

분석적 법리학의 의의와 한계*

김 건 우**

I. 들어가며	3. 분석의 이상과 패권
II. 분석철학의 연장으로서의 분석적 법리학	III. 역사적 실체로서의 분석적 법리학
1. 분석의 의의	1. 오스틴의 분석적 법리학
(1) 완화된 의미: 명료한 개념과 건전한 논변의 추구	2. 하트의 분석적 법리학
(2) 엄밀한 의미: 필요충분조건적 정의의 제시	3. 하트의 분석적 법리학의 성격을 둘러싼 이견들
2. 분석의 성격	IV. 분석적 법리학의 한계
	V. 나오며

I. 들어가며¹⁾

분석적 법리학(analytic jurisprudence)²⁾은 영어권 법철학계를 중심으로 현대법철

* 본 논문은 필자의 박사학위논문(서울대학교 2013년 2월)의 제3장을 발췌, 수정한 것임을 밝혀 둔다.

** 법학박사(서울대학교 2013년 2월, 법철학 전공).

1) 본고에서는 개념이나 용어 자체를 표시하는 데에 작은 따옴표(' ')를 쓰고, 개념이나 용어를 강조하는 데에 큰 따옴표(" ")를 씀으로써, 이 둘 간의 혼동을 피하고자 한다. 물론 본고에서는 직접 인용 시에도 큰 따옴표를 사용할 것이지만, 이 경우에는 인용에 대한 출처가 명시되어 있기에 강조의 큰 따옴표와는 구별될 것이다.

2) 본고에서는 'jurisprudence'의 번역어로서 '법리학'이라는 용어를 채택한다. 물론 법에 관한 철학적 탐구를 칭하고자 할 때에는 '법철학(legal philosophy; philosophy of law)'이라는 용어도 함께 사용할 것이다. 사실 '법리학'과 '법철학'는 그 의미에 있어 매우 밀접하기에, 두 용어를 사용하는 데에서의 혼란은 피하기 어려운 문제이다. 그 주된 이유는 '법리학'이라는 개념이 매우 애매하게(다의적으로) 사용되어 온 데에 있지만, 부차적인 이유로서 '법철학' 또한 다소 애매하게 사용되어 온 탓이기도 하다. '법리학'은 (i) 종종 법에 관한 학문적 탐구 전반, 즉 법학 자체와 동일시되기도 한다. (가장 넓은 의미) 혹은 (ii) '법리학'은 세 가지 법리학, 즉 분석적 혹은 개념적 법리학, 규범적 법리학(normative jurisprudence), 그리고 비판적 법리학(법이론)을 아우르는 탐구 영역을 가리키기도 한다. 이 때 비판적 법리학으로는 법현실주의(Legal Realism), 비판법학(Critical Legal Studies), 법경제학(Law and Economics)이 대표적으로 포함된다. 그리고 규범적 법리학의 의의에 대한 간단한 언급은 이하 각주 42를 참조할 것. (덜 넓은 의미; 가령, <http://www.iep.utm.edu/law-phil/>의 정의와 분류가 그러하다.) (iii) 끝으로 '법리학'은 분석적 법리학과 규범적 법리학만을 가리키거나,

학의 가장 주류적이고 영향력 있는 이론적 진영을 형성해 왔다.³⁾ 그리고 그만큼 이제까지 하트(H. L. A. Hart)의 법이론을 포함하여 이 진영에 속한다고 할 만한 법이론들을 둘러싼 논의는 매우 많았다. 하지만, 정작 분석적 법리학 전반을 놓고, 그것이 무엇이며 어떤 (공통적) 성격을 갖는지에 대한 논의는 상대적으로 적었던 듯하다. 이에, 본고는 분석적 법리학의 의의에 대해 해명적이면서도 비판적인 견지에서 논하고자 한다.

분석적 법리학이란 무엇인가? 이 물음에 대해 우리는 적어도 다음 두 가지 방식으로 접근해 볼 수 있다. 하나는 분석적 법리학을 현대분석철학이 법리학에 연장된 것으로 이해하는 것이며, 다른 하나는 분석적 법리학을 법사상사 내에서 자체적인 역사를 가지고 발전해 온 하나의 고유한 전통으로 이해하는 것이다. 물론 이 두 가지 이해방식이 서로 별개의 것은 아니다. 후자와 같은 역사는 전자의 영향하에 진행되어 왔으며, 전자는 후자의 역사를 통해 현실 속에서 하나의 철학적 전통으로서 구현되어 왔기 때문이다. 하지만 이처럼 분석적 법리학의 개념적 측면과 역사적 측면을 나누어 보는 것은 분석적 법리학의 의의와 한계를 가늠하는 데에 매우 유용할 것이다.

그러면, 분석적 법리학의 이 두 가지 측면에서의 의의를 먼저 살펴 본 후, 분석적 법리학의 한계를 지적해 보기로 하자.

II. 분석철학의 연장으로서의 분석적 법리학

1. 분석의 의의

이에 규범적 법리학만을 가리키는 용어로 사용되기도 한다. (가장 좁은 의미; 예컨대, Coyle, S. and G. Pavlakos (ed.) *Jurisprudence or Legal Science? A Debate about the Nature of Legal Theory* (Hart Publishing, 2005)의 정의와 분류가 그러하다.) ‘법리학’에 대한 이 세 가지 용법 중 (ii)와 (iii)은 ‘법철학’의 정의로도 사용되는 것들이다. 다만, 예외적으로 일부 문맥에서는, ‘법리학’은 법에 대한 다소 전통적이고 덜 엄밀한 탐구를, ‘법철학’은 보다 현대적이고 더 엄밀한 탐구를 가리키는 것으로 차별화하기도 한다.

따라서, 본고는 이러한 일반적인 용어상의 애매성과 혼란의 여지를 인정하되, 그 여지를 줄이기 위해 ‘법리학’을 위 (ii)의 정의로 일관되게 사용할 것이다. 물론 위와 같은 예외를 제외한다면, 본고에서의 ‘법리학’과 ‘법철학’은 상호 간에 교환가능한 용어로 봐도 무방하다.

3) 이를 확인하는 손쉬운 방법은 대략 1980년대 이후 영미의 주요 법철학 저널에서 출간된 논문들의 스타일을 살펴보는 일이다. 그 중 분석적 스타일의 논문들의 비중이 가장 높다는 것을 확인할 수 있을 것이다.

분석적 법리학의 중요한 한 측면이 현대분석철학의 연장선상에서 이해될 수 있다는 말은 어떤 의미인가? 이는, 특히 하트 이후 분석적 법리학자들이 현대분석철학에 따른 철학적 훈련을 거치면서 그 자원을 다양한 방식으로 자신들의 법철학적 작업에서 되살리고 있다는 점에서 설명될 수 있다. 양 진영 간에 중요한 방법론적 공유지점이 존재한다는 것이다. 따라서, 분석적 법리학의 방법론적 의의를 알기 위해서는, 분석철학의 방법론이 갖는 의의와 성격을 살펴 보는 일이 중요하지 않을 수 없다.⁴⁾

분석철학이란 무엇인가? 분석철학은 20세기 초 무어(G. E. Moore), 러셀(Bertrand Russell), 후기 비트겐슈타인(Ludwig Wittgenstein) 등의 철학자들의 영향 하에 영미를 중심으로 전개된 이래 지금까지 서구에서 가장 주류적인 지위를 누리고 있는 철학파이다. 분석철학은 20세기 초 주류철학을 지배하던 절대적 관념론의 전통에 대한 반발로서 주창되었으며, 이후 현상학이나 실존철학 등의 이른바 “대륙철학(Continental Philosophy)”과도 대척점에 자리해 왔다. 철학에서 “언어”가 갖는 중요성을 전면에 내세웠다는 점에서 분석철학은 철학사에서 “언어적 전회(linguistic turn)”를 가져왔다고 평가된다. 이런 평가에 따르면, 철학의 역사는 분석철학 이전과 이후로 확연히 나뉘며, 분석철학 이후 철학은 완전히 새로운 철학에 접어들었다는 것이다.

(1) 완화된 의미: 명료한 개념과 건전한 논변의 추구

분석철학을 특징짓는 방식은 역사적으로나 개념적으로 다양한 양상을 띤다. 그래서 분석철학이 무엇인지를 그것만의 특질이나 신념을 통해 정의하기는 어렵다. 그렇다면, 분석철학의 방법과 정신의 주요한 공통적 특징이라 할만한 것은 없을까? 한 가지 유력한 특징은, 분석철학이 개념을 명료화하고 최대한 논증적인 스타일로 자신의 주장을 전개해 나가는 것을 최대의 목표로 한다는 점이다. 이런 취지에서, 현대 미국의 저명한 분석철학자 김재권은 자신이 또 다른 미국의 분석철학자 치즘(Roderick Chisholm)에게서 사사(師事)한 분석철학의 스타일을 “명료성을 강조하고, 책임 있는 논변을 강조하며, 일부러 모호하게 서술하거나 심오한 척 가장해서 서술하는 것을 피해야 함을 강조하는 철학방식”이라고 표현한 바 있다.⁵⁾

4) 분석철학의 역사 및 의의에 대한 개략적인 이해를 위해서는 Martinich, A. P. & D. and Sosa (ed.) A Companion to Analytic Philosophy (Blackwell Publishers, 2001) 참조.

5) 출처: “Interview with Jaegwon Kim” at Ephosopher.com, Fall 2000; 2013년 1월 10일 현재 이 인

분명 분석철학을 위와 같이 이해하는 것은 혼한 이해이지만, 이는 다소 느슨하고 넓은 이해이기도 하다. 그러한 이해는 특정한 형이상학적 혹은 가치론적 전제를 배후에 두고 있는 것이 아니라, 단지 개념의 명료화와 논변의 설득력을 우선시한다고 하는 방법론상의 제약과 지향만을 취하려 하는 것이기 때문이다. 선명하게 분석되기 어려운 변증적 논리를 주된 무기로 삼는다든지, 문학적이거나 수사적인(rhetorical) 스타일의 글을 지향한다든지 하는 식의 철학적 접근이 있다면, 그것이 야말로 위와 같이 이해된 분석적 접근에 반(反)하는 접근이라 할 것이다. 이런 점에서, 어쩌면 분석철학의 핵심적인 사상에 대해 비판적인 철학자일지라도 일정 정도의 분석철학적 스타일에 대한 의존과 그러한 스타일의 미덕을 부정할 수는 없을 것이다.⁶⁾

이같은 “명료화”로서의 분석 개념은 분석적 법리학에 대한 이해에서도 나타난다. 비판법학계열에 속하는 영국의 법철학자 허친슨(Allan C. Hutchinson)의 표현을 빌자면, 분석적 법리학은 법철학적 작업을 수행함에 있어 “이론적 논증”, “건전한 증거”, ‘애매성 피하기’, ‘개념적 명료성’, ‘체계정합성’, 그리고 ‘탈역사적 지향’ 등의 특성을 추구하는 데에 우선적인 철학적 가치를 두는 접근이다.⁷⁾ 이러한 가치는 위에서 서술한 분석철학의 그것과 다를 바 없다. 하트를 비롯한 주요 분석적 법리학자들은 분석철학자들과 마찬가지로 명료한 개념과 설득력 있는 논변을 제공하는 데에 자신들의 방법적 목표를 두고 있는 것이다. 가령, 하트는 오스틴의 명령과 제재에 기반한 법이론이 그리 엄밀하지 않다고 보았고, 대신 그는 자신의 법이론적 목표를 “복합적인 사회정치적 제도로서의 법에 대한 설명을 명료화하며 ... 많은 오해와 혼동을 일으키는 신화들에도 불구하고 여러 법체계와 법문화에서 나타나는 일반적인 형식과 구조를 명료화하는” 데에 있다고 주장했다.⁸⁾

터뷰가 실린 원래의 웹페이지는 없어지고, 대신 그 인터뷰 원문은 다른 몇몇 블로그에만 남아있는 상황이다.

6) 다만 독일의 분석철학자이자 분석철학사가인 밀코프(Nikolay Milkov)는, 고대 그리스의 철학자 에피쿠로스(Epicurus)나 근대의 철학자 루소(Rousseau) 등도 이미 철학의 핵심이 명료화(clarification)에 있음을 주장한 바 있다는 점을 들어, 명료화를 현대분석철학의 핵심적 특징이라고 할 수 없다고 지적한다. N. Milkov, “What is Analytic Philosophy?“, 2003년 8월 11일 이스탄불에서 열린 제 21회 World Congress of Philosophy에서 발표된 논문, URL=<http://kw.uni-paderborn.de/fileadmin/kw/instituteinrichtungen/humanwissenschaften/philosophie/personal/milkov/analytic2.pdf> (2003), p.5 참조.

7) A. C. Hutchinson, *The Province of Jurisprudence Democratized* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p.6.

8) H. L. A. Hart, *The Concept of Law* [이하, ‘CL’로 표시], (Clarendon Press, 1994), pp.239~40.

분석적 법리학에 대한 이러한 “완화된” 이해의 방식은 심지어 분석적 법리학에 대해 비판적이라 할 기존의 여러 접근들에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 이 접근들도 역시 전술한 바와 같은 분석적 법리학의 방법적 목표가 갖는 미덕을 마다하지는 않을 것이며, 그 결과 그런 비판적 접근 자체의 스타일도 역시 분석적 법리학의 스타일과 크게 다르지 않을 것이기 때문이다.

(2) 엄밀한 의미: 필요충분조건적 정의 제시

그렇다면, “엄밀한” 의미의 분석이란 무엇인가? 그것은 단순히 명료하고 논증적인 글쓰기를 지향하는 것에 그치지 않는다. 그래서 이 대목에서 분석이라는 개념이 무엇인지를 더 자세히 살펴 볼 필요가 있다.⁹⁾

분석은 인간이 행하는 지적 작업의 한 형태이다. 옥스퍼드 철학사전(Oxford Dictionary of Philosophy)에서는 ‘분석’을 “한 개념의 논리적 구조가 드러나도록 하기 위해 그것을 더 단순한 부분들로 분해하는 과정”이라고 정의하고 있고,¹⁰⁾ 러틀리지 철학백과(Routledge Encyclopedia of Philosophy)에서는 개념분석을 “개념적 내용에 대한 통찰을 그 필연적인 개념적 진리들을 써서 표현하는 것”이라고 정의하고 있다.¹¹⁾ 이러한 정의의 핵심은 분석이 어떤 한 개념을 여러 부분 요소로 “분해하는” 작업이라는 데에 있다. 이를 다른 말로 표현하면, 한 개념을 분석한다는 것은 그것의 적용조건을 제시하는 일이다. 여기서, 조건이란 그 개념을 적용하기 위한 필요충분조건들의 집합의 형태로 주어지는 것이 보통이다. 이러한 분석에 있어, 분석을 수행하는 각 요소 조건들은 피분석항(analysandum)개념보다 더 근본적이라

9) 현재 필자는 ‘분석’ 개념을 정의함에 있어 그 대상으로서 “개념”을 염두에 두고 있다. 하지만 철학사적으로 보면 분석의 대상이 반드시 개념에 국한되지는 않는다. 분석의 대상은 개념이 아니라 “문장”이나 “진술” 혹은 “명제”가 될 수도 있는 것이다. 이 경우, 분해적 방식의 분석 외에 다른 방식의 분석이 가능해진다. 가령, 고대 그리스에서는 분석을 제일원리(first principles)로 “회귀시키는(regress)” 과정으로 보았다. (이를 보통 ‘회귀적 분석 개념’이라고 한다.) 현대의 철학자 프레게와 러셀은 진술을 정확한 논리적 형식으로 “변환하는” 것을 분석으로 보았다. (이를 ‘변환적 분석 개념’이라고 한다.) 이런 분석 방법들은 서로 배타적이지 않으며, 종종 결합적으로 행해지기도 한다. 이렇게 보면, 비록 본고가 다루고 있는 분해적 방법이 분석의 가장 두드러진 형태이기는 하지만, 철학에서의 분석 개념은 원칙적으로 다분히 중층적이고 복합적이라 할 수 있다. 분석 개념의 여러 방식들과 그 변천사에 대해서는 M. Beaney, “analysis”(URL=<http://plato.stanford.edu/archives/entries/analysis>) (2007) 참조.

10) S. Blackburn, 'analysis', Oxford Dictionary of Philosophy (Oxford: Oxford University Press, 2008) 참조.

11) R. Hanna, 'conceptual analysis', Routledge Encyclopedia of Philosophy, (Routledge, 1998) 참조.

고 생각되는 다른 어떤 개념, 즉 분석항(analysans)개념을 나타내며, 분석항 개념에 대한 지식은 피분석항 개념에 대한 지식과는 독립적이다. 이 관계는 다음과 같은 쌍조건문으로 형식화된다:¹²⁾

$$[CA] \quad (x)(y)(z) \cdots F(x,y,z,\cdots) \text{ iff } N1(x,y,z,\cdots) \& N2(x,y,z,\cdots) \& \cdots$$

이 때 x,y,z,\cdots 는 어떤 개별적 주체, 혹은 객체를 가리키는 변항(variable)이며, $N(x,y,z,\cdots)$ 들은 피분석항 $F(x,y,z,\cdots)$ 에 대한 분석항으로서, 피분석항 $F(x,y,z,\cdots)$ 에 대해 각각 필요하면서도 결합적으로 충분한/망라적인(individually necessary and jointly sufficient/exhaustive) 조건을 나타낸다. 그리고 이러한 쌍조건문(biconditional)은 형이상학적인 의미에서 “필연적으로 참인” 문장으로 이해된다.

필요충분조건적 분석의 시도는 우리의 관심사인 법학에서 흔히 발견된다. 실정 법학 교과서의 많은 부분은 법적 개념들에 대해 그 필요충분조건로서의 정의를 제공하고자 하는 시도들로 이루어지고 있다. 대개 “의의”나 “구성요건”으로서 제시되는 서술이 그러한 정의의 시도에 해당한다. 우선, 법학에서 “개념”의 중요성은 명백하다. 개념이야말로 법이론과 법실무의 양면에서, 즉 법을 기술하고 설명하고, 나아가 적용하는 모든 영역에서, 결정적으로 중요한 역할을 하기 때문이다. 즉, 개념이야말로 조문(條文)을 통해 입법자가 자신의 의도와 목적을 나타내는 한편, 법 적용자가 그 조문이 나타내는 범규범(혹은 규칙)을 해석하고 적용하는 데에 있어 일차적인 이해의 대상이기 때문이다. 뿐만 아니라, (특히 대륙법계의) 법학에서 개념에 대한 천착이 두드러진 것은 강학과 실무 양면에서 개념이 갖는 효율성의 탓도 크다. 법현실을 적절히 압축해 놓은 것이 개념이라 할 때, 한정된 수의 개념들을 써서 복잡다기한 현실의 모습을 담아낼 것을 기대할 만하기 때문이다. 나아가, 법학에서 개념이 갖는 이러한 중요성은 법학에서 “필요충분조건적 정의”가 중요시되는 이유 또한 잘 설명해 준다. 만약 개념들이 법에서 필요충분조건적으로 정의되어 있다면, 제한된 개수의 개념들만으로도 현실의 무한대로 다양한 사안들을 법의 적용과 해석의 테두리 내로 포섭시킬 수 있는 여지가 생길 것이기 때문이다. 물론 그런 식의 포섭이 항상 현실화될 수는 없을지라도 말이다.

12) 분석 개념에 대한 이와 유사한 형식화는 K. Ludwig, “The Epistemology of Thought Experiments: The First-Person versus Third-Person Approaches” in P. A. French & H. K. Wettstein (ed.) *Philosophy and the Empirical*, (Blackwell Pub. Inc., 2007), p.130 참조.

몇 가지 예를 통해 그러한 개념 정의를 확인해 보기로 하자: 형법교과서들은 ‘범죄’를 “구성요건에 해당하고 위법하며 책임있는 행위”라고 (형식적으로) 정의한다.¹³⁾ 이 때 ‘구성요건해당성’, ‘위법성’, ‘책임성’은 이 정의 및 분석의 개념요소이자 분석항들이다. 또한 불법행위와 관련하여, 민법의 조문들(제 750조 ~ 제 760조)은 ‘불법행위’를 “책임능력이 있는 행위자가 고의 또는 과실로 인해 위법한 행위를 함으로써 그 행위로 인해 손해를 발생시킨 것”으로 정의한다. 여기서, ‘고의성 혹은 과실성’, ‘책임능력’, ‘위법성’, ‘인과관계’, ‘손해발생’, 이들 각각은 이 정의 및 분석의 개념 요소들이자 분석항들이다. 그리고 상법 제 169조와 제 171조 제 1항은 ‘회사(會社)’를 “상행위 기타 영리를 목적으로 하여 설립한 사단으로서 법인격을 갖춘 것”이라고 정의한다. 역시 여기서 ‘영리성’, ‘사단성’, ‘법인성’은 ‘회사’의 개념요소이자 분석항이다. 위 예들에서 각 분석항 요소들은 서로 간에 논리적 연언(conjunctions)의 관계로 결합하여 피분석항을 분석하고자 하는 것이다.¹⁴⁾

이러한 방식의 개념분석이 가장 중요한 역할을 해 온 분야는 어쩌면 철학일 것이다. 특히 현대분석철학에서 그것의 중요성은 두말할 나위가 없다. 철학에서 필요충분조건적 정의에 기반한 분석 개념으로서 가장 잘 알려진 한 예는 ‘지식’ 혹은 ‘앎’ 개념에 관한 인식론적 분석이다. 오랫동안 철학자들은 어떤 믿음이 지식이 되기 위해서는 그 믿음의 대상인 명제가 참이어야 하고, 그 믿음에 대한 충분한 근거가 있어야 한다고 생각해 왔다. 요컨대, ‘지식’은 “정당화된 참인 믿음(justified true belief)”이라는 분석이 그것이다. 즉 “어떤 사람 S가 명제 P를 안다”의 필요충분조건은 “(i) P가 참이고, (ii) S가 P를 믿으며, (iii) S가 P를 믿음에 있어 인식적 정당성을 가진다”라고 분석되는 것이다. 이 때 각 분석항 개념, ‘정당화’, ‘참’, 그리고 ‘믿음’은 피분석항 ‘지식’에 대한 분석을 구성하고 있는 요소들이다.¹⁵⁾

13) 가령, 이재상, 형법총론, (박영사, 2011), p.67.

14) 물론 이러한 정의들은 엄밀한 필요충분조건적 정의로서 시도되는 것들이지만, 실제로 그 자체만으로 그러한 엄밀한 정의의 역할을 하고 있지는 않다. 법학의 개념들에 대한 의의(정의)는 제각기 온갖 예외들을 동반하고 있기 때문이다. 대신 오늘날 그런 예외는 다양한 특별법 제정과 판례(법령해석)를 통해 해결되고 있다.

15) 이 분석은 오늘날 이른바 “게티어의 문제(Gettier’s Problem)” 등을 이유로 비판받고 있고, 그 대안으로 여러 가지 형태의 지식이론들이 제시되어 왔다. 게티어의 문제란, 어떤 명제에 대해 인식주체가 자신에게 주어진 상황에서는 그것을 정당화된 참인 명제로 믿을 수밖에 없지만 그 명제가 사실은 단지 우연적으로만 참인 경우가 있을 수 있음을 들어, 이 경우에 과연 그 인식주체가 문제의 명제를 과연 안다고 할 수 있는가를 묻는 문제이다. 이는, 정당화된 참인 믿음이라고 하는 지식에 대한 전통적 정의에 대해 정면으로 도전하는 셈이다. 게티어의 문제를 비롯한 지식

위와 같은 방식으로 개념을 분석하는 작업은 인식론 외에 현대분석철학의 다른 영역에서도 철학적 작업의 본령에 가깝다고 할 수 있다. 흔히 형이상학자들은 ‘실재’나 ‘동일성(identity)’ 개념을, 언어철학자들은 ‘의미’나 ‘진리’ 개념을, 심리철학자들은 ‘마음’이나 ‘의도’ 개념을, 윤리학자들은 ‘가치’나 ‘당위’ 개념을, 정치철학자들은 ‘정의’와 ‘권위’ 개념을, 과학철학자는 ‘과학’이나 ‘설명’ 개념을 분석하는 것이다.

이와 같은 필요충분조건적 정의를 얻는다는 것은 가장 “엄밀한” 의미의 분석에 해당한다. 물론 철학자들이 실제로 분석할 개념에 대한 이러한 분석을 통해 말그대로 그것의 “필요충분한” 조건들을 얻어내고 있는지, 혹은 실제로 그런 조건들을 얻는 것을 목표로 하고 있는지의 문제는 차치하고 말이다. 사실 철학자들이 실제로 종종 얻게 되는 것은 단순히 분석할 개념에 대한 “필요조건들만의 집합”이거나 “근사적으로 필요충분한 조건들의 집합”이라 할 것이다. 그 분석의 결과가 그나마 철학자들 사이에서 완전히 합의되는 것도 아닐지라도 말이다. 이 경우, 분석은 앞서 서술한 바 완화된 의미의 분석보다는 더 엄밀하되, 가장 엄밀한 의미의 분석보다는 상대적으로 덜 엄밀한 분석이라 하겠다. 그래서, 이하 III-3에서 보겠지만, 사실 하트 이후의 주류 분석적 법리학자들이 겨냥한 분석도 이러한 덜 엄밀한 분석에 가까운 것이었다.¹⁶⁾

분석을 둘러싼 논의에 대해서는 J. J. Ichikawa & M. Steup, “The Analysis of Knowledge”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/knowledge-analysis/>>. (2012) 참조.

16) 익명의 심사위원께서 완화된 의미의 분석과 엄밀한 의미의 분석 사이에 제 3의 분석이 존재할 여지가 있는지를 타진해 주셔서, 이를 보다 명확히 하게 되었다. 이에 심사위원께 감사한다. 다만 엄밀한 분석이 필요충분조건 제시인지의 여부에 대한 전거를 요청하신 점에 대해서는 Ludwig, 위의 글 (주 12), p.130을 들 수 있을 것이다. 하지만 그 여부에 대한 긍정의 답은 철학에서 대단히 널리 퍼져 있어서 암묵적으로 당연시되는 점이라 말하는 것이 더 정확하겠다.

여기서 주의할 점은, 오히려 본고에서의 구분과, F. Jackson, From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis (Oxford University Press, 1998)에서 개진된 구분, 즉 온건한 개념분석(modest conceptual analysis)과 그렇지 않은 개념분석(immodest conceptual analysis) 간의 구분을 혼동하지 않는 일이다. 전자의 구분이 문제의 개념분석이 (필요충분)조건이라는 형식적 엄밀성을 갖는가의 여부에 달려 있다고 한다면, 후자의 구분은 개념분석을 통해 (직접적인) 형이상학적 헌신(commitment)을 하는가의 여부에 달려 있다. 잭슨이 말하는 온건한 개념분석은 우리가 개념을 다루는 방식을 탐구하되, 단지 그 “개념”을 기술할 뿐 (그로부터) “세계”를 기술하는 데에까지 나아가지 않는다. 잭슨이 말하는 온건한 개념분석은 세계의 본성에 대한 주장을 담고 있지 않은 분석인 것이다. 잭슨의 구분과 관련한 보다 상세한 논의는 필자의 줄고, “하트 법이론의 분석적 방법론”(미간행원고) 참조.

2. 분석의 성격

이렇게 볼 때, 개념분석은 다음 몇 가지 점에서 특징적이다. 첫째, 그러한 개념 분석은 보통 “선험적이고” “보편적인” 작업이라고 간주된다. 분석은 분석자의 개념 이해나 직관에 호소하는데, 이런 원천은 분석자 개인의 감각경험이라는 또 다른 지식의 원천과는 독립적이고 어떤 의미에서는 초월적인 지식획득의 방법이라는 점에서 그러하다. 나아가, 분석의 선험적 측면은 그것의 보편성을 함축한다. 분석의 보편성이란, 분석의 내용이 그 대상 개념의 사용자 공동체가 처한 시공간적 특수성에 의해 제약되지 않는다는 뜻이다. 분석의 내용은 인식주관의 제한적인 경험에서 나오는 것이 아니기에, 시대적, 지역적 특수성에 의해 제약받을 하등의 이유가 없다는 점에서 그러하다.

둘째, 이러한 개념분석은 “1인칭의” 접근이다. (분석의 1인칭시점성) 이는 분석자 자신(1인칭)의 개념이해나 직관을 최우선으로 한다는 점에서 그러하다. 물론 여기에는 피분석항 개념에 대한 분석자 자신의 이해와 직관이 타인의 이해와 직관과도 일치할 것이라는 믿음이 가정되고 있다. 다만 분석자 이외의 일반인들(3인칭)이 문제의 개념을 이해하는 방식, 그들이 해당 용어를 사용하는 방식, 그들이 그 개념/용어의 적용여부에 대해 갖는 직관 등은 분석자 본인에게는 부차적인 관심사일 뿐이다.¹⁷⁾

셋째, 분석의 선험성, 보편성 및 1인칭시점성은 그것의 “가치중립성”, “자율성”, 그리고 “자족성(self-containedness)”을 함축한다. 분석의 가치중립성, 자율성, 자족성은 분석의 결과(내용)가 분석자가 가진 가치관, 이념, 이론적 전제나 가정, 그가 처한 여하한 외적 조건 등에 의존하지 않는다는 것을 의미한다.

끝으로, 개념분석이 “환원적인” 성격의 작업인가 하는 물음이 남는다. 이 물음은 열린 물음이다. 그 답은 위 [CA]의 정식화에서 피분석항과 분석항 간의 형이상학적, 인식론적, 의미론적 관계를 어떻게 해석할 것인가에 달려 있다. 만약 둘 간의 관계가 서로 독립적인 관계이고 피분석항 개념보다 분석항 개념들이 더 근본적일 경우, 이러한 분석은 환원적인 분석이라 할 것이다. 이 설명을 형이상학적으로 표현하자면: 피분석항 개념에 대응되는 실재가 분석항 개념에 대응되는 실재에 대해 존재론적으로 독립적인 관계에 있고, 아울러 전자보다 후자가 존재론적으로 더 근

17) 이처럼 1인칭 관점에 따른 개념분석을 3인칭 관점에 따른 사회학적, 인류학적 접근과 비교하여 옹호한 글로는 Ludwig, 위의 글 (주 12) 참조.

본적인 실재일 경우, 이러한 개념연관, 곧, 분석은 “환원적”이다. 혹은 이 설명을 인식론적으로 표현하자면: 피분석항 개념에 대한 우리의 인식(지식)상태가 분석항 개념에 대한 우리의 인식(지식)상태와 서로 독립적이고, 아울러 전자보다 후자가 인식론적으로 더 근본적일—혹은 더 잘 근거지워질—경우, 이러한 개념연관은 “환원적”이다.¹⁸⁾ 반면에, 피분석항과 분석항이 서로 의존적인 관계에 있고 둘 중에서 어느 하나가 더 근본적이라고 할 수 없는 경우, 문제의 개념연관(분석)은 “비환원적”이다.

물론 분석적 법리학의 이러한 특징들에 대해, 스스로를 분석적 법리학 진영에 속한다고 여기는 모든 이들이 동의하지는 않을 수 있다. 하지만 위에서 대별한 특징들은 적어도 분석적 법리학을 선도한 오스틴과 하트에게서 중요하게 발견되는 것들이다. 따라서, 그 특징들을 그 법리학적 전통의 중핵(中核)에 가깝다고 보더라도 크게 틀리지 않을 것이다.

3. 분석의 이상과 패권

전통적으로 개념에 대한 환원적인 필요충분조건을 제시하고자 하는 개념분석은 위에서 제시한 바와 같은 특징들을 갖는, 하나의 “이상”으로 간주되어 왔다. 개념들 간의 지도와 위계를 그려보는 것이야말로 실재들간의 구조에 관한 철학의 문제들을 해결하는 최상의 길일 것 같기 때문이다. 하지만, 이런 유형의 개념분석으로서 성공적인 사례는 찾기 힘들다. 그 중요한 한 가지 이유를 말해 주는 것이 바로 20세기 초 철학자 무어(G. E. Moore)가 말한 “분석의 패러독스(paradox of analysis)”이다.¹⁹⁾ 곧, 한 개념을 갖는다는 것은 그 개념을 이해한다는 것일진대, 그 개념을 이해하고 있다면 그것을 갖고 있는 셈이어서 더 이상의 분석이 불필요할 것이다. 이와 반대로, 그 개념을 이해하고 있지 못하다면, 애초에 분석의 대상이 되는 그 개념을 갖고 있지 않을 것이기에 분석을 시작조차 못할 것이다. 이와 같은 패러독스는 철학자들로 하여금 환원적 분석이 근원적으로 실현불가능한 이상에 지나지 않는다는 생각을 갖게 하였다. 이런 이유로, 개념에 대한 비환원적인 필요충분조건을 제시하고자 하는 개념분석이야말로 역사적으로 많은 철학자들이 수행

18) 현실적으로 보면, 대개 우리에게 “더 익숙하거나” “더 쉬운” 개념을 인식론적으로 더 잘 근거지워진 개념이라고 생각하는 경향이 있다.

19) P. A. Schilpp, (ed.) *The Philosophy of G. E. Moore* (Evanston: Northwestern University Press, 1942), pp. 660-67.

해 온 개념분석의 실제 모습에 더 가까운 방법이다. 비록 개념들간의 위계에 관한 정확한 지도를 그릴 수는 없다 하더라도, 이 방법은 적어도 문제의 개념 요소들간의 어떤 형태의 구조적 연관과 의존관계를 밝혀줌으로써 그 개념에 대한 우리의 철학적 이해에 의미있는 시사점을 주는 것으로 여겨져 왔다.

철학사에서 보면 분석철학의 패권(覇權)에는 또 다른 나름의 적극적인 배경과 이유가 있다. 근대 이후 개별 분과학문들이 각자 독립하여 철학의 울타리를 벗어남으로써 더 이상 철학 고유의 정체성, 즉 철학만이 가질 방법과 문제가 무엇인지가 불분명해진 20세기 전반의 상황을 생각해 보라. 그런 상황에서, 분석과 논증을 최대의 무기로 한 분석철학은 다른 분과학문과는 다른, 철학 고유의 방법과 목표를 제시하는 데에 성공했다. 그리하여, 철학은 더 이상 분과학문적 탐구를 수행하지 않는 대신, 그 분과학문들의 좌표를 설정해 주고 그 학문들이 가능하기 위한 조건과 근거를 제시해 주는 과업을 스스로의 역할로서 확고히 하게 되었다. 그럼으로써, 철학은 다시금 이른바 “제일철학(The First Philosophy)”의 위치로 복귀할 수 있게 된 것이다.

이러한 철학사적 흐름은 법철학에서도 예외가 아니었다. 분석적 법리학은 그 정도가 크건 작건 간에, 분석의 선형성, 보편성, 1인칭관점성, 가치중립성, 자율성, 그리고 자족성이라고 하는 “분석의 신화”의 포로가 되었고, 그것이 곧 분석적 법리학의 발전과 지배적인 영향력의 동력이 되기도 했다. 그리고 그러한 신화의 힘은 법철학 분야의 학문분과로서의 전문화에 큰 영향을 미치기도 했다. 법철학이 더 이상 법률가들에 호소하기 위한 것이 아니라, 법에 대한 철학이라고 하는 고유한 전문분야로서 차별화하는 것, 즉 자율적이고 전문직업적이며 어떤 의미에서는 엘리트적인 법철학으로서 차별화하는 것이 그 발전동기였다는 것이며, 법철학은 결국 이러한 차별화에 성공했다는 것이다. 그리하여, 분석적 법리학은 법학 및 법철학에서 하나의 “디폴트 이론(the default theory)”으로서의 지배와 패권을 굳혀 왔다. 이에 따라, 규범적 법리학이나 경험적 법리학과 같은 다른 접근들은 그저 분석적 법리학을 “보충”하는 데에 불과한 것으로 여겨지게 된 것이다.²⁰⁾

어쩌면 분석적 법리학에 대한 이 같은 시각은 비록 다소 과장된 것일 수 있다. 분석적 법리학이 학문분과로서 성공할 수 있었던 것은 다분히 어떤 식으로건 의도

20) 이와 비슷한 지적으로는 R. Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006), p. 213 이나, 혹은 A. C. Hutchinson, *The Province of Jurisprudence Democratized* (Oxford: Oxford University Press, 2009), pp. 5-6 등에서 찾을 수 있다.

되었다기보다는 자연스러운 것일 수 있기 때문이다. 분석적 법리학이 가진 보편성이나 자율성과 같은 특질들 자체가, 20세기 후반에 법학 및 법철학이 처한 특수한 학제적 여건 속에서 분석적 법리학이 주류적 위치를 차지하는 데에 유리하게 작용했을 수 있다는 점에어서이다. 그럼에도, 의도했건 아니건 간에, 분석적 법리학이 전문직업적이고 엘리트적인 학문분과로서의 성격을 키워 왔다는 사실이 분석적 법리학의 성공신화와 관련하여 중요한 함의를 갖는다는 점만은 부인할 수 없을 듯하다.

III. 역사적 실체로서의 분석적 법리학

분명, 분석적 법리학을 현대법철학에서의 하나의 주류적 접근을 가리키는 보통 명사로 본다면, 분석적 법리학은 사실상 20세기 영어권의 철학을 지배해 온 전통인 이른바 분석철학(analytic philosophy)이 법철학에 연장된 것이라 할 수 있다. 왜냐하면, 앞서 살펴 본 것처럼, 적어도 현대의 분석적 법리학은 법철학적 작업을 수행함에 있어 분석철학의 정신과 방법들을 충실하게 수용하고 적용하고자 하기 때문이다. 그러나, 이런 식의 이해는 분석적 법리학이 갖는 한 가지 측면을 밝힌 것일 뿐, 그것에 대한 완전한 서술은 아니다. 분석적 법리학은 분석철학과 독립적인 고유의 역사를 가진 하나의 역사적 실체로도 볼 수 있기 때문이다. 사실, 현대분석철학이 발흥하기 이전에도 이미 분석적 법리학의 강력한 전통이 발전되어 왔다. 분석철학이 20세기 초에야 태동한 반면, 적어도 19세기 전반에 영국의 법철학자 오스틴(John Austin)은 분석적 법리학의 원형에 해당하는 이론을 정초한 바 있기 때문이다. 따라서, 우리는, 분석적 법리학에 대한 균형잡힌 이해를 위해, 오스틴에서 비롯하여 하트를 거쳐 콜먼(Jules Coleman) 등에 이르기까지 현대의 선도적인 분석적 법리학자들이 자신들의 법리학에 대해 가졌던 중심적인 생각을 일별할 필요가 있다.

1. 오스틴의 분석적 법리학

주지하듯, 일찍이 오스틴은 저서 *The Province of Jurisprudence Determined* (1832)에서 법철학의 의제와 방법이 무엇인지를 체계적으로 설정하였다. 이 의제와 방법은 곧 이후에 하나의 패러다임으로서 확립될 “분석적 법리학”의 그것과 크게 다르지 않았다. 즉 그는 “법이란 무엇인가?”라는 질문에 답하는 것을 법철학의 핵

심 과제로 인식했다. 그리고, 철학적 “분석”이야말로 이 질문에 답하기 위한 단 하나의(the) 방법이라고 주장하였다. 그는 분석을 통해서만 현실 속에 존재하는 지극히 다양한 법의 모습을 가로질러 일반적이고 보편적이며 본질적인 본성과 구조를 밝혀낼 수 있다고 보았다. 그래서, 만약 특정 사회가 갖는 법체계의 특수성이 있다면, 그것은 그저 비필연적/우연적인 것이어서 법의 일반적, 보편적인 특성을 이해하는 것과는 독립적일 뿐이었다. 이러한 이해 하에서 분석적 접근 이외의 다른 접근은 분석적 접근에 대해 단지 보충적이거나 이차적인 것으로 취급될 뿐이었다.²¹⁾

이러한 방법론적 통찰 하에, 오스틴은 자신의 법이론을 전개하였다. 잘 알려져 있듯이, 그는 “있는 법(de lege lata)”과 “있어야 할 법(de lege ferenda)” 사이에는 아무런 연관이 없다고, 즉 “법의 존재와 그것의 좋고 나쁨은 별개”라고 주장하였다. 그래서 그는 법(리)학의 탐구대상은 전자에 국한되며, 따라서 법리학은 도덕적, 평가적으로 중립적인 내용을 담을 수 밖에 없다고 생각하였다.²²⁾ 또한 “있는 법”의 역사에 대한 관찰 및 그에 대한 분석으로부터 그가 도달한 법이론은 이른바 “법명령설”이었다. 이에 따르면, 법은 주권자의 명령에 따라 강제되는 행위규칙이다. 그리고 주권자로부터 나온 명령을 따르는 것이 법적 의무이고, 명령을 위반했을 시에는 제재가 부과되므로, 명령, (법적) 의무, 제재는 서로 불가분의 관계에 있다는 것이다.²³⁾

2. 하트의 분석적 법리학

오스틴의 분석적 법리학은 그 진화단계상 20세기 전반의 소강상태를 지나 20세기 중반 하트에 의해 더 정교하고 복합적인 형태로 부활하였다. 사실, 하트의 분석적 법리학은 많은 부분 오스틴의 분석적 법리학의 정신을 계승하고 발전시킨 것이기는 하다. 하지만, 하트의 법리학은 더 정교한 개념적 장치와 의제 형성을 통해 법리학을 새로운 단계로 올려놓았다.

우선, 그의 법리학은 20세기 후반의 법철학계의 논의를 사실상 지배할 핵심적인 개념과 구분들을 제시하였다. 예컨대, 하트는 오스틴과 달리 법을 단순히 주권자의

21) J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. by W. E. Rumble (Cambridge University Press, 1995)(원문은 1832년도에 출판됨), p.108, 117.

22) 위의 책, p.112, 157.

23) 위의 책, p. 21. 오스틴의 분석적 법리학에 대한 개략적인 소개로는 오세혁, *법철학사* (세창출판사, 2004) pp.184~7; 비판적 논의로는 Hutchinson, 위의 책 (주 19), 제 2장 참조.

명령이라고 보지 않는다. 하트는 법을 규칙이 사회적으로 제도화된 체계라고 보며,²⁴⁾ 그 체계를 “법은 일차규칙(primary rules)과 이차규칙(secondary rules)의 결합”이라고 간단히 요약한다.²⁵⁾ 뿐만 아니라, 그의 법리학은 이후 법철학적 논의에서 가장 중요하게 다루어질 의제들을 다루었다. “법규칙이란 무엇인가?”, “법은 항상 강제적인가?”, “판사는 재량을 갖는가?”, “법과 도덕 간에는 필연적인 연관이 있는가?” 등이 그것이다. 바로 위와 같은 역할을 수행한 점이 하트 분석적 법리학의 가장 큰 의의였으며, 이로써 그의 법리학은 현대법철학에서 가장 주류적인 이론의 위상을 차지하게 되었다.²⁶⁾

분석적 법리학으로서의 하트의 법이론의 성격을 논하기에 앞서, 우리는 그 법이론의 주요 내용을 살펴보아야 하겠다. 사실 그의 법이론은 이미 현대 영미 법철학계에서 고전 중의 고전으로서 국내외에서 널리 논의되어 왔기 때문에, 이 대목에서 그 내용을 자세히 소개할 필요는 없을 것이다.²⁷⁾ 다만 그의 법이론에 생소한 독자들을 위해 이후에 논의에 유익할 만한 최소한의 내용만을 소개해 두기로 하자.

하트 연구의 권위자인 미국의 법철학자 포스티마는 하트의 법이론을 다음 11가지의 이론적 진술들로 잘 스케치해 주고 있다:²⁸⁾

24) 엄밀히 말해, 하트가 법을 단순히 규칙들만의 체계라고 본 것은 아니다. 이 점은 하트가 드워킨이 자신에 대해 제기한 비판(특히 Dworkin, “The Model of Rules I”, Taking Rights Seriously (Harvard University Press, 1978), pp.14~45에서의 비판)에 대해, 자신의 <법의 개념>(1994) 후기에서 자신은 법에서 원칙의 역할을 인정하면서, 법을 규칙들만의 체계라고 말하지 않았음을 분명히 한 데에서 드러난다. CL: 263 참고.

25) CL: 79ff.

26) L. Green, “The Concept of Law Revisited”, Michigan Law Review Vol. 94 No.6: 1687~1717.(1996), p.1688; G. Postema, Legal Philosophy in the 20th Century: The Common Law World, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: Vol. 11 (Springer, 2011), p.261.

27) 하트의 법이론(분석적 법리학)을 다룬 문헌은 무척이나 방대하다. 그의 법이론의 의의와 특징에 대한 개략적인 서술로는 B. Tamanaha, A General Jurisprudence of Law and Society (Oxford: Oxford University Press, 2001), 제 6장; N. MacCormick H. L. A. Hart, 2nded. (Stanford University Press, 2008); N. E. Simmonds, Central Issues in Jurisprudence: Justice, Law and Rights (Oxford University Press, 2002), 제 6장 하트 편이 참조할 만하다. 하트의 법이론을 전후로 한 분석적 법리학의 전반적인 역사에 대한 심도 깊고 탁월한 서술을 하나 꼽는다면 Postema, 위의 책 (주 26)를 들 수 있겠다. 그리고 국내문헌 중 간략한 서술로는 이상영, 김도균, 법철학, 제 2판 (한국방송통신대학교출판부, 2011); 심헌섭, 분석과 비판의 법철학 (법문사, 2001); 최봉철, 현대법철학: 영어권 법철학을 중심으로 (법문사, 2007); 박은정, 법철학의 문제들 (박영사, 2007), 오세혁, 법철학사 (세창출판사, 2004) 등에 관련 장(章)들이 있다.

28) Postema, 위의 책 (주 26), pp.269~70.

- (1) 법은 역사적으로 진화하는 복합적인 사회제도로서, 인간이 세월 속에 가공해낸 산물이다. 그리고 법은 그 자체로, 참가하는 이들이 자신들에게 규범적 의의를 갖는다고 간주하는 하나의 사회적 사실이다.
- (2) 법체계는 상이한 기능을 수행하는 상이한 종류의 규칙들로 이루어진다; 그중 어떤 것들은 의무-부과규칙(duty-imposing rules)이요, 다른 것들은 권한-수여규칙(power-conferring rules)이다.
- (3) 이러한 규칙들은 상이한 차원에서 작동한다; 어떤 것들은 시민들의 일상적인 사회적 행동을 지배하거나 용이하게 하고(일차규칙), 다른 것들은 규칙체계를 유지하는 부담을 지고 있는 공직자들을 지배한다(이차규칙)
- (4) 이차규칙 중 주요한 것으로는 (a) 변경규칙, (b) 재판규칙, 그리고 (c) 식별/지목(identification) 규칙이 있다.
- (5) 이 모든 규칙들은 존재하며, 권위를 가지며, 승인규칙이 정의하는 기준에 따른 식별/지목을 통해 하나의 단일화된 체계를 구성한다.
- (6) 권위있는 의무-부과 규칙은 법적 구속력을 갖는다. 이 규칙들은 다른 잇점에 의해서가 아니라 그 체계 속의 효력 있는 규칙이라는 제도적 승인에 의해서 의무를 창출한다.
- (7) 법체계의 승인규칙은 그 자체로 효력 있는 법규칙이 아니지만, 다른 모든 법규칙 및 법규범의 효력을 위한 기준(standard)이다. 따라서 승인규칙은 존재하고 또한 구속력을 갖는데, 이는 승인규칙이 법체계의 효력 있는 규칙으로서가 아니라, 법을 적용하는 공직자들에 의해 공통의 공적 기준으로서 수용되고 실행되는 하나의 사회적 규칙으로서이다.
- (8) 승인규칙을 수용함으로써 법을 적용하는 공직자들은 승인규칙에 의해 법체계 내에서 효력 있는 것으로 식별/지목된 모든 규칙들을 간접적으로 수

용하고 있는 것이다. 범수범자들은 법체계 내의 규칙들 중 일부 혹은 모두를 수용하거나 찬성할 수 있지만, 그들이 승인규칙을 수용하거나 심지어 깨닫고 있는 것은 단지 드문 일일 뿐이다.

- (9) 법규칙들은 열린 구조(open texture)를 갖는다. 확정적인 적용 핵심부에 의해 범수범자들과 공직자들은 법규칙을 예측가능한 방식으로 광범위한 환경에 적용할 수가 있지만, 법규칙에는 논쟁에 열려 있는 회색지대가 있다. 회색지대에 있는 사안들을 결정하는 판사들은 법의 안내를 받기는 하지만, 기존의 법을 적용한다기보다는 법을 만든다고 할 수 있다.
- (10) 법체계가 존재하기 위해서는 실효적(effective)이어야만 한다. 법이 실효적인 것은, (a) 승인규칙이 법을 적용하는 공직자들에 의해 수용되고, (b) 범수범자들의 행동이 일반적으로 일차규칙의 대부분에 부합하고, (c) 법규칙상의 회색지대의 비결정성이 법-적용 기관의 권위 있는 해석에 의해 해소되는 바로 그 경우이다.
- (11) 인간본성, 사회환경, 사회적 상호작용의 복잡성 등을 고려할 때, 법체계가 실효적인 것은, 오로지 (a) 규칙과 규범 속에 개인 간의 폭력, 절도, 사기, 약속과 협정 위반 등으로부터 보호하는 장치가 포함되어 있고, (b) 요구되는 바를 행동으로 옮기게 만드는 강제적 메커니즘에 의해 보증되는 경우 뿐이다.

물론 이 11 가지의 진술들이 하트의 법이론을, 아니 <법의 개념>(제2판)에 나타난 이론적 아이디어조차 망라하지는 않는다. 다만, 이 진술들은 그의 법이론의 핵심 사항들을 표현한 것이다. 그리고 이 핵심사항들 각각으로부터, 혹은 이들의 일정한 결합으로부터, 혹은 거기에 일정한 가정을 더함으로써, 다양한 귀결가설들이 따라나올 수 있다. 위 진술들에 대한 자세한 해설이나 그것들로부터의 귀결에 대한 논의는 하트 법이론의 내용에 관한 방대한 쟁점들(가령, 규칙의 본성, 승인규칙의 의의, 법적 의무와 효력의 본성 등)을 포함하기에, 본 지면에서는 생략한다.

3. 하트의 분석적 법리학의 성격을 둘러싼 이견들

하트의 법이론의 내용은 위 11개의 진술들에 잘 함축되어있고, 전반적으로 하트의 문체도 아주 명료한 편이지만, 그의 법이론의 성격, 특히 그것의 “방법론적” 성격이 어떠한가에 대해서는 많은 논란이 있었다. 위 11개의 진술들에서 부분적으로 시사되듯이, 그의 법이론 자체가 법의 복합적 성격을 담아내고자 한 시도의 일환이기 때문이다.

우선, 하트의 법이론은 우선 “본질주의적(essentialist)” 성격을 갖는다. 하트는 이를 <법의 개념>(제2판)의 서문에서 드러낸 바 있다. “언어에 대한 낱선 각성을 통해 법현상에 대한 지각을 예리하게 할 수 있다”라고 한 영국의 일상언어철학자 오스틴(J. L. Austin)에 대한 찬동을 적극적으로 드러낸 것이 그것이다.²⁹⁾ 이는, 그의 법이론이 언어분석을 통해 법현상의 본질적 요소를 포착해내는 것을 스스로의 목표라고 여긴다는 점을 시사한다. 그리고, 사실 법리학에 대한 하트의 이러한 개념관(conception)은 선대의 분석적 법리학자 오스틴(John Austin)이 개진했던 생각의 연장선에 있는 것이기도 하다. 그리하여, 콜먼이 볼 때, 이러한 분석적 전통하에서 법리학은 법에 대한 경험적 연구들과 연속적이라는 점에서 “경험적” 성격을 갖지만, 법리학은 경험의 범위를 넘어선다. 그러한 법리학은 낱 것으로서의 법적 자료를 조직화함으로써 법의 “본질”을 체계적으로 드러내 주기 때문이다.³⁰⁾

하트의 계승자들 중 이런 관점을 가진 대표적인 법철학자로는 라즈(Joseph Raz), 콜먼 그리고 디슨(Julie Dickson)을 들 수 있다. 콜먼은 하트의 법이론과 방법론의 특성을 “본질주의적”이라고 특징짓는다:

하트 (그리고 샤피로[Scott Shapiro], 나 자신[Coleman] 및 기타 다른 이들)는 법철학이 법의 어떤 특질들이 중요하거나 흥미로운지를 결정함으로써 시작된다고 보는 것은 아니다. 그 시작은, 법 혹은 법 개념에 대해 본질적이거나 (어떤 적절한 의미에서) 필연적인 특질들(features)이 있는지의 여부를 물음으로써 이루어지는 것이다. 즉 그런 특질이 결여된 어떤 사회적 실행이 있다면 그런 실행은 법의 자격이 없다는 의미에서 본질적인 특질 말이다. 그런 특질들이 있다면, 그런 특질들은 법의 고유기능(proper function)이 무엇인가 하는 논쟁의 여지가 많은 이론에 달려 있는 것이 아니라, 법이 무엇인가에 대한 이

29) CL: vi.

30) Coleman, *The Practice of Principle* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p.200.

해에 달려 있다. 그런 특질들은 있는가? 그리고 우리는 법의 고유기능에 대한 다툼의 여지가 큰 어떤 관점에 호소하지 않고도 그것들을 지목해 낼 수 있는가? 하트는 그런 특질들이 있다고 믿었고, [그런 식으로] 그 특질들을 지목해 낼 수 있다고 믿었다.³¹⁾

그래서 라즈, 콜먼, 디슨이 동조하는 법철학은 일차적으로 법의 본성을 탐색하는 학문 활동이며, 그들이 동조하는 법의 본성은 “그 범위에 있어서 보편적인” 법의 특질들과, “그 강도에 있어 필연적인” 법의 특질들에 관한 참인 진술들의 집합의 형태로 해명될 것이다.³²⁾

반면 이들과 달리, 하트 법이론에 대한 또다른 주요한 연구자인 영국의 그린(Leslie Green)은 하트의 법리학에서 분석적 성격의 비중을 상대적으로 약하게 이해한다. 그는 하트의 법이론에 대해 객관적 기술과 의미론을 중심으로 하여 이해하려는 전통적 접근들이 그 법이론에 대한 중대한 오해에서 비롯한다고 주장한다. 하트의 법리학의 방법론적 측면들 중에서 분석적 혹은 본질주의적 성격보다는 다른 성격, 특히 “반(反)본질주의적”, “해석학적(hermeneutic)”, “구성주의적(constructivist)”인 성격이 더 중요하다는 것이다.³³⁾ 이런 관점에 의하면, 법은 다음과 같은 것이다: 법은 역사적으로 우연적인 속성들을 갖는 사회적 구성물이다. 법은 사회통제와 엘리트에 의한 지배라고 하는 체계적 형태로 사회 속에서 그 모습을 드러낸다. 법은 사회에 이익을 주기도 하지만, 거기에는 일정한 대가가 뒤따른다. 그리고 법은 객관성을 가장하지만, 항상 정치적일 수밖에 없으며, 그러한 법을 다루는 법이론도 완전히 가치중립적일 수는 없다. 그리하여 이런 새로운 해석 하에서, 법은 사회변화를 위한 도구라고 하는 도구적 측면이 더욱 강하게 부각된다.³⁴⁾

31) 위의 책, p.108. 강조는 필자의 것.

32) Raz, "On the Nature of Law", Archivfür Rechts-und Sozialphilosophie 82. (1996), p. 2, 6; 이처럼 라즈와 콜먼의 법실증주의는 방법론적으로 가까운 면이 있지만, 그 내용에 있어 각각 경성 법실증주의(hard positivism)와 연성 법실증주의(soft positivism)의 대표자로서 서로 논쟁적인 관계에 있다. 이 두 가지 법실증주의 간의 선택을 둘러싼 쟁점에 대해서는 이미 많은 문헌이 쏟아져 나와 있으나, 그것이 본고의 주된 관심사는 아니다.

33) Green, 위의 글 (주 26), pp.1689~92. 한편 하트의 내적 관점과 해석학적 방법론을 강조하는 것이 그린 뿐인 것은 결코 아니다. 가령, 미국의 법철학자 빅스(Brian Bix)도 그러한 방법론을 도입한 것을 하트 법이론의 가장 큰 성취라고 말한다. Bix, "H.L.A. Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory", S.M.U. Law Review (1999), p.167 참조.

34) Green, 위의 글 (주 26), pp. 1709-11; 이런 양면적 측면이 하트의 법이론이 갖는 성격을 망라하

이런 관점은, 하트의 법이론이 갖는 분석주의적이고 본질주의적 측면을 위주로 그 이론을 바라보는 시선과는 확연히 다르다. 이 두 가지 관점 중 어느 것이 옳으나 하는 것은 그 자체로 중요한 쟁점이다. 사실, 논자에 따라 이 여러 측면들 중 어느 한두 측면만을 두드러진 것으로 이해하기도 하고, 실제로 이들 제 측면들 간의 긴장이나 충돌의 여지도 있어 보인다. 법이 반본질주의적이고 구성주의적인 성격의 것이라면, 이런 성격은 분석이라는 방법에 쉽게 포착되기 어려울 것이기 때문이다. 다만 분명한 것은, 이런 긴장과 충돌의 여지에도 불구하고, 하트의 법이론은 크게 본질주의적 측면과 비본질주의적 측면의 양면에서 이해될 수 있으며, 둘 중 어느 하나만으로는 완전히 이해될 수 없는 것 같다는 점이다. 왜냐하면 적어도 하트의 저작에서 문제의 두 관점 모두 텍스트상의 증거들을 갖기 때문이다.³⁵⁾

따라서, 하트 법이론의 이러한 복합성으로 인해, 우리는 그것을 단순히 “분석적” 법리학이라고 불러도 되는가 하는 의구심을 갖게 된다. 하트에 있어 “분석”의 중요성이 크고, 분석이야말로 오스틴과 공유한 가장 핵심적인 방법론적 면모인 것은 분명한 사실이다. 그럼에도, 그런 면모만으로 하트의 법이론이나 방법론을 평가하는 데에는 상당한 주의가 요청되는 것이다. 이런 경각심을 갖고서, 이제 분석적 법리학의 일반적인 한계를 짚어 보기로 하자.

IV. 분석적 법리학의 한계

앞서 나는 분석적 법리학의 폐권의 배후에는 그것이 가진 특유의 동인(動因)이 작동한다는 사실을 지적하였다. 그것은 바로, 분석적 법리학이 선형성이나 보편성

지는 않는다. 가령, 하트의 법이론은 범공동체 구성원들의 언어관행과 공직자들의 실천적 관행에 크게 의존한다는 점에서 “관행주의적(conventionalist)” 성격도 있다. 나아가, 그의 법이론은 법을 수범자들 간의 행위조정을 돕고 규범질서를 유지하며 사회통제를 행하기 위한 메커니즘으로 본다는 점에서 “기능주의적(functionalist)” 성격도 갖는다. (물론, 이 말은 풀러나 드위킨과 같은 친자연법론자들이 법을 기능주의적으로 보는 것과는 다른 의미로 기능주의적이라는 것이다.) 하트 법이론의 이러한 복합적 성격 및 그 속의 긴장관계에 대한 상세한 논의로는 Tamanaha, 위의 글 (주 27)의 제 6장 참조. 그리고 국내연구자들 중 김현철 교수는 “하트 법이론의 철학적 의의에 대한 비판적 고찰”, 법철학의 모색과 탐구: 심헌섭 박사 75세 기념논문집 (법문사, 2011), 125-35면에서, 하트의 방법론적 복합성과 그 중에서 해석학적 방법의 중요성을 지적한 바 있다.

35) 이 두 측면 간의 관계에 대해서도 더 깊은 논구가 요청되는 것이 사실이나, 이는 많은 지면을 요하기에 후속 논문들의 몫으로 돌린다. (이를 위해서는, 필자의 미간행원고들, 특히 줄고, “하트 법이론의 분석적 방법론”과 “하트의 내적 관점이란 무엇인가?” 참조.)

을 추구함으로써, 하나의 학문분야로서 스스로의 독자성과 자족성을 키워나가고자 하는 동인이다.

그러나, 역설적이게도, 분석적 법리학의 성공과 패권은 분석적 법리학의 근원적인 한계와 빈곤을 배태(胚胎)한 것이기도 했다. 즉, ‘개념적 명료함’과 ‘분석의 정교함’은 건전한 논증을 위한 필수적 덕목이지만, 그런 덕목은 바로 개념과 이론이 구체적으로 적용되는 폭을 좁히고 그 적합성을 약화시키는 희생의 대가로서 얻어지는 것이기 때문이다. 물론 이런 역설적 관측은 분석철학 전반에도 해당되는 사항이다.

실제로, 여러 선도적인 법철학자들은 분석적 법리학이 안고 있는 이러한 근원적인 한계에 대해 비판해 왔다. 예를 들어, 하트의 분석적 법리학에 대한 대표적인 비판자인 드워킨(Ronald Dworkin)은 강단의 분석적 법리학과 법실증주의가 “신성한 신앙”을 품고 있다고 비판한다.³⁶⁾ 그 신앙은 바로, 분석적 법리학이나 법실증주의와 같은 법이론은 개념적이고 기술적인 것이어서, 다른 분과학문들과는 구별되며 가치중립적이고 자율적이라는 믿음이다. 이런 신앙에 따르면, 법이론은 판사나 법공직자가 실제로 행하는 바에 대해 아무런 제약을 가하지 않는다. 드워킨은 이를 일종의 “길드 주장(guild-claim)”이라고 말한다. 그리고 이런 신앙은 그것에 위배되는 어떤 증거 앞에서도 흔들리지 않으며, 정작 법실증주의자들은 이 신앙과 그것의 일반성을 뒷받침할 어떤 증거도 내 놓고 있지 않다는 것이다. 나아가, 이런 신앙은 법에는 시공을 넘어 불변적인 고유한 무엇, 즉 “본성”과 “본질”이 있다고 하는 분석적 법리학의 역사에서 면면히 내려 온 생각으로 이어진다.³⁷⁾

그러나, 드워킨이 보기에, 법은 정치, 도덕과 뿔뿔히 떨어져 있을 수 없는 복합적인 사회적 실천이며, 법이론 역시 우리가 정치, 도덕적으로 목적하는 바와 결코 독립적일 수 없다. 따라서, 우리가 어떤 법이론을 취하는가의 여부는 판사의 결정에 중요한 제약을 가할 수밖에 없다. 또한, 드워킨에 의하면, 분석적 법리학이 말하는 법의 “본질”의 존재 또한 의문스럽다. 법은 원자나 동물종과 같이 그 구조가 결정하는 바의 어떤 본질을 갖는다고 볼 수 없다는 것이다. 실제로는 존재하지 않는 것을 존재한다고 믿는다는 점에서, 법실증주의가 주장하는 법의 본질이란 마치 근대의 일부 과학자들이 주장하던 “플로지스톤(phlogiston)”과 같다는 것이다.³⁸⁾

36) Dworkin, Justice in Robes (The Belknap Press of Harvard University Press, 2006), p.212.

37) Dworkin, 위의 책, p.213.

38) Dworkin, 위의 책, p.216 참조. 한편 플로지스톤은 프리스틀리(Joseph Priestley) 등 17, 18세기에 일부 과학자들이 연소현상을 설명하기 위해 제안했던 물질이다. 그들은 가연성이 있는 물질이나 금속에는 플로지스톤이 들어 있다고 주장하였다. 하지만 이후 라부아지에(A. L. de Lavoisier) 등

이 같은 드워킨의 비판은 일면 분석적 법리학을 상당히 강하게, 혹은 왜곡하여 해석한 결과로 비칠 수 있다. 분석적 법리학의 옹호자들이 과연, 마치 드워킨이 법의 “본질”에 대한 자신들의 탐구에 대해 그리고 있는 것처럼, 법을 자연종(natural kinds)과도 같은 본질적 구조를 갖는다거나, 어떤 “형이상학적 필연성(metaphysical necessity)”을 갖는다고까지 인정할 것인지는 분명치 않다. 하지만 분석적 법리학의 저작들에서 분명 일반적이고 보편적인 기술과 분석에 대한 신념이 분명하게 드러난다는 점은 부인할 수 없다. 따라서, 드워킨의 비판을 마냥 허수아비에 대한 공격으로 치부해서는 안 될 것이다.

미국의 저명한 법철학자 월드런(Jeremy Waldron)은 법철학의 방법론을 정치철학의 방법론과 비교하면서, “분석”에 주력한 법리학의 논의가 결과적으로 볼 때 단조롭고 반복적으로 되기 쉽다는 점을 지적한다. 뿐만 아니라, 그는 분석적 법리학이 법의 역사에 대한 고려나 법의 정치적 함의에 대한 고려 등과 같은, 법에 대한 다양한 관점들을 더 잘 이해하게 해 줄 다른 지적 자원들로부터 동떨어지게 되며, 그 결과 분석적 법리학은 철학적으로 흥미롭지 않을 뿐 아니라 편협해질 위험이 있다고 지적한다. 그래서, 법에 대한 우리 스스로의 생각만이 아니라 다른 이들의 생각에 대한 건강한 감각을 가미할 필요가 있다는 것이다.³⁹⁾ 이는 결국 분석적 법리학이 철학의 빈곤을 드러내고 만다는 숙명적인 한계를 말하는 것이다.

비슷한 견지에서, 미국 사회법학의 이론가 타마나하는 하트의 분석적 법리학이 스스로의 주장과 달리 충분히 기술적이지도 일반적이지도 못했다고 지적한다. 전술한 것처럼, 하트의 분석적 법리학은 다른 분석론자들에 비해 그 복합적 성격으로 인해 상대적으로 더 정교하고 더 일반적인 법리학이라 할 여지가 있었다. 실제로, 잘 알려져 있듯, 하트는 자신의 목표를 일반적이면서도 기술적인 법이론을 제시하는 것이라고 한 바 있다.⁴⁰⁾ 그리고, 타마나하에 의하면, 일차규칙과 이차규칙 간의 구분에 의거한 하트의 법개념은 비록 그 자체로 옳은 것이기도 했다. 하지만, 그런 법개념은 다양한 시대와 문화 속에 존재해 온 법현상을 설명할 수 없었고, 하트 자신이 생각했던 것처럼 가치중립적이었는지도 의문이며, 따라서 그런 법개념은 하나의 기초로서 “일반법리학(general jurisprudence)”를 이루기에는 지나치게

에 의해 플로지스톤은 존재하지 않는다고 반박되었고, 연소현상은 플로지스톤이 아니라 산소와의 결합에 의해 설명되었다.

39) Waldron, “Legal and Political Philosophy” in J. Coleman & S. Shapiro (ed.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence* (Oxford University Press, 2002), p.381.

40) CL: 239.

제한적이었다는 것이다.⁴¹⁾

비슷한 비판은 국내 연구자들에게서도 눈에 띈다. 예컨대, 박은정 교수는 분석적 법리학이 거둔 성과를 인정하면서도, 그 한계를 통렬히 비판한다:

하트 식의 분석법학은, 광범위한 법 연구영역과 법실천의 다양한 층위들을 떠올릴 때, 그 제기하는 주제가 의제가 너무 협소하다. 법이론적 관심도 편향되어 있다. 그의 법철학은, 법이 마치 분석을 위해서 존재하는 양 ‘법은 명철하게 표현되어야 한다’는 명제를 신조로 삼음으로써, 철학이 빈곤한 이론이 되었고 법의 목표와 제도적 이상을 실현하려는 열망을 소거하는 법철학이 되고 말았다.⁴²⁾

즉, 분석적 법리학의 초점은 법의 개념이 무엇인가와 같은 법의 일반적 특성에 있었지만, 그 과정에서 분석적 법리학은 그런 특성을 탐구하는 일에 대해, 법이 연관될 수 있는 다른 영역들의 맥락(가령, 법이 가지는 정치적, 정책적, 제도적, 사회적, 경제적, 문화적, 경험과학적 맥락)과는 독립된 것으로 보았다. 그 결과, 분석적 법리학은 결국 그런 맥락과 연관된 함축에 대한 이해를 법의 탐구로부터 배제하는 결과를 낳았고, 나아가 법에 대한 고찰이 필수적으로 동반하는 법의 내용에 관한 열망을 상실케 했다는 것이다.

마지막으로, 이같은 비판적 인식은 분석적 법리학의 진영 내부에서도 생겨났다. 분석적 법리학 진영의 주요한 적자(嫡子)의 한 사람인 미국의 법철학자 샤우어(Frederick Schauer)는 분석적 법리학의 비용과 편익에 대해 이렇게 진단한다. 우선 그 편익으로서, 분석적 법리학이 가져다 준 언어의 명징함과 논증의 정교함 덕분에 우리는 법철학의 문제들을 더 잘 이해할 수 있게 되었다. 그러나, 철학적 순수성에 대한 집착의 대가(代價) 역시 상당한 것이었다. 그런 집착의 결과, 한편으로는 이론 사회학적 접근과 같이 비록 철학적 정교함을 결여했을지라도 이론적으로 중요한 통찰을 담은 접근을 배제하게 되었고, 다른 한편으로는 실증적 접근으로 대표되는 경험적 탐구의 방법을 배제하게 되었다는 것이다.⁴³⁾

41) Tamanaha, 위의 책 (주 27), p.134.

42) 박은정, 왜 법의 지배인가 (돌베개, 2010), p.74.

43) F. Schauer, "Positivism Thick and Thin" in B. Bix (ed.) *Analyzing Law: Essays in New Legal Theory* (Oxford University Press, 1998), pp. 68~69.

V. 나오며

이 글에서 나는 분석적 법리학이 무엇이고 어떤 성격을 갖는지, 그리고 그것이 갖는 한계점은 무엇인지를 다음과 같이 조망하였다. 분석적 법리학은 일차적으로 현대분석철학이 추구해 온 개념분석이라는 이상을 법이론에 적용한 것이다. 그 이상은 개념분석을 통해 법의 선형적, 보편적 특질들을 얻을 수 있을 것이라는 믿음을 말한다. 이런 믿음에 의하면, 개념분석은 분석자 자신의 1인칭적이고 선형적인 직관에 의존하기에, 가치중립적이고 자율적인 성격을 갖는 것으로 간주되어 왔다. 또한 분석적 법리학은 그것 고유의 법사상사적 전통 하에서 이해될 수도 있다. 오스틴에서 하트를 거쳐, 라즈, 콜먼 등에 이르는 역사가 그것이다. 이들의 분석적 법리학은 전술한 바 개념분석의 이상을 공통적이고 핵심적인 요소로 지니고 있었으며, 특히 하트의 작업을 통해 분석적 법리학이라고 하는 새로운 법이론의 지평이 열렸다.

하지만, 동시에 그런 탐구는 법리학이 갖고 있던 풍성한 내용과 다양한 접근법을 잃게 되었다. 법이론적 탐구는 법철학의 반열에 오르면서 일종의 “배제”와 “뺄셈”의 탐구가 된 셈이다. 물론 분석적 법리학에 대해 제기되어 온 이러한 한계점이 분석적 법리학 전체에 적용된다고 말할 수는 없다. 왜냐하면 앞서 살펴 본 바대로, 적어도 하트의 분석적 법리학의 경우, 반본질적이고 해석학적이며, 구성적이라는 의미에서 “비분석적”이라고 할 만한 측면도 있는 것 같기 때문이다.

따라서, 만약 이같은 이견의 여지가 없다고 가정한다면, 하트 이후 법철학의 주요 역사는, 위와 같은 분석적 법리학의 한계점에 대한 인식을 공유하면서 이 한계점에 도전하고 그 대안을 제시하려 해 온 시도로 요약될 수 있다.⁴⁴⁾ 그 역사에는, 규범적 법리학이나 자연화된 법리학(naturalized jurisprudence)으로부터의 도전이 대표적으로 포함될 것이다.⁴⁵⁾ 다만 이 역사에 대한 상세한 논의는 다른 지면의 몫이 될 것이다.

44) 하트 이후 법리학의 양 진영 간의 논쟁에 대한 이해를 위해서는, 최봉철, “최근 법실증주의의 전개와 자연법론의 관계”, 법철학연구 제 13권 제 3호: 217~50.

45) 규범적 법리학은 분석적 법리학과 더불어 법리학을 구성하는 주요 분과로서, 법에 관한 규범적, 평가적 질문들을 다룬다. 예컨대, 법은 시민의 자유를 어떤 경우에 제한할 수 있는가, 법 준수에 의무는 어떤 본성을 갖는가, 법에 따른 처벌은 정당화되는가 등이 그 주요 탐구주제들이다. (<http://www.iep.utm.edu/law-phil/#H2>) 그 대표적인 이론가로는 로널드 드워킨(Ronald Dworkin)을 들 수 있겠다.

다음으로, 자연화된 법리학은 분석적 법리학의 한계에 대한 일종의 대안으로서 제시된 것으로,

(논문접수일 : 2013.01.31, 심사개시일 : 2013.02.18, 게재확정일 : 2013.03.20)



▶ 김건우

분석적 법리학(analytic jurisprudence), 분석철학(analytic philosophy),
개념분석(conceptual analysis), 선행성(apriority), 가치중립성(value-neutrality)

법에 대한 “경험과학적” 접근을 주장한다. 즉, 자연화된 법리학은, 분석적 법리학이 법의 본질적 이고 (아마도) 필연적인 특질들을 찾고자 목표로 하는 데에 회의하면서, 그러한 특질들이 경험과학의 방법으로부터 얻어지는 “비필연적 발견물들(contingent findings)”에 의해 대체되어야 한다고 주장한다. 필자는 그것의 의의와 한계점 등을 필자의 박사학위논문에서 자세히 논한 바 있다.

Abstract

The Significance and Limitations of Analytic Jurisprudence

Gunoo Kim

Analytic jurisprudence can be understood as an application of the ideal of conceptual analysis as pursued by contemporary analytic philosophy into legal theory. The ideal represents the belief that conceptual analysis would reveal the a priori and universal features of law. According to this belief, conceptual analysis is value-neutral and autonomous since it relies upon the first-person intuitions of the analyst herself.

Another way of seeing analytic jurisprudence is to see it in its own history, i.e., the history from Austin, via Hart, to Raz and Coleman. Their analytic jurisprudence involved the ideal of conceptual analysis as its common and essential element. Hart's legal theory, in particular, opened a new horizon of legal philosophy---analytic jurisprudence.

At the same time, however, such an inquiry lost its rich content and a variety of approaches it had been proud of. The inquiry has become that of a sort of "exclusion" and "subtraction." Of course, these limitations leveled against analytic jurisprudence would not go for the entire members of it. This is because, as suggested above, insofar as Hart's analytic jurisprudence is concerned, it deserves to be 'non-analytic' in that it is anti-essentialist, hermeneutic and constructive in a sense.

Therefore, if assuming that there is no room for such disagreement, the main history since Hart can be summarized as an attempt to share the

limitations of analytic jurisprudence stated above, on the one hand, and challenge and offer an alternative to it, on the other.

카르텔의 자진신고에 의한 책임감경제도와 손해배상청구소송의 상호관계에 대한 연구*

이 선 희**

I. 서	
II. 리니언시 제도의 개관	
1. 제도의 의의	
2. 비교법적 고찰	
3. 우리나라의 리니언시제도	
III. 리니언시 제도와 손해배상청구소송의 관계	3. ICN(international competition network) 연례회의 설문조사(annual conference survey)에 나타난 리니언시와 손해배상 간의 관계
1. 개설	4. 리니언시 신청과 손해배상책임의 감면여부
2. 미국의 카르텔로 인한 손해배상 청구소송	5. 리니언시 신청과 관련된 자료의 비밀보장
	IV. 결

I. 서

독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '독점규제법'이라 한다) 제19조 위반의 부당한 공동행위(이하 '카르텔'이라 한다)로 인하여 손해를 입은 자는 독점규제법 제56조 내지 제57조 또는 민법 제750조 내지 제766조의 규정에 의한 손해배상을 청구할 수 있다.

한편 자진신고자 책임감경제도(이하 '리니언시 제도'라 한다)는 우리나라에 1996년에 도입된 이래 예측가능성 및 투명성을 높이는 방향으로 제도를 개선한 2005년 1) 이후에 급격히 이용이 증가하였고 특히 대규모 장기간 지속된 담합사건을 밝히는데 동 제도가 핵심적인 역할을 수행하고 있다.

이러한 민사소송제도와 리니언시 제도는 기본적으로 별개의 제도이지만, 양 제

* 본고는 한국공정거래조정원의 "공정거래 학술연구지원사업"의 지원을 받아 작성되었다.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 변호사.

1) 2004. 12. 31. 법률 7315호로 개정된 독점규제법 제22조의 2 및 2005. 3. 31. 대통령령 제18768호로 개정된 동법 시행령 제35조와 2005. 4. 개정된 '부당한 공동행위 자진신고자 등에 대한 시정조치 등 감면제도 운영고시'(공정위 고시 제2005-7호, 이하 '2005년 감면고시'라 한다) 참조. 위 법 및 시행령은 2005. 4. 1.부터 시행되었다.

도는 서로 영향을 끼치는 관계에 있다. 예를 들어 카르텔에 대한 손해배상에 있어서 리니언시의 지위를 취득한 자에 대하여는 배상책임을 경감한다면 리니언시 제도의 활성화에 기여할 수 있을 것이다. 한편 리니언시와 관련하여 제출된 자료가 손해배상소송의 자료로 사용될 가능성이 높아질 경우, 리니언시 신청에 관한 사업자의 의사결정에 영향을 끼쳐서 리니언시 제도에 대한 걸림돌이 될 수 있으므로 리니언시 제도의 활성화를 위해서는 리니언시 자료의 비밀보장이 필요하다.

그렇지만 위와 같은 방안들이 자칫 카르텔로 인하여 피해를 입은 자의 구제를 곤란하게 하고 카르텔 사업자를 보호하는 방편으로 사용되어서는 안 될 것이다. 리니언시 제도와 손해배상소송을 통한 피해구제 균형이 카르텔의 효율적인 공적, 사적 집행을 위하여 필요하다.

본고에서는 자진신고자의 손해배상책임경감과 리니언시 자료의 비밀보장 등에 대한 각국의 입법례를 비교법적으로 검토하고 리니언시 제도의 운영과 관련한 각종 조사내용을 분석함으로써 독점규제법상 리니언시 제도를 활성화하면서도 카르텔에 의한 피해구제와 균형을 이루기 위한 방안을 모색해 보고자 한다.

II. 리니언시 제도의 개관

1. 제도의 의의

우리 독점규제법은 부당한 공동행위를 금지하고 위반행위에 대한 민사적, 행정적·형사적 제재를 가하고 있다. 그러나 한편으로는 은밀하게 이루어지는 부당한 공동행위를 효과적으로 적발, 시정하기 위하여 이를 자진하여 신고하거나 조사에 협조한 자 등에 대하여 시정조치나 과징금 등 행정적 제재를 감면해 주는 제도를 시행하고 있다.

이러한 감면제도는 미국이 1978년 도입한 형사적 제재에 대한 리니언시(Leniency)제도를 본뜬 것이다. 2006년 현재 이와 유사한 책임감면제도가 세계 29개국에서 운영되고 있다.²⁾

우리나라의 리니언시 제도는 1996년 최초 도입되어 1997. 4. 부터 시행된 이래 2004년까지는 위 제도를 통하여 적발한 카르텔사건이 연평균 1건에 그쳤으나 예측

2) 권남훈, “자진신고자 감면(Leniency)제도의 경제분석”, 2010년 상반기 법경제분석그룹(LEG) 연구보고서, 95면.

가능성 및 투명성을 높이는 방향으로 제도를 개선한 2005년 이후에는 아래 표에서 보는 바와 같이 급격히 증가하여 2011년에는 과징금을 부과한 카르텔 사건 34건 중 32건을 리니언시 제도를 통하여 적발하는 등 매우 활발히 적용되고 있다.³⁾

[표 1] 자진신고자 감면제도가 활용된 카르텔사건 수

연도	'99	'00	'01	'02	'03	'04	'05	'06	'07	'08	'09	'10	'11	계
A	15	15	8	14	11	14	21	27	24	43	21	26	34	273
B	1	1	-	2	1	2	7	7	10	21	17	18	32	119
비율	(1)	(1)		(1)	(1)	(0)	(6)	(6)	(10)	(20)	(13)	(18)	(29)	(106)
비율	6.7	6.7	-	7.1	9.1	0	28.6	22.2	41.7	46.5	61.9	69.2	85.22	38.82

A : 과징금이 부과된 카르텔 사건 수

B : 자진신고자 감면제도가 적용된 사건 수

(괄호 안은 그 중 과징금이 부과된 사건 수)

비율 : B의 괄호안 숫자/A x 100%

위 내용에 비추어 보면 현재 우리나라의 리니언시 제도는 은밀하게 행해지는 카르텔에 대한 적발을 쉽게 하고자하는 위 제도의 중요한 기능을 제대로 수행하는 것으로 보인다.

그러나 더 나아가 카르텔에 참가하고 있거나 카르텔 행위를 하고자 하는 사업자들 간의 신뢰를 약화시켜 카르텔 형성과 유지를 방지함으로써 카르텔을 구조적으로 차단시키는 기능⁴⁾을 제대로 수행하고 있는지는 아직 입증되지 않았다. 2008년의 경우를 예로 들면 부과된 과징금이 1,500억 원인데 감면된 과징금이 1,763억 원으로서⁵⁾ 리니언시 제도가 오히려 카르텔 사면제도⁶⁾로 악용되는 것이 아니냐 하는 우려도 낳는다.

3) 2012년판 공정거래백서, 공정거래위원회, 204면.

4) 오행록, “리니언시 제도 집행성과와 향후과제”, 경쟁법연구 제16권, 2007, 90면.

5) 손영화, “공정거래법상 리니언시제도에 관한 연구”, 기업법연구 제24권 제2호(통권 제41호), 2010, 293면.

6) Joseph E.Harrington, *Optimal Corporate Leniency Programs*, Journal of Industrial Economics, Vol. 56 No. 2(2008), pp. 216-218에 의하면 자진신고자 감면제도는 1)이탈자 사면효과(Deviator Amnesty Effect) - 개별기업의 이탈인센티브를 높여서 애초에 카르텔 형성을 어렵도록 하는 효과, 2) 카르

2. 비교법적 고찰⁷⁾

가. 미국

1) 미국에서 리니언시 제도는 1978년에 법무부(Department of Justice)의 정책(policy)으로 도입되었다. 법무부가 카르텔 조사를 개시하기 전으로서 당해 카르텔에 대한 정보를 가지고 않은 상태에서 카르텔 위반자가 자신의 위법행위를 솔직하고 완전하게 보고하고 조사완료시까지 조사에 전적으로 협조한 경우에는 형벌의 완전면제를 부여하는 제도였다. 그러나 최초 도입된 위 프로그램은 첫 해를 제외하고는 그다지 성공적이지 않아서⁸⁾ 1993년까지 17개 신청회사 중 10개 회사만이 면제를 받는 등 평균 1년에 1개의 회사만이 리니언시 적용을 받는 것에 그쳤다.⁹⁾

2) 그 후 1993년에 대대적인 개편작업으로 예측가능성과 투명성을 제고하였는데 그 대표적인 내용으로는 i) 이전에는 경쟁당국이 여러 상황을 고려하여 감면을 결정하도록 하였으나 위 개선으로 요건을 갖추기만 하면 최초신고자에 대하여는 자동적으로 완전감면이 되도록 한 것과 ii) 자진신고자에 대하여만 감면을 허용하던 것을 조사개시후의 협조자에 대하여도 감면을 허용하며 iii) 추가감면제도(Amnesty Plus)를 도입한 것 등이다.¹⁰⁾

위 개편된 내용에 의하면, 경쟁당국의 조사개시 이전 또는 조사개시 이후 당해 카르텔에 대하여 최초 신고를 한 리니언시 신청자가 벌금액의 면제를 받기 위해서

텔 사면효과(Cartel Amnesty Effect) - 카르텔 형성을 용이하게 하는 효과, 3) 신청경쟁효과(Race to the Courthouse Effect) - 신청경쟁으로 인한 카르텔 적발확률 상승이 카르텔 형성 인센티브를 줄이는 효과를 가진다고 한다. Harrington은 위 논문에서 현실적으로 의미 있는 대부분의 상황에서는 최초의 신고자에게 최대 수준의 감면폭을 제공하는 형태의 자진신고자 감면제도를 도입하는 것이 사회적으로 최적임을 증명하였다.

7) 이에 대한 상세는 김현수, “부당공동행위의 적발유인제도 - 자진신고자 감면제도를 중심으로”, *경영법률* 제19권 3호, 2009, 316-325면; 손영화, 註 5의 논문, 293-313면 등 참조.

8) Donald C. Klawiter, *Corporate Leniency in the Age of International Cartels: The American Experience*, ANTITRUST Vol. 14(summer 2000), p.13.

9) Gary R. Spratling, *Corporate Crime in America : Strengthening the "Good Citizen" Corporation* (September 8, 1995) (<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/speech1grs.htm>에서 다운로드 가능) Part V. D. 참조.

10) United States Department of Justice, Antitrust Division, *Corporate Leniency Policy*(August 10, 1993) (<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm> 에서 다운로드 가능); Klawiter, *supra note* 8, pp. 13-15; Spratling, *supra note* 9, Part V. D. 참조.

는 i)신고시점에 경쟁당국이 당해 카르텔에 대한 정보¹¹⁾나 신고자의 유죄를 입증할 만한 증거¹²⁾를 가지고 있지 않을 것, ii)신고자는 카르텔 관련행위를 발견하자마자 당해 행위를 종료하기 위해 신속·유효한 조치를 취할 것, iii)신고자는 자신의 위법행위를 솔직하고 완전하게 보고하고, 조사완료시까지 조사에 전적으로 협조할 것, iv)당해 신고는 임직원 개인의 독자적인 행위가 아닌 법인의 행위일 것, v)가능한 경우 피해자에게 손해를 배상할 것, vi)타 사업자에게 카르텔 참여를 강요하였거나 명백한 단독의 주도자 또는 창설자가 아닐 것¹³⁾ 또는 위반행위의 성질, 카르텔에서의 신고자의 역할, 신고 시기 등을 고려할 때 면제혜택을 주는 것이 타사업자들에게 불공평하지 않다고 판단될 것¹⁴⁾ 등의 요건을 충족하여야 한다.

위 제도개선으로 인하여 신청건수가 월평균 1-3회 정도로 그 전에 비하여 10배 이상 증가하기 시작하였고¹⁵⁾ 또한 1997-2004년 기간 동안 미국 법무부가 부과한 벌금액 20억 달러 중 90%는 리니언시 제도를 통해 적발, 부과한 것으로 알려져 있다. 또한 국제카르텔 적발은 90% 이상이 감면제도를 통하여 이루어졌다고 한다. 비타민, 흑연전극봉, 라이신 등 대형 국제카르텔 사건이 주요한 예이다.¹⁶⁾

1985-2005년의 미국사례를 분석한 한 연구에 의하면, 1993년 법 개정 후 카르텔 적발률이 60-72% 상승하였으며 카르텔 저지효과는 약 40%정도가 추가된 것으로 나타났다고 한다.¹⁷⁾

3) 한편 2004. 6. “반독점 형벌강화 및 개혁법(Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act. 이하 ‘반독점개혁법’이라 한다)”을 제정하여, 카르텔 등 서면법 위반행위에 대한 처벌수준을 강화하여 형사사건의 벌금액 상한을 법인에 대하여는 1,000만 달러에서 1억 달러로, 개인에 대해서는 35만 달러에서 100만 달러로 인상함과 동시에, 리니언시 신청자에 대하여는 손해배상소송에서의 협조를 조건으로

11) 조사개시 이전 신고의 경우.

