# 明 知 法 學

제23권 제1호

2024

명지대학교 법학연구소

# 設 立 精 神

하나님을 믿고 부모님께 효성하며 사람을 내 몸같이 사랑하고 자연을 애호 개발하는 기독교의 깊은 진리로 학생들을 교육하여 민족문화와 국민경제발전에 공헌케 하며 나아가 세계평화와 인류문화 발전에 기여하는 성실 유능한 인재를 양성하는 것이 학교법인 명지학원의 설립목적이며 설립정신이다.

주후 1956년 1월 23일

設 立 者 **유 상 근**

# 教 育 方 針

1. 성경을 바르게 교육하여 하나님의 능력과 진리에 대한 확고한 신앙을 길러주고 실천을 통하여 성실한 인간성의 도야를 선행한다.

2. 민족과 인류의 문화적 선(善) 전통을 바르게 가르치고 인간생활을 획기적으로 개선 발전케 하는데 실용가치있는 내용을 먼저 연구 교육하여 인류의 이상을 향하여 과감하게 개혁 전진하게 한다.

3. 교육방법은 청각 편중의 방법을 지양하고 가능한 한 실행 실습을 통한 방법으로 개선하여 획기적인 교육성과를 기한다.

理 事 長 **현 세 용**

# 刊 行 辭

2024년 청룡의 해는 그 어느 때보다 무더운 여름을 선사하고 있는 듯합니다. 계속되는 폭염 속에서도 모든 분들이 더욱 건강하신 가운데 뜻하시는 모든 소망이 이루어지기를 기원합니다.

2004년 4월 대학부설연구소로 승격한 명지대학교 법학연구소는 올해 초 인적 구성에 작은 변화가 있었습니다. 그 동안 훌륭하게 연구소를 이끌어주신 전임 최세련 소장님의 노고에 심심한 감사의 말씀을 전하며, 아울러 다시금 연구소 간사를 맡아주신 안수길 교수님께도 감사와 함께 잘 부탁드린다는 말씀을 전하고자 합니다.

어느덧 본 연구소의 『명지법학』이 이번 호로 제23권 제1호가 되었습니다. 오랜 기간 동안 『명지법학』이 중단 없이 출간이 이루어지고, 나아가 한국연구재단의 등재학술지로 자리매김할 수 있었던 것은 본교 구성원들만의 성과가 아니라, 외부에서 지속적으로 관심을 가져 주시고 도움을 주신 여러분들의 덕분이라 하겠습니다. 이 자리를 빌려 오랜 세월 『명지법학』의 발간을 위해 물심양면으로 노력해주신 모든 분들께 깊이 감사드립니다. 다만 연구소의 재정상의 한계로 인해 이번 호부터 소정의 게재비용을 부과하게 되었음을 알려 드리며, 모쪼록 너른 양해를 구하겠습니다.

이번 호에는 교내·외의 여러 분들께서 법학계의 다양한 분야에 걸친 다수의 논문들을 투고해 주셨는데, 엄정한 심사를 통해 총 16편의 논문이 수록되게 되었습니다. 법학전문대학원 출범 이후 법학교육과 관련한 다양한 문제제기가 이루어지고 있는 현실 속에, 교육부가 주도하는 학사구조 개편의 혼란이 더해지고 있는 이 시점에서 법학계는 무엇보다 연구의 성과로 그 나아갈 길을 밝혀야 할 것입니다. 옥고를 투고해 주신 모든분들께 다시 한 번 감사의 말씀을 전하며, 앞으로도 본지에 지속적인 관심을 가져주실 것을 부탁드립니다.

끝으로, 본지가 발간되기까지 힘써 주신 많은 분들 가운데, 특히 이윤제 편집위원장님 이하 여러 편집위원님들과 연구소 운영을 총괄해주고 계신 안수길 간사님, 그리고 실무상 많은 수고로운 일을 맡아주신 이재희 교육조교께 다시 한번 감사드립니다. 앞으로도 『명지법학』의 지속적인 발전을 응원하며, 올 한 해의 남은 기간 잘 마무리하시어, 모든 분들이 유종의 미를 거두시는 귀한 시간이 되기를 기원합니다.

2024년 7월 명지대학교 법학연구소장
김 주 영

# 목 차


［간 행 사］

［연구논문］

법무부장관의 검찰총장에 대한 구체적 수사지휘권
……이 윤 제 / 1

검찰의 피해자 보호·지원제도와 개선방안
……이미나 · 강동욱 / 23

독일 영업비밀보호법의 주요 내용과 그 시사점
……박 영 규 / 49

사이버공간에서의 국제법상 상당한 주의 원칙의 컨센서스를 위한
지역기구의 실행 및 시사점
……황 핑 핑 / 73

스코틀랜드의 혐오범죄 규율을 위한 새로운 법적 근거
……이 정 념 / 101

중국 정부조달 중 행정적 독점에 관한 법적 검토
……리우지아신 · 김희준 / 123

일본뇌염 진단과 상해사고 인정에 관한 연구
-금융분쟁조정(조정번호: 제2023-2호)을 중심으로-
……전 한 덕 / 143

가압류와 소멸시효중단 효력의 종료 시기
……김 현 철 / 161

미성년 자녀의 불법행위와 비양육친의 감독의무
……신 동 현 / 187

정극행정 제도의 실효적 운용을 위한 연구
-성실 의무와의 관계를 중심으로-
……박 보 영 / 215

우리나라 실물 주민등록증 제도의 문제점과 개선방안
……이 희 훈 / 239

기한 이익 상실에 관한 민법 규정의 개정
……김 기 환 / 261

집합건물 관리단의 소송상 지위
-대법원 2022. 6. 30. 선고 2021다239301 판결의 검토-
……이 세 은 / 283

임상시험에서 시판 중인 의약품으로 인해 대상자에게 발생한
손해보전에 관한 고찰
……박 태 신 / 301

국가사이버안보 강화를 위한 사이버 취약점 규제체계 개선방안 연구
……방 정 미 / 321

국제보건규칙 개정의 내용과 함의
……박 진 아 / 339

［부　　록］
「명지법학」 편집규정 …… 365
「명지법학」 투고규정 …… 368
「명지법학」 연구윤리 규정 …… 370
「명지법학」 원고작성 지침 …… 373

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.1 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 법무부장관의 검찰총장에 대한 구체적 수사지휘권*

이 윤 제**

**논문요지**

국가의 기능중 가장 강력한 권력의 하나인 공소에 대한 책임을 지는 검찰권의 행사에 관하여는 많은 나라에서 검찰권의 독립성, 공정성, 정치적 중립성을 보장하려고 하면서도, 동시에 민주적 정당성을 확보하고 검찰권 행사에 대한 책임을 묻는 장치를 두고 있다. 우리나라의 검찰청법 제8조는 법무부장관이 구체적 사건에 대하여 직접 담당 검사를 지휘할 수 없지만, 검찰총장을 지휘하도록 허용하고 있다. 이 논문은 우리나라의 법무부장관의 수사지휘권에 대한 입법 방식이 검찰의 정치적 중립과 공정성을 해하는지를 연구하기 위하여 주요 국가들의 사례와 입법례를 검토하였다. 특정한 사건에 관한 검찰의 결정과 관련하여 검찰의 책임을 확보하면서 동시에 정치적 간섭을 보장할 수 있는 완벽한 어떤 법제도나 모델은 발견하지 못했다. 입법례에 관한 어떤 모델을 택하든 검찰이 부적절한 압력에 복종할 가능성은 언제나 존재한다. 우리 입법은 법무부장관과 검찰총장의 직을 분리하고 있다는 점에서 보면 미국이나 캐나다의 입법보다 높은 수준의 검찰권 독립을 인정하고 있다고 볼 수 있다. 이러한 측면을 고려하면 우리나라의 검찰이 검찰청법 제8조의 구체적 사건에 관한 법무부장관의 수사지휘권 규정 때문에 정치적 영향으로부터 독립된 공정하고 중립적인 검찰권행사를 못했다고 하기는 어려울 것이다. 검찰이 비대한 권력기관으로 남아 있고, 검찰 스스로의 정치화로 인한 정치검찰화가 계속되는 한 우리 검찰청법 제8조의 법무부장관의 구체적 수사지휘권은 필요하다고 본다. 나아가 검찰청법 제8조의 법무부장관의 구체적 수사지휘권의 폐지와 상관없이 검찰의 독립과 정치적 중립은 검찰 스스로의 노력에 의해서, 그리고 스스로의 노력에 의해서만 달성가능하다고 생각한다. 정치검찰의 문제는 검찰청법 제8조 법무부 장관의 구체적 수사지휘권의 존재 때문에 생긴 것이 아니며, 검찰청법 제8조 법무부 장관의 구체적 수사지휘권을 폐지한다고 해서 해결될 수 있는 것도 아니다. 그 근본적 해결은 검찰권을 정치로부터 독립하여 중립적이고 공정하게 행사하고자 하는 검사의 직업윤리에 의해 가능하다.

**검색용 주제어: 법무부장관의 수사지휘권, 법무부장관과 검찰총장의 역할, 검찰개혁, 정치검찰, 검찰의 정치적 중립**

---

* 이 글은 2023. 5. 12. 전북대학교에서 개최된 “2023 한국비교형사법학회 영미형사법연구회 춘계 세미나”에서 발표한 “법무부장관의 수사지휘권에 관한 영미법의 태도와 우리나라에 대한 시사점”을 보완·수정한 것이다.

** 명지대학교 법과대학 교수

• 논문접수: 2024. 06. 11. • 심사개시: 2024. 07. 16. • 게재확정: 2024. 07. 29.

# Ⅰ. 서 론

법무부장관이 구체적 사건에 대하여 검찰에 대하여 지휘권을 행사하는 경우에는 이례적인 경우일 것이다. 1949년 이승만 정부 때에 이인 법무부장관이 임영신 상공부장관 등의 독직사건에 대해 검찰에 불기소 지시를 하였다. 권승렬 검찰총장과 최대교 검사장이 이 지시에 불복하여 불구속 기소를 하였고 이인 장관은 사임을 하였다. 2005년 노무현 정부 때 천정배 법무부장관이 강정구 동국대 교수에 대한 국가보안법위반 사건에서 김종빈 검찰총장에게 구속영장을 청구하지 말고 불구속수사를 하라는 지휘를 하였다. 김종빈 검찰총장은 이를 수용하고 서울중앙지검에 불구속 수사지시를 한 후 사직을 하였다.[1] 문재인 정부 기간 동안에도 법무부장관의 수사지휘권이 수 차례 발동되었다.[2] 당시 검찰총장이었던 윤석열은 사직을 하였고, 야당인 국민의 힘의 대통령 후보가 되었다. 그후 법무부장관의 수사지휘권 폐지를 대통령 선거 공약으로 내세우기도 하였으며 결국 대통령에 당선되었다.[3] 한편 21대 국회에서도

---

1) 이준보·이완규, 한국검찰과 검찰청법, 박영사, 2017, 307면.

2) 연합뉴스, 2020. 7. 2.자 기사, 추미애, 수사지휘권 발동…윤석열 벼랑끝 갈림길, https://www.yna.co.kr/view/AKR20200702087800004, 2023. 4. 20. 최종접속; 최근까지 수사지휘권이 공식적으로 4번 발동됐는데, 공교롭게도 모두 현재 여당인 더불어민주당 혹은 그 전신 소속 정치인 겸 법무부 장관에 의한 것이었다. 첫 사례는 문재인 정부의 전신인 노무현 정부 때 벌어졌다. 2005년 10월 검찰이 강정구 당시 동국대 사회학과 교수의 인터넷 매체 기고 글을 두고 국가보안법 위반 혐의로 구속 수사하려 하자 열린우리당 의원이었던 천정배 당시 법무부 장관이 김종빈 당시 검찰총장에게 “불구속 수사하라”라고 지시한 것이다. 두번째는 2020년 1월 당시 추미애 더불어민주당 의원이 법무부 장관에 취임한 이후 같은 해 7월 이동재 전 채널A 기자의 강요미수 의혹 수사를 두고 윤석열 당시 검찰총장이 전문수사자문단을 소집하려 하자, 추 장관은 “절차를 중단하고 수사의 독립성을 보장하라”며 수사 지휘권을 발동했다. 세 번째는 같은 해 10월에는 추미애 당시 장관이 라임자산운용 펀드 환매 중단사태와 관련해 “윤석열 총장은 윤 총장 가족 연루 의혹에 대한 수사 지휘에서 빠져라”라고 수사 지휘권을 발동했다. 네 번째는 2021년 3월엔 민주당 소속 의원인 박범계 법무부 장관이 한명숙 전 국무총리 수사팀에 대한 감찰과 관련해 “검찰의 무혐의 처분을 재고하라”라는 취지의 수사 지휘권을 발동하기도 했다. The JoonAng, 2022. 3. 25. 자, 신구권력 충돌 부른 수사지휘권, 4번 모두 민주당 장관이 발동 [尹검찰공약 갈등], 2023. 5. 4. 최종접속 https://www.joongang.co.kr/article/25058245#home; 문재인은 자신의 참모인 추미애 장관이 검찰개혁을 명분으로 윤석열 검찰총장과 충돌하는 과정에서 민심을 잃고 말았다. 2020년 11월 중반까지 대통령 직무수행 평가는 긍정과 부정이 엇비슷한 상태를 유지했다. 11월 24일 추미애 장관이 헌정 사상 처음으로 검찰총장 징계 청구와 직무배제 명령을 내린 이후 부정 평가(48%)가 긍정 평가(40%)를 훌쩍 앞지르게 된다. ‘추미애-윤석열 충돌’ 기간 문 대통령의 직무수행 평가는 부정 52%~55%, 긍정 30%~40%로, 그 격차가 15%포인트 안팎에 이르렀다. 문 정권이 검찰개혁에 ‘올인’하는 시기에 시민들은 부동산 가격 폭등에 신음하고 있었다. 이들에게 검찰개혁은, 민생을 등한시하는 오만한 정권이 자신의 실정에 대한 희생양을 찾으려는 꼼수에 불과했다. 이춘재, 검찰국가의 탄생-검찰개혁은 왜 실패했는가?, 서해문집, 2023, 13-14면.

3) 조선일보, 2022. 3. 10.자 기사, [윤석열 시대] 법무부 장관 수사지휘권 폐지… 검찰 독립성 강화, 2023. 4. 20. 최종접속 https://biz.chosun.com/topics/law_firm/2022/03/10/A266HLCANRCDRHPK5KX7P7F444/.

법무부장관의 검찰에 대한 지휘권에 관한 개정안이 발의되기도 하였다.

국가의 기능중 가장 강력한 권력의 하나인 공소에 대한 책임을 지는 검찰권의 행사에 관하여는 많은 나라에서 검찰권의 독립성, 공정성, 정치적 중립성을 보장하려고 하면서도, 동시에 민주적 정당성을 확보하고 검찰권 행사에 대한 책임을 묻는 장치를 두고 있다. 특히 캐나다는 최근 SNC-Lavalin 사태를 계기로 수상이 특별보좌관을 임명하여, 법무부장관과 검찰총장의 역할을 검토하고 법무부장관과 검찰총장을 겸직하고 있는 캐나다 형사사법제도를 개혁할 필요가 있는지를 연구하는 여러 가지 고민을 하였다.

법무부장관의 수사지휘권에 대한 논란이 계속되고 있는 우리나라에서는 비슷한 고민을 했던 주요 국가들의 사례와 입법례를 참고할 필요가 있다. 본 연구는 다른 나라의 사례와 입법례, 연구 성과를 바탕으로 우리법에 참고할 만한 교훈이 있는지를 검토하고자 한다. 각국의 제도와 법률 용어가 우리 나라와 매우 다르기 때문에, 이하에서 비교법적인 고찰은 가능한 한 우리나라의 법무부장관과 검찰총장의 역할과 관계와 비교를 할 수 있는 사항을 중점으로 간략히 검토하였다.

## Ⅱ. 주요국의 법무부장관의 수사지휘권

### 1. 프랑스

#### 가. 법무·검찰 제도 개관

프랑스에서는 법원과 검찰이 모두 법무부 소속으로 되어 있다. 우리나라와 같은 사법부(司法府)가 없고, 법무부 장관이 모든 사법법원에 대한 정책과 행정사무를 총괄한다. 물론 법무부장관은 재판업무에 관여할 수 없으며, 법관의 신분상 독립은 헌법과 법률에 의하여 보장된다.[4] 프랑스 검찰은 각 지방법원, 고등법원, 대법원에 부치(附置)되어 있다. 대법원에 부치된 대검찰청은 수사나 공소 업무를 담당하지 않고, 주로 형사법의 정확한 적용여부와 원활한 형사사법행정을 감독하는 기능만을 갖는다. 프랑스 검찰은 우리나라와 달리 검찰총장이 아니라 각 고등검사장을 정점으로 소속 지방검찰청 검사들이 위계조직을 이루고 있다.[5]

#### 나. 법무부장관 검찰(고등검사장)의 관계

형사소송법상 프랑스 검찰의 수장은 법무부장관이지만, 일선 검찰에 대하여 법무부장관이 법무부 형사국을 통하여 정부가 결정한 사법정책에 관한 일반적 지휘권만을 행사한다. 구체적인 사건에 있어서는 고등검사장이 검찰을 지휘한다.[6] 프랑스 형

4) 사법연수원, 사법제도론, 2011, 188-189면.
5) 김종구 외 7인, 검찰제도론, 법문사, 2011, 26-29면.
6) 김종구 외 7인, 검찰제도론, 법문사, 2011, 27면.

사소송법은 2013년 개정전에는 법무부장관이 형사소송법 제30조 제3항에 의하여 검찰에 대하여 고등검사장을 통하여 구체적 사건에 대한 지휘를 할 수 있는 권한을 인정하였다.[7] 프랑스에서는 검사의 독립성과 정치적 중립성에 대한 논란이 있어 왔었고, 2010년 유럽인권법원이 프랑스의 검사는 독립성과 객관성을 인정할 수 없기 때문에 인신구속을 통제할 수 있는 사법기관으로 볼 수 없다는 취지의 판결을 하기도 하였다. 프랑스는 형사소송법 제30조 제3항을 삭제하고, 법무부장관의 구체적 지휘권을 폐지함과 동시에 제31조에서 검사의 객관성을 강조하는 내용으로 2013년 형사소송법을 개정하였다.[8]

## 2. 독일

### 가. 법무·검찰 제도 개관

독일은 연방국가로서 연방법에 의한 연방 형사사법시스템과, 그 규정안에서 작동하는 각주의 주법에 따른 주 형사사법시스템이 있다. 법원과 검찰이 모두 법무부 산하에 있으며, 법원이 법무부 산하에 있지만 법무부장관은 재판에 관여하지 못하고 재판권 행사에 있어 법관은 독립적이며, 법무부는 법원의 행정에만 관여한다.각 법원에 대응하여 하나의 검찰을 두고 있다.[9]

### 나. 법무부장관과 검찰의 관계

독일에서는 검사는 상사의 직무상 명령에 따라야 하며, 직무상의 상사가 검사에게 지시할 수 있는 권한을 지시권이라고 한다. 검찰 내부에서 검찰총장을 정점으로 하는 상사의 지시권을 내부적 지시권이라 하고, 검찰의 외부에 있는 법무부장관의 검찰에 대한 지시권을 외부적 지시권이라고 한다.[10]

---

7) 검찰청법 제30조 법무부장관의 권한
제1항 법무부장관은 정부의 공소수행과 관련된 정책을 집행한다. 이를 위하여 국내 모든 관할구역에서의 일관된 법 적용을 감독한다.
제2항 이를 위하여 법무부장관은 검사들에게 공소수행에 관하여 일반적인 지침을 시달한다.
제3항 법무부장관은 그가 인지한 사건 및 지시받은 사건에 대해서는 의견을 담은 문서로써 또는 정식 서류로써 고등검찰청 검사장에게 인계하여 직접 소추 또는 소추를 하게 하거나, 장관이 적절하다고 판단하는 조치를 할 수 있는 관할권 있는 법원에 회부하도록 한다.

8) 2013년 개정에서 형사소송법 제30조 제3항이 삭제되면서 “법무부장관은 개별 사안에서 검사에게 어떠한 지시도 할 수 없다.”라는 규정으로 대체되었고, 형사소송법 제31조 “검사는 공소를 수행하고 법률의 적용을 청구한다”라는 규정도 “검사는 객관성 원칙을 존중하면서 공소를 수행하고 법률의 적용을 청구한다”라는 내용으로 검사의 객관성, 중립성, 공정성을 강조하는 내용으로 변경되었다. 한제희, 프랑스 검사의 지위와 기능 -최근 동향을 중심으로, 형사소송 이론과 실무 제9권 제1호, 2017, 74면.

9) 김종구 외 7인, 검찰제도론, 법문사, 2011, 228면; 독일 연방법원조직법 제141조는 모든 법원에는 검찰청이 구성되어야 한다고 규정하고 있지만, 제151조는 검찰은 그 직무를 수행함에 있어 법원으로부터 독립적이다라고 규정하고 있다. 사법연수원, 사법제도론, 2011, 298면.

10) 내부적 지시권과 관련하여 독일 법원조직법 제144조는 각 법원에 대응하는 검찰청에서 공

독일 연방법원조직법 제146조에 따라 검찰공무원은 상급자의 직무상 지시에 대해 따라야 할 의무(Weisungsge bundenheit)가 있다. 동 법률 제147조는 직무 감독 및 지휘권이 연방검찰총장과 연방검사에 대하여는 연방법무부장관에게, 주의 모든 검찰공무원에 대하여는 주 법무부장관에게, 주 최고검찰청과 각 지방검찰청의 각 관할구역에 있는 검찰공무원에 대해서는 검사장에게 있다고 규정하고 있다. 독일에서는 위 법원조직법을 근거로 구체적 사건에 관한 법무부장관의 검찰에 대한 지시 권한을 인정하고 있다.[11]

독일에서 법무부장관 지휘권에 대한 폐지론이 있었지만 입법화되지는 않았다. 이는 법무부장관의 지시권은 국민의 대표기관인 의회에 대한 책임이 있는 법무부장관이 검사의 권한 행사에 지휘권을 갖는 것이 필요하다는 민주적 정당성의 원칙에 근거하고 있기 때문이다.[12] 법무부장관은 의회에 출석하여 답변하고 의회의 해임결의에 의해 정치적 책임을 진다. 개개 검사의 행위에 대하여 법무부장관이 의회에 대하여 책임을 지기 때문에 법무부장관의 지시권은 법무부장관의 의회에 대한 책임의 전제조건이 된다. 의회에 대하여 책임을 지지 않는 검찰총장이 상급자에 대한 시정을 받지 않고 중요한 사항에 대하여 최후의 결정을 혼자 할 수 없다는 것이다.[13] 현실에서는 법무부장관이 지휘권 행사를 자제하고 있으며, 실무와 학계도 법무부장관의 지휘권 행사의 한계를 논의하고 있다.[14]

## 3. 미국

### 가. 법무·검찰 제도 개관

미국은 연방국가로서 연방법과 별도로 주법이 존재하고, 주 내에 있어서도 각 지역마다 별도의 관할을 가진 지방검찰청이 존재하기 때문에 미국법의 태도를 일률적으로 평가하기가 어렵다. 따라서 이하에서는 연방법을 위주로 고찰한다.

미국의 연방검찰청(US. Attorney's Office)은 연방법무부(Department of Justice)

---

무원은 검찰청의 장의 대리인으로서 직무를 행하고, 모든 직무를 하는데 특별한 위임의 증명이 필요하지 않다고 하면서, 제146조는 검찰청의 공무원은 그의 상급자의 지시에 따라야 한다고 규정하고 있다. 또한 제145조는 검찰청의 장에게 검찰청의 관할에서 이루어지는 모든 직무를 스스로 수행하거나 다른 공무원에게 그 직무를 위임할 수 있다고 하는 직무승계권 및 직무이전권을 규정하고 있다. 임세진, "독일 검찰의 정치적 중립성과 독립성에 관한 연구-인사제도와 조직운영을 중심으로", 2019 국외훈련검사 연구논문 제34집, 826면.

11) 임세진, "독일 검찰의 정치적 중립성과 독립성에 관한 연구-인사제도와 조직운영을 중심으로", 2019 국외훈련검사 연구논문 제34집, 824-825면.

12) 김종구 외 7인, 검찰제도론, 법문사, 2011, 247-250면; 임세진, "독일 검찰의 정치적 중립성과 독립성에 관한 연구-인사제도와 조직운영을 중심으로", 2019 국외훈련검사 연구논문 제34집, 825면.

13) 김종구 외 7인, 검찰제도론, 법문사, 2011, 192면.

14) 법무부장관의 지휘권과 관련하여 지휘를 서면으로 하여야 한다는 주장이 있으며, 지시권의 한계에 관하여는 모든 행정 공무원은 지시에 의한 행위가 가벌적이거나 위법하지 않은 한도에서 이에 복종하여야 한다는 공무원법의 규정, 무고한 자에 대한 소추와 유책자에 대한 소추의 중단을 처벌하고, 형사사법기관의 고의적 법왜곡을 처벌하는 형법의 규정, 기소법정주의에 의한 한계, 공판관여 검사에 대한 지시권 제한 등이 논의되고 있다. 김종구 외 7인, 검찰제도론, 법문사, 2011, 196-198면.

소속으로 연방지방법원(US District Court)에 대응하여 설치되어 있다.[15] 연방법부장관인 US Attorney General은 연방검찰의 수장인 연방검찰총장의 직을 겸직한다. 연방법무부장관 소속의 기관으로는 연방검찰청, 연방수사국(FBI), 연방마약단속국(DEA), 연방주류담배총기화약국, 교정국, 연방보안관(US Marshals Service) 등 40개가 넘는 각종 법집행기관이 있다. 법무부장관은 대통령이 상원의 동의를 받아 임명하며, 정해진 임기가 없고, 대통령이 언제든 해임할 수 있다.

연방검찰청(US Attorney's Office)에는 연방검사장(US Attorney)이 있고 이들도 역시 상원의 동의를 받아 대통령이 임명하며 임기는 4년이다. 연방검사장(US Attorney)은 연방법무부장관(US Attorney General)의 직무상 명령에 복종해야 하며 상명하복 관계에 있다. 연방법무부장관은 구체적인 사건의 기소 여부에 관하여 연방검사장을 지휘할 수 있다. 실제 재판에서 공소유지를 담당하는 연방검사(Assistant U.S. Attorney)는 연방법무부장관이 임명하며, 연방검사장의 지휘·감독을 받는다.[16]

### 나. 대통령의 검찰총장(법무부장관)에 대한 지휘권

법무부장관이 검찰총장을 겸직하고 있는 미국에서 법무부장관이 검찰에 대한 지휘권을 법무부장관과 검찰총장이 각각 별개의 기관으로 존재하는 우리나라와 직접 비교하기는 어렵다. 본고의 궁극적 목적은 국민에 의해 선출된 권력인 대통령을 정점으로 하는 내각(민주주의의 영역)과 범죄의 수사와 공소유지라는 형사사법을 담당하는 검찰(법치주의의 영역)의 관계를 어떻게 합리적으로 규율할 것인지를 살펴보는 것이다.[17] 따라서 이러한 본고의 취지에 비추어 우리가 미국에서 참조할 내용은 대통령과 검찰총장(법무부장관)의 관계이며 이러한 점에서 우리나라의 법무부장관과 검찰총장의 관계는 미국의 대통령과 검찰총장(법무부장관)의 관계와 비견될 수 있다. 미국에서도 대통령에 대한 검찰총장(법무부장관)의 역할과 독립성에 관한 연구가 주로 행해지고 있다.[18] 이하에서는 혼동을 피하기 위하여 법무부장관을 검찰총장(법무부장관)이라고 표현한다.

전통적으로 미국 대통령은 형사사법에 있어서 형사사법정책(criminal justice policy)을 결정하고, 법무부장관과 다른 고위 검사를 임면하는 권한을 가지고 있다. 한편 구체적인 형사사건(individual criminal cases)과 관련하여 미국 대통령이 어떤 권한을 가지고 있는가에 대하여는 확립된 견해는 없다. 미국 헌법 제2절 3조는 대통

15) 현재 94개 지방(federal districts)에 93명의 연방검사장이 있다. Guam과 the Northern Mariana Islands는 별개의 지방이지만 한 명의 연방검사장이 겸직을 한다. 미국 법무부 홈페이지 https://www.justice.gov/usao 2024. 6. 10. 최종접속.

16) 김종구, 미국의 검찰제도와 연방법무부장관의 정치적 중립성, 형사소송 이론과 실무, 제13권 제1호, 2021, 61-62면; 연방법무부장관(검찰총장)은 연방법무부의 수장으로서 또한 연방정부 제1의 집행관(marshall)으로서 법무부 직원 및 연방검찰청을 비롯한 산하기관 전부에 대하여 지휘·감독권을 행사하고, 특히 일반적 지휘·감독권 외에 구체적인 사건에 대한 지휘권도 행사할 수 있으며, 법률문제에 대하여 미연방정부를 대표한다. 김웅규, "검찰총장의 헌법상 지위", 미국헌법연구, 제17권 제1호, 2006, 151면.

17) 미국의 경우에 경찰이 대부분의 직접 수사를 담당하고 검찰은 공소와 일부 예외적인 사건의 수사를 담당한다. 또한 미국에서는 연방수사국이 연방검찰과 함께 연방법무부 소속인 점에서도 경찰이 행정안전부 소속 외청인 우리나라와 다르다.

18) 김종구 미국의 검찰제도와 연방법무부장관의 정치적 중립성, 형사소송 이론과 실무, 제13권 제1호, 2021, 65면.

령의 권한과 책임에 관하여 법이 충실하게 집행되도록 하여야 한다고 규정하고 있다(he shall take Care that the Laws be faithfully executed). 이 규정의 취지가 구체적인 형사사건에 적용될 때 대통령이 명백하게 위법인 결정도 할 수 있도록 허용하는 것은 아니라는 점에 대하여는 다수가 수긍한다.[19] 그러나, 위법이 명백한지 아닌지에 대하여 논란이 있을 정도의 경계적인 사안에 있어서 대통령의 권한이 어디까지 미치는가에 대하여는 다양한 견해가 있을 수 있다. 미국에서 대통령이 검찰총장(법무부장관)에 대하여 어떤 지휘권을 가지고 있는지를 구체적으로 연구한 자료는 발견되지 않고 있다. 대통령의 검찰총장(법무부장관)에 대한 지휘권은 대통령의 임면권에 기초하고 있다. 모든 연방관료(officers of the U.S.)는 대통령이 임명한다는 헌법조항에 따라 대통령은 검찰총장(법무부장관)의 임면권을 행사하고 있다. 임면권을 가진 대통령이 검찰총장(법무부장관)을 지휘하기 위하여 다른 법적 근거가 더 필요하다고 보지는 않는 것으로 해석된다.

그런데, 검찰총장(법무부장관)은 임명직 행정부 관료(appointed executive officer)지만, 준사법적 의무(quasi-judicial responsibilities)를 진다는 점에서 다른 각료들과 다르다. 그러므로 검찰총장(법무부장관)직은 법과 정치(law and politics) 사이에서 갈등할 수밖에 없다.[20] 실제로 미국에서는 검찰총장(법무부장관)이 대통령의 명령을 따르지 않는 경우에 대통령이 검찰총장(법무부장관)을 해임하여 왔다.[21] 결국 대통령의 검찰총장(법무부장관)에 대한 지휘권의 제한은 실제로는 의미가 없었다. 이로 인하여 미국에서 대통령과 검찰총장(법무부장관)의 관계, 즉, 검찰총장(법무부장관)에 대한 지휘권의 제한, 검찰총장(법무부장관)의 독립성과 중립성 확보 방안에 관한 논의는 대통령의 검찰총장(법무부장관) 임면권을 중심으로 논의될 수 밖에 없었던 것이다. 미국에서는 대통령의 해임권을 의회가 통제하여 제한하자는 방안, 연방준비제도이사회처럼 독립기구화하자는 방안, 주(state) 검찰총장(법무부장관)처럼 선출직으로 하자는 방안, 준사법기관으로서의 성격을 강조하는 방안 등 다양한 주장이 있어 왔다.[22] 그러나 이러한 방안들은 대통령의 검찰총장(법무부장관) 임명권에 관한 연방헌법의 규정에 반하기 때문에 헌법 개정 없이 실현이 불가능하였으며, 실효성이 없는 원칙의 강조에 불과하였다. 실제 현실에서 검찰총장(법무부장관)은 대통령의 측근이 맡는 자리로서 거의 독립성이 없다.[23] 한편, 이하에서 보는 바와 같이 캐나다에서는 법무부장관과 검찰총장의 직을 분리함으로써 이러한 목적으로 달성할 수 있는 것이 아니냐는 논의가 있었다.

---

19) Fordham Law Review, Volume 87 Issue 5 Article 3, 2019, May Federal Prosecutors Take Direction From the President? Bruce A. Green, Fordham University School of Law, p. 1832

20) 김종구 미국의 검찰제도와 연방법무부장관의 정치적 중립성, 형사소송 이론과 실무, 제13권 제1호, 2021, 67면

21) 예를 들어, 워터게이트 사건에서 특별검사 Archibald Cox를 해임하는 것을 거부하자 1973년 10월 닉슨 대통령은 Elliot Richardson 법무부장관을 해임했다. 트럼프 대통령은 법무부장관이었던 Jeff Sessions가 Mueller 특검이 수사로부터 자신을 보호하지 않은 정치적 불충을 이유로 해임한 바 있다. 김종구 미국의 검찰제도와 연방법무부장관의 정치적 중립성, 형사소송 이론과 실무, 제13권 제1호, 2021, 68-69면

22) 김종구 미국의 검찰제도와 연방법무부장관의 정치적 중립성, 형사소송 이론과 실무, 제13권 제1호, 2021, 70-76면 참조.

23) 김종구 미국의 검찰제도와 연방법무부장관의 정치적 중립성, 형사소송 이론과 실무, 제13권 제1호, 2021, 66-67면.

## 4. 캐나다

캐나다는 연방제를 택하고 있으며, 미국처럼 법무부장관이 검찰총장을 겸직하고 있다. 그런데, 캐나다에는 SNC-Lavalin 사건을 계기로 법무부장관과 검찰총장의 직을 분리함으로써 민주주의에 근거한 책임주의와 검찰의 독립, 정치적 중립의 역할을 조화시킬 수 있는지가 연구되었다. SNC-Lavalin 사건은 우리에게 많은 시사점을 제공하고, 이를 계기로 한 캐나다의 연구는 비교법적으로 중요한 많은 자료를 제공한다는 점에서 여기서 다른 나라보다 더 자세하게 검토하기로 한다.

### 가. 법무·검찰 제도 개관

연방수상이 사실상의 임면권을 갖는 캐나다 연방 법무부 장관(Minister of Justice)은 내각의 일원이며, 임기가 보장되지 않는다. 법무부장관은 법무부(Ministry of Justice)의 수장이며, 당연직으로 검찰총장(Attorney General)을 겸한다.[24] 법무부장관은 내각에 대하여 법률 자문의 책임을 지고, 법무부는 법무부장관과 검찰총장의 역할 모두에 대하여 법무부장관을 보좌한다. 법무부장관은 법무부차관(Deputy Minister of Justice)에 대한 추천권을 갖고, 법무부차관에 대한 실질적 임면권은 연방수상이 갖는다. 법무부장관은 10년 이상의 변호사 경력을 가진 자 중에서 10명 이내의 후보를 인사위원회에 통보하고, 인사위원회는 그 중 3명의 후보자를 법무부장관에게 추천한다.[25] 법무부차관(Deputy Minister of Justice)은 2006년 법무부로부터 독립된 별개의 기구인 검찰청의 장, 즉 검찰청장(Director of Public Prosecutions)을 겸직한다. 검찰청장은 7년 단임이지만, 언제든지 해임될 수 있기 때문에 임기가 보장되는 것은 아니다.[26] 법무부차관은 내각의 일원도 아니고, 의회에서 법무부장관이 답변할 사항에 대하여 이를 대신하여 답변할 수도 없다.[27] 법무부장관은 정치인(a politician)이며 내각의 일원이지만 법무부차관은 정치인이 아닌 공무원(a public servant)이며, 장관의 정책적 결정을 보좌하기 위하여 관료조직을 이끌어야 할 책임을 진다. 검찰청장은 독립기관인 검찰청의 수장이지만, 법무부장관(검찰총장)을 보좌하는 법무부차관과 검찰부총장(Deputy Attorney General)을 겸직하며 법무부장관의 보조기관이자 검찰총장의 보조기관인 검찰부총장이다. 법무부차관(검찰부총장)은 검찰청장으로서 법무부장관(검찰총장)을 대리하여 법무부장관(검찰총장)이 개입하지 않는 범위에서 검찰을 지휘한다(검찰청법 제3조(3), 제10조, 제13조, 제15조). 따라서, 검찰청장은 검찰부총장에 불과하며 우리나라의 검찰총장에 비견되는 자리는 아니다.[28]

---

24) 수상의 추천에 의해 영국의 왕(여왕)을 대표하는 총독이 임명한다. 캐나다 법무부법 제2조 참조.

25) 법무부장관은 3명의 법무부차관 후보자를 법무부장관에게 추천한다. 연방총독은 연방 수상의 권고에 따라 법무부차관을 임명한다. 여기서 임명권은 해임권을 포함한다. 연방 수상의 결정에 따라 해임되며 연방 수상은 해임을 하는 이유를 설명할 필요가 없다. 캐나다 검찰청법 제3조(1), 제4조(2) 참조.

26) 검찰청법 제5조 참조.

27) 법무부차관에 대한 가이드, 연방정부 홈페이지 https://www.canada.ca/en/privy-council/services/publications/guidance-deputy-ministers.html

### 나. SNC-Lavalin 사건(affairs)

캐나다 신문사인 The Globe and Mail의 2019년 2월 7일자 기사로 촉발된 SNC-Lavalin 사건은 퀘벡(몬트리올)에 본사를 둔 캐나다 최대의 건축 및 토목 회사인 SNC-Lavalin이 리비아에서 공사를 수급하기 위하여 2001-2011까지 리비아 관리들에게 뇌물을 준 혐의에 관하여 자유당 정부의 저스틴 트루도(Justin Trudeau) 총리가 조디 윌슨-레이볼드(Jody Wilson-Raybould) 당시 법무부장관(검찰총장)에게 부적절한 압력을 행사했다는 의혹이다.[29] 캐나다는 해외공무원에게 뇌물을 제공하면 형사처벌을 하고 있으며, 유죄 판결을 받을 경우에 SNC-Lavalin은 정부가 발주하는 공사에 참여할 수 없는 불이익을 받게 된다. 많은 사람들이 이러한 불이익을 받는다면 SNC-Lavalin이 회사를 다른 나라로 옮길 것이라고 관측하였다.

트루도 총리와 그의 측근들은 이러한 상황을 막기 위하여 Jody Wilson-Raybould 법무부장관(검찰총장)에게 이 사건에 개입하여, 검찰청장(Director of Public Prosecution)의 결정을 바꾸고, SNC-Lavalin과 기소유예협정(Deferred Prosecution Agreement)을 체결하라고 강요하였다는 의혹을 샀다.[30] Wilson-Raybould 법무부장관(검찰총장)이 기소유예협정을 체결하지 않자 트루도 총리가 그녀를 2019년 1월 법무부장관에서 해임하고 한직인 보훈부장관에 임명하였다는 주장이 제기되었다.[31] Wilson-Raybould는 검찰청법은 법무부장관(검찰총장)의 권한으로 형사사건에 개입하여 검찰청장(Director of Public Prosecution)의 결정을 번복하고 SNC-Lavalin과 기소유예협정을 체결할 수 있는 권한을 부여하고는 있지만, 법무부장관의 그러한 권한은 정치적 압력으로부터 독립하여 매우 제한적으로 사용되어야 한다고 믿었기 때문에 그러한 권한을 행사하지 않았고, 그런 이유로 자신이 법무부장관직에서 해임되었다고 주장하였다.[32]

---

28) 법무부차관에 대한 가이드, 연방정부 홈페이지 https://www.canada.ca/en/privy-council/services/publications/guidance-deputy-ministers.html

29) Robert Fife, Stephen Chase, Sean Fine, “PMO Pressed Wilson-Raybould to Abandon Prosecution of SNC-Lavalin; Trudeau Denies His Office ‘Directed’ Her”. The Globe and Mail (February 7, 2019), https://www.theglobeandmail.com/politics/article-pmo-pressed-justice-minister-to-abandon-prosecution-of-snc-lavalin/ 2024. 6. 7. 최종접속.

30) 기소유예협정(Deferred Prosecution Agreements)은 일정한 범죄에 대한 혐의를 받고 있는 기관이 협정에 따른 조건을 이행하는 경우에 검찰이 그 혐의와 관련된 기소 절차를 정지해 주는 제도이다. 이에 따르면 일정한 경우에 회사의 주주와 근로자들을 보호하기 위하여 회사가 부패와 관련 범죄들을 스스로 보고하기로 약속하는 경우에 기소를 유예할 수 있도록 허용할 수 있게 된다. 구제협정(Remediation Agreements)이라고도 한다. 캐다나 형법 제715.3 Remediation Agreements 참조.

31) Center for the Advancement of Public Integrity, “Canadian Corruption and the SNC-Lavalin Affair”, Columbia Law School, Scholarship Archive, 2019, Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/public_integrity/13; Alex Marland, “The SNC-Lavalin Affair: Justin Trudeau, Ministerial Resignations and Party Discipline”, Études canadiennes, 2020, p. 151, http://journals.openedition.org/eccs/4064 2024. 6. 7. 최종접속.

32) Center for the Advancement of Public Integrity, “Canadian Corruption and the SNC-Lavalin Affair”, Columbia Law School, Scholarship Archive, 2019, Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/public_integrity/13

### 다. 법무부장관과 검찰총장의 역할 - A. Anne McLellan 보고서

SNC-Lavalin 사건을 계기로 2019. 3. 18. 트루도 수상은 법학자이자 자유당 소속 정치인인 A. Anne Mclellan을 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 역할에 대한 특별보좌관(Special Advisor on the roles of the Minister of Justice and Attorney General of Canada)으로 임명하고 법무부장관과 검찰총장을 겸직하도록 하고 있는 캐나다 연방제도를 바꾸어야 하는지에 대한 검토를 요청하였다.[33] 법무부장관이 검찰총장의 직을 겸직하는 캐나다 연방에서는 연방수상과 법무부장관(검찰총장)의 관계는 미국 연방의 제도에서와 같이 연방수상이 임면권을 갖는 법무부장관(검찰총장)에 대하여 사실상의 지휘권을 갖게 된다. A. Anne McLellan의 보고서는 이 문제를 법무부장관과 검찰총장의 역할을 비교하는 방법에 의해 접근하였다. 법무부장관은 내각의 다른 구성원과 다른 특별한 의무를 부담한다. 법무부장관은 내각의 일원으로서 정무적 고려를 하여야 하지만, 법적 조언에 있어서는 독립되고 정치적 중립을 지켜야 한다.[34] 법무부장관은 법무부장관으로서 형사정책을 담당하며, 검찰총장으로서는 공소를 포함한 송무(litigation)를 담당한다.[35] 그녀는 법무부장관이 가지고 있는 두 가지의 역할 즉, 검찰총장의 역할과 법무부장관의 역할을 비교한 후에 두 직의 겸직이 바람직한지 이를 분리하는 것이 타당한지에 대한 제언을 한다.

#### (1) 검찰총장으로서의 역할 - 독립성과 정치적 중립성

법무부장관은 형사소송에 대한 책임을 지는데, 이 권한은 앞에서 본 바와 같이 상당 부분 검찰청장을 겸직하는 법무부 차관(검찰청장)에게 위임되어 있다. 검사의 공소에 관한 결정 권한은 매우 광범위한데 이것을 공소 재량(prosecutorial discretion)이라고 한다. 검사는 공소재량의 행사에 있어서 공정하고 객관적이며 법령을 준수하여야 하기 때문에 검사의 결정은 준사법적(quasi-judicial)이며, 그렇기 때문에 사법심사에서 검사의 공소재량에 대하여 상당한 정도의 자율성을 인정하고 있다.[36]

법무부장관은 검사들의 공소에 관한 결정을 번복할 수 있는 권한을 가지고 있는데, 실무에서 이 권한은 매우 예외적인 경우에만 행사된다. 법무부장관이 공소에 관한 결정을 하는 경우에는 검사들과 마찬가지로 준사법기관으로서 기능한다.[37] 법무부장관이 기소, 공소유지, 공소취소에 관한 결정을 할 수 있는 권한은 매우 막중하고

33) A. Anne McLellan, 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 역할에 대한 검토(Review of the Roles of the Minister of Justice and Attorney General of Canada), 2019, p. 6. https://pm.gc.ca/en/news/backgrounders/2019/08/14/review-roles-minister-justice-and-attorney-general-canada#_ednref63 2024. 6. 7. 최종접속.

34) 캐나다 법무부 홈페이지, 법무부장관의 역할(Roles and Responsibilities of the Minister of Justice and Attorney General of Canada), https://justice.gc.ca/eng/trans/transition/2021/p2.html 2024. 6. 8. 최종접속.

35) A. Anne McLellan, 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 역할에 대한 검토(Review of the Roles of the Minister of Justice and Attorney General of Canada), 2019, p. 9.

36) A. Anne McLellan, 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 역할에 대한 검토(Review of the Roles of the Minister of Justice and Attorney General of Canada), 2019, p. 13.

37) A. Anne McLellan, 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 역할에 대한 검토(Review of the Roles of the Minister of Justice and Attorney General of Canada), 2019, p. 14.

중요한 역할이기 때문에 정부의 정치적 압력으로부터 독립적으로 행사되어야 한다. 법무부장관이 공소를 지휘·감독할 때 정치적 중립을 지켜야 한다는 것은 캐나다의 헌법의 원칙(a constitutional principle in this country)이다.[38] 이러한 원칙이 존중되지 않는다면, 경찰과 검사는 반정부인사만 기소하고, 친정부인사를 처벌하지 않게 될 것이다.[39]

실무에 있어서도 검사의 독립성이 중시된다. 이것은 첫째, 법무부장관을 포함한 검사는 정치적 압력이나 지시로부터 자유로와야 한다는 헌법의 원칙에 따른 당연한 결론이다. 둘째, 개개의 검사나 그 검사들의 상급 검사들에 의해 공소에 관한 결정이 이루어지고, 법무부장관이 공소에 관한 결정 과정에 개입(involved)하는 경우는 극히 예외적이다. 이것은 검사들의 공소에 관한 결정 과정에서 검사의 독립성을 보호할 뿐만 아니라, 부적절한 개입을 하였다는 비판으로부터 법무부장관을 보호하는 역할을 하기도 한다.[40]

### (2) 법무부장관의 책임(accountability) - 정치적 책임

민주주의 국가에서 정부의 권한을 행사하는 공무원은 그 권한의 행사에 대하여 공중(public)에게 책임을 져야 한다. 이러한 책임은 다양한 형식으로 존재한다. 첫째, 검찰청장은 법무부장관에 대하여 책임을 진다. 둘째, 법무부장관은 의회를 통해 공중에 대하여 책임을 진다. 이러한 책임은 검사의 독립과 마찬가지로 중요하며, 검사의 독립성을 보호하고 증진하는데 도움이 된다. 법무부장관이 공소에 관한 결정에 관하여 공중에 대하여 설명하여야 한다면, 법무부장관이 정치적 이유나, 개인적 이익, 또는 부당한 목적을 위해 공소에 관한 결정을 하기는 어려울 것이다.[41]

### (3) 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 직책 분리 여부

A. Anne Mclellan은 특정한 사건에 관한 검찰의 결정과 관련하여 검찰의 책임을 확보하면서 동시에 정치적 간섭을 보장할 수 있는 완벽한 어떤 법제도나 모델은 발견하지 못했다고 한다. 어떤 모델을 택하든 검찰이 부적절한 압력에 복종할 가능성은 언제나 존재한다는 것이다.[42] 그녀는 검찰청법은 검찰이 정치적 중립성을 지킬 수 있는 충분한 제도를 갖추고 있으며 법무부장관(검찰총장)의 개인적인 직업윤리 또한 검찰의 독립과 정치적 중립에 핵심이 된다고 보았다.[43]

---

38) A. Anne McLellan, 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 역할에 대한 검토(Review of the Roles of the Minister of Justice and Attorney General of Canada), 2019, p. 14.
39) A. Anne McLellan, 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 역할에 대한 검토(Review of the Roles of the Minister of Justice and Attorney General of Canada), 2019, p. 14.
40) A. Anne McLellan, 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 역할에 대한 검토(Review of the Roles of the Minister of Justice and Attorney General of Canada), 2019, p. 16.
41) A. Anne McLellan, 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 역할에 대한 검토(Review of the Roles of the Minister of Justice and Attorney General of Canada), 2019, p. 16.
42) A. Anne McLellan, 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 역할에 대한 검토(Review of the Roles of the Minister of Justice and Attorney General of Canada), 2019, p. 28.
43) A. Anne McLellan, 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 역할에 대한 검토(Review of the Roles of the Minister of Justice and Attorney General of Canada), 2019, p. 29.

캐나다 연방법은 한 사람이 법무부장관과 검찰총장의 겸직하는 제도를 선택하였다. 한 사람이 이 두 직을 겸직함으로써 매우 중요한 역할을 할 수 있으며, 이것은 두 사람이 각각의 직을 수행하는 것에서는 얻을 수 없는 이익이다. 법무부장관은 검찰총장을 겸직함으로써 법무와 검찰의 업무 전체에 대한 책임을 지며, 내각은 이러한 능력을 가진 법무부장관(검찰총장)으로부터 신뢰할 수 있는 법적 조언을 받을 수 있다. 검찰총장은 변호사로서 상황에 대한 전문성을 가지고 있으며, 법무부장관으로서 상황의 쟁점과 배경, 맥락을 파악하고 내각에 대하여 조언을 할 수 있다. 내각은 검찰총장인 법무부장관의 의견을 경청할 것이며 이것은 내각에 많은 도움이 될 것이다. 마찬가지로 법무부 내에서 함께 근무하는 변호사(검사)와 정책을 담당하는 전문관료들도 이러한 업무의 공통에서 오는 이익을 누리게 된다. A. Anne Mclellan은 이러한 장점을 포기하고 법무부장관과 검찰총장의 직을 분리하여야 할 정도의 이익을 찾지 못하였다.[44]

## Ⅲ. 우리나라에서 법무부장관의 수사지휘권

### 1. 현행법의 해석

법무부장관은 검사에 대한 사무를 관장한다(정부조직법 제32조 제2항). 법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 검찰에 대한 일반적 지휘·감독권을 갖는다. 다만, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장에 대한 지휘·감독권만을 가지고 있다(검찰청법 제8조)[45]. 따라서, 법무부장관은 법무부에 소속된 공무원인 검사에 대하여 지휘·감독권을 갖는다.

검찰총장은 검찰사무를 총괄하며 검찰공무원을 지휘·감독하지만(검찰청법 제12조 제2항), 검찰총장 역시 법무부장관에 소속된 검사라는 점에서 이러한 검찰총장의 지휘·감독권은 법무부장관의 지휘·감독권에 복종하는 제한된 권한이다. 우리 검찰청법은 구체적 사건의 처리가 정치적 영향에 의하여 좌우되는 것을 막고, 검찰의 구체적 사건 처리에 있어서 공정성과 정치적 중립성을 보장하기 위하여 법무부장관은 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘·감독하도록 하고 있다(검찰청법 제8조).[46] 법무부장관은 검찰사무의 최고 지휘·감독자인데, 구체적 사건과 관련하여서는 검찰총장만을 지휘·감독할 수 있기 때문에 검찰총장 이외의 검찰공무원은 법무부 장관으로부터 구체적 사건에 대한 지휘·감독을 받지 않는 독립성을 확보한다. 즉, 법무부 장관의 검찰에 대한 지휘·감독권은 구체적 사건에 대하여서는 검찰총장에 대한 지휘·감독권으로 제한된다.[47]

---

44) A. Anne McLellan, 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 역할에 대한 검토(Review of the Roles of the Minister of Justice and Attorney General of Canada), 2019, p. 28-29.

45) 검찰청법 제8조(법무부장관의 지휘・감독) 법무부장관은 검찰사무의 최고 감독자로서 일반적으로 검사를 지휘・감독하고, 구체적 사건에 대하여는 검찰총장만을 지휘・감독한다.

46) 법무부장관에 대한 검사의 상명하복관계는 외적 지휘·감독이라고 하고, 검찰청 내에서의 검사의 상명하복관계인 내적 지휘·감독이라 한다. 이재상・조균석・이창온, 형사소송법, 박영사, 2022, 58면.

법무부장관은 구체적 사건에 대하여 검찰총장 이외의 검사를 지휘·감독할 수 없고, 검찰총장은 구체적 사건에 대하여 검찰청 소속 공무원을 지휘·감독할 수 있으나, 여전히 법무부장관의 구체적 사건에 대한 지휘·감독의 대상이 된다. 법무부장관이 구체적 사건에 대하여 검찰총장을 지휘·감독한 경우에 검찰총장은 어떻게 하여야 하는지, 즉, 법무부장관의 지휘·감독에 따라야 하는지, 이를 따르지 않는 경우에 어떤 법적 효과가 있을 지에 대한 논의가 있을 수 있다.

검찰총장만을 지휘한다는 것은 법무부장관의 지휘권 행사에 대하여 그 지휘의 합법성이나 타당성 여부를 검찰총장이 스스로의 책임하에 검토하여야 할 의무와 권한을 부여하는 것을 의미한다.[48] 법무부장관의 구체적 지휘권을 제한하는 검찰청법 제8조의 취지는 검찰총장을 완충대로 하여 구체적 사건의 처리가 정치적 영향에 좌우되는 것을 막기 위한 것이기 때문이다. 검찰총장이 아닌 검사들이 사건 처리에 있어서 정치적 영향을 받지 않도록 검사의 독립성을 보장할 책임이 검찰총장에게 있는 것이다.[49] 검찰청법 제8조는 법무부장관의 구체적 사건에 대한 지휘에 복종하지 않고 검찰총장이 그 자신의 책임하에 이를 자신의 지휘·감독을 받는 검사에게 전달하는 것을 거부할 수 있다는 취지이다. 검찰청법 제8조에 따라 법무부장관은 구체적 사건에 대하여 검찰총장에 대하여만 지휘권을 가지고 있으므로, 검찰총장이 법무부장관의 지휘에 불복종하더라도 사건을 담당하는 검사에게 직접 사건에 대한 구체적 지휘를 할 수는 없다.

그러나, 법무부장관의 구체적 사건에 대한 지휘에 복종하지 않은 검찰총장은 이에 대하여 법적인 책임을 져야 한다. 검찰총장은 국가공무원법 제57조의 상명하복관계 위반 및 검찰청법 제8조가 규정하고 있는 법무부장관의 구체적 사건에 대한 지휘·감독권에 대하여 불복종한 것에 대한 법적 책임을 져야 한다.[50] 이러한 의미에서 법무부장관과 검찰총장은 대등한 지위라고 할 수 없으며[51], 검찰총장은 자신의 소신과

---

47) 검찰청법 제8조는 법무부장관의 검사에 대한 지휘·감독권을 규정하고 있고, 형사사건의 처리의 주체는 검사이므로 이하에서는 검사에 한정하여 논한다.

48) 이완규, 법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성: 문제점과 대안, 한반도선진화재단, 2020, 22, 22면.

49) 이재상・조균석・이창온, 형사소송법, 박영사, 2022, 58-59면.

50) 우리나라는 「헌법」 제1조 제2항 후문에서 "모든 권력은 국민으로부터 나온다."라고 하여 국민주권과 함께 대의제 민주주의를 채택하고 있음을 선언하고 있다. … 법무부장관은 선출직 공무원으로 국민의 대표인 대통령에 의하여 임명되는 「국가공무원법」 제2조 제3항 제1호의 정무직공무원이다, 민주적 법치국가에서 선거로 선출된 대통령에 의하여 임명되는 법무부장관은 형식적이라고 하여도 민주적 정당성에 근거하여 헌법과 법률에 따라 권한을 행사한다. 그래서 법무부장관의 권한행사에 대하여 법무부 소속기관인 검찰이 따르는 것은 비민주적이라고 말할 수 없다. 김상겸, 법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성: 문제점과 대안에 대한 토론, 한반도선진화재단, 2020, 36면.

51) 이완규 변호사는 검찰청법 제8조를 해석하면서 법무부장관의 구체적 사건의 지휘에 대하여 검찰총장은 그 지휘권 행사에 대해서 “대등한 지위”에서 그 적법성 여부를 판단할 수 있다고 주장한다(이완규, 법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성: 문제점과 대안, 한반도선진화재단, 2020, 22, 31면). 검찰청법 제8조는 법무부장관의 구체적 사건에 대한 지휘·감독에 복종하지 않고 검찰총장이 자신의 책임하에 이를 검사에게 전달하지 않아도 된다는 취지라는 점은 명백하다. 그런데, “대등한 지위”라는 표현에서 누구와 대등하다는 것인지에 대하여 생각해보면 검찰총장이 법무부장관과 대등한 지위라는 취지일 것이다. 법무부장관의 지휘의 적법, 타당성 여부를 판단하는 검찰총장이 그 판단 단계에서 법무부장관이 옳다는 것을 논리적 전제로 할 수 없다는 취지로 보이지만, 국민의 의해 선출된 대통령이 법무·검찰의 책임자이자 검찰총장의 지휘·감독자로 임명한 법무부장관에 대하여 검찰총장이 “대등한 지위”에서 법무부장관의 지휘권 행사에 대하여 적법성 여부를 판단한다는 표현은

직업윤리에 따라 판단하고 처신하되, 법무부장관의 구체적 사건에 대한 지휘·감독에 대한 불복종에 대하여는 검사징계법이나 스스로 사임하는 방법 등에 의한 책임을 지는 것이 타당하다. 한편, 법무부장관은 자신의 지휘권행사에 대하여 대통령이나 국회에 대하여 책임을 지며, 대통령과 국회는 법무부장관의 지휘권행사에 대하여 선거를 통해 국민에 대한 책임을 지게 된다.

## 2. 법무부장관의 구체적 수사지휘권 폐지 논의

### 가. 폐지론

법무부장관의 일반적 지휘권은 형사정책을 결정하는 법무부장관이 검찰에 이를 집행하도록 명령하는 것이므로 당연히 인정된다고 하면서, 검찰청법 제8조에 규정된 법무부장관의 구체적 사건에 대한 지휘·감독권은 폐지하자는 주장이 있다.[52] 검사가 행사하는 검찰권의 사법적 성격에 따라 중립성과 객관성을 보장할 필요가 있고, 정치적 공무원인 장관이 검찰에 대해 지휘권을 행사하는 것이 검찰의 정치적 중립성을 해할 우려가 있다는 이유이다.[53] 21대 국회에서 법무부장관의 구체적 수사지휘권을 폐지하자는 검찰청법 개정안이 발의되었었다. 구체적 사건에 대한 법무부장관의 지휘·감독권 행사가 검찰의 권한 남용을 견제하는 순기능보다는 정치적 요인과 연계된 법무부장관의 수사 개입으로 검찰의 공정성과 독립성을 저해하는 역기능이 더 크게 발생할 수 있다,[54] 검찰의 정치적 중립성을 해한다,[55] 임명권자인 대통령을 비롯한 법무부장관의 의중에 따라 특정 사건의 수사 여부 또는 방향이 결정된다는 논란이 있고, 프랑스도 2013. 7. 25. 검찰의 중립성과 독립성 확보를 위해 구체적(개별) 사건에 대한 법무부장관의 지휘권을 폐지하였다고 근거를 제시하였다.[56]

### 나. 유지론

법무부장관의 구체적 수사지휘권을 폐지하자는 주장에 대하여 ① 검찰은 행정부에 속하며, 사법부의 판사와 같은 독립성을 누리는 것은 아니고, ② 법무부장관이 검찰사무에 대하여 국회에서 출석답변의무(헌법 제62조), 국회의 해임 건의(헌법 제63조), 국정감사 및 조사(헌법 제61조), 탄핵소추의 대상(헌법 제65)이 되는 등 국회에 대하여 책임을 지면서, 검찰총장에 대하여 구체적 사건에 대하여 지휘·감독을 할 수 없다고 하기 어렵고, ③ 검찰권의 적정한 행사를 보장하기 어렵고, 검찰조직이 사실상 독자적으로 운용되어 검찰팟쇼로 흐를 가능성이 있으며, ④ 비교법적인 측면에서도 대부분의 나라에서 법무부장관에게 검찰총장에 대한 구체적 지휘·감독권을 인정하고 있다면서 존치를 주장하는 반론이 있다.[57]

---

타당한 것으로 보이지 않는다.

52) 이재상・조균석・이창온, 형사소송법, 박영사, 2022, 59면.

53) 이준보·이완규, 한국검찰과 검찰청법, 박영사, 2017, 299면.

54) 의안번호 2125706, 2023. 12. 1. 서범수 의원 등 10인 대표발의, 검찰청법 일부개정법률안.

55) 의안번호 2107453, 2021. 1. 18. 권성동 의원 등 13인 대표발의, 검찰청법 일부개정법률안.

56) 의안번호 2100848, 2020. 6. 22. 조수진 의원 등 56인 대표발의, 검찰청법 일부개정법률안.

### 다. 사견 - 유지론

필자는 유지론에 찬성한다. 앞의 입법례에서 보았듯이 법무부장관의 검사에 대한 구체적 사건에 대한 수사지휘권의 존부 및 형태는 나라마다 다르다. 프랑스가 최근 이를 폐지하였다고 하지만, 독일은 법무부장관이 검찰총장뿐만 아니라 검사들에게 직접 일반적, 구체적 지휘권을 갖는다. 미국과 캐나다 또한 대통령이나 수상이 법무부장관(검찰총장)에 대하여 갖는 지휘권을 배제하는 규정은 보이지 않는다. 캐나다의 경우에 법무부장관(검찰총장)이 독립된 기구의 장인 검찰청장(법무부차관)에 대하여 갖는 지휘권을 배제하고 있지도 않다. 미국에서는 대통령의 검찰총장(법무부장관)에 대한 정치적 영향을 제거하기 위하여 다양한 방안을 검토하였으나 이는 실현되지 못하였다. 캐나다에서는 법무부장관과 검찰총장의 직을 겸직하는 종전의 제도를 변경하여 이를 분리할 필요가 있는지를 검토하였으나 이를 실행하지는 않았다. 미국과 캐나다에서는 법무부장관이 검찰총장의 직을 겸직하고 있으며 법무부장관은 내각의 일원으로 정치인이다. 법무부장관이 검찰총장을 겸직하고 있기 때문에 법무부장관(검찰총장)에 대한 임면권을 갖는 대통령이나 수상의 정치적 영향력이 곧바로 법무부장관(검찰총장)에게 미칠 수 밖에 없다. 한편, 법무부장관과 검찰총장은 겸직으로 검찰총장 자체가 사실상 정치인인 것이다. 이런 국가에서조차 검찰을 법무부로부터 독립시키고 검찰총장이 대통령이나 수상으로부터 독립하여 검찰권을 행사하는 제도를 도입하지 않고 있다. 우리나라는 이에 비하여 검찰청법 제8조에 의하여 검찰총장이 스스로의 책임하에 부당한 정치적 영향력을 막을 수 있는 제도를 가지고 있다. 게다가 우리나라의 검찰총장은 2년의 임기가 보장된 독립관청으로서 대통령이나 수상, 법무부장관이 검찰총장을 함부로 해임할 수 없게 되어 있다(검찰청법 제12조). 따라서 우리나라의 입법이 검찰의 독립성, 정치적 중립, 공정성에 반하는 입법이라고 보기는 어렵다.

세계 주요국의 입법례를 검토하여 보편적인 법원리를 발견하는 것은 중요한 일이지만, 우리나라의 제도와 현실을 살펴보는 것 또한 중요하다. 우리나라에서는 검찰에 대한 정치권력의 영향력 행사도 문제지만, 검찰이 비대화, 거대권력화하면서 검찰의 정치화가 된 것이 더 큰 문제이다. 이로 인하여 검찰개혁이 사회개혁과 국가권력구조 개혁에서 중요한 화두가 되고 있기 때문이다.[58] 우리나라의 현실은 검찰에 대한 민주적 통제가 매우 중요하다는 것을 보여준다.

첫째, 우리나라의 검찰은 다른 나라에 비해 광범위하고 막강한 권한을 보유하고 있는 전국적인 규모의 조직이다. 검찰은 수사권과 공소권을 통하여 정권을 교체할 수 있는 권력으로 성장하였고, 실제로 현 대통령은 전직 검찰총장이기도 하다. 그런

---

57) 이천현, "검찰청법 제8조의 법적문제", 한양법학 제18집, 한양대학교 법학연구소, 2005. 12,, 77-79면.

58) "우리가 참여정부 시기를 돌이켜 보면 대통령이 검찰을 도구화하지 않겠다고 선언을 했었고 또 상당 부분 지켜졌다고 생각을 합니다. … 전체적으로 보자면 검찰이 정치적 중립이라는 외피를 쓴 채 다원화된 형태의 보수지배계급을 인정하고 검찰 자신도 공고하게 성장하는 기틀을 마련한 시점이 오히려 노무현 정부 때가 아니가 하는 생각입니다. 즉, 검찰에게 정치적 중립이라는 외관만 오히려 심어줬단 이야기입니다." 이호중, 2008. 10. 29. 참여연대, 민주사회를 위한 변호사 모임 주최 좌담회 자료집, 검찰 60주년, 검찰의 정치화와 권력화 어떻게 할 것인가, 390면.

데 이러한 막강한 권력의 담당자인 검찰은 국민으로부터 선출된 것도 아니고, 그 권한의 행사에 대하여 국회나 국민에 대하여 책임을 지는 것도 아니고, 국민의 의사에 의해서 교체될 수도 없다. 그렇다면, 적어도 국민들이 선출한 국가의 수반이자 행정부의 장인 대통령과 대통령이 임명한 법무부장관의 지휘에 따르게 하는 것이 민주주의 국가의 원칙에 부합될 것이다.

둘째, 정치인인 대통령과 법무부장관이 정치적 영향력을 행사할 때 검찰권의 정치적 중립성과 공정성이 훼손된다는 지적은 타당하며, 법무부장관의 지휘권이 남용되지 않도록 여러 가지 보완을 하여야 할 것이다. 그러나, 우리나라에서 그 동안 검찰권이 정치적 중립과 공정을 지켰다고 주장하기는 어려울 것이다. 우리나라에서 법무부장관이 구체적 사건에 대한 지휘권을 통하여 정치적 영향력을 행사함으로써 야기된 문제가 그 동안 검찰이 정치검찰화함으로써 야기했던 문제보다 더 크다고 말하기는 어렵다. 검찰에 대한 정치적 영향력 행사가 사회적 논란을 야기했던 것이 아니라 검찰이 비대화, 권력화되면서 검찰 스스로 정치검찰화를 한 것이 더 문제였던 것이다.

실제 사례를 보자. 전두환을 중심으로 한 신군부 세력이 12·12 군사반란을 일으켜 군부를 장악한 뒤, 정권 찬탈을 위한 내란행위의 일환으로 1980년 5월 17일 비상계엄을 전국으로 확대하고, 5월 18일부터 27일까지 광주시민에 대한 대규모의 학살행위에 대하여 15년이 지난 1995년 7월 18일 서울지방검찰청과 국방부 검찰부는 합동으로 5·18 관련 수사결과 발표를 하였다. 12·12 군사반란에 대하여는 군형법상 반란죄를 인정하면서도 성공한 내란은 처벌할 수 없다는 이유로 기소유예 처분을 하였고 5·18 광주 시민 학살에 대하여는 공소시효가 완성되었다는 이유로 공소권 없음 처분을 하였다는 내용이었다.[59] 검찰의 불기소처분에 대하여 국민들은 전국적으로 집회와 시위, 성명서 발표를 통해 기소를 촉구하였다. 이후 김영삼 대통령은 5.18 광주민주화운동을 진압한 책임자를 처벌할 수 있는 특별법 제정을 지시했고 검찰에는 재수사를 명령했다. 1995. 12. 21. 공소시효정지에 관한 5·18민주화운동 등에 관한 특별법과 헌정질서파괴범죄의 공소시효 등에 관한 특례법이 제정되었고, 검찰은 1995년 11월 특별수사본부를 꾸려 수사에 들어갔다.[60] 전두환, 노태우 등은 검찰에 의해 구속기소되었는데, 검찰은 수사결과 5.18 내란의 시효기산점을 계엄이 해제된 1981년 1월 24일로 잡은 만큼 시효가 남아 있기 때문에 굳이 5.18특별법을 적용하지 않아도 처벌이 가능하다고 주장하였다.[61] 전두환, 노태우 등에 대한 군사반란과 내란행위는 유죄로 확정되었다.[62][63] 정연주 전KBS 사장 사건, PD수첩 명예훼손 사건 등 정치적

59) 한인섭, 5·18 재판과 사회정의, 경인문화사, 2006, 3-30면.

60) 동양일보, 2015. 11. 22.자 기사, YS시대>③'역사 바로세우기'…5.18 특별법으로 전두환·노태우 구속, http://www.dynews.co.kr/news/articleView.html?idxno=287204; 민병로·김남진, 5·18민주화운동의 진상규명과 책임자처벌에 관한 대법원 판결 분석, 전남대학교 5·18연구소, 민주주의와 인권, 제16권 제2호, 2016, 65면.

61) 한겨레 1996. 1. 24. 이종찬 본부장·김상희 주임검사 일문일답 https://www.hani.co.kr/arti/legacy/legacy_general/PRINT/424378.html

62) 대법원 1997. 4. 17. 선고 96도3376 전원합의체 판결 [반란수괴·반란모의참여·반란중요임무종사·불법진퇴·지휘관계엄지역수소이탈·상관살해·상관살해미수·초병살해·내란수괴·내란모의참여·내란중요임무종사·내란목적살인·특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)]

63) 한인섭 교수는 검찰의 12·12 군사반란에 대한 기소유예, 5·18 광주 시민 학살에 대한 공소권없음 처분에 대하여 단순한 행정적 직무유기가 아닌 범죄적 수준의 직무유기라고 비판하면서, 형법상의 직무유기죄 및 범인은닉/도피죄를 구성한다고 하였다. 한인섭, 5·18 재판

목적을 위해 검찰권을 오남용한 행태는 그 이후에도 끊이지 않았다.[64] 대부분의 경우에 검찰은 이에 대한 책임을 지지 않았다. 검사의 신분보장과 준사법기관적 성격, 검찰 기능의 전문성으로 인하여 실제로 검찰 외부에서 검찰권의 행사에 대한 책임을 묻는 것이 극도로 어려운 것이다.

법무부장관의 구체적 사건에 대한 지휘권이 문제된 경우는 대부분의 경우에 소위 진보 정권이라고 하는 노무현, 문재인 대통령 시기이다. 소위 보수 정권이라고 하는 이명박, 박근혜 정부 시기에는 이러한 논란이 발생한 적이 없다. 보수 정권 내에서는 검찰권의 행사가 언제나 공정하고 정치적 중립을 지켰기 때문에 법무부장관이 구체적 사건에 대한 지휘권을 행사하지 않았고, 진보 정권 내에서는 검찰이 공정하고 정치적 중립을 지키는 검찰권 행사를 하고자 하였는데, 법무부장관이 이에 대하여 위법, 부당한 지휘를 하였기 때문에 이런 결과가 발생한 것이라고 보기는 어려울 것이다. 상식적으로 보수 정권 내에서 법무부장관의 구체적 사건에 대한 지휘권 행사가 없었던 이유는 검찰이 정권의 뜻에 부합하는 공소권의 행사를 하였기 때문에 법무부장관이 구체적 사건에서 검찰에 대한 지휘권 행사를 할 필요 없었다고 보는 것이 사실에 부합하는 해석일 것이다. 결국 법무부장관의 구체적 사건에 대한 지휘권 행사는 법무부장관과 검찰의 의견이 다른 경우에만 의미가 있는 것이다. 우리나라처럼 특히 검찰이 막중한 책임과 강력한 권한을 가진 나라에서, 검찰의 구체적 사건에 대한 권한 행사에 관하여 법무부장관과 검찰총장의 의견이 대립할 때, 민주적 정당성을 갖는 법무부장관의 지휘권 행사를 금지하고자 한다면 적어도 검찰의 정치적 중립성과 공정성에 대한 확고한 제도적 보장이나 이에 대한 광범위한 국민의 지지가 있어야 한다. 아직 우리나라의 검찰권 행사가 정치적 중립과 공정을 지키고 있다는 국민적 공감대는 높지 않은 것으로 보인다.

## IV. 결 론

2005년 10월 검찰이 강정구 당시 동국대 사회학과 교수의 인터넷 매체 기고 글을 두고 국가보안법 위반 혐의로 구속 수사하려 하자 열린우리당 의원이었던 천정배 당시 법무부 장관이 김종빈 당시 검찰총장에게 “불구속 수사하라”라고 지시하였다. 김종빈 검찰총장은 수사를 맡은 서울중앙지검에 불구속 수사를 지시하고 사임하였다. 이후 서울중앙지검은 2005년 12월 강정구 교수를 불구속 기소했다. 김 총장은 퇴임

---

과 사회정의, 경인문화사, 2006, 30-31면.

64) 참여연대 이슈리포트 IR-20110208, “부실하거나 무리하거나” 검찰권 오남용 사례와 책임져야 할 검사들, 정연주 전KBS 사장 수사, http://www.peoplepower21.org/Judiciary/524327?_ga=2.130338127.1506455026.1683009284-1137284927.1680931946&_gl=1*1h8kewz*_ga*MTEzNzI4NDkyNy4xNjgwOTMxOTQ2*_ga_27Q6383ENL*MTY4MzAxMzg3Mi4zLjEuMTY4MzAxMzg5NC4zOC4wLjA; 참여연대 이슈리포트 IR-20110208, “부실하거나 무리하거나” 검찰권 오남용 사례와 책임져야 할 검사들, PD수첩 명예훼손 수사, http://www.peoplepower21.org/Judiciary/524327?_ga=2.130338127.1506455026.1683009284-1137284927.1680931946&_gl=1*1h8kewz*_ga*MTEzNzI4NDkyNy4xNjgwOTMxOTQ2*_ga_27Q6383ENL*MTY4MzAxMzg3Mi4zLjEuMTY4MzAxMzg5NC4zOC4wLjA.

사에서 다음과 같은 소회를 남겼다.

“지휘권 행사가 부당하다고 거부하면 법 집행 기관인 검찰총장이 법을 어기게 되고 검찰은 통제되지 않는 권력 기관이라는 비판을 받을 수 있어 수사 지휘권 행사에 대한 정당성 평가는 국민들의 몫으로 남기고, 수사 지휘를 수용한 후 검찰의 정치적 중립을 지키지 못한 채 자신은 사퇴하는 것이 가장 원만한 해결 방법이라고 생각했습니다.”[65]

실제로 이 사건에 대하여 법원은 징역 2년에 집행유예 3년, 자격정지 2년을 선고했고 이후 대법원에서 확정되었다.[66]

필자는 당시 법무부장관의 구체적 수사지휘권 행사가 김종빈 검찰총장이 생각하였듯이 부당하다고 생각하지는 않는다. 법무부장관의 불구속 수사 지시가 불구속수사의 원칙에 부합하고, 실무적으로도 도주나 증거인멸과 같은 구속의 사유가 있다고 보기도 어려운 사안이다. 그러나, 거의 20년도 지난 사건의 처리에 관하여 지금 무엇이 타당했었는지를 논하는 것은 쉽지 않은 일이라고 생각한다. 다만, 적어도 김종빈 검찰총장은 스스로의 직업 윤리와 양심에 따라 품위 있는 처신을 하였다고 생각한다.

앞에서 보았듯이 캐나다의 A. Anne McLellan은 특정한 사건에 관한 검찰의 결정과 관련하여 검찰의 책임을 확보하면서 동시에 정치적 간섭을 보장할 수 있는 완벽한 어떤 법제도나 모델은 발견하지 못했다고 한다. 입법례에 관한 어떤 모델을 택하든 검찰이 부적절한 압력에 복종할 가능성은 언제나 존재한다는 것이다.[67] 우리 입법은 미국이나 캐나다의 입법보다 매우 높은 수준의 검찰권의 독립을 인정하고 있다. 우리나라의 검찰이 검찰청법 제8조의 구체적 사건에 관한 법무부장관의 수사지휘권 때문에 정치적 영향으로부터 독립된 공정하고 중립적인 검찰권행사를 못했다고 하기는 어려울 것이다. 검찰청이 비대한 권력기관으로 남아 있고, 검찰 스스로의 정치화로 인한 정치검찰화가 계속되는 한 우리 검찰청법 제8조의 법무부장관의 구체적 수사지휘권은 필요하다고 본다. 나아가 검찰청법 제8조의 법무부장관의 구체적 수사지휘권의 폐지와 상관없이 검찰의 독립과 정치적 중립은 검찰 스스로의 노력에 의해서, 그리고 스스로의 노력에 의해서만 달성가능하다고 생각한다. 정치검찰의 문제는 검찰청법 제8조 법무부 장관의 구체적 수사지휘권의 존재 때문에 생긴 것이 아니며, 검찰청법 제8조 법무부 장관의 구체적 수사지휘권을 폐지한다고 해서 해결될 수 있는 것도 아니다. 그것은 검찰권을 정치로부터 독립하여 중립적이고 공정하게 행사하고자 하는 검사의 직업 윤리로부터 생기는 것이다.

---

65) The JoonAng, 2022. 3. 25.자, 신구권력 충돌 부른 수사지휘권, 4번 모두 민주당 장관이 발동 [尹검찰공약 갈등], 2023. 5. 4. 최종접속 https://www.joongang.co.kr/article/25058245#home

66) https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/126851.html https://www.pressian.com/pages/articles/102759

67) A. Anne McLellan, 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 역할에 대한 검토(Review of the Roles of the Minister of Justice and Attorney General of Canada), 2019, p. 28.

## [참고문헌]

<국내문헌>

김상겸, 법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성: 문제점과 대안에 대한 토론, 한반도선진화재단

김웅규, “검찰총장의 헌법상 지위”, 미국헌법연구, 제17권 제1호, 2006

김종구 외 7인, 검찰제도론, 법문사, 2011

김종구, 미국의 검찰제도와 연방법무부장관의 정치적 중립성, 형사소송 이론과 실무, 제13권 제1호, 2021

민병로·김남진, 5·18민주화운동의 진상규명과 책임자처벌에 관한 대법원 판결 분석, 전남대학교 5·18연구소, 민주주의와 인권, 제16권 제2호, 2016

사법연수원, 사법제도론, 2011

이완규, 법무부장관 지휘권 사태와 검찰 독립성: 문제점과 대안, 한반도선진화재단, 2020

이재상・조균석・이창온, 형사소송법, 박영사, 2022,

이준보·이완규, 한국검찰과 검찰청법, 박영사, 2017

이천현, "검찰청법 제8조의 법적문제", 한양법학 제18집, 한양대학교 법학연구소, 2005. 12,

이춘재, 검찰국가의 탄생-검찰개혁은 왜 실패했는가?, 서해문집, 2023

임세진, “독일 검찰의 정치적 중립성과 독립성에 관한 연구-인사제도와 조직운영을 중심으로”, 2019 국외훈련검사 연구논문 제34집

제2기 법무·검찰개혁위원회, 제2기 법무·검찰개혁위원회 백서

한인섭, 5·18 재판과 사회정의, 경인문화사, 2006

한제희, 프랑스 검사의 지위와 기능 -최근 동향을 중심으로, 형사소송 이론과 실무 제9권 제1호, 2017

참여연대, 민주사회를 위한 변호사 모임 주최 좌담회 자료집, 검찰 60주년, 검찰의 정치화와 권력화 어떻게 할 것인가, 2008. 10.

The JoonAng, 2022. 3. 25.자, 신구권력 충돌 부른 수사지휘권, 4번 모두 민주당 장관이 발동 [尹검찰공약 갈등], 2023. 5. 4. 최종접속 https://www.joongang.co.kr/article/25058245#home

동양일보, 2015. 11. 22.자 기사, YS시대>③'역사 바로세우기'…5.18 특별법으로 전두환·노태우 구속, http://www.dynews.co.kr/news/articleView.html?idxno=287204

여성신문, 2023. 3. 23.자 기사 국회 신뢰도 24% 최저... 검찰, 형사사법기관 중 가장 낮아, https://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=234307

연합뉴스, 2020. 7. 2.자 기사, 추미애, 수사지휘권 발동…윤석열 벼랑끝 갈림길, 2023. 4. 20. 최종접속, https://www.yna.co.kr/view/AKR20200702087800004

조선일보, 2022. 3. 10.자 기사, [윤석열 시대] 법무부 장관 수사지휘권 폐지… 검찰 독립성 강화, 2023. 4. 20. 최종접속 https://biz.chosun.com/topics/law_firm/2022/03/10/A266HLCANRCDRHPK5KX7P7F444/

참여연대 이슈리포트 IR-20110208, “부실하거나 무리하거나” 검찰권 오남용 사례와 책임져야 할 검사들, PD수첩 명예훼손 수사, http://www.peoplepower21.org/Judiciary/524327?_ga=2.130338127.1506455026.1683009284-1137284927.1680931946&_gl=1*1h8kewz*_ga*MTEzNzI4NDkyNy4xNjgwOTMxOTQ2*_ga_27Q6383ENL*MTY4MzAxMzg3Mi4zLjEuMTY4MzAxMzg5NC4zOC4wLjA.

참여연대 이슈리포트 IR-20110208, “부실하거나 무리하거나” 검찰권 오남용 사례와 책임져야 할 검사들, 정연주 전KBS 사장 수사, http://www.peoplepower21.org/Judiciary/524327?_ga=2.130338127.1506455026.1683009284-1137284927.1680931946&_gl=1*1h8kewz*_ga*MTEzNzI4NDkyNy4xNjgwOTMxOTQ2*_ga_27Q6383ENL*MTY4MzAxMzg3Mi4zLjEuMTY4MzAxMzg5NC4zOC4wLjA.

<해외문헌>

A. Anne McLellan, 캐나다에서 법무부장관과 검찰총장의 역할에 대한 검토(Review of the Roles of the Minister of Justice and Attorney General of Canada), 2019. https://pm.gc.ca/en/news/backgrounders/2019/08/14/review-roles-minister-justice-and-attorney-general-canada#_ednref63

Alex Marland, “The SNC-Lavalin Affair: Justin Trudeau, Ministerial Resignations and Party Discipline”, Études canadiennes, 2020, Available at: https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol87/iss5/3

Bruce A. Green and Rebecca Roiphe, May Federal Prosecutors Take Direction From the President?, 87 Fordham L. Rev. 2019

Center for the Advancement of Public Integrity, “Canadian Corruption and the SNC-Lavalin Affair”, Columbia Law School, Scholarship Archive, 2019, Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/public_integrity/13;

Columbia Law School, Scholarship Archive, Center for the Advancement of Public Integrity, Canadian Corruption and the SNC-Lavalin Affair, (2019). Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/public_integrity/13;

Robert Fife, Stephen Chase, Sean Fine, “PMO Pressed Wilson-Raybould to Abandon Prosecution of SNC-Lavalin; Trudeau Denies His Office ‘Directed’ Her”. The Globe and Mail (February 7, 2019), https://www.theglobeandmail.com/politics/article-pmo-pressed-justice-minister-to-abandon-prosecution-of-snc-lavalin/

미국 법무부 홈페이지 https://www.justice.gov/usao

법무부차관에 대한 가이드, 연방정부 홈페이지https://www.canada.ca/en/privy-council/services/publications/guidance-deputy-ministers.html

[Abstract]

## The authority of the Minister of Justice to direct the Prosecutor General in specific cases

Yun Je Lee*

Many countries, when it comes to exercising prosecutorial authority, which is one of the most powerful functions of the state, aim to ensure the independence, fairness, and political neutrality of this authority. At the same time, they establish mechanisms to secure democratic legitimacy and accountability for the exercise of prosecutorial power. In South Korea, Article 8 of the Prosecutors' Office Act allows the Minister of Justice to direct the Prosecutor General, although the Minister cannot directly direct prosecutors in specific cases. This paper examines whether the Korean legislative approach regarding the Minister of Justice's authority to direct specific investigations undermines the political neutrality and fairness of the prosecution by reviewing examples and legislation from major countries.

No perfect legal system or model was found that guarantees political independence while ensuring accountability for prosecutorial decisions in specific cases. Regardless of which legislative model is adopted, there is always the potential for the prosecution to be subject to inappropriate pressure. In light of the fact that Korean legislation separates the roles of the Minister of Justice and the Prosecutor General, it can be considered to secure a higher level of prosecutorial independence compared to the legislation of the United States or Canada. Considering these aspects, it is difficult to say that the prosecution in our country cannot exercise its authority fairly and neutrally, independent of political influence, due to the provisions of Article 8 of the Prosecutors' Office Act regarding the Minister of Justice's authority to direct investigations in specific cases.

As long as the prosecution remains a powerful institution and continues to be politicized, the Minister of Justice's authority to direct specific investigations under Article 8 of the Prosecutors' Office Act is deemed necessary. Furthermore, independent of the abolition of the Minister of Justice's authority to direct specific investigations under Article 8 of the Prosecutors' Office Act, I believe that the independence and political neutrality of the prosecution can be achieved only through the prosecution's own efforts. The issue of political prosecution did not arise because of the existence of the Minister of Justice's authority to direct specific investigations under Article 8 of the Prosecutors' Office Act, and it

* Professor at Myongji University College of Law

cannot be resolved simply by abolishing this authority. The fundamental solution lies in the professional ethics of prosecutors to exercise their power independently, neutrally, and fairly, separate from politics.

**Key Words**: The authority of the Minister of Justice to direct investigations, Roles of Minister of Justice and Prosecutor General, Politicized prosecution, Political neutrality of the prosecution

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.23 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 검찰의 피해자 보호·지원제도와 개선방안

이 미 나* · 강 동 욱**

**논문요지**

피해자의 인권과 권리보호는 1985년 UN 「범죄 및 권리남용 피해자를 위한 사법의 기본원칙 선언」으로부터 시작되었다. 우리나라에서도 「범죄피해자 보호법」의 제정·시행을 통해 피해자에 대한 보호·지원제도의 법적 근거를 마련하는 한편, 신변보호, 손실복구 등 지원을 받을 수 있는 여러 제도를 마련하여 운용하고 있다. 이는 피해자에 대한 회복적 사법에 의하여 평온하였던 이전의 삶으로 돌아가기 위한 피해자의 욕구를 반영한 것이다. 이에 검찰청에서 범죄피해자 보호에 대한 중요성이 날로 높아지고 있다. 검찰에서 범죄피해자 보호를 위해 노력하고 있지만, 여러 가지 문제점들이 나타나고 있다.

이에 본고에서는 현재 시행되고 있는 검찰의 신변보호조치 현황과 손실복구, 회복적 사법에 해당하는 형사조정, 배상명령신청 등 피해자 보호제도에는 어떠한 것들이 있으며, 법률적 제도적 차원에서 문제점을 살펴보고, 그 개선방안으로서 검찰의 신변보호제도의 강화, 경제적 지원금(구조금) 집행체계의 보완, 피해자의 회복적 사법의 실효화를 주장하였다.

**검색용 주제어: 범죄피해자, 검찰의 피해자보호, 신변보호, 손실복구, 회복적 사법, 형사조정, 배상명령신청**

**· 논문접수: 2024. 06. 24. · 심사개시: 2024. 07. 16. · 게재확정: 2024. 07. 29.**

## Ⅰ. 머리말

피해자의 인권과 권리보호는 1985년 UN의 「범죄 및 권리남용 피해자를 위한 사법의 기본원칙 선언」으로부터 시작되었다.[1] 우리나라에서도 「범죄피해자 보호법」(이하 '피해자보호법'이라 한다)의 제정·시행을 통해 피해자에 대한 보호·지원제도에 관한 법적 근거를 마련하는 한편, 이를 근거로 범죄피해자와 그 가족은 신체적 · 정신적 피해에 대하여 신변보호, 경제적 지원을 받을 수 있는 여러 제도를 마련

* 주 저자 : 동국대학교 - 서울, 대학원 법과대학 박사과정.
** 교신저자 : 동국대학교 - 서울, 법과대학 교수.

1) 송귀채·강동욱, "범죄피해자보호 지원관련 법제의 문제점 및 정비방안", 「법학논총」, 제33집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2016, 77~101면.

하여 운용하고 있다. 이는 피해자에 대한 회복적 사법에 의하여 피해자가 평온하였던 이전의 삶으로 돌아가기 위해서 피해자의 욕구를 반영한 것이다. 이에 국가차원의 노력으로 법무부와 검찰은 피해자보호를 위한 여러 제도와 시스템을 갖추었다.[2)]

하지만 우리 사회에서는 여전히 피해자들이 보복범죄의 대상이 되고, 두려움에 떨고 있는 실정이며, 검찰의 피해자 보호·지원으로서의 경제적 지원은 여전히 미흡한 실정이다. 이에 본고에서는 검찰을 중심으로 하여 피해자보호조직과 체계 및 정책을 살펴보고, 피해자신변보호제도를 비롯하여 범죄피해자보호법을 중심으로 하여 피해자의 지원을 위한 구체적인 절차와 내용 및 그 실태를 분석한 후, 검찰단계에서의 범죄피해자보호 · 지원의 활성화를 위한 개선방안을 제시해 보고자 한다.

## Ⅱ. 검찰의 피해자 보호·지원관련 법제 및 실태

### 1. 피해자보호·지원을 위한 검찰조직 체계

법무부는 2004년 9월 1일 '범죄피해자 보호·지원강화를 위한 종합대책'을 발표한 후, 2005년 12월 23일 피해자의 권리를 담은 피해자보호법을 제정(법률 제7731호, 시행 2006. 3. 24.)하여 범죄피해자 보호를 위한 법적 기반 마련하였다. 이에 근거하여 법무부 인권국과 대검찰청에 피해자인권과를 설치하였으며, 현재는 대검찰청 인권기획담당관을 중심으로 전국 60개 검찰청에 피해자전담검사와 피해자지원담당관을 두어 피해자에 대한 지원활동을 하고 있다. 그동안 검찰청 피해자보호 담당업무는 조직범죄과, 피해자인권과, 형사4과를 거쳐 현재는 인권기획담당관이 담당하고 있다.

### 2. 피해자보호·지원 기본계획의 추진경과

피해자보호법 제12조 제1항에 따르면 법무부장관은 범죄피해자보호위원회의 심의를 거쳐 범죄피해자 보호·지원에 관한 기본계획'(이하 '기본계획'이라 한다)을 5년마다 수립하여야 한다. 이에 따라 법무부에서는 2007년 제1차 기본계획(2007～2011)을 수립·시행한 이래로, 제2차 기본계획(2012～2016), 제3차 기본계획(2017～2021)을 수립·시행하였으며, 현재에는 제4차 기본계획(2022～2026)을 수립· 시행하고 있다. 제4차 기본계획에는 5가지 정책영역이 있고 13개 정책 과제, 87개 세부추진 과제로 계획을 하였다.[3)]

---

2) 검찰과 경찰의 수사권조정으로 인해 대부분의 형사사건을 경찰이 담당하고, 검찰은 관리·감독을 하고 있다는 점에서 검찰에서 직접 피해자보호·지원을 하는 사건은 줄어들었다. 하지만 현행법상 여전히 범죄피해자지원에 관한 제도와 정책의 마련 및 피해자지원기금에 관한 권한은 법무부와 검찰에 있으며, 검찰이 직접 수사하는 사건도 적지 않다는 점에서 현재에도 검찰의 피해자보호·지원은 형사상 중요한 과제로 되어 있다.

3) 법무부, 보호·지원기본계획 앞의 책, 36면.

## 3. 법제

전술한 것처럼 1985년 UN의 「범죄 및 권리남용 피해자를 위한 사법의 기본원칙 선언」이 제정되면서 우리나라에서도 범죄피해자의 인권문제가 주요 이슈로 제기되었으며, 제9차 헌법개정(1987)에서 피해자보호제도가 구체적으로 명문화되었다. 즉, 헌법 제27조 제5항에서는 “형사피해자는 법률이 정하는 바에 의하여 당해 사건의 재판절차에서 진술할 수 있다.”고 규정하였고, 또한 동법 제30조에서는 “타인이 범죄행위로 인하여 생명·신체에 대한 피해를 받은 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가로부터 구조를 받을 수 있다”고 규정하였다. 이에 대하여 헌법재판소는 헌법 제30조가 단순히 의무를 소극적으로 규정한 것이 아니고, “그 법적 성격은 생존권적 기본권으로서의 성격을 가지는 청구권적 기본권이라고 할 것이다”고 판시하였다.[4] 이에 근거하여 피해자보호법이 제정되었고, 이를 제도적으로 뒷받침하기 위하여 검찰에서는 「범죄피해자등에 대한 위치확인장치 및 이전비 지원지침」(2021. 10. 18. 시행, 대검찰청예규 제1238호), 「범죄피해자 보호 및 지원에 관한 지침」(2021. 12. 3. 시행, 대검찰청예규 제1250호), 「특정범죄 신고자 등 구조금 지급 등에 관한 실무운용 지침」(2023. 4. 18. 시행, 대검찰청예규 제1344호), 「범죄피해자보호위원회 운영세칙」(2016. 1. 5. 시행된 법무부훈령 제1037호) 등, 후속법령을 제정·시행하고 있다.

## 4. 실태

법무부와 검찰의 피해자보호·지원을 위한 주요제도로는 (1) 신변보호 및 사생활보호 (2) 경제적 지원 (3) 형사조정제도 (4) 형사절차 참여보장 등을 들 수 있다[5].

### (1) 검찰의 신변보호조치 현황

#### 가. 신변조치 현황

검찰은 형사부, 특수부, 수사과, 조사과 등 수사업무를 주업무로 하는 기관으로서 통상적으로 범죄가 발생한 경우 수사과정에서 피해자를 직접 대면하게 된다. 이에 검찰에서는 수사과정에서 피해자의 신변보호를 위한 다양한 조치를 시행하고 있다. 주요내용으로는 이전비지급, 신원관리카드작성, 위치확인장치지급, 보호시설제공, 수사기관 법정동행서비스제공 등이 있다(<표-1> 참조). 이들은 피해자를 위한 안전조치로서 보복·재피해 우려 등 신변에 위해를 입을 가능성이 있는 피해자에 제공되는 맞춤형 신변보호제도이다.

---

4) 헌법재판소 1989. 4. 17. 선고, 1988헌마3호 결정; 헌법재판소 2011. 12. 29. 선고, 2009헌마354호 결정

5) 법무부, 「2023 범죄피해자 보호·지원 시행계획」, 2023. 31~33면.

<표-1> 검찰의 신변보호 조치현황

(단위: 건)

| 구분 \ 연도별 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 위치확인장치 지원 | 44 | 47 | 32 | 30 | 18 | 15 |
| 이전비 | 195 | 138 | 149 | 189 | 177 | 193 |
| 신원관리카드(가명조서) | 95 | 117 | 109 | 104 | 245 | 226 |
| 피해자보호시설(보유 중) | 6 | 4 | 5 | 4 | 4 | 4 |

※ 출처 : 법무부, 2023 범죄피해자 보호·지원 시행계획, 32면

위 <표-1>에서 보면, 피해자의 신변보호 중 수사업무시 가명조서 작성과 이전비는 매년 증가하고 있다. 반면에 보복의 우려가 있는 신고자 등의 보호를 위한 위치확인장치는 줄어들고 있으며. 피해자보호시설은 여전히 매우 적은 것을 알 수 있다. 이는 일반 범죄사건의 수사업무가 경찰로 이관됨에 따른 것으로, 반면에 경찰단계에서는 초동조치로서 피해자보호제도가 대폭적으로 시행되고 있다.

### 나. 주거지원 및 안전가옥 제공

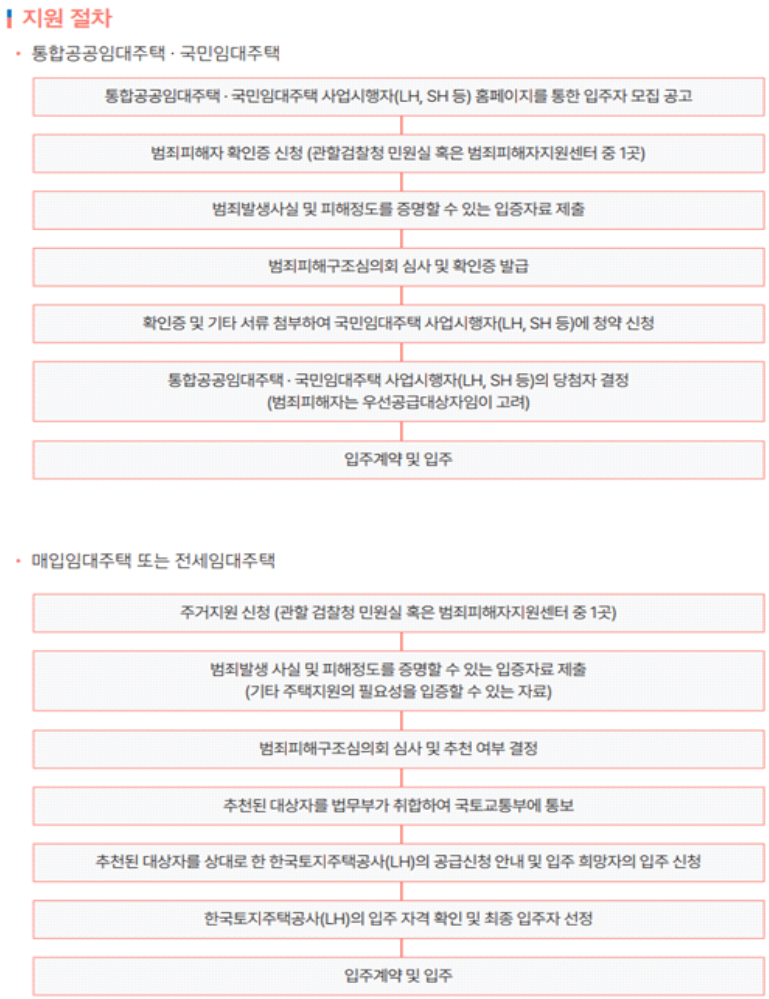
검찰의 피해자에 대한 주거지원 및 안전가옥 제공은 피해자보호법 제7조를 비롯하여 국토교통부 예규 「취약계층주거지원 업무처리지침」 제3조, 「특정범죄신고자 등 보호법」 제13조 제1항, 동법 시행령 제7조, 「범죄피해자보호 및 지원에 관한 지침」(대검찰청예규 제1250호) 제21조 제2항, 「피해자보호시설 관리·운영지침」(대검찰청예규, 비공개지침)에 근거하여 실시되고 있다. 이는 범죄로 인하여 신체와 정신, 재산 등 많은 부분에 피해를 입은 범죄피해자에게 안정된 주거를 지원하여 신체적, 정신적 안정감을 회복하게 함으로써 피해극복을 도와주기 위한 것일 뿐만 아니라 중대범죄의 신고자 등이나 범죄피해자, 증인, 그 친족 등이 보복을 당할 우려가 있어서 신변의 안전을 특별히 보호해 주어야 할 경우 그들을 피해자 보호시설에 일정기간 거주하게 하는 제도이다. 그 대상은 「특정범죄신고자 등 보호법」 제2조 제1호[6] 소정의 범죄, 성폭력, 가정폭력, 학교폭력, 아동학대범죄 및 이에 준하는 중대범죄의 피해자, 범죄신고자 및 그 친족 등이고, 보복을 당할 우려가 있어 신변의 안전을 특별히 보호해줄 필요성이 있는 경우에 지원하고 있다.

그 절차를 보면 담당검사가 대검찰청 또는 보호시설이 있는 검찰청에 피해자보호시설 사용요청서를 제출한 후, 대검찰청 또는 검찰청에 있는 보호시설 관리위원회에

6) '특정범죄'란 다음의 죄를 말한다. 가. 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」 제2조의 범죄, 나. 「마약류 불법거래 방지에 관한 특례법」 제2조 제2항의 범죄, 다. 「폭력행위 등 처벌에 관한 법률」 제4조 및 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의8의 단체 구성원의 그 단체의 활동과 관련된 범죄, 라. 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」 제8조부터 제16조까지의 죄, 마. 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의9의 죄, 바. 「국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법」 제17조의 죄, 사. 「부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법」 제2조 제1호에서 정한 부패범죄, 아. 「공중 등 협박목적 및 대량살상무기확산을 위한 자금조달행위의 금지에 관한 법률」 제6조의 죄, 자. 「형법」 제114조의 범죄단체조직죄 및 제289조의 인신매매죄를 말한다(동법 제2조 제1호).

서 사용허가가 결정되면 피해자 보호시설이 제공된다. 주거지원절차를 살펴보면 <표-2> 와 같다.

<표-2> 주거지원 절차




※ 출처 : 법무부, 2023 범죄피해자 원스톱지원 매뉴얼, 79면

### (2) 손실복구지원 현황

#### 가. 경제적 지원현황

각 검찰청에서는 피해자지원 검사 및 피해자지원 담당관들이 범죄피해자지원센터와 연계하여 피해자에게 맞춤형으로 다양한 지원을 하고 있다. 특히, 검찰에서는 경제적 지원과 관련하여 검찰의 직권에 의하도록 하고 있으며, 긴급지원의 신속화, 절차간소화, 생계비지원요건의 완화 등 피해자에 대한 경제적 지원을 위하여 「범죄피해자에 대한 경제적 지원 업무처리지침」을 마련·시행하고 있다.

이에 따르면 검찰은 2015년 1월 20일 「범죄피해자에 대한 경제적 지원 업무처리

지침」(대검찰청예규 제767호)을 제정하여 치료비, 심리치료비, 생계비 등 경제적 지원을 하기 시작하였다. 또 2016. 1. 4. 동지침(대검찰청예규 제824호)을 개정하여, 긴급경제적 지원제도를 신설하는 한편, 경제적 지원에 관한 추천기관에 경찰·군검찰을 추가하여 경찰수사단계에서도 신속한 지원이 가능하도록 하였다. 그리고 2017. 11. 6. 동지침(대검찰청예규 제906호)을 개정하여 경제적 지원범위를 확대하는 한편, 범죄피해자를 위한 실수요자 중심의 찾아가는 심리치유서비스제공 등을 마련하였다.

나아가 2019. 4. 15. 동지침(대검찰청예규 제986호)을 개정하여 검찰 긴급지원결정의 신속화, 직권절차의 도입, 생계비지원요건의 완화 등 신속하고 효율적으로 피해자를 지원할 수 있도록 개선하였다. 또한 외국인 피해자보호를 위해 가해자가 외국인인 경우에도 적법한 체류자격을 가진 외국인 피해자(90일 이내 단기체류자 제외)는 치료비 등 경제적 지원을 받을 수 있도록 지원대상을 확대하였다. 그리고 2021. 10. 18. 동지침(대검찰청예규, 제1237호)을 개정하여 미성년자의 경우는 경제적 지원절차 지원시기를 성년이 될 때까지 진행하지 아니한다는 규정 등을 신설하여 범죄피해자 보호·지원을 더욱 강화하였다.[7)]

이외에도 2023. 12. 29. 동지침(대검찰청예규 제1391호)을 개정하여 경제적 지원금을 증액하였다. 즉, 피해자가 1인인 경우 10만원 증액, 2인인 경우 20만원 증액, 2인 초과 1인당 10만원씩 증액하였으며, 장례비는 100만원을 증액하였다(<표-3> 참조). 또한 동지침 제38조 제3항을 신설하여, 생계비 지원대상 등을 확대하였고, 동지침 제5조 제3항에서 경제적 지원 시에 검찰 피해자지원담당자가 시스템을 통해 필요서류를 확보하도록 하는 등, 실무처리절차를 간소화하여 피해자의 손실복구지원이 신속하게 이루어지도록 하였다.

<표-3> 경제적 지원금 및 장례비 증액 현황

(단위 : 만원)

| | 종전 | 2023. 12. 29. 개정 |
|---|---|---|
| 1인 | 50 | 60 |
| 2인 | 80 | 100 |
| 2인 초과 1인당 | 20 | 30 |
| 장례비 | 400 | 500 |

※ 출처 : 2023. 12. 29. 개정, 시행된 (대검찰청예규 제1391호) 일부내용 공문 참조하여 재작성함

그러나 경제적 지원의 경우 매년 피해자지원 건수는 물론, 피해자지원금이 줄고 있는 것으로 나타났다. 경제적 지원의 구체적 내역은 <표-4>와 같다.

<표-4> 범죄피해자 경제적 지원현황

(단위 : 천원)

| 연도 | | 치료비 | 심리치료비 | 생계비 | 학자금 | 장례비 | 합계 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 2018 | 건 | 744 | 472 | 319 | 87 | 175 | 1,797 |

7) 대검찰청, 「검찰연감」 2023. 322면.

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | 금액 | 2,603,161 | 255,876 | 676,816 | 109,040 | 507,366 | 4,152,259 |
| 2019 | 건 | 773 | 434 | 306 | 90 | 205 | 1,808 |
| | 금액 | 2,617,162 | 249,268 | 594,457 | 99,037 | 733,400 | 4,293,324 |
| 2020 | 건 | 632 | 387 | 302 | 68 | 167 | 1,556 |
| | 금액 | 2,004,767 | 149,880 | 598,040 | 77,200 | 615,897 | 3,445,784 |
| 2021 | 건 | 586 | 388, | 319 | 84 | 151 | 1,528 |
| | 금액 | 2,086,714 | 228,171 | 683,553 | 111,052 | 581,238 | 3,690,728 |
| 2022 | 건 | 487 | 453, | 249 | 76 | 145 | 1,410 |
| | 금액 | 1,809,197 | 219,834 | 499,100 | 97,200 | 589,858 | 3,215,189 |

※ 출처 : 법무부, 2023 범죄피해자 보호·지원 시행계획, 32면

### 나. 스마일센터 설치 및 지원 실태

법무부는 피해자보호법의 제정을 계기로 강력범죄피해자의 회복을 지원하기 위해 범죄피해 트라우마 통합지원기관인 스마일센터를 설립·운영하고 있다. 스마일센터는 외상후스트레스장애(PTSD), 우울증, 불안장애 등 심리적 어려움을 겪는 피해자들과 그 가족들을 위하여 심리평가, 심리치료, 법률상담, 사회적 지원연계 등의 서비스를 제공하며, 범죄발생 후 신변보호가 필요하거나 본인의 집에서 생활하기 곤란한 피해자들에게 임시주거가 가능한 쉼터를 제공하고 있다.

스마일센터는 2010. 7. 서울 송파구에 최초로 설치된 후 2024년 현재 전국에 16개가 설치·운영되고 있다(<표-5> 참조).

<표-5> 스마일센터 설치 및 지원 실태

(단위 : 건수)

| 구분 | 2010 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 설치 지역 | 서울 동부 | 부산 | 인천·광주 | 대구·대전 | 춘천·전주 | 서울서부·수원 | 의정부 | 청주·울산 | 창원 | 제주 | 목포 | · |
| 전체 개수 | 1 | 2 | 4 | 6 | 8 | 10 | 11 | 13 | 14 | 15 | 16 | 16 |
| 지원 실적 | 518 | 3,599 | 6,722 | 17,064 | 28,931 | 43,750 | 62,388 | 77,001 | 74,556 | 66,993 | 72,398 | 90,992 |

※ 출처 : 법무부, 2023 범죄피해자 보호·지원 시행계획 31면 참조 재작성

### (3) 피해자 지원 법무부와 검찰청의 기금운용현황 및 지원실태

### 가. 법무부의 기금운용현황

2008년 법무부의 범죄피해자지원 예산은 31억 정도였고[8], 당시 범죄피해자지원센

8) 김학석, 2022. 9. 22. 법률신문 뉴스 - [인터뷰] “실질적 피해 지원 위해 테러의 정의 국제적으로 통일해야” (lawnb.com)

터의 인건비는 기부금으로 충당하였기 때문에 실질적인 피해자지원은 어려웠다. 그러나 2010년 5월 14일 「범죄피해자보호기금법」이 제정·시행(법률 제10284호, 시행 2011. 1. 1.)됨에 따라 2024년 범죄피해자 보호기금예산은 약 1,370억원이 책정되었으며, 이는 무료법률구조 등에 사용하고 있다.

기금의 재원은 「범죄피해자보호기금법」 제정 시에는 '「형사소송법」 제477조 제1항에 따라 집행된 벌금에 100분의 4 이상의 범위에서 대통령령으로 정한 비율을 곱한 금액'을 기금으로 책정하였으나, 2014년 10월 15일 개정(법률 제12778호, 2015. 1. 1. 시행)에서 '100분의 6 이상의 범위'로 증액되었고, 2020년 10월 20일 「범죄피해자보호기금법 시행령」 개정(대통령령 제31116호, 2021. 1. 1. 시행)에서 '100분의 8로[9] 인상되었다. 이에 따라 현재 범죄피해자보호기금의 재원은 2020년 대비 29% 증액되어 824억원에서 1,060억원으로 확충되었다. 이외에 자체수입금(정부 대위하여 취득한 범죄자에 대한 구상금, 정부외의 자가 출연 또는 기부한 현금 등)이 기금으로 활용되고 있다. 현재 2024년 법무부 예산 범죄피해구조금 사업에 기타보전금으로 98억 7,000만원이 편성되어 있다.[10] 법무부의 피해자보호기금 운용의 구체적 내역은 <표-6> 및 <표-7>과 같다.[11]

<표-6> 법무부·검찰 범죄피해자 보호기금 사업별 현황

(단위 : 백만원)

| 세부사업 | 내역사업 | 2024 예산안 | 담당부처 |
|---|---|---|---|
| 범죄피해자 치료 및 자립지원 | 범죄 피해자지원센터 운영비 | 4,516 | 검찰청 |
| | 스마일센터 설치·운영비 | 8,335 | 법무부 |
| | 범죄피해자 치료비, 생계비 | 3,300 | 검찰청 |
| | 무료법률 구조 | 412 | 법무부 |
| 형사조정을 통한 피해회복 지원 | 형사조정수당 | 2,500 | 검찰청 |
| 범죄피해자 구조금 | 구조금 | 10,015 | 검찰청 |
| 범죄피해자등의 신변보호 강화 | 신변보호장치 | 2,045 | 검찰청 |
| | 주거이전비 | 200 | 검찰청 |
| 진술조력인 양성 및 배치 | 진술조력인 양성 및 배치 | 1,460 | 법무부 |
| 피해자국선변호사 지원 | 국선변호사 지원 수당, 운영비 | 11,475 | 법무부 |

※ 출처 : 대한민국정부, 2024, 기금운용계획안 첨부서류 16면 참조 재작성

9) 「범죄피해자보호기금법」(2021. 12. 21.시행, 법률 제18585호) 제4조 제2항에서 "대통령령으로 정한비율"이란 100분의 8을 말한다.

10) 임호선의원 대표발의안(의안번호 2125290) 국회예산정책처, 「범죄피해자보호법」 일부개정법률안, 2023. 11. 제2면. 21대 국회에서 임호선의원 등 13인이 제안한 피해자보호법 개정안(제안일자 2023. 11. 7. 의안번호: 2125290)에서는 최근 발생한 보이스피싱이나 전세사기 등 재산범죄의 증가로 인한 피해자들이 구조대상에 해당하지 않아, 서민의 전 재산인 전세금에 대한 피해를 입어 생계유지가 곤란한 경우에도 피해자지원에 한계가 있는바, 현행법의 보호범위를 범죄피해에 재산상 손해를 발생시키는 죄에 해당하는 행위로 인하여 그 손해의 전부 또는 일부를 배상받지 못하여 생계유지가 곤란한 경제적 피해를 입은 것을 포함하려는 것이다.

11) 법무부,「범죄피해자보호기금 자산운용지침」 2021. 1~2면.

<표-7> 법무부의 기금운용현황

(단위 : 백만원)

| 단위사업명 | 세부사업명 | 2020 | 2021 | 2022 | 2023 |
|---|---|---|---|---|---|
| 강력범죄 등 피해자보호 및 지원 | 범죄피해자 치료 및 자립지원 | 20,008 | 18,857 | 16,996 | 17,115 |
| | 형사조정을 통한 피해회복 | 4,268 | 2,655 | 3,218 | 3,511 |
| | 범죄피해구조금 | 9,682 | 9,918 | 9,616 | 9,125 |
| | 실질적인 범죄피해자 등의 신변보호 강화 | 1,111 | 1,497 | 2,949 | 2,521 |
| 성폭력피해자 보호 및 지원 | 진술조력인 양성 및 배치 | 1,163 | 1,514 | 1,592 | 1,635 |
| | 성폭력피해자 지원 | 31,270 | 31,956 | 35,511 | 36,732 |
| | 피해자국선변호사 지원 | 5,842 | 5,883 | 8,482 | 9,704 |
| | 아동학대피해자 보호 및 지원 | 23,932 | 28,747 | 0 | 0 |
| 기금운영비 | 범죄피해자보호기금 | 44 | 49 | 41 | 46 |

※ 출처 : 법무부, 2020~2023 각 회계연도 성과보고서 참조 (아동학대 관련 예산은 2022년부터 보건복지부로 이관됨)

### 나. 범죄피해구조금 지급현황

범죄피해구조금 지급현황 건수와 지급액은 감소하는 경향에 있다. 하지만 건당 지급금액은 2018년에는 41,361,970원이었지만, 2022년에는 50,280,080원으로 건당 지급액은 증가한 것으로 나타났다(<표-8> 참조).[12)]

<표-8> 범죄피해구조금 지급현황

(단위 : 천원)

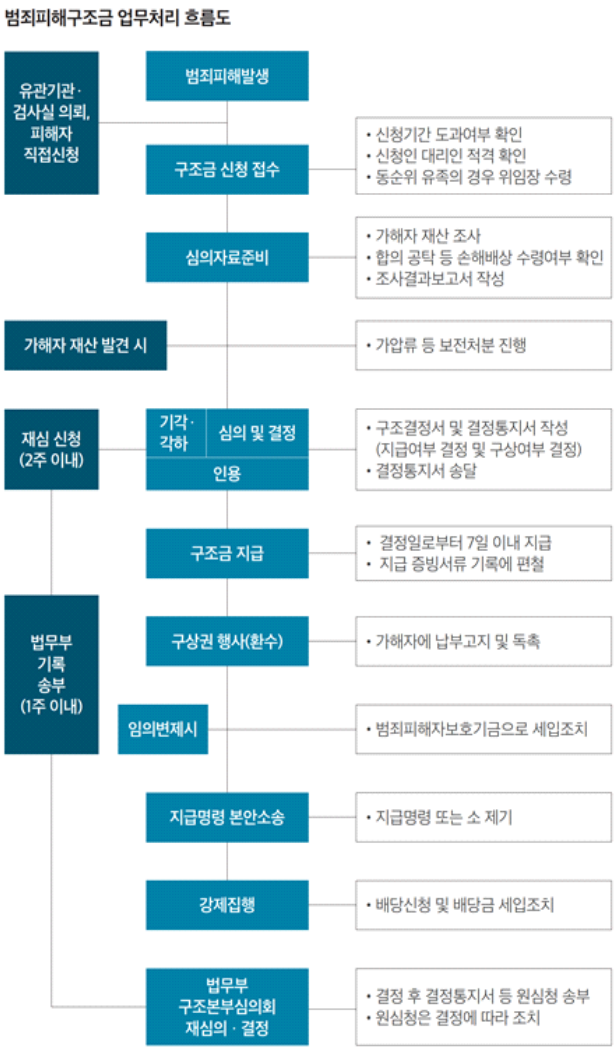
| 연도 | 건수 | 금액 |
|---|---|---|
| 2018 | 246 | 10,175,045 |
| 2019 | 305 | 11,516,296 |
| 2020 | 206 | 9,567,057 |
| 2021 | 191 | 9,792,147 |
| 2022 | 189 | 9,502,935 |

※ 출처 : 법무부, 2023, 범죄피해자 보호·지원 시행계획 31면 참조

현행 범죄피해구조금 업무처리절차는 <표-8-1>과 같다.

12) 법무부에서는 「범죄피해자 보호법 시행령」을 입법예고 중에 있다. 그 내용은 제10조의3(범죄피해자 지원을 위한 사건관리회의)을 신설하여 손실복구지원, 사법지원, 신변보호, 구조금 및 긴급구조금 지급, 범죄피해자에게 필요하다고 인정되는 보호·지원이나 복지서비스 등 검사가 검찰청 피해자지원 담당공무원 등 사건관리회의를 열어 의견청취 등을 할 수 있으며, 검사는 회의운영을 위하여 회의의 구성원에게 자료와 의견제출을 요구할 수 있고, 의견을 진술할 수 있도록 하고 있다. 이는 피해자에 대한 지원이 일회성으로 종료가 되는 경우가 드물어 사건발생초기부터 일상이 회복될 때까지 단계별로 적절한 지원이 제공되지 않아 후반부로 갈수록 지원공백이 발생하는 경우가 있으므로 그 공백 해소하기 위한 것이라고 한다.

<표-8-1> 범죄피해구조금 업무처리 흐름도




※ 출처 : 2019, 대검찰청 인권부 피해자인권과 , 피해자 인권보호 길라잡이 38면 참조

### (4) 검찰의 피해자를 위한 회복적 사법제도

#### 가. 형사조정제도

형사조정제도는 검찰에만 있는 제도로서 재산범죄나 명예훼손 등 민사분쟁 성격을 가진 형사사건[13]에 대해 고소인과 피고소인이 화해할 수 있도록 조정하는 제도이다.

13) 형사조정에 회부할 수 있는 형사사건은 다음 각 호와 같다. 즉, 1. 차용금, 공사대금, 투자금 등 개인 간 금전거래로 인하여 발생한 분쟁으로서 사기, 횡령, 배임 등으로 고소된 재산범죄 사건, 2. 개인 간의 명예훼손·모욕, 경계 침범, 지식재산권 침해, 임금체불 등 사적 분쟁에 대한 고소사건, 3. 제1호 및 제2호에서 규정한 사항 외에 형사조정에 회부하는 것이 분쟁 해결에 적합하다고 판단되는 고소사건, 4. 고소사건 외에 일반 형사사건 중 제1호부터 제3호까지에 준하는 사건(피해자보호법 시행령 제46조).

「형사조정 실무운용 지침」 제3조에 따른 형사조정 대상사건으로 사건당사자인 피해자와 피의자가 모두 동의할 경우 형사조정의뢰를 하게 된다.[14] 형사조정제도는 실질적으로 피해자의 피해회복에 도움을 줄 뿐만 아니라 분쟁의 종국적 해결을 통해 수사진행과 처벌을 지양하게 됨으로써 수사인력과 예산낭비를 막을 수 있으며, 사법기관은 그 여력을 보다 효율적으로 사용할 수 있는 이점이 있다.[15] 또한 형사조정이 성립할 경우 가해자와 피해간의 원만한 합의로 추후 분쟁을 방지할 수 있어 매우 유용한 제도로 평가되고 있다.[16] 형사조정위원은 교사·교수·공무원 출신과 사회복지단체 근무자, 변호사·법무사 등 각 분야 민간 전문가들로 구성되어 있으며, 형사조정회의는 2명 이상의 전문성과 덕망을 갖춘 민간으로 규정되는데, 통상적으로 위원장을 포함하여 3인 1조로 운영되고 있다.

형사조정제도는 2007년 6월부터 시범적으로 시행되어 오다가 2009. 10. 29. 제정된 「형사조정 실무운용지침」(대검찰청예규 제493호)을 바탕으로 좀 더 효율적인 형사조정제도가 안착되었으며, 2010. 5. 14.  피해자보호법 개정으로 형사조정위원회를 검찰로 이관하였다. 그 후 새롭게 도입된 형사조정 시한부기소중지제도[17]를 반영하고자 2012. 7. 19. 동지침을 개정하였다. 또한 2017. 6. 1. 동지침 개정을 통해 전문분과별 조정위원회를 활성화하기 위하여 전문성강화, 형사조정조서 및 결정문을 보완함으로써 객관성과 신뢰성을 확보하고자 하였다. 한편, 2014. 1. 6. 분쟁의 종국적 해결을 위한 형사조정의 활성화 종합대책을 수립하여 전국적으로 국민편의를 위하여 즉일과 야간, 찾아가는 조정제도를 시행하였고, 2015. 1. 19.부터 형사조정과 공증을 연계하고, 그 수수료를 지원함으로써 집행력을 확보하도록 하였다.

또한 검찰에서는 사건의 효율적인 관리를 위한 KICS(형사사법포털시스템)에 형사조정 관련정보의 전산화를 구축하였다. 2020. 6.경에는 일선 검찰청에서 형사조정의뢰 회부시에 형사조정절차에 대한 민원인의 이해를 돕고 효율적으로 형사조정 동의여부를 확인하기 위하여 KICS에서 절차안내 문자메시지 발송기능이 구현되도록 시스템을 개선하였다. 이외에도 형사조정위원들의 자질과 능력의 함양을 위하여 매년 강사진 확충 및 전문프로그램을 마련하여 고검 권역별 전문화교육을 실시하고 있으며, 조정의 난이도 등을 고려하여 형사조정 우수사례 선정 후 격려하고, 형사조정 우수청 선정 시 그 기준을 정량평가에서 교육이수율, 우수사례, 민원사항 등 정성평가 요소를 반영하는 것으로 개선하는 등 형사조정의 질적 성장을 유도하기 위하여 노력하고 있다.

한편, 검찰에서는 2017. 4. 6. ‘제10회 IAP 아시아・태평양 지역회의’에서 대한민국의 형사조정제도를 소개하고, 2017. 9. 11. ‘제22회 국제검사협회 총회’에서 형사조정제도 국제표준안 마련을 위한 발표를 하였으며, 2019. 2. ‘한국 형사조정 표준안’을 전 세계검찰협력기구인 ‘국제검사협회(IAP)’의 표준모델로 채택하도록 하였다.[18]

---

14) 대검찰청, 「형사조정 실무운용 지침」 대검찰청예규 제1245호 일부개정2021. 10. 18.
15) 전윤경, “형사조정의 의의와 성공사례”, 한국형사소송법학회, 「형사소송법 핵심판례 130선」 (제5판), 박영사, 2020. 312면; 검찰실무에서 형사조정이 성립되는 경우 피해회복으로 민사와 형사의 통합적인 분쟁을 한번에 원만히 해결하는 것이다.
16) 이창영, “미국의 형사분야 대체분쟁 해결제도연구”, 「국외훈련검사 연구논문집」, 대검찰청, 2019. 145면.
17) 시한을 두고 검사가 기소판단 여부를 일시중지하여 주는 제도를 말한다.
18) 대검찰청, 2023. 검찰연감 앞의 책, 357~358면.

형사조정 현황을 살펴보면, 의뢰건수와 처리건수가 소폭 감소하기는 하나, 조정성립율이 상승하고 있는 것으로 나타났다(<표-9> 참조). 이를 통해 우리나라 형사사법체계에서 형사조정제도가 회복적 사법의 새로운 패러다임으로서 정착되어 가고 있음을 알 수 있다.

<표-9> 검찰의 형사조정 현황

(단위 : 건)

| 연도구 / 분 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 | 2021 | 2022 |
|---|---|---|---|---|---|---|
| 의뢰건수 | 118,113 | 117,014 | 118,311 | 77,514 | 60,217 | 70,878 |
| 처리건수 | 101,801 | 99,176 | 100,520 | 66,425 | 50,173 | 59,969 |
| 성립건수 | 59,424 | 57,061 | 56,946 | 34,296 | 28,550 | 36,719 |
| 성립 률(%) | 58.4 | 57.5 | 56.7 | 51.6 | 56.9 | 61.2 |

※ 출처 : 법무부, 2023 범죄피해자 보호·지원 시행계획, 33면

### 나. 배상명령제도

배상명령제도란 형사사건의 피해자가 범인의 형사재판과정에서 간편한 방법으로 민사적인 손해배상명령까지 받아 낼 수 있는 제도를 말한다. 즉, 배상명령제도는 법원이 직권 또는 피해자의 신청에 의하여 피고인에게 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 손해의 배상을 명하는 절차를 말한다. 이는 1981년 1월 29일에 제정된 「소송촉진 등에 관한 특례법」(법률 제3361호, 1981. 3. 1. 시행)에 의하여 도입된 제도로서 부대소송(附帶訴訟) 또는 부대사소(附帶私訴)라고도 한다.

배상명령은 제1심 또는 제2심이 형사공판절차에서 「형법」, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 및 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」중 일부 범죄에 관하여 유죄의 판결을 선고할 때 한다.[19] 이외에도 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 가정보호사건에서 보호처분을 선고할 경우에 배상명령을 명할 수 있다(제57조).[20]

배상명령의 범위는 가해자의 범죄행위로 인한 물적 피해와 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 직접적인 물적 피해와 치료비 손해 및 위자료의 배상에 제한된다(법 제25조 제1항).[21] 그 외에 가해자와 피해자 사이에 합의된 손해배상액에 관하여도 배

19) 배상명령을 할 수 있는 피고사건은 (ⅰ)「형법」상 상해죄(제257조 제1항), 중상해죄(제258조 제1항 및 제2항), 특수상해죄(제258조의2 제1항(제257조 제1항의 죄로 한정한다)·제2항(제258조 제1항·제2항의 죄로 한정한다)), 상해치사죄(제259조 제1항), 폭행치사상죄(제262조, 존속폭행치사상의 죄는 제외한다), 과실치사상의 죄(제26장), 강간과 추행의 죄(제32장, 제304조 제외), 절도와 강도의 죄(제38장), 사기와 공갈의 죄(제39장), 횡령과 배임의 죄(제40장), 손괴의 죄(제42장)(제1호)와 이들 죄를 가중처벌하는 죄 및 그 죄의 미수범을 처벌하는 경우에 미수의 죄(제3호), (ⅱ) 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」제10조부터 제14조까지, 제15조(제3조부터 제9조까지의 미수범은 제외한다), 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」제12조 및 제14조에 규정된 죄(제2호)이다(법 제25조 제1항).

20) 법무부, 「범죄피해자 원스톱 매뉴얼」, 2023. 94면.

21) 가정보호사건인 경우는 가정폭력범죄로 인하여 발생한 직접적인 물적 피해, 치료비, 부양료 또한 손해배상으로 명한다(가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제57조).

상을 명할 수 있는(동조 제2항) 제도이다. 배상신청은 민사소송에 있어서 소제기와 동일한 효력이 있다.

배상신청은 1심 또는 2심 공판의 변론종결 시까지 할 수 있으며, 신청방법은 법원에 피해자가 신청서를 제출하는 방법을 원칙으로 한다(법 제26조 제2항). 그러나 피해자가 증인으로 법정에 출석한 때에는 구술로도 가능하다(동조 제5항). 배상명령은 유죄판결의 선고와 동시에 하며, 가집행을 붙일 수 있고(법 제31조), 유죄판결에 대한 상소제기가 있는 때에는 배상명령도 함께 상소심에 이심된다(법 제33조).

배상명령사건의 신청 및 처리현황을 보면 <표-10>와 같다. 즉, 배상명령 신청건수는 2013년에 6,851건을 이었으나, 2022년에는 50,271건을 기록하였다. 10년간 비교해 보면 7배 정도 증가하였다. 또한 배상명령이 신청된 사건에 대한 인용률은 2013년 31.5%에서 2016년 25.6%로 감소하였다. 그러나 2020년에는 49.8%,로 증가한 후 2022년에는 35.9%를 기록하였다. 이는 2020년 대비 13.9% 감소하였다. 배상명령액은 2013년에는 약 1,187억 원을 기록한 이후 증감의 변화가 있었으나, 2022년에는 1,401억원으로 10년전과 비교하였을 때 증가하였음을 알 수 있다.

<표-10> 배상명령사건 신청 및 처리현황 (2013~2022년)

(단위 : 건, %, 천원)

| 구분 / 연도 | 신청 | 처 리 | | | | | 직권 | 배상명령액 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | 계 | 인용 | 기각 | 취하·기타 | 인용률 22) | | |
| 2013 | 6,851 | 6,344 | 2,001 | 3,687 | 656 | 31.5 | - | 118,704,161 |
| 2014 | 6,054 | 6,171 | 1,899 | 3,775 | 497 | 30.8 | - | 146,991,095 |
| 2015 | 6,894 | 6,275 | 1,839 | 4,036 | 400 | 29..3 | - | 98,360,078 |
| 2016 | 9,447 | 8,975 | 2,298 | 6,270 | 407 | 25.6 | - | 64,969,253 |
| 2017 | 8,961 | 8,567 | 2,771 | 5,391 | 405 | 32.3 | - | 60,800,267 |
| 2018 | 10,046 | 9,189 | 3,775 | 5,009 | 405 | 41.1 | - | 66,968,409 |
| 2019 | 15,229 | 13,861 | 6,274 | 7,191 | 396 | 45.2 | - | 72,629,881 |
| 2020 | 26,754 | 18,478 | 9,195 | 8,513 | 770 | 49.8 | - | 102,120,441 |
| 2021 | 43,588 | 36,372 | 14,979 | 20,279 | 1,114 | 41.2 | - | 108,943,264 |
| 2022 | 50,271 | 44,366 | 15,929 | 27,148 | 1,289 | 35.9 | - | 140,169,759 |

※ 출처 : 법무연수원, 2023 범죄백서 197면, 법원행정처, 사법연감, 2024

한편, 형사사건 1심의 직권 배상명령건수도 1981년 38건에서 증감을 하였으나, 1984년 65건에서 1985년 29건으로 감소하였다가 1986년에 0건이 되었다. 그 후 약간의 증감이 있은 후 2007년이후 현재까지 한건도 없는 것으로 나타났다(<표-11> 참

22) 인용률 = 인용/처리건수 x 100

조).

<표-11> 직권에 의한 배상명령사건 수 (1981~2021년)

| 연도 | 1981 | 1982 | 1983 | 1984 | 1985 | 1986 | 1987 | 1988 | 1989 | 1990 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 건수 | 38 | 29 | 2 | 65 | 29 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 |
| 연도 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 | 1999 | 2000 |
| 건수 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 8 | 8 | 6 |
| 연도 | 2001 | 2002 | 2003 | 2004 | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 |
| 건수 | 0 | 0 | 0 | 4 | 6 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 연도 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 | 2020 |
| 건수 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 연도 | 2021 | | | | | | | | | |
| 건수 | 0 | | | | | | | | | |

※ 출처 : 차성안, "배상명령 활성화 입법에 대한 평가와 그 시사점", 저스티스, 제182-1호, 한국법학원, 2021, 322면 참조, 사법연감 참조하여 재작성함.

이와 같이 수소법원의 법관이 직권으로 배상명령을 신청하지 않는 경우는 피해자가 직접 형사사건절차에서 배상명령을 신청하거나 민사소송을 제기하여야 한다. 따라서 피해자의 빠른 회복을 위해서는 배상명령 대상범죄의 피해자에게 이 제도에 대해 사전 안내하는 것이 매우 중요하다. 따라서 배상명령제도에 대해서도 범죄피해자 권리 및 지원제도 안내의 경우처럼 배상명령 안내 및 신청양식을 피해자가 직접 교부받을 수 있도록 제도화할 것이 요청되었다.[23] 이에 최근 검찰에서는 「범죄피해자 보호 및 지원에 관한 지침」(대검찰청예규 제1250호 별지3호 서식)을 통해 피해자로 하여금 배상명령제도에 대한 이해를 쉽게 하기 위하여 검찰실무에서 통지방식과 내용을 개선하였다. 또한 피해자조사 시에 모든 범죄피해자에게 '범죄피해자 권리 및 지원제도 안내서'를 제공하고, 기소 후에는 검찰이 배상명령 대상 범죄피해자에게 배상명령을 신청할 수 있도록 통지하고 있다. 한편, 검찰실무에서는 범죄피해자에 대한 알권리의 일환으로서 이 통지가 매우 중요하다는 인식에 따라 배상명령 안내서와 신청양식을 피해자에게 직접 교부할 수 있도록 하는 방안을 검토 중에 있다.

## Ⅲ. 검찰의 피해자 보호·지원제도의 문제점과 개선방안

### 1. 검찰의 신변보호제도의 강화

검찰에서는 전술한 것처럼 피해자의 신변보호를 위하여 이전비지급, 신원관리카드 작성, 위치확인장치지급, 보호시설제공, 수사기관 법정동행 서비스제공 등 다양한 지원을 하고 있다. 현재, 검찰에서는 신변보호와 관련하여 각 검찰청별 피해자지원 전담검사 및 피해자지원 담당수사관 등 전담인력의 배치하고, 신원관리카드 검사를 지정하여 운용하고 있으며, 연 2회 피해자지원 담당수사관 대상으로 범죄피해자 보호·지원 교육을 실시하는 등 피해자의 신원보호를 위하여 노력하고 있다. 하지만 여전

23) 차성안, "배상명령 활성화 입법에 대한 평가와 그 시사점", 저스티스, 제182-1호, 한국법학원, 2021. 312면.

히 실무현장에서는 여러 가지 어려움이 제기되고 있다. 따라서 피해자의 신변보호가 실효적으로 운영될 수 있도록 신변보호제도를 보완할 필요성이 있다

첫째, 피해자 신변보호를 위한 경찰과의 협력체계의 구축이다. 현재에는 수사권조정으로 인한 경찰단계의 초동조치가 강화됨에 따라 검찰에 의한 위치확인장치 및 피해자 보호시설은 줄어들고 있다. 하지만, 검찰의 수사대상이 피해자가 다수인 범죄들이고 피해금액도 큰 경우가 적지 않으므로 수사대상범죄의 종류가 줄었다고 하여 피해자보호의 필요성까지 약화되었다고 할 수는 없다. 그럼에도 불구하고 검찰의 경우는 경찰과 비교해 보면 그 조직상 신변보호와 관련하여 업무를 수행할 인력이 턱없이 부족한 실정이다. 따라서 여러 가지 사정으로 당장 검찰인력을 확대하기는 어렵다고 할 것이므로 검찰에서는 신원보호와 관련하여 경찰 등과 원활한 업무협력체계[24]를 구축함으로써 형사절차 내 신변보호 수요증가에 효율적으로 대응할 것이 요청된다.[25] 아울러 피해자에 대한 보복이나 재피해 우려 등 피해자가 신변에 위해를 입을 가능성이 높아 신변보호의 긴급성이 요구될 때는 담당자 직권으로 신속하게 맞춤형 신변보호조치를 제공할 수 있도록 개선할 필요가 있다.

둘째, 위치확인장치의 보급 확대이다. 전술한 것처럼 위치확인장치는 많은 비용이 드는 반면, 예산 등의 부족으로 지급대수가 원활하지 않다. 따라서 4차산업혁명시대에 걸맞게 기존의 위치확인장치, 즉 스마트워치에 의존하는 것에 발전하여, 피해자 개인이 소지하고 있는 스마트폰과 기존 스마트워치(갤럭시워치, 아이폰워치 등)에 활용할 수 있는 위험발생 통지 앱을 개발·장착하게 함으로써 스마트폰과 스마트워치를 혼재하여 사용할 수 있는 방안을 모색해 볼 필요가 있다.[26] 이는 위치확인장치의 지급에 비해 적은 비용으로 더 높은 효과를 기대할 수 있다는 점에서 유용하게 활용할 수 있을 것으로 생각된다. 다만, 이렇게 될 경우 위의 앱을 장착한 사람의 개인정보가 본인의 의사와 관계없이 쉽게 관계기관에 노출될 우려가 있지만, 앱의 가동은 이용자가 이를 활용하고자 하는 경우에 한하여 작동하게 한다면 사생활침해를 최소화할 수 있을 것이다. 아울러 신변보호서비스의 목적은 특히 피해자의 생명이나 신체의 보호에 있으므로 강력범죄나 폭력범죄의 경우에 그 필요성이 더욱 크게 된다.[27] 따라서 일반 시민들이 생명·신체에 대한 침해를 내용으로 하는 범죄에 대비하여 위치확인장치 부착을 쉽게 활용할 수 있도록 적극적으로 홍보할 필요가 있다.[28]

---

24) 이정원, "경찰청 신변보호제도에 관한 현행법상 문제점과 개선방안 : 사례분석 및 적용검토를 중심으로", 「한국피해자학회」, 제27권 제3호, 2019. 22면. 경찰실무상 신변보호제도를 활용하면 경찰신고 후 피의자 조사시까지 5일간 임시숙소 제공, 주거지에 대한 정기적 112순찰, 위치확인장치인 스마트 워치 배부, 주거지 CCTV 설치 및 긴급신고 체계 구축, 신원정보 변경 지원 조치 등이 가능하다. 실제 사례에서 A와 B에 대해서는 이러한 조치들이 시행되었다. 그 밖에 피해자보호지원 조치로 정신적 피해지원의 일환으로 심리상담 연계, 경찰청 범죄피해 평가제도 실시, 재판과정에 대한 정보제공의 일환으로 법정 모니터링 실시, 주거지 이전에 따르는 이전비 지원 신청안내 등을 하였다.

25) 범죄피해자 발생한 경우에 피해자지원의 필요성이 있는 경우에는 경찰서의 피해자전담경찰관이 범죄피해자지원센터에 연계의뢰 → 검찰청에서 경제적 지원, 심의 → 검찰청 재무팀에서 결과통보 → 피해자지원의 과정으로 지원된다. 따라서 현행 제도상 피해자지원은 검찰청이 집행의 주축이되고 있지만, 신변보호의 경우에는 경찰에서 주도적으로 행하고 있다.

26) 이성대, "피해자 등에 대한 신변안전조치의 개선방향", 「한국피해자학회」, 제29권 제3호, 2021. 128면.

27) 김연수,이재영, "경찰관과 피해자의 범죄피해자 신변보호 서비스에 대한 인식 차이 연구", 「한국경찰학회보」, 제22권 제4호, 한국경찰학회, 2020. 382면.

셋째, 신변보호기간의 합리화이다. 「특정범죄신고자 등 보호법」 제13조 제1항은 신변보호기간을 일정 기간으로 제한하면서도 그 구체적인 기간을 명시하고 있지 않는 반면, 동법 시행령 제6조 제3항에서는 신변안전조치를 요청·신청할 때는 기간을 구체적으로 기재하도록 요구하고 있다. 그러나 어느 정도의 기간동안 신변보호가 필요한지는 결국 수사기관인 검사의 판단에 따를 수 밖에 없는 구조이다. 따라서 구체적 사건에 있어서 신변보호기간을 정할 수 있는 객관적 기준의 마련이 요구된다. 이 경우 피해자의 의견도 중요한 참작요소로 평가되어야 한다. 또한 피고인에 관한 공판절차가 종료되고 범죄신고자 등에 대한 신변보호기간도 만료되었을 경우 이후의 신변안전조치를 언제까지 어떻게 수행할지에 대해서는 아무런 규정이 없다.[29] 하지만 가해자에 의한 보복은 형집행 종료 후에도 언제든지 발생가능한 것이므로 신변보호기간의 만료 후에도 필요한 경우에 피해자의 신청이 있으면 신변보호을 추가하거나 연장할 수 있어야 한다. 보호시설은 피해자에게 안전한 숙소뿐만 아니라 폭력 등 후유증으로부터 보호와 피해회복의 기회를 제공하기 때문이다.[30] 이에 동법 시행령과 「피해자 보호시설 관리·운영지침」(2023. 4. 18. 개정 대검찰청예규 인권기획담당관 제1342호, 비공개지침)을 개정할 것이 요구된다.

넷째, 실무적으로 주거이전비 등의 집행이 신속하게 이루어질 수 있도록 절차를 간략화할 필요가 있다. 「범죄피해자에 대한 위치확인장치 및 이전비지원지침」(2021. 10. 18. 시행, 대검찰청예규 제1238호)에 따르면, 피해자가 이전비지원을 받고자 하는 경우에는 신청서를 작성한 후 수사 중이거나 기소한 관할검찰청 또는 신청인의 주소지·거소지 관할검찰청에 제출하고, 이 신청서를 전달받은 담당직원은 즉시 검사에게 전달하게 되면 담당검사가 이를 정하고 부장검사의 결재 후 결정사항을 피해자에게 유선으로 전달하는 것으로 하고 있다. 이때 이전비지급은 당일에 즉시 지급을 원칙으로 한다. 그러나 동지침 제20조(지청 예산집행 절차)를 살펴보면 “지청 재무담당자는 지방검찰청 재무담당자에게 이전비 지급요청서를 작성하여 제출한다”고 규정되어 있다. 이 규정은 이전비지원의 긴급성이 요구되는 경우에는 준수하기가 어렵다. 따라서 이에 지청이라 할지라도 즉시 지급을 해야 한 긴급성이 있는 경우에는 지방검찰청과 동일하게 이 절차를 생략하여 신속하게 이전비를 지급할 수 있도록 지침을 개정할 필요가 있다.

## 2. 경제적 지원금(구조금) 집행체계의 보완

가해자로부터 피해배상을 받기 어려운 피해자를 대상으로 국가가 제공하는 경제적 지원은 ‘범죄피해구조금’이 있다. 국가는 범죄피해자에게 현실적이고 충분한 지원을 해줘야 하며,[31] 피해자의 피해회복을 위하여 가장 중요한 것 중의 하나가 물질적 지

28) 이와 병행하여 범죄가 발생한 경우에 피해자를 구제하는 것보다 더 중요한 것은 범죄가 발생하지 않도록 사전에 예방하여야 할 것이므로 검찰에서는 범죄가 발생하지 않도록 끊임없이 사회환경을 개선하거나 관련 법률을 제·개정하는 등의 노력이 요구된다(이성대, 앞의 논문, 127면).

29) 박광민·강석구, “범죄피해자 증인신변보호 제도의 강화방안”, 대검찰청, 2008. 83면.

30) 이인선·김보화, "여성폭력 피해자 보호시설 개선방안: 피해여성의 시설 이용 경험을 중심으로", 「한국사회복지연구회」, 제55권 제1호, 2024. 174면.

31) 김재민, "범죄피해자 구조금 지급요건과 절차 개선방안", 「한국형사정책학회」, 제23권 제1호, 2011. 2023면.

원이다.[32] 그러나 까다로운 구조금의 지급요건과 산정기준은 피해의 일부분만 반영한다. 이렇게 제한된 구조금 지급대상의 문제점을 보완하고자 '경제적 지원(협의)'을 별도항목으로 구분하고 있다. 하지만 현행 범죄피해구조금과 경제적 지원제도의 지원금액은 피해자의 원상회복의 관점에서 매우 미흡한 것이 사실이다. 이에 피해자에 대한 직접 지원에 초점을 맞춰 범죄피해자보호기금의 지원금과 대상을 보다 폭 넓게 확대할 필요가 있다.

첫째 현재 범죄피해구조금의 산정기준은 평균임금에 '개월 수'를 곱하여 산정하지만은 '개월 수' 상한기준이 40개월로 정해져 있고, 지원금의 최대기준이 1억 3천만원이므로 원상회복을 기준으로 보면 매우 미흡한 것이 사실이다.[33] 특히, 유족구조금과 장해구조금의 '개월 수'를 산정하는데 있어 문제점으로 피해자의 연령(취업가능기간)의 고려가 없는 실정이이므로[34] 고령피해자와 취업가능기간이 긴 젊은 피해자의 구조금이 동일하다는 것이 문제이다. 또한 중상해구조금의 경우에는 '개월 수'가 치료기간이므로 40개월을 초과할 경우에도 그 상한이 40개월 밖에 반영이 안되는 문제점이 있다. 이에 산정기준을 실제 치료기간으로 현실적으로 개선할 필요가 있다. 그동안 범죄피해구조금을 보완하기 위하여 지원금액이 상향되었으나 피해자의 원상회복에는 여전히 미흡한 실정이다. 따라서 경제적 지원에 있어서 그 유형별로 금액과 지원기간을 현실화할 필요가 있다.[35]

둘째, 경제적 지원(구조금 포함)의 대상을 확대할 필요가 있다. 피해자보호법상 피해자범위는 범죄로 인하여 피해를 입은 자와 그 배우자, 직계 친족 및 형제자매로 광범위하게 규정하고 있다. 구조금을 포함한 경제적 지원 대상은 '생명이나 신체 피해를 입은' 피해자 및 그 가족에 한정되어 있거나, 생명이나 신체 피해를 입은 피해의 경우에도 신체피해의 정도, 피해자의 국적, 대한민국영토 내에서 피해 발생 등에 의해 지급여부가 결정되고 있어[36] 실질적으로 범죄피해를 입어 고통을 겪고 있는 다수의 범죄피해자들이 구조금을 포함한 경제적 지원대상에서 제외되고 있는 실정이다.[37] 따라서 신체피해의 정도와 과실범죄 여부, 가해자와 피해자의 관계여부 상관없이 범죄피해로 인하여 생명과 신체피해를 입은 피해자인 경우는 구조금의 지급대상에 포함하도록 개선하여야 한다.

---

32) 이공주, "범죄피해자 구조청구권 강화에 관한 연구", 「한국법학회」, 통권 제64호, 2016. 153면.

33) 법무부, 보호·지원기본계획 앞의 책, 48면.

34) 송귀채, "범죄피해자 구조금 산출 방법의 문제점 및 개선방안", 「피해자학연구」, 제30권 제3호, 2022. 25면.

35) 치료비는 실비지급을 원칙으로 하고 있으나 1인당 연 1,500만원, 총 5,000만원 한도가 있어 화상피해자 등 중상해 일부 피해자에게는 매우 미흡한 실정이다. 또한 생계비는 월 50만원 상한으로 2020년 COVID-19 가족돌봄비용으로 1일 5만원 책정된 비용에 비해서 매우 낮은 수준이다. 그리고 장례비 또한 실비지급을 원칙으로 하고 있으나 400만원이었으나 상향되어 현재는 500만원이지만 2015년 우리나라 기준 평균 장례비 1,380만원, 2021년 최저임금기준 국가배상법에 의한 장례비 약 697만원에 비해 매우 낮은 수준이다(법무부, 범죄피해자 보호·지원 기본계획 앞의 책, 48면).

36) 윤지원, "해외 범죄피해에 대한 범죄피해구조금 지급의 실무적 문제점", 「한국피해자학회」, 제28권 제1호, 2020. 176면.

37) 중상해 구조금은 8주이상 치료를 필요로 하는 피해자를 대상으로 하고, 특별한 경우를 제외하고 친족일 경우 지급대상에서 제외된다. 또한 가정폭력이나 데이트폭력과 같이 재피해의 우려로 일상생활이 어려운 경우, 대물범죄에 해당하는 경우, 재산피해로 생계가 곤란한 경우의 피해자는 경제적 지원대상에서 제외된다.

셋째 외국인 노동자의 지속적인 유입으로 우리 사회가 다문화사회로 진입하면서 국내 체류 외국인의 범죄피해가 증가하고 있다. 또한 여행, 유학, 취업, 사업 등을 목적으로 한 해외체류가 증가하는 내국인들이 해외에서 범죄피해를 경험하는 국민 역시 증가하고 있다. 이에 국내체류 외국인 피해자(90일 이내 단기체류자 제외)에게 경제적 지원을 받도록 대상을 확대하였다. 그러나 여행객을 포함하여 해외체류 내국인 피해자(취업, 학업 등을 위한 단기체류자에 한함)에 대한 경제적 지원은 제대로 이루어지고 있지 않으므로 이들에 대해서도 치료비나 각종 비용 등 직접적 손해에 대하여 경제적 지원을 할 수 있는 법적 근거를 마련할 필요가 있다.

넷째, 경제적 지원 집행체계의 개선도 필요하다. 현재에는 범죄피해구조금과 경제적 지원(협의)으로 이원화됨에 따라 그 신청과 심의의결기구도 검찰청 지검단위의 '범죄피해구조심의회'와 지검 및 지청의 '범죄피해자 경제적 지원 심의위원회'로 이원화되어 있다. 따라서 피해자지원을 합리적으로 운영할 수 있도록 이들 기관을 통합하여 운영할 필요가 있다.

이외에도 경제적 지원금 현실화 등을 구조금과 치료비·생계비·학자금·장례비 등 지원금액을 단계적으로 상향하고 그 대상 또한 폭넓게 포함하여 범죄로 인한 피해를 입은 피해자로 하여금 피해회복을 위하여 노력할 것이 요청된다.

## 3. 피해자의 회복적 사법의 실효화

### (1) 형사조정제도

형사조정제도는 가해자, 피해자의 적극적인 참여와 전문화된 형사조정위원의 중재로 형사분쟁을 조정위원들의 도움으로 스스로 해결하도록 하는 제도이다. 이 제도는 회복적 형사사법 모델로서 대체적인 분쟁해결절차의 구조를 취하는 것[38]으로, 전통적인 형사사법시스템의 한계를 극복할 수 제도로 평가되고 있다. 특히, 형사조정제도는 당사자들의 자발적 참여 및 진정한 화해와 용서에 기초한 것[39]으로 피해자의 신속한 피해회복에 초점을 두고 있다. 더불어 수사진행과 처벌을 지양하므로 수사인력과 예산낭비를 막아 수사 여력을 더 효율적으로 사용하는데 기여한다.

이에 형사조정에 있어서 원활한 합의를 위해서는 조정위원들의 역할이 매우 중요하다. 그중에서도 첫째, 조정위원들의 중립성이 매우 중요하다.[40] 조정위원은 피해자와 가해자 모두 객관적으로 살펴보며, 사건의 배당시에 이 사건에 대한 이해력을 바탕으로 범행 당사자 간에 존재하는 차이와 갈등을 중립적이고, 전문적으로 파악하여 조정에 임해야 하며, 만약 중립적 역할이 부족한 경우 피해회복을 위한 형사조정제도의 근간이 퇴색된다. 따라서 형사조정제도에 있어서 형사조정위원의 전문성과 객관성 등의 능력과 자질은 형사조정제도의 효율적인 운용은 물론, 제도의 성공적인

38) 조광훈, "실무연구(實務硏究) : 형사조정제도에 관한 연구", 「법조」, 제57권 제5호, 법조협회, 2008. 356면.

39) 윤영철, "형사절차에서의 가해자-피해자-조정제도에 대한 비판적 고찰", 「형사법연구」 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007. 389면.

40) 김혜정, "범죄피해자보호의 영역에서 피해자-가해자 화해제도의 의미에 관한 고찰 -피해자-가해자 화해제도와 회복적 사법의 개념을 중심으로-", 「법조」 제55권 제4호, 법조협회, 2006. 97면.

정착과 활성화를 위한 중요한 내재적 요소로 작용한다.[41] 따라서 형사조정위원의 위촉기준을 강화하고, 정기적인 교육을 통하여 전문성을 개선하여, 형사조정위원의 전문분야에 맞게 해당 사건을 배당하는 등 개선이 필요하다.[42]

이와 관련하여 형사조정위원들의 중립성을 보장하기 위하여 각종 시민단체(NGO) 및 피해자 보호단체 등 민간협력단체를 형사화해프로그램의 운영주체로 활용할 수 있다는 견해[43]가 있다. 그러나 형사조정제도가 검찰 고유의 제도로서 정착할 수 있었던 이유는 당사자가 모두 형사조정에 동의를 하는 경우 경찰 사건송치시 1개월 이내 시한부기소중지로 처분하여 형사조정위원들의 조정으로서 피해자에 대한 피해회복이 신속하게 이루어질 수 있도록 하였다는 것이다. 따라서 사건에 대한 처리권한이 없는 민간인이 주체가 되어 조정에 참여할 경우 중립성은 보장될 수 있을지 모르지만 전문성은 부족할 뿐만 아니라 조정에 대한 가해자와 피해자의 협조할 것인지는 의문이 제기되지 않을 수 없다. 따라서 현재와 같이 사건에 대해 처분권한을 가진 검찰의 주도에 의하여[44] 조정이 이루어지도록 하되, 조정의 결과에 대하여 법적 효력을 인정함으로써 조정이 원활하게 진행되도록 할 필요가 있다.

