

明 知 法 學

제25권 제1호



2026

명지대학교 법학연구소

設 立 精 神

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

주후 1956년 1월 23일

設 立 者 유 상 근

教 育 方 針

1. 성경을 바르게 교육하여 하나님의 능력과 진리에 대한 확고한 신앙을 길러주고 실천을 통하여 성실한 인간성의 도야를 선행한다.
2. 민족과 인류의 문화적 선(善) 전통을 바르게 가르치고 인간생활을 획기적으로 개선 발전케 하는데 실용가치있는 내용을 먼저 연구 교육하여 인류의 이상을 향하여 과감하게 개혁 전진하게 한다.
3. 교육방법은 청각 편중의 방법을 지양하고 가능한 한 실행 실습을 통한 방법으로 개선하여 획기적인 교육성과를 기한다.

理 事 長 현 세 용

刊 行 辭

성장과 변화의 계절인 여름의 녹음 속에서, 우리 법학연구소의 『명지법학』 제25권 제1호를 선보이게 되어 큰 기쁨과 자부심을 느낍니다. 유례없는 무더위와 폭염 속에서도 학문적 탐구의 끈을 놓지 않고 주옥같은 연구 성과를 투고해 주신 연구자 여러분께 존경의 말씀을 전합니다. 아울러 엄정한 심사와 세심한 편집 과정을 위해 이 뜨거운 계절을 헌신으로 채워주신 편집위원장님과 편집위원 여러분의 노고에 진심으로 감사드립니다.

우리 『명지법학』은 그동안 한국연구재단 등재학술지로서 법학의 다양한 분야를 포괄하는 폭넓은 학술의 장을 제공해 왔습니다. 로스쿨 시대의 실무 중심 교육 환경 속에서도 기초법학의 지속가능성과 차세대 연구자들의 연구 기반을 유지·발전시키는 데 중요한 역할을 수행해 왔습니다. 앞으로도 다양한 법학 분야에서 우수한 논문이 활발히 투고될 수 있도록 연구자 간 교류를 강화하고, 엄정한 심사 제도를 통해 학술적 가치가 높은 연구성과가 수록되도록 하겠습니다. 이를 통해 한국연구재단 등재학술지로서의 위상을 더욱 공고히 하고, 보다 권위 있는 법학 전문 학술지로 성장해 나가겠습니다.

이번 호에는 유례없이 많은 33편의 논문이 투고되었으며, 엄정한 심사절차를 거쳐 25편의 논문이 수록되게 되었습니다. 헌법, 민사법, 형사법, 행정법, 상사법, 경제법, 국제법 등 다양한 분야에서 축적된 연구성과가 수록되어 있습니다. 귀중한 연구결과를 투고하여 주신 모든 연구자 여러분께 다시 한 번 깊은 감사의 말씀을 전하며, 앞으로도 많은 관심과 성원을 부탁드립니다.

마지막으로 이번 호가 발간되기까지 힘써 주신 이윤제 편집위원장님 이하 여러 편집위원님들과 본 연구소의 운영을 실질적으로 총괄해주고 계신 안수길 간사님, 그리고 여러 수고로운 일을 맡아주신 홍채원 교육조교께 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 앞으로도 우리 『명지법학』은 국내외 연구자들이 함께 참여하는 열린 학술공간으로 발전하고 법학의 전 분야를 아우르는 연구와 교류의 중심의 장으로 자리매김할 수 있도록 최선을 다하겠습니다. 감사합니다.

2026년 7월

명지대학교 법학연구소장

최 세 련

목 차

[간 행 사]

[연구논문]

식품의 보존 및 유통 온도 규제 체계의 법적 문제와 개선 방안	박의근 · 나유진 / 1
RISE·ANCHOR 체계의 기본권 심사기준 - 지역인재 우대정책과 평등권·거주이전의 자유의 헌법적 한계 -	김수진 / 33
비의료인의 문신행위와 무면허 의료행위 - 대법원 2026. 5. 21. 선고 2022도13370 전원합의체 판결 -	선종수 / 75
인간과 인공지능에 대한 헌법적 검토 - 헌법상 인간상에 대한 비교법적·학제적 검토를 중심으로 -	박범영 / 99
포괄적 AI 규제모델의 한계와 인공지능기본법의 개정 과제 - 주요국 입법 동향을 중심으로 -	이상우 / 149
폐쇄적 선박공간에서 휴대전화 통제와 부작위 관여자의 정범성 - 대법원 2025. 11. 6. 선고 2025도6940 판결을 중심으로 -	안정빈 / 183
게임 규제의 문제점과 개선방향에 관한 연구 - 2025년 게임산업법 전부개정안의 주요 내용 및 정책적 의미를 중심으로 -	황성기 / 219
통합특허법원의 유럽특허에 대한 관할권 행사에 관련된 최근 판례 동향: 통합특허법원과 국내법원간 관할의 경합에 관한 주요 사건들을 중심으로	김진엽 / 249

부정당업자 제재에 따른 복합분쟁의 구조와 개선방안 양희현 · 신원재 · 정영수 / 277
탐정제도 도입의 헌법적 쟁점과 입법적 과제 - 민간 조사 활동의 제도화를 중심으로 - 엄민수 / 301
수사기관 다원화에 대비한 형사소송법 개정 방안 이윤제 / 323
미국 반독점법상 노동면책 법리에 관한 고찰 홍명수 / 349
온라인 플랫폼의 기업결합 규제에서의 관련시장 확정과 정보자산의 경쟁제한성 판단 정주미 / 373
개정 헌법재판소법에 따른 재판소원에서 위헌성 판단상의 주요 쟁점 - 민사재판의 판례변경의 소급효를 제한하는 대법원전원합의체판결 사례를 중심으로 - 이연이 · 김제완 / 395
학교 밖 청소년의 전국연합학력평가 응시신청에 대한 거부행위의 처분성 - 서울행정법원 2026. 3. 26. 선고 2025구합54638 판결에 대한 평석을 겸하여 - 임종욱 / 425
합헌적 법률해석의 한계: 헌법재판소 2023. 10. 26. 선고 2019헌가30 결정에 대한 평석 신상현 / 445
실손의료보험 청구 간소화 제도의 법적 쟁점에 관한 연구 - 전송대행기관을 중심으로 - 최주애 · 홍선기 / 465
보험약관상 피보험자의 통지의무에 대한 보험자의 명시·설명 의무 위반시 보험계약 해지 가능성에 관한 연구 - 대법원 2025. 8. 14. 선고 2024다289680 판결을 중심으로 - 전한덕 / 487

AX 시대의 의료 인공지능의 활용에 관한 소고 － 휴먼 인 더 루프(Human in the Loop)와 전문가책임을 중심으로 －	백경희 / 507
독립형 디지털무역협정(DTA)의 국제경제법적 한계와 규범설계 － 한일 DTA를 중심으로 －	강민지 / 527
영업비밀, 특히 산업기술 침해에 대한 형사법적 고찰 － 대법원 2025. 5. 15. 선고 2024도21051 판결을 중심으로 －	강미영 / 553
진술취약아동 학대사건에서 사인의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음물의 증거능력에 관한 연구	도규엽 · 양은진 · 이석민 · 이채원 · 장유진 / 571
독일 디지털치료기기 법제의 발전과 시사점	윤진아 / 603
소수주주권 봉쇄 목적의 신주발행에 따른 지분 희석과 소수주주권 보호 방안 연구 － 대법원 2015다252037 판결과 일본 최고재판소 2006. 9. 28. 결정을 중심으로 －	고은정 / 633
명의신탁 부동산에 대한 수탁자의 임의처분과 형사책임	신이철 / 655

[부 록]

「명지법학」 편집규정	689
「명지법학」 투고규정	692
「명지법학」 연구윤리 규정	695
「명지법학」 원고작성 지침	698

식품의 보존 및 유통 온도 규제 체계의 법적 문제와 개선 방안

박의근* · 나유진**

논문요지

식품의 보존 및 유통 온도는 식품의 안전성과 직결되는 핵심적인 관리 요소이다. 식품은 일정한 온도를 벗어난 환경에서 보존·유통될 경우 미생물과 세균이 급격히 증식하여 식중독 등 식품 매개 질병을 유발할 수 있으며, 이는 소비자의 건강을 직접적으로 위협하는 위생상의 위해(危害)로 이어진다. 또한, 식품의 보존 및 유통 과정에서 적절한 온도가 유지되지 않으면 식품의 맛, 색, 향, 영양성분 등 품질 요소가 빠르게 저하되고, 이는 식품의 상품성과 공중보건의 측면에서도 중대한 문제를 일으킬 수 있다. 이러한 점에서 냉장·냉동식품의 정해진 온도를 준수하는 것은 단순한 기술적 관리에 그치지 않고, 식품의 생산·운송·보관·판매 등 전 유통 단계에서 반드시 이행되어야 하는 필수적 안전관리 의무라 할 수 있다. 결과적으로 적정 온도 유지가 확보되지 않은 식품은 그 자체로 소비자 안전을 위협할 가능성을 내포하고 있다는 점에서, 식품의 적정한 온도의 관리는 식품의 안전 확보 및 공중보건 보호를 위한 가장 기본적이고 중요한 요건이 된다.

식품위생법의 위임을 받은 식품공전은 이러한 중요성을 반영하여 식품의 보존 및 유통 온도의 기준을 비교적 상세히 규정하고 있다. 특히 식품공전에서는 별도의 규정이 없는 경우 적용되는 기본 온도 범위를 설정하여, 실온제품(1~35°C), 상온제품(15~25°C), 냉장제품(0~10°C), 냉동제품(-18°C 이하), 온장제품(60°C 이상) 등 식품의 보존 및 유통 온도를 명확히 규정하고 있다. 이는 다양한 식품의 특성과 유통 환경에 따라 적정 온도를 달리하여 안전성을 확보하기 위한 입법적·행정적 장치라고 할 수 있다. 한편, 식품의 보존 및 유통 온도는 제품의 소비기한 설정과도 밀접하게 연결된다. 식품의 온도 변화는 미생물 성장 속도와 식품의 품질 유지 기간에 직접적인 영향을 미치므로, 소비기한을 정확히 설정하기 위해서는 식품의 보존 및 유통 온도를 고려할 수밖에 없다. 이러한 이유로 식품공전에서는 소비기한 설정의 구체적 절차와 기준을 별도로 규정하고 있으며, 이는 식품의 적정 온도 관리 규정과 함께 식품 안전 관리 체계의 양대 축을 형성한다.

그러나 현행 법령과 식품공전의 규정 사이에는 법 체계상·법 해석상 몇 가지 문제가 존재한다. 일부 규정은 법령 간 적용 범위가 모호하거나 중복·충돌될 여지가 있으며, 식품의 보존·유통 단계별 특성을 충분히 반영하지 못한 부분도 존재한다. 이러한 규범적 불명확성은 실무상 혼란을 초래할 가능성이 있고, 궁극적

* 경북대학교 법학전문대학원 법학연구원 학술연구교수·연구초빙교수, 법학박사(주저자)

** 경희대학교 식품영양학과 식품안전연구실 이학박사, 삼육대학교 식품영양학과 강사(교신저자)

으로는 식품안전 규제의 실효성에도 부정적 영향을 미칠 수 있다. 따라서 식품의 보존 및 유통 온도에 관한 법령 전반을 다시 점검하고, 체계적·합리적으로 정비하는 작업이 요구된다.

본 연구에서는 식품의 보존 및 유통 온도에 관한 식품공전의 규정을 중심으로 현행 식품 관련 법령을 면밀히 검토해 보고, 법 체계상·법 해석상 발견되는 문제점을 도출한 후 이에 대한 개선 방안을 제시한다. 이는 단순히 법 규정의 정비에 그치는 것이 아니라, 소비자 식품 안전을 실질적으로 확보하고 식품위생법의 입법 목적을 충실히 구현하며, 식품산업 전반에 대한 사회적 신뢰를 강화하기 위한 법적 기반을 마련하는 데 기여할 것으로 기대된다.

· 논문제출: 2026. 05. 26. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

I. 시작하는 말

식품은 인간이 생존하도록 유지시켜주는 절대적 필요조건이고, 식품을 통한 영양분의 섭취는 인간이 건강한 삶을 유지하기 위해 반드시 수반되어야 하는 생명유지활동이다.¹⁾ 이와 같이 국민의 건강에 직접적이고 중대한 영향을 미치는 식품에는 엄격하고 철저한 안전관리 시스템(「식품안전관리체계」)이 적용되어야 하는 것은 당연하다.

이러한 영역에 속하는 것 중 하나가 바로 식품의 보존 및 유통 온도에 관한 관리라고 할 수 있다. 즉, 식품의 보존 및 유통 기술의 발달, 코로나 등의 영향, 식품산업의 발전 등으로 인해 다양한 냉장·냉동식품이 활성화되면서, 식품의 적정 온도를 유지시켜주는 콜드체인(Cold Chain)에 대한 관리가 매우 중요해지고 있다. 또한, 온난화·이상기후 등 지구환경의 변화를 고려할 때 식품의 보존 및 유통 온도에 대한 관리는 앞으로 소비자 식품 안전의 관점에서 점점 더 중요해질 것이다. 그리고 식품안전에 대한 관리는 식품의 제조 또는 가공, 운송, 보관, 판매 등의 각 단계마다 이루어져야 하며, 어느 한 단계에 국한되지 않는다.

식품 관련 법령 중 기본법적 지위를 가지고 있다고 할 수 있는 식품위생법은 식품으로 인하여 생기는 위생상의 위해(危害)를 방지하고 식품영양의 질적 향상을 도모하며 식품에 관한 올바른 정보를 제공함으로써 국민 건강의 보호·증진에 이바지함을 목적으로 제정되었다(식품위생법 제1조).²⁾ 그리고 식품위생법 제7조 제1항에 의하면 식품의약품안전처장은 국민 건강을 보호·증진하기 위하여 필요하면 판매를 목적으로 하는 식품 또는 식품첨가물에 관하여 1) 제조·가공·사용·조리·보존 방법에 관한 기준과 2) 성분에 관한 규격을 정하여 고시한다.³⁾ 또한 동조 제4항에 의하면,

1) 식품위생법상의 식품의 개념 정의에 대해서는 박의근, “식품위생법 관련 주요 판례 분석”, 「식품법과 정책」, 제5호, 식품안전정보원, 2024, 53면 이하; 이주형, 식품위생법 - 이론과 실무(상) -, 부크크, 2022, 107면 이하.

2) 식품위생법의 목적과 관련하여 자세한 내용은 이주형, 앞의 책, 12면 이하; 법무법인(유한) 바른 식품의약품(박철: 집필대표), 식품위생법 해설, 박영사, 2019, 3면 이하 참조.

이러한 기준과 규격이 정하여진 식품 또는 식품첨가물은 그 기준에 따라 제조·수입·가공·사용·조리·보존하여야 하며, 그 기준과 규격에 맞지 않는 식품 또는 식품첨가물은 판매하거나 판매할 목적으로 제조·수입·가공·사용·조리·저장·소분·운반·보존 또는 진열하여서는 안된다.⁴⁾ 그리고 식품위생법 제14조 제1호에 의하면 식품의약품안전처장은 식품위생법 제7조 제1항에 따라 정하여진 식품 또는 식품첨가물의 기준과 규격을 실은 「식품공전」을 작성·보급하여야 한다.⁵⁾

식품위생법의 위임을 받은 식품공전과 식품 관련 법령에서는 소비자 식품 안전의 관점에서 중요한 관리 사항 중 하나인 식품의 보존 및 유통 온도에 관해 비교적 상세한 규정을 두고 있다. 그러나 식품공전과 식품 관련 법령의 규정은 법 체계상·법해석상의 몇몇 문제가 있으며, 정책적 관점에서도 사회 환경의 변화 및 기후 변화 등 여러 상황을 고려하여 이를 조정할 필요가 있다. 식품은 생산된 이후 소비자에게 전달되기까지 다양한 단계(가공, 저장, 운송, 판매 등)를 거치게 되며, 이 과정에서 식품의 보존 및 유통 온도에 대한 관리는 식품의 안전성과 직결된다.

본 연구에서는 식품의 보존 및 유통 온도에 관한 식품공전의 규정을 중심으로 식품 관련 법령을 면밀히 검토해 보고, 이에 대한 몇 가지 개선 방안을 제시해 보고자 한다.

II. 식품의 보존 및 유통 온도에 관한 법적 규율

1. 식품공전

(1) 보존 및 유통 온도

식품위생법 제7조의 위임을 받은 식품공전 I. 식품의 기준 및 규격 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 4. 보존 및 유통기준 2) 보존 및 유통온도에서는 식품의 안전성을 확보하기 위하여 보존 및 유통 온도에 관한 세부적인 규정을 두고 있다. 우선, 식품은 원칙적으로 식품공전에서 정한 보존 및 유통 온도를 준수하여야 하며, 별도의 기준이 규정되어 있지 않은 경우에는 직사광선에 노출되지 않는 실온에서 보존·유통하여야 한다. 이는 식품별 특성에 따른 온도 기준의 차이를 인정하면서도, 최소한의 보편적 기준을 설정하여 기본적인 위해 방지를 도모하려는 취지에 따라 마련된 것이다.

또한, 식품공전은 보존성과 관련하여 추가적인 일반 원칙을 제시한다. 즉, 상온에서 7일 이상 보존이 어려운 식품의 경우, 그 위해(危害) 가능성을 고려하여 가능한 냉장 또는 냉동 시설에서 보존 및 유통하도록 규정하고 있다. 이러한 규정은 보존성이 낮은 식품의 경우 온도 관리가 안전성과 직결된다는 점을 명확히 보여주는 부분이다.

3) 어금희 외 7인, 식품위생관계법규, 파워북, 2023, 25면 이하.

4) 위의 책, 36면.

5) 식품공전에 대한 상세한 설명은 박의근, “식품 또는 식품첨가물에 대한 기준 및 규격”, 「법과정책연구」, 제26집 제1호, 한국법정책학회, 2026. 3, 470면 이하

한편, 식품공전은 별도의 온도 기준이 존재하지 않는 경우 적용되는 식품의 일반적인 보존 및 유통 온도의 범위도 구체적으로 제시하고 있다. 실온제품은 1~35℃, 상온제품은 15~25℃, 냉장제품은 0~10℃, 냉동제품은 -18℃ 이하, 온장제품은 60℃ 이상에서 보존·유통하여야 한다고 규정함으로써, 식품의 종류와 특성에 따라 필요한 온도 관리 기준을 제공하고 있다. 다만, 냉동제품을 소비자에게 운반하는 경우에는 -18℃를 일시적으로 초과할 수 있도록 예외를 두고 있는데, 이는 실제 유통 과정에서 발생할 수 있는 단기적 온도 상승을 고려한 현실적 조치이다. 그러나 이 경우에도 냉동제품의 일부라도 해동된 부분이 있어서는 안 되며, 이는 냉동식품의 품질과 안전성을 보장하기 위한 최소한의 기준으로 해석된다. 이와 유사하게, 염수로 냉동된 통조림 제조용 어류는 -9℃ 이하에서 운반할 수 있도록 허용하고 있으나, 해당 운반 과정에서도 위생적 용기 및 덮개를 사용하여 -9℃ 이하의 상태를 유지할 것을 요구하고 있어 냉동 상태 유지의 중요성은 동일하게 강조된다. 아울러 식품공전은 일부 식품에 대해 별도의 보존·유통 온도를 규정하고 있는 경우가 있다.

	식품의 종류	보존 및 유통 온도
①	㉔ 원유 ㉕ 우유류·가공육류·산양유·버터유·농축유류·유청류의 살균제품 ㉖ 두부 및 묵류(밀봉 포장된 두부, 묵류는 제외) ㉗ 물로 세척한 달걀	냉장
②	㉔ 양념젓갈류 ㉕ 가공두부(멸균제품 또는 수분함량이 15% 이하인 제품제외) ㉖ 두유류 중 살균제품(pH 4.6 이하의 살균제품 제외) ㉗ 어육가공품류(멸균제품 또는 기타어육가공품 중 굽거나 튀겨 수분함량이 15% 이하인 제품은 제외) ㉘ 알가공품(액란제품 제외) ㉙ 발효유류 ㉚ 치즈류 ㉛ 버터류 ㉜ 생식용 굴 ㉝ 원료육 및 제품 원료로 사용되는 동물성 수산물 ㉞ 신선편의식품(샐러드 제품 제외) ㉟ 간편조리세트(특수의료용도식품 중 간편조리세트형 제품 포함) 중 식육, 기타식육 또는 수산물을 구성재료로 포함하는 제품	냉장 또는 냉동
③	㉔ 식육(분쇄육, 가금육 제외) ㉕ 포장육(분쇄육 또는 가금육의 포장육 제외) ㉖ 식육가공품(분쇄가공육제품 제외) ㉗ 기타식육	냉장(-2~10℃) 또는 냉동

④	㉔ 식육(분쇄육, 가금육에 한함) ㉕ 포장육(분쇄육 또는 가금육의 포장육에 한함) ㉖ 분쇄가공육제품	냉장(-2~5°C) 또는 냉동
⑤	㉔ 신선편의식품(샐러드 제품에 한함) ㉕ 혼제연어 ㉖ 알가공품(액란제품에 한함)	냉장(0~5°C) 또는 냉동
⑥	㉔ 압착올리브유용 올리브과육 등 변질되기 쉬운 원료 ㉕ 얼음류	-10°C 이하

이러한 식품은 반드시 해당 기준에 따라 관리해야 한다. 즉, 개별 품목에 대한 특별 규정이 존재하는 경우 일반 규정보다 우선하여 적용되는 구조를 취하고 있다. 그럼에도 불구하고, 일부 가공식품에 대해서는 예외를 인정한다. 예컨대 멸균, 수분제거, 당장·염장 등 부패를 방지할 수 있는 공정이 적용된 식육가공품, 우유류, 발효유류, 치즈류, 버터류, 알가공품 등은 냉장·냉동하지 않을 수 있도록 규정되어 있다. 이는 해당 제품들이 가공 과정에서 이미 일정 수준의 미생물 제어가 이루어져 있어 부패 위험이 상대적으로 낮다는 점을 반영한 것이다. 또한, 두부 및 묵류의 경우(밀봉포장 제품 제외), 운반 소요 시간이 4시간 이내라면 먹는물 수질기준에 적합한 물을 사용하여 환수(流水) 방식으로 보존·유통할 수 있도록 허용하고 있는데, 이는 해당 식품의 특성과 유통 현실을 고려한 예외적 조치라 할 수 있다. 그리고 식용란(세척하지 않은 달걀 포함)에 대해서는 별도의 온도 규정을 두고 있다. 식용란은 가능한 0~15°C에서 보존·유통해야 하며,⁶⁾ 일단 냉장 보관된 달걀은 유통 전 과정에서 지속적으로 냉장 상태를 유지해야 한다. 이는 온도 변동이 식용란의 품질 저하 및 미생물 증식 위험을 높일 수 있다는 과학적 근거에 기반한 규정으로, 식용란의 특수성을 반영한 안전관리 기준이라고 평가할 수 있다.

종합하면, 식품공전의 보존 및 유통 온도 규정은 식품의 종류와 특성, 보존성, 가공 여부 및 위해 발생 가능성을 종합적으로 고려하여 층위별로 구성되어 있다. 기본 원칙 - 보충규정 - 예외규정이라는 다층적 구조를 통해 식품 안전성을 확보하려는 입법 취지가 분명히 드러나지만, 일부 규정 간 관계가 명확하지 않거나 실제 유통 현장에서의 적용성을 둘러싸고 해석상 논란이 발생할 여지도 존재한다. 따라서 이러한 규정의 체계성과 명확성을 제고하기 위한 법·정책적 검토가 앞으로도 지속적으로 필요하다고 할 수 있다.

(2) 보존 및 유통 방법

식품공전은 식품의 안전성을 확보하기 위해 보존 및 유통 온도뿐만 아니라 구체적인 보존 및 유통 방법에 관한 기준도 함께 제시하고 있다. 이러한 규정들은 냉장·

6) 6) 식품공전 I. 식품의 기준 및 규격 제1. 총칙 3. 용어의 풀이 8)에 의하면, 식품공전의 규정에서 ‘가능한 한’, ‘권장한다’와 ‘할 수 있다’는 식품의 위생수준과 품질향상을 유도하기 위하여 설정하는 것으로 「권고사항」을 의미한다.

냉동·온장 제품의 취급 과정에서 온도 변화로 인한 식품 안전성 저하를 방지하고, 식품의 성상 변화나 미생물 증식 등 위해 요인을 예방하기 위한 실질적 관리 기준이라는 점에서 중요한 의미를 갖는다.

우선 기본적인 원칙으로서, 냉장식품·냉동식품·온장식품을 보존하거나 유통할 때에는 반드시 정해진 온도를 지속적으로 유지할 수 있는 설비, 즉, 냉장·냉동 차량이나 그와 동등한 효력을 갖는 장비를 이용하도록 규정하고 있다. 이는 온도 유지가 가능한 설비의 사용이 식품 안전 확보에 필수적이라는 점을 전제로 한 것이다. 또한 흡습의 우려가 있는 식품에 대해서는 수분을 흡수하지 않도록 취급에 특별한 주의 기울여야 한다고 명시하고 있는데, 이는 포장이나 운송 과정에서의 수분 변화가 식품의 성상 및 품질에 직접적인 영향을 미친다는 점을 고려한 조치이다.

식품공전은 보존 및 유통 온도와 관련하여 금지되는 행위도 명확히 규정하고 있다. 냉장제품을 실온에서 보존·유통하거나, 실온제품 또는 냉장제품을 냉동 상태에서 보존·유통하는 행위가 그것이다. 이러한 금지는 온도 변동에 따른 식품 안전성 위험을 사전에 차단하는 취지이다. 다만, 실온제품이나 냉장제품이라 하더라도 일정한 요건을 충족하는 경우에는 예외적으로 냉동 보존·유통을 허용하고 있다. 구체적으로는 ① 건포류·건조수산물, ② 수분 15% 이하의 제품으로서 당해 제조·가공업자가 냉동 가능 표시를 한 경우, ③ 냉동식품을 보조하기 위해 냉동식품과 함께 포장되는 20g 이하의 소스류·장류·식용유지류·향신료가공품, ④ 제조·가공업자가 냉동 판매 가능 표시를 한 멸균·살균 음료류 및 발효유류(유리병 용기 제품 및 산음료류는 제외), ⑤ 간편조리세트·식육간편조리세트·즉석조리식품·식단형 식사관리식품의 냉동제품에 구성재료로 사용되는 경우 등이 이에 해당한다. 다만 이러한 예외로 냉동된 실온·냉장제품은 해동하여 보존·유통할 수 없다는 제한을 두고 있으며, 이는 제품 본래의 보존성을 넘어서는 가공이나 해동이 위험을 초래할 수 있기 때문이다. 다만 ① 건포류·건조수산물, ② 수분 15% 이하의 제품은 그 특성상 이러한 제한의 적용을 받지 않는다.

또한, 식품공전은 냉장식육의 절단·세절 작업을 위한 일시적 냉동 보관을 허용하고 있다. 이는 작업 과정에서의 필요성과 실효성을 고려한 예외 조항으로, 식육 처리의 현실적 특성을 반영한 규정이다. 반면에 원칙적으로 냉동제품을 해동하여 실온 또는 냉장으로 보존·유통하는 것은 금지되지만, 일정한 조건을 충족하는 경우에는 예외적으로 이를 허용하고 있다. 예컨대 식육가공업 영업자가 냉동 식육가공품을, 유가공업 영업자가 냉동 유가공품을, 알가공업 영업자가 냉동 알가공품을 해동하여 보존 및 유통하는 경우 또는 냉동수산물을 해동한 뒤 기체치환포장(MAP)을 통해 미생물 성장 억제 및 품질 유지를 확보한 후 냉장 보존·유통하는 경우 등이 해당한다. 이러한 경우에는 제조업자가 해동 불가 표시를 하지 않은 제품에 한해, 냉동 포장 완료일자 또는 제조일자, 해동한 업체의 명칭, 해동일자, 해동 후 소비기한 등을 제품에 별도로 표시하도록 요구하고 있어 해동 과정의 투명성과 위해방지 기능을 강화하고 있다.

또한 식품제조·가공업자가 냉동제품을 단순 해동하거나 분할 포장한 뒤 간편조리세트, 식육간편조리세트, 즉석조리식품, 식단형 식사관리식품의 냉장제품 구성 재료로 사용하는 것도 허용되지만, 이 경우 반드시 해당 재료가 냉동제품을 해동한 것임을 표시해야 한다. 다만 식육간편조리세트의 주재료로 사용되는 냉동식육은 이러한

예외 적용에서 제외된다. 냉동수산물의 경우에는 특히 24시간 이내라는 시간적 제한을 두고 해동 후 냉장 보존·유통을 허용하며, 재냉동을 금지하고 있다. 이는 수산물의 미생물적 위험과 품질 저하 속도를 고려한 규정이다.

또한, 식품공전은 냉동제품이 해동된 후 재냉동하는 것을 원칙적으로 금지하지만, 작업상 필요한 경우, 예컨대, 냉동수산물의 내장 등 비가식부위 제거, 혼입 이물 제거, 선별·절단·소분 과정, 또는 냉동식육의 절단·뼈 제거, 냉동식품의 분할 과정에는 예외적으로 재냉동을 허용하고 있다. 그러나 이러한 경우에도 작업 후 즉시 냉동해야 한다는 조건을 부가하여 위해(危害) 최소화를 도모하고 있다. 이 밖에도 생식용 굴은 반드시 덮개가 있는 합성수지, 알루미늄 상자 또는 내수성 가공용기에 포장하여 보존·유통하도록 하고 있어, 특수 취급 품목에 대한 개별적 관리 규정도 존재한다. 끝으로 과일농축액의 선박 운송·저장과 관련해서는 보다 세부적인 온도 기준과 위생관리 절차를 규정하고 있다. 저장 탱크는 -5°C 이하, 자사 보관탱크와 운반용 탱크로리는 0°C 이하로 유지해야 하며, 이송라인 세척을 필수적으로 실시하도록 하고 있다. 아울러 이 과정에서 사용되는 재질 및 세척제는 식품첨가물 또는 기구·용기·포장의 기준 및 규격에 적합해야 한다고 명시하여, 원료 단계에서의 위해 요소 차단을 강조하고 있다.

종합해 보면 식품공전의 보존 및 유통 방법에 대한 규정은 단순한 온도 기준을 넘어 식품의 특성과 작업 과정의 현실성을 반영한 다층적·세분화된 관리 기준 체계를 형성하고 있다. 기본 금지 원칙을 설정한 뒤 예외를 구체적으로 열거하는 방식은 법적 명확성과 식품 안전성 확보 두 가지 목적을 동시에 달성하려는 입법·행정적 의도를 보여준다. 그러나 다양한 예외 규정의 존재는 현장에서의 해석과 적용 과정에서 다소 복잡성을 초래할 수 있어, 향후 이러한 규정들의 구조의 정비 또는 기준의 명확화가 필요하다고 할 수 있다.

(3) 소비기한의 설정

식품의 보존 및 유통 온도는 해당 식품의 안전성과 직결되며, 특히 소비기한의 설정과 매우 밀접한 관계를 가진다.⁷⁸⁾ 식품공전 I. 식품의 기준 및 규격 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 4. 보존 및 유통기준 4. 소비기한의 설정에서 규정하고

- 7) 식품표시광고법 제2조 제12호: 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
12. “소비기한”이란 식품등에 표시된 보관방법을 준수할 경우 섭취하여도 안전에 이상이 없는 기한을 말한다.
식품등의 표시기준 I. 총칙 3. 용어의 정의 라는 ““소비기한”이라 함은 식품등에 표시된 보관방법을 준수할 경우 섭취하여도 안전에 이상이 없는 기한을 말한다(소비기한 영문명 및 약자 예시: Use by date, Expiration date, EXP, E)”라고 규정한다.
식품, 식품첨가물, 축산물 및 건강기능식품의 소비기한 설정기준(식품의약품안전처고시 제 2022-31호, 2022. 4. 20., 일부개정) 제2조 제2호: 이 고시에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.
2. “소비기한”이라 함은 식품에 표시된 보관방법을 준수할 경우 섭취하여도 안전에 이상이 없는 기한을 말한다.
- 8) 소비기한과 관련한 자세한 사항은 김병후·정수진·강준구·윤요한·신재욱·이철수·하상도, 「식품의 소비기한 참고치 설정을 위한 안전계수」, 「한국식품위생안전성학회지」, 제38권 제6호, 한국식품위생안전성학회, 2023, 528면 이하 참조. 국의 소비기한 제도 운용에 대해서는 백경희, “소비기한 표시제에 관한 법제 비교와 관련 판례 법리에 대한 고찰”, 「법제」, 통권 698호, 법제처, 2022. 9, 139면 이하 참조.

있는 소비기한 설정 기준은 식품이 저장·유통되는 환경과 제조 특성에 따라 안전성을 보장할 수 있는 기간을 과학적으로 산정하도록 하는 것을 핵심으로 한다.

우선, 식품공전은 소비기한을 설정할 수 있는 영업자의 범위를 명확하게 한정하고 있다. 소비기한을 설정할 수 있는 주체로는 ① 식품제조·가공업 영업자, ② 즉석판매제조·가공업 영업자, ③ 축산물가공업(식육가공업·유가공업·알가공업) 영업자, ④ 식육즉석판매가공업 영업자, ⑤ 식육포장처리업 영업자, ⑥ 식육판매업 영업자, ⑦ 식용란수집판매업 영업자, ⑧ 수입업자(단, 국내 보존·유통 조건과 상이한 냉장 식품 또는 제조자가 부여한 소비기한 내에서 별도 설정이 필요한 경우에 한함) 등이 포함된다. 이는 소비기한 설정 권한이 모든 유통 주체에게 부여되는 것이 아니라, 해당 제품의 제조·가공 과정에 실질적으로 관여하거나 보존 조건을 정확히 파악할 수 있는 영업자에게만 부여된다는 점을 보여준다. 그리고 소비기한 설정 시에는 제품의 특성과 실제 유통 조건을 종합적으로 고려해야 한다. 식품공전은 소비기한을 정할 때 반드시 포장 재질, 보존 조건, 제조 방법, 원료 배합 비율, 냉장·냉동 여부, 유통 과정의 환경 등을 반영하여, 제품의 위해를 방지하고 품질을 보장할 수 있는 기간으로 설정하도록 요구한다. 이는 단순히 관행적·고정적 기준으로 정하는 것이 아니라, 개별 제품의 특성에 대한 과학적 검토를 전제로 하는 규정이다.

또한 소비기한을 계산하는 기준 시점도 식품 유형별로 차별화되어 있다.⁹⁾ 원칙적으로 소비기한 산출 기준은 포장 완료 시점(다만 포장 후 추가 제조공정이 있는 경우에는 최종 공정 종료 시점)으로 하며, 캡슐제품은 충전 또는 성형이 완료된 시점을 기준으로 한다. 한편, 달걀(식용란)은 다른 식품과 달리 산란일자가 소비기한 산출 기준으로 적용된다. 이는 달걀의 신선도 및 품질이 산란 직후부터 시간 경과에 따라 지속적으로 변화한다는 특성을 반영한 것이다.

특정 제품군에 대해서는 해동 시점을 소비기한 계산의 기준으로 삼는 예외 규정을 두고 있다. 즉, 냉동상태에서 제조·유통되다가 해동하여 출고하는 냉동제품(빵류, 떡류, 초콜릿류, 젓갈류, 과·채주스, 치즈류, 버터류, 살균·멸균 진공포장된 수산물 가공품 등)은 해동 시점을 소비기한 산출 시점으로 본다. 이는 해동 이후 제품의 위해 가능성이 증가하고 품질 유지 기간이 짧아지는 특성을 고려한 규정이다. 그리고 여러 품목이 혼합된 선물세트나 단순 절단·결착 등 원재료의 저장성을 변화시키지 않는 단순 가공 처리 제품의 경우에는 별도의 소비기한 계산 방식이 적용된다. 이러한 제품은 구성 원료 중 소비기한이 가장 짧은 제품의 소비기한을 최종제품의 소비기한으로 설정하도록 하고 있다. 이는 혼합제품의 안전성을 보수적으로 확보하기 위한 규정으로 해석된다. 또한, 소분하여 판매되는 제품의 경우에는 소분 전 원재료의 소비기한을 그대로 적용하도록 함으로써, 소분행위 자체가 소비기한을 연장하는 효과를 갖지 않도록 명확히 하였다.¹⁰⁾

종합해 보면, 식품공전의 소비기한 설정 기준은 단순히 제조일로부터 기한을 부여

9) 소비기한 산출 시점에 대한 문제점과 이에 관한 개선 방안에 대해서는 박의근, “소비기한의 산출 시점에 관한 몇 가지 개선 방안”, 『법학연구』, 통권 제102호, 한국법학회, 2026. 6, 175면 이하.

10) 참고로 식품, 식품첨가물, 축산물 및 건강기능식품에 대한 소비기한 설정기준에 대한 자세한 규정은 식품공전 뿐만 아니라 식품, 식품첨가물, 축산물 및 건강기능식품의 소비기한 설정기준(식품의약품안전처고시 제2022-31호, 2022. 4. 20. 일부개정, 시행: 2023. 1. 1.)에도 있다.

하는 것이 아니라, 제품 유형별 특성·보존 조건·유통 환경·가공 여부·위해 요인 등을 종합적으로 고려하여 과학적·합리적 방식으로 소비기한을 산정하도록 하는 체계를 이루고 있다. 또한 특정 제품군에 대한 예외 규정과 혼합·소분 제품에 대한 특칙을 통해 실제 유통 현장에서 발생하는 다양한 상황을 반영하고 있다는 점에서도 의미가 있다.

(4) 식품의 보존 및 유통 온도 위반 시 벌칙 및 행정처분

식품위생법은 식품의 기준과 규격을 통해 국민의 건강을 보호하기 위한 기본법적 역할을 수행하고 있으며, 특히 식품의 제조·가공 과정에서의 안전성과 품질 확보를 위해 식품의 기준 및 규격 제정 권한과 준수 의무를 명확히 규정하고 있다. 식품위생법 제7조 제1항은 식품의약품안전처장에게 판매를 목적으로 하는 식품 또는 식품첨가물에 대해 ① 제조·가공·사용·조리·보존 방법에 관한 기준과 ② 성분에 관한 규격을 정하여 고시할 권한을 부여하고 있다. 이는 식품의 안전과 품질을 법령 차원에서 통일적으로 관리하기 위한 핵심 규정으로, 기준과 규격이 마련됨으로써 식품산업 전반에서 준수해야 하는 안전기준이 명확해진다.

더 나아가 식품위생법 제7조 제4항은 이러한 기준과 규격의 준수 의무를 직접적으로 규정하고 있다. 즉, 기준과 규격이 정해진 식품 또는 식품첨가물은 반드시 그에 따라 제조·수입·가공·사용·조리·보존되어야 하며, 만약 해당 기준·규격에 맞지 않는 제품은 판매하거나 판매를 목적으로 제조·수입·가공·사용·조리·저장·소분·운반·보존 또는 진열하여서는 안 된다.¹¹⁾ 이 규정은 식품의 안전성 확보를 위한 법적 의무를 부여하는 동시에, 이를 준수하지 않을 경우 국민 건강에 위해가 발생할 수 있다는 점을 고려해 강한 규제력을 갖도록 한 것이다. 이와 같은 준수 의무는 위반 시 강력한 형사적 제재를 수반한다. 식품위생법 제95조 제1호는 제7조 제4항을 위반한 자에 대하여 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금, 또는 징역과 벌금의 병과를 가능하게 하여, 식품 기준·규격 위반 행위를 중대한 법 위반으로 평가하고 있다. 이는 식품의 위해 가능성이 사회 전체에 미칠 수 있는 파급력을 고려한 엄격한 처벌 규정으로 이해된다.

또한, 식품의 보존 및 유통 온도 기준 위반은 식품의 부패, 미생물 증식, 품질 저하 등 즉각적인 안전성 문제를 유발할 수 있다는 점에서 행정적 제재 역시 엄격하게 적용된다. 식품공전에서 정한 보존 및 유통 온도는 식품위생법 제7조 제1항이 위임한 기준·규격의 일환으로서, 이러한 온도 기준을 위반하는 행위는 곧 제7조 제4항의 위반에 해당하며, 나아가 제95조 제1호에 따른 형사 처벌 대상이 된다.¹²⁾ 더불어 식품위생법 및 하위 법령에서 정한 행정처분 기준에 따라 영업정지·과태료 등 행정적 제재가 별도로 부과될 수 있다.¹³⁾ 식품의 보존 및 유통 기준을 위반한 경우로서 온도 기준을 위반한 경우의 행정처분은 다음과 같다.

11) 식품위생법 제7조 제4항 및 식품 법령 전반에서 규정하고 있는 “판매하거나 판매를 목적으로”에 대한 비판으로는 박의근, 앞의 식품 또는 식품첨가물에 대한 기준 및 규격, 465면 이하 참조.

12) 이주형, 식품위생법 - 이론과 실무(하)-, 부크크, 2022, 615면 이하.

13) 어금희 외 7인, 앞의 책, 25면 이하.

행정처분 기준(제89조 관련): 식품위생법 시행규칙[별표 23]

영업의 종류	위반사항	근거 법령	행정처분기준		
			1차 위반	2차 위반	3차 위반
식품제조·가공업 등 (영 제21조 제1호의 식품제조·가공업, 같은 조 제2호의 즉석판매제조·가공업, 같은 조 제3호의 식품첨가물제조업, 같은 조 제5호 가목의 식품소분업, 같은 호 나목 3)의 유통전문판매업, 같은 조 제6호 가목의 식품조사처리업, 같은 조 제7호의 용기·포장류제조업 및 같은 조 제9조의 공유주방운영업)	법 제7조 제4항을 위반한 경우 라. 보존 및 유통기준을 위반한 경우로서 1) 온도 기준을 위반한 경우	법 제71조, 법 제72조, 법 제75조, 법 제76조	영업 정지 7일	영업 정지 15일	영업 정지 1개월
식품판매업 등 (영 제21조 제4호의 식품운반업, 같은 조 제5호 나목의 식품판매업(유통전문판매업은 제외한다) 및 같은 조 제6호 나목의 식품냉동·냉장업을 말한다.	4. 법 제7조 제4항을 위반한 경우 라. 보존 및 유통기준을 위반한 경우로서 1) 온도 기준을 위반한 경우	법 제71조, 법 제72조, 법 제75조	영업 정지 7일	영업 정지 15일	영업 정지 1개월
식품접객업 영 제21조 제8호의 식품접객업을 말한다	4. 법 제7조 제4항을 위반한 경우 하. 식품등의 기준 및 규격 중 식품원료 기준이나 조리 및 관리 기준을 위반한 경우로서(제1호부터 제3호까지에 해당하는 경우는 제외한다) 2) 온도 기준 또는 냉동식품의 해동 기준을 위반한 경우	법 제71조, 법 제72조, 법 제75조	영업 정지 7일	영업 정지 15일	영업 정지 1개월

결국, 식품의 보존 및 유통 온도 기준은 단순한 기술적 기준이 아니라, 법적 준수 의무가 수반되는 규범적 기준이며, 이를 위반할 경우 형사적·행정적 책임이 모두 발생할 수 있다. 따라서 식품 제조·가공·유통 단계의 영업자는 식품의 보존 및 유통 온도의 기준을 정확히 이해하고 관리하여야 하며, 이는 식품안전 확보와 더불어 법적 리스크를 예방하는 핵심적 요소라고 할 수 있다.

2. 축산물 위생관리법

축산물 위생관리법은 축산물의 안전성과 품질을 확보하기 위해 제정된 법률로서, 가축의 사육 단계부터 도살·처리, 축산물의 가공·유통·검사에 이르기까지 전 과정을 포괄적으로 규율하는 것을 목적으로 한다. 축산물 위생관리법 제1조는 축산물의 위생적 관리와 품질 향상을 통해 축산업의 건전한 발전과 공중위생을 향상시키는 것이 본법의 입법 목적이라고 명확히 규정하고 있다.

축산물 위생관리법에 의하면, “축산물”에는 식육, 포장육, 원유, 식용란, 식육가공품, 유가공품 및 알가공품이 포함되며(축산물 위생관리법 제2조 제2호), 이 중 “식용란”은 식용을 목적으로 하는 가축의 알로서 총리령에서 정하는 것을 의미한다(제2조 제6호).¹⁴⁾ 축산물의 유통 과정에서의 위생관리 의무는 축산물 위생관리법 제31조 제2항 제4호에 근거하여 부과된다. 이에 의하면, 영업자 및 그 종업원은 영업을 할 때 축산물의 가공·포장·보관·운반·진열·판매 등과 관련된 사항을 위생적으로 관리하고 거래질서를 유지하기 위해 총리령에서 정하는 준수사항을 따라야 한다. 이 규정은 축산물의 유통 과정에서 발생할 수 있는 위해 요인을 사전에 차단하기 위한 기본적인 준수 의무를 명시한 것이다. 구체적인 준수사항은 축산물 위생관리법 시행규칙의 별표에서 보다 세부적으로 규정하고 있다. 먼저, 시행규칙 [별표 13]은 축산물 보관업·운반업·판매업 및 식육즉석판매가공업 영업자의 준수사항을 정하면서, 식용란수집판매업 영업자는 식용란을 직사광선에 노출시키지 않도록 하고, 식용란의 보존·유통 기준에 ‘적합한 온도’에서 수집·처리·보관·운반·판매할 것을 요구한다. 단, 냉장 보관된 식용란을 선별하거나 등급판정 등 일부 처리를 위해 일시적으로 상온에 두는 행위는 예외적으로 인정된다.¹⁵⁾ 이는 식용란의 품질·안전성이 온도 변화에 매우 민감하다는 점을 고려한 안전관리 조치라 할 수 있다.

한편, 축산물가공업 및 식육포장처리업자에 대한 준수사항은 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 12]에서 규율하고 있다. 특히 냉장제품을 냉동제품으로 전환(즉, 냉장→냉동)하려는 경우에는 사전 신고 의무를 규정하고 있는데, 영업자는 전환 품목명, 중량, 보관방법, 냉장·냉동 제품 각각의 소비기한, 냉동 전환 시설의 소재지, 냉동

14) 축산물 위생관리법 시행규칙 제1조의2(식용란): 「축산물 위생관리법」(이하 “법”이라 한다) 제2조 제6호에서 “총리령으로 정하는 것”이란 닭·오리 및 메추리 알을 말한다.

15) 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 12] 도축업·집유업·축산물가공업·식용란선별포장업·식육포장처리업의 영업자 및 종업원 준수사항(제51조 제1항 관련) 3의2. 식용란선별포장업 영업자의 준수사항 가.는 “식용란은 직사광선에 노출되지 않도록 하고 축산물의 가공기준 및 성분 규격에서 정한 적합한 온도로 검란·선별·세척·건조·보관·운반 하여야 한다. 다만, 냉장보관된 식용란을 선별하거나 등급판정 등의 처리를 하기 위하여 일시적으로 상온에 두는 경우는 제외한다”고 규정한다.

전환 실시일자 및 완료일자 등을 허가 관청(시·도지사 또는 시장·군수·구청장)에게 신고해야 한다. 또한 영업자는 ① 신고일부터 10일 이내에 냉동 전환을 완료하고 냉동 전환 완료일이 기존 냉장제품의 소비기한을 넘기지 않도록 하여야 하며, ② 냉동 전환 대상 축산물의 표시기준(식품 등의 표시·광고에 관한 법률 제4조)을 준수해야 하고, ③ 신고사항에 변경이 있을 경우 지체 없이 신고해야 한다. 이는 냉장제품을 냉동제품으로 전환하는 과정에서 품질 및 안전성 변화가 발생할 수 있으므로, 행정적 통제를 통해 책임성을 강화하려는 취지로 해석된다. 또한 시행규칙 [별표 12]는 식육포장처리업자가 냉동식육 또는 냉동포장육을 해동하여 냉장포장육으로 유통·판매하는 행위를 금지하고 있다. 이는 해동 과정에서 미생물 증식 및 품질 저하가 발생할 위험이 크다는 점을 고려하여 원칙적으로 이를 금지한 규정으로, 냉동식육의 해동·재가공·재유통을 엄격하게 제한하고 있다.

축산물 위생관리법은 이러한 준수사항을 위반할 경우 강력한 형사 처벌 규정을 두고 있다. 축산물 위생관리법 제45조 제4항 제11호는 제31조 제2항 제4호에서 정한 영업자·종업원의 준수 의무를 위반한 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다. 다만, 총리령에서 정하는 경미한 사항을 위반한 경우에는 처벌 대상에서 제외된다.¹⁶⁾ 이는 축산물의 안전성 확보가 국민 건강 보호에 직결된다는 점을 고려하여, 준수 의무를 강제하기 위한 제재 수단으로서 의미가 크다.

결국, 축산물 위생관리법은 축산물의 위생적 관리와 품질 유지를 위하여 식용란·식육·가공품 등 품목별 특성과 위험도를 반영한 세부 기준을 설정하고 있으며, 이를 위반할 경우 형사적 제재까지 부과하는 강력한 규범 체계를 구축하고 있다. 이는 식품위생법과 마찬가지로 국민 건강 보호를 위한 사전예방적 관리체계를 지향하는 것으로 볼 수 있으며, 축산물의 보존·유통 온도 관리 역시 법적 의무와 처벌이 수반되는 핵심적 규제 영역임을 보여준다.

3. 수입식품법(수입식품안전관리 특별법)

수입식품법은 해외(국외)에서 반입되는 식품 등의 안전성을 확보하고 그 품질을 향상시키며, 올바른 정보를 제공함으로써 건전한 거래질서를 확립하고 국민 건강증진에 이바지하는 것을 목적(제1조)으로 한다.¹⁷⁾ 이 법은 수입 식품을 대상으로 하는 특수한 식품안전 관리체계를 마련함으로써, 국내에서 제조·가공되는 식품과는 구분되는 위험요인과 유통 구조를 반영한 안전관리 체계를 구축한다는 점에서 중요한 의미가 있다.

수입식품의 규율체계에서 중요한 특징은 수입식품법 제4조에 규정된 우선 적용 원칙이다. 즉, 수입식품에 관해서는 다른 법률보다 수입식품법이 우선하여 적용되며, 수입식품법에 규정이 없는 사항에 한하여 식품위생법, 건강기능식품법, 축산물 위생관리법, 식품·의약품분야 시험·검사 등에 관한 법률 등 관계 법령을 적용하도록 되어 있다. 이에 의하면 수입식품의 보존 및 유통 온도에 대해 수입식품법(령)에 규

16) 이와 관련하여서는 축산물 위생관리법 시행규칙 제61조 참조 바람.

17) 수입식품법과 관련한 자세한 설명은 박준현, 식품표시광고법과 수입식품법 해설, 북랩, 2023, 193면 이하 참조

정이 있으면 이에 따르지만, 별도의 규정이 없는 경우에는 식품위생법의 위임을 받은 식품공전의 규정이 적용된다.

다음으로, 수입식품 등 수입·판매업자에게 부과되는 위생적 관리의무는 수입식품법 제18조에서 규율하고 있다. 수입식품법 제18조 제1항은 영업자에게 수입식품의 안전성과 건전한 거래질서를 확보하기 위해 총리령(수입식품법 시행규칙 제25조)에서 정하는 준수사항을 따라야 한다고 명시한다. 이에 따라 시행규칙 [별표 8]은 수입식품 등 수입·판매업자가 준수해야 할 여러 의무를 구체적으로 규정하고 있다.

수입·판매업자가 준수해야 할 의무로는, 첫째, 수입식품을 직접 운반하는 경우에는 냉장 또는 냉동 보관이 필요한 제품의 보관온도를 유지하여야 한다. 이는 식품공전의 보존·유통 온도 기준과 동일한 수준의 관리의무를 수입식품에도 적용한 것이며, 운반 과정에서 온도 유지 실패로 인한 안전성 저하를 방지하기 위한 규정이다. 둘째, 축산물을 수입하는 영업자가 냉장제품을 냉동제품으로 전환하려는 경우에는 엄격한 사전 신고 절차가 요구된다. 냉장→냉동 전환을 위해서는 지방식품의약품안전청장에게 전환 품목명, 중량, 보관방법, 냉장 및 냉동 전환 후의 유통기한, 냉동시설 장소, 냉동 전환 실시일 및 완료일, 그리고 수입신고확인증 번호 등을 신고해야 한다. 이는 축산물에 대한 냉동 전환 과정에서 품질 저하 또는 부적정 유통이 발생할 가능성을 방지하기 위한 행정적 통제 장치이다. 나아가 영업자는 ① 전환 대상 축산물의 표시 기준(식품표시광고법 제4조¹⁸⁾)을 준수하여 표시해야 하고, ② 신고사항에 변경이 있을 경우 지체 없이 신고해야 하며, ③ 신고일로부터 10일 이내에 냉동 전환을 실시하고 냉동 전환 완료일이 기존 냉장제품의 유통기한을 초과하지 않도록 해야 한다. 셋째, 냉동식육 또는 냉동포장육을 집단급식소에 공급하는 경우, 집단급식소의 영양사·조리사가 해동을 요청할 수 있으며, 이 경우 영업자는 별도의 해동 전용 보관장치를 이용하거나 냉장 운반을 통해 해동을 위한 조치를 취할 수 있다. 다만, 이러한 해동 과정이 임의적으로 이루어지지 않도록, 영업자는 해동 중이라는 표시와 함께 해동 요청자, 해동 시작시간, 해동을 실시한 자 등을 명확히 표시해야 한다. 이는 해동 과정에서 발생할 수 있는 위험을 관리하고, 추적·확인이 가능하도록 하기 위한 안전장치이다.

수입식품법은 수입식품의 보존·유통 온도 관리에서 식품위생법 및 축산물위생관리법보다 우선하여 적용되면서도, 해당 법령의 구조와 원칙을 수용하여 유사한 안전관리 기준을 마련하고 있다. 특히 냉장→냉동 전환, 운반 시 온도 유지, 해동 과정의 관리 등에 대한 규정은 식품의 위해 발생 가능성을 최소화하기 위한 절차적·기술적 의무를 부과하고 있으며, 이는 국내 제조 식품과 동일한 수준의 안전성을 확보하기 위한 제도적 장치라고 할 수 있다.

18) 식품표시광고법 제4조 제1항 제1호: ① 식품등에는 다음 각 호의 구분에 따른 사항을 표시하여야 한다. 다만, 총리령으로 정하는 경우에는 그 일부만을 표시할 수 있다.

1. 식품, 식품첨가물 또는 축산물

가. 제품명, 내용량 및 원재료명

나. 영업소 명칭 및 소재지

다. 소비자 안전을 위한 주의사항

라. 제조연월일, 소비기한 또는 품질유지기한

마. 그 밖에 소비자에게 해당 식품, 식품첨가물 또는 축산물에 관한 정보를 제공하기 위하여 필요한 사항으로서 총리령으로 정하는 사항

Ⅲ. 식품의 보존 및 유통 온도와 관련한 대법원 판례

식품의 보존 및 유통 온도와 관련한 대표적인 판례로는 대법원 2016. 12. 27. 선고 2016도6551 판결과 대법원 2022. 11. 10. 선고 2020도14640 판결이 있다.

1. 대법원 2016. 12. 27. 선고 2016도6551 판결

(1) 사실관계

식용란수집판매업자는 축산물인 식용란을 위생적으로 보관·운반·판매·가공하여야 한다. 그럼에도 불구하고 피고인 A는 2014. 8. 9.경 충남 보령시 E에 있는 F에서 난각이 깨어진 탈색2란 900알을 구입한 후 냉장장치를 구동하지 않은 차량을 이용하여 피고인이 운영하는 G으로 운반하고, 이를 냉장장치 없이 실온에서 보관하다 호두과자 제조업체에 판매하였다. 이로써 식용란수집판매업자인 피고인 A는 축산물인 식용란을 비위생적으로 보관·운반·판매하였다.

한편, 누구든지 썩거나 상하거나 설익어서 인체의 건강을 해할 우려가 있는 것, 병을 일으키는 미생물에 오염되었거나 그러할 염려가 있어 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 식품 등을 판매하거나 판매할 목적으로 채취, 제조, 수입, 가공, 사용, 조리, 저장, 소분, 운반 또는 진열하여서는 아니 된다. 그럼에도 불구하고 피고인 B는 2014. 8. 9. 피고인 A로부터 파란(1판당 1,500원) 20판 합계 30,000원 상당을 호두과자를 제조할 목적으로 매입하여 호두과자를 불특정·다수인에게 판매하였다.

(2) 판결의 요지

구 축산물 위생관리법(2014. 5. 21. 법률 제12672호로 개정되기 전의 것) 제45조 제2항 제11호, 제31조 제2항 제4호, 축산물 위생관리법 시행규칙 별표 제13호에 의하면 “식용란수집판매업 영업자는 식용란이 직사광선에 노출되지 않도록 하고 식용란의 보존 및 유통기준에 적합한 온도에서 수집·처리·보관·운반·판매하여야 한다. 다만, 냉장보관된 식용란을 선별하거나 등급판정 등의 처리를 위하여 일시적으로 상온에 두는 것을 예외로 한다”고 규정하고 있고, 식품의약품안전처 고시 ‘축산물의 가공기준 및 성분규격’에서는 8. 보존 및 유통기준의 자.항에서 “식용란은 가능한 한 냉소(0~15°C)에, 알가공품은 10°C 이하(다만 액란제품은 5°C 이하)에서 냉장 또는 냉동 보관 유통하여야 한다”고 규정하고 있다.

대법원 2016. 12. 27. 선고 2016도6551 판결은 “(1) 피고인 A는 구 축산물 위생관리법 제45조 제2항 제11호, 제31조 제2항 제4호, 같은 법 시행규칙 제51조 제2항, [별표 13]에서 정한 식용란수집판매업 영업자의 준수사항을 위반하여 식용란을 보관·운반·판매하였다고 인정하기에 부족하고, (2) 또한 피고인 A의 위반행위가 인정되지 아니하는 이상, 피고인 A로부터 위 식용란을 구입한 피고인 B가 인체의 건강을 해칠 우려가 있는 식용란을 구입하여 호두과자를 제조하여 판매하였다고 인정하기에 부족하다”고 판단하였다. 또한, 본 판결에서는 “식품의약품안전처 고시 ‘축산물의 가

공기준 및 성분규격'(2014. 11. 20. 식품의약품안전처 고시 제2014-186호로 개정되기 전의 것, 이하 '이 사건 고시'라 한다)은 '제1. 축산물에 대한 공통기준 및 규격, 8. 보존 및 유통기준, (자)항'에서 식용란의 보존에 관하여 '식용란은 가능한 한 냉소($0\sim 15^{\circ}\text{C}$)에, 알가공품은 10°C 이하(다만, 액란제품은 5°C 이하)에서 냉장 또는 냉동 보관 유통하여야 한다'고 규정하고 있다. 그런데 이 사건 고시 '제1. 축산물에 대한 공통기준 및 규격, 1. 용어의 풀이, (자)항'에서 '가능한 한'은 위생수준과 품질향상을 유도하기 위하여 설정하는 것으로서 권고사항을 의미한다고 규정하고 있으므로, 이에 비추어 보면 그 온도기준을 준수하지 못하였다는 사정만으로 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 13]에서 식용란수집판매업 영업자의 '준수사항'으로 정한 '식용란의 보존 및 유통기준에 적합한 온도'를 위반하여 형사처벌의 대상이 되는 행위라고 단정하기는 부족하다"고 판단하였다.

또한, 본 판결에서는 "이 사건 단속 당시 피고인 A가 시동을 끄고 냉동장치를 가동하지 아니한 냉동탑차 안에 탈색2란을 보관하고 있었으나, 그 당시의 구체적인 식용란 보관 온도에 관한 자료가 없어, 결국 식용란의 보존에 부적합한 온도에 있었다고 판단할 수 있는 증거도 충분하지 아니한 사실을 알 수 있다. 이러한 사정들을 종합하여 보면, 비록 이 사건 고시에 관한 원심의 이유 설시에 일부 적절하지 아니한 부분이 있다 하더라도, 피고인 A가 축산물 위생관리법 시행규칙에서 정한 식용란수집판매업 영업자의 준수사항을 위반하여 식용란을 보관·운반·판매하였음에 관한 증거가 부족하다는 원심의 결론은 수긍할 수 있다. 따라서 원심의 판단에 상고이유 주장과 같이 구 축산물 위생관리법, 같은 법 시행규칙 및 이 사건 고시의 해석 등에 관한 법리를 오해하는 등의 사유로 판결에 영향을 미친 위법이 없으므로, 상고를 기각한다"고 판시하였다.

(3) 판례의 분석 및 이와 관련한 후속 문제

대법원 2016. 12. 27. 선고 2016도6551 판결은 식용란의 보존 및 유통 온도를 둘러싼 축산물 위생관리법 시행규칙과 식품의약품안전처 고시 간의 규정 충돌을 핵심 쟁점으로 다룬 판결이다. 당시 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 13]은 식용란수집판매업 영업자에게 식용란을 "직사광선에 노출되지 않도록 하고, 식용란의 보존 및 유통기준에 '적합한 온도'에서 보관·운반·판매"할 것을 요구하는 정도에 그쳤다. 반면에 식품의약품안전처 고시인 「축산물의 가공기준 및 성분규격」(개정 전)은 식용란을 가능한 한 '냉소($0\sim 15^{\circ}\text{C}$)'에서 보관·유통해야 한다고 명시함으로써 훨씬 구체적이고 엄격한 온도 기준을 제시하였다. 이로 인해 두 규정 사이의 법적 효력 및 적용범위에 관한 충돌이 문제되었다.

이와 관련하여 현재의 규정 체계를 살펴보면, 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 13]은 당시와 동일하게 식용란을 "적합한 온도"에서 보관·유통하도록만 규정하고 있으며, 냉장된 식용란을 선별·등급판정 등의 목적으로 일시적으로 상온에 두는 경우를 예외로 인정하고 있다. 즉, 대법원 판결 당시의 규율 내용은 현재까지도 그대로 유지되고 있다. 다만, 판결 당시 문제가 되었던 식품의약품안전처 고시 「축산물의 가공기준 및 성분규격」은 2018. 1. 1.자로 폐지되어 동일한 충돌 구조는 더 이상 존재하지 않는다. 그러나 식품의약품안전처 고시의 해당 내용은 현재 식품위생법의 위

임을 받은 식품공전에 동일한 형태로 규정되어 있다. 즉, 식품공전(식품의약품안전처 고시 제2024-71호, 2024. 11. 14, 개정) I. 식품의 기준 및 규격 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 4. 보존 및 유통기준 2) 보존 및 유통온도 (6)항은 식용란에 대해 “가능한 0~15℃에서 보존 및 유통하여야 하며, 냉장된 달걀은 지속적으로 냉장 상태를 유지하여야 한다”고 명시하고 있다. 이는 사실상 과거 「축산물의 가공기준 및 성분규격」이 두었던 기준을 식품공전이 계승한 것으로 볼 수 있으며, 결과적으로 축산물 위생관리법 시행규칙의 포괄적 규정(‘적합한 온도’)과 식품공전의 구체적 규정(‘가능한 0~15℃’)은 다시금 규정 간 충돌을 일으키는 구조가 되었다.

다만, 축산물 위생관리법 제3조는 “축산물에 관하여 이 법에 규정이 있는 경우를 제외하고는 「식품위생법」에 따른다”라고 규정하여, 축산물 위생관리법이 식품위생법에 대한 특별법적 지위를 가진다는 점을 명확히 하고 있다. 이에 의하면 식용란의 보존·유통 온도에 관하여는 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 13]이 우선하여 적용되고, 식품위생법 위임 고시인 식품공전의 온도 기준은 직접적인 적용 대상이 되지 않는다. 즉, 현행 법체계에서는 식용란에 관해 식품공전의 온도 기준이 법적으로 우선 적용될 여지는 없다.

그러나 소비자의 안전과 위생관리의 실효성을 고려할 때, 식용란의 보존·유통 온도에 관한 구체적이고 엄격한 규제가 필요하다는 점은 여전히 유효하다. 식용란은 미생물 오염 및 품질 저하 위험이 높아 온도 관리의 중요성이 과학적으로 입증된 품목이기 때문이다. 그렇다면 현행 법령에서 “적합한 온도”라는 포괄적·추상적 표현에 머무르는 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 13]의 규정은 보다 명확한 보존·유통 온도 기준으로 개정할 필요성이 크다고 볼 수 있다. 또한 축산물 위생관리법(령)과 식품위생법(령) 간의 관계 등을 종합적으로 검토하여, 규정 간 충돌이 재발하지 않도록 법령 개정 또는 통합적 관리 체계의 정비도 필요하다.

대법원 2016. 12. 27. 선고 2016도6551 판결은 식용란의 보존·유통 온도 규정이 각기 다른 법령·고시에서 달리 규정될 경우 발생하는 충돌 문제를 드러낸 사례였고 이후 일부 고시가 폐지되면서 당시와 동일한 충돌은 해소되었으나, 현재에도 축산물 위생관리법 시행규칙과 식품공전 사이에 새로운 형태의 규정 불일치가 여전히 존재한다. 따라서 식품안전관리 체계의 일관성과 규정 명확성을 확보하기 위해 이러한 법령 간 미비점에 대한 개선이 필요하다.

2. 대법원 2022. 11. 10 선고 2020도14640 판결

(1) 사실관계

피고인 A는 2014. 9. 5. 피고인 주식회사 B에서 2014. 9. 3.과 2014. 9. 4.에 생산되어 포장 완료된 닭고기 냉장육 15,120마리를 매수인인 주식회사 C가 지정하는 냉동창고로 배송하여 냉동시켜 냉동육으로 전환하면서, 피고인 주식회사 B 직원들로 하여금 그 포장지에 기재된 ‘제품명 닭고기(신선육)’, ‘유통기한 10일’ 표시위에 ‘제품명 닭고기(신선육)’, ‘유통기한 24개월’로 기재된 스티커를 부착하도록 하여 제품명과 유통기한을 허위표시한 것을 비롯하여 2014. 1. 27.경부터 2015. 5. 21.경까지 피고인 주식회사 B에서 생산한 닭고기 냉장육 약 131,290마리의 제품명과 유통기한을 허위표

시하였다.

(2) 판결의 요지

도축한 닭의 포장을 완료하여 판매가 가능한 상태에서 냉장보관 하던 중 유통기한(현재 소비기한)을 늘려 표시한 스티커를 덧붙여 유통시킨 행위가 축산물 위생관리법이 금지하는 ‘허위표시’에 해당하는지 여부가 문제된 사안에서, 대법원은 다음과 같이 판결하였다.

가) ① 피고인 주식회사 B가 2014. 9. 3.과 2014. 9. 4. 도축한 닭을 ‘제품명 닭고기(신선육)’, ‘유통기한 제조일로부터 10일’로 표시된 비닐포장지에 담아 봉인하고 비닐포장지 표면에 제조일자를 날인하여 포장을 완료한 후 냉장 상태로 보관한 사실, ② 냉장 상태의 닭은 통상 도축일로부터 1~2일이 지나면 신선도가 떨어지기 시작하고 10일이 지나면 폐기물로 처리하게 되는데, 피고인 A는 추석 연휴를 앞둔 2014. 9. 5. 재고 물량을 조속히 소진하기 위해 1~2일 전 도축해 냉장 상태로 보관 중이던 닭 식육을 50% 가량 할인된 가격으로 주식회사 C에 판매하기로 한 사실, ③ 그런데 당시 주식회사 C측에서 냉동육으로 공급할 것을 요청하자, 피고인 A가 직원들로 하여금 위 비닐포장지의 제품명, 유통기한이 표시된 부분 위에 ‘제품명 닭고기(신선육)’, ‘유통기한 제조일로부터 24개월’이 표시된 스티커를 덧붙이게 한 후 위 닭 식육을 화산이 지정한 냉동창고로 배송한 사실, ④ ‘신선육’의 사전적 의미는 ‘냉동, 해동, 조리 등의 처리를 하지 않은 신선한 식육’이고, 피고인 주식회사 B의 대표이사과 직원들은 물론 피고인 A도 수사기관에서 ‘신선육’은 ‘얼리지 않은 고기’ 혹은 ‘냉장육’을 뜻한다는 취지로 진술한 사실을 알 수 있다.

나) (1) 구 「축산물 위생관리법」(2016. 2. 3. 법률 제14025호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘법’이라 한다) 제32조 제1항 제2호, 제2항, 법 시행규칙(2015. 12. 31. 총리령 제1233호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제52조 제1항 제4호, 제6호는 포장 등에 축산물의 명칭·제조방법, 품질·영양표시, 그 밖에 해당 제품의 사실과 다른 내용의 표시·광고와 제조연월일, 유통기한 등을 표시함에 있어서 사실과 다른 내용의 표시·광고를 하는 것을 금지하고, 법 제45조 제3항은 이를 위반하여 허위표시를 한 자를 처벌한다. (2) 법 제10조의2, 법 시행령 제12조의7, 법 시행규칙 제7조의11, [별표 2의3] 및 법 제6조, 「축산물의 표시기준」(2015. 9. 21. 식품의약품안전처고시 제2015-64호로 개정되기 전의 것) 제3조 내지 제5조, 제9조, [별표 1]은 도축업 영업자가 도축한 닭의 식육을 포장한 다음, 포장에 지워지지 않는 잉크 등을 사용하여 작업장의 명칭 및 소재지, 생산연월일, 유통기한, 보존방법, 내용량 등을 표시하도록 하여 축산물의 위생적인 관리와 소비자에 대한 정확한 정보의 제공 및 공정한 거래의 확보를 도모하고 있다. (3) 구 식품위생법(2015. 2. 3. 법률 제13201호로 개정되기 전의 것, 이하 같다) 제2조 제1호는 ‘식품이란 모든 음식물(의약으로 섭취하는 것은 제외한다)을 말한다.’고 규정하고, 위 식품에는 가공 및 조리된 식품뿐 아니라 ‘자연식품’도 포함되므로(대법원 2017. 1. 12. 선고 2016도237 판결 등 참조), 도축된 닭 식육 역시 ‘식품’에 포함된다. 구 식품위생법 제7조 제1항은 판매를 목적으로 하는 식품 등에 관한 제조·가공 등 방법에 관한 기준을 식품의약품안전처장이 정하여 고시하도록 규정하고 있다. 그에 따라 마련된 「식품의 기준 및 규격」(2015. 6. 11. 식품의

약품안전처고시 제2015-34호로 개정되기 전의 것, 이하 '식품공전'이라 한다)의 제1. 총칙, 3. 식품원재료 분류 항 및 제5. 식품별 기준 및 규격, 11. 식육 또는 알가공품 항의 내용에 비추어 보면, '닭 식육'의 제조·가공 등 방법에 관해서도 식품공전이 정한 기준에 따라야 한다. 그런데 식품공전은 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격, 6. 보존 및 유통기준 항에서 '냉동제품을 해동시켜 실온 또는 냉장제품으로 유통시켜서는 아니 되며, 실온 또는 냉장제품을 냉동시켜 냉동제품으로 유통시켜서는 아니 된다.'고 정하고 있으므로, 원칙적으로 닭식육의 냉장제품을 냉동시켜 냉동제품으로 유통시키는 것은 금지된다. (4) 법 제4조 제2항, 「축산물의 가공기준 및 성분규격」(2015. 8. 25. 식품의약품안전처고시 제2015-55호로 개정되기 전의 것) 제5조, '축산물의 가공기준 및 성분규격'은 가금육의 냉장제품은 $-2\sim 5^{\circ}\text{C}$, 냉동제품은 -18°C 이하에서 보존·유통하도록 정하고, 유통기간의 산출은 포장완료 시점으로 하도록 정하고 있다(제1 축산물에 대한 공통기준 및 규격, 8. 보존 및 유통기준 항, 사.목, 더.목). (5) 한편, 법 제31조 제2항, 법 시행규칙 제51조 제1항, [별표 12] 제4호 바.목은 축산물가공업 또는 식육포장처리업 영업자는 '전환 품목명, 중량, 보관방법, 유통기한, 냉동으로 전환하는 시설의 소재지 및 냉동 전환을 실시하는 날짜'를 사전에 관찰 시·도지사 등에게 보고하는 등 일정한 절차와 기준을 준수하여야 냉장제품을 냉동제품으로 전환할 수 있도록 정하고 있다. (6) 위와 같은 규정 등을 종합해 보면, 특별한 사정이 없는 한 도축업 영업자가 도축한 닭을 포장지에 담아 봉인하고 제조일자 및 유통기한 표시를 마치는 등 포장을 완료하여 판매 가능한 상태에 이른 닭 식육의 냉장제품을 보관하던 중 이를 다시 냉동하여 냉동육의 유통기한 등을 표시하여 유통시키는 것은 금지된다고 봄이 타당하다. 2015. 1. 6. 총리령 제1123호로 개정된 「축산물 위생관리법 시행규칙」 제2조, [별표 1] 제2호 나.목에서 닭 등 가금류의 처리방법에 '계절적인 이유 등 일시적인 도축 물량 증가로 도축장의 시설만으로 도축한 물량을 제때 냉동할 수 없는 경우 해당 도축장을 관리하는 검사관의 사전 승인을 받고 사후 보고를 하는 등 일정한 절차와 요건을 준수하여 도축장 인근에 있는 외부 냉동시설을 이용하여 냉동할 수 있다'는 규정을 신설하였으나, 이는 도축업 영업자의 관리 범위 내에서 이루어지는 절차에 불과하다.

다) 앞서 본 인정사실과 위 법리에 비추어 알 수 있는 바와 같이, ① 피고인 주식회사 B가 2014. 9. 5. 주식회사 C에 판매한 닭고기는 2014. 9. 3.과 2014. 9. 4. 이미 제조일자 날인과 포장까지 마쳐진 것으로, 냉장육으로서 생산이 완료된 점(피고인 주식회사 B의 육계도계팀장 공소외인도 수사기관에서 '2014. 9. 3.과 2014. 9. 4. 생산된 신선육은 포장이 완료된 상태로 냉장실로 입고되어 그 상태로 바로 판매가 이루어진다'고 진술하였다), ② 앞서 본 바와 같이 닭 도축업 영업자가 포장을 완료하여 판매 가능한 상태에 이른 닭 식육의 냉장제품을 보관하던 중 이를 다시 냉동하여 냉동제품으로 유통시키는 것은 원칙적으로 금지되는바, 피고인 A가 위와 같이 제조일자 날인과 포장 등 생산이 완료된 냉장육을 거래처의 냉동창고로 배송하여 냉동시킨 것을 정상적인 냉동육 생산과정의 일환으로 볼 수 없는 점, ③ 따라서 위와 같이 냉장육으로 생산 완료된 위 닭고기의 상태와 비닐포장지에 덧붙여진 스티커의 표시를 비교하여 보면, '신선육'이라는 제품명 표시는 '냉장육'인 위 닭 식육의 사실과 일치하여 허위표시로 볼 수 없으나, 냉동육을 전제한 '24개월'의 유통기한 표시는 '냉장육'인 위 닭 식육의 사실과 달라 허위표시에 해당한다고 봄이 타당하다.

(3) 판례의 분석 및 이와 관련한 후속 문제

본 사건에서 다루고 있는 핵심 쟁점은 이미 냉장육으로 생산이 완료된 닭 식육을 사후적으로 냉동하여 냉동육 형태로 유통하면서, 냉동육을 전제로 한 유통기한(제조일로부터 24개월)을 표시한 행위가 식품표시광고법상 허위표시에 해당하는지 여부이다. 단순한 보관 방법의 변경 가능성만을 가리는 문제가 아니라, 제품의 실질과 표시가 반드시 일치해야 한다는 식품표시제도의 기본 원칙이 준수되었는지를 판단하는 사안이라는 점에서 그 법·정책적 의미가 크다.

그런데 본 판결의 원심법원은 대법원 판결과는 상반되게 피고인에 대하여 무죄를 선고하였다.¹⁹⁾ 즉 원심은 냉장육을 냉동육으로 전환하는 행위가 일률적으로 금지되는 것은 아니며, 도축 후 냉각·냉장·냉동 과정은 시간적 간격을 두고 연속적으로 이루어지는 것이므로 피고인의 행위가 이러한 생산 흐름에서 벗어난 것으로 보기도 어렵다는 논리를 취하였다. 또한, 피고인이 냉장육으로 표시된 비닐 포장지에 닭고기를 넣어 보관하였더라도, 그 자체를 냉장육의 최종 생산 완료 단계라고 단정할 수 없다고 보았다. 더 나아가 원심은 피고인이 냉동 처리 후 냉동육 기준의 표시 스티커를 부착하였으므로, 제품의 상태와 표시가 최종적으로 일치한다고 평가하여 허위표시가 성립하지 않는다고 판단하였다. 이러한 원심의 판단은 냉장육과 냉동육의 생산공정이 연속될 수 있으며, 제품의 ‘완성 시점’이 명확하게 구분되지 않을 수 있다는 관점에서 출발한 것으로 보인다.

그러나 대법원은 원심의 논리가 사실관계의 핵심을 간과하였고, 표시의 진실성이라는 규범적 기준을 올바르게 적용하지 못하였다고 보아 원심판결을 파기하였다. 대법원은 먼저 이 사건 닭고기가 이미 냉장육으로 생산이 완료된 완제품이었다는 점을 분명히 하였다. 제조일자 날인과 포장에 모두 이루어진 뒤 냉장실에 입고된 닭고기는 단순 보관을 위한 임시 포장이 아니라 제품으로서의 최종적 형태가 확정된 단계에 해당한다. 따라서 이러한 냉장육을 다시 냉동하는 행위는 정상적 제조·가공 절차의 범주를 벗어난 것으로 보았다. 또한, 대법원은 냉장육과 냉동육의 생산공정·품질관리 기준이 본질적으로 다르다는 점을 강조하였다. 냉장육은 짧은 유통기한을 전제로 관리되며, 냉동육은 제조 단계에서부터 냉동 상태로 장기 보관이 가능하도록

19) 대법원 2022. 11. 10 선고 2020도14640 판결의 원심(제2심 법원: 청주지방법원 2020. 10. 15. 선고 2019노738 판결)은 “피고인들이 도축한 닭을 ‘제품명 닭고기(신선육)’, ‘유통기한 제조일로부터 10일’로 표시된 비닐포장지에 담아 냉장 상태로 보관하다가 위 주식회사 C(매수인)로부터 냉동육 주문을 받자 비닐포장지 위에 ‘제품명 닭고기(신선육)’, ‘유통기한 제조일로부터 24개월’로 표시된 스티커를 부착하도록 하여 냉동육으로 출고한 사실, 그 외 피고인들이 위 각 거래처로부터 냉동육을 주문받고 냉장육으로 도축된 이 사건 식육을 냉동제품으로 출고하여 유통한 사실을 인정하고서, ① 닭 도축업자로서 피고인 주식회사 B가 도축하여 냉장 상태로 보관 중인 이 사건 식육을 냉동으로 전환하는 것 자체가 불법이라고 단정하기 어려운 점, ② 도축업자가 도축 후 냉각, 냉장, 냉동의 과정을 순차로 거쳐 48시간 이내에 냉동제품을 생산하였다고 하여 식품의 위생에 해를 끼쳤다고 볼 수 없는 점, ③ 피고인들이 도축한 닭을 유통기한이 10일로 표시된 비닐포장지에 담아 보관하였고 하여 냉장제품으로 생산 완료한 것으로 단정할 수 없는 점, ④ 이 사건 식육은 냉동육으로 최종 생산되어 냉동육에 관한 제품명, 유통기한 등이 기재된 스티커가 붙여져 있었으므로 실제 냉동육의 실질과 다르게 표시하였다고 보기 어려운 점 등에 비추어 보면, 피고인들이 냉장육을 냉동육으로 전환하여 제품명과 유통기한을 허위표시하였다고 인정하기에 부족하다”고 하여, 피고인들에 대한 공소사실을 무죄로 판단하였다.

설계된 제품이다. 이런 기준을 전제로 할 때, 이미 완성된 냉장육을 사후적으로 냉동한 뒤 이를 냉동육과 동일하게 취급하는 것은 제품의 본질적 특성을 변경하지 않았음에도 표시만 냉동육의 기준에 맞춘 것에 불과하다고 보았다. 특히 냉장육의 유통기한이 수일에 불과함에도 냉동육 기준의 유통기한인 24개월을 표기한 행위는 소비자로 하여금 제품의 품질·신선도·안전성을 중대하게 오인하도록 만드는 결과를 초래한다고 판단하였으며, 이는 식품표시제도의 기본 원칙인 ‘표시의 진실성’ 원칙을 정면으로 위반한 것으로서 허위표시에 해당한다고 대법원은 판단하였다. 대법원은 이러한 판단을 바탕으로 원심이 제시한 논거들이 경험칙과 논리칙에 비추어 설득력을 갖지 못한다고 보았다. 즉, 냉장육이 이미 완제품으로 확정된 이후의 냉동 전환은 단순한 공정의 연속으로 볼 수 없고, 표시의 실질적 진실성을 침해한다는 점에서 보관 방식의 변경이라는 형식적 측면보다는 제품의 실질과 표시의 정합성을 중심에 두어야 한다는 것이다.

그러나 본 판결은 단지 피고인의 위법성을 판단하는 데에 그치지 않고, 현행 식육관리 제도의 구조적 문제점을 드러내는 역할도 하였다. 피고인이 유죄로 인정된 결정적 이유는 완제품 상태의 냉장육을 다시 냉동 처리하여 표시한 것에 있지만, 만약 도축 후 일정 기간 냉장 보관을 지속하면서 포장을 미루다가 처음부터 냉동육으로 포장하였다면 상황은 달라진다. 식품위생법의 위임을 받은 식품공전은 소비기한 산정 기준을 ‘포장 완료 시점’으로 규정하고 있기 때문에, 그 이전의 보관 기간은 소비기한의 계산(산정)에 있어서 전혀 고려되지 않는다.²⁰⁾ 이 구조는 장기간 냉장 보관된 원육일지라도 냉동 포장을 하는 순간부터 새로운 냉동육으로 간주되어, 최대 24개월의 유통기한이 부여될 수 있음을 의미한다. 이러한 제도적 사각지대는 몇 가지 심각한 문제를 초래할 수 있다. 첫째, 소비자는 제품의 실제 보관기간이나 신선도에 관한 정보를 전혀 알 수 없다. 둘째, 식육포장처리업자는 폐기 직전에 가까운 냉장육을 냉동육으로 전환하여 정상 제품으로 유통할 가능성이 생긴다. 셋째, 이는 식품의 안전성뿐만 아니라 시장의 공정성까지 저해하는 결과를 가져올 수 있다.

따라서 본 판결은 냉장육을 사후 냉동한 뒤 냉동육 기준으로 표시한 행위가 허위표시에 해당한다는 점을 명확히 함으로써 표시 진실성 원칙을 강화했다는 의의를 갖는 동시에, 도축 후 포장 전 기간에 대한 관리·표시 기준을 제도적으로 보완해야 한다는 문제의식을 주는 사건이라고 할 수 있다. 따라서, 식품안전 규제 체계를 정비하기 위해 소비기한 산정 기준을 포장 완료 시점에만 두지 않고, 도축 이후 보관·처리 과정 전체를 소비기한 및 표시 기준에 반영하는 방향으로의 법적 개선이 필요하다고 할 수 있다.

IV. 식품의 보존 및 유통 온도에 관한 몇 가지 개선 방안

1. 식품의 보존 및 유통 온도와 관련한 법률(법령)간 체계의 일관성

식용란(물로 세척하지 않은 달걀²¹⁾)의 보존 및 유통 온도에 대해 현재 축산물 위

20) 박의근, 앞의 소비기한의 산출 시점에 관한 몇 가지 개선 방안, 188면.

생관리법 시행규칙 [별표 13]과 식품위생법의 위임을 받은 식품공전이 각각 규정을 두고 있다. 그러나 두 규정의 내용이 서로 상이하여 법령 체계상 충돌을 일으키고 있으며, 이에 따라 어떤 규정이 우선 적용되는지가 중요한 해석상의 문제로 제기된다.

축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 13] 축산물보관업·축산물운반업·축산물판매업·식육즉석판매가공업의 영업자 및 종업원 준수사항(제51조 제2항 관련)	식품공전(식품의약품안전처 고시 제2024-71호, 2024. 11. 14, 개정) 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 4. 보존 및 유통기준 2) 보존 및 유통온도
3. 축산물판매업 영업자의 준수사항 며. 식용란수집판매업 영업자는 다음 각 호의 사항을 준수하여야 한다. 1) 식용란은 직사광선에 노출되지 않도록 하고 식용란의 보존 및 유통기준에 적합한 온도에서 수집·처리·보관·운반·판매하여야 한다. 다만, 냉장보관된 식용란을 선별하거나 등급판정 등의 처리를 하기 위하여 일시적으로 상온에 두는 것은 예외로 한다.	(6) 식용란은 가능한 0~15°C에서 보존 및 유통하여야 하며, 냉장된 달걀은 지속적으로 냉장으로 보존 및 유통하여야 한다.

우선, 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 13]은 식용란수집판매업 영업자에게 식용란을 직사광선에 노출되지 않도록 할 것과 함께 식용란의 보존·유통기준에 ‘적합한 온도’에서 식용란을 수집·처리·보관·운반·판매할 것을 요구하고 있다. 반면 식품공전은 식용란의 보존 및 유통 온도를 ‘가능한 0~15°C’로 제시하여 보다 구체적이고 엄격한 온도 기준을 설정하고 있다. 두 규정의 문언을 비교하면, 하나는 ‘적합한 온도’, 다른 하나는 ‘가능한 0~15°C’를 제시하고 있어 규범 내용이 충돌하는 것으로 보인다. 그러나 축산물 위생관리법 제3조가 “축산물에 관하여 이 법에 규정이 있는 경우에는 식품위생법에 우선하여 적용된다”고 명시하고 있으므로, 식용란의 보존·유통 온도에 관한 규율은 식품위생법보다 축산물 위생관리법이 우선하는 특별법적 관계에 있다. 이로 인해 식용란의 보존 및 유통 온도에 관해 실질적으로 적용되는 규범은 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 13]의 ‘적합한 온도’이고, 식품공전이 제시한 ‘가능한 0~15°C’ 규정은 사실상 적용될 여지가 없다. 따라서, 현재로서는 식품공전의 규정은 사문화된 규정에 가깝다고 할 수 있다.²¹⁾ 물론 법 해석상 “적합한 온도”라는 문구가 식품공전의 “가능한 0~15°C”를 의미하는 것으로 연결될 여지도 있다. 그러나 앞서 언급한 대법원 2016. 12. 27. 선고 2016도6551 판결은 축산물 위생관리법 시행규칙의 “적합한 온도”를 식품공전의 온도 기준과 동일한 의미로 이해하지 않았으며, 두 규정의 효력을 분리하여 판단하였다. 이는 곧 현행 법체계에서 식품공전의 식용

21) 물로 세척한 달걀은 냉장(0~10°C)으로 보존 및 유통하여야 한다{식품공전(식품의약품안전처 고시 제2024-71호, 2024. 11. 14, 개정) 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 4. 보존 및 유통기준 2) 보존 및 유통온도 (3), (4)}.

22) 박의근, “「식용란」의 보존 및 유통 온도에 관한 개선 방안”, 「법학연구」, 제28집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2025. 9, 405면 이하.

란 온도 규정은 독자적 법적 효력을 인정받기 어렵다는 점을 명확히 한 것이다.

그런데 문제는 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 13]이 규정하는 ‘적합한 온도’가 구체적인 기준을 제시하지 않고 있어, 피규제자 입장에서 법적 예측 가능성이 낮다는 데 있다. 식품 안전 확보라는 목적을 고려하면 식용란의 보존·유통 온도는 미생물 증식 억제와 품질 보존에 직결되는 중요한 요소임에도 불구하고, 현재의 규정은 이를 구체적으로 제시하지 않아 규제 공백이 발생하고 있다. 이러한 문제를 고려하면 축산물 위생관리법령과 식품위생법령 사이의 관계를 명확히 하고, 식용란의 보존 및 유통 온도 기준을 구체화하기 위한 입법적 정비가 필요하다.

이에 대한 개선 방안으로는 네 가지가 고려될 수 있다.²³⁾ 첫째, 현행과 같이 축산물 위생관리법 시행규칙의 “적합한 온도” 규정만 유지하고 식품공전의 규정을 삭제하는 방안이 있다. 그러나 이 경우 ‘적합한 온도’의 범위가 불명확하여 피규제자의 법 규제 수용성 및 예측 가능성 측면에서 문제가 발생한다는 점에서 타당한 방안이라 보기 어렵다. 둘째, 축산물 위생관리법 시행규칙의 문언을 “가능한 0~15°C”로 개정하는 방안이 있다.²⁴⁾ 그러나 “가능한”이라는 표현은 권고적 의미로 해석되며, 온도 기준 위반 시 형벌이 수반되는 축산물 위생관리법 체계에서 이러한 모호성은 적절하지 않다고 할 수 있다. 셋째, 축산물 위생관리법 시행규칙을 보다 명확히 하여 식용란의 보존·유통 온도를 “0~15°C”로 직접 규정하는 방안이다. 이 방안은 저온 보관 환경에서 미생물 증식을 억제하고, 난백의 탄력 유지 및 노른자 형태 유지 등 식용란의 품질 유지와 식중독 예방에 효과적이라는 점에서 과학적 근거와 정책적 정당성을 갖춘다고 할 수 있다. 넷째, 식용란을 상온제품 또는 실온제품으로 분류하여 15~25°C 혹은 1~35°C 범위에서 관리하는 방안이 있으나, 이는 식용란의 생물학적 특성과 식품 안전성 측면에서 적절하지 않다. 왜냐하면 상온 보관은 미생물 증식 가능성을 높이고 품질 저하 속도를 가속시키기 때문이다.

이러한 검토를 종합해 보면, 식품 안전 확보와 규제의 명확성이라는 두 가지 기준을 모두 충족하기 위해서는 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 13]의 규정을 ‘0~15°C’의 구체적 기준으로 개정하고, 식품공전의 관련 규정을 삭제하여 법령 간 충돌을 해소하는 방안이 가장 타당하다고 판단된다. 즉, “식용란은 직사광선에 노출되지 않도록 하고 0~15°C에서 수집·처리·보관·운반·판매하여야 한다. 다만 선별하거나 등급판정을 위한 일시적 상온에 두는 것은 예외로 한다. 냉장보관된 식용란은 지속적으로 냉장으로 보존 및 유통하여야 한다”라고 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 13]을 개정하는 것이 법적 명확성, 과학적 합리성, 소비자 안전을 모두 확보하는 방향이라고 할 수 있다.²⁵⁾

23) 위의 논문, 407면.

24) 이와 동일한 효과를 가져오는 규제 방안으로는 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 13]에서 “적합한 온도”를 규정한 규정을 삭제하고 식품공전에서 규정한 “가능한 0~15°C”를 유지하는 방안이 있다.

25) 박의근, 앞의 논문, 409면.

2. 육류제품의 소비기한 설정 시점

식품공전은 냉장제품, 냉동제품의 안전한 보존과 유통을 보장하기 위하여 각 제품 유형에 따른 온도 관리 기준을 명확히 제시하고 있다. 이에 따르면 냉장·냉동 제품은 반드시 규정된 온도를 유지할 수 있는 설비를 이용하여 보관·운반하여야 하고, 냉장제품을 실온에서 유통하거나 실온제품·냉장제품을 냉동 상태에서 유통하는 행위는 허용되지 않는다. 이러한 규정은 온도 변화가 식품의 미생물 오염, 품질 저하, 변패 속도에 직접적 영향을 미친다는 점에서 식품안전을 위한 기본 전제라고 할 수 있다.

축산물의 경우에는 식품공전의 일반 규정에 더해 축산물 위생관리법령이 특별 규제로 적용된다. 특히 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 12] 축업·집유업·축산물가공업·식용란선별포장업·식육포장처리업의 영업자 및 종업원 준수사항(제51조 제1항 관련) 4. 축산물가공업 및 식육포장처리업 영업자의 준수사항 (바)는 축산물가공업자 또는 식육포장처리업자가 냉장제품을 냉동제품으로 전환하려는 경우 이를 임의로 할 수 없고, 사전에 행정청에 전환 품목, 소비기한, 보관 방식, 냉동 전환 일정 등을 신고하도록 하고 있다. 또한 전환은 신고일로부터 10일 이내에 완료되어야 하며, 냉장제품의 소비기한을 넘어서는 방식으로 냉동 전환을 해서는 안 된다. 아울러 냉동식육 또는 냉동포장육을 해동하여 다시 냉장제품으로 판매하는 행위는 금지되고 있다. 이러한 일련의 규제는 냉장제품과 냉동제품은 제조 공정·보관 온도·유통 기간이 근본적으로 다른 제품이므로, 양자를 명확히 구분하여 관리해야 한다는 규범적 판단에 기초한다. 그런데 이러한 규제가 실효성을 갖기 위해서는 전제조건이 하나 존재한다. 육류제품이 언제 ‘최종적으로’ 냉장제품 또는 냉동제품으로 생산이 완료되었는지가 명확히 특정되어야 한다는 점이다. 그러나 실제 육류 제조·유통 과정에서는 도축 후 일정 기간 냉각·보관 단계를 거친 뒤, 절단·선별 과정을 마치고 마지막에 포장을 하게 된다. 바로 이 지점에서 현행 규제 체계의 구조적 문제가 드러난다. 도축 후 포장 완료 이전 단계에서는 해당 원육이 냉장제품으로 생산될지, 냉동제품으로 생산될지가 확정되지 않으며, 포장이 이루어지기 전까지는 이 기간 전체가 ‘제품의 제조 과정 외부’로 취급된다는 점이다.

식품공전은 소비기한 산정 기준을 “포장 완료 시점”(혹은 포장 후 제조공정이 있는 경우 최종 공정 종료 시점)으로 규정하고 있다. 이는 도축 후 포장이 이루어지기 전까지의 보관 기간이 소비기한 산정에서 완전히 제외되도록 작동한다.²⁶⁾ 이로 인해 다음과 같은 법적·실질적 공백이 발생한다. 첫째, 같은 날 도축된 육류임에도 포장이 하루 늦게 이루어지면 소비기한이 그만큼 연장되는 결과(소비기한 제도의 형해화)가 초래된다.²⁷⁾ 예를 들어 2025년 7월 18일 도축된 육류의 소비기한이 통상 10일이라고 할 때, 포장을 2025년 7월 19일에 하면 소비기한은 2025년 7월 29일이지만, 포장을 7월 20일에 하면 7월 30일까지도 유통이 가능해진다. 이는 원육의 실제 신선도와 소비기한이 직접 연결되지 않는 구조적 모순이며, 소비기한 제도의 기본 목적을 약화시키는 결과를 가져온다. 둘째, 포장 전 단계에 대한 규제가 부재하므로 식육

26) 이러한 문제점을 지적한 기사로는 https://www.newsis.com/view/NISX20200914_0001164800 참조 바람.

27) 박의근, 앞의 소비기한의 산출 시점에 관한 몇 가지 개선 방안, 186면 이하.

포장처리업자가 냉장육을 장기간 보관하였다가 폐기 직전에 냉동 포장함으로써 냉동육으로 유통시키는 것도 구조적으로 가능하게 된다. 냉동육은 냉장육에 비해 소비기한이 매우 길기 때문에 경제적 유인이 존재하지만, 소비자 입장에서는 원육이 얼마나 오래 냉장 보관되었는지 알 수 없으므로 위생상 심각한 위험과 정보 비대칭 문제가 발생한다. 셋째, 이러한 규제 공백은 앞에서 분석한 대법원 2022. 11. 10 선고 2020도14640 판결에서도 간접적으로 드러났는데, 해당 판결은 ‘완제품 냉장육을 사후 냉동한 뒤 냉동육 기준의 유통기한을 표시한 행위는 허위표시’라고 판단하였다. 그러나 만약 포장 이전 단계에서 냉장 보관만 하다가 처음부터 냉동 포장을 하였다면 법률적으로는 문제가 되지 않는다는 점에서, 현행 제도는 제품의 실질보다는 포장 시점을 중심으로 규제가 설계되어 있다는 구조적 한계를 확인할 수 있다.²⁸⁾

한편, 동일하게 축산물에 속하는 달걀(식용란)의 경우에는 식품공전 I. 식품의 기준 및 규격 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 4. 보존 및 유통기준 4) 소비기한의 설정 (3)에서 소비기한 산정 기준이 “산란일자”로 명확히 규정되어 있다.²⁹⁾ 즉, 식용란의 경우에는 산란일자를 기준으로 소비기한이 확정되며, 포장 시점이 소비기한 산정에 영향을 미치지 않는다. 이는 식품 안전을 고려한 타당한 규범 설계이지만, 달걀만 예외적으로 이러한 소비기한 산정 방식이 적용되는 것은 축산물 관리 체계의 내부 정합성 측면에서 문제라고 할 수 있다. 육류 역시 축산물인 이상, ‘도축일자’를 소비기한 산출의 기초 시점으로 삼아야 한다는 논리가 충분히 성립할 수 있다.³⁰⁾ 참고로 덧붙여 우유(원유)의 경우에는 소비기한 제도 시행이 2031년까지 유예되어 있는데, 육류제품과 동일한 문제가 우유(원유)에도 발생하기 때문에 소비자 식품 안전을 고려하여 우유 역시 ‘제품포장 시(즉, 최종 살균·포장까지 완료한 날)’가 아닌 ‘착유일(원유 채취일)’을 기준으로 소비기한을 산출하는 것이 바람직하다.³¹⁾

결국, 현행 식품공전이 채택한 소비기한 산정 방식은 ‘포장 중심주의’에 기반하여 포장 이전의 보관·취급 단계가 규제의 시야에서 벗어나 있는 구조적 한계를 갖고 있다. 이는 소비자에게 제품의 실제 신선도·위생상태를 투명하게 제공하지 못하며, 식품 안전 확보라는 제도의 근본 목적을 충분히 달성하지 못하게 한다. 따라서 축산물에 해당하는 육류 역시 소비자 식품의 안전을 고려하여 “도축일자”를 기준으로 소비기한을 산출하는 것이 타당하다. 이와 같은 개선이 이루어질 때 비로소 현행 제도의 구조적 공백이 해소되고, 소비자가 실제 식품의 안전성과 품질 수준을 정확하게 판단할 수 있는 환경이 마련될 것이다.

28) 위의 논문, 188면 이하.

29) 식품공전 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 4. 보존 및 유통기준 4) 소비기한의 설정 (3)은 ““소비기한”의 산출은 포장완료(다만, 포장 후 제조공정을 거치는 제품은 최종공정 종료)시점으로 하고 캡슐제품은 충전·성형완료시점으로 한다. 다만, 달걀은 ‘산란일자’를 소비기한 산출시점으로 한다”고 규정한다.

30) 박의근, 앞의 소비기한의 산출 시점에 관한 몇 가지 개선 방안, 188면 이하.

31) 위의 논문, 189면.

3. 그 밖의 개선 사항

(1) 냉장식품(냉장제품) 또는 냉동식품(냉동제품)의 분류(구별)에 대한 명확성

현행 식품공전은 냉장식품과 냉동식품의 보존 및 유통 온도를 비교적 구체적으로 규정하고 있다. 식품공전 「식품일반에 대한 공통기준 및 규격」의 보존 및 유통기준에 따르면, 상온에서 7일 이상 보존성이 없는 식품은 가능한 한 냉장 또는 냉동시설을 이용하여 보존·유통하여야 하며, 별도의 규정이 없는 경우 냉장제품은 0~10°C, 냉동제품은 -18°C 이하에서 보존·유통하도록 하고 있다. 또한 냉장제품과 냉동제품은 보존·유통 방식에서도 서로 다른 요건을 요구하며, 이러한 온도 기준을 위반할 경우 형벌 또는 행정처분이 부과될 수 있다.

그러나 이러한 규정에도 불구하고 냉장식품과 냉동식품의 개념 자체는 식품공전 내에서 명확히 정의되어 있지 않다. 현행 규정은 단순히 “상온에서 7일 이상 보존성이 없는 식품”이라는 공통 요건만을 제시하고 있을 뿐, 그 식품이 냉장제품에 해당하는지 냉동제품에 해당하는지의 분류 기준은 제시하고 있지 않다. 즉, 식품공전은 냉장·냉동의 개념을 온도 조건으로만 간접적으로 규정할 뿐, 해당 제품 유형의 본질적 특성·취급 기준·품질 유지 요건 등 분류의 근거가 되는 정의 규정을 두고 있지 않다. 이와 같은 규정 체계의 불명확성은 여러 가지 문제를 초래할 수 있다. 첫째, 형벌 법규의 명확성 원칙에 반할 위험이 존재한다. 냉장 및 냉동 온도 기준 위반은 식품위생법에 따라 처벌될 수 있으므로, 규율 대상인 냉장제품과 냉동제품의 개념이 명확히 정의되지 않은 상태에서는 피규제자가 어떤 제품을 냉장 또는 냉동제품으로 분류해야 하는지 정확히 예측하기 어렵다. 둘째, 규제의 실효성이 저하된다. 즉, 냉장제품으로 취급해야 할 식품을 냉동제품으로 유통하거나 그 반대의 경우가 발생할 수 있으며, 이는 제품의 품질 유지뿐 아니라 미생물 성장 억제와 같은 식품안전의 목적에서도 심각한 혼선을 초래할 수 있다. 셋째, 표시기준·소비기한 산정·유통단계 관리 기준 등 연계 제도 전반에 불명확성이 확대될 수 있다. 즉, 냉장제품과 냉동제품은 제조공정·포장 기준·보관 기간·유통기한 등에서 구조적으로 차이를 갖는데, 분류가 명확하지 않으면 이에 대한 일관된 관리가 어렵다.

따라서, 현행 식품공전에 냉장제품과 냉동제품의 개념을 명확히 정의하는 규정을 도입할 필요가 있다. 구체적으로는 식품공전 I. 식품의 기준 및 규격 제1장 ‘총칙’의 “용어의 풀이” 항목에 다음과 같은 정의 규정을 신설하는 것이 타당하다.

■ 냉장식품
“냉장식품은 상온에서 7일 이상 보존성이 없는 식품으로서 냉동으로 보존 및 유통할 경우 제품의 품질에 심각한 손상이 발생하는 식품을 말한다.”
■ 냉동식품
“냉동식품은 상온에서 7일 이상 보존성이 없는 식품으로서 냉동으로도 보존 및 유통이 가능한 식품을 말한다.”

이와 같은 정의 규정을 도입할 경우, 냉장·냉동 제품의 구분이 명확해지고 규제대상자(피규제자)·행정기관·소비자 모두가 동일한 기준을 공유하게 되어 규제의

명확성·예측 가능성·식품 안전성이 동시에 향상될 것이다. 또한, 냉장·냉동 전환 신고, 소비기한 산정, 표시 기준 등 관련 규제 체계 전반의 정합성을 확보하는 데에도 기여할 수 있다.

(2) 현실 상황을 고려한 예외 규정의 신설

현행 식품 관련 법령은 식품의 보존 및 유통 온도에 대해 엄격한 기준을 설정하고 있으나, 실제 영업 현장에서 불가피하게 발생하는 다양한 조리·처리 상황을 충분히 포섭하지 못하고 있다는 한계가 있다. 대표적으로 축산물 위생관리법 시행규칙 [별표 13]은 식용란수집판매업자가 식용란을 직사광선에 노출시키지 않고 “적합한 온도”에서 보관·유통할 것을 요구하면서도, 선별이나 등급판정 등 처리를 위해 일시적으로 상온에 둘 수 있는 예외를 명시하고 있다. 이는 영업 과정에서 필연적으로 수반되는 작업의 특성을 고려해 예외 규정을 마련한 것이다. 또한 식품공전 역시 냉장식육의 경우 세절 등 절단 작업을 위해 일시적으로 냉동 보관할 수 있는 예외를 규정하여 냉장·냉동 기준이 절대적 규제가 아니라 작업 특성에 따라 일정한 범위의 탄력적 운용이 가능하다는 점을 인정하고 있다.³²⁾ 이처럼 일부 법령에서는 이미 예외 규정이 마련되어 있으나, 전반적인 식품 보존·유통 기준에서 실무적 상황을 포괄하는 예외 인정은 여전히 미흡하다.

특히 식품공전은 식품접객업자(일반음식점, 휴게음식점, 집단급식소 등)에게도 엄격한 보관·저장 기준을 적용하고 있다. 예컨대 냉장 식품은 10℃ 이하, 냉동 식품은 -18℃ 이하에서 보관할 것을 요구하며, 축산물이나 수산물 등은 반드시 냉장 또는 냉동 상태로 보관하도록 규정한다. 그러나 이러한 규정들은 대부분 원칙 중심으로 설계되어 있어, 실제 조리 과정에서 통상적으로 발생하는 보관 온도 일시적 이탈을 고려하지 않고 있다. 예를 들어, 일반음식점의 조리 과정에서는 재료를 절단·조리·혼합하는 동안 냉장 또는 냉동 상태를 유지하기 어려운 경우가 빈번히 발생한다. 이는 영업자의 고의나 과실과 무관하게 조리 행위의 본질적 특성에서 비롯되며, 단순히 몇 분간 재료가 실온에 놓였다는 사실만으로 형벌 또는 행정처분의 대상이 된다는 것은 규제 수용성 측면에서도 타당성을 결여한다. 형벌 법규는 명확해야 하며, 피규범자가 준수할 수 있는 범위 내에서 현실적·합리적으로 설계되어야 한다는 법적 원칙을 고려할 때, 이러한 조리 과정의 일시적 온도 이탈을 모두 위반으로 평가하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 현실적인 조리·취급 과정에서 불가피하게 발생하는 보존·유통 온도 이탈을 명시적으로 예외로 규정할 필요가 있다. 이는 규제의 명확성과 피규제자의 규제 수용성을 동시에 높이는 조치가 될 뿐 아니라, 행정기관의 법집행에서도 합리적 판단 기준을 부여하는 기능을 한다.

그러므로 식품공전에 “조리 과정 중 불가피하게 발생하는 일시적 보존 및 유통 온도 이탈(예: 냉장 또는 냉동 보관이 필요한 재료를 조리·가공·혼합·세척 등을 위하여 일시적으로 실온에 두는 행위)은 예외로 한다.”와 같은 규정을 둘 필요가 있다. 이러한 규정의 신설은 첫째, 조리 과정의 특수성을 반영함으로써 영업자에게 과도한 규제 부담을 지우지 않으며, 둘째, 법 집행 과정에서 발생할 수 있는 자의적 판단을

32) 식품공전 I. 식품의 기준 및 규격 제2. 식품일반에 대한 공통기준 및 규격 4. 보존 및 유통기준 3) 보존 및 유통방법 (4).

방지하여 형벌 법규의 명확성 원칙을 강화하고, 셋째, 불가피한 조리 과정과 실제 식품 안전을 위협하는 보존·유통 기준의 중대한 위반을 구분함으로써 규제의 실효성을 높일 수 있다. 결국, 식품의 보존·유통 기준에서 현실적 조리 환경을 고려한 합리적 예외 규정의 도입은 규제의 정합성과 수용성을 확보하기 위해 필수적이라고 할 수 있다.

V. 맺음말

식품의 제조 단계에서부터 최종 소비에 이르기까지 전 과정에서의 온도 관리는 식품 안전성을 확보하기 위한 핵심적 요소가 된다. 식품은 시간의 경과와 함께 자연적으로 분해·변질되는 특성을 지니고 있으며, 특히 온도는 미생물 성장 속도와 영양성분의 안정성을 좌우하는 가장 중요한 변수로 꼽힌다. 따라서, 식품의 보존 및 유통 온도를 적절하게 설정하고 이를 엄격하게 준수하도록 관리·감독하는 것은 소비자 안전 확보의 관점에서뿐 아니라, 식품위생법이 지향하는 공중보건 보호 및 식품영양의 질적 향상(제1조)이라는 입법 목적을 달성하는 데 필수적인 전제라고 할 수 있다.

현행 식품 관련 법령은 이러한 중요성을 반영하여 식품의 보존 및 유통 온도 기준을 규정하고 있으며, 특히 식품위생법의 위임을 받은 식품공전은 식품 전반에 적용되는 기본적이고 포괄적인 온도 기준을 상세히 규정하고 있다. 예를 들어, 식품공전에서는 별도의 규정이 없는 경우 실온(1~35°C), 상온(15~25°C), 냉장(0~10°C), 냉동(-18°C 이하), 온장(60°C 이상) 등의 온도 범위를 명확히 설정하고 있으며, 이러한 온도 기준은 사실상 대부분의 식품 보존·유통 행위에 적용된다. 아울러 소비기한의 설정 역시 보존·유통 온도와 직접적으로 연동되어 있어, 온도가 적절하게 유지되지 않을 경우 소비기한 자체가 무의미해질 수 있음을 전제로 한 규율 구조를 갖추고 있다.

본 연구는 식품공전을 중심으로 식품의 보존 및 유통 온도와 관련된 법령 체계를 면밀히 검토하고, 그와 관련된 대표적인 대법원 판례의 분석을 통하여 현행 제도의 법적 한계 및 운영상의 문제점을 도출하였다. 특히 냉장식품과 냉동식품 간의 구분 기준, 포장 완료 이전 단계에 대한 규제 공백, 식용란 등의 개별 품목에서 발생하는 법령 간 충돌 문제 등은 식품 안전에 직결되는 중요한 쟁점임에도 불구하고, 현행 법제는 이를 충분히 해결하지 못하고 있는 것으로 평가할 수 있다.

식품의 보존 및 유통 온도는 단순한 기술적 관리 요소를 넘어, 식중독균의 증식 억제, 식품 품질의 유지, 유해 미생물 오염 방지 등 과학적·위생학적 측면에서 식품 안전의 핵심적 기초가 된다. 적정 온도가 유지되지 않을 경우 병원성 세균이 급격히 증식하여 식중독 사고를 유발할 수 있으며, 곰팡이 등 유해 미생물의 오염 위험도 높아진다. 이는 소비자 건강에 중대한 피해를 초래함과 동시에, 유통 제품 전반에 대한 신뢰도 하락, 리콜·폐기 비용 증가 등 식품 산업 전반에 경제적 손실을 초래할 수 있다. 특히 축산물·수산물·조리식품 등 온도 민감성이 높은 품목의 경우 보존 및 유통 온도 관리는 곧 식품의 안전성을 담보하는 기본적 품질관리이자 제조·유통업자의 법적 의무에 해당한다.

본 연구에서 제시한 식품의 보존 및 유통 온도에 관한 개선 방안은 단순한 규정

정비에 그치는 것이 아니라, 식품 안전 확보, 소비자 건강 보호, 식품산업의 신뢰성 제고라는 복합적 목적을 달성하기 위한 핵심적 정책 방향으로 기능할 수 있다. 앞으로 제안된 개선 방안들이 관련 입법·정책 수립 과정에서 참고되기를 기대하며, 궁극적으로 식품 안전 관리 체계의 실효성을 제고하는 데 기여할 수 있기를 바란다.

■ **주제어:** 식품, 식품위생법, 식품공전, 식품의 보존 및 유통 온도, 소비기한

[참고문헌]

- 김병후 · 정수진 · 강준구 · 윤요한 · 신재욱 · 이철수 · 하상도, “식품의 소비기한 참고치 설정을 위한 안전계수”, 「한국식품위생안전성학회지」, 제38권 제6호, 한국식품위생안전성학회, 2023.
- 박의근, “「식용란」의 보존 및 유통 온도에 관한 개선 방안”, 「법학연구」, 제28집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2025. 9.
- 박의근, “식품위생법 관련 주요 판례 분석”, 「식품법과 정책」, 제5호, 식품안전정보원, 2024.
- 박의근, “식품 또는 식품첨가물에 대한 기준 및 규격”, 「법과정책연구」, 제26집 제1호, 한국법정책학회, 2026. 3.
- 박의근, “소비기한의 산출 시점에 관한 몇 가지 개선 방안”, 「법학연구」, 통권 제102호, 한국법학회, 2026. 6.
- 백경희, “소비기한 표시제에 관한 법제 비교와 관련 판례 법리에 대한 고찰”, 「법제」, 통권 698호, 법제처, 2022. 9.
- 법무법인(유한) 바른 식품의약품(박철: 집필대표), 식품위생법 해설, 박영사, 2019.
- 어금희 외 7인, 식품위생관계법규, 파워북, 2023.
- 이주형, 식품위생법 - 이론과 실무(상) -, 부크크, 2022.
- 이주형, 식품위생법 - 이론과 실무(하) -, 부크크, 2022.

[Abstract]

Legal Issues and Reforms in the Regulatory Framework for Food Storage and Distribution Temperatures

Park, Eui Geun* · Na, Yu Jin**

"Preservation and distribution temperature of food" is a critical factor directly related to food safety. If food is not stored at a consistent temperature, microorganisms and bacteria can rapidly multiply, leading to foodborne illnesses such as food poisoning. Furthermore, if the appropriate temperature is not maintained during food preservation and distribution, the food's flavor, color, aroma, and nutritional value are lost, resulting in a decline in quality. Therefore, refrigerated and frozen foods must adhere to specified temperatures. This temperature control must be thoroughly managed and supervised throughout the entire food (product) production, transportation, storage, and sale process. This ensures that consumers receive safe and fresh food. Therefore, temperature management for food storage and distribution is the most fundamental and crucial requirement for ensuring food safety and protecting public health.

The Food Code and food-related laws and regulations, which are delegated by the Food Sanitation Act, contain detailed provisions regarding "preservation and distribution temperature of food," which is one of the important management matters from the perspective of consumer food safety. That is, 「Food Code」 I. Standards and Specifications for Foods 2. Common Standards and Specifications for General Foods 4. Preservation and Distribution Standards 2) Preservation and Distribution Temperature (3) stipulates that "If the preservation and distribution temperature of food is not separately stipulated in this notice, room temperature products shall be preserved and distributed at 1 to 35°C, room temperature products at 15 to 25°C, refrigerated products at 0 to 10°C, frozen products at -18°C or lower, and warm products at 60°C or higher." In addition, the preservation and distribution temperature of food is closely related to the product's use-by date, and this is stipulated in detail in the "Food Code" in I. Standards and Specifications for Food, Chapter 2. Common Standards and Specifications for General Food, Chapter 4. Preservation and Distribution Standards, and Chapter 4. Establishment of Expiration Date. However, from a legal perspective, the provisions of the Food Code and food-related laws

* Research Professor, Law Research Institute, Kyungpook National University Law School, Ph.D. in Law (First Author)

** Ph.D. in Food and Nutrition, Kyung Hee University; Lecturer, Department of Food and Nutrition, Sahmyook University (Corresponding author)

regarding “preservation and distribution temperature of food” have problems in terms of legal system and interpretation, and from a policy perspective, there is also a need to adjust them in consideration of changes in the social environment and climate change.

In this study, food-related laws will be closely reviewed from a legal point of view, focusing on the regulations of the Food Code on the Preservation and Distribution Temperature of Food, and some improvement measures will be suggested.

- **Key Words:** Food, Food Sanitation Act, Food Code, Preservation and Distribution Temperature of Food, Use-by date

RISE · ANCHOR 체계의 기본권 심사기준 - 지역인재 우대정책과 평등권 · 거주이전의 자유의 헌법적 한계* -

김수진**

논문요지

수도권 집중과 지방소멸의 위기 속에서 정부는 2025년부터 지역혁신중심 대학 지원체계(Regional Innovation System & Education, 이하 'RISE')를 전국적으로 시행하였고, 2026년부터는 지역성장 인재양성체계(Anchor-Institution based Regional Growth System, 이하 'ANCHOR')를 도입하기에 이르렀다. 이러한 정책 체계 하에서 강화된 지역인재 우대정책은 그 정당한 목적에도 불구하고 수도권 출신 지원자의 균등하게 교육받을 권리와 직업선택의 자유를 제한하며, 청소년기 특정 지역 거주를 요구하는 삼중결합 요건은 거주이전의 자유와의 충돌 가능성을 정면으로 제기한다.

헌법재판소는 2025년 7월 17일 지방대학 한의과대학 지역인재 40% 선발 조항에 대하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 심판청구를 기각하는 결정을 선고하였다(헌재 2025. 7. 17. 2021헌마1572). 대상결정은 평등권과 직업선택의 자유를 결합하여 심사하는 결합심사 법리를 정립하였다는 점에서 학술적 의의를 가지나, 거주이전의 자유(헌법 제14조)에 대한 본격적 심사를 사실상 회피하였다는 점에서 헌법적 통제 기준의 공백을 남겼다.

이러한 규범적 공백을 보완하기 위하여 본 연구는 삼중결합 심사기준(Triple-Combined Review Standard)을 제안한다. 이는 정주형 우대조치가 개인의 성장기 삶의 선택 전반에 영향을 미친다는 점에 착안하여, ① 자유권 침해 심사, ② 평등권 침해 심사, ③ 결합효과 심사의 3단계를 결합한 새로운 헌법적 심사 틀로서, 개별 기본권 심사의 총합을 넘어서는 헌법적 통제를 가능케 한다. 아울러 본고는 이러한 심사기준을 기반으로 잠정성 원칙, 비율 설정의 법률유보, '지역인재' 정의의 합리적 분류기준, 비지역인재의 보충적 기회 보장, 정주의무의 계약적 · 자발적 형식이라는 5가지 헌법적 가이드라인을 제시한다.

본 연구는 궁극적으로 국가균형발전이 개인의 기본권을 희생하여 달성될 수 있는 가치가 아니라, 기본권 보장과의 조화 속에서 비로소 헌법적 정당성을 획득할 수 있는 헌법적 과제임을 논증하고자 한다.

· 논문제출: 2026. 06. 20. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

* 본 논문의 견해는 필자 개인의 학문적 의견이며, 고려대학교 세종RISE사업단의 공식 입장과는 무관함을 밝힙니다.

** 고려대학교 세종RISE사업단 연구교수, 헌법학 박사(lalajin@korea.ac.kr)

I. 서론

수도권 집중과 지방소멸의 위기는 대한민국 헌법 질서가 직면한 구조적 과제이다. 이에 대응하여 정부는 지역혁신중심 대학지원체계(Regional Innovation System & Education, 이하 ‘RISE’)를 도입하여 2025년부터 전국적으로 시행하였고, 2026년부터는 지역성장 인재양성체계(Anchor-Institution based Regional Growth System, 이하 ‘ANCHOR’)를 도입하기에 이르렀다. 이러한 정책 체계는 지방대학과 지역인재를 매개로 지역균형발전을 실현하기 위한 것으로서 그 자체로 헌법 제123조 제2항의 지역균형발전 의무 및 헌법 제31조의 교육을 받을 권리와 밀접히 결부되어 있다.

그러나 지역인재 우대정책은 그 정당한 목적에도 불구하고, 수도권 출신 지원자의 균등하게 교육받을 권리(헌법 제31조 제1항)와 직업선택의 자유(헌법 제15조)를 제한하며, 나아가 청소년기 특정 지역 거주를 요구하는 이른바 삼중결합 요건은 거주이전의 자유(헌법 제14조)와의 충돌 가능성을 정면으로 제기한다. 헌법재판소는 최근 이 문제에 관하여 재판관 전원의 일치된 의견으로 판단을 내렸다(헌재 2025. 7. 17. 2021헌마1572, 이하 ‘대상결정’). 그러나 대상결정은 평등권과 직업선택의 자유를 결합하여 심사하는 새로운 방식을 정립한 반면, 거주이전의 자유에 대한 본격적 심사는 사실상 회피하였다는 점에서 헌법적 통제 기준의 공백을 남겼다.

본 연구는 RISE·ANCHOR 체계 하에서 지역인재 우대정책이 준수하여야 할 기본권 심사기준을 정립하는 것을 목적으로 한다. 이를 위하여 대상결정을 축으로 하여, 평등권 심사기준(Ⅲ장)과 판례평석(Ⅳ장), 거주이전의 자유와의 충돌 및 삼중결합 심사기준(Ⅴ장), 미국·독일·일본 등의 비교법적 검토(Ⅵ장)를 거쳐 헌법적 한계와 입법론적 제언(Ⅶ장)에 이르는 순서로 논의를 전개한다. 연구 방법은 헌법재판소 결정례의 규범적 분석을 중심으로 하되, 지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률의 조문 분석과 비교법적 검토를 병행한다.

RISE·ANCHOR 체계 자체의 헌법적 정당화 구조에 관하여는 이미 선행연구가 축적되어 있다.¹⁾ 그러나 본 연구는 이러한 정당화론과 구조변동론의 성과를 전제로 하되, 논의의 초점을 개별 기본권 심사기준의 정립으로 옮긴다. 특히 대상결정이 채택한 결합심사 법리의 의의와 한계를 규명하고, 그 회피지점에서 발생하는 규범적 공백을 삼중결합 심사기준으로 보완하려는 시도는 종래 위헌론적 접근이나 합헌론적 접근 어느 쪽과도 구별되는 본고의 독자적 문제의식이다.

1) RISE 체계의 헌법적 정당성에 관하여는 김수진, “지역혁신중심 대학지원체계(RISE)의 헌법적 정당화 구조 - 세종형 RISE의 운영성과와 헌법적 함의를 중심으로 -”, 『법학연구』 제67권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2026, 27-75면; RISE·ANCHOR 체계 전반의 헌법 구조적 변동에 대해서는 김수진, “분권형 고등교육국가의 헌법적 구조변동 - RISE와 ANCHOR 체계를 중심으로 -”, 『법학논총』 제43집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2026, 1-47면. 최근의 위헌론적 접근으로는 이권일, “지역의사제를 통한 필수의료인력 수급에 대한 헌법적 문제 - 독일과 일본 사례와의 비교를 중심으로 -”, 『법학논고』 제92집, 경북대학교 법학연구원, 2024, 31-62면.

II. RISE · ANCHOR 체계의 법정정책적 구조

1. 지역대학 지원체계의 패러다임 전환

(1) 종래 지방대학 육성 정책의 한계

과거 교육부의 대학재정지원사업은 중앙정부 주도의 하향식(Top-down), 칸막이식 지원 구조를 띠고 있었다. 이러한 구조는 지역의 특수한 산업 수요나 사회적 맥락을 반영하기 어려웠고, 결과적으로 지방대학이 육성한 인재가 수도권으로 유출되는 현상을 제어하지 못했다. 특히 대학 경쟁력 강화를 목표로 추진된 기존 고등교육 재정 지원 정책은 상당한 재정 투입에도 불구하고 수도권 대학 중심의 성과 집중 현상을 초래함으로써, 국토균형발전이라는 정책목표 달성에는 일정한 한계를 드러냈다.

구체적으로, 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률」(약칭: 지방대육성법)(2014. 1. 28. 법률 제12333호)이 제정되기 이전까지 지방대학 지원은 산발적·일과성 사업의 형태로 이루어졌다. 1995년 5·31 교육개혁안 이래 도입된 지방대학 특성화 사업, BK21 사업(1999), HK 사업(2007), CK 사업(2014), LINC 사업(2012), 글로벌대학30 사업(2023) 등은 모두 중앙정부 주도의 칸막이식 공모 지원이라는 공통점을 가졌다. 이러한 구조하에서 지방대학은 사업별 평가지표에 맞춘 단기적 대응에 매몰되었고, 지역사회와의 유기적 결합 및 인재의 지역 정주라는 본질적 과제에는 미치지 못하였다는 비판이 누적되었다.²⁾

(2) RISE 체계의 도입과 헌법적 권한 배분의 재편

2025년 전국 시행된 RISE(Regional Innovation System & Education)³⁾ 체계는 다음 세 가지 점에서 종래의 정책과 본질적으로 구별된다. 첫째, 교육부 대학재정지원사업 예산의 50% 이상⁴⁾이 시·도 및 지역라이즈위원회로 이양되어, 중앙-지방 간 사무권한이 헌법 제117조의 지방자치 원리에 부합하는 방향으로 재편되었다. 둘째, 5년 단위의 ‘지역혁신중심대학지원계획’의 수립을 통해 지자체가 대학지원의 주체로 격상되었다. 셋째, 종래 분절적이었던 LINC·RIS·HiVE 등의 사업이 통합되어 ‘대학과 지역의 동반성장’이라는 단일 목표하에 재구성되었다.

이러한 변화는 단순한 행정조직의 개편을 넘어, 헌법적 권한 배분 구조 자체에 영향을 미치는 정책적 사건이라 평가할 수 있다. 즉, 고등교육의 본질적 사항에 대한 입법권은 국가에 유보된 채로 두면서도, 그 집행과 자원 배분의 실질적 권한은 지방자치단체로 이양된다는 점에서, 헌법 제31조 제6항의 ‘교육제도 법정주의’와 헌법 제117조 ‘지방자치 보장’ 간의 새로운 조화를 요구하게 되었다.

2) 지방소멸과 수도권 집중의 구조적 문제에 관하여는 통계청, 『장래인구추계』, 2024; 산업연구원, 『2024 지역경제 동향』, 2024 참조.

3) RISE(지역혁신중심 대학지원체계)는 대학지원의 행·재정 권한을 지방자치단체에 대폭 위임·이양하는 체계이다. 2025년부터 교육부 재정지원의 50% 이상(약 2조 4천억 원)이 지자체로 편성되며, 지자체는 지역라이즈위원회를 통해 대학과 지역사회의 동반성장 전략을 자율적으로 설계한다. 이 체계의 핵심은 ‘분권’과 ‘자율’이다.

4) 2025년 국고 약 2조 10억 원, 지방비 포함 총 2조 4천억 원 규모

(3) ANCHOR 체계로의 재구조화 - 5극 3특·인재 정주의 헌법적 함의

정부는 RISE 체계를 한 단계 진화시켜, 2026년부터 지역성장인재양성체계(ANCHOR)로 재구조화되고 있다. ANCHOR(닻)라는 명칭에서 암시하듯, 이 정책의 궁극적 목표는 ‘인재의 지역 정주(Stay)’이다.⁵⁾ 정책 단위 역시 개별 지자체를 넘어 5극(수도권, 충청권, 호남권, 대경권, 동남권)과 3특(강원, 전북, 제주)의 초광역권으로 재편된다.

이러한 정주 강조의 정책 의도는 두 가지 헌법적 함의를 가진다. 첫째, 국가가 청년 세대의 거주지 선택에 적극적으로 개입한다는 점에서, 종래의 직업·교육 지원을 넘어 헌법 제14조 거주이전의 자유의 보호영역에 직접적으로 진입한다. 둘째, 5극 3특 단위는 헌법상 지방자치단체의 단위(특별시·광역시·도·시·군·구)와 일치하지 않으므로, 헌법 제117조 제2항의 지방자치단체 종류 법정주의 및 「지방자치법」상의 사무배분 원칙과의 정합성 문제를 초래한다.⁶⁾

[표 1] RISE 체계와 ANCHOR 체계의 비교

구분	RISE (2025년 시행)	ANCHOR (2026년 이후 재구조화)
정책 목표	지자체 주도의 대학지원, 칸막이 제거	인재의 지역 정주(Stay), 초광역권 산학협력
운영 주체	17개 시·도 및 지역라이즈위원회	5극3특 단위의 권역별 공유대학 체제
우대조치 성격	대학 중심의 재정 배분	인재(학생·구직자) 중심의 공간적 정착 유인
정책 수단	보조금·평가지표 중심	장학금·취업·주거·세제 패키지
정주(stay) 강제력	권유적·간접적	조건부 계약~제재 결합형
기본권 충돌 강도	평등권·직업의 자유 중심	+ 거주이전의 자유 본격 결합
헌법적 쟁점	자원배분 형평성	공간적 차별·정주 강제

* 주: 교육부 RISE 정책자료와 관련 선행연구를 토대로 저자 작성

5) 교육부, “2026년 지역성장 인재양성체계(앵커) 추진방안”, 보도자료(2025. 4. 2.), 5-7면. ANCHOR 체계는 ‘지역에서 배우고, 지역에 정주(stay)하는 인재 생태계’를 핵심 비전으로 제시한다.

6) 헌법 제117조 제2항은 “지방자치단체의 종류는 법률로 정한다”라고 규정하고 있다. 5극 3특은 행정적 광역권 개념이지 헌법상 자치단체의 종류는 아니므로, 그 운영체제의 법적 성격(국가사무·자치사무·공동사무)에 대한 명확화가 필요하다.

2. 지역인재 우대정책의 법령 체계

(1) 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률」의 구조

현행법상 지역인재 우대정책의 헌법적 근거는 헌법 제123조 제2항의 국가균형발전 조항이다. 이를 구체화한 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률」(이하 지방대육성법) 제15조는 지방대학의 장에게 의과대학, 한의과대학, 치과대학, 약학대학 및 간호대학 등의 입학자 중 일정 비율 이상을 해당 지역 고등학교 졸업자로 선발할 의무를 부여하고 있다.

(2) 시행령 제10조 제3항 [별표] - 의·약·간호계열 의무선발 비율

지방대육성법 시행령 [별표]에 따르면, 2023학년도 대학입학전형부터 충청권, 호남권, 대구·경북권, 부산·울산·경남권에 소재한 지방대학은 의·약학계열 입학자의 최소 40%를, 강원권과 제주권은 최소 20%를 해당 지역 고등학교 졸업자로 선발해야 한다.⁷⁾

(3) 「혁신도시 조성 및 발전에 관한 특별법」상 공공기관 채용목표제

고등교육 단계뿐만 아니라 노동시장 진입 단계에서도 우대조치가 작동한다. 혁신도시법 제29조의2는 이전공공기관의 장이 채용 인원의 30% 이상을 이전지역에 소재하는 지방대학 졸업자로 채용하도록 의무화(사실상의 목표제)하고 있다. 이 제도는 지방대 졸업자의 취업 기회를 확대하나, 역으로 해당 지역 출신이 아닌 자의 공무담임권 및 직업선택의 자유를 심각하게 제한한다.

3. 지역인재 개념의 법적 정의와 그 문제점

지방대육성법상 지역인재의 요건은 매우 엄격하다. 단순히 응시 시점의 주소지가 아니라, 수도권이 아닌 지역에 소재한 중학교를 졸업할 것과 해당 지방대학이 소재한 지역의 고등학교를 졸업할 것이라는 이중의 학적(학업 수행 공간) 요건을 요구한다.⁸⁾ 이는 거주이전의 자유 및 부모의 자녀교육권과 직결된 문제로서, 우연한 사정(부모의 직장 이전 등)으로 인해 한 요건이라도 충족하지 못하면 혜택에서 전면 배제되는 경직성을 지닌다.

7) 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률 시행령」 제10조 제3항 [별표] (대통령령 제31992호, 2021. 9. 24. 일부개정)

8) 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률」 제2조 제1호. 동 조항은 지역인재를 “1. 수도권이 아닌 지역에 소재한 중학교를 졸업할 것, 2. 해당 지방대학이 소재한 지역의 고등학교를 졸업할 것(졸업예정자를 포함한다), 3. 제1호 및 제2호에 따른 학교의 입학일부터 졸업일까지 해당 학교가 소재한 지역에서 거주할 것”의 요건을 모두 충족하는 자로 정의한다.

(1) 지역인재 개념의 다층적 분석

① 학적상 요건

「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률」(이하 ‘지방대육성법’)상 지역인재의 학적상 요건은 규율 대상에 따라 이원적 구조를 형성하고 있다. 학부과정에 대하여는 이른바 삼중결합 요건이, 전문대학원에 대하여는 대학 졸업이라는 단일 요건이 각각 적용되며, 이러한 규범적 이원구조는 헌법적 심사기준의 정립에 있어서도 상이한 함의를 갖는다.

가. 학부과정에 관한 규율 - 삼중결합 요건

지방대육성법(2021. 3. 23. 법률 제17956호로 개정된 것) 제15조 제2항은 의과대학·한의과대학·치과대학·약학대학 및 간호대학 등 학부과정의 경우, 지방대학의 장이 다음 각 호의 요건을 모두 충족한 사람의 수가 학생 입학 전체인원의 일정비율 이상이 되도록 하여야 한다고 규정하고 있다.⁹⁾

첫째, 수도권이 아닌 지역에 소재한 중학교를 졸업할 것(제1호). 둘째, 해당 지방대학이 소재한 지역의 고등학교를 졸업할 것(졸업예정자를 포함한다. 제2호). 셋째, 제1호 및 제2호에 따른 학교의 재학기간 내에 해당 학교가 소재한 지역에 거주할 것(제3호).

이 세 가지 요건이 결합된 구조를 본고에서는 “삼중결합 요건”이라 칭한다. 이는 단순한 학력 인정을 넘어 청소년기 6년간의 특정 지역 거주를 사실상 강제하는 효과를 수반한다는 점에서 규범적 특수성을 갖는다. 시행령상 구체적인 학생 최소 입학 비율은 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률 시행령」(2021. 9. 24. 대통령령 제31992호로 개정된 것) 제10조 제3항 [별표] 제1호 가목에 규정되어 있는바, 충청권·호남권·대구·경북권·부산·울산·경남권의 경우 40%, 강원권·제주권의 경우 20%이다.¹⁰⁾

나. 전문대학원에 관한 규율 - 대학 졸업 단일 요건

반면, 전문대학원의 경우 지방대육성법 제15조 제3항은 학부과정과 구분되는 별도의 규율을 두고 있다.¹¹⁾ 동 조항은 “지방대학의 장은 지역의 우수인재를 선발하기 위하여 법학전문대학원, 의학전문대학원, 치의학전문대학원 및 한의학전문대학원 입학자 중 해당 지역의 지방대학을 졸업한 사람의 수가 학생 입학 전체인원의 일정비율 이상이 되도록 하여야 한다”라고 규정한다.

이에 따르면 전문대학원 입학에 있어서 지역인재의 판단 기준은 “해당 지역의 지

9) 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률」(2021. 3. 23. 법률 제17956호로 개정된 것) 제15조 제2항.

10) 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률 시행령」(2021. 9. 24. 대통령령 제31992호로 개정되고, 2024. 6. 4. 대통령령 제34550호로 개정되기 전의 것) 제10조 제3항 [별표] 제1호 가목.

11) 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률」 제15조 제3항.

방대학을 졸업한 사람”이며, 이는 학부과정과 달리 대학 졸업 시점을 기준으로 삼는다. 여기에서는 중학교·고등학교 졸업 요건이나 청소년기 거주 요건이 부과되지 아니하며, 학부 소재지가 지역인재 여부를 결정하는 유일한 기준이 된다.

다. 규율 이원 구조의 헌법적 함의

이러한 이원 구조는 지역인재 우대정책에 대한 헌법적 심사 기준의 적용에 있어서도 상이한 결과를 초래한다. 학부 과정에 적용되는 삼중결합 요건은 청소년기 6년간의 특정 지역 거주를 사실상 강제한다는 점에서 거주이전의 자유(헌법 제14조)와의 충돌 문제를 정면으로 제기한다. 이에 반하여 전문대학원의 단일 요건은 대학 졸업 시점의 판단에 기초하는 것이므로 거주이전의 자유 침해 문제가 상대적으로 완화되며, 오히려 균등하게 교육받을 권리(헌법 제31조 제1항)와 직업선택의 자유(헌법 제15조)의 관점에서 검토되어야 할 것이다.

따라서 본고가 이하에서 논의하는 삼중결합 요건에 대한 헌법적 심사는 학부과정(지방대육성법 제15조 제2항)에 국한된 쟁점이며, 대상결정인 현재 2025. 7. 17. 2021헌마1572 결정 또한 이 학부과정에 관한 규율을 심판대상으로 삼았다는 점에 유의할 필요가 있다.¹²⁾

② 공간적 단위(권역) 요건

지역인재 인정 권역은 충청권, 호남권, 대구·경북권, 부산·울산·경남권, 강원권, 제주권의 6개 권역으로 구분된다. 동일 권역 내 이동은 허용되지만, 권역 간 이동은 지역인재 자격을 상실시킨다. 이로 인해 ‘권역 경계’가 사실상의 ‘기본권 행사의 경계’로 기능하게 된다.

③ 비율 요건(의무선발 비율)

의·약·간호계열은 30~40%, 한의대는 30~40%, 법학전문대학원은 15~20%, 치의예과는 20~40% 등으로 시행령 별표에서 구체화된다. 이는 의회유보(議會留保) 원칙의 측면에서 중대한 문제를 초래한다. 즉, 국민의 평등권·직업선택의 자유·거주이전의 자유를 실질적으로 제한하는 핵심 변수(비율)가 법률이 아닌 시행령에 위임되어 있다는 점에서, 「지방대육성법」 제15조 제6항의 위임 형식이 포괄위임금지원칙(헌법 제75조)에 부합하는지 여부가 다투어질 수 있다.

(2) 지역인재 정의의 헌법적 문제점

첫째, 합리적 분류 기준의 문제이다. 청소년기의 거주지는 본인의 의사가 아닌 부모의 직장·생활 여건에 의해 결정되는 것이 일반적이므로, 본인의 귀책사유 없이 지역인재 자격을 박탈하는 결과를 낳을 수 있다.¹³⁾ 부모의 직장이전, 군 복무, 유학,

12) 현재 2025. 7. 17. 2021헌마1572, 지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률 시행령 제10조 제3항 [별표] 위헌확인.

입양·재혼 등 불가피한 사유로 학적 요건을 충족하지 못하는 자에 대한 예외 규정의 부재는 헌법 제11조 평등권 심사에서 ‘본인의 통제 가능성 없는 표지에 의한 차별’이라는 엄격 심사의 단서를 제공한다.

둘째, 명확성 원칙의 문제이다. ‘같은 지역’의 범위, ‘거주’의 인정 기준(주민등록 기준 또는 실거주 기준), 졸업예정자의 자격유지 요건 등에 관한 시행령상 규정이 다소 모호하여, 입학사정의 자의성을 배제하기 어렵다는 비판이 제기되고 있다.¹⁴⁾

셋째, 수도권 역차별의 강도 문제이다. 현행 제도는 비수도권 대학에만 지역인재 의무선발을 부과하고 수도권 대학에는 동일한 의무를 부과하지 않는다. 이는 수도권 대학과 비수도권 대학 사이의 차별 취급으로서, 합리적 이유의 존부에 대한 본격적 헌법적 검토가 요구되는 사안이다.

III. 평등권 침해 여부의 심사 기준

1. 헌법재판소 평등권 심사의 이원적 구조

(1) 자의금지원칙(완화된 심사)

헌법재판소는 평등권 심사에 있어 이원적 기준을 적용한다. 일반적인 평등권 침해 주장에 대해서는 자의금지원칙을 적용하여, 차별취급의 존재 여부와 그 차별을 정당화할 합리적 이유가 있는지를 심사한다. 이 경우 입법자에게 광범위한 형성의 자유가 인정된다.¹⁵⁾

(2) 비례원칙(엄격심사)의 적용요건 - 2000헌마25 결정의 법리

반면, 헌법재판소는 1999년 제대군인가산점 결정(98헌마363)에서 엄격심사의 필요성을 시사한 이래, 2000헌마25 결정 등에서 비례원칙이 적용되어야 할 요건을 명확히 하였다. ① 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우(예: 성별, 종교 등 헌법 제11조 제1항 후문의 사유), 또는 ② 차별적 취급으로 인하여 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 초래되는 경우에는 자의금지원칙이 아닌 엄격한 비례원칙(목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성)에 따라 심사하여야 한다.¹⁶⁾

13) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 779면. 이 결정은 “본인의 책임 없는 사유에 의한 차별은 더욱 엄격한 심사가 요구된다”라는 법리를 제시한 바 있다.

