복제하여 제출받아야 한다. 다만, 범위를 정하여 출력 또는 복제하는 방법이 불가능하거나 압수의 목적을 달성하기에 현저히 곤란하다고 인정되는 때에는 정보저장매체등을 압수할 수 있다. <신설 2011. 7. 18.>

23) 형사소송법 제219조, 제121조

3. 법원 영장 별지

한편, 법원은 압수수색영장 발부 시 ‘압수 대상 및 방법의 제한’이라는 제목으로, 압수 대상과 방법 및 주의사항 등에 대해 구체적으로 설명하는 내용을 영장 뒷장에 첨부하여 함께 발부하고 있는데, 피의자나 변호인, 소유자, 소지자에 대하여 ‘피압수자’로 정의하고, ‘참여인’에 대해서는 형사소송법 제123조에 정한 참여인을 지칭하는 것으로 설명하면서, ‘피압수자 또는 참여인’을 ‘피압수자 등’이라는 용어로 표현하고 있으며, 저장매체 원본을 반출하는 경우와 압수수색 전체 과정에서 ‘피압수자등’의 참여권을 보장하며, 전자정보상세목록을 교부하고, 압수대상에서 제외된 정보는 삭제, 폐기 및 반환 후 통지하도록 기술하고 있다.²⁴⁾

‘피압수자등’은 결국 피의자나 변호인, 소유자, 소지자, 형사소송법 제123조에 의한 참여인들 중 각 압수수색 상황에 적절한 참여자를 집행자가 판단하여 참여시키도록 하려는 것으로 보이며, 이들 중 구체적으로 누구를 반드시 참여시켜야 한다는 내용은 없는 것으로 보아 상황에 따른 실무자의 해석과 판단에 맡기고 있는 듯하다.

4. 참여권 보장 절차 규정의 의의 및 기대효과

위와 같은 압수수색 집행 참여권 보장 절차 규정들의 의의나 효과에 대해서는 여러 견해들이 있는데, 영장주의 등 절차적 적정성, 적법성을 확보하기 위한 것이고, 당사자의 참여를 통해 집행에 대한 적법성 시비를 사전에 차단할 수 있으며²⁵⁾, 전자정보 압수 시 무결성²⁶⁾이 보장되었음을 피압수자

24) 법원 발부 압수수색검증영장 별지

25) 주석 형사소송법(I) 제5판(편집대표 김희옥, 박일환), 한국사법행정학회(2017), 620p (안성수 집필부분).

박병민, 디지털증거 압수수색의 절차적 규제 개선방안 - ‘참여권 강화, 영장사본교부 제도 도입 등’, 『2021공동학술대회 디지털증거 압수수색 개선방안』, 2021., 2p.

26) 최초 발견 당시의 상태와 현재의 상태가 변하지 않았으며, 중간에 누군가의 수정·삭제·변경 등의 행위가 없었다는 점

의 참여를 통해 증명하기 위한 것[적법절차 준수의 관점]이라거나, 전자정보에 대한 무제한적인 복사를 방지하기 위해 필요하고²⁷⁾, 개인의 사생활의 비밀과 자유에 관한 권리, 인격권 등이 침해될 소지가 크기 때문²⁸⁾[기본권이 나 프라이버시 보호의 관점]이라거나, 또는 형사소송의 당사자로서 검사와 대등한 위치에서 공격 방어를 할 수 있도록 하기 위하여 피고인에게 보장하는 소송절차참여권의 하나로써 인정되는 강제처분절차의 참여권(형사소송법 제121조)²⁹⁾[소송 방어권의 관점]이라는 견해 등이 있다. 그러나, 형사소송법 제121조는 재판단계에서 법원의 영장집행과 당사자의 참여를 규정한 것이고, 동법 제219조에서 준용하는 수사단계에서의 영장집행에 대한 피의자의 참여에 대해서는 공판단계에서의 피고인의 지위와 다르므로, 각각 다르게 규정되어야 한다는 견해³⁰⁾도 있다.

따라서, 다음 장에서는 피고인과 피의자 참여권에 대해 구체적으로 살펴보고, 피압수자의 위치에서 요구되는 참여권의 의의에 대해서 살펴봄으로써, 위의 참여권 보장 절차규정의 기대효과들이 각각 어느 단계에 속하고 요구되는 것인지 규명해보도록 한다.

27) 김신규, 수사절차상 압수수색 규정에 대한 비판적 검토, 비교형사법연구, 제17권, 제3호, 통권34호, 2015, 30p.

박용철, 디지털증거 중 카카오톡 대화의 압수수색영장 집행에 대한 참여권, 비교형사법연구, 2019, 38p.

- 디지털증거가 가지고 있는 정보의 대량성으로 인하여, 영장에 기재되어 있는 범죄 혐의와 무관한 정보가 수사기관에 의해 수집될 가능성이 높기 때문이라는 견해.

28) 박정난, 임의제출된 휴대폰 내 전자정보의 압수범위 및 피압수자의 참여권보장 - 대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 판결-, 법조 제71권 제2호(통권 제752호), 2022.4. 375p.

29) 이재상, 조균석, 형사소송법 제12판, 박영사, 2019, 111p.

30) 김기준, 수사단계의 압수수색 절차규정에 대한 몇가지 고찰, 형사법의신동향 제18호, 대검찰청(2009), 3p.

이완규, 디지털증거 압수 절차상 피압수자 참여방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법, 형사법의신동향 통권 제48호(2015.9), 105-109p.

김승언, '디지털증거 압수수색의 절차적 규제 개선방안'에 대한 토론문, 『2021공동학술대회 디지털증거 압수수색 개선방안』, 2021, 19p.

이순옥, '디지털증거 압수수색의 절차적 규제 개선방안'에 대한 토론문, 『2021공동학술대회 디지털증거 압수수색 개선방안』, 2021, 26p.

Ⅲ. 피고인, 피의자, 피압수자의 참여권 고찰

1. 피고인과 피의자 참여권

형사소송법에서는 위와 같이, 압수수색검증영장 집행의 참여자로서, 검사, 피고인 또는 변호인(제121조), 공무소 등의 책임자 및 주거주, 간수자, 또는 이에 준하는 사람(제123조)등을 참여자로서 명시하고 있는데 반해, 직접 압수수색영장 집행의 ‘처분을 받는 자’에 대해서는 영장제시 의무(제118조)만을 규정하고 있을 뿐, 참여에 관해서는 따로 규정하고 있지 않다. 따라서, 형사소송법의 압수수색영장 집행 참여 규정은 단순히 영장의 피집행자를 고려한 것이라기보다는 1)피고인의 소송절차 참여를 위한 방어권 보호³¹⁾와 2)주거 또는 관리하는 대상에 대하여 영장의 강제집행에 대항한 재산이나 자유 등 기본권의 보호³²⁾를 각각 구분하고 염두하며 만들어진 것으로 추측해볼 수 있다. 압수대상물의 주거주·간수자 등 지위에서 참여는 압수 절차에서 어떤 물건이 압수되는지 현장에서 확인함으로써 소유 또는 관리하는 재산권이 부당하게 침해되는 것으로부터 보호할 수 있으며, 재산권 보호의 중요한 수단이 된다.³³⁾ 이와 달리, 소송절차에서의 방어권 보장을 위한 참여는 공판 시 피고인이 검사와 대등한 당사자의 위치에서 자신이 혐의를 받고있는 상황에 대해 충분한 의견진술을 할 수 있도록 준비할 수 있는 기회를 주자는 의미이다.

피고인은 검사에 의하여 형사책임을 져야 할 자로 공소제기 된 자이다.³⁴⁾ 공판중심주의와 당사자주의를 취하고 있는 우리의 소송구조에서 피고인은 검사와 대등한 당사자의 지위를 누리며, 방어권³⁵⁾과 소송절차참여권³⁶⁾을 갖는다. 이와 달리, 피의자는 범죄혐의가 인정되어 수사기관이 수사

31) 형사소송법 제121조(영장집행과 당사자의 참여)

32) 형사소송법 제123조(영장의 집행과 책임자의 참여)

33) 이완규, 디지털증거 압수 절차상 피압수자 참여방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법, 형사법의신동향 통권 제48호(2015.9), 106p.

34) 이주원, 형사소송법 제5판, 박영사, 2022. 8., 37p.

35) 이주원, 앞의 책, 42p.

를 개시한 후 공소제기 전까지의 신분을 말한다.³⁷⁾ 수사란, 범죄혐의의 유무를 명백히하여 공소를 제기·유지할 것인가의 여부를 결정하기 위하여 범인을 발견·확보하고, 증거를 수집·보전하는 수사기관의 활동으로서,³⁸⁾ 비공개를 원칙으로 하며, 기밀유지를 필요로 한다. 사실의 인정은 증거에 의하여야 하며³⁹⁾, 피고인의 자백이 불이익한 유일한 증거인 때에는 유죄의 증거로 하지 못하고⁴⁰⁾, 더 나아가, 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 공판준비나 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 부인하는 경우 증거능력을 인정받을 수 없으므로⁴¹⁾, 증거를 확보하고, 수집·보전하는 수사기관의 활동은 피고인의 혐의 입증에 가장 중요한 역할을 하며, 증거인멸의 가능성을 차단하고, 실체적 진실발견에 도달하기 위해서는 비밀리에 진행될 수밖에 없는 특성을 가진다.

이와 같은 차이에도 불구하고, 현행 형사소송법에서는 수사편의 제219조에서 법원의 압수수색 규정들을 그대로 준용하도록 함으로써, 공판단계에서의 피고인과 동등한 범위의 참여권을 수사단계의 피의자에게 보장하도록 하고 있다. 공개주의를 원칙으로 하는 법원의 절차에서 사건관계인으로서 참여를 보장하는 것은 절차의 적정한 진행을 도모하고, 절차과정을 봄으로써 검사는 검사대로 소추를 위한 준비를 하고, 피고인은 피고인대로 방어를 위한 준비를 할 수 있도록 하는 취지이다.⁴²⁾ 또한, 공판단계에서는 필요한

36) 이주원, 앞의 책, 43p.

37) 이주원, 앞의 책, 85p.

38) 대법원 1999.12.7., 98도3329.

39) 형사소송법 제307조 (증거재판주의)

40) 형사소송법 제310조 (불이익한 자백의 증거능력)

41) 제312조(검사 또는 사법경찰관의 조서 등)

① 검사가 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비, 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한정하여 증거로 할 수 있다. <개정 2020. 2. 4.>

③ 검사 이외의 수사기관이 작성한 피의자신문조서는 적법한 절차와 방식에 따라 작성된 것으로서 공판준비 또는 공판기일에 그 피의자였던 피고인 또는 변호인이 그 내용을 인정할 때에 한하여 증거로 할 수 있다.

42) 백형구 등, 주석 형사소송법(I), 한국사법행정학회, 2009, 530p.

이완규, 앞의 논문, 107p.

증거가 대부분 수집되어 공소제기된 상태이고, 압수수색이 극히 예외적으로 행해지므로 증거를 공개해도 문제가 적으니⁴³⁾, 범죄의 인지 또는 초기의 수사 단계에서 진실을 밝혀야 할 의무가 있는 수사기관은 피혐의자와 정보 접근적 측면에서도 결코 대등한 위치에 있다고 볼 수 없고, 증거와 수사내용을 공개하는 경우 증거인멸 및 수사 방해가 가능하여 수사 목적을 달성하기 어렵다. 우리 형사소송법은 수사단계의 피의자가 증거인멸하여 자신에게 불리한 증거수집을 막거나, 수사를 방해할 정도에 이르는 형사절차의 근본이념을 넘어서는 것까지 허용하고 있다고 볼 수는 없다.⁴⁴⁾ 피고인은 공판단계에서 부여된 권리에 따라, 검사가 보관하고 있는 공소제기된 사건에 관한 서류에 대해 열람·등사·서면의 교부를 신청⁴⁵⁾할 수 있고, 검사가 거부하거나 그 범위를 제한하는 경우, 법원에 그 허용을 신청⁴⁶⁾할 수 있다. 이와 같이 증거, 증인 등 사건 제반에 관한 서류를 수사단계가 아닌 재판단계에서 공개하도록 하고 있는 것은 수사단계에서는 수사에 관한 내용을 미리 공개하는 것이 적절치 않기 때문이며, 공소제기된 이후에 공개하도록 하여도 피고인의 방어를 위한 권리보호에 충분하기 때문이다. 따라서, 법원의 압수수색영장 집행의 참여권 보장 규정을 수사단계에서도 동일하게 적용하는 것은 소송과 수사의 본질적 차이를 고려하지 않은 것으로 재검토되어야 한다.

43) 이완규, 앞의 논문, 107p.

44) 우리 형사소송법이 피의자에게 그의 권리나 방어권으로서 증거인멸을 인정 또는 허용하고 있지 않다는 것은 제201조에서 피의자의 구속 사유로서 증거인멸·도주우려 등을 정하고 있는 점, 제91조에서 증거인멸의 염려가 있을 때에는 변호인 아닌 자와의 접견·교통을 금지할 수 있도록 하고 있는 점, 제95조에서 보석허가의 예외로 죄증을 인멸하거나 인멸할 염려가 있을 때를 정하고 있는 점, 제98조에서 보석 허가의 조건 중 하나로 증거인멸하지 않겠다는 서약서를 받도록 하고 있는 점, 제266조의3에서 증거인멸의 염려가 있을 때, 공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사·서면교부 등을 거부 또는 제한할 수 있도록 하고 있는 점 등으로 미루어 유추할 수 있다.

45) 형사소송법 제266조의3(공소제기 후 검사가 보관하고 있는 서류등의 열람·등사)

46) 형사소송법 제266조의4(법원의 열람·등사에 관한 결정)

2. 피압수자의 참여권

이러한 의미와 현실을 반영한 듯, 형사소송법과는 달리, 수사기관에서 적용하는 검사와사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정, 디지털 증거의 수집·분석 및 관리 규정 등과 법원이 발부하는 영장 별지 등에서는 영장 집행의 처분을 받게 되는 ‘피압수자’와 법 제123조의 참여권자 위주로 참여권에 대해 서술되어 있으며, 피의자의 참여에 대해서는 직접 논하지 않고 있다.

압수영장을 직접 집행받는 피압수자에게는 영장주의 원칙에 따라 적법하게 집행될 것이 요구된다. 형사절차에 있어서의 영장주의는 헌법 제12조 제3항⁴⁷⁾에 근거하며, 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 안된다는 원칙⁴⁸⁾이다. 수사기관에 의한 강제처분의 경우에는 범인을 색출하고 증거를 확보한다는 수사의 목적상 공권력의 행사과정에서 국민의 기본권을 침해할 가능성이 크므로, 사법권 독립에 의하여 신분이 보장되는 법관의 사전적·사법적 억제를 통해 수사기관의 강제처분 남용을 방지하고 국민의 기본권을 보장하는 것을 그 본질로 한다⁴⁹⁾는 것이 현재의 설명이므로, 영장주의는 ‘법관의 사전적·사법적 억제를 통해 수사기관의 강제처분 남용을 방지하는 것’으로 해석되며, 법관의 사전적·사법적 억제의 결과인 법관으로부터 발부된 영장에 기반하여 압수수색 등 수사기관의 강제처분이 이루어져야 한다는 의미이고, 그 자체로서 참여권 보장의 당위성이 직접 도출되는 것이라기보다는, 발부된 영장에 따라 집행되고 있는지 감시하기 위해 피압수자의 참여가 요구된다는 의미로 해석된다.

압수수색영장에는 법 제114조에 따라, 피고인의 성명, 죄명, 압수할 물건, 수색할 장소·신체·물건, 영장 발부 연월일, 영장의 유효기간과 그 기간이 지나면 집행에 착수할 수 없으며 영장을 반환하여야 한다는 취지 및 압수수

47) 헌법 제12조 ③ 체포, 구속, 압수, 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.

48) 헌법재판소 1997. 3. 27. 선고 96헌바28,31,32 전원재판부.

49) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2002헌가17·18(병합) 전원재판부.

색의 사유 등이 기재되어 있고, 재판장이나 수명법관의 서명날인이 있다. 즉, 법 제118조에 따라 ‘처분을 받는 자’에게 제시된 영장과 그 유효함을 확인하고, 이 영장에 기재된 내용에 맞게 집행이 되는지 확인하는 것이 피압수자의 참여의 목적이라 할 수 있다. 영장에 기재된 수색할 장소·신체·물건에서 압수할 물건이 영장의 유효기간 내에 적절히 수색되고, 압수되는지 확인하는 것이 헌법에 근거하는 영장주의에서 요구하는 참여권의 핵심인 것이다.

그렇다면, 공권력의 행사인 압수수색영장 집행 도중 침해 발생의 우려가 있는 기본권은 어떤 것인지 살펴볼 필요가 있다. 기본적으로 강제처분은 기본권 침해를 수반할 가능성이 높다. 그러나, 수사 목적상 법관에 의해 발부된 영장 기재내용의 범위 한도 내에서는 기본권의 침해를 어느 정도는 수인하여야 하며, 영장에 기재된 수색할 장소·신체·물건의 범위를 넘어서 수색하거나, 압수할 물건의 범위를 넘어서 과도하게 압수하는 경우, 또는 영장의 유효기간이 지났음에도 집행을 하게 된다면, 주거권, 재산권, 사생활의 비밀 및 자유권 등이 침해될 수 있다. 특히, 압수할 물건이 정보저장매체에 저장되어 있는 전자정보인 경우라면, 개인정보자기결정권이 문제 될 수 있다. 개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로서, 헌법에 명시되지 않은 독자적 기본권으로 보기도 하고⁵⁰⁾, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권과 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유 등 모두에서 도출되는 개념으로 보기도 하여⁵¹⁾ 일관적이지 않다.⁵²⁾ 개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보를 의미하며, 반드시 개인의 내밀한 영역에 속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지도 포함한다.⁵³⁾

50) 헌법재판소 2010. 5. 27. 2008헌마663; 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513.

51) 헌법재판소 2012. 12. 27. 2010헌마153; 헌법재판소 2005. 7. 21. 2003헌마282.

52) 김혜경, 영장주의의 본질을 기초로 한 전자정보 압수수색의 참여권의 범위, 연세법학 제35호(2020.6), 36p.

3. 전자정보 압수와 참여권

정보저장매체는 갈수록 대용량화 되는 추세이며, 많은 정보가 집적되어 저장되어 있으므로, 압수수색을 집행하는 수사기관도 관련 증거를 탐색하여 찾아내는 것이 쉽지 않다. 검색어로 검색되지 않는 이미지 파일이나, PDF 파일 등이 존재하므로, 직접 일일이 클릭하여 열어본 후 확인해야 하며, 삭제된 정보의 경우 복구하기 위해 비트열 복제 후 추가 분석작업이 필요한 경우도 있다. 반면, 압수영장의 피집행자 입장에서는 수사기관이 해당 사건과 관련성 없는 정보를 복제하여 다른 곳에 사용하거나, 별건 범죄의 증거로 사용하는 것 등을 개인정보자기결정권에 기한 프라이버시 침해로서 우려하기도 한다.

전자정보의 압수는 저장매체의 소재지에서 수색·검증 후 혐의사실과 관련된 부분만을 범위를 정하여 문서로 출력 또는 저장매체에 복제하는 방법으로 압수하는 것이 원칙이나, 원칙적 압수 방법이 불가능하거나, 압수 목적을 달성하기에 현저히 곤란한 경우, 하드카피·이미징하여 그 복제본을 외부로 반출할 수 있으며, 집행 현장에서 저장매체의 복제본 획득이 불가능하거나, 현저히 곤란한 때에는 피압수자 등의 참여하에 저장매체 원본을 봉인하여 저장매체의 소재지 이외의 장소로 반출할 수 있다⁵⁴⁾. 따라서, 이후 단계에는 주로 수사기관의 사무실에서 탐색·선별·출력·복제의 단계를 거치게 되며, 저장매체 소재지에서 봉인하는 절차부터 피압수자의 참여로 연계보관성과 원본이 수정·삭제·변조되지 않았다는 것을 보증하도록 하여 무결성을 보장하고, 피압수자는 연속적 압수수색영장 집행의 참여자로서 이후 단계에도 계속 참여하게 된다.

언급하였듯이, 수사기관은 영장에 기재된 범위의 압수할 물건에 해당하는 정보를 찾아내기 위해 정보저장매체에 있는 모든 정보를 직접 열어 눈으로 확인할 수 있다. 이것은 특정한 검색어 검색만으로 효과적인 수색을 하기 어렵고, 이미지와 같은 파일의 내용은 검색이 되지 않으므로, 정당한 수

53) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다49933 판결.

54) 법원 발부 영장 별지

색 방법이라 할 수 있다. 따라서 정보저장매체 내의 파일들을 열어보는 것 자체는 영장에 의해 허용되는 것 이상의 프라이버시 또는 기본권 침해라고 할 수 없다. 정보저장매체에서 압수할 물건에 해당하는 전자정보를 탐색하는 도중 수사기관은 또 다른 범죄의 증거를 발견할 수도 있다. 이 경우, 수색을 중단하고, 별도의 범죄혐의에 대한 영장을 발부받아 별건 수사를 진행할 수 있다.⁵⁵⁾ 따라서, 정보저장매체의 탐색·선별 절차에 피압수자가 참여하여 감시한다 하더라도, 또 다른 별건 범죄의 증거를 포함하고 있는 경우, 얼마든지 별건 수사의 대상이 될 수 있으며, 따라서 별건 수사의 문제는 프라이버시 침해의 문제이거나 참여로써 해결될 수 있는 문제는 아니고, 형사 절차 이행의 문제로, 얼마든지 합법적인 절차에 따라 별건에 대한 새로운 수사를 실시할 수 있다. 별건수사의 증거에 대하여, 수색을 중단하고 새로운 영장을 발부받는 절차를 이행하지 않는 경우에는 피압수자의 참여를 통해 문제를 해결할 수 있겠으나, 별건수사를 적법절차를 통해 할 수 있는 방법이 열려있으므로, 참여를 통해 별건 수사 자체를 막을 수는 없다.

따라서, 법관이 발부한 압수수색영장의 집행에 있어서는, 개인정보자기 결정권의 정보제공거부권, 정보변경신청권, 정보열람권, 정보삭제권⁵⁶⁾ 중 정보제공거부권은 행사할 수 없고, 압수하는 물건에 해당하는 정보와 관련성 있는 범위 이외의 정보가 수사기관의 컴퓨터에 남아있는 경우에 대해서만 정보삭제권에 의한 삭제 요구 또는 이의제기할 수 있다고 할 것이다. 또한, 관련성이 없는 전자정보를 수사기관이 압수하여 증거로 사용하였다면, 공소제기 후 피고인은 검사가 보관하고 있는 서류 등의 열람·등사 신청⁵⁷⁾을 통해 준향고⁵⁸⁾ 등의 불복절차로서 다룰 수 있으며, 관련성이 없으므로, 증

55) 대법원 2015. 7. 16.자 2011모1839 전원합의체 결정

- 전자정보에 대한 압수·수색이 종료되기 전에 혐의사실과 관련된 전자정보를 적법하게 탐색하는 과정에서 별도의 범죄혐의와 관련된 전자정보를 우연히 발견한 경우라면, 수사기관은 더 이상의 추가 탐색을 중단하고 법원에서 별도의 범죄혐의에 대한 압수·수색영장을 발부받은 경우에 한하여 그러한 정보에 대하여도 적법하게 압수·수색을 할 수 있다.

56) 김혜경, 앞의 논문, 35p.

57) 형사소송법 제266조의3조, 제266조의4조.

58) 형사소송법 제416조(준향고)

거의 증명력 또한 인정되지 않을 것이다.

앞장에 언급한 사례에서, 피해자 또는 제3자에 대한 압수수색을 집행할 때, 형사소송법 제219조, 제121조에 따라, 반드시 피의자를 참여시키는 경우, 피집행자가 자신의 개인 및 사생활 정보가 담긴 정보저장매체 탐색 과정에서 피의자에게 자신의 정보를 제공하지 않도록 정보제공거부권을 행사할 수 있는지 문제 될 수 있다. 피해자 또는 제3자의 개인정보자기결정권이 형사소송법의 피의자 참여권과 충돌할 수 있는 부분이다. 압수수색영장은 압수할 물건의 정보를 수사기관이 수색하도록 허용하고 있고, 형사소송법은 그 과정에 피의자를 참여시키도록 하고 있으며, 영장집행 절차는 강제처분이므로, 강제처분의 본질상 집행 자체를 저지할 수는 없다⁵⁹⁾고 할 것이나, 피해자 또는 제3자의 정보를 범죄혐의를 받고 있는 피의자에게 공개하거나, 제공한다는 것은 상식적으로도 맞지 않을뿐더러, 이후, 2차, 3차의 범죄 위험성을 허용하는 것이 될 수 있으므로, 압수대상물에 피의자 관련 정보가 일부 포함되어 있을지라도 이러한 위험성은 배제하는 것이 타당할 것이다. 또한, 헌법재판소는 개인정보자기결정권을 헌법에 명시되지 않은 독자적 기본권으로 보기도 하고⁶⁰⁾, 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치, 행복추구권과 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유 등 모두에서 도출되는 개념으로 보기도 하여⁶¹⁾ 일관적이지 않으나⁶²⁾, 기본권에 해당함을 판시한 바 있고, 압수수색영장 집행의 참여권은 영장주의에서 직접 도출되는 것이라기보다는, 법관으로부터 발부된 영장에 따라 집행되고 있는지 감시하기 위해 필요한 것이므로, 개인정보자기결정권이 더 우위에 있는 기본권이라 할 수 있으며, 더불어, 처분을 받는 자에게 영장을 제시하도록 하고 있고, 피의자는 법상 영장을 제시받는 대상도 아니므로, 피의자 참여로 압수수색이 영장대로 집행되는지 감시할 수 있는 것도 아니며, 피의자에게는 공소제기 후 검사에게

59) 이완규, 앞의 논문, 106p.

60) 헌법재판소 2010. 5. 27. 2008헌마663; 헌법재판소 2005. 5. 26. 99헌마513.

61) 헌법재판소 2012. 12. 27. 2010헌마153; 헌법재판소 2005. 7. 21. 2003헌마282.

62) 김혜경, 영장주의의 본질을 기초로 한 전자정보 압수수색의 참여권의 범위, 연세법학 제35호(2020.6), 36p.

증거 관련 서류의 열람·등사를 신청할 수 있도록 형사소송법에 보장하고 있는 점 등을 종합하여 고려하면, 피의자를 영장의 처분을 받는 자가 아닌 경우에도 참여시키도록 하고 있는 형사소송법 제219조, 제121조에 의한 피의자 참여 규정은 재검토 및 개정되어야 할 것이다.

4. 압수영장의 제시 및 사본 교부와 참여권

앞서 언급하였듯이, 수사는 그 목적과 필요 상 공개된 활동이 아니며, 공개 활동으로서 그 목적하는 바를 충분히 달성할 수 없다. 수사 진행의 구체적 상황이 공개되는 경우, 피의자의 도주 또는 증거인멸의 가능성을 배제할 수 없다. 법 제118조에서는 압수수색영장 집행의 처분을 받는 자가 피의자인 경우 압수수색영장의 사본을 교부하도록 하고 있는데, 압수수색영장에는 압수수색을 필요로 하는 사유와 범죄의 단서 및 추적과정이 논리적으로 설명되어 있으므로, 단계적으로 압수수색영장을 집행하여 추적하는 자료의 경우, 수사 진행 중 추적과정이 설명된 압수수색영장을 피의자에게 교부하는 것은 이후의 범죄 추적을 사실상 불가능하게 할 수 있다. 피의자로부터 공범을 특정하기 위한 정보를 압수해야 하는 경우, 피의자는 교부된 사본으로부터 수사과정을 파악할 수 있게 되고, 이후 증거인멸 하게 되어 공범의 특정을 영원히 불가능하게 만들 수도 있다. 특히, 영장 사본의 교부는 압수수색이 시작되는 초기에 이루어지기 마련인데, 정보통신기술의 발달로 전자정보에 대한 원격 삭제가 가능한 오늘날 정보통신기기 또는 저장매체를 수색하거나 압수대상물을 확보하기도 전에 피의자가 교부된 영장 사본으로부터 수사내용을 파악하고 원격 삭제 등을 시도하여 증거인멸할 수 있다. 피의자가 자신의 수사과정을 이해하고 수사기관의 증거확보 활동을 차단할 수 있는 권리가 수사를 통해 실체적 진실을 발견하고 사회질서를 확립하는데 따른 공익에 우선한다고 보기 어렵다. 따라서, 수사기밀 유지 및 증거확보, 나아가 범죄혐의 입증 등 온전한 수사활동을 하기 위해서는 피의자에게 영장사본을 교부하는 규정을 없애고, 피의자가 아닌 처분을 받는 자에게 영장을 제시하도록 되어있는 것에 대해서도, 영장을 제시할 때, 법 제114조에

따라 영장에 기재된 내용 중, 압수수색의 사유⁶³⁾ 등은 제외한 나머지 부분만 확인할 수 있도록 하여야 한다. 영장 발부 시 ‘제시 및 교부용’을 별도로 만들어 민감하거나, 공개될 경우 수사에 방해가 될 수 있는 내용은 제외하고 제시 및 교부하도록 하는 것도 위와 같은 문제를 해결할 수 있는 방안이 될 수 있다.

IV. 디지털증거와 인터넷서비스제공자에 대한 압수수색에서의 참여

디지털증거는 기존 형사소송법상 규정된 압수대상물의 형태와 같은 유체물이 아니라는 점 이외에도, 원격의 서버에 저장된 무체형태의 정보를 정보통신망을 통하여 접근하고, 수집, 이용, 전송, 저장, 게시할 수 있게 되었을 뿐만 아니라, 현재에는 더욱 쉽게 널리 이용되고 있다는 점에서 기존의 형사소송 절차에 새로운 개념을 반영하기 위한 검토의 필요성을 가져왔다.

전 국민이 애용한다고 말해도 과언이 아닐 만큼 대중화 되어있는 카카오* 메신저 서비스의 실제 서버가 어디에 위치하는지 확실치는 않으나, 홈페이지의 정보에 따르면 본사는 제주도에 위치하고 있다고 한다. 해당 서버가 제주도에 위치한 본사에 있다고 가정한다면, 해당 서비스를 이용한 범죄

63) 제114조(영장의 방식) ①압수·수색영장에는 다음 각 호의 사항을 기재하고 재판장이나 수명법관이 서명 날인하여야 한다. 다만, 압수·수색할 물건이 전기통신에 관한 것인 경우에는 작성기간을 기재하여야 한다. <개정 2011. 7. 18., 2020. 12. 8.>

1. 피고인의 성명
2. 죄명
3. 압수할 물건
4. 수색할 장소·신체·물건
5. 영장 발부 연월일
6. 영장의 유효기간과 그 기간이 지나면 집행에 착수할 수 없으며 영장을 반환하여야 한다는 취지

7. 그 밖에 대법원규칙으로 정하는 사항

형사소송규칙 [시행 2022. 1. 1.] [대법원규칙 제3016호, 2021. 12. 31., 일부개정] 제58조(압수수색영장의 기재사항) 압수수색영장에는 압수수색의 사유를 기재하여야 한다. <개정 1996. 12. 3.>

에 대해 수사 중, 압수수색영장의 집행이 필요한 경우, 현행 형사소송법의 절차대로 집행하기 위해서는, 서울에 위치하는 수사기관 담당자라 할지라도, 1. 사전에 피의자 또는 변호인에게 압수수색영장 집행에 대해 미리 통지를 해야하며, 2. 비행기를 타고 제주도에 직접 가서 피압수자인 카카오* 측에 영장 원본을 제시한 후, 3. 피의자와 형사소송법 제123조에 따른 참여자를 참여시킨 가운데, 해당 서버를 대상으로 전자정보를 탐색, 선별하고, 출력 또는 복제하는 방식으로 압수를 마친 후, 4. 형사소송법 제129조에 따른 소유자, 소지자, 보관자에게 압수목록을 교부해야 한다.

위와 같이, 종래의 유체물에 대한 압수수색에 적용해오던 형사소송법의 절차 규정을, 전자정보라는 새로운 유형의 대상에 적용시키려고 하면, 몇 가지 현실과 맞지 않는 부분에 직면하게 됨을 알 수 있다. 다음에서는 위의 각 단계에서, 압수수색영장 집행 절차에 대하여 세부적으로 검토해보고자 한다.

1. ‘피의자 또는 변호인’에 대한 사전 통지

형사소송법 제219조와 제121조, 제122조에 따라, 해석상 처분을 받는 자가 아닌 피의자 또는 변호인에게도 사전통지 의무가 인정되고 있음은 앞에서 살펴본 바 있다. 현행 개인정보보호법 상 개인정보처리자는 정보주체의 정보에 대한 삭제요구를 받은 경우, 지체없이 삭제⁶⁴⁾해야 하도록 하고 있으므로, 압수할 물건에 해당하는 정보의 주체인 피의자라면 압수수색영장 집행의 사전통지를 받은 후 서비스제공자에게 삭제요청을 하는 등 얼마든지 증거인멸의 가능성이 있다고 볼 수 있고, 위의 사례에서도 피의자가 사전에 압수수색영장 집행이 예정되어 있음을 통지 받는다면, 카카오* 서비스 제공자에게 연락하여 삭제를 요청할 가능성이 있다고 판단된다.

대법원은 이와 같이 증거인멸의 가능성이 있는 경우, 동법 제122조 단서의 ‘급속을 요하는 때’에 해당하는 것으로 보아, 사전통지의무의 예외에 해당한다고 판시⁶⁵⁾한 바 있다. 대법원⁶⁶⁾은 “‘급속을 요하는 때’라고 함은,

64) 개인정보보호법 제36조(개인정보의 정정, 삭제)

65) 2022.5.31.선고 2016도587 결정, 준항고인용결정에대한재항고 (원심 : 서울중앙지법

압수수색영장 집행 사실을 미리 알려주면 증거물을 은닉할 염려 등이 있어 압수수색의 실효를 거두기 어려운 경우” 라고 보고 있으며, 헌법재판소⁶⁷⁾의 태도 역시 그와 같다.

2. ‘처분을 받는 자’에 대한 영장 원본 제시

앞서 언급한 바와 같이, 형사소송법 제118조에는 ‘처분을 받는 자’에게 반드시 압수수색 영장을 제시하도록 되어 있다. 대법원은 2019.3.14. 2018도 2841 판결에서,

“원심은, 수사기관이 금융기관 및 이메일 업체에 대하여 압수수색영장을 집행할 때에는 헌법 제12조, 형사소송법 제219조, 제118조 등에 따라 영장의 원본이 제시되어야 하므로 이에 따르지 아니하고 수집한 증거는 원칙적으로 적법한 증거로 삼을 수 없다고 판단하였다. 그리하여 원심은, 수사기관이 금융기관 및 이메일 업체에 대한 압수수색영장을 집행하면서 모사전송 방식에 의하여 영장 사본을 전송한 사실은 있으나 영장 원본을 제시하지 않았고 압수조서와 압수물 목록을 작성하여 이를 피압수수색 당사자에게 교부하였다고 볼 수도 없는 등의 방법으로 압수된 금융거래 자료와 이메일 자료는 헌법과 형사소송법 제219조, 제118조, 제129조가 정한 절차를 위반하여 수집한 위법수집증거로 원칙적으로 유죄의 증거로 삼을 수 없으며, 위법수집증거의 증거능력을 인정할 수 있는 예외적인 경우에 해당한다고 볼 수도 없다고 판단한 제1심 판결을 그대로 유지하고, 이에 관한 검사의 항소이유 주장을 배척하였다.”⁶⁸⁾

2016.2.18.자 2015보6결정)

- 원심에서는 갑 회사의 본사 서버에 보관된 준항고인의 카카오톡 대화내용에 대한 압수수색영장 집행에 의하여 전자정보를 취득하는 것이 참여권자에게 통지하지 않을 수 있는 형사소송법 제122조 단서의 ‘급속을 요하는 때’에 해당하지 않는다고 판단하였으나, 대법원은 2022.5.31.자 2016도587 결정에서 그렇게 판단한 원심의 잘못이 있다고 결정하였다.

66) 대법원 2012.10.11. 선고 2012도7455 판결.

67) 헌법재판소 2012.12.27. 선고 2011헌바225. 전원재판부 결정.

68) 대법원 2019.3.14. 2018도2841. 판결.

라며, 압수수색영장의 원본 제시가 아닌 ‘모사전송’ 방식의 집행은 절차를 위반하여 수집한 위법수집증거라고 판시하며, 증거능력을 인정하지 않은 바 있다.

헌법 제12조에는 제1항에 ‘누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.’라고 되어 있으며, 제3항에는 ‘체포, 구속, 압수, 수색을 할 때에는 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.’라고 되어 있다. 적법한 절차에 따라 검사의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다고 되어 있으나, 특별히 영장의 원본만을 제시하여야 한다는 근거는 유추하기 어려워 보이며, 위 판례에서 근거로 제시하고 있는 형사소송법 제219조, 제118조에서도 ‘영장의 제시’라고만 되어 있을 뿐, 반드시 원본을 제시해야 한다는 내용은 없다.

영장 사본은 효력을 인정하기 어렵고, 원본의 효력만을 인정해야 한다는 것이면, 제118조의 처분을 직접 받는 피의자에 대한 사본 교부 규정은 효력이 인정될 수 없는 사본을 교부하는 것이 되어 모순된다. 우리는 현재 주민등록등본이나 가족관계증명서, 학교 졸업증명서 등과 같은 제증명을 위한 문서의 경우에도 PDF 파일로 인터넷을 통해 발급받은 후, 얼마든지 출력·복제하여 사용하는 시대에 살고 있다. 혹시 모를, 위조된 영장의 제시 가능성 때문인지는 알 수 없지만, 압수수색영장 집행 현장의 환경변화와 실무의 사정 등을 고려해 보면 영장의 모사전송 또는 스캔본의 이메일 전송을 허용하는 것이 타당해 보인다. 인터넷을 이용하여 제공되는 서비스에 대한 압수수색임에도 압수수색영장 집행은 정작 인터넷을 이용하여 전송 또는 집행할 수 없고, 원본을 들고 직접 찾아가서 제시해야 한다는 것은 그만큼 형사소송 절차가 시대의 환경변화를 따라잡지 못하고 있다는 반증이다. 오늘날 거의 전 국민이 사용하고 있다고 해도 과언이 아닌 카카오톡* 메신저 관련 압수수색영장의 신청 및 집행 건수는 매우 많을 것으로 추정되는데, 전국에 있는 경찰관서에서 하루에 단 한 건씩만 카카오톡*의 서버에 대해 영장을 집행하기 위해 직접 방문한다고 해도 최소 258건⁶⁹⁾ 이상이 될 것이다. 카카오톡

* 회사 입장에서라도 최소 258건 이상의 담당자를 매일 직접 대면하여 영장을 직접 집행하도록 하기 위한 시설과 인력을 제공한다는 것은 매우 부담스러운 일이 아닐 수 없을 것이며, 그에 따라 수반되는 비용도 적지 않을 것이다. 더불어, 휴대폰과 정보통신망 이용의 생활화로 일상의 대부분은 휴대폰으로 이루어지며, 인터넷을 통한 의사소통, 특히 거래나 물품구매 등을 위한 대화 수단으로 위 카카오톡* 메신저가 매우 널리 쓰이고 있는 현재 추세를 감안하면, 증거확보의 필요성으로 카카오톡*에 대한 영장 집행 건수는 직접 대면하여 감당할 수준을 넘는다 해도 과언이 아닐 수 있다. 반대로, 서울에 소재하는 수사기관의 담당자가 영장 원본을 제시해야 하는 이유로, 매번 비행기를 타고, 제주도로 날아가서 영장의 원본을 제시하고, 직접 전자정보를 탐색, 선별한 후, 압수목록을 교부하고 되돌아온다는 것 또한 신속한 수사와 재판을 어렵게 하고, 그에 따른 국민들이 부담하는 세금으로 처리되는 비용 등을 차치하더라도 현실적으로 가능할지 의문이다. 영장에 대한 위조의 우려 때문이라면 사후에 압수된 정보에 대하여 원본의 압수할 물건의 내용과 동일함을 확인하여 위조된 것이 확인될 경우, 위법수집증거로서 배척하면 그만일 것이다. 정보통신서버에 저장되어 있는 정보와 증거는 무한히 남아 있을 것으로 기대할 수 없다. 서버라는 저장매체의 사용, 유지에는 비용이 발생하게 되므로, 대체적으로 인터넷서비스제공자는 일정 기간 정보 보관 후 삭제하는 것이 일반적이며, 따라서, 시간이 지남에 따라 증거확보의 가능성은 점점 줄어들고, 그에 따라 실체적 진실발견의 가능성도 요원해질 수 있다. 그러므로, 영장 집행 대상자에게 과부하를 줄 수 있는 직접 집행보다는 부담을 덜어주어 한 건이라도 더 빨리 제공할 수 있도록 여건을 마련해주는 것이 더 합리적이고 현실적인 실익이 있다 할 것이다.

3. 정보의 탐색, 선별, 출력, 복제와 피의자의 참여

또한, 카카오톡*과 같은 인터넷서비스제공자에게 직접 찾아가서 영장의

원본을 제시하였더라도, 영장의 집행자가 직접 운영 중인 서버로부터 정보를 탐색 및 선별하여 출력 또는 복제할 수 있느냐가 문제 될 수 있다. 인터넷서비스제공자가 운영 중인 서버와 시스템에 대한 이해가 없다면 직접 조회는 불가능할 것이고, 영장 집행자가 기술적 운영 방법에 대해 알고 있다고 하더라도, 접근권한이 있는 계정 등을 제공받거나, 협조를 받아야 하며, 압수수색영장의 집행 때문에 인터넷서비스제공자가 운영하는 서비스의 제공을 멈추도록 할 수도 없고, 운영자가 아닌 외부인으로서 잘 모르고 시스템을 조작하는 것은 운영되고 있는 시스템에 장애나 위험을 초래하여 정상적인 운영을 방해할 수도 있다. 이러한 여러 가지 이유로, 압수수색영장 집행을 위해 영장의 원본을 들고 찾아간다고 하더라도, 집행자는 서비스제공자 또는 운영자의 협조를 받아 직접 탐색, 선별, 출력, 복제가 아닌 운영자 측이 선별하여 제공하는 정보를 전달받는 것이 합리적이라 할 것이다. 그리고, 이러한 환경에서 수사기관이 직접 탐색, 선별, 출력, 복제하지 않은 정보에 대하여, 압수수색영장을 단지 집행했다는 이유로 압수목록을 교부하는 것은 의미가 없어 보인다. 이미, 탐색, 선별, 출력, 복제하여 건네준 운영자 측에서 오히려 영장 집행자보다 어떤 정보를 주었는지 더 정확히 알고 있을 것이기 때문이다. 실제로 카카오* 및 일부 포털사이트와 같은 인터넷서비스제공자 측에서는 압수수색영장 집행 시 제공하는 전자정보에 대해 해시값을 산출하여 제공하고 있기도 하다. 따라서, 이와 같이, 압수대상 정보를 집행자가 직접 선별하지 않고 제공받은 경우에는 그 제공자에 대해서는 별도로 압수목록을 교부하지 않아도 되는 것으로 예외 규정을 두는 것이 바람직해 보인다.

인터넷서비스제공자 소속 담당 직원에 대한 위탁방식의 압수수색영장 집행을 위법성 여부⁷⁰⁾에 대하여, 서울중앙지법은,

‘인터넷서비스제공자 소속 담당 직원이 압수대상 이메일 등을 추출하여 이를 DVD에 저장, 봉인하여 전달하되, 별도로 수사기관 이메일로도 전송하여 그 중 당초의 영장에서 제시한 범죄 관련 필요한 정보만을 선별

70) 김정현, 강제수사실무 절차론, 박영사, 2023. 1., 197p.

하여 수사에 사용하도록 하는 방법으로 이루어진 압수수색영장의 집행이 헌법과 형사소송법에서 규정한 영장주의 원칙이나 비례의 원칙 등에 위반되고 적법절차를 준수하지 아니하여 위법하다고 보기는 어렵다.⁷¹⁾

라고 판시한 바 있다.

마찬가지로, 이러한 압수수색영장 집행과정에 대해 피의자가 통지를 받고 참여한다고 하더라도, 그 참여에 대한 어떤 의미가 있다고 볼 수 없다. 피압수자가 아닌 피의자의 참여 목적이나 의의가 ‘영장에 기재되어 있는 범죄혐의와 무관한 정보가 수사기관에 의해 수집될 가능성’ 때문이라고 한다면, 수사기관이 직접 탐색하고 선별하는 것이 아닌, 인터넷서비스제공자가 제시된 영장을 직접 보고 선별하여 전달해주는 방법으로 압수된 것이므로, 피의자의 참여로서 실현될 어떤 가치나 의미가 있다고 볼 수 없을 것이다. 앞서 언급한 바와 같이, 피압수자에 해당하는 인터넷서비스제공자는 서비스를 운영함에 있어 개인정보보호법상 개인정보처리자의 지위에 따라 서비스 이용자의 개인정보를 보호할 의무를 가진다. 압수수색영장 집행 중 탐색 과정에는 피의자의 정보만 노출되는 것이 아닌 다른 이용자들의 정보 또한 노출될 무한한 가능성이 있으므로, 환경에 대한 고려 없이 피의자를 참여시켜야 한다는 것은 적절하지 않을 것이다.

다만, 압수영장에 기록된 범죄 혐의사실과 ‘관련성이 있는 범위’⁷²⁾에 대해서는 그 해석이 명료하게 떨어지거나 쉽지 않을 가능성이 있는 것이 사실

71) 서울중앙지방법원 2016.12.15. 선고 2016고합538,558(병합) 판결(대법원 2017도9747판결로 확정)

72) 대법원 2020. 2. 13. 선고 2019도14341, 2019전도130 판결

- 압수·수색영장의 범죄 혐의사실과 관계있는 범죄라는 것은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실과 객관적 관련성이 있고 압수·수색영장 대상자와 피의자 사이에 인적 관련성이 있는 범죄를 의미한다. 그중 혐의사실과의 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실 자체 또는 그와 기본적인 사실관계가 동일한 범행과 직접 관련되어 있는 경우는 물론 범행 동기와 경위, 범행 수단과 방법, 범행 시간과 장소 등을 증명하기 위한 간접증거나 정황증거 등으로 사용될 수 있는 경우에도 인정될 수 있다. 이러한 객관적 관련성은 압수·수색영장에 기재된 혐의사실의 내용과 수사의 대상, 수사 경위 등을 종합하여 구체적·개별적 연관관계가 있는 경우에만 인정된다고 보아야 하고, 혐의사실과 단순히 동종 또는 유사 범행이라는 사유만으로 객관적 관련성이 있다고 할 것은 아니다.

이므로, 수사기관이 아닌 피압수자의 입장에서는 해석과 판단이 어려운 경우도 있을 수 있을 것이다. 그러한 경우에는 인터넷서비스제공자로부터 일정 범위의 자료를 제공받은 이후, 수사기관이 추가 탐색, 선별과정을 거쳐야 하는 경우도 생길 수 있다. 이러한 경우에는 해당 정보가 피의자의 것인 경우에 한하여, 탐색, 선별과정에 참여시키는 것도 고려해 볼 수 있다 하겠으나, 앞에 언급한 바와 같이, 처분을 받는 자가 아닌 피의자는 영장의 제시 또는 사본 교부의 대상이 아니므로, 영장의 범위 내에서 관련성 있는 정보를 압수하는지에 대해서는 감시할 수 없고, 압수 대상이 아닌 자신의 정보가 수사기관의 컴퓨터에 남아 있는지에 대해서만 확인할 수 있다 할 것이다.

4. 소유자, 소지자, 보관자에 대한 압수목록의 교부

형사소송법 제129조에서는 압수한 경우, 목록을 작성하여 소유자, 소지자, 보관자 기타 이에 준할 자에게 교부하여야 한다고 하므로, 압수목록의 교부 대상에 대해 살펴볼 필요가 있다. 위의 사례와 같은 경우, 해당 정보의 주체는 피의자이고, 소지자, 보관자는 인터넷서비스제공자에 해당하는 것으로 보이는데, 해당 정보의 소유자는 피의자인지 인터넷서비스제공자인지가 문제 될 수 있다. 해당 정보의 소유자가 정보 주체인 피의자라고 한다면, 피의자에게도 압수목록을 교부해야 하기 때문이다.

우선, 인터넷상에서 이용되는 정보의 종류를 두 가지로 나누어 생각해 볼 수 있다. 첫 번째는 메일서버에 저장된 주고받은 이메일이나 클라우드 서버에 저장된 직접 작성한 문서파일, 회사 영업 비밀이 담긴 파일, 직접 촬영한 사진 파일 등 이용자가 직접 만들거나 제작한 형태의 정보이고, 두 번째는 시스템을 이용하기 위한 기본 정보(이용자 식별정보와 같은 이름, 이메일주소, 전화번호 등)나 로그파일과 같이 시스템상에서 자동적으로 만들어지는 파일과 같은 정보이다. 첫 번째의 경우에는 제작자 또는 매매자, 주고 받은 자 등을 소유자라고 생각하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 그러나, 두 번째와 같은 유형의 정보는 시스템을 사용하기 위해 필요하거나 시스템을 이용하면서 저절로 시스템에 의해 기록되고, 만들어지는 정보로서 서비

스 이용자의 의지와는 무관하게 필요하거나 생성되는 정보이므로, 인터넷서비스제공자의 소유로 보는 것이 타당할 것으로 여겨진다. 본 사례에 적용해서 생각해보면, 카카오톡 메신저를 이용하면서 생긴 대화내역이 압수할 대상의 정보인 경우, 대화자가 의지를 가지고 만들거나 제작한 정보가 아니고, 대화를 하면서 서버에 로그기록의 형태로 저절로 저장된 유형에 해당하므로, 인터넷서비스제공자인 카카오톡의 소유로 보는 것이 타당하고, 그에 따라 피의자에게 별도로 압수목록을 교부할 필요가 없다고 보는 것이 타당할 것이다.

대법원은 피의자가 자신의 휴대폰으로 피해자에 대한 불법 촬영물을 촬영하여 제3자인 피해자가 피의자의 휴대폰을 몰래 가지고 나와 수사기관에 임의제출한 사안에서, ‘휴대폰과 전자정보의 소유자는 피의자이므로, 피의자에게 압수목록을 교부하여야 한다’는 취지로 판결⁷³⁾하였다. 그러나, 본 사안은 피해자가 피의자의 동의 없이 휴대폰을 가지고 나와 수사기관에 제출하였으며, 휴대폰과 그 안의 전자정보는 처음부터 피의자의 소유였다는 특수성이 있다. 또한, 위의 카카오톡 사례와 비슷하게, 온라인서비스제공자가 보관하는 피의자 소유의 이메일 등을 수사기관이 압수수색 하는 경우, 법원의 실무례는 피압수자인 제3자에게 압수목록을 교부하면 족하다는 입장이라고 한다.⁷⁴⁾

압수목록 교부와는 별개의 문제로, 법 제106조 4항에 따라, 정보저장매체로부터 출력 또는 복제하여 압수한 정보의 경우에는 개인정보보호법 제2조 제3호에 따른 정보주체에게 지체없이 알릴 의무가 있으므로, 피의자가 정보주체에 해당한다면, 피의자에게 알리도록 해야 할 것이다.

V. 참여권 보장과 프라이버시 보호의 충돌 문제

참여권, 투명성과 공정성을 제고 또는 보장하기 위한 효과적인 수단으

73) 대법원 2021.11.18. 선고 2016도348 전원합의체 판결.

74) 김정현, 강제수사실무 절차론, 박영사, 2023. 1., 172-173p.

로서 참여자의 의견을 수렴하고 부당한 행위를 견제할 수 있다는 점에서 긍정적 의미로 사용되는 경우가 많다. 우리 형사소송법에서도 이러한 의미에서 국가 권력적 강제수단인 압수수색검증영장의 집행에 대한 참여권을 명시적으로 규정함으로써 집행의 투명성을 제고하고, 혹시 모를 부당한 행위로부터 그 상대방을 보호하려는 의지를 명확히 하고 있다. 다만, 긍정적인 의미의 참여라고 할지라도 무조건적으로 필요하거나 허용되는 것은 아니므로, 그 필요에 따라 목적과 수단으로서 적합한지 구체적으로 검토해보아야 할 것이며, 특히, 참여를 보장하는 것은 투명하게 공개한다는 의미가 있으므로, 공개되어도 마땅한 사안인지 먼저 따져보아야 한다.

앞에서 살펴보았듯이, 압수수색의 처분을 받는 피해자 또는 제3자의 개인정보나 프라이버시 보호의 문제는 형사소송법의 피의자 참여권과 충돌할 수 있다. 반대로, 피의자의 프라이버시가 침해되는 경우도 있다. 법 제118조에 따라 압수수색영장을 피의자가 아닌 처분을 받는 자에게 제시⁷⁵⁾하는 경우, 처분을 받는 자는 압수수색영장에 기재된 피의자의 성명, 직업, 주민등록번호, 주거지와 같은 개인정보는 물론이고, 죄명과 범죄사실의 요지 등 피의자로서는 민감할 수 있는 정보를 확인할 수 있게 되기 때문이다. 그 밖에 영장에 기재되는 압수수색의 사유에는 더 많은 정보가 기재되어 노출되기도 한다.

디지털증거의처리등에관한규칙에서는 ‘피압수자 등이 전자정보의 압수수색검증절차 참여과정에서 알게 된 사건관계인의 개인정보와 수사비밀 등을 누설하지 않도록 피압수자 등에게 협조를 요청할 수 있다.’⁷⁶⁾라는 규정을 두고 있다. 이와 같이, 영장 제시를 통한 사건관계인의 개인정보와 수사비밀에 대한 누설이 우려됨을 부인할 수 없으나, 영장에 기재된 피의자의 개인적이고 민감한 정보까지 제3자에 해당하는 피압수자가 모두 알아야 할 필요성이 있

75) 제118조(영장의 제시와 사본교부) 압수·수색영장은 처분을 받는 자에게 반드시 제시하여야 하고, 처분을 받는 자가 피고인인 경우에는 그 사본을 교부하여야 한다. 다만, 처분을 받는 자가 현장에 없는 등 영장의 제시나 그 사본의 교부가 현실적으로 불가능한 경우 또는 처분을 받는 자가 영장의 제시나 사본의 교부를 거부한 때에는 예외로 한다. <개정 2022. 2. 3.>

76) 제13조(압수·수색·검증 시 참여 보장) 제5항

다고 보기 어려우며, 다만 앞 장에서 언급한 바와 같이, 피압수자는 영장을 집행받는 대상자로서 영장주의에 따라 영장의 내용에 맞게 적절히 압수수색 검증이 이루어지는지 확인 및 감시할 수 있도록 제시되면 될 것이다.

헌법⁷⁷⁾과 형사소송법⁷⁸⁾은 피고인에 대한 무죄추정의 원칙을 명시하고 있고, 피의자에 대해서도 무죄추정의 원칙이 적용되는 것은 당연하며,⁷⁹⁾ 개인정보보호법에서도 범죄경력자료에 해당하는 정보에 대해서는 민감정보로 규정하여 더욱 특별하고 신중하게 취급할 것을 요구하고 있는 점 등을 볼 때, 피의자의 신분이어도 프라이버시는 가능한 한 보호해 주는 것이 바람직할 것으로 생각된다. 따라서, 피의자 본인이 압수수색영장의 처분을 받는 자가 아닌 경우에는, 영장에 기재된 피의자의 개인정보와 죄명이나, 범죄사실에 관한 정보, 수사내용에 관한 사항 등은 제외하고 제시하도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.

VI. 결 론

형사소송법 제219조에서 법원의 압수영장집행 참여권 보장 규정을 준용하여 수사단계의 피의자에게 피고인과 동일한 참여권을 인정하고 있는 문제점에 대하여, 판례의 입장을 살펴보고, 현실적으로 영장 피집행자가 아닌 피의자를 참여시키는 경우 예상되는 문제점들에 대해 검토해보았다. 형사소송법과 시행령, 수사기관 내부에서 적용하는 참여권 관련 근거규정을 비교하여 확인해본바, 수사기관 적용 지침들에서는 실무상 직면할 수 있는 현실적인 문제점들을 고려한 듯, 형사소송법과는 달리 피의자가 아닌 피압수자를 중심으로 참여권을 규정하고 있으며, 판례의 태도도 그러하였다. 더불어, 최근 신설된 압수수색영장 사본 교부제도에 대해 수사의 관점에서 살

77) 헌법 제27조 ④형사피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.

78) 형사소송법 제275조의2(피고인의 무죄추정) 피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지는 무죄로 추정된다.

79) 이주원, 앞의 책, 46p.

펴보고, 예상되는 문제점과 부작용에 대하여 논의하였다.

정보통신서비스의 발달로, 제3자인 인터넷서비스제공자에 대한 압수수색의 필요와 사례가 늘고 있으므로, 기존 형사소송법 절차 규정에 대해 관련 사례를 검토하여 문제점과 개선안을 제시하였다. 마지막으로 개인정보와 프라이버시에 대한 권리보호가 사회적으로 중요하게 요구되고 있는바, 압수수색영장 집행의 처분을 받는 자에게 영장을 제시하는 경우에도, 피의자가 아닌 제3자일 경우, 형사법의 대원칙인 무죄추정의 원칙에 기반한 피의자의 프라이버시 보호 관점에서 생각하고 존중해줄 필요가 있다고 여겨진다.

정보통신 인프라의 발달과 서비스의 이용이 생활화된 반면 형사소송의 절차는 그 속도를 따라잡지 못하고 있는 듯하다. 현실과 실무 적용에 적합하지 않은 규정들은 결국 그 불합리성으로 인해 그때그때 새로운 판결을 통해 새로운 원리를 도출해 적용할 수 밖에 없고, 예측불가능성으로 인해 법정안정성을 해치게 되므로, 현대화된 환경과 실무를 반영하여 절차를 재검토할 필요성이 있다. 참여권 보장과 수사의 목적 달성, 그리고 프라이버시 보호의 측면이 잘 조화될 수 있도록 하는 것이 바람직해 보인다.

수사상 디지털증거 압수수색 제도의 참여권에 관한 고찰 - 성 해 정	수령 날짜	심사개시일	개재결정일
	2023.08.23.	2023.08.28.	2023.09.18.

[참고문헌]

- 김기준, 수사단계의 압수수색 절차규정에 대한 몇가지 고찰, 형사법의신동향 제18호, 대검찰청(2009), 1-29쪽.
- 김승언, '디지털증거 압수수색의 절차적 규제 개선방안'에 대한 토론편, 『2021공동학술대회 디지털 증거 압수수색 개선방안』, 2021, 18-25쪽.
- 김신규, 수사절차상 압수수색 규정에 대한 비판적 검토, 비교형사법연구, 제17권, 제3호, 통권34호, 2015, 1-38쪽.
- 김정현, 강제수사실무 절차론, 박영사, 2023. 1.
- 김혜경, 영장주의의 본질을 기초로 한 전자정보 압수수색의 참여권의 범위, 연세법학 제35호(2020.6), 19-48쪽.
- 박병민, 디지털증거 압수수색의 절차적 규제 개선방안 - '참여권 강화, 영장사본교부제도 도입 등', 『2021공동학술대회 디지털 증거 압수수색 개선방안』, 2021, 1-17쪽.
- 박정난, 임의제출된 휴대폰 내 전자정보의 압수범위 및 피압수자의 참여권보장 - 대법원 2021. 11. 18. 선고 2016도348 판결-, 법조 제71권 제2호(통권 제752호), 2022.4., 371-398쪽.
- 박용철, 디지털증거 중 카카오톡 대화의 압수수색영장 집행에 대한 참여권, 비교형사법연구, 제20권 제4호 (2019.01), 23-42쪽.
- 이순옥, '디지털증거 압수수색의 절차적 규제 개선방안'에 대한 토론편, 『2021공동학술대회 디지털 증거 압수수색 개선방안』, 2021, 26-29쪽.
- 이완규, 디지털증거 압수 절차상 피압수자 참여방식과 관련성 범위 밖의 별건 증거 압수방법, 형사법의신동향 통권 제48호(2015.9), 90-158쪽.
- 이재상, 조균석, 형사소송법 제12판, 박영사, 2019.
- 이주원, 형사소송법 제5판, 박영사, 2022. 8.
- 조은별, 『디지털 증거의 압수수색에 대한 참여권의 보장』, 서울대 박사학위논문, 2021.
- 안성수, 주석 형사소송법(I) 제5판(편집대표 김희옥, 박일환), 한국사법행정학회(2017).

【국문초록】

형사소송법은 제219조에서 법원의 압수영장집행 참여권 보장 규정을 준용하여 수사단계의 피의자에게 피고인과 동일한 범위의 참여권을 보장하도록 하고 있다. 그러나, 이와 달리 형사소송법 시행령 및 수사기관 내부에서 적용하는 참여권 관련 규정들은 실무상 직면할 수 있는 현실적인 문제들을 고려한 듯, 피의자가 아닌 피압수자를 중심으로 참여권을 규정하고 있으며, 판례의 태도도 그러하였다.

본 고에서는 이와 같은 관점에서 피고인, 피의자, 피압수자의 참여권에 대해 고찰한다. 더불어, 최근 신설된 압수수색영장 사본 교부제도에 대해 수사의 관점에서 살펴보고, 예상되는 문제점과 부작용에 대하여 논의하였다.

정보통신서비스의 발달로, 제3자인 인터넷서비스제공자에 대한 압수수색의 필요와 사례가 늘고 있으므로, 기존 형사소송법 절차 규정에 대해 관련 사례를 검토하여 문제점과 개선안을 제시하였다. 인터넷을 이용하여 제공되는 서비스에 대한 압수수색임에도 압수수색영장 집행은 정작 인터넷을 이용하여 전송할 수 없고, 원본을 들고 직접 찾아가서 제시해야 한다는 것은 그만큼 형사소송 절차가 시대의 환경변화를 따라잡지 못하고 있다는 반증이다. 인터넷서비스제공자 소속 담당 직원에 대한 위탁방식의 압수수색영장 집행을 위법으로 볼 수 없다고 판결한 사례가 있는바, 피압수자가 아닌 피의자의 참여 목적이나 의의가 ‘영장에 기재되어 있는 범죄혐의와 무관한 정보가 수사기관에 의해 수집될 가능성’ 때문이라고 한다면, 이러한 위탁방식의 압수영장 집행을 경우, 수사기관이 직접 탐색하고 선별하는 것이 아닌, 인터넷서비스제공자가 제시된 영장을 직접 보고 선별하여 전달해주는 방법으로 압수된 것이므로, 피의자의 참여로서 실현될 어떤 가치나 의미가 있다고 볼 수 없을 것이다. 또한, 이와 같이, 압수대상 정보를 집행자가 직접 선별하지 않고 제공받은 경우에는 그 제공자에 대해서는 별도로 압수목록을 교부하지 않아도 되는 것으로 예외 규정을 두는 것이 바람직해 보인다.

마지막으로 개인정보와 프라이버시에 대한 권리보호가 사회적으로 중요하게 요구되고 있는바, 압수수색영장 집행의 ‘처분을 받는 자’에게 영장을

제시하는 경우에도, 피의자가 아닌 제3자일 경우, 형사법의 대원칙인 무죄 추정의 원칙에 기반한 피의자의 프라이버시 보호 관점에서 생각하고 존중 해줄 필요가 있다고 여겨진다.

【Abstract】

A Study on the Right to Participate in the Search and Seizure System for Digital Evidence in Investigation

Seong Hyejeong

(Master's Student, Korea University Graduate School of Law,
Seoul Metropolitan Police Agency)

Article 219 of the Criminal Procedure Law stipulates that even a suspect in the investigation stage is guaranteed the right to participate in execution of a seizure warrant which is the same extent as the defendant is guaranteed in the execution of a seizure warrant in court. However, unlike the Criminal Procedure Act, the Enforcement Decree of the Criminal Procedure Act and the internal regulations of the investigative agency stipulate the right to participate focusing on the seized, not the suspect, and the judgment of the Supreme Court was the same.

In this paper, we examine the participation rights of defendants, suspects, and those subject to search and seizure from this perspective. In addition, this article examines the newly established system for issuing copies of search and seizure warrants from the viewpoint of investigation, and discusses expected problems and side effects.

With the development of information and communication services,

the need and cases of seizure and search of third-party Internet service providers are increasing. Therefore, problems and improvement plans were presented by applying and reviewing relevant cases for the existing procedural regulations of the Criminal Procedure Act. Despite the seizure and search for services provided using the Internet, the fact that the original copy must be visited and presented in person because the execution of the search and seizure warrant cannot be transmitted or executed using the Internet means that the criminal procedure is not being able to follow the changing environment of the times. There has been a case where it was decided that the execution of a search warrant entrusted to an Internet service provider cannot be viewed as illegal, and in the case of execution of the seizure warrant in this consignment method, the investigative agency does not directly search and select digital evidence, and there is no possibility that the investigative agency will collect information unrelated to the criminal charges listed in the warrant. Thus, it is not be seen that there is any value or meaning to be realized through the participation of the suspect. In addition, in this way, if the executor receives the information to be seized without directly selecting it, it is desirable to make an exception rule that it is not necessary to separately issue a seizure list to the provider.

Lastly, because protection of the right to personal information and privacy is an important requirement in society, even when a warrant is presented to a person subject to execution of a search and seizure warrant, if he is a third party other than the suspect, it must be considered and respected from the viewpoint of protecting the

privacy of the suspect based on the principle of presumption of innocence, which is a major principle of criminal law.

주제어(Keyword) : 디지털증거(digital evidence), 압수수색(the Search and Seizure), 참여권(right to participate), 방어권(right to defense), 영장 집행(warrant execution), 형사절차에서의 개인정보보호(privacy in criminal proceedings)

디스커버리와 선정당사자 제도에 관한 연구*

- 선정자의 디스커버리 의무 적용

이 준 범**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|------------------------|----------------------------------|
| I. 서론 | IV. 선정당사자 제도를 고려한 디스커버리 의무 입법 방안 |
| II. 미국 연방 디스커버리 | 1. 선정요건을 갖춘 경우 |
| 1. 연방 민사소송규칙상 디스커버리 규정 | 2. 선정요건을 갖추지 않았으나 선정을 한 경우 |
| 2. 보존의무 | V. 결론 |
| III. 한국의 선정당사자 제도 | |
| 1. 선정당사자 제도 개론 | |
| 2. 선정당사자의 요건 | |

I. 서론

미국식 디스커버리(Discovery)는¹⁾ 한국 민사소송법 학계와 실무자들

* 이 논문은 2023년도 인하대학교의 지원으로 연구되었음.

** 인하대학교 법학전문대학원 조교수.

1) Discovery를 ‘디스커버리’로 쓰는 견해로, 전원열, “민사소송절차상 디스커버리 도입에 관한 검토”, 「인권과정의」 제501권, 2021, 111면; 한애라, “미국 연방 민형사소송절차에서의 E-discovery와 국내적 시사점”, 「성균관법학」 제32권 제2호, 2020, 182면; 이계정, “특허소송 심리에 있어서 증거수집절차 개선방안에 관한 소고 - 미국의 디스커버리 제도의 시사점을 중심으로-”, 「사법」 통권 59호, 2022, 213면. ‘증거개시’라고 쓰는 견해로, 김정환, “증거보존조치(Legal Hold)의 내용과 그 도입가능성 - 증거개시절차 도입에 관한 논의와 관련하여 -”, 「서강법률논총」 제12권 제2호, 2023, 7면.

사이에 계속 관심을 받고 있다.²⁾ 증거가 구조적으로 한쪽에 치우쳐 있는 현실을 극복할 방법으로 미국식 디스커버리를 도입하자는 주장도 있고,³⁾ 증거가 구조적으로 한쪽에 치우쳐 있는 현실을 인정하면서도 한국과 미국이 소송의 구조와 법원의 역할이 다른 점을 고려할 때 디스커버리를 곧바로 도입하기 어렵다는 지적도 있다.⁴⁾

대법원 사법행정자문회의는 2022. 10.경 민사소송의 증거 편재 현상을 해소하고 실체적 진실에 부합한 결과를 도출하기 위해 우리 실정에 맞는 디스커버리 제도를 마련할 필요가 있음을 인정하며, 법원행정처가 디스커버리 법제화를 위한 후속 조치를 하라는 내용의 자문의견 관련 결정을 하였다.⁵⁾

대법원 사법행정자문회의는 2021년경 있었던 대법원 사법행정자문회의

증거개시는 증거를 열어 보여준다는 의미로 이해되어 가진 증거를 보여주는 당사자 측면만 주목하게 하고, 증거를 요구하고 찾아내는 당사자 측면을 숨길 수 있다는 취지의 대한변호사협회 의견, 미국 디스커버리는 증거보다 더 넓은 범위의 자료를 대상으로 하므로 ‘증거개시’ 대신 ‘디스커버리’라 쓰자는 견해에 따라 이하에서는 ‘디스커버리’로 쓴다. 대한변호사협회/배심제도연구회, 디스커버리제도 자료집, 2021, 1094면; 전원열/한애라/현낙희, 디스커버리 제도 도입에 관한 연구, 서울대학교 산학협력단, 2022, 16면.