둘째, 형사조정은 피의자와 피해자의 동의를 전제로 한다. 하지만 피의자가 배상에 대한 의지가 없이 조정에 동의하는 경우도 적지 않고, 경우에 따라서 자신의 형사절차를 지연시키기 위한 수단으로 활용하는 경우도 있다.[45] 따라서 조정에 회부하기 전에 피의자의 배상의사를 확인하는 절차를 마련하거나 공탁 등의 제도를 활용하여 피해배상을 위한 적정 금액에 대해 사전공탁이 있는 경우에 한하여 조정에 회부하는 것도 필요할 것으로 판단된다. 이외에도 피의자의 원인으로 인해 조정이 결렬될 경우에는 피의자에 대한 형사절차에서 담당검사가 이를 고려하여 사법처리를 하도록 제도화하는 것도 하나의 방법이 될 것이다. 다만, 이 경우에도 조정제도가 수사기관에서 사건해결의 어려움을 회피하기 위한 수단으로 강요되지 않도록 주의할 필요가 있다. 앞으로 형사조정제도가 효율적인 사건해결의 방법으로 안착되기 위하여 형사조정 전반의 운영과정에 대한 검토와 참여자들의 형사조정에 임하는  태도 및 인식 등의 파악을 위한 실증적인 연구를 통해 조정요건 및 조정절차를 개선할 것이 요청된다.[46]

---

41) 조광훈, 앞의 논문 390면.

42) 이와 관련하여 형사조정제도에 관하여 21대 국회에서 유상범의원이 대표발의한 '범죄피해자 보호법 일부개정법률안'(의안번호 2119895호 2023. 2. 8. 제안)에서는 형사조정이 형사사건 분쟁해결 방안으로 확실하게 자리매김하기 위해서는 형사조정의 신뢰를 형성하기 위한 형사조정위원의 중립성과 전문성 유지가 필수적이므로 형사조정위원을 대상으로 하는 제반 교육을 강화해야 할 필요가 있다고 지적하면서, 형사조정위원에 대한 교육 실시 근거를 마련함으로써 형사조정을 보다 더 중립적으로 운영하고자 하였다(안 제42조).

43) 김혜정, 앞의 논문, 97면.

44) 김충우, "독일 형사조정제도(Täter-Opfer-Ausgleich) 연구", 「대검찰청」, 제13권, 2008. 37면.

45) 박우진·박상현, "형사조정에서의 조정성립률 제고를 위한 제도개선 제안", 「한국협상학회」, 제27권 제1호, 2024. 14면.

46) 이동원·윤현석, "범죄유형에 따른 형사조정 특성에 관한 경험적 고찰", 「한국형사법무정책연구원」, 통권 제115호, 2018. 122면.

### (2) 배상명령제도

배상명령제도는 형사소송절차에 배상명령제도를 통하여 형사와 민사적인 청구를 함께 처리하게 함으로써 피해자의 빠른 피해회복을 가능하게 하는[47] 한편, 피고인의 경우도 형사소송 후 다시 민사소송을 당하는 등의 부담이 줄어들게 된다. 하지만 배상명령제도는 형사절차에서 실제로는 그다지 활용되고 있지 않으며, 실제 배상명령에 의한 배상액도 미미한 것으로 나타나고 있다. 따라서 배상명령제도가 피해자의 지원과 구제수단으로서 실효적으로 운영될 수 있도록 보완이 요구된다.

첫째, 배상명령 대상사건을 확대하여야 한다. 배상명령제도는 전술한 바와 같이 그 대상이 「형법」, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」의 소정의 범죄 및 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 등의 가정보호사건 심리절차에서 보호처분을 선고한 사건을 대상으로 한정되어 있다. 따라서 재산범죄 이외 다른 범죄에 대해서는 배상명령이 폭 넓게 활용되지 못하고 있는 실정이다. 따라서 실증적 조사 등을 통해 그 대상범죄를 재산적 손실을 초래하는 모든 범죄로 확대함으로써 배상명령제도를 활성화할 필요가 있다.

둘째, 배상명령 신청자격을 확대하여야 한다. 「소송촉진 등에 관한 특례법」(2024. 4. 17. 시행, 법률 제20006호) 제1조에서는 동법의 제정목적을 '국민의 권리·의무의 신속한 분쟁처리'에 두고 있다(법 제1조), 따라서 배상명령제도도 원칙적으로 일반국민을 대상으로 한 제도라고 할 수 있다. 하지만 넓은 의미에서 국민에는 '국가'도 포함될 수 있으므로 국가에게도 배상명령을 신청할 수 있는 자격을 부여하는 것도 고려해 볼 수 있다.[48] 대검찰청에서 매년 발행하고 있는 국가를 피해자로 하는 사기 및 횡령사건의 범죄분석을 살펴보면, 2016년 4,889명, 647명, 2017년 5,127명, 568명, 2018년 4,508명, 432명, 2019년 5,263명, 422명, 2020년 3,743명, 309명, 2021년 1,530명, 209명, 2022년 1,568명 168명으로, 증가와 감소의 변동은 있지만 국가가 피해자가 되는 경우가 적지 않다. 이렇게 될 경우 국고손실을 적극적으로 만회하는데 크게 도움이 될 수 있을 것이다.

셋째, 배상명령제도에 대한 통지제도의 합리화가 요청된다. 현재 신속한 피해회복과 알권리를 위하여 피해자에게 배상명령을 직접 통지하는 것 외에도 스마트폰을 활용하여 문자안내 통지를 하고 있다. 그러나 검찰실무에서 행하여지고 있는 문자안내는 법원의 배상명령 안내통지서와 맥락은 비슷하나 통일성이 없다.[49] 따라서 배상명령통지의 활성화를 위하여 검찰에서는 문자로 발송하는 통지내용은 피해자의 눈높이에서 이해하기 쉽고 간편하게 기술하되, 자세한 설명을 추가하여 피해자가 권리로서 배상명령제도를 활용할 수 있도록 하는 한편, 배상명령 신청서 양식다운로드 정보를 포함하고 있는 링크를 제공함으로써 배상명령신청을 용이하게 할 필요가 있다.

넷째, 「소송촉진 등에 관한 특례법」 제32조 제4항에서는 "배상신청을 각하하거나 그 일부를 인용(認容)한 재판에 대하여 신청인은 불복을 신청하지 못하며, 다시 동일

47) 차성안, 앞의 논문, 340면. 최근 인터넷 사기등 피해자가 다수인 반면 피해액은 1백만원 이내인 경우가 많아 별도의 민사소송을 통하여 손해배상절차를 진행하기가 쉽지 않다.
48) 김대룡, "국가를 위한 배상명령에 관한 소고", 「형사법의 신동향」 통권 제74호, 대검찰청, 2022. 121면.
49) 한편, 이 통지양식의 내용이 실무에서 사용하는 문자통지와 피해자 보호 및 지원에 관한 지침 [별지3호] 서식의 양식과 문구가 상이하므로 이를 통일할 필요가 있다.

한 배상신청을 할 수 없다"고 규정하고 있다. 하지만 피해자의 입장에서 배상신청이 각하되거나 전부 인용되지 못한 이유를 알지 못한 채 법원의 판단을 일방적으로 따를 수밖에 없게 되어 있다. 이는 배상신청을 한 경우에도 이에 대한 법원의 인용률이 낮은 이유 중의 하나가 될 수 있을 것이다.[50] 하지만 이러한 법문의 태도는 피해자에 대한 신속한 피해구제를 위해 배상명령제도를 도입한 입법취지에 반하는 모순을 가지고 있다. 배상명령제도는 경제적 사정이 어려운 피해자일수록 그 효용성이 더욱 크고, 피의자로 하여금 피해회복에 적극적으로 노력하는 계기를 제공할 수 있다는 점에서 피의자의 개선·교화의 효과도 기대되므로 배상명령신청에 대한 법원의 각하나 일부 인용결정에 대하여 신청자의 불복제도를 추가할 필요가 있다. 이것은 법관으로 하여금 배상명령제도에 대해 보다 철저하게 심리하고 적극적으로 결정하도록 유도함으로써 피해자의 어려움을 줄이는데 큰 도움이 될 수 있을 것이다.

## Ⅳ. 맺음말

그동안 법무부와 검찰은 피해자의 피해회복과 보호·지원을 다양한 각도로 노력하였다. 그러나 전담인력과 예산이 부족한 실정이므로 아쉬운 점이 있다. 피해자의 신변보호도 마찬가지다. 강력범죄 피해자들은 신변보호에 대한 욕구가 높으나, 예산과 전담인력이 부족한 실정이다. 따라서 현재의 신변보호조치사항은 경찰 112등록이나, 위치확인장치제공 등과 같이 기존 시스템을 활용하는 것이 주축이다. 그러나 현재 실무에서 피해자에게 가장 필요한 비상호출기라고도 불리는 위치확인 장치의 배정대수는 제한적인 반면, 최근 피해자의 신변보호조치 요구는 폭발적으로 증가하고 있다. 따라서 검찰에서도 향후 신변보호조치요청이 증가할 것으로 고려하여 예산을 확충하는 한편, 전담인력배치를 ㅌ오해 신변보호조치의 실효성을 확보할 것이 요청된다. 아울러 검찰에서는 1차 수사기관인 경찰과 협력체계를 구축·활용하여 피해자의 신변보호 및 지원 등을 신속하게 처리함으로써 피해자들의 수사기관에 대한 신뢰를 제고할 필요가 았다.

또한 전술한 바와 같이 강력사건 등의 발생으로 피해자의 신변보호가 중요한 경우 주거지원을 위하여 피해자 안전가옥 등 피해자 보호시설을 제공하고 있으나, 신변보호기간의 만료의 경우 신변안전조치를 언제까지 수행할지의 논의가 없어 구체적인 대책 마련이 필요한 실정이다. 이외에도 피해자회복사법제도도 법적 제한과 현실적 한계로 인해 그 본래의 기능을 충실히 수행하는데 어려움이 있는 것도 사실이다. 따라서 검찰에서도 피해자의 보호와 지원을 위한 제도의 운영과 개발에 있어서 보다 적극적으로 대처하고, 인력과 예산의 확보를 통해 피해자의 구제와 지원을 물론, 피해회복을 위해 직접적으로 개입하는 노력이 필요하다고 할 것이다. 이외에도 피해자에 대한 효율적인 경제적 지원을 위해서는 안정적인 재원마련 방안의 수립이 요청[51]

50) 김대룡, 앞의 논문, 126면.

51) 2014년 12월 16일 대검찰청은 농협중앙회 및 전국범죄피해자지원연합회와 함께 피해자 지원을 위한 업무 협약을 체결하여 농협이 발급한 가칭 '내일희망카드' 사용액 일부(0.3%)를피해자 보호・지원을 위한 기금으로 조성하고, 기금은 범죄피해자지원연합회가 위탁관리하되, 구체적 관리・집행은 검찰과 농협, 범죄피해자지원센터 관계자 등 외부위원들이 참여하는 위원회에서 결정하도록 하였다. 또 농협은 농업인 피해자와 자녀에 대한 장학금으로 지급하기

되며, 향후 피해자지원을 위한 예산확보를 위해 가해자에 대한 구상권청구의 확대 등 실천방안을 마련할 필요가 있다.

로 하였다고 한다(http://news1.kr/articles/20141216, 2024. 7. 29)

## [참고문헌]

대검찰청, 「검찰연감」, 2022.
대검찰청, 「검찰연감」, 2023.
법무부, 「제4차 범죄피해자 보호지원 기본계획, 2022～2026」, 2021,
법무부, 「범죄피해자 원스톱 매뉴얼」, 2023.
법무부, 「2023 범죄피해자 보호·지원 시행계획」, 2023.
대검찰청, 「형사조정 실무운용 지침」
법무부,「범죄피해자보호기금 자산운용지침」

김대룡, "국가를 위한 배상명령에 관한 소고", 「형사법의 신동향」 통권 제74호, 대검찰청, 2022.
김연수,이재영, "경찰관과 피해자의 범죄피해자 신변보호 서비스에 대한 인식 차이 연구", 「한국경찰학회보」, 제22권 제4호, 한국경찰학회, 2020.
김재민,"범죄피해자 구조금 지급요건과 절차 개선방안", 「한국형사정책학회」, 제23권 제1호, 2011.
김충우, "독일 형사조정제도(Täter-Opfer-Ausgleich) 연구", 「대검찰청」, 제13권, 2008.
김혜정, "범죄피해자보호의 영역에서 피해자-가해자 화해제도의 의미에 관한 고찰 - 피해자-가해자 화해제도와 회복적 사법의 개념을 중심으로-", 「법조」 제55권 제4호, 법조협회, 2006.
박광민·강석구, “범죄피해자 증인신변보호 제도의 강화방안”, 「대검찰청」, 2008.
박우진·박상현, "형사조정에서의 조정성립률 제고를 위한 제도개선 제안", 「한국협상학회」, 제27권 제1호, 2024.
송귀채, "범죄피해자 구조금 산출 방법의 문제점 및 개선방안", 「피해자학연구」, 제30권 제3호, 2022.
송귀채·강동욱, “범죄피해자보호 지원관련 법제의 문제점 및 정비방안”, 「법학논총」, 제33집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2016.
윤영철, "형사절차에서의 가해자-피해자-조정제도에 대한 비판적 고찰", 「형사법연구」 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007.
윤지원, "해외 범죄피해에 대한 범죄피해구조금 지급의 실무적 문제점", 「한국피해자학회」, 제28권 제1호, 2020.
이공주, "범죄피해자 구조청구권 강화에 관한 연구", 「한국법학회」, 통권 제64호, 2016.
이동원·윤현석, "범죄유형에 따른 형사조정 특성에 관한 경험적 고찰", 「한국형사법무정책연구원」, 통권 제115호, 2018.
이성대, "피해자 등에 대한 신변안전조치의 개선방향", 「한국피해자학회」, 제29권 제3호, 2021.
이인선·김보화, "여성폭력 피해자 보호시설 개선방안: 피해여성의 시설 이용 경험을 중심으로", 「한국사회복지연구회」, 제55권 제1호, 2024.
이정원, "경찰청 신변보호제도에 관한 현행법상 문제점과 개선방안 : 사례분석 및 적

용검토를 중심으로", 「한국피해자학회」, 제27권 제3호, 2019.
이창영, "미국의 형사분야 대체분쟁 해결제도연구", 「국외훈련검사 연구논문집」, 대검찰청, 2019.
전윤경, "형사조정의 의의와 성공사례", 한국형사소송법학회, 「형사소송법 핵심판례 130선」 (제5판), 박영사, 2020.
조광훈, "실무연구(實務硏究) : 형사조정제도에 관한 연구", 「법조」, 제57권 제5호, 법조협회, 2008.
차성안, "배상명령 활성화 입법에 대한 평가와 그 시사점", 「저스티스」, 제182-1호, 한국법학원, 2021.

[Abstract]

# The Protection and Suport System and thus Improvement Plan for Victims by Prosecution Service

Lee, Mi Na*, Kang, Dong Wook**

The protection of human rights and rights of victims began with the UN Declaration of the Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Rights in 1985. In Korea, through the enactment and enforcement of the Crime Victim Protection Act, the legal basis for the protection and support system for victims has been established and operated, while Korean government prepared support such as personal protection and loss recovery. These establishment and development of the legal basis reflect the victim's desire to return to the life when it was peaceful, through the restotative justice for the victim. Accordingly, the importance of protecting victims of crime, in the prosecution office is increasing day by day. The prosecution is trying to protect victims of crime, but there are some emerging problems. The purpose of this paper is to review the current status of the prosecution's personal protection measures, restoration of losses, criminal mediation corresponding to the restorative judicial law, and application for compensation orders, and what are the problems at the legal and institutional level, and what would be the improvement measures for this problems. As a way to improve it, he insisted on strengthening the prosecution's personal protection system, expanding the victim's protection facility (safety house) system, supplementing the economic aid (rescue plan) enforcement system, and making the victims' restorative justice effective.

**Keywords:** Crime victims, prosecution's protection of victims, personal protection, loss recovery, restorative justice, criminal mediation, application for compensation order

* Candidate for LL.D., Dong-Guk University-Seoul, Graduate School of Law.
** LL.D., Prof. of College of Law, Dong-Guk University-Seoul.

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.49 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 독일 영업비밀보호법의 주요 내용과 그 시사점

박 영 규*

**논문요지**

우리나라에서 영업비밀 보호제도가 도입된지 30년이 넘게 지났지만 영업비밀 보호 수준은 여전히 낮은 것으로 평가되고 있고, 영업비밀 유출에 따른 경제적 피해가 GDP의 1~3%에 이르는 것으로 추정되고 있다. 이러한 점을 고려하여, 국내에서도 영업비밀 보호를 강화하기 위한 노력이 꾸준히 진행되고 있다. 이러한 영업비밀 보호의 강화 혹은 통일화 노력은 국내뿐만 아니라 외국에서도 활발하게 진행되고 있다. 유럽연합은 2016년 6월 8일 비공개 노하우 및 영업비밀의 위법한 획득, 사용 및 공개로부터 보호하는 것을 내용으로 하는 유럽 영업비밀보호지침을 채택하여, 유럽 단일의 강화된 영업비밀 보호 기반을 마련하였다. 이러한 지침이 독일에서도 영업비밀보호법으로 입법화되어 2019년 4월 26일부터 시행됨에 따라, 독일에서 영업비밀 보호는 근본적인 변화를 맞이하게 되었다.

본고는 유럽, 독일과 우리나라의 법제가 상이하여 이를 그대로 수용하는 것은 무리가 있겠지만 부정경쟁방지법 중 영업비밀 보호 조항에 대한 특칙을 담고 있어 넓은 의미의 영업비밀 보호 법제로 볼 수 있는 유사 법률의 지속적인 등장 등을 고려하여 우리나라에서도 장기적인 관점에서 영업비밀의 보호를 위한 단행법률의 제정이 필요하다는 인식 하에, 특별법으로 제정된 독일 영업비밀보호법상 영업비밀의 개념, 허용행위, 금지행위, 예외, 권리침해시 민·형사적 조치를 중심으로 논의를 전개하였다. 이를 통해, 향후 국내에서 영업비밀 보호를 위한 단행법률을 제정하는 경우, 우리나라 대법원의 판시 내용, Trips 협정 제39조의 정의 등을 참고하여 유용성이라는 요건을 삭제하는 방안, 각 상황에서 적절한 시장 관행을 반영하여 신의성실의 원칙에 부합하지 아니하는 그 밖의 모든 행위를 영업비밀의 불법 획득으로 포섭할 수 있는 방안, 위법행위나 직무상 부정행위 또는 그 밖의 부정행위를 고발하기 위한 경우 등에는 이를 허용하는 방안 등이 마련되어야 함을 결론으로 제시하였다.

**검색용 주제어: 영업비밀, 유럽 영업비빌보호지침, 독일 영업비밀보호법, 허용행위, 금지행위, 예외**

**• 논문접수: 2024. 06. 25. • 심사개시: 2024. 07. 16. • 게재확정: 2024. 07. 29.**

* 명지대학교 법과대학 교수(Dr. jur.).

# I. 서 론

우리나라에서 영업비밀 보호제도가 도입된지 30년[1]이 넘게 지났지만 영업비밀 보호 수준은 여전히 낮은 것으로 평가되고 있고, 영업비밀 유출에 따른 경제적 피해가 GDP의 1~3%에 이르는 것으로 추정되고 있다.[2] 이러한 점을 고려하여, 국내에서도 영업비밀 보호를 강화하기 위한 노력이 꾸준히 진행되고 있다. 예를 들어, 영업비밀을 정의하고 있는 부정경쟁방지법 제2조 제2호에서 “합리적인 노력”이라는 문구를 삭제하여 “비밀로 관리”된다면 영업비밀로 보호받을 수 있도록 영업비밀 인정 요건을 완화하였고,[3] 영업상 이익을 침해당한 자의 생산능력과 상관없이 영업상 이익을 침해한 자가 판매한 침해 물품 전체에 대해 손해액을 산정할 수 있도록 부정경쟁방지법 제14조의2(손해액의 추정 등)를 개정하기도 하였다. 아울러, 영업비밀의 침해행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상액을 정할 수 있도록 하는 징벌적 손해배상제도가 부정경쟁방지법 제14조의2 제6항 및 제7항에 도입되었는데, 동 규정은 최근 다시 강화되어 징벌적 손해배상 한도가 기존 3배에서 5배로 확대되었다.[4]

이러한 영업비밀 보호의 강화 혹은 통일화 노력은 국내뿐만 아니라 외국에서도 활발하게 진행되고 있다. 유럽연합은 2016년 6월 8일 비공개 노하우 및 영업비밀의 위법한 획득, 사용 및 공개로부터 보호하는 것을 내용으로 하는 유럽 영업비밀보호지침을 채택하여, 유럽 단일의 강화된 영업비밀 보호 기반을 마련하였다.[5] 이러한 지침이 독일에서도 영업비밀보호법[6]으로 입법화되어 2019년 4월 26일부터 시행됨에 따라, 독일에서 영업비밀 보호는 근본적인 변화를 맞이하게 되었다. 즉, 종전 영업비밀 보호에 관해 규정하고 있던 독일 부정경쟁방지법 제17조, 제18조를 영업비밀의 정의, 허용행위, 금지행위, 예외, 권리침해시 구제, 영업비밀 분쟁 해결절차, 벌칙규정 등 총 23개 조문을 규정하고 있는 독일 영업비밀보호법이 대신하게 된 것이다. 이러한 독일 영업비밀보호법에 대해서는 여러 해석상의 문제 혹은 유럽 영업비밀보호지침과의 부합 문제 등이 새롭게 제기되기는 하지만 영업비밀의 보호 상황이 이전 법률에서보다는 상당히 진전되었다고 할 수 있다. 이에 본고는 제Ⅱ절에서 국내에서도 장기적인 관점에서 영업비밀보호법의 제정이 필요하다는 점에 대해, 제Ⅲ절에서는 특별법으로 제정된 독일 영업비밀보호법상 영업비밀의 개념, 허용 행위, 금지 행위, 예외, 권리침해시 민·형사적 조치를 중심으로 논의를 전개하고, 이를 통해 국내에서 향후 특별법으로 영업비밀보호법을 도입하는 경우에 참고할만한 시사점을 제시하고자 한다.

---

1) 법률 제4478호, 1991. 12. 31., 일부개정.
2) 제1차 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호 기본계획(안)(2022~2026), 2021. 12.
3) 법률 제16204호, 2019. 1. 8., 일부개정.
4) 법률 제20321호, 2024. 2. 20., 일부개정. 기술탈취 손해배상 3배서 5배로 '껑충'…특허·영업비밀·아이디어 침해 포함, 디지털타임스, 2024. 02. 13.자
5) RICHTLINIE (EU) 2016/943 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen(Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung.
6) Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen(GeschGehG).

## II. 우리나라에서 독립된 영업비밀보호법의 제정 필요성

### 1. 영업비밀 보호 관련 법제의 현황

영업비밀은 얼마 전까지만 해도 우리나라에서 그다지 관심 대상이 아니었지만, 최근 들어 우리 대기업의 고부가가치 기술에 관한 영업비밀 침해사례를 중심으로 사회적 주목을 받고 있고 기업 간 영업비밀을 둘러싼 법적 분쟁도 빠르게 증가하고 있다. 그럼에도 불구하고, 특허법, 상표법, 저작권법 등 지적재산권 관련 법률에 비해 현재 부정경쟁방지법은 부칙을 제외하면 불과 40여 개의 조문만으로 그 법이 규율하고자 하는 2대 객체인 영업비밀 침해행위와 총 10여 가지나 되는 다양한 일반 부정경쟁행위들을 모두 규율하고 있다. 다양한 규율 대상에 비해 너무나 조문이 간략하여 특정 쟁점에 관한 명시적인 규정이 없는 경우가 많고, 타 법률과 상호보완적인 역할을 수행하기에도 한계가 있을 수밖에 없다. 또한, 부정경쟁방지법 혹은 영업비밀 보호 관련 규정은 거의 해마다 개정될 정도로 잦은 변화가 있는 분야이기도 하다. 가장 최근에는 부정경쟁행위 등 조사의 당사자가 특허청장 등에게 부정경쟁행위 확인 등을 위한 조사와 관련된 자료의 열람 및 복사를 요구할 수 있는 근거를 마련하고, 부정경쟁행위를 한 자에 대한 특허청장의 시정명령제도를 도입하며, 누구든지 정당한 권한 없이 또는 허용된 권한을 넘어 타인의 영업비밀을 훼손·멸실·변경하는 것을 금지하고, 아이디어 탈취 및 영업비밀 침해행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우에 부과하는 징벌적 손해배상액의 한도를 손해액의 3배에서 5배로 상향하며, 영업비밀 침해행위를 조성한 물건 등에 대한 몰수 근거를 마련하고, 부정경쟁행위 범죄나 영업비밀 침해죄에 관한 법인의 벌금형 상한을 행위자의 3배로 강화하며, 영업비밀 침해죄에 관한 법인의 공소시효를 10년으로 하는 등의 개정이 있었다.[7)]

아울러, 영업비밀 보호제도의 한계를 보완하기 위해 특정 영역의 기술을 보호하는 법률이 꾸준히 제정되었거나 제정되고 있다. 먼저, 기업의 영업비밀이 침해된 경우에 사후적 처벌 위주로 되어 있는 부정경쟁방지법의 한계를 보완하고, 아울러 국가핵심기술을 보호하는 한편 널리 산업기술의 해외유출행위 등에 강력한 형사제재를 가할 목적으로 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률(약칭 : 산업기술보호법)[8)]이 2007년에,[9)] 중소기업이 보유하는 경제적 가치가 있는 기술 또는 경영상의 정보를 보

---

7) 법률 제20321호, 2024. 2. 20., 일부개정.

8) 법률 제8062호, 2006. 10. 27., 제정. 부정경쟁방지법과 산업기술보호법의 보호대상과 그 관계 등에 대해서는, 김용섭, “산업기술보호법과 영업비밀보호법의 보호대상에 관한 연구”, 「홍익법학」, 제19권 제4호(2018.12), 589면; 김지영, “영업비밀보호법과 산업기술보호법의 관계에 대한 연구 - 일원화 논의에 대한 비판적 고찰 -”, 「산업재산권」, 제43호(2014.04), 197면 참조.

9) 대법원은 ‘산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률’상 비밀유지의무의 대상이 되는 산업기술의 의미 및 산업기술과 관련하여 특허등록이 이루어져 산업기술의 내용 일부가 공개된 경우, 비밀유지의무의 대상에서 제외되는지 여부와 관련하여, “산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률(이하 ‘산업기술보호법’이라 한다)제36조 제2항, 제14조 제2호는 대상기관의 임·직원 또는 대상기관과의 계약 등에 따라 산업기술에 대한 비밀유지의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 대상기관에게 손해를 가할 목적으로 유출하거나 그 유출한 산업기술을 사용 또는 공개하거나 제3자가 사용하게 하는 행위를 하면 처벌하도록 규정하고 있다. 위 비밀유지의무의 대상인 산업기술은 제품 또는 용역의 개발·생산·보급 및 사용에 필요한 제반 방법 내지 기술상의 정보 중에서 관계중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업

호 대상으로 하는 중소기업기술 보호 지원에 관한 법률(약칭 : 중소기업기술보호법)[10]이 2014년에, 국가안보를 위해 보호되어야 하는 기술을 대상으로 하는 방위산업기술 보호법(약칭 : 방산기술보호법)[11]이 2016년에, 그리고 소위 반도체특별법으로서 한국의 경제·안보에 큰 영향력을 가진 반도체칩 관련기술 등 극소수 기술을 강하게 보호하기 위해 국가첨단전략산업 경쟁력 강화 및 보호에 관한 특별조치법(약칭: 국가첨단전략산업법 )[12]이 2022년에 제정되었다.

## 2. 독립된 영업비밀보호법이 필요한 이유

등록상표를 보호하는 상표법에 대응하여 미등록표지를 보호하는 데서 출발한 부정경쟁방지법은 본래 내용적으로 상표법과 여러 면에서 호응하는 법률이었다. 그런데 1991. 12. 31. 법률 제4478호로 일부개정된 부정경쟁방지법에 처음으로 영업비밀의 보호 조항이 도입된 데 이어 1998. 12. 31. 법률 제5621호로 일부 개정되면서 당해 법률 명칭 자체가 '부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률'로 변경되었다. 당시의 제정·개정이유는 "최근 우리 기업의 기술수준이 향상되고 국제교류가 증대됨에 따라 핵심기술의 유출 등 영업비밀 침해행위 증가가 우려되므로 이에 효율적으로 대처할 수 있도록 관련 규정을 보완"하고, "이 법이 규율하고 있는 사항 중 영업비밀의 보호에 관한 내용의 비중이 커지고 있으므로 이를 반영하여 제명은「부정경쟁방지법」에서「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」로 변경한다."고 하여 영업비밀의 보호를 강화하는 방향으로 변화하고자 함을 강조하였다.

그럼에도 불구하고, 새롭게 포섭된 기술정보·경영정보와 같은 영업비밀은 해당 법률이 본래 주로 보호하던 대상이던 표지(標識)와는 아주 이질적인 존재여서 전체 법률의 기본적 성격이 변하였고 아울러 규정 전반의 조화로운 운영에 어려움이 가중되었다는 비판은 피하기 어려울 것이다. 현재, 국제적으로 영업비밀 관련 조문만을 독립된 단행법률로 분리하여 규정하고 있는 국가는 많지 않다. 하지만, 앞서 살펴본 바와 같이 유럽연합은 회원국의 영업비밀 보호에 대한 통일화, 영업비밀의 획기적인

---

경쟁력 제고 등을 위하여 법률 또는 해당 법률에서 위임한 명령에 따라 지정・고시・공고・인증하는 산업기술보호법 제2조 제1호 각 목에 해당하는 기술을 말하고,부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률에서의 영업비밀과 달리 비공지성(비밀성), 비밀유지성(비밀관리성), 경제적 유용성의 요건을 요구하지 않는다. 산업기술보호법 제2조 제1호 각 목의 어느 하나의 요건을 갖춘 산업기술은 특별한 사정이 없는 한 비밀유지의무의 대상이 되고, 그 산업기술과 관련하여 특허등록이 이루어져 산업기술의 내용 일부가 공개되었다고 하더라도 그 산업기술이 전부 공개된 것이 아닌 이상 비밀유지의무의 대상에서 제외되는 것은 아니다."라고 판시하였다.

10) 법률 제12696호, 2014. 5. 28., 제정. 기술유출에 따른 사후 구제보다는 사전 예방을 지원하기 위한 기술보호·지원법이라는 점에서 기존의 법률과 차별성을 있다는 내용에 대해서는 박승룡, "중소기업기술보호법의 지원제도에관한 연구 - 주요 기술보호 지원제도에 대한 검토를 중심으로 -",「법학논총」(국민대학교 법학연구소), 제34권 제1호(2021.06), 141면 참조.

11) 법률 제13632호, 2015. 12. 29., 제정. 동법의 개요, 개정연혁 등에 대한 자세한 내용은 조용순, "「방위산업기술보호법」 개정안에 대한 검토: 정의규정, 침해행위, 형사처벌 규정을 중심으로",「한국산업보안연구」, 제13권 제3호(2023.12), 47면 참조.

12) 법률 제18813호, 2022. 2. 3., 제정. 출입국 정보 제공 관련 조항과 처벌 수위를 중심으로 동법의 실효성에 대해서는 김소희/김학경/김민정, "국가첨단전략산업법의 실효성에 관한 고찰: 국가첨단전략기술 보호 관점에서",「한국산업보안연구」, 제12권 제3호(2022.12), 27면 참조.

보호를 통한 투자 유치, 글로벌 기술패권 경쟁에서의 우위를 선점하기 위하여 영업비밀보호지침을 마련하였고, 독일도 이러한 지침을 반영하여 영업비밀 관련 조문만을 독립된 단행법률로 제정하였다. 물론 유럽, 독일과 우리나라의 법제가 상이하여 이를 그대로 수용하는 것은 무리가 있겠지만 부정경쟁방지법 중 영업비밀 보호 조항에 대한 특칙을 담고 있어 넓은 의미의 영업비밀 보호 법제로 볼 수 있는 유사 법률의 지속적인 등장 등을 고려하여 장기적인 관점에서 영업비밀의 보호를 위한 단행법률의 제정은 국내에서도 필요한 것으로 여겨진다.[13] 물론 이를 위해서는 표지 보호와 관련하여 상표법과 부정경쟁방지법의 역할 재정립, 부정경쟁행위와 불공정거래행위의 구분 및 한계 설정 등의 많은 작업이 필요하지만 본고에서는 지면의 제약을 고려하여, 이하에서 향후 국내에서 특별법으로 영업비밀보호법을 제정하는 경우 시사점을 제공할 수 있는 독일 영업비밀보호법의 주요 내용을 중심으로 살펴본다.

## III. 독일 영업비밀보호법

### 1. 독일 영업비밀보호법 이전 상황

#### (1) 독일 부정경쟁방지법

> 부정경쟁방지법 제17조(벌칙 및 벌금)
> (1) 고용관계가 지속되는 동안 고용관계의 범위 내에서 위임되어 있거나 접근할 수 있는 영업비밀 또는 경영 비밀에 대한 정보를 종업원이 정당한 권한없이 경쟁목적, 자신 또는 제3자를 위해, 혹은 고용주에게 손해를 가할 목적으로 누설하는 경우 3년 이하의 징역형 또한 벌금형에 처한다.
> (2) 경쟁목적, 자신, 제3자를 위해 또는 고용주에게 손해를 가할 목적으로 이하의 행위를 한 자는 동일하게 처벌 받는다;
> 1. 아래의 수단을 통해 영업 비밀 또는 경영 비밀을 정당한 권한 없이 조달하거나 확보한 경우
> a) 기술적 수단의 사용
> b) 비밀이 재현된 복제품의 생산
> c) 비밀이 화체된 물건의 절취
> 2. 제1항에 언급된 공개 또는 제1호에 의해 자신 또는 타인의 행위를 통해 획득하거나 그 밖에 정당한 권한 없이 얻는 영업 비밀 또는 경영 비밀을 제3자에게 공개하는 행위
> (3) - (6)...생략

1896년 최초의 독일 부정경쟁방지법을 기반으로 하는 독일 부정경쟁방지법 제17조는 종업원이 영업비밀을 부당하게 사용하는 경우에 가해질 수 있는 형사적 제제에 대해 규정하고 있었다.[14] 하지만, 동 규정은 단지 고용계약[15] 기간 중에 발생한 영업

13) 우리나라에서 영업비밀보호법을 독립적으로 출범시키기에는 시기상조라는 견해에 대해서는 박준석, “우리법상 영업비밀보호에 관한 비교론적 고찰”, 「산업재산권」, 제38호(2012. 08), 1, 44면.

14) 독일에서는 사용자와 종업원 간의 영업비밀에 관한 민사적 보호를 규정하고 있는 미국의 통일영업비밀법(Uniform Trade Secrets Act, UTSA)에 상응하는 법률은 존재하지 않았고, 대신 독일 법원은 고용계약 당사자의 권리와 의무에 대해 규정하고 있는 독일 민법 제611

비밀의 권한 없는 사용에 대해서만 규정하고 있을 뿐이었고, 고용계약이 종료된 이후에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않았다. 독일 연방대법원은 입법자가 부정경쟁방지법 제17조에 고용계약이 종료된 후에 영업비밀 유지에 대한 종업원의 의무를 의도적으로 규정하지 않았다는 전제 하에, 원칙적으로 고용계약이 종료된 이후에는 종업원의 영업비밀 유지에 대한 의무는 없다는 입장을 견지하고 있다.[16] 이와는 달리 독일 연방노동법원(Bundesarbeitsgericht, BAG)은 제한적인 범위이기는 하지만 고용계약이 종료된 이후에도 보호의무, 충성의무 혹은 배려 의무(Schutzpflicht, Loyalitätspflicht oder Rücksichtnahmepflicht)의 형태로 종업원의 비밀유지 의무가 인정될 수 있다는 입장이다.[17] 즉, 독일 연방노동법원은 확실하지 않은 경우에는 직업선택의 자유, 이직의 자유에 대한 종업원의 이익이 대척점에 있는 사용자의 상업적 이익보다 우선하여 고려되어야 하기 때문에, 고용계약이 종료된 이후의 종업원의 비밀유지 의무는 매우 제한적인 범위 내에서만 인정된다는 입장을 취하고 있다.[18]

### (2) 독일 영업비밀보호법의 탄생

독일 영업비빌보호법이 제정되기 이전 독일에서의 영업비밀 보호는 형법, 공정거래법, 지적재산권법, 노동법, 계약법 그리고 다양한 법원의 관할권이 존재함으로 인해 시대에 뒤떨어지고 불완전하다는 평가가 많았다.[19] 또한 지적재산권 혹은 공정거

---

조(민법 제611조(고용계약에서의 전형적 의무) ① 고용계약에 기하여, 노무를 약속한 사람은 약정한 노무를 급부할 의무를 지고, 상대방은 약정한 보수를 공여할 의무를 진다. ② 모든 종류의 노무가 고용계약의 목적이 될 수 있다.)에서 영업비밀의 보호에 관한 근거를 찾았다. 이외에도 이사의 주의 의무 등에 대해 규정하고 있는 독일 주식법(Aktiengesetz, Akt G) 제116조, 제93조 제1항, 독일 종업원발명법 제24조, 직업교육법(Berufsbildungsgesetz) 제13조, 연방정보보호법(Bundesdatenschutzgesetz) 제5조 등의 특별법에 영업비밀의 보호와 관련된 규정들이 산재해 있었다. 이에 그치지 않고 종업원이 영업비밀을 부당하게 사용하는 경우에 사용자는 독일 민법 제823조 제1항, 제2항, 제826조, 제1004조 혹은 부정경쟁방지법 제3조에 기해 손해배상, 방해제거청구 및 부작위청구를 할 수 있었다.

15) 영업비밀 보호의 출발점은 넓은 의미의 고용관계에서 발견된다는 내용에 대해서는, Adomeit, "*Der Dienstvertrag des BGB und die Entwicklung zum Arbeitsrecht*", 「NJW」 1996, S. 1710.

16) BGH GRUR 1983, 179, 180 - Stapel-Automat; BGH GRUR 1963, 367, 369 - Industrieböden.

17) BAG NJW 1983, S. 134, 135.

18) McGuire/Joachim/Künzel/Weber, "*Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch Rechte des Geistigen Eigentums und durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs(Q215)*", 「GRUR Int.」 2018, S. 829, 836.

19) 이미 로마제국 법원은 내부의 영업 정보를 얻기 위하여 노예를 매수하는 제3자로부터 노예 소유주는 보호되어야 한다는 법리를 발전시켰다(Merges/Menell/Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age*, 5th Edition, Wolters Kluwer, 2010, p. 33). 이후 14-15세기 르네상스의 시작과 함께, 많은 유럽의 국가들은 영업비밀, 특히 중세 길드의 정보를 확실히 보전하기 위한 조치를 마련하였다(Götting, *Gewerblicher Rechtsschutz*, 9. Aufl., C.H. Beck, 2010, § 2 Rdn. 5; Zimmermann, "*Frühe Beispiele aus der Welt der gewerblichen Eigentumsrechte*", 「GRUR」 1967, S. 173, 174). 또한 중상주의로 대표되는 18세기 산업혁명이 시작되는 시점까지는 발명가에게 보상을 해주는 시스템으로 유지되었다(Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, Band 1: EU/Teil 1, 5. Aufl., C.H. Beck, 2012, Abschn. III, A.Art. 37 Rdn. 1). 당시에 사기업은 물론 공공기관도 내부의 영업비밀이 유출되지 않도록 하는데 많은 관심을 기울였지만, 오늘날과 같이 지적재산권 보호 범위에 해당하는 경우 독점배타권이 주어지는 지적재산권제도가 존재하지 않은 관계로 사기업이나 공공기관 공히 정보를 내부에서 안전하게 비밀로 유지하는 방법을 통해서 자신들의 영업비밀

래법의 다른 분야에 비해 독일 연방대법원의 판례도 많지 않았고 오랫동안 영업비밀 보호에 대한 관심도 크지 않았다. 이러한 상황 하에서, 스웨덴은 영업비밀 보호를 특별법을 통해, 프랑스와 이탈리아는 지적재산권 관련 규정을 통해, 영국은 공정거래법의 민·형사 규정을 통해 보호하는 등 유럽 차원에서도 매우 다양하게 이루어지고 있었다.[20] 아울러, 영업비밀 보호는 특정 국가에서만의 문제가 아니라 국제무역의 매우 중요한 부분을 차지한다는 점을 고려하여, 유럽위원회는 영업비밀보호지침을 2016년에 마련하였고 각 회원국은 이를 2018년 6월 9일까지 국내 입법화를 해야 했다. 이를 반영하여 독일의 입법자는 종전 부정경쟁방지법 제17조, 18조 등을 삭제하고, 대신에 제1조 내지 제5조의 총칙(적용범위, 정의, 허용행위, 금지행위, 예외), 제6조 내지 제14조의 권리침해 시 청구권, 제15조 내지 제22조의 영업비밀 소송절차, 제23조의 벌칙규정으로 구성된 독일 영업비밀보호법을 마련하였다. 동 법률이 2019년 4월 26일 발효됨에 따라, 독일은 영업비밀 관련 규제를 종합적으로 실현할 수 있는 법적 체계를 마련하였다.

## 2. 독일 영업비밀보호법의 주요 내용

### (1) 영업비밀의 개념

#### 가. 개 요

> 제2조(정의)
> 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
> 1. “영업비밀”이란 다음 각 목과 같은 정보를 말한다.
> a) 통상적으로 이러한 종류의 정보를 다루는 계통의 사람들에게 그 구성요소의 구체적인 배열과 구성뿐만 아니라 전체적으로도 누구에게나 알려져 있거나 쉽게 접근할 수 있는 정보가 아니어서 경제적인 가치가 있는 정보
> b) 정보의 정당한 보유자가 적절한 비밀 유지 조치를 취한 이후 상황에서 대상이 되는 정보
> c) 비밀 유지에 정당한 이익이 있는 정보
> 2. “영업비밀 보유자”란 영업비밀을 합법적으로 관리할 수 있는 모든 자연인이나 법인을 말한다.
> 3. “침해자”란 제4조에 반하여 불법으로 영업비밀을 획득, 사용 또는 공개한 모든 자연인이나 법인을 말하고, 제5조에 따른 예외를 주장할 수 있는 사람은 침해자에 해당하지 아니한다.
> 4. “침해 제품”이란 기획, 특징, 기능, 제조과정, 마케팅이 상당 부분 불법으로 획득, 사용 또는 공개된 영업비밀에 기초한 제품을 말한다.

유럽 영업비밀보호지침은 영업 비밀의 개념을 세 가지 요건으로 정의하고 있다. 즉, (1) 비밀로 유지되는 정보이어야 하고, 2) 비밀로 유지된다는 점에서 경제적 가치

---

을 보호할 수밖에 없었다. 이후 18세기에 시작된 산업혁명 기간 동안에 이러한 영업비밀을 보호하고자 하는 노력은 더욱 더 진행되었고 마침내 영업비밀의 보호에 대한 입법화가 최초로 이루어지게 되었다(Yu, *Intellectual Property and Information Wealth : Issues and Practices in the Digital Age*, Praeger Publishers, 2007, p. 399; 박영규, “고용계약 종료 후의 영업비밀 보호에 관한 비교법적 고찰”, 「정보법학」, 제20권 제1호(2016), 1, 6면).

20) Ohly, “*Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz im Überblick*”, 「GRUR」 2019, S. 441.

를 지니고 있어야 하고, (3) 비밀 유지를 위해 적절한 조치가 취해지는 대상에 해당되어야 영업비밀로 인정된다. 이러한 정의는 미국의 법률[21]을 모델로 하고 있는 TRIPS 협정 제39조에서 유래한다.[22] 영업 비밀 및 경영 비밀의 보호에 관한 규정이 독일 부정경쟁방지법(UWG)에 규정된 이래로 독일에서는 영업비밀이라 함은, 영업과 관련하여 일부 제한된 사람들에게만 알려지고 공개되지 않은,[23] 경제적으로 유용하여 사용자가 비밀로 유지하고자 하는 정보로 이해되고 있다.[24] 이러한 영업비밀은 법률에서 정의된 것이 아니라 판례 및 학계에 의해 정의된 개념으로,[25] 세부적으로 영업 비밀(Geschäftsgeheimnissen)은 비용 따위의 계산 서류, 판매 정책에 관한 정보, 고객 정보, 가격 및 고객리스트 등과 같은 영업상의 정보 혹은 지식으로 정의된다. 또한 경영 비밀(Betriebsgeheimnissen)은 생산방법, 소프트웨어, 명세서, 설계도면, 디자인 등과 같은 기술적인 정보를 의미한다.[26] 이러한 구분은 개념적인 의미 혹은 경쟁법적인 차원에서 의미를 지닐 수 있지만 양 개념의 차이는 명확하지 않은 상황이었다.[27][28]

독일 영업비밀보호법 제2조 제1호는 이를 보다 구체화하여 영업비밀을, 통상적으로 이러한 종류의 정보를 다루는 계통의 사람들에게 그 구성요소의 구체적인 배열과 구성뿐만 아니라 전체적으로도 누구에게나 알려져 있거나 쉽게 접근할 수 있는 정보가 아니어서 경제적인 가치가 있는 정보(a))이고, 정보의 정당한 보유자가 적절한 비밀 유지 조치를 취한 이후 상황에서 대상이 되는 정보(b))이고, 비밀 유지에 정당한 이익이 있는 정보(c))로 규정하고 있다.[29] 영업비밀에 해당하는 정보의 해석과 관련하여, 독일 연방행정법원은 영업비밀이 담긴 정보의 내용뿐만 아니라 영업비밀을 도출할 수 있는 데이터의 이름, 형태, 데이터의 시간적 요소, 데이터 크기, 사용확장자

---

21) Sec. 1 (4) Uniform Trade Secrets Act.

22) 미공개정보의 보호 및 보호 방법을 규정하고 있는 TRIPs 협정 제39조와 관련하여, 협상 당시 미국은 영업비밀(trade secret)로 할 것을 주장하였지만 최종적으로는 미공개정보(undisclosed information)라는 용어로 결정되었다. 동조 제1항은 회원국이 파리협약 제10조의2에 규정된 부정경쟁으로부터 유효한 보호를 확보하기 위하여 미공개정보 보호를 한다는 취지를 규정하고 있다. 동조 제2항은 비공개정보를 보호대상으로 하기 위한 보호의 요건과 비공개정보의 소유자가 갖는 권리에 대해 규정하고 있다. 비공개정보의 보호 요건으로 적시된 사항은, 전체 혹은 구성요소로서 비밀성을 갖고 있을 것, 상업적인 가치가 있을 것, 보유자가 비밀보호를 위한 적절한 조치를 하고 있어야 할 것 등 세 가지이다. 동조 제3항은 신규 화학물질을 이용한 의약품 또는 농약품의 판매를 허가하는 조건으로 작성에 상당한 노력이 소요된 미공개 실험결과 또는 기타 자료의 제출을 요구하는 경우, 이러한 자료를 불공정한 상업적 사용으로부터 보호하도록 회원국에게 요구하고 있다.

23) BGH GRUR 1982, S. 225, 226 - Straßendecke II; BGH GRUR 1980, S. 750, 751 - Pankreaplex II.

24) BGH GRUR 1977, S. 539, 540 - Prozessrechner; BGH GRUR 1969, S. 341, 343 - Räumzange.

25) Fischer, *Der Schutz von Know-how im deutschen materiellen und Internationalen Privatrecht*, Nomos, 2012, S. 107.

26) Richters/Wodtke, *"Schutz von Betriebsgeheimnissen aus Unternehmenssicht"*, 「NZA-RR」 2003, S. 281, 282.

27) Ann, *"Know-how - Stiefkind des Geistigen Eigentums?"*, 「GRUR」 2007, S. 39, 40.

28) 박영규, 앞의 논문, 1, 16면.

29) 독일 영업비밀보호법의 번역문은 세계법제정보센터(https://world.moleg.go.kr/web/wli/lgslInfoReadPage.do?CTS_SEQ=50828&AST_SEQ=69&nationReadYn=Y&ETC=1&searchNtnl=DE, 2024. 1. 5. 방문)에서 제공된 자료를 바탕으로 필요한 경우 저자가 일부 수정, 보완하였다.

명 등도 동 규정에 의한 정보에 해당한다고 판시하였다.[30] 향후 독일 영업비밀보호법 제2조 및 관련 판례에 따라 영업비밀이라고 하는 정보는 이전과 마찬가지로 가장 넓은 의미에서 보호되고, 아울러 공연히 알려졌는지의 여부, 경제적 가치도 종전과 유사하게 판단될 것으로 보인다.[31] 다만, 비밀유지 여부 및 비밀유지에 대한 이해 관계는 비밀유지 조치와 비밀유지에 대한 정당한 이익이라는 요건에 의해 종전보다는 엄격하게 판단될 것으로 여겨진다.

### 나. 비밀의 정보

종전 독일 부정경쟁방지법 제17조 제1항은 영업 정보와 경영 정보를 구별하기도 하였지만 현행 영업비밀보호법에서는 이러한 구분이 삭제되었다. 그럼에도 불구하고 종전과 마찬가지로 프로세스, 건설 계획, 알고리즘, 프로토타입, 레시피 등의 경영 정보는 물론 고객 목록, 사업 계획, 광고 전략 등의 영업 정보도 보호될 수 있다.[32] 다만, 종전과는 달리 현행 영업비밀보호법은 영업과의 관련을 명확히 요구하지 않음에 따라, 향후 경제적 가치가 있는 경우 각종 미디어에서 다루어질 수 있는 사적인 정보도 독일 영업비밀보호법 제2조 제1호에 포섭될 가능성도 있다. 독일 영업비밀보호법 제2조 제1호 a)가 “해당 정보는 일반적으로 해당 유형의 정보를 다루는 관계자에게 전체적으로 알려져 있지도 않고 구성 요소의 정확한 배열과 구성에 대해서도 쉽게 접근할 수 없어야 한다.”고 요구함에 따라, 정보는 비밀성을 가지고 있어야 한다. 이러한 요건은 특허법의 절대적인 신규성 개념과 달리 상대적인 비밀성 개념으로 특정 집단의 사람들이 접근할 수 있는 실제적인 가능성이 판단의 핵심적인 요소이고, 따라서 통상의 기술일지라도 비밀성이라는 요건이 부정되지 않을 수도 있다.[33]
만약, 정보가 비밀 보유자에게만 알려지거나 더 큰 그룹이라 하더라도 기밀 유지 의무가 있는 제3자에게만 알려진 경우에는 일반적으로 정보가 공연히 알려진 경우에 해당하지 않고,[34] 정보가 여러 구성요소로 구성된 경우 모든 개별 부분을 알고 있더라도 반드시 정확한 배열과 구성이 공연히 알려졌다고 단정할 수는 없을 것이다. 또한, 모든 고객 데이터를 인터넷에서 개별적으로 조사할 수 있더라도 고객 목록의 비밀성은 인정될 수 있고, 리버스 엔지니어링 등과 같이 제3자가 상당한 노력과 비용을 들여야 비로소 정보를 알 수 있다면 이 또한 비밀성이 인정될 수 있을 것이다.

### 다. 경제적 가치

독일 영업비밀보호법 제2조 제1호 a)에 언급된 경제적 가치는 매우 폭 넓게 이해되는 개념으로, 정보의 무단 사용 또는 공개가 개인의 과학적 또는 기술적 잠재력,

---

30) BVerwG, Beschluss vom 05.03.2020, Az. 20 F 3/19.
31) Kalbfus, *“Die EU-Geschäftsgeheimnis-Richtlinie - Welcher Umsetzungsbedarf besteht in Deutschland?”*, 「GRUR」 2016, S. 1009, 1010.
32) Begr. RegE, BT-Drs. 19/4724, 24.
33) BGH GRUR 2018, S. 1161 - Hohlfasermembranspinnanlage II; Gärtner, *“German Federal Supreme Court: ‘Hohlfasermembranspinnanlage II’ - enforcement of claims for misuse of trade secrets”*, 2019 EIPR 109, 111.
34) BGH GRUR 2018, S. 1161 - Hohlfasermembranspinnanlage II.

비즈니스 또는 재정적 이익, 전략적 지위 또는 경쟁력을 훼손하여 보유자에게 해를 끼칠 가능성이 있는 경우 등의 정보는 경제적 가치를 지닌다. 따라서 대학의 연구결과물이 그 상품화를 실제로 의도하지 않았다고 하더라도 보호될 수 있고,[35] 생산 문제나 임박한 파산 등 영업비밀 보유자에게 부담을 주는 상황에 대한 "부정적인 정보"도 경제적 가치를 가질 수 있다. 여기에서의 가치는 종전과 마찬가지로 잠재적인 가치로도 충분하며, 새로운 기술적 발견은 그것이 특허를 받을 수 있는지 또는 실제로 시장에 출시될 수 있는지 여부가 불분명하더라도 경제적 가치를 지닐 수 있다. 또한, 체계화 혹은 분류되지 않았지만 수집된 많은 원시 데이터도 향후 활용될 수 있는 측면에서 그 경제적 가치가 부정되지 않을 것이다.[36]

### 라. 적절한 비밀 유지 조치

독일 영업비밀보호법 제2조 제1호 b)에 의해 "적법한 보유자에 의해 상황에 따라 적절한 기밀 유지 조치가 적용되는 대상"이어야 비로소 영업비밀로 보호될 수 있다. 이는 강제조항으로 정보 보유자가 이를 준수하지 않으면 비밀 유지 조치를 이행하지 않은 것이며 이러한 경우 결과적으로 영업비밀로 보호받을 수 없게 된다. 여기에서, 비밀로 유지하고자 하는 보유자의 의지가 요구되고 있는데, 반드시 비밀 유지 조치의 문서화까지 요구되지는 않고 있다.[37] 적절한 기밀 유지 조치를 통해 비밀이 유지될 것이라는 영업비밀 보유자의 정당한 기대가 보호되고, 이러한 조치의 경제적 비용 등을 고려하여 절대적으로 효과적이거나 회피가 불가능한 보호 조치가 아니라 적절한 조치가 요구되고 있다.[38] 여기에서 "적절성"이라는 개념은 상대적으로, 비밀 전체와 회사의 가치, 회사 규모, 비용 및 조치의 보편성 등을 종합적으로 고려하여 판단할 수밖에 없을 것이다.[39]

우선적으로 고려되어야 할 실무상 적절한 비밀 유지 조치로는,[40] 먼저 정보는 개별적으로 기밀로 표시하고 이러한 것이 여의치 않은 경우에는 전체를 기밀로 표시할 수도 있다. 둘째, 고용계약에서는 비밀유지의무가 비록 고용계약에 명시적으로 명시되어 있지 않더라도 부차적인 의무에 해당할 수 있지만, 비밀유지 의무가 계약의 성격에서 자연스럽게 도출되지 않는 경우에는 계약에서 명시적으로 규정해야 한다. 셋째, "알아야 할 필요성" 원칙에 따라 직원은 업무에 필요한 기밀 정보에만 접근할 수 있도록 하여야 한다. 넷째, 단순한 비밀번호 보호부터 방화벽, 복잡한 보안 시스템까지 기술적 보호 조치가 필요하고, 이는 중소기업이나 중견기업보다 대기업이나 가치 있는 비밀이 많은 기업의 경우에는 특히 요구된다. 다섯째, 모든 기업은 회사 정보를 자체 데이터 저장 매체에 저장하거나 개인적으로 접근 가능한 통신 수단을 통해 전

35) Begr. RegE, BT-Drs. 19/4724, 24.
36) Alexander, *"Gegenstand, Inhalt und Umfang des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen nach der Richtlinie (EU) 2016/943"*, 「WRP」 2017, S. 1034, 1039.
37) Kalbfus, *"Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen nach der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie"*, 「GRUR-Prax」 2017, S. 391; Henning/Harte, *UWG*, 4. Aufl., C.H.BECK, 2016, Vorb. §§ 17 - 19 Rn. 10 b.
38) Alexander, a.a.O. S. 1034; Kalbfus, a.a.O. S. 391, 392; Maaßen, *„Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen" für Geschäftsgeheimnisse"*, 「GRUR」 2019, S. 352, 355.
39) Begr. RegE, BT-Drs. 19/4724, 25.
40) Maaßen, a.a.O. S. 352, 357.

송할 수 있는 기회와 권한을 직원에게 어느 정도까지 부여할 것인지의 여부를 결정해야 한다. 특히, 재택근무하는 직원이 자신의 컴퓨터를 사용하고 데이터를 저장할 수 있는지 여부와 예상되는 기술적 보호 조치 등도 이에 포함될 수 있을 것이다.

### 마. 정당한 이익

독일의 입법자는 영업비밀 보호와 관련하여, 유럽 영업비밀보호지침에 규정되어 있지 않은 새로운 요건을 규정하고 있다. 즉, 영업비밀로 보호되기 위해서는 비밀 유지에 정당한 이익이 있어야 한다는 요건(독일 영업비밀보호법 제2조 제1호 c))을 추가하였다. 이러한 요건의 추가는 “영업비밀의 보호범위를 좁히지 않으면서도 부정하게 영업비밀을 취득하는 것을 방지하기 위해서는 영업비밀이라는 용어에 대한 통일적인 혹은 동질적인 정의를 확립하는 것이 중요하다. 이에 따라 영업비밀이라는 개념은, 기밀 유지에 대한 정당한 이익과 그러한 기밀이 유지될 것이라는 정당한 기대가 있는 노하우, 영업 정보 및 기술 정보를 포괄하는 것이어야 한다. 아울러, 이러한 노하우나 정보는 실제적이든 잠재적이든 상업적 가치를 구현해야 한다. 노하우 혹은 정보의 부정한 취득, 사용 또는 공개가 이를 합법적으로 통제하고 있는 자의 이익, 예를 들어 과학적 또는 기술적 잠재력, 영업 또는 재정적 이익, 전략적 위치 또는 경쟁력에 대한 이익에 해를 끼치는 경우에는 노하우 혹은 정보의 상업적 가치가 구현된 경우에 해당한다. 하지만, 사소한 정보, 경험 및 자격뿐만 아니라 해당 정보를 취급하는 사람들이 일반적으로 알고 있거나 쉽게 접근할 수 있는 정보로써 이를 종업원이 자신의 정상적인 직무를 수행하는 과정에서 획득한 경우에는 영업비밀에는 해당하지 않는다.”라고 규정하고 있는 유럽 영업비밀보호지침 근거 14에 기초하고 있다. 독일의 입법자는 불법행위에 대한 비밀유지는 보호받을 수 없고, 아울러 탐사 보도 등이 새로운 영업비밀보호법에 의해 제한될 수 있다는 점을 우려하여 “정당한 이익”이라는 요건을 마련한 것으로 여겨진다.[41]

### 바. 기 타

독일 영업비밀보호법은 영업비밀이라는 개념 이외에도, 영업비밀의 보유자(제2조 제2호)는 해당 비밀에 대한 합법적인 통제권을 가진 사람으로 규정하고 있다. 이러한 보유자는 정보를 직접 생성한 사람, 이를 합법적으로 승계한 사람 또는 실시권자 등이 포함된다. 다만, 영업비밀을 공동으로 소유하고 있는 경우, 특허법 및 저작권법과 달리 공동 소유자 간의 법적 관계가 명확하게 규정되어 있지 않은 상황에서 계약상 약정도 없는 경우라면 영업비밀의 소유자를 확정하는 것은 어려운 작업일 수도 있다.[42] 또한, 독일 영업비밀보호법 제2조 제3호는 동 법률 제4조에 반하여 불법으로

41) Ohly, a.a.O. S. 441, 444.

42) 영업비밀의 공동소유의 경우, 영업비밀 자유사용의 인정 범위는 순수하게 공유자 자신의 설비와 인력만으로 이루어지는 이른바 ‘진정 자유사용’의 좁은 범위에서만 인정되어야 하고, 이와 달리 일정 조건 하의 하청 등까지 포함한 확장된 의미의 ‘부진정 자유사용 ’까지 허용되어서는 안된다는 견해에 대해서는 박준석, “영업비밀 공동보유자의 동의 없는 자기 사용은 침해행위인가 － 공유 조문 흠결에 대한 해석론 모델의 제시 －”, 「서울대학교 법학」, 제64권 제1호(2023. 3), 297, 391면 참조.

영업비밀을 획득, 사용 또는 공개한 모든 자연인이나 법인을 침해자로 정의하고 있는데, 이에는 단순한 계약 위반 혹은 다른 법률, 예를 들어 특허법 혹은 저작권법의 위반의 경우에는 침해자로 인정되지는 않는다.

또한, 독일 영업비밀보호법 제2조 제4호는 침해 제품에 대해서 매우 폭 넓게 규정하고 있는데, 침해 제품의 배포는 독일 영업비밀보호법 제4조 제3항에 의해 영업비밀의 침해행위에 해당한다. 이러한 제품은 독일 영업비밀보호법 제7조에 의해 회수, 폐기 및 반환의 대상이 될 수 있다. 독일 영업비밀보호법이 제정되기 이전에도 영업비밀 보유자는 기술적 특징이 본질적으로 영업비밀을 기반으로 하는 제품의 배포에 대해서는 영업비밀의 침해를 주장할 수 있었는데, 독일 영업비밀보호법은 이를 좀 더 구체화하여 불법적으로 획득, 사용 또는 공개된 영업 비밀의 상당 부분으로부터 유래하는 제품의 컨셉, 특징, 기능, 제조 공정 또는 마케팅을 침해 제품에 포함시켰다.[43] 다만, 기밀로 유지되고 있는 고객 목록의 무단 사용을 통해 제품의 배포가 가능한 경우에 이를 침해 제품으로 포섭할 수 있는지의 여부는 명확하지 않다. 이의 판단을 위해서는 실제로 해당 제품이 영업비밀에 “상당한 정도”로 기반을 두고 있는지의 여부가 핵심적인 역할을 할 것으로 보이는데, 어떠한 경우에도 합법적으로 생산된 제품이 비밀을 침해한 다른 제품을 판매함으로써 구축된 고객층에 판매되었다고 해서 침해 제품으로 인정되지는 않을 것이다.[44]

### 사. 우리에게 주는 시사점

앞에서 이미 언급한 바와 같이, 정당한 이익이라는 요건의 유무에서 다소 차이는 있지만 유럽 영업비밀보호지침, 독일 영업비밀보호법은 미국의 법률[45]을 모델로 하고 있는 Trips 협정 제39조의 영업비밀 개념을 차용하여 규정하고 있다. 즉, 일반적으로 알려지지 않았거나 문제된 정보와 같은 종류를 취급하는 집단 내의 주체들이 즉시 취득할 수 없어야 하고, 비공지성에 기인한 상업적인 가치를 가져야 하며, 비밀을 유지하기 위하여 보유자에 의해 적절한 조치가 취해져야 비로소 알려지지 않은 정보에 해당한다는 개념을 차용하고 있다. 우리나라도 Trips 협정의 취지에 맞춰, 1991년 부정경쟁방지법에 영업비밀 보호 조항을 신설하였으며, 1998년 이 법의 명칭을 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률로 변경하였다. 하지만, 현행 우리 부정경쟁방지법 제2조 제2호는 영업비밀을 “공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 비밀로 관리된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다.”고 규정하여, 독립된 경제적 가치라는 표현과 유용한이라는 표현이 공존하게 되어 불필요한 혼란을 초래하고 있다.

우리나라 대법원도 영업비밀의 개념과 관련하여, “여기서 ‘공연히 알려져 있지 아니하다’는 것은 그 정보가 간행물 등의 매체에 실리는 등 불특정 다수인에게 알려져 있지 않기 때문에 보유자를 통하지 아니하고는 그 정보를 통상 입수할 수 없는 것을 말하고(대법원 2004. 9. 23. 선고 2002다60610 판결 등 참조), ‘독립된 경제적 가치를

43) BGH GRUR 1985, S. 294 - Füllanlage; BGH GRUR 2002, S. 91, 94 - Spritzgießwerkzeuge.
44) BGH GRUR 2018, S. 535 - Knochenzement II.
45) Sec. 1 (4) Uniform Trade Secrets Act.

가진다'는 것은 그 정보의 보유자가 그 정보의 사용을 통해 경쟁자에 대하여 경쟁상의 이익을 얻을 수 있거나 또는 그 정보의 취득이나 개발을 위해 상당한 비용이나 노력이 필요하다는 것을 말하며( 대법원 2009. 4. 9. 선고 2006도9022 판결 등 참조), '상당한 노력에 의하여 비밀로 유지된다'는 것은 그 정보가 비밀이라고 인식될 수 있는 표시를 하거나 고지를 하고, 그 정보에 접근할 수 있는 대상자나 접근 방법을 제한하거나 그 정보에 접근한 자에게 비밀준수의무를 부과하는 등 객관적으로 그 정보가 비밀로 유지·관리되고 있다는 사실이 인식 가능한 상태인 것을 말한다( 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3435 판결 등 참조)."라고 판시하여 유용성이라는 요건[46]에 대해서는 별도로 언급하지 않고 있다. 이러한 대법원의 판시 내용, Trips 협정 제39조의 정의 등을 참고하여 향후 특별법으로 영업비밀보호법을 제정하는 경우에 유용성이라는 요건을 삭제하고, 영업비밀의 전형으로 예시된 생산방법, 판매방법도 4차 산업혁명 시대가 도래함에 따라 영업비밀을 대표할 수 있는지의 여부도 의문이다. 이 또한 삭제 혹은 제고가 필요한 것으로 여겨진다.

### (2) 금지되는 행위

> 제4조(금지 행위)
> (1) 영업비밀은 다음 각 호의 어느 하나를 통해 획득해서는 아니 된다.
> 1. 무단 접근, 무단 획득, 영업비밀 보유자의 합법적인 관리 대상이며 영업비밀이 포함되어 있거나 영업비밀을 도출할 수 있는 문서, 물건, 재료, 소재 또는 전자파일 등의 복제
> 2. 각 상황에서 적절한 시장 관행을 반영하여 신의성실의 원칙에 부합하지 아니하는 그 밖의 모든 행위
> (2) 영업비밀은 다음 각 호와 같이 사용하거나 공개해서는 아니 된다.
> 1. 제1항 다음 각 호에 따른 자신의 행위로 영업비밀을 획득한 사람이 이를 사용하거나 공개해서는 아니 된다.
> a) 제1호
> b) 제2호
> 2. 영업비밀 사용 제한의 의무를 위반하여 사용하거나 공개해서는 아니 된다.
> 3. 영업비밀 비공개의 의무를 위반하여 사용하거나 공개해서는 아니 된다.
> (3) 다른 사람을 통해 영업비밀을 획득했고 획득, 사용, 공개 시점에 제2항에 반하여 영업비밀을 사용하거나 획득한 사실을 알고 있거나 알았어야 하는 사람이 영업비밀을 취득, 사용, 공개해서는 아니 된다. 이는 특히 제조, 제공, 유통, 수입, 수출 및 저장에서 침해 제품을 이러한 목적을 위해 사용한 경우에 준용된다

#### 가. 개 요

독일 영업비밀보호법이 제정되기 이전 독일에서의 영업비밀 보호는 침해자를 중심으로 다루어졌다. 종전 독일 부정경쟁방지법 제17조 제1항은 종업원의 영업비밀 침해행위에 대해, 동조 제2항은 침해자로부터 영업비밀을 알게 된 외부인의 침해행위에 대해, 제18조 제1항은 기밀 유지 의무를 위반한 특정한 경우의 처벌에 대해 고의

46) 독립한 경제적 가치와 유용성이 별도의 요건으로 규정된 것이라는 견해에 대해서는 차상육, "영업비밀의 보호 - 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조 제3호 라.목을 중심으로 -", 「산업재산권」, 제23호(2007. 8.), 91, 99, 103면 참조.

를 전제로 규정하고 있었다.

유럽 영업비밀보호지침 제4조 제2항은 “영업비밀 보유자의 합법적인 통제하에 있는 영업비밀 또는 이를 추론해 낼 수 있는 문서, 물체, 재료, 물질 또는 전자파일을 정당한 권원 없이 접근, 도용 또는 복제하는 행위(a)”를, “상황에 따라서 관행(honest, seriösen)적인 상업적 실무에 위배되는 기타 행위(b)”를 위법한 것으로 규정하고 있다. 또한, 동조 제3항은, 불법적인 방식으로 영업비밀을 획득(a), 영업비밀을 비밀로 유지하기로 하는 계약 혹은 영업비밀을 공개하지 않기로 하는 기타 계약의 위반(b), 영업비밀의 이용에 대해 계약 혹은 기타 의무에 의해 제한됨에도 불구하고 이를 위반한 경우(c)에는 영업비밀 보유자의 동의 없이 이를 이용 혹은 공개하는 것은 허용되지 않는 것으로 규정하고 있다. 동조 제4항은 영업비밀의 획득, 사용 또는 공개 시점에 이러한 영업비밀이 불법적인 사용 혹은 공개로부터 유래하는지에 대한 주의 의무를, 동조 제5항은 침해 제품을 생산하거나 시장에 제공하는 행위, 또는 이러한 목적을 위해 침해 제품을 수입, 수출 또는 보관하는 행위는 만일 이와 같은 행위를 하는 자가 영업비밀이 동조 제3항의 범위 내에서 불법으로 사용되었다는 사실을 알고 있거나 알았어야 하는 경우에는 영업비밀의 불법 사용에 해당하는 것으로 규정하고 있다. 이에 따라 독일의 입법자도 종전 규정과는 달리 독일 영업비밀보호법 제4조의 침해요건을 (1) 영업비밀의 취득, (2) 영업비밀의 공개 또는 사용, (3) 제3자에 의한 영업비밀의 취득, 공개 또는 사용, (4) 침해 제품의 배포와 같이 행위의 시간적 순서를 중심으로 규정하고 있다.

### 나. 무단 획득

독일 영업비밀보호법 제4조 제1항은 영업비밀은 “무단 접근, 무단 획득, 영업비밀 보유자의 합법적인 관리 대상이며 영업비밀이 포함되어 있거나 영업비밀을 도출할 수 있는 문서, 물건, 재료, 소재 또는 전자파일 등의 복제(제1호), 각 상황에서 적절한 시장 관행을 반영하여 신의성실의 원칙에 부합하지 아니하는 그 밖의 모든 행위(제2호)”를 통해 획득되어서는 아니되는 것으로 규정하고 있다. 독일 영업비밀보호법 제4조 제1항은 소위 “산업 스파이 행위”로 정의될 수 있는 행위에 대해 규정하고 있는데, 영업비밀에 대한 접근, 획득, 복사를 할 수 있는 권한은 일반적으로 계약을 통해 이루어질 것이다. 만약 종업원이 고용계약에 따라 접근을 할 수 없거나 허용되지 않는 문서를 복사하는 경우, 이는 접근 권한이 만료된 전 직원, 접근이 금지된 회사 방문자가 하는 촬영행위와 마찬가지로 영업비밀을 침해하는 행위에 해당한다. 이전 독일 부정경쟁방지법과 달리 독일 영업비밀보호법은 종업원과 제3자를 구분하지 않고 있으며, 중요한 것은 종업원과 제3자가 행한 행위가 이들의 권한에 포함될 수 있는지의 여부에 의해 영업비밀 침해가 결정된다. 독일 영업비밀보호법 제4조 제1항 제1호는 영업비밀의 획득으로 이어질 수 있는 기타 불공정 행위를 금지하는 일반규정인 동조 동항 제2호에 의해 보충되고 있다. 다만, 독일 영업비밀보호법 제4조 제1항 제2호가 기타 불공정 행위 금지라고 하는 불명확한 개념을 도입함에 따라, 향후 어떠한 경우에 동 규정이 적용될 수 있는지의 여부는 좀 더 지켜봐야 하겠지만, 대표적으로 속임 혹은 기만행위를 통해 접근 권한을 획득하는 경우, 외부의 제3자가 우연히 영업비밀을 습득한 경우와 같은 사례가 동 규정에 포섭될 수도 있을 것으로

여겨진다.

### 다. 무단 사용 혹은 공개

독일 영업비밀보호법 제4조 제2항은 “영업비밀은 제1항 제1호, 제2호에 따라 영업비밀을 획득한 사람이 스스로 이를 사용하거나 공개(제1호), 영업비밀 사용 제한의 의무를 위반하여 사용하거나 공개(제2호), 영업비밀 비공개의 의무를 위반하여 사용하거나 공개(제3호)해서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다. 동 규정에 따라 독일 영업비밀보호법 제4조 제1항에 의해 무단으로 영업비밀을 획득한 사람은 독일 영업비밀보호법 제4조 제2항 제1호에 의해 이러한 영업비밀을 사용 또는 공개하는 것도 허용되지 않는다. 그러나 침해자가 종업원 혹은 계약 상대방으로서 정당한 권한을 가지고 영업비밀을 획득하였지만 이를 공개하거나 스스로 사용하는 것이 허용되지 않는 경우도 있을 수 있다. 여기에서 허용되는지의 여부는 행위자가 의무를 위반했는지에 따라 결정될 것이다.

먼저, 종업원은 명시적인 고용계약 규정이 없더라도 충실 의무로 인해 비밀 유지 의무를 부담하고,[47] 아울러 외부인과 비밀 유지 계약이 체결된 경우 이러한 외부인은 영업비밀을 공개하지 않을 의무를 부담한다. 설령, 명시적인 규정이 없더라도 계약의 해석을 통해 비밀유지의무가 발생할 수도 있다.[48] 다만, 개념상 영업비밀은 성질상 그 직무수행의 기회가 없었다면 당해 근로자가 도저히 얻기 힘들었을 정보이고 반대로 일반적인 지식·기술·경험은 당해 직무가 아니더라도 근로자의 학력과 경력 등에 비추어 통상적으로 알고 있을 내용이거나 직무수행이 아닌 다른 경로로 충분히 얻을 수 있었던 정보라는 점에서 차이가 있지만,[49] 영업비밀 보호와 관련하여 퇴직한 종업원의 권리와 의무를 명확하게 구별하는 것은 쉽지 않은 작업이다. 퇴직한 종업원이 근무 중 획득한 경험과 능력을 사용하는 것이 부정되지는 않겠지만,[50] 퇴사한 종업원이 자신이 근무했던 회사의 영업비밀을 스스로 새로운 직장에서 이용하거

47) 우리나라에서도 계약관계의 존재에 준하는 신뢰관계가 있어 신의칙상 비밀유지의무가 발생하는 경우에도 부정경쟁방지법 제2조 제3호 라목(계약관계 등에 따라 영업비밀을 비밀로서 유지하여야 할 의무가 있는 자가 부정한 이익을 얻거나 그 영업비밀의 보유자에게 손해를 입힐 목적으로 그 영업비밀을 사용하거나 공개하는 행위) 위반의 주체가 될 수 있다는 것이 판례(“(라)목에서 말하는 ‘계약관계 등에 의하여 영업비밀을 비밀로서 유지할 의무’라 함은 계약관계 존속 중은 물론 종료 후라도 또한 반드시 명시적으로 계약에 의하여 비밀유지의무를 부담하기로 약정한 경우뿐만 아니라 인적 신뢰관계의 특성 등에 비추어 신의칙상 또는 묵시적으로 그러한 의무를 부담하기로 약정하였다고 보아야 할 경우를 포함한다”(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다16605 판결(모나미 사건)))와 학설(송영식 외 6인, 「지적소유권법 제2판(하)」, 육법사, 2013, 450면; 한국특허법학회, 「영업비밀보호법」, 박영사, 2017, 171면(최승재 집필부분) 등)의 일치된 해석이다(박준석, “영업비밀의 부정공개 및 이후의 침해행위에 대한 고찰”, 「인권과정의」, 제479호(2019. 2), 27, 30면).

48) 민법 제133조(의사표시의 해석) 의사표시의 해석에 있어서는 실제의 의사가 탐구되어야 하며 표현의 문자적 의미에 구애되어서는 아니된다. 민법 제157조(계약의 해석) 계약은 거래관행을 고려하여 신의성실이 요구하는 대로 해석되어야 한다.

49) 박준석, 앞의 논문, 2, 27, 33면.

50) 보호되지 않는 근로자의 일반적인 지식·기술·경험과 보호대상인 영업비밀을 구분하고, 영업비밀만을 보호대상으로 하려는 노력은 이미 영미법 국가에서도 오래전부터 진행되어 오고 있다(William van Caenegem, *Trade Secrets and Intellectual Property: Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition*, Wolters Kluwer, 2014, pp.198~199).

나 전달하거나 제3자에게 판매할 위험은 실제로 존재한다. 또한, 종업원의 이직 후 영업비밀의 사용에 대해 계약에 포함되어 있는 경우에도, 이러한 비밀 유지 의무는 무제한이 아니라 제한된 기간[51] 내에서만 허용된다.[52].

다만, 명시적인 계약상 합의가 없더라도 계약 후 충실 의무(culpa post pactum Perfectum)에 따라, 영업비밀 사용 제한의 의무를 위반하여 사용하거나 공개하거나 영업비밀 비공개의 의무를 위반하여 사용하거나 공개해서는 안되는 의무가 발생할 수도 있다. 결론적으로 실제 문제로서 경험적 지식과 영업비밀의 구분은 쉽지 않고, 따라서 독일 판례뿐 아니라 여러 국가에서도 개별 사안에 따라 이러한 구분이 개별적으로 이루어지고 있는 것으로 여겨진다. 우리나라에서의 판례도 일반적인 지식·기술·경험과 그렇지 않은 영업비밀을 개별 사안에 따라 판단하고 있다.[53][54]

### 라. 제3자로부터 획득한 영업비밀

독일 영업비밀보호법 제4조 제3항은 “다른 사람을 통해 영업비밀을 획득했고 획득, 사용, 공개 시점에 제2항에 반하여 영업비밀을 사용하거나 획득한 사실을 알고 있거나 알았어야 하는 사람이 영업비밀을 취득, 사용, 공개해서는 아니 된다. 이는 특히 제조, 제공, 유통, 수입, 수출 및 저장에서 침해 제품을 이러한 목적을 위해 사용한 경우에 준용된다.”고 규정하고 있다. 동 규정에 따라 자신이 무단으로 영업비밀을 획득, 공개 또는 사용하지 않는 사람이라도 독일 영업비밀보호법 제4조 제1항 또는 제2항을 위반한 사람으로부터 영업비밀을 획득한 경우에도 책임이 발생할 수 있다. 다만 독일 영업비밀보호법 제4조 제3항은 제3자를 보호하기 위해 주관적 요건을 부가하고 있다. 즉, 이전 침해에 대해 알고 있거나 이에 대해 알았어야 하는 사람만이 침해자로 인정되는데, 이는 영업비밀 획득자가 다른 사람을 통해 영업비밀을 획득하는

---

51) 우리나라 대법원(대법원 1996. 12. 23. 선고 96다16605 판결)도 영업비밀 침해행위에 대한 금지청구권의 인정 취지 및 금지기간의 인정 기준과 관련하여, “영업비밀 침해행위를 금지시키는 것은 침해행위자가 그러한 침해행위에 의하여 공정한 경쟁자보다 '유리한 출발(headstart)' 내지 '시간절약(lead time)'이라는 우월한 위치에서 부당하게 이익을 취하지 못하도록 하고, 영업비밀 보유자로 하여금 그러한 침해가 없었더라면 원래 있었을 위치로 되돌아갈 수 있게 하는 데에 그 목적이 있다 할 것이므로, 영업비밀 침해행위의 금지는 이러한 목적을 달성함에 필요한 시간적 범위 내에서 기술의 급속한 발달상황 및 변론에 나타난 침해행위자의 인적·물적 시설 등을 고려하여 침해행위자나 다른 공정한 경쟁자가 독자적인 개발이나 역설계와 같은 합법적인 방법에 의하여 그 영업비밀을 취득하는 데 필요한 시간에 상당한 기간 동안으로 제한하여야 하고, 영구적인 금지는 제재적인 성격을 가지게 될 뿐만 아니라 자유로운 경쟁을 조장하고 종업원들이 그들의 지식과 능력을 발휘할 수 있게 하려는 공공의 이익과 상치되어 허용될 수 없다.”고 판시하였다.

52) 상법 제74조(경업금지약정; 보상에 의한 경업금지) (1) 고용관계의 종료 후 일정기간 동안 상업사용인의 영업활동을 제한(경업금지)하는 영업주와 상업사용인간의 합의는, 서면형식과 합의된 내용이 담긴 문서를 영업주가 서명하여 이를 상업사용인에게 교부할 것을 요한다. (2) 경업금지약정은 영업주가 경업금지 1년에 대해 최소한 상업사용인이 직전에 계약사 수령한 급부의 절반에 달하는 보상금을 지불할 의무를 부담하는 경우에만 상업사용인에 대해 효력이 있다.

53) 대법원 2008. 7. 4.자 2008마701 결정; 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다16605 판결.

54) 보호대상인 영업비밀과 보호되지 않는 근로자의 일반적인 지식·기술·경험을 서로 구별하는 기준과 관련하여, 국내에서는 ‘근로자 자신에게 귀속되는 인격적 성질의 것인지 여부’에 의해야 한다는 견해(서울중앙지방법원 2007. 8. 10.자 2007카합1160 결정; 한국특허법학회, 앞의 책, 349면(김병국 집필부분)), 당해 정보가 비공지성을 결여하였는지를 기준이으로 해야 한다는 견해(박준석, 앞의 논문, 27, 34면)로 나누어지고 있다.

경우 획득, 사용, 공개 시점에 무단 사용 또는 공개되었는지에 대해 가능한 한 합리적으로 조사하도록, 필요한 경우 법적 조언까지 받도록 강제하는 효과를 발생시킨다.

### 마. 우리에게 주는 시사점

앞에서 살펴본 바와 같이, 독일의 입법자는 종전 규정과는 달리 영업비밀 침해요건을 (1) 영업비밀의 취득, (2) 영업비밀의 공개 또는 사용, (3) 제3자에 의한 영업비밀의 취득, 공개 또는 사용, (4) 침해 제품의 배포와 같이 행위의 시간적 순서를 중심으로 규정하고 있다. 우리 부정경쟁방지법 제2조 제3호도 총 6가지 영업비밀 침해행위의 유형을 규정하고 있는데, 6가지 유형들 중 가목과 라목은 어떤 영업비밀에 대하여 최초의 침해행위가 발생하는 상황을 규제하고 있다. 또한, 나목, 다목과 마곡, 바목은 가목의 부정취득행위와 라목의 부정공개행위가 있을 것을 각각 전제로 하여 사후에 가담하는 침해행위에 대해 규정하고 있다. 즉 최초의 침해행위가 이미 존재한다는 점에 악의 또는 중과실을 가지고 당해 영업비밀을 넘겨받거나 사용·공개하는 경우(나목 및 마목), 그렇게 넘겨받을 당시에는 선의이면서 중과실이 없었지만 사후에 악의 또는 중과실을 가지게 된 상태에서 당해 영업비밀을 사용·공개하는 경우(다목 및 바목)를 각각 규정하고 있다.

다만, 독일 영업비밀보호법 제4조 제1항 제1호는 영업비밀의 획득으로 이어질 수 있는 기타 불공정 행위를 금지하는 일반규정인 동조 동항 제2호(각 상황에서 적절한 시장 관행을 반영하여 신의성실의 원칙에 부합하지 아니하는 그 밖의 모든 행위)에 의해 보충되고 있어 우리 부정경쟁방지법보다는 그 포섭 범위가 넓다는 점, 자신이 무단으로 영업비밀을 획득, 공개 또는 사용하지 않는 사람이라도 독일 영업비밀보호법 제4조 제1항 또는 제2항을 위반한 사람으로부터 영업비밀을 획득한 경우에 책임을 부담할 수 있도록 하고 있는 점 등은 향후 국내에서 영업비밀보호법을 제정하는 경우 도입을 고려할 수 있는 부분으로 여겨진다.

## (3) 허용되는 행위 및 예외

### 가. 허용되는 행위

> 제3조(허용 행위)
> (1) 영업비밀은 특히 다음 각 호와 같이 획득할 수 있다.
> 1. 독자적인 발견이나 창작
> 2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 제품이나 물건의 관찰, 검사, 분해 또는 시험
> a) 공개적으로 이용 가능한 제품이나 물건
> b) 관찰, 검사, 분해 또는 시험하는 사람이 적법하게 소유하고 있고 이러한 사람에게 영업비밀의 취득을 제한할 의무가 없는 제품이나 물건
> 3. 근로자의 정보요청권 및 청문권의 행사나 근로자 대표의 참여권 및 공동결정권의 행사
> (2) 법을 통해 또는 법에 근거하여 혹은 법률행위를 통해 허용되는 경우에 영업비밀을 획득, 사용 또는 공개할 수 있다.

독일 영업비밀보호법 제3조 제1항은 독자적인 발견이나 창작(제1호), 공개적으로 이용 가능한 제품이나 물건 혹은 관찰, 검사, 분해 또는 시험하는 사람이 적법하게 소유하고 있고 이러한 사람에게 영업비밀의 취득을 제한할 의무가 없는 제품이나 물건(제2호)의 관찰, 검사, 분해 또는 시험을 통해 영업비밀을 획득하는 것은 허용된다고 규정하고 있다. 또한, 동조 동항 제3호는 근로자의 정보요청권 및 청문권의 행사나 근로자 대표의 참여권 및 공동결정권의 행사를 통해서도 영업비밀을 획득할 수 있는 것으로 규정하고 있다. 나아가, 동조 제2항은 법을 통해 또는 법에 근거하여 혹은 법률행위를 통해 허용되는 경우에 영업비밀을 획득, 사용 또는 공개할 수 있는 것으로 규정하고 있다.

이에 따라 종전과 마찬가지로 독자적인 발견 또는 창작을 통해 영업비밀을 획득하는 것은 허용된다. 종전과 달리 크게 변한 부분은 리버스 엔지니어링과 관련된 내용, 즉 공개적으로 이용 가능한 제품이나 물건의 관찰, 검사, 분해 또는 시험을 통해 영업비밀을 획득하는 것이 허용된다는 점이다. 동 규정이 도입되기 이전에 독일에서는 독일 제국법원의 판결 이래로 리버스 엔지니어링은 종전 부정경쟁방지법 제17조 제2항 제1호에 의해 영업비밀의 침해로 인정되고 있었다.[55] 자신의 제품을 개발하는 과정에서 혹은 타인의 지적재산권을 침해하는지의 여부를 확인하기 위하여 다양한 분야에서 시장에 출시된 제품에 대한 리버스 엔지니어링은 광범위하게 진행되고 있는데, 동 규정을 통해 향후 독일에서도 공개적으로 이용 가능한 제품이나 물건 등에 대한 시험 등을 통해 영업비밀을 획득하는 것이 가능하게 되었다.

### 나. 예외

> 제5조(예외)
> 영업비밀의 취득, 사용 또는 공개는 특히 다음 각 호와 같이 정당한 이익을 보호하기 위해 이루어지는 경우 제4조의 금지 대상에 해당하지 아니한다.
> 1. 언론의 자유와 다양성 준수를 포함하여 표현의 자유와 정보의 자유에 관한 권리의 행사를 위한 경우
> 2. 취득, 사용 또는 공개가 일반 공익을 보호하는 데 적합할 때, 위법행위나 직무상 부정행위 또는 그 밖의 부정행위를 고발하기 위한 경우
> 3. 근로자 대표가 직무를 수행하기 위해 필요한 것으로서 근로자 대표에게 근로자가 공개하는 범위의 경우

독일 영업비밀보호법 제5조는 “영업비밀의 취득, 사용 또는 공개는 1. 언론의 자유와 다양성 준수를 포함하여 표현의 자유와 정보의 자유에 관한 권리의 행사를 위한 경우, 2. 취득, 사용 또는 공개가 일반 공익을 보호하는 데 적합할 때, 위법행위나 직무상 부정행위 또는 그 밖의 부정행위를 고발하기 위한 경우, 3. 근로자 대표가 직무를 수행하기 위해 필요한 것으로서 근로자 대표에게 근로자가 공개하는 범위의 경우와 같이 정당한 이익을 보호하기 위해 이루어지는 경우 독일 영업비밀보호법 제4조의 금지 대상에 해당하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 먼저, 독일 영업비밀보호법 제5조 제1호는 표현의 자유에 대한 권리를 보호하기 위해 일반조항 형태로 언론의 자

55) RG GRUR 1936, 183 - Stiefeleisenpresse.

유와 다양성 준수를 포함하여 표현의 자유와 정보의 자유에 관한 권리의 행사를 위한 경우에는 영업비밀의 취득, 사용 또는 공개가 허용됨을 규정하고 있는데, 이는 탐사 보도 등을 보호하기 위한 규정으로 여겨진다.[56]

이러한 표현의 자유에 대해서는 동 조항 이외에도 "언론의 자유와 다양성 준수를 포함하여 유럽연합 기본권 헌장에 따른 표현의 자유에 관한 권리의 행사"에는 독일 영업비밀보호법이 영향을 미치지 않는 것으로 규정한 독일 영업비밀보호법 제1조 제3항 제2호에 의해서도 이미 보호되고 있다.[57] 또한, 독일 영업비밀보호법 제5조 제2호에 의해 영업비밀의 획득, 사용 또는 공개가 위법 행위, 직무상 부정행위 또는 그 밖의 부정행위를 고발하기 위한 경우에도 영업비밀의 취득, 사용 또는 공개는 허용되는데, 여기에서 입법자가 "취득, 사용 또는 공개가 일반 공익을 보호하는 데 적합할 때"라는 표현을 사용하고 있다는 점에서, 내부고발자의 순수한 의도만으로는 충분하지 않고 적어도 위법행위를 의심할 만한 충분한 이유가 있는 경우에 한하여 동 규정이 적용될 수 있는 것으로 여겨진다.

### 다. 우리에게 주는 시사점

현행 우리나라 부정경쟁방지법에는 근로자의 정보요청권 및 청문권의 행사나 근로자 대표의 참여권 및 공동결정권의 행사의 경우, 언론의 자유와 다양성 준수를 포함하여 표현의 자유와 정보의 자유에 관한 권리의 행사를 위한 경우, 취득, 사용 또는 공개가 일반 공익을 보호하는 데 적합한 경우, 위법행위나 직무상 부정행위 또는 그 밖의 부정행위를 고발하기 위한 경우, 근로자 대표가 직무를 수행하기 위해 필요한 것으로서 근로자 대표에게 근로자가 공개하는 범위의 경우와 같이 정당한 이익을 보호하기 위해 이루어지는 경우 등과 관련된 내용은 규정되어 있지 않다. 향후 국내에서 영업비밀보호법을 제정하는 경우 이러한 내용에 대해서도 학계, 노동계 등을 중심으로 다양한 논의가 이루어지기를 기대한다.

## (4) 권리침해시 민·형사적 조치

독일 영업비밀보호법 제3장(제6조 내지 제14조)의 영업비밀 침해행위에 대한 구제는 지적재산권법의 보호에 대한 여타 규정, 예를 들어 독일 특허법 제139조, 독일 저작권법 제97조, 독일 상표법 14조 및 독일 부정경쟁방지법 제8조과 유사하게 규정되어 있다. 먼저, 독일 영업비밀보호법 제6조에 의해, 영업비밀 보유자는 침해자에게 침해 제거와 반복 위험 혹은 침해할 우려가 있는 경우 부작위 청구를 할 수 있고, 동법 제7조에 의해 영업비밀보유자는 침해자에게 침해자가 보유하거나 소유 중인 문서, 물건 등의 폐기 또는 반환, 침해제품의 회수, 제거, 폐기 등을 요구할 수 있다. 아울러 동법 제8조에 의해 영업비밀 보유자는 침해자에게 제조, 주문, 배송 또는 수령한 침해제품의 양과 구매가 등의 침해제품에 대한 정보를 요구할 수 있다. 유럽 영업비밀보호침에서는 정보제공과 관련된 내용을 별도로 두고 있지 않지만 독일의

56) Begr. RegE, BT-Drs. 19/4724, 28; Alexander, *"Geheimnisschutz nach dem GeschGehGE und investigativer Journalismus"*, 「AfP」 2019, S. 1, 6.
57) Alexander, a.a.O. S. 1, 3.

입법자는 영업비밀 보호를 위한 효과적인 수단의 법제화를 위해 별도로 침해제품에 대한 정보제공청구에 대한 규정을 마련하였다. 또한, 영업비밀 침해가 개인이 아닌 회사의 종업원 혹은 대리인에 의해 발생한 경우, 동법 제12조에 의해 영업비밀 보유자는 위의 제6조 내지 제8조에 따른 청구를 회사의 종업원 혹은 대리인이 귀속된 회사를 상대로 하여 할 수도 있다. 아울러, 동법 제11조에 의해 고의 또는 과실 없이 영업비밀은 침해한 자는, 청구권의 이행으로 자신에게 과도하게 큰 불이익이 발생하는 경우 청구권의 이행에 갈음하여 금전 보상을 할 수 있다.

종전 독일 부정경쟁방지법 제17조는 종업원이 영업비밀을 부당하게 사용하는 경우에 가해질 수 있는 형사적 제제에 대해 규정하고 있었다. 동 규정에 의해, 종업원이 고용계약에 따라 자신에게 위탁된 혹은 접근이 허용된 영업비밀을 고용계약 기간 중에 권한 없이 경쟁의 목적, 자신의 이용을 위하여, 제3자를 위하여 또는 사용자에게 손해를 가할 목적으로 공개하는 것은 영업비밀의 부당한 사용에 해당하고, 이러한 요건을 충족하는 행위에 대해서는 형사적 제제가 가해지게 구조로 되어 있었다. 이러한 구조는 독일 영업비밀보호법이 마련됨에 따라, 영업비밀이 침해되는 경우 민사법적 청구권이 발생하고 형사법적 제재조치는 보충적인 형태로 변경되었다.[58] 영업비밀의 침해행위에 대한 형사법적 제재조치는 구 독일 부정경쟁방지법 제17조 및 제18조의 구조에 따른 내용을 기반으로 하는 독일 영업비밀보호법 제4장(벌칙규정) 제23조 제1항 내지 제4항에 마련되어 있다.[59] 여기에 더하여 동조 제5항은 미수범에 대하여, 동조 제6항은 종범에 대하여, 제7항은 외국의 연계된 침해와 관련한 가담 미수에 대하여, 마지막으로 제8항은 형사고소 요건에 대하여 규정하고 있다.

## IV. 결 론

국제적으로 영업비밀 관련 조문만을 독립된 단행법률로 분리하여 규정하고 있는 국가는 많지 않다. 하지만, 앞서 살펴본 바와 같이 유럽연합은 회원국의 영업비밀 보호에 대한 통일화, 영업비밀의 획기적인 보호를 통한 투자 유치, 글로벌 기술패권 경쟁에서의 우위를 선점하기 위하여 영업비밀보호지침을 마련하였고, 독일도 이러한 지침을 반영하여 영업비밀 관련 조문만을 독립된 단행법률로 제정하였다. 물론 유럽, 독일과 우리나라의 법제가 상이하여 이를 그대로 수용하는 것은 무리가 있겠지만 부정경쟁방지법 중 영업비밀 보호 조항에 대한 특칙을 담고 있어 넓은 의미의 영업비밀 보호 법제로 볼 수 있는 유사 법률의 지속적인 등장 등을 고려하여 장기적인 관점에서 영업비밀의 보호를 위한 단행법률의 제정은 국내에서도 필요한 것으로 여겨진다.

우리나라는 Trips 협정의 취지에 맞춰, 1991년 부정경쟁방지법에 영업비밀 보호 조항을 신설하였으며, 1998년 이 법의 명칭을 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한

58) Keller/Schönknecht/Glinke, *Geschäftsgeheimnisschutzgesetz: GeschGehG*, C.H.Beck, 2021, §23, Rn. 1.

59) Köhler/Bornkamm/Feddersen, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG*, 40. Aufl., 2022, §23 Rn. 2; Brammsen/Apel, *GeschGehG(Geschäftsgeheimnisgesetz)*, R&W, 2022, §23, Rn. 2.

법률로 변경하였다. 하지만, 현행 우리 부정경쟁방지법 제2조 제2호는 영업비밀을 “공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로서, 비밀로 관리된 생산방법, 판매방법, 그 밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다.”고 규정하여, 독립된 경제적 가치라는 표현과 유용한이라는 표현이 공존하게 되어 불필요한 혼란을 초래하고 있다. 향후 단행법률로 영업비밀보호법을 제정하는 경우, 우리나라 대법원의 판시 내용, Trips 협정 제39조의 정의 등을 참고하여 유용성이라는 요건을 삭제하고, 영업비밀의 전형으로 예시된 생산방법, 판매방법도 4차 산업혁명 시대가 도래함에 따라 영업비밀을 대표할 수 있는지의 여부도 의문이라는 점에서 이 또한 삭제 혹은 제고가 필요한 것으로 여겨진다.

또한, 독일 영업비밀보호법 제4조 제1항 제1호는 영업비밀의 획득으로 이어질 수 있는 기타 불공정 행위를 금지하는 일반규정인 동조 동항 제2호(각 상황에서 적절한 시장 관행을 반영하여 신의성실의 원칙에 부합하지 아니하는 그 밖의 모든 행위)에 의해 보충되고 있어 우리 부정경쟁방지법보다는 그 포섭 범위가 넓다는 점, 자신이 무단으로 영업비밀을 획득, 공개 또는 사용하지 않는 사람이라도 독일 영업비밀보호법 제4조 제1항 또는 제2항을 위반한 사람으로부터 영업비밀을 획득한 경우에 책임을 부담할 수 있도록 하고 있는 점 등도 향후 국내에서 영업비밀보호법을 제정하는 경우 도입을 고려할 수 있는 부분으로 여겨진다.

마지막으로, 현행 우리나라 부정경쟁방지법에는 근로자의 정보요청권 및 청문권의 행사나 근로자 대표의 참여권 및 공동결정권의 행사의 경우, 언론의 자유와 다양성 준수를 포함하여 표현의 자유와 정보의 자유에 관한 권리의 행사를 위한 경우, 취득, 사용 또는 공개가 일반 공익을 보호하는 데 적합한 경우, 위법행위나 직무상 부정행위 또는 그 밖의 부정행위를 고발하기 위한 경우, 근로자 대표가 직무를 수행하기 위해 필요한 것으로서 근로자 대표에게 근로자가 공개하는 범위의 경우와 같이 정당한 이익을 보호하기 위해 이루어지는 경우 등과 관련된 내용을 규정되어 있지 않다. 향후 국내에서 영업비밀보호법을 제정하는 경우 이러한 내용에 대해서도 학계, 노동계 등을 중심으로 다양한 논의가 이루어지기를 기대한다.

## [참고문헌]

<국내문헌>

김소희/김학경/김민정, “국가첨단전략산업법의 실효성에 관한 고찰: 국가첨단전략기술 보호 관점에서”,「한국산업보안연구」, 제12권 제3호(2022.12)

김용섭, “산업기술보호법과 영업비밀보호법의 보호대상에 관한 연구”,「홍익법학」, 제19권 제4호(2018.12)

김지영, “영업비밀보호법과 산업기술보호법의 관계에 대한 연구 - 일원화 논의에 대한 비판적 고찰 -”,「산업재산권」, 제43호(2014.04)

박승룡, “중소기업기술보호법의 지원제도에관한 연구 - 주요 기술보호 지원제도에 대한 검토를 중심으로 -”,「법학논총」(국민대학교 법학연구소), 제34권 제1호(2021.06)

박영규, “고용계약 종료 후의 영업비밀 보호에 관한 비교법적 고찰”,「정보법학」 제20권 제1호(2016)

박준석, “우리법상 영업비밀보호에 관한 비교론적 고찰”,「산업재산권」, 제38호(2012.08)

박준석, “영업비밀 공동보유자의 동의 없는 자기사용은 침해행위인가 — 공유 조문 흠결에 대한 해석론 모델의 제시 —”,「서울대학교 법학」, 제64권 제1호(2023. 3)

박준석, “영업비밀의 부정공개 및 이후의 침해행위에 대한 고찰”,「인권과정의」, 제479호(2019. 2)

송영식 외 6인,「지적소유권법 제2판(하)」, 육법사, 2013

조용순, “「방위산업기술보호법」 개정안에 대한 검토: 정의규정, 침해행위, 형사처벌 규정을 중심으로”,「한국산업보안연구」, 제13권 제3호(2023.12)

차상육, “영업비밀의 보호 - 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률 제2조 제3호 라. 목을 중심으로 -”,「산업재산권」, 제23호(2007. 8.)

한국특허법학회,「영업비밀보호법」, 박영사, 2017

제1차 부정경쟁방지 및 영업비밀 보호 기본계획(안)(2022~2026), 2021. 12.

<외국문헌>

Adomeit, “Der Dienstvertrag des BGB und die Entwicklung zum Arbeitsrecht”, 「NJW」 1996

Alexander, “Geheimnisschutz nach dem GeschGehGE und investigativer Journalismus”, 「AfP」 2019

Alexander, “Gegenstand, Inhalt und Umfang des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen nach der Richtlinie (EU) 2016/943”, 「WRP」 2017

Ann, “Know-how - Stiefkind des Geistigen Eigentums?”, 「GRUR」 2007

Brammsen/Apel, GeschGehG(Geschäftsgeheimnisgesetz), 2022

Fischer, Der Schutz von Know-how im deutschen materiellen und Internationalen Privatrecht, 2012

Gärtner, “German Federal Supreme Court: 'Hohlfasermembranspinnanlage II' - enforcement of claims for misuse of trade secrets”, 2019 「EIPR」

Götting, Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Aufl., 2010

Henning/Harte, UWG, 4. Aufl., 2016

Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1: EU/Teil 1, 5. Aufl., 2012

Kalbfus, “Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen nach der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie”, 「GRUR-Prax」 2017

Kalbfus, “Die EU-Geschäftsgeheimnis-Richtlinie - Welcher Umsetzungsbedarf besteht in Deutschland?”, 「GRUR」 2016

Keller/Schönknecht/Glinke, Geschäftsgeheimnisschutzgesetz: GeschGehG, 2021

Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, 40. Aufl., 2022

Maaßen, “„Angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen“ für Geschäftsgeheimnisse”, 「GRUR」 2019

McGuire/Joachim/Künzel/Weber, “Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen durch Rechte des Geistigen Eigentums und durch das Recht des unlauteren Wettbewerbs(Q215)”, 「GRUR Int.」 2018

Merges/Menell/Lemley, Intellectual Property in the New Technological Age, 5th Edition, Wolters Kluwer, 2010

Ohly, “Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz im Überblick”, 「GRUR」 2019

Richters/Wodtke, “Schutz von Betriebsgeheimnissen aus Unternehmenssicht”, 「NZA-RR」 2003

William van Caenegem, Trade Secrets and Intellectual Property: Breach of Confidence, Misappropriation and Unfair Competition, Wolters Kluwer, 2014

Yu, Intellectual Property and Information Wealth : Issues and Practices in the Digital Age, Praeger Publishers, 2007

Zimmermann, “Frühe Beispiele aus der Welt der gewerblichen Eigentumsrechte”, 「GRUR」 1967

[Abstract]

## Wesentliche Inhalte und Bedeutung des deutschen Geschäftsgeheimnisschutzrechts

Young-Gyu Park*

Das Geschäftsgeheimnisgesetz ist am 26.4.2019 in Kraft getreten. Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im deutschen Recht ändert sich damit grundlegend. An die Stelle der bisherigen §17, §18 UWG tritt ein Spezialgesetz, das den Begriff des Geschäftsgeheimnisses definiert, Verletzungshandlungen und Schranken bestimmt, eigene Ansprüche vorsieht und das Verfahren in Geschäftsgeheimnisstreitsachen regelt. Die Reform des Geheimnisschutzes im deutschen Recht war nicht nur wegen der erforderlichen Richtlinienumsetzung überfällig. Die Normierung in einem Spezialgesetz unterstreicht, dass es sich beim Schutz von Geschäftsgeheimnissen nicht um eine Annexmaterie zum UWG, sondern um ein eigenes Rechtsgebiet mit Berührungspunkten zum Immaterialgüterrecht und Lauterkeitsrecht, aber auch zum Vertragsrecht und Arbeitsrecht handelt. Der Geheimnisschutz bleibt ein Hybrid zwischen Immaterialgüterrecht und Lauterkeitsrecht, aber das Gesetz weist in stärkerem Maße als das bisherige Recht Wesenszüge des geistigen Eigentums auf.

Natürlich sind die Rechtssysteme in Europa, Deutschland und Korea unterschiedlich, so dass es schwierig ist, das deutsche Geschäftsgeheimnisschutzgesetz so zu akzeptieren, wie es ist. Allerdings tauchen in Korea immer wieder ähnliche Gesetze auf, die als Gesetze zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen im weitesten Sinne angesehen werden können, da sie besondere Bestimmungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen enthalten. Vor diesem Hintergrund wird langfristig gesehen auch in Korea die Verabschiedung eines eigenen Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen als notwendig erachtet.

**Key Words:** Geschäftsgeheimnis, EU-Geschäftsgeheimnisrichtlinie, GeschGehG, Erlaubte Handlungen, Handlungsverbote, Ausnahmen

* Professor, College of Law, Myongji University

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.73 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 사이버공간에서의 국제법상 상당한 주의 원칙의 컨센서스를 위한 지역기구의 실행 및 시사점

황 핑 핑*

**논문요지**

현재 국경을 넘는 악의적인 사이버 작업(cyber operation)이 국제사회의 평화와 안보를 위협하고 있다. 이러한 사이버 작업은 다양한 주체에 의해 수행되며, 여기에는 비국가행위자, 특히 국가의 참여나 지원을 받는 비국가행위자도 포함된다. 그러나 사이버 작업의 익명성, 은폐성 및 초국경성 등의 특성으로 인해 비국가행위자가 시작한 악의적인 사이버 작업을 국가가 수행한 행위로 간주하여 해당 국가에 책임을 묻는 것은 어렵다. 상당한 주의 원칙은 이 문제를 크게 완화할 수 있다. 이는 국가에 상당한 주의 의무를 부여하여 비국가행위자의 악의적인 사이버 행위를 국가의 책임과 연결함으로써 국경을 넘는 악의적인 사이버 작업의 확산을 효과적으로 억제할 수 있기 때문이다. 따라서 국제사회가 향유하는 사이버공간의 보안을 유지한다는 관점에서 상당한 주의 원칙의 적용은 실질적인 의미를 갖는다. 이는 최근 국제사회가 상당한 주의 원칙의 적용에 더 많은 관심을 기울이고 있는 직접적인 이유이기도 한다. 하지만 이러한 관심과 노력에도 불구하고, 국제적 협약의 부족과 국가간 뚜렷한 입장 차이로 인해 많은 법적 쟁점이 해결되지 않고 있으며, 이러한 요인들로 국제사회 역시 여전히 사이버공간에서 상당한 주의 원칙을 적용하는 것에 대한 컨센서스를 이루지 못하고 있다. 저자는 상당한 주의 원칙을 적용하고 그 역할이 발휘되기 위하여는 국제사회의 합의가 선행되어야 한다고 보고 있다. 따라서 본고에서는 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 국제사회의 컨센서스를 촉진하는 데 있어 지역기구의 실행 및 시사점에 초점을 맞춘다. 특히 본 연구는 유럽연합, 미주기구, 아프리카연합의 실행에 대한 논의를 통해 특정 지역기구의 실행이 다른 지역기구의 지역적 컨센서스를 촉진할 뿐만 아니라 UN의 글로벌 컨센서스 달성에도 기여할 수 있음을 밝힌다. 나아가, 지역기구의 실행은 국제법의 회색지대를 명확히 하는 데 도움이 될 수 있으며, 궁극적으로 국제관습법의 형성에도 기여할 수 있다. 이러한 점에서 국제사회는 지역기구의 실행에 보다 적극적인 관심을 기울이고, 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대해 국제사회 차원의 컨센서스를 이룰 필요가 있다.

**검색용 주제어: 사이버 작업, 상당한 주의, 국제법, 컨센서스, 지역기구**

**• 논문접수: 2024. 06. 27. • 심사개시: 2024. 07. 16. • 게재확정: 2024. 07. 29.**

* 고려대학교 법학박사 수료연구생

# I. 서론

글로벌 사회에서 인터넷이 널리 보급됨에 따라 비국가행위자가 인터넷의 은폐성, 익명성, 복잡성 및 기타 특성을 이용하여 자국 또는 제3국에서 다른 국가를 대상으로 악의적인 사이버 작업을 수행하는 사례가 지속적으로 발생하고 있다. 이러한 사례의 증가는 국제사회의 우려와 관심을 불러일으켰다. 주권 원칙, 불간섭 원칙 등 국제법의 기본원칙과 비교할 때, 상당한 주의 원칙은 국가 간 악의적인 사이버 작업 문제를 어느 정도 효과적으로 완화하거나 해결할 수 있는 중요한 국제법 원칙이다. 상당한 주의 원칙의 특징은 일단 사이버 공격이 특정 국가의 사이버 기초설비를 이용한 것으로 판단되면, 사이버 공격의 피해국은 이에 대해 해당 국가에 국가책임법을 원용할 수 있다는 것이다.[1] Antonio Coco와 Talita de Souza Dias가 주장한 바와 같이 사이버 위협이 증가하는 오늘날 상당한 주의 원칙은 사이버공간의 책임 귀속, 평화 및 보안을 달성할 수 있는 유망한 방법이다.[2]

이러한 점에서 최근 몇 년간 국가 주권 원칙에서 파생된 국제법의 기본 원칙인 상당한 주의 원칙이 국제연합(United Nations, UN)이 설치한 UN정부전문가그룹(United Nations Group of Governmental Experts, UN GGE)에서 핵심 쟁점이 되었다.[3] 국가들은 상당한 주의 원칙에 대한 관심을 높이고 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 공식 견해를 제시하기 시작했으며, 국제기구 및 지역기구도 이 주제에 대한 논의에 적극적으로 참여하고 있다. 물론, 여전히 사이버공간에서 상당한 주의 원칙이 어떻게 적용되어야 하는지에 대한 국제사회의 컨센서스가 잘 이루어지지 않고 있으나, 그럼에도 사이버공간에서 상당한 주의 원칙을 적용해야 할 필요성과 가능성을 바탕으로 관련 관습법 제정이 꾸준히 진행되고 있다.

이러한 맥락에서, 본고는 사이버공간에서 국제법상 상당한 주의 원칙의 적용에 있어서 지역기구의 실행을 분석하고, 그러한 실행이 국제사회의 상당한 주의 원칙에 대한 컨센서스 달성에 미치는 영향을 논의한다. 제2장에서는 국제법상 상당한 주의 원칙의 개념과 국제법의 다양한 분야에서의 적용을 간략하게 설명한다. 제3장에서는 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용 현황을 간략하게 분석한다. 최근 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 국제사회의 관심이 높아지고 있음에도 불구하고, 국가 간 뚜렷한 입장 차이로 인해 여전히 많은 법적 쟁점이 해결되지 않고 있다. 이에 현재 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 관한 국제적 협약은 존재하지 않는다.

제4장에서는 먼저 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용과 관련하여 유럽연합, 미주기구, 아프리카연합의 최근 실행을 분석한다. 본고는 아프리카연합을 연구할 때, 2024년 2월 아프리카 연합이 발표한 사이버공간에서의 정보 통신 기술 사용에 대한 국제법 적용에 관한 아프리카 공통 입장(Common African Position on the Application of International Law to the Use of Information and Communication Technologies in Cyberspace, CAP)을 중심으로 아프리카가 발표한 내용과 다른 국

---

1) 박노형, 김효권, "국제사이버법상 상당한 주의 의무에 관한 국가실행", 「국제법학회논총」, 제66권, 제4호(2021), 75면.

2) Antonio Coco and Talita de Souza Dias, "*Cyber Due Diligence: A Patchwork of Protective Obligations in International Law*", 「European Journal of International Law」. Vol.32, no.3(2021), p.772.

3) 박노형, 김효권, *supra* note 1, 62면.

가가 발표한 입장의 유사점과 차이점을 비교 분석한다. 이어 저자는 다른 지역기구의 컨센서스 형성에 미치는 영향, UN 차원의 글로벌 컨센서스 형성에 미치는 영향, 국제법의 회색지대의 명확화에 대한 영향, 국제관습법 형성에 대한 영향 등 4가지 측면에서 지역기구의 실행이 가져온 시사점을 분석한다. 이상의 논의를 통해 본고는 지역기구의 실행과 시사점을 분석하고, 국제사회가 지역기구의 실행에 지속적으로 관심을 갖고 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 컨센서스에 도달해야 함을 제안한다.

## II. 국제법상의 상당한 주의 원칙

국제법 분야에서 상당한 주의 원칙은 국제법의 기본 원칙인 주권의 원칙에서 파생된 원칙으로, 모든 국가는 자국의 영토가 다른 국가의 권리에 반하는 행위에 이용되는 것을 허용하지 않도록 요구한다.[4] 상당한 주의 의무의 근본은 영토 주권에는 당연히 영토 내에서 다른 국가의 권리, 특히 평화 및 전쟁시기에 다른 국가의 완전성과 불가침에 대한 권리와 각 국가가 외국 영토에 있는 자국민에 대해 주장할 수 있는 권리를 보호할 의무가 수반된다.[5]

상당한 주의 원칙은 국제법의 다양한 분야에서 중요한 역할을 하고 있다. 예를 들어, 국제환경법 분야에서 국가는 자국 영토 내 활동으로 인해 발생하는 국경을 초월한 피해를 예방하고 해결할 책임이 있으며, 여기에는 국가 정부의 환경 영향 평가 수행, 천연 자원의 책임감 있는 관리, 피해 완화를 위해 피해를 입은 국가와 협력하는 것이 포함될 수 있다. 국제인권법 분야에서 상당한 주의 의무는 인권에 관한 상당한 주의 의무를 의미한다. 이를 위해서는 국가와 기업이 비즈니스 활동에서 인권 침해를 식별, 예방 및 완화하기 위해 인권 조사를 수행해야 한다. 국제투자법 분야에서 상당한 주의 의무는 주로 외국인 투자자에 대한 호스트 국가의 보호 의무를 반영한다. 특히 국가는 상당한 주의 의무를 이행하여 공정하고 공평한 대우를 제공하고 외국인 투자자의 안전을 보장해야 한다.

국제사회가 사이버공간에서의 국제법 적용을 일반적으로 인정함에 따라, 사이버공간의 특성과 연계하여 국제법의 규범과 원칙을 어떻게 보다 정확하게 적용할 것인가가 새로운 문제로 대두되고 있다. 사이버공간의 개방성과 익명성은 악의적인 행위자에게 기회를 제공하고 있다. 특히 사이버공간의 초국경성이라는 특징은 악의적인 사이버 작업이 한 국가의 이익에 영향을 미치지 않고 적어도 두 개 이상의 국가, 더 나아가 전체 지역 또는 전체 국제사회와 관련되어 있음을 의미한다. 따라서 사이버공간에서 국제법을 어떻게 적용할 것인지에 대한 주제는 국가 간 정보 및 경험의 교류, 심도 있는 논의와 협력이 필요하다. 이러한 지속적이고 심도 있는 교류와 논의의 결과는 국제사회의 공감대를 실현하는 것이다. 국제법상 오래된 원칙으로서 상당한 주의 원칙도 이를 사이버공간에서 어떻게 적용할 것인지에 대한 문제에 자연스럽게

4) Corfu Channel case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 9 April 1949, ICJ Reports 1949, p.2.
5) Island of Palmas case (United States of America v. Netherlands), 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards, VOLUME II, p.839.

직면하게 된다.

## III. 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용 현황

2017년 Michael Schmitt는 사이버공간의 국제법 회색지대에 관한 논문에서 국제법상 주권, 간섭, 귀속, 상당한 주의 의무, 무력 및 자위권 사용, 국제 인도법의 공격과 같은 주요 회색지대의 명확화를 제안했다.[6] Schmitt는 회색지대의 존재가 국제사회에 불안정을 가져온다고 보고, 이러한 회색지대를 명확히 하면 사이버공간의 억제력을 강화할 수 있다고 했다.[7] 국제사회가 협력하여 공감대를 형성해야만 이러한 회색지대 문제를 해소하고 안정을 확보할 수 있다. 그러나 사이버공간은 국가의 실행이 수십 년에 불과한 비교적 새  로운 공간이므로 단기간에 각국의 경제, 과학기술 능력의 차이를 극복하고 국제사회의 컨센서스를 형성하기 어렵다. 이러한 사실은 Schmitt가 회색지대 명확화에 관한 견해를 밝힌 후 7년이 지난 지금까지도 이를 명확하게 할 수 없었던 이유를 방증한다.

### 1. 국제 협약의 부재

현재 상당한 주의 원칙이 사이버공간에서 법적 구속력이 있음을 입증하는 국제적 수준의 법적 문서는 존재하지 않는다. 2001년 11월 26개의 EU 회원국과 미국, 캐나다, 일본, 남아프리카공화국 등 여러 국가의 정부 관료들이 부다페스트에서 서명한 사이버범죄협약(부다페스트협약)은 사이버 범죄를 겨냥한 세계 최초의 국제적 협약이다. 이 협약은 제2장 제2조부터 제10조까지 불법접속, 불법감청, 데이터침해, 시스템 이용 방해, 시스템 남용, 컴퓨터 관련 위조, 컴퓨터 사용 사기, 아동 음란물 관련 범죄, 저작권 및 관련 관리에 대한 침해 등 서명국이 형사 처벌해야 할 9가지 유형의 사이버 범죄를 규정하고 있다.[8] 부다페스트협약은 서명국이 위에서 언급한 9가지 유형의 범죄 행위에 대해 실질적인 형법 시스템을 구축하기 위하여 자유를 박탈하는 것을 포함하여 효과적으로 상응하며 강력한 제재를 받을 수 있도록 요구한다.[9] 그러나 부다페스트협약은 서명국에 비국가행위자의 행위를 감독할 의무를 부과하고 있음에도, 이러한 요구 사항이 상당한 주의 의무임을 명시하지는 않는다는 한계가 있다.

### 2. 국가 실행의 급증

2011년 미국[10]은 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 공식 입장을 최

6) Schmitt, Michael N., "*Grey Zones in the International Law of Cyberspace*", 「The Yale Journal of International Law Online」. Vol.42, no.2 (2017) <https://www.yjil.yale.edu/grey-zones-in-the-international-law-of-cyberspace> (visited on 16 January 2024).
7) *Ibid.*, p.21.
8) Council of Europe, "*Convention on Cybercrime, Budapest*", 23.XI.2001, Article 2 to 10, pp.3-6 <https://rm.coe.int/1680081561> (visited on 10 March 2024).
9) *Ibid.*, p.7.
10) Government of the United States, "International Strategy for Cyberspace", May 2011, p.

초로 표명했다. 그로부터 8년 후인 2019년 9월 6일, 프랑스는 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 공식 성명을 발표하는 데 앞장섰다. 이후 2019년부터 2024년까지, 프랑스, 네덜란드, 에스토니아, 체코, 핀란드, 호주를 포함한 20여 개 이상의 국가가 사이버공간에서 상당한 주의 원칙을 적용하는 것에 대해 각자의 입장을 표명했다. 한국은 아직 공식 입장을 발표하지 않았지만, 2020년 개방형워킹그룹(Open-Ended Working Group, OEWG) 예비 초안 보고서를 리뷰할 때 상당한 주의 의무에 대한 견해 성명을 제출했다.[11] 미국, 싱가포르, 루마니아도 2021년 7월 UN에서 배포한 공식 컴펜디엄에서 상당한 주의 의무에 대한 자국의 견해를 설명했다.[12] 이러한 사실은 ICT의 급속한 발전과 인터넷의 세계적 보급으로 인해 악의적인 사이버 작업, 특히 국경을 넘는 악의적인 사이버 작업이 국가 안보와 세계 질서를 심각하게 위협하고 있다는 것을 여러 국가에서 깨닫고 있음을 보여준다. 이는 또한 점점 더 많은 국가들이 그러한 문제를 해결하는 데 있어 상당한 주의 원칙의 역할과 필요성을 인식하고 있음을 보여준다.

## 3. 국가 간 뚜렷한 입장 차이

지금까지 국제법상 상당한 주의 원칙을 사이버공간에 적용하는 것은 국제사회에서 일반적인 컨센서스에 도달하지 못했다. Hollis 교수의 주장처럼 상당한 주의 의무가 사이버공간에서 국제법의 요구인지에 대해서는 견해가 다르다.[13] 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 컨센서스가 이루어지지 못하는 이유는 국제법의 가장 중요한 주체인 개별 국가들의 입장이 상이하기 때문이다. 첫째, 20개 이상의 국가가 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 견해를 표명하였음에도, 여전히 침묵을 지키고 있

---

10 <https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf> (visited on 2 February 2024).

11) Government of Republic of Korea, “Republic of Korea Comments on the pre-draft of the OEWG Report”, 14 April 2020, p. 5 <https://ceipfiles.s3.amazonaws.com/pdf/CyberNorms/UNGGE/Republic+of+Korea+Comments+on+the+Pre-Draft+of+the+OEWG+Report.pdf> (visited on 2 February 2024). 한국은 상당한 주의 원칙이 사이버공간에서 국가의 책임 있는 행동의 기본 요소 중 하나로서 국제사회가 이의 법적 지위를 재검토하고 법적 의무로 승격시키는 논의를 시작해야 한다고 주장한다. 또한 한국은 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대해 국가마다 입장과 견해가 다르기 때문에 컨센서스에 도달하는 데는 더 많은 시간이 걸릴 것이라고 하였으며, 증가하는 사이버 위협에 효과적으로 대응하기 위하여는 각국이 합의한 내용을 구체화하고 명확히 해야 한다고 제안한다. 나아가 한국은 상당한 주의 원칙에 대한 보다 명확한 해석은 사이버공간에서 자발적으로 책임 있는 국가 행동에 대한 지침이 되고 영향을 받는 국가에 대한 안전망 역할을 할 것이라고 한다.

12) UNGA, “Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States submitted by participating governmental experts in the Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behavior in Cyberspace in the Context of International Security established pursuant to General Assembly resolution 73/266”, UN Doc. A/76/136, 13 July 2021, p.141, 84, 76 <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/189/48/pdf/n2118948.pdf?token=evoBjm9FJq6HKZIXYv&fe=true> (visited on 2 February 2024) [이하 컴펜디엄].

13) OAS, “International Law and State Cyber Operations: Improving Transparency: Fourth Report”, CJI/doc. 603/20 rev.1 corr.1, 5 March 2020, p.57 <https://ceipfiles.s3.amazonaws.com/pdf/CyberNorms/LawStatements/Improving+Transparency+International+Law+and+State+Cyber+Operations_+Fourth+Report.pdf> (visited on 10 March 2024).

는 국가가 더 많다는 것은 이에 대한 컨센서스를 이루기 어렵다는 점을 방증한다. 둘째, 공식적인 견해를 표명한 국가들 역시 상당한 주의 원칙의 법적 지위와 실질적인 내용에 대한 이해에 있어서 명백한 차이를 보이고 있다.

그 이유는 사이버공간에서 상당한 주의 원칙을 적용하는 것은 국제법의 다른 원칙과 달리 제3국과 직접적으로 관련되기 때문이다. 악의적인 사이버 작업을 수행하는 비국가행위자는 종종 제3국의 네트워크를 사용하여 표적국가에 피해를 입힌다. 그러한 상황에서 '제3국은 자신의 영토가 다른 국가에 해를 끼치는 데 사용되는 것을 방지하기 위하여 어떤 구체적인 의무를 져야 하는가?'라는 질문에 대해 표적국가와 제3국은 서로 다른 입장을 가지고 있으며, 상당한 주의 원칙의 적용에 대해서도 상이한 태도를 보이는 경우가 많다. 또한, 일부 국가의 사이버 기초설비는 국경 밖에서 악의적인 사이버 공격을 실행하는 데 사용되는 경우가 많다. 어느 국가의 탓도 할 수 없다면 이러한 사이버 기초설비가 악용되는 국가는 상당한 주의 의무를 이행하지 못한 데 대한 국가책임을 지게 된다.[14] 이것이 일부 국가가 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용을 받아들이지 않는 이유 중 하나이다.

다른 한편으로는, 경제력과 과학 기술의 격차도 각국의 의견을 합치하기 어렵게 하는 주요 원인 중의 하나이다. 네덜란드, 독일, 프랑스 등 선진국에서는 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용을 적극적으로 지지할 뿐만 아니라 실질적으로도 적용 가능한 규칙을 다수 제안하고 있다. 또한 사이버 공격에 심각한 피해를 입은 국가일수록 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용을 지원하는 데 훨씬 더 적극적이다. 예컨대, 2022년 코스타리카에서는 27개 정부 기관이 2차례의 랜섬웨어 공격을 받아 정부 시스템이 마비됐을 뿐만 아니라 막대한 경제적 손실을 입었다.[15] 이에 코스타리카 대통령은 국가 비상사태를 선포하고 국가가 전쟁 상태에 처해 있음을 밝혔다.[16] 다음 해인 2023년, 코스타리카는 상당한 주의 원칙을 포함하는 사이버공간에서의 국제법 적용에 관한 성명을 발표했다.[17] 이러한 점에서 볼 때, 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 각국의 급진적, 보수적 또는 모호한 태도는 국제사회에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 컨센서스에 도달하는 데 실질적인 걸림돌이 되고 있다.

---

14) Schmitt, Michael N., "*In Defense of Due Diligence in Cyberspace*", 「The Yale Law Journal Forum」. (2015) p.74 <https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup16/Batch%202/SchmittDueDiligence.pdf>. (visited on 10 March 2024).

15) Carla Rosch, "A massive cyberattack in Costa Rica leaves citizens hurting", *Rest of World, 1 June 2022 <https://restofworld.org/2022/cyberattack-costa-rica-citizens-hurting/> (visited on 21 March 2024).*

16) Kevin Collier, "Costa Rica declares state of emergency over ransomware attack", NBC News, 11 May 2022 <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/costa-rica-declares-state-emergency-ransomware-attack-rcna28415> (visited on 21 March 2024).

17) Government of Costa Rica, "Costa Rica's Position on the Application of International Law in Cyberspace", July 2023, pp.26-29 <https://docs-library.unoda.org/Open-Ended_Working_Group_on_Information_and_Communication_Technologies_-_(2021)/Costa_Rica_-_Position_Paper_-_International_Law_in_Cyberspace.pdf> (visited on 21 March 2024).

## 4. 논의되어야 할 다수의 법적 쟁점

### (1) 법적 지위

현재 국제사회는 사이버공간에서 상당한 주의 원칙이 법적 구속력이 있는 개념인지, 법적 구속력이 없는 개념인지에 대해 견해를 통일하지 못하고 있다. 2015년 UN GGE 보고서는 국가들이 상당한 주의 의무를 자발적이고 구속력 없는 규범으로 간주할 것을 권고하면서도,[18] UN헌장에 따라 국가는 ICT를 사용하여 국제위법행위를 저지르기 위하여 대리인(proxies)을 이용해서는 안 되며, 비국가행위자가 자신의 영토를 사용하여 그러한 행위를 저지르지 않도록 해야 한다는 점을 밝혔다.[19] 이러한 UN GEE의 모순된 견해는 의심할 여지없이 국제사회가 사이버공간에서 상당한 주의 원칙에 대한 컨센서스에 도달하는 것을 더욱 어렵게 만들었다. UN GGE의 의견과 달리 탈린매뉴얼 2.0(Tallinn Manual 2.0)은 주권 원칙에서 파생된 국제법 원칙인 상당한 주의 원칙이 사이버공간에서도 구속력을 갖는다고 본다.[20]

이와 관련하여 입장문을 발표한 국가 가운데 네덜란드[21], 체코[22], 노르웨이[23] 등은 사이버공간에서 상당한 주의 의무는 국제법상 모든 국가가 이행해야 하는 구속력 있는 의무라고 주장하고 있다. 이에 반해 이스라엘[24], 영국[25], 미국[26], 뉴질랜드[27] 등

---

18) UNGA, "Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security", A/70/174 (22 July 2015), p.8 <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n15/228/35/pdf/n1522835.pdf?token=qQXVZ9UynZaeroKupx&fe=true> (visited on 2 February 2024).

19) *Ibid.*, p.13.

20) Michael N. Schmitt, and Luis Vihul, eds., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, 2nd ed.* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), p.31.

21) Government of the Kingdom of the Netherlands, "Appendix: International law in cyberspace", 26 September 2019, pp.4-5 <https://www.government.nl/binaries/government/documenten/parliamentary-documents/2019/09/26/letter-to-the-parliament-on-the-international-legal-order-in-cyberspace/international-law-in-the-cyberdomain-netherlands.pdf> (visited on 9 March 2024).

22) Government of the Czech Republic, "Position paper on the application of international law", 26 February 2024, pp.6-7 <https://mzv.gov.cz/file/5376858/_20240226___CZ_Position_paper_on_the_application_of_IL_cyberspace.pdf> (visited on 9 March 2024).

23) Vibeke Musæus, "*Norway's Position Paper on International Law and Cyberspace*", 「Nordic Journal of International Law」. Vol.92, no.3 (2023), pp.13-14 <https://brill.com/view/journals/nord/92/3/article-p470_009.xml?language=en> (visited on 9 March 2024).

24) Roy Schöndorf, "*Israel's Perspective on Key Legal and Practical Issues Concerning the Application of International Law to Cyber Operations*", 「International Law Studies」. Vol.95 (2021), p.404 <https://digital-commons.usnwc.edu/ils/vol97/iss1/21/> (visited on 2 February 2024). 이스라엘은 관습법의 형성에 필수적인 광범위한 국가 관행과 포괄적인 법적 견해에 기초한 관행은 아직 발전하지 못했다고 주장한다.

25) Government of UK, "Application of international law to states' conduct in cyberspace: UK statement", 3 June 2021, pp.4-5 <https://www.gov.uk/government/publications/application-of-international-law-to-states-conduct-in-cyberspace-uk-statement/application-of-international-law-to-states-conduct-in-cyberspace-uk-statement> (visited on 2 February 2024). 영국은 상당한 주의 의무가 구속력이 없는 규범이며 사이버공간 활동에 적용할 수 있는 상당한 주의 의무에 대한 구체적인 국제관습법 규칙을 확립하기에는 국가 관행이 불충분하다고 주장한다.

국가에서는 상당한 주의 원칙이 구속력 있는 국제법 규칙임을 부인하고 자발적이고 구속력 없는 규범임을 주장하고 있다. 한편, 한국은 국제사회가 논의를 통해 상당한 주의 원칙의 법적 지위를 재검토하고 상당한 주의 의무를 법적 의무로 격상할 것을 권고하고 있다.[28]

### (2) 전제 조건

사이버공간에서 상당한 주의 원칙을 적용하기 위한 전제 조건은 국가가 자국의 영토가 다른 국가나 국제사회의 이익에 심각한 부정적 결과를 초래하는 데 사용되고 있다는 것을 인식하고 있는 것이다. 따라서 인식과 심각한 부정적 결과는 상당한 주의 의무를 이행하기 위한 전제 조건을 구성하며, 이는 국가가 상당한 주의 의무를 위반했는지 여부를 판단하는 데에도 필요한 조건이다. 인식은 실제적 인식과 추정적 인식으로 구분된다. 사이버공간은 추정적 인식을 위한 장소인가? 탈린매뉴얼 2.0은 국가가 문제의 사이버 작업에 대해 실제로 인식하지는 못했지만 자국의 영토가 그 작업에 이용되고 있다는 것을 객관적으로 알고 있어야 했다면 국가가 자신의 상당한 의무를 위반한 것이라고 한다.[29] 또한 추정적 인식의 남용을 피하기 위하여 탈린매뉴얼 2.0은 국가가 동일하거나 유사한 상황에서 합리적인 국가가 할 것과 같이 행동해야 한다고 제안한다.[30] 문제는 합리적인 국가라는 기준 자체가 매우 추상적이어서 적용하기 어렵다는 점이다.

네덜란드[31], 체코[32], 핀란드[33], 스웨덴[34], 노르웨이[35], 아일랜드[36]에서는 인식이 실

---

26) UNGA, *supra* note 12, p.141. 미국은 국가가 자국 영토에서 발생하는 해로운 활동을 인식하게 되는 경우 그러한 활동을 해결하기 위한 합리적인 조치를 취해야 한다는 점을 인정하지만 상당한 주의 의무는 국제법상 일반적인 의무를 구성한다는 주장을 뒷받침하는 국가관행과 법적 의견이 부족하다고 주장한다.

27) Government of New Zealand, "the Application of International Law to State Activity in Cyberspace", 1 December 2020, p.3 <https://www.dpmc.govt.nz/publications/application-international-law-state-activity-cyberspace> (visited on 2 February 2024). 뉴질랜드는 상당한 주의 의무를 책임 있는 국가 행동에 대한 합의된 규범으로 간주하지만, 이 규범에 구속력 있는 법적 의무가 포함되어 있는지 여부는 아직 지켜봐야 한다고 한다. 더욱이 뉴질랜드는 기존 국제법에 사이버공간에서 상당한 주의 의무가 포함되어 있다고 생각하지 않는다.

28) Government of Republic of Korea, *supra* note 11, p.5.

29) Michael N. Schmitt, and Luis Vihul, eds., *supra* note 20, p.41.

30) Michael N. Schmitt, and Luis Vihul, eds., *supra* note 20, p.42.

31) Government of the Kingdom of the Netherlands, *supra* note 21, pp.4-5.

32) Government of the Czech Republic, *supra* note 22, pp.6-7.

33) Government of Finland, "Finland's National Positions on International Law and Cyberspace", 15 October 2020, p.4 <https://um.fi/documents/35732/0/Cyber+and+international+law%3B+Finland%27s+views.pdf/41404cbb-d300-a3b9-92e4-a7d675d5d585?t=1602758856859> (visited on 9 March 2024).

34) Government of Sweden, "Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace", July 2022, pp.4-5 <https://www.government.se/contentassets/3c2cb6febd0e4ab0bd542f653283b140/swedens-position-paper-on-the- application-of-international-law-in-cyberspace.pdf> (visited on 9 March 2024).

35) Vibeke Musæus, *supra* note 23, pp.13-14.

36) Government of Ireland, "Ireland Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace", 6 July 2023, pp.3-4 <https://www.dfa.ie/media/dfa/ourrolepolicies/internationallaw/Ireland---National-Position-Paper.pdf> (visited on 9 March 2024).

제적 인식뿐만 아니라 추정적 지식도 포함한다고 주장한다. 그러나 네덜란드는 사이버공간에서 인식 수준을 어떻게 충족할 것인지가 여전히 논란의 여지가 있는 문제라는 점을 인정한다.[37] 아일랜드는 추정적 인식이 적절한 수준에 도달하면 상당한 주의 의무의 인식 기준을 충족한다고 지적한다.[38] 그러나 적합성 기준은 매우 유연하고 추상적인 개념이므로 실제로 적용되기 어렵다.

상당한 주의 원칙의 적용을 위한 또 다른 전제 조건은 국가의 관할권이나 통제 하에 있는 비국가행위자가 다른 국가나 국제사회의 권리에 손해를 입히는 것이다. 그러나 사이버공간에서는 이러한 피해가 어느 정도까지 이루어져야 하는 것인가에 대해서는 실무적으로나 학계에서나 합의된 바가 없다.

탈린매뉴얼 2.0 은 국제법에서 상당한 주의 원칙을 적용하기 위한 정확한 피해 기준이 아직 결정되지 않았지만, 사이버공간과 관련하여 사이버 작업이 'serious adverse consequences'를 야기할 때 상당한 주의 의무가 발생한다는 데 동의한다.[39] 소수의 전문가들은 'serious' 대신 'significant' 또는 'substantial'를 사용하는 등 더 낮은 기준의 단어를 사용할 것을 제안한다.[40] 그러나 모호한 표현을 사용하는 경우, 그 표현이 'serious', 'significant', 'substantial' 그 어떤 것이든 레퍼런스가 부족하여 실제로 실행하기가 매우 어렵다.

체코[41], 네덜란드[42], 핀란드[43], 캐나다[44], 스웨덴[45], 덴마크[46]는 상당한 주의 의무가 발생하기 위해서는 피해국의 피해가 심각하거나 중대해야 한다고 주장한다. 다만 체코[47]와 네덜란드[48]는 사건의 구체적인 상황에 따라 불리한 결과에 대한 구체적인 기준이 결정되어야 한다는 점을 명확히 하였다. 아일랜드는 다른 국가와는 달리 상당한 주의 의무에 예방적 요소가 포함되어 있다고 주장한다. 즉, 국가는 자국의 관할권 내의 행위자가 다른 국가의 권리에 해를 끼치고 다른 국가에 심각한 부정적 결과를 초래할 수 있는 사이버 작업을 수행하려는 의도를 갖고 있음을 알게 되면, 해당 국가는 합리적으로 실행 가능한 조치를 취하여 상당한 주의 의무를 이행해야 한다는 것이다.[49] 이를 통해 알 수 있듯이 아일랜드의 입장은 상당한 주의 의무를 촉발하는 요인에 불리한 결과가 발생해야 한다는 전제 조건이 포함되어 있지 않다.

요약하자면, 상당한 주의 원칙의 적용과 관련하여 법적 지위와 전제 조건 측면에

---

37) Government of the Kingdom of the Netherlands, *supra* note 21, p.4.
38) Government of Ireland, *supra* note 36, p.3.
39) Michael N. Schmitt, and Luis Vihul, eds., *supra* note 20, p.37.
40) Michael N. Schmitt, and Luis Vihul, eds., *supra* note 20, p.37.
41) Government of the Czech Republic, *supra* note 22, pp.6-7.
42) Government of the Kingdom of the Netherlands, *supra* note 21, pp.4-5.
43) Government of Finland, *supra* note 33, p.4.
44) Government of Canada, "International Law applicable in cyberspace", April 2022, pp.26-27 <https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/peace_security-paix_securite/cyberspace_law-cyberespace_droit.aspx?lang=eng> (visited on 9 March 2024).
45) Government of Sweden, *supra* note 34, pp.4-5.
46) Government of Denmark, "Denmark's Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace", 4 July 2023 pp.7-8 <https://brill.com/view/journals/nord/92/3/article-p446_007.xml?language=en> (visited on 9 march 2024).
47) Government of the Czech Republic, *supra* note 22, pp.6-7.
48) Government of the Kingdom of the Netherlands, *supra* note 21, p.5.
49) Government of Ireland, *supra* note 36, p.4.

서 다양한 법적 분쟁이 있어 실제로 상당한 주의 원칙을 적용하는 데 불확실성이 발생할 수밖에 없다. 이러한 상황은 컨센서스를 이룰 필요가 있음을 의미한다. 컨센서스를 이루어야만 상당한 주의 원칙 적용에 있어 안정성과 명확성을 얻을 수 있다.

## IV. 지역기구의 실행 및 시사점

### 1. 지역기구의 실행

#### (1) 유럽연합(Europe Union, EU)

EU는 사이버공간의 적극적인 참여자이다. 2017년 6월, 유럽연합이사회는 악의적인 사이버 활동에 대한 EU의 외교적 공동 대응을 위한 프레임워크(Framework for a Joint EU Diplomatic Response to Malicious Cyber Activities, the Cyber Diplomacy Toolbox)에 관한 결의안을 채택했다. 이번 결의안에서 EU는 EU 회원국의 상당한 주의 의무를 명시했다. 구체적으로, EU는 악의적인 사이버 활동이 국제법상 불법 행위에 해당할 수 있음을 지적하고, 국가는 국제법상의 의무를 위반하는 ICT 활동을 수행하거나 이를 알면서도 지원해서는 안 되며 2015년 UN GGE 보고서가 지적한 것처럼 ICT 기술을 이용해 자국 영토를 국제위법행위에 의도적으로 이용되도록 허용해서는 안 된다는 점을 강조했다.[50]

비국가행위자에 의한 악의적인 사이버 작업의 수가 증가하고 초국경적 성격을 지닌 악의적인 사이버 작업이 더욱 광범위하게 출현함에 따라 2018년 EU는 비국가행위자의 악의적인 사이버 작업이 증가하고 있음에 우려를 표명하고, 이에 대응하는 능력을 지속적으로 향상시킬 것임을 밝혔다.[51] 앞서 언급한 결의안과 마찬가지로 EU는 여전히 2015년 UN GGE 보고서를 기반으로 각국이 ICT 기술을 사용하여 대리인을 통해 국제위법행위를 해서는 안 되며 각국의 영토가 비국가행위자에 의해 ICT 기술을 통해 국제위법행위를 저지르는 데 이용되지 않도록 보장해야 한다고 지적했다.[52]

2019년 유럽연합이사회는 EU 또는 그 회원국을 위협하는 사이버 공격에 대한 제한 조치 결정을 채택했다. 이 결정에는 각국은 대리인을 통해 ICT 기술을 이용한 국제위법행위를 해서는 안 되며, 비국가행위자가 자국 영토를 활용해 다른 국가의 권리를 침해하는 사이버 작업에 이용되지 않도록 노력해야 한다고 규정했다.[53] 이러한

---

50) Council of the European Union, “Council Conclusions on a Framework for a Joint EU Diplomatic Response to Malicious Cyber Activities”, 10474/17 (June 2017), pp.2-3 <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10474-2017-INIT/en/pdf> (visited on 5 March 2024).

51) Council of the European Union, “Council conclusions on malicious cyber activities”, 7925/18 (16 April 2018), p.2 <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7925-2018-INIT/en/pdf> (visited on 5 March 2024).

52) *Ibid.*, p.3.

53) Council of the European Union, “Council Decision Concerning Restrictive Measures Against Cyber-Attacks Threatening the Union or its Member States”, (CFSP) 2019/797 (17 May 2019), p.1 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:320

맥락에서, EU와 회원국들은 국제사회 각국에 사이버공간에서 상당한 주의 의무를 이행해야 함을 제안하기도 했다. COVID-19 팬데믹 기간 EU 회원국들은 피싱, 악성코드 배포, DDoS 등을 포함한 수많은 사이버 위협과 공격을 당했다. 이와 관련하여 2020년 초, 유럽연합이사회는 성명을 발표하여 각국이 국제법과 UN GGE의 2010년, 2013년, 2015년 보고서에 따라 회원국 영토에서 악의적인 사이버 활동을 하는 행위자에 대해 상당한 주의 의무를 이행하고 적절하게 조치할 것을 촉구했다.[54]

2023년 EU는 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대해 보다 자세한 조항을 규정했다. 이는 국경을 넘는 악의적인 사이버 작업에 대응하는 데 있어 상당한 주의 원칙의 역할에 대한 EU의 인식을 반영한다. EU는 상당한 주의 의무가 국제법상의 의무이며 이 의무는 사이버공간에도 적용된다는 점을 지적했다.[55] 상당한 주의 의무 범위와 관련하여 EU는 적합성 표준을 채택했다. 이는 즉, 사이버 사건이 특정 국가의 영토에서 발생한 경우, EU 또한 그 회원국들이 모두 해당 국가에 해당 사건을 예방하거나 해결하기 위한 적절한 조치를 취하도록 요구할 수 있음을 밝힌 것이다.[56] 그러나 EU는 사이버 공격이 한 국가의 영토나 사이버 기초설비에서 비롯되었다는 것 자체만으로는 해당 국가에 국제적 책임이 있다는 것을 의미하지는 않으며, 또한 한 국가의 영토가 불법 행위에 사용되고 있다는 것을 알리는 것 자체가 해당 행위에 대해 책임져야 한다는 의미도 아니라고 지적했다.[57] 2023년 말, 악의적인 사이버 활동으로 위협받는 민주화 과정에 대응하여, 재차 성명을 발표하여 사이버공간에서 상당한 주의 의무와 책임 있는 국가의 행동을 지속적으로 추진해야 함을 강조하고 모든 국가가 이러한 규범과 원칙을 지킬 것을 촉구했다.[58]

위와 같은 EU의 실행은 한편으로는 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 역할에 대한 EU의 심화된 이해를 보여주며, 또 한편으로는 상당한 주의 원칙을 적용하여 악의적인 국경 간 사이버 작업에 적극 대응하고자 하는 EU의 결심을 보여주기도 한다. EU의 입장에는 상당한 주의 의무 범위의 적절성 기준 등 실무상 일정한 제한이 있지만, 이러한 EU의 실행은 EU 회원국 간 논의의 심화를 촉진하고 궁극적으로 EU 회원국이 내부 합의를 달성하는 데 도움이 될 수 있음을 보인다.

---

19D0797> (visited on 5 March 2024).

54) Council of the European Union, “Declaration by the High Representative Josep Borrell, on behalf of the European Union, on malicious cyber activities exploiting the coronavirus pandemic”, EU Press Release, 30 April 2020 <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/30/declaration-by-the-high-representative-josep-borrell-on-behalf-of-the-european-union-on-malicious-cyber-activities-exploiting-the-coronavirus-pandemic/> (visited on 5 March 2024).

55) Council of the European Union, “Revised Implementing Guidelines of the Cyber Diplomacy Toolbox”, 10289/23 (8 June 2023), p.8 <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10289-2023-INIT/en/pdf> (visited on 5 March 2024).

56) *Ibid.*, p.8.

57) *Ibid.*, p.8.

58) Council of the European Union, “Statement by the High Representative on behalf of the European Union on the protection of democratic processes against malicious cyber activities”, EU Press Release, 7 December 2023 <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/12/07/cyber-statement-by-the-high-representative-on-behalf-of-the-european-union-on-the-protection-of-democratic-processes-against-malicious-cyber-activities/> (visited on 5 March 2024).

### (2) 미주기구(The Organization of American States, OAS)

OAS는 2019년부터 미주 국가 간 국제법의 사이버공간의 적용에 대해 적극적으로 논의하고 있으며 산하 미주법률위원회(Inter-American Juridical Committee, CJI)를 통해 사이버공간에서 국제법의 적용에 관한 미주 국가 간 논의를 촉진하고 있다.

2019년 OAS는 회원국을 대상으로 사이버공간에서 OAS 회원국 국내의 국제법 적용에 관한 설문 조사를 실시했다. 해당 설문 조사는 Hollis 교수가 주최한 것으로, 각국이 자국 영토 내에서 또는 통제 하의 ICT에 주권을 행사할 때 상당한 주의 원칙이 국가가 준수해야 할 국제법의 규칙인지 여부에 관한 질문이 포함되었다.[59] 이에 대해 칠레, 에콰도르, 과테말라, 가이아나, 페루 등은 모두 상당한 주의 의무를 모든 국가가 준수해야 할 국제법 원칙으로 간주했다.[60] 그러나 볼리비아는 비국가행위자를 통제할 수 있는 기술 인프라가 부족하면 국가가 사이버 공격에 대해 책임질 수 없다며 상대적으로 모호한 주장을 하였으며,[61] 미국은 이 질문에 답하지 않았다. Hollis 교수는 이에 대해 미국이 이전에 공개한 성명은 상당한 주의 원칙의 국제적 법적 지위를 직접적으로 다루지 않았지만, 지원 요청에 응답할 모든 의무를 구속력 없는 문구로 설명하는 경향이 있었다는 점은 주목할 가치가 있다고 했다.[62] 그는 또한 UN GGE의 맥락이나 다른 곳에서 상당한 주의 원칙을 법적 규칙으로 공개적으로 승인하지 않았는데, 이는 미국이 상당한 주의 원칙의 법적 지위에 대해 의구심을 가지고 있음을 나타내는 것일 수 있다고 강조했다.[63]

2020년 8월, CJI는 “국제법 및 국가 사이버 작업: 투명성 향상(International Law and State Cyber Operations: Improving Transparency)”이라는 보고서를 채택했다. 이 보고서는 사이버공간에서 국제법을 적용하기 위하여 명확한 매개변수를 제공하고, 사이버 위협에 대한 대응을 포함하여 이러한 국제 규칙에 대한 OAS 회원국 입장의 공통점과 차이점을 제시했다.[64] 2022년 10월, CJI는 사이버공간에서 국제법 적용에 관한 다자간 및 학문적 프로세스를 요약한 “사이버공간에 적용되는 국제법(International Law Applicable to Cyberspace)”이라는 보고서를 채택했다. 이 보고서의 가장 큰 공헌은 상당한 주의 의무, 주권, 불간섭, 국제인도법 등 사이버공간의 특정 국제법 문제를 분석하고 사이버공간 논의와 관련된 대부분의 법적 문제에 대해 가장 포괄적인 공식 입장을 채택한 미주 9개국(브라질, 캐나다, 미국, 볼리비아, 칠레, 쿠바, 에콰도르, 과테말라, 가이아나, 및 페루)[65]의 입장을 요약한 것이다. 나아가 이

---

59) OAS, “International Law and State Cyber Operations: Improving Transparency”, CJI/doc. 578/19, 21 January 2019, p.8 <https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/CJI_doc_578-19.pdf> (visited on 5 March 2024).

60) OAS, *supra* note 13, p.20.

61) OAS, *supra* note 13, p.21.

62) OAS, *supra* note 13, p.21.

63) OAS, *supra* note 13, p.21.

64) “International law and State cyber operations: Improving Transparency”, OAS, August 2020 <https://www.oas.org/en/sla/iajc/themes_recently_concluded_International_law_State_cyber_operations.asp> (visited on 10 October 2023).

65) OAS, “Report of the Inter-American Juridical Committee, Second Report: International Law Applicable to Cyberspace”, CJI/doc. 671/22 rev.2 corr.1 (21 October 2022), p.10 <https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/CJI-doc_671-22_rev2_corr1_ENG.pdf> (visited on 3 March 2024). OAS의 회원국은 총 35개국으로, 이들 9개국 외에 24개국이 설문지에 응답하

보고서는 상당한 주의 의무가 국제법에 따라 독립적인 의무인지에 대해 칠레, 에콰도르, 과테말라, 가이아나 및 페루 모두 상당한 주의 의무를 사이버공간에 적용되는 독립적인 의무로 인식하고 있음을 지적했다.[66] 이에 반해 미국은 국제법상 상당한 주의 의무가 일반 의무임을 입증하기에는 국가 실행과 법적 의견이 부족하다고 보고 있었다.[67]

미국은 상당한 주의 원칙의 법적 지위를 인정하지 않고 있지만, 사이버공간에서의 상당한 주의 원칙 적용에 대해서는 구체적인 의견을 표명해 왔다. 예를 들어, 국가가 상당한 주의 의무를 갖기 시작하는 시기에 대해 미국은 국가가 자국 영토에서 시작된 악의적인 사이버 활동을 인지하게 되면 문제를 해결하기 위한 합리적인 조치를 취해야 한다고 주장했다.[68] 그러나 미국은 국가의 인식을 이미 존재하는 사이버 작업에 대해 통보(notified)받는 것으로 제한해야 한다고 했다.[69] 이는 즉, 국가는 발생하지 않았지만 다른 국가에 심각한 불이익을 초래할 수 있는 사이버 작업에 대해 상당한 주의 의무가 없다는 뜻이다. 또한 미국은 영토 내 ICT에 대한 국가의 주권이 국제법상의 인권 및 기타 의무를 위반하는 구실이 되어서는 안 되기 때문에 상당한 주의 의무를 이행하는 목적의 자국 영토 내 ICT 활동에 대한 대규모 감시(monitoring)에 반대했다.[70]

### (3) 아프리카연합(African Union, AU)

2024년 1월 29일, 아프리카연합 평화안보이사회(the Peace and Security Council, PSC)는 '사이버공간에서의 정보 통신 기술 사용에 대한 국제법 적용에 관한 아프리카 공통 입장(Common African Position on the Application of International Law to the Use of Information and Communication Technologies in Cyberspace, CAP)'을 채택했다. CAP는 총 11개의 부문으로 구성되며 주권, 상당한 주의, 불간섭, 무력 위협이나 무력 행사 금지, 국제인권법 등의 내용을 포함하고 있다. 사이버공간에서 상당한 주의 의무의 적용과 관련하여 CAP는 6개 조항을 통해 포괄적인 해석을 했다.[71]

CAP는 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 역할, 기원, 범위 등 다양한 측면에서 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용을 자세히 해석했다. 첫째, CAP는 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 중요성을 강조했다. CAP는 상당한 주의 원칙이 사이버공간의 개방성, 접근성 및 안정성을 향상시킴으로써 ICT 기술을 통해 사이버공간에

---

지 않았다.