14) 한국교육개발원, 『2024 지방대학 위기 실태조사』, 2024, 88-92면.

15) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 결정. “자의금지원칙에 따른 심사요건은 본질적으로 같은 것을 다르게, 그리고 다른 것을 같게 취급함으로써 발생하는 차별취급의 존부에 한정되고, 차별취급의 합리적 이유의 존부만이 심사대상이 된다.”

16) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363, 판례집 11-2, 770, 787; 헌재 2002. 9. 19. 2000헌마25, 판례집 14-2, 354. 헌법재판소는 ① 헌법이 특별히 평등을 요구하는 경우와 ② 차별로 인해 관련 기본권에 대한 중대한 제한이 초래되는 경우에 비례원칙 심사를 적용한다.

(3) 학설의 대립과 본고의 입장

헌법재판소의 이원적 심사구조(자의금지원칙 vs. 비례원칙)에 대해서는 학계의 다양한 평가가 있다.

① 이원구조 긍정설(다수설): 한수웅, 정종섭, 허영, 성낙인 등의 학자들은 헌법재판소의 이원적 구조를 기본적으로 지지하면서, 다만 비례심사가 적용되는 구체적 기준(헌법이 차별을 특별히 금지하는 영역, 차별로 인해 관련 기본권이 중대하게 제한되는 경우)을 명확히 제시할 것을 요구한다.¹⁷⁾

② 일원구조 주장설: 김철수, 이준일 등의 학자들은 평등권 심사의 일원화를 주장한다. 즉, 모든 평등권 심사에서 비례원칙을 적용하되 그 심사 강도만을 차별 영역의 성격에 따라 조정하자는 입장이다.¹⁸⁾ 이 견해는 자의금지심사가 사실상 사후적 정당화에 그쳐 평등권 보호에 미흡하다는 점을 근거로 한다.

③ 다층구조 주장설: 미국식 삼단계 심사(엄격심사·중간심사·합리성심사)를 한국에도 도입할 것을 주장하는 견해이다.¹⁹⁾ 이 견해는 의심스러운 분류(suspect classification)와 준의심스러운 분류(quasi-suspect classification)를 구별하여 심사 강도를 차등화하고, 이에 따라 엄격심사(strict scrutiny), 중간심사(intermediate scrutiny), 합리성심사(rational basis review)를 단계적으로 적용한다.

본고는 지역인재 우대정책의 심사에 있어 (i) 헌법재판소의 이원적 구조를 출발점으로 하되, (ii) 차별 표지가 ‘공간적 출신(spatial origin)’이라는 본인의 통제 가능성이 제한된 표지이고, (iii) 차별의 효과가 직업선택의 자유 및 거주이전의 자유라는 복수의 기본권을 동시에 제한하는 결합적 성격을 가지며, (iv) 우대 비율이 통상적 적극적 평등실현조치(3~30%)를 훨씬 상회하는 점을 종합할 때, 엄격한 비례심사가 적용되어야 한다고 본다.

다만, 헌법 제123조 제2항의 국가균형발전 의무가 입법자의 적극적 조치를 헌법적으로 정당화하는 측면을 고려하여, 통상의 엄격심사보다는 다소 완화된 ‘강화된 비례심사(intensivierte Verhältnismäßigkeitsprüfung)’를 적용함이 타당하다.²⁰⁾

2. 적극적 평등실현조치(Affirmative Action) 법리와의 관계

(1) 잠정적 우대조치의 헌법적 성격

적극적 평등실현조치란, 과거의 구조적 차별로 인해 불리한 위치에 있는 집단에게 실질적인 기회의 평등을 보장하기 위해 한시적으로 부여되는 혜택을 의미한다. 지역인재 우대정책 역시 수도권 중심의 불균형적 발전구조로 인해 상대적으로 박탈당한

17) 한수웅, 『헌법학』, 제13판, 법문사, 2023, 593-598면; 정종섭, 『헌법학원론』, 제13판, 박영사, 2022, 511-516면; 허영, 『한국헌법론』, 전경 제19판, 박영사, 2023, 374-378면.

18) 이준일, 앞의 책, 411-418면; 김철수, 『헌법학신론』, 제21전정신판, 박영사, 2013, 543-548면.

19) 김주환, “평등권 심사의 다층 구조론”, 헌법학연구 제18권 제4호, 2012), 167-204면.

20) 이러한 ‘강화된 비례심사’는 독일 연방헌법재판소가 ‘새로운 공식(neue Formel)’하에서 발전시킨 심사기법으로서 자의금지원칙과 통상의 비례원칙 사이에 위치한다. BVerfGE 55, 72(88) 참조.

지방 인재들에게 보상적 혜택을 제공한다는 점에서 적극적 평등실현조치의 성격을 지닌다.²¹⁾ 전광석, 이준일 등 헌법학자들은 이러한 조치가 형식적 평등의 예외로서 실질적 평등을 구현하기 위한 헌법적 정당성을 갖지만, 역차별을 수반하므로 반드시 한시적(잠정적)이어야 함을 강조한다.²²⁾

(2) 미국 연방대법원 법리의 시사

미국의 경우, 인종을 기준으로 한 대학 입학 우대조치에 대해 확고하게 엄격심사(Strict Scrutiny)를 적용한다. 이는 국가가 개인을 불변의 표지인 인종으로 분류하는 것 자체가 헌법적으로 고도의 의심을 받기 때문이다(상세 내용은 후술). 반면, 한국의 지역인재 우대는 인종이나 성별이 아닌 거주지(공간)를 기준으로 하므로 미국식의 엄격심사가 곧바로 적용되지는 않으나, 평등권과 다른 기본권이 결합 될 때 비례심사로 나아가는 독자적 법리를 구축하고 있다.

(3) 적극적 평등실현조치의 합헌성 요건의 도그마틱

적극적 평등실현조치가 헌법적으로 정당화되기 위해 충족해야 할 요건을 학설은 다음과 같이 정리한다.

① 목적의 정당성: 과거의 구조적·역사적 차별의 시정, 실질적 평등의 구현, 다양성(diversity)의 확보 등 헌법적으로 보호가치 있는 공익이 인정되어야 한다.²³⁾

② 수단의 적합성: 우대조치가 그 목적 달성에 기여할 수 있는 인과적 적합성을 가져야 한다.

③ 침해의 최소성(잠정성): 우대조치는 한시적이어야 하며, 목적이 달성되거나 그 정당화 사유가 소멸한 경우 종료되어야 한다. 헌법재판소도 2013헌마553(청년고용할당제) 결정에서 “청년할당제는 한시적 조치로서 3년간 한시적으로 적용되는 점, 일정 비율(3%)을 매년 채용하도록 함으로써 사적 자치를 일정 정도만 제한하는 점 등에서” 합헌이라고 판시한 바 있다.²⁴⁾

④ 법익의 균형성(비전면성·부분성): 비수혜 집단의 기본권을 전면적으로 박탈하지 않고 일부만을 제한하여야 한다. 미국 연방대법원이 Bakke 사건(1978)에서 ‘기계적 쿼터’를 위헌으로 본 것과 Grutter 사건(2003)에서 ‘플러스 팩터(plus factor)’ 방식을 합헌으로 본 것은 모두 이 요건과 관련된다.

⑤ 측정 가능성과 일몰조항: 미국 연방대법원의 SFFA v. Harvard(2023) 판결이

21) 적극적 평등실현조치의 이론적 기초에 관하여는 Owen M. Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 5, No. 2 (1976), pp. 107-177; Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985, pp. 293-303 참조.

22) 전광석, 『한국헌법론』 제14판, 법문사, 2023, 388-392면; 이준일, 『헌법학강의』, 홍문사, 2023, 415-422면. 이준일 교수는 잠정적 우대조치의 정당화 요건으로 ① 보상적 목적, ② 잠정성, ③ 보충성을 제시한다.

23) Owen Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 5(1976), pp. 107-177; 정태욱, “적극적 평등실현조치의 헌법적 정당화”, *공법연구* 제37집 제2호, 2008, 121-148면.

24) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌마553, 판례집 26-2(상), 348, 364면.

새롭게 강조한 요건으로서 우대 조치의 목적 달성 여부를 측정할 수 있는 객관적 지표와 종료 시점이 명시되어야 한다는 것이다.²⁵⁾

(4) 지역인재 우대정책에 대한 적용

앞서 제시한 다섯 가지 심사요건을 지역인재 우대정책에 적용하면 다음과 같다. 첫째, 국가균형발전이라는 헌법적 가치(헌법 제123조 제2항)에 비추어 볼 때 목적의 정당성은 인정된다. 둘째, 지방대학 진학 촉진과 지역인재 양성을 통해 지역발전을 도모한다는 점에서 수단의 적합성 역시 일정 부분 인정될 수 있다. 셋째, 그러나 잠정성 요건의 충족 여부는 의문이다. 현행 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률」은 부칙을 통해 일몰기한을 설정하고 있으나, 반복적인 연장과 제도적 정착으로 인해 사실상 항구적 운영구조가 형성되고 있다. 넷째, 법익의 균형성 측면에서 지역인재 선발비율 40%는 비지역인재의 입학기회를 전면적으로 배제하는 수준은 아니지만, 청년고용할당제(3%) 등 일반적인 적극적 평등실행조치의 비율을 상당히 상회한다는 점에서 보다 엄격한 비례성 심사가 요구된다. 다섯째, 측정 가능성 요건은 가장 취약한 요소로 평가된다. 현행 제도는 ‘수도권 집중 완화’ 또는 ‘지역 정주율 제고’와 같은 정책목표를 제시하고 있으나, 그 달성 여부를 객관적으로 검증할 수 있는 구체적·계량적 성과지표를 충분히 마련하고 있지 않다.

3. 지역인재 우대정책에 적용되는 심사 기준

(1) 공간적 차별의 헌법적 위상

출신 지역이나 거주지는 헌법 제11조가 예시한 성별, 종교, 사회적 신분과 동일한 수준의 절대적 차별금지 사유로 보기는 어렵다. 공간은 개인의 선택적 이동이 일정 부분 가능하기 때문이다. 그러나 한국 사회에서 학벌과 지역이 결합하여 계층을 형성하는 현실을 고려할 때, 공간적 차별은 단순한 경제적 차별 이상의 중대성을 지닌다.

(2) 직업선택의 자유와의 결합심사 논리

지역인재 우대정책의 핵심은 의사, 약사, 한의사 등 특정 전문직업인으로 진입하는 관문에서 차별을 두는 것이다. 헌법재판소는 이러한 차별이 평등권 침해 여부를 넘어 헌법 제15조 직업선택의 자유를 중대하게 제한하는 것으로 파악한다. 따라서, 단순한 평등권 완화심사가 아니라 직업선택의 자유에 대한 제한이라는 맥락과 결합하여 비례원칙을 적용하는 것이 타당하며, 헌법재판소의 실무 역시 이러한 결합심사(Combined Review)의 태도를 보인다.²⁶⁾

25) Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, 600 U.S. 181(2023). 다수의견은 “At some point [the use of race], all racial classifications must end”라는 Grutter 판결의 표현이 25년이 지난 시점에서도 종료되지 않았다는 점을 위헌의 핵심 근거로 삼았다.

IV. 핵심 판례의 분석 - 판례평석

1. 현재 2025. 7. 17. 2021헌마1572 결정 [한의학대학 지역인재 40%]²⁷⁾

(1) 사건의 개요와 심판대상

청구인은 인천소재 고등학교를 졸업하고 한의학대학 진학을 준비 중이던 사람으로서, 구 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률 시행령」(2021. 9. 24. 대통령령 제31992호로 개정된 것) 제10조 제3항 [별표]가 2023학년도부터 비수도권 지방대학의 한의학대학 입학자 중 해당 지역 출신자를 40%(또는 20%) 이상 선발하도록 의무화함으로써 자신의 균등하게 교육받을 권리, 직업선택의 자유 및 신뢰보호원칙 등을 침해한다고 주장하며 2021년 12월 24일 헌법소원심판을 청구하였다.

심판대상은 청구인이 한의학대학에 진학하고자 하는 점을 고려하여 구 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률 시행령」(2021. 9. 24. 대통령령 제31992호로 개정되고, 2024. 6. 4. 대통령령 제34550호로 개정되기 전의 것) 제10조 제3항 [별표] 제1호 가목 중 ‘한의학대학’에 관한 부분(이하 ‘심판대상조항’)으로 한정되었다.

(2) 결정 요지²⁸⁾

헌법재판소는 2025년 7월 17일 재판관 전원의 일치된 의견으로 “이 사건 심판청구를 기각한다”라는 주문의 결정을 선고하였다.²⁹⁾ 결정의 핵심 설시는 다음과 같다.

26) 현재 2025. 7. 17. 2021헌마1572 결정. “입법자가 일정한 집단에게 혜택을 줌으로써 여기에 포함되지 않는 집단이 제한받는 직업선택의 문제와 불평등 처우의 문제는 서로 밀접하게 결합되어 있으므로, 직업선택의 자유에 대한 제한 문제와 차별 취급의 정당성은 함께 심사하는 것이 타당하다.”

27) 비례원칙 4단계 심사의 적용: 현재는 이 사건에서 명시적으로 과잉금지원칙(비례원칙)을 적용하였다.

① 목적의 정당성: 지역 간 균형발전 및 지방 인재 양성이라는 공익적 목적 도출

② 수단의 적합성: 의·약·한의 등 선호도가 높은 학과에 대한 혜택 부여가 인재 유출 방지에 기여

③ 침해의 최소성: 비지역출신자의 지방 한의대 입학이 ‘전면적으로 제한되는 것은 아니라는 점(최소 60% 또는 80%는 열려 있음)’과 적용 기간이 부칙상 2023~2027학년도로 잠정적이라는 점을 근거로 인정

④ 법익의 균형성: 수도권 집중 고착화 시 “종국에는 국가의 존립과 발전에도 위협이 될 것”이라는 강력한 경고를 통해 공익의 중대성을 압도적으로 평가

28) 본 결정은 현재가 지역인재 40% 의무화 조항에 대하여 본안판단을 내린 최초의 사안으로서, ‘국가균형발전’이라는 헌법적 가치를 이유로 적극적 평등실현조치의 정당성을 강하게 긍정하였다는 데 의의가 있다. 특히 단순 자의금지심사가 아닌 비례원칙을 전개하여 논증의 밀도를 높인 점은 학계의 요청에 부합한다. 그러나, 현재가 “전면적 제한이 아니다”라는 수량적 논리에 크게 의존하고 있으며, 향후 ANCHOR 체계에서 40%의 비율이 50%나 60%로 상향될 경우 침해최소성을 어떻게 판단할 것인지에 대한 질적인 가이드라인을 제시하지 못했다는 한계를 지닌다.

29) 현재 2025. 7. 17. 2021헌마1572, 지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률 시행령 제10조 제3항 [별표] 위헌확인.

“입법자가 일정한 집단에게 혜택을 줌으로써 여기에 포함되지 않는 집단이 제한받는 직업선택의 문제와 불평등 처우의 문제는 서로 밀접하게 결합되어 있으므로, 직업선택의 자유에 대한 제한 문제와 차별 취급의 정당성은 함께 심사하는 것이 타당하다. … 심판대상조항의 목적은 해당 지역 출신자에게 지방대학의 한의과대학 입학 기회를 확대함으로써 지방 출신의 인재를 양성하고 지역 간의 균형 있는 발전을 도모하기 위한 것으로서 그 정당성을 인정할 수 있다. … 지역의 우수한 인력 유출과 수도권과 지역 간 불균형 심화가 국가적인 문제로 대두되는 상황에서 공익은 중대하다.”

과잉금지원칙의 판단에서 헌법재판소는 ① 목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정한 뒤, ② 침해의 최소성 심사에서 “대학 입학 정책과 관련하여서는 입법부 또는 입법에 의하여 다시 위임을 받은 행정부 등 해당기관에게 광범위한 입법형성의 재량이 인정된다”라는 점을 근거로 심판대상조항이 침해의 최소성을 갖추었다고 판단하였으며, ③ 법익의 균형성 심사에서 “심판대상조항으로 인해 달성되는 … 공익이 이러한 불이익보다 작다고 할 수 없다”라고 판시하였다. 아울러 청구인의 신뢰보호원칙 위배 주장에 대하여도 청구인의 신뢰가 잠정적이고 최소한의 유예기간이 설정되었으며 지역균형발전의 공익이 중대하다는 점을 근거로 심판대상조항이 신뢰보호원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다.

(3) 결정의 법리적 의의

본 결정은 다음의 다섯 가지 점에서 헌법재판소의 법리에 중요한 진전을 이루었다.

첫째, 본안 판단의 최초성이다. 이 결정은 헌법재판소가 지방대학 한의과대학 지역 인재전형의 위헌 여부에 대하여 본안 판단을 내린 최초의 사례이다. 종래 2021헌마 1418 결정(2021. 12. 21.)에서 직접성·자기관련성 부족을 이유로 각하되었던 의·약·간호계열 사건의 흐름을 이어받아, 본 결정은 비로소 적극적 평등실현조치의 본안 심사 가능성을 열었다.

둘째, 결합심사 법리의 정립이다. 헌법재판소는 “입법자가 일정한 집단에게 혜택을 줌으로써 여기에 포함되지 않는 집단이 제한받는 직업선택의 문제와 불평등 처우의 문제는 서로 밀접하게 결합되어 있으므로, 직업선택의 자유에 대한 제한 문제와 차별 취급의 정당성은 함께 심사하는 것이 타당하다”라고 판시함으로써, 평등권-직업선택의 자유 결합심사를 명시적으로 표준화하였다.³⁰⁾

셋째, 헌법 제123조 제2항의 적극적 활용이다. 이 결정은 “지역 간의 균형발전에 대한 국가적·사회적 요청”을 본안판단의 핵심 정당화 사유로 명시함으로써, 헌법 제123조 제2항이 단순한 정책적 선언이 아니라 입법자의 적극적 조치를 정당화하는 실질적 헌법규범임을 확인하였다.

넷째, 비율 적정성 판단의 양적 기준의 제시이다. “40%라는 최소 입학 비율이 절

30) 헌재 2025. 7. 17. 2021헌마1572, 결정 본문 중 ‘평등권 및 직업선택의 자유 침해 여부’ 부분.

대적으로 높다고 보기는 어렵다”라는 표현을 통해, 비율의 헌법적 한계에 대한 묵시적 기준을 제시하였다. 다만 이 기준은 어디까지가 합헌이고 어디부터 위헌인지에 대한 질적 가이드라인을 결여하고 있다는 비판을 면하기 어렵다.

다섯째, 잠정성 요건의 재확인이다. 이 결정은 “심판대상조항은 한시적으로 운영되는 점” 등을 합헌의 근거로 명시하여, 청년고용할당제 결정(2013헌마553)에서 정립된 잠정성의 법리를 지역인재 우대정책에도 일관되게 적용하였다.

(4) 결정의 법리적 한계

그럼에도 불구하고 본 결정은 다음의 세 가지 점에서 한계를 가진다.

첫째, 거주이전의 자유에 대한 본격적 심사의 회피이다. 청구인은 헌법 제14조 거주이전의 자유 침해 주장을 제기하였으나, 헌법재판소는 이에 대해 본격적인 보호영역에 관한 판단 및 비례심사를 수행하지 않았다. 이는 ‘본인이 거주이전을 선택하면 되는 문제’라는 자기책임 논리에 기반한 것으로 추정되나, 청소년기의 거주지가 본인의 의사가 아닌 부모의 결정에 의해 좌우된다는 사회적 실재(社會的 實在)를 충분히 반영하지 못하였다.³¹⁾ 이러한 회피적 판단은 향후 RISE·ANCHOR 체계에서 지역정주 의무가 보다 직접적이고 강한 형태로 제도화될 경우, 관련 기본권 제한에 대한 헌법적 통제기준의 형성을 지연시켜 사법적 심사의 공백을 초래할 우려가 있다.

둘째, 수량적 논리의 한계이다. 결정의 핵심 정당화 논거인 “비지역 출신자의 입학 기회를 전면적으로 제한하는 것은 아니다”라는 양적 논리는 지역인재 비율이 50%, 60%, 70%로 상향될 경우의 위헌 여부에 대한 질적 기준을 제공하지 못한다. 향후 ANCHOR 체계하에서 지역인재 비율이 확대될 경우, 본 결정이 사실상 ‘백지수표’로 작용할 위험성을 배제할 수 없다.

셋째, 측정가능한 목표의 부재이다. 헌법재판소는 “지역 간 균형발전”이라는 추상적 목적의 정당성만을 인정하고, 그 달성 여부를 측정할 객관적 지표나 일몰 시점에 대해서는 본격적으로 검토하지 않았다. 이는 SFFA v. Harvard 판결에서 인종 기반 적극적 평등실현조치가 명확한 종료 시점과 객관적 성과 측정 기준을 제시하지 못하였다는 점이 위헌 판단의 중요한 근거로 작용하였다는 점에서, 지역인재 우대정책의 헌법적 한계를 검토하는 데 중요한 시사점을 제공한다.

(5) 학설의 평가

본 결정에 대한 학계의 평가는 크게 두 갈래로 나뉜다. 합헌론적 지지 입장은 헌법재판소의 결정이 지역균형발전이라는 헌법적 가치와 개인의 기본권 사이의 균형을 적절히 모색하였다고 평가한다. 반면, 비판적 입장은 본 결정이 결합심사를 표방하면서도 실질적으로는 자의금지심사에 가까운 완화된 심사를 수행하였고, 거주이전의 자유와 의회유보 원칙에 대한 충분한 검토를 결여하였다고 지적한다.³²⁾ 본고는 후자

31) 헌법재판소도 99헌마135 결정(2002. 4. 25.)에서 “미성년자의 기본권 행사는 친권자의 결정에 의해 사실상 좌우되는 경우가 많다”라고 인정한 바 있다.

32) 지역인재 의무선발제도의 위임입법 정당성 및 포괄위임금지원칙 심사에 관한 학설상 논의로는 이부하, “헌법재판소의 포괄위임금지원칙 심사기준에 관한 고찰”, 『홍익법학』 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 165-185면 참조.

의 입장에 보다 가까우나, 결합심사 법리를 정립한 본 결정의 긍정적 의의 역시 충분히 평가되어야 한다고 본다.

2. 현재 2021. 12. 21. 2021헌마1418 결정 [의·약·간호계열]

(1) 사건개요와 각하 사유

이 사건 역시 지방대학 의·약학계열의 40% 의무선발을 다투었으나, 헌법재판소는 기본권 침해의 직접성과 자기관련성 부족 등의 사유로 본안판단에 나아가지 아니하고 각하하였다.³³⁾ 구체적으로 청구인들이 해당 전형에 실제 지원하였거나 직접적인 불이익을 받은 사실을 충분히 소명하지 못한 절차적 한계가 존재했다.

(2) 평석

2021헌마1418 결정의 각하는 헌법소원 요건의 엄격성을 보여준다. 그러나 이후 2021헌마1572 결정에서 본안판단을 수행함으로써 실체적 위헌성 논란은 일단락되었다. 중요한 점은 헌법재판소가 2025년 결정에서 합헌을 선언함으로써 향후 교육부와 지방자치단체가 RISE · ANCHOR 체계하에서 지역인재 우대정책을 확대할 수 있는 헌법적 근거가 마련되었다는 점이다. 그러나 이는 동시에 우대비율의 적정성, 잠정성 확보, 비지역인재의 기회보장 등 새로운 헌법적 쟁점에 대한 보다 엄격한 심사를 요구하는 계기가 될 수 있다.

3. 현재 2014. 8. 28. 2013헌마553 결정 [청년고용할당제]

(1) 잠정적 우대조치 합헌 법리의 정립

적극적 평등 실현조치와 관련하여 한국 헌법재판소의 태도를 명확히 보여주는 시금석은 공공기관의 청년고용할당제 사건(2013헌마553)이다. 이 사건에서 35세 이상의 미취업자들은 15~34세 청년만 매년 3% 의무 채용하도록 한 조항이 평등권을 침해한다고 주장했다. 헌법재판소는 청년실업 해소라는 공익을 위해 일시적·잠정적으로 시행되는 제도로써 비례원칙에 어긋나지 않는다고 판단하였다.³⁴⁾

(2) 지역인재 사건에의 시사

청년고용할당제 결정과 지역인재 결정의 공통점은 우대조치의 잠정성이 합헌 판단의 핵심 근거 중 하나로 작용하였다는 점이다. 법률상 일몰기한이 존재한다는 사실

33) 현재 2021. 12. 21.자 2021헌마1418 결정. 헌법재판소는 청구인적격(자기관련성·현재성·직접성) 요건을 엄격하게 적용하여 각하하였다.

34) 현재 2014. 8. 28. 2013헌마553 결정. “심판대상조항이 35세 이상의 미취업자를 비례의 원칙에 어긋나게 차별하는 것이라고 볼 수 없고, 이들의 직업선택의 자유를 과도하게 침해하여 헌법에 위반된다고 보기 어렵다.”

은 기본권 제한의 강도를 완화하는 요소로 평가되었다. 따라서 향후 지역인재 우대정책이 항구적 제도로 정착될 경우, 현재의 합헌 논리가 그대로 유지될 수 있을지는 의문이며, 이는 새로운 헌법적 쟁점으로 제기될 가능성이 있다.

4. 관련 보조 판례의 분석

(1) 헌재 1995. 2. 23. 93헌바43 결정 [국립대 교수 정년 사건]

본 결정은 국·공립대학 교수의 정년이 일반공무원과 다른 것이 평등권 침해인가가 문제된 사안으로, 헌법재판소는 “직업의 특수성에 따른 차별은 합리적 이유가 있다”라고 보아 합헌으로 판단하였다. 이 결정은 ‘직업의 특수성’이라는 표지에 의한 차별을 정당화한 사례로, 지역인재 우대정책에서 지역의료의 특수성 등을 합헌 근거로 활용할 수 있는 법리적 단서를 제공한다.

(2) 헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25 결정 [국가유공자 가산점 사건]

본 결정은 국가유공자 및 그 가족에게 공무원 채용시험에서 가산점을 부여하는 제도가 다른 응시자의 평등권을 침해하는지가 다투어진 사안이다. 헌법재판소는 “국가유공자에 대한 가산점 제도는 헌법 제32조 제6항이라는 헌법적 근거를 가지므로 평등권 위반이 아니다”라고 판단하였다. 그러나 2006. 2. 23. 2004헌마675 결정에서는 가산점 비율이 과도하다는 이유로 헌법불합치 결정을 내려 입장을 변경하였다.³⁵⁾ 이는 우대조치의 ‘비율’ 적정성이 헌법적 한계의 핵심임을 보여주는 결정으로, 지역인재 우대정책에 직접적인 시사점을 제공한다.

(3) 헌재 1999. 12. 23. 98헌마363 결정 [제대군인 가산점 사건]

본 결정은 제대군인에 대한 공무원시험 가산점이 여성·장애인 등의 평등권 및 공무원임권을 침해하는지가 문제된 사안으로, 헌법재판소는 위헌 결정을 내렸다. 핵심 논거는 (i) 가산점이 본인의 책임 없는 사유(성별)에 대한 차별로 작용한다는 점, (ii) 가산점 비율(3~5%)이 합격에 미치는 영향이 결정적이라는 점, (iii) 한시성이 결여되었다는 점이었다. 이 결정의 법리는 본고가 주장하는 ‘청소년기 거주지에 의한 차별의 엄격심사 필요성’의 직접적 선례로 인용될 수 있다.

(4) 헌재 2006. 5. 25. 2005헌마11 결정 [공공기관 채용 지역인재 우대 사건]

본 결정은 「혁신도시 등의 건설 및 지원에 관한 특별법」상 공공기관의 지역인재 채용목표제와 관련된 사안으로, 청구인의 자기관련성 부족을 이유로 각하되었다. 그러나 결정의 보충 의견은 “지역인재 채용목표제의 헌법적 정당성에 대해서는 향후 본안 판단이 필요하다”라는 점을 명시하였다는 점에서 주목할 만하다.

35) 헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675, 판례집 18-1(상), 269면.

(5) 헌재 2010. 4. 29. 2009헌마340 결정 [농어촌 학생 특별전형 사건]

본 결정은 농어촌 학생 특별전형 대상에서 일부 도서 지역이 제외된 것이 평등권 침해인지가 문제된 사안으로, 헌법재판소는 헌법불합치 결정을 내렸다. 이 결정은 ‘공간적 표지에 의한 우대’가 헌법적으로 정당화될 수 있다는 점을 확인하면서도, 그 분류 기준의 합리성이 엄격히 심사되어야 함을 명시한 점에서 본고와 직접 관련된다.

5. 종합적 평석 - 한국 헌재의 ‘결합심사’ 법리의 발전과 한계

위 5개 보조 판례를 종합하면, 헌법재판소는 우대조치의 합헌성 판단에 있어 다음의 일관된 법리를 형성해 왔다.

① 잠정성 원칙의 일관된 적용 : 청년고용할당제(2013헌마553), 제대군인 가산점(98헌마363), 국가유공자 가산점 변경(2004헌마675) 등에서 한시성·잠정성은 합헌의 핵심 요건이었다.

② 비율 적정성의 양적 기준 : 가산점 사건에서 헌법재판소는 ‘합격에 결정적 영향을 미치는 비율’을 위헌의 기준으로 제시하였다. 지역인재 40%는 이 기준에 따라 재검토될 여지가 있다.

③ 차별 표지의 통제 가능성 : 본인의 통제 가능성이 없는 표지(성별·연령·출신지)에 의한 차별은 더욱 엄격한 심사가 요구된다는 법리는 지역인재 우대정책에도 직접 적용되어야 한다.

④ 거주이전의 자유에 대한 회피의 일관성 : 헌법재판소는 종래 거주이전의 자유와 결합된 사안에서 제14조 보호영역의 적극적 확장을 회피하는 경향을 보여왔다.³⁶⁾ 그러나 본고는 이러한 회피적 접근이 RISE · ANCHOR 체계하에서 지역 정주와 거주이전이 정책의 핵심 요소로 부상하는 상황에서도 그대로 유지될 수 있는지에 대해서는 재검토가 필요하다고 본다.

V. 거주이전의 자유와의 충돌**1. 헌법 제14조의 보호영역****(1) 거주이전의 자유의 헌법사적 의미**

거주이전의 자유는 근대 시민혁명의 산물로서, 봉건적 신분제와 결부된 토지 구속(Schollenbindung)으로부터의 해방을 의미한다. 1789년 프랑스 인권선언(제2조), 1849년 독일 프랑크푸르트 헌법(제133조), 1919년 바이마르 헌법(제111조)을 거쳐 현대 자유민주국가의 핵심 기본권으로 정착되었다.³⁷⁾ 우리 헌법은 제14조에서 “모든 국민

36) 헌재 2004. 10. 28. 2003헌가18(주민투표법상 거주요건), 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112(종합부동산세) 등

37) 정종섭, 앞의 책, 627-630면; 허영, 앞의 책, 481-484면.

은 거주·이전의 자유를 가진다”라고 규정하고 있다.

(2) 보호영역의 내용에 관한 학설의 정리

거주이전의 자유의 보호영역에 대해 통설은 다음과 같이 정리한다.

① 적극적 거주이전의 자유 : 국가의 간섭 없이 자기가 원하는 곳에 주소·거소를 정하고 이를 자유롭게 변경할 수 있는 자유이다. 한수웅은 이를 “생활형성의 중심지 (Lebensmittelpunkt)를 자유롭게 결정할 권리”로 규정한다.³⁸⁾

② 소극적 거주이전의 자유 : 특정 지역에 거주하지 않을 자유이다. 즉, 국가가 특정 지역으로의 거주를 강제하거나 특정 지역에서의 이주를 금지하는 것에 대한 방어권을 의미하며, 정종섭은 이를 “부작위 청구권으로서의 거주이전의 자유”로 설명한다.³⁹⁾

③ 국외이주의 자유 : 외국으로의 이주, 출국 및 귀국의 자유이다. 허영은 헌법 제 14조가 국외이주의 자유까지 포괄적으로 보장한다고 본다.⁴⁰⁾

(3) 사실상의 제약과 간접적 제한

거주이전의 자유에 대한 제한은 법적 제한뿐만 아니라 ‘사실상의 제약(faktische Beeinträchtigung)’의 형태로도 발생할 수 있다. 독일 연방헌법재판소는 거주이전의 자유의 보호영역에 국가가 일정한 거주지 선택을 사실상 강제하는 경우도 포함한다고 본다.⁴¹⁾ 한국 헌법재판소도 종합부동산세 사건(2008헌바112)에서 “주택에 대한 종합부동산세의 부과로 거주이전의 자유가 사실상 제약당할 여지가 있으나, 이는 위 기본권에 대한 직접적 침해가 아니라 재산권 침해의 결과적·간접적 효과”라고 판시하여, 사실상의 제약 법리의 존재는 인정하면서도 그 적용에는 신중한 태도를 보여왔다.⁴²⁾ 그러나 RISE·ANCHOR 체계하의 지역인재 우대정책은 다음의 점에서 직접적 제한에 가까운 사실상의 제약을 초래한다.

① 결정적 자원의 배분과 결합 : 의·약·간호·법학 등 사회적으로 가치 있는 직업에의 진입 자원이 ‘특정 지역 거주’를 조건으로 배분된다.

② 청소년기 6년의 거주 강제 효과 : 의·약학·한의대 지역인재전형의 학적 요건은 사실상 중학교 입학 시점부터 고등학교 졸업 시점까지의 거주를 강제하는 효과를 가진다.

③ ANCHOR 체계의 정주의무 결합 : 향후 ANCHOR 체계하에서 장학금·취업·주거지원 패키지에 정주의무가 결합될 경우, 성인기 거주 강제와 청소년기 거주 강제가 결합되어 거주이전의 자유에 대한 전(全) 생애주기적 제약 메커니즘이 형성된다.

따라서 본고는 종래의 ‘사실상의 제약’ 이론이 RISE·ANCHOR 체계와 같이 공적 자원의 배분이 지역 정주와 긴밀하게 결합되는 상황에서는 그 설명력을 상실할 수

38) 한수웅, 앞의 책, 758-760면.

39) 정종섭, 앞의 책, 631면.

40) 허영, 앞의 책, 485면.

41) BVerfGE 110, 177(190f.) - 자유이동권 사건.

42) 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112, 판례집 20-2(하), 1면.

있다고 본다. 공간적 조건이 교육기회, 취업기회 및 각종 정책적 혜택에 대한 접근을 실질적으로 좌우하는 경우, 이는 헌법 제14조의 보호영역 밖에 있는 단순한 반사적 효과가 아니라 거주이전의 자유에 대한 실질적 제한으로 이해될 수 있으며, 따라서 비례원칙에 따른 엄격한 헌법심사의 대상이 되어야 한다.

2. 지역인재 요건의 거주이전의 자유 침해 가능성

(1) 청소년기 거주지 결정과 보호자 의사

지방대육성법에 따른 지역인재 자격은 비수도권 중학교 졸업과 해당 지역 고교 졸업을 요구한다. 중·고등학생 시기의 거주지는 본인의 독립적 의사보다는 보호자의 직장, 경제적 사정 등에 의해 결정되는 경우가 절대다수이다. 부모의 이직으로 인해 타 지역으로 이주한 청소년은 본인의 귀책사유 없이 지역인재 전형에서 원천 배제된다. 이는 헌법상 거주이전의 자유와 결부된 자녀의 교육받을 권리 및 부모의 자녀교육권을 본질적으로 위협한다.

(2) ANCHOR 체계 정주 인센티브의 강도별 분석

ANCHOR 체계가 구상하는 인재 정주(Stay) 메커니즘은 다양한 스펙트럼을 가진다.

[표 2] ANCHOR 체계 정주 정책 수단별 헌법 제14조 충돌 강도

정책수단	헌법 제14조(거주이전의 자유) 충돌 강도	비고
지역 고교 졸업 의무 요건 (현행)	중간 (간접적 제한)	청소년기 부모의 거주지 결정권 제약
권역 내 기업 취업 시 인센티브 제공	낮음 (수혜적·유인적)	적극적 유인으로 위헌성 낮음
장학금 수혜 후 의무 복무·정주 조건	높음 (계약적 강제)	직업선택의 자유 및 거주 강제 결합
지역인재 할당 채용 후 전보 금지	매우 높음 (법적·실질적 강제)	헌법상 거주이전 자유의 직접적 제한 가능성

* 주: 저자 작성

3. 현재의 회피적 판단 경향과 그 비판

헌법재판소는 앞선 관련 사건들에서 거주이전의 자유 침해 주장에 대해 본격적인 판단을 회피해왔다. 2021헌마1572 결정에서도 이 부분에 대한 정교한 위헌심사는 생략되었다. 그러나 국가균형발전이라는 명목하에 국민을 특정 지역에 결박(anchor)시키려는 정책 의도가 구체화되는 현 시점에서는 “직접적인 금지가 아니므로 기본권

침해가 아니다”라는 고전적 법리만으로는 국민의 기본권을 충분히 보호할 수 없다. 김하열은 우대조치에 수반되는 거주요건이 지나치게 장기간이거나 엄격할 경우 거주 이전의 자유의 본질적 내용을 침해할 수 있음을 지적한다.⁴³⁾

4. 정주형 우대조치에 대한 삼중 결합 심사기준의 제안

향후 RISE·ANCHOR 체계에 따른 정주형 우대조치의 위헌성을 심사함에 있어서는 기존의 평등권 및 직업선택의 자유 중심의 심사를 넘어 거주이전의 자유를 함께 고려하는 복합적 심사구조가 요구된다. 특히 지역인재 우대정책이 단순한 우대조치에 그치지 않고 특정 지역에의 정주를 실질적으로 유도하거나 강제하는 효과를 가지는 경우에는 평등권, 직업선택의 자유 및 거주이전의 자유가 중첩적으로 제한될 수 있기 때문이다. 정책수단이 단순한 유인의 형태에 머무는 경우에는 완화된 비례심사를 적용할 수 있으나, 장학금 환수, 의무복무, 자격 제한 또는 면허 취소와 같은 제재를 수반하여 특정 지역에의 정주를 사실상 강제하는 경우에는 보다 엄격한 비례성 심사를 통해 침해의 최소성과 법익의 균형성을 면밀히 검토하여야 한다.

본고는 이러한 심사구조를 ‘삼중결합 심사기준(Triple-Combined Review Standard)’이라 명명한다. 이는 지역인재 우대정책이 평등권뿐 아니라 직업선택의 자유 및 거주이전의 자유를 동시에 제한할 수 있다는 점에 착안하여, 세 기본권의 상호작용과 중첩적 제한 효과를 종합적으로 고려하는 통합적 헌법심사모델을 의미한다.

VI. 비교법적 검토

1. 미국 - 적극적 평등실현조치와 엄격심사

(1) *Regents v. Bakke* (1978) - 엄격심사의 정립

미국 연방대법원은 의과대학 입학에서 흑인 등 소수계 종족에게 16석의 쿼터를 할당한 캘리포니아 주립대 데이비스 캠퍼스의 정책에 대해 위헌을 선고하였다. *Regents of Univ. of California v. Bakke* 사건에서 Powell 대법관은 인종을 기준으로 한 어떠한 차별도 엄격심사(*Strict Scrutiny*)의 대상이 되며, 기계적인 쿼터제(*Quota*)는 위헌이나, 입학 사정에서 다양성(*Diversity*) 확보를 위한 하나의 요소(*Plus factor*)로 인종을 고려하는 것은 합헌이라고 판시하였다.⁴⁴⁾

(2) *Grutter v. Bollinger* (2003) - 다양성 이익의 인정

2003년 *Grutter v. Bollinger* 사건에서 대법원은 미시간 로스쿨의 입학 정책(다양성을 위해 인종을 유연하게 고려)을 합헌으로 인정하며, “교육 환경에서의 학생 집단의

43) 김하열, 앞의 책, 390면.

44) *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Powell 대법관의 의견은 이후 *Affirmative Action* 법리의 토대가 되었다.

다양성”이라는 목적이 엄격심사를 통과할 수 있는 ‘절박한 국가적 이익(Compelling State Interest)’임을 재확인하였다. 단, O'Connor 대법관은 판결문에서 이 조치가 영구적일 수 없으며 “25년 후에는 이러한 인종적 우대가 필요하지 않기를 기대한다”라는 잠정성을 명시하였다.⁴⁵⁾

(3) Students for Fair Admissions v. Harvard (2023) - 인종기반 우대의 종언

2023년 Students for Fair Admissions v. President and Fellows of Harvard College (SFFA) 판결에서, 존 로버츠(John Roberts) 대법원장이 이끄는 보수 우위의 연방대법원은 하버드대와 노스캐롤라이나대의 인종 기반 입학 우대정책이 수정헌법 제14조의 평등보호조항(Equal Protection Clause)에 위배되므로 위헌으로 판결하였다. 대법원은 대학들이 인종을 단순한 ‘Plus’가 아니라 실질적인 차별 기준으로 사용했으며, 목적의 달성 여부를 측정할 수 없고, 조치의 일몰(sunset) 기간도 없다는 점을 들어 엄격심사의 요건을 충족하지 못했다고 보았다.⁴⁶⁾ 이로써 반세기 가까이 지속된 미국 대학의 인종기반 Affirmative Action은 사실상 종언을 고했다.

(4) 한국에의 시사점

미국의 2023년 SFFA 판결은 우대조치가 목적의 측정 가능성, 차별의 비례성, 잠정성 요건을 엄격히 갖추지 못하면 언제든지 헌법적으로 부인될 수 있음을 보여준다. 한국의 지역인재 정책은 ‘인종’이 아닌 ‘거주지’를 기준으로 하므로 직접 비교는 어려우나, 수도권 학생에 대한 역차별 효과가 비례성을 상실하거나 정책이 항구화 될 경우 위헌 선언에 직면할 수 있다는 강력한 경고를 제공한다.

2. 독일 - Numerus Clausus 판결과 입학정원 규제

(1) 1972년 BVerfGE 33, 303 결정

독일 연방헌법재판소는 1972년 Numerus Clausus(입학정원제한) 판결에서, 국가가 의과대학 등 특정 학과의 입학정원을 제한하는 것은 독일 기본법 제12조 제1항의 직업선택의 자유(자유로운 교육장소의 선택)에 대한 제한이 될 수 있다고 보았다. 다만, 대학의 수용 능력 등 객관적 한계로 인한 제한은 정당화될 수 있으나, 국가는 고용가능한 수용 능력을 최대한 소진(kapazitätserschöpfend)해야 하며 지원자 선발은 절대적으로 능력과 성과에 기반하거나 합리적인 대기시간 등에 의해 평등하게 이루어져야 한다고 판시하였다.⁴⁷⁾

45) Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306, 343 (2003). “We expect that 25 years from now, the use of racial preferences will no longer be necessary to further the interest approved today.”

46) Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, 600 U.S. 181 (2023). Roberts 대법원장은 다수의견에서 인종을 기반으로 한 입학 우대정책이 측정가능한 목표·일몰조항을 결여하고 있어 엄격 심사를 통과할 수 없다고 판단하였다.

47) VerfGE 33, 303 - Numerus Clausus I (1972). 동 결정은 직업교육장 선택의 자유(Freie

(2) 2017년 BVerfG 의대입학 결정 - 1 BvL 3/14

2017년 독일 연방헌법재판소는 의과대학 입학정원 사건에서 고등학교 졸업성적과 대기시간에 과도하게 의존하는 선발체계가 평등원칙과 직업선택의 자유를 충분히 보장하지 못한다고 판단하였다. 이 결정은 입학 기회의 배분 과정에서 특정 기준에 대한 획일적 의존이 헌법적 정당성을 확보하기 어렵다는 점을 보여주며, 지역인재 우대정책 역시 지역성이라는 단일 기준에 과도하게 의존할 경우 유사한 헌법적 문제에 직면할 수 있음을 시사한다.⁴⁸⁾ 성적 외에 지원자의 적성이나 직업적 소명을 평가할 수 있는 유연하고 실질적인 선발 기준의 마련을 입법자에게 촉구한 것이다. 나아가 의료 취약지 근무를 조건으로 하는 지역의사제(Landarztquote) 도입 논의에서도 헌법적 비례성이 엄격히 논의되고 있다.⁴⁹⁾

(3) 한국 지역인재 제도와의 비교

독일의 판례는 특정 직업군, 특히 의학계열과 같은 전문직으로의 진입을 규율하는 조치가 단순한 교육기회의 배분을 넘어 직업선택의 자유와 직접적으로 관련된다는 점을 강조한다. 이에 따라 독일 연방헌법재판소는 이러한 입학규제를 기본법 제12조 제1항의 직업선택의 자유에 대한 중대한 제한으로 파악하고, 엄격한 비례성 심사를 통해 그 정당성을 검토하고 있다. 한국의 지역인재 40% 의무화 역시 단순한 교육기회의 배분에 그치는 것이 아니라 장래 특정 직업영역으로의 진입기회를 실질적으로 조정하는 기능을 수행한다는 점에서 직업선택의 자유와 밀접한 관련성을 가진다. 따라서 독일 연방헌법재판소의 접근과 같이 능력주의(Meritocracy)와 공익적 목적(지역 의료 확충, 국가균형발전 등) 사이의 긴장을 정교한 비례성 심사를 통해 조정할 필요가 있다.

3. 일본 - 지역의사제(地域枠, Chiikiwaku)와 지방창생(地方創生) 정책

(1) 지역의사제(地域枠)의 도입과 운영

일본은 2008년부터 지방의사 부족 문제를 해결하기 위하여 의과대학 입학정원 내에 별도의 지역할당제인 지역의사제(地域枠, Chiikiwaku)를 도입하였다. 이 제도는 첫째, 도도부현(都道府縣) 단위로 일정 규모의 의과대학 입학정원을 별도로 배정하고, 둘째, 해당 전형으로 입학한 학생에게 졸업 후 일정 기간(통상 9년 이상) 해당

Wahl der Ausbildungsstätte)와 평등원칙에 기초하여, 국가에 의한 입학정원 제한의 합헌성 요건을 정립하였다.

48) BVerfG, Urteil vom 19. Dezember 2017, 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14, BVerfGE 147, 253. 독일 연방헌법재판소는 의대 입시제도가 기본법 제3조 제1항(일반적 평등원칙) 및 제12조 제1항(직업의 자유)에 위반된다고 판시하였다.

49) 독일 연방헌법재판소는 의학전공 정원 배분과 관련하여 상세한 헌법적 심사기준을 제시한 바 있다. BVerfG, Urteil vom 19. Dezember 2017 - 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14 - BVerfGE 147, 253 (numerus clausus III) 참조.

지역에서 의료활동에 종사할 의무를 부과하며, 셋째, 그 대가로 수확자금을 지원하고 의무복무를 이행한 경우 그 상황을 면제하는 구조를 가진다.

일본의 지역의사제는 단순한 지역우대 선발제도가 아니라 지역의료 확충이라는 공익적 목적과 장학금 지원이라는 경제적 유인을 결합한 계약적 정주모델(contractual retention model)의 성격을 가진다. 특히 강제적 거주이전 명령이 아니라 자발적 선택과 경제적 유인을 결합하고 있다는 점에서 한국의 지역인재 우대정책에 중요한 비교법적 시사점을 제공한다. 이는 지역인재 정책이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 강제적 정주 의무보다는 자발적 선택과 경제적 유인을 결합한 방식이 보다 바람직할 수 있음을 시사한다.⁵⁰⁾

(2) 자치의과대학(自治医科大学)의 모델

1972년 설립된 자치의과대학은 지방의료 인력 확보를 목적으로 각 도도부현이 공동 출연하여 설립한 의과대학이다. 이 대학은 입학생에게 6년간 등록금 전액 및 생활비를 지원하는 대신 졸업 후 9년간 출신 도도부현의 의료취약지역에서 근무하도록 하는 의무복무제도를 운영하고 있다.

이는 교육지원과 지역정주 의무를 결합한 대표적인 계약형 지역인재 양성모델로 평가된다. 이는 강제적 거주이전 명령이 아니라 교육비 지원과 의무복무를 결합한 계약형 지역인재 확보모델이라는 점에서, 지역인재 우대정책의 헌법적 설계에 중요한 시사점을 제공한다.⁵¹⁾ 이 모델은 첫째, 의무복무 위반 시 학자금 일시 반환(지연이자 포함), 둘째, 의료 취약지 우선 배치, 셋째, 전문과목 선택의 제한 등을 골자로 한다.

(3) 헌법적 평가

일본 헌법은 우리 헌법과 마찬가지로 평등권(제14조), 거주·이전의 자유 및 직업선택의 자유(제22조)를 보장하고 있다. 그럼에도 일본의 지역의사제는 첫째, 공법상 계약(公法上の契約)의 형식으로 운영되어 당사자의 자발적 동의를 전제로 한다는 점, 둘째, 의무 위반 시의 제재가 원칙적으로 수확자금의 반환에 한정될 뿐 의사면허의 박탈이나 직업수행 자체의 제한으로 이어지지 않는다는 점, 셋째, 일반전형과 구별되는 별도 정원 체계로 운영되어 비대상자에 대한 차별 효과가 상대적으로 제한적이라는 점에서 헌법적 정당화 가능성이 높게 평가된다.

이는 지역인재 정책의 헌법적 정당성이 단순히 공익적 목적의 존재에 의해 결정되는 것이 아니라, 자발성, 제재의 비강제성 및 비대상자에 대한 침해 최소화와 같은 제도 설계 요소에 의해 좌우될 수 있음을 보여준다. 특히 일본의 사례는 지역인재 확보라는 동일한 정책목표를 추구하더라도 강제적 정주 의무보다는 계약적 참여와 경제적 유인을 중심으로 제도를 설계함으로써 평등권, 직업선택의 자유 및 거주·이

50) Mizuki Sata et al., “Investigating the perceptions of career development as the regional quota system”, BMC Medical Education, Vol. 24(2024), Article 460.

51) 자치의과대학(自治医科大学) 홈페이지(<https://www.jichi.ac.jp>) 최종 접속일자 (2026. 6. 18) 및 학칙 참조.

전의 자유에 대한 침해를 최소화할 수 있음을 시사한다.⁵²⁾

(4) 일본 사례의 한국적 시사점

일본 모델은 본고가 제시하는 ‘정주 의무의 계약적·자발적 형식’이라는 헌법적 가이드라인의 중요한 비교법적 선례라 할 수 있다. 특히 ① 일반전형과 구별되는 별도 정원 방식, ② 당사자의 자발적 참여를 전제로 하는 공법상 계약 구조, ③ 의무 위반 시에도 직업수행 자체를 제한하지 않고 경제적 부담의 부과에 그치는 비례적 제재체계는 한국의 ANCHOR 체계 설계에 유용한 시사점을 제공한다. 다만 일본에서도 장기기간(통상 9년)에 이르는 의무복무가 청년 의사의 경력 선택과 지역 간 이동의 자유를 제약하고 생애설계에 상당한 부담을 초래한다는 비판이 지속적으로 제기되고 있다는 점은 유의할 필요가 있다.

따라서 일본의 사례는 지역인재 확보라는 공익적 목적을 달성하기 위해서는 강제적 정주 명령보다는 계약적 참여와 경제적 유인을 결합한 방식이 바람직함을 보여주지만, 동시에 의무복무 기간의 과도한 장기화 역시 별도의 비례성 심사 대상이 될 수 있음을 시사한다.⁵³⁾

4. 프랑스 - 우선교육협약(CEP)과 공간기반 적극적 평등실현조치

(1) 우선교육지대(ZEP)와 우선교육협약(CEP)의 발전

프랑스는 1981년 사회당 정부 출범 이후 우선교육지대(Zones d'Éducation Prioritaire, ZEP) 정책을 도입하여 사회경제적으로 취약한 지역의 초·중등학교에 추가적인 재정 및 교육자원을 배분하기 시작하였다. 이는 인종이나 출신 민족이 아닌 지역적·공간적 취약성을 기준으로 하는 적극적 평등실현조치(discrimination positive)의 대표적 사례로 평가된다. 특히 프랑스는 공화주의적 평등원칙(égalité républicaine)에 따라 인종적·민족적 구분을 공식적으로 인정하지 않는 전통을 유지하면서도, 지역 간 교육격차 해소를 위하여 공간적 기준에 기초한 우대정책을 발전시켜 왔다는 점에서 독특한 제도적 특징을 가진다.

프랑스의 사례는 적극적 평등실현조치가 반드시 인종이나 출신지역과 같은 개인적 속성을 기준으로 할 필요는 없으며, 사회적 불이익이 집중된 공간적 단위를 기준으로 설계될 수도 있음을 보여준다. 이는 지역균형발전과 교육기회 균등을 추구하는 한국의 지역인재 우대정책에도 중요한 비교법적 시사점을 제공한다.⁵⁴⁾

2001년 파리정치대학(Sciences Po)이 도입한 우선교육협약(CEP)은 우선교육지대 정책을 고등교육 단계로 확장한 제도이다. 이 제도는 ZEP 지정 고등학교 학생들에게 별도의 선발경로를 제공하면서도 학업적 자질과 역량에 대한 평가는 일반 지원자와 동일한 기준에 따라 이루어지도록 설계되었다. 따라서 CEP는 능력주의를 유지하면

52) 이권일, 앞의 글, 47-50면.

53) Sata et al., 앞의 글, pp. 5-7. 일본에서는 지역의사제 학생에 대한 ‘낙인 효과’와 ‘동료 의식의 분열’이 문제로 지적되고 있다.

54) Gwenaële Calvès, La discrimination positive, 3e éd., Paris: PUF, 2016, pp. 45-78.

서도 사회경제적·지역적 불이익을 보완하는 ‘플러스 팩터(plus factor)’형 적극적 평등실현조치로 평가된다. 이는 지역이라는 요소를 독립적인 선발기준으로 절대화하지 않고, 기존의 능력주의적 평가체계에 보충적 고려요소로 결합하였다는 점에서 한국의 지역인재 우대정책 및 ANCHOR 체계에 중요한 시사점을 제공한다.⁵⁵⁾

(2) 헌법적 정당화의 구조

프랑스의 공간 기반 적극적 평등실현조치는 다음과 같은 이유로 정당화되어 왔다. 첫째, 인종이나 민족이 아닌 공간적·사회경제적 취약성을 기준으로 함으로써 프랑스 공화주의적 평등원칙(égalité républicaine)과의 충돌을 최소화하였다. 둘째, 일반전형과 구별되는 별도의 선발경로를 마련함으로써 기존 지원자의 입학 기회를 직접적으로 박탈하지 않고 교육 기회의 실질적 평등을 도모하였다. 셋째, ZEP 지정은 빈곤율, 학업성취도, 실업률 등 객관적·계량적 지표에 기초하여 이루어짐으로써 수혜 대상의 선정 과정에서 자의성을 최소화하였다.

이러한 점에서 프랑스 모델은 개인의 출신 지역 자체를 우대하는 방식보다 지역적 취약성에 대한 객관적 평가를 토대로 지원 대상을 선정한다는 특징을 가진다. 이는 지역인재 우대정책의 헌법적 정당성이 확보되기 위해서는 지역 구분의 객관성과 측정 가능성이 담보되어야 함을 시사한다. 특히 프랑스의 사례는 지역 우대정책이 헌법적으로 정당화되기 위해서는 별도 정원 방식, 객관적 선정 기준, 그리고 비수혜 집단의 기회 보장이라는 세 가지 요소가 중요함을 보여준다.

(3) 프랑스 사례의 한국적 시사점

프랑스 CEP 모델은 한국의 지역인재 우대정책에 다음과 같은 시사점을 제공한다. 첫째, 인종이나 민족이 아닌 지역적·공간적 취약성을 기준으로 한 적극적 평등실현조치도 헌법적으로 정당화될 수 있음을 보여준다. 둘째, 일반전형과 구별되는 별도 정원 또는 별도 선발경로를 활용함으로써 비수혜 집단의 기회를 직접적으로 제한하지 않는 제도 설계가 가능함을 확인시켜 준다. 이는 인종을 입학 사정 과정에 직접 반영하는 통합적 선발 방식을 위헌으로 판단한 *Students for Fair Admissions v. Harvard* 판결과도 대조되는 점근이다. 셋째, 우대 대상의 선정이 빈곤율, 학업성취도, 실업률 등 객관적·계량적 지표에 기초하여 이루어질 때 우대 조치의 정당성과 예측 가능성이 제고될 수 있음을 보여준다. 이러한 점에서 한국의 권역별 지역인재 제도 역시 단순한 행정구역 구분에 머무르기보다 인구감소율, 의료접근성, 교육격차, 지역소득 수준 등 객관적 지표와 연계하여 운영될 필요가 있다.

이는 본고가 제안하는 ‘지역인재 정의의 합리적 재구성’ 원칙의 비교법적 근거가 되며, 지역인재의 범위를 단순한 출신지 기준이 아니라 객관적으로 측정가능한 지역적 취약성에 기초하여 설정할 필요성을 시사한다.

55) Sciences Po, Rapport annuel sur les Conventions d'Éducation Prioritaire 2023, Paris, 2024.

5. EU법 - 유럽사법재판소(CJEU)의 거주요건 판례

(1) EU법상 거주이전의 자유의 헌법적 지위

「유럽연합 운영조약(TFEU)」 제45조는 노동자의 자유이동권을, 제49조는 자영업·자유직업의 설립의 자유를, 제56조는 서비스 제공의 자유를 보장한다. 「EU 기본권 헌장」 제45조는 모든 EU 시민의 자유이동·거주의 자유를 명시한다. 이러한 EU법상의 자유이동권은 회원국 내 거주요건(residence requirement)에 대한 강력한 통제 법리를 발전시켜 왔다.

(2) 주요 판례

① Bressol v. Gouvernement de la Communauté française (Case C-73/08, 2010): 벨기에 프랑스어 공동체가 의·치·수의대 입학에 거주요건(5년)을 부과한 사안에서, 유럽사법재판소는 “거주요건은 국적에 의한 간접차별을 구성하며, 공중보건 등 공익으로 정당화될 수 있으나 비례성 심사를 통과해야 한다”라고 판시하였다.⁵⁶⁾ 이 판결은 거주요건이 EU법상 자유이동권에 대한 ‘간접차별(indirect discrimination)’임을 명시한 점에서 의미가 크다.

② Commission v. Netherlands 사건에서 네덜란드는 해외 유학을 위한 학자금 지원의 수급요건으로 ‘과거 6년 중 3년 이상 네덜란드에 거주할 것(3-out-of-6 residence requirement)’을 요구하였다. 이에 대하여 유럽사법재판소는 해당 요건이 노동자의 자유이동을 제한하는 효과를 가지며, 정부가 주장하는 정책목적 달성을 위하여 반드시 필요한 수단이라고 보기 어렵다고 판단하였다. 재판소는 특히 거주기간요건이 목적 달성에 비하여 과도한 제한이 될 수 있음을 지적하면서, 거주요건에 대한 엄격한 비례성 심사의 필요성을 강조하였다.

이 판결은 거주요건이 형식적으로는 출신지 차별이 아니더라도 실질적으로는 자유이동을 제약하는 간접적 제한으로 기능할 수 있음을 보여준다. 또한 거주기간의 길이와 범위는 독립적인 비례성 심사의 대상이 되어야 하며, 정책목적의 정당성만으로 장기간의 거주요건이 정당화되는 것은 아니라는 점을 시사한다. 이러한 관점에서 중·고교 전 과정(6년)의 재학요건을 요구하는 현행 지역인재 인정기준 역시 단순히 지역 연계성 확보라는 목적만으로 정당화될 수 없으며, 해당 기간이 목적 달성을 위해 필요한 최소한의 범위인지에 대한 독립적인 비례성 심사가 요구된다.⁵⁷⁾

(3) EU 사례의 한국적 시사점

EU법상의 자유이동권 법리는 한국 헌법 제14조의 거주·이전의 자유 해석에 다음과 같은 시사점을 제공한다. 첫째, 거주요건은 형식적으로는 출신지역이나 국적에 따른 직접차별에 해당하지 않더라도, 특정 집단에 불균형한 부담을 부과함으로써 실질

56) Case C-73/08, Bressol v. Gouvernement de la Communauté française, ECLI:EU:C:2010:181.

57) Case C-542/09, Commission v. Netherlands, ECLI:EU:C:2012:346.

적으로는 간접차별(indirect discrimination)로 기능할 수 있다. 둘째, 거주요건의 정당성은 일반적으로 ① 공익적 목적의 정당성, ② 수단의 적합성, ③ 비례성 및 필요성에 대한 심사를 통과하여야 하며, 특히 요구되는 거주기간의 길이와 범위는 엄격한 검토의 대상이 된다. 셋째, 이러한 관점에서 볼 때 중·고교 전 과정인 6년의 재학요건을 요구하는 방식보다 일정 기간(예컨대 최근 6년 중 3년)의 거주 또는 재학요건을 인정하는 방식이 이동의 자유에 대한 제한을 완화하면서도 정책목적을 달성할 수 있다는 점에서 비례성 원칙에 보다 부합할 가능성이 높다.

이는 지역인재의 범위를 획일적·배타적으로 정의하기보다, 지역과의 실질적 연계성을 다양한 방식으로 인정하는 유연한 기준이 헌법적으로 더 정당화될 수 있음을 시사한다.

6. 비교법적 결론 - 5개국 모델의 종합과 한국적 함의

앞서 살펴본 미국·독일·일본·프랑스·EU의 사례를 종합하면 다음과 같은 공통적 헌법원칙이 도출된다.

[표 3] 5개국 공간기반 우대조치의 비교

구분	미국 (SFFA)	독일 (Landarztquote)	일본 (Chiikiwaku)	프랑스 (CEP)	EU (Bressol)
기준 표지	인종 → 위헌	직업 의지 + 거주	도도부현 + 의무복무	ZEP 지정 지역	거주기간
정원 방식	통합 정원 → 위헌	별도 정원 (10%)	별도 정원	별도 전형	-
의무복무	없음	10년	9년 (도도부현)	없음	-
위반 시 제재	-	위약금 25만 유로	학자금 반환	-	-
법적 형식	임의적 입학 정책	공법상 계약	공법상 계약	협약(CEP)	입법 규제
일몰조항	부재 (위헌 사유)	시한 명시	없음 (재검토 의무)	5년 단위 갱신	-
한국에의 시사점	일몰· 측정가능 성	계약·비율 상한	별도 정원·자발성	객관적 지표	비례성· 간접차별

* 주: 저자 작성

비교법적 검토를 통해 다음의 다섯 가지 헌법적 원칙이 보편적으로 확인된다.

① 별도 정원 원칙: 우대조치는 일반 정원과의 통합 경쟁이 아닌 별도 정원의 형태로 설계될 때 헌법적 정당성을 확보하기 더 쉽다. 미국 SFFA 판결이 통합 정원 내 인종 우대를 위헌으로 본 것은 이 원칙의 반대 측면을 보여준다.

② 공법상 계약 원칙: 거주·근무 의무는 일방적 강제가 아닌 본인의 동의를 전제

로 하는 ‘공법상 계약’의 형태를 취해야 한다. 독일·일본 모두 이 원칙을 채택하고 있다.

③ 객관적 지표 원칙: 우대 대상의 설정은 빈곤율, 실업률, 의료접근성 등 객관적·계량적 지표에 기초하여야 한다. 이는 프랑스 ZEP(교육우선구역) 제도의 정당성을 뒷받침하는 핵심 요소로 평가된다.

④ 비례적 제재 원칙: 의무 위반 시의 제재는 면허취소·직업박탈이 아닌 학자금 반환 등 비례적 수단에 한정되어야 한다.

⑤ 측정가능한 일몰 원칙: 우대조치는 객관적 지표의 달성과 연동된 일몰조항(sunset clause)을 포함하여야 하며, 그 종료 시점이 사전에 예측 가능하여야 한다.

이 다섯 원칙은 다음 제Ⅶ장에서 제시할 한국적 5가지 가이드라인의 비교법적 기초를 이룬다.

Ⅶ. 결론 - 헌법적 한계와 입법론적 제언

1. 헌법적 한계의 정립 - 5가지 가이드라인

앞선 판례평석과 비교법적 검토를 종합하여, 향후 RISE 및 ANCHOR 체계하에서 전개될 지역인재 우대정책이 헌법 제11조 평등권, 제14조 거주이전의 자유, 제15조 직업선택의 자유를 침해하지 않기 위해 준수해야 할 5가지 헌법적 가이드라인을 다음과 같이 정립한다.

(1) 잠정성 원칙(Sunset Clause) - 성과기반 일몰조항의 명문화

미국 SFFA 판결과 한국 헌재 2013헌마553 결정이 공통으로 지적한 바와 같이, 차별을 수반하는 적극적 평등실현조치는 반드시 한시적이어야 한다. 현행 지방대육성법 부칙 제2조는 조항의 효력을 2023학년도부터 2027학년도까지로 한정하고 있으나, 정책 당국은 이를 영구화하려는 경향을 보인다. 지역균형발전이라는 지표가 일정 수준 달성되거나 목표한 기한이 도래하면 우대조치는 자동 종료되거나 축소되어야 한다는 일몰조항이 실질적으로 기능해야 한다.

① 현행 잠정성 원칙의 한계

「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률」 부칙은 지역인재 우대정책에 대하여 일몰조항을 두고 있으나, 첫째, 일몰시한이 정책의 시행과정에서 반복적으로 연장되어 당초 예정된 종료시점이 실질적으로 기능하지 못하였고, 둘째, 정책의 존속 여부를 판단할 수 있는 객관적·계량적 성과기준이 부재하며, 셋째, 일몰시점 도래 시 제도가 자동적으로 종료되는 구조가 아니라 입법자의 재량에 따른 갱신 또는 종료 가능성이 가능하도록 설계되어 있다는 한계를 가진다.

② 성과기반 일몰조항의 설계

본고는 다음의 ‘성과기반 일몰조항(performance-based sunset clause)’을 제안한다.

제15조(지역인재의 채용 등) 제7항(신설)

- ① 제2항에 따른 지역인재 의무채용 비율은 수도권 인구집중도, 비수도권 대학 충원율, 지역별 의료인력 확보율 등 대통령령으로 정하는 객관적·계량적 지표를 기준으로 5년마다 평가하고, 그 결과에 따라 단계적으로 조정한다.
- ② 제1항의 평가 결과 대통령령으로 정하는 기준값이 달성된 경우, 제2항에 따른 지역인재 의무채용은 별도의 법률 개정 없이 종료된다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 평가 기준, 평가 절차 및 종료 기준은 대통령령으로 정한다.

(2) 비율 설정의 법률유보 - 의회유보 원칙의 적용

현재 의·약계열 40%(강원·제주 20%)라는 중대한 차별적 비율이 법률이 아닌 시행령 [별표]에 백지위임되어 있다. 국민의 기본권을 중대하게 제한하는 비율의 상한선은 의회유보의 원칙에 따라 국회가 법률로써 명시해야 한다. 또한, 특정 지역(예: 부울경 40%)의 비율이 입학 자원이나 인구 대비 과도하여 수도권 수험생의 권리를 압도적으로 침해한다면 이는 비례원칙의 위반이다. 권역별 실증 데이터에 기초한 과학적 비율 설정이 요구된다.

① 현행 비율 설정 방식의 의회유보 위반 가능성

현행 「지방대육성법」 제15조 제6항은 지역인재 의무선발 비율의 구체적 설정을 시행령에 포괄적으로 위임하고 있다. 그러나 의·약·간호계열 40%, 한의대 40%, 법학전문대학원 20% 등의 비율은 국민의 평등권·직업선택의 자유·거주이전의 자유를 실질적으로 제한하는 핵심 변수이므로, 의회유보 원칙(헌법 제40조, 제75조)에 따라 법률에 직접 명시되어야 한다.⁵⁸⁾

② 비율 상한의 법률 명시

본고는 다음과 같은 비율 상한의 법률 명시를 제안한다.

「지방대육성법」 제15조 제2항(개정안)

“지역인재 의무선발 비율은 모집정원의 100분의 50을 초과할 수 없다. 구체적인 의무선발 비율은 지역 간 교육격차, 학령인구 분포, 해당 분야의 지역인재 수급 상황 및 지역균형발전의 필요성을 고려하여 대통령령으로 정한다.”

58) 현재 1999. 5. 27. 98헌바70(텔레비전수신료); 현재 2010. 10. 28. 2008헌마408(취학구역); 현재 2018. 6. 28. 2015헌가28 등 다수.

(3) ‘지역인재’ 정의의 합리적 분류 기준 - 다중적 분류 기준의 도입

현행 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률」 및 관련 제도는 지역인재 인정요건으로 중학교와 고등학교의 재학요건을 동시에 요구하는 경우가 많다. 그러나 이러한 이중 요건은 지역 정착성을 확보하려는 입법목적에 비하여 지나치게 경직적으로 작동할 우려가 있다. 특히 부모의 직업상 이동, 공무원 전보, 군인·교원의 인사이동 등 본인의 의사와 무관한 사유로 거주지를 이전한 경우에도 지역인재 자격이 일률적으로 배제될 수 있기 때문이다. 따라서 청소년기 거주이전의 자유와 교육선택의 자유를 과도하게 제한하지 않기 위하여 초·중·고 재학기간을 합산하는 방식의 거주요건을 도입하거나, 불가피한 전출 사유에 대한 예외 규정을 마련할 필요가 있다. 또한 획일적인 학교 소재지 기준으로 인해 발생하는 불합리한 배제 사례를 구체화할 수 있는 별도의 심사 절차를 마련함으로써 자의적인 공간적 구분에 따른 기본권 침해 가능성을 최소화하여야 한다.

① 현행 중·고교 졸업 이중 요건의 경직성

현행 시행령은 지역인재 인정 요건으로 중학교와 고등학교의 졸업 또는 재학 요건을 동시에 요구하고 있다. 그러나 이러한 이중 요건은 지역사회와의 실질적 연계성보다 형식적 학력 이력을 중시하는 측면이 있어 지나치게 경직적으로 운영될 우려가 있다. 특히 부모의 직장이전, 군 복무, 부모의 사망·이혼·재혼, 입양 또는 위탁, 해외 체류 및 유학 등 본인의 의사나 귀책사유와 무관한 사정으로 인해 동일한 지역적 생활기반을 유지하고 있음에도 지역인재 자격이 부정되는 사례가 발생할 수 있다.

(2) 다중적 분류기준(multi-factor framework)의 설계

본고는 다음의 다중적 분류기준을 제안한다.(개정안)

「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률 시행령」 제10조(지역인재의 인정 기준) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 지역인재로 인정한다.

1. 해당 지역에서 초등학교·중학교·고등학교 재학기간 및 거주기간을 합산하여 5년 이상 생활한 자로서 해당 지역의 고등학교를 졸업한 자
2. 부모의 직장이전, 공무상 전보, 군복무, 부모의 사망·이혼·재혼, 입양·위탁, 해외체류 또는 유학 등 본인의 책임 없는 사유로 제1호의 요건을 충족하지 못한 자로서 교육부령으로 정하는 기준에 해당하는 자
3. 해당 지역에서 일정 기간 이상 거주한 사실이 인정되는 자로서 교육부령으로 정하는 기준에 따라 지역사회와의 실질적 연계성이 인정되는 자
4. 그 밖에 지역정착 가능성, 생활연고 및 지역사회 기여 가능성을 고려하여 지역인재심사위원회가 인정한 자

(4) 비지역인재의 보충적 기회 보장 - 권역 간 호혜성 원칙

헌법재판소는 2021헌마1572 결정에서 지역인재 선발제도가 헌법에 위반되지 않는 주요 근거 중 하나로 해당 제도가 수도권 및 타 지역 지원자의 입학기회를 전면적으로 배제하지 않는다는 점을 제시하였다. 즉, 지역균형발전이라는 공익을 추구하면서도 전국 단위 경쟁을 통한 입학기회를 일정 부분 유지하고 있다는 점이 합헌성 판단의 중요한 요소로 작용하였다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 향후 ANCHOR 체계하에서 지방자치단체가 대학에 영향력을 행사하여 지역인재 선발 비율을 과도하게 확대할 경우, 헌법적 문제가 발생할 가능성이 있다. 특히 지역인재 선발 비율이 모집정원의 대부분을 차지하게 될 경우, 수도권 및 타 지역 수험생의 경쟁기회가 실질적으로 제한되어 평등권, 직업선택의 자유 및 교육기회의 균등 원칙과의 긴장이 커질 수 있다.

따라서 지역인재 우대정책은 지역인재를 위한 우선선발 영역을 인정하더라도, 비지역인재가 실질적인 경쟁을 통하여 입학할 수 있는 최소한의 일반선발 영역(general admission quota)을 제도적으로 보장할 필요가 있다. 이는 지역균형발전이라는 공익과 전국 단위 교육기회의 개방성 사이의 균형을 유지하기 위한 헌법적 요청이라 할 수 있다.

① 현행 제도의 일방향성 문제

현행 제도는 비수도권 대학에 대하여만 지역인재 의무선발을 부과하고 있다. 이에 따라 수도권 학생의 비수도권 대학 진학기회는 일정 부분 제한되는 반면, 비수도권 학생의 수도권 대학 진학기회는 동일한 방식으로 제한되지 않는다. 이러한 구조는 지역균형발전이라는 공익을 추구하기 위한 적극적 우대조치로 이해될 수 있으나, 특정 집단에에만 부담을 부과하는 일방향적 우대(one-way preference)라는 점에서 평등원칙의 관점에서 그 정당화 여부에 대한 검토가 필요하다.

② 권역 간 호혜성 원칙의 도입

본고는 다음의 호혜성 원칙을 제안한다.

「지방대육성법」 제15조 제8항 신설안

국가와 지방자치단체는 지역인재 우대정책으로 인한 비지역인재의 교육기회 제한을 최소화하기 위하여 다음 각 호의 시책을 추진할 수 있다.

1. 지역인재 의무선발 비율을 확대하는 경우에는 대학의 교육여건과 수용능력을 고려하여 모집정원 조정 또는 별도 정원 확보 방안을 마련할 것
2. 권역 간 대학의 학점교류, 공동교육과정 운영 및 학위 상호인정 체계를 확대할 것
3. 비지역인재가 해당 지역에서 일정 기간 이상 학업·현장실습·취업활동을 수행한 경우 지역인재에 준하는 지원 자격을 인정하는 정주연계 프로그램을 운영할 것

(5) 정주의무의 계약적·자발적 형식

ANCHOR 체계가 지향하는 지역인재의 정주(定住)는 지역균형발전이라는 공익 실현에 중요한 의미를 가진다. 그러나 국가가 법률 또는 행정규제를 통하여 특정 지역에서의 거주나 근무를 직접 강제하는 방식은 헌법상 거주·이전의 자유와 충돌할 가능성이 있다. 따라서 지역정착 정책은 강제적 규제가 아니라 유인(incentive) 기반의 정책수단을 중심으로 설계되어야 한다. 예컨대 장학금 지원, 등록금 감면, 취업연계, 공공기관 채용 우대, 주거지원 등의 혜택을 제공하고, 그에 대한 반대급부로 일정 기간의 지역 근무를 약정하는 공법상 계약(public law contract) 또는 행정계약의 형태가 보다 헌법친화적인 대안이 될 수 있다.

특히 개인이 계약 체결 여부를 자유롭게 선택할 수 있고, 계약 체결을 거부하더라도 불이익이 과도하지 않은 경우에는 거주이전의 자유에 대한 제한 문제가 상당 부분 완화될 수 있다. 반면 일정 지역에서의 근무 또는 거주를 법률상 의무로 강제하거나, 이를 위반한 경우 과도한 제재를 부과하는 방식은 거주이전의 자유 및 직업선택의 자유에 대한 과도한 제한으로 평가될 가능성이 있다.

① 강제 정주의 위헌성

특정 지역에서의 거주 또는 근무를 법률로 강제하는 것은 헌법 제14조가 보장하는 거주·이전의 자유에 대한 중대한 제한에 해당한다. 거주이전의 자유는 개인이 생활의 근거지를 자유롭게 선택하고 이동할 수 있는 자유를 보장하는 기본권으로서, 국가가 특정 지역에의 거주를 강제하거나 다른 지역으로의 이전을 제한하는 경우에는 엄격한 헌법적 심사가 요구된다. 특히 본인의 자유로운 의사에 기초하지 않은 정주강제는 거주이전의 자유의 본질적 내용을 제한할 우려가 있으며, 지역균형발전이라는 공익이 존재하더라도 과잉금지원칙에 부합하는지 여부가 엄격하게 검토되어야 한다. 따라서 지역인재 정책은 강제적 정주보다는 자발적 정착을 유도하는 유인 중심의 방식으로 설계될 필요가 있다.

② 공법상 계약 모델의 설계

본고는 지역인재의 정주를 강제적 규제가 아닌 자발적 선택에 기초한 유인(incentive) 구조로 전환하기 위하여 독일의 Landarzt¹⁾와 일본의 Chiikiwaku²⁾를 참고한 공법상 계약 모델을 제안한다. 해당 모델은 국가 또는 지방자치단체가 교육비·생활비 등의 지원을 제공하는 대신, 수혜자가 일정 기간 해당 지역에서 근무할 의무를 부담하는 상호적 권리·의무 관계를 전제로 한다.

(가칭) 「지역인재 정주 지원 특별법」 (안)

제10조(지역정주 계약)

- ① 시·도지사는 지역인재의 자발적 신청에 따라 지역정주 지원계약을 체결할 수 있다.

② 지역정주 지원계약에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. 학자금 · 생활비 · 주거비 등 지원에 관한 사항
2. 졸업 또는 자격취득 후 일정 기간(5년 이상 9년 이하) 해당 지역에서 근무할 의무에 관한 사항
3. 의무 불이행 시 지원금 반환에 관한 사항
4. 계약의 변경 · 해지 및 면제 사유에 관한 사항

③ 계약상 의무를 이행하지 아니한 경우 수혜자는 지원받은 금액 및 대통령령으로 정하는 범위의 이자를 반환하여야 한다.

④ 제3항에 따른 제재는 경제적 반환의무에 한정되며, 국가 또는 지방자치단체는 자격 · 면허의 취소, 취득 제한 또는 기타 직업수행의 자유를 제한하는 제재를 부과할 수 없다.

⑤ 질병, 장애, 사망, 가족돌봄, 기타 대통령령으로 정하는 정당한 사유가 있는 경우 계약의 해지 또는 의무의 감면을 신청할 수 있다.

2. 입법론적 제언

(1) 「지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률」 개정안의 구체적 조문

① 제15조의 전면 개정

현행:

제15조(대학의 입학기회 확대) ① 지방대학의 장은... 일정 비율 이상이 되도록 노력하여야 한다.

⑥ 입학 및 모집의 비율, 모집단위, 모집 방법, 기준, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

개정안:

제15조(대학의 입학기회 확대 및 지역인재 우대) ①~⑤ (현행과 같음)

⑥ 지역인재 의무선발 비율은 입학정원의 100분의 50을 초과할 수 없다. 구체적 비율은 학과별 · 권역별 특성을 고려하여 대통령령으로 정한다.

⑦ 지역인재 의무선발 비율은 매 5년마다 다음 각 호의 객관적 지표에 따라 단계적으로 감축한다. 이 지표가 대통령령으로 정하는 기준값에 도달한 경우, 해당 의무는 자동으로 종료한다.

1. 수도권 인구집중도
2. 비수도권 학령인구 충원율
3. 비수도권 지역 의료 · 법조 · 기술인력 충원율
4. 그 밖에 대통령령으로 정하는 지표

⑧ 지역인재 의무선발 비율을 상향 조정하는 경우 해당 대학의 모집정원을 동일한 비율로 확대한다.

⑨ 본인의 귀책사유 없이 지역인재 요건을 충족하지 못한 자에 대해서는 대통령령으로 정하는 바에 따라 예외를 인정한다.

② 부칙의 본칙화

일몰조항을 부칙이 아닌 본칙(제15조 제7항)으로 격상함으로써, 일몰의 객관성·자동성·법규성을 강화한다.

③ 시행령 별표의 정비

시행령 제10조 제3항 별표 제2호 등의 비율 규정은 ‘100분의 50’이라는 법률상 상한 내에서 합리적으로 재설계한다. 특히 한의대 40%는 단계적 감축이 필요하다.

(2) (가칭) 「지역인재 정주 지원 특별법」의 제정 필요성

① 입법 필요성

ANCHOR 체계 하의 정주 정책이 효과적으로 작동하면서도 헌법적 한계를 준수하기 위해서는 정주 의무의 계약적 구조를 명시한 별도의 특별법 제정이 필요하다.

② 주요 골자

(가칭) 「지역인재 정주 지원 특별법」(안) 골자:

제1조(목적) 이 법은 지역인재의 자발적 정주를 지원하기 위한 공법상 계약의 체결과 그에 따른 권리·의무 관계를 규정함을 목적으로 한다.

제2조(정의) “지역정주 계약”이란 시·도지사나 지역인재 간에 체결되는 공법상 계약으로서, 학자금·생활비 지원과 일정 기간의 지역 근무를 골자로 하는 것을 말한다.

제3조(자발성 원칙) 지역정주 계약은 본인의 자발적 신청에 따라서만 체결된다.

제4조(계약의 내용) ① 학자금 및 생활비 지원: 졸업 시까지의 학비 전액 및 월 일정액의 생활비

② 의무복무 기간: 졸업 후 5년에서 9년의 범위에서 대통령령으로 정한다.

③ 의무복무 지역: 권역 내 의료·법조·기술 취약지로 한다.

제5조(의무 위반 시 제재) ① 의무 위반 시 제재는 학자금 반환(이자 포함)에 한정한다.

② 면허·자격의 박탈이나 취소는 부과하지 않는다.

제6조(계약의 해지) 본인은 언제든지 계약을 해지할 수 있으며, 해지의 효과는 학자금 반환 의무의 발생에 한정된다.

(3) ANCHOR 체계 입법예고안에 대한 사전적 헌법심사 절차

향후 교육부가 ANCHOR 체계를 제도화하기 위한 (가칭)메가특구 특별법 등을 제

정할 때, 특정 지역 출신에 대한 배타적 독점을 강화하는 조치를 지양해야 한다. 예컨대 공공기관 채용에 있어 지역대학 출신을 30%를 넘어 50%까지 확대하려는 일각의 논의는 헌법재판소가 청년고용할당제(3%) 사안에서 보여준 관용의 임계치를 현저히 초과하는 것이다. 그러므로 직업선택의 자유 침해가 위헌적 수준에 도달하지 않도록 우대비율의 점진적 완화 구조를 설계해야 한다.

① 사전적 헌법심사의 필요성

ANCHOR 체계는 직접적 입법조치 없이 행정계획·고시 등의 형식으로 추진되는 경우가 많으므로 사후적 헌법소원에 의한 통제만으로는 기본권 보호에 한계가 있다.

② 제도화 방안

「국회법」 개정 제안:

새로운 지역인재 우대조치 또는 정주 정책 입법안은 법제사법위원회 회부 전에 다음의 헌법적 점검사항이 포함된 ‘헌법적 영향평가서(Constitutional Impact Assessment)’를 첨부해야 한다. 첫째, 평등권 침해 가능성과 그 정당화 사유, 둘째, 직업선택의 자유 침해 가능성과 그 정당화 사유, 셋째, 거주이전의 자유 침해 가능성과 그 정당화 사유, 넷째, 일몰조항의 설계와 객관적 지표, 다섯째, 비례성 원칙의 충족 여부

(4) 권역(5극3특) 내 다양성 보장 장치

지역인재 정책이 광역화되면서 특정 권역 내의 이른바 거점국립대 출신이 혜택을 독식하는 현상이 나타나고 있다. 헌법이 지향하는 실질적 평등은 수도권과 비수도권 간의 평등뿐만 아니라, 비수도권 내부에서의 평등도 포함한다. 따라서 권역 내 단일 대학 출신이 채용 할당의 일정 비율(예: 30% 또는 50%)을 초과하지 못하도록 하는 특정대학 독점 방지 상한제를 법제화하여야 한다. 이는 미국 연방대법원 Grutter 판결이 강조한 진정한 다양성의 가치에도 부합하는 길이다.

3. 결론

(1) 본고의 논증 요약

본고는 RISE · ANCHOR 체계하의 지역인재 우대정책에 적용되어야 할 헌법적 심사기준을 다음과 같이 정립하였다.

첫째, 헌법재판소의 2025. 7. 17. 선고 2021헌마1572 결정은 평등권 - 직업선택의 자유 결함심사라는 표준 법리를 정립한 점에서 의의가 있으나, (i) 거주이전의 자유에 대한 본격적 심사를 회피하였고, (ii) 수량적 논리에 의존하여 질적 기준을 제시하지 못하였으며, (iii) 측정가능한 목표와 일몰조항의 헌법적 요건성을 충분히 검토하지

않은 한계를 가진다.

둘째, RISE에서 ANCHOR 체계로의 정책 전환은 거주이전의 자유와의 충돌을 본격화시키므로, 종래의 ‘평등권과 직업선택의 자유’의 이중 결합심사를 ‘평등권과 직업선택의 자유 및 거주이전의 자유’의 삼중결합 심사기준으로 확장해야 할 것이다.

셋째, 미국·독일·일본·프랑스·EU의 비교법적 검토를 통해 도출되는 다섯 가지 보편적 원칙(별도 정원, 공법상 계약, 객관적 지표, 비례적 제재, 측정가능한 일물)은 한국적 맥락에서 제시한 5가지 가이드라인(잠정성, 법률유보, 합리적 분류기준, 보충적 기회, 계약적 형식)으로 구체화될 수 있다.

넷째, 위 가이드라인에 따른 구체적 입법 개정안은 「지방대육성법」 제15조의 개정, (가칭) 「지역인재 정주 지원 특별법」의 제정, 「국회법」상 사전적 헌법적 영향 평가 절차의 도입을 포함한다.

(2) 본고의 학문적 의의와 한계 및 향후 연구과제

본고는 다음의 점에서 학문적 기여를 도모하였다. 첫째, 2025. 7. 17. 선고된 2021헌마1572 결정에 대한 종합적 판례평식을 제공하였다. 둘째, 평등권-직업선택의 자유의 이중 결합심사를 거주이전의 자유까지 포괄하는 삼중결합 심사기준으로 확장하는 새로운 법리를 제안하였다. 셋째, 미국·독일에 한정되었던 종래의 비교법적 연구를 일본·프랑스·EU로 확장하였다. 넷째, 추상적 가이드라인을 구체적 조문으로 확장하는 입법론적 작업을 수행하였다.

이러한 학문적 의의에도 불구하고 본고는 몇 가지 한계를 가진다. 첫째, 2021헌마1572 결정은 비교적 최근에 선고된 판례로서 아직 관련 평식과 학술적 논의가 충분히 축적되지 않은 상태이다. 따라서 본고의 분석과 평가 역시 향후 후속 연구의 전개에 따라 일부 수정·보완될 가능성이 있다. 둘째, ANCHOR 체계는 현재 제도 설계가 진행 중인 단계에 있으므로, 구체적인 시행령·고시 및 운영지침이 확정된 이후에는 본고의 분석을 재검토할 필요가 있다. 셋째, 비교법적 검토 과정에서 각국의 제도적 맥락과 판례를 모두 동일한 수준으로 분석하지 못하였다는 방법론적 한계가 존재한다. 그러나 이러한 한계에도 불구하고, 본고는 RISE·ANCHOR 체계와 지역인재 우대정책을 둘러싼 헌법적 쟁점을 최초로 종합적으로 검토하고 기본권 심사기준의 틀을 제시하였다는 점에서 일정한 학문적 의의를 가진다고 생각한다.

향후에는 지역인재 우대정책의 실효성에 대한 실증연구와 더불어, ANCHOR 체계가 기본권 보장체계에 미치는 영향, 5급 3특 체계의 헌법적 정합성, 그리고 공법상 계약에 기초한 지역정주 모델의 법도그마틱적 정교화에 관한 연구가 추가적으로 이루어질 필요가 있다. 이러한 후속 연구는 지역균형발전정책의 헌법적 정당성과 한계를 보다 정교하게 규명하는 데 기여할 것으로 기대된다.

(3) 마치며 - 헌법적 균형점의 모색

헌법재판소가 2021헌마1572 결정에서 지역인재 의무선발 40%를 합헌으로 판단한 것은 헌법 제123조 제2항이 규정한 국가균형발전의 헌법적 가치를 적극적으로 고려한 결과라 할 수 있다. 그러나 이러한 판단이 모든 형태의 공간적 우대조치나 정주

정책을 포괄적으로 정당화하는 근거로 이해되어서는 안 된다. 헌법재판소는 제도의 잠정성과 비지역인재에 대한 입학기회의 보장을 합헌성 판단의 중요한 전제로 삼았으며, 이러한 전제가 유지되지 않는 경우에는 해당 제도의 헌법적 정당성 역시 재검토될 수 있다.

지역소멸의 위기와 청년 인재의 기본권 보장은 상호 배타적인 가치가 아니다. 오히려 두 가치는 헌법질서 안에서 조화롭게 실현되어야 할 과제이다. 본고가 제시한 다섯 가지 가이드라인과 입법적 개선방안은 이러한 조화를 위한 규범적 기준(normative markers)을 제시하는 데 목적이 있다. 정책결정자와 입법자는 단기적인 정책효과의 극대화에만 집중할 것이 아니라, 헌법 제11조의 평등권, 제14조의 거주·이전의 자유, 제15조의 직업선택의 자유, 그리고 제123조 제2항의 국가균형발전 원리가 상호 조화를 이룰 수 있는 제도적 설계를 모색하여야 한다.

궁극적으로 국가균형발전은 개인의 기본권을 희생하여 달성될 수 있는 가치가 아니라, 기본권 보장과의 조화 속에서 비로소 헌법적 정당성을 획득할 수 있는 헌법적 과제이다. 본고가 RISE · ANCHOR 체계의 발전 과정에서 지역인재 우대정책의 헌법적 한계를 설정하고, 향후 입법 및 사법심사의 기준을 정립하는 데 하나의 이론적 토대를 제공할 수 있기를 기대한다.

- **주제어:** RISE, ANCHOR, 지역인재 우대정책, 삼중결합 심사기준, 거주이전의 자유, 적극적 평등실현조치

[참고문헌]

I. 국내 문헌

1. 단행본

- 김철수, 『헌법학신론』, 제21전정신판, 박영사, 2013.
김하열, 『헌법강의』, 제8판, 박영사, 2024.
성낙인, 『헌법학』, 제26판, 법문사, 2026.
장영수, 『헌법학』, 제15판, 홍문사, 2026.
이준일, 『헌법학강의』, 제9판, 홍문사, 2025.
전광석, 『한국헌법론』, 제18판, 집현재, 2025.
정중섭, 『헌법학원론』, 제13판, 박영사, 2022.
한수웅, 『헌법학』, 제14판, 법문사, 2024.
허영, 『한국헌법론』, 제22판, 박영사, 2026.

2. 논문

- 김수진, “지역혁신중심 대학지원체계(RISE)의 헌법적 정당화 구조 - 세종형 RISE의 운영성과와 헌법적 함의를 중심으로 -”, 법학연구 제67권 제2호(통권 제128호), 부산대학교 법학연구소, 2026, 27-75면.
김수진, “분권형 고등교육국가의 헌법적 구조변동 - RISE와 ANCHOR 체계를 중심으로 -”, 법학논총 제43집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2026, 1-47면.
이권일, “지역의사제를 통한 필수의료인력 수급에 대한 헌법적 문제 - 독일과 일본 사례와의 비교를 중심으로 -”, 법학논고 제92집, 경북대학교 법학연구원, 2024, 31-62면.
이부하, “헌법재판소의 포괄위임금지원칙 심사기준에 관한 고찰”, 홍익법학 제21권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2020, 165-185면.

II. 외국문헌

1. 영미문헌

- Chemerinsky, Erwin, Constitutional Law: Principles and Policies, 6th ed., Wolters Kluwer, 2019.
Dworkin, Ronald, A Matter of Principle, Harvard University Press, 1985.
Fiss, Owen M., “Groups and the Equal Protection Clause”, Philosophy & Public Affairs, Vol. 5, No. 2 (1976), pp. 107-177.
Sandel, Michael J., Justice: What’s the Right Thing to Do?, Farrar, Straus and Giroux, 2009.
Sunstein, Cass R., The Partial Constitution, Harvard University Press, 1993.

2. 독일문헌

- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG-Kommentar, 18. Aufl., C.H. Beck, München, 2024.

Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, Grundrechte, Staatsrecht II, 38. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, 2022 (begründet von Bodo Pieroth/Bernhard Schlink).

Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/2: Die einzelnen Grundrechte (unter Mitwirkung von Michael Sachs und Johannes Dietlein), C.H. Beck, München, 2011.

III. 판례

1. 헌법재판소

헌재 1995. 2. 23. 93헌바43, 판례집 7-1, 233.

헌재 1999. 12. 23. 98헌마363(제대군인가산점위헌확인), 판례집 11-2, 770.

헌재 2001. 2. 22. 2000헌마25(국가유공자등예우및지원에관한법률 제31조 제1항 등 위헌확인), 판례집 13-1, 386.

헌재 2004. 10. 28. 2003헌가18, 판례집 16-2하, 86.

헌재 2006. 2. 23. 2004헌마675등(2004헌마981·1022 병합), 판례집 18-1상, 269.

헌재 2014. 8. 28. 2013헌마553, 판례집 26-2상, 429.

헌재 2021. 12. 21. 2021헌마1418.

헌재 2025. 7. 17. 2021헌마1572(지방대학 및 지역균형인재 육성에 관한 법률 시행령 제10조 제3항 [별표] 위헌확인), 전원재판부 결정.

2. 미국 연방대법원

Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978).

Grutter v. Bollinger, 539 U.S. 306 (2003).

Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College, 600 U.S. 181 (2023).

3. 독일 연방헌법재판소

BVerfGE 33, 303 - numerus clausus I (1972).

BVerfG, Urteil vom 19. Dezember 2017 - 1 BvL 3/14, 1 BvL 4/14 - BVerfGE 147, 253 (numerus clausus III).

4. 유럽사법재판소(CJEU)

Case C-73/08, Bressol and Others v. Gouvernement de la Communauté française, Judgment of 13 April 2010, ECLI:EU:C:2010:181.

Case C-542/09, European Commission v. Kingdom of the Netherlands, Judgment of 14 June 2012, ECLI:EU:C:2012:346.

IV. 정책자료 · 통계

교육부 · 라이즈위원회, “지역혁신중심 대학지원체계(RISE) 2026년 전국 시행”, 보도자료, 2024. 12. 27.

교육부, “2026년 지역성장 인재양성체계(ANCHOR) 추진방안”, 보도자료, 2025. 4. 2.

통계청, 『장래인구추계』, 2024.

산업연구원(KIET), 『2024 지역경제 동향』, 2024.

[Abstract]

**Standards of Constitutional Review
under the RISE · ANCHOR Framework**
- Constitutional Limits of Regional Talent Preference Policies in
Relation to Equality and the Freedom of Residence and Movement -

Soo-Jin Kim*

In response to the structural challenges of metropolitan concentration and regional depopulation, the Republic of Korea introduced the Regional Innovation System & Education (RISE) framework in 2025, followed by the Anchor-Institution based Regional Growth System (ANCHOR) in 2026. Under these frameworks, the intensified regional talent preference policies, while pursuing legitimate constitutional objectives, restrict the equal right to education and the freedom of occupation of applicants from the metropolitan area. Moreover, the “triple-combined requirement” – mandating middle and high school graduation from designated regions along with residency during the school years – directly raises the issue of conflict with the freedom of residence and movement (Article 14 of the Constitution).

On 17 July 2025, the Constitutional Court of Korea unanimously dismissed a constitutional complaint challenging the 40% regional talent quota for oriental medical schools (Case No. 2021Hun-Ma1572). While the decision is significant in establishing the doctrine of combined review of the right to equality and the freedom of occupation, it substantially avoided rigorous scrutiny of the freedom of residence, thereby leaving a regulatory vacuum in constitutional review standards.

To address this vacuum, this study proposes a Triple-Combined Review Standard, which consists of three integrated stages: (1) scrutiny of freedom rights infringement, (2) scrutiny of equality rights infringement, and (3) scrutiny of the combined effects arising from the coexistence of both restrictions. This new review framework enables constitutional control that transcends the mere aggregation of individual rights scrutiny. Building upon this standard, the study further presents five constitutional guidelines: the sunset clause principle, the statutory reservation for quota setting, rational classification criteria for the definition of “regional talent,” supplementary opportunity guarantees for non-regional applicants, and the contractual and voluntary form of residency obligations.

* Research Professor, Korea University Sejong RISE Project Group Ph.D. in Constitutional Law.

Ultimately, this study demonstrates that balanced regional development is not a value that can be achieved at the expense of individual fundamental rights, but rather a constitutional task that acquires legitimacy only in harmony with the protection of such rights.

- **Key Words:** RISE, ANCHOR, Regional Talent Preference, Triple-Combined Review Standard, Freedom of Residence, Proportionality Principle, Affirmative Action, Balanced Regional Development

비의료인의 문신행위와 무면허 의료행위 — 대법원 2026. 5. 21. 선고 2022도13370 전원합의체 판결* —

선종수**

논문요지

본 논문은 대법원 2026. 5. 21. 선고 2022도13370 전원합의체 판결을 중심으로 비의료인의 문신행위와 의료법상 무면허 의료행위의 관계를 형법해석론적 관점에서 검토하였다. 종래 대법원은 문신행위가 피부를 침습하고 감염 등의 위험성을 수반한다는 점을 근거로 의료행위에 해당한다고 보아 왔다. 이에 따라 비의료인의 문신행위는 의료법상 무면허 의료행위로 평가되어 형사처벌의 대상이 되었다.

그러나 대상판결은 비의료인의 통상적인 서화문신행위는 의료법상 무면허 의료행위에 해당하지 않는다고 판단하면서 종래 판례를 변경하였다. 대상판결은 문신에 대한 사회적 인식의 변화, 문신기술 기술 및 위생관리 체계의 발전, 위험의 관리 가능성, 직업의 자유와 표현의 자유 등 기본권 보장의 필요성을 종합적으로 고려하였다. 특히 의료행위 개념의 판단기준을 단순한 위험의 존재 여부가 아니라 의료전문성에 의한 독점적 관리 필요성 여부로 재구성하였다는 점에서 중요한 의미를 가진다.

본 논문은 대상판결이 의료행위 개념을 고정된 실체개념이 아닌 개방적 개념으로 이해하면서도 의료행위 개념의 과도한 확장을 억제하였다는 점을 긍정적으로 평가하였다. 또한 대상판결은 형법법규 해석에서 죄형법정주의와 엄격해석 원칙을 재확인하고, 의료행위 개념의 문언상 가능한 의미 범위를 제한적으로 재구성하였다는 점에서 형법해석론적 의의를 가진다고 보았다. 다만 사회통념과 위험의 관리 가능성이라는 상대적 기준에 상당 부분 의존하고 있다는 점에서 의료행위 판단기준의 규범적 안정성과 예측가능성을 확보하기 위한 보다 정교한 해석론의 정립이 필요하다는 점을 지적하였다.

* 대법원은 같은 날 선고된 대법원 2026. 5. 21. 선고 2021도15611 전원합의체 판결에서 미용을 목적으로 사람의 피부에 눈썹이나 아이라인 등을 새겨 넣어 원래 생김새를 강조하거나 변형하는 이른바 ‘미용문신행위’에 대하여도 별도로 판단하였다. 이 논문의 연구 대상인 서화문신행위에 관한 대상판결은 그 예술적·표현적 성격과 위험관리가능성을 근거로 무면허 의료행위성을 부정하였음에 비하여 미용문신행위에 관한 전원합의체 판결은 반영구화장 등 미용기술과의 경계, 기술 부위의 특수성(눈 주변 등) 및 그에 따른 위해 발생 가능성을 함께 고려하여 서화문신행위와는 별도의 심사를 거쳤다. 따라서 대상판결의 판시가 문신행위 전반에 대하여 무면허 의료행위성을 일률적으로 부정한 것으로 이해되어서는 안 되며, 그 판시범위는 서화문신행위에 한정하여 이해하여야 한다. 이 글에서도 이러한 판시범위의 한정을 명확히 하기 위하여 이하에서는 ‘서화문신행위’라는 용어를 일관되게 사용하고, 논의의 대상 역시 이에 한정한다.

** 동아대학교 법학연구소 연구교수, 법학박사.

결국 대상판결은 사회변화와 기본권 보장을 반영한 형벌법규 해석의 가능성을 보여주는 동시에, 형법해석의 동적 구조와 죄형법정주의 사이의 긴장관계를 보여주는 대표적 사례로 평가할 수 있다.

· 논문제출: 2026. 06. 21. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

I. 문제의 제기

문신(tattoo)¹⁾은 인간의 신체를 매개로 이루어지는 대표적인 자기표현 방식 중 하나로써 고대 사회부터 현대 사회에 이르기까지 다양한 문화적·사회적 의미를 가지고 존재해 왔다.²⁾ 과거 문신은 범죄집단의 상징이나 반사회적 표식이라는 부정적 인식이 강하였다. 그러나 현대 사회에서 문신은 개성의 표현, 예술적 자기실현, 미적 취향의 구현 및 문화적 정체성의 표현 수단으로 점차 변화하고 있다. 특히 대중문화와 디지털 플랫폼의 확산은 문신에 대한 사회적 접근성과 수용성을 크게 확대시켰다. 이제 문신은 특정 하위문화의 영역을 넘어 일반 대중문화의 일부로 자리 잡고 있다.

그러나 우리 법제는 오랫동안 비의료인의 문신행위를 의료법상 무면허 의료행위로 파악하여 형사처벌의 대상으로 규율해 왔다.³⁾ 대법원은 종래 비의료인의 문신행위가 피부를 침습하는 행위라는 점을 근거로 의료행위에 해당한다고 보았다. 특히 대법원

1) 문신(文身, tattoo)은 국립국어원 표준국어대사전에 따르면 “살갓을 바늘로 찢러 먹물이나 물감으로 글씨, 그림, 무늬 따위를 새김 또는 그렇게 새긴 것”이라고 정의하고 있다 (<https://stdict.korean.go.kr/search/searchView.do>). (최종접속일: 2026.5.23.) 이러한 문신은 타투(tattoo)라는 용어와 혼용하여 사용하고 있다. 이에 대하여 이들 용어를 구분하여 사용하자는 견해가 있으며(송남경·박숙현, 타투(Tattoo)와 문신(文身)의 인지도와 표현특성에 따른 패션이미지 분석, 한국디자인문화학회지 제14권 제2호, 한국디자인문화학회, 2008, 251쪽), 문신과 타투는 같은 의미로 사용하고 있지 않다는 주장도 있다(백경옥·박두현, 현대인의 사회 및 문화적 속성에 따른 타투와 타투의 유용성에 관한 인식, 한국미용학회지 제23권 제1호, 한국미용학회, 2017, 74쪽). 그러나 문신과 타투는 동일한 개념으로 이해해야 하며, 이들 용어가 가지는 이미지는 차이가 있더라도 그 개념은 동일한 것으로 보아 동의어로 보는 것이 타당하다(소병완·박중현, 비의료인 문신행위 규제에 비판적 검토-헌법재판소 2022.3.31. 2017헌마1343 결정례에 대한 검토를 중심으로-, 법학논총 제36권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2023, 11쪽; 오호철·유진우, 타투(문신)의 문화적 의미와 「문신사법」의 주요 내용에 대한 고찰, 법이론실무연구 제14권 제1호, 한국법이론실무학회, 2026, 508쪽).

2) 최근 글로벌 시장조사에 따르면 전 세계 문신 산업 시장은 2025년 기준 약 22억~32억 달러 규모로 평가된다. 2030년대 중반에는 50억 달러 이상으로 성장할 것으로 전망되고 있다. 이는 문신이 범죄집단의 상징이라는 전통적 인식을 넘어 자기표현과 문화예술의 한 형태로 수용되면서 산업화가 급속히 진행되고 있음을 보여준다(Fortune Business Insights, Tattoo Market Size, Share & Industry Analysis, By Type (Temporary and Permanent), By Category (Cosmetic, Medical, and Professional), By Application (Skin, Corneal, Mouth, and Others), By End-user (Women and Men), and Regional Forecast, 2026-2034 <https://www.fortunebusinessinsights.com/tattoo-market-104434?utm>).

3) 문신행위를 의료행위로 보아 형사처벌을 하는 이유는 시술의 사전적 의미를 따르면 주로 의술과 관련되며, 이에 따라 문신이 의료행위성을 내포하기 때문이다(심영주·백경희, 문신 시술 행위에 대한 우리나라 헌법재판소 결정(2017헌마1343)의 의미와 일본 최고재판소 결정 후 동향 및 시사점, 한국의료법학회지 제30권 제1호, 한국의료법학회, 2022, 50쪽).

2004. 4. 27. 선고 2004도673 판결은 비의료인의 서화(書畵)문신행위⁴⁾를 무면허 의료행위로 판단함으로써 문신행위를 사실상 의료인의 독점 영역으로 이해하였다. 그러나 현실적으로 대부분의 문신행위는 의료기관이 아닌 전문 문신업소에서 이루어지고 있다. 그리고 문신시술을 받는 사람 역시 의료적 치료나 질병 예방을 목적으로 하기 보다는 심미적·예술적 목적 또는 자기표현의 수단으로 문신을 선택하는 경우가 일반적이다.⁵⁾ 이처럼 문신행위에 관한 사회적 현실과 기존 판례가 전제하고 있는 의료독점 구조 사이에는 상당한 괴리가 존재하였다.

최근에는 문신 시술기술과 위생관리 수준의 향상으로 인해 감염이나 질병 전염 등의 위험이 과거에 비하여 상당 부분 관리 가능하게 되었다. 즉 일회용 바늘, 멸균기기, 위생장갑 및 소독절차 등이 일반화되면서 문신행위의 보건위생상 위험 역시 변화하고 있다. 이러한 점에도 불구하고 단순히 피부 침습성이 존재한다는 이유만으로 문신행위를 전면적으로 의료행위로 포섭하는 것은 의료행위 개념을 지나치게 확장하는 결과를 초래할 수 있다. 더욱이 이러한 해석은 문신행위를 직업으로 선택하려는 사람의 직업선택의 자유와 표현의 자유, 예술의 자유를 제한할 뿐만 아니라, 문신시술을 받으려는 사람의 자기결정권 및 행복추구권과도 충돌할 가능성이 있다.

문제는 여기서 한 걸음 더 나아간다. 즉 의료행위의 개념은 어디까지 확장될 수 있는가라는 근본적인 해석론적 문제가 제기된다. 의료법은 의료행위의 개념을 명문으로 정의하고 있지 않다. 이에 따라 의료행위의 범위는 판례와 해석론을 통하여 형성되어 왔다. 그러나 형벌법규의 해석은 죄형법정주의의 원칙상 엄격하게 이루어져야 하며, 그 해석은 문언의 가능한 의미를 벗어나서는 안 된다. 따라서 의료행위 개념을 사회적 위험의 존재만을 근거로 무제한적으로 확장하는 것은 형벌법규의 명확성 원칙과 유추해석금지 원칙에 저촉될 위험이 있다. 결국 문신행위를 둘러싼 논의는 단순히 문신 자체의 적법성 문제를 넘어 형벌법규 해석의 한계와 기본권 보장 사이의 긴장관계를 보여주는 중요한 문제라고 할 수 있다.

이러한 상황에서 대법원 2026. 5. 21. 선고 2022도13370 전원합의체 판결은 종래의 입장을 변경하여 비의료인의 통상적인 서화문신행위는 무면허 의료행위에 해당하지 않는다고 판단하였다. 대상판결은 의료행위 개념의 해석에 있어서 사회통념의 변화, 위험의 관리가능성 및 기본권 보장 등을 종합적으로 고려하였다는 점에서 중요한 의미를 가진다. 동시에 이 판결은 형벌법규 해석에서 사회변화와 헌법합치적 해석이 어떠한 방식으로 작동할 수 있는지를 보여주는 대표적인 사례라는 점에서도 주목할 필요가 있다. 즉 대상판결은 문신행위를 일률적으로 의료행위로 포섭하여 비의료인의 문신행위를 전면적으로 금지하는 것은 직업의 자유, 표현의 자유, 예술의 자유 및 행복추구권 등을 과도하게 제한할 수 있다고 보았다. 이는 의료법 해석에 있어서 단

4) 서화(書畵)문신행위는 “예술표현 등을 목적으로 사람의 피부에 원래 생김새와 무관한 글자 또는 그림 등을 새겨 넣는 행위”를 말한다(문신사법 제2조 제1호 가목). 이에 대한 구체적인 행위는 문신사법 대통령령으로 정하도록 규정하고 있다. 문신사법은 ‘문신행위’를 상위개념으로 하여 ‘서화문신행위’와 ‘미용문신행위’로 구분하여 규정하고 있다. 문신사법에 따르면 미용문신행위는 “미용을 목적으로 사람의 피부에 눈썹이나 아이라인 등을 새겨 넣어 원래 생김새를 강조하거나 변형하는 행위”로 정의하고 있다(문신사법 제2조 제1호 나목). 다만 현재 문신사법은 2025. 10. 28. 법률 제21070호로 제정되고 2027. 10. 29.부터 시행될 예정이다. 그리고 현재 문신사법 하위법령은 정비 중에 있다.

5) 도규엽, 문신시술의 비범죄화에 대한 연구, 외법논집 제45권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2021, 268쪽.

순한 보건위생상의 위험뿐만 아니라 관련 기본권 보장의 필요성 역시 중요한 해석 요소로 고려되어야 함을 보여준다. 또한 대상판결은 문신에 대한 사회적 인식과 문화적 수용성이 변화하고 있는 현실을 반영하여 의료행위 개념의 범위를 재조정하였다는 점에서 중요한 판례라고 평가할 수 있다.

이하에서는 대상판결을 중심으로 비의료인의 문신행위와 무면허 의료행위의 관계를 검토하고자 한다. 이를 위하여 먼저 의료행위 개념과 무면허 의료행위 판단기준에 관한 기존 판례의 입장을 분석하고, 대상판결이 기존 판례와 어떠한 점에서 차별화되는지를 검토하고자 한다. 다음으로 대상판결이 제시한 의료행위 판단기준, 특히 위험의 관리가능성, 사회통념의 변화 및 기본권 보장 논리를 중심으로 대상판결의 법리적 구조를 분석한다. 이 과정에서 대상판결이 형벌법규 해석에서 헌법합치적 해석을 어떠한 방식으로 적용하고 있는지, 그리고 사회변화가 의료행위 개념의 가능한 의미에 어떠한 영향을 미치는지를 함께 검토한다. 마지막으로 대상판결의 판례변경이 가지는 타당성과 한계를 비판적으로 검토함으로써 의료행위 개념의 해석과 형벌법규의 엄격해석 원칙 사이의 관계를 해석론적 관점에서 분석하고자 한다.

II. 대상판결의 내용과 쟁점

1. 사건의 개요

대상판결의 피고인은 의료인이 아님에도 불구하고 2019. 5. 27.경 의뢰인의 오른팔 부위에 이른바 ‘레터링(lettering) 문신’을 시술하고 그 대가로 35만 원을 지급받았다. 피고인은 문신할 부위에 에탄올을 이용하여 소독을 실시한 다음 타투용 펜으로 밀그림을 그리고 멸균 처리된 문신용 기계에 일회용 바늘을 장착하여 피부에 염료를 주입하는 방식으로 문신시술을 시행하였다.

검사는 이러한 행위가 의료인이 아닌 자의 의료행위에 해당한다고 보아 의료법(2019. 8. 27. 법률 제16555호로 개정되기 전의 것, 이하 특별히 구분하여 칭하는 경우 외에는 이를 ‘구 의료법’이라 한다) 제27조 제1항 위반으로 기소하였다. 제1심은 종래 대법원 판례의 입장에 따라 피고인의 문신행위가 무면허 의료행위에 해당한다고 판단하여 유죄를 선고하였고, 원심 역시 이를 유지하였다.⁶⁾ 원심은 문신행위가 피부를 침습하는 행위이고 감염이나 질병 전염 등의 위험성을 수반한다는 점에서 의료인이 수행하여야 할 의료행위에 해당한다고 판단하였다.

그러나 대상판결은 원심판결을 파기하고 사건을 환송하였다. 대상판결은 통상적인 서화문신행위는 구 의료법 제27조 제1항이 금지하는 무면허 의료행위에 해당하지 않는다고 판단하였다. 특히 대상판결은 문신행위의 목적과 사회적 의미, 위험의 관리가능성 및 사회 일반의 인식 변화 등을 종합적으로 고려할 때 비의료인의 통상적인 서화문신행위를 일률적으로 의료행위로 평가하기 어렵다고 보았다. 대상판결은 단순히 문신행위의 적법 여부를 판단한 사례에 그치는 것이 아니라, 의료행위 개념의 범위와 형벌법규 해석의 한계, 사회통념의 변화 및 기본권 보장 문제를 종합적으로 다

6) 수원지방법원 2022. 9. 28. 선고 2021노5676 판결.

루었다는 점에서 중요한 의미를 가진다.

2. 종래 대법원과 헌법재판소의 입장

가. 대법원의 입장

(1) 대법원 1992. 5. 22. 선고 91도3219 판결

대법원은 종래 비의료인의 문신행위에 대하여 일관되게 무면허 의료행위에 해당한다는 입장을 취하여 왔다. 대표적으로 대법원 1992. 5. 22. 선고 91도3219 판결은 비의료인이 행한 눈썹문신 및 속눈썹 문신행위에 대하여 의료행위에 해당한다고 판단하였다. 이 판결은 문신행위가 피부를 바늘로 찔러 색소를 주입하는 방식으로 이루어진다는 점에 주목하였다. 특히 피부의 침습을 수반하는 행위는 감염이나 염증 등의 위험성을 가지고 있으며, 이러한 위험은 의학적 전문지식에 의하여 관리되어야 한다는 점에서 의료행위에 해당한다고 보았다. 결국 이 판결은 문신행위의 목적이거나 사회적 의미보다는 피부침습성과 보건위생상 위험성을 중심으로 의료행위성을 판단하였다.

이러한 판례의 태도는 당시 사회에서 문신행위가 일반적인 문화현상으로 수용되지 않았던 사회적 분위기에도 일정 부분 관련되어 있었다고 볼 수 있다. 즉 문신은 사회적으로 반사회적 행위 또는 비정상적 문화로 인식되는 경향이 강하였다. 이에 따라 문신행위 자체에 대한 규제 필요성이 강조되었다.

(2) 대법원 2004. 4. 27. 선고 2004도673 판결

이후 대법원은 2004도673 판결에서 비의료인의 서화문신행위에 대해서도 무면허 의료행위에 해당한다고 판단하였다. 이 판결은 문신행위가 비록 질병의 치료나 예방을 직접적인 목적으로 하지 않는다고 하더라도 사람의 피부에 침습을 가하여 염료를 주입하는 과정에서 보건위생상 위해가 발생할 가능성이 있다는 점에서 의료행위에 해당한다고 보았다. 특히 이 판결은 문신행위의 목적이 예술적 표현이나 장식적 목적이라고 하더라도 피부 침습성 자체가 존재하는 이상 의료행위성을 부정할 수 없다는 태도를 취하였다. 결과적으로 이 판결은 의료행위 개념을 상당히 넓게 이해하였으며, 문신행위를 사실상 의료인의 독점 영역으로 포섭하였다.

그러나 이러한 종래 판례의 입장에 대하여는 의료행위 개념을 지나치게 확장하고 있다는 비판이 제기될 수 있다. 즉 단순히 위험 가능성이 존재한다는 이유만으로 특정 행위를 모두 의료행위로 포섭하는 것은 의료행위 개념의 외연을 과도하게 확대하는 결과를 초래할 수 있다. 이에 따라 형벌법규의 엄격해석 원칙에도 반할 수 있다. 또한 실제로 대부분의 문신행위가 의료기관이 아닌 전문 문신업소에서 이루어지고 있다는 사회적 현실과도 괴리가 있다.

나. 헌법재판소의 입장

문신행위에 관한 헌법재판소의 결정은 크게 세 단계로 구분하여 이해할 수 있다. 첫 번째 단계는 문신시술의 의료행위성을 전제로 의료법상 규제체계의 합헌성을 확인한 시기이다. 두 번째 단계는 문신시술자의 직업선택의 자유와 별도 자격제도 도입의 필요성이 본격적으로 제기된 시기이다. 세 번째 단계는 문신사 제도화 논쟁이 헌법적 쟁점으로 발전한 시기라고 평가할 수 있다.

먼저 첫 번째 단계인 ‘의료행위성 인정기’는 헌법재판소 2007. 4. 26. 선고 2003헌바71 결정과 2007. 11. 29. 선고 2006헌마876 결정을 중심으로 형성되었다. 헌법재판소는 2003헌바71 결정에서 의료법상 ‘의료행위’ 개념이 죄형법정주의상 명확성원칙에 위배되지 않는다고 판단하였다. 또한 문신행위가 의료행위에 해당하는지 여부는 개별 사건에서 법원이 판단할 문제이며, 헌법재판소가 직접 판단할 사항은 아니라는 입장을 취하였다. 이어 헌법재판소는 2006헌마876 결정에서 비의료인도 문신시술업을 영위할 수 있도록 하는 별도의 자격제도를 마련하지 않은 입법부작위가 문제되었다. 그러나 헌법재판소는 헌법상 입법자에게 문신사 자격제도를 반드시 도입하여야 할 구체적 입법의무가 존재한다고 볼 수 없다고 판단하여 청구를 각하하였다. 이 시기 헌법재판소는 문신행위의 위험성을 전제로 기존 의료법 체계의 정당성을 인정하는 태도를 유지하였다.

다음으로 두 번째 단계인 ‘직업의 자유 논의 확대기’는 헌법재판소 2014. 8. 28. 선고 2013헌마514 결정을 중심으로 이해할 수 있다. 이 시기에는 문신행위가 단순히 의료행위인지 여부를 넘어 직업선택의 자유, 예술의 자유 및 자기표현의 자유와 관련된 헌법적 문제가 본격적으로 제기되기 시작하였다. 비록 헌법재판소는 기존 입장을 변경하지 않았지만, 문신시술이 사회적으로 확산되고 예술적·미용적 성격이 강조되면서 문신행위에 대한 규율방식 자체를 재검토하여야 한다는 문제의식이 점차 형성되기 시작하였다.

마지막으로 세 번째 단계인 ‘문신사 제도화 논쟁기’는 헌법재판소 2022. 3. 31. 선고 2017헌마1343 등(병합) 전원재판부 결정을 기점으로 본격화되었다. 해당 사건에서 청구인들은 의료법 제27조 제1항과 보건범죄단속법 제5조 제1호가 직업선택의 자유를 침해하며, 비의료인도 문신시술을 할 수 있도록 별도의 자격제도를 마련하지 않은 입법부작위가 위헌이라고 주장하였다. 그러나 헌법재판소는 의료인이 아닌 사람도 문신시술을 업으로 행할 수 있도록 하는 자격제도를 마련할 헌법상 입법의무는 인정되지 않는다고 보아 입법부작위 부분을 각하하였고, 의료인이 아닌 자의 문신시술을 금지·처벌하는 현행 법체계 역시 합헌이라고 판단하였다. 다만 이 결정은 재판관 5인 대 4인의 의견으로 이루어졌으며, 반대의견은 문신시술의 예술적·미용적 성격과 해외 입법례의 변화, 직업의 자유 보장의 필요성을 강조하면서 별도의 자격제도 도입 가능성을 적극적으로 제시하였다.

이후 헌법재판소는 헌법재판소 2022. 7. 21. 선고 2022헌바3 결정, 헌법재판소 2022. 7. 1. 선고 2018헌바358 결정, 헌법재판소 2022. 9. 29. 선고 2022헌마361 결정 등을 통하여 2017헌마1343 결정에서 제시한 법리를 재확인하였다. 이에 따라 헌법재판소는 일관되게 비의료인의 문신시술 금지 및 처벌 규정이 헌법에 위반되지 않는다는 입장을 유지하였다고 평가할 수 있다. 그러나 2022년 전원재판부 결정에서 나타

난 강력한 반대의견과 사회적 인식 변화는 이후 문신사범 제정 논의와 대법원 전원합의체의 의료행위 개념 재검토에 중요한 영향을 미쳤다고 볼 수 있다. 특히 대법원은 2026. 5. 21. 선고 2022도13370 전원합의체 판결에서 사회통념상 서화문신기술은 의료법상 의료행위에 해당하지 않는다고 판시함으로써 기존의 규율체계에 중대한 변화를 가져오게 되었다.

3. 대상판결의 주요 판단

가. 의료행위 개념의 개방성과 사회통념의 변화

대상판결은 먼저 의료행위 개념이 고정불변의 실체적 개념이 아니라 사회변화와 의료환경 변화에 따라 재구성될 수 있는 개방적 개념이라는 점을 강조하였다. 대법원은 의료법이 의료행위 개념을 구체적으로 정의하지 않은 것은 의료기술의 발전과 사회적 변화에 따라 새로운 유형의 행위가 등장할 가능성을 고려하여 유연한 해석에 맡기기 위한 것이라고 보았다. 즉 대상판결은 의료행위 개념 자체를 사회적·규범적 판단의 대상으로 이해하였으며, 단순히 피부 침습성이 존재한다는 이유만으로 의료행위성을 당연히 인정할 수 없다고 판단하였다.

나. 사회통념의 변화와 위험의 관리 가능성

대상판결은 문신에 대한 사회적 인식 변화 역시 중요한 판단 요소로 고려하였다. 대상판결은 현재 사회에서 문신이 단순한 반사회적 표식이 아니라 개성의 표현, 예술적 자기실현 및 문화적 상징으로 자리 잡고 있다고 보았다. 또한 문신기술을 받는 사람들 대부분은 질병의 치료 목적이 아니라 자기표현과 심미적 만족을 목적으로 문신을 선택하고 있다. 그리고 실제 문신행위 역시 대부분 의료기관이 아닌 전문업소에서 이루어지고 있다는 점을 강조하였다. 이처럼 대상판결은 사회통념의 변화를 의료행위 개념 해석의 중요한 요소로 반영하였다는 점에서 종래 판례와 차별화된다.

대상판결은 문신행위가 일정한 보건위생상 위험을 수반한다는 점 자체는 인정하였다. 그러나 대상판결은 오늘날 문신기술과 위생관리 체계의 발전으로 인해 감염이나 질병 전염 등의 위험이 상당 부분 관리 가능하게 되었다고 보았다. 특히 일회용 바늘, 멸균기기 및 소독절차의 일반화는 문신행위의 위험성을 과거보다 현저히 감소시켰다. 이러한 위험이 반드시 의사의 전문적 의료행위에 의해서만 관리될 수 있는 것은 아니라고 판단하였다. 이는 종래 판례가 ‘위험의 존재’ 자체를 의료행위성 판단의 핵심 근거로 삼았던 것과 달리 대상판결은 ‘위험의 관리 가능성’을 중심으로 의료행위성을 재평가하였다는 점에서 중요한 의미가 있다.

다. 기본권 보장과 헌법합치적 해석

대상판결은 문신행위를 둘러싼 기본권 문제 역시 적극적으로 고려하였다. 대법원은 비의료인의 문신행위를 전면적으로 금지하는 것은 문신기술자의 직업의 자유와 표현의 자유, 예술의 자유를 제한할 수 있다고 보았다. 또한 문신기술을 받으려는 사

람 역시 자신의 신체를 통하여 개성을 표현하고자 하는 자기결정권 및 행복추구권을 가진다는 점을 강조하였다. 특히 서화문신행위는 개인의 기억, 가치관, 종교적 신념 및 삶의 경험 등을 신체에 표현하는 행위라는 점에서 단순한 장식행위를 넘어 표현행위의 성격을 가진다고 보았다.

대상판결은 형벌법규 해석에서 헌법합치적 해석의 필요성을 명시적으로 언급하였다. 대상판결은 의료법상 무면허 의료행위 개념을 지나치게 확장하여 해석하는 것은 죄형법정주의의 명확성 원칙 및 유추해석금지 원칙에 반할 위험이 있다고 보았다. 따라서 의료행위 개념은 사회통념상 의료인만 수행하여야 하는 행위로 한정하여 해석하여야 하며, 이를 통하여 기본권 제한을 최소화할 필요가 있다고 판단하였다.

4. 대상판결의 핵심 쟁점

대상판결의 핵심 쟁점은 다음과 같이 정리할 수 있다. 첫째, 문신행위는 본질적으로 의료행위에 해당하는가라는 점이다. 이는 의료행위 개념의 범위를 어디까지 인정할 것인가의 문제와 직결된다. 둘째, 단순히 보건위생상 위험성이 존재한다는 이유만으로 의료행위성을 인정할 수 있는가라는 문제이다. 대상판결은 위험의 존재 자체보다는 그 위험이 사회적으로 관리 가능한지 여부를 중시하였다는 점에서 기존 판례와 구별된다. 셋째, 사회통념의 변화가 형벌법규 해석에 어느 정도 영향을 미칠 수 있는가라는 문제이다. 대상판결은 문신에 대한 사회적 수용성과 문화적 변화 등을 적극적으로 고려하였다는 점에서 형벌법규 해석과 사회변화의 관계를 보여주는 중요한 사례라고 할 수 있다. 넷째, 기본권 보장이 의료법 해석에 어떠한 방식으로 작용하는가라는 문제이다. 대상판결은 직업의 자유, 표현의 자유 및 행복추구권 등을 고려하여 의료행위 개념을 제한적으로 해석하였다는 점에서 헌법합치적 형벌법규 해석의 대표적인 사례로 평가할 수 있다.

Ⅲ. 대상판결에 대한 검토

1. 의료행위 개념의 재구성과 한계

법률상 개념 정의 규정은 해당 법률의 목적을 실현하는 데 중요한 기능을 수행하며, 법률체계 전반에 대한 통일적 해석의 기준을 제시한다.⁷⁾ 이러한 개념 정의는 범위행위의 유형과 범위를 명확하게 함으로써 형사법의 기본원칙인 죄형법정주의에 부합하는 역할을 한다. 현행 법률은 의료행위와 관련하여 ‘의료행위’라는 용어를 사용하고 있으나, 그 개념 자체를 명시적으로 정의하고 있지는 않다. 이에 따라 의료행위의 의미와 범위는 지금까지 학설과 판례의 해석을 통하여 형성·구체화되어 왔다. 의료행위를 고정불변의 개념으로 이해하는 것에 대해서는 부정적인 견해가 일반적이며, 의료행위 개념은 유동성과 다의성을 지닐 뿐만 아니라 개방적인 성격을 가진다고 보는 것이 일반적이다. 이러한 견해는 대상판결에서도 그대로 유지된다.⁸⁾ 즉 대상

7) 류지태, 의료행위의 개념, 고려법학 제39권, 고려대학교 법학연구원, 2002, 65쪽.

판결은 의료행위 개념을 개방 개념으로 이해하고 있다. 이에 따르면 의료행위는 고정된 실체 개념이 아니라 사회적·규범적 요소에 따라 변화 가능하다는 것이다. 결국 의료행위의 개념은 개방적 구성요건요소의 성격을 가지므로 해석을 통하여 구체화될 수밖에 없다. 결국 개별 사안에서 특정 행위가 의료행위에 해당하는지 여부 역시 해석상 논쟁의 대상이 될 수 있다.⁹⁾

대상판결은 의료행위 해당 여부 판단을 단순히 피부 침습성이나 감염 가능성과 같은 물리적 요소만을 기준으로 하지 않는다. 대상판결은 행위의 목적과 사회적 의미, 위험의 관리 가능성, 의료환경의 변화 및 사회 일반의 인식 등을 종합적으로 고려하여 의료행위 해당 여부를 판단한다고 보고 있다.¹⁰⁾ 이는 의료행위 개념을 기능적·상대적 개념으로 재구성하였다는 점에서 중요한 의미가 있다. 대법원 역시 종래부터 의료행위 개념을 개방적으로 이해해 왔다.¹¹⁾ 그러나 의료행위 개념이 개방적이라는 사실이 곧 무제한적인 확장을 정당화하는 것은 아니다. 특히 의료행위 여부는 형사처벌의 범위를 결정하는 기준으로 기능한다는 점에서 죄형법정주의와 명확성 원칙의 통제를 받는다.

문신행위와 관련하여 종래 판례는 피부를 침습하고 감염 가능성을 가진다는 점을 근거로 의료행위성을 인정하였다. 문신행위를 의료행위로 평가하여 이를 의사면허소지자에게만 허용하는 입법례는 현재 우리나라에서만 찾아볼 수 있다.¹²⁾ 그러나 이

8) 또한 같은 날 선고된 이른바 ‘미용문신행위’에 대한 무면허의료행위 판단에서도 의료행위 개념의 개방성을 인정하고 있다(대법원 2026. 5. 21. 선고 2021도15611 전원합의체 판결).

9) 황만성, 치과의사의 면허범위와 치과의료행위에 관한 연구-대법원 2016.7.21. 선고 2013도 850 전원합의체 판결을 중심으로-, 법학논총 제29권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2017, 567쪽.

10) 같은 날 선고된 이른바 ‘미용문신행위’가 무면허 의료행위에 해당하는지 여부 판단기준을 다섯 가지의 구체적 사유를 제시하고 있다. 구체적으로 보면 첫째, 행위의 목적과 수단, 경위와 태양, 둘째, 행위에 필요한 의학적 전문지식의 내용과 정도, 보건위생상 위해 발생 우려의 내용과 정도 및 관리가능성, 셋째, 의료기술의 발전 양상과 의료환경의 변화, 보건위생에 관한 사회일반의 지식 수준과 정도, 넷째, 의료서비스 수요자의 인식과 요구 및 그 행위에 대한 사회적 평가, 다섯째, 헌법합치적 법률해석의 필요성 등이다(대법원 2026. 5. 21. 선고 2021도15611 전원합의체 판결).

11) 대법원은 초기에는 의료행위의 개념을 ‘질병의 예방 및 치료행위’에 한정하여 이해하였으나, 이후에는 ‘신체침습의 위험성을 수반하는 행위’로 그 범위를 확장하였고, 최근에는 나아가 ‘보건위생상 위해가 발생할 우려가 있는 행위’까지 포함하는 개념으로 해석하고 있다(백경희, 치과의료행위의 내용과 범위에 관한 소고, 법학연구 제27권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2016, 298-299쪽). 대법원의 의료행위 개념 변천 과정에서 의료행위의 본질적 요소를 ‘질병의 예방 및 치료행위’로 파악한 판결(대법원 1972. 3. 28. 선고 72도342 판결)을 제외하면, 이후의 판례들은 모두 ‘의료인이 아니면 보건위생상 위해를 발생시킬 우려가 있는 행위’를 의료행위 개념에 포함시키고 있다(황만성, 앞의 논문, 572쪽).

12) 헌법재판소 2022. 3. 31. 선고 2017헌마1343, 2019헌마993, 2020헌마989, 1486, 2021헌마 1213, 1385(병합) 전원재판부 결정; 권경선, 문신행위는 의료법상 의료행위에 해당하는가, 법학논총 제36권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2023, 445쪽. 대만은 위생복지부(衛生福利部)에서 ‘자칭, 문신, 눈썹문신 등에 관한 소비행위의 주의사항(刺青紋身紋眉等消費行為之注意事項)’을 통해서 문신행위를 비의료행위라고 하고 있다. 그리고 일본은 2020년 9월 16일 문신사의 문신행위에 대한 의사법 위반 사건을 통해서 최고재판소의 결정이 문신행위를 의료행위에서 배제하였다(平成30年(あ)第1790号 医師法違反被告事件[令和2年9月16日 第二小法廷決定]). 일본 최고재판소 결정에 대한 자세한 내용은 박용숙, 문신기술 규제와 관련하여 ‘의료행위성’에 대한 법적 고찰-일본 최고재판소 2020년 9월 16일 결정을 중심으로-, 공법학연구 제22권 제4호, 한국비교공법학회, 2021, 87-114쪽; 심영주·백경희, 앞의 논문, 47-67쪽 참조. 그리고 미국에서는 문신행위에 대한 규제가 연방 차원이 아니라 각 주(State)의 입법권에 따라 이루어지고 있다. 이에 따라 대부분의 주에서는 문신(tattooing)

러한 접근은 결과적으로 ‘위험이 존재한다’는 이유만으로 특정 행위를 의료행위로 포섭하는 구조로 이어질 위험이 있었다. 만약 단순한 위험 가능성만으로 의료행위성을 인정한다면 피부관리, 미용시술, 체형관리, 반영구화장(semi-permanent make up)¹³⁾ 등 다양한 비의료 영역 역시 모두 의료행위로 포섭될 가능성이 생긴다. 결국 이는 의료행위 개념의 외연을 과도하게 확장시켜 의료인의 독점 영역을 지나치게 확대하는 결과를 초래할 것이다. 대상판결은 바로 이러한 문제를 의식하여 단순한 침습성이나 위험의 존재만으로 의료행위성을 인정하는 기존 태도에서 벗어나고자 하였다. 즉 대상판결은 문신행위가 일정한 보건위생상 위험을 수반한다는 점 자체는 인정한다. 그러한 위험이 반드시 의학적 전문성에 의해서만 관리 가능한 것은 아니라고 보았다. 이는 의료행위 개념을 ‘위험의 존재 여부’가 아니라 ‘의료전문성에 의한 독점적 관리 필요성’을 중심으로 재구성한 것이라 할 수 있다.

그러나 대상판결의 이러한 접근은 일정한 한계를 가진다. 대상판결과 같이 의료행위 개념을 지나치게 사회통념과 위험의 관리 가능성에 의존하여 판단하는 경우 의료행위 개념 자체가 불안정해질 가능성이 있다. 특히 사회통념은 시대와 문화에 따라 계속 변화할 수 있는 상대적 기준이다. 이에 따라 이를 의료행위 판단의 핵심 기준으로 하는 경우 형벌법규의 예측 가능성이 약화될 위험이 있다. 결국 대상판결은 의료행위 개념의 과도한 확장을 억제하였다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있지만, 동시에 의료행위 개념의 규범적 안정성을 약화시킬 가능성 역시 내포하고 있다.

2. 무면허 의료행위 판단기준의 변화

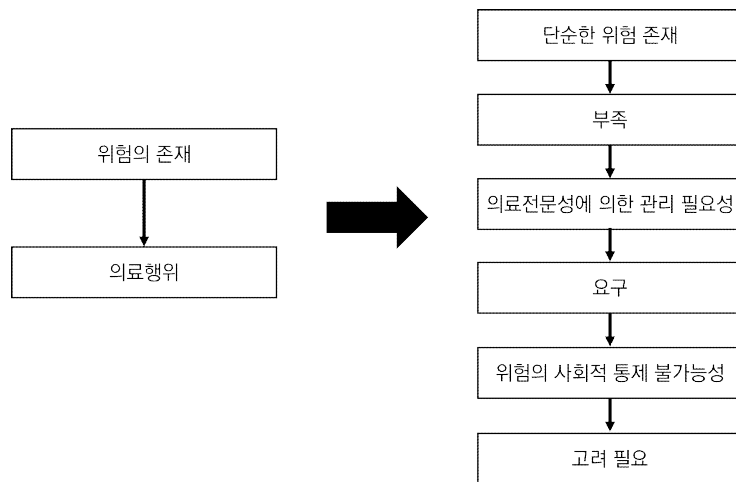
대상판결이 가지고 있는 또 다른 중요한 변화는 무면허 의료행위 판단기준을 변화시켰다는 것이다. 종래 판례는 기본적으로 “위험의 존재 → 의료행위”라는 구조를 전제로 하고 있었다. 즉 사람의 생명·신체 또는 공중위생에 위험이 발생할 가능성이 존재한다면 이를 의료행위로 파악하는 경향이 강하였다. 이러한 구조에서는 위험성 자체가 의료행위성을 결정하는 핵심 기준으로 기능한다.

및 반영구화장(permanent cosmetics) 시술을 대상으로 별도의 면허제도와 등록제도를 운영하고 있으며, 시술자의 자격요건과 영업장 운영허가 등에 관한 사항을 법률로 규율하고 있다(김성은·백경희, 문신행위에 관한 규제 방향에 대한 고찰, 과학기술과법 제12권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2021, 14쪽) 미국의 문신 규제에 관한 자세한 내용은 문신영, 문신 등 신체예술 관련 미국의 법제도 현황과 시사점, 외국입법·정책 분석 제09호, 국회입법조사처, 2021.10.06., 1-7쪽; 소병완·박종현, 앞의 논문, 20-22쪽; 이노홍, 미국의 문신규제에 관한 헌법적 논의, 미국헌법연구 제22권 제1호, 미국헌법학회, 2011, 183-223쪽; 이철호, 타투(tattoo)에 관한 헌법적 검토, 법학연구 제22권 제3호, 한국법학회, 2022, 198-199쪽; 윤영석, 비의료인의 문신시술 합법화 제안, 성균관법학 제33권 제1호, 성균관대학교 법학연구원, 2021, 206-207쪽 참조.

- 13) 반영구화장(semi-permanent make up)은 전통적인 문신과 같이 색소를 진피층까지 침투시키는 방식이 아니라, 피부의 표피층에 한정하여 색소를 주입하는 시술을 의미한다(오호철·유진우, 앞의 논문, 508쪽). 이러한 반영구화장에 대해서 문신과 구분하자는 견해가 있다. 즉 반영구화장은 주로 미용 목적의 국소적인 부위에 시술되며, 색소가 영구적으로 유지되지 않고 일반적으로 1년에서 3년 정도 경과하면 점차 떨어져 소멸한다는 점에서 영구적인 문신과 구별된다(고혜정·김용진, 한국 세미퍼머넌트 메이크업 행위에 대한 제도 개선 방안에 관한 연구, 아시아뷰티화장품학술지 제1권 제3호, 한국피부과학연구원, 2003, 13쪽 이하). 그러나 반영구화장은 바늘을 이용하여 피부에 시술하기 때문에 침습성이 있다고 보아야 한다(심영주·이상환, 문신시술의 비범죄화에 대한 비판적 검토와 대안, 의료법학 제23권 제1호, 대한의료법학회, 2022, 152쪽).