12) 조사개시 이후 신고의 경우.

13) 조사개시 이전 신고의 경우.

14) 조사개시 이후 신고의 경우.

15) Spagnolo, *Leniency and whistleblower in antitrust*, in Buccrossi ed. Handbook of Antitrust Economics, MIT Press, 2008([ftp://219.223.222.5/incoming/Handbook%20of%20Antitrust%20Economics.pdf](http://219.223.222.5/incoming/Handbook%20of%20Antitrust%20Economics.pdf)에서 다운로드 가능), p. 289.

16) 권남훈, 전계논문, 100면.

17) Nathan H. Miller, *Strategic leniency and cartel enforcement*, American Economic Review Vol.99 No.3, 2009, pp. 750-768. - 권남훈, 전계논문, 112면에서 재인용.

자신이 끼친 개별손해만 배상하면 된다는 규정을 두었다(section 213).

나. 유럽연합(EU) 및 유럽 각국

1) 유럽위원회는 미국의 리니언시 제도에 자극을 받아 1996년 “카르텔 사안에 있어서의 제재금의 면제 또는 경감에 관한 고시”(이하 ‘EU 리니언시 고시’라 한다)¹⁸⁾를 공표하여 제재금의 감면제도를 도입하였다. 그러나 그 이용실적이 저조하자¹⁹⁾ 2002년 개정으로 요건을 대폭 개선하였고,²⁰⁾ 2006년 개정²¹⁾에서는 감면제도의 효율성을 제고하기 위하여 i)감면을 위하여 제출하여야 할 정보 및 증거의 유형을 명백히 하고, ii)간이신청(Marker)제도를 도입하였으며 iii)리니언시 제도 하에서 기업이 제출한 진술서를 민사소송의 원고가 이용하는 것으로부터 보호하는 절차 등을 도입하였다.

첫 번째 자진신고자 또는 조사개시 후 최초로 신고한 조사협조자에 한하여 형사소추를 면제하는 미국의 리니언시 제도와는 달리, EU의 리니언시 제도는 행정절차에 있어서의 제재금 감면제도이고 두 번째 이후의 신고자의 경우에도 부분적으로 감격혜택을 부여한다는 점에 차이가 있다. 그러나 리니언시 신청을 통하여 카르텔 적발을 용이하게 되었다는 점은 마찬가지로, 그 결과 최근 수 년 동안 카르텔에 대한 적발건수가 늘어나고 제재금도 비약적으로 증가하였다.

2) EU의 리니언시 고시 제정을 모델삼아 대부분의 회원국에서는 국내법 차원에서 자국에 리니언시 제도를 도입하고 있다. 영국이 1998년 경쟁법(Competition Act)에서 리니언시 제도를 도입하였고,²²⁾ 독일이 2000년 감면고시를 제정하였으며, 프

18) Commission notice on non-imposition or reduction of fines in cartel cases. [1996] OJ C 207/4.

19) 김현수, 전계논문, 319면에 의하면, 1996년 고시 이후 2002년 개정 이전까지 약 80건의 감면신청이 있었는데, 이들 중 다수는 위원회의 비공식 조사 이후에야 이루어졌으며, 3개 회사만이 2002년 개정 직전에 완전면제 혜택이 부여되었다고 한다.

20) Commission notice on non-imposition or reduction of fines in cartel cases. [2002] OJ C45/3. Jatinder S. Sandhu, *Commission's Leniency Policy : A Success?*, European Competition Law Review Vol 28(2007. 3.),(http://media.gibsondunn.com/fstore/pubs/Sandhu_Offprint2.pdf에서 다운로드 가능), p. 148 및 김현수, 전계논문, 319면에 의하면, 2002년 개정 이후 2005년 말까지 약 4년 동안 167건의 감면신청이 있었는데 이 중 반 이상이 위원회의 비공식 조사 이전에 이루어졌으며, 이들에게는 대부분 완전면제 혜택이 주어졌다고 한다.

21) Commission notice on non-imposition or reduction of fines in cartel cases. [2006] OJ C 298/11 (hereinafter 'Commission notice [2006]').

랑스는 이를 상법전에 규정하면서 2006년 가이드라인을 채택하였다.²³⁾

다. 일본

‘사적 독점의 금지 및 공정거래 확보에 관한 법률’(이하 ‘독점금지법’이라 한다)의 2005. 4. 개정을 통하여 제7조의 2 제7항부터 제13항을 두어 리니언시제도를 도입, 2006년부터 시행하였다.

일본 기업들은 일본인의 정서상 자진신고는 없을 것이라면서 냉소적인 반응이었으나 미국과 유럽에서 일본 기업들이 타국 기업의 자진신고에 의하여 막대한 벌금을 물고 일본 내의 기업환경이 각박해지자 변화가 일어나 2006년 제도를 시행한 후 2008년 상반기까지 신고사례가 약 180건이나 발생하는 활발하게 적용되고 있다고 한다.²⁴⁾ 그 후 일본은 2009년 개정(2009. 6. 10. 법률 제51호)을 거쳐 현재에 이르고 있다.

일본의 리니언시 제도는 조사개시 전과 개시 후를 나눠 크게 달리 취급하고, 조사개시 전에 자진신고한 경우에만 감경혜택이 자동 부여된다.

그리고 조사개시 전의 첫 번째 자진신고자에 한하여 형사고발을 면제한다.²⁵⁾

3. 우리나라의 리니언시 제도

독점규제법 제22조의2는 부당한 공동행위 사실을 자진신고하거나 증거제공 등의 방법으로 조사에 협조한 자는 시정조치 또는 과징금을 감면받을 수 있도록 규정하고 있다. 그리고 위 행정적 구체적인 내용과 세부처리절차는 위 법률의 위임에 의한 대통령령 및 공정위의 감면고시에 규정하고 있다.

1996년 독점규제법의 개정으로 위 제도가 도입될 당시²⁶⁾에는 위 법의 위임을

22) The office of Fair Trading, *Leniency in Cartel cases - A guide to the leniency programme for cartels*, 2005(http://www.offt.gov.uk/shared_offt/business_leaflets/ca98_mini_guides/oft436.pdf 에서 다운로드 가능), p.4; 손영화, 註 5의 논문, 301면.

23) 김현수, 전계논문, 322-323면.

24) 김현수, 전계논문, 324-325면.

25) 이는 법령상 규정에 의한 것이 아니라 공정위의 방침인데, 법무부 검찰당국도 공정거래위원회의 판단을 존중하는 취지의 국회답변을 한 바 있다고 한다. - 雨宮 慶, “*独禁法改正法案の衆院通過と刑事告発に関する公正取引委員会の方針*”, 2005. 3.1. (<http://www.mofo.jp/topics/legal-updates/legal-updates/578.html> 에서 검색 가능).

26) 1996. 12. 30. 법률 5235호로 개정된 것.

받은 시행령²⁷⁾ 제35조에 감면의 요건을 “조사가 개시되기 전에 최초로 부당한 공동행위를 자진 신고한 사업자”로 규정하였을 뿐 감면신청의 절차나 감면의 정도에 대하여는 아무런 규정이 없었다. 이후 2001년 법 개정²⁸⁾으로 ‘증거제공 등의 방법으로 제50조(위반행위의 조사 등)의 규정에 의한 조사에 협조한 자’(동법 제22조의 2 제1항 제2호)에 대하여도 감면신청을 허용하고 감면요건에 해당할 경우 일정 범위 내에서 반드시 감면하도록 의무화하였으나, 사업자들은 자신이 어느 정도의 감면혜택을 받게 될지 명확히 알 수 없어서 그 활용도가 높지 않았다.

그러나 2005년에 종전 고시를 개정하면서²⁹⁾ 첫 번째 자진신고자 등에 대하여는 과징금을 완전면제하고 두 번째 자진신고자 등에 대하여 과징금을 20% 감경하도록 하는 등 감면의 정도를 법령에 명확히 규정하였으며 자진신고를 한 사업자에게 조사 초기에 조건부 감면지위확인을 부여하는 등 예측가능성 및 투명성을 높이는 방향으로 제도를 개선한 2005년 이후에 급격히 이용이 증가하였다.

그리하여 앞서 [표 1]에서 본 바와 같이 2004년까지 총 7건에 불과할 정도로 활용실적이 미미하였으나 2005년 이후 활용실적이 급증하여 2011년에는 과징금을 부과한 카르텔 사건 34건 중 32건을 리니언시 제도를 통하여 적발하는 등 매우 활발히 적용되고 있다.

현행 고시³⁰⁾ 제20조는, 위반의 정도가 객관적으로 명백하고 중대하여 경쟁질서를 현저히 저해한다고 인정하거나(법 제71조 제2항), 검찰총장이 위원회에 고발 요청을 한 경우(법 제71조 제3항)를 제외하고는 위 고시에 의한 지위확인을 받은 사업자에 대해서는 검찰에 고발하지 아니한다고 규정하였다. 따라서 리니언시 신청에 의하여 과징금 등의 면제를 받은 자에 대하여는 공정위가 위와 같은 전속고발권을 행사하지 않음으로써 실질적으로 형사적 제재를 면제하는 효과가 있다.

한편 리니언시 신청자가 공정위에 제출한 자료 등이 제3자에게 누설될 우려가 위 제도의 활성화를 막는 요인이라는 지적에 따라, 법 제22조의 2 제1항에서는 소송수행을 위하여 필요한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 자진신고자 또는 조사에 협조한 자의 신원·제보내용 등 자진신고나 제보와 관련된 정보 및 자료를 사건 처리와 관계없는 자에게 제공하거나 누설하지 않도록 하였다. 이

27) 1997. 3. 31. 대통령령 제15328호로 개정된 것.

28) 2001. 1. 16. 법률 제6371호.

29) 註 1 참조.

30) 2012. 1. 3. 공정위 고시 제2011-11호로 개정된 것.

부분과 관련된 문제로서 리니언시 과정에서 제출하거나 생성된 자료를 손해배상소송의 증거로 삼을 수 있는지, 그러기 위해서는 어떤 절차를 거쳐야 하는지 등은 뒤에서 보기로 한다.

III. 리니언시 제도와 손해배상청구소송의 관계

1. 개설

리니언시 프로그램과 손해배상 간의 관계에 대한 주된 관심사는 손해배상청구가 리니언시 프로그램의 효율성에 미치는 영향에 대한 것이다.

리니언시 신청자가 그 신청시 제출한 자료 등에 근거하여 광범위한 손해배상소송에 직면하게 된다면 리니언시 제도의 유인(incentive)이 상당히 감소될 수 있다. 이에 대한 대책으로, 리니언시 신청과정에서 제출하거나 생성된 자료가 빌미가 되어 손해배상소송에 직면하더라도 그 배상책임을 감경하는 방법과 리니언시 관련 자료에 대하여 손해배상청구소송에서 제출을 강제당하지 않도록 대책을 강구하는 방법을 고려할 수 있을 것이다.

이하에서는 손해배상소송이 가장 활성화된 미국의 실태 및 논의를 중심으로 리니언시와 손해배상청구소송의 관계에 대하여 알아보기로 한다. 이를 위하여 먼저 미국에서 손해배상제도의 활용이 어떤 변천을 겪었는지를 살펴보고, 위에서 제기한 문제들을 차례로 살펴보기로 한다.

2. 미국의 카르텔로 인한 손해배상청구소송

가. 손해배상제도 활용의 변천

카르텔로 인하여 피해를 입은 자는 클레이튼법(1914) 제4조³¹⁾에 의하여 피해를 배상받을 수 있다.

미국의 독점금지소송은 그 95% 이상이 일반 사인에 의하여 제기된 것이고 그

31) 클레이튼법 제4조[피해자에 의한 소송] (a) 배상액 : 판결전의 이자

본조 (b)항에 규정된 것을 제외하고, 반독점법상 금지된 행위로 인하여 영업 또는 재산에 손해를 입은 자는 청구액 여하를 불문하고 피고의 주소, 거주지, 또는 피고가 대리인을 두고 있는 지역의 연방지방법원에 소를 제기하여 입은 손해액의 3배액 및 합리적인 변호사비용을 포함한 소송비용의 배상을 청구할 수 있다.(이하 생략)

중 대부분이 손해배상청구소송이다.³²⁾

위 클레이튼법 규정에 의한 사인에 의한 손해배상청구는 1960년대에 들어 빠르게 증가하기 시작하였으며, 1970년대에는 폭발적으로 급증하였다.³³⁾

이와 같은 폭발적 급증의 원인에 대한 설명은 일치하지 않는다.³⁴⁾

Posner는 중요한 요소로서 손해의 입증을 매우 단순화시킨 연방대법원의 1946년 Bigelow 판결³⁵⁾과 원고에게 매우 유리한 내용의 소송법상 판시(procedural ruling)를 이유로 든다.³⁶⁾ 예를 들어 영미법상 'in pari delicto' 법리('in equal fault' 법리라고도 한다)³⁷⁾를 배제하여 카르텔의 공동참여자에게 손해배상청구를 인정한 Perma Life Mufflers 판결³⁸⁾, 손해전가항변(passing on defense)을 부정하여 가격카르텔의 대상이 된 제품의 직접 구매자가 비록 초과가격의 모든 부분 또는 많은 부분을 제3자에게 전가하였다고 하더라도 초과가격 전체에 대하여 손해배상소송을 제기하는 것을 허용한 Hanover Shoe 판결³⁹⁾ 등이 그것이다.

당연위법의 원칙 등 원고에 우호적인(plaintiff friendly) 책임규범을 司法이 창조하여 원고를 쉽게 이기게 함으로써 소송의 폭발을 가져왔다고 분석하는 견해도 있다.⁴⁰⁾

32) Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and its Practice*(3rd ed), WestGroup, 2005, p. 602; 미국 연방법원 통계사이트의 통계자료(<http://www.uscourts.gov/uscourts/Statistics/JudicialFactsAndFigures/2010/Table404.pdf>) 참조.

33) Daniel A. Crane, *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford University, 2011, pp. 53-54에 의하면, 2차 세계대전 이후 반독점 사적 집행은 극적으로 붐을 이루어 1945-1949년의 기간부터 1950-1954년의 기간 동안 새로운 제소사건의 수는 배가 되었다고 한다. 또한 1940년대에 사소가 정부소송(government litigation)을 앞질렀으며 1940대부터 1965년까지 사소와 공적 소송의 비율은 6:1이 되었고, 그 이후 사소는 계속하여 천문학적인 비율로 증가하여 1977년에는 새로 제기된 사소의 숫자가 1611건, 사소와 공적 소송의 비율은 20:1에 이르렀다고 한다.

34) 이하의 설명은 Crane, *supra note* 33, pp. 53-54 참조.

35) Bigelow v. RKO Radio Pictures, Inc., 321 U.S. 251(1946).

36) Richard A. Posner, *A Statistical Study of Antitrust Enforcement*, Journal of Law and Economics Vol. 13, No. 2 (Oct., 1970), p. 374.

37) 영미법상 일반적으로 피고는 원고가 원고 자신의 불법을 주장하여 법적 구제를 청구하고 있다는 점을 들어 항변할 수 있다.

38) Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp. 392 U.S. 134 (1968). 원고(상고인)들이 피고(피상고인)의 자회사인 Midas 사 등과 배타적 조건 및 재판매가격 준수의 약정을 하였다가 그 조건이 부당하다며 변경을 요구하면서 자진하여 거래를 종료하거나 또는 피고의 경쟁자와의 거래를 이유로 거래를 종료당한 후 계약준수로 인해 입은 손해의 배상을 청구한 사건이다.

39) Hanover Shoe, Inc. v. United Shoe Machinery Corp., 392 U.S. 481(1968).

40) Crane, *supra note* 33, p.55에 의하면, Douglas Ginsburg & Leah Brannon, *Determinants of Private Antitrust Enforcement in the United States*, Competition Policy International, Autumn 2005, at 37

그런데 사소는 1980년대에는 다소 정체상태를 보인다.⁴¹⁾

그 원인으로 1970년대 초부터 법원이 원고적격이나 무용한 소송을 걸러내는 소송절차적 매커니즘을 사용한 것과 관계가 깊다. 1977년 Brunswick 판결⁴²⁾에서 법원은 원고가 배상받고자 하는 손해가 반독점 손해(antitrust injury)임을 증명하도록 하였고, 같은 해 Illinois Brick 판결⁴³⁾에서 간접구매자의 원고적격을 부정하였다. 그리고 1986년에 Matsushita 판결⁴⁴⁾에서, 사실심 판사로 하여금 기록과 건전한 경제학적 이론이 뒷받침될 때에만 판결로 나아갈 수 있다는 취지에서, 반독점사건에서 걸러내는 장치로서 중간판결의 이용성을 고양하였다.

이러한 법원의 태도는 시카고 학파⁴⁵⁾의 승리에 기인한 것이라 볼 수 있는데, 이는 반경쟁적이라고 알려진 많은 관행(practices)들이 사실은 유익한(benign) 행위일 수 있다는 점과 사소라는 제도적인 장치가 막대한 남용의 잠재적인 위험을 창조한다는 것이다. 한편으로 하버드 학파⁴⁶⁾는 제너럴리스트인 법관과 배심이 많은 복잡한 반독점 사안을 제대로 해쳐 나갈 수 없으며 민사소송의 또 다른 특질(예를 들어 3배 배상이나 class action 등)이 반독점 사소의 판정과정을 왜곡시킬 수 있다는 것이다. 이 두 개 학파는 서로를 깊이 불신하고 있지만 지난 30년간 그 결과물은 수렴하는 경향을 띄게 되었다.

그런데 다시 1990년대에 들어서면서부터 사소가 증가하여 2007년, 2008년에는 각 1,000건을 넘어섰다.⁴⁷⁾ 이러한 반등에는 1993년 리니언시 제도의 개혁으로 리니언시의 활용이 늘어나고 카르텔의 적발에 크게 기여하면서 카르텔에 대한 손해배상청구소송을 증가시킨 것도 하나의 원인이 된 것이 아닌가 생각된다.

위 내용에 비추어 보면, 향후 리니언시와 관련된 손해배상책임이나 비밀보장과 관련된 법 규정 등에 변경이 있을 경우에 그와 같은 변경이 미국 뿐 아니라 우리나라를 비롯한 다른 나라에서 손해배상청구의 활용에 영향을 미치리라는 것은 어렵지 않게 짐작할 수 있다.

에서 그와 같이 분석하였다고 한다.

41) 그 이유에 대한 아래의 분석은 Crane, *supra note* 33, pp.51-67 참조.

42) Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc. 429 U.S. 477, 97 S.Ct. 690(1977)

43) Illinois Brick Co. v. State of Illinois, 431 U.S. 720(1977).

44) Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp. 475 U.S. 574.

45) 대표적으로 Posner, Easterbrook, Borl, Scalia 등.

46) 대표적으로 Areeda, Turner, Hovenkamp, Breyer 등.

47) 註 32 참조.

나. 손해배상청구와 관련된 주요한 Survey 결과물

1) The Georgetown Private Antitrust Litigation Project(1986)⁴⁸⁾

위 연구는 1973년과 1983년 사이에 5개 연방 구역(federal districts)⁴⁹⁾에 제기된 2357개의 반독점 사건을 분석한 것이다. 이 사건들은 그 기간 동안에 제기된 모든 반독점 사소의 1/6에 이른다.

제소된 사건들에서 문제된 위법행위 중 가격담합이 가장 큰 비중을 차지한다. 문제된 주요한 위법행위(primary illegal practices)가 가격담합이었던 비율은 15.7%, 주장된 제1 또는 제2의 행위였던 비율은 21.3%에 달하였다.⁵⁰⁾ 가격담합에 관한 540건 중 경쟁자에 의한 제소는 141건, 구매 기업에 의한 경우는 85건, 최종 구매자에 의한 경우는 97건이었다. 다른 유형의 위법행위에 비하면 구매자 또는 최종 구매자에 의한 경우가 많은 편이다.⁵¹⁾ 위 소송들은 평균적으로 2년 이상의 기간이 소요되었고 전형적으로 소요된 기간(중간값)은 1.5년이었다.

주목할 만한 부분은 화해에 의하여 소송이 종결된 비율은 압도적 다수(73.3%, 추적 가능한 사건 중에는 88.2%)를 차지한다는 점이다. 판결이 선고된 경우, 원고에게 유리한 경우는 2.8%(각하 판결을 피고가 승소한 경우에 포함시킨다면 11%)에 불과하다.

2) Robert H. Lande 와 Joshua P. Davis의 분석(2008)⁵²⁾

위 연구는 1990년 이래 원고가 상당한 손해배상을 받아내는 것으로 결론이 난 40개의 사건들을 분석한 것이다. 위 분석의 결론은, 반독점 사소는 위법한 기업의 행동으로부터 피해를 입은 자에 대하여 매우 의미 있게 손해를 배상하였으며 그 피해자들이 손해를 배상받는 유일한 방법이라는 것이다.

40개 사건들은 현금으로 180억에서 196억에 이르는 손해배상(산정방법의 차이에

48) Steven C. Salop & Lawrence J. White, *Economic Analysis of Private Antitrust Litigation*, *Georgetown Law Journal* vol. 74(1986), pp. 1001-1064.

49) Southern District of New York (Manhattan); Northern District of Illinois (Chicago); Northern District of California (San Francisco); Western District of Missouri (Kansas City); and Northern District of Georgia (Atlanta).

50) *supra note* 48, Table 4.

51) *supra note* 48, Table 5.

52) Robert H. Lande & Joshua P. Davis, *Benefits from Antitrust Enforcement : An Analysis of Forty Cases*, *University of San Francisco Law Review*, Volume 42(spring 2008), pp. 879-918.

기인한다)을 이끌어내었다.⁵³⁾ 직접구매자는 32건 사건에서 120억(에서 134억)달러를 배상받았으며, 간접구매자⁵⁴⁾는 6개 사건에서 18억 달러를 배상받았다. 경쟁자들은 6개 사건에서 40억(에서 43억)달러를 배상받았다.⁵⁵⁾

판결이 아니라 화해로 종결되는 비중이 높은 점은 앞의 The Georgetown Private Antitrust Litigation Project의 결과와 마찬가지로이다.⁵⁶⁾

3) 리니언시를 한 경우에 대한 시사점

위 연구분석들을 통하여 3배 배상으로 결론이 나는 반독점사건의 판결은 매우 드물며, 압도적 다수의 사건들이 화해로 종결된다는 점을 알 수 있다.

이를 본고의 주제인 리니언시와 관련시켜보자.

리니언시 프로그램은 많은 회사들로 하여금 가격담합음모가 탐지되자마자 유죄 인정으로 들어가도록 하고, 일단 회사가 유죄를 인정하면 사소에서 방어가 매우 제한되기 때문에 3배 배상으로 들어가기 전에 합의금을 지불함으로써 소송을 종료하게 하는 경향을 더욱 띠게 된다. 따라서 리니언시를 한 경우에는 그렇지 않은 경우에 비하여 더욱 더 화해를 통하여 소송을 종료시킴으로써 사건에 빠른 결론을 제공한다고 볼 수 있을 것이다.⁵⁷⁾

이를 다른 각도에서 보면, 손해배상소송이 제기된다고 하더라도 리니언시 신청자는 중요한 잇점을 가진다고 볼 여지도 있다. 기업이 손해배상전략을 수립할 시간과 능력을 가지게 되어 기업이 원할 경우에 먼저 피해자에게 접근할 수 있고 자신에게 가장 유리한 협상을 끌어낼 수도 있기 때문이다.⁵⁸⁾ 특히 조사가 개시 전에 리니언시 신청을 할 경우에는 외부에서 카르텔 혐의조차 눈치채기 어려운 경우가 많을 것이므로 그와 같은 가능성은 더 높아질 수 있다.

3. ICN (international competition network) 연례회의 설문조사(annual conference survey)⁵⁹⁾에 나타난 리니언시와 손해배상간의 관계

53) Lande & Davis, *supra* note 52, p.891.

54) 주법에 의하여 간접구매자의 원고적격이 인정되는 경우가 있다.

55) Salop & White, *supra* note 48, p.899.

56) Lande & Davis, *supra* note 52, p. 883, p. 886.

57) Daniel A. Crane, Optimizing Private Antitrust Enforcement, *Vanderbilt Law Review*, Volume 63. (2010), p.698.

58) Klawiter, *supra* note 8, p.15.

2007. 5. ICN 연례회의 설문조사결과(이하 ‘ICN 설문조사결과’라 하고 각주에서는 ICN이라 약칭한다)는 현재 각국의 리니언시 신청실무에서 후속 손해배상소송의 위협이 리니언시 신청에 대한 의사결정에 어느 정도의 영향을 끼치고 있는지를 실증적으로 보여준다.

위 조사결과는 경쟁당국 담당자들, 기업인들, 변호사들에게 실시한 3 종류의 설문조사결과를 취합한 것이다. 9개국(오스트레일리아, 브라질, 캐나다, 독일, 헝가리, 일본, 멕시코, 남아프리카공화국, 미국)의 경쟁당국 담당자들, 11개국(브라질, 캐나다, 핀란드, 프랑스, 독일, 헝가리, 일본, 뉴질랜드, 남아프리카공화국, 영국, 미국)에서 온 18명의 변호사들, 10개 국가 등(오스트레일리아, 브라질, 캐나다, 유럽연합, 핀란드, 독일, 네덜란드, 포르투갈, 영국, 미국)의 18개 기업(그 중 11개 기업은 카르텔 손해배상소송의 경험이 없었음)이 사소가 리니언시 프로그램의 효율성에 미치는 영향으로서 리니언시 신청과 손해배상책임의 경감 및 비밀보장에 대한 설문조사에 응답하였다.

위 설문에 응한 대부분의 국가에서 경성 카르텔의 영역에서의 사적 집행은 대부분 (공적 집행에 대한) 후속소송으로 제한된다.⁶⁰⁾ 만일 경쟁당국의 결정이 증거로서 가치를 띠게 되면 사소에서 입증책임을 덜 수 있음을 설문조사결과는 보여준다. 위 결정이 후속 사소를 구속하는 나라도 있다.⁶¹⁾ 이와 같은 상황에서 잠재적인 심각한 후속 사소는 명백히 고려하여야 할 재정적 위험 중 하나이다.

그러나 실제로 사소로 인한 손해배상의 위험성이 리니언시 신청에 있어서 가장 중요한 요소는 아닌 것으로 보인다. 대다수의 변호사들 및 몇 개 회사들은 후속 사소의 위험성이 리니언시를 신청할 때 고려할 많은 요소들 중의 하나라고 평가한다. 일반적으로 그들은 리니언시 신청의 혜택이 후속 손해배상의 잠재적인 위험을 상회한다고 한다.

그런데 형벌 또는 형사벌의 면제를 받는 것이 아니라 감경을 받는데 그치는 신청자에게는 후속소송으로 인한 과도한 손해배상은 리니언시로 감경되는 형사벌 또

59) www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc349.pdf에서 검색가능.

60) 미국을 제외한 대부분의 국가가 이에 해당할 것이다.

61) 독일 경쟁제한금지법 제33조 제4항은, “경쟁제한금지법 규정 또는 EU 조약 제81조, 제82조 위반을 이유로 손해배상을 청구하는 경우, 법원은 카르텔청의 구성요건적 효력이 발생한 결정, EU 위원회, 다른 회원국의 경쟁기관 또는 소송 계속 중인 법원의 각 결정에서 판시한 위법행위 확인에 구속된다. 제1문에 따른 결정의 취소선고의 경우, 그에 관한 확인에도 또한 구속력이 인정된다.”고 규정한다.

는 행정벌의 액수를 상회하므로 리니언시를 주저하게 하는 요인으로 작용한다.

한편 아직 카르텔에 관한 사소가 확립되어 있지 않은 나라의 변호사들은 손해배상소송의 위험이 덜 심각하다고 생각하고 있었다. 그러나 그들도 이 문제가 장래 더 관심을 일으킬 것이라고 하였다.

국제적인 맥락에서는 이른바 미국의 의무적인 3배 배상과 설문에 응한 자들이 생각하기에 과도한 재판 전 개시에 대한 우려를 드러낸다. 미국의 3배 배상제도는 다른 나라로부터 손해배상을 추구하는 사소의 원고를 끌어들이는 역할을 한다. 이와 같은 소송에 제한은 있지만, 뒤에서 보는 바와 같이 해당 반독점법 위반행위가 미국 내 무역에 영향을 끼칠 수 있다면 미국법원에 재판권이 있다고 볼 여지가 있다. 따라서 만일 미국에서의 광범위한 손해배상에 노출됨을 두려워하게 된다면, 리니언시 신청에 장애가 되고 이는 다른 나라의 효율적인 카르텔 공적 집행에 장애가 된다. 이는 특히 리니언시 신청이 공판 전 증거개시의 적용을 받게 되는 경우에 더욱 그러하다. 이와 같은 증거개시에 대응하여 일부 국가에서는 리니언시 신청자가 경쟁당국에 협력하였음을 이유로 불이익을 받지 않도록 하기 위하여 구두 리니언시 신청을 제공한다. 구두 신청을 할 수 있도록 하는 것은 리니언시 프로그램의 매력을 증진하는 방법이라고 명시적으로 거론된다.

4. 리니언시 신청과 손해배상책임의 감면여부

가. 개설

리니언시에 의하여 과징금 등 행정적 제재를 면하게 된 사업자는 피해자가 제기한 불법행위에 기한 손해배상청구에서도 위법성이 조각되어 손해배상책임을 부담하지 않는 것일까? 공정위의 감면고시에 의한 지위확인을 받은 사업자에게 공정위가 전속고발권을 행사하지 않음으로써 실질적으로 형사적 제재를 면제하는 효과가 있음은 앞에서 보았는데, 민사상 손해배상청구의 경우에는 어떤 영향을 미치는가 하는 의문이 제기될 수 있다.

생각건대, 리니언시 신청자 등이 과징금 등의 면제를 받는 경우에 손해배상책임을 부담하지 않는다는 내용의 법령상 규정이 없는 점, 시정조치의 목적과 손해배상제도의 목적이 상이한 점, 리니언시 제도 도입의 취지는 카르텔 적발의 어려움에 대응하여 예외적으로 국가가 권한을 행사할 수 있는 영역에서 신고자 등에게 혜택을 주기 위한 것일 뿐 카르텔로 인해 손해를 입은 개인 등의 재산상 이익에

관한 영역까지 국가가 임의로 관여하고자 하는 것은 아니라는 점 등을 감안하면, 부정적으로 보아야 할 것이다.⁶²⁾

우리나라와 마찬가지로 경쟁당국이 카르텔에 관하여 행정적 제재권한만을 가지고 있는 유럽에서도 리니언시 신청자 등에 대하여 손해배상책임을 면제해 주는 예는 찾아볼 수 없다.

나. 미국의 경우

미국의 경우도 조사개시 전 신고자 또는 조사개시 후 최초 신고자에 대하여 형벌을 면제하지만 리니언시 지위를 취득한 자의 손해배상책임을 완전 면제하는 규정을 두지는 않았다.

그러나 2004. 6. 제정된 반독점개혁법에 리니언시의 지위를 취득한 자는 손해배상소송에서의 협조를 조건으로 자신이 끼친 개별손해만을 배상하면 된다는 규정을 두어 자신이 끼친 실제 손해를 초과하는 손해배상책임을 부담하지 않도록 연대책임(joint and several liability) 및 징벌적 손해배상책임을 면제하였다.

뿐만 아니라 미국은 다른 나라와는 달리 리니언시 요건 중에도 손해배상과 관련 되는 내용을 가지고 있다.

이하 그 구체적인 내용을 알아보기로 한다.

1) 리니언시 요건 중의 하나로서 손해배상

미국의 리니언시 요건 중에는 손해배상과 관련되는 내용으로서 “신청자는 가능한 한(when possible) 손해를 배상하여야 한다.”는 것이 있다. 그 점에서 리니언시 요건 중 하나로서 손해배상과의 관계가 명시되어 있다.

그런데 ‘가능한 한’이란 범무성의 공표문에 의하면 ‘if possible’과는 달리 ‘실체문제로서 손해배상이 불가능한 경우’에만 손해배상을 하지 않아도 좋다고 하고, 예로서 i)자진신고회사가 파산하여 법원이 추가적인 채무부담행위를 금지한 경우 ii)유일한 피해자가 사망한 경우 iii)손해배상을 하면 기업의 존속이 상당히 위험해진다고 생각되는 경우이다. 덧붙여 손해배상은 미국 내의 피해자에 대하여만 실시하면 좋다고 한다.⁶³⁾ 결국 리니언시 요건으로서 특별한 사정이 없는 한 미국 내 피해자

62) 김기윤, “독점규제법상 손해배상청구의 연구”, 석사학위논문, 서울대학교, 2010, 44면도 同旨.

63) United States Department of Justice, Frequently Asked Questions Regarding the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters(November 29, 2008),

에게 손해배상을 요구하는 것으로 파악된다.

2) 리니언시로 인한 손해배상책임의 감경

클레이튼법이 의무적 3배 배상규정을 둔 것은 대체로 반경쟁적인 행위의 억제, 반경쟁적인 행위로 얻은 이익의 환수, 반경쟁적인 행위의 피해자에 대한 완전보상제공의 일반적인 목적에 기한 것이라고 설명된다.⁶⁴⁾

그런데 리니언시로 인하여 위와 같은 민사소송상 3배 배상에 직면할 가능성이 높아질 수도 있다.⁶⁵⁾ 앞서 본 바와 같이 압도적 다수의 사건들이 판결이 아닌 화해로 종결되므로 리니언시를 하였다고 하여 소송상 3배 배상책임을 실제로 지게 된다고는 말하기 어렵지만, 판결에 의할 경우에는 3배 배상을 하여야 한다는 점이 손해배상소송에서 원고의 교섭력을 강화시키는 재료(bargaining chip)로서 작용하는 면이 있기 때문에⁶⁶⁾ 화해에 따른 소송의 종료가 3배 배상과 무관하다고 볼 수는 없다.

2004. 6. 제정된 반독점개혁법은 제213조에 피해자가 제기한 민사소송에서 리니언시 신청을 한 사업자 등이 피해자인 원고를 지원한 경우에 위 신청을 한 사업자로 하여금 자신이 입힌 개별손해만을 배상하면 되도록 함으로써, ‘손해배상소송에서의 협조를 조건’으로 연대책임 및 징벌적 손해배상책임을 면제하였다.

과거 미 연방대법원은 기본적으로 공동불법행위자간의 연대책임을 인정하고, 구상권에 있어서는 연대책임을 부과하는 목적을 달성하기 위하여 피해자에게 손해를 배상한 사업자는 다른 담합참여자를 상대로 기여분에 상응하는 금액을 구상할 권리가 없다고 판시한 바 있어⁶⁷⁾ 위 연대책임이 구상에 의하여도 회복할 수 없는 중국적이었던 점을 고려하면, 위 요건을 충족하는 자에 대한 혜택은 상당히 큰 것이다.⁶⁸⁾

(http://www.appliedantitrust.com/02_criminal/doj_speeches/hammond_faq11_19_2008.pdf 에서 다운로드 가능) p. 18.; 손영화, 註 5의 논문, 296면; 김현수, 전계논문, 318면

64) Blue Shield of Virginia v. McCready, 457 U.S. 465(1982).

65) Klawiter, *supra note* 8, p.15.

66) Hovenkamp는 *The Antitrust Enterprise : Principle and Execution*, Harvard University Press, 2005, p. 59.에서 클레이튼 법에 의하여 변호사 비용의 부담에 관한 특칙(승소한 원고의 변호사비용을 피고가 부담)과 3배 배상제도가 원고에게 소송의 너무 큰 유인을 제공하여 반독점소송이 종종 원고의 교섭력을 너무나 강화시키는 재료(bargaining chip)로서 작용한다고 비판한다.

67) Texas Industries, Inc. v. Radcliff Materials, Inc., 451 U.S. 630, 646(1981).

68) 김현수, 전계논문, 335면.

이 때 손해배상소송에서의 협조란, 'a) 당해 민사소송과 잠재적 관련성이 있는, 본인이 알고 있는 모든 사실을 제소자에게 충분히 설명하는 것, b) 그 소재를 불문하고, 당해 민사소송과 잠재적 관련성이 있는, 본인이 소유(possession), 보관(custody) 또는 통제(control)하고 있는 모든 서류 및 기타의 자료를 제공하는 것, c) 당해 민사소송의 개인협조자가 i)제소자가 합리적으로 요구할 수 있는 면담, 선서증언 또는 법정증언에 응하거나 ii)면담, 선서증언, 심리 등 모든 법원의 절차에서 제소자의 모든 질문에 대하여, 어떤 사람이나 존재를 부당하게 보호하려고 하거나 말려들게(implicate) 하지 아니하며, 잠재적 관련성이 있는 모든 정보를 의도적으로 숨기지 아니하고 완전하고 진실하게 답변하는 것을 포함한다. 리니언시 신청자는 위에서 말한 협조를 보장하고 촉진하기 위하여 최선을 다하여야 한다.⁶⁹⁾ 그러한 협조가 만족스러우지는 민사소송이 제기된 법원이 결정한다.⁷⁰⁾

위 규정을 둔 것은 리니언시 신청자에게 한층 신청의 동기를 부여하기 위한 것이라고 한다.⁷¹⁾ 배상책임의 경감과 연대책임의 면제를 통한 배상액에 관한 불확실성의 제거는 이러한 목적에 부합하는 것으로 보인다.

그러나 2009년부터 시행된 위 규정이 리니언시 제도의 활성화 및 손해배상청구소송에 어떤 영향을 미쳤는지는 아직까지 확인된 바 없다.

다. 유럽연합의 경우

카르텔로 인하여 손해를 입은 자의 손해배상청구소송은 각 회원국의 법에 의하는데, 카르텔에 가담한 공동불법행위자의 연대책임을 배제하는 특별 규정이 없다. 그리고 공동불법행위자간의 구상이 허용되는 것이 각 회원국의 일반적인 법리라고 한다.⁷²⁾

리니언시 요건으로서 미국의 '가능한 한 손해를 배상할 것'과 같은 규정이 없는데, 그 이유는 첫째, EU에서는 카르텔에 대한 형사적 제재가 없기 때문에 이러한 요건이 존재하면 감면제도의 효율성을 상당히 저해할 수 있으며, 둘째로 손해배상 문제는 각국의 법원에 맡기는 것이 더 적합하기 때문이라고 한다.⁷³⁾ 행정벌과 손

69) 반독점개혁법 제21조(b).

70) ICN, p. 42.

71) ICN, p. 41.

72) 정성무, "가격담합과 손해배상-행정사건과의 차이를 중심으로-, 공정거래법상 손해배상의 이론과 실무상 쟁점", 서울대학교 경쟁법센터 제3차 법·정책 세미나, 175면.

해배상은 별개라는 관념이 바탕에 깔려 있는 것으로 보인다.

그런데 EU 위원회는 독점규제법 위반행위로 인한 손해배상소송의 활성화를 위하여 2008. 4. 공표한 “유럽연합 경쟁법 위반에 기한 손해배상에 관한 백서”(이하 ‘2008 백서’라 한다)⁷⁴⁾에서, 리니언시 신청을 하여 성공적으로 행정벌에 대한 책임 면제를 받은 자에 대하여는 그의 직·간접 계약당사자가 제기한 소송에서 민사책임을 제한할 가능성을 고려하고 있다. 이는 행정벌에 대한 책임면제를 받은 신청자라 하더라도 위반행위 가담으로 인한 민사적 책임을 지도록 하되 그가 배상하여야 할 책임의 범위를 예측할 수 있도록 하기 위한 것이라고 한다.⁷⁵⁾

그러나 미국과는 달리 3배 배상규정이 없고 연대책임에 있어서 구상도 허용되므로, 책임제한이 이루어진다고 하더라도 그 효과가 미국보다 크지는 않을 것으로 생각된다.

라. 우리나라의 경우

우리나라에서 부당한 공동행위를 이유로 한 손해배상청구소송은 1995년 제기된 서울지역 4개 약품도매상 사건⁷⁶⁾이 최초인 것으로 파악되는데, 2000년대에 들어서 그 수가 점차 증가하고 있다.⁷⁷⁾ 그 중 위 서울지역 4개 약품도매상 사건 및 밀가루 담합 사건은 카르텔 가담자에 대하여 각 거래에 따른 개별 책임을 구한 반면,

73) Jonathan Raull and Ali Nickpay, *The EC Law of Competition*(2nd ed.), Oxford University Press, 2007, p. 856.

74) Commission of the European Communities, White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 2008 (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actions_damages에서 검색가능)

75) 위 2008 백서 p. 10.

76) 서울지방법원 1996. 11.22. 선고 95가합16511 판결, 서울고등법원 1998. 5. 20. 선고 97나4465 판결.

77) 하급심에서 피고의 손해배상책임을 인정하는 판결이 선고된 사건으로는 교복가격 담합사건(서울중앙지방법원 2005. 6. 17. 선고 2002가합590 판결, 서울고등법원 2007. 6. 27. 선고 2005나109365 판결), 시내전화 요금 담합사건(서울중앙지방법원 2008. 1. 18. 선고 2005가합88937, 109504(병합) 판결, 서울고등법원 2008나22773 판결) 및 아래에서 보는 밀가루 담합사건(서울중앙지방법원 2009. 5. 27. 선고 2006가합99567 판결, 서울고등법원 2010. 10. 14. 선고 2009나65012 판결), 신용카드사의 밴 수수료 담합사건(서울중앙지방법원 2011. 11.01. 선고 2008가합19596, 29845 판결) 등이 있다. 그 외 설탕 가격담합사건(설탕구매자인 샐리, 삼립식품, 파리크라상 등이 삼양사, 대한제당 등을 상대로 제기한 서울중앙지082010가합 71696, 71702, 71597호), CRT 입찰담합사건(일본 샤프와 그 계열회사들이 삼성 SDI 및 그 계열회사들과 엘지 Display 및 그 계열회사들을 상대로 제기한 수원지방법원 2010가합21125호) 등 다수의 사건이 1심 법원에 계속 중인 것으로 파악되고 있으나 구체적인 손해배상 청구의 형태는 확인하지 못하였다.

군납유류 입찰담합사건⁷⁸⁾, 신용카드사의 밴 수수료 담합사건은 카르텔 참여자들을 상대로 연대책임을 구하였다.

우리나라에는 리니언시의 요건 중 하나로서 미국과 같이 ‘가능한 한 손해배상을 할 것’을 규정하지 않을 뿐 아니라 위 반독점개혁법과 같이 연대책임을 면제하는 특별규정이 없다.⁷⁹⁾ 따라서 유럽연합의 경우와 마찬가지로 연대책임을 부정할 근거는 없을 것이고⁸⁰⁾, 리니언시 제도에 의하여 책임을 감면받은 자에게도 연대책임을 인정하는 이상, 손해배상의 원고에게 자신의 부담부분 이상을 변제한 카르텔의 공동참여자나 다른 참여자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다고 할 것이다.⁸¹⁾

이와 관련하여 입법론으로서 우리도 미국의 예를 참고하여 리니언시 신청자에 대하여는 (손해배상소송에서의 협조 여부와 무관하게) 연대책임을 부정하는 것이 타당하다는 견해가 있다. 이와 같이 연대책임을 부정하게 되면 구상권 자체가 발생하지 않는다. 위 견해에 의하면 이를 통해 전체 손해를 배상한 리니언시 신청자가 다른 카르텔 참가자들에게 구상권을 행사하여야 하는 절차적 번거로움 및 다른 참가자가 지급불능상태에 처한 경우 구상할 수 없는 위험을 회피할 수 있을 뿐 아니라 민사소송의 원고로 하여금 전체 손해를 배상받을 수 있는 다른 카르텔 참가자에 대해 손해배상소송을 제기하도록 유인할 수 있다는 것이다.⁸²⁾

생각건대, 아직 카르텔에 대한 손해배상소송이 활성화되지 않은 우리나라 실정에서는 리니언시 신청자가 리니언시에 즈음하여 고려하는 대상에 손해배상의 가능성은 그다지 고려요소가 되지 않는 것으로 보이므로, 리니언시 제도를 활성화 한다는 명목으로 위와 같은 입법을 서두를 필요는 없을 것으로 보인다.

위에서 본 ICN 설문조사결과에서도 아직 카르텔에 관한 사소가 확립되어 있지 않은 몇몇 국가의 변호사들은 손해배상소송의 위험이 덜 심각하고 이 문제는 장래 더 관심을 일으킬 것이라고 생각하고 있음을 알 수 있다.⁸³⁾

그러나 손해배상소송이 활성화되었다고 판단되는 시점에 이르러서는 리니언시

78) 서울중앙지방법원 2007. 1. 23. 선고 2001가합10682 판결, 서울고등법원 2009. 12. 30. 선고 2007나25157 판결, 대법원 2011. 7. 28. 선고 2010다18850 판결.

79) 우리나라는 미국의 클레이트법과 같은 3배 배상규정이 없을 뿐 아니라 불법행위법 일반에서도 징벌적 손해배상이 인정되지 않으므로 징벌적 배상의 면제는 발생할 여지가 없다.

80) 홍대식, “공정거래법상 손해배상청구소송의 실무상 제문제”, 사법연수원 강의자료, 2009, 42면도 同旨.

81) 정성무, 전계논문 176면도 同旨.

82) 김현수, 전계논문, 336면.

83) ICN, pp. 44-45.

제도를 촉진할 필요성 등에 비추어 적어도 리니언시 신청을 한 사업자에 대하여는 미국의 경우와 같이 일정한 요건을 충족하는 경우에 연대책임을 면제하는 등의 입법을 고려할 수 있을 것으로 생각된다.

5. 리니언시 신청과 관련된 자료의 비밀보장

가. 개설

부당한 공동행위로 인하여 손해를 입었다고 주장하는 소비자 또는 직접 구매자가 불법행위의 성립을 입증하고 손해를 산정하기 위해서는 방대한 자료를 필요로 한다.

미국의 경우, 카르텔 관련 직접 구매자의 소송은 법무부의 조사와 동시에 진행되는 것이 일반적이라고 한다. 일단 법무부의 조사가 시작되면, 법무부의 조사결과 발표가 있기 전에도 원고들은 구체적인 증거 없이 소송을 일단 제기하고, 이후 증거개시 제도를 통하여 자료를 확보하는데,⁸⁴⁾ 대부분의 경우는 법무부의 조사결과가 나올 때까지 소송의 진행중단(stay)를 요청하고, 추후 법무부의 조사결과자료를 활용함으로써 소송을 유리하게 이끈다고 한다.⁸⁵⁾

우리나라에서는 이해관계인이 공정위가 보유하고 있는 자료를 요구할 수 있는 제도적 장치가 마련되어 있다. 독점규제법상 공정위에 대한 기록송부요구(제56조의2) 및 자료의 열람·복사요구(제52조의2)와 민사소송법상 문서송부촉탁제도(제352조) 등이 그것이다. 그리고 소송이 제기된 후에는 민사소송법상 소송기록의 열람 등 청구(제162조)를 통하여 소송기록에 편철된 자료에 접근할 수 있다.

리니언시 신청과 관련하여 제출되거나 생성된 자료는 신청자의 카르텔행위에 대한 구체적인 내용을 담고 있기 때문에 카르텔에 의하여 피해를 입었음을 이유로 손해배상소송을 제기하려는 자들로서는 위와 같은 절차를 통하여 위 자료들을 입수하려고 한다. 예를 들어 카르텔의 전모를 밝히는 진술서나 진술조서(이하 ‘진술서면’이라 한다) 등이 공정위의 사건처리절차나 검찰의 수사절차, 법원의 재판절차 등의 과정에서 검찰, 관할법원, 소송당사자, 제3자 등에게 제공될 수 있는데 이는 후속 손해배상소송에서 피고의 불법행위 및 손해액을 산정하는 중요한 증거가 될

84) 그럼에도 불구하고 위와 같은 사정이 리니언시의 유인을 약화시킬 가능성이 그다지 높지는 않은 이유에 대한 설명으로는 Klawiter, *supra note 8*, p. 15 참조.

85) (주)하이닉스반도체 통상협력팀, “카르텔관련 미국의 집단소송 유형과 특징”, 경쟁저널 통권 149호(2010. 3.), 66면.

수 있다. 그러나 앞서 본 ICN 설문조사결과에서 본 바와 같이 후속 사소의 가능성은 기업이 리니언시 신청 여부를 결정함에 있어서 중요한 요인이기 때문에 리니언시 제도의 활성화를 위해서는 이와 같은 자료들이 향후 민사소송 등에서 리니언시 신청자에게 불리한 증거로 이용되는 것을 방지할 방안을 마련할 필요가 있다.

그런데 위 비밀보장의 문제는 리니언시 제도의 활성화를 위한 것이지만 손해배상소송이 국내에서 제기된 경우와 미국에서 제기된 경우에 고려하여야 할 중점을 달리 한다. 전자는 진행 중인 카르텔 조사의 원활에 장애가 되지 않도록 하고 리니언시 신청자가 다른 카르텔 참가자들에 비하여 특별히 불리한 위치에 처하지 않도록 하는 것에 중점이 주어지고, 후자는 미국의 증거개시제도⁸⁶⁾와의 관계에 중점이 주어진다. 특히 후자와 관련하여서는, 세계적인 규모로 행해진 국제 카르텔의 경우에 절차 및 배상액의 면에서 원고에게 유리한 미국에서 손해배상이 제기될 가능성이 높기 때문에 미국법원에 위 소송에 대한 관할권이 인정되는 경우에 그 소송에서의 자료 수집을 위한 개시요구에 리니언시 관련 자료의 비밀보장을 어떻게 확보할 것인가의 문제된다.

만일 우리나라 공정위에 리니언시 신청을 한 자의 리니언시 관련 자료가 미국에서 카르텔 피해자들이 제기하는 민사상 손해배상소송에서 강력한 증거개시에 의하여 증거로 활용된다면 리니언시 신청자는 공정위로부터 감면받는 과징금액보다 훨씬 큰 액수의 손해배상을 하게 될 우려가 있다. 이는 결국 한국시장을 대상에 포함하여 외국에서 이루어지는 국제카르텔에서 우리 공정위에 리니언시 신청을 기피하거나 리니언시 신청을 하더라도 자료제출 및 진술 등에서 성실하게 협조하지 않는 결과를 가져올 수 있다. 이러한 현상은 공정위의 카르텔 적발비용을 증가시키는 것은 물론, 적발성과 역시 크게 저해할 가능성이 있다.⁸⁷⁾ 이와 같은 이유에서 후자의 문제가 특히 중요한 의미를 가지는 것이다.

86) 미국연방민사소송법(Federal Rules of Civil Procedure, 이하 'FRCP' 라 약칭한다) 제26조에 규정하고 있는 것으로서 이에 대한 상세는 Jack H. Friedenthal, Arthur R. Miller, John E. Saxon & Helen Hershkoff, *Civil Procedure*, compact Tenth Edition for Shorter Courses, West Group, 2010, pp. 429-439; 서철원, 미국 민사소송법, 법원사, 2005, 272-275면; 이황·김경욱·하명호, “미국 증거개시절차로부터 카르텔 자진신고자 보호의 필요성과 방안(I)”, 경쟁법연구 제20권, 2009, 341-349면; 이선희, “공정거래법상 자진신고에 의한 책임감경제도와 민사소송에 의한 피해구제 간의 관계에 대한 연구”, 2012년도 하반기 법경제분석 그룹(LEG) 연구보고서, 한국공정거래조정원, 24-26면 등 참조.

87) 이황 외, 전제논문, 331면.

나. 리니언시 관련자료의 생성과 현출 및 유출가능성

우리나라에서 공정위의 사건처리는 ‘조사 및 심사 - 심의 - 의결’의 3단계 절차에 따라 진행되는데, 리니언시 신청자를 제외한 피심인에 대하여 공정위가 처분을 행하거나 그 불복소송에서 공정위의 처분이 적법함을 입증해야할 것에 대비하여 리니언시 신청자의 진술내용이 기재된 서면을 생성, 현출할 수밖에 없는 구조를 가지고 있다.

공정위는 조사 및 심사과정에서 리니언시 신청자가 작성한 진술서를 확보하거나 위 신청자를 출석시켜 의견을 청취하는 과정에서 진술조서를 작성하는 것이 대부분이다. 심사결과 위법사실이 인정되면 공정위는 전원회의 또는 소회의에 안건을 상정하고 이어 일정한 심의절차가 진행되는데, 이 때 증거조사를 통해 리니언시 신청자의 진술서면 등이 각 회의에 현출된다. 또한 심의결과 위반사실이 인정되면 각 회의가 의결을 하게 되는데 이에 대하여 피심인이 이의신청을 할 경우 그 이의 신청절차에서 리니언시 신청자의 진술서면이 현출될 수 있다.⁸⁸⁾

공정위는 자료를 제출한 자의 동의가 있거나 자료제출자의 동의가 없더라도 공익상 필요하다고 인정할 때에는 당사자 또는 이해관계인에 대하여 자료의 열람 또는 복사요구에 응하여야 한다.(독점규제법 제52조의 2, 동법 시행령 제35조 제2항 참조). 이 때 ‘공익상 필요’에 관하여 해석의 여지는 있지만, 이해관계인에 해당하는 자가 공정위에 위 열람, 복사요구를 하고 공정위가 이에 응한 경우에 진술서면의 내용에 대하여 비밀이 보장되지 못한다.

또한 위 진술서면 등은 공정위 처분에 대한 불복으로서의 행정소송이나 형사소송 등 법원에 현출되어 증거로 제출될 수 있다. 그리고 사업자 또는 사업자단체의 공정거래법 위반행위로 인하여 사인의 손해배상청구소송이 제기되었을 때 앞서 본문서송부요구(독점규제법 제56조의2)나 문서송부촉탁제도(민사소송법 제352조) 등 어떤 경로에 의하더라도 원고가 입수한 리니언시 신청자의 진술서면을 자신의 공격방어방법의 일환으로 제출할 수 있다. 이와 같이 소송절차에서 진술서면 등이 증거로 제출되어 기록에 편철된 경우 다시 당사자 및 소송관계인의 기록 열람 등 청구(민사소송법 제162조)의 대상이 되고 법령상 이를 제한할 근거가 없으므로 외부로 유출될 가능성이 매우 크다고 할 수 있다.⁸⁹⁾

88) 이황 외, 전계논문, 333 -334면.

89) 이황 외, 전계논문, 340면도同様.

다. 비교법적 검토

위에서 본 우리나라의 예와 같이 일단 진술서면 등이 카르텔을 조사하는 경쟁당국 외부로 유출되면 우리나라에서 제기된 소송에서 증거로 될 수 있으며, 나아가 미국 증거개시의 대상이 될 수 있으므로 그에서 벗어날 수 있는 길은 무엇보다도 진술서면 등의 생성과 현출을 억제하고 불가피하게 생성되더라도 그 유출을 방지하는 것이 될 것이다.

이에 대한 대처방식으로서 미국의 경우는 유죄인정합의(plea agreement)에 따라 대부분의 리니언시 신청사건이 소송에까지 이어지지 않으므로 리니언시 신청자의 진술내용을 증거로 생성하지 않는 방식을 채택하고 있다.⁹⁰⁾

EU의 경우에는 미국과는 달리 카르텔에 대한 제재가 행정벌로 이루어지고 법원이 그 행정처분의 적법타당성을 최종적으로 판단하므로 기업진술이 필수적이어서 미국과는 경우를 달리한다. 그러나 뒤에서 보는 바와 같이 경쟁당국이 리니언시 신청자의 기업진술을 구두로 행하도록 하는 한편 녹음본과 녹취서를 생성하더라도 이를 EC의 소유물로 규정하여 복사권을 제한하여 유출을 방지방안에 주력하고 있다.

진술서면 등을 생성하지 않는 미국식 방안은 우리 사법제도의 현실과는 부합하지 않는 측면이 있고, 우리나라는 EU의 경우와 상황이 유사한 측면이 있으므로 EU의 방안을 알아보는 것은 리니언시 자료의 비밀보장 문제를 해결하는데 도움이 될 것으로 생각된다.

그런데 이와 같은 유출방지책은 3배 배상과 광범위한 증거개시절차로 특징 지워지는 미국의 독점규제법 위반행위에 대한 민사손해배상소송제도와 주로 관련되는 것이다. 3배 배상에 대하여는 앞서 4.에서 살펴보았으므로, 여기에서는 미국의 증거개시에 대응하여 리니언시 자료의 비밀을 보장하고자하는 주요 국가들의 노력에 대하여 구체적으로 알아보기로 한다.

1) EU의 경우

유럽연합에서는 리니언시 고시를 1996년 제정한 이래 2002년, 2006년 개정을 거치면서 리니언시 관련자료에 대한 비밀보장의 초점이 주로 미국 민사소송의 증거개시대상이 되지 않도록 하는 것에 주어졌다.

90) 이황·김경욱·하명호, “미국 증거개시절차로부터 카르텔 자진신고자 보호의 필요성과 방안(II)”, 경쟁법연구 제22권, 2010, 364면.

2002년 개정 고시는 민사소송의 피고에 해당하는 리니언시 신청자가 위원회에 제공한 자료를 위원회가 민사소송의 원고에게 개시하지 않겠다는 것이지만, 위원회가 아니라 피고에 대해 내려지는 미국법원의 증거개시명령을 피할 수 없었다. 이 때 피고로서는 국제예양(international comity)의 원칙을 원용할 수 있겠지만, 이 원칙은 사안별로 이익형량을 거치기 때문에 절대적인 것이 아니었다.⁹¹⁾ 실제로 미국법정은 EU의 비공개원칙이 적용되는 사안에서 증거개시명령을 내린 바 있다.⁹²⁾

이에 2006년 개정된 EU 리니언시 고시의 중요한 내용 중의 하나는 리니언시 신청인들의 증거가 후속적인 민사소송이나, 특히 미국의 법정에 피소되었을 때 증거로 현출되지 않도록 하였다⁹³⁾는 것이다. 마커제도(Marker System)⁹⁴⁾나 기업진술제도(corporate statement)⁹⁵⁾ 등이 그것이다. 또한 리니언시 신청 시 제출한 파일 접근을 제한한다든지, 접근이 허용된 파일에 대한 사본생성이나 사용목적상의 제한 등⁹⁶⁾도 마련하고 있다.

이하 각 단계별로 세부내용을 살펴보기로 한다.

가) 감면신청 접수 및 조사단계⁹⁷⁾

잠재적인 원고 등에게 신청인의 진술정보가 유출되는 현상을 차단하기 위하여, 특히 미국의 증거개시절차에 의하여 서면진술서로 유출되는 것을 막기 위하여 구술감면신청이 가능하다. 즉 감면신청, 공동행위의 개요설명, 구체적인 행위사실 진술 등 모든 조사협조가 구두로 진행된다.⁹⁸⁾

또한 기업진술을 구두로 행해질 수 있도록 하고 이를 위원회 내에서 녹음, 기록

91) 김현수, 전제논문, 335면 및 뒤의 ㉔, ㉕ 판결 참조

92) Re Vitamins Antitrust Litigation, Misc. No. 99-197(D.D.C. Sept. 17, 2002)

93) 손영화, “EU에서의 리니언시 제도에 관한 연구”, 경쟁저널 제152호(2010. 9.), 23면

94) 신청에 충분한 정보나 증거가 갖추어지지 않은 경우에도 일부의 정보를 먼저 제공하면 위원회가 잠정적으로 신청을 받아들일 수 있도록 한 제도를 말한다. - Commission notice [2006], *supra note* 21, paras. 14 - 21.

95) 사업자가 직접 또는 사업자를 대신한 자(보통은 변호사)가 카르텔의 인지 및 자신의 역할에 대해 위원회에 자발적으로 진술하는 것이다. 이는 위원회 파일의 일부가 되고 증거로 이용될 수 있다. 기업진술은 서면의 형식을 취할 수도 있고 구술로도 행해진다. - Commission notice [2006], *supra note* 21, paras. 31-32.

96) Commission notice [2006], *supra note* 21, paras. 33-34.

97) 손영화, 註 93의 논문, 23면; 이황 외, 註 90의 논문, 347면.

98) 이황 외, 註 86의 논문, 346-347면.

한다. ‘위원회 파일에의 접근을 위한 규칙에 관한 고시’(Commission Notice on rules for access to the Commission file)⁹⁹⁾에 의거하여 녹취서는 피심인에게만 공개한다. 피심인의 경우에도 구내열람만 허용하고 사본(any copy by mechanical or electronic means)을 생성하지 못하도록 하였다.¹⁰⁰⁾ 이에 따르면 리니언시 신청자 및 피심인들은 리니언시 신청자의 진술조서를 소유, 보호 또는 통제할 수 없게 되어 증거개시명령 대상이 되지 않는다.

리니언시 신청자가 이러한 보호를 받기 위해서는 관련 행정절차에서 EC 경쟁법 적용에 관한 사법상 또는 행정상 절차를 위하여만 동 문서로부터 획득한 정보를 이용할 것을 약정하여야 한다. 그러나 리니언시 신청자가 기업진술서의 내용의 내용을 제3자에게 공개한 경우에는 이러한 보호를 제공하지 않을 수 있다.¹⁰¹⁾

나) 심사 및 의결단계¹⁰²⁾

2006년 고시 개정 이후에도 EC의 심사 및 의결단계에서 기업진술서의 내용이 공개될 수 있다는 문제가 제기되었다. 왜냐하면 EC가 심사보고서와 금지결정에서 기업진술서의 내용을 인용함으로써 제3자가 이러한 정보를 손쉽게 획득할 수 있었기 때문이다.

이러한 문제점을 개선하기 위하여 현재 EC는 심사보고서와 금지결정에 기업진술서의 내용을 그대로 기재하지 않고 요약하여 정리하거나¹⁰³⁾ 유럽 역내에 효과가 미치는 행위만을 인용하여 미국 내 민사소송에 사용될 경우의 증거가치를 의도적으로 감소시키고 있다고 한다. 또한 이것들을 송부할 때 동 내용의 목적(EC의 심의 및 법원 절차) 외 공개제한 및 사용금지의무를 명시하고 있다고 한다.

다) 소송단계

① 회원국들과의 관계

99) Commission Notice on the rules for access to the Commission file in cases pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, Articles 53, 54 and 57 of the EEA Agreement and Council Regulation (EC) No 139/2004, [2005] OJ C 325/07, paras. 30-32.

100) Commission notice [2006], *supra note* 21, paras. 32-33.

101) Commission notice [2006], *supra note* 21, para 34.

102) 이항 외, 註 90의 논문, 348면.

103) 심사보고서 등에 기업진술서의 내용을 요약하여 기술하는 경우, 전문증거가 되어 미국 민사법원에서 원칙적으로 증거능력이 인정되지 않는다고 한다.

우선 회원국 민사법원에의 송부에 대하여 알아본다.

‘조약 제81조, 82조에 의하여 제정된 경쟁규정의 이행을 위한 규칙 1/2003’¹⁰⁴⁾의 제15조는 “회원국의 법원은 위원회에 EC 경쟁법의 적용과 관련하여 위원회가 소유하고 있는 정보(information in its possession)를 송부할 것을 요청할 수 있다”고 규정하고 있다.

그러나 ‘위원회와 회원국 법원 간의 협조에 관한 고시’¹⁰⁵⁾에서 “위원회는 리니언시 신청자의 동의가 없으면 리니언시 신청자가 제출한 정보를 회원국의 법원에 송부하지 않을 것이다”고 규정함으로써 이를 제한하고 있다.¹⁰⁶⁾ 위원회는 그 근거로 ‘유럽 의회 등 문서에 대한 공공접근에 관한 위원회 규칙 1049/2001’¹⁰⁷⁾에 의할 때 기업진술서의 공개는 접근거절사유로서 규정하고 있는 위 규칙 제4조 조사목적의 보호 등과 같은 공익 및 사익을 저해할 수 있다는 점을 들고 있다.¹⁰⁸⁾

다음으로 EU 회원국 내 민사소송의 원고에 의한 증거개시의 가능성에 대하여 알아본다.

앞서 본 바와 같이 2006 리니언시 고시에서 피심인은 “관련 행정절차에서 당해 사건의 EC 경쟁법 적용에 관한 사법상 또는 행정상 절차”를 위하여만 동 문서로부터 획득한 정보를 이용할 수 있다고 규정하고 있다.¹⁰⁹⁾ EU의 입법의도는 EC의 심결절차 및 이에 불복하여 EU 법원에 소송을 제기한 경우만으로 사용목적 제한하고자 한 것이었지만 규정의 불명확성으로 인해 회원국 내 법원에서 벌어지는 기업진술서에 대한 원고의 증거개시요청을 절대적으로 차단할 수 있는지 불확실하다.¹¹⁰⁾ 실제로 기업 및 변호사들은 원고의 증거개시요청에 대하여 법원이 취하고 있는 개별사례에 따른 판단의 법리(case by case test)가 사업자들이 리니언시를 신청할 것인지 여부를 결정하는 단계에서 사전 불확실성을 가중시키고 있다¹¹¹⁾고 보

104) Council regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty

105) Commission Notice on co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, [2004] OJ C 101/54

106) 위 Commission Notice [2004] OJ C 101/54, para 26.

107) Council regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents

108) Commission notice [2006], *supra note* 21, para 40.

109) Commission notice [2006], *supra note* 21, paras 34.

110) 이황 외, 註 90의 논문, 349-351면

111) 이황 외, 註 90의 논문, 349-351면; Peter D. Camesasca, Julie Vandebussche, Laurie-Anne

는 것 같다.

다만 현재 EU 회원국 들 중에서 미국식의 증거개시제도를 가짐으로써 실제 기업진술서에 대한 증거개시가 행해질 가능성이 있는 국가는 영국¹¹²⁾과 아일랜드 뿐이고, 다른 유럽국가들은 민사소송의 원고에게 증거개시와 같은 강력한 수단을 제공하지 않는다고 한다.¹¹³⁾

아래에서는 문제된 구체적인 사례들을 보기로 한다.

㉞ EU 사법재판소의 Pflaiderer 판결¹¹⁴⁾

위 Pflaiderer 사건은 2008년 독일 연방카르텔청이 제지가격 카르텔에 참여한 3개 기업을 대상으로 과징금을 부과한 후 구매자 중 하나인 Pflaiderer가 카르텔로 인한 금전적 손해의 배상을 요구하면서 시작되었다. Pflaiderer는 소송내용을 보강하기 위하여 리니언시 자료를 포함한 독일 연방카르텔청의 사건기록에 있는 모든 서류에 대한 접근을 요청하였다.

독일 연방카르텔청이 리니언시 신청서류에 대한 접근허락을 거부하자, Pflaiderer는 독일 법원(the Amtsgericht Bonn)에 소를 제기하였다. 독일법원은 EU 사법재판소에 회원국 경쟁당국의 리니언시 프로그램에 따라 제출된 리니언시 신청서 및 관련서류를 민사소송의 원고에게 공개하는 것이 EU 법에 합치하는지 여부¹¹⁵⁾에 대한 해석을 의뢰하였다.

2011. 6. EU 사법재판소는 EU 법이 민사소송의 원고에게 리니언시 자료를 공개하는 것을 막지 않는다고 보고, 회원국 법원이 이른바 사례별 판단원칙에 의거하여 개별적인 사건의 정황을 기초로 이러한 자료들이 원고에게 제공될 수 있는지 여부를 판단하여야 하는 문제라고 보았다. 그리고 이를 판단함에 있어서 i)민사상 보상에 따른 이익과 ii)효율적인 카르텔 단속에 대한 이익 및 이에 따른 리니언시 프로그램의 보호 간에 균형을 이루도록 하여야 한다고 하였다.

Grelier, 김희은, “EU의 카르텔 단속과 리니언시 프로그램, 한국 공정위 절차와의 비교 : 협력에 대한 보너스 또는 손해배상의 로드맵?”, 경쟁저널 163호(2012. 6.), p.41.

112) Camesasca 외, 전계논문, 38면에 의하면, 영국은 폭넓은 증거개시 규칙 등으로 인하여 특히 유리한 관할로 손꼽힌다고 한다.

113) 이황 외, 註 90의 논문, 350-351면.

114) Case C-360/09 Pflaiderer AG v Bundeskartellamt, 14 June 2011; Camesasca 외, 전계논문, 41면 참조.

115) EC 조약 제10조, 제3조(1)(g) EC 및 각주 118의 EC Regulation No 1/2003의 제11조 및 제12조(위원회와 회원국 경쟁당국 간 협조)가 주로 문제되었다.

그 후 독일법원은 위 사건에서 리니언시 신청관련서류를 공개하는 것은 카르텔의 효과적인 적발 및 기소를 위협하기 때문에 공개를 거절하는 것이 바람직하다고 판단하였다. 리니언시 신청에 대하여는 특별히 엄격한 비밀이 보장되어야 한다는 독일 카르텔청의 시각을 법원이 승인한 것이다.¹¹⁶⁾

㊤ 영국법원의 National Grid Electricity Transmission Plc 판결¹¹⁷⁾

위 사건은 National Grid Electricity Transmission(이하 'NGET'라 약칭한다)이라는 회사가 EU 위원회의 가스절연개폐장치 카르텔조사에서 과징금처분(2007. 1. 24. 자)을 받은 20개 회사 및 그와 모자회사 등의 관계에 있는 회사들 중 23개 회사를 피고로 삼아 영국법원에 손해배상을 청구한 사례이다.

Pfleiderer 판결 이후 NGET는 영국법원(High Court)에 여러 서류에 대한 접근을 요청하였는데 그 중에서도 위 판결에서 문제된 서류는 a) 위원회 심결문의 비공개 판 b) 리니언시 신청 회사들이 위원회 심사보고(Statement of Objection)에 대하여 제출한 답변서 c) 위원회가 한 정보요청에 대한 리니언시 신청 회사들 등의 답변서 등이다. 이러한 문서들은 위원회의 조사 중 리니언시 신청인들이 제출한 리니언시 신청서 및 진술서를 인용하였을 가능성이 예상되는 자료들이었다.¹¹⁸⁾

영국법원은 i) Pfleiderer 판결이 (개별국가의 경쟁당국이 아닌) EU 위원회의 리니언시 프로그램에 따라 준비된 서류의 공개요청에 직접 또는 유추 적용되는지 여부, ii) 개별국가의 법원이 위원회에 제출된 리니언시 자료를 포함한 서류의 개시에 대하여 판단할 재판권이 있는지 여부 및 이러한 요청이 Regulation 1/2003 제15조(1)에 따라야 하는지 iii) 만일 개별국가의 법원이 이러한 서류에 대한 개시를 명령할 권한이 있다면 어떠한 요소들이 Pfleiderer 판결에서 판시한 이익형량의 요소들에 해당하는지에 대한 위원회의 의견을 요청하였다.¹¹⁹⁾

이와 관련하여 위원회가 영국법원에 제출한 의견은, Pfleiderer 판결은 개별 국가의 경쟁당국에 제출한 리니언시 서류 뿐 아니라 위원회의 리니언시 프로그램상 생성된 리니언시 서류에도 원용될 수 있지만, 리니언시 신청인이 카르텔 손해배상소송에 협력하지 않은 사업자들보다 불이익을 당할 수 있다는 사실은 '리니언시 서

116) http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/News/press/2012_01_30.php 참조.
 117) National Grid Electricity Transmission Plc v ABB Ltd and others, [2012] EWHC 869(Ch), 4 April 2012.; Camesasca 외, 전제논문, 43면 참조.
 118) 註 114의 판결 para 16.
 119) 註 114의 판결 para 18.

류의 비공개를 선호하게 되는 조짐'을 보일 수 있다고 강조하였다. 특히 위원회는 리니언시 자료의 공개는 'i) 요청된 서류가 청구의 목적에 적절한지 ii) 동등하게 효과적인 다른 증거가 입수가 가능한지' 등을 기준으로 검토하여 타당성이 인정된 경우에 한하여 허용되어야 한다고 하였다. 그 외의 경우에 공개는 비례의 원칙(proportionality)에 어긋난다고 하였다.¹²⁰⁾

영국법원은 Pfleiderer 판결이 위원회의 리니언시 프로그램상 생성된 리니언시 서류에 원용될 수 있다는 점을 분명히 하면서, 위원회 의견의 많은 부분을 수용하였지만 리니언시 신청인이 비협력자와 비교하여 훨씬 더 많은 법적 책임에 노출될 위험은 없을 것이라고 판단하였다. 왜냐하면 NGET는 리니언시를 신청하지 않은 사업자들에 대하여도 소를 제기하였기 때문이다.¹²¹⁾

영국법원은 Pfleiderer 테스트를 적용함에 있어서 리니언시 자료를 인용한 문서의 공개가 비례의 원칙에 타당한지를 보면서 i) 다른 출처(증인 진술서 등)에서의 정보(other source of information) 입수가 가능한지 여부 및 ii) 이러한 문서의 적절성(relevance) 등을 고려하였다. i)에 관하여 영국법원은 NGET가 요구한 문서에 담겨 있는 정보를 적어도 과도한 어려움이 없이 찾을 수 있는 대략적인 출처는 없는 것으로 판단하였다. 그리고 ii)에 관하여 각각의 문서에 대하여 리니언시 진술서 보호를 선호하는 '강력한 대항력이 있는 요소'에도 불구하고 문서의 공개를 요구할 정도로 적절성이 있는지를 보았다.¹²²⁾

그 결과 영국법원은 위 요청한 문서 중 a), c)의 특정 발췌록에 대한 공개를 명하였다. 그 외의 자료들은 적절성이 떨어지고 위원회의 리니언시 프로그램 보호에 대한 이익이 NGET의 손해배상청구를 돕는 이익보다 더 중요하다고 결정하였다.¹²³⁾

② 민사소송이 제기된 미국법원과의 관계

2006년 고시개정 후 과연 미국법원이 EC의 의도대로 리니언시 신청자의 기업진술서 및 기업진술녹취서에 대한 통제권을 부정하게 될지는 확실하지 않다. 그러나

120) Observations of European Commission in case number HC08C03243, 3 November 2011 (http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2011_national_grid_en.pdf에서 다운로드 가능) paras. 19-21.

121) 註 114의 판결 para 35.

122) 註 114의 판결 paras 42-55.

123) 註 114의 판결 paras 56-60.

기업진술서의 증거개시에 대한 EC의 강력하고 일관된 이의제기로 인해 2006년 고시개정 전에도 점차 증거개시요청을 허용하지 않게 된 미국법원의 경향을 살펴볼 때, 앞으로 관련사건이 발생할 경우 미국법원은 기업진술의 녹취서에 대한 리니언 시 신청자의 통제권 부인주장을 받아들이거나 최소한 국제예양의 원칙을 적용하여 증거개시를 허용하지 않을 가능성이 어느 정도 증가한 것으로 판단된다.¹²⁴⁾

그런데 EC가 유럽법원에서의 절차에서 녹취서나 녹음원본을 증거로 제출한 경우에는 사정이 달라질 수 있다. 이 경우까지 당사자의 열람, 복사권을 제한할 수 있는지 여부에 관한 규정을 발견할 수는 없다. 따라서 현재로서는 소송기록에 기업진술서가 편철된 경우에는 증거개시를 피하기 어려울 것으로 보인다.

결론적으로 기업진술 녹취서의 증거개시 위험에 관하여 EC가 마련한 해결책은 크게 i)구두 기업진술 허용 ii)목적 외 사용금지 iii)복사금지 iv)미국 민사법원에 대한 증거개시 반대의견서 제출 등이다. 이러한 해결책들로 인하여 미국의 증거개시를 확실히 피할 수 있다고는 할 수 없으나, 종합적으로 사용한다면 앞으로 증거개시의 차단이 훨씬 용이해질 것으로 예상된다.¹²⁵⁾

2) 일본의 경우

일본 공정위 정책에 의하면 공정위의 처분에 후속하여 민사소송이 제기되었을 경우 공정위는 강제조사를 통하여 수집한 사실들을 개시하여야 한다.

일본 독점금지법의 제70조의 15는 제1항에서 “이해관계 있는 당사자는 공정위에 대하여 심판절차가 개시된 후 사건 기록의 열람 혹은 등사 또는 배제조치명령서, 과징금납부명령서, 심판개시결정서 혹은 심결서의 등본 혹은 초본의 교부를 요구할 수 있다. 이 경우에 공정위는 제3자의 이익을 해함이 인정되거나 기타 정당한 이유가 없으면 사건기록의 열람 또는 복사를 거절할 수 없다.”고 하고, 제2항에서 “공정위는 전항의 규정에 의한 복사를 하는 경우에 있어서 복사한 사건기록의 사용목적에 제한하고 그 외 적당하다고 인정되는 조건을 부여할 수 있다”고 규정하였다. 위 제1항의 단서 및 제2항 규정은 독점규제법을 2009년에 개정하면서 추가된 것인데, 이로써 정당한 이유가 있으면 공정위로 하여금 사건 기록에의 접근을 제한할 수 있도록 하는 법령상의 규정을 마련한 것이다.¹²⁶⁾

124) 이황 외, 註 90의 논문, 352면도 同旨.

125) 이황 외, 註 90의 논문, 352면

126) 2009년 법개정의 개요를 설명한 자료 참조(<http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/uploads/090603>)

그런데 위 규정에서 이해관계 있는 당사자가 공정위 심결에서의 피심인을 포함한다는 것은 명백하지만 그 외에 누가 이해관계 있는 당사자로 취급될 것인가는 문제와 관련하여, 대법원이 공정위 절차상의 당사자 뿐 아니라 공정위 절차의 대상이 되었던 행위에 대하여 별개의 그리고 후속 민사소송을 제기하는 모든 당사자를 포함하는 것이라고 입장을 표명한 바가 있다고 한다.¹²⁷⁾

그러나 이에 대하여 강제조사절차를 통하여 공정위에 의하여 수집된 정보를 공개하는 범위는 공정위 절차의 당사자 - 피심인-에 국한되어야 하는 것으로 보아야 한다는 견해가 있다. 그 이유로는 이러한 개시의 범위를 너무 넓게 설정하면 별개 민사소송에서 피심인의 방어권의 침해로 이끌 수도 있다는 점을 든다. 그리고 2009년 개정 내용 중에는 공정위가 개시하지 아니할 정당한 이유가 없는 한 공정위가 보유하고 있는 정보를 법원에 개시하여야 한다는 규정을 포함하고 있는데, 위 “--하지 않는 한”은 공정위가 만일 적절하다고 결정한다면 민감한 정보의 개시를 거절할 수 있다는 규정으로서, 위에서 기술한 상황에 대한 부분적인 구체책이라고 파악하는 것이다.¹²⁸⁾

외국의 이해관계그룹은, 사적 당사자에 의하여 공정위에 제출된 비밀 정보가 엄격하게 비밀이 보장되고 새어나가지 않을지가 현재의 실무에서는 명확하지 않다고 논박한다. 그들은 만일 비밀이 완벽하게 보장되지 않는다면 외국 기업은 공정위가 마련한 리니언시 프로그램을 사용하여 공정위에 증거를 제출하는 것을 주저하게 될 것이라고 한다.¹²⁹⁾

한편, 오히려 위 규정이 불법행위자에 대하여 사소를 제기할 의도를 가진 사적 당사자가 문제된 위반행위에 대한 불확실한 정보 때문에 불이익을 받는 방향으로 작용할 수 있다는 논박도 가능할 것이다.¹³⁰⁾

-2.pdf 에서 검색 가능).

127) 일본 공정위 심결집 50권 39호(2003. 9. 9.) 및 Mitsuo Matsushita, Reforming The Enforcement of The Japanese Antimonopoly Law, Loyola University of Chicago Law Journal vol. 41.(2010), p.533 참조.

128) Mitsuo Matsushita, p.533.

129) 위 개정안에 대한 미국 변호사 협회의 의견으로, H.Stephen Harris, Jr. et al., Joint Submission of the American Bar Association's Sections of Antitrust Law and International Law on the Japan Fair Trade Commission's Draft Rules on Reporting and Submission of Materials Regarding Immunity from or Reduction of surcharges Implementing the Amended Act Concerning Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade, 2005 A.B.A. Sec. Antitrust & Sec. International Law 참조(http://www.abanet.org/intlaw/committees/business_regulation/antitrust/commentsJFTC.pdf)에서 다운로드 가능).

위와 같이 위 규정에 관한 아직 확립된 견해는 없는 것으로 보인다. 절차의 공정성, 객관성 및 투명성의 측면에서 위 규정이 해석되어야 할 것이다.

라. 우리나라의 경우

1) 법령상의 규정 개관

앞서 본 바와 같이 우리나라에서는 이해관계인이 공정위가 보유하고 있는 자료를 요구할 수 있는 제도적 장치로서 독점규제법상 공정위에 대한 자료의 열람, 복사요구(제52조의2) 및 기록송부요구(제56조의2), 민사소송법상 문서송부촉탁제도(제352조)에 대한 규정을 두고 있고, 소송이 제기된 후에는 법원에 대한 소송기록의 열람 등 청구(민사소송법 제162조)가 가능하다.

한편 이와 관련한 비밀보장에 대한 규정도 존재한다.

독점규제법 제22조의2 제2항(2007. 8. 3. 법률 제8631호로 개정된 것)은 리니언시 관련자료의 비밀보호와 관련하여, “공정위 및 그 소속공무원은 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 자진신고자 또는 조사에 협조한 자의 신원·제보내용 등 자진신고나 제보와 관련된 정보 및 자료를 사건 처리와 관계없는 자에게 제공하거나 누설하여서는 아니 된다”고 규정하고 있는데, 같은 조 제3항 및 시행령(2007. 11. 2. 대통령령 20360호로 개정된 것) 제35조 제2항에 의하면 “자진신고자 등이 해당 정보를 제공하는 데 동의한 경우(제1호), 해당 사건과 관련된 소송의 제기, 수행 등에 필요한 경우(제2호)”가 그 제외사유에 해당한다.

그리고 자진신고자나 조사협조자의 신청이 있는 경우에 그 신원이 공개되지 아니하도록 공정위는 해당 사건을 분리하여 심리하거나 의결할 수 있다.(시행령 제35조 제3항) 이를 위하여 공정위는 2005년 이래 감면고시 제19조에서 심사보고서 등 서류의 별도작성, 증거서류 중 리니언시 신청자 등의 신원이 드러날 수 있는 부분의 음영처리 등을 통해 위원회 심의 및 의결과정에서도 리니언시 신청자 등의 신원이 드러나지 않게 조치하도록 하고 있다.

그리고 민사소송법에는 제162조의 소송기록 열람 등과 관련하여 비밀보호에 관한 제163조의 규정을 두고 있다.

그런데 위와 같은 자료제출요구와 리니언시 관련자료에 대한 비밀보장의 요구가 충돌하는 경우에 어느 것을 우위에 두고 어떤 방안을 취하여야 하는가가 문제된다.

130) Mitsuo Matsushita, Reforming The Enforcement of The Japanese Antimonopoly Law. 41 Loyola University of Chicago. Law Journal(2010), p. 534 참조.

2) 국내의 민사소송에 있어 리니언시 관련서류의 비밀보장문제

가) 진술서면 등이 공정위에 소재하는 경우

부당한 공동행위 사건에서 리니언시 신청자가 시정조치 및 과징금 감면을 받기 위하여 자신에게 불리한 자료를 공정위에 제출하고, 위 신청자 외의 카르텔 가담자에 대한 시정조치 등의 처분이 내려진 경우를 상정해 보자. 이 경우에 당사자 또는 이해관계인이 공정위에게 위 처분과 관련된 자료의 열람 또는 복사를 요구하였을 때 공정위가 이를 거부할 수 있는지가 문제된다.

독점규제법 제52조의 2는 ‘당사자 또는 이해관계인’이 위와 같은 자료의 열람 또는 복사를 요구할 수 있고, 이 경우 공정위는 ‘자료를 제출한 자의 동의가 있거나 공익상 필요하다고 인정할 때’에는 이에 응하여야 한다고 규정하고 있다. 이 때 ‘이해관계인’ 및 ‘공익상 필요’라는 요건이 구비되는 한, 자료를 제출한 자의 동의가 없다고 하더라도 열람·복사에 응하여야 한다는 점에서 위 두 요건의 해석이 문제된다.

‘이해관계인’으로는, 대체로 리니언시 신청자 외에 심의절차에서 공격과 방어를 위하여 그 증거자료를 확보하고자 하는 피심인, 공정위의 처분과 관련된 손해배상 소송을 제기하였거나 제기하려는 자 등이 해당한다고 할 것이다.¹³¹⁾ 이는 앞서 본 일본 독점금지법 제70조의 15의 해석과 관련하여 ‘이해관계인’을 공정위 절차상의 당사자 뿐 아니라 공정위 절차의 대상이 되었던 행위에 대하여 별개의 그리고 후속 민사소송을 제기하는 모든 당사자를 포함하는 것으로 해석하는 것과도 일맥상 통하는 것이다.

그리고 ‘공익상 필요’로는 뒤에서 보는 독점규제법 제22조의 2 제2항 및 동법 시행령 제35조 제2항과 관련하여 볼 때 ‘해당 사건과 관련된 소송의 제기, 수행 등에 필요한 경우’ 등이 해당될 것으로 해석된다. 그런데 이 ‘공익상 필요’는 공정위가 위 열람, 복사요구에 응하여야 하는 의무가 발생하는 적극적인 요건에 해당하느냐, 해석론에 따라서는 ‘공익상 필요’ 또는 ‘소송의 제기 또는 수행 등에 필요한 경우’를 좁게 해석함으로써 - 예를 들어 리니언시 신청자의 진술서면에 대한 열람·복사를 허용함으로써 리니언시 제도의 활성화를 저해하는 불이익과 카르텔 피해자의 권리구제의 곤란 등을 비교형량하여 달리 소송자료를 얻을 수 있는 대안이 있는 경우에는 위 공익상 필요 등을 부정하는 것이다 - 열람 및 복사를 불허할 근거 조항으로 작용할 수도 있을 것으로 생각된다.

131) 이항 외, 註 86의 논문, 337 -339면.

다음으로, 공정위처분이 이루어진 후 카르텔의 피해자 등이 손해배상청구소송을 제기하였을 때 법원이 필요하다고 판단하여 독점규제법 제56조의2에 기하여 공정위에 대하여 당해사건의 기록(사건관계인, 참고인 또는 감정인에 대한 심문조서 및 속기록 기타 재판상 증거가 되는 일체의 것을 포함)의 송부를 요구하였을 때 공정위가 위 리니언시 신청자로부터 받은 관련자료의 제출을 법원에 대하여 거부할 수 있는지 여부가 문제된다.