- 2) 디스커버리를 다룬 최근 논문으로, 이준범, “증권관련 집단소송에서 디스커버리의 인적 적용 범위에 관한 연구”, 「저스티스」 통권 제197호, 2023, 122면; 김정환, 앞의 논문, 7면; 조수혜, “미국 증거개시의 비용과 공정성: 법적 규제와 리걸테크(Legal Tech) 활용의 관점에서”, 「중앙법학」 제25집 제1호, 2023, 44면; 전휴재, “우리 민사재판의 미래에 관한 소고”, 「민사소송」 제27권 제1호, 2023, 82-83면; 박지원, “전자증거의 수집과 한국형 E-Discovery의 모색”, 「저스티스」 통권 제194-2호, 2023, 200면; 이계정, 앞의 논문, 213면; 전원열, 앞의 논문, 111면; 한애라, 앞의 논문, 185면; 김도훈, “증거보존조치에 관한 제도나 지침에 관한 연구”, 「IT와 법연구」 제20집, 2020, 167면 등. 2022년 제13회 한국법률가대회에서도 디스커버리에 대한 발표가 있었다. 김주영, “디스커버리제도의 우리 민사소송법체계에서의 접목방안”, 제13회 한국법률가대회-디지털시대의 가속화와 법적 과제, 제1세션 제1분과 세미나 자료집, 2022, 9면; 박지원, “전자증거의 수집과 한국형 E-Discovery의 모색”, 제13회 한국법률가대회-디지털시대의 가속화와 법적 과제, 제2세션 제1분과 세미나 자료집, 2022, 41면.
- 3) 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2023, 547면.
- 4) 전원열, 민사소송법 강의, 박영사, 2022, 408-410면. 한국에 디스커버리 도입을 위한 전제조건에 관한 선행연구로, 전원열, 앞의 논문, 111면.
- 5) 대법원, 사법행정자문회의, 정보, 회의결과, 제23차 회의 결과안내, 안전에 대한 자문의견 관련 결정사항, <https://www.scourt.go.kr/supreme/news/NewsViewAction2.work?pageIndex=1&searchWord=&searchOption=&seqnum=44&gubun=944> (2023. 8. 5. 최종확인).

의 결정사항 등을 근거로 2021. 11. 디스커버리 연구반(이하 ‘디스커버리 연구반’이라 한다)을 구성하였고, 디스커버리 연구반은 2022. 10.경 그 연구 결과를 담은 보고서를 제출하였다.⁶⁾ 위 보고서는 민사소송법 제344조부터 제351조까지를 개정하여 미국 디스커버리 법제와 유사한 문서 등 자료 제출 의무와 보존의무(Duty to preserve)⁷⁾를 도입하자는 제안이 담겨있다.⁸⁾

그 개정안 중 적어도 일부 조항들은 문언상 당사자의 의무나 당사자에 대한 제재를 정한 것으로 해석된다. 예를 들어, 디스커버리 연구반의 민사소송법 제350조 제1항의 개정안(이하 디스커버리 연구반의 민사소송법 각 조문 개정안을 ‘제000조 개정안’이라 한다)은 “장래에 소가 계속될 것이 합리적으로 예상될 경우 상대방은 그와 관련된 문서 등 자료를 삭제하여서는 아니 된다. 단, 증거보존으로 인해 침해될 이익과의 증거가치 사이의 비례성 등에 비추어 특별히 보존하는 것이 타당하지 아니한 것으로 인정되는 경우는 그러하지 아니하다”라고, 같은 조 제2항을 “당사자가 제1항의 규정에 위반하여 문서 등 자료를 삭제한 경우에는 제349조의 규정을 준용한다. 단, 다른 법령에 의해 당해 문서 등 자료를 삭제할 의무가 존재하는 경우 또는 일상적인 시스템의 운용 중에 특별한 사정없이 문서 등 자료의 삭제가 이루어진 경우에는 그러하지 아니하다”라고 한다.⁹⁾ 또한, 제349조 개정안은 “당사자가 제346조 및 제347조제4항부터 제6항까지의 명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 직권 또는 상대방의 신청에 따라 다음 중 하나 이상의 불

6) 대법원, 사법행정자문회의, 정보, 회의자료, 제23차 회의자료, 4.[자문회의 23차] 디스커버리(증거개시)제도 도입, 7, <https://www.scourt.go.kr/supreme/news/NewsViewAction2.work?pageIndex=1&searchWord=&searchOption=&seqnum=20&gubun=943> (2023. 8. 5. 최종확인) (이하 ‘디스커버리 연구반 보고서’라 한다).

7) Duty to preserve 중 preserve를 ‘보전’으로 번역하는 견해로, 한애라, 앞의 논문, 185면. ‘보존’으로 번역하는 견해로, 박지원, “2015년 미국 연방민사소송규칙 개정과 한국형 디스커버리제도에 대한 시사점”, 「민사소송」 제20권 1호, 2016, 123면. 미국 연방법상 Duty to preserve는 사안에 따라 합리적으로 접근하기 어려운 자료에 접근할 수 있게 할 의무를 포함하므로 ‘보전’이 더 나은 해석이라고 생각하나, 민사소송법 제377조 등에 이미 ‘보전’이라는 용어가 사용되고, 이는 미국 연방법상 Duty to Preserve의 Preserve와 의미가 다르므로, 구별을 위하여 이하에서는 ‘보존’으로 번역한다.

8) 디스커버리 연구반 보고서, 132-165면.

9) 디스커버리 연구반 보고서, 160-161면.

이익 제재를 부과하여야 한다. (이하생략)”이라고 한다.¹⁰⁾ 이처럼 제350조 제2항 개정안이나 제349조 개정안은 명시적으로 “당사자”라는 단어를 사용해 그 적용을 한정한다. 또, 제351조 개정안은 제3자가 문서 등 자료를 제출하지 아니한 때에 관한 제재를 정하여 당사자와 제3자에 관한 제재를 구별한다.¹¹⁾

증거가 구조적으로 편재되어 있다면, 당사자, 특히 피고 중에 이로 인한 이익을 보는 자가 있을 것이다. 그리고 이러한 자는 - 만약 가능하기만 한다면 - 계속 증거의 구조적 편재로 인한 이익을 누리고자 할 것이다. 민사소송법을 개정하는 이유가 증거의 구조적 편재를 극복하는 것이라면 디스커버리 의무나 제재를 회피할 방법을 두면 안 된다. 그렇다면 민사소송법에 디스커버리 의무나 제재를 회피하는 방법으로 기능하게 될 제도가 있을까?

선정당사자제도는 공동소송 계속 중 일정한 경우 선정당사자를 정할 수 있게 하였다.¹²⁾ 소송이 법원에 계속된 뒤 민사소송법 제53조 제1항의 규정에 따라 당사자를 바꾼 때에는 그 전의 당사자는 당연히 소송에서 탈퇴한 것으로 본다.¹³⁾ 그런데, 선정자는 ‘당사자’가 아니라고 대체로 해석한다.¹⁴⁾

만약, 선정자가 당사자와 디스커버리에 관하여 같은 의무를 갖지 않는다면, 소송계속이 된 피고 중 일부는 ‘당사자’의 의무나 ‘당사자’에 대한 제재를 피하려고 위 의무를 홀로 부담할 적절한 피고를 선정당사자로 선정하고 선정자가 되는 방법을 택할 수 있다. 이처럼 당사자의 의무나 당사자에 대한 제재에 관한 조항의 적용을 회피하기 위하여 선정당사자 제도를 활용하는 것을 막기 위해서는 적어도 디스커버리 절차를 도입할 때 당사자의 범위에 선정자가 포함됨을 명확히 정하는 것이 바람직하다.

이 논문 제II장에서는 미국 디스커버리 법리를 미국 연방법을 기준으로

10) 디스커버리 연구반 보고서, 158면 참조. 저자가 이해 편의를 위하여 현행 조문과 연구반 개정안을 정리하였다.

11) 디스커버리 연구반 보고서, 161-163면.

12) 민사소송법 제53조.

13) 민사소송법 제53조 제2항.

14) 전원열, 앞의 책, 696면. 선정자가 자기 고유의 소송수행권을 상실하지 않는다는 견해에 의하더라도 선정자는 당사자는 아니라고 한다. 이시윤, 앞의 책, 768면.

간단히 소개하며, 특히, 당사자와 당사자가 아닌 제3자 사이의 법리 차이를 중심으로 논한다. 제III장에서는 한국의 선정당사자 제도를 검토한다. 제IV장에서는 선정당사자 제도를 둔 한국이 디스커버리 절차를 도입하려면 선정자에 대해서도 당사자와 같은 의무를 정하여야 한다고 주장한다.

II. 미국 연방 디스커버리

1. 연방 민사소송규칙상 디스커버리 규정

연방 민사소송규칙 제5장은 디스커버리에 관해 정한다.¹⁵⁾ 그중 연방 민사소송규칙 제34조 (a)는 당사자에게 다른 당사자를 상대로 문서 등 자료 제출 요구를 할 수 있는 권한을 정하고,¹⁶⁾ 같은 조 (b)(2)는 문서 제출 요구를 받은 당사자가 요구를 응할 것인지 아니면 이에 이의를 제기할 것인지 답할 의무를 정한다.¹⁷⁾ 같은 조 (b)(2)(E)는 문서 등 자료를 제공하는 방법에 관하여 정한다.¹⁸⁾ 이러한 각 디스커버리 절차에서 디스커버리를 당사자가 요구하면 법원의 개입이 없어도 그 요구를 받은 당사자에게 원칙적으로 그 요구에 대응하는 의무가 발생한다.¹⁹⁾

디스커버리 관련 연방 민사소송규칙은 당사자와 당사자 아닌 자를 구별한다.²⁰⁾ 일반적으로 당사자를 대상으로 하는 디스커버리 절차는 당사자가 아닌 자에게 적용되지 않는다.²¹⁾ 예를 들어, 당사자가 아닌 자는 질문서 (Interrogatories)에 답할 의무가 없다.²²⁾

15) Federal Rules of Civil Procedure (이하 'FRCP'라 한다) Title V. Disclosure and Discovery.

16) FRCP Rule 34(a).

17) FRCP Rule 34(b)(2)(B).

18) FRCP Rule 34(b)(2)(E).

19) Geoffrey C. Hazard, Jr., "Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions", 73 Notre Dame Law Review 1017, 1018 (1998).

20) 3 Newberg and Rubenstein on Class Actions § 9:12 (6th ed.) (2022).

21) Ibid.

당사자가 아닌 자는 연방 민사소송규칙 제34조에 의한 자료 요구에는 응할 의무가 없으나, 연방 민사소송규칙 제45조에 의한 문서지참소환제도(subpoena duces tecum)에 의하여 자료를 제공할 의무가 있으므로, 결국 다른 규칙에 따라 비슷한 의무가 발생하는 경우가 있다.²³⁾ 그러나 당사자가 아닌 자(Non-parties)에 대한 디스커버리를 요구하기 위해서는 - 당사자가 아닌 자를 당사자와 같이 취급하지 않으므로 - 단지 관련성이 있을 가능성이 있다는 것만으로는 부족하다.²⁴⁾

당사자와 당사자가 아닌 자의 디스커버리가 구별된다는 것을 이해하기 위하여 In re Petco Animal Supplies Inc. Securities Litigation 사건을 검토한다. 이 사건은 원고가 여러 피고들을 상대로 제기한 증권집단소송 사건이다.²⁵⁾ 미국 연방의회는 증권집단소송 사건에 관한 특별법을 제정하였는데, 이에 의하면 피고가 청구기각 신청을 한 경우 디스커버리가 중단된다.²⁶⁾ 이 사건 피고들도 청구기각 신청을 하였는데, 법원은 그중 일부 피고(이하 ‘피고 A’라 한다)에 대한 청구기각 신청은 기각하였고, 일부 피고(이하 ‘피고 B’라 한다)에 대해서는 청구기각 신청을 받아들여 그 부분 원고 청구를 기각하면서 원고에게 피고 B에 대한 청구를 변경할 수 있도록 하였다.²⁷⁾

그런데, 원고는 피고 B에 대한 청구를 변경하지 않으면서, 피고 B에 대하여 당사자가 아닌 제3자에 대한 디스커버리 규정에 따른 디스커버리 요구(seeking the discovery ... under the rules that apply to non-parties)를 하였다.²⁸⁾ 피고 B는 이의를 제기하였으나, 법원은 원고가 피고 B를 상대로 당사자가 아닌 자에 대한 디스커버리를 할 수 있다고 하였다.²⁹⁾

22) Ibid.

23) Ibid.

24) S.E.C. v. Haab, No.1:15-cv-00659-JMS-MJD, 2016WL6610851, at 2 (S.D. Indiana Nov. 9, 2016). 이 사건에서 원고는 제3자에게 일정한 자료를 요구하자 이에 대한 이의가 있어 법원이 판단하게 된 사안이다. Ibid. at 1.

25) In re Petco Animal Supplies Inc. Securities Litigation, CASE NO. 05-CV-0823-H (RBB), 2006WL8455221, at 1 (S.D. Cal. Nov. 13, 2006).

26) Ibid. at 2.

27) Ibid.

28) Ibid. at 2-3.

2. 보존의무

연방 민사소송규칙이 디스커버리 방법을 정하는 것과 별개로 미국 연방 법제상 보존의무 자체는 보통법상 의무이다.³⁰⁾ 보존의무는 그 정보가 현재 진행 중인 소송과 관련 있거나 미래에 있을 소송과 관련 있는 것을 당사자가 알거나, 알았어야 했다고 인정될 때 발생한다.³¹⁾ 이러한 보존의무는 당사자가 법원에 보존명령을 구하지 않아도 발생한다.³²⁾ 보존의무가 발생하면 당사자는 보존조치(Litigation Hold)³³⁾를 하여 일상적 자료보관 정책을 유예하고, 관련 자료가 파기되지 않게 하여야 한다.³⁴⁾

당사자가 아닌 자(non-parties)는 원칙적으로 보존의무가 없다.³⁵⁾ 따라서 사건의 당사자가 아닌 제3자는 보통 보존의무가 없다.³⁶⁾ 다만, 연방법원은 당사자가 아닌 자도 이해관계가 없는 제3자가 아니라면 보존의무가 있을 수 있다고 판시하였다.³⁷⁾ 디스커버리 연구반은 제3자의 경우 법원으로부터 증인 소환장을 받기 전까지는 당사자와 특별한 관계가 있는 경우가

29) Ibid. at 4.

30) FRCP Rule 37(e) Committee Notes on Rule-2015 Amendment.

31) 예를 들어, *Kronisch v. U.S.*, 150 F.3d 112, 126 (2nd Cir. 1998).

32) *Sampson v. City of Cambridge, Md.*, 251 F.R.D. 172, 179 (D. Maryland Apr. 30, 2008).

33) Litigation hold를 ‘보존절차’로 번역하는 견해로, 김도훈, “미연방민사소송규칙 제37조 (e) 개정안에 관한 소고”, 「법학논총」 제32권 3호, 2015, 50면. ‘소송자료 보존’이라고 번역하는 견해로, 김종호, “세도나 캐나다 원칙상 전자증거개시제도의 준비에 관한 실무상의 문제점”, 「법학연구」 제59집, 2015, 161면. ‘Litigation hold’와 ‘legal hold’라는 용어 중에서 최근에는 ‘legal hold’라는 용어가 더 많이 사용되는데, 이는 소송이 아닌 상황(정부의 행정적인 조사절차나 조세 관련 절차)에서도 해당 절차가 활용되는 경우가 많음을 반영한 것이라고 한다. 김정환, 앞의 논문, 10면. 이하에서는 ‘보존조치’로 번역한다.

34) Paul W. Grimm, Charles S. Fax & Paul Mark Sandler, *Discovery Problems and Their Solutions*, American Bar Association(4th ed.), 2020, 389-390.

35) *TracFone Wireless, Inc. v. Nektova Group, LLC*, 328 F.R.D. 664, 666 (S.D. Florida 2019).

36) *TLX Incorporated v. JetBlue Airways Corporation*, No. CV-19-04734-PHX-SMB, 2022WL523320, at 2 (D. Arizona Feb. 22, 2022).

37) *Dykes v. BNSF Railway Company*, CASE No. C17-1549-JCC, 2019WL1128521, at 6 (W.D. Wash. Mar. 12, 2019).

아닌 이상 증거를 보존할 의무가 없다고 설명한다.³⁸⁾

Tassin v. Bob Barker Company, Inc. 사건의 원고는 피고 회사가 제조한 신발에 결함이 있어 원고가 넘어져 다쳤다는 이유로 소를 제기하였다.³⁹⁾ 당시 원고는 구금되어 있었는데 원고는 이 사건 당사자가 아닌 제3자에 해당하는 교도소와 그 직원들에게 사고 장면을 찍은 동영상을 보존할 것을 명하기를 구하였다.⁴⁰⁾ 법원은 사건이 발생하였다고 주장한 시점으로부터 1년이 지나 이 사건 신청이 있었고, 원고가 주장하는 영상이 실제 존재하였거나 존재한다는 아무런 자료가 없는 점 등을 들어 원고의 신청을 기각하였다.⁴¹⁾

Woods v. Scissions 사건의 원고는 피고가 원고를 체포하는 과정에서 원고에게 수갑을 채워 엎드리게 한 후 폭행하여 상해를 입혔다는 이유로 소를 제기하였다.⁴²⁾ 원고는 이 사건의 당사자가 아닌 프레스콧시(non-party City of Prescott)가 보존의무를 위반하여 체포 영상을 담은 동영상이 자동으로 삭제되게 하였다는 이유로 제재를 구하였다.⁴³⁾ 법원은 프레스콧시의 기관인 프레스콧 경찰청(Prescott Police Department)이 해당 동영상에 대한 독점적 통제권이 있어 피고도 그 동영상을 통제할 수 없는 점, 원고에게 동영상에 접근할 방법이 없는 점, 프레스콧시가 피고의 소송비용을 지불하고 피고가 패소하면 배상금도 지급할 것이라는 원고 주장에 대하여 피고가 다투지 않는 점 등을 들며, 프레스콧시는 소송이 합리적으로 예상된다는 점을 알았을 때부터 보존의무가 있다고 판시하였다.⁴⁴⁾

위 사건에서 법원은 나아가 당사자가 아닌 제3자가 한 보존의무 위반을 이유로 당사자에게 제재를 할 수 있는지 검토하였다. 이 사건 법원은 이에 대한 하급심이 갈린다고 지적하면서도 이 사건에서는 (1) 프레스콧시와 피

38) 디스커버리 연구반 보고서, 제25면.

39) Tassin v. Bob Barker Company, Inc., CIVIL ACTION No. 16-0382-JWD-EWD, 2017WL9963365, at 1 (M.D. Louisiana Sept. 28, 2017).

40) Ibid.

41) Ibid. at 2.

42) Woods v. Scissions, No. CV-17-08038-PCT-GMS, 2019WL3816727, at 1 (D. Arizona Aug. 14, 2019).

43) Ibid.

44) Ibid. at 4-5.

고의 해당 증거보존에 관한 이해관계가 같고, (2) 프레스콧시의 보존의무 위반을 인정하면서도 시가 당사자가 아니라는 이유로 당사자에게 적용되는 제재를 하지 않으면 미래에 같은 상황에 있는 사용자가 보존의무를 위반하게 할 유인을 제공하게 되며, (3) 이러한 상황에서 원고에게 적절한 구제 수단을 주지 않는 것은 정의롭지 않은 결과를 가져온다고 하였다.⁴⁵⁾ 이에 따라 법원은 배심원이 동영상에 있었을 가능성이 있다는 증거를 듣는 것을 허용하고, 배심이 결론을 내릴 때 그러한 동영상에 있었을 가능성이 있음을 고려할 수 있다고 알려줄 것이라 하였다.⁴⁶⁾ 또한, 법원은 배심이 만약 경찰청이 그 증거를 훼손하였고, 그 의도가 원고가 동영상을 사용하지 못하게 하기 위한 것이었다고 판단한다면, 그 동영상 내용이 원고에게 유리하리라고 판단할 수 있다고 설명할 것이라 하였다.⁴⁷⁾

당사자는 당사자가 아닌 자(nonparties)에 대한 보존명령을 구할 수 있다.⁴⁸⁾ 여러 법원은 - 법원의 보존명령이 없다면 보존의무가 없는 - 당사자가 아닌 자(nonparties)에 대해서는 보존명령이 더욱 필요하다고 판시하였다.⁴⁹⁾ 법원이 보존명령을 할 때 법원은 그 신청인에게 그 명령의 대상인 당사자가 아닌 자에게 보존명령을 송달할 것을 명한다.⁵⁰⁾ 만약 당사자가 아닌

45) Ibid. at 6.

46) Ibid. at 7.

47) Ibid.

48) In re Tesla, Inc. Securities Litigation, Case No. 18-cv-04865-EMC, 2019WL210956, at 1 (N.D. Cal. Jan. 15, 2019).

49) United States ex Rel. Staggers v. Medtronic, Inc., Case No. 1:15-cv-392-TSC-RMM, 2022WL4078969, at 5 (District of Columbia Sept. 6, 2022). 이 사건 원고는 이 사건 당사자가 아닌 피고 회사가 만든 제품을 사용한 미국 전역의 의사 등에게 관련 의무기록을 보존명령을 할 것을 법원에 구하였고(have requested an order requiring nonparty physicians across the United States who implanted the InterStim device in patients on or after January 1, 2003, to preserve related medical records), 피고는 원고가 직접 의사 등에게 요청을 해보지도 않은 상황에서는 법원의 보존명령이 필요하지 않다는 등의 이유로 이를 반대하였다. Ibid. at 1-5. 같은 내용의 판시로, Arkin v. Gracey-Danna, Inc., Case No: 8:16-cv-1717-T-35AAS, 2016WL3959611, at 2 (M.D. Florida July 22, 2016).

50) 예를 들어, Centurylink, Inc. v. Alpine Audio Now, LLC, Civil Action No. 15-cv-01973-MSK-KLM, at 3 (D. Colorado Jan. 15, 2016).

자가 보존명령에 반하여 보존의무를 위반하였으면 이를 원인으로 한 손해 배상청구권을 명시적으로 인정하는 주들이 있다.⁵¹⁾ 그러나 당사자가 아닌 자(non-party)에게 누군가가 그를 상대로 소를 제기하려 하는지까지 알아볼 의무는 없다.⁵²⁾

위에서 본 바와 같이 미국 디스커버리 법리는 당사자와 당사자가 아닌 자를 구별하여 그 의무를 원칙적으로 달리 정한다. 다만, 예외적으로 당사자와 제3자의 관계 등을 고려하여 제3자에게도 당사자와 유사한 보존의무를 인정하는 경우가 있고 이때 제3자의 보존의무 위반 시 당사자에게 제3자의 위반 사실을 이유로 제재하기도 한다.

Ⅲ. 한국의 선정당사자 제도

디스커버리 법리와 선정당사자 제도의 관계를 살피기 위하여 먼저 간단하게 한국의 선정당사자 제도를 본다. 우선 선정당사자 요건을 제외한 선정당사자 제도에 관한 법리를 살핀 후, 선정당사자 요건을 별도로 검토한다.

1. 선정당사자 제도 개론

선정당사자는 공동의 이해관계를 가지는 여러 사람이 그들 중 모두나 일부를 위하여 당사자가 될 사람을 선정하여 그에게 소송수행을 맡길 수 있게 한 제도이다.⁵³⁾ 이는 영국의 신탁 법리에 근거한 대표소송제도가 일본을 통해 도입된 것으로 평가된다.⁵⁴⁾ 선정당사자 제도는 집단적인 법률관계에서 생기는 여러 사람의 소송관계를 단순화시켜 신속하고 경제적인 권리구

51) Schueller v. Remington Arms Co., LLC, No. 2:11-CV-108, 2012WL2370109, at 2 n.4 (D. North Dakota June 6, 2012).

52) In re Teligent Services, 372 B.R. 594, 603 (S.D.N.Y. 2007).

53) 전원열, 앞의 책, 693면.

54) 이동률, “선정당사자에 대한 소각하 결정 - 대법원 2000. 10. 18, 2000마2999 결정 -”, 「민사소송」 제9권 제1호, 2005, 174면.

제를 이루기 위한 취지로 받아들여졌다고 평가된다.⁵⁵⁾

많은 경우 선정당사자제도를 이용하여 공동소송을 간소화·단순화하여 얻을 수 있는 효용이 공통의 소송대리인을 선임하여 얻을 수 있는 효용보다 적다.⁵⁶⁾ 아마도 이러한 이유 등으로 과거에는 이용률이 저조하였으나, 최근에는 비교적 자주 이용된다는 평가가 있다.⁵⁷⁾

선정당사자 제도는 선정자의 선정행위에 따라 선정당사자가 선정자를 위한 소송담당자로서 소송수행을 하는 것으로, 임의적 소송담당의 일종이다.⁵⁸⁾ 선정당사자 제도를 이용할지는 공동의 이해관계를 가진 자들의 자유이며, 법원이 이를 강제할 수 없다.⁵⁹⁾

선정행위는 선정자가 선정당사자에게 소송수행권을 수여하는 단독 소송행위다.⁶⁰⁾ 선정행위는 유효하게 이루어졌으면 법원의 재판 없이 민사소송법상 일정한 효과가 발생하는 여효적 소송행위에 해당한다.⁶¹⁾ 선정자가 선정당사자의 권한에 조건을 붙이는 등의 방법으로 그 권한을 제한할 수 없고, 제한하려 해도 효력이 없다.⁶²⁾ 선정당사자와 선정자 사이에 선정당사자의 권한 행사를 제한하는 내용의 약정을 맺었다더라도 이를 근거로 법원이나 상대방에게 대항할 수 없으나, 선정당사자가 선정자와 한 약정을 위반하여 청구포기, 청구인락, 화해 등을 하여 선정자에게 손해를 입히면 손해배상책임이 문제가 될 수 있다.⁶³⁾

선정은 소송계속 전에도 할 수 있고, 소송계속 후에도 할 수 있다.⁶⁴⁾ 소송계속 후 선정하면 선정자는 소송에서 당연히 탈퇴한다.⁶⁵⁾ 즉, 탈퇴를

55) 호문혁, 민사소송법, 법문사, 2020, 940면.

56) 정영수, “개인정보의 유출에 의한 집단적 피해의 구제”, 「민사소송」 제17권 제2호, 2013, 363면.

57) 손한기, 민사소송법, 홍문사, 2022, 405면.

58) 전원열, 앞의 책, 693면.

59) 범경철/곽승구, 민사소송법, 도서출판 정독, 2022, 707면.

60) 전원열, 앞의 책, 694면.

61) 오정후, “소송계속 중 선정당사자가 자격을 잃은 사건에서 나타난 몇 가지 민사소송법적 문제”, 「민사소송」 제12권 제1호, 2008, 76면.

62) 박재완, 민사소송법강의, 박영사, 2019, 668면.

63) 이동률, 앞의 논문, 179면.

64) 전원열, 앞의 책, 695면.

위한 별도의 소송행위는 필요하지 않다.⁶⁶⁾ 같은 선정자단에게 수인의 선정당사자가 선정되면 그 선정당사자들은 소송수행권을 함유하는 관계에 있게 되어 그들 간에는 필수적 공동소송이 된다.⁶⁷⁾

소송계속 전에 선정이 있으면 선정자는 애초부터 당사자가 아닌 사람이지만, 소송계속 중에 선정이 있으면 선정자는 당사자였다가 소송에서 탈퇴하는 것이 된다.⁶⁸⁾ 선정당사자의 자격은 그의 사망이나 선정취소로 상실된다.⁶⁹⁾ 선정당사자 본인에 대한 부분의 소가 취하되거나 판결이 확정되는 경우 등으로 공동의 이해관계가 소멸할 때는 선정당사자는 선정당사자의 자격을 당연히 잃는다.⁷⁰⁾ 선정자는 선정을 언제든지 장래를 위하여 취소하거나 변경할 수 있다.⁷¹⁾

선정당사자에 의한 소송계속 중 선정자가 동일한 소에 관하여 별개의 소송절차에서 제소하거나 제소당하면, 민사소송법 제259조에 의한 중복소송에 해당한다.⁷²⁾

2. 선정당사자의 요건

민사소송법 제53조 제1항은 “공동의 이해관계를 가진 여러 사람이 제52조의 규정에 해당되지 아니하는 경우에는, 이들은 그 가운데에서 모두를 위하여 당사자가 될 한 사람 또는 여러 사람을 선정하거나 이를 바꿀 수 있다”라고 하고,⁷³⁾ 이 조항은 ① 공동소송인으로 될 사람이 다수 있을 것, ② 공동의 이해관계가 있을 것, ③ 공동의 이해관계가 있는 다수자 중에서 선

65) 전원열, 위의 책, 695면.

66) 최성호, “소송절차에서 탈퇴된 선정자의 법적 지위에 관한 검토”, 「홍익법학」 제14권 제3호, 2013, 382면.

67) 전원열, 앞의 책, 696면.

68) 전원열, 위의 책, 696면.

69) 전원열, 위의 책, 697면.

70) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2018다231871 판결.

71) 대법원 2018. 10. 12. 선고 2018다231871 판결.

72) 김홍엽, 민사소송법, 박영사, 2023, 1038면.

73) 민사소송법 제53조 제1항.

정할 것을 요건으로 한다고 설명된다.⁷⁴⁾ 이 중 ① 요건을 간단히 본 후 ② 요건을 중심으로 살핀다.

‘공동소송인으로 될 사람이 다수 있을 것’ 요건에 관해, 이 요건은 원고 측에 한하지 않고, 피고 측도 할 수 있다고 한다.⁷⁵⁾ 원고 측이 선정하는 사례가 많겠으나 피고 측도 선정한다.⁷⁶⁾ 한 판례 검색 사이트에서 “원고선정당사자”로 검색하면 지방법원 사건 중에만 8,322건이 검색 결과로 나온다.⁷⁷⁾ 같은 사이트에서 “피고선정당사자”로 검색하면 지방법원 사건 중에만 4,575건이 검색 결과로 나온다.⁷⁸⁾

‘공동의 이해관계가 있을 것’ 요건에 관해서는, 공동의 이해관계가 없는 경우에도 선정당사자를 인정하면 변호사 아닌 자의 소송수행을 허용하는 결과를 가져올 수 있으므로 주의를 필요로 한다.⁷⁹⁾ 소송목적이 합일확정되어야 하는 공동소송을 할 수 있는 관계이면 공동의 이해관계가 있다고 평가한다.⁸⁰⁾ 즉, 민사소송법 제67조에 해당하면 여기에 해당한다.⁸¹⁾ 판례가 청산인해임의 소의 경우 회사와 청산인을 공동피고로 하여야 한다고 하는 점을 들어,⁸²⁾ 이를 고유필수적 공동소송의 예로 든다.⁸³⁾ 또한, 대법원은 “집합건물법 제24조 제3항 소정의 관리인 해임의 소는 관리단과 관리인 사이

74) 정동윤/유병현/김경욱, 민사소송법, 법문사, 2020, 1042-1043면 등.

75) 범경철/곽승구, 앞의 책, 707면.

76) 전병서, 강의 민사소송법, 박영사, 2023, 665면.

77) LBox, 판례, “원고선정당사자” 검색결과, <https://lbox.kr/search?caseType=civil&courtType=%EC%A7%80%EB%B0%A9%EB%B2%95%EC%9B%90&query=%22%EC%9B%90%EA%B3%A0%EC%84%A0%EC%A0%95%EB%8B%B9%EC%82%AC%EC%9E%90%22> (2023. 8. 5. 최종확인).

78) LBox, 판례, “피고선정당사자” 검색결과, <https://lbox.kr/search?caseType=civil&courtType=%EC%A7%80%EB%B0%A9%EB%B2%95%EC%9B%90&query=%22%ED%94%BC%EA%B3%A0%EC%84%A0%EC%A0%95%EB%8B%B9%EC%82%AC%EC%9E%90%22> (2023. 8. 5. 최종확인).

79) 최광선, “집단소송제도의 확대 가능성 및 그 전제 조건에 관한 검토”, 「사법」 통권 53호, 2020, 131면.

80) 전원열, 앞의 책, 694면.

81) 전원열, 위의 책, 694면.

82) 대법원 1976. 2. 11.자 75마533 결정

83) 범경철/곽승구, 앞의 책, 680면.

의 법률관계의 해소를 목적으로 하는 형성의 소이므로 그 법률관계의 당사자인 관리단과 관리인 모두를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송에 해당한다”라고 하였다.⁸⁴⁾

또한, 서로 간에 공동소송인이 될 관계에 있고 소송목적인 권리나 의무가 공통되는 경우도 이에 해당한다.⁸⁵⁾ 그 예로는 ① 연대채권자들이나 연대채무자들이 제기하거나 제기당하는 소송, ② 합유자나 공유자들의 소송을 들 수 있다.⁸⁶⁾

소송목적이 되는 권리나 의무가 여러 사람에게 사실상 또는 법률상 같은 원인으로 말미암아 생긴 경우에도 일반적으로 공동의 이해관계가 있다.⁸⁷⁾ 즉, 민사소송법 제65조 전문 후단도 공동의 이해관계를 인정할 수 있다.⁸⁸⁾ 예를 들어, 동일 사고에 의한 피해자들의 손해배상청구 또는 수인의 가해자들에 대한 손해배상청구와 같이 사실상 발생 원인이 같거나 주채무자와 보증인을 공동피고로 하는 청구와 같이 법률상 발생 원인이 동일한 경우를 민사소송법 제65조 전문 후단에 해당한다.⁸⁹⁾ 구체적으로, 유조선의 좌초로 대량의 기름이 유출되는 사고, 산사태 등 동일한 사고에 의해 여러 사람의 피해자들이 발생한 경우를 그 원인이 사실상 공통되는 경우의 예로 든다.⁹⁰⁾ 집단 사고, 재해 피해자들의 손해배상청구 또는 건축설계사, 시공자, 시행자, 직무를 유기한 관계 당국 등이나 저축은행, 회계법인, 금융감독원 등 여러 사람의 가해자에 대한 손해배상청구를 민사소송법 제65조 전문 후단의 예로 들기도 한다.⁹¹⁾

소송목적이 되는 권리나 의무가 같은 종류의 것이고, 사실상 또는 법률상 같은 종류의 원인으로 말미암은 것인 경우에는 그 사유만으로 바로 선정

84) 대법원 2011. 6. 24. 선고 2011다1323판결.

85) 전원열, 앞의 책, 694면.

86) 전원열, 위의 책, 629면.

87) 범경철/곽승구, 앞의 책, 708면.

88) 범경철/곽승구, 위의 책, 708면.

89) 범경철/곽승구, 위의 책, 675면.

90) 이태영, 민사소송법강의, 법문사, 2022, 679면.

91) 이시윤, 737면.

당사자 요건이 충족되지 않는다.⁹²⁾ 즉, 민사소송법 제65조 후문의 경우 원칙적으로는 선정당사자제도를 이용할 수 없다고 한다.⁹³⁾ 다만, 이 경우도 구체적으로 보아 주요한 공격방어방법이 공통되는 것으로 예상되면 허용되는 것이 바람직하다.⁹⁴⁾ 판례는 단순히 여러 사람의 권리 의무가 같은 종류이고 그 발생 원인이 같은 종류인 관계에 있는 것만으로는 여기 해당하지 않고,⁹⁵⁾ 소송목적인 권리나 의무가 동종이면 주요한 공격방어방법을 공통으로 하는 관계여야 비로소 이에 해당한다고 한다.⁹⁶⁾

위와 같이 선정당사자 제도는 실무상 자주 사용되나 대법원이 ‘공동의 이해관계’를 해석한 사례는 생각보다 찾기 어렵다. ‘공동의 이해관계’의 의미에 관한 대표적인 판례는 97다362 판결이다. 대법원은 “공동의 이해관계란 다수자 상호간에 공동소송인이 될 관계에 있고, 또 주요한 공격방어방법을 공통으로 하는 것을 의미한다고 할 것이므로 다수자의 권리·의무가 동종이며 그 발생원인이 동종인 관계에 있는 것만으로는 공동의 이해관계가 있는 경우라고 할 수 없을 것이어서 선정당사자의 선정을 허용할 것은 아니라고 할 것이다”라고 한 후 “원고 등이 각 그 해당 근저당권자를 상대로 한 근저당권설정등기말소청구사건을 병합한 것으로서 소송의 목적이 된 권리가 동종이고 발생원인이 동종인 것에 불과하여 다수자 상호간에 공동소송인이 될 관계에는 있다 할 것이나, 주요한 공격방어방법을 공통으로 하는 경우에는 해당하지 아니하여 공동의 이해관계가 있다고 볼 수는 없으므로 선정당사자를 선정할 공동의 이해관계가 있다고 할 수 없다”고 판시하였다.⁹⁷⁾

대법원은 몇 년 후 공동의 이해관계가 문제가 된 사건에서 공동의 이해관계를 인정하였다. 이 사건에서 원고 선정당사자와 선정자들은 임대차계약서상 임대인을 A라 하여 각 임대차계약을 체결하고 각 호수를 임차하여 사용하였다.⁹⁸⁾ 원고 선정당사자는 선정당사자와 선정자들이 각각 체결한 각

92) 전원열, 앞의 책, 629면.

93) 전병서, 앞의 책, 596면.

94) 전병서, 위의 책, 665-666면 등.

95) 장식조, 민사소송법, 한국사법행정학회, 2018, 378-379면.

96) 전원열, 앞의 책, 694면.

97) 대법원 1997. 7. 25. 선고 97다362 판결.

임대차계약의 당사자는 이 사건 피고 B라고 주장했지만, 피고 B는 자신이 이 사건 주택의 시공자에 불과하고 소유자가 아니라고 주장하였다.⁹⁹⁾ 피고는 대법원에 상고하면서 공동의 이해관계가 없다는 점을 상고이유로 주장한 것으로 여겨지는데, 대법원은 “이 사건 주택의 임차인들인 원고를 포함한 이 사건 선정자들(이하 원고 등이라고 한다)이 피고를 이 사건 임대차계약상의 임대인이라고 주장하면서 피고에게 그 각 보증금의 전부 내지 일부의 반환을 구하고 있는 사안으로, 그 쟁점은 피고가 이 사건 임대차계약상의 임대인으로서의 계약당사자인지 여부에 있음을 알 수 있으므로, 원고 등은 상호간에 공동소송인이 될 관계가 있을 뿐 아니라, 주요한 공격방어 방법을 공통으로 하는 경우에 해당한다고 함이 분명하다고 할 것이어서 민사소송법 제49조 소정의 공동의 이해관계가 있다고 인정되므로, 원심이 선정당사자의 선정을 허용한 조치는 정당”하다고 판시하였다.¹⁰⁰⁾

대법원 2006다28775 사건에서 E신용협동조합은 선정자 F와 사이에 대출금 약정을 체결하였고, 선정당사자 G는 선정자 F의 이 사건 대출금채무를 연대보증을 하였다.¹⁰¹⁾ E신용협동조합이 파산하여 선임된 파산관재인은 위 채권을 이 사건 원고에게 양도하고 그 사실을 선정자 F와 선정당사자 G에게 통지하였고, 이 사건 원고는 F와 G 등을 상대로 소를 제기하여 승소판결을 받았다.¹⁰²⁾ 선정당사자 G는 선정자 F에 대한 부분만 항소를 제기하였고, 선정당사자 본인 및 나머지 선정자에 대한 부분은 항소를 제기하지 아니하여 제1심판결이 그대로 확정되었다.¹⁰³⁾ 이 사안에서 대법원은 직권으로 선정당사자 G가 선정당사자임을 전제로 하여 공동의 이해관계가 소멸함으로써 선정당사자의 지위를 상실하였다고 판단하였다.¹⁰⁴⁾

공동의 이해관계가 있는지는 원고의 청구원인 사실로 판단하거나,¹⁰⁵⁾

98) 서울고등법원 1999. 2. 3. 선고 97나40287 판결.

99) 서울고등법원 1999. 2. 3. 선고 97나40287 판결.

100) 대법원 1999. 8. 24. 선고 99다15474 판결.

101) 전주지방법원 2006. 4. 28. 선고 2005나6382 판결.

102) 전주지방법원 2006. 4. 28. 선고 2005나6382 판결.

103) 대법원 2006. 9. 28. 선고 2006다28775 판결.

104) 대법원 2006. 9. 28. 선고 2006다28775 판결.

만약 피고가 선정당사자면 피고의 방어방법도 고려하는 것이 타당하다는 견해가 있다.¹⁰⁶⁾ 선정자들 상호간에 공동의 이해관계가 없음에도 불구하고 선정당사자를 선정하였으면, 선정당사자에게 당사자적격이 인정되지 않아 법원은 직권으로 선정을 불허해야 한다.¹⁰⁷⁾

선정당사자의 자격 흠결을 간과하고 본안판결을 하였다면 상소로 불복할 수 있으나 판결이 확정되었다면 선정당사자의 자격 흠결이 재심사유가 되지는 않는다.¹⁰⁸⁾ 선정당사자의 자격 흠결을 간과한 판결은 확정되더라도 선정자에 대한 효력이 없어 이러한 의미로는 무효인 판결이다.¹⁰⁹⁾ 다만, 판례는 공동의 이해관계가 없음에도 선정자가 스스로 선정당사자를 선정한 사안에서 그러한 사정이 간과된 채 선고되어 확정된 판결은 선정자에게 유효하며 재심으로 다룰 수 없다고 하였다.¹¹⁰⁾

IV. 선정당사자 제도를 고려한 디스커버리 의무 입법 방안

디스커버리 연구반의 개정안은 미국 연방 디스커버리 법리와 비슷하게 당사자와 당사자 아닌 자의 의무와 위반 시 제재의 내용을 달리 정한다. 예를 들어, 별지와 같이 제346조 개정안은 “제345조의 신청을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는, 법원은 신청대상이 되는 문서 등 자료의 취지나 그 문서 등 자료로 증명할 사실을 개괄적으로 표시한 당사자의 신청에 따라, 상대방 당사자에게 신청내용과 관련하여 점유, 관리, 보관하는 문서 등 자료 또는 신청내용과 관련하여 서증으로 제출할 문서 등 자료에 관하여 그 표시와 취지 등을 적어내도록 명할 수 있다”라고 하여 문서목록의 제출은 상대방 당사자에게 명할 수 있도록 할 뿐, 당사자가 아닌 자에 대해서는 정

105) 이시윤, 앞의 책, 765면.

106) 호문혁, 앞의 책, 942면.

107) 한충수, 민사소송법, 박영사, 2021, 738면.

108) 정동윤/유병현/김경욱, 앞의 책, 제8판(2020), 1,047면.

109) 박재완, 앞의 책, 670면.

110) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2005다10470 판결.

하지 않는다.

또, 별지와 같이 제347조 개정안은 상대방 당사자에 대한 제출신청의 허가 여부에 대한 재판을 정하고, 제347조의2 개정안은 제3자에 대한 제출신청의 허가 여부에 대한 재판을 달리 정한다.¹¹¹⁾ 제347조의3 개정안도 전자적으로 생성된 문서 등 자료의 제출형식에 관하여 당사자와 제3자에 대하여 달리 정한다.¹¹²⁾

별지에서 보는 바와 같이 제349조 개정안은 당사자가 문서 등 자료를 제출하지 아니한 때의 효과를 정하고, 제351조 개정안은 제3자가 문서 등 자료를 제출하지 아니한 때의 제재를 정하여 이 둘을 구별한다.¹¹³⁾ 이처럼 당사자와 당사자가 아닌 자를 구별하는 개정안이 한국 민사소송법에 도입될 때 선정당사자 제도가 어떻게 작용할 수 있는지를, 선정요건을 갖춘 경우와 선정요건을 갖추지 않았으나 당사자가 선정행위를 하여 선정당사자 제도를 이용하려 할 경우로 나누어 검토한다.

1. 선정요건을 갖춘 경우

선정당사자 요건을 갖춘 공동소송인들 중에는 상황에 따라 그중 일부가 디스커버리 목적으로는 당사자가 아닌 제3자로 취급받기를 원하는 경우가 있을 수 있다. 예를 들어, 소수주주에 의한 이사해임의 소는 회사와 이사를 공동피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송으로 평가하는데,¹¹⁴⁾ 고유필수적 공동소송이면 공동의 이해관계가 있다고 할 것이므로,¹¹⁵⁾ 이론적으로는 소수주주에 의한 이사해임의 소에서 회사가 이사를 선정당사자로 선정하여 소송을 탈퇴한 당사자가 아닌 제3자 취급을 받고자 할 수 있다. 왜냐하면 위에서 본 바와 같이 당사자는 제3자보다 더 많은 디스커버리 의무

111) 디스커버리 연구반 보고서, 138-146면.

112) 디스커버리 연구반 보고서, 146-147면.

113) 디스커버리 연구반 보고서, 157-163면.

114) 김홍엽, 앞의 책, 988면.

115) 김홍엽, 위의 책, 1032면.

를 지고 제재도 더 세기 때문이다. 만약, 개인인 이사보다 회사에 더 많은 - 숨기고 싶은 - 자료가 있다면 피고 회사는 피고 이사를 선정당사자로 선정하고 소송을 탈퇴하고자 할 수 있다.

소수주주에 의한 청산인해임의 소도 마찬가지로 회사와 청산인을 공동 피고로 하여야 하는 고유필수적 공동소송의 일종이라 할 것이므로,¹¹⁶⁾ 역시 회사가 청산인을 선정당사자로 선정하여 소송을 탈퇴한 제3자 취급을 받으려 할 수 있다.

다른 예로, 건축설계사, 시공사, 시행자, 직무를 유기한 관계 당국 등이 공동피고가 되는 손해배상 사건이 민사소송법 제65조 전문 후단에 해당한다면,¹¹⁷⁾ 민사소송법 제65조 전문 후단도 역시 공동의 이해관계를 인정할 수 있으므로,¹¹⁸⁾ 피고들은 그중 가장 정보를 적게 가진 자를 선정당사자로 선정하여 나머지 피고들은 소송을 탈퇴한 제3자 취급을 받으려 할 수 있다.

더 자세한 검토를 위하여 구체적인 예를 들어본다. 어떤 사건 피고가 4명이고, 그중 한 피고는 대기업, 다른 피고는 그 대기업의 총수, 나머지 피고들은 그 대기업 직원들인 경우를 생각해본다. 편의상 선정당사자 요건은 갖추었다고 가정한다. 이러한 사건에서 대기업이나 대기업 총수는 다른 직원들에 비하여 보존하여야 할 정보의 양이 많아 보존의무를 다하기 위한 비용이 더 많이 발생할 수 있다. 또한, 증거의 구조적 편재를 가정한다면 대기업이나 대기업의 총수가 증거를 더 많이 가지고 있어 이를 제출하기 꺼려질 수 있다. 이 경우 위 피고 중에 아마도 디스커버리 의무에 따른 부담이 가장 적고, 대기업이나 대기업 총수의 사실상 통제받을 피고 직원 중 1인을 선정당사자로 선정하고 나머지는 선정자로 소송을 탈퇴하였다고 주장할 가능성이 있다.¹¹⁹⁾

116) 김홍엽, 위의 책, 988면. 다만, 이러한 판시를 한 것으로 인용되는 대법원 1976. 2. 11. 자 75마533 결정은 이를 방론에서 언급하고 있을 뿐이므로 판례의 입장은 명확하지 않다는 평가로, 한충수, 앞의 책, 717면.

117) 이시윤, 앞의 책, 737면.

118) 범경철/곽승구, 앞의 책, 708면.

119) 피고들이 4명이고, 그중 한 피고는 노동조합, 다른 피고는 그 노동조합의 간부, 나머지 피고들은 평 노동조합원들인 경우를 예로 들어도 마찬가지이다. 이하 편의상

물론, 선정당사자가 되는 직원이 선정자들을 배신하는 것이 우려될 수 있다. 대법원은 선정당사자로 선정된 “소외 1은 종전 소송 도중인 2007. 7. 10. 선정당사자의 지위에서 피고 선정자들과 ‘피고 선정자들은 연대하여 소외 1에게 500만 원을 지급하고, 소외 1은 종전 소송을 취하하며, 민·형사상의 책임을 묻지 않겠다’라는 취지로 합의하였고, 이에 따라 500만 원을 지급받고 2007. 7. 11. 종전 소송을 취하한 사실을 인정할 수 있다”라고 한 후 “종전 소송의 원고 선정자들 모두를 위한 선정당사자로 선정된 소외 1이 선정당사자의 지위에서 종전 소송 도중 피고 선정자들과 한 위와 같은 합의는 종전 소송의 원고 선정자들 모두를 위하여 500만 원을 지급받는 대신 종전 소송을 취하하여 종료시킴과 아울러 피고 선정자들을 상대로 동일한 소송을 다시 제기하지 않겠다는 것, 즉 재소(再訴)를 하지 않기로 한 것으로서, 이는 선정당사자가 할 수 있는 소송수행에 필요한 사법(私法)상의 행위에 해당하고, 그 효력은 이 사건의 원고 선정자들을 포함한 종전 소송의 원고 선정자들로부터 개별적인 동의를 받았는지 여부와 관계없이 그들 모두에게 미친다고 할 것”이라면서 후소가 재소금지 합의에 반하여 제기된 것으로 권리보호의 이익이 없다고 하였다.¹²⁰⁾ 위 법리에 의하면, 선정당사자를 선정하려는 선정자는 선정당사자가 선정자를 배신할 위험을 고려하여야 한다.

그러나 선정자는 선정당사자가 배신할 위험을 - 완전히 배제할 수는 없더라도 - 줄일 수 있다. 예를 들어, 대기업이나 대기업 총수는 직원 1명이 아닌 2명을 선정당사자로 선정할 수 있다. 위와 같이 선정자단에게 수인의 선정당사자가 선정되면 그 선정당사자들은 소송수행권을 합유하는 관계에 있게 되어 그들 간에는 필수적 공동소송이 된다.¹²¹⁾ 필수적 공동소송의 경우 공동소송인에게 불리한 소송행위는 공동소송인 모두가 함께해야 하므로 청구의 인낙이, 화해, 재판상 자백은 모두가 함께하지 않으면 효력이 없으므로,¹²²⁾ 직원 2명이 모두 배신하지 않는 한 배신으로 인한 패소 위험을 줄일

대기업의 예로만 검토한다.

120) 대법원 2012. 3. 15. 선고 2011다105966 판결.

121) 전원열, 앞의 책, 696면.

122) 김홍엽, 앞의 책, 1006면.

수 있다.

또한, 선정당사자가 선정자와 한 약정을 위반하여 청구포기, 청구인락, 화해 등을 하여 선정자에게 손해를 입혔으면 손해배상책임을 물을 수 있으므로,¹²³⁾ 선정자는 선정당사자와 사전에 이러한 약정을 체결하여 선정당사자가 배신할 위험을 줄일 수 있다.¹²⁴⁾

선정당사자가 선정자를 배신하지 않더라도, 선정당사자가 받은 판결은 선정자에게 효력이 미치므로,¹²⁵⁾ 선정자가 디스커버리 의무나 제재를 피할 목적으로 선정당사자를 선정하는 것이 꺼려질 수 있다.¹²⁶⁾ 여기서 문제가 되는 것은 선정당사자의 배신이 아니라, 선정당사자가 무능하여 선정자가 직접 수행하였다면 승소하였을 사건을 패소하는 것 같다.

이러한 우려가 갖는 무게는 사안에 따라 다를 것 같다. 소송목적의 값이 크고, 그에 비하여 디스커버리 의무나 제재 정도가 약하다면, 선정자는 선정당사자를 선정하는 위험이 너무 크다고 생각할 수 있다. 그러나 소송목적의 값이 낮고, 그에 비하여 디스커버리 의무나 제재 정도가 강하다면, 선정자는 디스커버리 의무나 제재를 피할 목적으로 선정당사자 제도를 활용하는 것이 낫다고 판단할 수 있다.

또한, 선정당사자가 선정자를 배신할 우려가 없는 한, 선정자는 선정당사자를 위하여 - 선정자가 믿을만한 - 유능한 소송대리인을 선임하여 주는 방법으로 위 우려를 줄일 수 있다.

원고가 탈퇴한 선정자를 상대로 별소를 제기하는 방법으로 그를 당사자로 다시 만들 수 있을까? 위에서 본 바와 같이 선정당사자에 의한 소송계속 중 선정자가 동일한 소에 관하여 별개의 소송절차에서 제소당하면 민사

123) 이동률, 앞의 논문, 179면.

124) 선정자인 회사가 선정당사자들인 직원들의 소송대리인을 선임하여 주는 방법으로 사실상 통제하려 할 수도 있다. 민사소송 사례는 아니나 최근 직원이 사망하자 회사가 참고인 조사를 하는 동료 직원들에게 회사 측이 변호사를 선임하여 입회하게 한 사례가 보도되었다. 이흥근, ‘직원 사망’ 코스트코, 동료직원 참고인 조사에 변호사 불여... “진술 감시 의혹”, 경향신문 (2023. 7. 30. 10:46), <https://www.khan.co.kr/national/national-general/article/202307301046001> (2023. 8. 5. 최종방문).

125) 민사소송법 제218조 제3항; 전병서, 앞의 책, 669면.

126) 저자는 이러한 의견을 주신 익명의 심사위원회 감사드린다.

소송법 제259조에 의한 중복소송에 해당하므로,¹²⁷⁾ 원고는 이러한 방법을 택하기도 어렵다.

위 예에서 원고는 선정자들에 대하여 청구(소송물)가 다른 별소를 제기하는 방법으로 중복제소금지 조항의 적용을 피하려 할 수 있으나, 그렇게 하여도 다른 소송물에 기한 디스커버리를 통해서는 필요한 정보를 얻기 어려울 수 있다. 전소가 취하나 각하되어 소송계속이 소멸하면 후소는 중복소송을 면하게 되므로¹²⁸⁾ 원고는 동일한 소에 관하여 별소를 제기한 후 전소가 취하나 각하되도록 노력할 수도 있으나, 전소가 취하나 각하되게 하는 것이 쉽지 않을 수 있고, 원고가 이런 해법을 택하게 하는 것이 정책적으로 바람직하지도 않다.

결국, 이러한 논의를 하는 이유는 당사자와 제3자의 디스커버리 의무가 다른 상황에서 당사자가 선정당사자를 선정하는 방법으로 당사자 지위를 벗어날 수 있기 때문이다. 애초에 당사자 지위에 있었거나 당사자 지위에 있을 선정자에 대하여 당사자와 같은 디스커버리 의무를 부여한다면, 위와 같이 디스커버리 의무를 피하기 위한 기술을 사용할 유인이 없을 것이다. 이러한 이유로 디스커버리 의무에 관해서는 선정자는 당사자와 같은 의무가 있음을 명시하는 것이 정책적으로 바람직하다고 생각하고, 디스커버리 연구반의 개정안에 이러한 내용이 반영되기를 바란다.

그 방법은 여러 가지가 있으나, 예를 들어, 제347조 제1항 개정안을 ‘법원은 상대방 당사자(선정자를 포함한다. 이하 달리 정하지 않는 한 제347조, 제347조의3, 제347조의4, 제349조, 제350조도 같다)에 대한 문서 등 자료 제출신청이 있는 때에는 기간을 정하여 상대방 당사자에게 문서 등 자료를 점유, 관리, 보관하는지와 그 문서 등 자료가 제344조 각 호의 어느 하나에 해당하는 지에 관하여 의견을 진술할 기회를 주어야 한다’라고 개정하는 방안을 고려할 수 있다. 여기서 ‘이하 제347조, 제347조의3, 제347조의4, 제349조, 제350조도 같다’라고 하지 않고 ‘달리 정하지 않는 한’을 추가하여 ‘이하 달리 정하지 않는 한 제347조, 제347조의3, 제347조의4, 제349조, 제350조도 같

127) 김홍엽, 앞의 책, 1038면.

128) 전원열, 앞의 책 88면.

다'라고 한 이유는, 제349조 개정안이 “당사자가 제346조 및 제347조제4항부터 제6항까지의 명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 직권 또는 상대방 당사자의 신청에 따라 다음 중 하나 이상의 불이익 제재를 부과하여야 한다”라고 하므로, 이 조문을 그대로 두면 ‘상대방 당사자’에 선정자가 포함되어 제349조에 의한 제재 신청을 선정자도 할 수 있다고 해석될 수 있기 때문이다. 물론, 입법 정책적으로 그렇게 할 수도 있으나 선정자가 소송을 탈퇴하는 점을 고려하면 제349조 개정안 뒷부분을 ‘상대방 당사자(선정자를 제외한다)의 신청에 따라’로 개정하는 것이 나을 것 같다.¹²⁹⁾

2. 선정요건을 갖추지 않았으나 선정행위가 있는 경우

공동의 이해관계가 인정되지 않아 선정당사자 요건을 갖추지 못하였음에도 불구하고 선정자가 선정당사자를 선정하는 행위를 하는 사례가 있을 수 있다. 과거에는 주로 소송대리인을 선임하기에 소송목적의 값이 낮은 사건에서 소송수행의 편의를 위하여 선정당사자 요건을 굳이 따지지 않고 선정당사자 제도를 활용하려 하는 경우가 많았을 것 같다.¹³⁰⁾

그러나 만약, (1) 앞으로 디스커버리 제도가 도입되고, (2) 당사자와 당사자가 아닌 자 사이에 디스커버리 의무나 제재가 다르며, (3) 당사자와 비교하면 당사자가 아닌 자에 대한 디스커버리 의무나 제재가 더 약하다면, 당사자 중에서는 소송목적의 값이 큰 사건에서도 디스커버리 의무를 피하려고 선정당사자 제도를 활용하려 할 수 있다. 또한, 소송목적의 값이 낮은 사건에서 소송대리인을 선임할 수 있는 자도 마찬가지로 디스커버리 의무나 위반 시 제재를 피하려고 선정당사자 제도를 이용하려 할 수 있다.

역시, 어떤 사건의 피고들이 4명이고, 그중 한 피고는 대기업, 다른 피고는 그 대기업의 총수, 나머지 피고 둘은 그 대기업의 직원들인 경우를 생

129) 저자가 제안한 개정안과 달리 개별 조문마다 당사자 부분에 선정자를 포함할지 정하는 방법도 있다.

130) 선정당사자를 선정하면 소송대리인을 선임한 것과 비슷하게 소송절차를 단순·간소하게 만드는 효과가 있으나 변호사를 선임하면 선임 비용이 든다는 지적으로, 박재완, 앞의 책, 666면.

각해본다. 이번에는 편의상 선정당사자 요건은 갖추지 못하였다고 가정한다. 이러한 사건에서도 대기업이나 대기업의 총수는 다른 직원에 비하여 보존하여야 할 정보의 양이 많아 보존의무를 다하기 위한 비용이 더 많이 발생할 수 있다. 또한, 증거의 구조적 편재를 가정한다면 대기업이나 대기업 총수가 증거를 더 많이 가지고 있어 이를 제출하기 꺼려질 수 있다. 이때도 피고 중 디스커버리 의무에 따른 부담이 가장 적고, 대기업이나 대기업 총수의 사실상 통제를 따를 피고 직원 중 1인을 선정당사자로 선정하고 나머지 피고는 선정자로 소송을 탈퇴하였다고 주장할 가능성이 있다.

물론, 이 경우 원고들은 선정당사자들이 선정요건을 갖추지 않았다고 주장하면서 이를 다룰 수 있다. 그러나 선정행위는 원칙적으로 법원의 허가가 필요하지 않고, 선정자라고 주장하는 자들이 선정행위를 하면 상소를 통하여 비로소 이를 다룰 수 있으므로, 만약, 법원이 선정자들이 선정요건을 갖추었다고 - 옳든, 그르든 - 판단한다면, 1심에서는 탈퇴를 주장하는 자에 대한 디스커버리가 원활하게 이루어지지 않을 수 있다.

당사자는 선정행위를 하고 탈퇴하였다고 주장하는 자에 대하여 당사자임을 전제로 문서제출명령 신청을 할 수 있다. 이때 법원이 - 옳든, 그르든 - 선정당사자 요건을 갖추었고 선정행위가 유효하여 선정자가 소송을 탈퇴하였다고 보아 그가 당사자임을 전제로 한 문서제출명령 신청을 불허한다면, 민사소송법 제348조에 따라 즉시항고를 할 수 있을 것이다.¹³¹⁾

그러나 별지와 같이 제348조 제1항 개정안은 “문서 등 자료제출 신청에 관한 결정에 대하여는 이의신청을 할 수 있다”라고, 같은 조 제2항 개정안은 “법원은 제1항의 이의신청에 대하여 결정을 하여야 한다. 이의신청에 관한 법원의 결정에 대해서는 독립하여 불복할 수 없다”라고 각 정하여 불복을 허용하지 않는다.¹³²⁾ 따라서 디스커버리 연구반 개정안에 의하면 위와 같은 상황에 있는 피고들은 일단 선정당사자를 선정하여 당사자의 디스커버리 의무를 피하려 할 유인이 있다. 왜냐하면 법원이 혹시라도 선정요건을 갖추었다고 인정할 가능성도 있고, 만약 법원이 소송 탈퇴를 인정하면 그

131) 민사소송법 제348조.

132) 디스커버리 연구반 보고서, 157-163면.

심급에서는 이를 다룰 수 없어, 적어도 그 심급에서는 당사자의 디스커버리 의무를 피할 수 있기 때문이다.

결국, 주로 소액 사건에서 선정당사자 제도가 활용되는 현재에 비하여 더 많은 사건에서 선정당사자를 선정하려는 시도가 있을 것이고, 선정당사자와 관련된 더 많은 분쟁을 가져올 것 같다. 이는 당사자들과 법원에 추가 부담이 될 뿐만 아니라, 1심 판결 선고 후 항소심에서 증거 조사에 관한 분쟁이 계속되는 원인이 된다.

이러한 분쟁을 줄이기 위해서도 선정자에 대하여 당사자와 같은 디스커버리 의무를 부여하는 것이 바람직하다. 만약, 선정자도 당사자와 같은 디스커버리 의무가 있다면, 굳이 당사자 지위를 벗어나기 위하여 선정당사자 제도를 이용하려 할 유인이 없어지기 때문이다.

V. 결 론

저자는 소위 미국식 디스커버리를 한국 상황에 맞게 변형하여 받아들이는 것이 바람직하다고 생각하고, 디스커버리 연구반의 개정안이 이를 받아들이기 위한 좋은 기초 자료라 평가한다. 다만, 위 개정안이 한국 민사소송법 제도에 주는 영향과 그 제도를 이용하는 당사자의 이해관계를 고려하여 더 나은 방안으로 개정되면 좋겠다고 생각한다.

위에서 본 바와 같이 디스커버리 연구반의 개정안이 당사자와 제3자의 의무를 구별하고 그 의무를 위반한 자에 대한 제재도 구별하는 한, 선정당사자 제도는 기회주의적인 당사자가 당사자로서 갖는 의무를 피하는 방안으로 활용될 가능성이 있다. 저자는 이러한 방안을 방지하려면 적어도 당사자와 선정자의 의무를 같게 하는 것이 바람직하다고 생각한다.

저자는 편의상 디스커버리 연구반의 개정안을 중심으로 논의하였으나, 미국 연방 민사소송규칙상 다른 디스커버리 방법을 포함한 제도를 추가로 도입하려는 때도, - 당사자와 제3자의 의무를 달리 정하는 이상 - 선정당사자 제도를 이용하여 당사자가 아닌 제3자로 취급받으려는 당사자의 시도를

막을 필요가 있는지 검토할 필요가 있다. 앞으로 당사자와 당사자가 아닌
자를 구별하는 내용의 입법을 고려할 때, 선정당사자 제도를 고려하여야 할
것이다.

별 지¹³³⁾

제344조(문서 등 자료의 제출의무) 소송상 증명할 사실과 관련된 문서 등 자료를 점유(간접점유 포함), 관리, 보관하는 사람은 이 법이 정하는 바에 따라 제출하여야 한다. 다만, 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 문서 등 자료로서 공개될 경우 침해되는 이익이 제출로 인한 이익보다 더 크다는 것이 소명된 경우에는 제출하지 아니할 수 있다.

(이하 생략)

제344조의2(전자적으로 생성된 자료에 대한 특별한 제한) 상대방 당사자는 합리적으로 접근하기 어렵거나 추출하는 데 과도한 비용이 드는 전자적으로 생성된 자료의 제출을 거부할 수 있다.

제345조(문서 등 자료 제출신청의 방식) 문서 등 자료제출신청에는 다음 각 호의 사항을 밝혀야 한다.

(이하 생략)

제346조(문서 등 자료 목록의 제출) 제345조의 신청을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는, 법원은 신청대상이 되는 문서 등 자료의 취지나 그 문서 등 자료로 증명할 사실을 개괄적으로 표시한 당사자의 신청에 따라, 상대방 당사자에게 신청내용과 관련하여 점유, 관리, 보관하는 문서 등 자료 또는 신청내용과 관련하여 서증으로 제출할 문서 등 자료에 관하여 그 표시와 취지 등을 적어내도록 명할 수 있다.

제347조(상대방 당사자에 대한 제출신청의 허가 여부에 대한 재판)

- ① 법원은 상대방 당사자에 대한 문서 등 자료 제출신청이 있는 때에는 기간을 정하여 상대방 당사자에게 문서 등 자료를 점유, 관리, 보관하

133) 디스커버리 연구반 보고서 별지2 문서제출명령제도 개편 관련 연구반, 사법지원실 조문 대비표를 기준으로 저자가 정리하였다.

는지와 그 문서 등 자료가 제344조 각 호의 어느 하나에 해당하는 지에 관하여 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

- ② 법원은 직권 또는 양 당사자들의 신청에 따라 문서 등 자료의 점유, 관리, 보관 여부, 제출하지 아니할 면제사유의 존부 등에 관하여 상대방 당사자 또는 그와 사용관계에 있거나 그를 위하여 일하는 사람을 신문할 수 있다. 다만, 상대방 당사자가 그 문서 등 자료를 점유, 관리, 보관하지 아니하거나 그에 대한 문서 등 자료제출신청에 정당한 이유가 없음이 명백한 때에는 그러하지 아니하다.
- ③ 제2항 본문에 따른 상대방 당사자에 대한 신문절차에는 제6절의 규정을, 그와 사용관계에 있거나 그를 위하여 일하는 사람에 대한 신문절차에는 제2절의 규정을 각각 준용한다.
- ④ 법원은 상대방 당사자에 대한 문서 등 자료 제출신청에 정당한 이유가 있고 다음 각 호의 어느 하나에 해당한다고 인정하면 결정으로 상대방 당사자에게 문서 등 자료의 제출을 명하여야 한다. 이 경우 문서 등 자료의 제출기간을 정할 수 있다.
 1. 상대방 당사자가 문서 등 자료를 점유, 관리, 보관한다고 스스로 인정한 경우
 2. 상대방 당사자가 제1항에 따라 법원이 정한 기간 안에 문서 등 자료를 점유, 관리, 보관하는지에 관하여 의견을 진술하지 아니한 경우
 3. 상대방 당사자 또는 그와 사용관계에 있거나 그를 위하여 일하는 사람이 지정하는 사람이 제2항 본문에 따른 신문기일에 정당한 사유 없이 출석하지 아니한 경우
 4. 제2항 본문에 따른 신문결과나 그 밖의 증거에 의하여 상대방 당사자가 문서 등 자료를 점유, 관리, 보관한다고 인정되는 경우
- ⑤ 법원은 상대방 당사자에 대한 문서 등 자료 제출신청이 문서 등 자료의 일부에 대하여만 이유 있다고 인정하면 그 부분만의 제출을 명하여야 한다. 이 경우 문서 등 자료의 제출기간을 정할 수 있다.
- ⑥ 법원은 신청대상인 문서 등 자료가 제344조 각 호의 어느 하나에 해당하는지를 판단하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 상대방 당사

자에게 그 문서 등 자료를 제시하도록 명할 수 있다. 이 경우 법원은 그 문서 등 자료를 제347조의4의 비밀유지명령을 받은 사람 이외의 다른 사람이 보도록 하여서는 아니 된다.

제347조의2(제3자에 대한 제출신청의 허가 여부에 대한 재판)

- ① 법원은 제3자에 대한 문서 등 자료 제출신청이 있으면 제3자 또는 그와 사용관계에 있거나 그를 위하여 일하는 사람을 심문한다. 다만, 제3자가 문서 등 자료를 점유, 관리, 보관하지 아니하거나 그에 대한 문서 등 자료 제출신청에 정당한 이유가 없음이 명백한 때에는 그러하지 아니하다.
- ② 법원은 제3자에 대한 문서 등 자료 제출신청에 정당한 이유가 있고 그가 문서 등 자료를 점유, 관리, 보관한다고 인정하면 결정으로 제3자에게 문서 등 자료의 제출을 명하여야 한다. 이 경우 문서 등 자료의 제출기간을 정할 수 있다.
- ③ 제3자에 대한 문서 등 자료 제출신청의 허가 여부에 대한 재판에는 제347조 제5항 및 제6항을 준용한다.

제347조의3(전자적으로 생성된 문서 등 자료의 제출형식)

- ① 당사자는 전자적으로 생성된 문서 등 자료를 제출함에 있어 당해 업무에서 합리적으로 생성된 형식으로 제출할 수 있다. 다만, 상대방 당사자가 제출된 문서 등 자료의 내용을 제대로 확인할 수 없는 경우 당사자는 상대방 당사자의 신청에 의한 법원의 결정에 따라 상대방 당사자가 지정한 형식을 준수한 문서 등 자료를 제출하여야 한다.
- ② 제3자는 당해 업무에서 합리적으로 생성된 형식으로 전자적으로 생성된 문서 등 자료를 제출할 수 있다.
- ③ 제1항의 결정에 대하여는 불복할 수 없다.

제347조의4(비밀유지명령)

- ① 법원은 제344조, 제34조, 제347조의2에 따라 문서 등 자료의 제출의무를 심리하는 과정이나 그 제출명령이 발령된 이후에 문서 등 자료가 공개되면 회복하기 어려운 손해가 발생할 우려가 있다고 소명되는 경

우에는 직권 또는 신청에 따라 결정으로 당사자(법인인 경우에는 그 대표자), 당사자를 위하여 소송을 대리하는 자, 그 밖에 소송수행에 필수적인 자 등 문서 등 자료의 내용을 알게 된 자에게 그 소송의 계속적인 수행 외의 목적으로 사용하거나 이 항에 따른 명령을 받은 자 외의 자에게 공개하지 아니할 것을 명할 수 있다.