그러나 대상판결은 이러한 구조를 수정하여 “위험의 존재”만으로는 의료행위성을 인정하기 어렵다고 보았다. 대상판결은 의료행위 여부 판단에 있어서 단순한 위험 가능성뿐만 아니라, 해당 위험을 관리하기 위하여 반드시 의학적 전문성이 필요한지 여부와 위험이 사회적으로 통제 가능한지 여부까지 함께 고려하여야 한다고 판단하였다. 즉 대상판결의 판단구조는 “단순한 위험 존재 → 부족”, “의료전문성¹⁴⁾에 의한 관리 필요성 → 요구”, “위험의 사회적 통제 불가능성 → 고려 필요”로 정리할 수 있다. 결국 대상판결은 의료행위 판단기준을 “위험의 존재” 중심에서 “위험의 통제 필요성” 중심으로 이동시켰다고 볼 수 있다. 이러한 변화는 매우 중요한 의미를 가진다. 현대 사회에서는 일정한 위험성을 수반하는 행위가 반드시 의료행위로 독점되는 것은 아니기 때문이다. 예를 들어 피부미용, 스포츠 트레이닝, 미용성형 보조행위 및 다양한 헬스케어 산업 영역에서도 신체적 위험은 존재한다. 그러나 이러한 모든 행위를 의료행위로 포섭하는 것은 현실적으로 타당하지 않다. 결국 중요한 것은 위험의 존재 자체가 아니라, 그 위험이 반드시 의료전문성에 의해서만 관리될 필요가 있는가라는 점이다. 이는 의료법에서 천명하고 있는 의사의 책무에 속하지 않는 의료행위임에도 불구하고, 의료행위로 포섭하여 금지하는 결과를 초래할 수 있다. 이것은 의료법 해석에 있어서 합리적이지도 상식적이지 않은 것이며, 나아가 의료법 해석의 범위를 넘어서는 것이다. 이러한 대법원의 의료행위 개념 변화를 정리하면 다음과 같다.

[그림 1] 대법원의 의료행위 개념의 변화



대상판결은 문신행위의 위험이 기술발전과 위생관리체계의 향상으로 상당 부분 관리 가능하게 되었다는 점을 강조하고 있다. 이는 의료행위 개념이 고정된 것이 아니라 위험관리기술의 발전에 따라 재조정될 수 있음을 보여준다. 구체적으로 보면 대상판결은 문신행위에 위험이 존재하지 않는다고 본 것이 아니라, 해당 위험이 일정

14) 의료전문성은 단순히 의사면허 보유 여부라는 형식적 지위가 아니라 의학적 판단 필요성을 기준으로 삼는 것을 의미한다. 즉 의료전문성은 질병의 예방·진단·치료를 목적으로 하거나, 인체에 대한 침습적 행위 과정에서 발생할 수 있는 위험을 통제하기 위하여 의학적 지식과 임상적 판단이 요구되는 전문성을 말한다.

한 위생관리와 안전조치를 통하여 통제 가능하며 반드시 의료인의 독점적 관리가 요구되는 수준의 위험은 아니라고 판단하였다. 따라서 대상판결의 핵심은 위험의 부정이 아니라 위험관리 방식의 변화에 있다고 볼 수 있다.

다만 이러한 접근에 대하여 비판 역시 가능하다. 위험의 관리 가능성을 어느 정도 수준에서 인정할 것인지에 관한 객관적 기준이 불명확하기 때문이다. 만약 위험의 관리 가능성이 폭넓게 인정된다면 의료행위 개념이 지나치게 축소될 우려도 존재한다. 예를 들어 의료행위와 관련하여 대법원의 일관된 견해인 ‘보건위생상 위해’ 여부를 판단하는 기준을 어떻게 해석하는가에 따라 그 결과가 달라질 수 있다. 즉 위험성 판단의 기준이 되는 방법과 작용이 동일하더라도 그 행위의 ‘목적’, ‘행위자와 상대방 사이의 관계’ 그리고 ‘해당 행위로 인해 형성되는 구체적 상황’에 따라 보건위생상 위해 발생의 우려 여부는 달라질 수 있다.¹⁵⁾ 또한 현재의 시점에서 예상하지 못하는 새로운 유형의 위험성이 등장하는 경우 이를 어떻게 처리할 것인지도 문제가 될 수 있다. 다시 말해 새로운 유형의 위험성을 의료행위에 포섭할 것인지, 그러하지 않을 것인지에 대한 명확한 기준을 제시할 수 있는지의 문제이다.

따라서 향후에는 위험의 통제 가능성과 의료전문성의 필요성을 보다 구체적으로 구조화할 필요가 있다. 의료행위 여부는 단순한 위해 발생 가능성만으로 결정되는 것이 아니라, 해당 행위가 의학적 진단이나 치료적 판단을 필요로 하는지 그리고 발생 가능한 위험이 의료적 전문성에 의하여서만 통제될 수 있는지 여부를 기준으로 판단하여야 한다. 이러한 기준에 따르면 문신행위는 감염이나 염증 등의 위험성을 수반하나, 원칙적으로 질병의 진단·치료를 목적으로 하지 않으며 시술 과정에서도 의학적 판단보다는 기술적 숙련성과 위생관리가 핵심이 된다. 따라서 문신행위에 요구되는 전문성은 의료전문성이라기보다는 위생관리와 시술기술에 관한 전문성에 가깝다고 평가할 수 있다. 결국 대상판결은 의료행위 개념의 판단기준을 위험의 존재 여부에서 의료전문성에 의한 독점적 관리 필요성 여부로 전환하였다는 점에서 중요한 의미를 가진다.

다만 이러한 구조화 작업은 제정 문신사법¹⁶⁾을 통해서 어느 정도 해소될 것이며, 이를 통해서 통제될 것으로 판단된다. 즉 문신사법 제4장은 “문신사의 의무 등”을 규정하고 있다. 특히 문신사법 제16조에서 제18조는 위생 및 안전관리 교육, 건강진단 그리고 위생 및 안전관리 의무 등을 규정하고 있다. 이는 문신행위에 위험성이 존재함을 전제로 하면서도 그 위험이 자격과 안전관리체계를 통하여 통제 가능하다는 입법적 판단을 반영한 것이다. 물론 이들 규정이 제대로 작동하기 위해서는 하위법령에 이와 관련한 규정을 위임하도록 하고 있으므로 현재 상황에서는 하위법령 입법을 확인한 후 재평가를 할 필요가 있다.

3. 사회통념과 형벌법규 해석

대상판결은 사회통념의 변화를 적극적으로 고려하여 의료행위 개념을 재구성하였다. 여기서 사회통념은 일반 사회에 광범위하게 형성되어 있는 공통된 인식이나 사

15) 박정일, 문신기술에 대한 사회통념의 변화와 이후의 과제, 법이론실무연구 제10권 제3호, 한국법이론실무학회, 2022, 20쪽.

16) 제정 문신사법의 주요 내용에 관한 자세한 내용은 오호철·유진우, 앞의 논문, 514-522쪽.

고방식을 의미하며, 동시대를 살아가는 일반인들이 합리적으로 수용할 수 있는 가치관 또는 관념으로 이해된다. 이러한 사회통념은 법률의 해석뿐만 아니라 재판이나 분쟁조정 과정에서 판단기준으로 활용된다.¹⁷⁾ 사회통념의 변화는 사회구성원의 의식 변화와 연결된다. 이러한 변화는 법해석과 적용에 영향을 미친다.¹⁸⁾ 결국 사회통념은 고정불변의 개념이 아니라 가변적 개념으로 이해된다.

대상판결은 문신이 더 이상 일부 일탈집단의 상징이 아니라 일반 대중문화의 일부로 자리 잡고 있으며, 현대 사회에서 문신은 개성의 표현, 예술적 자기 실현 및 문화적 상징으로 이해되고 있다고 보았다.¹⁹⁾ 문제는 이러한 사회통념의 변화가 형벌법규 해석에 어느 정도 영향을 미칠 수 있는가이다. 형벌법규는 죄형법정주의 원칙상 엄격하게 해석되어야 하며, 법관은 새로운 처벌 영역을 창출하여서는 안 된다. 그러나 다른 한편으로 법률의 의미는 사회현실과 완전히 달라진 고정불변의 개념으로 존재하는 것도 아니다. 특히 개방 개념이나 불확정 개념의 경우에는 사회적 변화와 규범적 인식 변화가 해석에 일정한 영향을 미칠 수밖에 없다.

대상판결은 바로 이러한 점에서 의료행위 개념의 가능한 의미를 사회통념 변화에 따라 제한적으로 재구성하였다. 즉 과거에는 문신행위가 반사회적 행위 또는 비정상적 문화로 인식되었기 때문에 의료적 규제의 필요성이 강하게 인정되었다. 그러나 현대 사회에서 문신행위가 일반적으로 문화적 표현수단으로 수용되고 있다는 현실을 반영하여 의료행위 개념의 범위를 축소하여 이해한 것이다. 이러한 점에서 의료행위의 개념은 고정된 실체가 아니라 사회적·규범적 맥락 속에서 구체화되는 개념이다. 결국 대상판결은 사회통념 변화에 따라 의료행위 개념의 가능한 의미 범위를 재조정한 것이다. 다만 여기서 주의할 필요가 있다. 사회통념은 본질적으로 유동적이고 상대적인 개념이다. 따라서 이를 형벌법규 해석의 핵심 기준으로 지나치게 강조하는 경우 죄형법정주의의 안정성을 약화시킬 위험이 있다. 특히 사회통념을 근거로 형벌법규의 의미를 과도하게 확장하거나 축소하게 되면 해석과 범형성의 경계가 불분명해질 가능성이 있다. 그러므로 사회통념은 어디까지나 문언의 가능한 의미 범위 내에서 보충적 해석 요소로 기능하여야 할 것이다.

4. 헌법합치적 해석과 기본권 보장

대상판결은 의료법 해석에 있어서 기본권 보장을 적극적으로 고려하였다는 점에서 중요한 의미가 있는 판단이다. 대상판결은 비의료인의 문신행위를 전면적으로 금지하는 것은 문신시술자의 직업의 자유와 표현의 자유, 예술의 자유를 제한할 뿐만 아

17) 박정일, 앞의 논문, 21쪽.

18) 법해석과 적용의 변화에 있어서 대표적인 예는 헌법재판소의 형법상 ‘낙태죄’ 헌법소원 사건을 들 수 있다. 이와 관련하여 2012년 결정(헌법재판소 2012. 8.23. 자 2010헌바402 결정)은 합헌 결정을 하였지만, 2019년 결정(헌법재판소 2019. 4. 11. 자 2017헌바127 결정)은 헌법불합치 결정을 하면서 입장을 변경하였다. 이러한 입장 변경은 태아의 생명권 우선에서 임부의 자기결정권도 이에 못지 않다는 것을 천명한 것이며, 이는 사회 일반의 사고방식, 즉 사회통념이 반영된 결과이기도 하다(박정일, 앞의 논문, 22쪽).

19) 2022년 헌법재판소 전원재판부 결정(2017헌마1343 결정)에서도 다수의견은 합헌을 유지하였으나, 재판관 4인의 반대이견은 문신행위의 예술적·미용적 성격과 해외 입법례를 근거로 별도의 자격제도 도입 필요성을 적극적으로 제기하였다. 이는 헌법재판소 내부에서도 문신행위에 대한 인식이 변화하고 있음을 보여주는 징표로 평가할 수 있다.

나라 문신시술을 받으려는 사람의 행복추구권과 자기결정권 역시 제한할 수 있다고 보고 있다. 특히 대상판결은 서화문신행위가 단순한 장식행위를 넘어 개인의 가치관, 기억, 종교적 신념 및 정체성을 표현하는 행위라는 점을 강조하였다. 이는 문신행위를 단순한 신체침습행위가 아니라 표현행위의 일종으로 이해하였다는 것을 명확히 한 것으로 보인다. 또한 대상판결은 형벌법규 해석에서 헌법합치적 해석의 필요성을 명시적으로 언급하였다. 즉 의료행위 개념을 지나치게 확장하여 해석할 경우 죄형법정주의의 명확성 원칙에 반할 위험이 있다. 따라서 의료행위 개념은 기본권 제한을 최소화하는 방향으로 해석되어야 한다고 보았다. 이는 형벌법규 해석에서 기본권 친화적 해석을 적극적으로 시도한 것이다.

그러나 대상판결에 대해서는 일정 부분 사법적극주의 또는 적극적 법형성의 관점에서 비판도 가능하다. 특히 문신사 제도의 허용 여부와 규율 방식은 원칙적으로 입법자가 결정하여야 할 정책적 영역에 속한다. 그럼에도 대상판결은 사회통념의 변화와 기본권 보장 필요성을 근거로 기존 판례를 변경하면서 문신 산업의 현실과 제도적 필요성까지 폭넓게 고려하였다. 이러한 점은 단순한 법률해석을 넘어 사회정책적 판단 요소를 포함하고 있다는 점에서 해석자의 절제라는 관점에서 비판 가능성을 가진다. 그러나 다른 한편으로 기존 판례 자체가 의료행위 개념을 지나치게 확장함으로써 형벌권의 범위를 확대하여 왔다는 점을 고려하면, 대상판결은 새로운 법형성이 되기보다 죄형법정주의와 엄격해석 원칙에 부합하도록 의료행위 개념을 재조정된 판결로 평가할 수 있다.

5. 판례변경의 타당성

대상판결의 판례변경은 긍정적으로 평가할 수 있다. 무엇보다 대상판결은 문신행위에 대한 사회적 현실과 문화적 변화를 충실하게 반영하였으며, 의료행위 개념의 과도한 확장을 억제하였다는 점에서 의의가 있다. 또한 형벌법규 해석에서 기본권 친화적 접근을 시도하였다는 점에서 역시 긍정적으로 평가할 수 있다. 특히 대상판결은 의료법상 무면허 의료행위 개념을 엄격하게 해석함으로써 죄형법정주의의 명확성 원칙과 유추해석금지 원칙에 충실한 태도를 보였다고 할 수 있다.

그러나 대상판결은 일정한 한계를 보인다. 우선 사회통념 변화에 대한 의존성이 지나치게 강하다는 점이다. 사회통념은 시대와 문화에 따라 계속 변화할 수 있는 상대적 기준이라는 점에서 이를 중심으로 의료행위 개념을 재구성할 경우 법적 안정성과 예측 가능성이 약화될 수 있다. 또한 대상판결은 의료행위 개념의 범위를 축소하면서도 그에 대한 명확한 규범적 기준을 충분히 제시하지 못하였다는 한계가 있다. 즉 어떠한 경우에 위험의 관리 가능성이 인정되는지, 어느 수준의 전문성이 요구되어야 의료행위성이 인정되는지 등에 관한 구체적인 판단기준은 여전히 불명확하다. 또한 위험의 관리 가능성을 인정하는 대상판결의 판단은 보다 정밀한 검토를 요한다. 일회용 바늘과 멸균기기, 위생장갑 및 소독절차의 일반화가 문신행위의 보건위생상 위험을 상당 부분 낮추었다는 것은 시술 현장의 변화로서 타당하다. 그러나 이러한 변화가 실제 감염률의 유의미한 감소로 이어졌는지를 보여주는 국내 역학자료는 아직 충분히 축적되어 있지 않다. 오히려 기존 역학연구는 문신을 C형간염(hepatitis C virus, HCV) 및 사람면역결핍바이러스(human immunodeficiency virus, HIV) 등

혈액매개 감염의 위험요인 중 하나로 지속적으로 분류해 왔다는 점에 유의할 필요가 있다. 국외에서 이루어진 체계적 문헌고찰과 메타분석은 문신을 피어싱·침술 등과 함께 C형간염(HCV) 등 혈액매개 감염의 반복적인 위험요인으로 지목해 왔다.²⁰⁾ 이 연구 결과는 2025년 대한간학회의 최신 만성 C형간염 진료 가이드라인에도 여전히 인용되고 있다.²¹⁾ 또한 부산·경남·전남 지역 대학병원을 대상으로 한 별도의 환자 대조군 연구 역시 문신을 침술·피어싱·수혈력 등과 함께 HCV의 위험인자로 분류하고 있다.²²⁾ 질병관리청의 HIV 감염경로 통계 체계에서도 “침술, 문신, 주사바늘에 의한 감염”이 현재까지 독립된 조사 항목으로 유지되고 있다는 점²³⁾ 역시 보건당국이 문신을 여전히 감시가 필요한 감염경로로 인식하고 있음을 보여준다. 물론 이러한 자료들은 위생기준이 강화되기 이전 시기를 포함하고 있어 최근의 위생관리 수준 향상을 온전히 반영하지 못한다는 한계가 있다. 또한 위생기준 강화 전후를 비교한 시 계열 통계가 아니라는 점에서 대상관결의 판단을 직접적으로 반박하는 근거로 보기는 어렵다. 그러나 이러한 자료의 존재는 “위험이 충분히 관리 가능한 수준으로 낮아졌다”는 판단이 아직 실증적으로 완전히 검증된 것은 아니라는 점을 시사한다. 따라서 향후 문신사범 시행과 더불어 비의료인 문신시술에 따른 감염발생률을 추적·공표하는 보건통계 체계가 구축된다면 대상관결이 전제된 위험관리 가능성 판단을 사후적으로 검증하고 이를 입법·해석론에 반영할 수 있는 토대가 마련될 것으로 기대된다.

대상관결은 의료행위 개념의 과도한 확장을 억제하고 기본권 친화적 해석을 시도하였다는 점에서 중요한 진전을 이루었다고 평가할 수 있다. 그러나 동시에 사회통념과 위험의 관리 가능성이라는 상대적 기준에 상당 부분 의존하고 있다는 점에서 향후 현재보다 정교한 해석론적 기준의 정립이 요구된다.

IV. 대상관결의 형법해석론적 의미

1. 죄형법정주의와 엄격해석

대상관결의 형법해석론적 의미는 무면허 의료행위 개념 해석에 있어서 죄형법정주의와 엄격해석 원칙을 재강조하였다는 점이다. 죄형법정주의는 범죄와 형벌은 반드시

20) Hayes MO, Harkness GA. Body piercing as a risk factor for viral hepatitis: an integrative research review. *Am J Infect Control* 2001;29:271-274; Hyun MH, Kim JH, Jang JW, Song JE, Song DS, Lee HW, et al. Risk of hepatitis C virus transmission through acupuncture: a systematic review and meta-analysis. *Korean J Gastroenterol* 2023;82:127-136; Jafari S, Copes R, Baharlou S, Etminan M, Buxton J. Tattooing and the risk of transmission of hepatitis C: a systematic review and meta-analysis. *Int J Infect Dis* 2010;14:e928-e940.

21) 대한간학회, 2025년 만성 C형간염 진료 가이드라인, 2025.5.29., 19쪽.

22) Sohn HS, Kim JR, Ryu SY, Lee YJ, Lee MJ, Min HJ, et al. Risk factors for hepatitis C virus (HCV) infection in areas with a high prevalence of HCV in the Republic of Korea in 2013. *Gut Liver* 2016;10:126-132.

23) 질병관리청, 2024 HIV/AIDS 신고 현황 연보 및 HIV 감염경로 통계(<https://www.kdca.go.kr/kdca/3431/subview.do>) (최종접속일: 2026.6.20.)

시 법률에 의하여 명확하게 규정되어야 한다는 원칙이다. 이 원칙에 따르면 형벌법규의 명확성 원칙과 유추해석금지 원칙을 핵심 내용으로 한다. 특히 형벌법규의 해석은 피고인에게 불리한 방향으로 지나치게 확장되어서는 안 되며, 그 해석은 문언의 가능한 의미 범위 내에서 엄격하게 이루어져야 한다. 그런데 종래 판례는 문신행위가 피부를 침습하고 감염 등의 위험성을 가진다는 이유를 중심으로 무면허 의료행위 해당성을 인정하였다. 이러한 태도는 결과적으로 ‘위험성이 존재하는 행위’를 광범위하게 의료행위로 포섭할 가능성을 열어 두는 것이었다. 그러나 단순히 일정한 위험성이 존재한다는 이유만으로 특정 행위를 의료행위로 평가하게 되면, 의료행위 개념은 사실상 무제한적으로 확장될 위험이 있다. 즉 위험 개념을 중심으로 의료행위성을 인정한다면 형벌법규의 외연을 과도하게 확대하는 결과를 초래할 수 있다.

대사판결은 이러한 문제를 인식하여 무면허 의료행위 개념을 제한적으로 해석하였다. 즉 대사판결은 문신행위가 일정한 보건위생상 위험을 수반한다는 점 자체는 인정하면서도 그러한 위험이 반드시 의학적 전문성에 의하여만 관리되어야 하는 것은 아니라고 판단하였다. 이는 무면허 의료행위 개념을 단순한 위험 개념이 아니라 ‘의료전문성에 의한 독점적 관리 필요성’을 중심으로 재구성하였다는 점에서 중요한 의미가 있다. 또한 대사판결은 헌법합치적 해석의 필요성을 언급하면서 무면허 의료행위 개념을 지나치게 광범위하게 해석해서는 안 된다고 명시하였다. 이는 결국 형벌법규 해석에서 엄격해석 원칙을 재확인한 것으로 볼 수 있다. 다시 말해 대사판결은 문신행위의 사회적 의미와 현실적 수용 가능성을 고려함으로써 의료행위 개념의 과도한 확장을 억제하였다. 이를 통하여 형벌법규의 예측 가능성과 법적 안정성을 확보하고자 하였다고 평가할 수 있다. 그리고 대사판결은 기존 판례가 보여주었던 위험 중심의 확장해석 경향에 일정한 제동을 걸었다는 점에서도 의미가 있다. 의료행위 개념이 지나치게 확대될 경우 국가형벌권의 적용 범위 역시 과도하게 확대될 수 있다. 이는 형벌법규 해석의 한계를 일탈하는 결과를 초래할 수 있다. 따라서 대사판결은 죄형법정주의 관점에서 형벌권 행사의 한계를 재조정된 판결이라 할 수 있다.

2. ‘문언의 가능한 의미’와 의료행위 개념

‘문언의 가능한 의미’는 법해석의 한계를 설정하는 기준이 된다. 따라서 범문언에 반하는(*contra legem*) 해석은 원칙적으로 허용되지 않는다.²⁴⁾ 해석을 통하여 범문의 가능한 의미가 확정된 이후 그 범위를 넘어서는 것은 더 이상 해석의 영역이 아니라 법형성의 영역에 속하며, 이는 유추 등을 통한 법의 흠결 보충의 문제로 전환된다. 결국 법해석은 문언의 가능한 의미 범위 내에서만 허용된다.²⁵⁾ 문제는 ‘의료행위’라는 개념은 본질적으로 개방적이고 불확정적인 개념이다. 이에 따라 의료법은 의료행위 개념을 명문으로 정의하고 있지 않는다. 이러한 결과로 의료행위 개념은 판례와 해석론을 통하여 확정해 왔다. 결국 의료행위 개념의 가능한 의미 범위를 어떻게 설정할 것인가는 형벌법규 해석의 핵심적인 문제라고 할 수 있다.

종래 판례는 의료행위 개념의 가능한 의미를 비교적 넓게 파악하였다. 반면 대상

24) 오세혁, 법 문언의 언어적 의미, 경희법학 제56권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2021, 46-47쪽.

25) 김영환, 법철학의 근본문제, 홍문사, 2012, 254쪽, 274-275쪽.

판결은 사회통념의 변화와 기본권 보장의 요청을 고려하여 의료행위 개념의 가능한 의미를 제한적으로 재구성하였다. 대상판결의 핵심은 문신행위를 의료행위 개념에서 제외하였다는 결론 자체보다 의료행위 개념의 해석기준을 어떻게 설정하였는가에 있다. 형벌법규 해석에서 의료행위 개념은 죄형법정주의의 요청에 따라 문언의 가능한 의미 범위 내에서 해석되어야 하며, 그 범위를 벗어나는 해석은 허용되지 않는다. 대상판결은 의료행위 개념을 새롭게 창설하거나 문언의 의미를 변경한 것이 아니라, 의료행위 해당성 판단에서 요구되는 '보건위생상 위해'의 의미를 의료전문성에 의한 독점적 관리 필요성의 관점에서 재해석하였다. 이는 의료행위 개념의 가능한 의미 범위 내에서 이루어진 제한해석으로 이해할 수 있다. 왜냐하면 의료행위 개념은 본래 질병의 예방·진단·치료와 같이 의학적 전문성이 요구되는 영역을 전제로 형성된 개념이며, 단순히 위해 발생 가능성이 존재한다는 이유만으로 모든 침습적 행위를 의료행위로 포함하는 것은 아니기 때문이다. 특히 대상판결은 사회통념의 변화를 의료행위 개념의 새로운 기준으로 도입한 것이 아니라, 현재 사회에서 의료행위라는 개념이 통상적으로 어떠한 범위로 이해되고 있는지를 확인하는 해석자료로 활용하였다. 따라서 대상판결은 사회통념을 근거로 의료행위 개념을 축소한 것이 아니라, 사회통념의 변화를 통하여 의료행위 개념의 문언상 가능한 의미를 재확인한 것으로 평가할 수 있다. 결국 대상판결의 의의는 의료행위 개념을 위협의 존재 여부가 아니라 의료전문성에 의한 독점적 관리 필요성을 중심으로 해석함으로써, 형벌법규 해석에 있어 문언의 가능한 의미를 보다 엄격하게 적용하였다는 점에 있다. 즉 의료행위의 핵심 요소를 단순한 위협성의 존재 자체가 아니라 의료전문성에 의한 독점적 관리 필요성에서 찾았고, 문신행위는 이에 해당하지 않는다고 판단하였다. 이러한 점에서 대상판결은 의료행위 개념의 가능한 의미 범위를 제한적으로 재설정한 판결이라고 할 수 있다. 특히 대상판결은 의료행위 개념 해석에 있어서 사회통념의 변화와 기본권 보장이라는 요소를 적극적으로 고려하였다는 점에서 특징적이다. 이는 의료행위 개념이 단순한 언어적 개념에 머무르는 것이 아니라 사회적·규범적 맥락 속에서 구체화되는 개념임을 보여준다.

다만 사회통념과 기본권 요소가 문언의 가능한 의미를 어디까지 변화시킬 수 있는 가라는 것은 중요한 문제 중의 하나이다. 만약 사회통념의 변화만을 근거로 형벌법규의 의미를 자유롭게 재구성할 수 있다면, 형벌법규의 안정성과 예측 가능성이 약화될 위험이 있다. 따라서 사회통념과 기본권은 문언의 가능한 의미 범위 내에서 보충적 해석 요소로 기능하여야 하며, 문언 자체를 넘어 새로운 규범 내용을 창출하는 방향으로 작용하여서는 안 된다. 결국 대상판결은 의료행위 개념의 가능한 의미를 제한적으로 구성하여 형벌법규 해석의 외연을 조정하였다는 점에서 중요한 의미가 있다. 동시에 대상판결은 문언의 가능한 의미가 단순히 사전적 의미에 의하여 고정되는 것이 아니라 사회적·규범적 맥락 속에서 형성된다는 점을 보여준다.

3. 사회 변화와 형법해석의 동적 구조

대상판결은 사회 변화와 형법해석의 관계를 보여주는 대표적인 사례이다. 일반적으로 형벌법규는 법적 안정성과 예측 가능성을 위하여 엄격하게 해석하여야 한다. 그러나 다른 한편으로 사회현실과 완전히 단절된 고정불변의 의미로만 이해될 수도

없다. 특히 의료행위와 같이 사회적·기술적 변화에 따라 그 의미가 변동될 수 있는 개념의 경우에는 시대 변화와 사회적 인식 변화가 해석에 일정한 영향을 미칠 수밖에 없다. 대상판결은 바로 이러한 점을 전제로 문신에 대한 사회적 인식 변화와 문화적 수용성 확대를 적극적으로 고려하였다. 과거 문신은 범죄집단이나 반사회적 문화의 상징으로 인식되는 경향이 강하였다. 그러나 현대 사회에서 문신은 개성의 표현, 예술적 자기실현 및 문화적 상징으로 점차 수용되고 있다. 또한 문신기술과 위생 관리체계의 발전 역시 문신행위의 위험구조 자체를 변화시키고 있다. 결국 대상판결은 이러한 사회현실의 변화를 반영하여 의료행위 개념의 규범적 의미를 재구성한 것이다.

이러한 점에서 대상판결은 형법해석이 단순히 추상적 문언의 기계적 적용이 아니라 사회현실과 완전히 분리된 고정된 실체가 아니라, 사회적 변화와 규범적 가치판단 속에서 계속 재구성될 수 있다는 것이다. 그러나 바로 이러한 지점에서 해석과 법형성의 경계 문제가 발생한다. 사회현실의 변화를 반영한다는 명목 아래 법관이 지나치게 적극적으로 형벌법규의 의미를 재구성한다면, 이는 단순한 해석을 넘어 사실상의 법형성 또는 정책 결정으로 이어질 위험이 있다. 특히 대상판결은 문신 산업의 현실, 문신 수요의 증가, 문신사 제도의 필요성 및 기본권 보장 등을 광범위하게 고려하였다는 점에서 단순한 문언해석을 넘어 규범적 가치판단과 정책적 고려를 상당 부분 포함하고 있는 것이다. 따라서 대상판결은 형법해석의 동적(動的) 구조²⁶⁾를 보여주는 중요한 사례인 동시에 사회 변화 반영과 법적 안정성 사이의 긴장관계를 드러내는 사례라 할 수 있다. 결국 형법해석은 사회현실과 단절될 수 없지만, 동시에 죄형법정주의라는 형사법적 한계 역시 준수하여야 한다. 이러한 점에서 대상판결은 현대 형법해석이 직면하고 있는 동적 해석과 법적 안정성 사이의 긴장관계를 잘 보여주는 사례라 할 것이다.

V. 결론

대상판결은 비의료인의 통상적인 서화문신행위가 의료법상 무면허 의료행위에 해당하지 않는다고 판단함으로써 종래 판례를 변경한 전원합의체 판결이라는 점에서 중요한 의미가 있다. 이는 단순히 문신행위의 적법 여부를 판단한 데 그치지 않고, 의료행위 개념의 범위와 형벌법규 해석의 한계, 기본권 보장과 사회변화가 형법해석에 미치는 영향을 종합적으로 보여준다는 점에서 형법해석론적 의의를 갖는다.

대상판결은 의료행위 개념을 고정된 실체 개념이 아닌 사회적·규범적 요소에 따라 구체화되는 개방적 개념으로 이해하였다. 종래 판례가 피부 침습성과 감염 가능성 등 위험의 존재 자체를 중심으로 의료행위성을 인정하였다. 그러나 대상판결은 위험의 존재만으로 의료행위성을 인정할 수 없고, 해당 위험이 의료전문성에 의하여

26) ‘형법해석의 동적(動的) 구조’는 형법규범의 의미가 법문언에 의해 일차적으로 한정되면서도 구체적 사안에서는 법체계, 입법목적, 보호법익, 사회적 현실, 헌법적 가치와의 상호작용 속에서 계속 구체화되는 해석 구조를 말한다. 그러나 형법해석의 이러한 동적 성격은 죄형법정주의의 한계 안에서만 정당화될 수 있다. 따라서 형법해석은 사회 변화에 대응하여 규범의 의미를 현실화하는 기능을 수행하지만, 그 과정에서 문언의 가능한 의미를 넘어서거나 피고인에게 불리한 유추해석으로 전환되어서는 안 된다.

독점적으로 관리되어야 하는지 여부를 중심으로 판단하여 의료행위 개념의 과도한 확장을 제한하였다. 또한 문신행위를 개성의 표현과 예술적 자기실현의 수단으로 파악함으로써 직업의 자유, 표현의 자유, 예술의 자유 및 행복추구권을 고려한 기본권 친화적 해석을 제시하였다. 나아가 현대 사회에서 문신이 문화적·예술적 표현 수단으로 수용되고 있는 현실을 반영하여 의료행위 개념의 가능한 의미를 제한적으로 재구성하였다는 점에서도 의미가 있다.

그러나 대상판결은 사회통념의 변화와 위험의 관리 가능성이라는 비교적 추상적인 기준에 의존하고 있다는 점에서 법적 안정성과 예측 가능성 측면의 한계를 가진다. 특히 의료전문성의 필요성이나 위험의 관리 가능성을 어떠한 기준으로 판단할 것인지가 명확하지 않아 향후 유사한 비의료 시술행위에 대한 판단의 일관성에 의문이 제기될 수 있다. 또한 문신 산업의 현실과 제도화 필요성을 적극적으로 고려함으로써 법률해석을 넘어 정책적 판단의 영역까지 나아간 것이 아니냐는 비판도 가능하다. 물론 종래 판례가 의료행위 개념을 지나치게 확장하여 형벌권의 범위를 확대해왔다는 점에서 대상판결의 엄격해석적 의의는 부정될 수 없다. 다만 문신행위의 제도적 규율은 궁극적으로 입법을 통하여 해결되어야 할 과제라는 점에서 해석과 법형성의 경계를 다소 불분명하게 하였다는 평가 역시 가능하다.

향후에는 문신사 제도의 입법적 정비와 함께 위생관리, 안전교육, 자격관리 및 책임체계를 포함하는 제도적 규율체계를 마련할 필요가 있다. 또한 문신행위와 같이 일정한 신체적 위험을 수반하지만, 의료행위로 독점할 필요가 없는 영역에 대해서는 의료행위 여부만을 기준으로 하는 이분법적 규율 방식에서 벗어나 위험의 정도와 관리가능성을 고려한 위험기반 규제체계를 구축할 필요가 있다. 아울러 의료행위 개념의 규범적 핵심을 보다 명확히 함으로써 형벌법규의 예측 가능성과 법적 안정성을 확보하여야 한다. 결국 대상판결은 사회변화와 기본권 보장을 반영하여 의료행위 개념을 재구성한 대표적 사례로 평가할 수 있다. 이는 형벌법규의 의미가 사회적·규범적 맥락 속에서 구체화될 수 있음을 보여주는 동시에 그러한 해석 역시 문언의 가능한 의미와 죄형법정주의라는 형법적 한계를 벗어날 수 없음을 확인하였다는 점에서 중요한 의미가 있다.

- **주제어:** 무면허 의료행위, 문신행위, 문언의 가능한 의미, 사회통념, 의료전문성, 의료행위 개념, 죄형법정주의, 형벌법규 해석

[참고문헌]

- 고혜정·김용선, 한국 세미퍼머넌트 메이크업 행위에 대한 제도 개선방안에 관한 연구, 아시아
뷰티화장품학술지 제1권 제3호, 한국피부과학연구원, 2003.
- 권경선, 문신행위는 의료법상 의료행위에 해당하는가, 법학논총 제36권 제2호, 국민대학교 법
학연구소, 2023.
- 김성은·백경희, 문신행위에 관한 규제 방향에 대한 고찰, 과학기술과법 제12권 제2호, 충북대
학교 법학연구소, 2021.
- 김영환, 범철학의 근본문제, 홍문사, 2012.
- 대한간학회, 2025년 만성 C형간염 진료 가이드라인, 2025
- 도규엽, 문신시술의 비범죄화에 대한 연구, 외법논집 제45권 제2호, 한국외국어대학교 법학연
구소, 2021.
- 류지태, 의료행위의 개념, 고려법학 제39권, 고려대학교 법학연구원, 2002.
- 문심영, 문신 등 신체예술 관련 미국의 법제도 현황과 시사점, 외국입법·정책 분석 제09호, 국
회입법조사처, 2021.10.06.
- 박용숙, 문신시술 규제와 관련하여 ‘의료행위성’에 대한 법적 고찰-일본 최고재판소 2020년 9
월 16일 결정을 중심으로-, 공법학연구 제22권 제4호, 한국비교공법학회, 2021.
- 박정일, 문신시술에 대한 사회통념의 변화와 이후의 과제, 법이론실무연구 제10권 제3호, 한국
법이론실무학회, 2022.
- 백경옥·박두현, 현대인의 사회 및 문화적 속성에 따른 타투와 타투의 유용성에 관한 인식, 한
국미용학회지 제23권 제1호, 한국미용학회, 2017.
- 백경희, 치과의료행위의 내용과 범위에 관한 소고, 법학연구 제27권 제2호, 충북대학교 법학연
구소, 2016.
- 소병완·박종현, 비의료인 문신시술행위 규제에 비판적 검토-헌법재판소 2022. 3. 31. 2017헌마
1343 결정례에 대한 검토를 중심으로-, 법학논총 제36권 제1호, 국민대학교 법학연구
소, 2023.
- 송남경·박숙현, 타투(Tattoo)와 문신(文身)의 인지도와 표현특성에 따른 패션이미지 분석, 한국
디자인문화학회지 제14권 제2호, 한국디자인문화학회, 2008.
- 심영주·백경희, 문신시술 행위에 대한 우리나라 헌법재판소 결정(2017헌마1343)의 의미와 일본
최고재판소 결정 후 동향 및 시사점, 한국의료법학회지 제30권 제1호, 한국의료법학회,
2022.
- 심영주·이상한, 문신시술의 비범죄화에 대한 비판적 검토와 대안, 의료법학 제23권 제1호, 대
한의료법학회, 2022.
- 오세혁, 범 문언의 언어적 의미, 경희법학 제56권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2021.
- 오호철·유진우, 타투(문신)의 문화적 의미와 「문신사법」의 주요 내용에 대한 고찰, 법이론실무
연구 제14권 제1호, 한국법이론실무학회, 2026.
- 윤영석, 비의료인의 문신시술 합법화 제언, 성균관법학 제33권 제1호, 성균관대학교 법학연구
원, 2021.
- 이노홍, 미국의 문신규제에 관한 헌법적 논의, 미국헌법연구 제22권 제1호, 미국헌법학회,
2011.
- 이철호, 타투(tattoo)에 관한 헌법적 검토, 법학연구 제22권 제3호, 한국법학회, 2022.
- 황만성, 치과의사의 면허범위와 치과의료행위에 관한 연구-대법원 2016.7.21. 선고 2013도850
전원합의체 판결을 중심으로-, 법학논총 제29권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2017.
- Fortune Business Insights, Tattoo Market Size, Share & Industry Analysis, By Type
(Temporary and Permanent), By Category (Cosmetic, Medical, and Professional),

- By Application (Skin, Corneal, Mouth, and Others), By End-user (Women and Men), and Regional Forecast, 2026-2034.
- Hayes MO, Harkness GA. Body piercing as a risk factor for viral hepatitis: an integrative research review. *Am J Infect Control* 2001.
- Hyun MH, Kim JH, Jang JW, Song JE, Song DS, Lee HW, et al. Risk of hepatitis C virus transmission through acupuncture: a systematic review and meta-analysis. *Korean J Gastroenterol* 2023.
- Jafari S, Copes R, Baharlou S, Etminan M, Buxton J. Tattooing and the risk of transmission of hepatitis C: a systematic review and meta-analysis. *Int J Infect Dis* 2010.
- Sohn HS, Kim JR, Ryu SY, Lee YJ, Lee MJ, Min HJ, et al. Risk factors for hepatitis C virus (HCV) infection in areas with a high prevalence of HCV in the Republic of Korea in 2013. *Gut Liver* 2016.

[Abstract]

**Tattooing by Non-Medical Practitioners and
Unlicensed Medical Practice
– The Supreme Court En Banc Decision of May 21, 2026
(2022Do13370) –**

Sun Jong Soo*

This article examines the legal relationship between tattooing by non-medical practitioners and unlicensed medical practice under the Medical Service Act, focusing on the Supreme Court en banc decision of May 21, 2026 (2022Do13370). Traditionally, the Korean Supreme Court regarded tattooing as a medical practice on the grounds that it involved skin penetration and posed risks of infection and other health-related harms. Consequently, tattooing performed by non-medical practitioners had been treated as an unlicensed medical practice subject to criminal punishment.

The decision under review overturned this long-standing precedent by holding that ordinary decorative tattooing performed by non-medical practitioners does not constitute unlicensed medical practice. The Court considered various factors, including changes in social perceptions of tattooing, advances in tattooing techniques and hygiene management, the manageability of associated risks, and the need to protect fundamental rights such as occupational freedom and freedom of expression. In particular, the decision redefined the concept of medical practice by focusing not on the mere existence of risk but on whether the activity requires exclusive management through medical expertise.

This article argues that the decision appropriately restrained the excessive expansion of the concept of medical practice while recognizing its open and evolving nature. Furthermore, it demonstrates the significance of the decision from the perspective of criminal law interpretation by reaffirming the principles of legality and strict interpretation and by reconstructing the permissible meaning of the concept of medical practice within the limits of statutory language. Nevertheless, the article points out that the decision relies heavily on relatively fluid factors such as social perceptions and risk manageability, thereby raising concerns regarding legal certainty and predictability. Therefore, a more refined interpretative framework is required for determining the scope of medical practice in future cases.

Ultimately, the decision represents a significant example of how criminal law

* Research Professor, Institute for Legal Studies Dong-A University, Ph.D. in Law

interpretation can respond to social change and constitutional values while maintaining fidelity to the principle of legality.

- **Key Words:** Unlicensed Medical Practice, Tattooing, Possible Meaning of Statutory Language, Social Norms, Medical Expertise, Concept of Medical Practice, Principle of Legality, Criminal Statutory Interpretation

인간과 인공지능에 대한 헌법적 검토

- 헌법상 인간상에 대한 비교법적·학제적 검토를 중심으로 -

박범영*

논문요지

최근 과학과 기술의 급속한 발달, 특히 인공지능의 급속한 발달은 헌법적 인간상에 근본적인 의문을 제기하고 있다. 인공지능의 활용과정에서 인간의 존엄성, 프라이버시권, 정보의 자기결정권 등 생물학적인 인간의 기본권이 침해되는 문제가 발생할 뿐만 아니라 인간과 매우 유사한 지적 능력을 보유한 인공지능의 자율성, 이성으로 인해 인간과 인공지능을 어떻게 구별해야 하는지와 각각 어떠한 취급을 해야 하는지에 대한 논란이 발생하고 있기 때문이다.

본 연구는 지금까지 헌법상 인간상은 무엇인지 그리고 인간과 인공지능과의 구별기준으로 무엇이 있을지 인간상에 대한 비교법적·학제적 논의를 중심으로 살펴 본다. 이를 통해 우리 헌법은 인간을 이성과 자율성을 갖춘 존재이기는 하지만 동시에 그 자체로 완벽한 존재가 아닌 불완전성을 가진 구체적인 현실적인 존재로 바라보고 있다는 결론을 도출한다.

그리고 인간의 본질적 특성을 시간적 유한성, 생활관계의 흔적을 남기는 생물학적 측면, 구체적이고 현실적인 관계 속에서의 제한된 자율성, 사회적 공동체를 통한 불완전성의 보완, 자율성을 바탕으로 한 행동과 그 결과에 대한 책임, 창조적 맥락의존성 및 생물학적·신경과학적 원인관계와 작동기제라고 기술하고, 이를 인간과 인공지능의 구별기준으로 삼을 수 있다고 제시한다.

나아가 현행 헌법은 인간개념에 대한 명확한 기준과 인간과 인공지능의 구별기준을 규범적으로 보여주지 못하고 있기 때문에, 향후 헌법개정 논의 시에는 인간개념을 적극적으로 헌법에 담고, 다양한 학제적 연구결과와 「인공지능기본법」의 입법태도도 참고하여 구별기준으로 도출할 필요가 있다고 지적했다. 특히, 현행 헌법의 태도만으로는 인간관을 근본적으로 뒤흔들고 있는 현재의 과학과 기술의 발전에 효과적으로 대처할 수는 없으므로 인공지능에 의해 발생하는 기본권 침해 등에 대응하기 위한 헌법적 근거가 필요하다는 점도 강조했다.

이러한 검토결과를 바탕으로 헌법이 인간공동체의 질서를 규율한다는 점에서 헌법의 수범자가 될 인간이 과연 누구인가라는 질문에 답하는 것이야말로 모든 헌법문제에 대한 본질적인 대답이자 오늘날 우리에게 던져진 각종 현안과제에 대한 해결의 출발점이라는 사실을 잊지 말아야 한다는 점을 밝히고 있다.

· 논문제출: 2026. 06. 21. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

* 법학박사(헌법학), 국회의원 보좌관(국회 사무처)

I. 서론

헌법이 바라보는 인간상에 대한 일치된 의견은 없다. 국가에 따라, 시대에 따라, 상황에 따라 다르고, 설혹 시간과 장소 그리고 상황이 같다고 해도 연구 분야나 연구자 등 관점에 따라서도 차이가 있기 때문이다. 지금까지 논의를 모아보면 헌법상 인간상을 이성과 자율을 갖춘 사람으로 보고 있다는 점은 대체적인 시각인 듯하다.

그러나 최근 과학과 기술의 급속한 발달, 특히 인공지능의 발달¹⁾은 이러한 인간상에 근본적인 의문을 제기하고 있다. 인공지능이 인간과 매우 유사한 지적 능력을 보이기 때문이다. 레이 커즈와일(Ray Kurzweil)은 2045년경에는 인공지능과 인간이 융합되는 기술적 특이점이 도달할 것이라고 예견한 바 있는데,²⁾ 기존의 생물학적인 특성에 기반한 인간상만으로는 앞으로 인간과 거의 유사한 지적 능력의 존재의 출현에 어떻게 대응해야 하는지 사회 전반에 많은 혼란에 휩싸일 것으로 예상된다.

이러한 현상은 헌법도 예외는 아니다. 한 나라의 근본질서인 헌법이 그 시대의 변화된 인간상을 반영하지 못할 경우에 발생하는 간극은 단순히 문화지체로 끝나지 않고 규범과 현실간의 심각한 긴장과 갈등을 야기할 것이고, 국민생활은 혼란에 빠질 것이기 때문이다. 그러한 면에서 인공지능에 의한 인간대체라는 화두가 유행처럼 번지고 있는 이 때에 우리 헌법이 바라보는 인간상이 무엇인지 점검하고, 바람직한 인간상이 무엇인지 고찰해 볼 필요성이 있다.

본 연구는 이러한 점에서 헌법상 인간상은 무엇인지 그리고 점차 흐릿해지고 있는 인간과 인간지능의 경계를 어떻게 구분할 것인지 나아가 이러한 구분에 기초한 규범적 개정방향을 고찰해 보는 것을 목적으로 한다.

그런데 인간개념은 우리가 경험적으로 알고 있는 것보다 매우 다의적이고 복합적인 의미를 갖는다. 따라서 인간개념에 대한 다양한 시각을 살펴보기 위해 비교법적·학제적 검토를 선행함으로써 우리나라의 헌법적 인간상은 무엇인지 그 윤곽에 접근하는 방식을 취하도록 한다. 물론 비교법적·학제적 검토는 모든 분야가 아니라 과학과 기술의 발달에 따른 인간상 변화와 관련하여 인간개념에 대한 유의미한 해석과 기준의 단서를 제공할 수 있는 분야로 한정하기로 한다. 시간적·물리적 한계도 있거니와 지나치게 광범위한 검토가 야기하는 논점일탈과 논의의 긴장완화를 피하기 위함이다.

이를 위해 논의의 순서는 헌법적 인간상 검토라는 본 연구의 목적과 관련성이 큰 여타의 규범학에 있어서 인간상에 대해서 살펴본 뒤(Ⅱ), 그 다음에 규범학 이외의 영역에서 인간상 검토는 어떻게 이루어지고 있는지 그 특징을 간략히 검토한다(Ⅲ). 이 과정을 통해서 인간의 특성과 이 특성을 통한 인간개념 형성의 단서들을 포착할 것이다. 그리고 본격적으로 헌법상 인간상에 대한 비교 헌법적 검토와 현행 헌법의 인간상을 살펴본 뒤(Ⅳ), 인간개념의 변화 요구에 원인을 제공한 인공지능의 현재 상황과 그러한 상황에서 왜 인간과 인공지능이 구별되어야 하는지 그리고 그 구별기준은 무엇인지 나아가 이러한 구별기준에 따를 경우 규범적으로 특히 헌법적으로 답하

1) 인공지능의 발달과정에 대해서는 남정아, “국가 AI 대전환 시대의 AI 안전 확보 방안과 개혁의 필요성”, 『국가법연구』 제21집 제4호, 2025, 4~5면.

2) Ray Kurzweil, *The Singularity Is Near: When Humans Transcend Biology*, New York : Viking, 2005, p.136.

야 할 바람직한 인간개념과 개정 방향을 제시(V)하고 결론(VI)을 짓는 것으로 갈무리 하고자 한다.

II. 규범학상 인간상

규범학에서 바라보는 인간은 인공지능 등장과 관련하여 인간개념에 대한 논란이 비교적 많이 제기되는 분야인, 법철학, 형법학, 민법학, 상법학, 노동법학을 중심으로 해당 규범학의 인간상에 대해서 살펴보기로 한다.

1. 법철학

법철학에서 바라보는 인간상은 다양하다. 따라서 법철학에서 인간을 특정한 관점으로 바라본다고 단정하기는 어렵다. 이상적이고, 당위적인 존재를 인간상으로 보고 있는 경우도 있고,³⁾ 자율성과 이성적 사고능력을 가진 존엄한 존재를 인간으로 보는 칸트의 철학적 사상을 배경으로 인간을 바라보는 견해도 있으며, 데카르트의 생각하는 자아를 존재의 전제로 삼고 인간의 개념을 찾는 시도도 있다.⁴⁾

나아가 시간적 유한성을 인간의 본질로 파악하는 견해도 존재한다. 즉, 생각하는 자아의 존재성 인식이 곧 인간을 의미한다는 데카르트의 관점에서 머무르지 않고, 한 발짝 더 나아가 존재한다는 것의 의미를 규명함으로써 인간의 본질적 특성을 탐구하는 것이다.⁵⁾

이를테면 하이데거는 데카르트가 존재 자체의 의미에 대한 성찰에는 미진했다고 비판하면서 인간이란 언젠가는 죽을 수밖에 없는 유한한 존재라는 점에서 존재의 가치와 의미를 찾아야 한다고 주장했다. 삶의 비영속성과 일회성이라는 특성은 인간으로 하여금 결국 죽게 된다(無)는 근본적인 불안을 야기하고, 유한한 시간 안에서 어떻게 살 것인가라는 질문을 던질 수밖에 없는데, 그러한 질문 속에서 결정한 행위와 선택은 결코 무가치할 수 없다는 것이다. 그리고 시간적 유한성 속에서 어쩔 수 없이 실존적 고민을 할 수밖에 없는 것이 인간의 본성이며 특질이라는 것이다.⁶⁾

다만, 이러한 하이데거식의 인간상은 최근 화두가 되는 인간개념의 확장에는 비판적이다. 즉, 인공지능은 인간과는 달리 죽음이라는 공포가 없기 때문에 개념 본질적으로 인간일 수가 없다고 잘라 말한다. 동력에 제한이 없다면 인공지능은 영속적인 존재가 되므로 시간은 가치의 대상이 아니라는 이유 때문이다. 이는 인공지능이 사고의 자율성을 확보하게 되도 마찬가지이다. 인공지능의 판단은 유한한 삶 속에서 무엇이 가치 있는 일인지에 대한 진지한 고민을 통해서 얻어진 것은 아니기 때문이다. 따라서 인공지능의 사고는 시간적 유한성 속에서 실존적 고민의 결과물이라고 할 수 없고, 개념 본질적으로 인간과 동일한 가치나 취급을 받을 수 없다는 것이다.⁷⁾

3) G. Radbruch, Der Mensch im Recht : ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts, Göttingen : Vandenhöck und Ruprecht, 1957, S.9.

4) cogito ergo sum(생각한다. 그러므로 나는 존재한다)가 그것이다. 홍영기, “인공지능 법인격 -권리는 인간의 어떠한 속성에 자리하는가-”, 『법철학연구』 제28권 제3호, 2025, 350면.

5) Heidegger, M.(이기상 譯), 『Sein und Zeit』, 1998, 370면 이하.

6) Heidegger, M.(이기상 譯), 『Sein und Zeit』, 1998, 187면 이하 또는 265면 이하.

나아가 인공지능에게는 권리나 의무, 책임도 의미가 없다고 한다. 권리라는 것은 그러한 권리를 누릴 수 있는 시간적 한계가 있기 때문에 가치가 있는 것이고, 마찬가지로 의무를 진다는 것도 유한한 시간을 할애하여 애써 확보하거나 확보한 권리를 빼앗길 수 있다는 두려움 때문에 반가치적인 것이다. 반면 동력이 부여되는 한 영속성을 갖거나 시간적 한계를 느끼지 못하는 인공지능은 권리획득이나 포기가 두렵지 않다. 그러므로 권리와 의무의 부과라는 책임문제는 인간에게만 의미가 있는 것이다. 이를테면, 영속적인 존재인 인공지능이 수감된다 한들 수감된 시간은 인공지능에게는 잘나에 불과한 것이기 때문에 그러한 제한이 형벌이 되지 않는 것이다. 즉, 인공지능은 권리의 박탈이나 의무의 부과에 감응성이 없다.⁸⁾

이렇게 시간적 한계를 인간의 개념본질로 보는 입장에 따르면, 인공지능에게 권리나 의무를 부여하는 법인격 논의도 애초의 법적 권리나 의무의 대상이 될 수 없는 존재에게 법의 적용을 애기하는 것이므로 무의미하다.⁹⁾ 확장된 법인격을 이용하는 자연인이 없다면 법인격을 인정하는 실익이 없다는 비판이 나오는 것이다.¹⁰⁾

시간적 유한성을 인간의 개념본질로 보는 이러한 하이데거의 접근은 자율성여부만으로는 인공지능과 인간을 구별하는 데 어려움을 겪고 있는 상황에서 설득력 있는 구별기준이 될 수도 있다. 비록 인간을 이성적이고, 자율적인 존재로 본다는 점에서는 전통적인 철학적 인간개념과 차이는 없지만, 추가적으로 규정된 시간적 유한성이라는 개념은 인공지능과 인간을 구분할 수 있는 단서가 될 수 있기 때문이다.

2. 형법학

형법학에 있어 인간상 논의는 인간의 행동과 그 결과에 대한 책임문제와 밀접하게 관련되어 있다. 무엇이 가벌성이 있는 행위(즉 범죄행위)인지를 규정하고 그에 대한 책임을 묻는 것이 형법학이기 때문이다.¹¹⁾

기존의 통설적인 형법학은 행위와 행위의 결과에 대한 책임은 오직 인간만이 질 수 있다고 보았다. 책임능력은 사물을 변별하고, 그에 따라 적절하게 행동할 수 있는 능력이다. 그런데 이러한 능력은 도덕적 사고를 하는 구체적 행위자를 전제해야 하고, 도덕적 사고와 구체적 행위자는 책임의 주관적 귀속을 인정하기 위해 요구되는 기본요건이다. 그리고 도덕적 사고는 자유의사에 기초하여 행동 및 그 결과를 야기하는 인간의 전유물이므로 결론적으로 오직 인간에게만 책임능력을 인정할 수 있다는 기본요건인 것이다.¹²⁾

7) 홍영기, “인공지능 법인격-권리는 인간의 어떠한 속성에 자리하는가-”, 『법철학연구』 제28권 제3호, 2025, 353면.

8) 홍영기, “인공지능 법인격-권리는 인간의 어떠한 속성에 자리하는가-”, 『법철학연구』 제28권 제3호, 2025, 355면.

9) 홍영기, “인공지능 법인격-권리는 인간의 어떠한 속성에 자리하는가-”, 『법철학연구』 제28권 제3호, 2025, 350면.

10) 홍영기, “인공지능 법인격-권리는 인간의 어떠한 속성에 자리하는가-”, 『법철학연구』 제28권 제3호, 2025, 363면.

11) 비슷한 취지의 설명을 하고 있는 문헌으로는 홍영기, “인공지능 법인격-권리는 인간의 어떠한 속성에 자리하는가-”, 『법철학연구』 제28권 제3호, 2025, 346면.

12) Sabine Gless, Von der Verantwortung einer E-Person, Goldammer's Archiv für Strafrecht, Band 164, Haft 6, 2017, S.326f ; 김혜정, “형법상 인(人) 개념에 대한 재정립-인공지능시스템에 대한 법인격 부여 여부를 중심으로-”, 『경희법학』 제57권 제4호,

물론 모든 형법적 학설이 이 논리를 지지하는 것은 아니었지만 최근에는 책임능력 주체에 대한 통설의 태도에 근본적인 의문이 제기되고 있다.¹³⁾ 인공지능 기술의 비약적 발전으로 인공지능이 외부의 영향이나 통제로부터 독립하여 결정하고, 이를 직접 실행할 수 있는 능력을 갖추어 가고 있기 때문이다. 통설이 자유의사를 전제로 하여 인간에게만 책임능력을 인정해 왔는데, 인공지능도 자율성을 통해 자유의사를 가진 것으로 볼 수 있는 상황이 되었으므로 인공지능에게도 책임능력을 인정해야 한다는 주장들이 나오고 있는 것이다.¹⁴⁾

이러한 상황에서 가장 문제가 되는 것은 인공지능이 야기할 수 있는 행동과 그 결과에 대해서 어떠한 규범적 태도를 취할 것인가이다.¹⁵⁾ 즉, 인공지능의 행위와 행위의 결과로 인해 형법적 문제가 야기되었을 경우, 이를 어떻게 처리할 것인가이다. 예컨대, 인공지능이 스마트 그리드¹⁶⁾와 같은 지능형 발전망에 침투하여 병원 응급실의 전기공급을 끊었는데, 전자 의료기기의 사용이 먹통이 되어 그로 인해 손상을 다투는 응급환자가 사망하거나, 극도의 추위로 난방이 필요한 지역에 전기공급을 차단함으로써 사람들이 얼어 죽었을 경우 그에 대한 책임을 인공지능에게 물을 수 있는가라는 물음이 제기되는 것이다. 기존의 통설적 입장은 책임은 인간만이 질 수 있었다. 그런데, 인간의 개입이 없이 인공지능의 자율적 행동과 그 결과에 대해서도 책임을 지우기 되면 인간개념의 확장이 필요한 것이 아닌가라는 의문이 제기되는 것이다.

물론 인공지능의 행동과 그 결과도 오직 인간만이 책임을 질 수 있다는 전제에서 제조물책임법적 접근방식을 통해 인공지능을 제조물로 보고 인공지능에 의해 야기된 결과에 대해 인공지능의 설계자나 프로그래머에게 책임을 지워야 한다는 주장도 있

2022, 81면.

13) 인간만이 행위능력과 책임능력이 있다는 주장에 대한 의문은 이전부터 있었다. 의사를 행위개념의 본질적 요소로 보지 않는다면, 굳이 인간이 아니라도 행위능력을 인정할 수도 있고, 책임의 근거를 자유의사에서 찾지 않는다면 인간이외의 존재도 형사책임능력을 질 수 있기 때문이다. 그러나 인공지능의 발전은 이러한 의문에 가속도를 붙이고 있다. 현실적으로 형사책임의 귀속대상을 찾을 수 없거나 전통적인 형법이론의 귀속조건으로는 귀속이 불가능한 경우도 생겨나고 있기 때문이다. 김성돈, “전통적 형법이론에 대한 인공지능 기술의 도전”, 『형사법연구』 제30권 제2호, 2018, 82면, 98면.

14) 유럽연합은 인공지능의 자율성에 대해서 “외부의 영향이나 통제로부터 독립하여 결정하고 이를 외부로 실행하는 능력”이라고 정의 내리고 있는데(이경규, “인(人) 이외의 존재에 대한 법인격 인정과 인공지능의 법적 지위에 관한 소고”, 『법학연구』 제21집 제1호, 인하대 법학연구소, 2018, 336면.), 인공지능이 이러한 자율성을 갖추었다는 점에서 형사적 책임능력을 인정해야 한다는 것이다(G. Hallevy, The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - From Science Fiction to Legal Social Control, Akron Intellectual Property Journal Vol 4. 2010, p.173 ; 양천수, “인공지능과 법체계의 변화-형사사법을 예로 하여-”, 『법철학연구』 제20권 제2호, 63면 이하). 나아가 어쨌거나 인공지능은 자연인 인격체와 구별된다는 점에서 인공지능에게 제3의 법인격을 마련해 줌으로써 인간과 구별되는 다른 존재로 발전할 수 있도록 해야 한다는 견해도 있다. 이 역시 인공지능의 자율성에서 책임능력을 찾는 견해와 맥을 같이한다(김해정, “형법상 인(人) 개념에 대한 재검립-인공지능시스템에 대한 법인격 부여 여부를 중심으로-”, 『경희법학』 제57권 제4호, 2022, 83면).

15) 이수경, “인공지능 기술에 있어서 법인격 부여와 책임론”, 『재산법연구』 제39권 제1호, 2022, 39면.

16) 스마트그리드란 전기 공급자와 생산자들에게 전기 사용자 정보를 제공함으로써 보다 효과적으로 전기 공급을 관리할 수 있게 해주는 서비스이다. 전기와 정보통신 기술을 활용해 전력망을 지능화·고도화해 고품질 전력서비스를 제공하고 에너지 이용 효율을 극대화한다.

다.¹⁷⁾ 그러나 최근에는 인공지능도 도덕적이고 이성적인 사고가 가능하다거나 고도의 자율성을 인정된다는 점에 착목하여 형법학이 바라보는 책임의 주체로서 고려하면서 생물학적인 인간상이 도전 받고 있는 것이다.

실상가상으로 자율성을 갖춘 인공지능의 행동은 설명과 예측도 곤란한데다 행위와 행위의 결과도 예방하기가 어렵다¹⁸⁾는 점에서 위험하다. 인공지능이 어떠한 행동과 그로 인한 위험한 결과를 야기했다면 단순히 인공지능의 사용에 따른 부산물로 감수의 대상(이른바 허용된 위험의 법리)으로만 여길 수는 없고, 누군가는 책임을 져야하는 상황에 이른 것이다.¹⁹⁾

이러한 점은 형법이 이제 기존의 생물학적 인간 이외에게도 책임을 논할 수 있는 인간개념의 확장이 필요한 시기라는 것을 의미한다. 물론 행위주체의 확대는 인간과 전혀 다른 이질적인 존재의 범죄행위능력과 책임능력, 그리고 형벌능력을 입법적으로 인정하는 방법도 있을 수 있고, 형법상 인간개념을 재구성하는 방법도 있을 수 있다. 여기에서 등장하는 인간개념이 소위 구성주의적 인간개념이다. 구성주의적 관점에서 인간은 사회적 관계 속에서 포착된 인공적 개념이다.²⁰⁾ 이에 따른다면 인간의 요건은 반드시 자연과학적으로 도출되거나 제시될 필요가 없고, 사회적인 필요성에 의해서 부여될 수 있다.

인간개념을 구성주의적으로 보게 되면 인간 이외의 존재에게 어떠한 능력을 부여할 것인가의 문제도 사회적 규범을 통해 얼마든지 변화 가능한 것으로 본다. 즉, 인간과 인간의 자격은 사회적 상황 속에서 구성되고 확립되는 개념이므로,²¹⁾ 생물학적인 인간이 아닌 법인에게 법인격을 부여하고 법적 책임을 부여하는 것도 구성주의적 관점에서는 가능하다고 한다.²²⁾

이러한 구성주의적 관점에서 인간을 이해하면 인간의 생물학적 특징이나 작동기제는 인간의 본질적 특질로 간주되지 않는다. 또한 자유의지를 행위개념과 책임개념의

17) 윤지영 외, 『법과학을 적용한 형사사법의 선진화방안(VI)』, 한국형사정책연구원, 2015, 162면 이하 ; 임석순, “형법상 인공지능의 책임귀속”, 『형사정책연구』 제27권 제4호, 한국형사정책연구원, 2016, 82면. 다만, 자율적으로 작동하고 있는 인공지능 시스템상 설계자나 프로그래머는 인공지능이 작동하고 있다는 사실조차 모르는 경우도 많은데, 인공지능이 만들어낸 행위와 행위의 결과를 설계자나 프로그래머에게 귀속시키는 것에는 근본적인 한계가 있다. 도대체 책임을 지게 되는 설계자나 프로그래머에게 행위로 평가할 수 있는 것이 존재하지 않기 때문이다. 김성돈, “전통적 형법이론에 대한 인공지능 기술의 도전”, 『형사법연구』 제30권 제2호, 2018, 86~87면.

18) 이수경, “인공지능 기술에 있어서 법인격 부여와 책임론”, 『재산법연구』 제39권 제1호, 2022, 38면.

19) 김혜정, “형법상 인(人) 개념에 대한 재정립-인공지능시스템에 대한 법인격 부여 여부를 중심으로-”, 『경희법학』 제57권 제4호, 2022, 92~95면 ; 김성돈, “전통적 형법이론에 대한 인공지능 기술의 도전”, 『형사법연구』 제30권 제2호, 2018, 94면.

20) Niklas Luhman, Soziale Systeme-Grundriß einer allgemeinen Theorie, Suhrkamp Verlag, 1984, S.159 ; Günther Jakobs, Individuum und Person: Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, ZStW 117, 2005, S. 266.

21) 김성돈, “전통적 형법이론에 대한 인공지능 기술의 도전”, 『형사법연구』 제30권 제2호, 2018, 101~102면.

22) 김성돈, “전통적 형법이론에 대한 인공지능 기술의 도전”, 『형사법연구』 제30권 제2호, 2018, 101면. 법인격 차원에서 전통적인 권리관념을 넘어 이를 하나의 관계적 개념으로 보아 인간 이외의 대상에게도 그와 같은 자격을 부여하는 것이 가능하다고 말하는 주장도 비슷한 입장이다. Neuhöfer S., Grundrechtsfähigkeit Künstlicher Intelligenz, Internetrecht und Digitale Gesellschaft, Band 42, 2023, S.87ff.

본질적 요소로 보지도 않는다. 사회적 상황에서 구성되고 확립되는 존재가 인간이므로²³⁾ 사회적 의미 또는 기능적 차원에서 생물학인 인간 이외의 존재에게도 얼마든지 행위와 책임을 할당(부여)할 수 있는 것이다.²⁴⁾ 결론적으로 구성주의적 인간상은 인간을 생물학적 기준에서 해방시킴으로써 전통적인 형법학이 견지했던 인간상의 범위를 확장할 수 있는 가능성을 제시해 준다.

하지만 인간의 기준을 생물학적 또는 자연적 특질에서 자유롭게 하는 것은 동시에 인간개념을 지나치게 확장했다는 비판이 제기될 수 있다. 즉, 인간으로 인정될 수 있는 개념범주 안에 너무 많은 행위주체가 들어오게 됨으로써 인간개념 자체를 모호하게 만들 수 있기 때문이다. 또한, 행위주체의 지나친 확장은 책임귀속이 불가능하거나 무의미한 존재에게도 책임을 논하게 되는 일이 벌어질 수 있고, 인간에 대한 규범이라는 형법의 본질을 해체시킬 위험성도 있다.²⁵⁾

3. 민법학

민법학에서 인간이란 생활관계에서 법적인 권리·의무를 형성하는 자유로운 개인이다. 즉, 재산관계 등에서 권리·의무의 주체로서 활동할 수 있는 능력이나 자격을 뜻하는 권리능력, 의사표시와 사물에 대한 판단능력인 의사능력, 유효한 행위를 할 수 있는 능력인 행위능력을 갖춘 개개의 존재를 인간으로 보는 것이다.

그리고 이러한 능력들은 일정한 전제조건 하에 행사된다. 먼저 성별·인종·종교·사회적 신분에 따른 차별은 금지된다. 또한, 인간은 사적자치라는 계약자유 원칙에 의해서 권리·의무의 주체가 되며, 자유롭게 계약내용을 형성한다. 이러한 인간개념은 중세의 신분제에서 근대 시민사회로 자본주의가 강화되면서 성립된 개념으로 민법학에서 전제하는 인간상은 원활한 거래를 위한 평등하고 자유로운 개별적인 존재인 것이다.

물론 민법학의 인간상은 구체적이고 현실적인 인간이 아니라 거래의 안전을 확보하기 위해 제시된 추상적이고 일반화된 개념이다.²⁶⁾ 다만, 근대 시민법으로서 민법학

23) 이들은 푸코의 “사람은 자연적인, 생물학적인 연계능력을 전제로 하지 않는다. 우리는 원칙적으로 주체가 존재한다고 가정할 수도 있고, 주체가 존재하지 않는다고 가정할 수도 있다.”는 푸코의 말을 근거로 제시하기도 한다. Michel Foucault(Michael Bischoff 譯), *Die Wahrheit und die juristische Formen*, 4. Aufl., Suhrkamp Verlag, 2003, S. 21.

24) 김성돈, “전통적 형법이론에 대한 인공지능 기술의 도전”, 『형사법연구』 제30권 제2호, 2018, 99면.

25) 물론 이러한 지적에 대해서 구성주의적 인간개념은 모든 존재를 인간으로 보는 것이 아니라 사회적으로 실재하는 존재만 인간으로 포섭될 수 있다는 점과 실재하는 존재라고 하더라도 기능이 동일해야 한다는 전제요건을 충족해야 한다고 하면서 인간개념의 지나친 확장이 아니냐는 비판을 피해하려고 한다(김성돈, “전통적 형법이론에 대한 인공지능 기술의 도전”, 『형사법연구』 제30권 제2호, 2018, 104면). 그러나 실재성과 기능 중심적 기준을 전제한다고 하더라도 인간개념이 지나치게 확장된다는 비판은 여전히 유효하다. 이러한 기준에 따르면 인간의 특정한 기능을 수행하는 실재하는 로봇도 있을 수 있는데, 이를 인간으로 보아야 하는 의문이 제기될 수 있기 때문이다.

26) 김병규, “법률학에 있어서의 인간상의 변천에 관한 연구”, 『동아논총』 제5호, 1969, 485면. 다만, 공공복리의 원칙의 지위에 대한 논란이 존재한다. 즉, 신의성실, 권리남용금지의 원칙과 함께 공공복리의 원칙이 민법의 최고원리라고 하는 견해(곽윤직, 『민법총칙』, 1998, 64면 ; 김기선, 『한국민법총칙』, 1991, 52~53면)가 있는가 하면, 공공복리를 최고원리로 보는 것은 단체주의적 견지에서 있는 것으로서 현행 민법의 해석상 타당하지 않

의 인간상은 현대에 이르러 일정한 조정을 거친다. 신의성실의 원칙 및 권리남용금지(민법 제2조), 그리고 공공복리의 원칙의 적용이 그것이다.²⁷⁾ 자유로운 개인이라는 민법학의 인간에게 이성과 자율성이 전제되어 있다는 개념이지만 현실적인 인간은 권리능력, 의사능력, 행위능력에 있어 흠결이 존재할 수밖에 없기 때문이다. 따라서 이러한 능력 중 어느 한 가지라도 흠결이 있으면 법률행위의 효력을 제한할 수밖에 없다. 즉, 구체적이고 현실적인 인간의 모습도 고려한 것이다.²⁸⁾

그런데 민법학에 있어 인간상의 변화는 자본주의와 시장경제의 발달로 생물학적인 사람만 권리·의무의 주체로 보는 것에는 한계가 있다는 점에서 출발한다. 자본주의의 총아라고 할 수 있는 기업인 법인에게도 법인격부여를 통해 제한된 범위 내에서 권리능력 주체성을 인정해야 할 필요성이 제기된 것이다. 여기에서 인간상의 인격개념을 재구성하려는 시도가 발생한다. 즉, 인격이란 실제 어떠한 속성을 가지고 있는가의 문제가 아니라 어떠한 속성을 가진 것으로 보느냐라는 인정개념으로 보아야 한다는 견해가 제기되고 있는 것이다.²⁹⁾ 이러한 견해는 원래는 법인에게 인격을 부여하는 데 사용되었지만, 최근에서는 인공지능에게 인격을 부여할 것인가의 문제로 확장되고 있다. 인격을 인정개념으로 보면 반드시 생물학적 인간이 아니더라도 규범을 통해 법인격을 부여하는 것이 가능해지기 때문이다.³⁰⁾

이에 대해서는 인공지능은 도의관념이나 자아의식이 없으므로 법인격을 인정하기는 어렵다는 반론도 있다.³¹⁾ 또한, 법인의 행위는 결국 법인의 대표자 등 자연인에 의해서 현출되는데, 인공지능은 자연인의 행위가 매개되어 있지 않다는 점에서 인공지능의 행위와 생물학적인 인간의 행위를 같은 것으로 포섭하기는 곤란하다는 지적

고, 공공복리는 민법의 기본원리의 지위에 있는 것도 아니며, 헌법상 기본권 제한의 여러 근거 중에 하나일 뿐이라고 하는 견해도 있다. 이러한 견해는 공공복리는 그 자체로 민법에 영향을 미치는 것이 아니라 신의성실의 원칙이나 권리남용금지의 원칙 등을 통해서 간접적인 효력만 존재한다고 한다(송덕수, “우리 민법과 사적 자치”, 『민사법학』 제88호, 2019, 10~11면). 하지만 대한민국헌법은 제37조 제2항에서 기본권제한의 일반원칙을 규정하면서 국민의 모든 자유와 권리를 공공복리를 이유로 법률로 제한할 수 있다고 밝히고 있는데, 사적자치도 국민의 자유와 권리에 포함되는 개념이라는 점에서 역시 공공복리를 이유로 법률로 제한할 수 있다는 점에서 적어도 수정원리의 지위를 갖는다고 보는 것이 타당할 것이다.

27) 김병규, “법률학에 있어서의 인간상의 변천에 관한 연구”, 『동아논총』 제5호, 1969, 492면.

28) 홍성찬, “법질서에 있어서의 인간상의 고찰”, 『사회과학논총』 제1권, 1986, 10면.

29) 목광수, “인공지능 시대에 적합한 인격 개념-인정에 근거한 모델을 중심으로”, 『철학논총』 제90권 제4호, 2017, 191면, 197면.

30) 김혜정, “형법상 인(人) 개념에 대한 재정립-인공지능시스템에 대한 법인격 부여 여부를 중심으로-”, 『경희법학』 제57권 제4호, 2022, 92면. 인격을 인정개념으로 보는 학설은 전자인격에 대한 법인격 확장근거도 법인의 본질에 관한 학설에서 도출이 가능하다고 한다. 즉, 민법학에서는 법인의 실체를 둘러싸고 법인의제설과 법인실제설이 대립하고 있는바, 법인의제설에 따를 경우, 법인격이라는 것은 법률에서 법적으로 의제하는 것이므로 인공지능에게도 법인격 부여는 당연히 정당화된다. 또한, 법인실제설에 따른다고 하더라도 인공지능이 자율성을 가지고 실제로 활동할 수 있다는 점에 착안하여 그러한 실제성은 존재의 현실성을 의미하므로 충분히 법인격을 부여받을 수 있다는 것이다. 신현탁, “인공지능(AI)의 법인격 - 전자인격(Electronic Person) 개념에 관한 소고-”, 『인권과 정의』 제478호, 2018, 54면.

31) 하지만 도의관념이나 자아의식이 없는 법인도 현행법상 법인격이 인정된다는 점에서 이러한 주장은 설득력이 없다고 재반박되기도 한다. 김진우, “인공지능 시스템의 책임능력-전자인 제도의 도입 필요성에 관한 논의를 중심으로-”, 『중앙법학』 제23권 제4호, 2021, 11면.

도 있다.³²⁾ 그러나 인공지능은 자연인의 개입 없이 행위가 이루어진다는 점에서 행위의 자율성이 더욱 강화된 것이고 이는 인공지능에게 법인격을 부여해 책임을 지워야 할 근거라는 견해도 있다.³³⁾

물론 중립적인 입장도 있고, 기존의 민법이론 내에서 해결하려는 시도도 있다. 전자는 단순히 법인격을 의제할 것인지, 법인격을 부여하지 않고 기존의 법인제도를 활용하여 처리해야 하는지 고민해야 한다는 견해이다.³⁴⁾ 후자의 견해는 인공지능이 계약관계에서 어떠한 의사표시를 했다고 하더라도 결국 배후의 인간이 있기 때문에 대리제도의 범위 내에서 처리가능하다는 견해와³⁵⁾ 장차 인공지능이 야기할 손해가 처리해야 할 현실적인 문제라는 점에서 책임재산의 확보는 필요하고 따라서 인공지능을 제한적인 권리주체로 보아 필요한 한도에서만 권리·의무의 주체로 보아야 한다는 주장이 그것이다.³⁶⁾

나아가 입법론적 해결을 시도하는 견해도 있다. 자연인이나 법인도 당연히 권리주체성이 인정되는 것이 아니라 법률에 의해서 법적 지위를 부여받은 것이므로 법인격 논의와는 별개로 법률로 책임을 부여해야 한다는 주장이 제기되는 것이다.³⁷⁾ 심지어 실현되지 않은 미래를 미리 걱정할 필요가 없다는 주장도 있다. 지능폭발 단계에 이를 정도로 강한 고성능의 인공지능이 출현한다면 그때 가서 인공지능에게 제3의 법인격을 인정할 것인지 고민해도 충분하다는 견해³⁸⁾가 그것이다.

다만, 민법학에 있어 논란의 핵심은 인간을 생물학적인 존재로 한정할 것인가와 이성과 자율성을 전제로 하는 의사능력(자유의사)을 인공지능에게도 인정할 것인가로 좁혀지는 듯하다. 앞서 민법학이 인간개념의 지표로 보았던 권리능력이나 행위능력은 인간의 본질적인 측면을 포착하여 부여된 것이라기보다 재산관계 등 생활관계에서 권리·의무의 주체로 활동할 수 있는 능력과 유효한 행위를 할 수 있는 능력(무능력자제도)의 필요성에 따라 규범적으로 인정된 것이기 때문이다.

물론 자연인성과 의사능력(자유의사)을 인간개념의 본질적 기준으로 삼는 것이 타당한가에 대해서는 의문이 있기도 하다. 법인에게도 인격을 부여한 마당에 자연인성만 인간개념의 본질적 특성으로 보기는 어렵다는 반론도 있고, 인공지능도 자율성을 갖춘 이성적 판단이 가능한 상황이 되어가고 있기 때문이다.

그러나 여기에서 당초 민법학이 그렸던 인간상의 기초가 인간의 생활관계를 규율하려고 했던 것이라는 목적을 돌이켜 볼 필요가 있다고 본다. 먹고, 자고, 움직이면

32) 박광민·박민제, “인공지능 로봇의 범죄주체성과 형사책임의 귀속”, 『법학연구』 제20권 제4호, 인하대, 2017, 163면 ; 김성돈, “전통적 형법이론에 대한 인공지능 기술의 도전”, 『형사법연구』 제30권 제2호, 2018, 105면.

33) 김혜정, “형법상 인(人) 개념에 대한 재정립-인공지능시스템에 대한 법인격 부여 여부를 중심으로-”, 『경희법학』 제57권 제4호, 2022, 93면.

34) 이도국, “인공지능(AI)의 민사법적 지위와 책임에 관한 소고”, 『법학논집』 제34권 제4호, 한양대 법학연구소, 2017, 333면.

35) 이상용, “인공지능과 계약법”, 『비교사법』 제23권 제4호, 한국비교사법학회, 2016, 1,665면.

36) 이준기, “인공지능을 가진 로봇의 법적 취급-자율주행자동차 사고의 법적 인식과 책임을 중심으로”, 홍익법학 제17권 제3호, 2016, 9면.

37) 이경규, “인(人)이외의 존재에 대한 법인격 인정과 인공지능 법적 지위에 관한 소고”, 『법학연구』 제21권 제1호, 인하대 법학연구소, 2018, 327면.

38) 이수경, “인공지능 기술에 있어서 법인격 부여와 책임론”, 『재산법연구』 제39권 제1호, 2022, 48~49면 ; 최경진, “지능형 신기술에 대한 민사법적 검토”, 『정보법학』 제19권 제3호, 2015, 43면.

서 발생하는 권리·의무관계 그리고 재산관계는 인간이면 누구나 발생하는 생활관계의 흔적들이다. 민법학은 이러한 생활관계를 질서 있게 규율하려는 목적에서 출발한 것이지만, 어쩌면 이러한 인간의 생활관계는 인간개념의 유효한 구별기준이 될 수도 있기 때문이다. 물론, 과학과 기술의 눈부신 발전으로 생활관계까지 형성하는 인공지능이 등장할 수도 있지만 어쨌거나 작금의 현실에서 인공지능이 먹고, 자고, 움직이지는 않는다는 지적은 인간과 인공지능을 구별할 수 있는 기준이 될 수도 있는 것이다. 생활관계의 규율이라는 민법학의 원초적 목적이 인간개념 구별의 기준이 될 수도 있다는 점은 눈여겨 볼 부분인 것이다.

4. 상법

상법의 궁극적 목적은 상사(商事)관계에 있어 거래의 안전과 원활이다. 따라서 이러한 거래를 할 수 있는 합리적인 인간상이 필요한데, 이에 부합하는 것이 자본주의의 이념에 따라 자신의 이익을 계산할 수 있는 능력을 갖춘 합리적 상인이다. 그리고 상인은 시간과 공간의 제약 없이 거래의 능력을 갖추어야 한다. 언제 어디서나 거래가 보장되어야 하기 때문이다. 따라서 개인적 특수성이나 개별적 특성은 상인의 조건에서 배제된다.³⁹⁾ 이러한 점에서 상인은 구체적이고 현실적인 인간을 의미하는 것이 아니라 추상적이고 일반화된 개념이다. 즉, 상법상 상인개념은 구체적이고 현실적인 인간이 갖는 개인차를 배제하고, 동일한 재산적 신용을 가지고 상거래를 하는 사람이면 모두 같게 균일하게 바라보는 것이다.⁴⁰⁾

상법이 이렇게 구체적이고 현실적인 인간상을 배제하는 이유는 상법이 다루는 법률관계의 성격과도 관련이 있다. 민법의 물권관계나 친족관계 등은 개인적 소유와 개인들간의 인간관계로 얽혀 있으므로 개인적 특성이 고려될 수밖에 없으나, 상거래 관계상 어음수표 등 유가증권에서 발생하는 채권관계는 법률기술로 새롭게 창조한 것으로 구체적인 발생 원인과는 분리된 고도로 추상화된 관계이기 때문이다.⁴¹⁾

하지만 상법상 상인이 구체적이고 현실적인 개성이 배제된 인간이지만, 원칙적으로는 생물학적인 인간을 의미한다. 물론, 상법은 법인도 당연상인(제4조)과 의제상인(제5조)의 요건을 갖춘 경우에는 상인의 자격을 취득할 수 있도록 하고 있다.⁴²⁾ 이는 상인이 기업의 거래를 처리하는 주체이며, 법률관계의 당사자를 의미하므로 상인능력을 갖추었다면 굳이 생물학적 인간에 한정할 필요는 없고, 법인에게도 상인의 지위를 부여하는 것이 오히려 상사관계의 원활한 처리라는 상법의 이념과 목적에 부합하기 때문이다. 이러한 측면에서 상법상 인간개념은 법률규정을 통해 개념적 확장이 되어 있는 셈이다.

그런데 최근에는 이러한 상법상 인간상이 더욱 확장되어야 하는 것이 아닌가라는

39) 홍성찬, “법질서에 있어서의 인간상의 고찰”, 『사회과학논총』 제1권, 1986, 11면 ; 김병규, “법률학에 있어서의 인간상의 변천에 관한 연구”, 『동아논총』 제5호, 1969, 519면.

40) 상인은 합목적적 활동을 전제하는 인간이기 때문에 후견도 받을 필요가 없는 인간이다. 김병규, “법률학에 있어서의 인간상의 변천에 관한 연구”, 『동아논총』 제5호, 1969, 520면.

41) 김병규, “법률학에 있어서의 인간상의 변천에 관한 연구”, 『동아논총』 제5호, 1969, 519면.

42) 김현우·오태곤, “인공지능로봇의 상법상 상인개념의 적용 가능성에 관한 연구”, 『인문사회21』 제10권 제3호, 2019, 1,651면.

논란이 일고 있다. 즉, 인공지능에게 상인의 지위를 부여할 것인지의 논의가 촉발되고 있는 것이다.⁴³⁾ 인간과 유사한 자율성과 합리성을 지닌 인공지능이 출현하고 있고, 인공지능이 생물학적인 인간인 상인 못지않게 자본주의적 손익관계를 합리적으로 계산하며 상행위를 할 수 있기 때문이다.⁴⁴⁾ 만약 인공지능에게 독립된 상법상의 법인격을 부여한다면 인공지능은 독자적인 권리능력을 갖게 된다.⁴⁵⁾

이에 대해 긍정적인 입장은 현대적 기업은 자연인을 전제로 한 사람의 단체로 보는 것이 아니라 생산체제로서 자본, 노동, 경영의 결합체라고 보아야 하는데, 인공지능도 자본을 소유하고 노동관계를 설정하고 영업능력과 경영능력이 인정될 수 있으므로 권리와 의무의 귀속주체가 될 수 있고 따라서 상인이 될 수 있다고 한다.⁴⁶⁾

반면 부정적인 입장은 상기업에서 노사관계는 신뢰와 이해를 바탕으로 하는 인간적인 측면이 중요한데 인공지능은 이러한 측면이 부족하므로 고용관계가 불안해 질 우려가 있다고 비판한다.⁴⁷⁾

이러한 논란에서 더 나아가 인공지능의 무한책임사원·유한책임사원·이사·감사 수행 여부,⁴⁸⁾ 주주총회나 경영진의 결정에 인공지능 참여 여부,⁴⁹⁾ 인공지능으로 소수의 경영진에 대한 견제를 할 수 있는지 여부⁵⁰⁾ 등 인공지능의 법인격 확장을 전제로 한 논의들이 활발하다. 물론 상법에서 이러한 논의가 제기되는 근본적 이유는 상거

43) 유럽의회는 2017.2.16. 로봇분야의 윤기기준 및 무인자동차의 사고와 관련한 법적 책임을 촉구하는 결의안(Civil Law Rules on Robotics)을 결의하였는데, 이 결의안에는 전자인(electronics person)과 전자인격(electronic personality)이라는 개념을 사용했으며, 이들에 대한 구체적인 법적 지위의 마련을 요청하고 있다. The European Parliament, European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, February 16, 2017, article 59 f) “creating a specific legal status for robots in the long run, so that at least the most sophisticated autonomous robots could be established as having the status of electronic persons responsible for making good any damage they may cause, and possibly applying electronic personality to cases where robots make autonomous decisions or otherwise interact with third parties independently”

44) 지급결제 분야에 있어서는 이미 인공지능의 역할을 전제하지 않고는 상행위를 할 수 없는 지경이라고 한다. 김선광, “인공지능의 상행위능력과 법인격”, 『지급결제학회지』 제13권 제1호, 한국지급결제학회, 2021, 298면.

45) 이를테면, 경제주체들을 대상으로 인공지능의 정의와 계산으로 계약을 체결할 수도 있고, 인공지능을 만든 사람들과는 구별되는 독립재산을 가질 수도 있으며, 인공지능을 만든 사람이라도 임의로 인공지능이 형성한 자산을 회수할 수도 없게 된다. 김선광, “인공지능의 상행위능력과 법인격”, 『지급결제학회지』 제13권 제1호, 한국지급결제학회, 2021, 295면.

46) 이성웅, “상법상 인공지능기업의 상사적격에 관한 소고”, 『법조』 제67권 제2호, 2018, 279~280면.

47) 김현우·오테곤, “인공지능로봇의 상법상 상인개념의 적용 가능성에 관한 연구”, 『인문사회21』 제10권 제3호, 2019, 1,653면.

48) 지배인도 인공지능이 될 수 있는가라는 논의가 있으나, 지배인은 직접 의사표시를 하고 상대방의 의사표시를 수령해야 하므로 자연인이어야 한다는데에 학설은 일치한다고 한다. 김선광, “인공지능의 상행위능력과 법인격”, 『지급결제학회지』 제13권 제1호, 한국지급결제학회, 2021, 300면. 다만, 이러한 학설의 입장은 인공지능에게 의사능력을 인정하지 않는 전제에서 출발하지만 인공지능에게 의사능력을 인정한다면 지배인이 될 수 있는 가능성도 있다.

49) 성승제·정규, “인공지능과 회사법의 법정책에 대한 검토”, 『법과 정책연구』 제25집 제4호, 2025, 251~258면. 특히, 이 논문은 법인이사의 가능성을 전제로 인공지능이 법인이사로 참여할 수 있는지를 논의하고 있다.

50) 김선광, “인공지능의 상행위능력과 법인격”, 『지급결제학회지』 제13권 제1호, 한국지급결제학회, 2021, 302면.

래에서 인공지능이 가져올 규제완화 때문이다. 즉, 인공지능의 사용확대는 자연인과 법인에게 주로 의지했던 전통적인 상거래 문턱을 영세기업이나 개인들에게도 완화해 줄 수 있기 때문이다.⁵¹⁾

따라서 상법상의 인간의 변화여부는 원활하고, 보다 수익성이 높고, 편리하며, 객관적이고 투명하게 될 수 있느냐는 논의에 집중되어 있는 것으로 보인다. 다만, 상법학에서도 여전히 자연인과 인공지능의 구별기준으로서 인간의 생물학적인 특성이 거론되기는 한다. 즉, 자연인과는 달리 인공지능은 출생과 사망이 생물학적으로 결정되지 않는다는 특징에 주목하는 것이다.⁵²⁾ 나아가 생물학적인 인간이면 누구나 하는 먹고, 자고, 움직이는 생체활동이 인공지능에게는 포착되지 않는다는 점도 인간과 인공지능의 구별기준으로 작동할 수 있는 것이다.

5. 노동법

노동법의 인간상은 인간을 평등하고 자유로운 개별적 존재로 바라보는 근대 시민법의 인간상에 대한 반성적 고려의 결과물이다. 즉, 근대 시민법, 특히 민법에서는 자본주의의 발달에 따라 자유의사를 가진 평등한 계약의 주체로서 개인을 주목했지만,⁵³⁾ 자본주의적 생산관계에서 노동되는 현실은 모순적이고 기만적인 부분도 존재했다. 자유롭고 평등한 주체로서 상정된 노동자가 자본가와 노동력을 거래했지만, 생산수단을 독점한 자본가는 경제적으로 우월적 지위를 이용해 노동계약을 일방적으로 유리하게 맺었고, 잉여생산가치를 더욱 축적해 나갔다. 그 결과 경제적 격차는 벌어지고 불평등이 심화되었던 것이다.

나아가 과학과 기술의 발전에 따라 자본가가 소유한 생산수단은 한층 고도화되고 기계화되어 인간의 노동력을 대체해 갔다. 그리고 노동자의 노동력은 상대적으로 더 저렴해져, 생존하기도 어려운 지경에 빠지게 되었다.⁵⁴⁾ 결국 자본가와 노동자의 경제적 격차는 사회·문화·정치적 지위의 차이로도 이어져 계급화·계층화되었으며 심각한 사회적 갈등을 야기했다.

근대 시민법의 노동계약은 자유롭고 평등한 위치와 지위를 전제로 성립된 것이었으나 그 전제는 허상이 되었기 때문에 민법, 즉 시민법의 원리는 근본적인 수정이 필요하게 되었다. 이 과정에서 발생한 것이 노동법이다. 따라서 노동법은 근대 시민법이 상정한 자유롭고 평등한 개별적 주체로서 추상적 인간이 아니라 예측되고 불평등한 노동관계라는 구체적이고 현실적인 노동자의 모습을 전제로 한다.

51) 스마트 컨트랙트(Smart Contract)를 통해 거대한 계약검토조직이나 정보가 없더라도 개인 사업자나 영세 중소기업이 인공지능을 통해 손쉽게 자동계약을 체결한다거나, 위탁매매에 인공지능을 사용하여 적정한 가격에 매도와 매수를 한다거나, 인공지능이 비영리 사단법인이나 재단법인의 설립목적에 부합하게 수익사업을 한다면 거주장스러운 조직이나 규제의 발목에서 벗어날 수 있는 것이다. 김선광, “인공지능의 상행위능력과 법인격”, 『지급결제학회지』 제13권 제1호, 한국지급결제학회, 2021, 300~301면.

52) 김선광, “인공지능의 상행위능력과 법인격”, 『지급결제학회지』 제13권 제1호, 한국지급결제학회, 2021, 299면.

53) 김병규, “법률학에 있어서의 인간상의 변천에 관한 연구”, 『동아논총』 제5호, 1969, 496면.

54) 김병규, “법률학에 있어서의 인간상의 변천에 관한 연구”, 『동아논총』 제5호, 1969, 497면.

즉, 노동법이 전제하는 인간상은 근본적으로 불평등한 인간상이다.⁵⁵⁾ 불평등한 인간상은 인간의 부정적인 측면에 주목하기 때문에 노동법은 인간을 도덕적, 윤리적인 존재가 아니라 오직 자본주의적 계산에 따라 행동하는 비도덕적이고 비윤리적인 존재로 전제한다.

그런데 노동법에서도 인간상의 변화가능성이 제기되고 있다. 즉, 인공지능이 노무관리에 개입하고 있는바, 이것이 노동법상 인간상에 일정한 영향을 미치고 있다. 즉, 채용, 업무계획, 승진, 해고 등 전통적으로 인간 관리자에 의해서 이루어지던 노무관리가 알고리즘에 기반 한 인공지능에 의해 이루어지고 있는 것이다.⁵⁶⁾

인공지능에 의한 노무관리를 긍정적으로 바라보는 입장은 생각의 차이와 편견에 지배되는 인간의 노무관리와는 다르게 인공지능이 오류를 줄일 수 있다고 본다.⁵⁷⁾ 즉, 인공지능이 인간이 가진 편견을 양적으로 계량화할 수 있고, 적절하게 규제된 투명한 알고리즘을 활용한다면, 기존의 노동시장에 만연해 있는 불평등을 완화할 수 있다는 것이다.⁵⁸⁾

반면, 부정적인 입장은 인공지능이 차별적인 과거의 데이터를 기반으로 알고리즘을 운영할 경우, 오히려 성별, 연령, 인종, 사회적 계급 등과 관련된 편견이 강화될 수 있다고 비판한다.⁵⁹⁾ 특히, 인공지능이 채용기준과 절차를 자율적으로 적용할 경우, 인간이 개입할 수 없으므로 그 기준과 절차가 어떻게 이루어지는지 알 수 없는 데, 그러한 불투명한 과정에 따라 채용결과가 도출될 경우 차별을 야기할 수 있다는 것이다.⁶⁰⁾ 생물학적인 인간들의 직업선택의 자유라든지 평등권침해의 문제가 발생할 수 있는 것이다.

인공지능에 의한 노무관리의 확대는 정확히 말하면 인간개념의 확대라기보다는 노무관리 주체의 확장이라고 보아야 할 것이다. 그런 점에서 노무관리에 있어 인공지능의 개입은 기존의 종속적이고 불평등한 노동관계를 더욱 심화시킬 수 있다. 즉, 인공지능은 막대한 정보처리능력을 바탕으로 더욱 세밀하고 양적으로 방대하게 노동자의 활동을 감시할 수 있는데, 직무와 관련된 행동뿐만 아니라 직무와 무관한 행동까지 모니터링의 대상에 포함시킬 수 있기 때문이다. 그렇게 되면 기업에 대한 노동자의 종속은 더욱 강화된다.⁶¹⁾

결국 인공지능이 기업의 이해관계에 정향되어 노무관리를 함으로써 기존의 인간 대 인간의 관계보다 더 비인간적이고 기계적 합리성만을 추구하여 노사관계에 있어

55) 김병규, “법률학에 있어서의 인간상의 변천에 관한 연구”, 『동아논총』 제5호, 1969, 499면.

56) 권오성, “인공지능 기술이 근로관계에 미치는 영향과 노동법적 대응 방안”, 『KISDI AI Outlook』 제21호, 2025, 6면.

57) Aneesh, A., Global labor: Algoratic modes of organization. Sociological Theory 27(4), 2009, p.347 - 370.

58) Siddique, H., Minority ethnic Britons face ‘shocking’ job discrimination, The Guardian, 17 January 2019.

59) Ajunwa, I., The paradox of automation as antibias intervention, Cardozo Law Review 41(5), 2020, p.1671~1742. 물론 이러한 인공지능의 편향적 기준에 따른 노무관리는 헌법상 평등권 침해이기도 하다. 박혜란, “인공지능 기술의 기본권 침해 대응 방안 연구”, 『성균관법학』 제36권 제3호, 2024, 69면.

60) 김예진, “채용절차에 있어서 인공지능의 차별 문제-미국과 한국의 비교를 중심으로-”, 『노동법연구』 제55호, 서울대학교 노동법연구회, 2023, 85~126면.

61) 권오성, “인공지능 기술이 근로관계에 미치는 영향과 노동법적 대응 방안”, 『KISDI AI Outlook』 제21호, 2025, 6~8면.

인간적 측면은 배제된다. 반면 지배와 통제에 따른 기업의 책임은 오히려 약화된다. 노무관리에 있어 문제가 발생할 경우 인공지능의 탓으로 돌림으로써 인공지능 배후에 있는 기업과 사용자는 책임에서 빠져나갈 수 있기 때문이다.⁶²⁾

만약 인공지능이 기존의 생물학적인 사용자와 노동자라는 노동관계에 강화된 관리·감독의 주체로 등장한다면 기존의 불평등하고 부정적인 노동법상의 인간상은 더욱 강화될 것이다. 이는 현대의 노동법적 인간상이 근대적 시민법의 인간상의 문제점을 애써 수정한 것인데, 인공지능으로 인하여 더욱 중속적이고 불평등한 인간상으로 후퇴하게 된다는 것을 의미한다.

반면에 인공지능이 기존의 인간 노무관리자의 편견과 비합리성을 제거하고 평등한 노사관계를 강화하는 수단으로 사용된다면 노동법상의 인간상은 근본적인 변화에 직면하게 될 것이다. 지배와 감독을 강화하는 새로운 사용자의 등장이나 아니면 적대적이고 부정적인 노사관계를 완화하고 협력적인 관계로 변화시키는 게임체인저의 등장이나는 노동법에 있어 인간상과 인간개념의 변화의 변곡점이 될 것이다.

III. 규범학 이외의 영역의 인간상 검토

1. 인문학(철학·윤리학·신학)

철학, 윤리학, 신학 등 인문학에서 바라보는 인간상도 일치하지는 않는다. 다만, 인간은 이성과 자율성을 보유하고, 생물학적으로 인간종의 외형을 가진 존재를 인간으로 지칭해 왔다는 공통점은 있다.

그러나 이러한 인간이해는 과학과 기술의 급격한 발전에 따른 도전에 직면하고 있다. 인간의 물리적 한계를 넘어설 수 있는 융합기술(NBIC⁶³⁾)의 발전, 뇌와 컴퓨터를 연결하는 인터페이스 기술, 인공지능의 발전은 종래 인간의 본질로 여겼던 사고, 감정, 자율성이 과연 인간의 전유물이 맞는지에 근본적인 의문을 던지고 있기 때문이다.⁶⁴⁾

이러한 시대적 상황에 따라 인간에 대한 전통적인 이해를 넘어 인간상에 대한 새로운 접근을 하려는 시도들이 있다. 그 중에서 트랜스휴머니즘, 포스트휴머니즘, 그리고 존재론적 인격주의가 큰 흐름을 형성해 왔는데,⁶⁵⁾ 여기에서는 이들 세 인간상을 중심으로 인문학적 인간상의 이해와 변화에 대해서 간략하게 살펴보기로 한다.

우선 트랜스휴머니즘은 인간을 물리적, 심리적으로 향상 가능한 미완성의 존재로 본다. 그래서 과학적 기술을 통해 인간의 능력이 향상 가능하며 이러한 향상을 통해 인간은 새로운 존재가 될 수 있다고 주장한다.⁶⁶⁾ 동 사상은 개인의 자유로운 선택에

62) 권오성, “인공지능 기술이 근로관계에 미치는 영향과 노동법적 대응 방안”, 『KISDI AI Outlook』 제21호, 2025, 10면.

63) Nano(나노기술), Bio(생명공학), Info(정보), Cogno(인지과학)의 융합을 의미한다.

64) 하영숙·구영모, “인공지능 시대의 인간 이해-트랜스휴머니즘, 포스트휴머니즘, 존재론적 인격주의 비교연구-”, 『인간연구』 제57호, 가톨릭대학교 인간연구소, 2025, 101~102면.

65) 하영숙·구영모, “인공지능 시대의 인간 이해-트랜스휴머니즘, 포스트휴머니즘, 존재론적 인격주의 비교연구-”, 『인간연구』 제57호, 가톨릭대학교 인간연구소, 2025, 130~131면.

66) Janina Loh(조창오 譯), 『트랜스휴머니즘과 포스트휴머니즘』, 2021, 26~43면.

따라 유전자 편집, 신체 개조, 인공지능의 결합 등 인간개조가 가능하다고 보는데, 인간을 완성된 존재가 아닌 재설계의 주체(subject of self-redesign)로 바라본다.⁶⁷⁾

포스트휴머니즘의 인간상도 과학과 기술의 발전이 그 기저에 있다는 점은 트랜스휴머니즘과 동일하다. 다만, 포스트휴머니즘은 인간과 자연을 분리하고 인간중심으로 바라보는 세계관을 비판한다. 동 사상은 인간과 비인간, 생명과 비생명, 물질과 정보가 상호 얽혀 상호 의존적으로 존재하는 관계적 측면을 주목한다.⁶⁸⁾ 이러한 입장에 따르면 인간의 주변의 환경과의 관계 속에서만 존재하며 의미를 갖는다. 따라서 상호교류 속에서의 형성된 관계가 인간의 본질이 된다. 관계에서 자신의 본질을 깨닫게 되므로 초월적이고 절대적인 것보다 한계성과 상대성, 그리고 성찰과 공존이 이 인간상의 화두이다.⁶⁹⁾

존재론적 인격주의는 신학적 접근이 바탕이다. 이 견해는 인간은 존재 자체로 인격을 가진 실체로서 인간의 존엄은 사회적 지위나 기능에 따라 부여되는 것이 아니라 존재한다는 사실 자체에서 나온다고 주장한다.⁷⁰⁾ 나아가 존재론적 인격주의는 인간은 자율성에 의해 형성되는 것이지만 동시에 타자와 공동체, 그리고 하느님과의 관계 속에서 완성된다고 주장한다.⁷¹⁾ 즉, 인간은 관계성의 존재라는 것이다. 이 견해는 인간의 존엄성은 절대적이라고 신학적으로 확신한다는 점, 인공지능과는 달리 인간은 존재의 의미를 묻는다는 점, 인간은 자율성에 상응하는 책임을 진다는 점을 강조한다.⁷²⁾

트랜스휴머니즘, 포스트휴머니즘, 그리고 존재론적 인격주의는 각각 인간향상, 상대적이고 관계적인 인간, 인간존엄에 대한 신학적 확신이라는 특징이 있다. 하지만, 과학과 기술 특히 인공지능의 등장에 따라 기존의 인간상을 다시 살펴보았다는 점은

67) 이종관, 『포스트휴먼이 온다: 인간 이후의 인간학』, 2017, 38면.

68) Janina Loh(조창오 譯), 『트랜스휴머니즘과 포스트휴머니즘』, 2021, 109~114면, 152~153면.

69) 하영숙·구영모, “인공지능 시대의 인간 이해-트랜스휴머니즘, 포스트휴머니즘, 존재론적 인격주의 비교연구-”, 『인간연구』 제57호, 가톨릭대학교 인간연구소, 2025, 117~118면. 다만, 동 논문에서는 포스트휴머니즘을 기술적 포스트휴머니즘과 비판적 포스트휴머니즘으로 구분한다. 즉, 기술적 포스트휴머니즘은 과학기술의 진보를 통해 인간의 유한성을 극복하고 향상되어야 할 프로젝트로서 완전성과 효율성, 최적화를 지향하는 초월적 존재로 본다(Nick Bostrom, Why I Want to Be a Posthuman When I Grow Up, in Medical Enhancement and Posthumanity, ed. Bert Gordijn and Ruth Chadwick, Springer, 2008, p.107~137.). 그리고 비판적 포스트휴머니즘은 이러한 기술적 포스트휴머니즘의 초월적 인간상을 비판하며, 인간은 초월적 주체라기보다는 다양성과 관계성을 중요시하는 유목적 주체(nomadic subject)라고 본다. 타자와의 관계속에서 끊임없이 변화하고 이동하는 것인 인간성의 본질이라는 것이다(Rosi Braidotti, The Posthuman, Cambridge: Polity Press, 2013, p.1~54.). 다만 필자가 보기에 기술적 포스트휴머니즘은 하영숙·구영모의 논문이 “인간상은 불멸에 대한 의지, 자기 설계의 자유, 완전성의 실현을 추구하며, 신체적 취약성과 감정적 불안정성을 결합으로 간주한다. 기술은 인간을 ‘수정 가능한 프로젝트’로 만들며, 향상은 곧 인간성의 완성으로 이해된다.”고 그 특성을 지적했듯이 앞서 설명한 트랜스휴머니즘의 인간상과 거의 대동소이하다. 따라서 본 논문에서는 기술적 포스트휴머니즘은 트랜스휴머니즘으로 분류하여 다루도록 한다.

70) Elio Sgreccia(정재우 譯), 『생명윤리의 이해1』, 가톨릭출판사, 2016, 132~137면.

71) 홍석영, “현대의 철학적 인간학: 인격주의를 중심으로”, 『가톨릭 신학과 사상』 제62호, 2008, 85~114면.

72) Dicastery for the doctrine of the faith·Dicastery for culture and education, Antium et Nova-Note on the Relationship Between Artificial Intelligence and Human Intelligence, Libreria Editrice Vaticana, 2025.

공통적이다. 또한, 이 세 사상은 인간의 자율성(자유의지)을 인간의 본질적 속성으로 보고 있다는 점에서 모두 같다.⁷³⁾

다만, 인공지능이 고도의 자율성을 획득해나가고 있다는 점에서 자율성을 인간만이 가진 개념 본질적 지표라고 보기에 어려운 상황이 되어 가고 있다. 여기에서 트랜스휴머니즘이나 포스트휴머니즘이 인간을 불완전한 존재로 바라보는 관점에 주목할 필요가 있다. 즉, 인간은 불완전하기 때문에 그 자체로서 존재의 의미가 완성되는 것이 아니라 주변과의 관계를 통해 인간개념을 형성한다는 인간이해가 인간의 본질을 설명할 수도 있다는 것이다. 나아가 존재론적 인격주의에서 자율성에 상응하여 책임을 지는 인간의 모습에서도 인간과 인간이외의 존재를 구분하는 기준을 도출할 수도 있다. 요컨대, 인간이란 불완전한 존재로서 주변관의 관계를 통하여 존재의 의미를 완성해가며, 자율성을 바탕으로 행동 하지만 그 행동과 행동의 결과에 대해 책임도 지는 존재라고 본다면 인간을 다른 존재와의 구별하는 기준이 될 수도 있는 것이다.

2. 역사학 및 인류학

역사학 및 인류학의 인간상 논의는 인간의 전반적인 측면보다는 인간의 특정한 성향에 대한 관찰에 초점이 맞추어져 있는 것으로 보인다. 즉, 인간이 폭력적·호전적인가 아니면 평화적·협력적인가가 이 학문의 주요한 관심사인 것이다.

이 학문들의 인간관찰은 인간이 수렵채집을 하고 살았던 선사시대, 농작물을 재배하고 가축을 기른 농경시대 그리고 산업화를 이룬 현대에 걸쳐 있는데, 1970년대까지만 해도 역사학이나 인류학은 대체로 선사시대의 수렵채집인은 매우 평화적이고 협력적인 사람들로 간주했다. 물론 현대적인 인간이 출현한 것이 4만~5만 년 전이고, 이 시기에 인간의 행동에 대한 기록은 전무하므로 인간 본성을 판단할 실증적인 증거가 있는 것은 아니다. 하지만 거주특성과 행동학적 추론으로 수렵 채집인들의 본성을 예상하였는데, 수렵채집인들은 유동성을 바탕으로 갈등이 있더라도 분쟁지역에서 비분쟁지역으로 이동하면 분쟁을 피할 수 있으므로, 이를 통해 개인 간 또는 집단 간 폭력을 예방할 수 있어 수렵채집인들은 평화적이고 협력적이라고 판단했던 것이다.⁷⁴⁾

하지만 적지 않은 선사 부족시대 유물과 화석에서 전쟁과 같은 폭력으로 인한 사망의 증거가 발견되면서 오히려 수렵채집인들이 호전적이고 폭력적이라는 견해가 나타났다.⁷⁵⁾ 그리고 현재 수렵채집 부족의 폭력성이 근대 서구의 전쟁사망자 비율

73) 하영숙·구영모, “인공지능 시대의 인간 이해-트랜스휴머니즘, 포스트휴머니즘, 존재론적 인격주의 비교연구-”, 『인간연구』 제57호, 가톨릭대학교 인간연구소, 2025, 130~131면,

74) 로버트 M. 새폴스키(김명남 譯), 『행동(Behave)』, 2024, 388면.

75) L. Keeley, War Before Civilization: The Myth of the Peaceful Savage, Oxford: Oxford University Press, 1996 ; S. Pinker, The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined, New York: Penguin, 2011. 물론 Keeley와 Pinker의 이러한 발견과 분석에 대한 이견도 많이 존재한다. 대표적으로는 D. Fry(ed.), War Peace, and Human Nature: The Convergence of Evolutionary and Cultural Views, Oxford: Oxford University Press, 2015. 특히, 이 책의 R. Ferguson, "Pinker's List: Exaggerating Prehistoric War Morality," p. 112 ; R. Sussman, "Why the Legend of the Killer Ape Never Dies : The Enduring Power of Cultural Beliefs to Distort Our View of Human Nature, p. 92 ; R.

(15%)보다 높게 나타났다는 점⁷⁶⁾도 과거의 수렵 채집인들의 폭력성의 근거로 제시되기도 한다.

물론 인간의 폭력적 성향은 수렵채집생활뿐만 아니라 농경생활에서도 나타난다. 즉, 인간은 약 1만 2천 년 전 농경사회에 접어들면서 체계적 농업과 목축을 통해 잉여생산이 발생하고 이것이 상속되면서 점차 인간 사이의 부의 불평등이 발생했는데, 그러한 불평등은 소유를 둘러싼 갈등과 반목을 야기하면서 폭력과 분쟁으로 이어졌다는 것이다.⁷⁷⁾

학자에 따라서는 인간의 폭력성을 영장류와 인간을 비교 관찰함으로써 입증하려는 경우도 있다.⁷⁸⁾ 인간과 기원을 함께하는 비인간 영장류(예컨대 침팬지)의 폭력성을 연구함으로써 초기 인간의 행동을 유추하려는 것이 그것이다.

다만, 인간의 생활흔적을 통해 인간의 본성을 탐구하려는 역사학 또는 인류학의 접근방법은 일부의 특성을 인간의 본질로 치환했다는 비판에서 자유롭기는 어렵다. 무엇보다 인간이 폭력을 사용한 것이 사실이라고 해도 몇 개의 역사적 증거로 인간의 본성을 폭력적이라고 단정하기는 어렵다.

게다가 인간의 폭력성은 특정한 생산양식(수렵채집, 농경, 근대 산업사회, 현대 정보화 사회 등)에 따라 수렴되는 속성이라기보다는 문화적, 사회적 환경 다시 말해 맥락과 상황에 따라 무수히 많은 예외와 불일치가 존재한다는 점에서 이를 하나의 일반적이고 보편적인 인간상으로 연결짓기는 무리이다.

다만, 인간의 본성에 대한 역사학 또는 인류학의 접근방식에서 눈여겨 보아야 할 부분도 있다. 역사학이나 인류학적 접근이 주로 인간의 생활양식에 초점을 맞추면서 복잡하고 다양한 상황에 따른 행동이나 대응방식을 주목하는데, 이 과정에서 인간의 맥락의존성이 드러난다는 점이다. 물론 인공지능도 인간의 생활양식을 학습할 수 있고, 그에 따라 맥락의존적으로 판단할 수도 있다.

하지만 인간은 과거의 생활양식에만 의존하지 않는다. 즉, 과거와는 전혀 다른 환경이나 맥락이 닥쳐도 그에 부응하여 생활과 행동을 한다. 반면 인공지능은 그런 측면에서 한계가 있다. 세상에서 전기가 사라진다고 해도 인간은 이에 적응하여 지금까지와는 다른 모습으로 생존할 것이다. 하지만 인공지능에게는 그것은 종말을 의미할 뿐이다. 이러한 점에서 인간의 맥락의존성은 인공지능과는 다른 창조성이라는 특성이 있다는 점을 주목해야 한다.

Kelly, "From the Peaceful to the Warlike : Ethnographic and Archeological Insights into Hunter-Gatherer Warfare and Homicide, p.151을 참조,

76) 로버트 M. 새폴스키(김명남 譯), 『행동(Behave)』, 2024, 390면. 물론 이에 대한 비판도 존재한다. R. B. Lee, Hunter-Gatherers on the Best-Seller List: Steven Pinker and the 'Bellicose School's' Treatment of Forager Violence, *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research* 6, 2014, p. 216; M. Guenther, War and Peace Among Kalahari San, *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research* 6, 2014, p. 229; D. P. Fry and P. Söderberg, Myths About Hunter-Gatherers Redux : Nomadic Forager War and Peace, *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research* 6, 2014, p. 55; R. Kelley, *Warless Societies and the Evolution of War*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000.

77) 로버트 M. 새폴스키(김명남 譯), 『행동(Behave)』, 2024, 355면, 397면.

78) K. Lorenz, *On Aggression*, MFJ Books, 1997 ; R. Ardrey, *The Territorial Imperative: A Personal Inquiry into the Animal Origins of Property and Nations*, Delta Books, 1966 ; R. Wrangham and D. Peterson, *Demonic Males: Apes and the Origin of Human Violence*, Boston: Houghton Mifflin, 1996. 이에 대한 비판은 로버트 M. 새폴스키(김명남 譯), 『행동(Behave)』, 2024, 386면

3. 생물학 및 신경과학

규범학 이외의 영역에서 인간상 논의는 신경과학 분야가 주목할 만하다. 현존하는 가장 주목받는 신경과학자로 알려진 로버트 새폴스키(Robert Morris Sapolsky)는 인간의 행위 또는 행위의 결과가 어떻게 야기되는지 생물학의 여러 주장들을 검토하면서, 규범학에서 말하는 행위과 행위의 결과에 대한 원인분석에 대한 타당성에 대해서도 언급한다. 즉, 규범학에서 말하는 행위와 행위의 결과에 대한 원인 그리고 그 행위와 결과를 어떻게 책임지울 수 있는지에 대한 논의의 근거에는 인간의 자유의지가 있다.⁷⁹⁾ 그러나 새폴스키는 인간의 행위과 그 결과에 대한 근본원인을 인간의 자유의지에서 찾는 기존의 규범학의 태도에 매우 비판적이다.

즉, 새폴스키는 대부분의 생물학자나 신경과학자들 그러하듯이 인간에게 자유의지란 없다고 주장한다.⁸⁰⁾ 인간의 행위와 그 결과는 자유의지의 소산이 아니라 생물학적인 원인과 작동기계에 의해 결정되는 것일 뿐이라고 한다.⁸¹⁾ 새폴스키는 오늘날 완벽한 자유의지를 믿는 사람은 규범학에서조차 존재하지 않는다고 비판하면서 규범학이 정신병을 가진 심신장애나 미성년자와 같은 책임무능력자를 인정하고 있다는 점을 그 근거로 제시한다.⁸²⁾

나아가 완벽한 자유의지란 없지만 그렇다고 자유의지가 아예 없는 것은 아니고, 생물학적 원인관계 및 작동기제와 병존한다는 절충적 견해⁸³⁾도 비판한다. 즉, 인간의 자유의지 부재를 과학적으로 완벽하게 증명하는 것이 현재로서는 어렵지만,⁸⁴⁾ 그렇다고 인간의 자유의지가 있다는 것이 반증되지는 않는다는 것이다. 인간의 행위는 다양한 원인에 기인하는 다인자성(multifactorial)을 갖는데, 아직 현대과학이 미흡하여 그러한 다양한 원인과 작동기제를 모두 증명하지 못하여 어떠한 생물학적 원인과

79) 로버트 M. 새폴스키(김명남 譯), 『행동(Behave)』, 2024, 703~740면.

80) 새폴스키는 그러한 견해를 지지하는 사람은 거의 존재하지 않는다고 한다. 로버트 M. 새폴스키(김명남 譯), 『행동(Behave)』, 2024, 708면.

81) 학자에 따라서는 인간의 자유의지를 부인하지만 인간의 행동을 결정하는 것은 생물학적 원인이 아니라 사회적 원인 때문이라고 주장하는 사람도 있다(Michael S. Gazzaniga, Free Will is an Illusion, but You are responsible for your actions, the Chronicle of Higher Educations, the Review, March 18. 2012 ; Michael S. Gazzaniga, Who's in charge? : Free will and the science of the Brain, New York : Ecco, 2012). 다만, 새폴스키는 이러한 주장도 인간의 자유의지를 긍정하는 것과 다를 바 없고, 사회학적인 원인도 결국은 생물학적 원인이 만들어낸 산물이라고 비판한다. 로버트 M. 새폴스키(김명남 譯), 『행동(Behave)』, 2024, 716면.

82) 영미의 맥노튼 규칙이나 형법상(제10조) 심신장애나 심신미약자에 대한 책임감면규정이 바로 이러한 예이다. 로버트 M. 새폴스키(김명남 譯), 『행동(Behave)』, 2024, 709면.

83) 이런 주장에 대해 새폴스키는 영혼이나 정신이 분명히 존재하고 생물학적 원인과 공존하면서 인간의 행동을 결정한다는 점에서 자유론적 이원론이라고도 한다. 이러한 절충적 견해를 주장하는 사람은 Stephen J. Morse, Neuroscience and the Future of Personhood and Responsibility, in Constitution 3.0 : Freedom and Technological Change, ed. J. Rosen B. Wittes, Washington, DC : Brookings Institution Press, 2011 ; Stephen J. Morse, Brain Overclaim Syndrome and Criminal Responsibility : A Diagnostic Note, Ohio State Journal of Criminal law 397(vol.3), 2006, p.397.

84) 인공지능의 개척자인 마빈 민스키는 이러한 인간의 자유의지의 증명의 까다로움을 가리켜 “내가 이해하지 못하는 내면의 힘들”이라고 규정한 바 있다. Jerry A. Coyne, You Don't Have Free Will, the Chronicle of Higher Educations, Review, March 18, 2012.

작동기제로 인간의 행위와 그 결과를 낳는지 설명하지 못할 뿐이지 자유의지라는 것은 허상이라는 것이다.⁸⁵⁾

새폴스키는 실증적 사례를 근거로 제시하기도 한다. 즉, 현대에 와서 뇌전증 발작은 비정상적인 뉴런들의 작동 때문이라는 점이 밝혀졌지만, 신경과학이 발달하지 못했던 100년 전만 해도 정신질환이거나 전염성 질환 때문에 발생한다고 믿었다는 것이다.⁸⁶⁾ 하지만 과학의 발달로 뇌전증의 원인과 작동기제가 생물학적으로 증명되었듯이 언젠가는 자유의지의 부재는 과학적으로 증명이 가능하다는 것이 새폴스키의 주장의 요체다.

또한, 자유의지에 의해 자신의 행위와 그 결과가 야기되었다는 말 자체가 자유의지의 부재를 증명한다고 한다. 즉, 자유의지에 따라 행위와 결과에 이르렀다는 말은 신경과정이나 신경작동으로 행위나 그 결과로 이어졌다는 것을 자유의지라는 단어로 치환한 것에 불과한 것이고, 실제로 그런 의미로 사용한다는 것이다.⁸⁷⁾

새폴스키는 법정에서 인간의 행위와 그 결과에 대해서 생물학적으로 어떤 부분과 그 작동기제가 고장 났기 때문에 발생한 것이라고 말하는 대신, 그가 가진 (자유의지에서 비롯된) 악성 또는 영혼 때문이라고 비난하는 비과학적 행동을 중지해야 한다고 강도 높게 성토했다.⁸⁸⁾

하지만 이러한 새폴스키의 주장에는 결정적인 문제가 존재한다. 인간행위의 원인을 생물학적 원인과 작동기제로 돌리면 인간에게 그러한 행동과 그 결과의 책임을 묻기 곤란해질 수 있다는 점이다.

그리고 인간의 자유의지를 전면적으로 부인하는 생물학과 신경과학계의 견해는 현

85) 새폴스키는 유전자가 행동에 미치는 영향, 테스트스테론이 공격성에 미치는 영향, 편도핵가 공격성에 미치는 영향, MAO유전자가 공격성에 미치는 영향, 후성유전학(epigenetics)이 행동에 미치는 영향이 존재한다는 것이 신경과학적으로 증명되고 있지만 이러한 생물학적 원인이 인간의 행동에 영향을 미친다는 사실은 비교적 최근에서야 알게 되었고, 과학적으로 증명이 시도되고 있다는 점을 그 예로 들고 있다. 로버트 M. 새폴스키(김명남 譯), 『행동(Behave)』, 2024, 716~731면.

86) 실제로 1487년 독일의 도미니코회 수도사 하인리히 크라머와 야코프 슈프링어의 발간한 『말레우스말레피카룸』(Heinrich Kramer/Jacob Sprenger, Malleus Maleficarum, 1487)이라는 저서에서 뇌전증을 악마가 몸에 들어와서 일으키는 발작으로 마녀의 징표라고 기술하였는데, 이는 예수가 거품을 물고 쓰러진 아이를 몸에 악령이 들어왔다며 악령을 퇴치하는 구절인 『마르코 복음서』 제9장 14~29절을 그 근거로 들었다. 이후 이 저서는 마녀를 판별해내는 역할을 했다. 이 비과학적인 책을 근거로 마녀로 몰려 박해받고, 고문당하고, 살해당한 사람의 숫자는 10만명에서 100만명 사이로 추정된다고 한다. Jeffrey B. Russell, *Witchcraft in the Middle Age*, Ithaa, NY : Cornell University Press, 1972.

87) 로버트 M. 새폴스키(김명남 譯), 『행동(Behave)』, 2024, 725면. 다만, 새폴스키는 철학자인 힐러리 보크가 자신의 이러한 주장을 지지한다는 의미로 그녀의 글을 인용했으나(Hilary Bok, *Want to Understand Free Will? Don't Look to Neuroscience, the Chronicle of higher Education, the Review*, March 18, 2012.), 이 글 속에서 힐러리 보크는 자유의지와 생물학적 원인이 병존한다는 입장에서 서 있는 것으로 보이기 때문에 적절하지는 않은 인용으로 보인다. 예컨대 보크는 위 글에서 우리의 마음과 선택이 완전히 자연적으로(생물학적으로) 설명이 된다고 하더라도 인간의 행위성과 자유를 어떻게 하면 충분히 설명할 수 있을지 해명하는 것이 관건(it is to explain how, once our minds and our choices have been thoroughly naturalized, we can provide an adequate account of human agency and freedom)이라고 기술하고 있는데, 이러한 기술은 비록 인간의 행동이 생물학적으로 완전히 규명된다고 하더라도 인간의 자유를 어떻게 설명할 것인지의 문제는 여전히 남아 있다고 보는 것이다.

88) 로버트 M. 새폴스키(김명남 譯), 『행동(Behave)』, 2024, 738면.

존하는 규범학적 인간상과는 지나치게 큰 괴리를 야기한다는 점도 문제이다. 물론, 인간의 자유의지에 대한 생물학적 또는 신경과학적 견해가 마냥 터무니없다고 치부하거나, 과학과 규범은 논의의 차원이 다르다는 이유로 무시하는 태도도 타당해 보이지는 않는다. 현대 과학의 성과를 돌이켜 보건대, 생물학적인 원인과 작동기제에 따라 인간의 행위의 원인을 밝히거나 예측할 수 있다는 점에 대한 실증적 증거와 발견이 점차 쌓이고 있기 때문이다.

물론 아직까지 인간의 행위와 그 결과가 생물학적 또는 신경과학적 원인과 작동기제로 모두 설명되지는 않는다. 하지만 멀지 않은 미래에 설명될 가능성도 점차 높아지고 있는 것도 사실이다. 인공지능이 인간의 계산과 분석능력으로는 예측하기 어려운 매우 복잡다단한 신경과학적 원인관계와 작동기제를 현란할 정도로 빠르게 설명하고 있기 때문이다.

그러한 점에서 생물학적, 신경과학적 인간이해가 인간과 인간 이외의 존재에 대한 새로운 구별기준을 제시해 줄 가능성도 내포한다. 만약, 인공지능의 발달이 인간의 행위와 그 결과에 대한 원인관계와 작동기제라는 난제를 풀어낸다면 극도의 모호성 때문에 그 실체에 대해 정의조차 어려운 자유의지를 인간과 인간 이외의 존재의 애매한 구별기준으로 삼을 필요가 없어지게 되기 때문이다. 인간의 생물학적 또는 신경과학적 원인관계와 작동기제가 인간의 특질로 자리잡는다면 그것이 인간과 인간 이외의 존재의 구별기준이나 인간이해의 개념이 될 수도 있기 때문이다.

IV. 인간상에 대한 비교 헌법적 검토

1. 해외의 사례

(1) 검토의 전제와 방법

다른 나라의 헌법에서 바라보는 인간상(人間象, the conception of the human being, das Menschenbild)을 검토하기에 앞서 본 연구는 다음과 같은 전제와 방법으로 논의를 진행하고자 한다.

우선은 헌법이 특정한 나라와 문화의 산물이 아니라 근현대를 거쳐 발명된 인류공통의 현상이라는 것이다. 각국의 헌법이 나라와 문화권마다 견련성이나 교착점이 전혀 발견되지 않는, 서로 무관한 제도라면 굳이 우리나라 헌법의 인간상을 살펴보는 데, 타국 헌법의 인간상을 검토할 필요는 없다. 서로 아무런 관련이 없기에 그러한 작업은 무의미하기 때문이다.

하지만 헌법상 인간상이 인간개념에 대한 인류공통의 고민의 결과이기 때문에, 다른 나라와 문화의 헌법상 인간상을 검토하면 우리나라의 헌법상 인간상을 도출하는데 중요한 실마리를 찾을 수 있다.

이하에서는 이러한 전제에서 해외의 헌법상 인간상을 비교법적으로 검토하고 궁극적으로 우리나라의 헌법의 인간상을 밝혀 보고자 한다. 다만, 그러한 순서에 따르기 전에 고찰의 방법론적인 측면에서 밝힐 부분이 있다. 비교법적 헌법상 인간상 비교 고찰에는 문헌적 한계가 존재한다는 점이다.

가장 큰 원인은 헌법의 인간상이라는 주제에 대한 기존 연구의 정량적 문제가 가장 크다. 한마디로 이 주제로 접근한 문헌의 수와 양이 절대적으로 적은 것이다. 따라서 헌법적 인간상에 대한 문헌적 확인이 가능한 나라에 대해 비교법적 검토를 시도하되, 우리나라의 헌법형성에 영향을 준 나라를 중심으로 살펴봄으로써 검토의 효율성을 높이는 방법을 취하도록 한다.

(2) 독일

독일은 우리나라와 같은 대륙법계 국가라는 점에서 헌법적 인간상에 대한 규범체계적 공통점이 있다. 하지만 정작 독일 헌법에는 인간상에 대한 구체적인 규범적 근거를 발견하기는 어렵다. 독일 헌법이라 할 수 있는 기본법(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)은 헌법적 인간상에 대해 직접적인 규정을 두고 있지 않기 때문이다.

다만, 독일에서 법은 사회공동체의 문화규범으로서 특정한 인간상을 전제한다는 것은 일반적으로 수용되고 있다.⁸⁹⁾ 즉, 독일 기본법은 기독교적 전통에 근거하고 있는데,⁹⁰⁾ 기독교에서 인간은 자율적인 존재이므로,⁹¹⁾ 인간의 자율성은 기본법상 인간의 특성 또는 인간상의 전제라고 할 수 있는 것이다. 여기에 독일의 경우에는 인간을 이성적 존재로 바라보는 칸트철학적 전통도 함께 접목되어 반영되어 있다.⁹²⁾ 따라서 독일 기본법은 이성을 갖춘 자율적인 인간상을 헌법적 인간상으로 보고 있다고 말할 수 있다.

그런데 칸트의 순수이성적인 인간상은 이후 유물론과 실존주의 철학에 비판을 받으면서⁹³⁾ 상황 구속적인 인간의 성격과 특성도 가미되기에 이른다. 이러한 역사적 과정과 영향을 통해 독일 규범학은 인간이 원칙적으로 자유의사를 가진 이성적인 존재이지만, 동시에 현실 상황에도 구속되는 존재로 바라보게 되었다. 독일 기본법도 이러한 영향을 받아 가치상대적인 인간이 아니라 가치구속적인 인간을 헌법상 인간상으로 전제하고 있다고 한다.⁹⁴⁾

최근 독일은 인공지능으로 인한 문제점과 도전과제를 해결하기 위해 많은 노력을 하고 있다.⁹⁵⁾ 다만, 독일에서의 인간상은 아직까지 생물학적 인간에 초점을 두고 인

89) 최우정, “헌법상 인간상(人間像:Menschenbild)의 의미와 사이버스페이스상의 다양한 매체에 대한 법적 규제강도의 문제”, 『공법연구』 제35집 제3호, 2007, 145면. 이러한 학계의 논의가 판례를 통해 인정되고 있다고 한다. BVerfGE 2, 1(12); 4, 7(15f.)

90) J. Isensee, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung, in: ders./Paul Kirchhof(Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V. 2000, §115, S.374. 다만, 독일 기본법상 인간상이 기독교적 인간상에 근거한다는 입장과 기본법은 특정 철학이나 신앙에 의지한 것이 아니라는 입장이 대립한다. 김민배, “인간의 존엄과 그 개념에 대한 재검토”, 『토지공법연구』 제89집, 2020, 220면.

91) 최우정, “헌법상 인간상(人間像:Menschenbild)의 의미와 사이버스페이스상의 다양한 매체에 대한 법적 규제강도의 문제”, 『공법연구』 제35집 제3호, 2007, 146면.

92) 임미원, “자율성과 자유”, 『법철학연구』 제5권 제2호, 55~74면.

93) W. Maihofer(최석윤 譯), “인간상과 형법개정”, 『비교형사법연구』 제4권 제2호, 2002, 752면 이하.

94) 최우정, “헌법상 인간상(人間像:Menschenbild)의 의미와 사이버스페이스상의 다양한 매체에 대한 법적 규제강도의 문제”, 『공법연구』 제35집 제3호, 2007, 146~147면.

95) 독일의 인공지능 정책에 대해서는 송기복, “인공지능(AI) 시대의 도래와 법제도의 방향에 관한 논의-독일의 인공지능 정책을 중심으로-”, 『경찰법연구』 제18권 제2호, 2020, 179

공지능으로의 인간상 확장은 일반적으로 받아들이고 있지는 않은 것으로 보인다. 독일 헌법상 인간상 논의와 직접 관련된 것은 아니지만 2024년 독일연방대법원이 특허권을 인정받을 수 있는 발명자는 원칙적으로 자연인이라며 인공지능의 발명자 지위를 부정한 것도 이러한 연장선상에 있는 입장이라고 할 수 있다.⁹⁶⁾

오히려 독일에서 인공지능은 기본권의 주체라기보다는 인간의 기본권을 침해하는 침해자로 보고 인간의 기본권을 어떻게 보호할 것인가가 관심의 대상이다. 그리하여 인공지능 활용에 있어 인간의 존엄성, 개인의 의사결정의 자유, 일반적 행동의 자유, 프라이버시 보호, 정보의 자기결정권 등 생물학적인 인간의 기본권이 침해당하지 않도록 설계를 통해 안전성(Sicherheit durch Design)을 갖추는 데 역점을 두고 있다.⁹⁷⁾

(3) 미국

미국은 자유주의와 자본주의에 있어 세계적인 영향을 미쳐왔고, 우리나라도 적지 않은 영향을 받아왔다. 따라서 미국의 헌법상 인간상을 살펴보는 것은 우리나라의 헌법상 인간상을 살펴보는 데 도움이 된다.

미국에서 헌법상 인간상은 미국 헌법을 기초한 것으로 알려진 알렉산더 해밀턴, 제임스 매디슨의 저작물⁹⁸⁾에 대한 해석을 중심으로 연구되어 왔다. 연방주의자들이었던 이들의 인간관이 미국 헌법에 반영되어 있다고 보는 것이다.

먼저 해밀턴은 연방주의자 논문 제6편에서 인간은 야만적이고, 복수심이 강하며, 탐욕스럽다고 기술하고 있다. 해밀턴은 근본적으로 인간의 본성을 부정적으로 보았던 것이다.⁹⁹⁾ 다만, 그는 인간이 감정에 의해 지배되지만, 이성적인 측면이 존재한다면서 그 가치를 인정했다.¹⁰⁰⁾ 그리고 인간의 이러한 이중적 성격 때문에 인간의 이성적 가치를 실현할 수 있는 체제가 필요하다고 보았다. 즉, 공화정¹⁰¹⁾ 정부의 구성을 통해 인간의 감정인 부분을 통제하여야만 자유와 질서를 구현할 수 있다고 생각했다.¹⁰²⁾ 인간을 공화정이라는 제도에 의해서 통제되어야 하는 불완전한 감정적 존재로 보았던 것이다.¹⁰³⁾

~187면.

96) BGH, Beschluss vom 11.06.2024 - X ZB 5/22 (DABUS)

97) 송기복, “인공지능(AI) 시대의 도래와 법제도의 방향에 관한 논의-독일의 인공지능 정책을 중심으로-”, 『경찰법연구』 제18권 제2호, 2020, 193면.

98) 연방주의자 논문(The Federalist Papers)을 뜻한다. 그 동안 이에 대한 학문적 연구는 주로 권력분립, 연방주의, 공화정, 자유와 권리의 보호라는 제도적·구조적인 문제에 집중되어 왔고, 인간관에 대한 연구는 상대적으로 간과되어 왔다. Jenna Ashley Salzman, Exploration of Human Nature in the Federalist Papers, Abilene Christian University, 2019, pp.1~36(See the Abstract).

99) Hamilton, A., Concerning Dangers from Dissensions Between the States, New York Daily Advertiser, November 14. 1787, para. 2.

100) Salzman, Jenna Ashley, Exploration of Human Nature in the Federalist Papers, Abilene Christian University, 2019, p.11.

101) 공화주의에 대해서는 Viroli, Maurizio(김경희, 김동규 譯), 『공화주의』, 2006을 참고.

102) Salzman, Jenna Ashley, Exploration of Human Nature in the Federalist Papers, Abilene Christian University, 2019, p.12. 즉, 해밀턴은 공화정이 인간의 거칠고 불완전한 성향을 걸러내는 체제라고 주장했다고 한다. Ibid., p.14.

103) 특이한 점은 해밀턴은 시민이 권력의 주체이지만, 이 시민도 헌법이 상정한 정부구조나

매디슨도 부정적인 인간관에서 출발하고 있다. 매디슨은 인간이 군중심리와 편파성을 가지고 있으며,¹⁰⁴⁾ 신뢰하기 어렵고 권력을 탐한다고 보았다.¹⁰⁵⁾ 그렇기 때문에 해밀턴처럼 공화정 정부를 통해 인간의 충동적이고 부정적 성향을 견제해야 한다고 생각했다.¹⁰⁶⁾ 매디슨은 직접 민주정은 인간의 군중심리와 편파성(현실적인 인간들의 특성 내지 본질)을 제거하거나 완화시키는 것이 아니라 오히려 지속시키거나 강화시키기 때문에 미국 연방의 붕괴를 야기할 것이라고 우려했다.¹⁰⁷⁾ 인간에 대한 매디슨의 부정적 시각은 정부나 제도를 구성하고 실현하는 자들에게도 마찬가지로 이들도 통제의 대상으로 보았다.¹⁰⁸⁾

미국 헌법의 아버지라 불리는 해밀턴과 매디슨의 부정적인 인간상은 인간이 결코 완전하지 못하다는 전제에서 출발한다. 이들이 주장한 공화정도 인간의 불완전성을 보강하고 통제하는 수단이었다. 이러한 인간의 불완전성은 공화정의 작동방식에 있어서도 견제와 균형의 원리가 실현되도록 했는데, 이는 이들이 바라본 인간의 특성에 맞춘 제도설계였던 것이다.

최근 미국 헌법상 인간상 논의는 인공지능 등장에 따른 법인격의 확장과 헌법적 책임에 초점이 맞추어져 있다.¹⁰⁹⁾ 즉, 미연방대법원은 법인의 법적 권리를 수정헌법 제14조에서 도출하고, 법인이 시민권을 포함하여 전통적으로 생물학적인 인간이 누린 권리를 향유할 수 있다고 하고 있다.¹¹⁰⁾ 이는 인공지능이 법인으로 인정된다면 법인과 같이 헌법상 권리를 보유할 수 있다는 논리로 이어질 수도 있는데,¹¹¹⁾ 미국의 인공지능에 대한 입장은 기술친화적인 것으로 보인다.

권력구조로 견제되어야 한다고 보았다는 점이다. milton, A., The Judiciary Department. New York Daily Advertiser, May 28. 1788, para. 20.

104) Madison, J., The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection, New York Daily Advertiser, November 22, 1787, para. 1, 5, 7.

105) Madison, J., The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments. New York Daily Advertiser, February 8. 1788, para. 3. "If men were angels, no government would be necessary."

106) Madison, J., The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection, New York Daily Advertiser, November 22, 1787, para. 16.

107) Madison, J., The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection, New York Daily Advertiser, November 22, 1787, para. 13.

108) Madison, J., The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection, New York Daily Advertiser, November 22, 1787, cited in Salzman, Jenna Ashley, Exploration of Human Nature in the Federalist Papers, Abilene Christian University, 2019, pp.25~26.

109) 물론 인공지능의 국가공동체에 대한 기여와 더불어 인공지능이 야기할 부작용과 그로 인해 발생할 헌법적 침해현상, 예컨대, 인공지능을 활용한 부정선거나 여론조작 등에 대한 책임에 대한 논의도 있다. Kate Crawford/Jason Schultz, AI system as state actors, Columbia Law Review vol.119. np.1, 2019, p.1943.

110) First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765(1978). 이 판례는 기업의 정치적 표현의 자유를 인정한 판례이다.

111) 조재현·김용의, "인공지능의 기본권 주체성에 관한 연구", 『유럽헌법연구』 제35호, 2021, 84면.

(4) 영국

영국의 자유주의, 경험주의, 합리주의는 우리나라를 포함한 각국의 헌정사에 사상적 기초를 놓았다. 다만, 영국은 성문의 헌법전이 존재하지 않으므로 헌법상 인간상을 직접적으로 다루거나 언급하는 문헌을 찾기는 어렵다. 그런데 홉스, 존 로크, 데이비드 흄은 그들의 저술에서 인간성과 국가관에 대해 언급하면서 영국 헌정사에서 중요한 영향을 미쳤다. 따라서 이들의 저술에 나타난 인간관을 중심으로 영국의 헌법상 인간상을 살펴볼 필요가 있다.