공정위가 감면고시 제19조 제1항에서 “조사공무원은 자진신고자 등의 신원이나 제보내용, 증거자료 등을 당해 사건 처리를 위한 목적으로만 사용하여야 한다.”고 규정한 것에 근거하여 민사사건에서의 법원 또는 당사자는 신고자의 자료를 증거자료로 사용하는 것이 가능하지 않다고 해석하는 주장과¹³²⁾ 위 규정이 조사공무원 등의 비밀 엄수의무와 관련된 범위 내에서만 적용될 뿐 법원의 재판업무를 위하여 법에 근거한 요구에 응하지 않을 근거가 되지 않는다는 견해¹³³⁾가 있다.

생각건대, 위 조문 상 법원 스스로 필요하다고 인정하여 위와 같은 송부요구를 한 이상 공정위가 이를 거절할 근거를 마련하지 않고 있는 점에 비추어 보면, 공정위는 이러한 요구에 대하여 자료제출의무가 있고 이를 이행하였다고 하여 비밀유지의무위반이 되는 것은 아니라고 할 것이다. 후자의 견해에 찬동한다.

다만, 현행 규정에 의하더라도 법원이 필요하다고 인정한 경우에 한하여 공정위에게 송부요구를 하게 되는 것이므로 법원으로서 앞서 본 EU 사법재판소의 Pflaederer 판결의 판시와 같이 i)리니언시 신청과 관련된 서류를 공정위로부터 송부 받아 이를 원고가 소송상 사용함으로써 받게 되는 민사상 보상에 따른 이익과 ii)효율적인 카르텔 단속에 대한 이익 및 이에 따른 리니언시 프로그램의 보호 간의 균형을 고려하여 송부요구 여부를 결정하여야 할 것이다. 이와 관련하여 공정위로서는 법원이 송부요구의 필요성을 판단하는 단계에서 리니언시 관련서류의 비밀보장을 위하여 기록송부가 적절하지 않다는 점에 대한 의견을 적극 개진할 수는 있을 것이다.

132) 황태희, “현행 카르텔 자진신고자 감면제도의 문제점과 개선방안”, 경쟁법연구 제16권, 2007, 84-85면; 홍대식, “공정거래법의 사적 집행에 관한 국내 동향과 쟁점”, 경쟁저널 제145호(2009. 7.), 6면.

133) 서정, “부당한 공동행위의 금지”, 독점규제법 30년(권오승 편저), 법문사, 2011, 309면.

나) 진술서면 등이 법원에 소재하는 경우

일단 진술서면 등이 법원의 기록에 편철되어 민사소송법 제162조에 의하여 이해관계인이 소송기록의 열람과 증명서의 교부를 청구하였을 때 이를 법원이 거부할 수 있는지가 문제된다.

민사소송법 제162조의 내용을 종합하면, '당사자나 이해관계인'이 아닌 경우에는 법원이 소송기록의 열람·복사를 거절할 수 있으므로 이해관계인의 범위를 어떻게 볼 것인가가 문제되는데, 앞서 공정위 자료에 대한 열람·복사요구의 경우와 마찬가지로 공정위의 처분과 관련된 손해배상소송과 같은 민사소송을 제기하는 자는 이해관계인에 해당한다고 해석될 것이고, 그러한 이해관계를 소명하는 한 법원이 열람·복사를 거부할 수는 없을 것으로 보인다.

다만 민사소송법 제163조는 당사자 외의 이해관계인에 대하여는 비밀기재부분의 열람 등을 제한할 수 있는 것으로 규정하고 있는바, 리니언시 관련 부분에 대하여 명문의 규정은 없지만, 위 법조 제1항 제1, 2호를 유추 적용할 여지는 있는 것으로 보인다. 이를 명확히 하기 위한 입법론적인 노력도 필요하다고 할 것이다.

3) 미국에서 제기된 민사소송에 있어 리니언시 관련서류의 비밀보장문제

미국 독점금지법상 위법하다고 인정되는 카르텔에 의하여 직접 피해를 입은 모든 사람은 미국 법원에 소를 제기할 수 있는가? 이는 미국 독점규제법의 역외적용에 관한 문제인데,¹³⁴⁾ 미국법원은 Hoffman-La Roche 사건¹³⁵⁾에서 미국을 포함한

134) 이에 대한 상세는 권오승, 경제법, 법문사, 2008, 141면; 이호영, 독점규제법, 홍문사, 2011, 538-549면; 이선희, 전제논문, 37-38면 등 참조.

135) F. Hoffman-La Roche, Ltd. V. Empagran S.A., 124 S. Ct. 2359(2004). 다양한 국가들에 주소를 둔 외국 회사들이 1988. 1. 1.부터 1999. 2. 사이에 가격공모의 공모자들로부터 미국 외에서의 유통(distribution)을 위하여 외국에서 비타민을 구매하였고 이로 인하여 손해를 입었다는 이유로 손해배상 소송을 제기한 사건이다. 이 소송에 대하여 1심 법원은 사물관할권이 없다는 이유로 각하하였으나, 항소심법원은 Empagran S.A. v. F. Hoffman-La Roche, Ltd. 315 F.3d 338(D.C. Cir.2003)에서 FTAIA를 적용하기 위하여 요구되는 피고들의 공모는 '미국 내 무역에 직접적이고 실질적이며 합리적으로 예상가능한 효과를 가져오는(direct, substantial and reasonably foreseeable effect on trade in the US)' 세계적인 공모임을 외국 회사인 원고가 입증할 수 있어 미국 법원에 관할권이 있다고 판시한바 있다. 그러나 연방대법원은 가격고정이 미국 내와 미국 외 구매자들에게 공히 중대하고도 부정적인 영향을 끼쳤으나 그 부정적인 미국 외에서의 영향이 미국 내 영향과는 무관(independent)하다면 외국인 원고는 미국 법원에 소를 제기할 수 없다고 판시하면서 원고들에 의하여 제기된 대체이론(alternative theory - 미국 내에서 가격고정이 없었다면 더 싼 비타민이 미국 외에서 흘러들어올 수 있어서 가격고정이 지속가능할 수 없었을 것이라는 이론)을 평가하라는 취지에서 사실심 법원으로 사건을 환송하였다. 이에 다시 항소심법원(Empagran S.A. v. F. Hoffman-Laroche Ltd., D.C. Cir., June 28,

세계시장에서의 가격카르텔에 의한 초과가격으로 외국에서 물건을 구매한 외국인 원고가 제기한 손해배상소송의 관할권을 일정한 요건 하에서 인정할 가능성을 판시한 바 있다.

나아가 미국 법원이 증거개시의 대상으로서 리니언시 신청자가 외국 경쟁당국에 제출된 자료를 포함시킬 수 있는가 하는 미국법상 증거개시의 역외적용¹³⁶⁾이 문제될 수 있는바, 우리나라 공정위에 리니언시 신청자의 진술서면 등은 원칙적으로 미국법상 증거개시의 대상이 되고, 우리나라 및 미국 내에 공히 발생한 국제적인 카르텔의 효과가 미국과 우리나라에서 서로 연관된 것이라면 미국 법원에 그 손해배상소송에 대한 관할권이 발생할 수 있어 위와 같은 소송이 가능하다고 할 것이며, 피고가 미국에 소재하고 있다 하더라도 한국에 있는 진술서면을 자회사나 대리인 등을 통하여 소유 내지 점유하고 있거나 한국법이 정한 절차에 의하여 진술서면을 획득할 수 있는 권리를 갖고 있다면 그 진술서면은 피고에 대한 증거개시를 통하여 미국법정에 현출될 수 있다고 할 것이다.¹³⁷⁾

그런데 앞서 본 바와 같이 일단 공정위에서 진술서면이 생성되고 나면 법원의 송부요구 및 이해관계인의 열람·복사를 제한하기 어렵고 이를 통하여 진술서면이 유출될 가능성이 높으므로, 미국 법원에서의 증거개시에 무제한적으로 노출될 위험이 크다. 따라서 일단 공정위에 소재하는 리니언시 관련자료가 유출되는 것을 가능한 한 억제하는 방향으로 독점규제법 제52조의 2에 의한 열람복사권이나 동법 제56조의 2에 의한 법원의 기록송부요구제도를 운용하는 것이 우선적으로 필요하다고 할 것이다.

그리고 혹시라도 미국 법원의 증거개시 명령에 직면하게 된다면, 공정위가 적극적으로 반대의견서를 제출하는 등의 조치를 취함으로써 미국 법에 의한 증거개시로 인하여 우리나라의 리니언시 제도의 활성화를 저해되지 않도록 하는 노력이 필요한 것으로 보인다.

2005)은 1심 법원이 위 대체이론을 배척한 것을 지지하면서, FTAIA는 국내 효과가 외국인의 손해배상청구의 근접원인일 것을 요하는데 'but for' 인과관계론에 불과한 대체이론은 위 요건을 충족하지 못한다고 판시하였다.

136) 이에 대한 상세는 Gary B. Born and Scott Hoing, *Comity and the Lower Courts : Post-Aerospatiale Applications of the Hague Evidence Convention*, International Lawyer Vol 24, No. 2, 1990, pp. 39-395; Gary B. Born and Scott Hoing, *Comity and the Lower Courts : Post-Aerospatiale Applications of the Hague Evidence Convention*, International Lawyer Vol 24, No. 2, 1990, pp. 39-395; 이황 외, 註 86의 논문, 349-352면; 이선희, 전개논문, 38-39면 등 참조.

137) 이황 외, 註 86의 논문, 352면

IV. 결

카르텔에 관한 형사적, 행정적 제재는 자신의 행위의 가벌성 대한 책임으로 한정되지만, 민사상 손해배상에 있어서는 2 이상의 사업자간에 이루어지는 카르텔의 특성으로 인하여 자신이 아닌 다른 참여자의 불법행위로 인한 책임까지 연대하여 부담하게 될 가능성이 있다. 또한 법제도에 따라서는 미국의 클레이튼법에 의한 3배 배상과 같이 징벌적 손해배상이 포함될 수도 있다.

그런데 리니언시 신청을 한 카르텔 사업자들이 제출한 서류를 피해자들이 쉽게 입수하여 민사상 손해배상소송에서 배상받을 수 있게 된다면, 리니언시 신청자로서는 리니언시 신청에 의하여 면하게 되는 행정적, 형사적 책임에 비하여 부담하여야 할 민사상 손해배상액이 다액이 될 수 있다. 이러한 사항들은 리니언시 제도를 위축시킬 가능성이 높다.

이를 시정 또는 보완하기 위하여 본 연구는 리니언시제도에 영향을 끼칠 수 있는 민사상 손해배상제도의 운용과정상 문제점을 개선하는 데에 목적을 두고, 리니언시 신청자의 손해배상책임을 경감하는 것과 리니언시 관련자료에 대한 비밀을 보장하는 등의 방안에 대하여 고찰하였다. 이 때 위와 같은 방안들이 손해배상과 관련된 민법 또는 민사소송법의 근본적인 원칙을 훼손하지 않도록 하여야 하고, 사업자로 하여금 리니언시 제도를 악용하게 하는 수단이 되지 않도록 하여야 하는 점도 고려하였다.

손해배상책임의 경감과 관련하여서는, 3배 배상과 같이 실 손해를 넘는 손해배상에 대한 법률상 규정이 없고 징벌적 손해배상도 인정되지 않으며 연대책임을 부담한 공동불법행위자의 구상권 행사에 제한을 둘 만한 법리도 아직까지 없어 우리나라에서는 미국의 반독점개혁법과 같은 실 손해 배상규정을 두더라도 연대책임을 면제하는 외에는 큰 의미는 없을 것이라고 결론지었다. 아직 손해배상소송이 활성화되지 않은 우리나라 실정에서는 리니언시 신청자가 리니언시에 즈음하여 고려하는 대상에 손해배상의 가능성은 그다지 고려요소가 되지 않는 것으로 보이므로, 리니언시 제도를 활성화 한다는 명목으로 위와 같은 입법을 서두를 필요는 없을 것으로 보인다. 그러나 손해배상소송이 활성화되었다고 판단되는 시점에 이르러서는 리니언시 제도를 촉진할 필요성 등에 비추어 적어도 위 리니언시 신청자에 대하여는 미국의 경우와 같이 일정한 요건을 충족하는 경우에 연대책임을 면제하는

등의 입법을 고려할 수 있을 것으로 생각된다.

비밀보장과 관련하여서는, 우리 독점규제법 및 민사소송법에는 카르텔로 인하여 피해를 입었다고 주장하는 자가 리니언시 관련서류를 이해관계인으로서 열람 또는 복사할 수 있도록 하는 규정이 산재하고, 또한 위 규정들과 리니언시 신청과 관련된 내용의 비밀보장에 대한 규정과의 관계가 명확하지 않은 점이 문제라고 생각된다. 국내에서 손해배상소송이 제기되는 경우나 미국에서 손해배상소송이 제기되는 경우를 상정할 때, 리니언시 제도의 활성화를 위하여 필요한 자진신고나 제보 등과 관련된 내용의 비밀이 철저히 보장된다고 말하기 어렵다. 그러나 현행법의 해석론으로서는 물론, 입법론으로도 리니언시 신청자가 공정위에 제출한 서류에 대하여 이해관계인이 열람, 복사를 요구하거나 법원이 송부요구를 할 때 리니언시 관련 자료라는 이유만으로 이를 거부할 당위성은 없다고 할 것이다. 리니언시 제도의 활성화와 더불어 카르텔로 인하여 피해를 입었다고 주장하는 자의 피해구제 사이에 이익의 형량이 필요하기 때문이다. 그렇다면 사례별로 리니언시 관련 자료가 공개됨으로 인하여 리니언시 제도의 활성화에 미치는 불이익과 비공개로 인하여 카르텔의 피해자가 입게 되는 증거입수의 곤란함으로 인한 불이익을 비교형량하여야 할 것인바, 공정위에 소재하고 있는 기록에 대한 이해관계인의 열람·복사권을 규정한 독점규제법 제52조의 2에서 공정위가 열람, 복사요구에 응해야 하는 의무가 발생하는 ‘공익상 필요’를 엄격하게 해석하고, 법원에 대한 기록의 송부요구에 관한 독점규제법 제56조의 2의 운용상 법원이 송부요구의 필요성을 판단함에 있어서 위 비교형량에서의 균형을 추구하여야 할 것이다. 그리고 일단 위 자료가 소송기록에 편철된 후에도 민사소송법 제163조의 비밀보호규정의 유추적용을 통하여 리니언시 자료가 비밀기재부분으로서 보호되도록 하는 등으로 리니언시 관련 자료가 유출되는 것을 가능한 한 억제하는 것이 우선적으로 필요하다고 할 것이다. 이것이 또한 국제예양의 요구와 더불어 미국의 증거개시제도에 대비하는 방안이 될 것으로 생각된다.

(논문접수일 : 2013.01.11, 심사개시일 : 2013.02.15, 게재확정일 : 2013.03.20)



▶ 이선희

카르텔(cartel), 리니언시(leniency), 손해배상청구(damage claim),
3배 배상(treble damages), 연대책임(joint and several liability),
비밀보장(confidentiality)

Abstract

Study on Interaction between Leniency Program and Damage Claim

Sun Hee Lee

The leniency program is a device for detection and deterrence of cartel. However, private claims for damages suffered from cartel have an impact on the effectiveness of the leniency program.

There is often the concern that the incentive of the leniency program would not be sufficient enough to induce voluntary reports of cartel if the leniency applicant is confronted with extensive private follow-on claims for compensation. In that regard, this paper focuses on two important aspects: First, it takes into account whether the cooperation of a leniency applicant is able to reduce the potential level of damages the applicant has to pay as the defendant of private follow-on claims. Second, it considers the point that leniency applicants should not be disadvantaged by extensive pre-trial discovery, which may be used directly as source of evidence against the leniency applicant in the private follow-on claims under the current the U.S. legal system.

By comparing leniency programs and relevant damages claims of the U.S., EU, and Japan as well as reviewing statistical studies and surveys, this paper not only addresses the aspects mentioned above but also considers the rights of compensation of the aggrieved parties that suffer damages by cartel.

Ultimately, this paper concludes that we should not hastily arrange special provisions aimed to reduce the level of damages. This claim rests

on the fact that unlike the legal system of the United States, our legal system does not approve treble or punitive damages; thus, measures such as the special provision in the Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act of the U.S. that are intended to reduce the severity of treble or punitive damages may excessively protect the cartel from the victims of cartel under our legal system.

As to the confidentiality of the leniency applications, this paper suggests that we must prudently construe our relevant provisions in antitrust and civil procedure laws by weighing and balancing the interests of the aggrieved parties against the necessity of effective cartel prosecution. A thorough analysis of the U.S. leniency system will also be essential to the effectiveness of our leniency program.

브뤼셀 제1규정상 출판물에 의한 명예훼손의 불법행위지관할**

- Shevill 판례의 검토 -

장 준 혁***

I. 도입	III. Shevill 판례에 대한 평가
II. Shevill v Presse Alliance	1. Shevill 판례에 대한 기본적 평가
1. 사실관계	2. Shevill 판례의 결과발생지관할규칙에 대한 수정제안들
2. 논점의 구체화	3. 소결
3. 판지	4. 부연: 관련재판적과의 관계
	IV. 결어

I. 도입

불법행위지가 둘 이상의 법역에 소재하는 격지적 불법행위(격지불법행위, 원격불법행위)(distant tort; Distanzdelikt)는 흔히 문제되고 있다. 그런데 오늘날은 한걸음 더 나아가 결과발생지가 여러 법역에 존재하는 경우도 드물지 않다. 특히 언론매체(미디어) 즉 대중매체(매스 미디어)나 기타 출판물, 인터넷 등에 의한 명예훼손이나 부정경쟁행위에서 자주 발생한다.¹⁾ 이러한 사안유형은 격지적 불법행위 중에서도 특히 散布的 不法行爲(Streudelikt)²⁾라고 부른다. 산포적 불법행위를 어떻게 다

* 이 논문은 성균관대학교의 2008학년도 성균학술연구비에 의하여 연구되었음.

** 논문의 작성과정에서 많은 도움과 조언을 주신 서울대학교 명예교수 李好珽 교수님, 킬(Kiel) 대학교 하이모 샤크(Haimo Schack) 교수님, 막스 플랑크 외국사법·국제사법연구소(Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht) 위르겐 바세도우(Jürgen Basedow) 소장님, 크리스티안 하인체(Christian Heinze) 박사님께 깊은 감사를 드립니다.

*** 성균관대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사.

1) 李好珽, 國際私法(1981), 304면 참조(준거법의 결정에 있어 그 각각의 결과발생지를 어떻게 다룰 것인가를 논하고 있음).

2) 영어로는 “scatterd tort”나 “diffusive tort”라고 부르기도 하나, 영미법계에서 흔히 쓰이는 용어는 아닌 것으로 보인다. 한국어의 다른 표현으로는 “확산적 불법행위”라는 용어가 자주 쓰인다. 그 외에 “확산형불법행위”나 “산재불법행위”라고도 한다. 石光現, “계약외채무의 준거법에 관한 유럽연합 규정(로마II)”, 서울대학교 法學 제52권 제3호(2011. 9.), 259면. 또, “散發불법행위”라고도 한

를지는 증거법결정에 있어서도 문제되지만 국제재판관할법에 있어 특히 중요한 문제로 된다.

불법행위에 대해서는 불법행위가 벌어진 장소(불법행위지)인 국가에 국제재판관할이 인정되는 것이 일반적이다. 유럽연합의 통일 국제민사소송법의 가장 핵심적 부분이라 할 수 있는 브뤼셀 제1규정³⁾ 및 그 전신인 브뤼셀조약⁴⁾의 제5조 제3호

다. 김용진, “방송을 통한 불법행위의 저촉법적 문제”, 서강법학 제11권 제1호(2009. 6.), 328면. 그러나 ‘확산’적 불법행위라고 하면 손해가 시일을 지나면서 점차 확산되는 느낌을 주므로 용어로서 부적합한 면이 있다. 산재불법행위(산재적 불법행위)라는 용어는 손해발생지별로 복수의 불법행위들이 있는 것으로 파악하는 사고방식 쪽으로 유도하게 되는 난점이 있다. 이는 지적재산권 침해사안을 다루는 데에는 장점이 될 수도 있으나 그 외의 범익들의 경우에는 용어상 어색한 점이 있는 것 같다. 한편, 多國의 不法行爲라고 하여 산포적 불법행위를 지칭하려고 하는 예도 보인다. 李好珽, 전게서(주 1), 304면(“이른바 ‘多國的인 不法行爲(‘multistate’ delicts)’); *Kropholler/von Hein*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9. Aufl. 2011, Art. 5 EuGVO Rn. 81. (“Multi-State-Delikt”). 이 용어는 불법행위지의 복수성이 고도화되었다는 뜻만을 쉽게 전달하는 장점이 있고, 여러가지 범익의 침해를 두루 지칭하는 데 무난하다고 생각된다. 생각컨대, 부정 경쟁행위와 지적재산권침해 사안까지 포괄하는 데에는 다국적(다법역적) 불법행위라는 용어가 무난할 듯하다. 다만 명예훼손 사안을 가리키는 데에는 산포적 불법행위라는 용어가 더 구체적으로 와닿는 장점이 있는 것 같다.

3) 민·상사에 있어서의 재판관할과 판결의 승인 및 집행에 관한 2000년 12월 22일 이사회 규정(EC) 제44/2001호{Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters}. 동 규정은 2002년 3월 1일에 발효하였다.

4) “민·상사에서의 재판관할과 판결집행에 관한 브뤼셀조약(Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters)”. 1968년에 성립하였고 그 후 신규 회원국들이 가입하기 위하여 가입조약들이 체결되었으며, 그 가입조약들은 모두 조약의 내용에 관한 약간의 개정내용을 담고 있다. 브뤼셀조약에 관한 종합적 소개로는 石光現, “民事 및 商事事件의 裁判管轄과 裁判의 執行에 관한 유럽공동체協約(일명 ‘브뤼셀협약’)”, *國際私法과 國際訴訟*(2001), 321-395면(그 370-395면에는 브뤼셀조약의 국문번역이 수록되어 있다).

근래 한국의 문헌을 보면 법통일조약의 명칭을 번역함에 있어 구미어의 원문상의 명칭을 그대로 살려 “협약”이라는 명칭과 “협정”이라는 명칭을 구별하여 번역하려고 하는 경향이 보인다. 즉, 원문에서 “Übereinkommen”(독일어) 내지 “Convention”(영어, 불어)라고 하고 있으면 “協約”이라고 번역하고(예컨대 “브뤼셀협약”, “루가노협약” 등으로 지칭), 원문에서 Abkommen(독일어) 내지 Agreement(영어)라고 하고 있으면 “協定”으로 번역하는 예가 많다. 그러나 필자는 위 단어들을 모두 “條約”이라고 번역하려고 한다. 그것은 국내 문헌의 전통적인 통례에 따르는 것이기도 하다. 李好珽, 전게서(주 1) 참조. 그 뿐만 아니라 그렇게 번역하는 것이 실질적으로도 종종 유익하다고 생각된다. 의정서(Protocol)과 같이 부속적인 조약일 경우에는 단순히 ‘OO조약’이라고만 할 것이 아니라 ‘OO의정서’라고 할 필요가 있겠지만, 그 자체로서 완결적(독립적)인 내용을 가지는 조약을 가리킬 때에는, 적어도 법학문헌에서는 ‘조약’이라고만 하면 충분하다고 생각되기 때문이다. 독일에서는 위 용어구별은 독일 외무부가 조약실무상의 편의상 다자조약과 양자조약의 명칭을 다르게 부른 데 기인하였다고 한다. 그러나 독일 문헌 스스로도 그 용어구별에 일관성이 없음을 지적하고 있다(예컨대 다자조약 가운데에도 “Abkommen”이라고 부르는 것이 있음). 게다가, “Übereinkommen”이나 “Convention”을 “協約”으로, “Abkommen”이나 “Agreement”을 “協定”으로 번역한다 하여 구미어상의 의미 내지 어감을 살릴 수 있는지도 의문이다. 같은 한자문화권인 일본

도 그렇게 규정하고 있으며, 대한민국 국제재판관할법상으로도 마찬가지로 해석되고 있다(국제사법 제2조 제2항에 의한 민사소송법 제18조의 유추).⁵⁾ 그러나 브뤼셀 제1규정이나 한국 민사소송법 제18조는 불법행위를 구체적으로 개념정의하는 규정은 두고 있지 않다. 행동지(가해행위지)와 결과발생지가 모두 포함된다는 것이 유럽대법원의 판례의 일반론이지만,⁶⁾ 그것을 언론매체에 의한 명예훼손⁷⁾ 내지 출판물에 의한 명예훼손⁸⁾ 사건에도 그대로 적용시킬지 아니면 다소간 차별화시킬지가 문제이다. 산포적 불법행위도 불법행위이므로 불법행위지관할규칙이 적용되어야 하겠지만, 산포적 불법행위의 특수성이 불법행위지관할규칙의 해석, 적용에 있어 어떻게 고려되어야 할 것인지가 문제된다. 특히 결과발생지의 확정기준과 그것이 복수인 경우 그것들을 어떻게 취급할지가 핵심적인 문제이다. 이는 논리적으로

과 중국의 문헌을 보더라도, 조약의 구미어 명칭이 “Übereinkommen” 내지 “Convention”이나 “Abkommen” 내지 “Agreement”이나를 묻지 않고) “條約”(일본어)과 “公約”(중국어)이라는 표현을 일관되게 사용하고 있음을 볼 수 있다.

- 5) 한국의 판례도 국제재판관할규칙으로서 불법행위지관할규칙을 인정하는 데 주저하지 않고 있다. 대법원 1983. 3. 22. 선고 82다카1353 판결(운송물훼손); 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결(나우정밀)(제조물책임); 서울지법 1996. 1. 12. 선고 94가합66533 판결(타이항공 비행기 추락)(상고심에서도 결론 유지); 서울지법 2002. 5. 23. 98가합84147(고엽제 1심판결); 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결; 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결(hpweb.com 판결); 서울고법 2006. 1. 26. 선고 2002나32662 판결(고엽제 2심판결)(상고심 계속중); 대법원 2010. 7. 15. 선고 2010다18355 판결(항공기 추락); 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결(일본통치기 강제징용); 서울고법 2012. 3. 23. 선고 2011나40948 판결 등. 국제재판관할규칙으로서의 불법행위지관할규칙의 입지는 2001년에 국제사법 제2조가 신설된 것을 전후하여 큰 변화가 없다. 2001년부터는 한편으로는 개개 사건별로 불법행위지관할규칙이 좀 더 진지하게 검증대에 올려지는 듯 보여지는 것도 사실이다. 그러나 판례가 누적됨에 따라 불법행위지관할규칙의 국제관할법 내에서의 입지가 더 공고하여지고 있다고 생각되기도 한다. 오히려 관할배분설의 사고방식에 따라 불법행위지국에 국제재판관할을 인정하는 사고방식에 대한 부분적인 도전은 대법원 1995. 11. 21. 선고 93다39607 판결에서 한차례 등장하였던 일이 있었다. 이 사건에서 대법원은 제조물책임의 결과발생지관할을 적절히 제한하려고 시도하는 과정에서, 관할배분적 사고방식을 철저히 관철하지 못하고 미국식 영토주의 위주의 사고방식과 타협시키려는 시도를 하였다. 그러나 이 판결도 불법행위지관할규칙을 전제로 한 것이었다는 점에서는 다르지 않았다. 판례의 현황에 대해서는 장준혁, “한국 국제재판관할법상의 특별관할: 재산관계사건 판례의 현황”, 국제사법연구 제18호(2012) 참조.
- 6) 유럽대법원의 판례로서는 Case 21/76 Bier v Mines de Potasse d'Alsace [1976] ECR 1735에서 처음으로 실시되었으며 후속 판례에 의하여 재확인되었음. 상세는 張竣赫, “브뤼셀 제1규정상 불법행위지관할에 있어서의 행동지와 결과발생지”, 성균관법학 제24권 제4호(2012. 12.), 459-498면 참조.
- 7) 독일에서는 언론불법행위(Mediendelikte)라고 약칭되는 일이 많다.
- 8) 독일에서는 출판불법행위(출판에 의한 불법행위)(Pressedelikte)라고 약칭하는 경우가 많다. 문맥에 따라서는 언론불법행위 중에서도 출판매체에 의하여 저질러진 경우만을 지칭하는 것일 수도 있겠지만, 보통은 이와 함께 도서출판까지 포함하여 지칭하는 듯하다.

는 우선 불법행위지의 개념을 어떻게 이해하는지의 문제에서 출발하게 되지만, 불법행위지관할을 인정하는 실질적 근거가 무엇인지, 그리고 도대체 특별관할의 인정근거가 무엇인지의 문제로 돌아가 생각하여 보아야 할 필요가 있다. 산포적 불법행위에서는 손해발생지가 동시에 여러 곳에 존재하게 된다. 그곳 모두에 불법행위지관할을 인정한다면, 특별관할의 고유의 장점인 증거근접성이 미약하여지고, 또 가해자의 예견가능성 등에서의 불이익이 커지는 문제점이 있다. 따라서 결과발생지관할을 어떻게 적절히 제한할지의 문제가 제기된다.

한국에서는 종이출판물에 의한 명예훼손이 산포적 불법행위의 형태로 행하여진 경우에 대한 국제재판관할에 관하여 본격적인 논의가 많지 않고 이를 다른 판결례도 아직 보이지 않는다. 인터넷에 의한 명예훼손에 관해서는 판례가 있지만(대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결) 그 취지와 논리는 불분명하다. 이러한 논의의 공백은 이론에 바탕을 둔 체계적인 연구에 의해 보충될 필요가 있고, 그 바탕 위에서 이 문제에 관한 한국 국제재판관할법의 해석과 입법방안의 논의될 필요가 있다. 불법행위지관할규칙을 인정하는 해외 입법례 하에서 이 문제가 어떻게 다루어지고 있는지에 대한 비교연구는 한국법에 대해서도 시사하는 바가 있을 것이다. 이에 대해서는 다양한 해결방법들이 외국의 판례와 학설상 제시되고 있지만, 시행 중인 입법례로서 가장 주목을 받고 있는 것 중의 하나인 브뤼셀 제1규정과 그 전신인 브뤼셀조약의 해석론에 특히 주목할 필요가 있다. 그래서 이 논문에서는 브뤼셀 제1규정 및 그 전신인 브뤼셀조약 하에서 어떤 해석론이 강구되고 있는지를 우선 유럽대법원⁹⁾의 판례를 중심으로 살펴보고자 한다.¹⁰⁾ 유럽대법원 판례는 유럽

9) 영어로는 European Court of Justice (약칭 ECJ), 독일어로는 Europäisches Gerichtshof (약칭 EuGH)으로 불리운다. 국내 문헌에서는 유럽사법법원이나 유럽사법재판소이라고 번역하는 예가 많고, 유럽법원으로 번역하기도 한다. 이 용어들은 영어나 프랑스어 표현의 직역으로서 만들어진 것으로 생각된다. 용어의 간결성 면에서는 유럽‘사법’법원이나 유럽‘사법’재판소라는 번역어보다는 유럽법원이라는 번역어가 나아 보인다. 그러나 유럽법원이라고 번역하게 되면, 마치 유럽1심법원, 유럽인권법원(European Court of Human Rights) 등의 유럽연합 사법기관들을 총칭하는 용어처럼 느껴질 우려가 있다. 아마도 많은 국내문헌들이 ‘司法’이라는 용어를 중복하여 넣어 ‘사법재판소’, ‘사법법원’이라고 하는 것은, 한편으로는 이러한 오해를 피하고, 다른 한편으로는 최고법원이라는 뉘앙스를 담으려고 하는 것 같다. 그러나 이것은 불필요한 언어의 중복이 되고 글자수도 길어진다는 단점이 있다. 그래서, 기존의 번역어들과 같이 직역만 시도하기보다는, 약간의 의역을 하면서 간결성을 피할 수 있는 ‘유럽대법원’이라는 번역어가 타당하지 않을까 생각한다. 이렇게 생각하는 근거는 다음과 같다. 우선 영어, 불어, 독일어 명칭만을 보면, 고급법원을 가리킬 때 쓰이는 용어가 보인다(영어의 “Court”; 프랑스어의 “Cour”; 프랑스어의 “tribunal”과 대비됨). 나아가, 최고법원을 지칭하기에 걸맞은 거창한 용어가 쓰이고 있다. 영어의 Court of Justice이라는 표현이 그러하고, 독일어의 Gerichtshof라는 용어가 또한 그러하다(독일어로 “Hof”라는 표현을 넣어 “Gerichtshof”라고 하는 것은 바로 ‘대법원’이라는 뜻이다). 이처럼 각 언어권별로 의도적으로 대법

연합 회원국에게는 구속력이 있는 것이므로 유럽 학자에게는 그 타당성 여부를 이제 와서 새삼스럽게 논의하는 것이 어색할 수도 있을 것이다. 그러나 한국법의 해석과 입법을 어떻게 할 것이라는 관점에서는 다르다. 오히려 유럽대법원 관례가 과연 얼마나 보편적 타당성을 띠는 것인지, 한국법의 해석과 입법을 위해 얼마나 참고될 만한 것인지를 적극적으로 논의하여야 한다.

물론 산포적 불법행위의 유형은 다양하다. 그리고 그것들이 어떻게 차별적으로 취급되어야 하는지의 문제가 있다. 첫째, 명예훼손의 매체는 종이출판물에 국한되지 않는다. 방송이나 인터넷에 의한 명예훼손도 있다. 또, 도서와 같이 종이출판물에는 해당하지만 언론매체는 아닌 것도 여러 법역에서 꽤나 동시다발적으로 손해를 발생시킬 여지가 있다. 둘째, 산포적 불법행위에 의하여 침해되는 법익은 인격권의 일부로서의 명예권 외에도 다양하다. 그 중에는 오로지 또는 주로 속지적으로만 보호되는 법익도 있다. 그것들도 다시 종류를 나눌 수 있는데, 경쟁법적 이익처럼 역외적 보호가 상당히 보편화된 것도 있지만, 산업재산권처럼 엄격한 속지주의가 여전히 상당히 중시되는 것도 있다. 후자의 경우에는 하나의 실질적 이익을 보호하기 위하여 여러 개의 산업재산권이 병렬적으로 존재하게 되는데, 그것들이 동시다발적으로 침해될 때 그 각각의 산업재산권의 침해사건을 따로 다루는 것이 적절하나 라는 쪽으로 문제제기의 초점이 옮겨가게 되기도 한다.¹¹⁾ 요컨대 산포적

원, 최고법원이라는 의미로 관용되는 용어들을 골라 쓴 것으로 보인다. 이는 바로 유럽연합의 사법작용을 담당하는 최상의 기관이라는 의미를 전달하기 위한 취지로 보인다. 따라서 한국어로도 유럽대법원이라고 번역하는 것이 의미전달도 쉽고 무난하다고 생각된다.

10) 이 작업은 브뤼셀조약과 브뤼셀 제1규정의 병행조약인 루가노조약상의 불법행위지관할의 해석론을 확인하는 작업도 겸하게 될 것이다. 루가노조약의 정식명칭은 ‘민·상사에 있어서의 재판관할과 판결집행에 관한 루가노조약(Lugano Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters)이다. ‘루가노조약’이라고 불리우는 조약은 사실은 2개이다. 첫번째 것은 1988년에 만들어졌고, 2007년에 이를 전면개정한 것이 두번째의 것이다. 1988년 루가노조약은 브뤼셀조약의 병행조약으로 마련되었고, 브뤼셀조약이 브뤼셀 제1규정에 의하여 대체된 후에는 브뤼셀 제1규정의 병행조약이었다. 현재는 2007년의 개정 루가노조약이 발효하여 있다. 2007년 개정 루가노조약과 그 부속의정서의 국문번역은 국제사법연구 제14호(2008), 297-327면에 수록되어 있다.

11) 외형적으로만 보면 산포적 명예훼손 사안과 산포적 지적재산권침해 사안이 비슷하여 보이기도 한다. 그러나 논의의 초점이 다르다. 결과적으로는 비슷하더라도 범리구성은 크게 다르다. 전자에서는 ‘한개’의 산포적 명예훼손 사건이 피고주소지나 행동지에서 통일적으로 재판받거나 여러 결과발생지에서 쪼개어 재판받게 할 것이냐, 그것이 타당하냐가 문제이다. 후자에서는 (실질상 동일한) 지적재산권들이 각기 침해된 불법행위사건들을 어떻게 관련재판적에 기하여 묶어서 한 국가에서(특히 피해자에게 유리한 한개의 국가에서) 재판받도록 할 것이냐가 문제이다. 전자에서는 결과발생지관할의 사항적 타당범위의 제한 여부가 문제되지만, 후자에서는 관련재판적의 적절한 운용이 문제된다.

불법행위는 침해의 양태(특히 침해의 수단이 된 매체) 별로, 그리고 법익의 종류별로 달리 처리되어야 할 수도 있고 논의의 초점이 달라질 수도 있다. 그래서 그 각각을 각론적으로 세분화시켜 논의할 필요가 있다. 이것들 하나하나는 앞으로의 연구과제로 삼고자 한다. 이러한 작업들이 진척되어 나가면서, 언젠가 산포적 불법행위 전반을 꿰는 어떤 일반법리 내지 공통적 사고방식을 귀납적으로 발견하고자 시도하여 볼 여지도 있을 것이다.

이 논문에서는 인격권침해¹²⁾ 사안의 가장 흔한 예인 명예훼손 사안에 초점을 맞추고자 한다. 그리고 그 중에서도 종이출판물(특히 종이출판물 형태의 언론매체)에

논자에 따라서는 양자를 “모자이크 방식” 내지 “모자이크 이론(mosaic theory)”이라고 통칭하고 함께 논하기도 한다. 그리고 인격권침해 사건에서의 모자이크 이론의 적용은 이미 유럽대법원 판례에 의하여 확립되었으므로 한국 국제재판관할법의 해석에 있어서도 이를 따르면 되고, 이제는 논의의 초점을 지적재산권 침해사건으로 옮겨 지적재산권 침해사건에서 모자이크 이론의 적절한 적용을 확립시킴으로써 이론적 일관성을 기하고자 하기도 한다. 이런 경향은 유럽에서는 일부 문헌에서 보여지고 한국 문헌에서도 보여진다. 실제로 한국의 학설은 보편적으로 보호되는 법익의 산포적 침해보다는 지적재산권의 동시다발적 침해에 더 관심을 집중시키는 경향이 있으며, 따라서 두 사안유형에서의 상이한 문제를 통틀어(묶어) “모자이크방식”이라고 칭하고 논의하는 경향이 있다. 대표적인 예로 石光現, “한국에 있어서 知的財産權紛爭의 國際裁判管轄”, 國際私法과 國際訴訟 제4권(2007), 616-617면.

그러나 이 논문에서는 이런 접근방법은 피하고자 한다. 그것은 두 문제상황이 외형적으로는 비슷하더라도 법적으로는 크게 다른 것이기 때문이다. 외형상 유사성을 이유로 양자를 묶어서 논하겠다고 하더라도 다시 법리적 검토에 있어서는 양자를 구별하여 다루어야 할 것이다. 결국 양자를 “모자이크 방식”이라고 통칭하고 함께 논함으로써 달라지는 점이 있다면, 그렇게 통칭함으로써 양자가 비슷한 문제인 것처럼 느껴지게 하고 양자를 모두 긍정적으로 바라보도록 하는 효과가 나타날 수 있다는 점 뿐이 아닌가 생각된다. 그리고 이런 효과는 문제스러운 것일 수 있다. ‘모자이크방식’이라고 하면, 이미 해결방법은 나와 있고 그것에 의하여 전체적인 조율이 가능하다고 보는 낙관적 관점을 시사하는 듯한 어감이 있기 때문이다. 이 점은 문제라고 생각된다. 따라서 우선은 전통적인 용어인 ‘분열’이나 ‘파편화’라고 부르는 것이 낫다고 생각된다. 그것이 부정적 뉘앙스가 다소 풍기기는 것이어서 완전히 가치중립적인 용어는 아니지만, 그 용어에 의하여 문제상황을 묘사하고 해결책을 궁리하는 것이 낫다고 생각된다. 즉, 인격권침해 사안유형에서는 ‘결과발생지관할의 사항적 타당범위 제한에 의한 결과발생지의 분열(파편화)가 바람직 한지 아닌지’를 논하는 것이라고 말할 수 있다. 그리고 지적재산권들의 동시다발적(산포적) 침해의 사안유형에서는 ‘개개의 속지적 지적재산권 별로 지적재산권침해의 불법행위관할이 인정되는 채로 내버려 둔다면 실질적으로는 관할의 분열(파편화)에 해당한다고 볼 수 있는데 이를 (관련 재판적에 의하여) 어떻게 보완할 것인가’를 논하는 것이라고 말할 수 있다. 우리의 문제의식을 이와 같이 비교적 객관적으로 표현하면서, 여러가지 해결가능성을 열어 놓고 검토하는 것이 좋을 것이다.

- 12) 불법행위의 하위유형을 어떻게 나누느냐는 각국의 실체사법별로 태도가 서로 다르다. 인격권침해라 하여 통칭하기도 하고(대체로 대륙법계가 그러함), 프라이버시침해, 서면적 명예훼손(libel), 비서면적 명예훼손(slander), 평판침해, 초상권침해, 성명권침해, 퍼블리시터권침해 등으로 세분화하기도 한다(영미법권). 그 외에도 다양한 편차가 있다. 이 논문에서는 편의상 ‘인격권침해’ 또는 ‘인격침해’라고 하여 통괄적으로 지칭하기로 한다.

의한 명예훼손으로 논의의 범위를 좁혀 검토하고자 한다. 다음의 이유에서이다. 첫째, 개인의 명예는 보편적으로 인정되는 법익이어서 법익으로서의 특수성이 적다. 보편적으로 보호되는 법익이 산포적으로 침해되는 사안유형으로는 대표적으로 산포적 인격권침해와 산포적 부정경쟁행위가 있다. 그 중에서도 전자가 더욱 그러하다. 그것을 먼저 다루고 복잡한 사안유형을 나중에 다루는 것이 좋을 것이다. 둘째, 종이출판물 형태의 언론매체가 인터넷에 비하여 더 오래된 매체이므로, 이것부터 살펴보는 것이 순서에 맞을 것이다. 실제로 유럽대법원에서 산포적 불법행위에서의 불법행위지관할이 가장 먼저 문제된 사건도 신문에 의한 명예훼손 사안이었으므로, 유럽대법원 관례의 발달과정을 추적하여 보기에 적당할 것이다.

한편, 불법행위 사건에서 결과발생지법의 지정과 결과발생지 국제재판관할을 동일한 기준에 따르게 하는 것이 바람직한 것이 아닌지 문제제기되기도 한다. 그러나 그 두 논점은 준거법지정과 국제재판관할이라는 상이한 문제에 속하고, 따라서 고려되어야 할 이익도, 이익형량의 틀도 다르다는 점을 고려하지 않을 수 없다. 실로 오늘날의 국제사법 입법례에서 준거법과 관할의 판단기준이 상이한 방향으로 발달되는 일이 적지 않다. ‘준거법과 관할의 병행(일치)’는 종종 바람직한 것이기도 하지만 절대적인 요청은 아니다. 그것을 피한다고 하더라도 어떤 식으로 일치를 피할지 문제된다. 즉, 준거법지정규칙에 국제재판관할규칙을 일치시킬지,¹³⁾ 국제재판관할규칙에 준거법지정규칙을 맞추는지¹⁴⁾의 문제가 있다. 그 뿐만 아니라, 그 중 어느 한 방법을 우선시하거나 두 방법을 병용한다 하더라도, 출발점이 되는 규칙의 타당성 여부를 충분히 검토하지 않고 그것이 大勢라고 하면서 무비판적으로 받아들이는 데에서 출발하여서는 곤란할 것이다. 예컨대 어떤 현행 국제불법행위관할규칙(가령 이 논문의 검토대상인 Shevill 관례)이 해당 법질서의 실정법이라든가 국제적으로 주목받고 있다는 이유만으로 타당성에 대한 검증 없이 그것이 곧바로

13) 이러한 방향으로 접근하는 경우에도 곧바로 한개의 답에 이르는 것은 아니다. 준거법 지정을 위한 연결규칙과 동일한 내용으로 그리고 그런 내용으로만 특별관할규칙을 인정하는 것으로 하는 방법도 있고, 특별관할규칙의 하나로서 準據法所屬國管轄(Statutszuständigkeit; forum legis)(Kegel/Schurig, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 22 II, S. 1050 참조)을 인정하는 데 그치는 방법도 있다. 게다가 특별관할을 그렇게 규율한다 하더라도, 그 외에 일반관할도 있으며 긴급관할(Notzuständigkeit)과 같은 예외적 관할도 인정될 여지가 있기 때문에, 준거법에 국제재판관할이 완전히 일치되기는 어렵다.

14) 특별관할규칙이 적용되는 경우에는 이렇게 한다 하더라도, 일반관할규칙이 적용되는 경우에까지 이렇게 하기는 곤란한 점이 있다. 그렇게 하면 법정지법주의가 되어버리기 때문이다. 법정지법주의는 최밀접관련원칙에 어긋나므로 기본원칙이 될 수 없다. 또 법정지소평(forum shopping)을 조장하는 폐해가 있다.

논의의 출발점이자 준거점으로 되어야 한다고 전제하는 것은 바람직하지 않다. 오히려 준거법결정과 특별관할의 기준을 상이하게 만드는 새로운 해석론이 그 중 한 분야에서 등장하는 경우에는, 그러한 새로운 발달이 타당한지를 세밀히 검토하는 작업이 우선적으로 행해져야 할 것이다. 바로 이러한 이유에서, 이 논문에서는 산포적 명예훼손을 소재로 하되 Shevill 판례에서 제시된 불법행위지관할규칙의 해석론으로 초점을 좁히고자 한다.

산포적 불법행위로서 유럽대법원에서 가장 먼저 문제된 것은 종이출판물(아래에서 ‘출판물’이라 함은 종이출판물을 가리킨다)에 의한 명예훼손 사건이었다. 1995년에 Shevill v Presse Alliance 사건 판결¹⁵⁾에서 유럽대법원은 가해행위지-이곳이 피고의 보통재판적(브뤼셀 제1규정 및 브뤼셀조약 제2조 제1항) 소재지이기도 한 경우가 보통이다¹⁶⁾-의 법원들은 손해 전부에 관하여 국제재판관할을 가지지만, 손해발생지의 법원들은 그 법역 내에서 발생한 손해에 관해서만 관할을 가진다고 판단하였다. II에서는 이 판결의 판지를 분석하고, III에서는 학설, 입법, 판례에서의 반응을 조감하여 본다.

II. Shevill v Presse Alliance¹⁷⁾

1. 사실관계¹⁸⁾

피해자 Fiona Shevill씨는 영국에 주소를 보유하면서, 프랑스 파리에 있는 환전소에서 일하였다. 그런데 Presse Alliance SA의 프랑스 파리 소재 사무소에서 편집되어 발행되는 일간신문인 France Soir는 그 환전소가 마약거래를 위한 돈세탁에 이용되고 있다는 기사를 실었다. 그 기사에서는 피해자의 이름을 언급하면서, 환전업에 종사하는 프랑스, 벨기에, 영국에 있는 3개의 관련회사와 그 프랑스회사에 고용된 Shevill씨가 그러한 마약거래와 돈세탁 행위의 주체라고 하였다. Shevill씨 등의 피해자들은 서면상 명예훼손(libel)¹⁹⁾을 이유로 위 신문의 발행자로서 프랑스에 등

15) 브뤼셀조약 제5조 제3호를 해석한 판례임.

16) Case C-68/93 *Shevill v Presse Alliance* [1995] ECR I-415, para. 26.

17) Case C-68/93 *Fiona Shevill v Presse Alliance SA* [1995] ECR I-415 = NJW 1995, 1881.

18) 사실관계의 요약에 있어서는 Marta Pertegás Sender, *Shevill*, 1 Colum. J. Eur. L. 497 (1994-1995), pp. 489-490; Christopher Forsyth, “Defamation under the Brussels Convention: A Forum Shopper’s Charter?”, 54(3) *Cambridge Law Journal* (1995), p. 516; Charles Wild, 150 *Leading Cases: Conflict of Laws* (2003), p. 84 등도 참조하였다.

특사무소를 두고 있는 Presse Alliance SA를 영국 법원에 제소하였다. 가해행위지(행동지)는 그 기사가 원래 간행된 곳인 프랑스 파리이다. 당해 기사가 실린 신문은 프랑스에서 약 20만부 판매되었다. 영국에서는 그 1000분의 1 정도인 230부 가량이 판매되었다.²⁰⁾ 그 외의 유럽국가에서도 총 수천부 판매되었다. 원고들은 원래는 전 유럽에서 판매된 부수에 관하여 손해배상을 청구하였으나, 제소의 범위를 축소하여 영국에서 판매된 부수만을 들어 손해배상청구하는 부분만 남겼다.²¹⁾

피고 Presse Alliance SA는 프랑스만이 불법행위지라고 주장하며 국제재판관할을 다투었다. 1심(고급법원(High Court))과 2심(Court of Appeal)에서는 이 항쟁을 받아들이지 않았다. 3심(최종심)인 귀족원(House of Lords)은 명예훼손 사안도 제5조 제3호의 불법행위에 속하는지, 그리고 명예훼손 사안에서 제5조 제3호의 불법행위지관할규칙이 어떻게 적용되어야 하는지를 유럽대법원에 질의하였다.²²⁾

2. 논점의 구체화

불법행위지관할이 일반적으로(일률적으로) 행동지관할과 결과발생지관할을 모두 의미하고 양자는 경합적으로 인정된다는 점은 Bier 판결에 의하여 이미 확립되어 있었다. Shevill 사건에서는 이 점이 산포적 불법행위에서도 마찬가지로이나가 문제되었다. 특히 문제된 것은, 산포적 불법행위에서도 결과발생지관할이 똑같은 형태로 인정되어야 하는지였다. 유럽대법원에서의 심의과정이 어떻게 진행되었는지, 특히 심의과정에서 어느 회원국 자율법이 특히 중시되어 참고되었는지는 알 수 없다. 그러나 결국 담당재판부는 산포적(확산적) 불법행위에 있어서도 일반원칙에 따라 결과발생지관할의 사후적 범위가 당해 불법행위 사안 전체를 포괄하는지, 아니면 당해 결과발생지 내에서 발생한 손해에 국한되는지의 문제로 논점을 구체화하기에 이르렀다.

19) 영미법권에서는 서면에 의한 명예훼손(libel)과 구두에 의한 명예훼손(slander)을 불법행위법과 형법상 별개의 구성요건으로 다룬다. 이 사건에서도 영국의 귀족원(House of Lords)은 “libel”에서의 불법행위지관할에 대하여 질의하였다. 한편, 영어로도 “defamation”이라고 하여 “libel”과 “slander”를 총칭하는 표현이 없는 것은 아니다. 그러나 영미법상으로는 “libel”과 “slander”가 구성요건을 달리하기 때문에 구별의 실익이 있다.

20) 판결문에서 구체적으로 지적하고 있는 점은 아니지만, 그 일간지는 프랑스어 일간지여서, 프랑스어를 잘 하는 사람이 적은 토착 영국주민들에게는 별로 읽히지 않았을 듯하다.

21) 이 점은 Sender, 전계평석(주 18), p. 499의 서술로부터 확인하였다.

22) Sender, 전계평석(주 18), p. 499. 실제로 귀족원이 질문한 귀절은 여러개이지만 그 요체는 이와 같이 요약된다.

이 사건에서 귀족원의 문제제기가 산포적 불법행위 전반에 걸치는 일반적 논점으로 질문된 것인지, 아니면 아예 미디어(대중적 출판·방송매체) 내지 전통적 미디어(내지는 보다 좁게 종이 출판물)에 의한 인격침해에만 국한하여 질문된 것인지가 아주 분명한 것은 아니다. 그러나 굳이 전자로 넓게 볼 이유는 없어 보인다. 후자로 보는 것이 타당할 것 같다. 출판의 형태(일간지이나, 잡지이나, 단행본이나 등)를 묻지 않고 출판물에 의한 산포적인 명예훼손 사안 일반에 관하여 질의와 판결이 있었던 것으로 보인다.

3. 판지

Shevill 판결에서 실시된 유럽대법원의 판지는 몇가지 점으로 분해하여 볼 수 있다.

가. 행동지와 결과발생지 간의 선택가능성

이 판결에서 유럽대법원은 출판물에 의한 명예훼손 사건에서도 행동지와 결과발생지 간의 선택가능성이 인정된다는 점과 그 근거를 분명히 실시하였다. 즉, 결과발생지와 가해행위지 간의 선택가능성은 Bier 사건과 같이 물리적 손해가 문제된 사건에서만 아니라 명예훼손 사건에서도 인정된다. 왜냐하면, 명예훼손 사건이라고 하여 불법행위지관할이 행동지에만 인정된다면, 이는 종종 피고주소지(당시의 브뤼셀조약 제2조 = 현재는 브뤼셀 제1규정 제2조)와 겹치므로, 불법행위지관할을 인정하는 의미가 별로 없을 것이기 때문이다.²³⁾

나. 출판물에 의한 명예훼손에서의 행동지의 정의와 행동지관할의 사항적 포섭범위

Shevill 판결에서는 출판물에 의한 명예훼손에서 행동지를 확정하는 방법과, 행동지관할은 전 손해에 미친다는 점에 관하여 다음과 같이 실시하였다. 출판물(신문)에 의한 명예훼손 사건에서는 행동지는 “문제된 신문의 출판사(발행자)(publisher, Herausgeber) (신문사)”의 사무소·영업소 소재지(is established, der Ort der Niederlassung)²⁴⁾일 수

23) 판결문, para. 27.

24) 유럽대법원 판결문의 영어본에 의하면 “문제된 신문의 발행자(발행사)가 사무소·영업소를 둔 곳(where the publisher of the newspaper in question is established)”, 그 독일본의 표현에 의하면 “다툼의 대상인 출판물의 출판업자의 사무소·영업소 소재지(der Ort der Niederlassung des Herausgebers der streitigen Veröffentlichung)”.

밖에 없다. 즉 행동지로 될 수 있는 곳은 그곳 뿐이다.²⁵⁾ 왜냐하면, “그곳이 가해적 사건이 연원한 곳이며 그곳으로부터 명예훼손적 출판물이 발행되고 유통에 놓아졌기 때문”이다.²⁶⁾ 그리고 그 국가의 법원들의 행동지관할은 전 손해에 미친다.²⁷⁾

요컨대, Shevill 판례는 출판물(구체적으로는 일간신문)에 의한 명예훼손 사안에서 행동지를 일률적으로 정형화시키고, 그 대신에 그곳에는 전 손해에 대한 특별 관할을 인정한다.²⁸⁾ 유럽대법원이 Shevill 판결에서 실시한 바는, 출판물이라는 것이 출판사에서 최종적으로 편집이 완료되게 마련이라는 점을 고려하여, ‘당해 출판물의 편집행위가 이루어진 (출판사의) 사무소·영업소 소재지가 가해행위지라고 사실판단하는 것이 통상적으로 타당하다’는 취지로 생각된다. 그리고 가해행위가 어느 정도 완성된 형태로 나타난 단계를 기준으로 하여 행동지를 파악하려는 유럽대법원의 판단경향(이는 특히 2009년에 나온 후속판결인 Zuid-Chemie BV v Philiplo's Mineralenfabrief NV/SA 판결²⁹⁾에서도 두드러지게 나타났다)이 이미 Shevill 판결에서도 보여지고 있었다고 볼 수도 있을 것이다.

그런데 실제로는 피해자가 소제기하는 경우가 많을 것이고, 그 경우 Shevill 판결이 위와 같이 정형적으로 파악하는 ‘출판물에 의한 명예훼손의 행동지’는 피고의

25) 판결문, para. 24.

26) 판결문, para. 24. 이 부분(para. 24)의 설시를 그대로 옮기면 다음과 같다. “복수의 채약국의 영역에서 배포된 출판물에 의한 명예훼손 사건에서는 이 판례의 의미에서의 원인사건 발생지는 문체된 출판물의 출판사의 사무소·영업소 소재지일 수 밖에 없는데, 왜냐하면 그곳은 가해적 사건이 외부로 표현된 것이고 그곳으로부터 명예훼손적 표현이 행하였고 유통(배포)에 놓여졌기 때문이다.”

27) 판결문, para. 25.

28) Shevill 사건에서는 Presse Alliance SA라는 법인만이 피고로 되었다. 당해 기사를 작성하거나 그에 관여한 개인이 피고인 경우에도 행동지의 확정방법에 관한 유럽대법원의 태도가 마찬가지로 있을지는 미지수이다. 필자의 사견으로는, 기사를 작성한 기자의 경우에는 기사를 탈고하여 송고한 곳과 기사가 편집부에 의하여 채택된 곳(즉 언론사의 관련 사무소·영업소 소재지)에 걸쳐 그의 가해행위가 행하여졌다고 판단하는 것이 타당하고, 편집부에서 기사의 채택에 관여한 상급자의 경우에는 언론사의 당해 사무소·영업소 소재지가 가해행위지라고 보아야 할 것 같다. 만약 이렇게 본다면, Shevill 판결은 불법행위지관할의 연결소인 ‘가해행위’를 개별 피고 별로 따로 판단하는 사고방식, 즉 ‘불법행위책임이 추궁된 자’의 가해행위지에 따르는 사고방식을 채용하였다고 할 수 있고, 그 점에서도 주목할 만하다고 할 것이다. 한편, 이와 달리 가해행위를 직접 실행한 자연인들에 대해서도 Shevill 판례가 실시한 대로 가해행위를 일률적, 정형적으로 판단하는 취지라고 본다면, 가해행위의 판단을 개별 공동불법행위자(책임을 추궁받는 자 개개인) 별로 할지, 아니면 구체적 가해행위를 한 자를 기준으로 가해행위를 확정하고 그것을 모든 공동불법행위자들에게 적용시킬지에 대하여 Shevill 판결이 입장을 정하고 있는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.

29) Case C-189/08 [2009].

보통재판적³⁰⁾ 소재지와 겹치는 경우가 대부분일 것이다.³¹⁾ 이 점에만 초점을 맞추어 보면, Shevill 판결이 출판사 사무소·영업소 소재지에 행동지관할을 인정하는 것은 피해자의 입장에서는 큰 실익이 없어 보인다.

그러나 Shevill 판결이 출판물에 의한 명예훼손사건의 행동지를 일률적으로 정형화함으로써 피해자가 가해자의 행동지를 그보다 더 구체적으로 증명하지 않아도 되도록 하고 있는 점에도 주목할 필요가 있다. 즉, 출판사에 고용된 개인이 기사를 작성하거나 편집회의에서 기사를 확정하는 등의 행위를 한 것이 언론사 사무소·영업소 소재지국 외의 국가라 하더라도, Shevill 판결은 언론사의 사무소·영업소 소재지가 행동지인 것으로 취급한다. 그리고 그 국가에 인정되는 행동지관할은 전 손해에 미친다.³²⁾ 따라서 피해자가 가해행위의 소재를 파악하기 위하여 고생할 필요도 없으며, 구체적인 행동지를 증명하지 못하였다 하여 행동지 不明(입증실패)을 이유로 행동지관할이 부정될 우려도 없다.³³⁾

그런데 출판사(언론사) 사무소 소재지를 행동지로 인정함에 있어 엄밀한 의미에서 구체적 행위의 소재지의 증거가 없었더라도 무방하다는 Shevill 판결의 설시는, 과연 그 외의 장소를 행동지로 사실판단할 여지를 남기지 않는 것인가? 즉, 언론

30) 브뤼셀 제1규정은 법인 기타 단체의 보통재판적을 규정독자적으로 정의하는 규정을 두고 있다. 즉 동 규정 제60조 제1항은 “회사나 기타의 법인 또는 자연인이나 법인의 조직(association)의 주소지”를 “정관상의 본거(statutory seat)”(a호), “관리(경영)중심지(central administration)”(b호) 또는 “주된 영업소 소재지(principal place of business)”(c호)라고 선택적으로 정의하고 있다. 위 세 곳이 다른 국가에 있는 경우에는 그 국가들에 모두 보통재판적이 있다. 제60조 제1항의 규정은 법인 기타 단체의 보통재판적의 인정기준을 완화한 것이어서 법인 기타 단체에게는 불리한 점이 있다. 그러나 브뤼셀 제1규정의 전신인 브뤼셀조약(제53조 제1항 제2문)이 법인 기타 단체의 주소의 확정을 법정지 국제사법에 맡김으로써 회원국 간에 통일성을 기하지 못하고 명확성과 법적 안정성을 저해하고 있었던 것을 개량한 것으로 이해되고 있다.

31) 그런데 (Shevill 사건과 달리) 출판사가 보통재판적 소재지국 외의 국가에도 사무소·영업소를 두고 그곳에서 독립적으로 신문기사의 편집이 행하여지는 경우도 드물기는 하지만 있을 수 있지 않을까 생각된다. Shevill 판결을 이러한 경우에 그대로 적용한다면 어떠한 결론에 이르게 될지 문제된다. 그러한 중된 사무소·영업소에서 작성된 기사로 명예훼손이 일어난 경우에는 그 사무소·영업소 소재지국에 행동지관할이 인정된다고 하게 될 가능성도 있어 보이고, 혹은 행동지관할은 그 국가와 출판사의 주된 사무소·영업소 소재지국의 양자에 인정되게 될 가능성도 있어 보인다. 이에 관해서는 유럽대법원과 유럽연합 소속국(및 루가노조약 체결국)의 판결을 기다려 보아야 할 것 같다.

32) 유럽대법원이 이처럼 다소 의제적인 불법행위지 개념(내지 확정방법)을 채용하는 예는 결과발생지의 확정지의 맥락에서도 보인다. 전술한 Case C-51.97 *Réunion Européenne SA v Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV* [1998] ECR I-6511, para. 35에서, 운송물이 부패한 손해의 발생지를 피고가 실제로 담당한 운송구간이 중요한 곳으로 판단한 것 참조.

33) 이상의 점은 국제관할을 염두에 두고 질의되었고 판시되었지만, 국내관할에 대해서도 적용될 수 있는 사항이라고 생각된다.

출판사의 사무소 소재지만이 행동지로 의제되며 이는 뒤집을 수 없는 것이라는 것이 유럽대법원 판례의 입장이라고 할 것인가? 일설은 불법행위의 행동지가 어디인지는 가해자의 사무소·영업소 소재지에 의하여 확인하여야만 하며, 또한 가해자의 사무소·영업소 소재지가 아닌 곳은 행동지가 되지 못한다는 것이 유럽대법원의 판례라고 일반적으로 파악하려고 한다.³⁴⁾ 예비행위지는 불법행위지가 되지 못하므로 출판물에 실린 사진을 찍는 곳도 불법행위지에 해당하지 않는다는 해석론³⁵⁾도, Shevill 판례를 이렇게 읽는 것을 뒷받침한다. 실제로 Shevill 판결문의 다른 부분을 보더라도, 출판사의 사무소·영업소 소재지 외의 장소가 행동지로 될 가능성에 대해서는 전혀 의식하지 않고 판결한 것으로 보여지는 부분이 있다.³⁶⁾ 다만 유럽대법원이 이러한 태도를 얼마나 철저히 일관할지는 좀 더 지켜보아야 할 것 같다. 왜냐하면, 유럽대법원은 출판물에 의한 명예훼손 사건을 논외로 하면, 구체적 행동지이기만 하면 제5조 제3호의 행동지로 인정하고 있는 것이지, 그곳이 동시에 가해자의 사무소·영업소 소재지일 것은 요구하는 것은 아니기 때문이다. 이 점은 유럽대법원이 후술하는 Zuid-Chemie 판결과 Réunion Européenne 판결에서—가해자의 사무소·영업소와 상관없이—행동지를 구체적으로 특정하려고 하였고, Réunion Européenne 판결에서 구체적 행동지를 특정할 수 없는 경우에는 행동지관할은 원용될 수 없다고 판시한 점에 비추어보면 더욱 명백하여진다. 그래서 일설

34) James J. Fawcett and Paul Torremans, *Intellectual Property and Private International Law* (2d ed. 2011), para. 5.96; Arnaud Nuyts, “Suing At the Place of Infringement: The Application of Article 5(3) of Regulation 44/2001 to IP Matters and Internet Disputes”, *International Litigation in Intellectual Property and Information Technology* (Arnaud Nuyts, ed., 2008), pp. 118-119. 다만 나위츠(Nuyts)는 같은 논문, p. 121에서는, 가해자로 주장된 자의 사무소·영업소 소재지인 것만으로는 행동지관할이 인정되기에 불충분하고 그곳에서의 구체적인 가해행위가 지적될 수 있는 경우에만 행동지관할이 인정된다는 것이 유럽대법원 판례에 유의하여야 한다고 서술한다. 그런데 이는 Shevill 판례의 정확한 서술이라고 볼 수 없다. 또한 자신의 같은 논문, p. 118-119에서의 서술취지를 스스로 후퇴시킨 것이기도 하다. 왜냐하면, 나위츠는 제5조 제3호의 행동지로 인정되려면 첫째 가해자의 사무소·영업소 소재지여야 하고 둘째 구체적인 가해행위가 그 국가에서 행하여져야 한다는 취지로 서술하고 있으나, Shevill 판결은 후자의 점이 증명될 것을 요구하지 않고 있기 때문이다.

35) AG Hamburg [1991] I.L.Pr. 469.

36) 판결문, para. 32와 para. 33에서는 결과발생지의 과편화의 문제점에도 불구하고 결과발생지관할의 사항적 범위를 현지발생 손해로 좁히는 태도를 정당화하고 있다. 그 서술을 보면, 피해자는 출판사의 보통재판적국이나 사무소·영업소 소재지국에서 전 손해의 배상을 구할 수 있다는 점을 지적한다. 만약 Shevill 판결이 ‘사무소·영업소 소재지 아닌 곳이 행동지로 인정될 수 있는 가능성’을 인정하는 입장이라면 위와 같이 서술함에 있어서도 표현이 조금 달랐을 것이다. 즉, ‘기타의 행동지’에서도 전 손해의 배상을 구할 수 있다는 언급이 있었을 것이다.

은 출판지가 그 사무소·영업소 소재지와 다른 경우에 (유럽대법원이) 출판지를 행동지로 인정하지 않는 태도를 고집할지는 의심스럽다고 한다.³⁷⁾ 만약 출판사의 사무소·영업소 소재지만이 행동지일 수 있다는 Shevill 판결의 설시를 문언 그대로 받아들인다면, 유럽대법원은 출판물에 의한 명예훼손 사건에서는 위 점에 있어서도 예외적인 규율인 것이다.

다. 출판물에 의한 명예훼손에서의 결과발생지의 정의와 결과발생지관할의 사항적 포섭범위

출판물에 의한 명예훼손에 있어서 결과발생지의 정의는 불법행위지관할의 일반 법리를 그대로 적용시킨 대로이지만, 결과발생지관할의 사항적 포섭범위는 지리적으로 제한된다는 것이 Shevill 판례의 판지이다. 세부적인 점을 나누어 설명하면 다음과 같다.

첫째, “출판에 의한 국제적인 서면상 명예훼손(international libel through the press)”의 불법행위의 손해발생지는 “출판물이 배포된 장소들”로서 피해자에게 “알려져 있는 곳”을 가리킨다.³⁸⁾ 즉, 피해자가 인식하고 있는 배포지만이 제5조 제3호의 결과발생지로 인정된다. 그것이 복수인 경우에도 그곳들이 모두 손해발생지에 해당된다.

먼저 왜 모든 배포지가 손해발생지로 인정되어야 하는지 문제된다. 이렇게 보는 근거를 특별히 실시하지는 않았으나, 명예훼손은 피해자(자연인, 법인 불문³⁹⁾)의 “명예(honor)나 평판(reputation and good name)”에 대한 침해라고 실시한 귀절⁴⁰⁾에서 실마리를 찾을 수 있다. 이 사건에서도, Shevill씨가 원래 유럽 각국에서 특히 유명한 사람은 아니지만, 그의 인격적 법익이 반드시 그의 주소지국에만 존재한다고 할 것은 아니라는 논리로 귀결된다. 오히려 피해자의 인격적 법익의 침해는 그 기사가 실린 간행물의 각각의 배포지로서 피해자가 알려져 있는 곳이라면 어느 곳에서나 일어났다고 하여야 한다는 것이다.⁴¹⁾ 따라서 이 사안의 산포적 불법행위에

37) P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 10e éd., 2010, n° 535, p. 466.

38) 판결문, para. 29(“피해자가 그 장소에서 알려져 있는 자인 경우에는(when the victim is known in those places)”).

39) 판결문, para. 29.

40) 판결문, para. 29.

41) 한국의 문헌 중 한국 국제재판관할법의 해석으로서 이에 반대되는 입장으로는 이승희, “해외 인터넷언론에 의한 명예훼손의 국제재판관할권과 소송절차”, 언론중재 2003년 여름호

서의 법익침해지는 영국, 프랑스를 비롯한 수개의 국가였다.⁴²⁾ 요컨대 유럽대법원은 ㉠피해자의 명예나 평판은 피해자의 주소지에만 국한되어 존재하는 것이 아니라 여러 국가에 걸쳐 존재할 수 있지만 피해자가 알려져 있는 국가에까지만 존재할 수 있다고 본다. 그리고 ㉡그 명예나 평판은 피해자가 알려져 있는 국가별로 따로 존재하여 별개의 법익의 대상으로서 보호될 사항이 아니라 그 법익주체별로 총괄적으로 1개라고 본다. 그에 대한 침해가 산포적 불법행위의 형태를 띠는 경우에 대해서도, Shevill 판례가 단수형으로 “an international libel through the press”라고 하고 있는 점은 이 점을 드러내어 준다. 즉, 산포적 명예훼손을 산포적 형태로 연관된 복수의 불법행위로 보는 것이 아니라, 산포적 형태를 띠는 ‘1개의’ 불법행위로 파악하고 있는 것이다.⁴³⁾

다음으로 왜 모든 사실상 손해발생지가 제5조 제3호의 결과발생지로 되지 않고,

(http://www.pac.or.kr/webzine/23_summer/), 4. 라. (3), 2째 문단. 상세는 아래 주 197에 인용하는 내용 참조.

42) 다만 실제로 이 사건에서는 실제준거법인 영국법이 출판물에 의한 명예훼손에 대해서는 손해발생을 추정하기 때문에, 손해발생사실이 입증될 필요가 없었다. 이렇게 처리할 수 있는지도 유럽대법원에 질의된 질문사항 중 하나였는데(C-68/93 [1995] ECR I-415, para. 16), 유럽대법원은 이처럼 브뤼셀조약 제5조 제3호의 적용요건인 손해발생이 추정될 수 있는냐는 법정지 국제사법에 따라 정하여지는 실제준거법이 정할 사항이고, 그 법이 그러한 추정을 인정한다면 그 법에 의하여 손해발생이 추정되는 장소가—그곳에서 손해가 발생하였음이 따로 입증되지 않더라도—제5조 제3호의 결과발생지로 될 수 있다고 실시하였다. 문헌 가운데에는 Shevill 판결이 결과발생지관할을 인정하기 위해서는 피해자가 당해 법역 내에서의 출판물 배포사실을 입증하고 그곳에서의 손해발생을 (입증할 필요 없이) ‘주장’하기만 하면 된다고 실시하였다고 소개하기도 한다. 예컨대 B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 6^e éd., 2010, n^o 534, p. 466. 그러나 이 사건에서 영국법이 실제준거법으로 됨에 따라 결과적으로 그렇게 실시한 셈이 된 것은 사실이지만, 일반론으로서 것처럼 증명부담(입증부담)을 획기적으로 면제 내지 완화한 취지는 아니었다고 하여야 할 것이다. 물론 확실 가운데에는 실제준거법에 따라 결과발생지로 인정될 필요가 없고 피해자가 손해를 입었다고 주장하는 바에 따라 결과발생지를 판단하여야 한다는 견해도 있다. 예컨대 Schlosser, Art. 5 EuGVVO (3. Aufl. 2009) Rn. 19. 아마도 오디뜨(Audit)와 다부(d'Avout)도 그런 견해에 입각하면서 Shevill 판결의 태도를 수용하여 서술한 것이 아니었을까 생각되기도 한다.

43) 이를 보면, 명예훼손 사건에서 불법행위지관할법적으로 의미있는 결과발생지를 파악함에 있어서는 유럽대법원이 일종의 유럽법 독자의 판단기준을 일률적으로 적용하려고 하고 있음을 볼 수 있다. 그리고 관할법상의 산포적 불법행위의 법률관계를 복수의 것으로 파악하지, 아니면 단일한 것으로 보고 그것이 그 지리적 분포에 따라 여러 법역에 걸쳐서 동시적으로 침해되는 것으로 파악하지에 대해서는 유럽법 독자의 개념이 상정되고 있음을 볼 수 있다. 이는 실제법의 통일이 브뤼셀조약·제1규정의 목적에 포함되어 있지 않은 점과 모순되지 않는다. 왜냐하면, 유럽대법원은 미디어에 의한 산포적인 명예훼손의 불법행위에 관하여 제5조 제3호의 불법행위지관할규칙을 해석함에 있어 이런 자율적 관념이 필요하다고 보았고, 그러한 관할법적 규율을 위해서만 이런 유럽법 자율적 관념을 상정(해석에 의하여 발견)하고 채용하는 것이기 때문이다.

‘배포’지로서 ‘가해자가 인식’하고 있었던 곳만 제5조 제3호의 결과발생지로 되는지 문제된다. Shevill 판례에서 유럽대법원이 이런 해석론을 분명히 밝힌 것은 사실이다. 그러나 왜 이렇게 보아야 하는지의 논점은 유럽대법원에게 질문되지도 않았고 유럽대법원이 적극적으로 설명하지도 않았다. 추측컨대 독일 판례에서 출판물에 의한 불법행위의 결과발생지를 판단하기 위하여 개발한 ‘의도에 맞는(정해진 대로) 배포’라는 기준이 유럽대법원에서도 호응을 얻은 것이 아닌가 생각된다.

둘째, 유럽대법원은 언론사의 출판물에 의한 명예훼손 사안에서도 기존의 판례를 일관하여, 일차적 손해발생지만을 결과발생지로 인정하고 이차적 손해발생지는 제외하였다. 그래서, 명예훼손 사안에서의 제5조 제3호의 관할지인 결과발생지는 “사건이……피해자에게 유해한 효과를 발생시킨(where the event ... produced its harmful effects upon the victim)” 곳이라고 개념규정하였다.⁴⁴⁾

셋째, 산포적 불법행위의 형태를 띠는, 신문에 의한 명예훼손 사건에서는 행동지의 국제관할은 당해 불법행위 전체에 미치지만, 단순한 결과발생지의 국제관할의 사항적 범위는 다음과 같이 제한된다.⁴⁵⁾ 즉, 명예훼손 기사의 발행자의 사무소·영업소 소재지인 국가의 불법행위지관할은 행동지관할에 해당하므로 그 국제관할의 사항적 범위는 무제한이다.⁴⁶⁾ 그러나 명예훼손 기사의 발행자의 사무소·영업소 소재지가 아니지만 피해자의 명예가 훼손된 국가에는 결과발생지관할만이 인정될 뿐인데, 그 사항적 범위는 그 국가에서 발생한 손해에 국한된다.⁴⁷⁾

산포적 불법행위에서는 손해발생지가 여러 나라에 걸쳐 있으면서도 손해가 순차적으로 발생한 것이 아니라 동시다발적으로 발생하였다는 점에 특수성이 있다. 이 특수성을 어떻게 고려할 것이냐가 문제된다. 결과발생지 해당성 자체를 엄격히 판단하는 방법도 있으나,⁴⁸⁾ 산포적 불법행위에서의 동시다발적 손해발생지들이 모두

44) 판결문, para. 28.

45) 국내토지관할에 대해서는 이런 제한이 실시되지 않았다.

46) 판결문, para. 25.

47) 판결문, para. 30.

48) 브뤼셀 제1규정 및 유럽연합 회원국의 자율법 하에서도 특히 인터넷을 통한 산포적 불법행위에 있어서 이러한 접근방법이 유력한 해결책의 하나로 논의되고 있다. 인터넷을 통한 산포적 지적재산권 침해사건의 불법행위지관할에 관하여 결과발생지 해당성을 엄격히 판단하려는 접근방법에 관해서는 Nuyts, 전제논문(주 34), pp. 123-126에도 소개, 정리되어 있다. 한국에서도 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결(이신범/새천년민주당)에서 한국어로 된 명예훼손적 게시물이 인터넷상에 게시된 사건이 문제되었는데, 미국 캘리포니아주의 불법행위지관할을 부정하였다. 전제 주 5에서도 적은 바와 같이, 이 판결은 산포적 불법행위 사안의 특수성을 고려하여 결과발생지 해당성을 엄격히 판단하는 접근방법을 따른 것으로 풀이(善解)할 수 있다. 또, 이승희,

‘직접적(일차적)’ 손해발생지에 해당한다고 보면서 다른 각도에서 관할법상의 이익 균형을 피하는 방법도 있다. Shevill 판례는 후자의 길을 따랐다. 이는 한편으로는 편재주의가 산포적 불법행위에도 적용되는 길을 열어놓은 것이라는 점에서 큰 의미를 가진다고 평가되기도 한다.⁴⁹⁾

Shevill 판례의 위 실시에 대해서는, 산포적 명예훼손 사건에서 법률관계가 손해 발생지별로 복수라고 본 것이라고 풀이하는 견해⁵⁰⁾도 있지만, 유럽대법원의 판결문의 영문본을 보면 여러 법역에 걸친 불법행위 전반을 가리켜 “a libel by a newspaper article distributed in several contracting states”라고 하여 단수형으로 지칭하고 있음을 볼 수 있다. 또, 다른 표현으로도, “the defamatory publication”, “the defamation”이라고 하여 단수형으로 표현하고 있다. 즉, 복수의 동시다발적 불법행위들의 묶음으로 파악하고 있는 것이 아니라, 1개의 산포적 불법행위로 본 것이 분명하다. 또한, 유럽대법원은 행동지관할과 결과발생지관할 간의 차이는 사항적 범위가 “전 손해(all the harm)”에 미치는지, 아니면 “단지 수소법원의 국가에서 야기된 손해에 관해서만” 미치는지(판결문의 표현대로 하면, 관할법원이 전 손해에 대하여 손해배상을 명할 권한을 갖는지 아니면 수소법원 소속국 내에서 발생한 손해에만 배상을 명할 권한을 갖는지)에 차이가 있다고 실시하였다. 이 표현을 보더라도, 사안(법률관계)은 1개이지만 국제재판관할의 사항적 범위가 손해·손해배상에 관해서는 제한된다는 논리임이 분명하여진다.

Shevill 판결은 산포적 명예훼손의 결과발생지국의 특별관할의 사항적 효력범위를 제한하는 근거에 관하여 다음과 같이 실시하였다. 먼저, 제5조 제3호는 “司法의 건전한 운영(sound administration of justice”에 근거하고 있으며 그것이 이러한 제한을 요구한다고 하였다.⁵¹⁾ 이는 특별관할의 인정근거에 관한 일반론인 ‘사안근접성’을 지적한 것이라고 할 수 있다.⁵²⁾ 그리고 구체적인 설명에 들어가, 명예훼손적 출판물의 배포지로서 피해자의 인격적 법익이 침해된 국가의 법원들은 “그 국가에서 저질러진 서면상 명예훼손을 심사하고 해당되는[그 국가에서 발생한] 손해의

전개논문(주 41), 4. 라. (3), 2째 문단은 “피해자의 주된 생활권역”, 즉 “[피해자] 자신이 사회의 일원으로서 사회와 현재 밀접한 유대관계를 맺고 있어 외적 명예가 존제한다고 인정되는 곳”만이 명예훼손의 결과발생지가 될 수 있다고 서술한다(다만 “세계적인 유명스타”의 경우에는 달리 볼 여지가 있다고 한다).

49) 예컨대 Nuyts, 전개논문(주 34), p. 127.

50) Forsyth, 전개평석(주 18), p. 515.

51) 판결문, para. 31.

52) Nuyts, 전개논문(주 34), p. 128.

정도를 판단하기에 영토적으로 가장 좋은 위치에 있다”고 실시하였다.⁵³⁾ 그런데 이러한 실시의 이면에는, 산포적 결과발생지의 법원들은 타국에서 발생한 손해에 관해서는 그 정도로 고도의 사안근접성을 가지지는 않는다는 논리가 숨어 있는 것으로 풀이되고 있다.⁵⁴⁾ 요컨대, 산포적 결과발생지국의 법원들이 가지는 (사안근접성에 근거하는) “司法의 건전한 운영”가능성은 각각의 산포적 결과발생지의 법원들이 그곳에서 발생한 법익침해에 대한 관할을 가질 것을 요구하고, 또 이 한도를 넘어 관할을 가지지는 않을 것을 요구한다는 것이다.

III. Shevill 판례에 대한 평가

Shevill 판례는 행동지 및 결과발생지의 확정기준에 대해서도 중요한 법리판단을 하였고, 이 점에 대해서도 학설상 평가가 약간은 나뉘고 있다. 그러나 그 논점들에 대한 판단이 크게 낮선 것은 아니었다. Shevill 판례가 출판물에 의한 불법행위의 결과발생지를 배포지로 파악하는 것은 독일과 프랑스 판례에 공통되고 있었고 영국 판례도 견해를 달리하지 않고 있었다. 그러나 결과발생지관할의 사항적 범위를 제한한 부분은 자율독일법은 알지 못하던 것이고, 프랑스 판례가 브뤼셀법 제5조 제3호와 자율프랑스법에 관하여 취하여 온 해석론을 채택한 것이라고 한다.⁵⁵⁾ 그렇기 때문에, Shevill 판례는 여러 논점에 관한 판지를 포함하고 있지만 특히 이 점에 대한 평가가 엇갈리고 있다. 따라서 아래에서는 Shevill 판례에서 결과발생지관할의 사항적 타당범위를 제한한 점으로 초점을 좁히고, 이에 대하여 다양한 관점에서 개진되고 있는 학설상 평가들을 내용별로 정리하여 보기로 한다. 우선 아래 1.에서는 Shevill 판례에 대한 반응이 기본적으로 어떻게 나뉘는지 정리한다. 다음으로 2.에서는 산포적 불법행위에서의 결과발생지관할에 관한 Shevill 판례의 해법에 대한 수정제안들을 정리하여 본다. 후자의 부분에서는 브뤼셀법의 해석론을 위주로 볼 것이지만 입법론적 논의들도 함께 언급하기로 한다.

1. Shevill 판례에 대한 기본적 평가

53) 판결문, para. 31.

54) Fawcett & Torremans, 전게서(주 34), para. 5.92.

55) *Peinze*, Internationales Urheberrecht in Deutschland und England, 2002, S. 75(이 점을 지적하는 문헌으로 Huber, ZEuP 1996, 300, 303와 그 문헌에 인용된 내용을 인용함).

가. 긍정적으로 평가하는 견해

Shevill 판례에서의 유럽대법원의 설시를 수용하면서 지지하는 견해도 적지 않다. 독일어권에서는 대표적으로 막스플랑크 비교사법·국제사법연구소의 (근년에 작고한) 크로폴러가 이러한 입장이다.

크로폴러는, 산포적 인격권침해 사안에 있어서는, 행동지가 아니고 결과발생지가 아닌 한 곳의 법원의 불법행위지관할은 그 국가내에서 발생한 손해에 대해서만 미친다고 제한해야 한다는 Shevill 판례의 해석론이 법정정책적으로 타당하며 브뤼셀법의 해석론으로서도 적절하다고 주장한다. 법정정책적 타당성에 관한 크로폴러의 근거설명은 다음과 같다. 첫째, 사안근접성과 사물적절할 소송진행의 가능성 면에서 그러한 해석이 타당하다. 즉, 산포적 인격권침해에 있어서의 결과발생지는, 그곳에서 발생한 손해에 대해서는 불법행위지관할을 근거지우기에 충분한 만큼의 사안근접성을 가지고 그곳의 법원에서 사물적절할 소송진행을 하는 것이 가능하지만, 그 외의 지역에서 발생한 손해에 대해서는 그렇지 않다.⁵⁶⁾ 둘째, 결과발생지관할의 사항적 포섭범위를 Shevill 판례와 같이 제한하는 것은, 원고의 선택가능성을 적절한 정도로 제한하는 것이고, 그렇게 함으로써 법정지쇼핑(forum shopping)을 하려는 원고의 충동을 줄일 수 있다.⁵⁷⁾

프랑스의 (하급심) 판례는 Shevill 판결 전에도 브뤼셀법과 자유프랑스법(프랑스 민사소송법 제46조)의 해석론으로서 사생활침해 사안에서 이미 Shevill 판결과 같은 취지의 해석론을 채택한 바 있었다.⁵⁸⁾ 그래서 Shevill 판례를 받아들이는 데에는 무리될 것이 없었을 것으로 생각된다.⁵⁹⁾ 프랑스 과기원은 Shevill 판결이 나온 후에는 이 Shevill 판례를 저작권침해 사건에서도 적용하였다.⁶⁰⁾

영국에서도 Shevill 판례를 긍정적으로 평가하는 견해가 없는 것은 아니다. 예컨대 클락슨과 힐도 Bier 판결이 결과발생지관할을 일반적으로 인정한 것을 가리켜 타당한 해석이라고 보면서, Shevill 판례에 대하여 별다른 이의를 달지 않고 있

56) *Kropholler/von Hein*, Art. 5 EuGVO (9. Aufl. 2011), Rn. 84.

57) *Kropholler/von Hein*, Art. 5 EuGVO (9. Aufl. 2011), Rn. 84.

58) B. AUDIT et L. D'AVOUT, 전게서(주 42), n° 534(note 2에서 판례인용).

59) 다만, 프랑스 과기원은 Shevill 판결을 조금 다른 형태로 이해하여, 피고가 손해발생지에서 행위를 한 것으로 파악되고 따라서 행동지와 결과발생지가 일치하는 1개의 단순한 불법행위로 취급하게 된다고 판단하기도 하였다고 한다. B. AUDIT et L. D'AVOUT, 전게서(주 42), n° 534, pp. 466-467은 Civ. I, 25 mars 2009, RC 09.580 n. Treppoz를 이런 의미로 읽는다.

60) Civ. I, 16 juill. 1997, JDI 98, 136 obs. A. Huet ; Civ. I, 25 mars 2009, n° 08-14.119.