66) *Ibid.*, p.17.
67) *Ibid.*, p.17.
68) *Ibid.*, p.17.
69) *Ibid.*, p.17.
70) *Ibid.*, p.17.
71) AU, "Common African Position on the Application of International Law to the Use of Information and Communication Technologies in Cyberspace, and all associated Communiqués adopted by the Peace and Security Council of the African Union", PSC/PR/COMM.1196 (2024) (29 January 2024) <https://docs-library.unoda.org/Open-Ended_Working_Group_on_Information_and_Communication_Technologies_-_(2021)/CAP_Communiques_FULL_0e34eb5799.pdf> (visited on 5 March 2024).

서 저지르는 국제위법행위의 귀속 문제를 해결하는 데 도움이 될 것이라고 지적했다.[72] CAP는 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 중요성을 설명하면서 국제위법행위의 귀속과 관련된 기술적 문제와 행위의 주체인 비국가행위자의 문제를 언급했다.[73] 이는 스위스[74], 노르웨이[75], 일본[76]의 견해와 일치한다.

둘째, CAP는 상당한 주의 의무의 기원을 설명했다. CAP는 상당한 주의 의무는 영토 주권에서 비롯된다고 지적했다. CAP는 상당한 주의 의무와 관련된 Corfu Channel 사건, Pulp Mill 사건 및 Island of Palmas 중재 사건을 인용하여 상당한 주의 의무가 사법 판례에 의해 확인되었음을 증명했다.[77] 이는 스위스[78], 독일[79], 아일랜드[80] 및 오스트리아[81]의 견해와 일치한다.

셋째, CAP는 상당한 주의 의무의 범위를 명확히 했다. CAP는 사이버공간에 적용되는 상당한 주의 의무는 결과가 아닌 행위 의무이므로 국가는 자국의 영토나 통제하에 있는 영토가 국제위법행위를 저지르는 데 사용되지 않도록 보장할 필요가 없다고 했다.[82] 이 견해는 체코[83], 이탈리아[84], 스위스[85], 노르웨이[86], 스웨덴[87], 덴마크[88], 아일랜드[89] 및 오스트리아[90]의 견해와 일치한다.

넷째, CAP는 국가의 사이버 능력이 상당한 주의 의무를 적절하게 이행했는지를 판단하는 데 미치는 영향력을 강조했다. CAP는 사이버공간에서 국가의 상당한 주의

---

72) *Ibid.*, p.3.
73) *Ibid.*, p.3.
74) Government of Switzerland, "Switzerland's position paper on the application of international law in cyberspace", May 2021, p.7 <https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/20210527-Schweiz-Annex-UN-GGE-Cybersecurity-2019-2021_EN.pdf> (visited on 10 March 2024).
75) Vibeke Musæus, *supra* note 23, p.14.
76) Government of Japan, "Basic Position of the Government of Japan on International Law Applicable to Cyber Operations", 28 May 2021, p.5 <https://www.mofa.go.jp/policy/page3e_001114.html> (visited on 5 March 2024).
77) AU, *supra* note 71, pp.3-4.
78) Government of Switzerland, *supra* note 74, p.7.
79) Government of Germany, "On the Application of International Law in Cyberspace", Position Paper, March 2021, p.3 <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2446304/32e7b2498e10b74fb17204c54665bdf0/on-the-application-of-international-law-in-cyberspace-data.pdf> (visited on 10 March 2024).
80) Government of Ireland, *supra* note 36, p.3.
81) Government of Austria, "Position Paper of the Republic of Austria: Cyber Activities and International Law", April 2024, p. 10 <https://docs-library.unoda.org/Open-Ended_Working_Group_on_Information_and_Communication_Technologies_-_(2021)/Austrian_Position_Paper_-_Cyber_Activities_and_International_Law_(Final_23.04.2024).pdf> (visited on 28 June 2024).
82) AU, *supra* note 71, p.4.
83) Government of the Czech Republic, *supra* note 22, pp.6-7.
84) Government of Italy, "Italian position paper on "International law and cyberspace", November 2021, p.7 <https://www.esteri.it/mae/resource/doc/2021/11/italian_position_paper_on_international_law_and_cyberspace.pdf> (visited on 10 March 20204).
85) Government of Switzerland, *supra* note 74, p.7.
86) Vibeke Musæus, *supra* note 23, p.14.
87) Government of Sweden, *supra* note 34, p.4.
88) Government of Denmark, *supra* note 46, p.8.
89) Government of Ireland, *supra* note 36, p.3.
90) Government of Austria, *supra note* 81, p.10.

의무는 국가의 사이버 능력 범위 내에서 실행 가능하고 필요한 조치를 취하여 자국의 영토가 ICT를 통해 국제위법행위를 수행하는 데 사용되는 것을 방지하거나 종료하는 것이라고 보고 있다.[91] 이 견해는 체코[92], 이탈리아[93], 아일랜드[94]의 견해와 일치한다.

다섯째, CAP는 인식의 기준에 대해 구체적으로 설명했다. CAP는 단순히 영토 주권이나 통제 사실만으로 한 국가가 악의적인 사이버 작업에 해당 영토가 이용된다는 사실을 필연적으로 알고 있다고 추정할 수 없다고 지적했다.[95] 이러한 견해를 뒷받침하기 위하여 CAP는 Corfu Chanel 사건에 대한 국제사법재판소(International Court of Justice, ICJ)의 결론을 인용했다. 즉, 국가가 영토와 해역에 대한 실제 통제권을 가지고 있다는 사실만으로 그곳에서 발생하는 불법 행위를 알고 있거나 알고 있어야 한다는 결론을 내릴 수 없다는 것이다.[96] CAP는 국가의 ICT 역량과 국가가 사용할 수 있는 재정 자원을 기반으로 한 국가가 자국의 영토 내에서 발생하는 불법 사이버 작업을 알고 있는지를 사례별로 결정해야 한다고 했다.[97] 이러한 견해는 핀란드[98]의 견해와 일치한다.

여섯째, CAP는 상당한 주의 의무 이행에 있어 국제 협력과 정보 공유의 중요성을 강조했다. CAP는 특히 개발도상국이 자원 제약과 기술 부족으로 인해 상당한 주의 의무를 이행하는 데 어려움을 겪고 있음을 강조했다.[99] 따라서 CAP는 컴퓨터 비상대응팀(Computer Emergency Response Teams, CERT)과 컴퓨터 보안 사고 대응팀(Computer Security Incident Response Teams, CSIRT)을 활용한 국제 협력을 통해 각국이 상당한 주의 의무 이행을 촉진해야 함을 제안했다.[100] CAP는 또한 국제 협력을 확대하고 개발도상국의 능력을 향상시킴으로써 개발도상국이 국제사회의 사이버공간 거버넌스에 대한 논의에 적극적으로 참여할 기회를 가져야 함을 제안했다.[101]

상당한 주의 원칙에 대한 CAP 내용을 종합적으로 살펴보면 다음과 같은 시사점을 얻을 수 있다. 첫째, 비국가행위자의 악의적 사이버 작업의 귀속 문제를 해결하기 위해 상당한 주의 원칙을 적용하는 것의 중요성이 다시 한번 확인되었다. 둘째, 상당한 주의 원칙의 역할, 기원, 범위, 국가의 상당한 주의 의무 이행에 대한 사이버 능력의 영향, 인식의 기준에 대한 CAP의 규정은 많은 EU 회원국의 입장과 유사하거나 일치하다. 셋째, 33개 최빈개도국[102]을 회원국으로 두고 있는 AU의 국제 협력을 통해

---

91) AU, *supra* note 71, p.4.
92) Government of the Czech Republic, *supra* note 22, pp.6-7.
93) Government of Italy, *supra* note 84, p.7.
94) Government of Ireland, *supra* note 36, p.3.
95) AU, *supra* note 71, p.4.
96) AU, *supra* note 71, p.4.
97) AU, *supra* note 71, p.4.
98) Government of Finland, *supra* note 33, p.4.
99) AU, *supra* note 71, p.4.
100) AU, *supra* note 71, p.4.
101) AU, *supra* note 71, p.4.
102) Henitsoa Rafalia, "As a Global Crisis Continues, Africa's Most Vulnerable Nations Set Development Priorities for an Equitable and Resilient Future", *United Nations* <https://www.un.org/ohrlls/news/global-crisis-continues- africa%E2%80%99s-most-vulnerable-nations-set-development-priorities-equitable#:~:text=The%2033%20Least%20Developed%20Countries,Niger%2C%20Rwanda%2C%20S%C3%A3o%20Tom%C3%A9%20and>(visited on 10 May 2024).

개발도상국의 역량을 강화하고 이를 통해 개발도상국에게 국제사회 사이버 거버넌스에 참여할 수 있는 기회를 제공하자는 제안은 기술 및 경제적 한계로 인해 개발도상국이 갖는 상당한 주의 의무에 대한 두려움을 어느 정도 완화할 수 있다. 따라서 이 제안은 다른 개발도상국들이 상당한 주의 의무를 이행하는 데 레퍼런스가 될 수 있다.

## 2. 지역기구의 실행의 시사점

### (1) 다른 지역기구의 컨센서스 형성에 미치는 영향

상당한 주의 원칙이 다른 지역기구의 컨센서스 형성에 미치는 영향을 분석하기 위해 AU를 예로 살펴볼 필요가 있다. AU는 사이버공간에서 국제법의 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 포괄적인 공식 성명을 밝힌 최초의 지역기구이다. 아프리카 전체 국가가 AU에 가입했다는 점을 고려하면, CAP는 아프리카 모든 국가의 공식적인 견해를 대변한다고 할 수 있다. 상당한 주의 의무에 대한 CAP의 성명은 일견 지역사회에 대한 성명이라고 볼 수 있겠지만, 아프리카가 세계에서 두 번째로 인구가 많다는 점과 세계에서 두 번째로 큰 대륙이라는 점을 고려할 때, 이 성명은 장기적인 관점에서 국제사회에 긍정적인 영향을 미칠 것으로 보인다.

특히 사이버공간에서 상당한 주의 의무에 대한 국제사회의 컨센서스가 이루어지지 않은 오늘날, 이러한 CAP의 성명은 국제사회가 사이버공간에서 상당한 주의 의무의 적용을 모색하는 데 있어 중요한 진전이라 볼 수 있다. 이는 EU, OAS 등 다른 지역기구 내의 공감대 형성에 긍정적인 영향을 미칠 것이며, 궁극적으로는 국제사회의 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 컨센서스 형성을 촉진할 것이다.

특히, 아프리카 55개 회원국으로 구성된 AU가 이번에 공동 성명을 발표하였다는 점에서 볼 때, 아프리카 대륙은 이미 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 기본적인 합의에 도달했다고 할 수 있다. 따라서 CAP의 발표는 다른 지역기구가 해당 지역 내 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 컨센서스에 도달하는 데 긍정적으로 작용할 것이다. EU를 예로 들면, 2019년부터 2024년 7월까지 프랑스, 네덜란드, 핀란드, 이탈리아, 독일, 스웨덴, 폴란드, 에스토니아, 덴마크, 아일랜드, 체코, 오스트리아 등 12개 EU 회원국은 사이버공간에서 국제법의 적용과 관련된 각자의 성명에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 견해를 밝혔는데, 이는 EU 국가의 절반 가까이가 자국의 공식 입장을 발표한 것이다. 이러한 점에서 볼 때, 추후 EU도 AU처럼 27개 EU 회원국을 대표해 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용을 포함하는 사이버공간의 국제법 적용에 관한 공동 성명을 발표하는 등 EU 내부의 컨센서스를 달성할 것으로 보인다.

EU와 마찬가지로 약 6.79억의 인구를 포함하는 10개 회원국이 모인 동남아시아국가연맹(Association of Southeast Asian Nations, ASEAN)[103]도 지역 내 사이버

103) Kominfo, “Interesting Facts of the ASEAN Region in Numbers”, ASEAN 2023, 08 August 2023 <https://asean2023.id/en/news/interesting-facts-of-the-asean-region-in-numbers#:~:text=Based%20on%20a%20report%20by,population%2C%20totaling%208.4%20billion%20people> (visited on 23 April 2024).

거버넌스에 관심을 기울이고 있다. 동남아시아 국가들이 이러한 관심을 기울이게 된 직접적인 이유는 ICT 발전으로 인한 ASEAN 국가의 사이버 보안 위협 때문이다. COVID-19 팬데믹은 전례 없는 속도로 ASEAN의 디지털 전환을 가속화하였고, 그로 인해 2020년에만 ASEAN 국가의 약 4,000만 명이 처음으로 인터넷에 접속했다. 현재 ASEAN의 인터넷 사용자는 약 4억 명으로 이는 전체 인구의 70%에 달한다.[104] 특히, ASEAN 국가들도 다른 국가와 마찬가지로 심각한 사이버 보안 위협에 직면해 있다. 2017년 워너크라이 랜섬웨어 (WannaCry ransomware) 가 동남아시아에 큰 타격을 준 이후 동남아시아는 사이버 공격의 표적이 되어 왔다. 예컨대 COVID-19 팬데믹 기간 싱가포르의 최대 의료 기관인 Sing Health에서 약 150만 명의 환자 개인정보가 유출되는 심각한 공공 데이터 유출 사건이 발생했다. 이 사건은 싱가포르 역사상 최악의 개인정보 유출 사건으로 여겨진다.[105]

그러나 ASEAN이 사이버공간 거버넌스에 적극적으로 참여하고는 있음에도, 지금까지 EU 및 OAS와 같이 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 견해를 표명한 적은 없다. 컴펜디엄에서 싱가포르가 상당한 주의 의무에 대한 견해[106]를 발표한 데 반해, 인도네시아, 말레이시아, 태국 등 다른 ASEAN 회원국은 여전히 견해를 밝히지 않고 있다. ASEAN 역시 AU의 경험을 기반으로 지역적 논의를 통해 합의를 도출하여, ASEAN 회원국을 대표해 상당한 주의 원칙 적용을 포함한 사이버공간에서의 국제법 적용에 대한 공동 입장을 발표하는 등 ASEAN 내 합의를 달성할 수 있다.

### (2) UN차원의 글로벌 컨센서스 형성에 미치는 영향

UN은 사이버공간의 글로벌 거버넌스에서 지역기구의 기여를 인정해 왔다. 일례로 2013년 UN GGE 보고서는 지역기구의 활동이 국가를 위한 실질적인 신뢰 구축 조치(confidence-building measures, CBM)를 수립하는 데 긍정적인 역할을 할 수 있으며, 투명성, 예측 가능성 및 협력에도 도움을 줄 수 있음을 밝혔다.[107] 더욱이, 이 보고서는 지역기구의 이니셔티브는 사람들이 공공 안전에 대한 위험을 줄이고 국가 안보를 강화하며 글로벌 안정을 향상하기 위하여 ICT의 보안 및 사용을 강화하는 데 점점 더 많은 관심을 기울이고 있음을 보여준다고 했다.[108] 또한, 이 보고서는 AU, ASEAN, EU, OAS 등의 지역기구가 평화롭고 안전하며 개방적인 ICT 환경을 만들기 위하여 노력하고 있음을 인정했다.[109]

---

104) Anthoni Octaviano, “ASEAN Cybersecurity Skilling Programme launched by ASEAN Foundation with Microsoft”, ASEAN Foundation, 2 March 2022 <https://www.aseanfoundation.org/asean_cybersecurity_skilling_programme_launched_by_asean_foundation_with_microsoft> (visited on 12 October 2023).

105) Mci and Moh, “Singhealth’s IT System Target of Cyberattack”, Ministry of Health of Singapore, 20 July 2018 <https://www.moh.gov.sg/news-highlights/details/singhealth's-it-system-target-of-cyberattack> (visited on 15 October 2023).

106) UNGA, *supra* note 12, p.84.

107) UNGA, “Report of Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security”, A/68/98 (24 June 2013), p.9 <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n13/371/66/pdf/n1337166.pdf?token=PU6h47DyNMw85sgNer&fe=true> (visited on 2 February 2024).

108) *Ibid.*, p.6.

2015년 UN GGE 보고서는 ICT 안보에 대한 지역기구의 노력을 한층 더 인정했다. 보고서는 각국이 ICT를 적용할 때 지역기구의 노력을 고려해야 한다고 권고하고 회원국들이 대화, 협의 및 역량 구축을 위한 새로운 양자, 지역 및 다자 플랫폼을 구축할 것을 촉구했다.[110] 나아가 2021년 UN GGE 보고서에서도 이러한 지역기구의 역할을 재확인했다. 이 보고서는 지역기구가 UN GGE 보고서의 평가 및 권고 사항을 발전시키고, 지역별 메커니즘을 개발하여 이러한 평가 및 권고 사항의 구현을 지원하기 위한 역량 구축 노력을 강화하는 데 중요한 역할을 한다고 했다.[111] UN GGE의 보고서에 나타난 지역기구 평가를 보면, 지역 내 국가 간 논의, 협의 및 이해상충의 균형을 촉진하는 지역기구의 역할과 지역기구의 지속적인 실천을 통해 생성된 경험과 전문성을 바탕으로, 지역기구가 사이버공간에서 UN의 글로벌 컨센서스 달성에 유용한 조력자가 되었음을 알 수 있다.

### (3) 국제법의 회색지대의 명확화에 대한 영향

위에서 언급했듯이 상당한 주의 원칙은 사이버공간에 적용되는 국제법의 회색지대 중 하나로 남아 있다. 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용이 계속해서 회색지대로 남게 된다면 국제사회가 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 신뢰를 상실하게 될 것이며, 결국 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용 필요성이 인정되더라도 실효성이 없는 원칙으로 남게 될 수 있음을 시사한다.[112] 이러한 맥락에서, 지역기구의 실행은 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 컨센서스를 달성하고 이를 통해 회색지대를 명확히 하는 데 긍정적인 역할을 할 수 있다.

### (4) 국제관습법 형성에 대한 영향

2022년 폴란드가 국가 성명에서 언급한 바와 같이, 국제법과 관련된 주요 문제에 대해 공개적으로 입장을 취하는 실행은 법적 확실성과 투명성을 높이는 동시에 국제법에 대한 존중을 강화하고 관습법 발전의 기회를 제공하는 데 도움이 된다.[113] 국제법위원회(International Law Commission, ILC)는 또한 국제관습법을 확인하는 데 있어 국제기구의 역할을 인정한다. ILC는 특정 상황에서는 국제기구의 실행이 국제관습법 규칙의 형성이나 표현에 기여할 수도 있다고 믿는다.[114] 이는 즉, 국제기구나

---

109) *Ibid.*, p.7.
110) UNGA, *supra* note 18, p.14.
111) UNGA, "Report of Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security", A/76/135 (14 July 2021), p.3 <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/075/86/pdf/n2107586.pdf?token=UNXg7ALk5goCqAaGKY&fe=true> (visited on 2 February 2024).
112) 이종현, "사이버 영역에서의 국제법상 상당주의 원칙의 적용에 관한 고찰", 「국제법평론」, 통권 제49호(2018), 168면.
113) Government of Poland, "the Republic of Poland's position on the application of international law in cyberspace", 29 December 2022, p.1 <https://www.gov.pl/web/diplomacy/the-republic-of-polands-position-on-the-application-of-international-law-in-cyberspace> (visited on 12 March 2024).
114) UNGA, "Report of the International Law Commission", A/73/10 (2018), p.119 <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/a_73_10_advance.pdf> (visited on 2 February 2024).

정부간 회의가 채택한 결의안은 그 자체로는 국제관습법 규칙을 창설할 수는 없지만, 국제관습법 규칙의 존재와 내용을 결정하는 증거를 제공하거나 그 발전에 기여할 수 있다는 뜻이다.[115] ICJ는 핵무기 위협 또는 사용의 적법성에 관한 사건에서 UNGA 결의안이 구속력은 없더라도 때로는 규범적 가치를 가질 수 있다고 지적했으며 경우에 따라 UNGA 결의안은 규칙의 존재나 법적 확신(opinion juris)을 확립하는데 중요한 증거를 제공할 수 있다고 했다.[116]

## V. 결론

비국가행위자에 의한 악의적인 사이버 공격이 증가하고 ICT 기술이 지속적으로 발전하여 사회 생활의 모든 측면에 더 광범위하고 깊이 적용됨에 따라 국제사회는 사이버공간의 국제법 적용에 점점 더 많은 관심을 기울이고 있다. 현재 국제사회는 수년간의 논의 끝에 사이버공간에 국제법이 적용되어야 한다는 점에 의견을 함께하고 있다. 그러나 국제사회는 사이버공간에서 국제법이 어떻게 적용되어야 하는지에 대해서는 여전히 컨센서스를 이루어지지 못하고 있다.

사이버공간의 비국가행위자가 점점 더 활발해짐에 따라 사이버 보안의 글로벌 거버넌스에도 새로운 과제가 제기되고 있다. 최근 몇 년간 발생한 수많은 사이버 공격 사례를 살펴보면, 적지 않은 악의적인 사이버 작업이 표면적으로는 비국가행위자에 의해 주도되었지만, 그 이면에는 국가 정부의 참여나 지원이 있었을 가능성이 있다. 그러나 사이버 작업의 익명성, 은폐성 및 초국경성 등의 특성으로 인해 비국가행위자가 시작한 악의적인 사이버 작업을 국가의 탓으로 돌리기는 어렵다. 그리고 이러한 귀속 문제는 사이버공간의 적용에 있어서 국제법이 직면한 가장 큰 과제라고 할 수 있다. 따라서 상당한 주의 원칙의 적용의 의의는 국가가 상당한 주의 의무를 이행하도록 요구함으로써 비국가행위자의 악의적인 사이버 작업을 한 국가의 책임과 연결할 수 있다는 점에 있다.

이러한 점에서 볼 때, 국제사회가 사이버공간에서 상당한 주의 원칙의 적용에 대한 컨센서스에 도달하는 것은 복잡한 국경 간 사이버 작업, 특히 비국가행위자의 악의적인 사이버 작업으로 인해 발생하는 국가 간 분쟁을 해결하고 궁극적으로 국제사회의 사이버 보안을 보장하는 데 있어 큰 의미를 갖는다. 그러나 국제 협약의 부족과 국가 간 명백한 입장 차이로 인해 현재 국제사회는 사이버공간에서의 상당한 주의 원칙의 적용과 관련하여 여러 가지 어려움을 겪고 있다.

이를 극복하기 위하여는 상당한 주의 원칙에 대한 다양한 연구가 선행되어야 할 필요가 있다. 이러한 연구의 필요성에 주목하여 본고는 EU, OAS, AU를 대상으로 지역 내 상당한 주의 원칙에 대한 컨센서스를 달성하기 위한 이들 지역기구의 실행 및 시사점에 대해 논의했다. 이러한 논의를 거쳐 본 연구는 지역기구들이 지역 내 국가 간 사이버공간에서의 상당한 주의 원칙에 대한 컨센서스를 이루고자 노력하는 것이 다른 지역기구의 내부 합의 달성에 긍정적인 영향을 미칠 수 있을 뿐만 아니라

115) *Ibid.*, p.121.
116) Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinions of 8 July 1996, ICJ, pp.32-33.

UN 차원의 글로벌 합의 형성을 촉진할 수 있다는 결론을 내렸다. 더 나아가 이와 같은 지역기구의 실행은 국제법의 회색지대의 문제를 명확히 하는 데 도움이 될 수 있으며, 장기적인 관점에서 보면 국제관습법의 형성을 촉진할 수 있다. 끝으로 저자는 지역기구의 실행의 중요성을 고려하여 국제사회가 지역기구의 실행에 지속적으로 관심을 갖고 지역기구의 영향력을 중시하며 사이버공간에서의 상당한 주의 원칙에 대한 컨센서스를 달성해 나가야 한다고 제안한다.

## [참고문헌]

<국내문헌>

박노형·김효권, “국제사이버법상 상당한 주의 의무에 관한 국가실행”, 「국제법학회논총」, 제66권 제4호(2021).

이종현, “사이버 영역에서의 국제법상 상당주의 원칙의 적용에 관한 고찰”, 「국제법평론」, 통권 제49호(2018).

<해외문헌>

“International law and State cyber operations: Improving Transparency”, *OAS*, August 2020 <https://www.oas.org/en/sla/iajc/themes_recently_concluded_International_law_State_cyber_operations.asp>.

Anthoni Octaviano, “ASEAN Cybersecurity Skilling Programme launched by ASEAN Foundation with Microsoft”, *ASEAN Foundation*, 2 March 2022 <https://www.aseanfoundation.org/asean_cybersecurity_skilling_programme_launched_by_asean_foundation_with_microsoft>.

AU, “Common African Position on the Application of International Law to the Use of Information and Communication Technologies in Cyberspace, and all associated Communiqués adopted by the Peace and Security Council of the African Union”, PSC/PR/COMM.1196 (2024) (29 January 2024) <https://docs-library.unoda.org/Open-Ended_Working_Group_on_Information_and_Communication_Technologies_-_(2021)/CAP_Communiques_FULL_0e34eb5799.pdf>.

Buchan, Russell, Marco Roscini and Nicholas Tsagourias, “State Responsibility for Cyber Operations: International Law Issues”, British Institute of International and Comparative Law (2014).

Coco, Antonio and Talita de Souza Dias, “Cyber Due Diligence: A Patchwork of Protective Obligations in International Law”, 「European Journal of International Law」. Vol.32, no.3 (2021).

Collier, Kevin, “Costa Rica declares state of emergency over ransomware attack”, NBC News, 11 May 2022 <https://www.nbcnews.com/tech/tech-news/costa-rica-declares-state-emergency-ransomware-attack-rcna28415>.

Council of Europe, Convention on Cybercrime, Budapest, 23.XI.2001, November 2001 <https://rm.coe.int/1680081561>.

Council of the European Union, “Council Conclusions on a Framework for a Joint EU Diplomatic Response to Malicious Cyber Activities” ("Cyber Diplomacy Toolbox"), 10474/17 (June 2017) <https://data.consilium.europa.eu/doc/do

cument/ST-10474-2017-INIT/en/pdf>.

Council of the European Union, “Council conclusions on malicious cyber activities”, 7925/18 (16 April 2018) <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7925-2018-INIT/en/pdf>.

Council of the European Union, “Council Decision Concerning Restrictive Measures Against Cyber-Attacks Threatening the Union or its Member States”, (CFSP) 2019/797 (17 May 2019) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019D0797>.

Council of the European Union, “Declaration by the High Representative Josep Borrell, on behalf of the European Union, on malicious cyber activities exploiting the coronavirus pandemic”, *EU Press Release,* 30 April 2020 <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/04/30/declaration-by-the-high-representative-josep-borrell-on-behalf-of-the-european-union-on-malicious-cyber-activities-exploiting-the-coronavirus-pandemic/>.

Council of the European Union, “Revised Implementing Guidelines of the Cyber Diplomacy Toolbox”, 10289/23 (8 June 2023), clause 12 <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10289-2023-INIT/en/pdf>.

Government of Austria, “Position Paper of the Republic of Austria: Cyber Activities and International Law”, April 2024 <https://docs-library.unoda.org/Open-Ended_Working_Group_on_Information_and_Communication_Technologies_-_(2021)/Austrian_Position_Paper_-_Cyber_Activities_and_International_Law_(Final_23.04.2024).pdf>.

Government of Canada, “International Law applicable in cyberspace”, April 2022 <https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/peace_security-paix_securite/cyberspace_law-cyberespace_droit.aspx?lang=eng>.

Government of Costa Rica, “Costa Rica's Position on the Application of International Law in Cyberspace”, July 2023 <https://docs-library.unoda.org/Open-Ended_Working_Group_on_Information_and_Communication_Technologies_-_(2021)/Costa_Rica_-_Position_Paper_-_International_Law_in_Cyberspace.pdf>.

Government of Denmark, “Denmark’s Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace”, 4 July 2023 <https://brill.com/view/journals/nord/92/3/article-p446_007.xml?language=en>.

Government of Finland, “Finland’s National Positions on International Law and Cyberspace”, 15 October 2020 <https://um.fi/documents/35732/0/Cyber+and+international+law%3B+Finland%27s+views.pdf/41404cbb-d300-a3b9-92e4-a7d675d5d585?t=1602758856859>.

Government of Germany, “On the Application of International Law in Cyberspace”, March 2021 <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2446304/32e7b2498

e10b74fb17204c54665bdf0/on-the-application-of-international-law-in-cyberspace-data.pdf>.

Government of Ireland, “Ireland Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace”, 6 July 2023 <https://www.dfa.ie/media/dfa/ourrolepolicies/internationallaw/Ireland---National-Position-Paper.pdf>.

Government of Italy, “Italian position paper on “International law and cyberspace”, November 2021 <https://www.esteri.it/mae/resource/doc/2021/11/italian_position_paper_on_international_law_and_cyberspace.pdf>.

Government of Japan, “Basic Position of the Government of Japan on International Law Applicable to Cyber Operations”, 28 May 2021 <https://www.mofa.go.jp/policy/page3e_001114.html>.

Government of New Zealand, “the Application of International Law to State Activity in Cyberspace”, 1 December 2020 <https://www.dpmc.govt.nz/publications/application-international-law-state-activity-cyberspace>.

Government of Poland, “the Republic of Poland’s position on the application of international law in cyberspace”, 29 December 2022 <https://www.gov.pl/web/diplomacy/the-republic-of-polands-position-on-the-application-of-international-law-in-cyberspace>.

Government of Republic of Korea, “Republic of Korea Comments on the pre-draft of the OEWG Report”, 14 April 2020 <https://ceipfiles.s3.amazonaws.com/pdf/CyberNorms/UNGGE/Republic+of+Korea+Comments+on+the+Pre-Draft+of+the+OEWG+Report.pdf>.

Government of Sweden, “Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace”, July 2022 <https://www.government.se/contentassets/3c2cb6febd0e4ab0bd542f653283b140/swedens-position-paper-on-the-application-of-international-law-in-cyberspace.pdf>.

Government of Switzerland, “Switzerland's position paper on the application of international law in cyberspace”, May 2021 <https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/20210527-Schweiz-Annex-UN-GGE-Cybersecurity-2019-2021_EN.pdf>.

Government of the Czech Republic, “Position paper on the application of international law”, 26 February 2024 <https://mzv.gov.cz/file/5376858/_20240226___CZ_Position_paper_on_the_application_of_IL_cyberspace.pdf>.

Government of the Kingdom of the Netherlands, “Appendix: International law in cyberspace”, 26 September 2019 <https://mzv.gov.cz/file/5376858/_20240226___CZ_Position_paper_on_the_application_of_IL_cyberspace.pdf>.

Government of UK, “Application of international law to states’ conduct in cyberspace: UK statement”, 3 June 2021 <https://www.gov.uk/government/publications/application-of-international-law-to-states-conduct-in-cyberspace-uk-statement/application-of-international-law-to-states-conduct-in-cyberspace

-uk-statement>.

ICJ, Corfu Channel case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania), Judgment of 9 April 1949, ICJ Reports 1949.

ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinions of 8 July 1996.

Island of Palmas case (United States of America v. Netherlands), 4 April 1928, Reports of International Arbitral Awards, VOLUME II.

Kominfo, "Interesting Facts of the ASEAN Region in Numbers", *ASEAN 2023*, 08 August 2023 <https://asean2023.id/en/news/interesting-facts-of-the-asean-region-in-numbers#:~:text=Based%20on%20a%20report%20by,population%2C%20totaling%208.4%20billion%20people>.

Mci and Moh, "Singhealth's IT System Target of Cyberattack", *Ministry of Health of Singapore*, 20 July 2018 <https://www.moh.gov.sg/news-highlights/details/singhealth's-it-system-target-of-cyberattack>.

OAS, "International Law and State Cyber Operations: Improving Transparency", CJI/doc. 578/19, 21 January 2019 <https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/CJI_doc_578-19.pdf>.

OAS, "International Law and State Cyber Operations: Improving Transparency: Fourth Report", CJI/doc. 603/20 rev.1 corr.1,5 March 2020 < https://ceipfiles.s3.amazonaws.com/pdf/CyberNorms/LawStatements/Improving+Transparency+International+Law+and+State+Cyber+Operations_+Fourth+Report.pdf>.

OAS, Report of the Inter-American Juridical Committee, Second Report: International Law Applicable to Cyberspace, CJI/doc. 671/22 rev.2 corr.1 (21 October 2022) <https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/CJI-doc_671-22_rev2_corr1_ENG.pdf>.

Rafalia, Henitsoa, "As a Global Crisis Continues, Africa's Most Vulnerable Nations Set Development Priorities for an Equitable and Resilient Future", *United Nations* <https://www.un.org/ohrlls/news/global-crisis-continues- africa%E2%80%99s-most-vulnerable-nations-set-development-priorities-equitable#:~:text=The%2033%20Least%20Developed%20Countries,Niger%2C%20Rwanda%2C%20S%C3%A3o%20Tom%C3%A9%20and>.

Rosch, Carla, "A massive cyberattack in Costa Rica leaves citizens hurting", *Rest of World*, 1 June 2022 <https://restofworld.org/2022/cyberattack-costa-rica-citizens-hurting/>.

Schmitt, Michael N., "*Grey Zones in the International Law of Cyberspace*", 「The Yale Journal of International Law Online」. Vol.42, no.2 (2017) <https://www.yjil.yale.edu/grey-zones-in-the-international-law-of-cyberspace>.

Schmitt, Michael N., "*In Defense of Due Diligence in Cyberspace*", 「The Yale L

aw Journal Forum」. (2015) <https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup16/Batch%202/SchmittDueDiligence.pdf>.

Schmitt, Michael N., and Luis Vihul, eds., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, 2nd ed.* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017).

Schöndorf, Roy, "*Israel's Perspective on Key Legal and Practical Issues Concerning the Application of International Law to Cyber Operations*", 「International Law Studies」. Vol.95 (2021) <https://digital-commons.usnwc.edu/ils/vol97/iss1/21/>.

UNGA, "Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information an communications technologies by States submitted by participating governmental experts in the Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behavior in Cyberspace in the Context of International Security established pursuant to General Assembly resolution 73/266", UN Doc. A/76/136, 13 July 2021 <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/189/48/pdf/n2118948.pdf?token=evoBjm9FJq6HKZIXYv&fe=true>.

UNGA, "Report of Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security", A/76/135 (14 July 2021) <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n21/075/86/pdf/n2107586.pdf?token=UNXg7ALk5goCqAaGKY&fe=true>.

UNGA, "Report of Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, UN Doc. A/68/98 (24 June 2013) <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n13/371/66/pdf/n1337166.pdf?token=PU6h47DyNMw85sgNer&fe=true>.

UNGA, "Report of Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security", A/70/174 (22 July 2015) <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n15/228/35/pdf/n1522835.pdf?token=qQXVZ9UynZaeroKupx&fe=true>.

UNGA, Report of the International Law Commission, A/73/10 (2018) <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/english/a_73_10_advance.pdf>.

Vibeke Musæus, "Norway's Position Paper on International Law and Cyberspace", 「Nordic Journal of International Law」. Vol.92, no.3 (2023) 1 - 19 <https://brill.com/view/journals/nord/92/3/article-p470_009.xml?language=en>.

[Abstract]

# Practices and Implications of Regional Organizations for the Consensus on the Principle of Due Diligence under International Law in Cyberspace

HUANG PINGPING*

In cyberspace, cross-border malicious cyber operations are threatening the peace and security of the international community. Such cyber operations are often thought to have the participation and support of national governments in addition to the apparent initiators - non-state actors. However, due to the anonymity, concealment, and cross-border nature of cyber operations, it is difficult to trace the origin and attribute of such malicious cyber operations initiated by non-state actors to a state. Cyber due diligence can largely alleviate this problem, because by giving states due diligence obligation, it links the malicious cyber actions of non-state actors with a state's responsibilities, thereby effectively curbing the growth of cross-border malicious cyber actions. Therefore, from the perspective of maintaining the security of the world's cyberspace, the application of due diligence in cyberspace has practical significance. This is also the reason why the international community has paid increasing attention to the application of due diligence in cyberspace in recent years. Unfortunately, due to the lack of international conventions and the obvious differences in positions between states, many legal disputes have not been clarified. Therefore, in the international community, there is no consensus on the application of due diligence in cyberspace. The author believes that only by reaching a consensus in the international community on the application of due diligence can the role of due diligence be brought into play. Therefore, this article focuses on the practices and implications of regional organizations in promoting the international community's consensus on the application of due diligence. Through research on the practices of the European Union, the Organization of American States, and the African Union, the author believes that the practices of regional organizations can not only promote other regional organizations to achieve regional consensus, but also promote the UN to achieve global consensus in cyberspace. Moreover, the practices of regional organizations also help to clarify the gray areas of international law and ultimately contribute to the formation of customary international law. In the future, the international community should continue to actively pay attention to the practices of regional organizations and reach a

* PhD Candidate, Department of Law, Korea University

consensus on the application of due diligence in cyberspace at the international community level.

**Key Words:** Cyber operation, Due diligence, International law, Consensus, Reginal Organizations

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.101 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 스코틀랜드의 혐오범죄 규율을 위한 새로운 법적 근거

이 정 념*

**논문요지**

스코틀랜드에서는 2024년 4월 1일부터 혐오범죄의 규율을 위한 새로운 법적 근거가 효력을 발휘하고 있다. 「혐오범죄 및 공공질서법」은 스코틀랜드 전역에서 혐오범죄에 대응하기 위한 보호 조치를 확장하는 법적 근거로, 혐오범죄의 유형을 구체화하면서 혐오범죄로부터 보호되어야 하는 대상의 범위를 확대하는 등 혐오범죄의 형사법적 규율 체계를 강화하고 있다. 스코틀랜드의 「혐오범죄 및 공공질서법」은 혐오범죄를 '편견으로 인한 가중범죄, 인종적으로 가중된 괴롭힘 그리고 혐오를 조장하는 범죄'로 유형화하여 처벌 가능한 혐오범죄의 범위를 명확히 하고 있다는 점, 혐오범죄의 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 구체적으로 열거하고 있다는 점 그리고 개인이 향유하는 의사표현의 자유를 보장하기 위한 근거를 명문화 하고 있다는 점에서 특징적이다.

본 논문은 스코틀랜드의 「혐오범죄 및 공공질서법」이 혐오범죄의 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 상당히 방대하면서도 구체적으로 열거하면서 혐오범죄를 유형화하고 있다는 점에 주목하고 있다. 이에 본 논문은 「혐오범죄 및 공공질서법」에서 명시하고 있는 혐오범죄의 각 유형별 구성요건과 처벌 범위는 물론 동법 내에 마련된 개인의 의사표현의 자유를 보장하기 위하여 갖추고 있는 조항들의 법적 타당성을 전반적으로 살펴보면서, 종국적으로 「혐오범죄 및 공공질서법」의 실효성에 대하여 검토하고 있다.

**검색용 주제어: 스코틀랜드, 혐오범죄 및 공공질서법, 혐오범죄, 의사표현의 자유, 유럽인권협약, 유럽인권재판소**

**• 논문접수: 2024. 06. 29. • 심사개시: 2024. 07. 16. • 게재확정: 2024. 08. 07.**

## I. 들어가는 글

최근 스코틀랜드에서는 혐오범죄의 규율을 위한 새로운 법적 근거가 효력을 발휘하고 있다.[1] 2024년 4월 1일 시행된 「혐오범죄 및 공공질서법 (Hate Crime and

* 숭실대학교 법과대학 법학과 교수, 법학박사

1) 스코틀랜드에서 혐오범죄는 범죄자의 행위가 특정인 또는 특정 집단에 대한 혐오나 편견을

Public Order (Scotland) Act 2021)」은 스코틀랜드 전역에서 혐오범죄에 대응하기 위한 보호 조치를 확장하는 법적 근거로, 혐오범죄의 유형을 구체화하면서 혐오범죄로부터 보호되어야 하는 대상의 범위를 확대하는 등 혐오범죄의 형사법적 규율 체계를 강화하고 있다.

2023년 4월 1일부터 2024년 3월 31일을 기준으로 보고된 자료에 따르면 스코틀랜드에서 혐오범죄로 기소된 사건은 5,992건으로, 이 중 인종-혐오범죄는 3,392건, 성적 취향-혐오범죄는 1,818건, 장애-혐오범죄는 903건, 종교-혐오범죄는 523건, 성전환 정체성-혐오범죄는 84건으로 나타났다.[2] 스코틀랜드에서는 피해자 내지 피해집단의 인종, 장애, 종교, 성전환 정체성, 성적 취향 (Sexual Orientation)[3] 등을 동인으로 하는 혐오범죄가 지속적으로 발생하고 있는데, 발생한 모든 혐오범죄가 신고되지 않는다는 점을 고려하면서 혐오범죄가 미치는 사회적 악영향을 최소화하기 위하여 혐오범죄의 피해자 그리고 혐오범죄를 접한 증인 모두가 혐오범죄를 예방하는 데 적극적으로 나서도록 동기를 부여하는 정책도 펴고 있다.[4]

이러한 스코틀랜드의 상황 속에서 마련된 「혐오범죄 및 공공질서법」은 혐오범죄의 유형을 '편견으로 인한 가중범죄, 인종적으로 가중된 괴롭힘 그리고 혐오를 조장하는 범죄'로 유형화하여 처벌 가능한 혐오범죄의 범위를 명시하고 있다는 점, 혐오범죄의 피해자 내지 피해집단이 지니는 특유한 속성 - 즉, 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성 - 을 구체적으로 열거하고 있다는 점 그리고 개인이 향유하는 의사표현의 자유를 보장하기 위한 근거를 명문화 하고 있다는 점에서 특징적이다.

스코틀랜드에서는 「혐오범죄 및 공공질서법」의 제정 논의가 있을 당시 개인의 의사표현이 위축되거나 국가 공권력에 의하여 개인의 의사표현의 자유가 침해될 것이라는 우려 속에서 동법의 제정을 반대하는 주장도 많았는데,[5] 일각에서는 동법이 혐오범죄의 범위를 지나치게 넓게 인정하고 있고 개인의 의사표현의 자유를 침해할 위험이 크다는 점을 들며 세계에서 가장 엄격하게 혐오범죄를 처벌하는 입법례라고 평가하기도 하였다. 사실상 「혐오범죄 및 공공질서법」 내에 의사표현의 자유를 보장하는 법조항이 있음에도 불구하고 동법이 시행되는 현재에도 개인의 의사표현의 자유가 침해될 것이라는 우려는 여전히 계속되고 있다.[6] 이러한 상황 속에서 스코틀랜드 정부는 「혐오범죄 및 공공질서법」의 필요성을 강조하며 지속적으로 다양한 이해집단

---

기반으로 하는 형사범죄로 이해된다 (Scottish Government, *Hate Crime Strategy for Scotland*, March 2023, p. 5).

2) Crown Office & Procurator Fiscal Service (COPFS), *Hate Crime in Scotland*, 2023-24, 11.06.2024.

3) 본 논문에서는 'Sexual orientation'을 '성적 취향'으로 번역하고 있는데, 이와 관련한 논의에 대하여는 이정넘, "영국의 혐오범죄 규율 체계에 대한 이해와 분석: 입법적 측면을 중심으로", 「법과 사회」 제60호, 법과사회이론학회, 2019, 120면 각주 3번 참조. 한편 'Sexual orientation'의 의미는 다양하게 이해되고 있는데, 이에 대하여는 Ziegler, M., "*What is sexual orientation*", 「Kentucky Law Review」 Vol. 106 (1), 2017 참조.

4) Scottish Government (주 1), p. 24.

5) Latschan, T., "*Scotland caught up in heated debate over new hate speech law*", Deutsche Welle, 07.04.2024; Sanderson, D., "S*NP's unworkable hate crime law should be withdrawn, say former top judge*", The Telegraph, 10.04.2024; Higson-Bliss, L., "*Scotland's hate crime law: the problem with using public order laws to govern online speech*", The Conversation, 23.04.2024 참조.

6) Joseph, J., "*Why is Scotland's New Hate Crime Legislation So Controversial?*", Jurist News, 02.04.2024 참조.

의 의견을 수렴하면서 동법이 보다 효과적으로 혐오범죄에 대응할 수 있도록 하기 위하여 다방면의 노력을 이어오고 있다. 스코틀랜드 정부는 「혐오범죄 및 공공질서법」이 보다 포용적이고 평등한 스코틀랜드를 향하여 나아가는 의미를 지닌다고 하면서, 동법을 통하여 혐오범죄를 규율할 수 있는 범위를 확대하여 편견에 기인한 범죄에 맞서고자 하는 국가적 차원의 강력한 메시지를 범죄인들에게 전달하고자 한다는 점 그리고 혐오범죄에 대응하는 체계적인 법적 근거에 따라 개인의 자유와 권리를 존중하고자 한다는 점을 지속적으로 강조하고 있다.[7)]

본 논문은 2024년 4월 1일부터 시행되고 있는 스코틀랜드의 「혐오범죄 및 공공질서법」이 혐오범죄의 표적이 되는 개인이나 집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 상당히 광범위하고도 구체적으로 열거하면서 혐오범죄를 유형화하고 있다는 점에 주목하고 있다. 이러한 시각을 바탕으로 본 논문은 「혐오범죄 및 공공질서법」에서 명시하고 있는 혐오범죄의 각 유형별 구성요건과 처벌 범위는 물론 동법 내에 개인의 의사표현의 자유를 보장하기 위하여 마련한 조항들의 법적 타당성을 전반적으로 살펴보면서, 종국적으로 「혐오범죄 및 공공질서법」의 실효성에 대하여 검토하고 있다.

## II. 「혐오범죄 및 공공질서법」의 제정 취지와 보호 대상

### 1. 「혐오범죄 및 공공질서법」의 제정 취지

스코틀랜드에서 「혐오범죄 및 공공질서법」을 제정하기 위한 논의는 당시 판사였던 캠벨 (A. P. Campbell)이 2018년 5월 혐오범죄의 처벌에 관한 22개의 권고 사항이 담긴 보고서를 스코틀랜드 정부에 제출하면서 본격화 되었다. 해당 보고서를 바탕으로 스코틀랜드 정부는 2018년 11월 14일부터 2019년 2월 24일까지 “하나의 스코틀랜드: 여기에는 혐오가 있을 곳이 없다 (One Scotland: Hate has no home here)”라는 협의를 진행한 바 있는데, 이때 스코틀랜드 전역에서 혐오범죄에 영향을 받는 지역사회, 평등단체를 대표하는 이해관계자 및 단체 등의 참여로 2018년 5월 권고된 혐오범죄의 처벌에 관한 22개 사항이 검토되기에 이르렀다.[8)] 이후 스코틀랜드 정부와 의회 모두에서 혐오범죄의 규율을 위한 법적 근거를 어떻게 마련할 것인가에 대한 지속적인 논의와 검토가 이루어지면서 「혐오범죄 및 공공질서법」이 2021년 3월 11일 스코틀랜드 의회를 통과하였고 같은 해 4월 23일 국왕의 승인을 얻게 되었다. 스코틀랜드 정부는 「혐오범죄 및 공공질서법」을 통하여 혐오범죄의 규율 체계가 현대적으로 확장되었다고 평가하면서 혐오범죄로부터 발생하는 피해를 예방하고 피해자 내지 피해집단을 보호하기 위한 지역사회의 폭넓은 접근이 이루어져야 함을 강조하고 있다.[9)] 나아가 스코틀랜드 정부는 「혐오범죄 및 공공질서법」의 제정 자체만으로 스코틀랜드가 열망하는 포용적이고 평등한 사회를 구축하는데 충분하지 않다는 것을 인지하면서도, 혐오범죄의 규율을 위한 명확한 법적 근거를 마련하는 일은 개인의

7) Scottish Government, Hate Crime and Public Order (Scotland) Act: factsheet, April 2024.
8) Scottish Government, Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021: General Information Note, November 2023, p. 4.
9) Scottish Government, Hate crime strategy: delivery plan, November 2023.

지극히 주관적인 감정인 혐오에 기인한 범죄가 더욱 엄중하게 다루어지고 용인되지 않을 것임을 혐오범죄의 피해자와 가해자는 물론 지역사회에 전하기 위함임을 밝히고 있다.[10]

사실상 2021년 4월 23일 「혐오범죄 및 공공질서법」이 국왕의 승인을 얻은 이후에도 스코틀랜드 정부는 동법이 제정 취지에 맞는 실효성을 발휘할 수 있도록 필요한 전략을 구축하고 다양한 기관과 연계하기 위한 노력을 이어왔다. 스코틀랜드 정부는 2023년 3월 24일 새로운 혐오범죄 대응 전략을 발표하면서, 모든 사람이 혐오와 편견으로부터 자유로울 수 있도록 혐오범죄를 예방하기 위하여 지역사회의 노력이 필요하다는 점과 함께 보다 포용적이며 안전한 스코틀랜드를 위한 비전을 제시한 바 있다.[11]

스코틀랜드에서 2024년 4월 1일 「혐오범죄 및 공공질서법」이 시행되기 전에는 종래 「1986년 공공질서법 (Public Order Act 1986)」 제18조부터 제23조, 「1995년 형사법 (Criminal Law (Consolidation) (Scotland) Act 1995」 제50조의A, 「1998년 범죄 및 무질서법 (Crime and Disorder Act 1998)」 제96조, 「2003년 형사사법법 (Criminal Justice (Scotland) Act 2003)」 제74조, 「2009년 범죄법 (Offences (Aggravation by Prejudice) (Scotland) Act 2009)」 제1조 및 제2조 등이 혐오 내지 편견을 동인으로 한 범죄를 규율하는 법적 근거가 되었는데, 이들 법률은 각각 인종 혐오 조장행위, 인종적으로 가중된 괴롭힘, 인종적으로 가중된 범죄, 종교적 편견에 의한 가중범죄, 편견에 의한 가중범죄에 한정하여 적용 가능하였다.[12] 이와 비교할 때 「혐오범죄 및 공공질서법」은 혐오범죄의 유형을 보다 방대하고 세부적으로 유형화하여 범죄구성요건을 명시하면서 개별 혐오범죄의 유형에 따라 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성 또한 명확히 규정하고 있다는 점에서 (스코틀랜드 정부가 강조하는 것처럼) 혐오범죄의 체계적인 규율을 가능하게 하는 형사법적 근거로써 그 의미를 지닌다고 하겠다.

## 2. 「혐오범죄 및 공공질서법」에 따라 보호되는 대상

스코틀랜드의 「혐오범죄 및 공공질서법」 제1조, 제3조, 제4조 및 제9조는 각 조항에서 규정하는 범죄의 개별 유형에 따라 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 명시하고 있다. 이들 조항에서 명문화하고 있는 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 종합해 보면 '나이, 장애, 인종, 색깔(피부색), 국적(시민권 포함), 민족적·국가적 기원, 종교 또는 사회적·문화적 집단인 경우 인지된 종교적 소속, 성적 취향, 성전환 정체성, 성적 특성의 변형'이 해당된다. 이때 「혐오범죄 및 공공질서법」 제1조, 제3조, 제4조 및 제9조에 있어서 집단과 관련된 구성원격 (Membership)은 특정 집단에 속한 구성원으로서의 자격뿐만 아니라 그 집단에 속한 구성원과의 연계성을 포함하고, '인지된 (Perceived)'은 범죄자에 의하여 피해자 내지 피해집단이 그러하다고 인지된 상태를 의미한다.

---

10) Scottish Government (주 8), p. 3.
11) Ibid.
12) 이들 법률은 2024년 4월 1일부터 「혐오범죄 및 공공질서법」이 시행됨에 따라 일부 개정 또는 폐지되었다.

나아가 「혐오범죄 및 공공질서법」 제11조는 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성 중에서 '나이, 장애, 종교, 성적 취향, 성전환 정체성, 성적 특성의 변형'의 의미를 명문화하고 있는데, 이는 제1조, 제4조 및 제9조에 명시된 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 해석하는데 적용된다.

첫째, 「혐오범죄 및 공공질서법」 상 '나이'는 피해자의 특정 나이가 아니라 모든 나이의 사람이 피해대상이 됨을 의미한다 (제11조 제2항). 동법에 따르면 가해자가 지니는 노인 또는 청소년을 향한 범의와 악의를 근거로 동법 제1조에 따른 편견으로 인한 가중범죄가 성립될 수 있다.[13] 스코틀랜드 정부는 나이로부터 기인한 혐오범죄의 발생 비율이 피해자 내지 피해집단이 지니는 다른 특성으로부터 기인한 혐오범죄의 발생 비율보다 낮을 것이라 예상하지만, 나이를 동인으로 하는 혐오범죄 또한 피해자 내지 피해집단이 지니는 다른 특성으로부터 발생한 혐오범죄와 같은 방식으로 처리하도록 하고 있다.[14]

둘째, 「혐오범죄 및 공공질서법」 상 '장애'는 피해자가 지니는 모든 종류의 신체적 결함 또는 정신적 결함 (Impairment)을 의미하는데, 상당한 또는 오랜 기간 영향을 끼쳤거나 끼쳐 왔거나 끼칠 수 있는 의학적인 상태 또는 (그러한 영향이) 진행 중인 의학적인 상태를 포함한다 (제11조 제3항 및 제4항).

셋째, 「혐오범죄 및 공공질서법」 상 '종교와 관련하여 정의된 집단'은 '① 종교적 신념 또는 종교적 신념의 결핍과 관련하여 정의된 인적 집단, ② 교회나 종교 단체의 구성원격 또는 그것을 향한 집착 (Adherence)과 관련하여 정의된 인적 집단, ③ 교회나 종교 단체의 문화 또는 전통에 대한 지지와 관련하여 정의된 인적 집단. ④ 교회나 종교 단체의 문화 또는 전통과 연관된 활동에의 참여와 관련된 인적 집단'을 의미한다 (제11조 제5항). 이때 종교 단체의 의미는 「혐오범죄 및 공공질서법」이 제정됨에 따라 폐지된 「2003년 형사사법법 (Criminal Justice (Scotland) Act 2003)」 제74조에 따른 종교 단체의 의미와 같다.

넷째, 「혐오범죄 및 공공질서법」 상 '성적 취향 (Sexual Orientation)'은 동성, 이성 또는 동성과 이성 모두를 향한 성적 취향을 의미한다 (제11조 제6항).

다섯째, 「혐오범죄 및 공공질서법」 상 누군가가 여성에서 남성으로 성전환 된 경우, 남성에서 여성으로 성전환 된 경우, 남성도 여성도 아닌 경우 또는 이성 복장 (Cross-dresses)을 하는 경우, 당사자는 성전환 정체성과 관련하여 정의된 집단의 구성원에 해당한다 (제11조 제7항). 동법에 따른 성전환 정체성과 관련된 인적 범위에는 성별인지증명서 (Gender Recognition Certificate)를 소지한 사람, 의학적·외과적 개입을 받았거나 받고 있거나 받고자 의도한 사람뿐만 아니라 성별 정체성이 출생 시 성별과 다른 사람도 포함된다. 여기에는 스스로 남성이라고 신원을 밝히지만 출생 시점에 여성으로 등록된 사람, 여성이라고 신원을 밝히지만 출생 시점에 남성으로 등록된 사람, 남성도 여성도 아닌 (Non-binary) 사람 그리고 이성 복장을 하는 사람도 포함된다.[15]

여섯째, 「혐오범죄 및 공공질서법」 상 누군가가 전체적으로 볼 때 전형적으로 남

13) Scottish Parliament, Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 (asp 14): Explanatory Notes, TSO, 2022, p. 9.
14) Scottish Government (주 8), p. 6.
15) Scottish Parliament (주 13), p. 10.

성과 연계되지도 않고 전형적으로 여성과 연계되지도 않는 신체적이고 생물학적인 성적 특성을 가지고 태어난 경우, 당사자는 '성적 특성의 변형'과 관련하여 정의된 집단의 구성원에 해당한다 (제11조 제8항).

## 3. 의사표현의 자유를 보호하기 위한 법적 근거

### (1) 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제5항

「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조는 혐오를 조장하는 범죄의 유형과 처벌 기준에 대하여 규정하고 있는데, 동조 제5항은 혐오를 조장하는 범죄로 인하여 기소된 개인이 방어권을 행사하는 경우 특별히 유럽인권협약 제10조에 따른 의사표현의 자유를 위한 권리가 중요하게 고려되어야 함을 명시하고 있다.

즉, 유럽인권협약 제10조 제1항은 모든 사람이 표현의 자유권을 가지며, 이에 따라 의견을 가질 자유와 공공기관의 간섭을 받지 않고 국경과 관계없이 정보와 사상을 주고받을 수 있는 자유를 가진다고 규정한다. 나아가 유럽인권협약 제10조 제2항은 이와 같은 자유권의 행사는 의무와 책임이 따르기 때문에 국가안보, 영토보전 또는 공공의 안전, 무질서 또는 범죄의 방지, 건강과 도덕의 보호, 타인의 명예 또는 권리 보호, 비밀로 획득한 정보의 공개 방지 또는 사법부의 권위와 공정성 유지를 목적으로 법률에 따라 그리고 민주주의 사회의 필요에 따라 형식, 조건, 제약 또는 형벌을 부가할 수 있음을 명시하고 있다.[16]

참고로 유럽인권재판소는 유럽인권협약 제10조에 의하여 보호되는 의사표현의 자유권이 침해되었는지를 판단하는데 있어서, 의사표현의 당사자가 가지는 진술 행위에 관한 주장과 해당 의사표현에 담긴 가치판단 사이에서 본질적인 의미 파악이 중요하게 다루어져야 한다는 기본적인 입장을 취하고 있다.[17] 이미 유럽인권재판소는 2005년 'Nachova & others v. Bulgaria' 사건을 통하여 국가기관은 발생범죄에 담긴 가해자의 인종차별적인 동기나 피해자가 지니는 종교적 믿음을 향한 편견으로 야기된 범죄를 수사하여야 하는 의무를 지닌다고 하였다. 유럽인권재판소는 편견으로 인한 동기를 간과하는 형사사법시스템에 대하여 유럽인권협약을 위반한 것으로 판단하고 있다.[18]

---

16) European Convention on Human Rights Art. 10 Freedom of expression
1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.
2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

17) 이정념, "온라인 혐오발언과 의사표현의 자유: 유럽인권재판소의 최근 판결을 중심으로", 「저스티스」 통권 제153호, 한국법학원, 2016, 46면 참조.

18) Nachova & others v. Bulgaria, Judgement of the European court of Human Rights

### (2) 「혐오범죄 및 공공질서법」 제9조

「혐오범죄 및 공공질서법」 제9조는 동법에 따른 개인의 의사표현의 자유를 보장하기 위한 기초가 되는데, '나이, 장애, 성적 취향, 성전환 정체성, 성적 특성의 변형'에 대한 혐오를 조장하는 범죄를 규정하고 있는 제4조 제2항의 목적을 위하여 적용된다. 구체적으로 「혐오범죄 및 공공질서법」 제9조에 따르면 동법 제4조 제2항에서 규정하는 '누군가가 이성적인 사람이 위협적이거나 폭력적이라고 간주하는 방식으로 행동하거나, 이성적인 사람이 위협적이거나 폭력적이라고 간주할 수 있는 자료를 다른 사람에게 전달하는 경우'에 있어서 특정 행동이나 자료가 ①, ②, ③ 또는 ④를 수반하거나 포함한다는 이유만으로 위협적이거나 모욕적인 것으로 다루어져서는 안 된다.

① 나이, 장애, 성적 취향, 성전환 정체성, 성적 특성의 변형과 관련된 문제에 대한 논의 또는 비판
② '종교, 종교적 믿음이나 관행, 종교적 믿음을 갖지 않는다는 입장'과 관련된 논의나 비판 또는 '종교, 종교적 믿음이나 관행, 종교적 믿음을 갖지 않는다는 입장'에 대한 반감, 미움, 조롱, 모욕의 표현
③ 개종하게 하는 행위
④ 그들의 종교적 관행을 중단시키려는 사람들의 촉구행위

이때 종교는 '일반적인 종교 또는 특정 종교 모두'를 포함하고, 종교적 믿음은 '일반적인 종교에 대한 믿음 또는 특정 종교에 대한 믿음 모두'를 포함하며, 종교적 믿음이나 관행은 '일반적인 종교에 대한 믿음이나 관행 또는 특정 종교에 대한 믿음이나 관행 모두'를 포함한다.

스코틀랜드 정부는 「혐오범죄 및 공공질서법」 제9조를 근거로 하여 동법이 개인의 의사표현의 자유를 보장하는 명문화된 조항을 규정하고 있음을 들면서, 「혐오범죄 및 공공질서법」이 혐오로 인한 피해로부터 개인과 지역사회를 보호하는 동시에 개인이 지니는 의사표현의 자유에 대한 기본적인 권리를 침해하지 않도록 보장한다는 점을 강조하고 있다.[19]

## III. 「혐오범죄 및 공공질서법」에 따른 혐오범죄의 유형 및 판단 기준

### 1. 편견으로 인한 가중범죄

혐오범죄의 유형으로 「혐오범죄 및 공공질서법」 제1조에 규정된 편견으로 인한 가중범죄는 두 가지 측면 즉, 발생범죄의 피해자가 존재하는 때 그리고 피해자의 존재

(Grand Chamber), 6 July 2005 참조.
19) Joseph, J. (주 6) 참조.

여부와 관계없는 때로 나누어 살펴볼 수 있다. 전자의 경우, 발생범죄의 피해자가 존재하고 ① 범죄를 실행할 때 또는 범죄 실행 직전이나 실행 직후에 범죄자가 피해자에 대하여 범의와 악의를 나타낼 때, 그리고 ② 범의와 악의가 피해자의 구성원격 또는 제2항에 언급된 특성에 따라 정의된 집단에 속한다고 추정된 구성원격에 근거한 때, 편견으로 인한 가중범죄가 성립된다. 또한 후자의 경우, 특정 피해자의 존재 여부와 관계없이 발생범죄의 동기가 (전부 또는 부분적으로) 제2항에 언급된 특성에 따라 정의된 집단을 기반으로 하는 인적 집단을 향한 범의와 악의에 의한 때 편견으로 인한 가중범죄가 성립된다 (제1항).

이때 「혐오범죄 및 공공질서법」 제1조 제2항에 언급된 특성은 피해자 또는 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성으로, '나이, 장애, 인종, 색깔(피부색), 국적(시민권 포함), 민족적·국가적 기원, 종교 또는 사회적·문화적 집단인 경우 인지된 종교적 소속, 성적 취향, 성전환 정체성, 성적 특성의 변형'이 해당된다. 「혐오범죄 및 공공질서법」에 규정된 편견으로 인한 가중범죄의 성립 여부를 판단하는 데 있어서 범죄자의 범의와 악의가 다른 요인에 근거한 것인지는 묻지 않고, 단일한 출처로부터 얻은 증거만으로도 해당 범죄가 편견에 기인하여 가중되었음을 입증하기에 충분하다 (제3항 및 제4항).

특정 범죄가 편견에 의하여 가중된다는 점이 공소장 (Indictment) 또는 고소장 (Complaint)에 특정되어 있고 해당 범죄가 그렇게 가중되었음이 입증될 경우, 법원은 「혐오범죄 및 공공질서법」 제2조 제2항을 근거로 판결하여야 한다. 즉, 법원은 해당 범죄가 편견에 의하여 가중되었다는 점 그리고 (제1조 제2항에 명시된 하나 이상의 특성을 언급하여) 가중된 범죄에 있어서 편견의 유형을 유죄 판결 시 밝혀야 하고, 이러한 내용을 판결문에 기록하여야 한다 (제2항 a호, b호). 또한 법원은 편견으로 인하여 가중된 범죄에 대하여 적절한 형량을 정하여 그 가중을 고려하여야 하는데 (제2항 c호), 법원은 해당 범죄에 관한 형량이 그 범죄가 가중되지 않았을 때 부과되었을 형량과 다른 경우 그 정도와 다른 이유를 밝혀야 하고, 만약 그러한 차이가 없다면 그 이유를 설시하여야 한다 (제2항 d호).

## 2. 인종적으로 가중된 괴롭힘

「혐오범죄 및 공공질서법」 제3조에서 규정하고 있는 인종적으로 가중된 괴롭힘은 다음과 같은 네 가지로 유형화할 수 있다.

첫째, 누군가가 다른 사람을 향한 괴롭힘에 이르는 인종적으로 가중된 일련의 행위를 추구하면서 그 사람에 대한 괴롭힘의 의도가 있는 경우 또는 그러한 행위가 이성적인 사람의 입장에서 그 사람을 괴롭히는 것으로 보이는 상황에서 발생한 경우 (제3조 제1항 a호)

둘째, 누군가가 인종적으로 가중된 방식으로 행동하면서 그것이 다른 사람에게 불안이나 고통을 야기하거나 야기하려는 의도를 지닌 경우 (제3조 제1항 b호)

셋째, 일련의 행위나 행동을 수행하는 당시 또는 수행 직전이나 수행 직후에 가해자가 피해자를 향한 범의와 악의를 나타내고 그러한 범의와 악의가 피해자의 구성원격 또는 인종, 색깔(피부색), 국적(시민권 포함)이나 민족적·국가적 기원에 따라 정의된 집단에 속한다고 추정된 구성원격에 근거한 경우 (제2항 a호)

넷째, 일련의 행위나 행동이 (전부 또는 부분적으로) 인종, 색깔(피부색), 국적 (시민권 포

함)이나 민족적·국가적 기원에 따라 정의된 집단을 기반으로 하는 인적 집단을 향한 범의와 악의에 의한 경우 (제3조 제2항 b호)

이때 범죄자의 범의와 악의가 다른 요인에 근거한 것인지 여부는 묻지 않고, 일련의 행위는 구두를 포함하여 적어도 두 번 이상 행해져야 하며, 누군가를 대상으로 하는 괴롭힘은 그 사람을 향한 불안이나 고통을 야기하는 행위를 포함한다 (제3조 제3항, 제4항, 제5항).

이처럼 「혐오범죄 및 공공질서법」 제3조에 규정된 인종적으로 가중된 괴롭힘을 실행한 범죄자에 대하여는 약식 기소 (Summary Conviction)인 경우 12개월 이하의 징역형이나 법정 최고액을 초과하지 않는 벌금형 또는 이 둘의 병합형으로 처벌할 수 있고, 정식 기소 (Conviction on Indictment)인 경우 7년 이하의 징역형이나 벌금형 또는 이 둘의 병합형으로 처벌할 수 있다.

## 3. 혐오를 조장하는 범죄

「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조는 혐오를 조장하는 범죄를 유형화 하면서 그 처벌 기준을 명시하고 있다. 동조에 따른 혐오를 조장하는 범죄는 크게 두 가지 형태로 행해질 수 있는데, 이들 범죄는 각각 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성에 있어서 차이를 나타내고 있다.

첫째, 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제1항에서 명시하고 있는 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성은 '인종, 색깔(피부색), 국적(시민권 포함), 민족적 또는 국가적 기원'이다. 동조항에 따르면 누군가가 이성적인 사람이 위협적·폭력적 또는 모욕적이라고 간주하는 방식으로 행동하거나, 이성적인 사람이 위협적·폭력적 또는 모욕적이라고 간주할 수 있는 자료를 다른 사람에게 전달하는 경우에 해당되고, 그렇게 함으로써 해당 개인이 인종, 색깔(피부색), 국적(시민권 포함), 민족적 또는 국가적 기원으로 정의된 집단을 기반으로 하는 인적 집단에 대한 혐오를 조장하려는 의도를 지니거나, 이성적인 사람이라면 그러한 행동 또는 자료의 전달이 그러한 집단에 대한 혐오를 조장할 수 있다고 간주하는 경우에 해당된다면 이는 혐오를 조장하는 범죄가 된다.[20]

둘째, 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제2항에 따른 혐오를 조장하는 범죄에 있어서 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성은 동조 제3항에 명시되어 있는데, '나이, 장애, 종교 또는 사회적·문화적 집단인 경우 인지된 종교적 소속, 성적 취향, 성전환 정체성, 성적 특성의 변형'이 여기에 해당된다. 즉, 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제2항 및 제3항에 따르면 누군가가 이성적인 사람이 위협적이거나 폭력적이라고 간주하는 방식으로 행동하거나, 이성적인 사람이 위협적이거나 폭력적이라고 간주할 수 있는 자료를 다른 사람에게 전달하는 경우에 해당되고, 그렇게 함으로써 해당 개인이 '나이, 장애, 종교 또는 사회적·문화적 집단인 경우 인지된 종교적 소속, 성적 취향, 성전환 정체성, 성적 특성의 변형'에 따라 정의된 집단을 기반으로 하는 인적 집단에 대한 혐오를 조장하려는 의도가 있는 경우에 해당된다면,

20) Scottish Government (주 8), p. 7.

이는 혐오를 조장하는 범죄가 된다.

한편「혐오범죄 및 공공질서법」제4조에 따른 혐오를 조장하는 범죄의 실행으로 기소된 개인은 특정 상황에서 그러한 행동 또는 자료의 전달이 합리적이었음을 입증하여 스스로 방어할 수 있다 (제4항). 이때「혐오범죄 및 공공질서법」제4조 제5항은 해당 행동이나 자료의 전달이 합리적이었는지를 결정하는 과정에서 특별히 유럽인권협약 제10조에 따른 의사표현의 자유를 위한 권리가 중요하게 고려되어야 함을 명시하고 있다.

「혐오범죄 및 공공질서법」제4조에서 의미하는 '행동'은 구두로 또는 다른 방식으로 전달하는 행위를 포함하여 개인이 하는 모든 종류의 행동을 포함하고, 단일 행위 또는 일련의 실행행위로 구성될 수 있다 (제7항). 또한 동조에 명시된 누군가가 다른 사람에게 (위협적이거나 폭력적이라고 간주할 수 있는) 자료를 전달하는 방식에는 해당 내용을 전시·출판 또는 배포하는 행위, 다른 사람에게 해당 자료를 제공·전송·보여주기·재생하는 행위, 기타 방법으로 다른 사람에게 해당 자료를 이용할 수 있도록 하는 행위가 포함된다 (제8항).

이처럼「혐오범죄 및 공공질서법」제4조에 따른 혐오를 조장하는 범죄를 실행한 범죄자에 대하여는 약식 기소인 경우 12개월 이하의 징역형이나 법정 최고액을 초과하지 않는 벌금형 또는 이 둘의 병합형으로 처벌할 수 있고, 정식 기소인 경우 7년 이하의 징역형이나 벌금형 또는 이 둘의 병합형으로 처벌할 수 있다.

## 4. 정보사회서비스 제공자에 대한 예외 규정

한편 스코틀랜드의「혐오범죄 및 공공질서법」은 정보사회서비스 (Information Society Services)를 제공하는 자 (이하 서비스 제공자)에 대한 예외 규정을 명시하면서, 누군가가 행한 혐오범죄에 사용된 정보사회서비스를 제공한 자에게 특별한 사유가 없는 경우 책임을 묻지 않도록 하고 있다.「혐오범죄 및 공공질서법」별표 1에 따른 서비스 제공자에 대한 예외 규정은 동법 제3조에 명시된 인종적으로 가중된 괴롭힘 그리고 동법 제4조에 명시된 혐오를 조장하는 범죄와 관련된 때에 한하여 인정된다. 구체적으로「혐오범죄 및 공공질서법」별표 1에서 명시하고 있는 서비스 제공자에 대한 예외에는 '단순 전송 (Mere Conduits)의 예외, 캐싱 (Caching)의 예외, 호스팅 (Hosting)의 예외'가 해당된다.

「혐오범죄 및 공공질서법」별표 1 제1호에 따라 서비스 제공자에게 '단순 전송의 예외'가 인정되기 위하여는 혐오범죄를 실행하는 자가 정보사회서비스를 사용하는 경우 "서비스 제공자가 스스로 전송을 개시하지 않을 것, 전송의 수신자를 선택하지 않을 것 또는 전송에 포함된 정보를 선택하거나 수정하지 않을 것"이라는 요건을 충족하여야 한다.

또한「혐오범죄 및 공공질서법」별표 1 제2호에 따라 서비스 제공자에게 인정되는 '캐싱의 예외'는 행위자가 혐오범죄와 관련된 정보를 제공할 때 서비스 제공자의 통신네트워크를 이용하여 전송하는 경우가 해당된다. 이에 따르면 서비스 제공자는 정보의 저장이 오로지 그들의 필요에 따라 서비스의 다른 수신자에게 보다 효율적으로 정보를 계속 전송하려는 목적을 위한 것이고 특정 조건을 충족한 경우라면 제공된 정보의 자동저장, 중간저장 및 임시저장과 관련하여 동법 제3조 또는 제4조에 따른

범죄를 구성하지 않는다. 이때 특정 조건을 충족한 경우는 “서비스 제공자가 정보를 수정하지 않을 것 그리고 정보의 접근을 위하여 첨부된 조건을 준수할 것”이 그것이다. 나아가 서비스 제공자는 전송의 초기 출처에서 해당 정보가 네트워크로부터 삭제된 때, 해당 정보에 대한 접근이 비활성화 된 때 또는 법원이나 행정기관이 해당 정보를 네트워크로부터 제거하거나 해당 정보에 대한 접근을 비활성화하도록 명령하였음을 실제로 알게 된 때, 해당 정보를 신속하게 제거 또는 해당 정보에 대한 접근을 비활성화하여야 한다. 이러한 행위 또한 앞서 언급한 특정 조건을 충족한 경우에 해당된다.[21]

나아가 「혐오범죄 및 공공질서법」 별표 1 제3호는 ‘호스팅의 예외’를 명시하면서, 서비스 제공자는 두 가지 요건을 충족하는 경우 서비스 수신자가 제공한 정보의 저장으로 이루어지는 정보사회서비스가 정보를 제공하는 과정에서 저장된 정보와 관련하여 동법 제3조 또는 제4조의 범죄를 구성하지 않는다. 이때 두 가지 요건은 ① 정보가 제공되었을 때 서비스 제공자에 의한 정보의 저장이 동법 제3조 또는 제4조의 범죄를 구성한다는 사실을 알지 못하였을 경우 또는 ② 서비스 제공자가 그러한 사실을 알게 된 후 해당 정보를 신속하게 제거하거나 해당 정보에 대한 접근을 비활성화한 경우가 해당한다. 다만 이러한 호스팅의 예외는 서비스 수신자가 서비스 제공자의 권한 또는 통제에 따라 행하는 때에는 인정되지 않는다.[22]

## IV. 「혐오범죄 및 공공질서법」에 대한 몇 가지 검토

### 1. 「혐오범죄 및 공공질서법」의 제정 논의에 대하여

2021년 4월 23일 「혐오범죄 및 공공질서법(안)」이 스코틀랜드 의회의 본회의에서 통과되었을 당시 전체 참석의원 중 82명의 찬성과 32명의 반대 그리고 4명의 기권이 있었다는 점에서 미루어 볼 때,[23] 스코틀랜드 정부적 차원에서 그리고 정치적 차원에서 혐오범죄를 체계적으로 규율하기 위한 법적 근거를 신설하는 데에는 어느 정도 합의가 있었던 것으로 보인다. 사실상 「혐오범죄 및 공공질서법」이 제정되어야 할 필요성은 동법(안)의 제안 이유에서 그대로 드러나 있는데, 스코틀랜드 정부는 「혐오범죄 및 공공질서법」을 통하여 스코틀랜드에서 발생하는 혐오범죄의 규율 체계를 통합하고 확장하며 현대화하기 위한 명확한 근거를 마련하고자 하였다. 이는 종래 가해자가 지니는 혐오 내지 편견으로 기인한 혐오범죄의 다양한 요소가 서로 다른 법률에 산재해 있고 그 내용이나 규율 방법에 있어서도 일관성이 부족하여 혐오범죄에 적절히 대응하지 못하는 당시 상황을 해결하기 위하여 입법적 결단을 촉구하려는 목적에 따른 것으로도 이해할 수 있겠다.[24] 스코틀랜드 정부는 「혐오범죄 및 공공질서

21) Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 asp 14, Schedule 1 - Offences under Sections 3 and 4: information society services.
22) Ibid.
23) Scottish Government, Hate Crime and Public Order (Scotland) Bill, Overview (https://www.parliament.scot/bills-and-laws/bills/hate-crime-and-public-order-scotland-bill 최종확인: 2024.07.31) 참조.

법(안)」이 보다 명확하고 투명하며 일관성 있는 법적 근거로써 혐오범죄를 규율하는 데 작동할 것이고 결과적으로 혐오범죄의 피해자 내지 피해집단을 향한 두터운 보호를 가능하게 할 것임을 강조하였는데,[25] 이러한 점은 (이미 앞에서 언급하였던) 동법에 명시된 혐오범죄의 세부적인 유형과 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 담고 있는 구체적인 법조항들에 그대로 표현되어 있다.

한편 스코틀랜드 정부와 의회에서 기본적으로 혐오범죄의 규율을 위한 새로운 법적 근거를 마련하고자 하였지만 스코틀랜드 정부가 제안한 「혐오범죄 및 공공질서법(안)」이 스코틀랜드 의회에서 논의될 당시 정부안에 담겨 있던 내용과 관련하여서는 다양한 이견이 제시된 바 있는데, 이에 따라 2020년 4월 23일 스코틀랜드 정부가 제출한 최초 법안에 담겨 있던 여러 내용이 수정 및 보완되어 정부안에 반영되는 결과에 이르렀다. 실제로 스코틀랜드 정부가 제출한 최초 법률안에 대하여 수정 및 보완이 요구되었던 부분은 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성 중 나이의 추가, 성전환 정체성에 대한 정의 수정, 혐오범죄의 가중과 관련하여 종래 법률의 내용 반영, 혐오를 조장하는 행위와 관련된 새로운 범죄 유형의 설정 등이 그것이다.[26]

이처럼 「혐오범죄 및 공공질서법(안)」이 스코틀랜드 의회에 제출된 이후 본회의에 상정되기 전, 동법(안)이 본회의를 통과하고 효력을 발휘하기 전 그리고 「혐오범죄 및 공공질서법」이 효력을 발휘하는 현재까지도 동법이 혐오범죄를 규율하는 법적 근거로써 실효성 있게 적용될 수 있도록 하려는 정부적이고 정치적인 차원의 노력이 끊임없이 이루어지고 있다는 점은 적어도 스코틀랜드의 「혐오범죄 및 공공질서법」이 혐오범죄라는 특수한 범죄 형태에 맞추어진 형사제재를 가능하게 하는 새로운 법적 근거로 그 입법 취지에 따라 작용할 것임을 기대하게 한다. 물론 (이미 언급한 것처럼) 「혐오범죄 및 공공질서법(안)」이 스코틀랜드 의회에 제출된 이후 그리고 「혐오범죄 및 공공질서법」이 효력을 발휘하고 있는 현재에도 개인의 의사표현의 자유가 위축될 것이고 침해될 것이라는 우려가 있음은 사실이지만,[27] 이는 스코틀랜드뿐만 아니라 혐오범죄를 규율하는 법적 근거를 가지고 있는 다른 나라에서도 마찬가지로 나타난 현상이라는 점을 고려한다면[28] 스코틀랜드의 「혐오범죄 및 공공질서법」은 적어

---

24) Scottish Parliament, Policy Memorandum: Hate Crime and Public Order (Scotland) Bill, SP Bill 67-PM Session 5, 2020, p. 6 참조.

25) Ibid.

26) McCallum, F., SPICe Briefing, Hate Crime and Public Order (Scotland) Bill: Consideration prior to Stage 3, Scottish Parliament, March 2021, p. 3.

27) Joseph, J. (주 6) 참조.

28) 본 논문은 스코틀랜드의 혐오범죄 규율을 위한 새로운 법적 근거를 중점적으로 다루고 있음을 이유로 외국의 혐오범죄 관련 입법례 또는 의사표현의 자유와 관련된 논의에 대하여는 Lee, J., “Über die Strafbarkeit der “Verhetzenden Beleidigung (§ 192a)” im deutschen Strafgesetzbuch”, 「Zeitschrift der Koreanisch-Deutschen Gesellschaft für Sozialwissenschaften」 Vol. 32 (4), Koreanisch-Deutsche Gesellschaft für Sozialwissenschaften, 2022; 이정념, “오스트리아의 혐오범죄 규율 체계에 관한 검토”, 「경찰법연구」 제21권 제1호, 한국경찰법학회, 2023; 이정념, “영국의 혐오범죄 규율 체계에 대한 이해와 분석: 입법적 측면을 중심으로”, 「법과 사회」 제60호, 법과사회이론학회, 2019; 이정념, “온라인 혐오발언과 의사표현의 자유: 유럽인권재판소의 최근 판결을 중심으로”, 「저스티스」 제153호, 한국법학원, 2016; 이정념, “혐오범죄의 개념과 그 속성, 입법적 고려사항: 독일의 최근 입법논의를 중심으로”, 「경찰법연구」 제13권 제1호, 한국경찰법학회, 2015 등을 참조하기 바란다.

도 동법과 관련된 개인의 의사표현의 자유가 위축 또는 침해될 것이라는 우려를 입법적으로 해결하고자 하였음은 앞에서 살펴본 바와 같다.

## 2. 「혐오범죄 및 공공질서법」의 특수성에 대하여

스코틀랜드의 「혐오범죄 및 공공질서법」은 2018년 동법의 제정 논의가 본격적으로 이루어지며 2021년 3월 11일 의회에서 통과되어 같은 해 4월 23일 국왕의 승인을 얻은 이후로 약 3년이 지난 시점인 2024년 4월 1일 비로소 시행되기에 이르렀다. 물론 「혐오범죄 및 공공질서법」이 제정되기 전에는 「1986년 공공질서법」, 「1995년 형사법」, 「1998년 범죄 및 무질서법」, 「2003년 형사사법법」, 「2009년 범죄법」을 통하여 각 법률에 규정된 요건에 따라 혐오 내지 편견을 동인으로 한 범죄의 처벌이 가능하기는 하였지만, 이들 법률은 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성 중 일부만을 보호 대상으로 명시하고 있을 뿐이었다. 종래 스코틀랜드에서는 혐오범죄에 대한 체계적이고 전반적인 규율 체계가 갖추어져 있지 않았기 때문에 혐오성을 띠는 행위임에도 불구하고 혐오범죄로 다루어지지 않아 범죄자에 대한 처벌도 그리고 혐오범죄 피해자 내지 피해집단에 대한 구제도 제대로 이루어지지 않았다.[29] 이러한 까닭에 「혐오범죄 및 공공질서법」이 혐오범죄를 '편견으로 인한 가중범죄, 인종적으로 가중된 괴롭힘, 혐오를 조장하는 범죄'로 유형화하면서 각각의 범죄 유형에 따른 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 명시하고 있다는 점은 혐오범죄에 대한 체계적인 형사법적 대응을 가능하게 한다.

무엇보다도 「혐오범죄 및 공공질서법」은 나이, 장애, 종교, 성적 취향, 성전환 정체성으로 정의되는 개인 내지 집단을 대상으로 혐오를 조장하는 위협적이거나 폭력적인 행위를 혐오범죄의 유형으로 명문화하는 데 중점을 두고 있다.[30] 또한 「혐오범죄 및 공공질서법」은 혐오범죄의 피해자 내지 피해집단으로부터 발현되는 다양한 성적 특징들 (Sex Characteristics)을 구별하면서 성 (Sex)과 관련된 편견에 의하여 발생하는 혐오범죄에 대한 적절한 대응을 목표로 하고 있다. 구체적으로 「혐오범죄 및 공공질서법」은 다양한 성적 특징들을 세분화하고 있는데, 종래 「2009년 범죄법」 제2조에 따른 성전환 정체성에는 간성애 (Intersexuality)가 포함되어 있었지만 「혐오범죄 및 공공질서법」에 있어서 성전환 정체성에는 간성애가 포함되지 않고 성적 특성의 변형 또한 독자적인 특성으로 다루어진다. 이때 성적 특성의 변형은 신체의 다양한 생물학적인 특성과 관련이 있지만, 성전환 정체성은 개인의 성별 정체성과 관련이 있다.[31]

나아가 스코틀랜드 정부는 「혐오범죄 및 공공질서법」의 제정 논의 당시 가장 논란이 되었던 개인의 의사표현의 자유에 대한 침해 내지 제한 가능성에 대하여도 입법적으로 해결하고자 하였는데, 동법의 제정 목적이 혐오범죄를 체계적으로 규율하는 것뿐만 아니라 개인의 의사표현의 자유를 보장하는 데 있음을 강조하면서 「혐오범죄 및 공공질서법」 내에 의사표현의 자유권에 관한 규정인 제9조를 명문화 하였고 동법 제4조 제5항에 유럽인권협약 제10조를 준수하여야 한다는 내용을 명시하였음은 이미

29) Scottish Parliament (주 24), p. 5 참조.
30) Scottish Government (주 8), p. 7.
31) Scottish Government (주 8), p. 6.

언급한 바와 같다. 다만 「혐오범죄 및 공공질서법」이 혐오범죄에 체계적으로 대응하기 위한 법적 근거를 명시하면서 의사표현의 자유를 보호하기 위한 법적 근거 또한 마련하고 있다는 점은 특징적이라 하겠지만, 의사표현의 자유를 보호하기 위한 법적 근거의 적용상 한계 그리고 혐오범죄를 유형화하면서 개별 유형에 따라 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 다르게 명시하고 있다는 점은 여전히 검토가 필요하다.

## 3. 「혐오범죄 및 공공질서법」에 따른 의사표현의 자유 보호 규정에 대하여

### (1) 「혐오범죄 및 공공질서법」 제9조에 대한 검토

의사표현의 자유를 위한 권리는 인간에게 부여된 기본적인 권리로 이를 누릴 수 있는 범위는 상당히 넓은데, 이때 의사표현은 구두나 서면으로 행해질 수도 있고 온라인 또는 오프라인 매체를 활용할 수도 있으며 누군가를 향한 공격적이거나 차별적인 표현을 포함할 수도 있다. 개인적 차원에서 의사표현의 자유는 개인이 타인과 자유롭게 의사소통하고 정보를 교환하면서 세상에 대한 이해력을 넓히며 성장하도록 하는 기능을 하지만, 이것이 무조건적으로 향유될 수는 없기 때문에 타인의 기본권을 침해하거나 존엄성을 해치는 경우 등에 있어서 제한될 여지는 있다.

무엇보다도 「혐오범죄 및 공공질서법」의 실효성 있는 적용은 혐오범죄의 표적이 되는 개인이나 집단을 보호하는 일과 개인이 향유하는 의사표현의 자유를 보장하는 일 사이에서 그 균형을 어떻게 맞출 수 있는가에 달려 있다고 해도 과언이 아니다. 이러한 측면에서 「혐오범죄 및 공공질서법」이 의사표현의 자유를 보호하는 조항을 명시한 것은 동법이 현실에서 적용되는 가운데 개인이 향유하는 의사표현의 자유를 보장하는 데에도 기능한다는 점을 나타내기 위함이라 이해할 수 있을 것이다. 스코틀랜드 정부 또한 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제5항 그리고 제9조를 근거로 동법이 의사표현의 자유를 보호하기 위한 법적 근거를 명시하면서 혐오범죄로 인한 피해로부터 개인과 지역사회를 보호하는 동시에 개인이 향유하는 의사표현의 자유권이 침해되지 않도록 보장하는 목적을 담고 있음을 지속적으로 강조하고 있다.[32]

구체적으로 「혐오범죄 및 공공질서법」 제9조는 '의사표현의 자유 보호'라는 표제어로 동법이 개인의 의사표현의 자유를 위한 권리를 보장하고 있음을 드러내고 있는데, 이는 동법 제4조 제2항의 목적을 고려하여 적용된다는 점에서 특징적이다. 즉, 「혐오범죄 및 공공질서법」 제9조는 '누군가가 이성적인 사람이 위협적이거나 폭력적이라고 간주하는 방식으로 행동하거나, 이성적인 사람이 위협적이거나 폭력적이라고 간주할 수 있는 자료를 다른 사람에게 전달하는 경우'에 적용 가능한 규정이다. 동조에 따르면 이와 같은 특정 행동이나 자료가 '① 나이, 장애, 성적 취향, 성전환 정체성, 성적 특성의 변형과 관련된 문제에 대한 논의 또는 비판, ② '종교, 종교적 믿음이나 관행, 종교적 믿음을 갖지 않는다는 입장'과 관련된 논의나 비판 또는 '종교, 종교적 믿음이나 관행, 종교적 믿음을 갖지 않는다는 입장'에 대한 반감, 미움, 조롱, 모

32) Scottish Government (주 7) 참조.

욕의 표현, ③ 개종하게 하는 행위 또는 ④ 그들의 종교적 관행을 중단시키려는 사람들의 촉구행위'를 수반하거나 포함한다는 이유만으로 위협적인 것 또는 모욕적인 것으로 다루어져서는 안 된다.

「혐오범죄 및 공공질서법」 제9조가 적용될 수 있는 경우인 제4조 제2항에 따른 혐오를 조장하는 범죄에 있어서, 합리적 의심을 넘어 ① 누군가가 이성적인 사람이 위협적이거나 폭력적이라고 간주하는 방식으로 행동하거나, 이성적인 사람이 위협적이거나 폭력적이라고 간주할 수 있는 자료를 다른 사람에게 전달하는 행위를 하였는지, 그리고 ② 그렇게 함으로써 해당 개인이 동조 제3항에 따른 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성 - 나이, 장애, 종교 또는 사회적·문화적 집단인 경우 인지된 종교적 소속, 성적 취향, 성전환 정체성, 성적 특성의 변형 - 에 따라 정의된 집단을 기반으로 하는 인적 집단에 대한 혐오를 조장하려는 의도가 있었는지 증명되어야 한다. 따라서 이러한 두 가지 요소 모두가 긍정될 때에만 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제2항에 따른 혐오를 조장하는 범죄로 처벌될 수 있고, 이는 동법 제9조에서 규정하는 의사표현의 자유가 제한되는 사유가 될 수 있는 것이다.

다만 「혐오범죄 및 공공질서법」 제9조는 (앞서 살펴본 것처럼) 제4조 제2항의 목적을 위하여 이루어진 특정 행위 또는 자료의 전달에 한정하여 적용되기 때문에, 이를 제외하고 동법이 혐오범죄로 규정하고 있는 다른 혐오범죄의 유형에는 제9조가 적용될 여지가 없다. 또한 「혐오범죄 및 공공질서법」 제9조는 개인의 의사표현의 자유가 보장될 수 있는 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 '나이, 장애, 성적 취향, 성전환 정체성, 성적 특성의 변형, 종교 또는 종교적 믿음이나 관행'에만 한정하고 있다는 점에서도 적용상 한계를 지닌다. 이들 조항에 따르면 의사표현의 자유를 규정하고 있는 「혐오범죄 및 공공질서법」 제9조는 '인종, 색깔(피부색), 국적(시민권 포함), 민족적 또는 국가적 기원'을 동인으로 하는 동법 제4조 제1항의 혐오를 조장하는 범죄는 물론 동법 제1조 편견에 의한 가중범죄 및 제3조 인종적으로 가중된 괴롭힘에는 적용되지 않는다는 결론에 이른다.

### (2) 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제5항에 대한 검토

한편 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제5항도 개인의 의사표현의 자유를 위한 권리를 보호하는 법적 근거로 작용하는데, 이는 동법에서 규정하는 혐오범죄의 유형 중 '혐오를 조장하는 범죄'와 관련하여 적용 가능하다. 동조항에 따르면 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조에 명시된 혐오를 조장하는 범죄로 기소된 개인의 경우 특정 상황에서 문제가 되는 행동 또는 자료의 전달이 합리적이었음을 입증하여 스스로 방어할 수 있는데 (제4항), 이때 해당 행동 또는 자료의 전달이 합리적이었는지 여부를 결정을 하는 데 있어서 유럽인권협약 제10조에 명시된 의사표현의 자유를 위한 권리가 중요하게 고려되어야 한다. 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제5항에 따르면 유럽인권협약 제10조에 따른 의사표현의 자유권은 특정 정보나 생각의 표현이 누군가에게 불쾌감, 충격 또는 불안감을 줄 경우에도 보장된다는 점을 기본 원칙으로 한다.

유럽인권협약 제10조에 따른 의사표현의 자유권과 관련된 유럽인권재판소의 기본적인 입장은 (앞서 언급한 것과 같이) 인격권을 보호하는 데 목적을 두는 의사표현의 자유가 침해될 때에는 의사표현자가 가지는 진술 행위에 대한 주장 그리고 문제

가 되는 의사표현에 담긴 가치판단 사이에서 본질적인 의미를 파악하는 일이 중요하다는 것이다.[33] 이에 따라 객관적인 입장에서 명백하게 거짓인지 또는 명백하지 않은 거짓 사실의 주장인지 여부는 그것이 경우에 따라 공공의 이익에 의하여 보호되었는지 그리고 의사표현자가 기대 가능한 신중함을 충족하였는지 등을 검토함으로써 문제가 되는 행위의 정당성 여부를 판단할 수 있게 된다.[34]

이러한 측면에서 볼 때 유럽인권협약 제10조를 근간으로 하는 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제5항은 혐오를 조장하는 범죄로 기소된 행위자가 적극적으로 자신의 의사표현 행위가 정당하다는 것과 그것이 유의미한 가치를 지닌다는 것을 주장할 때에 비로소 의사표현의 자유권을 보장받게 되는 구조를 띤다고 할 수 있다. 이에 유럽인권협약 제10조에 따른 의사표현의 자유권을 토대로 혐오를 조장하는 범죄와 관련하여 의사표현의 자유를 보호하고 있는 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제5항은 의사표현을 하는 당사자가 자신의 행위가 혐오를 조장하는 범죄에 해당하지 않는다는 적극적인 주장을 할 경우에 적용 가능한 규정으로 해석된다.

결국 개인이 향유하는 의사표현의 자유를 위한 권리를 보호하기 위한 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제5항은 혐오를 조장하는 범죄로 기소된 당사자가 방어권을 행사하는 경우 유럽인권협약 제10조에 따른 의사표현의 자유를 위한 권리가 중요하게 고려되어야 한다는 것으로, 당사자가 방어권을 행사하지 않는다면 유럽인권협약 제10조에 따른 의사표현의 자유권은 고려될 필요가 없게 되고 따라서 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제5항은 적용될 여지가 없게 된다는 한계를 보인다.

## 4. 「혐오범죄 및 공공질서법」에 따른 혐오범죄의 유형과 보호 대상에 대하여

「혐오범죄 및 공공질서법」이 개인의 의사표현의 자유를 침해하거나 제한할 것이라는 우려는 동법이 혐오범죄의 판단기준을 어떻게 정하고 있는지에 대한 검토를 필요로 하는데, 이는 결국 「혐오범죄 및 공공질서법」에 담긴 혐오범죄의 각 유형에 따라 명시된 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성이 적정한 것인지에 대한 문제와 직접적으로 관련되어 있다고 하겠다.

앞서 살펴본 것처럼 「혐오범죄 및 공공질서법」은 혐오범죄의 유형을 '편견으로 인한 가중범죄 (제1조), 인종적으로 가중된 괴롭힘 (제3조), 혐오를 조장하는 범죄 (제4조)'로 규정하면서 각각의 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 명시하고 있다. 이는 혐오범죄로 처벌 가능한 행위의 판단기준을 설정하고 있다는 측면에서 이해할 수도 있겠지만, 동법이 혐오범죄의 개별 유형에 따라 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 다르게 정하고 있는 이유는 명확히 드러나지 않는다.

구체적으로 「혐오범죄 및 공공질서법」 제1조는 '편견으로 인한 가중범죄'를 규정하면서 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성으로 '나이, 장애, 인종, 색깔(피부색), 국적(시민권 포함), 민족적·국가적 기원, 종교 또는 사회적·문화적 집단

33) Gersdorf, H./Paal, B. P., BeckOK Informations- und Medienrecht, EMRK Art. 10, 63.
34) 이정념 (주 17), 46면.

인 경우 인지된 종교적 소속, 성적 취향, 성전환 정체성, 성적 특성의 변형'을 명시하고 있다. 동법 제3조는 '인종적으로 가중된 괴롭힘'을 규정하고 있는데 이는 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성으로 '인종'을 명시하고 있다. 나아가 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조는 '혐오를 조장하는 범죄'를 두 가지 유형으로 나누면서 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 '인종, 색깔(피부색), 국적(시민권 포함), 민족적·국가적 기원 (제1항)' 그리고 '나이, 장애, 종교 또는 사회적·문화적 집단인 경우 인지된 종교적 소속, 성적 취향, 성전환 정체성, 성적 특성의 변형 (제2항)'으로 명시하고 있다.

이를 종합하여 「혐오범죄 및 공공질서법」에서 명시하는 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 모두 열거하면 '나이, 장애, 인종, 색깔(피부색), 국적(시민권 포함), 민족적·국가적 기원, 종교 또는 사회적·문화적 집단인 경우 인지된 종교적 소속, 성적 취향, 성전환 정체성, 성적 특성의 변형'으로, 이들은 동법 제1조에 따른 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성과 일치한다. 이와 비교하여 「혐오범죄 및 공공질서법」 제3조는 '인종적으로 가중된 괴롭힘'을 규율하는 법적 근거가 되기 때문에 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성으로 '인종'만을 명시하고 있음은 당연하다고 할 것이다. 그러나 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조가 혐오를 조장하는 범죄를 규정하면서, 제1항은 '인종, 색깔(피부색), 국적(시민권 포함), 민족적·국가적 기원'을 그리고 제2항은 '나이, 장애, 종교 또는 사회적·문화적 집단인 경우 인지된 종교적 소속, 성적 취향, 성전환 정체성, 성적 특성의 변형'을 각각의 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성으로 명시하고 있다는 점은 의문이다. 이들 조항이 혐오를 조장하는 행위에 대하여 각기 다른 범죄구성요건을 규정하고 있기 때문에 그 목적에 따라 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 명시하고 있다고 해석할 수도 있겠지만, 제4조 제1항 그리고 제4조 제2항의 범죄구성요건은 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 달리 규정하여야 할 만큼의 커다란 차이를 보이지 않는다. 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제1항 그리고 제4조 제2항이 각각 규정하고 있는 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 서로 교차하더라도 이들 조항이 혐오를 조장하는 범죄를 규율하는 데 있어 적용상의 공백이나 특별한 문제가 발생하지는 않을 것이라 해석된다. 따라서 「혐오범죄 및 공공질서법」 제4조 제1항 그리고 제4조 제2항이 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 각각 다르게 명시하고 있는 것은 입법상의 오류로 시정되어야 할 부분이라고 판단된다.

## V. 맺음말: 「혐오범죄 및 공공질서법」에 담긴 앞으로의 시사점

혐오범죄는 행위자가 누군가를 향하여 지니는 혐오 내지 편견이 개인적인 입장 또는 집단적인 입장에 따라 외적으로 동기화 된 형사범죄라고 이해할 때,[35] 혐오범죄를 야기하는 이러한 행위자의 주관적인 감정은 지극히 개인적인 요인으로부터 형성

35) 이정념, "혐오범죄의 개념과 그 속성, 입법적 고려사항: 독일의 최근 입법논의를 중심으로", 「경찰법연구」 제13권 제1호, 한국경찰법학회, 2015, 165면.

되기 때문에 그 피해대상을 한정하는 일 그리고 발생한 범죄가 행위자의 혐오성을 동인으로 한 것인지를 판단하는 일은 상당히 어렵다. 우리나라의 경우 혐오성을 띠는 범죄로 판단할 수 있는 다양한 범죄행위가 발생하고 있음에 반해 혐오범죄에 대응하기 위한 법적 근거의 체계화를 위한 입법 논의는 제대로 이루어지지 못하는 까닭에,[36] 혐오범죄를 어떻게 정의할 것인지에서부터 혐오범죄의 피해자 내지 피해집단을 어떻게 한정할 것인지, 어떤 방식으로 혐오범죄를 규율할 것인지, 어떤 근거로 개인이 향유하는 의사표현의 자유를 한정할 수 있을 것인지 등 앞으로 논의되어야 하는 많은 문제가 산적해 있음은 부인할 수 없다.

이러한 우리나라의 상황에 비추어 볼 때, 스코틀랜드의 「혐오범죄 및 공공질서법」은 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 상당히 세부적으로 열거하고 있고 이에 따른 혐오범죄의 유형 또한 체계화하고 있다는 점은 주목할 만하다. 물론 이러한 특징으로 인하여 일각에서는 동법이 혐오범죄로 처벌될 수 있는 행위를 상당히 광범위하게 규정하고 있기 때문에 개인의 의사표현의 자유를 침해할 소지가 다분하다는 비판을 제기하면서 동법의 실효성에 대한 부정적인 견해를 표하기도 하지만, 오히려 이러한 점은 동법이 혐오범죄로 규율 가능한 행위를 한정하면서 개인의 의사표현의 자유가 제한될 수 있는 범위를 명확히 제시한다는 측면에서 이해할 수도 있을 것이다.

물론 앞에서 언급한 것처럼 스코틀랜드의 「혐오범죄 및 공공질서법」이 실제에서 그 입법 목적에 따라 실효성 있게 적용될 수 있도록 하기 위하여 동법에 명시된 개인의 의사표현의 자유 보호 규정, 혐오범죄의 유형에 대한 규정, 동법에 따른 보호대상에 대한 규정 등과 관련된 여전히 검토되어야 할 부분들이 존재하는 것은 사실이다. 그럼에도 불구하고 스코틀랜드의 「혐오범죄 및 공공질서법」이 적어도 다른 범죄와 구별되는 혐오범죄의 특수성을 직시하며 피해자 내지 피해집단이 지니는 보호되어야 하는 특성을 구체적으로 명시하면서 혐오범죄의 유형을 세분화하여 체계적인 범죄구성요건을 담고 있다는 점은 동법이 지니는 특유한 속성을 드러내는 것이라 하겠다.

우리 사회에서도 혐오범죄로 판단할 수 있는 다양한 유형의 범죄가 끊임없이 발생하고 있음에 반해 이를 규율할 수 있는 법적 근거가 체계적으로 갖추어져 있지 않을 뿐만 아니라 이를 위한 입법논의 또한 제대로 이루어지지 않는 상황임을 고려할 때,

---

36) 우리나라에 있어서 혐오범죄의 규율과 관련된 논의는 이상돈, “혐오표현: 인권침해와 표현의 자유 사이에”, 「법철학연구」 제26권 제2호, 한국법철학회, 2023; 이혜정, “혐오발언, 규제 옹호와 반대의 양립가능성”, 「철학연구」 제168집, 대한철학회, 2023; 한상원, “혐오발언 규제 논쟁과 인권의 정치”, 「시대와 철학」 제32권 제1호, 한국철학사상연구회, 2021; 국가인권위원회, 「(2019년)혐오차별 국민인식 조사」, 2019; 박승호, “혐오표현의 개념과 규제방법”, 「법학논총」 제31권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2019; 이정념, “영국의 혐오범죄 규율 체계에 대한 이해와 분석: 입법적 측면을 중심으로”, 「법과 사회」 제60호, 법과사회이론학회, 2019; 조계원, “한국에서 증오범죄의 가능성과 규제 방안”, 「법과 사회」 제55권, 법과사회이론학회, 2017; 허민숙, “젠더폭력과 혐오범죄: 여성에 대한 폭력은 혐오범죄인가? 논쟁을 중심으로”, 「한국여성학」 제33권 제2호, 한국여성학회, 2017; 이정념, “온라인 혐오발언과 의사표현의 자유: 유럽인권재판소의 최근 판결을 중심으로”, 「저스티스」 제153호, 한국법학원, 2016; 박지원, “혐오표현의 제재 입법에 관한 소고: 주요국 입법례와 시사점을 중심으로”, 「미국헌법연구」 제27권 제3호, 미국헌법학회, 2016; 엄한진, “한국사회 인종주의 현상의 주요 양상과 특징”, 「비교한국학」 제24권 제3호, 국제비교한국학회, 2016; 이정념, “혐오범죄의 개념과 그 속성, 입법적 고려사항: 독일의 최근 입법논의를 중심으로”, 「경찰법연구」 제13권 제1호, 한국경찰법학회, 2015 등 참조.

우리의 경우도 정부적 차원에서 그리고 정치적 차원에서 보다 적극적이고 다양한 방식으로 혐오범죄에 대응하려는 법·정책적 노력을 기울여야 함은 당연하다고 할 것이다. 이때 무엇보다도 혐오범죄에 관한 형사법적 규율을 체계화하기 위한 논의에 있어서 가해자가 지니는 혐오 내지 편견에 따라 범죄의 표적이 된 피해자 내지 피해집단의 특유성을 파악하는 일 그리고 가해자가 특정 개인 또는 집단을 표적으로 행한 범죄가 혐오범죄의 성격을 띠는 것인지 판단하는 기준을 설정하는 일은 중요하게 다루어져야 한다. 이러한 까닭에 스코틀랜드의 「혐오범죄 및 공공질서법」은 혐오범죄로 인한 사회적인 문제가 심각해지고 있음에도 여전히 이를 해결하고자 하는 법·정책적 노력이 본격화되지 못하고 있는 우리나라에서 필요한 앞으로의 논의를 위하여 시사하는 바가 크다고 할 것이다.

## [참고문헌]

<국내문헌>

국가인권위원회, 「(2019년)혐오차별 국민인식 조사」, 2019.
박승호, “혐오표현의 개념과 규제방법”, 「법학논총」 제31권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2019.
박지원, “혐오표현의 제재 입법에 관한 소고: 주요국 입법례와 시사점을 중심으로”, 「미국헌법연구」 제27권 제3호, 미국헌법학회, 2016.
이상돈, “혐오표현: 인권침해와 표현의 자유 사이에”, 「법철학연구」 제26권 제2호, 한국법철학회, 2023.
이정념, “오스트리아의 혐오범죄 규율 체계에 관한 검토”, 「경찰법연구」 제21권 제1호, 한국경찰법학회, 2023.
이정념, “영국의 혐오범죄 규율 체계에 대한 이해와 분석: 입법적 측면을 중심으로”, 「법과 사회」 제60호, 법과사회이론학회, 2019.
이정념, “온라인 혐오발언과 의사표현의 자유: 유럽인권재판소의 최근 판결을 중심으로”, 「저스티스」 제153호, 한국법학원, 2016.
이정념, “혐오범죄의 개념과 그 속성, 입법적 고려사항: 독일의 최근 입법논의를 중심으로”, 「경찰법연구」 제13권 제1호, 한국경찰법학회, 2015.
이혜정, “혐오발언, 규제 옹호와 반대의 양립가능성”, 「철학연구」 제168집, 대한철학회, 2023.
조계원, “한국에서 증오범죄의 가능성과 규제 방안”, 「법과 사회」 제55권, 법과사회이론학회, 2017.
한상원, “혐오발언 규제 논쟁과 인권의 정치”, 「시대와 철학」 제32권 제1호, 한국철학사상연구회, 2021.
허민숙, “젠더폭력과 혐오범죄: 여성에 대한 폭력은 혐오범죄인가? 논쟁을 중심으로”, 「한국여성학」 제33권 제2호, 한국여성학회, 2017.
엄한진, “한국사회 인종주의 현상의 주요 양상과 특징”, 「비교한국학」 제24권 제3호, 국제비교한국학회, 2016.

<해외문헌>

Crown Office & Procurator Fiscal Service (COPFS), *Hate Crime in Scotland, 2023-24*, 11. June 2024.
Gersdorf, H./Paal, B. P., *BeckOK Informations- und Medienrecht 2. Auflage*, C. H. Beck, 2021.
Higson-Bliss, L.,“*Scotland’s hate crime law: the problem with using public order laws to govern online speech*”, The Conversation, 23. April 2024.
Joseph, J., “*Why is Scotland’s new hate crime legislation so controversial?*”, Jurist News, 02. April 2024.

Latschan, T., "*Scotland caught up in heated debate over new hate speech law*", Deutsche Welle, 07. April 2024.

Lee, J., "*Über die Strafbarkeit der "Verhetzenden Beleidigung (§192a)" im deutschen Strafgesetzbuch*", 「Zeitschrift der Koreanisch-Deutschen Gesellschaft für Sozialwissenschaften」 Vol. 32 (4), Koreanisch-Deutsche Gesellschaft für Sozialwissenschaften, 2022.

McCallum, F., *SPICe Briefing, Hate Crime and Public Order (Scotland) Bill: Consideration prior to Stage 3*, Scottish Parliament, March 2021.

Sanderson, D., "*SNP's unworkable hate crime law should be withdrawn, say former top judge*", The Telegraph, 10. April 2024.

Scottish Government, *Hate Crime and Public Order (Scotland) Act: factsheet*, April 2024.

Scottish Government, *Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021: General Information note*, November 2023.

Scottish Government, *Hate crime strategy: delivery plan*, November 2023.

Scottish Government, *Hate Crime Strategy for Scotland*, March 2023.

Scottish Government, Hate Crime and Public Order (Scotland) Bill, Overview (https://www.parliament.scot/bills-and-laws/bills/hate-crime-and-public-order-scotland-bill 최종확인: 2024.07.31).

Scottish Parliament, *Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021 (asp 14): Explanatory Notes*, TSO (The Stationery Office), 2022.

Scottish Parliament, *Policy Memorandum: Hate Crime and Public Order (Scotland) Bill, SP Bill 67-PM Session 5*, 2020.

Ziegler, M., "*What is sexual orientation*", 「Kentucky Law Review」 Vol. 106 (1), 2017.

[Abstract]

## A new legal basis for the regulation of hate crimes in Scotland

Lee, Jungnyum*

Since 1. April 2024, a new legal basis for regulating hate crimes has come into effect in Scotland. The <Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021> contains a legal basis for expanding protective measures to respond to hate crimes across Scotland. It strengthens the criminal discipline system for hate crimes, while specifying the types of hate crimes and expanding the scope of objects that are protected against hate crimes. <Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021> in Scotland clarifies the scope of punishable hate crimes by categorizing them as 'aggravation of offence by prejudice, offence of racially aggravated harassment, and offences of stirring up hatred'. It specifically lists the characteristics of victims or victimized groups who will be protected while guaranteeing the freedom of expression enjoyed by individuals.

This article focuses on the types of hate crimes contained in the <Hate Crimes and Public Order (Scotland) Act 2021> by listing broadly and specifically the characteristics of victims or victimized groups who will be protected. Accordingly, this article examines elements defining hate crimes and the range of punishment for each type of hate crimes specified in the <Hate Crimes and Public Order (Scotland) Act 2021>, as well as the legal validity of the provisions set out in the Act to guarantee individual freedom of expression. Finally, this article reviews the effectiveness of the <Hate Crimes and Public Order (Scotland) Act 2021>.

**Key Words:** Scotland, Hate Crime and Public Order (Scotland) Act 2021, Hate Crimes, Freedom of Expression, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights

* Professor, Dr. iur., Ph. D. in Law, College of Law, Department of Law, Soongsil University

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.123 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 중국 정부조달 중 행정적 독점에 관한 법적 검토*

리우지아신** · 김 희 준***

**논문요지**

정부조달은 시장경제에 참여하는 행정기관의 대표적 행위 중 하나이며, 시장 내에서의 우월한 지위로 인해 정부조달 분야의 행정적 독점이 발생할 가능성이 있다.

행정적 독점은 2002년 정부 조달법이 공포되었을 때부터 중국의 반독점 활동에서 항상 고질적인 문제였다. 입법자들은 금지 규정을 통해 외국 사업자의 국내시장 진출을 제한하고 조달사업에 차별적 조건을 설정하는 등 경쟁제한행위를 부정하고 있다. 이후 공포된「반독점법」도 이러한 규정을 포함하였다. 최근에는 공정경쟁심사 제도의 구축과 경영환경 최적화 정책의 시행으로 정부조달 분야의 행정적 독점이 다시 주목받고 있다. 2019년 공포된「입찰응찰법 실시조례」,「행정권 남용 근절 및 경쟁제한에 관한 잠정 규정」, 2020년 공포된「정부조달서비스관리조치」는 이 문제를 규제의 핵심으로 삼으며, 중요하게 취급하고 있다. 이를 바탕으로 정부조달 행정적 독점의 법률규제가 이론연구 및 법집행 실무에서 핵심 문제라고 볼 수 있다.

본 논문에서는 정부조달 분야에서 행정적 독점의 특수성에 착안하여 법률 적용, 공정경쟁심사 및 책임추궁에 대한 규제의 딜레마를 구체적으로 분석하였다. 또한 시장의 공정경쟁 질서를 유지하고 반독점법의 실시를 구현하기 위한 구체적인 규제안을 제시하고자 하였다. 구체적으로 다음과 같은 세 가지를 제안한다. 첫째, 법률 적용 측면에서 이중 규제로 인한 관할권 등의 충돌문제를 해결해야 한다. 둘째, 공정경쟁심사의 주체가 분산되어 심사대상을 충분히 포괄할 수 없는 등의 문제를 해결해야 한다. 셋째, 책임에 대한 인식강화가 필요하며, 특히 개인의 책임을 강화하는 방식으로의 규제가 이루어져야 한다.

중국의 실정법은 나날이 변화하며 발전하고 있다. 본 연구를 통하여 정부 조달 분야의 행정 독점에 대한 법적 규정의 정치화되어 중국 시장에서 건전한 경쟁을 촉진할 수 있게 되기를 기대한다.

**검색용 주제어: 정부조달, 행정적 독점, 이중규제, 공정경쟁심사, 책임**

**· 논문접수: 2024. 06. 30. · 심사개시: 2024. 07. 16. · 게재확정: 2024. 07. 29.**

* 이 논문은 동아대학교 교내연구비 지원에 의하여 연구되었음.
** 동아대학교 국제법무학과 박사과정, 제1저자.
*** 동아대학교 석당인재학부 조교수, 법학박사, 교신저자(paul@dau.ac.kr).

# Ⅰ. 서론

정부조달은 정부기관이 필요로 하는 물자 등을 민간으로부터 구입하는 일련의 행위를 말한다. 공공부문에서 재화와 용역의 수급이 조세부과처분이나 생활보호자의 지정행위와 같이 행정행위에 의해 이루어지기도 하지만, 자치단체가 필요로 하는 컴퓨터와 같은 물품의 구매, 쓰레기처리, 도로의 건설 및 개보수, 특정사업에 필요한 전문정보획득을 위한 연구프로젝트의 발주, 관청 청사의 도급 등의 영역에서 계약도 빈번하게 이용되고 있다.[39]

정부조달 과정의 본질은 정부와 시장의 유기적 결합에 있으며, 중국정부의 역할은 시장개입에서 시장참여로 점차 전환되고 있다. 정부의 조달인(采購人)이 재화, 공정 및 서비스를 구매하기 위해 재정자금을 사용하는 과정은 정부 재정체제와 시장경쟁 메커니즘 내에서 이루어진다. 조달인은 조달 목적, 조달 방법, 조달 대상 등 요인의 영향을 받으며, 시장 내에서의 우월한 지위를 이용하여 시장의 공정한 경쟁을 방해하는 행정적 독점행위를 할 가능성이 있다.

본 연구에서는 중국 정부조달 중 행정적 독점의 특성을 파악하고 실무에서 빈번히 발생하는 정부조달 분야의 독점적 활동에 대한 규제의 근거를 제공하고자 한다. 이러한 논의의 현실적 의의는 첫째, 정부조달 분야에서 공정경쟁심사제도의 실시에 대한 장애를 완화하는 데에 있다. 예를 들면, 중국「반독점법(反壟斷法)」에서는 공정경쟁심사제도를 총칙에 명시하고 그 법적 지위를 규정하고 있다. 정부조달 분야의 사전심사가 제대로 이루어지면 반독점법의 집행 및 책임추궁에 대한 압력이 완화될 것이다. 둘째, 정부조달 분야에서 행정적 독점의 특정 규제에 대한 지침을 제공하고자 한다. 2022년 4월 10일, 중국은「국가통일시장 건설 가속화에 대한 의견(加快建設全國統一大市場的意見)」을 발표하여 국가통일시장 건설을 가속화하고 지역 보호를 타파하고 정부조달을 표준화하며 시장운영 질서를 유지해야 한다고 밝힌 바 있다. 이러한 시점에 정부조달 분야의 행정적 독점에 대한 규제 방안을 논의하는 것은 더욱 현실적인 의미가 있을 것이다.

# Ⅱ. 중국 정부조달 중 행정적 독점의 개념

## 1. 정부조달 중 행정적 독점의 의의

### (1) 정부조달의 의의

일반적으로 현대의 정부조달제도는 영국에서 시작되었다고 여겨진다. 1782년 영국 정부는 정부 부처가 필요로 하는 사무용품의 조달을 전담하는 문구공용국(文具公用局)을 설립하고 특별법의 형태로 그의 법적 지위를 인정하여, 현대적 의미의 정부조달제도가 형성되었다.[40] 반면, 중국의 정부조달은 비교적 늦게 시작되었으며, 1995년

39) 선정원, "지방자치단체의 수의계약", 행정법연구, 제14권, 행정법이론실무학회, 2005, 1면.
40) 任際, "招投標法在國外",《遼宁日報 (理論版) 》, 第10版 (1999.09.10) .

상하이시 정부가 특별 재정 장비의 구매를 위한 시범프로젝트를 시작한 지 30년이 채 되지 않았다. 2002년「정부조달법(政府采購法)」의 공포로 정부조달제도는 입법 형태로 확립되었으며, “정부조달”의 개념도 법적으로 규범화 되었다. 중국「정부조달법」제2조는 “정부조달이란 각급 국가기관, 사업단위(事業單位), 단체조직(團體組織)이 재정자금을 사용하여 법에 따라 제정한 중앙집중식 조달 목록 또는 조달 한도 기준 이상의 재화, 프로젝트 및 서비스를 구매하는 행위를 말한다.”라고 규정하고 있다.

### (2) 행정적 독점의 의의

1890년 미국 의회는 미국 역사상 최초의 반독점법인「Sherman Antitrust Act」을 제정하여 공포하였다. 이 법은 현대 경쟁법의 효시이며, 세계 각국 반독점법의 모법으로 간주된다. 반면, 중국의「반독점법」은 2008년 8월 1일에 공포 및 시행되었으며, 미국의 반독점법의 일부 내용을 참고하되 자국 여건을 반영하여, 행정적 독점의 개념을 창의적으로 규정하고 있다.

행정적 독점은 중국의 사회주의 시장경제 변혁 및 발전 기간에 등장한 독특한 경제 현상으로, 1993년에는 "중화인민공화국 부정경쟁방지법"이 처음 공포되어 행정력에 의한 시장 경쟁 제한 문제를 법적 수준으로 처음 제기했다.[41] 이에 관련 조항을 도입하고 "행정권력의 남용"이라는 용어를 도입함으로써 "행정독점" 개념이 공식적으로 인정되었다.[42] 행정적 독점이 정확히 무엇인지를 두고 학계에서는 여전히 논란이 있다. 중국「반독점법」제8조에 의하면 행정적 독점을 “행정기관 및 법률규정의 수권을 받아 공공업무를 관리하는 기능을 가진 조직이 행정적 권력을 남용하고 경쟁 제한 행위를 배제하는 것”으로 정의하고 있다.

행정적 독점은 경제적 독점과 달리 주로 정부조달 분야에서 발생한다. 이 개념은 독점과 같은 경쟁제한행위를 연구할 때 전통적인 경제적 독점과는 구별하기 위해 제안한 것이다.[43] 그 유래가 언제인지는 학계에서 아직 정설이 없다. “행정적 독점”이라는 개념의 출현은 중국의 시장개혁과 밀접한 관련이 있다고 여겨진다.[44]

## 2. 정부조달 중 행정적 독점의 특징

### (1) 독점주체의 분산성

행정적 독점의 주체는 분야별로 현저한 차이가 있다. 그 중 산업발전, 투자유치 등 분야의 독점주체는 비교적 집중되어 있는 반면, 정부조달 분야의 독점주체는 분산되어 있다. 산업발전구조 최적화, 기업투자유치, 시장접근통제와 같은 정책목표를 달성하기 위해 관련 행정기관은 시장경쟁 질서를 무시하고 일련의 불합리한 경쟁 배제 및 제한을 시행할 수 있다. 이러한 주체는 정부판공실(政府辦公室), 교통운송국(交通

41) 의덕 유 · 손영화. "중국 반독점법에서 행정독점의 인정에 관한 연구", 한양법학, 제35권 제2호, 2024, 1면.
42) 의덕 유·손영화. 상게논문.
43) 漆多俊, 《經濟法學》, (高等教育出版社, 2010), 135면.
44) 鄭鵬程, 《行政性壟斷的法律控制研究》, (北京大學出版社, 2002), 9-11면.

運輸局), 주택 및 도농개발국(住房和城鄉建設局), 생태환경국(生態环境局) 등과 같은 지방정부 및 직능부서(職能部門)에 분산되어 있다. 이러한 주체 외에도 일부 주체는 통지, 공고 및 의견과 같은 규범문서를 발표할 수 있는 권한이 없지만, 특정 정부조달 행위에서 행정적 독점과도 연결된다. 예를 들면 사업단위의 작품조달, 미술관 조달작품 전시회 등의 행위는 모두 정부조달 범위에 속한다.[45] 이와 같은 조달사업의 배후에는 분산된 조달주체가 있으며, 다수의 행정주체가 존재하기에 모든 조달사업을 전면적으로 감독하기는 어렵다.

### (2) 독점주체의 은폐성

정부조달 분야에서 대량조달, 조달행위의 전문화 요구 등으로 인해 행정기관이 다른 주체에 위탁하여 조달하는 경우가 빈번히 생긴다. 이로 인해 실제 행정적 독점행위의 주체와 위법행위의 주체가 불일치하는 경우가 있다.

일반적으로 기타 주체에 위탁하는 조달은 2가지 상황이 있다. 하나는 조달인과 조달대행업체 간에 위탁계약관계가 있는 경우, 조달대행업체는 외부 조달활동을 직접 관리한다. 다른 하나는 행정기관이 특정 조달활동을 다른 조달대행업체와 직접 위탁계약을 체결하지 않고 자신의 행정권한을 상대방에게 위탁하여 관련 정부조달을 수행할 수 있도록 한다. 예를 들면, "B시 GPO(Group purchasing organizations) 행정적 독점 사건"에서 B시의 위생계획위원회는 B시 내의 유일한 GPO 조직을 선정하고 「약품그룹조달방안」을 발표하여 "시 전역의 공립병원 임상 상용약품의 통일조달을 총괄하는 직권"을 이 조직에 위탁하였다. 따라서 도시 내 의약품 조달은 이 조직을 통해서만 수행할 수 있게 된다. 결과적으로 도시의 공립병원에서 제약회사를 자유롭게 선택할 수 있는 권리와 제약회사가 시장에서 공정한 경쟁에 참여할 수 있는 기회를 박탈한다. B시 GPO는 B시 위생계획위원회가 직접 위탁한 조달기구가 아니라 행정위탁을 기반으로 행정관리 권한을 취득한 후 경쟁을 배제하고 제한하는 행위를 하는 것이다. 이 사건의 위법성은 B시 위생계획위원회가 시의 공립병원에서 선정된 GPO가 제공하는 서비스만 사용할 수 있도록 조달계획을 수립했을 뿐만 아니라 B시 위생계획위원회가 위탁받은 행정권한을 부적절하게 사용한 데에 있다. 이때의 위법행위에 대한 책임은 위탁인인 B시 위생계획위원회가 부담할 수밖에 없다.[46]

행정위탁관계에서 위탁인은 실제 위법주체로서 대중에게 직접 드러나지 않고 위탁범위 내에서 피위임인이 구체적으로 행정 직권을 행사하므로 법 집행 주체는 책임을 물을 때 위법주체의 구별에 주의를 기울여야 한다.

### (3) 독점형식의 다양성

중국의 「반독점법」 및 「공정경쟁심사제도 시행세칙(公平競爭審查制度實施細則)」(이하, 「시행세칙」이라 함)에 따르면, 대부분의 행정적 독점은 규정, 규제문서 및

45) 미술관 조달작품 전시회의 사례를 보면, 2017년 11월 09일 광둥성 미술관은 광둥성 정부조달센터의 도움을 받아 "탕샤오밍 유화 컬렉션 프로젝트 공고"를 발표하였으며 공개 입찰을 거쳐 2017년 11월 30일에 "영원한 휴전"이라는 유화작품을 486만 6,000위안으로 낙찰하였다.

46) 孫晋·閆曉夢, "反壟斷法視角下藥品集團采購(GPO)發展困境及突破－－以深圳市GPO被國家發改委叫停事件爲切入点", 《甘肅政法學院學報》, 第5期 (2018), 53-55면.

정책문서의 공포로 나타난다. 그러나 정부조달 분야에서 행정적 독점의 특징에 대해 명확한 유형 구분이 없다. 어떤 학자는 지역봉쇄와 지역보호, 차별대우, 지정거래로 요약하고,[47] 어떤 학자는 명시적 독점과 암묵적 독점으로 요약하고,[48] 어떤 학자는 지역봉쇄, 거래대상 제한, 조달정보 불투명, 암묵적 자기거래로 요약한다.[49]

정부조달 분야의 행정적 독점을 보다 더 포괄적으로 다루고, 공정경쟁심사를 수행할 수 있는지 여부에 따라 독점의 형태를 두 가지 범주로 나눌 수 있다. 첫째, 공정경쟁심사제도로 극복할 수 있는 규칙, 규범문서 및 정책문서에 의해 수행되는 독점적 행위이다. 이는「정부조달법」에 의해 규제될 수 있는 것을 말하며, 정부조달 분야에서 가장 일반적이고 직접적인 행정적 독점행위이다. 다른 분야와 마찬가지로 이러한 문서는 안정적인 시장환경을 파괴하고 독점효과가 더 강하며 영향범위도 더 크다. 둘째, 공정경쟁심사 범위 내에 포함되지 않은 문서를 활용하여 입찰공고 등에 참여하는 행위이다.[50] 이러한 문서에는 비교선정(比選)서류 또는 선별(遴選)서류와 같이 성격이 불분명한 정부조달문서가 포함된다. 비교선정서류 또는 선별서류를 통한 조달은 법정 조달방식은 아니지만 실제로 널리 사용된다. 정확한 법적 규범이 없기 때문에 조달인이 공개입찰을 회피하거나 입찰절차를 간소화하는 방법으로 사용하는 경우가 많다. 현재 이러한 문서 중의 일부는「정부조달법」에 따라 관리되고 일부는「입찰응찰법(招標投標法, The Bidding Law)」에 따라 관리되고 있다.

## 3. 정부조달 중 행정적 독점 규제의 필요성

### (1) 시장화에 대한 요구

정부는 항상 시장에 참여하고 있다. 정부조달 분야에서는 그 역할이 배후 감독자에서 구매자로 전환되기도 한다. 행정기관의 자발적인 조달활동은 전형적으로 시장지향적인 정부의 경제행위이며, 정부가 시장의 구성원으로 참여하는 방식이다. 정부조달 분야가 행정기관으로부터 인가나 통제를 많이 받을수록 행정기관이란 비시장적 요인이 정부조달을 위협하는 요인이 될 가능성이 높아진다.[51]

행정적 독점을 규제하는 것은 본질적으로 정부의 시장개입 정도를 자체기능을 달성할 수 있을 뿐만 아니라 시장의 효과적인 운영을 촉진할 수 있는 수준으로 통제하는 것이다. 정부조달은 “정부소비행위의 시장화”이다. 행정기관의 사익추구행위는 언제든지 긍정적인 발전 상황을 깨고 정부의 시장화 정도를 크게 감소시킬 수 있다.

---

47)孫晋·衛才旺, “自貿區政府采購中公平競爭審查的理論檢視和制度匡正”, 《河南財經政法大學學報》, 第34期第6版 (2019) , 85-93면 참조.

48)汪永福, “論地方公共資源交易的反競爭与公平競爭－－基于X省公共資源交易規范性文件的實証考察”, 《社會科學》, 第11期 (2018) , 86-94면 참조.

49)徐文, “政府采購領域公平競爭審查制度的實施進路”, 《經濟与社會發展》, 第17期第6版 (2019) , 7-13면 참조.

50) 입찰은 경쟁적 방식에 의한 계약체결로서, 계약체결의 특수한 형태를 의미한다. 입찰의 개시는 많은 경우 수요 측면에서 이루어지지만, 공급 측면에서도 나타날 수 있고, 응찰자가 제시한 조건이 최저가격 또는 최고가격 그 외의 여러 기준들에 부합하는지를 평가하여 낙찰자를 결정하는 과정을 거치게 된다(홍명수, “독점규제법상 입찰담합 규제와 공정거래위원회의 역할”, 법학논고, 제30권, 경북대학교 법학연구원, 2009, 69면).

51)管斌, 《混沌与秩序：市場化政府經濟行爲的中國式建构》, (北京大學出版社, 2010) , 105-107면.

현 단계에서 정부의 시장화는 행정기관이 발전하기 위해 나아가야 할 발전 방향이다. 정부조달 분야에서 행정적 독점을 규제하는 것은 불가피한 요구사항으로 정부조달도 이를 따라야 한다.

#### (2) 공평경쟁의 권리

구매자와 공급자는 정부조달의 가장 중요한 주체이며, 실질적으로 평등하지 못한 지위에 있을지라도 형식적으로는 평등한 위치에 있는 것으로 보인다. 행정기관은 조달방법 결정, 조달조건 설정, 잠재적 공급자 선정, 심사전문가 선정 등 정부조달 분야에서 절대적인 주도권과 재량권을 향유하고 있으며, 그 강력한 지위는 정부권력의 승인에서 비롯된다.

행정기관은 항상 공공경영과 공익을 추구하며, 모든 행위가 정확하고 사회 전반의 이익을 실현하는 것을 목표로 한다는 점을 사회로부터 암묵적으로 인정받고 있다. 그러나 행정기관이 시장을 향해 나아가는 과정에는 '사적 이익'을 추구할 수 있다. 행정주체의 이익을 충족시키기 위한 독점행위는 전체 지역발전과 개인의 권리를 위해 정부조달에 공정하게 참여할 수 있는 공급자의 권리를 손상시킨다.[52] 공급업체간 공정한 경쟁이 제한됨으로 인해, 다수의 공급자들은 정부조달 시장에 진입할 수 없으며, 공정한 경쟁을 통해 구매자와 조달계약을 체결할 수 있는 기회를 얻을 수 없게 된다. 일부 행정기관은 잠재적 공급업체의 참여권을 직접 박탈하고 일부 공급업체를 조달 시장에서 배제해왔다. 이러한 불합리한 조달 행위는 본질적으로 특정 공급업체에 대한 우선적 지원이거나, 경쟁력이 없는 공급업체를 보호함으로써 다른 공급업체가 이 지역이나 업계의 정부조달 시장에 진입하는 것을 차단하는 것이다. 정부조달법은 이를 금지하고 있는데, 예를 들어 조달 방식을 임의로 변경하거나 조달 기준을 개선하는 것은 불법이며, 공급업체에 대한 차등적, 차별적 대우를 명시적으로 금지하고 있다.

## Ⅲ. 중국 정부조달 중 행정적 독점의 규제 현황

### 1. 정부조달 중 행정적 독점에 대한 입법

#### (1) 시장운영 규범화

1999년에 공포 및 시행된 「입찰응찰법」 총칙 부분에는 입찰 및 입찰에서 경쟁을 제한하는 행위를 금지하는 두 가지 법 조항이 포함되어 있다. 본법 제4조와 제6조는 각각 입찰회피 및 입찰·응찰에서 지역보호와 같은 문제를 설명하였다.[53] 본법 총칙에

52)Antonio Capobianco, Public Procurement and Competition Policy: Friends or Foes?http://www.learconference.com/wp-content/uploads/2017/07/CAP OBIANCO-Public-Procurement-and-Competition-Policy-Friends-or-Foes.pdf.2019-11-10. [2024.03.31]

53)「입찰응찰법」 제4조는 “어떤 단위나 개인도 법에 따라 입찰하는 항목을 나누거나 기타 어떤 방식으로 입찰을 회피해서는 안 된다”고 규정하고 있다. 제6조에서는 "법에 따라 반드시 입찰해

는 7개 조항만 있고 경쟁제한행위와 관련된 규정이 거의 3분의 1을 차지한다는 점을 감안하면 이 문제의 중요성과 이에 대한 입법자의 관심을 알 수 있다. 2019년에 공포된「입찰응찰법 실시조례(招標投標法實施條例)」총칙 부분에서 입찰 및 응찰 활동에 대한 국가직원의 불법 간섭을 부정적으로 평가하였고, 세칙 부분에서 여러 조항으로 입찰, 응찰, 입찰평가단계의 경쟁제한행위에 대해 규정하였다.[54] 결과적으로「입찰응찰법」은 입찰 및 응찰에서의 경쟁제한에 대한 비교적 건전한 규제시스템을 형성하였다. 동시에 이 법은 후속되는 「정부조달법」및「반독점법」의 제정에 영향을 미쳤다.

### (2) 공정경쟁 수호

2002년에 공포된「정부조달법」은 한편으로 입찰 및 응찰에서 지역 보호 회피를 위한 별도의 조항을 규정하고,[55] 다른 한편으로는 총칙에서 법률원칙의 형태로 공정경쟁원칙을 명확히 하고 있다. 정부조달행위를 규제하기 위한 특별법으로서「정부조달법」의 가치 목표는 여러 가지가 있다. 재정절약, 가격대비 가치달성과 같은 경제적 목표뿐만 아니라 환경보호 및 중소기업 발전 촉진과 같은 정책적 목표도 포함한다. 이러한 목표의 실현은 모두 시장경쟁메커니즘의 작용에 달려 있으므로 공정 경쟁을 기본원칙으로 삼고 입법에 직접 반영할 수 있다. 동시에「정부조달법」및 이를 뒷받침하는「정부조달법 시행규칙 (政府采購法實施條例)」도 일반금지규정과 열거규정의 방식으로 조달 권력 행사의 경계를 설명하고 있다. 억제, 구제 및 처벌의 효과를 달성하기 위해 상응하는 법률책임도 추가 규정하였다. 그 결과, 공정경쟁원칙에 따라「정부조달법」이 정부조달의 경쟁제한행위를 규제하는 시스템을 구축할 수 있게 되었다.

### (3) 반행정적 독점 이념 구축

「반독점법」의 규제범위에 행정적 독점을 포함하는 것은 중국 경쟁법 입법의 주요 특징이다. 이러한 입법 선택의 초기형태는 1980년「사회주의 경쟁의 전개 및 보호에 관한 잠정규정 (關于開展和保護社會主義競爭的暫行規定)」의 지역보호주의에 관한 규정으로부터 시작하였다.[56] 1993년에 공포된「부정경쟁방지법 (反不正当競爭法)」제7조는 처음으로 행정적 독점을 입법적으로 간략하게 정의하고 열거 방식으로 행정적 독점의 특정 상황을 명확히 하였다. 「반독점법」이 이러한 방법을 채택하여 행정적 독점 문제를 다루는 조항은 9개가 있다.[57] 그 중 총칙의 제10조는 행정적 독

---

야 하는 항목인 경우 입찰활동은 지역 또는 부서의 제한을 받지 않는다. 어떤 단위나 개인이든지 입찰 활동에 참여하는 지역, 법인 또는 기타 조직의 참여를 불법으로 제한하거나 배제해서는 안 된다. 어떤 방식으로 입찰 활동을 간섭해서는 안 된다."고 규정하고 있다.

54)「입찰응찰법」 제22조, 제31조, 제32조, 제51조, 제52조.

55)「정부조달법」 제25조, 제64조, 제71조, 제83조.

56)「사회주의 경쟁 전개와 보호에 관한 잠정규정」제3조는 "사회주의 공유제경제가 우세를 차지하는 상황에서 각종 경제성분 간, 각 기업 간 장점을 발휘하여 경쟁을 벌이는 것을 허용하고 제창한다. 경제활동에서 국가가 지정한 부문과 단위가 전문적으로 경영하는 제품을 제외하고는 독점경영을 해서는 안 된다"고 하였다.

57) 「반독점법」제10조, 제39-45조, 제58조.

점에 대해 전반적으로 부정적 평가를 하였다. 제5장은 행정적 독점에 대한 특별 규정으로 제39조부터 제45조까지 총 7개 조항으로, 지정 사업장의 지역보호, 차별대우, 경쟁제한행위의 강제시행, 추상 행정적 독점행위 등을 규정하고 있다. 제7장은 법적 책임 부분으로, 제58조에서 행정 독점의 관할권, 책임부담 및 법률적용과 같은 문제를 명확히 하였다.

가치목표의 다중성을 추구하는「정부조달법」과 달리「반독점법」의 가치목표는 상대적으로 단일하다. 입법상으로는 “경제 운영의 효율성을 높이고 소비자의 이익을 보호…” 등의 표현이 있지만,[58] 이러한 목표는 일관성을 지니고 있다.

「반독점법」이 제정된 초기에 법 집행권은 국가공상총국, 국가발전개혁위원회, 상무부가 공유하였다. 각각의 관할범위는 대략적으로만 구분되며, 행정적 독점은 원칙적으로 국가공상총국 관할이지만 가격문제와 관련된 경우 국가발전개혁위원회가 개입해야 한다. 이러한 절차는 2018년에「국무원제도개혁계획(國務院机构改革方案)」의 공포와 함께 없어졌다. 새로 설립된 국가시장감독관리총국(國家市場監督管理總局)은 기존의 3개 부서를 대체하여 유일한 반독점 법집행 기관이 되었다. 국가시장감독관리총국은 2019년 6월 26일「행정권 남용근절 및 경쟁제한에 관한 잠정규정 (制止濫用行政權力排除、限制競爭行爲的暫行規定)」을 공포하여 행정적 독점 관련 문제를 개선하였다. 그 중 제9조는 행정기관이 경쟁을 배제하거나 제한하는 내용을 포함하는 정부조달정책을 어떤 형태로든 수립하거나 발표해서는 안 된다고 명시하고 있다.

## 2. 정부조달 중 행정적 독점에 대한 사법행정

지금껏 내부통제 모델, 즉 행정기관의 자율적 규제에 의존하여 행정적 독점을 오랫동안 억제해 왔다. 시장에서의 경쟁이 치열해지고 다양한 행정부서의 이해관계가 더욱 복잡해짐에 따라 행정기관의 자율에만 의존하는 이 행정적 독점의 규제모델은 명백한 한계를 드러내고 있다. 내부규제를 통해서는 행정적 독점의 불법행위를 효과적으로 억제할 수 없으며 관련 행위자를 처벌할 수도 없다.

중국의「반독점법」은 행정적 독점행위에 대한 조사를 명시적으로 규정하고 있지만, 감독의 주체는 여전히 행정기관이며, 이는 본질적으로 여전히 행정기관의 자율적인 내부규제관행을 바꾸지 못하였다. 「반독점법」은 반독점 법집행기관에 권고만을 부여하고 조사권, 처벌권 등 기타 권리는 부여하지 않는다. 이는 반독점 법집행기관이 행정적 독점의 주체를 직접 제재할 수 없음을 의미하며, 어느 정도 공정한 사법의 이행을 방해한다.

중국에는 행정소송 사건이 많지 않고 그 중 부정경쟁관련 판례는 훨씬 적으며, 소송사건 총량에서 차지하는 비중이 극히 낮다. 중국 인민법원 출판사에서 발간한「인민법원판례선집-행정 및 국가배상판례」는 1992년부터 2015년까지의 총 747건의 행정소송 판례가 수록되어 있으며, 그 중 부정경쟁방지 판례는 10건으로 2% 미만을 차지하였다.[59] 이는 중국 사법재판기관이 행정기관에 대해 “행정적 독점”을 이유로 사법 판결을 하는 경우가 거의 없음을 보여주며, 행정규제 및 행정적 감독에서 사법권의 부재를 반영하고 있다.

---

58) 「반독점법」 제1조.

59)中國應用法學网, http://yyfx.court.gov.cn/news/xq-536.html. [2024.03.31]

## 3. 정부조달 중 행정적 독점에 대한 법집행

2017년 10월 23일, 국가발전개혁위원회, 재정부, 상무부 등 5개 부처가 공동으로 「공정경쟁심사제도시행세칙(잠정시행)(公平競爭審查制度實施細則(暫行))」을 발표하여 공정경쟁심사제도의 심사기제(메커니즘), 심사기준, 예외규정, 책임추궁 등을 명확히 규정하였다. 2018년 11월 8일, 국무원판공청(國務院辦公廳)은「기업 관심사에 초점을 맞추고 영업환경 최적화 정책 시행을 더욱 촉진하기 위한 통지(關于聚焦企業關切進一步推動优化營商环境政策落實的通知)」를 발표하였다. 이 문서는 지역보호 및 행정적 독점행위를 정돈하고, 공정경쟁심사제도의 실시 상황에 대하여 검사를 하고, 「공정경쟁심사제도시행세칙(잠정시행)」을 개정할 것을 제안하였다. 2021년 6월 29일, 국가발전개혁위원회, 재정부, 상무부 등 5개 부처가 공동으로「시행세칙」을 공포하였다.

시간이 흐름에 따라 공정경쟁심사제도의 시행범위는 계속 확대되고 있다. 중국시장감독관리총국이 발표한 보고서에 따르면, 2023년 말 현재 국무원의 모든 부서와 성급 정부는 이 제도를 시행하고 있다. 수평적 관점에서 보면, 이 제도의 구현 범위에는 모든 성급 행정구역이 포함되었다. 모든 성은 국가정책의 요구사항에 적극적으로 대응하고 경제발전의 실제 요구를 결합하여「공정경쟁심사의견(公平競爭審查意見)」및「시행세칙」을 제정하고 시행하였다. 동시에 공정한 시장경제환경을 조성하기 위해 지원 정책 및 조치가 도입되었다. 예를 들면, 푸젠성(福建省) 정부가 하달한 통지는 각급 정부가 공정한 경쟁 심사 제도를 준수하고 행정행위에 대한 심사를 강화하며 조화롭고 질서 있는 건전한 경쟁시장시스템을 구축해야 한다고 명시하고 있다.[60] 수직적 관점에서 보면, 중국은 “상명하달(自上而下)” 체계가 형성되어 있으며, 국무원을 최고의 지도부서로 하여 하위 정부가 공정경쟁심사제도를 시행하도록 지도한다. 예를 들면 푸젠성(福建省), 현(縣), 구(區) 정부는 성, 시의 의견과 지침문서를 기반으로 해당 공정경쟁심사제도의 실시계획을 수립하였다.[61]

동시에 중국의 공정경쟁심사제도의 실시가 부단히 확대되고 있다.[62] 중국은 공정경쟁제도를 효과적으로 이행할 수 있는 방안에 대해 집중적인 논의와 연구를 진행하기 위해 여러 부서로 구성된 합동회의를 마련했다.[63] 또한 국가발전개혁위원회는 감독 강화와 제도 시행을 종합적으로 고려하여 4명으로 구성된 공정경쟁심사처를 설립하였으며, 공정경쟁심사제도의 기본원칙과 요구사항을 명확하게 제시하는 일련의 지침도 발표하였다.

60)參見《福建省市場監督管理局福建省發展改革委員會福建省財政廳福建省商務廳轉發市場監管總局等四部門關于進一步推進公平競爭審查工作的通知》 (閩市監反壟斷〔2020〕166号)

61) 參見《莆田市秀嶼區市場監督管理局等五部門轉發國家市場監督管理總局等五部門關于印發“公平競爭審查制度實施細則”的通知》 (國市監反壟規〔2021〕2号)

62) 參見中華人民共和國中央人民政府网，https://www.gov.cn/xinwen/2018-01/09/content_5254755.html. [2024.06.23]

63) 《實施細則》第四條

## Ⅳ. 중국 정부조달 중 행정적 독점규제의 문제점

현재의 법적 규제로는 중국 정부조달 분야에서 행정적 독점이 시장에 미치는 충격을 완전히 완화하기에는 어려움이 있다. 규제의 허점을 보완하기 위해서는 현 규제체계의 문제점을 파악하는 데에서 출발해야 하며, 특히 정부조달 분야에서 행정적 독점 법적 규제가 직면한 어려움을 명확히 하는 것이 중요하다.

### 1. 이중적인 법률규제체계의 한계

#### (1) 법집행(執法)기구 간의 충돌

이중 법률규제에서「정부조달법」이 금지하는 독점행위의 대부분은「반독점법」의 규제 대상이다. 그러나 두 법의 서로 다른 규정은 동일한 행위에 대해 서로 다른 처리결과를 초래할 것이며, 어떤 법률에 의해 어떤 관할기관에 대응할지는 분명하다. 중국의 반독점 법집행기관은 시장 감독관리부서이고, 정부조달 감독관리기관은 각급 정부의 재정부서 및 기타 관련 부서이다. 법집행기관의 충돌은 두 가지 상황으로 조성될 것이며, 하나는 법집행기관이 사건의 관할권을 놓고 서로 다투는 것이고, 다른 하나는 법집행기관이 사건을 회피하는 형태로 나타날 것이다.

#### (2) 규제범위의 제한

열거적 규정으로 모든 위법행위를 다 망라할 수 없다는 것은 모든 법률이 직면한 문제점이다. 열거식 규제에 대한 올바른 인식이 필요하다. 즉 법률상의 특정 금지행위를 열거하는 것이 사회에 안정적인 기대를 제공할 수 있지만 “열거된 행위가 모두 제한적 행위이다” 라는 해석도 한계를 지닐 수밖에 없다. 이때 완전 포괄주의적 규정이나 개괄 규정이 있으면 서로 도움이 된다. 이러한 시각에서 정부조달분야에서「반독점법」을 바라볼 때 두 가지 문제가 있다. 하나는 불법행위를 포괄할 수 없다는 것이고, 다른 하나는 일반 조항이 그다지 실용적이지 않다는 점이다.

### 2. 제한적인 공정경쟁심사제도

#### (1) 분산된 심사대상

다양한 정부구매자들로 인해 공정경쟁 심사의 대상이 사실상 분산되어 일반 지자체와 직능부처 외에 권한 있는 공공기관과 단체도 심사의 대상이 된다. 다양한 직능의 다수 행정기관에 대한 심사를 동시에 진행하다 보면 심사의 질이 균일해지기 어렵다. 다양한 심사 대상은 심사기준까지도 분산시킨다. 정부조달 관련 문서를 심사할 때 전국의 많은 지방행정기관 및 유권기구들은「시행세칙」의 거시적 지침에 따라 자체의 척도 및 표준에 의해 심사를 진행한다.

다음으로, 분산된 심사대상은 공정경쟁심사제도의 권위를 저하시킨다. 제도의 권위

는 집행과 구현에 있다. 공정경쟁심사제도의 경우 통일된 심사 기준이 없으면 동일한 상황에 따라 다르게 처리하는 결과를 초래하고, 제도의 안정성과 예측가능성이 크게 저하되어 권위를 보장할 수 없게 된다.

### (2) 모호한 심사자의 지위

정부조달은 조달자가 재정자금의 사용 효율성을 개선하도록 요구하며 때로는 지역 경제 발전을 목적으로 공식화된 경쟁을 거쳤다는 것을 서면으로 작성하도록 하고 있다. 따라서 심사 기관은 공정한 시장경쟁 유지의 관점에서, 행정기관이 문서상으로 작성한 경쟁효과를 검토하는 정책문서의 '감시자' 역할을 담당해야 한다. 하지만 현재 문서를 발행하는 부서와 작성된 문서를 감독하는 부서는 모두 행정기관의 내부 기관으로, 상호 독립성이 취약할 수밖에 없다.

행정기관의 조달 목표가 있는 상황에서, 다른 한편으로는 공정한 조달을 감시해야 하는 것은 운동경기에서 선수가 심판의 역할까지도 담당해야 하는 것과 유사하다.

### (3) 심사대상 범위의 제한

공정경쟁심사는 시장주체의 경제활동과 관련하여 행정기관 및 권한 있는 기관이 제정한 정책 및 조치에 대한 공정경쟁평가를 말한다. 검토대상은 다음과 같은 특징을 가져야 한다. 첫째, 행정기관 및 권한 있는 기관에 의해 공식화되어야 하며, 둘째, 내용이 시장 주체의 경제 활동에 대한 공정한 참여에 영향을 미칠 수 있으며, 셋째, 정책 및 조치의 추상적 행정행위라는 특징이 있어야 한다.

정부조달 분야의 행정적 독점의 유형은 공정경쟁심사를 받을 수 있는지 여부에 따라 두 가지로 나눌 수 있는데, 하나는 공정경쟁심사제도를 적용할 수 있는 규칙, 규범문서 및 정책문서에 의한 독점행위이고, 다른 하나는 공정경쟁심사 범위에 포함되지 않는 문서로 입찰공고 및 기타 조달문서를 이용한 독점행위를 포함한다. 심사범위와 실무상의 독점행위를 대조해 보면, 심사대상의 한계로 인해 주로 정부조달 입찰공고 및 특정 행정행위에 대한 사전심사가 부족하고, 대부분의 독점행위가 심사범위에 포함되지 않았다는 점을 발견할 수 있다.

## 3. 모호한 책임소재

이중적 규제 하에서 정부조달 분야의 행정 독점행위에 대한 책임이 모호해지는 경향이 있다. 2024년 3월 28일 기준으로, 국가시장감독관리총국 반독점국에는 총 91건의 "행정권을 남용하여 경쟁을 배제하거나 제한한 행위"에 대한 신고가 있었으며, 조사과정에서 불법에 해당하는 것으로 의심되는 대상은 2건에 불과했다.[64] 나머지 사건은 모두 적극적인 시정 조치를 거쳐 종료되었다. 중국 정부에서 운영하는 조달 관련 공식 웹사이트에 의하면, 감독 및 처벌대상으로 공고한 6건의 경쟁 배제 및 제한 사건 중 1건만이 조달기관 담당자에게 시정명령을 하달하였고, 나머지는 모두 기각

64)國家市場監督管理總局反壟斷執法一司网站，https://www.samr.gov.cn/fldys/tzgg/xzjj/index.html. [2024.03.31]

등의 조치로 종결되었다.[65]「반독점법」이나「정부조달법」에 관계없이 행정적 독점 사건의 대부분에 대하여 실제 행정기관의 책임이 수반되는 경우는 드물었다. 실제로 위법을 행한 행정기관에 대한 책임을 묻지 않는다면, 법을 통해 책임가중 규정을 두더라도 실질적인 효과를 기대하기는 어렵다.

## Ⅴ.중국 정부조달 중 행정적 독점규제의 개선방안

정부조달 분야의 행정적 독점규제의 문제점으로 이중적인 법률규제체계의 한계, 제한적인 공정경쟁심사제도, 모호한 책임소재를 들 수 있다. 이와 같은 문제에 대해 정부조달 분야에서 행정적 독점을 규제하기 위한 개선 방안에 대하여 살펴본다.

### 1. 두 법률의 병행적 규제가 가능한 환경조성

#### (1) 다원화 규제 메커니즘 구축

중국의 정부조달 분야에서 행정적 독점행위가 오랫동안「반독점법」과 「정부조달법」의 이중 규제를 받아온 상황을 감안할 때, 두 법률 사이에서 어느 하나를 선택하고 다른 법률을 폐기하기란 현실적으로 어렵다. 현재의 법적 환경을 감안할 때, 앞서 문제점으로 지적했던 동일한 행위에 대해 상충된 규정을 두고 있는 부분을 정치하게 가다듬어 두 법률을 통한 규제가 이루어질 수 있는 환경을 조성하는 것이 더 합리적인 선택이다. 기존 법적 기반을 훼손하지 않고 “두 가지 법률의 병행 적용”의 상황을 유지하여, 정부조달 분야의 행정적 독점을 포괄적으로 규제할 수 있도록 해야 한다.

경쟁을 제한하는 독점행위의 규제를 강조하는 사회적 분위기 속에서,「반독점법」을 핵심으로 하되「정부조달법」및 기타 법률과 결합된 다원화된 규제 메커니즘을 점진적으로 구축해야 한다. 사견으로 “반독점법”은 독점행위를 규제하고, “정부조달법”은 정부조달행위를 규제하도록 이원화시키는 편이 좋다.

또한, 정부조달 분야의 행정독점 규제는 모든 시장 주체가 동등하게 대우받고 동등한 경쟁적 지위를 누려야 한다는 개념을 항상 구현하여 공정한 경쟁을 사전에 검토하고 책임을 묻는 과정에 반영될 수 있도록 해야 한다. 그 과정에서 정부행정기관이 항상 중립적인 입장을 취하도록 제도적 장치를 마련할 필요가 있다.