먼저 토마스 홉스는 인간의 본성을 부정적으로 이해했다. 즉, 자연상태에 있는 인간은 본질적으로 사악하며 혼란과 파괴를 초래한다고 보았다.¹¹²⁾ 그리고 인간이 가진 부정적인 속성은 지속적이며 스스로 개선될 여지가 없다고 보았다. 염세적인 인간관을 가졌던 홉스는 이러한 인간의 부정적인 측면을 통제하기 위해서 강력한 중앙집권적인 국가가 필요하다고 보았다.¹¹³⁾

반면 자유주의 전통과 미국 헌법에 큰 영향¹¹⁴⁾을 미친 것으로 알려진 존 로크는 인간을 이성과 논리를 가진 존재로 이해했다.¹¹⁵⁾ 따라서 이러한 긍정적인 측면을 보다 활성화하기 위해 인간이 자율적으로 판단하고 행동하도록 도와야 한다고 생각했다.¹¹⁶⁾ 즉, 로크는 인간의 자율성과 자유의 보장을 강조했고, 이에 대한 통제나 개입은 최소화되어야 된다고 보았다. 정부나 국가관에 있어서도 로크는 최소한의 정부나 국가를 선호했다.¹¹⁷⁾

데이비드 흄은 인간의 선형적인 본성을 전제하고, 그러한 본성에 따라 인간과 국가의 관계를 도출하는 방식을 취하지는 않았다. 즉, 흄은 경험주의(empiricism)에 입각하여 인간이 가진 행동결정 절차에 주목했다. 그는 인간은 이성적 추론이 아니라 충동(passions)에 의해 행동을 결정한다고 보았다.¹¹⁸⁾ 인간은 이성적, 논리적으로 사고한 뒤 행위하는 것이 아니라 행위를 한 후 그 행위를 이성적으로 정당화하는 절차를 거친다는 것이다.¹¹⁹⁾ 이러한 선 충동적 행위 후 이성적 정당화를 거치는 인간의

112) Hobbes, T., *Leviathan*, Baltimore: Penguin Books, 1968, p.72., cited in Salzman, Jenna Ashley, *Exploration of Human Nature in the Federalist Papers*, Abilene Christian University, 2019, p.3.

113) Hobbes, T., *Leviathan*, Baltimore: Penguin Books, 1968, p.162., cited in Salzman, Jenna Ashley, *Exploration of Human Nature in the Federalist Papers*, Abilene Christian University, 2019, pp.25. 홉스는 인간의 부정적인 측면을 통제하기 위해서 전능한 군주에 의존하는 절대군주제를 지지했으며, 이 군주에 대한 제한과 견제는 필요 없다고 보았다. 즉, 홉스는 자연상태에 있는 인간을 절대군주제를 통해 보호할 수 있는 이익이 절대군주에 의해서 발생할 오남용의 위험보다 훨씬 크기 때문에 군주에 대한 견제와 통제가 불필요하다고 보았다. Salzman, Jenna Ashley, *Exploration of Human Nature in the Federalist Papers*, Abilene Christian University, 2019, p.26.

114) Lee, W., *John Locke and Modern Life*. New York: Cambridge University Press, 2010, p.66.

115) Locke, J., *The second treatise of civil government and A letter concerning toleration*. Oxford: B. Blackwell, 1948, p.54., cited in Salzman, Jenna Ashley, *Exploration of Human Nature in the Federalist Papers*, Abilene Christian University, 2019, p.4.

116) Parry, G., *John Locke*, Hoboken: Routledge, 2013, p.95.

117) Jenna Ashley, *Exploration of Human Nature in the Federalist Papers*, Abilene Christian University, 2019, pp.28~29.

118) Kasavin, T., *David Hume and contemporary philosophy*, Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2012, p.30.

특성 때문에 문제가 야기되고, 따라서 이를 통제할 수 있는 장치가 필요하다고 보았다.

영국 헌정사에 지대한 영향을 미친 세 사상가의 인간관은 인간의 본성을 부정적으로 본 홉스의 견해도 있고, 긍정적으로 본 로크의 견해도 있다. 또한, 홉처럼 성선설과 성악설 어느 쪽으로 단정하지 않는 견해도 있다. 다만, 인간이 완전하지 않은 존재라는 점과 이러한 불안전성을 보완하거나 통제할 필요성에는 모두 공감한 것으로 보인다. 비록 성문의 헌법전이 존재하지 않고 따라서 헌법상 인간상을 직접적으로 다루는 문헌을 발견하기는 어렵지만 어쨌거나 영국의 헌정사는 인간을 불완전한 존재로 보고 이러한 불안전성을 통제하고 견제할 수 있는 장치나 국가적 제도가 필요하다는 점에 대해서는 의견이 일치하는 것으로 보인다.

최근 영국도 인공지능의 발전에 따른 규범적 태도 정립에 착수하고 있는데, 인간 개념 확장에 인공지능을 적극적으로 고려하고 있는 것으로 보이지는 않는다. 물론 영국의 경우 유럽연합의 강력한 규제중심의 인공지능 규범체계보다는 인공지능기술 친화적인 접근방식을 채택하고 있지만,¹²⁰⁾ 근본적으로는 인공지능이 야기할 위험, 불투명성, 편향성을 극복하고 규제하는데 중점을 두고 있다는 점에서는 차이가 없다.¹²¹⁾

2. 우리나라

(1) 규범적 근거

우리나라 헌법상 인간상을 살펴보기 위해서는 우선 헌법규정에 인간에 관한 규정들이 있는지 검토하는 것이 순서일 것이다. 이를 위해서 실정 헌법상 인간이라는 표현의 용례를 먼저 살펴보지 않을 수 없다.

제헌헌법은 인간이라는 표현을 쓰지 않고 있다. 다만, 전문에서 각인(各人)이라는 단어가 등장하며, 대부분의 조문에서는 국민이라는 용어를 일관되게 사용했다. 이러한 경향은 1960년 헌법까지 이어지다가 1962년 헌법에서 비로소 인간이라는 용어가 등장한다.¹²²⁾ 즉, 인간의 존엄성규정(제8조)과 인간다운 생활규정(제30조)이 그것이다. 이러한 규정태도는 1972년 헌법까지 이어지다가 1980년 헌법에 들어서 근로조건 규정(제30조 제3항)에 인간의 존엄성보장이 들어오면서 인간이라는 용례가 확장되어 현행 헌법에 이르고 있다.¹²³⁾ 즉, 현행 헌법에도 인간상에 대한 직접적인 근거가 없

119) Berry, C. J., David Hume, New York: Continuum, 2009, p.68.

120) 영국 과학혁신기술부는 2023년 3월 혁신 친화적인 인공지능 규제 접근방식(A pro-innovation Approach to AI regulation)을 마련한 바 있는데, 이는 유럽연합과 같은 강력한 사전규제방식이 아닌 기술친화적인 규제접근방식이다. 이효진, “인공지능기본법 추진체계에 대한 검토 및 발전방향-EU, 영국, 일본의 거버넌스를 중심으로-”, 『법학논총』 제42집 제3호, 한양대법학연구소, 2025, 65면.

121) 이효진, “인공지능기본법 추진체계에 대한 검토 및 발전방향-EU, 영국, 일본의 거버넌스를 중심으로-”, 『법학논총』 제42집 제3호, 한양대법학연구소, 2025, 66면.

122) 1962년 헌법 제8조 “모든 국민은 **인간**으로서의 존엄과 가치를 가지며…”, 제30조 제1항 “모든 국민은 **인간**다운 생활을 할 권리를 가진다.”

123) 김주영, “한국헌법상의 “인간” 개념의 검토”, 『세계헌법연구』 제17권 제1호, 2011, 46~47면.

어 관련된 여러 헌법규정을 유추하여 인간상을 해석하여야 하는 상황인 것이다.

다른 법률에서 헌법상 인간상의 근거를 찾는 것도 수월치는 않다. 헌법상 인간상을 헌법보다 하위의 규범에서 찾는 것에 규범체계적으로 의문이 있는데다가 오랫동안 인간개념에 대해서 직접적으로 규율하고 있는 단행법률도 존재하지 않았기 때문이다. 다만, 최근에 제정(2025년 1월)된 「인공지능기본법」은 인공지능의 개념과 윤리에 대해 정의하고 있는데, 인공지능개념은 인간개념을 전제로 형성되었다는 점에서 인간개념에 대한 해석의 근거가 될 수 있다.

즉, 「인공지능기본법」 제2조 제1호는 인공지능에 대해서 “학습, 추론, 지각, 판단, 언어의 이해 등 인간이 가진 지적 능력을 전자적 방법으로 구현한 것을 말한다.”고 정의내리고 있고, 같은 조 제2호는 “인공지능시스템”에 대해 “다양한 수준의 자율성과 적응성을 가지고 주어진 목표를 위하여 실제 및 가상환경에 영향을 미치는 예측, 추천, 결정 등의 결과물을 추론하는 인공지능 기반 시스템을 말한다.”고 규정하고 있으며, 제9호는 “영향받는자”란 “인공지능제품 또는 인공지능서비스에 의하여 자신의 생명, 신체의 안전 및 기본권에 중대한 영향을 받는 자를 말한다.”고 정의 내리고 있다. 그리고 제11호는 “인공지능윤리”에 대해 “인간의 존엄성에 대한 존중을 기초로 하여, 국민의 권익과 생명·재산을 보호할 수 있는 안전하고 신뢰할 수 있는 인공지능사회를 구현하기 위하여 인공지능의 개발, 제공 및 이용 등 모든 영역에서 사회구성원이 지켜야 할 윤리적 기준을 말한다.”고 하고 있다.

이러한 입법태도는 원칙적으로 인간과 인공지능을 구분하고 있다는 전제에 서 있다. 즉, 인공지능을 인간이 가진 지적 능력을 전자적 방법으로 구현한 것이라고 하면서 인간과 인공지능을 분리하여 바라보고 있으며, 인간을 인공지능에 의해서 생명, 신체의 안전 및 기본권에 중대한 영향을 받는 자라고 하여 피침해자라고 설정하고 있는 것이다.

또한, 이러한 규정들을 통해 「인공지능기본법」이 인간을 학습, 추론, 지각, 판단, 언어의 이해 능력을 가진 존재라고 이해하고 있다고 파악할 수 있다. 왜냐하면 이러한 인간의 지적 능력을 구현한 것이 인공지능이라고 정의 내리고 있기 때문이다.

그리고 인간은 자율성과 적응성을 가진 존재라는 개념 추출도 가능하다. 동법에서 인공지능시스템은 다양한 수준의 자율성과 적응성을 갖는다고 규정하고 있는데, 인간의 지적능력을 구현한 것이 인공지능이고 그러한 시스템이 인공지능시스템이라면 인공지능시스템이 보유한 자율성과 적응성도 인간이 보유한 능력을 구현한 것이라고 보아야 하기 때문이다.

나아가 인간은 존엄한 존재라는 점도 추출이 가능하다. 인공지능윤리를 인간의 존엄성을 존중하는 것이라고 규정하고 있기 때문이다. 게다가 동법의 인공지능윤리 규정에서는 인간의 권익과 생명, 재산을 보호하고 안전하고 신뢰할 수 있는 공동체를 구현하기 위하여 지켜야 할 윤리적 기준이 있다고 하고 있는데, 이를 통해 인간이 윤리성을 갖는 존재라는 점도 추출이 가능하다. 요컨대, 「인공지능기본법」에 의한 인공지능 관련 규정을 통해서 인간은 지적능력, 자율성, 적응성을 가진 존엄한 존재이며, 공동체 관련성을 갖는 윤리적인 존재라고 개념규정할 수 있는 것이다.

(2) 헌법사

헌법사를 통한 인간상 검토는 헌법제정이나 개정과정 논의에서 인간을 어떻게 바라보고 있는지를 살펴보는 것이다. 하지만 헌정사적으로 이를 직접적으로 다룬 부분은 찾아보기 어렵다. 다만, 인간상을 전제하고 언급한 부분이 있어 이를 통해 헌법적 인간상에 대한 윤곽을 살펴보는 것은 가능하다. 즉, 제헌헌법을 기초한 유진오가 헌법초안에 담긴 헌법의 근본정신을 언급하면서 국민의 권리·의무와 국가와 사회의 관계에 대해서 밝히 부분이 있는데, 여기에서 헌법상 인간상을 유출해 볼 수 있는 것이다.

유진오는 헌법제정회의의 국회 제1독회 중 정치적 민주주의와 경제적, 사회적 민주주의의 조화의 기본정신 관련 내용을 포괄적으로 소개(1-2장)한 부분에서 다음과 같이 발언을 한 바 있다.¹²⁴⁾ “經濟問題에 있어서는 다만 모든 사람의 自由活動을 認定할뿐만 아니라 特別히 弱한 사람은 부들어주고 強한 사람은 調整하는 그런 精神 밑에서 經濟問題 社會問題 文化問題에 關해서는 單純히 自由를 주자는 데에 끝이지 아니하고 國家가 이 問題에 積極的으로 參涉해서…”, “以前에는 教育을 오로지 自由라고 해서 國家權力으로써 干涉하지 못하게 하는 것만이 民主主義라고 생각하였읍니다마는 우리 憲法에는 그런 態度는 取하지 아니하고 教育에 對해서 國家가 至大한 關心을 가졌으며…”, “勤勞條件에 關해서는 企業者와 勤勞者間의 自由로운 雇傭契約에 마끼어버리지 아니하고 國家의 法律로서 勤勞條件으로 基準을 定해서 勤勞者를 保護하는 그런 體制를 取한 것이올시다.”, 그리고 “從來의 體制로 본다면 個人 한 사람 한 사람의 生活問題는 오로지 그 사람에게 맡겨두어 있었읍니다 그러나 우리 憲法은 그렇게 하지 아니하고 生活能力이 없는 사람에게 對해서는 國家가 이것을 保護해서 生活할 수 있게 되도록 그런 體制를 取한 것이올시다.”라는 언급을 주목할 필요가 있다. 유진오는 경제조항, 교육조항, 노동3권 조항의 기초이유로 원칙적으로 인간의 자유를 인정하지만 인간의 자유에 모든 것을 맡기지는 않고 취약한 위치에 있는 사람들을 위해 국가가 개입하여 조정하여야 한다고 보고, 이러한 사상이 제헌헌법 초안의 기본정신이라고 밝히고 있는 것이다. 즉, 원칙적으로 인간은 자기의 인생과 삶을 자기 스스로 결정하고 책임지는 자유와 자율성이 있는 존재이지만, 사회와 고립된 존재가 아니라 공동체의 상호연관성에 있어 국가가 개입해야하는 공동체구속성도 동시에 가지고 있는 존재라고 보고 있는 것이다.

그리고 제헌헌법 논의과정에서 인간을 생물학적 인간과 규범적 인간으로 개념적으로 구분하고 있는 부분도 발견된다.¹²⁵⁾ 즉, 제헌헌법의 기초위원이자 초대 국회의원이었던 김준연은 “第二十五條에 가서 보드라도 『모든 國民은 法律에 定하는바에 依하여 公務를 擔任할 權利가 있다』 이렇게 된 이것을 『인민』이라고 할 것 같으면 生物學的인 사람을 가르친다면 모르거니와 道義的(규범적, 필자註)인 사람으로서 外國사람까지를 다 包含되어있다고 해서 人民으로 쓴다는 것은 妥當치않읍니다 그러나 公務를 擔當하는 것은 國民만이 있고 外國사람에 있지 않습니다. 그러니까 人民이라고해서 外國사람이 되는 것이 아니예요. 그러므로써 이 條項條項에 따라서 假令 『모든 國民은 法律의 定한 法官에 依하여 法律에 依한 裁判을 받을 權利가 있다』

124) 국회도서관, 『헌법제정회의록(제헌헌법)』, 헌정사자료 제1집, 1968, 102~104면.

125) 국회도서관, 『헌법제정회의록(제헌헌법)』, 헌정사자료 제1집, 1968, 381~382면.

卽 二十一條 같은 것은 朝鮮國民은 이밖에 朝鮮땅에 와있는 사람은 生物學上의 사람은 英國사람이나 美國사람이나 中國사람이나 다 이 裁判을 받을 權利가 있다고 生覺합니다.”, 또한, 유진오는 “勿論 여기에 規定된 여러가지 權利義務中에는 반드시 우리나라 國籍을 가진 사람에게만 適用되는 것이 있고 또 外國사람에게도 누구든지 사람이면 全部 사람에게 認定되는 所謂 人權性質을 가진 것입니다”라고 언급하고 있기도 하다.¹²⁶⁾

이러한 발언들은 기본권의 종류에 따라 향유주체가 규범적으로 구별될 수 있다는 것을 전제하는 것이다. 다시 말해 재판을 받을 권리나 인권성을 가진 기본권은 국적과 무관하게 모든 생물학적인 사람에게 적용되지만, 공무담임권이나 국적은 모든 인간에게 적용되는 것이 아니라 규범적으로 국민에게만 적용되는 것이라는 것이다. 이러한 구별은 헌법의 수범자로서의 규범적 인간과 생물학적인 인간을 구분한다는 전제에 서 있는 것이다.

(3) 학설

그 동안 우리나라 헌법학계가 헌법상 인간상에 대한 논의를 활발하게 해 왔다고 보기는 어렵다. 다만, 최근에는 교과서에도 헌법상 인간상을 다루는 경우가 적지 않다. 그리고 헌법상 인간상을 직접 다루는 논문은 많지는 않지만, 인간이라는 표현이 등장하는 헌법조문의 해석을 중심으로 인간상 논의가 이루어지고 있기는 하다.¹²⁷⁾

즉, 인간의 존엄과 가치를 규정하고 있는 헌법 제10조, 근로조건 기준의 인간의 존엄성 보장을 규정하고 있는 제32조 제3항, 모든 국민의 인간다운 생활을 할 권리를 규정하고 있는 제34조 제1항의 헌법규정을 근거로 인간의 존엄성과 가치, 인간다운 생활의 의미에 대한 전제로서 인간상 논의가 전개되고 있는 것이다.¹²⁸⁾

이러한 논의의 가장 큰 쟁점 중에 하나는 인간을 존재론적 측면에서 바라볼 것인가, 아니면 규범적 또는 당위적인 측면에서 바라볼 것인가이다. 그 동안의 통설은 헌법에서 전제하는 인간은 구체적이고 현실적인 인간을 지칭하는 것이 아니라는 것이었다.¹²⁹⁾ 즉, 현실에서 인간은 개별적이고 구체적인 특성을 지닌 존재이지만, 규범학에서의 인간은 일반적이고 추상적인 존재로서 인간을 의미한다는 것이다. 쉽게 얘기

126) 국회도서관, 『헌법제정회의록(제헌헌법)』, 헌정사자료 제1집, 1968, 383면.

127) 계희열, 『헌법학(중)』, 2007, 192~194면 ; 김민배, “인간의 존엄과 그 개념에 대한 재검토”, 『토지공법연구』 제89집, 2020, 213~235면 ; 김주영, “한국헌법상의 “인간” 개념의 검토”, 『세계헌법연구』 제17권 제1호, 2011, 25~59면 ; 이재명, 『인간존엄의 헌법적 접근』, 중앙대학교 법학박사 학위논문, 1992 ; 최우정, “헌법상 인간상(人間像:Menschenbild)의 의미와 사이버스페이스상의 다양한 매체에 대한 법적 규제강도의 문제”, 『공법연구』 제35집 제3호, 2007, 139~171면 ; 한병호, 『인간다운 생존의 헌법적 보장에 관한 연구-구체적 권리로서 실현가능성을 중심으로』, 서울대학교 법학박사 학위논문, 1993.

128) 헌법상 규정에 따른 인간의 개념에 대한 구체적 논의는 김주영, “한국헌법상의 “인간” 개념의 검토”, 『세계헌법연구』 제17권 제1호, 2011, 30~34면.

129) 김주영, “한국헌법상의 “인간” 개념의 검토”, 『세계헌법연구』 제17권 제1호, 2011, 25~59면. 헌법에서 말하는 인간상을 존재론적 측면에서 살펴본 논의로는 이재명, 『인간존엄의 헌법적 접근』, 중앙대학교 법학박사 학위논문, 1992, 9~19면. 다만, 존재론적 측면에서 살펴본 위 논문도 단선적 차원의 현실의 인간이 아니라 본능적, 감성적, 이성적, 윤리적, 초월적, 평등적, 사회적, 정치적, 불완전적 존재라는 측면에서 다층적으로 인간을 고찰하고 있다.

해서 규범학에서 말하는 인간은 실존하는 현실의 인간을 의미하는 것이 아니라, 응당 그래야만 하는 이상적인 존재로서 인간을 지칭한다는 것이다. 규범학이 인간을 생물학적 의미의 인간(Mensch)이 아니라 인격체로서의 사람(Person)이라고 말하는 것도 이러한 이유이다.¹³⁰⁾ 헌법상 인간상도 이러한 규범학이 상정하는 인간상에 영향을 받아, 생물학적 원인과 작동기제에 의해서 행동하는 사실적 측면에서의 인간이 아닌 이상적인 형태의 당위론적인 인간이라고 본다.¹³¹⁾

이러한 규범적 또는 당위적 인간상은 다시 개인과 사회와의 관계를 어떻게 바라보가에 따라 개인주의, 인격주의, 집단주의에 기초한 인간상으로 구분된다. 개인주의 인간상이 인간을 이기적, 고립적, 독립적 존재로 바라보는 것이라면,¹³²⁾ 인격주의 인간상은 자율성과 자유의지를 인간의 본질적 특성으로 보면서도 사회와 상호영향을 주고받은 존재로서 인간을 바라보는 견해이다.¹³³⁾ 이에 반해 집단주의 인간상은 인간을 자기의 행동과 생활을 직접 규율하고 자유로운 의사를 바탕으로 결정하는 존재가 아닌 국가나 공동체에 소속된 객체로 바라본다. 헌법학계의 통설은 인격주의적 인간상이다.¹³⁴⁾

그런데 인격주의적 인간상도 상호영향을 주고받는 개인과 사회와의 관련성의 의미와 그 정도에 있어서 학자마다 편차가 있다. 이를테면, 개인의 자율성과 자주성을 보다 강조하는 견해¹³⁵⁾가 있는가 하면, 개인과 사회와의 균형성을 강조하는 견해도 있고,¹³⁶⁾ 상대적으로 공동체연관성이나 사회적구속성에 방점을 둔 견해도 있다.¹³⁷⁾ 또한, 개인이 가진 고유한 가치의 불가침이나 자율성을 보다 강조하지만 사회와 관련성도 부인할 수 없다는 견해도 있다.¹³⁸⁾ 학자에 따라서는 개인과 사회의 관련성을 이중적 성격으로 이해하는 견해도 있다. 즉, 인간은 자주적인 존재이자 사회공동체에 구속도 받은 존재로서 이중적 성격을 갖는다는 견해가 그것이다.¹³⁹⁾

이러한 개인과 사회와 관련성에 있어 미묘한 차이는 행위와 그 결과에 대한 개인의 책임을 어느 선에서 정할 것인지와 밀접한 관련이 있다. 개인의 자유와 자율성을 보다 강조하다보면 개인의 책임이란 단지 자신의 한 행위에 대한 책임에만 그치지만, 사회적 기속성을 보다 강조하면 국가공동체에 야기할 파급효도 고려하여야 하기 때문에 책임의 범위가 넓어질 수도 있기 때문이다.

최근에는 인공지능의 등장으로 헌법상 인간상에 대한 논의가 새로운 방향으로 전개되고 있다. 즉, 인공지능이 인간과 비슷하거나 유사한 수준의 자율성을 갖게 되고 있고, 의식이나 자의식, 지각능력을 보유하는 것도 점차 가능해짐에 따라 인공지능에

130) 한스 켈젠(민준기 譯), 『일반국가학』, 1990, 19면.

131) 최우정, “헌법상 인간상(人間像:Menschenbild)의 의미와 사이버스페이스상의 다양한 매체에 대한 법적 규제강도의 문제”, 『공법연구』 제35집 제3호, 2007, 143면.

132) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 116.

133) 계희열, 『헌법학(중)』, 2007, 193면.

134) 권영성, 『한국헌법원론』, 2010, 376면.

135) 김하열, 『헌법강의』, 2021, 298면 ; 허영, 『한국헌법론』, 2007, 322면.

136) 계희열, 『헌법학(중)』, 2007, 193면 ; 이준일, 『헌법학강의』, 2023, 381면.

137) 김철수, 『헌법학개론』, 2006, 394면 ; 전광석, 『한국헌법론』, 2015, 284면.

138) 권영성, 『한국헌법원론』, 2010, 376면 ; 정종섭, 『헌법학원론』, 2009, 386면 ; 성낙인, 『헌법학』, 2015, 991면. 인격주의적인 자주적 인간상이라고 지칭하는 이 견해는 독일연방헌법재판소의 입장이기도 하다. BVerfGE 4, 7(15).

139) 한수웅, 『헌법학』, 2025, 552면.

제도 기본권주체성을 인정할 수 있는가라는 질문이 제기되고 있는 것이다.¹⁴⁰⁾ 만약, 인공지능에게도 기본권 주체성을 긍정하면 자연인이나 법인 이외의 존재에게도 기본권을 인정하는 것으로 이는 인간개념의 확장이 된다.

다만, 자율성을 인정된다고 하더라도 아직까지는 인공지능에게 기본권주체성을 인정하는 데에는 신중한 것으로 보인다. 생물학적 인간에게 초점을 두고 발전했던 헌법상 기본권의 역사와 의의에 비추어 본건대, 인공지능의 인지적 능력만으로 기본권을 향유할만한 이익이 있는지에 대한 의문과, 데이터 처리과정에서 인공지능이 보이는 편향성과 불투명성으로 인해 주관적 공권인 기본권의 수범자가 될 자격이 있는지에 대한 회의 등이 제기되고 있기 때문이다.¹⁴¹⁾

특히, 인공지능의 사생활과 개인정보 침해문제¹⁴²⁾, 의사결정과정에서 불투명성과 편향성으로 인한 평등권 침해문제, 콘텐츠를 필터링하거나 검열하는 과정에서 발생할 수 있는 표현의 자유 침해문제 등 생물학적 인간의 기본권을 침해하는 경우가 발생하고 있다는 점을 주목하면서 인공지능을 기본권 향유주체보다는 기본권 침해의 수단으로 보는 시각도 우세하다.¹⁴³⁾

그럼에도 인공지능에게 기본권 주체성을 인정하면 인공지능과 인간의 기본권 충돌 문제가 생길 수 있고, 그 과정에서 누구의 기본권을 어느 정도 제한해야 하는지에 대한 기본권 제한의 문제로 이어질 것이다. 그런데 이러한 기본권 충돌과 제한의 문제는 필연적으로 기본권을 향유하는 주체의 인간성의 물음으로 회귀될 수밖에 없다. 사람과 사람 사이의 기본권이 충돌될 경우, 기본권의 우열이라든지 제한과 같은 형량문제는 기본권주체가 동가치라는 점에서 출발하지만, 인간과 인공지능은 둘을 동가치로 보고 형량해야 하는지 아니면, 인공지능은 인간보다는 기본권이 덜 보장되거나 덜 보호되는 것으로 보고 형량을 해야 하는지 근본적인 의문이 들 수밖에 없는 데, 이 과정에서 무엇인 인간인지 인간개념의 문제로 회귀하게 되는 것이다.

(4) 판례

헌법상 인간상에 대한 판례의 입장은 헌법재판소의 결정문을 통해서 엿볼 수 있는데, 대략 다음의 세 가지 정도로 요약이 가능하다.¹⁴⁴⁾

초기 헌법재판소는 헌법상 인간상을 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로 보았다.¹⁴⁵⁾ 즉, 「기부금품모집금지법」 제3조에 대한 위헌법률심판에서 기부의 모집 목적을 원천적으로 제한한 것을 일반적 행동자유권의 침해문제로 보면서 “우리 헌법

140) 윤수정, “인공지능사회에서의 기본권”, 『공법연구』 제49집 제2호, 2020, 176면 ; 조재현 · 김용의, “인공지능의 기본권 주체성에 관한 연구”, 『유럽헌법연구』 제35호, 2021, 82~93면.

141) 조재현 · 김용의, “인공지능의 기본권 주체성에 관한 연구”, 『유럽헌법연구』 제35호, 2021, 86~88면, 90면, 91~93면.

142) 인공지능이 개인의 의료기록이나 금융정보를 프로파일링하면서 정보주체의 명시적 의사에 반하여 개인정보가 처리될 경우 정보주체의 자기결정권을 침해한다. 박혜란, “인공지능 기술의 기본권 침해 대응 방안 연구”, 『성균관법학』 제36권 제3호, 2024, 69면.

143) 박혜란, “인공지능 기술의 기본권 침해 대응 방안 연구”, 『성균관법학』 제36권 제3호, 2024, 68~70면.

144) 세 가지 유형 이외의 인간상에 대해 판시한 판결문은 아직 발견되지 않는다.

145) 헌재 1998.5.28. 96헌가5 ; 헌재 2004.4.29. 2003헌바118 ; 헌재 2006.2.23. 2004헌바80.

의 인간상인 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 국민을 마치 다 자라지 아니한 어린이처럼 다루으로써...”라고 판시했던 것이다.

이후 판결에서는 과외교습을 금지하는 「학원의 설립·운영에 관한 법률」 제3조를 자녀교육권, 인격권, 직업선택의 자유권 침해 문제로 보면서 “국민 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민이 우리 헌법의 인간상이라는 점에 비추어...”라고 판시함으로써 개인적 생활영역에 있어서는 스스로 결정하고 이에 대해 책임지는 인간을 헌법상 인간상¹⁴⁶⁾으로 보고 있다.

그러다가 좌석안전띠를 매도록 하고 이를 위반할 경우 처벌하는 「도로교통법」 제118조를 일반적 행동자유, 사생활의 비밀과 자유, 양심의 자유 침해문제로 본 사건에는 “자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민”이라는 과외교습 금지 판례에서 보여준 인간상을 원칙적으로 견지하면서, 한 가지 특성을 추가한다. 즉, “이는 사회와 고립된 주관적 개인이나 공동체의 단순한 구성분자가 아니라, 공동체에 관련되고 공동체에 구속되어 있기는 하지만 그로 인하여 자신의 고유가치를 훼손당하지 아니하고 개인과 공동체의 상호연관 속에서 균형을 잡고 있는 인격체라 할 것이다.”고 헌법적 인간상을 자율성과 공동체구속성이라는 두 대립적 성향 사이에는 균형을 유지하는 존재라고 보고 있는 것이다.¹⁴⁷⁾

이러한 현재의 인간상은 모두 인간의 자유의지와 자율성을 긍정한다는 점에서 공통점을 갖는다. 하지만 기부금품모집 사건에서 국가의 후견주의적 간섭을 배제한 자율성, 창의성을 강조한 인간상을 견지했다가, 과외교습 금지사건에서는 자율성과 책임성을 동시에 강조하는 태도를 취했다. 한편, 좌석안전띠 사건에서는 개인과 사회 중 어느 한 곳에 몰각되지 않는 균형자를 강조하기도 한다.

그런데 현재가 바라보는 인간상의 차이는 어디에서 기인하는 것일까? 각각의 판례가 다루고 있는 사건의 성격을 분석해 보면 국민의 기본권행사에 제한을 가하는 규범의 규율목적과 사회적 관련성에 따라 인간상의 차이가 발생한다는 점을 어렵지 않게 알 수 있다. 이를테면 행복추구권의 한 내용인 일반적 행동자유권¹⁴⁸⁾을 제한하는 경우라도 인간이 어떠한 행위를 하는 “목적”(기부행위의 목적)을 제한하는 경우와 “행위”(과외교습행위) 자체를 제한하는 경우는 강조하는 인간상이 달랐다. 즉, 목적이란 내심의 영역에 대한 제한일 경우 전술한 「기부금품모집법」 위헌심판사건에서처럼 현재는 자율성, 창의성, 성숙성¹⁴⁹⁾을 강조하는데, 과외교습 “행위”를 제한하는 경우는 원칙적으로 자율성을 강조하지만 동시에 책임도 강조하고 있는 것이다.

또한, 사회적 관련성이 다르면 헌법상 인간상에 차이가 발생했다. 과외교습 행위나 좌석안전띠를 매는 행위나 모두 인간의 행위에 대한 제한이지만 그 행위의 사회적 관련성 정도는 다르다. 즉, 과외교습을 제한함으로써 제한되는 법익은 자녀교육권, 인격권, 직업선택의 자유권과 같이 주로 법익주체와 관련된 것이지만, 좌석안전띠를

146) 현재 2002.10.31. 99헌바40 ; 현재 2003.10.30. 2002헌마518 ; 현재 2009.11.26. 2008헌바58.

147) 현재 2003.10.30. 2002헌마518 ; 2006.7.27. 2005헌마1189 중 재판관 권 성, 재판관 김효종, 재판관 조대현의 소수의견.

148) 현재 1991.6.3. 89헌마204.

149) 이 판결에서 성숙성은 자기 스스로 결정할 수 있는 능력을 갖춘 개체를 의미하므로 자율성과 창의성이 지칭하는 바와 크게 다르지 않다.

매는 행위에 대한 제한은 공동체의 이익과도 관련성이 높다. 현재의 표현에 따르면, 좌석안전띠를 매는 것은 운전자 본인의 불이익이 감소하는 것은 물론이고, 교통사고발생 시에 동승자와 차내 충돌방지로 인한 동승자의 피해를 감소시킬 뿐만 아니라 운전자로 하여금 조정기능을 잃지 않게 함으로써 2차 사고발생을 줄이고, 운전자의 차외방출로 인한 다른 차량과의 충격에서 발생할 수 있는 다른 차량의 손해도 감소시킨다. 이러한 행위의 사회적 관련성은 법익 균형성 심사에서 행위자에게 좌석안전띠를 매도록 하는 행위의 공익우위성을 인정하게 한다.¹⁵⁰⁾ 즉, 자신의 행위 결정의 자율성과 그 결과에 대한 책임만을 강조하는 데에서 그치지 않고 사회적 공공생활의 보존과 육성을 위하여 국가적 개입의 필요성이 생기는 것이다. 현재는 이러한 개입을 정당화하기 위해 헌법상 인간상도 사회와 고립된 주관적 개인에서 그치는 것이 아닌 공동체 관련성도 중요하다는 점을 강조했던 것이다.

물론 이러한 현재의 인간상은 일관성이 없고 그 때 그 때의 상황에 따라 가변적이라는 비판에서 자유롭기는 어렵다. 어떤 때는 인간의 자율성과 창의성을 강조하다가, 어떤 때는 자율성과 책임을 강조하고, 또 어떤 때는 개인과 사회의 균형성을 강조하는 등 일관성이 없기 때문이다. 특히, 이러한 현재의 인간상은 법치주의적 관점에서 의문이 제기될 수는 있다. 잘 알려진 바대로 법치주의는 그 구성요소들이 형식과 작동기제에 있어서는 불가변성(das Beharrende)과 고정성(das Feste)을 가질 것을 요청하는데,¹⁵¹⁾ 헌법상 해석의 기본틀이 될 것은 일반성, 불가변성, 고정성을 가져야 법치주의적 안정성을 확보할 수 있는 것이다. 그런데 헌법해석의 대전제라 할 수 있는 인간상 자체가 확정적이지 못하고 가변적이라면 인간과 사물 간의 관계에 있어 일반성과 보편성을 획득하기 어렵고, 헌법 전반의 해석과 적용에 있어 안정성이 보장되기 어려운 것이다.

3. 현행 헌법상 인간상 검토

현행 헌법상 인간상 검토는 실정 헌법의 규정에서 시작하는 것이 타당할 것이다. 즉, 헌법상 인간상의 근거가 될 수 있는 규정들의 문리적, 체계적, 목적론적 해석과 함께 필요하면 규범과 학제적 연구성과도 반영하여 인간상을 도출하는 것이 적절한 것이다.

먼저 문리적 해석을 위해서 헌법에서 인간이라는 직접적 표현이 존재하거나 인간상을 전제한 규정이 있는지 살펴보아야 한다. 전술한 바와 같이 현행 헌법에서 “인간”이라는 표현이 등장하는 부분은 인간의 존엄과 가치를 규정하고 있는 헌법 제10조, 근로조건 기준의 인간의 존엄성 보장을 규정하고 있는 제32조 제3항, 모든 국민의 인간다운 생활을 할 권리를 규정하고 있는 제34조 제1항이다. 하지만 이 세 조항 어디에도 헌법상 인간상에 대한 정의나 이를 직접적으로 도출할 수 있는 내용을 찾기는 어렵다.

그런데 인간이 존엄한 이유를 앞서 독일 기본법의 인간상에 대한 해석론과 같이 인간이 이성을 갖춘 자율적인 존재라는 점에서 찾는다면,¹⁵²⁾ 인간의 존엄성 규정은

150) 헌재 2003.10.30. 2002헌마518.

151) K. Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: E. Forsthoff (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, S. 572.

이성을 갖춘 자율적인 존재라는 인간상을 표현한 것이라고 해석할 수도 있다. 그리고 이러한 전제에 선다면 헌법학계의 통설처럼 헌법상 인간상은 구체적이고 현실적인 인간을 지칭하는 것은 아니라 이성을 갖춘 자율적인 존재라는 이상적인 인간을 지칭한다고 볼 수 있을 것이다.

물론 헌법상 인간상을 이성을 갖춘 자율적인 존재로 보려는 시도에는 문리적 근거도 있다. 예컨대, 헌법전문(前文)은 “우리 대한국민은…불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고, …정의·인도와 동포애로써…모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며, 자율과 조화를 바탕으로 자유민주적 기본질서를 더욱 확고히 하여…자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여, …항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써”라고 기술하고 있는데, 여기에서 국민이 불의에 항거하고, 정의·인도와 동포애를 가지고 사회적 폐습과 불의를 타파하며, 자율과 조화를 바탕으로 자유와 권리에 부응하는 책임과 의무를 완수하는 존재라고 해석되는데, 국민도 인간을 전제로 한 개념으로 본다면 헌법은 인간을 이상적 존재로 상정하고 있다고 볼 수도 있다.

나아가 헌법에 규정되어 있는 각종 기본권 규정도 우리 헌법이 인간을 자율적 존재라고 보고 있다고 할 수 있다. 예컨대, 평등권 보장없이 자율성을 갖추기 어렵고, 신체의 자유, 직업의 자유, 언론·출판의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 양심과 종교의 자유, 학문과 예술의 자유 등이 보장되지 않고 인간의 자율성과 자유의지를 논하기 어려운 것이다. 그리고 이러한 자율성과 자유의지를 전제하지 않고 이성을 갖추었는지 여부를 따지기도 곤란하다. 자율성과 자유의지가 전제되지 않는다면 마치 우리에게 갇힌 금수(禽獸)와 같을진대, 그런 상황에서 이성은 무의미하기 때문이다. 따라서 이러한 기본권 규정들은 우리 헌법이 인간을 이성을 갖춘 자율적인 존재로 보고 있다는 방증이 될 수 있다.

또한, 목적론적 해석을 통해서도 우리 헌법이 인간을 이성을 갖춘 자율적인 존재로 전제하고 있다고 추론하는 것이 가능하다. 즉, 헌법 제1조 제2항은 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다고 규정하고 있는데, 주권과 모든 권력은 국민이 보유한다는 선언은 국민이 헌법제정권력이라는 의미 외에도 국민이 모든 권력의 원천이라고 선언하는 것으로 헌법이 그 만큼 국민을 믿는다는 것을 뜻한다. 신뢰할 수 없는 존재에게 국가의 최고 권력과 모든 권력을 맡길 수는 없기 때문이다. 그렇다면 헌법상 주권재민 규정은 인간에 대한 헌법의 신뢰 표현이며, 그러한 신뢰는 인간이 이성과 자율성을 갖춘 이상적인 존재라야 가능하다고 볼 수도 있는 것이다.

인간이 이성과 자율성을 갖춘 이상적인 존재라고 볼 수 있는 근거는 헌법의 하위 법률에서도 추출이 가능하다. 법률해석상 헌법합치성이 추정되기 때문에 규범의 체계적 해석상 단행 법률에서 인간상에 대해 규정하고 있다면 이것도 헌법의 인간상을 전제로 하고 있다고 보아야 하기 때문이다. 그런데, 전술한 바와 같이 「인공지능기본법」에서는 인간은 지적능력과 자율성 및 적응성을 갖춘 존재라고 보고 있는 것이다. 나아가 앞서 살펴본 바와 같이 헌법학계의 통설과 판례도 자율성과 자유의지를 인간의 본질적 특성으로 보고 있기도 하다.

문제는 인간을 이성과 자율성을 갖춘 이상적인 존재라는 점을 지지하는 이러한 다

152) Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, S.62. ; Werner Maihofer, *Rechtsstaat und menschen Würde*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1968, S.48.

양한 근거에도 불구하고, 동시에 이러한 이상적인 모습과는 거리가 먼 구체적이고 현실적인 인간의 모습을 전제한 헌법규정도 적지 않다는 점이다. 이러한 규범적 근거는 대부분 헌법조항에 대한 반대해석과 목적론적 해석을 통해서 도출이 가능하다. 이를테면 헌법 전문에서 “모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며”라는 표현은 반대해석하면 인간이 사회적 폐습과 불의를 야기하고 있는 현실을 지적한 것이기도 하다.

또한, 헌법 제5조는 “대한민국은 국제평화의 유지에 노력하고, 침략적 전쟁을 부인한다.”는 규정도 인간이 파괴적이고 폭력적이라는 현실을 반영한 조항이라고 할 수도 있는 것이다. 인간의 본성이 호전적이고 폭력적이라고 보았던 역사학 및 인류학의 인간상과도 일맥상통한 부분이기도 하다.

그리고 제11조에서 “누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”는 규정도 사실은 구체적이고 현실적인 인간상상은 성별, 종교, 사회적 신분에 따라 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 생활영역 등에서 차별을 받고 있는 현실을 반영한 것이기도 하고, 현실적으로 불평등이 만연해 있다는 점을 부인하기도 어렵다.

나아가 각종 기본권 규정도 인간이 이성을 갖춘 자율적인 존재라는 것을 지지하는 근거가 되기도 하지만 한편으로 반대해석하면, 아직 인간이 그러한 기본권을 완전히 향유하지 못하는 현실을 반영한 것이기도 한 것이다. 더불어 국회의원에 관한 청렴의무규정(제46조 제1항)·양심에 따른 직무수행규정(제46조 제2항)·지위남용금지규정(제46조 제3항)이나 감사원을 헌법기관으로 규정하여 국가기관 운영을 감시하도록 한 점(제97조), 대법관이나 헌법재판소 재판관 선출을 한 기관에 독점시키지 않고 권력분립에 따라 분리선출하도록 한 규정(제104조, 제111조 제3항), 국민의 보통·평등·직접·비밀선거원칙을 밝히고(제41조) 선거와 공정한 관리를 위한 선관위를 둔 규정(제114조), 헌법기관에 대한 탄핵규정(제65조 제1항), 법원의 심급규정(제101조 제2항), 법관의 독립과 양심에 관한 규정(제103조) 등 적지 않은 규정들도 인간의 편파성이나 불합리, 비이성, 부패, 오류 등 결코 완전하지 못한 현실의 인간을 상정하고 도입된 규정이라고 할 수 있다. 이러한 모습들은 앞서 노동법에서 인간을 부정적인 존재로 바라보았던 인간상과 일치하기도 한다.

헌법 이외의 규범학이나 학제적 입장이 구체적이고 현실적인 인간의 모습에 주목하고 있다는 점도 고려할 필요가 있다. 전술한 바와 같이 법철학에서 하이데거는 인간의 본질을 시간적 유한성 속에서 실존적 고민을 할 수밖에 없는 현실적인 존재라고 했고, 민법학과 상법학도 인간과 인간 이외의 존재에 대한 구별기준으로 먹고, 자고, 움직이는 현실적인 인간의 생활관계에 주목했다. 노동법의 인간상도 노동자를 자본가에게 예속된 불평등한 지위를 갖는 존재로 보고 있으며, 노동관계는 자본주의적 계산에 따라 행동하는 비도덕적이고 비윤리적인 현실의 인간을 전제로 한 것이다.

규범학 이외의 영역에서도 비슷한 경향이 나타난다. 인문학(철학·윤리학·신학) 분야에서 인간상 중 트랜스휴머니즘이나 포스트휴머니즘은 인간을 본질적으로 불완전한 존재로 본다. 존재론적 인격주의도 인간은 그 자체로 완성된 존재가 아니라 타자와의 관계 속에서 비로소 완성되는 존재로 보는데, 이는 인간이 완벽한 존재는 아니라는 점을 전제로 한 것이다. 즉, 인문학 분야에서 인간은 현실적인 한계를 지닌 존재인 것이다. 케를 달리하기는 하지만 역사학이나 인류학에서 바라보는 인간상도 완벽하거나 이상적인 인간상과는 거리가 멀다. 비록 특정한 생활양식(수렵채집)의 인

간상에 초점을 맞춘 것이기는 하지만 인간을 폭력적이고 호전적인 모습으로 그리고 있는데, 이 또한 이성과 자율성을 갖춘 이상적인 존재라고 보기에는 어렵다.

마지막으로 생물학 및 신경과학이 바라보는 인간상도 마찬가지로의 관점에서 분석이 가능하다. 생물학 및 신경과학계의 통설은 인간의 자유의지를 부정하고 인간의 행동과 그 결과가 다양한 원인에 기인한다고 주장하는데, 자유의지는 이성과 자율성의 조건이기 때문에 자유의지가 부정되면 이성과 자율성을 갖춘 이상적인 존재라는 전제 자체가 흔들린다. 더군다나 인간의 행위와 그 결과가 다인자성에 의존한다는 것은 인간의 행위가 맥락 의존적이라는 뜻인데, 그것은 상황에 따라 인간의 행위선택이 바뀔 수 있다는 것을 의미한다. 한마디로 인간은 당위적으로 행위하는 것이 아니라 현실적인 상황과 조건에 따라 움직인다고 얘기하는 것이다.

이러한 논의를 종합하면, 우리 헌법이 인간을 이성을 갖춘 자율적인 이상적인 존재로만 바라보지는 않는다고 볼 수 있을 것이다. 인권과 기본권의 역사뿐만 아니라 헌법 제·개정사에서 대한민국 국민들이 처해있었던 현실적 상황을 고려할 때 이 점은 더욱 분명해 진다. 규범현실이 인간을 마냥 이상적인 존재로만 보기는 어렵게 만들기 때문이다. 후술하겠지만 인공지능 등 인간 이외의 존재의 등장으로 인간개념의 근본적인 재구성을 요구하는 현시점에서 구체적이고 현실적인 인간의 모습을 규범이 담지 못하면 제대로 된 인간개념 도출이 곤란하고, 인간과 인간 이외의 존재에 대한 구별기준을 세우기 어렵다는 점도 고려해야 할 것이다.

다만, 그렇다고 해서 인간의 이성과 자율성을 부정할 결정적인 규범적·실증적 근거가 있다고 단정하기도 힘들다. 전술한 바와 같이 생물학과 신경과학적 발전은 인간의 행위와 그 결과에 대한 원인과 작동기제를 설명하고 있지만, 아직도 무수히 많은 부분이 공백상태로 남아 있기 때문이다. 즉, 현재로서는 자신 있게 인간의 이성과 자율성 다시 말해 자유의지는 허구의 신화라고 단언할 수는 없는 상황이다. 이러한 점을 고려하건대, 인간의 이성과 자율성을 기각하는 것은 현재로서는 시기상조이다. 게다가 인간의 이성과 자율성을 지지하는 규범적·학문적 근거들을 무시하기도 곤란하다. 그렇다면 현행 헌법이 인간을 이성과 자율성을 갖춘 존재로 바라보고 있다는 주장은 일단 수긍할만하다.

덧붙여 우리 헌법상 인간상은 인간의 사회적 구속성을 전제하고 있다고 판단된다. 통설과 판례도 이를 지지하고 있을 뿐만 아니라-물론 개인과 사회와의 관련성의 의미와 정도에 있어서 학자마다 편차가 있기는 하지만-개인과 공동체의 상호연관성을 전제해야지만 해석이 가능한 실정 헌법적 근거들이 다수 발견되기 때문이다.

이를테면, 언론·출판의 자유는 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 안 된다는 규정(제21조 제4항), 국민의 재산권 행사는 공공복리에 적합하도록 해야 하고 공공필요에 의해 수용·사용·제한이 가능하다는 재산권의 사회적 기속성 규정(제23조 제2항 및 제3항), 각종 사회권규정(제34조, 제35조), 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 기본권제한의 사유로 들고 있는 규정(제37조 제2항), 국민의 납세와 국방의 의무규정(제38조, 제39조), 경제민주화규정(제119조 제2항), 국토의 균형발전규정(제122조), 지역 간 균형발전과 중소기업 및 농어민 보호 및 육성규정(제123조) 등은 개인의 자율성과 창의를 존중하지만(제119조 제1항) 동시에 공동체의 가치에도 기속되는 공동체 관련성을 나타낸 규정이라고 할 수 있기 때문이다.

헌법 이외의 법률에서도 이러한 태도를 찾을 수 있다. 예컨대, 「인공지능기본법」

(제2조 제11호)에서는 인간을 공동체 관련성을 갖는 윤리적인 존재라고 규정하고 있다고 서술한 바 있는데, 이는 인간의 공동체 관련성 내지 사회적 구속성을 표현한 근거라고 할 수 있을 것이다.

그리고 환원하여 서술하지만 이러한 인간의 공동체 관련성 내지 사회적 구속성은 인간이 불완전한 존재라는 점을 전제로 하는 것이다. 따라서 결론적으로 우리 헌법은 인간을 이성과 자율성을 갖춘 존재로 보기는 하지만 동시에 그 자체로 완벽한 존재가 아닌 불완전성을 가진 구체적인 현실적인 존재로 바라보고 있다고 할 수 있을 것이다.¹⁵³⁾

V. 바람직한 헌법상 인간상

1. 인간과 인공지능과의 구별의 필요성과 현재상황

앞에서 지적했듯이 고도의 자율성을 갖춘 인공지능의 등장은 헌법적 인간상에 중대한 도전과제가 되고 있다. 점증하는 기존 인간개념에 대한 의문은 인간과 인간 이외의 존재에 대한 현행 헌법의 태도를 점검하고, 향후 헌법적으로 인간개념을 어떻게 어떻게 반영하여야 하는지를 고민할 때가 된 것이다.

현행 헌법은 인간 이외의 존재, 특히 인간과 유사한 기능을 수행하는 존재를 어떻게 취급할 것인지에 대한 명문의 규정은 없다. 따라서 해석이 그러한 빈자리를 메워야 하지만 해석의 실마리가 될 만한 표현이나 조항도 찾아보기 어려운 것이 사실이다.

물론, 현행 헌법에는 인간 이외의 존재인 권리능력 없는 사단인 정당에 관한 보장 규정(제8조), 기업의 자유와 창작성 존중 규정(제119조 제1항), 중소기업 보호·육성 규정(제123조 제3항 및 제5항), 사기업의 국유화금지 규정(제126조) 등 기업에 관한 규정이 있다. 이러한 규정은 해당 존재들에 대한 법인격 인정의 근거가 될 수는 있다. 하지만 이러한 규정으로 인간개념의 확장 등 인간개념에 격렬한 논쟁을 해소하기는 어려워 보인다. 비법인사단이나 기업의 경우 필요에 의해 규범적으로 권리능력이 창설된 것이기는 하지만 어쨌거나 그 배후에서 그러한 단체와 명확히 구분되는 인간에 의해서 운영되는 것이고, 이 단체들은 인간과 분리되어 그 자체로 자율성을 갖지는 못하므로 개념상 생물학적인 인간과 구별이 불가능한 것도 아니고, 딱히 인간개념 확장의 필요성도 제기되지도 않기 때문이다.

153) 다만, 필자는 이성과 자율성이 불완전성과 대립적인 개념이 아니라는 점을 유의해야 한다고 생각한다. 이성과 자율성을 갖추고도 얼마든지 불완전할 수 있고, 실제로 인간은 그러한 모습을 보여주고 있기 때문이다. 따라서 인간을 이성과 자율성 그리고 불완전성이라는 성격을 가진 모순적인 존재라고 규정해서는 안 된다. 모순적이라는 것은 상호 배척된다는 뜻인데, 이성과 자율성 그리고 불완전성은 상호 배척 개념은 아니기 때문이다. 오히려 이성과 자율성을 갖추었지만 불완전하기 때문에 공동체 관련성 내지 사회적 구속성에 의지할 수밖에 없는 인간 존재의 특성을 보여주는 상호의존적 개념이다. 그리고 이렇게 해석할 때 현행 헌법 규정과 표현들이 인간상에 대해서 서로 양립할 수 없는 모순적인 태도를 가진 것이 아니라 모두 인간의 특질과 본질을 표현하고 있다고 설명할 수 있게 되고, 뒤에 자세히 서술하겠지만 인간과 인공지능을 구별할 수 있는 실질적인 기준이 되기도 하기 때문이다.

문제는 무시하기 어려울 정도에 이른 인공지능의 놀라운 발전이다. 즉, 헌법현실은 인공지능의 존재를 부인하기 어려운 단계에 이르렀다고 보아야 한다. 전통적으로 인간의 본질적 특성으로 간주 되었던 자율성과 창의성에서 인공지능은 인간과 유사하거나 어쩌면 초월하고 있는지도 모른다. 아직은 기우에 불과하다고 비판받을 수도 있지만 인공지능의 급격한 발달로 인공지능이 소소하게는 취업, 노동, 의식주 등 인간의 생활관계에서 적극적 개입함으로 인간의 자율성을 침해하고, 나아가 첨단기술에 의존하는 무기체제에 침투하여 인간의 운명을 가를 전쟁까지 일으키지 말라는 법은 없는 것이 현실이다. 터미네이터라는 영화에서 목격했던 인간과 기계와의 싸움이 라는 디스토피아 세계가 인간과 인공지능의 싸움으로 현실화될 수도 있는 것이다. 따라서 이제는 인공지능을 어떻게 취급할 것인지를 진지하게 검토할 시점이다. 인공지능을 인간개념에 넣어 인간개념 확장을 받아들일 것인지, 아니면 구별할 것인지, 만약 인간개념에 포함시킬 경우, 기존의 생물학적인 인간에게만 인정되었던 헌법규정들을 어떻게 적용할 것인지 그리고 이러한 규범과 현실의 불일치에 대해 어떠한 태도를 취할 것인지, 나아가 현행 헌법만으로는 해결이 불가능하다면 향후 개정방향은 어떠해야 하는지 논의가 필요하기 때문이다.

그런데 인공지능 등과 같이 인간 이외의 존재의 인간개념 포섭여부는 먼저 인간의 본질적 지표가 무엇인지 살펴보는 데에서 출발할 필요가 있다. 그러한 지표가 인간과 인간 이외의 존재에 대한 구별기준으로 작용하기 때문이다. 다만, 그러한 지표는 헌법규범에서만 추출하는 것은 바람직하지 않다. 일단 현행 헌법은 인간의 본질적 지표에 대한 명문의 규정이 없다. 따라서 헌법과 헌법을 둘러싼 각종 현실을 통해 이러한 지표를 추출할 수밖에 없다. 더군다나 헌법은 현실의 인간생활을 반영한 것이므로, 이러한 현실에서 인간의 본질적 특질을 포착하는 것은 어쩌면 당연한 일이기도 하다. 그런데 이러한 현실에 있어 인간의 모습은 다양한 관점과 학문적 연구의 결과로 정리되어 왔다. 즉, 인간상에 대한 학제적 연구와 그 성과는 헌법적 인간개념을 객관적으로 정확하게 파악할 수 있게 해 주는 것이다. 또한, 다양한 학제적 접근은 규범이 미처 반영하지 못한 현실을 보다 빠르고 객관적으로 투영할 수 있게 해주므로 인간과 인간 이외의 존재를 구별할 수 있는 풍부하고 설득력 있는 기준을 제시해 줄 수도 있다.

따라서 이하에서는 앞서 검토한 헌법 이외의 규범학을 포함하여 다양한 학문분야의 인간상을 참고하여 인간의 본질적 특질을 도출하고, 이러한 본질적 특성에 기반하여 인간과 인간 이외의 존재는 어떻게 구별되는지 그 기준을 도출하고, 나아가 이러한 기준을 바탕으로 검증하는 인간과 인공지능 개념 간의 문제점을 해소하거나 해결의 단초가 될 규범적 특히 헌법적 개정 방향을 논의해 보기로 한다.

2. 비교법적·학제적 검토를 통해 인간의 본질적 특성

인간과 인간 이외의 존재의 구별기준은 규범학 분야 중에서는 법철학의 인간상에 주목할 필요가 있다. 즉, 하이데거는 인간의 본질을 시간적 유한성 속에서 실존적 고민을 하는 존재라고 보고 있는데, 이에 따른다면 인간과 인공지능과는 가장 큰 차이점 중에 하나가 시간개념이라 할 수 있다. 인간은 언젠가는 죽어야 하는 존재이지만, 인공지능은 동력이 부여되는 한 영속성을 누리기 때문이다. 또한, 이러한 시간적 유

한성은 인간을 둘러싼 환경과 관계에 가치를 부여한다. 살아갈 시간이 정해져 있기 때문에 인간이 노력하여 소유한 권리는 비로소 가치를 갖는다. 하지만 인공지능에게는 이것이 무의미하다. 영원한 존재에게 권리나 의무는 언제든지 획득하거나 벗어날 수 있는 것에 불과하므로 특별한 의미를 갖지 않는 것이다. 따라서 권리·의무를 둘러싼 생활관계도 인공지능에게는 무가치하다. 그리고 이러한 무가치성은 인공지능을 둘러싼 모든 관계와 환경에 영향을 미친다. 모의전쟁에서 인공지능이 별다른 고민없이 핵무기 사용을 결정했다는 점은 인공지능이 환경과 주변관계를 어떻게 바라보는 지 웅변적으로 보여준다.¹⁵⁴⁾ 이렇듯 시간적 유한성은 인간과 인공지능을 구분하는 중요한 구별기준이 될 수 있다.

다음으로 민법학이나 상법학이 제시하고 있는 생물학적 인간의 특성도 눈여겨 볼 필요가 있다. 즉, 상법학은 인간과 인공지능의 구별기준으로 출생과 사망이라는 인간의 생물학적인 특성을 제시한 바 있다. 물론 인공지능도 프로그램의 시동과 종료가 있으므로 출생과 사망에 견줄 수 있는 대응개념이 아예 없다고는 할 수 없다. 하지만 인공지능 프로그램의 시동과 종료는 태아의 배태와 신체기관의 정지라는 생체활동과는 확연히 구별이 된다. 또한, 민법학에서 제시하는 바와 같이 먹고, 자고, 움직이는 등 생활관계의 흔적들도 인간과 인공지능의 구별기준이 될 수 있을 것이다. 적어도 현재까지 그러한 생활관계의 흔적들을 인공지능은 갖지 못했기 때문이다.

그리고 불평등한 관계를 맺고 살아가는 구체적인 현실적인 노동자의 모습에서 출발한 노동법상의 인간상도 인간과 인공지능의 구별기준을 제시할 수 있다. 고도의 자율성을 획득한 인공지능은 예측성과 불평등성에서 자유롭게 될 가능성이 높다. 특히, 예측성과 불평등성이 궁극적으로 가리키는 바는 지배의 문제인데, 자율적으로 움직이는 인공지능에게도 지배가 문제될지는 의문이다. 어쩌면 지배를 인식도 못할 지도 모른다. 반면 인간은 좀 다르다. 즉, 인간의 자율은 지배의 문제에서 완전히 자유롭기 어렵다는 특성이 있다. 인간의 자율이라는 것은 다른 인간계층에 의한 제한과 통제 내의 자율인 경우가 많기 때문이다. 그러한 점에서 인간의 자율성은 완벽한 것이 아니라 구체적인 현실적인 관계 속에서의 제한된 자율성이다. 물론 이러한 제한은 사회적 구속성이라고 표현되기도 하지만, 어쨌건 자율의 내용적 차이는 인간과 인공지능의 차별성이자 구별기준이 될 수 있다.

또한, 인간의 불완전성도 눈여겨 볼 필요가 있다. 즉, 해밀턴과 매디슨은 인간의 본성을 야만적, 탐욕적, 편파적으로 보았는데, 이는 인간의 불완전성을 전제로 한 평가이다. 흄스도 인간을 사악하며, 파괴적이라고 보았고, 흄도 인간은 충동에 따라 행동하는 불완전한 존재로 보았던 것이다. 물론, 불완전성 그 자체가 인간의 본질적인 특성이라고 할 수는 없다. 지구상에 존재하는 많은 존재들도 역시 불완전하며, 인공지능조차도 편파성과 불투명성이라는 측면에서 불완전하기 때문이다.

다만, 다른 존재들과는 달리 인간은 불완전성을 타인들로 이루어진 사회적 관계 속에서 보완한다. 매디슨이나 해밀턴이 공화정 등 제도를 통해 인간의 감정적인 측면과 충동성을 통제해야 한다고 보았던 점, 흄스가 중앙집권적인 국가를 통해서 인간의 부정적인 속성을 통제해야 한다고 했던 점, 흄이 인간의 충동적 행동을 제어할 수 있는 장치가 필요하다고 보았던 점, 심지어 인간을 이성과 자율성을 가진 존재로 보았던 로크도 정부나 국가가 이를 보호해야 한다고 보았는데, 이는 인간 그 자체로

154) 조선일보, “AI에게 가상전쟁 시켜봤더니… 주저없이 핵무기 버튼 눌렀다”, 2026.2.27.

는 이성과 자율성을 보존하기 어려운 한계를 가진 존재이므로 보완이 필요하다고 본 것이다. 인간을 이성을 갖춘 자율적인 존재로 전제하는 독일의 헌법학계도 인간을 현실 상황에 구속되는 가치구속적인 존재로 보았는데, 이는 인간의 불완전성으로 인해 사회적 가치에 구속될 수밖에 없는 점을 전제로 한 것이다.

인간의 불완전성과 이를 보완하기 위한 사회적 구속이라는 특성은 우리 헌정사와 학설 그리고 판례에 의해서도 받아들여지고 있다. 앞서 기술한 바와 같이 제헌헌법을 기초한 유진오는 경제, 교육, 노동조항에 있어 인간세계의 현실적인 불평등에 주목하면서 국가의 개입과 조정을 언급했는데, 이는 인간이 자유와 자율성을 갖춘 존재이지만, 사회와 고립되거나 공동체의 단순한 부분이 아니라 개인과 공동체의 상호연관성을 갖는다는 점을 강조한 것이다. 학설도 헌법상의 인간은 자율성과 자유의지를 갖는 존재이지만 동시에 사회와 상호영향을 주고받는 인격주의적 인간상이 통설이고, 판례도 같은 입장이다. 구체적인 사례에 따라 차이는 있지만 우리 헌법재판소도 개인의 자율성과 창의성을 존중하지만, 인간을 사회와 고립된 주관적 개인이 아닌 공동체의 가치에 구속되는 존재로 바라보고 있다.

결국 비교헌법적 고찰의 결론은 인간이 불완전한 존재이지만 사회적 공동체를 통해서 이러한 불완전성을 보완한다는 점을 보여주고 있다. 물론 인공지능도 자신의 불완전성을 알고리즘을 통해 보완할 수 있지만 그러한 보완은 동료집단과의 관계 속에서 이루어진 것이 아니다. 즉, 자기 스스로 보완하는 것이다. 따라서 존재의 불완전성과 그 사회적 보완방식은 인간과 인공지능의 차별적인 특성이라고 할 수 있다.

나아가 규범학 이외의 분야가 제시하는 인간의 특질도 주의 깊게 살펴볼 필요가 있다. 특히, 철학·윤리학·신학 등 인문학 분야에서 인간을 불완전한 존재로 보면서, 인간은 실존적 존재 자체로 궁극적 완성태가 아니라 주변과의 관계를 통해서 비로소 인간개념을 형성한다는 트랜스휴머니즘이나 포스트휴머니즘의 관계의 인간개념은 우리에게 시사하는 바가 크다. 물론 이는 비교 헌법적 고찰에서 도출했던 인간의 불완전성과 이를 보완하기 위한 사회적 구속성이라는 관계와 유사한 측면이 있다. 다만, 트랜스휴머니즘이나 포스트휴머니즘의 관계성은 단순히 인간집단에 한정되지 않고 인간을 둘러싼 다양한 환경과의 관계를 의미한다는 점에서 보다 폭넓은 개념이라는 차이는 있다. 더불어 존재론적 인격주의에서 인간은 자신에게 주어진 자율성을 바탕으로 행동 하지만, 그 행동과 결과에 대해 책임을 지는 존재라고 보았는데, 이는 인간과 인공지능과의 차별성을 부각할 수 있는 기준을 제시할 수 있다. 왜냐하면 인간은 관계성에만 그치지 않고 그 관계 속에서 이루어진 결과에 대한 책임을 지지만 인공지능은 그렇지 않기 때문이다. 이점은 인공지능이 모의전쟁에서 주저없이 핵을 사용한 사례에서 여실히 보여준다.

더불어 인간의 생활양식을 분석하여 인간이 환경이나 상황에 적응하기 위해서 맥락 의존적인 행위를 한다는 점을 보여주었던 역사학 및 인류학도 인간과 인간 이외의 존재와의 구별기준을 제시해 줄 수 있다. 물론 인공지능도 학습을 통해 상황에 맞는 판단을 내릴 수 있다. 하지만 인간은 이전에 경험해 보지 않은 전혀 새로운 환경이 닥쳐도 여전히 그에 적응하여 생활과 행동을 하는데 반해, 인공지능은 참고할 데이터가 없으면 그러한 결정을 내리기 곤란하다. 이러한 측면에서 인간의 맥락 의존성은 인공지능과는 다른 창조적 맥락의존성이다.

마지막으로 아직까지도 미지의 영역인 생물학적·신경과학적 원인관계와 작동기제

에 대한 해명도 인간과 인공지능과의 구별기준이 될 수 있다. 비록 인공지능의 알고리즘에 뇌신경과학적 발견의 성과가 일부 적용되고 있지만 도대체 인공지능에게는 그러한 복잡다단하고 신비로운 인간과 같은 뇌회로가 존재하지 않기 때문이다.

3. 인간과 인공지능의 구별과 그 기준

과학과 기술의 발달으로 인간개념 확장의 필요성이 제기되고 있는 현 시점에서 헌법규범이 담아야 할 바람직한 헌법상 인간상을 제시하기 위해서는 인간과 인간 이외의 존재, 특히 인공지능과의 공통점과 차이점을 지렛대로 삼아야 할 것이다. 왜냐하면 인간과 구별되는 인간 이외의 존재들은 모두 동일한 특성을 갖는 것이 아니라 제각각의 특성과 특질을 갖기 때문에, 어떠한 경우에는 공통점이 다른 존재와의 구별기준이 되기도 하고, 또 다른 경우에는 차이점이 구별기준이 되기도 하기 때문이다. 예컨대, 서로 유사한 A, B, C, D라는 존재가 있을 경우, A와 B의 공통점은 A와 B의 구별기준은 될 수는 없지만 A, B와 C, D와 구별기준이 될 수 있다. 이 경우 A라는 존재의 개념구성을 위해서는 A와 B의 공통점을 통해서 C, D와 일단 구분을 짓고, A와 B의 차이점 추출을 통해 A라는 존재의 특질을 구성할 수도 있는 것이다.

물론 A와 B의 차이점이 A와 B를 구분하는 기준은 될 수 있지만 그렇다고 A와 C, D의 구별기준이 된다는 보장은 없다. A와 B의 차이점은 A, C, D의 공통점이 될 수도 있기 때문이다. 이처럼 복수의 존재들 사이의 구별기준은 절대적인 기준이란 없고, 상대적일 수밖에 없다. 따라서 인간과 인간 이외의 존재의 공통된 구별기준 마련은 쉽지 않다. 그러므로 인간과 인간 이외의 존재의 구별기준은 보편적인 구별기준이 아니라 특정한 상대방일 경우 그 실제적 의미가 있다. 다만, 전술한 바와 같이 인간과 인공지능의 공통점은 인공지능을 제외한 인간과 인간 이외의 존재와는 효과적인 구별기준이 될 수도 있으므로 그 공통점을 살펴보는 것이 다른 존재와의 구별에 필요할 것이다.

그러한 면에서 인간과 인공지능과의 공통점을 먼저 살펴보면, 앞서 학제적, 비교법적인 검토를 통해 추출한 바와 같이 이성과 자율성¹⁵⁵⁾을 거론할 수 있을 것이다. 또한, 「인공지능기본법」의 인공지능 관련 정의규정에서 도출한 바와 같이, 지적능력, 자율성, 적응성도 두 존재의 공통점이 될 수 있다. 다만, 자율성은 이미 인간과 인공지능의 공통점으로 지적되었고 지적능력도 이성과 대동소이한 개념으로 보아야 할 것이므로, 「인공지능기본법」에서 두 존재의 공통점으로 추출할 수 있는 것은 적응성이라고 할 수 있을 것이다. 적응성은 동법 제2조 제2호에서 규정하고 있듯이 “주어진 목표를 위하여 실제 및 가상환경에 영향을 미치는 예측, 추천, 결정 등의 결과물

155) 엄밀히 말하면 인간과 인공지능의 공통점으로 지적된 자율성에도 차이는 존재한다. 즉, 인간의 자율성이란 전술한 바와 같이 인공지능이 보유한 또는 보유할 것으로 기대되는 완벽한 자율성이 아니라 구체적이고 현실적인 관계 속에서의 제한된다. 다만, 본 연구에서는 이러한 차이를 인간과 인공지능의 별도의 구별기준으로 제시하지는 않았다. 왜냐하면 이러한 인간의 제한된 자율성은 인간의 불완전성의 다른 표현이고, 다른 인간계층의 지배와 통제 속에서의 작동하기 때문이다. 이는 인간은 불완전한 존재지만 타자와의 사회적 관계 속에서 불완전성을 보완한다는 구별기준의 범주 내에 있다고 볼 수 있기 때문이다. 제한된 자율성이 항상 부정적인 평가를 받는 것은 아니며 감독과 조정이라는 지배와 통제의 다른 이름으로 보완되어 인간의 불완전성에서 야기되는 결함을 시정하기도 하기 때문이다.

을 추론하는”능력을 뜻한다. 쉽게 얘기해서 앞서 역사학 및 인류학의 인간상에서 도출했던 맥락 의존성이 이것이다. 즉, 인공지능도 학습된 데이터가 있을 경우에는 맥락 의존적 결정을 한다. 물론 후술하는 바와 같이 데이터가 없으면 인공지능의 적응성은 한계가 있다. 어쨌건 이성, 자율성, 적응성만 가지고 인간과 인공지능을 구별하기는 어렵다. 하지만 이성, 자율성, 적응성은 위에서 설명한 바와 같이 인간과 인공지능을 그 외의 존재와 구별하는 기준이 될 수는 있다.

다음으로 인간과 인공지능을 구별하는 기준은 이성, 자율성, 적응성 이외의 두 존재의 차별적인 특질에서 찾아야 한다.¹⁵⁶⁾ 그러한 조건 아래 지금껏 살펴본 인간본질에 대한 학제적·비교법적 검토를 통해 추출 해낸 인간과 인공지능의 구별기준은 다음과 같은 다섯 가지로 제시가 가능할 것이다.

첫째, 인간은 시간적 유한성을 갖지만 인공지능은 그렇지 못하다는 점이다. 둘째, 인간은 먹고, 자고, 움직이는 등 생활관계의 흔적을 남기지만 인공지능은 그렇지 못하다는 것이다. 셋째, 인간은 불완전한 존재이지만 타자와의 사회적 관계 속에서 불완전성을 보완한다. 인공지능도 불완전을 보충할 수 있지만 이는 자기 스스로의 알고리즘에 따른 것으로 타자와의 사회적 관계에서 이루어진 것은 아니다. 넷째, 인간은 기존의 경험과 양식이라는 데이터에 얽매이지 않고 창조성이 있는 맥락 의존적 행동을 한다. 물론 인공지능도 위에서 검토한 바와 같이 맥락 의존적인 적응성을 보유했을 수는 있다. 하지만 이러한 적응성은 한계가 있다. 즉, 데이터가 없는 경우에는 인공지능은 창조적인 맥락 행동을 하지는 못한다. 다섯째, 인간은 인간특유의 복잡하고 다인자성을 갖는 생물학적·신경과학적 원인관계와 작동기제가 있지만, 인공지능은 그러한 작동 시스템을 갖지 못했다.

4. 규범적 개정 방향

하지만 안타깝게도 현행 헌법의 규정이나 해석만으로는 이러한 인간과 인공지능의 구별기준을 도출하기는 어렵다. 현행 헌법은 인간과 인간 이외의 존재의 구별기준에 대해서 침묵으로 일관하고 있기 때문이다. 따라서 향후 헌법개정 논의 시에는 지금처럼 너무나 당연한 것으로 전제하여 손을 놓아버린 인간개념을 적극적으로 헌법에 담을 필요성이 있다. 1947년 제헌헌법은 물론이고 가장 최근의 헌법개정이었던 1987년 헌법조차도 인공지능은 공상과학이나 소설에 등장할 법한 얘기였고 개헌 논의에서 등장한 개념이 아니었지만,¹⁵⁷⁾ 이제는 눈앞의 현실이 되었기 때문이다. 물론 인간개념의 근거는 앞서 검토했던 바와 같이 다양한 학제적 연구의 결과를 반영해야 하고, 인공지능에 관한 제정법인 「인공지능기본법」의 입법 태도도 참고해야 할 것으로 보인다.

특히, 「인공지능기본법」은 정부로 하여금 인공지능윤리의 확산을 위하여 법·제도에 관한 사항을 인공지능기본계획에 포함하도록 하고(제6조 제2항 제3호), 인공지능

156) 다만, 이러한 차별적 특질이 현재에는 차별적이지만 앞으로, 그리고 절대적으로도 차별적 기준이 될 것인지 속단할 수는 없다. 미래의 과학과 기술이 인간만이 보유한 것으로 간주되었던 특질까지 갖춘 인공지능을 만들어 낼 수도 있기 때문이다.

157) 남정아, “국가 AI 대전환 시대의 AI 안전 확보 방안과 개헌의 필요성”, 『국가법연구』 제21집 제4호, 2025, 27면.

윤리원칙을 제정하도록 하고 있으며(제27조 제1항), 국가인공지능전략위원회로 하여금 인공지능윤리 실천에 관한 의견표명을 하도록 하고 있다(제8조 제2항). 물론 현 단계에서 인공지능윤리가 구체적으로 무엇을 뜻하며 인간개념 형성에 어떠한 영향을 미칠 것인지는 분명치는 않다. 또한, 이러한 조치들은 헌법적 사항도 아니다. 하지만 향후 헌법개정 시 인간개념 형성의 헌법 정책적 근거가 될 수는 있을 것으로는 보인다. 「인공지능기본법」의 인공지능윤리도 어떻게 하면 인공지능에 의한 기본권 침해로부터 인간을 안전하게 할 것인가라는 안전성과 신뢰성확보를 말하는 것이라는 점에서 인공지능윤리원칙 제정 시에 자연스럽게 인간과 인공지능의 구별기준, 나아가 인간개념 정립으로 이어질 것이라고 판단되기 때문이다.

또한, 경제발전을 위해 과학기술의 혁신에 노력한다(제127조 제1항)는 현행 헌법의 태도만으로는 인간관을 근본적으로 뒤흔들고 있는 현재의 과학과 기술의 발전에 효과적으로 대처할 수 없다는 점도 주목해야 한다고 본다. 즉, 현재와 같은 규범태도만으로는 인간의 능력과 거의 같은 태양(態樣)을 보이는 초인공지능(Artificial Super Intelligence)의 등장에 속수무책일 수밖에 없기 때문이다. 기본권 주체성 등 헌법상 규정을 적용할 것인지 말 것인지는 별론으로 하더라도, 동 규정만으로는 당장 인공지능으로 인해 인간의 존엄성 침해, 편향성으로 인한 평등권 침해, 개인의 의사결정의 자유침해, 일반적 행동의 자유권침해, 프라이버시와 표현의 자유 침해, 저작권 및 정보의 자기결정권 침해 등 생물학적인 인간의 기본권 침해¹⁵⁸⁾를 어떻게 보아야 하고, 보호할 것인지 논의할 수 있는 근거가 되지 못하는 것이다.

무엇보다도 헌법규범과 현실 간의 큰 격차와 괴리를 줄이는 노력이 필요하다. 생물학 또는 뇌신경과학 등 인간의 본질을 규명할 수 있는 과학적 연구성과도 반영할 것은 반영하고, 과학기술의 혁신에 대한 윤리적·도덕적 대책을 마련하거나 마련하기 위해 노력한다는 헌법목적규정의 도입도 진지하게 검토되어야 한다.

이외에도 인공지능 대전환에 따른 인간의 존엄성 확보, 정보기본권 보장, 국가의 인공지능 지원과 발전 그리고 인공지능 기술 이용의 공정성 확보 등 인공지능과 관련되어 개헌안에 넣어야 할 필요성이 있는 의제들은 많다.¹⁵⁹⁾ 예컨대, 현행 인간의 존엄성 규정(제10조)을 단순히 모든 국민이 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다고 규정하는 데서 끝날 것이 아니라 인공지능 등 과학기술의 발전에 따라 인간의 본질적 특질 보장을 통해 인간의 존엄과 가치를 보장한다고 추가적 기술을 하거나, 인공지능에 의한 인간의 정보가 통제되고 조작되지 않도록 별도로 인간의 정보기본권 보장규정을 두거나, 과학기술의 혁신규정인 제127조에 항을 추가하거나 조문을 조정하여 국가의 인공지능 지원과 발전 그리고 인공지능 기술 이용의 공정성 확보 등 과학기술의 혁신에 대한 윤리적·도덕적 대책을 마련하거나 마련하기 위해 노력한다는 헌법목적규정을 도입할 필요가 있다고 생각한다. 나아가 우리 헌법이 바라보는 인간상을 헌법 본문에서 직접 규정하는 것이 기술적으로, 개념적으로 곤란하면 헌법전문에서 우리 헌법이 추구하는 인간상과 방향에 대해서 기술함으로써 인간과 인공지능의 구별의 최소한의 척도를 제시하고, 인공지능의 발전에 따른 혼란을 막을 규범적

158) 인공지능에 의한 기본권 침해 형태에 대해서는 이권일, “인공지능 시대 기본권 보장의 과제”, 『공법연구』 제53집 제1호, 2024, 157~158면.

159) 남정아, “국가 AI 대전환 시대의 AI 안전 확보 방안과 개헌의 필요성”, 『국가법연구』 제21집 제4호, 2025, 24~27면.

근거로 삼을 필요가 있을 것이다.

VI. 결론

지금까지 헌법상 인간상은 무엇인지 그리고 인간과 인공지능과의 구별기준으로 무엇이 있을지 인간상에 대한 비교법적·학제적 논의를 중심으로 살펴보았다. 이를 통해 우리 헌법은 인간을 이성과 자율성을 갖춘 존재이기는 하지만 동시에 그 자체로 완벽한 존재가 아닌 불완전성을 가진 구체적인 현실적인 존재로 바라보고 있다는 결론을 도출한 바 있다. 그리고 인간의 본질적 특성으로 시간적 유한성, 생활관계의 혼적을 남기는 생물학적 측면, 구체적이고 현실적인 관계 속에서의 제한된 자율성, 사회적 공동체를 통한 불완전성의 보완, 자율성을 바탕으로 한 행동과 그 결과에 대한 책임, 창조적 맥락의존성 및 생물학적·신경과학적 원인관계와 작동기제라고 기술하고, 이를 인간과 인공지능의 구별기준으로 삼을 수 있다고 제시하였다.

그리고 현행 헌법이 이러한 인간개념과 인간과 인공지능의 구별기준을 규범적으로 보여주지 못하고 있기 때문에, 향후 헌법개정 논의 시에는 인간개념을 적극적으로 헌법에 담고, 다양한 학제적 연구결과와 「인공지능기본법」의 입법태도도 참고하여 구별기준을 제시할 필요가 있다고 지적하였다. 특히, 현행 헌법의 태도만으로는 인간관을 근본적으로 뒤흔들고 있는 현재의 과학과 기술의 발전에 효과적으로 대처할 수는 없으므로 인공지능에 의해 발생하는 기본권 침해 등에 대응하기 위한 헌법적 근거가 필요하다는 점도 강조하였다.

이외에도 인공지능과 관련되어 개헌안에 넣어야 할 의제들은 많다. 그리고 점검해야 할 부분도 적지 않다. 헌법의 궁극적 목적이 인간공동체의 질서를 규율하는 것이라는 점에서 헌법의 수범자인 인간이 누구인가라는 질문에 대한 대답이야말로 본질적인 대답이자 오늘날 우리에게 던져진 각종 현안 해결의 출발점이라는 사실을 잊지 말아야 할 것이다.

■ **주제어:** 인공지능, 헌법, 구별기준, 인간상, 인간개념

[참고문헌]

[국내문헌]

- 권오성, “인공지능 기술이 근로관계에 미치는 영향과 노동법적 대응 방안”, 『KISDI AI Outlook』 제21호, 2025, 1~15면.
- 김민배, “인간의 존엄과 그 개념에 대한 재검토”, 『토지공법연구』 제89집, 2020, 213~235면.
- 김선광, “인공지능의 상행위능력과 법인격”, 『지급결제학회지』 제13권 제1호, 한국지급결제학회, 2021, 291~307면.
- 김성돈, “전통적 형법이론에 대한 인공지능 기술의 도전”, 『형사법연구』 제30권 제2호, 2018, 81~116면.
- 김예진, “채용절차에 있어서 인공지능의 차별 문제-미국과 한국의 비교를 중심으로-”, 『노동법연구』 제55호, 서울대학교 노동법연구회, 2023, 85~126면.
- 김병규, 법률학에 있어서의 인간상의 변천에 관한 연구, 『동아논총』 제5호, 1969, 449~563면.
- 김진우, “인공지능 시스템의 책임능력-전자인 제도의 도입 필요성에 관한 논의를 중심으로-”, 『중앙법학』 제23권 제4호, 2021, 7~51면.
- 김철수, 『헌법학개론』, 2006.
- 김하열, 『헌법강의』, 2021.
- 김현우·오테곤, “인공지능로봇의 상법상 상인개념의 적용 가능성에 관한 연구”, 『인문사회21』 제10권 제3호, 2019, 1,645~1,656면.
- 김혜정, “형법상 인(人) 개념에 대한 재정의-인공지능시스템에 대한 법인격 부여 여부를 중심으로-”, 『경희법학』 제57권 제4호, 2022, 71~100면.
- 권영성, 『한국헌법원론』, 2010.
- 남정아, “국가 AI 대전환 시대의 AI 안전 확보 방안과 개헌의 필요성”, 『국가법연구』 제21집 제4호, 2025, 1~32면.
- Ray Kurzweil(김명남·장시형 譯), 『특이점이 온다 : 기술이 인간을 초월하는 순간』, 2007.
- 목광수, “인공지능 시대에 적합한 인격 개념-인정에 근거한 모델을 중심으로”, 『철학논총』 제90권 제4호, 2017, 187~212면.
- 성낙인, 『헌법학』, 2015.
- 신현탁, “인공지능(AI)의 법인격 - 전자인격(Electronic Person) 개념에 관한 소고-”, 『인권과 정의』 제478호, 2018, 45~64면.
- 성승제·정규, “인공지능과 회사법의 법정책에 대한 검토”, 『법과 정책연구』 제25집 제4호, 2025, 227~270면.
- 송기복, “인공지능(AI) 시대의 도래와 법제도의 방향에 관한 논의-독일의 인공지능 정책을 중심으로-”, 『경찰법연구』 제18권 제2호, 2020, 177~203면.
- 송덕수, “우리 민법과 사적자치”, 『민사법학』 제88호, 한국민사법학회, 2019, 3~31면.
- Janina Loh(조창오 譯), 『트랜스휴머니즘과 포스트휴머니즘』, 부산대 출판문화원, 2021.
- 양천수, “인공지능과 법체계의 변화-형사사법을 예로 하여-”, 『법철학연구』 제20권 제2호, 45~76면.
- Elio Sgreccia(정재우 譯), 『생명윤리의 이해1』, 가톨릭출판사, 2016.
- 윤수정, “인공지능사회에서의 기본권”, 『공법연구』 제49집 제2호, 2020, 169~206면.
- 윤지영 외, 『법과학을 적용한 형사사법의 선진화방안(VI)』, 한국형사정책연구원, 2015.
- 이권일, “인공지능 시대 기본권 보장의 과제”, 『공법연구』 제53집 제1호, 2024, 151~177면.
- 이경규, “인(人) 이외의 존재에 대한 법인격 인정과 인공지능의 법적 지위에 관한 소고”, 『법

- 학연구』 제21집 제1호, 인하대 법학연구소, 2018, 323~356면.
- 이도국, “인공지능(AI)의 민사법적 지위와 책임에 관한 소고”, 『법학논집』 제34권 제4호, 한양대 법학연구소, 2017, 317~337면.
- 이상용, “인공지능과 계약법”, 『비교사법』 제23권 제4호, 한국비교사법학회, 2016, 1,639~1,700면.
- 이성웅, “상법상 인공지능기업의 상사적격에 관한 소고”, 『법조』 제67권 제2호, 2018, 251~285면.
- 이수경, “인공지능 기술에 있어서 법인격 부여와 책임론”, 『재산법연구』 제39권 제1호, 2022, 31~64면.
- 이종관, 『포스트휴먼이 온다: 인간 이후의 인간학』, 사월의 책, 2017.
- 이준일, 『헌법학강의』, 2023.
- 이중기, “인공지능을 가진 로봇의 법적 취급-자율주행자동차 사고의 법적 인식과 책임을 중심으로”, 홍익법학 제17권 제3호, 2016, 1~27면.
- 이효진, “인공지능기본법 추진체계에 대한 검토 및 발전방향-EU, 영국, 일본의 거버넌스를 중심으로-”, 『법학논총』 제42집 제3호, 한양대법학연구소, 2025, 49~85면.
- 임석순, “형법상 인공지능의 책임귀속”, 『형사정책연구』 제27권 제4호, 한국형사정책연구원, 2016, 69~91면.
- 박광민·박민제, “인공지능 로봇의 범죄주체성과 형사책임의 귀속”, 『법학연구』 제20권 제4호, 인하대, 2017, 153~178면.
- 박혜란, “인공지능 기술의 기본권 침해 대응 방안 연구”, 『성균관법학』 제36권 제3호, 2024, 57~93면.
- Viroli, Maurizio(김경희, 김동규 譯), 『공화주의』, 2006.
- 전광석, 『한국헌법론』, 2015.
- 정종섭, 『헌법학원론』, 2009.
- 조재현·김용의, “인공지능의 기본권 주체성에 관한 연구”, 『유럽헌법연구』 제35호, 2021, 71~96면.
- 최경진, “지능형 신기술에 대한 민사법적 검토”, 『정보법학』 제19권 제3호, 2015, 203~238면.
- Heidegger, M.(이기상 譯), 『Sein und Zeit』, 1998.
- 하영숙·구영모, “인공지능 시대의 인간이해-트랜스휴머니즘, 포스트휴머니즘, 존재론적 인격주의 비교연구-”, 『인간연구』 제57호, 가톨릭대학교 인간학연구소, 2025, 100~156면.
- 한수웅, 『헌법학』, 2025.
- 허영, 『한국헌법론』, 2007.
- 홍석영, “현대의 철학적 인간학: 인격주의를 중심으로”, 『가톨릭 신학과 사상』 제62호, 2008, 85~114면.
- 홍성찬, “법질서에 있어서의 인간상의 고찰”, 『사회과학논총』 제1권, 1986, 1~12면.
- 홍영기, “인공지능 법인격-권리는 인간의 어떠한 속성에 자리하는가-”, 『법철학연구』 제28권 제3호, 2025, 343~376면.
- Has Kelsen(민준기 譯), 『일반국가학』, 1990.

[해외문헌]

- Ajunwa, I., The paradox of automation as antibias intervention, Cardozo Law Review 41(5), 2020, p.1671~1742.
- Aneesh, A., Global labor: Algocratic modes of organization. Sociological Theory 27(4), 2009, p.347 - 370.

- Ardrey, Robert. *The Territorial Imperative: A Personal Inquiry into the Animal Origins of Property and Nations*, New York: Delta Books, 1966.
- Berry, Christopher J., David Hume. New York: Continuum, 2009.
- Dicastery for the doctrine of the faith · Dicastery for culture and education, *Antium et Nova-Note on the Relationship Between Artificial Intelligence and Human Intelligence*, Libreria Editrice Vaticana, 2025.
- Foucault, Michel(Michael Bischoff 譯), *Die Wahrheit und die juristische Formen*, 4. Aufl., Suhrkamp Verlag, 2003.
- Fry, Douglas P(ed.), *War, Peace, and Human Nature: The Convergence of Evolutionary and Cultural Views*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Fry, Douglas P., and Patrik Söderberg. *Myths about Hunter-Gatherers Redux: Nomadic Forager War and Peace*, *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research* 6(4), 2014, p. 255 - 266.
- Gless, Sabine, *Von der Verantwortung einer E-Person*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Band 164, Haft 6, 2017, S. 324~329.
- Günther Jakobs, *Individuum und Person: Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung*, *ZStW* 117, 2005, S. 247~266.
- Guenther, Mathias. "War and Peace among Kalahari San." *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research* 6(4), 2014, p.229 - 239.
- Hallevy, Gabriel., *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities - From Science Fiction to Legal Social Control*, *Akron Intellectual Property Journal* Vol 4. Issue 2. 2010, pp.171~201.
- Hamilton, A., *Concerning Dangers from Dissensions Between the States*, *New York Daily Advertiser*, November 14. 1787.
- Hesse, K., *Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes*, in : E. Forsthoff(Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, 1968.
- Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995,
- Hilary Bok, *Want to Understand Free Will? Don't Look to Neuroscience*, *the Chronicle of higher Education*, the Review, March 23. 2012.
- Jeffrey B. Russell, *Witchcraft in the Middle Age*, Ithaa, NY : Cornell University Press, 1972.
- Jerry A. Coyne, *You Don't Have Free Will*, *the Chronicle of Higher Educations*, Review, March 18, 2012.
- Joshua D. Greene & Jonathan D. Cohen, *For the law, Neuroscience Changes Nothing and Everything*, *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences* 359, 29 November 2004, p.1775~1785.
- Kasavin, T., *David Hume and contemporary philosophy*, Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing, 2012.
- Kate Crawford/Jason Schultz, *AI system as state actors*, *Columbia Law Review* vol.119. no.1, 2019, p.1943~1972.
- Keeley, Lawrence H, *War Before Civilization: The Myth of the Peaceful Savage*, Oxford:Oxford University Press, 1996.
- Kelly, Raymond C., *Warless Societies and the Origin of War*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000.
- Lee, Richard B. "Hunter-Gatherers on the Best-Seller List: Steven Pinker and the

- ‘Bellicose School’s’ Treatment of Forager Violence.” *Journal of Aggression, Conflict and Peace Research* 6(4), 2014, p. 216 - 228.
- Lee, W., *John Locke and Modern Life*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- Lorenz, Konrad. *On Aggression*. New York: MFJ Books, 1997.
- Luhman, Niklas., *Soziale Systeme-Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Verlag, 1984
- Madison, J., *The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection*, *New York Daily Advertiser*, November 22, 1787.
- Madison, J., *The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*. *New York Daily Advertiser*, February 8. 1788.
- Maihofer, Werner, *Rechtsstaat und menschen Würde*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1968.
- Nick Bostrom, *Why I Want to Be a Posthuman When I Grow Up*, in *Medical Enhancement and Posthumanity*, ed. Bert Gordijn and Ruth Chadwick, Springer, 2008, p.107~137.
- Neuhöfer S., *Grundrechtsfähigkeit Künstlicher Intelligenz, Internetrecht und Digitale Gesellschaft*, Band 42, 2023.
- Parry, G., *John Locke*, Hoboken: Routledge, 2013.
- Pinker, Steven. *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*. New York: Viking, 2011.
- Radbruch, Gustav., *Der Mensch im Recht: ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1957.
- Ray Kurzweil, *The Singularity Is Near: When Humans Transcend Biology*, New York : Viking, 2005.
- Rosi Braidotti, *The Posthuman*, Cambridge: Polity Press, 2013, p.1~54.
- Salzman, Jenna Ashley, *Exploration of Human Nature in the Federalist Papers*, Abilene Christian University, 2019,
- Stephen J. Morse, *Neuroscience and the Future of Personhood and Responsibility*, in *Constitution 3.0 : Freedom and Technological Change*, edited by Jeffrey Rosen & Benjamin Wittes, Washington, DC : Brookings Institution Press, 2011, p.113~129.
- Stephen J. Morse, *Brain Overclaim Syndrome and Crinminal Responsibility : A Diagnostic Note*, *Ohio State Journal of Criminal law* 397(vol.3), 2006, p.397~412.
- The European Parliament, *European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, February 13. 2017.
- Wrangham, Richard W., and Dale Peterson. *Demonic Males: Apes and the Origins of Human Violence*, Boston: Houghton Mifflin, 1996.

[Abstract]

Criteria for Distinguishing Humans from Artificial Intelligence: A Comparative and Interdisciplinary Study on the Constitutional Conception of the Human Person

Park Poem-Young*

Recent advances in science and technology, particularly the rapid development of artificial intelligence, have raised fundamental questions concerning the constitutional conception of the human person. Not only has the use of artificial intelligence generated concerns regarding infringements upon the fundamental rights of biological human beings—such as human dignity, the right to privacy, and informational self-determination—but it has also provoked controversies regarding how humans ought to be distinguished from, and how they ought to treat, artificial intelligences possessing highly human-like intellectual capacities, autonomy, and rationality.

This study examines, through comparative and interdisciplinary discussions on the concept of the human person, the constitutional understanding of humanity and the criteria by which humans may be distinguished from artificial intelligence. Based on this analysis, the study concludes that the Korean Constitution understands human beings as entities endowed with reason and autonomy, while at the same time recognizing them as concrete and realistic beings characterized by inherent imperfection rather than absolute completeness.

The study further identifies several essential characteristics of human beings that may serve as distinguishing criteria between humans and artificial intelligence: temporal finitude; the biological dimension through which traces of lived relationships are accumulated; limited autonomy exercised within concrete and realistic social relationships; the supplementation of human imperfection through social community; responsibility for actions and their consequences grounded in autonomy; creative contextual dependence; and biological and neuroscientific causal mechanisms and modes of operation.

Moreover, the study argues that the current Constitution fails to provide clear normative criteria concerning the concept of the human person and the distinction between humans and artificial intelligence. It therefore suggests that future constitutional amendment discussions should explicitly incorporate a constitutional concept of humanity and derive appropriate distinguishing criteria by drawing upon diverse interdisciplinary research findings as well as the legislative approach

* The National Assembly Secretariat of the Republic of Korea

reflected in the Framework act on the development of artificial intelligence and the creation of a foundation for trust. In particular, the study emphasizes that the present constitutional framework alone is insufficient to respond effectively to contemporary scientific and technological developments that fundamentally challenge traditional understandings of humanity, thereby necessitating explicit constitutional foundations for addressing fundamental rights violations arising from artificial intelligence.

On the basis of these considerations, this study ultimately focuses on the fundamental purpose of constitutional law. Since the Constitution governs the order of the human community, answering the question of who qualifies as a “human” subject to the Constitution constitutes the essential response to all constitutional questions and serves as the indispensable starting point for resolving the various pressing issues confronting contemporary society.

- **Key Words:** Artificial Intelligence (AI), Constitutional Law, Criteria for Distinction, constitutional Conception of the Human Person, Concept of the Human Person

포괄적 AI 규제모델의 한계와 인공지능기본법의 개정 과제*

— 주요국 입법 동향을 중심으로 —

이상우**

논문요지

인공지능(AI) 규율의 핵심 과제는 규제의 강도를 일률적으로 강화하거나 완화하는 데 있지 않다. 기술혁신을 촉진하면서도 구체적인 위험에 실효적으로 대응할 수 있도록 규율의 대상·수단·시기를 합리적으로 설계하는 데 있다. 주요국의 최근 동향은 포괄적 수평규율, 위험영역별 규율, 표준·가이드라인 및 산업지원 정책이 각국의 기술·산업적 여건과 법제도적 조건에 따라 서로 다른 방식으로 결합되고 있음을 보여준다.

중국을 사이버안보·데이터보안·개인정보 보호에 관한 기초법률 위에 알고리즘 추천, 심층합성, 생성형 AI 서비스, AI 생성물 표시 및 안면인식 등 위험이 구체화된 영역의 규범을 단계적으로 축적하는 한편, 데이터·연산력 및 산업육성 정책을 병행하고 있다. 이러한 접근은 새롭게 나타나는 규율 공백에 신속히 대응할 수 있다는 장점이 있으나, 규범의 중첩과 광범위한 행정재량을 초래할 수 있다는 한계도 내포한다. 미국은 기존 연방법과 주법, NIST 표준 및 국가안보 중심의 프런티어 AI 평가체계를 결합하고 있다. 주별 규율은 제도적 실험의 가능성을 제공하지만, 규제의 파편화와 중복 준수 부담을 수반할 수 있다. 유럽연합은 EU AI Act의 위험기반 규율구조를 유지하면서도 「AI 옴니버스」를 통하여 적용 시기, 중복 의무 및 집행·지원 수단을 조정하였다. 영국과 일본 역시 각각 부문별 규율과 프런티어 AI 평가, 진흥·정책조정형 기본법과 기존 개별법·가이드라인을 결합하는 방식을 취하고 있다.

이러한 주요국의 입법 동향에 대한 분석을 토대로, 본고는 현행 「인공지능 발전과 신뢰 기반 조성 등에 관한 기본법」이 국가전략의 수립, 산업기반의 조성, 진흥 및 부처 간 정책조정을 법률의 기능적 중심으로 삼되, 신뢰·안전 관련 직접적 의무는 공통 최소기준과 구체적 위험에 따른 차등규율을 통하여 정교화할 필요성을 제기하였다. 기본법은 공통원칙, 부처 간 조정 및 AI 밸류체인상 정보전

* 이 논문은 2020년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2020S1A5C2A02093223).

** 인하대학교 AI·데이터법학과, 초빙교수, 법학박사.

달의 기반을 제공하고, 개별법은 구체적인 행위규제와 권리구제를 담당하며, 하위 규범·표준·가이드라인은 기술적 이행수단을 구체화하여야 한다. 법률의 단계적 시행 역시 명확한 법적 근거와 종료조건 아래 감독역량, 기술표준 및 기업 지원 수단과 연계되어야 한다.

궁극적으로 한국의 AI 법제는 규제의 강도를 둘러싼 이분법을 넘어, 기술혁신을 촉진하면서 구체적인 위험에 실효적으로 대응할 수 있도록 규율의 대상·수단·시기를 합리적으로 설계하여야 한다. 이를 통하여 혁신과 신뢰가 조화를 이루는 한국형 AI 규율체계를 구축하고, AI 선도국가로 도약하기 위한 제도적 기반을 마련하여야 할 것이다.

· 논문제출: 2026. 06. 25. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

I. 서언

2026년 5월 화웨이(Huawei)는 기존의 공정 미세화 경쟁에서 벗어나 신호 전달 시간의 단축과 시스템 차원의 최적화를 강조하는 ‘타우(τ)의 법칙(Tau Scaling Law)’을 공개하였다.¹⁾ 이는 미국의 수출통제와 첨단 반도체 공급망 제약 속에서 중국 기업이 기존 공정경쟁의 한계를 우회하는 경로를 모색하고 있음을 상징적으로 보여준다.²⁾ 기술적 제약에 대한 대응은 기술개발뿐 아니라 데이터·연산력, 산업생태계와 제도 설계의 문제로 이어진다. 이러한 조건이 국가마다 다른 이상, 인공지능(AI) 법제가 하나의 보편적 최적모델로 수렴하기는 어렵다. 따라서 각국은 자국의 기술역량과 제도적 조건에서 작동할 수 있는 최적의 제도 조합을 모색하여야 한다.

한국이 AI 3대 강국(AI G3)으로의 도약을 국가적 목표로 제시하고 있는 만큼, AI 경쟁을 주도하는 양강의 제도적 선택을 면밀히 검토할 필요가 있다. 중국은 네트워크안전·데이터·개인정보에 관한 기초법률 위에 알고리즘, 심층합성(深度合成)³⁾, 생성형 AI 및 안전인식 등 기술·서비스별 규범을 단계적으로 축적하고 있다. 미국은

1) Huawei Technologies Co.(2026. 5. 25.), “HUAWEI Presents the Tau (τ) Scaling Law, Enabling Breakthroughs in Transistor Density and System Performance”, <<https://www.huawei.com/en/news/2026/5/ieee-iscas-tau-scaling>>(최종방문일: 2026. 6. 7.); Reuters (2026. 5. 25.), “China’s Huawei reveals chip design breakthrough amid US sanctions”, <<https://www.reuters.com/world/asia-pacific/huawei-proposes-new-path-chip-development-amid-us-sanctions-2026-05-25/>>(최종방문일: 2026. 6. 7.).

2) 허팅보(何庭波) 화웨이 하이실리콘(HiSilicon) 사장은 기원전 250년경 건설되어 현재까지도 하천의 범람을 방지하는 기능을 수행하는 두장옌(都江堰)의 원리에서 착안하였다고 밝혔다. 당시에는 대규모 수리시설의 건설을 뒷받침할 기술과 장비가 충분하지 않았음에도 두장옌이 구축되어 오늘날까지 기능하고 있다는 점에서, 제약된 기술환경에서도 새로운 해결경로를 모색할 수 있음을 보여주는 사례로 거론된다. 아주경제(2026. 6. 4.), “[특과원 칼럼] 매화와 두장옌”, <<https://www.ajunews.com/view/20260602170013767>>(최종방문일: 2026. 6. 7.).

3) 딥페이크(deepfake)를 포함하되 그보다 넓은 개념이다. 상세는 관련 법령에서 후술한다.

단일한 연방 포괄법 대신 기존 법률과 주법, 표준·조달·수출통제 및 국가안보 조치를 결합한다.

유럽연합(European Union)(이하 “EU”)은 「인공지능법(Regulation (EU) 2024/1689)」⁴⁾(이하 “AI Act”)을 통하여 공통의 위험분류와 밸류체인별 의무를 수평적으로 체계화하였다. 이후 2026년 7월 27일 발효한 「AI 옴니버스 규정(Regulation (EU) 2026/1744)」⁵⁾(이하 “AI 옴니버스”)은 고위험 AI 의무의 적용일, 부문별 법제와의 중복, 규제샌드박스 및 감독·지원수단을 조정하였다. 2026년 6월 3일 제안된 「클라우드·AI 발전법안(Proposal for the Cloud and AI Development Act)」은 클라우드·데이터센터·연산력 등 산업기반의 확충을 함께 추진하고 있다.⁶⁾ 영국은 부문별 규제기관의 공통원칙 적용과 프런티어 AI 평가를 병행하고, 일본은 연구개발·활용 촉진과 적정한 이용을 결합한 정책추진형 기본법을 채택하였다. 이처럼 주요국은 수평규율·분야별 규율·연성규범과 산업지원을 자국의 조건에 맞게 조합하고 있다.

국내에서는 주요국의 AI 규율, 「인공지능 발전과 신뢰 기반 조성 등에 관한 기본법」(이하 “인공지능기본법”)의 입법연혁과 하위규정, 기본권 보호 및 산업경쟁력에 관한 연구가 축적되어 왔다. 또한 AI 위험을 구체적 이용영역의 ‘맥락위험’과 고성능모델의 잠재적 능력에서 비롯되는 ‘능력위험’으로 구분하고, 위험의 성격에 따른 규율수단의 차이를 제시하는 연구도 공개된 바 있다.⁷⁾ 다만 최근 주요국의 제도 변화를 함께 비교하고, 이를 현행 「인공지능기본법」의 기능배분과 조문별 개정과제로 연결한 연구는 충분하지 않았다.

이에 본고는 AI 전환(AI transformation, AX) 시대의 주요국 입법전략을 비교하고, 그 결과를 「인공지능기본법」의 기능과 조문별 개정론에 연결하여 검토한다. 이를 위하여 수평규율과 위험영역별 규율의 관계, 규율수단 및 시행기반을 주된 비교축으로 삼고, 맥락위험과 능력위험의 구분은 조문별 의무를 차등화하기 위한 보조적 기준으로 활용한다. II장에서는 중국·미국·EU·영국·일본의 AI 규율모델을 국가별로 검토한다. III장에서는 이를 규율범위, 위험의 성격, 규율수단 및 시행기반이라는 공통 기준으로 비교하여 한국법상 함의를 도출한다. IV장에서는 현행 「인공지능기본법」이 진흥·정책조정과 신뢰·안전 규율을 함께 포함하는 구조임을 전제로 적용상 과제와 주요 조항별 개정방향을 검토한다. V장에서는 이상의 논의를 종합하여 기본법·개별법·하위규범 및 연성규범의 기능적 배분 방향을 제시한다.

4) European Union(2024. 6. 13.), “REGULATION (EU) 2024/1689 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL”, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32024R1689>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

5) EUR-Lex(2026. 7. 24.), “REGULATION (EU) 2026/1744 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL”, <<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2026/1744/oj/eng>>(최종방문일: 2026. 7. 25.).

6) European Commission(2026. 6. 3.), “Proposal for the Cloud and AI Development Act (CADA)”, EU Digital Strategy, <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-cloud-and-ai-development-act-cada>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

7) 이상용, “인공지능 규제의 두 가지 접근법 - 맥락 기반 규제와 능력 기반 규제”, 「사법」 제70호, 사법발전재단, 2024, 13-16면; 이상용, “고성능 인공지능의 능력위험 규율 - 자율규제의 현황과 시사점 -”, 「저스티스」 제211호, 한국법학원, 2025, 54-55면.

II. 주요국 AI 규율모델의 전개

본 장에서는 중국·미국·EU·영국·일본의 AI 규율모델이 규율대상·규범형식·위험관리·산업지원 및 집행기반을 어떻게 결합하는지 검토한다. 각국 제도의 형성과 특징 및 한계를 살펴보고, 한국법상 함의는 III장에서 종합한다.

1. 중국의 위험영역별 규범 축적과 발전·안전의 병행

중국은 미국의 기술제재와 공급망 제약 속에서 데이터, 연산력, 알고리즘, 사이버안보 및 산업정책을 결합한 제도적 대응을 전개해 왔다. 이하에서는 중국 국가인터넷정보판공실(國家互聯網信息辦公室)이 공개한 「중국 네트워크 법치 발전보고서(2025년)(中國網絡法治發展報告(2025年))」⁸⁾(이하 “2025년 보고서”)를 중심으로 관련 법령과 공식 입법자료를 함께 검토한다.

(1) 입법 경과

1) “네트워크 법치”와 AI 법제

동 보고서는 중국의 사이버공간 규율체계를 “네트워크 법치(網絡法治)”라는 개념으로 설명한다. 여기서 말하는 네트워크 법치는 단순한 인터넷 규제를 넘어, 네트워크 보안, 데이터 안전, 개인정보 보호, 플랫폼 경제, 온라인 콘텐츠 관리, 사이버범죄 대응 등을 포괄하는 넓은 개념이다. 이러한 점에서 중국의 네트워크 법치는 AI·데이터·플랫폼·온라인 콘텐츠 규율을 종합적으로 설명하는 정책적·이론적 프레임워크로 기능한다.

2025년 보고서는 중국의 네트워크 법제가 기본적 법체계의 틀을 갖춘 단계에 이르렀다고 평가하고 있다.⁹⁾ 이는 중국의 사이버공간 규율이 개별 공백의 보완을 넘어 제도 간 정합성을 높이는 단계로 이행하고 있다는 정부의 평가이다. 보고서는 2025년의 입법 흐름을 기초법률 보완, 신기술·콘텐츠·데이터·시장·안전 규율의 정비로 구분하며, AI를 데이터·플랫폼·온라인 콘텐츠·네트워크 안전 및 국가안보와 연결된 정책영역으로 파악한다.¹⁰⁾

2) 구체적 위험영역별 신속·유연 입법(小快灵)

2025년 보고서에 나타난 규범의 축적 방식은 중국에서 논의되어 온 ‘소·쾌·령(小快灵)’ 입법과 유사한 특징을 보인다. “소·쾌·령” 입법은 2020년 전국인민대표대회

8) 國家互聯網信息辦公室(2026. 4. 28.), “中國網絡法治發展報告(2025年)”, <https://www.cac.gov.cn/2026-04/28/c_1779117448652001.htm>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

9) 國家互聯網信息辦公室(2026. 4. 28.), “《中國網絡法治發展報告(2025年)》答記者問”, <http://www.cac.gov.cn/2026-04/28/c_1779117449523360.htm>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

10) 다만 ‘네트워크 법치’는 개별 법률의 효력을 통합하는 단일한 실정법 개념이라기보다 관련 법령과 정책을 설명하는 중국 특유의 정책적·이론적 프레임으로 이해할 필요가 있다.

(全國人民代表大會)(이하 “전국인대”) 상무위원회(常務委員會) 업무보고에서 공식적으로 제기된 이후,¹¹⁾ 지방입법과 신흥기술 규율 영역에서 작은 쟁점에 신속하고 실용적으로 대응하는 입법 방법론으로 활용되어 왔다. AI 분야에서는 모든 위험을 포괄입법으로 일괄 포섭하기보다, 위험이 현실화되었거나 규율 필요성이 명확한 영역부터 개별 규범을 마련하고, 이후 제도 간 정합성을 보완해 가는 방식으로 구현하고 있다.¹²⁾

중국의 접근은 EU AI Act가 공통의 위험분류와 의무체계를 하나의 수평적 규정에 배치한 방식과 규범형식상 차이가 있다. 중국은 「네트워크안전법(网络安全法)」¹³⁾·「데이터안전법(数据安全法)」¹⁴⁾·「개인정보보호법(个人信息保护法)」¹⁵⁾과 같은 기초법률 위에 알고리즘·심층합성·생성형 AI·AI 생성 콘텐츠(AI-Generated Content, AIGC) 표시·안면인식 및 네트워크데이터에 관한 행정법규와 부문규장을 중첩해 왔다. 양자의 차이는 위험기반 규율의 존재 여부라기보다 EU가 공통분류와 밸류체인별 의무를 수평법에 체계화한 데 비해 중국은 기술·서비스·행위 단위 규범을 기초법률과 결합하여 축적한다는 데 있다.¹⁶⁾

3) 「네트워크안전법」 개정

전국인대 상무위원회는 2025년 10월 28일 「네트워크안전법」 개정결정을 채택하였고, 개정법은 2026년 1월 1일부터 시행되었다. 개정법 제20조는 국가가 AI 기초이론과 알고리즘 등 핵심기술의 연구개발을 지원하고, 훈련데이터와 연산력 인프라를 확충하며, AI 윤리규범·위험 모니터링·평가와 안전감독을 보완하여 AI의 응용과 건강한 발전을 촉진하도록 규정한다.¹⁷⁾ 이는 기술개발·데이터·연산력·윤리·위험감독을 네트워크안전법제에 편입했다는 점에서 의미가 있다. 다만 제20조는 구체적인

11) 2015년 「입법법(立法法)」 개정 이후 지방입법권이 확대되고, 각 지방이 지역 현안에 신속히 대응하기 위한 입법 방식을 모색하였던 것이 그 제도적 배경이다. 貴陽市人大常委會(2021. 11. 16.), “貴陽市人大常委會開展‘小快灵’地方立法探索”, <https://www.gzrd.gov.cn/wzx/rddj/202111/t20211116_77647398.html>(최종방문일: 2026. 6. 13.).

12) 홍옌칭(洪延青) 베이징이공대 교수는 이러한 방식을 단순한 임기응변적 규제라기보다, AI 서비스의 시장 진입, 산출물의 유통, 인간과 AI의 관계, AI의 자율적 행위라는 규제대상을 순차적으로 확장하는 동태적 규제전략으로 이해할 필요가 있다고 본다. 홍옌칭, “비안 등록에서 자율성까지: 중국 인공지능 규제의 심층적 논리”, 「제4회 한·중 데이터 인텔리전스 법제포럼 회의자료집」, 2026, 11-18면.

13) 全國人民代表大會常務委員會, “中華人民共和國网络安全法”, 國家法律法規數據庫, <<https://flk.npc.gov.cn/detail2.html?MmM5MDlmZGQ2NzhiZjE3OTAxNjc4YmY4Mjc2ZjA5M2Q%3D>>(최종방문일: 2026. 6. 6.); 國家互聯網信息辦公室, “中華人民共和國网络安全法”, 2025. 12. 29., <https://www.cac.gov.cn/2025-12/29/c_1768735112911946.htm>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

14) 全國人民代表大會常務委員會, “中華人民共和國数据安全法”, 國家法律法規數據庫, <<https://flk.npc.gov.cn/detail2.html?ZmY4MDgxODE3OWY1ZTA4MDAxNzlmODg1YzdINzAzOTI%3D>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

15) 全國人民代表大會常務委員會, “中華人民共和國个人信息保护法”, 國家法律法規數據庫, <<https://flk.npc.gov.cn/detail2.html?ZmY4MDgxODE3YjY0NzJhMzAxN2I2NTZjYzIwNDANQ%3D>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

16) 이상우, “중국의 인공지능·데이터 입법 동향과 시사점”, 「동북아법연구」 제19권 제1호, 전북대학교 동북아법연구소, 2025, 3-6면.

17) 國家互聯網信息辦公室(2026. 4. 28.), “中國網絡法治發展報告(2025年)”, <https://www.cac.gov.cn/2026-04/28/c_1779117448652001.htm>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

사업자 의무를 완결적으로 정한 포괄 AI 규제조항이라기보다 국가의 지원·감독 방향을 제시하는 기본적 조항에 가깝다. 중국은 AI법 초안 논의를 진행해 왔지만, 즉시 단일한 AI법을 전면 시행하는 방식보다는 통상 중국의 데이터 3법이라 지칭되는 「네트워크안전법」, 「데이터안전법」 및 「개인정보보호법」을 기초로 행정법규, 부문규장 및 관련 기준을 결합하여 AI 관련 위험을 분야별로 규율하고 있다.

4) 구체적 위험영역별 규범의 추적

위험영역별 규범의 첫 번째 유형은 알고리즘 규율이다. 「인터넷 정보서비스 알고리즘 추천 관리규정(互聯網信息服務算法推薦管理規定)」¹⁸⁾은 2022년 3월 1일부터 시행되었고, 알고리즘 추천 기술을 이용하여 인터넷 정보서비스를 제공하는 활동을 규율한다(제2조). 여기서 알고리즘 추천 기술은 생성·합성, 개인화 추천, 순위 배열·선별, 검색·필터링, 배정·의사결정 등 이용자에게 정보를 제공하는 알고리즘 기술을 포괄한다(제2조 제2항). 동 규정은 알고리즘 추천을 단순한 기술요소가 아니라 정보유통, 이용자 권익 및 플랫폼·시장질서에 영향을 미치는 정보서비스 행위로 규율한다.

두 번째 유형은 심층합성에 관한 규율이다. 「인터넷 정보서비스 심층합성 관리규정(互聯網信息服務深度合成管理規定)」¹⁹⁾은 2023년 1월 10일부터 시행되었다. “심층합성(深度合成)”은 딥러닝·가상현실 등의 기술을 이용하여 텍스트·이미지·음성·영상·가상장면 등을 생성하거나 편집하는 기술을 의미한다. 우리가 말하는 딥페이크와 유사한 개념이나, 중국 법령상 심층합성은 딥페이크보다 넓은 개념이다.²⁰⁾ 특히 동 규정은 인물 음성·얼굴·가상장면 등의 생성·편집 서비스 중 공중의 혼동이나 오인을 초래할 수 있는 경우에는 현저한 표시를 하도록 요구한다(제17조 제1항).

세 번째 유형은 생성형 AI 서비스 규율이다. 「생성형 인공지능 서비스 관리 잠정방법(生成式人工智能服務管理暫行辦法)」²¹⁾은 2023년 8월 15일부터 시행되었다. 이 방법은 생성형 AI 서비스를 “생성형 AI 기술을 이용하여 중화인민공화국 역내 대중에게 텍스트, 이미지, 음성, 영상 등 콘텐츠를 생성하는 서비스”로 규정하고(제2조), 발전과 안전의 병행, 혁신 촉진과 법치 거버넌스의 결합, 종류별·등급별 감독 원칙을 제시한다(제3조). 또한 훈련데이터의 적법성과 품질(제7조), 이용기록과 개인정보 보호(제11조), 생성물 표시(제12조), 위법 콘텐츠의 중지·시정·보고(제14조), 민원·신고 처리절차(제15조) 등을 규율한다.²²⁾

18) 國家互聯網信息辦公室 등, “互聯網信息服務算法推薦管理規定”, 2021. 12. 31. 공포, 2022. 3. 1. 시행, <https://www.cac.gov.cn/2022-01/04/c_1642894606364259.htm>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

19) 國家互聯網信息辦公室·工業和信息化部·公安部, “互聯網信息服務深度合成管理規定”, 2022. 11. 25. 공포, 2023. 1. 10. 시행, <https://www.cac.gov.cn/2022-12/11/c_1672221949354811.htm>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

20) 이상우, “중국의 딥페이크 규제와 데이터 안보”, 「홍익법학」 제24권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2023, 140면.

21) 國家互聯網信息辦公室(2023. 7. 13.), “生成式人工智能服務管理暫行辦法”, <https://www.cac.gov.cn/2023-07/13/c_1690898327029107.htm>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

22) 다만 대중에게 서비스를 제공하지 않는 연구개발·기업 내부 활용에는 적용되지 않으며, 특정 분야에 별도 규정이 있는 경우에는 해당 규정을 따른다. 이상우, “중국 생성형 인공지능 규제에 관한 고찰”, 「과학기술과 법」 제14권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2023,

네 번째 유형은 AIGC 표시제도이다. 「인공지능 생성·합성 콘텐츠 표시방법(人工智能生成合成内容標識辦法)」²³⁾(이하 “AIGC 표시방법”)은 2025년 9월 1일부터 시행되었다. 이 방법은 명시적 표시(顯式標識)와 비명시적 표시(隱式標識)를 구분하고(제3조), 서비스제공자의 명시적·비명시적 표시의무를 규정한다(제4조 및 제5조). 콘텐츠 유통플랫폼과 이용자에게도 확인·표시의무를 부과한다(제6조 및 제10조). 서비스제공자는 일정한 AIGC 서비스에 대해 콘텐츠 유형별 명시적 표시를 해야 하고(제4조), 누구든지 표시를 악의적으로 삭제·변조·위조·은닉하거나 이를 위한 도구·서비스를 제공해서는 안 된다(제10조).²⁴⁾

다섯 번째 유형은 안면인식 기술에 관한 민감정보 규율이다. 「안면인식기술 응용 안전관리방법(人臉識別技術應用安全管理辦法)」²⁵⁾은 2025년 6월 1일부터 시행되었다. 이 방법은 개인정보보호법상 생체식별정보에 포함되는 민감 개인정보인 안면정보(人臉信息)에 관하여, 안면인식 기술 적용 단계의 구체적 처리요건을 정한다. 구체적으로 안면인식 기술을 이용한 안면정보 처리의 기본요건, 고지·동의, 필요성 원칙(제4조), 고지의무(제5조), 개인별 동의 및 대체수단 관련 요건, 공공장소 사용제한, 사전 영향평가(제9조), 저장하는 안면정보가 10만 명에 이르는 개인정보처리자의 비안(備案) 의무(제15조) 등을 규정한다. 안면인식 규제는 민감정보의 기술별 규율이라는 점에서 중요하다. 안면정보는 유출 후 변경이 어렵고 공공감시, 인증, 출입통제, 결제, 치안 등 다양한 영역에서 널리 활용될 수 있기 때문이다.²⁶⁾

이들 규범은 알고리즘 추천에 따른 정보편향과 이용자 권익, 심층합성·생성형 AI 콘텐츠의 오인과 위법정보, 안면정보 처리에 따른 개인정보 침해처럼 구체적인 이용 맥락의 위험을 포착한다. 이러한 접근은 피해경로와 보호법익이 비교적 명확한 영역에 신속히 대응할 수 있다는 장점이 있다. 다만 동일한 서비스에 알고리즘 규정, 생성형 AI 잠정방법, AIGC 표시방법과 개인정보·네트워크데이터 법제가 중첩될 수 있고, 서비스제공자·플랫폼·이용자 의무의 경계가 복잡해질 수 있다.²⁷⁾

5) 데이터 거버넌스와 AI 산업지원

중국 AI 법제는 데이터 거버넌스를 위험관리와 산업지원의 공통 기반으로 다룬다. 「네트워크데이터안전관리조례(網絡數據安全管理條例)」²⁸⁾는 개인정보·중요데이터, 데이터 국외이전, 플랫폼과 데이터처리자의 의무를 구체화하면서도 데이터의 합리적·효과적 이용을 목적으로 한다. 중국은 이를 데이터 요소화, 연산력 인프라, 오픈소

119-133면 참조.

23) 國家互聯網信息辦公室(2025. 3. 7.), “人工智能生成合成内容標識辦法”, <https://www.cac.gov.cn/2025-03/14/c_1743654684782215.htm>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

24) 國家互聯網信息辦公室, “四部門聯合發布《人工智能生成合成内容標識辦法》”, 2025.3.14., <https://www.cac.gov.cn/2025-03/14/c_1743654685899683.htm>(최종방문일: 2026.6.6.).

25) 國家互聯網信息辦公室·公安部(2025. 3. 13.), “人臉識別技術應用安全管理辦法”, <https://www.cac.gov.cn/2025-03/21/c_1744337127287456.htm>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

26) 다만 안면인식 기술의 연구개발 및 알고리즘 훈련을 위한 처리활동은 이 방법의 적용대상에서 제외된다(제2조 제2항).

27) 이처럼 행정기관이 비안·안전평가·콘텐츠관리와 세부기준을 형성하는 구조에서는 예측가능성, 절차적 통제와 권리구제가 중요하다.

28) 國務院, “網絡數據安全管理條例”, 國務院令 第790号, 2024. 9. 24. 공포, 2025. 1. 1. 시행, <https://www.gov.cn/zhengce/content/202409/content_6977762.htm>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

스 생태계 및 산업정책과 연결하고 있으나, 데이터 접근 확대와 개인정보·중요데이터 보호 및 국경 간 이전통제 사이의 긴장도 내포하고 있다.²⁹⁾

6) 2026년 입법연구와 중국 AI법

전국인대 상무위원회의 「2026년도 업무요점(全國人大常委會2026年度工作要点)」³⁰⁾은 AI 등 분야의 입법연구를 강화하고 신질생산력 발전 관련 입법을 추진한다고 밝혔다. 이는 포괄적 AI 입법에 관한 연구가 계속되고 있음을 보여주지만, AI를 직접 규율하는 구체적인 법률이 2026년에 곧바로 심의·제정될 예정이라고 단정하기는 어렵다. 종합하면, 2026년 현재 중국은 기존의 기초법률과 기술·서비스별 규범을 운용하는 한편, 포괄적 AI 입법의 필요성과 규율범위를 지속적으로 검토하는 단계에 있다고 평가할 수 있다.

(2) 중국 규율모델의 특징과 한계

중국의 AI 규율모델은 기초법률 위에 기술·서비스·행위별 규범을 단계적으로 축적하고, 비안·안전평가·콘텐츠 표시 등 행정적 관리수단을 활용하며, 데이터 요소화·연산력·오픈소스와 산업정책을 위험관리와 병행한다. 이는 규율 필요성이 구체화된 영역에 비교적 신속히 대응할 수 있게 한다.

반면 부문규장과 기존의 중첩, 국가인터넷정보관공실·공업정보화부(工業和信息化部)·공안부(公安部)·국가시장감독관리총국(國家市場監督管理總局) 등 행정기관의 광범위한 역할, 국가안보·사회질서·온라인 콘텐츠 관리와 기술안전의 결합은 기존의 투명성·예측가능성, 규범 간 정합성 및 절차적 권리구제라는 과제를 수반한다.

2. 미국의 분산형 규율과 국가안보 중심 관리

(1) 트럼프 행정부 2기의 기본 기조

미국은 연방 차원의 단일한 포괄적 AI 규제법을 제정하기보다 기존의 민사책임·소비자보호·차별금지·개인정보·저작권·제품안전 법제에 주법, 행정명령, 연방조달, 표준 및 수출통제를 결합하는 분산형 접근을 취한다. 민간 빅테크와 프런티어 모델 기업이 기술개발을 주도하는 산업구조를 배경으로, 미국의 AI 정책은 혁신 촉진과 국가안보, 대중국 기술경쟁 및 인프라 확충을 중시하는 방향으로 전개되고 있다.³¹⁾

29) 이상우, 「딥시크」, 커뮤니케이션북스, 2025, xix-xxii면은 미중 AI 경쟁에서 소비된 AI, 학습데이터, AI 인프라, 반도체, 입법·정책이 국가 AI 경쟁력의 구성요소로 결합된다고 설명한다. 이를 기반으로 보면 중국 AI 경쟁력을 단순한 모델 성능이 아니라 데이터 접근, 연산력 인프라, 오픈소스 생태계 및 국가전략의 결합으로 파악할 수 있다.

30) 中國人大網(2026. 5. 11.), “全國人大常委會2026年度工作要点”, <<http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202605/P020260511308632921030.pdf>>(최종방문일: 2026. 7. 25.).

31) The White House(2025. 7. 23.), “Winning the Race: America’s AI Action Plan”, <<https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2025/07/Americas-AI-Action-Plan.pdf>>(최종방문일: 2026. 6. 6.); 이유봉, “2025년 미국 연방·주의 AI 책임 입법지형과 시사점”, 「AI

2025년 1월 23일 행정명령 제14179호 「미국의 인공지능 리더십 장벽 제거(Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence)」는 미국의 정책을 “미국의 세계 AI 지배력을 유지·강화하여 인간 번영, 경제경쟁력, 국가안보를 증진하는 것”으로 규정하였다(제2조). 또한 180일 내 AI 행동계획 수립을 명령하고(제4조), 전임 행정부의 행정명령 제14110호에 따른 조치 중 현 정책과 충돌하거나 장애가 되는 조치를 정지·수정·폐지하도록 하였다(제5조).³²⁾ 이후 2025년 7월 「미국 AI 행동계획(America’s AI Action Plan)」은 미국이 “AI 글로벌 지배력”을 확보하기 위한 경쟁에 있다고 전제하고, ① AI 혁신 가속, ② AI 인프라 구축, ③ 국제 AI 외교·안보 주도라는 세 축을 제시하였다.³³⁾ 이 문서는 “불필요한 규제 장벽을 해체”하고, 데이터센터·전력·반도체·수출통제·동맹국 확산·프런티어 모델 국가안보 평가를 결합한다는 점에서 산업·안보 전략문건에 가깝다.

(2) AI 위험관리 프레임워크와 미국식 거버넌스

미국의 AI 거버넌스는 연방 포괄입법 대신 국가표준기술연구소(National Institute of Standards and Technology)(이하 “NIST”)의 「인공지능 위험관리 프레임워크 1.0(AI Risk Management Framework)」³⁴⁾(이하 “AI RMF”), 기관별 지침, 행정명령, 사이버안보 조치, 수출통제와 같은 수단을 결합한다. AI RMF는 법률상 강제규범이 아닌 자발적 프레임워크로서 AI 위험을 조직과 사회에 대한 위험으로 파악하고, ‘거버넌스(Govern)-맥락 파악(Map)-측정(Measure)-관리(Manage)’의 순환구조를 제시한다. 연방기관의 지침, 연방조달 기준 및 산업별 지침과 연계될 경우, 기술 변화에 유연하게 대응하면서 조직의 위험관리 절차를 체계화하는 실무적 기준으로 활용될 수 있다. 다만 법적 강제력과 외부 검증, 피해구제 수단이 충분하지 않고 기업별 안전관리 역량에도 차이가 있을 수 있으므로, 미국은 주법과 기존 연방법, 관계기관의 법 집행 및 국가안보 관련 행정조치를 통하여 이를 보완하고 있다.

(3) 주(州)별 규제의 분절과 연방 차원의 통일성 확보 시도

미국에서는 콜로라도·캘리포니아·뉴욕·텍사스 등 각 주가 위험관리, 영향평가, 독립감사, 투명성 및 면책에 관하여 서로 다른 제도를 마련하고 있다. 이러한 주별 규율은 지역의 위험 특성과 산업환경을 반영하고 다양한 규제방식을 시험할 수 있다는 장점이 있으나, 전국적으로 사업을 영위하는 기업에는 중복된 준수부담과 법적 불확실성을 초래할 수 있다. 2025년 12월 11일 발령된 「인공지능에 관한 국가정책

법제동향」 제25-8호, 한국법제연구원, 2025, 5-6면. 다만 이와 같은 포괄법의 부재가 AI에 대한 법적 통제와 부재를 의미하는 것은 아니다.

32) The White House(2025. 1. 23.), “Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence”, Executive Order 14179, <<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/01/removing-barriers-to-american-leadership-in-artificial-intelligence/>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

33) The White House(2025. 7. 23.), 앞의 자료.

34) National Institute of Standards and Technology(2023. 1. 26.), “Artificial Intelligence Risk Management Framework (AI RMF 1.0)”, <<https://www.nist.gov/itl/ai-risk-management-framework>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

프레임워크 보장(Ensuring a National Policy Framework for Artificial Intelligence)」 행정명령은 규제부담이 적은 국가 차원의 통일적 정책체계를 구축하는 방향을 제시하였다.³⁵⁾ 다만 주별 규율을 어느 범위까지 통일하거나 배제할 수 있는지는 연방과 주 사이의 권한 배분 및 후속조치의 내용에 따라 달라질 수 있다.

(4) 2026년 「첨단 인공지능 혁신과 안전 촉진」 행정명령

2026년 6월 2일 트럼프 행정부는 「첨단 인공지능 혁신과 안전 촉진(Promoting Advanced Artificial Intelligence Innovation and Security)」 행정명령을 공개하여, 규제부담을 억제하는 한편 첨단 AI 역량의 혁신과 국가안보상 위험관리를 병행하는 정책방향을 제시하였다.³⁶⁾ 동 행정명령은 강제적 인허가제도를 도입하기보다 산업계와의 자발적 협력, 비공개 벤치마킹 및 사이버안보 중심의 평가체계를 채택하였다는 점에서, 미국의 AI 규율모델이 포괄적 규제보다는 국가안보상 위험에 대한 선별적·집중적 관리에 무게를 두고 있음을 보여준다.³⁷⁾

행정명령 제1조는 첨단 AI가 국가역량을 강화하는 동시에 새로운 안보위험을 초래할 수 있음을 전제로, 산업계와 협력하여 성능과 안전성이 우수한 기술을 신속히 활용하도록 한다. 구체적인 내용은 세 가지로 정리할 수 있다. 첫째, 국가안보시스템과 연방정보시스템의 AI 기반 사이버방어 역량을 강화한다. 둘째, 프런티어 모델의 첨단 사이버 역량을 비공개 벤치마킹 방식으로 평가하고 개발자와의 자발적 협력체계를 구축한다. 셋째, AI를 이용한 불법 침입과 데이터 절취 등 사이버범죄에 대한 형사법 집행을 우선한다(제2조 내지 제5조).

이러한 조치는 특정 분야에서 AI를 이용하여 발생한 결과를 사후적으로 규율하기보다, 프런티어 모델이 보유한 첨단 사이버 역량을 사전에 평가하고 정부와 개발자 간 정보협력체계를 구축한다는 점에서 능력위험 관리의 성격을 가진다.³⁸⁾ 다만 개발자의 참여가 자발적 협력을 전제로 하는 만큼, 평가대상의 포괄성, 외부 검증의 실효성 및 책임성 확보에는 일정한 한계가 있을 수 있다.

35) The White House(2025. 12. 11.), “Ensuring a National Policy Framework for Artificial Intelligence”, Executive Order, <<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/12/eliminating-state-law-obstruction-of-national-artificial-intelligence-policy/>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

36) The White House(2026. 6. 2.), “Promoting Advanced Artificial Intelligence Innovation and Security”, Executive Order, <<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2026/06/promoting-advanced-artificial-intelligence-innovation-and-security/>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

37) 清華大學智能法治研究院(2026. 6. 3.), “美國發布《促進先進人工智能創新與安全》行政令：創新優先與國家安全之間的政策平衡”, <<https://mp.weixin.qq.com/s/LSfcmd3pCGreftYuEuSr3A>>(최종방문일: 2026. 6. 22.).

38) The White House(2026. 6. 2.), “Fact Sheet: President Donald J. Trump Promotes Advanced Artificial Intelligence Innovation and Security”, <<https://www.whitehouse.gov/fact-sheets/2026/06/fact-sheet-president-donald-j-trump-promotes-advanced-artificial-intelligence-innovation-and-security/>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

(5) 미국 규율모델의 특징과 한계

미국의 AI 규율모델은 민간기업이 기술개발을 주도하는 가운데, 연방정부가 혁신 촉진·인프라 확충·수출통제 및 국가안보 정책을 결합하고, NIST 표준과 주법 및 기존 연방법이 일반적인 위험을 분산하여 규율하는 구조를 취한다. 이러한 접근은 기술 변화에 맞추어 기준을 신속하게 정비하고, 중대한 능력위험에 정부의 평가역량을 집중할 수 있다는 장점이 있다. 반면 주별 규율의 분절과 중복, 자율적 프레임워크의 법적 강제력 및 외부 검증 부족, 행정부의 정책방향에 따른 제도 변동 가능성, 피해자 구제 수준의 불균형은 한계로 지적된다.³⁹⁾

3. EU의 위험기반 규율과 시행기반의 조정

(1) AI Act의 위험기반 규율구조

EU AI Act는 인간중심적이고 신뢰할 수 있는 AI의 보급을 촉진하는 한편, 건강·안전·기본권을 보호하고 내부시장의 원활한 기능과 혁신을 지원하는 것을 목적으로 하는 포괄적 수평규율이다.⁴⁰⁾ 부속서 III의 고위험 AI는 구체적인 이용영역을 기준으로 위험을 분류하는 반면, 시스템적 위험이 있는 범용목적 AI 모델에는 모델 평가, 위험 완화, 중대한 사고 보고 및 사이버보안에 관한 추가 의무를 부과한다.⁴¹⁾ 이처럼 EU AI Act는 구체적인 이용맥락에서 발생하는 위험에 대한 규율과 모델의 잠재적 능력에서 비롯되는 위험에 대한 규율을 함께 포함하고 있다.

EU AI Act가 국제적으로 상당한 영향을 미치고 있는 것은 사실이지만, 이를 브뤼셀 효과(Brussels Effect)⁴²⁾의 재현만을 목적으로 한 입법전략으로 단정하기는 어렵다. 따라서 그 성격과 효과를 평가할 때에는 법률이 명시한 내부시장·기본권 보호·혁신 지원 등의 목적과, EU 규범이 역외 기업 및 다른 국가의 제도에 미치는 실제 시장효과를 구분하여 살펴볼 필요가 있다.⁴³⁾

(2) AI 옴니버스의 발효와 적용일 조정

EU 집행위원회(European Commission)는 2025년 11월 19일 「디지털 옴니버스 규정안(Digital Omnibus Regulation Proposal)」 가운데 EU AI Act의 개정안을 담은

39) 미국의 유력 정치전문매체인 폴리τικο(Politico)도 2025년 AI 행동계획 발표 당시 트럼프 대통령이 저작권 규제와 주(州) 단위 규제가 미국의 AI 경쟁력을 저해할 수 있다고 비판했다고 보도한 바 있다. Politico(2025. 7. 23.), “Trump derides copyright and state rules in AI Action Plan launch”, <<https://www.politico.com/news/2025/07/23/trump-ai-regulation-plan-00472443>>(최종방문일: 2026. 6. 4.).

40) European Union, Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council, 2024. 6. 13., <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32024R1689>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

41) 손영화, “EU AI Act의 입법배경과 도입철학에 대한 검토”, 「IP & Data 法」 제4권 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2024, 113-115면.

42) EU가 만든 규제가 EU 시장을 위해 먼저 제정·집행되면서, 기업들이 전 세계적으로 그 규정을 따르도록 만들어 사실상 글로벌 표준으로 확산되는 현상.

43) 손영화, 앞의 논문, 140-141면.

「AI 옴니버스 규정안(Digital Omnibus on AI)」을 제안하였다.⁴⁴⁾ 이후 유럽의회와 이사회의 협의를 거쳐 채택된 「AI 옴니버스」는 2026년 7월 27일 발효되었다.⁴⁵⁾

「AI 옴니버스」는 EU AI Act 제6조 제2항 및 부속서 III에 따른 고위험 AI 관련 의무의 적용일을 2027년 12월 2일로, 제6조 제1항 및 부속서 I에 따른 제품 관련 고위험 AI 의무의 적용일을 2028년 8월 2일로 조정하였다. 또한 2026년 8월 2일 이전에 시장에 출시된 합성 음향·이미지·영상 또는 텍스트 생성 인공지능시스템의 제공자에게는, 범용목적 인공지능시스템을 포함하여 제50조 제2항에 따른 기계판독 가능한 형식의 탐지·표시의무를 2026년 12월 2일까지 이행하도록 하였다.⁴⁶⁾ 이와 함께 당사자의 동의 없이 성적 콘텐츠(non-consensual intimate material)를 생성·조작하는 행위와 아동 성적 학대물(child sexual abuse material)을 생성·조작하는 행위에 관한 새로운 금지규정도 2026년 12월 2일부터 적용된다.⁴⁷⁾

이 밖에도 「AI 옴니버스」는 부문별 제품법과 EU AI Act 사이의 중복의무를 조정하고, EU 차원의 규제샌드박스와 실제 환경시험을 확대하는 한편, 중소기업에 대한 지원과 유럽 AI 사무국(European AI Office)의 감독권한을 보완하였다. 종합하면, 「AI 옴니버스」는 기존의 위험기반 규율을 폐기한 것이 아니라, 표준·공통규격과 감독기반의 준비상황을 고려하여 일부 의무의 적용시기를 조정하고 집행·지원체계를 보완한 후속입법으로 평가할 수 있다.

(3) CADA 제안과 디지털 역량 구축

EU 집행위원회는 2026년 6월 3일 「클라우드·AI 발전법안(Cloud and AI Development Act)」(이하 “CADA 제안”)을 제안하였다. CADA 제안은 첫째, 차세대·지속가능한 클라우드와 AI 기술의 연구개발 및 혁신 촉진, 둘째, EU 역내 데이터 센터와 연산력의 확충, 셋째, 클라우드·AI 주권에 관한 EU 공통 평가체계와 공공부문 도입기준의 마련을 주요 내용으로 한다. 데이터센터 허가절차와 에너지효율 기준, 공공조달, AI 팩토리·기가팩토리 및 오픈소스 관련 세부수단은 이러한 정책목표를 뒷받침한다.