- ② 제1항에 따른 명령(이하 “비밀유지명령”이라 한다)의 신청은 다음 각 호의 사항을 적은 서면으로 하여야 한다.
 1. 비밀유지명령을 받을 자
 2. 비밀유지명령의 대상이 될 문서 등 자료의 내용을 특정하기에 충분한 사실
 3. 제1항의 사유에 해당하는 사실
- ③ 법원은 비밀유지명령이 결정된 경우에는 그 결정서를 비밀유지명령을 받은 자에게 송달하여야 한다.
- ④ 비밀유지명령은 제3항의 결정서가 비밀유지명령을 받은 자에게 송달된 때부터 효력이 생긴다.
- ⑤ 비밀유지명령의 신청을 기각하거나 각하한 결정에 대해서는 이의신청을 할 수 있고, 법원은 이의신청에 대하여 결정을 하여야 한다. 이의신청에 관한 법원의 결정에 대해서는 독립하여 불복할 수 없다.
- ⑥ 제1항의 비밀유지명령을 받은 사람에서 당사자가 제외되는 경우에 비밀유지명령을 받은 사람은 그 당사자에게도 비밀을 유지해야 한다.

제347조의5(비밀유지명령의 취소)

- ① 소송기록을 보관하고 있는 법원(소송기록을 보관하고 있는 법원이 없는 경우에는 비밀유지명령을 한 법원)은 직권 또는 신청에 따라 제347조의4 제1항에 따른 요건을 갖추지 못하였거나 갖추지 못하게 된 경우 비밀유지명령을 결정으로 취소할 수 있다.
- ② 법원은 위 제1항의 결정을 위하여 당사자의 의견을 들을 수 있다.
- ③ 법원은 비밀유지명령의 취소에 대한 재판이 있는 경우에는 그 결정서를 그 취소신청을 한 자 및 상대방 당사자에게 송달하여야 한다.
- ④ 비밀유지명령의 취소에 관한 결정에 대하여는 이의신청을 할 수 있고,

법원은 이의신청에 대하여 결정을 하여야 한다. 이의신청에 관한 법원의 결정에 대해서는 독립하여 불복할 수 없다.

- ⑤ 비밀유지명령을 취소하는 재판은 확정되어야 효력이 발생한다.
- ⑥ 비밀유지명령을 취소하는 재판을 한 법원은 제3항에 따라 결정서의 송달을 받을 자 외에 해당 문서 등 자료에 관한 비밀유지명령을 받은 자가 있는 경우에는 그 자에게도 즉시 비밀유지명령의 취소 재판을 한 사실을 알려야 한다.

제347조의6(비밀유지명령에 따른 변론의 비공개, 열람제한 등)

- ① 법원은 비밀유지명령의 대상이 된 문서 등 자료의 내용을 심리하는 변론 등은 비공개로 하여야 한다.
- ② 비밀유지명령을 받은 자 이외의 사람은 비밀유지명령의 대상이 된 문서 등 자료의 내용이 기재된 부분의 소송기록, 재판서·조서의 정본·등본·초본의 교부를 신청할 수 없다.
- ③ 법원은 대법원규칙에서 정하는 방법으로 재판서에 비밀유지명령의 대상이 된 문서 등 자료의 내용에 관한 구체적 기재를 생략하거나 비밀유지명령의 대상이 된 문서 등 자료의 내용이 기재된 재판서에 대한 열람 또는 정본·등본·초본이 교부되지 않도록 조치를 취할 수 있다.
- ④ 법원과 비밀유지명령을 받은 자는 비밀유지명령의 대상이 된 문서 등 자료의 내용이 포함된 서류의 제출, 송달, 보관 등에 있어서 대법원 규칙에서 정하는 방법으로 비밀을 유지할 수 있는 조치를 취하여야 한다.

제347조의7 (비밀유지명령위반죄)

- ① 정당한 사유 없이 제347조의4에 따른 비밀유지명령을 위반한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
- ② 제1항의 죄는 비밀유지명령의 대상이 된 문서 등 자료의 점유, 관리, 보관을 신청한 자의 고소가 없으면 공소를 제기할 수 없다.

제348조(이의신청)

- ① 문서 등 자료제출 신청에 관한 결정에 대하여는 이의신청을 할 수 있다.
- ② 법원은 제1항의 이의신청에 대하여 결정을 하여야 한다. 이의신청에

관한 법원의 결정에 대해서는 독립하여 불복할 수 없다.

제349조(당사자가 문서 등 자료를 제출하지 아니한 때의 효과) 당사자가 제346조 및 제347조제4항부터 제6항까지의 명령에 따르지 아니한 때에는 법원은 직권 또는 상대방 당사자의 신청에 따라 다음 중 하나 이상의 불이익 제재를 부과하여야 한다.

1. 문서 등 자료의 기재에 대한 문서 등 자료의 제출을 신청한 당사자의 주장을 진실한 것으로 인정
2. 문서 등 자료의 제출을 신청한 당사자에게 문서 등 자료의 기재에 대하여 구체적으로 주장하는 것이 현저히 곤란하고 그 문서 등 자료로 증명할 사실을 다른 증거로 증명하는 것을 기대하기 어려운 사정이 소멸되는 경우 증명할 사실에 관한 그 당사자의 주장을 진실한 것으로 인정
3. 패소판결
4. 소송비용 전부 또는 일부의 부담
5. 위반자에 대하여 1,000만원 이하의 과태료 부과

제350조(당사자가 문서 등 자료의 사용을 방해한 때의 효과)

- ① 장래에 소가 계속될 것이 합리적으로 예상될 경우 상대방은 그와 관련된 문서 등 자료를 삭제하여서는 아니 된다. 단, 증거보존으로 인해 침해될 이익과의 증거가치 사이의 비례성 등에 비추어 특별히 보존하는 것이 타당하지 아니한 것으로 인정되는 경우는 그러하지 아니하다.
- ② 당사자가 제1항의 규정에 위반하여 문서 등 자료를 삭제한 경우에는 제349조의 규정을 준용한다. 단, 다른 법령에 의해 당해 문서 등 자료를 삭제할 의무가 존재하는 경우 또는 일상적인 시스템의 운용 중에 특별한 사정없이 문서 등 자료의 삭제가 이루어진 경우에는 그러하지 아니하다.

제351조(제3자가 문서 등 자료를 제출하지 아니한 때의 제재)

- ① 제3자가 제347조의2제2항 및 제3항의 명령에 따르지 아니한 때에는 제311조제1항, 제8항 및 제9항의 규정을 준용한다.
- ② 문서 등 자료 제출명령을 송달받은 제3자는 제출명령의 대상이 된 문

서 등 자료를 삭제하여서는 아니 된다. 제347조의2 제2항 및 제3항의 명령에 따르지 아니하고 문서 등 자료 제출명령의 대상이 된 문서 등 자료를 삭제한 때에는 제311조제1항, 제8항 및 제9항을 준용한다.

제351조의2(문서 등 자료 제출명령을 위반한 공격·방어방법의 각하) 상대방이 고의 또는 중대한 과실로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하고 그 문서 등 자료 목록이나 문서 등 자료를 뒤늦게 공격 또는 방어방법으로 제출하는 때에 법원은 직권 또는 당사자의 신청에 따라 결정으로 이를 각하한다. 다만 뒤늦게 제출된 증거가 신청당사자에게 이익이 되는 등 특별한 사정(당사자가 제출에 동의하는 경우, 과실의 경중, 증명할 사항의 내용, 소송에 미친 영향 등을 고려할 때 각하가 심히 부당하다고 인정되는 경우 등 포함)이 있는 경우에는 각하하지 아니할 수 있다.

1. 제346조의 명령에 따르지 아니하거나 거짓으로 문서 등 자료 목록을 제출할 경우
2. 제347조제4항부터 제6항까지의 명령에 따르지 아니하거나 거짓으로 문서 등 자료를 제출할 경우

제366조(검증의 절차 등) (생략)

디스커버리와 선정당사자 제도에 관한 연구 - 이 준 법	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2023.08.11.	2023.08.27.	2023.09.18.

[참고문헌]

- 김홍엽, 민사소송법, 박영사, 2023
- 박재완, 민사소송법강의, 박영사, 2019
- 범경철/곽승구, 민사소송법, 도서출판 정독, 2022
- 손한기, 민사소송법, 홍문사, 2022
- 이시윤, 신민사소송법, 박영사, 2023
- 이태영, 민사소송법강의, 법문사, 2022
- 장석조, 민사소송법, 한국사법행정학회, 2018
- 전병서, 강의 민사소송법, 박영사, 2023
- 전원열, 민사소송법 강의, 박영사, 2022
- 정동윤/유병현/김경옥, 민사소송법, 법문사, 2020
- 한충수, 민사소송법, 박영사, 2021
- 호문혁, 민사소송법, 법문사, 2020
- 김도훈, “증거보존조치에 관한 세도나 지침에 관한 연구”, 「IT와 법연구」 제20집, 2020
- 김도훈, “미연방민사소송규칙 제37조(e) 개정안에 관한 소고”, 「법학논총」 제32권 3호, 2015
- 김정환, “증거보존조치(Legal Hold)의 내용과 그 도입가능성 - 증거개시절차 도입에 관한 논의와 관련하여 -”, 「서강법률논총」 제12권 제2호, 2023
- 김종호, “세도나 캐나다 원칙상 전자증거개시제도의 준비에 관한 실무상의 문제점”, 「법학연구」 제59집, 2015
- 박지원, “전자증거의 수집과 한국형 E-Discovery의 모색”, 「저스티스」 통권 제194-2호, 2023
- 박지원, “2015년 미국 연방민사소송규칙 개정과 한국형 디스커버리제도에 대한 시사점”, 「민사소송」 제20권 1호, 2016
- 오정후, “소송계속 중 선정당사자가 자격을 잃은 사건에서 나타난 몇 가지 민사소송법적 문제”, 「민사소송」 제12권 제1호, 2008
- 이계정, “특허소송 심리에 있어서 증거수집절차 개선방안에 관한 소고 - 미국의 디스커버리 제도의 시사점을 중심으로-”, 「사법」 통권 59호, 2022
- 이동률, “선정당사자에 대한 소각하 결정 -대법원 2000. 10. 18. 2000마2999 결정 -”, 「민사소송」 제9권 제1호, 2005
- 이준범, “증권관련 집단소송에서 디스커버리의 인적 적용 범위에 관한 연구”, 「저스티스」 통권 제197호, 2023
- 전원열, “민사소송절차상 디스커버리 도입에 관한 검토”, 「인권과정의」 제501권, 2021
- 정영수, “개인정보의 유출에 의한 집단적 피해의 구제”, 「민사소송」 제17권 제2호, 2013
- 전휴재, “우리 민사재판의 미래에 관한 소고”, 「민사소송」 제27권 제1호, 2023
- 조수혜, “미국 증거개시의 비용과 공정성: 법적 규제와 리걸테크(Legal Tech) 활용의 관점에서”, 「중앙법학」 제25집 제1호, 2023
- 최광선, “집단소송제도의 확대 가능성 및 그 전제 조건에 관한 검토”, 「사법」 통권 53호, 2020
- 최성호, “소송절차에서 탈퇴된 선정자의 법적 지위에 관한 검토”, 「홍익법학」 제14권 제3호, 2013

- 한애라, “미국 연방 민형사소송절차에서의 E-discovery와 국내적 시사점”, 『성균관법학』 제32권 제2호, 2020
- 김주영, “디스커버리제도의 우리 민사소송법체계에의 접목방안”, 제13회 한국법률가대회 - 디지털시대의 가속화와 법적 과제, 제1세션 제1분과 세미나 자료집, 2022
- 박지원, “전자증거의 수집과 한국형 E-Discovery의 모색”, 제13회 한국법률가대회- 디지털시대의 가속화와 법적 과제, 제2세션 제1분과 세미나 자료집, 2022
- 대한변호사협회/배심제도연구회, 디스커버리제도 자료집, 2021
- 전원열/한애라/현나희, 디스커버리 제도 도입에 관한 연구, 서울대학교 산학협력단, 2022
- 대법원, 사법행정자문회의, 정보, 회의결과, 제23차 회의 결과안내, 안전에 대한 자문의견 관련 결정사항, <https://www.scourt.go.kr/supreme/news/NewsViewAction2.work?pageIndex=1&searchWord=&searchOption=&seqnum=44&gubun=944> (2023. 8. 5. 최종확인)
- 대법원, 사법행정자문회의, 정보, 회의자료, 제23차 회의자료, 4.[자문회의 23차] 디스커버리(증거개시)제도 도입, 7, <https://www.scourt.go.kr/supreme/news/NewsViewAction2.work?pageIndex=1&searchWord=&searchOption=&seqnum=20&gubun=943> (2023. 8. 5. 최종확인)
- LBox, 판례, “원고선정당사자” 검색결과, <https://lbox.kr/search?caseType=civil&courtType=%EC%A7%80%EB%B0%A9%EB%B2%95%EC%9B%90&query=%22%EC%9B%90%EA%B3%A0%EC%84%A0%EC%A0%95%EB%8B%B9%EC%82%AC%EC%9E%90%22> (2023. 8. 5. 최종확인)
- LBox, 판례, “피고선정당사자” 검색결과, <https://lbox.kr/search?caseType=civil&courtType=%EC%A7%80%EB%B0%A9%EB%B2%95%EC%9B%90&query=%22%ED%94%BC%EA%B3%A0%EC%84%A0%EC%A0%95%EB%8B%B9%EC%82%AC%EC%9E%90%22> (2023. 8. 5. 최종확인)
- Paul W. Grimm, Charles S. Fax & Paul Mark Sandler, *Discovery Problems and Their Solutions*, American Bar Association(4th ed.), 2020
- Geoffrey C. Hazard, Jr., “Discovery and the Role of the Judge in Civil Law Jurisdictions”, 73 *Notre Dame Law Review* 1017 (1998)
- 3 Newberg and Rubenstein on Class Actions § 9:12 (6th ed.) (2022)

【국문초록】

소위 미국식 디스커버리(Discovery)는 한국 민사소송법 학계와 실무자들 사이에 계속 관심을 받고 있다. 대법원 사법행정자문회의는 2021년경 있었던 대법원 사법행정자문회의의 결정사항 등을 근거로 2021. 11. 디스커버리 연구반을 구성하였고, 디스커버리 연구반은 2022. 10.경 민사소송법 제344조부터 제351조를 개정하여 미국 디스커버리 법제와 유사한 문서 등 자료 제출의무와 보존의무를 도입할 것을 제안하였다.

위 개정안 중 적어도 일부 조항들은 문언상 당사자의 의무나 당사자에 대한 제재를 정한 것으로 해석된다. 그런데, 증거가 구조적으로 편재되어 있다면, 당사자, 특히 피고 중에 이로 인한 이익을 보는 자가 있을 것이다. 그리고 이러한 자는 - 만약 가능하기만 하다면 - 계속 증거의 구조적 편재로 인한 이익을 누리고자 할 것이다. 민사소송법을 개정하는 이유가 증거의 구조적 편재를 극복하려는 것이라면 디스커버리 의무나 제재를 회피할 방법을 두면 안 된다.

선정당사자제도는 공동소송 계속 중 일정한 경우 선정당사자를 정할 수 있게 하였다. 그런데, 소송이 법원에 계속된 뒤 민사소송법 제53조 제1항의 규정에 따라 당사자를 바꾼 때에는 그 전의 당사자는 당연히 소송에서 탈퇴한 것으로 본다. 이 경우 선정자는 ‘당사자’가 아니라는 것이 대체적인 해석이다. 만약, 선정자에 대하여 당사자와 디스커버리에 관하여 같은 의무와 제재를 두지 않는다면, 소송계속이 된 피고 중 일부는 ‘당사자’의 의무나 ‘당사자’에 대한 제재를 피하려고 위 의무를 홀로 부담할 적절한 피고를 선정당사자로 선정하고 선정자가 되는 방법을 택할 수 있다. 이처럼 당사자의 의무나 당사자에 대한 제재에 관한 조항의 적용을 회피하기 위하여 선정당사자 제도를 활용하는 것을 막기 위해서는, 적어도 디스커버리 절차를 도입할 때 당사자의 범위에 선정자가 포함됨을 명확히 정하는 것이 바람직하다.

【Abstract】

The Discovery and the Korean Appointed Party Rule

- Requiring Discovery Obligations to Appointers

Lee, Joon Buhm

(Inha University Law School, Assistant Professor)

The Discovery Research Group formed by the Korean Supreme Court Judicial Administration Advisory Committee submitted a report containing the research result in October, 2022. The above report proposed to amend Articles 344 through 351 of the Civil Procedure Act to introduce a duty to preserve materials, such as documents, similar to the US Discovery Law. According to the text of the proposal, at least some provisions are interpreted to legislate the obligations of the parties or sanctions against the parties, only. If the reason for amending the Civil Procedure Act is to allow a party to access information that the other party has, then there should be no loophole to the discovery rules to prevent the party who previously benefited from not having to turn over the information from using the loophole.

Under Korean law, certain persons having a common interest may appoints a party to act as a party or parties for the entire persons. If the appointer/former party does not have the same obligations with respect to discovery as the parties, some of the defendants in may appoint an appropriate defendant to be an appointed party to bear the discovery obligations alone. This way, the appointer may avoid the obligations of the parties. In order to prevent the use of the

appointed party rule to evade the application of the provisions on the discovery obligations of the parties, when introducing the discovery procedure, it is desirable to clearly define that the appointer/former party has the same discovery obligations as a party.

주제어(Keyword) : 디스커버리(Discovery), 보존의무(Duty to Preserve), 민사소송법(Civil Procedure Act), 당사자(Party), 선정당사자(Appointed Party)

생성형 인공지능(AI) 규제원칙에 관한 연구*

이 성 업**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|----------------------|-------------------|
| I. 서 론 | IV. 생성형 AI 규제 원칙 |
| II. 생성형 AI의 개념과 특성 | 1. 생성형 AI 규제 현황 |
| III. 신기술규제의 일반 원칙 | 2. 원칙중심 규제 |
| 1. 신기술 규제의 의의 | 3. 사전규제와 사후규제 |
| 2. 신기술 규제의 원칙에 관한 논의 | 4. 국내적 규제와 국제적 규제 |
| 3. 생성형 AI에의 적용 | 5. 전문적, 참여적 규제 |
| | 6. 비례적 규제 |
| | V. 결 론 |

I. 서 론

2015년 인공지능 알파고가 이세돌 9단에게 바둑에서 완승을 하면서 엄청난 반향을 일으킨 지 8년 만인 작년 11월에는 대화형 인공지능인 챗GPT가 등장하면서 또 한번 세계에 큰 충격을 주고 있다. 미국 스타트업 ‘오픈 AI’가 출시한 챗GPT(Chat Generative Pre-Trained Transformer)가 글로벌 IT 생태계에 충격을 주고 있는 것이다. 챗GPT는 사람의 언어를 이해하는 것은 물론 사람의 질문에 꼭 맞는 유용한 답을 하는 대화형 생성형 AI¹⁾로

* 이 논문은 2023년도 정부(과학기술정보통신부)의 재원으로 정보통신기획평가원의 지원을 받아 수행된 연구임(No. 2022-0-00184, 점차 강화되고 있는 윤리 정책에 발맞춰 유연하게 진화하는 인공지능 기술개발 연구).

** 법학박사, 고려대 기술경영전문대학원 부교수

일반 대중에게 AI의 일상화라는 경험을 제공하고 있다. 2007년 손 안의 컴퓨터 시대를 연 아이폰, 2016년 인간 바둑기사를 이긴 알파고의 충격 이후 6년 만에 챗GPT가 범용 인공지능 시대를 열고 있다.²⁾

이처럼 마치 살아 있는 생명 같은 느낌을 주는 기계, 더 나아가 인간의 사고능력, 즉 인지, 추론, 학습 등을 모방하는 기술을 인공지능 기술이라고 하는데, 이것이 로봇기술, 빅데이터 기술, 클라우드, 사물인터넷(IoT) 기술과 결합하면서 소위 제4차 산업혁명 또는 지능정보사회로의 변화를 견인하고 있다. 지능정보사회는 모든 사물과 인간이 연결되는 초연결 기반과 축적된 데이터를 토대로 인간과 사물의 사고능력이 획기적으로 개선돼 문제해결 능력이 제고되는 사회다. 컴퓨터와 인터넷 혁명으로 대표되는 정보사회와는 달리 판단의 주체가 점차 인간에서 기계(인공지능)로 바뀌어 기계가 자율적인 처리, 제어, 예측을 할 수 있는 사회다.

산업혁명에서 기계가 인간의 육체노동을 대체했다면 지능정보사회에서는 기계가 인간의 정신노동을 대체하게 된다. 대화형, 생성형 AI 모델인 챗GPT의 등장과 함께 인류는 그동안 영화에서나 보던 로봇, 인공지능의 위험성이 현실화될 것으로 보고 AI에 대한 규제 논의를 본격화하고 있다. 생성형 AI 출시 이전에는 대체로 AI 윤리를 강화해야 한다는 의견이 지배적이었다. 각국이 발표한 윤리기준 중에서 가장 많이 나타나는 원칙은 책임성(accountability)이고 다음으로 많이 언급되는 기준이 인간의 존엄성 또는 인간 중심의 가치, 공정성, 안전과 외부로부터의 보안 그리고 AI에 대한 신뢰이다. 다음으로는 투명성과 설명가능성이 언급되고 있으며, 그 뒤를 이어 프라이버시 보호, 인간의 자율성 혹은 통제가능성이 제시되고 있다.

-
- 1) 대화형 AI란 디바이스, 챗봇과 같은 앱에서 자연어를 사용하여 사람들과 대화할 수 있는 일련의 기술을 의미한다. 한편 생성형 AI와 함께 초거대 AI(Hyper-scale(초대규모) + AI(인공지능)도 사용된다, 말 그대로 초거대 AI란 대용량 연산이 가능한 컴퓨팅 인프라를 기반으로 대규모 데이터를 스스로 학습하여 인간처럼 사고·학습·판단하는 AI로 기존 인공지능 대비 모델 파라미터 수와 학습 데이터셋 크기를 늘려 성능을 높인 모델이다. 본고에서는 규모적 특성을 의미하는 초거대 AI 대신 기술적 특성을 고려하여 생성형 AI에 대한 규제 이슈를 다루고자 한다.
 - 2) Camille Bello, ChatGPT: AI will shape the world on a scale not seen since the iPhone revolution, says OpenAI boss(<https://www.euronews.com/next/2023/01/25/chatgpt-ai-will-shape-the-world-on-a-scale-not-seen-since-the-iphone-revolution-says-openai>?, 2023.6.24. 접속).

그러나 생성형 AI가 출시되고 이것이 게임체인저가 될 것이라는 전망이 우세해지면서, EU, 미국, 한국 등 주요 국가가 생성형 AI에 대한 법적 규제 논의를 시작하고 있다. EU가 가장 먼저 입법화를 진행 중인 가운데 미국, 한국도 입법안을 마련하고 국회에서 논의가 진행 중이다. 그러나 법적 규제의 본격 도입 이전에 생성형 AI에 대한 특성을 이해하고 어떠한 원칙의 규제 방향을 설정한 것인가 매우 중요하다. 이하에서는 이런 문제의식을 바탕으로 생성형 AI의 개념과 특성을 살펴보고 신기술 일반에 규제원칙에 대한 논의에 이어 생성형 AI에 적절히 대응하는 규제원칙들을 검토해보고자 한다.

II. 생성형 AI의 개념과 특성

생성형 AI인 대표적인 챗GPT는 문장을 생성(Generative)하는 AI 모델로서 사전학습(Pre-trained)을 통해 훈련을 받았으며, 트랜스포머(Transformer)라는 구조에 기반한 인공지능 언어모델이다. 생성이란 문장을 사람처럼 만들어낸다는 것이고, 사전학습이란 많은 데이터를 사전에 습득했다는 것이며, 트랜스포머란 단어 간 연관성 파악이 가능한 혁신적인 심층신경망이라는 것이다. 한마디로 챗GPT의 GPT는 ‘사전 훈련된 생성 변환기(Generative Pre-trained Transformer)’를 뜻한다. 결론적으로 생성형 AI란 대규모 데이터의 패턴을 자기지도 학습하여 명령어(prompt)에 따라 새로운 텍스트, 코드, 이미지, 음악, 영상 등의 콘텐츠를 생성하는 인공지능으로 정의할 수 있다.³⁾ 패턴을 인식하고 예측하도록 설계된 기존 AI 시스템과 달리 생성 AI는 이미지, 텍스트, 오디오 등의 형태로 새로운 콘텐츠를 생성한다.⁴⁾

3) World Economic Forum, Generative AI: a game-changer that society and industry need to Be ready for(<https://www.weforum.org/agenda/2023/01/davos23-generative-ai-a-game-changer-industries-and-society-code-developers/>, 2023.6.25. 접속).

4) World Economic Forum, What is Generative AI? Artificial intelligence explains(<https://www.weforum.org/agenda/2023/02/generative-ai-explain-algorithms-work/>, 2023.6.25. 접속).

챗GPT는 자연어 생성 모델로 주어진 텍스트의 다음 단어를 예측하는 학습을 하며, 이를 통해 사람이 쓴 것과 같은 의미 있는 텍스트를 생성한다. 이의 성능은 매개변수의 개수에 따라 좌우되는데 2022년 11월 공개된 GPT-3.5는 1,750억 개를 활용했으며, 다음 버전인 GPT-4는 밝혀지진 않았지만 인간의 시냅스 개수에 맞먹는 100조 개로 추정된다.⁵⁾

생성형 AI 시스템도 일반 AI 시스템과 같이 머신러닝 알고리즘을 기반으로 하고 있으며, 이는 인간에게 있어서 대부분 블랙박스(black box) 문제를 야기한다. 블랙박스 문제는 AI의 의사결정과정을 완전히 이해하지 못하고 AI의 의사결정 또는 결과를 예측할 수 없는 것을 말한다. 이는 법률, 규제 분야에서 나타나는 고의 및 인과관계 테스트를 어렵게 하고 있다. 예측 가능한 것이 무엇인지 또는 의사결정의 근거가 무엇인지를 평가하는 이런 테스트가 블랙박스 상태인 AI에 적용될 경우 별로 효과가 없게 된다.⁶⁾

생성형 AI 모델의 특성은 다음 몇 가지로 볼 수 있다. 첫째, 대규모 언어모델(Large Language Model)이라는 점이다. 우선 언어모델(LM)은 문장 생성을 위해 단어의 순서에 다음에 올 수 있는 확률을 할당(assign)하는 모델로, 기존 통계적 방법에서 인공신경망 방법으로 발전했다. 통계적 모델(SLM)은 이전에 주어진 단어들을 기반으로 가장 자연스러운 단어의 배열을 찾아 다음 단어를 예측하여 문장을 생성하지만, 트랜스포머(Transformer)모델은 문장 속 단어와 같은 순차 데이터 내의 관계를 추적해 맥락과 의미를 학습하는 신경망으로 대규모 언어모델(LLM) 등장의 시초가 된다. 대규모 언어모델은 사람들이 사용하는 언어(자연어)를 학습하여 실제 인간과 유사한 문장을 생성하기 위한 언어모델로 점차 규모가 커지며 초거대 AI로 진화하고 있다.⁷⁾

5) Will Douglas Heaven, GPT-4 is bigger and better than ChatGPT—but OpenAI won't say why, MIT technology review(<https://www.technologyreview.com/2023/03/14/1069823/gpt-4-is-bigger-and-better-chatgpt-openai/>, 2023.7.7. 접속).

6) Yavar Bathaee, THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE BLACK BOX AND THE FAILURE OF INTENT AND CAUSATION, 「Harvard Journal of Law & Technology」 Volume 31, Number 2 Spring 2018 참조.

7) 안성원 외 4인, 초거대언어모델의 부상과 주요 이슈 - 챗GPT의 기술적 특성과 사회적, 산업적 시사점, 「ISSUE REPOPRT IS-158」, SPRI, 소프트웨어정책연구소,

둘째, 콘텐츠를 창조한다는 것이다. 기존의 AI는 이용자의 특정 요구에 따라 결과를 생성해낸다. 즉, AI의 역할은 데이터 분석, 활용 등 인간의 행위를 대체하거나 보완하는데 그친다. 생성형 AI는 자가학습 알고리즘으로 새로운 디지털 이미지, 영상, 음성, 텍스트, 프로그램 코드 등을 ‘창조’한다. 기존 검색엔진과 달리 생성형 AI는 사용자 질문에 대해 새로운 정보를 생성하는 기능이 있다.⁸⁾ 창조의 영역은 크게 3가지이다. 먼저 텍스트이다. 뉴스 기사, 시, 심지어 대본을 작성하는 데 사용될 수 있다. 또한 한 언어에서 다른 언어로 텍스트를 번역하는 데에도 사용될 수 있다. 다음 생성형 AI는 사람의 얼굴을 기반으로 새로운 초상화를 생성하거나 기존 풍경을 기반으로 새로운 풍경을 생성하는 등 기존 이미지를 기반으로 새로운 이미지를 생성할 수 있다. 끝으로 새로운 음악 트랙, 음향 효과, 음성 연기까지 생성할 수 있다.⁹⁾

둘째, 범용 인공지능(Artificial General Intelligence, AGI)이라는 점이다. 이는 인간처럼 종합적으로 사고·학습·추론하는 인공지능으로 텍스트 이해·생성, 자연어처리, 이미지 분류, 예측, 추론 등 다양한 태스크를 동시에 처리하는 인간의 능력을 모방한다. 기존의 AI는 대화, 질의응답, 기계번역, 이미지 처리 등 태스크별로 개별 모델로 개발되었으나, 인간 같은 멀티태스킹을 위해서는 하나의 모델로 여러 태스크를 동시 처리 필요가 있다. 제각각의 규칙과 데이터(음성, 이미지, 영상 등)로 학습된 개별 모델로는 초거대 AI를 만들 수 없기에 단일의 Big Model 개발로 변화가 필요하게 되었다. 생성형 AI는 특정 과제 수준을 넘어 여러 과제에 복합적으로 대응가능한 범용 인공지능의 성격을 가진다.¹⁰⁾

넷째, 대량의 컴퓨팅 파워와 데이터가 필요하다는 점이다. 생성형 AI에

2023.2.27, 3면-5면.

8) 김태원, ChatGPT는 혁신의 도구가 될 수 있을까? : ChatGPT 활용 사례 및 전망, 「THE AI REPORT」 2023-1, NIA AI Future Strategy Center, 2023. 1, 1면-5면.

9) World Economic Forum, Generative AI: a game-changer that society and industry need to Be ready for.

10) 임효주, 초거대 AI의 발전 양상과 향후 과제, 「ICT SPOT ISSUE」, IITP 정보통신기획평가원, 2022.12.27, 1면-3면.

서 경쟁의 향방을 결정하는 특징적인 요소가 경쟁자원의 제한(resources constraint)이다. 그동안 디지털 기술은 개발 비용은 엄청났지만, 서비스 운영 비용은 크지 않았으나, 생성형 AI는 서비스 운영을 위한 클라우드 컴퓨팅 비용이나 AI 반도체 비용이 엄청나다. 따라서 인프라 경쟁이 필수적일 수 밖에 없어 기존 빅테크를 제외하면 사실상 의미 있는 경쟁이 어렵다는 점이다. 이에 대한 반작용으로 나타난 것이 경량화이다. 즉, 컴퓨팅의 원칙으로 정확성(fidelity) 대신 효율성(efficiency)을 추구하는 것이다. 엄청난 비용이 드는 파라미터 대신 토큰(token)의 양과 질에 집중하는 것으로 대표적인 것이 메타의 라마(LLaMa)이다.¹¹⁾

다섯째, 기존 검색모델과의 차별성이다. 검색모델이 키워드 검색을 통해 정보를 제공하지만, 생성형 AI는 인공지능 기술인 언어 모델링을 사용하여 사용자 질문에 대한 답변을 생성하며, 검색모델이 키워드 검색을 통한 정보 제공으로 사용자와의 상호작용은 없지만, 생성형 AI 모델은 사용자 친화적인 상호작용을 통해 질문을 이해하고 대답하는 방식이다. 또한 생성형 AI는 자연어처리 기술을 통해 사용자 질문을 이해하여 의도에 맞는 결과를 제공하며, 사용자의 이전 질문을 기억하고 연관성을 고려하여 유연성 있게 답변하지만, 검색모델은 사용자 질문을 이해하고 답변하는 방식이 아닌 키워드 검색을 통한 정보 제공 방식으로 질문에 대한 답변을 제공하지 않으며 각 검색마다 독립적으로 정보를 제공한다.¹²⁾

생성형 AI 부상으로 검색 시장의 핵심 가치가 검색 효율성에서 생성된 답변의 신뢰성으로 변하고 있다. 이제 검색에서 정답(from search to answer)이라는 가치로 인터넷 관문의 역할이 바뀌고 있는 것이다.¹³⁾ 2007년 아이폰의 등장은 PC 시대에서 모바일 시대로 진입하는 첫걸음에 해당했

11) YONG LIM, Shifting Winds, Changing Tides Emerging Issues for Market Competition in the Next Phase of AI Evolution, 5th AI Ethics & Law Forum Seminar, June 30, 2023.

12) 김태원, 앞의 논문, 3면.

13) The Economist, Is Google's 20-year dominance of search in peril? (<https://www.economist.com/business/2023/02/08/is-googles-20-year-search-dominance-about-to-end>, 2023.6.30. 접속).

다면, 2022년 생성형 AI의 등장은 또 다른 디지털 기술혁명의 가능성을 시사하고 있다.

Ⅲ. 신기술 규제의 일반 원칙

1. 신기술 규제의 의의

신기술이 개발되고 사회에 도입되는 과정에서 정부 당국은 신기술이 가져올 위험성을 평가하고 이를 제어하기 위한 여러 정책과 규제를 고민하게 된다. 기술규제 내지 신기술 규제의 개념을 살펴보자. 한 견해에 따르면 기술규제는 ‘혁신주체가 혁신활동 수행에 있어 이를 저해하거나 혹은 촉진하는 기술 관련 규제’라고 정의하면서, 기술개발, 제품생산, 판매 및 마케팅 등 혁신활동 전반에서 정부나 지자체의 법령이나 조례와 같은 법규적 규제 뿐만 아니라, 지침, 절차, 요건 등 준(準) 법규적 규제까지 포괄하는 개념으로 본다.¹⁴⁾

다른 견해에 따르면 기술규제란 기술에 관한 규제, 구체적으로 기술이 어떻게 규제되고 규제되어야 하는 것에 관한 것으로서, 여기에서 기술이란 사람이 환경에 적응하거나 환경을 변화시키기 위하여 사용하는 도구나 방법이라는 개념으로 본다. 그리고 규제란 “추상적으로 정의된 목적을 달성하려는 의도를 가지고 기준이나 목표에 따라 다른 사람의 행위를 변화시키려는 지속적이고 초점을 맞춘 시도로서, 기준설정, 정보수집, 행위수정 등의 기제를 수반하는 행위로 정의한다.” 신기술 내지 신흥기술이란 “근본적으로 새롭고 상대적으로 빠르게 성장하는 기술로서 일정한 정도의 일관성을 가지고 오랫동안 존속하고, 이해관계자의 구성, 제도, 이해관계자와 제도 간의 상호작용, 관련된 지식생산방식 등을 변화시킴으로써 특정 영역이나 사회·경제 영역 전반에 상당한 영향을 끼칠 수 있는 잠재력을 가진 기술로서, 그

14) 이광호, “기술규제, 사례와 정책적 시사점”, 「경제규제와 법(Journal of Law & Economic Regulation)」 제9권 제2호, 2016. 11, 143면-160면, 144면-146면.

기술이 출현하는 현 단계에서는 정보 부족이나 기술에 대한 온전한 이해의 어려움으로 인해 그 기술에 수반되는 리스크의 발생 개연성, 정도, 내용 등이 불확실하고 모호한 기술”로 정의한다.¹⁵⁾

전자가 기술혁신을 저해하거나 촉진하는 법규제에 초점을 맞추고 있다면, 후자는 기술에 따른 리스크를 통제하기 위한 시도라는 점을 강조함으로써 혁신 추구라는 가치성을 배제한 보다 광의의 중립적 개념을 설정하고 있다. 결국 기술규제 내지 신기술규제는 기술과 규제가 결합한 개념으로 기술에 수반하는 위험을 통제하기 위한 정부의 공적 개입이라고 할 수 있다. 비공식적인 윤리적 규제, 기술촉진적 규제, 비정부기관에 의한 개입이라는 광의의 개념도 가능하지만, 공적 규제 논의가 활발한 AI 분야에 실질적 효용성이 부족해 실익이 크지 않다는 점에서 본고에서 신기술규제는 위험통제라는 소극적 의미로 사용하고자 한다.

2. 신기술 규제의 원칙에 관한 논의

신기술 규제의 원칙으로 논의되는 요소들에 대해서는 다양한 스펙트럼이 존재한다. 기술의 종류, 혁신의 수준, 기술이 개발·사용되고 그에 대한 규제가 이루어지는 장소, 기술규제를 둘러싸고 제기되는 다양한 時的 쟁점, 규제의 방식, 규범적 가치관, 가용지식 등 7가지 요소를 고려해야 한다는 견해가 있다. 이 견해는 또 신기술 규제란 규제과정에서 야기되는 다양한 이해주체들 간의 갈등 문제를 어떻게 조율하여야 하는지 등 구체적이고 현실적인 문제인데, 국내외 여러 신기술 규제 경험사례로부터 교훈을 도출하여, 그것을 기초로 유사 사례에 공통적으로 적용될 수 있는 원칙으로 국민의 신뢰 확보의 원칙, 절차적 정당성 확보의 원칙, 공정한 경쟁보장의 원칙, 조응적인 규제수단 활용의 원칙, 사회적·윤리적 우려 해소의 원칙, 국제적 조화 모색의 원칙을 제시하고 있다¹⁶⁾

15) 윤혜선, 신기술 규제(emerging technologies regulation)’ 연구방법론 개발을 위한 기초연구 - 기술규제 시 고려요소를 중심으로, 사단법인 행정법이론실무학회, 「행정부법연구」 제49호 2017년 6월, 104면-105면.

과학기술의 혁신과 규제는 상호 긴장관계에 있는데, 한편으로 신규 기술의 도입을 촉진하여야 한다는 요구와 다른 한편 신규 기술로 인한 위험을 통제하기 위해 신규 기술을 규제하여야 한다는 요구는 충돌한다. 신규 기술의 도입을 규제할 것인지 여부, 어떠한 방식으로 규제할 것인지 등은 하나의 일관된 원칙에 따라 정해질 수 없으며 상황적 접근이 필요하다. 이때 고려할 수 있는 원칙이 비례원칙에 따른 안전과 위험의 개념, 피해구제가가능성, 실질적 법치주의를 위한 유연한 법적용, 민주적 참여권 보장 등을 고려하여야 한다는 견해도 있다.¹⁷⁾

정보가 부족하고 불확실한 상황에서는 실험이 최선이라는 전제하에, 4차 산업혁명 시대의 규제패러다임 전환의 핵심은 먼저 잠정적인 규율내용이라도 재빨리 담아내는 것이며, 이러한 구조의 규제방향은 현실맞춤형, 경험학습적 접근, 증거기반, 단계적 접근 규제이며, 결국 원칙중심의 규제체계를 기반으로 하여 규제목적과 원칙을 수립하고 규제를 단계화·체계화하는 방안과 이러한 과정을 통해 정해진 잠정적인 규율내용을 담아내면서 규범력을 확보하기 위한 규제수단이 필요하다는 견해도 있다.¹⁸⁾

이러한 견해를 종합해, 신기술규제에 있어 필요한 기준 내지 원칙으로 기술의 내용이나 특성, 규제의 시점과 지역, 규제에 따른 위험과 보상, 단계

16) 윤혜선, 위의 논문, 115면-123면. 혜선, 신기술(emerging technologies)의 규제에 대한 몇가지 고찰, 「경제규제와 법(Journal of Law & Economic Regulation)」, 제10권 제1호 (통권 제19호), 2017. 5.

17) 이때 안전성이란 비례원칙에 따라 그 정도를 평가하여야 하고, 피해구제가가능성이 없는 경우 혁신을 도입할 수 없다. 또한 새로운 과학기술은 본질적으로 과거와 다른 상황에서 등장하며 과거 기술과는 다른 문제를 내포하고 있다. 따라서 법제도는 유연하고 개방적인 구조를 취하여야 하며, 의사결정의 결과에 대한 수법자의 수용성을 강화하기 위해서나, 의사결정과정에 이해관계자의 실질적인 참여가 보장되어야 한다. 한편 신규 기술의 안전성과 편익에 대한 평가는 고도의 전문적 능력을 요구하기 때문에 전문가그룹의 역할이 보장되어야 하고, 규제기관의 전문성도 적절히 구비되어야 한다고 한다(이원우, 혁신과 규제 : 상호 갈등관계의 법적 구조와 갈등해소를 위한 법리와 법적 수단, 「경제규제와 법(Journal of Law & Economic Regulation)」 제9권 제2호 (통권 제18호), 2016.11, 7면-8면).

18) 김태오, 제4차 산업혁명의 견인을 위한 규제패러다임 모색: 한국의 규제패러다임을 중심으로, 「경제규제와 법(Journal of Law & Economic Regulation)」, 제10권 제2호 (통권 제20호), 2017. 11. 140면-168면.

적 접근과 포괄적 접근, 전문적이면서 민주적 참여의 보장이라는 4가지를 제시하고자 한다. 기술의 내용과 특성은 규제 대상의 실체를 이해한다는 측면에서 우선적으로 고려되어야 하는 원칙이며, 규제의 시점과 지역은 규제가 시행되는 시기와 공간을 고려하여야 적절한 규제설계를 할 수 있다는 점에서 중요하다. 규제에 따른 위험과 보상은 위험의 크기에 따른 비례적인 규제가 합리적 규제가 될 수 있다는 점이며, 단계적 접근과 포괄적 접근은 규제의 시행의 시기와 범위를 적절히 정해야 보다 실효적인 규제가 가능하다는 것이며, 전문적, 민주적 참여는 규제 설계와 실행에 있어 정부가 전문가, 국민과의 협업이 해야만 과학적, 합리적 규제는 물론 수용적인 규제가 가능하다는 것이다.

(1) 기술의 내용과 특성

기술은 다양한 방법으로 분류할 수 있다. IT, BT, CT, NT 등 산업 분야별로 분류하는 방안, 단일기술과 융합기술로 분류하는 방안, 특수기술과 범용기술(general purpose technology)로 분류하는 방안, 위험의 중대성과 발생 가능성을 기준으로 각각의 고저를 기준으로 4가지 구분하는 방안이 있다. 이중 융합기술이란 이중 기술 간 결합이 이루어진 것으로 최근 기술 융합이 심화되면서 중요성이 강조되고 있다. 한편 범용기술이란 세계 경제 성장에 있어 모태가 되는 기술로써 일반 가정의 삶의 방식뿐만 아니라 기업이 사업경영방식에도 큰 변화를 가져오는 근본적인 기술이라 볼 수 있으며, 잠재적으로 많은 다른 기술 분야에 적용되어 타 기술들과 제품들의 혁신 활동을 자극하고 그 기술들의 진화를 독려시키는 기술을 말한다. 범용기술의 예로는 증기기관, 전기, 반도체 등이 있으며, 새로운 제품, 새로운 프로세스, 새로운 조직형태의 창조에 기여함으로써 성장에 활력을 불어 넣어 거의 사회 모든 것을 변화시키고 변형시키는 기술을 말한다.¹⁹⁾

산업분야별 기술에 대한 규제는 이 소관 부처와 법률이 칸막이식으로

19) Timothy F. Bresnahan, M. Trajtenberg, General purpose technologies 'Engines of growth'? 「Journal of Econometrics」, Volume 65, Issue 1, January 1995, pp. 83-108.

마련되어 있어 규제설계나 실행이 비교적 용이하다고 할 수 있다. 다만, 최근의 전 산업의 디지털 전환이 이루어지는 등 기술 및 산업융합이 가속화되면서 단일산업 기술이 점점 줄어들고 있는 것이 문제이다. 융합기술의 경우 다양한 도메인별 규제를 모두 적용하는 경우 기술 도입이 대단히 어려워지는 문제가 있고,²⁰⁾ 범용기술의 경우에도 과소규제는 위험을 방치할 우려, 과다규제는 혁신을 저해할 우려가 상당히 크다는 점에서 매우 신중한 접근이 필요하다고 할 것이다.

(2) 규제 시점의 선택과 장소적 고려

신기술 규제에서 규제의 시점을 선택하는 것은 기술혁신의 편익을 확산하는 것과 위험을 통제하는 이익 사이의 균형을 위해 매우 중요한 문제이다. 성급한 규제는 혁신을 막을 수 있지만, 늦은 규제는 위험의 증가로 편익마저 감소시킬 수 있다. 이와 관련 기술 개발의 초기에 해당 기술의 잠재력이나 가능성에 대한 지식이 충분치 않아 규제가 어려운데, 기술이 충분히 발전된 단계에서도 규제에 많은 비용이 들뿐만 아니라 규제가 시장에 큰 충격을 줄 수 있기 때문에 규제가 어렵다는 Collingridge의 딜레마 이론²¹⁾이 있다.

규제지체(regulatory lag)의 문제도 규제 시점의 문제이다. 이는 규제보다는 기술혁신의 속도가 너무 빠르다는 점, 규제의 제정절차에 시간이 소요되는 점, 혁신으로 인해 피해를 받는 이해관계자들이 규제를 존치시키려는 로비가 존재하는 점 등이 원인이 된다.²²⁾ 규제 지체의 문제는 현실적으로

20) 한국은 이러한 융합 흐름에 대응해 정보통신융합 기술·서비스에 대한 규제 샌드박스 도입 및 신속처리·임시허가 제도개선을 주요내용으로 하는 「정보통신 진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법」과 혁신적 융합 서비스와 제품에 대해 시험·검증의 특례, 임시허가 등의 규제특례를 부여하는 내용을 담은 「산업융합 촉진법」이 2019. 1. 17.부터 시행되고 있다. 또한 규제자유특구 내에서의 지역혁신성장사업 및 지역전략산업에 대해 시험·검증의 특례, 임시허가 등의 규제특례를 부여하는 내용을 담은 「규제자유특구 및 지역특화발전특구에 관한 규제특례법」이 2019. 4. 17.부터 시행되었다.

21) David Collingridge, THE SOCIAL CONTROL OF TECHNOLOGY (London: Frances Printer; 1980) pp. 11-19 참조.

22) Thomas Fetzter, Innovation and Regulation : Static Law in Dynamic Markets - How to Regulate the Unpredictable, 「Journal of Law & Economic Regulation」,

규제의 공백, 규제의 불명확 등을 형태로 나타나며, 이에 대한 대책으로 규제 샌드박스(regulatory sandbox)가 등장하였다. 원래 샌드박스는 어린이들에게 안전하고 자유롭게 놀 수 있는 모래놀이터를 제공하는 것으로 규제샌드박스는 사업자가 관련 법령상의 허가 등 규제로 인해 새로운 기술이나 서비스의 시행이 어려운 경우 일정 기간 동안 규제의 전부 또는 일부를 적용을 유예하는 제도이다. 이런 규제특례기간 동안 사업자는 실증을 통해 기술 검증, 문제점 확인 등 기술 및 서비스의 완성도를 높이고 정부는 실증데이터를 기반으로 관련 법령을 신속하게 정비할 수 있게 한다.²³⁾

한편 기술규제에 있어 장소적 고려는 주로 단위 국가 내의 규제와 국제적 규제와의 관계에 관한 것이다. 규제 자체는 국내적인 효력이 원칙적이지만, 무역 규범 등 국제적 규제가 국내 기술규제에 영향을 미친다. 특히, 디지털 분야는 국경이 없는 서비스가 실시간으로 이루어진다는 점에서 규제는 국내적 이슈 외에도 글로벌 이슈라는 점도 고려되어야 한다. 글로벌 디지털 규제 질서는 초강대국에 의해 형성될 수 밖에 없는데, 이때 특히 중요한 것이 디지털 통상 규범 이슈이다. 디지털 통상이란 디지털 기술 또는 전자적 수단에 의한 상품·서비스·데이터 등의 교역 및 이와 관련된 경제주체 간 초국경적 활동 전반을 의미하는데, 전자상거래 원활화, 디지털 제품의 비차별 대우, 국경 간 데이터 이전 자유화, 컴퓨터 설비 현지화 요구 금지, 소스코드 공개요구 금지, 개인정보 보호나 온라인 소비자 보호 등에 대한 규범이 논의대상이다. 아직 통일된 국제규범은 없지만, 디지털 비즈니스 자유화를 주장하는 미국, 디지털 단일시장 전략 수립 계획, 글로벌 플랫폼 기업 규제 경향의 EU, 독자적 디지털 시장 및 규제체계 유지를 주장하는 중국이 서로 다른 정책을 추진하고 있다.²⁴⁾

Vol. 9. No. 2, 2016. 11, pp. 52-54.

23) 규제샌드박스 관련 상세 내용은 이원우, 신용합산업 활성화를 위한 규제개혁입법의 현황과 과제, 「경제규제와 법(Journal of Law & Economic Regulation)」, 제12권 제2호 (통권 제24호). 2019. 11. 137면~153면 참조.

24) 디지털 통상에 관한 상세 내용은 산업통상자원부, 사례로 손쉽게 이해하는 - 디지털 통상의 기초, 2021.10월 참조.

(3) 규제에 따른 위험과 보상

규제는 위험의 정도에 따라 차별화되는 것이 타당하다는 것은 비례의 원칙상 당연하다. 위험이 중대하고 그 발생가능성이 높으면 강한 규제가 필요하지만 위험이 경미하고 그 발생가능성이 낮으면 약한 규제가 필요하다. 이처럼 위험의 종류와 중대성 및 그 발생가능성 등에 따라 규제수단과 그 강도를 차별화하는 규제방식을 위험기반규제(risk-based regulation)라고 한다. 여기서 위험이란 피해의 가능성과 잠재적 규모 및 심각도가 결합된 것이다. 위험기반 규제는 효율성과 효과성을 증대시킬 뿐 아니라 행정비용 부담도 완화시키는 장점이 있다.²⁵⁾ 이를 적용함에 있어서 규제 대상 기업의 행동·태도 및 문화, 규제의 제도적 환경, 규제 통제의 상호작용, 규제 성과, 변화라는 5가지 요소를 고려할 필요가 있다.²⁶⁾

다음 보상의 문제는 기술이 초래하는 위험에 대한 적절한 보상책이 포함된 규제안이 마련되어야 한다는 점이다. 원자력 같은 위험기술로 인해 특정한 지역, 집단이 위험을 감수하는 경우 이에 대한 보상이 필요한 것과 같이 특정한 신기술로 인해 피해를 입는 집단에 대해서는 신기술로 인해 이득을 얻는 자 내지 사회적 차원의 보상책이 마련되어야 한다는 것이다. 만약 이러한 보상책이 마련될 수 없다면 위험성이 내포된 신기술이 사회적으로 수용되기 어려울 것이다.

위험의 중대성과 발생 가능성을 기준으로 한 분류는 위험이 중대하고 발생가능성이 높은 경우, ② 위험이 중대하지만 발생가능성은 낮은 경우, ③ 위험이 미약하고 발생가능성이 큰 경우, ④ 위험도 미약하고 발생가능성도 낮은 경우로 구분하여 이 상황에 따라 각각 강한 규제, 피해구제담보 규제, 사후 규제, 규제개혁 조치를 대응적으로 검토할 수 있다는 견해도 있다.²⁷⁾

25) OECD Regulatory Policy Outlook 2021, Risk-based regulation: Making sure that rules are science-based, targeted, effective and efficient(<https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/chapter-six-risk-based-regulation.pdf>).

26) Julia Black/Robert Baldwin, Really Responsive Risk-Based Regulation, 「Law and Policy」, vol. 32 (April 2010), pp. 181 - 213, 참조.

27) 이원우, 혁신과 규제, 7면-8면.

(4) 단계적 접근과 포괄적 접근

신기술에 대한 규제를 전면적, 포괄적으로 시행할 것인지 아니면, 단계적이며 점진적으로 할 것인지에 대한 이슈이다. 신기술이 등장했음에도 불구하고 기술의 발전방향이나 영향에 대한 예측이 어려워 규제를 전혀 하지 않거나, 그럼에도 불구하고 규제를 전면적으로 시행하는 것은 모두 극단적인 선택이다. 따라서 실험적이면서도 잠정적인 규제를 시행하는 방안이나 단계적으로 규제를 시행하는 방안도 고려할 필요가 있다. 전술한 규제 샌드박스도 이런 접근 방식의 예라고 할 수 있겠다. 통상 새로운 기술로 인해 혁신이 일어나면 정부는 첫째, 혁신을 기존 이해관계나 사회질서에 도전하는 것으로 간주하고 규제를 통해 혁신을 저해하거나, 둘째, 혁신에 대응해 기존 규제를 재검토해 이를 제도권 내로 흡수하거나, 셋째, 혁신을 위해 규제를 개혁하거나, 넷째, 혁신의 활성화를 위해 일정 기간 규제를 하지 않고 서비스의 양상을 지켜보는 방법으로 대응한다. 이중 넷째는 보통 Wait & See 전략으로 불리는 것으로 단계적인 규제전략이라고 할 수 있다.²⁸⁾

(5) 민주적, 전문적 참여 보장

규제는 보통 정부의 공식적인 법령 시행을 통해 이루어진다. 따라서 보통 규제의 주체는 정부가 되는 것이 원칙이다. 정부는 규제를 입안하고 실행함에 있어 민주성과 전문성이 두 가지 가치를 조화시키기 위해 노력해야 한다. 보통 기술은 복잡하고 전문적이기 때문에 전문가들이 규제 논의를 주도하게 되지만, 기술의 사회적 영향을 고려하면 다양한 이해관계자와 일반 국민들의 참여도 보장되어야만 기술규제의 정당성과 수용성이 제고된다. 다만, 일반 시민의 참여는 과학적 합리성, 전문성에 의거한 결정이 아닌 책임 회피적 결정이 될 가능성이 될 수 있으므로 전문가의 참여와 적절히 조화되어야 한다.

28) 이성엽, 공유경제(Sharing economy)에 대한 정부규제의 필요성－차량 및 숙박 공유를 중심으로－공유경제에 대한 정부규제의 필요성, 「행정부연구」 제44호, 행정법 이론실무학회, 2016. 2. 참조.

규제의 주체인 정부를 대체하는 논의도 활발하다. 소위 자율규제(self regulation)란 정부가 개입하지 않고 사업자 각자가, 또는 조직화된 집단이 스스로 그 구성원의 행위를 통제하는 것이다. 1996년 줄리아 블랙은 자율규제를 명령적 자율규제(mandatory self-regulation), 승인된 자율규제(sanctioned self-regulation), 강제적 자율규제(coerced self-regulation), 자발적 자율규제(voluntary self-regulation)로 구분하였다. 이 중 자발적 자율규제는 국가의 직접, 간접적인 개입이 없다는 점에서 자율규제의 원형이라고 할 수 있으며, 다른 세 가지는 정부와 민간이 공동으로 규제 권한을 행사한다는 점에서 공동규제(co-regulation)라고 할 수 있다.²⁹⁾ 공동규제는 전통적으로 정부의 역할이었던 규제 영역에 민간 부문이 적극적으로 참여하고 정부는 민간의 역할과 활동을 적극적으로 협력·지원함으로써 규제의 합리성, 효율성, 수용성을 높이는 규제방식이다. 정부의 규제분야에 대한 전문성 부족, 규제 대상의 광범위성으로 인한 규제비용의 과다, 규제에 의한 혁신의 위축 등의 문제가 민간이 스스로 행위기준을 정립하고 실행하는 규제인 자율규제를 필요로 하게 된 것이다.

3. 생성형 AI에의 적용

기존 AI가 데이터를 학습하고, 해당 데이터를 기반으로 결정 또는 예측을 수행한다면, 생성형 AI는 생성형 AI는 제공된 데이터를 활용해 텍스트 뿐만 아니라 이미지, 음악, 심지어 컴퓨터 코드까지 독창적이고, 창의적인 콘텐츠를 생성할 수 있다는 점에서 엄청난 혁신의 잠재력을 지니고 있다.

생성형 AI는 다른 디지털 기술과의 융합이 필연적인 기술이자 전 사회 경제 분야에 응용될 수 있는 범용기술에 속한다. 위험의 정도를 고려하면 다양한 층위가 있을 수 있어 일률적으로 말하기는 어렵다. 또한 생성형 AI는 빠른 속도로 발전하는 기술이다. AI 시스템이 10년 이내에 대부분의 영역에서 전문가 수준을 능가해서 기술 대기업에 필적할 생산 활동을 수행하

29) Julia Black, Constitutionalising Self-Regulation, 「The Modern Law Review」, 59 Mod. L. Rev. 24, 1996. 참조.

게 될 것이며 인간의 지능을 초월하는 ‘초지능 AI’시대가 도래할 것으로 의견도 있다.³⁰⁾

또한 생성형 AI는 검색, 응용프로그램, 앱서비스와 결합하여 새로운 기술과 서비스를 만들고 있고, 특히, 챗GPT는 플러그인을 통해 외부 앱 서비스까지 연동하면서 전체 인터넷 생태계에 영향을 미치고 있다. 이제 챗GPT를 통해 원하는 답 외에도 관련된 쇼핑, 호텔 예약 등 다른 앱 서비스를 받을 수 있다. 애플, 구글의 모바일 iOS, 안드로이드 앱 생태계가 생성형 AI 앱 생태계로 변화할 가능성을 보여주고 있는 것이다. 또한 오픈AI에 시작된 생성형 AI 개발은 마이크로소프트, 구글, 메타, 아마존, 애플까지 뛰어들면서 글로벌 빅테크 간 핵심 경쟁 요소가 되고 있다. 장소적으로 보면 생성형 AI는 미국 빅테크의 독무대이지만, 한국도 중국, 이스라엘과 함께 4대 생성형 AI 강국의 반열에 올라있다.

또한 생성형 AI의 기술의 발전 방향이나 영향에 대한 예측이 어려워 규제를 하기 어렵지만, 그렇다고 위험성을 고려하면 전혀 규제를 하지 않는 선택도 어렵다. 또한 생성형 AI 기술의 사회적 영향을 고려하면 전문가 이외에도 다양한 이해관계자와 일반 국민들의 참여도 보장될 필요가 있다.

IV. 생성형 AI의 규제원칙

1. 생성형 AI 규제 현황

가장 앞서가고 있는 곳은 유럽(EU)이다. 2021년 4월 EU 집행위원회에서 AI 법안의 초안을 발표하였고, 2022년 12월에는 각료 이사회에서 수정안을 발표하였으며, 지난 5월에는 의회가 수정안을 발표하였다. 수정안에는 GPT로 대표되는 파운데이션 모델(foundation model)에 대한 규제가 추가되었다. 수정안에 따르면 파운데이션 모델은 대규모 데이터에 의해 학습되고,

30) OpenAI, Governance of superintelligence(<https://openai.com/blog/governance-of-superintelligence>, 2023.7.5. 접속).

출력의 범용성을 고려하여 설계되었으며, 다양한 작업에 적용될 수 있는 AI 모델로 정의된다.³¹⁾ 파운데이션 모델 공급자는 모델의 위험관리, 신뢰성 관리를 위한 검증, 자신의 모델을 공급받아 활용하는 하위 사업자의 서비스 내용까지 고려한 모델에 대한 기술문서와 지침의 작성, 제공 등의 의무가 부과된다. 특히, 생성형 AI 파운데이션 모델 공급자는 이용자에게 AI 시스템 활용 사실을 알려야 하고(disclosing that the content was generated by AI), 위법한 콘텐츠 생성을 방지할 수 있도록 모델을 설계·개발해야 하며 (designing the model to prevent it from generating illegal content,), 또한 저작권에 의해 보호되는 학습데이터를 이용할 경우 이에 대한 정보를 문서화하여 공개(publishing summaries of copyrighted data used for training)하도록 하고 있다.³²⁾

미국 의회는 2022년 2월 ‘알고리즘 책임법안(Algorithmic Accountability Act of 2022)’을 발의했다. 그 내용은 자동화된 의사결정 시스템에 대한 투명성과 책임성을 확보하기 위해 기업이 이용자와 규제기관에 ‘자동화된 의사결정 프로세스’가 어떻게 활용되는지를 인식할 수 있도록 관련 정보를 제공하도록 하고, 기업이 의사결정의 영향평가를 지속적으로 수행하도록 하는 것이다.³³⁾

한국은 지난 2월 14일 국회 과학기술정보방송통신위원회의 법안소위에 서 ‘인공지능산업 육성 및 신뢰 기반 조성에 관한 법률안’을 통과시켰다. 법안은 인간의 생명과 안전 및 기본권의 보호에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 영역에서 활용되는 부분을 ‘고위험 영역 인공지능’으로 정하고, 인공지

31) Percy Liang, On the Opportunities and Risks of Foundation Models, Center for Research on Foundation Models (CRFM), Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence (HAI), Stanford University(<https://arxiv.org/pdf/2108.07258.pdf>).

32) Tambiama Madiega; Graphic: Samy Chahri Members' Research Service, EU Artificial intelligence act, BRIEFING EU Legislation in Progress, PE 698.792 - June 2023.

33) Algorithmic Accountability Act of 2022(<https://www.wyden.senate.gov/imo/media/doc/2022-02-03%20Algorithmic%20Accountability%20Act%20of%202022%20One-pager.pdf>).

능 사업자에게 이용자에 대한 고위험 영역 인공지능 사용 사실의 고지의무, 신뢰성 확보조치, 인공지능 도출 최종 결과 등에 대한 설명의무를 부여하고 있다. 다만, 법안은 누구든지 인공지능기술과 알고리즘의 연구·개발 및 인공지능제품 또는 인공지능서비스의 출시 등과 관련한 행위를 할 수 있도록 보장하는 것을 원칙으로 함으로써, 우선 허용, 사후 규제라는 네거티브 규제원칙을 선언하고 있다.³⁴⁾

2. 원칙중심 규제

생성형 AI의 첫 번째 규제방식이 원칙중심의 규제(Principle-based Regulation)이다. 이는 상세하고 규범적인 규칙에 의존하는 것이 아니라 보다 상위 수준에서 광범위한 규칙이나 기준을 통해 규제하는 방식이다.³⁵⁾ 특정한 행위에 대한 허용 여부나 제재 여부를 규칙을 통해 확정적으로 정하는 것이 아니라, 일반적이고 추상적인 원칙을 제시하고, 그 원칙의 범위 안에서 유연한 행위 규제를 하는 방식이다.³⁶⁾ 원칙중심 규제는 영국에서 금융규제의 방식으로 처음으로 시행되었는데 이는 핀테크 등 새로운 기술발전에 고도로 민감성을 가지면서도 복잡한 구조를 가진 금융업에서 탄력적 규제대응이 필요했기 때문이다.³⁷⁾ 원칙중심 규제는 신기술의 발전과 같이 빠르게 변하는 외부 상황에 대응해 규제 공백 내지는 규제 지체를 방지할 수 있다는 장점이 있으나, 구체적인 사안에 대한 예측 가능성이 떨어져 법적 안정성을 저해할 수 있고, 규제의 집행과 관련하여 공정성이나 투명성 차원에서 문제가 생길 수 있다.³⁸⁾ 한편 원칙중심의 규제 방식을 운용하려면 수범자의

34) 윤두현 의원 대표발의, 인공지능산업 육성 및 신뢰 확보에 관한 법률안, 의안번호 18726, 2022.12.7

35) JULIA BLACK, MARTYN HOPPER and CHRISTA BAND, Making a success of Principles-based regulation, 「Law and Financial Markets Review」, May 2007. pp. 191-192.

36) 김태오, 앞의 글, 154면-155면.

37) 최승필, 기술발전에 따른 규제방식 전환과 그 법적 쟁점, 「公法學研究」 第24卷 第2號, 2023.5, 228면-230면.

38) 유제민, 레그테크(RegTech)의 도입과 규제법학의 과제, 「경제규제와 법(Journal of

규제준수 의지가 매우 중요하므로 이를 지원하기 위한 인센티브도 필요한데, 규제 운영 방식으로서 공적 주체가 원칙을 제시하고 그 이행 방식을 시장 행위자의 자율에 맡긴다면 이는 사실상 자율규제의 다른 표현이 될 수도 있다.³⁹⁾

이와 달리 ‘규정 중심 규제(rule-based regulation)’는 규제의 내용을 구체적이고 상세하게 법령으로 정하는 것인데, 사업자의 예측가능성이나 책임소재를 높이는 장점이 있으나, 기술발전에 대응한 시의적절한 규제가 어려운 문제가 있다. 생성형 AI의 기술 발전 속도를 법제가 시의에 맞게 대응하는 것은 어렵고, 그렇다고 사전에 기술, 서비스 발전을 예측해서 규제를 설계하는 것도 어렵다는 점에서 생성형 AI 분야에서 원칙중심 규제는 유효하다.

다만, 현실적으로 규제가 시도되면 원칙중심 규제보다는 규정중심 규제로 갈 가능성이 많다. 대부분의 경우 원칙중심 규제는 규제의 예측불가능성이라는 문제를 지니게 되고 이에 따라 수범자는 보다 상세한 규제 내용을 요구하며, 이에 따라 가이드라인 형태의 규정이 등장하게 된다. 가이드라인은 법적 구속력이 없는 것이 원칙이며, 기업의 법적 불확실성을 해소하고 정부의 적정한 재량행사도 보장할 수 있는 장점이 있다. 다만, 일정한 법적 행위에 대한 사실상의 세부적인 평가기준으로 역할을 하면서 실질적으로 법적 구속력을 지니는 경우가 많다. 이처럼 가이드라인의 사실상 법적 강제력이 피할 수 없는 현상이라면 다음 중요한 것은 가이드라인에 대한 통제이다. 가이드라인의 내용이 법령에 위반되는지 여부, 기업에게 과도한 부담을 주는지 여부 등에 대한 심사가 필요하다.

자율규제도 정부가 규제의 대강을 정하면 세부적인 지침은 사업자 스스로 정한다는 점에서 원칙중심 규제의 일환이 될 수 있는데, EU를 제외한 미국, 한국은 자율규제의 흐름을 보여주고 있다. 최근 미국의 구글, 메타, 오픈AI를 비롯한 7개 생성형 AI 업체들이 백악관 주도 모임에 참여해 인공지능 기술로 작성한 콘텐츠에는 워터마크를 넣고 보안기술 개발에도 투자하

Law & Economic Regulation)」 제12권 제1호, 2019, 21쪽 이하.

39) 선지원, 규제 방법의 진화로서 자율규제의 실질화를 위한 연구, 사단법인 행정법이론 실무학회, 「행정법연구」 제64호 2021년 3월, 105면-106면.

는 등 이용자 안전 조치를 취하기로 합의했다.⁴⁰⁾ 한국의 경우에도 플랫폼 자율기구가 구성, 운영되고 있으며 지난 5월 자율기구 내 데이터, AI 분과는 인터넷 검색 또는 추천 서비스에서 노출되는 콘텐츠 및 순서 결정 기준에 대한 정보(주요 변수)를 자율적으로 공개하는 것을 내용으로 하는 ‘플랫폼 검색·추천서비스 투명성 제고를 위한 자율규제 원칙’을 발표했다.⁴¹⁾

3. 사전규제와 사후규제

사전규제는 불법 행위가 발생하기 전에 위험방지를 위한 적법 행위의 요건을 세밀하게 정해두는 것이고, 사후규제는 위험이 발생한 경우 이를 제거하기 위한 조치를 취하는 것이다. 한국의 인공지능법안이 취하고 있는 네거티브 규제(negative regulation)도 사후규제 원칙의 한 모습이다. 동법안 제11조 제1항은 우선허용·사후규제 원칙을 명시하고 있다. 즉, 국가와 지방자치단체는 인공지능기술의 연구·개발 및 인공지능제품 또는 인공지능서비스의 출시를 허용하는 것을 원칙으로 한다. 다만, 인공지능기술, 인공지능제품 또는 인공지능서비스가 국민의 생명·안전·권익에 위해가 되거나 공공의 안전 보장, 질서 유지 및 복리 증진을 현저히 저해하는 경우에는 이를 제한할 수 있다고 규정하고 있다.

이처럼 네거티브 규제는 명시적으로 금지되지 않는 한 모든 것이 허용된다고 보는 규제방식으로, 명시적으로 규정된 것에 한해서만 허용하는 포지티브 규제의 반대 개념이다. 급속하게 발전하는 생성형 AI 기술에 대해서는 규제를 위한 미래 정보 자체가 부족하기 때문에 사전 규제가 어려우며, 사전 규제를 하기 위한 복잡하고 긴 공식절차를 거치다 보면 규제의 타이밍

40) The Wall Street Journal, White House Says Amazon, Google, Meta, Microsoft Agree to AI Safeguards Tech companies adopt voluntary guidelines, such as watermarking artificial content, July 21, 2023(https://www.wsj.com/articles/white-house-says-amazon-google-meta-microsoft-agree-to-ai-safeguards-eabe3680?mod=Searchresults_pos1&page=1, 2023.7.20. 접속).

41) 과학기술정보통신부 보도자료, 플랫폼 자율기구 자율규제 방안 발표회 개최, 2023.5.11.