#### (2) 정보공유를 위한 법적 근거 제공

2016년「정부 정보자원공유 관리를 위한 잠정조치(政務信息資源共享管理暫行辦法)[66]의 공포는 정부부처 간의 정보공유를 위한 법적 근거 및 정책지침을 제공하였

65)中國政府采購网，https://www.ccgp.gov.cn/jdjc/jdcf/index.html. [2024.03.31]

66) 이 「조치」에 따르면 공유가 원칙이고 예외적으로 공유하지 않을 수 있으며, 정보사용료는 무상이다. 또한 정보공유의 절차도 규정하고 있다.

다. 반독점 법집행기관과 정부조달 감독기관의 정보공유가 실현될 수 있다면, 정부조달 감독기관은 조달과정의 일상적인 감독에서 행정적 독점과 관련될 수 있는 조달상황을 제때에 반독점 법집행기관에 보고하여 사전조사에 참여할 수 있다. 이렇게 함으로써 행정적 독점행위가 이루어지기 전에 적시에 이를 억제할 수 있도록 하여, 문제 발생 전에 예방이 가능하게 된다. 뿐만 아니라 반독점 법집행의 업무량을 감소시키고 반독점 법집행의 강도를 높일 수 있으며 조달공고상 공정경쟁심사의 허점을 보완할 수 있다.

상하이를 예로 들면,「시행세칙」에 따라 공정경쟁심사제도를 시행할 때 발전개혁위원회, 정부법제판공실, 공상국, 재정국 및 기타 부서로 구성된 합동회의를 설립하여 모든 당사자의 권한을 조정하고 있다. 합동회의의 협의메커니즘을 통해 공정경쟁심사의 이행을 공동으로 수행하고 있다.[67] 정보공유라는 정책이 전국적으로 실시될 수 있도록 이를 위한 법적 근거를 마련할 필요가 있다.

## 2. 공정경쟁심사제도 정비

### (1) 심사범위의 확대

입찰공고를 공정경쟁심사의 범위에 포함시키는 방식의 작은 변화를 통해 정부조달 분야에서 행정적 독점의 사전규제효과를 크게 향상시킬 수 있다. 구체적인 실시단계는 다음과 같다.[68]

첫째, 중앙조달에 속하는 정부조달사업의 경우, 조달인이 중앙조달기관에 조달수요를 제출한 후 중앙조달기관은 피위탁자로서 입찰공고를 발표할 권리가 있으며 공고내용에 대한 공정경쟁 심사의무가 부여된다. 공정경쟁심사의 주체는 정책 및 조치의 초안을 작성하는 행정기관 또는 권한을 위임받은 조직이어야 하며, 중앙조달기관은 비영리법인으로서 사전심사를 수행할 권한이 없는 것으로 보인다. 그러나 중앙조달기관은 권한 범위 내에서 위탁자의 권리와 의무의 일부를 향유할 수 있다. 따라서 입찰공고가 공정경쟁심사의 범위에 포함되는 한 조달인은 심사권한을 갖게 되며, 조달인과 중앙조달기관의 위탁대리관계를 통해 중앙조달인은 입찰공고의 내용에 대해 원래의 적법성 및 준법심사를 기반으로 공정경쟁심사를 수행할 수 있게 된다.

둘째, 분산조달에 속하는 정부조달사업의 경우, 조달인은 조달을 위탁하거나 자체적으로 조달할 수도 있다. 조달인이 위탁조달을 선택하는 경우, 심사주체와 절차는 첫째의 내용과 일치한다. 조달인이 자체조달을 선택하는 경우, 입찰공고를 공정경쟁심사의 범위에 포함시키게 되면, 조달인이 직접 공정경쟁심사를 수행하여야 한다.

---

67) 상하이시 인민정부의 〈시장체계 구축에서 공정경쟁심사제도 구축에 관한 국무원의 의견〉은 합동회의의 구성을 명확히 규정하고 시 발전개혁위원회에 사무실을 설치하여 합동회의의 일상업무를 수행한다.

68) '중앙조달'이란 구매자가 중앙조달목록에 등재된 품목의 구매를 중앙조달기관에 위탁하거나 부서별 중앙조달을 실시하는 행위를 말한다. 한편, '분산조달'은 중앙조달 목록에 포함되지 않은 조달한도 이상의 품목을 구매자가 직접 구매하거나, 조달기관에 위탁하여 구매하는 행위를 말한다(「정부조달법 시행규칙」 제4조).

### (2) 심사기준 및 예외규정의 정비

조달인은 “경제인”과 “공공관리자”의 역할을 모두 수행하고 있기 때문에 그 행동은 역할에 따른 혼동을 피할 수 없게 되고 이는 정부조달 분야의 관련 문제를 더욱 복잡하게 만든다. 정부조달과 관련된 정책 및 조치를 심사할 때 심사기준이 획일화되어서는 안 된다. 시장의 경쟁을 저해하는지 여부가 심사의 주요 기준이지만 유일한 기준이 되어서는 안 되며, 심사기준은 정부조달의 특수성을 반영해야 한다.[69] 구체적으로 다음과 같은 두 가지를 제시하고자 한다.

첫째, 심사기준을 세분화해야 한다.「시행세칙」에서 정한 4대 항목 18개 심사기준 및 예외규정은 대체로 추상적이고 일반적이다. 시장접근, 투자유치, 정부조달 등의 분야에 보편적으로 적용되지만, 분야의 특성을 반영하지 못하기 때문에 공정경쟁심사의 효과가 명확하지 않다. 특히 정부조달 분야에서는 다양한 심사대상에 직면하여 분산된 심사주체가 전문성과 일관성을 보장하기 어렵다. 이때 심사기준부터 시작하여 각 분야의 주도부서를 명확히 하고, 해당 분야의 심사기준을 세분화시켜 다듬어 나가면 심사효과를 효과적으로 향상시킬 수 있을 것이다.[70]

둘째, 예외규정을 정비해야 한다. 「시행세칙」은 예외규정을 국가안보, 사회보장 등 4대 범주로 정했지만, 「정부조달법」과「정부조달법 시행규칙」에서는 조달수요 조정, 환경보호, 중소기업 지원 등으로 정하고 있다. 두 상충되는 규정의 관계를 어떻게 정립하는 지가 예외 규정을 적용하는 데 핵심이 된다. 또한 예외규정은 가능한 한 개별 사례별로 정량화시킬 필요가 있다.[71]

## 3. 책임에 대한 인식강화

### (1) 지속적인 문책 체계 확립

정부는 책임에 대한 인식강화를 위하여 지속적인 문책 체계를 확립하고 정보공개를 강화해야 한다. 이를 위해서는 통일된 정보공개 기준이 필요하며, 조사를 중단하거나 종료한 이유 등을 공개해야 한다. 반독점 법집행기관과 위법기관에 대한 외부 여론 압력을 형성하고 책임추궁에 있어 양측의 소극적인 상태를 완화할 수 있을 것이다.

정부는 지속적인 문책 성과평가를 결합하여 귀책사유가 있는 책임자에 대한 책임을 물어야 한다. 2018년 중국은 예산성과관리개혁전략(預算績效管理改革戰略)[72]을 제안했으며 정부조달 분야의 성과관리도 자연스럽게 전략적 배치 부분에 포함되었다. 2020년 12월, 「정부조달법」 제3조에 “성과주의원칙”이 추가되었으며, “성과(績效)”라

---

69)孫晋·衛才旺, “自貿區政府采購中公平競爭審查的理論檢視和制度匡正”, 《河南財經政法大學學報》, 第34期第6版 (2019) , 85-87면.

70)金竹, "地方財政部門公平競爭審查實務問題探討", 《北京社會科學》, 第2期 (2020) , 119-128면.

71)黃軍, “比例原則在公平競爭審查例外制度運行中的适用”, 《財經法學》, 第1期 (2021) , 49-60면.

72) 2018년 9월 1일 국무원은 「예산성과관리의 전면 시행에 관한 의견」을 발표하고 “공통적이고 산업별 성과지표 프레임워크”구축을 제안했으며 정부지출은 예산자금할당의 효율성과 사용효율성에 중점을 두어야 하며 동시에 “민관협력사업(PPP), 정부조달, 정부구매서비스, 정부부채 프로젝트 성과관리”를 전개한다.

는 단어가 14회 등장하였다. “예산성과관리”는 정부조달 예산의 사용효율성에 중점을 두고 성과평가를 통해 행정기관 및 직원이 업무의 질을 향상하도록 강요한다. 반독점 법집행기관의 경우 반독점 법집행 사건의 추적, 사건의 후속 발전, 책임이행 및 조달시장의 반응을 평가지표에 포함할 수 있다. 행정기관과 권한 있는 조직의 경우 반독점 법집행에 대한 행정 제안을 이행할 수 있는지, 행정적 독점을 적시에 시정할 수 있는지, 후속 정부조달의 원활한 진행을 감독할 수 있는지, 경쟁제한의 영향을 제거할 수 있는지 등을 평가지표에 포함할 수 있다. 부적절한 책임추궁에 대하여 권한 있는 책임자의 징계를 명확히 하는 것도 담당자에 의한 주도적이고 효율적인 책임추궁이 이루어질 수 있도록 하는 방법 중 하나가 될 수 있다.

### (2) 개인 책임 강화

「반독점법」 제51조는 상급 기관이 “직접 책임자 및 기타의 직접 책임자”에 대하여 제재를 가할 수 있다고 규정하고 있다. 정부조달 분야의 행정적 독점에 대한 책임과 관련하여, 행정기관이나 승인된 조직이 책임을 지게 된 후에는 조직뿐만 아니라 관련 책임자에 대한 책임도 더욱 강화되어야 한다. 행정시스템 내에서 행정처벌은 개인에게 상당한 영향을 미치며, 행정처벌은 단순한 책임추궁일 뿐만 아니라 개인의 미래에도 영향을 미친다. 행정처벌은 경고, 벌점, 중대한 벌점, 강등, 면직, 해임의 6가지로 이루어지며, 실제로 상급기관은 합리성과 신중성의 원칙에 의해 상황이 심각한지, 악영향을 미치는 정도 등에 따라 관련 책임자에게 상응하는 처벌을 가한다.

몇 가지 책임추궁 방법을 비교하면, 사법심사의 책임추궁 방식을 택할 경우 정부조달 분야에서 처벌할 수 없는 추상적 행정행위가 많이 발생한다는 사실을 어렵지 않게 발견할 수 있다. 실질적으로 국가재정 내부의 순환으로 위법자에 대한 처벌과 경고의 역할을 전혀 반영할 수 없는 것이다.[73] 책임에 대한 인식을 증대시키기 위하여 개인의 책임을 강화하는 것이 필요하다. 이를 통해 위법행위의 발생을 억제하는 등의 경고 효과를 부여할 수 있으며, 정부조달 분야에서 행정적 독점을 효과적으로 억제할 수 있게 된다.

## Ⅵ.결론

중국 정부조달 분야의 경쟁제한은 조달대상의 행정적 성격과 조달자금의 공공성으로 인해 행정위법행위의 구성요건을 충족시키며, 조달시장에서 특유한 경쟁 질서를 교란하기 때문에 행정적 독점행위로 간주될 수도 있다.

기존의 대다수 연구는 정부조달제도 또는 행정적 독점을 둘러싸고 개별적으로 논의되었고, 양자를 결합해서 연구를 한 것은 극히 드물었다. 이에 본 논문은 양자를 통합한 논의를 전개하고자 하였고 개념, 현황, 딜레마 및 개선조치 측면에서 중국 정부조달의 행정적 독점에 대한 포괄적이고 체계적인 분석을 수행하였다. 연구의 결과,

73)丁茂中, “我國《反壟斷法》的修訂路徑”, 《法學》, 第5期 (2020) 133-150면.

다음과 같은 결론을 내린다.

첫째, 법률적용 측면에서 정부조달 분야의 행정적 독점은「반독점법」과「정부조달법」의 이중 규제를 받는다. 이러한 상황에서「반독점법」은 정부조달 분야의 모든 행정적 독점을 포괄할 수 없으며, 반독점 법집행기관과 정부조달 감독기관도 특정 사건에서 관할상의 중첩과 공백이 있다. 이와 관련하여, 동일한 행위에 대해 상충된 규정을 두고 있는 부분을 삭제하는 등, 이중 법률규제의 연결 및 조정에 주의를 기울여 법률 간의 관계를 바로잡아 충돌문제를 해결해야 한다.

둘째, 사전심사 측면에서 볼 때, 정부조달 분야는 공정경쟁심사의 주체가 너무 분산되어 심사대상을 충분히 포괄할 수 없으며, 심사기준도 너무 포괄적이고 일반적이다. 구체적으로, 현재 자체심사 모델의 개선은 심사대상을 확대하고 심사기준을 개선하며 보다 전문적이고 구체적이며 지향적인 심사제도를 통해 자체심사의 단점을 보완해야 한다.

셋째, 책임성 측면에서 독점금지법집행기관과 정부조달규제기관은 책임성을 회피하는 경향이 있으며, 상급기관은 불법행위를 시정하려는 주도권이 부족하다. 그 결과, 정부 조달 분야에서 행정독점의 책임은 계속 약화되고, 법적 책임은 완전히 이행되지 않으며, 법 집행에 대한 억제 및 경고가 제한되고 있다. 책임추궁은 조사 당시에만 제한되어서는 안 되며, 장기적인 추적 및 조사 메커니즘을 구축하고 개인의 책임을 강화해야 한다.

본 연구를 통한 이러한 논의를 통해서 중국 정부조달 분야의 행정독점에 대한 법적 규제가 더욱 완전하고 효과적으로 되어 정부조달이 기본적인 정부 요구를 충족할 수 있을 뿐만 아니라 조달시장에서 건전한 경쟁을 촉진할 수 있게 되기를 기대한다. 아울러 이러한 논의는 중국과의 국제거래 등을 준비하는 한국의 독자들에게도 시사점을 제공해 줄 수 있을 것이다.

## [참고문헌]

<국내문헌>

선정원, “지방자치단체의 수의계약”, 행정법연구, 제14권, 행정법이론실무학회, 2005.
의덕 유 · 손영화. "중국 반독점법에서 행정독점의 인정에 관한 연구", 한양법학, 제35권 제2호, 2024.
홍명수, “독점규제법상 입찰담합 규제와 공정거래위원회의 역할”, 법학논고, 제30권, 경북대학교 법학연구원, 2009.

<해외문헌>

鄭鵬程，《行政性壟斷的法律控制研究》，（北京大學出版社，2002）
包錫妹，《反壟斷法的經濟分析》，（中國社會科學出版社，2003）
曹康泰，《中華人民共和國反壟斷法解讀－－理念、制度、机制、措施》，（中國法制出版社，2007）
關保英·黃輝·曹杰，《行政壟斷之行政法控制》，（中國政法大學出版社，2008）
漆多俊，《經濟法學》，（高等教育出版社，2010）
何海燕，《中國反壟斷法研究》，（北京理工大學出版社，2010）
管斌，《混沌与秩序：市場化政府經濟行爲的中國式建构》，（北京大學出版社，2010）
鄧志松，《論行政壟斷的成因、特点及法律規制》，（法律出版社，2012）
胡蘭玲，《政府采購中供應商權利保障研究》，（中國法制出版社，2013）
白志遠，《政府采購政策研究》，（武漢大學出版社，2016）
徐孟洲，《競爭法》，（中國人民大學出版社，2018）
劉弘陽，《我國地方政府間競爭失范法律治理机制研究》，（法律出版社，2019）
孫晋·閆曉夢，“反壟斷法視角下藥品集團采購(GPO)發展困境及突破－－以深圳市GPO被國家發改委叫停事件爲切入点”，《甘肅政法學院學報》，第5期（2018）
汪永福，“論地方公共資源交易的反競爭与公平競爭－－基于X省公共資源交易規范性文件的實証考察”，《社會科學》，第11期（2018）
孫晋·衛才旺，“自貿區政府采購中公平競爭審查的理論檢視和制度匡正”，《河南財經政法大學學報》，第34期第6版(2019)
徐文，“政府采購領域公平競爭審查制度的實施進路”，《經濟与社會發展》，第17期第6版（2019）
金竹，“地方財政部門公平競爭審查實務問題探討”，《北京社會科學》，第2期（2020）
丁茂中，“我國《反壟斷法》的修訂路徑”，《法學》，第5期（2020）
黃軍，“比例原則在公平競爭審查例外制度運行中的适用”，《財經法學》，第1期(2021)
任際，“招投標法在國外”，《遼宁日報（理論版）》，第10版（1999.09.10）
AntonioCapobianco,PublicProcurementandCompetitionPolicy:FriendsorFoes?http://www.learconference.com/wp-content/uploads/2017/07/CAPOBIANCO-Public-Procurement-and-Competition-Policy-Friends-or-Foes.pdf.2019-11-10[2024.03.31]

中國應用法學网，http://yyfx.court.gov.cn/news/xq-536.html. [2024.03.31]
國家市場監督管理總局反壟斷執法一司网站，https://www.samr.gov.cn/fldys/tzgg/xzjj/index.html. [2024.03.31]
中國政府采購网，https://www.ccgp.gov.cn/jdjc/jdcf/index.html. [2024.03.31]
中華人民共和國中央人民政府网，https://www.gov.cn/xinwen/2018-01/09/content_5254755.html. [2024.06.23]

[Abstract]

## Research on the Legal Regulation of Administrative Monopoly in the Field of Chinese Government Procurement

Liu Jiaxin*, Heejun Kim**

Government procurement is a typical representative of administrative organs participating in the operation of market economy. Sometimes in order to achieve special policy objectives or power rent-seeking, the purchaser may inevitably touch the defense line of fair competition in the process of continuous integration with the market, and administrative monopoly in the field of government procurement arises.

Administrative monopoly has always been a stubborn disease in the process of anti-monopoly law enforcement in China, As early as the promulgation of the Government Procurement Law in 2002, the legislator has negated the restrictive competition conducts such as restricting non-local operators from entering the local market and setting discriminatory conditions in procurement activities by means of prohibitive norms. Anti-Monopoly Law, which was subsequently promulgated, also included these conducts. In recent years, with the construction of the fair competition review system and the implementation of the policy of optimizing the business environment, the administrative monopoly in the field of government procurement has attracted attention again. Regulations for the Implementation of the Tendering and Bidding Law which was subsequently promulgated, the Interim Provisions on the Prevention of the Abuse of Administrative Power to Exclude and restrict competition conducts, Administrative Measures on Government Purchase of Services which was promulgated in 2020 all regard this issue as a regulatory focus, which shows its seriousness. This shows the seriousness of the problem. Therefore, it can be concluded that the legal regulation of administrative monopoly in the field of government procurement is a key issue in theoretical research and law enforcement practice.

Starting from the particularity of administrative monopoly in the field of government procurement, this paper analyzes its regulation difficulties in the application of law, fair competition review and accountability, so as to maintain the order of fair competition in the market Put forward specific regulatory suggestions for the purpose of implementing anti monopoly law enforcement. In the future, the development of legal regulations for administrative monopoly in

* (1st Author) Economist, Xi'an Medical University, China, Ph.D.Candidate, Department of International Law, Dong-A University, Korea

** (Corresponding Author) Assistant Professor, Dong-A University, Seokdang Honors College.

the field of government procurement will not only ensure that government procurement meets government needs, but also promote healthy competition in the market.

**Key Words:** Government procurement, Administrative monopoly, Dual regulation, Fair competition review, Accountability

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.143 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 일본뇌염 진단과 상해사고 인정에 관한 연구
## -금융분쟁조정결정(조정번호: 제2023-2호)을 중심으로-

전 한 덕*

**논문요지**

이 사건 금융분쟁조정결정에서는 피보험자의 뇌염모기에 의한 뇌염감염은 약관에서 정한 상해에 해당하지 않는다고 판단하였다. 금융분쟁조정위원회가 일본뇌염 바이러스가 체내에 침투한 것 그 자체를 신체의 손상으로 보지 않은 결정에 대해서는 찬성한다. 그러나 평소 비교적 건강한 편이었고 특별히 심각한 질환이 없었던 피보험자가 일본뇌염에 걸린 것이 외래의 사고가 아니라는 점에 대해서는 동의하기 어렵다. 피보험자는 모기라는 외부적 요인에 의해서 일본뇌염으로 악화되었을 가능성이 크다. 만약 이 사건에서 피보험자가 상당히 고령이라거나 평소 앓고 있던 다른 질환으로 인하여 일본뇌염이 발병하였다면 이는 보험사고와 상해 사이에 인과과계를 인정할 수 없을 것이다. 그러나 이 사건 병원의 진단서에는 이러한 내용은 없고, 오히려 뇌염모기에 의한 일본뇌염 발병 가능성을 인정하는 취지의 의사 소견이 있을 뿐이다. 그렇다면 금융분쟁조정위원회에서는 이 사건에서 상해 여부를 판단하기 위해서 다른 병원에 신체감정촉탁을 하거나 피보험자가 기저질환이 있었는지 여부, 기저질환과 신체의 손상이라는 상해 사이에 상당인과관계가 있는지 여부 등을 자세하게 조사하여 신중한 결정을 내렸어야 한다. 한편, 현재 손해보험약관에서는 상해에 해당되는지 여부에 관한 구체적인 판단기준이 부재하다. 손해보험표준약관에 법정감염병에 관해 상해로 보장하는 구체적인 열거기준을 마련하는 것이 바람직할 것으로 판단된다. 미국의 상해보험약관에서 명시하고 있는 상해 여부를 판단하는 기준으로서 '가시성'에 관한 요건을 표준약관에 도입하는 것을 고려해 볼 필요가 있다.

**검색용 주제어: 일본뇌염, 상해보험, 외래의 사고, 손해보험표준약관, 가시성**

**• 논문접수: 2024. 07. 06. • 심사개시: 2024. 07. 16. • 게재확정: 2024. 07. 29.**

* 전주대학교 금융보험학과 부교수, 법학박사

# Ⅰ. 서론

상해보험계약은 보험자가 피보험자의 신체의 상해에 대해서 보험사고가 발생할 경우에 보험금을 지급할 책임을 부담하는 하는 인보험의 일종이다(상법 제737조). 상해보험에서 말하는 '신체의 손상'은 급격하고 우연한 외래의 사고에 의한 경우를 의미한다. 즉 보험사고와 신체의 손상 사이에는 인과관계가 존재하여야 한다.

일본뇌염과 같이 외부적인 침입경로를 통한 바이러스의 감염은 우연하고도 갑작스럽게 모기라는 외부적 요인에 의해 발생한다. 따라서 뇌염모기에 물려 일본뇌염 바이러스가 체내로 유입되는 것은 급격하고도 우연한 외래의 사고로 볼 수 있는 것이 아닌가 하는 생각이 들 수 있을 것이다. 또한 이러한 감염으로 인하여 환자인 피보험자에게 신체의 손상이 발생하거나 사망에 이르게 될 경우에는 양자 사이에 인과관계가 인정되는 것이 아닌가 하는 의문도 들 수 있다. 다만, 피보험자가 평소 질병을 앓고 있거나 고령 기타 체질적인 요인이 주된 원인이 되어 상해의 결과가 발생할 경우에는 보험약관 규정 및 그간 대법원 판례의 일관된 입장 등에 근거하여 상해성이 부정될 가능성이 높을 것이다.

대상 사건에서는 피보험자가 모기에 물려 일본뇌염 바이러스를 진단받은 것이 상해보험 약관에서 정하는 상해에 해당되는지와 피보험자의 일본뇌염 증상을 외래의 사고로 인하여 발생한 것으로 볼 수 있는지 등을 다루고 있다. 금융분쟁조정위원회에서는 피보험자가 모기에 물려 일본뇌염 바이러스가 체내에 침투한 것 그 자체는 신체의 손상이 경미하여 상해에 해당하지 않는다고 보았다. 또한 피보험자의 일본뇌염 증상은 급격하고도 우연한 사고로 입은 신체의 손상에 해당한다고 할 것이나, 외래의 사고로 인하여 발생하였다고 보기 어려워 이 사건 약관에서 정한 상해에 해당하지 않는다고 판단하여 신청인의 신청을 기각하였다.

대상 사건은 손해보험약관과 관련된 분쟁을 다루었다. 생명보험약관에서는 재해를 한국표준질병·사인분류상 우발·외래적 사고 및 제1급 법정감염병으로 열거하고 있고, 나머지 감염병에 대해서는 보험회사가 면책된다는 점을 명시하고 있다. 그러나 손해보험약관에서는 이러한 내용이 부재하다. 결국 손해보험약관상 법정감염병이 보험금 지급사유에 해당하는 재해에 해당되는지 여부는 재해의 일반적인 요건 즉, 급격성, 우연성, 외래성을 갖춘 '상해'에 해당되는지 여부 및 이러한 요건과 상해라는 결과 발생 사이에 상당인과관계가 있는지 여부를 검토해 보아야 한다.

이와 같이 손해보험약관과 생명보험약관은 같은 개념인 상해에 대하여 서로 다른 규정을 두고 있어 보험가입자들에게 큰 혼란을 주고 있어 개선이 필요하다. 본 논문에서는 일본뇌염에 의한 상해사고가 손해보험약관상 보상되는 재해에 해당되는지 여부를 다룬 최근 금융감독원 분쟁조정결정의 의의, 문제점 및 개선사항 등을 다루고자 한다.

# Ⅱ. 대상 사건

## 1. 사실관계

### (1) 보험계약 체결

신청인의 배우자인 망 피보험자는 피신청인과 2016. 2. 15. 계약자 및 피보험자를 본인으로 하여 주계약 ○○○운전자보험 및 특약으로 상해중환자실입원일당(1일이상 180일 한도)에 가입하였다.

### (2) 응급실 입원 및 일본뇌염 진단

피보험자는 뇌염모기에 물린 후 2019. 9. 10.부터 기침, 가래, 발열이 있었고, 2019. 9. 13. 발열 및 구음장애, 의식저하 소견으로 응급실에 입원하였다. 피보험자는 세균수막염, 림프관종 등 진단으로 치료를 받던 중 2019. 10. 11. 질병관리본부에서 피보험자의 혈청을 검사한 결과 일본뇌염 확진판정을 받았다.

### (3) 피보험자의 사망

피보험자는 중환자실에 입원하여 치료를 계속하였으나 상태가 호전되지 아니하였고, 폐렴 및 패혈증 증세로 2021. 12. 4. 사망하였다. 사망진단서상 기재된 피보험자의 직접사인은 폐렴이다.

### (4) 보험금 청구 및 거절

신청인은 2022. 2. 24. 보험회사에 보험금을 청구하였고, 보험회사는 '피보험자가 진단받은 일본뇌염은 질병사고로 판단'된다는 이유를 들어 입원비(상해중환자실입원일당)의 지급을 거절하였다.

## 2. 당사자들의 주장

### (1) 신청인의 주장

피보험자의 일본뇌염은 바이러스에 감염된 모기에 물려 발생한 급격하고도 우연한 사고에 해당된다. 망인의 주치의가 피보험자의 고혈압·지방간 등과 일본뇌염 발병 및 사망 사이에 인과관계가 존재하지 않는다고 소견하였으므로, 일본뇌염은 피보험자의 질병·체질적 요인 등 내부적 요인에 기인하지 않은 것이다. 따라서 피보험자의 일본뇌염 발병은 약관에서 정한 상해에 해당하므로 피신청인은 특약에 따른 상해중환자실입원일당을 지급하여야 한다.

#### (2) 피신청인의 주장

일본뇌염은 바이러스 감염자 중에서 약 0.4%에서만 발현된다. 이는 바이러스의 체내 침투 이후에 일본뇌염으로 악화하는 것에는 신체조건·체력·면역력 등 내재적 요인이 영향을 미치기 때문이다. 일본뇌염과 같이 일상적인 바이러스의 감염은 상해에 해당한다고 볼 수 없으므로 피보험자의 일본뇌염에 대해 피신청인은 상해중환자실입원일당 보험금 지급책임을 지지 않는다.

### 3. 금융분쟁조정결정[1)]

#### (1) 결정 요지

일본뇌염은 이 사건 약관에서 정한 상해에 해당하지 않아 피보험자가 일본뇌염으로 중환자실에 입원하여 치료를 받은 것은 상해중환자실입원일당의 보험금 지급사유에 해당하지 않는다. 따라서 피신청인은 신청인에 대하여 해당 보험금을 지급할 책임을 부담하지 않는다.

#### (2) 결정 이유

#### 가. 일본뇌염이 상해에 해당하는지 여부

일본뇌염 바이러스가 체내에 유입되어도 대부분의 사람들은 별도의 치료 없이 자연치유가 가능하다. 따라서 뇌염모기에 물린 것 자체와 일본뇌염 바이러스가 체내로 유입된 것만으로는 피보험자의 신체에 손상, 즉 상해에 해당한다고 보기 어렵다.

#### 나. 일본뇌염으로 인한 입원 및 사망간 인과관계 존부

피보험자의 체내에 유입된 일본뇌염 바이러스가 뇌염으로 진행한 것은 연령·성별·체질 등 면역력 저하를 야기하는 내재적인 요인이 존재할 가능성을 배제할 수 없어, 피보험자의 일본뇌염 감염이 급격하고 우연한 외래의 사고에 기인하였다고 단정할 수 없다.

## Ⅲ. 평석

### 1. 상해보험의 의의

상해보험은 보험자가 피보험자의 신체의 상해에 관한 보험사고가 생길 경우에 보험금액 기타의 급여를 할 책임을 부담하는 보험이다(상법 제737조). 상해보험의

1) 금융분쟁조정위원회 조정결정서(2023. 10. 31., 조정번호: 제2023-2호).

목적은 피보험자의 신체이고, 보험사고는 피보험자의 신체의 상해이다. 「질병·상해보험 표준약관」에서는 상해를 '보험기간 중에 발생한 급격하고도 우연한 외래의 사고로 신체에 입은 상해'로 정의하고 있다(제2조 제2호 가목). 상해보험에서 보험사고에 해당되기 위해서는 급격성, 우연성, 외래성의 요건을 충족하고, 이러한 사고와 피보험자의 신체에 상해 사이에는 인과관계가 존재하여야 한다.[2)]

그런데 법정감염병이 상해로서 약관상 보험금 지급사유에 해당되는지 여부와 관련하여 생명보험약관과 상해보험약관은 서로 요건을 달리하고 있다. 즉, 생명보험약관에 의하면 재해를 한국표준질병·사인분류상 우발·외래적 사고 및 제1급 법정감염병으로 한정하고 있고, 나머지 감염병에 대해서는 보험회사가 면책된다. 손해보험약관에는 이러한 명시적인 조건이 기재되어 있지 않는바, 법정감염병이 재해로 인한 상해에 해당되는지 여부는 보험사고가 급격성, 우연성, 외래성으로 인한 '상해'인지 여부를 검토해 보아야 한다.

## 2. 보험약관상 법정감염병의 재해 또는 상해 관련 조항

### (1) 생명보험약관

생명보험 표준약관 부표 4 <재해분류표>에서는 보장대상이 되는 재해에 대하여 ① 한국표준질병・사인분류상의 (S00～Y84)에 해당하는 **우발적인 외래의 사고**와 ② 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」(이하에서는 '감염병예방법'이라고 함) 제2조 제2호에서 규정한 **제1급감염병 17종**으로 한정하고 있다. 감염병예방법상 제1급감염병은 다음과 같다.

**감염병예방법상 제1급감염병의 종류**

에볼라바이러스병, 마버그열, 라싸열, 크리미안콩고출혈열, 남아메리카출혈열, 리프트밸리열, 두창, 페스트, 탄저, 보툴리눔독소증, 야토병, 신종감염병증후군, 중증급성호흡기증후군(SARS), 중동호흡기증후군(MERS), 동물인플루엔자 인체감염증, 신종인플루엔자, 디프테리아

2020. 1. 1. 시행된 감염병예방법에서는 재해분류표상 재해에 해당되는 제1급 감염병을 신종감염병증후군(코로나19포함), 에볼라, 페스트, 사스, 메르스 등 총 17종으로 새롭게 규정하였다. 그러나 코로나19 등 일부 전염병이 U코드[3)]로 분류되면서 생명보험 표준약관상 보상대상에 포함되는 동시에 보상하지 아니하는 재해에도 해당되는 문제가 발생하게 되었다. 이에 금융감독원은 2020. 7.경 생명보험 표준약관을 개정하여 감염병예방법 제2조 제2호에 해당하는 제1급 감염

2) 김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001, 862면; 양승규, 「보험법의 법리」, 삼지원, 2000, 505면; 장덕조, 「보험법」 제5판, 법문사, 2020, 515면.

3) U코드는 병인(病因)이 불확실한 신종질환의 잠정적 지정을 위하여 사용하는 코드로서 '생명보험 표준약관<부표 4> 2. 보험금을 지급하지 않는 재해' ⑥에서는 한국표준질병·사인분류상의 U00~U99에 해당하는 질병을 보험자의 면책사항으로 규정하고 있다.

병에 대해서는 한국표준질병·사인분류(KCD)와 무관하게 재해로 보장된다는 내용을 신설하였다.[4]

한편 생명보험 표준약관에 의하면 질병 또는 체질적인 요인이 있는 자가 경미한 외부 요인에 의하여 발병하거나 또는 그 증상이 더욱 악화되었을 때에는 그 경미한 외부요인은 우발적인 외래의 사고로 보지 않는다. 대법원도 경미한 외부적 요인이 여기에 가공하였다고 하더라도 상해의 직접적인 원인이 피보험자의 체질적 요인에 기인한 이상 경미한 외부적 요인은 상해로 보지 않는다고 판시하고 있다.[5]

### (2) 손해보험약관

손해보험의 질병·상해보험 표준약관에서는 상해를 '보험기간 중에 발생한 급격하고도 우연한 외래의 사고로 인한 상해'로 정의하고 있다(제2조 제2호 가목). 보험기간 중 상해의 직접결과로써 사망한 경우에는 사망보험금을, 보험기간 중 상해로 장해분류표에서 정한 각 장해지급률에 해당하는 장해상태가 되었을 때에는 후유장해보험금을, 상해로 입원, 통원, 요양, 수술 또는 수발(간병)이 필요한 상태가 되었을 때에는 입원보험금, 간병보험금 등을 각각 지급한다(표준약관 제3조). 이와 같이 손해보험약관에서는 생명보험약관과는 달리 상해사고에 관하여 구체적인 조항을 두고 있지 않다. 결국 손해보험약관에서 보험사고가 상해에 해당되는지 여부는 그간의 학자들의 이론과 대법원 판례를 근거로 피보험자의 상태, 약관의 규정, 보험회사의 실무관행 등에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.

## 3. 손해보험약관상 상해사고의 요건

### (1) 서설

손해보험계약에서 상해보험의 보험사고는 피보험자의 신체의 상해(傷害)이고, 이러한 상해를 원인으로 하는 사망도 보험사고에 포함된다. 신체의 상해는 이른바 몸에 상처를 입는다는 부상(負傷)보다는 약관 넓은 의미로 쓰이며, 반드시 외관상 분명한 상처자국을 남기는 것에 한정하지 않으며, 상해로 인한 사망 또는 상해로 인한 신체장해 등을 포함한다. 이러한 상해보험의 보험사고는 급격성, 우연성, 외래성이 충족된 보험사고로 인하여 피보험자의 신체에 손상 또는 사망을 담보요건으로 한다.[6] 상해보험의 보험사고에 대하여 상법은 '피보험자의 신체의 상해'라고만 규정하고 있다(상법 제737조). 상해보험약관에서는 이를 조금 더 구체화하여 '급격하고도 우연한 외래의 사고로 인하여 피보험자가 신체에 입은 상해'라고 정의하고 있다. 보험사고로 인정되기 위해서는 상해보험의 보험사고 요건을 모두 충족하여야 한다.

---

4) 금융감독원 보도자료, "불필요한 분쟁의 사전 예방을 위한 보험 표준약관 등 명확화 추진", 2020. 7. 7.
5) 대법원 1994. 12. 27. 선고 93다29396 판결.
6) 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다27579 판결.

### (2) 급격성

급격성은 급작스럽게 일어나는 사고, 즉 의도치 않은 사고를 의미한다.[7] 예컨대 빙판길에 넘어져 상해를 입는 경우, 평소 건강한 사람이 스포츠 경기 중에 입은 상해, 연기 등 유독물질의 흡입에 의한 중독 등의 경우에는 일반적으로 급격성이 인정된다고 볼 수 있다. 그러나 평소 질환이 있던 사람이 등산이나 운동으로 인하여 그 증상이 악화된 경우나 약물중독에 의한 점진적인 증상 악화 등의 경우는 급격성이 결여되었다고 볼 가능성이 높다.

### (3) 우연성

우연성은 피보험자가 전혀 예상할 수 없었던 원인에 의하여 상해가 발생하여야 한다는 것을 의미한다.[8] 따라서 피보험자가 의도하였거나 예상할 수 있었던 사고 즉 자살이나 자해, 운동경기 중 상대편에 의해 입은 상해나 사망은 일반적으로 우연성을 결여하였다고 볼 수 있다. 예컨대 교통사고, 낙마(落馬), 각종 추락사고 등이 여기에 해당될 수 있을 것이다. 피보험자가 방 안에서 술에 취하여 선풍기를 틀어놓고 잠을 자다가 사망한 사안에서 대법원은 원심 판결을 파기하고, 이를 우발적인 외래의 사고로 인정한 바 있다.[9] 반면에 보험자가 보상하지 않는 질병인 암의 치료를 위한 개복수술로 인하여 증가된 감염의 위험이 현실화됨으로써 발생한 것은 우연성을 결여하였다고 판시한 바 있다.[10]

### (4) 외래성

외래성은 보험사고가 피보험자의 신체 외부로부터 생긴 것이어야 한다는 것을 의미한다. 즉 상해는 신체의 내부에서 발생하는 문제에 기인한 것이 아니라 외부적인 사고로 인하여 발생한 것이어야 한다.[11] 외래성은 상해의 원인만이 외래적인 것이면 족하므로 보험사고의 결과가 신체의 내부에 발생하더라도 무방하다.[12] 즉, 상해의 원인이 외래적인 것이라면 상해라는 결과가 신체의 내부에서 발현되었더라도 상관없다.[13] 또한 외래의 사고와 피보험자의 질병이나 기왕증이 공동의 원인이 되어 상해에 영향을 주었더라도 보험사고와 그 결과에 인과관계가 인정될 경우에는 외래성이 인정될 수 있다.[14]

세균 침입으로 인한 감염성 질병의 경우에 있어 외래성이 인정되는지 여부에 대하여 이를 부정하는 견해와 긍정하는 견해가 대립되고 있다. 부정하는 견해로는 비록 외부에서 침입한 것이라 할지라도 일본뇌염과 같이 감염에 의해 신체의 손상이 발생

---

7) 김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016, 709면; 양승규, 앞의 책, 595면.
8) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2008다78491,78507 판결.
9) 대법원 1991. 6. 25. 선고 90다12373 판결.
10) 대법원 2010. 8. 19. 선고 2008다78491,78507 판결.
11) 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다27579 판결.
12) 김성태, 앞의 책, 864면; 송옥렬, 「상법강의」 제3판, 홍문사, 2013, 332면.
13) 임용수, 「보험법」, 법률정보센터, 2006, 518면.
14) 대법원 2005. 10. 27. 선고 2004다52033 판결.

하는 경우에는 가시성이 없기 때문에 상해보험의 담보 대상에서 제외되는 것이라고 보는 견해,[15] 세균이나 바이러스로 인한 감염병을 상해사고로 인정하게 될 경우에 이보다 경미하지만 유사한 바이러스성 독감이나 무좀 등도 상해사고로 인정하게 되어 상해의 범위가 지나치게 확장된다는 견해[16]가 있다. 한편 질병이 우연한 사고에 의한 자연적인 결과인 경우에 그 질병에 의한 신체의 손상 또는 사망은 우연한 사고에 의해 야기된 자연적 결과이고, 직접적으로는 질병에 의한 사망이지만 우연한 사고가 직접적인 원인이 되어 사망의 결과를 발생하게 한 것이므로 상해보험이 담보하는 위험에 포함된다고 하여 이를 긍정하는 견해가 있다.[17]

#### (5) 상당인과관계

상해보험에서 인과관계는 상당인과관계 이론에 따르고 있는데, 여기에서 상당인과관계란 "사고가 상해 또는 사망이라는 결과에 중요한 원인으로 작용하였거나 기왕증 내지는 체질적 요인 등 다른 원인과 같은 수준으로 결과에 영향을 미치는 경우"를 의미한다.[18]

#### (6) 증명책임

상해보험의 보험사고 요건인 급격성·우연성·외래성과 상해 또는 사망이란 결과와의 인과관계의 존재에 관해서는 보험금청구자에게 증명책임이 있다.[19]

### 4. 감염병의 상해성을 다룬 분쟁 사례

#### 가. 상해성 인정 사례

비브리오 패혈증균에 감염되어 발생하는 비브리오 패혈증(A41.52)에 감염후 사망한 사례에서 하급심 판결에서는 비브리오 패혈증은 비브리오 균 감염에 의한 급성 질환이라는 점, 비브리오 감염은 피보험자가 의도하지 않은 감염적 사고인 점, 감염 후 치사율이 50%에 달한다는 점을 들어 우발적인 외래사고로 인정한 바 있다.[20]

피보험자가 교통사고를 당하여 제3요추 압박골절, 요추부염좌 등을 진단받고 입원

15) 임동섭, "손해보험의 '상해'와 생명보험의 '재해'는 같은 개념인가?", 「법학논총」 제37권 제4호, 전남대 법학연구소, 2017, 207면.
16) 양승현, "손해보험약관의 '상해' 요건과 감염병에 관한 소고", 「보험법리뷰 포커스」, 보험연구원, 2021. 2. 8., 7면; 최병규, "일본뇌염사망과 상해보험의 보험사고", 「법과 정책연구」 제17권 제1호, 한국법정책학회, 2017, 435면.
17) 맹수석, "코로나19(COVID-19)와 관련한 보험약관 및 보험법적 쟁점의 검토", 「금융법연구」 제17권 제1호, 한국금융법학회, 2020, 184~185면.
18) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다564 판결; 대법원 2001. 12. 26. 선고 2001다70610 판결; 대법원 1996. 11. 22. 선고 95다50943 판결 등.
19) 대법원 2003. 11. 28. 선고 2003다35215,35222 판결; 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다303216 판결; 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010다12241, 12258 판결; 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다2757 판결; 대법원 1998. 10. 13. 선고 98다28114 판결 등.
20) 서울중앙지방법원 2016, 1. 14 선고 2015가단5089867 판결; 대구지방법원 2017.8.10 선고 2016가단31882 판결.

치료를 하던 중 C형간염에 의한 간경화, 외상 후 악화된 간기능 저하, 간폐증후군, 폐렴 등의 추가진단을 받고 치료 중 사망한 사고와 관련하여 금융분쟁조정위원회는 피보험자가 사고발생 전에 간염 또는 당뇨병으로 입원하거나 치료받은 사실이 없다는 점, 사고 당시 피보험자의 간기능 검사 결과에서 확인된 혈당 등의 수치가 피보험자가 단시간 내에 사망에 이를 정도로 위험한 상태는 아니었다는 점, 피보험자는 교통사고 부상으로 본인이 인지하지 못하는 상황에서 발병된 C형간염과 당뇨 등의 증세가 급격히 악화되면서 사망한 것으로 판단된다는 점을 이유로 들어 교통재해사망을 인정하였다.[21]

피보험자가 일본뇌염 바이러스 감염된 모기에 물려 사망한 사건에서 법원은 감염이 급격하고도 우연히 발병하였고, 이를 직접적인 원인으로 하여 사망하였고, 망인의 점염이 망인의 신체적 결함 즉 질병이나 체질적 요인 등에 기인한 것이 아닌 특별한 매개체인 모기에 물리는 외부적 요인에 의해 초래되었으므로 외래성이 인정되고, 사고와 사망사이에 인과관계 또한 인정된다고 판단하였다.[22]

코레라 예방 접종 후 뇌출혈로 인한 사망 사건에서 대법원은 “출혈이 코레라 예방접종으로 인한 가능성이 있다고 인정되고, 사인인 뇌출혈을 일으킬만한 특별한 사정이 없었다면 예방접종과 피접종자의 사망 사이에는 인과관계가 있다.”보았다.[23]

### 나. 상해성 부정 사례

망인이 농사를 짓던 중 진드기 유충에 물려 쯔쯔가무시병으로 진단받고 치료 중 사망한 사안에서 대법원은 “진드기에 물린 자체는 물린 부위에 가피(딱지)를 형성할 뿐, 피부 점막의 손상에 불과하므로 그 상처가 악화되어 사망을 초래하는 것은 아니며, 쯔쯔가무시균의 침입 그 자체로 신체에 손상이 발생한다고 할 수 없다.”고 보았다.[24] 진드기에 물린 것 자체는 가피를 형성할 뿐 이는 점막 손상에 불과하고 이 상처가 악화되어 사망을 초리해지 않고, 쯔쯔가무시 침입 그 자체로 신체손상이 발생한다고 볼 수 없으므로 상해에 해당한다고 볼 수 없다고 하였다.

피보험자가 일본뇌염 바이러스에 감염된 모기에 물려 일본뇌염에 감염되어 사망한 사안에서 하급심 법원은 모기에 물린 것 자체는 경미한 피부 점막의 손상에 불과하고, 일본뇌염바이러스가 체내에 침투한 것 자체로는 신체 손상으로 보지 않았다. 따라서 “일본뇌염모기에 물린 것은 상해보험에서 보장하는 보험사고인 상해에 해당한다고 평가할 수 없다.”고 판시하였다.[25] 동 판결에서는 피보험자가 모기에 물린 것은 치료를 요하지 않는 경미한 피부 점막 손상에 불과하고, 바이러스의 침투 자체는 상해가 아니며, 모기에 물려 일본뇌염감염에 이른 일련의 과정 역시 일본뇌염에 감염되어도 대부분 증상이 없거나 뇌염으로 진행되지 않고 환자 대부분이 노약자임을 볼 때 뇌염에 이르게 된 데는 신체조건, 체력, 면역력 등이 상당한 영향력을 미친다는

---

21) 금융분쟁조정위원회 조정결정(98 조정 - 10)
22) 광주지방법원 순천지원 2019. 8. 14. 선고 2018가단78050 판결.
23) 대법원 1977. 8. 23. 선고 77다686 판결. 이 사건은 보험금 청구와 직접적인 관련은 없지만, 콜레라 예방접종과 같이 외부적인 요인에 의해 감염되어 사망한 경우, 보험법적 관점에서 상해의 요건을 모두 갖춘 것으로 평가될 수 있을 것이다.
24) 대법원 2023. 7. 13. 선고 2023다219172판결.
25) 광주지방법원 2019. 7. 18. 선고 2018나65643,65636 판결.

이유를 들어 상해로 볼 수 없다고 하여 외래성을 부정하였다. 또한 바이러스 감염될 경우 약 5~15일의 잠복기를 거쳐 증상이 나타나므로 시간적 간격 없이 돌발적으로 일본뇌염에 이르게 된 것이 아니므로 급격성이 인정된다고 볼 수 없고, 일본뇌염은 예방접종을 통해 예방할 수 있는 2군 감염병에 해당하는 질병이므로 우연성 또한 부정하였다.[26]

사이클 선수였던 망인이 훈련 중 일본뇌염에 감염되어 사망한 사안에서 대법원은 "망인이 사이클 선수로서 다른 소속 선수들과 함께 합숙훈련 및 대회출전 등 일상생활을 하던 중 바이러스에 감염된 것으로 보일 뿐, 다른 특별한 매개체에 의해 감염되었다는 등 감염 과정에 있어 외래성을 인정할만한 특별한 사정을 발견할 수 없다."고 판시했다.[27]

코로나19가 상해에 해당되는지 여부와 관련하여 하급심 법원은 "코로나19 감염 경로와 증상, 감염병예방법령 질병 분류, 질병·사인 분류에 관한 통계청 고시 내용 등에 질병의 사전적 의미를 더하면, 코로나19는 이 보험계약의 보험사고 유형 또는 보장대상 중 '질병'에 해당한다고 봄이 타당하다."고 판단했다.[28] 법원은 손해보험약관상 사고는 급격한 외래의 사고를 말하는데, 해당 판결은 코로나19로 인한 사망은 일상생활 중 감염으로 인한 사망으로서 외래성을 인정하기 어렵고, 내재적 요인인 기저질환 등이 코로나19로 악화되어 사망하였을 가능성이 있으며, 코로나19는 관련법상 질병에 해당하므로, 코로나19로 인한 패혈증은 '급격한 외래의 사고로 인한 상해'가 아니라고 보았다.[29]

### 다. 판례의 분석

외부 감염에 의한 신체의 손상에 대하여 상해성을 인정하는지 여부에 관해 법원의 판결은 서로 엇갈리고 있다. 특히 하급심법원 판결의 경우 유사한 사안에서도 서로 결론을 달리하는 경우가 많다. 금융분쟁조정위원회에서도 C형간염에 의한 간경화, 외상 후 악화된 간기능 저하, 간폐증후군, 폐렴 등의 추가진단을 받고 치료 중 사망한 사고에 대해서는 상해를 인정한 반면, 이번 사건의 경우에는 상해를 부정하였다. 대법원 판결도 서로 다른 견해를 보이고 있다. 다만, 대법원에서 상해를 인정한 경우는 의료진의 과실로 인한 감염으로 폐렴이 발생하여 사망하거나 코레라 예방 접종 후 뇌출혈로 인한 사망한 사건을 다루는 등 자연발생적인 감염이 아니라 의료진에 의한 감염을 다루고 있는 반면, 상해를 부정한 대법원 판결은 쯔쯔가무시나 일본뇌염에 의한 감염에 의한 사망의 경우 감염 자체는 신체의 손상이 아니거나 외부적 요인을 부정하는 논리를 들고 있다.

---

26) 양승현, 앞의 자료, 6면.
27) 대법원 2016. 6. 9. 선고 2016다206550(본소), 2016다206567(반소) 판결.
28) 서울중앙지방법원 2023. 12. 20. 선고 2022가단5136181 판결; 대구지방법원 2020. 10. 22. 선고 2020가합753 판결.
29) 현재 생명보험사는 표준약관 개정(2020. 7 . 31)을 통해 코로나 감염병을 상해(재해)로 규정해 가입자에게 보험금을 지급하고 있다. 그러나 손해보험사는 약관상 코로나를 '상해'로 인정하지 않고 있다.

## 4. 뇌염모기로 인한 일본뇌염 진단이 '상해'에 해당되는지 여부

### (1) 약관상 상해의 정의

이 사건에서는 손해보험계약에서 상해보험약관과 관련하여 분쟁이 발생하였다. 이 사건 약관에서는 보험금 지급사유로서의 상해를 '보험기간 중에 발생한 급격하고도 우연한 외래의 사고로 신체에 입은 상해'라고 정의하고 있다. 보험약관에서는 상해의 정의에 대해서 별도로 규정하고 있지는 않다. 상해는 일반적으로 '신체의 손상'이라는 표현으로 불리고 있다. 즉 상해보험에서는 급격하고 우연한 외래의 사고로 인하여 신체의 손상이 발생했을 때, 이를 상해라고 한다. 이러한 신체의 손상이란 질병이나 신체적인 결함, 자연발생에 의한 결과 또는 정신적 충동에 의한 손상이 아닌 것을 말한다.[30)31)]

전염병이 상해에 해당되는지 여부와 관련하여 생명보험약관과 손해보험약관의 내용은 서로 다르게 규정하고 있다. 앞서 설명한 바와 같이 생명보험약관에서 재해는 열거주의 방식으로 규정하고 있는데 반하여 손해보험약관에서는 이에 대한 규정이 없다. 즉 손해보험계약의 상해보험표준약관 제2조 제2호 가.목에서는 상해에 대하여 "보험기간 중에 발생한 급격하고도 우연한 외래의 사고로 신체(의수, 의족, 의안, 의치 등 신체보조장구는 제외하나, 인공장기나 부분 의치 등 신체에 이식되어 그 기능을 대신할 경우는 포함합니다)에 입은 상해를 말합니다."라고 규정하고 있을 뿐이다. 표준약관 제3조에서는 상해보험금 지급의 종류를 규정하고 있다. 즉, 보험기간 중에 상해의 직접결과로써 사망한 경우에는 사망보험금(제1호), 보험기간 중 진단확정된 상해로 장해분류표(부표 9)에서 정한 각 장해지급률에 해당하는 장해상태가 되었을 때에는 후유장해보험금(제2호), 보험기간 중 상해로 입원, 통원, 요양, 수술 또는 수발(간병)이 필요한 상태가 되었을 때에는 입원보험금, 간병보험금 등(제3호)을 지급한다. 표준약관 <부표 9>에서는 '장해'에 대해서 "상해 또는 질병에 대하여 치유된 후 신체에 남아 있는 영구적인 정신 또는 육체의 훼손상태 및 기능상실 상태를 말한다."라고 정의하고 있고, 이하에서는 장해분류별 판정기준에 대해서 상세하게 규정하고 있다.

피보험자가 뇌염모기에 물려 바이러스가 몸에 침투하여 일본뇌염 진단을 받고 사망한 경우에 있어 뇌염모기에 물린 사고를 상해사고로 볼 수 있는지 여부와 관련하여 생명보험약관과 손해보험약관에 따라 그 결론이 달라질 수 있다. 즉 생명보험약관에 의하면 감염병예방법 제2조 제2호에서 규정한 제1급감염병에 한정하여 재해로 보고 보상대상으로 인정하는 반면, 나머지 감염병에 대해서는 보상하지 않는다는 취지를 분명히 밝히고 있으므로, 1급감염병으로 분류되지 않는 뇌염모기에 의한 사고는 약관상 보험회사의 면책사유가 됨은 명확하다. 그런데 손해보험약관에서는 이러한 보험회사의 면책규정이 존재하지 않고, 단지, '보험기간 중에 발생한 급격하고도 우연한 외래의 사고로 신체에 입은 상해'를 보장대상으로 규정하고 있다. 그렇다면 피보험자가 뇌염모기에 물려서 일본뇌염에 감염되고 결국 폐혈증으로 사망한 경우,

30) 김은경, 앞의 책, 716면; 박세민, 「보험법」 제6판, 박영사, 2021, 1032면.
31) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2013다18929 판결; 대법원 2003. 7. 25. 선고 2002다57287 판결; 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다27579 판결 등.

이를 상해사고로 볼 수 있는지 여부는 상해사고의 일반적인 요건 즉, 사고의 급격성, 우연성, 외래성 및 인과관계 존부를 구체적으로 검토해 보아야 할 것이다.

### (2) 급격성, 우연성, 외래성

일반적으로 뇌염모기에게 물리는 상황은 급작스럽게 일어난다. 즉 모기에 물리는 일은 사전에 의도한 바 없이 돌발적으로 급격하게, 우연히 일어난다. 또한 모기는 외부 요인으로 볼 수 있기 때문에 외래성 요건도 충족된다고 볼 수 있다. 따라서 뇌염모기에 물려 일본뇌염 바이러스가 피보험자의 신체 내로 유입되는 사고는 상해보험에서의 상해의 요건인 급격하고도 우연한 외래의 사고로 볼 수 있을 것이다. 이 사건과 같이 피보험자가 모기에 물려 일본뇌염에 감염되어 사망한 사건에서 앞서 소개한 광주지방법원 순천지원 판결에서는 뇌염 감염이 급격하고도 우연히 외래적인 요인에 의해 발생하였고, 이를 직접적인 원인으로 하여 사망하였다고 판시한 바 있다.[32] 그러나 유사한 사안에서 광주지방법원 판결은 피보험자가 모기에 물린 것은 치료를 요하지 않는 경미한 피부 점막 손상에 불과하고, 바이러스의 침투 자체를 상해로 보지 않았다.[33]

이 사건 분쟁조정위원회는 뇌염모기에 물렸을 경우 물린 부위의 피부가 가려운 증상이 발생하는 것은 자연치유가 가능하다는 점, 일본뇌염 바이러스가 체내에 유입되었다고 하더라도 대부분 별도의 치료를 필요로 하지 않는다는 점, 뇌염모기에 물려 피부의 가려움을 느끼는 것과 일본뇌염 바이러스가 체내로 유입된 것 그 자체로는 피보험자가 신체에 손상, 즉 상해를 입었다고 보기 어렵다는 점 등을 결정 이유로 들고 있다.

일본뇌염 바이러스(Japanese encephalitis virus)는 감염된 Culex 종 모기, 특히 작은빨간집모기(Culex tritaeniorhynchus)에 물려 인간에게 전염된다. 일본뇌염 바이러스는 뇌염의 주요 원인으로 이를 예방하기 위해서는 백신접종이 필요하다. 일본뇌염에 감염된 사람은 대부분 증상이 없거나 경미한 증상만 나타난다. 그러나 감염된 사람들 중 소수는 두통, 발열, 방향 감각 상실, 발작, 쇠약 및 혼수 등의 증상을 동반하는 뇌 염증(뇌염)을 일으키며, 뇌염 환자 중 약 4명 중 1명(20-30%)이 사망에 이르기도 한다.[34] 모기는 누구나 물릴 수 있고, 운이 나쁠 경우에는 일본뇌염으로 악화될 수 있다. 모기에 물리는 것은 인간이라면 피할 수 없는 일이다. 이런 관점에서 볼 때, 모기에 물려 일본뇌염에 감염되는 상황 자체는 불가피하게 발생하는 사고로 상해보험에서의 보험사고의 요건인 급격성, 우연성, 외래성의 요건을 모두 갖춘 것으로 볼 수 있다.

32) 광주지방법원 순천지원 2019. 8. 14. 선고 2018가단78050 판결.
33) 광주지방법원 2019. 7. 18. 선고 2018나65643,65636 판결.
34) 미국 질병관리청 홈페이지(https://www.cdc.gov/japanese-encephalitis/).

### (3) 신체의 손상

#### 가. 바이러스 감염

이 사건에서 금융분쟁조정위원회는 뇌염모기에 물려 피부의 가려움을 느끼는 것과 일본뇌염 바이러스가 체내로 유입된 것 그 자체로는 특별한 치료 없이 자연적으로 치유되는 것으로 인체의 생활기능에 장해를 주고 건강상태를 불량하게 변경하는 것이 아니어서 신체의 손상으로 보지 않았다. 정상적인 사람의 경우 바이러스의 감염 자체로는 뇌염으로 발전되지는 않는다. 바이러스는 다른 유기체의 살아있는 세포 안에서만 살 수 있는 전염성 감염원이자 생물과 무생물의 중간적 존재(비세포성 반생물)이다. 바이러스는 그 종류에 따라 코로나, 메르스, 일본뇌염 등 여러 질병을 일으킬 수 있는 원인이 되나 바이러스 자체가 질병으로 분류되지는 않는다. 즉, 바이러스는 그 자체로는 문제되지 않고, 바이러스 감염으로 인한 바이러스성 질병(viral disease)의 경우 생물체가 병원체, 바이러스, 감염 바이러스 입자(비리온)에 침입하여 취약한 세포들에 붙어서 들어갈 때 질병으로 악화된다.[35] 따라서 이 사건의 경우와 같이 피보험자가 일본뇌염 바이러스가 피보험자의 체내에 유입된 그 자체로는 신체의 손상으로 보지 않는 것이 타당하다.

#### 나. 뇌염 진단

금융분쟁조정위원회는 일본뇌염 바이러스가 드물게 뇌염으로 진행되면 고열, 발작, 목경직, 착란, 떨림, 경련, 마비 등의 증상이 나타나고, 이러한 증상은 환자의 생리적 기능에 장애를 일으키는 것으로서 신체의 손상에 해당한다고 보았다. 뇌염모기를 통해 유입된 일본뇌염 바이러스가 뇌염으로 진행하는 것은 피보험자가 예견할 수 없었던 순간에 우연히 발생하였다고 할 것이어서 사고의 급격성과 우연성이 인정된다고 판단했다. 그러나 피보험자의 체내에 유입된 일본뇌염 바이러스가 뇌염으로 진행한 것은 연령·성별·체질 등 면역력 저하를 야기하는 내재적인 요인이 존재할 가능성을 배제할 수 없기 때문에 피보험자의 일본뇌염 감염이 급격하고도 우연한 외래의 사고로 인하여 초래되었다고 단정할 수 없다고 판단했다. 외래성을 부정한 근거로는 일본뇌염 바이러스는 감염된 250명 중 1명의 비율로 뇌에 퍼진다는 점, 일본뇌염은 소아 혹은 고령에서 주로 발생하고, 특히 국내에 신고된 일본뇌염 환자의 87%가 50대 이상으로 확인되었다는 점, 50세 이후에는 일본뇌염 예방접종을 실시하더라도 항체 생성반응이 낮다는 연구결과 알려져 있다는 점 등을 들었다.

그러나 주치의가 작성한 진료확인서 및 소견서를 보면 이 사건 피보험자의 경우 평소 고혈압, 지방간이 있었으나 이것이 일본뇌염 발병 및 사망과의 관련성은 없고, 기저질환의 여부가 일본뇌염의 발병 및 심각도를 결정하지는 않는다는 점, 일본뇌염 바이러스 침투 후 발병 및 중증도의 차이를 정하는 개인의 기저요인은 밝혀져 있지 않다는 점 등을 확인할 수 있다. 일본뇌염은 보통 1~2주 정도의 잠복기를 거치는데, 대부분의 사람은 일본뇌염 바이러스에 감염되어도 무증상으로 회복되지만, 이 사건 피보험자의

35) Matthew P. Taylor, Oren Kobiler, and Lynn W. Enquist, “Alphaherpesvirus axon-to-cell spread involves limited virion transmission”, 「PNAS」 vol.109(no. 42), October 16, 2012.

경우와 같이 극히 일부의 사람들의 경우 일본뇌염 증상이 나타나고, 40도에 이르는 고열이 나고 두통, 어지럼증, 구토나 설사를 동반하기도 한다. 이 병이 진행되면 의식이 혼미해지고 경련을 보이기도 하는 등 심각한 증상을 보인다. 이 단계에서는 일본뇌염으로 인한 사망률이 높고, 회복하더라도 영구적으로 장애가 남는 경우도 많다.

일본뇌염 바이러스 침투로 인한 뇌염 진단은 매우 드물게 발생한다는 점, 대부분의 사람은 특별한 증상 없이 자연치유가 된다는 점, 일본뇌염으로 진단받은 극히 일부 환자의 경우 두통이나 어지럼증 등의 증상이 발생하고 심각한 경우 사망에 이르기도 한다는 점, 분쟁조정위원회 결정문에서도 언급한 바와 같이 피보험자의 체내에 유입된 일본뇌염 바이러스가 뇌염으로 진행한 것은 연령·성별·체질 등 면역력 저하를 야기하는 내재적인 요인이 존재할 가능성을 배제할 수 없으나 이것은 단지 추정일 뿐, 명확한 근거가 있지 않다는 점, 이 사건에서 주치의가 피보험자의 고혈압·지방간 등 소견이 일본뇌염 발병 및 사망과의 연관성이 없다고 소견서를 작성한 것은 결국 피보험자의 일본뇌염은 피보험자의 질병·체질적 요인 등 신체적 결함에 기인하지 않았다는 것을 반증한다고 할 것이다. 이와 같은 근거들을 종합해 볼 때 이 사건 피보험자의 일본뇌염 바이러스 침투에 의한 뇌염 진단은 급격하고 우연한 외래의 사고로 이하여 발생한 것이라고 평가할 수 있다. 따라서 피보험자의 일본뇌염 진단의 경우 이 사건 보험약관에서 규정하는 상해에 해당될 가능성도 충분히 존재한다 할 것이다.

### 5. 금융분쟁조정결정에 대한 평가

이 사건 금융분쟁조정결정에서는 피보험자가 뇌염모기에 의해 뇌염감염이 된 것은 이 사건 약관에서 정한 상해에 해당하지 않아, 피보험자가 일본뇌염으로 중환자실에 입원하여 치료를 받은 것은 상해중환자실입원일당의 보험금 지급사유에 해당하지 않는다고 판단하였다. 분쟁조정위원회에서는 피보험자가 모기에 물려 일본뇌염 바이러스가 체내에 침투한 것 그 자체는 신체의 손상으로 볼 수 없다고 보았다. 또한 피보험자의 일본뇌염 증상은 급격하고도 우연한 사고로 입은 신체의 손상에 해당한다고 할 것이나, 외래의 사고로 인하여 발생하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.

금융분쟁조정위원회는 일본뇌염 바이러스가 체내에 침투한 것 그 자체를 신체의 손상으로 보지 않았는데, 이 점에 대해서는 수긍한다. 그러나 망인과 같이 평소에 비교적 건강한 상태였고, 특별히 심각한 질환이 없었던 사람이 모기에 물려 일본뇌염으로 진단받은 사고가 외래의 사고가 아니라는 점에 대해서는 동의하기 어렵다. 피보험자는 모기라는 외부적 요인에 의해서 일본뇌염으로 악화된 것으로 평가할 수 있다. 만약 이 사건에서 피보험자가 상당히 고령이라거나 평소 앓고 있던 다른 질환으로 인하여 일본뇌염이 발병하였다면 이는 보험사고와 상해 사이에 인과과계를 인정할 수 없을 것이다. 그러나 이 사건 병원의 진단서에는 이러한 내용은 없고, 오히려 뇌염모기에 의한 일본뇌염 발병 가능성을 인정하는 취지의 의사 소견이 있을 뿐이다. 그렇다면 금융분쟁조정위원회에서는 이 사건에 있어 상해 여부를 객관적이고 공정하게 판단하기 위해서 다른 병원에 신체감정촉탁을 의뢰하거나 평소 고인이 심각한 질환이 있었는지 여부 등을 구체적으로 조사하는 등 그 결정을 함에 있어 보다 신중을 기했어야 한다.[36]

# Ⅳ. 개선방안 - 결론에 갈음하며

## (1) 일관되고 명확한 기준에 따른 상해 여부 판단

보험사고의 요건에 관하여 모호하게 규정되어 있는 손해보험약관에서 바이러스나 세균의 외부 침입으로 인한 감염병이 상해로 인정될 수 있는지 여부는 상해의 일반적 요건에 따라 판단할 수밖에 없다. 즉, 손해보험약관에서는 생명보험과는 달리 상해에 관한 보장대상을 열거하는 방식을 취하는 것이 아니기 때문에 상해에 해당되는지에 관해서는 감염병 침투 사실의 급격성, 우연성, 외래성 및 상해 사이에 인과관계를 충족하는지 여부를 검토해 보아야 한다. 일본뇌염, 코로나19 등 외부 바이러스나 해충, 동·식물, 기타 외부 매개체로 인한 감염은 외부로부터 급격하고 우연하게 사람의 신체에 침입하여 신체를 손상시킬 수 있으므로 상해의 요건을 충족할 수 있다.[37] 이 경우에도 몇 가지 쟁점이 있다. 첫째, 생명보험약관의 경우 명시적으로 1급 법정감염병에 대해서만 보험회사가 부책되고, 나머지 감염병의 경우 면책된다는 조항이 있으므로, 감염병의 등급 여하에 따라 상해 인정 여부를 판단할 수 있을 것이다.[38] 다만, 사망보험금의 경우 '보험기간 중에 상해의 직접 결과로 사망한 경우'에만 지급하므로 질병에 의한 사망의 경우에는 보험회사가 면책될 것이다. 손해보험약관의 경우에는 상해의 요건을 개별 사안별로 따져보아야 한다. 감염병 등이 급격성, 우연성, 외래성의 요건을 충족한다고 하여도, 감염병과 상해 사이에 상당인과관계가 인정되어야만 보험금 지급 대상이 될 것이다. 만약 피보험자가 고령이거나 평소에 기저질환이 있을 경우 외부 감염에 의한 신체의 손상은 상해로 인정받기 어려울 수 있다. 그러나 고령이 아니고 평소에 기저질환도 없는 자가 일본뇌염이나 코로나19 등 외부 감염에 의해 신체의 손상이 발생했다면 이는 상해로 인정하는 것이 마땅하다.[39]

## (2) 표준약관 개정

그러나 이렇게 개별사안에 따라 상해 여부를 판단하는 것도 한계가 있다. 오늘날 기후변화와 각종 환경오염 등으로 인하여 신종 바이러스에 의한 감염이 지속적으로 발생할 수밖에 없는 우리 현실을 감안한다면, 이러한 해결방식은 소모적이고 불필요한 분쟁을 끊임없이 양산하게 될 것이다. 또한 수많은 종류의 일상적인 감염병에 대해서 상해 여부가 논란이 된다면 계절성 독감이나 단순 감기 등 사회통념상 질병으로 인식되는 경우도 상해로 인정될 소지가 있고,[40] 이와 관련한 분쟁도 끊임없이 발생할 것이다. 따라서 법정감염병에 관해 손해보험약관에서도 생명보험약관과 유사하게 상해에 관한 구체적인 열거규정을 마련하는 것이 바람직할 것으로 판단된다.

---

36) 전한덕, "상해보험에서 인과관계와 증명책임 - 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다303216 판결을 중심으로 -", 「보험법연구」 제18권 제1호, 한국보험법학회, 2024, 21면.
37) 맹수석, 앞의 논문, 184~185면.
38) 2020. 7. 생명보험표준약관이 개정되어 코로나19 감염과 같은 일부 법정감염병도 재해보험금을 지급하는 것으로 규정하고 있다,
39) 코로나19가 전세계적으로 유행했을 당시 평소 건강했던 사람도 신체의 심각한 손상을 입거나 사망한 사례를 우리는 무수히 목격해 왔다.
40) 양승현, 앞의 자료, 7면.

### (3) 상해의 성립요건 재정립

현재 상해를 판단하는 요건이 다소 모호하고 추상적이므로 이를 구체화할 필요가 있다. 미국의 상해보험약관에서 명시하고 있는'가시성' 요건을 표준약관에 도입하여 생명보험이나 손해보험에 공통적으로 적용하는 것을 고려해볼 필요가 있다.[41] 이 경우 눈에 보이지 않는 외부적 요인에 의한 신체의 손상의 경우는 상해에서 제외된다. 다만, 가시성 요건을 도입하게 되면 모든 감염병에 대해서 보험회사가 면책되는 불합리한 결과가 발생하므로, 손해보험표준약관에도 생명보험과 유사한 보험회사가 부책되는 감염병을 명시하는 것이 바람직하다.

41) 임동섭, 앞의 논문, 207~208면.

## [참고문헌]

김성태, 「보험법강론」, 법문사, 2001.
김은경, 「보험계약법」, 보험연수원, 2016.
박세민, 「보험법」 제6판, 박영사, 2021.
송옥렬, 「상법강의」 제3판, 홍문사, 2013.
양승규, 「보험법의 법리」, 삼지원, 2000.
임용수, 「보험법」, 법률정보센터, 2006.
장덕조, 「보험법」 제5판, 법문사, 2020.

맹수석, "코로나19(COVID-19)와 관련한 보험약관 및 보험법적 쟁점의 검토", 「금융법연구」 제17권 제1호, 한국금융법학회, 2020.
양승현, "손해보험약관의 '상해' 요건과 감염병에 관한 소고", 「보험법리뷰 포커스」, 보험연구원, 2021. 2. 8.
임동섭, "손해보험의 '상해'와 생명보험의 '재해'는 같은 개념인가?", 「법학논총」 제37권 제4호, 전남대 법학연구소, 2017.
전한덕, "상해보험에서 인과관계와 증명책임 - 대법원 2023. 4. 27. 선고 2022다303216 판결을 중심으로 -", 「보험법연구」 제18권 제1호, 한국보험법학회, 2024.
최병규, "일본뇌염사망과 상해보험의 보험사고", 「법과 정책연구」 제17권 제1호, 한국법정책학회, 2017.
Matthew P. Taylor, Oren Kobiler, and Lynn W. Enquist, "Alphaherpesvirusaxon-to-cell spread involves limited virion transmission", 「PNAS」 vol.109(no. 42), October 16, 2012.

금융감독원 보도자료, "불필요한 분쟁의 사전 예방을 위한 보험 표준약관 등 명확화 추진", 2020. 7. 7.
미국 질병관리청 홈페이지(https://www.cdc.gov/japanese-encephalitis/).
생명보험 표준약관.
손해보험 표준약관.

[Abstract]

# A Study on the Diagnosis of Japanese Encephalitis and the Acknowledgement of Injury Accidents
## - Focusing on Financial Dispute Settlement Decision (Adjustment No. 2023-2) -

Jun, HanDeok*

In the financial dispute settlement decision of this case, it was judged that the encephalitis infection caused by the encephalitis mosquito on the insured does not correspond to the accident specified in the insurance terms. I agree with The Financial Dispute Resolution Committee's decision that the Japanese encephalitis virus has not penetrated the body itself as a physical injury. However, it is difficult to agree that it is not an external accident that the insured who has been relatively healthy and has no particularly serious illness has Japanese encephalitis. The insured person is likely to be exacerbated by Japanese encephalitis due to external factors such as mosquitoes. If the insured in this case is quite old or has developed Japanese encephalitis due to other illnesses that has been suffering from, it will not be able to recognize causation relation between insurance accidents and injuries. However, in this case there is no such thing in the medical certificate of hospital, but rather there is a doctor's opinion to acknowledge the possibility of Japanese encephalitis caused by encephalitis mosquito. In order to determine whether the injury occurred in this case, the Financial Dispute Mediation Committee should have made a careful decision by entrusting physical appraisal to other hospitals, investigating whether the insured had an underlying disease, and whether there is a significant proximate causal relation between the underlying disease and the injury of the body. On the other hand, there is no specific judgment criterion as to whether or not it is an injury in the current non-life insurance policy. In the standard terms of non-life insurance, it is desirable to establish specific enumeration standards that guarantee injuries to statutory infectious diseases. It is necessary to consider introducing the requirements for visibility into the standard terms as a criterion for judging whether or not an injury is specified in the US accident insurance terms.

**Key Words:** Japanese Encephalitis, Accident insurance, External Accidents, Non-life Insurance Standard Terms, Visibility

---

* Professor of JeonJu Universty, Ph.D. in Law

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.161 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 가압류와 소멸시효중단 효력의 종료 시기

김 현 철*

**논문요지**

민법 제168조 제2호는 압류, 가압류, 가처분을 소멸시효의 중단사유로 규정하고 있고, 민법 제178조 제1항은 중단된 시효는 '중단사유가 종료한 때로부터' 새로이 진행한다고 규정하고 있다. 따라서 가압류로 인한 시효중단효력의 종료 시기는 '중단사유가 종료한 때'인데 위 법문언 만으로는 그 의미가 명확하지 않다. '가압류가 종료한 때'는 '가압류절차가 종료한 때'를 의미한다고 할 것인데, '가압류절차가 종료한 때'는 가압류 절차나 그 성질을 어떻게 보느냐에 따라 달라질 수 있어 그 종료 시기에 관하여 다툼이 있다.

본 논문에서는 가압류에 의한 소멸시효중단 효력의 종료 시기에 관하여 살펴보았다. 가압류에 의한 소멸시효중단 효력의 종료 시기에 관한 학설과 판례, 외국의 입법례를 살펴본 후 구체적 근거와 함께 가압류로 인한 시효중단의 효력은 가압류집행이 종료된 후에도 사정변경에 의한 가압류취소 등에 의하여 가압류집행이 취소되어 가압류등기 말소 등이 있거나 강제집행절차가 종료될 때까지 계속된다고 봄이 타당하다는 견해를 제시하였다.

계속설에 의한 시효중단 효력의 종료 시기를 가압류 대상별로 구체적으로 보면 부동산의 경우 강제집행의 종료시인 배당표의 확정 또는 배당받은 시점, 채권 등의 경우 강제집행의 종료시인 추심명령, 전부명령 등을 통하여 제3채무자로부터 압류된 채권을 지급받거나 제3채무자에 대한 채권을 집행채권에 갈음하여 이전받은 시점, 유체동산의 경우 강제집행의 종료시인 매각대금을 지급받은 시점이 될 것이다.

판례는 가압류에 의한 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 가압류채권자에 의한 권리행사가 계속되고 있다고 보아야 할 것이므로 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 계속된다고 하고 있으나, 집행보전의 효력과 시효중단의 효력은 차원을 달리하는 것으로 판례가 집행보전의 효력 존속을 가압류채권자에 의한 권리행사의 계속으로 연결시키는 것은 타당하다고 할 수 없다. 가압류집행 이후에도 소멸시효중단 효력이 계속되는 것은 집행보전의 효력이 존속하여서가 아니라 가압류채권자에 의한 권리행사라는 사실행위의 상태가 계속되고 있기 때문으로 봄이 타당하다.

**검색용 주제어: 소멸시효 중단, 가압류, 시효중단의 효력 종료 시기, 가압류 집행 취소, 강제집행의 종료**

* 변호사

• 논문접수: 2024. 07. 07. • 심사개시: 2024. 07. 16. • 게재확정: 2024. 07. 29.

# Ⅰ. 서설

민법 제168조 제2호는 압류, 가압류, 가처분을 소멸시효의 중단사유로 규정하고 있다. 그리고 민법 제178조 제1항은 중단된 시효는 '중단사유가 종료한 때로부터' 새로이 진행한다고 규정하고 있다.[1] 따라서 압류, 가압류, 가처분으로 인한 시효중단효의 종료시기는 '중단사유가 종료한 때'인데 위 법문언 만으로는 그 의미가 명확하지 않다. 압류, 가압류, 가처분이 종료한 때는 압류, 가압류, 가처분 절차가 종료한 때를 의미한다고 할 것인데, 강제집행인 압류나 보전처분인 가압류, 가처분의 절차나 그 성질을 어떻게 보느냐에 따라 달라질 수 있어 그 종료시기에 관하여 다툼이 있을 수 있다.

강제집행의 경우 강제집행신청, 압류, 현금화, 만족의 단계를 거치는데 만족의 단계가 종료한 때를 강제집행이 종료한 때로 볼 수 있을 것이다.[2] 부동산 강제집행(경매)을 예로 들면 부동산 강제집행(경매)절차는 채권자의 경매신청, 법원의 경매개시결정, 매각 준비 및 매각기일 공고, 입찰자의 입찰 참여, 법원의 최고가매수인 선정, 법원의 매각허가결정, 매수인의 매각대금 지급 및 권리취득, 채권자에 대한 배당 순으로 진행되는데 배당표가 확정되거나 배당이 완료된 때 강제집행(압류)이 종료되어 소멸시효중단의 효력이 발생하고, 그 다음날부터 중단된 소멸시효가 새로 진행할 것이다.

가압류는 금전채권이나 금전으로 환산할 수 있는 채권에 대하여 부동산 또는 동산(유체동산, 채권 그 밖의 재산권)에 대한 강제집행을 보전하기 위한 보전처분이고, 가처분은 금전채권 이외의 특정급여청구권을 보전하거나 다툼이 있는 권리관계에 대한 보전처분이다. 보전처분은 부동산 또는 동산에 대한 강제집행을 보전하기 위하여 확정판결 등의 집행권원 없이 하는 것으로 그 이후의 소의 제기 등 본안의 절차가 예정되어 있는 잠정적 처분이다. 가압류·가처분은 가압류·가처분신청과 그 신청에 대한 당부를 판단하는 재판절차인 가압류·가처분결정절차(재판절차)와 그 재판의 내용을 실현하는 가압류·가처분집행절차로 이루어진다. 부동산 및 채권 가압류는 가압류 결정법원이 집행기관이 되므로 가압류신청시 집행신청도 있은 것으로 보게 되나, 유체동산가압류는 결정기관은 법원이지만 집행기관은 집행관으로 결정기관과 집행기관이 분리되고 채권자의 집행신청에 의하여 집행관에 의한 집행절차가 진행된다. 이와 같이 보전처분인 가압류·가처분은 가압류·가처분결정절차와 그 결정의 내용을 실현하는 가압류·가처분집행절차로 이루어지는데 집행절차가 종료되면 보전

---

1) 민법 제178조 제1항은 중단된 시효는 '중단사유가 종료한 때로부터' 새로이 진행한다고 규정하고 있는데, '중단사유가 종료한 때'는 시효중단 효력의 종료 시기이고 그 직후(그 다음날) 소멸시효가 재진행 된다고 볼 수 있을 것이다. 위 법문은 중단된 소멸시효가 시효중단 효력의 종료와 동시에(엄밀히 말하면 직후인 다음날) 진행한다는 의미로 보아야 할 것이다.

2) 대법원도 압류에 의한 시효중단의 효력은 강제집행 절차가 종료될 때까지 계속된다고 한다(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013다47330 판결; 대법원 2015. 11. 26. 선고 2014다45317 판결).

처분 집행의 효력인 처분금지효가 발생하고, 일응 가압류·가처분절차는 종료된다. 그러나 가압류·가처분은 잠정적인 절차로 그 자체가 종국적인 권리확정·실현절차가 아니기 때문에 가압류·가처분 후 본안소송의 제기, 본안소송 확정시 이를 집행권원으로 한 강제집행절차가 이루어지고 그 절차가 종결되어야 채권자의 종국적인 권리실현이 이루어진다. 이에 따라 잠정처분인 가압류·가처분 집행절차가 종료되었을 때(부동산 가압류·가처분의 경우 법원의 촉탁에 의한 가압류·가처분기입등기가 된 때)를 가압류·가처분의 소멸시효 중단사유가 종료한 때로 볼 것인지 아니면 가압류·가처분의 집행이 취소되거나 소의 제기 및 본압류로 이행되어 강제집행이 종료되었을 때를 가압류·가처분의 소멸시효 중단사유가 종료한 때로 볼 것인지가 문제된다. 이하에서는 위 '중단사유가 종료한 때'의 해석과 관련하여 가압류·가처분에 의하여 중단된 소멸시효중단 효력의 종료 시기와 소멸시효의 재진행 시기에 대하여 살펴보고자 한다. 보전처분인 가압류·가처분절차는 동일한 구조로 이루어져 있으므로 가압류를 중심으로 살핀다.

## Ⅱ. 가압류에 의한 시효중단 효력의 종료 시기 및 중단된 시효의 재진행 시기

가압류의 경우 '중단사유가 종료한 때'에서 중단사유는 가압류이므로 시효중단 효력의 종료 시기는 가압류가 종료한 때라고 할 수 있다. 가압류가 종료한 때는 가압류절차가 종료한 때를 의미한다고 할 것인데 가압류절차가 종료하는 시기가 구체적으로 어느 시점인가가 문제된다. 재판상의 청구로 인하여 중단한 시효는 '재판이 확정된 때로부터' 새로 진행한다고 규정하고 있어(민법 제178조 제2항) 시효중단의 종료 시기가 명확하지만 가압류에 관하여는 시효중단의 종료 시기에 관한 구체적 규정이 없어 시효중단의 종료 시기 및 중단된 시효의 재진행 시기에 관하여 다음과 같은 견해의 대립이 있다.

### 1. 학설

#### (1) 계속설

가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안(부동산의 경우 가압류등기가 존속하는 동안) 시효중단의 효력이 계속된다는 견해이다.[3] 그 논거는 다음과 같다.
① 가압류의 효력이 존속하는 동안은 채권자의 권리행사는 계속된다. ② 가압류에 의한 시효중단효의 계속을 부정하는 입장은 가압류 후 다시 다른 중단절차를 취할 필요가 있다는 것인데 이는 채권자에게 가혹하다. 특히 가압류에 대하여 이의신청이 있은 경우라든가 어음채권, 단기소멸시효에 걸리는 채권의 경우에는 더욱 그러하다

3) 김진수, "가압류와 시효중단의 계속", 「판례연구」 제12집, 부산판례연구회, 2001, 569면 이하; 이균용, "가압류와 시효중단효력의 계속여부", 「대법원판례해설」 통권 제34호, 법원도서관, 2000, 50면; 김홍엽, 「민사집행법」(제8판), 박영사, 2024, 475면.

③ 가압류에 의한 중단효가 계속된다고 하더라도 채무자로서는 제소명령을 신청할 수 있고 채권자가 제소명령에 따르지 않은 때에는 가압류명령이 취소되며, 집행권원을 취득하고도 본집행에 착수하지 않는 경우에는 보전의 필요성이 소멸하였다는 것을 이유로 사정변경에 의한 가압류명령의 취소를 신청할 수 있고, 가압류가 집행된 뒤 3년간 본안의 소가 제기되지 않은 경우 그 취소를 신청할 수 있으므로[4] 채무자에게 가혹하지 않다. 공평의 관점에서 채무자가 이러한 대항수단을 취하지 않은 경우에는 시효중단효가 계속된다 하여도 부당하다고 할 수 없다.

가압류해방금의 공탁에 의하여 가압류의 집행이 취소된 경우에도(민사집행법 제299조) 가압류의 집행보전의 효력은 공탁물회수청구권에 존속하므로 이 설에 의하면 가압류에 의한 시효중단의 효력은 계속된다고 할 것이다.

### (2) 비계속설

비계속설은 시효중단의 효력이 집행보전의 효력과는 달리 집행행위가 종료된 때(부동산의 경우 가압류등기가 경료되었을 때)에 종료하고 그때부터 소멸시효가 새로이 진행된다고 한다.[5] 그 논거는 다음과 같다.

① 가압류의 효력이 존속하는 동안 가압류에 의한 시효중단을 인정하면 본래 본집행을 위하여 임시적·잠정적으로 인정된 가압류에 시효를 중단하는 효력을 무기한적·영구적으로 인정하는 것이 되어 판결에 의하여 확정된 권리라도 10년의 시효에 걸리는 것과의 균형이 맞지 않는다. ② 가압류는 집행권원을 요하지 않고 피보전권리와 보전의 필요성을 증명이 아닌 소명하기만 하면 발령되고 집행되는 것이므로 그 자체가 권리존재의 공적인 증거라 할 수 없다. 가압류는 권리의 실행행위라기보다는 오히려 그 준비행위에 불과하므로 가압류등기가 되어 있다는 사정만으로 시효의 기초가 계속 부정될 수 없고 채권자가 그 등기를 방치하고 있는 한 권리 위에 잠자고 있다고 평가할 수도 있다. ③ 가압류는 잠정적인 준비행위에 지나지 않으므로 가압류 자체의 효력이 존속한다고 하여도 그것으로부터 바로 중단효도 같이 존속한다고 할 수 없다. 즉 집행보전의 효력과 시효중단의 효력은 차원을 달리하는 것이므로 그 종기를 동일하게 보는 것은 부당하다. ④ 저당권부 채권의 경우 피담보채권의 권리행사가 없는 한 저당권등기만으로 피담보채권에 대한 시효중단의 효과가 발생하지 않는 것과 마찬가지로 가압류등기가 남아 있다는 사실만으로 권리행사가 계속되고 있다고 할 수 없다.

---

4) 제소명령에 따른 본안의 소가 제기되지 않은 경우, 가압류이유가 소멸되거나 그 밖의 사정이 바뀐 경우, 가압류가 집행된 뒤 3년간 본안의 소가 제기되지 않은 경우 채무자의 가압류취소 신청에 의하여 법원은 가압류결정을 취소한다(민사집행법 제287조, 제288조).

5) 양창수, “부동산가압류의 시효중단효의 종료시기”,「민법연구」 6, 2007, 528-529면; 최춘식, “유체동산 가압류와 시효중단”, 「법학연구」 제23권 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2020. 3., 155면; 송덕수,「민법총칙」(제7판), 박영사, 2024, 543면. 전병서,「민사집행법」(제5판), 박영사, 2024, 542면은 계속설에 의하면 채권자가 본안의 집행권원에 기한 강제집행을 착수하지 않은 동안 그 채권의 시효가 지난 경우라도 가압류에 의한 시효중단의 효력이 계속되어 가압류에 시효중단의 효력에 관한한 본안의 확정판결 이상의 효력을 인정하는 결과가 되어 문제라고 한다.

### (3) 절충설

계속설에 의하면 가압류에 의한 시효중단기간이 영구적인 것으로 될 수 있고 반대로 비계속설에 의하면 그 기간이 지나치게 짧아지기 때문에 그 중간의 어느 시기까지 시효중단효를 인정하려고 하는 견해이다. 절충설은 그 주장하는 내용이 다양한데 ① 후에 본안소송이 제기된 경우에는 그 확정판결의 시효에 흡수된다는 견해(이른바 흡수설), ② 본안소송에의 흡수를 인정하면서 본안소송이 제기되지 않은 경우에는 잠정적인 중단사유라는 점에서 최고와 유사하다는 점에 착안하여 최고와 마찬가지로 6개월의 유예를 인정하는 견해, ③ 본안소송이 제기된 경우든 제기되지 않은 경우든 판결에 의하여 확정된 권리와의 정합성에 비추어 판결에 의하여 확정된 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소멸시효는 10년으로 한다는 판결 등에 의하여 확정된 채권의 소멸시효 조항인 민법 제165조 제1항을 유추적용하자는 견해, ④ 본안소송 제기 전의 가압류에 대하여는 가압류집행 이후의 중단효를 부정하고, 본안소송 제기 후의 가압류의 경우에만 본집행의 종료시까지 중단을 인정하는 견해 등이 있다.[6)]

## 2. 가압류 대상별 계속설과 비계속설에 따른 시효중단 효력의 구체적 종료 시기에 대한 검토

가압류는 가압류신청과 그 신청에 대한 당부를 판단하는 재판절차인 가압류결정절차와 그 재판의 내용을 실현하는 가압류집행절차로 이루어진다. 한편 가압류의 대상은 부동산, 채권, 유체동산이 있다. 가압류신청은 서면으로 한다(민사집행규칙 제203조 제1항). 가압류신청서에는 청구채권과 가압류를 하지 않으면 판결을 집행할 수 없거나 판결을 집행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있는 사실(보전의 필요성)을 표시하고 이를 소명하여야 한다(민사집행법 제279조, 제277조). 유체동산에 대한 가압류 외에는 가압류신청서에 가압류의 대상인 목적물을 표시해야 한다.[7)8)] 가압류신청에 대한 재판은 결정으로 한다. 청구채권과 가압류의 이유를 소명한 때에는 법원은 담보를 제공하게 하고 가압류를 명할 수 있고, 청구채권이나 가압류의 이유를 소명하지 않은 때에도 가압류로 생길 수 있는 채무자의 손해에 대하여 법원이 정한 담보를 제공한 때에는 법원은 가압류를 명할 수 있다(민사집행법 제280조 제3항, 제2항).

가압류결정이 있은 후 가압류 대상별 구체적 가압류집행절차 및 강제집행절차와

---

6) 위와 같은 절충설에 대하여는 편집대표 곽윤직,「민법주해[Ⅳ](총칙 4)」, 박영사, 2022, 635면 참조.

7) 법원행정처,「법원실무제요 민사집행[Ⅳ]」, 2020, 179면.

8) 민사집행법 제291조에는 가압류신청의 기재사항으로 가압류 목적물의 표시가 빠져 있다. 이에 대하여 ① 가압류 목적물의 특정은 가압류결정 단계가 아니라 가압류집행 단계에서 필요한 것이므로 가압류신청 단계에서는 가압류목적물의 특정이 반드시 필요한 것이 아니라는 불특정설(김연, “가압류 목적물의 표시”, 「민사소송」 18권 1호, 한국민사소송법학회, 2014. 5., 247면; 전병서, 앞의 책, 588면) ② 가압류신청시 가압류 목적물의 특정은 그 재산에 대해서만 집행하려는 한정적인 보전권원을 구하기 위한 것이므로 이러한 가압류결정으로는 그 밖의 다른 재산에 대하여 가압류집행을 할 수 없다는 특정설(방순원・김광년,「민사소송법(하)」(제2전정판), 1993, 489면; 김홍엽, 앞의 책, 471면)이 대립하고 있다. 법원실무는 위에서 본 바와 같이 특정설을 취하고 있다.

이에 따른 계속설과 비계속설에 의한 시효중단 효력의 구체적 종료 시기를 살펴보면 다음과 같다.

부동산, 채권 그 밖의 재산권에 대한 가압류 집행은 가압류결정을 한 법원의 판사가 담당하고, 유체동산에 대한 가압류 집행은 집행관이 담당한다(민사집행법 제293조 제2항, 제296조 제2항, 제1항).

### (1) 부동산에 대한 시효중단 효력의 구체적 종료 시기

가. 법원이 집행기관이 되는 부동산가압류 집행은 가압류신청시 그 인용재판에 대한 집행신청도 함께 한 것으로 보아 별도의 집행신청 없이(민사집행규칙 제203조 제1항 제6호[9]) 가압류명령 후 바로 집행에 착수한다.[10] 부동산에 대한 가압류집행은 가압류결정을 한 법원이 하나 가압류등기는 법원사무관 등이 촉탁하고(민사집행법 제293조 제3항), 가압류기입등기가 경료됨으로써 집행이 종료된다. 가압류명령이 집행되면 채무자는 가압류 목적물을 처분해서는 안된다(처분금지적 효력).

나. 부동산에 대한 강제집행(경매) 절차는 채권자의 경매신청과 법원의 경매개시결정 및 압류, 이에 따른 매각절차 및 배당절차로 이루어진다. 구체적으로 보면 ① 채권자의 경매신청, ② 법원의 경매개시결정, ③ 매각 준비 및 매각기일 공고, ④ 입찰자의 입찰 참여, ⑤ 법원의 최고가매수인 선정, ⑥ 법원의 매각허가결정, ⑦ 매수인의 매각대금 지급 및 권리취득, ⑧ 채권자에 대한 배당 순으로 이루어진다. 법원은 경매신청서가 접수되면 신청서와 첨부서류를 검토하여 경매개시 여부를 결정하는데, 경매를 개시하는 결정을 하는 경우에는 등기관에게 경매개시결정의 등기를 촉탁하고(민사집행법 제94조 제1항), 강제경매인 경우 법원은 경매절차를 개시하는 결정과 동시에 해당 부동산의 압류를 명한다(민사집행법 제83조 제1항). 부동산이 압류되어도 채무자는 그 부동산에 대한 관리·이용을 계속할 수 있지만, 다른 사람에게 양도하거나 처분할 수 없다(민사집행법 제83조 제2항).

다. 이와 같은 부동산에 대한 가압류집행 및 강제집행의 절차에 의하면 시효중단 효력의 종료 시기는 계속설에 의하면 강제집행의 종료시인 배당표의 확정[11] 또는 배당받은 시점이 되고, 비계속설에 의하면 가압류집행의 종료시인 가압류기입등기가 경료된 때가 될 것이다. 가압류결정의 효력은 원칙적으로 채무자에게 그 재판이 고지된 때에 발생하는데, 채권자에게 고지되면 채무자에게 고지되기 전에도 집행할 수 있다(민사집행법 제292조 제3항). 실무상 채무자가 미리 보전처분의 내용을 알고 그 집행을 피하는 수단을 강구하는 것을 막기 위하여 집행 후(집행법원이 집행기관인

---

9) 민사집행규칙 제203조 제1항은 “다음 각호의 신청은 서면으로 하여야 한다.
6. 보전처분의 집행신청(다만, 등기나 등록의 방법 또는 제3채무자나 이에 준하는 사람에게 송달하는 방법으로 집행하는 경우는 제외한다).”고 규정하고 있다.

10) 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행[Ⅴ]」, 2020, 239면.

11) 대법원은 경매절차에 참가하여 소멸시효가 중단된 채권에 대한 소멸시효와 관련하여 ‘배당표가 확정된 때’ 시효중단의 효력이 종료하고 ‘배당표가 확정된 다음날부터’ 다시 시효가 진행한다고 한다(대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다89880 판결). 배당표가 확정되는 시기에는 이미 경락대금이 납부되어 법원이 이를 보관하고 있으므로 배당금이 지급되지 않을 염려가 없고, 법원이 배당표에 의하여 채권자에게 지급하는 행위는 사실행위에 불과하므로 배당금이 채권자에게 지급된 시기가 아니라 배당표 확정시를 시효중단의 효력 종료 시기로 본 것으로 보인다.

부동산, 채권 등에 대한 집행의 경우 부동산에 대한 등기완료통지정보, 제3채무자에 대한 송달결과정보 등에 의하여 집행되었음을 확인한 후)에 채무자에게 송달한다.[12] 가압류기입등기 외에 채무자에의 송달까지 이루어져야 집행이 종료된다고 본다면 비계속설에 의할 때 시효중단 효력의 종료 시기는 가압류기입등기와 채무자에의 송달이 이루어진 진 때가 될 것이다.

### (2) 채권 그 밖의 재산권에 대한 시효중단 효력의 구체적 종료 시기

가. 법원이 집행기관이 되는 채권 그 밖의 재산권에 대한 가압류집행도 가압류신청시 집행신청도 함께 한 것으로 보아 별도의 집행신청 없이(민사집행규칙 제203조 제1항 제6호) 가압류명령 후 바로 집행에 착수한다. 가압류결정을 한 법원이 집행한다(민사집행법 제296조 제2항). 본압류와 달리 채무자에 대한 처분 및 영수 금지명령을 하지 않고 제3채무자에 대한 지급금지명령만을 한다(민사집행법 제296조 제3항). 가압류명령이 제3채무자에게 송달됨으로써 집행이 종료된다. 가압류의 경합이 없어도 제3채무자는 권리공탁을 할 수 있다(민사집행법 제291조, 제248조 제1항). 이 경우 채권가압류의 효력은 공탁금액에 대한 채무자의 출급청구권에 대하여 존속한다(민사집행법 제297조). 가압류명령이 집행되면 제3채무자는 채무자에 대한 지급이 금지된다(처분금지적 효력).

나. 채권 등에 대한 강제집행 절차는 ① 채권압류 및 추심, 전부 명령의 신청(채권자는 압류와 동시에 추심, 전부 명령을 같이 신청하는 경우가 일반적이므로, 채권압류 및 추심, 전부 명령의 신청서를 관할법원에 함께 제출하는 것이 보통이다.), ② 채권압류 및 추심, 전부 명령, ③ 채무자 및 제3채무자에게 채권압류 및 추심, 전부 명령 송달, ④ 채권자가 추심명령, 전부 명령을 통하여 제3채무자로부터 압류된 채권을 받거나 제3채무자에 대한 채권을 직접 이전받는 절차로 이루어진다. 압류명령은 제3채무자와 채무자에게 송달하여야 하고, 압류명령이 제3채무자에게 송달되면 압류의 효력이 생긴다(민사집행법 제227조 제2항, 제3항). 압류의 효력이 생기면 제3채무자는 채무자에 대한 지급이 금지되고, 채무자는 채권의 처분과 영수가 금지된다(민사집행법 제227조 제1항).

다. 이와 같은 채권 등에 대한 가압류집행 및 강제집행의 절차에 의하면 시효중단 효력의 종료 시기는 계속설에 의하면 강제집행의 종료시인 추심명령, 전부명령을 통하여 제3채무자로부터 압류된 채권을 받거나 제3채무자에 대한 채권을 집행채권에 갈음하여 이전받은 시점이 되고, 비계속설에 의하면 가압류집행의 종료시인 가압류명령이 제3채무자에게 송달된 때가 될 것이다. 제3채무자가 추심명령에 따른 이행을 하지 않거나 추심절차상 의무를 이행하지 않는 경우에는 채권자는 제3채무자를 상대로 추심의 소를 제기할 수 있는데(민사집행법 제238조 본문, 제249조 제1항), 추심의 소는 일반 민사소송으로 제기되기 때문에 이 경우는 추심의 소에 의한 판결에 의하여 강제집행을 하게 되어 그 강제집행절차가 종료한 때가 계속설에 의한 시효중단 효력의 종료 시기가 될 것이다.

---

12) 법원행정처, 앞의「법원실무제요 민사집행[Ⅴ]」, 240면.

### (3) 유체동산에 대한 시효중단 효력의 구체적 종료 시기

가. 유체동산에 대한 가압류집행은 가압류법원과 집행기관이 다르다. 유체동산에 대한 가압류집행은 압류와 같은 원칙에 따라 한다(민사집행법 제296조 제1항, 제189조 제1항). 따라서 유체동산에 대한 가압류집행은 채권자가 집행관에게 집행위임신청을 함으로써 개시되고 채권자는 채권자·채무자와 그 대리인, 가압류명령, 가압류 목적물인 유체동산이 있는 장소, 가압류채권의 일부에 관하여 집행을 구하는 때에는 그 범위를 적은 서면에 가압류명령정본을 첨부하여 집행신청을 하여야 한다(민사집행규칙 제212조). 유체동산가압류는 채무자가 점유하고 있는 유체동산은 집행관이 그 물건을 점유하거나 봉인 등 조치를 한 후 채무자에게 보관시킴으로써 종료된다(민사집행법 제296조 제1항, 제189조 제1항).

나. 유체동산에 대한 강제집행 절차는 ① 채권자의 집행관에의 강제집행 신청, ② 집행관이 채무자가 점유하고 있는 유체동산을 점유하거나 봉인 등 조치를 한 후 채무자에게 보관시키는 압류(민사집행법 제188조 제1항, 제189조 제1항), ③ 경매일시와 장소 공고, ④ 경매기일에 최고가매수신청인을 경락인으로 고지, ⑤ 경매대금 납부 후의 경락인에의 목적물 인도, ⑤ 채권자에의 매각대금 지급 절차로 이루어진다.

다. 이와 같은 유체동산에 대한 가압류집행 및 강제집행의 절차에 의하면 시효중단 효력의 종료 시기는 계속설에 의하면 강제집행의 종료시인 매각대금을 지급받는 시점이 되고, 비계속설에 의하면 가압류집행의 종료시인 집행관이 유체동산을 점유하거나 봉인 등 조치를 한 후 채무자에게 보관시킨 때가 될 것이다.

## 3. 판례

### (1) 대법원 2000. 4. 25. 선고 2000다11102 판결

가. 사실관계

1) 甲이 乙에 대하여 대여금채권이 있다는 이유로 乙을 상대로 서울지방법원 82카000호로 이 사건 부동산에 대하여 부동산가압류신청을 하였고, 위 법원이 1982. 2. 6. 가압류결정을 하였으며, 이에 따라 1982. 2. 8. 가압류기입등기가 경료되었다. 한편 이보다 먼저 이 사건 부동산에 관하여 A명의의 소유권이전등기청구권가등기가 경료되었다.

2) 甲이 가압류사건의 피보전채권에 관한 본안소송으로 乙을 상대로 대여금청구소송을 제기하여 위 법원은 1982. 4. 28. 乙은 甲에게 910만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급하라는 승소판결을 하였고, 이 판결은 그 무렵 확정되었다.

3) 甲은 1985. 10. 3. 사망하였고 丙이 상속재산의 협의분할에 의하여 甲의 재산 전부를 단독으로 상속하여 甲의 법적 지위를 그대로 승계하였다.

4) 1999년 乙은 가압류의 피보전채권이 시효로 소멸하였다는 이유로 甲의 법적 지위를 승계한 丙을 상대로 사정변경에 의한 가압류취소신청을 하였다.

나. 대법원의 판시

민법 제168조에서 가압류를 시효중단사유로 정하고 있는 것은 가압류에 의하여 채

권자가 권리를 행사하였다고 할 수 있기 때문인데 가압류에 의한 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 가압류채권자에 의한 권리행사가 계속되고 있다고 보아야 할 것이므로 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 계속된다.

민법 제168조에서 가압류와 재판상의 청구를 별도의 시효중단사유로 규정하고 있는데 비추어 보면, 가압류의 피보전채권에 관하여 본안의 승소판결이 확정되었다고 하더라도 가압류에 의한 시효중단의 효력이 이에 흡수되어 소멸된다고 할 수 없다.

이 사건 부동산에 관한 이 사건 가압류의 집행보전의 효력이 현재까지 존속하고 있으므로 이 사건 가압류의 피보전채권에 관한 시효는 중단되어 있다고 할 것이다.

위 대법원 판결은 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 계속된다고 하여 계속설을 취할 뿐 아니라 가압류의 피보전채권에 관하여 본안의 승소판결이 확정되었다고 하더라도 가압류에 의한 시효중단의 효력이 이에 흡수되어 소멸된다고 할 수 없다고 하여 가압류 후에 본안소송이 제기된 경우 가압류는 그 확정판결의 시효에 흡수된다는 절충설 중 이른바 흡수설을 취하지 않음을 명백히 하고 있다.

### (2) 대법원 2006. 7. 27. 선고 2006다32781 판결

가. 사실관계

1) H상호저축은행은 1996. 3. 8. 피고의 연대보증 아래 소외인에게 25,000,000원을 약정이자 연 16%, 지연이자 연 21%, 상환기일 2001. 3. 8.로 정하여 대출하면서, 이자는 매월 8일 지급받고 원금은 2001. 3. 8. 일시상환받되, 소외인이 이자를 지급하지 않으면 기한의 이익을 상실하여 즉시 원리금을 변제받기로 약정하였다.

2) H상호저축은행은 소외인이 1996. 4. 8.부터 이자를 지급하지 아니하여 기한의 이익을 상실하자 창원지방법원 96타경000호로 이 사건 대출의 원리금을 청구금액으로 하여 피고 소유의 부동산에 관한 임의경매절차를 진행하여 1997. 7. 5. 19,090,458원을 배당받고 이를 이 사건 대출의 원금에 변제충당하였다.

3) H상호저축은행은 2004. 11. 12. 위 법원으로부터 파산선고를 받아 같은 날 원고가 파산관재인으로 선임되었다.

3) 한편 H상호저축은행은 1997. 8.경 이 사건 청구인 12,890,043원을 청구채권으로 하여 주채무자인 소외인 소유의 자동차에 대하여 창원지방법원에 가압류신청을 하여 1997. 8. 28. 위 법원 97카단000호로 가압류결정을 받고 1997. 8. 30. 자동차등록원부에 가압류등록을 마쳤다.

나. 대법원의 판시

가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 계속된다는 위 대법원 2000다11102 판결의 법리를 그대로 설시하면서, 원심판결은 대법원의 판례와 상반되는 판단을 한 위법이 있다고 하여 원심판결을 파기환송하였다.

즉 주채무자 소외인 소유의 자동차에 대한 가압류에 의한 시효중단의 효력이 계속되

고 있어 이 사건 청구채권이 시효로 소멸하지 않았다는 것이다.

다. 원심법원(창원지방법원 2006. 5. 4. 선고 2005나7232 판결)의 판단

H상호저축은행이 1997. 8.경 이 사건 청구인 12,890,043원을 청구채권으로 하여 이 사건 자동차에 대하여 가압류신청을 하여 1997. 8. 28. 이 법원 97카단000호로 가압류결정을 받고 1997. 8. 30. 자동차등록원부에 가압류기입등기를 마친 사실이 인정되고, 민법 제440조에 의하면 주채무자인 소외인에 대한 시효중단은 보증인인 피고에 대하여 그 효력이 있으므로 이 사건 청구에 대한 소멸시효는 그 무렵 중단되었다고 할 것이다.

그러나 나아가 위 가압류에 의하여 이 사건 청구에 대한 소멸시효가 중단된다고 하더라도 그 중단의 효력이 가압류등기가 존속하는 동안 계속되는지 아니면 가압류등기가 경료된 때에 시효중단의 효력이 종료되어 그 때로부터 다시 새로운 소멸시효기간이 진행되는지에 관하여는 견해의 대립이 있는 바, 가압류의 집행보전 효력이 존속하는 한 시효중단이 계속되므로 가압류등기가 경료되더라도 시효중단의 효력이 종료되지 않는다는 견해도 있으나(대법원 2000. 4. 25. 선고 2000다11102 판결), 장래의 집행보전을 위하여 단순한 소명만으로 인용되는 가압류절차에서 가압류등기가 존재하는 한 영구히 소멸시효가 중단된다고 해석하는 것은 재판상 청구의 경우에도 재판이 확정된 때로부터 소멸시효의 중단사유가 종료되고 다시 소멸시효가 진행하고, 압류의 경우에도 배당절차가 종료되면 소멸시효의 중단사유가 종료된다고 해석되는 것과 비교할 때 너무 부당한 점, 이 사건의 경우 연대보증인인 피고는 H상호저축은행이 소외인 소유의 이 사건 자동차를 가압류한 사실을 알 수 없었을 뿐만 아니라 가사 알았다고 하더라도 본안의 제소명령이나 사정변경에 의한 가압류 취소를 구하는 등으로 이 사건 자동차에 존속하는 가압류등기를 소멸시켜 소멸시효의 중단사유를 종료시킬 수 있는 구제수단이 없음에도 불구하고 제3자인 소외인에 대한 원고의 가압류등기가 존속하는 동안 피고에 대하여도 시효중단의 효력이 계속된다고 하는 것은 피고에게 지나치게 가혹한 점 등 제반 사정을 감안하면, 이 사건의 경우에는 소외인 소유의 이 사건 자동차에 대한 가압류결정에 기하여 자동차등록원부에 가압류등기가 경료된 1997. 8. 30.경 시효중단의 효력이 종료되어 그 때로부터 다시 소멸시효기간이 진행되어 이 사건 청구채권은 그로부터 상사시효 5년이 경과된 2002. 8. 30.경 시효로 인해 소멸하였다고 봄이 상당하다.

위 항소심판결은 계속설을 취한 대법원 판례를 언급하면서도 비계속설을 취하고 있는바, 판례변경이 필요하다고 판단한 것으로 보인다.[13] 특히 이 사건의 경우 피고는 주채무자가 아닌 연대보증인이고, 주채무자 소유의 자동차에 대하여 가압류가 된 사안으로 연대보증인인 피고가 위 가압류에 대하여 본안의 제소명령이나 사정변경에

13) 비계속설을 취한 하급심 판례로는 제주지방법원 1995. 11. 15. 선고, 95카합1159 판결이 있다. 위 판결은 “가압류는 권리보전이 본질적 취지이고, 재판상 청구는 채무명의 획득으로 다시 소멸시효가 진행되는 점, 가압류등기가 남아 있는 한 소멸시효가 중단된다고 해석하면 가압류채권자가 가압류 상태를 그대로 유지한 채 권리행사를 해태함으로써 휴면상태에 빠진 경우 그 채권에 대한 소멸시효의 진행이 영구히 저지되어 소멸시효에 걸리지 않는 청구권을 인정하는 결과가 되는 점에 비추어 보면 가압류집행 후에도 소멸시효중단 효력이 계속된다고 하는 것은 부당하다.”고 판시하고 있다.

의한 가압류취소신청을 할 권리가 없어 위 가압류에 대응할 수단이 없는 것을 고려하여 비계속설을 취하고 있다.

### (3) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2013다18622, 18639 판결

가. 사실관계

1) 피고(반소원고)는 원고(반소피고)로부터 원고 소유의 이 사건 토지 지상에 공장 건물을 신축하는 공사를 수급하여 2003. 10. 공사를 완료하고, 원고에 대한 6억 2,000만 원의 공사대금채권을 피보전채권으로 하여 2004. 5. 8. 청주지방법원 2004카합000호로 원고 소유의 이 사건 토지와 위 공장 건물(이하 이를 합쳐 '이 사건 부동산'이라고 한다)을 가압류하는 가압류결정을 받았고, 2004. 5. 12. 이 사건 부동산에 그 취지의 가압류기입등기가 경료되었다.

2) 이 사건 부동산에 관한 선순위 근저당권자인 A신용협동조합의 신청에 따라 청주지방법원 2004타경000호로 개시된 부동산임의경매절차에서 이 사건 부동산이 매각되어 2005. 9. 30. 매각대금이 납부되었고, 피고의 이 사건 가압류등기는 2005. 11. 4. 위 임의경매로 인한 매각을 원인으로 말소되었다. 그 후 배당절차에서 피고가 가압류채권자로서 96,726,031원을 배당받는 것으로 배당표가 작성되었고, 그 배당액은 공탁되었다.

3) 원고는 2012. 1. 5. 피고를 상대로 이 사건 공사대금에 관한 채무부존재확인의 소를 제기하였고, 이에 대하여 피고는 2012. 2. 20. 이 사건 공사대금채권의 존재를 주장하는 답변서를 제출하고 2012. 4. 13. 이 사건 공사대금채권 중 일부로서 2억 원 및 이에 대한 지연손해금의 지급을 구하는 반소를 제기하였다.

나. 대법원의 판시

가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 계속된다는 위 대법원 2000다11102 판결의 법리를 설시한 후 다음 사항을 추가로 판시하고 있다.

가압류는 강제집행을 보전하기 위한 것으로서 경매절차에서 부동산이 매각되면 그 부동산에 대한 집행보전의 목적을 다하여 효력을 잃고 말소되며, 가압류채권자에게는 집행법원이 그 지위에 상응하는 배당을 하고 배당액을 공탁함으로써 가압류채권자가 장차 채무자에 대하여 권리행사를 하여 집행권원을 얻었을 때 배당액을 지급받을 수 있도록 하면 족한 것이다. 따라서 이러한 경우 가압류에 의한 시효중단은 경매절차에서 부동산이 매각되어 가압류등기가 말소되기 전에 배당절차가 진행되어 가압류채권자에 대한 배당표가 확정되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 채권자가 가압류집행에 의하여 권리행사를 계속하고 있다고 볼 수 있는 가압류등기가 말소된 때 그 중단사유가 종료되어, 그때부터 새로 소멸시효가 진행한다고 봄이 타당하다(매각대금 납부 후의 배당절차에서 가압류채권자의 채권에 대하여 배당이 이루어지고 배당액이 공탁되었다고 하여 가압류채권자가 그 공탁금에 대하여 채권자로서 권리행사를 계속하고 있다고 볼 수는 없으므로 그로 인하여 가압류에 의한 시효중단의 효력이 계속된다고 할 수 없다).

피고의 이 사건 공사대금채권은 민법 제163조 제3호의 수급인의 공사에 관한 채권

에 해당하여 그 소멸시효기간은 3년이고, 이 사건 공사대금채권은 공사가 완료된 2003. 10. 변제기가 도래하였고, 그 후 피고가 이 사건 공사대금채권을 피보전채권으로 하여 이 사건 부동산을 가압류하였으므로 소멸시효가 중단되었다가 이 사건 가압류등기가 말소된 다음날인 2005. 11. 5.부터 소멸시효가 새로 진행하는데, 피고가 이 사건 공사대금채권의 존재를 주장하는 답변서를 제출하고 이 사건 반소를 제기한 것은 그로부터 3년이 경과한 2012. 4. 13.이 명백하므로, 피고의 이 사건 공사대금채권은 소멸시효가 완성되었다.

#### (4) 기타

대법원은 가처분에 관하여도 그 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 가처분채권자의 권리행사가 계속되고 있다고 보아야 하므로 가처분에 의한 시효중단의 효력이 계속된다고 판시하였다.[14]

## Ⅲ. 비교법적 고찰

### 1. 독일

2002년 개정 독일민법은 소멸시효의 갱신(재진행)(Neubeginn)[15]사유를 대폭 축소하여 이를 정지(Hemmungsgründe)사유로 전환하였다. 개정 독일민법은 시효갱신사유로 채무자가 채권자에게 분할변제, 이자지급, 담보제공, 기타의 방법으로 청구권을 승인한 경우와 법원 또는 관청의 강제집행행위가 실행되거나 신청된 경우만을 규정하고 있다(독일민법 제212조).[16] 소의 제기와 보전처분 등은 시효정지사유로(독일민법 제204조 제1항 제1호, 제9호)로 규정하고 있다.[17] 소의 제기나 보전처분 등에 의한 정지사유는 재판에 계속되어 있는 동안만 시효의 진행을 정지시키고 개시된 절차가 기판력 있는 재판에 의하여 확정되거나 또는 다른 방식으로 종결된 경우 그 종결 된 때로부터 6개월이 경과함으로써 나머지 시효가 진행하게 된다(독일민법 제204조 제2항 전단). 그러나 당사자 일방이 다시 새로운 절차를 진행하는 경우, 예컨대 가압류 후 소를 제기한 경우에는 그 채권의 시효는 다시 정지된다(독일민법 제 204조 제2항 후단). 시효가 정지된 기간은 소멸

14) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011다70930 판결.

15) 독일 개정민법 제212조는 종래의 소멸시효의 중단(Unterbrechung)이라는 용어 대신에 소멸시효의 갱신(재진행)(Neubeginn)이라는 용어를 사용하고 있다. 중단이나 갱신이나 모두 이미 경과된 소멸시효기간을 무시하고 처음부터 새로 소멸시효기간이 진행하는 것을 의미하므로 내용이 변경된 것이 아닌 용어만 변경된 것이다(이용박, “독일 개정민법의 시효제도와 우리 민법의 소멸시효제도의 개정방안”, 「민사법학」 제23호, 한국민사법학회, 2003, 295면).

16) 갱신사유로 채무자의 승인과 강제집행만을 인정하고 소의 제기는 시효의 정지사유로 한 것은 유럽계약법원칙(PECL)과 일치하는 것으로 이를 수용한 결과라고 한다(윤석찬, “민법개정안과 세계화 추세-소멸시효제도를 중심으로-”, 「법학연구」 제47권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2007. 2., 18면).

17) 집행권원에 의한 집행행위는 권리행사(실현)의 최종 단계로서 강한 효력을 가진 것으로 보아 시효장애사유의 취급에 있어서 소제기나 보전처분과 차등을 두고 있는 것으로 보인다.

시효기간에 산입되지 않는다(독일민법 제209조).

독일 민법 제204조 제2항 전단에 의하면 가압류는 가압류절차가 종결된, 즉 가압류집행이 종료된 시점으로부터 6월이 경과한 때가 시효중단 효력의 종료시가 되어 기간이 6개월 부가되는 외에는 비계속설과 유사한 결과가 된다.

## 2. 프랑스

프랑스는 2008년 '민사시효 개정에 관한 2008. 6. 17. 법률'로 시효규정을 개정하였다.[18] 프랑스는 채무자의 승인, 재판상 청구(압류 포함[19])를 시효중단사유로 규정하고 있고(프랑스민법 제2240조, 2241조), 조건부 채권의 경우 조건이 성취되지 않은 경우, 확정기한부 채권의 경우 확정기한이 도래하지 않은 경우, 법률, 합의 또는 불가항력에서 생긴 방해사유로 인하여 권리행사 불가능 상태에 있는 경우, 소송의 제기 후 당사자들이 알선이나 조정에 따르기로 합의한 경우, 재판의 진행에 앞서 법관이 증거조사청구를 받아들인 경우 등을 시효정지사유로 규정하고 있으나(프랑스민법 제2233조 내지 제2239조) 가압류·가처분을 시효중단이나 정지 사유로 규정하고 있지는 않다.[20] 재판상 청구(압류 포함)로 인한 시효중단은 소송이 종료될 때까지 효력이 있고(프랑스민법 제2242조), 원고가 청구를 취하하거나 기간경과로 소권을 실효시키거나 청구가 최종적으로 기각된 경우에는 중단은 없었던 것으로 된다고 규정하고 있다(프랑스민법 제2243조).

프랑스는 가압류·가처분을 시효중단이나 정지 사유로 규정하고 있지 않아 가압류·가처분에 의한 시효중단 효력의 종료 시기에 관한 논의의 필요성이 없다.

## 3. 일본

2017년 개정된 일본민법[21]은 시효장애사유에 있어서 종래의 시효의 중단, 정지이라는 용어 대신 시효의 갱신, 완성유예라는 용어로 변경하였고 용어변경과 함께 시효장애사유의 내용도 변경하였다. 2017년 개정전 일본민법은 우리나라와 같이 청구와 압류, 가압류, 가처분, 승인을 시효중단사유로 규정하고 있었는데(2017년 개정전 일본민법 제147조), 2017년 개정된 일본민법은 종래의 중단사유 중 강제집행(압류)은 시효의 완성유예 및 갱신 사유로, 가압류·가처분은 시효의 완성유예사유로 하였

---

18) 2008년 개정된 프랑스 신시효법의 내용에 관하여는 김상찬, "프랑스 신시효법에 관한 연구", 「법학연구」 제38집, 한국법학회, 2010. 5., 23면 이하 참조.

19) 프랑스민법 제2241조 제1항은 "재판상 청구는, 심지어 급속심리의 경우에도, 시효기간은 물론 제척기간도 중단시킨다."고 규정하고 있고, 제2항은 "그것은 관할권이 없는 법원에 제소하거나 법원의 압류가 절차의 하자로 무효인 경우에도 마찬가지이다."라고 규정하고 있는바, 제1항에는 압류를 언급하고 있지 않으나 제2항의 문언이 압류를 전제로 하고 있음을 고려해 보면 재판상 청구에 강제집행 신청에 의한 압류도 포함되는 것으로 해석할 수 있다.

20) 프랑스민법 소멸시효 부분의 한국어 번역본은 국회법률도서관>데이터베이스>외국법률번역DB>프랑스민법:소멸시효 참조<https://law.nanet.go.kr/foreignlaw/foreignIndex/search.do?isMenu=Y>.

21) 일본민법의 한국어 번역본은 국회법률도서관>데이터베이스>외국법률번역DB>일본민법 참조<https://law.nanet.go.kr/foreignlaw/foreignIndex/search.do?isMenu=Y>

다.[22] 종래 가압류·가처분을 시효중단 사유로 규정하고 있었으나 보전처분절차의 개시에 채무명의(집행권원)을 요하지 않고, 그 후에 본안의 소의 제기가 예정되어 있음에 불과하므로(보전처분절차의 잠정성, 부수성) 가압류·가처분은 본안의 소가 제기될 때까지 시효완성을 저지하는 것에 불과하다고 생각하여 완성유예사유로 변경한 것이다.[23] 강제집행(압류)은 그 사유가 종료한 때(신청의 취하 또는 법률의 규정에 따르지 않은 취소로 인해 그 사유가 종료한 경우에는 그 종료한 때로부터 6개월을 경과한 때)까지 시효는 완성하지 않고(완성유예), 그 사유가 종료한 때로부터 새로 진행을 개시하는데(갱신), 다만 신청의 취하 또는 법률의 규정에 따르지 않아 취소되어 그 사유가 종료한 경우에는 그러하지 아니하다(2017년 개정 일본민법 제148조 제1항, 제2항). 가압류·가처분은 그 사유가 종료한 때로부터 6월을 경과한 때까지는 시효는 완성하지 아니한다(2017년 개정 일본민법 제149조).

2017년 개정 일본민법 제149조에 의하면 가압류는 가압류절차가 종료된, 즉 가압류집행이 종료된 시점으로부터 6월이 경과한 때가 시효중단 효력의 종료시가 되어 기간이 6개월 부과되는 외에는 비계속설과 유사한 결과가 된다.

## Ⅳ. 가압류에 의한 시효중단의 종료 시기에 대한 검토

가압류에 의한 시효중단 효력의 종료 시기는 다음과 같은 이유로 계속설에 의하는 것이 타당하다고 생각된다.

(1) 시효제도의 존재이유는 영속된 사실상태를 존중하고 권리 위에 잠자는 자를 보호하지 않는다는 데에 있고[24], 소멸시효중단제도의 취지는 소멸시효가 진행하는

---

22) 이 부분이 일본 소멸시효법의 큰 변화라고 한다(양창수, "[자료] 최근의 일본민법 개정: 계약법 및 소멸시효법", 「민법연구」제10권, 박영사, 2019, 495면). 2017년 개정된 일본민법의 소멸시효 부분 개정에 대한 자세한 내용은 김성수, "개정 일본민법의 소멸시효-주요 개정 내용의 소개를 중심으로-", 「아주법학」 제12권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2018. 12., 38면 이하 참조. 독일, 프랑스, 일본 등의 소멸시효 부분 개정과 관련하여 우리나라에서도 소멸시효 부분의 입법적 개선에 대한 활발한 논의가 이어지고 있고, 2014년 민법개정위원회의 민법개정시안에 시효규정 개정내용이 포함되어 있다(민법개정시안의 내용과 입법적 개선 논의에 대하여는 위계찬, "소멸시효에 관한 민법개정 논의에 대한 평가와 전망", 「인권과 정의」 Vol. 511, 대한변호사협회, 2023. 1., 9면 이하; 최우진, "소멸시효 제도의 입법적 개선을 위한 소견", 「재산법연구」, 한국재산법학회, 2024. 5., 28면 이하 참조).

23) 김성수, 앞의 논문, 55면; 서종희, "개정 일본민법에서의 '시효장애사유'-일본 민법 제148조의 강제집행 등을 중심으로-", 「재산법연구」 제39권 제3호, 한국재산법학회, 2022. 11., 204면.

24) 시효제도의 존재이유로 일반적으로 ① 일정한 사실상태가 오래 지속되면 사회는 그것이 권리관계와 부합하는 것으로 신뢰하고 이를 기초로 한 법률관계가 형성되는데, 진정한 권리관계와 일치하지 않는다 하여 이러한 사실상태를 부인하면 사회질서가 흔들리므로 법은 일정기간 계속된 사실상태를 진정한 권리관계와 일치하는지 여부를 묻지 않고 권리관계로 인정함으로써 사회질서를 안정시키고 제3자의 신뢰를 보호한다는 법적 안정성의 확보, ② 일정한 사실상태가 오래 지속되면 그 사이에 진정한 권리관계에 대한 증거가 없어지지 쉬운 반면 사실상태가 오래 계속되었다는 것 자체가 그것이 정당한 권리관계에 기하여 유지되어 왔을 개연성을 보여 주므로 이러한 개연성에 기초하여 시효는 증명곤란에 빠진 당사

도중에 권리의 불행사라는 지속적인 사실상태와 조화될 수 없는 사정이 발생한 경우에 그 사실상태를 존중할 이유가 없어지므로 그 효력을 상실하게 하는 것인데,[25] 가압류의 시효중단 효력의 종료 시기에 관한 해석에 있어서 이와 같은 시효제도와 시효중단제도의 존재이유와 취지가 고려되어야 할 것이다. 본안의 소를 제기하기 전에 권리의 집행을 보전하기 위하여 가압류신청을 할 때 권리자가 그 권리를 주장하여 권리 위에 잠자는 것이 아니라는 표명을 시작한 것으로 볼 수 있고, 이와 같이 시작된 권리행사는 그 후의 절차인 가압류결정, 가압류집행신청, 가압류집행, 가압류집행에 의한 공적 공시(부동산가압류의 경우 가압류기입등기의 존재, 채권가압류의 경우 제3채무자에의 통지 상태, 유체동산가압류의 경우 집행관의 점유 또는 봉인 등 조치 후 채무자에게 보관시킨 상태) 과정 동안 계속된다고 할 것이다. 나아가 시효제도는 법적안정성, 입증곤란의 구제, 권리행사의 태만에 대한 제재를 존재이유로 하여 진정한 권리자를 희생시키는 것이므로 제한적으로 엄격하게 운영되어야 할 것이고, 반면에 시효진행의 장애사유인 시효중단은 진정한 권리자를 보호하기 위하여 완화하여 해석하는 것이 타당할 것이다.[26] 이와 같은 해석기준을 고려할 때 가압류의 시효중단 효력의 종료 시기에 관한 해석에 있어서 채권자의 권리행사의 의사표시가 있다고 볼 수 있는 가장 늦은 시기인 가압류집행에 의한 공적 공시상태가 종료하거나[27] 소의 제기. 강제집행이 이어진 경우 강제집행에 의해 권리의 만족을 얻은 때가 시효중단 효력의 종료 시기라고 봄이 타당하다.

(2) '채권자의 권리행사 상태'라고 할 때의 '권리'는 채권자가 보전하고자 하는 채권을 말하는 것이지 가압류신청권을 말하는 것이 아니므로 가압류집행절차가 끝났다고 하더라도 그 후 본안의 소의 제기나 이에 따는 강제집행 절차 등이 예정되어 있는 이상 가압류기입등기 말소 등 가압류집행이 취소[28]되지 않는 한 채권행사는 계속

---

자를 구제한다는 입증곤란의 구제, ③ 오랫동안 자기의 권리를 행사하지 않고 방치한 자는 권리 위에 잠자는 자로서 보호받을 가치가 없다는 권리행사의 태만에 대한 제재의 3가지를 든다(곽윤직・김재형,「민법총칙」(제9판), 박영사, 2013, 416-417면; 곽윤직, 「민법총칙」(신판(수정판)), 박영사, 1998, 445-446면). 한편 시효제도의 존재이유에 관한 새로운 견해도 있는데, ① 취득시효든 소멸시효든 사실상태에 대한 신뢰(보호가치의 유무를 따지지 않고)를 보호함으로써 사회의 법률관계의 안정을 도모함에 있다는 견해(지원림,「민법강의」(제21판), 홍문사, 2024, 210면), ② 소멸시효의 취지는 의무자가 변제를 하였을 것이라는 진실의 개연성과 이를 기초로 한 입증곤란의 구제에서 찾아야 한다는 견해(김준호,「민법강의」(제30판), 법문사, 2024, 344-345면), ③ 소멸시효에서는 입증곤란의 구제와 권리자가 더 이상 권리행사를 하지 않을 것으로 믿었던 의무자의 신뢰를 보호해야 한다는 점에, 취득시효에서는 입증곤란의 구제와 권리행사를 하지 않고 있는 권리자보다는 현재 목적물로부터 수익을 얻고 있는 자를 보호함으로써 재화의 효용을 극대화할 수 있는 점에 그 존재이유가 있다는 견해(편집대표 곽윤직,「민법주해[Ⅳ](총칙 4)」, 박영사, 2022, 316-317면), ④ 시효제도는 궁극적으로 권리를 취득했거나 의무를 이행하였으나 증명을 하지 못하는 자를 보호하는데 그 목적이 있다는 견해(송덕수, 앞의 책, 493-494면) 등이 있다.

25) 김성혁, "소멸시효 중단 사유인 재판상 청구의 요건에 관한 소고-재판상 청구와 재판상 최고의 구별을 위하여-",「법학논총」제36권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2023. 10., 467면.

26) 대법원 2006. 6. 16. 선고 2005다25632 판결; 대법원 1995. 5. 12. 선고 94다24336 판결.

27) 사정변경에 의한 가압류취소 등에 따른 가압류집행취소신청에 의해 가압류집행이 취소된 경우(부동산의 경우 가압류기입등기가 말소된 경우)가 이에 해당할 것이다.

28) 가압류집행의 취소란 이미 실시한 가압류 집행처분의 전부 또는 일부의 효력을 상실시키는 집행기관의 행위이다. 가압류집행취소는 채권자의 가압류집행취소신청, 채무자의 해방금액 공탁 등의 경우에 이루어진다. 가압류집행취소는 가압류결정에 대한 불복방법인 가압류

되고 있다고 할 것이다.

(3) 가압류집행이 이루어진 후 본집행을 위하여 필요한 채무명의를 취득하는 절차를 밟을 것인지 여부나 채무명의를 취득한 후 강제집행을 신청할 것인지 여부는 전적으로 당사자의 의사에 맡겨져 있기 때문에 가압류집행 후 아무런 본안소송 등의 절차를 취하지 않는 것을 권리 위에 잠자는 것으로 볼 여지도 있다. 그러나 채권자가 가압류라는 적극적인 행위를 하여 권리행사를 한 이상 가압류집행 후의 대응은 채무자의 몫으로 보는 것이 형평의 원칙에 부합한다고 할 것이다. 채권자가 가압류집행 후 본안소송이나 이에 따른 강제집행 등의 절차를 취하지 않는 경우 채무자는 민사집행법 제287조, 제288조에 의하여 제소명령 신청, 사정변경을 이유로 한 가압류취소신청, 가압류가 집행된 뒤 3년간 본안의 소가 제기되지 않았음을 이유로 한 가압류취소신청의 절차를 취하면 될 것이다. 본안소송을 제기당한 피고가 변제나 동시이행 등 항변사유를 주장·입증할 책임이 있듯이 가압류결정을 받은 채무자가 채권자의 권리행사에 대응하기 위한 가압류취소신청 등을 하는 것은 채무자의 몫인 것이다. 이와 같은 채무자측의 시효중단 효력 저지 장치가 있는 이상 가압류에 시효를 중단하는 효력을 무기한적·영구적으로 인정하는 것이라고 할 수도 없다.

(4) 비계속설은 가압류에 의한 시효중단의 계속을 인정하면 본래 본집행을 위하여 임시적·잠정적으로 인정된 가압류에 시효를 중단하는 효력을 무기한적·영구적으로 인정하는 것이 되어 판결에 의하여 확정된 권리라도 10년의 시효에 걸리는 것과의 균형이 맞지 않다고 주장한다. 소의 제기에 의해 확정판결을 받는 것이 권리의 존부를 확정받는 가장 확실한 방법으로 권리를 확보하기 위한 높은 단계의 의사표시임은 틀림없다. 그러나 소의 제기는 권리의 존재 여부를 확정하기 위한 절차이고, 강제집행과 더불어 가압류는 권리의 집행(실현, 금전채권의 경우 이를 받아 만족을 얻기 위한 것)을 하는 절차로서 다른 차원이나 성질의 것이다. 이와 같은 점을 고려하여 민법은 재판상 청구와 별도로 압류, 가압류, 가처분을 시효중단 사유로 규정하고 있는 것이다. 그리고 확정판결에 의한 채권은 단기의 소멸시효에 해당한 것이라도 그 소

---

이의나 가압류취소와는 구별된다. 가압류이의신청은 채무자가 가압류의 발령요건(피보전권리, 보전의 필요성)의 존부, 즉 가압류신청(결정)의 당부에 관하여 다투기 위하여 하는 불복절차이다(민사집행법 제283조). 가압류취소신청은 제소명령에 따른 본안의 소가 제기되지 않은 경우, 가압류이유가 소멸되거나 그 밖의 사정이 바뀐 경우, 가압류가 집행된 뒤 3년간 본안의 소가 제기되지 않은 경우 채무자가 가압류결정에 대하여 하는 신청으로 채무자의 가압류취소 신청에 의하여 법원은 취소사유가 인정되는 경우 가압류결정을 취소한다(민사집행법 제287조, 제288조). 가압류결정에 대한 취소신청은 유효하게 이루어진 가압류결정에 대하여 그 뒤 생긴 사정을 이유로 이를 실효시키기 위한 것이다. 가압류취소는 일단 유효하게 발령된 가압류명령을 보전처분신청걸차와는 별개의 절차에 의하여 실효시키는 제도라는 점에서 해당 보전처분신청절차 내에서 보전처분신청의 당부를 재심사하는 가압류이의와는 구별된다. 가압류취소신청은 보전처분의 발령요건의 존부(피보전권리의 존부, 보전의 필요성 유뮤)를 다투는 것이 아니라 현재 보전처분을 유지할 수 없는 사유(취소사유)가 존재함을 그 이유로 한다. 가압류이의나 가압류취소 신청에 의해 취소결정이 나면 채무자의 집행취소신청에 의해 가압류집행취소 절차가 이루어진다. 가압류결정에 대한 이의신청, 취소신청 사건에서 가압류결정을 취소하는 결정이 있다고 하더라도 이로써 이미 행한 가압류집행의의 효과가 상실되는 것은 아니다. 실무상 민사집행법 제290조, 제49조, 제50조에 의해 채무자가 그 재판서 정본을 집행기관에 제출하여 집행취소를 신청하면 집행취소절차를 밟게 된다. 집행취소절차가 이루어지지 않은 이상 가압류집행의 효력은 여전히 유지된다.

멸시효는 10년으로 되는데, 권리관계의 확정을 위한 높은 단계의 의사표시임을 고려하여 시효기간에서 혜택을 주고 있는 것이다. 그러나 권리의 존재 여부 확정을 위한 절차가 아닌 권리의 집행보전을 하는 절차인 가압류의 경우 이와 같은 시효기간의 혜택이 없어 시효중단의 효력이 가압류집행이 종료한 후까지 계속된다고 하여 부당한 것은 아니다. 나아가 1년이나 3년의 단기소멸시효에 걸리는 채권의 경우 가압류집행이 종료한 때 소멸시효 중단의 효력이 종료한다고 하면 가압류 후 얼마 되지 않아 다른 중단사유에 해당하는 조치를 해야 하는바, 권리 위에 잠자는 것이 아님을 표명한 채권자에게 이와 같은 계속된 조치를 하도록 하는 것은 채권자와 채무자 사이의 형평이라는 관점에서도 맞지 않고, 오히려 채무자에게도 후속 조치에 대응해야 하는 부담을 줄 수도 있다. 그리고 피보전채권이 존재한다는 것의 확정절차가 시효중단의 사유가 되거나 시효중단의 효력이 있다는 근거가 될 수는 있어도 권리를 확보하기 위한 높은 단계의 의사표시라는 이유만으로 시효기간을 반드시 다른 시효중단 사유보다 장기로 해 주어야 한다고 할 수는 없고, 입법적 결단에 의해 10년간 시효기간을 연장해 준 것으로도 충분하다고 할 것이다. 시효중단의 사유가 되거나 시효중단의 효력이 인정되는 사실이 있는 경우 중단의 시기나 종기의 문제는 시효중단 사유나 그 사유에서 거쳐야 하는 절차의 성질에 의하여 결정되는 것이다.

(5) 권리의 존부 확정절차인 소의 제기는 권리의 존부를 확정받기 위해 소를 제기하는 것이므로 권리관계의 존부가 확정되는 판결의 확정 시점에 그 목적을 달성하여 권리행사가 종료하지만 가압류는 피보전채권의 집행을 보전하기 위한 절차이고 집행보전의 목적은 이후의 강제집행에 의해 피보전채권의 만족을 얻은 때에 종료하므로 강제집행절차가 종료될 때까지 권리행사가 계속되고 있다고 할 것이다.

(6) 비계속설은 가압류는 피보전권리와 보전의 필요성을 증명이 아닌 소명만 하면 발령되고 집행되는 것이므로 그 자체가 권리존재의 공적인 증거라 할 수 없다고 주장한다. 그러나 입증에 있어서 소명을 요하느냐 증명을 요하느냐는 그 절차의 성질에 의해 결정되는 것으로 가압류의 경우 신속한 결정 및 집행, 뒤에 충실하고 엄격한 심리를 요하는 본안절차가 남아 있다는 가압류의 성질에서 소명의 정도로 입증하고, 권리의 존재 여부 판단이라는 공권적 판단의 중요성에 의할 때 충실하고 엄격한 심리를 요하는 판결 절차에서는 그 성질상 증명을 요하는 것이다. 그리고 가압류는 권리의 존부를 확정하는 절차가 아니므로 그 자체가 권리 존재의 공적인 증거가 될 수 없음은 당연하다.

(7) 비계속설은 저당권부 채권의 경우 피담보채권의 권리행사가 없는 한 저당권등기만으로 피담보채권에 대한 시효중단의 효과가 발생하지 않는 것과 마찬가지로 가압류등기가 남아 있다는 사실만으로 피보전채권에 대한 권리행사가 계속되고 있다고 할 수 없다고 주장한다. 그러나 저당권등기는 저당권자, 채권액(근저당권의 경우 채권최고액), 채무자의 성명 또는 명칭과 주소 또는 사무소 소재지, 변제기, 등기원인에 그 약정이 있는 경우 채권의 조건 등을 기재함으로써 등기부에 기재된 당사자 사이에 그와 같은 권리관계가 존재한다는 것을 공시하는 기능을 하는 것으로 권리를 행사하는 것을 공시한 것이 아니다. 변제기가 도래하지 않은 채권의 경우 행사를 할

수도 없다. 변제기까지 변제가 이루어지지 않는 경우 판결절차를 거치지 않고 임의경매를 신청할 수 있지만 그것은 저당권설정에 의해 그와 같은 권한이 부여되어 있다는 것이지 등기부에 기재된 내용 자체가 권리행사의 내용을 기재한 것이 아니다. 그러나 가압류기입등기는 권리를 실현하기 위한 행위인 가압류신청에 의해 가압류결정이 있는 경우 가압류신청에 의해 가압류결정이 있은 권리행사 사실이 표시되는 것이다. 따라서 비계속설의 이와 같은 주장은 타당하지 않다.

(8) 현실의 상황을 보더라도 가압류를 할 때 본안의 소의 제기나 강제집행을 반드시 예정하고 하는 것은 아니다. 가압류에 의해 부동산에 가압류기입등기가 됨으로써 채무자가 매매, 근저당권 설정 등을 할 수 없는 불편이 있어 압박을 받아 채무를 변제하는 것을 목적으로 할 수도 있다. 이는 현실에서 민사채권을 실현하기 위해 형사고소를 하여 채무자를 압박하여 민사소송을 통하지 않고 신속한 변제를 받을 목적으로 고소를 하는 경우가 많은 현실과도 유사하다. 또한 채권자는 채무자에게 채권자의 채권 만족에 부족한 가압류 대상 재산 외에 집행할 재산이 없어 인지대, 변호사 비용 등 소송비용을 들여 본안소송을 제기할 실익이 없는 경우, 가압류 대상 부동산에 선순위 근저당권이 설정되어 있어 가압류 후 자신의 채권에 대하여 변제를 받기 어렵거나 적은 금액만을 변제받을 수 있는 경우 등은 가압류 후 본안소송의 제기나 강제집행을 하지 않고 가압류에 의한 압박수단만을 사용할 수도 있을 것이다. 이와 같은 경우 가압류집행이 종료한 때에 시효중단의 효력이 종료한다고 하면 이와 같은 현실의 상황과 동떨어진 해석이 될 것이다. 위 대법원 2000다11102 판결 사안을 보면 채권자측의 가압류신청에 의한 가압류기입등기가 경료되기 전에 이미 그 부동산에 관하여 제3자 앞으로 가등기가 경료되어 있는 상태였으므로 채권자측에서 자신의 채권에 대한 변제를 받기 어렵거나 적은 금액만을 변제받을 수 있는 상태여서 1982. 2. 8. 가압류기입등기가 된 후 1999년 채무자가 사정변경에 의한 가압류취소신청을 할 때까지 약 17년 동안 강제집행(경매)를 신청하지 않았던 것으로 추측된다.

(9) 한편 판례는 가압류에 의한 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 가압류채권자에 의한 권리행사가 계속되고 있다고 보아야 할 것이므로 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 계속된다고 판시하고 있다.

그러나 집행보전의 효력과 시효중단의 효력은 차원을 달리하는 것으로 판례가 집행보전의 효력 존속을 가압류채권자에 의한 권리행사의 계속으로 연결시키는 것은 타당하다고 할 수 없다고 생각된다. 시효중단의 효력은 권리의 행사라는 사실에서 발생하는 것이지 가압류집행으로 인한 집행보전의 효력이라는 법적 효력에 의해 발생하는 것이 아니다. 집행보전의 효력, 즉 처분금지효는 집행에 의해 채무자에게 부담이 지워지는 효력인데, 이를 가지고 채권자가 권리행사를 하고 있다고 볼 수는 없다고 생각된다. 가압류결정에 의해 법원이나 집행관이 집행을 완료한 상태의 상황을 보면, 부동산가압류의 경우 가압류기입등기가 존재하고 있는 상태, 채권가압류의 경우 제3채무자에게 통지되어 있는 상태, 유체동산가압류의 경우 집행관의 점유 또는 봉인 등 조치 후 채무자에게 보관시킨 상태가 유지되고 있는바 이와 같은 상태 자체가 채권자의 권리실현을 위한 행위 상황이 계속되고 있는 상태라고 할 수 있고, 채권자의 권리행사 행위가 끝난 상태라고 할 수는 없다. 채권자의 권리행사라고 할 때

의 권리는 채권을 말하는 것이지 가압류신청권을 말하는 것이 아니므로 가압류집행 절차가 끝났다고 하더라도 채권행사는 계속되고 있는 것이다. 또한 가압류집행 후의 확정판결 등 채무명의에 의하여 강제집행이 예정되어 있는 상황이라는 점에 비추어 보면 더욱 그러하다.

따라서 가압류집행 이후에도 소멸시효중단 효력이 계속되는 것은 집행보전의 효력이 존속하여서가 아니라 가압류채권자에 의한 권리행사라는 사실행위의 상태가 계속되고 있기 때문이라고 봄이 타당하다.

## Ⅴ. 관련문제

### 1. 가압류가 권리자의 청구 등에 의하여 취소된 경우

민법 제175조는 “압류, 가압류 및 가처분은 권리자의 청구에 의하여 또는 법률의 규정에 따르지 아니함으로 인하여 취소된 때에는 시효중단의 효력이 없다.”고 규정하고 있다. 위 규정에서 ‘시효중단의 효력이 없다’고 함은 소멸시효 중단의 효력이 소급하여 상실된다는 것을 의미한다.[29]

여기서 ‘권리자의 청구에 의하여 취소된 때’라 함은 채권자가 압류, 가압류, 가처분의 신청을 취하한 경우와 같이 채권자가 권리행사의 의사가 없음을 객관적으로 표명하는 행위를 하는 경우를 말한다. 가압류신청은 취하할 수 있다. 가압류결정이 있은 후에도 가압류결정 자체가 취소되지 않는 한 그 집행여부와 관계없이 어느 단계에서든 신청을 취하할 수 있다. 가압류결정이 있은 후의 가압류신청의 취하에도 상대방의 동의가 필요 없다.[30] 가압류신청의 취하에 의하여 가압류로 인한 소멸시효 중단의 효력이 소급적으로 소멸한다.[31]

한편 채권자는 집행상태가 계속되고 있는 한 언제든지 그 집행취소(집행해제)를 신청할 수 있다. 집행취소는 채무자에게 불이익이 없으므로 채권자의 집행취소신청에는 채무자의 동의도 필요 없다.[32] 실무상 집행취소신청이 있는 경우 따로 집행취소결정을 하지 않고 바로 집행취소의 절차를 밟는다.[33] 채권자의 신청에 의하여 가압류집행이 취소되었다면 다른 특별한 사정이 없는 한 가압류 자체의 신청을 취하하는 것과 마찬가지로 권리행사의 의사가 없음을 객관적으로 표명하는 행위로 볼 수 있으므로 가압류에 의한 소멸시효중단의 효력은 민법 제175조에 의하여 소급하여 소멸한다고 봄이 타당하다. 판례도 “금전채권의 보전을 위하여 채무자의 금전채권에 대하여 가압류가 행하여진 경우에 그 후 채권자의 신청에 의하여 그 집행이 취소되었다면, 다른 특별한 사정이 없는 한 가압류에 의한 소멸시효 중단의 효과는 소급적

29) 편집대표 곽윤직, 앞의 「민법주해[Ⅳ](총칙 4)」, 639면.
30) 법원행정처, 앞의 「법원실무제요 민사집행[Ⅴ]」, 89면; 이시윤, 「신민사집행법」(제8개정판), 박영사, 2020, 586면; 김홍엽, 앞의 책, 476면.
31) 김홍엽, 앞의 책, 476면. 대법원은 강제집행과 관련하여 압류명령의 신청을 취하하면 소멸시효 중단의 효력이 소급하여 상실된다고 하고 있다(대법원 2014. 11. 13. 선고 2010다63591 판결).
32) 김홍엽, 앞의 책, 514면.
33) 법원행정처, 앞의 「법원실무제요 민사집행[Ⅴ]」, 256면.

으로 소멸된다. 가압류의 집행 후에 행하여진 채권자의 집행취소 또는 집행해제의 신청은 실질적으로 집행신청의 취하에 해당하고, 이는 다른 특별한 사정이 없는 한 가압류 자체의 신청을 취하하는 것과 마찬가지로 그에게 권리행사의 의사가 없음을 객관적으로 표명하는 행위로서 민법 제175조에 의하여 시효중단의 효력이 소멸한다고 봄이 상당하다. 이러한 점은 위와 같은 집행취소의 경우 그 취소의 효력이 단지 장래에 대하여만 발생한다는 것에 의하여 달라지지 않는다."고 판시하고 있다.[34]

'법률의 규정에 따르지 아니함으로 인하여 취소된 때'라 함은 압류, 가압류, 가처분 신청이 적법한 요건을 갖추지 못하거나 그 절차가 부적법하여, 즉 처음부터 적법한 권리행사가 있었다고 볼 수 없어 법원에 의하여 압류, 가압류, 가처분이 취소된 경우를 말한다.[35] 가압류 이의신청에 의한 가압류명령의 취소 등이 여기에 해당된다. 그러나 제소기간 도과에 의한 가압류 취소,[36] 가압류해방공탁금의 공탁에 의한 가압류 집행취소, 남을 가망(잉여)이 없는 경우의 경매취소,[37] 채권자가 제3자의 신청으로 개시된 경매절차에서 배당요구를 하였는데 제3자의 추가 절차비용 미납으로 경매절차가 취소된 경우, 경락에 의한 가압류등기의 말소 등의 경우는 위 법조에 해당하지 않아 시효중단의 효력이 소멸하지 않는다. 위와 같은 사유는 가압류 등 채권자가 권리행사의 의사가 없음을 객관적으로 표명하는 행위를 한 경우가 아닐뿐만 아니라 적법한 가압류 등이 있었던 경우이기 때문이다.

민법 제175조는 채권자의 청구 등에 의하여 가압류가 취소되어 소급하여 소멸시효 중단의 효력이 상실되는 경우로서 제소명령 불이행, 사정변경, 가압류가 집행된 뒤 3년간 본안의 소가 제기되지 않았음을 이유로 한 채무자의 가압류취소신청에 의하여 가압류취소결정이 있고, 이에 따른 취소집행절차에 의하여 가압류기입등기 말소 등 취소집행절차의 종료에 의하여 시효중단의 효력이 장래를 향하여 소멸하는 경우와는 다르다.

## 2. 본집행으로 이행되었으나 일반적인 강제집행절차의 종료에 의하지 않고 강제집행이 끝난 경우 등

(1) 계속설에 의하더라도 가압류 후 본집행으로 이행되어 강제집행절차를 개시하였으나 집행불능이 된 경우에는 집행불능이 된 때가 집행절차가 종료된 때가 되어 시효중단 효력의 종료 시점이라고 보아야 할 것이다.[38]

(2) 계속설에 의하더라도 가압류 후 본집행으로 이행되어 강제집행절차를 개시하였으나 피압류채권이 기본계약관계의 해지·실효 또는 소멸시효 완성 등으로 인하여 소멸함으로써 압류의 대상이 존재하지 않게 되어 압류 자체가 실효된 경우에도 강제집행 절차는 더 이상 진행될 수 없게 되므로 시효중단의 효력은 이 시점에 종료된다고 보아야 할 것이다.[39]

---

34) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010다53273 판결.
35) 편집대표 곽윤직, 앞의「민법주해[Ⅳ](총칙 4)」, 639면; 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다88019 판결; 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다228778 판결.
36) 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다88019 판결.
37) 대법원 2015. 2. 26. 선고 2014다228778 판결.
38) 대법원도 강제집행인 압류와 관련하여 동일한 취지이다(대법원 2011. 5. 13. 선고 2011다10044 판결).

(3) 한편 채권자가 채무자의 제3채무자에 대한 채권을 가압류할 당시 그 피압류채권이 존재하지 않는 경우에도 집행채권에 대한 권리행사로 볼 수 있으므로 가압류집행으로써 그 집행채권의 소멸시효가 중단된다. 이 경우 가압류결정 정본이 제3채무자에게 송달될 당시 피압류채권 발생의 기초가 되는 법률관계가 없어(예컨대 예금에 대한 채권가압류의 경우 채무자의 제3채무자인 금융기관에 대한 예금계좌가 개설되어 있지 않는 경우) 가압류의 대상이 되는 피압류채권이 존재하지 않으면 가압류결정의 송달로써 개시된 집행절차가 바로 종료되어 시효중단의 효력도 그 때에 종료된다고 할 것이다.[40]

## Ⅵ. 결론

민법 제168조 제2호는 압류, 가압류, 가처분을 소멸시효의 중단사유로 규정하고 있고, 민법 제178조 제1항은 중단된 시효는 '중단사유가 종료한 때로부터' 새로이 진행한다고 규정하고 있다. 따라서 가압류로 인한 시효중단효의 종료시기는 '중단사유가 종료한 때'인데 위 법문언 만으로는 그 의미가 명확하지 않다. '가압류가 종료한 때'는 '가압류절차가 종료한 때'를 의미한다고 할 것인데, '가압류절차가 종료한 때'는 가압류 절차나 그 성질을 어떻게 보느냐에 따라 달라질 수 있어 그 종료시기에 관하여 다툼이 있다.

이상에서 가압류에 의한 소멸시효중단 효력의 종료시기에 관하여 살펴보았다. 가압류에 의한 소멸시효중단 효력의 종료시기에 관한 학설과 판례, 외국의 입법례를 살펴본 후 구체적 근거와 함께 가압류로 인한 시효중단의 효력은 가압류집행이 종료된 후에도 사정변경에 의한 가압류취소 등에 의하여 가압류집행이 취소되어 가압류등기 말소 등이 있거나 강제집행절차가 종료될 때까지 계속된다고 봄이 타당하다는 견해를 제시하였다.