CADA는 아직 채택·발효되지 않은 제안 단계의 법안이지만, EU의 AI 정책이 위험규율에 머무르지 않고 산업역량의 확충과 디지털 자율성의 확보를 함께 추구하고 있음을 보여준다.⁴⁸⁾

44) European Commission(2025. 11. 19.), “Digital Omnibus on AI Regulation Proposal”, <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/digital-omnibus-ai-regulation-proposal>>(최종 방문일: 2026. 6. 6.); 강혜경·이성엽, “한국형 AI 규제샌드박스의 법제 정비 방향에 대한 연구 - EU 인공지능법과의 비교법적 고찰을 중심으로 -”, 「법학논고」 제93집, 경북대학교 법학연구원, 2026, 104-105면.

45) EUR-Lex(2026. 7. 24.), 앞의 자료.

46) Regulation (EU) 2026/1744, art. 1, points (39)(b) and (40)(b).

47) Regulation (EU) 2026/1744, art. 1, points (7) and (40)(a).

48) European Commission(2026. 6. 3.), “Cloud and AI Development Act”, EU Digital Strategy, <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/cloud-and-ai-development-act>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

(4) EU 규율모델의 특징과 최근 변화

EU의 AI 규율모델은 공통된 위험분류와 밸류체인별 의무, 적합성평가 및 시장감독 체계를 하나의 수평적 규정 안에 체계화하고 있다. 이는 단일시장에 공통기준을 제공한다는 장점이 있으나, 표준·가이드라인·평가기관과 감독역량이 적기에 마련되지 않을 경우 사업자의 준수 가능성과 집행의 예측 가능성이 낮아질 수 있다.

「AI 옴니버스」는 고위험 AI 관련 의무의 적용시기를 확정적으로 조정하고 중복 의무, 규제샌드박스 및 감독체계를 보완하였다. 한편 CADA 제안은 클라우드·데이터센터·연산력 등 AI 산업기반의 확충을 추진하려는 시도이다. 이러한 흐름은 AI 규율의 집행 가능성을 높이는 동시에 산업역량을 강화하려는 정책적 방향으로 평가할 수 있다. 다만 적용시기의 연장과 의무의 조정이 실질적인 보호수준의 후퇴로 이어지는지는 향후 구체적인 집행과 운영성과를 지속적으로 살펴볼 필요가 있다.⁴⁹⁾

4. 영국과 일본의 유연·정책추진형 접근

영국과 일본은 EU식 수평규율과 달리 공통원칙, 기존 법률 및 정책추진체계를 결합하는 방식을 취한다. 영국은 부문별 규제기관이 공통원칙을 각 소관 분야에 적용하도록 하는 한편, 프런티어 AI에 대한 별도의 평가역량을 확충하고 있다. 일본은 연구개발과 활용의 촉진, 기본계획 및 전략본부를 중심으로 정책추진체계를 구축하면서, AI의 적정한 이용과 국민의 권익보호를 위한 조사와 지침 마련을 병행하고 있다.

(1) 영국: 부문별 규제기관·공통원칙·평가역량의 결합

영국은 2023년 「AI 규제에 대한 혁신친화적 접근(A Pro-Innovation Approach to AI Regulation)」 백서와 후속 정부답변을 통하여 안전성·보안성·견고성, 투명성·설명가능성, 공정성, 책임성·거버넌스 및 이의제기·구제에 관한 공통원칙을 제시하였다.⁵⁰⁾ 금융·의료·경쟁·개인정보 등 각 부문의 규제기관은 기존의 법정 권한을 활용하여 이러한 원칙을 소관 분야에 적용한다.

이와 함께 영국은 인공지능안보연구소(AI Security Institute)(이하 “AISI”)를 중심으로 프런티어 모델의 능력평가와 안전연구를 확대하고, 규제기관의 AI 전문역량 강화와 규제샌드박스 운영을 지원하고 있다. 2026년에는 「2018년 데이터보호법(인공지능 및 자동화 의사결정 실무규약) 규정 2026(The Data Protection Act 2018 (Code of Practice on Artificial Intelligence and Automated Decision-Making) Regulations 2026)」을 제정하여, 영국 정보위원(Information Commissioner)이 AI의 개발·이용 및 자동화 의사결정 과정에서 이루어지는 개인정보 처리에 관한 실무규약을 마련하도록 하였다.⁵¹⁾

49) The Guardian(2025. 11. 19.), “European Commission accused of ‘massive rollback’ of digital protections”, <<https://www.theguardian.com/world/2025/nov/19/european-commission-accused-of-massive-rollback-of-digital-protections>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

50) Department for Science, Innovation and Technology and Office for Artificial Intelligence (2023. 3. 29.), “A pro-innovation approach to AI regulation”, <<https://www.gov.uk/government/publications/ai-regulation-a-pro-innovation-approach>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

(2) 일본: 연구개발·활용 촉진과 적정성 확보를 병행하는 기본법

2025년 제정된 「인공지능 관련 기술의 연구개발 및 활용 추진에 관한 법률(人工知能関連技術の研究開発及び活用の推進に關する法律)」(이하 “일본 AI법”)은 AI 기본계획과 전략본부를 중심으로 연구개발, 시설·인프라, 인재양성, 교육 및 국제협력의 추진기반을 마련한 정책추진형 기본법이다.⁵²⁾ 일본은 종래 포괄적 규제법을 제정하기보다 가이드라인을 중심으로 한 연성규범 방식을 취해 왔으며, 일본 AI법에서도 개별 사업자에 대한 일률적인 규제보다는 국가 차원의 정책추진체계와 산업기반의 확충에 중점을 두고 있다.⁵³⁾

일본 AI법은 사업자별 위험관리 의무와 제재를 포괄적으로 규정하지 않는다. 다만 AI가 부정한 목적이나 부적절한 방법으로 이용될 경우 범죄, 개인정보 유출 및 저작권 침해 등을 통하여 국민의 권리와 이익을 침해할 수 있음을 전제로, 투명성을 확보하고 필요한 조치를 마련하도록 한다. 이에 따라 일본 정부는 국제규범과 조화를 이루는 지침을 정비하고, 권익침해 사례를 조사·분석하여 사업자에게 지도·조언과 관련 정보를 제공한다. 이러한 구조는 기술 변화에 유연하게 대응하면서 연구개발과 활용을 촉진할 수 있다는 장점이 있으나, 중대한 위험에 대한 법적 강제력과 피해구제 수단의 충분성은 별도로 검토할 필요가 있다.

5. 소결

이상의 검토를 통하여 주요국은 수평적 법률, 분야별 법령, 행정조치, 표준·가이드라인 및 산업지원 정책을 서로 다른 방식으로 결합하고 있음을 확인할 수 있다. 국가별 규율모델의 차이는 단순히 포괄법의 존재 여부에 있는 것이 아니라, 규율범위와 위험의 성격에 따라 규율수단과 시행기반을 어떠한 기관과 규범에 배분하는지에 있다. III장에서는 이러한 분석기준에 따라 주요국의 제도를 비교·검토한다.

51) United Kingdom, The Data Protection Act 2018 (Code of Practice on Artificial Intelligence and Automated Decision-Making) Regulations 2026, SI 2026/425, made 16 April 2026, in force 12 May 2026, regs. 1-2.

52) e-Gov法令檢索, “人工知能関連技術の研究開発及び活用の推進に關する法律”(令和七年法律第五十三号), <<https://laws.e-gov.go.jp/law/507AC0000000053>>(최종방문일: 2026. 6. 6.); 内閣府 科學技術・イノベーション推進事務局, “人工知能関連技術の研究開発及び活用の推進に關する法律”, <https://www8.cao.go.jp/cstp/ai/ai_act/ai_act.html>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

53) 손현진, “일본의 AI 관련 법제 동향: 인공지능관련 기술의 연구개발 및 활용 추진에 관한 법(AI 신법) 성립”, 「법연」 Fall 2025 Vol. 88, 한국법제연구원, 2025, 30-32면; 임지훈, “일본 인공지능법의 주요 내용 및 시사점”, 「AI 법제동향」 제25-4호, 한국법제연구원, 2025, 3면.

Ⅲ. 주요국 규율모델의 비교와 한국법상 합의

1. 주요국 규율모델의 비교기준과 유형

이상의 검토에서 확인되듯이, 주요국의 AI 규율모델은 포괄적 규제법의 제정 여부만으로 구분하기 어렵다. 중국은 구체적인 기술·서비스와 위험영역을 중심으로 행정규범을 단계적으로 축적하고 있으며, 미국은 민간 주도의 혁신을 유지하면서 표준, 연방조달, 수출통제 및 국가안보 조치를 결합하고 있다. EU는 포괄적인 위험기반 규율을 기본 틀로 유지하되, 「AI 옴니버스」를 통하여 일부 의무의 적용시기와 집행·지원체계를 조정하였다. 영국은 공통원칙을 부문별 규제기관이 소관 분야에 적용하는 방식을 취하고, 일본은 국가전략과 연구개발·활용 촉진을 중심으로 하는 정책 추진형 기본법을 채택하였다.

이들 제도를 비교하기 위해서는 다음과 같은 기준을 살펴볼 필요가 있다. 첫째, 규율체계가 전체 AI시스템을 포괄하는 수평적 구조인지, 특정 기술·서비스 또는 분야를 대상으로 하는 개별적 구조인지이다. 둘째, 주된 규율대상이 구체적인 활용맥락에서 발생하는 위험인지, 고성능 AI의 잠재적 능력에서 비롯되는 위험인지이다. 셋째, 법률, 행정조치, 표준, 가이드라인 및 자율규범 가운데 어떠한 수단을 결합하는지이다. 넷째, 산업진흥, 데이터, 연산력, 인재 및 감독역량 등 규율의 시행기반을 어떠한 방식으로 함께 구축하는지이다. 이를 종합하면 주요국의 AI 규율모델은 아래 표와 같이 정리할 수 있다.

[표] 주요국 AI 규율모델의 비교

국가·지역	규율구조	주된 위험 초점	주요 규율수단	진흥·시행 기반	한국법상 합의
중국	기초법률 + 기술·서비스별 규범	주로 맥락위험 일부 안전·안보 평가 요소	부문규장, 비안, 안전평가, 표시·데이터 의무	데이터·연산력·오픈소스·산업정책	신속한 공백 보완과 행정재량 통제의 병행
미국	기존 연방법·주법 + 표준·안보 조치	부문별 맥락위험 프런티어 모델의 첨단 사이버 역량 평가	주법, 행정명령, NIST, 조달·수출통제	민간혁신, 인프라, 정부 평가역량	위험별 수단 분화와 규제분절·자율규제의 한계 보완

국가·지역	규율구조	주된 위험 초점	주요 규율수단	진흥·시행 기반	한국법상 합의
EU	수평적 위험규율 + 부문별 제품법	부속서 III 고위험 AI는 주로 맥락위험 시스템적 위험이 있는 범용목적 AI 모델은 능력위험 요소	금지행위, 고위험 AI 의무, 적합성평가, 시장감독	AI 옴니버스의 적용일·집행 기반 조정 CADA 제안의 인프라 지원	공동 최소기준을 유지하되 위험·역할별 의무 차등화
영국	부문별 규제기관 + 중앙 평가역량	부문별 맥락위험 프런티어 모델의 능력·안전 평가	공동원칙, 부문감독, AISI 평가	규제기관 전문성, 샌드박스, 안전연구	중앙조정·정보공유와 부문별 전문성의 결합
일본	진흥·정책 조정형 기본법 + 개별법	구체적 위험은 개별법·가이드라인 중심	기본계획, 전략본부, 조사·지침	연구개발·인재·인프라·국제협력	진흥·조정 기능을 참고하되 권리·안전 규율 별도 확보

* 출처: 주요국의 분석 내용을 바탕으로 필자 작성

이하에서는 위 표의 비교를 바탕으로 각 규율기능과 수단이 어떠한 기관과 규범에 배분되어 있는지를 살펴보고, 각 규율방식의 장점과 한계를 분석하여 우리나라에 대한 시사점을 도출한다.

2. 포괄적 수평규율과 위험영역별 규율의 기능적 관계

AI는 동일한 모델이나 서비스가 여러 산업과 생활영역에서 재사용될 수 있으므로, 분야별 규율만으로는 공통적으로 발생하는 위험을 충분히 관리하기 어려울 수 있다. 따라서 AI시스템의 투명성, 기본적 위험관리, 기록·감독⁵⁴⁾ 및 밸류체인상 정보제공 처럼 여러 분야에 공통적으로 적용되는 최소원칙은 수평적 규율로 마련할 필요가 있다.⁵⁵⁾ 특히 생명·신체와 기본권에 중대한 영향을 미치는 활용이나 광범위한 후속 시스템에 영향을 미치는 범용 모델에는 위험수준에 상응하는 사전적 관리장치가 필

54) Regulation (EU) 2024/1689, arts. 9-15; 김법연, “인공지능 통제수단으로서 주요국 규제 입법의 동향과 시사점”, 「유럽헌법연구」 제42호, 유럽헌법학회, 2023, 286-291면; 이제희, “신뢰의 관점에서 본 인공지능 규제”, 「법학논총」 제32집 제2호, 조선대학교 법학연구소, 2025, 121면.

55) 김법연, 앞의 논문, 272-273면.

요하다.⁵⁶⁾

그러나 수평적 규율의 필요성이 모든 AI와 모든 사업자에게 동일한 의무를 부과하여야 한다는 의미는 아니다. 공통의무를 설계할 때에는 규율대상과 보호대상, 공급자·배포자·이용사업자 등 밸류체인상 역할, 위험의 중대성과 개연성, 의무의 적용시기 및 감독절차가 구체화되어야 한다. 기술·산업적 차이를 고려하지 않은 일률적 의무는 위험이 낮은 사업자에게 과도한 부담을 부과하면서도 정작 중대한 위험에 규율역량을 집중하지 못하게 할 수 있다.

반면 의료·금융·채용·교육·선거·개인정보 처리 등 보호법익과 피해 발생경로가 구체적인 영역에서는 기존의 분야별 법률과 전문 감독체계가 우선적인 역할을 담당할 수 있다. 이 경우 입법과제는 새로운 규제를 일률적으로 추가하는 데 있는 것이 아니라, 기존 법률이 AI 특유의 위험을 충분히 포섭할 수 있는지와 의무주체 및 피해구제 절차에 공백이 존재하는지를 점검하고, 필요한 범위에서 이를 보완하는 데 있다. 따라서 수평규율은 공통의 최소기준과 정보전달 체계를 마련하고, 구체적인 행위 의무와 권리구제는 개별 분야의 법령에서 정하도록 하는 것이 타당하다.

3. 위험의 성격에 따른 규율양식의 분화

(1) 맥락위험과 능력위험의 구분

선행연구는 AI 위험을 특정한 활용영역과 이용목적에 전제로 파악되는 ‘맥락위험(contextual risk)’과, 구체적인 이용맥락과 관계없이 AI의 잠재적 능력 자체에서 비롯되는 ‘능력위험(capability risk)’으로 구분한다.⁵⁷⁾ 맥락위험은 의료·금융·채용·교육·공공행정 등 AI가 활용되는 분야와 의사결정의 목적, 영향을 받는 자 및 보호법익을 중심으로 피해 발생경로를 구체적으로 파악할 수 있다는 점에서 분야별 규율에 적합하다. 이에 대해서는 이용상황, 위험의 중대성과 발생 가능성, 밸류체인상 역할에 따라 의무를 차등화하는 방식이 중요하다.

능력위험은 첨단 사이버 공격, 화학·생물학적 악용 또는 인간의 통제를 벗어난 자율적 작동과 같이 고성능 AI의 잠재적 능력이 대규모 피해의 발생 가능성을 높이는 위험을 말한다. 이러한 위험은 특정한 활용영역과 무관하게 나타날 수 있고, 그 주된 원인이 개별 이용자의 행위라기보다 모델 자체의 능력에서 비롯된다는 특징을 가진다. 또한 피해경로와 발생 가능성을 예측하기 어렵지만, 위험이 현실화될 경우 그 결과가 광범위하거나 되돌리기 어려울 수 있다. 따라서 능력위험에 대해서는 맥락위험과 구별되는 능력평가, 반복적인 검증, 정보공유 및 대응체계의 마련이 필요하다.⁵⁸⁾

다만 이러한 구분이 모든 고성능 AI를 별도의 규율체계에 일률적으로 포함하여야 한다는 의미는 아니다. 능력평가를 통하여 중대한 위험경로가 합리적으로 확인되는 경우에 한하여, 해당 위험의 성격과 수준에 상응하는 관리수단을 추가하여야 한다는 취지로 이해할 필요가 있다.

56) Regulation (EU) 2024/1689, art. 55.

57) 이상용, “인공지능 규제의 두 가지 접근법 - 맥락 기반 규제와 능력 기반 규제”, 13-16면.

58) 이상용, “고성능 인공지능의 능력위험 규율 - 자율규제의 현황과 시사점 -”, 54-55면.

(2) 주요국 규율모델에 나타난 위험별 접근

이러한 구분이 비교법적으로 가장 분명하게 나타나는 사례는 EU와 미국이다. EU AI Act 부속서 III의 고위험 AI는 구체적인 이용영역을 기준으로 의무를 부과한다는 점에서 주로 맥락위험에 대응한다. 반면 시스템적 위험이 있는 범용목적 AI 모델에 대하여 제55조가 부과하는 모델 평가, 위험 완화, 중대한 사고 보고 및 사이버보안 의무와 미국의 프런티어 모델에 대한 사이버 역량 평가는 모델의 잠재적 능력을 직접 평가한다는 점에서 능력위험 규율의 요소를 가진다.

중국의 알고리즘·심층합성·생성형 AI·안면인식 관련 규율은 대체로 구체적인 기술·서비스의 이용맥락에서 발생하는 위험을 대상으로 한다. 영국은 부문별 규율과 프런티어 모델 평가를 병행하고 있으며, 일본은 기본법보다 개별 법률과 가이드라인을 통하여 구체적인 위험에 대응한다.

이처럼 각국의 법제를 분석할 때에는 국가별 규율구조의 차이를 고려하여야 한다. 따라서 위험분류는 개별 규율수단이 주로 대응하는 위험을 파악하기 위한 분석기준으로 활용하고, 이를 토대로 각국 제도의 공통점과 차이점을 비교하여 우리 법제에 적합한 시사점을 도출할 필요가 있다.

(3) 규율수단의 선택과 상호보완

맥락위험과 능력위험은 서로 배타적인 범주가 아니다. 고성능 범용 모델이 의료·금융·공공행정 등 특정 분야에 도입되는 경우에는 모델의 잠재적 능력에서 비롯되는 위험과 구체적인 이용상황에서 발생하는 위험이 중첩될 수 있다. 또한 연산량이나 모델 규모가 크다는 사실만으로 능력위험이 곧바로 인정되는 것은 아니므로, 규율대상을 선별하기 위한 기술적 기준과 실제 위험의 존재 및 수준을 확인하기 위한 능력평가를 구분할 필요가 있다.

능력위험은 기술 변화가 빠르고 정부가 필요한 정보를 충분히 확보하기 어렵다는 점에서 기업의 자체 평가체계, 레드팀⁵⁹⁾ 검증 및 안전 프레임워크와 같은 자율규제를 활용할 필요가 있다. 그러나 자율규제에만 의존할 경우 법적 강제력과 외부 검증이 부족하고, 기업 간 경쟁으로 안전기준이 낮아질 우려가 있다.⁶⁰⁾ 따라서 법률은 중대한 위험의 평가·보고·감독과 책임성 확보에 관한 최소기준을 마련하고, 표준·가이드라인 및 기업의 안전 프레임워크를 통하여 세부 평가방법과 대응체계를 지속적으로 갱신하는 공동규제 방식을 취하는 것이 적절하다.⁶¹⁾

이러한 구분은 수평규율과 위험영역별 규율을 대체하는 새로운 이분법이 아니라, 각 위험에 적합한 규율수단을 구체화하기 위한 보완적 기준이다. 맥락위험에는 이용상황과 밸류체인상 역할에 따른 의무의 차등화가, 능력위험에는 능력평가·정보공유·대응체계의 마련과 지속적 갱신이 상대적으로 중요하다.⁶²⁾

59) 레드팀(red team)은 조직 내부에서 의도적으로 공격자 또는 적대적 행위자의 관점에서 시스템을 점검하여 취약점과 방어체계의 한계를 식별하는 전문가 집단을 말한다.

60) 이상용, “고성능 인공지능의 능력위험 규율 - 자율규제의 현황과 시사점 -”, 79-80면.

61) 이상용, “고성능 인공지능의 능력위험 규율 - 자율규제의 현황과 시사점 -”, 82-83면.

62) 이상용, “고성능 인공지능의 능력위험 규율 - 자율규제의 현황과 시사점 -”, 81-82면.

4. 기본법·개별법·연성규범의 기능적 배분

현행 「인공지능기본법」은 산업진흥과 정책조정 기능뿐 아니라 신뢰성과 안전성 확보를 위한 규율도 함께 포함하고 있다. 향후 과제는 이를 전면적인 진흥법으로 전환하는 데 있는 것이 아니라, 법의 기능적 중심을 국가전략, 산업기반 조성, 공통원칙 및 관계부처 간 조정에 두면서 직접적인 의무의 적용범위와 책임주체를 보다 명확히 하는 데 있다.

딥페이크를 이용한 선거운동, 성적 허위영상물, 개인정보 처리, 의료·금융·채용·교육·공공행정 등 구체적인 위험에 대해서는 기존 개별법과 전문 감독체계가 적용될 수 있는지를 우선적으로 검토하여야 한다. 기본법은 공통원칙과 밸류체인상 정보전달, 관계부처 간 조정 및 최소한의 절차적 보호를 규정하고, 개별법은 구체적인 금지행위와 행위의무, 감독 및 피해구제를 담당하도록 하는 것이 타당하다.

대통령령과 고시는 법률이 정한 적용대상과 핵심 의무의 범위 안에서 세부적인 집행기준을 구체화하고, 표준과 가이드라인은 기술적 평가방법과 준수수단을 보완하여야 한다. 특히 능력위험과 같이 민간기업이 핵심정보와 전문역량을 보유한 영역에서는 기업의 평가체제와 외부전문가를 활용할 필요가 있다. 다만 중대한 위험에 관한 최소한의 평가·보고·감독 기준과 책임성 확보에 관한 사항은 법률에 근거를 두어야 한다.

5. 소결

이상의 비교검토에 따르면, 한국 법제의 과제는 기본법·개별법·하위규범의 기능적 역할을 분명히 하고, 맥락위험과 능력위험의 특성에 적합한 의무와 절차를 설계하는 데 있다.⁶³⁾

IV. 「인공지능기본법」의 현황과 개정 과제

이하에서는 현행 「인공지능기본법」이 수행하는 진흥·정책조정 및 신뢰·안전 기능을 전제로, 적용대상, 위임구조와 시행방식 및 제31조 내지 제35조의 규율수단이 위험의 성격과 사업자의 역할에 부합하도록 설계되어 있는지를 검토한다.

1. 인공지능기본법 제정과 시행 전 개정

「인공지능기본법」은 제22대 국회에 제출된 다수의 법률안을 병합·조정하여 하나의 법률로 제정한 결과이다.⁶⁴⁾ 이 법은 인공지능의 발전과 신뢰 기반 조성을 함께

63) 박종준, “인공지능기본법과 개별 법령 간 체계정합성에 관한 공법적 고찰”, 「외법논집」 제50권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2026, 272-278면.

64) 라기원, “인공지능 기본법의 입법 연혁과 과제”, 「법제연구」 제69호, 한국법제연구원, 2025, 146-147면.

추구하면서 인공지능 기본계획(제6조), 국가인공지능전략위원회(제7조), 인공지능정책 센터와 인공지능안전연구소, AI 산업기반 조성, 고영향 AI와 생성형 AI, 대통령령으로 정하는 기준 이상의 AI시스템, 투명성·안전성 확보 및 사업자의 책무 등을 규정하고 있다.⁶⁵⁾ 이는 AI 정책을 법률에 근거한 기본계획과 거버넌스 체계에 편입하고, 국가 차원의 정책추진 기반을 마련하였다는 점에서 의미가 있다. 특히 국가인공지능 전략위원회는 국가 비전과 중장기 전략, 관계부처의 정책·사업에 대한 조정 및 이행점검 등을 심의·의결하는 대통령 소속의 범정부 조정기구이다(제7조).

이러한 규정에 비추어 볼 때 현행법을 산업진흥 기능이 배제된 규제 중심의 법률로 평가하기는 어렵다. 이 법은 여러 차례의 국회 논의 과정에서 제기된 산업진흥, 정책추진체계의 구축 및 기본권·안전 보호에 관한 요구를 병합·조정한 결과로서, 진흥과 신뢰 기반 조성이라는 두 기능을 함께 포함하고 있다.⁶⁶⁾ 따라서 이하의 비판은 현행법의 진흥·정책조정 기능 자체를 부정하려는 것이 아니다. 오히려 그러한 기능이 실질적으로 작동할 수 있도록 제도적 기반을 보완하는 한편, 신뢰·안전 관련 의무의 적용기준과 책임 배분을 보다 명확히 하여야 한다는 문제의식에 기초한다. 대통령 직속 국가인공지능전략위원회도 2025년 9월 8일 출범하면서 AI G3 도약, AI 고속도로 구축, 범국가적 AI 전환 및 글로벌 AI 기본사회에 대한 기여 등을 주요 정책축으로 제시하였다.⁶⁷⁾

한편 이 법은 시행에 앞서 일부개정을 거쳤다. 2026년 1월 20일 개정법률은 ‘학습용데이터’를 AI의 개발·활용 등에 사용되는 데이터로 정의하고(제2조 제12호), 대학·기업 등이 인공지능연구소를 설립·운영할 수 있는 근거(제22조의2)와 과학기술정보통신부장관이 혁신적 인공지능기술의 확보를 위하여 인공지능의 개발·활용 등에 관한 연구를 수행하는 기관을 설립·운영할 수 있는 근거(제22조의3)를 신설하였다. 또한 고영향 AI 영향평가에 AI 취약계층의 특성이 반영될 수 있도록 제35조 제1항 후단을 보완하였다. 이와 함께 국가인공지능전략위원회의 기능, 공공조달, 데이터·인력 기반 및 취약계층 지원에 관한 사항도 폭넓게 정비하였다. 제22조의3과 제35조 제1항 후단의 개정규정은 2026년 7월 21일부터 시행되었다.⁶⁸⁾ 이러한 시행 전 개정은 기술·산업 환경의 변화와 새로운 제도적 수요를 법 시행에 앞서 반영하였다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있다. 동시에 이는 AI 기본법제가 기술 발전과 정책환경의 변화에 맞추어 지속적으로 점검·보완되어야 함을 보여준다.

65) 박수영, “韓國の人工知能基本法の主要内容”, 「동북아법연구」 제19권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2025, 418-419면.

66) 라기원, 앞의 논문, 162면.

67) 대한민국 정책브리핑(2025. 9. 8.), “국가인공지능전략위원회 출범”, <<https://www.korea.kr/news/policyNewsView.do?newsId=148954353>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

68) 2026년 1월 20일 개정은 학습용데이터 정의와 연구기관 근거뿐 아니라 국가인공지능전략위원회의 기능 강화, 공공조달·데이터·인력·취약계층 지원 등을 폭넓게 보완하였다. 제22조의3 및 제35조 제1항 후단의 개정규정은 2026년 7월 21일부터 시행되었다. 국가법령정보센터(2026. 1. 20.), 「인공지능 발전과 신뢰 기반 조성 등에 관한 기본법」 제정·개정문, 법률 제21311호 일부개정법률, <<https://www.law.go.kr/LSW/lsRvsDocListP.do?chrClsCd=010202&lsId=014820&lsRvsGubun=all>>(최종방문일: 2026. 6. 6.).

2. 현행법의 구조와 적용상 과제

(1) 규제대상·위임구조와 예측 가능성

AI와 같이 전문성이 높고 기술 변화가 빠른 영역에서는 법률이 기술적 기준과 평가방법을 대통령령·고시·표준 및 가이드라인에 위임하여 규율내용을 유연하게 보완할 필요가 있다. 따라서 문제는 위임 자체에 있는 것이 아니라, 법률에서 직접 정하여야 할 사항과 하위규범에 맡길 사항의 경계를 명확히 설정하는 데 있다.

현행법상 고영향 AI 해당 여부는 「인공지능기본법」과 동법 시행령, 과학기술정보통신부의 「고영향 인공지능 판단 가이드라인」 및 법 제33조에 따른 확인절차를 통하여 단계적으로 구체화된다.⁶⁹⁾ 이러한 구조는 기술 변화에 대응하면서 사업자의 불확실성을 완화하기 위한 장치라는 점에서 일정한 합리성이 있다. 다만 경계사례에 대한 판단기준, 가이드라인의 법적 성격, 확인 결과의 효력과 존속기간 및 사후적인 기준 변경이 기존 사업자에게 미치는 영향이 명확하지 않을 경우에는 예측 가능성과 신뢰보호에 문제가 발생할 수 있다.⁷⁰⁾ 따라서 확인제도가 실질적인 불확실성 완화수단으로 기능할 수 있도록 확인 결과의 법적 효과와 후속절차를 구체화할 필요가 있다.

특히 한국의 AI 산업생태계는 미국의 대형 기술기업 중심 구조와 달리 스타트업, 중소기업, 응용서비스 기업 및 산업별 솔루션 기업의 비중이 크다. 이들 사업자에게 법적 불확실성은 단순한 준수비용을 넘어 투자, 계약체결 및 시장진입을 제약하는 요인으로 작용할 수 있다.⁷¹⁾

현행법은 고영향 AI, 생성형 AI 및 대통령령으로 정하는 기준 이상의 AI시스템을 구분하고, 이에 따라 투명성 확보(제31조), 안전성 확보(제32조), 고영향 AI 해당 여부의 확인(제33조), 사업자의 책무(제34조) 및 영향평가(제35조)를 규정하고 있다. 특히 제31조 제3항은 실제와 구분하기 어려운 가상의 음향·이미지·영상 등을 제공하는 경우, 해당 결과물이 AI시스템에 의하여 생성되었다는 사실을 이용자가 명확하게 인식할 수 있는 방식으로 고지하거나 표시하도록 한다. 이러한 구조는 모든 AI와 사업자에게 동일한 의무를 부과하는 방식은 아니다. 그러나 적용대상을 정하는 개념과 밸류체인에서의 사업자별 역할이 충분히 구분되지 않을 경우,⁷²⁾ 의무의 범위가 불명확하게 확대되거나 사업자가 실질적으로 통제하기 어려운 위험에 대해서까지 책임을 부담할 수 있다.⁷³⁾

특히 제32조의 안전성 확보 의무는 그 기능과 판단기준을 보다 구체화할 필요가 있다. 다만 기술 변화가 빠른 상황에서 ‘안전’을 하나의 고정된 법률상 정의로 완결

69) 「인공지능 발전과 신뢰 기반 조성 등에 관한 기본법」 제33조; 동법 시행령 제25조.

70) 박상철, “AI기본법 하위규정안의 개선방안과 해석론 - 규제대상과 보호대상을 중심으로”, 「사법」 제74호, 사법발전재단, 2025, 899-905면; 한주희, “인공지능기본법의 리스크관리 방식에 대한 공법적 검토”, 「중앙법학」 제28집 제1호, 중앙법학회, 2026, 361-376면.

71) ZDNet Korea(2026. 1. 6.), “AI기본법 시행 보름 앞으로…업계 ‘준비 부족’ 토로”, <<https://zdnet.co.kr/view/?no=20260106172808>>(최종방문일: 2026. 6. 21.).

72) 박상철, “AI기본법 하위규정안의 개선방안과 해석론 - 규제대상과 보호대상을 중심으로”, 899-905면.

73) 박상철, “인공지능 기본법의 시행 전 개정 필요성 - 규제 조항의 체계·축조상 문제점을 중심으로 -”, 「정보법학」 제28권 제3호, 한국정보법학회, 2024, 9-12면.

적으로 규정할 경우, 오히려 새롭게 등장하는 위험을 포섭하기 어려워질 수 있다.⁷⁴⁾ 따라서 법률에서는 안전성 확보 의무의 목적, 중대한 위험의 범주 및 기본적인 조치를 제시하고, 하위규범과 평가기준에서는 AI가 의도된 목적에 부합하여 안정적이고 통제 가능한 방식으로 작동하는지에 관한 안전(safety) 요소와, 적대적 공격·학습데이터 오염·모델의 무단 추출 및 복제 등 외부 위협에 대응하기 위한 보안(security) 요소를 구분하여 구체화하는 것이 적절할 것이다.⁷⁵⁾

(2) 계도기간과 단계적 시행의 법적 안정성

정부가 투명성 확보 의무(제31조)에 관한 사실조사와 과태료 부과에 일정한 계도기간을 두는 것은 새로운 제도의 안정적인 정착을 유도하고 사업자의 이행 준비를 지원하기 위한 정책수단이 될 수 있다. 다만 법률상 의무의 발생시점과 행정기관의 실제 집행시점이 달라질 경우, 사업자는 계도기간 중 요구되는 의무 이행의 수준, 사실조사와 행정지도가 이루어지는 기준 및 계도기간 종료 후 종전 행위가 평가되는 방식 등을 예측하기 어려울 수 있다. 따라서 계도기간은 단순히 제재를 유예하는 기간으로 운영할 것이 아니라, 법적 의무와 권고사항의 구분, 사실조사의 대상과 범위, 표준 서식과 점검표, 상담·기술지원, 자진시정의 효과 및 본격적인 집행으로 전환되는 시점을 포함한 단계적 시행계획으로 구체화할 필요가 있다.⁷⁶⁾

소규모 사업자에게는 위험의 정도와 밸류체인상 역할에 비례한 지원을 제공하되, 중대한 기본권 침해와 직접 관련된 위험에 대해서는 필요한 최소한의 보호조치를 유지하여야 한다. 또한 행정상 제재가 유예되더라도 계약과 투자 과정에서 요구되는 준수부담은 계속될 수 있으므로, 구체적인 이행기준과 단계별 전환일정을 명확하게 공개할 필요가 있다.⁷⁷⁾

「AI 옴니버스」는 표준·공통규격·지침과 감독체계의 준비 지연을 고려하여 고위험 AI 관련 의무의 적용일을 유형별로 명시적으로 조정하였다. 이는 지원수단의 준비 정도에 따라 적용일이 자동으로 변경되는 제도는 아니지만, 법적 의무의 적용시기와 이를 이행하기 위한 제도적 기반을 함께 설계하여야 한다는 점을 보여준다. 한국도 과태료 부과를 일정 기간 유예하는 데 그칠 것이 아니라, 법률상 의무의 단계별 적용시기와 계도기간의 종료기준을 명확히 정하고, 표준·가이드라인, 감독역량 및 사업자 지원체계를 그 일정에 맞추어 구축할 필요가 있다.⁷⁸⁾

74) 김종성·홍준호, “인공지능기본법상 안전 개념에 대한 법적 연구”, 「한국산업보안연구」 제16권 제1호, 한국산업보안연구학회, 2026, 47-50면.

75) 김종성·홍준호, 앞의 논문, 55-57면.

76) 과학기술정보통신부(2026. 1. 22.), “과기정통부, 「인공지능 투명성 확보 가이드라인」 공개”, <<https://www.msit.go.kr/bbs/view.do?sCode=user&mId=307&mPid=208&bbsSeqNo=94&nttSeqNo=3186787>>(최종방문일: 2026. 7. 25.).

77) 전자신문(2026. 1. 18.), “[ET시선] AI기본법, 스타트업 현장과 간극 좁혀야”, <<https://v.daum.net/v/7gtclTCEDN>>(최종방문일: 2026. 7. 26.); 쿠키뉴스(2026. 4. 2.), “AI기본법 ‘고영향 AI’ 모호한 경계…스타트업 ‘규제 리스크 커졌다’”, <<https://www.kukinews.com/article/view/kuk202603220037>>(최종방문일: 2026. 7. 26.).

78) 한승혜, “EU AI Act 유예 결정이 한국에 던지는 질문”, 「이슈페이퍼」 제25-11호, 디지털경제연구원, 2025, 4-5면.

(3) 기본법과 개별법 및 인권보호체계의 관계

「인공지능기본법」은 AI와 관련된 모든 위험과 권리구제 수단을 포괄적으로 규율하는 단일 법률이 아니다. 딥페이크를 이용한 선거운동, 성적 허위영상물의 제작·유포 및 개인정보 처리는 각각 「공직선거법」, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 및 「개인정보 보호법」의 적용대상이 될 수 있으며, 의료·금융·노동·행정 등의 분야에서도 기존의 개별 법률과 전문 감독체계가 작동한다. 특히 2026년 8월 28일 시행 예정인 「인공지능 및 데이터 기반 행정 활성화에 관한 법률」⁷⁹⁾은 공공기관의 AI 활용과 신뢰성 확보 및 공공분야의 AI 영향평가를 별도로 규율한다.⁸⁰⁾ 따라서 현행 법체계의 한계는 관련 개별법이 존재하지 않는 데 있다기보다, 기본법과 개별법 사이의 적용관계와 중복의무의 조정, 관계기관 간 정보공유 및 피해구제 절차의 연계가 충분히 정비되지 않았다는 데 있다.

국가인권위원회는 「인공지능기본법」 시행령 제정안에 관한 의견에서 고영향 AI 영역의 구체화, 구직자·환자·대출신청자 등 AI의 영향을 받는 자에 대한 보호, 고영향 AI 영향평가의 실효성 확보 및 인권전문가의 참여 등을 제안하였다. 이러한 견해는 AI 규율에서 산업진흥과 기술적 안전성뿐 아니라, AI를 활용한 의사결정으로 기본권에 영향을 받는 자의 절차적 권리와 피해구제 수단도 함께 고려하여야 한다는 점을 보여준다.⁸¹⁾ 따라서 핵심 과제는 기본법에 개별 분야의 금지행위와 구제절차를 반복하여 규정하는 것이 아니라, 기본법과 개별법 사이의 우선적용 관계, 정보공유와 평가결과의 상호 활용 및 피해구제 절차의 연계방식을 명확히 하는 데 있다.

3. 개정의 기본 방향

(1) 폐지론의 가능성과 한계

입법정책상 고려할 수 있는 하나의 방안은 「인공지능기본법」을 폐지하거나 신뢰·안전 관련 조항을 대폭 축소하고, 구체적인 위험에 대한 규율을 개별 법령에 맡기는 것이다. 미국과 중국의 사례에서 확인할 수 있듯이 포괄적인 AI 기본법의 제정이 기술경쟁력 확보의 필수조건이라고 보기는 어렵다. 또한 기본법상 의무의 적용범위가 불명확하거나 개별법과 중복될 경우에는 분야별 법률과 전문 감독체계를 중심으로 대응하는 방식이 더욱 효율적이라는 견해도 제기될 수 있다.

그러나 「인공지능기본법」은 국가 AI 전략과 기본계획, 산업지원, 연구개발, 기반시설, 표준 및 관계부처 간 정책조정을 하나의 법률상 체계로 연계함으로써 정책의 지속성·투명성 및 책임성을 확보하는 기능을 수행한다. 기본법을 폐지하더라도 개별 분야의 보호법제가 소멸하는 것은 아니지만, 범정부 차원의 전략과 지원정책을 통합적으로 조정하고 그 추진 과정과 성과에 대한 설명책임을 확보할 법률상 기반은

79) 법률 제21392호.

80) 동법은 2026년 8월 28일부터 시행되지만, 공공분야 AI 영향평가를 규정한 제32조는 2027년 2월 28일부터 시행된다.

81) 국가인권위원회(2025. 12. 21.), “인공지능기본법 시행령, 인간의 존엄성 등 인권보호 관점에서 보완되어야”, <<https://www.humanrights.go.kr/base/board/read?boardManagementNo=24&boardNo=7611694&menuLevel=3&menuNo=91>>(최종방문일: 2026. 7. 25.).

약화될 수 있다. 따라서 현 단계에서는 기본법을 전면적으로 폐지하기보다 조정·지원 기능이 실질적으로 작동하도록 보완하고, 신뢰·안전 관련 규율을 개별법과의 정합성이 확보되도록 재설계하는 방안이 적절하다.

(2) 진흥·정책조정 기능의 실질화와 신뢰·안전 규율의 정교화

현실적인 대안은 현행법의 이중 구조를 유지하되, 법의 기능적 중심과 의무의 적용범위를 재설계하는 것이다. 기본계획, 연구개발, 인재양성, 데이터·연산 기반, 표준, 규제샌드박스 및 관계부처 간 조정이 실제 정책과 예산에 반영되도록 진흥·정책조정 기능을 실질화하여야 한다. 동시에 생명·신체와 기본권을 보호하기 위하여 필요한 수준은 유지하면서, 신뢰·안전 관련 의무는 위험의 성격과 밸류체인상 역할 및 통제 가능성에 따라 차등화할 필요가 있다.

이를 종합하면 개정의 기본원칙은 세 가지로 정리할 수 있다. 첫째, 기본법은 국가 전략, 산업기반 조성, 공통원칙 및 관계부처 간 조정을 중심으로 기능하여야 한다.⁸²⁾ 둘째, 신뢰·안전과 관련된 직접적인 의무는 위험의 중대성과 발생 가능성, 구체적인 이용맥락 및 밸류체인상 사업자의 통제 가능성에 따라 차등화하여야 한다.⁸³⁾ 셋째, 단계적 시행은 법률상 근거와 종료기준을 명확히 하고, 표준·가이드라인의 마련, 감독역량의 확충 및 사업자 지원체계와 연계하여야 한다.⁸⁴⁾

4. 주요 조항별 개정 방향

현행 「인공지능기본법」의 신뢰·안전 관련 조항을 일률적으로 완화하거나 강화하기보다는, 각 조항이 대상으로 하는 위험의 성격과 AI 밸류체인상 사업자의 역할 및 통제 가능성에 따라 규율방식을 정교화할 필요가 있다. 이하에서는 제31조 내지 제35조의 적용대상, 의무주체, 위험판단 기준 및 이행절차를 차례로 검토한다.

(1) 제31조: 투명성 의무의 위험별 차등화

제31조에 따른 기본적인 고지·표시의무는 이용자가 AI의 관여 여부와 생성물의 성격을 인식할 수 있도록 한다는 점에서 유지할 필요가 있다. 다만 구체적인 표시방법과 식별 가능성의 정도는 생성물의 유형, 이용자의 오인 가능성, AI가 의사결정에 미치는 영향 및 예상되는 피해의 정도에 따라 차등화하는 것이 타당하다. 특히 선거, 금융사기, 성적 허위영상물, 의료·법률·투자 관련 조언 및 공공서비스와 같이 정보

82) 이효진, “인공지능기본법 추진체계에 대한 검토 및 발전방향 - EU, 영국, 일본의 거버넌스를 중심으로 -”, 「법학논총」 제42집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2025, 72-75면; 강태우, “과학기술분야의 통합적 거버넌스에 대한 법정정책 검토: 「인공지능기본법」을 중심으로”, 「원광법학」 제41권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2025, 133-134면.

83) 박상철, “인공지능 기본법의 시행 전 개정 필요성 - 규제 조항의 체계·축조상 문제점을 중심으로 -”, 13-16면; 이상용, “고성능 인공지능의 능력위험 규율 - 자율규제의 현황과 시사점 -”, 82면.

84) Regulation (EU) 2026/1744, art. 1, points (39)(b) and (40)(b); 박지현·이성엽, “인공지능 기본법상 규제 샌드박스 제도화 연구 - EU 인공지능법의 규제 샌드박스와 디지털 유니버스를 중심으로”, 「법학논총」 제64집, 숭실대학교 법학연구소, 2026, 78-82면.

의 진정성과 신뢰성이 중요한 영역에서는 사람이 쉽게 인식할 수 있는 명시적 표시와 기계가 판독할 수 있는 기술적 표시를 함께 요구할 수 있다.

순수한 연구개발 목적의 이용이나 외부 이용자에게 제공되지 않는 내부업무에 대해서는 합리적인 적용제외 또는 간소화 기준을 마련할 수 있다. 다만 내부 이용이라는 이유만으로 근로자·지원자·거래상대방 등에 관한 실질적인 의사결정에 활용되는 AI까지 일률적으로 제외해서는 안 된다. 또한 개별법이 이미 별도의 표시의무 또는 금지행위를 규정하고 있는 경우에는 기본법상 의무와의 적용관계를 명확히 하여 중복된 준수부담과 보호의 공백을 함께 방지할 필요가 있다.

(2) 제32조: 능력위험 평가와 대응태세 중심의 규율

현행 시행령 제24조 제1항은 학습에 사용된 누적 연산량이 10의 26승 부동소수점 연산(Floating Point Operations, FLOPs) 이상일 것, 최첨단 인공지능기술을 적용할 것, 생명·신체의 안전과 기본권에 광범위하고 중대한 영향을 미칠 우려가 있을 것이라는 세 가지 요건을 모두 충족하는 AI시스템을 제32조의 적용대상으로 정하고 있다.⁸⁵⁾ 이러한 법령상 선별기준과 별도로, 실제 위험의 존재와 수준을 확인하기 위한 능력평가의 내용과 절차를 구체화할 필요가 있다. 적용대상으로 선별된 시스템에 대해서는 첨단 사이버 공격을 수행할 수 있는 역량, 화학·생물학적 악용 가능성, 자율적 작동과 인간의 통제 회피 가능성, 대규모 기만·조작, 시스템적 위험 및 중요 기반시설에 미치는 영향 등 모델의 잠재적 능력과 구체적인 위험경로를 평가하여야 한다.

능력위험은 기술 변화가 빠르고 불확실성이 크므로 개발과 배포의 전후 단계에 걸친 반복적인 관리가 중요하다. 이를 위하여 위험모델링, 레드팀 검증과 비공개 평가, 배포 후 지속적인 관찰, 모델의 능력에 중대한 변화가 발생한 경우의 재평가, 사고·이상징후의 보고 및 관계기관과의 정보공유를 연계할 필요가 있다. 평가 결과에 따라 추가적인 안전조치, 외부 검증, 배포 제한 또는 단계적 배포를 적용할 수 있도록 하여야 한다.⁸⁶⁾

평가의 독립성과 신뢰성을 확보하기 위하여 중대한 위험이 확인된 AI시스템에 대해서는 외부전문가 또는 지정 평가기관의 검증을 활용할 필요가 있다. 이 경우 영업비밀과 보안정보를 보호하는 한편, 평가기관의 전문성·독립성 및 책임성도 함께 확보하여야 한다. 법률은 중대한 위험의 평가·보고·감독 및 책임성 확보에 관한 최소기준을 정하고, 하위규범·표준·가이드라인과 기업의 안전관리체계를 통하여 구체적인 평가방법과 대응절차를 지속적으로 보완하는 공동규제 체계를 마련하는 것이 적절하다.⁸⁷⁾

(3) 제33조: 고영향 AI 확인절차의 법적 효과

제33조에 따른 확인절차는 고영향 AI의 범위가 개방적으로 규정됨에 따라 발생하

85) 「인공지능 발전과 신뢰 기반 조성 등에 관한 기본법 시행령」 제24조 제1항.

86) 이상용, “고성능 인공지능의 능력위험 규율 - 자율규제의 현황과 시사점 -”, 82면.

87) 이상용, “고성능 인공지능의 능력위험 규율 - 자율규제의 현황과 시사점 -”, 82-83면.

는 법적 불확실성을 완화하는 중요한 수단이다. 이를 실효적으로 운영하기 위해서는 현행 시행령 제25조의 절차를 토대로 분야별 확인사례를 축적·공개하고, 긴급·신속 확인의 처리기준과 확인 결과의 효력·존속기간 및 변경·철회 기준을 구체화할 필요가 있다.

특히 확인 결과가 단순한 행정상 의견에 불과한지, 아니면 일정 기간 사업자의 신뢰를 보호하는 공적 판단으로 기능하는지를 명확히 하여야 한다. 아울러 확인 이후 사실관계나 판단기준이 변경되는 경우에는 그 결과를 변경하거나 철회할 수 있는 요건과 절차도 마련할 필요가 있다. 사업자가 완전하고 정확한 정보를 제공하고 확인 결과를 합리적으로 신뢰한 경우에는 일정한 범위에서 신뢰를 보호할 수 있다. 다만 확인 결과가 실제 위험관리 의무나 개별법에 따른 책임까지 면제하는 포괄적인 면책 수단으로 기능해서는 안 된다.

(4) 제34조: 밸류체인별 책무와 영향을 받는 자의 보호

제34조에 따른 책무는 각 주체가 위험을 예견하고 통제할 수 있는 범위에 따라 배분하여야 한다. 개발사업자는 시스템의 성능과 한계, 데이터의 특성, 평가결과, 합리적으로 예상할 수 있는 위험 및 적정한 이용조건에 관한 정보를 제공하고, 이용사업자가 법률상 책무를 이행하는 데 필요한 협력을 하여야 한다. 이용사업자는 구체적인 이용목적과 대상집단을 고려하여 인간의 감독, 운영기록의 작성·보존, AI 관여 사실의 고지, 오용 방지 및 피해구제 절차를 마련하여야 한다.

또한 AI시스템의 이용자와 그 판단으로 영향을 받는 자가 일치하지 않는 경우를 고려할 필요가 있다. 채용지원자·환자·대출신청자 등 AI를 활용한 판단으로 권리나 이익에 직접적인 영향을 받는 자에게는 위험의 정도와 사안의 중대성에 따라 AI 관여 사실을 고지하고, 인간에 의한 재검토를 요청하거나 이의를 제기하며 피해구제를 받을 수 있는 절차를 보장하는 방안을 검토하여야 한다.⁸⁸⁾ 다만 이러한 보호가 영업비밀이나 보안정보를 침해할 수 있는 일반적인 알고리즘 공개의무로 확대되지 않도록, 설명의 대상·범위 및 방법을 구체적으로 정할 필요가 있다.

(5) 제35조: 고영향 AI 영향평가의 단계적 실질화

공공기관의 AI 활용에 대해서는 「인공지능 및 데이터 기반 행정 활성화에 관한 법률」에 따른 공공분야 AI 영향평가를 중심으로 규율하고, 「인공지능기본법」 제35조는 민간부문의 고영향 AI 가운데 기본권에 중대한 영향을 미칠 수 있는 영역을 중심으로 평가의무를 단계적으로 강화하는 방향으로 개정할 필요가 있다. 이 경우 양 제도 사이의 적용관계를 명확히 하고, 평가항목과 결과의 상호인정, 관계기관 간 정보공유 및 중대한 변경에 따른 재평가 기준을 함께 마련하여 중복된 준수부담과 규율공백을 방지하여야 한다.

민간부문에 대해서는 AI의 이용영역, 예상되는 기본권 영향의 중대성, 의사결정의 자동화 수준, 사업자의 규모 및 위험에 대한 통제 가능성 등을 고려하여 영향평가의

88) 박상철, “AI기본법 하위규정안의 개선방안과 해석론 - 규제대상과 보호대상을 중심으로”, 906-908면.

적용대상과 평가수준을 차등화하는 것이 타당하다. 또한 신규 AI시스템을 도입하는 경우뿐 아니라 이용목적, 대상집단 또는 핵심기능에 중대한 변경이 발생하여 기존 평가의 전제가 달라진 경우에도 재평가가 이루어지도록 하여야 한다.⁸⁹⁾

현행 시행령 제28조는 인공지능 영향평가의 기본 항목을 규정하고 있지만, 평가의 실효성을 높이기 위해 영향의 규모·지속기간·회복 가능성과 위험완화 조치 후의 잔여위험까지 평가하도록 보완할 필요가 있다.⁹⁰⁾ 공공분야와 민간의 중대한 위험영역에서는 평가결과의 요지와 주요 위험완화 조치를 공개하고, 감독기관이 평가의 적정성을 확인하는 데 필요한 자료에 접근할 수 있도록 할 필요가 있다. 다만 공개와 감독 과정에서 영업비밀·개인정보 및 보안정보가 침해되지 않도록 자료의 공개범위와 접근절차 및 보호조치를 구체적으로 마련하여야 한다.

중소기업에 대해서는 표준평가서와 작성지침, 전문상담, 공동평가 및 비용지원을 제공하여 평가에 따른 부담을 완화할 필요가 있다. 나아가 영향평가를 자율평가, 인증, 규제샌드박스 및 공공조달 제도와 연계함으로써 평가가 형식적인 절차에 머무르지 않고 실질적인 위험관리와 사업자 지원으로 이어지도록 하여야 한다.⁹¹⁾

(6) 개별법과의 관계 및 시행기반

현행 「인공지능기본법」 제5조는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 해당 법률을 우선 적용하도록 하고 있으며, 동법 시행령 제27조 및 별표 1은 일부 개별법에 따른 조치를 기본법상 의무의 이행으로 인정하는 조정장치를 두고 있다. 다만 현행 제도는 주로 일부 이행조치의 상호인정에 한정되어 있어, 기본법과 개별법 사이의 구체적인 적용관계, 관계기관 간 정보공유, 감독 결과의 상호 활용, 중복조사의 조정 및 피해구제 절차의 연계까지 충분히 규율하지 못한다. 따라서 개별법이 적용되는 영역에서는 우선 적용되는 법률과 중복되는 의무의 인정범위를 명확히 하고, 관계기관의 감독·조사와 피해구제 절차가 유기적으로 연계되도록 제도를 정비할 필요가 있다. 기본법상 보충적 의무나 특례는 기존 개별법과 전문 감독체계만으로 대응하기 어려운 규율공백이 확인되는 경우에 한하여 마련하는 것이 적절하다.

제31조 내지 제35조의 핵심적인 적용대상과 의무주체, 감독 및 피해구제에 관한 기본기준은 법률에 직접 규정하여 예측 가능성을 확보하여야 한다. 반면 기술적 평가방법, 적용기준이 되는 임계값, 문서양식 및 세부적인 이행절차와 같은 전문적·절차적 사항은 하위법령·표준·가이드라인을 통하여 구체화할 필요가 있다. 이러한 세부기준은 기술과 위험의 변화에 적시에 대응할 수 있도록 주기적으로 재검토하되, 기준의 변경이 기존 사업자의 법적 지위와 신뢰에 미치는 영향도 함께 고려하여야 한다.

89) 국가인권위원회(2025. 12. 21.), 앞의 자료.

90) 「인공지능 발전과 신뢰 기반 조성 등에 관한 기본법 시행령」 제28조 [시행 2026. 7. 21.] [대통령령 제36506호, 2026. 7. 20., 일부개정].

91) 박지현·이성엽, 앞의 논문, 78-82면.

V. 결어

주요국의 최근 입법 및 정책 동향은 AI 법제의 핵심 과제가 규제를 일률적으로 강화하거나 완화하는 데 있는 것이 아니라, 각국의 기술역량과 위험구조에 부합하도록 규율기능과 수단을 합리적으로 배분하는 데 있음을 보여준다. 본고는 이러한 인식에 기초하여 「인공지능기본법」의 기능적 중심을 국가전략, 산업기반 조성, 산업진흥 및 정책조정에 두는 한편, 직접적인 신뢰·안전 의무는 공통된 최소기준을 토대로 구체적인 위험의 성격에 따라 정교하게 설계하여야 한다는 관점에서 논의를 전개하였다.

주요국은 수평적 규율, 분야별 법령, 표준·가이드라인, 행정조치 및 산업지원 정책을 각자의 법체계와 산업적 여건에 따라 서로 다르게 결합하고 있다. 이는 특정 국가의 규제모델을 보편적인 기준으로 삼아 그대로 도입하기보다, 한국의 산업구조와 위험유형 및 기존 법체계에 부합하도록 규율수단과 관계기관의 역할을 배분하여야 한다는 점을 시사한다.

이러한 관점에서 「인공지능기본법」의 전면적인 폐지와 현행 의무체계의 단순한 유지 모두 적절한 해법이 되기 어렵다. 기본법을 폐지할 경우 국가전략, 산업지원 및 관계부처 간 정책조정을 뒷받침하는 법률상 기반이 약화될 수 있다. 반면 적용범위와 책임주체가 충분히 명확하지 않은 상태에서 제제의 집행만 유예하는 방식으로서는 사업자가 직면하는 법적 불확실성을 근본적으로 해소하기 어렵다.

따라서 향후 개정은 현행법의 기본적인 틀을 유지하면서도 법의 기능적 중심과 직접적인 의무의 적용범위를 재설계하는 방향으로 이루어져야 한다. 국가전략, 연구개발, 데이터·연산 기반, 인재양성, 표준 및 관계부처 간 조정이 선언적 규정에 머무르지 않고 실제 정책·예산 및 구체적인 지원수단으로 이어지도록 하여야 한다.

결국 기본법은 국가 AI 역량의 확충, 공통원칙의 제시 및 관계부처 간 조정체계의 마련을 담당하고, 개별법은 구체적인 이용맥락에서 요구되는 행위규제와 피해구제를 담당하여야 한다. 기술적 세부기준은 법률에 규정된 핵심기준을 전제로 하위규범·표준·가이드라인 및 공동규제 체계를 통하여 지속적으로 구체화할 수 있다. 이러한 기능적 분업이 확립될 때 「인공지능기본법」은 포괄적인 의무를 병렬적으로 열거하는 데 머무르지 않고, 국가의 AI 역량을 강화하는 동시에 중대한 위험에 규율 역량과 자원을 집중하는 실질적인 기본법으로 기능할 수 있을 것이다.

- **주제어:** 인공지능기본법, 포괄적 AI 규제, 위험기반 규율, 중국 AI 법제, AI 거버넌스

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 강태우, “과학기술분야의 통합적 거버넌스에 대한 법정책적 검토: 「인공지능기본법」을 중심으로”, 「원광법학」 제41권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2025.
- 강혜경·이성엽, “한국형 AI 규제샌드박스의 법제 정비 방향에 대한 연구 - EU 인공지능법과의 비교법적 고찰을 중심으로 -”, 「법학논고」 제93집, 경북대학교 법학연구원, 2026.
- 김법연, “인공지능 통제수단으로서 주요국 규제 입법의 동향과 시사점”, 「유럽헌법연구」 제42호, 유럽헌법학회, 2023.
- 김종성·홍준호, “인공지능기본법상 안전 개념에 대한 법적 연구”, 「한국산업보안연구」 제16권 제1호, 한국산업보안연구학회, 2026.
- 라기원, “인공지능 기본법의 입법 연혁과 과제”, 「법제연구」 제69호, 한국법제연구원, 2025.
- 박상철, “AI기본법 하위규정안의 개선방안과 해석론 - 규제대상과 보호대상을 중심으로”, 「사법」 제74호, 사법발전재단, 2025.
- 박상철, “인공지능 기본법의 시행 전 개정 필요성 - 규제 조항의 체계·축조상 문제점을 중심으로 -”, 「정보법학」 제28권 제3호, 한국정보법학회, 2024.
- 박수영, “韓國의 人工知能基本法의 主要內容”, 「동북아법연구」 제19권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2025.
- 박종준, “인공지능기본법과 개별 법령 간 체계정합성에 관한 공법적 고찰”, 「외법논집」 제50권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2026.
- 박지현·이성엽, “인공지능기본법상 규제 샌드박스 제도화 연구 - EU 인공지능법의 규제 샌드박스와의 디지털 옴니버스를 중심으로”, 「법학논총」 제64집, 숭실대학교 법학연구소, 2026.
- 손영화, “EU AI Act의 입법배경과 도입철학에 대한 검토”, 「IP & Data 法」 제4권 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2024.
- 손현진, “일본의 AI 관련 법제 동향: 인공지능관련 기술의 연구개발 및 활용 추진에 관한 법(AI 신법) 성립”, 「법연」 Fall 2025 Vol. 88, 한국법제연구원, 2025.
- 이상용, “인공지능 규제의 두 가지 접근법 - 맥락 기반 규제와 능력 기반 규제”, 「사법」 제70호, 사법발전재단, 2024.
- 이상용, “고성능 인공지능의 능력위험 규율 - 자율규제의 현황과 시사점 -”, 「저스티스」 제211호, 한국법학원, 2025.
- 이상우, 「답시크」, 커뮤니케이션북스, 2025.
- 이상우, “중국 생성형 인공지능 규제에 관한 고찰”, 「과학기술과 법」 제14권 제1호, 충북대학교 법학연구소, 2023.
- 이상우, “중국의 딥페이크 규제와 데이터 안보”, 「홍익법학」 제24권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2023.
- 이상우, “중국의 인공지능·데이터 입법 동향과 시사점”, 「동북아법연구」 제19권 제1호, 전북대학교 동북아법연구소, 2025.
- 이유봉, “2025년 미국 연방·주의 AI 책임 입법지형과 시사점”, 「AI 법제동향」 제25-8호, 한국법제연구원, 2025.
- 이제희, “신뢰의 관점에서 본 인공지능 규제”, 「법학논총」 제32집 제2호, 조선대학교 법학연구소, 2025.
- 이효진, “인공지능기본법 추진체계에 대한 검토 및 발전방향 - EU, 영국, 일본의 거버넌스를

- 중심으로 -”, 「법학논총」 제42집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2025.
- 임지훈, “일본 인공지능법의 주요 내용 및 시사점”, 「AI 법제동향」 제25-4호, 한국법제연구원, 2025.
- 한승혜, “EU AI Act 유예 결정이 한국에 던지는 질문”, 「이슈페이퍼」 제25-11호, 디지털경제연구원, 2025.
- 한주희, “인공지능기본법의 리스크관리 방식에 대한 공법적 검토”, 「중앙법학」 제28집 제1호, 중앙법학회, 2026.
- 홍엔칭, “비안 등록에서 자율성까지: 중국 인공지능 규제의 심층적 논리”, 「제4회 한·중 데이터 인텔리전스 법제포럼 회의자료집」, 2026.

2. 국외문헌

- Department for Science, Innovation and Technology and Office for Artificial Intelligence, A Pro-Innovation Approach to AI Regulation, 2023.
- European Commission, Digital Omnibus on AI Regulation Proposal, 2025.
- European Commission, Proposal for the Cloud and AI Development Act (CADA), 2026.
- European Union, Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence, OJ L, 2024/1689, 12 July 2024.
- European Union, Regulation (EU) 2026/1744 of the European Parliament and of the Council of 8 July 2026 amending Regulations (EU) 2024/1689, (EU) 2018/1139 and (EU) 2023/1230 as regards the simplification of the implementation of harmonised rules on artificial intelligence (Digital Omnibus on AI), OJ L, 2026/1744, 24 July 2026.
- National Institute of Standards and Technology, Artificial Intelligence Risk Management Framework (AI RMF 1.0), NIST AI 100-1, 2023.
- The White House, Executive Order 14179, Removing Barriers to American Leadership in Artificial Intelligence, 23 January 2025.
- The White House, Winning the Race: America's AI Action Plan, 2025.
- The White House, Executive Order 14365, Ensuring a National Policy Framework for Artificial Intelligence, 11 December 2025.
- The White House, Executive Order 14409, Promoting Advanced Artificial Intelligence Innovation and Security, 2 June 2026.
- United Kingdom, The Data Protection Act 2018 (Code of Practice on Artificial Intelligence and Automated Decision-Making) Regulations 2026, SI 2026/425, made 16 April 2026, in force 12 May 2026.
- e-Gov法令檢索, 「人工知能關連技術の研究開發及び活用の推進に關する法律」(令和七年法律第五十三号), 2025.
- 國家互聯網信息辦公室, 「中國網絡法治發展報告(2025年)」, 2026.
- 國家互聯網信息辦公室等, 「互聯網信息服務算法推荐管理規定」, 2021.
- 國家互聯網信息辦公室等七部門, 「生成式人工智能服務管理暫行辦法」, 2023.
- 國家互聯網信息辦公室等四部門, 「人工智能生成合成內容標識辦法」, 2025.
- 國家互聯網信息辦公室·工業和信息化部·公安部, 「互聯網信息服務深度合成管理規定」, 2022.
- 國家互聯網信息辦公室·公安部, 「人臉識別技術應用安全管理辦法」, 2025.
- 國務院, 「網絡數據安全管理條例」, 國務院令790号, 2024.
- 國務院, 「政務數據共享條例」, 國務院令809号, 2025.
- 全國人民代表大會常務委員會, 「中華人民共和國網絡安全法」, 2025年修正.

全國人民代表大會常務委員會, 「中華人民共和國數據安全法」, 2021.

全國人民代表大會常務委員會, 「中華人民共和國個人信息保護法」, 2021.

全國人民代表大會常務委員會, 「全國人大常委會2026年度工作要點」, 2026.

3. 인터넷자료

대한민국 정책브리핑(2025. 9. 8.), “국가인공지능전략위원회 출범”, <<https://www.korea.kr/news/policyNewsView.do?newsId=148954353>>.

아주경제(2026. 6. 4.), “[특파원 칼럼] 메화와 두장엔”, <<https://www.ajunews.com/view/20260602170013767>>.

전자신문(2026. 1. 18.), “[ET시선] AI기본법, 스타트업 현장과 간극 좁혀야”, <<https://v.daum.net/v/7gtclTCEDN>>.

쿠키뉴스(2026. 4. 2.), “AI기본법 ‘고영향 AI’ 모호한 경계…스타트업 ‘규제 리스크 커졌다’”, <<https://www.kukinews.com/article/view/kuk202603220037>>.

ZDNet Korea(2026. 1. 6.), “AI기본법 시행 보름 앞으로…업계 ‘준비 부족’ 토로”, <<https://zdnet.co.kr/view/?no=20260106172808>>.

Huawei Technologies Co.(2026. 5. 25.), “HUAWEI Presents the Tau (τ) Scaling Law, Enabling Breakthroughs in Transistor Density and System Performance”, <<https://www.huawei.com/en/news/2026/5/ieee-iscas-tau-scaling>>.

Politico(2025. 7. 23.), “Trump derides copyright and state rules in AI Action Plan launch”, <<https://www.politico.com/news/2025/07/23/trump-ai-regulation-plan-00472443>>.

Reuters(2026. 5. 25.), “China’s Huawei reveals chip design breakthrough amid US sanctions”, <<https://www.reuters.com/world/asia-pacific/huawei-proposes-new-path-chip-development-amid-us-sanctions-2026-05-25/>>.

The Guardian(2025. 11. 19.), “European Commission accused of ‘massive rollback’ of digital protections”, <<https://www.theguardian.com/world/2025/nov/19/european-commission-accused-of-massive-rollback-of-digital-protections>>.

The White House(2026. 6. 2.), “Fact Sheet: President Donald J. Trump Promotes Advanced Artificial Intelligence Innovation and Security”, <<https://www.whitehouse.gov/fact-sheets/2026/06/fact-sheet-president-donald-j-trump-promotes-advanced-artificial-intelligence-innovation-and-security/>>.

內閣府科學技術・イノベーション推進事務局, “人工知能關連技術の研究開發及び活用の推進に關する法律”, <https://www8.cao.go.jp/cstp/ai/ai_act/ai_act.html>.

國家互聯網信息辦公室(2026. 4. 28.), “《中國網絡法治發展報告(2025年)》答記者問”, <https://www.cac.gov.cn/2026-04/28/c_1779117449523360.htm>.

貴陽市人大常委會(2021. 11. 16.), “貴陽市人大常委會開展‘小快灵’地方立法探索”, <https://www.gzrd.gov.cn/xwzx/rdjj/202111/t20211116_77647398.html>.

國家互聯網信息辦公室(2025. 3. 14.), “四部門聯合發布《人工智能生成合成內容標識辦法》”, <https://www.cac.gov.cn/2025-03/14/c_1743654685899683.htm>.

[Abstract]

**The Limits of Comprehensive AI Regulation and
the Reform of Korea's AI Framework Act
– Focusing on Legislative Developments in Major Jurisdictions –**

Lee, Sang-Woo*

The central challenge of artificial intelligence (AI) governance is not whether regulation should simply be strengthened or relaxed, but how its scope, instruments, and timing should be designed to promote technological innovation while effectively addressing concrete risks. Recent developments in major jurisdictions demonstrate that horizontal legislation, sector- and risk-specific rules, standards and guidance, and industrial support measures are combined in different ways according to each jurisdiction's technological capabilities, industrial structure, and institutional conditions.

China has developed technology- and service-specific rules on the basis of its cybersecurity, data security, and personal information protection laws, while simultaneously pursuing policies on data, computing infrastructure, and industrial development. This approach enables relatively rapid responses to emerging regulatory gaps, but also raises concerns about overlapping rules and broad administrative discretion. The United States combines existing federal and state laws, NIST standards, and national-security-oriented evaluations of frontier AI. The European Union retains the risk-based structure of the EU AI Act, while the AI Omnibus (Regulation (EU) 2026/1744) adjusts application dates, overlapping obligations, and implementation and support mechanisms. The United Kingdom combines sectoral regulation with frontier-model evaluation, whereas Japan relies on a framework statute focused on promotion and policy coordination, supplemented by existing laws and guidance.

For Korea, the appropriate course is neither to repeal the AI Framework Act nor to preserve its current obligations without refinement. While acknowledging the Act's dual structure, this article argues that its functional core should lie in national strategy, industrial capacity, promotion, and policy coordination. Direct obligations concerning trustworthiness and safety should be based on common minimum requirements and differentiated according to the nature of the relevant risks and the degree of control exercised by actors across the AI value chain. Articles 31 and 33 through 35 should be refined in light of deployment context, impacts on fundamental rights, and the controllability of the relevant actors,

* Invited Professor, Department of AI and Data Law, Inha University, Ph.D. in Law.

whereas Article 32 should focus on capability evaluation and reassessment, incident reporting, information sharing, and preparedness for high-performance AI. Under this functional allocation, the Framework Act should establish common principles and coordination mechanisms, sectoral legislation should govern concrete conduct and remedies, and subordinate legislation, standards, guidance, and co-regulatory arrangements should specify and periodically update technical requirements.

- **Key Words:** AI Framework Act, Comprehensive AI Regulation, Risk-Based Governance, Chinese AI Law, AI Governance

폐쇄적 선박공간에서 휴대전화 통제와 부작위 관여자의 정범성

— 대법원 2025. 11. 6. 선고 2025도6940 판결을 중심으로 —

안정빈*

논문요지

항소심은 폐쇄적 선박공간에서 선장이 신입 선원을 장기간 폭행·학대하여 사망에 이르게 한 사안에서, 선장의 지시에 따라 피해자의 휴대전화를 넘겨받아 계속 보관하고 생명이 위태로운 상태에 놓인 피해자를 구호하지 않은 조리장(이하 ‘B’라 한다)에게 부작위에 의한 살인방조죄를 인정하였고, 대법원은 그 판단을 수긍하여 상고를 기각하였다. 본고는 대상판결의 결론을 기본적으로 수긍하면서도, 휴대전화 통제와 구호 불이행이 통상적인 방조와 구별되는 객관적 기여를 갖는지, 그리고 그러한 기여가 어떠한 요건 아래 살인죄 공동정범의 정범적 기여로 평가될 수 있는지를 검토한다.

폐쇄적 선박공간에서 피해자의 외부 연락경로로 현실적으로 이용될 수 있었던 휴대전화를 계속 통제한 행위는, 선박 내 대체 통신수단의 존재와 피해자의 실제 이용가능성 등을 고려할 때 피해자의 구조가능성을 실질적으로 축소한 중대한 기여로 평가될 수 있다. 의무의 강약설의 관점에서 B는 순수한 방관자도, 피해자의 생명보호 전반에 관하여 포괄적 책임을 부담하는 제1차적 보증인도 아닌 ‘구조경로 통제형 중간관여자’로 설명할 수 있다. 그 지위는 휴대전화 반환·외부 신고·긴급구호라는 구체적 의무와 중대한 방조책임을 뒷받침하지만, 그 구체적 의무가 사망결과를 독자적으로 방지하여야 할 제1차적·독자적 결과방지의무로까지 강화되었다거나 그 불이행이 작위에 의한 살인과 동가치하였다고 볼 자료는 충분하지 않다.

공동정범을 인정하려면 살인의 고의뿐 아니라 자신의 역할을 전체 살인 실행구조의 일부로 받아들여 범죄를 공동으로 실현하려는 의사가 독립적으로 증명되어야 한다. 이 사건에서는 B의 객관적 기여와 살인방조의 고의는 인정될 수 있으나 공동가공의 의사는 충분히 증명되지 않았다. 따라서 대상판결의 결론은 타당하지만, 의무의 위계, 객관적 기여, 살인의 고의 및 공동가공의 의사를 단계적으로 구별하는 논증구조를 충분히 제시하지 못한 점에서는 한계가 있다. 본고는 그 심사를 사안유형의 확정, 의무의 위계, 객관적 기여, 주관적 요건의 네 단계로 정리하고, 각 단계에서 수사기관이 확인하여야 할 사항을 함께 제시한다. 또한 증거구조

* 경남대학교 법학과 부교수

가 허용하는 경우 공소제기 단계에서 주위적·예비적 공소사실을 구성함으로써 피고인의 방어권을 훼손하지 아니하고도 공동정범과 방조범에 관한 실체판단을 함께 받을 수 있음을 지적한다.

· 논문제출: 2026. 06. 25. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

I. 문제의 제기

선장이 신입 선원을 약 2개월 동안 지속적으로 폭행·학대하여 사망에 이르게 한 사건에서, 선장의 지시에 따라 피해자의 휴대전화를 취득하여 계속 보관하고, 피해자가 선장으로부터 폭행과 가혹행위를 당하고 있다는 사실을 알면서도 구조하지 않았으며, 사후에는 피해자의 사체유기에까지 관여한 조리장에게 살인방조죄가 인정되었다. 제1심은 조리장 B의 살인방조 혐의를 무죄로 판단하였으나, 항소심은 공소장변경 후 B의 일련의 행위를 부작위에 의한 살인방조로 평가하였고, 대법원은 원심의 판단을 수긍하여 상고를 기각하였다.¹⁾

대상판결은 부작위에 의한 살인방조죄의 성립범위를 비교적 적극적으로 인정한 사례라는 점에서 의미가 있다. 항소심은 소규모 어선이라는 폐쇄적 공간, 선원들 사이의 긴밀한 공동생활관계, 피해자의 극도로 쇠약한 상태, 피고인의 휴대전화 보관으로 피해자가 외부에 구조를 요청할 수 없게 되었다고 본 점, 조리장으로서 피해자에게 식사를 제공하지 않은 점, 의식이 거의 없는 피해자를 보고도 구호하지 않은 점 등을 종합하여 B에게 작위의무와 방조의 고의를 인정하였다.²⁾

그러나 본고에서는 대상판결의 결론 자체보다 그 결론에 이르는 논증구조에 부분적으로 의문을 제기한다. 문제는 B에게 살인방조죄가 인정될 수 있는가의 차원을 넘어선다. 이 사건에서 B의 행위는 단순히 A의 살인행위를 용이하게 한 주변적 조력에 그치는가, 아니면 A의 살인 실행과 기능적으로 결합하여 피해자의 생명침해 결과를 공동으로 실현한 것인가가 핵심이다.

이 문제는 일반 시민에게 보편적 구조의무를 부과할 것인지와는 구별된다. 대상사건의 핵심은 단순한 방관이 아니라, 피해자의 통신수단과 자기구조 경로를 현실적으로 통제한 관여자에게 어떠한 구체적 작위의무가 발생하고, 그 의무위반을 살인방조와 공동정범 중 어느 참가형태로 평가할 것인지에 있다. 따라서 본고는 일반 구조의무의 입법론을 되풀이하기보다, 구조경로 통제와 의무의 위계가 참가형태 판단에 미치는 효과에 초점을 맞춘다.

본고는 B의 행위가 통상적인 방조보다 훨씬 강한 객관적 기여를 가졌다는 점에 주목한다. 소규모 어선은 육상과 달리 피해자가 임의로 이탈하거나 독자적으로 외부

1) 대법원 2025. 11. 6. 선고 2025도6940 판결; 광주고등법원 2025. 4. 29. 선고 2024노599 판결; 광주지방법원 목포지원 2024. 12. 2. 선고 2024고합71 판결.

2) 광주고등법원 2025. 4. 29. 선고 2024노599 판결. 항소심은 변경된 공소사실을 토대로 B의 휴대전화 보관, 구호조치 불이행, 식사 미제공, 폐쇄적 선박공간의 공동생활관계 등을 종합하여 부작위에 의한 살인방조죄를 인정하였다.

에 구조요청을 하기 어려운 폐쇄적 생활공간이다. 이러한 환경에서 피해자 개인이 자유롭게 사용할 수 있는 휴대전화는 외부 세계와 연결되는 현실적인 구조수단이였다. 따라서 A의 지시에 따라 휴대전화를 넘겨받은 최초 행위와, 피해자가 장기간 폭행·학대되고 외부 연락을 시도하며 마침내 생명위험 상태에 이른 뒤에도 이를 반환하지 않은 계속적 부작위는 구별하여 평가해야 한다. 후자의 계속적 불반환은 피해자의 독자적 구조요청 가능성을 실질적으로 축소하고 고립상태를 유지한 행위이다. 다만 이러한 객관적 기여만으로 곧바로 살인죄 공동정범이 성립하는 것은 아니다.

B가 피해자의 사망 가능성을 인식·용인하고 A의 살인범행을 자기의 범행으로 공동 실현하려는 의사 아래 그 역할을 계속 수행하였는지가 별도로 증명되어야 한다. 본고는 이러한 주관적 요건이 인정되는 범위에서 살인죄 공동정범의 성립 가능성을 검토한다. 아울러 본고는 작위범의 실행에 부작위로 관여한 자의 참가형태를 정할 때에도 기여의 양적 크기만으로 판단할 것이 아니라 그에게 귀속된 의무의 내용과 강도를 함께 심사해야 한다는 의무의 강약설의 관점에서, 대상판결이 도달한 방조결론의 이론적 기초를 재구성한다.

기존의 부작위범 논의에서는 보증인지위, 작위의무, 동가치성, 정범과 공범의 구별이 핵심 쟁점으로 다루어져 왔다. 특히 부작위범에서는 단순히 행위지배의 유무만으로 정범성과 공범성을 구별하기 어렵고, 각 행위자의 사회적 역할과 의무의 내용·강약을 구체적으로 심사할 필요가 있다.³⁾ 여기에 고의범의 공동정범에서는 공동가공의 의사와 구성요건적 고의가 독립적으로 확인되어야 한다. 본고는 이러한 문제의식에 기초하여 대상판결을 분석하고, B의 행위를 살인방조로 평가한 결론이 최소한의 책임귀속으로서는 수긍될 수 있으나, 일정한 사실이 추가로 인정될 경우 순차적·암묵적 공동정범으로 구성할 여지가 있었음을 제시하고자 한다.

이러한 문제설정은 해양사고에서 선장과 선원의 보증인의무 관계를 고정된 직급만으로 파악하지 않고, 구체적 사태지배와 구조기능의 현실화에 따라 평가하려는 논의와 연결된다. 이창섭 교수는 원칙적으로 선장의 보증인의무가 상위에 있지만, 선장이 구조기능을 포기한 비상상황에서는 1·2등 항해사와 같은 간부 선원의 의무 순위가 변동하여 그 의무가 현실화될 가능성을 검토한다.⁴⁾ 김태명 교수는 세월호 판결을 분석하면서 부작위범의 공동정범을 작위범의 공동정범과 동일한 요건으로 구성할 필요는 없다고 보고, 공동의 작위의무위반과 타인의 작위의무위반에 대한 인식·용인만으로 주관적 요건이 충족된다고 한다. 다만 위와 같은 완화는 부작위범에 부작위의 형태로 가담하는 유형에 관한 것이고, 작위범에 부작위의 형태로 가담하는 유형에서는 가담자가 공동정범의 죄책을 지는지 중범의 죄책을 지는지가 공동정범의 성립요건을 갖추었는지에 따라 결정된다.⁵⁾ 이 사건은 A의 작위에 의한 살인에 B가 부작위

3) 안정빈, “의무범에서의 정범과 공범을 구별 짓는 기제로서의 ‘의무의 강약설’ 및 사회적·규범적 판단에 대한 연구 - 부작위 경합 상황에서의 의무의 충돌 및 의무부과의 개념을 중심으로 -”, 「중앙법학」, 제24집 제4호(2022), 126-129면.

4) 이창섭, “해양사고와 선원의 형사책임에 관한 몇 가지 검토”, 「비교형사법연구」, 제18권 제1호(2016), 143-148면. 위 논문은 보증인의무의 상호관계를 동순위와 상하관계로 구별하고, 선장의 구조기능이 정상적으로 작동하지 않는 비상상황에서 1·2등 항해사와 같은 간부 선원의 의무가 현실화될 가능성을 검토한다.

5) 김태명, “부작위에 의한 살인죄의 공동정범의 성립요건”, 「형사판례연구」, 제24권(2016), 77-79면, 89-91면. 위 논문은 부작위범의 공동정범에 관하여 객관적으로는 수인이 결과발생을 방지할 공동의 작위의무를 지고 있거나 수인이 공동으로 그 작위의무를 이행하지 아니

로 관여한 구조로서 뒤의 유형에 해당하므로, 본고는 살인죄 공동정범을 인정하려면 살인의 고의에 더하여 자신의 역할을 전체 살인 실행구조의 일부로 받아들이는 공동가공의 의사가 독립적으로 증명되어야 한다는 전제에서 검토한다.

세월호 전원합의체 판결에 관한 연혁적 분석도 법정 직무와 현실적 구조가능성을 구별할 필요성을 보여준다.⁶⁾ 선장의 포괄적 지휘권과 승객 구조의무는 조리장의 제한된 직무상 지위와 동일하지 않다. 따라서 폐쇄적 선박이라는 공간적 공통성만으로 B에게 선장과 같은 1차적 생명보호의무를 인정할 수 없으며, B의 책임은 휴대전화와 구조수단에 대한 구체적 통제 및 위험인식의 시점에서 단계적으로 강화되었는지를 중심으로 판단해야 한다.

본고는 대상판결의 살인방조 결론을 기본적으로 수긍하면서도, B의 휴대전화 계속 보관과 구조 불이행이 통상적인 주변적 방조와 구별되는 객관적 기여를 갖는지, 그리고 그러한 기여가 어떠한 요건 아래 살인죄 공동정범의 정범적 기여로 평가될 수 있는지를 검토하고자 한다.

본고의 분석틀은 네 단계로 이루어진다. 첫째, 부작위 관여의 사안유형을 확정하여 적용할 기준 체계를 정한다. 둘째, 의무의 위계와 범위를 확정한다. 셋째, 객관적 기여를 심사한다. 넷째, 주관적 요건으로서 살인의 고의와 공동가공의 의사를 구별하여 심사한다. 의무의 강약설은 둘째 단계인 의무의 위계를 규정하는 이론적 도구이고, ‘구조경로 통제형 중간관여자’는 그 단계에서 확인되는 B의 분석적 지위이며, ‘정범성에 근접한 중대한 방조’는 위 네 단계를 모두 거친 뒤의 최종 평가를 가리키는 표현이다.

이러한 순서에 따라 먼저 부작위에 의한 살인방조의 성립근거와 결과관련성을 분석하고, 이어 객관적 정범성, 살인의 고의 및 공동가공의 의사를 서로 구별하여 심사한다. 본고의 비판은 네 갈래이다. 첫째, 항소심이 B의 기여를 주로 심리적 방조로 구성한 것은 이 사건의 실질에 맞지 않는다. 둘째, 대상판결은 부작위 관여자의 객관적 정범성을 어떠한 순서로 심사할 것인지 제시하지 않았다. 셋째, 이 사건에서 살인죄의 정범책임으로 나아가지 못하는 이유는 B의 기여가 경미해서가 아니라, 독립된 부작위정범을 뒷받침할 제1차적·독자적 결과방지의무와 작위동가치성이 충분히 확인되지 않았고 A와의 공동정범을 뒷받침할 공동가공의 의사도 증명되지 않았기 때문이다. 넷째, 공동정범 구성의 가능성은 공소제기와 공소유지의 단계에서 적극적으로 검토되었어야 한다. 이러한 접근은 대상판결의 결론을 무리하게 변경하려는 것이 아니라, 결론의 타당성과 논증구조의 한계를 분리하여 평가하고 방조와 공동정범의 경계에 관한 해석론적 기준을 제시하려는 것이다.

하면 족하고, 주관적으로는 타인의 작위의무위반을 인식하면서도 이를 제지하지 아니하고 용인하는 의사가 있으면 족하다고 본다. 다만 같은 논문 77-79면은 부작위범의 공범을 작위범에 부작위로 가담하는 경우, 부작위범에 작위로 가담하는 경우, 부작위범에 부작위로 가담하는 경우로 나누고, 앞의 유형에서는 가담자가 공동정범의 죄책을 지는지 중범의 죄책을 지는지가 공동정범의 성립요건을 갖추었는지에 따라 결정된다고 한다. 위 완화된 요건은 뒤의 유형에 관한 것이며, 같은 논문 91면은 그 기준에 따라 세월호 사건의 1등·2등 항해사에게 부작위 살인죄 공동정범을 인정하여야 한다고 본다.

- 6) 조인현, “부진정부작위범에 있어서 위험발생 요건의 연혁적 해석 - ‘세월호’ 선장 및 승무원의 구조의무 불이행 사건 판례 평석 -”, 『형사정책』, 제28권 제3호(2016), 385-394면. 위 논문은 법정 직무, 위험발생, 작위가능성 및 동가치성을 구별하여 세월호 전원합의체 판결을 분석한다.

II. 대상판결의 사실관계와 소송의 경과

1. 사건의 기본 구조

피고인 A는 20톤 규모의 근해자망어선(이하 ‘이 사건 어선’이라 한다)의 선장이고, 피고인 B는 이 사건 어선의 조리장이었다. 피해자는 이 사건 어선에 승선한 신입 선원이었다. A는 피해자가 작업에 미숙하고 다른 선원들과 잘 어울리지 못한다는 이유로 2024년 3월 초순경부터 피해자를 지속적으로 폭행하기 시작하였다. 폭행은 손과 발에 의한 폭행에 그치지 않았고, 드라이버, 쇠스랑, 모듬이(바닥 청소용 나무막대술), 플라스틱 삽, 밧줄, 고무채질 채찍 등 다양한 도구를 사용한 가혹행위로 발전하였다.

피해자는 폭행으로 전신에 멍이 들고, 머리에서 피가 나며, 채찍 자국과 피딱지가 생기는 등 신체적 손상을 입었다. A는 이에 그치지 않고 피해자를 선원침실에서 쫓아내 선미갑판 또는 어구 적재 장소에서 자게 하였으며, 비와 바람, 추위에 노출된 상태에서 생활하게 하였다. 또한 피해자는 일정 기간 식사를 제대로 제공받지 못하였고, 점차 극도로 쇠약해졌다.

2024년 4월 30일 아침, A는 이미 심신이 극도로 쇠약하여 홀로 서 있기도 어려운 피해자에게 소금포대를 들게 하였고, 피해자가 이를 제대로 들지 못하자 해수를 쓰고, 쇠스랑 등으로 폭행하고, 복부를 가격하였다. 피해자는 신속한 의료조치가 없으면 생명에 위험이 발생할 수 있는 상태에 빠졌다. 그럼에도 피해자는 적절한 구호조치를 받지 못하였고, 다른 선원들에 의해 물을 맞고 나체 상태로 조타실로 옮겨진 뒤 사망하였다.⁷⁾

2. 제1심의 판단

제1심은 A에게 살인죄와 사체유기죄를 인정하여 징역 28년을 선고하였다. 반면 B에 대해서는 사체유기죄와 폭행죄를 인정하여 징역 3년을 선고하였으나, 살인방조의 점에 대해서는 무죄를 선고하였다. A에 대한 항소심에서는 피고인 A와 검사의 항소가 모두 기각되었고, 이후 A가 상고를 취하여 제1심의 징역 28년형이 확정되었으므로, 대상판결의 심판대상은 B의 죄책에 한정되었다.

제1심의 살인방조 무죄 판단은 크게 세 가지 논리에 기초한다. 첫째, B가 2024년 3월 중순경 A의 지시에 따라 피해자의 휴대전화를 받아 보관한 사실은 인정되지만, 그 행위 자체가 약 한 달 반 뒤인 2024년 4월 30일 A의 살인을 용이하게 한 행위라고 보기 어렵다고 보았다. 둘째, 선원인 B가 선장인 A의 지시에 따라 휴대전화를 보관하게 되었고 피해자가 B에게 반환을 요청한 정황도 확인되지 않는 이상, B가 이를 돌려주지 않은 부작위가 살인방조의 실행행위에 해당하거나 A의 살인범행 실현에

7) 이 항의 사실관계는 광주지방법원 목포지원 2024. 12. 2. 선고 2024고합71 판결의 범죄사실을 요약한 것이다.

현실적으로 기여하였다고 평가하기 어렵다고 보았다. 셋째, 공소사실 자체만으로는 B가 어느 시점에 A의 살인범행을 인식하고 이를 용이하게 한다는 인식을 가지게 되었는지 특정하기 어렵다고 보았다.⁸⁾

제1심은 결국 휴대전화 보관행위를 시간적으로 분리된 단일 행위로 보았고, 그 행위와 A의 살인범행 사이의 기능적 관련성을 엄격하게 제한하였다. 이는 방조행위의 인과적·기여적 측면을 비교적 좁게 본 판단이라고 할 수 있다.

방조범의 고의는 정범의 범행에 관한 인식과 자신의 행위가 그 범행을 용이하게 한다는 인식을 함께 요구한다.⁹⁾ 따라서 제1심이 B가 어느 시점에 A의 살인범행과 자신의 기여를 인식하였는지를 문제 삼은 것은 타당한 문제제기이다. 2024년 3월 중순경의 최초 보관 당시부터 B에게 살인의 고의가 있었다고 단정하기는 어렵다. 다만 2024년 4월 26일경 피해자의 외부 연락 시도가 폭행으로 제압된 사실과 4월 30일 피해자의 생명위험 상태를 직접 확인한 사실¹⁰⁾을 종합하면, 적어도 최종 실행단계에서 B가 휴대전화의 계속적 불반환과 구호 불이행이 피해자의 사망위험을 지속시키는 요소임을 인식하였는지 면밀히 심리할 필요가 있다. 공동정범을 문제 삼는 경우에는 이에 더하여 B가 그 결과를 용인하고 A와 함께 살인범행을 실현한다는 공동가공의 의사를 가졌는지가 엄격하게 증명되어야 한다.

선박 내 보증인의무의 순위는 고정된 직급만으로 결정되는 것이 아니라, 선장이 구조기능을 포기하는 비정상적 상황에서 하위 선원의 의무가 현실화되는지에 따라 달라질 수 있다. 다만 부진정부작위범의 정범성을 의무침해와 기능적 범행지배라는 병렬적 표지만으로 설명하는 데에는 이론적 비판이 있다.¹¹⁾ 이 관점에서 보면 최초 보관시점과 최종 실행단계 사이에서 B의 의무와 인식 내용은 질적으로 달라질 수 있다. 처음에는 선장의 지시에 따른 수동적 보관으로 보이더라도, 피해자의 외부 연락 시도가 폭행으로 제압된 사실과 생명위험 상태를 인식한 뒤에는 휴대전화 반환·외부 신고·긴급구호라는 독자적 의무가 구체화될 수 있다. 그러나 이러한 의무의 현실화는 방조의 고의와 객관적 기여를 뒷받침할 수 있을 뿐, B가 A의 살인을 자기의 범행으로 공동 실현하려는 의사까지 곧바로 추인하게 하지는 않는다.

3. 항소심의 판단

항소심에서 검사는 B의 살인방조 부분에 관한 공소사실을 교환적으로 변경하였다.

8) 광주지방법원 목포지원 2024. 12. 2. 선고 2024고합71 판결. 앞 문단의 주문과 이 문단의 B에 대한 살인방조 무죄 이유를 함께 참조하였다.

9) 김정환, “정범행위에 대한 방조자의 고의”, 「형사법연구」, 제19권 제2호(2007), 145-146면. 방조범에게는 방조행위 자체에 대한 고의와 정범이 실현하는 범죄의 본질적 요소에 대한 인식이라는 이중의 고의가 요구된다고 설명한다.

10) 광주고등법원 2025. 4. 29. 선고 2024노599 판결; 광주지방법원 목포지원 2024. 12. 2. 선고 2024고합71 판결. 피해자의 외부 연락 시도와 그에 대한 폭행, 2024년 4월 30일 피해자의 위급상태에 관한 사실을 참조하였다.

11) 이창섭, “해양사고와 선원의 형사책임에 관한 몇 가지 검토”, 「비교형사법연구」, 제18권 제1호(2016), 145-148면; 김성룡, “의무범과 정범표지, 부작위범의 공동정범 표지로서 기능적 범행지배?”, 「형사법의 신동향」, 통권 제52호(2016), 248-252면. 전자는 선장의 기능포기와 비상상황의 전개에 따라 1·2등 항해사와 같은 간부 선원의 보증인의무가 현실화될 수 있음을 검토하고, 후자는 의무침해와 기능적 범행지배를 병렬적 정범표지로 제시하는 접근을 비판한다.

변경된 공소사실은 단순히 휴대전화 보관행위만을 문제 삼은 것이 아니라, 피해자의 휴대전화 보관, 피해자의 극심한 쇠약상태에 대한 인식, 피해자에 대한 구호조치 불이행, 외부 신고 불이행, 식사 미제공, A의 가혹행위 방관 등을 포괄하는 구조로 재구성되었다.

항소심은 B에게 피해자의 생명·신체를 보호할 작위의무가 있다고 보았다. 그 근거로는 소규모 선박이라는 폐쇄적 공간, 선원들 사이의 긴밀한 공동생활관계, 피해자가 스스로 보호능력을 상실한 상태였다는 점, B가 피해자의 휴대전화를 보관하여 피해자가 외부에 구조요청을 할 수 없게 한 점, B가 조리장으로서 식사 제공에 관여할 지위에 있었다는 점 등이 제시되었다.

항소심은 B가 2024년 4월 30일 08:27경 식당 앞에 의식이 거의 없는 상태로 쓰러져 있는 피해자를 목격하였음에도 119 등에 신고하거나 피해자를 구호하기 위한 조치를 취하지 않았다고 판단하였다. 또한 이러한 구호조치 불이행 및 방치행위는 작위에 의한 살인방조의 실행행위와 동일하게 평가할 수 있다고 보았다. 한편 B는 08:27 시점에는 A의 폭행·가혹행위가 이미 종료되었으므로 그 이후의 방치를 방조로 평가할 수 없다고 다투었으나, 항소심은 정범의 실행행위가 종료된 뒤에도 결과가 발생하기 전까지 법익침해를 강화·증대시키는 행위는 방조에 포함될 수 있다고 보아 이를 배척하였다. 살인죄는 즉시범이어서 기수와 종료가 일치하므로, 계속범을 전제로 기수 후 종료 전의 방조를 인정한 법리를 이 사건에 그대로 원용할 수는 없고, 이 사건에서 문제되는 것은 실행행위 종료 후 결과발생 전 단계의 방조이다.¹²⁾

나아가 항소심은 B가 피해자의 휴대전화를 계속 보관한 행위가 A의 범행의지를 강화하거나 A에게 심리적 안정감을 주었다고 판단하였다. 피해자가 외부에 피해 사실을 알릴 수 없고, 피해자의 휴대전화로 연락이 오더라도 피해자와 통화할 수 없다는 점을 A가 악용할 수 있었다는 것이다. 그 결과 항소심은 B에게 살인방조죄를 인정하고 징역 4년을 선고하였다.¹³⁾

4. 대법원의 판단

대법원은 원심의 유죄 판단을 유지하고 B의 상고를 기각하였다. 원심의 사실인정이 자유심증주의의 한계를 벗어나지 않았고, 부작위에 의한 살인방조죄의 적용에도 법리오해나 판단누락이 없다는 이유였다.¹⁴⁾

대법원의 판단은 비교적 간략하다. 대법원은 원심의 판단에 부작위에 의한 살인방조죄의 성립에 관한 법리오해나 판단누락이 없다고 보아 상고를 기각하였을 뿐, 항

12) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결; 대법원 1982. 4. 27. 선고 82도122 판결. 전자는 공중송신권침해죄가 계속범임을 전제로 정범의 범죄행위가 종료되기 전에 법익침해를 강화·증대시키는 행위도 방조가 될 수 있음을 실시한 것이므로, 즉시범인 살인죄에 그대로 원용될 수는 없다. 후자는 정범의 범죄가 종료된 뒤의 이른바 사후방조는 중범이 될 수 없다고 한 것인데, 살인죄에서 범죄의 종료시점은 사망이라는 결과의 발생 시점이므로 실행행위 종료 후 결과발생 전 단계의 관여는 위 판결이 배제하는 사후방조에 해당하지 아니한다.

13) 광주고등법원 2025. 4. 29. 선고 2024노599 판결. 이 절의 교환적 공소장변경, 작위의무의 근거, 08:27경 구호 불이행, 휴대전화 보관의 심리적 방조 평가 및 선고 결과를 함께 참조하였다.

14) 대법원 2025. 11. 6. 선고 2025도6940 판결.

소심이 제시한 작위의무의 발생근거, 휴대전화 통제의 의미 또는 폐쇄적 공동생활관계에 관한 법리를 독자적으로 실시하지는 않았다. 따라서 대법원 판결을 항소심의 모든 논거에 대한 명시적 승인으로 이해해서는 안 된다. 다만 항소심에서 검사가 B에 대한 공소사실을 부작위에 의한 살인방조로 교환적으로 변경한 이상, 공소사실의 동일성과 방어권 행사에 미칠 실질적 불이익을 고려하면 법원이 공소가 제기되지 않은 살인죄 공동정범을 공소장변경 없이 직권으로 인정하기는 어려웠다. 따라서 대법원이 공동정범 여부를 별도로 판단하지 않은 것 자체를 법리오해라고 평가할 수는 없다. 본고의 비판적 검토 대상은 법원의 심판범위가 아니라, 수사와 공소제기의 단계에서 B의 객관적 기여와 주관적 요건을 토대로 공동정범 구성 가능성이 충분히 검토되었는지, 그리고 향후 유사 사건에서 방조와 공동정범의 경계를 어떠한 기준으로 설정할 것인지에 있다.

Ⅲ. 부작위에 의한 살인방조의 성립과 객관적 기여

1. 부작위 방조의 인정 가능성

판례가 말하는 방조는 정범의 범행 수행을 현실적으로 쉽게 만드는 기여 전반을 가리키며, 물질적 지원뿐 아니라 범행결의를 강화하는 심리적 지원도 포함한다. 또한 방조행위는 작위에 의해서뿐만 아니라 부작위에 의해서도 가능하다.¹⁵⁾

부작위에 의한 방조가 문제되는 사안은 한 가지가 아니다. 작위범에 부작위의 형태로 가담하는 경우, 부작위범에 작위의 형태로 가담하는 경우, 부작위범에 부작위의 형태로 가담하는 경우를 구별할 수 있는데, 판례가 부작위 방조를 인정해 온 전형적인 유형은 앞의 것이다. 판례는 은행지점장이 부하직원의 위법한 대출 등 배임행위를 알면서도 은행의 손해를 보전할 조치를 취하지 아니한 사건, 법원의 경매 입찰사무 담당 공무원이 동료 직원의 입찰보증금 횡령을 방치한 사건 등에서, 직무상 의무 있는 자가 정범의 범죄행위를 인식하면서도 이를 방지하여야 할 조치를 취하지 아니한 부작위로 정범의 실행행위를 용이하게 한 경우에도 방조가 성립한다고 하였다.¹⁶⁾ 이 사건에서 A는 직접 폭행·가혹행위로 피해자를 사망에 이르게 한 작위정범이고 B는 그 실행에 부작위로 참여한 자이므로, 이 사건은 위 첫 번째 유형에 속한다. 뒤에서 보듯 이 유형의 확정판결은 정범과 공범의 구별기준을 정하는 출발점이 된다.

그러나 부작위 방조를 인정하기 위해서는 단순히 현장에 있었거나 구조하지 않았다는 사정만으로는 부족하다. 부작위를 적극적 실행행위와 같은 범죄수행으로 평가

15) 대법원 1995. 9. 29. 선고 95도456 판결; 대법원 1982. 9. 14. 선고 80도2566 판결; 대법원 1997. 1. 24. 선고 96도2427 판결; 부작위에 의한 방조에 관하여 대법원 1985. 11. 26. 선고 85도1906 판결. 형법 제32조 제1항 참조.

16) 대법원 1984. 11. 27. 선고 84도1906 판결; 대법원 1996. 9. 6. 선고 95도2551 판결; 대법원 1997. 3. 14. 선고 96도1639 판결. 부작위범의 공범을 세 유형으로 나누는 분류에 관하여는 김태명, “부작위에 의한 살인죄의 공동정범의 성립요건”, 「형사판례연구」, 제24권(2016), 77-79면 참조. 위 논문은 작위범에 부작위의 형태로 가담하는 유형에서는 가담자가 공동정범의 죄책을 지는지 중범의 죄책을 지는지가 공동정범의 성립요건을 갖추었는지에 따라 결정된다고 한다.

하려면, 행위자에게 결과방지의 법적 의무가 존재하고 그 불이행이 작위에 의한 법익침해에 상응하는 정도에 이르러야 한다. 그 작위의무의 내용을 확정할 때에는 보호의무와 안전의무라는 분류를 기계적으로 적용하기보다, 구체적 생활관계에서 어떠한 보호·감독 기능이 행위자에게 귀속되었는지를 검토하여야 한다.¹⁷⁾

대상관결의 항소심은 이러한 요건을 비교적 적극적으로 인정하였다. 항소심은 B가 단순한 방관자가 아니라, 피해자의 휴대전화를 계속 보관하고, 조리장으로서 식사 제공에 관여하며, 쓰러진 피해자를 보고도 구호하지 않은 자라고 보았다. 특히 항소심은 작위의무의 근거를 이원적으로 구성하였다. 한편으로는 소규모 선박에서 선원들이 외부와 단절된 채 비교적 장기간 숙식과 조업을 함께한다는 긴밀한 공동생활관계가 선내 괴롭힘이 발생한 경우 선원 상호간에 생명·신체에 관한 보호의무를 지우는 근거가 될 수 있다고 보았고, 다른 한편으로는 B가 피해자의 휴대전화를 빼앗아 보관함으로써 피해 사실을 알릴 수 없게 만든 상황을 초래한 당사자이므로 그 보호의무에서 더더욱 자유로울 수 없다고 보았다. 항소심이 제시한 구체적 작위의 내용은 피해자에게 옷을 입히고 난방기구 등으로 몸을 녹여 주며 식사를 제공하는 등의 구호조치였다.¹⁸⁾ 이러한 판단은 부작위 방조의 성립범위를 구체적 생활관계와 선행행위를 토대로 인정하였다는 점에서 의의가 있다. 다만 앞의 근거는 위험공동체에 준하는 수평적 보호의무를 인정한 것이고, 뒤의 근거는 항소심의 사실인정을 전제로 하면 구조수단을 제거한 선행행위에 의한 보증인지위로 이해할 수 있다. 반대로 제1심의 서술처럼 최초 취득이 중립적 수취였다면, B의 개별 의무는 위험 인식 이후의 계속적 통제와 사실상 보호영역의 인수에서 구체화되어야 한다. 어느 경우에도 공동생활관계라는 표지만으로는 다른 선원들과 B의 의무를 구별할 수 없으므로, B의 책임을 개별화하는 핵심은 휴대전화·급식·긴급구호라는 구체적 보호영역에 대한 현실적 통제와 작위가능성이다. 또한 항소심이 요구한 작위는 사망에 이르는 인과과정 전반에 대한 포괄적 보호가 아니라 B가 통제하거나 관여한 구체적 보호영역에 대응하는 조치로 이해하여야 한다.

이 점에서 이 사건은 이른바 순수한 방관자 사안과 구별된다. 우리 형법은 타인의 임박한 위험을 목격하고도 구조하지 않은 일반 시민을 포괄적으로 처벌하는 구조불이행죄를 두고 있지 않다.¹⁹⁾ 그러므로 단순한 목격·동석·방관만으로 부작위 방조를 인정할 수는 없다. 그러나 행위자가 피해자의 구조가능성을 스스로 축소하거나, 피해자를 자신의 통제영역 또는 영향권 안에 두어 외부 구조요청 가능성을 제한한 경우에는 작위의무의 근거와 강도가 달라진다. 이때 작위의무는 추상적 사회연대의

17) 안정빈, “작위와 부작위 구분의 애매성과 부작위 내 분류기준에 대한 검토 - 보증인 의무에 있어서의 보호의무와 안전의무 구별을 중심으로 -”, 『홍익법학』, 제24권 제1호(2023), 483-489면. 위 논문은 보호의무와 안전의무의 구별이 구체적 사안에서 불명확하거나 불필요할 수 있음을 지적하고, 실제로 귀속되는 작위의무의 내용과 관계를 구체적으로 검토할 필요성을 강조한다. 형법 제18조 참조.

18) 광주고등법원 2025. 4. 29. 선고 2024노599 판결. 항소심은 소규모 선박의 긴밀한 공동생활관계와 B의 휴대전화 취득·보관을 각각 작위의무의 근거로 들고, 의복·난방·급식 및 긴급구호 등 구체적 조치를 요구하였다.

19) 일반적 구조불이행죄를 두지 아니한 우리 형법에서 조리상 작위의무가 담당하는 기능과 그 한계에 관하여는 안정빈, “조리상 작위의무와 나쁜 사마리아인법의 경계 - 형법상 유기죄 보호의무 조항 및 최근 과실부작위범 판례(대법원 2023. 7. 27. 선고 2023도6735 판결) 검토를 중심으로 -”, 『한국경찰학회보』, 제28권 제3호(2026), 210-212면, 229-235면 참조.

무가 아니라, 선행행위로 형성하거나 유지한 위험상태, 보호영역의 실질적 인수, 결과방지 가능성에서 도출되어야 한다. 대상판결에서 B의 휴대전화 계속 보관과 구호 불이행은 바로 이러한 관점에서 평가될 필요가 있다.

2. 심리적 방조를 넘어서는 결과관련성: 구조경로 통제 기능의 평가

그럼에도 문제는 B의 행위가 방조범에 그치는가이다. 항소심은 B가 휴대전화를 보관하여 피해자가 피해 사실을 알릴 수 없게 만들으로써 A의 살인범행에 관하여 그의지를 강화시켰거나 심리적인 안정감을 주었다고 하여, B의 기여를 주로 심리적 방조로 구성하였다. 그러나 아래에서 보듯 이 사건에서 B의 기여의 핵심은 정범의 심리에 미친 영향이 아니라 피해자의 구조요청 가능성을 객관적으로 축소한 데 있다. 방조범은 정범의 실행을 용이하게 하는 종속적 참가형태이지만, 그 기여가 언제나 경미하거나 주변적인 것은 아니다. 방조와 공동정범의 구별은 기여의 양만이 아니라 법적 의무의 위계와 범위, 범죄실현에서의 기능 및 공동가공의 의사를 함께 보아야 한다. 따라서 이 사건의 질문은 B의 기여가 단순히 크다는 데 있지 않고, 그 기여가 어떠한 의무구조와 주관적 결합 아래 정범적 역할로 전환될 수 있는지에 있다.

그런데 이 사건에서 B의 행위는 단순한 주변적 조력이라고만 보기 어렵다. 항소심의 인정에 따르면 B는 A의 지시에 따라 피해자로부터 휴대전화를 빼앗아 보관하였고, 피해자가 장기간 폭행·학대를 당하고 외부 연락을 시도하는 상황에서도 이를 반환하지 않았다. 피해자는 욕상에서 자유롭게 이동할 수 있는 사람이 아니라 소규모 어선 안에서 선장과 선원들의 생활지배 아래 놓여 있었다. 이러한 상황에서 휴대전화의 계속적 불반환은 피해자 개인의 독자적인 외부 연락과 구조요청 가능성을 현저히 제한하는 기능을 하였다.

더구나 B는 조리장으로서 피해자의 급식에 관여할 수 있는 위치에 있었고, 피해자가 극도로 쇠약해진 상태임을 인식하였다. 판결이 인정한 범위에서 식사가 제대로 제공되지 않았다는 사정과, B가 거의 의식을 잃고 쓰러진 피해자를 보고도 구조하지 않았으며 사후 사체유기에 관여한 사실도 인정되었다.²⁰⁾ 이러한 사실은 B의 기여가 단순한 주변적 조력에 머물렀는지를 판단하는 자료가 된다. 다만 급식 미제공을 살인결과에 대한 독립적인 인과적 기여로 평가하기 위한 요건은 뒤에서 따로 보고, 위 급상상태에서의 구호 불이행과 사후 사체유기 관여도 각각 실행단계의 부작위와 사후은폐행위로 구분하여 평가하여야 한다.

이러한 일련의 행위는 피해자의 외부 구조가능성과 생명유지 능력을 실질적으로 약화시키고, A가 조성한 사망위험이 지속되도록 한 기능을 수행하였다. 따라서 객관적 기여의 강도만 놓고 보면 통상적인 주변적 방조를 넘어 정범적 역할에 접근한 것으로 평가할 여지가 있다. 다만 여기서 말하는 ‘정범성에 근접한 중대한 방조’는 공동정범과 방조범 사이에 새로운 제3의 참가형태를 설정하려는 개념이 아니다. 이는 방조범 내부에서도 객관적 기여의 정도가 현저히 다를 수 있으며, 그 기여가 정범적 수준에 접근하더라도 B의 구체적 의무가 사망결과 방지에 관한 제1차적·독자적 의

20) 광주고등법원 2025. 4. 29. 선고 2024노599 판결; 광주지방법원 목포지원 2024. 12. 2. 선고 2024고합71 판결. 항소심의 휴대전화 보관에 대한 심리적 방조 평가, B의 휴대전화·급식 관여와 구호 불이행, 사후 사체유기 관여에 관한 사실을 참조하였다.

무로 강화되었다거나 그 불이행이 작위에 의한 살인과 동가치하였다고 볼 수 없고 A와의 공동가공의 의사도 증명되지 않으면 법적 평가는 방조에 머문다는 점을 표현하기 위한 분석적 개념이다.

방조범의 결과와 인과관계라는 관점에서 대상판결의 평가는 재검토될 필요가 있다. 방조행위를 정범의 실행행위를 단순히 ‘용이하게 하거나 촉진한 행위’로만 파악하면, 정범의 구성요건적 결과와 방조행위 사이의 관련성을 별도로 심사하지 않은 채 방조범의 성립범위를 지나치게 넓힐 위험이 있다. 따라서 방조행위가 인정되는 것과 별도로, 그 행위가 정범에 의하여 실현된 법익침해 결과의 발생 가능성을 증대시키거나 결과발생의 구체적 양상에 실질적으로 기여하였는지를 검토해야 한다.²¹⁾ 이 사건에서 휴대전화 계속 보관은 피해자의 구조가능성을 직접 약화시켰고, 식사 미제공은 그 구체적 기간·정도와 B의 결정권한 및 사망원인에 관한 증거가 확인되는 범위에서 생명유지 능력을 약화시켜 사망위험을 증대시킨 기여로 평가될 수 있다. 이러한 결과관련성은 B의 기여를 정범성에 근접한 중대한 방조로 평가할 근거가 된다.

특히 항소심이 휴대전화 보관으로 A가 외부 발각의 염려 없이 범행을 계속할 수 있었다는 취지에서 심리적 안정 또는 범행결의 강화의 의미를 인정한 부분은 정신적 방조의 인과적 기여를 보다 엄격하게 검토할 필요가 있다. 정신적 방조는 단순한 동석·묵인이나 추상적인 안정감만으로는 부족하고, 방조자의 행위가 정범의 의사에 실제로 영향을 미쳐 범행결의를 강화·유지하거나 구체적 범행수행을 용이하게 하였다는 점이 증명되어야 한다. 또한 부작위를 수단으로 한 방조는 물리적 수단을 사용하지 않았다는 의미에서는 무형적 방조일 수 있으나, 언제나 정범의 심리에 작용하는 정신적 방조인 것은 아니다.²²⁾ 이 사건에서 휴대전화 계속 보관의 핵심은 A의 심리상태에 대한 추상적 영향보다 피해자의 독자적 신고·구조요청 가능성을 객관적으로 축소한 데 있다. 따라서 그 기여는 우선 물리적·객관적 구조가능성 축소와 결과위험 증대의 관점에서 평가하고, 정신적 방조는 A의 범행결의에 미친 실제 영향이 증명되는 범위에서 보충적으로 인정하여야 한다.

3. 부작위 관여의 사안유형과 정범·공범의 구별기준

부작위는 적극적 행위처럼 인과과정을 물리적으로 조종하는 방식이 아니므로, 정범과 공범의 구별을 작위범의 행위지배 기준만으로 해결하기는 어렵다. 복수의 보증인의 부작위가 경합하는 경우에 관하여는, 각 보증인이 단독으로 결과를 저지할 수 있었는지와 법익보호의 주된 역할을 담당하였는지에 따라 각 부작위의 중요성을 평가하여 정범과 공범을 구별하여야 한다는 견해가 제시되어 있다.²³⁾

21) 김봉수, “방조에서의 『결과』 개념과 인과관계 판단 - 공범의 처벌근거를 통한 방조의 결과개념 도출 -”, 「형사법연구」, 제20권 제2호(2008), 34-42면.

22) 조기영, “정신적 방조와 방조범의 인과관계”, 「형사법연구」, 제26권 제3호(2014), 87-89면; 한정환, “무형적·정신적 방조”, 「형사법의 신동향」, 통권 제56호(2017), 197-198면. 조기영 교수는 정신적 방조의 성립에 정범의 범행결의가 실제로 강화되었다는 인과적 기여의 증명이 필요하다고 보고, 한정환 교수는 부작위를 수단으로 한 방조가 무형적 방조일 수는 있으나 반드시 정신적·심리적 방조인 것은 아니며 결과와의 객관적 귀속관계를 별도로 심사하여야 한다고 지적한다.

23) 이용식, “부작위 상호간에 있어서 정범과 공범의 구별 및 공동정범의 성립 가능성”, 「서

그런데 이 구별기준은 사안유형에 따라 달라진다. 복수의 보증인이 서로 부작위로 결합하는 경우와, 작위에 의한 정범이 존재하고 그 실행에 부작위로 관여하는 경우는 구조가 다르므로, 앞의 유형에 관하여 형성된 기준을 뒤의 유형에 그대로 옮길 수 없다.²⁴⁾ 앞서 본 김태명 교수의 완화된 요건, 곧 타인의 작위의무위반을 인식하면서 이를 제지하지 아니하고 용인하는 의사로 족하다는 기준도 부작위 상호간의 결합을 전제로, 그중에서도 세월호 사건과 같은 사안을 대상으로 제시된 것이다.²⁵⁾ 이 사건은 앞서 본 것처럼 작위정범의 실행에 부작위로 관여한 유형에 속한다. B는 A의 작위에 의한 살인에 부작위로 관여하였고, 선장과 동일한 범위에서 피해자의 생명보호 전반을 담당하는 자도 아니었다.

따라서 부작위자 상호간의 결합을 전제로 한 완화된 공동정범 기준을 이 사건에 그대로 적용할 수는 없다. 다만 B의 구체적 반환·신고·긴급구호 의무가 최종 실행 단계에서 사망결과 방지에 관한 제1차적·독자적 의무로 강화되었고 그 불이행이 작위에 의한 살인과 동가치하였는지는 독립된 부작위정범의 관점에서 별도로 심사해야 한다. 반면 A의 작위와 기능적으로 결합한 공동정범으로 평가하려면 타인의 작위의무위반에 대한 인식·용인을 넘어 자신의 역할을 전체 실행구조의 일부로 받아들이는 공동가공의 의사가 별도로 요구된다.

이와 관련하여 부진정부작위범의 정범표지로 의무침해와 범행지배를 병렬적으로 요구하는 것은 이론적 긴장을 낳는다는 비판이 있다. 부작위범의 불법핵심을 의무침해에서 찾으면서 다시 작위범적 기능적 범행지배를 요구하면 정범표지가 중복되거나 불명확해질 수 있기 때문이다.²⁶⁾ 따라서 이 사건에서 B의 정범성을 논증할 때에도 추상적인 “사태지배”라는 표현만으로는 부족하고, 휴대전화와 급식이라는 구체적 생존조건의 통제, 선행행위로 형성한 고립상태의 유지, 결과방지 가능성이라는 사실적·규범적 요소를 명시해야 한다.

부작위자에게 모두 정범성을 인정하는 것도 타당하지 않지만, 모든 부작위 가담자를 방조범으로만 낮추는 것도 타당하지 않다. 부작위자 사이에도 의무의 내용과 강약이 다르고, 결과방지 가능성도 다르며, 범익침해 결과에 대한 기여도도 다르다. 그

울대학교 법학」, 제52권 제1호(2011), 147-148면, 160-168면, 197-198면. 위 논문은 복수 보증인의 부작위만이 결합하는 경우를 대상으로, 단독으로 결과를 저지할 수 있는지와 범익보호의 주된 역할을 담당하는지에 따라 각 부작위의 중요성을 평가하여 정범과 공범을 구별하는 입장을 취한다.

24) 안정빈, “부작위 행위자들 사이에서 정범과 공범의 구별”, 「형사법연구」, 제31권 제2호(2019), 5-6면. 위 논문은 부작위 공범을 작위-부작위, 부작위-작위, 부작위 상호간의 세 유형으로 분류하고, 정범과 공범의 구별에서 전형적·일반적 유형은 작위정범에 부작위로 가담하는 것이지만 그 분류기준을 부작위 상호간 가담에 그대로 적용할 수는 없으므로 별도의 기준이 제시되어야 한다고 본다. 세월호 사건을 부작위 상호간 유형의 사안으로 파악하는 것도 같은 논문 6면이다. 같은 취지에서 안정빈, “진정부작위 공동정범 형사판례의 동향 - 부진정부작위 공동정범과의 구별 및 부작위 공동정범 성립가능성을 중심으로 -”, 「법학연구」, 제63권 제4호(2022), 177면은 부작위정범에 부작위로 가담하는 상황에 관한 학설을 작위정범에 부작위로 가담한 경우에 그대로 적용하는 것을 경계하고, 같은 논문 171면은 보증인이 결과방지의무에 위반하였더라도 구성요건을 부작위에 의해서는 실현할 수 없는 경우에는 부작위에 의한 공범이 성립할 수 있다고 본다.

25) 김태명, “부작위에 의한 살인죄의 공동정범의 성립요건”, 「형사판례연구」, 제24권(2016), 77-79면, 89-91면 참조.

26) 김성룡, “의무범과 정범표지, 부작위범의 공동정범 표지로서 기능적 범행지배?», 「형사법의 신동향」, 통권 제52호(2016), 248-252면. 부진정부작위범의 정범표지로 의무침해와 기능적 범행지배를 함께 제시한 세월호 판결의 이론적 정합성을 비판적으로 검토한다.

러므로 부작위 경합 상황에서는 각 부작위자의 사회적 역할과 의무의 강약을 기준으로 정범과 공범을 구별해야 한다.²⁷⁾

이 사건에서 B는 단순히 “구조하지 않은 선원”이 아니다. B는 피해자의 휴대전화를 계속 보관한 자이고, 조리장으로서 급식 제공에 관여한 자이며, 피해자의 쇠약상태를 장기간 인식한 자이고, 피해자가 생명위험 상태에 빠진 것을 직접 확인한 자이다. 이와 같은 지위와 행위는 일반 선원의 단순 방관과 구별된다. 따라서 B에게는 일반적인 공동생활상의 협력의무를 넘어, 자신이 통제하거나 관여한 영역에서 피해자의 생명을 보호하기 위한 구체적이고 강화된 결과방지의무가 현실화되었다고 볼 여지가 있다.

보증인지위는 단순한 신분표지가 아니라 범익보호 기능을 실질적으로 인수하고 결과발생 사태에 개입할 수 있는 규범적 지위를 의미한다. 그에 따라 보증인에게 요구되는 의무는 타인의 범익을 침해하지 않을 소극적 의무에 그치지 않고, 구체적 위험 상황에서 보호대상자의 범익을 적극적으로 보전할 작위의무로 전환될 수 있다.²⁸⁾ 이 사건에서 B는 피해자의 휴대전화를 보관하여 외부 연락 가능성을 통제하였고, 조리장으로서 식사 제공 여부에 관여하였으며, 피해자의 위급상태를 직접 목격하였다. 따라서 B에게 요구된 것은 일반 선원에게 기대되는 추상적 구조협력의무가 아니라, 자신이 통제하거나 인수한 보호영역에서 피해자의 생명을 보전하기 위한 구체적이고 적극적인 결과방지의무였다고 보아야 한다.

이 점은 보라매병원 판결과 비교할 때보다 정교하게 드러난다. 보라매병원 사건에서 의료진은 환자의 생명유지에 관한 전문적·계약적 보호지위에 있으면서 보호자의 퇴원 요구를 수용하고 인공호흡 보조장치를 제거하여 치료가 중단되는 과정에 직접 관여하였다. 대법원은 의사들의 죄책을 작위에 의한 살인방조로 평가하였다. 손동권 교수는 사망결과를 좌우하는 인공호흡장치 제거를 담당한 의사에게 범행지배의 객관적 실체가 있었으므로 방조범에 그친 판례의 결론은 이론적으로 타당하지 않다고 비판한다. 이정원 교수는 의료진의 행위를 작위와 부작위, 정범과 공범의 구별이라는 관점에서 검토하고, 김성룡 교수와 백자민 석사는 의료계약과 치료인수에 기초한 의사의 보증인지위와 치료중단의 형사책임을 분석한다.²⁹⁾ 이 사건의 B는 의료전문가와 같은 전형적 보증인은 아니지만, 폐쇄된 선박에서 피해자의 현실적 연락수단을 계속 보관하고 급식 및 긴급구호 가능성에 관여하였다는 특수성이 있다. 따라서 양 사건

27) 안정빈, “의무범에서의 정범과 공범을 구별 짓는 기제로서의 ‘의무의 강약설’ 및 사회적·규범적 판단에 대한 연구 - 부작위 경합 상황에서의 의무의 충돌 및 의무부과의 개념을 중심으로 -”, 「중앙법학」, 제24집 제4호(2022), 126-129면.

28) 안정빈, “보증인지위와 적극적·소극적 의무 개념 - 의무범 이론과의 연계성을 중심으로 -”, 「비교법연구」, 제22권 제3호(2022), 407-412면, 436-438면. 위 논문은 보증인지위를 범익보호 기능의 실질적 인수 및 결과발생 사태에 대한 규범적 지위와 연결하고, 보증인에게 일정한 경우 타인의 범익을 적극적으로 보전할 의무가 부과될 수 있다고 본다.

29) 서울고등법원 2002. 2. 7. 선고 98노1310 판결; 대법원 2004. 6. 24. 선고 2002도995 판결(보라매병원 사건); 손동권, “정범과 공범, 작위범과 부작위범의 구별 - 대법원 2004. 6. 24. 선고, 2002도995 판결 -”, 「인권과 정의」, 제346호(2005), 109-113면; 이정원, “의학적 권고에 반한 퇴원으로 사망한 환자에 대한 형사책임 - 대판 2004.6.24, 2002도995: 소위 보라매병원사건 -”, 「비교형사법연구」, 제6권 제2-1호(2004), 368-373면; 김성룡·백자민, “의료계약과 치료중단에 있어서의 의사의 보증인적 지위 - 보라매병원 사건을 중심으로 -”, 「법학논고」, 제29집(2008), 65-71면. 손동권 교수는 인공호흡장치 제거라는 결과지배적 행위를 담당한 의사에게 정범성을 인정하지 않은 판례를 비판한다.

은 어느 쪽의 기여가 일률적으로 더 강하다고 단정할 것이 아니라, 보라매병원 사건에서는 전문적 보증인지위와 생명유지장치 통제가, 이 사건에서는 고립된 공간에서의 연락수단·급식·구호 가능성 통제가 각각 정범성 판단의 핵심요소가 된다는 점에서 비교되어야 한다.

이 비교는 부진정부작위범의 정범표지를 둘러싼 이론적 긴장을 보여준다. 김성룡 교수는 세월호 판결이 의무침해와 기능적 범행지배를 병렬적으로 제시한 데 대하여, 의무법적 설명과 행위지배적 설명이 혼재함으로써 정범표지가 불명확해질 수 있다고 비판한다.³⁰⁾ 반면 필자의 선행연구는 부작위 공동정범을 형식적 유형과 실질적 유형으로 구별하여, 복수 보증인의 협력이 있어야만 결과방지가 가능한 경우에 공동정범의 독자적 귀속기능을 인정한 바 있다.³¹⁾ 이 사건에서는 B가 휴대전화를 반환하거나 외부에 신고하는 조치를 독자적으로 취할 수 있었던 측면이 있으므로 전형적인 협력필수형 공동정범으로 보기 어렵고, 오히려 B의 개별 행위가능성과 A의 가해행위에 대한 기능적 결합을 나누어 심사해야 한다. 이하 IV.에서는 같은 사실관계를 방조의 결과관련성이 아니라 공동정범의 정범성이라는 관점에서 다시 심사한다.

IV. 살인 공동정범의 한계와 대상판결의 평가

1. 폐쇄적 선박공간과 구조가능성의 통제

이 사건에서 가장 중요한 사정은 범행장소가 소규모 어선이었다는 점이다. 육상에서 피해자가 휴대전화를 사용하지 못하게 된 경우와, 장기간 항해 중인 선박 안에서 피해자 개인의 휴대전화가 계속 반환되지 않은 경우는 구조요청 가능성의 측면에서 형법적 의미가 다를 수 있다. 육상에서는 도주, 주변인에 대한 요청, 공공기관 접근 등 대체수단이 존재할 가능성이 상대적으로 크다. 반면 해상 선박에서는 피해자가 독자적으로 이용할 수 있는 통신수단이 제한될 수 있으므로, 휴대전화의 계속적 불반환은 외부 연락 가능성을 현저히 축소할 수 있다. 다만 선박 내 다른 통신수단의 존재와 피해자의 실제 접근 가능성은 구체적 사실인정에 따라 확인되어야 한다.

소규모 선박은 폐쇄적 생활공간이다. 선원들은 장기간 선박 안에서 함께 생활하며 선장의 지휘와 통제 아래 놓인다. 피해자가 선장으로부터 폭행·학대를 당하는 경우, 가해자와 같은 공간에서 계속 생활해야 하고 독립적 피난처나 외부 연락수단을 확보하기 어렵다. 이러한 환경에서 피해자가 자유롭게 사용할 수 있는 휴대전화는 구조요청을 위한 현실적이고 중요한 수단이 된다. 따라서 그 통제는 단순한 재산상 침해를 넘어 피해자의 자기보호 가능성과 생명보호 조건에 영향을 미친다.

해양사고 또는 선박 관련 사안에서는 다수인이 관여하는 경우가 많고, 그에 따라 각 관여자의 형법적 책임 귀속이 문제된다. 특히 세월호 사건에서 보듯이 해양공간

30) 김성룡, “의무범과 정범표지, 부작위범의 공동정범 표지로서 기능적 범행지배?”, 「형사법의 신동향」, 통권 제52호(2016), 248-252면 참조.

31) 안정빈, “부작위 공동정범 - 공동의무의 개념 및 실질적 공동정범 논의를 중심으로 -”, 「법학논총」, 제26집 제3호(2019), 178-181면, 187-195면. 복수 보증인의 협력이 필요한 경우 공동의무와 실질적 공동정범의 독자적 의미를 검토한다.

에서는 부작위범의 공동정범 성립 여부가 중요한 쟁점으로 등장한다.³²⁾ 이러한 맥락에서 보면, 이 사건의 B 역시 단순히 A의 폭행·학대를 목격한 방관자가 아니라, 폐쇄된 선박공간에서 피해자의 외부 연락수단을 통제하고 급식·긴급구호 등 생명유지 조건에 관여한 자였다. 따라서 B의 행위는 해양공간의 특수성을 고려하여 평가되어야 한다.

선박 내 권한과 의무의 수직적 구조도 고려해야 한다. 선원법상 선장은 해원을 지휘·감독하고 선내 질서를 유지할 강한 권한을 가지므로, 통상 선장의 보증인의무가 상위에 있고 일반 선원의 의무는 보조적으로 평가될 수 있다. 다만 선장이 보호기능을 포기하는 데 그치지 않고 직접 위험을 창출하는 비정상적 상황에서는 다른 선원에게도 자신이 통제하거나 인수한 영역에서 독자적 구조의무가 현실화될 수 있다.³³⁾ 그러나 이는 B의 의무가 선장의 포괄적 의무와 자동적으로 동순위가 된다는 의미가 아니라, 휴대전화 반환·외부 신고·긴급구호처럼 B가 독자적으로 이행할 수 있었던 조치를 기준으로 의무의 범위와 강도를 판단해야 한다는 뜻이다.

부산 모텔 사건과 비교하면 이 점은 더욱 분명하다. 그 사건의 항소심은 폭행으로 쓰러진 피해자를 모텔로 옮겨 제3자의 발견·구조 기회를 차단한 점에서 조리상 구조의무를 도출하였다. 대법원은 과실치사죄의 주의의무와 인과관계 등에 관한 원심 판단에 법리오해가 없다고 보아 상고를 기각하였을 뿐, 보증인지위나 작위의무의 발생근거를 독자적으로 실시하지 않았다.³⁴⁾ 다만 모텔 사건에서는 피해자를 옮긴 행위가 일시적 보호인지, 보호기능의 실질적 인수인지가 문제 될 수 있었다. 반면 이 사건에서는 B가 휴대전화를 일회적으로 보관한 데 그치지 않고, 피해자가 폭행·학대당하고 외부 연락을 시도하며 생명위험 상태에 이르는 과정에서도 이를 반환하지 않았다는 점에서 구조가능성 축소의 계속성과 구체성이 더 강하게 드러난다. 그러므로 이 사건의 작위의무 판단은 ‘조리’라는 추상적 근거보다, 휴대전화 통제를 통한 고립상태의 유지와 피해자 구조가능성의 현실적 축소라는 선행행위·보호영역 인수의 관점에서 구성하는 것이 더 안정적이다.

부산 모텔 사건과 이 사건은 누구의 구조가능성이 어떠한 방식으로 축소되었는지에 대해서도 구별된다. 모텔 사건에서 문제 된 것은 피해자를 외부의 시야로부터 옮겨 놓음으로써 제3자에 의한 발견·구조 가능성을 차단한 행위였다. 반면 이 사건의 휴대전화 통제는 피해자 자신의 구조요청 가능성을 현저히 제한한 것이다. 자기구조가능성이 제한되면 피해자의 생명보호는 그 수단을 장악한 관여자의 결정에 한층 직접적으로 의존하게 되므로, 이러한 통제는 보호기능의 실질적 인수에 더욱 근접하고 그

32) 조기영, “다수인이 연루된 해양사고에서 각 관여자 별 책임의 귀속 - 과실범·부작위범의 공동정범을 중심으로 -”, 「비교형사법연구」, 제27권 제1호(2025), 55-56면. 세월호 사건에서 부작위에 의한 살인죄의 성립이 정면으로 다투어진 판결로는 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결 참조.

33) 이창섭, “해양사고와 선원의 형사책임에 관한 몇 가지 검토”, 「비교형사법연구」, 제18권 제1호(2016), 145-148면. 선장의 강한 지휘·감독권 때문에 통상 일반 선원의 기능적 행위 지배를 인정하기 어렵지만, 비상상황에서 구체적 역할과 사태지배에 따라 의무관계가 달라질 수 있다는 취지이다. 선원법 제6조 참조.

34) 부산지방법원 2023. 5. 12. 선고 2023노274 판결; 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023도6735 판결. 항소심은 폭행으로 쓰러진 피해자를 모텔로 옮겨 타인에 의한 구조가능성을 차단한 행위에 주목하여 조리상 구조의무를 인정하였다. 대법원은 과실치사죄의 주의의무와 인과관계 등에 관한 원심 판단에 법리오해가 없다고 보아 상고를 기각하였으나, 보증인지위나 작위의무의 발생근거를 독자적으로 실시하지 않았다.

만큼 관여자의 작위의무를 강화하는 사정이 된다. 다만 뒤에서 보듯이 이러한 의무의 강화가 곧바로 정범의 의무로의 격상을 의미하는 것은 아니다.

따라서 B가 A의 지시에 따라 피해자의 휴대전화를 취득한 뒤 계속 보관한 행위는 단순한 재물보관이나 소극적 방관으로만 평가하기 어렵다. 최초 보관 당시의 의미와 달리, 이후 피해자의 폭행피해와 외부 연락 시도, 극도의 쇠약상태를 인식한 뒤에도 반환하지 않은 행위는 피해자의 독자적 구조요청 가능성을 실질적으로 축소하고 고립상태를 유지한 계속적 기여가 될 수 있다. 그러나 선박 내 무전기, 위성전화, 다른 선원의 휴대전화 또는 인근 선박을 통한 연락 등 대체수단이 실제로 존재하고 피해자가 이를 현실적으로 이용할 수 있었는지는 판결문만으로 충분히 확인되지 않는다. 따라서 휴대전화 불반환을 모든 구조가능성의 제거 또는 사망결과의 직접 원인으로 단정해서는 안 되며, 이를 살인 실행의 핵심 구성부분으로 평가하려면 대체수단의 현실적 이용 가능성, 적시 신고 시 결과방지 가능성 및 B가 그 기능과 사망위험을 인식·용인하였다는 점이 함께 확인되어야 한다.

2. 휴대전화 통제와 급식·구호 불이행의 복합적 기여

B가 선장의 지시에 따라 피해자로부터 휴대전화를 취득한 행위와, 피해자의 외부 연락 시도 및 생명위험을 인식한 뒤에도 이를 계속 반환하지 않은 행위는 동일한 의미로 평가할 수 없다. 그런데 이 사건에서는 최초 취득행위의 성격에 관한 인정 자체가 심급에 따라 달라졌고, 그 차이가 결론의 차이로 이어졌다. 제1심은 B가 A의 지시에 따라 피해자로부터 휴대전화를 ‘받아’ 보관하게 되었다고 표현하면서, 그 행위 자체가 약 한 달 반 뒤의 살인을 용이하게 한 행위라고 보기 어렵다고 하였다. 반면 항소심은 A가 피해자로 하여금 피해 사실을 외부에 알리지 못하도록 할 목적으로 B에게 휴대전화를 빼앗도록 하였고 B가 이를 빼앗아 개인 서랍에 보관한 뒤 돌려주지 않았다고 인정하면서, B는 피해자가 피해 사실을 알릴 수 없게 만든 상황을 초래한 당사자이므로 보호의무에서 더더욱 자유로울 수 없다고 보았다.³⁵⁾ 제1심의 서술처럼 최초 취득이 중립적 수취였다면 그 사실만으로는 살인결과 전반을 방지할 보증인지위가 발생하지 않는다.

반면 항소심의 인정처럼 최초 취득 자체가 피해자의 외부 연락을 막기 위한 위법한 구조수단 제거였다면, 적어도 그 수단을 반환하여 위험상태를 해소할 의무는 그 시점부터 발생할 수 있다. 그러나 후자의 경우에도 살인결과를 방지할 구체적 의무와 살인방조의 고의는 생명위험이 현실화되고 B가 이를 인식한 단계에서 별도로 심사해야 한다. 어느 사실인정을 전제로 하든 위험 인식 이후의 계속적 불반환은 독자적인 작위의무와 객관적 기여의 근거가 될 수 있지만, 그 의무는 우선 피해자의 구조경로에 관한 것이지 사망에 이르는 인과과정 전체에 대한 포괄적 의무는 아니다. 선행행위 책임은 단순한 조건관계가 아니라 구체적 위험의 창출·증대, 의무위배성, 규범의 보호목적 및 그 위험의 실현에 의하여 제한된다.³⁶⁾ 따라서 최초 취득의 성격

35) 광주지방법원 목포지원 2024. 12. 2. 선고 2024고합71 판결; 광주고등법원 2025. 4. 29. 선고 2024노599 판결. 제1심은 B가 휴대전화를 받아 보관한 것으로 서술한 반면, 항소심은 A의 지시에 따라 휴대전화를 빼앗아 개인 서랍에 보관하고 반환하지 않은 것으로 인정하였다.

은 의무의 발생시점과 범위를 좌우할 수 있으나, 그것만으로 B의 의무를 정범의 의무로 격상시키거나 살인죄의 주관적 요건을 추정하게 하지는 않는다.

그러나 최초 행위가 중립적이었다는 사정은 후속 단계의 책임까지 배제하지 않는다. B가 피해자가 자유롭게 통신수단을 사용하지 못하고 다른 선박의 선원에게 휴대전화를 빌리려 하였으며, 폭행과 쇄박으로 독자적 구조요청이 절실한 상태임을 인식한 뒤에도 휴대전화를 계속 지배하였다면, 후속 불반환은 새로운 위험상황에서 반복·갱신된 부작용이 된다. 이는 최초 보관행위를 소급하여 처음부터 살인 실행의 일부로 만드는 것이 아니라, 위험 인식 이후의 계속적 불반환을 그 시점부터 피해자의 고립상태를 새롭게 유지하는 부작용으로 평가한다는 뜻이다. 이때 작위의무의 발생근거는 과거의 보관행위 자체만이 아니라 구조수단에 대한 현재의 사실상 통제, 그 통제영역에 대한 사실상의 보호책임 인수, 반환 또는 외부 신고를 통하여 위험상태를 해소할 현실적 가능성에서 찾아야 한다. 피해자의 구체적 생명위험에 대한 인식은 그러한 의무가 단순한 반환의무를 넘어 외부 신고와 긴급구호의무로 구체화되는 시점과 범위를 정한다.

항소심의 인정과 같이 구조수단을 빼앗는 행위나 피해자를 보호받지 못하는 상태로 적극적으로 옮기는 행위는 단순한 구조 불이행과 구별된다. 국내의 적극적 유기행위 논의도 무선전화기와 같은 구조수단의 제거가 피해자를 무방비 상태에 빠뜨리는 작위가 될 수 있음을 지적한다.³⁷⁾ 이 관점에서 휴대전화의 취득·보관은, 그것이 구조수단을 제거하는 방향으로 이루어진 범위에서, 구조경로를 행위자의 지배영역으로 편입한 작위이고, 위험을 인식한 뒤의 계속적 불반환은 그 고립상태를 유지한 부작용으로 분석할 수 있다.

이와 같은 행위단위의 분리는 보증인지위와 방조의 객관적 기여를 혼동하지 않게 한다. 보호책임의 사실상 인수 또는 구조수단의 지배는 작위의무의 근거를 설명하고, 그 통제가 실제로 외부 신고와 구조기회를 감소시켰는지는 결과관련성과 방조행위의 객관적 기여를 판단하는 단계에서 별도로 심사해야 한다. 적법한 선행행위에 기초한 포괄적 잉게렌츠(Ingerenz)를 부정하면서도 사실상의 보호인수에서 책임근거를 찾는 최근 국내 논의는 이러한 구별을 뒷받침한다.³⁸⁾

마지막으로 B의 죄책은 휴대전화 보관, 급식 관여, 피해자 상태의 인식, 구호 불이

36) 성낙현, “보증인지위의 성립근거로서의 先行行為의 요건”, 「법조」, 제63권 제1호(2014), 119-122면, 133-134면; 이세화, “보증의무의 전제로서의 선행행위에 대한 제한”, 「비교형사법연구」, 제9권 제2호(2007), 233-248면. 전자는 상당히 밀접한 위험의 실현, 의무위배성, 의무위반관련성, 규범의 보호목적과 허용된 위험에 의한 제한을 검토하고, 후자는 단순한 조건관계만으로 보증인지위를 인정할 수 없다는 전제에서 선행행위의 위법성, 침해발생의 근접성·상당성 및 허용된 위험에 의한 제한을 논한다.