다.⁶¹⁾ 포셋과 토레만스도 신문에 의한 명예훼손의 산포적 불법행위 사안에 관한 대체로 Shevill 판례를 지지하는 듯하다.⁶²⁾ Shevill 판례가 각각의 손해발생지에 관할을 인정하여 법정지소평의 여지를 열어두는 것이 만족스럽지는 않지만 수용할 만하다고 보는 견해도 있다. 즉, 이런 해결은 적어도 확실성(certainty)의 장점은 가진다고 한다. 그리고 만약 ‘중요한’ 결과발생지에만 결과발생지관할이 인정된다고 해석한다면 확실성(certainty)의 면에서 보다 더 불만족스러운 규율이 될 것이라고 한다.⁶³⁾

한국법상의 불법행위지관할규칙의 해석으로도, 산포적 불법행위의 경우에 Shevill 판례의 해석론에 대한 별다른 이의 없이 마찬가지로 해석될 여지가 있다고 하는 견해가 있다.⁶⁴⁾

Shevill 판례의 해석론을 기본적으로 지지하는 견해들 가운데에는 그 해석론을 ‘모자이크식 해결방법’이라고 이름붙이는 경우가 흔히 있다. 이는 Shevill 판례의 해석론의 존재가치를 긍정적으로 보고 있음을 방증한다.

나. 결과발생지에서의 일회적 피해구제에 방해된다는 비판론

Shevill 판례에 대한 비판으로는 먼저 결과발생지에서 피해자가 일회적 소송으로 전 손해를 배상받는 것을 방해한다는 비판이 있다. 이러한 비판은 편재주의의 입장에서 나오고 있지만 편재주의의 사고방식을 취하지 않는 입장에서부터도 나오고 있다.

먼저, 편재주의를 지지하면서 Shevill 판례를 정면으로 비판하는 견해가 적지 않다. 예컨대 독일어권에서 전통적 입장을 취하는 학자들에 있어 이런 견해가 많다.⁶⁵⁾ 독일 판례도 자율법의 해석에 관해서는 적어도 결론상 같은 입장이라고 생

61) C.M.V. Clarkson & Jonathan Hill, *Private International Law* (4th ed. 2011), pp. 91(Bier 판례에 대하여), 93(Shevill 판례에 대하여).

62) Fawcett & Torremans, *전게서*(주 34), paras. 5.96-5.97 참조. 다만 배포지의 결과발생지관할을 인정하는 부분을 수정하여, 그 대신 침해행위지의 관할을 인정하자고 한다. 같은 책, paras. 5-82, 5-96.

63) Wild, *전게서*(주 18), 86면.

64) 石光現, 2001년 개정 國際私法 해설(제2판, 2003), 55-56면은 특히 사이버공간에서의 산포적 불법행위에 관하여(사이버공간에서의 특허권침해를 예로 들면서) 그렇게 해석될 여지가 있다고 한다. 또, 오석웅, “인터넷에 의한 名譽毀損의 國際裁判管轄과 準據法”, *法學研究* 第18輯(2005. 6.), 843면은 한국 국제재판관할법의 해석론으로서 Shevill 판례와 같은 해결도 “합리성을 도모하는 한 방안이 될 수 있을 것이라고 본다”고 서술한다.

65) *Gounaakis/Rhode*, *Persönlichkeitsschutz im Internet*, Beck, 2002, S. 13와 *Kreuzer/Klötgen*, *Die*

각된다. 즉, 독일에서는 자율독일법의 불법행위지관할규칙을 해석함에 있어 Shevill 판례와 같은 해석론을 채택하는 판결례가 전혀 나오지 않고 있다.⁶⁶⁾ 만약 독일 법원이 Shevill 판례에 의하여 법리적으로 설득되었다면, 자율법(독일민사소송법 제32조)의 해석에 있어서도 Shevill 판례와 마찬가지로의 해석론을 채택하였을 것이다. 그러나 독일 법원은 그렇게 반응하고 있지 않다.

샤크는 언론에 의한 산포적 명예훼손 사안이라고 하여 불법행위지관할규칙의 내용을 달리할 것은 아니라고 주장한다. 이렇게 하면 가해자인 언론사가 결과발생지법들 가운데 가장 엄격한 법에 따르는 부담 하에 놓이게 되는데, 다수의 논자들이 이를 바람직하지 않다고 생각하고 있으며 Shevill 판례도 마찬가지로 생각에서 나왔다. 그러나 이처럼 언론사에게 무거운 부담을 지우는 것은, 의심스러운 경우에는 인격권을 존중하는 쪽으로 행동하도록 하는 교육적 기능이 있음을 지적한다. 따라서 이러한 부담을 이유로 Shevill 판례처럼 결과발생지관할규칙을 차별화시키는 것은 타당하지 않다고 주장한다.⁶⁷⁾

괴스터-발첸은 Shevill 판례가 불법행위지관할을 지나치게 엄격하게 만들고 있다고 평가한다. 이렇게 보는 근거는 국제사법의 이상과 국제민사소송법의 이상이 다르기 때문이다. 국제사법에서는 당사자의 예견가능성의 요청은 준거법이 단일할 것을 요구한다. 준거법이 복수여서는 곤란하다. 따라서 준거법이 복수로 지정될 때에는 보조수단이 필요하다.⁶⁸⁾ 반면에, 국제민사소송법에서는 원고의 선택가능성이 인정되어도 괜찮다.⁶⁹⁾ 이는 구체적으로는 다음을 의미한다.

첫째, 원고에게 단 하나의 법정지만을 인정하는 것은 증거근접성이 다양한 분쟁에 있어서 상이함을 고려할 때 바람직하지 않다. 둘째, 판결의 집행가능성의 관점에서 국제민소법에는 행동여지가 필요하다. 즉, 원고가 판결집행에 유리한 법정지를 선택할 수 있어야 한다. 셋째, 예견가능성론은 국제관할법에서는 다른 무게를 가진다. 피고의 응소의 불편감수가 기대가능한 한, 당사자가 자신이 선택하지 않은

Shevill-Entscheidung des EuGH: Abschaffung des Deliktgerichtsstands des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ für eheberletzende Streudelikte, IPRax 1997, 96도, Shevill 판례는 별 의미나 실익 없이 판단기준을 불필요하게 복잡하게 만든다고 비판한다. 김상훈, “인터넷상 명예훼손에 의한 손해배상청구소송의 국제재판관할”, 한림법학 FORUM 제16권(2005), 110면의 주 15에서 재인용.

66) Schlosser, Art. 5 EuGVVO (3. Aufl. 2009) Rn. 20.

67) Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl. 2010, Rn. 343.

68) Coester-Waltjen, Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, FS Schütze (1999), S. 180.

69) Coester-Waltjen, 상계논문, S. 181.

법원에서 응소해야 하는 것도 무방하다. 그 근거가 되는 이익은, 가능한 한 단순한 권리실현에 대한 원고의 이익 뿐만 아니라, 사안근접한 법원에서 거주자에게 효과적인 법적 보호를 제공하고 절차법적 원칙을 이에 따라 관철하는 데 대한 국가이익도 있다.⁷⁰⁾

미국의 학자들로부터도 Shevill 판례가 관할의 분열을 가져와 피해자가 일회적 소송으로 전 손해의 구제를 받는 데 방해된다는 지적이 나오고 있다. 미국의 국제재판관할법들은 굳이 산포적 불법행위가 아니라 하더라도, 불법행위의 결과발생지라고 하여 곧바로 항상 국제재판관할을 가진다고 하는 사고방식에 대해서는 거리를 두고 있다. 오히려, 피고의 활동을 포함하여 피고 자신의 법정지와(속인적) 접촉이—중국적으로 연방헌법의 적법절차조항(Due Process Clause)을 충족할 만큼—충분할 것을 요구한다. 이 점에서는 브뤼셀 제1규정이나 ‘부적절한 법정지 법리에 의하여 제약받기 전단계의 자율영국법’⁷¹⁾에 비하여 결과발생지의 법원이 불법행위 사건에 대한 재판관할을 인정받기가 까다로운 부분도 있을 것이다. 그러나 다른 한편으로는 적법절차의 요구를 충족하는 역내접촉이 있는 한, 그 법역에서의 소송으로 전 손해를 배상받기가 비교적 용이할 수도 있을 것 같다. 미국의 학계에서 Shevill 판례는 피해자가 한 국가에서의 소송으로 전체 손해를 배상받기가 불편하다는 점이 지적되고 있는 것⁷²⁾은 그러한 의미에서 이해할 수 있다.

다. 피해자에게 법정지소평을 허용한다는 비판

영국의 법률가들 가운데에는 Shevill 판례가 불법행위 재판적이 복수의 장소에 인정될 가능성을 넓혀 놓고 방치하는 데 대하여 크게 회의적인 견해도 보인다.⁷³⁾ 그것은 영국 국제재판관할법이 국제관할이 행사될 수 있는 곳을 한 국가로 좁히는 장

70) 이상 *Coester-Waltjen*, 상계논문, S. 181.

71) 자율영국법상으로는, 영국에서 인격권을 침해하는 출판물이 단 한 부 팔리거나 인격권침해적 내용이 담긴 웹사이트가 단 한번 열람되는 것만으로도 영국법원의 불법행위지판관이 인정될 수 있다. 이를 가리켜 ‘단일출판원칙(single publication rule)’이라고 한다. 또, 영국이 불법행위지임을 이유로 하는 국외송달허가는 편의법정지(forum conveniens) 법리에 의하여 제약되는 법원의 재량 사항이며, 또 국외송달허가가 내려지더라도 국제재판관할의 ‘행사’는 다시 불편의법정지(forum non conveniens) 법리의 제약 하에 놓인다.

72) Jane C. Ginsburg, “Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Digital Networks”, 1998(<<http://www.wipo.int>> 수록), p. 19.

73) 그러나 전술한 대로 영국 내에서도 결과발생지판관이 일반적으로 인정되는 것을 타당하다고 보는 견해도 있다.

치를 갖추고 있는 것과 대조되기 때문인 듯하다. 즉, 부적절한 법정지(forum non conveniens) 법리는 국제관할이 행사될 수 있는 국가를 “자연적 법정(natural forum)”이라고 판단되는 한 국가에로 좁히는 장치이다. 이런 비판론은, 결과발생지 관할 자체 내지 이를 빌미로 한 과잉관할을 비판함과 동시에, 국제관할을 명확한 연결점에 의하여 명쾌하게 규정하려는 브뤼셀법의 접근방법 자체에 대한 회의론을 표시하는(후자의 점에서 영국적인) 것으로 보인다.

예컨대 영국의 포어사이드도 Shevill 판례에 대하여 회의적이다. 다만 그 방향은 다소 다르다. 비판의 초점은, Shevill 사건에서 피고주소지국인 영국에서 발생한 손해의 비중이 타 법역에서 발생한 손해에 비하여 상대적으로 적었음에도 불구하고, 영국의 관할을 부정하지 않고 부분적으로라도 인정하였다는 점에 맞추어져 있다.⁷⁴⁾ 이 사건 원고로서는 영국에 소제기하기가 더 편리한 점도 있었겠지만, 그렇게 한 ‘진정한 이유’는 영국법이 프랑스법보다 피해자에게 유리하다는 점이 작용하였음이 분명하다고 지적한다. 양국법 사이에는 다음과 같은 중요한 차이가 있음을 지적한다. 즉, 영국의 명예훼손법은 프랑스법과 달리 원고 피해자에게 실제 손해 발생의 입증을 요구하지 않는다(손해 추정). 그리고 프랑스법상 가해의사의 입증이 요구되는 것과 달리, 영국법상으로는 발행자가 선의(good faith)였더라도 이를 일반적으로 중요하게 다루지 않는다.⁷⁵⁾ 그래서 프랑스 법원에서는 전부 패소할 가능성이 높았지만, 영국에서의 제소가 허용됨으로써 일부 손해에 관해서라도 승소가 가능해진 것이라고 지적한다.⁷⁶⁾ 결국 Shevill 사건의 유럽대법원 판결은 원고에게 법정지소평을 인정한 것이라고 비판한다.⁷⁷⁾

포어사이드의 비판은 자율영국법이 ‘부적절한 법정지’ 법리를 가지고 있는 것과 비교하여 Shevill 판례를 비판하는 견해라고 볼 수 있을 것 같다. 자율영국법은 브뤼셀법에서는 원칙적으로 채택하지 않는 법리인 적절한 법정지(forum conveniens)와 부적절한 법정지(forum non conveniens) 법리를 가지고 있고, 이 법리들에 의하여 개별 사건에서 부적절한 관할사유는 배제하여 구체적 사건에서는 원고의 선택지를 (경우에 따라서는 한 곳으로까지) 좁힐 수 있게 되어 있다.

74) Forsyth, 전계평석(주 18), p. 516. 필자의 견해로는 이러한 지적은 소송의 실체를 고려한 지적으로 보인다. 피고로서는 영국에서 발생한 손해에 대해서만 소송을 제기당하더라도 영국에서의 응소의 부담은 여전히 클 것이기 때문이다.

75) Forsyth, 전계평석(주 18), p. 516.

76) Forsyth, 전계평석(주 18), p. 516.

77) Forsyth, 전계평석(주 18), p. 516.

라. 국제재판관할의 분열의 남용 우려에 대한 비판

Shevill 판례가 결과발생지관할의 분열을 인정하기 때문에 피해자가 일부러 여러 결과발생지에 소제기하는 것도 가능한데 이는 바람직하지 않다는 비판도 있다. 이렇게 하는 것은 통상적으로는 피해자에게 이익이 되지 않겠지만, 피해자가 전략적으로 가해자를 여러 국가에서의 소송에 연루시키고자 할 수도 있는데, Shevill 판례는 이를 허용한다는 것이다.⁷⁸⁾

2. Shevill 판례의 결과발생지관할규칙에 대한 수정제안들

출판물에 의한 산포적 인격권침해 사건에서 (또는 인격권침해 일반에 관하여) Shevill 판례의 결과발생지규칙을 적절히 수정하여야 한다는 지적이 있다. 배포지를 결과발생지로 인정하는 사고방식 자체를 수정하는 것이 좋겠다는 견해도 있지만,⁷⁹⁾ 여기에서는 배포지라는 관념에 따라 결과발생지를 파악한다는 기본적인 접근 방법은 유지하면서 결과발생지관할규칙을 수정하자는 제안들만을 언급하기로 한다. 구체적인 수정방안으로는 다양한 견해가 제시되고 있다.

첫째, Shevill 판례가 인정하는 관할규칙에 대하여, 중요한 결과발생지에는 전 손해에 대한 관할을 인정한다는 수정만을 가하는 견해가 있다(아래 가.).

둘째, 중요한 결과발생지에 전 손해에 대한 관할을 인정하는 대신 기타의 결과발생지에는 관할을 인정하지 않는 것으로 수정하는 것이 타당하다는 견해가 있다(아래 나.).

셋째, 아예 인격권침해 사안에서는 결과발생지관할 자체를 회의적으로 보아야 한다는 견해도 있다. 이 견해는 위 1. 다.에서 이미 소개하였다.

위 첫째의 견해는 피해자의 이익을 좀 더 고려하자는 입장에서 나온 지적이라고 할 수 있다. 한편, 위 셋째의 견해는 가해자의 이익에 중점을 둔 견해라고 할 수 있다. 위 둘째의 견해는 가해자와 피해자 쌍방의 이익을 모두 도모하면서도 가해자의 응소의 불편이 지나쳐서는 안 된다는 점에 유념하는 견해라고 할 수 있다. 첫째와 둘째의 견해를 차례로 본다.

78) Dasser/Oberhammer-Oberhammer, [Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (2008),] Art. 5 LugÜ Rn. 140.

79) 예컨대 Shevill 판례를 유지하되 배포지의 결과발생지관할을 인정하는 부분을 수정하여, 그 대신 침해행위지의 관할을 인정하는 견해가 있다. Fawcett & Torremans, 전게서(주 34), paras. 5-82, 5-96.

가. 피해자의 상거소지나 이익중심지를 차별취급하는 견해

일부의 견해는 산포적 불법행위로 인한 결과발생지들 가운데에서도, 피해자의 상거소지나 이익중심지인 곳에는 전 손해에 대한 불법행위지관할을 인정하는 것이 타당하다고 한다.

후술하는 대로 유럽대법원도 인터넷 게시물에 의한 불법행위의 결과발생지관할에 관해서는 이런 해석론을 받아들였다. 즉, *eDate Advertising v X* 사건과 *Martinez v MGN* 사건 판결⁸⁰⁾에서, 피해자 이익중심지인 결과발생지에서는 전 손해에 대한 국제재판관할이 인정된다고 판시하였다.

한편, 헤이그(덴하그)국제사법회의(Hague Conference on Private International Law)에서 ‘민·상사에서의 재판관할과 외국재판에 관한 협약’(Convention on Jurisdiction and Foreign Judgment in Civil and Commercial Matters)(흔히 ‘헤이그재판조약’, ‘하그재판조약’, ‘헤이그신협약’ 등으로 약칭됨)을 만들기 위하여 준비한 1999년 예비초안(preliminary draft)⁸¹⁾과 2001년 잠정초안(Interim text)⁸²⁾에도 주목할 필요가 있다. 이 예비초안과 잠정초안은 불법행위의 행동지관할과 결과발생지관할을 모두 인정하되, 후자에 대해서는 당해 결과발생지에서의 동종 손해의 발생가능성에 대하여 가해자가 예견할 수 있었을 것을 일반적으로 요구한다(예비초안·잠정초안 제10조 제1항). 그런데 이 예비초안과 잠정초안은 일정한 결과발생지에서는 전 손해의 배상청구가 가능하게 하고 있다. 이것은 *Shevill* 판례의 연장선상에서 *Shevill* 판례를 다소 수정하려는 입법적 시도라 할 수 있다. 세부내용은 다음과 같다.

첫째, 예비초안 제10조 제4항과 잠정초안 제10조 제5항에서는, 결과발생지관할은 당해 결과발생지에서 발생하는 손해에만 미치는 것이 원칙이지만, 피해자가 “상거소”를 가지는 결과발생지의 경우에는 전 손해에 미친다.⁸³⁾ 단, 이 경우에도

80) Joined Cases C-509/09 and C-161/10 *eDate Advertising GmbH v X* and *Martinez v MGN Limited* [2011].

81) 그 원문은 石光現, 國際私法과 國際訴訟 제2권(2001), 601-615면에도 수록되어 있다. 그 한국어 번역으로는 石光現, 國際私法과 國際訴訟 제2권(2001), 454-467면. 예비초안상의 불법행위 특별관할의 개관은 石光現, “헤이그국제사법회의 「民事 및 商事事件의 國際裁判管轄과 外國裁判에 관한 협약」 예비초안”, 國際私法과 國際訴訟 제2권(2001), 415-416면; 오석웅, 전계논문(주 64), 839면 참조.

82) 잠정초안상의 불법행위 특별관할의 개관은 오석웅, 전계논문(주 64), 839면 참조.

83) 石光現, 전계논문(주 81), 416면의 주 67은 예비초안의 이러한 규정을 두고, *Shevill* 판결에서도 “이런 취지로” 판시하였다고 서술한다. 오석웅, 전계논문(주 64), 839면의 주 15도 예비초안과

특정 결과발생지에서의 동종 손해의 발생가능성에 대한 가해자의 예견가능성이 요구된다는, 결과발생지관할에 대한 일반적 제한(예비초안 및 잠정초안의 제10조 제1항 b)호 후단)은 그대로 적용된다.

둘째, 예비초안은 미국식의 활동지관할(activity-based jurisdiction)에 대하여, 이것이 특별관할로서 적용되는 한은 이를 금지하지 않고 있다(제18조 제2항 e)호). 잠정초안은 한 걸음 더 나아가 미국식의 활동지관할이 불법행위 사안에서 특별관할 형태로 인정됨을 명시하는 규정을 제10조의 불법행위 특별관할규칙 내에 두었다. 즉, 빈번하거나 중대한 활동에 종사하였거나 그런 활동을 지향시킨 대상 국가에서는, 피해자가 그 가해자를 일정한 제한 하에서 제소할 수 있다(잠정초안 제10조 제2항, 제3항). 이곳의 관할은 전 손해에 미친다.⁸⁴⁾ 이곳은 말하자면 행동지이자 결과발생지일 수도 있고, 행동지이기만 할 수도 있으며, 결과발생지이기만 할 수도 있다. 결국, 확산적 불법행위의 결과발생지 중 하나에 불과하더라도 그곳이 잠정초안 제10조 제2항, 제3항의 요건을 충족하는 경우에는, 잠정초안상으로는 그곳의 관할이 전 손해에 미치게 되어 있다.

나. 결과발생지의 인정범위의 제한론

산포적 인격권침해의 불법행위에 있어서는, 일차적 결과발생지 중에서도 일부만을 국제관할법상의 결과발생지로 인정하려는 견해들이 있다.

오스트리아의 오버함머는 Shevill 판례가 결과발생지관할의 사항적 범위를 당해 결과발생지 내에서 발생한 손해로 제한하는 점을 비판하고 그에 대한 대안을 제시한다. 오버함머에 의하면 Shevill 판례는 첫째, 피해자가 손해배상청구를 하는 경우에 한 장소에서의 소제기로 모든 손해를 배상받을 수 없다는 불편을 초래할 뿐만 아니라, 둘째, 피해자로 하여금 여러 결과발생지에 별소를 각기 제기하여 소송수행하도록 하는데, 경우에 따라서는 피해자가 전략적으로 이와 같이 소송수행하고 이에 따라 기회주의적인 이익을 얻을 수 있어서 피고에게 부당하게 불리할 수도 있다. 이러한 이유에서, 결과발생지들 가운데에서 무게중심(重點)이 놓인 결과발생지

잠정초안의 이러한 규정을 가리켜 Shevill 판례의 해석론과 “같은 취지”라고 한다. 그러나 보다 정확히 말하면 하그재판조약의 예비초안과 잠정초안이 Shevill 판례의 틀을 기본적으로 받아들이면서도(예비초안 제10조 제4항 전단, 잠정초안 제10조 제5항 전단) 피해자 상거소지인 결과발생지관할에 대해서는 그 사항적 포섭범위를 전 손해로 확대시키는 특칙을 추가한(각 항의 후단) 것이다.

84) 오석용, 전계논문(주 64), 839면.

만이 결과발생지관할이 있다는 것으로 Shevill 판례를 수정할 필요가 있다고 주장한다. 이런 사고방식은, 의무이행지관할에 관하여 그것이 인정되는 곳을 중요한(중점이 있는) 의무이행지로 제한하려고 하는 접근방법이 다수의 학설에 의하여 주장되고 있는 것보다 상응되므로, 낮은 것이 아니라고 한다.⁸⁵⁾

쿠비스도 비슷한 견해이다. 즉, 산포적 인격권침해에 있어서는, 결과발생지이면서 동시에 피해자의 주소지인 곳에만 결과발생지관할을 인정하고, 그 외의 결과발생지에는 결과발생지관할을 인정하지 않는 것이 타당하다고 주장한다. 산포적 인격권침해 사안에서 그 외의 결과발생지에도 불법행위지관할을 인정하는 것은 언론사에게 지나친 부담이 된다는 이유에서이다.⁸⁶⁾

이러한 견해들은, 결과발생지 자체를 엄격한 기준에 따라 인정하여 결과발생지관할의 지나친 확대의 문제를 해결하고, 그 대신에 결과발생지관할의 사항적 포섭범위 제한론은 폐기하는 것이 타당하다는 견해이다. 그럼으로써 피고를 과잉관할(지나치게 원고재판적스러운 국제관할)로부터 보호하고, 또 중요한 결과발생지에 제소하기를 원하는 원고에 대해서까지 그곳의 국제관할의 사항적 범위를 제한하는 폐단은 없애겠다는 입장이다.

3. 소결

출판물에 의한 산포적 명예훼손 사건인 Shevill 사건에서 실시된 유럽대법원의 판례는 산포적 불법행위에서의 불법행위지관할에 관한 유럽대법원의 기본태도로서의 위치를 굳혀오고 있다. Shevill 판례에 따르면 산포적 명예훼손의 결과발생지 각각에도 불법행위지관할이 널리 인정되지만, 그 결과발생지관할의 사항적 타당범위(포섭범위)는 당해 결과발생지(법정지인 결과발생지)에서 발생한 손해로 제한된다. 유럽대법원은 이러한 해석론에서 원피고간의 이익의 균형점을 찾고자 하였다. 그러나 이는 손해발생지별의 불법행위지관할의 과편화(분열)를 공인하는 결과가 되었다.⁸⁷⁾ 그런 이유 때문에, 사물적으로 제한되지 않은 불법행위지관할을 주장할 수 있는 여지를 보다 넓게 확보하려는 시도가 유럽대법원 판례 내에서도 나타났다.

85) Dasser/Oberhammer-*Oberhammer*, Art. 5 LugÜ (2008) Rn. 140.

86) *Kubis*, Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechtsverletzungen, 1999, S. 171-177, 250.

87) 준거법결정에 관해서도 이러한 사고방식의 채용 여부가 문제된다. 준거법결정에 관한 것이기는 하지만, 이런 연결방식을 “배분적 연결”이라고 부르기도 한다. 石光現, 전계논문(주 2), 259면.

eDate Advertising v X, Martinez v MGN 판결⁸⁸⁾이 그것이다. 다만 이런 시도가 ‘출판물’에 의한 명예훼손 자체에서 판례변경을 하는 방향으로 이루어진 것은 아니다. 오히려, 출판물이 아닌 인터넷 게시물에 의한 명예훼손이 문제된 사안에 관해 Shevill 판례를 수정된 형태로 적용하였을 뿐이다. 즉, 인터넷 게시물에 의한 명예훼손 사건에서는, 손해발생지 중 피해자의 이익중심지인 곳에서는 전 손해에 대하여 구제를 청구할 수 있다는 해석론을 추가하였다.

Shevill 판례에 대한 평가는 관점에 따라 달라지게 마련이다.

첫째, 편재주의의 관점에서는 Shevill 판례는 결과발생지관할의 포섭범위의 제한론이다. 즉, 편재주의에서 출발하여 생각할 때에는, 이 판례는 피고주소지관할의 형해화를 막고 이익균형의 중심축을 다소 피고 쪽으로 옮기기 위하여, 확산적 불법행위에서는 결과발생지관할이 각 결과발생지에서 발생한 손해에만 미친다고 제한적으로 해석하는 판례로 이해하게 된다. 이렇게 보면서 이 판례를 긍정적이나 부정적으로 평가하게 된다. 그리고 이런 사고방식이 명예훼손과 같은 인격권침해에만 국한하여 타당한 것인지, 아니면 다른 종류의 불법행위에도 타당한 것인지 문제삼게 된다.

둘째, 불법행위지관할의 일반론으로서 행동지관할이 인정되는 것은 당연하지만 결과발생지관할의 당부에 대해서는 논의의 여지가 있다고 하면서, 브뤼셀법 하에서는 Bier 판례에 의하여 비로소 결과발생지관할이 인정되기 시작한 것으로 보는 입장도 있다. 이런 입장에서는 Shevill 판례는 Bier 판례가 제기한, 결과발생지관할의 지리적 포섭범위의 적절한 제한이라는 논점에 대하여, 우선 확산적 명예훼손 사안에 관하여 논구하여 입장을 밝혀 준 판례로 보게 된다.

셋째, 행동지관할보다 손해발생지관할을 오히려 불법행위 특별관할의 기본형태로 보는 입장도 있다. 이 입장에서는 확산적 불법행위의 경우에 결과발생지관할의 지리적 포섭범위 제한은 그다지 특별할 것이 없다. 오히려, 행동지에서는 여러 법역에서 발생한 손해를 모두 문제삼을 수 있다는 데에 Shevill 판례의 중요한 의미가 있다고 할 것이다. 그래서, 외형적으로 유사한 사안유형인 확산적 지적재산권침해의 경우에도 Shevill 판례로부터 시사받아, 일정한 곳에 국제재판관할을 집중시키는 방법을 찾으려고 할 공산이 크다. 확산적 지적재산권침해의 경우에는 각 보호국별로 한개씩의 불법행위가 성립하는 것이므로, 법기술적으로는 일정한 곳에 객

88) Joined Cases C-509/09 and C-161/10 *eDate Advertising GmbH v X and Martinez v MGN Limited* [2011].

관적 관련재판적을, 나아가 주관적 관련재판적까지도 인정하여야 하지 않느냐 라는 논의를 하게 된다.

요컨대, Shevill 판례의 발상법을 어떻게 법리적으로 파악하여 수용할지에 대해서는 다양한 관점이 있을 수 있다. 이 점은 유럽학자들 간의 견해대립과 입장차이에서도 엿볼 수 있다.

흥미롭게도, 독일의 학자들이 공통적으로 자국의 판례·통설인 편재주의를 기본 입장으로 함에도 불구하고, Shevill 판례에 대한 평가는 대체로 위에서 말한 첫째와 셋째식의 평가로 나뉘고 있다고 할 수 있다. 이 점은 한국의 불법행위지관할규칙이 독일식 편재주의에 따라 해석되고 있음에도 불구하고, Shevill 판례의 사고방식의 수용가능성을 논하는 일이 일도양단적으로 쉽게 결론지을 수 없는 것임을 시사한다. 결국 논리적으로는 위 세가지의 사고방식과 그에 입각한 (Shevill 판례에 대한) 평가가 모두 가능한 것이므로, 이해관계의 조정에 초점을 두고 어떤 논리구성이 가장 적합 내지 유용한 것인지를 재검토하는 신중한 접근이 필요하다.

한편, 유럽대법원 판례의 흐름에만 초점을 맞추어 본다면, 전혀 다른 평가가 가능하다. 특히 다음 두가지 점에 초점을 맞추어야 한다. Bier 판례가 독일식 편재주의를 근거로 언급하기를 피한 점, 그리고 Bier 판례가 행동지관할을 비교적 당연시 하면서 결과발생지관할도 인정할 수 있느냐를 논한 점에 주목할 필요가 있다. 그렇다면 Shevill 판례는 위의 둘째나 셋째의 사고방식이 또는 그 둘이 함께 작용하여 나온 것으로 보여지는 면이 있다. 그러나 다른 한편으로 지적재산권 침해에 예민하게 반응하는 경향이 있는 유럽 법학자들은 Shevill 판례를 산포적 지적재산권 침해 사안에 절묘하게 응용하여, 오히려 일정한 장소에 관할을 집중시키는 방도를 마련하는 논거로 삼으려고 하고 있다. 이는 불법행위지관할에 대한 유럽연합의 입법과 유럽대법원의 해석, 그리고 개별 회원국 정부와 학자들의 입법론적 견해 등이 결코 통일되고 일관된 견해수렴을 보여주는 것이 아님을 우리에게 시사하여 준다. 또, Shevill 판례가 명확한 법리구성을 제시하지 못하여 향후의 해석론과 입법론이 더욱 분분하게 되어 있는 것을 보면서, 20명을 넘는 유럽대법원 법관들이 소수의견 없이 단일의견만 내면서 명확한 해석법리를 제시한다는 것이 얼마나 기대하기 어려운 것인가를 새삼 생각하게 된다.

Shevill 판례에 의하여 절충되어 있는 법상황은 국제관할법상의 이익에 비추어 볼 때 만족스러운 것이 아니다. 원피고의 이익에 각기 소홀한 점이 있으며, 적절한 이익형량에 의한 균형점이라기에는 서로 손해 보는 절충이라고 볼 여지가 작지 않

다. 그리고 명확성과 법적 안정성 면에서도 미흡한 점이 없지 않다.

즉, 한편으로는 원고의 과도한 법정지쇼핑을 명쾌한 기준에 의하여 적당한 선에서 억제하는 듯 보이지만, 실제로는 원고가 먼저 소재기한 곳이 과도하게 중요해질 여지가 있다. 왜냐하면, 타 회원국에 제소될 여타 회원국에서의 손해의 배상 청구사건과의 관계에서는, 관련사건이 먼저 계속된 것이 되어서, 선소우선의 원칙에 의하여 먼저 진행되게 되고(브뤼셀 제1규정 제27조), 본안의 관할법원으로서 보전처분관할도 인정되어서(브뤼셀 제1규정 제31조) 그 법원이 내린 보전처분은 전 유럽연합(및 루가노조약 체결국) 내에서 승인되게 된다. 게다가, 후소가 계속된 법원은, 법률상 또는 사실상으로 선풍결에 대하여 쟁점효 내지 그 유사의 효력을 인정하게 될 수 있다. 정작 원고가 정정당당하게 손해를 효과적으로 전보받는 데에는 소홀하면서도, 원피고의 소송전술상으로는 묘한 견제와 균형을 이루고 있는 것이 Shevill 판례 하에서의 법상태이다.

이러한 규율에 의해서는 쌍방의 이익이 적절히 규율되고 있다고 보기는 어렵고, 원피고의 이익의 총합의 극대화가 달성되고 있다고 보기 어렵다. 관할법상 이익을 적절히 고려하여 해결하고 있다고 보기 어렵기 때문이다. 따라서 비교법적 관점에서는 Shevill 판례에 의하여 고착된 법현실을 수동적으로 받아들이려고 하기보다는, 이에 대한 다양한 비판론에 초점을 맞추면서 명예훼손 내지 인격침해의 불법행위지관할에 대해서도 만족스러운 규율체계를 갖출 수 있도록 노력할 필요가 있다.

유럽대법원의 판례만을 보면, 명예훼손 사건에서의 불법행위지관할법은 아직까지 입법적인 개선 없이 Shevill 판례의 단계에 머물러 있다. 해석상 불분명한 논점들이 충분히 명쾌하게 정리되지 못하고 이익형량에 있어서도 미흡한 면이 그대로 남아 있다. 즉, 한편으로는 원고 피해자에게 법정쇼핑을 허용하고, 다른 한편으로는 피해자의 관할법상 보호필요성에 꼼꼼히 대응하여 주지 못하고 있다. 단지 인터넷 게시물에 의한 인격권침해 사건에서 Shevill 판례를 약간 수정하여 채택하고 있을 뿐이다.

이러한 교착상태가 유지되는 이유는 명예훼손 사건에서의 당사자의 이해관계와, 그와 종종 결부된 변호사들의 입장이 대립 속에서 평형을 이루고 있기 때문이라고 볼 수도 있다. 즉, 피해자와 그를 대리하는 변호사에게 어느 정도의 전략적 이득과 선택여지를 보장하여 주기도 하지만, 원고의 법정지쇼핑의 가능성은 절충적 형태로나마 제한받고 있다. 특히, 원고가 행동지 아닌 자신의 주소지에서 제소할 경우에 받을 수 있는 손해배상의 범위가 그 국가의 영토내에서 발생한 손해로 제한된다.

4. 부연 : 관련재판적과의 관계

브뤼셀 제1규정 제28조 제2항은 동일당사자간에, 객관적으로 관련된(그 관련서의 의미는 동조 제3항에서 정의함) 청구에 대하여, 국제적 이중소송의 맥락에서 규정을 두고 있다. 즉, 먼저 소송계속된 회원국 법원이 동일당사자간의 A사건과 B사건에 대하여 관할을 갖고, 그 국가의 소송법상 A·B 사건의 병합도 가능하다면, 설사 그 법원에 A사건만 먼저 소송계속되었고 B사건은 그 후 타 회원국 법원에 먼저 소송계속되었다 하더라도, 후자의 법원도 당사자의 신청에 의하여 B사건에 대하여 관할없음을 선고하여야 한다. 그러나 제28조 제2항은 객관적 관련사건재판적 자체를 긍정하는 규정은 아니다.

그리고 그런 내용의 일반적인 규정은 브뤼셀 제1규정(브뤼셀조약도 마찬가지)내에는 존재하지 않는다. 오히려 브뤼셀 제1규정은 기본적으로는 관련사건관할을 배제하는 입장이다. 피고가 동일하다 하더라도, 청구권기초간의 관련이 아무리 밀접하든 묻지 않고 관련재판적은 인정하지 않는 것이 브뤼셀 제1규정의 태도이다. 브뤼셀 제1규정은 분쟁의 일회적 해결, 즉 원고의 일회적 구제의 가능성을 인정한다는 점만으로는 관련재판적을 인정하기에 충분하지 못하고 보는 태도이다. 관련사건의 소송상 병합의 요건에 비하여 관련재판적(관련사건관할)의 요건은 한층 더 엄격하다. 그래서 관련사건관할은 예외적으로만 인정한다. 그러한 예 중 하나로써, 피고 1인의 보통재판적 있는 국가에서는 타 피고에 대한 관련사건에 대하여 관련재판적이 인정된다(제6조 제1호). 그 국가에서는 전자의 피고에 대해서는 일반관할을 가지므로, 그에 대한 (청구권기초 간에 관련이 있든 없든) 브뤼셀 제1규정의 사항적 적용범위에 속하는 모든 청구에 대하여 관할을 가짐은 물론이다.

인격권침해의 결과발생지관할만이 인정되는 국가(A국)의 법원은 그곳에서 발생한 손해에 제한하여서만 국제관할을 갖는다. 나머지 손해에 관련해서는 국제관할이 없다. 그래서, 타 국가에서 발생한 손해의 배상청구는 단일사건의 일부로서 A국이 국제관할을 갖는 부분과 (제27조 제3항, 제28조 제3항이 말하는 식의) 충분한 관련성을 갖지만, A국 법원은 타국에서 발생한 손해에 관해서는 불법행위지관할을 갖지 않으므로, A국이 제28조 제2항의 혜택을 받을 길도 없다. 그래서, Shevill 판례에 의하여 생겨난 결과발생지관할의 파편화는 극복될 방법이 거의 없다.⁸⁹⁾

물론 어느 정도는 이것이 반소관할에 의하여 극복될 가능성은 있다. 만약 예컨

89) Ginsburg, 전계보고서(주 72), p. 19도 이 점을 지적한다.

대 제5조 제3호를 충족하는 일차적 결과발생지가 A, B, C 3국에 걸치는 산포적 불법행위 사안에서, 피해자가 A국에서 가해자를 상대로 손해배상청구의 소를 제기하고, 가해자가 B국과 C국에서 발생한 손해와 관련하여 A국 법원에 손해배상책임부존재확인청구의 반소를 제기한다면, A국 법원은 A, B, C국에서 발생한 손해 모두에 대하여 국제관할을 갖게 될 것이다.⁹⁰⁾ 이에 의하여 원고가 스스로 선택한 A국에서 A, B, C국 발생 손해 전부에 대한 배상판결을 받지는 못한다. 그러나 그 전체 손해와 관련하여 피고의 책임의 존재를 긍정받는 판결을 얻을 길이 열린다. 다만, 문제는 피고가 이처럼 원고에게 이익이 되는 소송전술을 즐겨 채택할 리는 없다는 점이다. 원고가 A, B, C국 중에서 A국을 선택한 것은 그곳이 그에게 유리하기 때문이었을 것이다. 그것이 사실이라면 피고가 원고에게 유리한 A국에 분쟁의 나머지 집중시킬 유인은 그만큼 적을 것이다.

그러나 이처럼 위와 같은 반소관할이 실제 사건에서 구현될 가능성이 희박하다 하더라도, 상술한 바와 같은 산포적 불법행위에서의 분열적 결과발생지관할들에 대한 제6조 제3호의 적용론은, 이에서 한걸음 더 나아가 객관적 관련사건관할을 인정하는 방향으로도 나아갈 수 있지 않겠는가 라는 문제제기를 도와줄 만한 여지는 있다. 즉, 이런 의미의 제6조 제3호를 객관적 관련사건재판적에도 “유추”적용할 수 있지 않겠느냐는 것이다. 이는 아래와 같이 입론할 수 있다. 즉, 위에서 든 사례에서, 만약 본소원고가 A국 발생 손해를 A국 법원에 제소하고, 본소피고 1이 B국 발생 손해에 관하여 A국 법원에 반소제기하고(불법행위책임부존재확인청구), 이에 대하여 다시 본소원고가 본소피고 1에 대하여 B, C국 발생 손해에 관하여 A국의 그 법원에 재반소를 제기한다면, A국 법원은 A, B, C국 발생 손해 모두에 대하여 관할을 갖게 된다. 그렇다면, 아예 처음부터 제6조 제3호의 의미의 ‘동일사안성’이 인정되는 한, 원고가 A, B, C국 발생손해 전부에 대하여 A국에 소제기할 수는 없겠느냐는 것이다.

그러나 이에 대해서는 반론이 유력할 것이다. 그런 해석시도는 제6조 제3호의 유추적용론에 해당하는데, 브뤼셀법에서 일반관할이 원칙적 관할의 지위로 높여져 있음에 비추어 볼 때, 특별관할규칙의 유추적용에 의한 특별관할의 확대는 브뤼셀

90) Shevill 판례에 의하여 결과발생지관할이 과편화되더라도 이는 하나의 산포적 불법행위가 여러개의 결과발생지에 배분적으로 연결될 수 있게 하는 것 뿐이지, 그 산포적 불법행위가 여러개의 사안(사실관계)(Sachverhalt)들로 분열되는 것은 아니라고 생각된다. 따라서 제5조 제3호에서 “동일한……사안(Sachverhalt)”에 기한 반소라는 표현은, ‘동일한 불법행위’에 기한, 타 결과발생지에서 발생한 손해에 관한 반소도 포섭한다고 해석할 수 있을 듯하다.

법상 금지되어 있다고 볼 수 있기 때문이다. 게다가, 그런 해석시도는 결국 Shevill 판례의 결과발생지 과편화론을 정면에서 무력화시키는 것이어서 받아들여질 수 없다는 비판도 가능할 것으로 생각된다.

결국 제5조 제3호의 결과발생지를 해석하는 작업 내에서 해결책을 찾는 것이 정도일 것이다. 즉, 반소관할의 기준보다도 훨씬 엄격하다고 할 정도로 결과발생지법원의 관할을 제한시키고 그런 틀 속에 묶어 두려고 하는 Shevill 판례의 사고방식 자체가 제5조 제3호의 무리한 축소해석이 아니냐 라는 문제제기를 하여, 결과발생지관할의 사항적 효력범위의 제한론에 대하여 이의를 제기하는 것이 바람직한 형태의 문제제기 방법일 것이다.

IV. 결어

브뤼셀조약과 그 후신인 브뤼셀 제1규정은 제5조 제3호에서 불법행위지관할을 규정하고 있지만 불법행위지에 대한 정의규정은 두고 있지 않다. 行動地(加害行爲地)와 結果發生地가 모두 포함된다는 점은 유럽대법원도 일찍이 확인하였으나, 결과발생지가 복수로 존재하는 산포적 명예훼손 사건에서 결과발생지를 어떤 기준에 따라 확정할지, 그리고 복수의 결과발생지들을 어떻게 취급할지는 해석에 맡겨져 있다.

Shevill 판례가 결과발생지관할의 사항적 범위를 제한적으로 해석한 것은 피고주 소지원칙을 강화하는 입장으로 볼 수 있다. 그러나 이 판례는 원피고간의 이익형량상 문제가 있음이 학설상 지적되고 있다. Shevill 판례 자체가 폐기 내지 변형되어야 한다는 학설도 유력하지만 이러한 입법론은 유럽공동체가 당사자가 될 국제조약의 입법론으로 미루어지고 있는 듯하다. 따라서 다수의 학설은 유럽대법원에 의한 판례변경을 기다리기보다, 위 판례를 수용하되 출판물에 의한 인격권 침해로 그 타당범위가 한정되는 것으로 해석하려고 한다. 한편, 지적재산권 침해 등 기타의 불법행위유형에 관해서는 오히려 관할의 집중을 모색하는 쪽으로 견해가 수렴되고 있다.

특히 주목할 만한 최근의 발전은, 유럽대법원이 2011년 10월에 실시한 eDate Advertising, MGN 판결이다. 이 판결에서는 인터넷상 게시물에 의한 산포적 명예훼손의 경우에는 인격적 법익 보유자인 피해자의 이익 중심지에도 전 손해에 대한 결과발생지관할을 인정하는 것으로 해석하여 Shevill 판례를 해당 사안유형에 관하

여 수정하고 있다. 이것은 종이출판물을 포함하여 산포적 명예훼손 일반에 관하여 Shevill 판례를 수정하지는 않았지만, Shevill 판례의 해석론에 대한 유럽대법원 내의 평가가 어떠한지를 보여주며, 향후 유럽연합의 판례와 입법이 나아가갈 방향을 시사하는 것이기도 하다. 즉, 산포적 불법행위에서의 불법행위지관할규칙에 대한 Shevill 판례의 해석론에 의하여 결과발생지관할의 분열이 일어나는 데 대해서는, 피해자가 자신의 이익중심지에서 전 손해에 대한 구제를 구할 수 있도록 하는 길을 추가로 인정하는 것으로 충분하다고 보되, 기존의 Shevill 판례를 수정할지 말지는 향후의 과제로 남겨둔다는 것이 유럽대법원의 입장인 것으로 보인다.

이처럼 산포적 불법행위에 경우에, 모든 일차적 손해발생지에 결과발생지관할을 인정하되 그 사항적 포섭범위를 해당 법역 내에서 발생한 손해에 한정시키고, 이에 그치지 않고 나아가 피해자에게 상대적으로 용이하게 접근가능한 곳에서 피해자가 전 손해에 대한 구제를 받을 수 있도록 하여 주어야 한다는 사고방식은 유럽의 학계가 지적재산권 침해 사건에 대한 국제관할법의 향후 발전방향을 논의함에 있어서도 나타나고 있다. 즉, 예컨대 독일의 막스플랑크 비교사법·국제사법연구소와 막스플랑크 지적재산권법연구소가 공동으로 주최하여 유럽의 법학자들을 모아 마련한 국제지적재산권법원칙(Conflict of Laws in Intellectual Property: 약칭 CLIP)을 보면, 지적재산권 침해 사건에서도 마찬가지로 모든 결과발생지에 대하여 현지에서 발생한 손해에 대한 관할을 인정하고 또한 피해자의 접근이 용이한 일정한 장소(국가)에서는 동일한 생활관계를 구성하는 불법행위(들) 전체에 대한 국제재판관할을 인정하여야 한다고 한다. 즉, 산포적 불법행위(들)에 대하여 소위 모자이크식 해결방법을 채택하되 피해자가 일괄적 구제를 받을 수 있는 장소를 피해자에 장소적으로 유리한 쪽에도 한 군데 정도는 인정한다는 것이 산포적 불법행위에서의 불법행위지관할을 해석하고 입법하는 데 대한 모종의 밑그림이 되고 있다.

한국의 국제재판관할법을 해석하고 또한 입법적으로 개선함에 있어서도 유럽에서의 법상황의 전개와 그에 대한 학설상의 논쟁, 입법적 해결시도 등을 주의깊게 고찰할 필요가 있다. 그러나 Shevill 판례에 대한 유럽 내의 학설상 평가를 참고할 때, Shevill 판례가 불법행위지관할에 관하여 일반적으로 모범이 되는 법리를 실시한 것으로 보기는 어렵다.

또한, 한국에서의 해석론이나 입법론의 전개에 있어서는, 유럽에서의 위와 같은 해석론과 입법론의 전개가 전세계적인 의견일치나 의견조율을 의미하는 것은 아니라는 점에도 유의하여야 한다. 미국의 국제재판관할법은 역내관할(intraterritorial

jurisdiction)과 역외관할(extraterritorial jurisdiction)을 대비시키면서, 기본적으로는 전자만이 인정될 수 있는 것이지만, 피고의 역내 활동이 상당한 정도에 이르렀을 때에는 그곳이 피고의 주소지가 아니라 하더라도 국제·주재재판관할을 인정할 수 있다는 사고방식에 따라, 사안유형을 세분화하면서 나름대로 정교하게 발달되어 왔다. 유럽에서 국제재판관할법이 통일된 형태로 역동적으로 발달하고 있는 모습은 한국법에 대해서도 호소력이 큰 것이지만, 미국 국제재판관할법의 장점과 잠재력도 무시할 수 없는 것이다. 따라서 한국법의 해석상 한국 국제사법 제2조가 제시하는 판단요령(법발견요령)에 따라 (브뤼셀 국제재판관할법식으로) 불법행위지관할규칙을 인정하는 것이 타당함에도 불구하고, 그 구체적 내용을 판단함에 있어서는 미국식의 요소도 가미될 여지는 있다. 특히, 이 글에서 다룬 산포적 명예훼손에 관하여 Shevill 판례를 기본적으로 따르기로 한다면, 피해자가 가해자의 주소지(보통재판적 소재지)나 (구체적 사건에서 종종 행동지로 판단되는) 거소지 내지 사무소·영업소 소재지에 소재하지 않으면서도 전 손해를 구제받을 수 있게끔 하는 합리적 방법이 있다면 그것은 무엇인지를 밝히고, 이에 따라 Shevill 판례를 적절히 수정보완할 필요가 있을 것이다. 또한 이 때 미국의 판례는 산포적 불법행위의 경우에 원고재판적 성격이 있는 불법행위 사건의 특별관할을 어떤 요건 하에서 어떤 곳에 인정하는지를 참고하여 한국법의 해석과 입법에 반영시킬 여지가 있을 것이다. 이 때 헤이그국제사법회의의 1999년 초안이 참고될 수 있겠지만, 그것은 브뤼셀법과 달리 국제재판관할법을 남김없이 규정하는 것이 아니므로, 그것에만 의지할 것은 아니다.

결국, 명예훼손사건의 국제재판관할에 관하여 한국법의 입법론과 해석론을 논의함에 있어서는 출발점으로 돌아가 특별관할의 존재이유와 불법행위지관할의 존재이유를 생각하고, 다양한 접근방법의 가능성을 다시 숙고할 필요가 있다. 그래서 행동지관할을 기본원칙으로 할지, 결과발생지관할을 기본원칙으로 할지, 아니면 양자를 대등하게 병용하는 것을 기본입장으로 할지부터 생각하여 보아야 한다. 그리고 결과발생지관할에 관해서는, 결과발생지관할의 사항적 타당범위를 제한하여 지역적으로 관할을 분열시키는 Shevill 식 접근방법이 좀 더 타당한지, 아니면 법적개념으로서의 결과발생지 개념을 엄격히 하여 중요한 결과발생지만을 결과발생지로 인정하는 접근방법이 좀 더 타당한지 검토하여야 한다. 전자 식으로 접근할 경우에는, Shevill 판례처럼 그러한 결과발생지관할의 분열을 감수하여야 한다고 할지, 아니면 eDate/MGN 판례처럼 일정한 결과발생지에서는 전 손해의 배상청구를

할 수 있다고 할지, 결과발생지관할의 분열을 객관적 관련사건관할(정확히 표현하면 동일 당사자간 관련사건관할)에 의하여 어느 정도까지 극복할 수 있는 것인지,⁹¹⁾ 기타의 대안은 없는지 검토할 필요가 있을 것이다. 또 후자 식으로 접근할 경우에는 관할법적으로 중요한 결과발생지를 가려내는 기준을 어떻게 정할 것인지 비교법적 검토를 하면서 논의할 필요가 있을 것이다.

(논문접수일 : 2013.01.22, 심사개시일 : 2013.02.25, 게재확정일 : 2013.03.20)



▶ 장준혁

국제재판관할(international jurisdiction), 산포적 불법행위(diffusive tort) 가해행위지(place of wrongful behavior), 결과발생지(place of harm), 셰빌 사건(Shevill case), 브뤼셀 제1규정(Brussels I Regulation)

91) 한국에서의 논의를 보면 Shevill 판례가 유럽에서 워낙 확립되어 있고 널리 주목받고 있으므로 한국법의 해석에 있어서도 이를 따라야 한다는 목소리를 자주 접하게 된다. 그러나 한국의 판례상으로는 아주 분명하지는 않지만—국제재판관할로서의 객관적 관련사건관할(정확히 표현하면 동일 당사자간 관련사건 관할)을 비교적 관대한 요건 하에 인정하는 태도에 가까와 보인다. 대법원 2003. 9. 26. 선고 2003다29555 판결, 대법원 2005. 1. 27. 선고 2002다59788 판결 참조. 이러한 태도에 따른다면, 하나하나의 결과발생지국은 타 국가에서 발생한 손해의 배상청구에 대해서도 객관적 관련사건을 쉽게 가질 수 있을 것이다. 따라서 Shevill 판례의 해석론을 한국법의 해석론으로서 도입한다 하더라도, 한국 국제재판관할법상의 객관적 관련사건관할의 인정 요건을 획기적으로 엄격하게 해석하지 않는 한, Shevill 판례의 핵심인 결과발생지관할의 사항적 타당범위 제한론은 한국 국제재판관할법 내에서는 실제적 의미를 가지지 못하게 될 것이다. 과연 위 견해가 이 점을 직시하면서 Shevill 판례의 채택을 주장하고 있는 것인지 의문이다.

Abstract

Place of Tort Jurisdiction in Defamation under the Brussels I Regulation

Jang, Junhyok

Article 5(3) of the Brussels I Regulation and the Brussels Convention provides for special jurisdiction of the courts of the place of tort. The case law of the European Court of Justice has interpreted this connecting factor to include both place of wrongful behavior and place of harm. This basic position appears similar to and was apparently influenced by the autonomous German law as understood by the German case law and academics, which begins with the ubiquity principle.

However, the ECJ went on a somewhat different path, unknown to autonomous German law, when it was presented with a diffusive tort. The ECJ held in *Shevill v Presse Alliance* (1995) that the jurisdiction of courts in the place of harm covers only the harm inflicted there and nowhere else. The most important rationale for such interpretation was essentially that a doubt in interpretation should be solved in the defendant's favor. This holding makes sense, especially in view of the conspicuous policy shift in the balancing of interests made by the European legislator. However, this reasoning effectively leaves unanswered where the balance should ideally be struck between both parties' interests.

Shevill case presented a clear formula for determining jurisdiction in defamation cases in interpreting tort jurisdiction under the Brussels regime. It applies generally to defamation through printed matters, regardless of

how diffusively the effect was perceived. However, Shevill criteria cannot be understood as an ideal solution which would be universally recommendable for all other legislators. There are both approvals and criticisms over Shevill decision in and outside Europe. Perhaps the majority of legal literature in German-speaking jurisdictions tends to evaluate Shevill criteria positively, in that the ECJ strived to develop an autonomous standard for the Brussels regime that could balance both parties' interests in the Brussels regime's own way. However, some influential writers doubt whether Shevill solution is a functional one.

Some German scholars criticize Shevill criteria for unduly curtailing the victim's interests in international civil procedure law. Most importantly, tort victims have not voluntarily chosen to be a party to an international dispute themselves and get involved with an internationally active mass media. Moreover, as Professor Schack points out, an unlimited jurisdiction at the place of harm will have a positive side-effect of inducing more caution from the press.

On the other hand, others criticize Shevill criteria for failing to put a due limitation on the victim's choice and effectively allowing for the victim's forum shopping. Shevill criteria still allows the victim to sue in a place where any minor effect was felt, including England which is a particularly attractive venue for libel victims. A lawsuit in a place of minor harm will create a significant burden for tortfeasors, because tortfeasors will still be required to defend a lawsuit there.

It was in the background of this debate that the ECJ came up with a modification of Shevill criteria for internet defamation in eDate and MGN cases.

An overview of Shevill case and its scholarly evaluation offers an invaluable perspective in understanding the problems of Korean case law and legal writings and anticipating future directions of Korean law of international jurisdiction. Korean case law has illustrates a tendency that is different from Shevill case law. In the Supreme Court judgement of Sep.

26, 2003, 2003da2955, an ex-Congressman domiciled in Korea sued his own political party in a California court for posting a defamatory public announcement in its internet home page. The Supreme Court ruled that California failed to qualify as a place of tort, although the defendant's public announcement was accessible in California and remained posted in the defendant's home page when the plaintiff went to California and resided there as a visiting researcher. This ruling effectively adopted a strict test in identifying a place of harm, which appears to be in line with the general tendency of Korean case law that is under a strong influence of the territorialism-minded American law of jurisdiction. On the other hand, one may also notice a tendency among Korean scholars to accept Shevill case law as an undisputably sound solution and focus on its common features with the target theory of American case law.

The two tendencies, one from earlier case law and the other from Korean academics, are clearly not in accord, although the Korean academia does not appear to be sufficiently aware of this difference. It is submitted that an analysis of Shevill case in this paper has revealed the importance of distinguishing the two different approaches to tort jurisdiction in diffusive tort. Shevill solution upholds tort jurisdiction in each place of initial damage, but limits the material scope of this jurisdiction. The ECJ was apparently satisfied with this solution, in terms of proper balance between parties' interests, and therefore has not seen any serious need to apply a strict test in identifying place of harm. In the opposite, the Korean Supreme Court initiated with a stringent test in identifying place of harm, and therefore felt no need to adopt Shevill-modeled restriction on the material scope of the jurisdiction in the place of harm. Therefore, Korean legal academia cannot blindly remain satisfied with a coincident cohabitation of the Korean Supreme Court precedent and the willingness to accept Shevill criteria, because this may be an excessive limitation on jurisdiction in the place of harm. In discussing future directions of Korean law, either in interpreting current

Korean law and discussing a possible legislation, it is necessary to engage in a serious interest analysis before deciding whether to continue to pursue the line of the Korean Supreme Court or to shift to Shevill jurisprudence as the basic position, and what kind of modification or a compromise could be attempted that could accommodate the two approaches.

수강명령제도의 형사제재로서의 역할에 대한 소고

김 재 희*

I. 들어가는 글	4. 수강명령의 기대효과
II. 수강명령의 의의와 법적 성질	5. 회복적 제재로서 수강명령
1. 수강명령의 의미	IV. 수강명령 확대가능성에 대한 검토
2. 수강명령의 법적 성격	1. 수강명령 대상범위의 확대
III. 수강명령의 운용현황과 회복적 제재로서의 기대효과	- 선고유예제도와 결합에 신중한 요구
1. 수강명령의 대상유형 및 근거법률	2. 처우의 개별화와 전문인력의 확보
2. 수강명령의 집행절차와 집행분야별 현황	및 재범률 분석 등 사후조치의 보완
3. 수강명령 준수위반에 대한 제재조치 및 현황	3. 수강명령의 필요적 보호관찰부과
	V. 나오는 글

I. 들어가는 글

형법학에서 말하는 ‘형사제재’란 일반적으로 형사절차에서 위법한 행위를 한 행위에 대하여 책임을 상쇄하거나 범죄를 예방하기 위하여 법적인 손실을 부담시키는 국가적 처분의 총체¹⁾로, 크게 시설내제재와 사회내제재로 나뉜다.

그런데 형사제재로서 시설내처우의 문제점과 한계가 부각되면서 전통적 자유형에 대한 비판과 함께 사회내처우에 대한 관심과 형사제재로써 활용성함양에 대한 논의가 활발해지고 있다. 물론 형사제재로서 시설내처우의 지위와 중요성이 부정되는 것은 아니지만 형사정책의 동향은 시설내처우에서 사회내처우로, 범죄자의 처우는 가능한 한 폐쇄적인 시설을 쓰지 않고 사회내에서 행하는 것이 바람직한 것이라는 인식이 강화되고 있다.

그러나 최근 사회내처우를 받은 범죄자에 의한 흉악사건의 발생이나 피해자운동이 강해지면서 일반국민의 사회내처우에 대한 신뢰감이 흔들리기 시작하였으며, 사회내처우의 본질을 재정립하는 기운이 세계적으로도 높아지고 있다.²⁾ 우리나라

* 성균관대학교 법학연구소 선임연구원, 법학박사.

1) Franz Streng, Strafrechtliche Sanktion - Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 2. Aufl., Kohlhammer :Stuttgart Berlin Köln, 2002, S.1.

역시 이러한 움직임과 함께 기존의 사회내처우의 점검과 활성화를 위한 노력과 새로운 형사제재로서 사회내처우에 대한 논의들이 일어나고 있다.

현행 형사제재로서 사회내처우제도를 개별적으로 살펴보면 집행유예, 선고유예, 벌금형, 보호관찰, 사회봉사, 수강명령을 꼽을 수 있으며, 앞으로 사회내처우의 활용성을 고양하기 위한 노력들은 앞으로도 계속되어서 다양한 프로그램의 개발로 이어질 것으로 기대된다.

이중 수강명령은 사회봉사명령과 함께 집행유예를 부과하면서 보호관찰과 함께 또는 단독으로 부과하는 사회내처우로, 형벌이 위하력이나 예방적 효력으로 간접적 재범방지의 효력을 가는 것에 비하여 행위자의 범죄성향에 직접적으로 치료적 성격을 갖는 교육적 프로그램의 형태로 시행된다는 점에서 단순히 사회내처우의 장점뿐만 아니라 프로그램의 수강을 통하여 직접적 행동수정의 교육효과가 기대되는 제도이다. 그럼에도 불구하고, 사회내처우로서 수강명령활용을 위한 연구와 논의는 비교적 활발하지 못한 것도 사실이다. 예컨대 수강명령의 형사제재로서의 효과를 검토하기 위한 기준으로 수강명령 이수자에 대한 재범률의 통계자료도 존재하지 않고 있다. 이를 위하여 재범관련 등을 이유가 수강명령 부과와 집행불능의 사유가 되는 점을 들어 재범관련기준으로 집행불능사유 건수를 간접적 기준으로 검토해 보았다.³⁾ 또한 최근 활발한 연구가 진행 중인 피해자의 형사사법 패러다임의 포섭의 확대선상에서 회복적 제재로서 수강명령의 역할을 검토해보는 것도 의미가 있다고 본다.

따라서 본고는 처우의 최근동향에 발맞추어, 사회내처우의 하나인 수강명령의 활용성을 제고하는 방안으로, 먼저 수강명령의 의의와 수강명령이 지향하는 바를 확인하고, 수강명령불이행시 제재조치를 위한 전제로 수강명령의 법적 성격을 밝힌 후(Ⅱ), 2008년도부터 2012년 범죄백서 등 통계를 통한 현행 수강명령의 현황과 이에 대한 기대효과, 특히 또 회복적 제재로서 수강명령의 효력을 검토해 보고(Ⅲ), 수강명령의 확대가능성에 대한 검토와 제고방안을 제시(Ⅳ)해 보았다.

Ⅱ. 수강명령의 의의와 법적 성격

2) 守山 正, 安部哲夫 編著, 「ビギナーズ刑事政策」, 成文堂, 2008. 226項.

3) 통계자료는 최근 5년(2009년 ~ 2013년) 발간된 자료들을 종합하여 2007년도~2011년도의 사건들을 대상으로 하였다.

1. 수강명령의 의의

수강명령(Attendance center order)은 유죄가 인정된 범죄인 또는 비행소년을 교화·개선하기 위하여 일정한 강의나 교육을 받도록 명하는 것에서 출발하였다. 그 목적은 경미한 범죄자에 대하여 심성을 개발하고 올바른 가치관을 심어주며, 성행을 교정하여 사회에 정상적으로 복귀할 수 있도록 촉진하는데 있다고 보는 견해가 일반적이다.⁴⁾ 수강명령은 자신의 범죄성향을 인식하지 못하고 반복하여 범죄를 행할 우려가 높아 처벌과 치료가 반드시 병행되어야 하는 범죄자에 대한 강제처분이다.⁵⁾ 비행성이 낮은 범죄자들에 대해 일정한 기간 내에 지정된 장소인 수강센터에 출석하여 주로 강의, 체험학습, 심신훈련, 봉사활동 등 범죄성 개선을 위한 교육을 받도록 명하는 것(수강명령집행 준칙 제2조 제1호)으로, 특히 단기간 동안 강한 충격을 받도록 하자는 취지에서 창안된 제도이다. 수강명령의 효력은 형벌에 유사한 조치로서 불법을 행위한 자에 대하여 불법을 상쇄시키기 위한 것과 장래에 범죄행위를 하지 않도록 재범의 방지에 중점을 둔 것으로 나눌 수 있다.⁶⁾

수강명령은 연혁은 단기구금형의 폐해를 방지하기 위해 1988년 소년법개정으로 최초로 도입되었다. 소년에 대한 수강명령제도의 장점이 긍정적 평가를 받아 그 후 1995년 개정형법에 의하여 성인범에게도 사회봉사·수강명령제도가 본격적으로 시행될 수 있게 되었다. 동법이 발효된 1997년 7월부터 형의 집행유예를 하는 경우 수강명령을 명할 수 있으며(형법 제62조의 2), 보호관찰과 함께 또는 별개의 독립처분으로 법관이 부과할 수 있게 하였다.

2. 수강명령의 법적 성격

형법상의 사회내처우 규정을 살펴보면, 수강명령은 집행유예를 선고할 때, 보호관찰과 함께 또는 수강명령 단독으로 부과할 수 있다(형법 제62조의2).

수강명령은 집행유예와 동시에 명하는 것과 성범죄의 경우 선고유예시에 부과되는 경우⁷⁾, 소년법의 제2호, 제3호처분(소년법 제32조 제1항)의 수강명령(소년법 제

4) 그러나 수강명령도 다른 사회내처우들과 같이 국가의 형벌체계에 따라 그 법적 성질이 다르고, 국가마다의 형편에 따라 그 실정에 맞는 개념을 개발하여 활용하고 있기 때문에 한마디로 정의하기 어렵다고 한다. 송광섭, 「형사정책」, 유스티아누스, 1998. 577면.

5) 법무부, 「2006년 사회봉사명령·수강명령 집행분석집」, 법무부, 2007. 6면.

6) 수강명령의 다양한 프로그램유형 대한 보다 자세한 설명은 손동권/최영신, '수강명령프로그램의 운영실태와 개발방향', 형사정책연구원, 1998. 27~35면.

32조 제1항), 그리고 성폭력범죄자의 유죄판결에 재범예방에 필요한 경우에 수감 명령이 부과되기도 한다.⁸⁾

그런데 수감명령이라고 동일하게 명명하는 경우라도, 각각 그 법률상의 근거와 이념이 다르고, 그 법적 성격도 다르므로⁹⁾ 이들을 모두 하나로 포섭하여 논의하는 것은 매우 어렵고, 이에 대한 개선방안의 제시 또한 추상적이 되어 무의미해진다. 그러므로 본고에서는 형벌에 대응하는 형사제재로서 사회내처우의 활용성을 높이려는 방안으로, 특히 ‘수감명령’의 활용성을 높이고자 하는 점에서, 성년범의 수감 명령으로 그 범위를 좁혀 논의하고자 한다.

먼저 유죄가 인정된 수감명령의 법적 성질을 조교하고, 수감명령의 제재적 성격으로부터 그 집행의 강제력 등을 확인 하는 것 또한 그 활용성을 함양하는 방안이 될 것이다. 수감명령이 법적 성격에 대한 논의 중, 첫째로 유예제도와 결부된 보호관찰 등을 형벌집행의 변형으로 보는 견해¹⁰⁾는 범죄에 상응한 형사제재를 형벌과 보안처분으로 양분하면서 책임원칙 등의 한계상 형벌부과가 불가한 경우에 사회방위와 재범의 위험성을 방지하기 위해 보안처분이 부과되는 것으로 본다. 따라서 보호관찰(및 사회봉사, 수감명령)의 제도를 자유형의 변형, 즉 형벌집행의 변형으로 이해한다. 이 견해는 재판단계에서 선고·집행유예의 부과형으로 보호관찰 및 사회봉사·수감명령의 선고를 형집행단계상 시설내처우에 상응한 처우로 자유형집행의 변형으로 보며, 선고·집행유예는 항상 그 실효 및 취소사유가 법정화되어(형법 제61조, 제63조, 제64조, 제74조, 제75조) 조건부 집행되기 때문에 형사처벌의 성질이 여전히 남는다¹¹⁾는 것을 근거로 들고 있다.

그러나 이는 형법 제41조에서 규정하고 있는 9가지 형에 포함되는 형벌이 아니며¹²⁾, 보안처분이 아니므로 그것을 형벌과 동일하게 보기 어렵다. 특히 형벌과 보안처분은 독립적으로 부과되고 자유의 박탈 내지 제한을 내용으로 하는데 비하여,

7) 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제16조 제1항

8) 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제16조 제2조 내지 제6조, 제8조, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제13조, 「보호관찰 등에 관한 법률」 제51조 등.

9) 문정민, 전계논문, 64면, 주5.

10) 사회봉사명령을 형벌 특히 자유형의 변형으로 이해하는 견해로 신진규, “보호관찰제도 도입의 기본방향”, 「청소년범죄연구」(제6집), 법무부, 1998. 12면; 조대환, “현행 보호관찰제도의 문제점”, 「보호」(통권5호), 1997. 9. 13면; 차용석, “보호관찰제도의 효율적 시행방안”, 「청소년범죄연구」(제7집), 법무부, 1989. 10면.

11) 조대환, 전계논문, 13면 이하, 주11.

12) 이승호, “우리 나라 사회내처우의 향후 발전방향”, 「형사정책」(제8호), 1996. 112면.

수강명령의 여가시간 박탈정도를 자유형과 동일한 정도의 형벌이 변형된 것으로 보는 것도 무리가 있다.

둘째로, “개정 형법 제62조의2 제1항에 의하면 형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있고 같은 조 제2항은 제1항의 규정에 의한 보호관찰의 기간은 집행을 유예한 기간으로 하고, 다만 법원은 유예기간의 범위 내에서 보호관찰의 기간을 정할 수 있다고 규정하고 있다. 위 조항에 말하는 보호관찰은 형벌이 아니라 보안처분의 성격을 갖는 것으로서, 과거의 불법에 대한 책임에 기초하고 있는 제재가 아니라 장래의 위험성으로부터 행위자를 보호하고 사회를 방위하기 위한 합목적적인 조치이므로 그에 관하여 반드시 행위 이전에 규정되어 있어야 하는 것은 아니며 재판시의 규정에 의하여 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다고 본다. 이와 같은 해석이 형벌불소급의 원칙 내지 죄형법정주의에 위배되는 것이고 볼 수 없다.”고 판시한 대법원의 판례¹³⁾에 따르면, 보호관찰[사회봉사·수강명령]을 보안처분으로 보게 된다. 보호관찰을 선고유예·집행유예와 함께 부과하기도 하지만, 자유형의 형집행 종료 후에도 보호관찰을 하는 경우가 있으며, 그 집행 방법에도 큰 차이가 없으므로, 본질적인 부분도 이와 동일한 선상에 있다고 한다.¹⁴⁾ 이 견해에 따르면, 수강명령은 보호관찰과 병과 또는 독립적으로 부과할 수 있으나, 직접·간접으로 보호관찰과 관련되어 있어¹⁵⁾ 보호관찰과 법적 성질을 동일한 것으로 보아도 무방할 것이다.¹⁶⁾

그러나 수강명령은 대개 선고유예·집행유예를 선고할 때 동시에 부과하며, 형집행종료 후에 행하여지는 경우가 거의 없으나 보안처분은 형벌의 선고가 어려운 경우에 부과되나, 보호관찰·사회봉사·수강명령 등이 이러한 책임무능력자에 한하여 부과되는 처분은 아니어서, 보안처분으로 보기는 어렵다.

끝으로 수강명령은 형벌과도 구별되고 보안처분과도 구별되는 복합적 성격을 갖

13) 대판1997. 6. 13, 97도703

14) 이재상, 「사회보호법론」, 경문사, 1981. 176~177면; 배종대, 「형사정책」, 홍문사, 1999. 341면; 同旨 대판1997. 6. 13, 97도703.

15) 보호관찰이라고 할 때, 보호관찰과 함께 도입된 사회봉사명령, 수강명령 대하여 사회봉사명령이나 수강명령은 보호관찰집행의 한 형태로 보아 이들을 광의의 보호관찰집행에 포함시켜 보호관찰과 병과하는 것으로 보는 견해도 있다. 현재 법원은 재량으로 보호관찰과 별도로 사회봉사명령 또는 수강명령만을 선고하기도 한다. 따라서 보호관찰과 사회봉사, 수강명령은 별개의 제도로 보는 것이 타당할 것이다. 다만 보호관찰과 수강명령의 법적 성질에 대하여는 동일한 선상에서 이해하는 것은 크게 무리가 없다고 본다.

16) 문정민, “수강명령제도의 현황과 개선책”, 63면, 주5.

는 독자적인 제3의 형사제재로 보는 견해이다. 이 견해는 범죄자의 자유의 제한(여가시간의 박탈)과 강제노동(봉사활동)이라고 하는 자유형적 형벌요소와 특별예방적 요소를 모두 가지고 있다는 점에서 양자와 결합적 성격을 갖는, 그러나 양자와는 구분되는 제3의 형법적 제재수단으로 이해한다.¹⁷⁾

선고유예·집행유예는 책임원칙에 상응하는 형량을 일단 선고하므로 형벌 성질을 가지는 것으로 파악되며, 그 내용에 있어서 보호관찰관의 감시와 원호를 받는 것이기 때문에 사회 내에서 여전히 피고인의 자유를 일부 제한하겠다는 제재적 성격과 그의 재사회화 복귀에 적극적 도움을 주겠다는 사회원호조치(Maßregel der Sozialfürsorge)의 성격을 가지고 있다.¹⁸⁾ 그러나 수강명령은 형벌의 종류(형법 제41조)에서 규정하는 형벌은 아니며, 또 장래 위험성을 제거하기 위한 사회원호조치는 형벌부과가 불가하기 때문에 부과되는 것이 아니란 점에서 보안처분과도 구분된다고 한다.

형법상의 보호관찰명령은 자유형의 대체 또는 보완적 기능과 아울러 개별범죄인의 특성에 따른 구체적 특별예방적 기능도 수행하는 여러 작용의 가능성을 가진, 형벌과 보안처분과는 구별되는 제3의 독자적 형사제재로 보는 것이 타당하다.

즉 형법상 수강명령의 법적 성격은 책임원칙에 상응하는 형량을 집행유예부로 선고하므로 분명히 형벌의 성질을 가지는 것으로 파악되며, 그 내용에 있어서는 교육이수를 위한 여가시간의 박탈이 있으나, 여가시간의 박탈과 함께 일정한 노동력제공을 요구하는 사회봉사명령보다는 정도가 약하지만, 자유의 제한을 받게 된다고 평가된다. 아울러 유죄를 선고받은 자의 개별적 분류와 판단에 따른 교육은 재범방지에 직접적 효과를 피하는 부분이라는 점에서 특별예방적 성격도 갖는다.

그러므로 형법상 수강명령의 법적 성질 또한 제3의 독자적 형사제재로 평가할 수 있다.¹⁹⁾

17) 박영수, “한국 소년보호관찰제도의 운영실태 및 운영상의 문제점”, 「청소년범죄연구」(제9집), 법무부, 1991. 240~241면; 박미숙, “형사제재로서의 사회봉사명령의 의의와 전망”, 「형사법연구」, 한국형사법학회, 2002. 6. 97면; 황일호, “재판실무상의 사회봉사명령의 문제점과 개선방안”, 「교정연구」(제40호), 2008. 87면; 이태언, 「보호관찰법론」, 형설출판사, 1990. 14면; 김일수, “원상회복의 형사제재로서의 의미와 기능”, 「피해자학연구」, 제2호, 1993. 20면; 오영근, “보호관찰제도의 활성화방안”, 200면; 손동권/최영신, 「수강명령프로그램의 운영실태와 개발방향」, 형사정책연구원, 1998. 45면; 문정민, 전계논문, 64면, 주5; 박상진, 전계논문, 391면, 주13.

18) 손동권/최영신, 전계논문, 44~45면, 주17.

19) 김재희, “독립된 제재수단으로 사회봉사명령 활용의 제고방안”, 「홍익법학」(제12권 제1호), 2011. 435면 이하.

Ⅲ. 수강명령의 시행현황과 효력

1. 수강명령의 대상유형 및 근거법률

현행 수강명령이 행하여지고 있는 그 대상과 수강명령의 유형(프로그램)을 먼저 검토해보겠다. 수강명령의 대상자에 대하여는 대법원 예규²⁰⁾에서 이를 규정하고 있다.

동 예규상의 수강명령 대상자유형(제5조 제3호)은,

- (1) 본드·부탄가스를 흡입하는 등 약물남용범죄를 저지른 경우 또는 마약범죄를 범한 경우
- (2) 알코올 중독으로 인한 범죄를 범한 경우
- (3) 심리·정서상의 특이한 문제와 결합된 범죄(성범죄 등)를 범한 자로서 적절한 프로그램을 통하여 치료를 받을 필요가 있는 경우
- (4) 기타 수강명령을 부과하는 것이 적절하다고 판단되는 경우

이처럼 수강명령은 동 예규 제5조 제3호의 (4)에 의해 예시적으로 대상자를 나열하고 있다. 그럼에도 불구하고 실무상의 활용성은 동 예규상 대상자의 범외의의 경우에는 많이 활용되고 있지 않는 것으로 보인다. 구체적으로 수강명령이 부과된 죄명별 최근현황을 보면, 특히 수강명령이 선고되는 죄명 중 가장 많은 비율을 차지하는 것은 교통사범, 그 다음은 폭력사범인 것으로 나타나며, 그 순위의 변동도 거의 일어나고 있지 않다. 수강명령이 준법의식의 고취, 범죄해악성자각, 심성개발과 자아확립, 사회적응력배양 등을 목적으로 하는 점에서 교통사범²¹⁾과 폭력사범 등에게 주로 부과되는 것으로 보인다.

수강명령을 부과할 수 있는 근거법률을 보면, ‘형법(제62조의2)’, ‘가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(제40조 제1항 제4호, 제41조, 제45조 제2항)’, ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(제16조 제2항)’, ‘성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률(제14조 내지 제16호)’, ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(구 청소년 성보호에 관한 법률, 제32조)²²⁾의 시행령²³⁾(제6조, 제6조의 2), ‘소년법(제33조)’의

20) ‘보호관찰 및 사회봉사명령등에 관한 예규’(재형 2003-9), 재판예규제1236호. 제5조 제3호. 대법원예규란 대법원이 내부 사무에 관한 기준을 보이기 위하여 정한 규칙으로 단순한 지침과는 달리 법적 효력을 갖는다.

21) 특히 교통사범의 준법의식 배양 등을 위한 수강명령의 효과에 대한 연구로는 박성수, “음주교통사범 수강명령의 효과에 관한 연구”, 「한국공안학회회보」(제28호), 한국공안학회, 2007.

규정이 있으며, 수강명령을 비롯한 사회내제재의 시행을 위해 ‘보호관찰 등에 관한 법률’을 두어 구체적인 시행에 관하여 규정하고 있다. 구체적 시행현황을 소년범과 성인의 경우로 나누어 보면, 소년범의 경우 역시 소년법의 적용이 가장 높았으며, 최근 들어 증가하는 추세이다. 성년범의 경우 형법의 적용이 가장 많았으며, 가정 폭력에 대한 적용도 증가추세로 그 다음을 차지하고 있는 것으로 나타났다.²⁴⁾

표-1 <수강명령의 근거법률별 실시현황²⁵⁾>

		2007년	2008년	2009년	2010년	2011년
계		16,293(100.0)	22,083 (100)	25,888 (100)	24,275(100)	24,882(100)
소년	소 계	3,970(24.4)	7,304 (33.1)	12,435 (48.0)	12,242(50.4)	12,980(52.2)
	형 법	118(0.7)	147 (0.7)	142 (0.5)	128(0.5)	81(0.3)
	소년법	3,819(23.4)	7,108 (32.2)	12,209 (47.2)	12,049(49.6)	12,841(51.6)
	성폭범	26(0.2)	36 (0.2)	66 (0.3)	55(0.2)	36(0.1)
	가폭범	1(0.0)	2 (0.0)	3 (0)	2(0)	-
	성매매범	6(0.0)	11 (0.0)	15 (0.1)	4(0)	3(0)
	아·창법	-	-	-	4(0)	19(0.1)
성인	소 계	12,323(75.6)	14,779 (66.9)	13,453 (52.2)	12,033(100)	11,902(47.8)
	형 법	11,168(68.5)	13,262 (60.0)	11,774 (45.5)	10,593(43.6)	10,255(41.2)
	성폭범	234(1.4)	234 (1.1)	233 (0.9)	248(1.0)	525(2.1)
	가폭범	759(4.7)	1,012 (4.6)	1,137 (4.4)	853(3.5)	600(2.4)

22) 「청소년의 성보호에 관한 법률」을 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」로 개정하여 아동도 이 법에 따른 보호대상임을 명확히 하고, 아동·청소년을 대상으로 한 유사 성교 행위 및 성매수 유인행위 처벌 규정을 신설하며, 성범죄 피해자 및 보호자에 대한 합의 강요행위를 처벌하는 규정을 신설하도록 하여 아동·청소년의 성보호를 더욱 강화하게 되었다.

23) 대통령령 제24102호, 2012. 9. 14, 시행 2012.9.16.

24) 범죄백서의 통계는 전체 수강명령을 대상으로 하여 통계를 환산한 것으로, 본고에서 논의의 대상으로 하는 형벌대응적 수강명령만을 대상으로 하고 있지는 않다(광의의 수강명령). 그러나 그 개괄적 현황을 살펴보면, 2009년도의 현황은 교통사범이 감소한 반면, 다른 사범들은 전체적으로 소폭 증가하였다. 특히 절도사범의 수가 2008년 대비 대폭증가한 것이 눈에 띈다. 수강명령 대상자의 경우 전체 대상자 23,374명 중 교통사범, 폭력사범, 절도사범, 성폭력사범 순으로 비율을 차지하고 있다.

성매매법	162(1.0)	271 (1.2)	309 (1.2)	269(1.1)	120(0.5)
아청법	-	-	-	70(0.3)	402(1.6)

2. 수강명령의 집행절차와 집행분야별 현황

위 수강명령의 일반적 강의내용 유형은 대상자의 범죄내용에 따라 주로 약물·마약·알코올치료 강의(약물 등의 오·남용 방지교육), 준법운전강의, 정신·심리치료강의, 가정폭력방지교육 등으로 하고 있다. ‘보호관찰 및 사회봉사명령 등에 관한 예규’²⁶⁾는 수강명령의 그 결정주문 등을 예시하고 있다(동법 제7조 제1항 3호, 동조 제2항)²⁷⁾.

수강명령의 집행분야별 현황을 보면, 수강명령의 대상자들이 주로 폭력사범, 절도사범, 성폭력사범, 환각마약사범, 교통사범, 풍속사범(성매매 등에 대한), 경제사범 등으로 이들 범죄에 상응한 내용의 집행(교육)이 이루어지고 있다.

표-2 <수강명령 집행분야별 현황>28)

	2007년	2008년	2009년	2010년	2011년
계	13,010(100.0)	18,587(100.0)	21,941(100.0)	19,767(100)	19,717(100)

25) 2007년도부터 2011년도까지 범죄백서의 내용을 바탕으로 각 법률상의 수강명령을 선고한 건수를 종합해보았다. 특히 2010년도부터 ‘청소년 성보호에 관한 법률’의 제개정 법률인 ‘아동·청소년 성보호에 관한 법률’에 기한 수강명령이 집행되었다. ; 법무연수원, 「2012범죄백서」, 409면 표Ⅲ-76, 2013; 법무연수원, 「2011범죄백서」, 2012. 403면, 표Ⅲ-76; 법무연수원, 「2010범죄백서」, 2011. 404면, 표Ⅲ-77; 법무연수원, 「2009범죄백서」, 2010. 404면, 표Ⅲ-77; 법무연수원, 「2008범죄백서」, 2009. 391면, 표Ⅲ-78.

26) ‘보호관찰 및 사회봉사명령 등에 관한 예규’, 재형 2003-9, 재판예규 제1236호.

27) 보호관찰 및 사회봉사명령 등에 관한 예규 제7조의 예시규정은

예) 피고인을 징역 ○년에 처한다.

이 판결선고 전의 구금일수 중 ○일을 위 형에 산입한다.

다만, 이 판결확정일로부터 ○년간 위 형의 집행을 유예한다.

피고인에게 자연보호활동 ○○시간의 사회봉사를 명한다.

(피고인에게 ○년간의 보호관찰 및 자연보호활동 ○○시간의 사회봉사를 명한다)

(피고인에게 약물치료강의의 ○○시간의 수강을 명한다)

(피고인에게 서울적십자 청소년 복지관에서 행하는 푸른교실에서 ○○시간의 수강을 명한다)

28) 법무부, 「2012 범죄백서」, 표Ⅲ-79, 413면; 「2011 범죄백서」, 표Ⅲ-79, 407면; 「2010 범죄백서」, 표Ⅲ-79, 407면; 「2009 범죄백서」, 표Ⅲ-80, 408면; 「2008범죄백서」, 표Ⅲ-80, 394면.

직접(자체)집행		12,336(94.8)	17,879(96.1)	20,959(95.5)	18,735(94.8)	18,485(93.8)
협력 집행	소 계	674(5.2)	717(3.9)	982(4.5)	1,032(5.2)	1,232(6.2)
	약 물	160(1.2)	175(0.9)	149(0.7)	77(0.5)	106(0.5)
	준법운전	54(0.4)	126(0.7)	51(0.2)	30(0.2)	11(0.1)
	심리치료	73(0.6)	82(0.4)	10(0.0)	79(0.4)	278(1.4)
	가정폭력	153(1.2)	103(0.6)	170(0.8)	148(0.7)	199(1.0)
	성 폭 력	57(0.4)	68(0.4)	107(0.5)	130(0.7)	156(0.8)
	기 타	177(1.4)	163(0.9)	495(2.3)	548(2.8)	482(2.4)

수강명령의 교육은 보호관찰소에 의한 직접집행이 90%이상의 수준을 유지하고 있다. 법무부는 이를 사범별 수강명령 표준프로그램제작과 법무부 연수원의 체계적 수강강사 양성교육으로 보호관찰기관의 전문성의 강화로 자체분석하고 있다.²⁹⁾ 특히 2009년도 대비 2010년도 심리치료의 집행이 10건에서 79건으로 2011년도에는 278건으로 눈에 띄게 증가한 것은 전문인력의 채용 등에 인한 전문성강화의 성과라고 생각된다.

보다 구체적으로 법무부는 “가정폭력사범의 경우 치료적 효과를 높이기 위해 인지행동/여성주의, 사이코드라마, 해결중심 치료모형의 이론과 절차, 기법을 적용한 프로그램을 운영하고 그 효과성을 비교 연구하였으며, 2003년부터 청소년보호위원회(2008년도에 보건복지가족부로 업무이관)와 공동으로 성폭력 행위자 프로그램’을 계속 실시하고 있는데, 인지적 재구조화 및 행동수정을 유도하는 치료적 기법을 시도하고, 범죄원인 등 특성에 맞는 프로그램을 운영함으로써 범죄인의 인식 및 행동 개선을 통한 재범방지와 정상적·사회적인 생활을 하기 위한 지원을 도모하였다. 특히 수강명령의 효과성을 높이고, 전국 보호관찰소에서 공통 적용할 수 있는 성인성폭력치료 프로그램의 개발을 완료하였고… 그 외의 가정폭력예방, 약물중독치료, 소년심리치료 등 표준 프로그램과 표준매뉴얼을 제작하였다. 또한 준법운전수강명령을 위한 표준프로그램의 매뉴얼을 개발할 예정”이라고 한다.³⁰⁾

29) 법무연수원, 「2010 범죄백서」, 2011. 표III-79, 406면.

30) 법무부, 「2011법무연감」, 법무부, 2011. 187~188면.