을 놓칠 우려가 있다.⁴²⁾ 또한 과도한 사전규제는 AI 상품과 서비스의 시장 출시를 저해할 우려가 있다는 점에서 이 분야에서 사후 규제는 유용한 접근이다.

다만, 유발 하라리(Yuval Noah Harari) 교수는 의약품에 대해 사전 위험성을 평가 후 시장에 출시하고 있는 것과 같이 AI 제품도 사전 적합성 평가를 할 필요가 있다고 주장하고 있다.⁴³⁾ 다만, 이는 모든 생성형 AI에 적용되기 보다는 고위험성이 있는 AI에게만 적용되는 것이 타당하다. 이런 이유로 고위험의 범위를 합리적으로 정하는 것이 매우 중요한 작업이라고 할 것이다.

4. 국내적 규제와 국제적 규제

규제란 원칙적으로 주권국가가 독립적으로 제정, 집행하는 것이 원칙이지만, AI를 비롯한 디지털 분야는 초국경성을 특징으로 하기 때문에 국제적 규제가 중요하지 않을 수 없다. 윤석열 대통령은 지난 6월 23일 프랑스 파리에서 챗GPT 등 기술이 고도화하는 시대에 AI를 포함한 디지털 질서 규범 제정을 위한 국제기구 설치를 제안했다.

개리 마르쿠스(Gary Marcus) 뉴욕대 교수도 중립적인 비영리 국제기구로서 IAAI(International Agency for AI) 설치를 제안했다. 그는 유사 모델로서 81개 국가로 구성되어 검사권을 가진 국제원자력기구(International Atomic Energy Agency)와 각국이 독립적인 법을 집행하되 기구로부터 조언을 듣는 국제민간항공기구(International Civil Aviation Organization)를 제시했다.⁴⁴⁾

42) Matthew U. Scherer, Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies, 「Harvard Journal of Law & Technology」, 29 Harv. J. L. & Tech. 353 (2016), pp. 387-388.

43) The economist, Yuval Noah Harari argues that AI has hacked the operating system of human civilisation, Apr 28th 2023(<https://www.economist.com/by-invitation/2023/04/28/yuval-noah-harari-argues-that-ai-has-hacked-the-operating-system-of-human-civilisation>, 2023.7.30. 접속).

다만, 국제기구의 필요성은 인정되지만, 각국의 AI 기술과 서비스의 발전 상황이 다르다는 점에서 국제적으로 동일한 규제를 강제하는 것은 오히려 역차별이 될 수 있다. 가장 앞서가는 생성형 AI 모델인 챗GPT 개발사인 오픈AI의 샘 알트만 대표가 규제 필요성을 역설하는 것이 신규 진입자의 ‘사다리 건너차기’라는 비판을 새겨들을 필요가 있다. 따라서 각국의 상황과 특성을 고려한 유연한 규제가 필요하다. 한국 개인정보위원회 주최 국제컨퍼런스에서 아누팜 찬더(Anupam Chander) 미국 조지타운법대 교수는 국가별로 AI 규제 파편화가 불가피하다면서, 이에 대한 해결책으로 개인정보 국외 이전에 대한 국가 간 적정성 결정과 같이 핵심원칙에 대한 합의를 기반으로 상호호환성을 갖도록 제안했다.⁴⁵⁾

예를 들어 원칙적으로 글로벌 플랫폼 기업은 서비스 대상 국가별로 요구되는 프라이버시 규제를 준수하여야 한다. 그렇다면 이런 컴플라이언스의 의무는 규범의 파편화 현상으로 봐야 하는 것인지 아니면 국가의 데이터, AI 주권 차원으로 봐야 할 것인지 문제가 될 수 있다. 국가 이익 관점에서 보면 양자는 매우 상대적 개념이다. 디지털 선진국 입장에서는 후진국의 데이터 규제가 규범의 파편화로 인식될 수 있음에 비해, 후진국 입장에서는 데이터 주권의 문제로 인식된다. 미국에 소재한 오픈AI 입장에서 보면 EU, 한국 등의 상대적으로 강력한 프라이버시 규제는 생성형 AI 서비스 제공에 큰 장벽이 된다. 이미 글로벌 기업인 한국의 현대자동차가 자율주행을 위해 데이터를 처리하는 경우나 삼성전자가 디지털 기기를 판매하면서 개인정보를 처리하는 경우 각국의 다양한 데이터 규제는 장벽이 된다.

개방과 혁신을 통해 성장한 한국 입장에서 디지털 규범은 산업의 경쟁력을 결정짓는 중요한 어젠다이다. 글로벌 디지털 규범 정립에 한국의 이익을 적극적으로 반영하고, 디지털 규범 논의와 연계해 국내 제도개선에도 노

44) The economist, The world needs an international agency for artificial intelligence, say two AI experts, Apr 18th 2023(<https://www.economist.com/by-invitation/2023/04/18/the-world-needs-an-international-agency-for-artificial-intelligence-say-two-ai-experts>, 2023.8.1. 접속).

45) 개인정보보호위원회 보도자료, 개인정보위·디지털플랫폼정부위, ‘AI와 데이터 프라이버시 국제 컨퍼런스’ 개최, 2023.6.22.

력해야 할 것이다. 특히, 한국의 경우 글로벌 진출을 원하는 플랫폼, 데이터 기업들이 국내 규제로 인해 글로벌 사업자와 국내 사업자 간 차별이 생기지 않도록 국내 규제를 개선하여 국내 사업자의 해외 진출을 촉진할 수 있도록 해야 할 것이다. 결론적으로 미국과 중국이 AI 산업 패권을 두고 경쟁을 벌이고 있고, EU는 미국 빅테크 규제를 위해 인공지능법을 도입하는 상황에서 한국이 국내 규제도입을 서둘러야 할 필요는 없다.

5. 전문적, 참여적 규제

생성형 AI는 텍스트 프롬프트를 기반으로 새로운 콘텐츠를 생성하는 AI로 진화하면서 산업과 사회는 물론 우리 삶에 미치는 영향은 매우 클 것으로 예상된다. 긍정적으로 보면 인간의 노동력을 완벽하게 보완하며, 우리 삶이 더 생산적이고 창의적일 수 있도록 하지만, 부정적인 측면으로는 우리 세상에의 산재하는 편견을 증폭시키거나, 정보에 대한 신뢰를 떨어뜨릴 수 있다.⁴⁶⁾

이런 이유로 생성형 AI가 가져올 긍정적 영향을 모든 사회 구성원이 골고루 누리도록 함과 동시에 일자리 대체, 저작권과 개인정보 이슈, 허위 정보의 문제, 차별 등과 같은 문제를 해소할 수 있는 대안을 마련함에서 전문가와 다수 국민의 참여가 보장될 필요가 있다. 문제를 진단, 분석하고 대안을 제시하는 역할은 전문가들이 수행하고 기업과 일반 국민은 대안 모색 과정에서 충분한 의견을 제시할 수 있어야 할 것이다. 현행 과학기술기본법은 ‘기술영향평가’제도를 도입하고 있는데, 이의 절차에는 전문가가 대상기술을 선정, 평가하고 정책적 고려사항을 제안하면, 대상기술 별 시민포럼과 온라인 의견창구를 통해 국민들의 의견을 청취하도록 하고 있다. 2015년에는 유전자 가위기술과 인공지능기술에 대한 영향평가를 실시하였다.⁴⁷⁾

46) Generative AI: Perspectives from Stanford HAI, How do you think generative AI will affect your field and society going forward?, March 2023, p. 3.

47) 임성민, 2015년 기술영향평가-인공지능기술, 미래창조과학부, 한국과학기술기획평가원, 2016.1.

국회에서 논의중인 인공지능법에는 국가인공지능위원회를 구성하되 절반 이상을 민간위원으로 하고 있고 민간위원은 인공지능 등에 관한 전문지식과 경험이 풍부한 사람 중 대통령이 위촉하는 사람으로 하고 있으며, 별도의 전문위원회도 구성함으로써 전문가의 참여는 보장하고 있다. 다만, 일반 국민의 참여적 거버넌스는 부족한 측면이 있으므로 이를 보완할 필요가 있다.

6. 비례적 규제(위험기반 접근)

끝으로 위 규제원칙들을 포괄하는 가장 중심적인 규제원칙은 “비례적 규제”이다. 이는 AI 기술, 서비스로 인한 편익을 훼손하지 않는 한도 내에서 적절한 위험관리가 이루어져야 한다는 것이다. 한국 헌법 제37조제 2항에서는 “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.”라고 규정하여 비례원칙을 천명하고 있다. 또한 행정기본법 제10조도 행정작용은 1. 행정목적 달성하는 데 유효하고 적절할 것, 2. 행정목적 달성하는 데 필요한 최소한도에 그칠 것, 3. 행정작용으로 인한 국민의 이익 침해가 그 행정작용이 의도하는 공익보다 크지 아니할 것이라고 규정해서 비례적 규제원칙을 명문화하고 있다. 이처럼 비례원칙은 모든 국가적 행동의 지배적인 지도 원칙으로서 행정의 모든 영역에 타당한 일반원칙이라고 할 수 있다.⁴⁸⁾

위험기반 접근(risk-based approach)도 이런 비례적 규제의 한 형태라고 할 수 있다. 위험기반 접근을 대표적으로 채택하고 있는 것이 EU의 인공지능법이다. 즉, AI 시스템에 대한 의무는 시스템이 제기하는 위험 수준에 비례하는데, 네 가지 수준의 위험을 설명한다. 첫째, 저위험 시스템(Low-risk systems), 둘째, 제한적이거나 최소한의 위험 시스템(Limited or minimal risk systems), 셋째, 고위험 시스템(High-risk systems)인데, 이는 사용자

48) 김태호, 행정법상 비례의 원칙 — 대법원 판례를 중심으로 —, 「公法研究」 第37輯 第4號, 한국공법학회, 2009.6, 89면- 116면, 참조.

의 삶의 기회에 중대한 영향을 미칠 수 있는 시스템으로 이러한 시스템에는 엄격한 의무가 적용되며 EU 시장에 출시되기 전에 적합성 평가(conformity assessments)를 거쳐야 한다. 넷째, 허용할 수 없는 위험이 있는 시스템(Systems with unacceptable risk)인데, 이는 EU 시장에서 판매될 수 없다.⁴⁹⁾

EU 인공지능법이 위험 기반 접근을 채택하고 있는 것은 우선 AI 시스템이 너무 광범위하게 규정되어 있기 때문에,⁵⁰⁾ 문제가 없는 AI를 규제 대상에서 제외함으로써 전면적 AI 규제(blanket regulation of all AI systems)로 생길 수 있는 혁신 저해를 방지할 필요가 있기 때문이다.⁵¹⁾ 또한 혁신과 위험을 비교형량하여 혁신의 이익을 실험적으로 검증하는 규제샌드박스(regulatory sandbox)와 같은 잠정적인 규제체계의 도입도 생성형 AI에서는 유용한데, 이미 EU의 인공지능법은 혁신을 지원하기 위한 조치로서 규제샌드박스를 도입하고 있다.⁵²⁾

한국의 인공지능법은 사람의 생명, 신체의 안전 및 기본권의 보호에 중대한 영향을 미칠 우려가 있는 인공지능을 고위험 영역에서 활용되는 인공지능으로 규정하고 이에 대해서는 이용자에 대한 사전고지 등을 규정하고

49) European Commission, The EU AI Act's Risk-Based Approach: High-Risk Systems and What They Mean for Users(<https://futurium.ec.europa.eu/en/european-ai-alliance/document/eu-ai-acts-risk-based-approach-high-risk-systems-and-what-they-mean-users>).

50) 2023년 5월 채택된 EU 의회안에 따르면 AI 시스템은 명시적 또는 묵시적 목표를 위해 물리적 또는 가상 환경에 영향을 미치는 예측, 권고, 결정과 같은 출력을 생성할 수 있는 다양한 수준의 자율성으로 작동하도록 설계된 기계 기반(Machine-based) 시스템이다(Artificial intelligence system(AI system) means a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that can, for explicit or implicit objectives, generate output such as predictions, recommendations, or decisions influencing physical or virtual environments).

51) TOBIAS MAHLER, UNIVERSITY OF OSLO, Between risk management and proportionality: The risk-based approach in the EU's Artificial Intelligence Act Proposal pp. 265-266(Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=4001444>).

52) EU AI act, MEASURES IN SUPPORT OF INNOVATION, Article 53, AI regulatory sandboxes

있다. EU 인공지능법과 달리 고위험 AI에 대해서만 규정함으로써 혁신과 규제를 균형적으로 고려한 것으로 평가할 수 있다.

V. 결 론

챗GPT는 자연어 생성 모델로 주어진 텍스트의 다음 단어를 예측하는 학습을 하며, 이를 통해 사람이 쓴 것과 같은 의미 있는 텍스트를 생성한다. 점점 인간의 능력에 맞먹는 실력을 보여주고 있어 경이롭지만 몇 가지 우려되는 점도 있다.

첫째, 챗GPT에 과도하게 의존하는 경우 인간의 창의성과 학습능력이 저하될 가능성이 있으며, 표절이나 대필 등 저작권 침해, 기술 발달에 따른 교육 격차, 학습능력 저하의 문제가 발생할 가능성이 있다. 둘째, 전문직의 일자리를 대체할 가능성이다. 챗GPT의 발전에 따라 인간은 논문 작성, 프로그래밍, 번역 교정, 콘텐츠 제작 등 지식 노동을 위한 시간과 비용을 획기적으로 절감하게 될 것이다. 셋째, 챗GPT가 얼마나 공정하고 정확한 답변을 하고 있는지에 관한 것이다. 2021년 이전의 데이터로 학습하여 2022년 이후 일어난 사건에 대해서는 답변이 부정확하며, 대규모 학습 데이터를 기반으로 답변을 하기 때문에 잘못된 정보나 편향된 콘텐츠를 생성할 가능성도 있다.

이제 우리에게 남은 과제는 이런 우려를 해소하고 인간에게 유용한 AI가 되도록 하는 방안을 강구하는 것이다. 그 방안으로는 우선 법적 구속력이 없는 연성규제(soft law)를 고려할 수 있다. 기업 자율적으로 AI가 작동하도록 하는 규칙인 알고리즘을 투명하고 공정하게 설계하도록 하는 것이다. 투명성이 절차적인 것이라면 공정성이 실체에 관한 것이며, 투명성이 적극적으로 알고리즘의 주요 기준을 공개하고 검증을 받도록 하는 것이라면 공정성은 편향성을 제거하자는 소극적 의미이다. 또한 AI 윤리 교육의 강화도 필요하다. AI 개발자는 물론 제조자, 운용자, 이용자 모두 AI를 인간에게 유용하게 활용하려는 윤리의식을 가져야 한다.

다음은 본고에서 논의한 경성규제(hard law), 즉 법적 구속력이 있는 규제를 도입하는 것이다.⁵³⁾ 다만, 경성규제를 도입하는 경우에도 생성형 AI에 대해서는 원칙중심 규제, 네거티브 규제, 국내규제와 국제규제의 조화, 위험기반 규제 등을 고려하며, 결론적으로 위험에 상응하는 규제의 도입으로 생성형 AI기술의 혁신을 저해하지 않는 범위에서 위험관리가 이루어지는 비례적 규제 원칙을 중요하게 고려해야 할 것이다.

생성형 인공지능(AI) 규제원칙에 관한 연구 - 이 성 엽	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2023.08.15.	2023.08.25.	2023.09.18.

53) Wojtek BUCZYNSKI, Felix STEFFEK, Fabio CUZZOLIN, Mateja JAMNIK, Barbara SAHAKIAN, Hard Law and Soft Law Regulations of Artificial Intelligence in Investment Management, 「Cambridge Yearbook of European Legal Studies」, 24 (2022), pp. 262 - 293에서 AI 관련 경성규제, 연성규제에 대한 사례에 대한 상세한 설명을 참조할 수 있음.

[참고문헌]

[국내 문헌]

- 김태오, 제4차 산업혁명의 견인을 위한 규제패러다임 모색: 한국의 규제패러다임을 중심으로, 「경제규제와 법(Journal of Law & Economic Regulation)」, 제10권 제2호 (통권 제20호), 2017. 11.
- 김태원, ChatGPT는 혁신의 도구가 될 수 있을까?: ChatGPT 활용 사례 및 전망, 「THE AI REPORT」 2023-1, NIA AI Future Strategy Center, 2023. 1.
- 김태호, 행정법상 비례의 원칙 — 대법원 판례를 중심으로 —, 「公法研究」 第37輯 第4號, 한국공법학회, 2009.6.
- 안성원 외 4인, 초거대언어모델의 부상과 주요 이슈 - 챗GPT의 기술적 특성과 사회적, 산업적 시사점, 「ISSUE REPOPT IS-158」, SPRi, 소프트웨어정책연구소, 2023.2.27.
- 선지원, 규제 방법의 진화로서 자율규제의 실질화를 위한 연구, 사단법인 행정법이론실무학회, 「행정법연구」 제64호 2021년 3월.
- 유제민, 레그테크(RegTech)의 도입과 규제법학의 과제, 「경제규제와 법(Journal of Law & Economic Regulation)」 제12권 제1호, 2019.
- 윤혜선, 신흥기술(emerging technologies)의 규제에 대한 몇 가지 고찰, 「경제규제와 법(Journal of Law & Economic Regulation)」, 제10권 제1호 (통권 제19호), 2017. 5.
- 윤혜선, 신흥기술 규제(emerging technologies regulation)' 연구방법론 개발을 위한 기초 연구 - 기술규제 시 고려요소를 중심으로, 사단법인 행정법이론실무학회, 「행정법연구」 제49호. 2017년 6월.
- 이광호, “기술규제, 사례와 정책적 시사점”, 「경제규제와 법(Journal of Law & Economic Regulation)」 제9권 제2호, 2016. 11.
- 이성엽, 공유경제(Sharing economy)에 대한 정부규제의 필요성 - 차량 및 숙박 공유를 중심으로 - 공유경제에 대한 정부규제의 필요성, 「행정법연구 제44호」, 행정법이론실무학회, 2016. 2.
- 이원우, 혁신과 규제 : 상호 갈등관계의 법적 구조와 갈등해소를 위한 법리와 법적 수단, 「경제규제와 법(Journal of Law & Economic Regulation)」 제9권 제2호 (통권 제18호), 2016.11.
- 이원우, 신용합산업 활성화를 위한 규제개혁입법의 현황과 과제, 「경제규제와 법(Journal of Law & Economic Regulation)」 제12권 제2호 (통권 제24호). 2019. 11.
- 임성민, 2015년 기술영향평가-인공지능기술, 미래창조과학부, 한국과학기술기획평가원, 2016.1.
- 임효주, 초거대 AI의 발전 양상과 향후 과제, 「ICT SPOT ISSUE」, IITP 정보통신기획평가원, 2022. 12. 27.
- 최승필, 기술발전에 따른 규제방식 전환과 그 법적 쟁점, 「公法學研」, 第24卷 第2號, 2023.5.

[외국 문헌]

- Camille Bello, ChatGPT: AI will shape the world on a scale not seen since the iPhone revolution, says OpenAI boss.

- David Collingridge, *THE SOCIAL CONTROL OF TECHNOLOGY* (London: Frances Printer; 1980).
- Generative AI: Perspectives from Stanford HAI, How do you think generative AI will affect your field and society going forward?, March 2023.
- Julia Black/Robert Baldwin, Really Responsive Risk-Based Regulation, 「Law and Policy」, vol. 32 (April 2010).
- Julia Black, Constitutionalising Self-Regulation, 「The Modern Law Review」 59 Mod. L. Rev. 24 (1996).
- JULIA BLACK, MARTYN HOPPER and CHRISTA BAND, Making a success of Principles-based regulation, 「Law and Financial Markets Review」, May 2007.
- Matthew U. Scherer, Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies, 「Harvard Journal of Law & Technology」, 29 Harv. J. L. & Tech. 353 (2016).
- OECD Regulatory Policy Outlook 2021, Risk-based regulation: Making sure that rules are science-based, targeted, effective and efficient.
- Percy Liang, On the Opportunities and Risks of Foundation Models, Center for Research on Foundation Models (CRFM), Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence (HAI), Stanford University(<https://arxiv.org/pdf/2108.07258.pdf>).
- Tambiana Madiega; Graphic: Samy Chahri Members' Research Service, EU Artificial intelligence act, BRIEFING EU Legislation in Progress, PE 698.792 - June 2023.
- Timothy F. Bresnahan, M. Trajtenberg, General purpose technologies 'Engines of growth'? 「Journal of Econometrics」, Volume 65, Issue 1, January 1995.
- Thomas Fetzer, Innovation and Regulation : Static Law in Dynamic Markets - How to Regulate the Unpredictable, 「Journal of Law & Economic Regulation」, Vol. 9. No. 2, 2016. 11.
- TOBIAS MAHLER, UNIVERSITY OF OSLO, Between risk management and proportionality: The risk-based approach in the EU's Artificial Intelligence Act Proposal
- Wojtek BUCZYNSKI, Felix STEFFEK, Fabio CUZZOLIN, Mateja JAMNIK, Barbara SAHAKIAN, Hard Law and Soft Law Regulations of Artificial Intelligence in Investment Management, 「Cambridge Yearbook of European Legal Studies」, 24 (2022).
- Yavar Bathae, THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE BLACK BOX AND THE FAILURE OF INTENT AND CAUSATION, 「Harvard Journal of Law & Technology」 Volume 31, Number 2 Spring 2018.
- YONG LIM, Shifting Winds, Changing Tides Emerging Issues for Market Competition in the Next Phase of AI Evolution, 5th AI Ethics & Law Forum Seminar, June 30, 2023.

【국문초록】

2015년 인공지능 알파고가 이세돌 9단에게 바둑에서 완승을 하면서 엄청난 반향을 일으킨 지 8년 만인 작년 11월에는 대화형 인공지능인 챗GPT가 등장하면서 또 한번 세계에 큰 충격을 주고 있다. 챗GPT의 등장과 함께 인류는 그동안 영화에서나 보던 로봇, 인공지능의 위험성이 현실화될 것으로 보고 AI에 대한 규제 논의를 본격화하고 있다.

생성형 AI 출시 이전에는 대체로 AI 윤리를 강화해야 한다는 의견이 지배적이었다. 이후 생성형 AI가 출시되고 이것이 게임체인저가 될 것이라는 전망이 우세해지면, EU, 미국, 한국 등 주요 국가가 생성형 AI에 대한 법적 규제 논의를 시작하고 있다. EU가 가장 먼저 입법화를 진행 중인 가운데 미국, 한국도 입법안을 마련하고 국회에서 논의가 진행 중이다. 그러나 법적 규제의 본격 도입 이전에 생성형 AI에 대한 특성을 이해하고 어떠한 원칙의 규제 방향을 설정한 것인가 중요하다.

일반적으로 신기술규제는 기술의 내용이나 특성, 규제의 시점과 지역, 규제에 따른 위험과 보상, 단계적 접근과 포괄적 접근, 전문적이면서 민주적 참여의 보장이라는 4가지 기준 내지 원칙을 도출할 수 있을 것이다.

생성형 AI는 제공된 데이터를 활용해 텍스트 뿐만 아니라 이미지, 음악, 심지어 컴퓨터 코드까지 독창적이고, 창의적인 콘텐츠를 생성할 수 있다는 점에서 엄청난 혁신의 잠재력을 지니고 있다. 생성형 AI의 기술의 발전 방향이나 영향에 대한 예측이 어려워 규제를 하기 어렵지만, 그렇다고 위험성을 고려하면 전혀 규제를 하지 않는 선택도 어렵다. 규제의 방향으로는 원칙 중심 규제, 네거티브 규제, 국내규제와 국제규제의 조화, 위험기반 규제 등을 고려한 비례적 규제 원칙을 중요하게 고려해야 할 것이다.

【Abstract】

The study of Generative AI regulatory principles

Seong-Yeob Lee

(Ph.D. in Law, Associate Professor of Graduate School of
Management of Technology, Korea University.)

In November of last year, 8 years after AI AlphaGo created a sensation by beating 9th dan Lee Se-dol completely at badulk in 2015, ChatGPT, an interactive artificial intelligence, appeared, shocking the world once again. With the advent of ChatGPT, humans are starting to discuss AI regulations in earnest, believing that the dangers of robots and artificial intelligence, which have only been seen in movies, will become a reality.

Prior to the release of generative AI, the prevailing opinion was that AI ethics should be strengthened. Afterwards, when generative AI is released and the prospect that it will be a game changer prevails, major countries such as the EU, the US, and Korea are starting legal discussions on generative AI. While the EU is in the process of legislating first, the US and Korea have also prepared legislative bills and are discussing them in the National Assembly. However, it is important to understand the characteristics of generative AI and set the direction of regulation before the full-scale introduction of legal regulations.

In general, new technology regulation can derive four standards or principles: content or characteristics of technology, timing and region of

regulation, risk and reward according to regulation, step-by-step and comprehensive approach, and guarantee of professional and democratic participation.

Generative AI has tremendous potential for innovation in that it can generate original and creative content, not only text, but also images, music, and even computer code, using provided data. It is difficult to regulate because it is difficult to predict the development direction or impact of generative AI technology, but considering the risks, it is also difficult to choose not to regulate at all. In the direction of regulation, it is important to consider the principle of proportional regulation considering principle-based regulation, negative regulation, harmonization of domestic and international regulation, and risk-based regulation.

주제어(Keyword) : 생성형 AI 규제(Generative AI regulation), 신기술규제(New technology regulation), 원칙중심규제(principle-based regulation), 네거티브 규제(negative regulation), 위험기반규제(risk-based regulation), 국내규제와 국제규제의 조화(harmonization of domestic and international regulation)

P2E 게임산업의 규제개선에 관한 연구

- 위메이드의 '위믹스 사태'를 중심으로 -

원 지 호* · 박 선 종**

▶ 목 차 ◀

I. 서 론	2. 기존 규제의 한계
II. P2E 게임의 개념 및 특징	(1) 게임산업법의 형해화 우려
III. P2E 게임 규제의 현황	(2) 자율규제의 법적근거 및 실효성 미비
1. 게임산업법 및 게임물관리위 원회 규제	(3) 회사의 가치평가 문제
2. 가상자산 규제	(4) 소결 - 기존 규제의 한계 와 새로운 규제 방식의 필요성
(1) 자본시장법의 적용	V. 실효적 규제방식의 검토
(2) 자율규제	1. 실효적 규제의 요건
(3) 특정금융정보법 및 소득세 법의 적용	(1) 규제시차의 문제 해소
(4) 디지털자산기본법 제정 시도	(2) 자발성의 문제 해소
IV. 위메이드의 '위믹스 사태'와 기 존 규제의 한계	2. 실효적 규제방식의 제언 : 게임 금융자율심의기구
1. 사안의 개요	VI. 결 론

* 주저자 : 서울대 경제학사, 고려대 법전원 석사과정생.

** 교신저자 : 숭실대 법학과 교수(금융법).

I. 서론

1998년 9월, (주)엔씨소프트의 대규모 다중 사용자 온라인 롤플레이팅 게임(Massively Multiplayer Online Role-Playing Game, MMORPG) 리니지가 출시된 이후 게임의 이용자가 게임에서 재화를 획득하고 이를 거래해서 수입을 올리려는 시도가 사실상 일반화 되었다. 그러나 게임에서 재화를 획득하고 이를 거래해서 수입을 올리려는 시도에 대한 인식은 여전히 부정적이다. 예컨대, 최근 사용되고 있는 ‘쌀떡충’이라는 조어는 이러한 경향성을 대표적으로 보여주는 조어로, 쌀을 사먹기 위해 게임을 플레이한다는 의미의 ‘쌀떡’에 사람을 비하하여 이르는 말인 충(蟲)이 결합하여 게임 내의 재화를 현실 거래를 통해 현금으로 환전하여 생계를 유지하는 게이머를 비하적으로 통칭하는 방식으로 사용된다.¹⁾

이러한 대립 구조는 P2E(Play to Earn) 게임의 등장으로 국면 전환을 맞이하고 있다. 가상자산과 관련된 산업들이 발전하면서 블록체인 기술 등 신기술이 발전하고 메타버스와 같은 플랫폼에 관한 논의가 나타나기 시작함에 따라, 게임업계 또한 이를 수용하여 새로운 게임의 형태인 ‘P2E’를 구성하기 시작했다. P2E 게임은 기본적으로 게임 플레이를 통해서 유저들이 재화를 획득하고 이를 거래하여 수입을 올리는 구조를 가지고 있다는 점에서 게임 활동에서의 영리성과 관련된 기존의 대립 구조는 여전히 유효하다.

그러나 블록체인 게임 및 메타버스 프로젝트에 대한 경제적 전망²⁾이 고조되면서 부정적인 인식이 주류를 차지했던 기존의 구도에 변화가 보인

1) 정해상, “P2E 게임 서비스에 대한 법정책의 문제점과 대안”, 『인권과 정의』 통권 508호, 2022, 36면. 해당 연구는 게임에서 수입을 올리려는 시도에 대한 부정적 인식이 ‘게임행위는 영리활동이 될 수 없다’는 규범의식에 기한다고 판단한다. 한편 ‘게임행위는 영리활동이 될 수 없다’라는 규범의식은 ‘게임과 이용에 대한 전통적인 도덕적 규범의식’일 뿐이고 자유주의 사회에서 법의지로 실현될 규범의식은 아니라는 점에서 그 정당성에 의문이 있음을 지적한다.

2) Sara Gherghelas, State of Blockchain Gaming in Q1 2023, DappRadar·BGA, 2023.4.에 따르면 2023년 1분기 블록체인 게임 및 메타버스 프로젝트에 대한 투자액은 7억 3,900만 달러로 지난 분기보다 12.95% 증가했다. 그 액수나 성장세의 측면을 고려해볼 때 상당히 과도한 경제적 평가를 받고 있다.

다. 대표적인 사례가 정부의 게임산업에 대한 태도변화이다. 정부는 종래에 「게임산업진흥에 관한 법률」(이하 “게임산업법”)을 통해 게임에서 경품을 제공하는 등 사행성을 조장할 수 있는 행위에 대하여 엄격하게 제재를 가하는 입장을 고수하고 있었지만, 현재는 P2E 게임의 허용 여부에 대한 논의중이다. 실제로 2023년 4월 20일 국무조정실 산하 규제혁신추진단은 NFT 활용 P2E 게임 문제점 및 선결과제 과급효과에 대한 검토가 포함된 ‘게임산업 규제 개선 및 진흥 방안 연구’에 대한 용역을 발주했다.³⁾

한편, 2022년 11월 24일 시작된 게임사 위메이드의 가상화폐 위믹스(WEMIX)의 상장폐지와 관련된 일련의 사태들은 P2E 게임에 대한 사용자들의 의구심을 확대시켰다. 디지털자산 거래소 공동협의체(Digital Asset eXchange Alliance, 이하 “DAXA”)는 위메이드가 위믹스를 발행함에 있어서 거래소와 투자자에게 유통량 계획을 공시한 것보다 더욱 많은 양을 발행해서 유통했다는 이유로 상장폐지를 결의하였다. 그 결과 위메이드 및 그 계열사의 주가와 위믹스의 가격이 폭락하여 많은 피해자를 낳았으나⁴⁾ 이후 가상자산 거래소인 코인원에 재상장하고 다시금 위믹스 관련 사업에 박차를 가하는 등 혼란이 이어지고 있다.⁵⁾

이 글은 이러한 현황에 대한 문제의식에서 출발한다. 물론 P2E 게임에 대한 인식의 간극⁶⁾을 극복하는 것은 어렵고, 금융규제의 관점에서 P2E 게임에 접근하는 것은 게임과 블록체인 플랫폼, 금융산업의 특성이 혼재된 P2E 게임의 특성상 일정한 한계가 배제될 수는 없다. 그러나 탈중앙화 금융

3) 김한준, P2E 게임 규제 완화?...국무조정실, 과급효과 조사 착수(기사), ZDNet Korea, 2023.04.21. <<https://zdnet.co.kr/view/?no=20230421080946>>

4) 옥기원, 위믹스 상장폐지 못 막은 위메이드, 블록체인 사업 신뢰 추락(기사), 한겨레, 2022.12.08. <<https://www.hani.co.kr/arti/economy/it/1070786.html>>

5) 강한결, 위메이드 ‘위믹스’, 코인원 재상장...그룹주 일제히 급등(기사), ZDNet Korea, 2023.02.16. <<https://zdnet.co.kr/view/?no=20230216100726>>

6) 결국, P2E 게임에 대한 인식의 간극은 정해상(2022)에서 지적된 바와 같이 게임활동의 영리성에 대한 인식 차이로 귀결된다. 단, 이러한 갈등이 단순히 게임활동의 영리성을 강조하는 게임사와 이에 반대하는 게임사용자 간의 견해차라고 파악할 수는 없다. 이른바 ‘쌀떡’이라고 표현되는 게임을 통해서 수입을 얻는 행위를 긍정하고 이에 종사하는 사용자 집단이 존재할 뿐만 아니라, P2E 게임의 서비스를 꺼려하거나 반대하는 게임 개발사를 또한 존재하기 때문이다.

(Decentralized Finance, 이하 “DeFi”)의 발전으로 점차 블록체인 플랫폼, 그리고 그와 연결된 게임서비스에서 금융산업적인 면모가 강해지는 것은 주지의 사실이다. 그러므로 동 게임서비스에 대하여도 금융규제와 관련된 접근이 필요하다. P2E 게임의 현황이나 규제 방식들을 점검하고 금융 규제와 관련된 시각으로 검토하는 것은, ① 적절한 규제 방식에 대한 논의를 통하여 입법에 기여하고, ② 현재 P2E 게임에 대한 찬반양론에서 나타나는 인식의 간극을⁷⁾ 해소할 수 있는 단초를 제공할 수 있다.

이 글의 연구범위는 다음과 같다. 첫째, P2E 게임의 다양한 개념들을 검토한다. 둘째, P2E 게임과 관련하여 작용하고 있는 현행 법규나 규제들의 구조를 분석한다. 셋째, ‘위믹스 사태’의 전개에 대해서 살펴보고, 이 과정에서 드러난 현행 규제 구조의 한계점을 찾아본다. 마지막으로 이러한 분석들에 기초하여 기존 규제 방식의 한계를 보완할 수 있는 새로운 규제방식에 대해서 제언한다.

II. P2E 게임의 개념 및 특징

현재 P2E 게임에 대하여 확고한 학술적 개념 정리가 되어 있다고 보기는 어렵다. 왜냐하면, P2E 게임이라는 용어 자체의 연원이 불분명할 뿐만 아니라, 기본적으로 해당 게임들 서비스하고 있는 회사들이, 혹은 해당 게임들을 플레이하고 있는 사용자들이 이를 묘사하기 위해서 만들어진 것이므로, 학술적 용어라고 판단하기는 어렵기 때문이다.

실제로 P2E 게임과 관련하여 정부, 게임업체, 이용자 각 집단들이 파악하고 있는 정의가 다르다는 것을 지적하기도 하며 그로 인해 이에 대한 자금의 논의는 서로 다르게 생각하는 대상을 논의하는 것이기에 의미가 없고,

7) 후술하겠지만, 이에 대한 이해는 P2E 게임에 대한 규제의 실효성을 담보하기 위해 필요하다. P2E 게임의 구조상 게임 제공자와 사용자의 자발적 참여 없이 규제 당국의 정책 집행에 있어서의 실효성을 담보할 수 없기 때문이다. 즉, 인식의 간극을 이해하고 해소하기 위한 접근은 P2E 게임 규제의 목적이면서, 그 실효성을 위해 반드시 필요하다.

논란을 위한 논란을 낳을 뿐이라는 지적이 있다.⁸⁾

그러나 몇몇 선행 연구들은 P2E 게임에 대하여 다소간의 차이점이 존재하지만 공통점이 많은 개념 정의들을 제공하고 있다. 먼저, 게임이용의 결과물로서 환금성이 있는 가상화폐 및 NFT(Non-fungible token)가 이용자에게 귀속되고 게임 이용자가 이를 환전하여 수입을 얻을 수 있는 형태의 게임을 P2E 게임이라고 규정하는 견해가 있다.⁹⁾ 다음으로, 블록체인 플랫폼에 온보드된 게임서비스와 게임을 통해서 수익을 얻는 행위, 즉 P2E를 구별하는 견해가 있다.¹⁰⁾

이러한 선행 연구들이 P2E 게임의 정의에 있어 다소간의 차이를 보이고 있는 것은 사실이다. 그러나 모두 블록체인 플랫폼에 의한 게임서비스가

8) 이하은, [인터뷰] “장님 코끼리 만지기식 P2E게임, 개념부터 다시 세워야”(기사), 시사저널 e, 2023.02.27. <<http://www.sisajournal-e.com/news/articleView.html?idxno=296859>>를 참조. 정정원 대구가톨릭대 산학협력 교수를 인터뷰하였다.

9) 대표적으로 이도원, “P2E(Play to Earn) 시대 게임 아이템과 가상자산의 경계 - P2E 게임의 사행성을 중심으로-”, 『LAW & TECHNOLOGY』, 2022, 82면을 참조. 해당 연구는 블록체인 기술을 기반으로, 환금성이 있는 NFT(Non-fungible token) 또는 가상화폐가 게임이용의 결과물로서 이용자에게 귀속되는 형태의 게임을 P2E 게임이라고 규정한다. 즉, 이용자가 게임 중 획득하는 아이템이나 게임 캐릭터가 이용자 소유의 NFT로 발행되어 이용자가 이를 게임 내에서 판매함으로써 가상화폐를 획득하거나 게임 내에서 아이템 등을 구매하는 경제활동에 사용되는 게임머니가 가상화폐로 주어지고 이 가상화폐를 별도의 거래소를 통해 실물화폐로 환전함을 통해 수입을 얻는 구조를 가지는 형태의 게임이 P2E 게임이라는 것이다. 이정수, “메타버스와 금융법”. 『상사법연구』 제41권 제1호, pp. 51-101, 2022.는 이와 유사한 견해로 현재 게임상의 화폐를 FT(Fungible token)로 하는 것에 대해서는 소위 P2E와 관련한 논의가 진행되고 있다고 지적하면서 P2E는 ‘play to earn’의 약어로 게임을 통해 얻은 게임상 화폐를 현실에서의 화폐로 전환하여 게임을 하나의 직업이나 금전획득 수단으로 삼는 것이라고 파악한다. 이에 대한 자세한 논의는 해당 연구의 79-80면 참조.

10) 대표적인 연구로 정해상, “P2E 게임 서비스에 대한 법정책의 문제점과 대안”, 『인권과 정의』 통권 508호, pp. 34-48, 2022.이 있다. 해당 연구는 블록체인 플랫폼에 의한 게임서비스와 P2E를 구별하여 블록체인 플랫폼에 의한 게임서비스를 플랫폼에 게임 콘텐츠를 온보드(on board)하여 플랫폼과 연계된 서비스를 제공하는 유형의 사업으로 규정하고, 블록체인 플랫폼의 특성상 콘텐츠와 연결된 플랫폼 토큰이 기록통화적인 역할을 수행하고 이것이 현실에서는 가상화폐와 연결되어 수익성을 추구할 수 있다는 점에서, 이런 수익 추구적인 특성을 P2E라고 파악한다. 즉, 해당 연구의 분석에 따르면 기존의 온라인 게임에서 발생하던 수익추구 행위 자체가 P2E이며 블록체인 플랫폼에 의한 게임서비스는 그를 쉽게 만든 기술적 수단에 해당한다. 더욱 자세한 논의는 해당 연구의 35-36면 참조.

현행 P2E 게임과 관련된 논의의 중심에 있다는 점에 동의하며, 의견 차이는 게임상의 화폐를 현실에서의 화폐로 전환하는 행위의 역사성이나 독자성을 파악하느냐에 국한된다.

따라서 본고에서는 위의 선행연구들을 종합하여 P2E 게임에 대해 다음과 같은 정의를 취한다. 기본적으로 ‘P2E 게임을 블록체인 플랫폼에 의한 게임서비스와 게임 상의 화폐를 현실에서의 화폐로 전환하는 행위의 결합’으로 파악한다. 물론 역사적 분석¹¹⁾에 기초할 때 ‘게임 상의 화폐를 현실에서의 화폐로 전환하는 행위’는 블록체인 플랫폼에 의한 게임 서비스와 별개의 것이며 시기상으로도 그와 별개로 먼저 등장하였다고 보는 것이 일면 타당하다. 그러나 ‘위믹스’ 사안을 중심으로 분석할 때 분리의 실익이 크지 않고, 현재의 P2E 게임 규제에 관련된 논의는 블록체인 플랫폼과 연결되어 나타나고 있기 때문에, 이 연구에서는 P2E의 개념분리 방식을 취하지 않는다.

해당 개념 정의에 기초하였을 경우, P2E 게임의 특징은 비교적 명료하게 제시될 수 있다. 기본적으로 P2E 게임은 게임에 해당하여 기존의 게임 서비스와 관련된 규제나 분석의 틀을 따른다. 그러나 P2E 게임의 서비스는 블록체인 플랫폼에 결합되어서 이용자가 게임상의 화폐를 현실화폐로 전환하는 과정을 수반한다는 점에서 가상자산과 관련된 규제나 분석의 틀 또한 적용될 수밖에 없다. 즉, P2E 게임에 대한 접근은 여러 층위에 이루어져야 한다. 실제로 P2E 게임은 다양한 층위의 규제와 맞닿아 있다. 먼저 게임 자체에 대한 접근으로 게임산업법에 의거한 국내 규제가 존재하고 다음으로 블록체인 플랫폼에 대한 접근으로 자율규제에 관한 논의나 가상자산에 적용될 수 있는 법령 등이 존재한다. 다음 부분에서는 규제 방식들의 현황에 대해서 살펴본다.

한편, 게임사는 게임을 운영하는 과정에 있어서 게임의 내용이나 구조를 변경할 수 있는데 P2E 게임을 분석하는 과정에서 이러한 특징을 고려할 필요성이 있다. 게임회사는 게임의 라이브 서비스¹²⁾ 과정에서 게임 내

11) 정해상, “P2E 게임 서비스에 대한 법적책의 문제점과 대안”, 『인권과 정의』 통권 508호, 2022, 37~39면.

12) 흔히, Live Operations을 줄인 LiveOps라는 표현으로도 사용된다. 게임 출시 이후의

의 데이터를 수정할 수 있는 권한이 있다. 따라서 게임 내에서 재하는 재화의 사용가치는 고정적이지 않으며, 재화의 공급량과 소모량을 조절할 수 있으므로 교환가치 또한 유동적이다.¹³⁾ 현재도 게임의 운영과 관련하여 이러한 특성이 문제¹⁴⁾되고 있지만 P2E 게임의 경우 더욱 심각한 문제에 봉착할 수 있다. P2E 게임은 블록체인 플랫폼에 결합되어 서비스되므로, 해당 가상화폐에 대한 수요와 공급은 게임 내의 경제 시스템과 연동될 수밖에 없다. 이에 따라 게임 회사는 게임 내의 경제 시스템을 조절하여 가상화폐 시장에 큰 영향을 줄 수 있고, 반대로 가상화폐 시장에서 유통량을 조절하면서 게임 내의 경제 시스템에 영향을 줄 수 있다. 즉, 게임 운영사는 사실상 가상자산 시장의 투자자와 게임 이용자 둘 모두의 사회경제적 지위에 변동을 가져올 수 있는 행위자에 해당하며 개별 가상자산에 대한 강력한 시장 지배력을 가지고 있다. 현행 P2E 게임 규제는 대체로 게임회사가 가지는 이러한 지배력에 대해서 무관심¹⁵⁾한 편인데 이는 관련 부분에서 후술한다.

서비스와 관리 과정을 통칭한다.

- 13) 예를 들어, 게임을 서비스하는 회사는 특정한 재화를 얻을 수 있는 확률을 조정하여 특정 재화의 공급을 조절할 수 있고, 해당 재화를 소모하게끔 하는 게임 상의 기능을 추가하여 특정 재화의 수요를 조절할 수 있다.
- 14) 엔씨소프트의 인기 모바일 게임 ‘리니지M’의 경우, 특정한 게임 내 시스템의 업데이트와 관련하여 이용자들의 불만이 이어지자 이를 취소하고 데이터를 되돌려 원상 복구시켜 논란이 된 바 있다. 자세한 내용은 박찬웅, 사상 최고 실적 뒤에 감춰진 엔씨소프트 리니지M 롤백 논란(기사), 비즈한국, 2021.02.09. <<http://www.bizhankook.com/bk/article/21382>> 참조.
- 15) 현행 게임 규제에 반영은 되지 않고 있지만 이와 관련된 논의는 지속되고 있다. 실제로, ‘온라인게임·모바일게임 등 게임물 내 콘텐츠의 거래의 경우 현금·상품권 등 현금성 재화로 게임머니 또는 그에 상응하는 게임아이템을 구매하고, 게임머니로 게임아이템을 구매하는 등 최종 콘텐츠를 획득하기 위하여 여러 단계의 거래를 거치도록 하는 경우가 대부분이고, 구매된 게임아이템 등의 효과·성격 등을 제작사가 임의로 조정하거나 삭제할 수 있는 특성으로 인해 음악·도서·영상 등 다른 콘텐츠에 비해 이용자 보호의 영역이 다각적으로 검토될 필요가 있음’을 이유로 한 「게임산업진흥에 관한 법률」 일부개정법률안(의안번호:2115015)이 2022년 3월 30일 제안된 바 있으나 현재까지 위원회 논의 단계에 머무르고 있을 뿐이다. <http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_E2Y1L1E2E300P1M6S1J_3V1C6U6D1Q9> 최종 검색일 : 2023.05.22.

III. P2E 게임 규제의 현황

1. 게임산업법 및 게임물관리위원회 규제

게임산업법은 게임산업의 기반을 조성하고 게임물의 이용에 관한 사항을 정하여 게임산업의 진흥 및 국민의 건전한 게임문화를 확립함으로써 국민경제의 발전과 국민의 문화적 삶의 질 향상에 이바지하기 위해(동법 제1조) 2006년 4월 28일 제정되었다.¹⁶⁾ 그러나 해당 법령은 제대로 정착되기도 전에 소위 ‘바다이야기’ 사건으로 인한 내용에 시달렸다. 당초 산업진흥과 문화에 중점을 두고 민간자율의 등급 분류제를 도입하기 위한 목적으로 제정된 게임산업법은 사행성 기기를 게임으로부터 분리하고 강력한 형태의 규제성을 띄는 법으로 개정되었다.¹⁷⁾¹⁸⁾

현재 P2E 게임의 국내 서비스 차단은 이러한 맥락에 기초한다. 게임산업법은 아케이드 게임산업에서 벌어진 사행성 게임의 유행에 대항하기 위해서 정비되었다. 즉, 게임이 도박과 같은 사행성 산업과 연결되어 나타날 수 있는 폐해를 극복하기 위한 법안이 바로 게임산업법이며 해당 법률의 경품 제공 금지 조항 등이 P2E 게임의 발전 과정에 영향을 주고 있는 것이다. 현재 게임물관리위원회는 P2E 게임에 대한 심의 요청을 해당 법률에 의거하여 등급 분류를 거부하거나, 자체등급분류제도를 통하여 획득한 등급분류를 취소하는 처분을 내리고 있다.¹⁹⁾ 그리고 이에 반대하는 게임 업체들은 해당 처분에 대해 법원에 소송을 제기하고 있는 형국이다.

이에 대한 법원의 태도는 비교적 명확하다. 최근 서울행정법원²⁰⁾은

16) 「게임산업진흥에 관한 법률」[시행 2006. 10. 29.] [법률 제7941호, 2006. 4. 28., 제정]

17) 「게임산업진흥에 관한 법률」[시행 2007. 4. 20.] [법률 제8247호, 2007. 1. 19., 일부개정]

18) 문화체육관광부 · 한국게임산업진흥원, 2008년 대한민국 게임백서, 840면.

19) 게임산업법 제21조 제1항은 ‘게임물을 유통시키거나 이용에 제공하게 할 목적으로 게임물을 제작 또는 배급하고자 하는 자는 해당 게임물을 제작 또는 배급하기 전에 위원회 또는 제21조의2 제1항에 따라 지정을 받은 사업자로부터 그 게임물의 내용에 관하여 등급분류를 받아야 한다.’하여 게임물에 대한 등급분류의무를 부과하고 있다.

20) 서울행정법원 2023. 1. 13. 선고 2021구합65484 판결, 서울행정법원 2023. 1. 13 선고 2021구합69899 판결, 과 서울행정법원 2023. 1. 31. 선고 2021구합89398, 89480(병

P2E 게임에 대하여 다음과 같이 판시하고 있다. 파이프스타즈 사건 판결과 무한돌파삼국지 사건 판결을 살펴보면, 게임물관리위원회는 게임산업법 제22조 제2항²¹⁾을 근거로²²⁾ ① 게임물을 이용하여 도박 그 밖의 사행행위를 하게하거나 이를 하도록 내버려두는 행위(제28조 제2호), ② 게임머니의 화폐단위를 한국은행에서 발행되는 화폐단위와 동일하게 하는 등 게임물의 내용구현과 밀접한 관련이 있는 운영방식 또는 기기·장치 등을 통하여 사행성을 조장하는 행위(제28조 제2의2호)²³⁾ ③ 청소년게임제공업의 전체이용가 게임물에 대하여 대통령령이 정하는 경품의 종류·지급기준·제공방법 등에 의한 경우에 의한 것을 제외한 경품 등을 제공하여 사행성을 조장하는 행위(제28조 제3호) ④ 게임물의 이용을 통하여 획득한 유·무형의 결과물(점수, 경품, 게임 내에서 사용되는 가상의 화폐로서 대통령령이 정하는 게임머니 및 대통령령이 정하는 이와 유사한 것을 말한다)을 환전 또는 환전 알선하거나 매매입을 업으로 하는 행위(제32조 제1항 제7호)를 금하고 있다. 또한 게임산업법 제22조 제2항에서 규정된 「사행행위 등 규제 및 처벌 특례법」(이하 “사행행위규제법”)상 처벌대상으로 ① 사행행위영업 외에 투전기나 사행성 유기기구를 이용하여 사행행위를 업으로 한 자(해당 법 제30조 제1항 제1호), ② 법령(제30조 제2항 제1호 및 제3호)에 규정된 허가를 받지 아니하고 영업을 아니한 자를 규정하고 있다. 게임물관리위원회는 P2E 게임이 상기한 각 위법사유에 해당하여 등급 분류를 거부하거나, 자체 등급분류제도를 통하여 획득한 등급분류를 취소할 수 있다는 입장이다.

합) 판결을 뜻한다. 본고에서는 이하 이를 각각 관련 게임의 이름과 연결지어 2021구합 65484, 2021구합69899 판결의 경우 ‘파이브스타즈 사건 판결’, 2021구합89398, 89480(병합) 판결을 ‘무한돌파삼국지 사건 판결’이라고 통칭한다.

- 21) 제22조(등급분류 거부 및 통지 등) ② 위원회는 사행행위 등 규제 및 처벌특례법, 「형법」 등 다른 법률의 규정 또는 이 법에 의하여 규제 또는 처벌대상이 되는 행위 또는 기기에 대하여 등급분류를 신청한 자, 정당한 권원을 갖추지 아니하였거나 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 등급분류를 신청한 자 또는 사행성게임물에 해당하는 게임물에 대하여 등급분류를 신청한 자에 대하여 등급분류를 거부할 수 있다.
- 22) ①~④까지는 게임산업법에 규정된 사안
- 23) 2021구합69899의 판결문에서 제2조의2라고 오기되어있으나 2021구합65484 판결과 등급분류 취소 처분의 내용을 살펴볼 때 제28조 제2호의2를 지칭한다고 판단하는 것이 타당하다.

이에 대응하여 각 사건 원고들은 ① 가상자산화 할 수 있는 아이템은 무상으로만 획득이 가능한 것이 아니라 주로 시간, 노력, 실력에 따라 결과가 좌우된다는 점에서 우연적 방법에 의하여 게임의 결과가 정해진다고 볼 수 없고 따라서 사행성 내지 사행행위의 핵심적 개념요소인 유상성, 우연성 요건에 부합하지 않는다는 것, ② 무상으로 획득한 아이템을 가상자산화 하는 것은 블록체인 기술을 이용하여 아이템에 대한 소유권을 증명하고 분실 위험성을 없애는 등 신뢰성을 제고하기 위함에 목적이 있어 사행성게임물에서 사행성을 조장하기 위해서 쓰이는 수단과는 차이가 있다는 것, ③ 사행행위 등 규제 및 처벌 특례법이 규정하는 사행성 유기기구, 사행행위, 사행행위영업, 사행기구의 정의에 P2E 게임이 부합하지 않는다는 것, ④ 기존의 게임물에도 유료 게임머니 등을 통해 아이템 거래를 할 수 있는 거래소 콘텐츠가 존재할 뿐 아니라 이용자 간의 아이템 거래를 활성화하고 있는 거래 중개사이트가 존재한다는 점에서 P2E 게임만을 금지하는 행위가 부당하다는 것, ⑤ 위와 관련하여 게임에서 제공하는 가상자산이 기존의 다른 게임물에서 제공하는 게임머니와 차이점이 있다고 판단하기 어렵다는 것을 근거로 해당 처분에 대해서 다투었다.

그러나 법원은 이런 원고의 주장을 받아들이지 않았다. ① 블록체인 플랫폼에 기반한 가상자산은 본질적으로 시장에서의 유통·거래를 목적으로 만들어진 것으로 기존의 게임머니와는 그 성격과 실질이 다르다는 점, ② P2E 게임에서 제공하는 가상자산은 환금성이 존재하고 게임산업법 제28조 제3호에서 금지하고 있는 경품에 해당할 수밖에 없다는 점, ③ P2E 게임물의 이용단계에서 사행성이 인정되지 않을 가정적인 경우를 생각해도, 가치가 불분명하고 변동이 매우 심한 가상자산을 게임과 연계하여 제공하여, 게임 사용자로 하여금 가상자산 투자자의 지위를 가지게 하여 이의 영향을 주는 일련의 행위들은 게임산업법 제2조 제1호의2에서 규정하는 '사행성게임물'의 신종 형태에 해당한다고 판단할 수 있다는 점을 고려하면 게임물관리위원회의 결정은 정당하다는 것이다.

파이프스타즈 사건은 NFT를, 무한돌과삼국지 사건은 암호화폐 토큰을 제공하였다는 점에서 블록체인 플랫폼의 사용에 있어 차이가 존재하였지만

법원은 모두 게임산업법이 제공을 금지하고 있는 “경품 등”에 해당한다고 판단하였다. 따라서 현재 P2E 게임의 국내 서비스는 블록체인 플랫폼의 구조와 무관하게 가상자산이 “경품 등”에 해당하기 때문에 금지되고 있다고 판단해야 할 것이다. 이에 대한 개정이 논의되고 있으나 현재까지는 P2E 게임은 게임산업법 및 그에 기초한 게임물관리위원회의 규율을 받는다고 파악해야 한다. 더 나아가서 P2E 게임물의 이용단계에서 사행성이 인정되지 않더라도 게임 사용자로 하여금 가상자산 투자자의 지위를 가지게 하여 이에 영향을 줄 경우, ‘사행성게임물’의 신종 형태에 해당한다고 판단할 여지가 있다는 법원의 판결은 블록체인 플랫폼과 게임 서비스를 연동하려는 시도 자체에 대하여 법원이 엄격한 기준을 가지고 있고, 관련 법규상 쉽게 허용될 수 없는 행위로 판단하고 있음을 유추할 수 있다.

2. 가상자산 규제²⁴⁾

P2E 게임은 블록체인 플랫폼과 게임 서비스의 결합에 해당하므로 가상자산에 대한 기존의 규제방식과 논의가 적용될 수 있다. 이 부분에서는 현재 가상자산에 적용되고 있는 법령 및 규제들과 논의들에 대해서 살펴본다.

(1) 자본시장법의 적용

가상자산의 호시인 비트코인은 자기 자신을 ‘Bitcoin is an innovative

24) ‘P2E 게임 규제’라는 연구의 주제상 가상자산과 관련하여 적용될 수 있는 모든 법령들을 검토하지는 않았다. 그러나 본문에서 분석한 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」, 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」, 「소득세법」과는 별개로 가상자산과 관련하여 현행법이 적용될 수 있는가에 대한 다양한 선행 논의들이 존재한다. 민법과 관련하여 토권 및 게임 내 재화의 법적 지위에 관해서는 정해상, “인터넷 게임아이템 거래에 관한 법리”, 「중앙법학」 제5권 제3호, 중앙법학회, 2003. 양창수 외, 민법주해(제2판): 총칙(II), 박영사, 2022. 등 참조. 형사법과 가상자산의 재물성에 대한 논의는 이정수, “토권이코노미의 입법과제”, 「금융법연구」 제19권 제3호, 2022. 등 참조. 민사집행에 관해서는 이현중 “가상재산에 대한 민사강제집행”, 「민사집행법연구」 제18권 제2호, 2022. 등 참조. 현재 학계에서 논의 중인 가상자산과 현행 법 사이의 관계에 대한 연구들은 가상자산의 특성상 현행 법령을 단순적용하기는 어렵다는 부분을 공통적으로 지적하고 있다.

payment network and a new kind of money.’²⁵⁾라고 규정하였고 가상자산의 특성에 대한 초창기의 논의 또한 가상자산의 화폐적인 성격에 집중되었다.²⁶⁾ 그러나 현재 EU의 가상자산시장(Markets in Crypto-Assets, 이하 “MiCA”) 법안 제정 이후의 과제로 탈중앙화 금융과 NFT가 꼽히는 것에서 알 수 있는 것처럼²⁷⁾, 점차 가상자산에 대한 논의는 가상자산이 가지고 있는 금융투자상품으로서의 성질에 집중되고 있다.²⁸⁾ 특히 P2E 게임의 경우, 블록체인 플랫폼에서 획득한 토큰을 가상자산으로 변환하고 이를 거래소에서 거래함을 통해 현금화할 수 있다는 점에서 이것이 현행 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 “자본시장법”)상 ‘투자계약증권’에 해당하여 규율 받는 토큰 증권²⁹⁾에 해당하는지가 문제된다.

그러나, 이의 판단과 현행 자본시장법의 적용과 관련한 문제점이 제기되고 있다. 관련 문제제기에³⁰⁾ 따르면 투자성토큰이 지분 증권 등에 해당하는 경우에는 별다른 법적 문제성이 나타나지 않는다. 그러나 다수의 투자성토큰이 투자계약증권에 해당할 것으로 보이는 현 시점에서 현행 법령을 그대로 적용할 경우, 동법 제4조 제1항이 적용되어 문제가 발생한다는 것이다. 해당 조문은 “이 법에서 “증권”이란 내국인 또는 외국인이 발행한 금융투자상품으로서 투자자가 취득과 동시에 지급한 금전등 외에 어떠한 명목으로든지 추가로 지급의무(투자자가 기초자산에 대한 매매를 성립시킬 수

25) <<https://bitcoin.org/en/>>, 최종검색일 : 2023.05.16.

26) 박선중, “증권형 가상자산의 투자자보호에 관한 연구”, 『법학논총』 제51호, 2021, 161-163면.

27) 김지현, EU, 미카(MiCA) 다음 과제는 ‘NFT·디파이’, 서울경제, 2023.04.21. <<https://www.sedaily.com/NewsView/29OE09KJYA>>

28) ‘가상자산’이라는 표현이 이를 잘 보여준다. 비트코인의 등장 이후 초창기에 블록체인에 기반한 토큰 등을 통칭할 때 사용되었던 어휘는 ‘암호화폐’였으나 현재는 ‘가상자산’이라는 표현이 보다 널리 활용되고 있다.

29) 토큰형 증권이라는 용어가 주로 활용되었으나, 금융위원회는 2023년 2월 3일 「토큰증권(Security Token) 발행·유통 규율체계 정비방안」을 발표하여 이를 토큰 증권이라고 명명하였다. 따라서 이를 활용한다.

30) 자본시장법 제4조 제1항과 관련된 대표적인 문제제기는 이정수, “토큰이코노미의 입법과제”, 『금융법연구』 제19권 제3호, pp. 53-91, 2022.가 있다. 보다 구체적인 논의는 해당 연구의 79-81면 참조.

있는 권리를 행사하게 됨으로써 부담하게 되는 지급의무를 제외한다)를 부담하지 아니하는 것을 말한다.”라고 하여 증권의 개념을 폭 넓게 파악하고 있다고 이해되고 있으나, 그 예외사항으로 “다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 증권³¹⁾은 제2편 제5장, 제3편 제1장(제8편부터 제10편까지의 규정 중 제2편 제5장, 제3편 제1장의 규정에 따른 의무위반행위에 대한 부분을 포함한다) 및 제178조·제179조를 적용하는 경우에만 증권으로 본다.”는 규정되어 있어 사실상 발행공시와 불공정거래규제만이 적용되고 자본시장법이 규제하고 있는 거래소 규제 등이 배제된다는 것이다. 거래소와 발행자가 상당한 영향력을 행사할 수 있다는 점에서 거래소 규제 등이 배제되는 해당 규정의 문제는 간과할 수 없는 것이 사실이다.³²⁾

단, 이러한 해석에 대하여 이론의 여지가 없는 것은 아니다. 금융위원회는 (주)뮤직카우와 관련하여 특정 음원의 ‘저작재산권 또는 저작인접권’에서 발생하는 수익을 분배받을 수 있는 권리를 ‘주’ 단위로 분할한 “청구권”을 자본시장법 상 증권에 해당함을 판단한 바 있다.³³⁾ 당시 판단과 관련하여 증권 상품의 판단 기준에 대한 가이드라인³⁴⁾이 배포되었는데 해당 가이드라인을 검토해볼 경우, 금융위원회가 대조적인 입장을 취하고 있음을 이해할 수 있다. 해당 가이드라인에서 금융위원회는 ‘증권에 해당하는지 여부는 권리를 표시하는 방법과 형식, 특정 기술 채택 여부에 관계없이 그 권리의 실질적 내용을 기준으로 함’이라고 밝히며 특히 “투자계약증권”은 자본시장법의 포괄주의 규제원칙에 기반한 개념으로서 그 적용범위가 폭넓게 인정될 수 있음을 강조하였다. 즉, 자본시장법 제4조 제1항의 명문규정과 별도로 규제기관을 이를 폭넓게 해석하고 있는 것이다. 또한, 해당 조항은 투자계약증권으로 포섭되는 증권을 구체적으로 상정하지는 못하였으며, 포섭되는 경

31) 투자계약증권은 제1호에 규정되어 이러한 단서조항이 적용된다.

32) 특히 P2E 게임의 경우, 해당 게임의 운영사는 기존 블록체인 플랫폼에서의 수단과 별도로 게임 자체의 수치 조정을 통해 시장에 개입하여 영향력을 행사할 수 있으므로 해당 조문의 적용 여부가 더욱 중요성을 갖는다.

33) 금융위원회, 저작권료 참여청구권의 증권성 여부 판단 및 (주)뮤직카우에 대한 조치, 2022.04.20.

34) 금융위원회, 조각투자 등 신종증권 사업 관련 가이드라인, 2022.04.28.

우는 주로 유통성이 없는 경우를 가정하여 입법된 것으로 파악된다.³⁵⁾ 따라서 해당 조문을 해석하는 것에 있어서 문리해석에 집중하는 것이 아니라 목적론적 해석을 적용하여 “투자계약증권”의 적용 범위를 폭넓게 인정할 필요성이 요구된다.

그러나, 자본시장법 제4조 제1항이 그 명문의 규정으로 “투자계약증권”을 협소하게 파악하고 있다는 점은 부정할 수 없다. 이러한 부분을 고려할 때 단순히 현행 자본시장법을 적용하는 것보다는 해당 법률을 개정해서 적용하는 것이 타당하다. 또한, 현재 정부기관은 가상자산 규제에 있어 자본시장법을 사용하고 있지 아니하므로 자본시장법³⁶⁾이 현재 가상자산 관련 시장을 규율하고 있다고 파악하기는 어렵다.

(2) 자율규제

가상자산에 대한 규제는 등장 이래로 자율규제의 맥락에서 논의되었다.³⁷⁾ 실례로, 한 연구³⁸⁾는 금융산업이 블록체인과 같은 신산업과 융합되어 감에 따라 자율규제의 장점이 더욱 부각될 수 있음을 지적한다. 제4차 산업혁명시대와 같이 다양한 금융 분야가 새롭게 창출되는 상황에서 공적 규제를 우선으로 하고, 자율규제를 보조적으로 적용하는 전통적인 규제 패러다임에는 한계가 있고 자율규제를 기본적인 수단으로 하고 보충적으로 공적 규제를 적용할 필요성이 있다는 것이다. 한편 다른 연구³⁹⁾는 공적 규

35) 이정수, “토큰이코노미의 입법과제”, 『금융법연구』 제19권 제3호, 2022, 81면도 동일한 사향을 지적하고 있다.

36) 현재 국회에서 논의되고 있는 「가상자산 이용자 보호 등에 관한 법률안」에 따르면 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」이 우선적으로 적용될 것으로 보이고, 금융위원회의 「토큰 증권(Security Token) 발행·유통 규율체계 정비방안」에 따르면 규제기관의 입장 또한 동일해보이나 현 시점(2023.07.26.)에는 법안이 시행되지 않아 별도로 논의하지 않았다.

37) P2E 게임에 관한 해외의 규제 논의 또한 자율규제의 맥락 혹은 규제된 자율규제(Regulierte Selbstregulierung)로서 공동규제의 맥락에서 이루어지고 있는 것으로 보인다. 이에 대해서는 정부연, “NFT 게임 시장 동향 및 규제 이슈”, 『KISDI Perspectives』 2022 July No.3, 2022, 5면을 참조.

38) 박선종, “블록체인과 국내 금융제도에 관한 법적 검토”, 『외법논집』 제42권 제4호, 2018, 145면.

제의 효과가 명확하고 강력할 수 있으나 규제 도입 과정에서 시간, 행정, 입법 비용 등이 많이 소요되고 특히 가상자산 시장처럼 변화가 심한 분야에서 규제자는 선부터 공적 규제가 가져올 수 있는 부정적인 효과를 우려하여 도입에 신중할 수밖에 없다는 점에서 규제 공백이 발생하게 되고 이러한 간극을 메울 수 있는 것이 자율규제라고 지적한다. 물론 공적 연구의 필요성을 강조하며 가상자산 산업을 포괄적으로 규제하는 법률을 제정해야 함을 역설하는 연구⁴⁰⁾도 있으나 상기한 세 연구 모두 공적 규제의 도입 자체를 반대하는 것이 아니라 공적 규제와 자율규제의 상호보완성을 강조하고 있어 그 견해차가 크다고 판단하기는 어렵다.

현재 국내 가상자산 시장에서도 자율규제가 작동하고 있으나 미흡한 점이 존재한다. 지난해 6월 루나(LUNA)·테라USD(UST) 사태 이후 국내 5대 가상자산 거래소는 DAXA를 설립하여 자율규제의 객관성과 실효성 확보를 위해 노력하고 있다.⁴¹⁾ 2023년 3월 23일 DAXA는 그러한 노력의 일환으로 시장의 투명성 강화와 투자자 보호를 위해 거래지원심사 공통 가이드라인을 마련하였고 이의 주요 항목(① 가상자산 구조의 내재적 위험, ② 비식별화에 따른 불투명성, ③ 가상자산의 증권성, ④ 가상자산의 자금세탁 악용 가능성)을 공개하였다.⁴²⁾

그러나 규제의 실효성을 위해서는 자율규제업무를 법에 명시하고 법정 협회를 지정하여 효율성과 통일성을 확보해야 하나⁴³⁾ 현재 DAXA의 경우, 법적인 지위를 가지고 있지 않다. 따라서 회원사들의 이탈을 방지하거나,

39) 송화윤, “가상자산 시장의 자율규제 활성화를 위한 법적 연구—불공정거래 규제를 중심으로—”, 『증권법연구』 제22권 제1호, 2021, 186-187면.

40) 이희중, “가상자산의 법적 규제에 관한 연구”, 『법과정책연구』, 제22권 제2호, pp. 137-166, 2021.

41) 임지윤, 디지털 자산 거래소 협의체 ‘DAXA’, 자율 규제 강화… “자금세탁 방지 분과 신설”(기사), 한국금융, 2023.04.03. <https://m.fntimes.com/html/view.php?ud=2023040317482372999249a1ae63_18>

42) 디지털자산 거래소 공동협의체, DAXA, 거래지원심사 공통 가이드라인 공개(보도자료), 2023.03.22.

43) 송화윤, “가상자산 시장의 자율규제 활성화를 위한 법적 연구—불공정거래 규제를 중심으로—”, 『증권법연구』 제22권 제1호, 2021, 199면.

비소속거래소⁴⁴⁾를 억제할 수단이 부족하고 통일성 있는 규제가 이루어지기 힘들다는 점에서 명백한 한계점이 존재한다. 또한 현재 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」이나(이하 “특정금융정보법”) 「소득세법」을 통해 가상자산에 대한 공적인 규율이 부분적으로 이루어지고 있는 것은 사실이나 가상자산과 관련된 영역을 포괄하는 형태의 법률이라고 판단하기는 어렵다.