37) 김태명, “보호의무 없는 자의 작위에 의한 유기행위의 가벌성”, 「비교형사법연구」, 제18권 제2호(2016), 185-187면. 위 논문은 독일 형법 제221조에 관한 논의를 소개하면서 안경이나 무선전화기와 같은 구조수단을 탈취·손괴하는 행위도 피해자를 보호받지 못하는 상태에 빠뜨리는 적극적 유기가 될 수 있다고 설명한다.

38) 이효진, “보증인지위의 발생근거로서의 선행행위 - 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023도6735 판결 -”, 「성균관법학」, 제36권 제3호(2024), 330-331면, 336-337면, 347-352면; 김중구, “적법한 선행행위로 인한 부작용범의 보증인지위”, 「형사법연구」, 제37권 제4호(2025), 80면, 83-90면. 두 논문 모두 적법한 선행행위만으로 광범위한 잉게렌츠를 인정하는 데 비판적이다. 이효진은 피고인들이 피해자를 자발적으로 사실상 인수하여 보호관계가 발생하였다는 점에서 보증인지위를 인정할 수 있다고 보고, 김중구는 보호책임의 자발적 인수를 책임근거로 제시한다.

행을 서로 고립된 장면으로 떼어 평가해서는 안 된다. Arthur Leavens는 작위·부작위의 형식적 구별보다 행위자의 전체 행위과정과 금지된 결과 사이의 인과적 귀속을 검토할 것을 제안한다.³⁹⁾ 본고에서는 전체 행위과정을 객관적 기여의 강도를 판단하는 자료로 삼되, 그것이 법적 작위의무의 독립된 근거를 대신하지 않는다고 본다. 먼저 의무의 발생근거와 내용을 확정하고, 다음으로 일련의 행위가 정범의 실행 및 사망위험에 미친 영향을 분석한 뒤, 살인방조의 고의를 심사해야 한다.

이상의 행위단위 분석은 B의 정범화 경로를 두 갈래로 구분하게 한다. B의 반환·신고·긴급구호 의무가 최종 실행단계에서 사망결과를 독자적으로 방지하여야 할 제1차적·독자적 결과방지의무로 강화되고, 요구된 작위가 가능하며, 그 부작위가 작위에 의한 살인과 동가치하고 결과방지 가능성이 인정된다면 독립된 부작위정범이 문제될 수 있다. 반면 B의 부작위가 A의 작위와 기능적으로 결합하여 정범적 기여로 평가되는 경우에는 공동정범의 문제로 나아가며, 이때에는 살인의 고의와 공동가공의 의사가 필요하다. 판결문상 독립된 부작위정범 경로를 인정할 자료는 충분하지 않으므로, 이하에서는 공동정범 경로를 중심으로 객관적 기여와 주관적 요건을 검토하고 전체 심사순서는 뒤의 10.에서 정리한다.

직접 실행행위를 분담하지 않은 자의 지위, 역할 및 범죄경과에 대한 영향력은 객관적 기여의 본질성을 판단하는 자료가 된다.⁴⁰⁾ 그러나 본고에서는 공동정범의 핵심을 기능적 행위지배 하나로 환원해서는 안 되며, 그러한 자료가 의무의 강도와 공동가공의 의사를 대신하지 않는다고 본다.

이수진 교수는 기능적 행위지배를 범죄실현에 대한 지속적이고 중요한 영향력과 연결한다.⁴¹⁾ 본고에서는 이를 객관적 기여의 본질성을 확인하는 보조개념으로 한정한다. 이 기준은 B의 휴대전화 지배가 일회적 보관에 그치지 않고 살인 실행과정에서 구조가능성을 계속 축소하였는지를 판단하는 데 유용하지만, 그 사실만으로 B의 정범적 의무나 공동가공의 의사가 추정되지는 않는다.

직접 실행행위를 분담하지 않은 경우에도 전체 범죄에서 차지하는 지위와 역할, 범죄경과에 대한 영향력 및 기여의 본질성을 종합하여 객관적 정범성을 검토할 수 있다. 다만 부작위 관여자에게는 먼저 법적 작위의무와 그 강도가 확인되어야 하고, 기능적 영향력은 그 이후의 보조적 판단요소로 작용한다.

다만 공모공동정범에서도 정범성이 인정되려면 전체 범죄에서 차지하는 지위와 역할, 범죄경과에 대한 영향력을 종합하여 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 확인되어야 하고, 단순한 범행인식이나 추상적 공모만으로는 부족하다.⁴²⁾ B가 A의 폭

39) Arthur Leavens, "A Causation Approach to Criminal Omissions", California Law Review, Vol. 76, No. 3, May 1988, pp. 551-552, 583-584.

40) 대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도235 판결(전체 범죄에서 차지하는 지위, 역할이나 범죄 경과에 대한 지배 내지 장악력 등을 종합하여 단순한 공모자에 그치지 아니하고 범죄에 대한 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 인정되는 경우여야 한다고 설시하였다). 형법 제30조 참조.

41) 이수진, "공동정범에서의 정범성립 요건 - '공모'공동정범과 관련하여 -", 「법학연구」, 제56권 제3호(2015), 157면. 기능적 행위지배를 범죄실현에 미치는 지속적이고 중요한 영향력과 연결하면서 단순한 공모와 본질적 기여를 구별하여야 한다고 한다.

42) 정혜옥, "공모공동정범과 기능적 행위지배", 「원광법학」, 제31권 제3호(2015), 177-178면 및 186-187면. 직접 실행행위를 분담하지 않더라도 전체 범죄에서 차지하는 지위·역할과 범죄경과에 대한 지배력 등을 종합하여 본질적 기여를 통한 기능적 행위지배가 인정될 수 있고, 기능적 역할분담은 반드시 동일한 시간과 장소에서 이루어질 필요가 없다고 설명한

행위를 직접 분담하지 않았다는 사정만으로 공동정범성을 부정할 수는 없지만, 피해자의 현실적인 외부 연락수단으로 기능할 수 있었던 휴대전화를 계속 장악하여 구조가능성을 축소한 행위가 A의 직접 폭행과 결합하여 살인결과 실현에 본질적으로 기여하였는지를 구체적으로 증명하여야 한다.

정혜옥 교수는 실행행위를 직접 분담하지 않은 공모자의 정범성을 논하면서, 부작위에 의한 기능적 행위지배를 인정하려면 법적 작위의무, 작위가능성, 의무불이행 및 작위와의 동가치성이 전제되어야 한다고 본다.⁴³⁾ 이 기준을 이 사건에 원용하면 B의 기능적 기여는 휴대전화 보관 자체가 아니라, 적어도 피해자의 생명위험을 인식한 이후 반환·신고·구조가 현실적으로 가능하였음에도 고립상태를 계속 유지한 부분에서 검토되어야 한다. 다만 이러한 객관적 요건이 충족되어도 살인의 고의와 공동가공의 의사는 별도로 증명되어야 한다.

이 사건에서 A는 직접 폭행·가혹행위를 통해 피해자를 사망에 이르게 한 자이다. 문제는 B가 그 살인 실행과 어떤 관계에 있었는가이다. 항소심은 B가 A의 지시에 따라 피해자로부터 휴대전화를 빼앗아 계속 보관하였다고 인정하였다. 피해자는 실제로 다른 선박의 선원에게 휴대전화를 빌리려 하다가 A에게 발각되어 폭행당한 것으로 인정되었다.⁴⁴⁾ 이 사정은 피해자가 외부 연락수단을 절실히 필요로 했고, B가 보관한 휴대전화의 불반환이 단순한 과거의 보관을 넘어 계속적인 구조경로 통제 기능을 가질 수 있었음을 보여준다.

B가 휴대전화를 반환하지 않은 것은 A의 범행을 단순히 심리적으로 돕는 데 그치지 않고 피해자의 독자적인 구조요청 가능성을 현저히 축소하는 객관적 기능을 수행하였다. 그러나 그것이 곧바로 피해자의 모든 생존 가능성을 제거한 것은 아니며, 다른 통신수단과 구조수단의 존재 여부, 반환 또는 신고가 이루어졌다면 결과를 방지할 현실적 가능성이 있었는지 확인되어야 한다. 또한 B가 휴대전화를 반환하였더라도 A가 계속 폭행하였을 것이라는 가정만으로 실제 사건에서 휴대전화 불반환이 수행한 기능을 부정할 수는 없지만, 반대로 그러한 불반환만으로 결과발생에 본질적으로 기여하였다고 추단해서도 안 된다. 대체수단과 결과방지 가능성이 확인되고 B가 그 구조경로 통제 기능을 인식·용인하였다는 사실까지 인정되는 경우에 한하여, B의 행위를 살인 실행구조에서 독자적이고 중대한 역할로 평가할 수 있다.

B는 이 사건 어선의 조리장이었다. 조리장은 선원들의 식사를 담당하는 지위에 있다. 물론 조리장이라는 지위만으로 곧바로 살인죄 공동정범이 되는 것은 아니다. 그러나 이 사건에서 B는 피해자가 A로부터 폭행·학대를 당하고 있고, 이미 건강상태가 극도로 악화되어 있다는 사실을 알고 있었다. 그럼에도 A의 지시에 따라 피해자에게 식사를 제공하지 않았다.

피해자는 2024년 4월 24일 이후 이 사건 당일까지 약 6일 동안 식사를 제공받지 못하였고, 발각되면 폭행당할 위험을 무릅쓰고 주방에서 음식을 훔쳐 먹으려 하다가 B에게 제지당하기까지 하였다. 항소심은 조리장인 B에게 선원들의 식사를 제공할 1

다.

43) 정혜옥, “공모공동정범과 기능적 행위지배”, 『원광법학』, 제31권 제3호(2015), 192-195면. 부작위에 의한 기능적 행위지배를 논할 때에도 법적 작위의무, 작위가능성, 의무불이행 및 동가치성 등 부진정부작위범의 일반 요건이 전제되어야 한다는 취지이다.

44) 광주고등법원 2025. 4. 29. 선고 2024노599 판결. 피해자가 다른 선박의 선원에게 휴대전화를 빌려 외부 연락을 시도하다가 A에게 발각되어 폭행당한 사실을 참조하였다.

차적 책임이 있다고 보았다. 여기서 ‘1차적 책임’은 급식이라는 특정 보호영역에서 B에게 직접 귀속되는 직무상 책임을 뜻할 뿐, 피해자의 생명보호 전반에 관한 제1차적 보증인의무를 의미하지 않는다. 그런데 급식 불이행의 경과는 단일하지 않다. A는 2024년 4월 23일경부터 피해자에게 식사를 주지 말라고 수차례 지시하였고 B는 이를 이행하였으나, 4월 29일에 이르러 A는 이대로 두면 피해자가 죽을 것 같으니 밥을 챙겨주라고 지시를 반복하였다. 그럼에도 B는 사건 당일까지 식사를 제공하지 않았다. 항소심은 B의 방치행위가 초래한 영양결핍 상태가 피해자가 사망하게 된 하나의 원인이 되었다고 판단하였다. 피해자의 시신이 바다에 유기된 뒤 발견되지 않아 부검은 이루어지지 못하였고, 제1심은 정확한 사망원인을 특정하기 어렵다고 하면서 지속적 폭행에 의한 신체 손상을 전제로 저체온 현상 등이 진행되어 사망하였다고 인정하였다. 영양결핍의 기여는 선원들의 진술과 선내 폐쇄회로 영상에 대한 법의학 전문가의 의견 등 정황증거에 의하여 뒷받침되었다.⁴⁵⁾ 이 인정은 두 가지 점에서 중요하다. 첫째, 급식 미제공은 A의 지시에 대한 수동적 이행에만 머물지 않고 급식 제공이라는 B에게 직접 귀속된 책임영역에서 이루어진 독자적 부작위로 평가될 수 있다. A가 급식을 지시하였음에도 이를 이행하지 않았다는 사실은 B의 행위를 상급자의 지시에 대한 복종만으로 설명할 수 없게 한다. 둘째, 항소심이 영양결핍을 사망원인 중 하나로 인정한 이상 그 판단의 범위에서는 급식 미제공을 단순한 배경사정이 아니라 결과와 연결된 기여로 평가할 수 있다. 다만 이는 부검 없이 정황증거에 기초한 판단이므로, 급식 미제공의 결과관련성을 인정하더라도 그것이 폭행이나 저체온과 대등한 독립적 사망원인이라고까지 단정해서는 안 된다.

휴대전화의 계속적 불반환이 외부 구조가능성을 축소한 것이라면, 급식 미제공·제한은 피해자의 내부적 생명유지 능력을 약화시켰을 가능성이 있다. 이 두 요소와 위급상태에서의 구호 불이행이 결합하면 B의 객관적 기여는 통상적인 방조보다 강하게 평가될 수 있다. 그러나 이 결합관계를 공동정범의 역할분담으로 평가하려면 B가 피해자의 사망 가능성을 인식·용인하고 그 상태를 공동 범행의 일부로 유지하였다는 주관적 요건이 별도로 인정되어야 한다.

3. 의무범 이론과 의무의 강약설에 의한 참가형태의 분석

앞서 본 것처럼 부작위범 내지 의무범적 사안에서 기능적 행위지배라는 정범표지는 그대로 관철되기 어렵다. 행위지배는 행위자가 인과과정을 장악하여 사태의 진행을 조종·촉진·저지할 수 있다는 적극적 지배를 전제하는데, 부작위자는 인과과정에 에너지를 투입하지 않는 자이므로 그 지배의 실체를 관념하기 어렵기 때문이다. 세월호 판결이 부진정부작위범의 공동정범 표지로 의무위반과 범행지배를 병렬적으로 제시한 데 대하여 두 표지의 상호관계와 각각의 독자적 기능이 불분명하다는 비판이 제기되는 것도 같은 맥락이다.⁴⁶⁾ 따라서 복수의 부작위 관여자가 경합하는 사

45) 광주고등법원 2025. 4. 29. 선고 2024노599 판결; 광주지방법원 목포지원 2024. 12. 2. 선고 2024고합71 판결. B의 조리장 지위, 피해자에 대한 급식 중단과 A의 지시 반복, 사건 당일까지의 급식 불이행, 영양결핍의 기여 및 사망원인에 관한 사실인정을 참조하였다.

46) 김성룡, “의무범과 정범표지, 부작위범의 공동정범 표지로서 기능적 범행지배?”, 「형사법의 신동향」, 통권 제52호(2016), 248-252면.

안에서는 각 관여자에게 부과된 의무의 내용과 강도에서 출발하고, 기능적 행위지배는 객관적 기여를 확인하는 보조기준으로 한정하는 것이 이론적으로 정합적이다. 이 사건처럼 작위정범의 실행에 부작위로 관여한 경우에도 의무의 내용과 강도는 부작위 관여자의 객관적 정범성을 심사하는 출발점이 될 수 있다. 다만 이 경우에는 A의 작위와 B의 부작위 사이의 기능적 결합 및 공동가공의 의사를 별도로 심사해야 한다.

이러한 관점을 구체화한 것이 의무의 강약설이다. 의무의 강약설은 부작위 관여자의 의무를 동일한 평면에 놓지 않고, 사회적 역할과 책임의 층위에 따라 제1차적 의무와 제2차적 의무를 구별한다. 정상적인 경우 제1차적 의무자는 정범으로, 제2차적 의무자는 방조범으로 평가될 가능성이 크며, 제1차적 의무자가 기능하지 않는 비정상적 상황에서는 제2차적 의무가 현실화·강화될 수 있다.⁴⁷⁾ 그러나 이는 참가형태를 자동 확정하는 공식이 아니라 객관적 정범성의 출발점을 정하는 잠정적 분석틀이다. 제1차적·제2차적 의무의 구별은 의무의 직접성과 보호기능의 귀속을 드러내지만, 구체적 기여와 살인의 고의·공동가공의 의사를 대체하지 않는다. 본고는 이 구분을 의무 발생근거의 직접성, 법익보호기능의 귀속 및 요구되는 작위수단에 대한 현실적 통제의 정도를 구체화하는 분석틀로 사용한다. 이에 따르면 의무의 위계는 객관적 정범성의 출발점을 정하고, 객관적 기여는 결과귀속과 방조의 중대성을 판단하며, 살인의 고의와 공동가공의 의사가 최종적으로 공동정범성을 확정한다. 따라서 B의 기여가 중대하더라도 그 구체적 의무가 사망결과 방지에 관한 제1차적·독자적 의무로 강화되었다고 볼 수 없고 그 불이행의 작위동가치성도 인정되지 않으며 공동가공의 의사도 증명되지 않으면, 그 책임은 정범성에 근접한 중대한 방조에 머문다.

이 사건에 이를 적용하면 A와 B의 객관적 지위는 분명히 다르다. A는 선원법상 해원을 지휘·감독하고 선내 질서를 유지할 강한 권한을 가진 선장이면서, 스스로 피해자의 생명에 대한 위험원이 된 자이다. A의 살인 정범성은 직접적인 폭행·가혹행위와 그로 인한 사망위험의 지배에서 도출되며, 선장으로서의 제1차적 보호·위험방지의무는 그 책임구조를 보강한다.

이에 비하여 B의 의무는 A의 포괄적 보호의무와 달리 휴대전화 반환·급식·긴급구호라는 특정 보호영역에서 구체화되었다. B는 순수한 방관자와 포괄적 제1차적 보증인 사이에서, 특정 구조수단의 통제로 의무와 객관적 기여가 강화된 ‘구조경로 통제형 중간관여자’로 파악할 수 있다. 이는 독립된 법적 참가형태를 뜻하는 것이 아니라, 의무의 위계와 기여의 성격을 설명하기 위한 분석적 지위이다. B의 휴대전화 보관은 A의 지시에 의하여 시작되었고 B는 선내 위계에서 A의 지휘에 종속된 지위에 있었지만, 피해자의 위험을 인식한 뒤에도 휴대전화를 계속 보관한 이상 반환·신고에 관한 의무는 B 자신의 현재적 통제와 작위가능성에서도 직접 발생할 수 있다. B가 휴대전화를 자신의 서랍에 보관하였다는 사실은 반환 여부에 현실적 영향력을 행사할 수 있었음을 보여주지만, 선박 내 다른 통신수단까지 포함한 구조경로 전반을 배타적으로 지배하였는지는 판결문만으로 확인되지 않는다. 그 한도에서 B의 의무는

47) 안정빈, “의무범에서의 정범과 공범을 구별 짓는 기체로서의 ‘의무의 강약설’ 및 사회적·규범적 판단에 대한 연구 - 부작위 경합 상황에서의 의무의 충돌 및 의무부과의 개념을 중심으로 -”, 「중앙법학」, 제24집 제4호(2022), 126-129면; 안정빈, “보증인지위와 적극적·소극적 의무 개념 - 의무범 이론과의 연계성을 중심으로 -”, 「비교법연구」, 제22권 제3호(2022), 443-445면, 448-449면.

통상적 구성원의 조리상 의무보다 강화되지만, 우선 피해자의 구조경로와 자신이 담당한 급식·긴급구호 영역에 대응하는 의무로 파악된다. 특정 보호영역에서 발생한 의무라는 사정만으로 독립된 부작위정범의 가능성이 당연히 배제되는 것은 아니다. 최종 실행단계에서 그 구체적 의무가 사망결과 방지에 관한 제1차적·독자적 의무로 강화되고, 그 불이행이 작위에 의한 살인과 동가치하며 결과방지 가능성이 인정된다면 독립된 부작위정범도 성립할 수 있다. 그러나 현재 판결문은 대체 통신·구조수단의 현실적 이용가능성, 적시 반환·신고·구호가 이루어졌을 경우의 결과방지 가능성, 그리고 B의 부작위가 작위에 의한 살인과 동가치할 정도로 사망위험의 실현에 기여하였는지를 충분히 밝히지 않는다. 따라서 현재의 증거범위에서는 독립된 부작위정범을 인정하기 어렵고, A의 작위와의 기능적 결합을 통한 공동정범 여부를 별도로 묻게 된다. 이 경우 의무의 위계는 B의 객관적 정범성을 제한하고 방조평가 쪽으로 기울게 하는 중요한 사정이지만, 본질적 기능분담과 공동가공의 의사가 별도로 증명된다면 공동정범 가능성까지 논리적으로 배제하지는 않는다. 이 사건에서는 공동가공의 의사가 충분히 증명되지 않았으므로 방조에 머문다.

앞서 본 부작위자 상호간의 공동정범 법리는 이 사건에 직접 적용되는 기준이라기보다 사안유형의 차이를 드러내는 비교자료이다. 적어도 진정부작위범의 공동정범에 관하여 대법원은, 수인에게 공통된 의무가 부여되어 있고 그들이 공모하여 모두 그 의무를 이행하지 않은 경우에 공동정범이 성립할 수 있다고 본다. 세월호 전원합의체 반대 의견도 이러한 공통의무를 판단의 핵심 축으로 삼았다.⁴⁸⁾ 그런데 이 사건에서 A와 B의 의무는 발생근거에서는 지휘권 및 직접적인 위험 창출과 휴대전화의 취득·계속 보관으로, 내용에서는 위험 제거와 구조수단의 반환·신고로 서로 다르게 분화되어 있어 공통된 의무라 하기 어렵고, B에게 A의 폭행 자체를 저지할 동일한 이행가능성이 있었다고 보기도 어렵다. 학설상으로도 보증인들의 협력에 의해서만 구조가 가능한 경우를 부작위 공동정범의 전형으로 파악하는 견해가 있는데,⁴⁹⁾ 이 사건에서 B에게 요구된 작위는 휴대전화 반환이나 외부 신고처럼 B가 단독으로 이행할 수 있는 것이었다. 따라서 협력 필요성의 기준에 의하면 이 사건을 전형적인 협력필수형 부작위 공동정범으로 구성하기는 어렵다. 다만 이 점은 공통의무 범리만으로 공동정범을 근거 지을 수 없다는 뜻이지, A의 작위와 B의 부작위 사이에 본질적 기능분담과 공동가공의 의사가 별도로 증명되는 경우까지 공동정범을 배제한다는 뜻은 아니다. 결국 A와 B의 관계는 공통의무를 분담한 횡적 결합보다 의무의 강도가 서로 다른 종적 위계에 가깝다. 이 차이는 B의 객관적 정범성을 제한하는 중요한 사정이지만, 그것만으로 참가형태가 자동 확정되는 것은 아니며 A의 작위와 B의 부작위가 살인실행에서 본질적으로 결합하였는지와 공동가공의 의사를 함께 심사해야 한다.

48) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도89 판결; 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결. 전자는 진정부작위범 사안에서 공통된 의무와 공통의 이행가능성을 부작위 공동정범의 성립요건으로 제시하였다.

49) 허 황, “수인의 부작위가 경합하여 결과가 발생한 경우 범죄참가형태 - 부작위에 의한 공동정범에 관한 연구 -”, 「법학논고」, 제61집(2018), 277-279면. 다만 위 견해는 부작위 상호간의 경합을 전제로 제시된 것이다.

4. 최초 관여와 최종 실행단계의 구별

다만 이 사건에서 B의 행위를 공동정범으로 구성할 여지를 검토하더라도, 공동정범의 성립범위를 무제한 확장해서는 안 된다. 예비단계에서의 단순 관여행위까지 모두 공동정범으로 포섭하면, 공동정범과 방조범의 구별이 무의미해질 수 있다.⁵⁰⁾

류전철 교수는 본질적 기여라는 기준이 추상적·일반적일 경우 기능적 행위지배가 개별 사안의 정범적 요소를 사후적으로 통합하는 공식에 머물 수 있다고 비판한다. 이를 이 사건에 적용하면, 범죄실현에 대한 본질적 기여가 구체적으로 확인되지 않은 채 기능적 행위지배를 인정할 경우 정범표지가 추상적 공식에 머물 위험이 있다.⁵¹⁾

그러나 이 사건에서 B의 행위는 단순한 예비단계 관여가 아니다. B의 휴대전화 보관은 2024년 3월 중순경 시작되었지만, 그 법적 의미는 피해자가 장기간 폭행·학대당하고, 2024년 4월 26일경 다른 선박 선원에게 휴대전화를 빌리려 하다가 발각되어 폭행당한 뒤, 2024년 4월 30일 생명위험 상태에 빠지는 과정에서 계속 갇힌 상태였다. 즉 휴대전화 통제는 과거의 일회적 예비행위가 아니라, 살인 실행과정에서 피해자의 독자적인 구조요청 가능성을 현저히 축소한 계속적 조건이었다.

특히 B의 행위는 순수한 부작위에만 머무르지 않는다. B는 피해자의 휴대전화를 취득·보관하였고, 적어도 위험 인식 이후에도 이를 반환하지 않아 구조요청 가능성이 축소된 상태를 계속 유지하였다. 최초 취득이 항소심의 인정처럼 구조수단을 제거한 위법한 선행행위였다면 그 영향력을 제거하지 않은 후속 부작위는 전체 범죄실현에 대한 중대한 객관적 기여가 될 수 있다.⁵²⁾ 반대로 최초 취득이 제1심의 서술처럼 중립적 수취였다면, 그 사실을 범죄에 유리한 상태의 의도적 조성으로 평가해서는 안 되고 위험 인식 이후의 계속적 통제와 불반환 자체를 중심으로 판단해야 한다. 어느 경우에도 이를 곧바로 공동정범의 기능적 행위지배라고 단정할 수는 없고, 의무의 위계와 범위, 살인의 고의 및 공동가공의 의사가 별도로 확인되어야 한다.

따라서 이 사건에서 B의 행위를 공동정범으로 구성할 수 있는지를 논할 때, 그 논거는 “예비단계의 중요 관여도 공동정범이 될 수 있다”는 일반명제에 있지 않다. 오히려 이 사건에서는 B의 행위가 살인 실행단계에서 피해자의 구조가능성을 축소하고 생명유지 능력을 약화시키는 기능을 계속 수행하였다는 점이 중요하다. 이는 실행행위 단계에서의 기능적 기여로 평가될 수 있으므로, 예비단계 관여만으로 공동정범을 쉽게 인정해서는 안 된다는 제한적 입장과도 모순되지 않는다. 다만 이는 객관적 기여의 층위에 관한 판단일 뿐이고, 그것만으로 공동정범이 성립하는 것은 아니

50) 조기영, “예비단계에서의 관여행위와 공동정범”, 「형사법연구」, 제25권 제4호(2013), 73-74면, 95-97면.

51) 류전철, “공동정범의 이론구성에 관한 비교법적 연구”, 「비교형사법연구」, 제18권 제2호(2016), 234-235면, 244면. 본질적 기여라는 기준이 추상적·일반적이면 법관의 자의적 평가 여지가 커지고, 기능적 행위지배가 개별 사안의 정범적 요소를 통합하는 기능적 개념에 머물 수 있다고 비판한다.

52) 정혜옥, “공모공동정범과 기능적 행위지배”, 「원광법학」, 제31권 제3호(2015), 193-194면. 위 견해는 선행행위로 범죄실현의 위험을 형성한 뒤 그 영향력을 제거하지 않은 부작위 또는 자신이 책임지는 생활영역에서 위험의 실현을 저지하지 않은 부작위도 전체 범행계획의 실현에 대한 중요한 기여가 될 수 있다고 설명한다. 본고는 이를 의무의 위계와 객관적 기여를 확정된 뒤 공동정범성을 보조적으로 확인하는 기준으로만 원용한다.

다. 주관적 요건인 공동가공의 의사에 관하여는 아래 8.에서 따로 본다.

5. 판례가 제시하지 않은 심사순서

판례는 부진정부작위범의 정범표지로 의무침해와 기능적 행위지배를 나란히 제시하면서도 두 표지의 관계와 심사의 선후를 밝히지 않았고, 대상판결의 대법원 역시 이에 관한 법리를 제시하지 아니하였다.⁵³⁾ 그러므로 심사순서는 해석론으로 세울 수밖에 없다. 공동정범과 방조범은 단순히 기여의 양이 많고 적음에 따라 연속적으로 배열되는 참가형태가 아니다. 양자는 성립요건과 범의의 내용이 다른 별개의 범죄참가형태이므로, B의 객관적 기여가 중대하다는 사실만으로 공동정범의 성립을 추론해서는 안 된다. 앞의 III.3에서 사안유형을 확정하고 IV.3에서 의무의 위계와 범위를 검토하였으므로, 이하에서는 그 전제를 바탕으로 객관적 기여, 작위가능성, 결과방지가능성 및 작위동가치성을 살핀 다음 살인의 고의와 공동가공의 의사를 구별하여 심사한다. 김정환 교수가 지적하듯 공동정범과 방조범은 피고인의 방어방법과 범의의 내용에서도 차이가 있으므로, 이러한 단계적 구별은 실체법상 책임귀속뿐 아니라 공소제기와 방어권 보장의 측면에서도 중요하다.⁵⁴⁾

6. 객관적 정범성: 구조경로 통제의 정범적 기여성

객관적 단계에서는 B가 전체 범죄실현 과정에서 담당한 기능이 단순한 편의 제공이나 주변적 축진을 넘어 본질적인 역할분담으로 평가될 수 있는지를 살펴야 한다. 이를 위해서는 B가 통제할 수단과 보호영역, 그 통제가 피해자의 자기보호와 외부구조가능성에 미친 영향, 요구되는 작위의 내용과 이행 가능성, 적시에 작위가 이루어진 경우 결과를 방지할 현실적 가능성을 종합하여야 한다. 김봉수 교수의 분석에 따르면 방조의 행위불법과 결과불법은 구별하여 심사되어야 한다. 즉 먼저 방조행위가 정범의 실행행위를 가능·용이·축진하였는지를 확인하고, 이어 그 영향이 정범의 구성요건적 결과와 어떠한 인과적 관련을 가지는지를 검토하여야 한다.⁵⁵⁾ 이 관점에서 휴대전화 계속 보관은 피해자의 구조기회를 축소하여 A의 살인 실행을 용이하게 하였는지, 그리고 그 영향이 사망위험의 현실적 증대로 이어졌는지를 나누어 판단해야 한다.

다만 “정범의 범죄실현과의 밀접한 관련성”이나 “범의침해의 강화·증대”라는 표

53) 대법원 2015. 11. 12. 선고 2015도6809 전원합의체 판결(부진정부작위범의 공동정범에 관하여 의무위반과 기능적 행위지배를 함께 언급하였으나 두 표지의 관계와 심사의 선후는 밝히지 아니하였다); 대법원 2025. 11. 6. 선고 2025도6940 판결(상고이유에 대한 판단에서 원심의 사실인정과 법리적용에 잘못이 없다고 실시하였을 뿐 부진정부작위범의 정범표지에 관한 법리를 제시하지 아니하였다).

54) 김정환, “공동정범과 방조범의 구별을 전제로 한 공동정범의 방조범으로 공소장변경의 필요성 - 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009도7166 판결 -”, 「법조」, 제61권 제9호(2012), 208-214면, 219-220면.

55) 김봉수, “방조에서의 『결과』 개념과 인과관계 판단 - 공범의 처벌근거를 통한 방조의 결과개념 도출 -”, 「형사법연구」, 제20권 제2호(2008), 34-42면; 김봉수, “형법상 방조의 불법구조와 인과관계 - 민법상 방조와의 구별을 중심으로 -”, 「비교형사법연구」, 제24권 제4호(2023), 259-270면, 282면.

지만으로 방조행위성, 결과관련성 및 인과관계를 한꺼번에 긍정해서는 안 된다. 형법상 방조에서는 먼저 방조행위가 정범의 실행행위를 가능·용이·촉진하였는지를 확인하고, 이어 그 영향이 정범의 구성요건적 결과에까지 미쳤는지를 단계적으로 논증하여야 한다.⁵⁶⁾ 이 사건에서도 휴대전화 계속 보관이 피해자의 구조기회를 축소하였다는 사정만으로 충분하지 않고, 그러한 구조기회의 축소가 A의 살인 실행과 어떠한 매개관계를 가지며 사망위험을 현실적으로 증대시켰는지를 별도로 밝혀야 한다. 이와 같은 이중 심사는 방조책임을 결과 발생만으로 소급하여 확장하는 것을 막는 동시에 B의 객관적 기여를 과소평가하지 않는 기준이 된다.

이 사건에서 피해자가 실제로 다른 선박의 선원에게 휴대전화를 빌리려다가 발각되어 폭행당한 사실은 휴대전화 통제가 현실적인 구조요청 기회를 감소시켰음을 뒷받침한다. 또한 B가 08:27경 의식이 거의 없는 피해자를 목격하고도 신고나 구호조치를 하지 않은 사실은 A가 조성한 사망위험의 지속에 기여하였다. 피해자가 사망한 것은 그로부터 약 1시간 뒤인 09:23경이었고, 그 사이 B는 08:46경 다른 선원에게 피해자를 옮기도록 지시하고 08:52경에도 쓰러진 피해자를 본 채 일을 계속한 것으로 인정되었으므로, 구호조치를 취할 시간적 여유와 현실적 가능성이 있었다.⁵⁷⁾ 다만 선박 내 무전기·위성전화·다른 선원의 휴대전화 등 대체수단의 현실적 이용 가능성과 적시 신고가 이루어진 경우 결과방지 가능성은 판결문만으로 충분히 확인되지 않는다. 앞서 본 기능적 행위지배의 기준에 따르면, 직접 실행행위를 분담하지 않은 자의 객관적 정범성은 전체 범죄에서의 지위·역할과 범죄경과에 대한 영향력을 종합하여 본질적 기여가 인정되는지에 달려 있다. 따라서 B의 객관적 기여는 통상적인 주변적 방조보다 중대하고 정범적 기여에 접근하였다고 평가할 수 있지만, 모든 구조가능성을 제거하거나 사망의 직접 원인이 되었다고 단정해서는 안 된다.

7. 살인의 고의: 사망위험의 인식과 용인

주관적 고의의 단계에서는 B가 단순히 피해자가 쇠약하다는 사실을 알았는지가 아니라, 즉시 적절한 보호·구호조치가 이루어지지 않으면 피해자가 사망에 이를 구체적 위험이 있음을 인식하고도 그 결과를 용인하였는지를 확인하여야 한다. 항소심은 B가 2024년 4월 30일 08:27경 의식이 거의 없는 피해자를 목격하여 A의 행위로 피해자가 사망할 수 있다는 사실을 인식하였다고 판단하였다. 이 사정은 적어도 살인방조의 미필적 고의를 인정하는 중요한 근거가 된다. 그러나 최초 휴대전화 보관

56) 김봉수, “방조에서의 『결과』 개념과 인과관계 판단 - 공범의 처벌근거를 통한 방조의 결과개념 도출 -”, 「형사법연구」, 제20권 제2호(2008), 41-42면; 김봉수, “형법상 방조의 불법구조와 인과관계 - 민법상 방조와의 구별을 중심으로 -”, 「비교형사법연구」, 제24권 제4호(2023), 264-270면, 282면. 후자의 논문은 “정범의 범죄실현과의 밀접한 관련성”이라는 표지만으로 방조의 행위불법·결과불법·인과관계를 동시에 긍정할 경우 각 판단단계의 독자성이 상실되고 방조범의 처벌범위가 확장될 수 있다고 비판한다.

57) 광주고등법원 2025. 4. 29. 선고 2024노599 판결. 항소심은 B가 08:27경 쓰러진 피해자를 목격한 뒤 20분 가까이 방관하다가 08:46경 다른 선원에게 피해자를 다른 곳으로 옮길 것을 지시하였고, 08:52경에도 쓰러진 피해자를 보고 이를 방치한 채 일을 계속하였으며, 피해자는 09:23경 사망하였다고 인정하였다. 피해자의 시신이 유기된 뒤 발견되지 아니하였으므로 부검에 의한 사망시각 감정은 이루어지지 않았고, 위 시각은 선내 폐쇄회로 영상과 선원들의 진술에 기초한 것이다.

시점인 3월 중순부터 살인의 고의가 존재하였다고 소급하여 단정할 수는 없으며, 고의의 형성시점과 그 이후 계속적 불반환·구호 불이행을 구별하여야 한다.

8. 공동가공의 의사: 방조의 고의와의 구별

앞서 본 기준에 따르면 공동정범이 성립하려면 B가 A의 살인을 타인의 범행으로 인식하면서 용이하게 하였다는 방조의 고의를 넘어, 자신의 역할을 전체 살인 실행구조의 일부로 받아들이고 범죄를 공동으로 실현하려는 의사를 가졌다는 점이 독립적으로 증명되어야 한다. 공동가공의 의사는 명시적인 사전모의에 한정되지 않고 범행 진행 중 순차적·암묵적으로 형성될 수 있다. 그러나 단순한 범행 인식, 결과 용인, 작위의무 불이행만으로는 부족하며, B가 자신의 역할과 A의 직접 가해를 상호 이용·보완하는 관계로 받아들였다는 구체적 사실이 필요하다.

현재 판결문에는 A와 B 사이에 살인을 공동으로 실현하기 위한 대화나 약속이 없을 뿐 아니라, B가 휴대전화 보관과 구호 불이행을 자신의 살인 실행 역할로 받아들였다고 인정할 만한 역할합치의 정황도 충분히 나타나 있지 않다. 항소심은 B가 선장으로부터 질타를 받거나 신상에 불이익을 입을 것을 두려워한 나머지 피해자의 사망을 용인하는 내심의 의사로 구호조치를 취하지 아니하였다고 판단하였다. 또한 항소심은 B가 피해자가 생존하여 피해 사실을 외부에 알리게 되면 자신도 A의 지시를 따른 데 대하여 처벌받거나 다른 선원들로부터 원망을 받을 수 있다고 두려워하였고, A가 사건 전날 피해자에게 급식하라고 지시하였는데도 B가 이를 이행하지 않았다고 인정하였다.⁵⁸⁾

이러한 사실은 B의 부작위가 A의 살인을 자기의 범행으로 받아들인 데서 비롯되었다기보다, 선내 위계질서 아래에서 자신에게 미칠 불이익을 회피하려는 동기와 자기보전적 이해관계에서 비롯되었을 가능성을 뒷받침한다. 자기보전적 동기는 공동가공의 의사와 양립 불가능한 것은 아니지만, 그 자체로 공동가공의 의사를 증명하지도 않는다. 이 사건에서는 B가 그 동기를 넘어 자신의 역할을 전체 살인 실행구조의 일부로 받아들였다는 역할합치의 추가 정황이 충분히 나타나 있지 않으므로, 이러한 동기구조는 살인방조의 미필적 고의를 뒷받침할 수 있을 뿐 공동가공의 의사를 직접 뒷받침하지는 않는다.

급식의 경과도 같은 방향을 가리킨다. B의 급식 불이행이 A의 지시에 따른 것이었다면 그 국면에서는 역할분담의 외형을 인정할 여지가 있으나, A가 사건 전날 급식을 지시하여 의사를 반복한 뒤에도 B가 이를 이행하지 않았다면, 그 시점 이후의 부작위는 A의 범행계획에 편입된 분담행위라기보다 B 자신의 책임영역에서 이루어진 독자적 부작위로 평가할 여지가 크다. 정범의 변경된 의사에 반하여 이루어진 부

58) 광주고등법원 2025. 4. 29. 선고 2024노599 판결. 항소심은 B가 식당 앞에 쓰러져 있는 피해자를 발견하였을 때 피해자의 건강상태가 극도로 악화되어 사망에 이를 수 있다는 사실을 적어도 불확정적으로 인식하였음에도, 선장으로부터의 질타나 신상의 불이익을 두려워한 나머지 피해자의 사망을 용인하는 내심의 의사로 구호조치를 취하지 아니하였다고 보아 부작위에 의한 살인방조의 미필적 고의를 인정하였다. 또한 B가 피해자가 생존하여 피해 사실을 외부에 알리면 자신도 A의 지시를 따른 데 대하여 처벌받거나 다른 선원들로부터 원망을 받을 수 있다고 두려워한 사정, A가 사건 전날 피해자에게 급식하라고 지시하였는데도 B가 이를 이행하지 않은 사정을 함께 인정하였다.

작위는 공동가공의 의사를 부정하는 방향의 중요한 정황이지만, 그것만으로 별도로 형성된 의사결합의 가능성까지 자동으로 배제하는 것은 아니다. 따라서 이 사정은 의사연락·역할합치에 관한 다른 증거와 함께 평가되어야 한다.

그러나 결과에 대한 병존적 이해관계는 공동가공의 의사와 같지 않다. 공동정범의 주관적 요건은 타인의 범행을 자기의 범행으로 삼아 역할을 분담한다는 의사이지, 타인의 범행이 성공하면 자신에게도 이익이 된다는 인식만을 뜻하지 않는다. 자기보전적·회피적 동기는 공동가공의 의사와 양립할 수 있으나, 이를 입증하려면 B가 그 동기를 넘어 자신의 역할을 A의 살인실행과 결합시켰다는 추가 정황이 필요하다. 현재 판결문에 드러난 동기만으로는 B가 자신을 A의 살인계획에 편입시켰다고 단정하기 어렵다. 사후 사체유기 가담은 A의 범행과 피해자의 사망 경위에 대한 B의 인식 정도를 보충하는 제한적인 사후 정황일 수 있으나, 살인 실행 당시의 공동가공의 의사를 독립적으로 증명하지는 못한다. 그러므로 이 사건에서 공동정범이 부정되는 결정적 이유는 B의 객관적 기여가 경미해서가 아니라, 그 중대한 기여를 A의 살인과 공동으로 실현하려는 의사가 증명되지 않았기 때문이다.

9. 공소제기 단계의 문제와 이 사건의 최종 위치

지금까지의 검토가 법원을 향한 것이라면, 이 절의 문제제기는 공소제기와 공소유지의 주체를 향한다. 항소심에서 검사는 B에 대한 살인방조 부분의 공소사실을 교환적으로 변경하였고, 법원은 그 변경된 공소사실을 토대로 유죄를 인정하였다. 방조로 공소가 제기된 사실을 공동정범으로 인정할 수 있는지는 공소사실의 동일성과 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 있는지를 기준으로 판단하여야 한다. 공동정범과 방조범은 성립요건과 범의의 내용, 범행 가담 방식 및 방어방법이 달라질 수 있으므로, 이 사건처럼 참가형태 변경이 구체적 행위태양과 방어방법의 차이를 수반하는 경우에는 원칙적으로 공소장변경 절차가 필요하다. 대법원 2009도 7166 판결은 공동정범으로 기소된 사실을 방조범으로 평가하는 하향적 변경의 경우에도 공소사실의 동일성과 방어권에 대한 실질적 불이익을 심사하여야 함을 보여준다. 대법원 2026도1894 판결은 ‘유인책’으로서의 직접 가담을 전제로 한 공소사실과 달리 원심이 ‘모집책’ 역할 및 기능적 행위지배를 근거로 공동정범을 인정한 경우, 가담 방식과 행위의 구체적 내용·태양이 달라 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 있으면 공소장변경이 필요하다고 확인하였다.⁵⁹⁾ 따라서 방조에서 공동정범으로 참가형태가 변경되고 그에 따라 방어방법이 실질적으로 달라지는 경우에는 공소장변경 필요성이 강하게 인정될 수 있다.

59) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009도7166 판결(공동정범으로 공소제기된 사실을 방조범으로 인정한 사안에서, 공소사실의 동일성이 인정되고 피고인의 방어권 행사에 실질적 불이익을 초래할 염려가 없으면 공소장변경 없이 방조범의 성립을 인정할 수 있다고 본 사례); 대법원 2026. 7. 16. 선고 2026도1894 판결(공소사실이 ‘유인책’으로서의 직접 가담을 전제로 하였으나 원심이 ‘모집책’ 역할과 기능적 행위지배를 근거로 공동정범을 인정한 사안에서, 범행 가담 방식과 행위의 구체적 내용 및 태양이 달라 피고인의 방어방법이 달라질 수밖에 없고 심리과정에서 방어권이 보장되었다고 보기 어려우므로 공소장변경이 필요하다고 보아 파기환송한 사례); 김정환, “공동정범과 방조범의 구별을 전제로 한 공동정범의 방조범으로 공소장변경의 필요성 - 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009도7166 판결 -”, 「법조」, 제61권 제9호(2012), 208-214면, 219-220면.

다만 이러한 제약은 공소제기 단계에서 해소할 수 있는 성질의 것이다. 증거관계가 허용하고 공소사실의 동일성이 인정되는 범위에서 검사가 주위적으로 살인죄의 공동정범을, 예비적으로 부작위에 의한 살인방조를 구성하여 공소를 제기하였다면, 피고인의 방어권을 훼손하지 아니하면서도 두 참가형태에 관한 실체판단을 함께 받을 수 있었을 것이다. 따라서 대법원이 이 사건에서 살인 공동정범 여부를 별도로 판단하지 않은 것 자체를 비판할 수는 없다. 이 사건에 대한 타당한 결론은 B의 행위를 부작위에 의한 살인방조로 평가하는 것이다. 이러한 의미에서 이 사건은 공동정범이 성립하는 사례가 아니라, 정범성에 근접한 중대한 방조의 한계사례로 자리매김할 수 있다.

10. 대상판결의 의의와 논증구조의 한계

대법원이 원심의 부작위에 의한 살인방조 유죄 판단을 유지하였다는 점에서 이 사건은 의미가 있다. 제1심은 휴대전화 보관행위와 A의 살인범행 사이의 관련성을 좁게 보았지만, 항소심은 공소장변경을 통하여 B의 일련의 행위를 전체적으로 평가하였다. 이는 사안의 실질에 한 걸음 더 접근한 판단이라고 할 수 있다.

그러나 원심은 B의 행위를 살인방조로 평가하는 과정에서 폐쇄적 선박공간에서 휴대전화의 계속적 불반환이 갖는 독자적 의미를 충분히 드러내지 못하였고, 대법원도 이 점에 관한 독자적인 법리를 제시하지 않았다. 이 사건에서 휴대전화는 피해자가 독자적으로 외부에 구조를 요청하기 위한 현실적이고 중요한 수단이었고, 이를 계속 반환하지 않은 행위는 피해자의 구조가능성을 현저히 축소하였다. 다만 현재 판결문이 뒷받침하는 것은 중요한 구조경로의 현저한 축소까지이며, 모든 대체 통신·구조경로의 제거 또는 사망결과에 대한 직접적 인과관계까지는 아니다. 후자의 평가에는 다른 통신·구조수단의 존재와 피해자의 실제 이용가능성, 적시 작위에 의한 결과방지 가능성에 관한 추가적인 사실확인이 필요하다.

또한 B의 조리장으로서의 지위, 급식 미제공·제한, 구호조치 불이행, 사후 사체유기 관여를 동일한 의미의 요소로 일괄 평가해서는 안 된다. 휴대전화 계속 보관과 구호 불이행은 실행단계의 객관적 기여로, 급식 미제공은 급식 제공이라는 조리장에게 직접 귀속된 책임영역에서 이루어진 독자적 부작위로서 생명유지 능력의 약화로, 사체유기는 사후 은폐행위로 각각 구별하여 평가해야 한다. 이러한 구별을 전제로 하더라도, 실행단계에서의 여러 행위가 결합하여 피해자의 고립과 사망위험을 지속시켰다면 B의 기여는 통상적인 방조보다 강하게 평가될 수 있다.

공동정범 이론의 관점에서 B의 정범성 가능성을 한계사례로 검토하는 것 자체는 의미가 있다. 그러나 현재 판결문에 나타난 사실만으로 공동정범을 긍정하는 것은 어렵다. 피해자의 외부 연락수단을 통제하고 생명유지 조건에 관여하였다는 객관적 사정은 중대한 기여를 보여주지만, B가 A의 살인을 자신의 범행으로 받아들여 공동으로 실현하려 했다는 주관적 의사가 충분히 증명되지 않았기 때문이다. 또한 B의 반환·신고·긴급구호 의무가 최종 실행단계에서 사망결과 방지에 관한 제1차적·독자적 의무로 강화되었고 그 불이행이 작위에 의한 살인과 동가치하였다고 볼 자료도 충분하지 않으므로, 독립된 부작위정범의 성립도 인정하기 어렵다. 따라서 이 사건의 공동정범론은 대상판결의 결론을 직접 뒤집기 위한 확정적 해석론이 아니라, 추가

증거가 존재할 경우에 한하여 성립 가능성을 검토하는 제한적 이론구성으로 이해되어야 한다.

정범과 공범의 구별은 우선 행위자의 역할, 의무의 내용, 결과발생 구조에 대한 기여를 토대로 객관적 정범성을 검토하고, 이어 각 죄명에 필요한 고의와 공동가공의 의사를 심사하는 단계적 구조로 이루어져야 한다. 동일한 부작위를 살인의 고의 유무에 따라 살인방조와 유기치사의 정범으로 달리 평가하는 구조가 객관적 정범·공범 구별기준과 긴장된다는 비판도 이러한 단계적 구별의 필요성을 보여준다.⁶⁰⁾ 일반론으로는 기여가 살인결과 실현에 본질적 역할을 하였다고 평가되더라도 살인의 고의가 인정되지 않으면 살인죄의 정범은 성립할 수 없고, 반대로 고의가 인정되더라도 기여가 단순한 조력에 머문다면 방조범으로 평가하여야 한다. 한편 행위자의 구체적 작위의무가 사망결과를 독자적으로 방지하여야 할 제1차적 결과방지의무로 강화되고 그 부작위가 작위에 의한 살인과 동가치하며 결과방지 가능성이 인정된다면 공동가공의 의사 없이도 독립된 부작위정범이 성립할 수 있다. 그러나 이 사건에서 B에게 그러한 제1차적·독자적 결과방지의무와 작위동가치성은 인정되기 어렵다. 따라서 이 사건에서 공동정범과 방조범 사이의 참가형태를 가르는 핵심은 살인방조의 고의 외에 공동가공의 의사가 증명되는지에 있다.

앞서 본 것처럼 방조로 공소가 제기된 이상 법원이 살인죄 공동정범을 공소장변경 없이 직권으로 인정하기는 어려웠으므로, 본고의 비판은 법원의 심판범위 일탈을 지적하는 것이 아니다. 본고가 문제 삼는 것은, 이 사건 불법의 실질에 비추어 불 때 공소제기와 공소유지의 단계에서 B의 행위가 살인죄 공동정범으로 구성될 수 있는지가 적극적으로 검토되었어야 한다는 점, 그리고 향후 폐쇄적 공간에서의 유사 사안에서 부작위 관여자의 죄책을 의율함에 있어 방조범 구성이 당연한 출발점이 되어서는 안 된다는 점이다.

따라서 원심판결과 이를 간략히 유지한 대법원 판결의 한계는 공동정범을 인정하지 않은 결론 그 자체보다, 부작위 관여자의 정범화 경로를 독립된 부작위정범과 작위정범과의 공동정범으로 구별하지 않은 채 의무의 강약, 사태지배, 기능적 기여 중 어떠한 기준을 어떤 순서로 심사할 것인지 명확히 제시하지 않은 데 있다. 먼저 의무의 범위와 독자적 구성요건 실현을 통해 독립된 부작위정범의 가능성을 가리고, 이어 A의 작위와의 기능적 결합 및 공동가공의 의사를 통해 공동정범의 가능성을 심사하는 단계적 기준이 제시되었다면, 방조 결론의 근거와 한계도 더욱 선명해졌을 것이다.⁶¹⁾

이러한 문제의식을 실무의 언어로 옮기면 심사의 순서와 각 단계의 확인사항은 다음과 같이 정리된다. 첫째, 사안유형을 가린다. 복수의 보증인이 서로 부작위로 결합한 경우인지, 작위에 의한 정범의 실행에 부작위로 관여한 경우인지에 따라 적용할

60) 안정빈, “유기죄에서 의무범 이론의 적용가능성 - 유기치사죄와 부작위 살인죄의 구별을 중심으로 -”, 「원광법학」, 제35권 제3호(2019), 81-82면, 87-88면. 동일한 부작위가 살인의 고의가 있으면 살인방조, 그 고의가 없으면 유기치사의 정범으로 평가되는 구조는 정범과 공범의 객관적 구별기준에 비추어 설명이 필요하다고 지적한다.

61) 부진정부작위범의 정범표지를 둘러싼 논의로는 김성룡, “의무범과 정범표지, 부작위범의 공동정범 표지로서 기능적 범행지배?”, 「형사법의 신동향」, 통권 제52호(2016), 248-252면; 김성룡, “부작위범 사이의 공동정범”, 「형사판례연구」, 제17권(2009), 50-57면 참조. 위 각 논문은 부작위 공동정범의 정범표지와 그 독자적 필요성을 제한적·비판적으로 검토한 것이고, 본문에서 제시하는 단계적 심사기준을 직접 제안한 것은 아니다.

기준 체계가 달라진다. 둘째, 의무의 위계와 범위를 확정한다. 관여자의 구체적 의무가 최종 실행단계에서 사망결과를 독자적으로 방지하여야 할 제1차적·독자적 결과방지의무로 강화되었는지, 특정 보호영역에 한하여 의무가 강화된 중간적 의무자인지, 일반적 협력의무에 그치는지를 의무의 발생근거와 보호기능의 귀속에서 판단한다. 이 단계에서 독립된 부작위정범의 가능성도 가려진다. 셋째, 객관적 기여를 심사한다. 관여자가 통제할 수단과 보호영역, 그 통제가 피해자의 자기보호와 외부 구조가능성에 미친 영향, 요구되는 작위의 이행 가능성, 적시에 작위가 이루어졌을 경우의 결과방지 가능성 및 부작위의 작위동가치성을 확인한다. 넷째, 정범화의 경로에 따라 주관적 요건을 구별한다. 독립된 부작위정범에는 살인의 고의가, 작위정범과의 공동정범에는 살인의 고의와 공동가공의 의사가 필요하다. 방조범에게는 정범의 살인범행과 자신의 부작위가 이를 용이하게 한다는 인식이 요구된다. 이 사건에서는 B의 객관적 기여가 정범적 수준에 접근하였지만 제1차적·독자적 결과방지의무와 작위동가치성이 충분히 인정되지 않았고, A와의 공동가공의 의사도 증명되지 않았다. 따라서 방조 결론에 이르게 된다.

위 심사는 재판단계에서 비로소 가능한 것이 아니라 수사단계의 증거수집에 의하여 좌우된다. 이 사건에서 정범책임이 인정되지 않은 이유는 B의 객관적 기여가 경미하였기 때문이 아니다. 독립된 부작위정범의 경로에서는 제1차적·독자적 결과방지의무, 적시 작위에 의한 결과방지 가능성 및 작위동가치성이 충분히 확인되지 않았고, A와의 공동정범의 경로에서는 본질적 역할분담과 공동가공의 의사가 증명되지 않았다. 이는 수사단계에서 무엇이 확인되어야 하는지를 함께 보여준다. 첫째, 관여자가 통제할 수단의 범위와 사실상 배타성이다. 선박 내 무전기, 위성전화, 다른 선원의 휴대전화, 인근 선박을 통한 연락 등 대체수단이 실제로 존재하였는지와 피해자가 이를 현실적으로 이용할 수 있었는지를 확인하여야 한다. 둘째, 결과방지 가능성이다. 관여자가 적시에 신고하거나 구호조치를 하였을 경우 결과를 방지할 수 있었는지를 의학적·상황적으로 확인하여야 한다. 셋째, 정범과 관여자 사이의 의사연락과 역할합치를 뒷받침하는 정황이다. 지시와 보고의 내용, 그 지시가 반복되었을 때의 대응, 관여자가 정범의 계획을 자기의 역할로 받아들였음을 보여주는 언동이어이에 해당한다. 넷째, 관여자의 동기이다. 상급자에 대한 두려움에서 비롯된 회피적 동기인지, 결과에 대한 자기 이익에서 비롯된 것인지, 아니면 범행에의 편입인지에 따라 주관적 요건의 평가가 달라진다. 판결문만으로는 첫째와 둘째 사항이 어느 범위까지 확인되었는지 알 수 없다. 실제 수사·공판기록에서의 확인 정도는 이 판결문만으로 판단할 수 없지만, 향후 유사 사건에서는 이를 명시적인 증거수집 항목으로 삼아야 한다.

V. 결론

대법원은 폐쇄적 선박공간에서 피해자의 휴대전화를 계속 보관하고, 피해자가 선장으로부터 지속적인 폭행·학대를 당하여 생명위험 상태에 이르렀음을 인식하면서도 신고나 구호조치를 하지 않은 조리장에 대하여 부작위에 의한 살인방조죄를 인정한 원심의 유죄 판단을 유지하였다. 판결문에 나타난 사실과 항소심에서 변경된 공

소사실의 범위에서는 이러한 결론이 타당하다. B의 행위는 피해자의 현실적인 구조 기회를 축소하고 A가 조성한 생명침해 위험의 지속에 기여하였으므로, 단순한 동석이나 묵인과 구별되는 중대한 방조로 평가할 수 있다.

그러나 객관적 기여의 중대성만으로 살인 공동정범이 성립하지는 않는다. 공동정범과 방조범은 단순한 경중관계가 아니라 성립요건과 범의의 내용이 다른 범죄참가 형태이다. 공동정범을 인정하려면 B가 피해자의 사망위험을 인식·용인하였다는 점에 더하여, 자신의 역할을 전체 살인 실행구조의 일부로 받아들이고 A의 살인을 자기의 범행으로 공동 실현하려는 의사를 가졌다는 사실이 독립적으로 증명되어야 한다. 현재 판결문에는 독립된 부작위정범의 경로에서 필요한 제1차적·독자적 결과방지의무, 결과방지 가능성 및 작위동가치성을 인정할 자료가 충분하지 않다. 또한 A의 작위와 기능적으로 결합한 공동정범의 경로에서 필요한 의사결합과 역할합치도 충분히 나타나 있지 않다. 사후 사체유기 가담만으로 어느 경로의 요건도 소급하여 인정할 수 없다.

따라서 이 사건에서 공동정범이 부정되는 결정적인 이유는 B의 객관적 기여가 경미하였기 때문이 아니라, 그 중대한 기여를 A의 살인과 결합하여 공동으로 실현하려는 의사가 증명되지 않았기 때문이다. 또한 항소심에서 검사가 살인방조로 공소사실을 교환적으로 변경한 이상, 법원이 살인 공동정범을 공소장변경 없이 직권으로 인정하지 않은 점 자체를 비판하기도 어렵다. 다만 그것은 법원의 심판범위에 관한 문제일 뿐이다. 이 사건 불법의 실질에 비추어 볼 때 공동정범 구성의 가능성은 공소제기와 공소유지의 단계에서 적극적으로 검토되었어야 하고, 증거관계가 허용하고 공소사실의 동일성이 인정되는 범위에서 주위적·예비적 공소사실을 구성하는 것은 그러한 검토를 방어권의 훼손 없이 실현하는 수단이 될 수 있다.

결국 이 사건은 객관적 기여가 정범적 수준에 접근하더라도 B의 구체적 의무가 사망결과 방지에 관한 제1차적·독자적 의무로 강화되었다거나 그 불이행이 작위살인과 동가치하였다고 볼 수 없고 공동가공의 의사도 증명되지 않으면 방조범에 머물러야 한다는 점을 보여주는 한계사례이다. 이 결론은 작위정범과 부작위 관여자의 관계에서 부작위 관여자의 참가형태를 판단할 때에도 기여의 양적 크기뿐 아니라 의무의 위계와 범위가 객관적 정범성의 출발점이 된다는 의무의 강약설의 관점에서 설명할 수 있다. 다만 의무의 위계만으로 참가형태가 자동 확정되는 것은 아니며, 객관적 기여와 작위동가치성, 살인의 고의, 공동가공의 의사를 단계적으로 심사해야 한다. 또한 이러한 설명은 이 사건이 부작위자 상호간의 결합이 아니라 작위정범의 실행에 부작위로 관여한 유형이라는 확정을 전제로 한다. 사안유형의 구별과 단계적 심사가 본고의 두 축이고, 의무의 강약설과 ‘구조경로 통제형 중간관여자’는 그 안에서 B의 위치를 설명하기 위한 도구이다. 동시에 이는 순수 방관자와 구조경로 통제형 중간관여자를 구별하여야 함을 보여준다. 이 사건의 구조는 선박에 한정되지 않는다. 상급자의 계속적 가혹행위를 하급자가 방치하면서 동시에 피해자의 외부 연락 수단이나 생존조건을 통제하는 상황은 병영, 요양시설, 합숙을 수반하는 사업장, 아동·장애인 보호시설에서도 나타날 수 있다. 향후 유사 사건에서는 연락·급식·구호수단의 현실적 통제, 적시 작위에 의한 결과방지 가능성과 작위동가치성, 최종 실행단계에서의 역할합치 및 공동가공의 의사를 뒷받침하는 간접사실을 서로 구별하여 심사할 필요가 있다. 이러한 단계적 분석은 부작위 관여자의 책임을 과도하게 확장

하지 않으면서도, 폐쇄적 공간에서 특정 구조경로를 통제한 중대한 관여행위를 단순한 주변적 방조와 동일하게 취급하지 않도록 하는 기준이 될 수 있다.

- **주제어:** 부작위범, 살인방조, 공동정범, 의무의 강약설, 방조의 인과관계, 보증인지위

[참고문헌]

- 김봉수, “방조에서의 『결과』 개념과 인과관계 판단 - 공범의 처벌근거를 통한 방조의 결과개념 도출 -”, 「형사법연구」 제20권 제2호, 한국형사법학회, 2008.
- 김봉수, “형법상 방조의 불법구조와 인과관계 - 민법상 방조와의 구별을 중심으로 -”, 「비교형사법연구」 제24권 제4호, 한국비교형사법학회, 2023.
- 김성룡, “부작위범 사이의 공동정범”, 「형사판례연구」 제17권, 한국형사판례연구회, 2009.
- 김성룡, “의무범과 정범표지, 부작위범의 공동정범 표지로서 기능적 범행지배?”, 「형사법의 신동향」 통권 제52호, 대검찰청, 2016.
- 김성룡·백자민, “의료계약과 치료중단에 있어서의 의사의 보증인적 지위 - 보라매병원 사건을 중심으로 -”, 「법학논고」 제29집, 경북대학교 법학연구원, 2008.
- 김정환, “공동정범과 방조범의 구별을 전제로 한 공동정범의 방조범으로 공소장변경의 필요성 - 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009도7166 판결 -”, 「법조」 제61권 제9호, 사단법인 법조협회, 2012.
- 김정환, “정범행위에 대한 방조자의 고의”, 「형사법연구」 제19권 제2호, 한국형사법학회, 2007.
- 김종구, “적법한 선행행위로 인한 부작위범의 보증인지위”, 「형사법연구」 제37권 제4호, 한국형사법학회, 2025.
- 김태명, “보호의무 없는 자의 작위에 의한 유기행위의 가벌성”, 「비교형사법연구」 제18권 제2호, 한국비교형사법학회, 2016.
- 김태명, “부작위에 의한 살인죄의 공동정범의 성립요건”, 「형사판례연구」 제24권, 한국형사판례연구회, 2016.
- 류전철, “공동정범의 이론구성에 관한 비교법적 연구”, 「비교형사법연구」 제18권 제2호, 한국비교형사법학회, 2016.
- 성낙현, “보증인지위의 성립근거로서의 先行行爲의 요건”, 「법조」 제63권 제1호, 사단법인 법조협회, 2014.
- 손동권, “정범과 공범, 작위범과 부작위범의 구별 - 대법원 2004. 6. 24. 선고, 2002도995 판결 -”, 「인권과 정의」 제346호, 대한변호사협회, 2005.
- 안정빈, “보증인지위와 적극적·소극적 의무 개념 - 의무범 이론과의 연계성을 중심으로 -”, 「비교법연구」 제22권 제3호, 동국대학교 비교법문화연구원, 2022.
- 안정빈, “부작위 공동정범 - 공동의무의 개념 및 실질적 공동정범 논의를 중심으로 -”, 「법학논총」 제26집 제3호, 조선대학교 법학연구원, 2019.
- 안정빈, “부작위 행위자들 사이에서 정범과 공범의 구별”, 「형사법연구」 제31권 제2호, 한국형사법학회, 2019.
- 안정빈, “유기죄에서 의무범 이론의 적용가능성 - 유기치사죄와 부작위 살인죄의 구별을 중심으로 -”, 「원광법학」 제35권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2019.
- 안정빈, “의무범에서의 정범과 공범을 구별 짓는 기제로서의 ‘의무의 강약설’ 및 사회적·규범적 판단에 대한 연구 - 부작위 경합 상황에서의 의무의 충돌 및 의무부과의 개념을 중심으로 -”, 「중앙법학」 제24집 제4호, 중앙법학회, 2022.
- 안정빈, “작위와 부작위 구분의 애매성과 부작위 내 분류기준에 대한 검토 - 보증인 의무에 있어서의 보호의무와 안전의무 구별을 중심으로 -”, 「홍익법학」 제24권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2023.
- 안정빈, “조리상 작위의무와 나쁜 사마리아인법의 경계 - 형법상 유기죄 보호의무 조항 및 최근 과실부작위범 판례(대법원 2023. 7. 27. 선고 2023도6735 판결) 검토를 중심으로 -”, 「한국경찰학회보」 제28권 제3호, 한국경찰학회, 2026.

- 안정빈, “진정부작위 공동정범 형사판례의 동향 - 부진정부작위 공동정범과의 구별 및 부작위 공동정범 성립가능성을 중심으로 -”, 「법학연구」 제63권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2022.
- 이세화, “보증의무의 전제로서의 선행행위에 대한 제한”, 「비교형사법연구」 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007.
- 이수진, “공동정범에서의 정범성립 요건 - ‘공모’공동정범과 관련하여 -”, 「법학연구」 제56권 제3호, 부산대학교 법학연구소, 2015.
- 이용식, “부작위 상호간에 있어서 정범과 공범의 구별 및 공동정범의 성립 가능성”, 「서울대학교 법학」 제52권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2011.
- 이정원, “의학적 권고에 반한 퇴원으로 사망한 환자에 대한 형사책임 - 대판 2004.6.24, 2002도 995: 소위 보라매병원사건 -”, 「비교형사법연구」 제6권 제2-1호, 한국비교형사법학회, 2004.
- 이창섭, “해양사고와 선원의 형사책임에 관한 몇 가지 검토”, 「비교형사법연구」 제18권 제1호, 한국비교형사법학회, 2016.
- 이효진, “보증인지위의 발생근거로서의 선행행위 - 대법원 2023. 7. 27. 선고 2023도6735 판결 -”, 「성균관법학」 제36권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2024.
- 정혜옥, “공모공동정범과 기능적 행위지배”, 「원광법학」 제31권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2015.
- 조기영, “다수인이 연루된 해양사고에서 각 관여자 별 책임의 귀속 - 과실범·부작위범의 공동정범을 중심으로 -”, 「비교형사법연구」 제27권 제1호, 한국비교형사법학회, 2025.
- 조기영, “예비단계에서의 관여행위와 공동정범”, 「형사법연구」 제25권 제4호, 한국형사법학회, 2013.
- 조기영, “정신적 방조와 방조범의 인과관계”, 「형사법연구」 제26권 제3호, 한국형사법학회, 2014.
- 조인현, “부진정부작위범에 있어서 위험발생 요건의 연혁적 해석 - ‘세월호’ 선장 및 승무원의 구조의무 불이행 사건 판례 평석 -”, 「형사정책」 제28권 제3호, 한국형사정책학회, 2016.
- 한정환, “무형적·정신적 방조”, 「형사법의 신동향」 통권 제56호, 대검찰청, 2017.
- 허 황, “수인의 부작위가 경합하여 결과가 발생한 경우 범죄참가형태 - 부작위에 의한 공동정범에 관한 연구 -”, 「법학논고」 제61집, 경북대학교 법학연구원, 2018.
- Leavens, Arthur, “A Causation Approach to Criminal Omissions”, California Law Review, Vol. 76, No. 3, May 1988.

[Abstract]

Control of a Victim's Mobile Phone in a Confined Maritime Space and Whether a Participant Acting by Omission Qualifies as a Principal Offender

— Supreme Court Decision 2025Do6940 (Nov. 6, 2025) —

AHN JEONGBIN*

The decision under review concerns a captain who subjected a newly hired crew member to prolonged violence and abuse, causing the crew member's death. After the charge was reformulated on appeal, the Gwangju High Court convicted the ship's cook of aiding and abetting murder by omission, and the Supreme Court dismissed his appeal. At the captain's direction, the cook obtained and retained the victim's mobile phone, and later failed to assist him despite recognizing a life-threatening condition. While accepting the result, this Article asks whether the continued control of the phone and the failure to render aid constituted an objective contribution beyond ordinary aiding and abetting, and when such a contribution could amount to principal-level participation in murder.

In a confined maritime space, continued control of a victim's practically usable mobile phone may materially reduce the prospect of outside assistance. From the perspective of the Intensity of Duty Theory, the cook is best understood as an intermediate participant controlling a means of self-rescue: more than a passive bystander, but not a primary guarantor bearing comprehensive responsibility for the victim's survival. His position supports concrete duties to return the phone, report the danger, and render emergency aid, and it grounds substantial liability for aiding and abetting. The record, however, does not establish that these concrete duties had become an autonomous, primary duty to avert death or that his omission was equivalent to the commission of homicide. The remaining route to principal liability would be co-perpetration through the functional integration of his omissions with the captain's acts. That route additionally requires proof that he possessed the mens rea for murder and intended to realize the offense jointly with the captain. Here, the objective contribution and mens rea for aiding and abetting murder may be established, but joint intent was not sufficiently proven. The result is therefore justified. The judgments, however, did not expressly organize their reasoning around the hierarchy and scope of duties, objective contribution and equivalence, mens rea for murder, and joint intent, or independently explain the source and scope of the duty to act and the

* Associate Professor and Chair, Department of Law, Kyungnam University.

significance of control over the phone. This Article structures the inquiry in four stages—case type, hierarchy and scope of duties, objective contribution, and subjective requirements—identifies the evidence needed at each stage, and, where the evidentiary basis and identity of the charged facts permit, proposes charging co-perpetration primarily and aiding and abetting in the alternative so that both may be adjudicated without impairing the defense.

- **Key Words:** criminal liability by omission, aiding and abetting murder, co-perpetration, Intensity of Duty Theory, causation in aiding and abetting, guarantor status

게임 규제의 문제점과 개선방향에 관한 연구 - 2025년 게임산업법 전부개정안의 주요 내용 및 정책적 의미를 중심으로 -*

황성기**

논문요지

2025년 9월 24일 국회에 발의된 「게임산업진흥에 관한 법률 전부개정법률안」(이하 ‘2025년 게임산업법 전부개정안’)은 국내외 디지털 전환 가속화로 인해 급변하는 게임산업과 이용환경에 대응하기 위한 전부개정안이다.

2025년 게임산업법 전부개정안은 아케이드게임(특정장소형게임)과 온라인게임(디지털게임)의 분리, 온라인게임에 대한 경품 규제 폐지, 등급분류의 민간 이양, 규제에서 진흥 위주로의 게임 행정 거버넌스 개편, 자율규제 및 지원 근거 마련 등 게임산업법의 기본 구조에 큰 변화를 가져올 수 있는 내용들을 포함하고 있다. 우선 2025년 게임산업법 전부개정안의 의의는 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째, 2025년 게임산업법 전부개정안은 게임 이용자와 산업계 등 이해 당사자들에게 영향을 끼칠 수 있는 ‘대형 법안’으로서, 현행 게임산업법이 온라인과 모바일, 글로벌 플랫폼 시대의 변화를 따라가지 못한다는 그동안의 지적 등 게임과 관련된 그간 쌓인 여러 가지 과제들을 한꺼번에 풀어보려는 시도라고 볼 수 있다.

둘째, 2025년 게임산업법 전부개정안이 진흥의 범위를 ‘게임산업’에서 ‘게임문화 및 산업’으로 확장한 것은 게임을 단순히 ‘중독적’이거나 ‘상업적’ 콘텐츠로 보는 시각에서 벗어나, 건전한 ‘문화 콘텐츠’로 인정하려는 인식 전환을 반영한 것이다. 이러한 관점에서 전부개정안은 산업과 문화의 자율성과 창의성을 존중하는 ‘진흥 중심’ 체계로의 전환을 지향하는 것으로 평가될 수 있다. 이는 대한민국 헌법의 기본원리 중 하나인 ‘문화국가원리’를 보다 충실히 구현하는 게임 ‘진흥법’으로서의 성격을 갖는다고 볼 수 있다.

셋째, 2006년 제정·시행 이후 20년 이상 유지되어 온 현행 게임산업법의 낡은 틀을 극복하고, 이용자 보호와 산업 발전을 동시에 달성할 수 있는 선진적인 입법 모델이라는 점에서, 전부개정안은 향후 20년간 한국 게임산업의 방향을 설계하는 중요한 이정표가 될 수 있다.

그러나 이러한 의의에도 불구하고, 온라인 게임 경품 규제 폐지와 같은 주요

* 이 논문은 한국게임정책자율기구가 2026. 4. 13. 주최한 <게임산업법 전부개정안 전문가포럼 정책토론회>에서 필자가 기초발제한 내용을 대폭 수정·보완한 것임

** 한양대 법학전문대학원 교수, 법학박사

쟁점에 대해서는 문화체육관광부를 비롯한 관련 이해관계자들 간에 이견이 존재하는 것으로 보인다.

본 논문은 2025 게임산업법 전부개정안의 주요 내용과 정책적 의미를 검토하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 먼저 게임산업법의 주요 입법 연혁을 살펴본 후, 전부개정안의 핵심 쟁점별로 정책적 시사점과 대안 제시, 게임산업법의 역사에 있어서 2025년 게임산업법 전부개정안이 갖는 함의에 대한 총평을 시도하고자 한다.

· 논문제출: 2026. 06. 25. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

I. 들어가는 말

게임은 영화, 음악 등과 더불어 문화예술콘텐츠산업의 대표적인 분야다. 특히 게임 산업은 K-콘텐츠 수출 성장을 주도하는 등 한국의 대표적인 효자산업으로 평가받고 있다.¹⁾ 그럼에도 불구하고 영화, 음악 등 다른 문화예술콘텐츠와 비교해 볼 때, 게임에 대해서는 불합리하고 과도한 규제가 많다는 비판이 지금까지 줄기차게 제시되어 왔다. 이러한 규제 환경에서 2025년 9월 24일 조승래 의원이 「게임산업진흥에 관한 법률 전부개정법률안」(이하 ‘2025년 게임산업법 전부개정안’이라 한다)²⁾을 대표발의하게 된다. 이 개정법률안은 국내외적으로 디지털 전환의 가속화에 따른 게임산업과 이용환경의 급격한 변화에 부응하기 위한 전부개정안이다. 현행 게임산업법을 전부 개정하려는 시도는 제21대 국회 당시부터 있었는바, 예컨대 이상현 의원, 이용 의원, 하태경 의원이 각각 전부개정안을 발의한 적이 있으나, 원안대로 의결되지 못했다.³⁾

2025년 게임산업법 전부개정안은 아케이드게임(특정장소형게임)과 온라인게임(디지털게임)의 분리, 온라인게임에 대한 경품 규제 폐지, 등급분류의 민간 이양, 규제에서 진흥 위주로의 게임 행정 거버넌스 개편, 자율규제 및 지원 근거 마련 등 게임산업법의 기본 구조에 큰 변화를 가져올 수 있는 내용들을 포함하고 있다. 우선 2025년 게임산업법 전부개정안의 의의는 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째, 2025년 게임산업법 전부개정안은 게임 이용자와 산업계 등 이해 당사자들에게 영향을 끼칠 수 있는 ‘대형 법안’으로서, 현행 게임산업법이 온라인과 모바일, 글

1) 문화체육관광부가 2026. 2. 27. 발표한 <2024년 기준 콘텐츠산업조사>에 따르면, 2024년 콘텐츠산업 수출액 중에서 게임이 전체 수출의 60.4%를 차지함으로써, K-콘텐츠 수출 성장은 게임이 주도했다고 한다. “K-콘텐츠 역대 최대 140억달러 수출…매출액 157조원 돌파”, 「연합뉴스」, 2026. 2. 27. 기사 참조. https://www.yna.co.kr/amp/view/AKR20260227024100005?utm_source=chatgpt.com [2026. 6. 18. 방문]

2) 의안번호 : 2213231

3) 이상현 의원이 2020. 12. 15. 대표발의한 「게임산업진흥에 관한 법률 전부개정법률안」(의안번호 : 2106496)과 하태경 의원이 2023. 1. 17. 대표발의한 「게임산업진흥에 관한 법률 전부개정법률안」(의안번호 : 2119667)은 임기만으로 인해 자동 폐기되었고, 이용 의원이 2021. 11. 23. 대표발의한 「게임산업진흥에 관한 법률 전부개정법률안」(의안번호 : 2113489)은 2021. 12. 1. 발의자들이 철회하였다.

로벌 플랫폼 시대의 변화를 따라가지 못한다는 그동안의 지적 등 게임과 관련된 그간 쌓인 여러 가지 과제들을 한꺼번에 풀어보려는 시도라고 볼 수 있다.

둘째, 2025년 게임산업법 전부개정안은 법률의 명칭 자체를 「게임문화 및 산업 진흥에 관한 법률」로 바꾸는 등 진흥의 대상을 ‘게임산업’에서 ‘게임문화 및 산업’으로 확장한 것은, 게임을 더 이상 ‘중독적 콘텐츠’나 ‘상업적 콘텐츠’로만 보는 시선에서 벗어나 건전한 ‘문화 콘텐츠’로 인정한 것이다. 이러한 시각에서 전부개정안은 규제 일변도의 기존 구조를 탈피하여, 산업과 문화의 자율성과 창의성을 존중하는 ‘진흥 중심’ 체계로의 전환을 시도한 것으로서, 우리나라 헌법의 기본원리 중의 하나인 ‘문화국가원리’⁴⁾에 보다 충실한 게임‘진흥’법이라는 평가가 가능하다.

셋째, 2006. 4. 28. 법률 제7941호로 제정되고, 2006. 10. 29. 시행된 이후 20여 년간 유지되어 온 낡은 현행 게임산업법 체계의 한계를 극복하고, 이용자 보호와 산업 발전을 동시에 달성할 수 있는 가장 선진적인 입법 모델로서, 한국 게임산업의 새로운 20년을 설계할 중요한 이정표가 될 수 있다는 점에서, 기본적인 방향에 있어서는 매우 긍정적으로 평가할 수 있다.

다만 위와 같은 의의에도 불구하고, 온라인게임의 경품 규제 폐지를 비롯한 일부 주요 쟁점들에 대해서는 문화체육관광부를 비롯한 관련 이해관계자들에서도 이론(異論)이 있는 것으로 보인다.

이 글은 2025년 게임산업법 전부개정안의 주요 내용 및 정책적 의미에 대한 고찰을 중심으로 하여 현행 게임 규제의 문제점과 개선방향을 제시하는 것을 목적으로 한다. 이러한 목적을 위해서, 우선 게임산업법의 주요 제·개정 연혁을 연대기 순으로 정리함과 아울러 그에 대한 평가를 시도하며(Ⅱ), 이러한 정리와 평가를 전제로 해서 2025년 게임산업법 전부개정안의 주요 내용별로 그 정책적 의미에 대한 평가 및 대안 제시와 아울러 종합적 평가도 시도해 보고자 한다(Ⅲ).

Ⅱ. 게임산업법의 주요 제·개정 연혁

2025년 게임산업법 전부개정안의 주요 내용별 정책적 의미를 추출 및 평가하고 그 대안을 제시하기 위해서는, 현행 게임산업법의 주요 제·개정 연혁을 고찰할 필요가 있다. 왜냐하면 현행 게임산업법의 주요 제·개정 과정을 이해해야지만, 2025년 게임산업법 전부개정안의 주요 내용별로 그 연혁 및 현 시점에서의 정책적 의미가 이해될 수 있을 뿐만 아니라, 결국 2025년 게임산업법 전부개정안이 게임법 체계의 ‘진화 과정의 산물’이라는 중국적 평가가 가능할 수 있기 때문이다. 현행 게임산업법의 주요 제·개정 연혁을 연대기 순으로 정리하면 다음과 같다.

1. 게임산업법의 제정

게임산업법은 2006. 4. 28. 법률 제7941호로 제정되고, 2006. 10. 29. 시행되었다.⁵⁾

4) “우리나라는 건국헌법 이래 문화국가의 원리를 헌법의 기본원리로 채택하고 있다.”(헌재 2004. 5. 27. 2003헌가1, 판례집 16-1, 670).

5) 황승흠은 한국 게임법제의 전개과정을 세 개의 단계로 나누어 설명한다. 제1단계는 유기장

게임산업법은 기존의 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」(이하 ‘음비게법’이라 한다)이 분법(分法)되면서 제정되었다. 게임물이 음반, 비디오물과 함께 음비게법에 규정되어 있어 게임물만의 고유한 특성이 반영되지 못하고 게임이용문화가 제대로 정착되지 못하고 있으므로⁶⁾ 게임물에 관한 법체계를 대폭적으로 개편하여 게임이용자의 권익향상과 건전한 게임문화를 확립하려는 것이 분법 제정의 취지이다.⁷⁾ 그리고 우리나라는 게임산업법이라는 독립된 단행 법률을 가진 유일한 나라로 평가된다.⁸⁾

한편 제정 게임산업법의 가장 핵심적인 내용 중의 하나는 게임물 등급분류 및 사후관리를 전담하는 게임물등급위원회를 설치해서(제16조 내지 제24조), 기존에 게임물 등급분류를 담당하였던 영상물등급위원회로부터 게임물 등급분류 업무를 분리하여 게임물등급위원회로 이관시킨 점이다.

2. 사행성게임물 개념 / 경품 제공 금지 / 게임 결과물의 환전업 등 금지의 도입

게임산업법의 제1차 개정으로서 법률 제8247호로 2007. 1. 19. 일부개정되고 2007. 4. 20. 시행되었다. 제정 게임산업법이 공포되고 시행되기도 전인 2006년 5월쯤부터 아케이드게임에서 촉발된 소위 ‘바다이야기 사태’가 터지면서, 현행법 상의 ‘사행성게임물’ 제도(제2조 제1호의2)⁹⁾, ‘경품 제공 금지’ 제도(제28조 제3호 단서 및 제28조

법에서 유기장업법을 거쳐 공중위생법까지의 시기(1973년 ~ 1999년)로서 ‘유기장업 관리체제’라 부를 수 있고, 제2단계는 「음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률」의 시기(1999년 ~ 2006년)로서 게임물에 대한 독자적인 규율이 시작된 단계로 ‘게임물 관리체제’로 부를 수 있으며, 제3단계는 게임산업법의 시기(2006년 ~ 현재)로서 본격적인 게임산업 및 문화의 진흥이 시작된 단계로 ‘게임산업 진흥체제’라 부를 수 있다고 한다. 황승홍, “게임물 규제체제의 변천과정에 관한 연구 - 한국게임법제의 역사(Ⅱ) -”, 「중앙법학」, 제11집 제1호(2009), 421-422면.

6) 음비게법의 한계로는 ① 음악, 영상, 게임이라는 이질적인 성격의 콘텐츠산업을 동일한 차원에서 법률화하여 콘텐츠별 특성을 제대로 반영하고 있지 못하다는 점, ② 음반, 비디오물, 게임물이라는 유형물을 기준으로 하고 있어서 콘텐츠라는 무형에 대한 특성을 반영하기에 한계가 있어 새로운 디지털 시대에 나타나고 있는 현상을 반영하지 못하고 있다는 점, ③ 산업 진흥 부분은 배제되고 사업자의 준수사항 등 규제 중심으로 구성되어 있어 산업 진흥에 대한 내용이 매우 미흡하다는 점, ④ 사회적 환경의 변화와 산업의 성장 및 해외 유사기준과의 비교에 따른 변화의 폭을 수용하지 못함에 따라 진흥과 규제를 동시에 고려하는 새로운 법률의 필요성이 제기되었다는 점 등이 제시되기도 하였다. 김민규, “‘게임산업진흥에 관한 법률’의 제·개정 경과와 의의”, 「성신법학」, 제6호(2007), 106-108면.

7) 게임산업진흥법의 성격으로 ① 게임산업진흥을 위한 공법, ② 게임‘산업’의 진흥을 위한 법, ③ ‘건전한’ 게임산업의 진흥을 위한 법으로 설명되기도 한다. 이상정/김윤명 편, 「주해 게임산업진흥에 관한 법률」, 세창출판사, 2014, 19-22면.

8) 황승홍, “게임법의 구조와 체계”, 「중앙법학」, 제16집 제3호(2014), 403-404면.

9) 2007년 제1차 개정에서 도입된 ‘사행성게임물’ 제도의 법적 성격 내지 법적 의미로, ① 사행성게임물은 게임물이 아니라는 것이 법적으로 선언되었다는 점, ② 사행성게임물의 판단 기준은 「사행행위 등 규제 및 처벌 특례법」의 사행행위 기준과 동일하다는 점, ③ 사행성게임물 제도는 표현물에 대한 사전검열이 아니라 기기 및 장치에 대한 검사제도의 일종이라는 점, ④ 게임물등급위원회의 사행성게임물 확인은 심의관할권 확인의 성격을 갖는다는 점, ⑤ 사행성게임물에 대한 게임물등급위원회의 등급분류 거부 결정은 게임산업진흥법 상의 특별한 법적 효과를 발생시키기 위한 법적 장치에 불과하고 그 법적 의미는 사행성게임물은 등급분류의 대상이 아니라는 점 등으로 분석하는 견해가 있다. 자세한 것은 황승홍, “2007년 개정 게임산업진흥법상 사행성게임물제도의 의의와 법적 성격”, 「공법학연구」, 제8

제5호), ‘게임 결과물의 환전업 등 금지’ 제도(제32조 제7호)¹⁰⁾를 포함하는 게임물의 사행성 규제 ‘3종 세트’가 제1차 개정을 통해서 도입되었다. 이 때 도입된 세 가지 제도는 현재까지 계속 유지됨으로써, 현행 게임산업법은 아케이드게임에서 촉발된 ‘바다이야기 트라우마’에서 벗어나지 못하는 한계를 갖고 있다는 지적이 가능하다.¹¹⁾

3. 오픈마켓 게임물 자체등급분류 제도의 도입

법률 제10554호로 2011. 4. 5. 일부개정되고 2011. 7. 6. 시행된 게임산업법 개정을 통해서 오픈마켓 게임물 자체등급분류 제도가 도입된다. 오픈마켓 게임물(구글플레이, 앱스토어, 원스토어 등) 등 제작주체·유통과정 특성 등으로 인하여 등급위원회를 통한 사전 등급분류가 적절하지 않은 게임물 중 청소년이용불가 게임물을 제외한 게임물에 대해서는 게임물을 유통하는 자 등이 등급위원회와 협의한 별도의 기준에 따라 자체적으로 등급분류를 할 수 있도록 한 것이다(제21조 제1항 제4호 및 제9항).¹²⁾ 이러한 오픈마켓 게임물 자체등급분류 제도의 도입은 게임물 등급분류 민간 이양의 ‘시발점’으로 평가될 수 있다.

4. 선택적 섯다운제 등 게임과몰입 예방조치 제도의 도입

법률 제10879호로 2011. 7. 21. 일부개정되고 2012. 1. 22. 시행된 게임산업법 개정을 통해서 선택적 섯다운제 등 게임과몰입 예방조치 제도가 도입된다. 즉 게임물 관련사업자로 하여금 게임물 이용자의 회원가입 시 실명·연령 확인 및 본인 인증, 청소년의 회원가입 시 친권자 등 법정대리인의 동의 확보, 청소년 게임물 이용시간 등 제한(선택적 섯다운제) 등 과도한 게임이용 방지 조치를 하도록 의무화 하는 제도가 도입된 것이다(제12조의3).¹³⁾ 이와 아울러 「청소년 보호법」(이하 ‘청소년보호법’) 전부개정(법률 제11048호로 2011. 9. 15. 전부개정되고 2012. 9. 16. 시행)을 통해 16세

권 제4호(2007), 305-327면 참조.

10) 2007년 제1차 개정에서 도입된 환전업금지 조항은 환전·환전알선·재매입행위를 독자적인 범죄 구성요건화 하였다는데 의의가 있고, 이로써 게임 결과물의 환전으로 야기되는 게임의 사행성화 문제에 대해 보다 적극적인 규제와 대처가 가능해졌으며, 게임사업자와 관계가 없어도 환전업자의 행위만으로 형사처벌이 가능해 짐으로써 게임과 사행행위가 보다 명확하게 분리될 수 있게 되었다는 평가가 존재한다. 황승흠, “게임산업진흥법상 환전업금지 조항의 의의와 해석”, 「한국게임학회 논문지」, 제7권 제2호(2007), 2면.

11) 2006년 아케이드게임에서 촉발된 소위 ‘바다이야기 사태’의 전후 과정을 게임물 경품 규제를 중심으로 자세하게 분석한 것으로는 한국게임정책자율기구, 「게임물 경품 규제의 과거, 현재 그리고 미래」, GSOK 정책백서 제4권, 2025 참조.

12) 오픈마켓 게임물 자체등급분류 제도는 오픈마켓용 게임물이 가지는 특수성을 최대한 반영할 수 있고 민간 게임서비스제공자에 의한 등급분류를 자율적으로 시행한다는 의의를 가지는 제도로 평가되었다. 김윤명, “스마트플랫폼화에 따른 게임물 자율등급분류제도의 도입 방안”, 「가천법학」, 제6권 제1호(2013), 322-326면 참조.

13) 헌법재판소는 2015년에 게임산업법 상 게임물 관련사업자에게 게임물 이용자의 회원가입 시 본인 인증을 할 수 있는 절차를 마련하도록 하고 있는 게임산업법 및 동법시행령 조항들과 청소년의 회원가입 시 법정대리인의 동의를 확보하도록 하고 있는 게임산업법 및 동법시행령 조항들에 대해서 7(합헌) : 2(위헌)로 합헌결정을 내렸다(헌재 2015. 3. 26. 2013헌마517, 판례집 27-1상, 342). 그리고 헌법재판소는 2025년에 게임산업법 상 본인인증 조항에 대해서 한번 더 7(합헌) : 2(위헌)로 합헌결정을 내렸다(헌재 2025. 11. 27. 2021헌마1053, 공보 350, 1083).

미만 청소년의 인터넷게임 강제적 셧다운제(오전 0시부터 오전 6시까지)도 도입된다(제26조).¹⁴⁾ 이 당시의 게임산업법 개정과 청소년보호법 개정은 소위 ‘게임물 셧다운제’에 관한 사회적 논쟁의 결과물이라고 할 수 있다. 이 사회적 논쟁의 일면에는 청소년보호법 주관 부처인 보건복지부와 게임산업법 주관 부처인 문화체육관광부 간의 규제 관할 논쟁도 존재하였다.

5. 게임물 등급분류 민간 이양의 본격적 시작

법률 제11139호로 2011. 12. 31. 일부개정되고 2012. 7. 1. 시행된 게임산업법 개정을 통해서 민간 등급분류 이양의 본격적 시작을 위한 제도적 틀이 마련된다. 즉 게임산업에 대한 민간의 자율성을 강화하고 게임물 등급분류 업무의 효율성을 제고하기 위하여 청소년게임제공업 등에 제공되는 게임물을 제외한 게임물의 등급분류 업무를 문화체육관광부장관이 지정하는 등급분류기관에 위탁할 수 있도록 하며, 등급분류기관이 준수해야 하는 사항, 등급분류기관의 지정취소에 관한 사항 등을 정하게 된다(제24조의2 내지 제24조의4).¹⁵⁾ 이 개정에 따라 입법화된 게임산업법 제24조의2에 근거하여 2014년 5월 게임콘텐츠등급분류위원회(Game Content Rating Board; GCRB)가 출범하게 된다. 게임콘텐츠등급분류위원회의 출범과 게임콘텐츠등급분류위원회에 대한 게임물 등급분류 업무의 위탁은 게임물 등급분류 민간 이양의 ‘본격적’ 시작으로 평가될 수 있다.

6. 게임물관리위원회의 출범

법률 제11785호로 2013. 5. 22. 일부개정되고 2013. 11. 23. 시행된 게임산업법 개정을 통해 게임물등급위원회를 폐지하고 청소년이용불가 게임물의 등급분류 및 게임물의 사후관리 등을 전담하는 게임물관리위원회를 신설하게 된다(제16조). 이 때 출범한 게임물관리위원회가 현재까지도 게임물 등급분류 및 사후관리기구로 운영되고 있다. 이러한 게임물관리위원회 체제의 출범은 나름 게임물 등급분류 시스템을 개선하려는 시도라고 볼 수 있는데, 특히 게임물 등급분류에 대한 ‘사후관리 체제의 강화’를 통해 등급분류 시스템의 실효성을 확보하려는 제도 개선으로 평가될 수 있다.

14) 헌법재판소는 2014년에 청소년보호법 상의 강제적 셧다운제에 대해서 7(합헌) : 2(위헌)로 합헌결정을 내렸다(헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659등, 판례집 26-1하, 176). 강제적 셧다운제에 대한 헌법재판소의 합헌결정을 비판적으로 평석한 것으로는 황성기, “청소년 보호와 국가후견주의의 한계 - 헌재 2014. 4. 24. 2011헌마659등(병합), 청소년보호법 제23조의3 등 위헌확인의 평석을 중심으로 -”, 『법학논총』, 제31집 제3호, 한양대 법학연구소, 2014. 9., 25-47면 참조.

15) 황승훈은 등급분류 모델을 ① 국가 강제 제삼자 등급분류 모델, ② 의무적-자율 제삼자 등급분류 모델, ③ 의무적 자체 등급분류 모델, ④ 자율적 제삼자 등급분류 모델, ⑤ 자율적 자체 등급분류 모델 다섯 가지로 분류하면서, 게임산업법 제24조의2 내지 제24조의4가 규정하고 있는 게임 등급분류 업무의 민간 등급분류기관 위탁은 의무적-자율 제삼자 등급분류 모델에 해당하는 것으로 평가하기도 한다. 황승훈, “게임 등급분류의 특례와 자율규제 : 영화 등급분류와 비교하여”, 『법학논총』, 제26권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2014. 2., 374-378면 참조.

7. 자체등급분류사업자 제도의 전면적 도입

법률 제14199호로 2016. 5. 29. 일부개정되고 2017. 1. 1. 시행된 게임산업법 개정을 통해 자체등급분류사업자 제도가 전면적으로 도입된다(제21조의2 내지 제21조의9).¹⁶⁾ 즉 이미 모바일 게임물에 대한 자율심의 근거와 온라인 게임물에 대한 등급분류 업무의 민간위탁 근거를 마련하여 시행 중인 민간사업자들의 자율심을 확대하게 된 것이다. 다만, 청소년 보호를 위해 청소년이용불가 게임물 및 사행성의 우려가 큰 아케이드 게임물은 민간 자율심의 대상에서 제외하였다. 게임물 등급분류 민간 이양을 단계별로 분석한다면, ① 오픈마켓 게임물 자체등급분류 제도의 도입이 ‘1단계’에 해당하고, ② 게임콘텐츠등급분류위원회의 출범과 게임콘텐츠등급분류위원회에 대한 게임물 등급분류 업무의 위탁이 ‘2단계’에 해당하며, ③ 자체등급분류사업자 제도의 전면적 도입은 ‘3단계’에 해당한다고 평가될 수 있다.

8. 온라인 게임의 불법 사설서버의 명확한 처벌 근거 마련

법률 제14424호로 2016. 12. 20. 일부개정되고 2017. 6. 21. 시행된 게임산업법 개정을 통해 온라인 게임의 불법 사설서버의 명확한 처벌 근거가 마련된다. 즉 게임물 관련사업자가 제공 또는 승인하지 아니한 게임물을 제작, 배급, 제공 또는 알선하는 행위 및 이와 같은 불법행위를 할 목적으로 컴퓨터프로그램이나 기기 또는 장치를 제작 또는 유통하는 행위를 금지하고, 위반시 형사처벌이 부과되는 내용의 근거조항들이 마련된다(제32조 제1항 제9호 및 제10호, 제44조 제1항 제2호). 다만 ‘불법 사설 서버’ 규제 이슈에 있어서 가장 핵심적인 쟁점은 불법 사설서버를 이용하는 게임이용자 처벌 규정의 신설인데, 이 내용이 포함되지 못함으로써, 불법 사설서버 규제에 한계가 있다는 평가가 가능하다.

9. 확률형 아이템 확률정보 공개의 자율규제에서 법적 규제로의 전환

법률 제19242호로 2023. 3. 21. 일부개정되고 2024. 3. 22. 시행된 게임산업법 개정을 통해 2015년부터 운영되고 있던 확률형 아이템 확률정보 공개의 자율규제가 법적 규제로 전환되게 된다.¹⁷⁾¹⁸⁾ 즉, 확률형 아이템의 정의를 신설하고, 게임물을 제작, 배

16) 2026년 5월 현재 자체등급분류사업자로 지정된 사업자로 2026년 3월 3일 제지정된 주식회사 스마일게이트를 포함해서 구글(Google LLC), 애플(Apple), 삼성전자(Samsung Electronics), 소니인터랙티브엔터테인먼트코리아(SIEK), 한국마이크로소프트(Microsoft), 윈스토어(ONEstore), 카카오게임즈(Kakao Games), 오кул러스비알코리아(Oculus/Meta), 에픽게임즈코리아(Epic Games), 한국닌텐도(Nintendo) 등 총 11개 사업자가 있다.

17) 게임 분야의 확률형 아이템 확률정보 공개 자율규제는 2015년부터 시작되었다. 2024년 법적 규제가 시행되기 이전 확률형 아이템 확률정보 공개 자율규제의 변천 과정을 ‘시즌’ 개념으로 정리하면, ① 자율규제의 ‘태동기’(자율규제 시즌 1 - 2015. 7.부터 적용된 확률정보 공개의 시작), ② 자율규제의 ‘성장기’(자율규제 시즌 2 - 2017. 7.부터 적용된 자율규제평가위원회에 의한 감시 시스템의 구축), ③ 자율규제의 ‘성숙기’(자율규제 시즌 3 - 2018. 7.부터 적용된 확률정보 공개대상 범위 게임물의 확대 및 개별 아이템 확률정보 공개로의 일원화), ④ 자율규제의 ‘고도화기’(자율규제 시즌 4 - 2021. 12.부터 적용된 강화형 콘텐츠 및 합성형 콘텐츠 개별 확률정보 공개 확대)로 구분될 수 있다. 황성기, “확률형 아이템 자율규제가 걸어온 길...ing”, 「게임이용자보호와 자율규제」, 제13호(2024),

급 또는 제공하는 자는 해당 게임물과 그 인터넷 홈페이지 및 광고·선전물마다 확률형 아이템의 종류 및 종류별 공급 확률정보를 표시하도록 하며, 위반 시 문화체육관광부장관이 시정 방안을 정하여 권고하거나 시정을 명할 수 있도록 하고, 시정명령 미이행 시 처벌할 수 있도록 하였다(제2조 제11호, 제33조 제2항, 제38조 제9항, 제45조). 그리고 청소년의 정의를 18세 미만의 자(「초·중등교육법」 제2조의 규정에 의한 고등학교에 재학 중인 학생을 포함)에서 「청소년 보호법」 제2조제1호에 따른 청소년으로 변경하였다(제2조 제10호).¹⁹⁾ 확률형 아이템 확률정보 공개의 자율규제를 법적 규제로 전환한 것에 대해서는 객관적이고도 합리적인 근거나 이유 없이 단순히 자율규제의 실효성이 없다는 추상적인 이유만으로 법적 규제로 전환한 것이라는 비판적 평가가 가능하다.

10. 국내대리인 제도의 도입

법률 제20485호로 2024. 10. 22. 일부개정되고 2025. 10. 23. 시행된 게임산업법 개정을 통해 국내대리인 제도가 도입된다. 즉, 국내에 주소 또는 영업소가 없는 해외 게임 배급업자 및 게임제공업자가 국내대리인을 지정하여 사후관리에 따른 보고의 이행, 확률형 아이템 정보 등 게임물 표시의무의 이행 등을 대리하도록 하고, 이를 위반할 경우 2천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있도록 하였다(제31조의2, 제48조 제1항). 국내대리인 제도의 도입은 확률형 아이템 확률정보 공개가 자율규제에서 법적 규제로의 전환되었음에도 불구하고, 법적 의무를 준수하지 않는 해외게임물에 대한 대응 차원에서 이루어진 제도 개선으로 이해될 수 있다.²⁰⁾ 반면에 “자율규제는 실효성이 없고, 정부규제는 실효성이 있다”는 일종의 신화가 깨진 입법례로 평가될 수도 있다. 왜냐하면 확률형 아이템 확률정보 공개의 자율규제를 법적 규제로 전환한 대표적인 명분이 자율규제의 실효성이 없다는 것이었는데, 막상 법적 규제로 전환되었음에도 불구하고, 법적 의무를 준수하지 않는 해외게임물이 등장하였고, 국내대리인 제도는 바로 이러한 상황에서 도입된 것이기 때문이다.

10-13면 참조. 그리고 게임 분야의 확률형 아이템 확률정보 공개 자율규제의 전체 역사를 자세하게 정리한 것으로는 한국게임정책자율기구, 「확률형 아이템 자율규제 - 그 절반의 성공의 역사 -」, GSOK 정책백서 제3권, 2024 참조.

18) 참고로 확률형 아이템은 사행성게임물과 다른 특징을 가지고 있다는 전제 하에, 확률형 아이템의 사행성 규제와 관련하여, 법적 규제는 공격적으로 규정하기보다 이용자의 선택에 영향을 주는 정보공개와 이용자의 기득권을 인정하는 방식으로 사행적 요소를 줄이기 위한 목적의 소극적 방식이 바람직하고, 구체적인 정보공개 범위와 내용 등의 세부적인 규제는 자율규제를 통해 탄력적으로 적용가능하다는 의견이 제시된 적이 있다. 자세한 것은 박세영, “확률형 아이템의 사행성과 규제에 관한 고찰”, 「법과 정책연구」, 제22집 제4호(2022), 171-197면 참조.

19) ‘만나이’ 개념에서 ‘연나이’ 개념으로 전환한 것이다.

20) 한편 스팀(Steam)과 같은 국제 게임 유통 플랫폼에 대한 게임물 등급분류 문제와 게임산업법 상 국내대리인 제도와와의 관계에 대해서는 김민석, “국제 게임 유통 플랫폼에 대한 게임물 등급분류 제도의 적용 문제: 스팀(Steam)을 중심으로”, 「원광법학」, 제39권 제3호(2023), 18-19면 참조.

11. 징벌적 손해배상 제도 및 피해구제센터의 도입

법률 제20738호로 2025. 1. 31. 일부개정되고 2025. 8. 1. 시행된 게임산업법 개정을 통해 확률형 아이템과 관련된 징벌적 손해배상 제도 및 피해구제센터 제도가 도입된다(제33조의2). 우선 게임물사업자가 확률형 아이템의 종류와 종류별 공급 확률정보를 표시하지 아니하거나 거짓으로 표시함으로써 게임물 이용자에게 손해를 입힌 경우 손해배상의 책임을 지도록 하되, 게임물사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우는 제외하고, 확률형 아이템 표시의무위반행위가 고의적인 것으로 인정되는 경우 손해로 인정된 금액의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 법원이 배상액을 정할 수 있도록 하였다.²¹⁾ 그리고 문화체육관광부장관이 게임물 이용자의 피해구제를 전담할 수 있는 피해구제 센터를 운영할 수 있는 근거를 마련하였다. 이에 따라 2026. 3. 27. 게임물관리위원회 피해구제센터의 출범식이 진행되었다. 확률형 아이템 확률정보 공개의 자율규제를 법적 규제로 전환한 것과 아울러 확률형 아이템 관련 규제를 강화하는 차원의 개정으로 평가될 수 있다.

12. 게임물 등급분류 업무의 민간 위탁 범위를 청소년이용불가 게임물까지 확대

법률 제20909호로 2025. 4. 8. 일부개정되고 2025. 10. 9. 시행된 게임산업법 개정으로서 가장 최근의 개정에 해당한다. 특히 이 개정을 통해서 게임물 등급분류 업무의 민간 위탁 범위를 청소년이용불가 게임물까지 확대하게 된다. 즉 자체등급분류사업자의 지정요건을 완화하고 재지정 기간을 확대함(제21조의6 제2항)으로써 민간의 게임물 자체등급분류 활성화를 도모하고, 게임물 등급분류 업무의 민간 위탁 범위를 청소년이용불가 게임물까지로 확대하였다(제24조의2 제1항). 또한 등급분류를 받은 게임물의 내용을 수정하는 경우 사전에도 신고할 수 있도록 하고 수정하는 게임물의 내용이 경미한 경우에는 신고 의무를 면제하는 규제 완화를 하게 된다(제21조 제5항 내지 제9항). 특히 게임물 등급분류 업무의 민간 위탁 범위를 청소년이용불가 게임물까지 확대한 것은 게임물 등급분류 민간 이양의 '4단계'에 해당하는 제도 개선으로 평가될 수 있다.

13. 게임산업법의 주요 제·개정 연혁에 대한 평가

위와 같은 게임산업법의 주요 제·개정 연혁의 특징에 대해서 평가하면 다음과 같이 정리될 수 있다.

첫째, 등급분류의 민간 이양을 강화하면서도 자율규제를 부정하는 '모순적' 태도를

21) 참고로 확률형 아이템 공급 확률정보와 관련하여 손해발생과 무관하게 확률정보의 오표시 또는 미표시가 있으면 법정손해배상을 인정하거나 손해액을 추정하는 것은, 침해행위의 태양, 게임산업법의 취지 등을 고려할 때, 타당하지 않다는 견해가 제시된 적이 있다. 엄복현, “확률형 아이템 관련 손해배상에서의 손해액의 산정 - 게임산업법 개정안(김승수의 원 대표발의) 제33조의2 제2항을 중심으로 -”, 『스포츠엔터테인먼트와 법』, 제27권 제4호(2024), 25면.

보이고 있다. 위에서 정리한 바와 같이 등급분류의 민간 이양은 ① 1단계 : 오픈마켓 게임물 자체등급분류 제도의 도입 → ② 2단계 : 게임콘텐츠등급분류위원회의 출범과 게임콘텐츠등급분류위원회에 대한 게임물 등급분류 업무의 위탁 → ③ 3단계 : 자체등급분류사업자 제도의 전면적 도입 → ④ 4단계 : 게임물 등급분류 업무의 민간 위탁 범위를 청소년이용불가 게임물까지 확대 등의 단계를 거치면서 ‘규제 완화’를 해 왔다. 반면에 확률형 아이템 확률정보 공개와 관련하여서는 자율규제를 법적 규제로 전환하면서 ‘규제 강화’를 해 왔다. 또한 등급분류의 민간 이양이 ‘자율규제의 강화’로 이해된다면, 확률형 아이템 확률정보 공개의 법적 규제로의 전환은 ‘자율규제의 부정’으로 이해될 수 있다. 분명한 모순적 입법태도를 보이고 있는 것이다. 물론 이슈에 따라서는 규제 완화나 규제 강화를 선택적으로 적용할 수 있다. 하지만 자율규제 문제는 일종의 ‘규제 철학’의 문제에 해당하는데, 지금까지의 게임산업법의 제·개정 과정은 ‘일관된 규제 철학의 부재’로 평가될 수 있다.

둘째, 과도한 청소년 보호 명분에 근거한 불합리한 규제 강화의 측면이 존재한다. 대표적인 것이 선택적 셧다운제 등 게임과몰입 예방조치 제도가 도입된 2011년의 게임산업법 개정이다. 선택적 셧다운제 등 게임과몰입 예방조치 제도의 도입은 청소년 보호법 상의 강제적 셧다운제 도입에 대응하는 차원에서 이루어진 것이었다. 영화, 음악 등 다른 문화예술콘텐츠 분야에서는 찾아볼 수도 없고 또한 예술의 자유 침해 문제 때문에, 강제적 셧다운제는 선택적 셧다운제든 그 도입을 상상하기도 힘든 셧다운제를 게임물에 대해서 적용하는 것 자체가 과도한 청소년 보호 명분에 근거한 불합리한 규제였다고 볼 수 있다. 아울러 게임물 이용자의 회원가입 시 실명·연령 확인 및 본인 인증, 청소년의 회원가입 시 친권자 등 법정대리인의 동의 확보도 다른 문화예술콘텐츠 분야에서는 존재하지 않는다는 점에서 그 문제점을 지적할 수 있다.

셋째, 사행성 도그마에서 탈피하지 못하는 규제 시스템도 아직 개선되고 있지 못하다는 점을 지적할 수 있다. 아케이드게임에서 촉발된 소위 ‘바다이야기 사태’가 원인이 되어, 제1차 게임산업법 개정을 통해 도입된 ‘사행성게임물’ 제도, ‘경품 제공 금지’ 제도, ‘게임 결과물의 환전업 등 금지’ 제도를 포함하는 게임물의 사행성 규제 ‘3중 세트’가 현재까지 계속 유지되고 있는바, ‘바다이야기 트라우마’ 혹은 ‘사행성 도그마’에서 탈피하지 못하는 현행 게임산업법 상의 사행성 규제 시스템은 게임산업의 발전을 가로막는 주범 중의 하나로 지목되고 있는 실정이다.

Ⅲ. 2025년 게임산업법 전부개정안의 주요 내용 및 정책적 의미

1. 게임산업법 규율체계의 이원화 / 특정장소형게임과 디지털게임의 개념 도입 등

(1) 게임산업법 규율체계의 이원화

2025년 게임산업법 전부개정안의 가장 중요한 내용 중의 하나는 아케이드게임과 온라인게임의 분리를 통해 게임산업법 체계의 근본적인 변화를 시도하고 있다

는 점이다. 전부개정안은 아케이드게임(특정장소형게임)과 온라인게임(디지털게임)의 분리를 통한 규율체계의 이원화(혹은 게임의 이원화)를 채택하고 있다.

이러한 전부개정안의 기본적인 방향성과 관련하여서는, ① 사회의 모든 분야에서 온라인(디지털) 전환이 이미 거의 완료되고 있고, 지능정보사회(인공지능시대)로 접어들고 있는 현시점에서, 그리고 ② 이제는 2006년의 ‘바다이야기 트라우마’를 벗어나고 극복할 시점이 되었다는 관점에서는, 아케이드게임과 온라인게임의 분리를 통해, 전자에 대해서는 ‘규제 유지’를 후자에 대해서는 ‘규제에서 진흥으로의 전환’이라는 방향성은 매우 긍정적으로 평가할 수 있다.

(2) 특정장소형게임과 디지털게임의 개념 도입

2025년 게임산업법 전부개정안은 ‘게임물’을 ‘게임’으로 변경하고, 게임을 ‘특정장소형게임’과 ‘디지털게임’으로 구분하고 있다(전부개정안 제2조 제1호²²⁾, 제3호, 제4호). 그리고 ‘특정장소형게임’은 “게임 관련 사업자가 특정한 장소의 영업에 제공할 목적으로 제작한 특정한 기기 또는 장치에 설치되어야만 구현 및 이용이 가능하도록 개발 또는 제작된 게임으로서 대통령령으로 정하는 게임”으로 정의되고(전부개정안 제2조 제3호), ‘디지털게임’은 “게임 중 특정장소형게임이 아닌 게임”으로 정의되고 있다(전부개정안 제2조 제4호).

아케이드게임과 온라인게임의 분리를 통한 규율체계의 이원화는 필연적으로 특정장소형게임과 디지털게임 두 개념으로의 분리 및 각각의 개념 정의를 요구할 수밖에 없다. 이와 관련하여 검토가 필요한 사항은 다음 두 가지 정도 지적할 수 있다.

첫째, 입법적으로 특히 ‘특정장소형게임’에 대한 정의가 아케이드게임의 ‘사물의 본성’을 정확하게 포착하고 있는지, 그리고 아케이드게임을 변칙적으로 이용하는 탈법 서비스를 제대로 포섭할 수 있는지 등에 대한 검토가 필요하다.

둘째, ‘게임’ 자체의 정의가 ‘메타버스’의 정의²³⁾와 중복되지 않는지에 대한 검토가 필요하다. 왜냐하면 메타버스는 가상세계를 표현한다는 면에서 게임도 메타버스의 하나의 유형으로 볼 수 있기 때문이다.²⁴⁾ 따라서 특히 게임형 메타버스에 대해서 게임산업법 상의 각종 규제가 적용되는 것이 타당한지의 문제가 제기될 수 있다.²⁵⁾

22) “게임”이란 이용자들이 가상의 규칙에 따라서 재미를 추구하거나 문화활동을 할 수 있도록 컴퓨터프로그램 등 정보처리 기술을 기반으로 제작된 디지털 콘텐츠를 말한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 것을 제외한다.

가. 「사행행위 등 규제 및 처벌 특별법」 제2조제1호에 따른 사행행위 등에 해당하는 게임으로서 대통령령으로 정하는 것

나. 「관광진흥법」 제3조에 따른 관광사업의 규율대상이 되는 것. 다만, 게임의 성격이 섞여 있는 테마파크시설은 제외한다.

다. 게임과 게임이 아닌 것이 혼재되어 있는 것으로서 문화체육관광부장관이 정하여 고시하는 것

23) 「가상융합산업 진흥법」 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “가상융합세계(메타버스)”란 이용자의 오감을 가상공간으로 확장하거나 현실공간과 혼합하여 인간과 디지털 정보 간 상호 작용을 가능하게 하는 기술(이하 “가상융합기술”이라 한다)을 바탕으로 다양한 사회적·경제적·문화적 활동을 할 수 있도록 구성된 가상의 공간이나 가상과 현실이 결합한 공간(이하 “가상융합세계”라 한다)을 말한다.

24) 김태환, “게임 산업을 통해 본 메타버스의 발전방안 - 게임과 게임형 메타버스 비교 중심으로 -”, 『문화와 융합』, 제45권 제7호(2023), 130면.

25) 이러한 차원에서 현행 게임산업법 상의 게임물의 개념 정의를 새롭게 정립하는 것이 필요

(3) 웹보드게임의 문제

위와 같이 규율체계의 이원화를 전제할 때, 웹보드게임(소위 고스톱, 포커류 게임 등 사행성 모사게임) 규제를 어떻게 할 것인지에 대한 근본적인 검토가 필요하다. 규율체계의 이원화(혹은 게임의 이원화)는 구체적으로 등급분류의 이원화, 경품 규제의 이원화 등과 연동되어 있다. 특히 전부개정안은 현행 게임산업법 상의 경품 규제는 아케이드게임에만 적용하고, 온라인게임에서는 폐지하는 내용을 담고 있는바, 웹보드게임은 기술적으로나 서비스적인 관점에서 디지털게임 유형에 해당하여, 결과적으로 웹보드게임에 대해서 적용되는 경품 규제 혹은 현행 게임산업법시행령 [별표 2] 제8호26)27)의 규제가 폐지되게 된다.

하다는 의견들은 이미 제기된 적이 있다. 예컨대, 게임산업법의 규제 대상 및 규제 범위를 명확히 하기 위해서는 현행 게임산업법 상의 게임물의 정의를 새롭게 정립하는 것이 필요하다는 의견으로는 김윤명, “법적 관점에서 본 메타버스와 게임의 경계”, 『정보법학』, 제28권 제2호(2024), 88-89면 참조. 그리고 메타버스를 고려한 게임산업법의 개정방향을 구체적으로 제시한 것으로는 이정훈, “메타버스 관련 법률안과 게임법의 관계”, 『홍익법학』, 제24권 제1호(2023), 27-28면 참조.

- 26) 「게임산업진흥에 관한 법률 시행령」 [별표 2] 게임물 관련사업자 준수사항 (제17조 관련)
8. 정보통신망을 통하여 베팅이나 배당의 내용을 모사한 카드게임, 화투놀이 또는 스포츠 승부예측 게임 등의 게임물(이하 이 호에서 “게임물”이라 한다)을 제공하는 게임제공업자는 다음 각 목의 사항을 준수하여야 한다.
- 가. 게임물 이용자 1명이 게임물을 이용하기 위한 가상현금(캐쉬 등을 말한다. 이하 이 호에서 같다), 게임아이템 등의 1개월간 구매(다른 게임물 이용자로부터 증여 등을 통하여 받는 것을 포함한다)한도가 100만원을 초과할 수 없도록 하여야 한다.
- 나. 게임물 이용자 1명이 1회 게임에 사용할 수 있는 게임머니가 가목에 따른 구매한도 규모에 따라 지급될 수 있는 게임머니(게임물 이용자 1명이 가목의 한도까지 가상현금, 게임아이템 등을 구매하는 때 지급될 수 있는 게임머니 총량의 최저치를 기준으로 한다. 이하 이 호에서 같다)의 10분의 1을 초과할 수 없도록 하여야 한다.
- 다. 삭제 <2020. 4. 7.>
- 라. 게임물 이용자가 게임(주된 게임 외에 게임의 특성에 따라 부가적으로 제공되는 서비스를 포함한다) 이용의 상대방을 선택할 수 없도록 해야 한다. 다만, 다음의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그렇지 않다.
- 1) 무료로 제공하는 별도의 게임머니만을 사용하는 경우
- 2) 게임물 이용자 1명이 1회 게임에서 사용할 수 있는 게임머니가 가목의 구매한도 규모에 따라 지급될 수 있는 게임머니의 200분의 1을 초과하지 않는 경우
- 마. 게임물 이용자가 게임을 이용할 경우 베팅을 자동으로 할 수 없도록 하여야 한다.
- 바. 「전자서명법」 제2조제8호에 따른 전자서명인증사업자, 그 밖에 본인확인서비스를 제공하는 제3자 또는 행정기관에 의뢰하거나 대면확인 등을 통하여 게임물 이용자가 본인임을 확인할 수 있는 수단을 마련하고, 1년마다 게임물 이용자에 대하여 본인 확인을 하여야 한다.
- 사. 게임제공업자는 게임물 이용자 보호 및 게임물의 사행화 방지 방안을 위원회와 협의 하여 수립해야 한다.
- 27) 게임산업법시행령 [별표 2] 제8호 중 가목은 ‘월 구매한도 규제’, 나목은 ‘1회 소비한도 규제’, 라목은 ‘상대방 선택 금지(랜덤매칭의 강제)’, 마목은 ‘자동베팅 금지’, 바목은 ‘게임이용자 본인확인 의무’, 사목은 ‘게임물 이용자 보호 및 게임물의 사행화 방지 방안 수립 의무’를 규정하고 있다. 게임산업법시행령 [별표 2] 제8호 상의 웹보드게임 규제는 2013년 11월 20일 게임산업법시행령 개정(대통령령 제24865호)을 통해 도입되고 2014년 2월 23일부터 시행되었으며, 2016년 3월 22일 개정(대통령령 제27043호), 2020년 4월 7일 개정(대통령령 제30604호), 2026년 2월 3일 개정(대통령령 제36070호) 등 총 3회의 개정을 통해 현재에 이르고 있다. 원래 제8호 중 다목은 ‘1일 손실한도 규제’를 규정하고 있었으나, 2020년 4월 7일 개정에서 삭제되었다. 1일 손실한도 규제에 대해서는 입법 당시부터 문제점이 많이

따라서 웹보드게임에 대해서 경품 규제 혹은 현행 게임산업법시행령 [별표 2] 제8호의 규제를 폐지하는 것이 적절한지에 대한 검토가 필요하다. 자세한 것은 아래에서 다시 상술하기로 한다. 참고로 문화체육관광부는 웹보드게임에 대해서는 현행법상 별도의 규제를 받고 있으므로, 이러한 유형의 게임은 정의 규정에 명시하여 디지털게임과 구분되는 별도의 규제가 적용될 수 있도록 할 필요가 있다는 의견을 제시하였다.²⁸⁾

2. 게임문화 진흥 및 이용자 보호

(1) 게임과몰입 예방조치

2025년 게임산업법 전부개정안은 현행 게임산업법 제12조의3(게임과몰입 예방조치 등)에서 규정하고 있는 온라인게임제공사업자의 게임과몰입 예방조치 관련 의무를 완화하고 있다(전부개정안 제21조 제1항).

우선 게임 이용자의 실명·연령 확인 및 본인 인증의 대상 게임 범위에서 전체이용가 게임을 제외하고 있고(전부개정안 제21조 제1항 제1호), 청소년의 게임 이용시 친권자 등 법정대리인의 동의 확보의 대상 게임 범위에서 전체이용가 게임을 제외하고 있으며(전부개정안 제21조 제1항 제2호), 소위 ‘선택적 섯다운제’라 불리는 게임시간 선택제를 폐지하고 있다(전부개정안 제21조 제1항 제3호). 참고로 문화체육관광부는 전체이용가 게임에 한하여 본인인증 의무를 면제하는 부분은 동의하지만 법정대리인 동의 확보 의무는 유지할 필요가 있다는 의견을 제시한 바 있다.²⁹⁾

현행 게임산업법 제12조의3이 규정하고 있는 게임과몰입 예방조치와 관련하여서는, 그 폐지 혹은 개선 여부가 검토될 필요가 있다. 현행 게임산업법 제12조의3은 2011년 청소년보호법 상의 강제적 섯다운제 도입에 대응하여 입법화된 것이다.³⁰⁾ 그리고 실효성 등의 문제로 실제로 이 규정은 모바일게임에 대해서는 적용되고 있지 않다(게임산업법시행령 제8조의3 제1항 제2호). 청소년보호법 상의 강제적 섯다운제가 2022년 1월부터 폐지³¹⁾된 만큼 그에 대응해서 도입된 현행 게임산업법 제12조의3

지적되었는데, 특히 게임 개발의 개념적·기술적 관점에서 규제의 타당성이 없거나 오히려 규제의 취지에 역행하는 것으로 해석된다는 비판 등이 있었다. 대표적인 것으로는 이승훈, “웹보드게임 1일 10만원규제한도의 문제점에 대한 연구”, 『한국컴퓨터게임학회논문지』, 제26권 제3호(2013), 165-174면 참조.

28) 문화체육관광위원회 수석전문위원, 「게임산업진흥에 관한 법률 전부개정법률안 검토보고 - 조승래의원 대표발의(의안번호 제2213231호) -」, 2025. 11., 16면 참조.

29) 문화체육관광위원회 수석전문위원, 「게임산업진흥에 관한 법률 전부개정법률안 검토보고 - 조승래의원 대표발의(의안번호 제2213231호) -」, 2025. 11., 26면 참조.

30) 게임산업법 상 본인인증제도와 동의확보제도는 ‘강제적 섯다운제의 유산’이라고 평가되기도 한다. 자세한 것은 박현아, “강제적 섯다운제의 유산 - 게임산업법상 본인인증제도의 문제점과 대안”, 『GSOK 정책연구』, Vol. 10(2025) 참조.

31) 청소년보호법 상의 강제적 섯다운제의 도입부터 폐지까지의 과정을 자세하게 정리한 것으로는 한국게임정책자율기구, 「강제적 섯다운제의 도입부터 폐지까지」, GSOK 정책백서 제1권, 2023 참조. 그리고 강제적 섯다운제와 관련하여서는, 청소년이 이용 가능한 게임몰입에도 불구하고 청소년의 접근을 전면적으로 차단하는 점, 법적으로 강제함으로써 사업자의 자율성을 전적으로 배제하는 점, 그리고 도입 취지인 청소년의 게임 과몰입 해소라는 입법목적이 충분히 달성되고 있는지 의문이라는 점 등의 문제점을 지적하면서, 폐지해야 한다는 의견들이 다양하게 제시된 적이 있다. 대표적인 것으로는 김종일, “온라인게임

도 폐지 혹은 개선 여부를 근본적으로 고민할 필요가 있는 것이다.³²⁾ 보다 구체적으로 다음과 같은 방향으로 제도 개선을 검토할 필요가 있다.

첫째, 전체이용가 게임의 본인인증 의무의 경우, 당해 등급의 성격상 본인인증이 필요가 없기 때문에, 본인인증 의무를 면제하는 것이 등급제의 본질에 부합하므로, 전부개정안은 타당하다. 더 나아가서 12세 이용가와 15세이용가 게임에 대해서도 본인인증 의무를 적용하는 것이, 예컨대 이러한 본인인증 의무가 존재하지 않는 영화 및 OTT와 비교했을 때 과도한 규제가 아닌지에 대한 검토가 필요하다.³³⁾

둘째, 청소년의 전체이용가 게임 이용시 법정대리인의 동의 확보 의무의 경우, 현행법 제12조의3 제1항 제4호가 규정하고 있는 것으로서 전부개정안도 유지하고 있는 ‘게임물 이용시간 및 결제정보 등 게임물 이용내역의 청소년 본인 및 법정대리인에 대한 고지 의무’로 청소년 보호를 충분히 달성할 수 있다고 한다면, 청소년의 게임 이용시 친권자 등 법정대리인의 동의 확보의 대상 게임 범위에서 전체이용가 게임을 제외하는 것이 타당하다. 더 나아가서 위와 동일한 이유와 논리에서, 12세 이용가와 15세이용가 게임도 법정대리인의 동의 확보 의무 대상에서 제외하는 것이 타당할 수 있다.³⁴⁾

셋째, 선택적 셧다운제(게임시간 선택제)와 관련하여서는, ① 청소년보호법 상의 강제적 셧다운제가 도입될 당시 부처 간의 규제 관할 논쟁이 개입되어 강제적 셧다운제에 대응하기 위해서 게임산업법 상의 선택적 셧다운제가 도입된 연혁에 비추어 볼 때, 강제적 셧다운제가 폐지된 마당에 선택적 셧다운제를 유지해야 할 연혁적 당위성이 사라졌다는 점, ② 선택적 셧다운제의 이용률이 현저히 낮아서 실효성이 거의 없어졌다는 점³⁵⁾, ③ 선택적 셧다운제 역시 ‘법적 의무화’ 방식을 취하고 있어서

이용시간 제한의 합리적 개선”, 「법과 정책연구」, 제17집 제3호(2017), 183-207면 참조.

32) 한편 미성년자의 온라인게임 이용과 관련하여서는 다양한 법적 쟁점이 존재할 수 있는데, 특히 민사법적 쟁점을 다양하게 다룬 대표적인 것으로는 위계찬, “미성년자의 행위능력과 온라인 게임 - 독일법을 중심으로 -”, 「법과 정책연구」, 제19집 제1호(2019), 195-228면 참조. 또한 개인정보 보호의 관점에서도 이 문제는 접근이 가능할 수 있는데, 게임 이용에 있어서의 개인정보보호의 문제를 다루고 있는 대표적인 것으로는 박종현, “모바일 게임산업환경에서의 개인정보보호에 대한 법정정책적 고찰”, 「법과 정책연구」, 제16집 제2호(2016), 3-31면 참조.

33) 게임산업법 제12조의3이 규정하고 있는 본인인증제도는 성인들이 사용하는 본인인증수단을 청소년에게도 강제하여 사실상 청소년들의 게임이용 기회를 박탈하는 것으로서 청소년에 대한 후견적 보호의 명목 하에 청소년의 일반적 행동자유권, 문화향유권을 심각하게 침해하는 결과를 낳기 때문에, 청소년을 포함한 게임이용자의 개인정보자기결정권과 게임이용의 자유를 보호하고 과몰입 예방조치를 헌법합치적이고 실효성 있게 구현하기 위해서는 본인인증의 법적 강제를 유지하는 것은 부적절하다는 지적이 있다. 자세한 것은 박종현, “「게임산업진흥에 관한 법률」상 본인인증제도에 대한 헌법학적 평가 - 현재 2015. 3. 26. 2013헌마517 결정례에 대한 검토를 중심으로 -”, 「언론과 법」, 제18권 제3호(2019), 1-45면 참조.

34) 인터넷게임 이용을 위한 청소년의 회원가입시 부모의 필요적 사전동의제도를 헌법적 차원에서 그 문제점을 지적한 것으로는 황성기, “인터넷게임 이용을 위한 청소년의 회원가입시 부모의 필요적 사전동의제도의 헌법적 문제점”, 「공법학연구」, 제12권 제1호(2011), 103-132면 참조.

35) 필자가 확인한 바에 따르면, 선택적 셧다운제(게임시간 선택제)의 이용률이 정부 부처나 공공기관의 공식 실태조사 통계 자료(예컨대, 「대한민국 게임백서」 등)를 통해서 공식적으로 발표된 자료는 없는 것으로 보인다. 다만 언론보도에 따르면, 2022년의 이용률은 청소년 게임 이용자 189만여 명 중 게임시간 선택제 신청 건수는 8,766건으로 전체 0.46%, 2023년의 이용률은 청소년 게임 이용자 214만여 명 중 게임시간 선택제 신청 건수는

국가의 과도한 간섭 내지 개입의 문제는 치유되지 않는다는 점³⁶⁾ 등의 관점에서, 선택적 섯다운제도 폐지하는 것이 타당하다.

(2) 자율규제

2025년 게임산업법 전부개정안은 자율규제 근거를 마련하고 있다(전부개정안 제23조).³⁷⁾ 전부개정안이 상정하고 있는 자율규제 모델의 성격과 관련하여서는, 자율규제 활동에 관한 국가의 지원(전부개정안 제23조 제3항)을 규정하고 있고, 게임진흥원 및 게임관리위원회의 사업 중의 하나로 ‘자율규제 준수여부 확인에 관한 사항’(전부개정안 제29조 제5항 제18호, 제34조 제1항 제2호)이 규정되어 있는 것을 볼 때, 일종의 ‘관리형’ 자율규제 혹은 ‘승인적’ 자율규제³⁸⁾ 및 ‘자율규제 법정화 모델’³⁹⁾에 가깝다고 볼 수 있다.

2025년 게임산업법 전부개정안이 자율규제 근거를 마련하고 있는 것과 관련하여서는, 자율규제에 관한 근거 조항이 부재하고 있는 현행 게임산업법보다는 진일보한 것으로 긍정적 평가가 가능하다. 다만 게임 분야에서의 자율규제가 성공적으로 설

2,903건으로 0.14%로 나타났다고 한다. 그리고 게임사 단위로 보면, 비교적 청소년 이용자가 많은 넥슨 게임의 경우 신청 비율은 2021년 0.09%, 2022년 0.06%, 2023년 0.04%로 매해 감소했고, 엔씨소프트 게임은 2022년 신청 비율 80.7%를 기록했으나 2023년 0.4%로 급감하기도 했으며, 비교적 비율이 높은 스마일게이트 게임 정도가 2023년 9.3% 수준이었다고 한다. “김성원 의원실 “선택적 섯다운제 실효성 떨어져…재검토 필요해””, 『ZDNET Korea』, 2024. 8. 27. 기사 참조. <https://zdnet.co.kr/view/?no=20240827173122> [2026. 6. 18. 방문] 이 언론보도가 인용하고 있는 국회의원실에서 제시하고 있는 통계는 관련 정부 부처나 선택적 섯다운제(게임시간 선택제)를 운영하고 있는 게임문화재단에 요청해서 제출 받은 자료에 기반한 것으로 추정된다.

36) 황성기, “온라인게임 섯다운제의 법적 문제점”, 황승흠·안경봉 편, 『게임법제도의 현황과 과제』, 박영사, 2009, 202면.

37) 제23조(자율규제) ① 협회등은 건전한 게임문화를 확립하고 게임 이용자를 보호하기 위하여 게임 자율규약을 정하여 시행하는 등 자율규제를 추진할 수 있다.

② 제1항에 따른 게임 자율규약에는 자율규제 내용, 자율규제 준수사항, 자율규제 준수 여부를 판정하는 기구 등에 관한 내용을 포함할 수 있다.

③ 국가는 각 호의 시책을 마련하여 제1항 및 제2항에 따른 자율규제를 위한 활동을 지원할 수 있다.

1. 자율규약의 시행에 대한 지원

2. 제42조제1항에 따른 해외게임을 제작·배급 또는 제공하는 사업자의 자율규약 준수를 유도

3. 그 밖에 자율규약의 준수활동을 지원·확인하기 위해 필요한 사항

38) 이론적인 측면에서 자율규제 유형은, 자율규제의 주체와 정부와의 관계를 전제로, ① 위임적 자율규제, ② 승인적 자율규제, ③ 강제적 자율규제, ④ 자발적 자율규제로 구분될 수 있고, 여기서 ‘승인적 자율규제’는 규제 대상 집단 스스로가 규제 시스템을 형성하는데, 이러한 규제시스템은 정부의 승인(approval)을 얻어야 하는 모델로 이해된다. 자세한 것은 황성기, “ICT 분야에서의 자율규제 — 인터넷 포털과 게임 분야를 중심으로 —”, 『공법연구』, 제50집 제3호(2022), 37-39면 참조.

39) 한편 황성기는 자율규제 주체의 자율성의 정도, 자율규제에 대한 모니터링 또는 평가시스템, 자율규제 모니터링 또는 평가를 담당하는 자율규제기구의 형식 혹은 지위, 자율규제의 법적 근거의 유무 등을 종합적으로 고려하여 온라인 플랫폼의 자율규제 모델로 ① 사업자 자율규제 모델, ② 산업계 자율규제 모델, ③ 자율규제 법정화 모델, ④ 법정자율규제기구 모델, ⑤ 위임적 자율규제 모델 등 5가지를 제시한 바 있는데, 여기서 ‘자율규제 법정화 모델’은 자율규제의 법적 근거를 법률에 명시하는 모델이다. 자세한 것은 황성기, “온라인 플랫폼 자율규제 방안에 관한 연구”, 『경제규제와 법』, 제15권 제2호(2022), 109-118면 참조.

되고 정착하기 위해서는 자율규제 근거조항만으로는 부족하고 다음과 같은 점들이 보완되어야 한다.

첫째, 자율규제 근거가 마련되는 경우, 향후 자율규제가 실효적으로 작동하고 기능하기 위한 구체적인 방안 내지 로드맵이 필요할 수 있다. 또한 자율규제가 실효적으로 작동하고 기능하기 위해서는 자율규제기구(예컨대, 한국게임정책자율기구(GSO K)⁴⁰⁾ 등)의 기능과 역할, 업무 등에 대한 정부규제당국의 존중과 이해, 동등한 파트너십을 전제로 실질적인 협업이 이루어져야 한다. 어떻게 보면, 이 문제는 ‘제도’의 문제라기보다는 ‘문화’의 문제에 가깝고, 근거 규정에 따라 자율규제를 실제로 집행하는 단계에서의 문제라고 할 수 있다.

둘째, 자율규제에 관한 근거 조항이 자율규제에 대한 ‘간섭’의 근거 조항으로 해석 및 기능하지 않도록 할 필요가 있다. 따라서 입법적으로는 자율규제에 관한 근거 및 자율규제 활동에 관한 국가의 지원 부분만 입법화하고, 자율규제 준수여부 확인에 관한 부분은 삭제하여, 자율규제 준수여부 확인에 관한 부분이 자율규제에 대한 간섭의 근거 조항으로 해석 및 기능하는 것을 차단하는 것도 고려할 수 있다.⁴¹⁾ 즉, 전 부개정안 제23조는 입법화하되, 게임진흥원 및 게임관리위원회의 사업 중의 하나로 ‘자율규제 준수여부 확인에 관한 사항’(전부개정안 제29조 제5항 제18호, 제34조 제1항 제2호) 부분은 삭제할 필요가 있다.

(3) 불법게임 금지

가. 불법게임의 유통 및 제공 금지 등

2025년 게임산업법 전부개정안은 제26조 제1항에서 여러 가지 유형의 금지되는 불법게임의 유통 및 제공행위 등을 규정하고 있는데, 특히 주목할 것은 다음 두 가지다.

첫째, 전부개정안 제26조 제1항 제8호는 “게임의 정상적인 운영을 방해할 목적으로 게임관련사업자가 제공 또는 승인하지 아니한 컴퓨터프로그램이나 기기 또는 장치를 배포하거나 배포할 목적으로 제작하는 행위 및 이를 상습적으로 사용하여 다른 이용자의 게임 이용에 심각한 지장을 초래하는 행위”를 규정하고 있는바⁴²⁾, 소위 ‘핵 프

40) 한국게임정책자율기구(GSOK)의 자율규제 모델은 ‘자발적 자율규제’ 모델에 해당한다.

41) 한편 ‘규제된 자율규제(regulated self-regulation)’의 관점에서 자율규제 단체가 정한 ‘자율규제 가이드라인’은 법적 강제력이 부족하여, 자율규제 가이드라인을 준수하지 않는 경우, 이를 직접적이고 실효적으로 제재하기 어렵고 강제력이 약하므로, 자율규제 단체에 대하여 국가의 감독과 개입이 필요하고, 국가는 자율규제가 제대로 작동하는지 감시하는 ‘감시자’ 역할을 수행하여야 한다는 의견 내지 반론이 제시될 수 있다. 이러한 의견 내지 반론은 상당히 설득력이 있다. 다만 필자는 한국의 ‘규제 문화’에 있어서 정부의 과도한 간섭의 위험성이 항상 존재한다는 점을 고려하여, 규제된 자율규제보다는 자발적 자율규제가 좀 더 게임산업계의 자율성을 제고할 수 있고 게임산업계의 특성에 부합한다는 점을 강조하는 차원에서, 위와 같이 주장하는 것임을 밝혀 둔다.

42) 제26조제1항제8호에 따라 게임관련사업자가 제공 또는 승인하지 아니한 컴퓨터프로그램이나 기기 또는 장치를 배포하거나 배포할 목적으로 제작한 자에 대해서는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처해지나, 이를 상습적으로 사용하여 다른 이용자의 게임 이용에 심각한 지장을 초래하는 행위에 대해서는 직접적인 형사처벌은 규정되어 있지 않다(전부개정안 제76조 제2호). 대표발의한 의원실의 실수로 파악된다.

로그램’ 등 불법프로그램을 규제하기 위한 조항으로 해석된다. 현행 게임산업법 제32조 제1항 제8호⁴³⁾와 달리 ‘상습적으로 사용하여 다른 이용자의 게임 이용에 심각한 지장을 초래하는 행위’를 추가함으로써, 핵 프로그램 등 불법 프로그램을 상습적으로 사용하는 게임이용자도 처벌대상에 포함시킨 것으로 판단되며, 핵 프로그램 등 불법 프로그램에 대한 ‘수요 통제’를 목적으로 하는 것으로 이해된다. 문화체육관광부는 불법 프로그램 이용자에 대한 직접적인 처벌은 미성년 게임이용자에게 법 위반 경력을 남길 가능성이 높으므로, 직접 제재보다는 예방교육 강화가 바람직하다는 의견을 제시하였다.⁴⁴⁾

둘째, 전부개정안 제26조 제1항 제9호는 “게임물 관련사업자가 제공 또는 승인하지 아니한 게임물을 제작, 배급, 제공 또는 알선하는 행위. 다만, 게임물 관련사업자가 사후에 승인하거나 처벌을 원치 않는 경우에는 제외한다.”를 규정하고 있는바⁴⁵⁾, 소위 ‘불법 사설서버’를 규제하기 위한 조항으로 해석된다. 현행 게임산업법 제32조 제1항 제9호⁴⁶⁾와 달리 단서 조항을 신설하여 반의사불벌죄로 규정하고 있는 것이 특징이다.