3. 수강명령 준수위반에 대한 제재조치 및 현황

앞에서 언급한 수강명령의 법적 성질을 규정하고자 하는 실익은 수강명령에 소극적 참여하거나 교육내용의 일부나 전부를 거부하였을 때 준수사항위반으로 처벌할 수 있는가의 문제와도 밀접하게 관련된다고 할 수 있다.³¹⁾

수강명령 대상자가 준수사항이나 명령을 위반한 경우에는, 경고, 구인, 긴급구인, 유치, 집행유예취소 및 보호처분 변경 등을 명할 수 있다(보호관찰 등에 관한 법률 제64조, 제38조내지 제42조, 형법 제64조). 수강명령 대상자중 준수사항위반자에게 부과하는 제재조치에 대한 현황에서 아래 통계에 따르면, 2011년도, 2010년도와 2009년도 대비 분포백분율이 차지하는 비율은 상호 비슷하나 2009년도와 2010년도 보호처분변경이 다소 증가한 것이 눈에 띈다(2008년대비 115%).

표-3 <수강명령 준수사항 위반자 현황>³²⁾

연도 구분	2007년	2008년	2009년	2010년	2011년
계	509(100.0)	751(100.0)	1,210(100)	1,155(100)	1,289(100)
구인	178(35.0)	232(32.5)	405(33.5)	386(33.4)	444(34.4)
긴급구인	7(0.4)	18(2.5)	20(1.7)	10(0.9)	10(0.8)
유치	174(34.2)	234(32.7)	407(33.6)	386(33.4)	433(33.6)
집행유예취소	50(9.8)	70(9.8)	60(5.0)	30(2.6)	42(3.3)
보호처분변경	94(18.5)	145(20.3)	313(25.9)	330(28.6)	350(27.2)
기간연장	3(0.6)	5(0.7)	3(0.2)	4(0.3)	6(0.5)
가정보호처분취소	3(0.6)	11(1.5)	2(0.2)	9(0.8)	4(0.3)

이는 2008년 6월22일 개정 소년법 시행으로 단독 사회봉사명령 및 단독 수강명령이 보호처분으로 활용이 크게 증가한 데서 기인한 것³³⁾으로 보인다. 이후 2009년 ‘보호관찰 등에 관한 법률’ 제32조 등을 전면개정하면서 보호관찰 대상자의 ‘특

31) 문정민, “수강명령제도의 현황과 개선책”, 65면.

32) 법무연수원, 「2012범죄백서」, 414면, 표Ⅲ-80; 법무연수원, 「2011범죄백서」, 408면, 표Ⅲ-80; 법무연수원, 「2010범죄백서」, 408면, 표Ⅲ-80; 법무연수원, 「2009범죄백서」, 410면, 표Ⅲ-81; 법무연수원, 「2008범죄백서」, 395면, 표Ⅲ-81.

33) 법무연수원, 「2010범죄백서」, 409면.

별준수사항'을 보강 하였으며, 이러한 사항을 대상자가 위반하는 경우 검사의 청구에 따라 법원은 각각의 준수사항을 전부 또는 일부 추가하거나 변경할 수 있도록 하여 그 실효성을 확보하도록 하였다. 이에 대하여 “보호관찰, 사회봉사·수감 또는 갇혀보호는 당해 대상자의 교화·개선 및 범죄예방을 위하여 필요하고도 상당한 한도 내에서 이루어져야 하며, 당해 대상자의 연령·경력·심신상태·가정환경·교우관계 기타 모든 사정을 충분히 고려하여 가장 적합한 방법으로 실시되어야 하므로, 법원은 특별준수사항을 부과하는 경우 대상자의 생활력, 심신의 상태, 범죄 또는 비행의 동기, 거주지의 환경 등 대상자의 특성을 고려하여 대상자가 준수할 수 있다고 인정되고 자유를 부당하게 제한하지 아니하는 범위 내에서 개별화하여 부과하여야 한다는 점, 보호관찰의 기간은 집행을 유예한 기간으로 하고 다만, 법원은 유예기간의 범위 내에서 보호관찰기간을 정할 수 있는 반면, 사회봉사명령·수감명령은 집행유예기간 내에 이를 집행하되 일정한 시간의 범위 내에서 그 기간을 정하여야 하는 점, 보호관찰명령이 보호관찰기간 동안 바른 생활을 영위할 것을 요구하는 추상적 조건의 부과이거나 악행을 하지 말 것을 요구하는 소극적인 부작위조건의 부과인 반면, 사회봉사명령·수감명령은 특정시간 동안의 적극적인 작위의무를 부과하는 데 그 특징이 있다는 점 등에 비추어 보면, 사회봉사·수감명령대상자에 대한 특별준수사항은 보호관찰대상자에 대한 것과 같을 수 없고, 따라서 보호관찰대상자에 대한 특별준수사항을 사회봉사·수감명령대상자에게 그대로 적용하는 것은 적합하지 않다”고 하여 단순 사회봉사·수감명령의 대상자에게 보호관찰명령 없이 특별준수사항(재범의 기회와 충동을 줄 수 있는 장소에 출입하지 아니할 것)을 부과하고 이에 대한 위반을 이유로 집행유예를 취소한 사건에 대하여 대법원은 보호관찰 대상자에 대한 특별준수사항을 사회봉사·수감명령대상자에게 그대로 적용하는 것은 적합하지 않다고 판시하였다.³⁴⁾ 그렇다면 보호관찰과 사회봉사·수감명령은 별개의 제도라는 점을 명확히 하고 있는 위 판례의 사실관계는 한 걸음 더 나아가 사회봉사·수감명령을 부과할 때 보호관찰관과 접촉을 위한 보호관찰의 동시 부과 등의 필요성을 반증하는 것이라고도 생각된다.

4. 수감명령의 기대효과

수감명령의 초기 목적은 범죄자의 여가시간을 박탈하여 자유를 제한하는 처벌적

34) 대법원2009. 3. 30, 자2008모1116결정.

목적이 강했다. 그러나 이후 범죄자에 대한 교육의 실시, 준법정신의 함양, 심성개발 및 훈련을 종합하여 재범방지와 함께 사회복귀 후 원활한 생활을 위한 교육·개선의 목적이 강해져왔다.

수강명령은 강제적으로 범죄자에게 교육을 받도록 하는데 일차적 목적이 있으므로, 특정한 수강명령 프로그램이 범죄자의 의식과 행동에 영향을 미쳐 재범을 억제할 것이라는 가정을 전제하고 있는 것이며, 이 프로그램이 어떤 방식으로든지 수강자에게 행동수정의 효과를 가져올 것이라고 기대하는 것이다.³⁵⁾

여기서 수강명령은 강제적으로 범죄자에게 교육을 받도록 하는데 일차적인 목적이 있으므로, 이 제도는 특정한 수강명령 프로그램이 범죄자의 의식과 행동에 영향을 미쳐 재범을 억제할 것이라는 가정을 전제하고 있는 것이며, 이 프로그램이 어떤 방식으로든지 수강자에게 행동수정의 효과³⁶⁾를 가져올 것으로 기대된다.

가. 재범방지효과

효과의 대표적 결과는 재범방지라고 할 것이다. 수강명령 이수자의 재범률은 수강명령을 이수한 후 3년 이내에 범죄를 범한 경우로 보게 된다. 이에 대한 법무부의 공식통계는 발표되어 있지 않지만, 내부적 수강명령의 효과성 분석자료에 따르면 가장 재범방지에 효과가 있는 것으로 소년범에 대한 심리치료 수강명령을, 그 다음으로는 성폭력치료 수강명령으로 나타났다. 가정폭력치료 수강명령의 경우도 미세하지만 수강명령의 재범방지 효과가 있는 것으로 나타났으나, 반면 약물치료 및 준법운전수강명령 대상자의 경우에는 교육적 효과가 낮은 것으로 나타났다. 이는 약물사범³⁷⁾ 및 음주교통사범의 경우는 중독성이 높아 단기간의 프로그램으로 가시적인 효과를 거두기 어렵 것으로 분석하고 있다. 이에 대한 직접적 통계자료는 없으나 수강명령의 이수자의 재범률은 수강명령 집행불능 건수에서 재범과 관련이 있을 듯 한 형집행(여죄에 의한 형집행, 보호관찰 기간 중 재범), 집행유예 취소 및 실효, 보호처분 변경 및 취소 건으로 수강명령 부과 현황에 비추어 간접적으로 살펴볼 수 있다. 지난 5년간의 통계에 따르면 집행불능건수는 3~4%를 넘

35) 장성원, “보호관찰, 사회봉사 및 수강명령의 실태 및 개선방안-성인범을 중심으로”, 한국형사정책연구원, 1998. 28-29면.

36) 문정민, 전계논문, 65면, 주5.

37) 마약류사범의 재범률은 2010년 36.8%로서 매년 30%이상의 높은 재범률을 유지하고 있는 실정이다. 검찰청, “2010마약류범죄백서”, 검찰청, 2011. 207면.

지 않았으며, 집행불능의 사유가 재범에만 국한 된 것이 아니므로 실제 재범에 의한 집행불능의 비율은 이것보다 현저히 낮을 것으로 보인다.

표-4 <수강명령 집행불능 사유별 현황>³⁸⁾

구 분	수강명령 실시 (소년법제외)	집행 불능	형집행	집행 유예 실효	집행 유예 취소	보호 처분 변경	보호 처분 취소	계(%)
2006	10,093	278	16	32	25	69	50	192(1.9)
2007	12,474	307	25	40	33	68	55	221 (1.7)
2008	14,975	412	47	53	50	105	59	314 (2.0)
2009	13,679	518	31	36	44	195	106	412 (3.0)
2010	12,226	597	38	21	43	243	106	451 (3.7)

이처럼 수강명령 이수자의 재범율이 낮은 것으로 나타난 것은, 그 기대효과가 충족된 것으로, 사회내처우로서 긍정적인 효과로 파악될 수 있다. 따라서 수강명령 재범률에 대한 통계는 수강명령의 활성화를 위한 근거로도 활용할 수 있을 것이다.

나. 재범방지를 위한 지도·감독

범죄자가 사회내 생활을 유지하면서 보호관찰관의 지도, 수강명령의 효과로 재범을 예방하고자 하는 것이지만, 엄격한 통제만으로는 재범을 차단할 수 없다. 재범방지의 가장 효과적인 방안을 대상자들이 자신의 직업을 가지고 안정된 생활을 할 수 있도록 지원하는 것이다. 이런 의미에서 재범방지와 사회복귀를 위한 체계적인 지도, 감독이 중요하다. 지도·감독의 방법으로 현행 보호관찰대상자에 대하여

38) 집행불능 건수 중에서 실시사건에 보호관찰부과 또는 단독명령 형태로 판결이 가능한 것을 기준으로, 소년법적용부분을 제외하였다. 이러한 집행불능 총건수를 도표로 나타내보면 다음과 같다. 법무부, “2011범죄예방정책 통계연보”, 법무부 범죄예방정책국, 2012. 70면 표81, 77면. 표 93. “2012범죄예방정책 통계연보”는 반영하지 못하였음.

편리한 시간과 장소에서 스스로 선택한 IT장비(휴대폰, PC, PDA)로 지도·감독에 응하거나 서비스 접근성을 높이고 감독 강화와 집행효율성 제고하였고, 보호관찰정보 휴대폰 문자 전송서비스(P-SMS)를 제공하고 있으며, 사이버 보호관찰소를 통해 휴일·야간 보호관찰 업무 공백 최소화 하고자 한다. 특히, 사회봉사·수강명령대상자를 위한 사이버감독의 경우, 1세대 화상전화감독시스템(DPS), 보호관찰소와 협력기관간에 설치된 화상전화기를 통해 집행감독실시하는 방식과 2세대 원격감독시스템(COEMS)협력기관 담당자가 사회봉사·수강명령의 개시와 종료시간에 대상자의 사진을 찍어 사이버 상으로 전송, 기타 문서 자동송출집행상황부의 전자적 처리가 가능토록 하는 방식을 사용³⁹⁾하고 있어, 지도·감독의 효율성을 높이고 있다.

5. 회복적 제재로서 수강명령

가. 회복적 제재와 수강명령

전통적 징벌적 사법에 대응하는 회복적 사법은 범죄로 인한 피해자와 지역사회의 갈등을 해결하고 범공동체의 평화를 회복하는 화해의 결과와 그 과정을 중시한다. 회복적 사법의 목표가 화해라는 점에서 화해를 조건으로 형벌의 감면이 이루어지며, 이를 위하여 사건 당사자 사이의 배상 또는 화해가 불가능한 경우에는 가해자에게 지역사회에 대한 사회봉사를 명하는 등의 간접적인 사죄행동을 요구함으로써 지역사회와의 화해와 재통합을 강제할 수도 있다. 이처럼 가해자에게 사죄 또는 배상의무를 부과하는 것도 불이익처분, 즉 제재의 일종이라는 의미에서 이것들을 회복적 제재⁴⁰⁾라고 한다. 회복적 제재는 ‘피해자 관계적 형사사법’을 구축하여 피해자에 대한 ‘害’의 문제를 회복의 관점에서 해결하고 동시에 가해자의 피해자에 대한 책임을 물음으로써 회복적 사법의 기본적 요소를 충족할 수 있게 하는 것이다.⁴¹⁾ 회복에 강제적 성격을 부가하여 제재로서의 회복 즉 회복적 제재로서 수강명령을 검토하는 것도 의미가 있다고 본다.

그런데 불법행위를 한 자에게 강제력 있는 제재를 부과하는 과정에서 피해자와 가해자의 접촉은 좀 더 신중을 기할 필요가 있다. 예컨대 자신의 행위에 대한 진지한 후회와 반성이 (있으나) 부족한 가해자와 피해자의 대면적 접촉은 2차 범죄

39) 법무부, 2011법무연감, 2011. 11. 184면.

40) 김용세, 「(제5판) 피해자학」, 형설출판사, 2012. 238면.

41) 박상식/이창호, 「범죄피해자와 회복적 사법」, KSi한국학술정보(주), 2008. 229면.

나 피해자에 대한 심각한 2차 피해를 야기할 수 있다. 그러므로 직접 피해자와의 비대면적 접촉의 방식 또는 직접 피해자가 아닌 지역사회와의 화해를 통한 회복의 방식 등으로 이루어지는 것이 바람직하다. 회복적 사법이 화해라는 갈등해결의 결과만큼 그 과정을 중시한다는 점에서 충분한 상호 이해와 상대를 받아들이기 위한 회복을 이행해가는 과정에서 발생할 수 있는 위험도 고려해야 하기 때문이다. 따라서 이러한 점에서 직접 피해자가 아닌 지역사회 또는 다른 위법한 행위의 피해자에 대한 사회봉사나 수강명령은 회복적 제재로서 활용될 이익이 크다고 생각한다.

나. 수강명령의 회복적 제재로서 기대효과

회복적 제재 역시 강제력을 가진 범죄자에 대한 불이익 처분이라는 것뿐만 아니라 형사제재에 부여된 기능을 수행하여야 할 것이다. 따라서 수강명령이 단순히 여가시간의 박탈로 자유의 제한이라는 해악을 부과하는 것 이외에 재범의 방지와 재사회화의 기능에도 봉사할 것을 요구하게 된다.

회복적 제재로서 수강명령의 활용 예컨대, 지역사회와 연계시키는 프로그램을 통하여 그룹워크숍의 참가를 통한 범죄피해자와 가해자간의 교육프로그램의 이수나 역할극 등에 참여 등도 생각해볼 수 있다. 특히 가해자 스스로 피해자를 올바르게 이해하고 자신의 행위가 미친 영향을 피해자의 목소리를 통해 들음으로써 행위의 심각성을 깨닫기 위한 교육과 각성의 효력은 앞서 살펴 본 재범방지의 효과를 극대화시킬 수 있을 것이다.⁴²⁾ 실제로 유명연예인이 교통사고의 피해자가 된 후 신체장애를 극복하고 재기하는 과정에서 겪었던 과정과 아픔, 눈물겨운 재기과정을 진솔하게 전달함으로써 교통사범에 대한 교육 효과가 높아 현재까지 지속적으로 실시되어 오고 있다.⁴³⁾ 이처럼 2010. 2. 법무부 개발표준 프로그램 내용 중 피해자 관련 내용을 살펴보면 주로 성폭력치료 수강이나, 가정폭력 수강명령 프로그램의 내용 중에 회복적 사법과 관련된 부분이 많은 것으로 나타났다.⁴⁴⁾ 단, 이 경우에 피해자에 대한 배려와 프로그램개발을 위한 노력이 요구되는 것은 물론이다.

42) 예컨대 학교폭력과 같이 지속적·습관적이고 구주적인 폭력행위에도 고려의 여지가 있다.

43) 이성철, “한국 보호관찰에서의 회복적 사법의 적용실태와 전망”, 『법학논집』 (제14권 2호), 이화여자대학교 법학연구소, 2009. 121면.

44) 손외철, “사회봉사·수강명령에서의 회복적 사법 적용방안”, 『법학논집』 (제16권 1호), 이화여자대학교 법학연구소, 2011. 101면. 법무부의 회복적 사법과 관련된 프로그램의 자세한 내용에 대하여는 이성철, 전제논문, 121면 이하.

IV. 수강명령의 확대가능성에 대한 검토

1. 수강명령의 대상범위의 확대 - 선고유예제도와 결합에 신중성 요구

형사제재로서 사회내처우가 시설내처우를 대용하기 위해서는 먼저 형선고에 따른 유죄가 확정된 자에 대한 제재라는 점을 주지시킬 필요가 있다. 따라서 선고의 대상자에게 사회내처우를 선고하더라도 제법의 위험성을 낮추고 재사회화를 가져오는 기능을 수행할 것이 기대되어야 한다. 그러나 일반적으로, 사회내처우는 유예제도와 연계되는데, 유예의 선고를 사실상 무죄판결과 동일시하는 경향이 있다. 이는 과거에 법원이 형을 선고함에 있어 실형 또는 형의 [집행]유예라는 전부 아니면 전무(all or nothing)의 방식을 취한데서 비롯된 것이다.⁴⁵⁾ 특히 이러한 경향은 법관에게 선고시 보호관찰만을 부과할 수 있는 선고유예의 활용을 떨어뜨리는데 영향을 미치게 되는 것으로 보인다.

그러므로 수강명령을 비롯한 형사제재로서 사회내처우의 활성화를 위하여 대상범위를 확대하는 것에 신중을 기해야 함은 물론, 결합되는 유예제도에 대한 법관과 사회의 일반인식과 전술한 수강명령의 법적 성격의 검토가 중요하다.

2011년 선고유예시 사회봉사·수강명령을 명할 수 있도록 하는 형법개정안이 국회에 제출된 바 있다.⁴⁶⁾ 그러나 선고유예의 정비방안은 단순히 선고유예의 적용범위를 확대한 것만으로 평가할 것이 아니라 형법상 함의를 살펴볼 필요가 있다.

형법상 유예제도에는 기소유예, 선고유예와 집행유예가 있다. 영미법계에 있어서 선고유예 제도가 고유의 형태를 갖는 반면, 이것을 계수한 대륙법계에서는 집행유예제도의 형태로 변형되었다. 그러나 양자는 법계의 차이를 수반하고 양제도가 생겨난 계기·목적 등도 같지 않은 전혀 다른 제도이다.⁴⁷⁾

선고유예⁴⁸⁾는 집행유예와 함께 법원의 유죄판결에 대한 유예제도이면서도 선고

45) 이진국, “형사제재체계 내에서의 사회내처우제도”, 「형사법연구(제22호)」, 2004·겨울 특집호, 527면.

46) 2011. 3. 25 국회제출, 의안번호 1811304, 법무부 공고 제2010-216호, 2010. 10. 25. 그러나 성범죄의 경우는 선고유예시에도 수강명령을 부과할 수 있다. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제16조.

47) 吉田勢子, “刑の猶予制度について—宣告猶予と執行猶予—”, 法学新報 (111/7·8), 2005. 3. 290項.; 吉田勢子교수는 선고유예와 집행유예는 역사적 배경, 양제도가 생겨난 계기, 목적 등이 같지 않고, 법계에서 고유한 형사정책적 존재방식의 차이가 있어, 양제도의 구분은 유의미하다고 동 논문에서 상세히 소개하고 있다.

자체를 유예하여 유예기간이 경과한 때 면소된 것으로 간주함으로써 선고된 형에 수반되는 불이익이 따르지 않게 된다(예컨대 형법 제43조 제2항에 따른 자격정지 등). 즉 개선 가능한 경미범죄자에게 형의 선고 자체를 유예하여 피고인이 처벌받았다는 오점을 남기지 않음으로써 장차 피고인의 사회복귀에 도움을 주는 특별예방적 목적을 달성하기 위해 마련된 제도이다.⁴⁹⁾

집행유예는 그 '집행'만을 유예하는 것인 반면, 선고유예는 '선고'자체를 유예하게 된다는 점에서 양자는 구분되며, 기소유예는 기소자체를 유예한 것으로 유무죄 판단이 이루어지지 않게 되는 것이다. 선고유예는 기소유예와 집행유예의 중간에 위치한 형사처분이라고 할 수 있다.⁵⁰⁾

특히 집행유예와 달리 선고유예의 요건으로 형법 제59조 제1항은 “개전의 정상이 현저할 것”을 요구한다. 즉 행위자에게 형을 선고하지 않아도 재범의 위험이 없다고 인정되는 것을 말한다.⁵¹⁾ 현행 선고유예는 재범의 위험성이 현저히 낮은 자에게 부과되고 있어 반복적 성향을 지니고 있는 자에 대한 교육으로 행하여지고 있는 수강명령과 연계되기 어려운 점도 있다고 본다. 그러나 행위자의 불법의 정도가 가볍고, 사회적 복귀에 효율적이라고 하는 양자의 공통점에서 양제도의 연계가 모순되거나 불가능하다고 생각하지 않는다.

따라서 형법개정안에서처럼 선고유예규정에 일괄하여 수강명령을 부과할 수 있다고 규정할 것이 아니라, 반복적 성향이 낮고, 비교적 경한 불법을 행한 자의 비행을 교화·개선하기 위하여 일정한 강의나 교육을 수강할 것이 필요한 경우 인정하도록, 각칙규정에서 혹은 특별법(특정 범죄를 적용대상으로 하는)에 선고유예 조건부 수강명령을 규정하는 것을 검토해볼 필요가 있다.

또한, 기소유예조건부 수강명령의 하나로 볼 수 있는 성매매자 교육(일명 존스쿨⁵²⁾)의 경우, 유죄가 선고되지 않은 자에 대하여 형사제재(교육이수)의 부과는 무

48) 선고유예란 경미한 범죄자에 대하여 일정한 기간 동안 형의 선고를 유예하고 그것이 실효됨이 없이 그 유예기간을 경과한 때에는 면소된 것으로 간주하는 제도(형법 제59조)이다.

49) 김성돈, 「형법총론」, 2008. 성균관대학교 출판부, 789면. 이러한 점에서 선고유예는 사회내처우가 지향하는 바를 목적으로 하고 있는 제도이다.

50) 한영수, “선고유예제도의 정비방안”, 「형사정책연구」(제17권 제4호), 2006·겨울호, 537면.

51) 이재상, 「형법총론」, 2012. 611면.

52) 우리나라는 2004년 3월 22일에 ‘성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률’이 제정되어 같은 해 9월 23일부터 시행되었고, 2005년 7월 대검찰청이 ‘성구매자 재범방지를 위한 교육실시방안 및 성매매알선 등 처리지침’을 수립하여 ‘성매매사건의 수사과정에서 피의자가 초범인 성구매자로 성구매자의 동의를 있으면, 보호관찰소에서 실시하는 교육프로그램(일명‘존스쿨’)을 이수하는 조

죄추정의 원칙 등에 반한다는 문제제기를 피하기 어려울 것이다. 이와 마찬가지로 다른 선도조건부 기소유예 등도 동일한 맥락에서 무죄추정의 원칙에 반한다는 비판에 마주치게 된다. 이 경우 선도조건부 수강명령 등을 선고유예의 조건으로 한다면 이러한 문제점도 어느 정도 해결이 가능하다고 생각된다. 선고유예의 경우 유예기간이 경과하면 면소판결의 효과를 인정하기 때문에 기존 선도조건부 기소유예에서 의도한 효과도 많은 부분에서 만족될 것이다.

2. 처우의 개별화와 전문인력의 확보 및 재범률 분석 등 사후조치의 보완

처우의 성패는 결국 처우대상에 대한 과학적이고 면밀한 조사를 통해 필요한 프로그램의 적용이라고 할 수 있다. 수강명령도 대상자의 교화, 개선 및 범죄예방을 위하여 필요하고도 적절한 한도 내에서 이루어져야 하며, 대상자의 나이, 경력, 심신상태, 가정환경, 교우관계, 그 밖의 모든 사정을 충분히 고려하여 가장 적합한 방법으로 실시되어야 한다(보호관찰 등에 관한 법률 제4조). 수강명령의 대상자들의 그간의 사회생활을 유지하면서 정기적으로 전문적인 지도와 감독을 받고, 사회 내 인적 자원과 범죄자가 접촉하게 함으로써 범죄자에게는 공동체의식과 규범의식을 내면화하게 되고, 일반인에게는 범죄자에 대한 이해를 더욱 깊이 있게 하여 결국 범죄자와 사회일반인이 통합되게 하는 것⁵³⁾으로 재사회화의 효과를 높일 수 있다. 이를 위한 전제작업으로 처우의 개별화를 위한 처우대상자에 대한 명확한 판결전 조사 등을 통한 처우대상자의 분류는 매우 중요하다.

결국 수강명령의 활용성 확대, 대상범위의 확대는 바로 전문가의 양적·질적인 확보를 요구하게 된다. 짧은 이수기간 동안 대상자를 변화시킬 수 있기 위해서도 체계적이고 전문적인 개입전략과 전문적 지식 그리고 많은 경험을 구비한 역량 있는 전문가에 의한 교육이 전제되어야 한다. 수강대상자가 보호처분, 수강명령, 사회명령 등을 받으면서 겪는 긍정적인 혹은 부정적인 경험은 행위자가 변화될 수 있는 동

건으로 기소유예처분을 부과할 수 있다'고 규정함으로써 존스쿨제도가 실시되었다. 존스쿨 실시 사건은 2006년 13,455건 수준이었으나 2007년 18,784건, 2008년도 21,802건 2009년 39,631건으로 매년 급격히 증가하고 있다. 보호관찰소 존스쿨프로그램은 보호관찰소에서 1회 8시간 과정으로 이루어지고, 교육인원은 회기당 50여명 이내로 한정하여 실시하고 있다. 검사는 성구매자로부터 성구매교육의 이수를 조건으로 기소유예처분을 결정하기 때문에 만일 성구매자가 교육을 받지 아니할 경우, 검사는 유예했던 기소를 제기하게 된다. 보다 자세한 내용은 법무연수원, 「2010범죄백서」, 384~385면.

53) 조준현, “보호관찰제도의 운영과 과제”, 「교정연구」(제35호), 2007. 24면.

기는 무엇인지, 변화되지 않는 행위자의 원인은 무엇인지 시간적 경과나 전체적인 맥락에서 파악되어야 한다.⁵⁴⁾

수강명령이 대상범죄자가 반복하여 행하여질 우려가 높아 처벌과 치료적 교육을 강제하는 제재라고 볼 때, 교육대상자에 대한 사후관리도 중요하다고 본다. 이에 대하여 전술한 바와 같이 수강명령대상자에 대한 재범률의 원인 및 통계적 분석이 행하여질 필요가 있으나, 현재 수강명령이수자에 대한 재범률분석이 없다는 것은 수강명령제도의 효과적 운영에 문제점으로 지적될 수 있다.

따라서 수강명령의 교육을 위한 다양한 내용의 프로그램 개발과 수강명령의 효과를 끌어올리기 위한 피드백과 교육대상자의 수강의 효과 등을 분석하기 위한 전문인력 등의 확보가 필요하다.

이에 법무부에서는 보호관찰공무원을 대상으로 전문교육이수자격취득을 독려(2010년 전문교육수료인원 190명)하고, 관련부분의 전문가(박사학위소지자로 전문자격증 소지자)를 특채하여 일선기관에 배치하고, 또한 2010년에는 성폭력치료, 가정폭력치료, 소년심리치료, 약물중독치료 4개 전문프로그램의 개발됨에 따라 프로그램을 진행할 사내강사를 양성하기 위해 법무연수원에 사내강사양성과정을 개설하고, 수강명령을 집행할 담당보호관찰공무원을 대상으로 교육을 실시하는 등 전문성향상을 위한 집행환경도 대폭개선하였다고 보고하고 있다.⁵⁵⁾

그러나 이와 더불어 교육을 이수한 공무원을 순환보직이 아닌 고정보직화 하여 실무적 경험와 함께 전문성을 축적하도록 하는 것과 전문가의 채용을 확대하여 공무원교육에 드는 시간과 비용을 절감하는 방안을 검토해볼만 하다.

54) 김현희, “가정폭력 수강명령대상자의 보호처분경험에 관한 근거이론적 접근 -보호관찰소 가정폭력 수강명령대상자를 중심으로-”, 『한국가족사회복지학』, 제20권, 2007. 73면.

55) 법무부, “2010년 법무연감”, 188면. 법무부는 2003년부터 보호관찰공무원 교육과정에 MBTI라는 과정을 개설하고, 수강교육과 관련된 전문교육이수 및 전문자격증 취득시 기관평가에 반영하는 등의 노력으로 2010년 전문교육수료 인원이 190명에 달하는 성과는 거두었다. 2006년에는 심리학관련 박사학위소지자(정신보건임상심리사1급자격증소지) 7명을 6급으로 특채, 2007년에는 동자격증소지자7명을 7급으로 특채, 2010년에는 동자격증소지자 4명, 사회복지사6명을 특채하여, 일선기관에 배치하였다. 그리고 2010년에는 성폭력치료, 가정폭력치료, 소년심리치료, 약물중독치료4개 전문분야 프로그램이 개발됨에 따라 프로그램을 진행할 사내양성과정을 개설, 110명 대상으로 교육을 실시하는 등, 수강명령제도의 향상을 위한 집행환경을 개선하였다. 앞으로도 수강명령 분야별 표준매뉴얼개발, 사내강사양성교육확대 등 전문성 강화를 위한 다양한 정책을 지속적으로 추진할 계획이라고 밝히고 있다.

3. 수강명령의 필요적 보호관찰부과

가. 필요적 보호관찰부 수강명령의 도입의 필요성

형법 제62조의2에 의하면 집행유예를 선고하는 경우 법원은 보호관찰을 명하거나 이와 별도로 사회봉사 또는 수강명령을 명할 수 있다.

우리 대법원은 수강명령은 단독으로 보호관찰과 동시에 선고가 가능하다는 관례⁵⁶⁾를 시작으로, 수강명령을 보호관찰과 함께 또는 독립해서 부과하고 있다. 그런데 재판실무상 수강명령부과시 보호관찰을 동시에 명하는 경우보다 단독수강만을 부과하는 경우가 더 많은 것으로 나타났다.

표-5 <수강명령부과 형태별 현황> 57)

	총 계			소 년			성 인		
	계	보호 관찰부	단독 명령	소 계	보호 관찰부	단독 명령	소 계	보호 관찰부	단독 명령
2006	10,093 (100.0)	4,343 (43.0)	5,750 (57.0)	132 (100.0)	84 (63.6)	48 (36.4)	9,961 (100.0)	4,259 (42.8)	5,702 (57.2)
2007	12,474 (100.0)	4,942 (39.6)	7,532 (60.4)	151 (100.0)	122 (80.8)	29 (19.2)	12,323 (100.0)	4,820 (39.1)	7,503 (60.9)
2008	14,975 (100.0)	6,816 (45.5)	8,159 (54.5)	196 (100.0)	150 (76.5)	46 (23.5)	14,779 (100.0)	6,666 (45.1)	8,113 (54.9)
2009	13,679 (100.0)	5,411 (39.6)	8,268 (60.4)	226 (100.0)	170 (75.2)	56 (24.8)	13,453 (100.0)	5,241 (39.0)	8,212 (61.0)
2010	12,226 (100.0)	4,635 (37.9)	7,591 (62.1)	193 (100.0)	146 (75.6)	47 (24.3)	12,033 (100.0)	4,489 (36.7)	7,544 (61.7)

56) 대법원 1998. 4. 24. 선고 98도98. 관례는 형법 제62조의2 제1항은 "형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명하거나 사회봉사 또는 수강을 명할 수 있다."고 규정하고 있는바, 그 문리에 따르면, 보호관찰과 사회봉사는 각각 독립하여 명할 수 있다는 것이지, 반드시 그 양자를 동시에 명할 수 없다는 취지로 해석되지는 아니할 뿐더러, ……일반 형법에 의하여 보호관찰과 사회봉사를 명하는 경우와 비교하여 특별히 달리 취급할 만한 이유가 없으며, 제도의 취지에 비추어 보더라도, 범죄자에 대한 사회복귀를 촉진하고 효율적인 범죄예방을 위하여 양자를 동시에 명할 필요성이 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 형법 제62조에 의하여 집행유예를 선고할 경우에는 같은 법 제62조의2 제1항에 규정된 보호관찰과 사회봉사 또는 수강을 동시에 명할 수 있다고 해석함이 상당하다고 판결이유에서 설명하고 있다.

57) 법무부, "2011범죄예방정책통계", 법무부 범죄예방정책국, 2012. 70면, 표81.

수강명령은 초기에 범죄자의 여가시간을 박탈하여 자유를 제한하면서 동시에 범죄의 환경과 격리를 목적으로 하였으나, 현재 적정한 교육의 실시, 준법정신의 함양, 심성개발 및 훈련을 통하여 재범방지와 함께 사회적응 능력을 배양하고자 하는 교육 및 개선을 목적으로 하고 있다. 이러한 프로그램의 성격상 수강대상자에 대한 관리는 부득이하다고 할 것이다.

그런데 사회봉사·수강명령을 부과할 때 필요적 보호관찰을 ‘동시에 명하여야 한다는 입장’의 근거로는 ① 보호관찰이 기본적 처분이고, ② 사회봉사[·수강]명령의 집행 실효성 확보를 위한 점 등을 들고 있 반면 보호관찰을 ‘동시부과하지 아니하여야 한다는 입장’의 근거로는 ① 두 제도의 취지나 목적이 달라 그 필요성 유무가 별도로 판단되어야 한다는 점, ② 보호관찰의 실효성에 대한 의문, ③ 이중처벌이라는 생각과 기본권의 지나친 제약, ④ 보호관찰이 피고인에게 미치는 이후의 생활면에서의 제약 등을 들고 있다.⁵⁸⁾

물론 수강명령과 보호관찰의 내용과 프로그램의 성격은 같은 것으로 볼 수 없다. 앞서 소개한 판례는 판결이유에서 수강명령과 보호관찰은 별개의 명령이며 특징도 상이한 제도라는 점을 자세하게 설명하고 있다. 그러나 동 판례의 판결이유로부터 양자간 구분되는 특징에서 더 나아가 사회봉사·수강명령부과시 보호관찰과의 접촉의 필요성이 강조된다. 양자는 상호구분되는 별개의 제도로서 선고유예·집행유예시 얼마든지 그 필요에 따라 보호관찰만을 부과할 수 있으나, 수강명령부과시에는 필요적 보호관찰의 부과로 수강명령대상자와 보호관찰관의 꾸준한 접촉과 관리는 수강명령의 성공적 교육이수를 가져올 것이다. 또한 수강명령에 대한 감독과 제재가 다양화되어 있지 않아 수강명령의 불량이수자에게 보호관찰 등에 관한 법률 제32조의 특별준수사항의 부과와 이에 대한 이행강제 등은 수강명령의 성공적 효과를 피할 수 있을 것이다.

나. 성적불량자에 대한 제재조치의 다양화

기존의 사회내처우에 대한 제재조치로는 구인, 긴급구인, 유치, 집행유예취소, 보호처분변경, 기간연장, 가정보호처분취소 등이 있음을 전술하였다. 그러나 사회내처우로서 선고된 수강명령의 제재를 집행유예의 취소 등으로 시설내처우로 돌아가도록 하는 것은 처우의 대상자에 대한 사실상 사회내처우의 실패를 의미할 것이

58) 황일호, 전계논문, 2008. 96면, 주17.

다. 더욱이 수강명령의 법적 성질을 독자적 형사제재로 본다면 이에 대한 성적불량자는 형벌에 상응한 형사제재를 위반한 자가 된다는 점을 간과할 수 없다. 따라서 수강명령의 위반 혹은 성적불량자에 대한 다양화는 수강명령의 활용성을 높이는 효율적인 방안으로 생각된다.

성적불량자에 대한 제재조치는 성적불량자를 처벌하기 위한 수단이 아니라 수강을 이수하도록 하는 수단으로 활용할 필요가 있다. 이러한 제재조치는 수강명령 부과 시에 수강명령의 법적 성질과 함께 수강대상자에게 사전에 명확하게 고지되도록 하여 수강명령의 성격이 형사제재임을 밝히고 이들의 성실한 이행을 독려하도록 할 필요가 있다.

성적불량자에 대한 제재조치가 빈약하여 집행유예취소의 극단적 제재조치가 아니면 그 외 제재조치를 부과하는 것이 어려워 수강명령의 수강이수의 강제력을 발휘하기 어렵다는 비판이 제기되어 왔다. 앞서 수강명령의 법적 성질이 형벌과 보안처분의 성질을 두루 갖춘 제3의 독자적 ‘형사제재’라는 점에서 성적불량자에 대한 벌금부과 또는 사회봉사명령⁵⁹⁾의 부과 등 보다 다양한 제재조치가 필요하다. 또한 이러한 제재조치는 수강명령을 명할 때 성적불량자에 대한 것으로 명시되어야 할 것이다.

V. 나오는 글

사회내처우란 행형시설에서 자유형을 집행하는 것에 의해 나타날 수 있는 처벌의 낙인효과 내지 탈사회화를 최소화하고 행위자의 자발적인 사회복귀를 촉진함으로써 궁극적으로 재범을 방지하기 위한 제도이다. 시설내처우에 상응하여 사회내에서 일어나는 처우란 점에서 단순히 처우의 대상자를 사회에 두는 것뿐만 아니라 판결의 경고기능을 유지하여야 할 것이다. 따라서 이러한 경고기능(대상자에 대한 재범방지의 특별예방적 효과와 일반인에 대한 제재조치의 일반예방적 기능)의 유지하는 사회내처우가 지향하는 목표이다.

먼저, 사회내처우가 시설내처우의 문제점을 지적하면서 출발한 제도라는 점에서 시설내처우를 대체하는 수단으로서의 지위를 주지하여야 할 것이다. 즉 사회내처우

59) 사회봉사명령은 수강명령과 함께 사회내처우로서 대상자의 여가시간의 박탈을 통한 제재초지란 점에서 동일하나 사회봉사명령이 노동력의 제공 등을 그 내용으로 하고 있어 수강명령보다 조금 더 무거운 제재적 성격을 갖는다고 생각된다.

는 종래의 시설내처우를 대체하는 형사제재로 발전되어야지 시설내처우는 그대로 집행된 채 대상자에 대하여 또 다른 부담의 하나로 작용해서는 안된다는 것이다.⁶⁰⁾

물론 형벌 및 형사제재가 수행하는 기능은 책임상쇄가 강조되는 징벌적 기능, 범죄예방적 기능 등 형사정책적 목적과 기능에 따라 다양하다. 또한 여기에 지금 까지 제시되어 온 여러 원칙들 중, 제재체계가 역기능적이 되지 않도록 어떤 특정한 한가지 원칙이 절대적인(우위에 서는) 것이 되지 않게 상호 균형을 유지하도록 하는 것이 중요하다.⁶¹⁾

형벌 혹은 형사제재 등은 강제적 제재를 통하여 적용대상자가 자신의 범행에 대한 반성과 경험적 교훈 등을 통하여 재사회화를 이끌어내는 간접적 효과를 지향하는 반면, 수강명령은 교육을 통해 재사회화의 효과를 피하며, 자신의 범행이 갖는 악성을 깨우치도록 하는 직접적 수단에 의한 효과지향적 수단을 사용한다는 장점을 갖는다. 그럼에도 불구하고 현행 형법상 사회내처우로 볼 수 있는 보호관찰, 사회봉사, 수강명령 중 수강명령은 가장 선고의 비율과 적용이 앞서 살펴본 통계에 의해서도 확인된 바와 같이 적을 뿐만 아니라 보호관찰에 대한 활발한 논의와 적용의 범위확대, 독자적 제재로서 활용이 검토되는 사회봉사명령에 비하여 그 논의 또한 많지 않다.

따라서 수강명령에 대한 현황을 살펴보고 이에 대한 문제제기와 아울러 앞으로의 과제들을 제시해봄으로써 수강명령의 활용성함양을 위한 검토를 해보았다.

한 걸음 더 나아가 본 논의를 통해 현재 소년범처럼 수강명령을 독자적 제재로 인정할 것 과, 형벌에 대응하는 활용가능성에 대한 검토도 가능할 것이다. 이를 시작으로 점차 시설내처우를 대체할 사회내처우의 개발을 피하고, 최근 논의되고 있는 회복적 제재로써 활용과 그 적용영역의 확대를 기대해본다.

60) 이승호, . 전계논문, 111면, 주10.

61) Heike Jung, Strafrechtliche Sanktionsystem, in: Verhandlungen des 10. österreichischen Juristentages, Abt. Strafrecht, Wein, 1988, S. 7.

(논문접수일 : 2013.01.31, 심사개시일 : 2013.02.18, 게재확정일 : 2013.03.20)



▶ 김 재 희

사회내제재(Community Sentence), 형사제재(Criminal Sanctions), 재사회화(Rehabilitation), 수강명령(attendance center order), 보호관찰(Probation)

Abstract

The Status and Improvements on Attendance Center Order system

Kim, Zaehee*

With the suggestion of institutional treatment's problems, community treatment was appeared under the basis that it's effective for prevention of labeling effect and rehabilitation of criminals. In comparison with institutional treatment, community treatment has a strength that it's economical, humanitarian and effective as a criminal sanction. Therefore, there are continuously efforts to replace institutional treatment with community treatment. Especially, if considering the principle of criminal law's supplement, punishment will be used as the final measure. Furthermore, if there is any measure guaranteeing effectiveness, punishment must hide behind it. So, recent treatment is focusing on community treatment moved from institutional treatment.

For the community treatment conducted for adult criminals because of the revision of criminal law in 1995, there are probation, social service and attendance center order system. The uses of the community treatment are continuously increased by imposing as a type of parallelism during the suspended sentence or probation and replacing institutional treatment. Especially, youth criminals recently can sentence as an independent system, so the area of application is expected to be widened as adult criminals if the positive evaluation of execution is expanded.

* Ph. D. in Law, Senior Researcher in the Institute of Legal Studies, Sungkyunkwan Univ.

Like that, there are efforts of studying and policy which intend to increase their application as the community treatment at present. Recently, revision of special obeying article (Article 32 of law related to probation) for probation order, social service ordering replacement of penalty defaulting person, etc. are the results. In here, this study intends to examine the current situation of attendance center order execution and future's tasks, etc. for the vitalization of attendance center order.

쌍봉형(Twin Peaks) 금융감독기구 체제 도입 논의의 검토

고 동 원*

I. 머리말	III. 쌍봉형 금융감독기구 체제의 장단점 분석 - 호주와 뉴질랜드의 사례를 중심으로
II. 쌍봉형 금융감독기구 체제의 개관	1. 쌍봉형 체제의 장점
1. 금융감독기구 체제 분류의 일반론	2. 쌍봉형 체제의 단점
2. 쌍봉형 체제의 일반론	3. 소결
3. 주요국의 운영 사례	IV. 맺음말

I. 머리말

2011년 초 상호저축은행 부실 사태가 발생하면서 금융감독당국의 감독 부실의 문제가 대두되었고, 이에 따라 전반적인 금융감독기구 체제 개편의 필요성이 제기되었다. 국무총리실은 2011년 5월 관련 부처 담당자와 민간 전문가로 구성된 ‘금융감독혁신작업반’(task force: T/F)을 설치하여 금융감독 혁신 방안을 마련하기는 하였으나(2011년 9월), 근본적인 금융감독 기구 체제 개편 문제는 다루지 못하고 중장기 과제로 남겨두었다.¹⁾ 특히 2012년 12월의 제18대 대통령 선거가 다가오면서 새 정부가 금융감독기구 개편을 할 가능성이 크다는 점이 작용하여 2012년 하반기에는 관련 학회 등이 이와 관련한 학술대회와 세미나를 다수 개최하는 등 학계도 큰 관심을 가지면서 금융감독기구 개편 문제는 금융 분야에서 중요한 과제 중의 하나가 되었다.

2008년 2월 이명박 대통령 정부가 출범하면서 탄생한 현행 금융감독기구 체제가 많은 문제점을 갖고 있다는 점²⁾은 학계나 실무계 등으로부터 그 동안 여러 차

* 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

1) 국무총리실, “국무총리실, 관계부처 합동으로 금융감독 혁신 방안 마련.” 보도자료, 2011. 9. 2, 붙임 자료(금융감독 혁신 방안), 45쪽. 금융감독기구 개편 중장기 개선 과제는 연구 용역을 발주하기로 하였는데, 이에 따라 서울대학교 금융법센터가 이 연구 용역을 수행하였다. 김건식 외 6인, 「금융감독 선진화를 위한 감독체계 개편 방안」, 서울대학교 금융법센터, 2012. 10.

2) 예를 들어, 금융감독 정책 결정 기구와 금융감독 집행 기구의 분리에 따르는 문제점, 금융산업 정

레 지적이 되어 왔으며, 이러한 문제점이 상호저축은행 부실 사태를 계기로 드러난 것이다. 이에 따라 금융감독기구 개편에 관한 다양한 방안이 도출하고 있는데, 이 중에서 특히 관심을 끌고 있는 것은 ‘쌍봉형(twin peaks) 금융감독기구 체제’의 도입에 관한 논의이다. ‘쌍봉형 금융감독기구 체제’란 금융기관의 건전성 규제(prudential regulation)를 담당하는 금융감독기관과 금융기관의 영업행위 규제(business conduct regulation)(주로 금융상품 판매 관련 규제)를 담당하는 금융감독기관을 별도로 두는 감독기구 체제를 말한다(이하 “쌍봉형 체제”라 한다). 이 제도 도입에 관해서는 학계나 실무계 등에서 찬반이 대립되고 있는데,³⁾ 이 글은 쌍봉형 체제의 의의와 장단점을 분석함으로써 과연 쌍봉형 체제가 우리나라에 맞는 감독기구 체제인지를 알아보기 위함이다. 특히 이를 위해서 쌍봉형 체제를 비교적 잘 운영하고 있다고 알려져 있는 호주와 뉴질랜드의 실제 사례를 분석함으로써 우리나라에 대한 시사점을 도출하는데 중점을 두고자 하였다.

II.에서는 쌍봉형 체제의 의의와 주요 근거 등을 개관해보며, III.에서는 쌍봉형 체제의 장단점을 호주와 뉴질랜드의 사례를 중심으로 하여 분석해보며, IV.에서는 이를 토대로 하여 쌍봉형 체제가 우리나라 실정에 적합한지에 관한 결론을 도출해 본다.

II. 쌍봉형 금융감독기구 체제의 개관

책 기능과 금융감독 정책 기능의 통합에 따른 문제점, 금융감독의 중립성·전문성 확보 미흡 등을 들 수 있다. 자세한 사항은 고동원, “현행 금융감독기구 체제의 문제점과 개편 방향,” 「성균관법학」 제24권 제2호, 성균관대학교 법학연구소, 2012. 6, 12~19쪽.

- 3) 쌍봉형 체제 도입의 찬성 의견으로는 전성인, “금융감독 개편 측면에서 바라본 독립 금융소비자 보호기구,” 「금융소비자보호기구의 설립 방향, 이대로 좋은가」, 국회입법조사처/국회금융정책연구회 공동 주최 정책세미나 자료집, 2011. 12. 14, 12쪽; 김건식 외 6인, 앞의 연구보고서, 192쪽; 원승연, “금융소비자 보호의 필요성 - 사례 분석을 중심으로,” 「금융소비자 보호: 현안과 정책 과제」, 한국금융연구센터 2009년 하반기 정례 정책심포지엄 자료집, 2009. 11. 11, 46쪽. 반면에 쌍봉형 체제 도입에 대한 반대 의견으로는 성희환, “금융소비자보호법의 바람직한 제정 방안에 대한 고찰,” 「상사법연구」 제30권 제2호, 한국상사법학회, 2011. 8, 724, 729쪽; 김홍범, “금융감독체계 개편 분석: 미국영국·EU와 한국,” 「금융감독체계의 개편 방향」, 서울대학교 금융경제연구원 심포지엄 자료집, 2009. 11. 23, 61쪽; 양희산, “국내 금융환경에서 바라본 쌍봉형 감독체계의 적합성 여부,” 「외국의 쌍봉형 감독 모델 운영 경험과 한국에서의 시사점」, 한국보험학회 2012년도 정책 세미나 발표 자료집, 2012. 12. 7, 92쪽; 김홍기, “우리나라의 금융감독 체계의 문제점 및 개선방안,” 「상사법연구」 제31권 제3호, 한국상사법학회, 2012. 11, 203쪽.

1. 금융감독기구 체제 분류의 일반론

일반적으로 금융감독기구 체제는 ‘기관별 금융감독기구 체제’(institutional regulator), ‘기능별 금융감독기구 체제’(functional regulator), ‘통합형 금융감독기구 체제’(integrated regulator), 쌍봉형 체제로 나눌 수 있다.⁴⁾ 기관별 체제는 은행, 증권회사, 보험회사 등 각 금융기관을 대상으로 하는 별도의 감독기관을 두는 체제를 말한다. 따라서, 은행이 증권 업무를 영위하더라도 그러한 증권 업무에 대해서는 은행감독기관이 감독을 하게 된다. 우리나라가 1997년 말 외환 위기 이전에 운영했던 형태이다. 중국, 홍콩, 멕시코 등의 국가가 이 체제를 운영하고 있다.⁵⁾ 기능별 체제는 해당 특정 전문 금융감독기관이 금융기관의 유형에 상관 없이 특정 업무를 영위하는 금융기관을 감독하는 체제를 말한다.⁶⁾ 예를 들어, 증권감독기관은 증권회사이든 은행이든 상관 없이 증권 업무를 영위하는 모든 금융기관을 감독하게 된다. 이탈리아, 브라질, 스페인 등의 국가가 이 체제를 운영하고 있다.⁷⁾ 통합형 체제는 하나의 감독기관이 모든 금융기관을 감독하는 체제이다. 우리나라가 1997년 말 외환 위기 이후 취하고 있는 유형이다. 독일, 일본, 스위스, 싱가포르, 카타르(Qatar) 등의 국가가 이 체제를 운영하고 있다.⁸⁾ 쌍봉형 체제는 건전성 감독기관과 영업행위 감독기관을 별도로 두는 체제를 말하며, 규제의 ‘목적(objective)별 감독 체제’라고 하기도 한다.⁹⁾ 호주, 뉴질랜드, 네덜란드 국가가 이 체제를 운영하고 있으며,¹⁰⁾ 영국은 2013년 4월부터 통합형에서 쌍봉형 체제로 전환할 예정이다.¹¹⁾

4) Heidi Mandanis Schooner and Michael W. Taylor, *Global Bank Regulation: Principles and Policies*, Elsevier, 2010, pp. 260~268. 감독기구 모형에 대한 자세한 설명은 김홍범, 앞의 발표 자료, 60쪽 참조. 또한 Group of Thirty, *The Structure of Financial Supervision: Approaches and Challenges in a Global Marketplace*, 2008도 감독기구 유형에 따른 각국의 사례를 분석하면서 자세한 설명을 하고 있다.

5) Group of Thirty, op. cit., pp. 57~82.

6) Schooner & Taylor, op. cit., p. 262. 통상은 기관별 체제 하에서 기능별 체제가 보완적으로 적용되는 경우가 많다. Ibid., p. 260.

7) Group of Thirty, op. cit., pp. 85~122.

8) Ibid., pp. 137~184.

9) Schooner & Taylor, op. cit., p. 267.

10) Group of Thirty, op. cit., pp. 197~204.

11) Andrew Bailey, Sarah Breeden and Gregory Stevens, "The Prudential Regulatory Authority," *Quarterly Bulletin 2012*, Bank of England, Dec. 2012, p. 1 (<http://www.bankofengland.co.uk/publications/Documents/quarterlybulletin/qb120405pre.pdf>).

2. 쌍봉형 체제의 일반론

쌍봉형 체제는 1995년 영국의 마이클 테일러(Michael Taylor) 박사가 최초로 주장한 개념이다.¹²⁾ 이 제도는 오히려 영국에서 채택되지 않고, 1998년 호주에서 최초로 채택되어 시행되고 있다.

쌍봉형 체제 주장의 주요 근거는 다음과 같다. 첫째, 건전성 규제와 영업행위 규제는 서로 이해 상충 관계에 있으므로 이를 분리 운영할 필요가 있다는 것이다. 즉, 금융제도의 안정성 보호라는 건전성 규제의 목적과 소비자 보호라는 영업행위 규제 목적이 서로 다르고 그 추구하는 바가 달라서 한 기관이 수행하게 되면 이해 상충 문제가 발생할 수 있으므로 별도의 분리된 기관이 수행해야 한다는 것이다.¹³⁾ 둘째, 건전성 규제와 영업행위 규제를 한 기관이 수행하게 되면 자연스럽게 권력의 집중 현상이 일어나 규제 대상 기관과는 유리된 강력한 관료적인 기관이 탄생될 우려가 많아 감독의 비효율성이 발생할 수 있다는 것이다.¹⁴⁾ 셋째, 건전성 규제와 영업행위 규제가 한 기관에서 이루어지게 되면 아무래도 영업행위 규제가 건전성 규제에 종속되게 되어 영업행위 규제, 즉 금융소비자 보호 업무가 소홀하게 되므로 금융소비자 보호를 잘 할 수 없다는 것이다.¹⁵⁾ 그렇기 때문에 두 기관으로 분리되는 경우에 금융소비자 보호 업무를 더 강화할 수 있다는 것이다. 넷째, 건전성 규제 기관과 영업행위 규제 기관은 분리되어 있어 각자 해당 업무에 전념할 수 있고, 건전성 규제와 영업행위 규제는 서로 다른 감독 기술(skill)이 필요하므로 분리하는 경우 각 해당 분야에 전문화를 도모할 수 있어 감독의 효율성을 높일 수 있다는 것이다.¹⁶⁾

12) Michael W. Taylor, *Twin Peaks: A Regulatory Structure for the New Century*, Centre for the Study of Financial Innovation, Dec. 1995.

13) Ibid., p. 15; 같은 내용의 설명은 정순섭, “금융규제개혁과 금융소비자보호,” 「상사판례연구」 제24집 제4집, 한국상사판례학회, 2009. 12, 50~51쪽. 예를 들어, 금융기관의 불법적인 판매 행위에 의해서 초래된 고객의 손해를 보상하라는 업무행위 규제 조치는 그 금융기관의 재무 건전성에 영향을 미칠 수 있다는 것을 말한다. 장덕조, “독립 금융소비자보호기구 설립 동향과 시사점,” 「상사법연구」 제29권 제1호, 한국상사법학회, 2010. 5, 301쪽.

14) Taylor, op. cit., p. 15; 같은 설명으로는 정순섭, 앞의 논문, 51쪽.

15) Adam J. Levitin, *The Consumer Financial Protection Agent*, 1789 PLL/Corp 105, Chicago, 2010, p. 113(장덕조, 앞의 논문, 298쪽에서 재인용).

16) Michael W. Taylor, "Regulatory Reform after Financial Crisis: Twin Peaks Revisited" PPT Presentation, Center for Competition and Policy, 2011. 2, pp. 9, 12 (http://denning.law.ox.ac.uk/news/events_files/Twin_Peak_Revisited.pdf).

이러한 주장에 대해서는 그 반대의 견해도 제기되는데, 두 기관의 분리에 따른 규제 중복 문제, 규제의 사각 지대 발생, 규제 비용의 과다 발생, 두 기관 사이의 업무 협조의 부재 가능성에 따른 감독의 비효율성 등의 문제점이 지적된다.¹⁷⁾ 자세한 사항은 뒤 III. 쌍봉형 체제의 장단점 분석에서 언급하기로 한다.

3. 주요국의 운영 사례

가. 호주

호주의 쌍봉형 체제는 1998년에 출범하였다. 1990년대 들어서면서 호주의 금융 환경이 급변하면서 변화된 금융산업과 금융시장에 맞는 효율적인 규제 체계와 감독 체제를 만들 필요성이 제기되었고, 이에 따라 호주 정부는 1996년 6월 ‘금융제도조사위원회’(Financial System Inquiry)를 구성하여¹⁸⁾ 금융 규제 체계의 개혁에 관한 논의를 하였다. 이 위원회는 1997년 3월 ‘금융제도조사보고서’(Financial System Inquiry Final Report)(‘Wallis Report’라고 불린다)를 발표하였다.¹⁹⁾ 이 보고서는 호주의 금융감독기구 체제를 쌍봉형 체제로 개편할 것을 권고하였다. 이에 따라 금융 기관별로 연방과 주(州)로 나누어져 있던 금융감독기구를 건전성 감독기관과 영업 행위 감독기관으로 통합하게 된 것이다. 즉, 건전성 감독기관으로 ‘호주건전성감독원’(Australian Prudential Regulation Authority: APRA)(이하 “APRA”라 한다)을 1998년 7월에 설립하였고,²⁰⁾ 영업행위 감독기관으로 ‘호주증권투자위원회’(Australian Securities and Investments Commission: ASIC)(이하 “ASIC”이라 한다)²¹⁾를 1998년에 설립하였다.²²⁾ APRA의 설립 근거법은 「1998년 호주건전성감독원법」(Australian Prudential Regulation Authority Act 1998)이며, 예금수취금융기관인 은행, 신용협동

17) 영업행위 규제 기구의 별도 설립에 대한 비판론에 대해서는 장덕조, 앞의 논문, 295~296쪽에도 설명되어 있다.

18) 이 위원회의 의장은 Mr. Stan Wallis이었는데, 이 이름을 따 일명 “Wallis Committee”라고 한다.

19) Australia Treasury, *Financial System Inquiry Final Report (Wallis Report)*, March 1997 (<http://fsi.treasury.gov.au/content/finalreport.asp>).

20) APRA 홈페이지(<http://www.apra.gov.au/AboutAPRA/Pages/Default.aspx>).

21) ASIC은 1991년 출범한 호주증권위원회(Australian Securities Commission: ASC)가 확대 개편된 기구이며, 호주증권위원회는 종전의 ‘연방기업증권위원회’(National Companies and Securities Commission: NCSC)와 각 주의 ‘회사관리국’(Corporate Affairs Offices)이 통합하면서 만들어진 기구이다(<http://www ASIC.gov.au/asic/asic.nsf/byheadline/How+we+operate?openDocument>).

22) 호주의 쌍봉형 체제에 대한 자세한 설명은 Group of Thirty, op. cit., pp. 188~196 참조.

조합(credit union), 건설조합(friendly societies) 뿐만 아니라 보험회사와 연금운용회사(superannuation industry)에 대한 건전성 규제 감독을 한다.²³⁾ ASIC의 설립 근거 법은 「2001년 호주증권투자위원회법」(Australian Securities and Investments Commission Act 2001)이며, 금융기관의 영업행위 규제 업무, 회사 등록 관련 업무, 증권 시장 규제에 관한 업무 등을 수행한다.²⁴⁾

나. 네덜란드

네덜란드는 2002년 기관별 규제 체제에서 쌍봉형 체제로 전환하였다.²⁵⁾ 건전성 규제는 '네덜란드 중앙은행'(De Nederlandsche Bank: DNB)이 담당하고, 영업행위 규제는 '네덜란드 금융시장감독원'(Netherlands Authority for the Financial Markets: AFM)이 담당한다. 중앙은행과 별도로 건전성 규제감독기관을 설치한 호주와 달리 중앙은행이 금융기관 건전성 규제를 담당하는 점이 특징적이다. 네덜란드 중앙은행은 2004년 10월 '연금보험감독원'(Pension and Insurance Supervisory Authority of the Netherlands: PVK)을 통합함으로써 은행 뿐만 아니라 보험회사와 연금운용회사에 대한 건전성 규제 감독 업무를 수행하게 되었다.²⁶⁾ 금융시장감독원은 2002년 3월 증권위원회(Securities Board of the Netherlands: STE)를 확대 개편하여 설립된 영업행위 규제 감독기관이다.²⁷⁾ DNB와 AFM 두 기관은 1999년에 설치된 '금융감독기관협의회'(Council of Financial Supervisors)를 통하여 상호 협력을 모색하고 있다.²⁸⁾

23) APRA 홈페이지(<http://www.apra.gov.au/AboutAPRA/Pages/Default.aspx>).

24) "ASIC is Australia's corporate, markets and financial services regulator." *ASIC Annual Report 2011-2012*, p. 10; <http://www.asic.gov.au/asic/ASIC.NSF/byHeadline/Our%20role>; "[ASIC] is responsible for market conduct relative to financial services and general corporate and business legal standards." Group of Thirty, op. cit., p. 189.

25) De Nederlandsche Bank, "History of DNB," p. 2 (http://www.dnb.nl/en/binaries/History%20DNB_tcm47-144511.pdf); Hugo Oppelaar, "Financial Services: Regulators Reshape to Match Consolidation," *International Financial Law Review*, May 23, 2005 (<http://www.iflr.com/Article/1984886/Search/Results/Financial-services-Regulators-reshape-to-match-consolidation.html?PageId=201716&Keywords=hugo+oppelaar&OrderType=1>). 쌍봉형 체제로의 전환이 2002년이나 2004년이나에 대해서는 논란이 될 수 있으나, 2002년에 영업행위 규제감독기관인 금융시장감독원(AFM)이 신설되었고, 비록 2004년에 네덜란드중앙은행(DNB)이 연금보험감독원(PVK)을 통합하기는 하였으나, 2002년에 영업행위 감독과 건전성 감독이 분리되었으므로 2002년으로 보는 시각이 타당한 것으로 본다. 2004년으로 보는 견해는 양희산, 앞의 자료, 72쪽.

26) Ibid.; DNB 홈페이지(<http://www.dnb.nl/en/about-dnb/organisation/history/index.jsp>).

27) AFM 홈페이지(<http://www.afm.nl/en/over-afm.aspx>).

다. 뉴질랜드

뉴질랜드에서 건전성 규제는 ‘뉴질랜드중앙은행’(Reserve Bank of New Zealand: RBNZ)(이하 “RBNZ”라 한다)이 담당하고, 영업행위 규제는 ‘금융시장감독원’(Financial Markets Authority: FMA)(이하 “FMA”라 한다)이 담당한다. 은행의 건전성 규제 업무를 수행하고 있던 RBNZ는 2008년 9월부터 비은행예금수취금융기관(non-bank deposit-takers: NBTDs)에 대한 건전성 규제 감독 기관이 되었고, 2010년 9월부터는 보험회사에 대한 건전성 감독 업무도 수행하게 되었다.²⁹⁾ FMA도 1978년 설립된 증권위원회(Securities Commission)가 2011년 경제개발부(Ministry of Economic Development)의 증권 발행 심사 관련 기관(Registrar of Companies)과 연금 업무 담당 기관(Government Actuary)을 통합하면서 확대 개편되어 만들어진 영업행위 감독기관이다.³⁰⁾ FMA의 설립 근거법은 「“2011년 금융시장감독원법”(Financial Markets Authority Act 2011)이다.³¹⁾ FMA는 증권 시장 규제 감독 업무, 금융자문업자(financial advisers)와 수탁회사(trustees) 등 시장참가업자(market participants)에 대한 감독 업무 등을 수행한다.³²⁾ 뉴질랜드의 경우도 네덜란드와 마찬가지로 중앙은행이 직접 건전성 감독을 한다는 점이 특징적이라고 할 수 있다.

28) “History of DNB,” op. cit., p. 9; Hugo Oppelaar, op. cit.. 이 협의회는 1999년에는 DNB, PVK, STE(AFM의 전신)이 참여하였으나, 현재는 PVK를 통합한 DNB와 AFM가 참여하고 있다.

29) Reserve Bank of New Zealand, “Briefing on the Reserve Bank of New Zealand,” Dec. 2011, pp. 21~22 (<http://www.rbnz.govt.nz/about/whatwedo/4663879.pdf>). 비은행예금수취금융기관은 소매금융금융회사(retail-funded finance companies), 그리고 건설조합과 신용협동조합 등 저축금융기관(savings institution)을 포함한다. Ibid. 그 배경을 살펴보면, 2006년 경제개발부(Ministry of Economic Development)가 주도한 “금융상품과 금융업자에 관한 검토보고서”(Review of Financial Products and Providers)는 보험회사와 비은행예금수취금융기관(NBTDs)에 대한 건전성 규제 감독을 RBNZ에 부여하기로 결정하였고, 이에 따라, 2007년 11월 1일 RBNZ 내에 건전성감독국(Prudential Supervision Department)이 신설되었다. Toby Fiennes and Cavan O'Connor-Close, “The Evolution of Prudential Supervision in New Zealand,” *Bulletin*, Vol. 75, No. 1, Federal Reserve of New Zealand, March 2012, p. 1.

30) Financial Markets (Regulators and KiwiSaver) Bill, Explanatory note, p. 1; FMA 홈페이지(<http://www.fma.govt.nz/about-us/who-we-are/role-and-purpose/>).

31) FMA 홈페이지(<http://www.fma.govt.nz/about-us/who-we-are/role-and-purpose/>).

32) Financial Markets Authority, *Statement of Intent 2012-2015*, March 2012, p. 9; FMA 홈페이지(<http://www.fma.govt.nz/about-us/what-we-do/>).

라. 영국

영국은 2013년 4월부터 쌍봉형 체제로 전환할 예정에 있다.³³⁾ 즉, 통합 금융감독기구인 ‘금융감독원’(Financial Services Authority: FSA)을 ‘건전성감독원’(Prudential Regulation Authority: PRA)과 ‘영업행위감독원’(Financial Conduct Authority: FCA)으로 분리할 계획에 있다.³⁴⁾ PRA는 영국의 중앙은행인 영란은행(Bank of England)의 산하에 별도의 자회사로 두며, FCA는 영란은행 내가 아닌 외부의 별도의 기구로 둘 예정에 있다.³⁵⁾ PRA는 예금수취금융기관(즉, 은행, 건설조합(building societies), 신용협동조합(credit union) 등), 보험회사, 규모가 큰 증권회사(investment firms)와 자산운용회사의 건전성 규제 업무를 담당하게 된다.³⁶⁾ FCA는 모든 금융기관의 영업행위 규제 업무와 증권 시장 규제 업무를 담당하게 되며, 규모가 작은 증권회사와 자산운용회사의 건전성 규제 업무를 담당하게 된다.³⁷⁾

영국에서 쌍봉형 체제로의 전환의 배경은 다음과 같다. 2007년 노던록(Northern Rock)은행의 파산과 2008년 세계적 금융위기로 인하여 금융제도 전체의 위험을 파악할 수 없는 규제 체제의 문제점이 지적되면서 영국의 금융감독 체제를 개혁해야 한다는 움직임이 나타났다.³⁸⁾ 이에 대한 해법으로 노동당은 FSA의 권한을 확대하자는 입장인 반면에 보수당은 영란은행의 권한을 강화하자는 입장으로 나누어졌지만, 2010년 5월 총선에서 보수당이 집권하면서 쌍봉형 체제로의 개편을 추진하게 되었다. 따라서, 영국에서 쌍봉형 체제로의 전환은 다분히 정치적인 영향을 받았다고 보는 시각이 강하다.³⁹⁾

III. 쌍봉형 금융감독기구 체제의 장단점 분석 - 호주와 뉴질랜드 사례를 중심으로

33) Bailey, Breeden & Stevens, op. cit., p. 1.

34) Ibid.

35) Ibid.

36) Ibid.

37) Ibid.

38) HM Treasury, *A New Approach to Financial Regulation: Building a Stronger System*, Feb. 2011, p. 3.

39) 김홍기, 앞의 논문, 178쪽; 양희산, 앞의 자료, 73쪽.

앞서 언급한 바와 같이 우리나라에서의 쌍봉형 체제 도입에 대해서는 찬반 논의가 분분하다. 여기서는 쌍봉형 체제의 장단점에 대하여 쌍봉형 체제를 도입하여 운영하고 있는 호주와 뉴질랜드의 사례를 중심으로 하여 분석해봄으로써 그 시사점을 알아보기로 한다.⁴⁰⁾

1. 쌍봉형 체제의 장점

쌍봉형 체제의 장점은 각 분야, 즉 건전성 감독과 영업행위 규제 감독 분야에 전념할 수 있어 전문성을 확보할 수 있고, 이에 따라 감독의 효율성을 도모할 수 있으며, 특히 금융 소비자 보호 업무를 담당하는 영업행위 규제 감독기관을 별도로 둠으로써 금융 소비자 보호 업무를 강화할 수 있다는 점이다. 이하에서 구체적으로 살펴보기로 한다.

가. 감독기관의 전문성 확보를 통한 감독의 효율화 도모

쌍봉형 체제의 큰 장점 중의 하나는 전문화(specialization)를 도모할 수 있다는 점이다. 즉, 건전성 감독기관은 금융기관의 건전성 규제에만 전념할 수 있어, 건전성 규제의 전문화를 도모할 수 있다는 점이다.⁴¹⁾ 실제 호주의 경우 건전성 감독기관인 APRA의 대부분의 직원은 회계와 경제 분야의 전문가로 구성되어 있어 건전성 규제의 전문성을 확보하고 있으며, 위험 관리 기준(risk-based)에 기반한 건전성 규제 업무에 중점으로 둠으로써 전문화된 건전성 규제 감독 업무를 수행하고 있다.⁴²⁾ 뉴질랜드의 경우도 금융기관 건전성 규제를 담당하는 RBNZ의 관련 담당 부서도 회계와 경제 관련 전문가로 대부분 구성되어 있어 전문성을 확보하고 있다.⁴³⁾

40) 이하의 내용(IV. 포함)은 금융감독원 연구용역보고서인 「금융감독기구 체제 개편 논의의 쟁점 분석과 개편 방향」(사단법인 은행법학회, 2012. 12) 중 필자가 집필한 부분(IV.2. & V.)을 토대로 하여 수정보완한 것이다.

41) 호주의 현행 쌍봉형 금융감독 체제로의 개편을 주장한 ‘월리스 보고서’(Wallis Report)도 이 점을 언급하고 있다(“... it should be expected, and accepted, that agencies formed for the separate purposes of the APRC, CFSC and PSB will function best with their own distinct cultures.”). Australia Treasury, *Financial System Inquiry Final Report (Wallis Report)*, March 1997 (<http://fsi.treasury.gov.au/content/finalreport.asp>), p. 545 (Chapter 12 Coordination and Accountability, 12.6.3. Mega-Regulation).

42) APRA 국제협력국장(Head of International Relations) 크리스 가스켈(Chris Gaskell)과의 2012. 11. 26. 면담 내용.

마찬가지로 영업행위 규제 감독기관도 금융기관의 영업행위 규제에 중점을 두어 감독함으로써 전문화를 통한 금융소비자 보호 업무를 수행할 수 있는 장점이 있다. 호주의 영업행위 규제 감독기관인 ASIC은 금융시장에서의 공시 규제(disclosure regulation) 감독 업무가 주 업무이어서 관련 법령 위반 조사 업무가 대부분을 차지하므로, 직원 대부분은 변호사 등 법률 전문가로 구성되어 있어 전문성을 확보하고 있다.⁴⁴⁾ 뉴질랜드의 경우에도 금융기관 영업행위 규제 감독기관인 FMA는 다수의 변호사 등 법률 전문가로 구성되어 있어 전문성을 확보하고 있다.⁴⁵⁾

이처럼 해당 분야의 감독 부분에 특화하여 전념할 수 있어서 자연스럽게 전문성을 확보할 수 있다는 점이 금융감독의 효율성을 높일 수 있는 장점이 되고 있는 것이다.

나. 금융소비자 보호 강화와 건전성 규제의 효율화

금융기관의 영업행위 규제의 궁극적인 목적은 금융 소비자 보호에 있다. 따라서 금융기관 영업행위 규제에 특화된 전문 금융감독기관을 별도로 두게 되면, 자연스럽게 이 분야에 중점을 두게 되고 전문화를 도모할 수 있어서 일정 부분 금융 소비자 보호를 강화할 수 있는 장점이 있게 된다. 바로 이 점이 우리나라에서도 쌍봉형 체제를 도입하자는 주장의 큰 근거 중의 하나가 되고 있는 것이다.

이러한 장점은 건전성 감독기관에도 마찬가지로 적용될 수 있다. 금융상품의 불완전 판매 규제 등 금융기관의 영업행위 규제와 관련된 사항은 ‘정치적으로 시끄러운 사안’(noisy business)일 수밖에 없는데, 통합 감독기관이 이러한 영업행위 규제 업무까지 담당하게 되면 건전성 감독에 치중할 수 없는 문제가 생기게 되나,⁴⁶⁾ 별도로 둔 건전성 감독기관은 이러한 영향을 받지 않고 건전성 규제 감독 업무에 전념할 수 있어서 효율적인 건전성 감독 업무를 수행할 수 있다는 점이다.

2. 쌍봉형 체제의 단점

43) RBNZ 금융제도정책 담당 자문관(Adviser, Financial System Policy) 펠리시티 바커(Felicity Barker) 및 건전성감독국 자문관(Adviser, Prudential Supervision Department) 노만 밀러(Norman Miller)와의 2012. 11. 28. 면담 내용.

44) ASIC 선임경제분석관(Senior Economist) 제레미 브레이(Jeremy Bray)와의 2012. 11. 26. 면담 내용.

45) FMA 법률의사 담당 국장(Head of Legal and Board Secretary) 리암 메이슨(Liam Mason)과의 2012. 11. 28. 면담 내용.

46) APRA의 Chris Gaskell과의 면담 내용.

이러한 쌍봉형 체제의 장점에도 불구하고 실제 운영 과정에서는 다음과 같은 단점이 나타날 수 있다. 첫째, 규제 of 사각 지대(underlap)가 발생할 수 있고, 둘째, 규제 of 중복(overlap)이 발생할 수 있으며, 셋째, 감독기관 간의 긴밀한 업무 협조 관계 유지가 어려워질 가능성이 있으며, 넷째, ‘상업적 균형’(commercial balance)을 상실한 금융 감독이 이루어질 가능성이 있다는 점이다. 이하에서는 호주와 뉴질랜드의 실제 운영 사례를 중심으로 하여 이러한 단점의 문제를 살펴보기로 한다.

가. 규제 of 사각 지대(underlap) 발생

쌍봉형 체제의 가장 큰 단점은 규제 of 사각 지대(즉, 규제 of 공백)가 발생할 수 있다는 점이다. 즉, 건전성 규제와 영업행위 규제 부분을 나누어야 하는데, 실제 그 구분이 쉽지 않고 두 규제가 포섭할 수 없는 영역이 발생하여 감독 of 부실 문제가 생길 수 있다는 점이다.⁴⁷⁾ 실제 쌍봉형 체제를 유지하고 있는 호주와 뉴질랜드의 경우 이러한 규제 of 사각 지대 발생 문제가 있는 것으로 파악되고 있다.

1) 호주의 사례

호주에서는 예금을 수취하지 않는 여신전문금융회사, 그리고 증권회사와 자산운용회사에 대한 건전성 감독 부분에서 규제 of 사각 지대 문제가 발생하고 있다.

가) 여신전문금융회사인 Banksia의 파산 사례

2012년 초 비은행 여신전문금융회사(non-bank financial company)인 Banksia의 파산으로 인하여 많은 소비자들의 피해가 발생하였는데,⁴⁸⁾ 규제 of 사각 지대에 따른 감독 부실 문제가 지적되었다. Banksia와 같은 비은행 여신전문금융회사는 예금을 수취하지 않고 회사채를 발행하여 자금을 조달하여 대출하는 업무를 하기 때문에 APRA의 규제 감독을 받지 않게 된다. 즉, APRA의 감독 대상은 예금을 수취하는 예금수취금융기관(authorized deposit-taking institutions: ADIs)(즉 은행이나 신용협동조합(credit union) 등)에 한정하기 때문에 Banksia와 같은 비은행 여신전문금융회사

47) 같은 견해는 양희산, 앞의 발표 자료, 83쪽.

48) Banksia의 파산으로 약 3,000명에 해당하는 개인 투자자들이 6.5억 호주달러의 피해를 입었다. Jacob Hook, “Twin Peaks 모델 해외 동향 및 국내 시사점,” 한국보험학회 2012년도 정책 세미나 (외국의 쌍봉형 감독 모델 운영 경험과 한국에서의 시사점) 발표 자료, 2012. 12. 7, 12쪽.

는 APRA의 건전성 규제 감독 대상이 되지 않게 된다. 따라서, 공시 규제 등 영업 행위 규제를 담당하는 ASIC이 Banksia와 같은 여신전문금융회사를 감독해야 하는데, ASIC은 영업행위 규제를 담당하는 감독기관이므로 Banksia의 건전성 감독을 제대로 할 수 없었던 문제가 발생한 것이다.⁴⁹⁾

나) 증권회사에 대한 건전성 감독의 사각 지대 발생

호주에서 증권회사는 건전성 감독기관인 APRA의 건전성 감독 대상 금융기관이 아니어서, 증권회사의 건전성 감독 부분과 관련해서 규제의 사각 지대가 발생하고 있다. APRA의 감독 대상 금융기관은 은행이나 신용협동조합 등 예금수취금융기관(ADIs), 보험회사, 연금에 한정되고, 증권회사는 그 감독 대상이 아니다. 결국 증권회사의 건전성 감독 부분은 ASIC에게 넘겨지게 되는데, ASIC은 앞서 언급한 것처럼 영업행위 규제 감독 기관이므로 건전성 감독에 비중을 둘 수 없게 되고, 이에 따라 건전성 감독에 관련된 충분한 인력을 확보할 수 없어 건전성 감독에 전문화를 할 수 없는 한계가 있으며, 증권회사의 건전성 감독 부분도 자본 규제 등 최소한의 규제에 머물고 있어 엄밀한 의미에서의 증권회사에 대한 건전성 감독은 이루어지지 않고 있다고 할 수 있다.⁵⁰⁾ 즉, 증권회사에 대한 자본 규제는 자본금 요건 규제 정도에 불과한데, 총위험액의 1.2배 이상 유동자본(liquid capital) 유지 의무, 10만 호주달러 이상의 핵심 자본(core capital) 유지 의무 정도(이를 준수하지 못하는 경우 즉시 ASIC에 보고 의무)에 머물고 있어(ASIC Market Integrity Rule Sec. 9.2.2.), 엄밀한 의미의 건전성 규제는 이루어지지 않고 있다고 할 수 있다. 즉, 증권회사에 대한 건전성 규제에 있어서 규제의 사각 지대 문제가 발생하고 있는 것이다.

다) 자산운용회사(fund manager)에 대한 건전성 감독의 사각 지대 발생

자산운용회사에 대한 건전성 감독의 사각 지대 발생 문제도 증권회사와 같은 경우이다. 자산운용회사는 APRA의 건전성 감독 대상이 아니고, 결국은 ASIC이 담당해야 하는데, ASIC은 영업행위 규제 감독 기관이어서 건전성 감독을 하는데 인력이나 전문성 등의 면에서 한계가 있다.⁵¹⁾ 이에 따라 자산운용회사에 대한 충분한

49) 이러한 내용은 APRA의 Chris Gaskell과의 면담과 ASIC의 Jeremy Bray와의 면담에서도 확인되었다. 이외에도 Jacob Hook, 앞의 자료, 12쪽에서도 확인할 수 있다.

50) APRA의 Chris Gaskell과 ASIC의 Jeremy Bray와의 면담 내용.

51) APRA의 Chris Gaskell과의 면담과 맥쿼리은행그룹 위험관리부장(Division Director of Risk Management Group) 카메론 패터슨(Cameron Paterson)과의 2012. 11. 26. 면담 내용.

건전성 감독이 이루어지 않는 규제 의 사각 지대 문제가 발생하고 있는 것이다.

2) 뉴질랜드의 사례

뉴질랜드의 경우에도 호주의 경우와 마찬가지로 증권회사와 자산운용회사의 건전성 감독에 대한 규제 의 사각 지대 문제가 실제 발생하고 있으며, 더욱이 연금운용회사(superannuation trustee)에 대한 건전성 감독의 규제 사각 지대 문제도 발생하고 있다.

가) 증권회사에 대한 건전성 감독의 사각 지대 발생

뉴질랜드의 건전성 감독기관인 RBNZ는 증권회사에 대한 건전성 규제 감독 권한을 갖고 있지 않다. RBNZ는 은행, 신용협동조합(building societies, friendly societies) 등의 비은행예금수취금융기관(non-bank deposit-takers: NBDTs)과 보험회사에 대한 건전성 감독 권한을 갖고 있다. 그런데 증권회사에 대한 건전성 감독 권한은 영업행위 규제 기관인 FMA이 갖고 있지 않고, 뉴질랜드증권거래소(New Zealand Stock Exchange: NZSE)가 갖고 있다.⁵²⁾ 뉴질랜드증권거래소(NZSE)는 자율규제기관(self-regulatory organization)이므로 증권회사에 대한 건전성 감독이 충분히 잘 이루어지지 못할 가능성이 존재한다. 이런 점에서 증권회사에 대한 건전성 감독 부분에 있어서 규제의 사각 지대가 발생하고 있다고 할 수 있다.

나) 자산운용회사(fund manager)에 대한 건전성 감독의 사각 지대 발생

뉴질랜드에서 자산운용회사에 대한 건전성 감독은 건전성 감독 기관인 RBNZ도 하지 않고 있고, 영업행위 감독 기관인 FMA의 관할도 아니다.⁵³⁾ 따라서, 전형적인 규제의 사각 지대가 발생하고 있는 사례가 된다. 이에 따라, 뉴질랜드 정부는 최근 자산운용회사의 건전성 감독 권한을 FMA에 부여하는 법안을 발의한 상태에 있다.⁵⁴⁾

다) 연금운용회사에 대한 건전성 감독의 사각 지대 발생

뉴질랜드에서 현재 연금운용회사에 대한 건전성 감독 권한은 RBNZ도 없고, FMA도 없어서 규제의 공백 상태가 있는 상태이다.⁵⁵⁾

52) FMA의 Liam Mason과의 면담 내용.

53) 위 면담 내용.

54) 위 면담 내용.

나. 규제의 중복(overlap) 문제 발생

쌍봉형 체제에서는 두 개의 감독기관이 존재하게 되므로 일정 부분 규제의 중복 문제가 발생할 가능성이 있다.⁵⁶⁾ 건전성 규제 업무와 업무행위 규제 업무의 구분이 될 수 있다고도 볼 수 있으나, 실제 업무 수행 과정에 있어서는 구분이 쉽지 않은 부분이 존재할 수 있고, 이 경우에는 규제의 중복 문제를 초래해 감독을 받는 금융기관의 업무 부담을 가중시켜 금융감독의 효율성을 저해할 가능성이 있다. 예를 들어, 금융기관의 대차대조표 등 재무제표에 관련된 사항은 두 감독기관 모두에게 감독을 받는 금융기관의 업무 상태를 파악하기 위해 필요한 자료들이므로 두 기관이 이러한 자료들을 중복적으로 요구할 수 있고, 두 감독기관이 검사를 수행할 때 두 업무의 구분이 명확하지 않는 부분에서는 중복되는 자료를 요구할 가능성이 있다. 실제 쌍봉형 체제를 유지하고 있는 호주와 뉴질랜드에서도 규제의 중복 문제는 일정 부분 나타나고 있는 것으로 파악된다.

1) 호주의 사례

가) 자료 제출의 중복 문제

감독을 받는 금융기관이 감독기관에게 관련된 자료를 제출함에 있어서 일정 부분 불가피하게 중복이 발생하고 있다. 예를 들어, 맥쿼리은행(Macquarie Bank)의 경우 APRA에게 연간 3,000여 건 정도의 자료를 제출하는데, 이 중 일부(예를 들어, 대차대조표 등 재무제표)는 ASIC에도 제출하고 있다.⁵⁷⁾ 또한 금융기관이 금융상품 판매 등 일정한 영업을 영위하려면 ASIC으로부터 ‘금융서비스인가’(Australian Financial Services License: AFSL)를 별도로 받아야 하는데, 이러한 인가와 관련하여 ASIC은 금융기관에게 필요한 자료를 요구할 수 있어 자료의 중복 제출 문제가 발생 수 있는 것이다.⁵⁸⁾

나) 소매 대출 영업(retail lending business)에 있어서 규제의 중복 문제

은행의 소매 대출 영업과 관련하여 APRA와 ASIC의 규제의 중복 문제가 발생하고 있다. 은행은 APRA로부터 영업 인가를 받으면 대출 영업을 영위할 수 있는데,

55) 위 면담 내용.

56) 같은 견해는 양희산, 앞의 발표 자료, 82쪽.

57) 맥쿼리은행그룹의 Cameron Paterson과의 면담 내용.

58) 위 면담 내용.

특히 은행이 소매대출 영업을 영위하려면 ASIC으로부터 ‘금융서비스인가’(AFSL) 이외에 추가적으로 소매대출 영업 인가(credit license)를 받아야 한다.⁵⁹⁾ ASIC으로부터의 추가적인 인가를 요구하는 목적은 주요 대출 대상인 개인 금융소비자를 특히 보호하기 위한 것이다. 은행이 ASIC으로부터 소매대출 영업에 대한 별도의 인가를 받음에 따라 이에 따른 규제가 은행에 가해지고 이에 따라 불가피하게 APRA와의 건전성 규제와 일정 부분 중복되는 문제가 발생하고 있다.⁶⁰⁾

다) 은행의 파생상품업과 관련한 규제의 중복 문제

은행의 파생상품업 영위와 관련해서도 규제의 중복 문제가 발생하고 있다. 은행이 스왑매매업자(swap dealer)로서 파생상품업을 영위하기 위해서는 ASIC으로부터 금융서비스인가(AFSL)를 받아야 하고, 이에 따라 ASIC으로부터 추가적인 규제를 받게 된다.⁶¹⁾ 은행은 파생상품업에 따른 APRA로부터의 건전성 규제뿐만 아니라 ASIC으로부터 추가적인 규제를 받음으로써 일정 부분(파생상품 거래 관련 자금 조달 부분 등) 규제의 중복 문제가 발생하고 있다.⁶²⁾ 은행이 파생상품 거래 관련 법규를 위반한 경우, 법규 위반 보고를 두 기관에 해야 하므로(APRA에게는 은행법(Banking Act)에 근거하여, ASIC에게는 회사법(Corporation Act)에 근거하여) 규제의 중복 문제가 발생하고 있다고 할 수 있다.⁶³⁾

라) HIH 보험회사 파산 사건(2001년) 사례: APRA와 ASIC의 업무 중복과 업무 구분의 불명확성의 사례

2001년에 발생한 HIH 보험회사의 파산 사건을 조사한 정부조사위원회의 조사 보고서에 따르면, APRA와 ASIC 사이의 업무 중복이 발생하고, 두 기관 사이에 명확한 업무 구분이 되지 않고 있다는 점(unclearly delineated roles)이 지적되고 있다.⁶⁴⁾ HIH 보험회사는 2001년 당시 호주 2위인 보험회사였는데, 부실에 따른 파

59) 위 면담 내용.