(3) 특정금융정보법 및 소득세법의 적용

현재 가상자산에 대한 명확한 규정을 담고 있는 대표적인 법률이 바로 특정금융정보법 및 소득세법이다. 먼저, 특정금융정보법은 외환자유화조치의 시행에 따라 증가할 것으로 예상되는 불법자금의 국내외 유출입에 효율적으로 대비하는 한편, 금융거래를 이용한 자금세탁행위를 규제하는데 필요한 특정금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 사항을 규정함으로써 반사회적인 범죄행위를 사전에 예방하고 나아가 건전하고 투명한 금융거래질서를 확립하려는 목적으로 지난 2001년 제정되었다.⁴⁵⁾ 그리고 지난 2020년 3월, 가상자산사업자에 대해서도 자금세탁행위 및 공중협박자금조달행위의 효율적 방지를 위한 의무를 부과하고, 금융회사 등이 가상자산사업자와 금융거래를 수행할 때 준수할 사항을 규정하기 위해 일부개정되었다.⁴⁶⁾

이러한 개정은 개정이유에도 명시된 바와 같이 당시 G20 정상회의와 자금세탁방지기구(Financial Action Task Force, “FATF”)에서 제정한 자금세탁방지 및 공중협박자금조달금지를 위한 국제기준의 국내이행을 위해 이루어졌다. 따라서 국내의 가상자산사업자에 대해서도 자금세탁행위 및 공중협박자금조달행위의 효율적 방지를 위한 의무를 부과하였고, 금융회사 등

44) 금융정보분석원의 22년 하반기 가상자산사업자 실태조사에 따르면, 가상자산사업자는 총 36개로 27개의 거래업자와 9개의 기타업자로 이루어져있다. 디지털자산 거래소 공동협의체의 소속사는 5개로 전체 가상자산사업자의 약 14%(소수점 이하는 반올림), 전체 거래업자의 약 19%(소수점 이하는 반올림)만 포함되어있다.

45) 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」[시행 2001. 11. 28.] [법률 제6516호, 2001. 9. 27., 제정]

46) 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」[시행 2021. 3. 25.] [법률 제17113호, 2020. 3. 24., 일부개정]

이 가상자산사업자와 금융거래를 수행할 때 준수할 사항을 규정하였다. 특정금융정보법은 제2조 3호를 통해 가상자산을 경제적 가치를 지닌 것으로서 전자적으로 거래 또는 이전될 수 있는 전자적 증표(그에 관한 일체의 권리를 포함한다)라고 정의하였다. 단, 몇 가지의 예외사항⁴⁷⁾을 규정하였다. 특히 특정금융정보법 제2조 3호의 나목은 게임산업법 제32조 제1항 제7호에 따른 게임물의 이용을 통하여 획득한 유·무형의 결과물이 예외사항임을 적시하면서 게임물과 관련하여서는 특정금융정보법이 적용되지 아니할 수 있음을 규정하였다.

이 뿐만 아니라 특정금융정보법은 ① “경제적 가치를 지닌 것으로서 전자적으로 거래 또는 이전될 수 있는 전자적 증표”라는 정의 규정에도 알 수 있듯이 블록체인 플랫폼을 명확하게 대상으로 삼고 있는 것이 아니라는 점, ② 사실상 투자자 보호를 위한 내용이 제8조의 가상자산사업자가 보고의무 이행 등을 위하여 고객별 거래내역을 분리하여 관리하는 등 대통령령으로 정하는 조치를 하여야 한다는 규정만이 존재한다는 점⁴⁸⁾을 고려할 때 블록체인 플랫폼에 기초한 가상자산 산업에 전반에 대한 규정을 마련했다고 파악하기는 힘들다.

소득세법은 2020년의 일부개정을 통해 가상자산의 양도·대여 등으로 발생한 소득에 대한 과세제도를 마련하였다.⁴⁹⁾ 그러나 ① 2022년의 일부개

47) 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제2조 3호에서 규정된 예외사항은 다음과 같다.

가. 화폐·채화·용역 등으로 교환될 수 없는 전자적 증표 또는 그 증표에 관한 정보로서 발행인이 사용처와 그 용도를 제한한 것

나. 「게임산업진흥에 관한 법률」 제32조제1항제7호에 따른 게임물의 이용을 통하여 획득한 유·무형의 결과물

다. 「전자금융거래법」 제2조제14호에 따른 선불전자지급수단 및 같은 조 제15호에 따른 전자화폐

라. 「주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률」 제2조제4호에 따른 전자등록주식등

마. 「전자어음의 발행 및 유통에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 전자어음

바. 「상법」 제862조에 따른 전자선하증권

사. 거래의 형태와 특성을 고려하여 대통령령으로 정하는 것

48) 이회종(2021) 또한 해당 법령에 있어서 투자자 보호와 관련된 규정으로 볼 수 있는 유일한 규정이 제8조임을 지적한 바 있다. 자세한 내용은 해당 연구의 150면을 참조.

49) 「소득세법」[시행 2021. 1. 1.] [법률 제17757호, 2020. 12. 29., 일부개정]

정을 통해 가상자산에 대한 과세시행시기가 2년 유예되었다는 점⁵⁰⁾, ② 가상자산의 의미를 특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률에서 끌어오고 있다는 점⁵¹⁾에서 현 시점에 P2E 게임이나 가상자산에 대한 규율의 의미를 담고 있다 판단하기 어려우며, 또한 당연하게도 소득세법이라는 법령의 특성상 가상자산 산업에 전반에 대한 규정을 마련했다고 판단하기는 힘들다.

(4) 디지털자산기본법 제정 논의

앞서 언급한 것처럼, 가상자산이나 관련 산업 전반을 규율하는 법률은 존재하지 않았다. 이러한 입법 공백을 해소하기 위하여 이른바 「디지털자산기본법」을 제정하자는 입법논의가 활발하게 진행되었다. 그 첫 단추로 21대 국회는 2023년 4월 25일, 국회 정무위원회를 통해 법안심사제1소위원회를 열어 「가상자산 이용자 보호 등에 관한 법률안」(이하 “가상자산이용자보호법”)을 의결하였다. 동법은 그동안 국회에 발의된 가상자산 관련 법률안 19건을 통합·조정⁵²⁾한 것으로, 2023년 7월 18일 제정되고 2024년 7월 19일 시행된다. 이는 최근 빈번하게 발생하고 있는 국내외의 가상자산 관련 사건에 신속하게 대응하여 가상자산 이용자를 보호하기 위한 것이다.

동법은 증권 성격의 가상자산에 대해서는 자본시장법을 우선 적용하고 이에 포섭되지 않는 가상자산에 대한 규율을 담고 있다는 것이 특징이다. 그 구체적인 내용으로는 가상자산 이용자의 보호와 관련하여 ① 이용자 예치금의 예치·신탁(가상자산사업자의 고유재산과 분리), ② 이용자의 가상자

50) 「소득세법」[시행 2025. 1. 1.] [법률 제19196호, 2022. 12. 31., 일부개정]

51) 「소득세법」 제21조와 그 27호는 다음과 같이 규정한다.

① 기타소득은 이자소득·배당소득·사업소득·근로소득·연금소득·퇴직소득·금융투자소득 및 양도소득 외의 소득으로서 다음 각 호에서 규정하는 것으로 한다.
27. 「특정 금융거래정보의 보고 및 이용 등에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 가상자산(이하 “가상자산”이라 한다)을 양도하거나 대여함으로써 발생하는 소득(이하 “가상자산소득”이라 한다)

52) 국회 정무위원회, 정무위 법안심사1소위, 가상자산 이용자 보호 및 불공정거래행위 규제를 위한 「가상자산 이용자 보호 등에 관한 법률안」 등 의결(보도자료), 2023.04.25. 이하 관련 내용은 해당 보도자료를 참조.

산을 자기소유 가상자산과 분리, ③ 이용자 위탁 가상자산과 동일종목·동일 수량을 보유하되, 일정 비율 이상(대통령령으로 규정)은 인터넷과 분리하여 보관, ④ 사고보상에 대비한 보험·공제 가입 또는 준비금의 적립, ⑤ 가상자산 거래기록의 보존에 관한 사항이 규정되어 있으며, 불공정거래행위와 관련하여 ① 미공개중요정보이용행위, ② 시세조종행위, ③ 사기적 부정거래행위를 금지하고 ① 형사처벌, ② 손해배상책임, ③ 금융위원회의 과징금을 부과할 수 있도록 하였다.⁵³⁾ 가상자산사업자와 관련해서는 가상자산사업자의 자기발행 가상자산의 거래를 제한, 정당한 사유 없이 가상자산의 입금 및 출금을 차단하는 행위에 대한 금지, 이상거래에 대한 감시 및 조치 의무를 규정하였다.

동법은 가상자산 이용자를 보호하기 위해 이루어진 긴급한 조치라는 점에서 의미가 있으나 여러 가지 虛點을 가지고 있다. 우선, 당초 법률안을 조정하면서 목표로 한 점진적·단계적 입법 과정의 첫 단계에 해당하며, 시행을 예정한 단계에 불과하다는 점에서 현재 P2E 게임 규제와 관련하여 실질적인 의미를 가지고 있다고 파악하기는 어렵다.⁵⁴⁾ 다음으로, 유럽연합의 MiCA 법안이나 자본시장법과 비교했을 때 미흡한 부분이 지적되고 있으며, ICO에 대한 규정이 없는 등 당초 디지털자산기본법이 목표로 하였던 만큼 가상자산과 관련된 영역 전반을 포괄하고 있다고 판단하기 어려운 상황이다.⁵⁵⁾

53) 국회 정부위원회를 통과한 기존 대안의 경우 별도의 수단으로 집단소송을 규정하고 있었으나 법무부와 금융위원회의 의견을 고려하여 집단소송 조항은 국회 법제사법위원회의 심의·의결 과정에서 삭제되었고 이후 국회 본회의를 통과하였다. 이와 관련된 구체적인 사안은 국회 의안정보시스템, [2122983] 가상자산 이용자 보호 등에 관한 법률안(대안)(정부위원장), <https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_S2B300Y5C0A8D1F3Q2D9X2E8U6T7R9&ageFrom=21&ageTo=21> 참조.

54) 게임물의 이용을 통하여 획득한 유·무형의 결과물을 배제한다는 점에서 가상자산 및 가상자산사업자의 정의를 현행 특정금융정보법과 동일하게 규정하고 있어 실제로 시행되었다고 하더라도 P2E 게임을 규율하는데 한계를 가지고 있다.

55) 특히, 현재 증권시장은 공시 규제, 불공정거래 규제, 금융투자업자 규제, 거래소 규제의 4가지 영역에 걸쳐 규율되고 있는 반면, 「가상자산 이용자 보호 등에 관한 법률안」은 불공정거래에 한해 일부 규율하고 있어 제한적이라는 특징과 MiCA 법안에 비해 가상자산 투자자 보호를 위한 가상자산사업자규제가 미흡하다는 부분이 지적되는 모습을 보이고 있다. 이에 대해서는 이태영, “가상자산 입법동향과 증권시장 규제체계

한편, 후속 입법 논의가 진행될 것으로 보이는 2단계 규율체계, 즉 디지털자산기본법은 기본적으로 유럽연합의 MiCA 법안의 영향을 받은 것⁵⁶⁾으로 가상자산 산업 전반을 규율하는 포괄적인 법령으로 가치가 있는 것은 분명하나 유럽연합의 MiCA 법안이 노출한 한계점을 공유할 것으로 예상된다.⁵⁷⁾

IV. 위메이드의 ‘위믹스 사태’와 기존 규제의 한계

이 부분에서는 ‘위믹스 사태’를 통해서 기존 규제 방식의 한계를 살펴보기 위해 ‘위믹스 사태’가 어떠한 방식으로 전개되었는지 검토한다. ‘위믹스 사태’는 엄격한 학술적 정의가 있는 것은 아니므로, 그 범위에 논란이 있을 수 있지만 본고에서는 2022.11.24. DAXA의 상장폐지 결정을 중심으로 그 전후의 사건들을 살펴보는 방식으로 분석할 것이다. 그리고 ‘위믹스 사태’의 전개 과정에 대한 분석을 통해 P2E 게임을 현재 규율하고 있는 법령 및 제도들이 보이고 있는 한계점에 대해서 논의한다.

1. 사안의 개요⁵⁸⁾

와의 비교”, KB금융지주경영연구소, 2023.04.26. 등을 참조.

56) 강주현, 디지털자산기본법 제정 탄력 만나?(기사), Digital Today, 2023.05.02. <<https://www.digitaltoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=475171>>

57) MiCA 법안은 2020년 9월 24일, EU 집행위원회(European Commission)의 새로운 디지털 금융 패키지(New Digital Finance Package)와 관련하여 제안되었으나 2023년 4월 20일 유럽 의회를 통과하였다. 이런 긴 시간이 소요되었음에도 불구하고 새롭게 등장한 DeFi와 같은 영역에 대한 대응이 포함되어있지 않아, 유럽 금융 시장 협회(Association for Financial Markets in Europe)의 지적을 받은 바 있다. 이에 대해서는 Association for Financial Markets in Europe, Decentralised Finance - Principles for building a robust digital economy, 2023. 07. 06. <<https://www.afme.eu/publications/reports/details/decentralised-finance---principles-for-building-a-robust-digital-economy->>을 참조. 디지털자산기본법이 MiCA 법안의 틀을 따른다면 기본적으로 새롭게 나타나는 기술적 영역을 예측해서 법안에 포섭하기 어렵다는 부분과 이를 대응하기 위해서 긴 시간을 소모해야 한다는 난점을 계승할 수 있다.

58) DAXA의 공식 웹사이트는 위믹스 사태 이후 공개된 것으로 보이며, 확인 가능한 보도자료는 2023년 4월 21일자부터 시작하고 있다. 따라서 이하의 부분에서는 공식

2022년 1월 10일, 일부 위믹스 투자자들은 위메이드가 위믹스 5000만 개를 매도하면서 위믹스의 가격이 급락하였다고 주장하였다. 위믹스의 매도 사실이 구체적으로 밝혀지자⁵⁹⁾ 위믹스의 신뢰성은 도마 위로 올랐다. 이에 위메이드 측은 2022년 1월 28일 코인의 유통화를 잠정 중단하겠다고 발표하는 등⁶⁰⁾ 우려를 불식시키려고 하였다.

사태는 잠잠해지지는 것처럼 보였으나 2022년 10월 27일, DAXA는 위믹스의 유통량 정보에 신뢰성 문제가 있다고 판단, 위믹스를 유의종목으로 지정했다.⁶¹⁾ 이에 대해 위메이드의 장현국 대표는 위믹스의 상장폐지가 없을 것임을 확인하였지만⁶²⁾ 2022년 11월 24일 DAXA는 회원사에 제출된 유통량 계획 정보와 실제 유통량에 차이가 존재하는 등 위믹스의 증대한 유통량 위반이 발견되었고, 이러한 부정확한 유통량 정보에 관해 투자자들에게 적시에 명확한 정보 제공이 확인되지 않았으며, 소명 기간 중 제출된 자료의 오류 및 신뢰 훼손이 존재했다고 밝히며 투자자를 보호하기 위해 위믹스의 상장폐지를 결정했다.⁶³⁾

이에 대해 위메이드 측은 법원에 거래지원종료결정 효력정지가처분⁶⁴⁾

보도자료를 확인할 수 없을 경우, 언론보도와 회원사 개별의 공지로 출진을 갈음하였다. 이에 대해서는 디지털자산 거래소 공동협의체, DAXA, 공식 홈페이지 오픈(보도자료), 2023.05.23.와 공식 웹사이트인 <<https://kdaxa.org/index.php>>, 최종검색일 : 2023.09.21.을 참조.

- 59) 윤진우, 위메이드, 위믹스 대량 매도 논란에 “장기적 가치 위해…정보공개 투명하게 할 방침”(기사), 조선비즈, 2022.01.11. <<https://biz.chosun.com/it-science/ict/2022/01/11/OWEUTEBRJNAYRBUVR7NG3FLKKE/>>
- 60) 이도원, 위메이드 “위믹스 코인 유통화 잠정 중단(기사), ZDNet Korea, 2022.1.28.<<https://zdnet.co.kr/view/?no=20220128190128>>
- 61) 언론보도로는 윤지혜, 위메이드 코인 ‘위믹스’, 4대 거래소 유의종목 지정…20% 급락, 머니투데이, 2022.10.27. <<https://n.news.naver.com/mnews/article/008/0004811161?sid=105>>를, 회원사 업비트의 공지사항으로는 <https://upbit.com/service_center/notice?id=3069>, 최종검색일 : 2023.09.21.를 참조.
- 62) 이규연, 장현국 대표 “위믹스 상장폐지 없을 것” 재차 확인(기사), dealsite, 2022.11.18. <<https://dealsite.co.kr/articles/94637>>
- 63) 언론보도로는 박미라, 위믹스 코인, 결국 상장폐지…5대 거래소 퇴출 결정(기사), 머니투데이방송, 2022.11.24. <<https://news.mtn.co.kr/news-detail/2022112420095183496>>를, 회원사 업비트의 공지사항으로는 <https://upbit.com/service_center/notice?id=3149>, 최종검색일 : 2023.09.21.를 참조.

을 신청했으나 법원은 ① 가상자산 거래시장에서 유통량은 중요성을 가지고 있다는 점, ② 계획 유통량 위반이 존재했다고 볼 수 있다는 점에서 정당한 거래지원 종료사유가 존재하였다고 인정하였다. 또한, 거래소 측이 사적 경제주체에 해당하긴 해도 가상자산의 공정한 가격 형성과 거래의 투명성 등 공익적 기능을 수행하고 책임을 부과하고 있으므로 거래소 측의 판단이 자의적이지 않는 한 존중될 필요성이 있음을 밝혔다. 따라서 위메이드 측의 효력정지가처분신청을 기각하였다.

그러나 법원의 조치로 문제가 해결된 것은 아니었다. 2023년 2월 16일 DAXA의 회원사인 코인원은 기존의 상장폐지 결정을 뒤집고 위믹스를 재상장하였으며, 위메이드 측은 2023년 3월 10일, 위믹스플레이 3.0을 예고하면서 오더북 방식⁶⁵⁾으로 토큰들의 시세를 확인하고 원하는 가격에 매수·매도할 수 있는 ‘DEX’ 서비스, 이용자가 예치한 디지털자산을 담보로 다른 종류의 디지털자산을 대출하는 ‘Borrow’ 서비스를 도입하여 금융서비스를 강화하겠다는 포부를 밝혔다.⁶⁶⁾ 따라서 위믹스의, 더 나아가서 P2E 게임과 그 배경이 되는 블록체인 플랫폼의 신뢰성에 대한 논란은 앞으로도 지속될 전망이다.

2. 기존 규제의 한계

(1) 게임산업법의 형해화 우려

앞서 살펴본 것처럼, 게임산업법 및 게임물관리위원회를 통한 규제는 P2E 게임의 국내 서비스를 원천적으로 차단할 수 있다는 점에서 매우 강력한 법적 효력을 가지고 있다. 그러나 ‘위믹스 사태’의 전개 과정에서는 영향

64) 서울중앙지방법원 2022. 12. 7.자 2022카합21695 결정, 서울중앙지방법원 2022. 12. 7.자 2022카합21703 결정, 서울중앙지방법원 2022. 12. 7.자 2022카합21712 결정

65) 오더북 방식은 특정 상품에 대한 구매자와 판매자의 주문 목록을 기록하는 방식을 의미한다. 즉 주식시장에서의 호가창에 대응하는 개념이라고 할 수 있다.

66) 강한결, 위메이드, 리뉴얼된 ‘위믹스플레이 3.0’ 공개, ZDNet Korea(기사), 2023.03.10. <<https://zdnet.co.kr/view/?no=20230310192039>>

을 주지 못했는데 그 이유는 다음과 같다.

게임산업법은 P2E 게임의 서비스에 있어 해당 게임물의 심의에만 관여할 수 있다. 즉, 해당 게임물의 내용을 분석하고 법령에 위반되는 부분을 지적해 서비스를 차단할 수 있을 뿐 P2E 게임을 구성하고 있는 블록체인 플랫폼의 국내 서비스에는 관여할 수 없고, 해당 게임물에서 블록체인 플랫폼과 연결되는 부분을 제거할 경우 정상적으로 서비스를 진행할 수 있다.⁶⁷⁾

이러한 특징은 다음과 같은 문제를 만든다. 우선, 해외에서 정상적으로 P2E 게임을 서비스할 수 있고, 국내에서는 관련 가상자산을 거래할 수 있기 때문에 무한돌과삼국지판례에서 해당 게임이 ‘사행성게임물’의 신종 형태에 해당한다고 판단한 근거인 ‘게임업체가 게임물의 내용과 무관한 가상자산의 제공으로 이용자들을 유인하여 게임물의 이용자들을 원고가 발행하는 가상자산의 투자자들로 그 지위를 변동시키고, 가상자산의 발행자로서 이들로 하여금 가상자산의 가치변동 등락에 영향을 받도록 하는 일련의 행위’⁶⁸⁾가 여전히 가능하다는 점이다. 게임 운영사는 게임 서비스에 영향을 주어 가상자산의 가격 변동에 간접적으로 관여할 수 있고 투자자들은 이에 영향을 받게 된다.

또한 국내의 투자자 혹은 게임 사용자는 가상사설망(Virtual Private Network)를 이용해 해외 게임 서비스에 접속하는 식으로 관련 규제를 우회하여 온전한 P2E 게임서비스를 이용할 수 있다.⁶⁹⁾ 접속 차단이 실효성을 가지지 못하고 있는 것이다.

(2) 자율규제의 법적 근거 및 실효성 미비

‘위믹스 사태’에서 DAXA가 보여준 자율규제가 성공적이었다고 평가하

67) 실제로 1세대 P2E 게임으로 평가받는 위메이드의 미르4의 경우, 가상자산과 관련된 기능이 빠져 있을 뿐 국내에서 정상적으로 플레이할 수 있다. 한편, 위메이드의 블록체인 플랫폼과 이의 가상자산은 게임과 별도로 국내에서 서비스되고 있다.

68) 서울행정법원 2023. 1. 31. 선고 2021구합89398, 89480(병합) 판결

69) 실제로 국내의 게임 이용자들은 이러한 우회 접속으로 국내 게임사가 만든 P2E 게임을 이용하고 가상자산을 획득하고 인터넷 커뮤니티 등을 통해 그 방식이나 수단을 공유하는 모습을 보이고 있다.

기는 어렵다. 왜냐하면, ① 위믹스는 얼마 지나지 않아 DAXA의 소속 거래소인 코인원에 재상장 되었다는 점 및 ② 여전히 사태 발생 이전수준과 유사한 정도로 활발한 거래를 기록하고 있기 때문이다. 이러한 실패가 DAXA의 조치가 잘못되어서 발생했다고 말할 수는 없다. 상장폐지 조치는 거래소가 할 수 있는 가장 강력한 제재 수단 중 하나이기 때문이다. 따라서 기존 자율규제의 실효성 미비의 근본적인 원인은, ① 자율규제업무를 법에 명시하고, ② DAXA를 법정협회에 지정하는 등의 법적 근거의 부족으로 판단하는 것이 합리적이다.

결국, 자율규제에 대한 법적 근거가 미비할 경우 가상자산시장에서 실효성 있는 규제가 이루어지기는 어렵다. 가상자산 시장의 특성상, 법적 권위가 존재하지 않는 기구가 회원사들의 이탈을 방지하거나 소속되지 않은 거래소를 억제할 수단이 존재하지 않는데, 경쟁적 위치에 있는 거래소들이 이러한 합의를 준수할 이유가 마땅치 않기 때문이다. 자율규제에 참여하여 얻을 수 있는 이익을 가상자산 업계에 대한 신뢰 제고 등의 사회적 자본이라고 생각할 때, 이는 외부성이 있어 동참하지 않은 업계의 거래소 또한 이득을 부분적으로 편취할 수 있다. 반면, 거래량이 높을수록 높은 평가를 받는 거래소의 특성상 타 업체에서 상장 폐지한 가상자산을 자신만이 상장하였을 경우 얻을 수 있는 이익은 매우 크다.⁷⁰⁾

(3) 회사의 가치평가 문제

현재, 자본시장법이 적용되는 제도권의 금융시장과 이것이 적용되지 않는 탈중앙화 금융시장은 명목상으로는 분리되어 있지만 실질적으로는 많은

70) 위믹스가 코인원에 재상장하게 된 경위에 대해서는 아직 구체적으로 밝혀진 바가 없다. 다만 코인원 측에서는 위믹스 유통량 문제가 해결되었음을 강조하였지만 이는 가치분 신청 과정에서 DAXA 소속 회원사들이 내세웠던 차후 문제 해소 여부와는 별개로 위믹스 재단에 대한 신뢰가 훼손되었다는 주장과 상반되고 있어 이를 신뢰하기는 어렵다. 코인원이 비교적 후발주자에 해당하는 거래소라는 점을 생각할 때 본문에서 언급되는 논리가 작용되었다고 보는 것이 합당할 것이다. 코인원의 위믹스 상장과 관련된 입장은 <<https://coinone.co.kr/info/notice/2057>>, 가치분 신청 과정에서 DAXA 소속 회원사들의 입장에 대해서는 서울중앙지방법원 2022. 12. 7.자 2022카합21695 결정 참조.

영향을 주고받고 있다. 이로 인해 발생하는 대표적인 문제가 회사의 가치평가와 관련한 문제이다. P2E 게임물의 서비스가 국내법상 금지되어있음에도 불구하고 게임사는 블록체인 플랫폼을 통해서 손쉽게 가상자산을 현금화할 수 있다. 현재 회계 관행상 토큰 발행 과정에서 그 가치를 확신할 수 없으므로 이를 즉각적으로 자산으로 반영하고 있지는 않지만 회사가 이를 처분하고 사용하는 것에는 어떠한 제약도 없으므로 게임사는 실질적으로 발권력을 통해 화폐주조차익을 누리고 있다. 즉, 금융시장의 참여자들은 게임사의 가치를 평가할 때 가상자산의 발권을 통한 화폐주조차익이나 이미 발행된 가상자산의 가치를 고려하게 되었다. 이 자체는 문제가 아닐 수 있으나, 변동성이 매우 높은 가상자산의 특징상 큰 문제로 이어질 수 있다. 가상자산시장의 높은 변동성이 게임사의 가치평가에 지속적으로 영향을 줄 수 있고 회사의 주가와 같은 요소의 높은 변동성을 야기할 수 있다. 이제 P2E 게임사의 가상자산이 제도권 금융 시장의 구조적 불안 요인으로 자리매김하게 된 것이다.

(4) 소결 - 기존 규제의 한계와 새로운 규제 방식의 필요성

앞선 논의들을 종합해볼 때, P2E 게임이나 이와 관련된 영역을 규율하는 현행 법체계는 한계점을 노출하고 있는 것으로 보인다. 게임산업법의 명문과 이에 기초한 국내 법원의 해석론이 P2E 게임 영역을 유통규제 등 매우 강력한 수단을 통해 규율하고 있다는 것에는 이견의 여지가 없다.⁷¹⁾ 이에 기초할 경우, P2E 게임의 국내 서비스는 불가능하며 이에 기초한 금융서비스 또한 실질적으로 기능할 수 없다는 점이다. 국내의 유통규제에 대항하여 사용자들은 국내의 유통규제를 우회하여 P2E 게임의 서비스를 이용하고 있으며, 게임사들은 해당 게임을 국외에서 서비스함과 동시에 해당 게임과

71) 이로 인하여, P2E 게임의 유통 가능성이 전면 부정되고 있는지에 대해서는 여전히 논쟁의 여지가 있다. 이와 관련하여 게임산업법의 해석상 우연성과 환전을 업으로 하지 않는다면 P2E 게임의 유통 가능성을 열어둘 수 있다는 연구가 존재하기 때문이다. 또한 해당 연구는 이러한 유통 가능성에 대한 해석과 별개로 블록체인 게임(본 연구에서 규정한 P2E 게임의 정의와 유사)의 활성화에 따라 수많은 파생산업이 등장할 수 있으나 이에 대한 논의나 규율이 미비함을 지적하고 있다. 이와 관련된 구체적인 논의는 윤태영, 「블록체인 기반 P2E(Play to Earn) 게임의 법적 쟁점」, 『스포츠엔터테인먼트와 법』 제25권 제3호, pp. 3 - 21, 2022.를 참조

연결된 블록체인 플랫폼을 각각 분리하여 국내에서 서비스하면서 게임사가 가진 우월한 지위를 이용할 수 있는 환경에 놓여있다.⁷²⁾ 한편, 현행 특정금융정보법 등 관계 법령은 가상자산의 개념에서 게임과 관련된 영역을 포함하지 않았으므로, 게임사가 가진 특수한 지위를 반영한 규제에 허점이 크다.

결론적으로, 위믹스와 관련하여 파악할 수 있는 현행 규제의 문제점들 중 상당수는 가상자산의 금융적인 측면을 포괄할 수 있는 준거 법령의 미비에 기인한다. 가상사설망을 이용하는 등 P2E 게임물에 대한 게임산업법에 기초한 규제를 우회하더라도, 그 현금화 과정에서 사용되는 블록체인 플랫폼을 규율하는 관련 법령이 존재한다면, 이러한 우회의 효과를 차단하는데 상당한 도움을 줄 수 있다. 또한, 현행 자율규제의 실패 원인은 앞서 언급한 것처럼 공적 규제의 보조가 전무하기 때문이므로, 이를 보조할 수 있는 준거 법령의 제정은 문제 해결의 핵심적 기여요인으로 예상된다. 마지막으로, 회사의 가치평가 문제와 관련하여, 가상자산시장의 변동성이 제도권 금융시장에 영향을 주는 문제는, 이를 포괄할 수 있는 준거 법령의 필요성을 보여준다. 한편, P2E 게임의 사업자는 블록체인 플랫폼이나 이와 결합된 서비스들에 대하여 게임 내용의 변경이나 가상자산의 현금화 등을 통해서 강력한 영향력을 행사하고 있어 비교적 규율의 필요성이 강하게 나타나는 등 게임산업이 가지고 있는 특징에 대한 고려가 부족한 것 또한 사실이다. 따라서 가상자산의 금융적인 측면을 포괄하며 게임산업 고유의 특징을 반영하는 새로운 규제 방식이 필요하다.

V. 실효적 규제 방식의 검토

72) 사용자들이 유통규제를 우회하는 것은 명백한 불법성을 가지고 있으므로 이에 대한 논의는 별론으로 하고, 게임운영사의 이러한 지위나 전략 자체가 문제라고 할 수는 없다. 문제가 되는 것은 이것이 실질적으로 법령의 규율을 받아야 하는 속성을 가지고 있음에도 불구하고 잘 규율되고 있지 못하며 이러한 상황이 P2E 게임을 온전하게 운영할 수 없는 게임사나 이를 이용할 수 없는 게임이용자, 게임사의 영향력에 직간접적으로 노출된 관련 가상자산 투자자 모두에게 좋지 않은 영향을 주고 있다는 점이다.

1. 실효적 규제의 요건

앞선 분석에서 새로운 규제 방식은 가상자산의 금융적인 측면을 포괄하는 준거 법령을 제시할 수 있어야 하며, 게임산업 특유의 특징을 반영하고 있어야 할 당위성을 논증하였다. 이하에서는 새로운 규제 방식의 구체적인 형태에 대해 제언하기에 앞서서, 새로운 규제 방식이 관련 문제를 해결하기 위해서 필요한 두 가지 원칙에 대해서 설명한다.

(1) 규제시차

새로운 규제 방식의 핵심적인 특징은 바로 규제시차를 줄이는 것에 있다. 규제시차(regulatory lag)는 정책시차(policy lag)의 하나로서 규제문제의 발생시점과 해결시점 사이의 시간 차이를 의미하는데⁷³⁾, 그 자체가 반드시 나쁜 것은 아니다. 규제는 하나의 사회적 제도이기에 시차 발생이 불가피하며 이는 규제 자체가 민주적 결정 과정을 거쳐야하기 때문이다.⁷⁴⁾ 그러나 지나치게 긴 규제시차가 법적인 공백을 만들고 이로 인한 혼란을 만들어낸다는 것은 분명하다. 한편, 가상자산과 연계된 산업분야들은 그 발전속도가 빠르다는 점, 비교적 신기술에 속한다는 점에서 규제시차의 문제가 더욱 크게 작용할 수 있다. 규제가 적용되는 것보다 빨리 산업현장이 변모하면서 규제가 무용해질 가능성이 큰 것이다. 실제로 핀테크 기반 금융상품은 일반적인 상품에 비하여 새로운 아이디어가 검증을 거쳐서 소비자의 후생을 제고하는 제품으로 자리잡거나 또는 도태되어 소멸하는 사이클이 일반적인 금융상품에 비해서 짧을 수 있다. 이러한 경우 기존의 열거주의적, 규정중심적 규제 방식은 새로운 금융상품들의 등장에 신속하게 대처하기 어렵다는 점이 지적된 바 있다.⁷⁵⁾

따라서 규제시차를 감소시키기 위해 새로운 규제 방식은 다음과 같은

73) 고용준·배관표·김영지, “규제시차의 이론과 실제 : 산업융합 신제품 적합성 인증 사례를 중심으로”, 『입법과 정책』 제10권 제1호, 2018, 172면.

74) Ibid.에서 인용한 것을 참조하여 최병선, 정부규제론, 법문사, 2006.08.30.

75) 박선종, “블록체인과 국내 금융제도에 관한 법적 검토”, 『외법논집』 제42권 제4호, 2018, 147-148면.

형태를 갖출 필요성이 있다. 먼저, 기술변화에 새로운 법령의 제정으로 대처하는 것이 아니라 기존의 법령을 통해 대처할 수 있어야 한다. ‘위믹스 사태’에서 드러났던 법적 공백에서 알 수 있는 것처럼, 법률을 제정하는 것에는 오랜 시간이 소요되며 그 사이에 다양한 문제들이 발생할 수 있다. 즉, 규제시차에 대응하기 위해서 기존의 제도에 새로운 변화들을 포섭할 수 있어야 한다.

다음으로, 규제 관련 법령들의 속성을 변화시킬 필요성이 있다. 기존의 열거주의적이고, 규정중심적인 규제에 기초할 경우 새로운 기술변화를 과거의 틀에 강제적으로 끼워 맞추게 되면서 규제의 효율성이 저하될 수 있다.⁷⁶⁾ 이러한 체계에 기초할 경우, 규제시차를 줄이기 위한 노력들은 충분한 속고 없이 규제를 적용시키는 악수로 작용하게 될 것이다. 따라서 이를 포괄주의적이고, 원칙중심적인 방식으로 개선할 필요성이 있다.

마지막으로, 공적 규제와 자율규제의 관계를 재설정할 필요성이 있다. 사회와 기술의 변화 속도가 빨라지면서 공적 규제를 통해 모든 문제에 대응하는 것은 점점 어려워지고 있다. 이런 상황에서 법적인 공백을 메울 수 있는 자율규제를 확대할 필요성이 있다. 또한 P2E 게임과 같이 블록체인 플랫폼에 기초한 산업의 경우, 플랫폼 홀더는 산업과 관련한 많은 정보를 획득하기 마련이다.⁷⁷⁾ 공적 규제를 집행하는 당국이 이러한 플랫폼 홀더보다 정보 상 우위에 있다고 단정 짓기는 어려워지고 있으므로 후견주의적인 입장을 포기할 필요가 있다.⁷⁸⁾ 한편, 앞서 논의한 것처럼 자율규제조직에 법

76) 자본시장법이 규정중심적인 체계라는 기존 학계의 논의는 김용재, “자본시장법상 원칙중심규제 도입의 필요성 및 방향”, 『증권법연구』 제19권 제1호, pp. 159-186, 2018.를, 블록체인 시장에서의 원칙중심규제에 대한 논의는 박선중, “블록체인과 국내 금융제도에 관한 법적 검토”, 『외법논집』 제42권 제4호, pp. 133-151, 2018.을 참조.

77) 이러한 문제는 현재 게임 산업에 국한되는 것이 아니라, 메타버스와 같은 플랫폼 홀더가 큰 영향을 가질 수 있는 산업 전반에 걸쳐서 논의되고 있다. 메타버스 내의 거래에 대해 메타버스 플랫폼 운영자보다 규제기관이 정보에 우위에 있기는 어려울 것이라는 분석 및 전망에 대해서는 이정수, “메타버스와 금융법”, 『상사법연구』 제41권 제1호, 2022, 89면을 참조.

78) P2E 게임의 운영사가 게임 서비스에 특정한 조치를 취했을 경우, 정책 당국자가 해당 조치의 목적이나 효과를 구체적으로 파악하기란 불가능에 가깝다. 게임 서비스와 관련된 자료가 충분하지 않고 정책당국자가 해당 서비스에 대한 전문성을 갖추기도 어렵기 때문이다. 하지만, 통상적인 게임에서의 조치와 다르게 P2E 게임에서의 재화의 사용 및 교환 가치 변경은 전술한 것처럼 금융시장에 영향을 줄 수 있다는 점에서

적 근거가 존재하지 않을 경우, 이를 강제할 수 없어 자율규제의 의미가 퇴색되므로 법령에 기초하여 DAXA와 같은 단체에게 공적인 권위를 제공하는 방식의 보조를 제공할 필요성은 분명하다.

이와 같은 요건들을 종합할 때 P2E 게임을 규율할 규제 방식으로 제안하고자 하는 바는 간단하다. 자본시장법과 같은 기존의 체계에 기초하되, 이와 같은 기존 체계가 포괄주의적이고 원칙중심적인 방식으로 개선되어야 하며, 지금보다 자율규제가 확대되는 방향으로 나아가야 한다.

(2) 자발적 참여 유도

게임산업의 특징을 고려할 때, 새로운 규제 방식에 요구되는 또 하나의 특징은 바로 행위자들의 자발적인 참여를 이끌어낼 수 있어야 한다는 점이다. 규제시차의 문제에서 논의한 것처럼 기술이 발전해 감에 따라 공적 규제를 집행하는 당국이 게임산업의 플랫폼 홀더보다 정보 상 우위에 있다고 단정 짓기는 점점 어려워지고 있다. 또한 앞서 언급한 것처럼, 가상사설망 기술의 발전은 접속 차단과 같은 방식으로 게임 이용자들을 규율하기 어려워지고 있음을 보여준다.

이러한 상황에서 새로운 규제 방식은 게임 규제를 둘러싼 당사자들, 특히 게임 이용자와 플랫폼 홀더의 자발적인 참여와 호응을 이끌어내지 못하는 이상 실효성을 담보할 수 없다. 규제의 정도가 강력할 경우, 플랫폼 사업자는 정보 상의 우위를 바탕으로 규제를 회피하고자 할 것이며 게임 이용자들은 이를 우회하여 서비스를 이용하고자 할 것이다. 반대로 규제의 정도가 미미할 경우, P2E 게임을 이용한 금융 서비스의 폐해나 게임 서비스 제공자의 우월한 지위에서 나오는 문제점을 효과적으로 규율할 수 없을 것이며 P2E 게임에 대한 이용자들의 반감을 키울 수 있다.

전염병의 확산과 이에 대한 정부의 대응을 분석한 과학 커뮤니케이션 이론들은 이를 해결할 수 있는 단초를 제공한다.⁷⁹⁾ 대중의 과학이해(Public

규제로 포섭될 필요성이 있다.

79) 전염병의 유행과 이를 해결하기 위한 정부의 과학 커뮤니케이션은 정책적 수단을 통해 관련 행위자 모두를 규율할 수 없는 상황에서 개인의 자발적인 참여를 이끌어내

Understanding of Science: PUS)에 대하여 전통적 입장은 흔히 ‘결핍 모형(Deficit Model)’이라고 불리며, 과학지식을 실제로 파악하고 과학지식이 과학자 사회에서 대중으로 일방적으로 확산된다고 가정한다.⁸⁰⁾ 그러나 이러한 결핍 모형은 위험성과 관련된 현대 사회의 문제를 해결하는 것에 있어서 취약한 모습을 보여주고 있다. 결핍 모형은 과학적 지식이 대중에게 전파되는 방식을 단방향으로 파악하면서 대중들이 지식의 생산자가 아니라 이를 일방적으로 수용하는 주체로 파악한다. 그러나 대중들은 이러한 지식을 해석하고 수용하는 과정에서 나름의 정보를 생산해내는 모습을 보인다. 실제로 메르스 유행 사태에서 정부가 위험정보를 시민들에게 제공하는 것을 꺼려하자, 시민들은 SNS를 통하여 메르스 지도를 만드는 등 위험정보를 직접 생산하는 모습을 보였다.⁸¹⁾ 이러한 상황에서 적극적인 커뮤니케이션을 배제한 채, 일방적으로 정보를 전달하는 접근 방식은 불안을 확산시켰으며 정부의 신뢰를 저하시켰다.

‘맥락 모형(Context Model)’은 이러한 결핍 모형의 단점을 극복하기 위해서 제시된 이론이라고 할 수 있다. 맥락 모형은 과학적 지식이 가치를 배태하고 불확실성에 노출되어있다고 판단하며, 이러한 지식이 사회적으로 구성되어있다고 판단한다. 이에 따르면 전문가들의 위험지식은 가치중립적이나 객관적이라고만 판단할 수 없고, 위험지식에 대한 시민의 이해는 그 지식의 내용, 그 자체 보다는 지식을 주장하는 전문가에 대한 신뢰와 연결된다.⁸²⁾ 즉, 단순히 전문가 집단이 ‘옳은 지식’을 전달하는 것에는 한계가 있으며 전문가와 시민의 이분적인 관계를 극복하고 적극적인 의사소통을 구사할 필요가 있다.

새로운 규제방식은 맥락 모형의 관점을 취할 필요성이 있다. P2E 게임과 관련된 다양한 행위자(게임 개발사, 규제 당국, 게임 이용자, P2E 게임에

야 한다는 점에서 P2E 게임 규제를 둘러싼 환경과 유사하다.

80) 김동광, “과학과 대중의 관계 변화”, 『과학기술학연구』 제2권 제2호, 2002, 5-6면.

81) 김은성, “메르스관련 정부 위험소통의 한계에 대한 사회적 원인 분석”, 『Crisisonomy』 제11권 제10호, 2015, 104면.

82) Ibid. 94면.

반대하는 대중 등) 중 일방의 관점에 기초한 규제 정책은 일방적으로 정보를 전달하는 접근 방식과 유사하며 다른 행위자들의 신뢰나 자발적 호응을 이끌어내는데 어려움을 만들 수 있다. 그리고 P2E 게임의 특성을 생각할 때에는 규제의 실효성과 연결된다. 결국 P2E 게임과 관련된 행위자들의 다양한 인식과 그 인식들의 차이를 좁히는 것은 P2E 게임 규제가 달성해야하는 목표이기도 하지만 규제의 효율성을 담보하기에도 위한 수단이기도 하다.

2. 새로운 규제방식의 제언 : 게임금융자율심의기구

상기한 두 원칙을 고려할 경우, 새로운 규제방식은 포괄주의적이고 원칙중심적인 법령에 기초한 자율규제기구여야 하며 그 구성에 있어서 맥락 모형의 관점에서 행위자들의 의사소통을 중재할 수 있어야 한다. 그 실행방안으로 ‘게임금융자율심의기구’의 신설을 제언한다. 동 기구의 구체적인 형태는 다음과 같다.

첫째, 동 기구는 현재의 게임물관리위원회와 유사하게 게임물의 서비스 과정에서 제공되고 있거나 제공될 수 있는 금융서비스(혹은 그와 유사한 형태의 서비스)를 심의하는 역할을 수행한다.⁸³⁾ 이 과정에서 사용되는 판단기준은 자본시장법과 같은 기존의 법령에 기초하되, 이와 같은 기존 체계가 포괄주의적이고 원칙중심적인 형태로 개정된 것이어야 한다. 예컨대, 해당 법령체계가 동일 위험, 동일규제 원칙을 기반으로 하고 있다면 게임 서비스 제공자가 제공하고자 하는 서비스의 위험성과 구조를 평가하고 이에 대하여 어떠한 금융 서비스와 동일한 규제가 적용되어야 하는지를 판단한다. 물론, 유지보수 과정에서 변화가 잦은 게임 서비스의 특징상⁸⁴⁾ 이를 모두 사전적으로 심의할 경우 막대한 사회적 비용이 소모될 수 있으므로 심의에 대한 요청이 제기되었을 때 이를 진행한다.⁸⁵⁾ 다만, 긴급을 요하거나 그 정도

83) 관계 법령의 지원을 받아 그 구성과 집행에 있어서 공적인 권위가 뒷받침되어야 하는 것은 물론이다.

84) LiveOps 상태에 있는 모바일 게임은 격주에 한번씩 게임을 수정하는 과정(통칭 업데이트 혹은 패치)을 거치는 경우가 대부분이다.

가 중하여 빠른 판단을 요구하는 경우가 있을 수 있으므로 해당 기구에 소속되어 심의를 진행하는 위원이 직권으로 심의를 요청할 수 있어야 할 것이다.

둘째, 해당 심의과정 및 조직의 구성에 있어서는 게임 서비스와 관련된 다양한 행위자를 포괄해야 할 것이다. 즉, 조직의 인적 구성에 있어서 규제 당국과 관련된 인사나 게임 서비스 제공자와 관련된 인사, 그와 분리되어 민간의 의사를 전달할 수 있는 연구자 등의 인사가 있어야 할 것이고 그 비율이 균형을 이루어야 할 것이다. 다만, 현실적으로 게임 서비스를 소비하는 이용자에게 이러한 업무를 강제할 수는 없고 전문적으로 해당 심의 업무를 수행하는 시점에서 일반적인 게임 서비스 이용자의 시각을 적절하게 반영하기 어려우므로 이들의 시각을 반영하기 위한 별개의 제도가 필요하다.⁸⁶⁾

셋째, 심의과정과 관련하여 적극적인 의사소통이 필요하다. 특정한 서비스가 어떠한 구조를 가지고 있는지 판단하고 이에 적용되기 적당한 규율 방식을 찾는 것은 고도의 전문성을 요하는 일임은 분명하다. 그러나 게임 서비스와 같이 빠르게 변화하는 영역에서 해당 서비스의 이용자들은 해당 서비스의 구조에 대한 통찰이나 나름의 전문성을 가지고 있는 것이 사실이며 이러한 지식은 효율적인 규제 집행과 방향 설정에 도움이 될 수 있다. 이러한 부분을 인정하고, P2E 게임과 관련된 다양한 행위자 간의 의사소통을 매개할 수 있는 커뮤니티나 플랫폼⁸⁷⁾을 구성할 필요성이 있다. 이러한 시도는 완전하지 않을 수 있지만, 서비스를 규율하는 과정에 관련 행위자들을 적극적으로 참여하게 하면서 이들의 비협조에 따라 발생할 수 있는 공적인 강제 수단의 한계점을 넘어서는데 도움을 줄 수 있다.

85) 기본적으로 심의를 요청할 수 있는 주체는 모든 국민이나 법인에 해당해야 할 것이나, 심의 요청이 무분별하게 이루어질 경우, 모든 서비스를 사전 심의하지 않는 의미가 되새겨져 과거의 청와대 국민청원과 같이 일정한 신청 수를 기준으로 하는 등의 규정이 필요할 것이다.

86) 모니터링 제도가 대안이 될 수 있을 것으로 보인다. 공개적으로 비전업적인 모니터링 요원을 모집하고 이들이 심의 내용 및 과정에 피드백을 할 수 있게 하거나, 국민참여재판과 유사한 형태로 지원을 받아 일회적으로 심의 과정에 민간인이 부분적으로 참여할 수 있는 구조를 만들 경우 이러한 문제점을 극복하는데 도움을 줄 수 있다.

87) 예를 들어 각 업계 관계자들의 정기적인 토론회나 학술활동을 지원하고 이에 대한 민간의 참여를 독려하거나 게임 서비스에 대한 의견을 공유할 수 있는 인터넷 커뮤니티나 실물 공간을 마련할 수 있을 것이다.

VI. 결 론

금융산업이 본질적으로 규제산업이라는 것에는 이견의 여지가 없다. 현실 속에서 금융산업은 다양한 제도와 법에 의해서 규율되며, 상당수의 경우 상품의 설계와 출시를 위해 관련 법령을 충족해야하기 때문이다. 또한, 이론적으로도 금융산업은 정보의 비대칭성이 강하게 작동하는 시장으로 시장 실패의 가능성이 크고 경제 전반에 강한 외부효과를 발생시킨다는 점에서 법적 규율의 정당성이 쉽게 인정될 수 있는 분야이기도 하다. 이런 부분을 생각해보았을 때 금융 산업적 측면이 점차 강화되고 있는 P2E 게임은 자본 시장법과 같은 기존의 규제 방식에 포섭되어야 할 필요성이 있다.

한편, 현재 나타나고 있는 새로운 기술적/사회적 영역에 대한 담론들은 P2E 게임의 규제에 대한 상당한 추가적 검토를 필요로 한다. 기존 정책학 분야에서 활발하게 제기되던 규제시차와 같은 논의처럼 정부의 규제가 완벽할 수는 없다. 대부분의 규제 정책은 변화에 사후적으로 대응하는 방식 때문에 정부 정책의 실패가 나타날 수 있다. P2E 게임의 발전이나, 메타버스에 대한 담론들은 이러한 문제점이 더욱 두드러지게 나타날 것이라는 전망을 내비치고 있다. 핀테크 기반 금융상품은 과거의 상품에 비하여 새로운 아이디어가 자리잡고 도태되어 소멸하는 사이클이 짧을 것으로 점쳐지고 있으며, LiveOps 상태에 있는 게임 서비스들은 격주 간격과 같은 짧은 주기로 서비스에 변화를 준다는 점에서 규제시차의 문제를 더욱 극대화시킬 수 있다. 이 경우 기존의 열거주의적, 규정중심적 규제 방식은 새로운 금융상품들의 등장에 신속하게 대처하기 어렵다. 또한 게임서비스의 이용자와 그 플랫폼 홀더들은 공적인 규제당국의 규제를 우회할 수 있는 다양한 수단을 갖추고 있으며 이를 통해서 공적 규제를 형해화시킬 수 있는 역량을 지속적으로 키우고 있다. 이러한 변화에 대한 가치 판단은 별론으로 하더라도, 더 이상 일방적인 소통에 기초한 규율방식이 작동하기 어렵다는 것은 명백하다.

P2E 게임과 위메이드의 ‘위믹스 사태’는, 과거와 같이 명확하게 산업 영역을 구별하고 그에 따라서 법령을 집행하기 어렵다는 사실을, 단적으로 보

여준 사례이다. P2E 게임은 블록체인 플랫폼이기도 하고, 금융 플랫폼의 역할을 수행할 수도 있으며, 한편으로는 게임이기도 하다. 이러한 새로운 영역들의 등장을 끊임없이 기술적이며 절차적인 규정에 포섭하고, 그것이 불가능하다면 새로운 기술적이고 절차적인 규정을 도입하여 해결하려는 시도는, 그러한 입법이 사후적일 수밖에 없다는 한계상 지속적으로 피해자를 만들어내는 현상으로 귀결될 수밖에 없다. 비교적 사회 변화의 속도가 느리던 과거에는 이러한 방식이 성공적일 수 있었지만, 향후에는 어렵거나 불가능해질 수 있다는 정조들이 점차 선명해지고 있다. 이에 대한 해결책은 다양하게 제시될 수 있지만, 연구자들의 제언은 다음과 같이 요약된다. 첫째, 기존의 법령을 원칙 중심으로, 행위를 중심으로 개선하고 개인 사업자들이 정책 당국보다 더 나은 정보적인 지위를 가질 수 있다는 것을 인정하여 자율규제를 확대하자는 것이다. 둘째, 이 과정에서 행위자들이 가지고 있는 인식의 간극을 줄이고 조화시킬 수 있는 의사소통이 가능한 형태로 자율규제 기구를 구성하여야 한다는 것이다.

P2E 게임산업의 규제개선에 관한 연구	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
- 원 지 호 · 박 선 종	2023.07.31.	2023.08.28.	2023.09.18.

[참고문헌]

[단행본]

- 문화체육관광부 · 한국게임산업진흥원, 2008년 대한민국 게임백서, 2008.
 양창수 외, 민법주해(제2판): 총칙(II), 박영사, 2022.
 최병선, 정부규제론, 법문사, 2006.08.30.

[논문]

- 고용준 · 배관표 · 김영지, “규제시차의 이론과 실제 : 산업융합 신제품 적합성 인증 사례를 중심으로”, 『입법과 정책』 제10권 제1호, pp. 171-191, 2018.
 김동광, “과학과 대중의 관계 변화”, 『과학기술학연구』 제2권 제2호, pp. 1-23, 2002.
 김은성, “메르스관련 정부 위험소통의 한계에 대한 사회적 원인 분석”, 『Crisisonomy』 제11권 제10호, pp. 91-109, 2015.
 김용재, “자본시장법상 원칙중심규제 도입의 필요성 및 방향”, 『증권법연구』 제19권 제1호, pp. 159-186, 2018.
 박선중, “블록체인과 국내 금융제도에 관한 법적 검토”, 『외법논집』 제42권 제4호, pp. 133-151, 2018.
 박선중, “증권형 가상자산의 투자자보호에 관한 연구”, 『법학논총』 제51호, pp. 161-185, 2021.
 송화윤, “가상자산 시장의 자율규제 활성화를 위한 법적 연구-불공정거래 규제를 중심으로-”, 『증권법연구』 제22권 제1호, pp. 183-210, 2021.
 이도원, “P2E(Play to Earn) 시대 게임 아이템과 가상자산의 경계 - P2E 게임의 사행성을 중심으로-”, 『LAW & TECHNOLOGY』, pp. 81-99, 2022.
 이정수, “메타버스와 금융법”, 『상사법연구』 제41권 제1호, pp. 51-101, 2022.
 이정수, “토큰이코노미의 입법과제”, 『금융법연구』 제19권 제3호, pp. 53-91, 2022.
 이현중, “가상재산에 대한 민사강제집행”, 『민사집행법연구』 제18권 제2호, pp. 428-474, 2022.
 이희중, “가상자산의 법적 규제에 관한 연구”, 『법과정책연구』, 제22권 제2호, pp. 137-166, 2021.
 윤태영, “블록체인 기반 P2E(Play to Earn) 게임의 법적 쟁점”, 『스포츠엔터테인먼트와 법』 제25권 제3호, pp. 3-21, 2022.
 정해상, “인터넷 게임아이템 거래에 관한 법리”, 『중앙법학』 제5권 제3호, 중앙법학회, 2003.
 정해상, “P2E 게임 서비스에 대한 법정책의 문제점과 대안”, 『인권과 정의』 통권 508호, pp. 34-48, 2022.

[판례]

- 서울행정법원 2023. 1. 13. 선고 2021구합65484 판결
 서울행정법원 2023. 1. 13. 선고 2021구합69899 판결
 서울행정법원 2023. 1. 31. 선고 2021구합89398, 89480(병합) 판결
 서울중앙지방법원 2022. 12. 7.자 2022카합21695 결정
 서울중앙지방법원 2022. 12. 7.자 2022카합21703 결정

서울중앙지방법원 2022. 12. 7.자 2022카합21712 결정

[기타]

<영문>

Sara Gherghelas, State of Blockchain Gaming in Q1 2023, DappRadar·BGA, 2023.4.
<<https://dappradar.com/blog/state-of-blockchain-gaming-in-q1-2023>> (최종검색일 : 2023.07.31.)

Association for Financial Markets in Europe, Decentralised Finance – Principles for building a robust digital economy, 2023. 07. 06. <<https://www.afme.eu/publications/reports/details/decentralised-finance---principles-for-building-a-robust-digital-economy->> (최종검색일 : 2023.09.22.)

<국문>

1. 기사

강주현, 디지털자산기본법 제정 탄력 받나?(기사), Digital Today, 2023.05.02.
<<https://www.digitaltoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=475171>> (최종검색일 : 2023.07.31.)

강한결, 위메이드 ‘위믹스’, 코인원 재상장…그룹주 일제히 급등(기사), ZDNet Korea, 2023.02.16.
<<https://zdnet.co.kr/view/?no=20230216100726>> (최종검색일 : 2023.07.31.)

강한결, 위메이드, 리뉴얼된 ‘위믹스플레이 3.0’ 공개(기사), ZDNet Korea, 2023.03.10.
<<https://zdnet.co.kr/view/?no=20230310192039>> (최종검색일 : 2023.07.31.)

김지현, EU, 미카(MiCA) 다음 과제는 ‘NFT·디파이’, 서울경제, 2023.04.21. <<https://www.sedaily.com/NewsView/29OE09KJYA>> (최종검색일 : 2023.07.31.)

김한준, P2E 게임 규제 완화?...국무조정실, 파급효과 조사 착수(기사), ZDNet Korea, 2023.04.21.
<<https://zdnet.co.kr/view/?no=20230421080946>> (최종검색일 : 2023.07.31.)

박미라, 위믹스 코인, 결국 상장폐지...5대 거래소 퇴출 결정(기사), 머니투데이방송 <<https://news.mtn.co.kr/news-detail/2022112420095183496>> (최종검색일 : 2023.07.31.)

이규연, 장현국 대표 “위믹스 상장폐지 없을 것” 재차 확인(기사), dealsite, 2022.11.18.
<<https://dealsite.co.kr/articles/94637>> (최종검색일 : 2023.07.31.)

이도원, 위메이드 “위믹스 코인 유통화 잠정 중단”(기사), ZDNet Korea, 2022.1.28.
<<https://zdnet.co.kr/view/?no=20220128190128>> (최종검색일 : 2023.07.31.)

이하은, [인터뷰] “장님 코끼리 만지기식 P2E게임, 개념부터 다시 세워야”(기사), 시사저널 e, 2023.02.27. <<http://www.sisajournal-e.com/news/articleView.html?idxno=296859>> (최종검색일 : 2023.07.31.)

임지윤, 디지털 자산 거래소 협의체 ‘DAXA’, 자율 규제 강화… “자금세탁 방지 분과 신설”(기사), 한국금융, 2023.04.03.
<https://m.ftimes.com/html/view.php?ud=2023040317482372999249a1ae63_18> (최종검색일 : 2023.07.31.)

- 윤지혜, 위메이드 코인 '위믹스', 4대 거래소 유의종목 지정...20% 급락(기사), 머니투데이, 2022.10.27. <<https://n.news.naver.com/mnews/article/008/0004811161?sid=105>> (최종검색일 : 2023.07.31.)
- 윤진우, 위메이드, 위믹스 대량 매도 논란에 “장기적 가치 위해...정보공개 투명하게 할 방침”(기사), 조선비즈, 2022.01.11. <https://biz.chosun.com/it-science/ict/2022/01/11/OWEUTEBRJNAYRBUVR_7NG3FLKKE/> (최종검색일 : 2023.07.31.)
- 옥기원, 위믹스 상장폐지 못 막은 위메이드, 블록체인 사업 신뢰 추락(기사), 한겨레, 2022.12.08. <<https://www.hani.co.kr/arti/economy/it/1070786.html>> (최종검색일 : 2023.07.31.)

2. 보도자료 및 가이드라인, 보고서 등

- 국회 정무위원회, 정무위 법안심사1소위, 가상자산 이용자 보호 및 불공정거래행위 규제를 위한 「가상자산 이용자 보호 등에 관한 법률안」 등 의결(보도자료), 2023.04.25.
- 금융위원회, 가상자산이용자를 보호하고, 가상자산시장의 거래질서를 확립해 나가겠습니다. - 가상자산법 제정안 국회 본회의 통과-(보도자료), 2023.06.30.
- 금융위원회, 22년 하반기 가상자산사업자 실태조사(보도자료), 2023.03.20.
- 금융위원회, 저작권료 참여청구권의 증권성 여부 판단 및 (주)뮤직카우에 대한 조치(보도자료), 2022.04.20.
- 금융위원회, 조각투자 등 신종증권 사업 관련 가이드라인, 2022.04.28.
- 금융위원회, 토큰 증권(Security Token) 발행·유통 규율체계 정비방안, 2023.02.06.
- 디지털자산 거래소 공동협의체, DAXA, 거래지원심사 공통 가이드라인 공개(보도자료), 2023.03.22.
- 디지털자산 거래소 공동협의체, DAXA, 공식 홈페이지 오픈(보도자료), 2023.05.23.
- 이태영, “가상자산 입법동향과 증권시장 규제체계와의 비교”, KB금융지주경영연구소, 2023.04.26.
- 정부원, “NFT 게임 시장 동향 및 규제 이슈”, 「KISDI Perspectives」 2022 July No.3, pp. 1 - 7, 2022.

3. 웹사이트

- 비트코인 <<https://bitcoin.org/en/>>
- 디지털자산 거래소 공동협의체<<https://kdaxa.org/index.php>>
- 업비트, [거래] 위믹스(WEMIX) 유의 종목 지정 안내, <https://upbit.com/service_center/notice?id=3069>
- 업비트, [거래] 위믹스(WEMIX) 거래지원 종료 안내(12/08 15:00), <https://upbit.com/service_center/notice?id=3149>
- 코인원, 위믹스(WEMIX) 원화마켓 거래지원 안내, <<https://coinone.co.kr/info/notice/2057>>
- 국회 의안정보시스템, [2122983] 가상자산 이용자 보호 등에 관한 법률안(대안)(정무위원장), <https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_S2B300Y5C0A8D1F3Q2D9X2E8U6T7R9&ageFrom=21&ageTo=21>

【국문초록】

대규모 다중 접속 온라인 게임의 등장 이후, 게임의 이용자가 게임에서 재화를 획득하고 이를 현실의 재화와 거래해서 수입을 올리려는 시도가 계속되어왔다. 현재 논란이 되고 있는 P2E(Play to Earn) 게임은 블록체인 플랫폼에 의한 게임서비스를 기반으로 이러한 시도를 더욱 용이하게 만들고 있다. 한편, 2022년 11월 24일, 디지털자산 거래소 공동협의체의 위믹스 퇴출 결정과 관련된 일련의 사태는 P2E 게임이 가진 특성상 기존의 규제방식들이 실효성을 가지기 어렵다는 현실을 보여주었다.

첫째, 게임산업법에 기초한 규제의 경우 게임의 접속을 차단하더라도 이용자가 가상 사설망을 이용하여 게임 콘텐츠에 접근할 수 있다는 점에서 우회 기술이 대중화된 시점에서 실질적인 의미를 가지기 힘들다. 둘째, 블록체인 플랫폼에 관련된 규제들은 아직 관련 법령들이 미흡할 뿐만 아니라 자율규제를 표방하는 단체들에게 공식적인 권위가 존재하지 않고 이를 따르지 않을 유인들이 많다는 점에서 유효성을 가질 수 없다. 셋째, P2E 게임의 개발사의 가상 자산 거래는 회사의 가치평가에 영향을 주어 제도권 금융 시장의 구조적 불안 요인으로 작용할 수 있지만 금융산업과 관련된 법률이 적용되지 않고 있다.

결국, P2E 게임이 가지고 있는 특성과 전망을 고려할 때 자본시장법이 적용될 필요성이 인정되나 몇 가지 유의점이 있다. ① 규제시차의 문제에 대응하기 위하여 기술변화에 새로운 법령의 제정으로 대처하는 것이 아니라 기존의 법령을 통해 대처할 수 있어야 한다. 또한, 해당 법령을 포괄주의적이고 원칙중심적인 방식으로 개선할 필요성이 있다. ② 새로운 기술적 영역에 지속적으로 금융 규제가 대응하기 위해서는 플랫폼 운영자와 규제기관 사이의 정보격차를 고려하여 자율규제 방식을 우선적으로 적용할 필요성이 있다. ③ 서비스 이용자나 제공자들이 공적 규제를 우회할 역량을 쌓아가고 있는 현실에 대응하여 자발적인 참여를 독려할 의사소통 구조를 구성할 필요성이 있다.

【Abstract】

A Study on P2E games and the need for new regulations
- Focused on WEMADE's "WEMIX Incident" -

Won, Ji Ho

(J. D. Student, Korea University School of Law)

Park, Sun Jong

(Professor Soongsil University, College of Law)

Since the advent of Massively Multiplayer Online Role-Playing Game, attempts have continued to be made by users of games to acquire goods from the games and trade with real-world goods. P2E(Play to Earn) games, which are currently controversial, are making these attempts easier based on game services provided by blockchain platforms. Meanwhile, on November 24, 2022, a series of incidents related to the decision to withdraw WEMIX from the Digital Asset eXchange Alliance revealed the reality that existing regulatory methods are hardly effective due to the nature of P2E games.

First, regulations based on the 「GAME INDUSTRY PROMOTION ACT」 are difficult to have practical meaning at a time when bypass technology has become popular in that users can access game content using virtual private networks even if access to the games is blocked. Next, regulations related to blockchain platforms cannot be effective not only in that the relevant laws are still insufficient, but also in that there are many incentives not to follow organizations that advocate self-regulation without official authority. Finally, virtual asset transactions by

developers of P2E games can affect the company's valuation and act as a structural destabilizing factor in the institutional financial market, but laws related to the financial industry remain inapplicable toward such virtual asset transactions.

After all, it is clear that the 「FINANCIAL INVESTMENT SERVICES AND CAPITAL MARKETS ACT」 needs to be applied to P2E games, considering the characteristics and prospects of them, but several points of caution are needed. First, in order to cope with the problem of regulatory lag, it should be possible to govern technological changes through existing laws and regulations, not by enacting new laws. In addition, there is a need to improve the law in a comprehensive and principle-oriented framework. Second, in order for financial regulations to continue to respond to new technical areas, it is necessary to prioritize application of the self-regulation method in consideration of the information gap between platform operators and regulators. Finally, it is necessary to form a communication structure to encourage voluntary participation of service users and providers in response to the reality that they are building the capacity to bypass public regulations.

주제어(Keyword) : 가상자산(Virtual Asset), 블록체인(Blockchain), 자율규제(Self-regulation), 원칙중심적 규제(Principle-oriented Regulation), 포괄주의적 규제(Comprehensive Regulation), P2E 게임(Play to Earn Games), 탈중앙화 금융(Decentralized Finance), 커뮤니케이션 이론(Communication Theory)

핵군축 협상 의무 사건(2016, Marshall Islands v. U.K.)의 ‘분쟁의 존재’ 판단에 관한 소고 - 소수의견을 중심으로

전 효 진*

▶ 목 차 ◀

I. 서 론	III. 분쟁 존재의 확인에 관한 쟁점 별 분석
II. 사건의 개요와 논란	1. 분쟁의 개념
1. 사건 개요	2. 분쟁의 확인 요건
2. 소수의견 등을 통해 본 논란의 쟁점	IV. 맺음말

I. 서 론

분쟁이라는 용어는 일상을 넘어 법적 용어로 사용될 때 그 무게가 달라진다. 우리는 그간의 수많은 판례에서 소송을 원하지 않는 국가가 재판관할권을 가질 분쟁 자체가 당사국 간에 존재하지 않는다고 항변하는 것을 익히 보았다.¹⁾ 분쟁은 재판소의 기능과 관련된 것으로 재판소가 현행법의 해석과 적용을 통해 평화적으로 해결하고자 하는 판결의 대상인 분쟁이 존재하지

* 고려대학교 법학박사(국제법)과정 수료.

1) 국제사법재판소가 다룬 사건 중 선결적 항변은 총 49건이 있으며, 잠정조치 사건을 제외하고 관할권 또는 소의 허용성(적격성 등) 문제로 항변이 이뤄진 경우는 총 20건에 이른다.
참고: <https://www.icj-cij.org/en/basis-of-jurisdiction#4> 주석 4 (2023.7.1. 방문)

않는다면 재판소는 해당 사건에 대해 관할권을 가질 이유가 없기 때문이다.²⁾ 즉, 분쟁의 존재는 재판관할권 성립을 판단하기 위한 전제 조건 중 하나이다.³⁾

국제사법재판소(International Court of Justice, ICJ)와 그 전신인 상설 국제사법재판소(Permanent Court of International Justice, PCIJ)는 분쟁의 존재를 확인하는 과정에서 항상 선례를 원용하면서도 때로는 다소 다른 방식으로 관할권을 판단하였다. 이와 관련하여 *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament*(2016, 이하 핵군축 협상 의무 사건)⁴⁾ 사건은 소가 제기된 시점에 분쟁의 존재가 입증되지 않았다는 이유로 소가 각하된 최초의 사건으로 평가된다.⁵⁾ 그 판단 근거에 대해 재판부가 의도적으로 관할권을 회피하기 위하여 지나치게 형식주의적인 접근을 했다는 비판이 존재하는데, 이와 관련하여 국내 학계는 특별히 주목한 바가 없는 것으로 보인다.⁶⁾

이에 필자는 본 논문을 통해 핵군축 협상 의무 사건 판결의 소수의견과 학계 논의를 살펴 분쟁의 존재에 대한 동 사건 논란의 쟁점을 분석하고, 그

2) 재판소 규정 제38조 제1항은 재판소의 관할은 당사자가 재판소에 회부하는 모든 분쟁과 국제연합헌장 또는 현행의 제조약 및 협약에서 특별히 규정된 모든 사항에 미친다고 규정하고 있다. 원문: The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply.

3) Asier Garrido-Muñoz, “Dispute”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*, Oxford Public International Law, 2018 para. 2. …since the early times of the Permanent Court of International Justice (PCIJ), international courts and tribunals have considered that a ‘dispute’ is a condition whose fulfillment must be ascertained prior to any other jurisdictional condition.

4) *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India, Pakistan, UK)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J., 2016

5) *Ibid.*, Dissenting Opinion of Judge Crawford, para 1. This is the first time that the International Court of Justice (or its predecessor) has rejected a case outright on the ground that there was no dispute at the time the Application was lodged. 참고로, 핵군축 협상 의무 사건 이후 동 논문 집필 시점까지 소 제기 시 분쟁의 존재를 입증하지 못했다는 이유로 소송이 각하된 사례는 없다.

6) 2023년 7월 기준으로 핵군축 협상 의무 사건을 중점적으로 다룬 국내 학술자료는 찾아볼 수 없다.