계속설에 의한 시효중단 효력의 종료 시기를 가압류 대상별로 구체적으로 보면 부동산의 경우 강제집행의 종료시인 배당표의 확정 또는 배당받은 시점, 채권 등의 경우 강제집행의 종료시인 추심명령, 전부명령 등을 통하여 제3채무자로부터 압류된 채권을 지급받거나 제3채무자에 대한 채권을 집행채권에 갈음하여 이전받은 시점, 유체동산의 경우 강제집행의 종료시인 매각대금을 지급받은 시점이 될 것이다.

판례는 가압류에 의한 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 가압류채권자에 의한 권리행사가 계속되고 있다고 보아야 할 것이므로 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 계속된다고 하고 있으나, 집행보전의 효력과 시효중단의 효력은 차원을 달리하는 것으로 판례가 집행보전의 효력 존속을 가압류채권자에 의한 권리행사의 계속으로 연결시키는 것은 타당하다고 할 수 없다. 가압류집행 이후에도 소멸시효중단 효력이 계속되는 것은 집행보전의 효력이 존속하여서가 아니라 가압류채권자에 의한 권리행사라는 사실행위의 상태가 계속되고 있기 때문으로 봄이 타당하다.

---

39) 대법원도 강제집행인 체납처분에 의한 압류와 관련하여 동일한 취지이다(대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다239840 판결).

40) 대법원 2023. 12. 14. 선고 2022다210093 판결.

## [참고문헌]

<단행본>

곽윤직,「민법총칙」(신판(수정판)), 박영사, 1998
곽윤직・김재형,「민법총칙」(제9판), 박영사, 2013
김준호 「민법강의」(제30판), 법문사, 2024
김홍엽, 「민사집행법」(제8판), 박영사, 2024
송덕수, 「민법총칙」(제7판), 박영사, 2024
이시윤, 「신민사집행법」(제8개정판), 박영사, 2020
전병서, 「민사집행법」(제5판), 박영사, 2024
지원림, 「민법강의」(제21판), 홍문사, 2024
편집대표 곽윤직, 「민법주해[Ⅳ](총칙 4)」, 박영사, 2022

법원행정처, 「법원실무제요 민사집행[Ⅳ]」, 2020
법원행정처, 「법원실무제요 민사집행[Ⅴ]」, 2020

<논문>

김상찬, “프랑스 신시효법에 관한 연구”,「법학연구」제38집, 한국법학회, 2010. 5.
김성수, “개정 일본민법의 멸시효-주요 개정 내용의 소개를 중심으로-”,「아주법학」제12권 제1호, 아주대학교 법학연구소, 2018. 12.
김성혁, “소멸시효 중단 사유인 재판상 청구의 요건에 관한 소고-재판상 청구와 재판상 최고의 구별을 위하여-”,「법학논총」제36권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2023. 10.
김진수, “가압류와 시효중단의 계속”,「판례연구」제12집, 부산판례연구회, 2001
김연, “가압류 목적물의 표시”,「민사소송」18권 1호, 한국민사소송법학회, 2014. 5.
서종희, “개정 일본민법에서의 ‘시효장애사유’-일본 민법 제148조의 강제집행 등을 중심으로-”,「재산법연구」제39권 제3호, 한국재산법학회, 2022. 11.
양창수, “[자료] 최근의 일본민법 개정: 계약법 및 소멸시효법”,「민법연구」제10권, 박영사, 2019
위계찬, “소멸시효에 관한 민법개정 논의에 대한 평가와 전망”,「인권과 정의」Vol. 511, 대한변호사협회, 2023. 1.
윤석찬, “민법개정안과 세계화 추세-소멸시효제도를 중심으로-”,「법학연구」제47권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2007. 2.
이균용, “가압류와 시효중단효력의 계속여부”,「대법원판례해설」통권 제34호, 법원도서관, 2000
이용박, “독일 개정민법의 시효제도와 우리 민법의 소멸시효제도의 개정방안”,「민사법학」 제23호, 한국민사법학회, 2003
최우진, “소멸시효 제도의 입법적 개선을 위한 소견”,「재산법연구」, 한국재산법학

회, 2024. 5.

<기타자료>
국회법률도서관>데이터베이스>외국법률번역DB>프랑스민법:소멸시효<https://law.nanet.go.kr/foreignlaw/foreignIndex/search.do?isMenu=Y>
국회법률도서관>데이터베이스>외국법률번역DB>일본민법<https://law.nanet.go.kr/foreignlaw/foreignIndex/search.do?isMenu=Y>

[Abstract]

# The Expiration Timing of Suspension of Extinctive Prescription in Provisional Seizure

Kim, Hyun Cheol*

Article 168, Paragraph 2 of the Civil Act stipulates seizure, provisional seizure, and provisional disposition as reason for suspension of extinctive prescription. In addition, Article 178, Paragraph 1 of the Civil Act stipulates that the suspended prescription shall be renewed 'from the timing that the reason for the suspension expires.' Therefore, the timing when the effect of suspension of prescription due to provisional seizure ends is 'when the reason for suspension ends', but the meaning is not clear from the above legal text alone. When provisional seizure ends, it means when the provisional seizure procedure ends. However, 'when the provisional seizure procedure is ended' can vary depending on how the provisional seizure procedure or its nature is viewed, so there is a dispute regarding the timing of end.

In this paper, the author reviewed the expiration timing of suspension effect of extinctive prescription due to provisional seizure. The author reviewed theories, precedents, and foreign legislation regarding the expiration timing of suspension effect of extinctive prescription due to provisional seizure. The author then presented, with specific evidence, the view that it is reasonable to assume that the suspension effect of prescription due to provisional seizure continues even after the provisional seizure execution is terminated until the execution of provisional seizure is canceled and the provisional seizure registration is canceled, etc. or the compulsory execution procedures are terminated.

Reviewing the expiration timing of the suspension effect of prescription by the objects of provisional seizure in detail, it is as follows. In the case of real estate, the timing when the dividend table is confirmed or distributed, which is the end of compulsory execution; in the case of bond, the seized bond is paid from the 3rd party debtor or the bond against the 3rd party debtor is transfered in lieu of execution bond through collection order, transfer order, which is the end of compulsory execution; in the case of tangible movable property, the timing when the sale price is paid, which is the end of compulsory execution.

Precedents state that the exercise of right by provisional seizure creditor should be viewed as continuing while the effect of execution preservation by provisional seizure lasts, so the suspension effect of prescription by provisional seizure continues as long as the effect of execution preservation by provisional seizure

* Lawyer

lasts. However, since the effect of execution preservation and the suspension effect of prescription are at different levels, it cannot be said that it is reasonable for precedents to link the continuation of the effect of execution preservation to the continuation of the exercise of right by provisional seizure creditors. It is reasonable to believe that the reason for continuing suspension effect of extinctive prescription even after provisional seizure execution is not because the effect of execution preservation persists, but because the state of the factual act of exercising right by the provisional seizure creditor continues.

**Key Words:** suspension of extinctive prescription, provisional seizure, expiration timing of suspension effect of extinctive, cancellation of execution of provisional seizure, termination of compulsory execution

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.187 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 미성년 자녀의 불법행위와 비양육친의 감독의무*

신 동 현**

**논문요지**

미성년 자녀가 불법행위를 하여 피해자에게 일정한 손해가 발생한 경우, 그로 인한 손해배상은 누가 부담할 것인가. 불법행위의 당사자인 미성년자가 그로 인한 책임도 담당하는 것이 과실책임의 원칙상 당연할 것이지만 미성년자는 연령이나 판단능력 등의 문제로 책임능력이 결여되어 있는 경우(요건상의 문제)도 있고, 변제 자력이 부족한 경우가 많아 피해자의 구제에 충분하지 못한 문제(효과상의 문제)가 있다.

대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다240021 판결은 기존에 충분한 논의가 이루어지고 있지 않았던 미성년 자녀의 비양육친의 경우에는 원칙적으로 미성년 자녀의 불법행위에 대하여 감독의무와 감독자책임을 부담하지 않고 예외적으로만 감독의무로 인한 손해배상책임을 부담한다는 판시를 처음으로 하게 되었고, 이러한 대법원의 판단에 대하여는 비양육친의 권리와 의무의 측면에서 또는 피해자의 구제 및 보호의 측면에서 문제가 있다는 지적이 제기되고 있다.

그리하여 본고에서는 대상판결을 중심으로 미성년 자녀의 불법행위에 대한 비양육친의 감독의무와 감독자책임의 문제에 관하여 검토하여 다음과 같은 점을 확인할 수 있었다.

부모의 감독의무와 미성년 자녀의 불법행위 피해자에 대한 부모의 손해배상책임은 법적 의무를 전제로 하는 것이고, 친권자는 자녀에 대한 지도와 조언, 보호와 감독을 통하여 그 보호하에 있는 자녀의 행동에 직접 영향을 미칠 수 있는 자에 해당하기 때문에 감독의무와 손해배상책임이 인정되는 것이다.

비양육친의 양육비 지급의무와 면접교섭권, 부모로서의 권리의무, 그 밖의 형평의 문제 들을 이유로 비양육친에게 미성년 자녀에 대한 일반적인 감독의무를 원칙적으로 인정하는 것은 타당하지 않다.

친권자와 달리 자녀에 대한 지도와 조언, 보호와 감독을 통하여 그 보호하에 있는 자녀의 행동에 직접 영향을 미칠 수 있는 자에 해당하지 않는 비양육친은 원칙적으로 미성년 자녀에 대한 감독의무와 손해배상책임이 인정되지 않지만, 실질적으로 양육친에 준하는 지위와 상황에 있는 비양육친의 경우와 자녀의 불법행위에 대한 구체적 예견가능성 및 감독가능성이 있는 경우와 같이, 특별한 사정이 인정되어 자녀의 행동에 직접 영향을 미칠 수 있는 비양육친의 경우에는, 예외적으로 미성년 자녀에 대한 감독의무와 불법행위의 피해자에 대한 손배배상책임이 인정될 수 있

* 이 논문은 2024년도 한림대학교 교비 학술연구비(HRF-202404-010) 보조를 받았음.
** 한림대학교 법학과 부교수.

다.

대상판결은, 미성년 자녀의 불법행위에 대한 비양육친의 감독의무 인정 여부에 관하여 대법원이 최초로 입장을 밝힌 판결이라는 점에서 의의가 있으며, 비양육친에게도 특별한 경우에는 미성년 자녀에 대한 감독의무가 인정될 수 있고, 그러한 감독의무 위반으로 인한 불법행위 손해배상책임을 부담할 수도 있는 예외적인 경우가 존재한다는 점과 그러한 경우의 대표적인 예를 두 가지 유형으로 나누어 구체적으로 제시하고 있다는 점에서도 의미가 있는 판결이라고 생각한다.

**검색용 주제어: 미성년 자녀, 불법행위, 비양육친, 감독의무, 감독자책임**

**· 논문접수: 2024. 07. 08. · 심사개시: 2024. 07. 16. · 게재확정: 2024. 07. 29.**

# Ⅰ. 서

미성년 자녀가 불법행위를 하여 피해자에게 일정한 손해가 발생한 경우, 그로 인한 손해배상은 누가 부담할 것인가. 불법행위의 당사자인 미성년자가 그로 인한 책임도 담당하는 것이 과실책임의 원칙상 당연할 것이지만 미성년자는 연령이나 판단능력 등의 문제로 책임능력이 결여되어 있는 경우(요건상의 문제)도 있고, 변제 자력이 부족한 경우가 많아 피해자의 구제에 충분하지 못한 문제(효과상의 문제)가 있다. 그리하여 우리 민법은 미성년자에게 책임능력이 있는 경우와 책임능력이 없는 경우를 구별하는 전제에서 책임능력이 없는 미성년자와 관련하여 민법 제753조[1]와 제755조의 규정을 두고 있고, 책임능력이 있는 미성년자의 경우와 관련하여서는 친권자와 같은 감독의무자와 관련하여 후술하는 바와 같이 종래 학설과 판례에 의하여 일정한 법리가 형성되어 왔다.

그런데 최근 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다240021 판결[2]은 기존에 충분한 논의가 이루어지고 있지 않았던 미성년 자녀의 비양육친의 경우에는 원칙적으로 미성년 자녀의 불법행위에 대하여 감독의무와 감독자책임을 부담하지 않고 예외적으로만 감독의무로 인한 손해배상책임을 부담한다는 판시를 처음으로 하게 되었고, 이러한 대법원의 판단에 대하여는 비양육친의 권리와 의무의 측면에서 또는 피해자의 구제 및 보호의 측면에서 문제가 있다는 지적이 제기되고 있으며 그와 관련하여 여러 차례 논의된 바 있는 민법 제755조의 개정안이 다시 언급되기도 하고 있다. 그리하여 본고에서는 대상판결을 중심으로 미성년 자녀의 불법행위에 대한 비양육친의 감독의무와 감독자책임의 문제에 관하여 검토하고자 한다.

이하에서는 먼저 대상판결의 사안의 개요와 소송의 경과 및 판단의 내용을 선별적으로 정리하고(Ⅱ), 미성년자의 불법행위에 대한 친권자의 책임 문제를 간단히 살펴본 후(Ⅲ), 미성년 자녀에 대한 비양육친의 권리와 의무에 대하여 고찰하고(Ⅳ), 이어서 대상판결의 내용에 대한 분석 및 평가를 통하여 미성년자의 불법행위와 비양육친

1) 이하에서 법명의 인용 없이 인용하는 조문은 민법의 조문이다.
2) 이하에서는 '대상판결'이라고 지칭하기로 한다.

의 감독의무의 문제를 검토한 후(Ⅴ), 끝으로 이상의 논의들을 정리하는(Ⅵ) 순서로 논의를 진행하기로 한다.

## Ⅱ. 사안의 개요 및 대상판결의 판단

### 1. 소송당사자들의 정리와 사실관계

이 사안의 소송당사자들과 사실관계는 다음과 같다.[3)]

(1) 원고 1은 이 사안의 피해자(이하 '망인'이라 한다) 및 원고 3의 부친이고, 원고 2는 망인 및 원고 3의 모친이며, 원고 3은 망인의 여동생이다.

(2) 피고 1은 이 사안의 불법행위자이고, 피고 2는 피고 1의 부친이며, 피고 3은 피고 1의 모친이다. 피고 2와 피고 3은 피고 1이 만 2세였던 2004. 1. 17. 협의이혼을 하였고. 피고 3을 피고 1의 친권자 및 양육자로 지정하였다.

(3) 피고 1은 만 17세로 미성년인 2018. 7.말 휴대폰 어플을 통해 망인을 알게 되었고, 2018. 8. 3. 망인과 성관계를 하던 중 휴대폰 카메라로 망인이 속옷만 입거나 나체인 모습을 망인의 의사에 반하여 촬영하였다.

(4) 피고 1은 2018. 8. 19. 망인이 연락을 받지 않는다는 이유로, 망인에게 카카오톡 메시지로 위 사진을 전송하면서 이를 유포하겠다고 협박하였다. 망인은 2018. 8. 20. 01:00경 피고 1이 보낸 메시지와 사진을 모자이크 처리하여 자신의 SNS에 게시하였고, 같은 날 10:30경 친구를 만나 죽고 싶다는 이야기를 한 다음, 같은 날 12:25경 투신하여 자살하였다.

(5) 피고 1은 망인에 대한 사진 촬영 및 협박 행위에 관하여 소년보호처분[4)]을 받았다.

### 2. 원고들의 주장

피고 1이 망인에게 이 사건 사진을 전송하고 이를 유포하겠다는 등의 협박(이하 '이 사건 행위'라 한다)을 하여 망인이 사망에 이르렀으므로, 피고 1은 민법 제750조에 따라, 피고 2와 피고 3은 피고 1의 부모로서 미성년 자녀인 피고 1이 위와 같은 행위를 하지 않도록 교육하고 보호·감독하여야 할 주의의무가 있음에도 이를 게을리하였으므로 피고 1과 공동하여 민법 제750조에 따라, 망인의 부모로서 망인을 상속한 원고 1과 원고 2에게 그 상속지분 비율대로 망인의 사망에 따른 손해액 및 위자료를, 망인의 여동생인 원고 3에게 위 사망에 대한 위자료를 각 지급할 의무가 있다.[5)]

---

3) 이 사건의 제1심 판결인 수원지방법원 성남지원 2019. 12. 20. 선고 2018가합410489 판결과 대상판결을 토대로 정리한 것이다.

4) 수원가정법원 2019. 1. 8. 자 2018푸4370 결정.

5) 이에 대하여 피고 1의 모친인 피고 3은, 피고 1이 평소 품행이 바른 모범생이었기 때문에 이 사건 행위와 같은 일탈을 할 것이라고 전혀 예상할 수 없었으므로 피고 3이 피고 1에

## 3. 제1심 판결 및 원심 판결

### (1) 제1심 판결[6]의 판단

피고 1의 이 사건 행위는 고의로 인한 위법행위로서 망인의 사망과 사이에 상당인과관계가 인정되므로, 피고 1은 망인의 사망으로 인한 손해를 배상할 책임이 있다.[7]

피고 3은 피고 1의 모친으로서, 이 사건 행위 당시 미성년자인 피고 1과 같은 주거지에서 살고 있었고, 경제적인 면에서도 전적으로 피고 1이 피고 3에게 의존하면서 피고 3의 전면적인 보호·감독 아래 있어서 그 영향력은 상당하였으므로, 피고 3으로서는 평소 피고 1이 올바른 성관념을 가질 수 있도록 성교육 등을 실시하고 그 외에도 타인에게 불법행위를 하지 않고 정상적으로 사회생활 또는 학교생활을 하도록 일반적·일상적인 지도·조언 등 감독교육의 의무를 부담하고 있다고 할 것임에도 이러한 감독의무를 게을리하여 피고 1이 망인에게 이 사건 행위를 하여 망인을 사망에 이르게 하였다고 할 것이다. 결국 피고 3의 위 의무위반행위와 자녀인 피고 1의 망인에 대한 이 사건 행위 및 이로 인한 망인의 사망 사이에 상당인과관계를 인정할 수 있다.[8]

피고 2는 아버지로서 미성년 자녀인 아들 피고 1이 청소년기에 올바른 성관념을 가질 수 있도록 적절한 교육을 행하고 그 외에도 타인에게 불법행위를 하지 않고 정상적으로 사회생활 또는 학교생활을 하도록 일반적·일상적인 지도·조언 등 감독교육의 의무를 부담하고 있다. 이에 대하여 피고 2는 피고 3과 협의이혼하여 친권자로 지정되지 아니하였으므로 피고 1을 감독할 의무가 없다는 취지로 주장하나, 자의 보호·교양에 관한 권리의무가 친권자의 권리의무로 지정되어 있다고 하더라도(민법 제913조), 그와 같은 권리의무는 친권자의 권리의무 이전에 부모로서의 권리의무로서 이는 친권자로 지정되지 못한 부모에게도 당연히 부여된다고 봄이 마땅한 점, 부모가 이혼할 경우에도 자녀에 대한 양육자와 양육에 필요한 사항은 부모의 협의에 따라 정하여 지는데다가(민법 제837조 제1항), 양육권을 가지지 않는 부모 일방은 면접교섭권을 행사하여 자의 보호·교양에 일정 정도 관여할 수 있는 점(민법 제837조의

---

대한 감독의무를 게을리하였다고 보기 어렵고, 설령 감독의무 위반이 있었다고 하더라도 그 감독의무 위반과 망인의 사망 사이에 인과관계를 인정하기 어렵다고 주장하였고, 피고 1의 부친인 피고 2는, 피고 3과 2004년 협의이혼하면서 그 무렵 이후에는 피고 1과 연락하지 않았으므로 피고 2에게 감독의무 위반 책임을 물을 수 없고, 설령 묻는다고 하더라도 이 사건 행위 자체 즉, 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(카메라등 이용촬영) 및 협박 행위에 대한 책임을 부담하는 것을 넘어 망인의 사망에 대한 책임을 물을 수는 없다고 주장하였다.

6) 수원지방법원 성남지원 2019. 12. 20. 선고 2018가합410489 판결.

7) 다만, 제1심 법원은, 피고 1 역시 미성년자로서 자신의 감정을 다루는데 미숙할 수 있는 점, 이 사건 행위의 중대성에 대하여도 제대로 인식하지 못하였을 수도 있는 점, 피고 1이 망인을 사망하게 할 의도로 이 사건 행위를 한 것은 아닌 점, 망인이 이 사건 행위 이전의 다른 성추행 사건 등으로 심리적으로 힘든 시기를 거치고 있었을 것으로 보이는 점, 망인이 불안장애 및 우울증으로 치료받고 있었던 점 등의 여러 가지 사정을 고려하여 피고 1의 책임을 60%로 제한하였다.

8) 다만, 제1심 법원은, 피고 1의 책임이 60%로 제한되는 점, 피고 1의 성적 호기심이나 이성에 대한 관심이 이 사건 행위를 야기하기는 하였으나 위 피고는 그 외에 학교생활에서는 큰 문제없이 지내왔던 것으로 보이는 점 등을 고려하여 피고 3의 책임을 40%로 제한하였다.

2 제1항) 등을 고려하여 보았을 때, 단지 협의이혼을 하면서 친권자로 지정되지 못하였다는 사정만으로 미성년 자녀에 대한 감독의무에서 완전히 벗어난다고 할 수는 없어 피고 2는 친권자인 피고 3과 함께 피고 1을 감독할 의무를 가진다고 보아야 하므로, 피고 2의 위 주장은 이유 없다.[9)]

### (2) 원심 판결[10)]의 판단

원심 법원은 손해배상의 범위와 관련하여 구체적인 손해배상액을 수정하는 부분들 외에는 제1심 판결의 이유를 그대로 인용하여 피고들의 손해배상책임을 인정하고, 제1심 피고들의 항소를 기각하였다.[11)]

## 4. 대상판결[12)]의 판단

대법원은 다음과 같은 이유로 원심 판결을 파기 · 환송하였다.

미성년자가 책임능력이 있어 스스로 불법행위책임을 지는 경우에도 그 손해가 미성년자의 감독의무자의 의무 위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 민법 제750조에 따라 일반불법행위자로서 손해배상책임이 있다. 이 경우 그러한 감독의무 위반사실과 손해 발생과의 상당인과관계는 이를 주장하는 자가 증명하여야 한다.[13)]

미성년 자녀를 양육하며 친권을 행사하는 부모는 자녀를 경제적으로 부양하고 보호하며 교양할 법적인 의무가 있다(민법 제913조). 부모와 함께 살면서 경제적으로 부모에게 의존하는 미성년자는 부모의 전면적인 보호 · 감독 아래 있으므로, 그 부모는 미성년자가 타인에게 불법행위를 하지 않고 정상적으로 학교 및 사회생활을 하도록 일반적, 일상적으로 지도와 조언을 할 보호 · 감독의무를 부담한다.[14)]. 따라서 그러한 부모는 미성년자의 감독의무자로서 미성년자의 불법행위에 대하여 손해배상책임을 질 수 있다.

그런데 이혼으로 인하여 부모 중 1명이 친권자 및 양육자로 지정된 경우 그렇지 않은 부모(이하 '비양육친'이라 한다)에게는 자녀에 대한 친권과 양육권이 없어 자녀의 보호 · 교양에 관한 민법 제913조 등 친권에 관한 규정이 적용될 수 없다. 비양육친은 자녀와 상호 면접교섭할 수 있는 권리가 있지만(민법 제837조의2 제1항), 이러한 면접교섭 제도는 이혼 후에도 자녀가 부모와 친밀한 관계를 유지하여 정서적으로 안정되고 원만한 인격발달을 이룰 수 있도록 함으로써 자녀의 복리를 실현하는 것을

---

9) 다만, 제1심 법원은, 피고 1의 책임이 60%로 제한되는 점, 피고 2가 피고 1과 함께 살고 있지는 않아 피고 1의 일탈을 사전에 감지하기는 쉽지 않았을 것으로 보이는 점, 피고 1의 성적 호기심이나 이성에 대한 관심이 이 사건 행위를 야기하기는 하였으나 위 피고는 그 외에 학교생활에서는 큰 문제없이 지내왔던 것으로 보이는 점 등을 고려하여 피고 2의 책임을 10%로 제한하였다.

10) 수원고등법원 2020. 6. 11. 선고 2020나10622 판결.

11) 망인에 대한 불법행위자인 피고 1과 피고 1의 모친으로서 친권자 및 양육자인 피고 3은 원심 판결에 대하여 상고하지 않았고, 피고 1의 부친이지만 비양육친인 피고 2만 원심 판결에 대하여 상고하였다.

12) 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다240021 판결.

13) 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다13605 전원합의체 판결 등 참조.

14) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다37690 판결, 대법원 1999. 7. 13. 선고 99다19957 판결 등 참조.

목적으로 하고,[15] 제3자와의 관계에서 손해배상책임의 근거가 되는 감독의무를 부과하는 규정이라고 할 수 없다. 비양육친은 이혼 후에도 자녀의 양육비용을 분담할 의무가 있지만, 이것만으로 비양육친이 일반적, 일상적으로 자녀를 지도하고 조언하는 등 보호·감독할 의무를 진다고 할 수 없다. 이처럼 비양육친이 미성년자의 부모라는 사정만으로 미성년 자녀에 대하여 감독의무를 부담한다고 볼 수 없다.

다만 비양육친도 부모로서 자녀와 면접교섭을 하거나 양육친과의 협의를 통하여 자녀 양육에 관여할 가능성이 있는 점을 고려하면, ① 자녀의 나이와 평소 행실, 불법행위의 성질과 태양, 비양육친과 자녀 사이의 면접교섭의 정도와 빈도, 양육 환경, 비양육친의 양육에 대한 개입 정도 등에 비추어 비양육친이 자녀에 대하여 실질적으로 일반적이고 일상적인 지도, 조언을 함으로써 공동 양육자에 준하여 자녀를 보호·감독하고 있었거나, ② 그러한 정도에는 이르지 않더라도 면접교섭 등을 통해 자녀의 불법행위를 구체적으로 예견할 수 있었던 상황에서 자녀가 불법행위를 하지 않도록 부모로서 직접 지도, 조언을 하거나 양육친에게 알리는 등의 조치를 취하지 않은 경우 등과 같이 비양육친의 감독의무를 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는, 비양육친도 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임을 질 수 있다.

### 5. 이후의 경과: 환송심 판결[16]

환송심 법원은 대상판결의 취지에 따라 판단한 후, 원고들의 피고 2에 대한 청구는 이유 없고, 제1심 판결 중 피고 2의 패소 부분은 부당하므로 피고 2의 항소를 받아들여 제1심 판결 중 피고 2의 패소 부분을 취소하였다.[17]

## Ⅲ. 미성년자의 불법행위에 대한 친권자의 책임

### 1. 책임능력 없는 미성년자의 불법행위에 대한 친권자의 책임

미성년자가 불법행위를 저지른 경우의 손해배상책임과 관련하여, 우리 민법은 미성년자에게 책임능력이 있는 경우와 책임능력이 없는 경우를 구별하는 전제에서 책임능력이 없는 미성년자와 관련하여서는 민법 제753조와 제755조의 규정을 두고 있지만, 책임능력이 있는 미성년자의 경우와 관련하여서는 그에 관한 특별한 규정이 존재하지 않아 종래 학설과 판례에 의하여 일정한 법리가 형성되어 왔다.

---

15) 대법원 2021. 12. 16. 자 2017스628 결정 참조.

16) 수원고등법원 2022. 12. 22. 선고 2022나15164 판결.

17) 환송심 법원은, 피고 2가 피고 1의 아버지이기는 하나, 피고 1이 어릴 때 피고 3과 이혼한 이후부터는 피고 1의 친권자 및 양육자가 아니고, 비양육친인 피고 2가 피고 1에 대하여 실질적으로 일반적이고 일상적인 지도, 조언을 함으로써 공동 양육자에 준하여 자녀를 보호·감독하고 있었거나, 면접교섭 등을 통해서 피고 1의 불법행위를 구체적으로 예견할 수 있었다는 등 피고 1에 대한 감독의무를 인정할 특별한 사정이 있다고 인정되어야 피고 2에게 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임이 발생한다고 판시하였다. 그러나 원고들이 제출한 증거들만으로는 위와 같은 특별한 사정이 존재한다고 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없으므로, 비양육친인 피고 2가 피고 1의 부모라는 사정만으로 피고 1에 대하여 감독의무를 부담한다고 볼 수 없다고 판단하였다.

책임능력이란 '자기가 하는 행위의 법적 책임을 인식할 수 있는 정신적 능력'을 의미하며, 그러한 책임을 변식할 지능의 유무는 연령 만이 아니라 지능발육 등을 종합적으로 고려하여 개별적으로 결정하여야 할 것이지만,[18] 연령이 미성년자의 책임을 변식할 지능의 유무를 판단함에 있어 주된 기준의 하나로서 판단되고 있다. 대부분의 학설은 정상적으로 발육한 미성년자의 경우 중학교 입학 연령인 12세 이상이 되면 그러한 지능을 갖추게 되는 것으로 보고 있으며, 대법원은 대체로 12세 이하의 미성년자에 대하여는 책임능력을 부정하는 한편, 15세 이상의 미성년자에 대하여는 책임능력을 인정하고 있으나, 13, 14세의 미성년자에 대하여는 구체적인 사안마다 그 판단을 달리하고 있다.[19]

대상판결의 사안은 불법행위를 저지른 미성년자가 당시 17세이었던 경우로서 책임능력과 관련하여 특별한 사정이 존재하지 않아 책임능력이 인정되고 있는 경우였으므로 책임능력 없는 미성년자의 불법행위에 대해서는 간단히 살펴보고, 책임능력 있는 미성년자의 불법행위를 중심으로 자세히 살펴보기로 한다.

먼저, 불법행위를 저지른 미성년자에게 책임능력이 없었던 경우 해당 미성년자는 손해배상책임을 전혀 부담하지 않는다(민법 제753조). 하지만 그러한 미성년자를 감독할 법정의무가 있는 자(법정감독의무자)가 불법행위 피해자의 손해를 배상할 책임이 있는데, 다만 그러한 감독의무자가 자신의 감독의무를 게을리하지 않았다는 증명을 하는 경우에는 손해배상책임을 부담하지 않는다(제755조 제1항).[20] 민법상 책임능력 없는 미성년자를 감독할 법정감독의무자로서는 친권자(제913조), 친권의 대행자(제910조, 제948조) 및 미성년후견인(제928조) 등이 있다.

민법 제755조에 의한 책임무능력자의 감독자책임은 제750조에 의한 일반불법행위책임과는 상당히 다른 특질을 가지고 있는데, 첫째, 이러한 감독자책임은 책임무능력자의 가해의 결과에 대한 책임이고 감독의무자가 스스로 가해행위를 한 데 대한 책임이 아니고, 둘째, 이 책임에 있어서의 감독의무자의 과실은 책임무능력자의 행위에 관한 일반적인 감독행위를 게을리 하는 것을 의미하고 책임무능력자가 가해행위를 하는 것 자체에 관한 과실을 말하는 것이 아니며, 셋째, 감독의무자의 과실에 대한 증명책임이 전환되어 있다. 후자의 두 가지 특징의 측면에서 민법 제755조에 의한 감독자책임은 일반불법행위책임에 비하여 그 책임이 가중되어 있다고 할 수 있다.[21]

## 2. 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 친권자의 책임

### (1) 친권자의 책임 부담 여부와 책임을 부담하는 경우 그 법적 근거

---

18) 대법원 1977. 5. 24. 선고 77다354 판결 등.

19) 이에 관하여는, 「주석민법」 [채권각칙(8)], 제4판, 한국사법행정학회, 2016, 411-417면(장준현 집필부분)을 참조.

20) 민법 제755조는 가해자가 책임무능력자라서 그로부터 손해배상을 받을 수 있는 길이 막혀 있는 피해자에게 새로운 손해배상채무자를 부여해줌으로써 그를 보호하고자 하는 취지를 가진 것으로, 독일 민법 제832조 및 (구) 프랑스 민법 제1384조(현행 제1242조)를 참조하여 입법된 것이라 한다. 민법 제755조의 연혁 및 구조에 대해서는, 안병하, "미성년자 감독자의 책임구조 - 민법 제755조의 개정논의에 부쳐", 「법학연구」 제24권 제1호(2014. 3.), 연세대학교 법학연구원, 109 - 114면을 참조.

21) 「주석민법」 [채권각칙(8)](주 19), 433면(김승표 집필부분).

불법행위를 저지른 미성년자에게 책임능력이 있는 경우 미성년자 역시 일반불법행위의 가해자와 마찬가지로 민법 제750조 내지 제752조에 의하여 손해배상책임을 부담하게 될 것이지만, 대개의 경우 미성년자에게 경제적 능력 내지 변제 자력이 부족한 경우가 많을 것이므로 미성년자의 불법행위로 인한 피해자의 보호를 위해 미성년자의 감독의무자에게 책임을 인정할 수 있는지와 그 법적 근거에 대해서 학설과 판례상으로 많은 논란이 있었다.

먼저 감독의무자의 과실이 제3자에 대하여 가해의 원인인 때에도 미성년자에게 책임능력이 있어 미성년자 자신에게 책임이 인정되는 경우에는 감독의무자는 책임을 지지 않고 미성년자가 책임을 지지 않는 경우에만 감독의무자가 민법 제755조에 따라 책임을 보충적으로 부담한다는 보충책임설(감독의무자 책임부정설)[22]과 책임능력 있는 미성년자의 감독의무자책임에도 책임능력 없는 미성년자의 경우에서와 마찬가지로 민법 제755조를 적용하여 감독의무자의 책임을 미성년자의 책임과 병존적으로 인정해야 한다는 특수불법행위책임설, 그리고 책임능력을 가진 미성년자가 가해행위를 행한 경우에 감독의무자는, 자신의 감독의무 해태를 요건으로 하여 민법 제750조의 일반원칙에 따라 감독의무자에게 과실책임을 부담시킬 수 있다는 일반불법행위책임설[23] 등이 주장되었다.

판례는 초기에는 보충책임설(감독의무자 책임부정설)과 특수불법행위책임설[24]을 취하기도 하는 등 혼선이 있었으나, 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다13605 전원합의체 판결[25] 이후 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 친권자의 책임을 민법 제

---

22) 일본의 종래 통설 및 판례의 입장이자 우리 대법원도 초기에는 이런 입장을 취한 바 있다고 한다(가령 대법원 1971. 4. 6. 선고71다187 판결, 대법원 1989. 1. 24. 선고 87다카2118 판결 등). 이에 대하여는 한영표, "책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 부모의 책임", 「판례연구」 제15집, 부산판례연구회, 2003, 500면 이하를 참조.

23) 우리나라의 통설에 해당하며, 그 외에도 친권자의 권리의무에는 자신의 자녀에 대한 신원보증인으로서의 법적 의무가 포함되므로, 그의 자녀들의 불법행위에 대하여 신원보증인으로서 연대하여 배상책임을 부담하는 것이라는 신원보증책임설 등이 제기되기도 하였다. 이에 대하여는 「민법주해[ⅩⅧ]」 채권(11), 박영사, 2005, 475-478면(유원규 집필부분)을 참조.

24) 가령, 대법원 1987. 7. 10. 선고 84다카474 판결은, "민법 제755조는 무능력자가 책임능력이 없다는 이유로 그의 불법행위에 관하여 배상책임을 지지 않는 경우에는 부모 등 법정의 감독의무가 있는 사람은 그 감독의무를 게을리하지 않았다는 것을 입증하지 않는 한 스스로 손해배상책임을 진다고 규정하고 있는바, 이 배상책임은 가족적 생활협동체의 단체주의적 책임을 근대적 개인책임형태로 수정한 것으로 행위자 자신에 책임능력이 있었는지의 여부가 명백하지 않고 행위자에게 책임능력이 있는 경우라고 하더라도 자신의 재산을 가지고 있지 않은 때가 많아 소송상의 어려움과 그 실효를 기대하기 어렵다는 점에서 피해자 보호를 위하여 불법행위자에게 그 행위당시에 책임능력이 있었느냐의 여부에 불구하고 감독책임자는 그 배상책임을 지는 것이며 감독의무자의 책임은 피감독자의 책임을 보충하는 것이 아니라 감독의무자의 책임과 피감독자의 책임은 병존하는 것이라고 풀이함이 상당하다 할 것이다."라고 판시하였다.

25) 대법원 1994. 2. 8. 선고 93다13605 전원합의체 판결은, 민법 제750조에 대한 특별규정인 민법 제755조 제1항에 의하여 책임능력 없는 미성년자를 감독할 법정의 의무 있는 자가 지는 손해배상책임은 그 미성년자에게 책임이 없음을 전제로 하여 이를 보충하는 책임이고, 그 경우에 감독의무자 자신이 감독의무를 해태하지 아니하였음을 입증하지 아니하는 한 책임을 면할 수 없는 것이나, 반면에 미성년자가 책임능력이 있어 그 스스로 불법행위책임을 지는 경우에도 그 손해가 당해 미성년자의 감독의무자의 의무위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 손해배상책임이 있다 할 것이므로, 이 경우에 그러한 감독의무위반사실 및 손해발생과의 상당인과관계의 존재는 이를 주장하는 자가 입증하여야 할 것이라고 판시하면서, 종전의 대법원 1987. 7. 10. 선고 84다카474 판결의 견해를 변경하

750조의 일반불법행위책임을 근거로 하여 인정하는 입장을 취하게 되었다.

### (2) 민법 제750조에 의한 친권자 책임에 있어서의 감독의무와 과실의 내용

책임능력 있는 미성년자의 친권자 책임의 근거를 민법 제750조의 일반불법행위책임으로 보는 경우에도 감독의무자인 친권자의 감독의무의 내용 및 감독의무를 다하지 못한 과실의 내용이 무엇인지가 문제가 되었다.

먼저 책임능력 있는 미성년 자녀의 불법행위에 대하여 감독의무자인 친권자에게 민법 제750조의 일반불법행위책임상의 과실이 인정되기 위해서는 민법 제755조에서와 같이 일반적·일상적 감독의무 위반이 인정되면 충분하다는 견해[26]가 있다. 이는 미성년자의 불법행위에 친권자가 어떻게 관여하고 있는지를 구체적, 개별적으로 심사하지 않고, 민법 제755조 책임에서의 감독의무의 내용에 접근시킴으로써 피해자 보호의 범위를 넓히려는 입장에 해당한다. 다음으로 친권자의 감독의무의 내용은 미성년자의 불법행위에 대한 개별적·구체적인 감독의무라는 견해[27]로서, 친권자의 일반적, 일상적인 감독의무위반과 미성년자의 가해행위에 의한 손해 발생 사이에 상당인과관계만 있으면 친권자에게 배상책임을 인정하는 경우에는 과실책임주의에 반할 뿐만 아니라 친권자에게 너무 무거운 부담을 지우게 되면 미성년자를 너무 엄격하게 감독하도록 하여 미성년자의 건전한 인격형성을 저해할 우려도 있다는 이유로 괴실책임의 원칙에 충실한 입장이다.

친권자의 감독의무의 내용과 과실의 인정 여부와 관련하여, 대법원은 일반적·일상적인 감독의무위반으로 과실을 인정한 경우와 개별적·구체적인 감독의무의 위반이 있었는지에 대하여 심사하여야 한다고 판시한 것이 혼재되어 있어 판례가 어떤 입장을 취하고 있는지 판단하기 어려웠으나, 대법원 2003. 3. 28 선고 2003다5061 판결 이후로는 미성년자의 불법행위에 대한 친권자의 예견가능성을 심사하여 그에 따라 과실 인정 여부를 판단함으로써 개별적·구체적인 감독의무를 요구하는 판결들[28]이 보이고 있다고 한다.[29]

---

였다.

26) 김오수, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위와 감독의무자의 책임”, 「민사재판의 제문제」 제4권, 한국사법행정학회, 1986, 207면; 한웅길, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독자의 연대책임”, 「동아법학」 제14호(1992. 12.), 동아대학교 법학연구소, 220면.

27) 「민법주해[ⅩⅧ]」 채권(11)(주 23), 479면(유원규 집필부분); 권오승, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위와 감독의무자의 책임”, 「민사판례연구」 제14권, 민사판례연구회, 1992, 223면 이하.

28) 가령, 대법원 2004. 9. 24. 선고 2004다30095판결, 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다237618 판결 등.

29) 박원근, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 비양육친의 감독의무 인정 여부 -대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다240021 판결-”, 「판례연구」 제34집, 부산판례연구회, 2003, 809면 이하; 전보성, “비양육친이 미성년자의 불법행위에 대하여 감독의무를 부담하는지 여부”, 「판례공보스터디 민사판례해설(2019. 7. 1.자 공보 ~ 2023. 6. 15.자. 공보)」, 서울고등법원 판례공보스터디, 2023., 1954면. 이와 달리 판례는 친권자의 책임의 근거를 일반불법행위규정으로 정리하였으면서도, 친권자에게 자녀에 대한 일반적·일상적 감독의무가 있음을 이유로 불법행위에 대한 구체적·개별적 예견가능성과 회피가능성을 따지지 않고 책임을 쉽게 인정하여 왔으며, 실질적으로는 제755조와 유사한 대위책임과 같이 운영된다는 것이 대체적인 평가라는 지적으로는, 이지영, “미성년자의 불법행위에 대한 비양육친의 감독의무자책임”, 「민사판례연구」 제45권, 민사판례연구회, 2023, 196-197면을 참조.

가령 대법원 2003. 3. 28 선고 2003다5061 판결[30]은 소외인(가해자)은 재수생으로서 학원에 다니면서 수학능력평가시험을 준비하고 있던 중 이 사건 사고를 일으켰다는 것일 뿐, 소외인이 타인을 폭행하거나 비행을 저지르는 등 평소 행실에 문제가 있었다는 것도 아니고, 이러한 점을 인정할 아무런 자료가 없으므로, 소외인이 피고와 동거를 하면서 경제적인 면에서 피고에게 전적으로 의존하고 있다거나 이 사건 사고를 일으켰다는 사정만으로 피고에게 소외인에 대한 감독을 게을리 한 과실이 있다고 보기 어렵고, 달리 피고가 소외인에 대한 보호·감독의무를 게을리 한 과실로 인하여 이 사건 사고가 발생하였음을 인정할 아무런 자료도 발견할 수 없다고 판시하였다.

## 3. 미성년자 감독의무자 책임에 대한 외국의 입법례와 민법 개정안

### (1) 외국의 입법례

미성년자의 불법행위에 대한 친권자 등 감독의무자의 책임에 관하여 여러 나라들이 규정하는 방식을 살펴보면, 먼저 감독의무자의 책임을 일반불법행위책임으로 구성하고, 피해자가 감독의무자의 감독상 과실을 입증하도록 함으로써 감독의무자 책임을 특별 취급하지 않는 방식과 감독의무자의 책임을 일반불법행위책임과 구별하여 특별 취급하는 방식으로 나눠 볼 수 있다. 전자는 영국, 미국 등 보통법계 국가에서 채택하고 있는 방식이며, 후자는 다시 미성년자에게 책임능력이 있는지를 구별하지 않고 감독의무자의 책임을 인정하는 방식과 그와 달리 미성년자에게 책임능력이 없는 경우에만 감독의무자에게 책임을 인정하는 방식으로 나눠볼 수 있는데, 미성년자의 책임능력 유무와 무관하게 감독의무자의 책임을 독립적인 것으로 보는 것이 독일, 프랑스 등 대륙법계 국가에서 채택하고 있는 방식이고, 미성년자에게 책임능력이 없는 경우에 보충적으로 감독의무자의 책임을 규정하고 있는 것이 일본과 우리나라 등이 채택하고 있는 방식이다.[31]

그런데 우리나라 민법 제755조에 대한 개정안으로서 제안되고 있는 내용들은 주로 미성년자의 책임능력 유무와 무관하게 감독의무자의 책임을 인정하자는 것들이므로, 그와 관련하여 외국의 입법례 중 독일과 프랑스, 일본의 경우에 대하여 조금 더 살펴보기로 한다.

먼저 독일의 경우 독일 민법 제832조[32]는 '감독의무자의 책임'이라는 표제 하에 제

30) 미성년자인 소외인(만 18세 8개월)이 학원 앞 노상에서 친구들과 얘기를 나누고 있는데, 평소 학원생들이 자신의 집 근처에 담배꽁초를 버리는 등 불만이 있던 피해자(49세)가 술에 취한 상태에서 소외인에게 갑자기 폭력을 행사하자 소외인이 이에 대항하여 피해자의 얼굴을 1회 때려 상해를 입힌 사안에 관한 판결이었다.

31) 강봉석, "미성년자와 그 부모의 책임 -책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한부모의 책임을 중심으로-", 「홍익법학」, 제13권 제1호(2012. 2.), 홍익대학교 법학연구소, 352면과 「주석민법」 [채권각칙(8)](주 19), 430-431면(김승표 집필부분).

32) BGB § 832 Haftung des Aufsichtspflichtigen
(1) Wer kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustands der Beaufsichtigung bedarf, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den diese Person einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung

1항에서 “미성년으로 인하여 또는 정신적으로나 신체적인 상태로 인하여 감독을 필요로 하는 사람을 감독할 의무를 법률에 의하여 부담하는 사람은 피감독자가 제3자에게 위법하게 가한 손해를 배상할 의무를 진다. 그가 감독의무를 다한 때 또는 적절한 감독수행을 하였어도 손해가 발생하였을 것인 때에는, 배상의무가 발생하지 아니한다.”라고 하고, 제2항은 “계약에 의하여 감독의 수행을 인수한 자도 동일한 책임이 있다.”라고 규정하고 있다. 프랑스의 경우는 프랑스 민법 제1242조[33]가 감독의무자의 책임에 관련된 규정을 두고 있는데, 제4항은 “부모는 그들이 친권을 행사하는 범위 내에서는 그들과 주거를 같이하는 미성년 자녀에 의하여 야기된 손해에 대하여 연대하여 배상할 책임이 있다.”, 제6항은 “교사와 장인(匠人)은 그들의 감독 하에 있는 동안에 학생과 견습생에 의해 야기된 손해에 대하여 연대하여 배상할 책임이 있다.”, 제7항은 “부모와 장인(匠人)이 이러한 책임을 발생시키는 행위를 방지할 수 없었다는 사실을 증명하지 못하는 한 위의 책임이 발생한다.”라고 하고, 제8항은 “교사의 책임과 관련하여, 손해를 가하는 행위를 야기한 것으로 그들에 대하여 주장되는 과책, 부주의, 태만은 일반법의 원칙에 따라 소송에서 원고가 이를 입증해야 한다.”라고 규정하고 있다. 이와 같이 독일과 프랑스의 경우는 친권자인 부모에 한정하여 보면, 미성년 자녀의 책임능력 유무를 묻지 않고 친권자에게 감독상의 과실을 추정하는 방식에 의해 감독자책임을 인정하고 있으며, 친권자인 부모가 감독의무를 다하였어도 결과 발생을 방지할 수 없었음을 증명한 경우에만 감독자책임의 면책을 인정하고 있는 것이다.

그에 비하여 일본의 경우는 일본 민법 제712조[34]에서 “미성년자는 타인에 손해를 가한 경우에 있어서, 자기의 행위의 책임을 분별하기에 족한 지능을 구비하지 아니한 때에는 그 행위에 있어서 손해의 책임을 지지 아니한다.”라고 정한 후, 제714조[35]

---

entstanden sein würde.

(2) Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernimmt.

33) Code civil Article 1242

[...]

Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.

[...]

Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance.

La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.

En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance.

(생략은 필자에 의함).

34) 民法 第七百十二條 (責任能力)

未成年者は、他人に損害を加えた場合において、自己の行爲の責任を弁識するに足りる知能を備えていなかったときは、その行爲について賠償の責任を負わない。

35) 第七百十四條 (責任無能力者の監督義務者等の責任)

1 前二條の規定により責任無能力者がその責任を負わない場合において、その責任無能力者を監督する法定の義務を負う者は、その責任無能力者が第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。ただし、監督義務者がその義務を怠らなかったとき、又はその義務を怠らなくても損害が生ずべきであったときは、この限りでない。

2 監督義務者に代わって責任無能力者を監督する者も、前項の責任を負う。

에서 제1항은 “전2조의 규정에 의하여 책임무능력자가 그 책임을 지지 않는 경우에 있어서, 그 책임무능력자를 감독하는 법정의 의무를 지는 자는 그 책임무능력자가 제3자에 가한 손해를 배상할 책임을 진다. 그러나, 감독의무자가 그 의무를 해태하지 아니한 때 또는 그 의무를 해태하지 아니하여도 손해가 발생하였을 때에는 그러하지 아니하다.”, 제2항은 “감독의무자를 대신하여 책임무능력자를 감독하는 자도 전항의 책임을 진다.”라고 하여 우리 민법 제755조와 유사하게 미성년자에게 책임능력이 없는 경우에 감독의무자가 일본 민법 제714조에 의하여 보충적으로 감독자책임을 부담하는 것으로 규정하고 있다. 미성년자에게 책임능력이 있는 경우 친권자 등의 감독의무자는 1974년 일본 최고재판소의 판결[36] 이래로 일본 민법 제714조 감독의무자 책임의 문제가 아니라 제709조에 의한 일반불법행위책임의 부담의 문제인 것으로 취급되고 있는데, 이 역시 우리나라에서의 논의와 유사한 양상이라 하겠다.[37][38]

### (2) 민법 개정안

법무부는 2004년과 2013년에 민법 제755조에 대한 개정안을 검토한 바 있다. 먼저 2004년의 개정안[39]은 현재의 제755조에 새로운 내용의 제2항을 신설하는 방식이었고, 2013년의 개정안[40]은 제755조 제1항의 내용을 수정하는 방식이었는데, 공통점은

---

36) 最判裁判所, 昭和 49. 3. 22. 民集 28卷 2号 347頁.

37) 앞의 Ⅲ.2.(1)을 참조.

38) 일본의 2015년 최고재판소 판결(最高裁判所, 平成 27. 4. 9, 民集 第69卷 3号, 455頁)은 일본에서 책임능력 없는 자녀의 불법행위에 대하여 부모의 책임을 부정한 최초의 최고재판소 판결로 인정되고 있는데, 본 판결은 그동안 미성년자가 타인의 권리를 침해하여 손해를 발생시킨 이상, 그 부모는 책임을 면할 수 없다는 등의 엄격한 입장을 취하고 있던 일본의 판례가 그 태도를 완화하여 피감독자 및 감독자의 행위의 자유에 대한 과도한 규제 내지 지나치게 책임을 무겁게 하는 경향에 제동을 건 것으로 평가되고 있다. 비록 이 사건은 책임능력이 없는 미성년자의 불법행위가 문제가 된 사안이지만 이보다 면책의 여지가 더 큰 책임능력 있는 미성년자의 친권자 책임의 경우에도 이러한 판결을 계기로 면책 여부가 더 확장될 수 있을 것으로 예상된다고 한다. 해당 사안은 11세 11개월의 아동이 방과 후 아동들을 위해 개방되어 있는 초등학교에 설치된 축구 골대를 향해 프리킥 연습을 하고 있었는데, 아동이 찬 축구공이 학교의 남문을 넘어 도로에 굴러 나왔다. 당시 도로에는 오토바이를 탄 노인(당시 85세)이 공을 피하기 위해 핸들을 꺾어 넘어지는 바람에 왼쪽 경골에 골절 등의 부상을 입고입원하다가 폐렴으로 사망을 했고, 이에 사망한 자의 상속인이 아동과 친권자에 대해 각각 민법 제709조 및 제714조 1항에 따라 피해의 상해 및 사망에 대해 약 4,500만 엔의 손해배상 청구를 한 것이었다. 이에 대하여 상세하게는 이은영, “부모의 민사책임에 관한 비교법적 고찰 - 일본과 미국을 중심으로-”, 「법학연구」 제50집(2016. 11.), 전북대학교 법학연구소, 173면 이하를 참조.

39) 2004년 개정안 제755조 (감독자의 책임)
① 제753조 및 제754조의 규정에 의하여 무능력자에게 책임없는 경우에는 이를 감독할 법정의무 있는 자가 그 무능력자의 제삼자에게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 감독의무를 해태하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.
② 미성년자를 감독할 법정의무 있는 자는 미성년자에게 책임능력이 있는 경우에도 제1항의 책임이 있다. 그러나 그 미성년자에게 변제자력이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.
③ 감독의무자에 갈음하여 책임무능력자 또는 책임능력 있는 미성년자를 감독하는 자도 제1항 및 제2항의 책임이 있다.
법무부 민법개정자료발간팀 편, 「2004년 법무부 민법 개정안」(채권편 · 부록), 법무부, 2012, 555면.

40) 2013년 개정안 제755조 (감독의무자의 책임)
① 미성년자나 심신상실자를 감독할 법정의무있는 자는 미성년자나 심신상실자가 제3자에

두 개정안 모두 미성년자에게 책임능력이 있는지 여부와 관계없이 친권자 등 법정감독의무자에게 손해배상책임을 인정하는 방식으로 제755조를 수정하는 것이었다. 그런데 이러한 두 개정안은 모두 국회의 임기만료로 폐기되어 아직까지는 제755조의 개정이 이루어지고 있지 않은 상태에 머물고 있다.

## Ⅳ. 미성년 자녀에 대한 비양육친의 권리와 의무

### 1. 부모의 이혼과 친권자 및 양육자의 감독자책임

부모가 혼인 중인 때에는 부모가 공동으로 친권을 행사하지만(민법 제909조 제2항), 부모가 이혼하는 경우에는 협의 또는 재판에 의해 미성년 자녀에 대한 친권자 및 양육자를 정하여야 한다(제837조, 제843조, 제900조 제4항, 제5항). 부모의 이혼 시 친권자와 양육자를 일치시키는 경우가 대부분이지만 필요한 경우 친권자와 양육자를 분리시키는 것도 가능하다.[41] 대상판결은 이혼 시 미성년 자녀의 친권자와 양육자로 모두 지정되지 않은 자를 '비양육친'이라고 표현하고 있으므로 친권자와 양육자가 일치된 경우를 중심으로 살펴보기로 한다.[42]

친권이란 미성년 자녀를 보호하고 교양하기 위하여 그 부모에게 인정되는 권리와 의무의 총체를 말한다(제913조). 친권에는 자녀의 양육과 재산관리에 관한 사항이 포함되며, 자녀를 보호하고 교양할 권리와 의무에 기초하여 미성년 자녀에 대한 친권자의 감독의무가 인정되는 것이다.[43]

부모가 이혼한 후에도 미성년 자녀에 대한 친권을 여전히 보유하고 있는 친권자에게는 미성년자의 감독의무가 인정되며 그러한 감독의무가 이행되지 않은 경우에는 감독자책임이 인정될 것이다. 즉 친권자는 미성년자를 보호하고 교양할 의무가 있으므로(제913조), 이러한 보호·교양의무의 일환으로서 미성년자가 타인(제3자)에게 손해를 가하지 않도록 감독해야 할 의무를 부담하고 따라서 친권자가 이러한 의무에

---

게 가한 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 감독의무자가 감독의무를 다한 때 또는 감독의무를 다하였더라도 손해가 있을 경우에는 그러하지 아니하다.

② 감독의무자에 갈음하여 미성년자나 심신상실자를 감독하는 자도 제1항의 책임이 있다.

법무부 민법개정자료발간팀 편, 「2013년 법무부 민법 시안」(채권편 下), 법무부, 2013, 473면.

41) 대법원 2012. 4. 13. 선고 2011므4719 판결은 민법 제837조, 제909조 제4항, 가사소송법 제2조 제1항 제2호 나목의 3) 및 5) 등이 부부의 이혼 후 그 자의 친권자와 그 양육에 관한 사항을 각기 다른 조항에서 규정하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이혼 후 부모와 자녀의 관계에 있어서 친권과 양육권이 항상 같은 사람에게 돌아가야 하는 것은 아니며, 이혼 후 자에 대한 양육권이 부모 중 어느 일방에, 친권이 다른 일방에 또는 부모에 공동으로 귀속되는 것으로 정하는 것은, 비록 신중한 판단이 필요하다고 하더라도, 일정한 기준을 충족하는 한 허용된다고 한다.

42) 친권자와 양육자가 분리된 경우의 감독의무 부담과 감독자책임의 문제에 대해서는, 홍윤선, "미성년자의 불법행위에 대한 부모의 감독의무자책임 - 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다240021 판결의 검토에 기초하여 -", 「법과 정책연구」, 제23집 제3호(2023. 9.), 한국법정책학회, 312면과 윤진수, "친권자도 아니고 양육권자도 아닌 '비양육친'도 특별한 경우에는 감독의무자 책임 인정될 수 있어", 2023. 4. 24.자 법조신문을 참조.

43) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다37690 판결, 대법원 1999. 7. 13. 선고 99다19957 판결 등 참조.

위반하여 미성년자로 하여금 제3자에게 손해를 가하게 한 경우에는 민법 제750조에 의한 일반불법행위책임을 부담하게 되는 것이다.[44]

## 2. 비양육친의 권리와 의무

### (1) 부모로서의 권리와 의무

부모가 이혼하면서 양육자의 결정, 양육비용의 부담, 면접교섭권의 행사 여부 및 그 방법 등에 관하여 협의나 재판에 의하여 정하더라도 양육 등에 관한 사항 외에는 부모의 권리와 의무에 변경을 가져오지 않는다(제837조 제6항, 제843조).[45] 그러한 부모의 권리와 의무로는 사망 시 상속 관계, 미성년자 혼인 시 부모의 동의권(제808조), 입양 시 부모의 동의권(제870조, 제871조) 등을 생각해볼 수 있다.[46]

이혼에도 불구하고 친권과 양육권을 여전히 보유하게 되는 친권자는 친권에 의하여 미성년 자녀에 대한 감독의무와 감독자책임을 계속해서 부담하게 될 것이지만, 이혼 시 친권자와 양육자로 모두 지정되지 않은 비양육친은 미성년 자녀에 대한 감독의무의 근거가 되는 친권 등을 잠정적으로라도 상실하게 되므로 이혼 후에는 더 이상 미성년 자녀에 대한 감독의무와 그에 기초한 미성년 자녀의 불법행위의 피해자에 대한 손해배상책임을 부담하지 않게 되는 것인지를 검토할 필요가 있다. 이와 관련하여 대상판결의 판단 이후 주로 논의되고 있는 것은 비양육친이 이혼 후에도 부담하게 되는 양육비 지급의무와 면접교섭권의 문제이다.

### (2) 양육비 지급의무

미성년 자녀가 있는 부모가 이혼하는 경우, 양육비용의 부담에 관한 사항을 협의로 정하거나 가정법원이 결정하여야 한다(제837조). 양육비 지급의무는 부모의 미성년 자녀에 대한 부양의무의 일종으로서 자녀의 보호·교양, 즉 양육에 소요되는 생활자료를 자녀에게 제공할 의무를 의미하며, 이는 이혼 시 친권자와 양육자로 지정되지 않은 비양육친도 여전히 부담하는 의무이다.

양육비의 법적 성질이나 양육비 지급청구권자와 관련하여, 자녀가 직접 부모에게 부양을 청구하는 경우에는 '부양료'라는 용어를 사용하고 부모 사이에서 자녀의 부양을 청구하는 경우에는 '양육비'라는 용어를 각각 구분하여 사용하는 용어법이 일반적으로 사용되고 있는데, 이와 관련하여서는, 미성년 자녀가 직접 부모에게 부양을 청구하는 경우와 미성년후견인이 미성년인 피후견인을 대리하여 그 부모에게 부양을 청구하는 경우, 그리고 양육친이 비양육친에게 미성년 자녀의 부양을 청구하는 경우 모두 그 본질은 동일하게 미성년 자녀의 부모에 대한 부양청구권이며, 이를 특별히 양육비청구권이라고도 일컬을 수 있을 뿐이라고 이해하는 것이 옳을 것이라는 지

---

44) 「주석민법」 [채권각칙(8)](주 19), 456면(김승표 집필부분).

45) 이혼을 전제로 하는 경우는 아니지만, 민법 제925조의3 역시 "친권의 상실, 일시 정지, 일부 제한 또는 대리권과 재산관리권의 상실이 선고된 경우에도 부모의 자녀에 대한 그 밖의 권리와 의무는 변경되지 아니한다."는 내용의 규정을 두고 있다.

46) 이지영(주 29), 406면.

적[47]도 있다.

비양육친이 양육비 지급의무를 이행하지 않을 경우, 양육친은 비양육친을 상대로 이행명령을 신청할 수 있고, 그 이행명령에 불응할 때에는 감치명령을 신청할 수 있으며, 비양육친의 재산에 대하여 강제집행도 할 수 있다.[48]

### (3) 면접교섭권

면접교섭권은 양육자가 아니어서 현실적으로 자녀를 양육하고 있지 아니한 비양육친과 그 자녀가 직접 만나거나 접촉할 수 있는 권리이다(제837의2).

면접교섭권은 민법 제정 시에는 없었다가 1990년 민법 개정으로 신설되었고, 1990년 도입 당시에는 이혼 후 비양육친에게만 인정된 권리였다가 2007년 개정으로 자녀도 면접교섭권의 권리주체로 규정되었고, 2016년 개정에서는 일정한 조건 하에 비양육친의 직계존속에게도 인정되게 되었다.

면접교섭권이 누구의 권리인가와 관련하여 종래 여러 논의[49]가 있었는데, 대법원 2021. 12. 16.자 2017스628 결정은 면접교섭권이 자녀의 권리임과 동시에 부모의 권리이기도 하다고 판시하였다.[50] 2007년 개정된 이후로는 제837조의2 제1항(“자(子)를 직접 양육하지 아니하는 부모의 일방과 자(子)는 상호 면접교섭할 수 있는 권리를 가진다.”)의 문언상 부모의 권리인 동시에 자녀의 권리인 것이 명백한데, 양자 중에서는 자녀의 권리로서의 성격이 우선한다는 지적[51]이 있다. 면접교섭권은 자녀의 복리에 비추어 제한 또는 배제될 수 있는데(제837조의2 제3항), 이는 부모의 권리인 면접교섭권이 제한 또는 배제되는 것으로 풀이되고 자녀의 권리인 면접교섭권은 성질상 제한 또는 배제될 수 없기 때문이라고 한다.

면접교섭은 주로 자녀와 직접 만나는 방법으로 이루어지지만 그 이외에 서신의 교환, 전화, 선물의 전달 등도 면접교섭에 포함된다. 나아가 자녀의 교육 등에 관한 정보를 제공받을 권리도 면접교섭권의 내용에 포함될 수 있다[52]. 면접교섭의 실시 여부나 시기 또는 기간, 실시하는 장소, 그리고 면접교섭의 구체적인 방법 등과 그 제한 또는 배제는 원칙적으로 자녀의 복리를 기준으로 판단하여야 한다(제837조의2 제3항). 면접교섭권과 양육권은 서로 제약하고 충돌하는 성질을 가지므로, 면접교섭의 방법을 정할 때에는 양육권을 지나치게 제한하지 않고 양자 사이의 균형을 이룰 수 있도록 유념할 필요가 있다.[53]

---

47) 「주석 민법」 [친족1], 제6판, 한국사법행정학회, 2020, 255-256면(임종효 집필부분).

48) 「법원실무제요」 가사(Ⅱ), 사법연수원, 2021, 1490면.

49) 이에 대하여는 「주해친족법」 제1권, 박영사, 2015, 357면(이동진 집필부분)을 참조.

50) 대법원 2021. 12. 16.자 2017스628 결정은 “부모와 자녀의 친밀한 관계는 부모가 혼인 중일 때뿐만 아니라 부모의 이혼 등으로 자녀가 부모 중 일방의 양육 아래 놓인 경우에도 지속될 수 있도록 보호할 필요가 있는바, 면접교섭권은 이를 뒷받침하여 자녀의 정서안정과 원만한 인격발달을 이룰 수 있도록 하고 이를 통해 자녀의 복리를 실현하는 것을 목적으로 하는 제도이다. 이는 자녀의 권리임과 동시에 부모의 권리이기도 하다.”라고 판시하고 있다.

51) 「주석 민법」 [친족1](주 47), 270면(임종효 집필부분) 이하는 면접교섭권에서 자녀의 권리로서 성격이 우선한다는 점을 면접교섭권의 제도적 의의에서도 찾을 수 있다고 설명하고 있다.

52) 「주해친족법」 제1권(주 49), 360면(이동진 집필부분).

53) 「주석 민법」 [친족1](주 47), 285면(임종효 집필부분).

# Ⅴ. 대상판결의 분석과 검토

## 1. 비양육친의 감독의무에 대한 대상판결의 판단과 근거[54)]

대상판결의 제1심 법원과 원심 법원은, 이혼을 하여 친권자 및 양육자로 지정되지 않은 비양육친이라 하더라도 자의 보호·교양에 관한 권리의무는 친권자의 권리의무 이전에 부모로서의 권리의무로서 이는 친권자로 지정되지 못한 부모에게도 당연히 부여되는 것이고, 부모가 이혼할 경우에도 자녀의 양육에 필요한 사항은 부모의 협의에 따라 정하여 지며, 비양육친도 면접교섭권을 행사하여 자의 보호·교양에 일정 정도 관여할 수 있는 점들을 근거로, 비양육친 역시 친권자 및 양육자와 마찬가지로 미성년 자녀에 대한 일반적·일상적인 지도·조언 등 감독교육의 의무를 부담한다고 인정하였다.

그러나 대상판결은, 비양육친에게는 자녀에 대한 친권과 양육권이 없어 자녀의 보호·교양에 관한 민법 제913조 등 친권에 관한 규정이 적용될 수 없으며, 비양육친은 자녀와 상호 면접교섭할 수 있는 권리가 있지만, 이러한 면접교섭 제도는 자녀의 복리를 실현하는 것을 목적으로 하고, 제3자와의 관계에서 손해배상책임의 근거가 되는 감독의무를 부과하는 규정이라고 할 수 없으며, 비양육친이 이혼 후에도 자녀의 양육비용을 분담할 의무가 있다는 것만으로는 비양육친이 일반적, 일상적으로 자녀를 지도하고 조언하는 등 보호·감독할 의무를 진다고 할 수 없다는 점들을 근거로, 원칙적으로 비양육친이 미성년자의 부모라는 사정만으로 미성년 자녀에 대하여 감독의무를 부담한다고 볼 수는 없고, 예외적으로 비양육친의 감독의무를 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에만, 비양육친도 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임을 질 수 있다고 판시하고 있다.

이하에서는 이러한 대상판결의 판단 근거와 그에 대한 논의들을 중심으로 대상판결의 판단을 검토하고 그에 관한 평가를 하고자 한다.

## 2. 대상판결의 판단에 대한 검토

### (1) 비양육친의 감독의무 인정 여부

#### 가. 문제의 소재

대상판결의 판단과 달리 미성년 자녀의 비양육친도 원칙적으로 미성년자에 대한 감독의무를 부담하므로 미성년 자녀가 저지른 불법행위의 피해자에 대하여 손해배상책임을 부담하여야 한다는 주장들이 있고, 그러한 견해들은 다음과 같은 논거들을 제시하고 있다. 그러한 논거들과 대상판결의 논거들을 함께 검토하기로 한다.

54) 앞의 Ⅱ.3.4.를 참조.

### 나. 양육비 지급의무가 비양육친의 감독의무 인정의 근거가 될 수 있는지 여부

부모가 미성년 자녀를 부양하기 위하여 경제적으로 책임을 지는 것은 이혼 후에 본인이 친권자로 지정되었는지 여부를 불문하고 부모로서 해야 하는 의무이고, 비양육친이 자녀의 양육비를 지급하는 것은 자녀가 경제적으로 안정적으로 자랄 수 있도록 반드시 이행해야 하는 의무로서 비양육친의 미성년 자녀에 대한 경제적 부양은 미성년 자녀의 신체적, 정서적 부양을 더욱 공고히 할 수 있는 환경을 만드는 바탕이 되며, 그의 생활환경 전반에 대한 총체적인 주의와 관심을 기울일 수 있는 지위에 놓이게 한다고 볼 수 있으므로, 미성년 자녀가 저지른 불법행위에 대하여 원칙적으로 비양육친도 피해를 입은 제3자에게 손해배상책임을 지는 것이 합리적이라는 견해[55]가 있다.

물론, 자녀의 양육과 교육은 부모와 자녀의 자연적 혈연관계를 기초로 자녀의 출생과 동시에 부모에게 인정되는 권리이자 의무이다. 가령 헌법재판소는 자녀의 양육과 교육이 일차적으로 부모의 천부적인 권리인 동시에 부모에게 부과된 의무이기도 하다[56]고 하며, 대법원 역시, 어떠한 사정으로 인하여 부모 중 어느 한쪽만이 자녀를 양육하게 된 경우에, 그와 같은 일방에 의한 양육이 그 양육자의 일방적이고 이기적인 목적이나 동기에서 비롯한 것이라거나 자녀의 이익을 위하여 도움이 되지 아니하거나 그 양육비를 상대방에게 부담시키는 것이 오히려 형평에 어긋나게 되는 등 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는, 양육하는 일방은 상대방에 대하여 현재 및 장래에 있어서의 양육비 중 적정 금액의 분담을 청구할 수 있음은 물론이고, 부모의 자녀양육의무는 특별한 사정이 없는 한 자녀의 출생과 동시에 발생하는 것[57]이라고 판시한 바 있다.

그러나, 부모의 감독의무, 그리고 미성년 자녀의 불법행위 피해자에 대한 부모의 손해배상책임은 법적 의무를 전제로 하는 것이고, 미성년 자녀에 대한 친권자의 일반적인 감독의무를 인정하고 있는 취지는 친권자가 자녀를 전면적으로 보호·감독하면서 일반적·일상적으로 지도와 조언을 하는 관계에 있음을 전제로 하는 것이다.[58] 즉 친권자는 자녀에 대한 지도와 조언, 보호와 감독을 통하여 그 보호하에 있는 자녀의 행동에 직접 영향을 미칠 수 있는 자에 해당하기 때문에 감독의무와 손해배상책임이 인정되는 것이다.[59] 그런데 비양육친이 양육비를 지급하는 경우에도 자녀를

---

55) 김나래, “비양육친의 미성년자 불법행위에 대한 감독자책임 - 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다240021 판결을 중심으로 -”, 「법학논총」, 제42권 제3호(2022. 8.), 전남대학교 법학연구소, 354-355면.

56) 헌법재판소 2000. 4. 27. 98헌가16, 98헌마429 결정.

57) 대법원 1994. 5. 13.자 92스21 전원합의체 결정.

58) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91다37690 판결, 대법원 1999. 7. 13. 선고 99다19957 판결 등 참조

59) 대상판결 역시 친권자의 감독의무와 미성년 자녀의 불법행위 피해자에 대한 친권자의 손해배상책임에 대하여, “미성년 자녀를 양육하며 친권을 행사하는 부모는 자녀를 경제적으로 부양하고 보호하며 교양할 법적인 의무가 있다(민법 제913조). 부모와 함께 살면서 경제적으로 부모에게 의존하는 미성년자는 부모의 전면적인 보호·감독 아래 있으므로, 그 부모는 미성년자가 타인에게 불법행위를 하지 않고 정상적으로 학교 및 사회생활을 하도록 일반적, 일상적으로 지도와 조언을 할 보호·감독의무를 부담한다.. 따라서 그러한 부모는 미성년자의 감독의무자로서 미성년자의 불법행위에 대하여 손해배상책임을 질 수 있다.”라고 판시하고 있다.

전면적으로 보호·감독하는 당사자는 실질적으로 양육 자체를 담당하는 친권자 등이라고 볼 수 있으며 그러한 실질적 감독가능성이 없는 비양육친에게 양육비 지급을 이유로 감독의무를 인정할 수는 없을 것으로 판단된다. 즉, 자녀의 행동에 직접 영향을 줄 수 있는 친권이나 양육권이 없는 비양육친에게 양육비 지급만을 이유로 감독의무와 손해배상책임을 인정하는 것은 타당하지 않을 것으로 보이기 때문이다. 대상판결 역시 비양육친은 이혼 후에도 자녀의 양육비용을 분담할 의무가 있지만, 이것만으로 비양육친이 일반적, 일상적으로 자녀를 지도하고 조언하는 등 보호·감독할 의무를 진다고 할 수 없다고 하였는데 이러한 판단이 타당하다고 할 것이다. 또한 비양육친의 양육비 지급의무는 미성년 자녀와의 관계를 규율하기 위한 것이지 미성년 자녀 또는 비양육친과 제3자의 관계를 정하기 위한 것도 아니므로 양육비 지급의무를 제3자에 대한 손해배상책임의 법적 근거로 삼는 것은 타당하지 않을 것으로 판단된다.[60]

### 다. 면접교섭권이 비양육친의 감독의무 인정의 근거가 될 수 있는지 여부

면접교섭권의 행사는 자녀의 정서적 안정과 유대관계의 형성, 더 나아가 자녀의 건강한 성장 및 복리에 있어 중요한 의미를 가지고 있으며, 면접교섭권을 행사하는 부 또는 모는 자녀에게 영향을 미칠 수 있는 지위에 있기 때문에 비양육친이라는 사정만으로 미성년 자녀에 대한 불법행위를 감독하는 감독의무자의 지위에서 제외되는 것은 정당하지 않다는 주장[61]이 있고,[62] 대상판결의 제1심 법원과 원심 법원 역시, 양육권을 가지지 않는 부모 일방은 면접교섭권을 행사하여 자의 보호·교양에 일정 정도 관여할 수 있는 점(민법 제837조의2 제1항)을 고려할 때 비양육친이 감독의무를 가진다고 보아야 한다는 입장을 취하고 있다.

면접교섭 제도는 이혼 후에도 자녀가 부모와 친밀한 관계를 유지하여 정서적으로 안정되고 원만한 인격 발달을 이룰 수 있도록 함으로써 자녀의 복리를 실현하는 것을 목적으로 하는 것[63]이므로 면접교섭권은 자녀를 직접 양육하지 않는 부모의 권리이지만 동시에 자녀의 복리 실현을 위한 의무의 측면도 있다. 그러나 이처럼 자녀의 복리를 도모해야 할 의무와 제3자와의 관계에서 미성년자의 불법행위를 방지해야 할 의무는 다른 차원의 의무이다. 면접교섭의무가 자녀의 복리를 향한 의무를 넘어서서

60) 민법은 단순히 부모로서 갖는 권리와 친권자로서 갖는 권한을 구별하여 규정하고 있는데, 미성년자의 불법행위에 대한 감독자책임은 친권자로서 갖는 권한에 해당하고, 미성년자의 부양의무는 친권자로서 부담하는 의무가 아니라 단순히 부모로서 갖는 의무이므로 이혼 시 친권자로 지정되지 않은 부모는 원칙적으로 미성년 자녀를 감독할 법정의무가 있는 자라고 할 수 없다는 설명으로는, 엄경천, “친권자가 아닌 부모의 미성년자 불법행위에 대한 감독의무자 책임”, 2022. 7. 11.자 법률신문을 참조.

61) 김나래(주 55), 354면.

62) 이병준·김규완, “2022년도 민법「채권편」관련 주요 대법원 판례에 대한 평석”, 「안암법학」 제66호(2023. 5.), 안암법학회, 270면도 면접교섭권은 비양육친의 감독의무의 발생 근거로 작용할 수 있다고 한다. 양육권이 없지만 면접교섭을 실제로 하는 중에는 양육권의 잔여부분을 가지고 있어서 부모로서의 감독의무가 잔존하는 것으로 보고, 면접교섭권을 행사하는 과정에서 법률상의 감독의무가 존속하고 있는 것으로 보고 있는 독일의 일부 견해들에 대해서는, Staudinger/Belling, 2012, BGB § 832 Rn. 14; MünchKomm/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 832 Rn. 12; BGH NJW 1969, 422를 참조.

63) 대법원 2021. 12. 16.자 2017스628 결정.

일반적, 일상적으로 자녀를 지도하고 조언함으로써 제3자에 대한 불법행위를 방지하고 감독할 구체적인 의무까지 포함한다고 보기는 어렵다. 미성년자의 불법행위로부터 보호되어야 할 제3자의 법익은 면접교섭에 관한 법적 의무를 부과하여 보호 내지 달성하고자 하는 법익과는 다른 범위의 법익인 것이다.[64] 즉, 면접교섭은 부모가 제3자에 대하여 손해배상의무를 부담할 것인지의 여부를 정하기 위한 제도가 아니고 비양육친 역시 자녀의 복지에 충실하라는 것이 면접교섭 제도와 규범의 직접적인 보호목적인 것이며, 제3자에 대한 문제는 부차적이고 반사적인 것에 그치고 마는 것이다. 대상판결이 "면접교섭 제도는 이혼 후에도 자녀가 부모와 친밀한 관계를 유지하여 정서적으로 안정되고 원만한 인격발달을 이룰 수 있도록 함으로써 자녀의 복리를 실현하는 것을 목적으로 하고, 제3자와의 관계에서 손해배상책임의 근거가 되는 감독의무를 부과하는 규정이라고 할 수 없다."고 판시하고 있는 것도 이런 취지라 할 것이다.

물론 비양육친이 면접교섭을 하는 중에는, 또한 면접교섭을 통하여 실질적이고 지속적으로 미성년 자녀의 행동에 직접 영향을 미칠 수 있는 경우에는 비양육친에게 감독의무를 인정하고 피해자에 대하여 감독자책임을 인정할 여지가 충분히 있을 것이다. 그러나 친권자에게 미성년 자녀에 대한 일반적인 감독의무를 인정하는 이유가, 친권자는 자녀를 전면적으로 보호·감독하면서 일반적·일상적으로 지도와 조언을 하는 관계에 있으므로, 자녀에 대한 지도와 조언, 보호와 감독을 통하여 그 보호하에 있는 자녀의 행동에 직접 영향을 미칠 수 있는 자에 해당하기 때문인 것이라면, 비양육친이 정기적으로 자녀와 면접교섭을 하고 있는 경우라 하더라도 일반적으로 비양육친에게 전면적인 지배가능성이나 일상적으로 보호·감독할 의무를 인정하는 것은 타당하지 않을 것으로 판단되고, 그와 같이 면접교섭을 통하여 미성년 자녀의 행동에 실질적이고 지속적으로 직접적인 영향을 미칠 수 있는 경우에는 그러한 특별한 사정을 고려하여 대상판결과 같이 예외적으로 비양육친에게 감독의무를 인정하는 것이 오히려 타당할 것으로 보인다.[65]

### 라. 비양육친의 부모로서의 권리와 의무의 문제

대상판결의 제1심 법원과 원심 법원은 자녀의 보호·교양에 관한 권리의무가 친권자의 권리의무로 지정되어 있다고 하더라도(민법 제913조), 그와 같은 권리의무는 친권자의 권리의무 이전에 부모로서의 권리의무로서 이는 친권자로 지정되지 못한 부모에게도 당연히 부여된다고 봄이 마땅하다는 점을 비양육친의 감독의무를 인정하는 근거 중의 하나로서 제시하고 있다.

물론 자녀의 보호·교양의무는 자연적 혈연관계를 기초로 부모에게 인정되는 권리의무이고,[66] 이혼하여 비양육친이 되었다고 해서 자녀에 대한 권리의무가 모두 없어

---

64) 권영준, "2022년 민법 판례 동향", 「서울대학교 法學」, 제64권 제1호(2023. 3.), 서울대학교 법학연구소, 531-532면.

65) 이병준·김규완(주 62), 272면도 비양육친의 감독의무가 면접교섭권을 행사하는 동안에만 발생하는지 아니면 계속하여 존재하는지는 구체적인 사안을 통하여 개별적으로 판단해야 할 것이고, 대상판결 역시 그러한 시각에서 기본적으로 일반적이고 일상적인 감독의무와 특별한 사정에 의한 감독의무에 대한 유형화를 시도하고 있는 것으로 평가하고 있다.

66) 헌법재판소 2000. 4. 27. 선고 98헌가16 결정과 대법원 1994. 5. 13.자 92스21 전원합의체

지는 것은 아니며(민법 제837조 제6항), 민법 제925조의3은 “친권의 상실, 일시 정지, 일부 제한 또는 대리권과 재산관리권의 상실이 선고된 경우에도 부모의 자녀에 대한 그 밖의 권리와 의무는 변경되지 아니한다.”라고 규정하고 있어 친권자인지와 별개로 부모로서 부담하는 권리와 의무의 영역이 있음을 나타내고 있고, 친권이 상실되거나 그 행사가 제한된 부모라 하더라도 그 의무의 이행을 거부할 수 없다는 점을 확인하고 있다. 그러나 비양육친 역시 부모로서 자녀의 올바른 성장에 관심을 갖고 교육할 의무가 있다 하더라도 미성년자에게 친권이나 양육권을 행사할 수 있는 지위에 있지 않은 비양육친에게 단지 부모라는 이유로 언제나 제3자에 대한 불법행위를 방지하도록 미성년자를 감독할 구체적인 법적 의무를 부과할 근거를 찾는 것은 곤란할 것으로 판단된다.[67] 비양육친 역시 부모로서 자녀의 올바른 성장에 관심을 갖고 교육할 의무가 있다는 것을 법적인 의무라고 볼 수는 없으며 그러한 주장은 자녀의 올바른 성장에 대해 관심을 갖고 교육할 부모의 ‘도덕적, 윤리적인 책임’을 법적 책임과 혼동한 것은 아닌지 의문이라는 지적[68]도 있다. 대상판결 역시, 비양육친이 미성년자의 부모라는 사정만으로 미성년 자녀에 대하여 감독의무를 부담한다고 볼 수 없다고 판시하고 있으며 이는 타당하다고 할 것이다.

### 마. 피해자 보호와 증명책임의 문제

대상판결의 태도는 불법행위 피해자의 구제에 충분하지 못하고, 특히 피해자의 손해보전 가능성이 불법행위 당시 가해 미성년자의 부모가 이혼하였는지, 이혼하였으나 부모가 협력하여 자녀를 보호·감독하는지, 비양육친이 실질적으로 일반적, 일상적인 지도와 조언을 해왔다거나 미성년 자녀의 불법행위를 구체적으로 예견할 수 있었다는 등의 특별한 사정이 있었는지 여부 등에 좌우되는 점에서 타당하지 않으며, 피해자가 구제를 위해서 특별한 사정 등을 증명하여야 하는 곤란도 있다는 견해[69]가 있다. 대상판결이 판시한 비양육친이 감독의무를 부담하는 특별한 사정은 피해자가 구체적으로 알기 어렵고, 증명하는 것도 사실상 어려우며, 피해자측에서 가해자 부모의 이혼 여부나 부모 중에 친권자로 지정된 자를 알 수 없는 상황에서 비양육친이라는 사정만으로 미성년 자녀의 불법행위에 대한 감독자책임을 면제하는 것이 합리적이지 않은 측면이 있다는 지적[70]도 이와 유사한 취지이다.

그러나 불법행위의 피해자가 피해를 당해서 일정한 규모의 손해가 발생했을 때 손

---

결정을 참조.

67) 권영준(주 64), 531면은, 비양육친에게 이에 관한 어떤 ‘의무’라는 것이 있더라도 이는 윤리적인 차원의 의무이거나 아직 구체화되지 않은 상태의 추상적이고 잠재적인 법적 의무에 그칠 뿐이라고 한다. 친권자나 양육자는 변경될 수도 있으므로, 당장 친권과 양육권을 가지고 있지 않은 비양육친이라도 장차 그 권리(의무)가 자신에게 복귀하면 미성년 자녀에 대한 감독의무가 발생할 수 있으므로 이를 추상적이고 잠재적인 법적 의무라고 표현할 수 있다는 것이다.

68) 법적 의무라면 그 이행을 강제하거나 불이행에 대해 제재가 가능하여야 하는데, 비양육친이 자녀에 무관심한 채 자녀의 보호·교양을 해태할 경우 그 의무를 법적으로 강제할 수는 없고, 이는 비양육친이 부담하는 양육비 지급의무와 면접교섭의무는 법적 의무로서 이를 해태하면 강제집행이나 각종 제재(이행명령, 과태료 등)를 받는 것과 명백히 구별된다는 설명으로는, 이지영(주 29), 420면을 참조.

69) 홍윤선(주 42), 317면.

70) 김나래(주 55), 358-359면.

해배상책임을 부담할 불법행위자의 수나 가해자들 간의 가담 정도와 기여도, 가해자의 충분한 변제 자력, 책임능력 유무의 여부, 그리고 가정상황, 가해자인 미성년 자녀와 부모와의 내밀한 관계 등은 가해자 측의 우연적인 사정에 좌우될 수 밖에 없는 것이고, 피해자가 선택하거나 예견 또는 기대할 수도 없는 것이며 이는 정도의 차이는 있지만 모든 불법행위 사안에서 어느 정도 불가피하고, 공통된 현상이다. 또한 손해배상 규범의 목적은 과실책임주의의 원칙에 기초하여 손해의 공평·타당한 분담을 추구하는 것이므로 감독의무의 법적 근거를 일반적으로 인정하기 곤란한 비양육친에게 피해자 보호라는 점을 이유로 손해배상책임을 인정하는 것 역시 곤란한 점이 있다. 피해자의 충분한 구제 역시 민법과 손해배상 규범의 목적 중 하나에 해당할 것이지만 그 충분한 실현은 피해자 보호를 주된 목적으로 하고 있는 보험제도(가령, 자동차손해배상이나 택시조합공제 등 각종 공제제도 등)나 국가구제제도(가령, 범죄피해자의 보호를 위한 범죄피해자보상 등)등에 의해 달성되는 것이 보다 현실적이며, 가해자와 피해자 양측의 사정을 교량하여 조정함으로써 손해의 공평, 타당한 분담을 정하는 민법상의 손해배상 규범으로서는 역시 어느 정도 한계가 있다고 생각한다. 또한 증명책임의 일반 원칙에 의하면 특별한 사정의 존재는 그것을 주장하는 피해자가 증명책임을 부담하는 것이 타당하다. 증명할 내용을 살펴보더라도 비양육친에게 증명책임을 부담시키는 것은 특별한 사정의 부존재를 증명하도록 요구하게 되는 것이므로 적절하지 않은 측면이 있다고 생각한다,

### 바. 양육친과 비양육친의 형평 등의 문제

피해자에 대해 손해배상책임을 부담하는 양육친이 이혼 후 한 부모로서 자녀를 부양함과 동시에 정신적·신체적으로 보살펴오던 중 홀로 손해배상책임을 부담해야 하는 상황은 양육친에게 매우 가혹하고, 심지어는 이혼 후 자녀와 일체의 교류를 하지 않는 것이 감독의무로부터 면책되는 것이라고 생각하도록 할 여지가 있다는 점에서 사회적으로 우려되는 면이 있다는 견해[71]가 있다. 또한 친권이 없음에도 면접교섭 등을 자주 하여 자녀와의 교류를 통해 부모로서의 책임을 다하고자 한 비양육친과 이를 게을리하여 책임을 방기한 비양육친 간의 불합리한 결과를 가져올 수 있고 이는 불법행위의 피해자 뿐 아니라 일반인들의 관점에서도 수긍하기 어려우므로 대상판결의 원심에서와 같이 비양육친의 손해배상책임을 인정하되, 그의 사정을 감안하여 책임범위를 제한하는 방식으로 해결하는 것이 일반인의 신뢰, 구체적 타당성의 관점에서 볼 때 더 적절할 것이라는 견해[72]도 제기되고 있다.

이러한 주장은 어느 정도 수긍되는 점이 있는 것도 사실이지만, 자녀를 양육하는 양육친은 양육의 독점으로 인한 자녀와의 유대감과 그로 인한 정서적 이익이나 공동체 의식, 기쁨과 슬픔, 때로는 좌절감 역시 비양육친에게는 허여되지 않은 불가피한 이익과 부담 등을 독점하게 되는 것도 사실이 아닐까 한다. 그러한 이익이나 부담 등에서 배제된 비양육친에게 미성년 자녀의 가해행위로 인한 위험만 부담하게 하는 것 역시 공평한 것이지는 역시 의문이 있다. 양육친에게 감독의무가 인정되는 이유

71) 홍윤선(주 42), 317면.
72) 박설아, “2022년 가족법 주요 판례 평석”, 「경희법학」 제58권 제2호 (2023. 6.), 경희법학연구소, 60-61면.

가 양육친의 전면적인 지배가능성과 실질적인 감독가능성이라고 할 때 그러한 가능성이 주어지지 못한 비양육친에게 양육친과 다른 법적 취급을 인정하는 것은 어느 정도 타당한 측면이 있다.[73] 이러한 점들은 부모로서의 책임을 다하고자 한 비양육친과 이를 게을리하여 책임을 방기한 비양육친 간에 다른 법적인 결과를 가져오는 경우에도 마찬가지라고 생각한다.[74]

#### 사. 소결

결국, 이러한 근거들에 기초하여 종합적으로 생각해보면, 비양육친에게 미성년 자녀에 대한 일반적인 감독의무를 인정하는 것은 원칙적으로 타당하지 않다는 대상판결의 입장이 타당할 것으로 판단된다.

### (2) 비양육친이 감독의무를 부담하는 예외적인 경우

비양육친에게 원칙적으로 미성년 자녀에 대한 감독의무를 인정하지 않는 이유는 기본적으로 대부분의 비양육친은 친권자와 달리 자녀에 대한 지도와 조언, 보호와 감독을 통하여 그 보호하에 있는 자녀의 행동에 직접 영향을 미칠 수 있는 자에 해당하지 않기 때문인 것이므로, 그와 다른 특별한 사정이 인정되어 자녀의 행동에 직접 영향을 미칠 수 있는 비양육친의 경우에는 그와 달리 예외적으로 미성년 자녀에 대한 감독의무와 불법행위의 피해자에 대한 손배배상책임의 부담을 인정할 수 있을 것이며, 그렇게 하는 것이 오히려 타당하다고 할 것이다.[75]

대상판결은 비양육친이 미성년 자녀의 양육에 관여할 가능성, 즉 자녀의 행동에 직접 실질적인 영향을 미칠 수 있는 계기의 예시로서, 자녀와의 면접교섭이나 양육친과의 협의를 들고 있다. 그러한 계기들에 의하여 ① 비양육친이 자녀에 대하여 실질적으로 일반적이고 일상적인 지도, 조언을 함으로써 공동 양육자에 준하여 자녀를 보호 · 감독하고 있었거나, ② 그러한 정도에는 이르지 않더라도 비양육친의 감독의무를 인정할 수 있는 특별한 사정이 있는 경우에는 비양육친도 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임을 예외적으로 부담할 수 있다고 하며 전자의 판단을 함에 있어서는, 자녀의 나이와 평소 행실, 불법행위의 성질과 태양, 비양육친과 자녀 사이의 면

---

73) 박원근(주 29), 824-825면은, 책임능력 있는 미성년 자녀의 불법행위에 대하여 양육친의 감독의무를 인정하는 것은 양육친이 미성년 자녀에 대하여 미치는 영향력이 크기 때문인데, 양육책임을 다하지 아니하여 미성년 자녀에 대한 영향력이 거의 없는 비양육친에게도 감독의무를 인정한다면, 결국 혈연관계에 기초한 결과책임을 인정하는 것과 다르지 않고 이는 일반불법행위책임에서의 과실책임 원칙을 부정하는 것이라고 할 수 있다고 한다.

74) 이지영(주 29), 422면은 비양육친에게 일반적인 감독의무를 인정하는 것은 곧, 비양육친이 감독의무를 이유로 자녀의 양육에 간섭할 유인이나 명분을 제공할 수 있는데, 이는 감독할 권한은 주지 않으면서 감독 해태에 대한 책임만 물을 수는 없는 것이기 때문이고, 이 경우 자녀 양육에 관하여 비양육친과 양육친의 충돌을 초래할 수 있으며 이는 자녀의 복리에 오히려 해가 될 수 있다고 한다.

75) 친권자가 아닌 부모에게 개별적이고 구체적인 상황에서 보호감독권한을 인정할 필요할 필요가 있을 수 있는 점 등을 고려하면 대상판결에서 이혼 후 친권자로 지정되지 않은 부모라도 예외적으로 감독의무자 책임을 질 수 있는 상황이 있다고 판단한 것은 손해의 공평한 분담이라는 손해배상법의 이념에 비추어 타당한 결론으로 보인다는 설명으로는, 엄경천(주 60)을 참조.

접교섭의 정도와 빈도, 양육 환경, 비양육친의 양육에 대한 개입 정도 등을 판단기준으로 고려할 수 있을 것이라 하고, 후자의 경우의 예로서는 면접교섭 등을 통해 자녀의 불법행위를 구체적으로 예견할 수 있었던 상황에서 자녀가 불법행위를 하지 않도록 부모로서 직접 지도, 조언을 하거나 양육친에게 알리는 등의 조치를 취하지 않은 경우를 들고 있다.

첫 번째 예외의 경우는 비양육친에게 예외적으로 일상적이고 일반적인 감독관계가 인정되는 경우로서 이를 위해서는 실질적으로 양육자에 준하는 지위와 상황에 있는 정도가 되어야만 한다는 것(양육친에 준하는 비양육친)이고, 두 번째 예외의 경우에는 비양육친에게 일반적이고 일상적인 감독의무나 지배가능성을 인정할 수는 없더라도 비양육친이 자녀의 불법행위를 구체적으로 예견하고 감독할 수 있게 된 특수한 상황에 이르는 정도는 되어야만 한다는 것(자녀의 불법행위에 대한 구체적 예견가능성 및 감독가능성이 있었던 경우)으로 생각해 볼 수 있다.

이러한 특수한 사정의 존재는 증명책임의 일반 원리에 의하여 불법행위로 인한 손해배상책임의 발생을 주장하는 피해자 측에서 부담한다고 할 것이다. 물론, 이러한 경우는 예외적인 경우이고 특수한 사정이 있는 경우이므로 일반적으로 인정될 가능성이 그리 높지는 않을 수도 있다. 그러나 그러한 예외적이고 특수한 사정의 구체적인 예시가 제시되고 있다는 측면에서 주목할 필요가 있다. 즉 대상판결의 의의는, 비양육친에게는 원칙적으로 미성년 자녀의 감독의무가 인정되지 않고, 그러므로 감독의무 위반으로 인한 불법행위 손해배상책임을 부담하지 않는다는 법리를 대법원이 최초로 판시하였다는 점에만 있는 것이 아니라, 친권자도 아니고 양육권자도 아닌 비양육친에게도 특별한 경우에는 미성년 자녀에 대한 감독의무가 인정될 수 있고, 그러므로 그러한 감독의무 위반으로 인한 불법행위 손해배상책임을 부담할 수도 있는 예외적인 경우가 존재한다는 점과 그러한 경우의 대표적인 예를 두 가지 유형으로 나누어 구체적으로 제시하고 있다는 점에서도 찾을 수 있다고 생각한다.

### (3) 대상판결 사안의 경우

대상판결 사안에서 불법행위를 저지른 자녀의 부친이었던 피고 2는, 그러한 자녀가 만 2세 때 협의이혼하면서 친권자와 양육자로 지정되지 않은 비양육친이었고, 이혼 후에는 자녀와 전혀 연락하지 않고 지낸 것으로 보이므로, 미성년 자녀의 양육에 관여할 가능성, 즉 자녀의 행동에 직접 실질적인 영향을 미칠 수 있는 계기의 예시로서 제시된, 자녀와의 면접교섭이나 양육친과의 협의 등이 전혀 없었던 것이므로 대상판결에서 제시하는 특수한 사정으로서의 양육친에 준하는 비양육친이거나 자녀의 불법행위에 대한 구체적 예견가능성 및 감독가능성이 있었던 경우가 아닌 것으로 생각된다. 따라서 예외적으로 감독의무를 인정할 수 있는 비양육친에 해당하지 않으므로 감독의무 위반으로 인한 손해배상책임을 부담하지 않을 가능성이 클 것으로 보인다. 그러므로 그러한 사정의 구체적인 판단을 위해 원심 판결을 파기·환송한 대상판결의 결론은 타당한 것으로 판단된다.[76]

---

76) 박원근(주 29), 825면은, 대상판결이 비양육친에게 일반적·일상적 감독의무를 인정하지 않은 것은 비양육친의 양육책임을 양육친의 것보다 가볍게 여겨서라기보다는 양육친과 비양육친이 미성년 자녀에게 미치는 영향력의 차이를 고려한 것으로 볼 수 있다고 한다.

## Ⅵ. 논의의 정리 - 결론에 갈음하여

1. 본고에서의 분석과 검토를 거쳐 밝힌 내용을 정리하면 다음과 같다.

(1) 부모의 감독의무와 미성년 자녀의 불법행위 피해자에 대한 부모의 손해배상책임은 법적 의무를 전제로 하는 것이고, 친권자는 자녀에 대한 지도와 조언, 보호와 감독을 통하여 그 보호하에 있는 자녀의 행동에 직접 영향을 미칠 수 있는 자에 해당하기 때문에 감독의무와 손해배상책임이 인정되는 것이다.

(2) 비양육친이 양육비를 지급하는 경우에도 자녀를 전면적으로 보호·감독하는 당사자는 실질적으로 양육 자체를 담당하는 친권자 등이라고 볼 수 있으며 그러한 실질적 감독가능성이 없는 비양육친에게 양육비 지급을 이유로 감독의무를 인정할 수는 없을 것으로 판단된다.

(3) 비양육친의 면접교섭권은 미성년 자녀와의 관계를 규율하기 위한 것이지 미성년 자녀 또는 비양육친과 제3자의 관계를 정하기 위한 것이 아니므로 면접교섭권을 제3자에 대한 손해배상책임의 법적 근거로 삼는 것은 타당하지 않다.

(4) 피해자 보호와 형평의 문제는 가해자와 피해자 양측의 사정을 교량하여 손해의 공평, 타당한 분담을 정하는 민법상의 손해배상 규범에 의하여 조정될 수 있는 여지가 있다.

(5) 친권자와 달리 자녀에 대한 지도와 조언, 보호와 감독을 통하여 그 보호하에 있는 자녀의 행동에 직접 영향을 미칠 수 있는 자에 해당하지 않는 비양육친은 원칙적으로 미성년 자녀에 대한 감독의무와 손해배상책임이 인정되지 않지만, 실질적으로 양육친에 준하는 지위와 상황에 있는 비양육친의 경우와 자녀의 불법행위에 대한 구체적 예견가능성 및 감독가능성이 있는 경우와 같이, 특별한 사정이 인정되어 자녀의 행동에 직접 영향을 미칠 수 있는 비양육친의 경우에는, 예외적으로 미성년 자녀에 대한 감독의무와 불법행위의 피해자에 대한 손배배상책임이 인정될 수 있다.

2. 대상판결은, 미성년 자녀의 불법행위에 대한 비양육친의 감독의무 인정 여부에 관하여 대법원이 최초로 입장을 밝힌 판결이라는 점에서 의의가 있으며, 친권자도 아니고 양육권자도 아닌 비양육친에게도 특별한 경우에는 미성년 자녀에 대한 감독의무가 인정될 수 있고, 그러므로 그러한 감독의무 위반으로 인한 불법행위 손해배상책임을 부담할 수도 있는 예외적인 경우가 존재한다는 점과 그러한 경우의 대표적인 예를 두 가지 유형으로 나누어 구체적으로 제시하고 있다는 점에서도 의미가 있는 판결이라고 생각한다.

## [참고문헌]

<국내문헌>

법무부 민법개정자료발간팀 편, 「2004년 법무부 민법 개정안」(채권편 · 부록), 법무부, 2012.

법무부 민법개정자료발간팀 편, 「2013년 법무부 민법 시안」(채권편 下), 법무부, 2013.

「법원실무제요」 가사(Ⅱ), 사법연수원, 2021.

편집대표 곽윤직, 「민법주해[ⅩⅧ]」 채권(11), 박영사, 2005.

편집대표 김용담, 「주석민법」 [채권각칙(8)], 제4판, 한국사법행정학회, 2016.

편집대표 민유숙, 「주석 민법」 [친족1], 제6판, 한국사법행정학회, 2020.

편집대표 윤진수, 「주해친족법」 제1권, 박영사, 2015.

강봉석, “미성년자와 그 부모의 책임 -책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한부모의 책임을 중심으로-”, 「홍익법학」, 제13권 제1호(2012. 2.), 홍익대학교 법학연구소.

권영준, “2022년 민법 판례 동향”, 「서울대학교 法學」, 제64권 제1호(2023. 3.), 서울대학교 법학연구소.

권오승, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위와 감독의무자의 책임”, 「민사판례연구」 제14권, 민사판례연구회, 1992.

김나래, “비양육친의 미성년자 불법행위에 대한 감독자책임 - 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다240021 판결을 중심으로 -”, 「법학논총」, 제42권 제3호(2022. 8.), 전남대학교 법학연구소.

김오수, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위와 감독의무자의 책임”, 「민사재판의 제문제」 제4권, 한국사법행정학회, 1986.

박설아, “2022년 가족법 주요 판례 평석”, 「경희법학」 제58권 제2호 (2023. 6.), 경희법학연구소.

박원근, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 비양육친의 감독의무 인정 여부 - 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다240021 판결-”, 「판례연구」 제34집, 부산판례연구회, 2003.

안병하, “미성년자 감독자의 책임구조 - 민법 제755조의 개정논의에 부쳐”, 「법학연구」 제24권 제1호(2014. 3.), 연세대학교 법학연구원.

이병준 · 김규완, “2022년도 민법 「채권편」 관련 주요 대법원 판례에 대한 평석”, 「안암법학」 제66호(2023. 5.), 안암법학회.

이은영, “부모의 민사책임에 관한 비교법적 고찰 - 일본과 미국을 중심으로-”, 「법학연구」 제50집(2016. 11.), 전북대학교 법학연구소.

이지영, “미성년자의 불법행위에 대한 비양육친의 감독의무자책임”, 「민사판례연구」 제45권, 민사판례연구회, 2023.

전보성, “비양육친이 미성년자의 불법행위에 대하여 감독의무를 부담하는지 여부”,

「판례공보스터디 민사판례해설(2019. 7. 1.자 공보 ~ 2023. 6. 15.자. 공보)」, 서울고등법원 판례공보스터디, 2023.

한영표, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 부모의 책임”, 「판례연구」 제15집, 부산판례연구회, 2003.

한웅길, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독자의 연대책임”, 「동아법학」 제14호(1992. 12.), 동아대학교 법학연구소.

홍윤선, “미성년자의 불법행위에 대한 부모의 감독의무자책임 - 대법원 2022. 4. 14. 선고 2020다240021 판결의 검토에 기초하여 -”, 「법과 정책연구」, 제23집 제3호(2023. 9.), 한국법정책학회.

엄경천, “친권자가 아닌 부모의 미성년자 불법행위에 대한 감독의무자 책임”, 2022. 7. 11.자 법률신문.

윤진수, “친권자도 아니고 양육권자도 아닌 ‘비양육친’도 특별한 경우에는 감독의무자 책임 인정될 수 있어”, 2023. 4. 24.자 법조신문.

<해외문헌>

*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,* Band 7, 8. Aufl., 2020. [MünchKomm/Beartbeiter]

Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 830-838, 2012. [Staudinger/Beartbeiter]

[Abstract]

## Torts of Minor Children and the Duty of Supervision of the Non-custodial Parent

Shin, Dong-Hyeon*

When a minor child commits a tort and certain damages are caused to the victim, who should bear the resulting damages? It would be natural under the principle of fault liability that the minor who is a party to the tort should also bear the resulting liability, but there are cases in which the minor lacks the capacity to be responsible due to age or judgment (a problem of requirement), and there are cases in which the victim lacks the capacity to pay, which is not sufficient for the victim's relief (a problem of effect).

The Decision of the Korean Supreme Court delivered on April 14, 2022 has decided for the first time that non-custodial parents of minor do not bear supervision and supervisor liability for the tort of minor in principle, but only bear liability for damages caused by supervision in exceptional cases, and it has been pointed out that there are problems with the Supreme Court's decision in terms of the rights and obligations of non-custodial parents and in terms of the relief and protection of victims.

Therefore, this article has examined the issues of non-custodial parents' duty of supervision and supervisor liability for the torts of their minor children, focusing on the Decision, and found the following points:

Parental supervision and parental liability for damages to victims of their minor's torts are predicated on legal obligations, and parental supervision and liability for damages are recognized because a parent is a person who can directly influence the behavior of a child under his or her care through guidance, advice, protection, and supervision.

It is not appropriate to impose a general duty of supervision on the non-custodial parent over the minor child, because of the non-custodial parent's obligation to pay child support, the visitation right, parental rights, and other equitable considerations,

Unlike custodians, non-custodial parents who do not have direct influence over their children's behavior under their protection are not generally recognized to have supervisory duties and liability for damages caused by the tors of minors. However, exceptions may be recognized in cases where non-custodial parents have a position and circumstances similar to custodians and where there is foreseeable and controllable supervision of the minor's torts.

* Associate professor, Hallym University

The Decision is significant as the Supreme Court's first statement on whether non-custodial parents have a supervisory duty regarding the torts of minor children, indicating that under special circumstances, such duties may be recognized even for non-custodial parent, and it is also significant in that it recognizes that there are exceptional cases in which a non-custodial parent may be recognized as having a duty of supervision over a minor child and may be liable for tort damages for breach of such a duty, and provides specific examples of two types of such cases.

**Key Words:** Minor Children, Torts, Non-custodial Parent, Duty of Supervision, Supervisor Liability

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.215 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 적극행정 제도의 실효적 운용을 위한 연구
## - 성실 의무와의 관계를 중심으로 -

박 보 영*

**논문요지**

적극행정과 소극행정은 당초 복지부동과 무사안일의 관행을 혁파하기 위한 행정실무의 필요에 의해 먼저 그 개념이 고안되고 정책이 마련된 다음, 사후적으로 우리 법제에 도입되었다. 그러다 보니 적극행정과 소극행정 관련 제도는 실정법에 규정되었음에도 불구하고 개념, 유형, 판단기준 등 규범적 내용이 충분히 정리되지 못한 채 운용되어 오면서 여러 혼란이 야기되었다.

본고에서는 그 중에서도 적극행정 제도와 행정청 및 공무원이 부담하는 성실 의무의 관계가 명확하게 밝혀져 있지 않음에 주목하여, 이를 중심으로 적극행정 및 소극행정에 대한 법적 검토를 수행하였다. 유사한 법적 개념과의 비교·검토를 통해 적극행정과 소극행정의 본질이 더 선명해지면, 관련 제도를 실효적으로 운용하는 데에도 기여할 수 있을 것으로 기대하였다.

성실 의무가 주어진 법령을 준수하여 직무를 성실하게 수행하는 것을 기본으로 하는 개념이라면, 적극행정은 단순히 주어진 법령의 틀 안에서 행정행위를 하는 데 그치지 않고 법제를 개선하고 정책을 수정하며 공익 및 행정목적 달성을 위하여 노력하는 확장적 개념으로 이해하였다. 이와 같이 적극행정을 이해한다면 이를 협소한 법적 의무로 상정하는 것은 적절치 않으며, 불이익의 면책과 적극행정의 장려에 초점을 맞추어 제도를 운용해 나가는 것이 바람직하다고 보았다. 나아가 현재 제도 운용상으로는 적극행정의 판단기준이나 평가지표가 마련되어 있지 않으므로 이를 개선하여 일관되고 구체적인 판단기준 및 평가지표가 마련될 필요가 있다는 점도 정리하였다.

반면 소극행정은 단순한 적극행정의 반대 혹은 성실의무의 불이행이 아니라, 국민의 권익을 침해하거나 국가 재정상 손실을 발생하게 하는 결과표지를 포함하여 유형화할 필요가 있다. 또한 소극행정에 해당할 경우 독자적 징계기준이 적용되고, 비위행위자는 물론 해당 비위와 관련된 감독자에게까지도 엄중히 책임을 묻도록 한 점 등을 고려하면 그 해당성은 엄격하게 판단될 필요가 있다고 보았다.

적극행정과 소극행정이 그 본질과 취지에 부합하도록 법제와 정책에 구현되고 실효적으로 운용됨으로써, 진정한 국민주권과 실질적 법치주의를 실현하는 선도적 개념으로 자리잡을 수 있기를 희망한다.

* 서울시립대학교 법학전문대학원 조교수, 변호사

검색용 주제어: 적극행정, 소극행정, 성실 의무, 면책, 징계

• 논문접수: 2024. 07. 08. • 심사개시: 2024. 07. 16. • 게재확정: 2024. 07. 29.

# Ⅰ. 서론

적극행정에 대하여 법학 및 법제 차원에서의 논의가 급물살을 탄 것은 2008년 말 감사원이 적극행정 면책제도를 추진하여 2009년 1월 「적극행정 면책제도 운영규정」을 훈령으로 제정하면서부터이다.[1] 이러한 적극행정 면책제도는 2015년 2월 3일 신설된 「감사원법」 제34조의3, 「공공감사에 관한 법률」 제23조의2에 따라 법률에 직접 근거를 두게 되었고, 2021년 3월 23일 제정 및 시행된 「행정기본법」 제4조에서도 적극행정에 관한 내용을 법률에 정면으로 규정하였다.[2] 이처럼 적극행정은 우리 법제에 전면적으로 도입된 규범적 개념으로 자리잡았다.

적극행정 자체가 전에 없이 새롭고 참신한 개념이었던 것은 아니다.[3] 다만 복지부동과 무사안일의 관행을 혁파하기 위한 행정실무의 필요에 의해 먼저 그 개념이 고안되고 제도화된 다음 이를 사후적으로 법적 관점에서 분석하기 시작했기 때문에, 법학에서의 적극행정은 여전히 많은 연구 주제를 파생하고 있다.[4]

본고는 이 중에서도 성실 의무와의 관계를 중심으로 적극행정 및 소극행정에 대한 법적 검토를 수행하고자 한다. 공무원은 그 신분과 지위로부터 공익을 위해 성실하게 업무를 수행하여야 할 법적 의무를 이미 부담하고 있다. 이러한 성실 의무를 모범적으로 이행한 경우에는 각종 상훈을 받고, 반대로 성실 의무를 위반한 경우에는 징계대상이 되어 왔다. 적극행정을 지향하되 소극행정을 지양하는 것은 그와 같은 성실 의무의 당연한 귀결인 것처럼 보이기도 한다.[5] 실제 정부부처와 지방자치단체 등이 정기적으로 개최하는 적극행정위원회가 적극행정 모범사례 등을 심사, 선정하는 과정에서 위원들이 가장 많이 하는 질문 중 하나는 “이게 적극행정 사례가 맞

1) 박정훈, “적극행정 실현의 법적 과제 - ‘적극행정법’으로의 패러다임 전환을 위한 시론”, 「공법연구」, 제38권 제1호(2009), 331면.

2) 법제처, 「행정기본법 해설서」, 한결엠, 2021, 30-31면에서는 행정기본법 제4조가 이미 제정되어 있는 대통령령인 「적극행정 운영규정」에 대한 법률적 근거를 마련한 것으로 평가하고 있다.

3) 한 예로, 우리의 행정이 부정부패의 제거라는 소극적 이론조차 확립하지 못하고 있음을 개탄하며 적극적 행정이론의 실현을 강조하였던 견해가 발표된 것이 무려 반세기도 더 이전의 일이다. 신창순, “積極的 行政倫理의 實現”, 「행정논집」, 2-3호(1967), 16면.

4) 김연식, “적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제”, 「공법학연구」, 제22권 제3호(2021), 62-63면에서도 적극행정의 법정화는 적극행정이 법적 관점에서 재검토되어야 한다는 뜻이라고 하면서, 그 동안 행정학에서 주도했던 관련 연구를 법적 개념으로 재구성하고 검토할 필요가 있음을 밝히고 있다.

5) 탁현우·김윤권·김경동, “소극행정의 재유형화와 대응방안에 관한 연구”, 「한국행정학보」 57권 1호(2023), 112면에서 공무원의 성실의무가 소극행정 근절, 적극행정 제고를 위한 정책적 논의의 출발점이 된다고 본 부분이나, 김연식, 앞의 논문, 75면에서 공익실현의무, 성실의무, 적극행정이 유사하지만 서로 다른 성격을 가진 개념들로서 그 연결 구조를 살펴봄으로써 적극행정의 헌법적 의미를 파악할 수 있다고 본 것도 이와 다르지 않은 시각이다.

는지, 공무원이 원래 해야 할 일을 열심히 한 것에 불과한 것이 아닌지"이다. 이러한 질문이 빈발하는 이유는, 적극행정의 개념이 헌법과 법률에 정한 국가 및 지방자치단체의 책무, 행정청과 공무원의 성실 의무와 불가분의 관계에 있기 때문이다.[6] 이와 구분하여, 적극행정과 소극행정이 가지는 의미는 어디에서 찾을 수 있을까.

답을 찾기 위해, 우선 적극행정 및 소극행정 개념이 우리 법령과 정책으로 어떻게 구현되어 있는지 전반적으로 정리해 보았다(Ⅱ). 그런 후에 성실 의무와 구분하여 적극행정 및 소극행정이 가지는 의미를 상세하게 탐색하였다(Ⅲ). 이로써 관련 법령과 정책들이 본래 취지에 부합하게 운용할 수 있도록 방향을 제시하고자 하였다(Ⅳ). 이처럼 적극행정과 소극행정을 성실 의무와의 관계에서 살펴보는 것은 그동안 적극행정과 소극행정의 불명확한 개념과 이분법적 구조를 비판하고 이를 극복하기 위하여 수행되었던 여러 선행연구와도 연결되는 바,[7] 성실 의무라는 기존의 법적 개념을 통해 앞선 연구결과를 보완하는 역할도 수행할 수 있을 것이다.

## Ⅱ. 적극행정 및 소극행정 관련 법령과 제도

### 1. 적극행정의 법적 개념과 유형화

적극행정에 관하여,[8] 「국가공무원법」 제50조의2 제1항은 "공무원이 불합리한 규제의 개선 등 공공의 이익을 위해 업무를 적극적으로 처리하는 행위를 말한다"고 정의하고 있다. 「감사원법」 제34조의3 제1항에서도 "불합리한 규제의 개선 등 공공의 이익을 위하여 업무를 적극적으로 처리"함을 적극행정의 개념으로 전제하고 있다. 「적극행정 운영규정」의 정의조항에 따르면, "공무원이 불합리한 규제를 개선하는 등 공공의 이익을 위해 창의성과 전문성을 바탕으로 적극적으로 업무를 처리하는 행위"라고 규정한다.

적극행정 개념은 「공무원 징계령 시행규칙」 제3조의2 제1항에 징계 면책사유로도 구체화되어 있다.[9] "불합리한 규제의 개선 등 공공의 이익을 위한 정책, 국가적으로 이익이 되고 국민생활에 편익을 주는 정책 또는 소관 법령의 입법목적을 달성하기 위하여 필수적인 정책 등을 수립·집행하거나, 정책목표의 달성을 위하여 업무처리 절차·방식을 창의적으로 개선하는 등 성실하고 능동적으로 업무를 처리하는 과

6) 이민호, "규제혁신 관점에서의 적극행정에 대한 이해", 「한국지방정부학회 2021년도 하계학술대회 발표논문집」(2021), 926면에서도 적극행정의 출발점을 공무원의 성실의무에서 찾고 있다.

7) 김수종, "적극행정 면책제도에 관한 논리적 고찰", 「감사논집」, 제29호(2017), 158-160면; 박윤, "적극행정의 개념에 관한 연구", 「한국인사행정학회보」, 18권4호(2019), 274-277면; 유승현, "공직기강의 개념에 관한 연구", 「한국정책연구」, 제20권 제2호(2020), 35면; 최무현, "적극행정의 개념적 다양성에 기반한 발전방향에 관한 연구", 「한국인사행정학회보」, 제18권 제4호(2019), 333-335면 등

8) 적극행정의 의미는 그 판단기준, 업무수행태도, 업무수행과정에 따라 내용이 달라지고 각 개인과 조직의 특성에 따라서도 다를 수 있다. 이상의 다양한 정의 등에 대해서는 박윤, 앞의 논문, 274-275면. 본고에서는 현행 법령에 규정된 정의 등을 중심으로 정리하였다.

9) 「군인 징계령 시행규칙」 제2조의2, 「지방공무원 징계규칙」 제2조의2에도 동일한 내용이 규정되어 있다.

정에서 발생한 것으로 인정되는 경우"(제1호)와 "국가의 이익이나 국민생활에 큰 피해가 예견되어 이를 방지하기 위하여 정책을 적극적으로 수립·집행하는 과정에서 발생한 것으로서 정책을 수립·집행할 당시의 여건 또는 그 밖의 사회통념에 비추어 적법하게 처리될 것이라고 기대하기가 극히 곤란했던 것으로 인정되는 경우"(제2호)이다. 이러한 적극행정의 개념을 공무원의 직무수행방식에 초점을 둔 것으로 보고 핵심표지를 공무원의 적극성 및 창의성과 전문성에서 찾기도 한다.[10]

적극행정의 유형에 관하여, 인사혁신처는 두 가지 기준에 따라 분류하고 있다.[11] 즉 1) 추진방식에 따른 분류로, ① 신규 발굴형(창의적인 아이디어나 신기술 등을 활용하여 정책·사업을 기획하는 등 기존에 없던 공익가치를 창출하는 유형), ② 성과 고도화형(기존 업무의 완결성을 높이거나 헌신적인 노력으로 도전적인 성과를 달성하여 공익가치를 증진하는 유형), ③ 불편해소형(환경변화 등에 따라 불합리 또는 불필요하게 된 기존 업무상 문제점을 해소하여 공익가치 저해를 개선하는 유형), ④ 선제대응형(현재 존재하지 않지만 향후 발생할 것으로 예상되는 위험에 사전 대응하여 공익가치 훼손을 예방하는 유형), ⑤ 협력강화형(행정기관 간, 민·관 협력관계를 구축·강화하거나 이해관계자간 이해조정을 통해 공익가치를 창출하는 유형)과 2) 기대효과에 따른 분류로, ① 서비스 제고형(대국민 서비스 질의 제고, 서비스 범위의 확대 등을 적극행정의 결과로 기대하는 유형), ② 업무효율성 제고형(업무처리에 소요되는 시간을 단축하거나 예산·인력 절감 효과 등을 적극행정의 결과로 기대하는 유형)이 있다.

학계에서는 ① 시급을 요하는 업무라 판단될 경우 일부 절차를 생략하여 업무를 추진하는 적극행정, ② 현행 규정에 벗어나더라도 목적에 부합하는 경우 업무를 처리하는 적극행정, ③ 현행 규정은 없으나 가능한 해결방안을 모색하여 업무를 추진하는 적극행정, ④ 이해관계자들의 이해 충돌 시 적극적인 이해조정을 통해 업무를 추진하는 적극행정으로 구분하는 견해가 있고,[12] 이에 더하여 행정절차법적 관점에서 업무처리 지연사유 발생에 관한 적극적 사전통보나 업무 심사에 필요한 최소한의 서류 요구 등으로 확장하여 이해하기도 한다.[13] 공무원의 직무수행 관점에서 1) 현행 규정(법률·법규·내규·훈령)과의 관계를 기준으로 보면, ① 현행 규정의 테두리 안에서 업무처리를 개선하는 적극행정, ② 비효율적·부당·위법한 현행 규정을 개정하는 적극행정, ③ 새로운 업무영역을 찾아 이에 관한 규정을 신설하는 적극행정, 2) 업무처리의 양식을 기준으로 보면, ① 소속 행정기관 내부에서의 업무처리에 관한 적극행정, ② 다른 행정기관에 대한 업무처리에서의 적극행정, ③ 국민에 대한 업무처리에서의 적극행정으로 구분하기도 한다.[14] 적극행정 모범사례들을 검토하여 ① 공무원 개인의 행태로서 적극적 업무태도나 근무 성실성, ② 업무수행과정의 판단기준으로서 공익적 정책목적의 고려 여부, ③ 업무수행과정에서의 역할수행으로서 신속하거나 융통성 있는 업무처리나 능동적 업무처리, 협업조정 등, ④ 적극적 문제 해

10) 김봉철, "적극행정 면책제도에 관한 법제적 연구 - 적극행정 면책제도의 활성화를 위한 입법조치와 법제 개선방안을 중심으로 -", 「법제연구」, 제59호(2020), 352면.
11) 인사혁신처 적극행정 온on 사이트 (2024. 7. 4. 방문) <https://www.mpm.go.kr/proactivePublicService/govdatacenter/definition/>
12) 차경엽, 「적극행정 면책제도 운영 개선방안 연구」, 감사연구원, 2011, 14면.
13) 김봉철, 앞의 논문, 354면.
14) 박정훈, 앞의 논문, 334-335면.

결 결과로서 문제발생의 선제적 대응이나 문제해결의 성공적 완료 등의 내용으로 분류하는 견해도 있다.[15]

## 2. 소극행정의 법적 개념 및 유형화

소극행정에 관하여, 「적극행정 운영규정」 제2조 제2호는 “공무원의 부작위 또는 직무태만 등으로 국민의 권익을 침해하거나 국가 재정상 손실을 발생하게 하는 행위”라고 정의하고 있다. 이를 두고, “적극행정의 반대말로서, 공무원의 업무처리 차원에서는, 업무를 적극적·능동적으로 처리하는 것이 아니라 책임을 지지 않는 것에 중점을 두면서 직무해태에 이르지 않는 정도로 최소한의 노력만 기울이는 업무행태”로 정의하기도 하고,[16] “공무원이 공직자에게 요구되는 법적·도덕적 책임과 의무를 적정하게 이행하지 않고 해야 할 일을 하지 않거나 할 수 있는 일을 제대로 처리하지 않아 국민 생활과 기업 활동에 불편을 주거나 권익을 침해하고 예산상 손실이 발생하게 하는 업무행태를 의미”한다고도 본다.[17] 이러한 정의규정과 견해를 종합하여, 행위표지로서 “소극성”과 결과표지로서 “권리와 이익의 직·간접적 침해”를 소극행정 개념의 구성요소로 하고 있다고 정리된다.[18]

소극행정의 유형에 관하여, 인사혁신처는 크게 4가지 유형으로 분류하여 홈페이지에 게시하고 있다.[19] ① 적당편의 유형(문제해결을 위해 노력하지 않고, 적당히 형식만 갖추어 부실하게 처리하는 행위), ② 업무해태 유형(합리적인 이유 없이 주어진 업무를 게을리 하거나 불이행하는 행위), ③ 탁상행정 유형(법령이나 지침 등의 변화에도 불구하고 과거 규정에 따라 업무를 처리하거나, 기존의 불합리한 업무관행을 그대로 답습하는 행위) 및 ④ 기타 관 중심 행정 유형(직무권한을 이용하여 부당하게 업무를 처리하거나, 국민 편익을 위해서가 아닌 자신의 조직이나 이익만을 중시하여 자의적으로 처리하는 행위)이다. 국민권익위원회 홈페이지(소극행정신고센터)에서도 인사혁신처와 유사하게 분류하여, ① 적당편의 유형(적당히 형식만 갖추어 업무를 처리하려는 행위), ② 복지부동 유형(주어진 업무를 게을리하거나 부주의하여 업무를 이행하지 않는 형태), ③ 탁상행정 유형(기존의 불합리한 업무 관행에 젖어 있거나, 현실과 동떨어진 형태) 및 ④ 기타 관 중심 행정 유형(공적인 권한을 부당하게 행사하거나 부서 간에 책임을 떠넘기는 행위)이다.[20]

학계에서는, 소극성이 증가하는 단계별로 ① 필요한 업무를 찾아 이에 관한 규정을 신설하기 위해 노력하지 않고 기존의 주어진 업무만 반복 처리하는 것, ② 기존의 업무관행을 기계적으로 반복하면서 현행 규정의 테두리 내에서도 업무개선을 위한 노력을 하지 않는 것, ③ 비효율적・부당・위법한 규정의 시정을 위해 노력하지 않고 현행 규정을 맹종하는 것, ④ 규정이 없다는 이유만으로 공법상계약, 행정지도,

15) 박윤, 앞의 논문, 278-280면.
16) 박정훈, 앞의 논문, 336면.
17) 이진열·권기환, “감사원 민원을 통해 본 소극적 업무 행태”, 「감사」, 제132호(2016), 15-21면.
18) 탁현우·김윤권·김경동, 앞의 논문, 115면.
19) 인사혁신처 적극행정 온on 사이트 (2024. 7. 4. 방문) <https://www.mpm.go.kr/proactivePublicService/govdatacenter/definition/>
20) 국민권익위원회 소극행정신고센터 (2024. 7. 4. 방문) <https://acrc.go.kr/menu.es?mid=a10301070000>

자율규제 등 가능한 해결방안을 모색하지 않고 행정조치를 거부하거나 다른 행정기관에 업무를 미루는 것, ⑤ 이해관계인들의 이해가 충돌하는 경우 이해조정을 위한 노력 없이 이해관계인 사이의 합의만을 기다리는 것, ⑥ 현장조사 등 적극적인 조사를 행하지 않고 당사자의 주장이나 추측 등에 의거하여 사실을 인정하는 것, ⑦ 정당한 사유 없이 업무처리를 지체하는 것, ⑧ 직무태만 등으로 유형화하는 견해,[21] 소극행정과 매우 밀접한 무사안일이 나타나는 현상 및 행태를 준거로 무사안일을 크게 보신적 무사안일, 형식적 무사안일, 권위적 무사안일, 자익적 무사안일로 유형화하고 있는 견해 등이 확인된다.[22]

## 3. 적극행정 및 소극행정이 반영된 법제와 정책

### (1) 법제와 정책의 개관

연혁적으로 적극행정 법제는 적극행정 면책제도에서 시작하여 적극행정의 진작과 소극행정의 근절로 발전해왔다.[23] 적극행정에 관한 논의가 본격적으로 시작되어 감사원 훈령(「적극행정 면책제도 운영규정」)에 관련 규정이 도입된 후 「감사원법」, 「공공감사에 관한 법률」과 같은 법 시행령, 「적극행정 운영규정」, 「지방공무원 적극행정 운영규정」과 「감사원 감사사무 처리규칙」, 「공무원징계령 시행규칙」, 「지방공무원 징계규칙」, 「군인 징계령 시행규칙」 등에 적극행정, 소극행정에 관한 규정이 신설되었다. 법률 차원에서는 「행정기본법」 제4조, 「국가공무원법」 제50조의2 및 「지방공무원법」 제75조의2에 적극행정이 규정되었다.

이러한 법령을 기반으로 적극행정을 활성화하기 위한 여러 제도와 정책이 시행되고 있다. 2019년 3월 관계부처 합동으로 발표한 “적극행정추진계획”에 따르면, 정부부처 차원에서 국무조정실의 적극적 규제관리시스템, 적극행정 노력도 평가(규제혁신평가), 인사혁신처의 적극행정 징계면책, 특별승진 및 특별승급 등 인센티브 제도, 우수사례 선발포상, 국민권익위원회의 행정심판 인용재결에 대한 간접강제제도. 감사원의 적극행정 면책제도, 사전컨설팅제도, 모범사례포상 등 적극행정 지원제도를 운영하고 있고, 소극행정에 관하여는 국민권익위원회에서 소극행정신고센터를 운영하고 있다. 각 지방자치단체도 매년 적극행정 실행계획을 수립하고 이를 시행하고 있다.

### (2) 적극행정 활성화 정책

적극행정 활성화를 위한 정책 중 앞서 도입되었고 가장 대표적인 것이 적극행정 면책제도이다. 이 제도는 감사원의 「적극행정 면책제도 운영규정」을 통해 본격적으로 도입되었고, 2015년 2월 「감사원법」 제34조의3 및 「공공감사에 관한 법률」 제23조의2 신설로 법률적 차원에서 규정되었다. 위 법률조항에 따르면 감사를 받는 사람이 공공의 이익을 위하여 업무를 적극적으로 처리한 결과라면 고의나 중대한 과

21) 박정훈, 앞의 논문, 336면.
22) 김윤권·윤수재·이재호, 「열심히 일하는 공직자상 구현을 위한 무사안일 감사방안 연구」, 감사원, 2010, 74-76면.
23) 안성호·마광열·정용덕(편), 「적극행정의 이론과 실제」, 박영사, 2021, 203-208면.

실이 없는 한 징계요구 또는 문책요구 등 책임을 묻지 않도록 하였다.[24] 이는 공무원이 불합리한 규제 개선 등 적극적인 행정업무를 추진하면서 결과적으로 발생한 문제로부터 공무원의 책임을 면제하고 보호하는 제도로, 적극행정의 기초를 마련해준다고 평가되고 있다.[25]

이처럼 적극행정이 인정되면 책임을 묻는 절차가 진행되지 않도록 한 「감사원법」에 따른 면책제도와 함께, 징계의결 대상자가 적극행정을 주장함으로써 비로소 면책이 인정될 수 있는 「국가공무원법」 및 그 하위법령에 따른 공무원 징계제도에서의 책임 면제 역시 적극행정을 활성화하고자 마련된 정책이다.[26]

적극행정 면책제도를 활성화하기 위한 사전컨설팅제도도 마련되었다.[27] 공무원이 적극적으로 행정업무를 수행하지 못하게 하는 여러 상황에 대해 사전에 그 적법성과 타당성을 컨설팅 받을 수 있도록 하는 제도로, 2014년 7월 경기도가 최초로 법제화한 데 이어, 2019년 6월 「적극행정 운영규정」 및 「지방공무원 적극행정 운영규정」, 「감사원법」 제30조의2로 중앙행정기관 및 지방자치단체가 수행하는 사전컨설팅 지원 등이 법제화되었다.[28] 「감사원 감사사무 처리규칙」에 따르면, 공무원이 이러한 사전컨설팅을 받아 그 의견대로 업무를 처리하면 원칙적으로 적극행정으로서 면책대상 기준을 충족한 것으로 추정한다.

적극행정을 위한 법제를 지원하는 입법적 기반도 다졌다. 우선 「행정기본법」에서 국가 및 지방자치단체로 하여금 적극행정 활성화를 위한 제반 여건을 조성하고 관련 시책 및 조치를 추진하도록 선언하였고(제4조 제2항), 이에 따른 「적극행정 운영규정」 및 「지방공무원 적극행정 운영규정」은 적극행정 추진을 위한 법령 입안, 정비 및 해석에 대한 구체적인 규정을 두었다.[29]

그 밖에 적극행정 활성화를 위해 「적극행정 운영규정」과 「지방공무원 적극행정 운영규정」에 따라 매년 적극행정 실행계획 수립·시행, 적극행정위원회 설치,[30] 적극행정 우수공무원 선발과 우대조치, 적극행정 면책을 위한 법률지원 등이 시행되고 있다.

### (3) 소극행정 억제 및 예방 정책

한편, 소극행정의 발생을 억제하기 위한 제도는 기본적으로 공무원 징계제도에서

---

24) 김봉철, 앞의 논문, 349면.

25) 이원우, “현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점”, 「행정법연구」, 제29호(2011), 125면.

26) 전주열, “적극행정 제도에 대한 공법적 일고찰”, 「성균관법학」, 제32권 제4호(2020), 214-218면에서도 두 제도를 구분하고 있다.

27) 감사원, 「사전컨설팅 및 적극행정면책 사례집」, 한결엠, 2023, 16-20면.

28) 우미형, “적극행정에 대한 일고찰 - 국가재난을 소재로 하여 -”, 「강원법학」, 제74권(2024), 207-210면에서는 감사원 사전건설팅 제도에 관한 비판적 고찰을 통해 이로써 오히려 행정의 행태가 수동적이 될 우려가 크다는 점을 지적하고 있다.

29) 이러한 입법적 보완은, 김성률·오정용, “법계 비교와 우리 법제 및 행정사례에 대한 구체적 검토 - 우리 법제상 적극행정이 어려운 이유와 개선방안을 중심으로 -”, 「법학연구」, 제21권 제2호(통권 제82호)(2021.), 85-86면에서 지적하는 대륙법계 법제의 한계를 보완할 수 있는 대안으로 제시될 수 있을 것이다.

30) 공무원이 적극행정위원회가 제시한 의견대로 업무를 처리한 경우에는 적극행정 면책요건을 충족한 것으로 추정한다(「적극행정 운영규정」 제16조 제3항).

찾아볼 수 있다. 「적극행정 운영규정」이나 「지방공무원 적극행정 운영규정」에 따른 소극행정에 해당할 경우에는 「공무원 징계령」과 그 시행규칙, 「지방공무원 징계령」과 그 시행규칙에 따라 징계사유가 된다. 「공무원 징계령 시행규칙」 제2조 제1항에 따라 정한 징계 또는 징계부가금의 기준은 별표 1로 구체화되어 있는데, “소극행정”이 성실 의무 위반의 비위유형의 하위 유형 중 하나로 제시되어 있다. 뿐만 아니라 소극행정으로 인한 비위 관련 감독자에게도 책임을 물을 수 있고(제2조 제2항), 소극행정의 징계사유인 경우 공적에 따른 징계감경도 할 수 없도록 정하고 있다(제4조 제2항).

이미 발생한 소극행정의 징계에서 더 나아가 소극행정 발생을 예방하기 위한 제도로는 소극행정신고제도가 대표적이다. 「적극행정 운영규정」 제18조의3에 따르면 누구든지 공무원의 소극행정을 중앙행정기관의 장이나 국민권익위원회에 설치된 소극행정 신고센터에 신고할 수 있고, 신고를 받으면 적절한 조치를 하게 된다. 또한 징계의결등 요구권자는 소극행정이 발생한 경우 소극행정 예방 및 근절을 위해 징계의결등을 요구하는 등 필요한 조치를 해야 한다고 정하였으며(제19조), 인사혁신처장과 국민권익위원회, 중앙행정기관의 장을 중심으로 소극행정 예방을 지원하기 위한 자료제출 요구, 교육과 홍보사업 추진, 자문, 상담, 교육 등 지원을 정하였다(제20조).

## Ⅲ. 성실 의무와 적극행정 및 소극행정의 구분

### 1. 성실 의무의 개념 및 적용범위

「헌법」 제7조 제1항은 공무원이 국민 전체에 대한 봉사자로서 국민에 대하여 책임을 진다고 정한다. 「국가공무원법」 제56조와 「지방공무원법」 제48조는 모든 공무원이 법령(법규)을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 하는 성실 의무를 정하고 있다. 이러한 공무원의 성실 의무를 위반하면 법이 정한 징계사유가 된다(「국가공무원법」 제78조 제1항 제2호, 「지방공무원법」 제69조 제1항 제2호).

「행정기본법」 제4조에는 행정청의 성실 의무가 규정되었다. 행정청이 법령등에 따른 의무를 성실히 수행하여야 한다는 내용이다. 종래 개별법에 흩어져 있던 공무원의 성실 의무 규정을 ‘행정청’을 주체로 명시하여 선언하였다.[31] 여기서 법령등은 법령과 자치법규를 아우르는 것으로, 법령에는 법률 및 대통령령·총리령, 부령과 국회규칙・대법원규칙・헌법재판소규칙・중앙선거관리위원회규칙 및 감사원규칙, 위 법령의 위임을 받아 중앙행정기관의 장이 정한 훈령·예규 및 고시 등 행정규칙이 포함되고, 자치법규는 지방자치단체의 조례 및 규칙이 포함된다(「행정기본법」 제2조 제1호).

이러한 성실 의무는 규정한 법률조항의 문언 자체가 추상적이고, 성실 의무의 속성상 도덕적 규범의 영역까지 포괄하게 될 수 있기 때문에,[32] 그 적용범위가 어디까지인지 문제된다. 법원은 이러한 성실 의무가 공무원에 부과된 기본적이고 중요한

31) 정관영·박병엽·박보영·이세호·최명지, 「행정기본법 실무해설」, 신조사, 2021, 74면.
32) 이명진, “국가공무원 비위사건의 징계제도 개선에 관한 연구 : 대법원 판례를 중심으로”, 강원대학교 대학원 박사학위논문(2016), 33면.

의무임을 전제로, 그 의미를 최대한으로 공공의 이익을 도모하고 그 불이익을 방지하기 위하여 전인격과 양심을 바치는 정도까지 의미한다고 정의하여 왔다.[33] 그러나 이러한 광범위한 해석에 따르면 무정형, 무한대의 성실 의무가 부과되는 결과 수범자의 합리적인 예측가능성을 저해하게 되고, 무엇보다 그 위반에 헌법과 법률이 정한 법적 책임이 부과된다는 측면[34]에서도 바람직하지 않다.

결국 법원도 실제로 성실 의무 위반 여부를 판단함에 있어서는 직무상 의무 소홀이 있다고 하더라도 객관적인 성과나 공익 침해의 결과 발생 여부 등까지 종합적으로 고려하여 징계사유 유무를 판단하고 있다. 원고 공무원의 직무상 의무 소홀로 인하여 실제 일부 국민에게 불이익한 결과가 발생하거나 공익을 침해하는 결과가 발생하였다는 사실인정에 기초하여 성실 의무 위반을 인정한 대법원 1989. 5. 23. 선고 88누3161 판결 및 대법원 1984. 5. 15. 선고 83누714 판결, 반대로 직무상 의무소홀의 사실은 인정되나 그로 인하여 실제 공익 저해의 결과로 이어지지 않았음 등을 고려하여 성실 의무 부인이 부인된 대법원 1987. 3. 10. 선고 86누580 판결, 객관적으로 드러난 업무성과를 주된 기준으로 징계사유로서의 직무태만 여부를 판단한 대전고등법원 2014. 4. 10. 선고 2013누3434 판결 등이 그러하다.[35]

그렇다면 성실 의무의 의미를 광범위하게 해석한 법원의 판례에도 불구하고, 성실 의무의 적용범위는 무한대로 확장되는 직무전념의 개념이 아니라 법률 문언에 정한 바와 같이 현행 법령을 준수하고 이에 따라 직무를 수행하여야 하는 것으로 설정됨이 바람직하다.[36] 이렇게 성실 의무의 적용범위를 정리하고 보면, 적극행정과 소극행정의 개념과 적용범위도 보다 명확히 다시 정리될 수 있을 것이다.[37]

## 2. 성실 의무와의 관계에서 검토한 적극행정

### (1) 적극행정과 성실 의무의 구분

앞서 본 것처럼 행정청과 공무원이 부담하는 성실 의무의 개념 및 적용범위를 법령에 따라 이를 준수하여 성실하게 직무를 수행하는 것으로 정리해보면, 적극행정은 이보다 더 능동적인 직무수행의 개념으로 상정해볼 수 있다.[38] 상관의 업무분장에

---

33) 대법원 1989. 5. 23. 선고 88누3161 판결. 이후 대법원 1997. 2. 11. 선고 96누2125 판결, 대법원 2017. 11. 9. 선고 2017두47472 판결 등 같은 기조를 유지하여 왔다.

34) 김남진, 「행정법론(하)」, 박영사, 2018, 300면에서도 성실 의무는 윤리성이 강한 의무이나 단순한 도덕적 의무가 아닌 법적 의무라고 보았다.

35) 이와 같은 구체적 판단 등을 근거로 성실 의무에 대한 법원의 해석에 대해 비판한 논문으로 박보영, “공무원의 성실 의무와 징계제도에 관한 연구”, 「입법과 정책」, 제14권 제3호(2022), 103-104면 및 118-119면.

36) 성실 의무와 법령준수의무를 별개의 의무로 파악하는 견해도 있으나(이진수, “공무원의 성실의무에 대한 재검토 - 충실의무(Treuepflicht)와의 관계를 중심으로”, 「행정법연구」, 제60호(2020), 144면), 법률의 문언은 이를 별개의 의무로써 정하고 있다고 보기 어렵고 실제 성실 의무 위반에 관한 사법적 판단에서 이를 명확히 구분하여 판단하고 있지도 않다.

37) 박정훈, 앞의 논문, 342면에서도 적극행정을 성실 의무의 내용에 포함시키되 성실 의무의 의미를 재해석하여야 한다고 하였다.

38) 최무현, 앞의 논문, 333-335면에 따르면, 행정행위를 [소극행정] - [표준적 행정행위] - [적극행정]으로 분류하고 있는데, 이 중 표준적 행정행위를 법적 개념으로 재구성할 경우 바로 성실 의무를 단순히 이행한 상태로 이해할 수 있을 것이다.

따른 통상업무의 수행에 그치지 않고 담당한 업무의 문제점을 발견하여 개선하고자 노력하는 행위, 자신의 직위에서 공익 실현을 위하여 할 수 있는 새로운 업무 내지 수단을 찾아 행하는 행위,[39] 주어진 법령과 법규를 그대로 지키는 수동적 행정행위가 아니라 기존 법령의 공백을 메우고 상위법에 위배되는 법령을 수정 및 보완해 나가는 행정행위[40]를 적극행정으로 볼 수 있는 것이다.[41]

이와 같은 이해가 앞서 적극행정에 관한 여러 법령에서 공익, 전문성, 창의성, 적극성을 공통적인 개념표지로 제시한 것에 위배되는 것도 아니다. 위와 같은 개념표지 중 특히 창의성의 요구에 주목한다면 더욱 그러하다. 적극행정을 "현재 상태에서 벗어나는 행태적 접근"이나 "일반적으로 요구되는 수준을 넘어서는 노력"을 통해 이해하려는 견해나[42] 오늘날의 공공행정은 이전의 표준운영절차가 적용되어 문제가 해결될 수 없는 애매하고 불확실성이 높은 맥락을 가지므로 이에 대해 능동적이고 유기적으로 대응할 수 있는 창의적 행정이 바로 적극행정이라고 개념 정의한 견해도 같은 취지로 이해될 수 있다.[43]

이처럼 성실 의무 이행과 구분되는 적극행정을 상정하면, 기존에 성실 의무의 개념만으로는 설명하기 어려웠던 문제의 실천적 해결에 접근할 수 있게 된다. 행정청 또는 공무원이 상위법에 위배되는 법령 등을 준수하여야 하는지는 종래 공무원의 법령준수의 의무와 관련하여 꾸준히 논의되어 왔던 쟁점이다. 이와 관련하여, 공무원은 법령의 형식적 요건에 대한 심사권을 가지지만 법령의 실질적 심사 내지 적용배제권은 가지지 않는다는 견해, 공무원이 법령의 위법 여부에 대한 실질적 심사권은 가지되 적용배제권은 가지지 않는다는 견해, 공무원이 법령에 대한 전반적 심사 및 적용배제권을 가진다는 견해 등이 대립하여 왔다.[44] 이 문제를 적극행정의 관점에서 바라본다면 직접적으로 적용되는 하위 규정에서 벗어나더라도 상위법에 부합하고 공익 및 행정목적에 부합하는 방향으로 업무를 처리하는 것도 적극행정으로 포섭될 수 있고, 제도적으로「적극행정 운영규정」 제9조 및 제10조에 근거하여 관련 법령을 정

39) 이와 같은 능동적 행정행위에 대한 설명으로 박정훈, 앞의 논문 333-334면.

40) 행정의 합법성 요구가 과도할 경우 사회 변화를 따라잡지 못하여 사회문제를 해결하려는 목적에 부합하지 않게 되고, 자칫 그와 같은 합법성의 가치가 소극행정을 정당화하는 가치로 악용되기도 함을 지적한 정용덕, 「적극행정을 위한 법체계와 감사원의 역할에 관한 연구」, 감사원, 2020, 32-34면에서도 이를 극복하기 위한 관점에서 적극행정을 이해하고 그 방향을 설정하였다.

41) 이러한 적극행정의 개념이 자칫 법치주의에 위배되는 행정권 남용이 될 수 있음을 경계하는 견해(박원규, "적극행정과 좋은 행정의 관계와 발전방향", 「행정법학」, 제25호(2023), 309-311면)에도 귀 기울일 필요가 있다. 직업공무원이 공익을 정의하거나 공익의 내용을 판단할 수 있는지 등에 대해 의문을 제기한 행정학 입장에서의 논의(하태수, "공무원들의 적극행정 영향 요인 분석", 「한국정책연구」, 제24권 제1호(2024), 154면) 역시 법학적으로는 적극행정과 법치주의의 관계라는 논점으로 이해될 수 있다고 생각된다. 다만, 현대국가가 추구하는 실질적 법치주의는 단순히 국회가 제정한 형식적 의미의 법률에 의한 지배가 아닌 헌법적 이념에 부합하는 법률과 하위 법령의 입법 및 운용을 의미하는 것이므로 적극행정 역시 실질적 법치주의 내에서 얼마든지 제 기능을 발휘할 수 있는 개념이라고 본다. 적극행정과 성실 의무와의 관계를 중심으로 그 개념 등을 다시 고찰하는 본고에서는 이상의 논의(법치주의와 적극행정)에 대해 후속 연구과제로 남기고자 한다.

42) 김윤승·전성만, "주민참여 관리방식과 적극행정이 제도의 성과 인식에 미치는 영향에 관한 연구", 「현대사회와 행정」, 제33권 제3호(2023), 142-143면.

43) 김호균, "적극행정과 공공가치 (public values)의 실현 조직문화와 리더십이론을 중심으로", 「한국인사행정학회보」, 18권4호(2019), 265-270면.

44) 하명호, 「행정법(제3판)」, 박영사, 2021, 791-792면.

비하는 적극행정의 추진도 가능하다.[45]

적극행정의 개념과 적용범위를 이와 같이 단순한 성실 의무 이행과 구분하여 설정하는 것은 그 법적 효과 측면에서도 합리적이다. 성실 의무를 이행하는 것은 법적 의무를 다한 것에 불과하여 그것만으로 다른 개별적 법적 효과가 발생한다고 보기 어렵지만, 적극행정에 해당하면 원래는 징계사유에 해당할 수 있는 경우에도 면책될 수 있고 적극행정 행위에 대한 각종 인센티브도 부여되기 때문이다.

이와 같이 적극행정을 성실 의무의 단순 이행보다 더 확장된 적극적 개념으로 본다면, 적극행정을 하지 못하였다고 하여 그것이 바로 성실 의무 위반이 될 수는 없다는 점도 이해할 수 있다.[46] 반대로 주어진 법령을 수동적으로 지키는 수준을 벗어나 실행한 적극행정 행위가 보수적으로 성실 의무 위반으로 판단되어 징계사유가 될 가능성이 있더라도 적극행정으로서 면책대상이 될 수도 있을 것이다.[47]

성실 의무 위반이 문제되는 사안에서 적극행정 면책이 주장되는 경우는 종종 발견된다. 대구지방법원 2021. 1. 28. 선고 2020구합25016 판결(쌍방 항소포기, 확정)은 성실 의무 위반으로 징계를 받은 원고 공무원이 소송에서 적극행정 면책을 주장한 경우였다. 원고 공무원이 관련 법령을 간과하고 무단벌채를 지시하여 견책처분을 받은 후 그 취소를 구하며 소를 제기한 사안으로, 원고는 자신의 행위가 적극적으로 민원을 해결하는 과정에서 관련 법령을 알지 못한 과실로 인하여 발생한 것이므로 적극행정으로서 징계의결을 하지 않았어야 하거나 감경되었어야 한다고 주장하였다. 그러나 이에 대해 법원은 단지 원고가 주민들의 편익을 증진시키기 위한 목적을 가지고 있었다는 점만으로 적극행정 해당성을 인정하기 어렵다는 취지로 판단하였다. 반면 울산지방법원 2018. 9. 13. 선고 2017구합897 판결(피고 항소하였으나, 부산고등법원 2018누23589호 사건에서 항소기각 후 상고포기로 확정)은 법령에 대한 해석이 복잡·미묘한 전문영역에 있어 공무원이 나름의 해석에 따라 업무를 수행하였다면 법령을 위반하였다고 단정할 수 없으므로 법령을 위반하여 성실 의무에 위반하였다는 징계사유로 내려진 해임처분이 위법하다고 판단하면서, 그 이유로 해당 사안의 경우 법령 위반을 단정할 수 없고 오히려 적극적으로 업무를 수행하였으므로 그러한 사정이 징계사유가 될 수 없다는 취지로 설시한 바 있다. 성실 의무 위반의 가능성이 있다 하더라도 적극행정으로서 면책이 될 수 있다는 취지의 판결로 이해된다.[48]

---

45) 이처럼 우리의 적극행정 관련 법제에 이미 법령의 불비나 미비에 대한 대응과 지원에 대하여도 정한 이상 적극행정을 단순히 법치주의와 대립하는 관계로 파악하는 견해(안성호·마광열·정용덕(편), 「적극행정의 이론과 실제」, 박영사, 2021, 140~143면)에 대해서는 그대로 찬성하기 어렵다.

46) 정관영·박병엽·박보영·이세호·최명지, 앞의 책, 13면도 같은 의견이다.

47) 이와 달리, 성실 의무에 위반하는 행위를 할 경우 적극행정을 이유로 한 면책이 배제된다고 보는 견해로 윤인숙, 「적극행정활성방안 연구 - 국가공무원 징계제도를 중심으로-」, 한국법제연구원, 2017., 25면; 성실의무를 위반하는 행정은 적극행정에 해당하지 않는다는 견해로 박원규, 앞의 논문, 290면 등이 확인된다. 그러나 성실 의무 위반에는 매우 다양한 세부 유형이 존재한다. 고의나 중과실의 귀책이 있는 중대한 성실 의무 위반이 아니라, 적극 행정을 추진하는 과정에서 단순 과실로 인하여 발생한 경미한 실수와 같은 상황에 대해서는 성실 의무 위반으로 볼 수는 있을지언정 적극 행정으로서 면책할 수 있는 가능성도 얼마든지 상정해볼 수 있다. 이러한 시각으로 바라보는 것이 적극행정 면책제도의 도입 취지에도 부합한다.

48) 김윤권·윤수재·이재호·심호, “공직자 적극행정 면책제도 분석”, 「한국행정학회 동계학술발표논문집」(2010), 5면에서는 적극행정 면책제도가 적극적으로 업무를 수행하는 과정에서 발생하는 실수나 문제에 대해서는 과감히 관용을 베풀겠다는 감사 전략이 필요하여 마련되

### (2) 적극행정의무의 상정 가능성

적극행정의 개념을 위와 같이 성실 의무와의 관계에서 정리하면, 그 다음 단계로 적극행정의 법적 성격을 어떻게 이해할 것인지의 문제가 불거질 수 있다. 적극행정도 독립적, 개별적인 법적 의무로 상정할 수 있는지의 쟁점이다.

「행정기본법」 제4조 제1항에 따르면 “행정은 공공의 이익을 위하여 적극적으로 추진되어야 한다”고 정할 뿐 이를 법적 의무로서 정하고 있다고 보기 어렵다. 적극행정의무 위반으로 판단될 경우에 대한 법적 효과를 따로 부여하고 있지도 않다. 법적 의무에 대응하는 법적 권리, 즉 국민이 행정청이나 공무원에 대하여 적극행정을 요구할 수 있는 권리를 규정한 내용도 찾아볼 수 없다. 공무원 징계제도에 관한 법령에서 징계사유가 되는 비위유형으로서 성실의무 위반의 한 유형으로 소극행정을 제시하고(「공무원 징계령 시행규칙」 별표 1의 표 참조), 소극행정신고센터를 운영하고 있을 뿐이다.

법제처의 발주로 이루어진 행정기본법 해설서 연구에 따르면, 주요내용의 소개 단계에서는 행정기본법 제4조의 규정이 공무원의 적극행정 의무를 명시한 것처럼 기재되어 있다가도,[49] 상세한 조문별 해설에서는 이 조항의 입법단계에서 이를 국가와 지방자치단체의 시책 추진 책무로 규정하고 공무원에게까지 적극행정의 의무가 있음을 규정하지 않는 것으로 정리되었고 당초 정부제출안에서는 추진 주체도 공무원으로 명시되어 있던 것을 국회 법안심사과정에서 삭제하였음을 밝히고 있다. 이로써 행정기본법 제4조의 적극행정에 대한 규정이 개별 공무원들에게 직접적인 법적 의무를 부여하는 것이 아님을 확인하였다.[50]

그런데 “적극행정의무”가 명시적으로 판시에 포함된 하급심 판결이 있다. 대구고등법원 2022. 11. 9. 선고 2021나27271 판결(쌍방 항소포기로 확정)이다. 성실 의무 위반이 문제된 사안에서 원고가 피고 행정청의 적극행정의무 위반까지 주장하여 쟁점화된 사건이었다.