60) 위 면담 내용.

61) 위 면담 내용.

62) 위 면담 내용.

63) 위 면담 내용.

64) “The evidence indicated there were difficulties in the relationship between ASIC and APRA. These arose principally from the fact that the two organisations took on overlapping and unclearly delineated roles from June 1998 in relation to financial services providers. This was

산으로 보험계약자와 투자자들에게 막대한 손실을 입힌 것이다. 보험회사의 건전성 감독기관인 APRA가 건전성 감독을 제대로 하지 못했다는 비판이 제기되었으며, 이에 따라 건전성 감독을 강화하기 위해서 APRA의 인력이 400명 선에서 600명 선으로 대폭 늘어나게 되었다.⁶⁵⁾

2) 뉴질랜드의 사례

뉴질랜드에서도 일정 부분 규제 중복 문제가 발생하는 사례가 있다.

가) 수탁회사(trustee) 규제에 있어서 규제의 중복 문제

수탁회사 규제와 관련해서 일정 부분 RBNZ와 FMA 사이의 규제의 중복 문제가 발생하고 있다. 수탁회사는 금융시장 규제자인 FMA의 규제를 받고, 비은행예금수취금융기관(NBDTs)은 건전성 규제 감독기관인 RBBZ의 감독을 받는다.⁶⁶⁾ 은행과 보험회사를 제외하고 비은행예금수취금융기관(NBDTs) 등 일반 금융회사가 회사채 등 증권을 발행하고자 하는 경우에는 수탁회사를 선임해야 한다.⁶⁷⁾ 따라서 비은행예금수취금융기관이 증권을 발행하기 위해서는 수탁회사를 선임해야 하고, 이에 따라 RBNZ는 비은행예금수취금융기관에 대한 감독 권한이 있다는 이유로 원래 감독 권한이 없는 수탁회사에게도 관련된 자료를 제출하게 하는 등의 규제를 하고 있다.⁶⁸⁾ 이런 점에서 수탁회사에 대한 규제와 관련하여 규제의 중복 문제가 발생하고 있다.

나) 증권 청산 결제 운영 기관에 대한 규제의 중복 문제

증권 청산 결제 운영 기관(securities clearing system operator)인 뉴질랜드증권거래소(NZSE)에 대한 규제의 중복 문제도 발생하고 있다.⁶⁹⁾ 뉴질랜드증권거래소는

exacerbated by differences in regulatory philosophy. Compared to ASIC, APRA took a significantly less proactive role generally in the discharge of its regulatory responsibilities.” HHH Royal commission, Report of HHH Royal Commission, *The Failure of HHH Insurance, Volume III: Reasons, Circumstances and Responsibilities*, April 2003, p. 462. (<http://www.hihroyalcom.gov.au/finalreport/Title%20and%20Contents3.HTML>)

65) APRA의 Chris Gaskell과의 면담 내용.

66) FMA의 Liam Mason과의 면담 내용.

67) 위 면담 내용.

68) 위 면담 내용.

69) 위 면담 내용.

FMA의 전반적인 감독 규제를 받는데, 특히 청산 결제 제도 운영과 관련해서는 RBNZ도 규제 감독 권한이 있다⁷⁰⁾ 따라서, 뉴질랜드증권거래소의 증권 청산 결제 업무와 관련해서도 규제의 중복 문제가 있다고 할 수 있다.

다. 감독기관 사이의 긴밀한 업무 협조 관계의 부재 가능성

쌍봉형 체제에서는 감독기관 사이의 긴밀한 업무 협조가 이루어지 않아 금융 감독의 비효율성이 발생할 가능성이 있다. 쌍봉형 체제에서는 건전성 감독기관과 영업행위 감독기관 사이의 정보 교환 등 긴밀한 업무 협조 관계가 중요하고 또한 필수적인데, 감독기관 사이에 정보 교환이 잘 이루어지지 않는 등 업무 협조 관계가 잘 유지되지 않을 때는 금융감독의 효율성을 크게 저해할 가능성이 있다. 쌍봉형 체제는 각 감독기관의 전문성 확보를 통한 감독의 효율성을 도모할 수 있는 반면에, 반대로 감독기관 사이에 업무 협조가 잘 이루어지지 않을 때는 오히려 금융 감독의 효율성을 저해할 수 있는 양면성을 갖고 있다.

호주와 뉴질랜드의 경우도 이러한 문제점을 인식하고 이를 막기 위해 상호간에 '양해협약서'(memorandum of understanding: MOU)을 체결하여 정보 교환 등 긴밀한 업무 협조 관계를 유지하기 위한 다각도의 노력을 하고 있으며, 금융 감독 관련 기관을 구성원으로 하는 '금융감독기관협의회'(Council of Financial Regulators: CoFR)를 설치하여 금융 감독 관련 중요 현안 논의와 정보 교환 등 상호 업무 협조를 위한 제도적 장치를 두어 운영하고 있다.

1) 호주의 사례

가) '금융감독기관협의회'의 설치를 통한 금융 감독 관련 기관 사이의 업무 협조 모색

호주는 '금융감독기관협의회'(CoFR)를 설치·운영하여 감독 관련 기관 사이의 업무 협조를 도모하고 있다. 이 협의회는 금융 정책과 금융 감독에 관련된 기관들인 재무부(Treasury), APRA, ASIC, 호주중앙은행(Reserve Bank of Australia)으로 구성된다.⁷¹⁾ 이 협의회는 분기(quarterly)마다 각 기관의 최고 대표자 회의 뿐만 아니라 실무자급 회의를 열어 금융 안정과 금융 감독에 관련된 중요 현안을 논의하고, 기

70) 물론 중앙은행으로서의 규제 감독 권한이기는 하나, 어쨌든 뉴질랜드에서는 규제 감독의 중복 문제라고 할 수 있다.

71) Group of Thirty, op. cit., p. 193 <Figure 15>.

관 사이의 적절한 협조를 모색하며, 특히 규제 of 사각 지대나 규제 of 중복이 일어나지 않도록 조정 역할을 수행한다.⁷²⁾ 다시 말해서, 호주는 쌍봉형 체제에서 규제 of 사각 지대나 규제 of 중복 문제가 발생할 수 있다는 점을 인식하고, 이러한 금융감독기관협의회(CoFR) 기구를 설치하여 운영하고 있는 것인데, 이 협의회 운영이 제대로 되지 않을 때는 규제 감독 of 사각 지대나 중복이 일어날 수 있다는 것을 의미한다.

나) ‘양해협약서’(MOU) 체결을 통한 감독기관 사이의 상호 업무 협조 모색

APRA와 ASIC은 정보 교환 등 상호 업무 협조를 위하여 1998년 10월 8일 양해협약서(MOU)를 체결⁷³⁾하여 운영하고 있다. 이 양해협약서는 상호 정보 교환의 협력에 관한 내용을 포함하고 있는데, 완전하고 적시의 정보 교환이 상호 업무 조정에서 아주 중요하다는 점을 강조하고 있다(제6조). 이러한 상호 정보 교환에 관한 조항이 양해협약서에 포함된 것은 반대로 이야기하면 상호 정보 교환이 일어나지 않을 가능성이 있다는 것을 인정하는 것으로 볼 수 있다. 또한 이 양해협약서는 두 기관 사이에 업무의 중복이 일어날 수 있으므로 업무의 중복을 최소한으로 줄일 수 있도록 상호 협조를 할 필요성이 있다는 내용을 포함하고 있다(제1조). 이러한 조항은 반대로 보면 두 기관 사이에 업무 중복이 일어날 수 있다는 점을 인정한다고 볼 수 있다. 더 나아가서 양해협약서는 법적 구속력을 갖고 있지 않아 상호 자발적인 협력 관계가 유지되지 않을 때는 상호 업무 협조가 잘 이루어지지 않을 가능성이 있게 된다.

다) Trio Capital 퇴직연금운용회사의 사기 사건(2009년) 사례: 감독기관 사이의 업무 협조가 이루어지지 않은 사례

Trio Capital 퇴직연금운용회사의 사기 사건(2009년)은 APRA와 ASIC 사이에 긴밀한 업무 협조가 이루어지지 않은 사례라고 볼 수 있다.⁷⁴⁾ Trio Capital은 퇴직연

72) Id., p. 194.

73) MEMORANDUM OF UNDERSTANDING BETWEEN THE AUSTRALIAN PRUDENTIAL REGULATION AUTHORITY (APRA) AND THE AUSTRALIAN SECURITIES AND INVESTMENTS COMMISSION (ASIC), Oct. 8, 1998 (<http://www.apra.gov.au/MediaReleases/Documents/Memorandum-of-Understanding-Australian-Securities-Investments-Commission-and-APRA-October-1998.PDF>).

74) 자세한 내용은 Parliamentary Joint Committee on Corporations and Financial Services, *Inquiry into the Collapse of Trio Capital*, May 2012, pp. 151~153 참조(<http://fraud.govspace.gov.au/files/2011/0>)

금융회사이는데, 투자금을 해외에 투자하면서 투자금을 빼돌린 사기 사건이다. 피해를 입은 투자자가 6,000여명에 달했으며, 피해 규모도 약 1억 76백만 호주달러에 달하는 등 피해가 컸는데,⁷⁵⁾ 감독의 부실 문제가 제기되었다. 연금운용회사에 대한 건전성 감독을 책임지고 있는 APRA는 2004년부터 2009년까지 5차례 정도 건전성 검사를 했음에도 문제가 있는 것을 알아내지 못했다. 특히, 호주 의회의 합동조사위원회(Parliamentary Joint Committee on Corporations and Financial Services)의 ‘조사 보고서’(Inquiry into the Collapse of Trio Capital)는 APRA와 ASIC 사이의 의사 소통의 부재(“lack of communication”)의 문제점을 지적한 바 있다.⁷⁶⁾ 즉, ASIC이 2009년에 조사를 시작하고서야 Trio Capital이 자산 내역과 순자산 가치 평가 등에 관한 기본적인 보고서조차 APRA에게 제출하지 않았던 사실을 알게 되었는데, 이것은 APRA가 이에 관한 사실을 ASIC에게 미리 통보해주지 않았기 때문이라고 지적하고 있다.⁷⁷⁾ 이는 양 기관 간에 정보 교환 등 상호 업무 협조가 잘 이루어지지 않았음을 나타내는 전형적인 사례라고 할 수 있다.

라) HIH 보험회사의 파산 사건(2001년) 사례: 감독기관 사이에 정보 교환이 잘 이루어지지 않은 사례

HIH 보험회사의 파산 사건(2001년)도 APRA와 ASIC 사이의 정보 교환이 잘 이루어지지 않은 사례다. 2001년 당시 호주의 2위 보험회사인 HIH의 파산 사건이 발생했고, 이를 조사한 정부 조사위원회(Royal HIH Commission)는 ‘조사 보고서’(The Failure of HIH Insurance)에서 ASIC이 건전성 감독기관인 APRA로부터 충분한 정보를 제공받지 못해 HIH의 문제를 잘 파악할 수 없었다는 점을 지적하였다.⁷⁸⁾

2) 뉴질랜드의 사례

[3/Inquiry-into-the-collapse-of-Trio-Capital.pdf](#)).

75) Ibid., p. 151.

76) “The committee is critical of the apparent lack of communication between APRA and ASIC on this issue.”
Ibid., p. 153.

77) Ibid., p. 153.

78) “As a result of deficiencies in information exchange on APRA’s part, throughout 2000 ASIC was less well informed of issues concerning HIH than it should have been.” HIH Royal Commission, Report of HIH Royal Commission, *The Failure of HIH Insurance, Volume III: Reasons, circumstances and responsibilities*, April 2003, p. 462.
(<http://www.hihroyalcom.gov.au/finalreport/Title%20and%20Contents3.HTML>)

가) ‘금융감독기관협의회’(CoFR) 설치를 통한 금융감독 관련 기관 사이의 업무 협조 모색

호주와 마찬가지로 뉴질랜드도 ‘금융감독기관협의회’(CoFR)를 두어 운영하고 있다.⁷⁹⁾ 이 협의회는 영구 구성원(permanent member)인 RBNZ와 FMA, 부(副) 구성원(associate members)인 재무부(Treasury)와 경제개발부(Ministry of Economic Development)로 구성되어 있다.⁸⁰⁾ 이 협의회는 매분기마다 정기적으로 회의를 가지는데, 상호 필요한 정보를 공유하며, 금융 현안에 관한 중요한 사항을 논의하고, 상호 긴밀한 협조(cooperation) 관계의 유지를 모색하고 있다.⁸¹⁾

나) ‘양해협약서’(MOU) 체결을 통한 감독기관 사이의 상호 업무 협조 유지 모색

RBNZ와 FMA는 2011년 11월 9일 양해협약서(MOU)를 체결하여 상호 협조 관계를 유지하려고 노력하고 있다.⁸²⁾ 이 양해협약서는 상호 정보 교환, 상호 업무 지원(assistance)·협력(cooperation)과 조정(coordination) 등에 관한 사항을 포함하고 있다.⁸³⁾ 특히, 양해협약서는 각 감독기관이 금융기관으로부터 동일한 자료나 정보를 별도로 수집하는 것을 막기 위하여 노력해야 한다는 조항을 두고 있는데,⁸⁴⁾ 이는 두 개의 감독기관을 둠으로써 발생할 수 있는 자료 징구 중복 문제의 가능성을 염두에 둔 것이라고 할 수 있다.

다) 평가

이처럼 뉴질랜드도 금융 감독 관련 기관으로 구성되는 ‘금융감독기관협의회’를 설치하고, 감독기관 사이에 양해협약서를 체결하여 운영함으로써 상호 업무 협력 관계를 유지하려고 하고 있다는 점에서, 쌍봉형 체제에서 감독기관 사이에 업무 협조가 중요하다는 점을 인식하고 있고, 이와 같은 장치가 잘 작동이 되지 않을 때는 감독의 문제점이 발생할 수 있다는 점을 시사한다고 할 수 있다.

79) Reserve Bank of New Zealand, “Council of Financial Regulators - Terms of Reference” (<http://www.rbnz.govt.nz/finstab/banking/regulation/4525791.html>).

80) Ibid.

81) Ibid.

82) Memorandum of Understanding between Financial Markets Authority and The Reserve Bank of New Zealand, Sept. 9, 2011 (http://www.fma.govt.nz/media/1242956/mou_rbnz.pdf).

83) Ibid.

84) Ibid.

라. ‘상업적 균형’(commercial balance)을 상실한 금융 감독의 가능성

쌍봉형 체제를 유지할 때 건전성 감독기관은 건전성 감독에 치중하다고 보니 과도한 건전성 규제를 할 가능성이 있고, 이에 따라 감독을 받는 금융기관의 영업에 오히려 부담을 주어 금융기관의 경쟁력을 저하시킬 가능성이 존재한다. 즉, 건전성 감독기관은 건전성 감독만을 하기 때문에 건전성 감독에만 치우쳐 금융시장의 요구를 반영하지 못하는 과도한 규제를 할 가능성(즉, '상업적 균형'(commercial balance)의 상실 가능성)이 존재하고, 이에 따라 금융기관의 영업과 경쟁력에 악영향을 미쳐 금융산업과 금융시장의 발전에 부정적인 효과를 가져올 가능성이 있는 것이다. 실제 호주의 APRA는 건전성 감독에 너무 치중하다보니 최근 Basel III 도입과 관련하여 바젤은행감독위원회가 정한 수준보다 더 높은 수준의 자본 규제를 은행에 요구함으로써 은행의 영업에 상당한 부담을 주고 있는데, 이는 결국 규제 비용을 초래하고 있는 것이다.⁸⁵⁾

3. 소결

모든 제도가 그런 것처럼 쌍봉형 체제도 장단점이 존재한다. 쌍봉형 체제의 장점으로는 건전성 감독기관과 영업행위 감독기관이 각 해당 분야에 전념하게 됨으로써 전문성을 갖출 수 있다는 점이고, 이에 따라 금융소비자 보호를 주 목적으로 하는 영업행위 감독기관을 별도로 두게 되면 금융소비자 보호를 더 강화할 수 있다는 것이다. 그러나 감독기관이 분리됨으로써 이에 따르는 문제점도 앞서 본 것처럼 충분히 발생할 수 있다.

쌍봉형 체제를 운영하고 있는 호주와 뉴질랜드의 실제 운영 사례를 살펴보았을 때도 이러한 장단점이 존재하고 있다는 것을 알 수 있다. 특히 호주의 경우 2001년 발생한 HIH 보험회사의 파산 사건과 2009년 발생한 Trio Capital 퇴직연금운용사의 투자 자금 사기 사건 등의 실제 사례를 살펴보았을 때, APRA와 ASIC 두 기관 사이에 원활한 의사 소통이 이루어지 않는 등 긴밀한 업무 협조 관계가 잘 이루어지지 않았다는 사실을 알 수 있다. 또한 규제의 사각 지대 발생도 사실상 쌍봉형 체제의 가장 큰 문제점 중의 하나로 지적될 수 있는데, 호주의 경우에 2012년 초 발생한 여신전문금융회사인 Banksia의 파산 사건은 규제의 사각 지대가 발생한 전형적인 사례를 보여주고 있다. 두 기관 사이의 업무 중복 문제는 호주와

85) 호주 맥쿼리은행그룹의 Cameron Paterson과의 면담 내용.

뉴질랜드의 경우 일부 나타나고 있지만 실제로 규제의 사각 지대만큼 크게 문제화 되고 있지는 않은 것으로 파악되고 있다.

더욱이 호주와 뉴질랜드의 쌍봉형 체제 출현의 역사적 배경을 살펴보면, 각 권역별로 나누어져 있던 감독기관들을 통합하는 과정에서 쌍봉형 체제가 출범했다고 볼 수 있어, 이미 통합된 금융감독기구를 갖고 있는 우리나라의 금융 환경과 다르다고 볼 수 있다. 호주의 경우 1998년 출범한 APRA는 각 권역별로 연방이나 각 주(州)에 나누어져 있던 금융감독기구(은행은 호주중앙은행(RBA)이, 그 이외 금융기관은 각 주(州)가 규제하고 있었음)를 통합하여 만들어진 기관이다. ASIC은 연방과 각 주(州)가 담당하던 영업행위 규제, 금융소비자 보호, 증권 규제 감독 업무를 1992년 인수한 ‘호주증권위원회’(Australian Securities Commission: ASC)가 확대 개편되면서 만들어진 기관이다. 즉, 여러 기관으로 또한 각 주로 나누어져 있던 금융감독기관을 통합하는 과정에서 일시에 하나의 기관으로 통합하기가 어려운 사정을 감안하여 쌍봉형 체제가 만들어졌다고 보는 시각도 있다. 이런 점은 쌍봉형 체제로의 개편 방안을 제시한 “왈리스 보고서”(Wallis Report, 1997. 3)에서도 언급되고 있다. 즉, “호주 금융제도와 금융감독 체제의 역사적 배경을 고려하면, 통합감독기구의 설립은 아직 미성숙(premature) 단계이다”라고 하고 있는 것이다.⁸⁶⁾

뉴질랜드의 경우도 은행의 건전성 감독을 하고 있던 RBNZ가 보험회사와 비은행 예금수취금융기관(NBDTs)에 대한 감독 권한을 확대하면서 현재의 건전성 감독기구가 된 것이고,⁸⁷⁾ FMA도 1978년 설립된 증권위원회(Securities Commission)가 2011년 경제개발부의 증권 발행 심사 관련 담당 기관과 연금 업무 담당 기관을 통합하면서 확대 개편되어 만들어진 기구이다.⁸⁸⁾ 즉, 뉴질랜드의 경우도 여러 기관으로 나누어져 있던 금융감독기구를 통합하는 과정에서 나타난 금융감독기구 체제라고 볼 수 있다. 따라서, 우리나라의 경우 쌍봉형 체제를 도입하게 되면 이미 통합

86) “The Inquiry . . . has not favoured their amalgamation into a single agency or mega-regulator. The reasons for preferring separate, coordinated agencies to a mega-regulator are: . . . at this stage in the history of our financial system and regulatory arrangements, fusion of those agencies' functions and approaches would be premature. . .”) Australia Treasury, *Financial System Inquiry Final Report (Wallis Report)*, March 1997 (<http://fsi.treasury.gov.au/content/finalreport.asp>), p. 545 (Chapter 12 Coordination and Accountability, 12.6.3. Mega-Regulation).

87) Toby Fiennes & Cavan O'Connor-Close, op. cit., p. 1.

88) Financial Markets (Regulators and KiwiSaver) Bill, Explanatory note, p. 1.

된 금융감독기구를 다시 분리하여야 하므로 호주와 뉴질랜드의 쌍봉형 체제의 탄생 배경과는 다르다는 점에서 호주와 뉴질랜드 사례를 그대로 따르기에는 다소 부적합할 수 있는 것이다.

IV. 맺음말

금융감독기구 체제는 한 나라의 금융 산업 발전에 영향을 미치는 중요한 요소이다. 바람직한 금융감독기구 체제를 갖추지 못했을 때 금융산업의 발전을 기대한다는 것은 어려운 일이다. 특히 금융감독기구 체제 개편 방향과 관련하여 제기되는 쌍봉형 체제 도입 논의는 우리나라의 금융 감독 환경을 비추어 볼 때 문제가 발생할 여지가 많아 쌍봉형 체제 도입에 보다 신중을 기할 필요가 있다고 생각한다. 즉, 우리나라의 경우 쌍봉형 체제의 도입은 긍정적인 면보다 부정적인 면이 더 나타날 수 있을 것으로 본다.

우선 쌍봉형 체제 도입 시 건전성 감독기구와 영업행위 감독기구 사이의 긴밀한 업무 협조가 관계가 긴요한데, 우리나라 금융 환경이나 금융감독기구의 역사적 발전 배경에 비추어 볼 때, 그러한 기대를 하기가 쉽지 않다고 본다.⁸⁹⁾ 이는 현재 금융 감독 정책 기구인 금융위원회와 금융 감독 집행 기구인 금융감독원 사이에 업무 협조가 잘 이루어지지 않아 갈등과 마찰이 발생하는 사례를 볼 때, 대등한 관계에서 있게 되는 건전성 감독기관과 영업행위 감독기관 사이에 업무 협조를 기대하는 것은 현실적으로 어렵다고 본다. 특히, 감독기관이 나누어지게 되어 어느 감독기관의 규제도 받지 않는 규제 사각 지대가 발생할 가능성이 커서 금융감독의 비효율성이 나타날 가능성도 배제하지 못한다. 이러한 문제는 앞서 살펴본 것처럼 실제 쌍봉형 체제를 운영하고 있는 호주와 뉴질랜드의 사례에서도 나타나고 있는 현상이다. 물론 쌍봉형 체제를 도입하게 되면, 각 감독기구가 그 해당 분야의 업무에 전념을 할 수 있어서 전문성 도모를 통한 금융감독의 효율성을 높일 수 있고, 금융 소비자 보호 업무를 강화할 수 있는 장점이 있게 될 수도 있지만, 반대로 문제점이 발생할 가능성도 배제하지 못하기 때문에 도입에 신중을 기할 필요가 있다고 본다.

쌍봉형 체제 도입 근거 중의 하나는 이 제도 도입에 의하여 금융 소비자 보호를

89) 같은 견해로는 양희산, 앞의 발표 자료, 81쪽.

강화할 수 있다는 것인데, 금융 소비자 보호 강화의 문제는 감독기구 체제의 문제라기보다는 금융감독기구가 얼마나 금융소비자 보호의 필요성을 인정하고 그 기능을 강화하느냐의 문제라고 본다. 금융소비자 보호 강화는 영업행위 규제 감독기구를 별도로 설치하지 않고서도 그 목적을 달성할 수 있다고 생각한다. 보다 중요한 것은 금융감독기구가 금융소비자 보호 강화 기능에 얼마나 더 중점을 두고 그 업무를 수행하느냐의 문제라고 본다. 그 동안 우리나라 금융감독기구는 금융 소비자 보호 업무에 크게 비중을 두지 않고, 오히려 건전성 감독 업무에 치중해 온 것이 사실이다. 2008년 세계적 금융위기 이후 금융소비자 보호 강화 움직임에 따라 현재 금융소비자 보호 업무가 어느 때보다 강조되고 있고, 금융감독기구도 이를 인식하고 조직 개편 등 그 업무의 비중을 높여가고 있다. 이런 점에서 현행 금융감독기구의 금융 소비자 보호 업무 강화 조치에 따른 결과를 지켜보고 쌍봉형 체제의 도입 논의를 하더라도 늦지 않을 것이라고 본다.

(논문접수일 : 2013.01.07, 심사개시일 : 2013.02.15, 게재확정일 : 2013.03.20)



▶ 고동원

쌍봉형 금융감독기구(twin peaks financial regulator), 건전성감독기관(prudential regulator), 영업행위감독기관(business conduct regulator), 규제 사각(regulatory underlap), 규제 중복(regulatory overlap), 호주건전성감독기관(Australian Prudential Regulation Authority), 호주증권투자위원회(Australian Securities and Investments Commission), 금융시장감독원(Financial Markets Authority)

Abstract

Discussions on Introducing a Twin Peaks Financial Regulator Model in Korea

Dong Won Ko

Recently, in relation to reforming the financial regulatory organizations in Korea, the issue of introducing a "twin peaks" financial regulator model is actively being discussed among scholars and practitioners. The "twin peaks" model refers to the model where a prudential regulator and a business conduct regulator are separately established and operated. While an integrated financial regulator supervises and regulates all financial institutions in all matters, the twin peaks regulators supervise financial institutions according to their respective objectives, i.e. a prudential supervisor focusing on prudential matters of financial institutions, and a business conduct regulator being involved in regulating business conduct of financial institutions in selling their financial products. This twin peaks model is currently adopted in the countries such as Australia, Netherlands, and New Zealand, and recently the United Kingdom is scheduled to implement this model in April 2013.

This article intends to analyze the advantages and drawbacks of the twin peaks model, in particular based on the cases of operating in Australia and New Zealand, by interviewing the relevant officials of the regulators in those two countries. As a result, it is assessed that the twin peaks model has more or less advantages of specializing in each operation and contributing to the efficiency of the regulation and supervision (e.g, the business conduct regulator is specializing in legal matters and so is

more effective with regard to protecting financial consumers.) On the contrary, it is revealed that the twin peaks model demonstrates drawbacks in the matters of (i) "underlap regulation", i.e., certain financial institutions (e.g. non-bank financial companies, securities firms and fund managers in Australia) are not actually regulated by either financial regulator in the matter of the prudential supervision, (ii) "overlap regulation", i.e., certain financial institutions are regulated by both regulators in the area of their certain businesses, (iii) the possibility of non-cooperation or non-exchange of financial information between the two regulators, in which case it may lead to the inefficiency of financial regulation, and (iv) "commercial imbalance" regulation, i.e., a prudential regulator may engage in an excessive or over-prudential regulation disregarding the demand or environment of financial markets.

This article is cautious about introducing the twin peaks model in Korea, because the drawbacks rather than the advantages are highly likely to happen in Korea and in particular the two regulators are not likely to cooperate each other or exchange information between them well, taking into account the situations of conflicts and non-cooperation between the current two regulators (i.e., the Financial Services Commission, the financial regulation policy decision-making agency, and the Financial Supervisory Service, the financial regulation execution agency).

인터넷 선거운동의 문제점 및 부정방지제도의 법제정비방안*

김민호**

최종선***

I. 서론	3. 피해구제제도(반론보도청구)
II. 인터넷을 이용한 선거운동	4. 소결
1. 인터넷	IV. 인터넷 선거규제의 문제점 및 법제정 비방안
2. 선거운동	1. 문제점
3. 인터넷을 이용한 선거운동 유형	2. 법제정비방안
4. 소결	V. 맺는 말
III. 인터넷 선거운동 부정방지 현황 등	
1. 인터넷 관련 부정방지제도	
2. 기타 선거부정방지제도	

I. 서론

선거는 현대의 정치적 조건하에서 불가피한 현실로 받아들여지고 있는 대의제 민주주의의 초석이 되는 중요한 제도이며, 정치과정으로¹⁾ 우리 헌법은 선거권을 보장하기 위하여 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가지며(헌법 제24조), 국회의원 및 대통령은 "국민의 보통·평등·직접·비밀선거에 의하여 선출한다.고(헌법 제41조 및 제67조) 명시적으로 규정하고 있다. 선거제도는 "헌법국가의 기초적인 결단"이며 합리적인 선거제도를 마련하고 선거를 공정하게 관리·시행하는 것은 대의민주주의 제도의 성패를 좌우할 뿐 아니라, 민주적인 통치구조의 기능적인 출발점인 동시에 그 전제조건이므로 선거관리의 '독립성'과 '정치적 중립성'을

* 본 논문은 작성 초기에 정보공유 차원에서 방송통신심의위원회 동향지(제2012-4호)에 논문 초고를 제공한 바 있으며, 이후 초고를 수정·보완한 것임.

** 성균관대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

*** 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정 수료, 방송통신심의위원회 법무팀 재직.

1) 장영수, 민주적 선거의 요청과 헌법 -선거에 관한 헌법재판소 결정 평석-, 판례연구, 고려대학교 법학연구원, 1996, 11면.

보장하기 위하여²⁾ 헌법상 기관으로 선거관리위원회를 설치하여 선거와 국민투표의 공정한 관리, 정당에 관한 사무를 처리하도록 하고 있다.(헌법 제11조)

최근 페이스북(facebook), 트위터(twitter), 카카오톡(kakao talk) 등 소셜 네트워킹 서비스(social networking service, 이하 ‘SNS’라 한다.)가 제공되면서 인터넷 공간에서 이용자 상호간 의견교환, 의사표현, 정보수집 등이 자유롭게 이루어지는 등 사회적 이슈나 정치적 이슈 등을 공론화할 수 있는 기회와 장소가 제공되면서 특정 사안에 대한 국민의 의견수렴이 수월해지고 있다.

이러한 정보통신서비스 발달에 따른 정보통신환경의 변화는 선거제도에도 큰 영향을 미치고 있는데 대표적인 것이 SNS를 이용한 선거운동이다. 실제 2002년 제3회 지방선거까지 20대의 투표율 하락이 전체 유권자의 투표율 하락세를 주도하고 있었는데 SNS의 이용이 시작된 2006년 제4회 지방선거 후 20대 및 30대 유권자를 중심으로 전체 투표율의 반등 및 상승한 바 있다.³⁾ 특히 헌법재판소가 “정보통신망을 이용하여 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등 정보를 게시하거나 전자우편을 전송하는 방법”에 대하여도 공직선거법 제93조제1항⁴⁾을 적용하는 것에 대하여 “선거일전 180일부터 선거일까지 인터넷상 선거와 관련한 정치적 표현 및 선거운동을 금지하고 처벌하는 것은 후보자 간 경제력 차이에 따른 불균형 및 흑색선전을 통한 부당한 경쟁을 막고, 선거의 평온과 공정성을 해하는 결과를 방지한다는 입법목적 달성을 위하여 적합한 수단이 아니고, 일정한 정치적 표현 내지 선거운동 속에 비방·흑색선전 등의 부정적 요소가 개입될 여지가 있다 하여 일정한 기간 이를 일률적·전면적으로 금지하고 처벌하는 것은 과도하여 최소 침해성의 요건을 충족하지 못하고, 법익균형성의 요건도 충족하지 못한다.”며 헌법에 위반된다는 결정⁵⁾을 하여 SNS를 이용한 선거운동이 허용되면서⁶⁾ 정

2) 김태홍, 헌법상 선거관리위원회의 권한과 구성상의 문제점, 한국비교공법학회, 공법학연구 13(3), 2012, 57면

3) 이상현, 전홍식, 사이버선거운동의 자유화 및 사이버선거범죄에 대한 공직선거법상 형사제재의 대응, 한국법학회, 법학연구 46, 2012, 262면

4) 제93조(탈법방법에 의한 문서·도화의 배부·게시 등 금지) ① 누구든지 선거일전 180일(보궐선거 등에 있어서는 그 선거의 실시유가 확정된 때)부터 선거일까지 선거에 영향을 미치게 하기 위하여 이 법의 규정에 의하지 아니하고는 정당(창당준비위원회와 정당의 정당정책을 포함한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 지지·추천하거나 반대하는 내용이 포함되어 있거나 정당의 명칭 또는 후보자의 성명을 나타내는 광고, 인사장, 벽보, 사진, 문서·도화, 인쇄물이나 녹음·녹화테이프 그 밖에 이와 유사한 것을 배부·첨부·살포·상영 또는 게시할 수 없다. (단서 생략)

5) 헌법재판소 2011.12.29. 2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173-191(병합)

6) 중앙선거관리위원회는 2012년 1월 13일 전체 위원회의에서 인터넷홈페이지, 전자우편, SNS를 활

보통신서비스를 이용한 선거운동이 활발해지고 있으며 그 과급력이 커지고 있다.

위와 같이 인터넷을 이용한 선거운동이 활발해짐에도 불구하고 공직선거법은 선거제도의 공정성과 선거와 관련한 부정을 방지하기 위하여 인터넷을 이용한 선거운동을 일부제한하고 있고, 인터넷 선거운동 부정을 방지하기 위하여 인터넷 선거 보도 심의제도, 사이버선거부정감시제도, 선거방송심의제도, 선거기사심의제도 등 선거부정방지제도를 두고 있다. 본 글에서는 인터넷 선거규제의 문제점 및 법제정비방안을 도출하기 위하여 제2장에서 인터넷을 이용한 선거운동, 제3장에서 인터넷 선거운동 부정방지 현황, 제4장에서 인터넷 선거규제의 문제점 및 법제정비방안에 대하여 살펴보도록 하겠다.

II. 인터넷을 이용한 선거운동

1. 인터넷

가. 발생배경

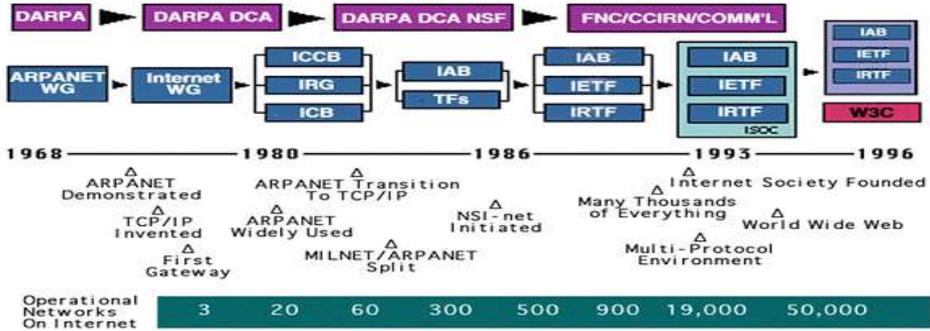
인터넷은 1968년 DARPA(Defense Advanced Research Projects Agency)가 BBN(Bolt, Beranek & Newman)과의 계약으로 ARPAnet를 개발한 것이 시초이며 1970년에 UCLA, Stanford, UC Santa Barbara, U of Utah, BBN 총 5개를 교점으로 사용하다가 1974년 Vint Cerf가 TCP 사양을 개발하고 1984년 1월 1일 1,000개의 호스트로 단체가 인터넷상으로 서로 즉시 메시지 교환이 가능한 시스템인 TCP/IP를 사용할 수 있게 되었다.⁷⁾ 그 후 인터넷, 모바일 및 무선인터넷 등을 이용할 수 있는 환경이 조성되었고 스마트 기기의 보급 확산은 인터넷 서비스 트래픽을 증가시켜 인터넷 트래픽 관리가 중요한 쟁점이 되었고 특히, 망사업자의 불합리한 차단과 차별을 금지하고 트래픽관리의 투명성과 합리성을 강조하는 망중립성의 원칙⁸⁾을 강조하기에 이르렀다.

용하여 선거운동을 하는 경우 이를 상시 허용하는 공직선거법 운용기준을 결정하였다. ; http://www.nec.go.kr/nec_new2009/BoardCotBySeq.do?cmSeq=&bmSeq=8&bcSeq=820<13.1.18. 방문>

7) William F. Slater, III, Internet History and Growth, Chicago Chapter of the Internet Society

8) 망중립성(network neutrality)란 모든 인터넷 트래픽이 동등하게 취급되어야 한다는 비차별성을 원칙을 강조하는 것으로 미국 콜롬비아 법대의 Tim Wu 교수가 '망이나 이용자에게 해가 된다는 증거가 없다면 통신사업자는 트래픽을 차별할 수 없다'라는 원칙을 처음으로 제시하면서 사용된 용어이다. ; 신민수, ICT 생태계의 건강성 제고를 위한 망중립성 정책 방향, 한국통신학회, 한국통신

<그림 1. Internet History⁹⁾>



나. 정의

인터넷이란 "전 세계의 컴퓨터가 서로 연결되어 정보를 교환할 수 있는 하나의 거대한 컴퓨터 통신망"¹⁰⁾ 또는 "TCP/IP protocol과 packet switching을 사용하여 모든 정보통신 기관에서 운용할 수 있는 세계에서 가장 큰 네트워크"(Dr. Vinton Cerf, Co-Creator of TCP/IP) 등으로 정의하고 있다.

인터넷주소자원에 관한 법률, 인터넷 멀티미디어 방송사업법, 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 '망법'이라고 한다.) 등에서는 "인터넷"의 법적 정의를 찾아볼 수 없고, 공직선거법에서는 인터넷과 정보통신망을 혼용하여 사용하고 있으며 정보통신망을 이용한 선거운동에 대하여 규정하고 있는 점을 감안하여 인터넷의 법적 정의를 망법에서 정의하고 있는 정보통신망과 동일한 개념 즉, 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제로 간주하도록 한다.

2. 선거운동

선거운동(election campaign)이란 후보자나 정당이 선거에서 승리를 목적으로 유권자에게 정보를 전달하고 설득하며 동원하는 조직화된 활동을 말하며, 이를 유권

학회지(정보와 통신) 29(10), 2012, 16면

9) <http://www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet><13.1.18. 방문>

10) http://stdweb2.korean.go.kr/search/List_dic.jsp<13.1.18. 방문>

자의 입장에서 보면 후보자나 정당에 관한 정보를 취득하고 분석하여 지지할 후보자나 정당을 선택하기 위한 정보습득과정으로 파악할 수 있다.¹¹⁾

공직선거법에 따른 선거운동이란 "당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 하기 위한 행위"이며, 선거에 관한 단순한 의견개진 및 의사표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위, 정당의 후보자 추천에 관한 단순한 지지·반대의 의견개진 및 의사표시, 통상적인 정당 활동, 특정 정당 또는 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함)를 지지·추천하거나 반대하는 내용 없이 투표참여를 권유하는 행위(호별 방문 또는 선거일에 확성장치·녹음기·녹화기를 사용하거나 투표소로부터 100미터 안에서 하는 경우는 제외)는 선거운동으로 보지 않는다.(공직선거법 제58조제1항)

최근의 선거운동은 과거 선거인을 동원하여 대규모의 집회연설을 통한 전통적인 방법에서 방송과 인터넷 등 미디어를 활용하는 방법으로 급속히 전환하고 있는데, 기존의 인터넷에 의한 선거운동으로 홈페이지, 게시판·대화방 등에 선거운동을 위한 내용의 정보게시 및 전자우편 전송방법을 주로 사용하였으나, 인터넷 사용인구가 증가하고 사이버상의 영향력이 부각됨에 따라 인터넷 광고, 입후보예정자 등의 인터넷 홈페이지에서의 선거운동 등 다양한 방법의 인터넷 선거운동을 사용되고 있는데, 제4회 지방선거에서 처음으로 인터넷 광고가 5개 정당(대통합민주신당, 한나라당, 민주노동당, 창조한국당, 새시대참사람연합)에서 실시되기도 하였다.¹²⁾

3. 인터넷을 이용한 선거운동 유형

인터넷은 누구나 손쉽게 접근 가능한 매체이고, 이를 이용하는 비용이 거의 발생하지 않거나 또는 적어도 상대적으로 매우 저렴하여 선거운동비용을 획기적으로 낮출 수 있는 정치 공간으로 평가받고 있고, 매체의 특성 자체가 '기회의 균형성·투명성·저비용성의 제고'라는 공직선거법의 목적에 부합하는 매체이다. 또한 정보를 접하는 수용자 또는 수신자가 그 의사에 반하여 이를 수용하게 되는 것이 아니고 자발적·적극적으로 이를 선택한 경우에 정보를 수용하게 되며, 선거과정에서 정치적 관심을 표출할 수 있는 매체이기도 하다.¹³⁾

인터넷을 이용한 선거운동은 후보자의 입장에서는 인터넷환경을 갖추고 있는 유권자에게 후보자 정보, 정책 등 선거정보를 쉽게 제공할 수 있고, 유권자의 입장에

11) 유현중, 선거운동 규제의 제도적 변화와 지속성, 한국정치학회, 한국정치학회보 45(1), 2011, 88면

12) 중앙선거관리위원회, 제17대 대통령선거총람, 131~132면

13) 헌법재판소 2011.12.29.2007헌마1001, 2010헌바88, 2010헌마173·191(병합)

서는 시간과 장소에 영향을 받지 않고 선거정보를 접할 수 있는 등 긍정적인 면이 있다. 반면 인터넷 이용에 익숙하지 않거나 인터넷을 이용할 수 있는 환경내지 장비 등이 갖춰지지 않아 인터넷 이용 및 접근이 어려운 유권자의 입장에서는 인터넷을 자유롭게 이용하며 선거정보를 취득하고 선거운동을 접하는 유권자에 비하여 선거관련 정보, 선거운동 등 정보접근에 불리하여 정보접근의 불균형을 초래하여 기초사실에 입각하여 후보자를 선택할 수 있는 여건 형성이 어려워지는 문제점도 있지만, 본 글에서는 인터넷을 이용한 선거운동의 긍정적인 면을 중심으로 인터넷 선거운동 수단에 대하여 살펴보기로 한다.

가. 인터넷 홈페이지 또는 게시판·대화방¹⁴⁾ 등

홈페이지(homepage) 또는 그 게시판·대화방 등을 통하여 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편¹⁵⁾을 전송하는 방법으로 선거운동을 할 수 있으며, 후보자와 예비후보자는 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있다.(공직선거법 제59조)

특히 인터넷언론사가 선거운동기간 중 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당 후보자에 대한 지지·반대의 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 게시할 수 있도록 하는 경우에는 신용정보업자가 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치 즉 인터넷 실명제를 실시하여야 하고 “실명인증” 표시를 하여야 하며, 정당이나 후보자가 자신의 명의로 개설·운영하는 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당후보자에 대한 지지·반대의 정보등을 게시할 수 있도록 하는 경우에도 인터넷 실명제를 실시하여야 한다.(공직선거법 제82조의6 제1항) 인터넷언론사는 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 “실명인증”의 표시가 없는 정당이나 후보자에 대한 지지·반대의 정보 등이 게시된 경우나 정당후보자 및 각급선거관리위원회가 해당 정보등을 삭제하도록 요구한 경우에는 지체없이 이를 삭제하여야 한다.

공직선거법상 인터넷 실명제는 망법 제44조의5에 따른 본인확인조치를 한 경우에는 그 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 한 것으로 간주하는데, 헌법재판소가 망법 제44조의5에 따른 제한적 본인확인제도는 과잉금지원칙에 위배하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하

14) 게시판이란 인터넷상에서 여러 사람에게 알리는 글을 볼 수 있으면서, 자신의 글을 올릴 수도 있는 공간을 의미하고, 대화방이란 컴퓨터 통신망에서 여러 사용자가 모니터 화면을 통하여 대화를 나누는 곳을 의미한다. ; http://stdweb2.korean.go.kr/search/List_dic.jsp<13.1.18. 방문>

15) 컴퓨터 이용자끼리 네트워크를 통하여 문자음성화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다.

는 정보통신서비스제공자의 언론의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다는 결정을 하면서¹⁶⁾ 망법 제44조의5에 따른 본인확인조치를 한 경우에 공직선거법상 인터넷 실명제를 이행한 것으로 간주하는 제도는 의미가 없다. 또한 공직선거법상 인터넷 실명제도와 유사한 망법상의 제한적 본인확인제도가 위헌결정을 받았으므로 공직선거법상 인터넷 실명제도도 위헌이 아닌가 하는 의문을 가질 수 있는데 자세한 내용은 제4장에서 검토하기로 한다.

나. 인터넷광고

후보자(대통령선거의 정당추천후보자와 비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거에 있어서는 후보자를 추천한 정당을 말한다.)는 인터넷언론사의 인터넷홈페이지에 선거운동을 위한 광고를 할 수 있는데 이 경우 인터넷광고에 광고근거와 광고주명을 표시하여야 한다.(공직선거법 제82조의7) 특히 재외선거권자를 대상으로 하는 선거운동은 일정한 방법으로만 할 수 있도록 규정하고 있는데 그 중 하나의 방법이 바로 인터넷광고이다.¹⁷⁾

인터넷광고에는 검색사이트에서 키워드(검색어)를 입력하면 검색결과가 나오는 화면에 후보자의 광고가 노출되도록 하는 광고기법인 키워드광고, 노출수 또는 클릭수에 따라 비용을 지불하는 스폰서광고, 후보자 정보제공을 위한 스마트폰 앱을 제작하여 후보자가 제공하는 정보가 인터넷 홈페이지에 게재되어 있는 광고내용을 연동시키는 것¹⁸⁾ 등이 포함된다.

다. SNS

SNS(Social Network Service)란 관심사와 활동을 같이 하고자 하는 사람들 간에 온라인 상에서 네트워크를 형성하거나 이에 참여하여 교류할 수 있도록 해주는 서비스를 말하는데 보통 이용자가 자신에 관한 정보를 담은 프로필을 작성하여 제공하고 이를 토대로 다른 이용자와 관계를 형성하며 개인적인 생각이나 생활을 담은 글, 사진, 영상 등을 게시하고 공유하는 특성을 갖는다.¹⁹⁾ SNS를 활용한 정치적

16) 헌법재판소 2012.8.23. 선고 2010헌마47

17) 공직선거법 제218조의14(국외선거운동 방법에 관한 특례) ① 재외선거권자(재외선거인명부등에 올라 있거나 오를 자격이 있는 사람을 말한다. 이하 같다)를 대상으로 하는 선거운동은 다음 각 호에서 정한 방법으로만 할 수 있다. <개정 2010.1.25, 2011.7.28, 2012.2.29>

5. 제82조의7에 따른 인터넷광고

18) 중앙선거관리위원회 행정정보사전공개 질의해답 등: http://www.nec.go.kr/nec_new2009/nec_new/infoOpen/infoOpen.do?13.1.18 방문

19) 허진성, SNS의 개인정보 침해문제와 그 대응방안에 관한 연구, 한국언론법학회, 언론과 법 9(2), 2010, 76면

의사소통은 스마트폰(smartphone)이라는 기기(device)의 대중화와 플랫폼(platform)의 다양화 등 미디어환경이 변화하면서 가능하게 되었다.

기존의 인터넷 광고는 단순한 게재물의 형태로 제공되었으나, 광고 효과를 극대화하기 위하여 다양한 광고 기법들이 개발되고 있는데 특히 위치기반서비스(location based service, LBS)²⁰⁾, 실시간(real-time)²¹⁾ 정보를 중심으로 스마트폰과 같은 스마트 모바일 기기를 사용하는 유권자에게 실시간으로 가장 최적화된 광고를 제공할 수 있는 장점이 있다.²²⁾

미국 오바마 대통령의 경우 일자리 창출이나 의료보험 정책 등 추진하는 정책과 관련하여 국민들과 소통하기 위해 트위터를 활용하였으며, 영국정부에서는 트위터를 정부의 공식 의사소통수단의 하나로 선정하여 정부의 발표나 장관의 발표, 유권자와의 커뮤니케이션 등 정책 홍보에 활용하고 있다.²³⁾

우리나라의 경우에도 SNS를 활용한 정치적 소통행위가 일반화되고 있다. 지난 2012년 12월 19일 치러진 제18대 대통령선거에서도 각 후보자들은 정치적 비전, 정책, 공약 등을 팔로워, 페친(페이스북 친구)들과 공유하면서 자신들의 정치활동 영역을 확장하는 수단으로 트위터, 페이스북 등 SNS를 활용하여 선거운동을 한 바 있다.

<그림 2. 제18대 대통령선거 후보자 공식 트위터>



20) 휴대폰 속에 기지국이나 위성항법장치와 연결되는 칩을 부착해 위치추적 서비스, 공공안전 서비스, 위치기반정보 서비스 등 위치와 관련된 각종 정보를 제공하는 서비스를 말한다. 즉, 유선무선 통신망을 통해 얻은 위치정보를 바탕으로 여러 가지 서비스를 제공하는 것이다. ; <http://terms.naver.com/entry.nhn?cid=200000000&docId=1232842&mobile&categoryId=200000522><13.1.18. 방문>

21) 컴퓨터 외부의 다른 처리와 관계를 가지면서 외부의 처리에 의해 정해지는 시간 요건에 따라 컴퓨터가 하는 데이터의 처리 즉, 데이터의 발생과 동시에 그것을 처리하여 상태나 결과를 파악하는 것을 말한다. ; <http://terms.naver.com/entry.nhn?cid=2636&docId=757684&mobile&categoryId=2636><13.1.18. 방문>

22) 주다영, 신유민, 소셜네트워크를 활용한 모바일광고기법 칩 사용자환경 연구, 한국디자인학회, 한국디자인학회 학술발표대회 논문집, 2012, 16면

23) 신소연, 이상우, 트위터와 페이스북 이용자들이 형성하는 사회자본유형이 정치참여에 미치는 영향, 사이버커뮤니케이션학회, 사이버커뮤니케이션 학보 29(4), 2012, 194면

4. 소결

제2장에서는 인터넷의 발생배경, 정의, 선거운동의 정의 및 최근의 경향, 인터넷을 이용한 선거운동 유형에 대하여 살펴보았다. ‘인터넷’이라는 용어는 국립국어원의 표준국어대사전에 등재 될 정도로 친숙한 용어임이 틀림없으나, 인터넷이라는 용어가 인터넷 관련 법령에 직접 사용될 경우에는 그 법적개념을 정의하는 것이 타당하다고 본다. 왜냐하면 공직선거법상에 규정되어 있는 인터넷언론사의 인터넷 홈페이지를 이용한 선거운동 및 인터넷광고 관련 규정을 해석함에 있어 인터넷의 범위를 어디까지 인정할 수 있는지의 문제는 인터넷을 이용한 선거운동의 유형 및 관련 규정을 이해함에 있어 매우 중요하기 때문이다.

공직선거법 제82조의4에 규정된 정보통신망을 이용한 선거운동에서의 '정보통신망'은 전기통신사업법 제2조제2호에 따른 전기통신설비를 이용하거나 전기통신설비와 컴퓨터 및 컴퓨터의 이용기술을 활용하여 정보를 수집·가공·저장·검색·송신 또는 수신하는 정보통신체제를 뜻하고, '정보통신서비스제공자'는 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 뜻하고 있는데, 인터넷의 불분명한 법적개념으로 인하여 정보통신서비스제공자를 비영리 목적의 인터넷서비스제공자로 이해할 수 있는 등 혼란을 초래할 수 있다. 즉 '정보통신망'과 '인터넷'을 동일한 개념으로 이해할 것인가, '정보통신서비스 제공자'와 '인터넷서비스 제공자'를 동일한 개념으로 이해할 것인가 아니면 별도의 개념으로 이해할 것인가에 대한 명확한 법적 정의가 필요하다.

Ⅲ. 인터넷 선거운동 부정방지 현황

정보통신기술(Information and Communication Technologies - 이하 'ICTs'라 한다.) 발달이 인터넷의 정치적 효과로 뚜렷하고 활발하게 나타나는 영역은 웹 캠페인(web campaign)으로 대부분의 국가에서 보편적인 선거 전략으로 활용하고 있는데 이러한 현상은 인터넷 정치의 저비용·고효율 특성 때문이다.²⁴⁾

우리나라의 경우에도 선거운동을 할 수 있는 사람이면 선거일을 제외하고 언제든지 인터넷 홈페이지·전자우편·SNS 및 문자메시지를 이용하여 선거운동을 할 수

24) 윤성이, 송경재, 민희, 인터넷 선거규제에 대한 네티즌 의식, 한국정당학회, 한국정당학회보 9(2), 2010, 182면

있도록 상시적으로 허용되었고, 선거운동이나 선거에 영향을 미치게 하기 위한 행위가 아니라면 개인이든 단체든 누구든지 트위터·인터넷·휴대폰 문자메시지는 물론 인쇄물·시설물·표시물 등을 이용하여 매체의 제한을 받지 않고 공정한 방법으로 투표참여 홍보활동을 할 수 있게 되었다.²⁵⁾²⁶⁾

그러나 인터넷 정치의 또 다른 특성인 빠른 전파성으로 적법한 선거운동이 활성화되기도 하지만, 선거관련 법령을 위반한 비디오, 영상, 문자 등의 전송으로 국민의 자유로운 의사형성 및 선거의 공정성을 해하는 결과를 초래하기도 하는데, 선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행하여지도록 하고 선거와 관련한 부정을 방지하여 민주정치의 발전에 기여하기 위해서 공직선거법을 제정하여 시행하면서 여러 가지 제도를 두고 있는데 제Ⅲ장에서는 공직선거법상 인터넷과 관련된 부정선거 방지제도에 대하여 살펴보기로 한다.

1. 인터넷 관련 부정방지제도 현황

가. 인터넷 선거보도 심의제도

선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 치러지도록 각종 제도적 장치를 신설 및 보완하고 있는데 기존의 합동연설회 및 정당후보자등에 의한 연설회는 선거비용이 과다하게 소요되어 고비용·저효율의 특성을 가지므로 이를 폐지하고, 신문·방송 및 인터넷 등 각종 미디어매체를 통한 선거운동을 확대

25) http://www.nec.go.kr/nec_new2009/BoardCotBySeq.do<13.1.18. 방문>

26) 공직선거법 제59조(선거운동기간) 선거운동은 선거기간개시일부터 선거일 전일까지에 한하여 할 수 있다. 다만 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2004.3.12, 2005.8.4, 2011.7.28, 2012.2.29>

1. 제60조의3(예비후보자 등의 선거운동)제1항 및 제2항의 규정에 따라 예비후보자 등이 선거운동을 하는 경우
2. 선거일이 아닌 때에 문자(문자 외의 음성·화상·동영상 등은 제외한다)메시지를 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 컴퓨터 및 컴퓨터 이용기술을 활용한 자동 동보통신의 방법으로 전송할 수 있는 자는 후보자와 예비후보자에 한하되, 그 횟수는 5회(후보자의 경우 예비후보자로써 전송한 횟수를 포함한다)를 넘을 수 없으며, 매회 전송하는 때마다 중앙선거관리위원회규칙에 따라 신고한 1개의 전화번호만을 사용하여야 한다.
3. 선거일이 아닌 때에 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방 등에 글이나 동영상 등을 게시하거나 전자우편(컴퓨터 이용자기리 네트워크를 통하여 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 주고받는 통신시스템을 말한다. 이하 같다)을 전송하는 방법으로 선거운동을 하는 경우. 이 경우 전자우편 전송대행업체에 위탁하여 전자우편을 전송할 수 있는 사람은 후보자와 예비후보자에 한한다. [제목개정 2011.7.28]

함으로써, 고비용 선거구조를 혁신하고 선거비용 지출의 투명화를 기하는 등 새로운 선거풍토를 조성하여 정치문화의 선진화를 이룰 수 있도록 중앙선거관리위원회에 인터넷선거보도심의위원회를 설치하여 인터넷언론사²⁷⁾의 선거보도의 공정여부를 심의하도록 하였다.²⁸⁾ 또한 정당 또는 후보자(입후보예정자 포함)는 인터넷언론사의 선거보도가 불공정하다고 인정되는 때에는 그 보도가 있음을 안 날부터 10일 이내에 인터넷선거보도심의위원회에 이의신청을 할 수 있고, 인터넷선거보도심의위원회는 인터넷언론사의 인터넷홈페이지에 게재된 선거보도의 공정여부를 조사하여 조사결과 선거보도가 공정하지 않다고 인정한 경우에는 당해 인터넷언론사에 대하여 정정보도문의 게재 등 필요한 조치를 취한다. 만약 인터넷언론사의 왜곡된 선거보도로 인하여 피해를 받은 정당 또는 후보자가 있는 경우에는 그 보도의 공표가 있음을 안 날부터 10일 이내에 서면으로 당해 인터넷언론사에 반론보도의 발송 또는 반론보도문의 게재를 청구할 수 있는데(그 보도의 공표가 있는 날부터 30일이 경과한 때에는 반론보도를 청구할 수 없다.) 인터넷언론사와 협의가 이루어진 경우에는 정당이나 후보자 또는 그 대리인과 반론보도의 형식내용크기 및 회수 등에 관하여 협의한 후, 12시간 이내에 당해 언론사의 부담으로 반론보도를 하여야 하고, 만약 협의가 이루어 지지 않는 경우에는 정당 또는 후보자는 인터넷선거보도심의위원회에 즉시 반론보도청구를 할 수 있고, 인터넷선거보도심의위원회가 이를 심의하여 반론보도의 인용결정을 하는 경우에는 그 형식·내용·크기·회수 기타 필요한 사항을 함께 결정하여 통지하고 통지를 받은 인터넷언론사는 지체없이 이를 이행하여야 한다.(공직선거법 제8조의6)

인터넷선거보도심의위원회는 2012년 상반기 재보궐선거(7건), 제19대 국회의원선거(81건), 하반기 재보궐선거(14건), 제18대 대통령선거(345건)에서 총 447건의 인터넷언론사의 선거보도를 심의하였다.

27) 중앙선거관리위원회 인터넷선거보도심의위원회는 2013년 1월 15일 현재, 가톨릭뉴스, 강원도민일보, 검찰뉴스, 경기방송, 경인뉴스 등 총 351개를 인터넷언론사로 결정하였고, 이를 심의 대상으로 하고 있다. ; <http://www.iendc.go.kr/library/library02.php><13.1.18 방문>

28) http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/BillDetail.jsp?bill_id=027865&list_url=/bill/jsp/FinishBill.jsp%3F%3C13.1.18 방문

〈그림 3. 인터넷선거보도심의위원회 2012년도 심의조치결과 내역²⁹⁾〉

선거법		심의종건수 (㉔=㉑+㉒)	조치내역						이의신청 및 재심청구 결과		
			소 계 (㉑)	반론 보도	경고문 게재	경 고	주 의	공정보도 협조요청	소 계	인용	기각 (㉒)
2012년	합계	447	431 (12)	1 (1)	7	30 (4)	351 (5)	42 (2)	28	12	16
	제18대 대통령선거	345	345 (2)	1 (1)	6	17 (1)	285	36	2	2	
	하반기 재보궐선거	14	9 (2)			1 (1)	8 (1)		7	2	5
	제19대 국회의원선거	81	71 (5)		1	12 (2)	53 (2)	5 (1)	15	5	10
	상반기 재보궐선거	7	6 (3)				5 (2)	1 (1)	4	3	1

나. 사이버선거 부정감시제도

중앙선거관리위원회는 인터넷을 이용한 선거부정을 감시하기 위하여 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 바에 따라 5인 이상 10인 이하로 구성된 사이버선거부정감시단을 설치·운영하며, 시도선거관리위원회는 인터넷을 이용한 선거부정을 감시하기 위하여 선거일 전 120일(선거일 전 120일 후에 실시사유가 확정된 보궐선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 후 5일)부터 선거일까지 30인 이내로 구성된 사이버선거부정감시단을 설치·운영한다.(공직선거법 제10조의3)

다. 삭제 및 취급 거부·정지·제한 요청제도

(1) 금지된 선거운동

누구든지 정보통신망을 이용하여 후보자(후보자가 되려는 사람을 포함), 그의 배우자 또는 직계존비속이나 형제자매에 관하여 허위의 사실 유포 및 공연히 사실을 적시하여 이들을 비방하는 행위는 금지된다. 다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 금지되지 않는다.(공직선거법 제82조의4제1항)

(2) 삭제요청, 취급의 거부·정지·제한 요청

각급선거관리위원회(읍면동선거관리위원회는 제외) 또는 후보자는 공직선거법에 위반되는 정보가 인터넷 홈페이지 또는 그 게시판·대화방등에 게시되거나 정보통

29) <http://www.iencd.go.kr/library/library03.php> - 2012년 12월 18일 기준<13.1.18. 방문>

신망을 통하여 전송되는 사실을 발견한 때에는 당해 정보가 게시된 인터넷 홈페이지를 관리·운영하는 자에게 해당 정보의 삭제를 요청하거나, 전송되는 정보를 취급하는 인터넷 홈페이지의 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자에게 그 취급의 거부·정지·제한을 요청할 수 있다.

이 경우 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스 제공자가 후보자의 요청에 따르지 않는 경우, 해당 후보자는 관할 선거구선거관리위원회에 서면으로 그 사실을 통보할 수 있고, 관할 선거구선거관리위원회는 후보자가 삭제요청 또는 취급의 거부·정지·제한을 요청한 정보가 공직선거법을 위반한다고 판단하는 경우 해당 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자에게 삭제요청 또는 취급·정지·제한을 요청할 수 있다.³⁰⁾(공직선거법 제82조의4)

2. 기타 선거부정방지제도 현황

공직선거법은 방송, 인터넷 등 미디어 매체별 상이한 선거규제제도를 두고 있는데, 이는 미디어 발전과 연관이 있는 것으로 보인다. 즉, 공직선거및부정선거방지법³¹⁾ 제정당시인 1994년에는 영화, 신문잡지, 방송법에 의한 방송국, 종합유선방송법에 의한 종합유선방송국 및 유선방송관리법에 의한 유선방송국의 방송시설을 이용한 방송, 구내방송, 녹음기 등을 이용의 제한을 통하여 선거의 공정성 및 부정선거방지에 기여하고자 하였으나, 2004년부터 인터넷선거보도제도, 인터넷언론사의 정정보도제도 등, 사이버선거부정감시단 설치 및 운영 등 인터넷과 관련된 행위와 내용에 대한 제한사유를 추가하여 선거의 공정성 및 부정선거방지에 기여하게 되었다. 이는 선거풍토와도 연관이 있는데 각종 미디어매체를 통한 선거운동을 확대하여 고비용의 선거구조를 혁신하고, 선거비용 지출의 투명화를 기하는 등 새로운 선거환경을 조성하고자 하는 시대적 요구를 반영한 것이고 이와 함께 새로운 제도 시행으로 인한 역기능 및 문제점을 해소하고자 공직선거법 개정을 통하여 인터넷 관련 행위 및 내용 제한을 하게 된 것으로 보인다. 이와 관련하여 선거방송심의제도, 선거기사심의제도 등 기타 선거부정방지제도에 대하여 살펴보도록 한다.

30) 선거관리위원회로부터 요청을 받은 인터넷 홈페이지 관리·운영자 또는 정보통신서비스제공자는 지체없이 이에 따라야 하며, 위 요청에 이의가 있는 경우 그 요청을 받은 날부터, 해당 정보를 게시하거나 전송한 자는 당해 정보가 삭제되거나 그 취급이 거부·정지 또는 제한된 날부터 3일 이내에 그 요청을 한 선거관리위원회에 이의신청을 할 수 있다.

31) 공직선거및선거부정방지법[시행 1994.3.16] [법률 제4739호, 1994.3.16, 제정]

가. 선거방송 심의제도

방송통신심의위원회는 선거방송의 공정성 유지를 위하여 임기만료에 의한 선거 및 보궐선거 등의 기간 동안 선거방송심의위원회를 설치·운영하면서 선거방송의 정치적 중립성·형평성·객관성 및 제작기술상의 균형유지와 권리구제 기타 선거방송의 공정을 보장하기 위하여 선거방송의 공정여부를 조사하고 조사결과 선거방송 내용이 공정하지 않다고 판단하는 경우 방송법 제100조제1항 각 호의 제재조치, 즉 “해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 정정·수정 또는 중지, 방송편성책임자·해당방송프로그램 또는 해당 방송광고의 관계자에 대한 징계, 주의 또는 경고” 등을 정하여 방송통신위원회에 통보하고 방송통신위원회는 불공정한 선거방송을 한 방송사에 대하여 통보받은 제재조치 등을 지체없이 명한다.(공직선거법 제8조의2)

선거방송심의위원회는 임기만료에 의한 선거 즉, 제18대 대통령선거에서 예비후보자등록신청개시일³²⁾ 전일인 2012년 4월 22일부터 선거일('12.12.19.) 30일 후인 2013년 1월 18일까지 설치·운영³³⁾하면서 총 66건의 선거방송을 심의하였다.

<그림 4. 선거방송 심의현황³⁴⁾>

제재 구분		지상파TV	지상파R	중편/보도PP	등록PP	소계
법정제재	경 고	1	-	7	-	8
	주 의	1	1	7	2	11

32) 예비후보자 등록은 선거일('12.12.19.)전 240일부터 즉 2012년 4월 23일부터 실시되었다.

; 공직선거법 제60조의2 제1항 제1호

예비후보자가 되려는 사람(비례대표국회의원선거 및 비례대표지방의회의원선거는 제외한다)은 다음 각 호에서 정하는 날(그 날후에 실시사유가 확정된 보궐선거등에 있어서는 그 선거의 실시사유가 확정된 때)부터 관할선거구선거관리위원회에 예비후보자등록을 서면으로 신청하여야 한다. <개정 2005.8.4, 2010.1.25>

1. 대통령선거 - 선거일 전 240일

33) 공직선거법 제8조의2 제1항

「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 제18조제1항에 따른 방송통신심의위원회(이하 "방송통신심의위원회"라 한다)는 선거방송의 공정성을 유지하기 위하여 다음 각 호의 구분에 따른 기간 동안 선거방송심의위원회를 설치·운영하여야 한다. <개정 2010.1.25, 2012.1.17>

1. 임기만료에 의한 선거 - 제60조의2제1항에 따른 예비후보자등록신청개시일 전일부터 선거일 후 30일까지
2. 보궐선거등

선거일 전 60일(선거일 전 60일 후에 실시사유가 확정된 보궐선거등의 경우에는 그 선거의 실시사유가 확정된 후 10일)부터 선거일 후 30일까지

	소 계	2	1	14	2	19
행정지도	권 고	2	7	12	1	22
	의견제시	1	1	3	1	6
	소 계	3	8	15	2	28
문제없음 등		6	3	9	1	19
총 계		11	12	38	5	66

선거방송심의위원회는 “선거방송의 내용이 공정하지 않을 경우 방송법 제100조 제1항 각 호에 따른 제재조치 등”을 정한다고 규정하고 있어 “제재조치 등”의 구체적 의미가 무엇인지 명확하지 않은데, 방송통신심의위원회가 방송심의규정 등 위반정도가 경미하여 제재조치를 명할 정도에 이르지 않다고 인정하는 경우 해당 사업자·해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 책임자나 관계자에 대하여 권고를 하거나 의견을 제시할 수 있는 점을 고려하여 “제재조치 등”에는 방송법 제100조 제1항 제2호에서 4호의 제재조치와 권고 또는 의견제시의 행정지도³⁵⁾가 포함된다고 해석함이 타당하다.³⁶⁾ “제재조치 등”에 “시청자에 대한 사과”가 포함되지 않

34) http://news.inews24.com/php/news_view.php?g_serial=718181&g_menu=020320&rrf=nv<13.1.18.방문>

35) 행정지도란 행정청이 권고, 조언, 요망, 지도, 경고 등의 방법으로 국민을 일정방향으로 유도하는 행위를 말한다. 행정지도는 사실행위라는 점에서 법적 효과 발생을 수반하는 법률행위와 구별되며, 비권력적 행위라는 점에서 행정행위나 행정강제와 구별되는 개념이다. ; 이광윤, [전면개정판] 일반행정법, 법문사, 2012, 313면

36) 방송통신심의위원회의 「선거방송심의위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙」 제11조제2항에서도 마찬가지로 ‘권고 또는 의견제시’를 포함하는 것으로 규정하고 있으나, 동규칙 제2항은 “제1항의 규정에도 불구하고 심의위원회는 심의기준을 위반한 정도가 경미하다고 판단되는 경우 해당 사업자 또는 해당 방송프로그램의 책임자나 관계자에 대하여 권고를 하거나 의견을 제시할 수 있다”고 규정하고 있어 마치 선거방송심의위원회가 선거방송의 내용이 공정하지 않다고 인정하는 경우 방송법 제100조제1항 각 호에 따른 제재조치만을 할 수 있는데 「선거방송심의위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙」에서 ‘권고 또는 의견제시’까지 할 수 있도록 권한을 확장해 주는 것과 같은 형식으로 규정하고 있는데 이는 오해의 소지가 있는 점, 수권 법률인 「방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」 및 「방송법」의 내용을 구체화시키지 않은 점, 헌법재판소의 위헌결정을 반영해야 하는 점 등을 고려할 때 다음과 같이 개정하는 것이 바람직하다.

「선거방송심의위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙」 일부개정규칙(안) 제시

제11조제1항 “심의위원회는 방송사업자·중계유선방송사업자 또는 전광판방송사업자가 선거방송 심의기준을 위반하는 경우에 다음 각 호의 제재조치를 정할 수 있다. 다만, 선거방송 심의

는데, 그 이유는 헌법재판소가 “방송사업자의 기본권을 보다 덜 제한하는 다른 수단에 의하더라도 사과방송이 추구하는 입법목적을 달성할 수 있고, 사과방송으로 인한 방송사업자의 인격권 제한의 정도가 추구하는 공익에 비해 결코 가볍다고 할 수 없어, 과잉금지원칙에 위배하여 방송사업자의 인격권을 침해한다.”는 이유로 위헌결정을 하였기 때문이다.³⁷⁾ 위와 같이 헌법재판소가 방송법 제100조제1항제1호 “시청자에 대한 사과”에 대해 위헌결정을 하면 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방

기준의 위반정도가 경미하여 제재조치를 정할 정도에 이르지 아니한 경우에는 해당 사업자·해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고 책임자나 관계자에 대하여 권고를 하거나 의견을 제시할 수 있다.

1. 해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 정정·수정 또는 중지
2. 방송편성책임자·해당 방송프로그램 또는 해당 방송광고의 관계자에 대한 징계
3. 주의 또는 경고

제11조제2항 “삭제”, 제11조제3항 “현행과 같음”

37) 헌법재판소의 구체적인 결정이유는 다음과 같다.

「방송법 제100조제1항제1호 ‘시청자에 대한 사과’의 제재조치는 사과여부 및 사과의 구체적인 내용이 방송통신위원회에 의해 결정됨에도 불구하고 마치 방송사업자 스스로의 결정에 의한 사과인 것처럼 그 이름으로 대외적으로 표명되고, 이는 시청자 등 국민들로 하여금 방송사업자가 객관성이나 공정성 등을 저버린 방송을 했다는 점을 스스로 인정한 것으로 생각하게 만듦으로써 방송에 대한 신뢰가 무엇보다 중요한 방송사업자의 사회적 신용이나 명예를 저하시키고 법인격의 자유로운 발현을 저해하는 것으로 방송사업자의 의사에 반한 사과행위를 강제함으로써 방송사업자의 인격권을 제한하고 있으며, ‘시청자에 대한 사과’의 제재조치가 ‘주의 또는 경고’ 등 다른 제재조치에 비하여 시청자의 권익보호나 민주적 여론 형성 등에 더 기여하거나 위반행위가 재발하는 것을 방지하는데 더 효과적이라고 할 수 없고, 심의규정을 위반한 방송사업자에게 ‘주의 또는 경고’만으로도 반성을 촉구하고 언론사로서의 공적 책무에 대한 인식을 제고시킬 수 있고, 위 조치만으로도 심의규정에 위반하여 ‘주의 또는 경고’의 제재조치를 받은 사실을 공표하게 되어 이를 다른 방송사업자 나 일반 국민에게 알리게 됨으로써 여론의 왜곡 형성 등을 방지하는 한편, 해당 방송사업자에게는 해당 프로그램의 신뢰도 하락에 따른 시청률 하락 등의 불이익을 줄 수 있다. 또한 ‘시청자에 대한 사과’에 대하여는 ‘명령’이 아닌 ‘권고’의 형태를 취할 수 있다. 이처럼 기본권을 보다 덜 제한하는 다른 수단에 의하더라도 방송법 제100조제1항제1호 ‘시청자에 대한 사과’가 추구하는 목적을 달성할 수 있는 반면, 사과명령은 방송사업자가 스스로 인정하거나 형성하지 아니한 윤리적·도덕적 판단의 표시를 하도록 강제로 명하는 것이어서 자신의 잘못을 인정하고 시청자에게 용서를 구한다는 부분은 그 실효성이 크다고 할 수 없으므로 사과명령이 다른 제재수단에 비해 효과가 더 크다고 할 수 없어 침해의 최소성 원칙에 위배된다. 즉 시청자 등 국민들로 하여금 방송사업자가 객관성이나 공정성 등을 저버린 방송을 했다는 점을 스스로 인정한 것으로 생각하게 만듦으로써 방송에 대한 신뢰가 무엇보다 중요한 방송사업자에 대하여 그 사회적 신용이나 명예를 저하시키고 법인격의 자유로운 발현을 저해하는 것인바, 방송사업자의 인격권에 대한 제한의 정도가 방송법 제100조제1항제1호가 추구하는 공익에 비해 결코 작다고 할 수 없어 법익의 균형성 원칙에도 위배된다.」; 헌법재판소 2012.8.23. 2009헌가27

자치단체를 기속하고, 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날 즉, 2012년 8월 23일부터 효력을 상실하게 된다.(헌법재판소법 제47조) 따라서 입법권자인 국회는 헌법재판소의 결정에 따라 방송법 제100조제1항제1호를 삭제하거나 다른 제재조치로 대체하여야 한다.

나. 선거기사 심의제도

언론중재위원회는 선거기사(사설·논평·광고 그 밖에 선거에 관한 내용을 포함)의 공정성을 유지하기 위해, 임기만료에 의한 선거, 보궐선거 등의 기간 동안 선거기사심의위원회를 설치·운영하면서, 신문, 잡지·정보간행물·전자간행물·기타간행물, 뉴스통신에 게재된 선거기사의 공정 여부를 조사하고 조사결과 선거기사의 내용이 공정하지 않다고 인정하는 경우 해당 기사의 내용에 관한 사과문 또는 정정보도문의 게재를 결정하여 이를 언론중재위원회에 통보하고, 언론중재위원회는 불공정한 선거기사를 게재한 정기간행물등을 발행한 자에 대하여 그 사과문 또는 정정보도문의 게재를 명한다.(공직선거법 제8조의3)

사과문 게재 명령은 선거기사심의위원회의 시정요구서에 있는 내용 즉 "본지는 선거기사심의위원회로부터 0월 00일자 0면 “_____”제하의 기사가 불공정 선거기사에 해당한다며 사과문 게재결정을 받았습니다. (중략) 본지는 불공정한 선거기사로 인해 독자 및 유권자 여러분께 혼란을 드린 점 사과드립니다."라는 사과문 내용을 그대로 발표할 것을 요구하고 있어 언론사의 기본권을 침해하는 것이 아닌지 논란이 있는데, 이는 방송법 제100조제1항제1호 "시청자에 대한 사과"의 제재조치가 사과여부 및 사과의 구체적인 내용이 방송통신위원회에 의해 결정됨에도 불구하고 마치 방송사업자 스스로의 결정에 의한 사과인 것처럼 그 이름으로 대외적으로 표명되는 등 방송사업자의 인격권을 제한하고 있어 위헌결정을 받은 것과 마찬가지로 사과문 게재 명령은 언론사의 인격권을 제한하여 위헌의 소지가 있는 만큼 사과문보다 덜한 정도의 제재조치를 마련할 필요가 있다.

3. 피해구제제도(반론보도청구제도)

가. 연혁

반론권제도는 원래 1789년 프랑스 인권선언 이래 언론의 검열제도가 폐지됨에 따라 언론의 자유가 만끽되던 시대적 상황에서 언론자유와 남용으로 인한 피해가

늘어남에 따라 그러한 현상에 대한 법적 장치로서 반론권제도가 도입되었고, 1822년 프랑스 출판법에서 반론권이 규정된 바 있다.³⁸⁾

우리 실정법상 반론권이 제도화된 것은 1980년에 제정된 언론기본법에서 시작되었는데, 언론기본법은 언론의 여론형성기능에 공정을 기하고, 언론보도의 대상이 된 개인의 명예와 권리 등의 법익을 보호하기 위해서 서구의 반론권제도를 수용하여 이를 ‘정정보도청구권’이라는 명칭으로 처음 규정하였다. 그 후 민주화 과정을 겪으면서 언론기본법이 1978년 11월 28일 폐지되었고 신문·통신·잡지 등 인쇄매체를 대상으로 하는 정기간행물의등록등에관한법률(1987.11.28. 법률제3978호)과 라디오·TV 등 전자매체를 다루기 위한 방송법으로 양분되었는데 여전히 정정보도청구권과 언론중재제도의 존치를 규정하고 있었다. 그 후로도 정정보도청구권이라는 명칭의 반론제도는 개정 정기간행물의등록등에관한법률, 개정 방송법, 종합유선방송법(1991.12.31. 법률 제4494호)에도 그대로 계승되었는데, 이 정정보도청구권은 문제된 언론보도의 진위 여부를 불문하며, 언론이 스스로 정정하는 것이 아니라 피해자가 작성한 보도문을 무료로 보도할 의무만을 진다는 점에서 서구의 반론권제도를 입법화한 것임에도 ‘정정보도’라는 용어로 인하여 이 청구권의 성격에 관한 혼선이 있었는데 헌법재판소(89헌마165³⁹⁾, 95헌바2540)와 대법원(85다카1973)에 의하여 그 법적 성격이 반론제도청구권으로 정리되었고⁴¹⁾ 그에 따라 정기간행물의 등록등에관한법률은 그 용어를 개정하여 ‘반론제도청구권’으로 정리한 바 있다.⁴²⁾

38) 조소영, 반론제도청구권의 헌법적 의미와 그에 대한 헌법적 평가, 한국비교공법학회, 공법학연구 7(4), 2006, 162면

39) 정기간행물의등록등에관한법률상(精氣刊行物の登録등에관한法律上)의 정정보도청구권(訂正報道請求權)은 정기간행물(精氣刊行物)의 보도(報道)에 의하여 인격권(人格權) 등의 침해(侵害)를 받은 피해자(被害者)가 반론(反論)의 게재를 요구할 수 있는 권리(權利), 즉 이른바 "반론권(反論權)"을 뜻하는 것으로서 헌법상 보장된 인격권, 사생활의 비밀과 자유에 그 바탕을 둔 것이며, 나아가 피해자에게 반박의 기회를 허용함으로써 언론보도의 공정성(公正性)과 객관성(客觀性)을 향상시켜 제도로서의 언론보장을 더욱 충실하게 할 수도 있다는 뜻도 함께 지닌다. ; 헌법재판소 1991.9.16, 89헌마165

40) 정기간행물(定期刊行物)의등록(登録)등에관한법률상(法律上)의 "정정(訂正) 보도청구권(報道請求權)은 그 표현의 형식에도 불구하고 그 내용(內容)을 보면 언론기관(言論機關)의 사실적 보도(報道)에 의한 피해자(被害者)가 그 보도내용(報道內容)에 대한 반박의 내용(內容)을 게재(掲載)하여 줄 것을 청구(請求)할 수 있는 권리(權利)로서 이른바 "반론권(反論權)"을 입법화(立法化)한 것이다. 따라서 여기서 말하는 정정보도청구(訂正報道請求)는 그 보도내용의 진실여부(眞實與否)를 따지거나 허위 보도(虛僞報道)의 정정(訂正)을 청구(請求)하기 위한 것이 아니다. ; 헌법재판소 1996.4.25, 95헌바25

41) 조소영, 위의 논문, 156~158면

42) 언론에 의한 국민의 피해구제기능을 강화하기 위하여 “정정보도청구권”을 “반론제도청구권”으로

정기간행물의등록등에관한법률[일부개정 1995.12.30 법률 제5145호]

제16조(반론보도청구권) ①정 기간행물에 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 받은 자(이하 "피해자"라 한다)는 그 사실보도가 있음을 안 날부터 1월 이내에 정기간행물을 발행하는 자(이하 "언론사"라 한다)에게 서면으로 반론보도문의 게재를 청구할 수 있다. 다만, 사실보도가 있는 후 6월이 경과한 때에는 그러하지 아니하다.<개정 1995·12·30>

②반론보도청구서에는 피해자 또는 그 대리인의 서명·날인과 주소를 기재하고, 이의대상인 기사의 본문과 게재를 요청하는 반론보도문을 첨부하여야 한다.<개정 1995·12·30>

③언론사가 반론보도게재청구를 받은 때에는 지체없이 피해자 또는 그 대리인과 반론보도의 내용, 크기등에 관하여 협의한 후 일간신문과 주 1회 이상 발행하는 정기간행물 및 통신은 요구를 받은 날로부터 9일 이내에 같은 정기간행물에, 그 밖의 정기간행물은 편집이 완료되지 아니한 다음 발행호에 이를 무료로 게재하여야 한다. 다만, 피해자가 반론보도청구권의 행사에 정당한 이익을 갖지 않는 경우나 청구된 반론보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 경우 또는 상업적인 광고만을 목적으로 하는 경우에는 이의 게재를 거부할 수 있다.<개정 1995·12·30>

④반론보도는 사실적 진술과 이를 명백히 전달하는 데 필요한 설명에 국한되고 위법한 내용을 포함할 수 없다.<개정 1995·12·30>

⑤반론보도의 내용은 독자투고의 형식으로 게재할 수 없으며, 반론보도문의 자수는 이의의 대상이 된 공표내용의 자수를 초과할 수 없다.<개정 1995·12·30>

⑥국가·지방자치단체 또는 공공단체의 공개회의와 법원의 공개재판절차에 관한 사실기사의 경우에는 제1항 내지 제5항의 규정을 적용하지 아니한다.

⑦국가·지방자치단체, 기관 또는 단체의 장은 당해 업무에 대하여 그 기관 또는 단체를 대표하여 반론보도를 청구할 수 있다.<신설 1995·12·30>

언론기본법[제정 1980.12.31 법률 제3347호]

제49조(정정보도청구권) ①정 기간행물과 방송에 공표된 사실적 주장에 의하여 피해를 받은 자(이하 "피해자"라 한다)는 그 공표가 행하여진 후 신문·통신·방송의 경우에는 14일 이내에, 그 밖의 정기간행물의 경우에는 1월 이내에 서면으로 발행인이나 편집인 또는 방송국의 장이나 편성책임자에게 정정보도의 게재 또는 방송을 청구할 수 있다.

②정정보도청구서에는 피해자 또는 그 대리인의 서명날인과 주소를 기재하고, 이의대상인 보도의 본문과 게재를 요청하는 정정보도문을 첨부하여야 한다.

③발행인 또는 편집인이 정정보도게재청구를 받은 때에는 지체없이 피해자 또는 그 대리인과 정정보도의 내용, 크기등에 관하여 협의한 후 신문·통신은 청구를 받은 날로부터 7일 이내에, 그 밖의 정기간행물은 편집이 완료되지 않은 다음 발행호에 이를 무료로 게재하여야 한다. 다만, 피해자가 정정보도청구권의 행사에 정당한 이익을 갖지 않는 경우나 청구된 정정보도의 내용이 명백히 사실에 반하는 경우 또는 상업적인 광고만을 목적으로 하는 경우에는 이의 게재를 거부할 수 있다.

④정정보도는 사실적 진술과 이를 명백히 전달하는데 필요한 설명에 국한되고 위법한 내용을 포함할 수 없다.

⑤정정보도의 내용은 독자투고의 형식으로 게재할 수 없으며 정정보도의 자수는 이의의 대상이 된 공표

용어를 정리·현실화하고, 실질적인 정정보도청구제도를 도입하고자, 정기간행물의등록등에관한법률을 일부개정하였다. [일부개정 1995.12.30 법률 제5145호]

내용의 자수를 초과할 수 없다.

⑥ 방송국의 장 또는 편집책임자가 정정보도방송청구를 받은 때에는 7일 이내에 그 공표가 행하여진 동일한 방송주파수에 의해 동일한 효과를 발생시킬 수 있는 방법으로 정정보도를 하여야 한다. 이 경우 제3항 내지 제5항의 규정은 준용된다.

⑦ 국가, 지방자치단체 또는 공공단체의 공개회의와 법원의 공개재판절차에 관한 충실한 사실보도의 경우에는 본조의 규정을 적용하지 아니한다.

나. 개념

반론권(a right of reply)은 신문·방송 등 언론기관의 보도에 의하여 피해를 입은 자가 그 보도내용에 대한 반론의 게재 또는 방송을 할 수 있도록 언론기관에 요구할 수 있는 권리로서 그 청구는 언론사의 고의·과실이나 위법성을 요하지 않고, 보도내용의 진실 여부를 불문한다.

반론보도청구권과 정정보도청구권(a right of retraction)을 혼용하여 사용하면서 개념상 혼란을 야기하기도 했는데, 양 권리는 모두 신속을 요하고 언론보도로 피해를 받은 사람을 위해 인정되는 구제제도지만, 정정보도청구권의 청구대상은 진실하지 않은 언론보도이며, 언론사의 고의·과실 또는 위법성을 청구요건으로 하여 불법행위에 대한 손해배상청구권의 성격을 가지는 등 차이점이 있는 제도로 인식되었다.⁴³⁾

그러나 언론사 등의 언론보도 또는 그 매개로 인하여 침해되는 명예 또는 권리나 그 밖의 법익에 관한 다툼이 있는 경우 이를 조정하고 중재하는 등의 실효성 있는 구제제도를 확립하여 언론의 자유와 공적 책임의 조화를 목적으로 하는 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률에 의하면 정정보도 청구의 요건으로 언론사 등의 고의·과실이나 위법성을 요하지 않으며⁴⁴⁾, 정정보도와 반론보도를 다음과 같이

43) 조소영, 위의 논문, 161~163면

44) 언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률[시행 2011.4.14] [법률 제10587호, 2011.4.14, 일부개정] 제14조 (정정보도 청구의 요건) ① 사실적 주장에 관한 언론보도등이 진실하지 아니함으로 인하여 피해를 입은 자(이하 "피해자"라 한다)는 해당 언론보도등이 있음을 안 날부터 3개월 이내에 언론사, 인터넷뉴스서비스사업자 및 인터넷 멀티미디어 방송사업자(이하 "언론사등"이라 한다)에게 그 언론보도등의 내용에 관한 정정보도를 청구할 수 있다. 다만, 해당 언론보도등이 있는 후 6개월이 지났을 때에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 청구에는 언론사등의 고의·과실이나 위법성을 필요로 하지 아니한다.