러한 논의에 새로운 시각이 첨부될 여지가 있을지 탐구하고자 하였다. 이에 따라 분쟁의 개념과 그 존재를 확인하는 재판소의 기준은 확립되어 있는지, 핵군축 협상 의무 사건에서는 어떤 기준이 제시되었으며 이와 관련하여 특별히 주목할 만한 사항은 무엇인지, 핵군축 협상 의무 사건에 대한 재판부 소수의견 및 학계 비판은 충분히 타당한지에 대한 검토 의견을 본 논문에서 전개하고자 한다. 이러한 검토 의견을 도출하기 위해 본문에서는 핵군축 협상 의무 사건의 개요와 ‘분쟁의 존재’ 판단에 대한 논란을 소수의견을 중심으로 개괄하고, 분쟁의 개념을 간단히 정리한 후, 분쟁 확인을 위한 전통적 요건과 더불어 판결문에서 분쟁이 존재한다고 판단하기 위해 반드시 확인되어야 한다고 언급한 요건에 대해 쟁점별로 분석하였다.

II. 사건의 개요와 논란

1. 사건 개요

마셜 제도는 미국의 신탁통치 시절인 1946년부터 1958년까지 모두 67차례 핵실험이 있었던 태평양의 작은 군도 국가로서 핵보유국인 중국, 북한, 프랑스, 인도, 이스라엘, 파키스탄, 러시아, 미국, 그리고 영국을 2014년 국제사법재판소에 제소하였다.⁷⁾ 피소국들이 핵군비 경쟁 중단과 비핵화를 위해 협상할 의무를 규정한 핵 비확산조약(이하, NPT) 제6조 및 국제관습법을 위반하였다는 이유에서다. 9개 피소국 중 재판소 규정 제36조 제2항에 따라 강제관할권을 수락한 국가는 영국, 인도 및 파키스탄뿐이었으며, 여타 국가들은 제소에 응하지 않아 이들 세 국가에 대해서만 재판 절차가 진행될 수

7) 핵 비확산조약 제6조 [e]ach of the Parties to the Treaty undertakes to pursue negotiations in good faith on effective measures relating to cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament, and on a treaty on general and complete disarmament under strict and effective international control. 한편, 마셜 제도는 동 조약의 당사국이 아닌 인도와 파키스탄에 대해서는 비핵화 의무라는 국제관습법을 위반하였다고 주장하였다.

있었다. 그러자 피소국들은 하나같이 재판 가능한 법적 분쟁 자체가 존재하지 않는다면 ICJ의 재판관할권에 대해 선결적 항변을 제기하였다. 동 항변에 대한 세 건의 판결문 내용은 국별 특정 사항을 제외하고 동일하므로, 아래에서는 영국의 항변과 이에 대한 재판부의 판단을 살펴보도록 한다.

(1) 영국의 항변

영국은 양국 간에 해결해야 할 재판 가능한 분쟁이 존재하지 않는다고 반박하였다. 제시된 근거는 다음과 같다. 먼저 i) 마셜 제도가 그 시비하는 바를 영국에 사전 통지(prior notification)하지 않은 것은 제기된 분쟁이 재판 불가능한 것임을 의미하며⁸⁾, ii) 마셜 제도의 ICJ 강제관할권 수락 선언이 미치는 시적 관할범위는 1991년 9월 17일 이전의 상황을 배제하고 있으므로 국제의무 위반에 해당한다고 주장되는 영국의 행위가 발생한 시기는 포함되지 않는다. 또한 iii) 마셜 제도는 오로지 이번 분쟁을 목적으로 재판소 규정 제36조 제2항에 따라 강제관할권을 수락한 것이므로 재판소의 관할권은 부족하다. iv) 핵을 보유한 다른 NPT 당사국 등 필수적 당사자가 탈루한 상황에서 재판소가 관할권을 행사할 수 없다. 또한, v) 본안에 대한 판결이 현실적으로 실효성 있는 결과를 도출할 수 없으므로 동 사안은 재판소의 사법적 기능 밖의 문제다.⁹⁾

(2) 재판부의 판단

재판부는 영국의 선결적 항변을 심리하면서 재판소가 그간 축적해 온 판례를 인용하여 분쟁의 존재가 성립되기 위한 요건을 검토하였는데, 결론적으로 소 제기 시점에 영국과 분쟁이 존재한다는 점이 입증되지 않았다는 이유로 재판관할권을 부인하였다.

8) *Marshall Islands v. U.K., Preliminary Objections of the United Kingdom*, para 6. 영국은 *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation, 2011)* 사건과 *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal, 2012)* 사건에서 사전 통지 의무가 확인되었다고 주장하였다.

9) *Marshall Islands v. U.K., Preliminary Objections of the United Kingdom, 2015*

먼저, 마셜 제도가 그 시비하는 바를 영국에 사전 통지하지 않았기에 분쟁이 존재하지 않는다는 영국의 항변은 받아들이지 않았다. 강제관할권 수락을 선언한 ICJ 규정 제36조 제2항에 따라 소송이 개시된 경우, 당사국 간 사전 협의나 소 제기 의사에 대한 사전 통지 등은 특별히 관할권 수락을 위한 조건에 포함되어 있지 않은 한 불필요하다고 보았기 때문이다.¹⁰⁾

하지만 영국의 행위로부터 분쟁이 확인된다고 보지도 않았다. 재판부는 영국의 NPT 불이행이나 그 이행에 지속적으로 반대하는 행위로부터 분쟁의 존재가 확인된다는 마셜 제도의 주장을 배척하면서, 분쟁의 존재를 확인하기 위해서는 당사국들이 특정 국제의무의 이행 또는 불이행에 관하여 명백히 상반되는 견해를 가지고 있음이 소 제기 시점에 나타나야 한다고 보았다.¹¹⁾ 이 점에서 재판부는 영국이 소송 청구취지와 관련된 마셜 제도의 입장을 소 제기 시점에 인지하고 있지 않았다고 판단하였다.¹²⁾

또한, 마셜 제도의 공개적 의사 표시나 각종 선언문 또는 교환 문서들을 검토한 결과 분쟁의 존재가 확인되지 않는다고 판시하였다. 물론 공식적인 외교적 항의와 양자 또는 다자 협의체에서의 진술이나 문서들, 소 제기 이후 당사국들의 후속 행위 등은 분쟁의 존재를 확정하고 실체적 문제를 밝히는 데 또는 재판부가 판결을 내리는 시점에도 분쟁이 지속하는지를 추론하는 데 참작될 수는 있다고 보았다.¹³⁾ 그러나 당사국 간 명백히 상반되는

10) *Marshall Islands v. U.K., Preliminary Objections, Judgment*, paras. 38, 45 Prior negotiations are not required where the Court has been seised on the basis of declarations made pursuant to Article 36, paragraph 2, of its Statute, unless one of the relevant declarations so provides.

11) *Ibid.*, paras. 41-42. The evidence must show that the parties “hold clearly opposite views” with respect to the issue brought before the Court. ... In principle, the date for determining the existence of a dispute is the date on which the application is submitted to the Court.

12) *Ibid.*, paras. 56-57. 재판부는 영국의 후속 행위(비핵화에 반대하는 투표 성향, 비핵화 협상을 위한 협력 거절 등)로 부터 분쟁을 추론하는 것이 부적절하다고 판시하였다.

13) *Ibid.*, para. 43. Conduct subsequent to the application (or the application itself) may be relevant for various purposes, in particular to confirm the existence of dispute or to determine whether the dispute has disappeared as of the time when the Court makes its decision.

견해의 존재를 확인하기 위해서는 개별 진술의 내용이 어떠한지와 피소국을 특정하여 의도한 것인지 등을 살펴야 하는데, 이번 사건에서는 다음과 같은 이유로 이를 확인할 수 없었다고 결론을 내렸다. 첫째, 재판부는 2013년 UN 핵군축 고위급 총회에서 마셜 제도가 영국의 법적 의무위반을 적시한 것이 아니라 불특정 핵보유국을 대상으로 효과적이고 확실한 핵군축을 지향할 책임을 다하기 위해 노력해야 한다며 권고적 용어를 사용하여 ‘촉구’ 하였을 뿐이라고 보았다. 둘째, 2014년 Nayarit 회의의 안건이 비핵화 협상이 아닌 핵무기의 인도주의적 영향에 대한 것이었기에 본 건에 대한 분쟁을 확인할 수 있는 적절한 회의가 아니었다고 평가하였다. 셋째, 마셜 제도는 핵보유국 전체에 대한 일반적인 비난을 한 것이지 영국을 특정하여 NPT 상의 의무위반을 지적하지 않았으며, 영국에게 무엇을 하라고 구체적으로 요청한 바도 없었기에 영국이 동 회의를 통해 마셜 제도가 주장하는 바를 인지할 수는 없었다고 보았다.¹⁴⁾

한편, 핵을 보유한 다른 NPT 당사국과 같은 필수적 당사자의 탈루 등 기타 영국의 항변에 대한 검토는 없었다. 이미 앞선 검토과정에서 분쟁의 존재가 부인되었기에 나머지 항변에 대해 일일이 검토할 이유가 없어졌기 때문이다.

2. 소수의견 등을 통해 본 논란의 쟁점

(1) 재판부 소수의견

핵군축 협상 의무 사건 판결은 지나치게 형식적으로 분쟁의 존재를 확인했다는 점에서 강도 높은 비판을 받았다. 무엇보다 객관적인 인식을 개별 요건으로 처음 제시하여 분쟁이 성립하기 위한 기준을 지나치게 높였다는 비판이 재판부 소수의견에서 주로 제기되었다.¹⁵⁾ 객관적 인식의 요건이란

14) *Ibid.*, paras. 49–50.

15) *Marshall Islands v. U.K.*, Dissenting opinion of Vice President Yusuf, Dissenting opinion of Judge James Crawford 등. 참고로, 학계에서도 이와 유사한 비판은 쉽게 찾아볼 수 있다. Meenakshi Ramkumar 외, ‘The Nuclear Disarmament Cases: Is

분쟁의 존재가 확인되기 위해서는 소송의 대상이 되는 분쟁 사안에 대하여 피소국이 소 제기 전에 알고 있었거나 모를 수 없었다는 것이 객관적 증거로서 입증되어야 함을 의미한다. Yusuf 부소장과 Robinson 재판관 및 Xue 재판관은 재판부가 ‘인식’이라는 주관적 개념을 분쟁의 존재 확인에 있어 객관적 입증이 필요한 필수요건으로 끌어들이므로써 사법 경제성(judicial economy)과 건전한 사법 운영(sound administration of justice)을 훼손하는 결과를 초래하였다고 비판하였다.¹⁶⁾ Bhandari 재판관은 피소국이 분쟁을 인식했는지가 확인되지 않아 소 제기에 실패했다면 제소국은 피소국에게 상호 간 의견 차가 있음을 알리는 등 간단한 통고 행위를 한 후 동일한 분쟁에 대해 다시 소를 제기하여 그 요건을 충족시킬 수 있는데, 이는 불필요한 사법 행정력의 낭비가 될 수 있다고 지적하였다.¹⁷⁾

또 다른 비판은 분쟁을 확인하는 시점에 관련한 것으로, 원칙상 제소 전에 분쟁이 확립되어야 하는데, 재판부가 ‘원칙상(in principle)’이라는 용어가 함축하는 재판부의 재량 혹은 유연성을 외면했다고 보는 것이다.¹⁸⁾ 즉,

Formalistic Rigour in Establishing Jurisdiction Impeding Access to Justice?, *Utrecht Journal of International and European Law*, 2017, pp. 128 - 134.; Maitê de Souza Schmitz, ‘Decision of the International Court of Justice in the Nuclear Arms Race Case’, *Harvard International Law Journal*, 2017; Nico Krisch ‘Capitulation in The Hague: The Marshall Islands Cases’, *European Journal of International Law(EJIL)*, 2016. [https://www.ejiltalk.org/capitulation-in-the-hague-the-marshall-islands-cases\(2023.2.14. 방문\)](https://www.ejiltalk.org/capitulation-in-the-hague-the-marshall-islands-cases(2023.2.14. 방문)); Andrea Bianchi, ‘Choice and (the Awareness of) its Consequences: The ICJ’s “Structural Bias” Strikes Again in the Marshall Islands Case’ (2017), *AJIL Unbound*, Volume 111, 2017, pp. 81-87 등

16) *Marshall Islands v. U.K.*, Dissenting opinion of Vice President Yusuf, Declaration of Judge Xue, Dissenting opinion of Judge Robinson, Dissenting opinion of Judge Bennouna, Separate opinion of Judge Tomka 등

17) *Ibid.*, Separate opinion of Judge Bhandari: as the lack of awareness on the part of the Respondent can easily be cured by the Applicant by giving proper notice of the dispute to the Respondent. In that case, the Applicant could simply bring the case again before the Court ... a re-submission of the case again would entail a waste of the efforts, time and resources...

18) *Ibid.*, Dissenting opinion of Vice President Yusuf, Dissenting opinion of Judge James Crawford, Dissenting opinion of Judge Bedjaoui, Separate opinion of Judge Tomka, Dissenting opinion of Judge Robinson

실체적 분쟁이 존재함에도 불구하고 형식적 요건을 갖춘 분쟁의 존재가 소 제기 시점에 확인되지 않았다는 이유로 관할권을 인정하지 않는 문제점을 지적하였다.

국제회의에서의 공개 발언이 분쟁을 확인하는 근거로 고려될 수 있음은 재판부도 인정하였지만, 그 확인 기준을 너무 높였다는 비판도 있다. Yusuf 부소장은 그의 반대의견에서 핵군축을 위한 즉각적인 협상에 돌입하라는 UN 결의안에 대해 영국이 명백히 반대하였음이 영국의 공식 성명과 관련 결의안에 대한 영국의 투표행위에서 나타나고 있음을 고려한다면, 소 제기 전에 미약하나마 막 시작된 분쟁이 두 당사국 간에 전개되고 있었음을 확인할 수 있다고 하였다. 그는 이러한 분쟁이 소 제기 이후 완전히 결정화되었다고 주장하였다.¹⁹⁾

한편, 분쟁의 존재를 엄격하게 판단한 최근의 판례들을 자연스러운 판결 동향으로 이해하느냐 아니면 이례적인 판결로 이해하느냐에 따라 개별 재판관들의 의견이 달라짐을 볼 수 있다. 즉, ICJ CERD 적용 사건(2011, *Georgia v. Russia*), ICJ 기소 또는 인도(引渡)의무 사건(2012, *Belgium v. Senegal*) 사건, 그리고 카리브해 사건(2016, *Nicaragua v. Colombia*)이 분쟁을 확인하기 위한 형식적 기준을 높게 세웠다는 공통점을 지니는데, Abraham 소장은 이번 판결이 최근 판결의 동향을 반영한 일관성 있는 판결이었다고 평가하였다. 반면, Bedjaoui 재판관과 Trindade 재판관은 상기 두 사건을 이례적으로 보고 이번 판결이 ICJ CERD 적용 사건 이전까지의 판례와 상충하므로 판례의 일관성을 훼손하였다고 비판하였다.

이와는 별개로 분쟁의 속성에 관심을 가진 재판관들도 있다. Xue 재판관은 이번 사건이 국제 공동체 모두를 위한 대세적 의무를 그 주제로 다루고 있다는 점에서 과거 판례에서 분쟁의 존재를 판단하던 기준을 그대로 적용할 수 없다며, 판례의 일관성 여부를 문제시하지 않았다. 아울러 Tomka 재판관은 핵군축과 같은 주제는 국가안보, 국가 간 힘의 균형 문제로서, 다른 핵보유국들의 입장을 모른 채 당사국이 핵군축을 결정하거나 시행할 수

19) *Ibid.*, Dissenting Opinion of Vice-President Yusuf, para. 60.

는 없으므로 현실적으로 영국 입장에서 마셜 제도의 요구는 수용 불가할 것이라고 보았다.

(2) 기타 의견

상술한 의견 외에 주목할만한 학계 견해가 있어 아래에서 간단히 살펴보고자 한다.

먼저, 재판부가 핵 군축과 같이 국제정치적 성향이 짙은 골치 아픈 사건을 피하려고 관할권 성립 기준을 높였다고 보는 학계 관점이다.²⁰⁾ 주지하다시피 ICJ는 Nuclear Test 사건 (1974, Australia, New Zealand v. France)에서 프랑스의 핵실험 중단 일방 선언에 구속력을 부여하여 당사국 간 분쟁이 없다는 결론을 내림으로써 프랑스의 핵실험이 국제법 위반인지에 관한 판단을 내리지 않았다.²¹⁾ 이와 유사한 맥락에서 Nico Krisch 교수는 마셜 제도와 영국 간 분쟁이 없다고 주장한 재판관의 국적 국가가 모두 핵보유국 혹은 핵무기 수혜국인 점을 지적하며 재판관의 국적이 이번 사건에서 분쟁의 개념을 해석하는 데 영향을 미쳤다는 흥미로운 분석을 제시하였다.²²⁾ 그

20) Asier Garrido-Muñoz, *supra* note 3 at para 39: “...this condition may become a kind of *certiorari* that enables international courts and tribunals to decline their jurisdiction over problematic cases.”; Andrea Bianchi, “Choice and (the Awareness of) its Consequences: The ICJ’s “Structural Bias” Strikes Again in the Marshall Islands Case”, *AJIL Unbound*, Volume 111, 2017, paras. 81 - 87.; Incidentally, this is not the first time that the ICJ uses the characterization of a dispute to avoid taking up a sensitive issue.; Venzke, I., “Public Interests in the International Court of Justice—A Comparison Between Nuclear Arms Race (2016) and South West Africa (1966).” *AJIL Unbound*, 111, 2017, pp. 68-74.; Daniel Bodansky, An Advisory Opinion on Climate Change: Ten Questions and Answers, C2ES, Oct 2022

21) *Nuclear Test Case (Australia v. France)*, *Judgement*, *I.C.J. Reports 1974*, paras. 42-46.

22) *Supra* note 15. Nico Krisch ‘Capitulation in The Hague: The Marshall Islands Cases’ 저자는 이번 사건 판결에 동의한 재판관 8명 중 6명의 국적 국가(프랑스, 미국, 영국, 러시아, 중국, 인도)가 핵보유국이고, 나머지 2명의 국적 국가(일본, 이탈리아)도 미국의 핵무기 보유에 따라 보호를 받는 수혜국인 반면, 분쟁이 있다고 주장한 재판관들의 국적 국가는 모두 핵무기를 보유하고 있지 않으며 대다수가 남반구 출신임을 확인하였다.

러나 Chagos Archipelago에 관한 ICJ 권고적 의견(2019)에서 해당 문제가 영국의 식민지 영토주권 분쟁과 결부되어 있음에도 불구하고 적극적으로 재판부의 의견 제시가 이뤄졌고²³⁾ 이후 국제해양법재판소(ITLOS)에서 해당 ICJ의 권고적 의견을 바탕으로 해양경계확정에 관한 모리셔스의 관할권 청구가 수용²⁴⁾된 점에 비추어본다면 단순히 민감한 이슈에는 재판부가 개입을 피한다고 단정하기 어려울 것이다. 최근 바누아투가 기후변화에 대한 선진국들의 국가책임을 묻는 ICJ 권고적 의견 요청을 시도하고 있어 그 결과에 귀추가 주목된다.²⁵⁾

다음으로는 객관적 인식 요건의 필요성을 강조한 전 ILC 위원인 Aniruddha Rajput의 견해이다. 그는 피소국의 객관적 인식을 확인하라는 요건이 없다면 국가들이 다자 외교관계에서 현실적인 문제에 봉착하게 될 것이라고 지적하였다. 그에 따르면 ICJ 강제관할권을 수락한 국가의 경우 예고치 못한 피소를 우려하여 강제관할권 수락 동의를 철회하고자 할 것이다. 또한 국가들은 다자 또는 여타 협상에서의 공식적으로 대립된 입장을 표명할 경우 언젠가 분쟁이 있다는 꼬투리를 잡힐 수 있다는 두려움으로 소송에 휘말리고 싶지 않은 민감한 주제에 대해서는 가급적 발언을 아끼고 다자 회의에의 자율적 참여도 꺼리게 될 것이다.²⁶⁾ 이는 학계 소수의견에 불과하지만 분쟁의 존재를 확인하는 기준을 높이려는 피소국의 관점을 국제 정치적 맥락에서 잘 지적한 것으로서 주목해볼 만하다.

23) *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019*

24) *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objection, Judgement, ITLOS, 2021*

25) Tiffany Challe-Campiz, Taking Climate Change to the International Court of Justice: Legal and Procedural Issues, *a Sabin Center Blog Climate Law*, Sabin Center for Climate Change Law, 2021 <https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2021/09/29/taking-climate-change-to-the-international-court-of-justice-legal-and-procedural-issues> (2023.2.14. 방문)

26) Aniruddha Rajput, A. Necessity of “objective awareness” for the “existence of dispute”. *Indian Journal of International Law* 58, 85 - 109 (2018).

(3) 소결

핵군축 협상 의무 사건의 관할권 항변에 대한 수용은 재판소장의 캐스팅 보트(casting vote)로 결정될 만큼 재판소 내부에서도 많은 갈등이 있었던 것으로 보인다. 무엇보다 영국이 여러 정황상 마셜 제도의 주장에 대해 인식할 수 없었음을 판단하고 이를 관할권을 부정하기 위한 근거로 제시하기까지 합의 도출이 어려웠을 것이다. 그러나 후술하듯이 ‘인식’이라는 개념을 분쟁의 존재를 확인하기 위한 요건 안에 명시적으로 도입한 것은 처음이라 할지라도 이것이 기존의 판결에서 존재하지 않았던 완전히 새로운 개념은 아니다. 분쟁의 존재를 확인하는 기본 요건인 적극적인 반대 의사의 표명도 결국에는 피소국의 인식이 전제되어야만 가능한 것이다. 따라서 필자는 피소국의 인식이 분쟁의 존재를 입증하는 요건에 포함되는 것 자체가 문제는 아니라 생각한다.

반면에 피소국의 인식이라는 요건이 충족되었는지를 확인하는 기준은 문제 될 수 있으며, 동 사건에서 그 기준이 지나치게 높았다고 평가하는 것은 적절해 보인다. 특히, 2014년 Nayarit 회의의 안건이 비핵화 협상이 아닌 핵무기의 인도주의적 영향에 대한 것이었기에 본 건에 대한 분쟁을 확인할 수 있는 적절한 회의가 아니었다고 평가한 점이 그러하다. 이는 회의의 ‘주제’를 분쟁의 존재를 확인하기 위한 또 다른 기준으로 명시한 것이기에 지나치게 까다로운 결정이었다는 생각이 든다.

한편, 이번 사건에서는 핵군축을 위한 즉각적인 협상에 돌입하라는 UN 결의안에 대해 영국이 명백히 반대하였음에도 불구하고 이러한 영국의 투표행위가 본 사건 분쟁의 존부를 결정하는데 영향을 미칠 만큼의 증명력은 없다고 보아 비판을 받았다. 그러나 주권국가들이 UN 결의안 찬반투표에서 의사를 표명할 때 현실적으로 자국의 입장과 무관하게 찬반 혹은 불참 의사를 표명할 가능성이 있음을 고려한다면 재판부의 판단은 일견 합리적이라 보인다. 예를 들어 우리나라가 북한인권결의안 공동제안국에 3년 연속 불참하고 2021년 신장 자치구 위구르족 인권문제 관련 공동성명에 불참 후 2022년에서야 UN 중국 인권결의안에 찬성 투표를 던진 것은 북한과 중국과의

특수관계, 우리나라의 안보라는 여러 복잡한 문제가 얹혀있었기 때문이지 인권 보호와 신장이라는 가치에 반대하거나 이에 유보적인 입장이었던 것은 아니다.²⁷⁾ 따라서 결의안에 대한 찬반 의사표시 그 자체만으로 분쟁의 존재 여부에 관한 증거가 되기는 어렵다고 한 재판부 결정은 타당하다고 할 것이다.

아울러 재판부가 소 제기 시점에 미약하게라도 분쟁이 확인되어야 한다는 점을 확인한 것은 타당하다. 소수의견에서 소 제기 시점에 당사국이 소송 능력을 갖추지 못한 경우에도 관할권을 인정한 사례가 다수 제시되었지만, 핵군축 협상 의무 사건은 소송 능력의 문제가 아니라 소 제기 시 실제적 분쟁이 존재하는지를 증거로 입증할 수 있느냐는 문제를 다루고 있기 때문이다. 아울러 소 제기 당시 실제적 분쟁이 존재할 필요가 없다는 판시는 찾아보기 어렵다. *Mavrommatis* 사건 및 제노사이드 협약 적용에 관한 선결적 항변 등 소수의견에서 인용된 여러 판례가 왜 핵군축 협상 의무 사건에는 적용되기 어려운가에 대해서는 본 논문의 ‘분쟁의 확인 요건’ 부분에서 상세히 다루도록 하겠다.

전통적으로 ICJ는 절차적 문제에 있어 상당한 유연성을 보여왔다. 이는 국내법 체계와 달리 주권 국가 간의 분쟁을 다루는 국제재판소에서는 필연적으로 국가 주권 문제를 우선적으로 고려할 수밖에 없기 때문일 것이다. 아이러니하게도 동 사건에서 그런 유연성을 찾아보기 어려운 것 또한 이러한 국제재판소의 속성과 관련이 있어 보인다. 즉, 마셜 제도의 경우 당사국의 이익이 아닌 국제공동체 전체를 대변하여 핵군축 협상 의무에 대한 관심을 촉구할 뿐이며 승패소가 마셜 제도의 실질적인 국익과 직결된다고 보기 어렵지만, 영국 입장에서는 동 사건 결과가 당사국의 핵군축과 관련한 주권 행위에 직접적인 영향을 끼칠 수 있기 때문이다. 이는 핵무기 보유국인 미국이나 인도 등 다른 개별 주권국가들의 국가이익에도 관련된다. 다시 말하

27) 서보혁, 한국정부의 유엔 중국 인권결의안 지지의 의미와 시사점, 통일연구원, 현안분석 온라인시리즈, 2022.10.18. | CO 22-28 p.3. para. 2.

<https://www.kinu.or.kr/pyxis-api/1/digital-files/1a938711-21e8-4c4f-8b86-9644d21556d2> (2023.9.20. 방문)

자면 재판소가 국가 주권을 존중하는 차원에서 절차적 유연성을 보여왔던 관행이 동 사건에서는 절차적 경직성으로 표출되었다고 생각된다. 같은 맥락에서 ‘본안에 대한 판결이 현실적으로 실효성 있는 결과를 도출할 수 없으므로 동 사안은 재판소의 사법적 기능 밖의 문제다’라는 영국의 항변은 일리가 있다고 판단된다.

Ⅲ. 분쟁 존재 확인에 관한 쟁점별 분석

재판가능한 분쟁의 존재 여부는 당사자 주장과 관계없이 재판소가 결정하게 되며, 당사자 간 분명한 입장 대립이 제소일로부터 판결 부여 시점까지 지속되어야 한다. 분쟁의 존재가 확인되기 위해서는 첫째, 일방 당사국의 주장이 타방 당사국에 의해 적극적으로 반대되어야 하며, 둘째, 그러한 반대 의사는 사실의 검증에 기반하여 객관적으로 결정되어야 한다. 이 두 가지 조건은 분쟁의 존재를 확인하는 필수요건으로서 1962년 South West Africa 사건²⁸⁾과 1950년 Peace Treaties 사건²⁹⁾에서 판시된 이래 판례법을 통해 정립된 개념이다. 핵군축 협상 의무 사건 재판부도 이러한 요건을 중심으로 분쟁의 존재를 확인하였다. 다만, 객관성을 입증함에 있어 피소국의 인식을 강조한 특징이 보인다.³⁰⁾

핵군축 협상 의무 사건 재판부는 분쟁이 존재하기 위해서는 다음의 세 가지 필수요건이 충족되어야 한다고 보았다. i) 당사국들이 특정 국제의무

28) *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962, p. 328: A mere assertion is not sufficient to prove the existence of a dispute... It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the party.

29) *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1950, p. 74. Whether there exists an international dispute is a matter for objective determination. The mere denial of the existence of a dispute does not prove its non-existence.

30) 김석현, 국제판례에 비추어 본 국제분쟁의 의의 및 그 존재의 확인, 『국제법학회는 창』, 2011-12 56(4) pp.125-139.

의 이행 또는 불이행에 관하여 명백히 상반되는 견해를 가지고 있음이 반드시 나타나야 한다. ii) 제소국의 명백히 반대되는 입장에 대해 피소국이 알고 있었거나 몰랐을 리 없다는 점이 증거로써 입증되어야 한다. iii) 분쟁의 존재는 원칙적으로 소 제기 시 확인되어야 한다. 그 외에도 재판부는 필수 요건은 아니지만 고려되는 요건으로 사전 협상, 공식 외교적 항의, 소송 의사의 사전 통지, 그리고 당사국의 행위 등을 제시하였다.³¹⁾

이하에서는 국가 간 소송에서 사용되는 분쟁의 개념을 살핀 후, 분쟁의 존재 확인과 관련하여 전술한 세 가지 필수요건에 대해서 검토의견을 제시하고자 한다. 국제형사재판소 및 국제인권재판소의 경우 국가 간 소송을 다루는 것이 아니므로 논의에서 제외하며, 지면의 제약 상 본 논문의 검토 대상인 ICJ와 그 전신인 PCIJ에 한하여 검토한다.³²⁾

1. 분쟁의 개념

(1) 국제상설중재재판소(PCIJ)

분쟁의 정의는 PCIJ의 Mavrommatis Palestine Concession(1924) 사건 판결문에서 처음 나타난다.³³⁾ 당시 재판부는 분쟁을 “두 사람 간에 법 또는 사실의 문제에 관한 입장의 불일치, 법적 견해 또는 이해관계의 충돌(a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons.)”이라고 정의(이하, Mavrommatis 정의)하였다.³⁴⁾ 이는 현재 국제사법재판소의 홈페이지에 나타난 국제법적 분쟁의 정

31) *Marshall Islands v. U.K., Preliminary Objections, Judgment*, para. 30-43.

32) 기타 국가 간 분쟁을 다루는 재판 기구로는 ICSID, ITLOS, WTO DSB, Iran-U.S. Claim Tribunal 등이 있다.

33) Asier Garrido-Muñoz, *supra* note 3 at para 5.

34) *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Great Britain), Judgment, 1924 PCIJ (Ser. A) No. 2*, at 11.: 국제사법재판소가 국가 간의 분쟁만을 판결의 대상으로 하고 있음에 반해 Mavrommatis 정의는 국가가 아닌 개인을 그 대상으로 언급하고 있다는 점에서 후속 판례에서 원문 그대로 인용되지 못하고 당사국 (parties)으로 수정되기도 하였다.

의와 거의 일치한다. Mavrommatis 정의는 후속 판결에서 꾸준히 인용되고 있는데, 이는 재판소가 관할권을 행사할 수 있는 사안의 범주를 규명하는데 다양한 상황들을 포괄할 수 있는 충분히 넓은 개념이기 때문으로 생각된다.³⁵⁾ 대체로 이후의 판례들에서는 분쟁이 무엇인가에 대한 새로운 정의를 내리기보다는 Mavrommatis 정의를 참고하여 분쟁이 존재하는지를 판단하기 위한 기준을 제시하고 있다.³⁶⁾

(2) 국제사법재판소(ICJ)

국제사법재판소는 재판소 공식 홈페이지에서 “국제법적 분쟁은 법 또는 사실의 문제에 관한 입장의 불일치, 갈등 또는 법적 견해나 이해관계의 충돌(an international legal dispute can be defined as a disagreement on a question of law or fact, a conflict, or a clash of legal views or interests.)”이라 정의하여 Mavrommatis 사건에서 정립된 개념을 거의 그대로 따르고 있다.³⁷⁾

35) *Southern Bluefin Tuna Case (Australia v Japan; New Zealand v Japan)* at 18, *Northern Cameroons, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, p. 27; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June /947, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988*, p. 27, para. 35; *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, pp. 99-100, para. 22 등에서 Mavrommatis 정의가 인용되었다. 한편, Mavrommatis 정의는 입장의 불일치, 법적 견해 또는 이해관계의 충돌을 한 문장에 열거하고 있으므로, 해석하기에 따라 분쟁의 범위를 과도하게 넓히게 되는 측면이 없지 않다. 당사국 간 단순히 서로 다른 이해관계가 존재한다고 하여 곧 분쟁이 존재한다고 보기는 어려우므로 재판관할권의 근거가 되는 분쟁인지 여부는 사건별로 그 맥락을 고루 살피어 판단하여야 할 것이다.

36) *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, p. 328; [i]t must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other; *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I)*, p. 26, para. 50; The two sides must ‘hold clearly opposite views concerning the question of the performance or non-performance of certain international obligations; *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 74 등에서 확인된다.

37) <https://www.icj-cij.org/en/contentious-jurisdiction> (2023.7.9. 방문)

국제사법재판소 규정(ICJ Statute)에는 총 여섯 번 분쟁이 언급되는데, 유엔헌장과 마찬가지로 그 정의를 명시하고 있지는 않다. 단, 재판소 규정 제36조 제2항이 재판소 관할권을 수락하는 국가들에 의해 회부된 ‘법적 분쟁(legal dispute)’에 대해 관할권을 부여하고 있다는 점은 재판소가 다루는 분쟁의 속성을 추론하는 단서가 된다. 그러나 무엇이 법적 분쟁인지 판단하기는 사실상 쉽지 않다. Christoph Schreuer 교수는 법적 분쟁을 소송 기술적인 문제로 이해했는데, 제소국이 관련 법규에 근거하여 법적 용어로 분쟁을 기술하고 원하는 법적 구제방안을 적시함으로써 구성될 수 있다고 보았다.³⁸⁾ 반면, 분쟁의 다면성으로 인해 법적 분쟁도 정치·외교와 같은 비 법적 문제를 포함할 수 있음을 고려하여 그간의 판례는 정치적 분쟁이라고 하여 반드시 재판관할권으로부터 배제되는 것이 아님을 분명히 하였다.³⁹⁾

38) Christoph Schreuer, “What is legal dispute”, *International Law between Universalism and Fragmentation*, Festschrift in Honour of Gerhard Hafner, Brill Nijhoff, 2008 p. 966. para. 2.: The dispute will only qualify as legal if legal rules contained, for example, in treaties or legislation are relied upon and if legal remedies such as restitution or damages are sought. Consequently, it is largely in the hands of the claimant to present the dispute in legal terms.

39) *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgment, I.C.J., 1980, para. 37.: 테헤란 인질사건에서 이란은 재판소에 제기된 문제는 지난 25년에 걸친 이란-미국 간의 정치적 관계라는 큰 맥락에서 볼 때 매우 지엽적이면서도 이차적인 문제에 불과하다고 주장하였으나 재판부는 이를 기각하고 법적 분쟁이라고 결론 내렸다. 원문: legal disputes between sovereign States by their very nature are likely to occur in political contexts, and often form only one element in a wider and longstanding political dispute between the States concerned. Yet never has the view been put forward before that, because a legal dispute submitted to the Court is only one aspect of a political dispute, the Court should decline to resolve for the parties the legal questions at issue between them. Nor can any basis for such a view of the Court’s functions or jurisdiction be found in the Charter or the Statute of the Court; if the Court were, contrary to its settled jurisprudence, to adopt such a view, it would impose a far-reaching and unwarranted restriction upon the role of the Court in the peaceful solution of international disputes.; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, I.C.J., 2004, para. 58.: 이스라엘 장벽 사건에 관한 ICJ 권고적 의견에서도 재판부는 정치적 성격의 문제이기에 관할권을 가질 수 없다는 일방의 주장을 기각하였다.

(3) 소결

분쟁이라는 용어는 유엔헌장과 국제사법재판소 규정 및 분쟁의 해결을 다루는 여러 국제협약 등에서 빈번히 사용됨에도 불구하고 명문화된 정의는 찾아보기 어려우며, Mavrommatis 정의와 ICJ의 후속된 판례를 중심으로 정립되었다고 볼 수 있다.⁴⁰⁾ 핵군축 협상 의무 사건에서 마셜 제도 측의 소송대리인으로 참여한 바 있는 Paolo Palchetti 교수는 분쟁의 정의가 재판소 설립문서나 관할권을 부여하는 협약 등에 나와 있지 않으므로 분쟁의 의미를 파악하는 것은 해석의 문제일 수밖에 없다고 주장하였다.⁴¹⁾ ‘difference of opinion’과 같이 다른 용어로 분쟁을 표현했다 하여 분쟁이 아닌 것은 아니며 ‘dispute’라는 단어를 사용했다 하여 항상 같은 수준의 분쟁을 의미하는 것은 아니다. 그러한 예로, PCIJ의 Certain German Interests in Polish Upper Silesia(1925, Germany v. Poland) 사건의 제소합의조항인 제네바협약 제23조는 분쟁을 의미하는 용어로 “divergences d’opinion”을 사용했는데 재판부는 이를 재판관할권의 근거가 되는 분쟁으로 판단하였다.⁴²⁾

40) 유엔헌장(UN Charter)은 크게 두 부분에서 분쟁을 다루고 있으나 분쟁이라는 용어의 개념 정의를 찾아볼 수 없다. 다만, ‘국제적 분쟁(international dispute)’ (제1조)과 ‘그의 계속이 국제평화와 안전의 유지를 위태롭게 할 우려가 있는’ (제33조) 분쟁이 그 고려 대상임을 알 수 있을 뿐이다. 그 외 분쟁 보고타 협약 (American Treaty on Pacific Settlement) 제2조, 국가와 다른 국가 국민 간의 투자분쟁해결에 관한 협약 (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States; 이하 ICSID 협약) 제25조 제1항, 유엔해양법협약 제15부 및 제5부속서~제8부속서, 세계무역기구 제2부속서상 분쟁해결양해 (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes; 이하 ‘DSU’) 등을 비롯하여 국가 간의 제소합의조항(compromissory clauses)에서 분쟁이라는 용어를 찾아볼 수 있다.

41) Paolo Palchetti, “Dispute”, *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law [MPEiPro]*, Oxford Public International Law, 2018, para 7. The identification of the meaning of such term is essentially a matter of interpretation.

42) Upper Silesia의 동부 지역을 폴란드에게 양도하는 약정(German-Polish Accord on East Silesia, 제네바 약정)은 원문이 프랑스어와 독어로 작성되었는데, 본문에 언급된 ‘divergences’는 프랑스어로서 영어 divergence와 혼동되지 않도록 한다. (*Helnan International Hotels A/S v The Arab Republic of Egypt* 사건(2006, ICSID)의 관할권 판정에서 영문의 divergence와 difference 구분 사례 참고) <https://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=drb&datum=1922&page=266&size=45>(2023.2.13. 방문) 제23조 1항의 영문 번역은 다음과 같다. “Should differences of opinion respecting the construction

또한, Avena and Other Mexican Nationals(2008, Mexico v. United States of America) 사건 재판부는 프랑스어로 기재된 재판소 규정을 인용하면서 규정 제60조의 분쟁(dispute: contestation)은 규정 제36조 제2항의 분쟁(dispute: différend)보다 더욱 유연한 의미를 가지며 그와 동일한 수준의 대립을 요구하지 않는다고 결론을 내렸다.⁴³⁾ 즉, 재판소에 관할권을 부여하는 협약이 있다면, 그 협약에 규정된 관할권 조항의 취지와 목적 그리고 문맥을 고려하여 분쟁의 개념을 이해하되, 때에 따라 동일 협약에서도 조항별로 분쟁의 의미가 다르게 부여될 수 있을 것이다.

2. 분쟁의 확인 요건

(1) 반대되는 견해의 확인

분쟁의 존재를 확인하기 위해서는 일방 당사국의 주장이 타방에 의해 적극적으로 반대(positively apposed)되었다는 것이 입증되어야 한다. 이는 전술한 바와 같이 국제사법재판소의 다수의 판례를 통해 반복적으로 확인되고 있는 재판소의 태도로서 South West Africa(1962, Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa) 사건에서 처음 나타난다. 이는 공식 석상에서의 반복적인 의사 표현과 같이 국가들의 행위로부터 간접적으로 추론될 수도 있으며, 반대로 그러한 견해가 명백히 나타나서 분쟁의 존재가 확인될 수도 있을 것이다. 분쟁의 존재가 확인되기 위해서 대립한 견해가 어떠한 방식으로 얼마나 표출되어야 하는지는 분명하지 않지만 최소한 상대국이 그러한 견해를 인식할 수준에 이르러야 할 것으로 판단된다.

전자와 같이 대립한 견해의 존재를 국가 행위로부터 추론하여 분쟁의

and application of Articles 6 to 22 arise between the German and Polish Governments, they shall be submitted to the Permanent Court of International Justice.”

43) *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (Mexico v. United States of America), *Judgment, I.C.J. Reports 2009*, para. 17.

존재를 확인한 대표적인 예로는 PCIJ의 *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*(1925, *Germany v. Poland*) 사건을 들 수 있다. 이 사건에서 재판부는 타방 당사국의 행위가 자국의 견해와 충돌함을 지적할 경우 의견의 불일치가 존재한다고 볼 수 있으며, 일방의 행위로도 분쟁의 존재가 확인될 수 있다고 판시하였다.⁴⁴⁾ *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarter Agreement* 권고적 의견(1988)에서도 재판부는 이와 유사한 태도를 보였다. 미국 내 팔레스타인해방기구(이하, PLO) 대표부의 설치를 불법화하는 미국의 반테러법(1987)에 대해 PLO는 이러한 미국의 조치가 UN 본부협정의 위반이라고 주장하였다. 이와 관련, 유엔법률고문은 미 국무성 법률고문에게 미국 측 중재관 선임통보를 요청하였으나 미국은 문제의 반테러법이 실제 이행되고 있는 것도 아니고 분쟁해결절차에 공식적으로 참가할 입장이 아니라며 무대응으로 일관하였다. 이에 유엔총회는 본부협정 제21부에 따라 미국이 중재절차에 참여할 의무가 있는지를 판단해달라고 국제사법재판소에 권고적 의견을 요청하였다. 동 사건을 검토한 재판부는 “국제법상 자신의 행위를 정당화하기 위하여 여하한 반대 주장을 하지 않는다는 단순한 사실은 당사자들의 대립한 태도로부터 그 조약의 해석 또는 적용에 관한 분쟁의 발생을 막지 못한다”는 권고적 의견을 제시하였다.⁴⁵⁾ 요컨대, ICJ는 명시적으로 반

44) *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)*, P.C.I.J. 1925, (ser. A) No. 6 (Aug. 25) A difference of opinion does exist as soon as one of the Governments concerned points out that the attitude adopted by the other conflicts with its own views'. Even if, under Article 23, the existence of a definite dispute were necessary, this condition could at any time be fulfilled by means of unilateral action on the part of the applicant Party. And the Court cannot allow itself to be hampered by a mere defect of form, the removal of which depends solely on the Party concerned.

45) *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarter Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1988, para. 38. In the view of the Court, where one party to a treaty protests against the behaviour or a decision of another party, and claims that such behaviour or decision constitutes a breach of the treaty, the mere fact that the party accused does not advance any argument to justify its conduct under international law does not prevent the opposing attitudes of the parties from giving rise to a dispute

대입장을 표명하지 않더라도 당사국들의 반복된 의사 표현이나 무시 혹은 무대응을 포함한 당사국의 행위가 있다면 이로부터 분쟁의 존재가 추론될 수 있음을 여러 판례를 통해 확인한 것이다.

반면, 제소국의 시비 사항에 대하여 피소국의 명백히 상반되는 견해가 표명되었기에 분쟁의 존재가 확인되었다고 판시한 사례도 있다. 한 예로 East Timor(1995, Portugal v. Australia) 사건 재판부는 포르투갈의 주장이 타당한가와 무관하게 포르투갈은 호주를 상대로 사실과 법에 관한 의의를 제기하고 있으며 호주는 이에 반대 의사를 표명하였으므로 이러한 반대(denial)에 근거하여 양국 간 법적 분쟁이 존재한다고 판시하였다.⁴⁶⁾ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide(1996, Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia)⁴⁷⁾ 사건의 선결적 항변과 Certain Property Case(2005, Liechtenstein v. Germany)⁴⁸⁾ 사건에서도 유사한 재판소의 태도를 확인할 수 있다.

상술한 판례들로 미루어볼 때 핵군축 협상 의무 사건과 달리 ICJ는 대

concerning the interpretation or application of the treaty. 이와 매우 유사한 판결로서 Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination(2011, Georgia v. Russian Federation) 사건 재판부는 “분쟁의 존재는 상대국의 대응이 요구되는 제소국의 주장에 대해 대응을 하지 못하는 경우로부터도 추론될 수 있다”고 판시하였다.

46) *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995*, p. 100, para. 22.: For the purpose of verifying the existence of a legal dispute in the present case, it is not relevant whether the “real dispute” is between Portugal and Indonesia rather than Portugal and Australia. Portugal has, rightly or wrongly, formulated complaints of fact and law against Australia which the latter has denied. By virtue of this denial, there is a legal dispute.

47) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996*, para. 29. ...by reason of the rejection by Yugoslavia of the complaints formulated against it by Bosnia and Herzegovina, there is a legal dispute between them.

48) *Certain Property Case (Liechtenstein v. Germany), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, para. 25. The Court thus finds that in the present proceedings complaints of fact and law formulated by Liechtenstein against Germany are denied by the latter. In conformity with well established jurisprudence, the Court concludes that by virtue of this denial, there is a legal dispute between Liechtenstein and Germany.

체로 자신의 관할권을 인정하는 방향으로 때로는 유연하게 때로는 엄격하게 분쟁의 존재를 확인한 것처럼 보인다. 다시 말하면, 명시적인 반대 의사가 없다는 이유로 분쟁의 존재가 부인되지는 않지만 그러한 의사가 추론되거나 명시적으로 나타난 경우에는 분쟁이 존재한다는 결론을 도출하였다. 이러한 맥락에서 핵군축 협상 의무 사건은 오히려 재판소가 관할권이 없다는 결론에 도달하는 과정에서 명시적으로 표명된 반대 의사가 없었다는 점을 인식이라는 요건과 결부하여 그 근거로 삼은 것으로, 그간의 판례를 통해 볼 때 이례적이라 할 수 있다.

(2) 객관성과 피소국의 인식

상대국의 반대 의사가 존재하는지는 당사국 간의 주고받은 진술, 문서 혹은 다자회의에서의 의견교환 등 사실에 기반하여 객관적으로 결정되어야 한다. 이러한 요건은 1950년 Peace Treaties 사건에서 나타나는데 오늘날 분쟁 확인을 위한 필수 조건으로 정립되었다. 당시 재판부는 국제분쟁이 존재하는가는 객관적으로 판단할 문제이지 분쟁이 없다는 단순한 거부나 분쟁이 존재하지 않는다는 것을 입증할 수는 없다고 판시하여 분쟁 존재 확인의 객관성을 강조하였다.⁴⁹⁾

핵군축 협상 의무 사건 재판소 역시 분쟁의 확인은 객관적인 문제임을 언급하였다. 그러나 평화조약 해석에 관한 권고적 의견과의 차이점은 분쟁이 객관적으로 존재하는지를 확인하는 데 피소국의 인식을 강조한 점이다. 이는 인식이라는 개념 자체가 주관적인데 이를 토대로 분쟁이 객관적으로 존재하는지 확인하는 것이 가능한가를 두고 재판부 소수 재판관 및 학계로부터 비판을 받았다.

이른바 ‘객관적 인식(objective awareness)’의 요건이란 분쟁의 존재가 확인되기 위해서는 피소국이 소송의 대상이 되는 사안에 대하여 상호 이견이 있음을 소 제기 전에 알고 있었거나 모를 수 없었음이 객관적 증거로서 입증되어야 함을 의미한다.⁵⁰⁾ 이와 관련하여 James Crawford 재판관은 재

49) *Supra* note 29.

50) 마셜 제도 재판부는 이러한 원칙이 확인되는 판례로 다음을 인용하였다. *Alleged*

판부가 ‘객관적 인식’을 분쟁 확인을 위한 요건으로 제시한 것은 전례가 없다며 비판하였다. 핵군축 협상 의무 사건에서 재판부가 인용한 동티모르 사건(1995)도 해당 재판부가 피소국의 명백한 반대가 있었음을 근거로 분쟁의 존재가 확인되었다고 판시한 것은 사실이나 ‘인식’을 그 요건으로 규정한 것은 아니며, 제소국의 청구 의사를 소 제기 전에 피소국이 알고 있었는지 검토하지도 않았다는 것이다.⁵¹⁾

그러나 ‘인식’이라는 개념을 분쟁의 존재를 확인하기 위한 요건 안에 명시적으로 도입한 것은 처음이라 할지라도 이것이 기존의 판결에서 존재하지 않았던 완전히 새로운 개념은 아니다.⁵²⁾ 대응이 요구되는 상황에서 무대응으로 일관한 것이 분쟁의 발생을 막지 못한다는 선례 역시 당사국 간의 견해 차이에 대한 피소국의 인식은 전제되어 있다고 볼 수 있다.⁵³⁾ 이와 관

Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016 (I), p. 26, para. 73; Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 99, para. 61, pp. 109-110, para. 87, p. 117, para. 104.

51) *Marshall Islands v. U.K.*, Dissenting Opinion of Judge James Crawford, 2016, para. 1~3.: ...the Judgment imposes a new requirement of “objective awareness”, which I shall use as a shorthand for the rather awkward phrase “aware, or could not have been unaware” (Judgment, para. 41). But a requirement of objective awareness is not to be found in the case law of the Court. 그 외 참고 자료: Andrea Bianchi, “Choice and (the Awareness of) its Consequences: The ICJ’s “Structural Bias” Strikes Again in the Marshall Islands Case”, *AJIL Unbound*, Volume 111, 2017, paras. 81-87.

52) 참고로 최근 판례인 모리셔스가 영국을 상대로 제기한 차고스 군도의 해양보호구역에 관한 중재재판(2015)에서는 “재판소의 관점에서, UNCLOS 제283조는 당사자들이 동의하지 않는 문제들에 대해 인식할 수 있을 정도로 충분히 명확하게 분쟁이 발생하도록 요구한다”고 판시한 바 있다. *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom), Award, 2015*, para. 382. ‘In the Tribunal’s view, Article 283 requires that a dispute have arisen with sufficient clarity that the Parties were aware of the issues in respect of which they disagreed’

53) 유엔 본부협정 관련 권고적 의견(1988)이나 인종차별철폐협약 사건(2011)에서처럼 재판부는 분쟁의 존재를 알면서도 국제법상 자신의 행위를 정당화하기 위해 의도적으로 대응하지 않으면 대응이 없더라도 분쟁은 존재한다고 간주하였는데, 이러한 고의성은 행위자의 인식을 전제로 하기 때문이다. 참고: *Applicability of the*

련하여 Rajput ILC 위원은 PCIJ와 ICJ가 피소국의 인식만을 따로 떼어내어 그 존재를 검토한 적은 없었음에 동의하였다. 그러나 분쟁의 존재를 확인하는 기본 요건인 적극적인 반대 의사의 표명은 결국에는 피소국의 인식이 전제되어야만 가능한 것으로서 인식이라는 것은 늘 요구되어 왔던 것이라고 주장하였다.⁵⁴⁾ Owada 재판관도 같은 맥락에서 다음과 같이 개별의건을 제시하였다.

“비록 재판부가 느닷없이 ‘인식’이라는 요소를 도입하는 것처럼 보일 수 있지만, 사실 인식이라는 요소는 관례법에서 공통적으로 나타난다. 피소국의 인식은 단순한 의견 불일치가 진정한 법적 분쟁으로 변모했음을 보여주며, 따라서 이는 모든 사건에서 공통적으로 요구되는 최소한의 필요 요건이다.”⁵⁵⁾

반면, Crawford 재판관은 인식의 문제가 분쟁의 존재를 확인하는 데 관련이 있더라도 그 자체가 하나의 개별적인 필수요건으로 자리 잡는 것을 경계하고 있다. 또한 Béatrice I Bonafé 교수는 인식의 요건이 제소국이 자국의 소 제기 의사를 피소국에게 사전 통보해야 할 의무처럼 이해될 수 있다는 우려를 나타낸 바 있다.⁵⁶⁾ 사실 핵군축 협상 의무 사건에서 재판부가 제

Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, 1988, para. 38.: In the view of the Court, where one party to a treaty protests against the behaviour or a decision of another party, and claims that such behaviour or decision constitutes a breach of the treaty, the mere fact that the party accused does not advance any argument to justify its conduct under international law does not prevent the opposing attitudes of the parties from giving rise to a dispute concerning the interpretation or application of the treaty.

54) Aniruddha Rajput, A. *supra* note 26.

55) *Marshall Islands v. U.K.*, Separate Opinion of Judge Owada, para. 11.: Although the Judgment might appear to introduce this element of “awareness” out of the blue, the reality is that the element of awareness is the common denominator running through case law. The awareness of the respondent demonstrates the transformation of a mere disagreement into a true legal dispute and is thus an essential minimum common to all cases.

56) Béatrice I Bonafé, “Establishing the Existence of a Dispute before the International

시한 인식이라는 것은 상대국이 ‘소를 제기할 것’이라는 사실에 대한 인식을 말하는 것이 아니라 특정 분쟁에 대해 양국의 명백히 상반되는 의사가 있음을 피소국이 사전에 인지할 수 있어야 한다는 것이 핵심이다. 다시 말하면, ‘특정 문제에 대해 소를 제기하겠다’라는 사전 통지가 아니라, ‘특정 문제에 대해 이견이 있다’라고 상대방이 모를 수 없게끔 알린다면 객관적 인식의 요건은 충족될 수 있을 것이다. 다만, 핵군축 협상 의무 사건에서는 다자 협의체를 통해 그러한 의사를 표명했음에도 재판소가 이를 분쟁이 확인되는 유효한 행위로 간주하지 않았는데, 마셜 제도의 진술 내용과 그 표명방식이 분쟁을 성립시키기 충분한가에 대한 재판소의 판단은 논란이 될 수 있다. 재판소가 당사국 간 소송 의사에 대한 통지 의무는 없다고 확인하였지만 사실상 통지를 통해 양자 간 분쟁이 확인될 것을 요구하는 것과 다르지 않기 때문이다.

정리하자면, 인식의 요건은 완전히 새로운 것은 아니므로 분쟁의 존재를 입증하는 요건에 포함되는 것 자체가 문제는 아니라 보인다. 그보다 이러한 요건이 충족되었는지를 확인하는 기준이나 재판소의 태도가 문제라고 생각된다. 재판부는 사전 통지가 필수가 아님을 재확인함으로써 인식이라는 것이 사전 통지를 통해서만 이뤄지는 것이 아님을 시사하지만 현실적으로 인식의 요건은 명시적인 통지나 재소송을 통해 가장 확실하게 충족될 수 있다. 재소송의 경우 피소국은 예견된 소송을 회피하는 방법을 선택할 수도 있다. 실제로 핵군축 협상 의무 사건 판결 직후 영국은 재판소 규정 제36조 제2항에 따른 강제관할권 수락 선언을 수정하여 마셜 제도의 추가적인 재소시도를 원천적으로 차단하였다.

Court of Justice: Drawbacks and Implications”, *QIL*, Zoom-out 45 (2017), 3-32, para. 29. The risk is that the awareness requirement be understood as requiring the applicant to show that the respondent was aware of the former’s intention to have recourse to judicial settlement rather than another means of dispute settlement. 실제로 핵군축 협상 의무 사건의 판결 이후 영국은 재판소 규정 제36조 제2항 상의 선언을 변경하면서 최소한 6개월 전에 소 제기 의사를 통보해야 한다고 명시하였다.

(3) 분쟁 확인 시점

전술한 바와 같이 재판소가 관할권을 가지기 위해서는 원칙적으로 제소 전에 분쟁이 존재하여 소 제기 당시에 그 존재가 확인될 수 있어야 한다.⁵⁷⁾ 그럼에도 ‘원칙적’이라는 표현은 무조건 소송 전에 분쟁이 확인되어야 하는 것은 아니라는 의미를 내포한다. 소 제기 시점에 소송 요건을 만족하지 않더라도 일단 관할권을 인정한 이후에 소송 과정에서 그 요건을 만족시킬 수 있다는 것이 재판소의 관행인데, 이러한 유연한 판단이 핵군축 협상 의무 사건에서는 결여되었다는 의견도 이에 근거한다.

이러한 비판의 근거로 재판부 소수의견에서는 Mavrommatis 사건과 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide(2008, Croatia v. Serbia) 선결적 항변, 그리고 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide(1996, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) 선결적 항변 등을 빈번히 인용하고 있다.⁵⁸⁾

먼저, 분쟁의 의미를 처음 제시했던 Mavrommatis 사건⁵⁹⁾의 예를 들어 보도록 한다. 1914년 1월 27일, 그리스인인 Mavrommatis는 오스만투르크 정부와 양허계약을 체결하고 팔레스타인 지역의 철도, 전기 및 수도공사 등

57) “In principle, the critical date for determining the existence of a dispute is the date on which the application is submitted to the Court.” 소 제기 전에 분쟁이 존재해야 한다는 판례의 예는 다음과 같다. *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, pp. 25-26, paras. 42-44; *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, pp. 130-131, paras. 42-44; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v Russian Federation)* I.C.J. Reports 2011, para 30.

58) Judge Crawford, Judge Robinson, Judge Bhandari, Judge *ad hoc* Bedjaoui 등 다수의 소수의견에서 동 사건들의 일부를 인용

59) *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Great Britain)*, Judgment, 1924 PCIJ (Ser. A) No. 2, https://icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_02/06_Mavrommatis_en_Palestine_Arret.pdf (2023.7.9. 방문)

에 대한 개발 특허권을 부여받았으나 1차 대전 이후 팔레스타인이 영국의 위임통치하에 놓이면서 그 권리를 침해받았다. 영국은 팔레스타인 행정청을 통해 해당 특허권을 Rutenberg라는 사람에게 부여함으로써 이중계약을 체결하였는데, 이에 Mavrommatis가 로잔 조약에 따라 영국에 동 권리침해에 대한 손해배상을 청구하였다. 로잔 조약은 오스만투르크 제국이 1914년 10월 29일 이전에 체결한 양허계약은 유지되어야 하며(제1조), 그렇지 못하면 배상을 하도록(제4조, 제5조) 규정하고 있다. 영국 정부를 상대로 한 Mavrommatis의 손해배상 청구 시도가 실패하자 그리스 정부가 외교적 보호권을 행사하여 영국 정부를 PCIJ에 제소하였다. 이에 영국은 로잔 조약(Treaty of Lausanne, 1923)이 소 제기 시점(1924년 5월 13일)에 아직 발효(1924년 8월 6일)되지 않았으므로 그리스가 이를 원용할 수 없다고 주장하였다. 그러나 재판부는 소 제기 직후에 발효될 것이 예정된 조약을 소 제기 시점에 비준되어 있지 않다고 해서 소를 각하하는 것은 동일한 내용으로 한 번 더 소를 제기하게 만드는 것으로서, 소송 경제성이나 재판소의 건전한 사법 운영에 반하는 행위라며 동 주장을 수용하지 않았다. 즉, 가까운 미래인 소송 개시 직후 법적 분쟁의 존재를 확정할 수 있는 요건이 충족될 것이 분명하였기에 현재 시점에 관할권이 있다고 판단한 것이다.⁶⁰⁾

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide(2008, Croatia v. Serbia) 선결적 항변 역시 유사한 사건 맥락을 보여준다. 1999년 7월 크로아티아가 동 소를 제기할 당시 피소국은 유고슬라비아 사회주의 연방공화국(SFRY)을 전신으로 하는 유고슬라비아 연방공화국(FRY)으로서 세르비아는 존재하지 않았다. 따라서 세르비아는 소 제기 당시 자국이 UN 회원국이 아니었으며 제노사이드 협약의 당사국도 아니므로 본 사건에 대해 ICJ는 관할권을 갖지 않는다고 항변하였다. 그러나 재판부는 세르비아의 주장을 받아들이지 않고 다음과 같은 이유

60) *Ibid.*, p. 33. Since the Treaty is now in force and Protocol XII has become applicable as regards Great Britain and Greece, it is not necessary to consider what the legal position would have been if the Treaty had not been ratified at the time of the Court's judgment.

로 관할권을 인정하였다.

“중요한 것은, 늦어도 재판소가 관할권을 결정하는 날까지는, 제소국이 원한다면 제소국에게 처음에는 충족되지 못했던 조건이 충족될 수 있는 새로운 절차를 진행할 권리가 있어야 한다는 것이다. 이러한 상황에서 제소국에게 절차를 새로 시작하도록 강요하는 것은 건전한 사법 운영에 이익이 되지 않으며, 특별한 상황을 제외하고는 그 시점부터 조건이 충족되었다고 결론을 내리는 것이 바람직하다.”⁶¹⁾

즉, 관할권 요건이 소 제기 시점에는 완벽하게 충족되지 않았으나 재판부가 관할권 존부를 결정하기 전까지는 재판 청구상의 흠결이 쉽게 치유될 수 있는 것으로 보고 건전한 사법 운영을 위해 동 사건의 관할권을 인정하였다.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide(1996, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) 선결적 항변 역시 핵군축 협상 의무 사건 판결을 비판할 때 빈번히 언급된다. 동 사건 재판부는 소 제기 시점에 소송 능력을 갖추지 못하는 흠결이 있음에도 피해자 구제 원칙에 따라 관할권을 우선 인정하였고, 이후 소송 진행 중에 보스니아 헤르체고비나가 제네바협약 당사국이 되면서 그러한 절차적 결함은 치유되었다고 보았다. 유념할 점은 동 사건은 구 유고연방의 해체 과정에 제기된 소송이었으며, 전쟁 중 집단학살이라는 명백한 갈등 상황이 소 제기 이전부터 존재하고 있었다는 것이다.⁶²⁾

61) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J., 2008*, para. 85. What matter is that, at the latest by the date when the Court decides on its jurisdiction, the applicant must be entitled, if it so wishes, to bring fresh proceedings in which the initially unmet condition would be fulfilled. In such a situation, it is not in the interests of the sound administration of justice to compel the applicant to begin the proceedings anew or to initiate fresh proceedings-and it is preferable, except in special circumstances, to conclude that the condition has, from that point on, been fulfilled.

62) 핵군축 협상 의무 사건과 보스니아 헤르체고비나와 세르비아 몬테네그로 간의 Genocide 협약의 적용에 관한 사건에 모두 참여한 Owada 재판관은 핵군축 협상 의무 사건 판결의 개별의견에서 ‘Genocide 협약의 적용에 관한 사건은 특수 상황을

앞서 언급한 세 가지 판례를 인용하여 핵군축 협상 의무 사건을 비판할 때 한 가지 간과하고 있는 사실이 있다. 즉, 핵군축 협상 의무 사건은 소송 능력이 아닌 실체적 분쟁의 존재 자체가 문제 된 사건이라는 점이다. 소 제기 시점에 적법한 소송 주체로서의 관할권이 성립하느냐는 판단과 당사국 간 재판 가능한 법적 분쟁이 존재하느냐에 대한 판단은 관할권 성립의 전제 조건이라는 면에서는 상통하지만 같은 문제는 아니다. 당사자 자격에 관한 흠결이 소 제기 후 치유될 예정이라 관할권을 인정하는 판례는 분쟁이 소송 중에 결정화될 수 있으니 일단 관할권을 인정하자는 관점을 지지하기는 어려워 보인다. 전자는 흠결 치유 가능성이 높은 상황에 적용되는 반면, 후자는 그렇지 못하다. 후자의 경우 소송행위 자체로 인해 양국 간 이견의 충돌이 표면화되는 것을 곧 분쟁으로 볼 가능성도 배제할 수는 없으며, 이 경우 조금 과장하자면 모든 소송에 대해 관할권을 인정하고 보자는 결론에 이를 수도 있다.

요컨대, 소 제기 시 관할권 판단에 필요한 갈등의 수위가 어느 정도인가가 쟁점이지 나중에 분쟁이 결정화될 수 있느냐가 쟁점은 아니며, 관할권이 성립하려면 소 제기 시점에 미약하게나마 막 시작된 분쟁이라도 존재해야 하고 이후 해당 분쟁이 더욱 결정화될 가능성도 있다고 보아야 할 것이다.

IV. 맺음말

분쟁의 존재는 재판소가 쟁송 사건에 관할권을 가지기 위해 선결적으로 확인되어야 할 요건이다. 분쟁의 개념은 그간의 판례를 통해 확립되었는데, 핵군축 협상 의무 사건은 소 제기 시점에 분쟁의 존재가 입증되지 않는다는 이유로 소가 각하된 처음이자 마지막 사건으로 평가된다.

기존 판례에서는 대체로 관할권을 인정하기 위한 근거로 분쟁의 존재

고려하여 절차적 결함으로 인해 피해자 구제가 원천적으로 차단되지 않도록 관할권을 인정한 것'이라 설명하였다. *Marshall Islands v. U.K.* Separate Opinion of Judge Owada,, para 15-18.

를 확인했지만, 핵군축 협상 의무 사건은 그 반대였다는 점에 주목해 볼 때, 의도적으로 관할권을 회피하기 위해서 지나치게 형식적인 판결을 내린 것은 아닌지 의문이 생길 수 있다. 재판부 소수의견도 이러한 입장에서 핵군축 협상 의무 사건 판결을 강하게 비판한 것으로 보인다. 특히 동 사건 재판부는 소 제기 시점에 피소국이 분쟁을 알았거나 몰랐을 리 없다는 점이 객관적으로 입증되어야 한다고 판시하였는데, 이는 당사자 자격 등 형식적 결합이 있더라도 일정 요건이 충족되면 관할권이 인정될 수 있으며, 미약하게 존재하던 분쟁이 소 제기 이후 소송 과정에서 결정화될 수 있다고 본 기존의 판례와 일견 상충한다며 재판부 소수의견에서 비판받았다.

그러나 필자의 소견으로, 동 사건은 James Crawford를 비롯한 다수 재판관들의 소수의견에서 소 제기 시점에 분쟁이 반드시 확인될 필요는 없다며 인용한 사건들과는 상황이 다르다. 핵군축 협상 의무 사건은 당사자 자격과 같은 형식적 결합이 아닌 분쟁의 존재라는 실체적인 결합을 이유로 소가 각하된 것이기 때문이다. 즉, 제시된 판례에서는 어떠한 형식으로든 실체적 분쟁의 존재가 소 제기 시점에 확인되어야 한다는 점을 부인할 근거가 없다. 또한, 객관적 인식(objective awareness)이라는 요건도 당사국 간 명백히 상반되는 견해의 입증을 요구해왔던 기존 판례로 미루어보아 완전히 새로운 것은 아니라 생각된다. 다만, 이를 분쟁 확인을 위한 필수요건에 포함함으로써 현실적으로 바람직한 결과를 가져왔다고는 볼 수 없다. 재판부는 그럴 필요가 없다고 했지만 결론적으로 소송을 희망하는 국가는 소송 의사의 통지 혹은 법적 분쟁을 기록한 외교서한의 발송 등을 통해 분쟁의 존재 요건을 성립시키고자 할 것이기 때문이다. 결국 분쟁의 존재를 입증하는 것은 형식적인 문제로 치부될 가능성이 커졌다. 이는 분쟁이 형식이나 절차의 문제가 아닌 실체적인 문제라고 해 왔던 재판부의 입장과 어긋난다.⁶³⁾

언뜻 보기에 분쟁이 존재하는 거 같아도 사실상 재판소가 관할권을 가지는 분쟁은 존재하지 않는 경우가 있는데, 핵군축 협상 의무 사건은 재판

63) *Marshall Islands v. U.K.*, Judgment, para 35: The Court's determination of the existence of a dispute is a matter of substance, and not a question of form or procedure.

불가능한 분쟁이 무엇인가에 대한 우리의 관심을 환기하는 계기가 되었다고 보인다. 주지하다시피 19~20세기 동안 학계의 치열한 논쟁을 통해 제3자가 판단할 수 없는 당사국의 명예나 존엄성, 독립, 국운이 달린 문제나 비유형적(non-tangible) 문제들이 재판 불가능한 분쟁으로 거론된 바 있다.⁶⁴⁾ 만일 재판부가 분쟁의 실체적 속성을 분석했다면 해군축 협상 의무의 위반이 이러한 부류에 속하는 재판 불가능한 문제로 규정될 수 있을지 의문이다. 어쩌면 영국이 선결적 항변으로 제시한 ‘본안에 대한 판결이 현실적으로 실효성 있는 결과를 도출할 수 없으므로 동 사안은 재판소의 사법적 기능 밖의 문제다’라는 주장에 대해 이번 재판소의 결정이 이를 우회적으로 확인한 것일지도 모르겠다.

해군축 협상 의무 사건(2016, Marshall Islands v. U.K.)의 ‘분쟁의 존재’ 판단에 관한 소고 - 전 효 진	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2023.07.09.	2023.08.29.	2023.09.18.

64) 한창영, 국제분쟁 개념의 발달론, 『논문집』, 제3집, 제주대학교, 1971, pp. 202-204. “국제법은 국가의 독립과 사활적 이익보다 중요치 아니한 문제에만 적용될 수 있는 것이다. 이와 같은 국제분쟁개념에 대한 작업은 일찍이 1758년 이전에 Vattel에 의하여 이루어졌다.” “Rouard de Card는 많은 중요한 문제…에 관하여 중재재판의 적합성을 인정하면서도 국가의 독립에 영향을 끼치는 문제는 배제하는데 힘썼다. Lacointa는 비 유형적(non-tangible) 성격을 갖는 문제 즉 단지 국제적 중요와 적대심을 자극하고 결정을 하는데 정확한 목표를 제시할 수 없는 문제를 제외시켰다. Mougin de Roqueford 역시 같은 견해를 택하였다.” “Calvo는 국제적 중재재판은 직접적으로 국가의 명예와 독립을 포함하는 분쟁을 다루는 것을 삼가지 않으면 안된다고 하였다.”