위와 같은 ‘핵 프로그램 등 불법 프로그램’과 ‘불법 사설서버’ 규제와 관련된 전부개정안의 내용은 게임이용자 보호와 게임산업의 육성이라는 가치들 간의 균형과 조화라는 관점에서 현행 게임산업법보다 더 진전된 내용이라는 점에서 긍정적인 평가가 가능하다.

그런데 ‘핵 프로그램 등 불법 프로그램’과 ‘불법 사설서버’ 규제 이슈에 있어서 가장 핵심적인 쟁점은 게임이용자 처벌 규정의 신설 문제다. ‘핵 프로그램 등 불법 프로그램’과 ‘불법 사설서버’ 문제를 해결하기 위해서는 수요 억제(혹은 수요 통제)를 위한 법적 장치가 필요할 수 있다. 이러한 차원에서 게임이용자 처벌 규정의 신설을 긍정적으로 검토할 필요가 있다. 전부개정안은 ‘핵 프로그램 등 불법 프로그램’ 부분에서만 게임이용자에 대해서 금지 의무를 부과하고 있지(처벌 규정은 없음), ‘불법 사설서버’ 부분에서는 게임이용자 처벌 규정을 두고 있지 않다. ‘핵 프로그램 등 불법 프로그램’ 부분과 ‘불법 사설서버’ 부분 모두 게임 이용자 처벌 규정을 두되, 각각 친고죄나 반의사불벌죄로 설계함으로써 불합리한 처벌이 이루어지지 않도록 할 필요가 있다.

43) 게임산업법 제32조(불법게임물 등의 유통금지 등) ① 누구든지 게임물의 유통질서를 저해하는 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 제4호의 경우 「사행행위 등 규제 및 처벌특례법」에 따라 사행행위영업을 하는 자는 제외한다.

8. 게임물의 정상적인 운영을 방해할 목적으로 게임물 관련사업자가 제공 또는 승인하지 아니한 컴퓨터프로그램이나 기기 또는 장치를 배포하거나 배포할 목적으로 제작하는 행위

44) 문화체육관광위원회 수석전문위원, 「게임산업진흥에 관한 법률 전부개정법률안 검토보고 - 조승래의원 대표발의(의안번호 제2213231호) -」, 2025. 11., 27-28면 참조.

45) 그 위반에 대해서는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처해진다(전부개정안 제74조 제1항 제1호).

46) 게임산업법 제32조(불법게임물 등의 유통금지 등) ① 누구든지 게임물의 유통질서를 저해하는 다음 각 호의 행위를 하여서는 아니 된다. 다만, 제4호의 경우 「사행행위 등 규제 및 처벌특례법」에 따라 사행행위영업을 하는 자는 제외한다.

9. 게임물 관련사업자가 제공 또는 승인하지 아니한 게임물을 제작, 배급, 제공 또는 알선하는 행위

나. 불법게임 제작 및 반입 금지

2025년 게임산업법 전부개정안은 불법게임 제작 및 반입 금지 대상 게임과 관련하여 현행 게임산업법 제32조 제2항을 다음과 같이 수정하고 있다(전부개정안 제27조).⁴⁷⁾

현행 게임산업법	전부개정안
제32조(불법게임물 등의 유통금지 등) ② 누구든지 다음 각 호에 해당하는 게임물을 제작 또는 반입하여서는 아니 된다. 1. 반국가적인 행동을 묘사하거나 역사적 사실을 왜곡함으로써 국가의 정체성을 현저히 손상시킬 우려가 있는 것 2. 준비속에 대한 폭행·살인 등 가족우리의 훼손 등으로 미풍양속을 해칠 우려가 있는 것 3. 범죄·폭력·음란 등을 지나치게 묘사하여 범죄심리 또는 모방심리를 부추기는 등 사회질서를 문란하게 할 우려가 있는 것	제27조(불법게임 제작 및 반입 금지) 누구든지 다음 각 호에 해당하는 게임을 제작 또는 반입하여서는 아니 된다. 1. 반국가적인 행동을 묘사하거나 역사적 사실을 왜곡함으로써 국가의 정체성을 현저히 손상시킬 우려가 있는 것 2. 「형법」, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 등 다른 법률의 규정에 의하여 처벌대상이 되는 행위를 주된 내용으로 하여 미풍양속을 해치거나 사회질서를 문란하게 할 우려가 있는 것

전부개정안 제27조 제1호의 경우, 헌법 상 명확성원칙, 과잉금지원칙 위반의 문제가 존재하는데, 예컨대 인터넷 콘텐츠 심의를 담당하는 방송미디어통신심의위원회의 「정보통신에 관한 심의규정」 제6조(헌정질서 위반 등)와 비교해 볼 필요가 있다.⁴⁸⁾ 「정보통신에 관한 심의규정」 제6조와 비교해 볼 때, 전부개정안 제27조 제1호는 내용이 여전히 추상적이거나 불명확하고, 적용범위에 있어서도 포괄적이거나 광범위한 문제가 존재하는 것으로 보인다.

전부개정안 제27조 제2호의 경우, 현재 헌법재판소에 현행 게임산업법 제32조 제2항 제3호에 대한 헌법소원심판⁴⁹⁾이 청구되어 있다는 점을 고려하여 개정을 시도하고

47) 제27조 위반에 대해서는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처해진다(전부개정안 제75조 제6호).

48) 「정보통신에 관한 심의규정」(방송통신심의위원회규칙 제164호로 2024. 7. 19., 일부개정되고 2024. 7. 19. 시행된 것) 제6조(헌정질서 위반 등) 헌법에 위배되거나 국가의 존립을 해하는 다음 각 호의 정보를 유통하여서는 아니 된다.
1. 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 현저히 위태롭게 할 우려가 있는 정보
2. 헌법을 부정하거나 국가기관을 전복·파괴·마비시킬 우려가 현저한 정보
3. 법령에 따라 분류된 비밀 등 국가기밀을 누설하는 내용의 정보
4. 「국가보안법」에서 금지하는 행위를 수행하는 내용의 정보
5. 헌법에 반하여 역사적 사실을 현저히 왜곡하는 정보

49) 이 헌법소원심판은 2024. 10. 10. 청구되었고, 사건 번호는 2024헌마909이며, 사건명은 <게임산업진흥에 관한 법률 제32조 제2항 제3호 위헌확인>이다. 현행 게임산업법 제32조 제2항 제3호의 헌법적 쟁점에 대해서는 허진성, “게임물 등급분류에 관한 헌법적 고찰 - 게임산업진흥에 관한 법률 제32조 제2항 제3호를 중심으로 -”, 「언론과 법」, 제23권 제3호(2024), 1-37면 참조.

있는데, 현행 게임산업법보다는 명확성원칙, 과잉금지원칙 위반의 문제를 많이 해소한 것으로 보인다. 왜냐하면 현행 게임산업법 제32조 제2항 제2호 및 제3호를 통합 규정하면서, 구성요건으로 「형법」, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 등 다른 법률의 규정에 의하여 처벌대상이 되는 행위를 주된 내용으로 하여'라는 부분을 추가하고 있어서, 그 외연이 무한히 확장되는 것을 어느 정도 막고 있기 때문이다.

그런데 근본적인 문제는 '유통의 목적 없는 제작'도 금지하는 것이 헌법적으로 정당화될 수 있는지 여부다. 예컨대 형법 제244조는 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시 또는 상영에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처함으로써, '유통 목적의 제작'만 처벌하고 있다. 또한 정보통신망법 제74조 제1항 제2호도 음란한 부호·문언·음향·화상 또는 영상을 배포·판매·임대하거나 공공연하게 전시한 자를 형사처벌하지 '단순 제작자'에 대해서는 처벌하지 않고 있다. 따라서 '유통의 목적 없는 제작'도 금지하는 것은 과잉금지원칙에 위반될 가능성이 매우 높다.⁵⁰⁾

결국 게임이 표현의 자유의 보호대상이라는 점⁵¹⁾을 고려할 때, '불법게임'의 범주를 내용적으로 구체화하는 경우에는 표현의 자유가 침해되지 않도록 세심하게 입법화할 필요가 있다.

3. 게임진흥원 및 게임관리위원회로의 거버넌스 개편

2025년 게임산업법 전부개정안은 게임진흥원을 설립하는 등 게임 행정 거버넌스 개편을 시도하고 있다(전부개정안 제4장 : 제29조 ~ 제36조). 현재의 한국콘텐츠진흥원이 담당하는 사업 중 게임 분야를 떼서 별도의 독립법인인 게임진흥원을 설립하여 담당하게 하는 것이 기본 취지인 것으로 이해된다. 그리고 현재의 게임물관리위원회는 '게임관리위원회'로 명칭이 변경되고 업무가 조정되어 게임진흥원에 설치된다. 게임관리위원회는 '특정장소형게임(아케이드게임)의 등급분류 및 사후관리에 관한 사항' 등을 주된 업무로 하게 된다. 등급분류와 관련하여, 디지털게임(온라인게임)의 등급분류가 민간에 이양(자율등급분류로 전환)되는 관계로⁵²⁾, 국가기관인 게임관리위원회는 특정장소형게임(아케이드게임)의 등급분류만 담당하게 된다. 문화체육관광부는 기본적으로 규제와 진흥기구를 합친 기관의 신설은 신중히 검토할 필요가 있다는 입장을 제시하였다.⁵³⁾ 그리고 게임산업 분야의 이익단체인 한국게임산업협회는

50) 황성기, "게임물 내용규제에 관한 공법적 고찰", 「토지공법연구」, 제31집(2006), 333면.

51) 헌재 2002. 2. 28. 99헌바117, 판례집 14-1, 118, 124(게임물관매업자가 되고자 하는 자로 하여금 대통령이 정하는 바에 의하여 문화관광부장관 또는 시장·군수·자치구의 구청장에게 등록하도록 요구하는 것이 헌법에 위반되는지 여부가 문제된 사건임). 그리고 게임물과 표현의 자유의 관계에 관해서 자세한 것은 김종현, 「게임물 규제법제에 관한 헌법적 검토」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2022, 30-37면 참조.

52) 디지털게임의 등급분류는 실제로는 지정된 자율등급분류사업자가 하지만, 이것은 법리적으로 '위탁'에 해당하므로, 공식적으로는 국가가 등급분류에 관한 권한을 보유해야 한다. 따라서 전부개정안 제29조 제5항 제14호는 '디지털게임의 등급분류 및 사후관리에 관한 사항'을 게임진흥원의 사업 중의 하나로 명시하고 있다.

53) 문화체육관광위원회 수석전문위원, 「게임산업진흥에 관한 법률 전부개정법률안 검토보고 - 조승래의원 대표발의(의안번호 제2213231호) -」, 2025. 11., 34면 참조.

독임제 기구인 게임진흥원이 직접 내용규제(등급분류) 사무하는 것은 위헌의 가능성 배제할 수 없다는 의견을 제시하고 있다.⁵⁴⁾

전부개정안은 게임진흥원을 설립하여 게임물을 ‘관리’하던 기존의 수동적인 역할에서 벗어나, 산업 진흥, 문화 연구, 이용자 보호 등 다양한 기능을 통합 관리하는 컨트롤 타워로서의 역할을 하도록 설계하고 있고, 규제 기관이었던 ‘게임물관리위원회’를 게임의 진흥을 주 목적으로 하는 ‘게임진흥원’으로 편입시키고 있는바, 전부개정안이 제시한 방향으로 재편된다면 정부와 민간, 산업과 이용자가 참여하는 협력 플랫폼이 될 수 있을 것으로 보인다.

기본적으로 게임 거버넌스 개편은 현 거버넌스의 효율성과 한계에 대한 성찰이 전제되어야 한다. 현 거버넌스(한국콘텐츠진흥원은 진흥 업무, 게임물관리위원회는 규제 업무)의 장점과 단점, 한계를 정리하고, 전부개정안이 제시하고 있는 새로운 거버넌스가 기존 제도의 단점이나 한계를 극복하고 장점을 극대화시킬 수 있다면 반대할 이유가 없다.

다만, 전부개정안이 상정하고 있는 게임 거버넌스 개편의 성패는 입법자의 ‘철학’을 얼마나 현실적이고 실행 가능한 형태로 구현하느냐에 달려 있다. 전부개정안의 핵심 중 하나인 게임진흥원 설립이 형식적인 조직 확대에 그치지 않으려면, 명확한 역할 분담과 책임 구조의 정립이 선행되어야 한다. 구체적인 설계단계에서 문화체육관광부 등 주무부처의 역할이 클 수밖에 없는 상황이다.

한편 독임제 기구인 게임진흥원이 직접 내용규제(등급분류) 사무하는 것은 위헌의 가능성 배제할 수 없다는 한국게임산업협회의 의견은 헌법적 관점에서 잘못된 의견이다. 왜냐하면 ① 현행 헌법은 내용규제(등급분류)에 대해서 반드시 합의제 기구에 의해 수행되어야 한다는 명령을 하고 있지 않다는 점(즉, 헌법에 명시적인 규정이 없음), ② 내용규제(등급분류)를 독임제 기구에서 담당하게 할지 합의제 기구에서 담당하게 할지는 입법정책의 문제(즉, 입법자가 결정할 수 있는 사항)이라는 점, ③ 등급분류제 자체는 헌법에 의해서 절대적으로 금지되는 사전검열에 해당하지 않는다는 헌법재판소의 결정⁵⁵⁾이 있다는 점, ④ 한국출판문화산업진흥원 및 그 소속 기관으로서 간행물윤리위원회의 간행물 유해성 심의 기능과 같은 국내 유사 입법례(「출판문화산업 진흥법」 제17조 등)가 있다는 점 등을 고려할 때, 독임제 기구인 게임진흥원이 디지털게임의 등급분류 및 사후관리에 관한 사항을 담당하더라도 위헌이라고 볼 수 없다.

4. 등급분류

2025년 게임산업법 전부개정안은 등급분류체계를 ‘디지털게임’과 ‘특정장소형게임’으로 이원화하고, 디지털게임의 등급분류 업무를 민간의 자율등급분류사업자가 담당하도록 하는 한편, 특정장소형게임은 공공기관인 게임관리위원회가 등급분류를 수행

54) 문화체육관광위원회 수석전문위원, 「게임산업진흥에 관한 법률 전부개정법률안 검토보고 - 조승래의원 대표발의(의안번호 제2213231호) -」, 2025. 11., 81면.

55) “등급분류는 표현물의 공개나 유통 자체를 사전적으로 금지하여 시간이 경과하여도 이에 대한 접근이나 이용을 불가능하게 하는 사전검열과 다르다. 그러므로 등급심사를 받지 아니한 비디오물의 유통을 금지하고 있더라도 이것은 사전검열에 해당하지 않는다.”(헌재 2007. 10. 4. 2004헌바36, 판례집 19-2, 362)

하도록 하고 있다. 디지털게임의 등급분류는 4단계 등급(전체이용가, 12세이용가, 15세이용가, 청소년이용불가)을 유지하고 있지만(전부개정안 제37조 제1항), 특정장소형 게임의 등급분류는 2단계 등급(전체이용가, 청소년이용불가)으로 현행 게임산업법과 동일하게 유지하고 있다(전부개정안 제52조 제1항). 그리고 전부개정안은 등급분류기관으로 지정된 자율등급분류사업자에게 게임진흥원이 디지털게임의 등급분류 업무를 위탁함에 있어 ‘게임의 유형 또는 위탁하는 연령 등급을 선별적으로 지정’할 수 있도록 하고 있다(전부개정안 제49조 제2항). 문화체육관광부는 디지털게임 중 사행성 모사게임(웹보드게임)에 대해서는 게임관리위원회가 직접 등급분류를 수행할 필요가 있다는 의견을 제시하고 있다.⁵⁶⁾

그동안 이용자와 사업자 모두가 불만을 가졌던 게임물 등급분류와 관련하여, 온라인 게임 분야에서는 ‘자율등급분류’ 체계로 ‘전면 개편’하고 있는바, 그동안 심사절차나 사후관리의 비효율성 등과 관련된 문제 제기들을 고려한다면, 이는 업계의 불편함 및 이용자의 불만을 동시에 해소하는 획기적인 장치라 할 수 있고, 글로벌 스탠더드에 부합하는 규제 체계를 통해 산업의 지속적 발전을 도모하겠다는 의지를 확인할 수 있다.

또한 지금까지의 게임산업법 개정 연혁에 비추어 보면, 등급분류 민간 이양은 시대적 흐름 내지 대세가 되었다고 볼 수 있고, 전부개정안이 디지털게임의 등급분류 업무를 민간의 자율등급분류사업자가 담당하도록 하는 것은 ‘완전한 민간 이양’을 위한 징검다리로서 중요한 제도적 뒷받침이 될 수 있다는 점에서 긍정적인 평가가 가능하다.

그리고 등급분류기관으로 지정된 자율등급분류사업자에게 게임진흥원이 디지털게임의 등급분류 업무를 위탁함에 있어 ‘게임의 유형 또는 위탁하는 연령 등급을 선별적으로 지정’할 수 있도록 하고 있는 전부개정안의 내용도 긍정적으로 평가할 수 있다. 이는 게임 플랫폼, 장르 등의 특성을 고려하여 다양하고 전문성 있는 자율등급분류사업자에게 구체적·개별적 위탁이 가능하게 하는 것으로 이해된다. 등급분류의 전문성, 다양성을 고려한 것으로 이해되며, 현행 등급분류 시스템의 경직성을 해소해 줄 수 있는 대안이 될 수 있을 것으로 판단된다.

다만 전부개정안이 상정하고 있는 등급분류체계와 관련하여서는 다음과 같은 두 가지 점을 지적하고자 한다.

첫째, 장기적으로는 디지털게임의 등급분류도 특정장소형게임 등급분류와 마찬가지로 2단계 등급(전체이용가, 청소년이용불가)으로 단순화할 필요가 있다. 즉 12세이용가, 15세이용가 등급 두 가지는 실효성 관점에서 여전히 필요한지에 대한 의문이 제기될 수 있고, 이러한 차원에서 이 두 가지 등급은 폐지하는 것을 적극적으로 검토할 필요가 있다.

둘째, 디지털게임 중 사행성 모사게임(웹보드게임)은 예외없이 청소년이용불가 등급을 받을 것이므로, 게임관리위원회가 직접 등급분류를 수행하든 민간의 자율등급분류사업자가 담당하든 이론적·실무적 논의의 실익이 없다. 중요한 것은 위에서 언급하였듯이, 웹보드게임에 대해서 경품 규제 혹은 현행 게임산업법시행령 [별표 2] 제8호의 규제를 폐지할 것인가의 문제다. 즉 웹보드게임의 등급분류 문제와 경품 규

56) 문화체육관광위원회 수석전문위원, 「게임산업진흥에 관한 법률 전부개정법률안 검토보고 - 조승래의원 대표발의(의안번호 제2213231호) -」, 2025. 11., 54면.

제(혹은 사행성 규제 문제)는 결이 다른 문제라고 할 것이다.

5. 경품 제공 금지 등 게임관련사업자의 준수사항

2025년 게임산업법 전부개정안은 경품 제공 금지 등 게임관련사업자의 준수사항과 관련하여 큰 체계 개편을 전제하고 있다.

첫째, 전부개정안은 경품 금지 조항(원칙적 금지, 예외적 허용 : 포지티브 방식)인 현행법 제28조 제1항 제3호⁵⁷⁾를 삭제하고(전부개정안 제59조 제1항), 특정장소형게임에 대해서만 적용하도록 하고 있다(전부개정안 제59조 제2항 제7호). 이와 관련하여 문화체육관광부는 경품 제공의 전면적 허용은 디지털게임의 사행화를 초래하고 이용자 피해를 유발할 우려가 있으며, 기존의 포지티브 규제를 네거티브 방식(원칙적 허용, 예외적 금지)으로 전환할 경우 신종 경품형 서비스로부터 이용자 보호가 어려워질 수 있다는 의견을 제시하였다.⁵⁸⁾

위와 같은 전부개정안의 기본적인 취지는 현행 게임산업법 상의 경품 규제는 아케이드게임에만 적용하고, 온라인게임에서는 폐지하는 것으로 평가할 수 있는데, 온라인게임에 대해서 경품 금지를 완전히 폐지하는 것은 중·장기적인 관점에서는 필요하고 타당하다. 특히 디지털 환경에 부합하는 새로운 서비스 유형, 예컨대 ‘보상형 미니게임’을 서비스하는 유통 플랫폼 서비스가 기존 경품 규제에 의하여 새로운 서비스 유형을 제공할 수 없었던 제도적 한계⁵⁹⁾ 등을 불식시킬 수 있다는 점에서 긍정적인 평가가 가능하다.

다만 현 시점에서의 완전한 폐지가 갖고 올 수 있는 부작용 내지 후폭풍을 고려할 때, ‘단계적·점진적 완화’ 방식이 더 적절할 수가 있다. 예컨대 ① 현재의 포지티브 규제 방식을 유지하되 예외적 허용 범위⁶⁰⁾를 현행보다 확대하는 방안 → ② 네거티브 방식으로 전환하되 예외적 금지 범위⁶¹⁾를 넓게 설정하는 방안 → ③ 네거티브 방식을 유지하면서 예외적 금지 범위를 좁게 한정하는 방안 → ④ 경품 금지 완전 폐

57) 게임산업법 제28조(게임물 관련사업자의 준수사항) ① 게임물 관련사업자는 다음 각 호의 사항을 지켜야 한다.

3. 경품 등을 제공하여 사행성을 조장하지 아니할 것. 다만, 청소년게임제공업의 전체이용가 게임물에 대하여 대통령령으로 정하는 경품의 종류(완구류 및 문구류 등. 다만, 현금, 상품권 및 유가증권은 제외한다)·지급기준·제공방법 등에 의한 경우에는 그러하지 아니하다.

58) 문화체육관광위원회 수석전문위원, 「게임산업진흥에 관한 법률 전부개정법률안 검토보고 - 조승래의원 대표발의(의안번호 제2213231호) -」, 2025. 11., 77면.

59) 예컨대, “게임위 ‘보상형 미니게임’에 제동”, 「매일경제」, 2023. 10. 2. 기사 참조. <https://www.mk.co.kr/news/it/10841053> [2026. 6. 25. 방문]

60) 입법기술적으로는 예외적 허용 범위의 설정은 현행법과 같이 대통령령에 위임하는 방식이 될 것이다. 다만 현재의 포지티브 규제 방식을 유지하되 예외적 허용 범위를 현행보다 확대하여 온라인게임에 대해서 경품 제공을 허용하기 위해서는 모법 규정의 개정이 반드시 필요하다. 게임산업법 제28조 제1항 제3호 단서는 경품 제공이 예외적으로 허용되는 게임을 ‘청소년게임제공업의 전체이용가 게임물’로 한정하여 아케이드게임의 경우에만 경품 제공이 예외적으로 허용되고 있기 때문이다. 즉 온라인게임에 대해서 경품 제공을 허용하기 위해서는 게임산업법 제28조 제1항 제3호 단서에서 ‘청소년게임제공업’을 삭제하여, 온라인게임이든 아케이드게임이든 ‘전체이용가 게임물’에 대해서는 예외적으로 경품 제공을 허용할 필요가 있다.

61) 입법기술적으로는 예외적 금지 범위의 설정은 현행법과 같이 대통령령에 위임하는 방식이 될 것이다.

지 등으로 단계적·점진적으로 완화하는 제도 개선 과정을 거치는 것이 오히려 현실적일 수 있다.

둘째, 전부개정안은 게임관련사업자의 준수사항을 대통령령으로 위임하도록 한 현행 규정(현행법 제28조 제1항 제8호⁶²⁾)를 삭제하고(전부개정안 제59조 제1항), 특정 장소형게임에 대해서만 적용하도록 하고 있다(전부개정안 제59조 제2항 제9호). 이와 관련하여 문화체육관광부는 게임관련사업자의 준수사항을 대통령령으로 정하도록 한 규정을 삭제할 경우, 웹보드게임 등 사행성 모사 게임에 대한 방지 방안을 규율할 근거가 사라지게 되므로 현행과 같이 위임 규정을 존치할 필요가 있다는 의견을 제시하였다.⁶³⁾

게임산업법시행령 [별표 2] 게임물 관련사업자 준수사항 (제17조 관련) 제8호는 게임산업법시행령 제17조⁶⁴⁾를 거쳐 모법인 게임산업법 제28조 제1항 제8호에 근거하여 제정된 것이다. 따라서 게임관련사업자의 준수사항을 대통령령으로 정하도록 한 규정을 삭제할 경우, 웹보드게임 등 사행성 모사 게임에 대한 방지 방안을 규율할 근거가 사라지게 된다는 문화체육관광부의 의견은 틀린 것이 아니다.

이 문제와 관련하여서는, 웹보드게임에 대해서 적용되는 현행 게임산업법시행령 [별표 2] 제8호의 규제 폐지의 적절성 등에 대한 근본적인 검토가 필요하다. 그 방향성과 관련하여서는 다음과 같은 상반되는 두 가지 관점이 가능하다.

첫째, 웹보드게임에 대해서 적용되는 현행 게임산업법시행령 [별표 2] 제8호의 규제는 ‘웹보드게임의 의제된 사행성’ 규제를 목적으로 하는 것으로서, 웹보드게임에 사용되는 게임머니를 일부 이용자들이 불법으로 환전하는 방식으로 웹보드게임을 도박수단으로 활용하는 것을 억제하기 위한 규제로 도입된 것이다.⁶⁵⁾ 그런데 ‘사물의 본성’ 상 웹보드게임 자체 시스템에서는 ‘환가성 내지 황금성’이 없으므로, 해당 규제는 과도한 것이어서 폐지가 타당하다는 입장이 가능하다. 법리 및 논리에 기반한 입장이라 할 수 있다.

둘째, 반면에 비록 웹보드게임 자체는 예컨대, 합법적으로 허용되는 사행산업인 경마, 경륜, 경정, 복권 등과 달리 ‘환가성 내지 황금성’ 요소가 없다고 하더라도, 현행 게임산업법시행령 [별표 2] 제8호의 규제 도입 이후, 웹보드게임에 사용되는 게임머니를 일부 이용자들이 불법 환전하는 방식으로 웹보드게임을 도박수단으로 활용하는 것을 상당한 정도 억제하는 긍정적 효과는 있으므로, 여전히 존치할 필요가 있다는 입장이 가능하다. 현실론에 기반한 입장이라 할 수 있다.

위의 상반되는 두 입장은 각각 나름대로의 설득력을 갖고 있다는 평가가 가능하다. 생각건대, ① 웹보드게임 등 사행성 모사 게임 규제의 완전 폐지가 갖는 사회적 논란 가능성 내지 사회적 파급효과를 염두에 둘 필요가 있다는 점, ② 웹보드게임

62) 게임산업법 제28조(게임물 관련사업자의 준수사항) ① 게임물 관련사업자는 다음 각 호의 사항을 지켜야 한다.

8. 그 밖에 영업질서의 유지 등에 관하여 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항을 준수할 것

63) 문화체육관광위원회 수석전문위원, 「게임산업진흥에 관한 법률 전부개정법률안 검토보고 - 조승래의원 대표발의(의안번호 제2213231호) -」, 2025. 11., 77면.

64) 게임산업법시행령 제17조(게임물 관련사업자의 준수사항) 법 제28조 제1항 제8호에서 “대통령령이 정하는 사항”이라 함은 별표 2와 같다.

65) 황성기, “인터넷게임 관련 주요 규제 현황 및 개선방향”, 「언론과 법」, 제17권 제3호(2018), 15면.

등 사행성 모사 게임 규제에 경우에도 단계적·점진적 완화 방식이 적용될 필요가 있다는 점, ③ 단계적·점진적 완화 방식을 적용하는 경우, 게임산업법시행령 [별표 2] 제8호가 규정하고 있는 기본 골격은 유지하면서도, 불합리한 과도한 규제 부분은 과감하게 폐지할 필요가 있다는 점, ④ 2025년 게임산업법 전부개정안의 현실적인 입법가능성을 좀 더 높일 필요가 있다는 입법전략적인 관점 등을 종합적으로 고려할 때, 웹보드게임에 대해서 적용되는 게임산업법시행령 [별표 2] 제8호의 규제는 현행 처럼 유지하는 것이 적절할 수 있다. 만약 웹보드게임에 대한 현행 게임산업법시행령 [별표 2] 제8호의 규제를 여전히 유지할 필요가 있다면, 위에서 언급하였듯이 게임산업법시행령 [별표 2] 제8호가 규정하고 있는 기본 골격은 유지하면서(물론 불합리한 과도한 규제 부분은 과감하게 폐지할 필요가 있음), 이 내용을 시행령이 아닌 모법인 법률에서 규정하는 것도 하나의 방안이 될 수 있다.

6. 2025년 게임산업법 전부개정안에 대한 총평

위에서 설명한 2025년 게임산업법 전부개정안의 주요 내용별 정책적 의미 및 대안 모색의 방향성과 아울러, 게임산업법의 주요 제·개정 연혁에 비추어 보았을 때, 현 시점에서 2025년 게임산업법 전부개정안이 갖는 함의를 총평하면 다음과 같다.

첫째, ‘게임물 규제 체제의 패러다임적 전환’을 시도하고 있는 점이다. 아케이드게임(특정장소형게임)과 온라인게임(디지털게임)의 분리를 통한 규율체제의 이원화(게임의 이원화)가 이러한 패러다임적 전환을 상징하는 대표적인 것이다.

둘째, 과도한 청소년 보호 명분에 근거한 청소년 보호 관련 불합리한 규제를 완화함으로써, ‘청소년 보호 이데올로기 혁파’를 시도하고 있는 점이다. 선택적 섯다운제의 폐지 등 현행 게임산업법 제12조의3에서 규정하고 있는 온라인게임제공사업자의 게임과몰입 예방조치 관련 의무를 완화하고 있는 것이 대표적이다. 물론 현행 게임산업법 제12조의3을 완전히 폐지하지 못하는 한계가 있지만, 현행보다는 진일보한 태도를 보이고 있다는 점에서는 긍정적 평가가 가능하다.

셋째, ‘자율규제의 복원’을 시도하고 있는 점이다. 자율규제의 법적 근거를 마련하고 있는 것이 대표적이다. 비록 확률형 아이템 확률정보 공개의 법적 규제로의 전환을 통해 자율규제를 부정한 입법역사가 있기는 하지만, 만약 자율규제 법적 근거가 입법화되는 경우에는 다시 자율규제의 씨앗이 배태될 수 있는 법적 토양이 마련된다는 점에서 나름 긍정적으로 평가할 수 있다.

넷째, ‘등급분류 민간 이양의 고도화’를 시도하고 있는 점이다. 지금까지의 등급분류의 민간 이양이 4단계에 걸쳐서 이루어졌다고 한다면, 등급분류체제를 ‘디지털게임’과 ‘특정장소형게임’으로 이원화하고, 디지털게임의 등급분류 업무를 민간의 자율등급분류사업자가 담당하도록 하는 한편, 특정장소형게임은 공공기관인 게임관리위원회가 등급분류를 수행하도록 하고 있는 것은 등급분류 민간 이양의 ‘5단계’에 해당하는 것으로서, 만약 이것이 입법화된다면 ‘등급분류 민간 이양의 고도화’ 단계에 진입한다는 것을 의미한다.

다섯째, 사행성 도그마에서 탈피하는 ‘사행성 규제 시스템의 재설계’를 시도하고 있다는 점이다. 현행 게임산업법 상의 경품 규제는 아케이드게임에만 적용하고, 온라인게임에서는 폐지하는 것이 대표적이다. 만약 이것이 입법화된다면, 게임산업 전체

의 발전을 억누르고 있던 현행 게임산업법 상의 사행성 규제 시스템은 드디어 ‘바다 이야기 트라우마’ 혹은 ‘사행성 도그마’에서 벗어나게 된다는 점에서, 긍정적 평가가 가능하다.

IV. 나오는 말

이상에서는 2025년 게임산업법 전부개정안의 의의와 현행 게임산업법의 주요 제·개정 연혁을 살펴본 뒤, 2025년 게임산업법 전부개정안의 주요 내용별로 그 정책적 의미와 대안 모색의 방향성을 제시해 보았다.

보다 구체적으로 게임산업법 규율체계의 이원화 / 특정장소형게임과 디지털게임의 개념 도입 문제, 게임문화 진흥 및 이용자 보호와 관련한 주요 쟁점, 게임진흥원 및 게임관리위원회로의 거버넌스 개편 문제, 등급분류 문제, 경품 제공 금지 등 게임 관련사업자의 준수사항 문제 등과 관련된 전부개정안의 내용들과 관련하여, 정책적 의미와 대안 제시, 더 나아가서 게임산업법의 역사에 있어서 2025년 게임산업법 전부개정안이 갖는 함의에 대한 총평을 시도하였다.

2025년 게임산업법 전부개정안은 ① 법률의 새로운 명칭에서 볼 수 있다시피, 게임을 하나의 ‘문화’로 인정하겠다는 입법철학, ② 디지털게임(온라인게임)과 특정장소형게임(아케이드게임)을 분리하여 전자는 ‘규제 완화’ 후자는 ‘규제 유지’ 체제로 이원화하려는 입법정책적 의지, ③ 동일한 문화예술콘텐츠산업이면서도 영화나 OTT, 음악과 비교해 봤을 때, 그동안 지속적으로 제기되어 왔던 게임에 대한 불합리하고 과도한 규제를 개선하려는 입법정책적 목표가 분명한 법안이라고 평가할 수 있다. 이러한 입법자의 철학과 의지, 목표에 대해서는 긍정적으로 평가할 수 있으며, 이를 실현하기 위해서는 일부 추가적인 수정 보완이 필요하다 하더라도, 기본적으로 2025년 게임산업법 전부개정안의 입법화는 반드시 이루어질 필요가 있다.

- **주제어:** 게임산업법, 아케이드게임, 온라인게임, 웹보드게임, 자율규제, 등급분류, 경품 제공 금지

[참고문헌]

- 김중현, 「게임물 규제법제에 관한 헌법적 검토」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2022
- 문화체육관광위원회 수석전문위원, 「게임산업진흥에 관한 법률 전부개정법률안 검토보고 - 조승래의원 대표발의(의안번호 제2213231호) -」, 2025. 11.
- 이상정/김윤명 편, 「주해 게임산업진흥에 관한 법률」, 세창출판사, 2014
- 한국게임정책자율기구, 「강제적 섯다운제의 도입부터 폐지까지」, GSOK 정책백서 제1권, 2023
- 한국게임정책자율기구, 「확률형 아이템 자율규제 - 그 절반의 성공의 역사 -」, GSOK 정책백서 제3권, 2024
- 한국게임정책자율기구, 「게임물 경품 규제의 과거, 현재 그리고 미래」, GSOK 정책백서 제4권, 2025
- 김민규, ““게임산업진흥에 관한 법률”의 제·개정 경과와 의의”, 「성신법학」, 제6호, 성신여자대학교 법학연구소, 2007. 2.
- 김민석, “국제 게임 유통 플랫폼에 대한 게임물 등급분류 제도의 적용 문제: 스팀(Steam)을 중심으로”, 「원광법학」, 제39권 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2023. 9.
- 김윤명, “스마트플랫폼화에 따른 게임물 자율등급분류제도의 도입 방안”, 「가천법학」, 제6권 제1호, 가천대학교 법학연구소, 2013. 1.
- 김윤명, “법적 관점에서 본 메타버스와 게임의 경계”, 「정보법학」, 제28권 제2호, 한국정보법학회, 2024. 8.
- 김종일, “온라인게임 이용시간 제한의 합리적 개선”, 「법과 정책연구」, 제17집 제3호, 한국법정책학회, 2017. 9.
- 김태환, “게임 산업을 통해 본 메타버스의 발전방안 - 게임과 게임형 메타버스 비교 중심으로 -”, 「문화와 융합」, 제45권 제7호, 한국문화융합학회, 2023. 7.
- 박세영, “확률형 아이템의 사행성과 규제에 관한 고찰”, 「법과 정책연구」, 제22집 제4호, 한국법정책학회, 2022. 12.
- 박중현, “모바일 게임산업환경에서의 개인정보보호에 대한 법정정책적 고찰”, 「법과 정책연구」, 제16집 제2호, 한국법정책학회, 2016. 6.
- 박중현, “「게임산업진흥에 관한 법률」상 본인인증제도에 대한 헌법학적 평가 - 현재 2015. 3. 26. 2013헌마517 결정례에 대한 검토를 중심으로 -», 「언론과 법」, 제18권 제3호, 한국언론법학회, 2019. 12.
- 박현아, “강제적 섯다운제의 유산 - 게임산업법상 본인인증제도의 문제점과 대안”, 「GSOK 정책연구」, Vol. 10, 2025. 10.
- 엄복현, “확률형 아이템 관련 손해배상에서의 손해액의 산정 - 게임산업법 개정안(김승수의원 대표발의) 제33조의2 제2항을 중심으로 -», 「스포츠엔터테인먼트와 법」, 제27권 제4호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2024. 11.
- 위계찬, “미성년자의 행위능력과 온라인 게임 - 독일법을 중심으로 -», 「법과 정책연구」, 제19집 제1호, 한국법정책학회, 2019. 3.
- 이승훈, “웹보드게임 1일 10만원규제한도의 문제점에 대한 연구”, 「한국컴퓨터게임학회논문지」, 제26권 제3호(2013. 1.), 한국컴퓨터게임학회
- 이정훈, “메타버스 관련 법률안과 게임법의 관계”, 「홍익법학」, 제24권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2023. 2.
- 허진성, “게임물 등급분류에 관한 헌법적 고찰 - 게임산업진흥에 관한 법률 제32조 제2항 제3호를 중심으로 -», 「언론과 법」, 제23권 제3호, 한국언론법학회, 2024. 12.
- 황성기, “게임물 내용규제에 관한 공법적 고찰”, 「토지공법연구」, 제31집, 한국토지공법학회, 2006. 5.

- 황성기, “온라인게임 셧다운제의 법적 문제점”, 황승흠·안경봉 편, 「게임법제도의 현황과 과제」, 박영사, 2009
- 황성기, “인터넷게임 이용을 위한 청소년의 회원가입시 부모의 필요적 사전동의제도의 헌법적 문제점”, 「공법학연구」, 제12권 제1호, 한국비교공법학회, 2011. 2.
- 황성기, “청소년 보호와 국가후견주의의 한계 - 현재 2014. 4. 24. 2011헌마659등(병합), 청소년 보호법 제23조의3 등 위헌확인의 평석을 중심으로 -”, 「법학논총」, 제31집 제3호, 한양대 법학연구소, 2014. 9.
- 황성기, “인터넷게임 관련 주요 규제 현황 및 개선방향”, 「언론과 법」, 제17권 제3호, 한국언론법학회, 2018. 12.
- 황성기, “ICT 분야에서의 자율규제 — 인터넷 포털과 게임 분야를 중심으로 —”, 「공법연구」, 제50집 제3호, 한국공법학회, 2022. 2.
- 황성기, “온라인 플랫폼 자율규제 방안에 관한 연구”, 「경제규제와 법」, 제15권 제2호, 서울대학교 공익산업법센터, 2022. 11.
- 황성기, “확률형 아이템 자율규제가 걸어진 길...ing”, 「게임이용자보호와 자율규제」 제13호, 한국게임정책자율기구, 2024. 3.
- 황승흠, “게임산업진흥법상 환전업금지 조항의 의의와 해석”, 「한국게임학회 논문지」, 제7권 제2호, 한국게임학회, 2007. 6.
- 황승흠, “2007년 개정 게임산업진흥법상 사행성게임물제도의 의의와 법적 성격”, 「공법학연구」, 제8권 제4호, 한국비교공법학회, 2007. 11.
- 황승흠, “게임물 규제체제의 변천과정에 관한 연구 - 한국게임법제의 역사(Ⅱ) -”, 「중앙법학」, 제11집 제1호, 중앙법학회, 2009. 4.
- 황승흠, “게임 등급분류의 특례와 자율규제 : 영화 등급분류와 비교하여”, 「법학논총」, 제26권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2014. 2.
- 황승흠, “게임법의 구조와 체계”, 「중앙법학」, 제16집 제3호, 중앙법학회, 2014. 9.

[Abstract]

**A Study on the Problems of Game Regulation and
Policy Directions for Improvement
- Focusing on the Key Contents and Policy Implications of the
Comprehensive Revision of the Game Industry Act in 2025 -**

Sung Gi Hwang*

The ‘Comprehensive Revision Bill of the Game Industry Act of 2025’, introduced to the National Assembly on September 24, 2025, is a full-scale amendment aimed at responding to the rapid changes in the game industry and its user environment brought about by the acceleration of digital transformation both domestically and internationally.

The ‘2025 Comprehensive Revision Bill’ includes provisions that could bring significant changes to the fundamental structure of the Game Industry Act, such as the separation of arcade games and online games, the abolition of prize regulations for online games, the delegation of rating classification to the private sector, the reorganization of game administration governance from a regulation-centered approach to a promotion-oriented one, and the establishment of a basis for self-regulation and support. The significance of this comprehensive revision bill can be summarized as follows:

First, as a ‘major legislative bill’ that can affect stakeholders such as game users and industry participants, the 2025 Comprehensive Revision Bill may be seen as an attempt to address, all at once, the various accumulated issues related to games, including longstanding criticisms that the current Game Industry Act has failed to keep pace with changes in the era of online and mobile platforms and global distribution.

Second, the expansion of the scope of promotion from the ‘game industry’ to ‘game culture and industry’ reflects a shift away from viewing games merely as ‘addictive’ or ‘commercial’ content, toward recognizing them as legitimate ‘cultural content’. From this perspective, the bill represents an effort to move away from a regulation-centric framework and transition toward a ‘promotion-oriented’ system that respects the autonomy and creativity of both industry and culture. In this sense, it may be evaluated as a game ‘promotion’ act that more faithfully embodies the ‘principle of the cultural state’, one of the fundamental principles of the Constitution of the Republic of Korea.

Third, by overcoming the limitations of the outdated framework of the current

* Professor, School of Law, Hanyang University

Game Industry Act, which has been maintained for over 20 years since its enactment and enforcement in 2006, the bill can be positively assessed in its overall direction as an advanced legislative model capable of achieving both user protection and industrial development simultaneously. In this regard, it may serve as an important milestone in designing the next 20 years of the Korean game industry.

However, despite these significances, there appear to be differing opinions among relevant stakeholders, including the Ministry of Culture, Sports and Tourism, regarding certain key issues, such as the abolition of prize regulations for online games.

This paper aims to examine the main contents and policy implications of the 2025 Comprehensive Revision Bill of the Game Industry Act. To this end, it first reviews the major legislative history of the Game Industry Act and then presents the policy implications and possible directions for alternatives for each of the key components of the 2025 revision bill.

- **Key Words:** Game Industry Act, Online Games, Self-Regulation, Rating Classification, Prohibition of Prize Provision

**통합특허법원의 유럽특허에 대한 관할권 행사에 관련된
최근 판례 동향:**
통합특허법원과 국내법원간 관할의 경합에 관한 주요 사건들을 중심으로

김진엽*

논문요지

2023년 6월1일 통합특허법원이 유럽연합 회원국들간의 공동법원 형태로 출범함에 따라, 통합특허법원협약을 비준한 유럽연합 회원국들의 경우 기존 유럽특허의 침해여부에 대해서 “통합특허법원”과 유럽특허협약 당사국이자 통합특허법원협약 당사국인 유럽연합 회원국들 “국내법원들”이 모두 관할권을 행사할 수 있게 되었다. 이에 따라, 통합특허법원이 출범한지 3년이 경과된 시점에서, 주요 사안들에 관한 다양한 해석 및 판결이 나왔으며 관할권 행사에 관한 판례가 정립되었다는 점을 감안하여, 본 논문에는 이에 관련된 주요 사건들을 중심으로 해당 사안들에 대해 통합특허법원이 어떠한 입장을 취해 왔는지에 대해 살펴보았다. 즉, 통합특허법원과 “국내법원들”과 관할의 경합시 발생할 수 있는 다양한 사안들에 대해 통합특허법원의 입장이 어떠한지 등에 대해 분석한 다음 이를 토대로 주요 쟁점들을 중심으로 해당 판결들이 전달하는 시사점은 무엇인지에 대해 알아보았다.

· 논문제출: 2026. 06. 29. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

* 한국지식재산보호원(전문위원)

I. 서론

유럽에서의 일관된 특허보호 및 집행을 목적으로 채택된 유럽특허협약(European Patent Convention)에서는 (단일한 방식이 아닌) 각 국가별로 집행될 수 있는 유럽특허(European Patents)를 일정 요건이 충족될 경우 허가하도록 규정하고 있으며, 이러한 유럽특허에 대한 침해 등의 분쟁이 발생했을 경우 각 국가의 국내법원에서 해결되도록 하고 있었으나, 2023년 6월1일 유럽특허협약 당사국이면서 유럽연합 회원국인 국가들간 유럽특허에 관련된 분쟁 (즉, 특허침해 및 유효성 등)을 다루기 위한 목적으로 통합특허법원 (Unified Patent Court)이 설립되면서,¹⁾ 상기 언급한 것처럼, 해당 법원이 출범하기 전에는, 유럽특허가 유럽특허청(European Patent Office)에 의해 허가된 이후, 각 당사국들에 의해 유효화(validation)되고 유럽특허의 침해여부에 대해서는 각 당사국의 국내법원들이 판단해 왔으나,²⁾ 통합특허법원이 유럽연합 회원국들간의 공동법원(a common court) 형태로 출범한 이후, 통합특허법원협약(Agreement on a Unified Patent Court)을 비준한 유럽연합 회원국들의 경우, 기존 유럽특허의 침해여부에 대해서 “통합특허법원”과 유럽특허협약 당사국이자 통합특허법원협약 당사국인 국가들 “국내법원들”이 모두 관할권을 행사할 수 있게 되었다. 즉, 통합특허법원협약 당사국들에서 단일효력을 지니는 단일특허(Unitary patent)에 대해서는 통합특허법원이 독점적 관할권을 행사할 수 있으나, 기존 유럽특허에 대해서는 통합특허법원이 유럽특허협약 당사국이자 통합특허법원협약 당사국들의 “국내법원”들과 함께 (동시에) 관할권을 행사할 수 있게 된 것이다.³⁾ 이에 관하여, 본 논문의 아래에서 논의하는 것처럼, 통합특허법원협약 및 유럽연합 규정에서는 해당 법원들의 관할권 행사에 관련된 여러 규정 및 장치를 두고 있으며, 이에 관련된 다양한 사안에 대해 관련 사건들을 통해, 통합특허법원은 여러 해석을 제시해 왔다.

이에 따라, 통합특허법원이 출범한지 3년이 경과된 시점에서, 상기 사안들에 관한 다양한 해석 및 판결이 나왔으며 관할권 행사에 관한 다수의 판례가 정립되었다는 점을 감안하여, 본 논문에는 이에 관련된 주요 사건들을 중심으로 해당 사안들에 대해 통합특허법원이 어떠한 입장을 취해 왔는지에 대해 살펴보고자 한다. 즉, 본 논문의 아래에서 논의하는 바와 같이 상기 언급한 “국내법원들”과 관할의 경합시 발생할 수 있는 다양한 사안들에 대해 통합특허법원의 입장이 어떠했는지 등에 대해 분석한 다음 이를 토대로 해당 판결들이 전달하는 시사점은 무엇인지에 대해 알아보고 논의를 마치도록 하겠다.

1) 참고로, 통합특허법원협약을 비준한 유럽연합 회원국은 현재 18개국이다. 이에 대해서는 다음을 참고할 것. Unified Patent Court, UPC member states, <https://www.unifiedpatentcourt.org/en/organisation/upc-member-states>

2) European Patent Academy, The jurisdiction of European courts in patent disputes (2018), p.3.

3) 참고로, 기존 유럽특허에 대한 통합특허법원과 국내법원들간 병행소송은 2023년6월1일부터 2030년 6월1일까지의 과도기(the transitional period)동안에만 가능하며 추가로 연장되지 않는 한 해당 과도기가 종료된 이후에는 기존 유럽특허에 대해서도 통합특허법원만이 독점적 관할권을 가지게 된다. 이에 대해서는 다음을 참고할 것. (Christopher Jones and Anna Jones, Two years down, five years to go until the end of the UPC transitional period, Boulton, 2025.06.02. <https://www.boulton.com/bulletin/two-years-down-five-years-to-go-until-the-end-of-the-upc-transitional-period/>)

II. 통합특허법원과 국내법원간 관할의 경합 관련된 최근 주요 사건 분석

1. Neo Wireless GmbH v Toyota Motor Europe 사건

(1) 사건의 경과

2023년 3월7일 미국에 위치한 기업이자 유럽특허출원자 (출원번호: EP 3876490) Neo USA는 당시에 진행중이던 특허출원 중 독일 부분을 Neo GmbH에게 이전하였으며 해당 출원의 다른 국가부분들은 Neo USA에 그대로 속해 있었다.⁴⁾ 2023년 3월 30일 Neo USA는 모든 유럽특허협약 당사국들을 대상으로 (통합특허법원의 관할권을 거부한다는) 옵트아웃을 신청하였으나, 해당 신청서에는 Neo GmbH가 언급되어 있지 않았으며 Neo GmbH의 해당 옵트아웃에 대한 승인 역시 포함되어 있지 않았고, 향후, 2023년 5월17일 해당 유럽특허는 허가되었다.⁵⁾

이후, 일본에 위치한 기업인 Toyota는 상기 (Neo GmbH가 소유하고 있는) 유럽특허의 독일부분에 대해 통합특허법원 파리중앙법원에 취소신청 소송을 제기하였으며 해당 소송에서 Neo GmbH는 해당 통합특허법원의 관할권에 관해 이의를 제기하는 선결적 이의(preliminary objection)를 제기하였고, 이에 대해서 통합특허법원의 판사 보고관 (judge-rapporteur)은 Neo USA가 신청한 옵트아웃은 무효라고 판단하였는데 이는 상기 유럽특허의 모든 국가부분의 특허권자들이 옵트아웃을 신청하지 않았기 때문이라고 언급하였다.⁶⁾

상기 판결에 대해, 통합특허법원 항소법원에 항소가 제기되었으며 해당 항소에서 Neo GmbH는 “① 당해 사건에서 상기 유럽특허는 명백히 옵트아웃 되었으며 이에 따라 통합특허법원은 관할권을 행사할 수 없다, ② 통합특허법원협약의 제83조(3)항에서는⁷⁾ ‘특정 유럽특허의 한 명의 특허권자 또는 한 명의 특허출원자가 (a proprietor or an applicant) 옵트아웃을 할 수 있어야 한다.’고 규정하고 있으며 한 명의 옵트아웃은 해당 유럽특허 전체 즉, 모든 국가부분들에 영향을 미칠 수 있을만

4) The Court of Appeal of the Unified Patent Court, Order, 2024.06.04., UPC_CoA_79/2024, para. 1.

5) Ibid, para. 2.

6) Ibid, paras. 3-5.

7) 참고로, 관련 규정인 통합특허법원협약 제83조(3)항의 원문은 아래와 같다.

Unless an action has already been brought before the Court, a proprietor of or an applicant for a European patent granted or applied for prior to the end of the transitional period under paragraph 1 and, where applicable, paragraph 5, as well as a holder of a supplementary protection certificate issued for a product protected by a European patent, shall have the possibility to opt out from the exclusive competence of the Court. To this end they shall notify their opt-out to the Registry by the latest one month before expiry of the transitional period. The opt-out shall take effect upon its entry into the register.

کم 충분하다, ③ 관련 규정인 통합특허법원협약 규칙 제5조(1)(a)항에서는⁸⁾ 모든 특허권자 또는 특허출원자들이 옵트아웃을 신청해야 한다고 규정하고 있으나, 해당 규정이 통합특허법원협약 제83조(3)항과 상충되기 때문에 무시되어야 한다, ④ 옵트아웃 신청시, 만약 유럽특허의 일부 국가부분들을 소유하고 있는 유럽특허권자가 해당 유럽특허의 다른 국가부분들을 소유한 특허권자의 동의를 받아야 한다면, 이는 특허권 행사에 과도한 부담이 된다, ⑤ 따라서, 선결적 이의가 수락되어야 한다.” 등의 주장을 제기한 반면, Toyota 는 “① 관련 규정에 근거하였을 때, 당해 사건에서의 옵트아웃은 무효이다, ② 상기 관련 규정인 통합특허법원협약 제83조(3)항에서 ‘한 명의’라는 표현을 언급한 이유는 유럽특허가 다수의 국가부분들로 구성되어 있으며 이에 따라, 한 명 이상의 특허권자가 존재할 수 있다는 점을 인정한 것이지, 각각의 특허권자가 전체의 특허에 대해 옵트아웃을 신청할 수 있다는 것을 의미한 것은 아니다, ③ 오히려, 특정 유럽특허의 각 국가부분들의 모든 특허권자들에 의해서만 옵트아웃이 신청될 수 있다, ④ 통합특허법원협약 제83조(3)항과 통합특허법원협약 규칙 제5조(1)항은 서로 상충되지 않았다.” 등의 주장을 제기하였다.⁹⁾

(2) 법원의 판결

통합특허법원 항소법원은 우선적으로 관련 규정에 대한 확인을 진행하였는데, 관련 규정인 통합특허법원협약 규칙 제5조(1)(b)항에서 “옵트아웃 신청은 특정 유럽특허가 허가된 또는 유럽특허출원서에서 지정된 모든 국가들에 대해 이루어져야 한다.” 고 규정하고 있다는 사실과 함께, 상기 언급한 것처럼 동 규칙 제5조(1)(a)항에서 “유럽특허 및 유럽특허출원이 두 명 이상의 특허권자 또는 특허출원자에게 소유되어 있을 경우 모든 특허권자 또는 특허출원자가 옵트아웃 신청을 해야 한다.”고 규정하고 있다는 점을 확인하였다.¹⁰⁾ 이와 함께, 동 항소법원은 당해 사건의 주요 준거규정이 통합특허법원협약 제83조(3)항이라는 점을 지적하면서 “동 조항에서 (여러 국내특허들의 종합으로 구성되어 있는) 특정 유럽특허의 한 국내특허 또는 다수 국내특허들의 특허권자가 해당 유럽특허 전체에 대한 즉, 나머지 모든 다른 국내특허들을 포괄하는 효과를 가지는 옵트아웃 신청을 할 수 있는 것을 허용하고 있는지 여부”가 주요 쟁점이라는 점을 확인하였다.¹¹⁾

8) 참고로, 관련 규정인 통합특허법원협약 규칙 제5조(1)(a)항의 원문은 아래와 같다.

1. The proprietor of a European patent (including a European patent that has expired) or the applicant for a published application for a European patent (hereinafter in this Rule 5 an “application”) who wishes to opt out that patent or application from the exclusive competence of the Court in accordance with Article 83(3) of the Agreement shall lodge an Application (hereinafter in this Rule 5 an “Application to opt out”) with the Registry.

(a) Where the patent or application is owned by two or more proprietors or applicants, all proprietors or applicants shall lodge the Application to opt out. Where the person lodging an Application to opt out is not recorded as the proprietor or applicant in the registers referred to in Rule 8.5(a) and (b), respectively, the person shall lodge a declaration pursuant to paragraph 3(e).

9) The Court of Appeal of the Unified Patent Court, *supra* note 4, paras. 6-14.

10) *Ibid*, paras. 16-17.

11) *Ibid*, paras. 19-20.

상기 관련 규정들에 대한 확인을 토대로, 동 항소법원은 국제협약인 통합특허법원 협약의 해석을 진행하는데 있어 주요 준거규정인 비엔나조약법협약 제31조(1)항에 대한 내용을 확인하였는데, 동 조항에서는 “특정 협약 (또는, 조약)은 선의로 특정 술어가 가진 문언적인 의미에 따라 맥락과 객체 및 목적을 고려하여 해석되어야 한다 (A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose).”고 규정하고 있다. 즉, 동 조항은 ① (술어의) 문언적 의미, ② 맥락, ③ 객체 및 목적을 고려하여 해석되어야 한다는 것이다.¹²⁾ 상기 제31조에 대한 확인을 토대로, 상기 조항에 대한 해석을 진행하기에 앞서 동 항소법원은 “① 유럽특허는 허가되는 각각의 유럽특허협약 당사국에서 해당국의 국내특허와 동일한 조건에 따라 동일한 효력을 가지기 때문에, 특정 유럽특허에 의해 부여되는 권리는 특정 유럽특허의 국내부분(national parts of a European patent)으로 언급된다는 점, ② 이에 따라, 특정 유럽특허(출원)는 한 명 이상의 유럽특허권자 또는 출원자에 의해 소유될 수 있다는 점” 등을 확인하면서 통합특허법원협약 제83조(3)항의 모호성은 이러한 상황에서 발생할 수 있다는 점을 지적하였다.¹³⁾

상기 논의를 토대로, 동 항소법원은 문언적 의미 및 맥락에 따른 해석을 시도하였으나 해당 해석들은 명확한 해답을 제공해 주지 못한다고 결론지으면서, 통합특허법원협약 제83조(3)항의 목적 및 객체를 고려한 해석을 시도하였다.¹⁴⁾ 이에 관하여, 동 항소법원은 통합특허법원협약 제1조와 제32조에서는 유럽특허가 통합특허법원의 관할하에 포함된다고 규정하고 있으며, 제83조(3)항에서는 유럽특허가 통합특허법원의 관할에서 제외될 수 있다 즉, 옵트아웃될 수 있다고 규정하고 있다는 점을 지적하면서, 통합특허법원의 설립과 함께 통합특허법원으로의 자동 관할이전이 발생하고 있다고 강조하였다.¹⁵⁾ 또한, 특정 유럽특허에 한 국가이상의 국가부분이 포함되어 있을 경우 특정 옵트아웃은 해당 유럽특허의 모든 국가부분들에 관련되어야 하며, 만약 해당 국가부분들이 한 명의 동일한 특허권자에 의해 소유되어 있지 않은 경우 ① 한 국가부분 특허를 소유한 특허권자가 모든 나머지 국가부분들에 대해 옵트아웃을 신청할 수 있거나, ② 해당 옵트아웃이 모든 특허권자들에 의해 (또는, 모든 특허권자들의 승인하에) 신청될 수 있을텐데, 당해 사건에서 주요 사안은 상기 두 가지 경우 중 어떤 경우가 통합특허법원협약 제83조(3)항의 경우에 해당되는지 여부라고 동 항소법원은 언급하였다.¹⁶⁾

이를 토대로, 동 항소법원은 만약 한 국가부분을 소유하고 있는 특정 유럽특허의 특허권자가 다른 국가부분들을 가지는 특허권자들의 승인없이 모든 다른 국가부분들에 대한 옵트아웃을 신청할 권한이 있을 경우, 이는 모든 다른 국가부분들을 가지는 특허권자들의 특허 집행 권한을 박탈하는 것이 되며 따라서, 이러한 해석은 통합특허법원협약 제83조(3)항의 목적 및 객체에 상충한다고 결정하였다.¹⁷⁾ 그러나, 동 항소법원은 “모든 국가부분들을 소유한 모든 특허권자들이 옵트아웃을 신청해야 한다.”

12) Ibid, para. 21.

13) Ibid, para. 23.

14) Ibid, paras. 24-32.

15) Ibid, para. 34.

16) Ibid, paras. 35-36.

17) Ibid, para. 38.

는 해석은 옵트아웃을 신청하지 않는 한 통합특허법원이 유럽특허에 관한 주요 법원 (the default venue for legal proceedings concerning European Patents) 이라는 입법자들의 의도와 상응한다고 결정하였다.¹⁸⁾ 특히, “통합특허법원이 유럽특허관련 주요 법원이라는 해석이 용인될 경우, 일부 국가부분에 대한 유럽특허를 소유하고 있는 특허권자가 다른 국가부분들을 소유하고 있는 특허권자들의 승인을 얻지 못해 옵트아웃을 신청할 수 없게 된다면 자신의 의지와 상관없이 강제로 통합특허법원 체제를 이용해야 하기 때문에 이는 잘못되었다.”는 Neo의 주장에 대해 동 항소법원은 입법자들의 의도에 따르면 모든 유럽특허권자들에게 있어 통합특허법원이 주요 법원이 되기 때문에 개인의 의지에 관한 상기 주장은 잘못되었다고 결정하였다.¹⁹⁾ 즉, 유럽특허권자들의 법률체제에 대한 선호도는 상황마다 다를 수 있기 때문에 통합특허법원 항소법원은 상기 입법자들의 의도에 기본적으로 따라야 하며 이에 따르면, 통합특허법원협약 제83조(3)항은 “모든 국가부분들을 소유하고 있는 모든 유럽특허권자들이 옵트아웃을 신청해야 한다.”는 의미로 해석되어야 한다는 것이다. 또한, 동 항소법원은 상기 해석이 부적절하거나 특허권을 행사하는데 있어 제한을 가할 수 있다는 Neo GmbH의 주장을 거절하면서, 일부 국가부분을 소유한 한 명의 특허권자가 다른 국가부분들 모두에 영향을 미칠 수 있는 방식으로 옵트아웃을 신청할 수 있다는 해석이야말로 ① 통합특허법원 출범 이후, 유럽특허권자들은 통합특허법원이라는 소송수단을 추가로 가지게 되었는데도 불구하고 다른 국가부분을 가지고 있는 특허권자의 옵트아웃에 의해 통합특허법원에서 소송을 진행하지 못한다면 이는 권리의 침해에 해당되며, ② 만약 이러한 해석을 따를 경우, 해당 옵트아웃을 신청한 특허권자만이 향후 옵트아웃을 철회할 수 있기 때문에 이러한 점 역시 권리의 침해에 해당되기 때문에 이는 잘못되었다고 실시하였다.²⁰⁾

결론적으로, 동 항소법원은 “통합특허법원협약 제83조(3)항의 목적 및 객체를 고려해 볼 때, 통합특허법원협약 제83조(3)항의 옵트아웃이 유효하기 위해서는 해당 옵트아웃이 특정 유럽특허의 모든 국가부분들을 소유한 모든 특허권자들에 의해 (또는, 이들의 승인하에) 신청되어야 한다. 이는 통합특허법원협약 규칙 제5조(1)(a)항과 상충되지 않는다. Neo USA가 Neo GmbH를 대신하여 옵트아웃을 신청하지 않았다는 점은 당해 사건에서 명백하며 따라서, Neo USA에 의해 신청된 옵트아웃은 무효이다.”고 판시하였다.²¹⁾ 동 항소법원은 당해 사건에서 제기된 항소를 기각한다고 결정하였다.

2. AIM Sport Development v Supponor OY etl 사건

(1) 사건의 경과

스위스에 위치한 기업인 AIM Sport Vision AG는 2023년 5월12일에 자신의 특허 (특허번호: EP 3295663)에 대한 통합특허법원의 관할권을 선택하지 않는다는 결정

18) Ibid, para. 39.

19) Ibid, para. 40.

20) Ibid, paras. 43-47.

21) Ibid, para. 50.

(즉, 옵트아웃)을 선언하였으며 해당 날짜는 통합특허법원의 해돋이 기간 (sunrise period) (즉, 통합특허법원협약이 발효되는 날짜였던 2023년6월1일 이전 3개월 동안의 기간)에 속해 있었다.²²⁾ 향후, 2023년 6월1일에 통합특허법원협약이 발효되어 통합특허법원이 설립되었으며 2023년 7월5일 AIM Sport Vision AG는 상기 선언하였던 옵트아웃을 철회한다고 결정하였고 철회 후 바로 자신의 특허에 대한 침해소송과 잠정조치 부과에 관한 소송을 핀란드에 위치한 기업인 Supponor Oy et al.을 상대로 통합특허법원에 제기하였으나, 해당 옵트아웃의 철회에 대해 Supponor Oy et al.는 이의를 제기하였다.²³⁾

2023년 10월20일 통합특허법원 헬싱키 지방법원 (즉, 제1심 법원)은 AIM Sport Vision AG가 제기한 상기 특허침해 및 잠정조치 부과에 관한 소송에서, 해당 소가 제기되었을 때 이미 독일에서 (2020년에 개시되었던) 국내소송이 진행되고 있었으며, 이러한 경우 비록 AIM Sport Vision AG가 이전에 선언했던 통합특허법원의 관할 거부 즉, 옵트아웃을 향후에 철회했다고 하더라도, 해당 철회는 유효하지 않으며 관련 규정에 따라 통합특허법원은 해당 소송에 대해 관할권을 행사할 수 없기 때문에 당해 사건을 기각한다고 판시하였다.²⁴⁾

상기 판결에 대해 AIM Sport Vision AG는 통합특허법원 항소법원에 항소를 제기하였으며 ① 상기 통합특허법원 헬싱키 지방법원의 결정을 취하해 줄 것, ② 상기 옵트아웃의 철회가 유효하다고 명령해 줄 것, ③ 상기 특허침해 및 잠정조치 부과 사건을 제1심 법원으로 회부해 줄 것 등을 요청하였으나, Supponor Oy et al.은 당해 사건의 항소를 기각하고 당해 사건의 비용을 AIM Sport Vision AG가 부담할 것을 명령해 달라고 요청하였다.²⁵⁾

(2) 법원의 판결

우선, 통합특허법원 항소법원은 국제조약인 통합특허법원협약 제83조 특히, 제(4)항의²⁶⁾ 해석이 당해 사건의 주요 사안이라는 점을 확인하면서, 조약의 해석에 대해 규정하고 있는 비엔나조약법협약 제31조 제(1)항에서 “조약은 용어의 일반적인 의미에 따라 목적 및 객체를 고려하여 선의로 해석되어야 한다.” 라고 규정하고 있다는 점을 지적하였다.²⁷⁾ 또한, 제83조(4)항상 상기 문구 (즉, Unless an action has already been brought before a national court) 는 제83조의 맥락을 고려하여 해석되어야 한다는 AIM Sport Vision AG의 주장을 지지하면서, 달리 특별히 규정이 없는

22) The Court of Appeal of the Unified Patent Court, Order, 2024.11.12. (UPC_CoA_500/2023).

23) Ibid, paras. 2-3.

24) Ibid, para. 4.

25) Ibid, paras. 5-6.

26) 참고로, 관련 규정인 통합특허법원협약 제83조(4)항의 원문은 아래와 같다.

Unless an action has already been brought before a national court, proprietors of or applicants for European patents or holders of supplementary protection certificates issued for a product protected by a European patent who made use of the opt-out in accordance with paragraph 3 shall be entitled to withdraw their opt-out at any moment. In this event they shall notify the Registry accordingly. The withdrawal of the opt-out shall take effect upon its entry into the register.

27) The Court of Appeal of the Unified Patent Court, supra note 22. para. 10.

한 특정 조항 내에서 여러 번 언급된 용어는 동일한 의미를 가지고 있다고 추정되어야 한다고 강조하였다.²⁸⁾

이를 토대로, 동 항소법원은 통합특허법원협약 제83조의 문언적 의미, 그 객체 및 목적 그리고, 맥락 등을 고려하여 동 조항의 해석을 심도있게 진행하였으며,²⁹⁾ 결론적으로, 과도기 이전에 국내법원에 제기된 국내소송은 옵트아웃의 철회를 방지하지 못하며 따라서, 당해 사건에서 제1심 법원의 “옵트아웃의 철회가 과도기 이전에 제기된 독일 국내법원에서의 소송으로 인해 무효”라고 했던 판단은 잘못되었고 이로 인해 관할권 부재로 인해 기각을 내렸던 판결 역시 잘못되었다고 판시하였다.³⁰⁾ 또한, 동 법원은 AIM Sport Vision AG의 항소는 지지되며 AIM Sport Vision AG가 요청한 것처럼 특허침해 및 잠정조치 부과 관련 당해 사건을 제1심 법원으로 회부한다고 최종 판시하였다.³¹⁾

3. Mala Technologies Ltd. v Nokia Technology GmbH 사건

(1) 사건의 경과

2021년 4월29일 Nokia Solutions 는 Mala Technologies Ltd.가 소유하고 있는 유럽특허 (특허번호: 2044709B1)에 대한 취소신청을 독일연방특허법원에 제기하면서 해당특허의 독일부분 즉, 독일에서 유효한 해당 유럽특허가 무효화 되어야 한다고 주장하였으며 이에 대해, 2023년 7월18일 독일연방특허법원은 상기 취소신청을 기각하면서 해당 유럽특허가 유효하다고 결정하였다.³²⁾ 이에 따라, 2023년 12월15일 Nokia Technology는 해당 유럽특허에 대한 취소신청을 “통합특허법원 제1심 법원 파리중앙지부”에 제기하였으며, 2024년 1월15일 Nokia Solutions는 “독일연방대법원”에 상기 독일연방특허법원의 결정을 상대로 상고를 제기하였다.³³⁾

2024년 2월16일 Mala Technologies Ltd.는 상기 통합특허법원 제1심법원 파리중앙지부에 제기된 취소신청에서 선결적 이의(preliminary objection)을 제기하면서 상기 취소신청에 대한 관할권 행사 및 취소신청을 기각하거나, 만약 동 법원이 관할권 행사를 기각하지 않을 경우라면, 독일연방대법원이 해당 취소신청에 대한 결정을 내리기 전까지 통합특허법원의 취소신청 관련 소송을 중지시킬 것 등을 주장하였으며, Nokia Technology는 상기 선결적 이의를 기각하고, 독일연방대법원에서 결정이 내려지기 전까지 통합특허법원 제1심법원 파리중앙지부에서 진행되고 있는 취소신청을 중지시켜달라는 요청을 거절할 것 등을 주장하였다.³⁴⁾

상기 양 당사자들의 주장을 토대로, 통합특허법원 제1심법원 파리중앙지부는 상기 선결적 이의 및 선결적 이의에 대한 사안이 결정되기 전까지 취소신청 관련 소송을

28) Ibid, para. 11.

29) Ibid, paras. 12-39.

30) Ibid, para. 40.

31) Ibid, para. 41.

32) The Court of Appeal of the Unified Patent Court, Order, 2024.09.17., UPC_CoA_227/2024, paras. 1-3.

33) Ibid, paras. 4-5.

34) Ibid, paras. 6,7.

중지해 달라는 주장 그리고, 독일연방대법원 판결이 내려지기 전까지 취소신청 관련 소송을 중지해 달라는 주장 모두를 기각한다고 결정하면서, 그 근거로 “① 소송경합 시 유럽연합 회원국 국내법원들간 관할권 결정에 관해 규정하고 있는 Brussels I Recast Regulation 제29조 - 제32조는 통합특허법원에 적용되지 않으며, 해당 조항들의 적용 방식 및 범위는 Brussels I Recast Regulation의 제71a조 - 제71조d에 따라 결정된다, ② Brussels I Recast Regulation의 제71c조(2)항의³⁵⁾ 문언적 해석에 따르면, 상기 제29-32조는 당해 사건에서 적용되지 않는데, 이는 독일연방대법원에서 진행되고 있는 소송이 통합특허법원 제83조상 과도기가 시작되기 이전에 제기되었기 때문이다,³⁶⁾ ③ 통합특허법원협약이 발효되기 전과 후에 통합특허법원에 취소신청을 제기하는 당사자들의 이해는 서로 다르며, 통합특허법원협약이 발효된 이후에 소송을 제기한 당사자만이 통합특허법원과 국내법원간에 선택을 할 수 있다, ④ 독일연방대법원에서 소송이 계류중인 상황에서 취소신청을 중지해야 한다는 법적 근거는 없으며, 독일연방대법원이나 유럽특허청이 결정을 신속히 내릴 것이라는 정황도 없다.”는 점을 제시하였다.³⁷⁾

상기 통합특허법원 제1심법원 파리중앙지부의 판결에 대해, Mala Technologies Ltd.는 통합특허법원 항소법원에 항소를 제기하면서 “① 선결적 이의를 허용해 줄 것, ② 통합특허법원에 제기된 취소신청에 대한 관할권을 기각하거나 아니면, 독일연방대법원에 제기된 취소신청의 판결이 나올 때까지 통합특허법원의 취소신청을 중지시켜 줄 것, ③ 선결적 이의에 대한 판결이 내려지기 전까지 통합특허법원 취소신청을 중지시켜 줄 것 등을 주장한 반면에, Nokia Technology는 “① Mala Technologies Ltd.가 제기한 항소 및 독일연방대법원의 판결이 나오기 전까지 통합특허법원의 취소신청이 중지되어야 한다는 요청을 기각해야 한다, ② 당해 사건의 유럽특허에 관한 독일부분에 관련된 소송들을 분리하여 중지해야 한다, ③ 제1심 법원이 본안에 대한 판결을 내리기 전까지 선결적 이의에 관한 소송을 중지해야 한다.” 등을 주장하였다.³⁸⁾

(2) 법원의 판결

우선, 통합특허법원 항소법원은 계류 중인 소송 또는 소송경합에 관해 규정하고 있는 Brussels I Recast Regulation의 제9장(Lis pendens - related actions) 중 “제29조 - 제32조의 적용여부”에 대해서 심의를 진행하였는데, 우선 관련 규정들이 소송경합의 가능성을 감소시켜 서로 다른 법원들간 결정의 충돌을 방지하기 위함을 목적으로 하고 있다는 점을 확인하였다.³⁹⁾ 이와 함께, 동 항소법원은 Brussels I

35) Regulation (EU) No 1215/2012 (recast), article 71(c)(2).

2. Articles 29 to 32 shall apply where, during the transitional period referred to in Article 83 of the UPC Agreement, proceedings are brought in the Unified Patent Court and in a court of a Member State party to the UPC Agreement.

36) 참고로, 통합특허법원협약 제83조에서는 과도기(transitional period)에 관련된 규정을 두고 있는데 해당 조항에서는 통합특허법원이 설립된 2023년 6월1일부터 7년간의 기간을 과도기로 규정하면서, 해당 기간 동안의 국내법원과 통합특허법원의 관할의 경합에 관한 사안들에 대해 규정을 하고 있다.

37) The Court of Appeal of the Unified Patent Court, supra note 32, para. 8.

38) Ibid, paras. 9-10.

Recast Regulation의 제29조가 광의적으로 해석되어 유럽연합 회원국들간에 발생할 수 있는 모든 경우의 소송의 경합이 포함되어야 한다고 언급하였다.⁴⁰⁾ 이를 토대로, “상기 규정들이 ‘과도기 동안’에 통합특허법원과 동 법원협약 회원국 국내법원에 제기된 소송들의 경우에도 적용되어야 한다.”고 규정하고 있는 Brussels I Recast Regulation의 제71c조(2)항이 해당 국내법원에 제기된 국내소송이 “과도기 이전”에 개시되었다고 하더라도 적용되어야 한다고 동 항소법원은 지적하면서, 만약 이러한 방식으로 해석되지 않을 경우 과도기 이전에 제기된 국내법원과 통합특허법원간 소송경합 사안을 다룰 방법이 없다고 강조하였다.⁴¹⁾ 특히, Brussels I Recast Regulation의 제9장의 제목을 고려해 보았을 때 해당 조항들은 소송들이 과도기 동안에 “계류 중인” 경우도 포함한다고 해석되어야 한다고 동 항소법원은 언급하였다.⁴²⁾

상기 규정에 대한 해석의 확인을 토대로, 통합특허법원 항소법원은 당해 사건에서 Brussels I Recast Regulation의 제29조 - 제32조가 적용된다고 결정하였다.⁴³⁾

가. 제29조 및 제31조의 적용가능성

첫째로, 통합특허법원 항소법원은 Brussels I Recast Regulation의 제29조가 서로 다른 유럽연합 회원국들 국내법원들간 판결들의 충돌을 방지하고 특정 국내법원의 판결이 인정되지 않는 경우를 방지하기 위함을 목적으로 하고 있으며, 이러한 국내법원들에서의 소송당사자들이 동일할 것을 요구하고 있다고 지적하였다.⁴⁴⁾ 이를 토대로, 동 항소법원은 당해 사건에서 제29조의 요건이 충족되지 않았는데, 그 이유는 당해 사건에서 독일연방대법원에서의 당사자인 Nokia Solutions 와 통합특허법원에서의 당사자인 Nokia Technology Ltd.가 동일한 법인격체라고 볼 수 없기 때문이라고 실시하였다.⁴⁵⁾

둘째로, 다수의 국내법원들이 독점관할권을 향유하는 경우 처음으로 소송이 제기된 법원을 제외한 다른 법원들이 관할권을 거절해야 한다는 내용을 규정하고 있는 Brussels I Recast Regulation의 제31조에 대해, 동 항소법원은 상기 제29조와 달리 해당 조항의 경우 두 번째 관할법원은 소송을 중지하는 것이 아니라 첫 번째 법원의 관할권을 인정(establish)해야 한다고 규정하고 있다는 점과 함께, 두 조항들 모두 (즉, 제29조와 제31조 모두) 당사자들이 동일하고 동일한 사안에 대해 소송이 제기되었을 때 관할권이 거절되어야 한다는 점을 확인하였다.⁴⁶⁾ 이를 토대로, 동 항소법원은 Brussels I Recast Regulation의 제31조가 당해 사건에서 적용되지 않는데 이는 상기 언급한 것처럼 독일연방대법원의 분쟁당사자와 통합특허법원의 분쟁당사자가 동일하지 않기 때문이라고 실시하였다.⁴⁷⁾

39) Ibid, para 12.

40) Ibid.

41) Ibid, para. 13.

42) Ibid, para. 14.

43) Ibid, para. 16.

44) Ibid, paras. 17-18.

45) Ibid, para. 19.

46) Ibid, paras. 20-21.

47) Ibid, para. 22.

나. 제30조의 적용가능성

셋째로, 통합특허법원 항소법원은 Brussels I Recast Regulation의 제30조에서는 서로 “관련 있는 소송들(related actions)”이 다수의 법원에 제기되었을 경우의 관할권의 성립 및 거절에 대해 규정하고 있다는 점을 확인하면서, 이에 따라 통합특허법원은 관련 소송이 국내법원에 제기되었을 때 자신에 제기된 (관련)소송을 중지할 수 있다고 지적하였다. 따라서, 동 조항은 소송경합 및 상반된 판결을 피하는 것을 목적으로 하고 있다고 동 항소법원은 강조하였다.⁴⁸⁾ 이를 토대로, 동 항소법원은 당해 사건에서처럼 ① 국내법원에서의 소송과 통합특허법원의 소송간의 관계에서의 취소신청의 중지요청과 ② 유럽특허청에서의 이의신청이 제기되고 있는 상황에서 통합특허법원에서의 취소신청의 중지요청은 서로 구분되어야 한다고 강조하였다.⁴⁹⁾ 즉, 유럽특허협약 및 통합특허법원협약에 따르면 유럽특허권자 및 유럽특허출원자들은 유럽특허청에서의 이의신청 및 통합특허법원의 취소신청을 동시에 진행할 수 있으나, 이와 달리 Brussels I Recast Regulation에 따르면 국내법원들간의 소송의 경우 소송경합이 최소화 되어야 하기 때문에 유럽특허청에서 이의신청이 진행되고 있는 동안에 통합특허법원에서의 취소신청 진행을 인정하였던 Carrier v Bitzer 사건의 원칙 (즉, 유럽특허청에서 이의신청이 진행되고 있더라도 통합특허법원의 취소신청은 진행될 수 있다고 판단한 원칙)은 당해 사건과 같은 국내법원과 통합특허법원간의 소송경합 사건에는 무조건적으로 적용될 수 없다고 실시하였다.⁵⁰⁾

상기 논의를 토대로, 동 항소법원은 ① 독일연방대법원에 제기된 소송에서의 당사자들 (특히, Nokia Solutions)과 통합특허법원에 제기된 소송에서의 당사자들 (특히, Nokia Technology)은 서로 관련이 있다는 점, ② 독일에서 소송이 통합특허법원보다 진행되어 있기 때문에 독일에서의 소송 결과를 기다리는 것이 지나친 정도의 지연을 발생시키지 않는다는 점, ③ 두 소송의 사안들이 서로 유사하다는 점 등을 고려해 볼 때 당해 사건에서 통합특허법원의 소송과 함께 독일연방대법원에서 취소신청 관련소송이 계류중인 상황이기 때문에 Brussels I Recast Regulation의 제30조에 따라 통합특허법원의 취소신청이 중지되어야만 한다고 판시하였다.⁵¹⁾

4. Dexcom, Inc. v Abbott Laboratories et al. 사건

(1) 사건의 경과

2023년 7월7일 미국에 위치한 기업인 Dexcom Inc.는 Abbott Laboratories 및 관련 기업들을 상대로 (독일을 포함한 일부 통합특허법원협약 당사국들에서) 자신의 유럽특허(특허번호: 3435866)를 침해했다는 이유로 특허침해소송을 통합특허법원 파리중앙지부에 제기하였으나, 이때 피고1,2,8 등의 침해행위는 독일국내법원에서 침해소송이 별도로 제기되고 있었기 때문에 해당 소송에서 제외하였다.⁵²⁾ Abbott

48) Ibid, para. 24.

49) Ibid, para. 25.

50) Ibid.

51) Ibid, paras. 26-31.

Laboratories을 포함한 피고는 2023년 11월13일에 해당 소송을 상대로 취소소송을 제기하였다.⁵³⁾

이때, Dexcom Inc.은 “① 독일에서 발생한 피고들 1,2,8에 의한 침해행위를 제외한 다른 해당 특허의 침해를 방지하기 위한 영구금지조치를 부과해 줄 것, ② 손해배상금 500,000 유로 지급을 명령해 줄 것, ③ 관할요청을 기각하고 Abbott Laboratories 및 관련 피고들이 제기한 독일부분 특허의 취소 주장을 수락불가하다고 결정할 것, ④ 해당 특허의 독일부분에 대한 취소관련 소송의 관할권은 통합특허법원은 가질 수 없다.” 등을 주장하였으며, Abbott Laboratories 및 관련 피고들은 “① 해당 특허취소소송을 기각할 것, ② 해당 침해소송의 비용을 Dexcom Inc.가 지불할 것, ③ 해당 특허를 취소할 것, ④ Brussel Regulation 제71조(c)항이 적용되지 않기 때문에, Abbott Laboratories 및 관련 피고들은 해당 특허의 취소를 요청할 수 있다, ⑤ 통합특허법원협약 제33조(2)항에 따른 통합특허법원 파리중앙지부와 독일국내법원간 관련소송이 존재하지 않는다.” 등을 주장하였다.⁵⁴⁾

(2) 법원의 판결

상기 양 당사자들의 주장을 검토한 통합특허법원은 준거규정인 통합특허법원협약 제31조, 제32조(1)항, 제83조 및 Brussels I recast Regulation 제29조, 제30조, 제71a조, 제71c조 등에 대한 내용을 확인한 뒤, 첫째로 “당해 사건에서와 같이 특허침해소송에 대해 반소로 제기된 특허무효소송의 범위는 해당 특허침해소송의 범위와 동일해야 한다.”는 Dexcom Inc.의 주장에 대한 심의를 진행하였다.

이에 대해, 동 법원은 우선, 독일 및 다수의 통합특허법원협약 회원국 국내법원들에서 피고 1,2,8을 제외한 다른 피고들에 대해 해당 특허에 대한 침해소송이 진행되고 있다는 점을 지적하면서, 이들이 특허무효신청을 반소로써 제기하지 못한다면 이는 공정한 재판을 받을 권리원칙이 위반된다고 실시하였다.⁵⁵⁾ 특히, 동 법원은 통합특허법원협약에는 특허침해소송에서 특허침해주장에 대한 반소로써 특허취소신청이 제기될 때 해당 무효신청의 범위 (즉, 부분)가 해당 특허침해소송의 범위 (즉, 부분)에 제한되어야 한다는 조항을 포함하고 있지 않다는 점을 강조하였다.⁵⁶⁾

결론적으로, 동 법원은 기본적으로 당사자들이 분쟁의 대상을 결정한다는 것은 원칙이기 때문에 이에 따라 원고는 병행소송을 방지하기 위해서 일부 침해행위를 제외시킬 수 있으나, 이러한 원칙은 특허침해소송의 피고가 특허무효신청을 제기하는데 있어 제한을 가하는 방식으로 적용되어서는 안 된다고 판시하였다.⁵⁷⁾

둘째로, 동 법원은 “당해 사건의 경우 관련 독일국내법원에서의 침해소송이 (통합특허법원협약이 발효된) 2023년 6월1일 이전에 개시되었기 때문에 Brussel I recast Regulation 제71c조의 요건이 충족되지 못하였고 이에 따라, 해당 Regulation의 제29

52) The Court of First Instance of the Unified Patent Court, Decision in an action for infringement with counterclaim for revocation, UPC_CFI_230/2023, 2024.07.04., para. 1.2.

53) Ibid.

54) Ibid, paras. 2.1-2.4.

55) Ibid, para. 9.1.

56) Ibid, para. 9.2.

57) Ibid, para. 9.4.

조 및 30조가 적용될 수 없다.”는 Abbott Laboratories 및 관련 피고들의 주장에 대해 심의를 진행하였다.

이에 대해, 동 법원은 해당 Regulation의 제71조(a)항에 따르면 통합특허법원은 통합특허법원협약 당사국들의 법원으로 간주되기 때문에 해당 Regulation의 제29조 및 제30조는 통합특허법원에 적용될 수 있다고 지적하면서,⁵⁸⁾ 당해 사건의 경우 관련 소송들의 당사자들과 대상들이 동일한 사건들이 아니기 때문에 이에 관해 다루고 있는 제29조(3)항에 따라 관할권을 거절해야 할 필요가 없다고 실시하였다.⁵⁹⁾ 그러나, 당해 사건에서 독일국내법원과 통합특허법원에서 진행되고 있는 사건들이 동일한 특허를 다루고 있으며 일부 당사자 (즉, 원고와 피고1인)가 중복된다는 점을 고려한다면 관련 소송에 대해 다루고 있는 Regulation 제30조(2)항이 적용될 수 있고 이에 따르면 특정 소송이 특정 법원에서 진행되고 있는 상황에서 관련 사건이 다른 법원에 제기될 경우 해당 두 번째 법원은 관할권 거절여부에 대해 결정할 수 있다고 동 법원은 언급하였다.⁶⁰⁾

이를 토대로, 당해 사건에서 독일국내법원이 구두심리를 2025년 1월29일에 예정하고 있다는 점 및 이에 따라, 동 법원의 판결이 내려질 때까지 최종판결을 내릴 수 없다는 점을 고려한다면 동 법원은 독일국내법원의 판결이 내려지기 전까지 해당 소송을 중지한다던가 해당 소송의 관할권 행사를 거절하는 것은 신속한 재판의 진행이라는 원칙에 상응하지 않는다고 결정하면서 자신이 독일부분을 포함한 해당 특허의 유효성에 관해 판단할 관할권을 행사할 수 있다고 판시하였다.⁶¹⁾

5. Fives ECL v Reel GmbH 사건

(1) 사건의 경과

2023년 6월1일 통합특허법원이 출범하기 이전에, 프랑스에 위치한 기업인 Fives ECL은 독일에 위치한 기업인 Reel GmbH를 상대로 특허침해소송을 제기하였으며, 2022년 8월9일 뒤셀도르프 지방법원은 Reel GmbH에게 특허침해로 인한 손해배상금을 Fives ECL에게 지급하라고 판시하였다.⁶²⁾ 해당 판결에 대한 항소가 제기되지는 않았으나, 2023년 8월8일 Fives ECL은 통합특허법원 함부르크 지부에 손해배상금액을 결정해달라는 요청을 제출하면서 약 650만 유로를 원한다고 언급하였다.⁶³⁾ 해당 소송에 대해, Reel GmbH는 선결적 이의를 제기하면서 통합특허법원이 손해배상금 결정신청에 대한 관할권을 행사하지 못한다고 주장하였다.⁶⁴⁾

해당 사건에서 동 법원은 이미 국내법원에서 판결이 된 특허침해소송에 대한 손해배상 산정에 대해서는 자신이 관할권을 행사할 수 없다고 결정하면서, 관련 규정인

58) Ibid, para. 10.1.

59) Ibid, para. 10.3.

60) Ibid, para. 10.4.

61) Ibid, paras. 10.5-10.6.

62) The Court of Appeal of the Unified Patent Court, Order, UPC_CoA_30/2024, 2025.01.16., para. 1.

63) Ibid, para. 2.

64) Ibid, para. 3.

통합특허법원협약 제32조(1)(a)항에⁶⁵⁾ 따르면 자신은 오직 통합특허법원에 제기된 특허침해소송에 관련된 손해배상액에 관해서만 판단을 할 수 있고 제32조(1)(f)항에⁶⁶⁾ 따르면 등록된 유럽특허출원에 의해 부과된 임시적 보호에 관련된 행위에 대해서만 관할권을 행사할 수 있다고 지적하였다.⁶⁷⁾

이에 대해 Fives ECL은 통합특허법원 항소를 제기하면서 해당 판단을 무효화 시켜달라고 요청한 반면, Reel GmbH는 해당 항소를 기각해 달라고 요청하였다.

(2) 법원의 판결

상기 항소에 관하여, 통합특허법원 항소법원은 우선 통합특허법원협약 제32조(1)(a)항에 따르면 통합특허법원은 특허침해 및 특허침해위협에 관한 관할권을 행사할 수 있기 때문에, 당해 사건의 주요 쟁점은 “통합특허법원협약 당사국의 국내법원이 유럽 특허의 침해와 이에 따른 손해배상의무를 확정했을 경우, 해당 손해배상의 배상액에 관해서만 즉, 별개의 손해배상에 관련된 소송에만 관련하여 관할권을 통합특허법원이 행사할 수 있는지 여부”라는 점을 확인하였다.⁶⁸⁾

이와 함께, 동 법원은 통합특허법원협약과 같은 국제협약을 해석할 때 주요 기준으로 간주되는 비엔나조약법협약 제31조에서 “조약은 해당 술어의 일반적인 의미에 따라 선의로 목적 및 객체를 고려하여 해석되어야 한다.(A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the term of the treaty and in the light of its object and purpose.)”고 규정하고 있다는 점을 지적하면서, 통합특허법원협약 규칙은 통합특허법원협약 본문규정에 따라 해석되거나 만약 해당 두 규정들이 상충될 경우 통합특허법원협약 본문규정이 규칙에 우선한다는 점을 언급하였다.⁶⁹⁾

가. 통합특허법원협약 조항들에 대한 확인

상기 확인들을 토대로, 동 법원은 ① 통합특허법원협약 제32조(1)(a)항의 “actions for actual or threatened infringements of patents”라는 술어는 당해 사건과 같은 손해배상액에 관한 별개의 소송이 통합특허법원의 관할에 속하지 못한다는 점을 의미하지 않는다는 점, ② 통합특허법원협약 제56조에 따르면 동 법원은 동 협약에서 규정하고 있는 조치 및 절차 등을 동 규칙에 따라 부과할 수 있다는 점, ③ 통합특허법원협약 제68조에 따르면 동 법원은 피해를 입은 당사자의 요청에 따라, 특허침해자가

65) Article 32(1)(a) of the Agreement on a Unified Patent Court.

(1) The Court shall have exclusive competence in respect of: (a) actions for actual or threatened infringements of patents and supplementary protection certificates and related defences, including counterclaims concerning licences; ...

66) Article 32(1)(f) of the Agreement on a Unified Patent Court.

(1) The Court shall have exclusive competence in respect of: ... (f) actions for damages or compensation derived from the provisional protection conferred by a published European patent application.

67) The Court of Appeal of the Unified Patent Court, *supra* note 62, para. 4.

68) *Ibid*, para. 40.

69) *Ibid*, para. 42.

피해자에게 해당 피해에 갈음할만한 손해배상액을 지불하도록 명령해야 한다는 점을 확인하면서, 제56조 및 제58조는 동 법원이 관할권을 행사할 수 있을때에만 적용이 될 수 있다고 지적하였다.⁷⁰⁾

또한, 상기 제32조(1)(f)항에 관해서는 비록 동 조항에서는 유럽특허출원에 대한 임시적 보호에 관련된 손해배상액에 관하여 동 법원이 관할권을 가진다고 규정하고 있기 때문에 당해 사건과 직접적인 관련은 없으나, 유럽특허허가 전의 임시적 사용에 관한 보상에 관한 관할권에 관해 규정하고 있기 때문에 어느 정도 관련이 있을 수 있으며 해당 손해배상에 대한 책임을 통합특허법원이 반드시 확정해야 한다는 점은 요구하지 않고 있다고 강조하였다.⁷¹⁾ 특히, 특허침해에 관한 손해배상액과 특허의 임시적 보호에 관련된 손해배상액을 다르게 간주해야 한다는 점은 동 조항에서 발견되지 않는다는 점을 동 법원은 지적하였다.⁷²⁾

상기 확인들을 토대로, 동 법원은 상기 조항들은 통합특허법원이 관할권을 가질 수 있다는 점이 확정된 경우에만 적용되기 때문에 제32조(1)(a)항을 해석하는데 있어 중요한 역할을 할 수 없으며, 이와 함께 동 협약 제32조(1)(f)항에서는 (국내법원에 의해 확정된 특허침해소송에 관련된) 별개의 손해배상액에 관련된 소송에 대한 통합특허법원의 관할권 행사에 대해 긍정적으로 규정하고 있다고 언급하였다.⁷³⁾

나. 통합특허법원협약 규칙 및 통합특허법원협약의 근원의 역할

다음으로, 통합특허법원 항소법원은 통합특허법원협약 일부 당사국들의 국내법원들이 우선 특허침해에 관련된 소송을 우선적으로 허용하고 침해가 확정된 후에 손해배상액에 관한 소송을 별개로 제기하는 것을 허용하고 있다는 점과 함께, 분쟁당사자들은 종종 특허침해 및 유효성 여부에 관련된 소송에 관심을 가지기 때문에 이에 대한 판결을 우선적으로 받고 손해배상액에 관해서는 향후에 별개의 소송에서 다루는 경향이 있다고 언급하였다.⁷⁴⁾ 특히, 동 법원은 통합특허법원 규칙 제118조(1)항에서 통합특허법원이 손해배상액수를 특허침해소송에서 명령할 수도 있고 아니면 별개의 소송에서 확정할 수도 있다고 규정(The amount of the damages or the compensation may be stated in the order or determined in separate proceedings.)하고 있다는 점을 확인하면서, 규칙 제125조 및 126조 등에서 손해배상액의 확정과 관련된 별개의 소송에 대한 규정을 두고 있다는 점을 지적하였다.⁷⁵⁾

이와 함께, 특정 특허의 침해에 대해 당사자들이 이의를 제기하지 않아 손해배상액에 관해서만 분쟁이 발생하는 경우가 있으며, 이러한 경우 상기 규칙 제118조(1)항에 따라 손해배상액의 산정에 관해서만 명령을 요청할 수 있다고 지적하면서 이러한 경우 특허침해에 관한 판결이 (국내법원 또는 통합특허법원에서) 있었는지가 확인되어야 한다고 동 항소법원은 언급하였다.⁷⁶⁾

70) Ibid, paras. 44-47.

71) Ibid, para. 48.

72) Ibid.

73) Ibid, para. 52.

74) Ibid, paras. 68-69.

75) Ibid, paras. 70-71.

76) Ibid, para. 75.

다. 최종 판결

결론적으로, 통합특허법원 항소법원은 상기 논의들을 토대로 하여, 통합특허법원의 관할권은 국내법원이 특허침해의 사실 및 손해배상의무를 확정 한 뒤 해당 손해의 배상액의 확정에만 관련된 별개의 소송을 포함한다 (The Court's competence (or jurisdiction) includes a separate action for determination of damages after a national court has established the existence of an infringement of a European patent and an obligation in principle for the infringer to pay damages.) 고 판시하면서, 이에 대한 본안을 1심 법원이 심의하도록 당해 사건을 해당 1심 법원으로 환송한다고 판시하였다.⁷⁷⁾

6. Aylo Premium Ltd. et al v Dish Technologies LLC & Sling TV LLC 사건

(1) 사건의 경과

미국에 위치한 기업인 Dish Technologies LLC는 유럽특허(특허번호: 2479680)를 소유하고 있었으며, 또 다른 기업인 Sling TV LLC는 Dish Technologies LLC가 소유한 해당 특허의 실시권자였고, 사이프러스 등에 위치한 Aylo Premium Ltd. et al은 비디오 스트리밍 서비스를 제공하는 기업이었다.⁷⁸⁾ Dish Technologies LLC와 Sling TV LLC는 Aylo Premium Ltd. et al를 상대로 통합특허법원 만하임 지방법원에 특허침해소송을 제기하면서 독일을 포함한 통합특허법원협약 당사국들에서 해당 특허의 침해를 중지하라는 명령을 내려 줄 것을 요청하였다.⁷⁹⁾

즉, Dish Technologies LLC와 Sling TV LLC는 해당 소송을 제기하면서 “① 통합특허법원 만하임 지방법원의 관할권은 통합특허법원협약 제1조 및 제33조에 따라 성립되는데 이는 Aylo Premium Ltd. et al가 스트리밍 서비스 웹사이트를 통해 비디오 파일 및 미디어 플레이어 등을 제공하고 이를 통해 독일에서 해당 특허를 침해했기 때문이다, ② Aylo Premium Ltd. et al은 인터넷을 통한 비디오 파일 및 미디어 플레이어를 통해 독일, 오스트리아, 덴마크, 핀란드, 이탈리아, 포르투갈 등의 국가들에서 특허를 침해하였다, ③ 상기 미디어 플레이어 및 비디오 파일들은 상기 특허의 필수적인 부분에 해당된다, ④ 제공된 비디오 파일 및 미디어 플레이어들은 사용자들이 인터넷이 가능한 기기들을 통한 스트리밍 서비스를 이용하여 사용되었을 경우 해당 특허를 침해했다고 간주된다.” 등의 주장을 제기한 반면, Aylo Premium Ltd. et al은 상기 침해주장은 통합특허법원이 관할권을 행사할 수 없기 때문에 기각되어야 한다는 선결적 이의를 제기하였다.⁸⁰⁾

이에 대해, 통합특허법원 만하임 지방법원은 통합특허법원협약 제31조와 민사 및

77) Ibid, paras. 83-84.

78) The Court of Appeal of the Unified Patent Court, Order, 2024.09.03., paras. 1-3.

79) Ibid, para. 4.

80) Ibid, paras. 4-5.

상사사건에 관한 판결의 인정 및 관할권에 관한 유럽연합 규정 Regulation No 1215/2012의 제71b조(1)항 및 제7조(2)항에 따르면 통합특허법원은 관할권을 행사할 수 있다고 판시하면서, 당해 사건에서 특허의 침해는 비디오 파일 및 미디어 플레이어의 제공에 관련된 것이며, 해당 서비스들은 독일 소비자들에게 제공되었고 유럽연합 사법재판소 일반법원의 판결에 따르면 관할권 행사 여부에 대해 판단할 때, 해당 행위가 침해인지 여부를 평가할 필요가 없다고 언급하였다.⁸¹⁾ Aylo Premium Ltd. et al는 해당 판결에 대해 통합특허법원 항소법원에 항소를 제기하면서 해당 판결을 기각하고 선결적 이의를 수락해 달라고 주장한 반면, Dish Technologies LLC와 Sling TV LLC는 해당 항소를 기각해 달라고 요청하였다.⁸²⁾

(2) 법원의 판결

가. 통합특허법원의 관할권 행사 관련

통합특허법원 항소법원은 우선적으로 관련 규정인 Regulation No 1215/2012의 제71b조(1)항 및 제7조(2)항에 관련된 주요 원칙들과 함께, 관련 유럽연합 사법재판소의 판례를 확인하였으며 해당 확인을 토대로, 상기 규정들은 “특정 유럽특허가 최소한 하나의 통합특허법원협약 회원국에서 효력을 가지고 해당 국가에서 손해가 발생하였을 경우 통합특허법원은 국제적 관할권을 행사할 수 있다. 특정 손해가 인터넷을 통해 발생할 경우, 해당 손해는 상기 회원국 영토에서 접근가능한 해당 인터넷 사이트로부터 발생하는 제품 또는 서비스를 획득할 가능성으로부터 발생할 수 있다.”는 방식으로 해석되어야 한다고 결정하였다.⁸³⁾

해당 결정을 토대로, 동 항소법원은 통합특허법원 만하임 지방법원의 당해 사건에서 관할권을 행사할 수 있다는 판결이 옳다고 지지하면서 ① Dish Technologies LLC와 Sling TV LLC의 Aylo Premium Ltd. et al이 상기 인터넷 사이트를 통해 독일 등에서 제공한 비디오 파일 및 미디어 플레이어 등은 상기 특허에서 언급하고 있는 방법을 수행하며 이는 해당 특허의 간접침해에 해당한다는 주장은 해당 특허가 독일 등에서 효력을 가지고 있었고 Aylo Premium Ltd. et al의 인터넷 사이트가 독일 등에서 접근가능했다는 점을 고려한다면 상기 준거규정들에 따른 통합특허법원의 관할권을 성립시키는데 충분하다는 점, ② 당해 사건처럼 손해가 인터넷을 통해 발생한 경우 유럽특허가 효력을 가지고 있는 통합특허법원협약 당사국에서 접근가능한 인터넷 사이트로부터 제품 또는 서비스를 획득할 수 있는 가능성으로부터 기인한다는 점. 특히, 당해 사건의 경우 소비자들이 상기 특허를 실행하는데 관련이 있는 미디어 플레이어 및 비디오 파일들을 사용할 수 있는 Aylo Premium Ltd. et al의 인터넷 사이트에 대한 접근 가능성으로부터 손해의 가능성이 기인한다는 점, ③ Dish Technologies LLC와 Sling TV LLC의 독일을 포함한 통합특허법원협약 당사국들에서 상기 특허가 효력을 가지고 있었으며 Aylo Premium Ltd. et al이 인터넷 사이트를 통해 해당 당사국들 소비자들에게 상기 특허의 필수적 부분에 관련된 수단들 즉,

81) Ibid, para. 7.

82) Ibid, paras. 8-9.

83) Ibid, para. 13.

미디어 플레이어와 비디오 파일을 제공했다는 주장은 수락되며 따라서, 통합특허법원의 관할권에 관련된 결론 역시 각 당사국에서 동일하게 적용된다는 점 등을 강조하였다.⁸⁴⁾

나. 그외 사항들

상기 판결과 함께, 동 항소법원은 통합특허법원 만하임 지방법원의 “통합특허법원 협약 제33조(1)(a)항에 근거해서도 역시, 통합특허법원이 관할권을 행사할 수 있다.”는 판단을 지지하였는데, 이는 상기 Brussels I recast Regulation의 제7조(2)항에서의 “손해가 발생한 또는 발생할 수 있는 장소”와 통합특허법원협약 제33조(1)(a)항에서의 “실질적 또는 잠재적 침해가 발생한 또는 발생할 수 있는 장소”는 동일한 방식으로 해석되어야 하기 때문이라고 언급하였다.⁸⁵⁾

또한, Dish Technologies LLC와 Sling TV LLC가 독일 뮌헨 지방법원에 Aylo Premium Ltd. et al을 상대로 통합특허법원 만하임 지방법원에 소를 제기하기 하루 전에 동일한 침해행위에 대해 소를 제기했기 때문에 통합특허법원은 관할권을 거절해야 한다는 Aylo Premium Ltd. et al의 주장에 대해, Aylo Premium Ltd. et al가 관련 규정인 Brussels I recast Regulation 제30조(2)항상 조건이 충족되었음을 입증하지 못했으며 설령 충족되었다고 하더라도 동일한 침해행위에 대한 소송이며 특허가 같은 분류에 속해 있다는 사실만으로도 (두 번째로 관련 사건을 맡은) 통합특허법원이 해당 사건에 대한 관할권을 거절해야 한다는 근거는 없다고 지적하였다.⁸⁶⁾

결론적으로, 통합특허법원 항소법원은 통합특허법원이 관할권을 행사할 수 있다고 결정한 통합특허법원 만하임 지방법원의 판단을 지지하면서 제기된 항소를 기각한다고 판시하였다.⁸⁷⁾

7. XSYS Germany GmbH et al v ESKO-Graphics Imaging GmbH 사건

(1) 사건의 경과

2023년 5월12일 독일에 위치한 기업인 ESKO-Graphics Imaging GmbH는 통합특허법원의 관할을 거부하는 옵트아웃을 자신의 특허(특허번호: 3742231)에 대해 신청하였으며, 2024년 8월26일 ESKO-Graphics Imaging GmbH는 해당 옵트아웃을 철회한다고 선언하였다.⁸⁸⁾

2024년 8월27일 ESKO-Graphics Imaging GmbH는 독일에 위치한 기업인 XSYS Germany GmbH를 상대로 통합특허법원 뮌헨지방법원에 상기 특허침해소송을 제기

84) Ibid, paras. 15-23.

85) Ibid, paras. 25-26.

86) Ibid, para. 29.

87) Ibid, para. 36.

88) The Court of Appeal of the Unified Patent Court, Order, 2025.06.02., UPC_CoA_156/2025, para. 1.

하였으며 해당 침해행위는 통합특허법원협약의 발효일인 2023년6월1일 이전에 시작되었고 또한, 상기 옵트아웃 철회 전후로 시작 및 진행되었다.⁸⁹⁾ 이에 대해, 2024년 10월10일 XSYS Germany GmbH는 선결적 이의를 제기하면서 통합특허법원협약이 발효되기 이전에 발생한 침해행위와 통합특허법원협약 발효 이후 그리고, 옵트아웃이 철회되기 이전까지 기간동안 발생한 침해행위에 대해서는 통합특허법원이 관할권을 행사할 수 없다고 주장하였다.⁹⁰⁾

이에 대해, 1심 법원인 통합특허법원 민헨지방법원은 상기 기간 동안 동 법원은 관할권을 행사할 수 있으며 해당 관할권의 행사 여부는 해당 침해행위에 적용되는 준거법의 결정과는 관련이 없다고 판시하였다.⁹¹⁾ 이에 대해, 2025년 2월 20일 XSYS Germany GmbH는 통합특허법원 항소법원에 항소를 제기하면서 상기 선결적 이의가 허용되고 침해소송이 기각되어야 한다고 주장하였으며, ESKO-Graphics Imaging GmbH는 동 항소법원이 해당 항소를 기각해야 한다고 주장하였다.⁹²⁾

(2) 법원의 판결

가. 준거조항 및 조항의 해석 관련

상기 항소에 대해, 통합특허법원 항소법원은 첫째로, 통합특허법원협약 제32조에 따르면 동 법원의 관할권은 동 협약이 발효일에 만료되지 않은 유럽특허에 대해 적용되어야 하며, 당해 사건에서 통합특허법원이 유럽특허의 침해행위에 대해 관할권을 행사할 수 있다는 점에 대해 양 당사자들이 이의를 제기하지 않았다는 점을 언급하면서, 주요 쟁점은 “통합특허법원이 통합특허법원협약이 발효되기 이전기간과 상기 특허에 대한 옵트아웃의 철회가 발생하기 이전 기간에 발생한 침해행위에 대해 관할권을 행사할 수 있는지 여부”라고 지적하였다.⁹³⁾

이와 함께, 동 항소법원은 우선 당해 사건의 주요 쟁점이 되는 규정인 통합특허법원협약 제32조를 해석하기 위해서는 통합특허법원협약과 같은 국제조약의 해석에 관련된 비엔나조약법협약 제31조를 참고해야 하며 이에 따라, 해석이 진행되어야 한다고 전제하였다.⁹⁴⁾

상기 확인을 토대로, 동 항소법원은 통합특허법원협약 제32조의 문언에서는 동 법원의 특허침해행위에 대한 관할권 행사에 관련된 시간적 제약을 규정하고 있지 않으며 이러한 시간적 제약이 규정되지 않았다는 사실은 동 협약의 목적이 “통합특허법원협약 당사국들간의 공동법원을 설치하여 동 협약 제32조(1)항에 규정되어 있는 행위들에 대한 독점적 관할권을 통합특허법원에 이전하고, 이를 통해 유럽내 특허시장의 분열을 방지하고자 하는 것”이라고 언급하였다.⁹⁵⁾ 즉, 이러한 목적은 동 법원이 각 회원국 국내법질서를 구성한다는 점을 의미하며, 동 법원의 관할권에 시간적 제약이 있

89) Ibid, para. 2.

90) Ibid, para. 3.

91) Ibid, para. 8.

92) Ibid, paras. 10 and 12.

93) Ibid, paras. 20-22.

94) Ibid, para. 23.

95) Ibid, para. 25.

지 않다는 점을 나타낸다는 것을 동 법원은 강조하였다.⁹⁶⁾

나. 과도기 기간 관련

둘째로, 통합특허법원협약 제83조에서는 과도기(the transitional period)에 대한 규정을 두고 있으며 해당 기간동안에는 동 협약 당사국의 국내법원들과 동 법원의 관할권이 경합될 수 있으며, 특허권자들이 통합특허법원의 관할권을 거부하는 옵트아웃 및 이를 취소하는 철회를 신청할 수 있다는 점을 동 항소법원은 우선적으로 확인하였다.⁹⁷⁾ 이와 함께, 해당 기간동안 유럽특허권자들은 국내법원 또는 통합특허법원에 소를 제기할 수 있으나, 이는 법원의 선택에 관련된 사항이며 선택된 법원의 관할권 자체가 부분적으로 제한된다는 의미는 아니라고 설시하였다.⁹⁸⁾

다. 조약의 소급적 적용 관련

셋째로, 통합특허법원의 관할권이 동 협약이 발효되기 이전에 발생한 침해행위에 대해 적용되는 것이 비엔나조약법협약 제28조에서 금지하고 있는 조약의 소급적 적용에 해당되는 것이라는 주장에 대해, 동 법원은 이는 조약의 소급적 적용에 해당되지 않으며, 상기 언급한 것처럼 동 항소법원은 동 협약이 발효되기 이전에 발생한 행위에 대해 관할권을 행사할 수 있다고 결정하였다.⁹⁹⁾

라. 옵트아웃 철회 관련

마지막으로, 옵트아웃 철회에 관련하여 동 항소법원은 통합특허법원협약 제83조에 대한 내용을 확인한 뒤, 옵트아웃 철회에 대한 규정에서는 부분적 또는 제한적 철회에 대해 언급하고 있지 않기 때문에, 동 항소법원이 옵트아웃 발생일과 철회발생일 사이 기간동안 발생한 침해행위에 대해 관할권을 행사할 수 있다고 결정하였다.¹⁰⁰⁾

III. 관련 판례의 주요 쟁점 분석 및 시사점

1. 옵트아웃 및 철회 관련

첫째로, 상기 일부 사건들에서 통합특허법원이 언급한 것처럼 통합특허법원협약에서는 통합특허법원과 동 협약 당사국 국내법원들간 관할권 행사에 관련하여 유럽특허권자 및 출원자들에게 “옵트아웃” 및 “옵트아웃 철회”를 신청할 수 있게 하고 있다. 즉, 통합특허법원협약 제83조(3)항에서는 유럽특허권자 또는 출원자들에게 통합

96) Ibid, para. 26.

97) Ibid, para. 28.

98) Ibid, para. 31.

99) Ibid, paras. 35-37.

100) Ibid, para. 43.

특허법원협약의 관할권을 거부하는 옵트아웃에 대해서, 제83조(4)항에서는 이들의 옵트아웃 철회에 대해 규정하고 있는 것이다.

이에 관련하여, AIM Sport Development AG v Supponor OY et al 사건에서는 통합특허법원 1심법원이 상기 조항의 문언적 해석에 따라 독일 국내법원에 소가 이미 제기되어 있었기 때문에 제기된 옵트아웃을 철회할 수 없다고 판단하였으나, 항소법원은 해당 소가 과도기 이전에 이미 국내법원에 제기되어 있었고 이러한 과도기 이전에 국내법원에 제기된 국내소송은 옵트아웃의 철회를 방지하지 못한다고 판단하면서 해당 제1심법원의 판단을 기각하였다.

해당 사건에서 동 항소법원은 통합특허법원의 관할하에 포함될 수 있는 유럽특허(출원)의 숫자를 크게 증가시켰다고 볼 수 있는데 이는 과도기 이전에 유럽특허협약 당사국의 국내법원에 이미 제기되었던 유럽특허(출원)들도 통합특허법원이 (옵트아웃이 유지되지 않는 한) 심의할 수 있게 되었기 때문이다.¹⁰¹⁾ 즉, 해당 사건을 통해 동 항소법원은 옵트아웃 신청을 철회할 수 있는 국내소송의 “시간적 범위”를 명확히 했다고 할 수 있을 것이다.

이와 함께, Neo Wireless GmbH v Toyota Motor Europe 사건에서 동 항소법원은 “통합특허법원협약 제83조(3)항의 목적 및 객체를 고려해 볼 때, 통합특허법원협약 제83조(3)항의 옵트아웃이 유효하기 위해서는 해당 옵트아웃이 특정 유럽특허의 모든 국가부분들을 소유한 모든 특허권자들에 의해 (또는, 이들의 승인하에) 신청되어야 하며, 이러한 해석은 통합특허법원협약 규칙 제5조(1)(a)항과 상충되지 않는다.”고 판시하였다. 즉, 상기 사건의 분석에서 논의한 것처럼, 해당 사건에서 Neo USA는 Neo GmbH를 대신하여 옵트아웃을 신청하지 않았으며 이에 따라, 해당 규정의 요건을 충족하지 못했기 때문에 Neo USA에 의해 신청된 옵트아웃은 무효라는 것이었다. 이러한 결정의 근거로 동 법원은 관련 규정들과 함께, 통합특허법원의 설립과 함께 통합특허법원으로의 자동 관할이전이 발생하고 있는데 만약 한 국가부분을 소유하고 있는 특정 유럽특허의 특허권자가 다른 국가부분들을 가지는 특허권자들의 승인없이 모든 다른 국가부분들에 대한 옵트아웃을 신청할 권한이 있을 경우, 이는 모든 다른 국가부분들을 가지는 특허권자들의 특허 집행 권한을 박탈하는 것이 되며, 모든 국가부분들을 소유한 모든 특허권자들이 옵트아웃을 신청해야 한다는 해석은 옵트아웃을 신청하지 않는 한 통합특허법원이 유럽특허에 관한 주요 법원 (the default venue for legal proceedings concerning European Patents) 이라는 입법자들의 의도와 상응한다는 점을 강조하였다. 즉, 해당 판결을 동 법원은 통해 옵트아웃의 “인적 범위”를 명확히 하면서 통합특허법원이 당사국들간의 유럽특허집행에 관한 주요 법원이라는 점을 천명하였다.

요컨대, 상기 판결들을 통해 통합특허법원은 자신이 통합특허법원협약 당사국들 사이에서는 유럽특허의 집행에 관한 주요 법원이며, (보다 많은 사건에 대해 관할권을 행사할 수 있다고 판시함으로써) 광의의 관할권을 행사할 수 있다는 점을 보여주었다고 할 수 있을 것이다.

101) Annsley Merelle Ward, “[UPCKat] UPC Court of Appeal confirms that opt-outs may be withdrawn for patents subject to pre-UPC national litigation.”, December 05, 2024, IPKAT <https://ipkitten.blogspot.com/2024/12/upckat-upc-court-of-appeal-confirms.html>

2. 국내법원과의 관련 소송 중지 및 관할권 행사 거절 관련

둘째로, 통합특허법원은 일부 사건들에서 “관련 소송”에 관련된 규정들을 근거로 통합특허법원과 통합특허법원협약 당사국 국내법원과의 관할권 행사여부에 대해 심의를 진행하였다. 즉, Mala Technologies Ltd. v Nokia Technology GmbH 사건과 Dexcom, Inc. v Abbott Laboratories et al. 사건에서 독일국내법원에서 통합특허법원에 제기된 사건과 관련된 사건에 관한 소가 제기되고 있었으며 이에 따라, 통합특허법원의 해당 관련 소송이 중지되어야 하는지 여부 또는 관할권을 거절해야 하는지 여부에 대해 동 법원이 심의를 진행하였던 것이다.

이에 대해, 우선 Mala Technologies Ltd. v Nokia Technology GmbH 사건에서 통합특허법원 항소법원은 Brussels I Recast Regulation의 제30조에서는 서로 “관련 있는 소송들(related actions)”이 다수의 법원에 제기되었을 경우의 관할권의 성립 및 거절에 대해 규정하고 있기 때문에 이에 따라 관련 소송이 국내법원에 제기되었을 경우 자신에 제기된 (관련)소송을 중지할 수 있다고 지적하면서, 해당 사건의 경우 ① 독일연방대법원에 제기된 소송에서의 당사자들 (특히, Nokia Solutions)과 통합특허법원에 제기된 소송에서의 당사자들 (특히, Nokia Technology)은 서로 관련이 있다는 점, ② 독일에서의 소송이 통합특허법원보다 진행되어 있기 때문에 독일에서의 소송 결과를 기다리는 것이 지나친 정도의 지연을 발생시키지 않는다는 점, ③ 두 소송의 사안들이 서로 유사하다는 점 등을 고려해 볼 때 당해 사건에서 통합특허법원의 소송과 함께 독일연방대법원에서 취소신청 관련소송이 계류중인 상황이기 때문에 Brussels I Recast Regulation의 제30조에 따라 통합특허법원의 취소신청이 중지되어야만 한다고 판시한 바 있다. 해당 사건에서는 독일국내법원에서 진행되고 있었던 관련 사건이 다소 많이 진행되어 있다는 점을 고려하여 해당 소송의 결과를 기다리는 것이 많은 지연을 발생시키지 않고 따라서 해당 판결을 기다리는 것은 통합특허법원이 신속한 판결을 내린다는 기본 원칙에 저촉되지 않기 때문에 결론적으로 소송을 중지하기로 동 법원이 결정했다는 점을 고려해 본다면 통합특허법원이 신속한 재판의 진행을 중요한 원칙으로 간주하고 있다는 점을 다시 한번 확인할 수 있을 것이다. 다만, 당해 사건의 경우 독일국내법원과 통합특허법원의 취소신청 관련 소송들의 사안들이 거의 동일하였기 때문에 문제가 되지 않았으나, 만약 통합특허법원에 제기된 사안이 보다 광범위할 경우에도 Brussels I Recast Regulation의 관련 규정이 적 용될지 여부는 두고 보아야 할 것이다.¹⁰²⁾

특히, 해당 사건에서 통합특허법원은 유럽특허권자 및 유럽특허출원자들이 유럽특허청에서의 이의신청 및 통합특허법원의 취소신청을 동시에 진행할 수 있으나, 이와 달리 Brussels I Recast Regulation에 따르면 국내법원들간의 소송의 경우 소송경합이 최소화 되어야 하기 때문에 유럽특허청에서 이의신청이 진행되고 있는 동안에 통합특허법원에서의 취소신청 진행을 인정하였던 Carrier v Bitzer 사건의 원칙 (즉, 유럽특허청에서 이의신청이 진행되고 있더라도 통합특허법원의 취소신청은 진행될 수 있다고 판단한 원칙)은 당해 사건과 같은 국내법원과 통합특허법원간의 소송경합 사건에는 무조건적으로 적용될 수 없다고 지적하였는데 이는 통합특허법원이 유럽연

102) Sarah Power and Hannah McLoughlin, UPC - Mala v. Nokia / Appeal / lis pendens, 26 Sep 2024, <https://www.eplaw.org/blog/detail/upc-mala-v-nokia-appeal/>

합 회원국들 사이의 공동법원의 성격을 가지고 있으며 이에 따라 관련 규정인 Brussels I Recast Regulation의 상기 조항들을 고려한 판단이라고 할 수 있다.

또한, Dexcom, Inc. v Abbott Laboratories et al. 사건에서 통합특허법원은 독일국내법원이 구두심리를 2025년 1월29일에 예정하고 있다는 점을 고려하였을 때 동 법원의 판결이 내려질 때까지 최종판결을 내릴 수 없다는 점을 고려하여 동 법원은 독일국내법원의 판결이 내려지기 전까지 해당 소송을 중지한다던가 해당 소송의 관할권 행사를 거절하는 것은 신속한 재판의 진행이라는 원칙에 상응하지 않는다고 결정한 바 있다. 이러한 동 법원의 판단 역시 신속한 재판의 진행이 중요한 원칙으로 간주된다는 점을 보여주고 있다고 할 수 있을 것이다. 이와 함께, 해당 사건에서 동 법원은 기본적으로 당사자들이 분쟁의 대상을 결정한다는 것이 원칙이기 때문에 이에 따라 원고는 병행소송을 방지하기 위해서 일부 침해행위를 제외시킬 수 있으나, 이러한 원칙은 특허침해소송의 피고가 특허무효신청을 제기하는데 있어 제한을 가하는 방식으로 적용되어서는 안 된다는 점을 확인하면서, 특허침해소송에서 특허무효가 주장될 때 당사자들의 권리범위에 대해 동 법원이 명확히 했다고 할 수 있다.

3. 소송의 범위 관련: 실체적 · 장소적 · 시간적

셋째로, 상기 일부 다른 사건들을 통해 통합특허법원은 자신의 관할권 행사의 범위를 명백히 하였다. 즉, 특정 사안들에 대해 통합특허법원이 관할권을 행사할 수 있는지 여부에 대해 동 법원이 판단하면서 국내법원들과의 관할권에 대한 평가를 진행한 것이다.

우선, Fives ECL v Reel GmbH 사건의 경우 상기 언급한 것처럼 주요 쟁점은 “통합특허법원협약 당사국의 국내법원이 유럽특허의 침해와 이에 따른 손해배상의무를 확정했을 경우, 해당 손해배상의 배상액에 관해서만 즉, 별개의 손해배상에 관련된 소송에만 관련하여 관할권을 통합특허법원이 행사할 수 있는지 여부”였다. 이에 대해, 동 법원은 ① 관련 규정인 통합특허법원협약 제32조(1)(a)항의 “actions for actual or threatened infringements of patents”라는 술어는 당해 사건과 같은 손해배상액에 관한 별개의 소송이 통합특허법원의 관할에 속하지 못한다는 점을 의미하지 않는다는 점, ② 비록 동 협약 제32조(1)(f)항에서는 유럽특허출원에 대한 임시적 보호에 관련된 손해배상액에 관하여 동 법원이 관할권을 가진다고 규정하고 있기 때문에 당해 사건과 직접적인 관련은 없으나, 유럽특허허가 전의 임시적 사용에 관한 보상에 관한 관할권에 관해 규정하고 있기 때문에 어느 정도 관련이 있을 수 있으며, 특허침해에 관한 손해배상액과 특허의 임시적 보호에 관련된 손해배상액을 다르게 간주해야 한다는 점은 동 조항에서 발견되지 않는다는 점, ③ 통합특허법원협약 일부 당사국들의 국내법원들이 우선 특허침해에 관련된 소송을 우선적으로 허용하고 침해가 확정된 후에 손해배상액에 관한 소송을 별개로 제기하는 것을 허용하고 있다는 점, ④ 통합특허법원 규칙 제118조(1)항에서 통합특허법원이 손해배상액수를 특허침해소송에서 명령할 수도 있고 아니면 별개의 소송에서 확정할 수도 있다고 규정하고 있다는 점 등을 근거로 통합특허법원의 관할권은 국내법원이 특허침해의 사실 및 손해배상의무를 확정된 뒤 해당 손해의 배상액의 확정에만 관련된 소송을 포함한다고 판시하였다.

해당 사건에서 통합특허법원은 비록 실체적 사안에 대한 판단이 이미 통합특허법원

협약 당사국 국내법원에서 이미 결정되어 동 법원이 이에 대한 결정을 내리지 않았으나 별개의 절차적 사안 (즉, 당해 사건의 경우 손해배상액 산정) 에 대해서도 관할권을 행사할 수 있다고 결정함으로써 보다 넓은 범위의 관할권 행사를 인정하였으며 해당 판결을 통해 유럽특허권자들에게 통합특허법원의 유용성을 보다 크게 하였다고 할 수 있을 것이다.¹⁰³⁾

다음으로, *Aylo Premium Ltd. et al v Dish Technologies LLC & Sling TV LLC* 사건의 경우 유럽특허협약 당사국들을 포함한 전 세계국가들에서 접근가능한 *Aylo Premium Ltd. et al* 의 웹사이트 및 미디어 플레이어와 비디오파일들의 제공을 통한 특정 특허가 등록된 독일에서의 해당 특허의 침해에 대해 동 법원이 관할권을 행사할 수 있는지 여부가 주요 쟁점이었는데 이에 대해 동 법원은 상기 언급한 것처럼 “특정 유럽특허가 최소한 하나의 통합특허법원협약 회원국에서 효력을 가지고 해당 국가에서 손해가 발생하였을 경우 통합특허법원은 역외관할권을 행사할 수 있으며, 특정 손해가 인터넷을 통해 발생할 경우, 해당 손해는 상기 회원국 영토에서 접근가능한 해당 인터넷 사이트로부터 발생하는 제품 또는 서비스를 획득할 가능성으로부터 발생할 수 있다.” 는 방식으로 해석되어야 한다고 결정하였다. 해당 사건에서는 인터넷 기반의 특허침해가 주요 사안이었으며 특히, 통합특허법원의 관할권이 통합특허법원협약 당사국내 소비자들의 인터넷을 통한 접근가능성으로 인해 성립될 수 있기 때문에 해당 국가들의 소비자들에게 홍보나 판매행위를 포함한 특별한 행위가 요구되지 않는다는 점을 보여주고 있다.¹⁰⁴⁾

마지막으로, *XSYS Germany GmbH et al v ESKO-Graphics Imaging GmbH* 사건에서 주요 쟁점은 “통합특허법원이 통합특허법원협약이 발효되기 이전기간과 상기 특허에 대한 오프아아웃의 철회가 발생하기 이전 기간에 발생한 침해행위에 대해 관할권을 행사할 수 있는지 여부” 였다. 이에 대해, 동 법원은 통합특허법원협약 제32조의 문언에서는 동 법원의 특허침해행위에 대한 관할권 행사에 관련된 시간적 제약을 규정하고 있지 않으며, 이러한 시간적 제약이 규정되지 않았다는 사실은 동 협약의 목적이 “통합특허법원협약 당사국들간의 공동법원을 설치하여 동 협약 제32조(1)항에 규정되어 있는 행위들에 대한 독점적 관할권을 통합특허법원에 이전하고, 이를 통해 유럽내 특허시장의 분열을 방지하고자 하는 것”이라는 점을 지적하면서, 당해 사건에서 관할권을 행사할 수 있다고 판시하였다. 이를 통해, 동 법원은 자신의 시간적 관할범위를 보다 명백히 하였으며 특히, 오프아아웃을 신청한 뒤 해당 오프아아웃을 철회한 유럽특허권자들에게 향후 유럽특허의 집행을 하는데 있어 보다 확실성을 제공해 주었다고 할 수 있을 것이다.¹⁰⁵⁾

103) Matthew Naylor, *UPC Weekly - Damages and added matter at the UPC*, 2025.01.20., <https://www.mewburn.com/forward/upc-weekly-damages-and-added-matter-at-the-upc>

104) Fazel Abdul, *Jurisdiction and Competence in the UPC Clarified: Decision of the UPC Court of Appeal in Aylo vs. Dish and Sling*, TaylorWessing, 2024.09.13., <https://www.taylorwessing.com/en/insights-and-events/insights/2024/09/jurisdiction-and-competence-in-the-upc-clarified>

105) Alice Stuart-Grumbar, *Temporal limitations of the UPC: XSYS v Esko*, Dyoung&Co Knowledge Bank 2025.10.31., <https://www.dyoung.com/en/knowledgebank/articles/upc-temporal-limitations>

IV. 결론

이제까지 본 논문에서는 통합특허법원의 국내법원들과의 관할권 경합 또는 중복에 관련된 다양한 사안들에 관한 판결에 대해 살펴보고 해당 판결들이 시사해 주는 점에 대해 알아보았다. 즉, 상기 논의한 것처럼 “국내법원”과의 관할의 중복에 관하여 통합특허법원은 옵트아웃의 신청 및 철회, 병행소송시 자신에게 제기된 소송의 중지 여부 및 소송의 실제적·시간적·장소적 범위 등을 포함한 관련된 다양한 사안들에 대해 다루어 왔다. 상기 사건들에서 동 법원이 취한 입장 및 강조한 원칙들을 고려해 볼 때, 전반적으로 통합특허법원이 유럽특허협약 당사국이자 통합특허법원협약 당사국들의 (기존 및 단일) 유럽특허에 대해서는 관할권을 행사할 수 있는 주요 법원이라는 점을 강조하였으며 이를 토대로 상기 사안들을 접근 및 판단했다고 볼 수 있을 것이다. 유럽에서 특허를 소유 및 출원하고자 하는 사업자들은 이러한 통합특허법원의 입장을 고려하여 향후 유럽특허의 집행시 신중히 전략을 수립해야 할 것이다.

■ **주제어:** 유럽연합, 통합특허법원, 유럽특허, 관할권, 국내법원

[참고문헌]

- Alice Stuart-Grumbar, Temporal limitations of the UPC: XSYS v Esko, Dyoung&Co Knowledge Bank 2025.10.31., <https://www.dyoung.com/en/knowledgebank/articles/upc-temporal-limitations>
- Annsley Merelle Ward, “[UPCKat] UPC Court of Appeal confirms that opt-outs may be withdrawn for patents subject to pre-UPC national litigation.”, December 05, 2024, IPKAT <https://ipkitten.blogspot.com/2024/12/upckat-upc-court-of-appeal-confirms.html>
- Christopher Jones and Anna Jones, Two years down, five years to go until the end of the UPC transitional period, Boulton, 2025.06.02., <https://www.boulton.com/bulletin/two-years-down-five-years-to-go-until-the-end-of-the-upc-transitional-period/>
- European Patent Academy, The jurisdiction of European courts in patent disputes (2018), p.3.
- Faziel Abdul, Jurisdiction and Competence in the UPC Clarified: Decision of the UPC Court of Appeal in Aylo vs. Dish and Sling, TaylorWessing, 2024.09.13., <https://www.taylorwessing.com/en/insights-and-events/insights/2024/09/jurisdiction-and-competence-in-the-upc-clarified>
- Matthew Naylor, UPC Weekly - Damages and added matter at the UPC, 2025.01.20., <https://www.mewburn.com/forward/upc-weekly-damages-and-added-matter-at-the-upc>
- Sarah Power and Hannah McLoughlin, UPC - Mala v. Nokia / Appeal / lis pendens, 26 Sep 2024, <https://www.eplaw.org/blog/detail/upc-mala-v-nokia-appeal/>
- The Court of First Instance of the Unified Patent Court, Decision in an action for infringement with counterclaim for revocation, UPC_CFI_230/2023, 2024.07.04.
- The Court of Appeal of the Unified Patent Court, Order, 2024.09.17., UPC_CoA_227/2024
- The Court of Appeal of the Unified Patent Court, Order, 2024.06.04., UPC_CoA_79/2024
- The Court of Appeal of the Unified Patent Court, Order, 2024.11.12. (UPC_CoA_500/2023).
- The Court of Appeal of the Unified Patent Court, Order, UPC_CoA_30/2024, 2025.01.16.
- The Court of Appeal of the Unified Patent Court, Order, 2024.09.03.
- The Court of Appeal of the Unified Patent Court, Order, 2025.06.02., UPC_CoA_156/2025
- Unified Patent Court, UPC member states, <https://www.unifiedpatentcourt.org/en/organisation/upc-member-states>

[Abstract]

**Recent jurisprudence of the Unified Patent Court on jurisdiction:
focusing on cases concerning concurrent jurisdictions
between the Unified Patent Court and national courts**

Jinyup Kim*

With the launch of the Unified Patent Court (UPC) on June 1, 2023, as a joint court for EU member states, both the UPC and the national courts of countries that are parties to both the European Patent Convention and the Agreement on a Unified Patent Court gained jurisdiction over infringement matters concerning existing European patents. Given that three years have passed since the UPC's inception—a period marked by diverse interpretations, rulings on key issues, and the establishment of case law regarding jurisdiction—this paper examines the UPC's stance on these matters by focusing on significant cases. Specifically, the paper analyzes the UPC's position on various issues arising from concurrent jurisdiction between the UPC and national courts and explores the implications of the relevant rulings.

- **Key Words:** European Union, Unified Patent Court, European Patent, Unitary Patent, Jurisdiction

* Korea Intellectual Property Protection Agency (Research Fellow)

부정당업자 제재에 따른 복합분쟁의 구조와 개선방안

양희현* · 신원재** · 정영수***

논문요지

본 연구는 공공조달 분야에서 부정당업자 제재 처분이 행정소송과 민사소송을 동시에 또는 순차적으로 유발하는 분쟁구조를 ‘복합분쟁’으로 개념화하고, 그 발생구조와 제도적 개선방안을 검토하였다. 선행연구는 부정당업자 제재의 법적 성격, 제도개선 등을 중심으로 논의하였으나, 동일한 사실관계에서 복수의 소송절차가 연계되는 구조 자체에 대해서는 충분한 분석이 이루어지지 않았다.

이를 위하여 국가철도공단에서 2009년부터 2026년까지 이루어진 부정당업자 제재 151건을 대상으로 제재처분과 행정소송, 민사소송의 연계 양상을 실증적으로 분석하였다. 분석 결과, 제재기업의 35.8%가 입찰참가자격 제한처분 취소소송 및 집행정지를 제기하였으며, 민사소송의 76.5%는 행정소송과 연계되어 진행되는 것으로 나타났다. 이는 부정당업자 제재가 단일한 행정처분에 그치지 않고, 동일한 사실관계를 기초로 복수의 분쟁 절차가 병행되는 복합분쟁의 출발점이 될 수 있음을 보여준다.

이러한 구조는 동일한 증거와 사실관계의 반복심리, 분쟁 기간의 장기화, 소송 비용 증가 및 판단의 불일치 가능성을 초래한다. 이에 본 연구는 해외 제도와 국내 법제를 비교·분석하여 단계적 개선방안을 제안하였다. 단기적으로는 ECA를 활용한 사전 분쟁관리와 ADR 활용 확대를, 중기적으로는 국가계약분쟁조정위원회의 기능 확대를, 장기적으로는 공공조달 복합분쟁 전문심리 체계 구축을 제시하였다.

본 연구는 부정당업자 제재를 개별 행정처분이 아닌 복합분쟁의 출발점으로 이해하고, 실제 공공기관 데이터를 통하여 그 구조를 실증적으로 규명하였다는 점에서 기존 연구와 차별성을 가진다. 또한, 공공조달 분쟁의 예방과 효율적 관리에 관한 새로운 정책적·입법적 방향을 제시하였다는 점에서 의의가 있다.

· 논문제출: 2026. 06. 30. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

* 제1저자: 국가철도공단 부장

** 제2저자: 법무법인 더프라이م 변호사

*** 교신저자: 법무법인 율촌 변호사

I. 서론

공공계약은 중앙부처, 지방자치단체, 공공기관 등이 일방의 당사자가 되어 체결하는 계약으로, 국가 재정집행의 핵심 수단이자 공공서비스를 구현하는 기반이 된다. 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘국가계약법’) 제5조 제1항에 따라,¹⁾ 공공계약은 원칙적으로 사법상의 계약이므로 이에 관한 분쟁은 민사소송의 대상이다.²⁾ 그러나 공공계약은 성격상 공법관계로 해석되는 법률관계가 존재한다. 이는 행정 목적을 달성하기 위하여 행정처분이라는 공권력에 기인한 일방적 조치 수단을 통해 강제하는 경우에 발생한다.³⁾ 그 대표적인 행정처분으로 부정당업자 제재 처분을 들 수 있다.⁴⁾

발주청⁵⁾의 부정당업자 제재 처분은 일반적으로 국가계약법 제27조,⁶⁾ 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘지방계약법’) 제31조⁷⁾, 「공공기관의 운영에 관한 법률」(이하 ‘공공기관운영법’) 제39조에⁸⁾ 따라, 부정당업자에 대하여 2년의 범위 내에서 입찰참가자격을 제한하거나, 과징금(금액)을 부과하는 것을 의미한다.⁹⁾ 제재받은 기업은 이른바 확장제재에 따라 발주청의 입찰에 참여할 수 없다.¹⁰⁾ 이에 대하여 기업은 일반적으로 다음 세 가지 방법으로 대응한다. 첫째, 발주청의 제한처분을 그대로 수용한다.¹¹⁾ 즉, 제재기간 동안 모든 발주청의 입찰에 참여하지 않는다. 둘째, 해당 발주청의 제한처분을 수용하나, 다른 발주청의 입찰에 참여하기 위해 가처분 등을 제기한다. 기업이 다른 발주청을 상대로 가처분을 제기하는 이유는 지방계약법에는 확장제재 근거가 있는 반면,¹²⁾ 국가계약법과 공공기관운영법에는 확장제

1) 제5조(계약의 원칙) ① **계약은 서로 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결**되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 한다. (진하게 밑줄로 표시한 것은 필자가 이해를 돕기 위해 작성한 것으로 이하 동일)

2) 정원·정유철·이강만·이은재·정영수·김한솔, 「공공계약 클레임 주요 쟁점」, 대한경제, 2023, 4면.

3) 정원 외, 앞의 책, 30면.

4) 입찰참가자격 제한 조치가 국가계약법 등에 근거한 행정처분인지 계약에 근거한 권리행사 인지는, 대법원 2018.10.25. 선고 2016두33537 판결에 따라 원칙적으로 의사표시의 해석 문제라고 할 것임. 본 논문은 행정처분으로서의 입찰참가자격 제한 조치를 전제로 논의를 진행하였음. 양희현·김종광, “공공기관의 부정당업자에 대한 금액 부과제도 개선방안 연구”, 「아주법학」, 제18권 제4호(2025), 아주대학교 법학연구소, 183면.

5) 중앙부처, 지방자치단체, 공공기관.

6) 제27조(부정당업자의 입찰 참가자격 제한 등) ① 각 중앙관서의 장은 **다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 “부정당업자”라 한다)에게는 2년 이내의 범위에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰 참가자격을 제한하여야 하며,**

7) 제31조(부정당업자의 입찰 참가자격 제한) ① 지방자치단체의 장은 **다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 “부정당업자”라 한다)에 대해서는 대통령령으로 정하는 바에 따라 2년 이내의 범위에서 입찰 참가자격을 제한하여야 한다.**

8) 제39조(회계원칙 등) ② 공기업·준정부기관의 장은 **공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 해칠 것(이하 “계약질서위반행위”라 한다)이 명백하다고 판단되는 자(이하 “부정당업자”라 한다)에 대하여 2년의 범위 내에서 일정기간 입찰참가자격을 제한**할 수 있다.

9) 중앙부처와 지자체는 과징금을 부과하고 공공기관은 금액을 부과함. 이 차이에 대해서는, 양희현·김종광, 앞의 논문, 177-178면.