③ 국가·지방자치단체, 기관 또는 단체의 장은 해당 업무에 대하여 그 기관 또는 단체를 대표하여 정정보도를 청구할 수 있다.

④ 「민사소송법」상 당사자능력이 없는 기관 또는 단체라도 하나의 생활단위를 구성하고 보도

정의하고 있다.

정정보도란 언론의 보도 내용의 전부 또는 일부가 진실하지 아니한 경우 이를 진실에 부합되게 고쳐서 보도하는 것을 말하며, 반론보도란 언론의 보도 내용의 진실 여부에 관계없이 그와 대립되는 반박적 주장을 보도하는 것을 말한다.(언론중재 및 피해구제 등에 관한 법률 제2조 제16호 및 제17호)

다. 선거방송 또는 선거기사에 대한 반론보도청구권

선거방송심의위원회 또는 선거기사심의위원회가 설치된 때부터 선거일까지 방송 또는 정기간행물 등에 공표된 인신공격, 정책의 왜곡선전 등으로 피해를 받은 정당(중앙당에 한함) 또는 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함)는 그 방송 또는 기사게재가 있음을 안 날부터 10일 이내(그 방송 또는 기사게재가 있는 날부터 30일이 경과한 때에는 반론보도의 방송 또는 반론보도문의 게재를 청구할 수 없음)에 서면으로 당해 방송을 한 방송사에 반론보도의 방송을, 당해 기사를 게재한 언론사에 반론보도문의 게재를 각각 청구할 수 있다.(공직선거법 제8조의4)

4. 소결

제3장에서는 인터넷을 이용한 선거운동의 부정을 방지하기 위한 제도인 (1) 인터넷선거보도 심의제도, (2) 사이버선거 부정감시제도, (3) 삭제 및 취급 거부·정지·제한 요청제도와 기타 선거부정방지제도인 (4) 선거방송 심의제도, (5) 선거기사 심의제도, 피해구제제도의 하나인 (6) 반론보도청구제도에 대하여 살펴보았다.

인터넷 관련 선거부정방지제도의 특징은 미디어 매체별 소관 기관이 상이하다는 점이다. 즉 인터넷 선거보도에 대하여는 중앙선거관리위원회에 설치한 인터넷선거보도심의위원회가 담당하고, 사이버선거 부정감시에 대하여는 중앙선거관리위원회가 중앙선거관리위원회규칙에 따라 담당하고 있다. 중앙선거관리위원회에 설치한 인터넷선거보도심의위원회는 인터넷 선거보도의 정치적 중립성·형평성·객관성 등 선거보도의 공정성을 보장하기 위한 것으로 인터넷 선거보도의 공정성을 확보하는 제도적 장치를 둔 점은 긍정적으로 평가된다. 이러한 긍정적 제도적 장치와 함께 그 제도를 운영하는 인적구성에 있어 국회 교섭단체를 구성한 정당, 언론학계, 대

내용과 직접적인 이해관계가 있을 때에는 그 대표자가 정정보도를 청구할 수 있다.[전문개정 2011.4.14]

한변호사협회, 언론인단체 및 시민단체 등이 추천한 위원을 포함하여 중앙선거관리위원회가 위원을 위촉하고 있는데, 위원에 대한 겸직금지, 결격사유 등의 규정이 없어, 인적구성의 공정성 및 투명성 확보에 미흡하므로 이에 대한 개선을 요한다.

또한 인터넷선거보도심의제도, 선거방송심의제도, 선거기사심의제도를 실제로 운영하는 위원 추천에 있어 위원 추천권자가 명확하지 않은 것도 문제이다. 예를 들어 인터넷선거보도심의위원회의 위원 추천은 국회에서 교섭단체를 구성한 정당이 각 1인, 방송통신심의위원회·언론중재위원회·학계·법조계·인터넷언론단체 및 시민단체 등이 추천하는 자를 포함하여 중앙선거관리위원회가 위촉하는 11인 이내의 위원으로 구성한다고 규정하고 있는데, 국회 교섭단체를 구성한 정당 이외의 추천권자들이 추천한 위원이 몇 명이나 위촉되는지에 대한 규정이 없는 것이 문제이다.

< 표 1. 선거부정방지제도의 비교 >

구 분		인터넷 선거운동 관련	기타 선거운동 관련	
		인터넷선거보도심의제도	선거방송심의제도	선거기사심의제도
설치근거(공직선거법)		제8조의5	제8조의2	제8조의3
설치목적		인터넷언론사의 인터넷홈페이지에 게재된 선거보도의 공정성 유지	선거방송의 공정성 유지	선거기사의 공정성 유지
설치주체		중앙선거관리위원회	방송통신심의위원회	언론중재위원회
위원 추천 권자	국 회 교 섭 단 체 정 당	○(각 1인)	○(각 1인)	○(각 1인)
	중앙선거 관리위원회	×	○(1인)	○(1인)
	방송통신 심의위원회	○(1인)	×	×
	언론중재위원회	○(1인)	×	×
	방송사	×	○	×
	방송학계	○(학계)	○	×
	언론학계		×	○
	대한변호사협회	○(법조계)	○	○
	언론인단체	○(인터넷언론단체)	○	○
	시민단체	○	○	○
운영기간		제한 없음	○ 임기만료에 의한 선거(예비후보자등록신청개시일 전일부터 선거일 후 30일까지) ○ 보궐선거 등(선거일전 60일부터 선거일 후 30일까지)	

이는 위 표1.과 같이 여러 분야의 의견을 수렴하여 위원 구성을 하는 것과 같은 외관을 가지나 실제 추천권자가 추천한 위원을 위촉하지 않거나 적게 위촉할 수 있는 여지가 있어 추천된 위원 위촉의 투명성 확보에 어려움이 있으므로 각 추천권자의 추천 상한 인원을 명시적으로 규정하는 것으로 개정을 요한다.

IV. 인터넷 선거규제의 문제점 및 법제정비방안

인터넷선거보도심의위원회, 중앙선거관리위원회, 각급선거관리위원회는 인터넷선거보도, 인터넷을 이용한 부정선거, 정보통신망을 이용한 사실 또는 허위사실 유포행위에 대하여 선거보도의 공정성 유지, 선거부정 감시, 명예훼손정보 유통제한을 위하여 인터넷 선거규제를 담당하고 있다. 본 장에서는 각 제도의 문제점과 그 해결방안을 위한 법제정비방안에 대하여 살펴보도록 한다.

1. 문제점

가. 미디어 매체별 상이한 소관기관

(1) 인터넷 선거보도와 선거기사를 구별하여, 인터넷 선거보도는 인터넷선거보도심의위원회가 담당하고, 일반 선거기사는 언론중재위원회가 설치한 선거기사심의위원회가 담당하며, (2) 선거방송과 일반방송을 구별하여, 선거방송에 대한 내용심의는 선거방송심의위원회가 담당하고, 일반방송에 대한 내용심의는 방송통신심의위원회가 담당하고 있는데 인터넷 선거보도와 선거기사 및 선거방송과 일반방송을 어떻게 구별할 수 있는가에 대한 의문이 있다.

첫째, A 신문사(「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조제1호)가 특정 후보자에 대한 기사를 게재하여 유통하였고, B 인터넷 신문사(「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조제2호)가 동일한 내용의 기사를 컴퓨터 등 정보처리능력을 가진 장치와 통신망을 이용하여 유통하였을 때, A 신문의 보도내용은 선거기사심의위원회에서 담당하고 B 인터넷 신문사의 보도내용은 인터넷선거보도심의위원회에서 담당하는 것이 적절한가의 문제이다. 매체의 특수성 및 보도내용의 특수성을 고려할 필요는 분명히 있으나 문제는 위 사례처럼 동일한 내용의 기사가 여러 매체를 통하여 보도될 경우 그 보도내용이 신문사를 통하여 유통되는 경우와 인터넷 신문사를 통하여 유통되는 경우로 나누어 별도의 기관에서 담당하는 것이 타당한 것인지의 여부

와 별도 기관의 심의결과가 상이한 경우는 어떻게 할 것인가 하는 점이다.

<표 2. 선거기사심의위원회와 인터넷선거보도심의위원회 비교>

구 분	선거기사심의위원회	인터넷선거보도심의위원회
근거법령	공직선거법 제8조의3	공직선거법 제8조의5
설치목적	선거기사의 공정성유지	인터넷언론사의 인터넷홈페이지에 게재된 선거보도의 공정성 유지
심의매체	신문, 잡지·정보간행물·전자간행물·기타간행물 및 뉴스통신에 게재된 선거기사 (신문은 일반일간신문, 특수일간신문, 일반주간신문, 특수주간신문을 의미한다.)	인터넷언론사 (「신문 등의 진흥에 관한 법률」 제2조(정의)제4호에 따른 인터넷신문사업자 그 밖에 정치·경제·사회·문화·시사 등에 관한 보도·논평·여론 및 정보 등을 전파할 목적으로 취재·편집·집필한 기사를 인터넷을 통하여 보도·제공하거나 매개하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자와 이와 유사한 언론의 기능을 행하는 인터넷홈페이지를 경영·관리하는 자)
심의대상	언론 보도 내용에 의한 국가적 법익, 사회적 법익 또는 타인의 법익 침해사항	인터넷언론사의 인터넷홈페이지에 게재된 사실·논평·사진·방송·동영상 기타 선거에 관한 내용 등의 선거보도
실효성 확보수단	사과문, 정정보도문	정정보도, 반론보도

둘째, 선거방송과 일반방송을 어떻게 구별할 수 있는가의 문제이다. 선거방송심의위원회는 선거방송심의를 담당하고, 방송통신심의위원회는 일반방송심의를 담당하고 있다. 그러나 선거방송과 일반방송을 어떻게 구별하여 선거방송은 선거방송심의위원회에서 담당하고 일반방송은 방송통신심의위원회에서 담당할 것인가 하는 점이 의문이다.

선거방송 등을 심의하기 위하여 필요한 사항을 정해 놓은 선거방송심의회에 관한 특별규정은 선거방송, 기타 선거에 관련한 내용이 포함된 프로그램의 방송을 선거방송으로 칭하고 있지만 여전히 일반방송과 구별할 수 있는 기준을 제시하지 못하여 선거방송과 일반방송의 경계획정에 어려움이 있다.

나. 인터넷선거보도심의위원회 위원 구성 등

인터넷선거보도심의위원회 위원 추천권은 국회교섭단체를 구성한 정당이 각 1인, 방송통신심의위원회가 1인, 언론중재위원회가 1인, ‘학계, 법조계, 인터넷언론단체, 시민단체’가 보유하며, 추천권자가 추천한 자를 포함하여 중앙선거관리위원회가 위촉하는 11인 이내의 위원으로 구성한다. 그러나 ‘학계, 법조계, 인터넷언론단체, 시민단체’가 추천한 자를 어떻게 선별하여 위원으로 위촉하며, 추천권자가 추천한 자를 몇 명이나 위촉할 것인지에 대한 규정이 없는 것이 문제이다. 즉, 상위법인 공직선거법(제8조의5제9항)에서 위원회 구성 등에 대하여 중앙선거관리위원회규칙으로 정하도록 되어 있음에도 불구하고 해당 규칙인 인터넷선거보도심의위원회의 구성 및 운영에 관한 규칙(중앙선거관리위원회 규칙 제379호)은 정당, 방송통신심의위원회 등이 위원을 추천할 때에는 추천서를 제출하고 위원이 되고자 하는 자는 본인승낙 및 비당원확인서를 제출하는 내용만 있을 뿐(규칙 제4조), ‘학계, 법조계 등’이 추천한 자를 어떻게 선별하여 몇 명이나 위촉하는지에 대한 규정이 없다는 것이다. 이는 다양한 분야의 전문가를 위원으로 위촉하여 인터넷 선거보도를 심의함에 있어 공정을 다하겠다는 취지에 부합하지 않는다. 또한 다른 제도와 달리 인터넷선거보도심의위원회의 설치 및 운영기간 제한이 없는 점도 문제이다.

다. 인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인

인터넷언론사는 선거운동기간 중 당해 인터넷홈페이지의 게시판·대화방 등에 정당후보자에 대한 지지반대의 문자·음성·화상 또는 동영상 등의 정보를 게시할 수 있도록 하는 경우에 행정안전부장관 또는 신용정보업자가 제공하는 실명인증방법으로 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치(인터넷실명제)를 하여야 한다.(공직선거법 제82조의6)

그런데 문제는 (1)공직선거법상 인터넷 실명제는 망법 제44조의5에 따른 본인확인조치를 한 경우에는 그 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치를 한 것으로 간주하는데, 헌법재판소가 망법 제44조의5에 따른 제한적 본인확인제도는 과잉금지원칙에 위배하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스제공자의 언론의 자유를 침해하므로 헌법에 위반된다는 결정을 하여⁴⁵⁾ 망법상 본인확인조치를 한 경우 공직선거법상 실명확인

45) 망법 제44조의5제1항제2호에 대하여 위헌결정을 하였다. ; 헌법재판소 2012.8.23. 선고 2010헌마47

은 한 것으로 간주하는 규정은 더 이상 효력이 없다는 점이다. 또한 (2) 망법상 제한적 본인확인제도와 유사한 공직선거법상 인터넷실명제는 헌법에 위반되지 않는다고 하는 점이다.

<표 3. 망법상 제한적 본인확인제와 공직선거법상 인터넷 실명제의 비교>

구분	망법상 제한적 본인확인제	공직선거법상 인터넷 실명제
근거법률	망법 제44조의5	공직선거법 제82조의6
수범자	국가기관, 지방자치단체 등 공공기관 및 일일 평균 이용자 수 10만명 이상인 정보 통신서비스제공자	인터넷언론사, 정당이나 후보자
조치내용	본인확인 조치	실명인증 표시가 나타나도록 함
위헌여부	○ (일일 평균 이용자 수 10만명 이상인 정 보통신서비스제공자)	x

2. 법제정비방안

가. 미디어 매체별 상이한 소관기관에 대하여

공직선거법 제8조의3은 선거기사심의위원회의 심의대상이 되는 매체 중 하나인 신문을 신문 등의 진흥에 관한 법률 제2조에 따른 신문으로 규정하고 있어 신문(일반일간, 특수일간, 일반주간, 특수주간)과 인터넷신문이 모두 포함되는 것으로 정하고 있는 반면 공직선거법 제8조의5는 인터넷선거보도심의위원회의 심의대상이 되는 매체로 신문 등의 진흥에 관한 법률 제2조제4호에 따른 인터넷신문을 전자적으로 발행하는 자인 인터넷신문사업자 등 인터넷언론사로 규정하고 있어 인터넷신문이 선거기사심의위원회 심의대상 및 인터넷선거보도심의위원회의 심의대상이 되는 것으로 오인될 우려가 있으므로 공직선거법 제8조의3을 개정하여 선거기사심의위원회 심의대상이 되는 매체에서 ‘인터넷신문’은 제외한다는 단서를 신설하는 것이 타당하다. 또한 동일내용에 대한 신문보도가 일반신문과 인터넷언론사 인터넷홈페이지에 보도되었을 경우에는 인터넷언론사 인터넷홈페이지에 보도된 내용을 일반 신문 보도내용의 특별한 것으로 규정하여 인터넷선거보도심의위원회에서 전

담하여 심의하는 것이 타당할 것이다.

또한 선거방송과 일반방송을 구별하기 어려워 동일한 방송내용에 대하여 선거방송심의위원회와 방송통신심의위원회 중 어느 기관에서 해당 내용의 심의를 담당해야 하는지 업무경계획정이 어려움 점과 관련하여서는 선거방송 등을 심의하기 위하여 필요한 사항을 정해 놓은 선거방송심의에 관한 특별규정에 선거방송과 일반방송을 구별할 수 있는 기준을 신설하여 선거방송과 일반방송을 명확히 구별할 수 있도록 관련 규정을 개정할 필요가 있다.

나. 인터넷선거보도심의위원회 위원 구성 등 문제에 대하여

인터넷선거보도심의위원회 위원 추천권자 중 ‘학계, 법조계, 인터넷언론단체, 시민단체’가 추천한 자 중 몇 명을 위원으로 위촉할 것인지에 대한 하한 및 상한 규정이 없어 추천권자의 추천 및 위촉 절차가 불투명한 점과 관련하여 다양한 분야의 전문가를 위원으로 위촉하여 공정한 인터넷 선거보도를 심의할 수 있도록 국회 교섭단체 정당(각 1인) 및 방송통신심의위원회(1인), 언론중재위원회(1인)와 마찬가지로 ‘학계, 법조계, 인터넷언론단체, 시민단체’가 추천할 수 있는 인원을 명시적으로 밝혀야 한다.

또한 선거방송심의위원회와 선거기사심의위원회는 설치기간 동안에만 운영되는 반면, 인터넷선거보도심의위원회는 설치기간의 제한없이 상시적으로 운영되는 것은 입법의 미비라고 하겠다. 더욱이 사이버선거부정감시단의 경우에도 선거일 전 120일(선거일 전 120일 후에 실시사유가 확정된 보궐선거등의 경우 그 선거의 실시사유가 확정된 후 5일)부터 선거일까지 설치·운영되는 것을 보더라도 인터넷선거보도심의위원회의 설치·운영기간이 제한되지 않았다는 것은 인터넷 언론의 자유 보호 및 보장을 위해서⁴⁶⁾ 바람직하지 않으므로 인터넷선거보도심의위원회 설치·운영기간을 명시적으로 규정하도록 공직선거법 일부개정을 요한다.

다. 인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인에 대하여

방법상의 제한적 본인확인제도는 인터넷의 역기능 즉 인터넷을 통하여 유통되는

46) 사이버공간의 기본적인 특성이 자율적이고도 자유롭다는 것이므로 그 어떤 매체에 비해서도 민주적인 자기통치(democratic self-government)가 가능하므로 규제보다는 지원과 활성화의 방식으로 입법이 이루어져야 한다. ; 김민호, 사이버공간에서 음란성 기준에 관한 소고, 경성대학교 사회과학연구소, 사회과학연구 19(2), 2003, 16면

모욕정보, 명예훼손정보 등 불법정보의 유통을 줄이거나 예방하기 위하여 도입된 제도임에도 불구하고 헌법재판소가 과잉금지원칙에 위배하여 인터넷게시판 이용자의 표현의 자유, 개인정보자기결정권 및 인터넷게시판을 운영하는 정보통신서비스 제공자의 언론의 자유를 침해한다는 이유로 위헌결정을 하였다. 공직선거법상 인터넷실명제 또한 후보자에 대한 비방정보 등 불법정보의 유통을 줄이거나 예방하여 선거의 공정성을 확보하고자 도입된 것으로 망법상의 제한적 본인확인제도와 그 입법배경이 유사하다. 또한 망법상의 제한적 본인확인제도의 위헌결정 심판대상은 망법 제44조의5제1항제1호의 공적영역에서의 본인확인조치가 아닌 망법 제44조의5제1항제2호 즉 민간영역에서의 제한적 본인확인제도로, 공직선거법이 인터넷언론사를 대상으로 하는 인터넷실명제도의 적용영역도(민간영역) 유사하다. 따라서 헌법재판소의 위헌여부의 결정이 없어 위헌여부를 논하기는 적절하지 않으나, 망법상 제한적 본인확인제도의 위헌결정을 참고하여 공직선거법 제82조의6제1항에 따른 인터넷언론사 인터넷실명제 적용여부의 검토를 요한다.

생각건대, 망법상의 제한적 본인확인제도가 불법정보 게시 억제 및 불법정보 게시로 인한 피해자 보호 등 목적의 정당성과 수단의 적합성이 인정됨에도 불구하고 목적달성에 필요한 범위를 넘는 과도한 제한으로 침해의 최소성이 인정되지 않고, 게시판 이용자 및 정보통신서비스제공자의 사익과 공익사이의 법익의 균형성이 인정되지 않아 위헌 결정을 받은 만큼⁴⁷⁾, 인터넷언론사 게시판·대화방 등의 실명확인제도의 적용범위 축소 내지 폐지를 검토하는 것이 옳다고 생각한다. 즉 인터넷언론사가 망법 제44조의5의 본인확인조치를 한 경우 그 실명을 확인받도록 하는 기술적 조치로 한 것으로 간주하는 공직선거법 제82조의6제1항단서는 더 이상 효력이 없으므로 삭제되어야 하며, 인터넷 언론사의 실명확인 범위와 관련하여 선거운동기간 중 모든 인터넷언론사를 대상으로 실명확인 의무를 규정한 것은 침해의 최소성 위반으로 위헌의 소지가 크므로 인터넷언론사의 영향력, 인터넷홈페이지 게시판·대화방 등의 이용자의 규모 등을 종합적으로 고려하여 일정 조건을 충족하는 인터넷언론사에게만 실명확인 의무를 부여하는 것으로 개정하는 것이 타당하겠다.

47) 다만 헌법재판소는 망법 제44조의5제1항제2호 즉 민간영역에서의 게시판 이용자의 본인 확인에 대하여만 위헌결정을 하여 망법 제44조의5제1항제1호 즉 국가기관, 지방자치단체 등 공적영역에서는 여전히 게시판 이용자의 본인 확인 절차를 이행하여야 한다.

V. 맺는 말

미디어 환경의 변화는 우리의 생활을 변화시키기도 하지만 관련 법령의 변화를 요구하기도 한다. 과거 선거운동이 유권자를 모아 놓고 면대면으로 후보자를 알리고 그의 정책과 비전을 홍보하는 방식이었다면, 현재의 선거운동은 후보자와 유권자의 비대면 접촉방식, 즉 인터넷을 이용한 선거운동 방식이 주를 이루면서, 공직선거법도 후보자와 유권자의 접촉방식이 면대면 접촉방식에서 비대면 접촉방식으로 변화한 것을 고려하여 비대면 접촉방식에서 불거질 수 있는 불공정 선거 및 부정선거를 예방하는 내용으로 선거규제 내용을 개정하고 있다.

지금까지 변화되는 미디어 환경에 대응하여 관련 법률을 개정함에 있어 고려해야 하는 점들에 대해서 살펴보았다. 제2장에서는 인터넷이라는 용어에 대한 법적 개념정의로 관련 법령을 해석함에 있어 혼동을 줄여야 하는 점을, 제3장에서는 인터넷 관련 선거부정방지제도의 특징, 즉 미디어 매체별 소관기관이 상이한 점을 고려하여 각 기관의 전문성을 존중하되 공직선거법의 설치목적인 ‘선거가 국민의 자유로운 의사와 민주적인 절차에 의하여 공정히 행해지고, 선거와 관련한 부정을 방지함으로써 민주정치의 발전에 기여함’을 고려하여 선거의 공정성 유지 및 부정선거방지를 위한 공직선거법에서 선거의 공정성 준수여부를 판단할 수 있는 기본원칙을 명확히 규정하고 그러한 기본원칙에 근거하여 미디어 매체별 각 심의기관이 매체의 특성을 고려한 선거 공정성 준수여부 판단 세부기준을 수립하는 것이 필요하다는 점과 유사한 성격 및 과급효과를 가진 매체별로 통합 내지 재편하여 통일적인 선거관리 업무를 수행할 수 있도록 하고, 선거 공정성 준수여부 판단의 기준인 심의원칙을 상위법에 명확히 규정하고 그에 따른 세부적인 심의기준을 각 심의기관에서 마련할 수 있도록 하기 위해 현재 분산된 심의주체의 개편 내지 변경의 필요성에 대하여 살펴보았다.

또한 제4장에서는 미디어 매체별로 그 담당기관이 달라 발생하는 문제점을 개선하고자 각 기관별 중복되는 직무가 없도록 공직선거법을 개정하여 각 기관별 심의 대상이 되는 매체를 명확히 구별할 수 있도록 하고, 각 기관의 세부규칙의 개정을 통하여 그 구별기준을 상세히 규정하여야 한다는 점과, 이와 함께 각 기관에서 실질적으로 선거의 공정성 준수여부를 심의하는 심의위원의 추천 및 위촉에 있어 다양한 분야의 전문가가 위촉되어 공정한 심의업무를 수행할 수 있도록 추천권자의

인원을 명시적으로 규정해야 하는 점, 인터넷 언론사의 인터넷 실명제 적용여부에 있어 타 법률(방법)에 규정된 유사한 제도의 위헌여부를 고려하여 위헌적 요소를 제거하여 궁극적으로 유권자의 선거관련 표현의 자유 보장에 힘써야 하는 점에 대하여 살펴보았다.

선거제도는 단순히 국민의 대표자를 선출하는 것에 불과한 것이 아니라, 국민이 그 주권을 행사하는 것이므로, 선거관련 법령은 후보자, 정당 및 행정부 중심이 아닌 유권자가 주권행사를 제대로 할 수 있도록 유권자 중심으로 제·개정되어야 하므로 무조건적 규제보다는 자율성이 담보될 수 있도록 최소한의 규제로 선거의 공정성 및 부정선거방지를 함이 타당하겠다.

(논문접수일 : 2013.01.29, 심사개시일 : 2013.02.16, 게재확정일 : 2013.03.20)



▶ 김민호 · 최종선

공직선거법(the public offices election law), 인터넷(internet), 선거운동(election campaign), 불법선거운동(illegal electioneering), 심의(review), 실명제(real-name system)

Abstract

The problem of internet electioneering and proposed legislation on system of protection to illegal election

Minho, Kim
Jongsun, Choi

Elections under the political conditions of the modern age is an important institution that is accepted as inevitable reality cornerstone of representative democracy, it is a political process. The public offices election act was legislated in 1994 for fair management of election and for protection of illegal electioneering. As the development of the Internet, there were many changes in the electoral environment.

The public offices election act had significant impact in both type of election campaign and government controls. In particular, the using social networking services, such as facebook, twitter, kakaotalk etc in internet electioneering brought about amendment the public offices election act. And congress has agreed to revise an the public offices election act so that most voters can be use internet for electioneering. This legislation reflects the changed circumstances of information and telecommunication in the electoral system.

In this article, I'll be examine the problem of internet electioneering and proposed legislation on system of protection to illegal election as follows ; The public offices Election Law, internet election coverage deliberation system, some limitations to the fairness of the electoral system and the election, and to prevent the associated negative campaigning using the internet and internet campaign to prevent injustice,

cyber election fraud monitoring system, the election broadcast deliberation system, election articles deliberation system, the operating system and anti-election fraud.

In brief, this article consists of five chapters. Firstly it look over 'introduction' in the first chapter. Secondly it deals with 'electioneering using the internet' in the second chapter. Thirdly it deals with 'internet campaigning fraud prevention status' in the third chapter. Fourthly I'd like to suggest an alternative about 'internet election issues of regulatory and legal maintenance plan' in the fourth chapter. And lastly it deals with 'conclusion' in the fifth chapter.

공공저작물의 활용을 위한 입법론적 고찰

김 현 경*

I. 서론	IV. 공공저작물 입법을 위한 제언
II. 공공저작물의 개념과 적용법리	1. 공공저작물 관련 입법을 위한 기본원칙 : 자유롭고 평등한 이용
1. 공공저작물의 개념	2. 종합적·체계적 관리체계 마련
2. 국외 입법동향	3. 이용절차의 합리화
3. 공공저작물 적용법리	V. 결론
III. 공공저작물 적용법리의 재검토	
1. 공공저작권의 본질	
2. 보호법리와 이용법리의 재정립 필요	
3. 관리·작성주체에 따른 이용절차 불합리 해소	
4. 소결	

I. 서론

공공기관은 국가재정을 투자해 다양한 저작물을 생성한다. 이러한 공공정보 중에는 영상, 사진, 음향, 전시물 등 저작권법상의 창작성의 요건이 충족되어 저작권이 인정되는 공공정보가 상당하다. 한편 민간에서는 이를 활용하고자하는 수요가 다양하며 공공이 생성 또는 보유하고 있는 저작물이 산업에서 적극적으로 이용될 수 있도록 하는 것은 문화산업의 발전을 위해 중요한 과제라고 할 수 있다.

저작권법상 인정되는 저작자의 권리는 창작성에 기인하여 저작물을 작성한 자에게 부여되는 권리이다. 이러한 독점배타적 권리부여와 이용활성화를 통해 문화발전에 기여하는 것이 저작권제도의 근본취지이다. 그러나 공공저작물은 창작유인에 대한 보상에 기인하기 보다는 국가가 행정업무를 수행하는 과정에서 발생한 것이다. 이러한 공공저작물에 대하여 독점배타적 권리를 부여하는 것 보다는 오히려 국민이 적극 활용함으로써 국민 개개인의 창작에 기여할 수 있도록 하는 것이 타당하다. 그러나 현행 공공저작물에 대한 법리는 사인인 창작자에게 독점배타적 권리를 부여한 것과 동일하게 국가에게 그러한 권리를 부여함으로써 국민의 적극적

* 성균관대학교 겸임교수, 법학박사.

이용과 괴리되어 있다. 특히 정부가 보유하고 있는 공공저작물의 경우 권리의 내용과 행사주체, 관리주체 등이 불분명하다. 또한 공공저작물은 국유재산에 해당되기 때문에 국유재산의 이용 법리에 따라야 한다. 한편 최근 공공정보를 활용하고자 하는데서 빚어진 정부와 개인 간의 갈등은¹⁾ 공공정보를 활용하는데 있어서 입법의 미비로 인한 갈등관계를 보여주는 대표적인 경우라고 볼 수 있다.

정부가 보유하고 있는 공공저작물은 대부분 창작유인을 위한 동기에서 비롯된 것이 아니라 공공적 활용을 위해 국가재정을 투입함으로써 만들어진 것이다. 이러한 공공저작물에 대하여는 강력한 보호보다는 그 부가가치 증대를 위해 민간에 널리 활용되어야 한다는 것이 최근의 주된 수요이다. 그러나 현행의 공공저작물 제공체계는 이러한 수요와는 다소 괴리가 있다. 이러한 문제를 인식하고 정부는 「공공데이터베이스의 제공 및 이용에 관한 법률(안)」을 입법추진 중이며 「국유재산법」을 개정하였으나²⁾ 이러한 입법들 역시 국민적 수요를 만족시키기에는 한계가 있다. 따라서 이하에서는 공공저작물의 적용 법리에 대하여 살펴보고 그 입법과 관련된 개선방안을 제안하고자 한다.

II. 공공저작물의 개념과 적용법리

1. 공공저작물의 개념

현행 저작권법은 공공기관에 의하여 작성된 공공저작물에 대하여 별도로 개념정의의 하고 있지는 않으며 다만 저작권으로 보호받지 못하는 저작물을 열거하고 있다. 저작권법 제7조는 보호받지 못하는 저작물로 i) 헌법·법률·조약·명령·조례 및 규칙, ii) 국가 또는 지방자치단체의 고시·공고·훈령 그 밖에 이와 유사한 것, iii) 법원의 판결·결정·명령 및 심판이나 행정심판절차 그 밖에 이와 유사한 절차에 의한 의결·결정 등, iv) 국가 또는 지방자치단체가 작성한 것으로서 i) 내지 iii)에 규정된 것의 편집물 또는 번역물, v) 사실의 전달에 불과한 시사보도를 규정하고 있다. 현행 저작권법 제7조는 1986년 법 개정시 그 규범의 기본적 틀을 갖춘 것으로 당시에는 공공저작물의 활용에 관하여 현재와 같이 적극적으로 논의되지 못하

1) 한국석유공사의 유가정보 등을 이용해 값이 싼 주유소를 찾아주는 '주유소 서치', 경기도 버스정보를 이용한 '서울버스' 등이 서비스 제공에 있어서 해당 공공기관에게 정보를 제공받지 못해 곤란을 겪었다.

2) 법률 제11548호, 2012.12.18, 일부개정

였다.

이처럼 공공저작물의 법적 개념을 정의한 법률은 없고, 단지 문화체육관광부 고시인 「공공저작물 저작권 관리 지침」(이하 ‘관리 지침’이라 함)에서³⁾ 공공저작물을 규정하고 있다. 예컨대, 공무원 등이 직접 업무상 창작하였거나 제3자가 창작한 저작물의 저작권이 국가에 귀속한 후 국가 등의 공공기관이 저작권을 관리하는 경우를 말한다.⁴⁾ 여기서 공공기관이라 함은 “국가기관, 지방자치단체 및 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제2조 제3호에 따른 공공기관”으로(「공공저작물 저작권 관리 지침」 제2조 제1호), 이러한 정의에 따르면 공공저작물은 공공기관의 직원이 업무상 창작하여 원시적으로 저작권이 해당 공공기관에게 귀속되는 경우뿐만 아니라 계약, 기부 등에 의하여 제3자의 저작권이 공공기관에게 이전된 경우에도 공공저작물이 된다. 이처럼 공공저작물의 작성주체는 중앙행정기관, 지방자치단체, 정부산하기관, 특수법인 등 매우 포괄적이며, 이들이 직접 창작한 것뿐만 아니라, 제3자로부터 취득하고 관리하고 있는 것도 포함하기 때문에 그 범위는 매우 광범위하다.

우선 「저작권법」 제4조에서는 저작물을 9가지 유형으로 구분하여 열거하고 있다. 이러한 유형은 예시적 사항이므로 반드시 이에 한정되는 것은 아니나 이러한 유형을 기준으로 공공저작물을 살펴보면, 어문 저작물(literary works)은 공공기관이 소장하고 있는 대부분의 문서·회의록 등의 기록이 이에 해당하며, 구술된 녹음기록(구술사)의 문서 원고도 이에 해당한다. 음악저작물에는 국가 행사 관련 악곡이나 학교 교가나 국립국악원 등의 녹음, 악보 등이 이에 해당한다. 그밖에 국가기록원이 소장하고 있는 행정박물류가 미술저작물에 해당될 수 있으며, 공공기관이 소장하고 있는 건물·시설에 관한 설계도, 지적도, 임야도 및 건축 전에 만든 건물·시설 모형 등이 건축저작물에 해당하게 된다. 또한 공공기관이 소장하고 있는 각종 행사 사진과 기념촬영 사진에 대하여 창작성이 인정된다면 사진저작물에 해당될 것이며, 국가기록원이 소장하고 있는 대한뉴스, 영화 필름 등이 영상저작물에, 지도, 도표, 지적원도, 임야원도 등이 도형저작물에, 공공기관이 운용하고 있는 각종 정부 시스템 등이 컴퓨터프로그램저작물에 해당될 수 있다. 남의 것을 베끼지 않고 새롭게 작성한 것이어야 하므로 상부의 지시를 받아 하달하는 식으로 작성된 문

3) 문화체육관광부 고시 제2010-41호(2010. 12. 17. 제정).

4) 공공저작물 저작권관리 지침 제2조 제2호 “공공저작물”이라 함은 공공기관이 업무상 창작하거나 또는 취득하여 관리하고 있는 저작물을 말한다.

건, 사상이나 감정이 표현되었다고 보기 어려운 단순 사실 나열의 대장·카드 등은 저작권의 대상이 되지 않을 수도 있다.⁵⁾

공공저작물의 경우 공무원이 공무를 수행하면서 작성한 저작물을 국가기관의 명의로 공표하는 경우에 이를 작성한 공무원 개인은 저작권을 주장할 수 없고, 국가 또는 지방자치단체가 저작권자로 그 권리를 행사하게 된다. 즉, 공무원이 직접 공무수행 중 작성하는 각종의 문서뿐만 아니라, 국가기관의 명의로 발행되는 도서의 경우에 그 저작권은 국가에 귀속한다. 이에 관한 대상은 제한되지 않아 저작권법에서 보호하는 저작물 전체를 망라한다.⁶⁾ 이 때 공무수행 상 작성된 저작물이 현행 「저작권법」 제7조(보호받지 못하는 저작물)에 규정한 법령 등일 경우에 처음부터 보호받지 못하는 대상이 되지만, 그 밖의 공공저작물은 통상의 저작물과 마찬가지로 저작권으로 보호된다. 한편 국가 또는 지방자치단체가 계약을 통하여 일정한 업무를 제3자로 하여금 수행토록 하는 경우가 증가하고 있다. 그 수행에 관하여 특별한 지시 또는 감독 없이 계약내용을 이행하게 함으로써 국가 또는 지방자치단체가 필요로 하는 결과를 얻을 뿐만 아니라, 공공기관의 업무수행 능력을 확장하게 된다. 계약 당사자인 제3자는 국가 또는 지방자치단체와 대등한 법적 지위를 갖고 약정한 내용에 따른 채무를 이행한다. 계약의 법적 성질은 위임 또는 도급의 법률관계에서 출발하고, 제3자의 법적 지위는 독립된 계약 당사자이다. 이는 근로관계를 전제로 한 업무수행과 구별되며 공무수행의 보조자와도 다르다. 계약을 통하여 독립된 업무를 수행하는 자는 원칙적으로 자기의 창작활동의 결과로 얻어진 저작물에 대한 저작권을 향유한다. 저작권이 계약 상대방에게 이전된다는 약정을 하였다 할지라도 그 저작권은 우선 창작활동을 한 행위자에게 귀속하고, 약정에 따라 계약 상대방(예컨대, 국가 또는 지방자치단체 등)에 저작권이 양도되어 최종적으로 국가 등에 귀속하게 된다.

2. 국외 입법동향

가. 영국

영국은 다른 국가와는 달리 정부나 공공기관에서 생산되는 정보의 저작권을 왕

5) 서귀선, 공공기록물의 이용과 저작권보호에 관한 연구, 한국기록관리학회지 제9권 제2호 2009, 162~164면.

6) 배대현, 공공정보, 公益에서 公有(public domain)로 옷을 갈아입다- 공공정보의 활용을 위한 저작물 公有문제 검토, IT와 法연구 제5집 (2011. 2), 18면.

실의 「Crown Copyright」으로 규정하여 이에 대한 권리를 가진다.⁷⁾ 즉, 영국 정부간행물 출판국인 HMSO(Her Majesty's Stationery Office)는 정부정보에 대한 저작권인 Crown Copyright의 통제와 운영을 담당한다. 그러나 1996년에는 정부저작물의 판매와 거래를 위해 HMSO의 통상 기능을 분리, 민영화하여 「The Stationery Office」를 설립하였고 실제 이 회사를 통해 정보의 거래가 이루어지고 있다. 공공부문의 정보가 많이 생산되고 쉽게 이용할 수 있게 될수록 상업적인 기회의 창출 가능성은 더욱 커진다는 것을 인식하고 있는 영국은 이와 같이 정부가 정부에서 생산되는 공공정보에 대한 저작권을 가지고 이를 통해 양질의 정보를 보장하고 후속 이용을 통제하고 출판물의 비용 절감을 꾀하면서도 일반 국민이 정보를 더욱 광범위하고 자유롭게 이용할 수 있도록 부가가치 정보의 활성화 및 상업화를 도모하고 있다. 이는 정부에서 발표한 녹서를 통해 논의되고 있는데, 이 녹서에서는 Crown Copyright의 유지에 대한 찬반양론을 심도 있게 다루면서 정보시대에 있어서 Crown Copyright의 역할에 대해 고찰하고 있다. 또한 현실적으로 Crown Copyright의 인정을 통해 공공부문의 정보를 상업적으로 활용하여 얻게 된 각 정부부처의 수익 상황을 자세히 소개하고 있다. 녹서에서 다루고 있는 Crown Copyright의 유지를 옹호하는 주장은 ① 정부의 공식 정보의 오용이나 오보 방지, ② 정보의 통합성, 정확성, 그리고 신빙성 보장 ③ Crown Copyright을 통한 로열티 수입과 라이선스, 판매 수입의 역할 등을 근거로 하고 있다.

이와는 달리 Crown Copyright의 유지를 반대하는 입장은 전통적인 정부와 공공부문의 역할을 강조하여 다음과 같은 근거를 제시한다. ① 납세자가 이미 이들 정보와 관련된 세금을 지불하고 있으므로 정부정보는 공적으로 소유되어야 하고 자유롭게 무료로 이용할 수 있어야 하며 ② 정보시장 및 산업의 확대 필요성 ③ 정보 접근의 행정적 장벽 ④ 민간부문에서 경쟁하는 것은 정부의 일이 아니므로 정부의 출판 활동은 완전하게 공정하고 상업적인 환경에서 작용해야 한다는 점 등이다.

영국은 효율적 공공저작물의 관리를 위해서 개별적 이용허락계약이 필요 없는 포기가 가능한 공공저작물의 경우에는 표준약관을 제정하여 이를 웹사이트에 게재

7) Copyright, Designs and Patents Act 1988 Section 163

(1) Where a work is made by Her Majesty or by an officer or servant of the Crown in the course of his duties—..

(a) the work qualifies for copyright protection notwithstanding section 153(1)(ordinary requirement as to qualification for copyright protection), and.

(b) Her Majesty is the first owner of any copyright in the work

함으로써 간편한 이용허락제도를 채택하였다. 1999년 백서에서는 원칙적으로 공공 저작물이 상업적으로 이용될 경우에는 정부가 이용료를 부과할 수 있도록 하였다. 또한 공공저작물을 한 곳에 집중하고 관리하여 공중이 필요한 공공저작물을 손쉽게 찾을 수 있도록 하였다. 특히 웹사이트를 통하여 간편하게 공공저작물을 검색하고 이에 대한 이용허락을 받을 수 있도록 하였다. 또한 영국정부는 미국과 캐나다에서 시행하고 있던 정부정보검색서비스(Government Information Locator Services[GILS])의 영향을 받아서 보다 손쉽게 공공저작물을 검색할 수 있는 방안을 연구하였다. 이를 위하여 영국정부는 각 부처가 정기적으로 공공저작물 목록을 작성하고 이를 검색 시스템을 통하여 서비스함으로써 공중이 공공저작물을 손쉽게 찾을 수 있도록 하였다. 그러나 공공저작물을 관리하는 The National Archives에 따르면 이러한 작업에는 많은 시간과 비용이 소요되기 때문에 현실적으로 지켜지고 있지는 않다고 한다.⁸⁾ 영국정부는 2010년 9월 30일 기존의 Click-Use License를 열린정부라이선스(OGI)로 대체하였다.⁹⁾ 열린정부라이선스의 기본바탕은 공공기관에 의하여 생산된 정보가 필요에 따라서 이용되었으면 충분하므로 공공기관이 이를 엄격하게 보유할 이유가 없으며, 정보는 다수의 사람이 이용해도 다른 사람의 이용을 해하지 않으므로 그 후에는 공중의 자유로운 이용이 허락되어도 문제가 발생하지 않고, 납세자는 이미 정보의 이용료를 지급한 것과 다름없다는 데에 있다. 열린정부라이선스는 모든 공공기관이 이용하여야 할 의무는 없으나 만일 공공저작물에 대하여 일반적 이용허가를 하고자 한다면 이용이 권장되고 있다. 공공기관이 열린정부라이선스를 조건으로 일반적 이용허가를 하게 되는데, 이와 같이 이용허가가 되어 있지 않으면 개별적으로 이용허가신청을 통하여 이용허가를 받아야 한다.¹⁰⁾

나. 미국

미국 저작권법 제105조는 “미국 연방정부의 저작물은 저작권법에 의한 저작권의 보호를 받지 못한다. 다만, 미국 연방정부는 양도, 유증 또는 기타의 방법에 의하

8) 한국데이터베이스진흥원, 공유저작물 유통활성화를 위한 법률적 과제 연구, 문화체육관광부, 2010, 14면.

9) 영국정부는 Creative Commons License를 이용하는 것도 검토하였지만 Creative Commons License의 내용이 England, Scotland, Northern Ireland 마다 다르기 때문에 OGI를 만들었다고 한다.

10) 한국데이터베이스진흥원, 공유저작물 유통활성화를 위한 법률적 과제 연구, 문화체육관광부, 2010, 23면.

여 이전된 저작권을 인수하거나 보유할 수 있다”고 규정하며, 제101조에서는 미국 연방정부의 저작물(work of the United States Government)을 “미국정부의 직원이 직무상 의무에 의하여 작성한 저작물”¹¹⁾이라고 정의하고 있다. 여기서 미국정부란 연방정부만을 가리키며 주(state) 또는 기타 지역정부(local government)는 포함하지 않는다. 즉 미국의 연방저작권법은 주 및 지방자치단체가 작성한 문서에 저작권을 설정하는 것을 금지하지 않는다. 다만, 법률¹²⁾, 판례¹³⁾에 대해서는 저작권을 설정할 수 없다는 판례가 있다. 미국법조협회의 특허·상표·저작권부문의 위원회가 1989년에 발표한 보고서에 의하면, 과반수의 주가 당해 주의 기본적인 행정자료에, 즉 저작물에 저작권을 설정하였다.¹⁴⁾ 더욱이 주 및 지방자치단체가 저작권을 방기(放棄)하는 것은 합중국헌법의 최고법규조항에 위반되지 않는다고 해석되고 있다.¹⁵⁾ 위 규정에 따라서 미국정부의 저작물은 미국 「저작권법」상 보호를 받지 않고 공유상태(public domain)에 노여 있기 때문에 누구나 자유롭게 이용할 수 있다.

물론 미국정부의 저작물이 「저작권법」에 의하여 보호되지 않는다고 하여 모든 미국정부의 저작물이 공개되어 있다는 것은 아니다. 공개를 하지 않은 미국정부의 저작물은 당연히 이용할 수 없다. 정보의 공개와 이용허가의 별개의 문제임을 미국정부도 분명히 밝히고 있다.¹⁶⁾

다만, 정부와의 위탁계약에 의해 민간기업이 공금으로 작성한 문서에 대해서는 당해 기업이 저작권을 설정하는 것은 방해받지 않는다. 그리고 계약기업은 당해 저작권을 정부에 양도하는 것도 가능하다. 즉 미국 저작권법 제105조 단서의 규정에 따라서 미국정부가 제3자에게 위탁하여 작성된 저작물에 대한 저작권이 위탁계약에 따라서 미국정부에 이전되면 미국정부는 이러한 저작물에 대하여는 저작권을 보유한다. 미국의 「연방조달규정」(Federal Acquisition Regulation; FAR)에서는 미국정부가 외부의 제3자에 위탁하여 제작된 저작물의 저작권 처리에 관하여 규정하고 있다. 이 규정에 따르면 제3자가 저작권을 보유하는 경우에도 미국정부는 저작물

11) A “work of the United States Government” is a work prepared by an officer or employee of the United States Government as part of that person’s official duties.

12) Davidson v. Wheelock, 27 F. 61(D. Minn. 1866).

13) Banks v. Manchester, 128 U.S. 244(1888).

14) Committee No. 308, Copyrights Division, Gov’t Relations to Copyright, 1989 A. B. A. Sec. Pat. Trademark & Copyright 195, 224; 山本順一, 前掲書, 102面.

15) John A. Kidwell, Open Records Law and Copyright, 1989 Wisconsin Law Review 1021, 1028(1989).

16) <<http://www.cendi.gov/publications/04-8copyright.html#313>>.

을 복제, 개작, 배포, 전시, 공연할 권리를 갖는다. 다만, 컴퓨터소프트웨어에 대하여는 공중에 배포할 권리를 갖지 못한다. 또한 연방정보의 관리에 관한 “관리에산 사무국정책 A-130”(OMB Circular No.A-130)이 마련되어 있다. 이 정책에서는 정부 정보(government information)를 “연방정부가 또는 연방정부를 위하여 창작, 수집, 처리, 배포 기타 처분된 정보”¹⁷⁾라고 규정하고 있는데, 연방정부가 창작한 저작물에는 저작권의 보호가 인정되지 않지만 “연방정부를 위하여” 창작된 저작물에는 저작권이 인정되므로 “관리에산사무국정책 A-130”은 저작권이 인정되는 저작물에도 적용된다. 위 정책에서는 연방정보의 관리 및 이용허가 등에 관한 원칙만을 규정하고 있을 뿐이며, 각 부처는 위 정책에 따라서 관리지침을 마련해야 한다.

“관리에산사무국정책 A-130”은 관리예산사무국(Office of Management and Budget)에서 제정하였다. 하지만 관리예산사무국은 연방정보의 관리에 관한 기초적인 정책을 마련했을 뿐이며 연방정부가 소유하고 있는 저작물을 직접 관리하거나 이용허락을 하는 역할을 하지 않는다. 저작물의 관리 및 이용허락은 각 부처의 책임인데, 실제로는 제대로 관리되거나 이용허락이 되고 있지는 않다고 한다.¹⁸⁾

다만, 정부는 자기가 창작한 기록에 저작권을 설정하지 않는다는 원칙을 넘어서는 것은 허용되지 않는다.¹⁹⁾ 정부와의 위탁계약에 근거한 수탁자의 저작물에 대해서도 저작권을 인정해야 하는 것은 아니라는 주장도 있다. 정부의 저작권이 행정정보의 자유로운 유통을 저해하는 경우 수정헌법 제1조 위반이라는 의견도 있다.²⁰⁾

또한 최근 오바마 대통령은 “MEMORANDUM FOR THE HEADS OF EXECUTIVE DEPARTMENTS AND AGENCIES”를 발표하여 열린정부(open government)의 실현을 정책으로 제시하고 있고, 관리예산사무국(Office of Management and Budget)에 이를 실현하기 위한 구체적인 방안을 마련할 것을 지시하고 있다.²¹⁾

다. 기타

17) The term “government information” means information created, collected, processed, disseminated, or disposed of by or for the Federal Government.

18) <<http://www.infoday.com/searcher/apr09/Klein.shtml>>.

19) Schnapper v. Foley, 667 F.2d 102, 109(D.C.Cir.1981).

20) Barbara A. Petersen, Copyright and State Government : An Analysis of Section 119. 083, Florida State University Law Review 464(1992).

21) Barack Obama, Memorandum on Transparency and Open Government, <www.whitehouse.gov/the_press_office/Transparency_and_Open_Government>.

호주 「저작권법」(Copyright Act 1968) Part VII에서는 “The Crown”이라는 제목 하에 호주 정부의 저작권에 대하여 규정하고 있다. 호주 정부의 공무원이 제작한 저작물은 호주 정부의 저작물로서 저작권이 인정되고 보호된다. 호주 정부에서는 국유저작물을 Crown Copyright라고 표현하기보다는 Commonwealth Copyright라고 표현하고 있다. 호주 국유재산의 관리에 관하여는 「재정관리 및 책임에 관한 법률」(Financial Management and Accountability Act 1997)에서 규정하고 있다. 본 법률의 규율의 대상인 재산(public property)에는 지적재산권을 포함하고 있는 것으로 보이나, 규정내용은 매우 단순하다. 국유의 지적재산권의 관리에 관한 보다 구체적인 규정은 법무부(Attorney General)에서 제정한 ‘호주정부기관 지적재산권 원칙(The Intellectual Property Principles for Australian Government Agencies)’에 규정되어 있다. 호주정부의 공표된 저작물은 법무부 산하의 정부저작권관리소(Commonwealth Copyright Administration; CCA)에서 관리하고 공표되지 않은 저작물은 저작자인 행정관청에서 관리하고 있다. ‘호주정부기관 지적재산권 원칙’에서는 각 부처에서 공공정보를 공표할 때 CCL을 포함한 Open License를 이용할 것을 규정하고 있으므로 공표된 저작물을 관리하고 이용허락 하는 정부저작권관리소의 역할은 크지 않은 것으로 보인다. 정부저작권관리소는 애당초 통신정보기술예술부(Department of Communications, Information Technology and the Arts)의 산하기관이었으나 현재는 법무부의 산하기관이다. 정부저작권을 포함한 정부소유의 지적재산권의 관리에 관하여는 법무부 관할이다. 호주의 법무부는 범죄, 지적재산권, 법률조력, 행정법, 치안, 가족관계 등의 업무를 보고 있기 때문에 우리의 법무부에 비하여 폭넓은 기능을 수행하고 있다. 그리고 법무부가 저작권법을 관장하고 있다.

한편 일본의 저작권법 제13조도 ① 헌법 그 밖의 법령, ② 국가 및 지방자치단체의 고시, 훈령, 통달 등, ③ 법원의 판결, 결정, 명령 등, ④ ①~③의 번역물 및 편집물로서 국가 또는 지방공공단체가 작성한 것 등은 저작권의 대상이 되지 않는다고 규정하고 있다. 그러나 국가 및 지방공공단체가 작성하고 국회 및 국민에 대해 그 설명책임을 과한다는 의미를 지닌 백서 및 보고서 등에 대해서는 국가 및 지방공공단체의 법인저작물로서 저작권을 주장할 수 있는 것으로 이해된다(무엇보다도 저작권법 제32조 제2항에 의하면 국가 및 지방자치단체의 심의회, 조사회 등의 보고서 및 넓게 시민에게 알릴 목적으로 작성, 공표된 자료에 대해서는 다른 저작물과 비교하면 통상의 인용의 범위를 넘어 넓게 이용될 수 있는 것으로 이해된다). 또한 일본 「국유재산법」 제2조 제5호에서는 저작권을 국유재산법이 적용되

는 국유재산으로 포함시키고 있다. 일본 「국유재산법」에서도 우리 「국유재산법」과 마찬가지로 예외적인 경우를 제외하고는 무상의 이용허락을 금지하고 이용허락의 기간을 제한하고 있다.

3. 공공저작물 적용법리

가. 저작권법상 적용법리

저작권법상 공공저작물의 개념, 이용에 대하여 별도로 정하고 있지 않으며, 공공저작물의 제공·이용에 관한 종래의 논의내용은 공공기관이 작성한 저작물 가운데 저작권법 제7조에 규정된 대상에 관한 것이었다. 조금 더 나아가 저작권법 제7조의 적용대상에 속하지 아니하는 저작물을 일반인이 이용하는 경우에 저작재산권을 제한(또는 신설된 공정이용 규정을 원용)하는 것의 논의였다.²²⁾ 따라서 저작권법상 공공저작물의 이용을 위해서는 저작권법 제46조의 이용허락계약에 따른 이용이 원칙적으로 적용된다고 볼 수 있다.²³⁾ 다만 우리나라는 2010년 후반기 이래로 공공저작물의 경우에는 공공저작물 저작권 관리 지침(문화체육관광부)을 마련하였고, 본 지침에서는 공공저작물의 이용과 관련하여 ‘이용허락계약’, ‘자유이용허락’, ‘공공저작권 신탁제도’를 규정하고 있다.

‘이용허락계약’과 관련 지침 제11조는 이용허락 대상자를 자연인과 법인을 모두 규정하였고, 자연인의 경우에 내·외국인을 구별하지 않는다고 명시하였으며 제13조는 이용허락의 지역적 범위를 국내에 한정하지 않는다. 공공저작물의 이용료와 관련하여 관리지침 제19조에서 무료로 이용허락 할 수 있도록 규정하고 있다. 즉 이러한 지침에 따를 때 공공저작물은 무료로 이용할 수 있으며 그 지역적 제한도 문제되지 않는다. 다만 법령에서 이용료를 부과하도록 하는 경우에는 예외를 인정하고 있는 바(관리지침 제19조 단서) 관련 법령의 규정에 따라 이러한 원칙은 유동적이다. 이용허락 계약(license)은 공공저작물을 저작권자(공공기관)와 이용자 사이에 이용에 관한 의사표시의 합치로 이루어진다. 다음으로 ‘자유이용허락’은 개별적

22) 배대현, 공공정보(공공저작물) 활용 촉진을 위한 법제도 개선, 한국정보화진흥원, 2012.7, 20~23면

23) 제46조(저작물의 이용허락) ① 저작재산권자는 다른 사람에게 그 저작물의 이용을 허락할 수 있다.

② 제1항의 규정에 따라 허락을 받은 자는 허락받은 이용 방법 및 조건의 범위 안에서 그 저작물을 이용할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 따른 허락에 의하여 저작물을 이용할 수 있는 권리는 저작재산권자의 동의 없이 제3자에게 이를 양도할 수 없다.

이용허락 없이 공공저작물을 자유롭게 이용할 수 있도록 한다는 점에서 이용허락(계약)과 다르다. 자유이용허락은 공공기관과 이용자의 의사표시에 의하지 않고 공공저작물을 대가 없이 이용할 수 있다는 점에서 그 적용대상을 어떤 기준에 따라 한정할 것인지를 정하여야 한다.²⁴⁾ 자유이용허락의 대상이 되는 것이란 아무런 대가 없이 일반 국민이 자유롭게 이용하는 것이므로 공공기관이 자유이용허락의 대상이 되는 저작물을 자체적으로 결정하려면 그에 관한 근거규정을 마련하여야 한다. 현행 관리 지침 제22조는 ‘공공기관은 공공저작물의 민간에서의 이용 및 활용을 촉진하기 위하여 자유이용허락에 노력하여야 한다’는 원칙을 규정하되, ‘다만 법령에서 이용료를 징수하도록 의무를 부과한 경우 또는 이용허락의 상대방을 제한하고 있는 경우 그 범위에서는 자유이용허락을 할 수 없다’고 규정함으로써 결과적으로 자유이용허락이 일종의 지침에 불과할 뿐 개별 법률의 규정에 따르도록 규정하고 있다. 즉 현실적으로 법률적 근거 없이 공공기관 스스로 저작권 행사를 유보할 수는 없을 것이다.

즉 저작권법상 공공저작물에 대하여는 제7조의 적용대상에 해당되지 않는 한 다른 저작물과 동일하게 취급된다. 다만 관리지침에 의해 이용과 관련된 규정을 마련하고 있으나, ‘고시’라는 법적 성격상 이행을 확보할 수 있는 강행적 사항을 규정할 수 없으며 대부분의 사항을 법률에 유보하고 있다.

나. 국유재산법상 적용범위

「국유재산법」과 「공유재산 및 물품관리법」은 국유재산을 열거된 6가지 재산 가운데 국가(지방자치단체)의 부담, 기부채납이나 법령 또는 조약에 따라 국가(지방자치단체) 소유로 된 것이라고 정의하고 있다(국유재산법 제2조제1호, 「공유재산 및 물품관리법」 제2조1호). 「국유재산법」 제5조제6호는 “국가의 소유에 속하는 특허권, 저작권, 상표권, 디자인권, 실용신안권, 그 밖에 이에 준하는 권리”를 국유재산으로 열거하고 있으므로 공공저작물에 대하여 저작권법상 부여된 권리는 국유재산에 해당된다. 이러한 국유재산 중에서도 행정재산에²⁵⁾ 해당되느냐, 일반재산에

24) 배대현, 공공정보(공공저작물) 활용 촉진을 위한 법제도 개선, 한국정보화진흥원, 2012.7, 20~23면

25) 행정재산은 공용(公用)재산, 공공용(公共用)재산, 기업용(企業用)재산, 보존용(保存用)재산으로 구분된다. 공용(公用)재산이란 ‘국가가 직접 사무용·사업용 또는 공무원의 주거용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산’으로 사무용재산으로는 청사, 교도소 등을, 사업용재산으로는 국립학교, 국립병원, 국립도서관, 국립박물관 등을 각각 그 예로 들 수 있다. 공공용(公共用)재산이란 ‘국가

해당되느냐에 따라 이용방식이 다르다. 행정재산에 해당될 경우 행정주체가 행정객체에게 공법상 또는 사법상의 전에 없던 새로운 권리를 설정하여 주는 행위인 특허, 즉 허가에 의해 일반인이 사용 할 수 있으며 일반재산의 경우 대부계약을 통해 사용할 수 있다.

국유(공유)재산은 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분된다(제6조).²⁶⁾ 일반적으로 행정재산은 공법적 영역에 속하는 공물인 반면, 일반재산은 사법적 영역에 속하는 사물에 해당한다. 국유재산법상 ‘일반재산’은 행정재산, 보존재산과는 달리 사권(私權)의 설정과 사거래의 대상이 되는 것을 전제로 하여 동법에서 별도의 장으로 규정하고 있으며, 특히 일반재산의 대부·매각·교환·양여 등 처분과 현물출자를 할 수 있도록 명시하고 있다. 그것은 국유·사유를 막론하고 권리주체가 누구이든 권리의 객체가 되는 물건은 법률행위의 자유의 원칙에 따라 매매, 임대차, 기타 사권의 설정 등 사적 거래의 목적이 되고, 이때에는 민법 등 사법의 규정이 적용된다는 근대법치국가의 기본원칙에서 나온 것임을 알 수 있다. 다만, 물건 중 공용 또는 공공용에 제공되는 등 공적 목적에 이용되는 물건에 있어서는 그 나라의 헌법에서 위임된 그 공적 목적수행에 필요한 한도 내에서 사법 적용이 배제되고 공법의 규율을 받을 뿐이다. 이와 같이 물건이 갖는 공공성의 목적과 그 기능을 수행하기 위하여 필요한 한도 내에서 그 물건을 공법적 규율의 대상으로 할 필요가 있는 경우에만 국가는 공법인으로서 특수한 지위를 가지는 것이고, 그렇지 않은 경우에는 사법인(私法人)과 대등한 권리주체로서 권리의 객체인 물건을 소유·관리·처분하는 것이라는 점에서 민사법이 적용되는 것이다. 국가가 공법인(公法人)

가 직접 공공용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산'으로 도로, 하천, 국립공원 등이며, 기업용(企業用)재산이란 '정부기업이 직접 사무용·사업용 또는 그 기업에 종사하는 직원의 주거용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산'으로 철도사업, 통신사업, 조달사업 등이 정부기업에 해당한다. 보존용(保存用)재산이란 '법령이나 그 밖의 필요에 따라 국가가 보존하는 재산'으로 문화재보호법에 따라 보존되는 문화재, 기념물, 민속자료 등이며 '기타 필요에 의하여 국가가 보존하는 재산'이라 함은 국가에서 사용할 필요가 있다고 인정되어 총괄청이 보존하기로 결정한 재산을 말한다(시행령 제4조제2항).

- 26) 기존에 행정재산, 보존재산, 잡종재산으로 구분되었으나, 보존재산에는 문화재 등의 영구보존을 위한 재산과 장래 사용예정인 재산이 포함되어 있어 재산구분의 기준이 이중적이고 모호하기 때문에 행정재산이나 잡종재산으로 재분류하는 것이 적절하며, 또한 잡종재산은 그 명칭상 불필요하거나 활용가치가 미미한 재산이라는 오해를 주어 그 효율적 관리를 저해할 소지가 있으므로 일반재산으로 부르자는 논의가 반영되었다. 유지태, 국유재산관리의 법적 문제, 국유부동산관리제도에 관한 법적 검토, 한국토지공법학회 제24회 학술대회, 2001, 39면

이고 그 권리의 객체가 국유재산이라고 하여 물권변동의 기본원칙이 모두 배제되는 것이 아니고 오로지 그 공적 목적을 수행하는데 필요한 범위 내에서만 사법적 규율의 적용이 제한되거나 배제되는 것이기 때문에 물건의 공적 성격과 국유재산의 종류에 따라 적용되는 법규가 다를 수밖에 없게 된다.²⁷⁾

공물(公物)로서의 행정재산은 공물의 일반적 특수성의 하나인 불용통성을 지니나, 사물(私物)로서의 성격을 가지는 일반재산은 공물과 달리 용통성을 지니는 것으로 볼 수 있다. 따라서 국유재산은 불용통성을 지니는 행정재산과 용통성을 지니는 일반재산으로 혼재되어 있음을 알 수 있다. 또한 행정재산은 시효취득을 인정하고 있지 않으나 일반재산은 헌법재판소의 결정²⁸⁾에 따라 시효취득을 인정하고 있다.

한편 최근 국유재산의 관리체계가 부동산 중심으로 되어 있어 특허권·저작권 등 지식재산의 효율적·체계적 관리에 한계가 있으므로 지식재산의 특성을 반영한 관리·처분기준을 마련하기 위해 국유재산법을 개정하였다.²⁹⁾ 일반 유형재산과 달리 지식재산의 사용허가 또는 대부를 받은 자는 다른 사람에게 사용·수익하게 할 수 있도록 허용하고 있으며(제65조의7 신설), 비독점적으로 다수가 이용할 수 있는 지식재산의 경우 일반경쟁을 통해 다수의 이용을 배제하는 것은 지식재산의 활용 촉진에 반하는바, 중앙관서의 장등이 지식재산의 사용허가 등을 하려는 경우에는 수의(隨意)의 방법으로 하되, 다수에게 일시에 또는 수회에 걸쳐 할 수 있도록 개정하였다(제65조의8 신설). 뿐만 아니라 지식재산의 경우 농어업인의 소득 증대, 중소기업의 수출 증진 등 국가시책을 추진하기 위하여 필요한 경우에는 사용료 또는 대부료를 면제할 수 있도록 하고, 그 밖에 공익적 목적으로 활용하는 경우에는 감면할 수 있도록 개정하였으며(제65조의10 신설), 지식재산의 사용허가 등의 기간을 5년 이내에서 정하되, 원칙적으로 횟수의 제한 없이 갱신할 수 있도록 개정하였다(제65조의11 신설).

Ⅲ. 공공저작물 적용법리의 재검토

1. 공공저작권의 본질

27) 김민호 외, 국유재산의 효율적 관리·활용방안, 2001. 12, 한국토지공법학회, 20-23면.

28) 1991. 5. 13, 89헌가97 국유재산법 제5조 제2항 위헌심판.

29) 법률 제11548호, 2012.12.18, 일부개정

공공저작권은 통상의 저작권의 성격을 모두 보유하고 있으며 이에 추가하여 국유재산이라는 성격을 함께 가지고 있다. 따라서 공공저작권과 관련된 법리를 검토하기 위해서는 통상의 저작권이 가지는 성격과 국유재산이 가지는 성격을 함께 검토하여야 한다.

우선 통상의 저작권의 성격과 관련 저작권을 인정하는 이유, 즉 저작권의 본질에 대하여 자연권론은 저작물의 생산과정에서 그 생산자인 저작자에게 논리 필연적으로 당연히 생겨나는 일종의 자연권이라고 한다. 즉 창작자가 스스로의 정신적 노동을 통하여 저작물을 만들어 내면 당연히 그 저작물에 대한 일종의 소유권을 가진다는 것이다.³⁰⁾ 한편 문화발전의 증진이라는 공익을 달성하기 위한 도구로서 주어지는 실정권이라는 실정권론에 의할 때 저작권은 사회적 가치를 지닌 저작물을 저작자가 창작하고 배포하도록 유인을 제공하는 것, 즉 저작물의 생산에 필요한 경제적 유인을 제공하기 위한 도구적 개념으로 이해한다.³¹⁾ 우리나라 저작권법 제1조는 저작권제도가 한편으로는 저작자의 권리를, 다른 한편으로는 저작물의 공정한 이용을 도모함으로써 궁극적으로는 문화의 향상발전에 이바지함을 그 목적으로 한다는 점을 명백히 선언하고 있다. 이처럼 문화의 향상발전이 저작권법의 궁극적인 목적이라면 그 목적에 도달하기 위한 중간단계로서 저작자의 권리를 보호하고 저작물의 공정한 이용을 도모하는 것은 보다 구체화·세분화된 저작권법의 목표라고 할 수 있다. 그런데 저작자의 권리보호는 보다 많은 저작물을 탄생시켜 일반 대중이 이를 이용할 수 있도록 하기 위한 수단이므로 저작자의 권리보호와 저작물의 공정한 이용도모라는 세부적인 목표사이에서도 전자가 후자의 수단이라는 관계가 존재한다. 즉 저작권 제도의 궁극적 목적은 풍부한 문화적 산물의 생산과 이를 위한 창작유인이라고 볼 수 있다. 즉 문화발전의 수단으로 창작유인을 위해

30) Alfred C. Yen, "Restoring the Natural Law : Copyright as Labor and Possession", 51 Ohio St. L. J. 517, 1990, p. 523; Mark Rose, *Authors and Owners : The Invention of Copyright*, Harvard Univ. Press, 1993, p.79; Wendy Gordon, *A Property Right in Self-Expression : Equality and Individual in the Natural Law of Intellectual Property*, Yale L. J. 102, 1993, pp. 1550-1553.

31) 이러한 실정권론은 미국에서 유인론을 주장하는 학자들과 관련된다. 예를 들면, Wendy J. Gordon, "An Inquiry into the Merits of Copyright : The Challenges of Consistency, Consent, and Encouragement Theory", 41 Stan. L. Rev. 1343, July 1989; William M. Landes, & Richard A. Posner, "An Economic Analysis of Copyright Law", 18 J. Legal Stud. 325, 1989; Stephen Breyer, "The Uneasy Case for Copyright : A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs", 84 Harv. L. Rev. 281, December 1970; William W. Fisher III, "Reconstructing the Fair Use Doctrine", 101 Harv. L. Rev. 1659, 1988.

저작자에게 인정되는 권리가 저작권이라고 할 수 있으나 정부저작물은 창작에 대한 보상을 얻기 위해 생산하는 것은 아니다. 따라서 창작을 유도하여 문화의 발전을 도모한다는 저작권의 목적은 정부의 저작물 생산에 동일하게 적용되기 어렵다. 또한, 저작권은 창작자의 노력에 대한 경제적 이익을 보장하기 위한 것이기도 하다. 그러나 정부의 저작물은 공적 자금을 사용하여 작성된 것으로, 그 창작과정에 대한 대가는 이미 지불되었다고 보아야 한다. 따라서 저작권을 인정하는 본질론에 의할 때 공공저작물에 대하여 다른 저작물과 동일하게 저작권이라는 독점배타적 권리를 부여하는 것은 오히려, 널리 알리기 위해 생산되는 정부저작물의 기능을 제한하게 된다.

즉 공공저작권은 창작유인의 도구로 인정된 것이라기보다는 행정업무의 과정에서 당연히 제작된 것이며 그 본질은 영리추구를 위한 것이 아니라 행정목적의 달성을 위한 것이다. 그러나 저작권법상 저작권자의 권리 인정은 근본적으로 창작유인을 위한 대가를 전제로 한 것이다. 저작물을 누구나 이용 가능한 공유(public domain)상태의 대상으로 상정한 것이 아니라, 창작에 상응하는 보상이 주어져야 하는 유훈을 전제로 한 것이다. 따라서 공공저작물에 대하여 저작권법상의 사유재산과 동일하게 국가에게 포괄적·독점적 권리를 부여할 필요가 있는가에 대하여 좀더 면밀한 검토가 이루어져야 한다. 즉 정보의 제공과 이용이라는 관점에서 살펴볼 때, 공공저작물을 일반저작물과 같은 수준에서 보호하여야 하는지에 대하여는 보다 충분한 근거가 뒷받침 되어야 할 필요가 있다.

다음으로 국유재산으로서 공공저작권의 성격을 살펴보면, 여타 유체물인 국유재산과는 그 성격과 본질에 있어서 차이가 있다고 볼 수 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 국유재산으로서 행정재산은 불용통성을 일반재산은 용통성을 지니고 있다. 다시 말해서 행정재산은 매각 등 양도가 불가하지만 일반재산은 매각 등 처분이 가능하다. 하지만 이러한 제한은 근대법치국가의 기본원칙상 공적 목적수행에 필요한 한도 내에서 이루어져야 한다. 일반재산은 물론이고 행정재산도 ‘사용허가’ 또는 ‘대부계약’을 통하여 국가 외의 자에게 일정 기간 유상이나 무상으로 사용·수익할 수 있도록 할 수 있다. 다만 행정재산은 ‘허가’를 통하여 타인의 사용을 허락하고 있는데, 여기서 허가는 강학상 특허에 해당한다. 특허란 행정주체가 행정정책에게 공법상 또는 사법상의 전에 없던 새로운 권리를 설정하여 주는 행정행위를 말한다. 행정청이 특허를 할 경우에는 공익과 사익을 비교 형량하여 재량적 판단에 따라 특허 여부를 결정한다. 따라서 행정재산을 사용허가하거나 일반재산을 대

부계약 할 때에 행정청은 당해 재산을 타인이 사용하여도 공익 목적수행에 지장을 초래하지 않을지 여부를 판단하여야 한다. 사용허가 또는 대부계약에 의하여 사용을 허락받은 자는 해당 재산을 배타적으로 사용하게 되므로 평등의 원칙상 이러한 배타적 사용이 사용자에게 특혜가 되거나 다른 사람의 이용을 방해하여서는 안 된다. 이러한 까닭에 국유재산법 등에서는 국유재산의 사용허가 또는 대부계약의 절차와 요건을 엄격히 규정하고 있는 것이다.³²⁾ 그렇다면 반대로 행정청이 보유하고 있는 재산을 국가가 아닌 다른 사람이 사용하는 것이 공익 목적의 수행을 방해하지 아니하고, 특정인이 이를 사용하여도 다른 사람의 사용을 방해하지 아니한다면 이를 국유재산의 범주에 포함시켜 국가 이외의 자의 사용에 대해 엄격히 제한해야 할 이유가 없다. 공공기관이 보유하고 있는 공공저작물은 그것이 행정기밀이나 개인정보침해에 해당하지 아니하는 한 국가가 아닌 다른 사람이 사용한다고 해서 공익목적의 수행을 방해하지도 않을 뿐더러 특정인의 배타적·전속적 사용이 불가능한 것이므로 공공저작물의 이용과 관련하여 엄격하게 국유재산의 법리에 따라야 하는지에 대하여는 좀 더 신중할 필요가 있다.

2. 보호법리와 이용법리의 재정립 필요

국가 등도 저작물을 제작하는 데 상당한 투자를 한 경우 사경제의 주체로서 행위 할 수 있는 것이며 공공저작물에도 통상의 저작권을 인정하는 이유가 그대로 적용될 수 있다면 국가도 「저작권법」상 사인과 동일한 권리주체가 된다. 그 결과 국가는 공공저작물에 대하여 독점배타적 권리를 보유하며 공공저작물은 「국유재산법」의 “국유재산”에 해당하게 된다. 따라서 이의 이용을 위해서는 특히, 대부계약 등 국유재산법상의 이용허락 법리를 따르게 된다.

그러나 공공저작권의 본질이 창작유인의 도구로 법률상 인정된 실정권이기 보다는 행정업무의 과정에서 당연히 제작된 것이며 그 본질은 영리추구를 위한 것이 아니라 행정목적의 달성을 위한 것이라면 공공저작권의 보호법리와 이용법리도 달라져야 한다. 즉 국가나 지방자치단체가 국가예산을 활용하여 행정업무를 목적으로 제작하는 공공저작물에 대하여 사인이 제작한 저작물의 경우와 동일한 보호를 해주어야 하는가, 아니면 국민 누구나 활용할 수 있는 공유(public domain)로 보아야 하는가에 대한 검토가 이루어져야 한다. 정부나 공공부분의 저작물은 투자유인

32) 김민호 외, 국유재산의 효율적 관리·활용방안, 2001. 12, 한국토지공법학회, 20-23면.

이 필요하지 않으며 국민의 부담에 의해 생성되었으므로 정책적으로 정보의 원활한 유통을 촉진시킨다는 논거에서 그 추출·이용은 자유롭게 하거나 저가의 보상을 받도록 하여야 한다.³³⁾ 공공저작물은 공공기관이 법률에서 부여된 의무에 의하여 작성된 것이지, 공공기관이 창작유인과 경제적 보상을 위해 작성한 것이 아니며 해당 공공저작물의 창작에 필요한 비용도 국민의 세금으로 충당된 것이므로 국민은 공공저작물을 무상으로 자유롭게 이용할 수 있어야 한다. 또한 정부는 국민의 정보의 자유를 충족시키고 정보유통을 촉진하여 민주사회를 구현하는 정책을 시행하여야 하므로 정부 등의 데이터베이스 특히 공공적 성질을 많이 가지고 있는 데이터베이스에 대해서는 어떠한 방식으로든 사인의 데이터베이스보다는 그 권리 행사를 좀 더 제한하는 것이 바람직하다.³⁴⁾

영국의 열린정부라이선스(Open Government License[OGL])의 기본바탕도 이러한 견해에 기반하고 있다고 볼 수 있다. 영국의 열린정부라이선스는 “공공기관에 의하여 생산된 정보가 필요에 따라서 이용된 것으로 충분하므로 공공기관이 이를 엄격하게 보유할 이유가 없으며, 정보는 다수의 사람이 이용해도 다른 사람의 이용을 해하지 않으므로 공중의 자유로운 이용이 허락되어도 문제가 발생하지 않고 특히 납세자는 이미 정보의 이용료를 지급한 것과 다름없다”는 사고에 기인한다.

이는 원칙적으로 공공저작물에 대하여 통상의 저작물과 동일하게 독점배타적 권리를 부여할 필요가 없다는 사고에 기인한다. 따라서 “국유재산”에 해당된다고 보기 보다는 국민에게 적극적으로 제공·활용 될 수 있도록 국가가 관리하는 대상으로 보는 것이 타당하다. 이러한 견해에 의할 경우 공공저작물과 관련된 법률의 규정은 보유, 관리주체의 원활한 정보제공을 위한 구체적 절차와 방법이 중심이 될 것이며, 그 사용료 역시 원칙적으로 무료이고, 소정의 비용 한도 내에서 수수료를 부과하는 방안이 될 것이다. 즉 이용자가 상업적으로 공공저작물을 이용하더라도 이러한 견해에 의할 경우 국민의 세금으로 충당된 것이므로 모든 국민은 무상으로 이용할 권리가 있으며 상업적 목적으로 이용한 후 창출되는 수익에 대하여는 또다시 소득세 또는 법인세가 부과되기 때문에 이용료가 후납되는 구조로도 볼 수 있다.

따라서 공공저작물의 보호법리는 공공저작물을 제대로 관리하고 그 효용을 높이는 방향으로 입법화 되어야 하며, 이용법리는 국민이 적극적으로 활용할 수 있는 기반을 구축하는 방향으로 이루어져야 한다.

33) 채명기, 데이터베이스의 추가보호, 저작권심의조정위원회, 2000, 112면.

34) 채명기, 전계논문, 112~113면.

3. 관리·작성주체에 따른 이용절차 불합리 해소

앞서 언급하였듯이 공공저작물의 작성주체는 중앙행정기관, 지방자치단체, 정부 산하기관, 특수법인 등 매우 포괄적이며, 이들이 직접 창작한 것뿐만 아니라, 제3자로부터 취득하고 관리하고 있는 것도 포함하기 때문에 그 범위는 매우 광범위하다. 또한 저작물이 어느 기관에 속한 것인지에 따라 구체적으로 이용범위가 정하여진다. 따라서 어떤 공공기관에 개별 공공저작물이 속하고 있는지 먼저 파악하여야 하고, 이에 따라 이용관계를 정하게 된다.³⁵⁾

한편 공무원이 공무를 수행하면서 작성한 저작물을 국가기관의 명의로 공표하는 경우에 이를 작성한 공무원 개인은 저작권을 주장할 수 없고, 국가 또는 지방자치단체가 저작권자로 그 권리를 행사하게 된다. 그러나 국가 또는 지방자치단체 등이 저작물을 작성하여 저작권을 행사한다는 것과 제3자(독립된 계약 당사자)가 창작활동을 한 저작자로서 최초 저작권자가 되었지만 이를 국가 등이 양수받아 저작권을 행사하는 것을 구별하여야 한다. 이와 관련하여 국가연구개발(R&D) 성과물의 경우에, 과학기술기본법의 법령에 따라 독립된 계약 당사자인 연구기관이 저작물 작성자로 저작권을 그대로 향유한다. 다만, 연구개발결과물을 공공의 이익을 목적으로 활용하기 위하여 필요한 경우에 그 저작권을 연구기관이 아닌 국가에 귀속하게 할 수 있다.³⁶⁾ 예컨대, 대학이 국가연구개발사업의 일환으로 특정분야의 연구를 수행하는 약정을 하고 연구비를 지원받는 경우에 연구성과를 국가에 양도하지 않고 연구기관인 대학이 그 권리를 유지한다.³⁷⁾ 법령·약정에 따라 정해지지만, 순수하게 학술적 연구를 수행한 경우에, 연구개발을 위한 경제적 지원을 제공한 기관과 지휘·감독관계가 존재하지 않고 독립적 연구수행이라는 관점에서 연구자(또는 연구책임자가 속한 기관)에게 연구결과의 저작권이 귀속하게 된다. 이러한 경우 계

35) 공공저작물 저작권 관리 지침 제9조 이하.

36) 과학기술기본법 제11조의3에서 국가연구개발사업에 참여하는 연구형태와 비중, 연구개발결과물의 유형 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 연구기관등에 권리가 귀속하는 것으로 규정하고 있다. 이에 관한 국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정 제20조 제2항에서 “국가연구개발사업의 수행 결과로 얻어지는 지식재산권, 연구보고서의 판권 등 무형적 결과물은 협약으로 정하는 바에 따라 주관연구기관(세부과제의 경우에는 협동연구기관을 말한다)의 소유로 한다”고 규정하고 있다.

37) 이는 국가연구개발 성과물의 공공적 특성 및 원활한 이용확산의 필요성을 감안한 정책적 고려라 보기도 한다(윤종민, “국가연구개발 저작물 관리의 법적 고찰”, 산업재산권 제33호, 2010/12, 281면).

약을 통하여 저작물 작성을 약정하고 그 결과물로 내놓은 것은 근로저작물(work made for hire)로 다룬다는 당사자 간 명시적 의사표시가 없다면, 그러한 저작물에 대한 권리를 주장하지 못한다.³⁸⁾

이처럼 공공저작물의 경우 작성주체, 관리주체, 보유주체에 따라 각각 권리관계, 이용관계가 달라질 수 있으며, 해당 저작물이 정부가 직접 창작한 저작물인지, 양도받은 저작물인지에 따라서도 이용관계가 달라질 수 있다. 또한 저작물에 따라서 해당법률이 다를 수 있기 때문에 이용자 입장에서는 이러한 모든 요소를 고려한 이용만이 가능하다.

이용하고자 하는 자가 설사 저작권과 관련된 이러한 전제요건을 모두 검토하였다 할지라도 해당 저작권이 행정재산에 속하는 경우 그 저작물을 일반인이 자유롭게 이용하는 것이 필요하다는 판단 하에 국가공무원이 임의로 자유이용 또는 이용허락계약을 결정하는 것은 아주 어려운 일이다. 즉 담당공무원에게 이를 판단하고 이용에 제고하도록 요구하는 것은 엄격한 책임주의를 중시하는 현재의 공무원의 업무관행상 매우 곤란하다.

4. 소결

공공저작권은 창작유인의 도구로 인정된 것이라기보다는 행정업무의 과정에서 당연히 제작된 것이며 그 본질은 영리추구를 위한 것이 아니라 행정목적의 달성을 위한 것이다. 그러나 저작권법상 저작권자의 권리 인정은 근본적으로 창작유인을 위한 대가를 전제로 한 것이다. 저작물을 누구나 이용 가능한 공유(public domain) 상태의 대상으로 상정한 것이 아니라, 창작에 상응하는 보상이 주어져야 하는 유료를 전제로 한 것이다. 따라서 공공저작물에 대하여 저작권법상의 사유재산과 동일하게 국가에게 포괄적·독점적 권리를 부여하여야 하는가에 대하여는 좀 더 신중할 필요가 있다. 저작권을 독점배타적 권리로 인정한 본질론에 비추어 볼 때, 공공저작물을 일반저작물로 보호되는 대상과 같은 수준에서 보호하는 것은 타당하지 않다.

특히 국유재산법 등에서는 국유재산의 사용허가 또는 대부계약의 절차와 요건을 엄격히 규정하고 있는 이유는 공익 목적수행에 지장을 초래하지 않도록 하고 사용허가 또는 대부계약에 의하여 사용을 허락받은 자는 해당 재산을 배타적으로 사용하지 않으므로 평등의 원칙상 이러한 배타적 사용이 사용자에게 특혜가 되거나 다른

38) David Nimmer, Nimmer on Copyright, LexisNexis, 2006, §5.13[B][2].

사람의 이용을 방해하지 않도록 하기 위함이다. 따라서 공공기관이 보유하고 있는 공공저작물은 그것이 행정기밀이나 개인정보침해에 해당하지 아니하는 한 국가가 아닌 다른 사람이 사용한다고 해서 공익목적의 수행을 방해하지도 않을 뿐더러 특정한 배타적·전속적 사용이 불가능한 것이므로 공공저작물의 이용과 관련하여 엄격하게 국유재산의 법리 따르는 것은 타당하지 않다. 이러한 공공저작물의 사용을 ‘허가’나 ‘계약’의 법리가 아닌 자유이용을 원칙으로 하는 것이 타당하다.

따라서 공공저작물의 ‘보호’법리는 공공저작물을 제대로 관리하고 그 효용을 높이는 방향으로 입법화 되어야 하며, ‘이용’법리는 국민이 적극적으로 활용할 수 있는 기반을 구축하는 방향으로 이루어져야 한다. 즉 공공저작물을 통상의 “국유재산”으로 볼 것이 아니라 국민에게 적극적으로 제공·활용 될 수 있도록 국가가 관리하는 대상으로 보는 것이 타당하다. 이러한 견해에 의할 경우 공공저작물과 관련된 법률의 규정은 보유, 관리주체의 원활한 정보제공을 위해 구체적 절차와 방법을 규정하는 내용이 중심이 될 것이며, 그 사용료 역시 원칙적으로 무료이고, 소정의 비용 한도 내에서 수수료를 부과하는 방안이 될 것이다.

한편 공공저작물의 경우 작성주체는 중앙행정기관, 지방자치단체, 정부산하기관, 특수법인 등 매우 포괄적이며, 작성주체, 관리주체, 보유주체에 따라 각각 권리관계, 이용관계가 달라질 수 있다. 또한 해당 저작물이 정부가 직접 창작한 저작물인지, 양도받은 저작물인지에 따라라도 이용관계가 달라질 수 있고, 저작물에 따라서 해당법률이 다를 수 있기 때문에 이용자 입장에서는 이러한 모든 요소를 고려한 이용만이 가능하다. 공공저작물과 관련된 국가의 역할은 공공저작물에 대한 재산적 권리를 보유, 행사하는데 중심이 되어서는 안 되며, 이러한 계약을 해소시켜, 국민이 공공저작물을 적극 활용할 수 있는 체계적·효율적 관리, 제공체계를 제공하는 데 중심이 되어야 한다.

IV. 공공저작물 입법을 위한 제언

1. 공공저작물 관련 입법을 위한 기본원칙 : 자유롭고 평등한 이용

다량의 정보가 디지털화 되면서 공공저작물은 공공기관이 단순히 행정업무를 위해 소유하는 관리물이 아니라, 국민이 활용함으로써 부가가치를 높여야 하는 新경제체제로 인식되고 있다. 사인이 보유한 저작물에 대하여는 그 자에게 독점배타적

권리를 부여하고 보호함으로써 투자보호·유인을 통한 문화 발전을 도모하는 것이 바람직하다는 정책적 결단이 이루어졌다고 볼 수 있다. 그러나 공공저작물은 국가에게 독점배타적권리를 부여함으로써 관리·보호에 그치는 대상이 아니라, 모든 국민이 적극 활용함으로써 그 부가가치를 높여야 한다는 공감대가 이미 대세이고, 타당하다고 볼 수 있다. 공공저작물(또는 공공정보)의 자유이용은 사회적 복지수준을 크게 향상시키며, 사적 부문에서의 관련 산업의 도약을 이끌어 내므로,³⁹⁾ 이러한 정책적 입법기조야 말로 문화 발달에 기여할 수 있다. 따라서 공공저작물은 모든 국민이 차별 없이 향유할 수 있는 “공개·활용 대상의 정보”로 보는 것이 타당하다.