[참고문헌]

[국내문헌]

- 김석현, 국제판례에 비추어 본 국제분쟁의 의의 및 그 존재의 확인, 『국제법학회논총』, 2011-12 56(4) pp.125-139.
- 한창영, 국제분쟁 개념의 발달론, 『논문집』, 제3집, 제주대학교, 1971

[외국문헌]

- Asier Garrido-Muñoz, “Dispute”, Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL], Oxford Public International Law, 2018 para. 2
- Meenakshi Ramkumar 외, ‘The Nuclear Disarmament Cases: Is Formalistic Rigour in Establishing Jurisdiction Impeding Access to Justice?’, Utrecht Journal of International and European Law, 2017, pp. 128 - 134.
- Maitê de Souza Schmitz, ‘Decision of the International Court of Justice in the Nuclear Arms Race Case’, Harvard International Law Journal, 2017
- Nico Krisch ‘Capitulation in The Hague: The Marshall Islands Cases’, European Journal of International Law(EJIL), 2016
- Andrea Bianchi, ‘Choice and (the Awareness of) its Consequences: The ICJ’s “Structural Bias” Strikes Again in the Marshall Islands Case’ (2017), AJIL Unbound, Volume 111, 2017, pp. 81-87
- Tiffany Challe-Campiz, Taking Climate Change to the International Court of Justice: Legal and Procedural Issues, a Sabin Center Blog Climate Law, Sabin Center for Climate Change Law, 2021 <https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2021/09/29/taking-climate-change-to-the-international-court-of-justice-legal-and-procedural-issues/> (2023.2.14. 방문)
- Aniruddha Rajput, A. Necessity of “objective awareness” for the “existence of dispute”. Indian Journal of International Law 58, 85 - 109 (2018).
- Christoph Schreuer, “What is legal dispute”, International Law between Universalism and Fragmentation, Festschriftin Honour of Gerhard Hafner, Brill Nijhoff, 2008 p. 966. para. 2.
- Paolo Palchetti, “Dispute”, Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law [MPEiPro], Oxford Public International Law, 2018, para 7.
- Béatrice I Bonafé, “Establishing the Existence of a Dispute before the International Court of Justice: Drawbacks and Implications”, QIL, Zoom-out 45 (2017), 3-32, para. 29.

【국문초록】

분쟁의 존재는 재판소가 쟁송 사건에 관할권을 가지기 위해 선결적으로 확인되어야 할 요건이다. 분쟁의 개념은 그간의 판례를 통해 확립되었는데, 핵군축 협상 의무 사건은 소 제기 시점에 분쟁의 존재가 입증되지 않는다는 이유로 소송이 각하된 처음이자 마지막 사건으로 평가된다. 그 판단 근거에 대해 재판부가 의도적으로 관할권을 회피하기 위하여 지나치게 형식주의적인 접근을 했다는 비판이 존재하는데, 이와 관련하여 국내 학계는 특별히 주목한 바가 없는 것으로 보인다. 이에 필자는 본 논문을 통해 핵군축 협상 의무 사건 판결의 소수의견과 학계 논의를 살펴 분쟁의 존재에 대한 동 사건 논란의 쟁점을 분석하고, 그러한 논의에 새로운 시각이 첨부될 여지가 있을지 탐구하고자 하였다.

결론적으로 필자의 검토 의견은 다음과 같이 요약된다.

첫째, 핵군축 협상 의무 사건은 피소국의 적극적인 반대의사의 표명과 그 객관성을 분쟁 확인을 위한 기준으로 제시한 것은 특이점이 없지만, 반대의사의 객관성을 확인함에 있어 피소국의 인식을 강조하고 이 기준이 충족되지 못했다는 이유로 소를 각하한 것은 전례를 찾아보기 어렵다. 객관적 인식이라는 개념이 완전히 새로운 것은 아니지만 핵군축 협상 의무 사건 재판부는 이를 하나의 요건으로 분리하여 검토하였다는 점이 특징적이다. 이를 분쟁 확인을 위한 필수요건에 포함함으로써 현실적으로 바람직한 결과를 가져왔다고는 볼 수 없다. 재판부는 사전 통지가 불필요하다고 했지만 소송을 희망하는 국가는 소송 의사의 통지 혹은 법적 분쟁을 기록한 외교서한의 발송 등을 통해 분쟁의 존재 요건을 성립시키고자 할 것이기 때문이다. 결국 분쟁의 존재를 입증하는 것이 형식적인 문제로 치부될 가능성이 커졌다. 이는 분쟁이 형식이나 절차의 문제가 아닌 실체적인 문제라고 해왔던 재판부의 입장과 어긋난다.

둘째, 분쟁의 확인 시점과 관련하여 소수의견에서 빈번히 인용된 다수 판례는 소송 능력 등 형식적 결함에 관련된 것이므로 실체적 분쟁의 존재를 다루는 본 사건에서는 재판부 판단을 비판하기 위한 적절한 근거가 되지 못

한다. 아울러 소 제기 당시 실체적 분쟁이 존재할 필요가 없다는 판시는 찾아볼 수 없다. 즉, 소송이 제기되기 위해서는 해당 시점에 실체적 분쟁이 객관적으로 존재해야 함에는 이견의 여지가 없다.

언뜻 보기에 분쟁이 존재하는 거 같아도 사실상 재판소가 관할권을 가지는 분쟁은 존재하지 않는 경우가 있는데, 핵군축 협상 의무 사건은 재판 불가능한 분쟁이 무엇인가에 대한 우리의 관심을 환기하는 계기가 되었다고 보인다. 주지하다시피 19~20세기 동안 학계의 치열한 논쟁을 통해 제3자가 판단할 수 없는 당사국의 명예나 존엄성, 독립, 국운이 달린 문제나 비유형적(non-tangible) 문제들이 재판 불가능한 분쟁으로 거론된 바 있다. 만일 재판부가 분쟁의 실체적 속성을 분석했다면 핵군축 협상 의무의 위반이 이러한 부류에 속하는 재판 불가능한 문제로 규정될 수 있을지 의문이다. 어쩌면 영국이 선결적 항변으로 제시한 ‘본안에 대한 판결이 현실적으로 실효성 있는 결과를 도출할 수 없으므로 동 사안은 재판소의 사법적 기능 밖의 문제다’라는 주장에 대해 이번 재판소의 결정이 이를 우회적으로 확인한 것일지도 모르겠다.

【Abstract】

A Study on the Determination of the Existence of
Dispute in the *Marshall Islands Case* (2016)
– Focusing on the Dissenting Opinions

Hyojin Jeon

(Ph.D. Candidate. Dept. of Law, Korea University)

The existence of disputes is a requirement that must be determined first in order for the court to have contentious jurisdiction. The concept of dispute has been established through precedent jurisprudence, and the Marshall Islands case is evaluated as the first and last case in which the suit was dismissed because the existence of the dispute was not proven at the time of filing. There is heavy criticism that the court intentionally took an overly formalistic approach to avoid the exercise of jurisdiction, and in this regard, Korean academia does not seem to have paid particular attention. Therefore, this paper summarized the controversy over the judgment determining the existence of the dispute, focusing on the dissenting and separate opinions of the judges in the Marshall Islands case, and examined the issue of determining the existence of the dispute.

After reviewing the opinions and the academic discourse, this study suggests that there was no reason to deny that the existence of a substantive dispute should be established at the time of filing in any form. In addition, the requirement of objective awareness is not completely new, given the existing jurisprudence. However, it is true that

by including such high threshold as an essential requirement for establishing justiciable dispute, proving the existence of a dispute in reality is more likely to be conceived as a formal issue. This is contrary to the position of the court, which has said that determination of the existence of a dispute is a matter of substance, and not a question of form or procedure.

The Marshall Islands case seems to have served as an opportunity to arouse our interest in what is an non-justiciable dispute. As is well known, through fierce debate in academia during the 19th to 20th centuries, issues of honor, dignity, independence, and national interest or non-tangible issues that cannot be judged by third parties have been mentioned as non-justiciable disputes. If the court analyzed the substantive nature of the dispute, it is questionable whether the violation of the obligation to negotiate nuclear disarmament can be characterized as a non-justiciable issue belonging to this category. Perhaps the court's decision could be a roundabout confirmation of the British's last preliminary objection that reads "in any event, the Court should decline to exercise its jurisdiction in this matter on the ground that any judgment it may give will have no practical consequence and the matter therefore falls outside the proper judicial function of the Court".

주제어(Keyword) : 핵군축 협상 의무 사건(Marshall Islands Case), 분쟁의 존재(Existence of Dispute), 분쟁의 의미(Concept of Dispute), 객관적 인식 요건(Objective Awareness), 재판 가능한 분쟁(Justiciable Dispute), 건전한 사법 운영(Sound Administration of Justice), 분쟁 확인 시점(Time for Determining the Existence of a Dispute)

미국 인플레이션 감축법 및 하위 규정 분석

조 수 정*

▶ 목 차 ◀

I. 서론	2. 하위 규정
II. 친환경차 세액공제	3. 법적 분석 및 영향
1. 개관	IV. 투자세액공제
2. 배터리 핵심 광물 요건	1. 규정
3. 배터리 부품 요건	2. 하위 규정
4. 해외우려법인	3. 법적 검토 및 영향
5. 최종 조립 요건	V. 생산세액공제
6. 법적 분석 및 영향	1. 규정
III. 상업용 친환경차 세액공제	2. 법적 분석 및 영향
1. 규정	VI. 결론 및 시사점

I. 서론

美 인플레이션 감축법(Inflation Reduction Act, IRA)¹⁾이 2022년 8월 12

* 산업통상자원부 통상정책총괄과장/법학박사.

이 글은 저자의 개인 의견으로 정부의 공식 입장과 관련이 없습니다.

1) Section 13401 of Public Law 117 - 169, 136 Stat. 1818. 2022. 8. 16. August 16). <https://www.congress.gov/117/plaws/publ169/PLAW-117publ169.pdf>. IRA는 연방 세법(Internal Revenue Code(IRC), U.S Code Title 26) 등 여러 법을 변경하는 조문을 모아놓은 것이다. 예를 들어 IRA §13401은 IRC §30D를 개정하게 된다. 동 논문은 개정되는 법 (주로 IRC) 중심으로 조문을 명시하였다. 따라서 본 논문의 조문들은 거의 대부분 연방세법(IRC)의 조문이다. 본 논문에서 조문이 명시되었으나 법이 명시되지 않은 경우 해당법은 연방세법임을 밝힌다.

일 전격적으로 미국 의회를 최종 통과한 후 8월 16일 발효되었다.²⁾ 동 법에 북미에서 전기차를 최종 조립해야 세액공제를 받을 수 있다는 최종 조립 요건(final assembly)³⁾ 조문이 포함된 것으로 알려진 후, 그 차별성에 대한 비판이 있었다. 다만 IRA는 동 조문 이외에도 전기차와 배터리 관련 여러 인세티브 조문이 존재하며, 미 정부는 각 조문별로 한국·EU 등 이해관계국과의 협의를 거쳐 이를 명확히 하는 구체적인 하위 규정⁴⁾을 속속 발표하고 있어, 이를 종합적으로 볼 필요가 있다.

코로나 19, 중국의 부상 등을 계기로 미국은 핵심 산업 공급망의 복원력과 안정성 강화를 국가안보의 핵심요소로 인식하면서, 바이든 대통령은 2021년 2월 24일 공급망 행정명령(Executive Order 14017, “America’s Supply Chains”)에 서명하고 공급망 리스크의 취약점 파악 및 복원력 강화 전략구축을 명령하였다.⁵⁾ 이에 따라 2022년 6월에는 4대 핵심품목(반도체, 배터리, 핵심광물, 바이오)⁶⁾에 대해, 2022년 2월에는 에너지(태양광, 반도체, 청정수소 등 포함), 수송, 식량, 보건, 정보통신, 국방 분야 등 6대 산업에 대한 공급망 보고서가 발표되었다. IRA는 동 보고서들이 권고하는 배터리, 핵

2) IRA 조문 전체가 2022년 8월 16일에 발효된 것은 아니고 조문별로 발효일이 다르다. 예를 들어 최종조립요건은 2022년 8월 16일에 발효하였으나 해외우려법인 요건 중 부품요건은 2024년에, 광물요건은 2025년에 발효한다.

3) IRC §30D(d)(1)(G) : the final assembly of which occurs within North America.

4) 하위규정은 영어로는 “guidance”로 모법 조문을 명확히 하는 모든 세부 규정을 의미하며, 한국의 시행령·시행규칙 등에 해당하는 “regulation” 및 정부 홈페이지에 “자주 묻는 질문”(FAQ) 또는 고시문 형태로 등재되는 “각종 정부 설명문” 등을 포괄하는 개념이다. “regulation”은 미국연방규정집(Code of Federal Regulations)으로 관리되고 의견수렴기간(comment period)를 거쳐 발효하나, 정부 홈페이지의 FAQ등은 별다른 의견수렴기간 없이 바로 발표되는 경우가 많다. IRC §30D의 guidance는 regulation 형태로, IRC §45W의 guidance는 FAQ 형태로 발표되었는데 둘다 법적 효력이 있다. 동 guidance는 하위 규정, 세부 규정, 세부 지침, 이행 지침 등 여러 형태로 번역되고 있는데 동 논문에서는 “하위 규정”으로 쓰고자 한다.

5) White House, “Executive Order 14017- America’s Supply Chains”, 2021.2.24. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/02/24/executive-order-on-americas-supply-chains/>(2023.5.2 검색).

6) White House, “Building Resilient Supply Chains, Revitalizing American Manufacturing and Fostering Broad-Based Growth : 100 Day Reviews under Executive Order 14017”, 2021.6. pp. 85-137.

심광물, 친환경차, 태양광, 수소, 탄소포집 등 청정산업 인프라 구축을 위해 향후 10년간 \$3,910억의 지출을 예고한 미국 역사상 최대 규모의 기후 변화 대응책이다.⁷⁾ IRA의 목적은 세가지로 볼 수 있는데, 먼저 2015년 12월 채택된 파리 협정에서 산업화 이전 대비 지구 평균 기온 상승을 1.5도까지 제한하고자 노력해야 한다는 규정에 따라⁸⁾ 미국이 발표한 2050년까지 탄소중립 달성 및 2030년까지 2005년 기준 온실가스배출량을 50-52%만큼 감축하겠다는 공약⁹⁾을 이행하기 위한 목적이 있고, 둘째, 동 파리협정에 따라 빠르게 발전하는 청정에너지 분야에서 미국의 기술과 생산역량 우위를 유지하고자 하는 목적이 있으며,¹⁰⁾ 마지막으로 안정된 청정에너지 공급망을 구축하기 위해 對중국 공급망 취약지점을 해소하겠다는 목적도 있는 것으로 보인다.¹¹⁾

IRA는 전체 8개의 장(title)으로 구성되어 있고 청정에너지 인센티브는 주로 1장(재정)과 5장(에너지·천연자원)에 있다. 1장은 연방세법(Internal

7) Committee for a Responsible Federal Budget, “CBO Scores IRA with \$238 Billion of Deficit Reduction”, 2022.9.17. <https://www.crfb.org/blogs/cbo-scores-ira-238-billion-deficit-reduction> (2023.6.18 검색).

8) 파리협정 제2.1(a)조, 2015.12.12. 채택, 2016.11.4. 발효, 55 ILM 740 (2016).

9) World Resources Institute, “US Government Sets Target to Reduce Emissions 50-52% by 2030”, 2022.9.19. <https://www.wri.org/outcomes/us-government-sets-target-reduce-emissions-50-52-2030#:~:text=After%20months%20of%20supportive%20pressure,previous%20U.S.%20pledge%20to%20cut> (2023.7.23. 검색).

10) 제이크 설리번(Jake Sullivan) 국가안보보좌관은 2022년 9월 글로벌 신흥기술서밋(Global Emerging Technologies Summit)에서 미국의 중요한 기술로 반도체, 바이오, 청정에너지 3개 기술분야를 지목하고, 이에 대칭하는 범령으로 반도체법, 바이오행정 명령, 인플레이션 감축법을 제정하였다고 언급한바 있다. White House, “Remarks by National Security Advisor Jake Sullivan at the Special Competitive Studies Project Global Emerging Technologies Summit”, 2022.9.16.

11) 제이크 설리번 국가안보보좌관은 2023년 브루킹스 연설에서, 중국은 80%의 핵심광물을 생산하는데 미국은 배터리 핵심광물 중 리튬 4%, 코발트의 13%, 니켈 0%를 생산한다고 하면서 이러한 청정에너지 공급망(clean energy supply chain)이 70년대 석유나 2022년 EU의 천연가스 문제와 같이 무기화될 수 있다는 것에 주목하고 IRA상의 투자를 통해 이 문제에 대응하고 있다(through the investments in the IRA, we are taking action)고 언급하였다. White House, “Remarks by National Security Advisor Jake Sullivan on Renewing American Economic Leadership at the Brookings Institution”, 2023.4.27.

Revenue Code(IRC))상의 세액공제(tax credit)¹²⁾가, 5장은 대출보증(loan) 등¹³⁾이 주로 포함되어 있다.

본 논문은 IRA 1장의 세액공제 중 그 중에서도 전기차와 배터리 관련 사항을 중심으로 주요 조문 및 후속 하위규정들에 대해 분석하고자 한다. 전기차와 배터리 관련 IRA 세액공제는 여러 가지가 있으나¹⁴⁾ 특히 관심을 모은 4개의 세액공제 조항, 즉 연방세법 §30D를 개정하는 친환경차 세액 공제, 연방세법 §45W를 신설하는 상업용 친환경차 세액공제, 연방세법 §48C를 개정하는 청정제조시설 투자세액공제, 연방세법 §45X를 신설하는 첨단 제조 생산 세액 공제에 초점을 맞추어 각각 II, III, IV, V장에서 분석하고자 한다.

보다 세부적으로, II장에서는 최종조립요건 등 여러 요건을 충족할 경우 차량당 7,500불의 세액공제를 소비자가 받을 수 있는 §30D 친환경차 세액공제(Clean Vehicle Credit)를 분석하면서, §30D 세액공제를 받기 위해 충족해야 하는 배터리 핵심 광물 요건, 배터리 부품 요건, 특히 2024년부터 적용되는 중국 등이 소유·통제한 기업이 생산한 광물·부품 등이 조금이라도 포함되면 세액공제를 받을 수 없는 강력한 요건인 해외우려법인 요건, 북미에서 최종조립이 이루어져야 세액공제를 받을 수 있는 최종조립요건 등 여러 요건을 살펴보고, 이에 관한 통상법적 분석도 하고자 한다.

12) 적격 원자력 생산 세액 공제, 청정 전력 투자, 생산 세액 공제, 청정수소 생산 세액 공제, 탄소포집 세액 공제 등 다양한 세액공제가 존재한다. 한국정부는 양자협약의 전기차, 배터리 뿐 아니라 탄소포집 세액공제, 청정수소 생산세액공제 등에 대해서도 폭넓게 의견을 제기하였다. 이한얼, “정부, IRA 2차 의견서 제출-상업용 친환경차 범위 확대 및 청정수소 등 세액공제 적용 요청”, 디지털경제, 2022.12.2. [https://zdnet.co.kr/view/?no=20221202145958\(2023.6.18 검색\)](https://zdnet.co.kr/view/?no=20221202145958(2023.6.18 검색)).

13) 대표적인 것으로 전기차 생산시설 등 첨단기술을 사용해 대기오염, 온실가스 배출을 방지, 감소하는 투자프로젝트에 대한 대출보증인 IRA 50141/Title 42 §16513, 전기·수소차 등 첨단기술 차량, 부품 제조 시설을 미국내 설치, 확장 재설비하는 투자 진행 기업에 대한 대출 프로그램인 IRA 50142/Title 42 §17513D 등이 있다.

14) 본 논문에서 중점적으로 다루지는 않았으나 중요한 친환경차 세액공제로는 중고 친환경차 세액공제 (IRC §25E)가 있는 바, \$25,000 이하 중고 친환경차 구매 소비자에게 최대 \$4,000까지 매매가의 30%를 세액 공제를 지급하게 되는데, 동 조항도 상용차 세액공제(\$45W)와 같이, 친환경차 세액공제(§30D)상의 최종조립요건 등 조건이 없어서, 활용도가 높은 세액공제조항이다.

III장에서는 한미 양자 협의과정에서 가장 중심이 된, IRC §45W의 상업용 친환경차 세액공제(Commercial Clean Vehicle Credit)를 분석한다. §30D상의 여러 조건이 부과되지 않아 활용도 높은 조항으로 떠오른 동 §45W조항 관련 “상업용”의 의미에 대한 해석에 대해 소비자의 최종용도가 상업용이어야 한다는 테슬라·포드 등 의견과, 소비자의 최종용도가 개인용이어도 리스회사가 구매한 차에 대해서는 리스회사가 세제 혜택을 받을 수 있게 해달라는 한국 의견 등을 살펴보고, 관련 하위규정을 분석한다.

IV장에서 미국에서 친환경차 공장을 설립하는 경우에 최대 30%까지 투자 비용을 공제해 주는 연방세법 §48C를 개정하는 청정제조시설 투자세액공제(Advanced Energy Project Credit) 및 관련 하위 규정을 살펴보고, V장에서는 배터리 등 친환경차 관련 부품을 생산·판매하는 경우, 단위당 일정액을 공제해주는 연방세법 §45X상의 첨단 제조 생산 세액 공제(Advanced Manufacturing Production Credit)에 대해 살펴본다. VI장에는 결론 및 시사점이 제시된다.

〈표 1〉 전기차·배터리 관련 IRA 주요 규정

IRC	내용	금액	수혜자	비고	본논문 관련
§30D	친환경차 세액공제	대당 최대 \$7,500	소비자	각종 요건* 충족 필요	II장
§45X	상업용차 세액공제	대당 최대 \$7,500	리스회사 등	상기 §30D 요건 없음	III장
§48C	투자세액공제	투자비용 최대 30% 공제	투자자		IV장
§45X	생산세액공제	단위당 일정액 공제	생산자		V장

* 30D 요건: 배터리 핵심광물 요건, 배터리 부품요건, 해외우려법인 요건, 최종조립요건, 차종가격상한요건, 구매자소득상한요건 등

II. 친환경차 세액공제

1. 개관

연방세법 §30D(친환경차 세액공제)는 2008년 제정된 에너지효율 및 확장법(Energy Improvement and Extension Act)의 한 부분으로 전기차 구매 시 세액공제 혜택을 주기 위해 제정된 조항¹⁵⁾이다. 동 조항은 금번 IRA로 인해 대폭 개정되어, 핵심 광물요건(critical mineral requirement)을 충족하는 배터리를 장착한 친환경차를 구매한 소비자에게는 \$3,750의 세액공제를, 배터리 부품요건(battery components requirement)을 충족하는 배터리를 장착한 친환경차를 구매한 소비자에게는 \$3,750의 세액공제를, 광물요건과 부품요건을 모두 충족한 경우 \$7,500을 친환경차 구매자에게 부여하는 조항으로 개정되었다.¹⁶⁾

이러한 §30D 세액공제를 받기 위해서는 여러 요건을 충족해야 하는 바, 세액공제 대상이 되는 친환경차가 북미(North America)에서 조립되어야 한다는 최종조립요건(Final Assembly, §30D(d)(1)(G)) 및 해외우려법인(foreign entity of concern)이 생산한 광물이나 부품을 포함하는 배터리를 장착한 친환경차는 세액공제 대상에서 배제된다는 조건(§30(D)(d)(7))이 존재한다. 또한 차종가격상한조항(MSRP:Manufacturer's suggested retail price, §30D(f)(11))이 있어 밴, SUV, 픽업트럭은 \$80,000 이하, 세단 등 승용차량은 \$55,000 이하에 해당하는 모델만 세액공제 혜택을 받을 수 있다. 마지막으로 구매자 소득 상한 조항(high income purchasers, §30D(f)(1))도 있어서 구매자 소득 조건이 부부 합산 \$300,000 이하에 해당해야 세액공제 혜택을 받을 수 있다. 이러한 모든 조건을 전부 충족해야 세액공제 혜택을 받기 때문에, §30D상의 세액공제가 활용되기가 미국 국내에서도 상당히 어려울 것이라는 예측이 많았다.¹⁷⁾ 또한 §30D는 국내에서는 IRA의 상당부분을

15) Section 205(a) of the Energy Improvement and Extension Act of 2008, Division B of Public Law 110 - 343, 122 Stat. 3765, 3835, 2008.10.3.

16) IRC §30D(b)(1),(2),(3).

차지하는 것으로 알려져 있으나, 사실 IRA상의 수많은 인센티브 중 한 부분으로, 의회예산처(Congressional Budget Office:CBO)가 발표한 10년(22년-32년)간 중 \$30D에 대한 지출예상액은 전체 IRA 청정에너지 지출예상액(\$3,910억)의 약 2%에 불과한 \$75억이다.¹⁸⁾

2. 배터리 핵심 광물 요건

IRC §30D(e)(1)은 핵심 광물 요건을 충족하는 전기차를 구입하는 소비자가 \$3,750의 세액공제를 받을 수 있다고 규정하고 있다. 동 요건에 따르면 핵심 광물의 일정 비율¹⁹⁾ 이상을 미국 또는 자유무역협정(Free Trade Agreement : FTA) 체결국에서 채굴(extract) 또는 가공(process)한 배터리를 장착하거나, 북미에서 재활용된 배터리를 장착한 친환경차를 구매하는 소비자는 \$3,750의 세액공제를 받게 된다.²⁰⁾

미국은 50개의 핵심광물을 관리하고 있는데,²¹⁾ 그 중 배터리 관련 주요 5대 광물은 리튬, 니켈, 코발트, 흑연, 망간이다.²²⁾ 리튬 제련(chemical processing)의 80%를 중국이 차지하고 있고²³⁾, 코발트의 70%는 콩고에서

17) Chad P. Bown, “Industrial policy for electric vehicle supply chains and the US-EU fight over the inflation Reduction Act”, PIIE, 2023.5.

18) 의회예산처(CBO)는 IRA 전체 청정에너지 지출예상액 \$3,910억의 각 조문별 예상 추정치를 발표한 바, \$30D는 \$75억, \$45W는 \$36억, \$48C는 \$63억, \$45X는 \$306억이 예상 추정치다. 동 사항은 추정치이기 때문에 실제 집행액은 다를 것으로 예상된다. Congressional Budget Office(CBO), “Estimated Budgetary Effects of Public Law 117-169”, 2022.9.17. https://www.cbo.gov/system/files/2022-09/PL117-169_9-7-22.pdf (2023.6.20. 검색).p.12.

19) ('23년) 40% → ('24년) 50% → ('25년) 60% → ('26년) 70% → ('27~'29년) 80%.

20) 원문은 다음과 같다. IRC §30D(e)(1)Critical Minerals Requirement : The requirement.. is that, with respect to the battery from which the electric motor of such vehicle draws electricity, the percentage of the value of the applicable critical minerals contained in such battery that were extracted or processed in the United States, or in any country with which the United States has a free trade agreement in effect, or recycled in North America, is equal to or greater than the applicable percentage.

21) IRC §45X에 핵심광물 50개의 리스트가 있다.

22) International Energy Agency(IEA), “Global Supply Chains of EV Batteries”, 2022.7. p.21.

생산하나, 중국이 콩고 투자를 통해 코발트 생산을 장악하고 있고,²⁴⁾ 흑연 생산의 80%는 중국이 차지하고 있다.²⁵⁾ 미국이 동 IRC §30D 조항을 통해 핵심광물의 채굴 또는 가공을 북미 또는 FTA 체결국으로 한정된 것은 이러한 상황에서 중국으로의 과도한 의존을 막기 위한 것으로 보인다.

한국은 이미 미국과 FTA를 체결하고 있는 20개국²⁶⁾에 포함되어 있어 한국에서 배터리 광물을 채굴 또는 가공한 경우 배터리 광물 요건을 충족할 수 있다. 다만, 미국이 체결한 FTA 국가들이 주요 광물 생산국을 다 포괄하고 있지 않다. 예를 들어 배터리 5대 광물 중 하나인 니켈의 경우 미국과 FTA를 체결한 20개국은 전세계 니켈 생산의 9.3%만을 생산하고, 니켈 3대 수출국인 인도네시아, 필리핀, 러시아는 미국과 FTA를 체결하지 않았다.²⁷⁾ 한국은 미국과의 협의 과정에서, 우리 배터리 업계가 광물을 조달하고 있는 국가들 중 미국과 FTA를 체결하지 않은 국가들도 FTA 지위를 누릴 수 있도록, FTA 체결국 범위를 넓게 해석하도록 요청하였다.²⁸⁾

미국 재무부는 2023년 3월 31일 IRA 전기차 세액공제 잠정 하위 규정 (Notice of Proposed Rule Making)을 발표하였다.²⁹⁾ 동 하위규정은 4월 17일 연방관보(federal register)에 등재된 후, 4월 18일에 잠정 발효되었다.

23) Oliver Hailes, “Lithium International Law: Trade, Investment and the Pursuit of Supply Chain Justice”, *Journal of International Economic Law*, 2022, Vol 25, Oxford, p.152.

24) White House, “Building Resilient Supply Chains, Revitalizing American Manufacturing and Fostering Broad-Based Growth : 100 Day Reviews under Executive Order 14017”, 2021.6. p.94.

25) IEA, *supra* note 22, p.22.

26) 미국과 FTA 체결국은 “Australia, Bahrain, Canada, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominican Republic, El Salvador, Guatemala, Honduras, Israel, Jordan, Korea, Mexico, Morocco, Nicaragua, Oman, Panama, Peru, and Singapore 등 20개국이다. Federal Register, Proposed Rule by the IRS on 17 April 2023.

27) Cullen S. Hendrix, “Indonesia wants to sell nickel to the US, but first it should scrap its export bans”, *PIIE*, 2023.4.26.

28) 산업통상자원부 보도자료, “미 인플레이션 감축법(IRA) 하위규정 관련 정부 의견서 제출”, 2022.11.14.

29) 26 CFR Part 1, 관보에 실린 원문은 다음과 같다. Federal Register, Proposed Rule by the IRS on 17 April 2023, <https://www.federalregister.gov/documents/2023/04/17/2023-06822/section-30d-new-clean-vehicle-credit> (2023.6.15. 검색)

동 하위규정은 먼저 배터리 핵심광물 요건 관련 미국과 FTA를 체결하고 있는 국가의 범위를 넓혔다. 즉 FTA에 준하는 지위를 FTA 未체결국에도 부여할 수 있도록 하였는바, 동 하위규정 §1.30D - 3(c)(7)(i)에 따르면 美 재무장관이 무역장벽 감축 또는 철폐, 신규 무역 장벽 비부과 약속, 노동·환경 관련 높은 수준의 규율 설정, 수출제한금지 약속 등에 대한 협정을 체결한 국가에서 광물이 채굴·가공된 경우에도 §30D상의 배터리 핵심광물요건을 충족한 것으로 보겠다고 하였다.³⁰⁾

그 첫번째 예로 미국과 일본이 2023년 3월 27일에 핵심원자재협정(Critical Minerals Agreements)³¹⁾을 체결하였다. 동 협정은 배터리 공급망에 핵심적인 광물(코발트, 흑연, 리튬, 망간, 니켈)에 대한 수출세 부과 금지 조항(3조)³²⁾, 노동 및 환경 요건(1조 및 4조, 5조) 등을 담고 있다. 미국은 EU와도 지난 2023년 3월 20일 공동성명문을 통해 관련 협상에 착수하겠다고 밝혔다.³³⁾ 동 사항은 2023년 5월 31일 스웨덴에서 개최된 제4차 미·EU

30) 원문은 다음과 같다. §1.30D - 3(c)(7)(i) of the proposed 26 CFR part 1 : The criteria the Secretary will consider in determining whether to identify a country under this paragraph (c)(7) include whether an agreement between the United States and that country, (A) Reduces or eliminates trade barriers on a preferential basis; (B) Commits the parties to refrain from imposing new trade barriers; (C) Establishes high-standard disciplines in key areas affecting trade (such as core labor and environmental protections); and/or (D) Reduces or eliminates restrictions on exports or commits the parties to refrain from imposing such restrictions.

31) 협정의 원문은 다음을 참고바람. <https://ustr.gov/sites/default/files/2023-03/US%20Japan%20Critical%20Minerals%20Agreement%202023%2003%2028.pdf> (2023.6.20. 검색)

32) 미일 핵심원자재협정 3조의 원문은 다음과 같다 : 1. Each Party affirms its obligation not to impose prohibitions or restrictions on imports of critical minerals from the territory of the other Party or on exports of critical minerals to the territory of the other Party other than duties, taxes, or other charges, in accordance with Article XI:1 of the GATT 1994. 2. Each Party shall maintain its current practice not to impose export duties on critical minerals exported to the territory of the other Party.

33) White House, “Joint Statement by President Biden and President von der Leyen”, 2023,3.10, <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/03/10/joint-statement-by-president-biden-and-president-von-der-leyen-2/> (2023.6.14. 검색).

무역기술위원회 공동성명문(US-US Trade and Technology Council Joint Statement)에서 다시한번 확인되었으며,³⁴⁾ EU 집행위원회는 6월 14일 관련 협상 지침(negotiating directives for a CMA)을 채택하였다.³⁵⁾ 인도네시아³⁶⁾, 아르헨티나³⁷⁾ 등 자원부국들도 미국에 동 협정 체결을 타진하고 있는 것으로 알려져 있다.

동 하위 규정은 동 핵심원자재협정외에도 핵심광물의 채굴과 가공의 정의를 명확히 하였는데, 특히 미국 및 FTA 체결국에서 수행할 경우 인정되는 가공의 개념을 넓게 정의하여 양극화물질(powders of cathode active materials) 등 구성 소재(constituent materials)를 만드는 것도 광물 가공으로 인정하였다.³⁸⁾

3. 배터리 부품 요건

IRC §30D(e)(2)는 부품의 가치의 일정 비율³⁹⁾ 이상 북미에서 제조(manufacture)하거나 조립(assemble)한 배터리를 장착한 친환경차를 구매하는 경우에 \$3,750의 세액공제를 받도록 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 배터리 4대 소재

34) White House, “U.S.-EU Joint Statement of the Trade and Technology Council”, Sweden, 2023.5.31. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/05/31/u-s-eu-joint-statement-of-the-trade-and-technology-council-2/>(2023.6.14.검색).

35) European Commission, “EU moves forward with Critical Minerals Agreement negotiations with the US”, 2023.6.14. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3214(2023.6.220 검색).

36) Luhut Pandjaitan 인도네시아 투자장관(Minister of Maritime Affairs and Investment)은 미국에 동 협정 체결을 제안하겠다고 밝혔다. Stefano Sulaiman, “Jakarta will propose a limited free trade agreement (FTA) with Washington”, Reuters, 2023.4.10.

37) Jonathan Gilbert, “Emerging Lithium Supplier Argentina Says It’s Close to US Deal Under IRA”, Bloomberg, 2023.5.24.

38) §1.30D - 3(c) of the proposed 26 CFR part 1. (5) „Constituent materials are not considered a type of battery component.. (6) Constituent materials may include powders of cathode active materials, powders of anode active materials.

39) (’23년) 50% → (’24~’25년) 60% → (’26년) 70% → (’27년) 80% → (’28년) 90% → (’29년) 100%.

에서 중국이 차지하는 비중이 양극재(42%), 음극재(65%), 전해질(65%), 분리막(43%)⁴¹⁾ 등 워낙 높은 데다 셀에 있어서도 전세계 배터리 셀 생산의 75%가 중국에 위치해 있는 만큼⁴²⁾ 미국으로서는 배터리 중국 의존도를 낮추기 위해 동 조항을 마련한 것으로 보인다. 2023년 3월 31일 발표된 하위규정에서는 부품의 범위에 4대 소재가 포함된다는 점, 부품 비율 계산 방식 등이 규정되었다.⁴³⁾

4. 해외우려법인

IRC §30(D)(d)(7)은 해외우려법인(Foreign Entity of Concern)이 배터리 핵심광물을 채굴, 가공 또는 재활용한 차량은 2025년 1월 1일 이후부터, 또한 해외우려법인이 배터리 부품을 제조 또는 조립한 차량은 2024년 1월 1일 이후 §30D의 세액공제 대상이 되는 친환경차에서 제외하도록 규정하고 있다.⁴⁴⁾ 해외우려기업은 인프라법(Infrastructure Investment and Jobs Act(IIJA))의 §40207(a)(5)에서 정의되어 있는데, 美 국무장관이 정하는 해외 테러조직, 美 재무부가 정한 SDN 리스트 등이 포함된다.⁴⁵⁾ IRA 관련 중

40) 원문은 다음과 같다. IRC §30D(e)(2) : Battery Components : The requirement described in this subparagraph with respect to a vehicle is that, with respect to the battery from which the electric motor of such vehicle draws electricity, the percentage of the value of the components contained in such battery that were manufactured or assembled in North America is equal to or greater than the applicable percentage.

41) White House, *supra* note 6, p.112.

42) IEA, *supra* note 22, p.29.

43) §1.30D - 3(b) of the proposed 26 CFR part 1.

44) 원문은 다음과 같다. IRC §30D(d)(7) : The term “new clean vehicle” shall not include (A) any vehicle placed in service after December 31, 2024, with respect to which any of the applicable critical minerals contained in the battery of such vehicle were extracted, processed, or recycled by a foreign entity of concern, or (B) any vehicle placed in service after December 31, 2023, with respect to which any of the components contained in the battery of such vehicle were manufactured or assembled by a foreign entity of concern.

45) 원문은 다음과 같다. §40207(a)(5) of the Infrastructure Investment and Jobs Act (42 U.S.C. 18741(a)(5)) : The term “foreign entity of concern” means a foreign entity

요한 것은 c호상의 우려국 정부가 소유 또는 통제하거나 이들 외국 정부의 관할 또는 지시를 받는 외국 집단(owned by, controlled by, or subject to the jurisdiction or direction of a government of a foreign country that is a covered nation)으로, 우려국은 중국, 러시아, 이란, 북한이다.⁴⁶⁾

동 조항은 배터리 광물, 부품, 셀 전체 공정에서 상당한 지위를 차지하고 있는 중국산 광물, 부품이 조금이라도 탑재된 배터리가 장착된 전기차는 §30D상의 세액공제를 받지 못하게 하는 조항으로, 전체 §30D의 효과를 무력화시킬 수 있는 매우 강력한 조항이다. 다만 동 조항의 시행시기가 부품은 2024년부터, 광물은 2025년부터여서 아직 현실화되지 않았고, 관련 가이던스도 나오고 있지 않은 상황이다.

동 조항은 양면적 의미가 있다. 전체적으로 배터리 기업이 중국산 광물에 상당히 의존하고 있으므로 동 조항으로 인해 배터리 원자재 비용이 증가하고 조달(sourcing) 공급망을 다시 짜야 하는 어려움이 존재한다. 특히 중국정부가 소유 또는 통제한다는 의미가 어떻게 정의되느냐에 따라 각 기업은 해외법인의 중국과의 공동투자 지분까지도 세심하게 살펴봐야 한다. 반면 이 조항으로 인해 중국 배터리 기업들의 미국 시장내 입지는 더욱 축소될 것이고 중국 기업과 경쟁하는 국내 기업에게는 미국 배터리 시장 선점을 위한 기회요인으로 작용할 것이라는 전망도 있다.⁴⁷⁾

that is—(A) designated as a foreign terrorist organization by the Secretary of State under section 1189(a) of title 8; (B) included on the list of specially designated nationals and blocked persons maintained by the Office of Foreign Assets Control of the Department of the Treasury(commonly known as the “SDN list”); (C) owned by, controlled by, or subject to the jurisdiction or direction of a government of a foreign country that is a covered nation (as defined in section 2533c(d)of title 10);(D) alleged by the Attorney General to have been involved in activities for which a conviction was obtained.

46) 원문은 다음과 같다. §2533c(d) of title 10 : (2) Covered nation.—The term “covered nation” means—(A) the Democratic People’s Republic of North Korea; (B) the People’s Republic of China; (C) the Russian Federation; and (D) the Islamic Republic of Iran.

47) 황경인, “미국 인플레이션 감축법(IRA)의 국내 산업 영향과 시사점- 자동차와 이차전지 산업을 중심으로”, KIET 산업경제, 2022.9, p.18.

5. 최종 조립 요건

IRC §30D(d)(1)(G)상, §30D 세액공제를 받기 위해서는 해당 친환경차가 북미내에서 최종적으로 조립되어야 한다.⁴⁸⁾ 동 조항은 수입산차와 국내산차의 차별을 야기하는 조항으로 비판받았는 바, 한국은 북미 지역에 제공되는 친환경차 세액공제 요건을 한국에도 동일하게 적용하거나, 친환경차 세액공제 이행에 3년의 유예 기간을 부여하는 방안 등을 언급하며 차별적 요소의 해결을 촉구하였다.⁴⁹⁾ 그러나 동 규정은 2022년 8월 16일에 바로 발효가 되었고 법으로 워낙 구체적이고 명확하게 적시되어 있어서 하위규정으로 이를 변경하기에 어려움이 있었다.

이에 따라 미국 의회에서 동 조항을 개정하려는 법안 발의 노력도 병행하였는 바, 상원의 경우 2022년 9월 Warnock 의원(민주-조지아)⁵⁰⁾, 하원의 경우 2022년 11월 Sewell 의원(민주-앨라배마), Swalwell 의원(민주-캘리포니아), Cleaver 의원(민주-미주리)이 공동 발의하여 동 최종 조립 요건, 배터리 부품 요건, 배터리 광물 요건의 적용시점을 26년까지 3년 연기한다는 개정안이 나왔다.⁵¹⁾ 또한 현대차도 미국 조지아주 2022년 10월 기공식을 갖고 전기차 전용 공장을 건설하고 있는 바, 2024년 4월 시험생산, 2025년 1월 본격 출시를 위해 노력하고 있다.⁵²⁾

48) §30D(d)(1)(G) of IRC; the final assembly of which occurs within North America.

49) 산업통상자원부 보도자료, “미 인플레이션 감축법(IRA) 하위규정 관련 정부 의견서 제출”, 2022.11.14.

50) Warnock, “Senator Reverend Warnock Introduces Bill to Ensure Georgia Car Buyers, Automakers Fully Benefit from Cost-Cutting Tax Credits”, 2022.9.29, <https://www.warnock.senate.gov/newsroom/press-releases/senator-reverend-warnock-introduces-bill-to-ensure-georgia-car-buyers-automakers-fully-benefit-from-cost-cutting-tax-credits/>(2023.6.20 검색)

51) Sewell, “Reps. Sewell, Cleaver, and Swalwell Introduce Bill to Ensure U.S. Car Buyers and Automakers Fully Benefit from Cost-Cutting Tax Credits”, 2022.11.4. <https://sewell.house.gov/2022/11/rep-sewell-cleaver-and-swallow-introduce-bill-to-ensure-u-s-car-buyers-and-automakers-fully-benefit-from-cost-cutting-tax-credits> (2023.6.20. 검색).

52) 이윅섭, “현대차그룹 미 전기차 공장, 내년 4월 가동”, 매일경제, 2023.6.19.

6. 법적 분석 및 영향

통상법적인 면에서 보면 §30D 조항은 WTO 및 한미 FTA상의 여러 규정에 위배될 가능성이 크다. 한국⁵³⁾을 비롯해서 EU, 일본⁵⁴⁾도 정부의견서를 통하여 이러한 통상법적 문제점을 제기하였다.

먼저 최종조립요건이나 배터리 부품요건은 미국이 미국산 완성차 및 배터리 부품보다 수입산을 불리하게 대우하는 것으로, 수입품의 국내 판매 및 구매에 영향을 주는 모든 법률, 규정, 요건에 관해 국내산 동종물품에 부여되는 대우보다 불리한 대우를 해서는 안된다는 내국민대우(GATT 3조 4항⁵⁵⁾, 한미 FTA 2.2조 1항 및 2항)에 위반될 소지가 높다.⁵⁶⁾ 더 나아가 WTO 무역관련 투자조치협정(TRIMs) 2조 1항은 GATT 3조 4항에 반하는 무역관련투자조치도 어떠한 무역에 관한 투자조치도 금지된다고 규정하고, 동 부속서는 국내법규상 의무적이거나 혜택을 얻기 위해 준수할 필요가 있는 조치 중 기업으로 하여금 국산품 또는 국내 공급품을 사용하도록 하는 조치를 예시적으로 금지하고 있어서 배터리 부품요건은 TRIMs 2조 1항에도 위반될 수 있다.⁵⁷⁾ 또한 한미 FTA 11.8조 이행 요건 금지 조항과 같은 투자규범 위반 소지도 존재한다.⁵⁸⁾

53) 한국 정부는 미측에 IRA 상 친환경차 세액공제 관련 요건들이 한·미 FTA, WTO 등 국제 통상 규범에도 위반소지가 있음을 강조하였다. 산업통상자원부 보도자료, “미 인플레이션 감축법(IRA) 하위규정 관련 정부 의견서 제출”, 2022.11.14.

54) EU와 일본 역시 공개된 의견서를 통해 통상법 위반에 대한 입장을 밝혔다. EU는 친환경차 세액공제를 비롯하여 IRA 전반의 차별적 조치에 대한 우려를 표명하며, 이 중 일부는 WTO 규정에 위반될 수 있다고 판단하고 있음을 밝혔다. 일본 역시 친환경차 세액공제와 관련해 동맹국 생산 전기차·배터리가 북미 국가의 전기차·배터리보다 불리한 대우를 받지 않도록 최종 조립 요건 및 배터리 관련 요건을 완화해 줄 것을 제안했다. 산업통상자원부 보도자료, “美 인플레이션 감축법(IRA) 대응 청정 에너지 업계 간담회 개최”, 2022.11.11.

55) GATT 3조 4항은 다음과 같다. : 다른 계약당사자의 영토내로 수입되는 계약당사자 영토의 상품은 그 국내판매, 판매를 위한 제공, 구매, 운송, 유통 또는 사용에 영향을 주는 모든 법률, 규정, 요건에 관하여 국내산의 동종 상품에 부여되는 대우보다 불리하지 않은 대우를 부여받아야 한다.

56) 김경화, “미국의 신 공급망 재편 전략과 IRA 전기동력차 보조금 규정”, KITA 통상리포트 Vol.11. 2022.10.28. p.15.

57) Ibid.

58) Ibid.

WTO 보조금협정 3조 1항 b호는 수입품 대신 국내상품의 사용을 조건으로 지급되는 보조금을 금지 보조금으로 보고 있기 때문에 최종 조립요건 및 배터리 요건에 따른 세액공제는 금지보조금에 해당될 소지가 있고, 재정적 기여, 혜택 모두 명백하므로 이에 대해 상계조치 또는 WTO 제소도 가능할 수 있다.⁵⁹⁾

최종조립요건은 캐나다 및 멕시코에서 최종 조립된 전기차에 제공되는 혜택보다 불리한 대우를 캐나다 및 멕시코 외 국가들에게 제공하므로 최혜국 대우(GATT 1조)에 위반될 여지도 있다.⁶⁰⁾ 전체 FTA 체결국가에 대한 특혜인 경우 GATT 24조 예외로 인정될 수도 있겠으나 최종조립요건은 전체 FTA가 아닌 USMCA 국가인 캐나다와 멕시코산 전기차에만 대상으로 세액공제가 부여되고 여타국 수입차와 차별대우하기 때문에 최혜국 대우 위반 소지가 크다. 이와 관련 FTA 체결국에 특례를 부여하는 배터리 핵심광물 요건의 경우 특정 FTA가 아닌 전체 FTA 체결국가에 대한 특혜이고, FTA 국가간 관세철폐를 통해 시장통합을 이룬다는 조건(GATT 24조)을 충족한다는 전제하에 최혜국 대우 예외로 주장가능하다고 보여진다. 다만 최근 체결된 미일 핵심광물 협정 또는 추후 제정될 핵심광물 협정은 시장접근 조항 없이 수출세 부과금지 약속 내지 환경노동 기준 준수 정도의 내용을 가진 협정이므로 GATT 24조에 따른 최혜국 대우 예외로 주장하기는 무리가 있을 것으로 보인다.⁶¹⁾

미국은 이와 관련 IRA가 기후변화 대응에 대한 조치라고 계속 주장해 온 만큼 최종조립요건 관련 분쟁시 GATT 20조 g호상의 유한 천연자원의 보존에 관한 조치라고 주장할 가능성이 있다. 그러나 기후변화 대응을 위한

58) 허난이 외, “미국 인플레이션 감축법 주요 내용과 우리 기업에 대한 시사점”, 법률신문, 2022.9.5.

59) 김경화, *supra* note 56, p.17.

60) *Ibid.*, p.16.

61) Claussen은 미국의 100여개국과 1,200개의 무역관련 협정을 체결하였다고 하면서 어디까지 FTA로 볼 수 있는지에 대한 의문을 제시한다. Kathleen Claussen, “What is a Free Trade Agreement, anyway?”, *International Economic Law and Policy Blog*, 2023.1.3.

목적과, 북미산 자동생산 자동차에만 세액공제를 부여한다는 수단 사이에 관련성이 인정되기가 어렵고, 또한 GATT 20조 모두(chapeau)상의 자의적 또는 정당화할 수 없는 차별에 해당될 가능성이 높기 때문에, IRA상의 최종조립요건의 차별조치가 정당화되기는 어려울 것으로 보인다.

WTO 분쟁 사례 중에서는 참고할 사례는 미국내 생산된 제품을 사용한 기업에 세제 혜택을 주어 미국기업을 외국기업에 비해 유리하게 대우하였다는 점에서 IRA의 최종조립요건·배터리 요건과 유사한 United States - Renewable Energy⁶²⁾ 사건이 있다. 이 건은 인도가 2016년 미국의 워싱턴 주, 캘리포니아주 등 일부 주의 프로그램이 미국내 생산된 재생에너지 제품을 사용한 기업에 세제 혜택을 준 것에 대해 WTO에 제소한 사건이다.⁶³⁾ 2019년 6월, WTO 패널은 동 재생에너지 프로그램이 GATT 3조 4항에 위반된다고 판시하였다.⁶⁴⁾ 다만 동 조치는 2019년 8월 상소되었으나 2019년 12월 이후 상소기구 기능이 정지됨에 따라 더 이상 진행되지 않다가, 2023년 인도 모디 총리 방미시 미국과 일괄 종료(terminate)하기로 합의한 6개 WTO 분쟁의 하나로 포함되어 종료되었다.⁶⁵⁾

62) WTO, United States-Certain Measures Relating to the renewable energy sector, Report of the panel, WT/DS510/R, 2019.6.27.

63) 이석호, 김기환, “세계 재생에너지 자국산 부품 사용 요건 정책에 대한 대응방안 연구”, 에너지 경제연구원 19-13, 2019. p.57.

64) WTO, supra note 62, para.8.4. 인도는 TRIMs 및 보조금 협정 위반도 제기하였으나 GATT 3조 4항 위반이 확정됨에 따라 동 쟁점들은 소송경제상 다뤄지지 않았다.

65) 미-인도간 종료하기로 합의한 WTO 계류중인 6개 분쟁 사건은 다음과 같다. United States-Countervailing Measures on Certain Hot-Rolled Carbon Steel Flat Products from India (DS436); India-Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules (DS456); United States-Certain Measures Relating to the Renewable Energy Sector (DS510); India-Export Related Measures (DS541); United States-Certain Measures on Steel and Aluminium Products (DS547); and India - Additional Duties on Certain Products from the United States (DS585). USTR, “United States Announces Major Resolution on Key Trade Issues with India”, 2023.6.22. [https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2023/june/united-states-announces-major-resolution-key-trade-issues-india\(2023.6.28](https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2023/june/united-states-announces-major-resolution-key-trade-issues-india(2023.6.28) 검색).

Ⅲ. 상업용 친환경차 세액공제

1. 규정

IRC §45W가 규정하는 상업용 친환경차 세액공제(Credit for qualified commercial clean vehicles)은 IRA를 통해 새롭게 신설된 조항으로, 리스·렌트 등을 위해 친환경차를 구매한 납세법인(보통 리스회사가 해당된다)에 대한 세액공제이다. 전기차의 경우 구매가격의 30% 또는 유사 용도·크기의 내연차 구매가격과 차액 (incremental cost)만큼의 세액공제가 최대 \$7,500까지 가능하다. (IRC §45W(b)(1)).

동 조항의 중요성은, §30D는 친환경차량을 구매하는 소비자가 세액공제를 받는 반면, §45W는 같은 금액의 세액공제를 리스회사가 받아서 그 혜택을 소비자에게 준다는 점이다. 즉 소비자 입장에서는 §30D를 통해 친환경차를 할부로 구매하여 직접 세액공제를 받거나, 아니면 리스회사가 세액공제를 받아 그 만큼 저렴한 가격으로 나온 친환경차를 리스하거나 큰 차이가 없다.

그럼에도 불구하고 동 상업용 친환경차 세액공제(§45W)에는 일반 친환경차 세액공제(§30D)에 적용되는 북미 최종 조립 요건, 배터리 광물·부품 요건, 해외우려법인 요건, 차량 가격 제한, 수입 상한 요건 등이 모두 적용되지 않는다. 또한 §45W와 §30D는 중복 적용되지 않아⁶⁶⁾ 미 최종 조립 요건 등으로 인해 §30D 활용가능성이 어려운 외국기업 입장에서는 대안으로 §45W를 활용할 가능성이 높다. 따라서 하위규정 제정과정에서 §45W에 제한 요건을 부가하려는 입장과 그대로 두어야 한다는 입장 사이에 치열한 논쟁이 있었다.

특히 “상업용 차량”의 의미의 해석 관련, 한국은 상업용 차량의 의미가 최종 소비자가 차량을 상업용으로 사용해야 한다는 의미가 아니라, 리스회사가 리스용도(상업용)으로 구매했는지 여부가 상업용 차량의 의미라고 주

66) 원문은 다음과 같다. IRC § 45W(d)(3) No Double Benefit—No credit shall be allowed under this section with respect to any vehicle for which a credit was allowed under section 30D.

장하였다. 즉 소비자가 사용하는 차량이 리스 차량이면, 소비자가 이를 개인 용으로 사용해도 §45W의 세제혜택이 리스회사를 통해 주어지도록 해석해 달라고 요청하였다.⁶⁷⁾

반면, 테슬라 등 미국 기업은 상업용 차량의 의미를 최종 소비자가 상업용으로 사용해야 한다고 보아, 리스 차량의 경우에도, 소비자의 최종 사용 목적이 상업용일 경우에만 §45W의 적용을 받고, 소비자의 최종 사용 목적이 개인용일 경우에는 §30D의 적용을 받게 해 달라고 주장하였다.⁶⁸⁾ 맨친 (Joe Manchin) 美 상원의원도 테슬라와 같은 입장에서 2022년 12월 12일 열린 재무장관에게 보내는 서한을 통해 §45W는 리스나 렌트 차에는 적용되어서는 안된다고 요청했다.⁶⁹⁾

67) 한국 정부의견서상 상용차 세액공제에 대한 주장의 원문은 다음과 같다 : “The ROK requests that the Treasury and the IRS clarify that clean vehicles purchased by lease companies for use in such lease programs are eligible for the commercial clean vehicle tax credit. In particular, the ROK requests that the Treasury and the IRS define clean vehicles purchased by lease companies for use in lease programs as commercial clean vehicles, regardless of the final use of the vehicle by the consumer. From the perspective of the lease companies, vehicles purchased for use in lease programs are clearly commercial vehicles. Defining the term “commercial” based on the final use by the consumer would extend beyond the interpretive authority provided under the IRA.” Comment from the government of Korea on Notice 2022-56 Credits for Section §45W Credit for Qualified Commercial Clean Vehicles, Posted by the Internal Revenue Service on Dec 6, 2022, <https://www.regulations.gov/comment/IRS-2022-0027-0032>. (2023.6.18. 검색).

68) 테슬라 의견서상 상용차 세액공제에 대한 주장의 원문은 다음과 같다 : “the commercial credit should apply exclusively for commercial end-users and Section §30D should apply exclusively for individual end users.” Comment from Tesla on Notice 2022-56 Credits for Section §45W Credit for Qualified Commercial Clean Vehicles, Posted by the Internal Revenue Service on Dec 6, 2022, <https://www.regulations.gov/comment/IRS-2022-0027-0060> (2023.6.8. 검색).

69) Senator Joe Manchin’s letter to the Secretary of the Treasury, 2022.12.22. 원문은 다음과 같다 : “The §45W credit, as the name implies, is intended only for commercial use and your department must follow congressional intent and release guidance that would ensure §45W will not be used on vehicles that will be leased, rented or used for ridesharing purposes.” <https://www.energy.senate.gov/services/files/AE85B668-ECC2-40B9-90DF-27977F85202C> (2023.6.8. 검색).

2. 하위 규정

미국 재무부는 2022년 12월 29일 미 국세청 홈페이지에 자주하는 질문 (FAQ) 형태로 §45W에 대한 하위규정을 발표하였다.⁷⁰⁾ 동 하위규정은 §45W 세액공제 대상으로 납세자가 리스를 위해 획득된 차(acquired for lease by the taxpayer)를 포함하고, 납세자는 소비자가 아닌 리스회사임을 확인하여, 소비자의 최종목적과 상관없이 리스회사가 리스를 위해 차량 구매시 리스회사에 세액공제를 부여한다고 하였고, 어떠한 §30D상의 요건도 §45W에 부가하지 않았다.⁷¹⁾

결과적으로 미국정부는 소비자의 최종용도가 상업용으로 사용되어야 한다는 조건을 포함시키지 않고, 어떠한 제한 요건도 부가하지 않으면서, 단지 차의 구입이 리스 형태이면 §45W의 세액공제 대상이 됨을 명확히 함으로써 한국의 손을 들어주었다.⁷²⁾

3. 법적 분석 및 영향

현재의 IRC §45W 규정과 하위 규정은 국내 기업과 외국 기업을 차별적으로 대우하는 규정은 보이지 않는다. 한국도 동 규정의 통상법적 문제를 정부의견서에 포함하지 않았고, EU도 IRA 전체적으로 9개 조항이 통상법적 문제가 있다고 정부의견서를 통해 주장했으나 동 조항을 포함하지 않았다.⁷³⁾ 오히려 이러한 점 때문에 맨친 미 상원의원도 상기 2022년 12월 22일

70) IRS, Frequently asked questions related to new, previously-owned and qualified commercial clean vehicle credits, FS-2022-42, 2022.12.

71) Brandon D. Hadley et al, "Treasury Releases Guidance on Electric Vehicle Tax Credits", Katten, 2023.1.3https://katten.com/files/1318660_2023_01_03_frm_sfs_treasury_releases_guidance_on_electric_vehicle_tax_credits.pdf. (2023.6.20. 검색).

72) "로이터통신은 이번 재무부의 추가 지침을 '한국의 승리'라고 평가했다. 재무부의 추가 지침으로 한국 완성차 업체들은 적어도 상업용 전기차 시장에서는 타사와 동등한 조건으로 경쟁할 수 있게 돼서다." 박가영, "한국산 전기차도 '리스·렌터카'는 美 IRA 보조금 받는다", 머니투데이, 2022.11.30.

73) EU는 IRA 관련 의견수렴기간 중 미국에 제출한 정부의견서를 통해, IRA 전체적으로 9개 항을 문제삼았으며, 본 논문과 관련 §30D와 §45X가 동 9개 조항에 포함되었고

제닛 옐런(Yellen) 재무장관에게 보낸 서한을 통해 재무부가 §45W가 IRA 법의 허점(loophole)으로 기능하지 않도록 하위규정을 외국기업에게 관대하게 제정하지 말 것을 요청⁷⁴⁾한 바 있으나, 하위규정은 상기 설명한 바와 같이 소비자의 최종목적에 대한 제한 없이 리스차량에 적용되는 것으로 제정되어 발표되었다. 한국은 보도자료를 통해 동 §45W 하위규정 발표를 환영하였고⁷⁵⁾, EU도 성명서를 통해 동 하위규정을 통해 EU 기업의 기존 또는 계획중인 비즈니스 모델의 변화 없이 상업용 친환경차 세액공제를 계속 받을 수 있음에 대해 환영하면서 미·EU 모두 윈윈(win-win)이 되는 결과라고 평가한 바 있다.⁷⁶⁾

미국은 리스 시장이 발달한데다 전기차는 워낙 기술이 급격히 발전하는 분야여서 소비자들이 리스를 선호하여, 전기차에서의 리스의 비중이 크다.⁷⁷⁾ 동 하위규정이 리스에 대한 세액공제를 명확히 함에 따라 미국내 한국산 친환경차 판매 및 리스의 비중이 증가하고 있다. 기존 미국에서 판매되는 한국차 중 리스의 비중이 5%에 불과하였으나, 미국에 진출해 있는 현

§45W와 §48C는 문제삼지 않았다. European Commission, “EU Submission on the Inflation Reduction Act”, 2022.11, <https://www.regulations.gov/comment/IRS-2022-0020-0774> (2023.6.10. 검색)

74) Senator Joe Manchin’s letter to the Secretary of the Treasury, supra note 69. 원문은 다음과 같다 : “That is why the Department of Treasury must ensure that any guidance on 45W is not lenient to foreign companies to trying to find loopholes within our tax code that would enable them to flood our vehicle market.”

75) 산업통상자원부 보도자료, “美 재무부, IRA 상업용차 세액공제 가이드라인 발표-우리 정부 요구 반영 : 리스·렌트 차량도 7,500불 세액공제 대상”, 2022.12.30

76) European Commission, “EU welcomes access to US subsidy scheme for commercial vehicles”, 2022.12.29. 원문은 다음과 같다: Under the US guidance, Commercial Clean Vehicle Credits will be available to EU companies without requiring changes to established or foreseen business models of EU producers. This is a win-win for both sides, as it strengthens EU-US cooperation in our shared goal of fighting climate change and bolsters transatlantic supply chains, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_7869 (2023.6.10. 검색).

77) 2018년 블룸버그에 따르면 미국의 전기차 운전자 중 80%가 리스를 선택한다고 하면서 미국 시장에서 일반 자동차의 전체 리스 비율이 30% 수준인 것과 비교할 때 높은 리스 선호도라고 하면서, 그 이유로 전기차가 워낙 기술발전이 빨리 이루어져 소비자들이 구매보다 리스가 더 낫다고 판단하기 때문이라고 보도한 바 있다. Kyle Stock, “Electric Car Drivers Are Too Smart to Own Electric Cars—Almost 80 percent of battery-powered vehicles in the U.S. are leased, not owned.”, Bloomberg, 2018.1.3.

대캐피탈 등을 리스회사로 활용하여 리스차량 비중을 최대한 늘리고 있다.⁷⁸⁾ 이에 따라 기존 5%의 리스 비중이 2023년 4월 기준 35%, 5월 기준 40%까지 크게 확대된 것으로 나타났다.⁷⁹⁾ 가장 최근 8월 통계에 따르면 동 비중은 55%까지 늘어났고, 그 결과 당초 우려와 달리 미국 내 IRA의 적용을 받는 한국 친환경차의 판매량은 작년 12월부터 올해 8월까지 9개월 연속 증가 중이며 특히 8월 실적은 IRA가 발효된 22년 8월 대비 153% 증가한 1.4만대로 역대 최고치를 경신하였고, 시장 점유율 역시 증가하면서 2개월 연속 10%를 상회한 것으로 나타났다.⁸⁰⁾

IV. 투자세액공제

1. 규정

IRC §48C의 첨단제조생산 세액공제(Qualifying advanced energy project credit)는 청정에너지 제조시설을 설치하거나 확장시 세액공제를 해 주는 조항이다. 동 조항은 신설 조항은 아니고, 2009년도 “미국 회복 및 재투자법”(American Recovery and Reinvestment Act)을 통해 제정된 투자세액공

78) 김기혁, “유럽-소형, 미국-리스, 현대차 해외전기차 시장 공략법 통했다”, 서울경제, 2023.5.8. 기사 원문은 다음과 같다: 현대차는 1분기 경영실적 콘퍼런스콜에서 “현대 캐피탈 아메리카를 이용해 리스차량을 최대한 늘리고 있다”고 밝혔다. 기존에 5%에 불과하던 리스비율을 지난달 기준 35%까지 확대했고 미국에서의 전기차 판매는 줄어들지 않고 있다는 게 현대차의 설명이다. 또 2022년에는 미국 시장에서 한국 전기차 리스비율이 2%였으나 2023년 2월에 18%로, 5월에 40%로 되었다는 미국의 연구도 있다. Chad P. Bown, “How the United States solved South Korea’s problems with electric vehicle subsidies under the Inflation Reduction Act”, Peterson Institute for International Economics(PIIE) Working Paper No. 23-6, p.16. 2023.7.27.

79) 정원우, “거침없다 차 수출, 5월 62억 달러 신기록”, 한국경제 TV, 2023.6.15. 상기 Chad Bown이 미국 ITC(International Trade Commission) 데이터를 분석한 결과에 따르면 IRA가 통과된 2022년 8월부터 12개월간 한국 전기차의 대미 수출은 18억불로, 지속 성장세를 이어왔다. Ibid. p.19.

80) 산업통상자원부 보도자료, “자동차 수출, 14개월 연속 두 자릿수대 증가 : 미국 인플레이션 감축법 1년, 우리 업계의 대미 전기차 판매는 9개월 연속 증가”, 2023.9.19.

제 제도를 확대하여⁸¹⁾, 전기차, 배터리, 핵심광물, 태양광, 풍력, 수소연료전지제조, 탄소포집장치 등 청정에너지 시설 프로젝트에 대한 투자비용의 최대 30%까지 세액공제를 지원하는 것이다.⁸²⁾ IRC §48C(d)(1)(A)에 따르면 모든 청정에너지 제조시설이 해당되는 것은 아니고, 미국 재무부와 에너지부의 심사를 통과한 프로젝트만이 공제대상이 된다.

2. 하위 규정

미 재무부는 2023년 2월 13일 및 5월 31일에 IRC §48C의 후속 하위규정(Additional Guidance for the Qualifying Advanced Energy Project Credit Allocation Program Under Section §48C)을 발표하였다. 동 하위규정을 통해 재무부는 신청서를 받아서, 4가지 주요 검토기준(상업적 실현가능성, 온실가스 배출영향, 탄소 중립경제를 위한 미국내 제조 및 공급망 강화, 인력 및 지역사회 참여) 등을 고려하여 평가하여, 인센티브 지원을 결정할 예정이다.⁸³⁾

3. 법적 분석 및 영향

현재의 IRC §48C 규정과 하위규정으로서는 국내 투자기업과 외국 투자기업에게 차별적이지 않게 인센티브를 지원하는 것으로 보여, 통상법적으로

81) U.S. Department of the Treasury, "U.S. Departments of Treasury and Energy Release Additional Guidance on Inflation Reduction Act Programs", 2023.5.31, <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy1510> (2023.6.20.검색),

82) IRC §48C(c)(1)(A) The term "qualifying advanced energy project" means a project, (...) (i) which re-equips, expands, or establishes an industrial or manufacturing facility for the production or recycling of-- (VII) light-, medium-, or heavy-duty electric or fuel cell vehicles, as well as--(aa) technologies, components, or materials for such vehicles, and (bb) associated charging or refueling infrastructure, (VIII) hybrid vehicles (...), as well as technologies, components, or materials for such vehicles.

83) Internal Revenue Service(IRS), Additional Guidance for the Qualifying Advanced Energy Project Credit Allocation Program under Section 48C(e), Notice 2023-44, 2023.5.31. <https://www.irs.gov/pub/irs-drop/n-23-44.pdf> (2023.6.10.검색).

위배가능성이 있다고 하기는 어렵다. 한국 정부의견서에도 동 §48C의 통상법적 문제는 포함되지 않았고, 오히려 현대자동차의 조지아 공장 등 현재 공장 건설 중이거나 건설 예정 기업들의 투자세액공제 혜택을 최대화할 수 있도록 심사기준을 적용하고 적격투자범위가 넓게 인정되도록 요청하였다.⁸⁴⁾ EU도 통상법적 문제가 있다고 제기한 IRA 9개 조항에 동 §48C 조항을 포함하지 않았다.⁸⁵⁾

다만 실제 운영과정에서, 즉 동 세액공제 수혜 프로젝트를 선정하는 과정에서 국내기업을 차별적으로 우대하게 되면 사실상의(de facto) 차별이 발생하여 통상법 위배 가능성이 있을 수 있다. 예를 들어 프로젝트 검토기준 중 하나인 “탄소 중립경제를 위한 미국내 제조 및 공급망 강화”가 어떻게 적용되느냐에 따라 통상법적 차별 문제가 발생할 수도 있다. 따라서, 美 재무부와 에너지부의 투자 프로젝트 심사 결과를 잘 모니터링할 필요가 있다. 현재 하위규정상 2023년 1월 1일 기준 완공되지 않고 건설중인 또는 건설할 시설이 동 프로젝트의 심사의 대상이 될 것으로 보이는데, 현재 건설중인 현대차 조지아주 전기차 공장, 여러 한국 배터리 합작 공장등의 프로젝트의 선정여부를 지속 살펴보아야 할 것이다.

V. 생산세액공제

1. 규정

IRC §45X의 첨단 제조 생산 세액공제(Advanced Manufacturing Production Credit)는 금번 IRA를 통해 신규로 제정된 조항으로, 미국에서 생산해서 판매하여 세금을 납부한 자에게 세금 공제를 해 주는 조항⁸⁶⁾이다. 구체적으로

84) 산업통상자원부 보도자료, “미 인플레이션 감축법(IRA) 하위규정 관련 정부 의견서 제출”, 2022.11.14.