사실관계는 이렇다. 원고는 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」에 따라 공원을 설치하여 일부 기부채납 및 남는 부지에 비공원시설을 설치하는 내용의 사업제안서를 피고 행정청에 제출하여 단독 협상대상자로 선정되고 공통투자협약까지 체결하여 사업을 추진하던 자인데, 이와 같이 사업을 추진하던 중 지가상승분까지 추가로 부담해야 하는 상황이 되자 피고 행정청에 대하여 그와 같은 부담 면제를 요청하였으나, 피고 행정청은 산업통상자원부, 국토교통부 질의에서도 정확한 답을 얻지 못하자 법제처에 법령해석을 요청하였고 그 법령해석에 따라 결국 원고에 지가상승분 부담 면제 불가 통보를 하였다. 그러자 원고는 피고에 대하여 국가배상법 제2조에 따른 손해배상청구를 주위적 청구원인으로 하는 소를 제기하면서 그 청구원인 중 하나로 「지방공무원 적극행정 운영규정」 위반의 적극행정의무 위반을 주장하였다.

이에 대해 법원은 피고 행정청이 법제처의 법령해석을 토대로 원고의 지가상승분 부담 면제 요청을 받아들이지 않은 것이 객관적 정당성을 잃었다거나 불합리하다고 보기 어렵다고 판단하였다. 즉 법원은 원고의 주장에 입각하여 “적극행정의무 위반

---

었다는 취지로 설명하였다.

49) 이일세, 「행정기본법 해설서 연구용역 최종보고서」, 법제처, 2021, 33면

50) 이일세, 앞의 책, 76-77면 및 82면

관련"을 쟁점으로 제시하고 판결이유를 개진하였으나, 피고의 태도가 어느 정도 원고의 입장을 적극적으로 반영하였는지, 그리고 피고의 대응이 객관적 정당성이나 합리성의 관점에서 일반적인지 정도를 판단하였을 뿐, 적극행정의무의 내용 및 한계나 독자적인 판단기준을 제시하지는 않았다. 결국 위 판결의 사안은 피고의 대응이 성실의무 위반인지로 포섭되는 사안임에도 원고가 적극행정의무 위반까지 주장하여 이와 같은 판결이유가 작성된 것으로 보인다.

이러한 현행 법령과 법원의 태도를 종합하면, 성실 의무와 완전히 구분되는 별개의 독립된 법적 의무로서 적극행정의무를 별도로 상정하기는 쉽지 않아 보인다.[51] 무엇보다, 적극행정 개념을 반영한 법제와 정책을 살펴보더라도 불이익의 면제와 장려를 위한 인센티브 부여에 초점이 맞추어져 있는바,[52] 이를 작위의 강제 및 위반시 책임 부과를 핵심으로 하는 법적 의무로서 바라보는 것은 그 본질과 취지에 부합하지 않다고 할 것이다.[53] 적극행정을 통제 중심 관점이 아니라 공익 실현 중심의 관점으로 이해하고자 한 견해 역시 같은 관점에서 적극행정의 개념에 접근하고 있는 것으로 이해된다.[54] 적극행정 자체가 외부의 강제가 아닌 자발적 참여로서 실질적으로 구현되는 것임을 고려한다면,[55] 적극행정의 법적 의무 부과나 위반시 제재보다는 국가의 책무나 공무원의 노력의무의 형태로 수용하자는 의견도 참고할 수 있다.[56]

### (3) 적극행정 고유의 평가지표 및 판단기준의 정립 필요성

실제 적극행정 관련 법제와 정책을 운용함에 있어 출발점은 면책하고 장려할 적극행정이 과연 무엇인지 판단하고 평가할 수 있는 구체적 기준을 찾는 데 있다. 그렇다면 현재 적극행정 관련 제도는 어떤 평가지표와 판단기준 하에 운용되고 있는지부터 살펴볼 필요가 있다.

이에 관하여 인사혁신처는 적극행정의 4가지 판단기준으로 "공공의 이익 증진을 위한 행위", "창의성과 전문성을 바탕으로 한 행위", "적극적인 행위", "행위의 결과가 아닌 행위 자체가 판단 기준"을 제시하면서 이 기준들을 충족하여야 적극행정이

51) 이와 달리 적극행정은 공무원의 성실 의무로 모두 설명할 수 있고, 만일 적극행정이 이와 다른 성질의 법률상 의무라면 적극행정의무를 따로 규율해야 한다는 견해가 있으나(김용섭, "행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의", 「인권과 정의」, 통권 491호(2020), 5면), 앞서 본 바와 같이 적극행정은 성실 의무와 개념과 효과 모든 면에서 구분될 수 있고 구분될 필요가 있으며 오히려 적극행정의 본질과 취지에 비춰볼 때 적극행정의무를 상정하는 것이 체계상 더 어렵다는 점에서 찬동하기 어렵다.

52) 적극행정 면책제도도 1차적으로는 공무원 개인을 보호하는 효과를 갖지만 나아가 조직적으로 공직사회에 적극행정을 유도하고 궁극적으로 사회 전체에 공공의 이익을 실현하는 효과를 가진다고 분석된다. 류민정·조형석, "적극행정면책 제도의 효과와 영향요인에 관한 연구 자체감사기구를 중심으로", 「지방정부연구」, 제27권 제2호(2023.), 29-34면.

53) 김연식, 앞의 논문, 80-81면에서도 적극행정을 공직윤리의 법제화로서 바라보면서, 적극행정이 촉진, 진흥, 장려의 대상이 될 수 있으나, 위반의 효과가 발생하는 구체적 개인의 법적 의무로 볼 수 있는지에 대해 의문을 표하였다. 또한 본고에 대한 심사의견 중 적극행정을 위법이 아닌 부당의 문제로 포섭할 수 있다는 고견 역시 같은 맥락으로 이해되며, 이러한 위법과 부당의 사례에 대한 구체적 분석을 후속 연구과제로 남기고자 한다.

54) 김학만·권정만, "적극행정의 특성과 발전에 관한 탐색적 논의 역사적·행정학적 접근을 중심으로", 「한국과 국제사회」, 5권 6호(2021), 51면; 최태현·정용덕, "적극행정의 철학적·윤리적 토대의 검토 가능성, 한계, 그리고 맥락", 「한국행정연구」, 29권1호(2020), 6면 등.

55) 김연식, 앞의 논문, 94-95면.

56) 박원규, 앞의 논문, 308-309면.

될 수 있다고 제시하였다.[57] 정부부처 및 지방자치단체의 적극행정위원회에서 적극행정 우수사례 심사 및 선정할 때에도 나름의 지표가 제시된다. 모 중앙부처의 경우 분기별 적극행정 우수사례를 심의할 때 아래와 같은 단계별 평가기준을 도입하여 심사하고 있다.

| 구 분 | 지표별 | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | 담당자의 적극성·창의성·전문성 (30) | 국민체감도 (20) | 과제의 중요도·난이도 (20) | 확산가능성 (20) | 발표 완성도 (10) |
| 매우우수 | 25~30 | 17~20 | 17~20 | 17~20 | 9~10 |
| 우수 | 19~24 | 13~16 | 13~16 | 13~16 | 7~8 |
| 보통 | 13~18 | 9~12 | 9~12 | 9~12 | 5~6 |
| 미흡 | 7~12 | 5~8 | 5~8 | 5~8 | 3~4 |
| 매우미흡 | 1~6 | 1~4 | 1~4 | 1~4 | 1~2 |

적극행정의 개념으로부터 도출 가능한 담당자의 적극성, 창의성, 전문성에 가장 높은 배점을 부여하고 있음을 확인할 수 있다. 지방자치단체의 경우에도 유사하게 “1. 주민체감도, 2. 과제의 중요도 및 난이도, 3. 담당자의 적극성, 4. 담당자의 창의성 및 전문성, 5. 확산 가능성”을 선정기준으로 제시하여 심사를 진행하고 있다. 그러나 이들 판단기준이나 평가기준은 적극행위의 개념지표를 추출하여 제시하는 데 그치고 있고, 실제로 어떤 행위가 적극행위인지 아닌지를 구체적으로 가늠할 만한 공통되고 실효적인 기준으로써 기능하고 있다고 하기에는 다소 부족해 보인다.

학계에서도 관련 연구가 있었다. 적극행정 평가기준으로서 행정처리의 신속성과 대응성, 행정처리의 타당성과 공정성, 행정처리의 개선과 환류를 제시한 선행 연구가 확인된다.[58] 각 지표는 세부지표로 구체화되는바, 행정처리의 신속성과 대응성은 ① 민원 해결노력 및 성과, ② 기업애로 해결노력 및 성과의 2개 평가지표로 구성하였다. 행정처리의 타당성과 공정성은 ① 사전 컨설팅감사 운영 성과, ② 행정처분의 공정성의 2개 평가지표로 구성하였다. 행정처리의 개선과 환류는 ① 제도개선 노력 및 성과, ② 청렴도 조사결과, ③ 적극행정 모범 사례 발굴 및 전파의 5개 지표로 구성하였다. 이러한 연구는 적극행정의 서비스적 성격에 초점을 두고 평가지표를 설정한 것으로, 앞으로 적극행정의 판단기준을 모색하는 데 하나의 시사점이 될 수 있을 것으로 보인다. 한편, ‘시민들의 다양한 의견을 이해하고, 갈등을 해결하기 위한 노력정도’, ‘업무수행 중 발생하는 문제해결을 위한 아이디어 개발정도’, ‘규정에 명시되어 있지 않은 상황에서의 공적 서비스 제공 가능성 정도’, ‘공공성을 위한 관례없는 행위 가능성 정도’, ‘불합리하다고 보여지는 행정행위로 인한 양심의 가책 지각 정도’, ‘중대한 과실이 없다면, 공공성을 위해 관례없는 행위를 할 수 있는 정도’, ‘업무 수행시, 국내외 모범 사례를 참조하여 반영하려 노력한 정도’, ‘공공갈등을 해결하기 위하여 적극적으로 노력하는 정도’, ‘나는 어떠한 경우에도, 공무원 윤리 가치를 준수하는 정도’, ‘업무 수행시, 이해 관계자들에게 업무의 판단기준을 자세히 설명하는 정도’ 등

57) 인사혁신처, 「적극행정 면책 및 소극행정 사례집」, 디자인크레파스, 2019, 10-11면.
58) 박충훈·이현철·김지연, “적극행정 평가지표개발 연구”, 「정책연구 2016-07」(2016), 48-51면.

으로 적극행정의 측정지표를 정리한 연구도 확인할 수 있다.[59] 그러나 이들 연구 역시 아직까지는 개념지표로부터 추출한 포괄적, 추상적 개념에 의존함으로써 판단자에게 과도한 판단의 재량을 부여하는 결과를 초래하거나, 단순히 적극행정 사례의 관찰로부터 추출한 여러 요인을 정리한 정도로 판단기준으로서의 일관성을 확보하였다고 보기 어려운 분석에 그치고 있다.

향후 적극행정 관련 제도가 실제 운용되고 있는 내용과 관련 연구를 종합하여 단순한 성실 의무 이행과 구분되어 면책과 장려의 대상이 되는 적극행정에 관한 구체적 판단기준, 평가지표를 개발하여 공유할 필요가 있다. 이는 적극행정 해당성을 판단할 때 예측가능성을 부여함으로써 적극행정이 법치행정의 범위 내에서 작동하는 데에도 기여할 수 있을 것이다.

## 2. 성실 의무와의 관계에서 검토한 소극행정

### (1) 소극행정과 성실 의무의 구분

앞서 본 바와 같이 적극행정의무의 상정이 쉽지 않은바, 적극행정을 하지 않았다고 하여 곧바로 행정청이나 공무원 개인의 책임을 묻기는 어렵다. 다만 「적극행정 운영규정」이나 「지방공무원 적극행정 운영규정」에 따른 소극행정에 해당할 경우에는 「공무원 징계령」과 그 시행규칙, 「지방공무원 징계령」과 그 시행규칙에 따라 징계사유가 되는데, 이러한 소극행정의 개념과 적용범위 역시 성실 의무와의 관계에서 살펴볼 필요가 있다.

소극행정은 「적극행정 운영규정」 제2조 제2호에서 “공무원의 부작위 또는 직무태만 등으로 국민의 권익을 침해하거나 국가 재정상 손실을 발생하게 하는 행위”로 정의되어 있다. 따라서 소극행정은 단순히 적극행정의 반대개념이라고 하기는 어렵다.[60] 적극행정을 하지 않았다고 하여 바로 소극행정이 되는 것은 아니고,[61] 반대로 소극행정이 아니면 다 적극행정이 되는 것도 아니다.[62]

소극행정은 성실 의무와 더 밀접한 관련이 있다. 현행 법령상 공무원의 성실 의무 위반에 해당하는 비위의 한 유형으로 규정되어 있는 것만 보아도 그러하다. 2016년 8월 31일 시행된 「공무원 징계령 시행규칙」(총리령 제1317호, 2016. 8. 31. 일부개정)부터 별표 1에서 정한 징계기준 표에서 명시한 비위의 유형 중 ‘부작위·직무태만(라목에 따른 소극행정은 제외한다) 또는 회계질서 문란’(다호), ‘소극행정’(라호)가 세부

59) 이순호, “적극행정의 선행요인과 결과요인에 관한 연구”, 충남대학교 대학원 박사학위논문(2021), 70면.

60) 박원규, 앞의 논문, 291면에서도 같은 관점에서 소극행정을 적극행정에 반대되는 개념이 아닌 대응하는 개념으로 표현하였다. 이와 달리, 적극행정을 소극행정의 반대개념으로 제시한 강나율·박성민, “공직 내 적극행정의 영향요인에 관한 연구: 조직행태주의적 관점에서”, 「한국행정논집」, 31권 4호(2019), 879-885면과 같은 견해도 확인되지만, 이 경우에도 적극행정의 실현이 소극행정을 지양한다는 의미로 이해한 것으로 보아 적극행정이 아니면 소극행정이라거나 소극행정이 아니면 적극행정이라는 단순 반대개념을 설정한 것이 아니라 지향할 목표과 지양할 대상 간의 반대관계로 이해한 것임을 확인할 수 있다.

61) 김수종, “적극행정 면책제도에 관한 논리적 고찰”, 「감사논집」, 제29호(2017), 158-160면도 같은 취지이다.

62) 김학만·권정만, “적극행정의 특성과 발전에 관한 탐색적 논의 역사적·행정학적 접근을 중심으로”, 「한국과 국제사회」, 5권 6호(2021), 51면도 유사한 내용을 설명하고 있다.

유형으로 추가되었다. 위 개정 당시 시행규칙 본문에 소극행정으로 인한 비위 관련 감독자에게도 책임을 물을 수 있도록 하고(제2조 제2항), 소극행정의 징계사유인 경우 공적에 따른 징계감경도 할 수 없도록 하는 규정이 신설되었다(제4조 제2항).[63]

위와 같은 법령에 비춰보면, 소극행정은 성실 의무의 위반에 해당하는 여러 세부 비위유형 중 하나로서 직무태만이나 부작위와 같은 전형적인 성실 의무의 행위표지에 더하여 국민의 권익 침해나 국가 재정상 손실 발생과 같은 결과표지까지 충족하는 경우를 가리키는 것으로 이해될 수 있을 것이다. 즉 현행 법령상 소극행정은 행위표지로서 “소극성”과 결과표지로서 “권리와 이익의 직·간접적 침해”를 구성요소로 하는 개념으로 이해함이 바람직할 것이다.[64]

### (2) 결과표지를 포함한 소극행정 재유형화의 필요성

소극행정을 징계사유로서 명시하고 있는 관련 규정 중 대표적인, 공무원 징계령 시행규칙 [별표 1]의 내용 일부(비위의 유형 1. 성실 의무 위반의 가목 및 라목, 비고 제2항)에서도 이러한 소극행정의 개념을 확인할 수 있다.

공무원 징계령 시행규칙 [별표 1] <개정 2023. 10. 12.>

징계기준(제2조제1항 관련)

| 비위의 정도 및 과실 여부 / 비위의 유형 | 비위의 정도가 심하고 고의가 있는 경우 | 비위의 정도가 심하고 중과실이거나,비위의 정도가 약하고 고의가 있는 경우 | 비위의 정도가 심하고 경과실이거나, 비위의 정도가 약하고 중과실인 경우 | 비위의 정도가 약하고 경과실인 경우 |
|---|---|---|---|---|
| 1. 성실 의무 위반 | | | | |
| 다. 부작위·직무태만(라목에 따른 소극행정은 제외한다) 또는 회계질서 문란 | 파면 | 해임 | 강등-정직 | 감봉-견책 |
| 라. 「적극행정 운영규정」 제2조제2호에 따른 소극행정 | 파면 | 파면-해임 | 강등-정직 | 감봉-견책 |
| ※ 비고<br>2. 제1호다목에서 "부작위"란 공무원이 상당한 기간 내에 이행해야 할 직무상 의무가 있는데도 이를 이행하지 아니하는 것을 말한다. | | | | |

성실 의무 위반의 하위 유형으로서 라목의 소극행정은 「적극행정 운영규정」 제2조제2호에 따른 것이라고 수식되어 있으므로 “공무원이 부작위 또는 직무태만 등 소극적 업무행태로 국민의 권익을 침해하거나 국가 재정상 손실을 발생하게 하는 행

63) 부작위·직무태만에 대한 징계에서 권익 침해 등은 양정요소로 고려하면 충분하므로 소극행정의 징계기준을 나누어 규정할 실익이 없다는 견해로 우미형, 앞의 논문, 211면. 그러나 시행규칙 본문에 비춰보면 단순한 징계양정의 차원을 넘는 차이가 존재하는 이상 소극행정의 독자적 의미를 찾을 필요가 있다.

64) 박원규, 앞의 논문, 292면에서도 소극행정의 개념이 결과 발생과 연계하여 제한적으로 규정되어 있다고 정리하였다.

위"를 가리키는 것으로 정의될 것이다. 반면 이보다 앞서 다목에는 "부작위·직무태만(라목에 따른 소극행정은 제외한다) 또는 회계질서 문란"이 별도의 비위 유형으로 제시되어 있다.

다목과 라목은 징계기준이 다르게 적용되므로 정확히 구분되어야 한다. 다목의 부작위 또는 직무태만은 소극적 업무행태 자체를 가리키고, 라목의 소극행정은 그러한 소극적 업무행태로 인하여 국민의 권익을 침해하거나 국자 재정상 손실을 발생하게 하는 결과가 발생하는 경우를 가리켜 결과표지까지 포함하는 것이다. 이러한 개념의 차이는 징계기준의 경중으로 이어지는데, 다목보다 라목의 징계기준이 다소 중한 것('비위의 정도가 심하고 중과실이거나, 위의 정도가 약하고 고의가 있는 경우'에 대해 전자는 해임만을, 후자는 파면-해임을 징계기준으로 제시하였다)도 이와 같이 이해된다.

소청심사위원회의 소극행정에 대한 징계사례에서도 같은 개념표지를 확인할 수 있다. 소청심사위원회는 소청인인 경찰공무원이 교통사고 건에 대해 새로 시행된 지침과 달리 기존 불합리한 업무 관행을 그대로 답습하여 벌점을 과다하게 부과함으로써 운전면허가 부당하게 취소되게 하여 소극행정의 비위 유형으로 징계처분을 받자 불복한 사안에 대하여, 이는 직무 태만으로 국민권익을 침해한 것으로 소극적 행정처리에 해당한다고 보아 소청인의 청구를 기각하였다(소청심사위원회 2021-3). 반면 자가격리 대상자가 난동을 부린다는 112신고를 받고 출동하여 소극대응하였으나 직접적으로 국민의 권익을 침해하거나 국가재정상 손실을 발생하는 결과가 뚜렷하지 않았던 사안에 대해서는 단순한 직무태만으로 분류하여 징계처분의 적법성 및 적정성을 확인하였다(소청심사위원회 2021-247).

문제는, 실제 소극행정에 관한 정책에서는 결과표지를 제외한 단순한 행위표지로서 소극행정을 유형화하여 활용하고 있다는 점이다.

앞서 살펴본 바와 같이 인사혁신처는 ① 적당편의 유형(문제해결을 위해 노력하지 않고, 적당히 형식만 갖추어 부실하게 처리하는 행위), ② 업무해태 유형(합리적인 이유 없이 주어진 업무를 게을리 하거나 불이행하는 행위), ③ 탁상행정 유형(법령이나 지침 등의 변화에도 불구하고 과거 규정에 따라 업무를 처리하거나, 기존의 불합리한 업무관행을 그대로 답습하는 행위) 및 ④ 기타 관 중심 행정 유형(직무권한을 이용하여 부당하게 업무를 처리하거나, 국민 편익을 위해서가 아닌 자신의 조직이나 이익만을 중시하여 자의적으로 처리하는 행위)로 그 유형을 분류하였으며, 국민권익위원회 소극행정신고센터 역시 ① 적당편의 유형(적당히 형식만 갖추어 업무를 처리하려는 행위), ② 복지부동 유형(주어진 업무를 게을리하거나 부주의하여 업무를 이행하지 않는 형태), ③ 탁상행정 유형(기존의 불합리한 업무 관행에 젖어 있거나, 현실과 동떨어진 형태) 및 ④ 기타 관 중심 행정 유형(공적인 권한을 부당하게 행사하거나 부서 간에 책임을 떠넘기는 행위)을 소극행정의 유형으로 제시하였다.

이와 같은 소극행정의 유형은 기본적으로 유형 간 구분이 모호하고 공무원의 행태 관점에서 분류된 것이라는 점에서 한계가 지적되어 왔다.[65] 뿐만 아니라 이는 실정법에 규정된 소극행정의 개념에서 도출되는 결과표지는 고려하지 않은 유형들이라는 점에서 결정적인 문제를 노출한다. 때문에 소극행정을 단순한 성실 의무 위반, 직

65) 탁현우·김윤권·김경동, "소극행정의 재유형화와 대응방안에 관한 연구", 「한국행정학회」, 57권1호(2023), 118면.

무태만이나 부작위 행위와 구분하기 쉽지 않게 되는 것이다. 정책 차원에서 소극행정 유형을 자의적으로 확장해버릴 경우 이는 징계사유의 독자적 비위유형으로 규정하고 소극행정 사유로 징계하는 경우 공적에 따른 징계 감경에서도 제외하는 징계법령과 부합하지 않을 뿐만 아니라 실제 정책을 시행하는 과정에서도 소극행정 신고를 남발하게 되어 오히려 정책의 실효성을 떨어뜨리는 등의 부작용으로 이어질 수 있다. 소극행정의 법령상 개념표지를 제대로 반영한 유형화와 정책 시행이 시급하다.

## Ⅳ. 결론

적극행정과 소극행정은 공무원 인사 및 징계제도의 한 요소를 구성하여 빠르게 공직사회에 자리잡았다. 특히 적극행정 장려를 위한 정책이 국가기관과 지방자치단체에서 정기적으로 추진되면서,[66] 행정실무에서의 존재감은 상당히 커져 있는 것 같다.[67] 행정환경의 급격한 변화로 일선 공무원에 대한 적극적 역할에 대한 요구가 커져가는 오늘날 적극행정의 중요도는 더 높아질 것으로 보이고,[68] 적극행정의 주체라 할 수 있는 공무원들의 적극행정에 대한 인지도나 기대감 역시 높은 수준으로 조사된바 있다.[69]

그러나 실제 적극행정과 소극행정 관련 제도를 운용함에 있어서는 혼선이 빚어졌고, 이는 결과적으로 법제와 정책의 성공적 추진에 걸림돌이 되어 왔다.[70] 그러한 장애요인들 중 본고에서는 특히 기존의 성실 의무와의 관계가 명확하게 밝혀져 있지 않은 점에 주목하여 적극행정 및 소극행정의 개념 등에 대하여 다시 고찰해보았다.

이상에서 살펴본 바와 같이 성실 의무와 적극행정, 소극행정은 매우 밀접한 관계에 있지만 그 본질과 취지를 고려하여 개념과 적용범위를 잘 구분하고 명확히 해 둘 필요가 있다.

성실 의무가 주어진 법령 내에서 이를 준수하여 직무를 성실하게 잘 수행하는 것을 기본으로 하는 포괄적인 개념이라면, 적극행정은 단순히 주어진 법령의 틀 안에서 행정행위를 하는 데 그치지 않고 법제를 개선하고 정책을 수정하며 공익 및 행정목적 달성을 위하여 노력하는 확장적 개념으로 이해된다. 그리고 이와 같이 적극행정을 이해한다면 이는 협소한 법적 의무로 상정하는 것은 적절치 않아 보인다. 적극

66) 중앙정부에서 시작된 적극행정 도입이 지방자치단체까지 확산되어 제도확산이 추진되고 있다. 김윤승·전성만, “주민참여 관리방식과 적극행정이 제도의 성과 인식에 미치는 영향에 관한 연구”, 「현대사회와 행정」, 제33권 제3호(2023), 164면.

67) 최근에는 중앙행정기관과 지방자치단체 주도의 적극행정 논의에서 공공기관의 한 유형인 출연연구기관에서의 적극행정에 관한 논의까지 확장되는 등 적극행정에 관한 담론은 더 확장되고 구체화되고 있다. 김윤권·김민영·지규원·정동재·윤광석, “적극행정의 개념 및 판단준거에 관한 탐색적 연구 출연연구기관을 중심으로”, 「한국인사행정학회보」, 20권2호(2021), 57면 이하.

68) 김형성·조경호, “4차산업혁명과 코로나-19에 대응을 위한 공무원의 적극행정 필요성 및 개선 방안에 관한 연구”, 「한국인사행정학회보」, 19권4호(2020), 386-393면.

69) 조태윤·김상우·박윤, “적극행정에 대한 평가와 발전방안 연구 공무원의 인식을 중심으로”, 「한국인사행정학회보」, 19권2호(2020), 233-240면.

70) 적극행정의 확산을 위한 제도와 그 한계를 지적, 정리한 견해로 조태준, “적극행정 촉진을 위한 인사제도 발전방안 「적극행정 운영규정」을 중심으로”, 「한국인사행정학회보」, 18권4호(2019), 315-317면.

행정은 개방적이고 확장적인 개념이다. 기존 법제의 문제점을 찾아내 개선하거나 입법이나 정책의 공백을 메우는 등 전문적이면서도 창의적인 공무 수행을 염두에 둔 목표지향적 개념인 것이다.[71] 적극행정은 행정주체가 적극행정 행위를 하면서 의도치 않게 부담하게 된 불이익을 면책해주는 사유로 작용하고, 더 나아가 적극행정 행위를 한 행정주체에게 각종 인센티브를 부여함으로써 적극행정 행위를 더욱 장려하는 데 그 핵심 기능이 있다.[72] 이러한 이해에 기반한 적극행정 제도의 운용은 적극행정의 적용범위가 제한적이라거나 제도적 실효성이 떨어진다고 하였던 회의적인 평가들을 극복하는 데에도 도움이 될 것이다.[73]

반면 소극행정은 보다 제한적으로 다루어져야 할 필요가 있다. 소극행정이 단순히 적극행정을 하지 않은 경우를 가리키지 않음은 비교적 분명하다. 현행 법령상 성실의무 위반의 여러 비위유형 중 하나로 제시되어 있으나, 직무태만이나 부작위와 같이 행위표지를 기준으로 하는 일반적 성실 의무 위반과는 달리 국민의 권익을 침해하거나 국가 재정상 손실을 발생하게 하는 결과표지가 포함되어야 함을 유념할 필요가 있다. 소극행정에 해당할 경우 독자적 징계기준이 적용되고, 비위행위자는 물론 해당 비위와 관련된 감독자에게까지도 엄중히 책임을 물도록 한 점 등을 고려하면 소극행정 해당성은 엄격하게 판단될 필요가 있다. 특히 소극행정을 만연히 적극행정에 이르지 못한 모든 행정행위를 가리키는 것으로 이해하거나 단순한 직무태만과 같이 법령상 개념표지와 달리 결과표지를 제거하고 행위표지만을 기준으로 유형화하여 정책을 시행하는 것은 자제되어야 할 것이다.

이처럼 적극행정에 대한 논의들은 이를 통해 행정청과 공무원이 창의성 및 전문성을 적극적, 자발적으로 발휘하는 문화가 자리잡음으로써 산적한 공공문제의 해결과 공익의 실현에 기여할 것을 기대하고 있다.[74] 행정법은 특히 “능동적인 사회형성작용”을 특징으로 하므로 종전의 위법·적법 영역에 대한 논의를 뛰어넘은 행정에 대한 논의가 더욱 필요하며,[75] 적극행정은 이러한 새로운 행정법학의 전개에 주요한 역할을 담당할 수 있을 것이다. 적극행정과 소극행정이 그 본질과 취지에 부합하도록 법제와 정책에 구현되고 실효적으로 운용됨으로써, 진정한 국민주권과 실질적 법치주의를 실현하는 선도적 개념으로 자리잡을 수 있기를 기대한다.

---

71) 서울고등법원 2023. 7. 6. 선고 2022누50702 판결도 행정청이 재량이 부여된 행정행위를 할 때 단순히 행정기관 내 내부적 재량준칙을 기계적으로 적용하는 것보다는 사업의 취지 등을 두루 고려하는 것이 적극행정의 원리에 부합하다고 보았다.

72) 이와 같은 이해는 행정기본법 편제에서 제4조(행정의 적극적 추진) 조문이 제1장 총칙에 위치하고 제2장 행정의 법 원칙에 앞서 위치하고 있는 것과도 부합한다. 적극행정은 우리 행정이 추구해야 할 궁극적 목표이자 지향점이지, 개별적인 법적 의무나 법 원칙 중 하나로 포섭할 것이 아니다. 따라서, 이러한 편제를 두고 적극행정이 법치행정의 원칙보다 앞에 두었음에 주목하여 법치주의와 대립하는 것으로 보거나 다른 기본원칙과 같은 위상으로 설정하여 했다고 보는 견해(김용섭, “행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선과제”, 「경희법학」, 제56권 제1호(2021), 78면)에는 찬동하기 어렵다.

73) 김학만·권정만, “적극행정의 특성과 발전에 관한 탐색적 논의 역사적·행정학적 접근을 중심으로”, 「한국과 국제사회」 5권 6호(2021), 38면.

74) 박정훈, 앞의 논문, 330-351면; 이종수, “‘적극행정’의 활성화를 위한 쟁점과 방안 고찰”, 「지방행정연구」, 제30권 제4호(2016), 3-24면; 이혜윤·박순애, “적극행정을 장려하는 조직문화가 지방정부 공무원이 인식하는 지방정부 성과에 미치는 영향: 반응성의 매개효과와 권한부여와 관료적 형식주의의 조절효과를 중심으로”, 「한국사회와 행정연구」, 제32권 제2호(2021), 1-36면 등.

75) 박원규, 앞의 논문, 288-289면.

## [참고문헌]

감사원, 「사전컨설팅 및 적극행정면책 사례집」, 한결엠, 2023.

강나율·박성민, “공직 내 적극행정의 영향요인에 관한 연구: 조직행태주의적 관점에서”, 「한국행정논집」, 31권 4호, 2019.

김남진, 「행정법론(하)」, 박영사, 2018.

김봉철, “적극행정 면책제도에 관한 법제적 연구 - 적극행정 면책제도의 활성화를 위한 입법조치와 법제 개선방안을 중심으로 -”, 「법제연구」, 제59호, 2020.

김성률·오정용, “법계 비교와 우리 법제 및 행정사례에 대한 구체적 검토 - 우리 법제상 적극행정이 어려운 이유와 개선방안을 중심으로 -”, 「법학연구」, 제21권 제2호(통권 제82호), 2021.

김수종, “적극행정 면책제도에 관한 논리적 고찰”, 「감사논집」, 제29호, 2017.

김연식, “적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제”, 「공법학연구」, 제22권 제3호, 2021.

김용섭, “행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의”, 「인권과 정의」, 통권 491호, 2020.

김용섭, “행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선과제”, 「경희법학」, 제56권 제1호, 2021.

김윤권·윤수재·이재호, 「열심히 일하는 공직자상 구현을 위한 무사안일 감사방안 연구」, 감사원, 2010.

김윤권·김민영·지규원·정동재·윤광석, “적극행정의 개념 및 판단준거에 관한 탐색적 연구 출연연구기관을 중심으로”, 「한국인사행정학회보」, 20권2호, 2021.

김윤권·윤수재·이재호·심호, “공직자 적극행정 면책제도 분석”, 「한국행정학회 동계학술발표논문집」, 2010.

김윤승·전성만, “주민참여 관리방식과 적극행정이 제도의 성과 인식에 미치는 영향에 관한 연구”, 「현대사회와 행정」, 제33권 제3호, 2023.

김학만·권정만, “적극행정의 특성과 발전에 관한 탐색적 논의 역사적·행정학적 접근을 중심으로”, 「한국과 국제사회」 5권 6호, 2021.

김형성·조경호, “4차산업혁명과 코로나-19에 대응을 위한 공무원의 적극행정 필요성 및 개선 방안에 관한 연구”, 「한국인사행정학회보」, 19권4호, 2020.

김호균, “적극행정과 공공가치 (public values)의 실현 조직문화와 리더십이론을 중심으로”, 「한국인사행정학회보」, 18권4호, 2019.

류민정·조형석, “적극행정면책 제도의 효과와 영향요인에 관한 연구 자체감사기구를 중심으로”, 「지방정부연구」, 제27권 제2호, 2023.

박보영, “공무원의 성실 의무와 징계제도에 관한 연구”, 「입법과 정책」, 제14권 제3호, 2022.

박원규, “적극행정과 좋은 행정의 관계와 발전방향”, 「행정법학」, 제25호, 2023.

박윤, “적극행정의 개념에 관한 연구”, 「한국인사행정학회보」, 18권4호, 2019.

박정훈, “積極行政 實現의 法的 課題 - ‘적극행정법’으로의 패러다임 전환을 위한 試論-”, 「공법연구」 제38집 제1-1호, 2009.

박충훈·이현철·김지연, “적극행정 평가지표개발 연구”, 「정책연구 2016-07」, 2016.

법제처, 「행정기본법 해설서」, 한결엠, 2021.

신창순, “積極的 行政倫理의 實現”, 「행정논집」, 2-3호, 1967.
안성호·마광열·정용덕(편), 「적극행정의 이론과 실제」, 박영사, 2021.
우미형, “적극행정에 대한 일고찰 - 국가재난을 소재로 하여 -”, 「강원법학」 제74권, 2024.
유승현, “공직기강의 개념에 관한 연구”, 「한국정책연구」, 제20권 제2호, 2020.
윤인숙, 「적극행정활성방안 연구 -국가공무원 징계제도를 중심으로-」, 한국법제연구원, 2017.
이명진, “국가공무원 비위사건의 징계제도 개선에 관한 연구 : 대법원 판례를 중심으로”, 강원대학교 대학원 박사학위논문, 2016.
이민호, “규제혁신 관점에서의 적극행정에 대한 이해”, 「한국지방정부학회 2021년도 하계학술대회 발표논문집」, 2021.
이순호, “적극행정의 선행요인과 결과요인에 관한 연구”, 충남대학교 대학원 박사학위논문, 2021.
이원우, “현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점”, 「행정법연구」, 제29호, 2011.
이일세, 「행정기본법 해설서 연구용역 최종보고서」, 법제처, 2021.
이종수, “‘적극행정’의 활성화를 위한 쟁점과 방안 고찰”, 「지방행정연구」, 제30권 제4호, 2016.
이진수, “공무원의 성실의무에 대한 재검토 - 충실의무(Treuepflicht)와의 관계를 중심으로”, 「행정법연구」, 제60호, 2020.
이진열·권기환, “감사원 민원을 통해 본 소극적 업무 행태”, 「감사」, 제132호, 2016.
이혜윤·박순애, “적극행정을 장려하는 조직문화가 지방정부 공무원이 인식하는 지방정부 성과에 미치는 영향: 반응성의 매개효과와 권한부여와 관료적 형식주의의 조절효과를 중심으로”, 「한국사회와 행정연구」, 제32권 제2호, 2021.
인사혁신처, 「적극행정 면책 및 소극행정 사례집」, 디자인크레파스, 2019.
전주열, “적극행정 제도에 대한 공법적 일고찰”, 「성균관법학」, 제32권 제4호, 2020.
정관영·박병엽·박보영·이세호·최명지, 「행정기본법 실무해설」, 신조사, 2021.
정용덕, 「적극행정을 위한 법체계와 감사원의 역할에 관한 연구」, 감사원, 2020.
조태윤·김상우·박윤, “적극행정에 대한 평가와 발전방안 연구 공무원의 인식을 중심으로”, 「한국인사행정학회보」, 19권2호, 2020.
조태준, “적극행정 촉진을 위한 인사제도 발전방안 「적극행정 운영규정」을 중심으로”, 「한국인사행정학회보」, 18권4호, 2019.
차경엽, 「적극행정 면책제도 운영 개선방안 연구」, 감사연구원, 2011.
최무현, “적극행정의 개념적 다양성에 기반한 발전방향에 관한 연구”, 「한국인사행정학회보」, 제18권 제4호, 2019.
최태현·정용덕, “적극행정의 철학적·윤리적 토대의 검토 가능성, 한계, 그리고 맥락”, 「한국행정연구」, 29권1호, 2020.
탁현우·김윤권·김경동, “소극행정의 재유형화와 대응방안에 관한 연구”, 「한국행정학회」 57권 1호, 2023.
하명호, 「행정법(제3판)」, 박영사, 2021.
하태수, “공무원들의 적극행정 영향 요인 분석”, 「한국정책연구」, 제24권 제1호,

2024.

[Abstract]

# Research on the Effective Operation of Proactive Administrative Systems
## - Focusing on the Relationship with the Duty of Diligence -

Bo-Young Park*

The concepts of proactive and passive administration were initially devised out of practical administrative needs to break the longstanding practices of inaction and complacency, and policies were subsequently established before being incorporated into our legal system. Consequently, despite being codified in positive law, these systems have caused confusion due to the lack of fully established normative content, such as concepts, types, and criteria for judgment. This paper focuses particularly on the unclear relationship between proactive and passive administration and the duty of diligence imposed on administrative agencies and public officials. By conducting a legal review centered on this relationship, it aims to clarify the essence of proactive and passive administration, thereby contributing to the effective operation of related systems.

The duty of diligence is understood as a comprehensive concept that fundamentally requires faithfully performing duties within the given legal framework. In contrast, proactive administration is interpreted as an expansive concept that not only adheres to the given legal framework but also strives to improve legislation, amend policies, and achieve public interest and administrative objectives. Given this understanding, it is inappropriate to regard proactive administration as a narrow legal obligation. Instead, the focus should be on indemnifying disadvantages and promoting proactive administration. Furthermore, the current system lacks established criteria for judgment and evaluation indicators for proactive administration, indicating a need for consistent and specific standards and indicators.

On the other hand, passive administration should not simply be seen as the opposite of proactive administration or a failure to fulfill the duty of diligence. It should be categorized to include result indicators that infringe on citizens' rights or cause financial loss to the state. Considering that passive administration applies independent disciplinary standards and holds not only the offenders but also their supervisors accountable, its applicability must be strictly assessed.

The hope is that proactive and passive administration, when implemented and effectively operated in alignment with their essence and purpose, can become leading concepts in realizing true popular sovereignty and substantive rule of law.

* Professor(Law School of University of Seoul), Lawyer

**Key Words**: Proactive administration, Passive administration, Duty of diligence, Indemnification, Disciplinary action

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.239 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 우리나라 실물 주민등록증 제도의 개선 연구

이 희 훈*

**논문요지**

우리나라의 주민등록법령상 전 국민들에게 강제적 내지 의무적으로 주민등록증을 발급받게 하는 제도는 개인정보자기결정권을 침해한다는 등의 이유로 위헌적 제도라고 비판하는 일부 소수의 견해들이 있다. 그러나 동(同) 제도는 우리나라의 국방·치안·조세·사회복지 등의 여러 행정사무들을 신속하고 효율적으로 처리할 수 있도록 해 준다는 점에 의하여 타당한 제도라고 판단된다.

다만, 현재 우리나라의 실물 주민등록증의 겉 표면에 여러 중요하고 내밀한 개인정보들인 주민등록번호·상세한 주소·지문 등을 표기해서, 독일 및 일본의 전자적 실물 국가신분증과 비교해 볼 때, 타인에게 거의 무방비 상태로 비교적 쉽게 노출시켜서 각종 범죄 등에 악용될 수 있게 하는 문제점이 있다. 따라서 향후 우리나라는 독일과 일본의 전자적 실물 국가신분증에서처럼 실물 주민등록증 안에 전자적 IC칩을 새롭게 의무적으로 탑재토록 개선한 후에 현재처럼 외부에서 쉽게 알아볼 수 없도록 이러한 전자적 IC칩 안에 여러 중요하고 내밀한 개인정보들인 주민등록번호·상세한 주소·지문 등을 입력해 넣고, 개인의 신분증명이 필요한 경우에 한해서, 암호화된 개인 비밀번호를 통해서 별도의 국가가 공인한 리더기나 판독기를 통해서 개인의 신원을 증명할 수 있는 여러 중요하고 내밀한 개인정보들을 확인해 볼 수 있도록, 향후 우리나라의 주민등록법령상 관련 규정들을 적절히 제·개정할 필요가 있다.

한편 향후 우리나라의 실물 주민등록증을 예를 들면, 독일처럼 전자적 IC칩을 삽입한 후에 그 전자적 IC칩 안에 개인의 여러 중요하고 내밀한 개인식별번호, 상세주소, 지문, 전자서명 등을 내장 내지 수록토록 개선해서, 만약 실물 주민등록증을 오프라인 또는 온라인에서 사용이 필요한 경우에 자동으로 암호화되어 해당 공공기관이나 민간부문에 전송하여 전자적으로 읽혀서 전자적 IC칩 안에 내장된 해당 필요한 여러 개인정보들이 자동적으로 입력되도록 개선해 줘서, 개인이 서면에 일일이 실물 주민등록증의 전자적 IC칩 안에 수록되어 있는 여러 개인정보들을 불편하게 기재하지 않도록, IT 과학기술 사회에서 우리나라의 실물 주민등록증의 편리성과 안전성 및 효율성을 크게 제고시키는 것이 바람직하다.

**검색용 주제어: 개인정보자기결정권, 주민등록법령, 실물 주민등록증, 무작위 개인 식별번호, 전자적 IC칩, 과잉금지의 원칙**

* 선문대학교 법·경찰학과 정교수, 법학박사

• 논문접수: 2024. 07. 10. • 심사개시: 2024. 07. 16. • 게재확정: 2024. 07. 29.

# Ⅰ. 들어가는 말

최근 2023년 12월 8일에 제21대 국회 본회의에서 ‘모바일 주민등록증’의 도입 및 발급 근거를 담은 주민등록법 일부 개정 법률안이 의결되었다. 동법 개정안에서는 인터넷이나 소셜미디어(SNS) 등에서 타인의 주민등록증의 이미지 파일 등을 이용한 개인정보 도용의 피해가 커지고 있는 현실을 반영하여, 만약 다른 사람이 이러한 새로운 ‘모바일 주민등록증’을 포함하여 실물 주민등록증의 사진 등 이미지 파일이나 그 복사본을 법적으로 부정하게 사용할 경우에는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하는 규정을 신설하였다.

이에 따라 다가오는 2024년 12월 27일부터 실물 주민등록증을 발급 받은 사람이 희망하는 경우에는 가까운 주민 센터를 방문하여 무료로 ‘모바일 주민등록증’을 발급 받을 수 있게 된다. 그리고 이러한 ‘모바일 주민등록증’은 본인의 스마트폰에 암호화된 형태로 설치되고, 실물 주민등록증과 같은 효력을 가지며 민원서류의 발급, 금융계좌의 개설 등 여러 다양한 온·오프라인 형태로 그 어디서나 자신의 신분을 증명하는 법적 수단으로 공식적으로 사용할 수 있게 된다. 또한 행정안전부는 이러한 ‘모바일 주민등록증’의 발급 정보는 1명당 1개의 스마트폰의 단말기에만 암호화하여 비교적 안전하게 저장되고, 생체인증 등을 통한 정보 주체의 허가 없이는 열람될 수 없으며, 개인정보의 보호를 위하여 모바일 주민등록증의 유효기간을 두어 3년마다 재발급을 받아야 한다고 밝혔다.[1)]

한편 행정안전부는 어떤 개인이 자신의 스마트폰에 이러한 ‘모바일 주민등록증’을 발급 받은 후에 만약 자신의 스마트폰을 분실하게 될 경우를 대비해서, 만약 이러한 경우가 발생할 경우에는 상시 즉각적으로 적절한 대응조치를 할 수 있도록 모바일 주민등록증 분실 대응 전용 콜센터‘ 및 해당 ’누리집‘을 운영할 예정이라고 밝혔다. 그리고 행정안전부는 이를 통해서 해당 스마트폰의 분실신고 시 즉시 그 사용을 중단시켜서 향후의 어떤 도난과 도용을 예방할 계획인바, 2022년 12월을 기준으로, 약 4,418만 명의 17세 이상의 전체 국민이 사용하는 주민등록증을 주민등록법령상 새로운 모바일 신분증의 형태로 2025년부터 신규 도입 및 시행하게 되어, 모바일 기반의 신원증명 수단이나 형태의 확산에 기여함과 동시에 이를 기반으로 한 여러 다양한 혁신적인 서비스가 개발될 것으로 기대된다고 밝혔다.[2)]

그러나 이렇듯 2024년 말부터 시행될 모바일 주민등록증에 대한 행정안전부의 큰 기대감과는 달리, 이미 지난 2022년 7월부터 시행되고 있는 실물 운전면허증과 별도로 ‘모바일 운전면허증’에 대한 해당 우리나라 국민들의 발급 현황을 살펴보면, 지난 2023년 말을 기준으로 할 때에 총 실물 운전면허증을 보유하고 있는 약 3,200만 명

1) 아시아경제, ‘주민등록증을 휴대폰에 쏙…12월부터, 모바일 주민등록증 시대’, 2024. 5. 30.자.
2) 행정안전부 주민과 보도 자료, “2025년부터 스마트폰에 주민등록증을 담는다.”, 2023. 12. 8. 자.

의 우리나라 국민들 중에서 겨우 약 5.54%인 약 177만여 명 정도만이 새로운 '모바일 운전면허증'을 발급받았을 뿐이다.[3] 이에 비추어 볼 때, 그 이용률이나 활용률은 약 1년 넘는 동안에 막대하게 투입한 세금으로 해당 모바일 활용의 기술 개발에 대한 투입한 거대 비용에 비해서, 그 활용도나 효과성이 매우 저조하거나 극히 낮은 문제점이 있다. 이에 따라, 다가오는 2024년 말부터 새롭게 시행될 '모바일 주민등록증'의 경우에도 막대하게 투입한 세금으로 해당 모바일 주민등록증의 기술 개발에 투입한 거대 비용에 비해서, 그 활용도나 효과성이 매우 떨어질 수 있는 문제점이 발생할 것으로 예상된다. 이에 향후 행정안전부는 현재 우리나라 국민들의 대다수가 사용 중인 실물 주민등록증에 대한 해당 적절한 개선방안을 모색할 필요가 있다.

그리고 최근 우리나라에서 2023년 11월 17일에 공무원의 전용 행정전산망인 '시도 새올행정시스템'과 온라인 민원 서비스인 '정부24'가 마비되어 국민들이 매우 큰 불편과 고충을 겪었던 문제가 발생하였다. 또한 2023년 11월 22일에 전국의 주민센터와 읍·면·동 사무소의 차세대 주민등록정보시스템이 다시 전산상의 장애를 일으켜서, 주민등록증의 재발급과 전입신고 등의 업무가 일시 중단되어 전 국민들이 매우 큰 불편과 고충을 또 겪었다.[4] 이밖에 2023년 11월 24일에 '모바일 신분증 시스템'에 전산상의 심각한 장애가 발생하는[5] 등 최근에 우리나라의 전 국민들이 전산 상의 문제나 온라인의 문제로 국가 신분증과 관련해서 여러 생활상에 매우 큰 불편과 고충을 겪었던 사건이 여러 번 계속해서 발생하였다.[6]

이렇듯, 최근 과학기술이 발달한 IT 사회에서 모바일 형태의 국가신분증은 우리의 일상생활에서 그 편리성에 등의 여러 장점들이 있지만, 이와 반대로 불측의 전산상의 오류나 장애 등이 갑자기 발생하거나 또는 나날이 급속도로 발전하고 있는 해킹 등의 여러 문제들이 불측에 발생하여 우리의 일상생활에 매우 큰 불편이나 고충을 초래할 수 있는 여러 문제점들도 동시에 가지고 있음을 결코 부정하거나 경시할 수는 없다.

이에 우리나라 국민들의 대다수가 여전히 사용하고 있는 주민등록법령상 실물 주민등록증의 겉 표면에 현재처럼 국민 개개인의 생년월일과 성별 및 출생 지역과 출생지에서 당일 신고한 같은 성씨의 출생 접수 신고 등의 여러 내밀한 개인정보들을 내포하고 있는 주민등록번호 및 상세 주소와 주소의 변경 내역 및 지문(보통은 우무인) 등을 의무적으로 기재해서 타인이 쉽게 이러한 실물 주민등록증에 표기된 여러 중요하고 내밀한 개인정보들을 쉽게 보거나 인지할 수 있도록 하여, 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유 규정으로부터 도출되는 헌법상 개인정보자기결정권[7] 등을 침

3) 굿모닝경제, '1년 앞으로 다가온 '모바일 주민등록증' 시대…개인정보보호에는 문제없나.', 2024. 02.23.자.
4) 전자신문, "불안한 행정 민원 전산망…20분간 민원 업무 중단", 2023. 11. 22.자; 조선일보, "이번엔 주민등록 시스템… 이틀 만에 행정 전산망 또 장애", 2023. 11. 23.자; 디지털데일리, "22일 20분간 또 행정망 장애…행안부, 지방행정전산시스템 장애와는 별개, 2023. 11. 23.자.
5) 이투데이, "일주일 새 4번째 전산장애…모바일 신분증 시스템 장애", 2023. 11. 24.자; 조선일보, "또 정부 전산망 먹통 … 모바일신분증 웹사이트·앱 모두 장애", 2023. 11. 24.자.
6) 연합뉴스, "행정전산망 도대체 왜 이러나…일주일새 벌써 '4번째' 전산장애", 2023. 11. 24.자.
7) 이러한 헌법상 개인정보자기결정권의 성립 배경과 의미 및 그 도출 근거와 구체적인 내용 등에 대해서 자세한 것은 권건보,「개인정보보호와 자기정보통제권」, 경인문화사, 2005,

해할 수 있는 문제점을 적절히 개선할 필요가 있다. 그리고 최근 우리나라 주민등록법령의 개정에 의해서 새롭게 도입 및 시행될 모바일 주민등록증이 불측의 전산상의 오류나 장애 등이 갑자기 발생하거나 또는 나날이 급속도로 발전하고 있는 불측의 해킹 기술 등에 의하여 많은 국민들의 피해가 발생할 수 있는 문제점에 대하여, 이와 관련된 우리나라의 주민등록법령상 여러 바람직한 입법적 개선방안들을 새롭게 연구할 필요가 있다.

따라서 이하에서는 먼저 우리나라의 주민등록법령상 주민등록증 제도의 주요 제·개정 내용들에 대한 주요 연혁 및 법적 검토를 한다(이하 Ⅱ). 그리고 우리나라의 실물 주민등록증 제도의 향후 여러 바람직한 개선방안들에 대하여 우리나라에 가장 많은 시사점을 주고 있는 독일과 일본에서의 국가 신분증 제도에 대한 주요 입법례 및 시사점을 검토한다(이하 Ⅲ). 또한 우리나라의 실물 주민등록증 제도의 문제점과 향후 바람직한 여러 입법적 개선방안들을 고찰한다(이하 Ⅳ). 끝으로 결론에 해당하는 맺는 말 부분에서는 이상에서 살펴본 주요 내용들을 종합적으로 요약·정리하여 제시한다(이하 Ⅴ).

## Ⅱ. 우리니라 주민등록증 제도의 주요 연혁 및 검토

### 1. 주요 연혁

먼저 근대적 의미에서 우리나라의 주민등록증 제도는 1942년의 '조선 기류령(朝鮮寄留令)'에서 시작되었다. 여기서, '기류'란, 개인의 본적지 이외의 곳에 주소를 두는 것을 의미한다. 과거 우리나라의 일본 강점 시기 때에 본적지를 이탈하여 90일 이상 다른 곳에 거주할 경우에 반드시 거주 신고를 의무화 한 후에 이를 위반 시 강하게 처벌했었다. 그리고 개인의 신분과 주거지를 의무적으로 신고토록 하여 일본이 과거 조선인의 인구 동태를 파악한 '조선 기류령'은 일본으로 강제징용이나 징병 등의 식민지의 수탈 등을 효율적으로 행하기 위해서 마련되었다. 이후 우리나라가 일본으로부터 해방을 한 후, 1947년에 미군정이 수많은 우리나라 사람들의 유입과 이동을 파악하기 위해서 주민등록증 제도를 시행하려고 시도했었지만, 그 당시 자유를 억압하는 것이라는 강한 반대 지적에 따라 결국 이 때에는 시행되지 못하였다. 이후 1949년에 제주도에서는 이른바 '양민증'이 발급되었다. 이러한 '양민증'에는 이름, 나이, 성별, 주소가 기록되어 있었으며, 제주 4·3사건 당시에 일반인들에게 발급되었다. 그리고 이러한 '양민증'이 없으면 안전이 보장되지 않았다. 또한 우리나라가 6·25 전쟁 중에는 주민등록증 제도의 전신이라고 할 수 있는 '시·도민증' 제도를 전국적으로 시행하였다. 이 '시·도민증'은 각 시·도의 규칙에 따라서 18세 이상의 국민들에게 발급

1-350면; 권영성,「헌법학원론」, 법문사, 2009, 452-456면; 김철수,「헌법학신론」, 박영사, 2013, 716-717면; 성낙인,「헌법학」, 법문사, 2022, 1424-1437면; 이희훈, "개인정보자기결정권과 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 개정안에 대한 연구",「입법학연구」제14집 제1호(2017. 2), 125-136면; 전광석,「한국헌법론」, 집현재, 2023, 349-355면; 전상현, "개인정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호영역",「저스티스」제169호(2018. 12), 5-36면; 허영,「한국헌법론」, 박영사, 2015, 408-409면.

하였고, 이 안에는 본적, 출생지, 주소 등이 수록되었다. 그리고 이 때에 이러한 '시·도민증' 이외에도 거주지와 식품을 지원받기 위하여 꼭 필요했었던 '피난민 증명서', 한강을 건널 수 있도록 발급되었던 '한강 도강증', 장티푸스가 유행하는 지역을 오갈 때에 필요한 '장질부사 접종증' 등과 같은 증명서도 각각 필요한 경우에 발급되었다. 이처럼 우리나라의 건국 헌법 때에는 현재 사용되고 있는 여러 중요하고 내밀한 여러 개인정보들이 겉 표면에 수록되어 있는 주민등록증 제도는 없었다.[8)]

그러던 중, 1962년 5월에 국가재건최고회의에서 우리나라에 이미 존재하였던 1가구별 1용지의 기류부에 본적지 이외의 일정 장소에 30일 이상 주소나 거소를 정한 자에 대하여 신고를 부과하는 기존의 기류법[9)]을 없애는 대신에 주민의 거주관계를 파악하고 상시로 인구동태를 명확히 하기 위한 법률 제1067호로 주민등록법을 제정하였다. 그러나 이때에는 주민등록증 제도 자체는 없었고, 1968년 5월에 법률 제2016호로 주민등록법이 개정되면서 개인의 신분을 증명해 줄 수 있는 국가 행정상의 기초 자료로 활용할 수 있도록, 우리나라에서 최초로 주민등록법령상 주민등록증 제도가 전격 도입되었다.[10)] 다만 이때의 주민등록증은 세로 모양의 종이 재질이었고, 18세 이상의 국민들에게 발급해 주었으며, 주민등록증의 앞면에는 성명, 사진, 지금과 달리 12자리의 주민등록번호[11)], 생년월일, 발급일자, 발급기관장, 병역사항, 병역특기번호, 본적, 주소, 주민등록증의 소지의무 안내, 타인의 주민등록증의 습득 시 안내문을 기재토록 규정하였다. 그리고 그 뒷면에는 좌·우무인, 주소변경사항, 직업을 기재토록 규정하였다. 한편 이때에는 국민들에게 주민등록중의 발급을 강제하지는 않았지만, 이후 1970년에 주민등록법 제2차 개정에 의하여 국민들에게 주민등록증의 발급을 강제화하여 법적으로 주민등록증의 발급 의무를 부과하였고, 경찰에게 주민등록증의 제시 요구를 할 수 있도록 개정하였다.[12)]

다음으로 1975년 7월에 법률 제2777호로 주민등록법이 개정되면서 17세에 주민등록증을 발급받게 하였고 이를 위반 시 과태료를 부과하는 규정을 신설하였다. 이 때의 주민등록증의 앞면에는 성명, 사진, 현재와 같은 13자리의 주민등록번호,[13)] 생년월일, 발급일자, 발급기관장, 병역사항, 병역특기번호, 본적, 주소, 주민등록증의 소지의무 안내, 타인의 주민등록증의 습득 시 안내문을 기재하였다. 그리고 그 뒷면에는

---

8) 행정안전부 국가기록원, '기록으로 만나는 대한민국: 대한민국 국민임을 증명한다.', https://theme.archives.go.kr/next/koreaOfRecord/identityCard.do.

9) 이러한 '기류법'에 대해 자세한 것은 이타가키 류타; 송태욱 역, "제국의 신민관리 시스템: 과거와 현재", 「당대비평」 제6권 제3호(2002. 9), 176-181면.

10) 대한민국 국회사무처,「국회사 제7대 국회」, 1976, 244면.

11) 이때에 박정희 대통령의 주민등록번호의 뒷자리는 '100001'이었고, 육영수 여사는 '200001'이었다. 이와 같은 주민등록증 제도는 1968년 1월 21일 북한 특수부대인 124군부대 소속 무장 게릴라 31명이 청와대를 습격한 일에서 시작되었다. 행정안전부 국가기록원, '기록으로 만나는 대한민국: 대한민국 국민임을 증명한다.'

12) 이렇게 법령을 개정한 이유는 치안 상 필요한 특별한 경우에 주민등록증을 제시하도록 하여, 간첩이나 불순분자를 용이하게 식별, 색출하여 반공태세를 강화하기 위해서였다. 행정안전부 국가기록원, '기록으로 만나는 대한민국: 대한민국 국민임을 증명한다.'

13) 참고로, 13자리 주민등록번호 중에서 앞의 6자리는 생년월일, 뒷부분 7자리는 성별과 지역코드, 검증번호로 이루어진다. 뒷부분 7자리 맨 앞부분은 성별을 나타내는데 1은 남자, 2는 여자이다. 2000년 출생자부터는 남자는 3, 여자는 4를 부여받았다. 그 다음 네 개의 숫자는 지역코드, 즉 출생신고지역, 출생신고 당일 접수 순서를 표시하고 있다. 맨 마지막 숫자가 '검증번호'로 생년월일을 포함한 앞 12개 숫자 모두를 특정한 공식에 대입해서 산출한다. 행정안전부 국가기록원, '기록으로 만나는 대한민국: 대한민국 국민임을 증명한다.'

좌·우무인, 주소변경사항, 직업을 기재하였다. 이후 1977년에 주민등록법의 제4차 개정 시 주민등록증을 발급받지 않는 경우에는 소정의 형사처벌을 부과하는 규정을 신설하였다.

그리고 1980년 12월에 법률 제3330호로 개정된 주민등록법 제17조의8 제6항에 의해 17세 이상의 주민등록증을 발급받은 자는 상시 주민등록증을 소지토록 강제하였고, 동법 제17조의8 제7항에 의해 만일 주민등록증을 분실한 경우에는 그로부터 7일 이내에 시장이나 군수에게 신고하여 주민등록증을 재발급 받을 수 있도록 신청하는 규정을 두었다.

또한 1983년 10월에 주민등록법령을 개정하여, 이전에 세로 모양의 주민등록증을 가로 모양으로 변경하였고, 본적이나 호주가 변경되면 매번 주민등록증을 재발급 받도록 했었던 것을 새롭게 해당 주민등록증의 뒷면에 본적이나 호주의 변경 내용만 수정하여 기재토록 개정하였다, 그리고 이때에 주민등록증에 생년월일을 기재했던 부분을 삭제하였고, 지문도 우무인만 날인토록 개정하였다. 즉, 이 시기의 주민등록증의 앞면에는 성명, 사진, 13자리의 주민등록번호, 본적, 주소, 병역사항, 호주의 성명, 발급일자, 발급기관장을 기재하였다. 그리고 그 뒷면에는 주민등록증의 내용변경사항, 병역특기번호, 우무인, 타인의 주민등록증의 습득 시 안내문을 기재하였다.

그리고 1999년 9월에 법률 제5987호로 종이 재질의 주민등록증의 기재 사항을 쉽게 위조하거나 변조하는 것을 방지하기 위해서 플라스틱 재질의 주민등록증으로 일제히 갱신을 하게 되었고, 이 시기의 주민등록증에는 그 이전의 주민등록증에 존재하였던 호주의 성명과 병역사항의 부분을 삭제하여 그 앞면에는 성명(단, 한글 이외에도 한자 병기 포함), 사진, 13자리의 주민등록번호, 발급일자, 발급기관장이 각각 기재되어 있었고, 그 뒷면에는 주소변경사항, 지문, 타인의 주민등록증의 습득 시 안내문이 각각 기재되었다.

또한 우리나라에서 2014년 초에 대량으로 신용카드에 대한 개인정보들이 유출되는 사건이 발생하여, 이렇게 유출된 개인의 주민등록번호들이 각종 범죄에 악용되는 등의 많은 피해가 속출하였다.[14] 이러한 주민등록번호에 의한 개인정보의 대량 유출 사태 때문에 2015년 12월 23일에 헌법재판소는 주민등록법 제7조 제3항 등에 대한 헌법불합치 결정을 내리면서 주민등록법령상 주민등록번호 제도를 개선할 것을 판시하였다.[15] 이에 2016년 5월 29일에 법률 제14191호로 주민등록법 제7조의 2 제1항과 제2항과 제7조의3 제1항～제3항 및 제7조의 4 제1항～제5항이 각각 개정되었다. 그 주요 개정 내용들을 살펴보면, 주민등록번호가 유출된 경우에 한해서 총 13개의 주민등록번호 숫자들 중에서 앞의 6개 숫자 및 성별을 나타내는 뒤의 1번째 숫자를 제외한 주민등록번호의 뒤에 2～7번째까지 총 6개의 주민등록숫자만 수정을 할 수 있도록 개정하였다. 이러한 주민등록번호의 변경은 읍·면·동 주민센터에서 주민등록번호의 변경신청서를 작성 및 제출하면 행정안전부 안에 새롭게 설치된 '주민등록번호 변경위원회'에서 사실조사, 검토, 심사를 거쳐서 의결해 주고, 그 해당 주민등록번호의 변경 여부의 결과를 통보 받은 시·군·구가 신청인에게 통지하도록 개정하였다. 그리고 주민등록번호 변경 신청서를 제출할 때에 주민등록번호를 유출한 금융기관과 사업체 등의 개인정보처리자로부터 유출 확인서를 발급받아 첨부해야 하고, 주민등

14) 연합뉴스, "개인정보 유출' 농협·국민·롯데카드 유죄…관리소홀 책임", 2016. 7. 15.자. 등.
15) 헌재 2015. 12. 23, 2013헌바68·2014헌마449(병합) 결정.

록번호의 변경 신청인 스스로가 자신의 주민등록번호가 유출된 사실을 행정기관에 증빙해야 하며, 주민등록번호 변경 신청자가 유출확인서의 발급을 요청하면 기업 등 해당 기관들은 이를 무료로 발급해 주도록 개정하였다. 또한 주민등록번호의 변경을 위해서 유출에 따른 피해와 피해 우려를 입증할 수 있는 자료도 첨부해야 하고, 주민등록번호 변경 신청자의 신체상 피해의 경우에는 진단서와 검안서, 증명서, 처방전, 진료기록부, 간호기록부 등을 첨부하도록 개정하였고, 주민등록번호 변경 신청자의 재산상 피해의 경우에는 금융거래 내역에 관한 자료 등을 첨부하도록 개정하였다. 이밖에 범죄 경력의 은폐와 탈세 등을 목적으로 주민등록번호를 수정 또는 변경하지 못하도록 하기 위해서, '주민등록번호 변경위원회'가 해당 주민등록번호의 신청자에 대한 전과경력이나 신용정보조회 및 수사경력과 체납기록, 출입국기록, 해외이주신고, 금융정보 등을 확인하도록 하는 규정을 신설하였다.[16]

그리고 2020년 1월 1일부터 주민등록법령상 새롭게 발급하고 있는 플라스틱 재질의 주민등록증에는 이름과 주민등록번호 부분에는 오돌토돌한 촉감이 만져지도록 개선하였고, 이러한 주민등록증의 왼쪽 상단에는 빛의 방향에 따라 금색과 녹색으로 색상이 변하는 태극문양을, 하단에는 보는 각도에 따라 사진과 생년월일이 나타나는 다중레이저 이미지를 적용하는 등 여러 다양한 컴퓨터 보안요소들을 적용하였고, 지금까지 계속 이어져 오고 있다.

또한 2022년 1월 11일에 주민등록법의 주요 개정 내용을 살펴보면 다음과 같다. 주민등록에 관한 사무는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 자치구의 구청장(이하에서 "시장·군수 또는 구청장"으로 줄임)이 관장토록 개정하였다. 주민등록번호 변경위원회는 동법 제7조의 4 제2항에 따른 청구를 받은 날부터 90일 이내에 심사·의결을 완료해야 하고 그 결과를 해당 주민등록지의 시장·군수 또는 구청장에게 원칙적으로 통보하도록 개정하였다. 국가기관, 지방자치단체, 공공단체, 사회단체, 기업체 등에서 해당 업무를 수행할 때에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 17세 이상의 자에 대하여 성명·사진·주민등록번호 또는 주소를 확인할 필요가 있으면 증빙서류를 붙이지 아니하고 원칙적으로 개인의 주민등록증을 확인해야 하는 것으로 개정하였다.

이후 2023년 6월 20일에 새로운 형태의 모바일 주민등록증의 발급 근거를 담은 '주민등록법' 개정안이 국무회의를 통과하였고, 약 1년 동안의 준비 및 계도 기간을 거쳐 2024년 말부터 이러한 모바일 주민등록증을 발급 및 사용할 수 있을 것이라고 밝혔다. 이러한 휴대전화에 저장되는 새로운 형태의 모바일 주민등록증은 현재 플라스틱 재질의 실물 주민등록증과 동일한 법적 효력을 지니고 있어서, 성년 확인이 필요한 때는 물론이고 민원서류를 발급할 때, 은행에서 계좌를 개설하거나 대출을 신청할 때도 신원 증명용으로 사용할 수 있다. 그리고 스마트폰의 분실을 대비해서 전용 콜센터와 누리집을 운영할 예정이고, 스마트폰의 분실신고 시 즉시 해당 모바일 주민등록증의 사용을 중단시켜서 도난과 도용을 최대한 예방할 예정이다.[17]

이밖에 2023년 12월 26일에 주민등록법이 개정되었는바, 그 주요 개정 내용들을

16) 본 논문의 Ⅱ-1번 중에서 주민등록증 제도의 1962년부터 2014년에 주민등록법의 개정 부분까지의 연혁 상 주요 내용들은 이희훈, "주민등록법상 주민등록번호 제도의 헌법적 문제점과 개선방안",「법학논문집」제40집 제3호(2016. 12), 44-45면.

17) 한겨레, "55년 만에 지갑→스마트폰…모바일 주민등록증, 내년 하반기 발급", 2023. 6. 21.자.

살펴보면 다음과 같다. 주민등록법상 열람 또는 등·초본교부기관의 장은 개인이 제한신청을 한 경우에는 그 제한대상자(이하에서 “제한대상자”로 줄임)에게 가정폭력피해자 등의 주민등록표 열람을 하지 못하게 하거나 등·초본을 교부하지 아니하는 제한조치를 할 수 있다. 이 경우에 그 사유를 제한대상자에게 서면으로 알려야 하고, 열람 또는 등·초본 교부기관의 장은 그 제한대상자가 가정폭력피해자 등의 주민등록표 초본의 열람을 하지 못하게 하거나 교부하지 아니하는 제한조치를 할 수 있다. 이 경우에 그 사유를 제한대상자에게 서면으로 알려야 한다. 다만, 열람 또는 등·초본교부기관의 장은 주민등록표의 열람 또는 등·초본의 교부 제한을 신청한 사람이 제한대상자에 대하여 이러한 제한조치를 하지 말 것을 시장·군수 또는 구청장에게 신청하는 경우와  그 밖에 대통령령으로 정하는 불가피한 사유가 있는 경우 중에서 어느 하나에 해당하는 사유가 있을 때에는 행정안전부령으로 정하는 바에 따라 이러한 제한대상자에 대하여 주민등록표를 열람하게 하거나 등·초본을 교부할 수 있도록 개정하였다.[18]

## 2. 검토

먼저 위의 Ⅱ-1번에서 살펴본 것처럼, 우리나라에서 주민등록증의 발급을 강제화·의무화한 후에 해당 주민등록증을 경찰이 개인의 신분을 확인하는 용도로 사용토록 법제화하였던 1970년의 제2차 주민등록법의 개정 시에 주민등록법 개정안에 대해서는 주민등록증과 주민등록표에 개인의 중요하고 내밀한 생체 정보인 지문을 날인하고 그 이용과 보관 등에 대해서 전혀 명시적으로 규정하지 않은 채 시행되었으므로, 이는 헌법상 ‘법률유보의 원칙’에 위반되는 문제점이 있었다고 평가된다.

다음으로 2016년 5월 29일에 법률 제14191호로 주민등록법 제7조의 2 제1항과 제2항, 동법 제7조의3 제1항과 제2항 제3항, 동법 제7조의 4 제1항부터 제5항에서 주민등록증의 겉 표면에 표기되어 있는 주민등록번호가 유출된 경우에 한하여, 기존 주민등록번호의 지역번호와 등록순서 등 주민등록번호 뒤의 2번째부터 7번째까지 총 6자리의 숫자만 변경이 가능하도록 규정하였고, 주민등록번호의 생년월일과 성별을 표시하는 앞의 6자리와 뒤 1번째 성별을 나타내는 자리의 숫자는 변경되지 않도록 개정되었다. 이렇게 해당 주민등록번호가 그 불측의 유출로 인한 피해 발생 등의 일정한 요건 하에서만 주민등록법상 그 변경이 예외적으로 가능해지기 전까지, 동법에서 불측의 주민등록번호의 유출로 인한 피해 등에 대한 예외적인 고려 없이 주민등록번호의 변경을 일체 전면적으로 허용하지 않았던 것은 우리나라 국민들의 개인정보자기결정권을 과도하게 침해한다는 점에서, 헌법상 과잉금지의 원칙 중에서 최소침해의 원칙과 법익 균형의 원칙에 저촉되는 문제점이 있었다고 판단된다.

그리고 과거 종이 재질이나 현재처럼 플라스틱 재질의 실물 주민등록증의 겉 표면에 해당 주민등록증을 발급받는 개인의 성명, 사진, 주민등록번호, 상세한 주소와 주소의 변경 내역, 지문 등 여러 중요하고 내밀한 개인정보들을 타인들이 비교적 쉽게

18) 본 논문의 Ⅱ-1번 중에서 주민등록증 제도의 2020년부터 2023년에 주민등록법의 개정 부분까지의 연혁 상 자세한 주요 내용들에 대해서는 이희훈, “주민등록법령상 주민등록증 제도에 대한 입법평가 -주민등록번호 제도를 겸하여-”,「입법평가 ISSUE PAPER」제24-13-④호(2024. 6), 13-16면.

알아보거나 인지할 수 있어서 각종 범죄에 악용될 수 있도록 의무적·강제적으로 수록 내지 기재토록 하고 있는 점에서 헌법상 개인정보자기결정권 등을 침해할 수 있는 문제점이 있다고 검토된다.[19]

또한 향후 2024년 12월 말부터 시행되는 모바일 주민등록증은 항상 언제나 불측의 전산상의 오류나 고장 등에 의해서 필요시 모바일 주민등록증을 사용할 수 없게 되어 생활상의 불편함을 초래할 수 있는 문제점이 있고, 급속도로 나날이 발전하고 있는 불측의 해킹 기술에 의하여 해킹 피해 등을 겪을 수 있는 문제점이 있다고 생각된다.[20]

## Ⅲ. 독일과 일본의 국가 신분증에 대한 주요 입법례와 시사점

### 1. 독일과 일본의 국가 신분증에 대한 주요 입법례

#### (1) 독일[21]

독일은 2010년 11월 1일부터 실물 형태의 국가신분증 안에 전자적 IC칩을 탑재 내지 삽입한 '전자신분증(eID)'을 발급하기 시작하였다.[22] 이에 대하여 독일은 '신분증 및 전자신분증명에 관한 법률(Gesetz über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis)'의 제1조 제1항에 의하여, 독일 기본법 제116조 제1항에 해당되는 독일인은 16세가 되어 신고를 해야 되는 경우 및 이러한 신고의무 없이 독일에 거주하는 자는 즉시 유효한 실물 형태의 국가신분증 안에 전자적 IC칩이 내장된 전자신분증(이하에서 "독일의 전자신분증"으로 줄임)을 소지할 의무가 있고, 이러한 독일의

---

19) 이러한 주민등록증의 여러 내밀하고 중요한 개인정보들의 외부 노출이 쉬워 범죄자 또는 제3자에게 쉽게 유출되어 개인정보자기결정권을 침해할 수 있는 그동안의 여러 다양한 사례들과 통계자료들 및 문제점과 개선방안 등에 대해 자세한 것은 권건보, "주민등록번호 제도의 문제점과 개선방안",「공익과 인권」제1권 제2호(2004. 8), 23-43면; 김일환, "주민등록번호의 위헌성 여부에 관한 고찰",「헌법학연구」제11권 제3호(2005. 9), 303-336면; 김주영, "주민등록법의 개정방향에 관한 소고-주민등록번호 변경제도를 중심으로-",「헌법학연구」제22집 제2호(2016. 6), 71-109면; 이희훈, "주민등록번호에 대한 헌법적 고찰 - 개인정보자기결정권의 침해를 중심으로-",「토지공법연구」제37집 제1호(2007. 8). 386-391면: 이희훈, "전자주민증 도입의 주민등록법 개정안에 대한 헌법적 평가 - 정부 제출안의 문제점과 개선방안을 중심으로-",「법학연구」제22집 제3호(2012. 9), 11-27면; 이희훈, 앞의 논문(주 16), 44-62면.

20) 이에 대하여 자세한 것은 이희훈, "주요 선진국들의 신분증과 개인식별번호체계 및 개인정보 보호의 시사점",「방송통신법 포럼, 월례발표회 자료집」2023년 10월호(2023. 10), 4-5면.

21) 이희훈, 앞의 논문(주 18), 20-21면.

22) 독일에서는 원래부터 실물 국가신분증의 겉 표면에 우리나라의 주민등록증의 겉 표면에 여러 중요하고 내밀한 주민등록번호 및 상세 주소와 지문 등을 수록 내지 기재토록 의무화·강제화 하지 않아서, 과거 독일의 실물 국가신분증으로부터 우리나라처럼 불측에 여러 개인정보들이 유출되어 각종 범죄에 비교적 쉽게 악용되는 문제점은 크게 발생하지 않았다. 그럼에도 불구하고, 독일은 IT 과학기술 사회에 발맞추어 한층 더 개인정보자기결정권을 보호해 주기 위해서 최근 독일의 실물 국가신분증 안에 전자적 IC칩을 새롭게 탑재한 후에, 그 전자적 IC칩 안에 여러 중요하고 내밀한 주민등록번호 및 상세 주소와 지문 등을 수록 내지 기재할 수 있도록 개선하였다. 이에 우리나라의 주민등록증 제도에 의한 개인정보자기결정권의 침해 최소화를 위한 향후 개선방안에 대하여 많은 시사점을 주고 있다.

전자신분증 소지자는 독일 관청에서 요청할 경우에 개인의 신원을 확인하고 개인의 얼굴을 전자신분증에 있는 사진과 비교할 수 있게 해당 권한을 부여받은 기관에 이를 제시하도록 규정하고 있다.

동법 제5조 제2항에 의하여, 독일의 전자신분증을 발급한 관청 정보, 발급일, 유효기간, 전자신분증과 전자신분증의 리더기나 판독기 간에 통신할 경우에 권한이 없는 접근을 방지 내지 차단하기 위해서 임의로 부여한 6개의 숫자인 접속 번호, 이름, 박사학위(소지자에 한함), 생년월일, 출생지, 사진, 서명, 신장(키), 눈동자 색깔, 주소, 국적, 전자신분증의 일련번호, 종교적 예명(소지자에 한함), 지문(선택사항)을 수록하도록 규정하고 있다. 다만, 이중에서 이름, 박사학위(소지자에 한함), 생년월일, 출생지, 주소, 종교적 예명(소지자에 한함), 지문(선택사항)은 독일의 전자신분증의 전자적 IC칩 안에 내장하도록 규정하고 있다.

동법 제18조 제1항에 의하여 16세 이상의 독일의 전자신분증 소지자는 본 전자신분증명을 이용하여 각종 공공기관 및 비 공공부문(민간부문)에서 전자적으로 본인임을 증명할 수 있도록 규정하고 있고, 동법 제18조 제2항에 의하여 전자신분증명은 오프라인 현장에서 서면으로 일일이 기재하지 않고 암호화 절차를 통하여, 독일의 전자신분증의 전자적 IC칩 안에 저장되어 있는 이름과 생년월일 및 주소 등의 여러 필요한 개인정보들을 해당 리더기나 판독기를 통하여 전자적으로 자동으로 매우 편리하게 읽혀지거나 입력될 수 있도록 전송하는 규정을 두고 있다.

동법 제21조 제1항에 의하여 온라인상에서 전자신분증명을 해야 할 경우에는 해당 온라인 서비스 제공업자는 독일의 전자신분증 소지자에게 전자신분증명에 필요한 여러 개인정보들을 요청하려면 관할 관청에서 인정한 허가증을 구비해야 하고, 관할 관청은 언제든지 공개된 정보통신망을 통하여 해당 허가증을 사용할 수 있도록 해주어야 하며, 동법 제21조 제3항에 의하여 이러한 온라인 서비스 제공업자의 허가기간은 3년 동안 해당 목적 범위 안에서만 사용할 수 있고, 이를 요청 시 재연장을 할 수 있도록 규정하고 있다. 이러한 온라인상에서 온라인 서비스 제공업자가 독일의 전자신분증 소지자에게 요청하는 여러 개인정보들에 대해서는 독일의 전자신분증 소지자가 6개의 임의적 숫자인 접속 번호를 입력하면 여러 개인정보들이 온라인 서비스 제공업자가 전자적으로 읽을 수 있게 암호화하여 전송토록 하고 있다.

동법 제24조 제1항과 제2항에 의하여 독일의 전자신분증에 수록된 정보를 사용할 수 있는 여러 요건들을 규정하고 있고, 동법 제16조 제2항에 의하여 해당 독일의 전자신분증으로부터 수집된 정보는 그 전자신분증의 진위 여부나 그 전자신분증 소지자의 신원 확인이 완료된 후에는 즉시 삭제해야 한다고 규정하고 있다.

### (2) 일본[23]

일본은 2016년 이전까지 매우 놀랍게도 우리나라의 주민등록증 제도와 주민등록번호 제도처럼 일본 정부에서 전 일본 국민을 대상으로 하는 실물의 국가신분증과 전

23) 우리나라에서 최초로 이러한 일본의 '마이 넘버 제도'의 도입 배경과 목적 및 그 법적인 주요 내용들과 시사점 및 향후 우리나라 주민등록제도의 여러 개선방안들에 대하여 자세한 연구로는 이희훈, "일본 마이 넘버 제도의 개인정보 보호에 대한 시사점 연구",「비교법 연구」제17집 제3호(2017. 12), 263-294면.

국민들을 대상으로 하여, 1개의 단일한 통합적인 개인식별번호를 발급해 주는 제도가 없었다. 따라서 2016년 이전까지 일본에서는 개인이 사회의 각 영역에서 본인의 신원을 확인시켜주고 증명하는 수단으로 여권, 학생증, 면허증 등에 기재되어 있는 각 영역별 개인식별번호와 신분증을 매우 오랫동안 사용해 왔다.

이렇듯 일본은 2016년 이전까지 개인의 내밀한 여러 개인정보들을 강하게 보호하겠다는 명분하에 개인의 신원확인에 매우 오랜 시간이 걸리는 등의 매우 불편함과 고충을 감수하면서까지 우리나라의 주민등록증과 같은 단일한 국가신분증이 아닌, 일일이 개인의 여권이나 학생증 또는 면허증 등을 개인의 신원 확인 증명서로 사용해 왔다. 그러던 중에 지난 아베 내각에서 2016년 1월부터 새롭게 일본의 여러 각 행정기관이나 지방자치단체 등에서, 개인이 필요한 해당 행정 업무 등을 신청할 때에 제출했었던 각종 개인 신원확인을 위한 첨부되는 여러 해당 증명 서류들을 대폭 줄여서, 개인의 신원 확인을 위한 개인의 식별에 필요한 개인정보를 상호 대조하거나 기록 또는 입력 하는 등에 걸리는 불필요하게 길었던 시간이나 노동력을 대폭 줄이고, 각종 신원 확인에 필요한 각종 행정 처리의 업무 시 소요되는 까다로운 해당 업무의 절차를 훨씬 간소화해 줘서, 일본 국민들에게 개인 본인의 신원을 확인하기 위한 개인정보를 확인하고 증명하기 위한 각종 행정 서비스를 그 이전보다 훨씬 신속하고 편리하며 저렴한 비용으로 제공 받을 수 있도록 하기 위하여, 우리나라의 주민등록법상 주민등록번호와 같이 일본 국민에게 1개의 단일한 통합적인 개인식별번호인 정부 부여의 '마이 넘버(내 번호)' 제도를 '행정절차상 개인식별을 위한 번호 이용 등에 관한 법률'에 근거하여 전격적으로 시행하였다.

동법에 근거한 마이 넘버 제도의 중요한 내용들만 살펴보면 다음과 같다. 먼저 동법 상 일본의 '마이 넘버 카드'의 수록 내지 기재사항으로는 성명, 성별, 생년월일, 사진, 마이 넘버, 주소, 유효기간이고, 마이 넘버 카드에 내장된 전자적 IC칩 안에는 해당 인증서와 비밀번호를 수록하도록 규정하고 있다. 그리고 신규 발급된 마이 넘버 카드의 재질은 PVC이고, 마이 넘버 카드의 위조나 변조를 방지하기 위하여 전자신분증 형태로 전자적 IC칩을 내장하여 전자신분증을 운영하고 있다.

다음으로 동법 상 일본의 마이 넘버 카드의 전자적 IC칩 안에 수록되는 인증서의 종류는 크게 두 가지이다. 첫째, '소지자 전자서명용 인증서'는 인터넷을 통한 전자문서의 생성 및 제출을 할 때 활용된다. 예를 들면, e-Tax 등 전자신청서의 제출 시 또는 온라인뱅킹 등 사적 온라인 거래를 위한 등록 시에 사용된다. 둘째, '사용자 공적인증용 인증서'는 웹사이트나 편의점에서 다용도 단말기를 통한 로그인 등을 할 때 활용된다. 예를 들면, '개인정보 공동기록 폐쇄시스템' 등의 정부 웹사이트에 로그인을 할 때나 온라인뱅킹 등의 사적인 웹사이트에 로그인을 할 때나 편의점에서의 개인 신원 증명 서류 발급 서비스 등과 같은 곳들에서 사용된다. 이러한 마이 넘버 카드의 전자적 IC칩 안의 인증서의 인증 방법으로는 다음과 같은 두 가지의 핀(Pin)을 설정할 필요가 있다. 첫째, 해당 마이 넘버 카드 소지자의 전자서명용 인증서에 대한 인증 시 사용되는 비밀번호 6자리는 영문 대문자와 숫자의 조합만 허용된다. 둘째, 사용자 공적인증용 인증서에 대한 인증 시 사용되는 비밀번호 4자리는 숫자 조합만 허용하고 있다.

그리고 동법 상 일본의 마이 넘버 카드의 전자적 IC칩 안의 인증서의 비밀번호를 설정하는 절차로는 최초로 초기화된 비밀번호를 시·구·정·촌(市·區·町·村)에서 개인

의 핀(Pin)으로 변경하여 설정하고, 핀(Pin)의 변경은 온라인 및 시·구·정·촌 사무소에서 가능하며, 비밀번호의 분실 또는 5회 이상의 오류에 의한 마이 넘버 카드의 잠금 시에는 온라인으로 해제가 불가능하도록 하고 규정하고 있다. 그리고 반드시 해당 시·구·정·촌 사무소를 개인이 직접 방문하여 마이 넘버 카드의 전자적 IC칩 안의 잠금 해제를 할 수 있도록 규정하고 있으며, 만약 이러한 마이 넘버 카드를 분실할 경우에는 그 무단 도용을 방지하기 위해서 언제나 365일 24시간 콜센터를 운영하고 있고, 즉시 마이 넘버 카드의 사용을 중지할 수 있도록 운영하고 있다.

## 2. 시사점

위의 Ⅲ-1번에서 살펴본 것에 비추어 볼 때, 향후 우리나라의 주민등록법상 주민등록증 제도의 바람직한 입법적 개선을 위한 여러 중요한 시사점들을 제시하면 다음과 같다.

먼저 독일은 비록 우리나라 주민등록증에서 보다 상대적으로 양적으로는 많은 여러 개인정보들을 기재 내지 수록하도록 규정하고 있지만, 우리나라의 실물 주민등록증과는 달리 독일의 전자신분증의 겉 표면에 전자적 IC칩을 삽입하여 그 전자적 IC칩 안에 개인의 여러 중요하고 내밀한 박사학위(소지자에 한함), 생년월일, 출생지, 상세 주소, 종교적 예명(소지자에 한함), 지문(선택사항)을 내장하도록 규정하고 있어서, 우리나라의 실물 주민등록증과는 달리 외부에 쉽게 여러 중요하고 내밀한 개인정보들이 비교적 쉽게 노출 또는 유출되지 않도록 해 줘서, 각종 범죄에 악용될 수 있는 문제점을 우리나라보다 상대적으로 최소화하여, 헌법상 개인정보자기결정권의 침해 문제점을 훨씬 줄여주고 있다는 것을 우리나라에 시사해 준다.

다음으로 독일의 전자신분증의 겉 표면에는 우리나라의 주민등록증과는 달리, 전자적 IC칩을 삽입하여 그 전자적 IC칩 안에 개인의 여러 중요하고 내밀한 상세 주소, 지문(선택사항), 전자서명 등을 내장해 놓고 오프라인 또는 온라인에서 사용 시 자동으로 암호화하여 필요한 해당 공공기관이나 민간부문에 전송하여 전자적인 방법으로 자동으로 읽히고 입력되도록 해 줘서, 서면에 일일이 불편하게 기재하지 않아도 되도록 매우 편리하고 기술상 안전하게 사용할 수 있게 하여, 개인정보자기결정권의 보호 및 실물 국가신분증의 편리성 등을 높여서 그 활용도와 효율성을 제고시켜 주고 있다는 것을 우리나라에 시사해 준다,[24]

그리고 일본의 마이 넘버 가드의 겉 표면에는 우리나라의 실물 주민등록번호와 다르게 여러 내밀한 개인정보들이 담겨 있지 않은 무작위의 임의번호 체계인 마이 넘버를 기재 내지 수록하여 우리나라의 실물 주민등록증에서 보다 개인정보자기결정권의 침해 가능성을 훨씬 줄여주고 있다는 것을 우리나라에 시사해 준다,

또한 일본은 우리나라의 실물 주민등록증과는 달리 전자적 IC칩을 삽입하여 그 전자적 IC칩 안에 해당 개인의 인증서와 비밀번호를 수록토록 하여, 일본의 마이 넘버는 어떤 개인을 식별하는 용도로만 사용되도록 하고, 이렇게 식별된 개인을 마이 넘버 카드에 내장된 전자적 IC칩 안의 인증서를 통해서 해당 개인이 설정해 놓은 개인비밀번호에 의해서 해당 개인이 인증이 되었을 때에 한해서만, 개인의 신원을 확인

24) 이희훈, 앞의 논문(주 18), 24면.

및 증명할 수 있도록 해 줘서, 어떤 개인을 식별하는 것과 식별된 개인의 신원을 확인 및 증명하는 것을 각각 다르게 별개로 분리해 준 후에, 설사 마이 넘버라는 개인식별번호가 무단으로 노출되거나 유출되더라도 그렇게 무단으로 노출되거나 유출된 마이 넘버 그 자체만으로는 어떤 개인의 신원을 확인 및 증명을 하는데 바로 쉽게 연결되어 각종 범죄에 악용할 수 없도록 사전에 미리 방지해 줘서, 개인정보자기결정권의 침해 가능성을 우리나라의 실물 주민등록증 보다 대폭 줄여주고 있다는 것을 우리나라에 시사해 준다.[25]

## Ⅳ. 우리나라 실물 주민등록증 제도의 문제점과 개선방안

### 1. 문제점

먼저 우리나라의 주민등록증 제도는 전 세계에서 그 유래를 찾아보기 어려울 정도로 강력한 주민감시체계를 구축하고 있는 것으로, 우리나라 전 국민들의 주거 현황과 그 동태를 파악하고 국가기관에서 편리하게 인적·물적 자원을 확보하기 위한 수단임과 동시에 근대 국가적인 감시 체계의 수준을 넘어서서 모든 우리나라 국민들에게 언제나 주민등록증을 소지하고 다니게 하고 공권력의 검열을 받을 수 있도록 강제한 주민동태 감시수단으로 활용된 것이며, 일본 군국주의의 침탈 이후에 조선 호적령을 바탕으로 식민 주민들을 감시하고 통제하기 위한 효과적인 수단이자, 일본 제국주의에 기반한 독점자본의 축적을 보장하는 자원수탈의 도구로 악용되어, 모든 우리나라 국민들을 하나의 데이터베이스에서 통할 관리를 하면서 국가적인 감시와 통제가 가장 미세한 곳에까지 미칠 수 있도록 하여, 국가의 관료들이 손쉽게 우리나라 국민들의 사적 생활들을 파악하고 감시하는 전 방위적 시각을 확보할 수 있게 해주는 문제점 및 급속도로 변화하고 있는 정보통신 기술의 발달 및 전자정부의 개념과 결합하면서 그 수혜자를 공권력으로부터 기업과 같은 사적인 권력으로까지 확대하고 있는 문제점이 있다고 비판하는 소수의 견해들이 있다.[26]

그러나 현대 사회복지 국가에서는 필연적으로 개인의 행태를 유도·조정·계획하는 유형의 활동을 효율적으로 수행하기 위해서 국가로 하여금 국민에게 어느 정도의 개인정보자기결정권 등의 기본권을 필연적으로 제한하게 된다. 이에 우리나라의 주민등록증 제도는 주민의 거주관계 등록으로 인하여 국민의 헌법상의 기본적 의무이행 조건이 마련될 수 있으며, 나아가 사회복지 국가를 실현할 수 있게 된다. 따라서 우리나라의 주민등록증 제도 자체는 국민들을 용이하게 파악하여 각종 사회복지 활동을 효율적으로 잘 수행할 수 있도록 도와줌과 동시에 각종 치안 유지의 활동을 잘 행할 수 있게 하기 위하여 국가로 하여금 국민에게 어느 정도의 개인정보자기결정권 등의 기본권을 필연적으로 제한하게 된다. 이렇듯 국가의 한 일원으로서의 국민은

25) 이희훈, 앞의 논문(주 23), 280면.
26) 김기중, “우리나라의 주민관리제도의 비판적 분석”,「인권과 정의」제260호(1997. 6), 56면; 한상희, “국가주의와 주민통제-주민등록법의 헌법문제를 중심으로-“,「헌법실무연구」제14권(2014. 4), 164-165면,

자신의 개인정보가 불특정하고 불필요한 용도로 사용되어 자신의 권리나 기본권이 침해되지 않는 한도에서는 어느 정도 국가에게 자신의 정보를 제공해야 할 필요성이 있다. 이에 비추어 볼 때, 헌법 제37조 제2항의 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위한 기본권 제한의 목적적 요건에 합치되므로, 일정 연령 이상의 전 국민들에게 강제적·의무적으로 주민등록증을 발급하는 것 자체는 헌법적으로 타당한 것으로 판단된다.[27]

한편 우리나라의 실물 주민등록증은 현재 위의 Ⅲ-1번에서 살펴본 독일과 일본에서의 국가신분증 제도와 달리 그 겉 표면에 개인의 성명, 사진, 번호 그 자체에서 생년월일, 성별, 출생지 등 여러 중요하고 내밀한 개인정보들을 담고 있는 주민등록번호, 상세주소 및 주소의 변경 내역, 지문 등의 여러 내밀하고 중요한 개인정보들을 타인이 비교적 쉽게 알아내거나 인지할 수 있도록 해 줘서 각종 범죄에 악용할 수 있도록 의무화·강제화 해서, 개인정보자기결정권 등을 침해할 수 있는 문제점이 있다.

이밖에 2024년 12월 말부터 시행되는 모바일 형태의 주민등록증은 크게 다음과 같은 세 가지의 문제점들이 있다.

첫째, 예를 들면, 이미 우리나라에서 다른 신분증으로 통용되고 있는 운전면허증에 대해서 실물 운전면허증과 달리 2022년 1월 27일부터 같은 해 12월 말까지 전국에서 모바일 운전면허증을 발급받은 건수는 총 96만 4,651건으로 나타났다. 이중에서 연령대별로는 30대가 31.8%로 가장 많았고, 40대(25.4%), 20대(17.6%) 50대(16.3%) 순으로 나타났다. 하지만 2022년의 같은 기간 동안 전체 운전면허증 발급 건수가 총 499만 4,406건이었던 것과 비교해 볼 때, 운전면허증의 신규 발급 또는 재발급이나 발급과정에서 실물 형태의 운전면허증이 아닌 새로운 모바일 운전면허증을 선택한 비율은 해당 국민의 전체 약 5분의 1 정도에 해당되는 19.3%에 불과하여, 막대한 세금을 투입한 것에 비해서는 현격하게 매우 저조한 이용률 내지 활용률을 나타내고 이는 문제점이 있다.[28] 그리고 최근 도로교통공단에 의하면, 2022년 7월 28일부터 2023년 8월까지 국내 운전면허 시험장에서 운전면허를 취득한 운전자인 총 582만 명 중에서 약 4분의 1 정도에 해당되는 약 27%인 157만 명 정도만이 기존의 실물인 운전면허증이 아닌 새로운 모바일 운전면허증을 발급한 것에 불과하다고 밝혀서, 매우 저조한 이용률을 나타내고 있는 반면에 이렇게 새로운 모바일 운전면허증에 대한 플랫폼을 새롭게 구축하는데 약 100억 원이라는 막대한 세금이 들어갔지만, 아직까지 우리의 각종 일상생활 속에서 모바일 운전면허증이 여러 온라인 포털사이트나 기타 온라인 쇼핑몰 등의 다양한 온라인 서비스 및 여러 카드사와 증권사 등 제2의 금융권 및 각종 마트나 편의점 등에서 기존의 실물인 운전면허증처럼 쉽고 광범위하게 사용할 수 없는 매우 불편한 문제점이 있다.[29] 이처럼 막대하게 투입된 세금에 비해서, 이러한 새로운 모바일 운전면허증의 발급률이나 그 활용률이 현저히 저조하고 실제 활용도가 매우 낮은 문제점은 우리나라 정부가 2024년 말부터 새롭게 도입하는 모바일 주민등록증에도 거의 동일하게 적용되는 문제점이 있다.

둘째, 모바일 주민등록증은 그 사용이 필요할 때에 항상 언제나 불측의 전산상의 오

27) 고영삼,「전자감시사회와 프라이버시」, 한울, 1998, 60-61면;전광석, “정보화사회의 헌법구조”,「헌법학연구」제5권 제2호(1999. 10), 275-276면.
28) 헤럴드경제, “모바일운전면허증, 사용하시나요?…전체 중 20%만 발급”, 2023. 1. 26.자.
29) 기호일보, “모바일 운전면허증 도입 1년 실생활에선 먹통”, 2023. 9. 7.자.

류나 고장 등에 의해서 사용할 수 없는 문제가 언제든지 발생할 수 있다.

셋째, 우리나라 정부는 모바일 주민등록증은 과학 기술상 완벽 내지 철저한 보안이 가능하다고 주장하지만, 나날이 보안 기술 보다는 해킹 기술이 좀 더 비약적으로 발전하는 추세에 비추어 볼 때, 만약 스마트폰을 분실할 경우에 불측의 해킹을 당하거나 또는 스마트폰의 고장 시 비밀번호나 암호를 풀어서 수리를 맡길 때에 불측의 유출 문제가 발생하거나 또는 기타 피싱 범죄 등에 의하여 모바일 주민등록증에 대한 보안이 결코 완벽 내지 철저하다고 볼 수 없기 때문에, 우리나라 정부가 현재 독일과 일본 등에서처럼 실물 국가신분증 자체에서 개인의 여러 개인정보 보호의 강화 방안들을 등한시하고, 오로지 스마트폰 안에 모바일 형태의 주민등록증의 기술 개발에만 몰두하거나 집중하는 것은 결코 바람직하지 않다.[30]

## 2. 개선방안

향후 우리나라는 주민등록법상 실물 주민등록증의 겉 표면에 여러 내밀하고 중요한 개인정보들에 대한 기재 사항들을 독일과 일본의 국가신분증처럼 대폭 줄여주거나 또는 무작위의 임의번호 형태인 개인식별번호를 기재하는 방식으로 변경해 준 후에 실물 주민등록증의 안에 개인정보자기결정권의 최대한의 보호를 위하여 강제적·의무적으로 전자적 IC칩을 새롭게 탑재토록 개선한 후에, 그 전자적 IC칩 안에 개인의 주민등록번호, 상세 주소, 주소의 변경 내역, 지문 등의 여러 중요하고 내밀한 개인정보들을 수록하도록 개선하여, 현재 실물 주민등록증처럼 외부에 쉽게 노출 내지 유출되지 않도록 개선하여, 개인정보자기결정권을 최대한 보호해 주는 것이 바람직하다.

그리고 향후 우리나라는 주민등록법상 실물 주민등록증의 안에 개인정보자기결정권의 최대한의 보호를 위하여 강제적·의무적으로 전자적 IC칩을 새롭게 탑재토록 개선한 후에, 그 전자적 IC칩 안에 개인의 주민등록번호, 상세 주소, 주소의 변경 내역, 지문 등의 여러 중요하고 내밀한 개인정보들을 수록하여, 공적 또는 민간 업무에 필요한 개인정보들만 국가로부터 공인된 별도의 리더기나 판독기 등을 사용해서 판독할 수 있도록 개선해 주되, 이 과정에서 일본처럼 개인이 미리 설정해 놓은 별도의 비밀번호를 통해서 이러한 여러 내밀하고 중요한 개인정보들의 확인 및 증명을 할 수 있도록 개선하여, 개인정보자기결정권을 최대한 보호해 주는 것이 바람직하다. 이는 마치 현재 국민들의 일상생활에서 널리 통용되고 있는 IC칩이 내장되어 있는 체크카드나 신용카드처럼 보다 과학기술상 안전하고, 편리하며, 모바일 주민등록증보다 어떤 불측의 전산상의 오류나 장애를 최소화해 주어, 그 활용도나 효율성을 제고시켜 주는 것과 같다.

또한 향후 우리나라의 실물 주민등록증을 독일의 국가신분증처럼 새롭게 변경하는 개선을 하더라도 이를 현재처럼 단순하게 개인의 신원 확인용으로만 사용되도록 주민등록법에서 규정할 것이 아니라, 실물 주민등록증 안에 전자적 IC칩을 새롭게 탑재한 후에 그 전자적 IC칩 안에 개인의 여러 중요하고 내밀한 주민등록번호, 상세 주소, 지문, 전자서명 등을 수록토록 개선하여, 독일처럼 여러 다양한 공적 또는 민

30) 이러한 우리나라에서의 모바일 신분증명서의 여러 문제점들에 대하여 자세한 것은 이희훈, 앞의 논문(주 20), 4-5면.

간 영역에서 매우 편리하고 효율적으로 자동적으로 읽혀지고 입력되도록 하여, 개인이 일일이 기재하지 않아도 되도록 최신의 전자적 기술을 적극 활용해서, 우리나라 국민들에게 실물 주민등록증의 활용률 및 효율성을 크게 제고시킬 수 있도록 적절히 개선하는 것이 바람직하다.

## Ⅴ. 맺는 말

우리나라에서 주민등록제도는 주민의 거주관계를 파악하고 상시로 인구의 동태를 명확히 하여 주민생활의 편익을 증진시키고 행정사무의 적정한 처리를 도모하기 위한 목적으로 만들어졌다. 따라서 주민등록법상 전 국민들에게 단일한 주민등록번호라는 개인식별번호 자체를 부여하여 전 국민들의 여러 현황들 및 그 동태를 파악할 수 있도록 함으로써, 오늘날 국가나 지방자치단체로 하여금 국방, 치안, 조세, 사회복지 등의 여러 행정사무들을 신속하고 효율적으로 처리할 수 있도록 해 준다는 점에서 동법 상 강제적·의무적으로 주민등록증을 발급하는 제도 자체는 타당하다.

다만, 우리나라의 현재 실물 주민등록증의 겉 표면에 독일과 일본의 국가신분증과는 달리 번호 그 자체에서 생년월일, 성별, 출생지 등 여러 중요하고 내밀한 개인정보들을 담고 있는 주민등록번호, 상세 주소 및 주소의 변경 내역, 지문 등의 여러 중요하고 내밀한 개인정보들을 그 누구나 쉽게 알아내고 인지할 수 있도록 하여, 각종 범죄에 악용할 수 있도록 강제적·의무적으로 기재토록 하는 것은 개인정보자기결정권 등을 침해할 수 있는 문제점이 있다.

따라서 먼저 향후 개인정보자기결정권의 최대한의 보호를 위해서, 독일과 일본의 국가신분증처럼 먼저 아무런 개인정보들이 담겨 있지 않은 무작위의 임의번호를 우리나라의 실물 주민등록증의 겉 표면에 기재토록 변경해 주는 개선을 하는 것이 바람직하다.

다음으로 향후 개인정보자기결정권의 최대한의 보호를 위해서, 독일과 일본의 국가신분증처럼 우리나라의 실물 주민등록증 안에 전자적 IC 칩을 새롭게 탑재시킨 후에 타인이 비교적 쉽게 알아보거나 인지할 수 없도록 전자적 IC 칩 안에 단일한 고유의 주민등록번호나 상세 주소, 주소 변경 내역, 지문, 전자서명 등의 여러 중요하고 내밀한 개인정보들을 수록토록 개선하고, 국가로부터 공인된 별도의 리더기나 판독기를 통해서만 해당 여러 개인정보들을 알아볼 수 있도록 개선하는 것이 바람직하다.

그리고 향후 개인정보자기결정권의 최대한의 보호를 위해서, 일본의 국가신분증처럼 우리나라의 실물 주민등록증 안에 전자적 IC 칩 안에 들어 있는 여러 중요하고 내밀한 개인정보들을 개인이 미리 설정해 놓은 해당 비밀번호를 통해서만 알아볼 수 있도록 개선하는 것이 바람직하다.

또한 향후 개인정보자기결정권의 최대한의 보호 및 그 활용률 및 효율성의 제고를 위해서, 독일의 국가신분증처럼 온라인 또는 오프라인에서 개인의 신원을 확인하거나 개인 인증에 필요한 경우에 자동적으로 암호화하여 해당 공공기관이나 민간부문에서 전송하여 일일이 개인이 이러한 여러 중요하고 내밀한 개인정보들을 쓰거나 입

력하지 않아도 자동적으로 읽히고 입력되도록 개선하여, IT 과학기술 사회에서 매우 편리하고 안전하게 사용할 수 있도록 해 줘서, 신속성과 편리성을 높여서 그 활용률 및 효율성을 대폭 제고시켜 주는 것이 바람직하다.

## [참고문헌]

1. 단행본

고영삼, 「전자감시사회와 프라이버시」, 한울, 1998.

권건보, 「개인정보보호와 자기정보통제권」, 경인문화사, 2005.

권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2009.

김철수, 「헌법학신론」, 박영사, 2013.

대한민국 국회사무처, 「국회사 제7대 국회」, 1976.

성낙인, 「헌법학」, 법문사, 2022.

전광석, 「한국헌법론」, 집현재, 2023.

허 영, 「한국헌법론」, 박영사, 2015.

2. 논문

강경근, “주민등록과 전산화 그리고 프라이버시”,「아·태공법연구」제4집(1997. 12).

권건보, “주민등록번호 제도의 문제점과 개선방안”,「공익과 인권」제1권 제2호(2004. 8).

김기중, “우리나라의 주민관리제도의 비판적 분석”,「인권과 정의」제260호(1997. 6).

김일환, “주민등록번호의 위헌성 여부에 관한 고찰”,「헌법학연구」제11권 제3호(2005. 9).

김주영, “주민등록법의 개정방향에 관한 소고-주민등록번호 변경제도를 중심으로-”,「헌법학연구」제22집 제2호(2016. 6).

이타가키 류타; 송태욱 역, “제국의 신민관리 시스템: 과거와 현재”,「당대비평」제6권 제3호(2
002. 9).

이희훈, “주민등록번호에 대한 헌법적 고찰 - 개인정보자기결정권의 침해를 중심으로-”,「토지공법연구」제37집 제1호(2007. 8).

이희훈, “전자주민증 도입의 주민등록법 개정안에 대한 헌법적 평가 - 정부제출안의 문제점과 개선방안을 중심으로-”,「법학연구」제22권 제3호(2012. 9).

이희훈, “주민등록법상 주민등록번호 제도의 헌법적 문제점과 개선방안”,「법학논문집」제40집 제3호(2016. 12).

이희훈, “개인정보자기결정권과 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 개정안에 대한 연구”,「입법학연구」제14집 제1호(2017. 2).

이희훈, “일본 마이 넘버 제도의 개인정보 보호에 대한 시사점 연구”,「비교법연구」제17집 제3호(2017. 12).

이희훈, “주요 선진국들의 신분증과 개인식별번호체계 및 개인정보 보호의 시사점”,「방송통신법 포럼, 월례발표회 자료집」2023년 10월호(2023. 10).

이희훈, “주민등록법령상 주민등록증 제도에 대한 입법평가 -주민등록번호 제도를 겸하여-”,「입법평가 ISSUE PAPER」제24-13-④호(2024. 6).

전광석, “정보화 사회의 헌법구조”,「헌법학연구」제5권 제2호(1999. 10).

전상현, “개인정보자기결정권의 헌법상 근거와 보호영역”,「저스티스」제169호(2018. 12).

한상희, “국가주의와 주민통제-주민등록법의 헌법문제를 중심으로-“,「헌법실무연구」제14권(2014. 4).

3. 기타 자료

굿모닝경제, ‘1년 앞으로 다가온 ‘모바일 주민등록증’ 시대…개인정보보호에는 문제없나.’, 2024. 2. 23.자.

기호일보, “모바일 운전면허증 도입 1년 실생활에선 먹통”, 2023. 9. 7.자.

디지털데일리, “22일 20분간 또 행정망 장애…행안부, 지방행정전산시스템 장애와는 별개, 2023. 11. 23.자.

아시아경제, ‘주민등록증을 휴대폰에 쏙…12월부터, 모바일 주민등록증 시대’, 2024. 5. 30.자.

연합뉴스, “개인정보 유출′ 농협·국민·롯데카드 유죄…관리소홀 책임”, 2016. 7. 15.자.

연합뉴스, “행정전산망 도대체 왜 이러나…일주일새 벌써 ′4번째′ 전산장애”, 2023. 11. 24.자.

이투데이, “일주일 새 4번째 전산장애…모바일 신분증 시스템 장애”, 2023. 11. 24.자.

전자신문, “불안한 행정 민원 전산망…20분간 민원 업무 중단”, 2023. 11. 22.자.

조선일보, “이번엔 주민등록 시스템… 이틀 만에 행정 전산망 또 장애”, 2023. 11. 23.자.

조선일보, “또 정부 전산망 먹통…모바일신분증 웹사이트·앱 모두 장애”, 2023. 11. 24.자.

한겨레, “55년 만에 지갑→스마트폰…모바일 주민등록증, 내년 하반기 발급”, 2023. 6. 21.자.

행정안전부 국가기록원, “기록으로 만나는 대한민국: 대한민국 국민임을 증명한다.”, https://theme.archives.go.kr/next/koreaOfRecord/identityCard.do.

행정안전부 주민과 보도 자료, “2025년부터 스마트폰에 주민등록증을 담는다.”, 2023. 12. 8.자.

헤럴드경제, “모바일운전면허증, 사용하시나요?…전체 중 20%만 발급”, 2023. 1. 26.자.

헌재 2015. 12. 23, 2013헌바68·2014헌마449(병합) 결정.

[Abstract]

# A Study on Improvement of the Real Resident Registration Card System in Korea

Lee, Hie-Houn*

There are some opinions that criticize the system that compulsorily or compulsorily requires all citizens to be issued a resident registration card under Korea's resident registration law and ordinance as an unconstitutional system for violating the right to self-determination of personal information. However, the system is considered reasonable because it allows Korea to quickly and efficiently handle various administrative affairs such as national defense, security, taxation, and social welfare.

Currently, various important and intimate personal information such as resident registration numbers, detailed addresses, and fingerprints are marked on the surface of Korea's real resident registration card, and compared to Germany and Japan's electronic real national ID cards, it is relatively easy to expose to others in a defenseless state so that they can be abused for various crimes. In the future, Korea needs to properly enact and revise related regulations in Korea's resident registration law and ordinance so that it can not be easily recognized from the outside after improving the electronic IC chip to install an electronic IC chip as in Germany and Japan's electronic real national ID cards.

In the future, Korea's real resident registration card will be improved to embed or include various important and intimate personal identification numbers, addresses, fingerprints, and electronic signatures in the electronic IC chip after inserting an electronic IC chip, for example, like Germany. If the real resident registration card is needed offline or online, it will be automatically encrypted and transmitted to the relevant public institution or private sector to automatically input the necessary personal information embedded in the electronic IC chip. It is desirable to greatly enhance the convenience, safety, and efficiency of Korea's real resident registration card in the IT science and technology society so that individuals do not conveniently write down various personal information contained in the electronic IC chip of the real resident registration card.

**Key Words:** Personal information self-determination right, Resident registration law and enforcement decree, Real resident registration card,

* Full Professor of Law and Police at SunMoon University

Random personal identification number, Electronic IC chip, Principle of balancing test

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.261 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 기한 이익 상실에 관한 민법 규정의 개정*

김 기 환**

**논문요지**

민법 제388조는 채무자가 담보를 감소시키거나 약정한 담보를 제공하지 않은 경우에는 채무자는 기한의 이익을 주장하지 못한다고 규정하고 있다. 최근 민법 개정 논의에서는 이 규정을 제한하여 채무자의 유책사유에 의하여 담보가 감소하거나 제공되지 않은 경우에 한정하여 기한 이익을 주장하지 못하도록 개정할 것을 제안하고 있다. 그러나 다음의 이유로 이 규정을 삭제하는 것이 타당하다고 생각한다.

첫째, 담보의 감소나 미제공은 채무불이행 책임이나 강제이행, 저당물 보충 청구로 규율할 수 있고 이에 의하여 규율하는 것이 타당하다. 담보의 불충분한 정도가 미약하여 나머지 담보로 채무를 확보할 수 있는 경우에는 손해배상으로 규율하면 족하다. 채무 확보가 어려운 경우에는 계약 해제를 통하여 기한이익 상실에 준하는 결과를 달성할 수 있다. 강제이행을 통해 약정한 담보권을 설정받을 수도 있다.

둘째, 기한 이익의 상실이 적합하지 않은 채무가 상당수 있다. 공연 계약, 제작물 공급계약, 공사도급계약, 특정물 매매계약이 그러하다. 이러한 채무까지 포괄하여 규율하는 채권총칙 부분에 기한 이익 상실에 관한 규정을 두는 것은 타당하지 않다.

셋째, 비교법적으로 프랑스와 일본에서 이와 유사한 규정을 두고 있는데 그 근거가 명확하지 않고 프랑스에서는 이를 제한적으로 해석하여 운영하고 있다. 독일에서는 이를 변형한 내용으로 소비대차계약과 저당권 부분에 관련 규정을 두고 있을 뿐이다.

넷째, 실무에서는 채권자에게 매우 유리한 기한 이익 상실 약정을 약관 등에 삽입하여 담보가 불충분하게 되는 상황을 대비하고 있다. 채권자에게 지나치게 유리한 기한 이익 상실 약정을 하는 것은 규제할 필요가 있다. 이러한 약정을 두지 않는 경우 담보의 감소 또는 미제공 시 반드시 즉시 이행을 받는 것이 당사자의 의사에 부합하는 것인지 명확하지 않다. 계약에서 그러한 의사를 발견할 수 있다면 계약해제나 손해배상청구의 원인이 될 수 있고 이로 규율하면 된다. 그러한 의사가 없고 저당물보충청구의 대상도 되지 않는다면 오히려 기한 이익을 상실시킬 권리를 포기한 것으로 보는 것이 타당하다.

* 이 논문은 2024. 6. 27. 한국민사법학회 산하 민법개정검토위원회 3분과 위원회에서 제387조 내지 제389조에 대한 민법 개정을 주제로 발표한 내용 중 일부를 수정 및 보완하여 작성한 것이다. 다수의 개선 방안을 개진해 주신 익명의 심사위원들께 감사의 말씀을 드린다.
** 충남대학교 법학전문대학원 조교수. 법학박사.

검색용 주제어: 기한 이익, 상실, 채무불이행, 담보의 감소, 민법 개정

• 논문접수: 2024. 07. 10. • 심사개시: 2024. 07. 16. • 게재확정: 2024. 07. 29.

# I. 서론

우리 민법 제153조 제1항[1]에서 기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다고 규정하고 제388조에서 채무자가 담보를 손상, 감소 또는 멸실하게 하거나, 채무자가 담보 제공의 의무를 이행하지 아니한 때 채무자는 기한의 이익을 주장하지 못한다고 규정하고 있다. 이는 프랑스 민법전의 규정이 일본을 거쳐 우리나라에 들어온 것이다. 최근의 법무부 민법개정위원회에서는 이 규정에 대하여 채무자가 책임 있는 사유로 담보를 손상, 감소 또는 멸실[2]하게 하거나 채무자가 책임 있는 사유로 담보제공의 의무를 이행하지 아니한 때 기한의 이익을 주장하지 못하는 것으로 개정할 것을 제안하였다.[3] 이는 프랑스에서 해당 규정을 채무자의 과책이 있는 경우로 제한하여 해석하는 것에 영향을 받았다고 설명하고 있다.[4]

이 규정을 제한하여 해석할 필요는 충분히 인정할 수 있다. 담보가 일부 감소하기는 하였지만, 여전히 채무의 변제를 확보하기에 부족함이 없을 수 있다. 또한 채권자나 제3자의 잘못으로 담보가 감소한 경우에까지 채무자가 기한의 이익을 주장할 수 없고 즉시 채무를 변제하도록 하는 것은 채무자에게 지나치게 가혹하고 이를 정당화할 근거도 부족하다. 또한 이 규정은 채권총칙 부분에 위치하여 원칙적으로 모든 채권에 적용되는 것을 상정하고 있다. 그러나 실제에 있어서는 소비대차 계약에 주로 적용되는 것이고 그 외의 계약에는 적용하기에 부적합한 측면이 있다.

프랑스에서는 기한 이익의 상실과 더불어 채무불이행 책임이 인정된다고 해석하고 있다. 우리 법의 해석에 있어서도 담보의 감소나 미제공의 경우에 채무자에게 기한 이익 상실의 불이익과 더불어 계약의 해지, 손해배상 등 채무불이행에 따른 책임을 부담하게 할 수 있을 것이다. 이에 더하여 채권자는 담보 설정 청구나 담보 보충 청구도 할 수 있을 것이다.

이러한 여러 가지 측면을 고려하여 본다면 이 규정에 대한 개정은 불가피한 측면이 있다. 본고에서는 이 규정에 대한 외국의 논의를 살펴보고 이를 바탕으로 이 규정의 개정 방향에 대하여 중점적으로 논의하고자 한다.

---

1) 이하 민법은 법명을 생략한다.
2) 이하에서 이들을 구별할 실익이 없는 경우에는 “손상, 감소 또는 멸실”을 “감소”로 약칭한다.
3) 김형석, 서울대학교 산학연구소(김형석), 민법 개정안(계약법 총론) 예비초안 연구, 법무부 연구용역 보고서, 2023, 17면. 이하 “김형석”으로 인용한다.
4) 김형석, 위의 보고서, 17면.

# II. 비교법적 검토

## 1. 프랑스

우리 법의 모체가 된 프랑스 민법전의 규정은 제1305-4조이다.[5] 이 규정은 채무자가 기한의 이익을 주장할 수 없는 사유에 대하여 담보를 제공하지 않거나 담보를 감소시킨 경우로 한정하고 있다. 2016년 채권법 개정에 의하여 '약속한 담보를 제공하지 않는 경우'가 추가되었다. 담보의 감소란 담보로 인해 발생하는 권리의 전부 또는 일부의 손실 또는 실제 담보의 대상을 구성하는 가치의 일부 또는 전부 손실을 의미한다.[6] 따라서 담보를 멸실, 손상시킨 경우도 담보를 감소시킨 것에 포함된다고 해석할 수 있다. 2016년 채권법 개정 전의 규정(제1188조[7])에서는 채무자의 파산도 기한 상실 사유로 포함하고 있었으나 1985. 1. 25. 법률에서 이를 삭제하였다.[8] 한편 상법전에서는 보호 및 회생 절차를 개시하는 판결은 기한을 상실시키지 않고 이에 반하는 약정은 효력이 없다고 규정한다.[9] 채무자의 사망은 경우에 따라서는 기한 상실의 사유가 될 수 있다.[10]

"기한의 이익을 주장할 수 없다"고 규정한 것은 잘못이라고 지적하는 문헌이 있다.[11] 채무자는 기한의 이익을 주장할 권리를 상실하는 것이 아니라 기한을 주장할 권리를 상실한다는 것이다. 따라서 "기한을 주장할 수 없다"고 규정하는 것이 타당하다고 한다. 이는 임의규정으로서 당사자가 이를 포기하거나 달리 약정할 수 있다.[12]

---

5) 프랑스 민법전 제1305-3조
① 채권자 또는 당사자 쌍방의 이익으로 정하는 것이 법률, 당사자의 의사 또는 제반 사정에 기인되지 않는 경우에는, 기한은 채무자의 이익이 된다.
② 자기의 배타적 이익으로 기한이 설정된 당사자는 상대방의 동의없이 이를 포기할 수 있다.
제1305-4조
채무자는 채권자에게 약속한 담보를 제공하지 않거나 채무에 관한 담보를 감소시킨 경우, 기한의 이익을 주장할 수 없다.
제1305-5조
채무자의 기한의 이익의 상실은 다른 공동채무자에 대해서는 주장하지 못하고, 그가 연대채무자인 경우에도 마찬가지이다.

6) Cass. com., 9 nov. 1965, n° 63-11.242 : Bull. civ. III, n° 566(회사의 주식으로 질권을 설정한 경우, 경영자가 경영실패로 회사를 망하게 하고 그 결과 담보로 제공한 주식의 가치가 하락한 경우); CA Paris, 1re ch., 27 juin 1978 : JurisData n° 1978-000750(채무자가 생명보험을 담보로 제공하였는데 보험료 납부를 하지 않아 담보가 소멸된 경우); A. Colin et H. Capitant par L. Julliot de la Morandière, Traité de droit civil, t. II : Dalloz, 1959, n° 1704; L. Josserand, Cours de droit civil positif français, t. II : Recueil-Sirey, 3e éd., 1939, n° 734; G. Ripert et J. Boulanger, Traité de droit civil d'après le traité de M. Planiol, t. II : LGDJ, 1957, n° 1486. Cité par JurisClasseur Civil Code Art. 1305 à 1305-5 - Fasc. unique, par Marc Mignot, Première publication : 28 mars 2023, n. 170. 이하 "JCl Civil Code art. 1305"로 인용한다.

7) 제1188조 채무자는 파산했거나 계약에 따라 채권자에게 제공한 담보를 자신의 행위로 감소시킨 경우 더 이상 기간의 이익을 주장할 수 없다.

8) JCl Civil Code art. 1305, n. 169.

9) 상법전 제L.622-29조 및 제L.631-14조.

10) 예컨대 제280조 제1항 제1문 "채무자인 부부 일방이 사망한 때, 보상급부의 형태가 어떠하든 그 변제는 상속재산으로부터 선취된다." 이혼 등의 사유로 인하여 배우자간 발생한 정기금의 보상급부의무가 배우자 일방의 사망에 의하여 기한을 상실하고 그 원본을 바로 변제하여야 하는 것이 된다.

11) JCl Civil Code art. 1305, n. 170.

여기서 담보는 책임재산(droit de gage général, 제2285조)을 의미하는 것은 아니다.[13] 이 규정과 거의 같은 내용을 규정한, 2016년 채권법 개정 전의 제1188조에 대하여 **파기원은 채무자의 과책을 요구하는 것으로 해석**하였다.[14] 이러한 해석은 제2314조[15]에서 채권자가 자신의 과책으로 보증인이 대위할 권리를 상실한 경우 보증인이 면책되는 것과 일맥상통하는 것이다.[16] 채무자의 과책 없이 제3자의 행위나 불가항력으로 담보가 감소한 경우에는 개정 전 민법의 제2020조[17](개정 후 2301조) 및 제2131조[18]가 적용된다고 설명하였다.[19] 그리하여 채무자의 과책 없이 담보가 감소한 경우에는 채무자는 다른 담보를 제공하여 기한의 이익을 계속 누릴 수 있다고 해석하였다.

채무자의 과책이 반드시 채무자의 고의나 악의를 요구하는 것은 아니다.[20] 채권자가 담보의 등기를 해태한 행위로 인하여 담보가 감소하게 된 경우에는 이 규정이 적용되지 않고 따라서 채무자는 기한을 상실하지 않는다.[21] 담보 그 자체, 제3자의 행위, 불가항력에 의한 경우도 마찬가지이다.[22] 담보의 감소가 채권자에 의해 묵시적 또는 명시적으로 받아들여진 경우에도 마찬가지이다. 예컨대 채권자가 채무자가 제공한 건물에 대하여 채무를 담보하기 위하여 저당권을 설정받은 후 채무자가 채무자의 종전의 채권자 중 일부에게 같은 건물에 대하여 또 다른 저당권을 설정한 것을 알았을 때,[23] 저당권을 설정받은 채권자가 해당 건물이 상가 임대로 제공되어 시장

---

12) M. Planiol et G. Ripert, par G. Gabolde, *Traité pratique de droit civil français, Les obligations*, 2e partie, t. VII : LGDJ, 1954, n° 1015, p. 356. Cité par JCl Civil Code art. 1305, n. 181.

13) CA Metz, ch. civ., 16 déc. 1868 : DP 1869, 2, p. 206. Cité par JCl Civil Code art. 1305, n. 171.

14) JCl Civil Code art. 1305 n. 175.

15) 제2314조
① 채권자의 권리의 대위가 채권자의 귀책 사유로 그의 이익을 위하여 더이상 행사될 수 없게 된 때, 보증인은 자신이 입은 손해의 한도에서 책임을 면한다.
② 모든 반대 약정은 기재되지 않은 것으로 본다.
③ 보증인은 담보권 실행방법의 선택에 대하여 채권자의 책임을 물을 수 없다.

16) JCl Civil Code art. 1305, n. 175.

17) 제2020조
① 채권자가 임의로 또는 재판에 의해 받은 보증인이 이후에 무자력 상태가 되면 다른 보증인을 제공해야 한다.
② 이 규정은 채권자가 특정인을 보증인으로 요구한 합의에 의해서 보증인이 제공된 경우에 한하여 예외가 인정된다.

18) 제2131조
마찬가지로, 저당권의 대상이 되는 건물이 멸실 또는 악화되어 채권자의 담보를 위하여 불충분하게 된 경우, 채권자는 즉시 상환을 청구하거나 저당물 보충을 받을 수 있다.

19) C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. XXV, 1869, n. 693.

20) CA Aix, 29 nov. 1905 : DP 1908, 2, p. 118[담보로 제공된 영업재산(fonds de commerce)의 가치가 채무자와 공동사업자의 다툼으로 인하여 하락한 사안에서 채무자의 고의가 요구되지는 않는다고 판단하였다]. Cité par JCl Civil Code art. 1305, n. 176.

21) Cass. req., 24 juill. 1878 : DP 1879, 1, p. 336 ; S. 1879, 1, p. 455. Cité par JCl Civil Code 1305, n. 177.

22) Cass. req., 23 juin 1919 : S. 1920, 1, p. 134(채무자에게 귀속할 수 없는 사유로 등기가 무효가 되었고 그에 따라 저당권이 소멸한 경우). Cité par JCl Civil Code art. 1305, n. 177.

23) CA Bourges, 10 mai 1892 : DP 1892, 2, p. 455. Cité par JCl Civil Code art. 1305, n. 177.

가치가 감소했다는 사실을 알았을 때[24] 등의 사례에서 그러하다. 채무자가 담보제공 약속을 하고 이를 이행하지 않은 경우 **채무불이행책임이 동시에 발생**할 수 있다.[25] 채무자는 담보를 제공하라는 최고를 받은 후 상당한 기간 내에 담보를 제공함으로써 채무불이행 책임을 면할 수 있고 동시에 기한 상실도 면할 수 있다.[26]

## 2. 독일

독일 민법은 급부시기를 알 수 없는 경우에는 즉시 청구할 수 있다고 규정한다(독일 민법 제271조 제1항).[27] 또한 급부시기가 정해진 경우 기한의 이익은 채무자에게 있는 것으로 추정한다(독일 민법 제271조 제2항). 이러한 내용은 우리 민법 제387조 제2항 및 제153조와 같다고 평가할 수 있다. 그러나 담보의 감소 또는 미제공 시 기한 이익을 상실한다는 내용을 총칙 부분에 두고 있지는 않다. 총칙에는 담보 보충에 관한 규정을 두고 있고(독일 민법 제240조[28]) 기한 이익 상실과 유사한 내용은 저당권(독일 민법 제1133조[29])과 소비대차(독일 민법 제490조 제1항[30])의 부분에서 규정하고 있다.[31]

### 1) 담보 보충

우선 독일 민법 제240조에서 “제공된 담보가 채권자(Berechtigten)의 과책

---

24) CA Paris, 2e ch., sect. B, 17 déc. 1982 : JurisData n° 1982-028184.

25) JCl Civil Code art. 1305, n. 178.

26) G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. II : Lib. de la soc. du recueil général des lois et des arrêts, 1907, n° 1020; C. Demolombe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. XXV : A. Durand et Hachette et Cie, 1878, n° 679. Cité par JCl Civil Code art. 1305, n. 178.

27) 제271조 [ 급부시기 ]
① 급부의 시기가 정하여지지 아니하고 제반사정으로부터도 이를 추단할 수 없는 경우에는, 채권자는 즉시 급부를 청구할 수 있고, 채무자는 즉시 이를 실행할 수 있다.
② 급부의 시기가 정하여진 경우에, 의심스러운 때에는, 채권자는 그 시기 전에 급부를 청구할 수 없으나, 채무자는 이를 미리 실행할 수 있다.

28) 제240조 [보충의무]
제공된 담보가 권리자의 과책(Verschulden) 없이 불충분하게 되는 경우에는 이를 보충하거나 다른 담보를 제공하여야 한다.

29) 제1133조 [저당권의 상대방의 위태화]
토지의 훼손으로 인하여 저당권의 담보력이 위태롭게 되는 경우에 채권자는 소유자에 대하여 그 위험의 제거를 위한 상당한 기간을 정할 수 있다. 토지의 개량 또는 다른 저당권의 설정에 의하여 그 위험이 제거되지 아니한 때에는 채권자는 그 기간이 경과한 후에 즉시 토지로부터 만족을 구할 수 있다. 채권이 무이자이고 또한 아직 이행기가 도래하지 아니한 경우에는 채권자는 채권액에서 지급시부터 이행기까지의 기간에 대한 법정이자를 공제한 금액만을 취득할 수 있다.

30) 제490조 [ 특별해지권 ] ① 차주의 재산상태 또는 대차금을 위하여 설정된 담보의 가치가 현저히 악화하였거나 악화할 우려가 있고 그로 인하여 담보를 실행하더라도 대차금의 반환이 위태롭게 되는 때에는, 대주는 대차금의 지급 전에는 의심스러운 때에는 언제나, 그 지급 후에는 통례적으로만 소비대차계약을 즉시 해지할 수 있다.

31) 독일민법전의 번역은 양창수 역, 「2018년판 독일민법전」, 박영사, 2018을 주로 참고하였다.

(Verschulden) 없이 불충분하게 되는 경우에는 이를 보충하거나 다른 담보를 제공하여야 한다."라고 규정하고 있다. 여기서 담보가 불충분하게 되는 것은 담보가 멸실, 악화 또는 가격이 하락하거나 피담보채무의 금액이 증가하는 것을 의미한다.[32] 통화가치 하락 등 경제 전반에 영향을 주는 상황은 이에 해당하지 않는다고 해석한다.[33] 담보의 제공 이후에 불충분하게 되어야 하고 처음부터 담보가 불충분하였던 경우는 이 규정이 적용되지 않는다.[34] 또한 담보의 가치하락 위험을 처음부터 예상하고 인수하였던 경우에는 이 규정이 적용되지 않는다.[35] 예컨대 독일에서는 임대인이 임차보증금을 받은 후 이를 금융기관에 저축예금의 형태로 예치하여야 하는데, 당사자들이 (보다 위험이 큰) 다른 예탁방식을 하기로 약정한 경우에는 그 위험을 임차인이 부담하여야 한다는 것이다.

채권자의 과책으로 인한 담보의 불충분은 이 규정이 적용되지 않는다. 채권자와 채무자 모두의 과책인 경우에는 공동과책에 관한 제254조를 유추하여 담보 보충이 일부 인정될 수 있다.[36]

담보보충은 특정한 형태의 담보에 국한하지 않고 제232조에 따라 채무자가 선택하여 금전 공탁, 저당권 설정, 자격 있는 보증인의 설정(die Stellung eines tauglichen Bürgen) 등 적정한 담보를 제공할 수 있다.[37]

담보가 불충분한 것은 채권자가 이를 증명하여야 한다.[38] 채무자는 채권자의 과책으로 담보가 불충분하게 되었다는 것을 증명하여 이를 면할 수 있다.

### 2) 저당물 위험 제거

다음으로 제1133조에 의하면 저당물인 토지의 훼손으로 저당권의 담보력이 위태롭게 되는 경우에 채권자는 소유자에게 그 위험의 제거를 위한 상당한 기간을 정할 수 있고 그 기간이 경과한 후에도 토지의 개량이나 다른 저당권의 설정에 의하여 위험이 제거되지 않은 때에는 즉시 저당물로부터 만족을 얻을 수 있다. 이 규정은 저당권의 피담보채권의 이행기가 도래하기 전에 저당물이 악화되는 경우 즉시 만족을 얻을 수 있도록 하는 규정이다.[39] 저당권설정자가 저당물을 사용하고 관리하기 때문에 그에 대한 책임을 부담하도록 하는 취지를 가지고 있다.[40] 실무에서는 담보물이 위태로운 경우 대출계약을 즉시 해지할 수 있도록 하는 특약을 두는 것이 보통이기 때문에 이 규정이 별로 활용되지는 않는다고 한다.[41]

---

32) Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 9. Auflage 2021, BGB § 240, Rn. 1.
33) RG HRR 1936, 184; vgl. auch OLG Stuttgart BB 1950, 659. Zitiert von Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 9. Auflage 2021, BGB § 240, Rn. 1.
34) Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 9. Auflage 2021, BGB § 240, Rn. 1.
35) Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 9. Auflage 2021, BGB § 240, Rn. 1.
36) Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 9. Auflage 2021, BGB § 240, Rn. 1.
37) Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 9. Auflage 2021, BGB § 240, Rn. 2.
38) Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 9. Auflage 2021, BGB § 240, Rn. 3.
39) 또한 제1134조와 제1135조에서 채권자에게 저당물을 훼손할 우려가 있는 간섭에 대하여 부작위를 소구할 수 있는 근거를 부여하고 있다.
40) Mot. III 668, 670, 672. Zitiert von Münchener Kommentar zum BGB/Lieder, 9. Auflage 2023, BGB § 1133, Rn. 1.
41) Münchener Kommentar zum BGB/Lieder , 9. Auflage 2023, BGB § 1133, Rn. 1.

이 규정은 우리 민법 제362조에 대응하는 규정이다. 다만, 독일 민법의 경우에는 저당물의 훼손 원인을 요건으로 하지 않고 저당물 보충을 위한 기간을 정하고 그 기간이 도과하는 경우 저당물로부터 만족을 얻을 수 있도록 규정하는데 그치는데 반하여 우리 민법의 경우에는 저당권설정자의 책임 있는 사유에 의하여 저당물의 가액이 감소하여야 한다고 하고 저당권자가 저당권설정자에게 담보물 보충을 이행청구할 수 있도록 하고 있다는 차이가 있다.

### 3) 소비대차의 특별해지

또한 제490조 제1항에 의하면 소비대차계약을 체결한 후 차주 본인의 재산상태 또는 대여금을 위하여 설정된 담보의 가치가 현저히 악화하였거나 악화할 우려가 있고 그로 인하여 담보를 실행하더라도 차용금의 반환이 위태롭게 되는 때에는, 대주는 소비대차계약을 즉시 해지(fristlos kündigen)할 수 있다. 대주는 대여금의 지급 전에는 의심스러운 때에는 언제나 즉시해지를 할 수 있지만 이미 대여금을 지급한 후에는 즉시해지를 하는 것이 통상적인(in der Regel) 것으로 인정되어야 한다. 이는 처음 상태가 유지되는 조건으로 의무가 유지된다는 조항(clausula rebus sic stantibus)의 특수한 한 형태이다.[42] 이는 차주의 통상해지권과 병행하여 인정되는 권리이다.[43]

즉시 해지란 해지의 최고 없이 해지할 수 있다는 의미이다.[44] 대주에게 손해배상청구권이 인정되는 것은 아니다.[45] 차주의 유책사유는 요건이 아니다.[46] 유책사유가 없는 경우가 대부분일 것이다. 일부 해지가 인정되느냐의 문제가 있다. 담보로 변제가 확보되는 부분을 넘는 한도에서 해지를 하는 것이다. 해지되지 않고 남은 금액이 차주에게 도움이 되지 않을 수 있고 차주에게 남은 금액에 대한 이자지급 부담을 준다는 의미에서 일부 해지는 인정되지 않는다고 해석하는 견해가 있다.[47] 반대로 하급심 재판례에서는 일부 해지도 가능하고 이 경우 차주가 남은 금액을 상환하는 경우에는 중도상환수수료(Vorfälligkeitsentschädigung)를 부과할 수도 있다고 판단하였다.[48]

이 규정은 우리 민법의 기한 이익의 상실 규정과 상당히 유사한 내용을 가지고 있다. 다만, 우리 민법과 달리 소비대차계약에 국한하여 이러한 내용을 적용하고 있다. 또한 요건에 있어서 차용금의 반환이 위태로울 것을 요구하고 있어 우리 민법의 규정과 차이가 있다. 효과에 있어서도 소비대차계약을 즉시 해지하여 대여금을 반환받도록 하고 있어, 기한 이익 상실에 의한 이행청구를 인정하는 우리 민법의 규정과 차이가 있다.

---

42) Münchener Kommentar zum BGB/K. P. Berger, 8. Auflage 2019, BGB § 490, Rn. 1.
43) Münchener Kommentar zum BGB/K. P. Berger, 8. Auflage 2019, BGB § 490, Rn. 2.
44) Münchener Kommentar zum BGB/K. P. Berger, 8. Auflage 2019, BGB § 490, Rn. 20.
45) Münchener Kommentar zum BGB/K. P. Berger, 8. Auflage 2019, BGB § 490, Rn. 20.
46) Münchener Kommentar zum BGB/K. P. Berger, 8. Auflage 2019, BGB § 490, Rn. 5.
47) Münchener Kommentar zum BGB/K. P. Berger, 8. Auflage 2019, BGB § 490, Rn. 20.
48) OLG Celle BKR 2009, 416 (418).

## 3. 일본

구민법 재산편[49] 제405조[50]에서는 채무자가 파산 또는 현저한 무자력이 된 경우(제1호), 재산의 많은 부분을 양도하거나 그 많은 부분이 다른 채권자의 압류를 받게 된 경우(제2호), 채무자가 제공된 특별한 담보를 훼멸 또는 감소하거나 그 예약한 담보를 제공하지 않은 경우(제3호), 전보이자를 지급하지 않은 경우(제4호), 채권자의 청구로 인해 권리에 있는 기한의 이익을 상실한다고 규정하였다. 책임 재산에 대하여 많은 부분이 양도 또는 압류된 경우와 이자를 지급하지 않은 경우가 추가되어 있고 채권자의 청구로 기한 이익을 상실하도록 한 것에 특색이 있다고 보여진다.

이 규정은 민법 제137조[51]로 변경되어 일본 민법에 들어오게 되었다. 채무자가 파산의 선고를 받은 경우(제1호), 담보를 훼멸하거나 그것을 감소시킨 경우(제2호), 담보를 제공하는 의무를 부담한 경우에 그것을 제공하지 않은 경우(제3호) 채무자는 기한의 이익을 주장할 수 없다고 규정하였다.

이와 같이 수정한 이유를 보면[52] 이 규정은 기성법전 재산편 제405조와 거의 같은 내용으로 수정하였는데, 기성법전은 채권자의 측면로부터 관찰하여 채권자의 청구로

---

49) 브아소나드 민법의 관계 조항으로 일본 메이지 민법의 기초가 되었다. 일본메이지민법수정안이유서에서는 기성법전(旣成法典)이라고 칭한다. 박인환, “일본 메이지민법(채권편: 제399조-제414조)의 입법이유”, 「법학논총」 제36권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 151면 주9.

50) 구민법 재산편 제405조
채무자는 아래의 경우에 채권자의 청구로 인해 권리상의 기한의 이익을 상실한다.
1. 채무자가 파산 또는 현저한 무자력이 된 경우
2. 채무자가 재산의 많은 부분을 양도하거나 그 많은 부분이 다른 채권자의 압류를 받게 된 경우
3. 채무자가 제공된 특별한 담보를 훼멸 또는 감소하거나 예약한 담보를 제공하지 않은 경우
4. 채무자가 전보이자를 지급하지 않은 경우

51) 민법 제137조
아래의 경우에는 채무자는 기한의 이익을 주장할 수 없다.
1. 채무자가 파산의 선고를 받은 경우
2. 채무자가 담보를 훼멸하거나 그것을 감소시킨 경우
3. 채무자가 담보를 제공하는 의무를 부담한 경우에 그것을 제공하지 않은 때

52) 廣中俊雄 編著「未定稿本 民法修正案(前三編)理由書」, 有斐閣, 1987, 제137조 부분. (이유) 본조는 **기성법전 재산편 제405조와 거의 그 주의를 동일**하게 하여 채무자는 기한의 이익을 상실하는 경우를 규정함으로써 제136조의 예외를 정하였다. **기성법전은 채권자의 측면**로부터 관찰하여 채권자의 청구로 인하여 채무자는 기한의 이익을 상실한다고 하였다. 그러나 **기한은 채무자의 이익을 위하여 정해진 것**으로 함이 원칙으로 하는 것이 된다면 본안은 채무자의 측면으로부터 관찰하여 본조의 규정을 두었다. 따라서 본조 제1호에서 가자(家資) 분산의 일을 기재하게 하는 것은 **가자 분산은 파산에 포함**하여야 하므로 단지 파산의 선고로 하였다.
다음으로 본조 제2호는 기성법전 제405조 제3호와 동일하여 기성법전에는 특별담보로 되는 자구를 사용하였다. 그러나 기성법전은 담보편 제1조에 채무자의 재산은 총 채권자의 공동담보가 된다고 하는 것과 같은 견해를 취하였기 때문에 그것과 조화하기 위하여 그와 같은 자구를 사용하였지만 원래 담보로 한 이상은 특별히 정하는 것이 당연하여 본안은 단지 담보로 칭하였다. 또한 본조 제3호는 기성법전 제405조 제3호를 간략하게 한 것에 불과하므로 따로 설명을 요하지 않는다.
기성법전 **제405조 제2호의 규정은 이미 본조 제1호 및 제3호의 규정에 의하여 명확**할 뿐만 아니라 파산법을 두게 된 이상 그 필요를 발견할 수 없어 이를 삭제하였다.
또한 동조 **제4호**의 규정은 여러 국가의 법전에 그 예를 볼 수 없는 규정이므로 채무불이행에 따른 해제조건으로 보아 **계약해제의 규정 중에 삽입**하여야 하는 것이 되어 여기서는 그것을 삭제하였다.

인하여 채무자는 기한의 이익을 상실한다고 하였지만, 기한은 채무자의 이익을 위하여 정해진 것으로 함이 원칙이므로 채무자의 측면에서 규정하였다. 또한 기존 규정 제1호의 가자(家資) 분산, 즉 무자력은 파산에 포함하여야 하므로 단지 파산의 선고만 규정하는 것으로 하였다. 그리고 재산의 양도 또는 압류에 관한 내용(기존 규정 제2호)은 제1호 및 제3호의 규정에 의하여 명확하고 파산법에서도 이를 규율하고 있으므로 삭제하였다. 이자 미지급에 관한 동조 제4호는 계약해제의 규정에 해당하므로 이를 삭제하였다.

그 후 이 규정의 “훼멸”을 “멸실 또는 손상”으로 개정하였고[53] 이것이 오늘날까지 이어져 오고 있다. 이 규정은 2017년 개정에도 영향을 받지 않았다. 우리 민법의 규정과는 달리 파산절차 개시를 규정하고 있다. 이는 프랑스의 종전 규정에 영향을 받은 것으로 보인다.

### 4. 소결

기한 이익 상실에 관한 우리 규정은 프랑스의 규정이 일본을 거쳐 들어온 것으로 판단된다. 프랑스는 파기원에서 이 규정을 제한적으로 해석하여 채무자의 과책이 필요한 것으로 운용하고 있다. 또한 채무불이행 책임과의 경합을 인정하고 있다. 일본에서 이 규정을 도입하는 과정에서 이 규정이 필요한 이유에 대한 특별한 문제 의식은 없었던 것으로 보인다. 독일에서는 이러한 규정을 두지 않고 있다. 다만, 채권자의 과책 없이 담보가 부족하게 된 경우에는 담보 보충을 청구할 수 있도록 하고 있다. 또한 저당권에 관한 규정에서 일정한 기간을 부여한 후 담보로부터 채권의 만족을 얻을 수 있도록 하고 있고 소비대차에 관한 규정에서 담보부족으로 차용금의 변제가 위태롭게 될 경우 계약을 즉시 해지할 수 있도록 하고 있다.

이러한 내용에 비추어 보면 기한 이익의 상실에 관한 규정을 비판적으로 바라볼 필요가 있다. 우리 민법에서도 기한 이익 상실 규정을 제한적으로 해석하거나 삭제하고 채무불이행 책임을 활용하는 것을 생각해 볼 수 있다. 이 규정을 유지하더라도 채권총칙이 아니라 소비대차계약 부분으로 이동하여 규율할 필요가 있다.

## III. 국내의 논의

### 1. 기존의 논의

우리 민법 제388조에서 규정하고 있는 채무자가 담보를 손상, 감소 또는 멸실하게 한 때의 의미에 대하여 채무자는 채무자 본인뿐만 아니라 법정대리인과 이행보조자의 행위도 포함한다고 설명한다.[54] 물상보증인이나 제3취득자에 의하여 담보가 감소

53) 민법 제137조(기한 이익의 상실) 다음에 게재한 경우에 채무자는 기한의 이익을 주장할 수 없다.
1. 채무자가 파산절차 개시의 결정을 받았을 때.
2. 채무자가 담보를 멸실, 손상 또는 감소시켰을 때.
3. 채무자가 담보를 제공할 의무를 지는 경우에 이를 제공하지 않을 때.

되거나 미제공된 경우에도 기한의 이익이 상실된다고 주장하는 견해가 있다.[55] 이에 대하여 채무자는 물상보증인을 통제할 방법이 없다는 점, 채권자는 물상보증인에게 불법행위로 인한 손해배상청구를 할 수 있다는 점을 근거로 이를 비판하는 견해가 유력하게 제기된다.[56] 또한 기한부채권은 파산 선고시에 변제기에 이른 것으로 본다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제425조). 일본에서는 이러한 내용을 민법에 직접 규정하고 있지만, 우리는 도산법에서 규율하고 있다는 차이가 있다.

현행 규정은 채무자의 유책사유를 요건으로 하고 있지 않다. 이에 대하여 채무자의 고의 또는 과실이 필요하지 않다고 해석하는 불요설이 기존의 다수설을 차지하고 있었다.[57] 이행기까지 기다리게 하는 것은 채권자와 채무자 사이의 신의칙상 객관적 균형을 깨뜨린다는 점, 기한이익 상실의 근거가 채권보전에 있다는 점을 근거로 제시한다. 그러나 최근에는 채무자의 고의 또는 과실이 필요하다는 견해가 유력하게 제기되고 있다.[58] 우리 민법상 과실 책임 원칙에 비추어 채무자의 유책사유가 없는 경우에 불이익을 채무자에게 귀속시킬 근거가 없다는 점을 근거로 제시한다.

채무자 측의 유책 사유를 요하는지 여부에 관한 논의와는 별도로 담보의 감소 또는 미제공로 인하여 피담보채무의 변제를 받지 못할 현저한 우려가 있는 경우에 한하여 기한이익을 상실한다는 주장이 제기되었다.[59] 이 견해는 제362조의 저당물보충청구권에서는 채무자나 물상보증인 등의 행위에 의해 저당물의 가액이 현저하게 감소될 것을 요구하고 피담보채무의 변제를 받지 못할 우려는 요구하지 않는다는 점을 환기한다. 기한이익 상실에 관한 제388조의 규정에 의해 채무자에게 즉시 채무를 변제하게 하는 것은 채무자에게 지나치게 가혹한 것이기 때문에 제362조의 내용 보다 엄격하게 해석하여야 한다고 설명한다.

---

54) 어인의, “기한의 이익”, 「고시계」 1990년 2월호(통권 제396호), 고시계사, 1990, 68면. 이에 대하여 채무자의 감독 하에 있는 무능력자나 이행보조자에게까지 인적 범위를 확장할 근거가 부족하다고 주장하며 채무자 자신의 행위로 한정하여야 한다는 견해로 곽윤직 편집대표, 「민법주해(IX)」, 채권(2), 박영사, 1995, 137면(양창수 집필부분)..

55) 「주석민법」, 채권총칙(1)(제3판), 한국사법행정학회, 제388조, 395면, 396면(이은영). 이준현, “저당권설정자에 의한 담보의 훼손·멸실 또는 담보 불제공과 기한의 이익 상실”, 「저스티스」 제97호, 2007, 32면에서 재인용.

56) 이준현, 위의 논문, 33면.

57) 곽윤직/김재형, 「채권총론(민법강의Ⅲ)」, 제7판, 박영사, 2023, 89면; 김상용, 「채권총론(제3판)」, 화산미디어, 2016, 114면; 김주수, 「채권총론」, 삼영사, 2003, 114면; 김증한/김학동, 「채권총론」, 박영사, 1998, 98면(담보가 멸실된 때에는 채무자의 고의나 과실 여부와 관계 없이 채무자의 신용이 없어진 것은 마찬가지라는 점을 그 근거로 제시한다); 김형배, 「채권총론(제2판)」, 박영사, 1999, 180면(담보가 손상된 경우에 채권자로 하여금 기한의 도래를 기다려 청구를 하도록 하는 것은 채권자와 채무자간의 신의칙상 객관적 균형을 깨뜨린다고 설명한다); 「주석민법」, 민법총칙(3)(제5판), 한국사법행정학회, 2019, 706-707(남성민)(채무이행에 대한 신뢰를 훼손하는 채무자 측의 사정이 있을 때 기한 이익을 계속 부여할 수 없다고 기술한다).

58) 「민법주해(IX)」, 채권(2), 박영사, 1995, 137-138면(양창수 집필부분)(신의칙상 객관적 균형이 무엇인지 의미가 불분명하고 우리 민법의 기초인 귀책성 원칙이 이 경우에도 관철되어야 한다고 주장한다. 또한 담보물의 성질상 위험이 실현되어 담보가 손상된 경우에는 어떤 견해를 취하든 기한이익 상실은 인정되지 않는다고 설명한다); 양창수/김형석, 「민법3(권리의 보전과 담보)」, 박영사, 2012, 369면(저당권자 자신에게만 귀책되는 사유 또는 저당물이 가지는 성질상 위험의 발현의 경우에는 기한 이익이 상실되지 않는다고 설명한다); 이준현, 앞의 논문, 29면; 「주석민법」, 물권(4)(제3판), 한국사법행정학회, 2000, 160면(권순일); 「주석민법」, 채권총칙(1)(제4판), 한국사법행정학회, 2013, 563면(지원림).

59) 이준현, 앞의 논문, 43면.

## 2. 법무부 민법개정위원회의 논의

### 1) 기초위원회 예비초안

법무부는 2023. 6. 16. 민법개정위원회를 조직하였다.[60] 기초위원회에서 예비초안을 만들면 검토위원회에서 의견을 주고 다시 기초위원회에서 최종안을 만드는 방식으로 운영되고 있다. 제388조에 대하여는 종래 학설상 다툼이 있었다고 지적하면서 "담보의 멸실 등이 채무자에게 귀책되어야 하며 따라서 불가항력이나 자연력에 의한 경우 기한이익 상실은 일어나지 않는다"는 프랑스의 해석을 받아들여 채무자에게 책임 있는 사유로 담보가 손상, 감소 또는 멸실한 때(제1호), 채무자가 책임 있는 사유로 담보제공의 의무를 이행하지 아니한 때(제2호) 채무자는 변제기한의 이익을 주장할 수 없는 것으로 제안하였다.[61] 이 규정의 위치에 대하여도 체계상 적절한 위치는 이행지체가 아니라 채무 변제라고 보아 제468조에 두는 것으로 제안하였다. 그러나 아래의 검토위원회의 의견을 받아들여 최종안은 다시 이행지체 부분으로 돌아가서 제388조의2에서 규정하는 것으로 하였다.

### 2) 검토위원회 의견

검토위원회에서는 기한이익의 상실은 변제의 국면이 아니라 이행 청구의 국면과 관련된 것이고 제468조의 조문 표제와도 맞지 않으므로 변제에 관한 부분으로 이동하는 것이 적절하지 않다는 의견을 피력하였다.[62] 책임 있는 사유 요건을 추가할 것인지에 대하여는 찬성과 반대의 견해가 모두 있었는데 이를 추가하는 경우 입법 이유가 심도 있게 보완되어야 할 것이라는 의견이 제시되었다.

### 3) 정리

이러한 내용을 정리하면 아래의 표와 같다.

---

60) 이계정, "추완청구권과 민법 개정", 「민사법학」 제105호, 한국민사법학회, 2023, 103면. 양창수 전 대법관을 위원장으로 김재형 전 대법관을 검토위원장으로 위촉하였다. https://www.moj.go.kr/bbs/moj/189/572146/artclView.do (2024. 7. 9. 방문)

61) 김형석, 앞의 보고서, 18면.