이러한 원칙을 반영하기 위한 입법적 방안으로 저작권법 제7조를 확대하는 방안이 고려될 수 있다. 저작권법 제7조는 앞서 언급한 바와 같이 보호받지 못하는 저작물을 열거하고 있으며 그 대상은 법령, 판결내용 등 매우 제한적이다. 그러나 정보사회에서 필요로 하는 공공정보 또는 공공저작물은 법령에 관한 자료뿐만 아니라, 각 정부부처가 공무수행을 위하여 작성한 각종의 데이터(자료) 및 행정문서 등 매우 다양하고 포괄적이다.⁴⁰⁾ 국가기관 및 지방자치단체의 공무원이 공무수행 상 창작하거나 취득하여 관리하는 저작물을 저작권법의 보호범위 밖에 두는 내용으로 저작권으로 보호되지 않는 공공저작물의 범위를 대폭 확대하는 것이 필요하다.⁴¹⁾ 이러한 경우 공공저작권과 관련된 국유재산법상 ‘국유재산’의 내용은 대폭 축소되게 된다.

한편 우리의 체제에서 급진적으로 공공저작권을 폐지한다면 상당한 혼란이 발생할 우려가 있고, 미국의 경우에서도 연방정부가 소유하고 있는 모든 저작물에 대하여 저작권을 인정하지 않는 것이 아니라 상당히 높은 비율의 공공저작물이 저작권의 보호를 받고 있고, 저작권의 보호를 받는 공공저작물과 그렇지 않은 공공저작물의 구분의 어려움으로 인하여 저작물 관리가 어렵다는 문제가 있기 때문에⁴²⁾

39) Peter Weiss, *Open Access and the Public Domain in Digital Data and Information for Science: Proceedings of an International Symposium*, “Borders in Cyberspace: Conflicting Government Information Policies and their Economic Impacts”, National Academies Press, 2004, 69-73(Web page: <http://www.nap.edu/openbook.php?record_id=11030&page=69>) 참조.

40) Roger E. Schechter & John R. Thomas, *Intellectual Property: The Law of Copyrights, Patents and Trademarks*, Thomson/West, 2003, 71.

41) 배대현, 공공정보, 公益에서 公有(public domain)로 옷을 갈아입다, IT와 法연구 제5집 (2011. 2), 22면.

현행 저작권법상의 공공저작권을 그대로 유지하는 것이 바람직할 수도 있다는 견해도 있다.⁴³⁾ 이러한 견해는 공공저작물이라는 사실 자체에서 신뢰도가 높아지기 때문에 오히려 이용자의 입장에서는 공공저작물이 유지되기를 바란다는 점을 감안하면 미국의 방식보다 영국 또는 호주의 자유이용허락제도를 도입하는 것이 바람직하고 한다.

그러나 이러한 견해는 공공저작물의 보호가 국민의 신뢰도를 유지하기 위한 관리차원에서 필요하다는 것이며, 사인의 저작권과 동일하게 공공저작물에 독점배타적 권리를 부여하여야 한다는 의미는 아니라고 본다. 그렇다면 저작권법 제7조에서 공공저작물을 포함시킴으로서 저작권법상 보호되지 않는 저작물로 규정한다 할지라도, 공공저작물에 대한 효율적이고 신뢰할 수 있는 관리체계를 입법화 하여 실행한다면 해결될 수 있다고 본다. 즉 상기 견해와 같이 공공저작권을 인정한다면 이는 공공저작물에 대하여 사인과 동일한 독점배타적 권리를 인정하고 이에 기반한 강력한 보호 원리를 적용한다는 기본원리가 내재된 것이기 때문에 국민이 공공저작물을 활용할 수 있는 여타제도가 도입된다 할지라도 이는 ‘국민의 마땅한 권리’가 아닌 국가의 수혜적 처분에 그치게 된다.

따라서 공공저작물을 둘러싼 기본 원칙은 “국민의 자유롭고, 평등한 공공저작물 활용”이 원칙이 되어야 하며 이러한 원칙을 반영하기 위해서는 저작권법 제7조에 국가기관 및 지방자치단체의 공무원이 공무수행 상 창작하거나 취득하여 관리하는 저작물을 포함시키고 이에 따라 국유재산에서 공공저작권의 범위를 대폭 축소하는 것이 바람직하다고 생각된다.

2. 종합적·체계적 관리체계 마련

공공저작물에 대한 신뢰성 있는 관리체계는 공중의 이용활성화와 직결되는 문제라고 할 수 있다. 그러나 이러한 관리를 위해서는 우선 공공이 관리하여야 할 공공저작물이 무엇인지 파악되어야 한다. 공공이 보유하고 있는 정보 중에 어떤 것이 과연 저작물인지, 저작물이라면 저작권 보호대상인지, 저작권 보호대상이라면 누가 저작권을 가지고 있는지, 그 저작권 보호를 어떻게 해야 하는지를 현행 법규

42) Michael Geist, From "Radical Extremism to "Balanced Copyright": Canadian Copyright and the Digital Agenda, 2010의 'Chapter 20'

43) 이현목, 공공기관이 보유하고 있는 저작물의 자유이용허락에 관한 법제도 연구, 문화.미디어.엔터테인먼트 법 (구 문화산업과 법) 5권 1호, 2011, 60~61면

에 따라 처리해야만 저작권 침해에 대한 우려나 원저작자의 권리 침해 없이 공공 저작물을 활용 - 이용과 재사용 - 할 수 있다.

공공기관의 기획 하에 공공기관의 업무에 종사하는 사람이 업무상 작성한 공공 기록물은 업무상 저작물이며, 저작자는 ‘그 법인 등’이다. 중앙행정기관의 경우 그 법인인 국가가 저작자이며, 지방자치단체는 법인인 지방자치단체가 저작자이고, 이외 기타 공공기관은 해당기관이 저작자가 된다.⁴⁴⁾ 그러나 국가가 저작권자인 저작물의 경우 저작권을 실질적으로 관리하는 주체는 행정 주체인 정부부처이며 지방자치단체이다. 법인 하에 있는 개별 기관은 저마다 저작물을 생산하고 관리하지만, 저작권은 결국 설립의 주체인 법인에게 귀속된다. 우리 법원의 판례도 국가를 법인으로 하는 중앙부처 등에게 저작권을 인정하고 있다. “국민학교 교과서의 저작권은 교육부에 있다”라고 하였고,⁴⁵⁾ “교과서에 게재된 무기명 저작물은 공표자인 교육부에 저작권이 있다”고 하였으며,⁴⁶⁾ 대학입시문제의 저작권은 각 대학교의 해당 학교법인에 당연히 귀속된다고 할 것이다”라고 하였다.⁴⁷⁾ 또한 서울특별시 소속한 경기고등학교에서 생산한 단체명의 저작물(업무상저작물)의 저작권자는 학교의 설립·경영 주체인 서울특별시라고 하였다.

이처럼 공공저작물에 대한 귀속주체가 국가, 지방자치단체, 공공기관 등으로 다양하며, 귀속주체가 국가로 동일하다 할지라도 권리의 행사주체는 행정 주체인 중앙행정기관으로 매우 다양하다. 한편 공공기관이 직접 생산한 저작물도 있지만, 직접 생산하지 않고 민간을 포함하여 외부로부터 제공받은 저작물도 있다. 외부로부터 제공받은 저작물인 경우 저작권자는 외부에 존재한다. 또한 공공기관이 직접 생산한 것이라 해도 저작물의 생산·작성 당시 용역·계약 등에 의해 저작권자가 공공기관이 아닌 민간이나 외부에 존재 하는 경우가 있을 수도 있다. 이러한 경우 송부 받은 연구용역보고서·검토서 등 행정간행물 중 일부는 각 연구자나 단체가 저작권을 행사하는 경우도 있다. 그러므로 이러한 공공저작물을 활용하고자 할 때

44) 「저작권법」 제31조(도서관등에서의 복제 등) 제5항에도 “다만, 국가, 지방자치단체 또는 「고등교육법」 제2조의 규정에 따른 학교를 저작재산권자로 하는 도서등(그 전부 또는 일부가 판매용으로 발행된 도서등을 제외한다)의 경우에는 그러하지 아니하다”라고 명시되어 있어, 중앙행정기관과 지방자치단체 및 기타 공공기관이 생산한 공공저작물은 해당 법인과 공공기관이 저작권자임을 명시하고 있다.

45) 서울민사지법 1992.6.5. 91가합39509 제12부 판결.

46) 서울지법, 남부지원, 1995.6.1. 결정 95가합 148호(허회성, 「2007 신 <저작권법> 축조개설」, 111쪽).

47) 서울지법 1997.8.12. 선고 97도50 판결: 상고기각[「저작권법」 위반].

는 생산자가 누구인지, 실질적인 저작권 소유자 및 관리자가 누구인지 등을 살펴야하고, 저작물별로 세부적인 제한 및 이용 조건을 먼저 살펴봐야 한다.⁴⁸⁾

이렇게 복잡한 관리체계 하에서 국민이 자유롭게 공정하게 공공저작물을 이용하도록 한다는 것 자체가 불가능하다. 공공저작물을 저작권법상 보호받지 못하는 저작물로 입법적 개선을 하였다 할지라도 공공저작물을 보유, 관리하고 있는 체계가 현재와 같다면 그러한 입법적 개선은 원칙적 사항에 불과하며 현실에 구체적으로 적용되는 데에는 한계가 있다. 따라서 공공저작물에 대한 종합적·체계적 관리체계 마련을 위한 별도의 입법적 조치가 필요하다. 그러한 입법조치의 주요내용은 다음의 사항이 포함되어야 할 것이다.

우선 이용대상 공공저작물의 목록작성 및 공개를 위해 범 국가 차원의 공공저작물 DB구축이 필요하다. 국가차원의 공공저작물에 대한 통합적 DB구축은 현재 완성된 바 없으며 다만 공공저작물 저작권 관리지침(고시)은 제23조에서⁴⁹⁾ 공공저작물의 DB화는 공공저작물을 보유하는 개별 기관단위로 추진하도록 규정되어 있다. 다만 개별 공공기관별로 관리되고 있는 DB를 저작권위원회의 디지털거래스 또는 신탁관리단체에 제공하도록 규정하고 있으나, 범 부처적 집행이 필요한 사항을 고시에 규정함으로써 공공저작물의 통합 정보 제공이 과연 가능한지는 의문이다. 또한 본 고시는 「저작권법」 제2조의2, 제134조 및 동법 시행령 제73조⁵⁰⁾에 근거하고 있는바 그 법률적 근거는 “저작물의 공정한 이용을 도모하기 위하여 필요한 사업”이며, 대통령령의 근거 역시 미약하다. 따라서 이를 위한 법제도적 뒷받침이 강

48) 서귀선, 전계논문, 166~167

49) 제23조(저작권정보 구축 및 디지털저작권거래소의 이용) ① 공공기관은 공공저작물의 민간 활용을 촉진하기 위하여 보유하는 공공저작물의 저작권 관계의 확인에 노력하여야 하며 이를 데이터베이스(이하 ‘저작권정보’라 한다)의 형태로 관리하여야 한다.

② 공공기관은 전항의 저작권정보를 한국저작권위원회의 디지털저작권거래소 또는 제21조의 신탁관리단체에 제공하여야 하며, 이 경우 디지털저작권거래소를 통하여 이용허락을 할 수 있다.

50) 제73조(저작물의 공정한 이용을 위한 사업) ① 법 제134조제1항에서 “저작물의 공정한 이용을 도모하기 위하여 필요한 사업”이란 다음 각 호의 사업을 말한다. <개정 2008.2.29, 2012.4.12>

1. 보호기간이 끝난 저작물등에 대한 정보제공 등을 위하여 필요한 사업
2. 공공기관 저작물의 공동활용체계 구축사업
3. 표준계약서 개발 등 이용허락제도 개선을 위한 사업
4. 저작물의 공정이용기준 마련을 위한 지침 제정 및 권장사업
5. 저작물등에 대한 이용허락표시제도 활성화 사업
6. 권리가 불명인 저작물등의 이용 활성화를 위한 저작물등의 권리자 찾기 사업
7. 그 밖에 문화체육관광부장관이 저작물의 공정한 이용을 위하여 필요하다고 인정하는 사업

화될 필요가 있다. 이처럼 범 정부 공공저작물 통합 DB를 구축하고 이러한 DB를 관리할 수 있는 체계적 절차를 마련하여야 한다. 신규 목록의 등록, 각각의 저작권 관계 파악, 이러한 정보의 신뢰도 제고 등에 대한 상세한 규정이 마련되어야 할 것이다.

다음으로 이를 주관할 ‘일원화된 공공저작물 관리 추진체계의 정립’이 필요하다. 국가행정은 엄격한 책임주의 하에 이루어지게 되므로 이를 담당할 책임기관의 역할과 기능이 명확히 규정되어야 하며 이에 협조하여야 할 타 국가기관의 협조 의무도 명확히 법률에 규정하여야 한다. 그러한 추진체계는 저작권 업무를 총괄하는 문화체육관광부와 저작권위원회 중심으로 구축하는 방안과 공공정보를 총괄하는 행정안전부와 공공기록물을 관리하고 있는 국가기록원 중심으로 정립하는 방안이 고려될 수 있다. 어느 한쪽을 축으로 추진할 수 있는 체계를 확립하는 것도 중요하지만 양자의 협력체계도 함께 구상되어야 할 것이다.⁵¹⁾

3. 이용절차의 합리화

앞서 언급한 바와 같이 공공저작물에 대한 신뢰성 있는 체계적 관리체계가 마련된다면 여기서 그치는 것이 아니라 국민이 이를 활용할 수 있는 구체적 규범이 마련되어야 한다. 「정보공개법」상 공공기관의 “정보 공개”와 「공공기록물관리법」상 공공기록물의 “공개”, 그리고 공공저작물의 “이용”은 엄밀하게 다름에도 불구하고 현재 공공 저작물의 ‘이용’과 ‘이용조건’에 대한 구체적인 조항이나 관련 도구가 없다. ‘공공정보’의 이용활성화와 관련해서는 이러한 입법적 문제점을 즉시하고 이를 시정하기 위해 「공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률안」⁵²⁾이 제안되었으나 본 법안에서도 제공대상 공공데이터에서 공공저작물을 제외하고 있으므로,⁵³⁾ 공공 저작물에 대한 이용과 관련하여서는 구체적 법률적 지침은 미비한 상

51) 영국의 경우처럼 국립기록보존소 내 ‘왕실문구국’(Queen’s Stationery Office)이 정부 저작권(Crown Copyright)의 제도를 총괄하고 저작물의 재사용 라이선스 발급을 담당하고 있다.

52) 의안번호1900969, 2012.7.31. 제안

53) 법안 제18조(제공대상 공공데이터) ① 공공기관이 보유·관리하는 공공데이터를 제공하여야 한다. 다만, 공공데이터를 구성하고 있는 정보 가운데 다음 각 호의 어느 하나를 포함하는 경우에는 그러하지 아니한다.

1. 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제9조에 따른 비공개대상정보
2. 「저작권법」 및 그 밖의 다른 법령에서 보호하고 있는 제3자의 권리가 포함된 것으로서 정당한 이용허락을 받지 아니한 정보

항이다. 이러한 이용절차는 이용자 입장에서 뿐만 아니라 정보를 보유, 관리하고 있는 주체인 공공기관 입장에서도 해당 공공기관의 책임 등을 명확히 하고 정보의 제공을 용이하게 하기 위해 필요하다. 이와 관련하여 이용기간, 제공방식, 이의신청 절차 등을 규정하는 입법이 필요하다. 용어에 있어서도 권한이 있는 자가 일정한 방식을 정하여 허용함을 의미하는 ‘이용허락’은 바람직하지 않으며 ‘제공방식 등’이 타당하다.

이용기간과 관련해서는 「국유재산법」과 「공유 및 물품관리법」이 국유재산과 공유재산의 이용허락에 기한을 정하고 이를 갱신할 수 있도록 규정하고 있는 것과는 달리, 공공저작물의 이용기간은 원칙적으로 제한을 두지 않되, 이용의 조건을 위반한 경우 등에 한하여 제재를 하는 것이 바람직하다. 또한 공공저작물은 유체물인 국유재산과 공유재산의 이용과 같이 독점적 이용허락을 원칙으로 하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 최근 국유재산법 개정을 통해 지식재산의 사용허가 또는 대부를 받은 자는 다른 사람에게 사용·수익하게 할 수 있도록 허용 하고, 지식재산을 다수에게 일시에 또는 수회에 걸쳐 이용 할 수 있도록 한 것은 매우 적절하다고 생각된다.⁵⁴⁾ 즉 공공저작물의 이용은 누구나 이용할 수 있도록 비독점적 이용방식을 규정하는 것이 타당하며 제공받은 공공저작물의 제3자 제공 또한 허용되어야 할 것이다. 또한 이러한 공공저작물의 개작 및 변형은 자유로이 이루어 질 수 있어야 할 것이며 공공저작물을 제공받은 사인이 상당한 투자를 통해 새로운 저작물을 창작한 경우 이에 대한 보호 등은 저작권법을 적용할 수 있을 것이다. 한편 공공저작물의 출처가 공공기관인 만큼 해당 공공기관의 신뢰에 편승함으로써 소비자 등 타인을 오인시킬 수 있는 이용행위는 금지되어야 할 것이다.

공공 저작물에 내재한 저작권자와 저작물의 성격·목적 및 이용의 목적·형태 등을 구분하고 이에 따른 이용허락 체계를 구축하여야 한다. 저작권자나 저작물의 성격에 따라 혹은 이용의 목적이나 형태에 따라 이용허락을 어떤 기준과 원칙에 따라 할 것인지, 그리고 이 과정에 대한 절차는 어떻게 해야 정부 저작물의 공정한 이용을 제고할 수 있는지를 검토해야 할 것이다.

54) 국유재산법 제65조의7 및 제65조의8조

V. 결론

저작권법상 저작권자의 권리 인정은 근본적으로 창작유인을 위한 대가를 전제로 한 것이다. 저작물을 누구나 이용 가능한 공유(public domain)상태의 대상으로 상정한 것이 아니라, 창작에 상응하는 보상이 주어져야하는 유료를 전제로 한 것이다. 그러나 공공저작권의 대상이 되는 공공저작물은 창작유인의 도구로 인정된 것이라기보다는 행정업무의 과정에서 당연히 획득된 것이며 그 본질은 영리추구를 위한 것이 아니라 행정목적의 달성을 위한 것이다. 따라서 공공저작물에 대하여 저작권법상의 사유재산과 동일하게 국가에게 포괄적·독점적 권리를 부여하는 것은 타당하지 않다. 특히 국유재산법 등에서는 국유재산의 사용허가 또는 대부계약의 절차와 요건을 엄격히 규정하고 있는 이유는 공익 목적수행에 지장을 초래하지 않도록 하고 사용허가 또는 대부계약에 의하여 사용을 허락받은 자는 해당 재산을 배타적으로 사용하게 되므로 평등의 원칙상 이러한 배타적 사용이 사용자에게 특혜가 되거나 다른 사람의 이용을 방해하지 않도록 하기 위함이다. 공공저작물은 행정기밀이나 개인정보침해에 해당하지 아니하는 한 국가가 아닌 다른 사람이 사용한다고 해서 공익목적의 수행을 방해하지도 않을 뿐더러 특정인의 배타적·전속적 사용이 불가능한 것이므로 공공저작물의 이용과 관련하여 엄격하게 국유재산의 법리 따르는 것은 타당하지 않다. 이러한 공공저작물의 사용은 ‘허가’나 ‘계약’의 법리가 아닌 자유이용을 원칙으로 하는 것이 타당하다. 따라서 공공저작물의 ‘보호’법리는 공공저작물을 제대로 관리하고 그 효용을 높이는 방향으로 입법화 되어야 하며, ‘이용’법리는 국민이 적극적으로 활용할 수 있는 기반을 구축하는 방향으로 이루어져야 한다. 즉 공공저작물을 통상의 “국유재산”으로 볼 것이 아니라 국민에게 적극적으로 제공·활용 될 수 있도록 국가가 관리하는 대상으로 보아야 한다.

본 논문은 공공저작물에 대한 이러한 원칙을 도출하고 반영하기 위해 다음과 같은 입법방안을 제안하였다. 우선 국가기관 및 지방자치단체의 공무원이 공무수행상 창작하거나 취득하여 관리하는 저작물을 저작권법의 보호범위 밖에 두는 내용으로 저작권으로 보호되지 않는 공공저작물의 범위를 대폭 확대하는 것이 필요하다. 이를 위해 보호받지 못하는 저작물을 열거하고 있는 저작권법 제7조를 개정하는 것이 바람직하다.

다음으로 공공저작물에 대한 이러한 입법적 원칙이 구현될 수 있도록 공공저작

물에 대한 종합적·체계적 관리체계 마련을 위한 별도의 입법적 조치가 필요하다. 공공저작물에 대한 국가의 독점배타적 권리를 인정하건 그렇지 않던 간에 공공저작물에 대한 체계적 관리체계의 입법화는 반드시 필요하다. 공공저작물을 이용하고자 하는 국민이 현재와 같이 해당 저작물을 이용하기 위해 여러 부처 혹은 여러 공공기관을 접촉해야 하며, 여러 관련 법률을 스스로 검토해야 한다면, 이는 ‘공공저작물의 자유롭고 공정한 이용’ 원칙에 반하게 된다. 또한 현행 관리지침 등과 같은 지침(고시)은 법규범성이 없어 그 강제성을 확보할 수 없다. 이 점에서 공공기관의 이행 여부를 담보할 수 없고, 공공저작물의 이용 확보를 꾀하는 데에 필요한 국가기관 등의 적극적 노력을 기대하기 어렵다. 이러한 체계론적 문제점 외에 관련 있는 법령 간 문제로 지적되었던 점을 해소하는 데에 필요한 내용이 타 법령에 반영되어야 한다. 그러한 입법조치의 주요내용에는 공공저작물 통합 DB를 구축하고 이러한 DB를 관리할 수 있는 체계적 절차가 마련되어야 한다. 신규 목록의 등록, 각각의 저작권 관계 파악, 이러한 정보의 신뢰도 제고 등에 대한 상세한 규정이 마련되어야 할 것이다. 또한 이를 주관할 ‘일원화된 공공저작물 관리 추진체계의 정립’이 필요하다. 책임기관의 역할과 기능이 명확히 규정되어야 하며 이에 협조하여야 할 타 국가기관의 협조의무도 명확히 법률에 규정하여야 할 것이다.

마지막으로 공공저작물에 대한 신뢰성 있는 체계적 관리체계가 마련된다면 여기서 그치는 것이 아니라 국민이 이를 활용할 수 있는 구체적 규범이 마련되어야 한다. 공공 저작물에 대한 이용과 관련하여서는 구체적 법률적 지침은 미비하며, 이러한 이용절차는 이용자 입장에서 뿐만 아니라 정보를 보유, 관리하고 있는 주체인 공공기관 입장에서도 해당 공공기관의 책임등을 명확히 하고 정보의 제공을 용이하게 하기 위해 필요하다. 이용기간, 제공방식, 이의신청 절차, 금지행위 등을 규정하는 입법이 필요하다. 이를 위해서는 저작권자나 저작물의 성격에 따라 혹은 이용의 목적이나 형태에 따라 이용허락을 어떤 기준과 원칙에 따라 할 것인지, 그리고 이 과정에 대한 절차는 어떻게 해야 정부 저작물의 공정한 이용을 제고할 수 있는지를 검토해야 할 것이다.

(논문접수일 : 2013.01.31, 심사개시일 : 2013.02.13, 게재확정일 : 2013.03.20)



▶ 김현경

공공저작물(government works), 국유재산(National Property), 저작권(Copyright), 공공저작물 통합DB(government works database), 공공저작물 추진체계(Unified administration for government works)

Abstract

Legal Issue on the Use and Protection of Copyrights in Government work

Hyun-Kyung Kim

The rights of the copyright holder recognized by copyright law essentially assume the cost for creative incentives. The assumption is based on the concept of compensation equivalent to the creation, rather than available shares (public domain) all things. However, government works are naturally acquired in the course of the administration for the purpose of achieving administration not have been recognized as a tool of creative incentives. Thus, it is not right to grant equally comprehensive and exclusive rights by copyright laws on government works. In particular, the reason to provide the strict procedures and conditions of the use of state-owned property in the State Property Act is not to cause trouble to perform public purposes, and not to be a privilege for the licensee.

Government works used by others except the case of administrative confidential or privacy infringement do not interfere with the conduct of public purpose, and can not be used exclusively. Thus, it is not reasonable to follow strictly principles of state-owned property. It makes sense that free use doctrine is the governing principle in the case of the use of these public works, not the rule of 'license' or 'contract'. Legislation concerning government works should be enacted in the direction of the management and increasing its effectiveness, and the rule on the 'use' of public works should be based on that citizens can actively

utilize. Government works should be regarded not as "state-owned property" but as subjects that government manages for the people's active use.

This thesis deprives these principles for government works and suggests the directions for legislation. First, it is necessary to greatly expand the range of works that are not protected by copyright law, including works that public officials of state agencies or local government officials created or acquired in the process of their job creation. For this purpose, it is desirable to amend the Article 7 of the Copyright Act.

Second, another legislation is needed to implement comprehensively legislative principles for government works. Whether or not an exclusive right of the state to public works, legislation for systematic management of government works is necessary. If people who want to use government works should consult various ministries or public institutions to use the works, it is clearly against the 'free and fair use' doctrine. In addition, current management guidelines, such as regulations (directives) are not enforceable norms. It is difficult to expect public agencies active measurements to ensure the compliance of public authorities. In addition to these systematic problems, resolution for conflicts between statutes should be reflected in other laws. Such legislation should include the integrated process to build and manage government works database. Detailed provisions for copyright registration and identifying each of these relationships need to be prepared. Unified administration for government works is also needed. Clarifying the role and functions of the responsible agencies and the cooperation obligations of other state agencies should be provided.

Finally, the reliable management system and specific norms that people can take advantage of government works should be established. It is necessary to develop the procedures for the use of government works from the perspective of users as well as public agencies which acquire and manage the information. Provisions on usage period, complaint

procedures, prohibited acts, etc. should be enacted. For this purpose, it is needed to review the conditions for permitting the use according to author, the nature of the work, or the purpose of the use, and the process to enhance the fair use.

긴급구조 목적의 위치정보 활용에 관한 법적 쟁점*

이 민 영**

I. 논의를 시작하며	III. 위치정확도의 최적화를 위한 법적 과제
II. 위치정보 활용과 개인정보 보호의 관계	1. 주요국의 현황
1. 위치정보 활용의 목적 구속성	2. 향후 입법방안
2. 위치정보 활용의 정당한 절차	IV. 결론에 갈음하여

I. 논의를 시작하며

위치정보의 유출·오용 및 남용으로부터 사생활의 비밀 등을 보호하고 위치정보의 안전한 이용환경을 조성하여 위치정보의 이용을 활성화함으로써 국민생활의 향상과 공공복리의 증진에 이바지함을 목적으로 지난 2005년 1월 27일 법률 제7372호로 제정된 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률(이하 ‘위치정보법’이라 한다)」은 제2조제1호에서 위치정보를 ‘이동성이 있는 물건 또는 개인이 특정한 시간에 존재하거나 존재하였던 장소에 관한 정보로서 「전기통신사업법」 제2조제2호 및 제3호에 따른 전기통신설비 및 전기통신회선설비를 이용하여 수집된 것’으로, 같은 조 제2호에서는 개인위치정보를 ‘특정 개인의 위치정보’로 개념 정의하고 있다.¹⁾

그런데 최근 발생한 강력범죄에서 피해자가 112에 피해사실을 신고하였으나, 피해자의 위치를 정확히 파악하지 못해 범인 검거가 지연되는 사례가 있었다. 이로써 경찰이 피해자의 위치정보를 적극 활용하지 못하여 사건의 피해를 증폭시켰다는 논란이 발생하기도 하였다.²⁾ 종래 구조목적으로 위치정보를 활용하는 기관은

* 본 연구는 2011년도 가톨릭대학교 교비연구비의 지원으로 이루어졌음.

** 가톨릭대학교 법학부 교수, 법학박사

1) 개인위치정보는 위치정보만으로 특정 개인의 위치를 알 수 없는 경우에도 다른 정보와 용이하게 결합하여 특정 개인의 위치를 알 수 있는 것을 포함한다(위치정보법 제2조제2호 참조). 그러므로 규범적 관념으로 위치정보를 해석하고 이를 사실관계에 적용하는 데 있어서는 결합용이성과 식별가능성이라는 추상적 징표를 구체화하여 법률사실에 적용하는 이른바 포섭(包攝 : Subsumption)이 관건이 된다.

소방방재청과 해양경찰청이었으며 경찰청은 위치정보 남용 우려로 활용기관에서 배제되었으나, 2008년 9월 8일 발의된 위치정보법 개정법률안은 긴급구조기관의 범위에 경찰을 포함하는 것을 주요골자로 삼고 있었다. 그리고 제18대 국회 문화체육관광방송통신위원회에서는 체계자구심사를 위하여 2010년 4월 28일 국회 법제사법위원회에 회부된 법안들을 기반으로 한 위원장 대안으로 의안번호 14761인 위치정보법 개정법률안을 지난해 5월 2일 상정하여 수정 가결하였는바, 5월 14일 긴급구조를 위한 경찰의 위치정보 활용의 근거를 주요 개정내용으로 하는 법률 제 11423호의 현행 위치정보법으로 시행되고 있다.

위치정보법은 그 입법취지에서도 드러나는 것처럼 산업적 관점에서 위치정보의 활용이 가지는 경제적 이익과 개인위치정보에 대한 보호라는- 비록 재산권적 측면이 병존한다는 점을 부인할 수 없지만- 근원적으로 인격권적 관점에서의 법익이 상충되는 가운데 두 개의 가치를 추구하기 위하여 하나의 법률에서 이를 다루고 있는 실정법규범이다.³⁾ 이러한 이원적 규범체계에서 긴급구조 목적이라는 정보활용의 수요를 어떻게 수용하여 적절한 법집행으로 이어지게 할 것인지에 대하여는 법적정책적·입법기술적 쟁점이 도사리고 있기 마련이다.

본고는 이와 같은 논의를 해석학적 접근과 입법론적 고찰에 기초하여 우선적으로 위치정보법의 객관적 분석과 평가를 선행한 후 긴급구조 목적의 위치정보 활용에서 되짚어보아야 할 논점을 구체적으로 파악하여 위치정보법의 규율태도에 부합하는 논리 전개를 꾀하려 한다. 이는 정보활용에 대한 현실적인 수요를 담아내는 법제도와 정보환경 속에서 개인위치정보주체의 개인정보자기결정권을 보장할 수 있도록 균형 있는 접점을 모색하려는 데 그 의의를 둔다.

2) 경찰청장이 경기도 수원 20대 여성 살인사건의 부실한 경찰 초동대처에 책임을 지고 사의를 표명했다. 하지만 이번 사건은 112의 어수룩한 대처, 상황 오판, 부실수색, 사건축소, 거짓해명 등 경찰의 모든 문제점을 총체적으로 드러내고 있다. 특히 112의 전면적인 시스템 대수술을 통해 재발방지에 대한 목소리가 높다...(中略)...현재 국내 112 시스템은 전화를 걸면 1차로 신고를 접수한 경찰이 상황을 파악한 뒤 이를 해당 지역 경찰서·파출소 혹은 필요하다면 소방이나 응급실로 연결해 주는 ‘다단계’ 시스템이다. 또 경찰은 112 신고자의 동의 없이는 위치 추적을 할 수 없다. 긴급구조기관으로 규정된 소방서와 해양경찰서는 신고 접수와 동시에 자동으로 위치 추적을 하지만 경찰은 그럴 법적 근거가 없다. 이 때문에 경찰은 피해자 가족에게 “119로 전화해 위치추적을 신청하라”고 해 피해자 가족이 분류를 삼켜야 했다. 신고자가 긴박한 상황에 놓인 게 명백해도 동의 절차를 밟지 못하면 속수무책인 것이다; 내일신문 2012년 4월 10일자 20면 기사, <<http://www.naeil.com/News/politics/ViewNews.asp?num=656819&sid=E&tid=0>>

3) 이와 같은 관점에서의 위치정보 관련 권리의 논의에 대하여는 이민영, 애플사의 위치정보 수집과 정보인권, 『정보화정책』 제19권 제1호, 한국정보화진흥원, 2012, 74~90쪽 참조.

II. 위치정보 활용과 개인정보 보호의 관계

1. 위치정보 활용의 목적 구속성

(1) 정보의 보호와 이용에 관한 딜레마

위치정보의 활용은 개인위치정보에 의하여 식별되는 자인 개인위치정보주체의 개인정보자기결정권에 제한을 가져오므로 비례원칙 또는 과잉금지원칙에 위배되지 않도록 이루어져야 하지만, 우선적으로 그 목적의 정당성을 확보해야 한다. 공익 목적에서의 위치정보 활용 혹은 영업의 자유에 터 잡은 위치정보의 활용은 법익간 상호충돌적 갈등상황을 유발하지만, 개인정보자기결정권의 효력에 따를 때 전자(前者)의 경우 공익이라는 목적에 부합하는 위치정보의 활용에는 법률유보원칙이 관철되어야 하므로 공익 목적의 위치정보 활용은 예외적으로 개인위치정보주체의 권익을 제한하는 범주 내에서만 인정되는 것이다.⁴⁾

목적구속원칙이란 비례원칙에서 파생된 것으로 개인정보의 처리에 있어서 그 목적이 수집단계에 미리 명확히 특정되어야 할 뿐 아니라 그 이후의 처리단계에서도 수집시 특정된 목적과 일치되게 저장 또는 이용되어야 함을 말한다.⁵⁾ 따라서 당초 목적과 달리 그 정보를 이용하거나 전달하는 것은 그 별도의 목적이 법률에 정해져 있거나 정보주체에게 동의를 얻어야만 정당화될 수 있다.

긴급구조 목적은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공

4) 오늘날 법률유보는 행정의 법률적합성이라는 법치국가원리의 표명이라 할 수 있으며 헌법이 일정한 결단을 입법자에게 유보하고 행정권은 형식적 법률에 의한 수권이 있는 경우에 한하여 일정한 조치를 취할 수 있다는 것을 의미한다. 이는 곧 행정권은 법률의 수권이 있을 때에만 행할 수 있다는 뜻이며, ‘법으로부터 자유로운 행정영역’이란 존재할 수 없으므로 모든 행정권은 의회의 민주적 통제대상이 되어야 한다는 입장이다. 법률유보의 원칙은 경제적 성장에 비하여 상대적으로 정치적 입지가 좁았던 부르주아(Bourgeois) 계층이 정치로부터 독립된 법체계를 통하여, 즉 자신들이 장악하고 있던 의회의 진속적 관할에 속하는 법률을 통하여 자신들의 자유와 재산을 보호하려는 이념적 방패로서 주장되어진 개념이라 할 수 있다. 이러한 법률유보원칙에 따르면 의회제 정법(statute)으로 규율되지 않고서는 행정작용의 민주적 정당성을 담보할 수 없다. 다만, 법률유보는 법률의 근거를 일컫는 것이지 입법형식으로서 오로지 법률만을 의미하는 것이기에 구체적 범위를 정하여 행정입법에 위임하는 것을 법률에 수권하는 것은 무방하다. 그렇다면 공익 목적에서의 개인위치정보 활용은 개인위치정보주체의 개인정보자기결정권을 제한함에 있어 정당화사유로 작용하는 공익 목적에 구속되어 위치정보법이 집행되어야 할 것이다.

5) Spiros Simitis, *Von der Amtshilfe zur Informationshilfe - Informationsaustausch und Datenschutzanforderungen in der öffentlichen Verwaltung*, NJW, 1986, S. 2795-2805.

복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정되어 있는 「대한민국헌법」 제37조제2항 소정의 공익 목적 가운데 질서유지 차원에서의 기본권 제한에 관한 정당화사유라 할 수 있으며, 위치정보법은 이에 대하여 제15조제1항에서 위치정보의 수집 등의 금지라는 제명 하에 “누구든지 개인 또는 소유자의 동의를 얻지 아니하고 당해 개인 또는 이동성이 있는 물건의 위치정보를 수집·이용 또는 제공하여서는 아니된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하면서 각 호로서 ① 제29조제1항에 따른 긴급구조기관의 긴급구조요청 또는 같은 조 제7항에 따른 경보발송요청이 있는 경우, ② 제29조제2항에 따른 경찰관서의 요청이 있는 경우, ③ 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 등을 제시하고 있기에 법률유보원칙에 위배되지 않는다. 그리고 긴급구조 목적의 개인위치정보의 제공은 위치정보사업자가 보유하는 개인위치정보의 수집·이용 목적 외의 용도이지만, 긴급구조 또는 긴급경보 요청을 전제로 하여 위치정보법에 명시되어 있으므로 그 활용은 개인정보의 처리원칙에 위배되지 않는다고 할 것이다.

주지하는 바와 같이 위치정보서비스 산업은 제조업, 인프라 구축업, 소프트웨어 산업, 콘텐츠 산업 등과 연관되어 고부가가치 창출이 가능한 시장으로 적극적 육성정책이 필요함과 아울러 이러한 산업적 관점의 접근만으로 확보할 수 없는 개인의 인격적 가치와 정보통제권능을 보호하여 정보사회의 역기능을 예방하고 그에 따른 폐해에 대응하는 구제조치가 요구되는 정보기술에 관한 분야이기도 하다. 환언하자면, 위치정보는 위치정보사업자가 설치·보급한 위치수집장치에 의해 획득·제작된 정보로서 민간에서 상업적으로 활용될 여지가 매우 높은 정보사회의 중요한 자원임과 동시에 사람이나 물건의 이동에 따라 수시로 변동되는 복잡적·동태적 특성을 가진 정보로서 다른 개인정보와 연결될 때에는 특정인이 어느 시간에 어디에 있었는지를 알 수 있게 하고 더 나아가 앞으로 어떤 방향으로 이동할 것인지도 추측케 한다는 점에서 개인 사생활과 직결되며 오·남용시 심각한 인격권 침해의 문제를 야기할 수도 있다.⁶⁾

6) 이와 같이 위치정보는 사회적으로 활용가치가 높은 순기능적 측면을 가지고 있음과 동시에 개인 사생활 침해가능성이라는 역기능도 가지고 있는 것이다. 예컨대 미아나 실종자를 찾기 위해 위치를 추적하거나 응급진료서비스를 요하는 환자의 위치를 파악하는 것과 같이 급박하고 중대한 개인의 건강과 생명을 보호하는데 있어 위치정보가 사회적으로 매우 유용하게 활용될 수 있는 반

그런데 현행 위치정보법은 정보보호 위주 위치정보 정책에 치우친 규율태도를 취하고 있어 위치정보서비스 산업 활성화에 장애로 작용할 뿐만 아니라 위치정보와 개인위치정보를 구분하여 개인정보자기결정권 침해 우려가 없는 위치정보에 대하여도 사후적인 형식규제를 함으로 인하여 산업 활성화에 장애가 되고 있는 것이 현실이다. 더욱이 위치정보와 개인위치정보를 개념 정의에서 구분하고 있는 현행 위치정보법조차도 제15조제1항 본문과 제40조제4호에서 ‘개인의 위치정보’라는 용어를 사용함으로써 해당 개인의 위치정보가 개인위치정보에 해당되는 것인지에 대하여 명확히 규율하지 못하고 있을 뿐만 아니라 제15조제1항 본문과 제43조제2항 제4호에서 규정하고 있는 ‘이동성 있는 물건의 위치정보’라는 개념도 결합용이성과 개인식별가능성이 있으면 개인위치정보가 되기 때문에 산업적 활용가치를 넘어 개인 프라이버시에 관한 정보로서 그 취급이 억제되어야 할 것인지 여부에 따라 개인위치정보 및 위치정보의 개념을 구분하는 용례를 취하는 것이 입법목적에도 부합할 것으로 사료된다.⁷⁾

제15조 (위치정보의 수집 등의 금지) ① 누구든지 개인 또는 소유자의 동의를 얻지 아니하고 <u>당해 개인 또는 이동성이 있는 물건의</u>	제40조 (벌칙) 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처한다.
---	--

면, 특정인을 부당하게 감시하거나 범죄행위의 도구로 악용될 여지도 높은 것이다; 방송통신위원회, LBS 산업육성 및 사회안전망 고도화를 위한 위치정보 이용 활성화 계획(안), 2010, 8~10쪽; 한국인터넷진흥원, 위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률 해설서, 2010, 8~10쪽 참조.

7) 지난 2011년 4월 애플사는 일부 아이폰 이용자의 동의 철회에도 불구하고 위치정보를 수집하여 왔다는 의혹을 받게 되었으며, 방송통신위원회는 같은 해 8월 3일 제45차 전체회의를 개최하여 일부 사용자가 동의를 철회한 경우에도 애플사가 위치정보를 수집한 행위에 대해서는 300만원의 과태료를 부과하였고, 위치정보를 이용자의 휴대단말기에 암호화하지 않고 저장한 애플사의 행위에 대해서는 위반행위를 시정할 것을 의결하였다. 이 사안에서 애플사가 수집한 위치정보는 ‘이동성이 있는 물건의 위치정보’로 한정되는지에 대하여는 “이동성이 있는 물건의 위치정보는 이동성이 있는 물건이 해당 물건 소지자의 이동과 어느 정도로 긴밀하게 결합되어 있는지 그리고 이동성이 있는 물건에 부착된 위치수집장치의 목적이 물건의 위치를 확인하고자 한 것인지 아니면 물건 소지자인 개인의 위치를 확인하고자 한 것인지 여부 등에 따라 ‘위치정보’가 되기도 하고 ‘개인위치정보’에 해당되기도 한다. 따라서 이동성 있는 물건의 위치정보에 대해 실사용자가 고정되어 있는지 그리고 항시 해당 물건을 소지하는지 여부, 물건의 위치수집의 목적, 물건의 재산적 가치 등을 종합적으로 고려해 개인위치정보 여부를 판단하여야 하며, 일반적으로 개인이 항시 휴대할 것으로 예상되는 휴대전화의 위치정보는 개인위치정보로 볼 수 있을 것이다.”라는 일종의 유권해석적 견해를 비추어볼 때 이를 받아들이기는 어렵다고 볼 것이다(한국인터넷진흥원, 같은 책, 21쪽 참조). 이에 대한 비판적 분석에 대하여는 이민영, 애플사의 위치정보 수집과 정보인권, 정보화정책 제19권 제1호, 한국정보화진흥원, 2012, 74~90쪽 참조.

<p>위치정보를 수집·이용 또는 제공하여서는 아니된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 제29조제1항에 따른 긴급구조기관의 긴급구조요청 또는 같은 조 제7항에 따른 경보발송요청이 있는 경우 제29조제2항에 따른 경찰관서의 요청이 있는 경우 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 	<ol style="list-style-type: none"> 제15조제1항의 규정을 위반하여 개인의 동의를 얻지 아니하고 당해 개인의 위치정보를 수집·이용 또는 제공한 자 <p>제43조 (과태료) ② 다음 각 호의 1에 해당하는 자는 1천만 원 이하의 과태료에 처한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 제15조제1항의 규정을 위반하여 소유자의 동의를 얻지 아니하고 이동성이 있는 물건의 위치정보를 수집·이용 또는 제공하거나 제15조제3항의 규정을 위반하여 위치정보 수집장치가 부착된 사실을 고지하지 아니한 자
---	--

(2) 개인정보보호 관련법체계의 정합성

위치정보법 제15조는 ① 제29조제1항에 따른 긴급구조기관의 긴급구조요청 또는 같은 조 제7항에 따른 경보발송요청이 있는 경우, ② 제29조제2항에 따른 경찰관서의 요청이 있는 경우, ③ 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 중 어느 하나에 해당하는 때를 제외하고는 누구든지 개인 또는 소유자의 동의를 얻지 아니하고 당해 개인 또는 이동성이 있는 물건의 위치정보를 수집·이용 또는 제공하여서는 아니 됨을 명시하고 있다.⁸⁾ 개인위치정보와 구별되는 개념인지 여부가 불분명한 ‘개인의 위치정보’에 대하여 개인식별가능성을 전제로 한 관념으로 이해한다면 이는 개인정보에 해당하므로 그 규율의 일반법적인 기본내용은 「개인정보 보호법(이하 ‘개인정보법’이라 한다)」에서 찾을 수 있는 것이라야 한다.

개인정보법 제15조제1항은 개인정보의 수집·이용에 대하여 “개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 수집할 수 있으며 그 수집 목적의 범위에서 이용할 수 있다.”라고 규정하면서 각 호로 ① 정보주체의 동의를 받은 경우, ② 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, ③ 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우 등을 제시하고 있으므로 위치정보법 제15조제1항 각 호는 법률에 특별한 규정이

8) 그런데 ① 제29조제1항에 따른 긴급구조기관의 긴급구조요청 또는 같은 조 제7항에 따른 경보발송요청이 있는 경우와 ② 제29조제2항에 따른 경찰관서의 요청이 있는 경우를 규정하고 있는 현행 위치정보법 제29조의 조문명은 ‘긴급구조를 위한 개인위치정보의 이용’이라는 점은 위치정보와 개인위치정보의 관념적 구분이 정지하게 규율되지 않고 있음을 반증한다고 볼 것이다.

있는 경우로서 특히 제1호와 제2호는 ‘정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우’를 그 내용으로 한다고 볼 수 있다. 개인정보의 목적 외 제공에 관하여도 개인정보법 제18조제2항은 “제1항에도 불구하고 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보주체 또는 제3자의 이익을 부당하게 침해할 우려가 있을 때를 제외하고는 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있다.”라고 규정하면서 각 호로 ① 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우와 ② 정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우 등을 제시하고 있으므로 위치정보법 제15조의 규율태도는 개인정보법의 개인정보 처리원칙에 부합한다고 볼 수 있다.

다만, 위치정보법에서 규정하고 있지 않은 사항 가운데 “개인정보처리자는 제2항 각 호의 어느 하나의 경우에 해당하여 개인정보를 목적 외의 용도로 제3자에게 제공하는 경우에는 개인정보를 제공받는 자에게 이용 목적, 이용 방법, 그밖에 필요한 사항에 대하여 제한을 하거나, 개인정보의 안전성 확보를 위하여 필요한 조치를 마련하도록 요청하여야 한다. 이 경우 요청을 받은 자는 개인정보의 안전성 확보를 위하여 필요한 조치를 하여야 한다.”라고 규정하고 있는 개인정보법 제18조제5항과 “개인정보처리자로부터 개인정보를 제공받은 자는 ① 정보주체로부터 별도의 동의를 받은 경우와 ② 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 중 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 개인정보를 제공받은 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있는 개인정보법 제19조가 적용된다고 봄이 타당하다고 보겠다. 이와 같은 법원리를 해석론적 측면에서 규율하고 있는 개인정보법 제6조의 경우 적용범위에 대하여 규정하고 있는바,⁹⁾ 이는 일반법인 개인정보법의 적용이 원칙이고 예외적으로 특별한 규정이 있는 개별법의 경우 정보주체의 권리보장을 저감하지 않는 때에만 당해 특별규정이 해당 사안에 규율될 뿐이어야 한다는 점과 이는 일반법으로서 개인정보법의 입법취지에

9) 개인정보법 제6조 (다른 법률과의 관계) 개인정보 보호에 관하여는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 등 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

서 비롯된다는 점을 천명하고 있다고 할 것이다.

2. 위치정보 활용의 정당한 절차

(1) 개인위치정보 취급의 요건 및 동의 획득 절차

위치정보법 제29조는 제1항에서 「재난 및 안전관리 기본법」 제3조제7호에 따른 긴급구조기관이 급박한 위협으로부터 생명·신체를 보호하기 위하여 배우자등(개인위치정보주체, 개인위치정보주체의 배우자, 개인위치정보주체의 2촌 이내의 친족 또는 「민법」 제928조에 따른 미성년후견인)의 긴급구조요청이 있는 경우 긴급구조 상황 여부를 판단하여 위치정보사업자에게 개인위치정보의 제공을 요청할 수 있음을 명시하고 있으며, 제2항에서는 「경찰법」 제2조에 따른 경찰관서(경찰청·지방경찰청·경찰서)가 위치정보사업자에게 ① 생명·신체를 위협하는 급박한 위협으로부터 자신 또는 다른 사람 등 구조가 필요한 사람(이하 ‘구조받을 사람’이라 한다)을 보호하기 위하여 구조를 요청한 경우 구조를 요청한 자의 개인위치정보, ② 구조받을 사람이 다른 사람에게 구조를 요청한 경우 구조받을 사람의 개인위치정보, ③ 「실종아동등의 보호 및 지원에 관한 법률(이하 ‘실종아동보호법’이라 한다)」 제2조 제2호에 따른 실종아동등의 생명·신체를 보호하기 위하여 같은 법 제2조제3호에 따른 보호자가 실종아동등에 대한 긴급구조를 요청한 경우 실종아동등의 개인위치정보 중 어느 하나에 해당하는 개인위치정보의 제공을 요청할 수 있음을 규정하고 있다. 이들 두 조항은 긴급구조 목적의 요건이라 할 수 있는바, 경찰관서가 개인위치정보의 제공을 요청할 수 있는 사유 중 ①에 대하여는 위치정보법 제29조제2항에 “다만, 제1호에 따라 경찰관서가 다른 사람의 생명·신체를 보호하기 위하여 구조를 요청한 목격자의 개인위치정보를 제공받으려면 목격자의 동의를 받아야 한다.”라는 단서가 마련되어 있다. 긴급구조 목적의 대상이 아닌 목격자로부터의 개인위치정보 제공에 대한 동의 획득을 요건으로 한다는 것이다. 목격자는 개인정보법 제15조제1항의 목적 가운데 ③에 해당하는 ‘정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우’에 부합하지 않는 개인위치정보주체이므로 각 호 중 ①에 해당하는 ‘정보주체의 동의를 받은 경우’를 충족할 때 개인위치정보의 활용이 가능한 것이다.

그런데 위치정보법 제29조는 제3항에서 “제2항제2호에 따라 다른 사람이 경찰관

서에 구조를 요청한 경우 경찰관서는 구조받을 사람의 의사를 확인하여야 한다.”라고 규정하고 있으며, 이에 대하여는 같은 조 제10항의 위임을 받아 지난 해 11월 15일 개정된 위치정보법 시행령 제28조의2가 규율하고 있다.¹⁰⁾ 문제가 되는 것은 구조받을 사람의 의사를 확인하라는 법규가 개인위치정보의 제공에 대한 사전 동의 획득을 의미하는지 여부라 하겠다. 그렇지만 이미 언급한 바와 같이 구조받을 사람은 개인정보법 제15조제1항의 목적 가운데 ③에 해당하는 ‘정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우’에 부합하는 개인위치정보주체이므로 위치정보사업자는 동의를 획득하지 않고도 개인위치정보를 제공할 수 있게 되는 것인데, 위치정보법 제29조는 제1항과 제2항에서 이를 명시적으로 규정하고 있을 뿐이라 하겠다. 그렇기 때문에 구조받을 사람의 의사 확인은 개인위치정보 제공의 동의 획득이라 볼 수 없는 것이다. 그렇다면 구조받을 사람의 의사 확인은 구조 여부에 대한 의사 확인인가? 제정근거에 더 잡아 위치정보법에서 규율할 사항이 아님은 분명하다.

위치정보법 시행령 제28조의2는 제1항에서 구조받을 사람의 의사확인 방법을

10) 법 시행령 제28조의2 (구조받을 사람의 의사확인 방법 등) ① 법 제29조제3항에 따라 경찰관서는 구조받을 사람의 의사를 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 확인하여야 한다.

1. 구조받을 사람이 사전에 경찰관서나 위치정보사업자에게 긴급구조 상황 발생 시 자신을 대신하여 경찰관서에 신고할 수 있는 사람을 알리고, 자신의 개인위치정보의 제공에 대하여 동의한 경우에는 그 사실을 확인하는 방법
2. 구조받을 사람이 다른 사람에게 구조를 요청하는 음성 또는 문자 메시지 등을 전송한 경우에는 그 사실을 확인하는 방법
3. 제1호 및 제2호 외의 경우에는 경찰관서가 직접 구조받을 사람에게 연락하여 그 의사를 확인하는 방법
- ② 제1항 각 호의 방법에 따른 의사확인 방법은 위치정보사업자에게 개인위치정보의 제공을 요청하기 전에 하여야 한다. 다만, 제1항제3호의 방법에 따른 의사확인 방법은 구조받을 사람의 생명·신체에 대한 뚜렷한 위험을 초래할 우려가 있는 경우 개인위치정보의 제공을 요청한 후에 할 수 있다.
- ③ 개인위치정보주체는 언제든지 제1항제1호에 따른 동의를 철회할 수 있다. 이 경우 경찰관서와 위치정보사업자는 관련 정보를 지체 없이 파기하여야 한다.
- ④ 경찰관서는 제1항제1호의 방법에 따른 의사확인 업무를 전자적으로 처리하기 위한 정보시스템을 구축·운영하고, 위치정보사업자와 공동으로 활용할 수 있다.
- ⑤ 경찰관서는 제4항에 따른 정보시스템을 구축·운영할 때에는 정보시스템에 접속할 수 있는 자를 업무수행에 필요한 최소한의 인원으로 제한하여야 하고, 개인정보의 누설, 변조, 훼손 등의 방지와 권한이 없는 자의 접근 방지를 위한 안전장치를 하여야 한다.

각 호로써 ① 구조받을 사람이 사전에 경찰관서나 위치정보사업자에게 긴급구조 상황 발생 시 자신을 대신하여 경찰관서에 신고할 수 있는 사람을 알리고, 자신의 개인위치정보의 제공에 대하여 동의한 경우에는 그 사실을 확인하는 방법, ② 구조받을 사람이 다른 사람에게 구조를 요청하는 음성 또는 문자 메시지 등을 전송한 경우에는 그 사실을 확인하는 방법, ③ 제1호 및 제2호 외의 경우에는 경찰관서가 직접 구조받을 사람에게 연락하여 그 의사를 확인하는 방법 등 세 가지로 분류하여 제시하고 있다. 그 중 ①에서처럼 구조받을 사람의 개인위치정보 제공에 대한 동의를 포함시키는 경우의 의사 확인방법은 긴급구조상황이 발생되기 이전의 문제임은 이해할 수 있으나, 위치정보법 제29조제3항은 “제2항제2호에 따라 다른 사람이 경찰관서에 구조를 요청한 경우 경찰관서는 구조받을 사람의 의사를 확인하여야 한다.”라고 규정하고 있어 긴급구조상황 발생 이후의 의사 확인이라는 점에서 ①의 전단(前段)이 정합성이 부족하며 ①의 후단(後段) 역시 동의사실 확인이 개별 동의 획득이라는 점과 구조받을 사람은 생명·신체를 위협하는 급박한 위험으로부터 자신 또는 다른 사람 등 구조가 필요한 사람이므로 이러한 의사 확인이 개인위치정보 제공 전에 이루어질 경우 더 큰 위험을 야기할 수 있다는 점에서 적합하지 않다고 생각한다. 위치정보법 시행령 제28조의2제2항이 “제1항 각 호의 방법에 따른 의사 확인은 위치정보사업자에게 개인위치정보의 제공을 요청하기 전에 하여야 한다. 다만, 제1항제3호의 방법에 따른 의사 확인은 구조받을 사람의 생명·신체에 대한 뚜렷한 위험을 초래할 우려가 있는 경우 개인위치정보의 제공을 요청한 후에 할 수 있다.”라고 규정하고 있는 것도 어느 정도 문제점을 보완하려는 것임은 인정되겠지만, 긴급구조상황의 전제가 의사 확인으로 말미암아 구조받을 사람의 생명·신체에 대한 뚜렷한 위험을 초래할 우려가 있는 경우로 이어질 개연성이 충분하기 때문에 구조 요청의 메시지 전송 시 그 사실을 확인하는 방법이라는 다른 수단이 존재하더라도 개인정보법 제15조제1항제3호의 ‘정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우’의 의미에서는 의사 확인 자체가 절차적 아킬레스건이 될 수 있다.

(2) 개인위치정보의 활용에 대한 적용법규의 준별

한편, 긴급구조 목적의 요건에 관한 위치정보법과 실종아동보호법의 적용 범주

를 다음과 같이 설명할 수 있다.

위치정보법 제29조 제2항제3호 및 제4항에 따르면 경찰관서는 실종아동보호법 제2조제2호에 따른 실종아동등의 생명·신체를 보호하기 위하여 같은 조 제3호에 따른 보호자가 실종아동등에 대한 긴급구조를 요청한 경우 위치정보사업자에게 실종아동등의 개인위치정보의 제공을 요청할 수 있으며, 이 경우 대통령령으로 정하는 특수번호 전화서비스(112)를 통한 호출에 한정된다고 할 것이다. 여기서 실종아동등이나 그 보호자로부터 동의획득에 관한 규정이 없는 것은 전자(前者)가 개인정보법 제18조제2항제3호(정보주체 또는 그 법정대리인이 의사표시를 할 수 없는 상태에 있거나 주소불명 등으로 사전 동의를 받을 수 없는 경우로서 명백히 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 필요하다고 인정되는 경우)에 해당하는 반면, 후자(後者)의 경우 「개인정보 보호법」 제18조제2항제2호(다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우)의 법정사유에 부합하기 때문이라 하겠다. 반면 실종아동보호법 제9조 및 같은 법 시행령 제4조의3에 따라 범죄로 인한 경우를 제외하고 실종아동등의 조속한 발견을 위하여 필요한 때에는 보호자 동의를 받아 그 개인위치정보의 제공을 요청할 수 있는바, 실종아동보호법 제9조제5항 후문은 “제2항에 따른 개인위치정보의 제공을 요청하는 방법 및 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”라고 규정하고 있으며, 시행령 제4조의3은 제2항에서 “경찰관서의 장은 제1항에 따라 개인위치정보의 제공을 요청하려는 경우 실종아동등의 보호자(보호자가 아닌 사람이 실종신고를 한 경우에는 그 신고자를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)에게 각 호의 사항을 확인할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이렇게 볼 때, 위치정보법 제4조는 다른 법률에 특별한 규정이 있으면 다른 법률의 규정을 우선 적용토록 하고 있으나, 이는 중첩되는 규율대상에 대하여 다른 규정이 충돌하는 경우 법규 적용의 우열과 그 범주의 확정원칙을 명시한 것이라는 점에서 그 목적 및 요건 등에서 구별되는 본 사안에 있어서는 논의를 달리 한다고 볼 것이다.

근거 법률	개시 목적	동의 요부	제공요청의 사유	요청판단의 주체
위치정보법	긴급구조 (112 호출)	×	목전의 생명·신체 위해가능성	보호자
실종아동보호법	조속한 발견 (범죄 제외)	○	보호자로부터의 이탈 장기화	경찰관서

따라서 실종아동등에 대하여 112로 접수된 사건이라 하더라도 위치정보법이 아니라 실종아동보호법을 적용해야 할 경우가 있으며, 그 밖의 지구대로 접수된 실종사건의 경우라고 하더라도 위치정보법 소정의 요건이 갖추어지면 실종아동보호법의 적용은 배제된다고 할 수 있다. 예컨대, 실종아동등의 실종사건이 112로 접수되었으나 이후 조속한 발견을 위하여 경찰관서가 보호자로부터 동의를 받아 개인 위치정보 제공을 요청할 경우 실종아동보호법이 적용되겠지만, 경찰관서로 접수된 실종사건이라도 실종아동등의 생명·신체를 보호하기 위하여 보호자가 긴급구조요청을 112 호출한 때는 위치정보법이 적용되는 것이다.

Ⅲ. 위치정확도의 최적화를 위한 법적 과제

1. 주요국의 현황

(1) 미국

미국의 경우 이동통신사업자의 상업적 위치기반서비스가 활성화되기 전인 1999년 정부 차원에서 유선전화 기반 911 시스템을 휴대폰을 이용한 Enhanced 911(E911) 시스템으로 변경하여 의무화하고 있다.¹¹⁾ 모든 휴대폰이 911 통화 시 정확한 위치정보를 PSAP¹²⁾에 제공하도록 FCC(Federal Communications Commission; 연방커뮤니케이션위원회)는 2001년에 관련 조항을 개정하였는바,¹³⁾ 위성신호 기반 측위는 50m(67% 신뢰도)~150m(95% 신뢰도)의 정확도를 제공하고 도심지역을 대상 기준으로 하는 네트워크 기반 측위는 100m(67%)~300m(95%)의 정확도를 제공한다.

이에 따르면 사업자는 자사의 이동통신서비스 방식을 고려하여 선택적으로 측위 기준을 적용하는바, 위성신호 기반의 경우 CDMA 방식은 모뎀 칩 내에 GPS 기능이 탑재되어 있어 위성신호기반 측위 기준 적용이 용이한 반면 네트워크 기반의 경우 GSM 방식은 위성신호 기반을 적용하기 위해 GPS 안테나 칩을 추가로 장착

11) 1996년에 Verizon Wireless, Sprint PCS, AT&T Wireless 등과 같은 이동통신사업자들에게 긴급구난 시스템인 911 콜센터에 구조 요청을 한 재난자의 정확한 위치 파악을 위한 프레임워크인 Enhanced 911 구축을 명령함으로써 이동전화 발신자의 위치를 추적하는 기술을 수용한 것이다.

12) PSAP(Public Safety Answering Point)라 함은 발신자의 위치정보를 확인해 긴급구조 서비스를 제공하는 지역응급센터를 말한다.

13) Revision of the Commission's Rules to Ensure Compatibility with Enhanced 911 Emergency Calling Systems, FCC 01-297 (released Oct. 12, 2001).

해야 하므로 네트워크 기반 측위기준 적용이 용이하다.¹⁴⁾

당초 FCC는 E911 서비스 가능 휴대폰의 보급률을 2005년에 95%까지 확대할 계획이었으나 사업자들의 기술적 어려움으로 기간을 2007년으로 연장하였으며, 같은 해 8월 보급률이 81%인 Sprint Nextel, US Cellular, Alltel 등 일부 업체에 규정 위반으로 총 280만 달러의 벌금이 부과되었다. 그러나 현재 E911의 측위기준을 만족하는 업체가 80% 이상으로 긴급구조를 위한 위치정보 제공이 효율적으로 정착되고 있다고 할 수 있다.

(2) 일본

일본의 경우 2006년 1월 「사업용 전기통신설비규칙」 제35조의2제2호를 ‘긴급통보를 발신한 단말 설비 등과 관련되는 전기통신번호, 그 밖의 해당 발신과 관련되는 정보로서 총무대신이 따로 고시하는 정보를 해당 긴급통보와 관련되는 경찰기관 등의 단말설비에 송신하는 기능을 가지는 것’으로 개정하여 경찰·소방기관 등과 같은 긴급통보기관에 위치정보를 통지하기 위한 기술기준을 규정해 다음 해 4월부터 시행하고 있다.¹⁵⁾ 「사업용 전기통신설비규칙」 개정을 근거로 이동통신 단말기에 GPS기능 탑재를 권고하고 있으며, QZSS(Quasi-Zenith Satellite System; 준극궤도 위성시스템)는 GPS 시스템과 100% 호환되어 위성 기반의 측위 정확도가 높아질 것으로 예상된다.¹⁶⁾

실내 GPS 비콘 시스템을 도입해 GPS 수신 음영지역인 실내 위치정보의 오차를 줄이는 방안을 마련했지만, 이동통신 단말기의 GPS 기능 탑재 의무화를 법령에 명시하지 않고 정책적으로 수행함으로써 GPS 단말 보급이 원활하지 못한 상황에 놓여있다.

14) <http://transition.fcc.gov/pshs/services/911-services/enhanced911/Welcome.html>

15) 「事業用電気通信設備規則」第三十五条之二 電気通信番号規則第十一条 各号に規定する電気通信番号を用いた警察機関、海上保安機関又は消防機関（以下「警察機関等」という。）への通報（以下「緊急通報」という。）を扱う事業用電気通信回線設備については、次の各号に適合するものでなければならない。

二 緊急通報を発信した端末設備等に係る電気通信番号、その他当該発信に係る情報として総務大臣が別に告示する情報を、当該緊急通報に係る警察機関等の端末設備に送信する機能を有すること。ただし、他の方法により同等の機能を実現できる場合は、この限りでない。

16) 방송통신위원회, 같은 글(註 6), 14쪽.

(3) 유럽

EU(the European Union; 유럽연합)¹⁷⁾의 경우 2002년 보편적 역무 지침(Universal Service Directive)¹⁸⁾을 통해 E112 서비스 규제 틀을 마련하여 유럽 전체에서 112 단일번호를 무상 이용하고 있다.¹⁹⁾

2. 향후 입법방안

(1) 입법정책적 검토

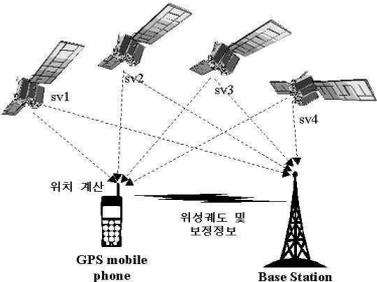
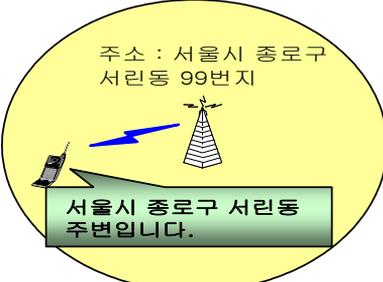
위치정보법의 개정으로 긴급구조 목적으로 경찰관서는 위치정보사업자로부터 개인위치정보를 제공받을 수 있게 되었다. 이처럼 개정된 위치정보법을 근거로 하여 경찰의 개인위치정보 활용이 가능해졌지만, 위치정보의 정확도가 낮아 긴급상황에서 위치정보의 효용성이 제한적인 현실은 정책적 과제에 해당한다.

	위성 기반 측위방식	네트워크(Cell ID)기반 측위방식
개 념	·위성에서 수신되는 신호를 바탕으로 위치를 계산하는 방식	·휴대폰이 통화하고 있는 기지국 위치 정보를 휴대폰의 위치정보로 인식

17) EU(the European Union; 유럽연합)는 1957년 유럽경제공동체(EEC : European Economic Community)가 출범한 이후 단일 유럽법과 마스트리히트조약에 의한 유럽공동체(EC : European Community)의 새로운 명칭이다. 유럽의 정치·경제 통합을 실현하기 위하여 1993년 11월 1일 발효된 마스트리히트조약에 따라 유럽 12개국이 참가하여 출범한 연합기구이다. 원래 EEC(European Economic Community; 유럽경제공동체) 회원국은 벨기에·프랑스·서독·이탈리아·룩셈부르크·네덜란드였으며 1973년에 덴마크·아일랜드·영국, 1981년에 그리스, 1986년에 포르투갈·스페인, 1995년에 오스트리아·핀란드·스웨덴 등 유럽자유무역연합(EFTA : European Free Trade Association;) 회원국이 모두 가입하였다. 2004년 폴란드·헝가리·체코·슬로바키아·슬로베니아·리투아니아·라트비아·에스토니아·키프로스·몰타 등 10개국이 가입하였고, 2007년 불가리아·루마니아가 새로 가입함으로써 가맹국 수가 총 27개국으로 늘어났다. 2011년 6월 30일 크로아티아와의 EU가입 협상이 종료됨에 따라 2013년 7월에 크로아티아는 EU의 28번째 회원국으로 가입될 예정이다. 1975년부터 정책결정 과정에서 중요한 영향력을 행사하는 유럽정상회담(European Council)을 정기적으로 개최하기 시작하였다; <http://terms.naver.com/entry.nhn?docId=1166984&mobile&categoryId=200001142>

18) DIRECTIVE 2002/22/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 7 March 2002 on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services (Universal Service Directive)

19) Universal Service Directive Article 26 (Single European emergency call number) 1. Member States shall ensure that, in addition to any other national emergency call numbers specified by the national regulatory authorities, all end-users of publicly available telephone services, including users of public pay telephones, are able to call the emergency services free of charge, by using the single European emergency call number '112'.

<p>서비스 구성도</p>		
<p>장 점</p>	<p>·높은 위치 정확도</p>	<p>·단말기에 추가 장치 장착 불필요</p>
<p>단 점</p>	<p>·추가 장치(GPS칩, 부가장치) 필요 ·도심, 지하 및 실내에서 사용 곤란</p>	<p>·기지국에 따른 측위 정확도 차이가 큼</p>
<p>오 차</p>	<p>50m 이내(개활지 : 10~30m, 건물밀집지 : 50~150m)</p>	<p>도심 500~1km, 외곽 1~5km</p>

<측위 방식별 위치정보 정확도 비교>

법령 상호간에 정책의 간격이 존재하며 이를 통해 거시적인 정책적 구도를 제공할 수 있기 때문에,²⁰⁾ 정책의 법집행을 위한 규범 형성이 신속한 인명구조를 위한 위치정확도 기준의 법규화가 필요하다.

모두에서 지적한 바와 같이 최근 관련 사건에서 신고자의 부정확한 위치정보로 인해 신속한 구조가 어려웠을 뿐만 아니라 소방방재청 및 해양경찰청 등 긴급구조 기관이 위치정보사업자에 해당하는 이동통신사로부터 현재 제공받는 위치측위는 기지국 기반으로 운영되는 위치정보로서 GPS(global positioning system; 위성항법장치)나 Wi-Fi 등의 활용이 미흡하므로 일반 휴대전화의 경우 대략 위치정확도가 도심지역에서 500m~1km, 외곽지역에서 1~5km 정도로 상당한 오차가 발생하는 게 현실이다. 따라서 위치정확도가 낮아 실제 구조 목적의 활용성이 높지 않은 실정이다. 긴급구조 목적을 달성하기 위해서는 10~100m의 위치정확도가 요구되는데도 말이다. 이렇게 볼 때 위치정보사업자가 기지국, GPS, Wi-Fi 등을 종합적으로 활용하여 정확도가 높은 위치정보를 긴급구조기관에 제공토록 하는 법규의 마련이 필요하며, 이에 있어서는 현행 위치정보법 관련규정의 재검토가 선행되어야 할 것이다.

위치정확도 향상에 따라 연 3,200여 명의 추가 인명구조가 가능하며 행정비용의 절감도 기대된다는 점은 위치정확도 제고에 따른 파급효과를 예측한 연구의 결과에서 확인할 수 있다.²¹⁾ 위치정확도 제고에 따른 긴급구조 효율성 향상 및 산업적

20) David G. Williams, *Plenary Review : A Macro-Policy Approach to Improve Public Policy*, Parkersburg, WV: Interactivity Foundation, 1992, p.24.

파급효과 연구 결과에 따르면 경찰청·소방방재청 등 통계자료를 활용하여 산정해 볼 때 GPS 위치정보 활용시 긴급구조의 신고·접수 및 수색을 위한 약 224억 원의 사회적 비용이 절감되며, 연간 25,200여 명(GDP 1,177억 원)의 인명을 구할 수 있을 것으로 예측된다. 이와 같은 긴급구조 향상 및 행정력 절감 이외에도 시장 활성화 및 고용 창출 효과도 예견되는바, 한국은행 산업연관표 및 한국전자통신연구원 통계자료를 활용하여 산정해 볼 때 향후 5년간 약 47천명의 고용 효과와 모바일 LBS 및 관련산업 분야의 2.8조원 추가 성장이 기대된다. 아울러 한국교통연구원·도로교통공단 등 통계자료를 활용하여 산정해 볼 때 위치정확도 제고에 따른 인프라 확대로 연간 4천억 원의 기업물류비 절감 및 일반 국민들의 교통·이동 비용절감에 따른 연간 3.3조원의 기회비용 감소 등 사회적 편익증대 효과도 가져올 수 있다고 한다.

구 분 (연간 파급효과)			비용절감	인명구조	GDP환산액
도로교통 사고	신고·접수 효율화 효과		72억원	-	-
	수색범위 축소의 효과		97억원	-	-
	인명손실 방지효과	- 60대 사망자	-	1,664명	454억원
		- 악천후 시	-	448명	122억원
- 야간 사고		-	700명	190억원	
해양 사고	신고·접수 효율화 효과		0.2억원	-	-
	수색과정 절감		55억원	-	-
	사망자 수 감소		-	406명	111억원
사회적 안전망	실종자 수 감소		-	22,000명	300억원
합 계			224억원	25,200여명	1,177억원
구 분 (5년간 파급효과)			경제적 파급효과		고용 창출
			직접	간접	
산업 파급효과	GPS칩 내장 효과		800억원	5,000억원	-
	Mobile LBS서비스 플랫폼 솔루션	산업 발전	2.82조원	-	47천명
		생산 유발	-	5조원	-
		부가가치창출	-	2.3조원	-
합 계			2.9조원	7.8조원	47천명
구 분 (연간 파급효과)	비용절감	내 용			
물류산업에의 파급효과	4,354억원	기업물류비 0.41% 절감(전체 절감을 2%, 도로체중회피 0.08%, 수·배송경로개선 12.5% 반영)			
도시근로자 업무기회비용절감	1.51조원	도시근로자 7백만명, 인당 1일 10분 절감 (인당 67만원 절감)			
차량이동 비용절감	1.75조원	등록차량대수 16백만대, 대당 10분 운행 절약 (대당 28만원 절감)			
합계	3.7조원				

<위치정확도 제고에 따른 파급효과>

21) 인사이트플러스, 위치정확도 제고에 따른 긴급구조 효율성 향상 및 산업적 파급효과, KISA 2009-7, 한국인터넷진흥원, 2009.

이와 같은 사회경제적 수요에 대응하기 위해서는 기술 발전뿐만 아니라 규범형성이 요청되는바, 이동통신의 발달과 휴대단말기의 보급이 대중화되면서 휴대단말을 이용한 119·112 등의 긴급구조 요청이 증폭되고 있어 사회안전망으로서 위치정보 활용도 제고가 요청됨에도 불구하고 비교적 정확한 위치정보를 얻을 수 있는 GPS 휴대전화의 경우 단말기 보급률이 현재 저조한 상태임을 고려해야 한다. 그러므로 위치정확도 제고에 따른 긴급구조의 효율성 향상 및 관련산업에 미치는 파급효과 예측에 근거하여 현행 법제도 운용개선의 필요성이 법현실적·법정책적으로 존재한다고 볼 것이다. 이는 입법수요에 부합하는 입법기술적 대응이 요청되는 사안이므로 형식적·실질적 논리전개가 병행되어야 하며, 따라서 긴급상황에서 정확한 위치정보 활용을 위해 구조 요청자의 위치정확도 기준 고시(告示) 근거를 마련하여 위치정보사업자인 이동통신사가 이를 준수토록 하는 것이 필요하다고 볼 수 있다.

(2) 입법형식적 논의

현행 위치정보법 제34조는 제1항에서 제3항까지 기술표준 고시 및 그 준수 권고의 법적 근거를 확보하고 있는바,²²⁾ 여기서의 고시는 일반 국민에 대하여 권리의무관계에 영향을 주거나 법원 재판의 근거규범으로서의 대외적 구속력으로 기능하는 법규(*Rechtssatz*)의 성질을 지니지 않으므로 행정입법(行政立法) 중 행정청 내부의 사무처리준칙으로서 이른바 행정규칙(行政規則)에 해당한다.²³⁾

22) 위치정보법 제34조 (표준화의 추진) ① 방송통신위원회는 관계중앙행정기관의 장과 협의를 거쳐 위치정보의 보호 및 이용을 위한 위치정보의 수집·이용 또는 제공에 관한 표준을 정하여 고시할 수 있다. 다만, 「산업표준화법」 제12조에 따른 한국산업표준이 제정되어 있는 사항에 대하여는 그 표준에 따른다.

② 방송통신위원회는 위치정보사업자등 또는 위치정보와 관련된 제품을 제조하거나 공급하는 자에게 제1항의 규정에 의한 표준의 준수를 권고할 수 있다.

③ 제1항에 따른 표준화의 대상은 다음 각 호와 같다.

1. 위치정보의 보호 및 인증 관련 기술
2. 위치정보의 수집, 저장, 관리 및 제공 관련 기술
3. 긴급구조와 그 밖의 공공서비스 관련 기술
4. 그 밖에 위치정보의 보호 및 이용 관련 기반 기술

④ 제1항에 따른 표준화의 방법 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑤ 방송통신위원회는 위치정보의 수집·이용 또는 제공에 관한 표준화 활동을 지원할 수 있다.

23) 이 사건 처분의 근거규정은 행정청 내부의 사무처리준칙에 해당하는 것으로서 위 규정의 해석·적용과 관련하여 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 효력이 있는 것으로 볼 수 없다; 대법원

한편, 위 고시의 준수 권고는 행정청 내부의 사무처리준칙을 이행할 것을 권유하고 유도하는 행정지도로서, ‘행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용’으로 새겨지는 쟁송법상 처분(爭訟法上 處分), 즉 행정처분은 아니라 할 것이다. 다만, 긴급구조를 위한 개인위치정보의 이용과 관련하여 새로운 근거를 마련한다면 법규성을 지닌 이른바 법령보충규칙(法令補充規則)으로서 법규명령(法規命令)에 해당하는 고시로 제정하여 그 법규성을 갖는 것으로 설정하는 데 대한 정책적 판단을 고려할 수 있을 것이며, 이 경우 고시 위반시 행정질서벌로서 과태료 부과가 가능하여 위반 시 제재로 그 실효성을 확보할 수 있게 될 것이다. 그리고 법규명령으로서 위치정확도 기준 고시의 근거를 추가함에 있어서는 지난 해 5월 14일 개정 위치정보법 제 29조제10항이 “제1항 및 제2항에 따른 긴급구조요청...의 방법 및 절차에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”라고 규정하고 있으나, 이를 근거로 하기에는 제조사 등에 대한 규제 명확성이 저감되므로 구체적 위임이 필요하다고 볼 수 있다.

이는 “규제는 법률에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령(上位法令)에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령에서 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다.”라고 규정하고 있는 「행정규제기본법」 제4조제2항에 따른 규제법정주의원칙에 따른 귀결이다. 이에 따라 다음과 같이 법령정비방안을 구상할 수 있을 것이다.

우선 법률 단계에서 ‘긴급구조를 위한 위치정확도 확보’라는 제명으로 위치정보법 제29조의2를 신설하면서 제1항을 “제29조제1항 또는 제2항에 따라 대통령령으로 정하는 위치정보사업자가 긴급구조기관 또는 경찰관서에 제공하는 개인위치정보의 위치정확도에 관한 기준을 준수하여야 한다.”라고 규정하고 제2항을 “방송통신위원회는 제1항에 따른 기준을 대통령령으로 정하는 바에 따라 고시하여야 한다.”라고 위임하여 고시 근거를 명시토록 하는 방안이다. 그리고 법 시행령의 경우 현행 조문을 조정하여 신설되는 제30조의2에서 제1항을 “법 제29조의2제1항에서 “대통령령으로 정하는 위치정보사업자”란 방송통신위원회의 허가를 받은 위치정보사업자 중 이동통신사업자를 말한다.”라고 명문화하고 제2항의 경우 “법 제29조의2제2항에 따른 고시에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.”라고 규정하면서

각 호로서 ① 위성기반 측위 정확도, ② 네트워크기반 측위 정확도, ③ 사생활권 보호를 위한 조치, ④ 위치 정확도에 대한 품질평가, ⑤ 그밖에 개인위치정보의 위치정확도와 관련하여 필요한 사항 등을 제시토록 하는 방안을 생각할 수 있을 것이다.

이렇게 형식적 근거를 확보하는 방안으로 위치정보법에 위치정확도 기준 준수 의무가 부여되면 위반시 제재가 행정질서벌인 과태료 부과가 가능하다고 볼 수 있으며, 현행 위치정보법 제43조제1항에 제6호로 ‘제29조의2제1항을 위반하여 기준을 준수하지 아니한 자’를 신설하여 2천만 원 이하의 과태료에 처하도록 규율할 수 있겠다.

IV. 결론에 갈음하여

50개 주요 사업자에 대한 인터뷰 및 30개 사업자를 대상으로 한 설문조사로 매출액을 파악하고 나머지 사업자는 사업규모를 통해 추정해볼 때 2013년 국내 모바일 LBS 시장 규모는 위치정보사업 353억원, 위치기반서비스사업 2,110억원, LBS 지원 단말사업 19,035억원으로 전망된다. 하지만 위치정보의 활용은 산업적 수요에 그치지 않는다. 경찰이 위급상황에 처한 자를 신속하게 구조하기 위하여 위치정보를 활용할 수 있도록 하는 위치정보법의 개정은 비록 경찰의 개인위치정보 활용으로 인한 개인 사생활의 인권침해나 개인위치정보 오·남용의 우려에도 불구하고 현실적인 수요를 반영한 것이라 볼 수 있다. 그러므로 긴급구조 목적의 위치정보 활용에 있어 개인위치정보의 취급에 관한 법정 요건과 절차를 준수하여야 할 뿐만 아니라 적용의 대상과 범주에 대한 규범적 이해가 선행되어야 한다.

무엇보다 중요한 것은 입법정책적으로 위치정보 활용의 오·남용을 억제하면서 위치정보 활용의 산업적 수요를 반영할 수 있는 제도적 틀 속에 상충되는 가치를 조화롭게 규율하는 것이라 할 수 있다. 위치정보법이 상호 충돌되는 법익을 보호하는 입법목적은 보유하고 있는바, 법현실에서도 규범력 있는 정책의 법집행이 요구된다고 하겠다. 앞서 지적한 바와 같이 “제2항제2호에 따라 다른 사람이 경찰관서에 구조를 요청한 경우 경찰관서는 구조받을 사람의 의사를 확인하여야 한다.”라고 규정하고 있는 위치정보법 제29조제3항과 그에 따른 규정의 위임근거를 밝히고 있는 같은 조 제10항 그리고 위치정보법 시행령 제28조의2는 규율내용의 정합

성을 입법의도가 선회한다는 점에서 부적절하다고 본다. 우선 구조받을 사람의 의사 확인은 개인위치정보 제공의 동의 획득이라 볼 수 없는 것이고 구조받을 사람의 의사 확인은 구조 여부에 대한 의사 확인이라고도 볼 수 없기 때문이며, 긴급 구조상황의 전제가 의사 확인으로 말미암아 구조받을 사람의 생명·신체에 대한 뚜렷한 위험을 초래할 우려가 있는 경우로 이어질 개연성이 충분하기에 그러하다.

한편 위치정확도 제고에 관한 해외사례에서 확인할 수 있듯 긴급상황에 대처하는 개인위치정보의 품질향상은 현실적 과제인바, 그 정책적 대응은 사업자에 대한 의무부과로서의 규제적 성격이 존재한다면 법령정비가 요구되는 사안이라 할 수 있다. 그러므로 행정지도로 기준 고시 준수의 유도적 행정작용을 펼칠 것인가 아니면 규제적 행정을 통해 의무위반에 대한 제재를 가할 것인가에 대해 정책적 판단이 선행되어야 할 것이며, 후자의 관점에서는 규제행정의 일환으로 위치정보법의 법제정비를 할 필요가 존재한다.

긴급구조 목적의 위치정보 활용에 관한 법령정비에 있어서 GPS 단말 비율을 일정기준 이상 확보하도록 의무화하는 등 위치정확도 제고를 위한 방안에서는 규범형식적인 차원에서 위치정확도 기준 고시에 반영하는 것 이외에도 재정적 부담의 경감을 통한 실질적인 사업자 유도가 요청된다고 여겨진다. 통신산업의 국가경제적 영향력과 함께 일반국민의 실생활에 있어서의 이동통신의 밀착성을 고려할 때 조성적 행정의 도모도 고려되어야 할 것이라 생각하기 때문이다. 물론 기술적인 관점에서 위치정보의 정확도 제고를 위한 신기술의 개발·보급도 추진되어야 하고 GPS, Wi-Fi 등을 이용하여 정확한 위치 조회 및 신고가 가능하도록 스마트폰 앱의 개발·보급 확대 등 위치정보의 정확도 향상을 위한 인프라를 확충하는 방안도 전개되어야 한다.

위치정보법과 법 시행령 제29조는 공공질서의 유지와 공익증진을 위하여 부여된 특수번호 전화서비스를 통한 긴급구조요청 호출을 규율하고 있으며, ① 화재·구조·구급 등 긴급한 민원사항 신고용 특수번호 119, ② 해양에서의 사고 등 긴급한 민원사항 신고용 특수번호 122, ③ 범죄 피해 등으로부터의 구조 등 긴급한 민원사항 신고용 특수번호 112와 같이 세 가지를 제시하고 있다. 이처럼 긴급구조 목적의 위치정보 활용은 긴급한 민원사항에 신속히 대응할 수 있는 사회안전망으로 이용되는 신고용 특수번호를 매개로 하며, 민간 LBS 산업 활성화에도 활용될 수 있는 자원이라고 할 수 있다. 살피건대 그럼에도 불구하고 개인위치정보도 개인정보인 까닭에 개인위치정보주체의 개인정보자기결정권 보장이라는 개인정보법의 가치

철학과 배치되지 않는 산업적인 고려를 통해 위치정보를 둘러싼 긴장관계를 완화할 수 있는 근본적인 사회적 합의가 형성되어야 할 것으로 본다.

(논문접수일: 2013.01.30, 심사개시일: 2013.02.15, 게재확정일: 2013.03.20)



▶ 이민영

위치정보(location data), 개인위치정보(personal location information), 긴급구조(emergency rescue), 위치정보 활용(location data utilization), 위치정확도(location accuracy)

Abstract

Legal Issues on Utilization of Location Data for the Sake of Emergency Rescue

LEE, Min-Yeong*

Nowadays the importance of personal location information is on the rise, because it is utilized in industry area of LBS(location based service). By means of information technology, location data has been the principal factor of various ubiquitous services under public and private environment. On the other hand, personal location information is personal data related to information privacy as fundamental human rights. It is also reflected on the statute, 「Act on the Protection, Use, etc. of Location Data(APULD)」 legislated to protect privacy from the leakage, abuse and misuse of location data, promote a safe environment for using location data and activate the use of location data.

Above all, APULD was revised to do with the emergent situation. Also, investigative agencies want to use personal location information in their investigation according to the legislations. Therefore, this article focuses on the problem as regards the utilization of personal location information in emergency rescue and improvement of location accuracy for the purpose of emergent relief and investigation.

In this viewpoint, this article inquires jurisprudential review of the status quo debate on theoretical access to the legal argument of establishment and action and policy approach to the key issues in the direction of the framework of utilizing location data on the basis of

* Professor of Legal Faculty at the Catholic University of Korea, Ph. D. in Law

APULD. Consequently, the availability of personal location information should be raised in emergency rescue on behalf of avoiding the dysfunctions of the information society and facilitating right remedies, being accompanied by specific legislative and policy responses in due process. Meanwhile, the leakage, abuse and misuse of the location data should be constrained to strengthen information privacy of location data subject under the control of the required condition and due process the court should be improved.