85) European Commission, *supra* note 73.

86) 원문은 다음과 같다. IRC §45X(a)(1) : the advanced manufacturing production credit for any taxable year is an amount equal to the sum of the credit amounts .. with

태양광, 풍력, 배터리 부품, 광물 등 청정에너지 부품 생산 비용에 대한 세금 공제로, 광물과 소재는 생산비용의 10%, 셀은 1kwh 당 \$35, 모듈은 1kWh 당 \$10의 세금공제를 받을 수 있다.⁸⁷⁾ 이렇게 되면 차량당 \$4,500의 세액공제를 받는 결과로 이어진다.⁸⁸⁾ 상당히 큰 액수의 생산 비용 공제로, 이러한 규모로 10년을 세액공제해 줄 경우, 현재 미 의회 예산처의 §45X에 대한 2022년-2031년 예산 추정액 \$306억⁸⁹⁾으로는 부족할 것이라는 예측이 많다.⁹⁰⁾ 현재 세액공제예산의 상한에 대한 규정은 없다.

2. 법적 분석 및 영향

동 조항은 통상법 위배 가능성은 높다. IRC §45X(d)(2) 규정과 같이 미국에서 생산한 부품의 경우에만 생산비용 세액공제를 부여하고 있기 때문에⁹¹⁾ 이 부분은 국내 생산 요건(Domestic production requirement)에 해당

respect to each eligible component which is produced by the taxpayer.

- 87) 원문은 다음과 같다. IRC §45X(b)(J) : in the case of electrode active materials, an amount equal to 10 percent of the costs incurred by the taxpayer with respect to production of such materials, (K)in the case of a battery cell, an amount equal to the product of –(i)\$35, multiplied by (ii)subject to paragraph (4), the capacity of suchbattery cell(expressed on a kilowatt-hour basis), (L)in the case of abattery module, an amount equal to the product of –(i)\$10 (or, in the case of abattery modulewhich does not usebattery cells,\$\$45), multiplied by (ii)subject to paragraph (4), the capacity of suchbattery module(expressed on a kilowatt-hour basis), and (M)in the case of anyapplicable critical mineral, an amount equal to 10 percent of the costs incurred by the taxpayer with respect to production of such mineral.
- 88) Chad P. Bown, “Industrial policy for electric vehicle supply chains and the US-EU fight over the inflation Reduction Act”, PIIE, 2023.5. p.13.
- 89) 본 논문에서 분석한 4개 조항 중 그레도 §45X 조항 예상 추정치가 가장 높다. 의회예산처(CBO)가 발표한 각 조문별 예상 추정치는 §30D는 \$75억, §45W는 \$36억, §48C는 \$63억, §45X는 \$306억이다. Congressional Budget Office(CBO), “Estimated Budgetary Effects of Public Law 117-169”, 2022.9.17. https://www.cbo.gov/system/files/2022-09/PL117-169_9-7-22.pdf(2023.6.20.검색).p.12.
- 90) 일례로 포브스는 최신 데이터에 근거시 §45X에 대한 의회 예산처 추정액 \$306억의 6배가 넘는 \$1,965억이 소요될 것으로 예상했다. Christine McDaniel, “The Cost of Battery Production Tax Credits Provided in the IRA,” Forbes. 2023.2.1.<https://www.forbes.com/sites/christinemcdaniel/2023/02/01/the-cost-of-battery-production-tax-credits-provided-in-the-ira/?sh=16af393879ef>. (2023.6.20.검색)

하여, 수입품의 국내 판매 및 구매에 영향을 주는 모든 법률, 규정, 요건에 관하여 동종물품에 부여되는 대우보다 불리한 대우를 할수 없도록 한 GATT 3조 4항 및 한미 FTA 2.2조 2항에 위배될 가능성이 크다. EU도 정부 의견서를 통해 §45X(d)(2)가 국내 생산 요건(domestic production requirement)을 담고 있어 WTO 규범에 위반됨을 문제삼았다.⁹²⁾ 다만 한국 정부는 동 조항 세액공제 혜택에 대한 배터리⁹³⁾, 태양광, 풍력⁹⁴⁾, 전기차 등 기업들의 기대가 큼을 감안, 한국 기업들이 최대한의 세액공제를 확보할 수 있도록 하는데 초점을 두어 정부 의견서를 제출하였다.⁹⁵⁾

국내 생산 요건이 문제된 최근의 WTO 분쟁사례로 Turkey - Pharmaceutical Products⁹⁶⁾ 사건이 있다. 2019년 8월 EU는 터키가 외국 의약품 생산자로 하여금 의약품 제조공장을 터키에 설립하도록 요구하고, 의약품 제조공장을 터키에 설립하지 않은 수입 의약품은 터키 건강보험 급여 지급 제도에서 제외하도록 한 국내 생산 요건 제도를 2019년 8월 WTO에

91) 원문은 다음과 같다, IRC §45Xd)(2): Sales shall be taken into account only with respect to eligible components the production of which is within the United States. d)(2) Sales shall be taken into account only with respect to eligible components the production of which is within the United States.

92) “Paragraph (d)(2) contains a problematic domestic production requirement that puts EU-based producers at a disadvantage as they must compete on a distorted market with subsidised US-based producers. The EU requests a shift of the production to a non-discriminatory consumption subsidy. European Commission, “EU Submission on the Inflation Reduction Act”, 2022.11. <https://www.regulations.gov/comment/IRS-2022-0020-0774> (2023.6.28. 검색)

93) IRA 이전부터, LG 에너지 솔루션은 이미 홀랜드와 오하이오에 독자공장을 운영중이며, GM과 합작하여 오하이오, 테네시, 미시간에 공장건설중이다. SK온도 조지아에 공장 가동중 및 증설중이고, 포드와 합작으로 켄터키와 테네시에 배터리 공장 건설 계획이고, 삼성 SDI도 스탬란티스와 배터리 공장 건설 계획을 발표하였다. 황경인, supra note 47, p.15.

94) 한화큐셀은 조지아주에 태양광 모듈 설비 증설을 통해 대규모 세액공제 혜택과 함께 시장확보를 추진할 예정이고, CS윈드는 콜로라도주에 위치한 옥상풍력 타워 생산공장을 활용하여 §45X 세액공제 혜택을 받는다는 입장이다. 산업통상자원부 보도자료, 美인플레이션감축법(IRA) 대응 민관 합동 간담회 개최, 2022.11.29.

95) 산업통상자원부 보도자료, “미 인플레이션 감축법(IRA) 하위규정 관련 정부 의견서 제출”, 2022.11.14.

96) WTO, Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/ARB25, 2022.7.25.

제소하였다.⁹⁷⁾ 이에 패널은 2021년 11월, EU의 손을 들어주면서 동 제도를 통해 터키 정부가 터키내 생산된 의약품이 수입 의약품보다 더 가격면에서 유리하도록 하였으므로 GATT 3조 4항 내국민대우 위반이라고 판정하였다.⁹⁸⁾ 동 사례에 비추어 볼 때 §45X 조항도 동종 수입상품 대비 미국에서 생산한 제품에만 유리한 세제 혜택을 부여하고 있기 때문에 GATT 3조 4항에 위배될 가능성이 높다.

VI. 결론 및 시사점

지금까지 IRA상의 전기차와 배터리 관련 세액공제를 중심으로 주요 조문 및 후속 하위 규정들에 대해 분석하였다. 맥킨지 보고서는 배터리 시장이 2022년 대비 2030년까지 연 30% 증가할 것으로 예측하고 있고⁹⁹⁾ 전세계 자동차 생산자들은 2030년까지 전기차와 전기차 배터리에 \$8,600억을 투자하겠다고 공약하고 있다.¹⁰⁰⁾ 이렇게 급격하게 커지는 청정에너지 시장에서 미국의 IRA를 중심으로 한 전기차, 배터리 공급망 재편 정책은 한국을 비롯한 여러 국가들에게 초미의 관심사가 되었다.

앞서 살펴본 바와 같이 국제통상법적 시각에서 IRA는 국내산과 수입산을 차별하거나 국내에서 생산되어야 세액공제를 주는 국내생산요건이 다수 포함되어 있어 WTO 내국민대우 등 국제통상법 규범 위반가능성이 높다. 다만 IRA 전체적으로 한국 기업이 혜택을 받을 수 있는 규정들이 상당 부분 있고, WTO 상소기구도 2019년 이후 마비되어 구속력 있는 분쟁해결기구의 판정과 패소국의 이행을 기대하기 어려운 점 등을 감안, 한국은 EU, 일본 등과 함께 IRA의 국제통상규범 위반 문제를 계속 양자적으로 제기하

97) Ibid., para.1.2.

98) Ibid., para.1.3.

99) McKinsey&Company, "Battery 2030: Resilient, sustainable, and circular", 2023.1.16.

100) Noah Gabriel, "\$210 Billion of Announced Investment in Electric Vehicles Manufacturing Headed for the U.S.", Atalas EV Hub, 2023.1.12.

면서 동시에 활용할 수 있는 다른 조문들의 하위 규정 제정 과정에서 입장을 반영하는데 중점을 두었다. 즉 IRC §30D의 요건이 부과되지 않는 §45W의 상업용 자동차 세액공제, 투자 비용의 최대 30%까지 수혜가능한 §48C의 투자세액공제, 배터리 등 생산·판매를 통해 수혜가능한 §45X의 생산세액공제 혜택을 한국 기업들이 최대한 확보하는데 중점을 두어 협의를 진행하였고, 상당 부분 하위 규정 제정 과정에서 입장을 반영한 것으로 보인다.

특히 차량당 \$7,500의 세액공제를 소비자가 받을 수 있는 IRC §30D 세액공제는 최종조립요건 이외에도 배터리 광물요건, 배터리 부품 요건, 해외 우려법인 요건 등 맞추기 어려운 요건으로 인해 미국 국내 기업도 활용하기가 쉽지 않은 상황에서, IRC §30D상의 요건이 전혀 부과되지 않으면서도 리스회사를 통해 \$7,500까지 소비자에게 간접적으로 가격 혜택을 줄 수 있는 IRC §45W상의 세액공제 활용가능성이 하위규정을 통해 명확해진 것은 한국에 유리한 결과이다.¹⁰¹⁾ 즉 소비자의 최종용도가 개인용이라도 금융형태만 현대 캐피탈 등을 통해 리스를 하게 되면 §45W의 상업용 친환경차 세액공제 혜택을 받을 수 있게 되어, CNBC는 현대차와 기아가 2023년 상반기 미국에서 테슬라에 이어 두 번째로 많은 전기차 판매량(38,457대)을 기록하고 1년전 같은 기간보다 11% 증가하였다고 하면서 그 원인으로 리스시장을 공략한 게 효과를 거두었다고 평가하였다.¹⁰²⁾

101) Chad P. Bown, “How the United States solved South Korea’s problems with electric vehicle subsidies under the Inflation Reduction Act”, Peterson Institute for International Economics(PIIE) Working Paper No. 23-6, 2023.7.27.

102) CNBC, “EV sales: Hyundai overtakes GM, but Tesla’s U.S. dominance continues”, 2023.7.7. 원문은 다음과 같다. “Hyundai—including the Kia brand that’s owned by the same parent company—increased its EV sales by roughly 11% during that time to 38,457 units. Hyundai’s second-place position is especially notable considering that its vehicles don’t qualify for federal EV tax incentives of up to \$7,500 unless they’re leased. The South Korea-based automaker has been leaning into that leasing loophole under the Biden administration’s Inflation Reduction Act. The Hyundai brand has increased leasing of its EVs from roughly 2% to begin this year and has now hit more than 30%, according to Hyundai Motor America CEO Randy Parker”. <https://www.cnbc.com/2023/07/07/ev-sales-hyundai-overtakes-gm-but-teslas-us-dominance-continues.html?qsearchterm=HYUNDAI> (2023.7.24. 검색).

또한 §48C의 투자세액공제와 §45X의 생산세액공제 관련해서도, 프로젝트 선정 등의 결과를 좀더 주시해야겠으나, 최근 월스트리트저널은 지난해 IRA 통과이후 현재까지 미 청정에너지 분야에 투입된 자금 \$1100억(140조 원) 중 60%가 한국, 일본 등 외국기업들이 관여한, 배터리를 중심으로 한 프로젝트 지원에 사용되었다고 하였다.¹⁰³⁾ 이와 관련 §45X와 §48C 상의 막대한 생산/투자세액공제를 얻기 위한 배터리 분야 등의 對美 투자가 늘어나는 상황에 대한 우려가 존재하나, 한국의 내수시장은 미국이나 EU에 비해 작음을 감안하고, 또 한국이 진출하지 않을 경우 여타국이 진출하여 수요 기업과 협력관계를 맺을 사항¹⁰⁴⁾ 및 각 산업의 특징 등¹⁰⁵⁾을 감안할 필요가 있다. 첨단 기술 분야 부분은 한국에서의 투자를 더욱 강화하면서도,¹⁰⁶⁾ 여타국의 공급망 재편에서 소외되지 않고 기회요인을 누릴 수 있도록 지원을 병행할 필요가 있다.

103) Amirth Ramkumar and Phred Dvorak, “The Biggest Winners in America’s Climate Law : Foreign Companies”, Wall Street Journal, 2023.7.20. 원문은 다음과 같다: “The 2022 climate law unleashed a torrent of government subsidies to help the U.S. build clean-energy industries. The biggest beneficiaries so far are foreign companies. The Inflation Reduction Act has spurred nearly \$110 billion in U.S. clean-energy projects since it passed almost a year ago, a Wall Street Journal analysis shows. Companies based overseas, largely from South Korea, Japan and China, are involved in projects accounting for more than 60% of that spending. Fifteen of the 20 largest such investments, nearly all in battery factories, involve foreign businesses, the Journal’s analysis shows.” https://www.wsj.com/articles/the-biggest-winners-in-americas-climate-law-foreign-companies-c672e09d?mod=Searchresults_pos1&page=1 (2023.7.24. 검색)

104) 미국 전기차 배터리 시장에 초점을 맞춰 살펴보면 2021년 기준으로 일본이 80%로 시장점유율이 가장 높고, 이어 한국(11%), 중국(7%), 미국(2%) 수준으로 추정된다. 황경인, *supra* note 47.

105) 예를 들어 배터리의 경우, 배터리 셀의 운송비(무게) 및 운송의 어려움(운송시 온도 조절 등) 등을 감안하여 셀 제조 장소는 보통 수요가 있는 곳에 지리적으로 가까운 곳으로 하는 것이 유리하다. White House, *supra* note 6, p.114.

106) 산업통상자원부, “민관합동 배터리 산업 인플레이션 감축법(IRA) 활용 전략 발표”, 2023.4.7. 관련 문안은 다음과 같다: “우리 배터리 산업의 본원적 경쟁력 확보를 위해 첨단 기술이 적용된 마더 팩토리도 국내에 조성된다. 배터리 3사는 향후 5년간 1.6조 원을 차세대 배터리에 투자하고, 전고체 배터리 파일럿 라인도 국내에 구축할 예정이다. 정부도 1,500억원 규모의 차세대 배터리 R&D 예타를 통해 첨단기술 확보를 위한 투자에 적극 나선다.”

과거 국제통상법의 주요 분석대상이 WTO와 FTA였다면 금번 IRA 이슈에서와 같이 지금은 각국 세법, 에너지법 등 다양한 국내법도 통상법 분석 대상이 되고 있다. 또한 과거 통상 당국의 미국 상대 부처가 주로 USTR이었다면 현재는 IRA 협의에서 보듯이 USTR뿐 아니라 백악관(NSC·NEC)·재무부·에너지부·상무부·국무부가 다 중요한 카운터파트일 만큼¹⁰⁷⁾ 통상의 폭이 넓어지고 있고 그 형태도 다양해지고 있다. 이렇듯 넓어지고 다양해지고 있는 국제통상법의 심도깊은 분석을 통해 한국 기업이 수출과 투자에 있어 불이익을 받지 않고 기회를 활용할 수 있도록 학계에서 보다 더 지원할 필요가 있다.

미국 인플레이션 감축법 및 하위 규정 분석 -조 수 정	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2023.08.13.	2023.08.29.	2023.09.18.

107) 산업통상자원부 보도자료, 전기차 세액공제 관련 한·미 국장급 실무협의체 가동, 2022.9.16.

[참고문헌]

[국내문헌]

- 권소담 외, “미국 인플레이션 감축법의 전기차 세액 공제에 대한 시행 지침 발표”, 법률신문, 2023.4.6.
- 김경화, “미국의 신 공급망 재편 전략과 IRA 전기동력차 보조금 규정”, KITA 통상리포트 Vol.11. 2022.10.28.
- 이석호, 김기환, “세계 재생에너지 자국산 부품 사용 요건 정책에 대한 대응방안 연구“, 에너지 경제연구원 19-13, 2019.
- 이효영, “미국 인플레이션 감축법(IRA)의 의미와 쟁점 및 대응방안”, IFANS FOCUS, 2022.9.26.
- 황경인, “미국 인플레이션 감축법(IRA)의 국내 산업 영향과 시사점- 자동차와 이차전지 산업을 중심으로”, KIET 산업경제, 2022.9.
- 허난이 외, “미국 인플레이션 감축법 주요 내용과 우리 기업에 대한 시사점”, 법률신문, 2022.9.5.

[외국문헌]

- Chad P. Bown, “Industrial policy for electric vehicle supply chains and the US-EU fight over the Inflation Reduction Act”, Peterson Institute for International Economics(PIIE), 2023.5.
- Chad P. Bown, “How the United States solved South Korea’s problems with electric vehicle subsidies under the Inflation Reduction Act”, PIIE Working Paper No. 23-6, 2023.7.27.
- Christine McDaniel, “The Cost of Battery Production Tax Credits Provided in the IRA,” Forbes, 2023.2.
- Cullen S. Hendrix, “Indonesia wants to sell nickel to the US, but first it should scrap its export bans”, PIIE, 2023.4.26.
- Kathleen Claussen, “What is a Free Trade Agreement, anyway?”, International Economic Law and Policy Blog, 2023.1.3.
- Julia Y. Qin, “Turkey-Pharmaceuticals: The First WTO Arbitration for Appellate Review”, Legal Issues of Economic Integration 49, no.4. 2022.
- Luc Leruth, Adnan Mazarei, Pierre Regibeau and Luc Renneboog, “Green Energy Depends on Critical Minerals. Who Controls the Supply Chains?”, PIIE Working Paper, 2022. 8.
- Noah Gabriel, “\$210 Billion of Announced Investment in Electric Vehicles Manufacturing Headed for the U.S.”, Atalas EV Hub, 2023.1.12.
- Oliver Hailes, “Lithium International Law: Trade, Investment and the Pursuit of Supply Chain Justice”, Journal of International Economic Law, Vol 25, 2022.
- Uri Dadush and Enzo Dominguez Prost, “Preferential Trade Agreements, Geopolitics, and the Fragmentation of World Trade”, World Trade Review, 22, 2023.
- Congressional Budget Office(CBO), “Estimated Budgetary Effects of Public Law

- 117-169”, 2022.9.17.
- Committee for a Responsible Federal Budget, “CBO Scores IRA with \$238 Billion of Deficit Reduction”, 2022.9.17.
- EC COM(2023) 62 final, “A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age”, 2023.2.1.
- European Commission, “EU moves forward with Critical Minerals Agreement negotiations with the US”, 2023.6.14.
- International Energy Agency(IEA), “Global Supply Chains of EV Batteries”, 2022.7.
- IEA, “The State of Clean Technology Manufacturing”, Paris, 2023.
- Internal Revenue Service(IRS), Additional Guidance for the Qualifying Advanced Energy Project Credit Allocation Program under Section 48C(e), Notice 2023-44, 2023.5.31.
- IRS, Frequently asked questions related to new, previously-owned and qualified commercial clean vehicle credits, FS-2022-42, 2022.12.
- McKinsey&Company, “Battery 2030: Resilient, sustainable, and circular”, 2023.1.16.
- U.S. Department of the Treasury, “U.S. Departments of Treasury and Energy Release Additional Guidance on Inflation Reduction Act Programs”, 2023.5.31.
- USTR, “United States Announces Major Resolution on Key Trade Issues with India”, 2023.6.22.
- White House, “Joint Statement by President Biden and President von der Leyen”, 2023.3.10.
- White House, “U.S.-EU Joint Statement of the Trade and Technology Council”, 2023.5.31.
- White House, “Remarks by National Security Advisor Jake Sullivan at the Special Competitive Studies Project Global Emerging Technologies Summit”, 2022.9.16.
- White House, “Remarks by National Security Advisor Jake Sullivan on Renewing American Economic Leadership at the Brookings Institution”, 2023.4.27.
- White House, “Building Resilient Supply Chains, Revitalizing American Manufacturing and Fostering Broad-Based Growth : 100 Day Reviews under Executive Order 14017”, 2021.6.
- White House, “Executive Order 14017-America’s Supply Chains”, 2021.2.24.
- World Resources Institute, “US Government Sets Target to Reduce Emissions 50-52% by 2030”, 2022.9.19.
- WTO Arbitration Report, Turkey-Certain Measures Concerning the Production, Importation and Marketing of Pharmaceutical Products, WT/DS583/ARB25, 2022.7.25.
- WTO Panel Report, United States-Certain Measures Relating to the Renewable Energy Sector, WT/DS510/R, 2019.6.27.
- WTO, MC12 Outcome Document, WT/MIN(22)/24, 2022.6.22.

【국문초록】

2022년 8월 제정된 미국 인플레이션감축법(IRA)은 청정에너지 분야에서 세액공제 등 인센티브를 제공하는 법으로 한국에도 많은 영향을 미친다. 본 논문은 전기차, 배터리 관련 IRA의 주요 조문 및 후속 하위 규정을 분석하였는 바, 가장 관심을 모은 배터리 광물 요건, 부품 요건, 최종 조립 요건, 해외우려법인 요건 등이 부과되는 연방세법 §30D상의 소비자 세액공제를 먼저 살펴보고, 이어 §30D상의 요건이 부과되지 않으면서도 소비자 입장에서 §30D 세액공제와 큰 차이가 없는, 하위 규정을 통해 활용여지가 높아진 §45W상의 세액공제를 살펴보았다. 미국 투자 비용의 30%까지 세액공제를 받을 수 있는 투자세액공제(§48C) 및 배터리 부품 등에서 생산비용을 공제해 주는 생산세액공제(§45X)도 살펴보았다. 이를 통해 IRA의 기업에의 영향, 통상법적 대응, 공급망 재편관점에서의 IRA 활용 등의 시사점을 도출하였다.

【Abstract】

An Analysis on the U.S. Inflation Reduction Act and its Guidance

Cho, Soojung

(Director, Ministry of Trade, Industry and Energy)

The U.S. Inflation Reduction Act (IRA), passed in August 2022, includes various tax incentives and funding programs to meet the aim of building a clean energy economy. This Article analyses the main Articles and guidance with regard to electric vehicles and batteries. First, it analyses the §30D clean vehicle credit of Internal Revenue Code, which has many requirements including critical mineral, battery component, final assembly and foreign entity of concern. It also studies the §45W commercial clean vehicle credit which is provided to lease companies without imposing any requirement of §30D. Investment tax credit in §48C and manufacturing production credit in §45X were also explored. Finally, the effect of the IRA on companies, observation from the int'l legal perspective and ways to use IRA in terms of GVC reconfiguration were explored.

주제어(Keyword) : 인플레이션감축법(IRA), 세계무역기구(WTO), 자유무역협정(FTA), 배터리(battery), 해외우려법인(FEOC), 핵심광물(Critical Minerals)

민법공부 40년: 회고와 당부*

지 원 립

1.

저는 어제 34년 반에 걸친 전임교원생활을 끝냈습니다. 3번의 이적을 통하여 이별을 연습했음에도 이번에는 전혀 다른 느낌이 드는 것은 어쩔 수 없습니다. 지금까지 대과 없이 지낼 수 있도록 도와주신 모든 분께 머리 숙여 감사드립니다.

돌아보면 꽤 긴 시간이 지났지만, 별로 내세울 것 없는 인생을 살았기에 그리고 제 성격상 이런 자리가 몹시 부담스럽습니다. 다만 최근 법학전문대학원을 정년퇴임하는 교원들이 고별강연을 하는 전통이 세워졌기에 이를 허물지 않기 위하여 이 자리에 섰는데, 저의 고별사가 별 내용이 없는 낯두리에 그치더라도 너그러이 양해해 주시면 감사하겠습니다.

아울러 이 자리를 마련해 주신 이 황 원장님과 여러 동료교수님 그리고 참석해주신 많은 학생께 미리 깊이 감사드립니다.

나이 들에 따라 말이 많아지지만 쓸모 있는 말은 줄어들기 마련인데, 오늘 이 자리에서 여러분께 무슨 말씀을 올려야 하는지 상당히 걱정되었습니다. 그리고 고민 끝에 개인적으로 정년이라는 인생의 큰 매듭을 맞아 지난 세월을 돌아

* 이 글은 2023. 9. 1. 있었던 고별강연회의 내용을 정리하고 시간적 제약 때문에 생략한 부분과 약간의 참고자료를 보충한 것입니다. 당초 예정된 제목은 “민법공부 40년: 회고와 다짐”이었는 데, 그 자리에 학생들이 참석한다기에 그들을 위한 부분을 추가하였고, 이 글에서는 이 점을 반영하여 제목을 바꾸었습니다. 그 자리에 참석해서 축하해주신 모든 분께 다시 한번 머리 숙여 감사드립니다.

보고 새 출발의 계기로 삼고자 자성록을 읊는 심정으로 “민법공부 40년: 회고와 당부”라는 제목을 정했습니다.

그리고 일반적인 고별사 그리고 학생들을 위한 귀뜸의 두 부분으로 나누어 말씀 올리도록 하겠습니다.

2.

우선 自省을 겸하여 저의 민법공부 40년을 되돌아보겠습니다.

법학자의 소임으로서 연구, 교육, 봉사의 3가지에 관하여 (뜻대로 이루어지는 않았지만) 저는 지난 34년의 교수생활 동안 ‘① 연구자로서, 실재하거나 예상되는 분쟁/이해충돌을 해결할 수 있는 기준 및 그 근거를 제시하되, 해결책으로서 해석론은 세심하면서도 합리적이어야 하고 대안으로서 입법론은 사회를 선도할 수 있어야 한다.’¹⁾ ② 교육자로서, 지식의 정확한 전달은 당연하고 그에 더하여 학생들에게 insight를 불어넣어 줌으로써 청춘어람을 지향해야 한다.²⁾ ③ 봉사의 일환으로 사회참여가 요구되는데, 그에 앞서 자신의 지식(‘知性’에까지 이르는 않더라도)이 사회에 도움이 될 수준에 이르렀는지 돌아보아야 하고, 얼치기 전문가의 曲學阿世(惑世誣民?)는 사회에 대한 해악일 뿐이다.’라는 것을 志向으로 간직해 왔습니다.

이제 정년을 맞아 ① 연구‘자세’의 변화, ② 교육‘의무’의 종료, ③ 봉사‘기회’의 확대로 상황이 자유로워졌음을 전제로 몇 가지 말씀드리겠습니다.

(1) 먼저 정년은 전임교원생활의 종료이니만큼 교육부터 말씀드리겠습니다.

저는 특히 최근 행복한 시간을 보냈습니다. 좋은 선생을 만나 흉내 내며 커 나가는 기쁨도 크지만, 그에 못지않게 좋은 제자를 만나 그들이 사회의 동량으로 성장함을 지켜보는 것도 엄청난 행운입니다.³⁾ 로스쿨체제에 대한 평가가 엇

1) 이에 관하여 우선 지원림, “우리 시대 민법학자의 책무”, 민사법학 제94호, 2021, 3면 이하 참조.

2) 이에 관하여 우선 지원림, “바람직한 민법학 교육방법”, 저스티스 제132호, 2012, 73면 이하 참조.

3) 孟子께서 이를 인생의 세 번째 낙으로 드셨습니다: 得天下英才 而教育之 三樂也.

갈리지만 그리고 과연 제가 제자들의 insight를 키워줄 능력을 갖추었는지 자신할 수 없지만, 유능한 제자들을 만나서 그들이 성장하는 과정을 지켜볼 수 있어서 행복했고, 큰 기쁨을 안겨준 학생들에게 선생으로서 깊이 감사드립니다.

교육과 관련하여 먼저 지도교수님과의 만남을 말씀드리지 않을 수 없습니다. 저는 ‘人福’을 타고난 사람이라 단언할 수 있는데, 그중에서도 특히 지도교수이신 이호정 선생님과 만남은 제 인생의 변곡점을 이루었습니다. 인생이 뜻한 대로 나아가지 않음은 누구나 경험하는 바이고 삶의 진로가 바뀔 때 일정한 계기가 있기 마련인데, 그 계기가 인생의 나침반으로 되면 더 바랄 나위가 없습니다. 개인적으로 ‘선생’이라는 직업을 피하려 법대에 진입하였으나, 원치 않은 선택이었기에 次惡에의 적응은 어려웠고, 자연스레 은둔의 외톨이로 빠질 위기의 순간에 우연히 잡은 밧줄이 이호정 선생님이셨습니다.⁴⁾ 선생님께서는 열린/이해하는 자세⁵⁾와 형식적인 허세의 止揚⁶⁾ 그리고 제자에 대한 아낌 없는 배품⁷⁾ 등

4) 제가 대학을 다니던 시절은 유신 말기여서 반정부운동과 그에 대한 탄압이 교차하던 때였습니다. 제가 대학 2학년 여름방학 친구의 권유(피임?)로 운동권서클의 농촌봉사에 따라갔었고, 그 때문에 당시 학생 담당 학장보였던 선생님께 불려 갔습니다. 당연히 혼날 것을 각오했는데 한마디의 야단도 치지 않으셨고, 오히려 저의 대학생활에 관하여 이것저것 물어보시고 여러 조언을 해주셨습니다. 그 후 어쩌다 마주치면 밥도 사 주시고 연구실에 불려서 손수 커피도 끓여주시는 등 살갑게 대해주셨기에, 제가 감히 가까이 다가갈 수 있었습니다.

5) 당시 대학원의 분위기는 사법시험 준비와 상극이었습니다. 그런데 집에서는 당연히 법대에 진입한 제가 사법시험에 합격하여 출세하기를 원했고, 대학원에 진학한 후에도 그 바람은 여전했습니다. 이러한 사정을 아신 선생님께서 사법시험을 ‘제대로’ 준비한다면 법에 대한 이해의 폭을 넓힐 수 있기 때문에 나쁘지 않은 선택이고, 부모님의 소원을 들어드리는 것도 의미 있는 일이라고 하시며, 오히려 격려해주셨습니다. 그때 뒤늦은 사법시험 합격이 저의 ‘虛名’을 높임에 그치지 않고 여러모로 도움이 되었습니다.

6) 제가 대학원에 다닐 때 선배보다 먼저 논문을 제출하지 말아야 한다는 암묵적인 전통(?)이 있었습니다. 그런데 선생님께서는 논문이 ‘제대로’ 완성되면 그 ‘당치 않는’ 순서에 구애받지 말라고 일갈하셨고, 그 결과 지금 보면 부끄럽기 짝이 없는 석사논문을 제출하였습니다. 그리고 제가 전임교원이 된 후에도 ‘제대로’ 공부한 후 가급적 일찍 책을 써 보라고 권유하셨습니다. 뒤에서 다시 말씀드리겠지만, 책을 쓴다는 것이 민법의 이해에 큰 도움이 되었습니다.

7) 엄청난 독서광이셨던 선생님께서는 연구실에서 제자들에게 커피를 끓여주시며 당신께서 읽고 깨달은 바를 아낌없이 말씀해 주셨고, 그것이 제자들의 공부뿐만 아니라 삶에 큰 자극으로 되었습니다.

episode 하나를 말씀드리면, 제가 대학원 다닐 때 선생님께서 국제사법 책을 출간하셨음에도 저는 그 사실조차 모르고 있다가 선생님께서 서명까지 해서 책을 주시기에 염치 없이 받았습니다. 주위의 다른 대학원생들이 이런 저를 보고 많이를 걱정을 했고, 저도 고민하다가 기회를 봐서 선생님께 “제가 모자라서 교정도 말기지 않으셨습니까?”라고 여쭙어 보았습니다. 그리고 놀랍게도 호된 야단과 함께 돌아온 답은 “자네는 공부하러가 아니라 내 책 교정이나 보려고 대학원에 진학했느냐?”였습니다.

의 전범을 보여 주셨습니다.

제가 제 인생의 師表로서 선생님께 배운 바대로 skill이 아니라 insight를 줄 수 있는, 인생의 풍미를 느낄 수 있도록 해야 한다고 다짐하고 나름대로 노력했지만, 그 목표를 달성했는지는 자신할 수 없습니다.

학생들에게 전문지식을 ‘제대로’ 공부하는 방법을 일깨워주는 것이 교육자의 기본적인 책무라고 저는 생각합니다. 선생에게 제자는 춤추는 고래일 수도 달리는 말일 수도 있습니다. 그런데 저는 ‘친절한’ 선생이 바람직한 모습인지에 대하여 동감하지 않고, 로스쿨의 수업에서나 대학원생의 지도에서나 이러한 태도를 유지하려 애썼습니다. 그 때문에 저에게 불만을 가진 학생들이 적지 않지만, 다소는 가혹한 수업을 통하여 학생들의 자세나 사고의 폭이 달라지는 것을 느낄 수 있어서 행복했습니다. 고기를 잡아서 새끼의 입에 넣어주는 어미 새가 아니라 ‘고기를 잡는 법’을 알려 주어야 하고, 나아가 인생의 mentor가 되어야 합니다. 다만 제자에게 먼저 그리고 살갑게 다가가야 했지만, 제 성격상 그렇지 못하여 아쉽고, 특히 끈대의 자세가 아니라 열린 마음과 유연한 자세를 가지려 했으나 실제로 그랬는지는 의문입니다.

(2) 이어서 ‘법학자’라는 소중하지만 버거운 짐에 관하여 말씀드리겠습니다.

지금은 분위기가 달라졌지만, 제가 교수생활을 시작한 1989년에는 (수입법 학이라는 우리 법의 숙명 때문에) 외국법(학)을 읽고 소개하는 정도로도 ‘학자 연’할 수 있는 그야말로 ‘춘삼월 호시절’이었습니다. 게다가 승진이나 승급에 필요한 논문요건도 지금과 비교할 수 없을 정도로 낮았습니다. 천성이 게으른 저로서 나태의 나락으로 빠질 수도 있었지만, 다행히도 초기에 사모님이신 조미경 교수님께서 아주대학교의 동료로 근무하셔서, 고마운(?) 감시자 덕분에 낮 동안이라도 공부하는 시늉을 낼 수 있었습니다.

지금까지의 연구자생활을 돌아보면 반성할 점이 적지 않지만, 오늘은 두 가지만 고백하겠습니다. 먼저 무릇 법학자라면 연구의 소재에 대한 충실한 ‘소화’를 거쳐 ‘현재 우리의’ 법에 대한 안목의 획득으로 나아가야 합니다. 특히 외국의 여건 및 현재의 법상황과 우리의 사정의 면밀한 비교를 전제로 외국과 우리 그리고 과거와 현재 사이의 ‘段差’를 직시하고 뛰어넘어야 하는데, 과연 제가 그

단계에 이르렀는지 의문입니다. 한편 끊임없이 다가오는 ‘선택’(특히 상충되는 그러나 모두 일리 있는 주장들 사이의)의 순간에 분쟁 자체뿐만 아니라 인간 그리고 사회에 대한 깊은 이해가 선결과제입니다. 그러나 법학방법론도 숙지하지 않은 채(물론 몇 권의 고전을 읽는 등 흉내는 내었지만) 현실적인 압박을 면하기 위한 꼼수(날림공사) 내지 말초적인 희열 때문에 눈앞의 작은 문제에 집착하고 어쭙잡은 대증요법의 제시에 그치지 않는지 자성하지 않을 수 없습니다. 민법공부를 지금 시작한다면, 우리 민법조문을 精讀하고 중요한 조문을 암기하며 표준적인 독일주석서를 通讀할 것입니다. 그리고 이른바 ‘문사철’에 대한 관심도 적절하게 안배할 것입니다.

그리고 얼마 전 한국사법학회가 개최한 대학원생을 위한 캠프에서 저는(‘自己’負責으로서) 話頭를 이야기했는데,⁸⁾ 치열한 고민의 흔적이 묻어나는 글들(드물지만 교과서일 수도 있습니다)을 보면서 모골이 송연해진 경험은 저만의 것이 아닐 것입니다. 그런데 제 자신이 화두(제1의 화두로서 법률행위 그리고 제2의 화두로서 채무불이행이라고 할 수 있지만)에 대하여 얼마나 치열하게 고민했는지 자신할 수 없고, 거시적 관점을 가지고(‘森’) 미시적으로 분석해야 함(‘木’)에도 그러지 못하였다는 진한 아쉬움이 남습니다.

(여기서의 언급이 적절한지 모르지만) 교과서의 저술에 관하여 말씀드리겠습니다. 우리 학계에 ‘교과서법학’이라는 비아냥이 있음을 저도 잘 알고 있습니다. 그럼에도 저는 교재의 저술이 나름의 의미를 가진다고 생각하고, 후배교수들에게 가급적 일찍 교재를 집필할 것을 권하고자 합니다. 교재 집필은 우선 전공에 관련되는 제도들의 통합적 이해 그리고 그에 기한 ‘지식’·‘체계’의 수립이라는 관점에서 저자 자신에게 유용합니다. 활자화함으로써 공부/연구한 결과를 ‘객관화’할 수 있고, 머리 속에 머무는 상태에서 보지 못한/볼 수 없는 오류를 찾을 수 있습니다. 그에 더하여 학생들에게 읽고 생각할 거리를 마련해준다는 의미도 가집니다.⁹⁾

한편 우리 사회에 최근 급속하게 등장한 첨단기술(인공지능, 자율주행, 가상

8) 지원립, “법학자로서의 길: 어느 끈대의 귀땀”, 비교사법 제30권 3호, 2023, 1면 이하 참조.

9) 저는 수업에서 제 책에 쓴 내용을 그대로 ‘읽지’ 않으려 애씁니다. 그럼에도 제 강의에 대하여 이른바 ‘著者直讀’이라는 평가가 있음을 알고 있습니다. 뒤에서 다시 말씀드리겠지만, 아는 만큼 듣깁니다. 예습을 하지 않은 상태에서 수업을 들으면 애써 설명하고자 한 ‘行間の 의미’를 지나칠 수 있으므로, 학생들에게 저는 예습에 치중할 것을 권합니다.

화폐 등)이 법적 대응(규율모델의 수립)을 요구합니다. 그런데 저는 새로운 기술에 익숙하지 않고, 그러다 보니 자연히 보수적인 자세를 취합니다. 가령 전자거래에 관하여 기존의 법제도로 해결할 수 있다는 입장을 20여 년 전에 발표하였고,¹⁰⁾ 그 주장이 한동안 먹혀들었으나 이제는 흘러간 유행가로 되었는데, 대세를 거스를 수는 없습니다. 그런 측면에서 앞으로는 첨단기술도 시야에 넣고 연구를 진행해야 하는데,¹¹⁾ 개인적으로는 정년을 핑계로 회피할 수 있음이 얼마나 다행인지 모르겠습니다.

정년을 맞고 보니 ‘少年易老 學難成’이라는 朱子의 말씀이 폐부를 찌릅니다. 정년이란 인생의 한 매듭으로서 더 이상 무리한 시도를 하지 말아야 함을 의미합니다. 저도 그에 순응하여 지금까지 쌓은 짧은 지식을 바탕으로 하여 앞으로는 법학의 근본문제를 긴 호흡으로 고민할 예정입니다. 우선 단기적으로는 (민)법에서의 ‘소급효’를 다루어볼 생각입니다. 그리고 장기적으로는 재산법의 관점에서 상속법을 재조명할 것임을 이 자리에서 밝힘으로써 게으른 자신을 채찍질하는 계기로 삼고자 합니다.

(3) 사회구성원으로서의 봉사에 관하여 말씀 올리겠습니다.

전문가로서 사회에 봉사해야 함에도 불구하고 제 앞가림을 하느라 바빠서 제대로 하지 못했습니다. 물론 학회에서의 참여가 사회봉사라면 그 한도에서 기여한 바가 있다고 할 여지는 없지 않습니다.

그런데 사회가 多岐化·전문화됨에 따라 더 이상 ‘르네상스인’이 등장할 수 없기에, ‘知性’¹²⁾을 발휘하기 위해서는 해당분야의 전문지식이 필수적이고, 이러

10) 지원림, “자동화된 의사표시”, 저스티스 제31권 3호, 1998, 43면 이하.

11) 법률가는 가령 인공지능(AI)기술이 우리의 일상에 어떤 영향을 미칠 것인지에 대한 논의에 대하여 시대에 뒤쳐지지 않을 정도의 관심을 기울여야 합니다. 개인적 소감으로는, 우선 챗GPT가 알려준 가짜판례를 제출한 미국 변호사의 사례에서 보듯이 AI가 능청스럽게 우리의 뒤통수를 칠 수도 있으므로, AI가 제공하는 정보의 眞僞 및 玉石을 가릴 수 있어야 합니다. 이를 바탕으로, 자료의 수집 및 분석의 측면에서 AI가 인간을 압도한다는 점을 감안하여 법률가의 위상/소임을 찾아야 하는데, 실무가는 인간에 대한 공감능력이라는, 법학자는 창조성이라는 대체불가능한 역량을 더욱 단단하게 다져야 할 것입니다. 요컨대 공정, 형평 등의 가치의 판단/반영은 AI에게 기대하기 어려울 것이고, 역으로 AI를 통하여 단순작업으로부터 해방되어 인간과 사회에 대한 통찰의 기회/계기로 삼을 수 있을 것입니다.

12) 국립국어원 표준국어대사전: “지각된 것을 정리하고 통일하여, 이것을 바탕으로 새로운 인식을 낳게 하는 정신작용”.

한 부분지성들이 모여서 集團知性을 이룹니다. 저는 이 역할을 제대로 하지 못했지만, 동료교수님께서는 소명의식을 가지고 사회에 기여하시기 바랍니다.

그리고 (민)법학자로서 입법에의 참여에 관하여 제 생각을 말씀드리겠습니다. 저는 지금까지 민사법의 제·개정작업에 여러 번 참여하였습니다. 그런데 우선 우리 학계의 역량을 객관적으로 평가해야 합니다. 거름 지고 장에 갈 수는 없는 노릇이니까요. 한편 사회적 문제를 법적 문제로 치환(왜곡?)하는, 특히 프레임전환을 위한 이른바 邪視立法¹³⁾/邪視解釋의 위험성을 지적하지 않을 수 없는데, 그 대표적인 예로 임대차3법 외에 저는 친양자입양제도나 성년후견제도의 도입을 들곤 합니다.

저는 음으로 양으로 우리 사회의 덕을 많이 입었는데, 방금 말씀드린 바와 같이 제대로 보답하지 못했습니다. 따라서 앞으로 (‘법학자’의 소명으로서 상속법 외에) ‘법률가’로서 민생법을 위해서 노력하겠습니다. 최근의 한 시류라 할 수 있는 ‘알기 쉬운’ 민법에서는 ‘easy to read’를 향한 법전의 한글화가 그 요체입니다. 그러나 한글화한다고 해서 누구나 쉽게 민법을 이해하고 그 지식을 활용할 수 있게 되지는 않습니다. 평생 민법을 공부한 저로서 비전문가인 시민을 위하여 ‘easy to understand and use/access’할 수 있는 민법으로 자리잡을 수 있도록 topic 별로 안내서 같은 것을 준비할 생각입니다. 法治는 우리 사회를 지탱하는 기둥이고, 법이 시민 각자의 생활을 적정하게 규율한다는 믿음에 기반해야 법치가 제대로 기능할 수 있습니다. 따라서 이 작업은 법률가가 사회에 봉사할 수 있는 중요한 방법의 하나이지만, 절대 제 혼자 힘으로 이루어질 수 없기에 동료교수님이나 학생들의 도움을 요청하는 바입니다.

3.

이제 이 자리에 많이 참석해 준 학생들의 민법공부를 위하여 몇 가지 귀띔하고자 합니다. 그런데 志向으로서 유능한 법률가란 자기에게만 보이는 ‘새로운’

13) 이에 관하여 지원림, “저간의 부동산임대차 법제에 관하여: 능력의 한계 아니면 「의도적 오조준」?”, 부동산법학 제24권 제3호, 2020, 11면 이하 참조.

무언가를 찾을 수 있는 사람이 아니라 누구나 뻔히 보는 ‘기존의’ 것의 의미를 새롭게 깨닫는 사람이라고 저는 생각합니다.

(1) 먼저 로스쿨에서의 공부 일반에 관하여 말씀드리겠습니다.

법학의 입문자에게 3년 내에 일정한 수준의 실무능력까지 갖추기를 요구하는 로스쿨체제 하에서 법을 ‘공부’하는 것은 지루하고 힘든 과정입니다. 그러나 효율적으로(속칭으로는 ‘약게’) 접근한다면 불가능하지 않고, 이미 많은 졸업생들이 ‘단기속성’과정을 거쳤으면서도 상당한 수준의 실력을 쌓았습니다.

법의 공부에서 교양, 전공, 연구 등 단계별로 학습목표가 다를 수밖에 없고, 로스쿨 학생으로서 좋은 학점, 변호사시험 합격 그리고 안정된 좋은 직장이 당면과제이겠지만, 앞으로 법학자로서 또는 실무가로서 우리 사회를 이끌어갈 여러분의 자세는 분명 달라야 할 것입니다. 이러한 관점에서 로스쿨 학생으로서 공부방법과 관련하여 몇 가지 구체적인 제안을 하고자 하는데, 그에 앞서 ‘일단 선택했으면 최선을 다해 부딪혀보라.’ 그리고 ‘양보다는 질’이라는 점을 강조하고자 합니다.

첫째, 사안과 법규를 연결시키는 개념의 정확한 이해가 무엇보다도 중요합니다. ① 제도의 취지(ratio legis)와 실제의 운용을 고려하여, flow 안에서의 지위(제가 수강생들에게 강조하는 ‘전후좌우를 고려한 나름의 좌표’)를 파악해야 합니다. 가령 계약에서 ‘성립 → 효력 → 소멸’이라는 선순환을 이해한 후 ‘장애 → 강제집행과 담보’라는 문제상황으로 나아가야 합니다. 각각의 제도와 관련하여 앞에 어떤 사태가 있고(요건), 그 적용이 다시 어떤 제도와 연결되는지(효과)의 일부) 그리고 유사한 구제수단으로 어떤 것이 있는지를 유기적으로 이해한 후 필요한 사항을 암기해야 합니다. ② 증명책임의 소재는 당사자들 사이의 이해를 조절하는 기능을 담당하는데, 요건사실론(을 통하여 정리하기)에 앞서 민사실체법을 공부할 때에도 이 점을 염두에 두어야 합니다.¹⁴⁾ ③ 이러한 이해를 전제로 사안을 (현상적으로가 아니라) 규범적으로 파악해야 합니다(대표적인 예로 단축된 급부). 나아가 ④ 개념적 정합성은 개개의 법규정의 적용단계를 넘

14) 가령 표현대리의 요건으로 상대방의 선의·무과실이 요구되는데, 증명책임의 소재가 제125조, 제126조 및 제129조에서 제각각입니다. 이 점으로부터 이해충돌의 원인과 모습이 다르다는 점을 看取할 수 있어야 합니다.

어 전체 법체계와 관련해서도 유지되어야 합니다.¹⁵⁾

흔히 법은 논리라고 하지만, 수식과 도식으로 점철된 최근 논리학의 사조와 반드시 궤를 같이하지는 않는다고 생각합니다. 어떤 (사회)문제에 관하여 복수의 답(해법)이 가능하다는 점을 들어 논리학적 오류라고 치부해서는 안 될 뿐만 아니라 오히려 복수의 ‘길/해법’을 찾는 것이 법률가의 소망스러운 능력입니다. 법학에서 복수의 선택지 모두가 합리성을 가질 수 있음을 전제로 그들 사이의 취사선택 또는 歸依(하나의 지침으로서 ‘확립된 관례’?)의 정당성을 추구하는 것이 개념/논리의 중요한 소임이라고 생각됩니다.

둘째, 개념의 이해에서 실천학문이라는 법해석학의 속성을 잊어서는 안 됩니다. 분쟁, 즉 이해충돌을 항상 염두에 두고 ‘공부’하여 ‘이해’한 후에 ‘암기’해야 합니다. 제대로 이해하지 않고 외우기만 한 것은 오래 남지 않을 뿐만 아니라 ‘내 것’이라 할 수 없습니다. 그런데 법의 이해에 있어서 이해조절의 기본값과 그 변형에 대한 기본적 이해 외에 나아가 관련제도와와의 유기적 이해¹⁶⁾가 필요합니다.

그리고 법규(법률요건)의 포섭가능성을 검토하는 ‘사안과 법규 사이의 쌍방향의 소통’을 거쳐 적용할 법규가 정해지는데, 아는 만큼 보이고, 따라서 많이 알아야 ‘복수’의 카드(해결가능성)를 준비/제시할 수 있습니다. 여기서 Esser의 이른바 선이해(Vorverständnis)¹⁷⁾를 갖추기 위하여 교과서를 공부하면서 현장감을 가져야 합니다. 즉 적용될 ‘가상의’ 사안을 통하여 이해의 충돌의 모습을 활성화해야 합니다.¹⁸⁾

15) 지나친 예일 수 있지만, ‘재산’승계법인 상속법에서 재산법의 기본법리가 무시 내지 간과되고 있다는 느낌이 저만의 것은 아닐 것입니다. 지배권으로서 물권이 ‘특정성’을 전제로 한다는 점을 배우지 않은 법학도가 없을 것임에도, 상속재산을 둘러싼 법률관계를 검토할 때 특정성의 관점에서 분할이 있기 전과 있고 난 후의 상태가 동일한지 하는 점은 지금까지 제대로 검토되지 않은 것으로 보입니다. 보다 근본적으로 상속재산의 ‘법적’ 지위가 사태의 진전에 따라 달라질 수 있음에 관하여 우선 지원립, 민법강의 제20판, 2023, [5267] 참조.

16) 해석론의 관점에서 소비자거래에서의 철회기간을 통일하는 것이 적절한지 반면 입법론으로서 선의 제3자보호의 요건을 차별화할 필요는 없는지(특히 비진의표시/허위표시에서와 강박에 의한 의사표시에서 제3자의 보호요건이 동일해도 되는지 하는 관점에서)를 검토하는 것도 유의미할 것입니다.

17) 주어진 사안과 적용할 법규 사이의 포섭가능성을 반복적으로 시도함으로써 사안에 적용할 올바른 법규범을 확정할 수 있습니다. 따라서 개별제도를 공부할 때 이 제도가 어떤 맥락에서 이용될 수 있는지 하는 점을 항상 염두에 두어야 합니다.

18) 개별면담이나 수업 초기에 수강생들에게 이야기한 것처럼 (민)법을 공부할 때 책상 앞에 못난이 인형 두 개를 서로 마주 보도록 함으로써 이해충돌(의 해결)의 현장감을 가지는 것도

셋째, ‘공감적 이해’를 전제로 특히 ‘같은 것은 같게, 다른 것은 다르게’라는 관점에서 ‘비판적 시각’을 가져야 합니다. 앞에서 말씀드린 철회기간 및 선의 제3자 보호 외에 ① 제도의 기능이라는 관점에서 가령 상속재산의 분할과 관련하여 특별수익과 기여분의 관계¹⁹⁾ 및 상대적 무효/취소와 해제의 소급효에 대한 상관적 이해가 필요합니다. ② 이해충돌의 양상이라는 측면에서 가령 수인한도가 손해배상과 금지청구에서 그 의미를 달리한다는 대판 2016.11.10. 2013다71098을 이해해야 합니다. 나아가 제498조에 구현된, 상계의 담보적 기능에 관한 목적론적 축소가 채권양도에서 고려되지 않아도 되는지²⁰⁾도 생각할 거리입니다. 그러나 ③ 용어법에 집착해서는 안 됩니다.²¹⁾

한편 실무가의 입장에서 분쟁당사자지위의 호환성을 고려하면 특히 판례의 입장에 대하여 설득력 있는 반론을 제시할 수 있어야 하는데, 그 훈련은 공부의 초입부터 해야 합니다. 이를 위하여 앞에서 말씀드린 바와 같이 선택지들의 비교를 통하여 장래에 대비하는 것이 유용할 것입니다.

이제 법학공부의 자료를 점검하는데, 학업과정의 성공적 이수 수준을 넘어 사회지도층으로서의 과제 수행에 필요한 범위도 포함합니다.

첫째, 성문법주의 하에서 조문의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않습니다. 법 적용단계에서 창의성은 소여로서 조문(과 판례)에 대한 ‘새로운’ 해석에서 나옵니다. 공부의 단계이든 연구의 단계이든 소여로서 법을 精讀해야 하는데, ① 판텍텐체계의 단점을 극복하기 위하여 제도의 기능을 고려한 합목적적 이해가 소망스럽습니다.²²⁾ ② 법조법(Juristenrecht)이라는 특성 때문에 생략된 부분²³⁾의 보충을 포함하여 ③ 중요한 관련법령을 포함하여 이해해야 합니다. 그

한 방법일 것입니다.

19) 지원림, “배우자상속에 관한 연구”, 민사법학 제100호, 2022, 689면 이하 참조.

20) 지원림, 앞의 책, [3159] 참조.

21) 외국법과 관련되지만 그리고 이체는 지출비용의 배상이라고 ‘제대로’ 이해되지만(대판 2016.4.15. 2015다59115 참조), 계약해제에 따른 손해배상에서 (영미법상의) 신뢰이익(reliance interest)의 배상 운운하는 대판 1992.4.28. 91다29972 등을 돌아볼 필요가 있습니다.

22) 예를 들어 민법은 제536조 이하에서 계약의 효력으로 쌍무계약에 관한 동시이행의 항변권과 위험부담을 규정하고, 강학상 이를 쌍무계약에 ‘특유한’ 효력이라고 합니다. 그러나 사회의 실상에 비추어 ‘쌍무’와 ‘특유’가 실질적으로 형용모순에 해당합니다. 다른 한편 보다 중요한 것은 가령 동시이행의 항변권이 실체법적으로는 이행거절권능으로서 이행지체와 밀접하게 관련된다는 점인데, 이행지체의 소극적 요건으로 이해하는 것이 적절하다고 생각합니다.

23) 특히 법률행위/의사표시에 관한 첫 규정이 사회질서 위반의 행위가 무효임을 밝히는 제103조

리고 중요한 조문을 암기할 것을 권합니다.

둘째, 로스쿨체제에서 중요성이 ‘과장’되는 듯한²⁴⁾ 판례의 독법을 보겠습니다. ① 선도적 판례(leading case)에 한정할 것은 아니지만, ‘일회성 재판례’에 현혹되어서는 안 됩니다.²⁵⁾ 특히 최근 ‘어쭙잖은/생똥맞은/설익은’ 일반론을 실시하는 대법원의 경향(솔직한 느낌으로는 대법관의 자기도취?)에 공감하기란 쉽지 않은데,²⁶⁾ 때로는 과감하게 무시할 수 있는 용기도 필요합니다. ② 흔히 ‘판결/결정의 요지만 읽어서는 안 되고 이유까지 읽어야 한다.’고 하는데, 지극히 당연한 말입니다. 그러나 모든 재판례를 그렇게 읽을 수 없을 뿐만 아니라 비효율적입니다. 저는 개인적으로 판례의 요지를 훑어본 후 중요한 것을 선별하여 이유까지 읽는데, 중요도를 판단할 때 판례의 변경 여부²⁷⁾ 외에 파기 여부²⁸⁾나 상고년도와 선고년도 사이의 時差²⁹⁾ 등도 고려합니다. ③ 앞에서 언급한, 분쟁당사자지위의 호환성을 고려한 비판적 이해가 필요한데, 특히 반대의견에도 눈길을 줄 필요가 있습니다. 나아가 사회질서 위반의 경우에 예외적으로 무효행위의 추인을 허용한 대판 2013.11.28. 2010다91831로부터 사회질서(公序)의 의미 내지 중점이 변화하는 흐름(가령 정치적 공서에서 경제적 공서로 그리고 후자와 관련

라는 점에서, 전문가법전으로서 우리 민법은 (법률행위/의사표시에 관한) 기본개념의 이해를 당연한 전제로 삼고 있음을 확인할 수 있습니다.

- 24) 법학전문대학원협의회에서 전공별로 이른바 ‘표준’판례를 선정하여 제공하고 있습니다. 저도 학회를 책임지고 있을 때 표준판례의 중요성을 강조하고 선정작업을 시도하였는데, 至難한 작업이 아닐 수 없습니다. 그에 더하여 개인적으로는 선정작업이 ‘소수의 권위자의 체계적 선정 → 학회의 치열한 토론 → 열린 자세에 기한 수정’의 단계를 거쳐야 한다고 생각하는데, 표준판례의 초판에 대하여 제대로 된 선별 및 검증과정을 거치지 않았다는 느낌을 지우기 어려웠습니다. 최근에 나온 개정판은 다소 나아진 듯하지만.
- 25) 일회성 판결의 대표적인 예로 ‘時價’의 착오에 관한 대판 1998.2.10. 97다44737을 들 수 있는데, 사안의 특수성을 고려하여 판시의 유효범위가 한정되어야 한다는 정도의 논지를 전개함은 별론으로 하고, 이 판결의 태도를 일반화하는 것은 적절하지 않습니다.
- 26) 대표적으로 무과실책임이 적용되는 공작물책임의 사안에서 대판 2019.11.28. 2017다14895가 과실에 관한 이른바 핸드공식을 원용하였는데, 과연 필요하고 적절한지 의문이 아닐 수 없습니다.

관련하여 ‘직권으로 살피건대’로 시작하는 이른바 傍論(obiter dictum)이 선례로 존중되어야 하는지도 의문입니다. 개인적인 생각으로 대법관이라도 법이론의 주장은 원칙적으로 학술논문의 형식으로 이루어져야 합니다.

- 27) 판례의 변경은 주로 전원합의체를 통하여 이루어지지만, 소부의 판결에서 ‘실질적인’ 변경이 이루어지기도 한다는 점에 주의를 요합니다.
- 28) 상고가 기각되었지만 ‘결론에서 정당하다.’는 판시를 통하여 원심과 입장(법리)을 달리하는 경우도 포함하여.
- 29) 대법원이 오랫동안 결론을 내리지 않은 이유가 무엇일까 하는 관점에서.

하여 다시 규제적 공서에서 후견적 공서로)을 읽을 수 있어야 합니다.³⁰⁾

물론 수업에서 판례에 관한 적절한 안내가 제시되었지만, 스스로 이상의 독법에 기하여 접근해야 한다고 생각합니다.

셋째, 학설의 의미를 봅니다. 先學들의 업적을 딛고 한 발짝씩 나아가는 학문의 관점에서 무엇보다 중요한 자료는 선행연구로서 학설인데, 법을 공부함에도 학설이 일정한 의미를 가질 수 있습니다.³¹⁾ 그러나 모든 학설이 동등한 가치를 가지지는 않은데, 법의 이해 그리고 legal mind의 형성에 도움을 주는 학설도 있는 반면, 유해한 주장도 없지 않습니다. 따라서 앞에서 말씀드린, 분쟁당사자자위의 호환성 때문에 유의미할 수 있는 학설을 가릴 수 있는 능력을 길러야 합니다.

넷째, (현재의 상태에서 과잉의 것이지만 앞으로를 위하여) 외국법(학)에 관하여 보면, 반론의 근거로서 유의미할 여지가 분명 있습니다. 그런데 ① 외국법은 ‘우리 법을 상대화할 수 있는 거울’(외국을 통하여 우리를 돌아보는 계기)이자 간접경험을 통하여 시행착오를 예방하거나 줄일 수 있다는 정도의 의미를 가진다는 점을 잊지 않아야 하고, ② 풍토의 차이(橘化爲枳!)를 고려하여, 우리 법에 대한 탄탄한 실력을 기반으로³²⁾ 상황에 맞게 적응(anpassen)시켜야 합니다.³³⁾

나아가 (법)공부를 위한 제 나름의 몇 가지 tip을 말씀드리겠습니다.

첫째, 피할 수 없으면 즐겨야 합니다. ‘천재는 노력하는 이를 이길 수 없고, 노력하는 이는 즐기는 이를 이길 수 없습니다.’ 아는 만큼 보이듯이 아는 만큼 즐길 수 있습니다. 새로운 취미를 즐기기 위하여 일정한 시간이 절대적으로 필요한 것³⁴⁾과 마찬가지로 (법)공부에서도 일정한忍苦의 시간을 거쳐야 비로소 즐길 수 있습니다.

둘째, 인간은 누구나 밑 빠진 독에 갇힌 개구리(井底之蛙)의 신세를 면할

30) 이를 반영하여 (제103조의 적용)유형을 재구성하는 것은 학자의 몫이지만.

31) 로스쿨제도 도입 초기(혼란기?)에 판례와 함께 관련논문을 읽도록 하는 경우도 없지 않았습
니다. 그러나 판례법주의를 취하는 미국에서와 (학생들이 읽어야 할) 논문이 가지는 의미가
다릅니다. 즉 영미법계의 논문은 대개 法源으로서 판례의 의미 및 유효범위를 주된 내용으로
한다는 점을 간과해서는 안 됩니다.

32) 우리 법에 정통해야 외국법과의 비교 및 시사점의 획득이 가능합니다. 우리 법을 제대로
알지 못하는 외국법학자/비교법학자의 쓸모를 어디서 찾을 수 있을까요?

33) 외국법에 관하여 지원립, 앞의 “법학자로서의 길”, 11면 이하 참조.

34) 가령 어떤 악기를 처음 배우면서 내는 소리는 ‘소음’일 뿐 ‘음악’일 수 없고, 일정한 기간
연습을 거쳐야 들어줄 만한 상태에 이르고, 상당한 노력이 있어야 비로소 취미라 할 수 있습
니다.

수 없고, 차이가 있다면 독의 크기에 따라 보이는 세상의 폭이 달라진다는 정도입니다.³⁵⁾ 다만 폭우가 쏟아지면 밑 빠진 독에도 물이 차서 넘칠 수 있고, 개구리가 바깥세상을 구경할 수 있을 뿐만 아니라 경우에 따라서는 밖으로 나올 수도 있습니다. 그런데 법률가에게 폭우란 전공에 매진하는 것일 수밖에 없습니다.

셋째, 법률가로의 긴 여정에서 누구나 수궁할 수 있는 正道는 없지만, 분명한 것은 내공이 쌓여야 비로소 무언가가 보이기 시작한다는 점입니다. 즉 노력의 양과 성과로서 실력의 증진이 정비례하지 않고 단계적 跳躍(take-off)의 형태로 이루어지는데, 도약을 위하여 내공이 축적되어야 하고, 그를 위한 숨은 노력이 있어야 합니다. 즉 어느 정도의 내공이 쌓이면 갑자기 시야가 넓어집니다.³⁶⁾

넷째, 고정관념(선입견)을 극복해야 합니다. 가령 임대차에서 임차인 보호라는 도그마에 빠져 이해관계의 적절한 조절이라는 요청을 외면해서는 안 됩니다. 어느 원로실무가가 했다고 전해 들은 ‘강자에게 비굴하지 않고 약자라고 무조건 편들지 않는다.’는 말씀을 새겨들어야 합니다. 다른 한편 가령 lex Talio가 고대의 가혹한 응보형으로 치부되는데, 우리 사회의 책임체계가 이 수준이라도 유지하는지 저는 개인적으로 의문이고 그 연장선상에서 ‘징벌적 손해배상’을 음미할 필요도 있을 듯합니다.

(2) 끝으로 사회지도층으로서의 자세에 관하여 몇 가지 말씀을 하겠습니다.

첫째, 사회지도층으로서 소명의식을 가져야 합니다. 여러분을 키워준 사회에 대한 loyalty는 어찌면 당연한 의무입니다. 다만 사회에의 보답을 어떻게 할 것인지는 각자의 상황에 달려 있지만, 사회가 ‘(지성을 갖춘) 전문가’에게 요구하는 바가 무엇인지 잘 헤아려 그에 ‘걸맞은’ 모습으로 이루어져야 합니다.³⁷⁾

그런데 (지성은 차치하고) 최소한의 덕목(필요조건)으로서 ‘전공에 대한 적합한 지식’을 갖추어야 전문가의 발언이 사회적 반향을 얻을 수 있습니다. ‘전공에 밝지 못한 전문가’라는 형용모순의 상황은 경우에 따라 有害할 수도 있습니다.³⁸⁾

35) “管見”이라는 제목이 붙은 글들의 영향력이 제각각인 것도 바로 이 때문입니다.

36) 비등점을 넘어야 비로소 물이 끓기 시작하듯이.

37) 가끔 저명인사(사회지도층?)이 수해현장에서 설거지를 하는 등 ‘노력’봉사를 한다는 보도를 접하게 됩니다. 물론 이러한 봉사가 무의미한 것은 아닙니다. 그러나 냉정하게 본다면 그들의 ‘육체적’ 봉사가 실제로 도움이 되는지 의문이고, 오히려 걸리적거리는 등 현장의 작업을 훼방놓을 수도 있습니다. 그러한 ‘생색내기’(이미지 조작을 위한?) 대신 전문가가 아니면서 줄 수 없는 실질적인 도움을 주어야 합니다.

38) 종합편성채널에서 가끔씩 ‘대본작가’가 써주는 대로 읽을 수 있을 뿐인 얼치기 법률가를 볼 수 있습니다. 이들이 다양한 분야에 걸쳐 언급한다고 해서 사람들이 그의 해박함에 감탄할

둘째, 법적 사고의 體化를 통하여 그리고 인간과 사회에 대한 통찰력을 기반으로 삼아 바람직한 사회를 향한 식견을 양성해야 합니다. 무릇 법률전문가라면 사회현상을 ‘법적’ 관점에서 재해석한 후 이를 분석하고 해결책을 제시할 수 있는 능력을 갖추어야 합니다.

그런 후에 이를 바탕으로 시민사회의 governance를 제시할 수 있어야 합니다. 규범이 ‘살아있는 법’으로 기능하기 위하여 입법 및 해석·적용이 사회의 실상을 ‘제대로’ 반영해야 합니다. ‘소망스러운 사회’에 대한 청사진을 가져야 하는데, 앞으로의 발전방향(‘있어야 할 사회’)에 대한 예측을 기초로 한 규범적 제언 또는 이론적 모델의 추구 역시 현재의 실태를 기반으로 해야 합니다.³⁹⁾ 사회의 변화에 대한 법적 대응에 있어서조차 치열한 고민을 담은 해석론의 제시(Radbruch의 Zu-Ende-Denken)를 거친 후 입법론으로 나아가야 합니다.

셋째, 열린 그리고 따뜻한 마음이 절실합니다. 법은 사랑(따뜻한 가슴)이어야 하고, 동시에 논리(냉철한 이성)여야 합니다.

4.

마지막으로 개인적으로 감사드려야 할 분이 무수히 많지만 특히 학자의 길로 들어서게 해주신 이호정 선생님 그리고 오늘의 저를 있게 옆에서 도와준 작은 거인 이한송 여사에게 다시 한번 고맙다는 뜻을 전합니다.

까요?

39) 사회의 실상을 감안하지 않은 입법이 폐해를 끼친 예로 이른바 임대차 3법을 들 수 있고, 우리의 규범상황을 고려하지 않은 학설의 대표적인 예로 물권적 기대권론을 들 수 있습니다.

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, 일반 논문, 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 논문제출마감일이 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’ 논문 투고자 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 법학 연구원에 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.

부칙<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, 출판
년도, 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 논문
초록을 첨부하여야 한다.
- 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명, 소속이 함께 표기
되어야 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 제111호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 **高麗法學** 제111호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2023년 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 제112호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 **高麗法學** 제112호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2024년 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

제 1 장 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>

제 2 장 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.>

제 4 장 연구 부정행위 및 기타 비윤리적 연구행위

제 1 절 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 신의 성실의 원칙에 입각하여 합리적인 방식으로 인용하여야 한다.

④ 저자는 원칙적으로 공표된 저작물을 인용하여야 하며, 공개되지 아니한 학술 자료를 논문심사나 연구제안서 심사 또는 사적 접촉을 통하여 확

특한 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

투고 논문	제 목							
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문

본인은 '高麗法學' 제 호에 게재를 희망하는 자로서 고려대학교 법학연구원 '高麗法學' 연구윤리지침을 준수하고 그 위반으로 인해 발생하는 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 발생하는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

20 년 월 일

심사위원 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

편집위원장: 김경욱 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

편집위원: 고세일 (충남대학교 법학전문대학원 교수)

김성은 (강원대학교 법학전문대학원 교수)

박찬호 (부산대학교 법학전문대학원 교수)

방준식 (영산대학교 법학과 교수)

신호영 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

심재한 (영남대학교 법학전문대학원 교수)

윤은경 (제주대학교 법학전문대학원 교수)

최우진 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

허완중 (전남대학교 법학전문대학원 교수)

하명호 (고려대학교 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 (제110호)

2023年 9月 20日 印刷

2023年 9月 30日 發行

發行人 康 炳 根

發行處 高麗大學校 法學研究院

서울특별시 성북구 안암로 145

고려대학교 법학연구원

TEL : (02) 3290-2914

FAX : (02) 922-4013

製作處 (주)한신아트

TEL : 010-2209-3179

값 30,000원

* 이 책의 무단전재 또는 복제행위를 금합니다.

ISSN 1598-1584 (Print)

ISSN 2672-0736 (Online)