62) 법무부 민법개정위원회 검토위원회, 민법 개정 예비초안에 대한 검토의견서, 2024, 11, 민법 개정 예비초안에 대한 검토의견서, 2024, 11면. 검토위원회 의견은 법무부 민법개정위원회 홈페이지에서 볼 수 있다. https://civillawrevision.co.kr/board/news/24 (2024. 7. 19. 방문)

| 현행 민법 | 기초위원회 예비초안 | 검토위원회 의견 |
|---|---|---|
| 제153조 (기한의 이익과 그 포기) ①기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다. ② 기한의 이익은 이를 포기할 수 있다. 그러나 상대방의 이익을 해하지 못한다. | 제153조 (삭제) | 기초위원회 예비초안 찬성 |
| 제388조(기한의 이익의 상실) 채무자는 다음 각호의 경우에는 기한의 이익을 주장하지 못한다.<br>1. 채무자가 담보를 손상, 감소 또는 멸실하게 한 때<br>2. 채무자가 담보제공의 의무를 이행하지 아니한 때 | 제388조를 제468조 제3항로 이동하는 것을 제안한다.<br><br>(최종안)<br>제388조의2(변제기한 이익의 상실) 채무자는 다음 각 호의 경우에는 변제기한의 이익을 주장하지 못한다.<br>1. 채무자에게 책임 있는 사유로 담보가 손상, 감소 또는 멸실한 때<br>2. 채무자가 책임 있는 사유로 담보제공의 의무를 이행하지 아니한 때 | 제468조 제3항의 경우 원래 위치인 제388조에 두는 것이 바람직하므로 추가 검토가 필요하다. |

| 현행 민법 | 기초위원회 예비초안 | 검토위원회 의견 |
|---|---|---|
| 제468조 (변제기전의 변제) 당사자의 특별한 의사표시가 없으면 변제기 전이라도 채무자는 변제할 수 있다. 그러나 상대방의 손해는 배상하여야 한다. | 제468조 (변제기 전의 변제)<br>① 채무의 변제기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다.<br>② 당사자의 특별한 의사표시가 없으면 채무자는 제1항의 이익을 포기하고 변제기 전이라도 변제할 수 있다. 그러나 상대방의 손해는 배상하여야 한다.<br>③ 채무자는 다음 각호의 경우에는 제1항의 이익을 주장하지 못한다.<br>1. 채무자가 책임 있는 사유로 담보를 손상, 감소 또는 멸실하게 한 때<br>2. 채무자가 책임 있는 사유로 담보제공의 의무를 이행하지 아니한 때<br><br>(최종안)<br>제468조(변제기 전의 변제)<br>① 채무의 변제기한은 채무자의 이익을 위한 것으로 추정한다.<br>② 당사자의 특별한 의사표시가 없으면 채무자는 제1항의 이익을 포기하고 변제기 전이라도 변제할 수 있다. 그러나 상대방의 손해를 배상하여야 한다. | 책임 있는 사유를 요할 것인지 추가 검토가 필요하다. |
| [2004년 개정안] (없음)<br>[2013년 개정안] (없음) | | |

## IV. 규정 삭제의 필요성

이러한 내용을 종합하여 볼 때 채무자가 담보제공 의무를 이행하지 아니하거나 담보를 감소시킨 경우 기한의 이익을 주장할 수 없도록 하는 현행 민법 규정은 삭제할 필요가 있다. 그 이유는 다음과 같다.

## 1. 채무불이행 책임 구성

담보의 제공하고 이를 유지하는 것은 계약상 채무자의 의무에 포함된다고 볼 수 있다. 따라서 이를 위반하는 것은 채무자가 고의 또는 과실이 없다는 점을 증명하지 못하는 한 채무불이행 책임을 구성한다. 예컨대 금전을 대차하면서 약속했던 근저당권을 설정해 주지 않는 경우 채권자인 금전대여자는 이를 이유로 소비대차계약을 해제하고 대여한 금전의 반환과 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 반면 담보제공의무나 담보유지의무가 해제사유가 되지 않는 부수적 의무에 그치는 경우도 있을 것이다. 특히 다수의 담보를 제공하기로 하고 일부를 제공하지 않거나 다수의 담보 중 일부를 감소시킨 경우에는 남은 담보로 채무의 이행을 담보하는데 문제가 없는 경우라면 해제사유가 되기는 어려울 것이다. 이러한 경우에는 기한 이익 상실 사유로 보기에도 무리라고 할 것이다. 이와 같이 담보제공과 관련된 기한 이익 상실은 채무불이행 책임으로 규율하면 족하고 일률적으로 기한이익을 상실시키는 규정은 그 근거가 미약하고 채무자에게 지나치게 부당한 측면이 있다.

## 2. 기한이익 상실이 문제되는 채무의 유형

기한이익 상실이 문제되는 채무의 유형을 생각해 볼 수 필요가 있다. 첫째, 자금을 대여하면서 차주로부터 그에 대한 담보를 제공받는 유형이다. 소비대차계약이 이에 해당한다. 이 경우에는 담보의 감소 또는 미제공으로 채무변제의 확보에 위험을 초래하는 경우 채무불이행 책임이 발생할 수 있다. 그리하여 기본적으로 담보의 보충, 제공, 손해배상을 청구할 수 있을 것이다. 위험이 현저한 경우 계약을 해제하고 대여금의 반환을 청구할 수 있을 것이다.

둘째, 특정물 인도 및 사용을 위하여 담보를 설정하는 유형이다. 매매나 임대차계약이 이에 해당한다. 임차인의 유책사유로 배상의무가 발생하여 그 결과 임차보증금이 불충분하게 된 경우 이에 해당할 수 있다. 이 경우 보증금 감소를 이유로 바로 임대차계약을 해제하는 것이 타당하다고 보기는 어렵다. 임대인은 임차인에게 보증금을 보충할 기회를 부여하고 이를 이행하지 않은 경우 해제나 손해배상 등 채무불이행 책임을 청구할 수 있을 것이다.

셋째, 하는 급부인 용역 급부를 위하여 담보를 설정하는 유형이다. 특정 가수가 일정한 날에 공연을 하기로 하고 이를 확실히 하기 위하여 담보를 설정하는 경우를 상정할 수 있다. 담보가 감소하거나 미제공된 경우 기한 이익을 상실하는 것은 타당하지 않다. 채무자가 특정일에 급부를 이행하는 것에 의미가 있는 것이고 계약 내용에 비추어 볼 때 이행기를 앞당기는 것은 아무런 의미가 없다.

이와 같이 기한 이익 상실이 문제되는 사안은 통상 채무불이행 책임으로 규율하는 것이 타당하다. 담보의 감소 또는 미제공이 중요하지 않는 경우에는 손해배상으로 처리하는 것이 타당하고 이것이 중요한 경우에는 해제나 해지를 통해 규율하는 것이 타당하다. 가수의 공연 사안과 같이 기한을 앞당기는 것이 의미가 없는 경우도 있다. 기한 이익 상실을 통해 이행청구권의 강제이행을 도모할 수 있기는 하다. 그러나 이러한 경우에는 기한 이익 상실 특약을 통해 이러한 내용을 분명히 할 필요가 있다. 강제이행이 채무자에게 미치는 중요한 불이익을 고려하여야 하기 때문이다. 예컨대

매매계약을 체결하면서 매도인이 인도채무를 확실시 하기 위하여 별도의 담보를 제공하였는데 담보가 후에 멸실된 경우 매수인은 담보 보충이나 손해배상을 통해 구제받는 것이 타당하다. 담보의 감소 또는 미제공이 있는 경우 기한 상실을 통해 이행기 전에 매매목적물의 인도 및 소유권이전에 관한 청구권을 행사할 수 있도록 하는 것은 당사자의 의사에 부합하는지는 사안 별로 다를 수밖에 없다.

넷째, 특정물 매매계약의 유형이다. 매매목적물이 부동산인 경우에는 소유권이전등기의 가등기를 경료하여 그 이행을 확실하게 할 수 있다. 동산 매매의 경우에는 양도담보를 이용할 수 있을 것이다. 이와 같이 목적물 자체에 대하여 가등기를 경료하거나 담보권을 설정하면 족하다. 그 목적물이 멸실, 훼손 또는 가치하락하는 경우 이에 대하여 기한 이익을 상실시키는 것은 합당하지 않다. 기한 이익을 상실시키고 훼손된 목적물을 인도받는 것은 통상적인 당사자의 의사와는 거리가 멀기 때문이다. 매매 목적물의 가치가 하락하였다고 기한 이익을 상실하게 하는 것도 맞지 않다. 이러한 사안은 계약의 해제나 손해배상으로 규율하여야 한다. 매수인이 이러한 경우를 예상하여 하자가 있는 목적물이라도 신속하게 인도받기를 원하였다면 이를 기한 상실 특약의 형태로 계약 내용에 포함할 필요가 있었던 것이고 그러한 특약 없이 일반적으로 이러한 내용을 인정할 타당한 근거는 찾기 어렵다.

다섯째, 제작물 공급 계약의 유형이다. 매매 당시 매매목적물이 존재하지 않고 이를 제작하여 공급하는 계약인 경우에는 별도의 담보를 제공하여야 할 것이다. 이러한 경우 별도로 제공한 담보를 감소시키거나 제공하지 않는 경우에 목적물을 즉시 제작하여 인도하는 것이 당사자의 의사에 합치하는 것이라고 보기는 어려울 것이다.

이러한 내용은 공사도급계약에서도 마찬가지이다. 담보가 충분하지 않고 계약의 이행이 불명확한 경우에는 매수인이 이를 판단하여 추가로 담보권 설정 청구를 하거나 계약을 해제 또는 손해배상청구를 할 수 있도록 하면 된다. 기한이익 상실을 통해 이행청구권을 즉시 실현하는 것은 당사자 간에 기한 상실 약정이 있는 경우에 한하여 인정하는 것이 타당하다.

## 3. 담보권 설정의 강제이행 또는 저당물 보충 청구

채무자가 약속한 담보를 제공하지 않는 경우에는 이에 대한 이행청구권이 채권자에게 있으므로 채권자는 법원을 통해 강제이행을 할 수 있다. 또한 저당권설정자의 책임 있는 사유로 인한 저당물의 멸실, 감소 등으로 그 가액이 현저히 감소된 때에는 저당권자는 저당권설정자에게 원상회복이나 상당한 담보제공을 청구할 수 있다(제362조). 담보의 감소로 기한 이익의 상실이 문제되는 사안 중 상당수가 저당권에 관한 것인데 채권자는 저당물 보충 청구에 의하여 구제받을 수 있다. 보증채무에 있어서도 보증인이 변제자력이 없게 된 때에는 채권자는 보증인의 변경을 청구할 수 있다(제431조 제2항). 이러한 규율은 기한 이익 상실에 관한 제388조의 그것에 비하여 보다 세밀하게 당사자의 이익을 조정하는 것이라고 볼 수 있다. 이러한 내용이 없는 담보, 가령 채권질권이나 동산양도담보의 경우에는 달리 약정이 없는 한 담보권 설정 이후 담보 감소의 위험을 채권자가 부담하였다고 해석하는 것이 보다 타당할 것이다.

## 4. 기한 이익 상실 약정

담보의 감소 또는 미제공의 사안은 원칙적으로 채무불이행으로 규율하고 예외적으로 당사자 사이에 기한 이익의 상실 약정이 있는 경우에 한하여 즉시 이행청구권을 할 수 있도록 하는 것이 타당하다. 채권자가 기한 이익을 상실시킬 수 있도록 하는 것은 공연 계약, 제작물 공급 계약, 공사도급 계약 등 많은 사안에서 계약을 체결하는 목적과 동떨어져 있고 특정물의 매매 계약은 가등기나 양도담보를 통해 목적 달성이 가능하기 때문이다.

소비대차 계약의 경우 담보의 감소나 미제공이 있을 때 기한 이익 상실을 인정하는 것이 채권자에게 더 유리하게 될 수 있다. 계약의 해제나 손해배상청구의 경우 상당 기간을 정하여 최고를 하여야 전보배상이나 부당이득반환을 청구할 수 있다. 반면 기한 이익 상실은 즉시 이행기가 도래하기 때문에 채권자에게 더 유리하다. 이러한 차이는 채권자가 이행기가 도래한 채권을 자동채권으로 하여 상계를 하여 채무자의 다른 채권자에게 대항할 수 있게 한다. 상계를 통해 채권의 우선적 만족을 얻을 수 있는 것은 채권자에게 결정적인 의미가 있다. 따라서 제388조에서 규율하는 특정 담보의 감소나 미제공에 국한하지 않고 채무자의 다른 재산에 대하여 압류명령이 있는 경우에도 기한 이익을 상실하도록 특약을 두는 경우가 많다. 특히 금융기관은 금전대여를 할 때 예금 거래를 하도록 유도하고 예금 채권에 대하여 압류나 가압류 명령이 발송되는 경우 대여금채권의 이행기가 도래하도록 특약을 두고 있다.[63]

이러한 특약에 의하여 채권자가 우선적 채권 만족을 얻도록 하는 것이 타당한 것인가? 상계의 대상이 되는 채권이 밀접한 관계(견련관계)가 있는 경우에는 상계를 통한 우선적 만족을 인정하는 것이 타당하다. 그러나 그러한 관계가 없는 채권에 대하여 다른 채권자 보다 우선하여 만족을 얻도록 할 합리적인 근거는 찾아보기 어렵다.[64] 기한 이익의 상실 약정이 있는 경우에도 이러한 문제점이 발견되는 상황에서 기한 이익의 약정 없이 민법의 규정에 의하여 채권자에게 기한 이익 상실 권한을 부여하는 것은 더욱 신중하게 생각할 필요가 있다.

## 5. 담보 감소로 인한 특별해지권

이러한 점을 고려할 때 기한의 이익 상실에 관한 제388조는 삭제하는 것이 타당하다. 이 규정을 유지하는 경우에는 이를 채권총칙에서 소비대차 부분으로 이동하여 소비대차계약에 국한하여 아래와 같은 규정을 적용하는 것이 타당하다.

---

63) 예컨대 우리은행의 은행 여신거래 기본약관(기업용, 2021. 3) 제7조 제1항 제1호 “채무자에 관하여 다음 각 호에서 정한 사유 중 하나라도 발생한 경우에는, 은행으로부터의 독촉·통지 등이 없어도, 채무자는 당연히 은행에 대한 모든 채무의 기한의 이익을 상실하여(지급보증거래에 있어서의 사전구상채무 발생을 포함합니다. 이하 같습니다), 곧 이를 갚아야 할 의무를 집니다. 1. 제 예치금 기타 은행에 대한 채권에 대하여 가압류·압류명령이나 체납처분 압류통지가 발송된 때 또는 기타의 방법에 의한 강제집행개시나 체납처분 착수가 있는 때. 다만, 담보재산이 존재하는 채무의 경우에는 채권회수에 중대한 지장이 있는때에만 가압류를 사유로 기한의 이익을 상실합니다.”

64) 김기환, 「상계」, 경인문화사, 2018, 230면.

제601조의2(담보 감소로 인한 특별해지권) 차용물을 위하여 제공된 담보의 가치가 차주의 고의 또는 과실에 의하여 현저하게 악화하고 그로 인하여 담보를 실행하더라도 차용물의 반환이 위태롭게 될 경우에는 대주는 소비대차계약을 즉시 해지할 수 있다.

### 6. 이행기 전 이행거절과의 관계

기한 이익 상실은 이행기 전 이행거절과 맥락이 닿아 있다고 볼 수 있다. 채무자가 이행기 전 이행거절을 한 경우에 채권자에게 손해배상청구권이 발생하고 소멸시효도 바로 진행한다. 손해배상청구권은 이행청구권을 근거로 하고 이행청구권이 변형된 것으로 볼 수 있는데[65] 이행청구권에 붙어 있는 기한 이익이 상실되어 손해배상청구권이 발생한다고 보는 것이다.

담보를 감소시킨 경우 기한 이익이 상실된다면 이행 거절의 경우에도 기한 이익이 상실된다고 평가할 여지가 있다. 그러나 담보 감소의 경우에 기한 이익을 상실시키는 것이 부당한 것과 같이, 이행 거절의 경우에 기한 이익을 상실시키는 것도 타당하지 않다. 채무자가 이행 거절을 하는 취지는 통상 채무자에게 이행을 할 수 없는 사정이 있음을 미리 밝히는 것이다. 그런데 기한 이익을 상실하게 하고 바로 이행청구를 하는 것은 이러한 통상적인 채무자의 의사에 맞지 않고 채무자의 어려운 사정을 이용하여 상황을 더욱 악화시킬 뿐이다. 채무이행 과정에서 채무자와 채권자는 서로 채무이행에 관한 정보를 원활하게 제공할 필요가 있다. 채무이행에 채권자의 협력이 필요한 경우가 많고 채무불이행이 예상된다면 채권자가 이에 대응할 수 있는 시간을 줄 수 있기 때문이다. 그런데 채무자가 이행이 어려운 사정을 솔직하게 고지하였다는 것을 기화로 채무자에게 이행기 전의 이행 또는 강제이행을 강요하는 것은 타당하지 않다. 이는 채무자가 이행기 전에 채무 이행에 관한 정보를 제공하는 것을 꺼리게 하는 결과를 초래할 것이다.

이행기 전 이행 거절에서 채권관계를 종료하고자 하는 채무자의 의사를 도출할 여지는 있다. 그러한 경우에는 손해배상책임을 인정할 수 있을 것이다. 그러나 채무자의 이행기 전 이행 거절로부터 이행기 전 이행청구 및 강제이행을 용인하는 채무자의 의사를 도출하기는 어렵다. 채무자의 의사로부터 근거를 찾지 못하는 한 신의성실의 원칙이나 채권자의 불안만 가지고는 기한 이익을 상실시킬 근거가 충분하다고 보기 어렵다. 기한 이익 상실에 관한 제388조는 삭제되어야 할 규정이고 이 규정을 이행기 전 이행거절을 정당화하는 간접적인 근거로 활용하는 것은 타당하지 않다.

## V. 결론

기한 이익 상실에 관한 제388조의 규정은 삭제하는 것이 타당하다. 첫째, 비교법적으로 볼 때 프랑스와 일본에서 이러한 규정을 두고 있고 독일은 이러한 규정을 두고

65) 성승현, “이행기 전 이행거절의 경우에 채권자의 이행청구권 행사와 손해경감의무”, 법학연구 제34권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2023, 188면.

있지 않다. 프랑스와 일본에서도 이러한 규정이 왜 필요한지 그 근거가 뚜렷하지 않다. 둘째, 담보의 감소 또는 미제공이 문제되는 대부분의 사안은 채무불이행 책임을 통하여 적절히 규율할 수 있다. 그 정도와 계약 해석에 따라 채권자에게 담보 보충 청구, 손해 배상 청구, 계약해제 등의 구제수단을 인정할 수 있고 그것으로 충분하다. 셋째, 기한 이익의 상실을 인정하는 것은 공연계약, 제작물공급계약, 공사계약, 특정물매매계약 등 상당수 사안에서 계약목적이나 당사자의 의사에 맞지 않은 엉뚱한 결과를 초래한다. 넷째, 채권자에게 즉각적인 이행청구권을 부여하는 것은 사전에 당사자가 기한 이익 상실 약정을 한 경우에 국한하여 인정하면 된다. 이를 일반적인 경우에 모두 인정할 필요는 없다.

## [참고문헌]

<국내문헌>

「민법주해(IX)」, 채권(2), 박영사, 1995.
「주석민법」, 민법총칙(3)(제5판), 한국사법행정학회, 2019.
「주석민법」, 물권(4)(제3판), 한국사법행정학회, 2000.
「주석민법」, 채권총칙(1)(제4판), 한국사법행정학회, 2013.
「주석민법」, 채권총론(1)(제5판), 한국사법행정학회, 2020.

곽윤직, 「채권총론(민법강의Ⅲ)」, 박영사, 2018.
김기환, 「상계」, 경인문화사, 2018.
김상용, 「채권총론(제3판)」, 화산미디어, 2016.
김주수, 「채권총론」, 삼영사, 2003.
김증한/김학동, 「채권총론」, 박영사, 1998.
김형배, 「채권총론(제2판)」, 박영사, 1999.
김형석, 민법 개정안(계약법 총론) 예비초안 연구, 법무부 연구용역 보고서, 2023.
박인환, “일본 메이지민법(채권편: 제399조-제414조)의 입법이유”, 「법학논총」 제36권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2016.
법무부 민법개정위원회 검토위원회, 민법 개정 예비초안에 대한 검토의견서, 2024.
성승현, “이행기 전 이행거절의 경우에 채권자의 이행청구권 행사와 손해경감의무”, 법학연구 제34권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2023.
양창수/김형석, 「민법3(권리의 보전과 담보)」, 박영사, 2012.
양창수 역, 「2018년판 독일민법전」, 박영사, 2018.
어인의, “기한의 이익”, 「고시계」 1990년 2월호(통권 제396호), 고시계사, 1990.
이준현, “저당권설정자에 의한 담보의 훼손·멸실 또는 담보 불제공과 기한의 이익 상실”, 「저스티스」 제97호, 2007.

<해외문헌>

廣中俊雄 編著「未定稿本 民法修正案(前三編)理由書」, 有斐閣, 1987.
Demolombe C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. XXV, 1869.
JurisClasseur Civil Code Art. 1305 à 1305-5 - fasc. unique, par Marc Mignot, première publication : 28 mars 2023.
Münchener Kommentar zum BGB/Grothe, 9. Auflage 2021, BGB § 240.
Münchener Kommentar zum BGB/K. P. Berger, 8. Auflage 2019, BGB § 490.
Münchener Kommentar zum BGB/Lieder, 9. Auflage 2023, BGB § 1133.

[Abstract]

# Modification of Civil Code Provision Concerning forfeiture of Benefit of Time

KIM, Gee Hwan*

Article 388 of the Civil Act stipulates that if a debtor reduces the security or fails to provide the agreed the security, the debtor cannot claim the benefit of the time. In recent discussions on the revision of the Civil Code, it has been proposed to revise this provision so that the benefit of the time can be claimed only in cases where the security is reduced or not provided due to the debtor's fault. However, I think it is reasonable to delete this provision for the following reasons.

First, the reduction or non-provision of the security can be regulated by the responsibility for nonperformance of obligation, enforced performance, or a claim for supplementary mortgage, and it is reasonable to regulate it by these. If the degree of insufficiency of the security is small and the debt can be secured with the remaining security, it is sufficient to regulate it by damages. If it is difficult to secure the debt, the result equivalent to the forfeiture of benefit of time can be achieved through contract termination. The agreed security right can also be fulfilled through enforced performance.

Second, there are many debts for which the forfeiture of benefit of time is not appropriate. This includes contracts to sing songs, contracts to produce and supply, contracts to construct buildings, and contracts for the sale of specific goods or real estates. It is not appropriate to include provisions on the forfeiture of benefit of time in the general provisions of claims that cover such debts.

Third, France and Japan have similar provisions, but their basis is unclear, and France interprets and operates them in a limited manner. Germany has modified the provisions and includes related provisions only in the loan contract and mortgage sections.

Fourth, in practice, a provision for the forfeiture of benefit of time that is very favorable to creditors is inserted into the terms and conditions to prepare for situations where security becomes insufficient. It is necessary to regulate the forfeiture of benefit of time that is excessively favorable to creditors. If such a provision is not included, it is unclear whether it is in line with the intention of the parties to receive immediate performance when the security is reduced or not provided. If such an intention can be found in the contract, it can be the cause for a claim for termination or damages, and can be regulated by this. If there is

* Assistant Professor, Chungnam National University Law School

no such intention and it is not subject to a claim for supplementary mortgage, it is reasonable to view it as a waiver of the right to forfeiture of benefit of time.

**Key Words:** benefit of time, forfeiture, nonperformance, reduction of the security, modification of civil code

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.283 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 집합건물 관리단의 소송상 지위
## - 대법원 2022. 6. 30. 선고 2021다239301 판결의 검토 -

이 세 은*

**논문요지**

현재 우리의 일상 생활의 많은 부분이 집합건물에서 이루어지면서 집합건물과 관련된 분쟁도 빈번하게 발생하고 있다. 집합건물에 관한 분쟁에서 집합건물의 유지·관리의 주체 및 소송 당사자, 소송상 관계 등에 관한 문제가 자주 등장하고 있어 이에 관한 우리 판례의 정립이 절실해지고 있다.

대상 판결은 공용부분의 무단점유자에 대한 부당이득반환청구소송에서 집합건물 관리단의 법적 지위를 제3자 소송담당이라는 전제에서 기판력과 재소금지원칙 적용 여부를 판단하였다. 이미 구분소유자 중 일부가 소를 제기하였다면 그 판결의 기판력이 관리단에 미치지만, 소 취하에 의한 재소금지의 적용에 있어서는 구분소유자 공동이익을 위한 목적으로 소송을 수행한다는 이유로 관리단에게 새로운 권리보호 이익이 인정되므로 재소금지원칙의 적용을 받지 않는다고 보았다.

또한 관리단이 공용부분 무단점유자를 상대로 부당이득반환청구 소송을 하려면 관리단집회의 결의나 규약에 근거가 있어야 함을 명시적으로 판단하였다는 점에서 대상 판결은 그 의미가 있다.

**검색용 주제어: 집합건물 관리단, 부당이득반환청구, 제3자 소송담당, 재소금지, 기판력**

**· 논문접수: 2024. 07. 10. · 심사개시: 2024. 07. 16. · 게재확정: 2024. 07. 29.**

## I. 서론

현재 우리의 일상 생활의 많은 부분이 집합건물에서 이루어지면서 집합건물과 관련된 분쟁도 빈번하게 발생하고 있다. 집합건물에 관한 분쟁에서 집합건물의 유지·관리의 주체 및 소송 당사자, 소송상 관계 등에 관한 문제가 자주 등장하고 있다.

집합건물의 관리단으로부터 관리업무를 위임받은 위탁관리회사가 구분소유자 등을 상대로 자기 이름으로 소를 제기하여 관리비를 청구할 당사자적격이 있는지 여부 및 위탁관리업자에게 임의적 소송신탁이 허용되는지에 관한 판결[1], 집합건물의 관리업

* 고려대 일반대학원 법학과 박사 수료

무를 위탁받은 위탁관리업자의 소송상 지위 및 관리위탁계약의 종료로 인한 소송절차의 중단여부에 관한 판결[2] 등이 그 예이다. 그러므로 이러한 최근 경향에 따라 집합건물과 관련하여 소송법적으로 중요한 의미를 갖는 판례에 대하여 면밀하게 검토해 보는 것은 의미가 있다.

대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결은, “구분소유자 중 일부가 정당한 권원 없이 집합건물의 복도, 계단 등과 같은 공용부분을 배타적으로 점유·사용함으로써 이익을 얻고, 그로 인하여 다른 구분소유자들이 해당 공용부분을 사용할 수 없게 되었다면, 공용부분을 무단점유한 구분소유자는 특별한 사정이 없는 한 해당 공용부분을 점유·사용함으로써 얻은 이익을 부당이득으로 반환할 의무가 있다. 해당 공용부분이 구조상 이를 별개 용도로 사용하거나 다른 목적으로 임대할 수 있는 대상이 아니더라도, 무단점유로 인하여 다른 구분소유자들이 해당 공용부분을 사용·수익할 권리가 침해되었고 이는 그 자체로 민법 제741조에서 정한 손해로 볼 수 있다.”고 판시하였다.[3]

본고에서 살펴보고자 하는 대상 판결은 집합건물의 공용부분을 무단으로 점유한 구분소유자의 부당이득반환의무를 인정한 위 전원합의체 판결(대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744)의 후속판결이다.

이에 전원합의체 판결에 따라 발생하는 파생적 쟁점인 공용부분의 무단점유자에 대한 부당이득반환청구소송에서 집합건물법상 관리단의 법적 지위 및 구분소유자의 부당이득반환청구와 관리단의 부당이득반환청구의 소송상 관계에 대하여 대상 판결을 검토해 보고자 한다.

## Ⅱ. 사건의 개요

### 1. 사실관계

원고는 집합건물인 이 사건 상가의 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 설립된 관리단이다. 이 사건 상가의 구분소유자인 소외1은 남편인 피고1과 2001. 9. 19.경부터 2010. 8. 30.경까지 지상 1층에서 슈퍼마켓을 운영하면서 이 사건 상가의 공용부분(지상 1층과 지하1층을 연결하는 에스컬레이터 및 계단 주변)에 슈퍼마켓 상품 등을 쌓아놓고 셔터를 설치하여 출입을 통제하는 등 배타적으로 점유·사용하였다. 2015. 12. 26. 소외1은 사망하였고, 남편인 피고1, 자녀들인 피고2, 피고3이 소외1의 재산을 상속하였다.

이에 원고가 피고1과 피고2, 피고3을 상대로 이 사건 소가 제기된 2016. 1. 8.부터 역산하여 10년이 되는 2006. 1. 8. 이후인 2006. 1. 9.부터 2010. 8. 30.까지의 점유사용 이익에 상당한 부당이득의 반환을 구하는 사건이다.

---

1) 대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다87885, 87892 판결
2) 대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다229516 판결
3) 이에 대한 상세한 판례평석으로는 이계정, “집합건물 공용부분 무단사용자에 대한 관리단의 부당이득반환청구 가부”, 「법조」 70권 1호, 법조협회, 2021.2, 368-395면.

## 2. 사안의 경과

### (1) 일부 구분소유자들의 전소(의정부지방법원 2008. 12. 9. 선고 2006가단60410 판결)

이 사건 상가의 일부 구분소유자 4명(모두 지상 상가점포)은 소외1과 피고1을 상대로 전소를 제기하여, 소외1과 피고1이 공용부분을 정당한 권원 없이 사용·수익하였다고 주장하면서 점유 부분의 인도 및 부당이득반환을 청구하였다.

전소의 제1심판결은 소외1과 피고1의 점유 부분이 지하 1층 상가 구분소유자들만의 공용에 제공된 일부 공용부분에 해당하므로 구분소유자 전원의 공용에 제공된 전체 공용부분임을 전제로 한 원고들의 청구를 기각하였고, 그 항소심(의정부지방법원 2009나410호)에서는 구분소유자 4명 중 3명이 부당이득반환청구 부분을 취하하였으며, 나머지 1명(소외2)는 항소를 취하하였다.

### (2) 집합건물관리단의 후소

#### 가. 제1심판결(의정부지방법원 2017. 2. 10. 선고 2016가단100317 판결) 및 제1차 환송전판결(의정부지방법원 2017. 8. 24. 선고 2017나203238 판결)

이 사건 상가의 관리단인 원고는 피고1과 피고들의 피상속인 소외1이 상가의 공용부분을 정당한 권원 없이 점유·사용하였다고 주장하면서 부당이득반환을 구하는 이 사건 소를 제기하였다.

피고들은 이 사건 상가의 일부 구분소유자들이 소외1과 피고1을 상대로 이 사건 상가의 일부를 배타적으로 점유·사용한 것에 대하여 점유부분의 인도 및 부당이득반환청구의 소(전소)를 제기하였다가 패소한 다음 항소하면서 부당이득반환청구 부분을 취하하였으므로 재소금지원칙에 위반된다는 본안전항변을 하였다. 전소 사건의 당사자가 아닌 원고가 피고들을 상대로 제기한 이 사건 소가 재소금지원칙에 위배되지 않는다고 보아 피고들의 본안전항변은 받아들여지지 않았다.

원고의 부당이득반환청구에 대해서는 집합건물의 복도, 계단 등과 같은 공용부분은 구조상 이를 점포로 사용하는 등 별개의 용도로 사용하거나 그와 같은 목적으로 타에 임대할 수 있는 대상이 아니므로 특별한 사정이 없는 한 구분소유자 중 일부가 아무런 권원 없이 이를 점유·사용하였다고 하더라도 이로 인하여 다른 구분소유자에게 임료 상당의 이익을 상실하는 손해가 발생하였다고 볼 수 없다(대법원 2014. 7. 24. 선고 2014다202608 판결 등)는 법리에 기초하여 소외1과 피고1이 점유·사용한 부분이 이 사건 상가 구분소유자 전체 공용부분에 해당하므로 원고가 차임 상당의 손해를 입었다고 할 수 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

### 나. 제1차 환송판결(대법원 2020. 6. 25. 선고 2017다260483 판결) 및 제2차 환송전판결(의정부지방법원 2021. 4. 29. 선고 2020나209182 판결)

제1차 환송판결은 구분소유자 중 일부가 정당한 권원 없이 집합건물의 공용부부분을 배타적으로 점유·사용함으로써 이득을 얻었다면 이를 부당이득으로 반환하여야 한다고 본 대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744 전원합의체 판결에 따라 원고의 부당이득반환청구를 받아들이지 않은 것은 잘못이라고 판단하면서 제1차 환송전판결을 파기환송하였다.

제2차 환송전판결은 원고의 피고들에 대한 부당이득반환청구를 일부 인정하였다. 피고들의 본안전항변에 관하여는 제1차 환송전판결의 판단을 그대로 인용하였고, 원고의 부당이득반환청구에 관하여는 위 전원합의체 판결을 근거로 소외1과 피고1은 부당이득반환의무를 부담하고 소외1의 상속인인 피고2, 피고3도 부당이득반환의무를 부담한다고 판단하였다.

## 3. 제2차 환송판결(대상 판결)의 요지

정당한 권원 없는 사람이 집합건물의 공용부분이나 대지를 점유·사용함으로써 이익을 얻고, 구분소유자들이 해당 부분을 사용할 수 없게 됨에 따라 부당이득의 반환을 구하는 법률관계는 구분소유자의 공유지분권에 기초한 것이어서 그에 대한 소송은 1차적으로 구분소유자가 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있다. 한편 관리단은 집합건물에 대하여 구분소유 관계가 성립되면 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 당연히 설립된다. 관리단은 건물의 관리 및 사용에 관한 공동이익을 위하여 필요한 구분소유자의 권리와 의무를 선량한 관리자의 주의의무로 행사하거나 이행하여야 하고, 관리인을 대표자로 하여 관리단 집회의 결의 또는 규약에서 정하는 바에 따라 공용부분의 관리에 관한 사항에 관련된 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 수 있다(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제16조, 제23조, 제23조의2, 제25조 참조). 따라서 관리단은 관리단집회의 결의나 규약에서 정한 바에 따라 집합건물의 공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유하는 사람에 대하여 부당이득의 반환에 관한 소송을 할 수 있다.

관리단이 집합건물의 공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유·사용하는 사람에 대하여 부당이득반환청구 소송을 하는 것은 구분소유자의 공유지분권을 구분소유자 공동이익을 위하여 행사하는 것으로 구분소유자가 각각 부당이득반환청구 소송을 하는 것과 다른 내용의 소송이라 할 수 없다. 관리단이 부당이득반환 소송을 제기하여 판결이 확정되었다면 그 효력은 구분소유자에게도 미치고(민사소송법 제218조 제3항), 특별한 사정이 없는 한 구분소유자가 부당이득반환 소송을 제기하여 판결이 확정되었다면 그 부분에 관한 효력도 관리단에게 미친다고 보아야 한다. 다만 관리단의 이러한 소송은 구분소유자 공동이익을 위한 것으로 구분소유자가 자신의 공유지분권에 관한 사용수익 실현을 목적으로 하는 소송과 목적이 다르다. 구분소유자가 부당이득반환청구 소송을 제기하였다가 본안에 대한 종국판결이 있은 뒤에 소를 취하하였더라도 관리단이 부당이득반환청구의 소를 제기한 것은 특별한 사정이 없는 한 새로운 권리보호이익이 발생한 것으로 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지 규

정에 반하지 않는다고 볼 수 있다.

소외2가 이 사건 상가의 구분소유자 중 한 명이고 피고1과 소외1을 상대로 부당이득반환청구의 소를 제기하였다가 제1심에서 패소한 후 항소취하를 하였다면 소외2에 대한 판결은 확정되었고 이에 대한 효력이 원고에게 미친다고 볼 여지가 있다. 원심으로서는 소외2에 대한 판결의 효력이 원고에게 미치는지를 심리하여 만약 그 효력이 미친다면 이를 고려하여 인정되는 원고의 청구 범위를 정하여야 했다. 그런데도 원심은 이에 대한 아무런 심리·판단없이 재소금지 규정이 적용되는지만 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 기판력 등에 관한 법리를 오해하고 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

# Ⅲ. 대상판결에 대한 연구

## 1. 사안의 쟁점

대상 판결은 다음과 같이 세 가지가 쟁점이 된다.

첫째, 정당한 권원 없는 사람이 집합건물의 공용부분이나 대지를 점유·사용하는 경우, 구분소유자뿐만 아니라 관리단도 위 사람을 상대로 부당이득반환을 구하는 소를 제기할 수 있는지 여부, 즉 부당이득반환청구의 소에서 집합건물 관리단은 어떠한 법적 지위를 갖는가이다.

둘째, 구분소유자가 부당이득반환 소송을 제기하여 판결이 확정된 경우, 그 부분에 관한 효력이 관리단에 미치는지 여부, 즉 기판력의 적용여부이다.

셋째, 구분소유자가 부당이득반환청구의 소를 제기하였다가 본안에 대한 종국판결이 있은 뒤에 소를 취하한 경우, 관리단이 부당이득반환청구의 소를 제기한 것이 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지 규정에 반하는지 여부가 쟁점이 된다.

## 2. 집합건물 관리단의 법적 지위

### (1) 집합건물법상 공용부분의 의미

집합건물이란 아파트나 주택뿐만 아니라 오피스텔, 상가건물 등 구조상, 이용상 독립되어 사용할 수 있는 용도 불문의 모든 건물을 포함하는 개념이다. 이러한 다양한 형태의 건물이 증가하면서 이들을 효율적으로 투명하게 관리하고, 구분소유자의 권리를 보장하기 위하여 '집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 '집합건물법'이라 함)'이 제정되었으며,[4] 최근 일부 개정되어 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선 보완하였다.[5]

---

4) 김나래, "개정 집합건물법의 주요 내용과 입법과제에 관한 소고", 「동아법학」 제88호, 동아대학교 법학연구소, 2020.8, 1면.

5) 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률[2023. 3. 28. 일부개정] 개정이유 및 주요내용
- 전유부분이 50개 이상인 건물의 관리인은 관리단의 사무집행을 위한 모든 거래행위에 관하여 장부를 월별로 작성하여 그 증빙서류와 함께 해당 회계연도 종료일부터 5년간 보관

집합건물법 제2조 제4호는 전유부분 외의 건물부분, 전유부분에 속하지 아니하는 건물의 부속물 및 규약으로 공용부분으로 된 부속의 건물을 '공용부분'이라고 규정하고 있는데, 여러 개의 전유부분으로 통하는 복도, 계단, 그 밖에 구조상 구분소유자 전원 또는 일부의 공용에 제공되는 건물부분은 구분소유권의 목적으로 할 수 없다(집합건물법 제3조 제1항). 공용부분은 원칙적으로 구분소유자 전원의 공유에 속하여(집합건물법 제10조 제1항)[6] 각 공유자는 공용부분을 그 용도에 따라 사용할 수 있다(집합건물법 제11조).

이처럼 공용부분은 전체 구분소유자가 그 용도에 따라 사용할 수 있고 특정 구분소유자가 독점할 수 없음에도 현실에서는 복도의 막다른 부분과 같이 사실상 통행에 사용되지 않은 부분을 인접한 구분소유자가 가벽을 세워 개인창고로 이용하거나 상가와 인접한 복도 일부분을 영업장의 일부로 사용하면서 통행에 불편이 주는 문제로 종종 분쟁이 발생하기도 한다.

### (2) 집합건물법상 관리단의 법적 성질

집합건물법상의 관리단은 집합건물의 구분소유관계로 인해 발생할 수 있는 복잡한 법률관계를 단순화하고 효율적인 공동관리를 위해 성립하는 단체로서 이는 특별한 조직행위를 거칠 필요가 없다.[7] 건물에 대하여 구분소유 관계가 성립되면 구분소유자 전원을 구성원으로 하여 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 하는 관리단이 당연 설립된다(집합건물법 제23조 제1항).

관리단은 건물의 관리 및 사용에 관한 공동이익을 위하여 필요한 구분소유자의 권리와 의무를 선량한 관리자의 주의로 행사하거나 이행하여야 하고(집합건물법 제23조의 2), 구분소유자가 10인 이상일 때에는 관리단을 대표하고 관리단의 사무를 집행할 관리인을 선임하여야 한다(집합건물법 제24조 제1항). 또한 관리단은 관리인을 대표로 하여 관리단의 사업 시행과 관련된 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 수 있다(집합건물법 제25조 제1항).[8]

---

하도록 하고, 시·도지사 등은 전유부분이 50개 이상인 건물의 관리인에게 회계장부의 작성·보관에 관한 사항 등에 관하여 보고 또는 관련 자료의 제출을 명할 수 있도록 하며, 법무부장관은 표준규약을 마련하고, 시·도지사는 표준규약을 참고하여 지역별 표준규약을 마련·보급하도록 하는 한편,

- 서면 또는 전자적 방법에 의한 결의요건을 구분소유자의 5분의 4 이상 및 의결권의 5분의 4 이상에서 구분소유자의 4분의 3 이상 및 의결권의 4분의 3 이상으로 완화하고, 「관광진흥법」에 따른 휴양 콘도미니엄의 재건축 결의는 구분소유자의 3분의 2 이상 및 의결권의 3분의 2 이상의 결의에 따르도록 하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완함.

6) 집합건물법 제10조(공용부분의 귀속 등) ① 공용부분은 구분소유자 전원의 공유에 속한다. 다만, 일부의 구분소유자만이 공용하도록 제공되는 것임이 명백한 공용부분(이하 "일부공용부분"이라 한다)은 그들 구분소유자의 공유에 속한다.

7) 김경욱, "2022년도 민사소송법 중요 판례 분석", 「안암법학」 제66권, 2023.5, 313면.

8) 집합건물법 제25조(관리인의 권한과 의무)
① 관리인은 다음 각 호의 행위를 할 권한과 의무를 가진다.
1. 공용부분의 보존행위
1의2. 공용부분의 관리 및 변경에 관한 관리단집회 결의를 집행하는 행위
2. 공용부분의 관리비용 등 관리단의 사무 집행을 위한 비용과 분담금을 각 구분소유자에게 청구·수령하는 행위 및 그 금원을 관리하는 행위
3. 관리단의 사업 시행과 관련하여 관리단을 대표하여 하는 재판상 또는 재판 외의 행위

건물과 대지 또는 부속시설의 관리 또는 사용에 관한 구분소유자들 사이의 사항 중 법에서 규정하지 아니한 사항은 규약으로써 정할 수 있고(집합건물법 제28조 제1항), 관리단의 사무는 법 또는 규약으로 관리인에게 위임한 사항 외에는 관리단집회의 결의에 따라 수행하며(집합건물법 제31조), 관리단집회의 의사는 법 또는 규약에 특별한 규정이 없으면 구분소유자의 과반수 및 의결권의 과반수로써 의결한다(집합건물법 제38조 제1항).

이와 같이 집합건물법상 관리단은 비법인사단에 해당하고, 이에 따라 민사소송법 제52조의 당사자능력 및 부동산등기법 제26조의 등기능력 등이 인정된다.

### (3) 부당이득반환청구의 소에서 관리단의 법적 지위

대상 판결은 “관리단은 건물의 관리 및 사용에 관한 공동이익을 위하여 필요한 구분소유자의 권리와 의무를 선량한 관리자의 주의의무로 행사하거나 이행하여야 하고, 관리인을 대표자로 하여 관리단집회의 결의 또는 규약에서 정하는 바에 따라 공용부분의 관리에 관한 사항에 관련된 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 수 있다(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제16조, 제23조, 제23조의2, 제25조 참조).”고 판시하고 있으며, 이후에 선고된 대법원 판결에서도 동일한 법리를 인용하고 있다.[9)]

그렇다면 권리관계의 직접적인 귀속자가 아닌 집합건물 관리단이 어떠한 법적 지위에서 공용부분 무단점유에 관한 부당이득반환청구의 소를 제기할 수 있는 것인지가 문제된다. 공용부분 무단점유자에 대하여 부당이득반환청구권에 관한 소를 제기

---

3의2. 소음・진동・악취 등을 유발하여 공동생활의 평온을 해치는 행위의 중지 요청 또는 분쟁 조정절차 권고 등 필요한 조치를 하는 행위

4. 그 밖에 규약에 정하여진 행위

9) 대법원 2022. 9. 29. 선고 2021다292425 판결

[1] 정당한 권원 없는 사람이 집합건물의 공용부분이나 대지를 점유·사용함으로써 이익을 얻고, 구분소유자들이 해당 부분을 사용할 수 없게 되어 부당이득반환을 구하는 법률관계는 구분소유자의 공유지분권에 기초한 것이어서 그에 대한 소송은 1차적으로 구분소유자가 각각 또는 전원의 이름으로 할 수 있다. 한편 관리단은 집합건물에 대하여 구분소유 관계가 성립되면 건물과 그 대지 및 부속시설의 관리에 관한 사업의 시행을 목적으로 당연히 설립된다. 관리단은 건물의 관리 및 사용에 관한 공동이익을 위하여 필요한 구분소유자의 권리와 의무를 선량한 관리자의 주의의무로 행사하거나 이행하여야 하고, 관리인을 대표자로 하여 관리단집회의 결의 또는 규약에서 정하는 바에 따라 공용부분의 관리에 관한 사항에 관련된 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 수 있다(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제16조, 제23조, 제23조의2, 제25조 참조). 따라서 관리단은 관리단집회의 결의나 규약에서 정한 바에 따라 집합건물의 공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유하는 사람에 대하여 부당이득의 반환에 관한 소송을 할 수 있다.

[2] 집합건물의 공용부분 변경에 관한 업무는 구분소유자 전원으로 법률상 당연하게 성립하는 관리단에 귀속되고, 그 변경에 관한 사항은 관리단집회에서의 구분소유자 및 의결권의 각 3분의 2 이상의 결의[집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률(이하 ‘집합건물법’이라 한다) 제15조 제1항] 또는 구분소유자 및 의결권의 각 5분의 4 이상의 서면이나 전자적 방법 등에 의한 합의(집합건물법 제41조 제1항)로써 결정하는 것이므로, 집합건물의 관리단은 위와 같은 방법에 의한 결정으로 구분소유자들의 비용 부담 아래 공용부분 변경에 관한 업무를 직접 수행할 수 있음은 물론 타인에게 위임하여 처리할 수도 있다. 이와 같은 법리는 관리단이 집합건물의 공용부분 관리에 관한 업무로서 공용부분이나 대지를 정당한 권원 없이 점유하는 사람에 대하여 부당이득반환을 청구하는 경우에도 마찬가지이다. 한편 위와 같은 공용부분 변경에 관한 사항 등을 제외한 공용부분의 관리에 관한 사항은 통상의 집회결의로써 결정하므로(집합건물법 제16조 제1항), 관리단은 통상의 집회결의로써 타인에게 공용부분 관리에 관한 사항을 위임할 수 있다.

하는 관리단의 법적 지위에 대해서는 3가지 견해가 제시될 수 있다. 즉 ① 구분소유자들에 대한 법정소송담당으로 보는 견해, ② 구분소유자들로부터 임의적 소송신탁을 받은 지위로 보는 견해, ③ 집합건물법에 근거한 독자적인 권리귀속 주체로 보는 견해이다.[10]

### 가. 법정소송담당으로 보는 견해

집합건물법은 공용부분 관리행위에 관하여 관리단에 관리처분권을 부여하였으므로 관리단은 이에 근거하여 공용부분 관리행위에 관한 소송수행권을 가진다. 그러므로 관리단이 공용부분 무단점유자에 대하여 부당이득반환청구의 소를 제기하는 것도 집합건물법에 근거한 법정소송담당으로 볼 수 있다는 견해이다.[11]

관리단의 지위는 각 공유자의 법률상 대리인이라고 하기보다는 관리단의 이름으로 소송행위를 할 수 있는 법정 소송담당자라고 할 수 있다. 왜냐하면 대법원 2016. 12. 15. 선고 2014다87885, 87892 판결은 집합건물의 관리단이 관리비의 부과·징수를 포함한 관리업무를 위탁관리회사에 포괄적으로 위임한 경우에 위탁관리회사가 관리업무를 수행하는 과정에서 체납관리비를 추심하기 위하여 직접 자기 이름으로 관리비에 관한 재판상 청구를 하는 것은 임의적 소송신탁에 해당한다고 하였으므로 그러한 소송수탁을 임의적으로 할 수 있는 관리단의 재판상 행위는 소송담당자의 행위로 보아야 하기 때문이다. 이렇게 본다면 관리단은 (법정)소송담당자이고 위탁관리회사는 (임의적) 복(復)소송담당자의 지위에 있을 것이다.[12]

### 나. 임의적 소송신탁으로 보는 견해

구분소유자들이 관리단에 소송수행권을 부여하였기 때문에 관리단은 공용부분 무단점유자에 대하여 부당이득반환청구의 소송수행을 할 수 있으므로 관리단의 지위는 임의적 소송신탁으로 보아야 한다는 견해이다.[13]

공용부분 등의 관리는 구분소유자 전원에 관한 사항이므로 구분소유자 전원을 대리하는 입장에 있는 관리인이 선임되어 있는 때에는 그 관리인이 전원을 위하여 소송을 수행하는 것이 바람직하므로 집합건물법 제25조 제1항 제3호가 관리인은 관리단의 사업집행에 관련하여 관리단을 대표하여 행하는 재판상 또는 재판외의 행위를 할 수 있다고 규정함으로써 일종의 임의적 소송담당을 인정하고 있다고 한다.[14]

이 견해는 구분소유자가 규약이나 관리단집회의 결의에 의하여 관리단에게 부당이득반환청구권을 행사할 수 있도록 하였다면 임의적 소송담당에 해당된다고 하거나, 공용부분의 무단사용자에 대한 부당이득반환청구권의 행사가 사용료 등의 수령과 마

---

10) 김종석, “집합건물 공용부분 무단사용에 대한 부당이득반환청구권의 주체”, 「대법원 판례해설」 제131호, 2022, 304-305면.
11) 김종석, 위의 글, 305면.
12) 강현중, “민사소송법 부록 판례 평석 100선”, 박영사, 2023, 363면.
13) 김종석, 앞의 글, 306면.
14) 이균용, “주택건설촉진법에 따라 구성된 아파트입주자 대표회의가 집합건물인 공동주택의 공용부분 등의 지분권에 기초한 방해배제청구로서 시설물 등의 철거 또는 부당이득반환 내지 손해배상을 청구할 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 44호, 법원도서관, 2004, 240면.

찬가지로 넓은 의미에서 공용부분에 대한 관리행위에 해당한다고 하면서도 그 소송에서 관리단의 법적 지위는 임의적 소송담당자에 해당된다고 한다.[15]

### 다. 독자적인 권리귀속 주체로 보는 견해

공용부분 무단점유자에 대한 부당이득반환청구의 소송수행권은 관리단의 관리업무에 관한 독자적인 권리에 기초한 것으로, 구분소유자들이 관리단에 소송수행권을 부여함에 따라 발생하는 것이 아니라고 보는 견해이다.[16]

이 견해는 '관리단 운영을 실질화하여 관련 분쟁을 예방하고 집합건물 거주자의 권리보호를 강화하기 위하여' 2012. 12. 18.자로 신설된 집합건물법 제23조의2[17]가 관리단의 부당이득반환청구권 행사의 근거가 될 수 있다고 한다.[18]

#### (4) 대상 판결의 태도

대상 판결은 공용부분 무단점유자에 대한 부당이득반환청구 소송을 수행하는 관리단의 법적 지위에 관하여 명확한 판단을 하고 있지는 않다. 다만 관리단이 이러한 소송을 수행하려면 관리단집회의 결의나 규약이 있어야 한다고 보고 있다.

집합건물법에 따라 관리단은 구분소유자들의 공동이익을 위하여, 공용부분과 대지의 관리에 관한 사항에 대하여 구분소유자들의 공유지분권을 재판상 또는 재판외에서 행사할 수 있다. 따라서 대상판결은 관리단이 구분소유자들의 공유지분권을 재판상 행사한다면 이는 공유지분권이라는 청구권의 독자적 권리귀속주체가 아닌 관리단이 직접 소송의 당사자가 되어 자기 명의로 소송을 수행하는 제3자 소송담당(법정소송담당 또는 임의적 소송신탁)으로 판단하였다고 볼 수 있다.[19]

#### (5) 검토

먼저 관리단의 지위를 법정소송담당으로 보는 견해는 집합건물법이 관리행위에 관하여 관리단에 관리처분권을 부여하였으므로 관리단이 공용부분 관리행위에 관한 소송수행권을 가진다고 보고 있으나 통상의 법정소송담당인 채권자대위소송의 채권자, 파산재단에 관한 소송에서 파산관재인처럼 관리단에 관리행위에 관한 구분소유자들의 소송수행권이 부여되었는지가 집합건물관리법상 명확하지 않다는 비판이 가능하

---

15) 문영화, "공용부분 무단점유자에 대한 부당이득반환청구소송에서 집합건물 관리단의 지위", 「저스티스」 제198호, 2023.10, 271-272면.

16) 김종석, 앞의 글, 306-307면.

17) 집합건물법 제23조의2(관리단의 의무)
관리단은 건물의 관리 및 사용에 관한 공동이익을 위하여 필요한 구분소유자의 권리와 의무를 선량한 관리자의 주의로 행사하거나 이행하여야 한다.

18) 문영화, 앞의 글, 270면; 이계정, 앞의 글, 368-395면.

19) 전병서, "2022년 민사소송법 중요판례평석", 「인권과정의」 제513권, 2022, 75면; 전원열, "2022년 분야별 중요판례분석", 법률신문 기사, 2023.3.13, 10-11면; 정우채, "2022년 민사소송법 중요 판례 분석", 「2023년 민사소송법학회 제1회 정기학술대회 자료집」, 2023.2, 74면; 서울고등법원 판례공보스터디, "판례공보스터디 민사판례해설 종합본(2019. 7. 1.자 공보 ~ 2023. 6. 15. 자 공보, 제2권 민사소송, 민사집행)", 2023, 30면.

다.

집합건물관리법 제23조의2는 관리단의 의무라는 표제 하에 “관리단은 건물의 관리 및 사용에 관한 공동이익을 위하여 필요한 구분소유자의 권리와 의무를 선량한 관리자의 주의로 행사하거나 이행하여야 한다.”고 규정하고 있는데 이는 관리단의 선관주의의무를 규정한 것이고, 집합건물법 제25조 제1항 제3호는 ‘관리인의 권한과 의무’라는 표제 하에 “관리인이 관리단의 사업시행과 관련하여 관리단을 대표하여 하는 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 권한과 의무를 가진다.”고 규정하고 있는데 이는 관리단이 관리행위를 포함한 사업시행과 관련하여 소송행위를 할 경우 관리인이 관리단을 대표할 수 있는 권한을 규정한 것에 불과하여 집합건물법이 관리단에 구분소유자들의 관리행위에 관한 소송수행권을 직접 부여하였는지가 명확하다고 볼 수 없다.

관리단의 지위를 독자적인 권리귀속주체로 보는 견해 또한 집합건물법 제23조의2가 관리단의 선관주의의무를 규정한 것에 불과하고 관리단에 구분소유자들과 독자적인 권리를 부여한 것으로 볼 수는 없다는 비판이 가능하다.

따라서 관리단을 법률이 규정한 임의적 소송담당이라고 보아야 할 것이다. 구분소유자 전원이 공용부분 무단점유자에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 있음은 당연하다. 집합건물법 제23조, 제23조의2, 제25조, 제38조 등을 보면 건물의 관리 및 사용할 때 구분소유자들의 결의나 규약이 있으면 관리단이 구분소유자들의 공동의 이익을 위하여 자신의 이름으로 재판상 또는 재판 외의 행위를 할 수 있고 소송절차의 편의를 위해서라도 관리단의 소송수행권을 인정할 필요가 있다. 관리단의 소송수행이 구분소유자들의 만장일치가 반드시 선행되어야 하는 것은 아니고 관리단 집회의 결의나 규약이 있으면 구분소유자들이 소송수행권을 관리단에 위탁한 것으로 볼 수 있을 것이다. 이와 같이 봐야 구분소유자들의 소송수행권과 소송 진행의 편의가 조화를 이룰 수 있다.

## 3. 관리단의 부당이득반환청구 소송과 구분소유자의 부당이득반환청구 소송의 관계

### (1) 대상 판결의 쟁점

앞에서 살펴본 바와 같이 관리단의 지위를 제3자 소송담당으로 본다면 사안과 같이 구분소유자가 부당이득반환청구의 소를 먼저 제기하였다가 제1심 패소 후 항소심에서 일부는 항소취하를 하고 일부는 소 취하를 한 경우, 이후 관리단의 부당이득반환청구 소송을 어떻게 취급할 것인가가 문제된다.

### (2) 기판력 적용 여부

#### 가. 문제의 소재

구분소유자가 부당이득반환청구 소송을 제기하여 패소 확정된 다음 관리단이 다시 소를 제기하였을 경우 관리단이 구분소유자의 패소 확정판결에 대한 기판력을 받는

지가 문제된다. 대상 판결의 사안에서 구분소유자 중 1명인 소외2가 부당이득반환청구의 소를 제기했다가 제1심에서 패소한 후 항소취하를 했으므로 소외2에 대한 판결은 그대로 확정되었으므로 그 패소판결의 효력이 후소를 제기한 관리단에 효력이 미치는지 문제된다.

민사소송법 제218조 제3항은 '다른 사람을 위하여 원고나 피고가 된 사람에 대한 확정판결은 그 다른 사람에 대하여도 효력이 미친다'고 규정하고 있어 소송담당자가 수행한 소송의 기판력이 권리귀속 주체에도 미친다는 조항은 있지만, 권리귀속 주체가 수행한 소송의 기판력이 소송담당자에게 미친다는 조항은 없다.[20]

### 나. 기판력의 주관적 범위

#### (가) 기판력의 확장

확정판결에서 표시한 전소 법원의 판단이 누구를 귀속하여 그에 의한 전소법원의 판단에 반하는 후소의 제기를 차단하느냐가 기판력의 주관적 범위의 문제이다.[21] 기판력은 대립하는 당사자 사이에서만 미치는 것이 원칙이다(민사소송법 218조 1항). 다만 법은 예외적으로 당사자 사이의 분쟁해결의 실효성을 높이기 위하여 당사자와 밀접한 관련이 있는 제3자에게 기판력을 미치게 하고 있다(민사소송법 제218조 제1항, 제3항).[22] 제3자의 소송담당의 경우의 권리귀속주체(민사소송법 제218조 제3항)의 경우도 기판력을 확장할 수 있는 당사자와 동일시할 수 있는 제3자에 해당한다.

#### (나) 제3자의 소송담당의 경우의 권리귀속주체

다른 사람의 권리관계에 관하여 당사자로서 소송수행권을 가진 사람, 즉 소송담당자가 받은 판결의 기판력은 그 권리관계의 귀속주체인 다른 사람에게 미친다(민사소송법 제218조 제3항). 이 경우에 권리귀속주체는 스스로 소송한 것과 같은 효력을 받으므로, 소송담당자에게 그 자격권능이 없음을 다투어 기판력·집행력을 면하는 이외는 고유한 방어방법이 없다.[23]

여기서 소송담당이란 관리처분권이 제3자에게 부여된 결과 제3자가 권리관계의 주체를 갈음하여(갈음형) 또는 이와 함께(병행형) 소송수행권을 갖는 경우 및 법률상 직무로서 권리관계의 주체를 위하여 소송수행권을 갖는 경우(직무상 당사자) 등 법정소송담당과 임의적 소송담당의 경우를 말한다.[24] 다만 제3자가 권리관계의 주체와 함께 소송수행권을 갖는 경우(병행형)에는 원칙적으로 권리관계의 주체인 사람에게 절차적 보장이 된 경우에 한하여 기판력의 확장을 인정하여야 한다.[25]

모든 제3자 소송담당의 경우에 항상 본인에게 기판력이 미친다고 볼 것인지에 대해서는 (특히 일본에서) 논의가 많고, 그 반대견해도 많다. 파산관재인과 파산자처럼

---

20) 김종석, 앞의 글, 314면.
21) 강현중, 「민사소송법」, 박영사, 2023, 750면.
22) 정동윤·유병현·김경욱, 「민사소송법」, 박영사, 2023, 850면.
23) 이시윤, 「신민사소송법」, 박영사, 2023, 666면.
24) 김홍엽, 「민사소송법」, 박영사, 2023, 880면.
25) 김홍엽, 위의 책, 880면; 정동윤·유병현·김경욱, 860면

양쪽의 이익이 거의 일치하는 '이익흡수형'과 대위채권자·추심채권자와 채무자처럼 양쪽의 이익이 대립하는 '이익대립형'을 구분해서 보아야 한다는 논의도 있다.[26]

### 다. 대상 판결의 태도

대상 판결은, "소외2가 이 사건 상가의 구분소유자 중 한 명이고 피고1과 소외 1을 상대로 부당이득반환청구의 소를 제기하였다가 제1심에서 패소한 후 항소취하를 하였다면 소외2에 대한 판결은 확정되었고 이에 대한 효력이 원고에게 미친다고 볼 여지가 있다. 원심으로서는 소외2에 대한 판결의 효력이 원고에게 미치는지를 심리하여 만약 그 효력이 미친다면 이를 고려하여 인정되는 원고의 청구 범위를 정하였어야 했다."고 판시하였다.

관리단의 법적 지위를 제3자의 소송담당으로 포착한다면, 기판력의 주관적 범위와 관련하여 소송담당자가 수행한 소송의 기판력은 권리귀속 주체에 대하여도 미친다(민사소송법 제218조 제3항)는 법리에 따르면 된다. 순서를 바꾸어, 구분소유자가 먼저 부당이득반환청구소송을 제기하여 패소 확정된 다음 관리단이 다시 부당이득반환청구를 하는 경우에 권리귀속주체가 받은 확정판결의 효력이 당연히 제3의 소송담당자에게 미치는 것은 아니다. 소취하와 달리 항소취하는 제1심 판결을 그대로 확정시키므로 구분소유자 1인(소외2) 부분에 관하여, 대상판결은 원고에게도 기판력이 미친다고 보았다.[27][28] 대상 판결은 이에 대하여 이론적으로 자세한 언급을 하지 않은 채, 양 소송을 다른 내용의 소송이라 할 수 없다고 보아 관리단과 구분소유자가 사이에 서로 기판력이 미칠 수 있다고 보았다.[29]

### 라. 검토

대상 판결의 취지에 대하여 위 확정판결이 구분소유자의 집합건물법 제11조에 터잡은 자신의 공유지분권에 관한 사용수익실현을 목적으로 하는 소송에 관한 것인지 아니면 구분소유자의 공동이익을 위한 경우에 관한 것인지를 가려서 앞의 경우에는 위 확정판결의 기판력이 이 사건 원고에게 미칠 여지가 없으나 뒤의 경우에는 기판력이 미친다는 취지로 보인다는 견해가 있다.[30]

대상판결은 (3)항에서 보는 바와 같이 재소금지 여부와 관련하여 새로운 권리보호이익을 판단할 때 구분소유자의 공동이익을 위한 관리단의 부당이득반환소송과 자신의 공유지분권에 관한 사용수익의 실현을 목적으로 하는 구분소유자 개인의 소송을 구분하여 보았으나, 기판력의 확장여부와 관련하여 특별한 사정이 없는 한 구분소유자가 부당이득반환 소송을 제기하여 판결이 확정되었다면 그 부분에 관한 효력도 관리단에게 미친다고 보아야 한다고만 판시하였다. 대상판결이 소송의 목적에 따라 기판력이 달리 미친다고 본 것이라는 위 견해에 동의하기는 어렵다.

---

26) 전원열,「민사소송법 강의」, 박영사, 2022, 547면.
27) 서울고등법원 판례공보스터디, 앞의 글, 31면.
28) 이후 제2차 환송후판결(의정부지방법원 2022나210216)은 패소확정된 소외2의 지분에 해당하는 부당이득금액을 원고의 부당이득청구 인용액에서 공제한 것으로 보인다.
29) 전병서, 앞의 글, 76면; 전원열, 앞의 글, 11면.
30) 강현중, 앞의 글, 364-365면.

관리단은 모든 구분소유자를 구성원으로 하는 단체로서 관리단이 부당이득반환청구권을 행사하는 것은 구분소유자 공동이익을 위해 구분소유자의 공유지분에 대한 사용·수익 권한을 대신 행사하는 것이므로 구분소유자의 소송과 관리단의 소송은 실질적으로 동일한 소송이라고 할 수 있다.[31]

관리단이 먼저 무단점유자에 대한 부당이득반환청구 소송을 제기하여 판결이 확정된 경우 그 판결이 효력이 구분소유자에게 미치는데(민사소송법 제218조 제3항), 반대로 구분소유자들이 먼저 무단점유자에 대한 부당이득반환청구 소송을 제기하여 판결이 확정된 경우에는 그 판결이 효력이 관리단에 미치지 않는다고 하면 논리적으로 모순이고 판결에 모순저촉이 발생할 수 있다.

따라서 권리귀속 주체와 소송담당자 사이의 관계를 고려할 때, 권리귀속 주체인 구분소유자가 소송한 소송의 기판력이 소송담당자인 관리단에 미친다고 보는 것은 당연한 논리적 귀결이라고 볼 수 있다.

### (3) 재소금지원칙 적용 여부

#### 가. 문제의 소재

구분소유자가 부당이득반환청구의 소를 제기하였다가 본안에 대한 종국판결이 있은 뒤에 소를 취하한 경우, 관리단이 다시 부당이득반환청구의 소를 제기한 것이 민사소송법 제267조 제2항의 재소금지 규정에 반하는지 여부가 문제된다.

#### 나. 민사소송법 제267조 제2항 재소금지 규정의 의미

소의 취하는 소송계속을 소급적으로 소멸시키므로 다시 같은 소를 제기하더라도 상관이 없는 것이 원칙이다. 그러나 본안에 대한 종국판결이 있은 뒤에 소를 취하하는 경우에는 같은 소를 제기할 수 없다(민사소송법 제267조 제2항). 재소를 금지하는 취지에 관하여 통설·판례는 법원이 종국판결을 선고한 뒤에 이를 실효시킴으로써 법원의 노력을 헛되이 하는 것에 대한 제제, 즉 소취하권의 남용에 대한 제재로 본다(소취하남용제재설).[32]

재소가 금지되는 것은 첫째 재소가 전소와 같은 경우에 한하고, 둘째 본안의 종국판결이 있은 뒤에 소를 취하하였어야 한다. '같은 소'가 되려면 당사자 및 소송물이 같을 뿐만 아니라, 이에 덧붙여 소의 이익도 같아야 한다는 것이 통설·판례이다.[33]

#### 다. 대상 판결의 태도

원심은 소취하한 전소의 원고는 구분소유자 3명이나 후소인 이 사건 소는 원고가 관리단이므로 당사자가 동일하지 않아 재소금지원칙에 위배된다고 볼 수 없다고 보았다.

---

31) 김종석, 앞의 글, 316-317면.
32) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 735면.
33) 정동윤·유병현·김경욱, 앞의 책, 735-736면.

그런데 대상판결은 이 경우에 관리단의 이러한 소송은 구분소유자의 공동이익을 위한 것으로 구분소유자가 자신의 공유지분권에 관한 사용수익의 실현을 목적으로 하는 소송과 목적이 다르므로 구분소유자가 부당이득반환청구 소송을 제기하였다가 본안에 대한 종국판결이 있은 뒤에 소를 취하하였더라도 관리단이 부당이득반환청구의 소를 제기한 것은 특별한 사정이 없는 한 새로운 권리보호이익이 발생한 것으로 제267조 제2항의 재소금지 규정에 반하지 않는다고 판시하고 있다. 대상판결은 구분소유자와 관리단은 서로 기판력이 미치는 관계이므로 실질적으로 당사자가 동일한 것으로 판단한 것으로 보인다.

이것은, 공용부분은 원칙적으로 구분소유자 전원의 공유에 속하여(집합건물법 제10조 제1항 본문) 각 공유자가 자신의 공유지분권에 관한 사용수익을 목적으로 공용부분을 그 용도에 따라 사용할 수 있다(집합건물법 제11조)는 법적 근거에 터 잡아 제소하였다가 제1심 종국판결의 선고 뒤에 소를 취하하였더라도 관리단이 구분소유자의 공동이익을 위하여 다시 소를 제기하였다면 이는 새로운 권리보호 이익이 발생한 것으로써 재소금지 규정에 반하지 않는다는 취지인 것이다.[34]

따라서 본안에 대한 종국판결이 있은 뒤 소를 취하한 사람이라 할지라도 이러한 규정의 취지에 반하지 않고 소제기를 필요로 하는 정당한 사정(권리보호이익)이 있다면 다시 소를 제기할 수 있다.[35] 권리보호이익은 소의 이익에서 말하는 권리보호이익과 같은 의미가 아니라 재소금지의 취지에 반하지 않고 재소를 필요로 하는 정당한 사정을 의미한다.[36] 표현의 부적절함 때문인지 1990년 대 말 이후에는, “소제기를 필요로 하는 정당한 사정이 있으면” 재소를 제기할 수 있다는 표현으로 대체되었다(대법원 1998. 3. 13. 선고 95다48599, 48605판결; 대법원 2009. 6. 25. 선고 2009다22037 판결 등)[37]고 보는 견해도 있다.

### 라. 검토

민사소송법 제267조 제2항은 기판력의 모순·저촉을 방지하자는 중복된 제소의 금지(동법 제259조)와 달리 소 취하로 인하여 그 동안 판결에 들인 법원의 노력이 무용화되고 종국판결이 당사자에 의하여 농락당하는 것을 방지하기 위한 제재적 취지의 규정이다. 따라서 본안에 대한 종국판결이 있은 후 소를 취하한 자라고 하더라도 이러한 규정의 취지에 반하지 아니하고 소제기를 필요로 하는 정당한 사정이 있다면 다시 소를 제기할 수 있다고 보아야 한다(대법원 1993. 8. 24. 93다22074판결; 대법원 1998. 3. 13. 95다48599·48605판결; 대법원 2009. 6. 25. 2009다22037 판결 등 참조). 대상 판결도 기존 판례의 취지에 따라 ‘관리단이 구분소유자의 공동이익을 위하여 제소’ 한 것을 권리보호의 필요가 있는 정당한 사정이 있다고 하여 재소의 이익을 인정하였다.[38]

관리단의 공용부분 무단점유자에 대한 소송에서 재소금지 원칙과 관련하여 다시 소제기를 필요로 하는 정당한 사정의 의미에 대해 구체적으로 판시한 것으로 의미가

34) 강현중, 앞의 글, 364면.
35) 김홍엽, 앞의 책, 741면.
36) 정우채, 앞의 글, 74면.
37) 전원열, 앞의 책, 574면.
38) 강현중, 앞의 글, 364면.

있다.

## Ⅳ. 결 론

대상 판결은 공용부분을 무단으로 점유한 구분소유자의 부당이득반환의무를 인정한 전원합의체 판결(대법원 2020. 5. 21. 선고 2017다220744)의 후속 판결로서 전원합의체 판결에 따라 발생하는 파생적 쟁점에 대하여 판단하였다.

대상 판결은 공용부분 무단점유자에 대한 관리단의 부당이득반환청구소송에 관한 법적 지위에 관하여 명확한 판단을 하지는 않았지만 제3자 소송담당이라는 전제에서 기판력과 재소금지원칙 적용 여부를 판단하였다고 볼 수 있다. 관리단은 구분소유자들로부터 임의적 소송신탁을 받은 지위로 보는 것이 타당하다고 생각된다. 또한 대상 판결은 관리단이 공용부분 무단점유자를 상대로 부당이득반환청구소송을 하려면 관리단집회의 결의나 규약에 근거가 있어야 함을 명시적으로 판단하였다는 점에서 의미가 있다.

관리단의 부당이득반환청구소송과 구분소유자의 부당이득반환청구소송과의 관계에서 기판력이 적용된다고 보아 집합건물의 공용부분과 관련된 판결의 주관적 효력 범위를 명확히 하였다. 집합건물에 있어서 구분소유자가 받은 판결의 효력이 관리단에 미친다는 점을 최초로 분명히 판시했다고 할 수 있다.[39]

한편 소 취하에 의한 재소금지의 적용에 있어서는 구분소유자 공동이익을 위한 목적으로 소송을 수행한다는 이유로 관리단에게 새로운 권리보호이익이 인정되므로 재소금지원칙의 적용을 받지 않는다고 보았다.[40] 관리단이 구분소유자의 공유지분권을 행사하는 것은 전체 구분소유자 공동의 이익을 위한 것이므로, 개별 구분소유자들이 자신의 이익과는 구분되는 재소를 필요로 하는 정당한 사정이 인정된다고 판시하였다는 점에서 그 의의가 있다.[41]

대상 판결의 이러한 태도는 우리나라의 집합건물에서 구분소유자의 권익과 관리단의 사무집행 조화를 위한 취지로 이해하여야 할 것이다.[42] 현재 우리나라 사람들의 일상생활의 많은 부분이 집합건물에서 이루어지고 있으므로 앞으로도 이에 관한 다양한 사안에서 우리 판례의 정립을 기대해 본다.

---

39) 김경욱, 앞의 글, 314면; 전원열, 앞의 글, 11면.
40) 전병서, 앞의 글, 76면.
41) 정우채, 앞의 글, 74-75면; 전원열, 앞의 글, 11면.
42) 강현중, 앞의 글, 365면.

## [참고문헌]

1) 단행본

강현중, 「민사소송법」, 박영사, 2023.

김홍엽, 「민사소송법」, 박영사, 2023

이시윤, 「신민사소송법,」 박영사, 2023.

전원열, 「민사소송법 강의,」 박영사, 2022.

정동윤·유병현·김경욱, 「민사소송법,」 박영사, 2023.

2) 논문

김경욱, “2022년도 민사소송법 중요 판례 분석”, 「안암법학」 제66권, 2023.5

김나래, “개정 집합건물법의 주요 내용과 입법과제에 관한 소고”, 「동아법학」 제88호, 동아대학교 법학연구소, 2020.8.

김종석, “집합건물 공용부분 무단사용에 대한 부당이득반환청구권의 주체”, 「대법원판례해설」 제131호, 2022.

문영화, “공용부분 무단점유자에 대한 부당이득반환청구소송에서 집합건물 관리단의 지위”,「저스티스」 제198호, 2023.10.

이계정, “집합건물 공용부분 무단사용자에 대한 관리단의 부당이득반환청구 가부”, 「법조」 70권 1호, 법조협회, 2021.

전병서, “2022년 민사소송법 중요판례평석”, 「인권과정의」 제513호, 2023.5.

정우채, “2022년 민사소송법 중요 판례 분석”, 「2023년 민사소송법학회 제1회 정기학술대회 자 료집」, 2023.2.

이균용, “주택건설촉진법에 따라 구성된 아파트입주자 대표회의가 집합건물인 공동주택의 공용부분 등의 지분권에 기초한 방해배제청구로서 시설물 등의 철거 또는 부당이득반환 내지 손해배상을 청구할 수 있는지 여부”, 대법원판례해설 44호, 법원도서관, 2004년

3) 기타

강현중, “민사소송법 부록 판례 평석 100선”, 박영사, 2023.

서울고등법원 판례공보스터디, “판례공보스터디 민사판례해설 종합본(2019. 7. 1.자 공보 ~ 2023. 6. 15. 자 공보, 제2권 민사소송, 민사집행)”, 2023.

전원열, “2022년 분야별 중요판례분석”, 법률신문 기사, 2023.3.13.

[Abstract]

## The legal status of a managing body of a condominium building in a lawsuit

### - A Review of Supreme Court Ruling 2021da239301 Issued on June 30, 2022 -

Lee Se Eun*

Currently, as much of our daily life takes place in condominium buildings, in disputes regarding condominium buildings, issues related to the subject in the maintenance and management of them, the parties to a lawsuit and litigation relationships, etc. frequently arise. This highlights the urgent need for establishing Korean legal precedents in this area.

The judgment evaluated the applicability of the res judicata and the principle of prohibition of re-litigation, assuming that the legal status of the managing body of a condominium building in a lawsuit for restitution of unjust enrichment against unauthorized occupants of the section for common use was that of a third party standing in a lawsuit.

If some of the sectional owners have already filed a lawsuit, the res judicata of the judgment extends to the managing body, however, regarding the application of the prohibition of re-litigation due to the withdrawal of the litigation, it was determined that the principle of prohibition of re-litigation did not apply. This is because new rights protection interests were recognized, as the managing body was pursuing the lawsuit for the common benefit of the sectional owners.

Additionally, the judgment is significant because it explicitly determined that for the managing body to file a lawsuit for the restitution of unjust enrichment against unauthorized occupants of the section for common use, there must be a basis in the resolutions or regulations of the managing body's meetings.

**Key Words:** a managing body of a condominium building, lawsuit for restitution of unjust enrichment, third party standing in a lawsuit, prohibition of re-litigation, res judicata

* Ph.D. Candidate, Korea university

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.301 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 임상시험에서 시판 중인 의약품으로 인해 대상자에게 발생한 손해보전에 관한 고찰*

박 태 신**

**논문요지**

시판 중인 의약품이 이용되는 임상시험은 제4상 임상시험이나 활성대조군(active-controlled)을 이용한 제3상 임상시험, 시판 중인 의약품과 시험약 등의 병용요법(Combination Therapy) 연구, 생물학적 동등성 시험 등을 들 수 있는데, 위와 같은 임상시험에서 시판 중인 의약품으로 인한 대상자의 피해는 통상 임상시험 참여로 인한 피해이자 시판 중인 의약품의 부작용이라는 이중적인 성격을 가진다. 그리고 그 피해가 임상시험 관련자들의 고의, 과실 등과 관계 없이 발생한 것이라면 보상의 대상이 되고, 시판 중인 의약품으로 인한 피해가 임상시험 관련자들의 고의, 과실 등으로 발생한 것이라면 배상의 대상이 된다. 한편, 약사법령은 임상시험용 의약품으로 인한 피해는 의약품 부작용 피해구제급여의 지급제외 대상으로 규정하고 있으나, 그 임상시험용 의약품이 시판 중인 의약품일 경우에는 피해구제급여제도의 취지 및 본질, 규정 체계, 시판 중인 의약품을 임상시험에서 대조약으로 복용한 경우와 임상시험에 참여하지 않은 환자가 투여한 경우가 본질적인 차이가 없다는 점 등을 고려하면 의약품 부작용 피해구제급여의 대상이 된다고 보는 것이 타당하다. 또한 임상시험에서 건강상 피해를 입은 대상자는 의뢰자나 시험책임자로부터 배상이나 보상을 받을 수 있는데, 특히 보상 대상이 되는 경우에는 위 의약품 부작용 피해구제급여제도와 선택적으로 적용된다고 보아야 할 것이다. 다만, 관련 법령 해석상의 논란으로 인해 대상자의 보호 미흡에 대한 우려를 불식시키기 위해 규정을 명확히 정비할 필요가 있다.

**검색용 주제어: 시판 중인 의약품, 임상시험 대상자, 의약품 부작용 피해구제급여, 보상 및 배상, 임상시험용 의약품**

**· 논문접수: 2024. 07. 10. · 심사개시: 2024. 07. 16. · 게재확정: 2024. 08. 08.**

* 이 논문은 2022년도 전북대학교 연구기반 조성비 지원에 의하여 연구되었음.
** 전북대학교 법학전문대학원 교수

# I. 서설

의약품을 시중에 판매하기 위해서는 의학적 안전성 및 유효성을 갖추어야 하는데, 이를 공식적으로 인정하는 제도가 식품의약품안전처의 품목허가 및 품목신고(이하 통칭하여 '품목허가'라 함) 제도이다. 그러나 의약품이 의학적 안전성 및 유효성을 갖추었다고 인정받아 품목허가를 받더라도 당해 의약품의 모든 효능이나 효과가 밝혀진 상태는 아니다. 다시 말하면 품목허가를 받았다는 것은 단지 목표한 질병이나 증상에 대해 의학적으로 감내할만한 수준의 안전성과 유효성을 갖춘 것으로 인정된다는 것이지 그 외 다른 부작용이 없다거나 부작용이 모두 밝혀져 있다는 것을 의미하는 것은 아니다. 따라서 치료목적으로 허가받은 용량 및 용법으로 의약품을 복용 또는 주사(이하 '복용'이라고 함)한다고 할지라도 이미 밝혀져 있는 부작용뿐만 아니라 아직 밝혀지지 않은 부작용으로 인해 복용자가 피해를 입을 수 있다. 한편 의약품에 대한 품목허가가 이와 같은 점을 전제로 이루어지기는 하나, 위와 같은 부작용이 해당 의약품 복용자에게 모두 나타나는 것은 아니고 나타나는 부작용의 양상 및 정도도 모두 동일하지 않다. 이는 사람마다 유전적 소인과 신체적 환경 등이 다르기 때문이다. 그런데 시판 중인 의약품을 복용한 결과 알려지거나 알려지지 않은 부작용이 발생하여 피해를 입은 경우, 품목허가제도 자체가 그와 같은 점을 전제로 하는 것이므로 감수해야만 하는 결과에 불과하다고 한다면 사람들은 의약품 부작용으로 인한 피해를 우려하여 의약품 복용을 회피할 우려가 있고, 이와 같은 회피 양상이 확대되면 국민보건향상 등의 국가정책적 목표는 달성하기 어려울 뿐만 아니라 감염병의 확산 등과 같은 사회혼란을 초래할 수도 있다. 또한, 시판 중인 의약품 복용으로 발생한 손해를 방치하는 것은 - 비록 그 손해 발생에 위법한 행위가 개입된 것은 아니라 할지라도 - 피해를 입은 사람에게 단순히 희생을 감내하기만을 요구하는 것이 되어 인간 존중이라는 헌법적 가치를 훼손하는 결과가 될 것이다.

한편 일정한 질병 또는 부상, 장애 등에 대해 품목허가를 받은 의약품이라 할지라도 허가받은 효과 및 효능은 제한적이므로 새로운 의약품의 개발이 꾸준히 요구된다. 그뿐만 아니라 복용 방법이나 횟수 등을 고려한 복약순응도 등을 높이기 위한 새로운 약제의 개발 필요성도 인정된다. 이와 같은 새로운 의약품 개발 필요성으로 인해 시판 중인 의약품을 이용하여 임상시험을 하게 되는데, 이러한 연구에 참여한 대상자들은 시판 중인 의약품을 연구목적으로 복용하게 되고 그로 인해 피해를 입을 수 있다. 임상시험에 참여한 대상자들이 시판 중인 의약품을 연구목적으로 복용한 결과 피해를 입은 경우에 - 대상자들이 자발적으로 연구참여에 동의하였다고 할지라도 - 그 피해를 보전하지 않는 것 역시 특별한 희생에 대한 정당한 보상이 이루어지지 않는 결과가 되어 정의에 반하는 일이 될 것이다.

이와 같이 치료목적 또는 연구목적으로 시판 중인 의약품을 복용한 결과 발생한 피해를 구제할 필요가 있는데, 현행 법령상 시판 중인 의약품을 치료목적으로 복용한 결과 발생한 부작용에 대한 보전제도로는 의약품 피해구제급여 제도가 있고, 연구목적으로 시판 중인 의약품 복용으로 인해 발생한 피해에 대한 구제제도는 임상시험대상자가 입은 손해에 대한 배상 및 보상제도가 있다. 그러나 임상시험에 참여한 대상자가 시판 중인 의약품을 복용한 경우에 이를 모두 연구목적으로 볼 수 있는지 또는 임상시험에 참여한 대상자에게 시판 중인 의약품 복용으로 인한 부작용이 발생

한 경우에 의약품 피해구제급여제도는 적용되지 않는 것인지, 의약품 피해구제급여제도와 임상시험대상자 피해배상 및 보상제도의 관계는 어떠한지, 각 제도의 중첩적용 가능성은 없는 것인지 등 여러 가지 쟁점이 현행 법령상 명확하지 않으므로 이에 관한 검토가 필요한 상황이다. 이하에서는 시판 중인 의약품이 이용되는 임상시험 및 그로 인한 손해의 성격(III.), 현행 법령 상 시판 중인 의약품으로 인한 피해에 대한 구제제도로서 의약품 부작용 피해구제급여제도와 임상시험 대상자에 대한 배상 및 보상제도(IV.), 간략한 제언(V.)의 순서로 검토한다. 본격적인 논의에 들어가기에 앞서 이와 관련한 선행연구의 현황에 관해 살펴본다(II.).

## II. 선행연구의 내용 및 연구 방향

### 1. 선행연구의 내용

의약품 부작용 피해구제제도에 관해서는 의약품 부작용 피해구제제도의 내용 및 현황을 개괄적으로 소개한 연구,[1] 한국, 일본과 대만의 의약품 부작용 피해구제급여제도를 살펴본 후 법제 및 정책개선방안을 제시한 연구[2], 민법 및 국가배상법, 제조물책임법상 손해배상책임, 의약품 부작용 피해구제제도, 의료분쟁조정중재제도 등을 포함한 의약품사고 일반의 민사책임에 관한 연구[3], 의약품 부작용 피해구제제도는 간략히 소개하고 제조물책임법을 중심으로 의약품사고 피해구제를 살펴본 연구[4], 한국, 일본, 대만의 의약품 부작용 피해구제제도의 현황에 관한 연구[5], 민법 및 제조물책임법상 손해배상책임과 의약품 부작용 피해급여제도를 개관하고 피해급여제도의 개선점을 논의한 연구[6]등이 있다.

그리고 임상시험 대상자가 임상시험 참여로 인해 입은 건강상 피해의 구제에 관해서는 피해구제와 관련된 현행법령 내용과 그 문제점에 관해 전반적으로 고찰한 연구[7], 의약품 임상시험 일반에 관해 계약적으로 고찰하면서 대상자가 입은 손해의 배상 및 보상에 관해 계약적 법리구성을 검토한 연구[8] 등이 있다.

---

1) 최민규, “의약품 부작용 피해구제사업의 개관”, 소비자법연구 제9권 제2호, 한국소비자법학회, 2023. 5., 191-204쪽
2) 황의관, “의약품 부작용 피해구제제도의 법·정책적 개선방안 연구”, 법제 통권 제696호, 법제처, 2022. 3., 349쪽 이하
3) 임용웅, “의약품 사고의 민사책임법리에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위논문, 2015. 2.
4) 최진, “의약품 사고 피해 구제에 관한 연구-제조물책임법을 중심으로-”, 청주대학교 석사학위논문, 2021. 12.
5) 안상완 외 6인, “한국, 일본, 대만에서의 의약품 부작용 피해구제 제도 현황 조사”, 약학회지 제63권 제4호 214~220쪽, 대한약학회, 2019.
6) 류광해, “의약품 부작용 피해구제제도의 검토”, 忠南大學校「法學硏究」第32卷 第2號, 충남대학교 법학전문대학원 법학연구소, 2021. 5., 111-140쪽
7) 박태신, “임상시험 대상자의 건강상 피해에 대한 배상 및 보상에 관한 소고”, 홍익법학 제24권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2023. 9., 383쪽 이하
8) 송영민, “의약품 임상시험의 계약적 일고찰”, 의료법학 제12권 제11호, 대한의료법학회, 2011. 6., 제257-285쪽

### 2. 연구 방향

선행연구들은 시판 중인 의약품 부작용 피해구제제도나 손해배상제도, 임상시험에 참여한 대상자에게 발생한 피해에 대한 배상 및 보상 제도 각각의 측면에서 일반론적으로 연구한 것으로서 시판 중인 의약품이 임상시험에서 이용되고 그 과정에서 대상자에게 손해가 발생한 경우에 현행법령 상 구제제도의 적용 가능성, 개선 필요성 및 방안 등에 초점을 맞추어 세밀하게 검토한 연구는 찾아보기 어렵다. 이에 본 연구에서는 시판 중인 의약품을 이용한 임상시험 유형과 임상시험에서 시판 중인 의약품으로 인해 발생한 손해의 성격, 임상시험에 참여한 대상자가 시판 중인 의약품으로 인해 손해를 입은 경우에 이용 가능한 의약품 부작용 피해구제급여제도 및 임상시험 대상자에 대한 배상 및 보상제도의 관계, 각 제도의 중첩 적용 가능성 및 한계 등에 관하여 구체적으로 검토한다.

## III. 시판 중인 의약품이 이용되는 임상시험 및 그로 인한 손해의 성격

### 1. 제4상 임상시험[9)]

의약품 임상시험은 임상시험의 실시 시기 또는 개발단계에 따라 제0상부터 제4상까지 나뉘는데, 제4상 임상시험은 치료적 사용 임상시험 등으로서 의약품의 품목허가 후 허가사항의 범위에서 수행되는 임상시험이다.[10)] 이와 같은 제4상 임상시험은 품목허가변경을 위한 것은 아니고 판매 중인 의약품 등의 허가사항에 대한 임상적 효과관찰 및 이상사례 조사나 허가된 효능·효과 등에 대한 안전성·유효성 자료의 수집을 목적으로 하는 시험으로, 판매 중인 의약품의 장기간의 유효성과 안전성을 평가하기 위한 것이다.

제4상 임상시험으로는 부가적인 약물 간 상호작용, 용량-반응 또는 이상반응 추적관찰을 위한 임상시험, 허가사항 범위 이내의 적응증에서 의약품 사용을 뒷받침하기 위해 설계된 연구들(이환율/사망률 연구, 역학 연구 등)이 있다.[11)] 시판 후 조사(PMS, Post Marketing Surveillance) 중 시판 중인 의약품의 안전성 및 유효성에 관한 정보를 수집할 목적으로 「약사법」 제31조, 제42조제1항에 따른 허가사항에 대한 임상적 효과관찰과 이상사례 조사를 위해 허가된 용법 및 용량, 효능 및 효과 등에 따라 실시하는 시험인 시판 후 임상시험(Post-marketing Clinical Trial)도 이에 포함된다.[12)] 이와 같은 제4상 임상시험은 식품의약품안전처장의 임상시험계획승인

9) 현행법령이 정하고 있는 단계에 따른 임상시험 분류에 관해서는 박태신, “임상시험 대상자 모집방법에 관한 법적·윤리적 검토”, 저스티스 통권 제178호, 한국법학원, 2020. 6., 447-448쪽 참고

10) 의약품 등의 안전에 관한 규칙 제30조제1항 [별표 4] 의약품 임상시험 관리기준 제2호 가목

11) 의약품의 품목허가·신고·심사 규정 제7조제6호가목 3) [별표 5] 개발단계별 임상시험의 형태 및 종류

제외대상이다.[13]

제4상 임상시험은 위에서 본 바와 같이 품목허가를 받은 의약품의 허가범위 내에서 의약품의 장기간의 안전성과 유효성을 평가하기 위해 실시되는 것이므로, 제4상 임상시험에 참여한 대상자가 시판 중인 의약품을 해당 적응증에 허가받은 용량 및 용법에 따라 복용한 경우에 (아무런 부작용을 경험하지 않을 수도 있으나) 대상자에 따라서는 부작용을 경험할 수도 있다. 이러한 부작용은 품목허가를 받을 당시 이미 알려져서 복용 상 주의사항에 적시되고 설명서나 복약지도 등을 통해 고지된 것도 있으나, 품목허가를 받을 당시에는 알려지지 않았던 부작용도 있을 수 있다. 이와 같은 부작용은 어느 경우에나 시판 중인 의약품의 부작용에 해당함은 의문의 여지가 없다. 그런데 나아가 위와 같은 부작용을 임상시험 참여로 인한 손해라고 할 수 있을까? 제4상 임상시험은 치료적 탐색이나 확증이 아니라 안전성 및 유효성에 관한 정보수집 목적으로서 치료적 사용일뿐만 아니라 임상시험계획 승인 제외 대상으로 규정되어 있다는 점과 환자는 임상시험에 참여하지 않더라도 해당 의약품을 복용할 것이라는 점을 고려하면 해당 의약품으로 인한 부작용이 임상시험 참여로 인한 손해의 성격은 갖지 않는다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 형식적으로는 제4상 임상시험도 임상시험이고, 그 결과 의약품의 장기적인 안전성과 유효성을 인정하기 어려운 경우에 품목허가가 취소될 수도 있다. 그뿐만 아니라 대상자가 시판 중인 의약품을 복용한 결과 피해를 입은 것은 임상시험 참여과정에서 일어난 것이라는 점과 그 피해의 충분한 구제가 필요하다는 점을 아울러 고려하면 해당 의약품으로 인한 부작용이 임상시험 참여로 인한 손해의 성격은 갖지 않는다고 단정할 수는 없어 보인다.

## 2. 제3상 임상시험에서 활성대조군(active-controlled) 연구

제3상 임상시험은 의약품의 임상적용을 위한 이익과 위험의 상대 평가 근거 제공 및 용량과 반응에 대한 관계 확립을 통해 안전성과 유효성을 확증하기 위한 치료적 확증 임상시험 등으로서 시험군과 대조군을 설정하여 용량, 효능 및 효과, 안전성 등을 비교 평가하기 위한 것이다. 유효성 확립을 위한 적절하고 잘 통제된 임상시험, 무작위 배정에 의한 용량-반응 임상시험, 안전성 임상시험, 이환율/사망률을 위한 임상시험, 비교적 간단한 대규모 임상시험, 대조군을 이용한 비교 임상시험 등이 이에 해당된다.[14] 제3상 임상시험에서 표준치료제가 없는 경우 대조군으로 아무런 활성성분이 없는 위약(僞藥, placebo)대조군(placebo-controlled)을 두기도 하나 표준치료제가 있는 경우에는 대조군으로 활성대조군(active-controlled)을 두게 되는데, 이때 활성대조군이 복용하게 되는 표준치료제는 시판 중인 의약품이다.

---

12) - 의약품 등 시판 후 안전관리 - 신약 등의 재심사 업무 가이드라인(민원인 안내서), 2021. 11., 식품의약품안전처, I. 제2장 2. 아. 및 4. 다.; 의약품안전나라 의약품통합정보시스템, 의약품등 정보, 임상시험정보, 임상시험의 종류, 임상시험 실시시기에 따른 분류(https://nedrug.mfds.go.kr/cntnts/15)

13) 의약품 등의 안전에 관한 규칙 제24조제8항제1호 및 제2호

14) 의약품 등의 안전에 관한 규칙 제30조제1항 [별표 4] 의약품 임상시험 관리기준 제2호 가목, 의약품 임상시험 계획 승인에 관한 규정 제2조제1항제9호; 의약품안전나라 의약품통합정보시스템, 의약품등 정보, 임상시험정보, 임상시험의 종류, 임상시험 실시시기에 따른 분류(https://nedrug.mfds.go.kr/cntnts/15)

한편, 식품의약품안전처장은 생명을 위협하는 암 등 중대한 질환의 치료를 목적으로 하는 의약품이나 희귀의약품에 대해 '해당 의약품의 인체에 대한 안전성·유효성 등을 확증하기 위하여 투약자 대상 임상시험 자료 등을 별도로 정하는 기간 내에 제출할 것'을 조건으로 중앙약사심의위원회의 의견을 들어 품목허가(품목 조건부 허가)를 할 수 있다.[15] 또한 첨단바이오의약품을 개발하는 자가 개발 중인 첨단바이오의약품을 허가·심사의 신속처리 대상으로 지정하여 줄 것을 신청한 첨단바이오의약품이 대체치료제가 없고 생명을 위협하는 암 등 중대한 질환의 치료를 목적으로 하는 경우,「희귀질환관리법」에 따른 희귀질환의 치료를 목적으로 하는 경우,「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 생물테러감염병 및 그 밖의 감염병의 대유행에 대한 예방 또는 치료를 목적으로 하는 경우에 개발자가 임상적 평가변수에 대하여 효과가 있음을 보여주는 임상시험 자료 등을 근거로 품목허가를 신청하였다면 식품의약품안전처장은 시판 후 안전관리를 조건으로 품목허가(조건부 허가)를 하면서 '별도로 정하는 기간 내에 인체에 대한 안전성·유효성 등을 확증하기 위하여 투약자 대상 임상시험 자료 등을 제출할 것'이라는 조건을 붙일 수 있다.[16] 위의 '인체에 대한 안전성·유효성 등을 확증하기 위하여 투약자 대상 임상시험'은 제3상 임상시험(치료적 확증 임상시험)을 의미하므로, 위와 같은 조건을 이행하기 이한 제3상 임상시험에서 사용되는 해당 의약품은 형식적으로는 시판 중인 의약품에 해당한다.[17]

제3상 임상시험의 활성대조군에 배정된 대상자들은 시판 중인 의약품을 허가사항 범위 내에서 복용 또는 투약하게 되므로, 대상자가 시판 중인 의약품을 복용한 결과 발생한 손해는 임상시험 참여로 인한 손해이자 시판 중인 의약품의 부작용이라는 이중적인 성격을 갖게 된다. 물론 활성대조군에 배정된 대상자들이 임상시험에 참여하지 않았더라도 시판 중인 의약품을 복용했을 것이라면 시판 중인 의약품 복용으로 발생한 피해를 임상시험 참여로 인한 피해라고 볼 수 있을지는 논란이 있을 수 있으나, 제4상 임상시험의 경우에서 본 바와 같이 임상시험 참여로 인한 피해가 아니라고 단정할 수는 없을 것이다. 더군다나 무작위 배정을 거쳐 활성대조군에 배정된 경우라면 임상시험 참여로 인한 피해라는 성격이 다소 옅어질 수는 있을지라도 아예 그와 같은 성격이 없어진다고 볼 수는 없을 것이다.

## 3. 시판 중인 의약품과 시험약 등의 병용요법(Combination Therapy) 연구

새로운 의약품을 개발하는 과정에서 시험약 단독요법을 전제로 시험약 투여군을 시험군으로 하고 표준치료제 투여군을 대조군으로 두는 형태의 임상시험을 하기도 하나[18], 시험약을 시판 중인 의약품과 병용투여하는 군을 시험군으로 하고 표준치료제(단독요법이든 병용요법이든)를 투여하거나 표준치료제에 위약을 병용투여하는 군을 대조군으로 두는 형태의 임상시험을 하기도 한다.[19] 또는 단독투여하는 용법으로

15) 약사법 제35조제2항, 의약품 등의 안전에 관한 규칙 제39조의2 제1항
16) 첨단재생의료 및 첨단바이오의약품 안전 및 지원에 관한 법률 제36조, 제37조제1항제3호 및 제3항제2호
17) 품목조건부 허가제도에 관한 세부사항에 관한 식품의약품안전처의 입장을 기술한 것으로는 「의약품 품목 조건부 허가 관리지침」[민원인 안내서] 2022. 8. 참고
18) 시험약 단독투여(시험군) vs 대조약(표준치료제) 단독투여(대조군)의 형태이다.

품목허가를 받은 시판 중인 의약품들을 병용투여하는 군을 시험군으로, 위 시판 중인 의약품들을 각 단독투여하는 군이나 각 시판 중인 의약품에 위약을 병용투여하는 군[20]을 대조군으로 둘 수도 있다.[21]

위와 같이 시판 중인 의약품과 시험약 등의 병용투여 연구의 경우에 품목허가 범위 내의 병용투여나 단독투여의 경우에 한하여(위약을 병용투여하는 경우를 포함하여) 시판 중인 의약품으로 인한 손해가 임상시험 참여로 인한 손해라는 성격과 시판 중인 의약품으로 인한 부작용이라는 성격을 아울러 갖게 된다(무작위 배정의 경우라면 특히). 그 외 품목허가 범위를 벗어나는 병용투여로 인한 손해는 시판 중인 의약품으로 인한 부작용의 성격을 갖는다고 볼 수 없고, 임상시험 참여로 인한 손해라는 성격만을 갖는다고 보아야 할 것이다.

## 4. 생물학적 동등성(bioequivalence) 시험

"생물학적 동등성시험"이란 "임상시험 중 생물학적 동등성을 입증하기 위한 생체시험으로서 동일 주성분을 함유한 두 제제의 생체이용률이 통계학적으로 동등하다는 것을 보여주는 시험"을 말한다.[22] 시험약은 "시험대상이 되는 의약품으로서 대조약과 그 주성분(염류·이성체 포함)·함량 및 투여경로가 동일한 의약품"[23]이고, 대조약은 "시험약의 비교대상이 되는 의약품으로서, 이미 제조(수입)품목 허가되어 안전성·유효성이 확립되었거나 식품의약품안전처장이 대조약으로 타당성을 인정한 품목"이다.[24] 이 경우 이미 제조(수입)품목 허가되어 안전성·유효성이 확립된 대조약은 시판 중인 의약품에 해당한다. 그리고 시험대상군은 건강한 성인지원자를 대상으로 구성하는 것이 원칙인데, '적절한 환자를 대상으로 시험하는 것이 더욱 타당하다고 인정된 경우'나 '항악성 종양제 등 시험대상자의 윤리적 문제 또는 안전에 문제가 있는 경우'에 해당하여 식품의약품안전처장이 인정한 경우에는 환자로 시험대상을 적절히 바꿀 수 있다.[25]

생물학적 동등성 시험에서 건강한 성인지원자를 대상으로 이미 제조(수입)품목 허가되어 안전성·유효성이 확립된 대조약을 투여하는 경우에는 통상 허가사항 범위 내의 투여가 될 수는 없을 것이므로, 시판 중인 의약품으로 인한 피해는 임상시험

---

19) 시험약 + 표준치료제 병용투여(시험군) vs 대조약(표준치료제) 단독(대조군)/ 또는 표준치료제 + 표준치료제 병용투여(대조군, 병용투여를 포함하여 품목허가를 받은 경우)/ 또는 표준치료제 + 위약 병용투여(대조군)의 형태이다. 시판 중인 의약품의 품목허가 내용이 다른 시판 중인 의약품과 병용투여하는 내용을 포함하고 있는 경우에는 병용투여는 표준치료에 해당한다.

20) 시판 중인 의약품에 위약을 병용투여하는 것은 단독투여와 다름이 없다. 다만 대상자의 심리적 효과를 배제하기 위해 위약을 병용투여한다. 이 경우 병용투여되는 약제가 시험약인지 위약인지 여부는 연구자에게도 공개되지 않는 것으로 임상시험계획이 설계되는 경우가 많다.

21) 표준치료제(단독투여 품목허가) + 표준치료제(단독투여 품목허가) 병용투여(시험군) vs 표준치료제 단독 투여(대조군)/ 또는 표준치료제 + 위약 병용투여(대조군)의 형태이다.

22) 약사법 제2조제17호

23) 의약품동등성기준 제2조제2호

24) 의약품동등성기준 제2조제3호

25) 의약품동등성시험기준 제9조(다만, 이 경우 시험대상을 변경한 사유 및 이를 뒷받침하는 객관적이고 과학적인 근거자료를 제출하여야 한다)

참여로 인한 피해라는 성격 외에 시판 중인 의약품으로 인한 부작용이라는 성격을 갖지는 않을 것이다. 다만, 시험대상자가 환자로 구성된 경우에 허가사항 범위 내에서 투여된 경우라면 위 두 성격을 모두 가질 것이다(무작위 배정의 경우라면 특히).

## IV. 현행 법령 상 시판 중인 의약품으로 인한 피해에 대한 구제제도

### 1. 의약품 피해구제급여 제도

#### (1) 제도 개관

의약품등의 제조업자·품목허가를 받은 자·수입자 및 의약품 도매상, 약국개설자와 의료기관 개설자는 의약품등으로 인한 부작용 등에 관한 사례를 의약품안전관리원장에게 보고하여야 하고, 의약품안전관리원장은 위와 같이 보고받은 사항을 식품의약품안전처장이 정하는 바에 따라 식품의약품안전처장에게 보고하여야 한다.[26] 위와 같은 부작용 등 사례는 반드시 해당 의약품과 인과관계가 밝혀진 사례로 한정하지 않는다.[27] 그리고 식품의약품안전처에는 '의약품등의 부작용·위해가능성의 판단 등에 관한 사항', '의약품등 부작용의 인과관계 규명, 그 밖에 약화사고 등의 원인규명에 관한 사항', '의약품 부작용 피해구제급여 등 의약품 피해구제에 관한 사항'을 심의하기 위하여 의약품부작용 심의위원회를 둔다.[28]

식품의약품안전처장은 의약품 부작용으로 발생하는 피해를 구제해야 하고, 의약품의 제조업자·품목허가를 받은 자 또는 수입자는 위 피해구제사업에 필요한 비용을 부담하여야 한다.[29] 또한 식품의약품안전처장은 위 의약품 부작용 피해구제사업 및 피해구제부담금 부과, 징수를 의약품안전관리원에 위탁할 수 있고,[30] 의약품안전관리원의 장은 의약품을 사용한 사람이 그 의약품의 부작용으로 인하여 질병에 걸리거나 장애가 발생하거나 사망한 때에는 진료비, 장애일시보상금, 사망일시보상금, 장례비 피해구제급여 등의 피해구제급여를 지급하여야 한다.[31][32] 그러나 의약품안전관리원의 장은 신청인이 고의 또는 중대한 과실로 해당 질병의 상태를 악화시키거나 치유를 거부·방해한 것으로 인정되는 때에는 피해구제급여의 전부 또는 일부의 지급을 중단할 수 있고, 피해구제급여를 받은 이후 의료사고로 판명되어 조정·중재를 받은

---

26) 약사법 제68조의8
27) 의약품 등의 안전에 관한 규칙 제84조제1항
28) 약사법 제68조의11
29) 약사법 제86조제1항, 제2항(다만, 정부는 예산의 범위에서 의약품 부작용 피해구제사업을 위한 보조금을 지급할 수 있다. 같은 조 제3항), 제86조의 2 제1항, 제2항
30) 약사법 제86조제5항 및 제86조의2 제1항
31) 약사법 제86조의3 제1항
32) 사망이나 장애발생의 경우 일시금 지급방식에 연금지급방식을 병용할 필요가 있다는 견해로는 정영훈, "의약품 부작용 피해구제 제도 활성화를 위한 제언", 소비자정책동향 제67호, 한국소비자원, 2016. 2., 29-30쪽, 장례비의 경우 택일적으로 규정되어 있는 것의 문제점을 지적한 견해로는 임용웅, 위 논문(주3), 320쪽

경우에는 피해구제급여를 받을 사람으로부터 피해구제급여액을 징수한다.[33] 한편, 암의 치료에 사용하는 의약품, 장기 또는 골수 이식에 따른 거부반응을 예방하기 위해 사용하는 의약품, 후천성 면역결핍증 환자를 포함한 면역장애환자 등의 거대세포바이러스 감염 등을 치료하기 위해 사용하는 의약품[34]인 경우, 부작용으로 인한 질병 등이 예방접종, 피해자의 고의 또는 과실, 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」에 따른 의료사고로 인한 경우[35], 또는「민법」이나 그 밖의 법령에 따라 피해구제급여에 상당한 금품을 이미 받은 경우[36]에는 피해구제급여를 지급하지 아니한다. 또한, 전문의약품 또는 일반의약품으로 분류되지 아니하는 의약품, 임상시험용 의약품, 약국제제(藥局製劑) 및 의료기관 조제실제제, 자가치료용 의약품인 경우 등에도 피해구제급여 지급 제외 대상이다.[37]

### (2) 임상시험 참여 중 시판 중인 의약품으로 인한 손해에 적용 여부

위에서 본 바와 같이 피해자의 고의 또는 과실, 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」에 따른 의료사고로 인한 경우나 「민법」이나 그 밖의 법령에 따라 피해구제급여에 상당한 금품을 이미 받은 경우에는 피해구제급여 지급 제외 대상이므로, 대상자가 입은 건강상의 피해가 임상시험 관련자들의 고의, 과실 등으로 인한 경우에는 피해구제급여의 대상이 되지 못한다.[38]

또한 위에서 본 바와 같이 임상시험용 의약품인 경우에는 피해구제급여를 지급하지 아니한다.[39] 임상시험용 의약품은 아직 의학적 안전성 및 유효성을 인정받지 못한 것으로서 시판 중인 의약품이 아니므로, 임상시험에 참여하지 않은 사람이 임상시험용 의약품을 구하여 복용하는 것은 일반적으로 있을 수 없다. 따라서 임상시험용 의약품으로 인한 피해를 의약품 피해구제급여 대상에서 제외하는 것은 일견 타당하다고 볼 수 있다. 그러나 품목허가를 받아 시판 중인 의약품도 임상시험에서 이용되고 있음은 위에서 본 바와 같다. 그렇다면 임상시험에서 이용된 시판 중인 의약품도 피해구제급여 지급제외 대상에 해당하는 임상시험용 의약품이라고 보아야 할까?

임상시험용 의약품이란 시험약 및 대조약을 의미하고,[40] 대조약에는 시험약과 비교할 목적으로 사용하는 시판 중인 의약품도 포함된다.[41] 따라서 임상시험에서 시판 중인 의약품이 대조약으로 사용되는 경우에는 시판 중인 의약품도 임상시험용 의약

33) 제86조의5 제1항, 제2항제2호
34) 이상 의약품은 중대한 약물이상반응이 허가 전 임상시험에서 10% 이상 보고되었거나, 이와 같은 정도의 부작용을 유발하는 의약품으로 식품의약품안전처장이 공고한 성분을 포함하는 경우이어야 한다(약사법 제86조의3 제2항제1호, 의약품 부작용 피해구제급여 지급 제외 대상 의약품의 지정 제2조제1항).
35) 약사법 제86조의3 제2항제2 내지 4호
36) 약사법 제86조의3 제2항제5호
37) 약사법 제86조의3 제2항제6호, 의약품 부작용 피해구제에 관한 규정 시행규칙 제6조
38) 물론 임상시험 관련자들의 고의, 과실 등이 개입됨으로써 허가범위를 벗어나 시판 중인 의약품을 복용한 결과가 되는 경우에는, 대상자가 입은 건강상의 피해를 시판 중인 의약품으로 인한 부작용이라고 할 수 없을 것이므로 당연히 피해구제급여의 대상이 되지 않을 것이다.
39) 약사법 제86조의3 제2항제6호, 의약품 부작용 피해구제에 관한 규정 시행규칙 제6조제2호
40) 의약품 등의 안전에 관한 규칙 제30조제1항 [별표 4] 제2호 자목
41) 의약품 등의 안전에 관한 규칙 제30조제1항 [별표 4] 제2호 카목

품에 해당한다. 그렇다면 의약품 임상시험에서 시험약과 비교할 목적으로 시판 중인 의약품을 대조약으로서 허가사항 범위 내에서 사용한 경우, 그 의약품의 부작용으로 인한 피해에 대해서는 피해구제급여가 이루어지지 않는다고 보아야 할 것인가? 위 규정을 형식적으로 해석하면 대조약으로 사용된 시판 중인 의약품으로 인해 대상자에게 피해가 발생한 경우에는 임상시험용 의약품으로 인해 피해가 발생한 것이므로 의약품 부작용 피해구제급여대상이 아니라고 해야 할 것이다. 그러나 이러한 해석은 다음에서 보는 바와 같이 타당하지 않다.[42]

### 가. 본질적인 차이가 있는지 여부

임상시험에 참여한 대상자가 임상시험 과정에서 시판 중인 의약품을 복용한 경우를 임상시험에 참여하지 않은 환자가 진료목적으로 시판 중인 의약품을 복용한 경우와 비교해 보자. 임상시험에 참여한 대상자가 임상시험 과정에서 복용한 시판 중인 의약품은 임상시험에서 사용됨으로써 형식적으로는 임상시험용 의약품에 해당하게 된다. 그러나 해당 의약품은 여전히 시판 중인 의약품이라는 점에 변동이 없고 허가사항 범위 내에서 복용되는 한 임상시험 참여 여부에 따라 해당 의약품의 용법, 용량 등이 달라지지 않으므로 그 의약품으로 인한 피해는 시판 중인 의약품으로 인한 부작용의 성격을 갖는다는 점, 위 두 경우 모두 해당 의약품으로 인한 부작용에 대한 구제의 필요성이 있다는 점 등을 고려하면 임상시험 참여 여부와 관계없이 해당 의약품으로 인한 피해는 시판 중인 의약품으로 인한 부작용의 성격을 갖는다는 점에서 그 실질이 동일하다고 보아야 한다. 특히, 임상시험에서 무작위 배정이 아닌 스크리닝 결과 환자 상태에 따라 시판 중인 의약품을 처방한 것이라면 임상시험에 참여하였다는 사실 외에는 진료 목적으로 시판 중인 의약품을 복용한 것과 아무런 차이가 없다고 할 것이다. 다만, 임상시험에서 대상자가 대조군에 무작위 배정되어 시판 중인 의약품을 복용한 경우에는 임상시험과 무관하게 순수한 진료의 목적으로 시판 중인 의약품을 복용한 경우와 달리 그 복용 여부에 영향을 미치는 군 배정에 우연성이 개재된다는 차이가 있다. 이러한 우연성은 시판 중인 의약품으로 인한 부작용 피해구제급여 대상에서 제외할 만큼 순수 진료의 경우와 본질적인 차이가 있을까?[43]

---

42) 이하에서의 논의는 피해구제급여의 지급제외대상을 정하고 있는 법규의 적용범위를 제한하는 목적론적 축소해석이 허용되는 경우에 해당하는지에 관한 논의라고 볼 수 있다(대법원 2022. 8. 25. 선고 2018다205209 전원합의체 판결 중 대법관 노태악의 보충의견, 대법원 2021. 9. 9. 선고 2019두53464 전원합의체 판결 중 대법관 김재형의 별개의견, 대법원 2018. 10. 18. 선고 2016다220143 전원합의체 판결 중 대법관 김소영, 대법관 김재형의 보충의견, 대법원 2006. 11. 16. 선고 2006도4549 전원합의체 판결 등 참고). 한편, 피해구제급여의 지급제외대상의 범위를 위임받은 하위법규(약사법 제86조의3 제2항제6호, 의약품 부작용 피해구제에 관한 규정 시행규칙 제6조제2호)가 정하고 있는 ‘ 법 제34조에 따른 임상시험용 의약품인 경우’의 의미를 목적론적으로 축소해석하는 것은 결과적으로 약사법 제86조의3 제1항이 정하고 있는 의약품 부작용 피해구제급여의 지급대상의 범위를 목적론적으로 확대해석하는 것이다.

43) ‘본질적으로 같은 것은 같게, 본질적으로 다른 것은 다르게’ 취급해야 한다는 것이 헌법 제11조가 정한 평등의 원칙이라는 점에서 본질적인 차이가 존재하는지 검토해야 한다(헌재 1997. 1. 16. 90헌마110등, 판례집 9-1, 90 [기각, 각하], 헌재 2001. 3. 21. 2000헌바25, 판례집 13-1, 652 [합헌], 헌재 2010. 3. 25. 2009헌마538, 판례집 22-1상, 561 [각하] 등; 다만, 위와 같은 상대적 평등 개념에 관한 비판적 견해로는 오승철, “상대적 평등론의 재검토: 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게?”, 민주법학 통권 48호, 민주주의법학연구회, 2012.,제

위와 같은 우연성은 임상시험과 관련해서는 매우 큰 의미가 있는 것이지만 대상자나 환자의 입장에서 본다면 실질적으로 시판 중인 의약품으로 인한 부작용일 뿐이지 우연성이 영향을 미쳐 발생한 피해는 아니다. 또한 임상시험이란 “의약품 등의 안전성과 유효성을 증명하기 위하여 사람을 대상으로 해당 약물의 약동(藥動)·약력(藥力)·약리·임상적 효과를 확인하고 이상반응을 조사하는 시험”인데(약사법 제2조 제15호), 위 임상시험에서 안전성과 유효성을 증명하기 위한 의약품은 시험약이지 대조약이 아니라는 점에서 본다면 대조군으로서 시판 중인 의약품을 허가범위 내에서 복용한 결과 발생한 피해는 임상시험에 참여하지 않고 순수한 진료의 목적으로 시판 중인 의약품을 복용한 경우와 차이가 없다. 그렇다면 해당 의약품으로 인해 입은 피해의 성격이나 대상자나 환자 보호 필요성의 측면에서 두 경우는 본질적인 차이가 없다고 할 것이다.

### 나. 제도의 취지 및 본질 측면

의학적 안전성과 유효성을 승인받은 의약품을 복용하였음에도 알려지거나 알려지지 않은 부작용으로 인해 피해를 입은 경우에 아무런 손해전보제도가 존재하지 않는다면, 국민들은 승인받은 의약품이라 할지라도 그 복용을 꺼릴 가능성이 높아지고 이는 국민건강 보호 및 증진이라는 사회 전체의 이익 관점에서 부정적인 영향을 크게 미칠 것이다. 또한, 보건당국의 승인을 신뢰하여 의약품을 복용한 결과 피해를 입은 경우에 그 피해를 개인이 감수하게 하는 것은 인간을 수단화하는 문제가 있다. 이러한 점들을 방지 또는 완화하기 위해서 마련된 제도가 의약품 부작용 피해구제급여제도라는 점을 고려하면, 임상시험에의 참여나 임상시험에서 무작위 배정으로 인한 우연성을 이유로 (대조약으로서 임상시험용 의약품에 해당하게 된) 시판 중인 의약품 복용으로 인한 피해를 피해구제급여 대상에서 제외하는 것은 제도의 취지를 몰각하는 결과가 될 것이다.

한편 임상시험용 의약품으로 인한 피해를 의약품 부작용 피해구제급여 대상에서 제외한 것은 임상시험용 의약품은 아직 품목허가 등을 받지 못해 의학적 안전성과 유효성을 승인받은 의약품이 아니어서 그로 인한 피해는 의약품 부작용 피해구제급여가 예정하고 있는 부작용의 범주에 포함되지 않는다는 점을 고려한 것이라고 볼 수 있다. 그런데 시판 중인 의약품이 대조약으로서 임상시험용 의약품으로 규정된 것은 의학적 안전성이나 유효성이 검증되지 않아서가 아니라 비교임상시험의 필수적인 구조 때문이라고 할 수 있다. 이와 같은 구조적인 문제 또는 형식적인 규정 방식의 문제는 임상시험에 참여하여 시판 중인 의약품을 (허가범위 내에서) 복용한 결과 그 부작용으로 피해를 입은 대상자를 구제할 실질적인 필요성과는 별개의 문제이다. 따라서 임상시험에 참여하여 대조군으로서 시판 중인 의약품을 (허가범위 내에서) 복용한 결과 발생한 부작용은 약사법에 따른 의약품 부작용 피해구제급여의 대상이라고 보는 것이 타당하다.

---

373-389쪽 참고). 대법원도 본질적인 차이가 존재하는지 여부를 검토하여 양 사안을 달리 취급할지를 판단하고 있다(대법원 2022. 7. 28. 선고 2021다235132 판결, 대법원 2019. 6. 27. 선고 2016두34585 판결, 대법원 2019. 5. 30. 선고 2015두36485 판결, 대법원 2013. 1. 24. 선고 2008두8338, 2008두8345(병합) 판결 등).

### 다. 관련 규정 체계의 측면

‘품목허가 후 허가사항의 범위에서 수행하는 제4상(치료적 사용 임상시험 등)’도 임상시험에 해당한다는 점은 앞에서 보았다. 그런데 이와 같은 제4상 시험은 식품의약품안전처장의 임상시험계획 승인 제외 대상으로서[44] 보험가입의무 등이 면제되는지 여부가 분명하지 않다. 보험에 가입되어 있지 않더라도 대상자가 시판 중인 의약품으로 인해 피해를 입고 배상이나 보상요건을 충족한다면 아래에서 살펴볼 보상이나 배상대상이 될 것이므로, 보험가입 유무는 전보대상이 되는 피해에 해당하는지와 직접적으로 연계되는 사항은 아니다. 그렇지만 보험가입의무를 부과하는 것은 대상자가 임상시험에서 입은 피해전보를 확실히 보장하기 위한 측면이 있으므로, 그와 같은 범위에서는 보험가입의무 부과 여부가 대상자가 입은 피해전보 여부에 영향을 주게 된다. 따라서 보험가입의무 유무가 분명하지 않은 규정 체계에서는 대상자가 의약품 부작용 피해구제급여를 통해 피해전보를 받을 수 있다고 보는 것이 대상자의 보호에 충실한 해석이 될 것이므로, 시판 중인 의약품이 비록 임상시험에서 사용된다고 할지라도 허가범위 내에서 적절히 사용된 경우에는 피해구제급여 범위 내에 있다고 보아야 할 것이다.

### 라. 재원의 측면

의약품 부작용 피해구제급여의 재원은 앞에서 본 바와 같이 의약품의 제조업자·품목허가를 받은 자 또는 수입자 등이 부담하는 의약품 부작용 피해구제 부담금과 예산의 범위에서 정부가 지급하는 보조금이다. 이와 같은 재원을 임상시험 대상자가 입은 피해전보에 사용되는 것은 재원의 성격상 부적합한 것은 아닌가 하는 의문을 가질 수도 있다. 그러나 스크리닝을 거쳐 대상자의 건강상태에 따라 해당 시판 중인 의약품을 복용한 대상자는 임상시험에 참여하지 않았더라도 해당 의약품을 복용했을 것이므로 어차피 의약품 부작용 피해구제급여제도의 재원이 소요될 대상이라는 점에서 위와 같은 의문은 해소될 수 있을 것으로 보인다. 또한 무작위 배정에 따라 대조군에 배정되어 해당 의약품을 복용한 대상자라고 할지라도 무작위 배정에 따른 우연성이 양자 사이에 본질적인 차이가 없다는 점은 이미 본 바와 같다. 그뿐만 아니라 임상시험용 의약품 사용에 대한 건강보험 적용 여부와 관련하여 현행 법령은 의료연구개발기관의 임상연구에 대한 특례와 공익적 목적의 임상연구 참여 환자의 통상적 요양급여 등 일정한 범위의 연구에 대해 일정한 절차를 거쳐 통상적 요양급여를 할 수 있도록 규정하고 있는데,[45] 이와 같이 다른 목적의 재원이라고 할 수 있는 건강보험재정도 일정 요건을 충족한 경우에는 임상시험비용을 보전하는데 사용을 허용하고 있다는 점[46]을 고려하면 비록 임상시험에서 입은 피해라 할지라도 시판 중인 의

44) 약사법 제34조제2항, 의약품 등의 안전에 관한 규칙 제24조제8항제1호, 제2호, 의약품 임상시험 계획 승인에 관한 규정 제10조의 2

45) 국민건강보험 요양급여의 기준에 관한 규칙 제5조제1항 별표 1 제1항 자목, 제8조의 2, 임상연구의 요양급여의 적용에 관한 기준

46) 다만, 임상시험비용의 공적 지원은 건강보험재정이 아닌 별도의 기금설치를 통해 이루어지는 것이 타당하다는 취지로 박태신, “임상시험비용에 대한 국민건강보험재정 지원에 관

약품으로 인한 피해전보라는 같은 목적으로 의약품 부작용 피해구제급여를 적용하는 것이 불합리하다고 할 수는 없을 것이다.

## 2. 임상시험 대상자에 대한 손해배상 및 보상제도

### (1) 제도 개관

약사법은 의약품등으로 임상시험을 하려는 자의 의무로 대상자에 대한 보상내용 및 보상절차 등을 사전에 설명하고 서면동의를 받을 의무, 배상 또는 보상을 위한 보험가입의무 및 보상절차준수의무 등을 규정하고 있다.[47] 또한 의약품 등의 안전에 관한 규칙은 임상시험계획 승인을 받으려는 자의 피해보상규약 제출의무, 시험대상자설명서 등 문서화된 정보에 손상에 관한 보상이나 치료방법 등을 적을 시험자의 의무 등을 규정하고 있다.[48] 그리고 식품의약품안전처는 보험가입과 피해자보상규약 및 보상절차를 마련할 때에 포함되어야 하거나, 신중히 고려되어야 할 사항 등을 제공할 목적으로 「임상시험 피해자 보상에 대한 규약 및 절차 마련을 위한 가이드라인」[민원인 안내서]을 마련하였다.[49]

### (2) 임상시험 참여 중 시판 중인 의약품으로 인한 손해에 적용 여부

#### 가. 임상시험 참여로 인한 손해인지 여부

의약품 등으로 임상시험을 하는 자는 임상시험으로 인하여 대상자에게 발생한 건강상의 피해를 배상하거나 보상하여야 하는데, 임상시험 참여 중 시판 중인 의약품으로 인해 피해를 입은 경우는 그 피해를 임상시험 참여로 인하여 대상자에게 발생한 것이라고 볼 수 있을까? 임상시험에 참여함으로써 허가범위를 초과하여 시판 중인 의약품을 복용한 결과 피해를 입은 경우에는 당연히 임상시험 참여로 인해 피해를 입었다고 보아야 함은 반론이 없을 것이다.

그러나 위에서 본 바와 같이 제4상 임상시험에서 시판 중인 의약품을 복용한 경우나 그 외 임상시험에서 스크리닝 결과 대상자의 건강상태에 따라 시판 중인 의약품을 허가범위 내에서 복용하게 한 것이라면 대상자가 임상시험에 참여하지 않았더라도 진료를 위해 해당 의약품을 복용하였을 것이므로, 시판 중인 의약품으로 인한 피해는 임상시험 참여로 인한 손해라고 할 수 없을까? 제4상 임상시험도 형식적으로 임상시험에 해당한다는 점과 충분한 피해구제의 필요성에 대해서는 앞에서 언급하였다. 더 나아가 대조군 설정은 임상시험계획에 포함된 것으로서 임상시험의 일부이고 임상시험계획에 따라 대조약을 복용한 것이므로 임상시험 참여와 무관하다고 할 수

---

한 문제점 고찰", 東北亞法硏究 第13卷 第2號, 2019. 9., 제333~352쪽 참고

47) 약사법 제34조제3항제5호, 제34조의2 제3항제2호

48) 의약품 등의 안전에 관한 규칙」 제24조제1항제8호, 제30조제1항 [별표 4] 의약품 임상시험 관리기준 제7호 아목 10) 차) 등

49) 위 가이드라인의 문제점에 대한 지적으로는 박태신, 위 논문(주7), 제398-404쪽

는 없다. 임상시험 참여와 관련 있다고 하여 바로 임상시험 참여와 시판 중인 의약품으로 인한 건강상의 피해 사이에 인과관계가 있다고 할 수는 없을 것이나, 임상시험에 참여하지 않았더라도 진료를 위해 해당 약을 복용했을 것이라는 점은 - 개연성이 매우 높아 보인다고 할지라도 - 여전히 가설적인 조건이라고 할 수 있다. 그와 같은 가설적인 조건으로 인해 현실적으로 임상시험에 참여하여 임상시험의 일부로서 대조군에 배정되어 해당 의약품을 복용한 결과 입게 된 건강상의 피해가 갖는 임상시험 참여로 인한 피해라는 성격이 없어진다고 할 수는 없다. 즉, 가설적인 조건이 현실적으로 존재하는 인과관계를 제거하지는 못한다고 보아야 할 것이다. 무작위배정에 따라 대조군에 속하게 된 경우에는 우연성이 개재되므로 더욱 그렇다고 할 수 있다.

### 나. 배상 또는 보상청구권

임상시험에 참여한 대상자가 임상시험계획에 따라 시판 중인 의약품을 허가범위 내에서 복용함으로써 피해를 입은 경우, 건강한 성인지원자를 대상으로 한 생물학적 동등성 시험 외에는 임상시험 참여로 인한 피해이자 시판 중인 의약품의 부작용이라는 이중적인 성격을 갖게 된다는 점은 앞에서 본 바와 같다.

그러나 임상시험의 유형을 불문하고 시판 중인 의약품으로 인한 피해라 할지라도 복용과정에서 허가받은 용량 및 용법을 준수하지 못해서 발생한 것이라면 이는 의약품의 부작용이 아니라 임상시험 참여로 인한 피해일 뿐이라는 점도 앞에서 이미 보았다. 이 경우는 허가받은 내용을 준수하지 못한 데 고의나 과실이 있는 사람에 대한 책임 귀속 문제로서 민법이나 제조물책임법 등 특별법에 따라 대상자의 배상청구권이 인정될 것이다. 그리고 대상자 자신의 잘못이 피해 발생에 경합되어 있거나 피해 확대에 기여하였다면 대상자의 과실은 손해배상액을 산정하는 데 참작될 것이다.

반면, 임상시험 관련자들의 고의 또는 과실과 관계 없이 임상시험 과정에서 시판 중인 의약품으로 인해 피해가 발생한 경우, 그 피해는 위법한 가해행위의 결과로서의 성격을 갖는 것은 아니어서 손해배상이 아니라 보상의 대상의 될 것이다.[50] 또한 피해 발생이 오로지 대상자 자신의 잘못으로 인한 경우에도 다른 사람에게 그 피해 발생에 대한 책임을 귀속시킬 수 없으므로 그 피해는 임상시험에서의 보상 대상이 될 가능성이 있다. 다만, 대상자 자신의 잘못이 참작되어 보상범위가 경감되거나 때로는 보상 대상에서 제외될 수 있을 것이다. 한편, 약사법령은 명시적으로 대상자의 보상청구권을 규정하고 있지는 않으나, 위에서 본 바와 같이 보상내용 및 절차 등에 관한 설명의무, 대상자에게 설명한 보상절차 준수의무, 보상을 위한 보험가입의무, 피해보상규약 제출의무 등을 규정하고 있다. 위와 같은 의무들은 대상자의 보상청구권을 전제하고 이를 보장하기 위한 것이므로, 간접적으로 대상자의 보상청구권을 규정하고 있는 것으로 볼 수 있을 것이다.[51]

---

50) 대상자가 임상시험 참여로 인해 입은 피해가 보상과 배상의 구분에 관하여는 박태신, 위 논문(주7), 제387-389쪽

51) 대상자의 보상청구권을 명확히 규정할 필요성에 관해서는 박태신, 위 논문(주7), 398쪽; 계약법적 관점에서 보상청구권을 검토한 견해로는 송영민, 위 논문(주8), 제279-280쪽

## 3. 두 제도의 중첩 적용 가능성

### (1) 이중배상 또는 과잉배상 여부

허가범위 내에서 복용한 시판 중인 의약품으로 인한 대상자의 피해는 위에서 본 바와 같이 임상시험 참여로 인한 피해이자 시판 중인 의약품의 부작용이라는 이중적인 성격을 갖는 것이므로, 대상자의 피해가 임상시험 관련자들의 잘못으로 발생한 경우나 암치료제, 이식거부반응 예방목적 의약품, 면역장애환자 등의 거대세포바이러스 감염 등 치료제 등의 경우가 아니라면 의약품 부작용 피해구제급여와 임상시험에서의 보상의 요건을 중첩적으로 충족하게 된다.

그렇다면 대상자는 의약품 부작용 피해구제급여와 보상금을 모두 수령할 수 있다는 결과가 되는데, 이는 이중배상금지나 과잉배상금지에 어긋나는 것은 아닐까? 시판 중인 의약품으로 인한 피해가 제3자의 행위로 인한 것이 아니라 단순히 의약품 부작용 피해에 해당하는 경우에는 손해배상이 아니라 보상 대상이 되는 것이므로, 배상을 전제로 한 이중배상이나 과잉배상의 문제는 없다고 할 것이다.

그러나 대상자가 의약품 부작용 피해구제급여나 보상금 중 어느 한 급여를 수령한다면 대상자가 입은 피해로 인한 손해는 그 범위에서 보전되는 것이므로, 피해구제급여와 보상금을 중첩적으로 수령할 수 있게 하는 것은 피해를 입은 대상자 보호라는 두 제도의 취지를 넘어서는 것이다. 따라서 피해를 입은 대상자는 위 두 급여를 선택적으로 청구하여 수령할 수는 있으나 중첩적으로 청구하여 수령할 수는 없다고 보아야 할 것이다.[52] 다만, 어느 한 급여를 청구하여 수령했더라도 그 수령액으로 전보되지 않은 피해액에 대해서는 다른 급여를 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.[53]

### (2) 대상자에게 보상보험금을 지급한 보험자의 보험자대위 가부

시판 중인 의약품의 허가사항에 대한 임상적 효과관찰 등을 위한 제4상 임상시험의 경우에 위에서 본 바와 같이 임상시험을 하는 자의 보험가입의무 유무가 명확하지 않고 배상이나 보상을 위한 보험가입의무의 범위가 명시되어 있지는 않으나, 시험군과 대조군 모두 부보대상으로 하여 보험에 가입할 수 있고 통상 대조군을 제외하고 시험군만 보험에 가입하지는 않는바, 임상시험에서 시판 중인 의약품으로 인해 피해를 입은 경우는 통상적으로 보험금 지급대상이 될 것이다. 그리고 대상자의 피해가 제3자의 행위로 인해 발생한 경우에 보험금을 지급한 보험자는 지급액의 한도에서 대상자의 제3자에 대한 권리를 대위할 수 있을 것이다.[54]

그런데 대상자의 피해가 제3자의 행위로 인한 것이 아니고 의약품의 부작용 피해구제급여 대상일 뿐인 경우에 보험자가 대상자에게 보험금을 지급하고 그 지급액의 한도에서 의약품 부작용 피해구제급여를 대위할 수 있을까? 보험자대위는 손해가 제

52) 대법원 2021. 6. 24. 선고 2016다210474 판결, 대법원 2021. 6. 10. 선고 2019다226005 판결, 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다56087 판결 등 참고
53) 대법원 2013. 9. 13. 선고 2013다45457 판결, 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다69385 판결 등 참고
54) 상법 제682조

3자의 행위로 인해 발생한 경우에 인정되는 것이므로, 위와 같은 경우에는 보험자대위가 허용되지 않을 것이다.

그렇다면 제3자의 행위로 인해 건강상의 피해를 입은 대상자가 보험금을 받은 경우에는 보험자대위가 인정된다는 점에서 보상의 경우와 배상의 경우가 형평에 맞지 않다고 할 수 있을까? 누구의 잘못으로 인한 것이 아니라 품목허가를 받아 시판 중인 의약품을 그 허가범위 내에서 복용하였음에도 발생한 부작용으로 인해 피해를 입은 대상자에게 인정되는 의약품 부작용 피해구제급여는 사회공동체 관점에서 정책적으로 인정된 것이므로 배상대상과 단편적으로 비교할 것이 아니라는 점에서 보상의 경우에 보험자대위가 허용되지 않는다고 하여 이를 두고 배상의 경우와 형평에 맞지 않다고 단정하기는 어려울 것이다.

### (3) 대상자가 보상보험금을 지급받은 경우 의약품 부작용 피해구제급여 지급제외대상 여부

「민법」이나 그 밖의 법령에 따라 피해구제급여에 상당한 금품을 이미 받은 경우에는 의약품 부작용 피해구제급여 지급제외 대상이므로, 보상보험금을 이미 지급받은 경우에는 의약품 부작용 피해구제급여를 받을 수 없을까? 보상 보험금 지급을 법령에 따라 지급받은 것이라고 본다면 지급제외대상에 해당될 것이나, 보상보험금 지급은 법령에 따른 지급이 아니라 보험계약에 따라 지급된 것으로 본다면 피해구제급여 지급제외대상이라고 할 수 없을 것이다. 그러나 약사법령이 임상시험에 참여하여 건강상 피해를 입은 대상자의 보상청구권을 간접적으로 규정하고 있으므로 결국 법령에 따라 피해구제급여에 상당한 금품을 받은 경우에 해당한다고 본다면, 보상보험금을 지급받음으로써 보상금을 지급받은 것이 되므로 피해구제급여 지급제외대상에 해당한다고 보게 될 것이다. 다만, 이와 같은 경우에도 피해를 입은 대상자의 충분한 보호를 위해 보상보험금이 피해구제급여액에 미치지 못할 경우에는 그 차액의 한도에서 피해구제급여를 청구할 수 있다고 보아야 할 것이다.

## V. 결어 - 제언

이상으로 임상시험에 참여하여 시판 중인 의약품으로 건강상의 피해를 입은 대상자가 현행 법령상 이용할 수 있는 피해구제제도를 살펴보고 법령상 모호한 규정형식으로 인한 다소 불명확한 법률관계를 분석해 보았다. 위에서 시판 중인 의약품으로 인해 건강상의 피해를 입은 대상자의 충실한 보호라는 관점에서 논의를 전개하였으나, 피해를 입은 대상자가 세밀하지 않은 법령 내용으로 인해 충분한 보호를 받지 못하는 결과가 있을까 우려된다. 예를 들면 형식적으로 임상시험용 의약품이 의약품 부작용 피해구제급여 지급제외 대상으로 규정되어 있다는 점만을 보고, 임상시험에서 시판 중인 의약품으로 인한 건강상 피해를 입었더라도 이는 임상시험 대상자에 대한 보상의 문제이지 의약품 부작용 피해구제급여 지급대상은 아니라고 볼 수도 있다. 이 경우 임상시험에서 의뢰자나 시험책임자 등이 가입한 보험이 없거나 보험의 부보범위가 한정적인 경우 등 보상금을 지급할 재원이 부족한 경우에는 대상자는 현

실적으로 충분한 보호를 받지 못하게 될 우려가 있다. 따라서 의약품 부작용 피해구제급여 지급제외 대상으로서 단순히 '임상시험용 의약품'이라고 규정하기보다는 시판 중인 의약품이 허가범위 내에서 복용된 경우에는 위 임상시험용 의약품에서 제외한다는 등의 범위 제한을 하는 것이 법률관계에 관한 해석상의 분쟁을 예방하는 길일 것이다. 또한 배상 대상이 되는 경우에는 시판 중인 의약품으로 인한 피해라 할지라도 의약품 부작용 피해구제급여 대상이 되지 못하는데, 이 경우에도 제3자의 잘못과 의약품 자체의 부작용 발현이 중첩적이라면 일단 의약품 부작용 피해구제급여 대상이 된다는 점을 명확히 할 필요가 있어 보인다. 그리고 제3자에 대한 구상제도를 함께 도입한다면 대상자 보호에 더욱 충실한 제도가 될 것으로 보인다.

## [참고문헌]


류광해, “의약품 부작용 피해구제제도의 검토”, 忠南大學校「法學硏究」第32卷 第2號, 충남대학교 법학전문대학원 법학연구소, 2021. 5.

박태신, “임상시험 대상자의 건강상 피해에 대한 배상 및 보상에 관한 소고”, 홍익법학 제24권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2023. 9.

박태신, “임상시험 대상자 모집방법에 관한 법적·윤리적 검토”, 저스티스 통권 제178호, 한국법학원, 2020. 6.

박태신, “임상시험비용에 대한 국민건강보험재정 지원에 관한 문제점 고찰”, 東北亞法硏究 第13卷 第2號, 2019. 9.

송영민, “의약품 임상시험의 계약적 일고찰”, 의료법학 제12권 제11호, 대한의료법학회, 2011. 6.

안상완 외 6인, “한국, 일본, 대만에서의 의약품 부작용 피해구제 제도 현황 조사”, 약학회지 제63권 제4호, 대한약학회, 2019.

오승철, “상대적 평등론의 재검토: 같은 것은 같게, 다른 것은 다르게?”, 민주법학 통권 48호, 민주주의법학연구회, 2012.

임용웅, “의약품 사고의 민사책임법리에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위논문, 2015. 2.

정영훈, “의약품 부작용 피해구제 제도 활성화를 위한 제언”, 소비자정책동향 제67호, 한국소비자원, 2016. 2.

최민규, “의약품 부작용 피해구제사업의 개관”, 소비자법연구 제9권 제2호, 한국소비자법학회, 2023. 5.

최진, “의약품 사고 피해 구제에 관한 연구-제조물책임법을 중심으로-”, 청주대학교 석사학위논문, 2021. 12.

황의관, “의약품 부작용 피해구제제도의 법·정책적 개선방안 연구”, 법제 통권 제696호, 법제처, 2022. 3.

[Abstract]

## Review on compensation for damages of clinical trial subjects due to commercially available drugs in clinical trials*

Park, Tae-Shin**

Clinical trials in which commercially available drugs are used include phase 4 clinical trials, phase 3 clinical trials using active-controlled groups, combination therapy studies of commercially available drugs and test drugs, bioequivalence tests, etc. Damage to subjects caused by commercially available drugs usually has a dual nature: damage caused by participation in clinical trials and side effects of commercially available drugs. If the damage occurred regardless of the intention or negligence of those involved in the clinical trial, it is subject to compensation, and if the damage caused by a commercially available drug occurred due to the intention or negligence of those involved in the clinical trial, it is subject to indemnification. Meanwhile, the Pharmaceutical Affairs Act stipulates that damages caused by clinical investigational drugs are excluded from payment of side effect relief benefits. However, if the clinical trial drug is a commercially available drug, considering the purpose and essence of the damage relief benefit system, regulatory system of related laws, and that there is no essential difference between taking a current drug as a control drug in a clinical trial and taking it by a patient who did not participate in the clinical trial, it is reasonable to interpret that it is eligible for damage relief benefits for side effects of the drug. In addition, subjects who suffer health damage during clinical trials can receive indemnification or compensation from the sponsor or trial director. In particular, in cases where compensation is eligible, it should be viewed as being applied in an selecting manner with the above drug side effect damage relief benefit system. However, due to controversies in the interpretation of related laws, there is a need to clearly overhaul the regulations to dispel concerns about insufficient protection of subjects.

**Key Words:** commercially available drugs, clinical trial subjects, drug side effect relief benefits, compensation and indemnification, investigational drugs

---

* This research was supported by “Research Base Construction Fund Support Program” funded by Jeonbuk National University in 2022

** Professor, Law School, Jeonbuk National University

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.321 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 국가사이버안보 강화를 위한 사이버 취약점 규제 개선방안
## - 미국의 사이버 취약점 규제를 중심으로-

방 정 미*

**논문요지**

인공지능, 스파이웨어, 양자암호 등 신기술의 등장과 급변하는 IT 환경으로 인해 국가의 안보 영역이 사이버공간으로 확장되었고, 국제 해킹조직이나 국가가 직·간접적으로 지원하는 단체들의 사이버공격이 국가 안보에 심각한 위협으로 부상하였다. 이에 따라, 국가 사이버안보 관련 법제의 정비를 통해 사이버 위협에 대응할 수 있는 규제 체계 정립이 시급하다.

실례로, 개인의 휴대폰에 침투하여 사용자 몰래 개인정보를 수집하고 카메라와 마이크를 작동시킬수도 있는 이스라엘의 NSO 그룹이 개발한 스파이웨이인 '페가수스'가 인권 활동가 감시에 악용된 다수의 사례가 보고되고 있다. 페가수스도 일종의 사이버 취약점을 이용한 스파이웨어인데, 이를 악용한 사용자들뿐만 아니라 다양한 국가의 국가기관들에서도 페가수스를 구입한 것으로 알려져 있다. 그런데, 이와 같은 사이버 취약점이 발견되면 이를 악용하는 사례들도 발생하지만 해당 취약점의 패치 개발도 활발히 이루어져 취약점 공격에 방어할 수 있게 된다. 따라서 사이버 취약점 자체를 규제의 대상으로 보아서는 안 되며, 이를 악용하는 행위 혹은 행위자 혹은 사이버 취약점을 이용한 스파이웨어를 규제해야 하는 것이다.

그런데, 우리나라에는 현재 사이버 취약점을 직접적으로 규제하는 법제가 부재할 뿐만 아니라, 용어의 사용에도 사이버 취약점, 제로데이, 익스플로잇, 스파이웨어, 몰웨어, 감시 소프트웨어 등이 명확한 구별 없이 혼용되고 있어 규제적 접근을 어렵게 하고 있다.

이에 본고에서는 관련 용어의 정리를 시작으로 사이버 취약점 거래시장을 분석하고 우리나라의 관련 규제들을 연혁적으로 정리하여 사이버 취약점 규제 체계 개선을 위한 연구의 시작으로 삼고자 한다. 또한, 최근 다양한 규제적 접근 방식을 통해 사이버 취약점 규제를 시행하고 있는 미국의 규제 사례들을 분석하여, 우리 법제 정비의 시사점을 찾아보았다. 이를 통해, 사이버 취약점 관련 공격에 대응하는 법제들은 회색지대조치 등에서 볼 수 있듯이 취약점 자체를 불법으로 보기 어렵기 때문에, 정부의 사이버 취약점 사용을 투명화하고, 기술별 통제보다는 악성 행위자를 대상으로 하는 수출 통제나 행위 규제적 접근이 필요하다는 점을 발견하였다.

또한, 스파이웨어와 같은 제로데이 관련 사이버 취약점 기술들을 규제하기 위한

* 명지대학교 법과대학 법학과 조교수

다양한 접근 방식이 존재하며, 기존의 다자간 기구에 의해 강제해 왔던 규제방식보다는 자발적인 다자간 연합을 구축하고 이 기구를 강화하는 것이 효율적일 수 있다는 것도 발견하였다. 결국, 국가 사이버 안보 문제에서 사이버 취약점 관련 규제는 기술을 규제하기보다는 악용 행위 및 행위자를 규제하는 방향으로 설정되어야 하며, 정부 기관이 사이버 취약점을 발견·공개할 경우 그 결정의 투명성 문제가 선제적으로 결정되어야 한다.

**검색용 주제어: 사이버 취약점, 제로데이 취약점, 감시 소프트웨어, 국가 사이버안보, 글로벌 메그니츠키 법, 바세나르 약정**

**· 논문접수: 2024. 07. 10. · 심사개시: 2024. 07. 16. · 게재확정: 2024. 08. 08.**

# I. 서론

올해 초 국가정보원은 사이버안보 수행 체계의 제도적 기반을 확보하기 위하여, 「국가사이버안보기본법(가칭)」 및 「국가안보기술연구원법」의 입법 추진을 공식 발표하였다. 「국가사이버안보기본법」은 2022년 이미 한차례 입법예고 되었지만, 당시 한·미·일 관계와 같은 국제 정세에 따른 사이버안보 협력 관계의 변화, 법안의 일부 내용에 대한 이견 조정의 어려움, 국가정보원의 권한 집중에 대한 우려 등으로 인하여 입법이 한 차례 좌절된 바 있다.[1] 당해 기본법은 대통령실 산하 국가안보실을 중심으로 국가 사이버안보 체계 구축을[2] 골자로 민간 전문가가 참여하는 '국가사이버안보 위원회'의 신설과 각 부처 간 사이버안보 관할을 명확히 하는 것을 주요 내용으로 하였다.

인공지능, 스파이웨어, 양자암호 등 신기술의 출현과 함께 급변하는 IT 환경에서 국가의 안보 영역이 사이버공간으로 확장되었고, 국제 해킹조직 및 국가를 배후로 하는 단체들에 의한 사이버공격이 국가안보에 심각한 위협으로 다가오고 있다. 인공지능과 같은 신기술들의 발전과 날로 지능화되어 가는 사이버 위협에 공적 대응의 필요성이 증가하였고, 국가사이버안보 관련 법제의 정비를 통해 사이버안보 위협에 대응할 수 있는 국가 사이버안보 법제 체계의 정립이 요청되고 있다. 특히, 사이버안보에서 대표적인 위협으로 부상하고 있는 사이버 취약점과 관련하여, 회색지대조치 등에서 볼 수 있듯이 취약점 자체를 불법으로 보기 어렵다는 특수성으로 인하여 규제 체계를 정립하는데 여러 어려움이 발생한다. 따라서, 기술별 통제보다는 악성 행위자를 대상으로 하는 수출 통제나 행위 규제적 접근이 필요하며, 정부의 국가 안보

1) 덧붙여, '국가안보기술연구원법'의 제정도 과기정통부와의 업무 중복 및 관할 분할에 대한 문제들이 제기되었고, 국가정보원이 산하 연구소를 신설하지 않고 과기정통부 소관 기관인 한국전자통신연구원 부설 연구소인 국가보안기술연구소를 이관하여 '국가안보기술연구원'을 설립하는 것을 고려한 바 있다.

2) 2022년 당시, 부처 간 관할의 문제와 국정원의 정보 및 권한 집중화에 대한 우려가 제기되었고, 이에 대한 중재안으로 국가사이버안보의 컨트롤타워를 국정원이 아닌 대통령실 산하 국가안보실에 두는 것으로 수정하여 입법이 추진되었다.

관련 문제에서도 사이버 취약점 사용을 투명화할 필요가 있다.

최근 발생한 대표적인 사이버 취약점 공격 사례로서, 이스라엘의 사이버보안 회사인 NSO그룹이 개발한 스파이웨어인 '페가수스'가 개인의 휴대전화에 침투하여 위치정보 및 통화내역을 포함한 개인정보를 수집하고 사용자 몰래 휴대전화의 카메라와 마이크도 작동한 사건이 보고되었다. 페가수스는 이스라엘의 전직 정보국 직원들이 설립한 NSO그룹에 의해 테러리스트와 같은 범죄자 추적을 목적으로 2010년경 개발된 스파이웨어로, 다수의 정부기관을 포함한 다양한 고객들에게 판매된 것으로 알려져 있다.

그런데 페가수스가 최초 개발 목적과는 달리 2015년 멕시코 인권 활동가의 변호인을 감시하는 데 사용되었고, 2016년 UAE 인권운동가 아마드 만수르의 아이폰을 해킹했으며, 사우디 정부가 자말 카슈끄지를 피살하기 전후 자말 까슈끄지의 주변인 감시에 페가수스를 스파이웨어로 악용한 사례들이 보고되고 있다. 특히, 2021년에는 마크롱 프랑스 대통령의 연락처도 페가수스 해킹 명단에서 발견되는 등 스파이웨어로 인한 폐해가 심화하고 있다.[3)]

그런데 상기 사례들에서 처럼 사이버 취약점은 이를 발견하고 스파이웨어로 악용하는 경우 다양한 폐해를 일으키기도 하지만, 다른 한편으로 사이버 취약점이 발견되면 취약점 패치의 개발도 활발히 이루어져 위협에 대응하는 효과도 나타나게 된다..[4)] 따라서, 국가 사이버안보 문제에 있어 사이버취약점 관련 규제들은 기술을 규제하기 보다는 악용행위를 규제하는 행위규제로 접근해야 한다. 그리고 이때,, 국가기관이 사이버 취약점을 발견·공개할 경우에는 공개에 대한 실제 결정을 국민에게 얼마나 공유할 것인지와 같은 투명성 문제가 선제적으로 해결되어야 한다.

이에, 본고에서는 대표적인 사이버안보 위협의 하나인 사이버 취약점에 관한 합리적인 규제 방안과 법의 역할에 대하여 논의하고자 한다. 그간 국가 사이버안보에 대한 법제 분야의 학문적 논의가 활발하지 못했고, 몇몇 관련 논의들도 주로 민간 차원의 개인정보보호 이슈와 함께 사이버보안을 포괄하는 정보보호에 관한 논의에 그쳤던 것이 사실이다. 사이버안보와 사이버보안은 그 대상을 국가와 민간으로 달리할 뿐만 아니라, 국가의 사이버안보가 위협받는 상황에서는 일반적인 상황에서 불법으로 간주 될 여지가 높은 조치들도 예외적 허가로서 시행될 수 있는 등 적법성 요건 및 법원리 적용에 있어 많은 차이가 존재한다. 따라서 본고에서는 국가 사이버안보의 대표적인 위협으로 작용하고 있는 사이버 취약점의 하나인 글로벌 감시 소프트웨어의 규제 방안을 공법적으로 분석하여 국가 사이버안보에 대한 규제 논의 및 법의 역할에 대한 논의의 시작으로 삼고자 한다.

---

3) 연합뉴스 기사, "마크롱 연락처도 스파이웨어 '페가구스' 해킹 명단에 포함", 2021.7.21. 기사 참조, 2024.07.30. 접속, <https://www.yna.co.kr/view/AKR20210721002300081>.

4) 한겨레 기사, "애플, 사이버 전쟁용 해킹도구 '페가수스' 막을 긴급 업데이트 발표, 2021.9.14., 기사 참조, 2024.07.30. 접속, <https://www.hani.co.kr/arti/international/international_general/1011615.html>.

## II. 사이버 취약점 거래시장

### 1. 규제적 관점에서 사이버 취약점 관련 용어의 정리

일반적으로 '사이버 취약점'(Cyber Vulnerability)이란 컴퓨터 시스템, 네트워크, 소프트웨어, 하드웨어, 또는 프로세스의 설계·구현·운영·관리에서 발생하는 약점이나 결함으로, 이로 인해 발생하거나 발생할 수 있는 시스템의 침입, 기능 방해, 데이터 훼손 등의 위해를 포괄하는 의미가 있다.[5)]

이와 비교하여, '사이버 취약점'과 유사한 개념인 '제로데이 취약점'은 프로그램 자체에 처음부터 존재했지만 발견되지 않았던 결함으로, 외부 조작에 프로그램이 노출될 수 있는 사이버 취약점을 의미하는데, 소프트웨어 프로그래머들이 1이 아닌 이진법 0부터 숫자를 시작하기 때문에 취약점 발견일을 0일로 하여 '제로데이 취약점' 혹은 '제로데이'라 불리고 있다. 제로데이 취약점이 다른 사이버 취약점과 달리 주요하게 논의되는 이유는 소프트웨어 제작자나 사용자에게 알려지지 않은 취약점이기 때문에 취약점을 발견한 자가 소프트웨어 제작자나 사용자가 취약점을 발견하고 패치를 개발할 때까지 취약점을 악용할 가능성이 높다는 데 있다.

규제적 관점에서 사이버 취약점이나 제로데이 취약점을 어떻게 정의할 것인 가의 문제를 차치하더라도, 제로데이 취약점에 관한 논의는 다른 사이버 취약점과 구별되어야 하는데, 제로데이 취약점은 기술적으로 코드 자체의 결함으로서 단순 정보에 불과하기 때문이다. 또한, 언론에서는 흔히 제로데이 취약점과 제로데이 익스플로잇을 혼용하여 사용하는 경향이 있는데, 규제적 관점에서는 두 용어의 구별이 필요하다. 제로데이 취약점은 악용할 경우에는 무기가 될 수 있는 취약점 정보 자체를 의미하고, 제로데이 익스플로잇은 소프트웨어 프로그램에 접근하고 이를 모니터링하여 개인정보를 불법적으로 추출하거나 프로그램 자체를 손상할 수 있는 코드를 포함한 무기화된 취약점을 의미하기 때문이다.  제로데이 익스플로잇은 제로데이를 제외한 다양한 요소들과 결합하여 악성 코드로 개발될 수 있는 반면, 제로데이 취약점은 마이크로소프트, 인터넷 익스플로러, 어도비 애플 제품 등 다양한 프로그램에서 발견되어 악용을 방지하기 위한 패치들도 개발되었다. 예컨대, 2007년 미국이 이란의 우라늄 농축 원심 분리기를 손상하기 위해 사용한 것으로 알려진 제로데이 익스플로잇의 하나인 'Stuxnet'(이하, 스터넷)은 4가지 제로데이 취약점을 이용한 것으로 알려져 있고,[6)] 가장 일반적으로 사용되고 있는 멀웨이와 같은 용어는 제로데이를 포함할 수도 포함하지 않을 수도 있다.[7)]

요컨대, 제로데이 취약점은 소프트웨어 결함 자체를 의미하고 이 자체에 대한 보

---

5) 손기욱, "취약점의 가치", 2024 사이버안보아카데미 교육자료, 2024.7.2.

6) David Sanger, Obama Order Sped Up Wave of Cyberattacks Against Iran, N.Y. TIMES (June 1, 2012), 기사 참조, 2024.07.30. 접속, <http://www.nytimes.com/2012/06/01/world/middleeast/obama-orderedwave-of-cyberattacks-against-iran.html>.

7) 멀웨이는 가장 일반적으로 사용되고 있는 사이버 취약점 용어로서, "유해한 목적으로 시스템에 의도적으로 포함되거나 삽입된 소프트웨어"를 의미하며, 유해한 사용의 목적, 배포자, 침입 및 피해의 방법에 관계없이 포괄적으로 사용되기도 한다: Glossary, Nat'l Inst. of Standards & Tech., https://csrc.nist.gov/glossary/term/malware.

고나 공개는 표현의 자유로서 규제의 대상이 될 수 없으며, 제로데이 취약점의 거래는 소프트웨의의 결함에 대한 정보를 판매하는 것이다. 이와 비교하여, 익스플로잇이라는 용어는 제로데이 취약점을 이용하기 위해 작성된 새로운 코드만을 의미하고, 사이버안보에 위협이 될 수 있는 무기에 가까운 개념으로서 규제의 대상이 될 수 있다. 따라서, 제로데이 취약점 거래시장의 규제에 있어 두 용어의 구별은 중요한 의미가 있다.

## 2. 사이버 취약점 거래시장의 변화

사이버안보 법정책을 논의할 때 빈번히 등장하는 용어로서 '침입 소프트웨어'는 최근 '스파이웨어' 혹은 '상업용 스파이웨어'라는 용어로 더 잘 알려져 있는데, 이때의 사이버 취약점은 주로 첩보를 목적으로 사용되며 비정부 단체에 의해 개발된다는 특성을 가진다. 이와 같은 침입 스파이웨어는 제로데이 취약성을 이용하여 디지털 감시 및 사이버 공격을 수행하는 소프트웨어를 의미하며, 멀웨이와 마찬가지로 제로데이를 사용할 수 있는 소프트웨어의 명칭이 반드시 제로데이를 포함하는 것은 아닌 것처럼 모든 상업용 스파이웨어가 제로데이를 반드시 사용하는 것은 아니다. 물론 실제로는 다수의 상업용 스파이웨어가 제로데이를 포함하고 있다.

이렇게 다양한 용어가 혼용되고 있는 사이버 취약점들에 대한 규제의 필요성이 과거에 비하여 증가하고 있는데, 제로데이 취약점을 포함하고 있는 스파이웨어 중 언론에 의해 일반 대중에게도 잘 알려진 스터넷과 페가수스를 비교해 보면 제로데이 익스플로잇의 거래시장 변화에 따라 이에 대한 규제 대응의 변화와 규제 필요성이 심화하고 있음을 알 수 있다.

과거 스터넷 사례에서는 익스플로잇의 엘리트적 특징으로 인해 이를 식별하고 이용할 수 있는 기술과 인력을 갖춘 일부 정부 기관과 같은 엘리트 행위자에 의해 고도의 정치적 상황에서 사이버 취약점이 제한적으로 사용되었다. 그러나 비교적 최근인 페가수스 사례에서는 제로데이를 포함한 소프트웨어를 제공하는 기업의 수가 크게 증가하였고, 이러한 기업들이 내부 역량이 없는 정부 기관뿐만 아니라 민간 주체들과의 거래를 통해 제로데이와 이를 포함한 소프트웨어들을 거래하게 됨에 따라, 국가 이외의 다양한 고객들의 일상적인 정치 상황에서 이러한 소프트웨어가 사용될 수 있는 상황이 전개되고 있다.

또한 사이버 취약점 거래시장에서 판매자의 형태도 크게 변모하였는데, 과거 독립적이거나 소규모였던 제로데이와 제로데이 익스플로잇의 판매자들이 최근에는 ReVuln, Arc4dia, Endgame, Netragard와 같은 사이버 보안 컨설팅 서비스 기업의 형태로 전환되고 있다.[8] 이들 기업은 제로데이 취약성을 최대한 활용하기 위해 필요한 모든 서비스를 제공하는 풀서비스 스파이웨어 기업으로 사이버 취약점 거래시장에서 중심적인 역할을 수행하고 있다. 과거 판매자들이 제로데이 취약점이나 관련 소프트웨어를 판매했던 것과 비교하여, 이들 기업은 풀서비스 소프트웨어를 서비스 형태로 제공한다는 특징이 있다. 다시 말해, 고객들에게 스파이웨어 소프트웨어를 제공하지는 않고 고객들이 클라우드 서비스를 통해 스파이웨어를 사용할 수 있도록 서

8) Mailyn Fidler, Regulating the Zero-Day Vulnerability Trade: A Preliminary Analysis, 11 I/S: J.L. & Pol'y Info. Soc'y. pp.419-420, (2015).

비스를 제공하는 형식으로 풀서비스를 제공한다.

이처럼, 주요한 사이버 취약점 거래시장의 판매자가 다국적 기업으로 변모하였고, 구매자 역시 특정 국가에서부터 개인까지 국경을 넘어 다양화되고 있다. 따라서, 규제적 관점에서 취약점 거래 시장의 지역적 관할권에 따라 규제를 어떻게 체계화할 것인 가의 문제가 발생할 수 있다. 물론 일부 전문가들은 사이버 취약점 구매자는 신뢰할 수 있고 통제가 가능한 판매자와의 거래를 강하게 선호하고, 이러한 강한 선호로 인해 같은 지역 안의 거래가 선호되어 글로벌 거래가 일어나기 어렵다는 주장도 있지만, 다국적 기업에 의한 취약점 거래가 전혀 일어나지 않는 것이 아니기 때문에 규제 관할권의 문제는 사이버 취약점 규제에서 여전히 논의에 의의가 있다.[9)]

## 3. 우리나라의 사이버 안보 법제 발전 연혁

우리나라의 경우 사이버 안보 관련 국내법은 인터넷 보급 이전 국가안보의 측면에서 정보보호를 위해 시작된 '보안' 법제로부터 시작되었다고 할 수 있다. 따라서 그 시작은 1960년 전부개정된 「국가보안법」[10)], 1964년에 제정된 「보안업무규정」[11)], 1972년 제정된 「군사기밀 보호법」[12)]에서 찾을 수 있다. 이후 1980년대 인터넷이 도입되고 전산망 보급이 확장되면서 우리의 '보안' 법제들은 북한과의 대치 상황이라는 우리나라의 국가안보적 특성을 반영하여 첩보 및 방첩 활동을 중심으로 공법적 정보보호의 경향을 보이며 발전하게 되었다. 1980년대 이후 제·개정된 대표적인 보안 관련 정보보호 법제들로 「정보및보안업무조정·감독규정」(1981), 「전산망 보급확장과 이용 촉진에 관한 법률」(1986), 「소프트웨어개발촉진법」(1988), 「통신비밀보호법」(1993), 「공공기관의 개인정보보호에 관한 법률」(1995), 「정보화촉진기본법」(1995), 「전자서명법」(1999), 「전자거래기본법」(1999) 등이 제정되었고, 「정보통신망법」(1999)이 개정이 있었다.[13)]

2000년대 초반까지 우리의 법제가 사이버 공격의 대상이 되는 정보를 보호하기 위한 법·제도들로 구성되었다면, 2010년 이후 글로벌 감시 소프트웨어에 의한 사이버보안의 문제가 대두되면서 이에 대응하기 위한 다양한 법제들이 제정되며 우리의 사이버 안보 법제들은 새로운 국면을 맞이하게 된다. 먼저 2010년 「국방정보화 기반조성 및 국방정보자원관리에 관한 법률」이 "국방정보화 및 국방정보기술의 선진화를 추구하고, 국방정보보호 체계 마련"을 목적으로 제정되었고, 2011년 농협 전산망 마비 사태에 대한 규제적 대응으로 「개인정보보호법」, 「지능형전력망법」, 「지식재

9) Max Smeets, Cyber Arms Transfer: Meaning, Limits, and Implications, 31 Sec. Stud. 65 (2022); Max Smeets, Hack Global, Buy Local: The Inefficiencies of the Zero-Day Exploit Market, Lawfare (June 6, 2022), 2024.07.30. 접속, <https://www.lawfaremedia.org/article/hack-global-buy-local-inefficiencies-zero-day-exploitmarket [https://perma.cc/Z46A-4Y9T]>.

10) 법률 제549호, 1960.6.10. 전부개정 및 시행, 국가 안전 보장 및 반국가적 범죄의 재범 방지를 목적으로 한다.

11) 대통령령 제1664호, 1964.3.10. 제정 및 시행, 보안업무 수행에 필요한 사항을 규정하고 있다.

12) 법률 제2387호, 1972.12.26. 제정 및 시행, 군사상의 기밀을 보호하여 국가안정보장에 기여하는 것을 목적으로 한다.

13) 권헌영, 2024 사이버안보아카데미 법제도 교육자료, 2024.7.9. 참조.

산 기본법」 등의 정보보호 관련 법제들이 제정되었다. 물론 상기 법제들이 직접적으로 사이버 취약점을 명시하거나 규제의 대상으로 삼고 있지는 않았고, 사이버 공격으로부터 개인 및 국가의 정보를 보호하기 위한 법제를 체계화하고 구체화하기 시작했다는 점에서 그 의의가 있다.

본격적인 사이버 공격에 대응한 우리 법제들의 제·개정은 2013년 3월 20일 북한의 해커조직으로 추정되는 사이버테러 조직이 국내 방송사와 금융기관의 서버를 다운시킨 사이버 테러로 촉발되었는데, "사이버공격에 대응하기 위해 청와대 중심으로 범국가적 정보보호 추진체계 강화"를 목표로 「국가사이버안전관리규정」이 개정되었고, "전자금융에 대한 침해사고 대응체계 강화"를 목적으로 「전자금융거래법」이 개정되어 사이버 취약점 공격에 대응하기 위한 구체적 규정들이 관련 법제에 포함되기 시작했다. 또한, 2014년 한국수력원자력 사태 이후에는 클라우드 서비스 보안인증제도를 통해 보안 우려를 해소하기 위한 「클라우드컴퓨팅법」 및 「방위산업기술 보호법」과 같은 사이버 취약점 공격에 대응하기 위한 보다 구체적인 개별법들이 제정되기 시작하였다.[14] 그러나 여전히 우리의 법제에서는 「자동차 사이버 안보 가이드라인」에서 UN 국제기준에 따라 일부 사이버 취약점 규정을 차용한 것을 제외하고는 사이버 취약점에 대한 직접적이고 명시적인 규정은 존재하지 않는다.

# III. 사이버 취약점 규제의 최근 동향

## 1. 시장규제로서 사이버 취약점 규제

### (1) 시장규제 일반

사이버 취약점 규제는 규제 대상과 규제의 범위 및 방식에 따라 다양한 규제 형식이 존재할 수 있는데, 먼저 규제의 대상에 따라 판매자 혹은 구매자 측면에서 사이버 취약점 거래를 규제하는 시장규제와 사이버 취약점을 악용하는 사용자를 대상으로 하는 사용 규제로 나누어 생각해 볼 수 있고, 규제 관할의 문제에 있어 국내법적 규제와 국제법이 적용되는 글로벌 규제로 나누어 볼 수 있다. 그런데, 현재 우리 법상에서는 사이버 취약점에 관한 직접적인 규제를 찾아보기 어렵기 때문에, 다음에서는 사이버 취약점 규제가 어느 정도 축적 되어온 미국의 사례를 통해 사이버 취약점 규제의 최근 동향을 살피고자 한다.[15]

미국에서 사이버 취약점 시장규제는 주로 수출 통제의 방식으로 이루어지고 있으며, 판매자 측 규제와 구매자 측 규제로 나누어 규제가 시행되고 있는데, 지난 10년간의 시장규제는 주로 판매자를 규제하는 방식으로 진행되어 왔다. 수출 통제를 통

14) 앞의 교육자료 참조.

15) 현행법령에서 사이버 안보의 관점에서 사이버 취약점을 언급하고 있는 법령으로 「자동차 사이버보안 가이드라인」이 있는데, 이또한 자동차 사이버 보안 문제에 따라 제정된 국제기준(UN Regulation No, 155)에 맞출 법제의 정비 이전에 참고할 수 있는 자료로 국제기준을 기반으로 작성된 것에 불가하다. 관련하여, 2024.07.30. 접속, <https://www.easylaw.go.kr/CSP/CnpClsMain.laf?popMenu=ov&csmSeq=1593&ccfNo=2&cciNo=2&cnpClsNo=1&menuType=cnpcls&search_put=>, 참조.

해 판매자를 규제하는 방식으로는 수출국 내의 기관이 다른 국가의 기관에 수출할 수 있는 조건으로 라이선스를 요구하는 것과 같이 제한적 규정을 두는 방식이 시행되고 있다. 이와 같은 수출 통제 방식이 효율적으로 시행되기 위해서는 규제 당국의 노력과 국제 협력이 조화롭게 수반되어야 한다.

시장규제 측면에서 미국의 국내법적 규제로는 2023년 제정되어 스파이웨어 구매자를 규제하는 'Prohibition on Use by the United States Government of Commercial Spyware That Poses Risks to National Security'(이하, 스파이웨어 행정 명령)이 있으며[16], 정보보안 통제의 방편으로는 'Information Security Controls: Cybersecurity Items'으로 불리는, 사이버보안 아이템들의 수출을 통제하여 판매자를 규제하는 수출 통제 규제[17]가 존재한다. 또한 시장규제의 측면에서 상업용 소프트웨어 오용으로 재정적 이익을 얻은 개인에 대하여 비자를 제한하는 규제가 2024년 발표되었고[18], 전통적인 수출 통제의 일환으로 '매그니츠법'의 일부를 제한적으로 적용하고 있다.

### (2) 바세나르 약정(The Wassenaar Arrangement)

미국의 경우 시장규제의 측면에서 글로벌 관할권 관련 조치로 '바세나르 약정'(The Wassenaar Arrangement on Export Controls for Conventional Arms and Dual-Use Goods and Technologies)을 활용하고 있다. 바세나르 약정은 냉전 이후 전략물자에 대한 수출을 제한하기 위해 체결되었는데, 현재 러시아를 포함한 42개국이 바세나르 약정에 조인되어 있다.[19] 특히, 2017년 인도가 바세나르 약정에 조인하였고, 이스라엘은 회원국은 아니지만 명목상으로는 이 조약에 동참하고 있으며, 현재는 국가 간 수출 통제 포럼의 형식으로 운영되고 있다.[20]

바세나르 약정은 주로 품목 기반 수출 통제를 다루는데, 이때 수출 통제 품목에 제로데이 관련 소프트웨어를 포함하는 방식으로 사이버 취약점을 규제하고 있으며, 수출 통제는 지난 10년간 미국에서 가장 일반적으로 활용된 품목 기반 사이버 취약점 규제 방식으로 이해될 수 있다.

사이버 취약점 규제는 크게 ① 품목 기반 규제, ② 사용자 기반 규제, ③ 사용 기반 규제로 나누어 살펴볼 수 있다. 예컨대, 품목 기반 규제로서 특정 사이버 보안 항목을 수출입 제한 품목에 포함하여 규제하는 방식과, 사용자 기반 규제로서 NSO그룹과 같은 스파이웨어 소프트웨어 기업을 '엔터티 리스트'(entity list)에 추가하여 규제하는 방식, 사용 기반 규제로서 특정 목적으로 사용되는 수출입을 제한하는 규제 방식들을 들 수 있다.

---

16) 'Prohibition on Use by the United States Government of Commercial Spyware That Poses Risks to National Security', Exec. Order No. 14093, 88 Fed. Reg. 18957 (Mar. 27, 2023).

17) Information Security Controls: Cybersecurity Items, 86 Fed. Reg. 58205 (Oct. 21, 2021); 15 C.F.R. § 774 Supp. 1 (2024).

18) 미 정부 보도자료 발표, 2024년 2월 5일, "Announcement of a Visa Restriction Policy to Promote Accountability for the Misuse of Commercial Spyware".

19) Wassenaar Arrangement, https://www.wassenaar.org/about-us/ [https://perma.cc/5ZFM-UZX4] (last visited June. 1, 2024).

20) Mailyn Fidler, Regulating the Zero-Day Vulnerability Trade: A Preliminary Analysis, 11 I/S: J.L. & Pol'y Info. Soc'y, pp.480-481, (2015).

그런데, 바세나르 약정을 통해 사이버 취약점을 규제하는 데에는 몇 가지 한계가 존재한다. 첫째, 협정을 통해 수출 통제에 합의하더라도 합의사항을 자국에서 시행하기 위해서는 국내 법률의 제정이 필요하기 때문에, 국내법 제정에 실패할 경우 합의사항의 집행력 부족으로 인해 실효성을 담보하기 어려울 수 있다. 둘째, 바세나르 약정에서는 스파이웨어를 수출 통제 대상 품목으로 규제하고 있는데, 이때 스파이웨어를 어떻게 정의할 것인가의 문제가 발생할 수 있고, 명확하고 일관된 스파이웨어 정의가 어려운 상황에서 품목으로 사이버 취약점을 규제하는 데 한계가 발생할 수 있다.

이러한 한계를 극복하기 위하여 2022년 바세나르 협정에서는 스파이웨어에 대한 품목규제에서 최종사용자 및 사용 기반 통제로 규제 대상을 전환하는 데 합의하였고, 미국에서는 바세나르 협정 관련 국내법에서 스파이웨어 수출에 관한 정의를 ① 지정된 외국 군사, 보안, 정보 기관에 제공되는 광범위한 지원 제한, ② 전직 미국 정부요원의 외국 정부와의 전문지식 공유, ③ 글로벌 매그니츠법 상 인권 침해자에 대한 금융 및 여행 제재, ④스파이웨어 남용에 연루된 개인 비자 제한으로 수정하여 규제의 실효성을 제고하였다.

### (3) 그 밖에 시장규제 방식

미국은 글로벌 차원의 규제 대응으로 다자간 수출 통제 행동 강령을 발표하여[21], NSO그룹 등과 같은 외국 스파이웨어 회사를 '엔터티 리스트'(entity list)에 추가하고 이들에게 상품거래 시 수출 라이선스를 요구하고 있다. 또한, 일부에서는 글로벌 스파이웨어 모라토리엄을 제안하여 스파이웨어의 판매 및 이전을 전면 금지해야 한다는 주장이 제기되기도 하였다.

### (4) 미국의 사이버 취약점 규제 현황 정리

이상에서 논의한 미국의 사이버 취약점 시장규제들을 포함하여 최근 규제 현황을 국내법적 규제와 국제법적 규제로 분류하여 정리하면 아래 <표. 1>과 같다.

<표. 1> 미국의 최근 사이버 취약점 규제 현황

| 규제 범위 및 방식 | 미국의 국내법적 규제노력 | 글로벌 규제 노력 |
|---|---|---|
| **시장규제**<br>(판매자나 구매자 측면에서의 규제) | • 수출 통제[22] -2024<br>(판매자 측 제한)<br>• 스파이웨어 행정 명령,[23]<br>(구매자 측 제한) -2024<br>• 상업용 소프트웨어 오용으로 재정적 이익을 얻은 개인에 대한 비자 제한[24] -2024<br>• 매그니츠키 법 제재의 제한적 | • 바세나르 협정[25] -2022<br>(판매자 측 제한)<br>• 다자간 수출 통제 행동 강령[26] -2023<br>• 글로벌 스파이웨어 모라토리엄 제안 (판매/이전 금지) |

21) Fact Sheet: Advancing Technology for Democracy, White House (Mar. 29, 2023).

| | | |
|---|---|---|
| | 적용. | |

## 2. 사용 규제로서 사이버 취약점 규제

### (1) 'Vulnerabilities Equities Process'(취약성 해소 과정)

사이버 취약점 규제에 있어 사용 규제는 시장규제와 비교하여 지난 10년간 적극적으로 활용된 규제 방식은 아니었지만, 절차적 통제 방식의 하나로 2017년부터 미국에서 시행된 'Vulnerabilities Equities Process'(취약성 해소 과정, 이하 VEP)는 대표적인 사이버 취약점 사용 규제 방식으로 의미가 있다.

'취약성 해소 과정'으로 국내에서 번역되고 있는 이 제도는 절차적 통제 수단으로서, 미국 정부가 제로데이 취약성을 유지할 것인지 공개할 것인지의 여부를 결정할 때 적용되는 절차적 규제 정책으로 이해될 수 있다. 정부가 제로데이 취약성과 같은 사이버 취약점을 발견하고 이를 유지할 경우, 당해 사이버 취약점을 첩보나 사이버 공격과 같은 정부 목적에 이용할 수 있다. 반면, 정부가 당해 취약성을 공개하면 정부는 더 이상 당해 취약성을 사용할 수 없게 되지만, 정부의 취약성 공개는 관련 기업에서 취약성 패치를 개발할 수 있는 기회를 제공하고, 공개 친화적인 정책은 정부의 제로데이 수요를 줄이는 효과를 발생시킬 수 있다.

이와 같은 사이버 취약점의 다면적 특성으로 인하여, VEP는 주로 사후적 사용 규제로 이해될 수 있지만, 사이버 취약점 시장에도 영향을 미친다. 정부가 공개 친화적인 정책을 취할 경우 사이버 취약점이 오래 유지될 수 없기 때문에 시장 수요를 감소시키고, 이는 사이버 취약점을 악용할 유효성을 감소시킨다.

덧붙여, 정부가 취약점을 공개할 때 여러 고려 요소가 반영되는데 이러한 고려 요소를 어디까지 국민에게 공개할지의 문제와 공개에 대한 실제 결정을 국민에게 얼마나 공유할지의 문제와 같은 공개 투명성 관련 쟁점들이 취약성 해소 과정 법제에서 해결해야 할 과제로 지적되고 있다.

### (2) 'Global Magnitsky Act'(글로벌 메그니츠키 법)

2016년 제정된 'Global Magnitsky Act'(글로벌 메그니츠키 법)은 스파이웨어를 거래하는 인권 침해자 및 지원자에게 금융 및 여행 제재를 부과하는 것을 내용으로 하는 사이버 취약점 규제로서, 대통령이 부패를 돕거나 저지른 개인이나 특정 인권 침

22) Information Security Controls: Cybersecurity Items, 86 Fed. Reg. 58205 (Oct. 21, 2021); 15 C.F.R. § 774 Supp. 1 (2024).
23) 'Prohibition on Use by the United States Government of Commercial Spyware That Poses Risks to National Security', Exec. Order No. 14093, 88 Fed. Reg. 18957 (Mar. 27, 2023).
24) 미 정부 보도자료 발표, 2024년 2월 5일 "Announcement of a Visa Restriction Policy to Promote Accountability for the Misuse of Commercial Spyware"
25) Wassenaar Arrangement Secretariat, List of Dual-Use Goods and Technologies and Munitions List 80 - 81 (2022).
26) Fact Sheet: Advancing Technology for Democracy, White House (Mar. 29, 2023).

해자를 지정하고 제재할 수 있도록 규정하고 있다.[27] '글로벌 메그니츠키 법'은 2017년 트럼프 행정부에서 발령된 행정명령 13818호와 함께 '매그니츠키 프로그램'으로 시행되고 있는데, 당해 프로그램에서 지정된 기관 및 개인은 미국에 입국이 불가능하고, 미국 내 동산 및 부동산 자산 및 거래가 동결된다.[28]

'글로벌 메그니츠키 법'은 "국제적으로 인식된 심각한 인권 침해"를 규제 대상으로 하는데, 미국의 경우 행정명령 13818호와 결합한 '매그니츠키 프로그램'을 통해 '심각한 인권 침해'의 적용 범위를 확대 해석할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 당해 프로그램을 적용할 경우, 특정 기술에 관한 정의가 필요 없고 사용자뿐만 아니라 물질적 지원자로서 사이버 취약점 판매 기업까지 함께 규제할 수 있어 규제의 실효성이 제고될 수 있으며, 적용 범위를 확대할 수 있다는 이점이 있다. 관련하여, 미국에서는 북한을 인권침해자로 규정하여 '메그니츠키 법'을 적용하고 있다.[29]

최근 이집트 정치인 엘탄타워 사건에서 Citizenlab이라는 연구 그룹은 이집트 정부가 Cytrox의 Predator 스파이웨어 사용하여 인권 침해를 자행했음을 밝혔고, 스파이웨어 공급업체가 인권 침해자인 이집트 정부를 기술적으로 지원했다고 결론지었다.[30] 이 경우 메그니츠키법을 적용하면, 이집트 정부뿐만 아니라, 직접 인권침해를 직접 저지르지는 않았지만, 물질적인 지원을 한 Cytorx도 규제가 가능하다.

그러나 현실적으로 엘탄타워 사건에서와 같이 인권 침해자를 식별하고 스파이웨어 회사와 이를 연결하여 규제 대상자들을 확정하는 것이 매우 어렵고, 이집트와 같이 개별 국가를 범죄자로 특정하여 낙인찍는 결과가 발생하기 때문에 자칫 외교분쟁으로 확산할 우려로 인해 실효성을 보장하기 어렵다.

### (3) 그 밖에 최근 사이버 취약점 사용 규제 현황

이상에서 살펴본 것 이외에, 미국에서 적용하고 있는 사용 규제를 국내법과 국제법적 측면에서 정리하면 아래의 <표. 2>와 같다.

<표. 2> 미국의 최근 사이버 취약점 규제 현황

| 규제 범위 및 방식 | 미국의 국내법적 규제노력 | 글로벌 규제 노력 |
|---|---|---|
| 사용 규제 | • Vulnerabilities Equities Process: 취약성 해소 과정[31] (2017)<br>• Spyware Executive Order: 스파이웨어 행정 명령[32] (정부 사용 제한, 2023)<br>• 상업용 소프트웨어 오용과 관 | • 상업용 스파이웨어 확산 및 오용 방지 노력에 관한 공동 성명[34] (정부 사용 부분, 2023)<br>• 유럽 연합 스파이웨어 제한 제안[35] -2023<br>• 글로벌 스파이웨어 모라토리엄 제안[36] (사용 금지, 2019) |

27) 22 U.S.C. § 10102(a).
28) Exec. Order No. 13818, 82 Fed. Reg. 60839 (Dec. 20, 2017).
29) 상동.
30) Bill Marczak, Predator in the Wires, Citizen Lab (Sept. 22, 2023), (last visited June. 1, 2024).
https://citizenlab.ca/2023/09/predator-in-the-wires-ahmed-eltantawy-targeted-with-predatorspyware-after-announcing-presidential-ambitions/.

| | | |
|---|---|---|
| | 련된 개인에 대한 비자 제한[33] (2024) | |

## 3. 새로운 사이버 취약점 규제 방식

### (1) 비자 제한을 통한 사이버 취약점 규제

2024년 미국에서는 새로운 사이버 취약점 규제 방식으로 상업용 스파이웨어 오용에 연루된 개인에게 비자 발급을 제한하는 정책이 발표되었다.[37] 당해 정책에서는 스파이웨어 오용을 촉진하거나 그로부터 재정적 이익을 얻은 것으로 믿어지는 사람에 대하여 비자 발급을 제한하고 있다. 특이한 점은 이 정책에서는 스파이웨어 오용을 촉진하거나 재정적 이익을 얻은 것으로 믿어지는 자의 직계 가족들에 대한 비자 발급도 제한한다는 것이다. 이 정책은 기자, 활동가, 반체제 인사, 소수자 커뮤니티 또는 취약 계층을 대상으로 상업용 스파이웨어를 악용한 자를 규제 대상으로 하고 있으나, 재정적 규제를 부과하지는 않는다.[38]

이와 같은 비자 발급 제한은 스파이웨어를 판매하고 관련 서비스를 제공한 기업이 그 형태를 변경하더라도 스파이웨어를 악용한 개인에게 연속적으로 그 책임을 부과할 수 있다는 장점이 있고, '매그니츠키 법'에서 국가를 인권침해의 범죄자로 낙인찍어 발생할 수 있는 외교적, 정치적 부작용을 피할 수 있다는 장점이 있다.

### (2) 글로벌 차원에서의 다자간 통제

2023년 6월 유럽의회는 스파이웨어 오용을 방지하기 위한 미-유럽 공동 전략인 '유럽 의회 권고안'을 채택하였다. 이 권고안은 미국과 유럽의 공동 대응 전략이나 추가적인 안전장치가 마련되기 전까지 스파이웨어의 사용에 대한 사실상의 모라토리엄을 내용으로 하고 있다.[39]

---

31) Vulnerabilities Equities Policy and Process for the United States Government, White House (Nov. 15, 2017).
32) Exec. Order No. 14093, 88 Fed. Reg. 18957 (Mar. 27, 2023).
33) Anthony Blinken, Dep't of State, Announcement of a Visa Restriction Policy to Promote Accountability for the Misuse of Commercial Spyware (Feb. 5, 2024).
34) Office of the Press Sec'y, Joint Statement on Efforts to Counter the Proliferation and Misuse of Commercial Spyware (Mar. 30, 2023).
35) Molly Killeen, EU Parliament Calls for 'De Facto Moratorium' on Spyware,(May, 9, 2023).
36) David Kaye, UN Expert Calls for Immediate Moratorium on the Sale, Transfer, and Use of Surveillance Tools, United Nations Human Rights Office of the High Commissioner (June 25, 2019).
37) 신문기사, Anthony Blinken, Dep't of State, Announcement of a Visa Restriction Policy to Promote Accountability for the Misuse of Commercial Spyware (Feb. 5, 2024), (last visited June. 1, 2024). https://www.state.gov/announcement-of-a-visa-restriction-policy-topromote-accountability-for-the-misuse-of-commercial-spyware/.
38) 상동.
39) Spyware: MEPs Call for Full Investigations and Safeguards to Prevent Abuse, Euro.

또한, 2023년 3월에는 미국, 영국, 호주, 캐나다, 프랑스, 스웨덴, 노르웨이, 스위스, 덴마크, 뉴질랜드, 코스타리카, 덴마크 등 여러 국가가 함께 국내·외적으로 스파이웨어 오남용을 방지하기 위한 협력을 선언하고, 자발적 행동 강령을 포함하는 공동 성명을 발표하였다.[40]

이와 같은 사이버 취약점을 통제하기 위한 다자간 협력 체계를 구축하는 선언들이 과거와는 달리 국가 차원에서 자발적으로 선포되고 있다. 사이버 취약점 거래시장의 특성상 관련 규제가 실효성을 확보하기 위해서는 국제적인 통제 체재가 필요하기 때문에 이와 같은 비정부기구가 아닌 국내 집행력을 담보할 수 있는 국가 간의 자발적 협력 체계 구축은 사이버 취약점 통제에 실효성을 담보할 수 있는 수단으로 기대를 모으고 있다.

## IV. 결론

사이버 위협에 대응하기 위한 국가적 대응으로 회색지대조치가 있다. 회색지대조치는 전통적인 군사력에 의한 국방이나 경제 제재 이외의 국가안보를 수호하기 위한 조치로서, 사이버공격, 심리전, 정보전과 같이 물리적 군사력을 사용하지 않고 간접 혹은 비밀 수단에 의해 정치적 목적을 달성하려는 행위로, 전쟁과 평화 사이의 불투명한 중간 영역에서 이루어지는 다양한 국가안보 관련 조치들을 의미한다. 회색지대조치는 그 자체가 불법과 합법의 구별이 명확하지 않고, 일반적인 상황에서 불법으로 간주 될 여지가 있는 조치들이라도 국가안보가 위협받는 상황에서 예외적 허가로 허용될 수 있다는 점에서 사이버 취약점과 닮아 있다.

사이버 취약점은 스파이웨어로 악용될 경우 규제의 대상이지만, 사이버 취약점이 공개되면 관련 기업의 패치 개발을 유도하기 때문에 그 자체로 규제의 대상이 될 수 없다. 또한 국가에서 국가안보를 위해 비밀리에 사이버 취약점을 활용할 경우 이를 오남용으로 보아 규제를 적용하기도 어려운 것이 사실이다. 그러나 다른 한편으로, 페가수스로 대표될 수 있는 수많은 오남용 사례가 규제의 회색지대를 악용하여 민간만이 아닌 국가도 불법의 주체가 될 수 있다는 것을 보여주고 있다. 따라서, 민간의 보안과 국가적 안보를 심각하게 위협하고 있는 사이버 취약점의 피해를 해소하기 위하여, 국가차원의 전략 수립과 합리적인 규제 논의, 이에 따른 규제 거버넌스의 수립이 요청되고 있다.

이에, 본고에서 분석한 미국의 다양한 규제적 접근 방식들이 우리의 현실에 적합한 사이버 취약점 규제 개발 논의의 단초로서 기여하기를 기대한다. 그리고 이러한 규제 개발에 있어, 기술을 규제하기보다는 악용 행위나 행위자를 규제하는 방식으로 사이버 취약점 규제 방향이 설정되기를 기대하며, 정부 기관이 사이버 취약점을 발견·공개할 경우 그 결정과정의 절차적 정당성 및 투명성 문제도 함께 논의되기를 기

---

Parliament (June 15, 2023), (last visited June. 1, 2024). https://www.europarl.europa.eu/news/en/pressroom/20230609IPR96217/spyware-meps-call-for-full-investigations-and-safeguards-to-prevent-abuse.

40) The White House, Joint Statement on Efforts to Counter the Proliferation and Misuse of Commercial Spyware (Mar. 30, 2023), (last visited June. 1, 2024). https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/03/30/joint-statement on-efforts-to-counter-the-proliferation-and-misuse-of-commercial-spyware

대한다.

## [참고문헌]

<국내문헌>

권헌영, 2024 사이버안보아카데미 법제도 교육자료, 2024.7.9.

손기욱, “취약점의 가치”, 2024 사이버안보아카데미 교육자료, 2024.7.2.

연합뉴스. (2021, July 21). 마크롱 연락처도 스파이웨어 ‘페가수스’ 해킹 명단에 포함. Retrieved from https://www.yna.co.kr/view/AKR20210721002300081.

한겨레. (2021, September 14). 애플, 사이버 전쟁용 해킹도구 ‘페가수스’ 막을 긴급 업데이트 발표. Retrieved from https://www.hani.co.kr/arti/international/international_general/1011615.html.

<해외문헌>

Blinken, A. (2024, February 5). Announcement of a visa restriction policy to promote accountability for the misuse of commercial spyware. U.S. Department of State. Retrieved from https://www.state.gov/announcement-of-a-visa-restriction-policy-topromote-accountability-for-the-misuse-of-commercial-spyware.

David, S. (2012, June 1). Obama order sped up wave of cyberattacks against Iran. New York Times. Retrieved from http://www.nytimes.com/2012/06/01/world/middleeast/obama-orderedwave-of-cyberattacks-against-iran.html.

Fidler, M. (2015). Regulating the zero-day vulnerability trade: A preliminary analysis. I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society, 11, 419-420, 480-481.

Glossary. (n.d.). National Institute of Standards and Technology. Retrieved from https://csrc.nist.gov/glossary/term/malware.

Information Security Controls: Cybersecurity Items, 86 Fed. Reg. 58205 (Oct. 21, 2021); 15 C.F.R. § 774 Supp. 1 (2024).

Kaye, D. (2019, June 25). UN expert calls for immediate moratorium on the sale, transfer, and use of surveillance tools. United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. Retrieved from https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24736&LangID=E.

Killeen, M. (2023, May 9). EU parliament calls for ‘de facto moratorium’ on spyware. European Parliament. Retrieved from https://www.europarl.europa.eu/news/en/pressroom/20230609IPR96217/spyware-meps-call-for-full-investigations-and-safeguards-to-prevent-abuse.

Marczak, B. (2023, September 22). Predator in the wires. Citizen Lab. Retrieved from https://citizenlab.ca/2023/09/predator-in-the-wires-ahmed-eltantawy-targeted-with-predatorspyware-after-announcing-presidential-ambitions.

Office of the Press Secretary. (2023, March 30). Joint statement on efforts to counter the proliferation and misuse of commercial spyware. The White House. Retrieved from https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2023/03/30/joint-statementon-efforts-to-counter-the-proliferation-and-misuse-of-commercial-spyware.

Prohibition on Use by the United States Government of Commercial Spyware That Poses Risks to National Security, Exec. Order No. 14093, 88 Fed. Reg. 18957 (Mar. 27, 2023).

Smeets, M. (2022). Cyber arms transfer: Meaning, limits, and implications. Security Studies, 31, 65.

Smeets, M. (2022, June 6). Hack global, buy local: The inefficiencies of the zero-day exploit market. Lawfare. Retrieved from https://www.lawfaremedia.org/article/hack-global-buy-local-inefficiencies-zero-day-exploitmarket.

Vulnerabilities Equities Policy and Process for the United States Government. (2017, November 15). The White House.

Wassenaar Arrangement. (n.d.). About us. Retrieved December 1, 2023, from https://www.wassenaar.org/about-us/.

Wassenaar Arrangement Secretariat. (2022). List of Dual-Use Goods and Technologies and Munitions List.

[Abstract]

## Measures to improve the cyber vulnerability regulation to strengthen national cyber security

### - Focusing on the US cyber vulnerability regulation -

Jungmi Bang*

The emergence of new technologies such as artificial intelligence, spyware, and quantum encryption, coupled with the rapidly changing IT environment, has expanded the realm of national security into cyberspace. Cyber attacks by international hacking organizations or state-sponsored groups pose serious threats to national security. Consequently, there is an urgent need to establish a legal framework capable of addressing these threats through the refinement of national cybersecurity legislation. In particular, since vulnerabilities themselves are difficult to classify as illegal—as seen with grey zone measures—there is a need for transparency in the government's use of cyber vulnerabilities and for a regulatory approach that targets malicious actors rather than specific technologies.

The 'Pegasus' spyware developed by Israel's NSO Group can infiltrate personal mobile phones to collect private information and secretly activate cameras and microphones. Although this spyware has been purchased by various government agencies, there have been numerous reports of misuse, such as surveillance of human rights activists. On the other hand, once these cyber vulnerabilities are discovered, patches are actively developed to mitigate the threats. Therefore, while cyber vulnerabilities themselves cannot be the target of regulation, the mixed use of terms such as cyber vulnerabilities, zero-days, exploits, and recently, spyware, complicates regulatory approaches. This paper begins by clarifying these terms and analyzing the cyber vulnerability market, followed by a chronological review of relevant regulations in South Korea, laying the groundwork for improving the cyber vulnerability regulatory framework. Based on this, we analyzed the recent regulatory approaches in the United States, which is actively implementing cyber vulnerability regulations, to derive insights for improving our national cybersecurity regulatory system.

There are various approaches to regulating zero-day related cyber vulnerability technologies, such as spyware. Rather than relying on the traditional method of enforcement by existing multilateral organizations, it may be more effective to establish and strengthen voluntary multilateral coalitions. Additionally, in addressing national cybersecurity issues, regulations related to cyber vulnerabilities should focus on regulating malicious acts and actors rather than

* Assistant Professor at Myongji University College of Law

the technology itself. Furthermore, when government agencies discover and disclose cyber vulnerabilities, the transparency of such decisions must be determined proactively.

**Key Words:** Cyber Vulnerability, Zero-Day Vulnerability, Surveillance Software, National Cybersecurity, Global Magnitsky Act, The Wassenaar Arrangement

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2024.23.1.339 ISSN 1229-7585
明知法學 제23권 제1호 (2024. 7.) eISSN 2765-4869

# 국제보건규칙 개정의 내용과 함의*

박 진 아**

**논문요지**

2024년 6월 1일, 제77차 세계보건총회는 국제보건규칙(International Health Regulations: IHR) 개정안을 투표 없이 합의로 채택했다. 인수공통감염병을 포함한 인간 감염병을 규율하는 국제보건규칙은 세계보건기구헌장 제21조에 근거하여 채택한 '규칙'으로 세계보건기구 회원국 전체를 포함한 규칙 당사국에 국제법적 구속력을 가진 규범이다. 국제보건규칙은 2005년 전면 개정으로 국제법적 틀을 크게 강화했지만 2009년 신종인플루엔자 사건부터 코로나19 사건까지 계속되는 대규모 감염병 사태를 효과적으로 예방 및 대응하지 못한다는 비판이 반복됐다.

이 글은 6월 1일 세계보건총회에서 합의로 개정된 국제보건규칙(「개정 국제보건규칙」)의 주요 개정 내용과 그 의의를 평가하는 데 목적이 있다. 이를 위해 먼저 코로나19 사건 이후 국제보건규칙의 대응을 평가한 내용을 분석하여 이번 개정이 시작된 배경을 알아보고, 개정 협상 과정 전반을 살펴봄으로써 주요 개정 사항에 대한 이해를 도모한다(Ⅱ). 그 다음으로 이번 개정의 핵심 조문을 면밀히 검토하여 국제보건규칙의 발전이라는 측면에서 개정의 실질적 가치를 평가한다(Ⅲ).

「개정 국제보건규칙」에 '팬데믹위기상황'의 정의 개념이 새롭게 도입됐지만 팬데믹위기상황이 선언된다고 해서 세계보건기구와 당사국의 조치가 기존의 국제보건규칙과 비교하여 달라지는 것은 없다. 기존의 국제공중보건위기상황 결정과 그러한 결정에 따른 조치에 관한 규정이 팬데믹위기상황 선언시에도 동일하게 적용된다. 그럼에도 팬데믹의 선언 그 자체만으로 더 신속하고 조율된 글로벌 대응을 촉진할 수 있을 것으로 기대된다. 「개정 국제보건규칙」은 형평과 연대를 원칙으로 명시하고, '관련 보건 제품'의 정의 도입과 함께 보건 위기상황시에 '관련 보건 제품'에 대한 접근성 보장과 재원 조달을 위한 협력 의무를 의무화하여 공평한 접근의 중요성을 인정하고 국제보건규칙 보다 포괄적인 접근을 가능하게 했다. 특히 개발도상국을 규칙 이행을 지원하기 위해 「조정 재정 메커니즘」을 설치하여 저소득 및 중저소득 국가의 핵심 역량과 자원 동원을 지원함으로써 국제적 질병 확산을 예방·방어·관리·대응하기 위한 필수적인 연대와 형평의 원칙을 구현했다. 「개정 국제보건규칙」의 준수 및 이행을 강화하기 위해 「당사국 이행 위원회」와 「국가 IHR당국」과 같은 새로운 제도도 도입됐다.

* 이 논문 또는 저서는 2021년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-과제번호)(NRF-2021S1A5B5A17055497)
** 고려대학교 법학연구원 전임연구원, 법학박사

국제보건규칙의 개정 합의는 이로써 마무리됐고, 이제 세계보건기구와 국가가 규칙을 준수하고 이행할 시간이다. 이번 개정의 성공 여부는 국가들이 협력하고 정보를 공유하며 서로를 지원하려는 지속적인 노력에 달려 있다는 것을 기억해야 한다.

**검색용 주제어: 국제보건규칙, 세계보건기구, 세계보건총회, 코로나19, 팬데믹, 글로벌보건안보, 형평, 보건 제품**

**· 논문접수: 2024. 07. 10. · 심사개시: 2024. 07. 16. · 게재확정: 2024. 07. 29.**

# Ⅰ. 들어가기

2024년 6월 1일, 제77차 세계보건총회(World Health Assembly: WHA)는 제네바에서 열린 회기 마지막 날 국제보건규칙(International Health Regulations: IHR) 개정안을 투표 없이 합의(컨센서스)로 채택했다.[1] 2022년 5월 세계보건총회가 「국제보건규칙(2005) 개정 실무그룹」을 설치하고 국제보건규칙 개정 작업을 본격화한지 2년만이다. 국가들은 세계보건기구(World Health Organization: WHO)가 마련한 협상의 장에서 지난 2년간 국제보건규칙의 개정과 새로운 팬데믹 조약의 성안을 동시에 그리고 별개의 협상으로 진행해 왔다. 그러나 같은 날 팬데믹 조약 초안은 합의에 도달하지 못했으며, 이 협상은 2025년까지 계속될 예정이다. 테드로스 아드하놈 게브레예수스 세계보건기구 사무총장은 개정안 합의가 이뤄진 날 폐회사에서 국제보건규칙에 대한 "강력한 개정안(a strong package)"을 승인함으로써 "역사를 만들고", "국제보건법의 초석을 강화했다"고 축하했다.[2] 이번 국제보건규칙 개정은 대체로 다자주의와 세계 보건의 승리로 환영받고 있다. 그러나 다른 한 편에서는 주요 개정 사항이, 특히 저소득 국가의 형평 및 재정 지원 요구에 대해 판도를 바꾸는 개혁은 아니며, 기껏해야 협상이 "휴전(truce)"에 이르게 된 것이라고 비판한다.[3]

국제보건규칙은 "공중보건에 대한 위험에 상응하고 제한된 방식으로 국제교통에 대한 불필요한 방해를 피하면서 국제적인 질병 확산을 예방·방어·관리·대응하기" 위해[4] 세계보건총회가 1969년에 세계보건기구헌장 제21조에 근거하여 채택한 "규칙"으

1) WHA resolution WHA77.17 (1 June 2024), Strengthening preparedness for and response to public health emergencies through targeted amendments to the International Health Regulations (2005), Seventy-Seven World Health Assembly. Agenda item 13.3. 이하 각주에서 개정된 국제보건규칙이 이미 합의로 채택되었으므로 '국제보건규칙 개정안'이 아닌 '「개정 국제보건규칙」'으로 표기하고, 개정전 국제보건규칙은 '「국제보건규칙(2005)」'로 구분하여 표기함.)

2) WHO Director-General's closing remarks on the INB and IHR discussions at the Seventy-seventh World Health Assembly - 1 June 2024, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-closing-remarks-on-the-inb-and-ihr-discussions-at-the-seventy-seventh-world-health-assembly---1-june-2024> (검색일: 2024.06.15.)

3) David P. Fidler, "The Amendments to the International Health Regulations Are Not a Breakthrough, Think Global Health", 7 June 2024, <https://www.thinkglobalhealth.org/article/amendments-international-health-regulations-are-not-breakthrough > (검색일: 2024.06.15.)

로 인수공통감염병을 포함한 인간 감염병을 규율한다.[5] 국제보건규칙은 “국제법에 의하여 규율되는 국제적 합의”로 규칙 당사국에 국제법적 구속력이 있는 규범이며, 헌장 제19조에 근거하여 채택되는 “협약 또는 협정”과는 국제법 효력에서 차이가 없다.[6]

국제보건규칙의 당사국 수는 세계보건기구 194개 회원국 모두와 비회원국인 교황청, 리히텐슈타인을 포함하여 2024년 6월 현재 196개국으로 전 세계 거의 모든 국가가 당사국이다. 2003년, 신종 감염병인 중증급성호흡기증후군(Severe Acute Respiratory Syndrom: SARS)의 세계적 유행을 계기로 세계보건기구는 사실상 새로운 국제 규범의 채택이나 다름없는 전면 개정을 단행하여 2005년에 「국제보건규칙(2005)」를 채택했다. 이 개정으로 감염병 대응을 위한 국제법적 틀이 크게 강화됐지만, 개정 후에도 2009년 신종인플루엔자 사건부터 코로나19 사건까지 계속되는 대규모 감염병 사태를 효과적으로 예방 및 대응하지 못한다는 비판이 반복됐다. 세계보건기구는 코로나19 발병에 대해 2020년 1월, 국제보건규칙에 따라 국제공중보건위기상황(public health emergency of international concern: PHEIC)을 선언하고 코로나19 사건 대응을 위해 임시 권고를 했지만, 상당수 국가가 이를 따르지 않았다.[7] 결국 코로나19 발병으로 7억 7천만 명 이상이 감염되고, 700만 명이 넘게 사망한 것에 대한 국제사회의 충격은 국제보건규칙의 개정과 새로운 팬데믹 조약을 이토록 빠르게 진행하게 된 동력이 됐다.

이 글은 6월 1일 세계보건총회에서 합의로 개정된 국제보건규칙(이하 ‘「개정 국제보건규칙」’, 또는 「개정 규칙」)의 주요 개정 내용과 그 의의를 평가하는 데 목적이 있다. 이를 위해 먼저 코로나19 사건 이후 국제보건규칙의 대응을 평가한 내용을 분석하여 이번 개정이 시작된 배경을 알아보고, 개정 협상 과정 전반을 살펴봄으로써 주요 개정 사항에 대한 이해를 도모한다(Ⅱ). 그 다음으로 이번 개정의 핵심 조문을 면밀히 검토하여 국제보건규칙의 발전이라는 측면에서 개정의 실질적 가치를 평가한다(Ⅲ).

---

4) 「국제보건규칙(2005)」 제2조 [목적과 범위].

5) 국제보건규칙은 세계보건기구가 1951년 채택한 국제위생규칙(International Sanitary Regulations: ISR)에서 시작됐다. 국제위생규칙은 페스트, 콜레라, 황열, 두창, 매개티푸스와 매개재귀열 등 6개 질병만을 규율 대상으로 했다. WHO document A4/60 (21 May 1951), WHO Regulations No. 2, International Sanitary Regulations. 이후 1969년에 세계보건기구는 국제보건규칙을 새롭게 채택하면서 국제위생규칙을 계승하고 페스트, 콜레라, 황열 등 3가지 질병에 대해서만 규율했다. WHO, International Health Regulations, 3rd annotated edition, 1969. 2024년 개정전 「국제보건규칙(2005)」은 66개 조와 9개의 부속서로 구성되어 있다.

6) 세계보건기구는 세계보건기구헌장 제19조에 따라 “협약 또는 협정”을 채택할 권한과 제21조에 따라 “규칙”을 채택할 권한이 있다. 현재 협상이 진행 중인 팬데믹 조약 초안은 제19조를 염두에 두고 작성되었으며, 국제보건규칙은 제21조에 근거하여 채택된 것이다. 제19조와 제21조의 가장 큰 차이점은 규제할 수 있는 대상의 범위가 다르다는 데 있다. 제21조는 세계보건총회가 규칙을 채택할 수 있는 사항을 5가지로 한정하고 있어 입법의 범위가 제한되어 있다. 국제보건규칙은 헌장 제21조 (a)의 “질병의 국제적 확산을 방지하는 것을 목적으로 하는 위생상 및 검역상의 요건 및 기타 절차” 사항에 해당한다. 헌장 제19조와 제21조에 관한 좀 더 자세한 설명은 필자의 이전 논문에서 찾을 수 있다. 박진아, “코로나19 이후 국제보건법과 팬데믹 조약”, 「국제법평론」, 통권 제65호(2023), 88-90면.

7) UN News, “UN chief renews call for COVID-19 solidarity as WHO warns ‘majority’ of world still at risk”, 18 May 2020.

## II. 개정 논의의 쟁점과 과정

국제보건규칙은 당사국이 세계보건기구에 국제공중보건위기상황을 통고하고, 공중보건위험을 감시하고 대응할 수 있는 역량을 갖추도록 협력할 의무를 규정하고 있지만, 코로나19 기간 동안 팬데믹 대응을 국제적으로 조율하기 위한 법적 틀로서 역할을 수행하는 데 실패했다는 비판을 받았다. 코로나19 이후 국제보건규칙 대응의 한계에 대한 연구 분석은 이미 여러 차례 발표되었으므로[8] 이 글에서는 세계보건기구에서 개정 협상 준비의 기초가 된 「코로나19 대응 중 국제보건규칙(2005)의 기능에 관한 검토위원회」(이하 '코로나19 검토위원회')의 검토 결과를 중심으로 개정이 요구된 사항을 간략히 살펴본다. 그다음으로 개정안 채택까지의 협상 과정과 개정안 채택 이후 「개정 국제보건규칙」의 발효 등을 검토한다.

### 1. 코로나19 사건에 관한 국제보건규칙 대응의 비판적 검토

코로나19 발생 이후 처음으로 열린 세계보건총회(제73차 회기)에서 회원국은 코로나19 대응 관련하여 평가를 추진하기로 결정했고,[9] WHO 사무총장이 국제보건규칙 제50조에 따라 코로나19 검토위원회[10]를 설치했다.[11] 코로나19 검토위원회의 임무는 코로나19 대응 기간 동안 국제보건규칙의 기능을 검토하여 그 평가 결과를 1년 뒤 제74차 세계보건총회에 보고하는 것이다. 위원회는 '코로나19 대응 중 국제보건규칙의 기능에 관한 보고서' 작성을 준비하면서 당사국과 전문가 집단을 비롯한 이해관계자에게 국제보건규칙에 관한 설문조사를 실시했다. 그 결과 당사국과 전문가들은 압도적으로 국제보건규칙을 국제 보건 안보의 초석으로 지지했고, 다음 팬데믹을 대비하기 위해 개선이 필요하다는 것에 동의했다.[12]

코로나19 위원회는 코로나19 팬데믹 기간 동안 국제보건규칙의 이행 과정에서 무

---

8) 예를 들어 해외 연구로는 Lawrence O. Gostin *et al.*, "Has Global Health Law Risen to Meet the COVID-19 Challenge? Revisiting the International Health Regulations to Prepare for Future Threats", *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 48, Iss. 2, 2020, Pages 376-381; Gian Luca Burci & Stefania Negri, Governing the Global Fight against Pandemics: The WHO, the International Health Regulations, and the Fragmentation of International Law, *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* Vol. 53 (2020-2021) 참고, 국내 연구로는 다음을 참고: 박진아, "코로나19와 국제보건규칙의 대응: 그 한계와 문제점을 중심으로", 「서울국제법연구」, 제27권 제1호(2020), 1-28면; 이유리 외, "코로나19 대응 관련 국제보건규칙의 국제법적 한계와 발전방안 연구", 「한국의료법학회」, 제29권 제2호(2021), 151-181면.

9) WHA reolution WHA73.1 (19 May 2020).

10) 국제보건규칙의 검토위원회 설치와 운영에 관해서는 「개정 국제보건규칙」 제3장(검토위원회) 제50조부터 제53조까지 참고.

11) WHO document A74/9 Add.1 (5 May 2021), *Report of the Review Committee on the Functioning of the International Health Regulations (2005) during the COVID-19 response*, Final Draft, 30 April 2021 (이하, 각주에서 "*Report of the Review Committee*").

12) WHO document EB148/19 (12 January 2021), WHO Executive Board, *Interim progress report of the Review Committee on the Functioning of the International Health Regulations (2005) during the COVID-19 Response*, Report by the Director-General, p. 3, para. 8.

엇이 제대로 작동하지 않았는지, 그 결함의 원인이 규칙의 적절한 이행과 준수 부족 때문인지 아니면 규정 자체에 문제가 있는 것인지를 검토했다.[13] 코로나19 검토위원회는 심의 끝에 세 가지 영역에 걸쳐 8가지 핵심 메시지를 발표했다. 첫 번째 영역은 “규칙 준수 및 권한 부여”에 관한 것으로 위원회는 (i)국제보건규칙의 특정 의무를 당사국이 준수하지 않은 점은 코로나19 팬데믹이 장기적인 보건 위기상황으로 번지는 데 기여했으며, (ii)국제보건규칙 이행에 대한 책임을 정부 기관의 최고위급으로 격상해야 하고, (iii)국제보건규칙의 의무를 평가하고 준수 여부를 개선하기 위한 강력한 책임 메커니즘은 공중보건 사건에 대한 대비, 국제 협력 및 적시 통고를 강화할 것이라고 평가했다.[14] 여기서 도출되는 규칙의 개선을 위한 권고 사항으로는 당사국의 국가연락기관(national focal point: NFP)의 역량 강화, 당사국의 대비, 감시 및 대응(preparedness, surveillance and response)을 위한 핵심 역량 강화를 위한 평가, 감시(모니터링) 및 보고 도구(tool)와 프로세스 강화, 이행 강화를 위해 관련 국내법의 주기적 검토와 적절한 법률 체계의 마련 등이다.

두 번째 영역은 “조기 경보, 알림 및 대응”에 관한 것이다. 위원회는 (i) 조기경보가, 특히 WHO 사무국이 규칙 상 권한을 행사하는 것을 포함하여, 적시에 조치를 취하는 데 중요한 역할을 하며, (ii)초기 대응을 위해 더 나은 협업, 조정, 신뢰가 필요하고, (iii)여행 관련 조치를 시행할 때 사전주의 원칙(precautionary principle)을 적용하면 팬데믹 가능성이 있는 신종 병원체에 대해 조기에 조치할 수 있다고 판단했다.[15] 여기서 도출되는 규칙의 권고 사항으로는 당사국이 국제공중보건위기상황의 통고 이후 세계보건기구와 계속 정보를 공유하고 및 사건을 검증하기 위한 메커니즘의 개발, 비공식 정보를 포함하여 공중보건 위험에 관한 정보를 당사국과 공유하기 위해 세계보건기구의 권한을 적극 활용하는 방안, 국제공중보건위기상황의 결정과 관련하여 긴급위원회 소집과 운영의 전문성, 투명성 확보, 국제공중보건위기상황 또는 팬데믹인 경우 당사국이 추가 보건 조치를 시행할 때 국제보건규칙 제43조(추가 보건조치) 준수, 세계보건기구가 당사국 및 국제 파트너와 협력하여 여행 조치에 대한 실시간 정보를 수집하고 공유하는 메커니즘을 공개, 팬데믹 결정을 포함한 조기경보 체계 마련, 공중보건 조치에 대한 대중의 신뢰를 구축하고 부정확한 정보와 근거 없는 소문에 대응하기 위해 정보 및 인포데믹 관리,[16] 위험 커뮤니케이션 및 지역사회 참여에 대한 접근 방식과 역량 강화 등이다.

세 번째 영역은 “재원 조달(financing) 및 정치적 약속”에 관한 것으로 위원회는 (i)규칙의 효과적 이행을 위해서는 국내 및 국제 수준에서 예측 가능하고 지속가능한 재원조달이 필요하며, (ii)규칙 이행의 더 나은 지원을 위한 새로운 국제 협력의 시대가 필요하다고 강조했다.[17] 이를 위해 당사국은 세계보건기구에 적절하고 지속적인 재원(finance)을 제공해야 하고, 세계보건기구는 충분한 인적 및 재정적 자원을 확보

---

13) Report of the Review Committee, para. 14.
14) Report of the Review Committee, paras. 141-143.
15) Report of the Review Committee, paras. 144-146.
16) 코로나19 위원회는 국제공중보건위기상황(PHEIC)에 사용되는 약어는 국제보건규칙 조문의 일부가 아니며, 종종 [feɪk](영어로 “fake”)로 발음되므로 세계보건기구와 당사국이 PHEMIC과 같은 대체 약어를 사용하는 것을 고려해야 한다고 언급하기도 했다. Report of the Review Committee, para. 107.
17) Report of the Review Committee, paras. 147-148.

하여 국제보건규칙에 따른 조직의 의무를 효과적으로 이행하기 위해 노력해야 한다. 세계보건기구는 또한 부문 간 조정 및 협력을 위한 명확한 절차와 메커니즘을 수립해야 하고, 세계보건기구와 당사국은 국제보건규칙 이행을 지원하기 위해 팬데믹 조약 성안의 이점을 고려해야 한다.

코로나19 검토위원회 외에도 「긴급대응프로그램에 대한 독립감시자문위원회」(IOAC)[18]와 「코로나19 팬데믹 준비대응 독립패널」(IPPR)[19]이 국제보건규칙을 포함하여 세계보건기구의 대응 전반을 검토하여 제74차 세계보건총회에 그 결과를 보고했다. 이 보고들은 국제보건규칙의 개정 논의와 함께 팬데믹 조약의 성안 협상의 기초 자료로 활용됐다.

코로나19 사건의 대응으로 드러난 국제보건규칙의 한계와 문제점을 모두 개정으로 해결할 필요는 없으며 가능하지도 않다. 코로나19 검토위원회도 지적하고 있다시피, 코로나19 사건 대응 실패에는 당사국의 규칙 불이행과 미준수가 중요한 부분을 차지했다. 때로는 규칙의 개정보다는 규칙을 보완 및 강화할 수 있는 도구(tool)나 메커니즘을 개발하여 규칙의 이행을 개선하는 것이 더 나은 방법이 될 수 있다. 이러한 점도 고려하여 국제보건규칙의 개정 방향과 내용을 살펴볼 필요가 있다.

## 2. 개정안 채택까지의 협상 과정

2024년 6월에 채택된 국제보건규칙 개정안 협상은 2022년 5월 제75차 세계보건총회가 2021년 제74차 세계보건총회에서 결의로 설치한 「WHO 보건 비상사태에 대한 대비 및 대응 강화에 관한 실무그룹」(WGPR)[20]을 「국제보건규칙 개정 실무그룹」(WGIHR, 이하 '개정실무그룹')으로 명칭을 바꾸고 국제보건규칙의 개정안 검토만 전담할 것을 결정하면서 본격화됐다.[21] 그 직전에 이미 한 차례의 규칙 개정이 이뤄졌는데, 2022년 5월 제75차 세계보건총회는 2022년 1월 미국이 제출한 국제보건규칙의 13개 조문의 개정 제안 중에서[22] 규칙 개정안 거절 또는 유보 기간을 18개월에서 10개월로,[23] 개정안 발효 전 기간을 24개월에서 12개월로 단축[24]하는 안을 합의로 채택했다.[25]

---

18) WHO document A74/16 (5 May 2021), *Independent Oversight and Advisory Committee for the WHO Health Emergencies Programme*, Seventy-Fourth WHA, Provisional agenda item 17.2., Annex, <https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA74/A74_16-en.pdf> (검색일: 2024.06.15.)

19) IPPR, *COVID-19: Make it the Last Pandemic*, <https://theindependentpanel.org/wp-content/uploads/2021/05/COVID-19-Make-it-the-Last-Pandemic_final.pdf> (검색일: 2024.06.15.)

20) WHA resolution WHA74.7 (31 May 2021). Strengthening WHO preparedness for and response to health emergencies.

21) WHA decision WHA75(9) (27 May 2022), Strengthening WHO preparedness for and response to health emergencies, Seventh plenary meeting; Working Group on Amendments to the International Health Regulations (2005).

22) WHO document A75/18 (12 April 2022), Strengthening WHO preparedness for and response to health ermegencies, Proposal for amendments to the International Health Regulations.

23) 「개정 국제보건규칙」 제59조 제1항bis.

24) 「개정 국제보건규칙」 제59조 제2항.

25) WHA resolution WHA75.12 (28 May 2022), Amedments to the International Health

세계보건총회는 국제보건규칙 당사국에게 2022년 9월 30일까지 규칙 개정안을 제안할 것을 요청했고[26] WHO 사무총장은 세계보건총회의 요청을 받아 규칙에 근거하여 「국제보건규칙(2005) 개정에 관한 검토위원회」(이하 '개정검토위원회')를 설치했다.[27]

2022년 11월 16일 WHO 사무국은 당사국이 제출한 308개에 달하는 모든 개정 제안을 당사국에 회람하여 검토를 요청했다.[28] 국제보건규칙상의 개정 절차에 관한 요건을 충족하기 위해서는 개정안 심의가 예정된 2024년 5월 제77차 세계보건총회가 개최되기 최소 4개월 전에 사무총장이 모든 개정안을 모든 당사국에게 전달해야 하기 때문이다.[29] 개정실무그룹은 2022년 11월부터 8차례 공식 회의를 소집하여 규칙의 잠정 개정안을 논의했다. 개정검토위원회도 당사국이 제출한 308개의 개정안을 취합한 요약 보고서를 작성하여 사무총장에게 제출했다. 2023년 1월 국제보건규칙 개정검토위원회는 17개의 당사국이 제출한, 308개에 이르는 조문 개정안을 취합한 요약 보고서를 작성하여 사무총장에게 제출했고, 사무총장은 그 보고서를 개정실무그룹과 공유했다.[30] 이후에도 WHO 사무국은 당사국의 개정안 뿐만 아니라 개정검토위원회 초안작업반이 만든 모든 변경안을 개정검토위원회 회의 후에 196개 모든 당사국에 전달했다. 그러나 일부에서는 세계보건총회에서 개정안에 대한 투표를 하기 전에 규칙 개정안에 대한 충분한 정보가 제공되지 않았다는 우려가 제기되기도 했다. 개정검토위원회 회기의 일부는 WHO 홈페이지에서 웹캐스팅되고 회의 자료가 공개되었지만 실제로 대부분의 협상은 회원국 간 비공개 세션에서 진행되었으며, 협상 문건이 일반에 공개되는 경우도 드물어 외부 당사자가 진행 상황을 면밀히 추적하기는 어려웠다.[31]

개정실무그룹은 2022년 11월 14일에 작업을 시작하여, 마지막 회기를 4월 22일부터 4월 26일까지 진행했고, 2024년 4월 17일에 당사국에게 일부 문구 변경 초안을 제공했다. 이후 개정실무그룹은 6주 동안 최종 문구 변경에 대한 협상을 계속했다. 2024년 5월 24일에 개정 초안 작업을 마무리한 개정실무그룹은 제77차 세계보건총회 심의를 위해 개정 초안을 제출했다.[32] 이어 제77차 세계보건총회 A위원회가 설치한 초안작업반(Drafting Group)이 2024년 5월 29일부터 6월 1일까지 국제보건규칙 초안 작업을 진행했다.

세계보건총회에서 진행된 최종 협상에서 당사국은 합의에 도달하기 위해 선진국

---

Regulations (2005), p. 3, Annex.

26) 「개정 국제보건규칙」 제55조 제1항에 따라 모든 당사국과 사무총장은 이 규칙에 대한 개정을 제안할 수 있다. 개정안은 세계보건총회가 심의하도록 보건총회에 제출해야 한다.

27) 「개정 국제보건규칙」 제50조 제1항 (a)호.

28) WHO document A/WGIHR/2/6 (6 February 2023), Proposed amendments to the International Health Regulations (2005) submitted in accordance with decision WHA(9) (2022).

29) 「개정 국제보건규칙」 제50조 제2항.

30) WHO document A/WGIHR/2/5 (6 February 2023), *Report of the Review Committee regarding amendments to the International Health Regulations (2005),* Report by the Director-General.

31) Josh Michaud, Anna Rouw, and Jennifer Kates, "The International Health Regulations and the U.S.: Implications of an Amended Agreement", KFF, Published: Jun 18, 2024, <https://www.kff.org/global-health-policy/issue-brief/the-international-health-regulations-and-the-u-s-implications-of-an-amended-agreement/> (검색일: 2024.06.15.)

32) WHO document A77/9 (27 May 2024)

그룹과 개도국 그룹 간의 '필사적인 경쟁'을 벌였다.[33] 국제보건규칙 개정 협상이 지연된 이유 중 하나는 국제보건규칙 개정과 병행하여 협상 중인 팬데믹 조약에 대한 회원국의 합의가 세계보건총회 시작 전까지 이뤄지지 못했기 때문이다. 중저소득 국가들은 협상 과정 내내 국제보건규칙보다는 팬데믹 조약의 협상 내용에 우선 순위를 뒀다. 관련 기사에 따르면 아프리카 그룹은 2024년 말까지 팬데믹 조약이 완성된다는 보장 없이는 국제보건규칙의 개정을 마무리하는 데 관심이 없다고 밝혔다.[34] 반면, 국제보건규칙의 개정에 가장 적극적이었던 미국은 팬데믹 조약의 "핵심 쟁점에 대한 근본적인 이견이 남아있다"며 팬데믹 조약의 협상을 1-2년 연장할 것을 주장하고 국제보건규칙의 개정을 적극 요구했다. 유럽연합 역시 국제보건규칙의 개정안의 진전을 "놀랍다(remarkable)"고 표현하며, 개정안의 채택은 팬데믹 조약 협상의 향후 절차에 "매우 긍정적인 신호"를 보낼 것이라며 마지막까지 변경 사항을 채택하기 위한 노력을 촉구했다.[35] 결국 아프리카 그룹도 국제보건규칙의 개정안 채택을 팬데믹 조약 협정에 대한 합의를 위한 일종의 모멘텀으로 활용하는 데 의의를 두고 이번 규칙 개정안 채택을 합의했다.[36] 치열한 공방 끝에 국제사회는 2024년 6월 1일 제77차 세계보건총회에서 투표 없이 합의로 국제보건규칙 개정안을 채택했다.

### 3. 개정안 채택 이후

세계보건기구헌장 제21조에 근거하여 채택하는 국제보건규칙은 당사국의 별도의 비준이나 서명 등의 절차를 거치지 않고 일정기간이 지나면 자동으로 발효한다.[37] 앞서 언급한 바와 같이 2022년에 국제보건규칙 제59조가 개정되어 발효 전 기간이 기존 24개월에서 12개월로 단축됐다. 당사국은 규칙의 개정 발표 후 일정 기간 동안 개정을 거절 또는 유보함으로써 개정된 국제보건규칙이 당사국에 대해 법적 효력이 발생하지 않도록 선택할 수 있다. 이와 관련된 규칙 조문 역시 2022년에 개정되어 거절 또는 유보할 수 있는 기간이 사무총장이 세계보건총회에 규칙 개정안 채택을 통보한 날로부터 18개월에서 10개월로 단축됐다. 이 기간이 만료된 후 당사국의 거절 또는 유보는 효력이 없다.[38]

뉴질랜드는 앞서 2023년 11월에 2022년 개정안을 거절했기 때문에 종전과 같이 18

33) Chloe Searchinger, The New Amendments to the International Health Regulations: The passage of a new IHR marks a key moment for global health governance, 4 June 2024, *Think Global Health*, <https://www.thinkglobalhealth.org/article/new-amendments-international-health-regulations> (검색일: 2024.06.15.)

34) Jenny Lei Ravelo, "The holdouts on negotiating amendments to the IHR at WHA77", *Devex*, 30 May 2024, <https://www.devex.com/news/the-holdouts-on-negotiating-amendments-to-the-ihr-at-wha77-107709> (검색일: 2024.06.15.)

35) Kerry Cullinan, "Push for International Health Regulation Changes to Be Passed This Week - But Disagreement About Future of Pandemic Agreement Talks", *Health Polish Watch*, 28 May 2024, <https://healthpolicy-watch.news/strong-push-for-international-health-regulations-changes-to-be-passed-this-week/> (검색일: 2024.06.15.)

36) Chloe Searchinger, *supra* note 33.

37) 세계보건기구헌장 제22조.

38) WHA reolution WHA75.12 (28 May 2022), Amedments to the International Health Regulations (2005), p. 3, Annex, article 59: Entry into force; period for rejection or reservations, 1bis.

개월의 거절 또는 유보 기간을 확보했으며, 개정안 발효 기간도 24개월 후에 발효된다. 뉴질랜드는 국내 차원에서 개정안을 충분히 검토할 시간이 확보하기 위해 2022년 개정을 거절한 것이지 이번 2024년 「개정 국제보건규칙」을 거절하겠다는 입장은 아니라고 밝혔다.[39] 지금까지 「개정 국제보건규칙」을 거절한다고 명시적으로 밝힌 국가는 슬로바키아가 유일하다. 많은 국가가 거절 또는 유보할 수 있는 12개월 기간이 있기 때문에 최종 결과는 당분간 계속 지켜봐야 한다.

WHO 회원국은 국제보건규칙 개정 논의와 별개로 2021년 12월 '팬데믹의 예방·대비·대응 강화를 위한 법적 구속력을 가진 협약, 협정 또는 기타 국제법 문서의 초안 작성과 협상을 위한 정부간협상기구'(이하 '정부간협상기구' 또는 'INB)')의 설치를 결정하고 팬데믹 조약의 초안 작성과 협상을 시작했다. 정부간협상기구는 지난 2024년 5월 제77차 세계보건총회에 "WHO 팬데믹 협정을 위한 제안"(Proposal for the WHO Pandemic Agreement)이라는 제목으로 그간 협상의 결과인 초안 문서(이하 '팬데믹 조약 초안')를 제출했으나 제77차 총회에서 결국 채택되지 않았다.[40] 정부간협상기구의 팬데믹 조약 초안은 세계보건기구헌장 제19조의 '법적 구속력 있는 협약'을 염두에 두고 그 형식과 내용에 맞게 작성되었으며, 동시에 제21조의 규칙의 형식도 배제하지 않겠다는 것과 "모든 것이 합의될 때까지 아무것도 합의되지 않는다"라는 원칙에 따라 완전히 열린 방식의 협상을 진행하고 있다.[41]

## Ⅲ. 주요 개정 사항

이번 국제보건규칙의 개정은 지난 2005년 전면개정과 같이 규칙 전체를 재검토하기보다는 코로나19 사건으로 드러난 국제보건규칙의 구체적이고 명확하게 확인된 문제를 해결하는 방향으로 진행됐다. 이하에서는 이번 개정안의 주요 변경 사항을 중심으로 분석하고, 추가로 이번 개정안에 포함되지 못한 주요 개정 요구 사항과 팬데믹 조약과의 조화 문제를 살펴본다.

### 1. 팬데믹위기상황 정의

세계보건기구 사무총장과 언론이 이번 개정을 소개하면서 가장 먼저 언급하는 것

39) Minstry of Health of New Zealand, International Health Regulation amendment updat, News article, 07 June 2024, <https://www.health.govt.nz/news-media/news-items/international-health-regulation-amendment-update> (검색일: 2024.06.15.); Amending the International Health Regulatiosn (2005), <https://www.health.govt.nz/our-work/emergency-management/pandemics/strengthening-global-pandemic-prevention-preparedness-and-response/amending-international-health-regulations-2005> (검색일: 2024.06.15.)

40) WHO document A77/10 (27 May 2024), Intergovernmental Negotiating Body to draft and negotiate a WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response, Report by the Director-General, Seventy-Seven World Health Assembly. Agenda item 13.4, p. 3, Appendix, Proposal for the WHO Pandemic Agreement, Draft text reflecting progress up to Friday 24 May at 12:00 CEST (이하 "Proposal for the WHO Pandemic Agreement (24 May 2024)")

41) *Ibid*, p. 3, Appendix.

이 “팬데믹위기상황”(Pandemic Emergency) 정의의 신규 도입이다.[42] 2020년 1월 30일 세계보건기구가 코로나19 발생에 대응하여 국제보건규칙상 유일한 경보인 국제공중보건위기상황(public health emergency of international concern: PHEIC)을 선언[43]하고 난 이후에도 세간의 관심은 코로나19가 팬데믹인지 여부에 쏠렸다. 세계보건기구는 팬데믹이라는 공식적 단계가 없으므로 이러한 절차를 사용하지 않는다는 견해를 밝히기도 했지만[44] 결국 3월 11일 세계보건기구 사무총장이 언론 브리핑에서 코로나19를 팬데믹으로 규정한다는 공식 발표를 했다.[45] 해당 브리핑에서 사무총장도 지적한 바와 같이 코로나19를 팬데믹으로 표현한다고 해서 이 상황에 대한 세계보건기구의 평가가 바뀌지 않으며, 세계보건기구와 국가가 취해야 할 조치가 달라지지 않지만 그렇다고 ‘팬데믹’ 선언이 무의미한 것은 아니다. 코로나19 검토위원회에 따르면, 세계보건기구가 코로나19를 팬데믹으로 규정하고 나서야 대부분 국가가 여행 제한과 같은 대응 조치를 시행하고 백신 개발 및 배포를 위한 노력을 조율하기 시작했다. 이는 많은 국가에서 국제공중보건위기상황보다 더 높은 수준의 경보와 대응으로 인식됐다.[46]

「개정 국제보건규칙」은 팬데믹위기상황을 감염병(communicable disease)으로 발생한 국제공중보건위기상황이 다음의 4가지 조건을 모두 충족할 경우라고 정의한다.

> (i) 여러 국가로 또는 여러 국가에 걸쳐 지리적으로 광범위하게 확산되거나 또는 확산될 위험이 크고,
> (ii) 해당 국가에서 대응할 수 있는 보건 체계의 역량을 초과하거나 초과할 위험이 크고,
> (iii) 국제교통 및 무역의 혼란을 포함한 상당한 사회적 및/또는 경제적 혼란을 야기하거나 야기할 위험이 크고,
> (iv) 범정부 및 범사회적 접근 방식으로 신속하고 공평하며 강화된 국제적 정부 그리고 전 사회적 접근과 신속하고 공평하며 조율된 국제적 조치가 필요한 경우[47]

국제공중보건위기상황이 (i) 국제적 질병 확산으로 다른 국가에게 공중보건상 위험이 되면서, (ii) 잠정적으로 국제협력 대응이 요구되는 경우로 정의되는 것과 비교해 보면 팬데믹위기상황이 전 세계적인 사태로 더 높은 수준의 위험 가능성과 사회적·경제적 혼란 등을 요건으로 한다는 것을 알수 있다. 그렇다고 팬데믹위기상황의 신규 도입으로 국제보건규칙의 작동 방식이 추가되진 않았다. 「개정 규칙」에 정의한 바와 같이 팬데믹위기상황은 특별한 국제공중보건위기상황이며, 결과적으로 기존과 동일하게 국제공중보건위기상황에 따른 절차가 작동한다.

---

42) 「개정 국제보건규칙」 제1조 제1항.
43) WHO, “Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)”, 30 January 2020. 국제공중보건위기상황 개념은 2005년 전면 개정시에 처음 도입됐다.
44) “WHO says no longer uses “pandemic” category, but virus still emergency”, *Reuters*, February 24, 2020.
45) WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19, 11 March 2020, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (검색일: 2024.06.15.)
46) Report of the Review Committee, para. 78.
47) 「개정 국제보건규칙」 제1조 제1항.

「개정 규칙」은 국제공중보건위기상황의 경우와 마찬가지로 팬데믹위기상황을 결정할 권한을 사무총장에게 부여한다.[48] 규칙 개정안은 팬데믹위기상황을 특정 조건을 갖춘 국제공중보건위기상황으로 정의함으로써 기존의 국제공중보건위기상황의 접근 방식을 그대로 공식화하고, 적절한 경우 팬데믹위기상황을 결정할 수 있도록 했다. 규범화의 측면에서는 새롭다고 볼 수 있지만, 이 역시 실질적인 내용에 있어서는 크게 달라진 것이 없다. 2005년 국제보건규칙이 개정된 이후 사무총장은 이미 2009년 신종인플루엔자 사건과 이번 코로나19 사건에서 팬데믹을 선언한 바 있고, 사무총장이 이처럼 국제보건규칙 규정에 없는 팬데믹을 선언하는 행위 자체를 문제 삼은 국가는 없었다. 오히려 팬데믹을 선언하지 않거나 너무 일찍, 또는 너무 늦게 선언한 것을 비판했다. 따라서 사무총장이 팬데믹위기상황의 결정 권한에 대한 법적 근거를 마련하는 것이 팬데믹위기상황 도입의 핵심 가치라고 보기는 어렵다.

팬데믹위기상황의 명문화가 가질 수 있는 또 다른 입법적 가치는 감염병 위기상황에 대한 단계적 접근이 가능한가에 있다. 기존의 국제보건규칙은 경보 체계가 중간 단계 없이 오로지 국제공중보건위기상황 한 단계뿐이었다. 이 때문에 질병의 위험 수준에 비례하여 적시에 점진적으로 대응하기 위해서는 중간 단계의 경보가 필요하다는 주장이 계속 제기됐다.[49] 그러나 「개정 국제보건규칙」은 팬데믹위기상황을 조문화하면서 보건 위기상황의 단계적 접근을 채용하지 않고, 사무총장이 국제공중보건위기상황을 특정한 경우에는 팬데믹위기상황으로 결정할 수 있다고 규정했을 뿐이다.[50] 즉, 팬데믹위기상황을 국제공중보건위기상황의 상위 단계로 설정한 것이 아니라 국제공중보건위기상황 중 특별히 심각한 상황으로 설정했다.

정리하면, 「개정 규칙」에 따른 팬데믹위기상황의 결정은 국제보건규칙의 기존 작동 방식을 변경하거나, 사무총장의 권한을 추가로 강화하지 않으며 당사국에 팬데믹과 관련하여 새로운 의무를 부과하지도 않는다. 기존의 국제공중보건위기상황의 결정과 마찬가지로 팬데믹위기상황을 결정하면 사무총장은 법적 구속력 없는 임시 권고를 당사국에 발표하여 팬데믹위기상황을 대비·대응하도록 안내할 것이다.

이렇듯 팬데믹위기상황이 기존의 규칙 운영에 실질적 변화를 가져오지 못하지만, 팬데믹위기상황은 국제보건규칙에 이 용어가 '명시적으로 규정'됐다는 사실만으로 큰 의의를 갖는다. 감염병에 의한 국제적보건위기상황에서 '팬데믹위기상황'의 결정 그 자체가 세계보건기구와 국가의 신속하고 적절한 보건 조치를 발동시키고 국제협력을 강화시킬 일종의 강력한 동력이 될 것으로 기대되기 때문이다. 이러한 효과는 2009년 신종인플루엔자 사건과 코로나19 사건에서 팬데믹을 선언했을 때 경험한 바 있다. 또한 국제보건규칙이 팬데믹위기상황을 명시함으로써 협상 중인 팬데믹 조약과 상호 연결이 더욱 확실해졌다. 아직까지 팬데믹 조약 초안에는 '팬데믹' 용어의 정의가 없으므로 국제보건규칙의 정의 규정은 팬데믹 조약의 협상에서 반드시 참고해야 할 사항이 됐으며, 팬데믹 조약 체결 이후에는 조약의 해석에 중요한 기준이 될 것이다. 특히 팬데믹 조약 적용의 시기적 구분이 되는 팬데믹 기간 및 팬데믹과 팬데

48) 「개정 국제보건규칙」 제12조 제1항.

49) 2016년에 「에볼라 발생 및 대응에서 국제보건규칙(2005)의 역할에 관한 검토위원회」가 중간 단계의 경보 도입을 이미 권고한 바 있다. WHO document A6/21 (13 May 2016), Report of the Review Committee on the Role of the International Health Regulations (2005) in the Ebola Outbreak and Response, p. 64.

50) 「개정 국제보건규칙」 제4조bis.

믹 사이의 기간[51]을 정하는 기준 역시 국제보건규칙에 따른 팬데믹위기상황 결정에 따라 정해질 것이다.

## 2. 형평과 연대의 증진

2005년 개정된 국제보건규칙에는 저소득 국가가 핵심 공중보건 역량 구축 및 유지와 같은 새로운 국제보건규칙 의무를 이행할 수 있도록 재정 지원을 제공하도록 하는 관련 규정이 없다. 마찬가지로 국제공중보건위기상황 결정 시 저소득 국가가 의약품 및 백신과 같은 보건 제품을 적시에 접근할 수 있도록 지원하는 조문이 없다. 저소득 국가들은 이번 개정 협상으로 국제보건규칙의 형평 강화를 기대했다.

앞서 다룬 팬데믹위기상황보다 이번 개정에서 더 중요한 변화는 형평과 연대(equity and solidarity)의 증진을 조문화한 것이다. 형평과 연대의 증진은 「개정 국제보건규칙」의 원칙 조항인 제3조에 인권 보호의 원칙과 함께 명시됐다.[52] 제3조는 국제보건규칙의 해석과 이에 근거한 이행의 기본적 지침을 제공하는 중요한 규정이다.

「개정 국제보건규칙」에서 형평과 연대의 원칙은 크게 두 가지 방식으로 실현된다. 하나는 팬데믹위기상황을 포함한 국제공중보건위기상황 대응에 필요한 관련 보건 제품에 대한 접근성을 보장하는 것이고, 다른 하나는 특히 개발도상국의 필요에 중점을 두고, 당사국의 규칙 이행을 지원하기 위한 재원 조달을 위한 협력을 의무화한 것이다. 협력, 지원, 재원 조달은 「개정 규칙」의 준수 메커니즘이 중점을 두는 사안이기도 하다.

### (1) 보건 제품의 접근성 보장

'관련 보건 제품에 대한 공평한 접근을 포함한 공중보건 대응'을 규정한 제13조는 당사국과 이해관계자의 가장 큰 관심을 받았다.[53] 「개정 규칙」에 따르면 '관련 보건 제품'(relevant health products)은 의약품, 백신, 진단 의료기기, 벡터 제어(vector control) 제품, 개인 보호 장비, 오염 제거 제품, 보조 제품, 해독제, 세포 및 유전자 기반 치료법, 기타 보건 기술 등 팬데믹위기상황을 포함한 국제공중보건위기상황의 대응에 필요한 보건 제품을 의미한다.[54]

「개정 규칙」 제13조는 세계보건기구와 당사국의 의무를 각각 규정하는데, 먼저 세계보건기구는 팬데믹위기상황을 포함한 국제공중보건위기상황을 결정한 후 그 기간 당사국을 지원하고 국제적 대응 활동을 조정할 의무가 있으며,[55] 또한 그 기간 당사국이 관련 보건 제품에 대해 적시에 공평하게(equitable) 접근할 수 있도록 촉진하고 장벽을 제거하기 위해 노력해야 할 의무가 있다.[56] 이를 위해 구체적으로 사무총장

---

51) Proposal for the WHO Pandemic Agreement, article 2, para. 2.
52) 「개정 국제보건규칙」 제3조 제1항.
53) Kerry Cullinan, *supra* note 35.
54) 「개정 국제보건규칙」 제1조. 팬데믹 조약 초안에도 "팬데믹 관련 보건 제품" 용어 정의 규정이 포함되어 있다. Proposal for the WHO Pandemic Agreement (24 May 2024), article 2. "pandemic-related health products"
55) 「개정 국제보건규칙」 제13조 제7항.
56) 「개정 국제보건규칙」 제13조 제8항.

은 공중보건 필요와 대응을 위한 관련 보건 제품의 가용성(경제성 포함) 및 접근성에 대한 평가를 수행해야 하고,[57] 세계보건기구가 조정하는 메커니즘을 활용하거나 당사국과 협의하여 필요에 따라 그 설립을 촉진하며, 공중보건 필요에 따라 관련 보건 제품에 대한 적시에 공평한 접근을 촉진하는 다른 할당 및 분배 메커니즘 및 네트워크와 적절히 협력해야 한다.[58] 사무총장은 또한 당사국의 요청이 있는 경우, 세계보건기구 조정 및 기타 네트워크와 메커니즘으로 관련 보건 제품의 생산을 확대하고 지리적으로 다양화할 수 있도록 당사국을 지원해야 한다.[59] 이러한 형평 조항은 그러나 실제 내용을 보면, 보건 제품 제조의 규모와 지리적 다양성을 확대하려는 국가를 지원하는 등 세계보건기구가 이미 관여하고 있는 사안을 '의무'로 규정한 것이다. 제13조는 또한 보건 제품의 접근성을 높이기 위해, 당사국이 관련 보건 제품의 서류(product dossier)를 요청하는 경우, 제조업체가 공유에 동의한 경우에 한하여, 요청을 받은 후 30일 안에 제조업체가 제공한 서류를 공유하도록 의무를 부과한다.[60] 관련 서류의 제공은 해당 국가가 관련 보건 제품을 평가하고 승인하는 데 도움을 주기 위함이다.

다음으로 제13조에 규정된 당사국의 의무를 살펴보면, 세계보건기구의 요청이 있는 경우, 당사국은 가능한 범위 내에서 세계보건기구가 조정하는 대응 활동에 지원을 제공해야 할 의무가 있는데,[61] 이번 개정으로 공중보건 대응 의무가 추가됐다. 당사국은 다른 당사국 또는 세계보건기구의 요청에 따라, "관련 법률 및 가용 자원에 따라" 서로 협력하고 지원하며 세계보건기구의 조정된 대응 활동을 지원할 의무가 있다.[62] 이러한 지원 의무에는 팬데믹위기상황을 포함한 국제공중보건위기상황에 대응하기 위한 관련 보건 제품에 대한 공평한 접근을 촉진하기 위해 각 관할권에서 활동하는 관련 이해관계자와 협력하고 장려하는 것[63]과 공평한 접근을 촉진하는 것과 관련된 관련 보건 제품에 대한 연구 개발 계약의 관련 조항을 적절히 공개하는 것이다.[64] 「개정 규칙」 제13조는 당사국의 의무 부담과 주권 침해 가능성을 낮추기 위해 당사국이 "가능한 범위 내에서(to the extent possible)", "관련 법률 및 가용 자원에 따라(subject to applicable law and available resources)" 의무를 이행하도록 규정하여 보건 제품 접근성 보장을 위한 취약하고 허점 많은, 절차 중심의 완화된 의무를 규정했다.

57) 「개정 국제보건규칙」 제13조 제8항 (a)호.
58) 「개정 국제보건규칙」 제13조 제8항 (b)호. 이 외에도 사무총장은 당사국의 요청이 있으면, 그리고 적절한 경우, 제8항 (c)호에 따라 관련 세계보건기구 조정 및 기타 네트워크와 메커니즘으로, 양질의 안전하고 효과적인 관련 보건 제품의 연구 개발을 촉진하고 현지 생산을 강화하며 이 조항의 완전한 이행과 관련된 기타 조치를 촉진하기 위해 당사국을 지원해야 한다. 「개정 국제보건규칙」 제13조 제8항 (e)호.
59) 「개정 국제보건규칙」 제13조 제8항 (c)호.
60) 「개정 국제보건규칙」 제13조 제8항 (d)호.
61) 「개정 국제보건규칙」 제13조 제5항.
62) 「개정 국제보건규칙」 제13조 제9항.
63) 「개정 국제보건규칙」 제13조 제9항 (b)호.
64) 「개정 국제보건규칙」 제13조 제9항 (c)호.

### (2) 재원 조달 의무와 조정 재정 메커니즘 구축

국제보건규칙의 개정 요구 사항 중 개발도상국이 특히 강력히 주장한 재원 조달 및 지원에 관한 내용은 기존 규칙의 “제44조 협력과 지원”에 포섭되어 “제44조 협력, 지원 및 재원 조달(Collaboration and, assistance and financing)”이라는 조문제목 아래 규정됐다. 재원 조달과 지원 문제는 코로나19 팬데믹 기간에 국제보건규칙이 실패한 핵심 이유 중 하나로 지목됐다.

「개정 규칙」 제44조는 부속서1[65]에 명시된 핵심 역량을 발전, 강화 및 유지하도록 지원하고 개발도상국의 필요를 해결하는 데 특히 중점을 두고 재원 조달에 관한 새로운 조항으로 형평과 연대의 원칙을 실현한다.[66] 세계보건기구도 당사국의 요청이 있으면 가능한 범위에서 당사국과 협력하고 지원해야 하며, 여기에는 개정 조항 제13조 제8항에 따라 관련 보건 제품에 대한 접근의 촉진도 포함된다.[67]

「개정 규칙」 제44조 역시 제13조의 보건 제품 접근성 보장과 유사하게, 당사국이 “가능한 범위에서” 의무를 이행하며, “관련 법률 및 가용 자원”을 고려하여 필요한 경우 국내 재원을 유지 또는 증액해야 하고, “적절한 경우(as appropriate)” 규칙의 이행을 지원하기 위한 지속가능한 재원 조달을 강화하기 위해 국제 협력 및 지원을 포함한 협력을 하도록 규정함으로써 당사국의 의무 이행 부담을 낮췄다.[68] 또한, 기존 국제보건규칙과 마찬가지로 「개정 규칙」은 고소득 국가가 저소득 국가에 보건 제품에 대한 공평한 접근이나 국제보건규칙 이행을 위한 재원을 제공할 것을 요구하지 않는다. 이러한 결과는 고소득 국가와 저소득 국가의 이해관계가 대립하는 사안에서 국가들이 찾은 최대공약수를 반영한 것이다.[69]

이번 개정에는 특히 개발도상국의 규칙 이행을 지원하기 위한 재원 제공과 가용성 촉진을 위한 「조정 재정 메커니즘(Coordinating Financial Mechanism)」의 설치도 포함됐다.[70] 「조정 재정 메커니즘」은 (i) 당사국의 핵심 역량을 발전, 강화, 유지하기 위해 시기적절하고 예측 가능하며 지속가능한 재원 조달을 촉진하고, (ii) 당사국, 특히 개발도상국의 필요와 우선순위를 위한 재원 조달의 가용성을 극대화하기 위해 노력해야 하며, (iii) 신규 및 추가 재원을 동원 및 기존 재원 수단(financing instruments)의 효율적 활용을 높이기 위해 노력해야 한다.[71] 이러한 목적 달성을 위해 「조정 재정 메커니즘」은 당사국의 요청이 있는 경우 국가의 필요와 재원 제공(funding) 간 격차를 분석하고, 현존하는 재원 수단 간 조정 등을 촉진하고, 이행 지

65) ‘핵심 역량’에 관한 부속서1은 예방, 탐지, 대비, 평가, 통고 및 보고하는 핵심 역량(규칙 제5조 제1항 참고)의 세부 사항을 재협상했다. 개정 사항에는 사전 통제 조치를 즉시 시행하고(부속서1, A. 1(c)), 질병의 국내 및 국제적 확산을 방지하기 위한 통제 조치를 신속하게 결정하며(부속서1, A. 2(c)), 허위정보(disinformation)와 오보(misinformation)에 대처하는 등 위험 커뮤니케이션 역량(부속서1, A. 3(a bis))과 국가 및 지역 차원의 조율 역량(부속서1, A. 3(m bis))이 새롭게 포함됐다. 이 외에도 감시, 보건 서비스 및 보건 제품에 대한 접근도 추가됐다(부속서1, A. 2(c)).
66) 「개정 국제보건규칙」 제44조 제1항 (c)호.
67) 「개정 국제보건규칙」 제44조 제2항 (d)호.
68) 「개정 국제보건규칙」 제44조 제2항bis.
69) David P. Fidler, *supra* note 7.
70) 「개정 국제보건규칙」 제44조bis.
71) 「개정 국제보건규칙」 제44조bis 제1항.

원에 활용할 수 있는 모든 재원 조달 출처를 파악하여 당사국에 이 정보를 제공해야 한다. 또한 당사국의 핵심 역량 발전, 강화, 유지를 위해 당사국을 지원하는 기구 및 기타 단체를 위한 자발적 금전적 기부를 활용해야 한다.[72] 「조정 재정 메커니즘」의 운영지침(terms of reference)과 운영 양식은 아래에서 설명할 당사국 이행 위원회의 첫 회의에서 합의로 결정할 예정이다.[73]

## 3. 당사국 이행 강화

이번 개정에는 국제보건규칙의 준수와 이행을 강화하기 위한 두 가지 새로운 장치가 도입됐다. 세계보건기구 차원에서는 국제보건규칙 당사국 이행 위원회를 설치하여 당사국의 국제보건규칙 이행을 평가하고 지원하며 국내적 차원에서는 「국가 IHR 당국」(National IHR Authority)을 지정하도록 하여 각국의 국내 이행 상황을 감시할 체계를 만들었다.

### (1) 국제보건규칙 당사국 이행 위원회 설치

코로나19 사건 이전부터 국제 보건 전문가들은 당사국 회의 등으로 국제보건규칙을 주기적으로 검토하면 규칙의 이행을 강화할 수 있다고 분석했다.[74] 「코로나19 팬데믹 준비대응 독립패널(IPPR)」은 유엔 총회와 세계보건총회에 정기적으로 보고하는 고위급 글로벌 보건 위협 위원회의 설치를 제시하기도 했다.[75] 사실 이번 개정 이전에도 국제보건규칙을 정기적으로 검토하는 절차가 있었을 뿐만 아니라 대규모 발병이 발생한 경우에도 해당 사안만을 위한 검토 절차가 있었다. 국제보건규칙 제54조에 근거해 세계보건기구 사무국이 운영하는 '당사국 연례 자체 평가 보고(IHR States Parties Self-Assessment Annual Report: SPAR)' 제도가 대표적이다.[76] 또한 코로나19 사건과 같이 국제적 공중보건 위험 발생에 대해서는 해당 사건 발생 후 국제보건규칙을 분석하는 검토위원회도 있다.[77] 외부 평가로는 글로벌보건안보구상(Global Health Security Agenda: GHSA)과 세계보건기구가 공동으로 개발하고 운영하는 합동외부평가도구(Joint External Evaluation Tool: JEE tool)도 있다.[78] 그러나 이러한 노력에도 국제보건규칙(2005)가 채택된지 약 20년이 지난 지금도 당사국 전체 역량을 기준으로 국제보건규칙이 요구하는 보건 역량에 약 65% 정도만 달성했다.[79]

---

72) 「개정 국제보건규칙」 제44조bis 제2항.
73) 「개정 국제보건규칙」 제54조 제4항.
74) Rebecca Katz, "Pandemic policy can learn from arms control", *Nature*, Vol. 575, 14 November 2019, p. 259.
75) IPPR, *COVID-19: Make it the Last Pandemic*, p. 57, <https://theindependentpanel.org/wp-content/uploads/2021/05/COVID-19-Make-it-the-Last-Pandemic_final.pdf> (검색일: 2024.06.15.)
76) WHO SPAR, <https://extranet.who.int/sph/spar>; e-SPAR Platform: <https://extranet.who.int/e-spar/> (검색일: 2024.06.15.)
77) 「개정 국제보건규칙」 제50조 제1항.
78) WHO, Joint External Evaluation Tool: International Health Regulations (2005), second edition, 2018.
79) WHO, <https://extranet.who.int/sph/spar/analytics> (검색일: 2024.06.15.)

이번 개정에서는 기존의 경험과 이행 강화 요구를 바탕으로 「당사국 이행 위원회(States Parties Committee for the Implementation of the IHR(2005))」를 설치했다. 당사국 이행 위원회는 「개정 규칙」, 당사국의 협력 의무와 재원 조달 의무(규칙 제44조 및 제44조bis)의 효과적인 이행을 촉진하는 것을 목적으로 한다.[80] 위원회는 독립 전문가가 아닌 당사국으로 구성되며, 최소 2년에 한 번 회의를 개최한다.[81] 위원회는 "본질적으로 촉진적이고 자문적 성격"으로 "비적대적, 비징벌적, 지원적, 투명한" 방식으로 운영하고 "학습, 모범 사례 교환 및 협력"을 촉진 및 지원하는 역할을 수행한다. 위원회는 기술적 제언을 위해 소위원회를 구성할 수 있는데, 이행 위원회와 소위원회 업무 수행 방식을 포함한 운영 규칙은 제1차 회의에서 합의로 결정할 예정이다.[82] 이러한 방식은 지역수산관리기구(Regional Fisheries Management Organisation: RFMO)의 준수위원회(compliance committees)와 유사하다.[83] 이 위원회는 기술 자문을 받을 소위원회 설치를 통해 전문성을 어느 정도 확보하고 있어,[84] 이 위원회의 운영 경험은 「개정 규칙」 당사국 이행 위원회의 운영에 좋은 사례가 되는 만큼 참고할 필요가 있다.

당사국 이행 위원회가 규칙의 이행을 강화하지 못할 것이라는 회의적인 시각도 존재한다.[85] 그러나 이번 개정으로 제도는 이미 정해졌고, 이제 당사국 이행 위원회 제도를 최대한 활용하여 「개정 규칙」의 더 나은 이행과 준수를 도모할 방안을 모색해야 한다.

### (2) 국가 IHR 당국 설치

당사국 이행 강화를 위한 국제보건규칙의 메커니즘은 국내 수준에서도 변화가 있다. 「개정 규칙」에 따라 각 당사국이 국내법에 따라 국내 관할권 내에서 국제보건규칙의 이행을 조정할 「국가 IHR 당국(National IHR Authority)」을 새롭게 지정해야 한다. 개정 전 국제보건규칙은 이미 당사국이 「IHR 국가연락기관(National IHR Focal Point)」과 책임당국(the authorities responsible)을 지정 또는 설치할 것을 규정했었다.[86] 따라서 「개정 규칙」 당사국은 규칙의 이행을 위해 「국가 IHR 당국」 및 「IHR 국가연락기관」과 책임당국을 지정 및 설치해야 한다. 이때 당사국은 "국내법과 국내 상황에 맞춰" 「국가 IHR 당국」 및 「IHR 국가연락기관」을 각각 설치할 수도 있고, 기관 하나로 「국가 IHR 당국」 및 「IHR 국가연락기관」의 역할을 동시에 수행할 수도 있다.[87]

---

80) 「개정 국제보건규칙」 제54조bis 제1항.
81) 「개정 국제보건규칙」 제54조bis.
82) 「개정 국제보건규칙」 제54조bis 제2항.
83) Caroline Foster, "Compliance and Accountability Mechanisms in the 2024 Revisions to the WHO International Health Regulations (2005)", *EJIL:Talk!*, 21 June 2024.
84) Terje Løbach *et al.*. Regional fisheries management organizations and advisory bodies.Activities and developments, 2000 - 2017. *FAO Fisheries and Aquaculture Technical Paper No. 651*, FAO, 2021.
85) David P. Fidler, *supra* note 7. 그 예로 유엔 기후변화협약과 생물다양성협약의 당사국 총회를 언급했다.
86) 「국제보건규칙(2005)」, 제4조 제1항.
87) 「개정 국제보건규칙」 제4조 제1항.

국제보건규칙이 당사국에 국제법상 구속력이 있는 것과 별개로, 당사국이 규칙을 이행하기 위해 어떻게 국내적으로 실행할지는 국내 주권 사항이다. 그럼에도 이번 개정에서 「국가 IHR 당국」을 추가로 지정한 것은 2005년 국제보건규칙이 전면 개정된지 거의 20년이 지났음에도 불구하고 그간 규칙이 잘 이행되지 못했던 현실을 반영했다고 볼 수 있다. 그러나 새로운 「국가 IHR 당국」의 설치가 규칙의 이행에 변화를 불러올 지는 아직 미지수다. 기존의 「IHR 국가연락기관」을 원활히 운영한 선진국의 경우는 「개정 규칙」에 의해 추가 의무 부담이나 국내 이행의 변화는 크게 없을 것으로 예상된다. 반면, 자원의 부족으로 국내 이행에 어려움을 겪었던 국가의 경우에는 새로운 국가 당국의 설치 의무는 이행하지 못할 의무가 하나 더 추가된 것이나 마찬가지라고 봐도 무방하다. 더 본질적으로 그간 국제보건규칙이 잘 이행되지 않았던 것은 당사국에 국제보건규칙 의무를 이행할 책임 당국이 없었기 때문이 아니라, 주로는 복잡한 정치적 결정과 특히 저소득 국가의 경우 규칙 이행을 위한 자원의 부족이 원인이었다는 점에서 「국가 IHR 당국」의 설치로 「개정 규칙」의 이행이 강화될 것이라는 기대는 크지 않다.

[국제보건규칙 주요 개정 사항][88]

| 분류 | 개정 내용 |
|---|---|
| 보건 위기상황 정의 | • 팬데믹위기상황 정의 및 WHO 사무총장이 선언할 수 있는 국제공중보건위기상황의 한 유형으로 '팬데믹위기상황' 추가 |
| 보건 제품 | • '관련 보건 제품'(의약품, 백신, 진단 의료기기 기타 대응책)을 명시적으로 규정하고 의무화함<br>- WHO가 글로벌 및 지역 보건 제품 할당 및 분배 메커니즘과의 조정으로 "공평한 접근을 촉진"하도록 요구<br>- PHEIC 기간 사무총장이 "공중보건 대응을 위한 관련 보건 제품의 가용성과 경제성"을 주기적으로 평가하도록 요구<br>- WHO가 지역 보건 제품의 연구, 개발 및 생산을 공유하고 강화하기 위한 지역/글로벌 메커니즘을 지원하도록 요구<br>- 각국이 생산을 확대하고 다양화할 수 있도록 지원하고, 요청이 있고 제조업체가 동의하면 정보를 공유하도록 요구<br>- 당사국은 "관련 이해관계자"와의 참여로 가능한 범위 내에서 보건 제품 가격, 연구 개발 노력 및 기타 주요 정보에 대한 정보를 제공하는 등 WHO의 보건 제품 관련 조치를 이행하는 데 있어 WHO를 지원하도록 요구 |
| 재원 조달 | • "신규 및 추가 재정" 동원, "시기적절하고 예측 가능하며 지속가능한 재원 조달" 촉진, "기존 재원 조달 수단의 조화, 일관성 및 조정" 지원 등의 목표를 가진 IHR 산하 "조정 재정 메커니즘"을 구축<br>• 조정 재정 메커니즘의 임무: 예를 들어 수요 및 재원 격차 분석을 수행, 재원 조달 메커니즘에 대한 정보 제공, IHR 역량 강화를 지원하는 조직 및 기타 단체를 위한 "자발적 금전적 기여"를 활용하여 당사국의 핵심 역량 이행을 지원 |

88) 이 표는 미국의 보건정책 주요 기관인 KFF(https://www.kff.org)의 자료를 활용했으며, 필자가 그 내용을 보완 및 수정하여 작성함. 표의 원자료 출처: <https://datawrapper.dwcdn.net/fDdtH/800px.png> (검색일: 2024.06.15.)

| | |
|---|---|
| | • 조정 재정 메커니즘은 세계보건총회의 권한과 지도하에 기능함 |
| 이행과 준수 | • 당사국이 국가 내 IHR 이행을 조정할 책임이 있는 “IHR당국”을 설치하도록 요구(이미 설치된 IHR국가연락기관에 추가, IHR당국과 IHR국가연락기관이 동일 기관일 수 있음)<br>• IHR의 이행을 촉진 및 감독하고 준수를 촉진하기 위한 ‘당사국 위원회’ 설치<br>• 당사국 위원회는 “비적대적, 비징벌적, 지원적, 투명한” 방식으로 “본질적으로 촉진적이고 자문적 성격의 위원회”임<br>- 모든 당사국 대표로 구성, 최소 2년에 한 번 이상 회의 개최<br>- 당사국 간의 “학습, 모범 사례 교환 및 협력”을 촉진 및 지원 |

## 4. 개정의 한계

### (1) 불확실한 개념과 완화된 의무

앞서 검토한 바와 같이 개정 사항의 실제 내용을 들여다보면 과연 이번 개정으로 팬데믹을 포함한 국제공중보건위기상황에 얼마나 효과적으로 대응할 수 있을지 의구심이 들 수 있다. 그럼에도 지난 2년간 세계보건기구와 당사국으로 구성된 개정 실무그룹의 지난한 노력으로 이만큼의 협상 결과를 얻어낸 것으로도 충분히 환영할 가치가 있다. 이제 당사국과 관련 이해관계자가 공통의 이해를 갖고 가능한 한 빨리 「개정 국제보건규칙」의 실현 가능성을 검증하는 과정이 필요하다. 그 과정에서 「개정 규칙」의 불확실성을 초래할 수 있는 몇 가지 주요 우려 사항을 특히 유의해야 한다. 첫 번째, 개념 정의의 불확실성이다. ‘팬데믹위기상황을 포함한 국제공중보건위기상황’, ‘보건 제품’(‘관련 보건 제품’ 포함)에 대한 언급이 지나치게 모호하다는 점이다. 특히, ‘팬데믹위기상황’에서 확인하는 ‘팬데믹’ 정의가 매우 모호하다. 「개정 규칙」의 핵심 개념의 모호함은 규칙을 이행하고 준수해야 하는 당사국과 직접적인 영향을 받는 보건 산업 업계에 혼란을 줄 수 있다. 이러한 개념적 불확실성이 세계보건기구와 당사국의 실행으로 얼마나 해소될 수 있을지 지켜봐야 한다. 특히 7월에 재개될 팬데믹 조약 협상에서도 팬데믹, 보건 제품 등이 어떻게 논의되는지 주목해 볼 필요가 있다.

두 번째, ‘팬데믹위기상황을 포함한 국제공중보건위기상황’을 결정하고 권고하는 의사 결정 과정이 과학과 증거에 기반한 기준에 따라야 하는데 기존 규칙과 마찬가지로 「개정 규칙」에서 이 부분이 개선되지 않아 여전히 관련 기관의 재량적 판단에 대한 우려가 남아있다. WHO 사무총장은 국제공중보건위기상황을 결정하고 이에 필요한 비구속적 임시 권고를 할 때 긴급위원회의 의견을 구해야 하기 때문에[89] 긴급위원회의 전문성, 독립성, 결정 과정의 투명성 확보가 무엇보다 중요하다. 이를 위해 긴급위원회의 절차 공개나[90] 임시 기관인 긴급위원회의 상설화 같은 안이 제시됐지만[91] 이번 개정에는 포함되지 못했다.

89) 「개정 국제보건규칙」 제12조 제2항, 제15조, 제49조.

90) Mark Eccleston-Turner, Adam Kamradt-Scott, “Transparency in IHR emergency committee decision making: the case for reform”, *BMJ Global Health*, Vol. 4, Issue 2, April 2019.

세 번째는 완화된 의무로 인한 당사국의 의무 이행의 불확실성이다. 「개정 규칙」에 추가된 조문 중 당사국에게 새로운 의무를 부과하는 조항에는 의무를 완화해 주는 표현이 거의 함께 들어있다. 예를 들어, 제44조의 관련 보건 제품의 접근성 보장과 재원 마련을 위한 협력 조항에는 “관련 법률 및 가용 자원에 따라”, “(당사국이) 가능한 범위에서”, “적절한 경우”와 같은 문구가 등장한다. 이러한 문구의 삽입으로 당사국의 의무를 완화하면 국제보건규칙 개정의 합의를 이끌어내고 채택 후 거절과 유보를 줄이는 긍정적 효과가 기대되는 반면, 규칙의 자의적 해석이나 미이행의 정당한 근거로 이용되어 개정의 취지와 목적 달성이 약화될 수 있다는 우려도 공존한다. 이들 조항의 불확실성으로 인해 자칫 「개정 규칙」이 개별 국가의 이익에만 부합하는 방식으로 적용되고 해석되는 것을 피하기 위해서는 세계보건기구와 당사국이 명확한 과학적, 사실적 증거를 기반으로 규칙을 준수하고 이행하는 과정이 필요하다.

### (2) 불발된 제안

코로나19 사건을 비롯하여 국제공중보건위기상황이 선언될 때마다 꾸준히 문제점이 제기되었으나 「개정 규칙」에 포함되지 못한 주요 개정 요구 사항을 몇 가지를 살펴보면, 예를 들어, 국제공중보건위기상황 이전의 중간 단계의 경보가 필요하다는 주장에 따라 2024년 4월 의장단 제안서도 포함되었던 ‘조기 행동 경보(early action alert)’는 결국 최종 협상안에서 삭제됐다.[92]

좀 더 강력한 규칙 준수 메커니즘의 도입도 채택되지 못했다. 미국은 초기 개정안에서 규칙 준수위원회(compliance committee)를 제안했지만[93] 2022년 국제보건규칙 개정 당시 세계보건총회에서 받아들여지지 않았다. 대신 「개정 규칙」에는 준수위원회보다 덜 강제적인 「당사국 이행 위원회」가 도입됐다. 국제보건규칙의 감시 및 평가 시스템을 지속적으로 개발, 실행하는 것은 세계보건기구의 책임이다. 세계보건기구는 최근 “Universal Health Preparedness Review (보편적 보건 대비 검토: UHPR)” 메커니즘을 개발하여 시범 운영 중이다.[94] 2023년 10월 30일에 발표된 팬데

91) Suerie Moon *et al.*, “Will Ebola change the game? Ten essential reforms before the next pandemic. The report of the Harvard-LSHTM Independent Panel on the Global Response to Ebola”, *The Lancet*, Vol. 386, November 28, 2015, pp. 2204-2221.

92) WHO document A/WGIHR/8, Proposed Bureau's text for Eighth WGIHR Meeting, 22-26 April 2024, 17 April 2024, Working Group on Amendments to the International Health Regulations (2005) (WGIHR), <https://apps.who.int/gb/wgihr/pdf_files/wgihr8/WGIHR8_Proposed_Bureau_text-en.pdf> (검색일: 2024.06.15.), “Article 1 Definitions "early action alert" means information and non-binding advice issued by the Director-General to States Parties on an event which, at the time of the consideration pursuant to paragraph 4 of Article 12, he or she has determined does not constitute a public health emergency of international concern.”

93) WHO document A75/18 (12 April 2022), p. 11, New Chapter IV (article 53 bis-quarter): The Compliance Committee.

94) WHO, Technical Advisory Group (TAG) for Universal Health and Preparedness Review (UHPR), <https://www.who.int/groups/technical-advisory-group-for-universal-health-and-preparedness-review> (검색일: 2024.06.15.). 2020년 11월, WHO 사무총장이 UHPR의 자발적 시범 단계의 출범을 발표한 후, 2021년 12월부터 2023년 5월 사이에 5개국(중앙아프리카공화국, 이라크, 포르투갈, 태국 및 명시되지 않은 1개국)에서 UHPR의 국가 검토 단계의 자발적 시범 사업이 완료됐다. 2024년 1월 제154차 집행이사회에서 WHO 회원국들이

믹 조약 초안에 UHPR이 조문화됐으나[95] 최근 초안에는 삭제됐다. 「개정 규칙」이 채택되기 전까지 개정실무그룹도 팬데믹 조약 체결을 위한 정부간협상기구(INB)와 마찬가지로 UHPR의 설치 제안을 논의했었다.[96] 결국 「개정 규칙」에는 UHPR이 도입되지 않았지만, 팬데믹 조약의 협상은 여전히 진행중이므로 UHPR 제도는 협상 과정에서 계속 논의될 것이다. 만약 팬데믹 조약 초안에 UHPR 제도가 도입된다면, UHPR 제도의 특성상 「개정 규칙」의 이행도 팬데믹 조약의 UHPR에서 같이 다뤄질 가능성이 크다.

보건 위기상황 시에 의무적 보건 조치 또는 제한 조치를 부과하는 것과 관련된 제안도 포함되지 못했다. 이는 세계보건기구가 국가에 어떠한 보건 조치도 부과할 수 없다는 점을 강조한 결과이다. 코로나19 확산을 지연시키기 위해 격리 전략을 사용한 아시아 태평양 지역 국가의 경험을 반영하여 백신 및 기타 개입을 시행할 시간을 확보해야 한다고 주장도 있다.[97] 그러나 이러한 의무적 보건 조치는 국가 주권을 상당히 제한할 수 있어 당사국의 합의를 구하기 어렵다. 이 외에도 동물에서 비롯된 인수공통전염병 확산 방지, 과학 데이터 및 표본의 공유 강화 등이 개정된 국제보건규칙에 포함되지 못했다.

## 5. 팬데믹 조약에 남겨진 과제

국제보건규칙 개정과 팬데믹 조약 협상 과정 모두 세계보건기구의 주도하에 동시에 진행됐다. 국제보건규칙과 팬데믹 조약 둘다 감염병 발생 및 팬데믹과 같은 보건 위기상황의 위협에 대처하기 위해 글로벌 역량과 국제 협력 강화라는 동일한 기본 사안에 초점을 둔다. 국제보건규칙은 “국제교통에 대한 불필요한 방해를 피하면서 국제적인 질병 확산을 예방·대비·방어·관리·대응(prevent, prepare for, protect against, control)하는 것”이며, 팬데믹 조약의 최신 초안(5월 24일)은 “팬데믹을 예방·대비·대응(prevent, prepare for and respond)”하는 것[98]으로 목적이 유사하다. 특히 개발도상국을 위해 당사국이 역량 강화와 재원 조달에 힘써야 할 의무도 두 문서 모두에 포함됐다. 설치의 목적은 다소 차이가 있지만 조정 재정 메커니즘(coordinating Financial Mechanism)을 새롭게 구축하는 것도 비슷하다.[99]

---

사무총장에게 UHPR의 자발적 시험 단계를 계속하도록 요청하는 결정을 채택했다. 2024년 2월 13-14일 중앙아프리카공화국, 포르투갈, 태국이 발표로 참가하는 UHPR의 첫 번째 시범 동료 검토가 개최됐다. WHO Newsroom, Universal Health and Preparedness Review: first pilot global peer review, 13-14 February 2024, <https://www.who.int/news-room/events/detail/2024/02/13/default-calendar/universal-health-and-preparedness-review> (검색일: 2024.06.15.)

95) WHO document A/INB/7/3 (30 October 2023), Proposal for negotiating text of the WHO Pandemic Agreement, article 23.

96) WHO, Universal Health and Preparedness Review FAQ, Updated 9 May 2024, <https://cdn.who.int/media/docs/default-source/documents/emergencies/universal-health---preparedness-review/universal_health_preparedness_review_faq.pdf?download=true&sfvrsn=c1e3580d_3> (검색일: 2024.06.15.)

97) Baker, Michael G., “COVID-19 and other pandemics require a coherent response strategy”, *The Lancet*, Vol: 401, Iss. 10373, Page: 265-266.

98) 「개정 국제보건규칙」 제2조; Proposal for the WHO Pandemic Agreement (24 May 2024), article 2.

99) 「개정 국제보건규칙」 제44조bis; Proposal for the WHO Pandemic Agreement (24 May

두 규범 간 차이도 분명하다. 먼저 「개정 국제보건규칙」에는 팬데믹 조약에서 다루지 않는 고유한 요소가 있다. 잠재적 국제공중보건위기상황에 대한 당사국 의무와 지침, 세계보건기구 사무총장의 팬데믹위기상황을 포함한 국제공중보건위기상황 결정 및 임시 권고와 그 절차, 당사국과 세계보건기구 간의 통보를 위한 국가연락기관에 관한 규칙, 그리고 국제공중보건위기상황에서 입국 지점에서 출발과 도착시 공중보건조치에 관한 규칙 등이다. 마찬가지로 팬데믹 조약 초안에는 「개정 규칙」에는 없는 중요한 보건 사항이 있다. 팬데믹 관련 보건 제품 생산을 위한 기술 및 노하우 이전,[100] 병원체 접근 및 이익 공유 체계(Pathogen Access and Benefit-Sharing System: PABS System)의 설계와 구축,[101] 팬데믹 관련 제품의 공급망 및 물류 네트워크(Global Supply Chain and Logistics Network: the GSCL Network) 설치 등이다.[102] 입법의 근거나 방식도 다른다. 국제보건규칙은 세계보건기구헌장 제21조에 근거한 규칙의 채택 또는 개정이지만 팬데믹 조약 초안은 기본적으로 헌장 제19조에 따라 “협약 또는 협정”의 채택을 염두에 두고 작성됐다. 그러나 결과적으로 제21조의 규칙이나 제19조의 협약이나 당사국에 대해 국제법적 구속력이 있고, 위반이 국가책임이 발생하는 것은 차이가 없다.

「개정 규칙」 제57조는 당사국이 규칙의 이행을 촉진하기 위해 특별 조약 또는 협정을 체결할 가능성을 포함하여 다른 조약과의 관계에 관한 내용이 있다.[103] 「개정 규칙」은 또한 당사국이 국제보건규칙과 다른 조약이 양립될 수 있도록 해석하도록 하고, 규칙의 조항이 다른 조약이 당사국에 부여하는 권한과 의무에 영향을 미치지 않는다고 규정함으로써 국제보건규칙과 다른 조약의 조화를 도모하고 있다.[104] 마찬가지로 팬데믹 조약 초안도 제26조에서 팬데믹 조약 및 국제보건규칙이 양립할 수 있도록 해석되어야 한다고 규정한다.[105] 세계보건총회는 팬데믹 조약 체결을 위한 정부간협상기구(INB)를 설치하는 결정에서 “새로운 국제 문서를 성안하는 과정과 … 국제보건규칙 이행 및 강화와 관련하여 진행 중인 작업 간의 일관성과 보완성의 필요”에 대해 언급했다.[106] 2023년 7월에 열린 정부간협상기구 제6차 회기 중 정부간협상기구와 개정실무그룹과 합동 본회의를 개최하여 두 문서 간 일관성과 상호 보완성을 더욱 발전시기키 위한 논의를 진행했다.[107]

2024년 6월 1일 제77차 세계보건총회에서 회원국은 팬데믹 조약 체결을 위한 정부

---

2024), article 20.

100) Proposal for the WHO Pandemic Agreement (24 May 2024), article 11.

101) Proposal for the WHO Pandemic Agreement (24 May 2024), article 12.

102) Proposal for the WHO Pandemic Agreement (24 May 2024), article 13.

103) 「개정 국제보건규칙」 제57조 제2항.

104) 「개정 국제보건규칙」 제57조 제1항.

105) Proposal for the WHO Pandemic Agreement (24 May 2024), article 26, paragraph 2.

106) WHA decision SSA2(5) (1 December 2021), The World Together: Establishment of an intergovernmental negotiating body to strengthen pandemic prevention, preparedness and response.

107) WHO document A/INB/6/4, A/WGIHR/4/4 (11 July 2023), Practical aspects relating to the conduct of the joint plenary meeting of the Intergovernmental Negotiating Body to draft and negotiate a WHO convention, agreement or other international instrument on pandemic prevention, preparedness and response and the Working Group on Amendments to the International Health Regulations (2005) for Member States, Associate Members, regional economic integration organizations, and relevant stakeholders.

간협상기구(INB)의 임무를 연장하고, 정부간협상기구가 가능한 한 빨리 작업을 완료하여 2024년 제78차 세계보건총회 또는 가능한 경우 2024년 세계보건총회 특별회기에서 그 결과를 검토할 수 있도록 팬데믹 조약 초안을 제출할 것을 결정했다. 팬데믹 조약에 앞서 국제보건규칙이 먼저 채택되었으므로 두 규범 간의 조화를 위한 구체적인 조정은 이제 팬데믹 조약의 협상 과제가 됐다.

## Ⅳ. 나가기

코로나19 사건의 아픈 교훈으로 얻은 국제보건규칙의 개정 기회에 기대가 컸다면 이번 결과는 다소 실망스러울 수 있다. 그렇다고 세계보건기구와 국제보건규칙 당사국들이 지난 2년간 개정 협상을 위해 들인 노력과, 결국에는 개정 합의를 이끌어낸 성과를 폄하해서는 안 된다. 분명한 사실은 이번 개정이 2004년 이후 국제보건법의 가장 큰 폭의 도약이며, 향후 국제사회의 감염병 대응을 위한 중요한 이정표가 될 것이라는 점이다.

이번 개정에서 '팬데믹위기상황'의 정의 개념이 새롭게 도입됐지만, 「개정 국제보건규칙」에 따라 팬데믹위기상황을 결정한다고 해서 세계보건기구와 당사국의 조치가 기존의 국제보건규칙과 비교하여 달라지는 것은 없다. 팬데믹위기상황의 결정 시에도 국제공중보건위기상황의 결정과 그러한 결정에 따른 조치에 관한 내용이 그대로 적용되기 때문이다. 그럼에도 '팬데믹위기상황'은 그 선언 자체만으로 더 신속하고 조율된 글로벌 대응을 촉진할 수 있을 것으로 기대된다. 한편, 이번 개정의 가장 중요한 변화는 형평과 연대의 조문화에서 찾을 수 있다. 「개정 규칙」은 형평과 연대를 원칙 조문에 명시하고, '관련 보건 제품'의 정의 도입과 함께 보건 위기상황시에 '관련 보건 제품'에 대한 접근성 보장과 재원 조달을 위한 협력을 의무화하여 공평한 접근의 중요성을 인정했다. 또한 「조정 재정 메커니즘」을 설치하여 특히 저소득 및 중저소득 국가의 핵심 역량과 자원 동원을 지원함으로써 이들 국가의 규칙 이행을 도울 장치를 마련하였다. 이 외에도 「개정 규칙」의 준수 및 이행을 강화하기 위해 「당사국 이행 위원회」와 「국가 IHR당국」과 같은 새로운 제도를 도입했다.

코로나19 이후 국제보건법의 재건을 위한 국제사회의 노력은 국제보건규칙 개정 합의라는 한 고개를 넘었다. 이제 「개정 규칙」의 목적과 취지를 달성하기 위해 규칙을 준수하고 의무를 이행하기 위해 노력할 시간이다. 「개정 규칙」의 새로운 의무들을 이행하면서 겪게 될 실질적 어려움은 차차 해결해 나가야 할 과제이다. 「개정 규칙」은 향후 팬데믹위기상황을 포함한 국제공중보건위기상황의 대응에 더 강력한 국제적 기준과 틀을 제공할 것이다. 이번 개정의 성공 여부는 국가들이 협력하고 조율하며, 정보를 공유하고 서로를 지원하려는 노력에 달려 있다. 국제 보건 위협이 계속 변화하는 것에 맞춰 세계보건기구와 국가도 공통의 접근 방식을 발전시켜야 하며, 실현 가능하고 지속가능한 대응을 위해 「개정 규칙」의 발효 이후에도 규칙을 계속해서 평가하고 조정해야 한다.

## [참고문헌]

<국내문헌>

박진아, “국제법을 통한 감염병 통제 - 국제보건규칙의 이행과 준수를 중심으로 -”, 「법학논집」(이화여자대학교 법학연구소), 제23권 제4호(2019)

박진아, “코로나19와 국제보건규칙의 대응: 그 한계와 문제점을 중심으로”, 「서울국제법연구」, 제27권 제1호(2020).

박진아, “코로나19 이후 국제보건법과 팬데믹 조약”, 「국제법평론」, 통권 제65호(2023).

이유리 외, “코로나19 대응 관련 국제보건규칙의 국제법적 한계와 발전방안 연구”, 「한국의료법학회」, 제29권 제2호(2021).

<해외문헌>

Baker, Michael G., “COVID-19 and other pandemics require a coherent response strategy”, The Lancet, Vol: 401, Iss. 10373.

Burci, Gian Luca, & Negri, Stefania, “Governing the Global Fight against Pandemics: The WHO, the International Health Regulations, and the Fragmentation of International Law”, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. Vol. 53 (2020-2021).

Cullinan, Kerry, “Push for International Health Regulation Changes to Be Passed This Week - But Disagreement About Future of Pandemic Agreement Talks”, Health Polish Watch, 28 May 2024, <https://healthpolicy-watch.news/strong-push-for-international-health-regulations-changes-to-be-passed-this-week/> (검색일: 2024.06.15.)

Fidler, David P., “The Amendments to the International Health Regulations Are Not a Breakthrough”, Think Global Health, 7 June 2024, <https://www.thinkglobalhealth.org/article/amendments-international-health-regulations-are-not-breakthrough > (검색일: 2024.06.15.)

Foster, Caroline, “Compliance and Accountability Mechanisms in the 2024 Revisions to the WHO International Health Regulations (2005)”, EJIL:Talk!, 21 June 2024.

Gostin Lawrence O. et al., “Has Global Health Law Risen to Meet the COVID-19 Challenge? Revisiting the International Health Regulations to Prepare for Future Threats“, The Journal of Law, Medicine & Ethics, Vol. 48, Iss. 2, 2020, Pages 376-381

IPPR, COVID-19: Make it the Last Pandemic, <https://theindependentpanel.org/wp-content/uploads/2021/05/COVID-19-Make-it-the-Last-Pandemic_final.pdf> (검색일: 2024.06.15.)

Katz, Rebecca, “Pandemic policy can learn from arms control”, Nature, Vol. 575, 14 November 2019.

Løbach, Terje et al.. Regional fisheries management organizations and advisory b odies.Activities and developments, 2000 - 2017. FAO Fisheries and Aquacul ture Technical Paper No. 651, FAO, 2021.

Michaud, Josh et al., “The International Health Regulations and the U.S.: Implicati ons of an Amended Agreement”, KFF, Published: Jun 18, 2024, <https:// www.kff.org/global-health-policy/issue-brief/the-international-health-regul ations-and-the-u-s-implications-of-an-amended-agreement/> (검색일: 202 4.06.15.)

Moon, Suerie et al., “Will Ebola change the game? Ten essential reforms before t he next pandemic. The report of the Harvard-LSHTM Independent Panel on the Global Response to Ebola”, The Lancet, Vol. 386, November 28, 20 15.

Ravelo, Jenny Lei, “The holdouts on negotiating amendments to the IHR at WHA 77”, Devex, 30 May 2024, <https://www.devex.com/news/the-holdouts-on -negotiating-amendments-to-the-ihr-at-wha77-107709> (검색일: 2024.06.1 5.)

Searchinger, Chloe, “The New Amendments to the International Health Regulation s: The passage of a new IHR marks a key moment for global health gov ernance”, Think Global Health, 4 June 2024, <https://www.thinkglobalhealt h.org/article/new-amendments-international-health-regulations> (검색일: 2 024.06.15.)

WHA decision SSA2(5) (1 December 2021), The World Together: Establishment o f an intergovernmental negotiating body to strengthen pandemic preventio n, preparedness and response.

WHA document A74/16 (5 May 2021), Independent Oversight and Advisory Com mittee for the WHO Health Emergencies Programme,

WHA reolution WHA73.1 (19 May 2020).

WHA reolution WHA75.12 (28 May 2022), Amedments to the International Health Regulations (2005).

WHA resolution WHA74.7 (31 May 2021). Strengthening WHO preparedness fora nd response to health emergencies.

WHA resolution WHA77.17 (1 June 2024), Strengthening preparedness for and res ponse to public health emergencies through targeted amendments to the I nternational Health Regulations (2005).

WHA decision WHA75(9) (27 May 2022), Strengthening WHO preparedness for a nd response to health emergencies, Seventh plenary meeting; Working Gr oup on Amendments to the International Health Regulations (2005).

WHO document A/INB/6/4, A/WGIHR/4/4 (11 July 2023), Practical aspects relatin g to the conduct of the joint plenary meeting of the Intergovernmental N egotiating Body to draft and negotiate a WHO convention, agreement or

other international instrument on pandemic prevention, preparedness and r esponse and the Working Group on Amendments to the International Heal th Regulations (2005) for Member States, Associate Members, regional ec onomic integration organizations, and relevant stakeholders.

WHO document A/WGIHR/2/5 (6 February 2023), Report of the Review Committ ee regarding amendments to the International Health Regulations (2005), Report by the Director-General.

WHO document A/WGIHR/2/6 (6 February 2023), Proposed amendments to the In ternational Health Regulations (2005) submitted in accordance with decisio n WHA(9) (2022).

WHO document A/WGIHR/8, Proposed Bureau's text for Eighth WGIHR Meetin g, 22-26 April 2024, 17 April 2024, Working Group on Amendments to th e International Health Regulations (2005) (WGIHR).

WHO document A74/9 Add.1 (5 May 2021), Report of the Review Committee on the Functioning of the International Health Regulations (2005) during the COVID-19 response, Final Draft, 30 April 2021.

WHO document A75/18 (12 April 2022), Strengthening WHO preparedness for an d response to health ermegencies, Proposal for amendments to the Interna tional Health Regulations.

WHO document A77/10 (27 May 2024), Intergovernmental Negotiating Body to dr aft and negotiate a WHO convention, agreement or other international ins trument on pandemic prevention, preparedness and response, Report by th e Director-General.

WHO document EB148/19 (12 January 2021), WHO Executive Board, Interim prog ress report of the Review Committee on the Functioning of the Internatio nal Health Regulations (2005) during the COVID-19 Response, Report by the Director-General.

WHO, International Health Regulations (2005), Second edition, 1 January 2008.

WHO, International Health Regulations, 3rd annotated edition, 1969

WHO, Joint External Evaluation Tool: International Health Regulations (2005), sec ond edition, 2018.

WHO, “Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)”, 30 January 2020.

[Abstract]

## Amendments to the International Health Regulations and their implications

Park, Jina*

On 1 June 2024, the 77th World Health Assembly (WHA) adopted the International Health Regulations (IHR) by consensus without a vote. The IHR were criticised during COVID-19 for failing to provide as a legal framework for international coordination of the pandemic response. This article aims to assess the main amendments and implications of the new IHR. It does so by first analysing the context in which the revision was initiated, assessing the response of the IHR in the wake of the COVID-19 pandemic, and providing an overview of the negotiation process in order to better understand the main amendments (Ⅱ). It then examines the key provisions of the amendments to assess their practical value in terms of the evolution of the IHR (Ⅲ).

Although the new IHR introduce a definition of 'pandemic emergency', the declaration of a pandemic emergency does not change the actions of WHO and States Parties. The existing provisions for the determination of a public health emergency of international concern (PHEIC) and the measures to be taken under such determinations shall apply equally to the declaration of a pandemic emergency. However, the declaration of a pandemic emergency is expected to facilitate a more rapid and coordinated global response. The the new IHR recognise the importance of equitable access and make the IHR more inclusive by introducing a definition of "relevant health products" and obligations to cooperate in ensuring access to and financing of "relevant health products" during a public health emergency. The establishment of a "Coordinating Financial Mechanism" to support the implementation of the new IHR, particularly in developing countries, will enable the mobilisation of core capacities and resources in low-and middle-income countries, thus embodying the principles of equity and solidarity that are essential for the prevention, control, management and response to international disease outbreaks. Other bodies, such as the Implementing Committee of States Parties and National IHR Authorities have also been established to strengthen compliance with and implementation of the new IHR.

**Key Words:** International Health Regulations, World Health Organisation, World Health Assembly, covid-19, pandemic, global health security, equity, health products

---

* Legal Research Institute of Korea University, Researcher, Ph.D. International Law

# 「명지법학」 편집규정

제정 2010. 11. 30.
개정 2016. 06. 30.

**제1조(목적)** 이 규정은 명지대학교 법학연구소에서 간행하는 명지법학(Myongji Law Review)의 편집, 간행 및 논문심사에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

**제2조(명지법학의 간행)**
① 「명지법학」은 연 2회 발간함을 원칙으로 한다. 단, 편집위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 합본호나 증호를 발간할 수 있다.
② 「명지법학」의 발간일자는 매년 7월 31일과 1월 31일을 원칙으로 한다.
③ 「명지법학」은 인쇄출판과 전자출판의 형태로 간행하며, 전자출판의 경우 원문파일을 명지대학교 법과대학 법학연구소 홈페이지에 게재한다.
- 홈페이지 주소: http://col.mju.ac.kr/user/mjulaw/index.html

**제3조(원고의 게재)**
① 투고 원고는 「명지법학」 투고규정상의 투고 자격을 갖춘 투고자의 논문으로서 편집위원회의 게재 결정을 얻어 「명지법학」에 게재한다.
② 투고 원고는 전문 학술논문으로써 기왕에 다른 학술지 등에 게재된 일이 없으며, 「명지법학」 투고규정 및 원고작성 지침에 따른 절차와 요건을 갖춘 것이어야 한다.
③ 제출된 투고 원고가 본 연구소가 제시한 투고규정 및 원고작성 지침에 부합하지 않을 경우에는 수정을 요구할 수 있다.

**제4조(편집위원회의 구성)**
① 편집위원회는 법학연구소의 편집위원장과 편집위원으로 구성된다.
② 편집위원은 편집위원장을 포함한 5인 이상으로 한다.
③ 편집위원이 될 수 있는 자는 법학교수, 법학분야 박사학위 보유자 또는 법률분야에 5년 이상 종사한 자로 하며 외부 인사를 포함할 수 있다.
④ 편집위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.
⑤ 편집위원장은 편집위원 중 법학연구소장이 임명하고 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.

**제5조(편집위원회의 업무)**
① 「명지법학」의 편집 및 출판
② 「명지법학」 원고의 접수 및 게재 여부 심사
③ 「명지법학」 연구윤리위원회의 결정에 따른 조치

④ 기타 간행물의 편집 및 출판

**제6조(편집위원회의 운영)**
① 위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 위원장이 소집한다.
② 위원회의 의결은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
③ 위원회는 「명지법학」 기타 간행물에 투고된 원고를 제8조의 기준과 「명지법학」 투고규정 및 「명지법학」 원고작성 지침에 따라 심사하여 그 게재 여부를 정한다.
④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

**제7조(심사위원회의 구성)**
① 논문 심사는 제8조 제1항의 기준에 따라 편집위원회에서 위촉하는 3인의 심사위원이 심사한다.
② 심사위원은 명지법학연구소의 연구위원 및 편집위원장이 위촉하는 외부 심사위원으로 구성한다.
③ 심사위원의 신원은 원고투고자에 대하여 비밀로 한다.

**제8조(원고의 심사)**
① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.
1. 주제설정(창의성과 적절성)
2. 연구 방법의 논리적 완결성
3. 연구의 학술적 완성도
4. 연구결과의 학문적 기여도
5. 종합의견(게재, 수정 후 게재, 수정 후 재심사, 게재 불가)
② 번역, 서평, 및 판례 평석 심사는 다음의 기준으로 한다.
1. 번역, 서평 및 판례 평석의 필요성
2. 번역, 서평 및 판례 평석의 완성도
3. 번역, 서평 및 판례 평석의 기여도
① 심사에 관한 평가는 게재가, 수정 후 게재, 수정 후 재심사(차호 게재), 게재 불가로 구분한다.
③ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

**제9조(심사료)** 「명지법학」 투고논문을 심사하는 심사위원에게는 소정의 심사료를 지급할 수 있다. 삼사료는 편집위원회에서 결정하며, 법학연구소장이 지급여부를 결정한다.

**제10조(게재료)** 「명지법학」에 게재된 원고에 대한 게재료는 편집위원회에서 결정한다.

**제11조(본 규정의 시행 및 개정)**

① 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거친 날로부터 시행한다.

② 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거쳐서 개정할 수 있다.

**부칙**

**제1조(시행일)** 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

**부칙**

**제1조(시행일)** 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

# 「명지법학」 투고규정

제정 2010. 11. 30.
개정 2016. 07. 31.
개정 2022. 03. 31.

**제1조(투고자격)**

① 국내외 대학 전임교수
② 법률 분야의 종사자
③ 대학원생으로서 박사학위 수료 이상의 자
④ 기타 편집위원회의 추천을 받은 자
⑤ 각 호의 자와 공동으로 투고하는 자

**제2조(투고원고)**

① 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.
1. 발표논문: 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 투고된 논문
3. 기타(번역•평석 등): 「명지법학」 게재를 위하여 제출된 번역, 판례평석, 입법동향분석, 서평 등

② 학술지에 게재할 원고는 다음의 요건을 갖춘 것이어야 한다.
1. 법학 연구 및 교육 혹은 법률문화 창달에 기여하는 내용의 원고일 것
2. 다른 학술지 등에 발표한 일이 없는 원고일 것, 다만, 타 학술지에 일부 발췌문을 발표하였을 경우에는 그 전문(全文)을 투고할 수 있다.
3. 외국논문을 한글로 번역한 논문의 경우에는 게재를 요청하는 번역자에 의해 저작권 협의가 이미 완료되어 있을 것

③ 학술지에 게재할 원고의 전체분량은 「명지법학」 원고작성 지침에 따른 형식으로 20매 내외를 원칙으로 하며, 30매를 초과할 경우 편집위원회의 결정에 따라 게재가 허용될 수 있다.

**제3조(투고절차 및 방법)**

① 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
② 원고는 작성자의 인적사항을 삭제한 후 제출하고, 표지에 저자명, 소속, 직위, 연락처(전자우편, 전화번호)를 기입한다.
③ 원고 제출은 투고기한 내에 완성된 원고를 첨부하여 전자우편(E-Mail)으로 송부함을 원칙으로 한다.

**제4조(투고기한)** 논문의 투고는 「명지법학」의 발간 예정일을 기준으로 1월 전(각 6월 30일, 12월 31일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정으로 기한을 도과하여 제출하는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

**제5조(논문제출처)** 원고는 온라인 논문투고 및 심사시스템(http://kyobo160.medone.co.kr/html)에 제출하며, 논문투고에 관한 문의는 명지대학교 법학연구소로 한다.

- 주소: (03674) 서울시 서대문구 거북골로 34 명지대학교 법학연구소
- 이메일: lawresearch@mju.ac.kr
- 전화: 02-300-0805
- 팩스: 02-300-0804

**제6조(저작권)**

① 학술지의 편자(編者)는 법학연구소장의 명의로 한다. 다만, 학술지의 내용에는 개별 원고의 집필자를 명시한다.

② 「명지법학」에 출판된 모든 저작물의 편집저작권 및 출판권은 본 연구소에 귀속된다.

**제7조(투고논문의 작성방법)** 투고논문의 작성방법은 명지법학 원고작성 지침에 따른다.

**제8조(논문의 심사)**

① 투고원고는 편집위원회가 선정한 3인의 심사위원이 심사하여 그 결과를 편집위원회에 통보하면 편집위원회는 그 결정에 따라 논문의 수정•보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다. 편집위원회의 모든 업무처리와 각 심사위원의 심사는 본 명지법학 연구윤리규정과 게재논문 심사규정에 따라서 이루어진다.

② 「명지법학」의 심사기준은 1) 논문제목과 내용의 적합성, 2) 기존연구와의 차별성, 3) 연구내용의 독창성, 4) 연구방법과 결과의 명확성, 5) 논문체계와 기술방법의 적절성, 6) 참고문헌 인용의 적합성, 7) 연구 기대효과 및 학계 기여도로 한다.

③ 심사결과는 원칙적으로 편집위원회가 투고자에게 온라인 논문투고 및 심사시스템, 전자메일 등을 통해 통지한다. 게재불가의 경우 투고자가 편집위원회에 이의를 제출하면 가능한 한 신속하게 이를 처리하고 그 결과를 즉시 통보한다.

**부칙**

**제1조(시행일)** 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

**부칙**

**제1조(시행일)** 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

**부칙**

**제1조(시행일)** 이 규정은 2022년 4월 1일부터 시행한다.

# 「명지법학」 연구윤리규정

제1조 (목적)
이 규정은 명지법학 연구윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)의 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함으로 목적으로 한다.

제2조 (용어의 정의)
이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
1. "연구부정행위"라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구 목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
2. "위조"라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
3. "변조"라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
4. "표절"이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
5. "부당한 저자 표시"는 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.

제3조 (기능)
위원회는 명지법학의 회원·준회원 또는 단순게재자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.
1. 연구윤리 확립에 관한 사항
2. 연구부정행위의 예방, 조사에 관한 사항
3. 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항

제4조 (구성)
① 위원회의 위원은 명지법학의 편집위원장이 지명하는 편집위원 중 3명과 위원회의 추천을 받는 외부인사 2인으로 한다.
② 연구윤리위원장은 위원회에서 호선하고, 위원장과 위원의 임기는 2년으로 한다.
③ 위원회의 제반업무를 처리하기 위해 간사 1인을 둘 수 있다.
④ 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.
제5조 (회의)
① 위원회의 회의는 필요한 경우에 위원장이 소집하고 주재한다.
② 회의는 재적위원 과반수 출석으로 성립하며 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
③ 필요한 경우 위원이 아닌 자를 회의에 참석시켜 의견을 들을 수 있다.
④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

제6조 (연구부정 행위 조사)
① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정 행위 존재 여부를 조사하여야 한다.
② 위원장은 예비조사를 실시할 수 있다.

제7조 (위원회의 권한과 책무)
① 위원회는 조사과정에서 제보자・피조사자・증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
② 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에는 혐의 사실을 인정한 것으로 추정할 수 있다.
③ 위원회는 연구기록이나 증거의 상실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.

제8조 (기피・제척・회피)
① 피조사자 또는 제보자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피 신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안건의 심의・의결 및 조사에 관여할 수 없다.
③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피를 신청할 수 있다.
④ 위원장은 위원 중 당해 조사 사안과 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 조사 사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

제9조 (진술기회의 보장)
위원회는 조사 사실에 대해 피조사자에게 의견을 제출하거나 해명할 기회를 부여하여야 한다.

제10조 (조사결과에 따른 조치)
① 위원회는 재적위원 과반수 철석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사사실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.
② 연구부정 행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를 병과할 수 있다.
1. 연구부정 논문의 게재취소
2. 연구부정 논문의 게재취소사실의 공지
3. 회원자격의 박탈 또는 정지
4. 관계기관에의 통보
③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 집수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.
④ 위원회는 연구윤리와 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 진실과 다른 제보를 하거나 허위의 사실을 유포한 자에 대해서는 회원자격을 박탈 또는 정지할 수 있다.

제11조(결과의 통지)
위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 피조사자 및 제보자 등 관련자에게 통지한다.

제12조(재심의)
피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심의를 요청할 수 있다.

제13조(비밀유지의 의무 등)
① 위원회는 제보자를 보호하고 피조사자의 명예를 부당하게 침해하지 않도록 노력하여야 한다.
② 제보・조사・심의・의결 및 건의 등과 관련된 일체의 사항은 비밀로 하되, 상당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.
③ 위원, 조사에 직・간접적으로 참여한 자는 심의・의결・조사 기타 조사과정에서 취득한 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다.

제14조(경비)
위원회의 운영에 필요한 경비는 명지법학의 예산의 범위 내에서 지급한다.

부 칙
제1조(시행일)
이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

# 「명지법학」 원고작성 지침

법학연구소에서 간행하는 「명지법학」에 논문을 게재하고자 하는 자는 다음의 원고 작성 절차를 준수해야 한다.

다 음

1. 원고 작성의 원칙

1) 원고는 워드 프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 온라인 논문투고 및 심사시스템(http://kyobo160.medone.co.kr/html)에 제출하며, 워드 프로세서는 [한글] 프로그램 사용을 원칙으로 한다.

2) 원고는 국문으로 작성하는 것을 원칙으로 하되, 필요한 경우 외국어로 작성할 수 있다.

3) 원고는 각주, 표, 그림 등을 포함하여 A4 용지 20매 내외로 하는 것을 원칙으로 한다.

2. 원고의 구성

원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 한다.

1) 논문제목(부제 포함)
2) 투고자 성명(학위, 소속 및 지위 등 투고자의 인적사항에 관한 내용은 각주로 표시함)
3) 논문요지
4) 논문요지의 검색용 주제어(주제어는 10개를 넘지 않도록 함)
5) 본문(각주 포함)
6) 참고문헌(본문에서 인용한 참고문헌에 한함)
7) 외국어 초록(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글 초록): 논문제목, 투고자 성명을 포함
8) 외국어 주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 국문 주제어): 외국어 주제어는 국문 주제어와 같은 순서로 배열함

3. 원고 작성의 규칙

구체적인 원고 작성 양식은 다음과 같다.

9) 목차의 순서는 다음과 같다.

- I. 로마숫자 (가운데 정렬)
- 1. 아라비아 숫자
- ⑴ 괄호 숫자
- 가. 한글 가, 나, 다

10) 공동 연구논문인 경우에는 공동 연구자 성명에 *로 각주표시를 한 후 해당 각주

에 책임연구자와 연구자를 각각 기재한다.

11) 각주의 표기는 다음과 같다.

- 저서 인용: 저자명, 「서명」, 출판사, 출판년도, 면수.
  - 한글 및 일본어, 중국어 저서일 경우, 책명을 「」으로 표시한다.
  - 영어 및 독일어 등 서양문헌인 경우 책명을 이탤릭으로 표시한다.
- 정기간행물 인용: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제ㅇㅇ권 ㅇ호(년도), 면수.
  - 영어 및 독일어 등 외국잡지일 경우 저자명, “논문제목”, 「논문집명」. 권호, 연월, 면수의 순으로 하며, 논문제목은 이탤릭으로 표기한다.
- 기념논문집 인용: 저자명, “논문제목”, ㅇㅇㅇ선생기념논문 「기념논문집명」, 면수.
- 판결 인용: 대법원 19ㅇㅇ.ㅇㅇ.ㅇㅇ. 선고, ㅇㅇ다ㅇㅇㅇㅇ 판결 (법원공보 19ㅇㅇ년, ㅇㅇㅇ면) 또는 대판 19ㅇㅇ.ㅇㅇ.ㅇㅇ, ㅇㅇ다ㅇㅇㅇㅇ
  - 미국 판례의 경우: 제1당사자 v. 제2당사자, 판례집 권 번호 판례집 약자, 판결의 첫 페이지, 인용된 페이지 (선고년도) 또는 사건명의 약칭, 판례집 권 번호와 판례집 약자 at 인용된 페이지.
- 그 밖의 사항은 사단법인 한국법학교수회에서 펴낸 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”(2004.12.)을 참조하여 작성한다.

12) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정

- 위쪽: 30, 아래쪽: 35, 왼쪽: 35.9, 오른쪽: 35.9, 머리말: 15, 꼬리말: 15, 제본: 0

13) 문단모양

- 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 줄 간격: 160, 문단 위: 0, 문단 아래: 0, 낱말 간격: 0, 정렬방식: 혼합

14) 글자모양

- 서체: 신명조, 자간: 0, 장평: 100, 크기: 10

15) 참고문헌은 저자명, 저서명 또는 논문 제목, 출판사 또는 학술지명 및 권호, 발간연도의 순서로 기재한다.
  - 참고문헌의 글자크기는 9pt로 한다.
  - 참고문헌의 순서는 국내문헌, 동양문헌, 서양문헌 순으로 한다. 국내문헌은 저자명의 가나다순, 동양문헌은 그 나라 발음의 알파벳순, 서양문헌은 발음에 관계없이 알파벳순으로 한다.

## ◈ 편집위원회

**위원장 : 이윤제** (명지대학교 법과대학 교수)
**위　원**
권건보 (아주대학교 법학전문대학원 교수)
노호창 (호서대학교 사회과학대학 교수)
선정원 (명지대학교 법과대학 교수)
송재일 (명지대학교 법과대학 교수)
신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)
최병천 (전남대학교 법학전문대학원 교수)
홍명수 (명지대학교 법과대학 교수)

**간　사 : 안수길** (명지대학교 법과대학 교수)
**편집 보조인 : 이재희** (명지대학교 법학연구소 교육조교)

**明知法學 (제23권 제1호)**
==========
2024년 07월 30일 인쇄
2024년 07월 31일 발행

발행인 : 이 윤 제
발행처 : 명지대학교 법학연구소
주　소 : 서대문구 남가좌동 50-3
전　화 : (02)300-0805, FAX : (02)300-0804
==========
* 이 책의 무단복제·복사·전제를 금함

ISSN 1229-7585

板 權
所 有