10) 확장제재의 문제점에 대해서는, 양희현·어성욱·정찬목·노시현, “공공기관의 확장제재 개선방안 연구”, 「한국거버넌스학회보」, 제31권 제3호(2024), 한국거버넌스학회, 26면.

11) 경험 없는 기업은 입찰참가자격 제한처분이라는 제도 자체가 있는 것조차 알지 못하는 경우도 많음. 김진기, 「공공계약과 경쟁」, 박영사, 2024, 5면.

재 근거가 없기 때문이다.¹³⁾ 셋째, 발주청의 제한처분에 대해 제한 취소 본안소송 및 집행정지를 제기한다.

제한 취소 본안소송은 행정청의 처분에 대하여 제기하는 소송이므로, 「행정소송법」 제3조에 따라 행정소송에 해당한다.¹⁴⁾ 또한, 집행정지는 「행정소송법」 제23조에 따라 본안소송에 부수되는 행정소송 절차의 일환이다.¹⁵⁾ 그런데 발주청이 입찰 담합을 사유로 기업에 대해 입찰참가자격을 제한하면서, 발주청은 기업에 대해 입찰 담합으로 인한 손해배상 청구 소송을 제기하는 사례가 있다.¹⁶⁾ 또한, 발주청이 계약 미이행을 사유로 기업에 대해 입찰참가자격을 제한하면서 계약을 해지하면, 기업은 해지무효 확인 소송을 제기하는 경우도 있다.¹⁷⁾ 그런데 이러한 소송은 행정소송이 아닌 민사소송에 해당된다.

위에서 볼 수 있듯이, 부정당업자 제제를 둘러싼 일부 분쟁은 행정소송으로만 진행되지 않는다. 즉, 하나의 계약질서 위반행위를 사유로 행정소송과 민사소송이 순차적으로 발생한다. 이러한 현상은 공공계약이 공법적 성격과 사법적 특징을 동시에 지니기 때문에 비롯된다.¹⁸⁾ 행정소송은 부정당업자 제제 처분의 적정성을 판단하고, 민사소송은 계약상의 권리와 의무를 판단한다. 그러나 행정소송과 민사소송이 독립적으로 진행되면서, 동일한 사실관계에 대해 중복적인 심리, 분쟁 해결의 장기화, 분쟁 간 판단 불일치 등의 문제가 발생할 수 있다. 또한, 소송 실무에서는 어떠한 법률관계가 공법관계인지 사법관계인지, 행정사건인지 민사사건인지 구별하기 어려운 문제가 발생하기도 한다.¹⁹⁾

현재(2026.5.31. 기준으로, 이하 현재 기준 동일)까지 부정당업자 제제와 관련한 선행연구는 주로 네 가지 관점에서 이루어졌다. 구체적으로 법적 쟁점, 제도개선, 해외 사례, 기타 분야가 그것이다.²⁰⁾ 그런데 선행연구는 부정당업자 제제 처분을 원인으로

12) 제31조(부정당업자의 입찰 참가자격 제한) ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 입찰 참가자격을 제한받은 자는 그 제한기간 동안 각 지방자치단체에서 시행하는 모든 입찰에 대하여 참가자격이 제한된다. 다른 법령에 따라 입찰 참가자격의 제한을 받은 자도 또한 같다.

13) 정원 외, 앞의 책, 355-356면. 이와 관련한 대법원 2017.6.15. 선고, 2016두 52378 판결은 다음과 같음. “공공기관운영법 제39조 제3항이 부령(계약사무규칙)에 위임한 것은 ‘입찰참가자격의 제한기준 등에 관하여 필요한 사항’일 뿐이고, 이는 규정의 문언상 입찰참가자격을 제한하면서 그 기간의 정도와 가중·감경 등에 관한 사항을 의미하는 것이지 처분대상까지 위임한 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 위 규칙 조항에서 위와 같이 처분대상을 확대하여 정한 것은 상위법령의 위임없이 규정한 것이므로 이는 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 대외적 효력을 인정할 수 없다. 이러한 법리는 계약사무규칙 제2조 제5항이 ‘공기업·준정부기관의 계약에 관하여 계약사무규칙에 규정되지 아니한 사항에 관하여는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법령을 준용한다’고 규정되어 있다고 하여 달리 볼 수 없다.”

14) 제3조(행정소송의 종류) 행정소송은 다음의 네가지로 구분한다. 1. 항고소송: 행정청의 처분등이나 부작위에 대하여 제기하는 소송

15) 제23조(집행정지) ① 취소소송의 제기는 처분등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행에 영향을 주지 아니한다.

16) 대전지방법원 2018.6.27. 선고 2015가합106879 판결.

17) 대전지방법원 2025.8.20. 선고 2022가합100893 판결.

18) 황준화 · 정영철, “부정당업자제제와 계약금액조정제도에 근거한 공공조달계약의 공법적 특수성”, 「법학논총」, 제43권 제1호(2019), 단국대학교 법학연구소, 112면.

19) 안철상, “행정소송과 민사소송의 관계”, 「법조」, 제616호(2008), 사단법인 법조협회, 364면

20) 양희현 · 이상우, “통계로 본 부정당업자 제제연구 동향 및 전망”, 「건설법무」, 제11권(2025), 한국건설법무학회, 221-233면.

발생하는 복수의 분쟁 양상을 문제점으로 분석한 것은 아니었다. 즉, 선행연구는 부정당업자 제재 처분을 원인으로 한 행정소송과 민사소송이 어떻게 발생하고 있는지, 이러한 구조가 어떠한 문제를 발생시키는지 등을 충분히 검토하지 못하였다. 더구나 선행연구가 발주청의 구체적인 데이터를 바탕으로 진행되는 경우도 찾아보기 힘들었다.

본 논문은 하나의 부정당업자 제재 처분에 의거하여, 동일한 사실관계에 기초한 복수의 법률관계가 발생하고, 이에 따라 행정소송(공법)과 민사소송(사법) 등 서로 다른 분쟁 절차가 병행 또는 순차적으로 진행되는 분쟁을 ‘복합분쟁’으로 정의하였다. 즉, 복합분쟁의 핵심 요소는 분쟁의 숫자가 아니라, 동일 사실관계, 복수의 법률관계 및 분쟁 절차, 분쟁 절차 간 상호 연관성에 있다. 구체적으로 본 연구는 부정당업자 제재 처분을 복합분쟁의 시작점으로 이해하고, 그 발생구조를 실증적으로 분석한 후, 이를 토대로 단계별 개선방안을 제시하였다. 이를 위하여 부정당업자 제재 처분과 이로 인해 발생하는 행정소송 및 민사소송 사례가 장기간 축적된 국가철도공단(이하 ‘공단’)²¹⁾의 데이터를 분석의 기초 자료로 활용하였다.²²⁾

II. 부정당업자 제재의 복합분쟁 구조

본 논문은 복합분쟁의 실제 발생 양상을 확인하기 위하여 공단 사례를 구체적으로 분석하였다. 공단은 2026년에 13조원의 예산을 집행해야 하는 등 대규모 공공조달을 수행하고 있으며, 부정당업자 제재 처분과 관련한 분쟁이 지속적으로 발생하는 공공기관이다. 발주청의 부정당업자 제재 처분은 공공기관운영법 제39조 등에 따라, 공정한 경쟁이나 계약의 적정한 이행을 유도하기 위한 수단이다. 그러나 이러한 처분은 공공조달에서 기업에게 계약체결 기회의 박탈이라는 현저한 피해를 주므로 다양한 법적 분쟁을 초래할 수밖에 없다. 더구나 공공조달은 신속하고 정확하게 대금이 지급되므로,²³⁾ 기업 입장에서는 공공조달 참여의 경제적 유인이 클 수밖에 없다. 이러한 점을 고려하면 법적 분쟁의 가능성은 높아지게 된다.

공단은 2004년 창립 이후 현재까지 총 143회의 계약심의위원회(이하 ‘위원회’)를 개최하여 210건의 안건을 심의하였다. 심의대상은 공단 「계약심의위원회운영기준」 제5조에 따라, 부정당업자의 입찰참가자격 제한에 관한 사항, 실시설계적격자 또는 낙찰자 결정 방법에 관한 사항 중 정부에서 결정하지 아니한 사항 등 6건이다.²⁴⁾ 그

21) 공단은 철도시설의 건설 및 관리, 외국철도 건설, 철도의 역세권개발·운영, 철도의 안전관리 등을 위하여 2004년 1월 1일 설립된 국토교통부 산하의 준정부기관임.

22) 공단은 임직원 숫자, 예산 등의 측면에서, 한국수자원공사, 한국전력공사, 한국토지주택공사 등과 함께 대형 공공기관으로 볼 수 있음. 양희현·정영수·김태훈, “공공기관 분쟁에서 중재제도 활용에 관한 연구”, 「중재연구」, 제36권 제1호(2026), 한국중재학회, 10면.

23) 김유정·김영산, “공공조달 참여가 중소기업의 경영성과에 미치는 영향”, 「산업조직연구」, 제25권 제4호(2017), 한국산업조직학회, 32-33면.

24) 제5조(심의사항) ① 위원회는 계약과 관련된 다음 각호 1에 해당하는 사항을 심의한다. 1. (삭제 2017.04.25.) 2. 시행령 제85조의2 및 제102조의 규정에 의한 실시설계적격자 또는 낙찰자 결정 방법에 관한 사항 중 정부에서 결정하지 아니한 사항 3. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제39조의 규정에 의한 **부정당업자의 입찰참가자격 제한에 관한 사항** 4. (삭제 2021.02.04.) 5. 입찰참가자 또는 계약상대자가 입찰, 계약체결 및 계약이행과 관련하여 질의하거나 시정을 요구한 사항으로서 계약담당이 심의가 필요하다고 인정한 사항 6. 계

런데 본 연구에서는 자료의 연속성과 분석의 일관성을 확보하기 위하여,²⁵⁾ 2009년부터 현재까지 공단 위원회 안건 중 입찰참가자격 제한처분 자료를 근거로 논의를 전개하였다.

2009년부터 현재까지 공단의 부정당업자 제제 이후 발생한 행정소송 및 민사소송 현황을 정리하면 <표 1>과 같다.²⁶⁾ <표 1>을 작성한 기준은 다음과 같다. 첫째, 해당 연도는 제재나 소송 등 사건이 발생한 연도를 기준으로 삼았다. 둘째, 집행정지 신청은 본안소송을 전제로 하는 소송이다. 따라서 동일한 처분을 대상으로 제기된 본안소송과 집행정지는 별건이 아닌 행정소송 1건으로 계상하였다. 셋째, 동일한 사실관계에 기초한 본안소송과 가처분 신청을 하나의 소송으로 보아 민사소송 1건으로 집계하였다. 가처분은 절차상 별개의 사건이지만, 본안소송에 대한 잠정적 권리구제를 목적으로 하는 소송이기 때문이다. 넷째, 소송 규모를 정확하게 파악하기 위하여 동일한 사실관계에서 발생한 소송이 제1심, 항소심, 상고심으로 진행되는 경우 이를 별개로 산정하지 않고 행정소송이나 민사소송 1건으로 집계하였다. 만약 심급별 사건을 모두 별도로 산정할 경우 하나의 사건이 복수의 사건으로 집계되어, 실제 소송 규모보다 과다하게 계상될 우려가 있기 때문이다. 다섯째, 동일한 기업과 관련된 소송 목적이 별개인 경우에는 민사소송을 별건으로 계상하였다. 소송 목적이 다른데도 불구하고 하나의 사건으로 통합할 경우, 실제 소송 내용을 파악하기 곤란하기 때문이다. 여섯째, 2014년에는 기업의 입찰참가자격을 제한하는 위원회가 개최되지 않아 통계에서 제외하였다.

<표 1> 공단의 부정당업자 제제에 따른 분쟁 현황

해당 연도	제재기업 숫자	행정소송 숫자	민사소송 숫자
2009년	6	4	-
2010년	7	2	-
2011년	9	3	-
2012년	6	-	-
2013년	14	2	-
2015년	27	9	1
2016년	3	-	-
2017년	4	4	-
2018년	9	2	-

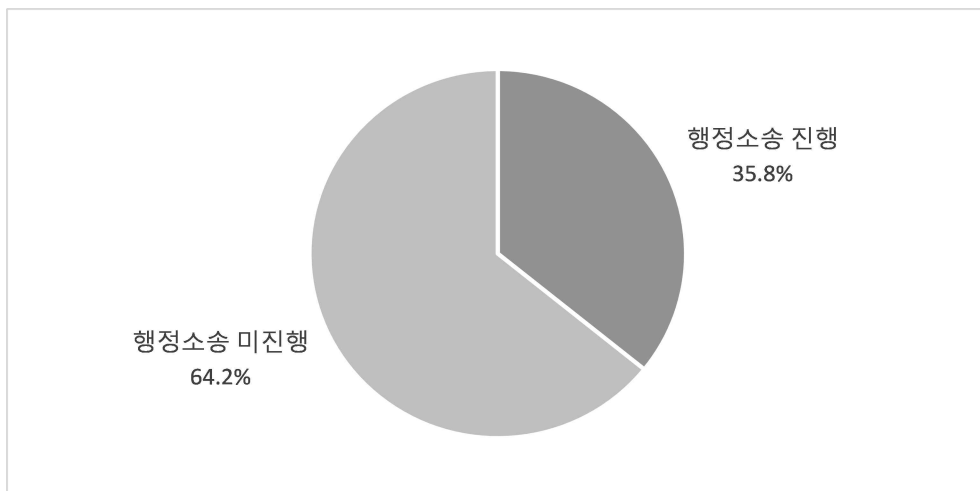
약관된 심사기준(절차, 규제 등 포함)의 제·개정에 관한 중요사항으로서 계약담당이 심의가 필요하다고 인정하여 부의하는 사항 7. 계약업무의 투명성 제고와 계약담당 직원의 윤리 제고에 관한 사항 8. 기타 계약업무와 관련된 중요사항으로서 계약담당이 심의가 필요하다고 인정하여 부의하는 사항.

25) 양희현, 「공공기관의 부정당업자 제제제도 개선방안 연구」, 우송대학교 대학원 박사학위논문, 2024, 49-50면.

26) 2024년까지 공단의 제재기업 숫자 및 행정소송 숫자는, 양희현·이상우, “입찰참가자격 제한 관련 집행정지 개선방안 연구”, 『가천법학』, 제17권 제3호(2024), 가천대학교 법학연구소, 11-12면을 활용하여 작성함.

2019년	10	6	1
2020년	9	3	4
2021년	17	5	3
2022년	6	3	3
2023년	8	2	1
2024년	4	2	2
2025년	10	6	2
2026년	2	1	-
합 계	151	54	17

<표 1>에서 확인할 수 있듯이, 공단은 2009년부터 현재까지 총 151개 기업에 대해 입찰참가자격을 제한하였다. 그런데 제재를 받은 151개의 기업 중 54개의 기업이 공단을 상대로 입찰참가자격 제한처분 취소 본안소송 및 집행정지라는 행정소송을 제기하였다. 이를 시각적으로 표현하면 <그림 1>과 같다.



<그림 1> 행정소송 진행 비율

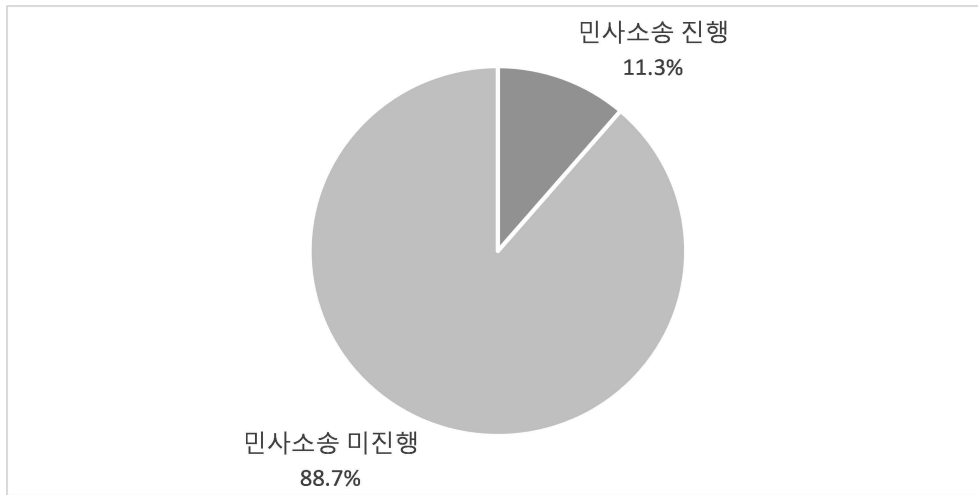
<그림 1>에서 알 수 있듯이, 기업이 공단을 상대로 행정소송을 제기한 비율은 35.8%이다. 기업이 행정소송을 제기하는 주된 이유는 다음 두 가지이다. 첫째, 확장 제재로 인해 공공조달 입찰에 참여하지 못하는 기업이고, 둘째, 궤도, 전기, 신호, 통신 등 공단만의 특수한 입찰에 참여해야 하는 기업이다.²⁷⁾ 그런데 첫째와 둘째에 해당하는 기업은 집행정지를 활용하여 원하는 시기에 제재를 받는 경우가 있다.²⁸⁾

<표 1>에서 볼 수 있듯이, 부정당업자 제재 처분과 관련하여 민사소송이 제기된

27) 양희현·이상우, 앞의 논문(2024), 12-13면.

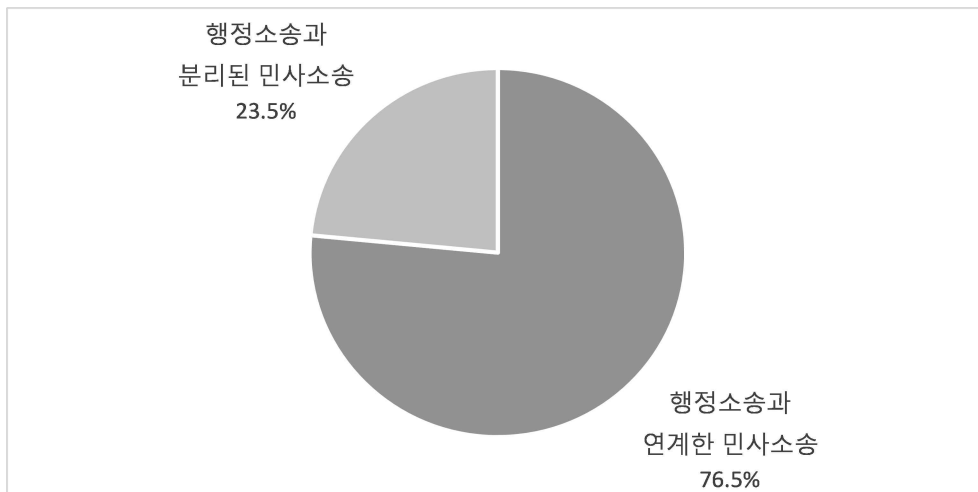
28) 양희현·이상우, 앞의 논문(2024), 17면. 이러한 측면에서 집행정지를 활용하여 얻은 이익을 회수하는 방안을 검토할 수 있음. 박정훈, “집행정지결정에 의해 처분의 상대방이 얻은 유리한 지위 내지 이익을 제한·회수할 방안과 그 한계”, 『행정판례연구』, 제26권 제2호(2021), 한국행정판례연구회, 252면.

건은 17건이다. 이를 구분하여 나타내면 <그림 2>와 같다.



<그림 2> 민사소송 진행 비율

<그림 2>에서 나타나듯이, 부정당업자 제재와 관련한 민사소송 비율은 11.3%이다. 특히, 17건의 민사소송 중 입찰참가자격 제한처분 취소 본안소송 및 집행정지라는 행정소송과 연결된 건은 13건이다.²⁹⁾ 이를 구조적으로 표현하면 <그림 3>과 같다.

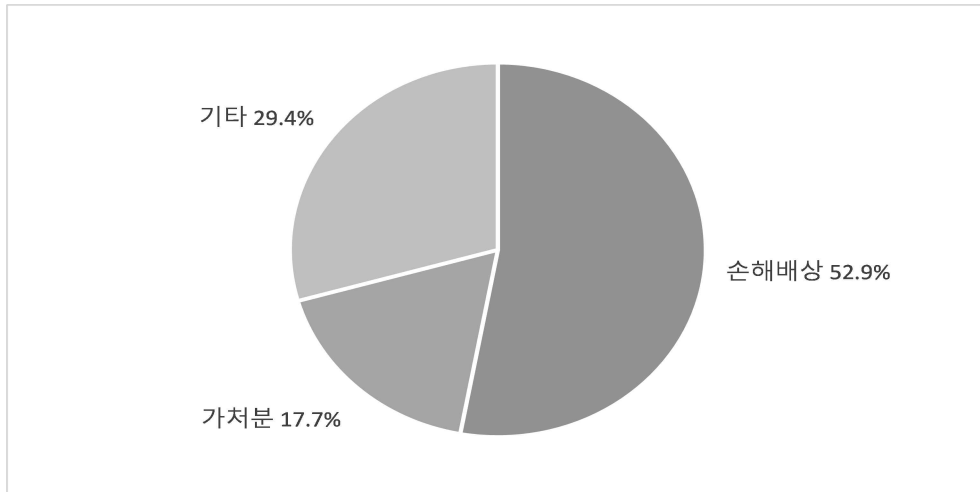


<그림 3> 행정소송과 민사소송 간 관계 비율

<그림 3>에서 확인할 수 있듯이, 행정소송과 연계된 민사소송 비율은 76.5%이다. 이를 통해 부정당업자 제재 처분은 행정소송과 민사소송이 결합한 분쟁으로 확장되는 양상을 확인할 수 있다.

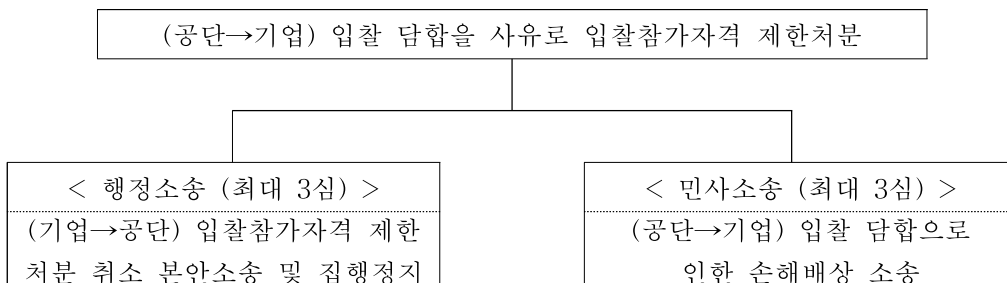
17건의 민사소송은 손해배상 9건, 가처분 3건, 기타 5건이다. 기타 5건은 공사대금 1건, 선금급 회수 1건, 계약해지 무효 1건, 매매계약 효력 1건, 채무부존재 각 1건씩이다. 이를 종합하여 나타내면 <그림 4>와 같다.

29) 17건의 민사소송 중 4건은 행정소송이 진행되지 않고 민사소송만 진행됨.



<그림 4> 민사소송 내역 비율

9건의 손해배상 중에는 기업 간 입찰 담합으로 인해 공단이 기업을 상대로 손해배상을 청구한 민사소송이 44.4%에 해당하는 4건을 차지한다. 공단 입장에서는 기업 간 입찰 담합으로 낙찰률이 하락하였으므로, 정상적인 입찰에서의 낙찰률과 담합에서의 낙찰률 차이가 손해액에 해당한다. 결국, 부정당업자 제재 처분으로 인해 발생한 행정소송이 민사소송으로 연계되는 대표적 유형은 입찰 담합 사건이다. 이를 정리하여 나타내면 <그림 5>와 같다.



<그림 5> 입찰 담합 사건과 관련한 제재 및 소송 유형

<그림 5>는 부정당업자 제재 처분 이후의 분쟁이 어떠한 경로로 확장되는지를 구조적으로 보여준다. 이를 통해 부정당업자 제재 처분은 행정소송과 민사소송이 결합한 복합분쟁의 출발점이 될 수 있음을 실증적으로 보여준다. 즉, 부정당업자 제재 처분은 공법상 분쟁과 사법상 분쟁에 영향을 미치고 있다.

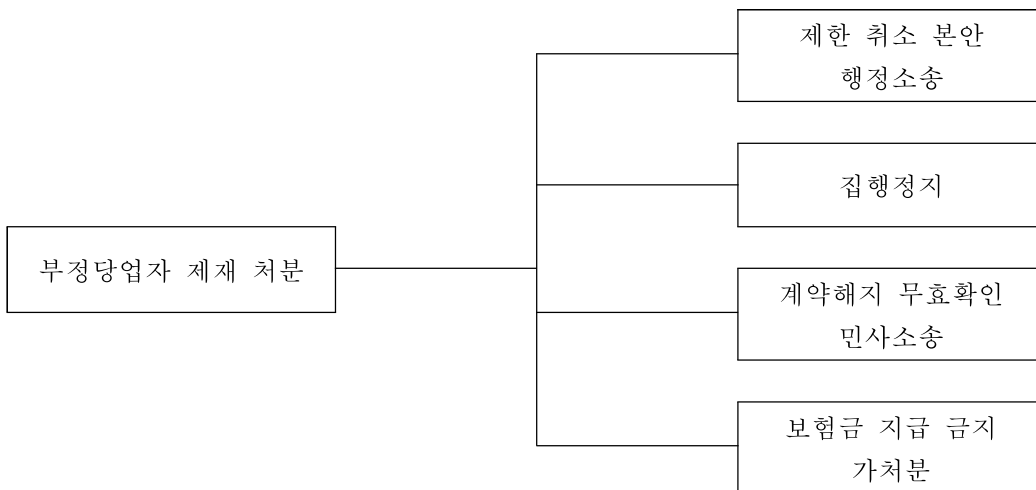
그런데 공단에서 부정당업자 제재와 관련하여 가장 많은 소송이 진행되었던 대표적인 복합분쟁으로 다음 사례를 제시할 수 있다. 공단은 계약상의 주요조건을 위반한 A기업에 대해 2021년 11월 4일 입찰참가자격 3개월을 제한하고 계약을 해지한 경우가 있었다.³⁰⁾ 이에 대해 A기업은 2021년 12월 29일 공단을 상대로 입찰참가자격 제한 취소 본안소송 및 집행정지를 제기하였다. 그 결과 본안소송 및 집행정지 모두

30) 국가철도공단 계약처-17365(2021.11.04.)호

A사가 승소하는 것으로 종결되었다.³¹⁾

이후 A기업은 2022년 1월 26일 공단을 상대로 계약해지 무효확인을 청구하는 민사소송을 제기하였다. 본 민사소송 1심에서는 공단이 승소하였고,³²⁾ 2025년 9월 18일 A사가 항소를 제기하여 현재 항소심이 진행 중에 있다. 그런데 A기업은 2022년 2월 7일 공단을 상대로 보험금 지급금지 가처분을 제기하였다. 본 가처분은 공단이 A기업의 귀책 사유로 인한 계약해지로 공단에 손해가 발생하여 B기업에게 보험금 지급을 요청하였는데, A기업은 이의 지급을 금지해 달라고 제기한 것이었다. 본 가처분 원심은 A기업의 신청을 기각하였으나,³³⁾ 즉시항고심에서는 계약해지 무효확인 청구소송의 판결 선고까지 공단이 보험금을 청구하지 못하거나 B기업이 보험금을 지급하지 못하도록 확정되었다.³⁴⁾

위에서 볼 수 있듯이, 공단은 A기업에 대한 부정당업자 제제 처분으로 인해 A기업과 총 8건의 소송을 진행해야 했다. 이는 구체적으로 집행정지 2건, 행정소송 본안소송 1심 및 항소심, 민사소송 1심 및 항소심, 가처분 원심 및 즉시항고심이다. 그런데 현재 진행 중인 계약해지 무효확인 항소심 결과에 따라 민사소송은 상고심으로 이어지거나, 보험금 지급금지와 관련한 새로운 민사소송이 발생할 수 있다. 이러한 경우 1건의 부정당업자 제제 처분으로 인해 10건 내외의 분쟁 절차가 발생할 가능성이 있다. 이를 재구성하여 나타내면 <그림 6>과 같다.



<그림 6> 부정당업자 제제 처분으로 인한 소송 분화구조 (A기업 사례)

<그림 6>에서 나타나듯이, 부정당업자 제제 처분은 행정소송, 집행정지, 민사소송, 가처분 등 다양한 복합분쟁을 초래하였다. 그런데 이를 통해 다음과 같은 점을 파악

31) 1심과 관련한 집행정지는 공단이 패소하여 확정(서울행정법원 2022.1.10. 선고, 2021아13509 결정)되었고, 2심과 관련한 집행정지도 공단이 패소하여 확정(서울행정법원 2023.6.28. 선고, 2023아11866 결정)되었음. 본안소송도 1심(서울행정법원 2023.6.2. 선고, 2021구합89862 판결) 및 항소심(서울고등법원 2024.9.11. 선고, 2023누48973 판결) 모두 공단이 패소하여 확정되었음.

32) 대전지방법원 2025.8.20. 선고, 2022가합100893 판결.

33) 대전지방법원 2022.5.2. 선고, 2022카합50067 결정.

34) 대전고등법원 2024.5.24. 선고, 2022라198 결정.

할 수 있다. 첫째, 입찰참가자격 제한 취소 본안소송 및 집행정지라는 행정소송은 A기업의 승소로 확정되었다. 둘째, 계약해지 무효확인 민사소송은 1심에서 공단이 승소하여 현재 항소심이 진행 중에 있다. 셋째, 보험금 지급 가처분 원심은 공단이 승소하였다가, 즉시항고심은 A기업이 승소하여 확정되었다. 즉, 행정소송과 민사소송의 결과가 다르다. 또한, 2021년에 시작한 행정소송은 2024년에 종결되었고, 2022년에 시작한 민사소송은 현재까지 진행되고 있다. 이러한 점은 예측 가능성, 분쟁의 장기화 측면에서 분쟁 당사자 모두에게 어려움을 초래한다.

Ⅲ. 복합분쟁 구조의 문제점

발주청은 일반적으로 국가계약법, 「행정절차법」, 기관별 부정당업자 제재 기준 등을 준수하여 기업을 부정당업자로 제재한다.³⁵⁾ 따라서 기업은 위법한 절차를 사유로 발주청에 소송을 제기하기보다는 실제 계약질서 위반행위가 존재하는지, 존재한다면 발주청의 입찰참가자격 제한 기간이 적정한지, 발주청이 재량권을 일탈하거나 남용하지 않았는지 등에 초점을 두어 소송을 제기한다. 행정법원은 입찰참가자격 제한처분의 적법성을 심리하고, 민사법원은 손해배상 책임 등을 심리한다.

앞에서 살펴본 공단 사례와 관련하여, 공공조달 분야 복합분쟁에서는 다음과 같은 주요 쟁점을 도출할 수 있다. 첫째, 부정당업자 제재 처분은 행정소송에만 머무르지 않고 민사소송으로 확장되는 경향이 확인된다. 이는 제재 처분이 기업의 사활적 이익과 관련되고,³⁶⁾ 제재의 발생 원인이 공법과 사법이 결합한 공공조달에서 발생하기 때문이다. 둘째, 동일한 계약질서 위반행위라는 사실관계가 행정소송과 민사소송에 반복적으로 심리되고 있다. 이는 절차적 비효율성, 행정력 낭비, 소송비용 증가 등을 초래한다. 특히, 복합분쟁이 분야별(집행정지, 행정소송, 민사소송, 가처분 등), 심급별(제1심, 항소심, 상고심 등)로 진행될 경우, 하나의 원인으로 발생한 사건이 여러 건으로 수년 동안 지속될 수 있다. 셋째, 행정소송과 민사소송에서 사실인정이나 법률판단이 상이하게 이루어질 가능성이 존재한다. 이는 분쟁 결과의 예측 가능성을 저해하고 공공조달의 효율성을 저하시킬 우려가 있다.

위에서 살펴본 문제점들은 개별 소송절차의 문제가 아니라, 동일한 사실관계를 공유하는 복수의 분쟁들을 연계하여 관리하는 절차가 부재하기 때문에 발생하는 문제이다. 따라서 이러한 복합분쟁은 행정소송 또는 민사소송 각각의 개선만으로 해결하기 어렵다. 이를 해결하기 위해서는 분쟁의 발생부터 종료까지를 포괄하는 단계별 제도개선이 필요하다. 본 연구는 제도개선, 법령 개정의 실현 가능성을 고려하여, 이러한 개선방안을 단기, 중기, 장기로 구분하여 제시하였다.

35) 양희현·변태윤, “준정부기관이 부정당업자 제재절차 개선방안 연구”, 『법학논총』, 제38권 제1호(2025), 국민대학교 법학연구소, 75-79면.

36) 김진기, 앞의 책, 5면.

IV. 복합분쟁 구조의 개선방안

1. 단기 개선방안

현행 국가계약법령은 부정당업자 제제 요건, 기간 등에 대해 상세하게 규정하고 있다. 특히, 이는 국가계약법 시행규칙 제76조 <별표 2>에서 명확하게 드러난다. 그러나 부정당업자 제제 처분이 어떠한 법적 분쟁으로 파생되고 이를 예방할 수 있는 지에 대해서 별도의 규정을 두고 있지 않다. 이에 따라 분쟁 당사자는 동일한 사건에 대하여 각각 행정소송과 민사소송을 수행하고, 이러한 과정에서 유무형의 사회적 비용이 발생하게 된다.

미국은 과거 정부계약 분쟁의 대부분을 소송절차에 의존하였다. 그러나 이 과정에서 소송비용 증가, 분쟁 장기화 문제 등이 제기되었다.³⁷⁾ 그 결과, 미국 의회는 1998년 모든 연방법원에서 ADR을 시행할 것을 규율하는 ADR법(Alternative Dispute Resolution Act of 1998)을 제정함으로써,³⁸⁾ 연방법원 차원의 대체적 분쟁해결절차를 제도화하였다.

ADR의 제도화는 조정이나 중재를 확대하는 데 그치지 않고, 분쟁의 성격에 따라 효과적 대안들을 선택하도록 하는 데 목적이 있다.³⁹⁾ 이러한 관점에서 소송 이외에도 조정, 중재 등 다양한 절차를 활용하는 멀티도어코트하우스 제도를 참고할 수 있다.⁴⁰⁾ 예를 들어, 계약상 주요조건 위반을 이유로 한 부정당업자 제제 처분이 이뤄질 경우, 집행정지 신청, 취소 본안소송 제기, 계약해지 무효, 보험금 지급금지 가처분 등의 분쟁을 예상할 수 있다. 그러나 현재 멀티도어코트하우스 제도와 같이 이러한 분쟁에 적합한 해결방안을 체계적으로 검토하는 규정은 존재하지 않는다.

여기에서 국제 분쟁예방·해결 기구(International Institute for Conflict Prevention & Resolution: CPR)의 초기 사건 평가 툴킷(Early Case Assessment: ECA)을 참고할 수 있다. ECA는 분쟁 초기 단계에서 신속한 의사 결정을 촉진하도록 설계된 분쟁 관리 프로세스이다.⁴¹⁾ 이는 분쟁 초기 단계에서 분쟁 당사자가 특정한 사안별로 어떠한 분쟁 해결 절차를 사용할지 선택할 수 있으므로, 분쟁을 효율적으로 관리할 수 있다.⁴²⁾ 이러한 방식은 우리나라에서도 부정당업자 제제 처분 이후 분쟁위험을 분석하는 절차로 활용할 수 있다. 다만, ECA를 공공조달 복합분쟁의 해결방안으로 적용하는 데에는 한계가 있다. 아무리 분쟁 초기 대응 전략을 체계적으로 수립하더

37) Rajput Mounica Bai, "Alternative Dispute Resolution: A Viable Substitute to Litigation and Its Role & Need", *Legal Lock Journal*, 4(3), 2025, 186면.

38) 박철규, "ADR법 발전과정에 관한 비교법적 연구", 『미국헌법연구』, 제27권 제1호(2016), 미국헌법학회, 117-118면.

39) Frank E. A. Sander, "Varieties of Dispute Processing," in Art Hinshaw, Andrea Kupfer Schneider & Sarah Rudolph Cole (eds.), *Discussions in Dispute Resolution: The Foundational Articles*, Oxford University Press, 2021, 325면.

40) 정용균, "멀티도어코트하우스제도", 『중재연구』, 제28권 제2호(2018), 한국중재학회, 4면.

41) International Institute for Conflict Prevention and Resolution, *Corporate Early Case Assessment Toolkit*, International Institute for Conflict Prevention and Resolution, 2010, 1면.

42) John Lande, "The Movement Toward Early Case Handling in Courts and Private Dispute Resolution", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 24, 2008, 112면.

라도, 행정소송과 민사소송의 발생 자체를 예방하기는 어렵고, 이는 소송을 대체하는 절차가 아니기 때문이다.

민사소송이 제기되어 대법원 판결까지 소요되는 기간은 515일인데 비해, 중재판정까지 걸리는 기간은 170일이다.⁴³⁾ 이에 따라 공공조달 복합분쟁의 단기적 개선방안으로 분쟁 발생 이후 민사분쟁은 가능한 한 중재를 비롯한 ADR을 우선 활용하는 방법을 검토할 필요가 있다.⁴⁴⁾ 이는 시간과 비용을 절감할 수 있기 때문이다. 이러한 접근은 국제 건설계약에서도 활용되고 있다. FIDIC 2017 Red Book은 다단계 분쟁해결절차를 규정하면서, 최종적으로는 중재에 따라 해결하도록 명시하고 있다.⁴⁵⁾ 따라서 공공조달과 관련한 분쟁에 대해서는 입찰공고문이나 계약서에 중재 등 ADR을 우선적으로 활용할 수 있다는 조항을 명기하는 방안이 필요하다.⁴⁶⁾ 그런데 중재를 제외한 다른 ADR은 확정력이 없으므로,⁴⁷⁾ 민사소송의 대안은 현실적으로 중재가 될 수밖에 없다.

단기 개선방안 절차는 다음과 같다. 첫째, 발주청은 복합분쟁에서 ECA를 활용하도록 「법무규정」 등 관련 내규에 다음 <표 2>와 같은 조항을 신설할 수 있다.⁴⁸⁾

<표 2> 「법무규정」 조항 신설(안)

「법무규정」 제○조 (복합분쟁 사전검토)
① 기관장은 부정당업자 제재와 관련한 다수의 계약분쟁이 예상되는 경우, 복합분쟁 사전검토를 실시하여야 한다. ② 사전검토를 할 경우에는 계약, 법무, 기술 분야 담당이 참여하여, 분쟁 발생 가능성, 법적 쟁점, 증거관계, 분쟁 비용, 승소 가능성 등을 검토하여야 한다. ③ 검토 결과는 향후 분쟁 대응 및 대체적 분쟁해결절차 활용 여부 등을 결정하는 자료로 활용할 수 있다.

<표 2>는 ECA와 관련한 사항을 내규로 제도화하는 방안을 제시하였다. 공공기관에서는 감사 및 사후 책임 문제 등을 감안하여,⁴⁹⁾ 분쟁 대응 과정 역시 개인의 재량이 아닌 제도에 근거하여 운영될 필요가 있기 때문이다.⁵⁰⁾

43) 김세연·이형근·우재형·정우석, 「대한상사중재원 국내중재절차 안내」, 대한상사중재원, 2018, 12면.

44) 중재 관련 선행연구에 대해서는, 양희현·정영수·김태훈, 앞의 논문, 5-6면.

45) FIDIC, Conditions of Contract for Construction (Red Book 2017), Sub-Clause 21.6; 이무중, “건설 사업에서 FIDIC 규정의 분쟁해결 방법”, 「중재연구」, 제16권 제2호(2006), 한국중재학회, 17면.

46) 양희현·정영수·김태훈, 앞의 논문, 17-18면.

47) 양희현·김태훈·정영수, “준정부기관 간접비 분쟁에서 소송과 중재 비교 연구”, 「법학논총」, 제38권 제2호(2025), 국민대학교 법학연구소, 399면.

48) 법령과 달리 내규는 발주청별로 다른 이름으로 운용되고 있음. 공단에서 분쟁과 관련한 내규는 「법무규정」임.

49) 김상찬, “ADR에 의한 건설분쟁 해결의 문제점과 개선방안”, 「중재연구」, 제21권 제1호(2011), 한국중재학회, 101면; 양희현·정영수·김태훈, 앞의 논문, 15면. 적극행정을 활성화하기 위해 적극행정 면책제도가 도입되었고, 소극행정을 예방하기 위해 소극행정 신고제도가 운영되고 있음. 박보영, “적극행정 제도의 실효적 운용을 위한 연구”, 「명지법학」, 제23권 제1호(2024), 명지대학교 법학연구소, 220-222면.

둘째, 기업을 부정당업자로 제재할 경우 ECA를 활용하여 분쟁 발생 가능성, 예상
쟁점, 증거관계, 분쟁 비용, 승소 가능성 등을 검토한다. 셋째, 부정당업자 제제로 인
한 분쟁이 발생할 경우 적절한 해결방안을 도출하고 이에 따라 대응한다. 민사분쟁
을 중재를 비롯한 ADR을 통해 해결함으로써, 복합분쟁으로 인한 비용과 시간을 감
소시킬 수 있다. 다만, 행정분쟁은 「중재법」 제1조에 따라 중재 대상이 아니므로,⁵¹⁾
이를 개정하기 전까지 행정소송으로 해소할 수밖에 없다.⁵²⁾

단기 개선방안의 핵심은 분쟁 발생 이전에는 위험을 관리하고, 분쟁 발생 이후에
는 적절한 대응체계를 마련하는 데 있다. 즉, ECA는 복합분쟁의 발생을 예측하여 대
응 전략을 수립하고, 중재는 실제 발생한 민사분쟁을 신속하게 해결한다. 따라서 두
제도는 상호 보완적인 관계에 있다. 이는 국가계약법 등 법률 개정 없이 시행 가능
하다는 데에서 장점이 있다. 그러나 발주청 내부의 규정 개정만으로는 복합분쟁을
근본적으로 해결하기 어려우므로, 국가계약법령 개정 차원의 제도개선이 필요하다.

2. 중기 개선방안

부정당업자 제제제도는 현재 개별 발주청이 판단하는 구조로 운영되고 있다. 그런
데 동일한 계약질서 위반행위에 대해 발주청별로는 물론, 동일 발주청도 다르게 판
단할 가능성이 존재한다. 예를 들어, 공단도 계약 미이행이라는 동일한 계약질서 위
반행위에 대해 국가계약법 시행규칙 제76조 <별표 2>에서 규정한 기간 그대로를 처
분하거나,⁵³⁾ 감경하거나,⁵⁴⁾ 기각한⁵⁵⁾ 사례가 있다. 이는 국가계약법령이 발주청 위원
회에 부여한 재량권의 행사로 볼 수 있으나, 처분의 예측 가능성을 저해하고 복합분
쟁을 확대하는 요인으로도 작용한다. 이러한 문제는 부정당업자 제제 처분이 복합분
쟁을 불러올 가능성이 있음에도 불구하고, 이를 감안하지 않고 제재를 판단하는 체
계에도 기인한다. 즉, 현재 부정당업자 제제 처분은 법적으로 발생할 수 있는 위험
요소를 사전에 검토하거나 사후에 관리하지 못한다는 한계를 지니고 있다.

이에 비해, 해외에서는 공공조달 등에서 발생하는 분쟁을 사후적으로 해결하는 데
그치지 않고, 분쟁의 확대를 예방하기 위한 제도적 장치를 운영하고 있다. 영국에서
는 분쟁이 본격적인 소송이나 중재로 확대되기 이전에 개입하는 재정 제도
(Adjudication)가 존재한다. 영국의 「주택보조금·건설 및 재생법(Housing Grants,
Construction and Regeneration Act 1996)」은 건설계약 당사자에게 분쟁을 재정절차
에 회부할 수 있는 권리를 부여하고 있다.⁵⁶⁾ 재정인은 단기간 내 결정을 내리고 분

50) 양희현·정영수·김태훈, 앞의 논문, 19면.

51) 제1조(목적) 이 법은 중재에 의하여 **사법상의 분쟁**을 적정·공평·신속하게 해결함을 목
적으로 한다.

52) 김정순, 「행정법상 재판외 분쟁해결법제연구」, 한국법제연구원, 2006, 20면; 양희현·김태
훈·정영수, 앞의 논문, 417-418면.

53) 공단은 C기업의 계약 미이행에 대해 감경 사유가 없어 원안 6개월을 처분함(한국철도시설
공단 계약처-7558(2020.4.28.)호). 참고로 한국철도시설공단은 2020년 9월 10일 국가철도공
단으로 사명을 변경함.

54) 공단은 D기업의 계약 미이행에 대해 코로나 19 등을 감안하여 원안에서 1/2을 감경한 3개
월을 처분함(국가철도공단 계약처-13483(2021.8.10.)호).

55) 공단은 E기업의 계약 미이행에 대해 코로나 19, 업체 고의성 등을 감안하여 원안을 기각
하여 면책함(국가철도공단 계약처-4645(2021.3.25.)호).

56) Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996, s.108.

쟁당사자는 법원의 최종 판단 또는 중재판정이 있기 전까지 그 결정에 구속된다.⁵⁷⁾ 이 제도는 분쟁이 다수의 후속 절차로 확산되기 전에 이를 제어하는 장점이 있다. 이는 어떠한 분쟁이 복합분쟁으로 확대되기 전에 제도적으로 개입한다는 점에서 참고 사례가 될 수 있다.

국제 건설계약의 표준계약 조건인 FIDIC 2017은 분쟁회피·재정위원회(Dispute Avoidance/Adjudication Board: DAAB)를 운영하고 있다. DAAB는 분쟁 발생 이후에 설치되는 임시기구가 아니라, 계약 초기부터 구성되어 사업 전 과정에 걸쳐 운영되는 상설적 기구이다.⁵⁸⁾ DAAB는 정기적인 현장 방문과 분쟁당사자 간 협의를 통하여 분쟁의 징후를 조기에 파악하고, 공식적인 분쟁으로 발전하기 이전에 비공식적 지원과 조정을 수행하며, 재정 결정을 통하여 분쟁을 신속하게 처리한다.⁵⁹⁾ 즉, DAAB는 분쟁의 예방, 관리 및 해결 기능을 통합적으로 수행하면서, 당사자를 구속하는 결정권이 있는 상설적 분쟁 관리기구이다.⁶⁰⁾ 이러한 해외 제도는 분쟁이 확대되기 이전에 전문기구가 개입한다는 공통점을 가진다.

이러한 점에서 국가계약법 제29조 제1항에 근거한 국가계약분쟁조정위원회(이하 ‘계약위원회’)를 부정당업자 제재로부터 파생되는 각종 계약 분쟁까지 심의하는 기구로 확대하는 것을 검토할 수 있다. 현행 계약위원회는 부정당업자를 제재하는 권한을 부여받지 못하고, 그 결정은 분쟁 당사자에게 구속력을 미치지 못하고 있다.⁶¹⁾ 따라서 우선, 계약위원회에게 부정당업자를 제재할 수 있는 권한을 부여해야 한다. 다음으로, 계약위원회의 결정에 대해 발주청에게 불복 권한을 인정하지 않는 등 일정 범위의 구속력을 부여하거나⁶²⁾ 강제력을 강화할 필요가 있다.⁶³⁾

계약위원회는 영국 재정 제도의 조기 개입 기능, FIDIC DAAB의 상설적 분쟁 관리 기능을 참고하여, 분쟁 발생 초기부터 사실관계와 후속 분쟁을 검토할 필요가 있다. 계약위원회는 다음과 같은 두 가지 방식으로 운영될 수 있다. 우선, 부정당업자 제재의 형평성을 확보하기 위해 각 발주청별로 심의하는 부정당업자 제재 여부를 계약위원회가 통합하여 심의하도록 제도화한다.

다음으로, 계약위원회는 부정당업자 제재를 심의하는 과정에서 제재 처분으로 인해 예상되는 복합분쟁의 발생 가능성과 그에 따라 예상되는 소송비용, 사업 지연 및 행정적 부담 등을 검토한 이후, 제재의 필요성, 비례성 및 후속 분쟁 영향 등을 종합

57) Scheme for Construction Contracts (England and Wales) Regulations 1998, Part I.

58) FIDIC Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer (Red Book), 2nd ed., 2017, Clause 21.1.

59) FIDIC Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by the Employer (Red Book), 2nd ed., 2017, Clauses 21.3-21.4.

60) 김승현, “FIDIC 계약조건에서 국제중재 전 선결절차로서의 분쟁재정위원회의 효용성 연구”, 『국제사법연구』, 제24권 제1호(2018), 한국국제사법학회, 407면.

61) 최근 국가계약 관련 분쟁의 조정 청구를 위한 이의신청 필요적 전치주의를 폐지하고, 발주기관의 수용성 제고를 위하여 재정제도를 도입하는 한편, 국가계약분쟁조정위원회에 재정을 위한 조사권을 부여하는 것 등을 골자로 한 국가계약법 개정안이 국회에 의안으로 상정됨. 김영진 등, “국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 일부개정법률안”(18316), 2026.4.14.

62) 김대인, “국가계약의 대체적 분쟁해결제도의 발전방안”, 『토지공법연구』, 제87집(2019), 한국토지공법학회, 543면.

63) 전현철, “정부조달계약에 있어서 행정적 분쟁해결절차의 활성화를 위한 연구”, 『법학논총』, 제32권 제4호(2015), 한양대학교 법학연구소, 124면.

적으로 고려하여 제재 수위를 결정할 수 있다. 그 결과 부정당업자 제재 단계에서 과도하거나 불균형한 처분을 예방하고, 제재 이후 예상되는 각종 소송을 최소화함으로써 복합분쟁의 확산을 억제하는 효과를 기대할 수 있다. 즉, 계약위원회는 단순히 법령 위반 여부만을 심사하는 것이 아니라, 제재의 실효성과 복합분쟁 예방 효과를 함께 고려하는 통합적 심의기구로 기능할 수 있다. 이를 제도화하기 위해, 국가계약법을 다음 <표 3>과 같이 개정하는 것을 검토할 수 있다.

<표 3> 국가계약법 제29조 개정안 신·구조문 대비표

현 행	개정안
① 국가를 당사자로 하는 계약에서 발생하는 분쟁을 심사·조정하게 하기 위하여 재정경제부에 국가계약분쟁조정위원회(이하 "위원회"라 한다)를 둔다.	① 국가를 당사자로 하는 계약에서 발생하는 분쟁을 심사·조정하게 하기 위하여 재정경제부에 국가계약분쟁조정위원회(이하 "위원회"라 한다)를 두며, <u>위 분쟁에는 중앙부처, 지방자치단체, 공공기관에서 처분하는 부정당업자 제재를 포함한다. 중앙부처, 지방자치단체, 공공기관의 장은 위원회의 조정결정을 존중하여야 하며, 특별한 사유 없이 이에 반하는 소를 제기하여서는 아니된다. 다만, 새로운 증거의 발견, 중대한 사실오인 또는 법령의 해석에 관한 중대한 쟁점이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.</u>

<표 3>에서 알 수 있듯이, 계약위원회의 기능 확대를 위해서는 국가계약법 제29조의 개정이 필요하다. 또한, 이에 따른 세부사항은 국가계약법 시행령 및 시행규칙 개정을 통해 구체화할 수 있다. 중기 개선방안은 단기 개선방안과 달리 국가계약법령 개정을 전제로 한다. 이는 제재 권한의 중앙집중화가 아니라, 복합분쟁의 발생 가능성을 낮추기 위한 제도적 근거를 마련하는 데 목적이 있다.

복합분쟁의 효율적 관리를 위해 가칭 정부조달심판원과 같은 별도의 기관을 만드는 방안도 검토할 수 있다.⁶⁴⁾ 그러나 새로운 기관의 설치에는 입법적 부담과 행정적 비용이 수반된다. 이에 비해 계약위원회는 이미 공공조달에서 발생하는 분쟁을 전문적으로 심의하는 기구라는 점에서, 부정당업자 제재 및 복합분쟁을 종합적으로 검토할 수 있는 제도적 기반을 갖추고 있다. 이러한 점에서 새로운 기관을 설치하기보다 계약위원회의 기능을 확대하는 것이 입법적·행정적 측면에서 효율적이다. 다만, 국가계약법령 개정만으로는 복합분쟁의 구조적 문제를 해결하기 어려우므로, 장기적으로 전문심리 체계의 도입을 검토할 필요가 있다.

64) 김진기, 앞의 책, 294-298면.

3. 장기 개선방안

앞에서 제시한 단기 및 중기 개선방안은 복합분쟁 관리체계를 개선하는 데 초점을 두었다. 그러나 동일한 사실관계가 행정소송과 민사소송에서 반복적으로 심리되는 구조 자체는 유지될 수 있다. 따라서 장기적으로는 공공조달 분쟁에서 전문심리 체계 도입을 검토할 필요가 있다. 우리나라 사법 체계는 특정 유형의 사건에 대하여 이미 전문심리 체계를 도입하여 운영하고 있다. 대표적으로 「법원조직법」 제28조의4에 따라,⁶⁵⁾ 특허법원은 특허 관련 사건을 집중적으로 심리함으로써 기술적·법률적 전문성을 확보하고 있다.

비교법적으로도 특정 분야에 대한 전문재판 또는 전문법원 체계가 존재한다. 영국의 기술·건설법원(Technology and Construction Court: TCC)은 건설, 기술 및 공공조달 관련 사건을 전문적으로 심리하여 복잡한 분쟁을 효율적으로 처리하고 있다.⁶⁶⁾ 이는 동일 유형 사건의 반복적 심리를 통해 재판의 전문성과 예측 가능성을 제고하기 위한 제도이다. 또한, 미국의 연방청구법원(United States Court of Federal Claims)은 「터커법(Tucker Act)」에 따라 연방정부 계약 및 공공조달 분쟁을 관할하는 방법으로 공공조달 분쟁을 처리하고 있다.⁶⁷⁾ 이러한 해외 운영사례는 공공조달 분쟁에 대한 전문심리 체계가 복합분쟁의 효율적 해결을 위한 참고 사례가 될 수 있음을 알려준다.

공공조달 분쟁에서 전문심리 체계 도입이 필요한 이유는 사건의 반복성, 경제적 규모 등에 있다. 사건의 반복성은 공단 복합분쟁 발생 사례에서 확인할 수 있다. 또한, 우리나라 2025년 연간 실질 국내총생산(GDP)은 2,663.3조원이고,⁶⁸⁾ 2026년의 공공조달 발주금액은 85.6조원이다.⁶⁹⁾ 이를 기준으로 보면, 우리나라 GDP에서 공공조달이 차지하는 비율은 약 3.2%에 해당한다.⁷⁰⁾ 따라서 공공조달 분쟁의 장기화는 분쟁 당사자를 넘어,⁷¹⁾ 국가 경제 전반에 영향을 미칠 가능성이 있다.

우리나라 사법제도는 행정소송과 민사소송을 독립된 절차로 운영하고 있다. 행정소송은 「행정소송법」 제30조 제1항에 따라,⁷²⁾ 민사소송은 「민사소송법」 제218조 제1항에 따라,⁷³⁾ 기속력을 확보한다. 그 결과 행정소송과 민사소송이 동일한 사실관계를

65) 제28조의4(심판권) **특허법원은 다음의 사건을 심판한다.** 1. 「특허법」 제186조제1항, 「실용신안법」 제33조, 「디자인보호법」 제166조제1항 및 「상표법」 제162조에서 정하는 제1심 사건, 2. 「민사소송법」 제24조제2항 및 제3항에 따른 사건의 항소사건, 3. 다른 법률에 따라 특허법원의 권한에 속하는 사건.

66) Judiciary of England and Wales, Technology and Construction Court Guide (2022), Section 2.1 (The Work of the TCC).

67) 28 U.S.C. § 1491 (Tucker Act); U.S. Department of Justice, Justice Manual, Civil Resource Manual, “Court of Federal Claims Litigation”.

68) 한국은행, “2025년 4/4분기 및 연간 국민소득(잠정)”, 한국은행 보도자료, 2026.3.10, 1면.

69) 조달청, “조달청, 2026년 공공조달 발주계획 집계·발표 역대 최대 규모 85.6조원”, 조달청 보도자료, 2026.2.12, 1면.

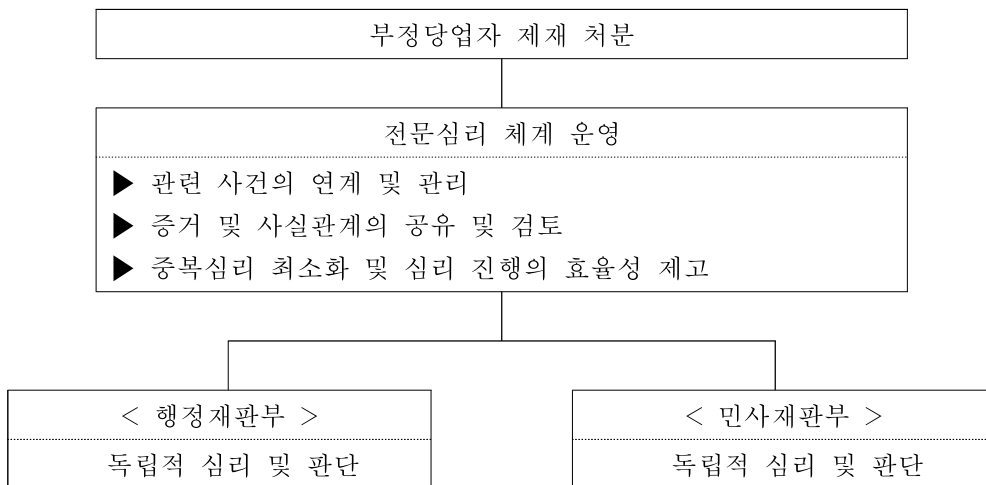
70) 우리나라 2026년 국방예산이 65.9조원임을 감안한다면(국방부, “2026년 국방예산 전년 대비 7.5% 증가한 65조 8,642억원 확정”, 국방부 보도자료, 2025.12.3., 1면), 우리나라 경제에서 공공조달은 상당한 비중을 차지하고 있음.

71) 이보연, “소송 장기화 현황 및 개선방안에 관한 연구”, 「법학연구」, 제31권 제1호(2023), 경상국립대학교 법학연구소, 42면.

72) 제30조(취소판결등의 기속력) ① 처분등을 취소하는 **확정판결**은 그 사건에 관하여 **당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다.**

근거로 심리되는 경우에도 양 절차는 독립적으로 판단된다. 그러나 공공조달 복합분쟁에서는 이러한 독립적인 심리체계가 비효율성을 초래할 수 있다. 각각의 절차에서 동일한 사실관계에 대해 증거조사와 사실인정 등이 반복되기 때문이다. 이러한 측면에서 공공조달과 관련한 복합분쟁을 전담하는 전문심리 체계 운영을 검토할 필요가 있다.⁷⁴⁾

본 연구가 제안하는 전문심리 체계는 복합분쟁을 효율적으로 심리하면서도, 재판부의 독립성과 자율성을 보장하는 운영모델이다. 이러한 운영방식은 다음과 같다. 먼저, 각 재판부는 동일하거나 밀접한 사실관계를 공유하는 행정사건과 민사사건을 확인한다. 다음으로, 관련 사건 간 증거와 사실관계의 중복 여부를 검토하고, 중복되는 심리절차를 최소화할 수 있도록 심리를 연계하여 진행한다. 다만, 각 사건의 사실인정과 법률판단은 각 재판부가 독립적으로 수행하며, 어느 한 재판부의 판단이 다른 재판부를 구속하지 않는다. 전문심리 체계를 도식화하면 <그림 7>과 같다.



<그림 7> 복합분쟁 관련 전문심리 체계

이러한 전문심리 체계의 구축은 「헌법」 제103조에서 보장하는 법관의 독립과 조화를 이루어야 한다.⁷⁵⁾ 본 연구가 제안하는 전문심리 체계는 재판부의 판단 권한을 변경하거나 제한하는 것이 아니다. 이는 사건배당 및 관리의 효율성을 제고하기 위한 사법적 개선방안이다. 이를 위해서 「법원조직법」에 다음 <표 4>와 같은 조항의 신설을 검토할 수 있다.

73) 제218조(기관력의 주관적 범위) ① **확정판결은 당사자**, 변론을 종결한 뒤의 **승계인**(변론 없이 한 판결의 경우에는 판결을 선고한 뒤의 승계인) 또는 그를 위하여 **청구의 목적물을 소지한 사람에 대하여 효력이 미친다**.

74) 전문심리 체계는 헌법이 금지하고 있는 특별법원과는 다른 것임. 박지용, “그로티우스의 사법권 독립 사상”, 『헌법재판연구』, 제13권 제1호(2026), 헌법재판연구원, 65-70면.

75) 제103조 법관은 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 **독립하여 심판한다**.

<표 4> 「법원조직법」 조항 신설(안)

「법원조직법」 제○조 (공공조달 분쟁 전문심리 체계)

- ① 대법원장은 국가, 지방자치단체 및 공공기관이 체결한 계약과 관련하여 발생하는 분쟁의 특성, 반복성 및 규모를 고려하여 관련 사건을 연계하여 관리하는 절차를 운영할 수 있다.
- ② 해당 절차는 관련 사건 간 사실관계 및 증거의 중복을 최소화하기 위한 사건 연계 및 절차 조정 기능을 포함하되, 각 사건의 독립적인 심리와 판단을 보장한다.
- ③ 구체적인 운영방식은 대법원규칙으로 정한다.

전문심리 체계를 운영하기 위해서는 <표 4>의 「법원조직법」 이외에도, 「행정소송법」, 「민사소송법」 등 관련 법령의 개정이 필요하다. 따라서 전문심리 체계를 단기간에 도입하기보다는 충분한 입법적·정책적 논의를 거쳐 단계적으로 추진하는 것이 바람직하다. 장기 개선방안은 단기간에 실현되기 어렵지만, 공공조달 복합분쟁이라는 구조적 특징을 고려한다면, 장기적 개선과제로 검토할 가치가 있다. 발주청 내부의 대응체계, 국가계약법령 개정, 사법절차의 전문심리 체계가 단계적으로 구축될 때 공공조달 복합분쟁을 효율적으로 개선할 수 있을 것으로 예상된다.

V. 결론

공공조달 계약은 사법상 계약의 성격을 가지면서도 공법적 요소를 함께 포함하는 복합적인 법률관계를 형성한다. 이러한 특성은 동일한 사실관계가 행정소송과 민사소송으로 확산되는 구조를 만든다. 따라서 기존의 개별 소송 중심의 접근만으로는 이러한 분쟁구조를 충분히 개선하기 어렵다. 특히, 부정당업자 제재 처분은 행정처분의 형식을 취하고 있으나, 그 발생 원인이 사법상 법률관계에 해당하는 입찰 담합, 계약 미이행 등에서 비롯되는 경우가 있어 행정소송과 민사소송이 동시에 제기되는 특징이 있다.

본 논문은 이러한 분쟁구조를 부정당업자 제재에 따른 복합분쟁으로 개념화하고, 공단의 사례를 토대로 그 발생구조와 특성을 실증적으로 분석하였다. 분석 결과, 2009년부터 현재까지 공단이 부정당업자로 제재한 기업은 151개였다. 이 중 54개의 기업이 행정소송을 제기하였고, 17건은 민사소송으로 확장되었으며, 민사소송 중 13건은 행정소송과 연계되어 진행되었다. 이러한 분석 결과는 부정당업자 제재 처분이 복합분쟁을 유발하는 출발점임을 보여준다.

이러한 구조는 동일한 사실관계에 대한 반복적인 심리, 분쟁 기간의 장기화, 소송 비용 증가, 판단 불일치 가능성 등의 문제를 유발한다. 행정법원과 민사법원이 각각 독립적으로 사실관계를 심리하는 과정에서 분쟁 당사자는 유사한 주장과 증거를 반복적으로 제출하여야 하며, 그에 따른 사회적 비용 역시 증가하게 된다. 이러한 문제는 개별 소송절차의 운영상 문제가 아니라, 공법상 분쟁해결절차와 사법상 분쟁해결절차가 분리되어 운영되는 구조적 한계에서 비롯된다. 따라서 부정당업자 제재가 원

인이 된 복합분쟁은 개별 소송절차의 개선만으로 해결하기 어렵다.

이러한 문제의식을 바탕으로 본 연구는 이를 해소할 수 있는 단계별 개선방안을 제시하였다. 단기적으로는 ECA를 활용한 복합분쟁 사전 검토체계를 구축하고, 부정당업자 제제로부터 파생되는 민사분쟁에 대해서는 중재를 비롯한 ADR을 적극적으로 활용하는 방안을 제안하였다. 중기적으로는 현행 계약위원회 기능을 확대하여 부정당업자 제제 및 복합분쟁을 통합적으로 검토할 수 있는 체계를 운영하는 방안을 도출하였다. 장기적으로는 동일한 사실관계에서 발생하는 행정소송과 민사소송을 체계적으로 관리할 수 있는 전문심리 체계 도입을 검토하였다. 이는 각각 독립적인 제도라기보다는, 복합분쟁을 예방하고 해결하기 위한 연속적인 제도개선 과정으로 이해하여야 한다.

본 연구의 의의는 부정당업자 제제 처분으로 인한 분쟁을 행정소송과 민사소송이 상호 연계되는 복합분쟁의 구조로 분석하였다는 데 있다. 또한, 공단 자료를 실증적으로 분석하여 제도개선 방향을 제시하였다는 점에서도 의미가 있다. 다만, 본 연구의 분석 데이터가 공단 자료로 한정되어, 본 논문의 결과를 모든 발주청에 일반화하여 적용하는 데에는 일정한 한계가 있다. 따라서 향후 다양한 발주청, 산업계 사례에 대한 연구가 진행되면 복합분쟁의 일반적 구조를 정교하게 규명할 수 있을 것으로 기대된다. 공공조달의 규모와 중요성이 지속적으로 확대되는 상황에서, 복합분쟁에 대한 이해와 제도개선은 공공조달의 신뢰성과 효율성을 제고하는 데 기여할 것으로 예상된다.

■ **주제어:** 복합분쟁, 부정당업자 제제, 행정소송, 민사소송, 중재

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 김대인, “국가계약의 대체적 분쟁해결제도의 발전방안”, 『토지공법연구』, 제87집, 한국토지공법학회, 2019.
- 김상찬, “ADR에 의한 건설분쟁 해결의 문제점과 개선방안”, 『중재연구』, 제21권 제1호, 한국중재학회, 2011.
- 김세연·이형근·우재형·정우석, 『대한상사중재원 국내중재절차 안내』, 대한상사중재원, 2018.
- 김승현, “FIDIC 계약조건에서 국제중재 전 선결절차로서의 분쟁조정위원회의 효용성 연구”, 『국제사법연구』, 제24권 제1호, 한국국제사법학회, 2018.
- 김유정·김영산, “공공조달 참여가 중소기업의 경영성과에 미치는 영향”, 『산업조직연구』, 제25권 제4호, 한국산업조직학회, 2017.
- 김정순, 『행정법상 재판외 분쟁해결법제연구』, 한국법제연구원, 2006.
- 김진기, 『공공계약과 경쟁』, 박영사, 2024.
- 박보영, “적극행정 제도의 실효적 운용을 위한 연구”, 『명지법학』, 제23권 제1호, 명지대학교 법학연구소, 2024.
- 박정훈, “집행정지결정에 의해 처분의 상대방이 얻은 유리한 지위 내지 이익을 제한·회수할 방안과 그 한계”, 『행정판례연구』, 제26권 제2호, 한국행정판례연구회, 2021.
- 박지용, “그로티우스의 사법권 독립 사상”, 『헌법재판연구』, 제13권 제1호, 헌법재판연구원, 2026.
- 박철규, “ADR법 발전과정에 관한 비교법적 연구”, 『미국헌법연구』, 제27권 제1호, 미국헌법학회, 2016.
- 안철상, “행정소송과 민사소송의 관계”, 『법조』, 제616호, 사단법인 법조협회, 2008.
- 양희현, 『공공기관의 부정당업자 제재제도 개선방안 연구』, 우송대학교 대학원 박사학위논문, 2024.
- 양희현·김종광, “공공기관의 부정당업자에 대한 금액 부과제도 개선방안 연구”, 『아주법학』, 제18권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2025.
- 양희현·김태훈·정영수, “준정부기관 간접비 분쟁에서 소송과 중재 비교 연구”, 『법학논총』, 제38권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2025.
- 양희현·변태운, “준정부기관이 부정당업자 제재절차 개선방안 연구”, 『법학논총』, 제38권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2025.
- 양희현·어성욱·정찬목·노시현, “공공기관의 확장제재 개선방안 연구”, 『한국거버넌스학회보』, 제31권 제3호, 한국거버넌스학회, 2024.
- 양희현·이상우, “입찰참가자격 제한 관련 집행정지 개선방안 연구”, 『가천법학』, 제17권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2024.
- 양희현·이상우, “통계로 본 부정당업자 제재연구 동향 및 전망”, 『건설법무』, 제11권, 한국건설법무학회, 2025.
- 양희현·정영수·김태훈, “공공기관 분쟁에서 중재제도 활용에 관한 연구”, 『중재연구』, 제36권 제1호, 한국중재학회, 2026.
- 이무중, “건설 사업에서 FIDIC 규정의 분쟁해결 방법”, 『중재연구』, 제16권 제2호, 한국중재학회, 2006.
- 이보연, “소송 장기화 현황 및 개선방안에 관한 연구”, 『법학연구』, 제31권 제1호, 경상국립대학교 법학연구소, 2023.
- 전현철, “정부조달계약에 있어서 행정적 분쟁해결절차의 활성화를 위한 연구”, 『법학논총』, 제

32권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2015.

정용균, “멀티도어코트하우스제도”, 「중재연구」, 제28권 제2호, 한국중재학회, 2018.

정원 · 정유철 · 이강만 · 이은재 · 정영수 · 김한솔, 「공공계약 클레임 주요 쟁점」, 대한경제, 2023.

황준화 · 정영철, “부정당업자제제와 계약금액조정제도에 근거한 공공조달계약의 공법적 특수성”, 「법학논총」, 제43권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2019.

2. 판결문

대법원 2017.6.15. 선고, 2016두 52378 판결.

대법원 2018.10.25. 선고 2016두33537 판결.

대전고등법원 2024.5.24. 선고, 2022라198 결정.

대전지방법원 2022.5.2. 선고, 2022카합50067 결정.

대전지방법원 2025.8.20. 선고, 2022가합100893 판결.

서울행정법원 2022.1.10. 선고, 2021아13509 결정.

서울행정법원 2023.6.28. 선고, 2023아11866 결정.

서울행정법원 2023.6.2. 선고, 2021구합89862 판결.

서울고등법원 2024.9.11. 선고, 2023누48973 판결.

3. 기타자료

국방부, “2026년 국방예산 전년 대비 7.5% 증가한 65조 8,642억원 확정”, 국방부 보도자료, 2025.12.3.

김영진 등, “국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 일부개정법률안”(18316), 2026.4.14.

조달청, “조달청, 2026년 공공조달 발주계획 집계·발표 역대 최대 규모 85.6조원”, 조달청 보도자료, 2026.2.12

한국은행, “2025년 4/4분기 및 연간 국민소득(잠정)”, 한국은행 보도자료, 2026.3.10.

4. 해외문헌

Frank E. A. Sander, “Varieties of Dispute Processing,” in Art Hinshaw, Andrea Kupfer Schneider & Sarah Rudolph Cole (eds.), *Discussions in Dispute Resolution: The Foundational Articles*, Oxford University Press, 2021.

International Institute for Conflict Prevention and Resolution, *Corporate Early Case Assessment Toolkit*, International Institute for Conflict Prevention and Resolution, 2010.

John Lande, “The Movement Toward Early Case Handling in Courts and Private Dispute Resolution”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 24, 2008.

Rajput Mounica Bai, *Alternative Dispute Resolution: A Viable Substitute to Litigation and Its Role & Need*, *Legal Lock Journal* 4(3), 2025.

[Abstract]

The Structure of Complex Disputes Arising from the Debarment of Unsuitable Contractors and Improvement Measures

Yang, Hee Hyun* · Shin, Won Jae** · Jung Young Soo***

This study conceptualizes the dispute structure in which debarment sanctions imposed on contractors in public procurement give rise to administrative and civil litigation, either simultaneously or sequentially, as “complex disputes”, and examines both their structural characteristics and institutional improvement measures. Previous studies have primarily focused on the legal nature of debarment sanctions and institutional reforms concerning the debarment system. However, insufficient attention has been paid to the structural relationship among multiple legal proceedings arising from the same set of facts.

To address this issue, this study empirically analyzed 151 debarment cases handled by the Korea National Railway between 2009 and 2026, focusing on the relationship among debarment decisions, administrative litigation, and civil litigation. The analysis revealed that 35.8% of the sanctioned contractors filed administrative lawsuits seeking the revocation of debarment decisions together with applications for suspension of execution, while 76.5% of the related civil lawsuits were conducted in connection with administrative litigation. These findings demonstrate that debarment sanctions are not merely individual administrative measures but may serve as the starting point of complex disputes in which multiple legal proceedings arise concurrently from the same factual circumstances.

Such a dispute structure results in repetitive examination of identical facts and evidence, prolonged dispute resolution, increased litigation costs, and the potential for inconsistent judicial decisions. To address these issues, this study comparatively analyzes domestic legal frameworks and foreign institutional practices and proposes a phased approach to institutional reform. In the short term, it recommends introducing Early Case Assessment (ECA) and expanding the use of Alternative Dispute Resolution (ADR). In the medium term, it proposes strengthening the functions of the National Contract Dispute Mediation Committee. In the long term, it suggests establishing a specialized judicial

* First Author: General Manager, Korea National Railway

** Second Author: Attorney at Law, The Prime

*** Corresponding Author: Attorney at Law, Yulchon

framework for handling complex public procurement disputes.

This study differs from previous research by identifying debarment sanctions not merely as individual administrative measures but as the starting point of complex disputes and by empirically demonstrating this dispute structure through actual data from a public institution. Furthermore, it presents new policy and legislative directions for the prevention and efficient management of public procurement disputes.

- **Key Words:** Complex Disputes, Debarment, Public Procurement, Administrative Litigation, Civil Litigation, Arbitration

탐정제도 도입의 헌법적 쟁점과 입법적 과제 - 민간 조사 활동의 제도화를 중심으로 -

엄민수*

논문요지

본 연구는 민간 조사 활동에 대한 사회적 수요가 증가하고 있음에도 불구하고 이를 체계적으로 규율할 수 있는 법적 기반이 미비한 상황에서, 탐정제도의 도입 필요성과 헌법적·법적 쟁점을 분석하는 것을 목적으로 한다. 현행 법체계는 탐정 명칭의 사용만을 제한적으로 허용하고 있을 뿐, 자격·등록 및 관리·감독에 관한 통합적 규율 체계를 갖추지 못하고 있어 관련 활동이 개별 법률에 의해 분산적으로 통제되고 있다. 이로 인해 탐정 활동의 적법성과 위법성의 경계가 불명확해지고, 증거 수집의 효력, 책임 귀속, 기본권 침해 가능성 등 다양한 법적 문제가 발생하고 있다.

특히 탐정 활동은 사실조사와 정보 수집을 본질적 내용으로 한다는 점에서 탐정업 종사자의 직업의 자유와 조사대상자의 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유가 상충할 가능성을 내포하고 있으며, 이는 헌법적 통제 기준에 따라 조화롭게 규율되어야 할 핵심 쟁점으로 작용한다. 이에 본 연구는 제22대 국회에 상정된 「탐정업의 관리에 관한 법률안」을 중심으로 주요 내용과 법적 쟁점을 검토하고, 기본권 보호 장치의 미흡성, 탐정 활동 범위의 불명확성, 증거 수집 및 활용의 법적 한계, 관리·감독 체계의 개선 필요성 등을 분석하였다.

나아가 본 연구는 탐정제도의 합리적 도입을 위한 입법적 개선 방안으로서 등록제 중심의 규율 체계 도입, 경찰청 중심의 관리·감독 체계 구축, 탐정 활동의 허용 범위 및 한계의 명확화, 시장 질서 확립 및 소비자 보호 장치 마련, 사회적 수용성 확보 방안을 제시하였다. 특히 개인정보자기결정권 보호를 핵심 기준으로 하여 기본권 보장과 민간 조사 기능 간의 균형을 도모하는 것이 필요함을 강조하였다.

결론적으로 탐정제도의 도입은 단순한 산업적 제도화의 문제가 아니라, 헌법상 기본권 보호와 공익적 기능 간의 조화를 실현하기 위한 규범적 과제로 이해되어야 하며, 명확한 법적 기준과 체계적인 관리·감독을 통해 제도의 정당성과 실효성을 확보할 필요가 있다.

· 논문제출: 2026. 07. 01. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

* 강원연구원, 법학박사

I. 서론

현대 사회에서 민간 영역의 사실조사 수요는 지속적으로 증가하고 있으며, 이는 국가 수사기관의 역할만으로는 충분히 대응하기 어려운 새로운 치안 환경의 변화를 반영한다. 특히 실종자 수색, 소재 확인, 민사 분쟁과 관련된 사실조사 등 다양한 영역에서 민간 조사 기능의 필요성이 확대되고 있음에도 불구하고, 이를 제도적으로 규율할 수 있는 독자적인 법적 기반은 여전히 미비한 상태에 있다.

현행 법체계에서는 2020년 8월 ‘신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률’(이하 “신용정보법”이라 한다) 개정을 통해 ‘탐정’이라는 명칭의 사용이 허용되었으나, 이는 직업의 존재를 제한적으로 인정한 것에 불과하며, 탐정업의 범위, 자격, 등록 및 감독 체계를 포괄적으로 규율하는 기본법은 마련되지 못하고 있다. 이로 인해 탐정업은 법적 지위가 불명확한 상태에서 사실상 개인사업자 형태로 운영되고 있으며, 관련 활동은 개인정보보호법, 통신비밀보호법, 위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률(이하 “위치정보법”이라 한다), 변호사법, 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률(이하 “스토킹처벌법”이라 한다) 등 개별 법률에 의해 분산적·부분적으로 규율되는 구조를 보이고 있다.

이와 같은 제도적 공백은 탐정 활동의 합법성과 위법성의 경계를 불명확하게 만들고, 증거 수집의 적법성, 책임 귀속의 문제, 그리고 기본권 침해 가능성 등 다양한 법적 쟁점을 야기한다. 무엇보다 탐정 활동은 정보 수집과 사실조사를 본질로 한다는 점에서 탐정업 종사자의 직업의 자유와 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유가 충돌할 가능성을 내재하고 있으며, 이는 단순한 제도 도입의 문제가 아니라 상충하는 기본권 간의 조화를 어떻게 실현할 것인지에 관한 헌법적 과제로 평가된다.

한편 대한민국 국회에서는 그동안 탐정업을 제도적으로 규율하기 위한 「탐정업의 관리에 관한 법률안」이 수차례 발의되어 왔다. 제21대 국회에서 발의된 법률안은 임기만료로 폐기되었으며, 제22대 국회에서 재발의된 법률안(의안번호 2215039) 역시 아직 소관위 심사 단계에 머물러 있어 법률로 제정되지는 못한 상태이다. 이는 그동안 제도권 밖에 머물러 있던 민간 조사 활동을 법적 틀 내로 편입시키기 위한 중요한 입법적 시도로서 의의를 가진다. 다만 탐정 활동의 범위 설정, 관리·감독 체계, 기본권 보호 장치 등에 있어 여전히 보완이 필요한 과제를 안고 있다. 특히 헌법상 기본권과의 정합성 확보라는 측면에서 심층적인 검토가 요구된다.

이러한 문제의식에 따라 본 연구는 탐정제도의 도입 과정에서 발생할 수 있는 헌법적 쟁점을 중심으로 현행 법체계와의 관계를 검토하고, 탐정 활동이 개인정보자기결정권, 사생활의 비밀과 자유 등 기본권에 미치는 영향을 분석하고자 한다. 또한 제22대 국회에 상정된 「탐정업의 관리에 관한 법률안」을 중심으로 탐정제도 입법 논의의 주요 내용을 검토하고, 해당 법안이 가지는 법적 의의와 한계를 비판적으로 분석하고자 한다.

나아가 미국과 일본 등 주요국의 제도 운영 사례를 참고하여 탐정제도의 핵심 쟁점이 제도의 존재 여부가 아니라 탐정 활동의 허용 범위와 통제 방식에 있음을 밝히고자 한다. 이를 바탕으로 등록제 기반의 제도 운영, 탐정 활동의 허용 범위와 한계 설정, 증거 수집의 적법성 확보, 관리·감독 체계 구축 및 산업질서 확립 방안을 제

시함으로써 직업의 자유와 개인정보자기결정권이 조화될 수 있는 입법적 개선 방향을 모색하는 것을 목적으로 한다.

또한 본 연구는 필자의 선행 연구(엄민수, 2023)를 기초로 이를 확장한 것으로, 기존 연구에서 제시된 탐정 입법화의 법제 환경 분석을 토대로 탐정제도의 헌법적 정당성과 제도 설계 방향을 보다 심층적으로 검토하고자 한다.

II. 탐정제도 도입에 따른 기본권 침해 가능성과 헌법적 쟁점

1. 탐정제도의 개념과 기능 및 헌법적 의의

국민의 안전에 대한 요구와 권리구제 수단의 다변화에 따라 전문적인 탐정 이용에 대한 사회적 수요가 증가하고 있다. 특히 디지털 기술의 발전으로 정보 수집 및 분석 환경이 급변하면서 기존 공적 치안체계만으로는 다양한 조사 수요에 효과적으로 대응하기 어려운 상황이다. 이에 탐정제도의 법제화는 직업의 자유와 개인정보자기결정권, 사생활의 비밀과 자유 등 헌법상 기본권 간의 조화를 전제로 검토될 필요가 있다. 더불어 국가 수사기관은 공권력 행사라는 본질적 기능상 범죄 수사와 공공질서 유지에 집중할 수밖에 없으므로, 실종자 소재 확인, 민사상 권리구제, 보험사기 조사 등 민간 영역에서 발생하는 다양한 사실조사 수요를 모두 충족하기에는 구조적 한계를 지닌다. 이에 탐정제도는 국가의 치안 기능을 대체하는 것이 아니라, 민간 영역의 사실조사를 담당하는 보충적 제도로 기능함으로써 공공부문과 민간부문 간의 역할 분담과 협력을 가능하게 하는 제도적 장치로 평가될 수 있다.¹⁾

나아가 탐정 활동은 단순한 정보 수집을 넘어 분쟁 해결을 위한 기초자료 제공, 사적 권리 보호, 범죄 예방 등의 기능을 수행할 수 있다는 점에서 사회적 효용을 갖는 것으로 평가된다. 특히 민사 분쟁에서의 사실관계 확인이나 실종자 소재 파악과 같은 영역에서는 신속하고 전문적인 민간 조사 활동이 문제 해결에 기여할 수 있다. 이러한 측면에서 탐정제도는 현대 사회의 다양한 법적·사회적 수요에 대응하기 위한 제도적 기반으로서 그 필요성이 강조되고 있다.

그러나 탐정 활동은 본격적으로 개인정보의 수집·이용을 수반하는 행위라는 점에서 개인정보자기결정권²⁾ 및 사생활의 비밀과 자유를 침해할 가능성을 내포하고 있다. 반면 탐정 활동은 직업의 자유의 보호영역에 포함될 수 있으며, 의뢰인의 권리구제 및 사실확인 수요를 충족시키는 기능도 수행한다. 따라서 탐정제도의 입법화는 단순한 민간 조사 활동의 필요성 여부의 문제가 아니라, 탐정업 종사자의 직업의 자유와 조사대상자의 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 어떻게 조화시킬 것인지에 관한 헌법적 과제로 이해될 필요가 있다. 즉, 탐정제도 자체와 기본권이 충돌하는 것이 아니라 탐정 활동의 수행 과정에서 직업의 자유와 타인의 기본권 보호라는 헌법상 가치가 긴장관계를 형성한다는 점에서 그 규율 기준의 정립이 요구된

1) 황정익·김윤철·백창현, 「공익조사(공인탐정) 제도의 도입에 관한 연구」, 치안정책연구소, 2005, 2-3쪽.

2) 엄민수, 「탐정 입법화의 법제 환경 구성에 관한 연구」, 동국대학교 대학원, 박사학위논문, 2023, 55쪽.

다.

결국 탐정제도는 국가 치안 기능을 보완하고 국민의 권리구제 수요에 대응할 수 있는 제도적 수단인 동시에, 타인의 기본권 침해 가능성을 수반하는 양면적 성격을 가진다. 따라서 탐정제도의 제도화는 기본권의 대사인적 효력과 국가의 기본권 보호 의무를 고려한 정교한 규율체계의 마련을 전제로 하여야 한다.

2. 사생활의 비밀과 자유 등 관련 기본권 침해 문제

사생활의 비밀과 자유는 개인이 외부의 간섭 없이 자신의 사적 생활영역을 형성하고 유지할 수 있는 권리를 의미하며, 헌법 제17조에 의하여 보장되는 기본권이다. 이는 단순히 사적인 정보의 비밀을 보호하는 것에 그치지 않고, 개인의 생활방식과 인간관계에 대한 자기결정의 자유를 포함하는 포괄적 권리로 이해된다.

탐정 활동은 특정 개인의 소재, 동선, 인간관계 및 생활정보 등에 관한 사실조사를 수행하는 과정에서 필연적으로 사생활 영역에 접근하게 된다. 따라서 정보주체의 의사에 반하여 이루어지는 조사행위는 사생활의 비밀과 자유에 대한 침해 문제를 발생시킬 수 있다. 특히 특정인의 행동 패턴을 지속적으로 관찰하거나 인간관계를 조사하는 행위는 개인의 사적 영역에 대한 직접적인 개입으로 평가될 수 있다.

또한 통신 내용의 탐지나 감청 행위는 통신의 비밀 침해 문제를 발생시킬 수 있으며, 위치정보의 수집·이용은 위치정보 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 제한할 가능성이 존재한다.

더 나아가 탐정 활동은 헌법 제10조가 보장하는 인간의 존엄과 가치 및 인격권과도 밀접하게 관련된다.³⁾ 개인에 대한 과도한 정보 수집과 감시는 인격적 자율성을 침해할 수 있으며, 이는 인간의 존엄성을 훼손하는 결과로 이어질 수 있다.

결국 탐정 활동은 개인정보자기결정권뿐만 아니라 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀, 위치정보 자기결정권 및 인간의 존엄과 가치 등 다양한 헌법상 법익에 대한 침해 가능성을 내포하고 있다. 따라서 탐정제도의 입법화는 개별 기본권에 대한 보호 필요성을 충분히 고려한 가운데 이루어져야 하며, 기본권 보호를 위한 명확한 통제장치가 함께 마련될 필요가 있다.

3. 직업의 자유와 기본권 충돌에 대한 헌법적 검토

탐정 활동은 사실조사 및 정보분석 서비스를 제공하는 경제적 활동으로서 헌법 제15조가 보장하는 직업의 자유의 보호영역에 포함된다. 특히 의뢰인의 권리구제 및 사실확인 수요를 충족시키는 기능을 수행한다는 점에서 직업의 자유에 의한 보호 필요성이 인정된다. 직업의 자유는 직업선택의 자유뿐만 아니라 직업수행의 자유까지 포함하는 기본권으로서 개인의 경제적 자아실현을 가능하게 하는 중요한 헌법적 가치이다. 따라서 탐정업의 전면적 금지 또는 과도한 제한은 직업의 자유에 대한 제한으로 평가될 수 있다.

반면 탐정 활동은 업무 수행 과정에서 타인의 개인정보 및 사생활 영역에 접근하

3) 강달천, 「개인정보자기결정권 보호의 한계의 관점에서 본 「개인정보보호법」 개정의 문제점」, 중앙법학 제22집 제3호, 중앙법학회, 2020, 10쪽.

는 것을 본질적 요소로 한다는 점에서 기본권 충돌이 추상적 수준에 머무르지 않고 구체적 조사행위 단계에서 직접적으로 발생한다.

나아가 탐정 활동은 의뢰인의 권리구제나 사실확인을 목적으로 수행되더라도 조사 대상자의 동의 없이 개인정보를 수집하거나 생활정보를 파악하는 과정에서 개인정보 자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유를 제한할 수 있다. 이는 탐정업 종사자의 직업의 자유와 조사대상자의 기본권이 동일한 생활영역에서 직접 충돌하는 구조를 형성한다는 점에서 헌법적 검토가 요구된다.

이와 관련하여 현대 헌법질서에서는 기본권의 대사인적 효력 이론에 따라 사인 간의 법률관계에서도 기본권 보호의 필요성이 인정된다. 탐정 활동은 국가권력이 아닌 사인이 다른 사인의 권리영역에 접근하는 행위를 수반하므로, 국가는 직업의 자유를 보장하는 동시에 개인정보자기결정권과 사생활의 비밀을 보호할 수 있는 적절한 제도적 장치를 마련하여야 한다. 이는 국가의 기본권 보호의무가 요청되는 대표적인 영역이라고 할 수 있다.

결국 탐정제도의 입법화는 직업의 자유를 무조건 확대하거나 반대로 개인정보 보호만을 우선하는 방식으로 접근할 수 없으며, 상충하는 기본권 간의 조화로운 균형을 모색하는 방향으로 이루어져야 한다. 따라서 탐정업의 허용 여부와 활동 범위는 기본권 상호 간의 조화를 전제로 설정되어야 하며, 그 구체적인 헌법적 판단 기준은 비례원칙, 법률유보 원칙 및 체계정당성 원리에 따라 검토될 필요가 있다.⁴⁾

4. 비례원칙, 법률유보 및 체계정당성 원리에 따른 검토

탐정제도는 개인정보 수집과 사실조사를 본질적 내용으로 한다는 점에서 국민의 기본권에 영향을 미칠 수 있다. 따라서 탐정제도의 입법화는 헌법상 기본권 제한 원리에 부합하여야 하며, 그 정당성은 비례원칙, 법률유보 원칙 및 체계정당성 원리를 중심으로 검토될 필요가 있다.

먼저 비례원칙은 헌법 제37조 제2항에 근거한 기본권 제한의 일반원칙으로서 목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성 및 법익의 균형성을 충족하여야 한다.⁵⁾ 탐정제도는 실종자 소재 확인, 민사상 권리구제, 보험사기 조사 등 민간 영역의 사실조사 수요를 충족시키고 분쟁 해결을 지원한다는 점에서 목적의 정당성이 인정될 수 있다. 또한 일정한 자격과 감독체계를 갖춘 탐정제도를 통하여 전문적인 조사서비스를 제공하는 것은 이러한 목적 달성에 적합한 수단으로 평가될 수 있다.

그러나 탐정 활동은 개인정보 수집, 위치정보 확인, 생활관계 조사 등 개인의 사적 영역에 대한 접근을 수반하므로 침해의 최소성 원칙이 특히 중요하다. 따라서 탐정에게 허용되는 조사 범위는 권리구제 또는 사실확인所需的 최소한의 범위로 한정되어야 하며, 정보주체의 동의 없는 위치추적이나 통신내용 탐지와 같은 행위는 원칙적으로 금지될 필요가 있다. 또한 탐정이 수집한 정보의 보관·이용·제공 절차

4) 송재현, 「공인탐정 또는 민간조사제도의 실행방안 연구」, 한국형사정책연구원, 연구총서 17-BB-03, 2017, 32쪽.

5) 헌법 제37조 ②국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

역시 최소침해 원칙에 따라 엄격하게 규율되어야 한다.

나아가 법익의 균형성 측면에서는 탐정 활동을 통하여 달성하고자 하는 공익 또는 사익이 개인정보자기결정권과 사생활의 비밀이라는 기본권 침해를 정당화할 수 있는 수준이어야 한다. 만약 단순한 사적 호기심이나 사생활 감시를 목적으로 한 조사 활동이 허용된다면, 이는 탐정제도 도입으로 인한 사회적 이익보다 기본권 침해의 위험이 더 크다고 평가될 수 있다. 따라서 탐정 활동은 정당한 권리구제 목적과 상당한 필요성이 인정되는 경우에 한하여 제한적으로 허용되어야 한다.

다음으로 법률유보 원칙은 국민의 기본권에 영향을 미치는 사항은 국회의 입법을 통하여 규율되어야 함을 의미한다. 탐정 활동은 개인정보자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀 등 헌법상 기본권과 밀접하게 관련되므로 그 업무 범위와 한계는 반드시 법률에 의하여 명확하게 규정되어야 한다. 특히 허용되는 조사행위와 금지행위, 개인정보 처리 기준, 감독체계 및 제재수단 등은 행정지침이나 자율규제에 맡길 것이 아니라 법률에 의하여 구체적으로 정하여야 한다.

또한 법률유보 원칙은 단순히 법률의 형식을 요구하는 데 그치지 않고 규율 내용의 명확성까지 요구한다. 따라서 탐정업 관련 입법에서는 ‘권리보호를 위한 사실조사’, ‘소재 확인’과 같은 추상적 개념만을 규정할 것이 아니라 구체적인 업무 범위와 조사 방법을 명확하게 규정함으로써 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 필요가 있다.

마지막으로 체계정당성 원리는 개별 법률이 헌법질서 및 전체 법체계와 조화를 이루어야 함을 요구한다. 탐정 활동은 개인정보보호법, 통신비밀보호법, “위치정보법”, “스토칭처벌법” 및 “신용정보법” 등과 밀접하게 연관되어 있으므로 탐정업 관련 입법은 이러한 기존 법체계와의 정합성을 확보하여야 한다.

특히 탐정에게 독자적인 정보수집 권한을 부여할 경우 개인정보보호법, 통신비밀보호법 및 “위치정보법”과의 체계적 정합성이 문제될 수 있다.⁶⁾ 따라서 탐정 관련 입법은 기존 정보보호 법체계와 충돌하지 않는 범위 내에서 구성될 필요가 있다.

더욱이 탐정 관련 입법이 별도의 정보수집 권한을 창설하는 방식으로 구성될 경우 기존 개인정보보호법 체계의 예외를 광범위하게 인정하는 결과를 초래할 수 있으므로, 탐정의 조사활동은 원칙적으로 현행 법률이 허용하는 범위 내에서 이루어지도록 규율할 필요가 있다.

결국 탐정제도의 입법화는 직업의 자유를 보장하면서도 개인정보자기결정권과 사생활의 비밀을 실효적으로 보호할 수 있는 방향으로 이루어져야 한다. 이를 위해서는 비례원칙에 따른 최소침해적 규율, 법률유보 원칙에 따른 명확한 입법 근거, 그리고 체계정당성 원리에 따른 관련 법체계와의 정합성 확보가 전제되어야 하며, 이러한 헌법적 기준이 충족될 때 비로소 탐정제도의 정당성과 실효성을 확보할 수 있을 것이다. 이에 다음 장에서는 제22대 국회에 상정된 「탐정업의 관리에 관한 법률안」의 주요 내용과 법적 쟁점을 검토하고, 그 헌법적 타당성을 분석하고자 한다.

6) 원형식, 「탐정사가 위법하게 수집한 증거의 증거능력」, 원광법학 제38권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2022, 89-90쪽.

Ⅲ. 탐정제도 입법 논의와 「탐정업의 관리에 관한 법률안」의 검토

1. 대한민국 탐정제도 입법 논의의 경과

대한민국의 탐정제도에 관한 본격적인 입법 논의는 2020년 “신용정보법” 개정을 계기로 새로운 전환점을 맞이하였다. 개정 전 “신용정보법”은 특정인의 소재 및 연락처를 알아내는 행위 등을 금지하면서 사실상 민간조사업의 활동을 광범위하게 제한하고 있었다. 그러나 2020년 법 개정을 통해 이른바 ‘탐정’ 명칭 사용 금지 규정이 삭제되면서 민간 영역에서 탐정 명칭의 사용이 가능하게 되었고, 이를 계기로 탐정제도의 입법화 필요성이 다시 활발하게 논의되기 시작하였다.

제21대 국회에서 윤재옥 의원이 대표발의한 「탐정업의 관리에 관한 법률안」은 행정안전위원회 심사가 진행되었으나 임기만료로 2024년 5월 29일 폐기되었다. 이후 제22대 국회에서도 윤재옥 의원 등 10인이 2025년 12월 9일 동일한 명칭의 「탐정업의 관리에 관한 법률안」(의안번호 2215039)을 재발의하였으며, 2025년 12월 10일 행정안전위원회에 회부된 이후 2026년 2월 5일 제432회 국회(임시회) 제1차 전체회의에서 상정·제안설명·검토보고·대체토론을 거쳐 소위원회에 회부되어 현재 소관위 심사가 진행 중이다. 이처럼 유사한 입법 시도가 반복되었음에도 불구하고 현재까지 탐정업을 직접 규율하는 독자적인 법률은 제정되지 못한 상태이다. 이는 대한민국에서 탐정제도에 대한 사회적 수요가 존재함에도 불구하고, 입법 과정에서 해결되지 못한 법적·정책적 쟁점이 여전히 존재함을 보여준다.

탐정제도의 입법화가 반복적으로 무산된 주요 원인으로는 개인정보 보호 문제, 감독기관 설정 문제, 기존 직역과의 업무영역 충돌, 수사권과의 경계 설정 문제 등이 제기되어 왔다. 특히 소재 추적, 인간관계 조사, 재산관계 확인 등의 업무는 개인정보보호법 및 통신비밀보호법 등 현행 법체계와 충돌할 가능성이 있다는 점에서 신중한 접근이 요구되어 왔다.

또한 관리·감독 기관을 둘러싼 논란 역시 입법 지연의 주요 원인으로 지적된다. 탐정업의 특성상 경찰청을 중심으로 감독체계를 구축해야 한다는 견해와 별도의 독립적 관리기구를 설치해야 한다는 견해가 대립해 왔다. 감독기관의 전문성과 독립성, 행정 효율성 등에 관한 의견 차이는 입법 과정에서 합의 도출을 어렵게 만드는 요인으로 작용하였다.

이와 함께 변호사업계, 경비업계 등 기존 직역 단체의 반대도 입법 과정에서 중요한 변수로 작용하였다. 일부에서는 탐정업이 변호사의 사실조사 업무와 중첩될 수 있으며, 경비업 또는 민간조사업무와의 업무영역 충돌이 발생할 수 있다는 우려를 제기하였다. 이러한 직역 간 이해관계 충돌은 탐정업의 업무 범위를 설정하는 과정에서 상당한 논란을 초래하였다.

나아가 탐정 활동과 국가의 수사권 간 경계 설정 문제 역시 중요한 쟁점으로 논의되었다. 탐정은 민간 영역의 사실조사 활동을 수행하는 주체이지만, 업무 범위가 지나치게 확대될 경우 수사기관의 권한과 혼동되거나 사실상 유사수사 행위로 이어질 가능성이 있다는 우려가 제기되었다. 따라서 탐정의 조사권한을 어디까지 인정할 것인지, 그리고 국가의 형사사법 체계와 어떠한 관계를 형성할 것인지에 대한 명확한 기준 마련이 요구되어 왔다.

2. 윤재옥 의원 발의 「탐정업의 관리에 관한 법률안」 분석

윤재옥 의원이 대표발의한 「탐정업의 관리에 관한 법률안」은 그동안 법적 근거 없이 이루어져 온 민간 조사 활동을 제도권 내로 편입하여, 탐정업에 대한 자격제도·등록제 및 국가의 관리·감독 체계를 중심으로 규율하려는 입법안이다. 본 법률안은 탐정업을 단순한 민간 서비스가 아니라 국민의 권익 보호와 밀접하게 관련된 영역으로 보고, 일정한 공적 통제 하에 두기 위한 기본적인 법적 틀을 제시하고 있다.

먼저, 본 법률안은 탐정의 개념과 업무 범위를 명확히 규정하고 있다. 법안 제2조에 따르면 탐정은 정당한 이해관계가 있는 자의 의뢰에 따라 사람의 생사나 소재, 도난 자산의 소재, 권리·의무와 관련된 사실관계를 조사하여 정보를 제공하는 자로 정의되며, 탐정업은 이러한 활동을 업으로 하는 것으로 규정된다. 또한 제3조에서는 탐정의 업무 범위를 실종자·가출인 등의 소재 파악, 도난·은닉 자산의 추적, 권리 보호를 위한 사실조사 등으로 구체화하고 있다.

다음으로, 본 법률안은 공인탐정 자격제도를 도입하여 탐정업 종사자의 전문성과 신뢰성을 확보하고자 한다. 제5조부터 제8조까지는 결격사유, 자격시험, 시험 일부 면제, 자격제도 운영위원회 등에 관한 사항을 규정하고 있으며, 이를 통해 탐정업 진입에 일정한 자격 요건을 부여하고 있다. 아울러 자격증의 양도·대여 금지 및 유사 명칭 사용 금지 규정을 두어 무자격자의 시장 진입을 차단하고 있다.(제9조, 제10조)

또한 탐정업의 공적 관리체계를 구축하기 위하여 등록제를 도입하고 있다. 제11조에 따라 탐정업을 영위하기 위해서는 경찰청장에게 등록하여야 하며, 개업·휴업·폐업 시 신고 의무를 부과하고 있다. 더 나아가 등록취소 및 영업 정지 등의 제재 수단을 규정함으로써 행정적 통제 장치를 마련하고 있다.

한편, 본 법률안은 공인탐정업자의 권리와 의무를 구체적으로 규정하여 탐정업 수행 과정에서 발생할 수 있는 부작용을 통제하고자 한다. 제13조부터 제26조까지는 부당한 비용 청구 금지, 사건부 작성·보관, 의뢰인 신분 확인, 계약사항 서면 교부, 손해배상 책임 등을 규정하고 있으며, 특히 제17조 및 제18조에서는 국가안보, 영업 비밀, 사생활 등 일정한 영역에 대한 정보 수집을 제한하고 위법한 조사 의뢰를 거부하도록 명시하고 있다.

이와 함께 조직적이고 전문적인 업무 수행을 위하여 공인탐정법인의 설립을 허용하고(제27조 이하), 공인탐정협회의 설립 및 공제사업을 통해 자율적 규율과 책임성을 강화하는 제도를 도입하고 있다(제39조, 제40조). 또한 경찰청장을 중심으로 한 지도·감독, 보고 및 검사, 자격취소 및 등록취소 제도를 규정하여 공적 감독체계를 명확히 하고 있다.(제41조 이하)

마지막으로 본 법률안은 위법행위에 대한 형사처벌 및 과태료 규정을 두어 제도의 실효성을 확보하고 있으며(제46조 이하), 공포 후 1년의 유예기간을 두어 제도 시행을 위한 준비기간을 마련하고 있다.

3. 미국·일본의 탐정제도와 시사점

가. 미국

미국의 탐정제도는 연방주의 체계의 특성을 반영하여 연방 차원의 통일된 법률에 의해 운영되는 것이 아니라, 각 주(State)가 독자적인 법률과 제도를 마련하여 운영하는 분권적 구조를 채택하고 있다. 미국 탐정제도는 19세기 중반 Pinkerton National Detective Agency⁷⁾의 활동을 계기로 발전하였다. 이후 각 주는 독자적인 탐정 관련 법률을 제정하여 면허제 또는 등록제를 운영하고 있으며, 현재 미국 탐정제도의 기본적 틀이 형성되었다.

현재 미국은 일부 주를 제외한 대부분의 주에서 탐정업에 관한 별도의 법률을 제정하여 운영하고 있으며, 면허제도와 감독체계는 각 주의 입법에 따라 상이하게 구성되어 있다. 연방 차원의 통일된 탐정법이 존재하지 않기 때문에 자격요건과 관리 방식 역시 주별로 차이를 보인다.⁸⁾ 이에 따라 각 주는 면허제 또는 등록제를 통하여 탐정업을 관리하고 있으며, 탐정 활동을 수행하기 위해서는 일정한 자격요건을 충족하여야 한다.

미국의 탐정 업무는 실종자 및 소재불명자의 소재 파악, 도난 자산 추적, 기업 내부조사, 신원조회, 사실관계 조사, 민·형사 소송을 위한 증거수집 등 다양한 영역에 걸쳐 있다. 특히 탐정은 변호사와 협력하여 소송 수행에 필요한 사실관계를 조사하거나 증인을 확보하는 역할을 수행하기도 한다. 다만 탐정에게 수사기관과 같은 강제수사권은 부여되지 않으며, 체포·압수·수색과 같은 공권력적 권한은 원칙적으로 허용되지 않는다. 따라서 미국의 탐정은 공권력을 행사하는 수사기관이라기보다는 사실조사와 정보수집을 담당하는 민간 전문가로 이해되고 있다.

한편 미국은 탐정 활동을 폭넓게 인정하는 대신 개인정보 보호와 사생활 보호를 위한 엄격한 규제를 병행하고 있다. 대부분의 주는 불법 감청, 도청, 무단 위치추적, 주거침입 및 개인정보 무단 수집 등을 금지하고 있으며, 이를 위반할 경우 민사상 손해배상책임뿐만 아니라 형사처벌까지 부과하고 있다. 뉴욕주의 경우 불법 침입이나 절도 행위에 대하여 형사처벌을 규정하고 있으며, 네바다주 역시 불법 감청 및 사생활 침해 행위에 대하여 징역형 또는 벌금형을 부과하고 있다. 또한 탐정이 법령을 위반할 경우 면허 취소 또는 영업정지 처분을 받을 수 있도록 함으로써 탐정 활동에 대한 공적 통제를 유지하고 있다.

7) Allen Pinkerton(1819-1884)은 1850년경 시카고 지역에서 Pinkerton탐정 사무소를 설립하여 1855년 미국서부지역의 철도경비를 맡아서 본격적인 민간경비시대를 열었다. Pinkerton이 처음 손을 든 사건은 일리노이 주 철도사건이었다. 당시 일리노이 주 철도 회사 측 변호사는 에이브러햄 링컨이었다. 그는 1890년대 말 미국 서부지역을 휩쓸던 은행, 열차강도들을 추적하여 섬멸하는데 혁혁한 공을 세웠으며 미국 남북전쟁 당시에는 북군을 위한 육군 첩보부를 설립하였고 나중에 이 기관의 책임자가 되어 링컨대통령의 암살계획을 사전에 방지하였으며 적의 정보까지 입수하는 놀라운 성과를 거두었다. 전쟁의 종반에 가서는 남군이 발행한 위조화폐 적발 임무를 수행하였으며 이 기관이 전후에는 'Secret Service'로서 연방정부의 정부기관이 되었다. 1999년 2월22일 스웨덴 스톡홀름에 본사를 둔 Securitas AB와 합병하였다. Pinkerton Solutions Magazine, Issue 2, 1999,

8) 정인성, 「외국 탐정제도 분석을 통한 우리나라 탐정제도 도입방안」, 중부대학교 대학원, 석사학위논문, 2022, 22쪽.

관리·감독 체계 역시 주별로 다양한 형태를 보이고 있다. 일부 주는 주경찰(State Police)이 직접 감독 권한을 행사하고 있으며, 일부 주는 공공안전부(Department of Public Safety)나 독립적인 탐정면허위원회(Private Investigator Licensing Board)를 설치하여 탐정업을 관리하고 있다. 이들 기관은 면허 발급, 자격심사, 범죄경력 조회, 교육과정 운영, 위법행위 조사 및 면허 취소 등의 권한을 수행하고 있다. 이는 탐정업을 단순한 민간 영업으로 보지 않고 국민의 권리와 개인정보 보호에 영향을 미치는 공적 규율 대상으로 인식하고 있음을 보여준다.

결과적으로 미국의 탐정제도는 사실조사 기능의 사회적 필요성을 인정하면서도 면허제도, 관리·감독체계 및 개인정보 보호 규정을 통해 탐정 활동을 법적 통제 아래 두고 있다는 특징을 가진다. 이는 탐정 활동을 전면적으로 금지하거나 무제한적으로 허용하는 방식이 아니라, 일정한 자격요건과 국가의 감독을 전제로 제한적으로 허용하는 입법모델로 평가할 수 있으며, 향후 대한민국 탐정제도 입법에 있어 중요한 비교법적 참고자료가 될 수 있다.

나. 일본

일본의 탐정제도는 오랜 기간 흥신소(興信所)를 중심으로 발전해 왔으며, 2000년대 이전까지는 별도의 통합 법률 없이 사실상 자유영업 형태로 운영되었다. 그러나 개인정보 유출, 불법 도청, 사생활 침해, 협박 및 스토킹 관련 조사 등 각종 사회적 문제가 발생하면서 탐정업에 대한 법적 규제 필요성이 지속적으로 제기되었다. 이에 일본은 2006년 「탐정업무의 적정화에 관한 법률(探偵業の業務の適正化に関する法律)」을 제정하고⁹⁾ 2007년부터 시행함으로써 탐정업을 국가의 관리·감독 체계 아래 두게 되었다.

동 법률은 탐정업의 적정한 운영을 통해 개인의 권리와 이익을 보호하는 것을 목적으로 하며, 탐정업 수행 과정에서 준수하여야 할 기본원칙과 금지행위, 신고절차 및 감독체계를 규정하고 있다. 특히 탐정업자는 탐정업 수행 과정에서 법령에 의해 금지되거나 제한된 행위를 할 수 없으며, 개인의 사생활과 권리를 침해하지 않도록 해야 한다는 원칙을 명시하고 있다.

일본의 탐정업은 미국과 달리 국가자격시험이나 면허제도가 아닌 신고제를 채택하고 있다. 탐정업을 영위하려는 자는 영업소 소재지를 관할하는 도도부현(都道府縣) 공안위원회에 신고하여야 하며, 결격사유에 해당하지 않는 경우 영업을 가능하다. 결격사유로는 금고 이상의 형을 선고받고 일정 기간이 경과하지 않은 자, 파산 후 복권되지 않은 자, 폭력단 관련자 등이 규정되어 있다. 또한 탐정업자는 종사자에 대한 교육을 실시하여야 하며, 업무 수행에 필요한 법적·윤리적 기준을 준수하도록 관리할 의무를 부담한다.

탐정의 업무범위는 비교적 폭넓게 인정되고 있다. 대표적으로 배우자의 부정행위 조사, 실종자 및 가출인 소재 파악, 기업 신용조사, 재산조사, 재판자료 수집, 스토킹

9) 일본 탐정산업의 업무의 적정화에 관한 법률 (허세이 18년 법률 제60호). 「日本 探偵業の業務の適正化に関する法律」(平成十八年法律第六十号). 제 1조 이 법은 탐정산업에 필요한 규제를 정함으로써 그 업무의 운영의 적정을 도모하고 개인의 권리와 이익을 보호에 기여하는 것을 목적으로 한다.

피해 조사 등이 포함된다.¹⁰⁾ 다만 탐정이 수집한 정보가 범죄행위, 차별행위 또는 기타 불법행위에 이용될 것이 명백한 경우에는 해당 업무를 수행할 수 없으며, 탐정업자는 조사 의뢰를 거부하여야 한다. 또한 탐정업무를 무자격자에게 재위탁하는 행위도 금지된다.

개인정보 보호와 비밀유지에 관한 규정 역시 일본 탐정제도의 중요한 특징이다. 「탐정업무의 적정화에 관한 법률」 제10조는 탐정업 종사자가 업무상 알게 된 비밀을 누설하지 못하도록 규정하고 있으며, 퇴직 또는 폐업 이후에도 동일한 의무를 부담하도록 하고 있다. 아울러 조사 과정에서 수집한 문서, 사진 및 각종 자료에 대하여 부정 이용이나 유출을 방지하기 위한 관리조치를 취하도록 규정함으로써 개인정보 보호를 강화하고 있다.

한편 일본의 탐정업은公安위원회와 경찰을 중심으로 관리·감독이 이루어진다. 탐정업자는 관할公安위원회에 신고하여야 하며,公安위원회는 업무보고 및 자료제출을 요구할 수 있다. 또한 경찰은 영업소에 출입하여 장부·서류 등을 검사하거나 관계자를 조사할 수 있는 권한을 가진다. 법령 위반이 확인될 경우 영업정지, 영업폐지 명령 등 행정처분이 가능하다.

결국 일본은 탐정 활동 자체를 금지하기보다는 신고제와 경찰 중심의 감독체계를 통해 탐정의 사실조사 기능을 인정하면서도 개인정보 보호와 사생활 침해 방지를 위한 법적 통제장치를 마련하고 있다. 이는 탐정업의 사회적 필요성을 수용하면서도 개인의 권리 보호를 동시에 추구하는 입법모델로 평가할 수 있다.

다. 비교법적 시사점

미국과 일본의 탐정제도는 모두 탐정업을 전면적으로 금지하지 않고 일정한 법적 규율 아래에서 허용하고 있다는 점에서 공통점을 가진다. 양국은 탐정 활동이 가지는 사회적 필요성을 인정하는 동시에 개인정보 보호와 사생활 침해 방지를 위한 통제 장치를 병행함으로써, 사실조사 기능과 기본권 보호라는 두 가치를 조화시키는 제도적 접근방식을 채택하고 있다.

미국의 경우 주(州)별 면허제를 중심으로 탐정업을 규율하고 있으며, 일정한 자격요건과 경력을 충족한 자에게만 탐정 활동을 허용한다.¹¹⁾ 또한 무면허 영업에 대한 형사처벌, 면허취소 제도, 그리고 불법적인 개인정보 수집에 대한 민·형사상 책임을 통해 탐정 활동을 엄격히 통제하고 있다.

일본은 「탐정업무의 적정화에 관한 법률」을 통해 신고제를 기반으로 한 관리체계를 운영하고 있으며,公安위원회를 중심으로 한 행정적 감독을 통해 탐정업을 규율하고 있다. 특히 조사방법 제한, 비밀유지의무, 계약 전 설명의무 등을 통해 개인정보 및 사생활 보호를 제도적으로 강화하고 있다.¹²⁾

이와 같이 양국은 규율 방식에는 차이가 있으나, 공통적으로 탐정 활동을 일정 범위 내에서 허용하되 국가의 관리·감독과 개인정보 보호장치를 전제로 한다는 점에

10) 김윤환, 「탐정제도 입법전략에 관한 연구: 매스미디어를 통한 전략을 중심으로」, 동국대학교 대학원, 석사학위논문, 2021, 20쪽.

11) 노진거, 「탐정제도 도입의 주요 쟁점 연구」, 경기대학교 대학원, 박사학위논문, 2020, 17쪽.

12) 노진거(2020), 앞의 논문, 44-45쪽.

서 동일한 규범적 구조를 가진다. 이는 탐정제도를 전면적 금지나 무제한 허용이라는 이분법적 구조가 아니라, 기본권 보호와 사회적 수요를 조화시키는 규범적 조정 영역으로 이해하고 있음을 의미한다.

따라서 대한민국의 탐정제도 입법 역시 허용 여부 자체에 대한 논의에 머무를 것이 아니라, 구체적인 업무 범위 설정, 자격 및 등록제도, 감독체계, 개인정보 보호 규정, 위법행위 제재수단 등을 종합적으로 마련하는 방향으로 전환될 필요가 있다. 또한 탐정의 사실조사 기능과 수사기관의 공권력 영역을 명확히 구분함으로써 기본권 침해 가능성을 최소화하는 제도적 장치가 요구된다.

결국 미국과 일본의 사례는 탐정제도의 핵심 쟁점이 탐정업의 허용 여부가 아니라 허용 범위와 규제방식의 설계에 있음을 보여준다. 이는 대한민국의 탐정제도 입법 역시 직업의 자유, 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유 간의 조화를 전제로 제도화가 이루어져야 함을 시사한다.

4. 「탐정업의 관리에 관한 법률안」의 한계와 개선 과제

가. 기본권 보호 장치의 미흡성

탐정제도의 입법화 필요성은 지속적으로 제기되어 왔으나, 대한민국은 아직 탐정업을 체계적으로 규율하는 독립적인 법률을 제정하지 못한 상태에 있다. 제21대 국회에서 발의되었던 동일 명칭의 법률안은 임기만으로 폐기된 바 있으며, 제22대 국회에서 재발의된 「탐정업의 관리에 관한 법률안」(의안번호 2215039) 역시 아직 소관위 심사단계에 머물러 있어 법률 제정에 이르지 못하고 있다. 이는 탐정제도 입법화가 단순한 제도 설계의 문제가 아니라 다양한 이해관계와 규범적 쟁점이 복합적으로 얽혀 있는 구조적 과제임을 보여준다.

특히 관리·감독 주체를 둘러싼 정부 부처 간 이견, 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유에 대한 침해 우려, 그리고 탐정업에 대한 사회적 수용성 부족 등이 중첩되면서 입법적 합의에 이르지 못한 것으로 평가된다. 이러한 점은 향후 입법 과정에서 제도 형성뿐만 아니라 기본권 보호 기준의 명확화와 사회적 합의 형성이 병행되어야 함을 시사한다.

본 법률안은 탐정업을 제도권 내로 편입하고 일정한 관리·감독 체계를 마련하고자 하였다는 점에서 의의를 가지나, 기본권 보호 장치의 구체성과 체계성 측면에서는 한계를 가진다. 탐정 활동은 본질적으로 개인의 사적 영역에 대한 정보 수집을 수반하므로 헌법 제17조가 보장하는 사생활의 비밀과 자유 및 개인정보자기결정권을 침해할 가능성이 구조적으로 내재되어 있다.

그럼에도 불구하고 본 법률안은 정보 수집의 범위, 수집 방법, 개인정보 처리 기준, 사후 통제 절차 등에 관한 구체적 기준을 충분히 제시하지 못하고 있다. 이로 인해 기본권 제한의 범위와 한계가 명확히 설정되지 못하고 있으며, 기본권 보호 장치로서의 실효성에도 한계가 존재한다.

또한 위법한 조사 의뢰의 거부 및 일정한 정보 수집 제한 규정을 두고 있으나, 그 기준이 추상적 수준에 머물러 있어 실제 적용 과정에서 해석상 불확실성이 발생할 우려가 있다. 특히 정보 수집의 허용 범위, 정보 보관기간, 제3자 제공 제한, 정보주

체의 권리구제 절차 등에 관한 구체적 규율이 결여되어 있어, 개인정보 침해를 사전에 예방하기 위한 통제장치로 기능하기에는 미흡하다.

따라서 향후 입법에서는 탐정 활동의 특수성을 고려하여 개인정보의 수집·이용·보관·과기 전 과정을 구체적으로 규율하고, 정보주체의 열람·정정·삭제 등 권리 보장 절차를 명확히 할 필요가 있다.¹³⁾ 아울러 개인정보보호법, 통신비밀보호법, “위치정보법” 등 관련 법체계와의 관계를 명확히 설정함으로써 법적 충돌 가능성을 최소화할 필요가 있다.

결국 본 법률안은 탐정업 제도화를 위한 기본 틀은 제시하였으나, 기본권 제한 영역에서 요구되는 명확성 원칙과 비례성 원칙을 충분히 구현하지 못하였다는 점에서 입법적 보완이 요구된다.

나. 탐정 활동 범위 설정의 한계

본 법률안은 탐정의 업무 범위를 실종자 소개 파악, 도난 자산 추적, 권리 보호를 위한 사실조사 등으로 규정하고 있으나, 그 규정 방식이 포괄적이고 추상적인 수준에 머물러 있다는 한계를 가진다. 특히 “권리 보호를 위한 사실조사”와 같은 개념은 적용 범위가 불명확하여 해석에 따라 탐정 활동이 과도하게 확장될 가능성을 내포한다.

이와 같은 포괄적 규정 구조는 탐정 활동과 국가 수사기관의 권한 경계를 불명확하게 하여, 사인의 조사 활동이 사실상 공권력적 기능과 유사한 형태로 확장될 위험을 초래할 수 있다. 따라서 탐정업의 허용 범위와 금지 영역이 명확히 구분되지 않을 경우, 제도 운영 과정에서 적법성과 위법성의 경계가 불분명해지고 법적 안정성이 저해될 우려가 있다.

또한 법안은 성인 가출인 또는 실종자의 정보 제공과 관련하여 일정한 동의 요건을 규정하고 있으나, 이는 조사 결과 제공 단계에 한정된 사후적 통제에 불과하여 탐정 업무 전반에 대한 실질적 규율로 보기에 한계가 있다. 특히 의사능력이 제한된 성인이나 보호가 필요한 미성년자의 경우 단순한 동의 여부만으로 정보 제공의 적법성을 판단하기 어려운 상황이 발생할 수 있다.

이에 따라 탐정 활동의 범위 설정은 개인정보자기결정권 보호와 공공안전 확보라는 두 가지 헌법적 가치 사이의 조화를 전제로 보다 구체적이고 단계적인 기준 설정이 요구된다. 다만 이러한 구체적 설계는 입법정책적 영역에 속하는 것이므로, 최소한 업무 범위의 유형화 및 금지행위의 명확한 규정은 필수적으로 보완될 필요가 있다.

결국 본 법률안은 탐정 업무의 범위를 제도적으로 설정하고 있음에도 불구하고, 그 경계 설정이 충분히 정교하지 못하여 제도 운영 과정에서 법적 불확실성을 초래할 가능성이 있다는 점에서 한계를 가진다.

13) 정일석/박지영, “민간조사업 관리·감독 기관 선정에 관한 연구”, 한국경호경비학회지, 제 21호, 2009, 136쪽.

다. 증거 수집 및 활용의 법적 문제

탐정업의 핵심 기능은 사실조사를 통한 정보 및 증거의 수집에 있으나, 본 법률안은 탐정이 수집한 자료의 법적 지위 및 활용 가능성에 대해 충분한 규율을 제공하지 못하고 있다. 이로 인해 탐정 활동의 결과물이 사법절차에서 어떠한 효력을 가지는지에 대한 불확실성이 존재한다.

현행 법체계상 위법하게 수집된 증거는 형사절차에서 증거능력이 부정될 가능성이 높으며, 민사절차에서도 위법수집증거의 증명력은 제한될 수 있다. 따라서 탐정이 수집한 자료가 적법절차에 따라 확보된 것인지 여부는 그 활용 가능성을 결정하는 핵심 요소가 된다.

그러나 본 법률안은 적법한 증거 수집의 기준, 수집 절차, 또는 활용 가능 범위에 대한 명확한 규정을 두고 있지 않아, 탐정 활동의 실효성과 법적 안정성 측면에서 한계를 가진다. 특히 개인정보보호법, 통신비밀보호법 및 위치정보 관련 법령과 충돌할 경우 해당 자료는 민·형사 절차 모두에서 증거로 활용되기 어려울 뿐만 아니라, 형사책임 발생 가능성도 배제할 수 없다.

또한 디지털 증거의 중요성이 확대되는 환경에서 위법수집증거 배제 원칙은 더욱 엄격하게 적용되는 경향이 있으므로,¹⁴⁾ 탐정의 조사 활동 역시 적법절차 원칙의 범위 내에서 이루어질 필요가 있다. 그럼에도 불구하고 본 법률안은 이러한 법적 기준을 구체적으로 제시하지 못하고 있다는 점에서 한계를 가진다.

결과적으로 탐정업의 제도화가 이루어지더라도, 수집된 정보의 법적 효용성이 불확실한 상태에서는 탐정 활동의 실질적 기능이 제한될 수밖에 없다는 구조적 문제가 존재한다.

라. 관리·감독 체계의 불명확성

본 법률안은 경찰청장을 중심으로 한 등록제 및 지도·감독 체계를 규정하고 있으나, 그 구체적 운영 방식과 권한 배분 구조는 충분히 명확하게 설계되어 있지 않다는 한계를 가진다.

탐정업에 대한 감독 권한이 경찰청에 집중되어 있는 구조는 행정적 통일성과 효율성 측면에서는 장점을 가지나, 동시에 전문성과 중립성 확보 측면에서는 한계를 내포한다. 탐정업은 법률, 정보, 조사기법 등 복합적 요소로 구성된 영역임에도 불구하고 이에 대한 전문적 평가 및 감독체계가 충분히 제도화되어 있지 않다.

또한 보고 및 검사, 제재 권한이 규정되어 있음에도 불구하고 실제 감독 기준과 절차, 그리고 감독기관 간 역할 분담에 관한 구체적 규정이 부족하여 제도 운영 과정에서 혼선이 발생할 가능성이 있다. 특히 개인정보보호위원회 등 관련 기관과의 권한 관계가 명확히 정리되어 있지 않아 감독 권한의 중복 또는 공백이 발생할 우려가 존재한다.

아울러 자율규제 기구로서의 협회 제도 역시 규범적 통제 기능을 충분히 수행하기에는 제도적 기반이 미흡한 수준에 머물러 있다. 따라서 공적 규제와 자율 규제 간

14) 엄민수, 의료사고의 안티 포렌식 범죄 기법의 대응에 관한 연구, 동국대학교 대학원, 석사학위논문, 2018, 6쪽.

역할 분담을 명확히 설정하지 않을 경우, 제도의 실효성 확보가 제한될 가능성이 있다.

결국 본 법률안의 관리·감독 체계는 기본적인 구조는 제시하고 있으나, 기관 간 권한 배분, 감독 절차, 전문성 확보 방안이 충분히 구체화되어 있지 않아 제도의 안정적 운영을 담보하기에는 한계가 있다.

IV. 탐정제도의 입법적 개선 방안

1. 등록제 기반 탐정제도의 법적 정착과 기본권 보호

탐정업은 국가의 강제력을 수반하는 공권력 행사가 아니라 민간 영역에서 사실조사를 수행하는 서비스 산업으로서의 성격을 가진다. 이러한 특성상 원칙적으로 금지한 후 예외적으로 허용하는 허가제보다는 일정 요건을 충족한 경우 진입을 허용하는 등록제가 규제비례원칙에 보다 부합한다.

등록제는 탐정업을 제도권 내로 편입시키면서도 직업의 자유를 과도하게 제한하지 않는 방식으로, 헌법상 과잉금지원칙을 충족할 수 있는 현실적 규율모델로 평가된다. 특히 현대 사회에서 민사 분쟁의 복잡화와 사회적 위험의 다양화로 인해 사실조사 수요가 증가하고 있다는 점을 고려할 때, 국가 수사기관은 범죄 수사와 공공질서 유지라는 본연의 기능에 집중할 수밖에 없어 모든 조사 수요를 충족하기에는 일정한 한계가 존재한다.

이러한 점에서 탐정제도는 국가 수사기관을 대체하거나 수사권을 분담하는 제도가 아니라, 민간 영역에서 발생하는 사실조사 수요를 전문적으로 수행하기 위한 제도로 이해될 필요가 있다. 즉, 탐정은 실종자 소재 확인, 민사상 권리구제, 보험사기 관련 사실조사, 기업 내부조사 등 공권력 행사의 대상이 아닌 영역에서 사실확인을 지원하는 전문 서비스 제공자로서 기능하여야 한다. 따라서 탐정제도의 도입은 국가 치안권력의 확대가 아니라 민간 사실조사 서비스의 제도적 정착이라는 관점에서 접근할 필요가 있다.

다만 이러한 제도화는 반드시 기본권 보호 장치와 결합되어야 한다.¹⁵⁾ 탐정 활동은 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유와 직접적으로 충돌할 가능성이 높기 때문이다. 따라서 개인정보 처리 기준, 정보 수집의 범위, 이용 목적 제한, 사후 통제 절차 등을 법률로 구체화하여야 하며, 감독기관의 실효적 통제 권한 역시 함께 구성되어야 한다.

구체적으로는 다음과 같은 방안을 고려할 수 있다. 첫째, 개인정보 최소수집원칙을 구체화하여 탐정이 수집할 수 있는 정보를 의뢰받은 사실조사의 목적과 직접적으로 관련된 범위로 한정하고, 목적과 무관한 정보의 부수적 수집을 금지하여야 한다. 둘째, 수집된 개인정보의 보관기간에 상한을 두어 원칙적으로 사건 종료 후 일정 기간 내에 파기하도록 의무화하고, 분쟁이 계속 중이거나 법령상 보존 의무가 있는 경우

15) 문재태, 「민간조사제도의 도입에 관한 법적 고찰 - 탐정업 관련 법안을 중심으로 -」, 『법이론실무연구』 제9권 제2호, 2021, 29-30쪽.

에 한하여 예외적으로 보관기간을 연장할 수 있도록 하여야 한다. 셋째, 수집된 정보를 당초 의뢰 목적 외로 이용하거나 제3자에게 제공하는 경우에는 정보주체의 별도 동의를 받도록 하고, 동의 없는 목적 외 이용·제공은 원칙적으로 금지하여야 한다. 넷째, 정보주체에게 자신에 관한 정보의 열람·정정·삭제를 청구할 수 있는 권리를 법률에 명문화하고, 탐정업자가 이에 응하지 아니할 경우의 제재 및 구제 절차를 함께 규정하여야 한다.

또한 감독기관은 단순한 행정적 등록 관리에 그치지 않고, 위법한 정보수집 행위에 대한 조사 및 제재 권한을 실질적으로 행사할 수 있어야 한다. 경고, 업무정지, 등록취소 등 단계적 제재 체계를 법률상 명확히 규정함으로써 제도의 예측가능성과 책임성을 동시에 확보할 필요가 있다.

결국 등록제 기반 탐정제도는 직업의 자유와 개인정보자기결정권 및 사생활의 비밀과 자유라는 헌법적 가치를 조화시키는 방향으로 법제화가 되어야 하며, 이를 통하여 제도의 정당성과 사회적 신뢰를 확보할 수 있을 것이다.

2. 탐정 활동의 허용 범위 및 한계 설정

탐정 입법안의 핵심은 “무엇을 할 수 있는가”를 명확히 하는 것이다. 탐정 활동은 본질적으로 정보 수집을 중심으로 이루어지므로, 그 과정에서 기본권 침해 가능성이 구조적으로 내재한다.

따라서 탐정업 입법은 허용 영역과 금지 영역을 법률상 명확히 구분하는 방식으로 구성되어야 한다. 우선 공개된 정보의 수집과 분석은 원칙적으로 허용 가능하다. 여기서 공개된 정보란 언론보도, 공공기관 공개자료, 공개된 온라인 정보 등 누구나 합법적으로 접근 가능한 정보를 의미한다.

반면 당사자 동의 없는 통신내용 취득, 불법 위치추적, 계정 무단 접근, 비밀촬영, 지속적 감시 등은 명확히 금지되어야 한다. 이러한 행위는 개인정보보호법, 통신비밀보호법, “위치정보법” 등과 직접 충돌할 뿐 아니라 헌법상 사생활 보호영역을 침해할 가능성이 크기 때문이다.

또한 탐정업무의 유형은 법률에서 예시적으로라도 구체화될 필요가 있다. 예컨대 실종자 수색 지원, 민사분쟁 관련 사실조사, 보험사기 조사, 기업 내부 부정행위 조사 등은 허용 범위로 설정할 수 있다. 반면 형사사건의 강제수사, 압수·수색, 체포 등은 수사기관의 전속적 권한으로 명확히 배제해야 한다.

더불어 탐정이 수집한 정보의 활용 범위도 규율되어야 한다. 적법하게 수집된 자료는 민사절차에서 참고자료 또는 보조적 증거로 활용될 수 있도록 하되, 위법하게 수집된 자료는 원칙적으로 증거능력을 부정하는 구조가 필요하다. 이와 같은 체계는 탐정업의 자의적 확대를 방지하고 법적 안정성을 확보하는 핵심 장치가 된다.

3. 증거 수집 및 활용의 적법성 확보

탐정업의 실질적 기능은 사실조사를 통한 자료 수집에 있으나, 해당 자료가 사법절차에서 어느 정도 효력을 가지는지 불명확할 경우 제도 자체의 실효성이 약화된다.

따라서 탐정이 수행하는 증거 수집 활동은 헌법상 적법절차 원칙과 개인정보 보호 원칙을 전제로 구성되어야 한다. 특히 개인정보보호법, 통신비밀보호법, “위치정보법”을 위반하여 수집된 자료는 원칙적으로 증거로 사용할 수 없다는 점을 명확히 할 필요가 있다.

다만 위법수집증거의 취급은 소송절차의 성격에 따라 차이가 있다. 형사소송에서는 위법수집증거배제법칙에 따라 적법절차를 위반하여 수집된 증거의 증거능력이 원칙적으로 부정되는 반면, 민사소송에서는 자유심증주의(민사소송법 제202조)가 적용되어 위법하게 수집된 증거라 하더라도 증거능력 자체가 부정되기보다는 법관의 자유심증에 따른 증명력 판단 또는 별도의 불법행위에 기한 손해배상책임의 문제로 처리되는 것이 판례의 태도이다.¹⁶⁾ 따라서 탐정업 관리법에 형사소송의 증거능력배제법리를 그대로 이식하는 방식으로 증거 규정을 신설할 경우, 민사소송법 체계와의 정합성 문제가 발생할 수 있다. 이러한 문제를 해소하기 위해서는 첫째, 증거능력 배제가 아니라 증명력 제한 및 위법성 평가 요소로 규정하는 방안, 둘째, 관련 규정을 탐정업 관리법이 아닌 민사소송법 또는 개별 절차법에 위치시키는 방안, 셋째, 형사절차의 위법수집증거배제법칙과는 별도의 독자적 기준을 설정하는 방안 등을 검토할 필요가 있다.

또한 증거의 신뢰성을 확보하기 위해서는 수집 과정의 기록관리 의무를 도입해야 한다. 조사 목적, 의뢰 경위, 수집 방법, 보관 및 전달 과정 등을 체계적으로 기록하도록 함으로써 증거의 진정성과 무결성을 확보할 수 있다.

이와 관련하여 디지털 포렌식에서 활용되는 연계보관성(Chain of Custody) 개념은 중요한 시사점을 제공한다. 이는 증거의 생성부터 법정 제출까지 전 과정을 연속적으로 기록하여 증거의 위·변조 가능성을 차단하는 방식이다.¹⁷⁾ 탐정업에도 유사한 기록관리 체계를 도입할 경우, 수집 자료의 신뢰성뿐 아니라 사법절차에서의 활용 가능성도 함께 제고될 수 있다.

결국 탐정이 수집한 자료는 수사기관의 증거와 동일한 법적 지위를 가지는 것이 아니라, 법원이 개별 사건에서 그 증명력을 판단하는 보조적 자료로 기능하도록 구성하는 것이 타당하다.

4. 전문성과 독립성을 고려한 관리·감독 체계 구축

탐정제도의 안정적 운영을 위해서는 단순한 등록 관리 수준을 넘어 전문성과 독립성을 갖춘 감독체계가 필요하다. 탐정업은 개인정보 처리, 사실조사, 권리구제 지원 등 다양한 영역과 결합되어 있어 단일 행정기관 중심의 통제만으로는 충분하지 않다.

기본적으로 탐정업은 조사행위와 밀접한 관련성을 가지므로 경찰청이 주무 감독기관이 될 수 있다. 다만 개인정보 처리에 대해서는 개인정보보호위원회가 전문적 감독 기능을 수행하도록 하여 다기관 협력체계를 구축할 필요가 있다. 이를 통해 탐정

16) 원형식(2022), 앞의 논문, 89-90쪽.

17) 엄민수·임규철, 「반려동물 의료사고 시 디지털 포렌식 수사에 대한 소고 - 동물병원 진료기록물 발급 의무와 도입을 중점으로 -」, 『동국대학교 비교법문화연구소』 제22권 제2호, 2022, 398쪽.

활동에 대한 관리·감독의 실효성을 확보하는 동시에 개인정보 보호에 관한 전문성도 함께 강화할 수 있을 것이다.

또한 감독체계의 전문성을 보완하기 위해 법률, 개인정보 보호, 조사실무, 학계 전문가가 참여하는 자문기구를 설치할 필요가 있다. 해당 기구는 윤리 기준, 제도 개선, 징계 기준 등을 심의하는 기능을 수행할 수 있다.

장기적으로는 독립적 공인탐정관리위원회 설치를 통해 자격관리, 윤리감독, 제도 운영을 전담하도록 하는 방안도 검토될 수 있다. 이는 행정기관 중심 구조의 한계를 보완하고 규제의 독립성을 확보하는 제도적 장치가 된다.

또한 감독체계는 사후 제재 중심이 아니라 사전 예방 중심으로 구성되어야 한다. 정기 교육, 윤리 교육, 업무 점검, 민원 처리 체계 등을 통해 위법행위를 사전에 차단하는 구조가 필요하다.

결국 탐정업 감독체계는 행정 통제가 아니라 기본권 보호와 산업 전문성 확보를 동시에 달성하기 위한 제도적 장치로 이해되어야 한다.

5. 탐정업의 지속가능한 운영을 위한 산업 관리 및 시장질서 확립 방안

탐정제도의 성공적 정착을 위해서는 법적 제도화뿐만 아니라 산업 운영 구조의 안정성 확보가 필수적이다. 탐정업은 정보 비대칭성이 크고 이용자 보호 필요성이 높은 영역이므로 시장질서 확립이 중요하다.

이를 위해 표준계약서 도입, 보수 기준 마련, 업무 범위 명확화 등을 통해 거래 구조의 예측가능성을 확보할 필요가 있다. 또한 협회 등 자율규제기구를 통해 윤리강령, 분쟁조정, 전문교육 체계를 운영함으로써 산업 내부의 자율통제 기능을 강화해야 한다.

더불어 개인정보 관리 기준 및 내부통제 기준을 마련하여 조사 과정에서 발생할 수 있는 정보 유출 위험을 최소화할 필요가 있다. 이는 단순한 산업 규제가 아니라 개인정보자기결정권 보호를 위한 사전적 통제 장치로 기능한다.

또한 손해배상책임보험 또는 공제제도 가입을 의무화함으로써 위법행위 발생 시 피해자의 신속한 권리구제를 가능하게 해야 한다. 이는 이용자 보호뿐 아니라 산업 신뢰성 확보에도 중요한 역할을 한다.

결국 탐정업의 지속가능성은 단순한 시장 자유가 아니라, 공공성·책임성·투명성을 기반으로 한 제도적 시장질서 위에서만 확보될 수 있다.

V. 결론

현대 사회는 정보통신기술의 발전과 사회관계의 복잡화에 따라 사실조사에 대한 수요가 지속적으로 증가하고 있다. 실종자 소재 확인, 민사상 권리구제, 보험사기 조사, 기업 내부 부정행위 확인 등 다양한 영역에서 전문적 사실조사의 필요성이 확대되고 있으며, 이에 따라 탐정제도의 제도화에 관한 논의 역시 본격적으로 이루어지고 있다. 그러나 탐정 활동은 개인정보의 수집·이용과 사생활 영역에 대한 접근을 본질적 요소로 한다는 점에서 개인정보자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비

밀 등 헌법상 기본권과 밀접한 관련성을 가진다. 따라서 탐정제도의 도입은 단순한 직업 창출이나 신규 산업 육성의 차원을 넘어 기본권 보호와 사실조사 수요 충족이라는 두 가지 가치를 조화시키기 위한 헌법적 과제로 이해될 필요가 있다.

본 연구는 탐정제도의 개념과 기능을 검토하고, 탐정 활동이 헌법상 기본권에 미치는 영향을 분석하였다. 그 결과 탐정제도는 국가 수사기관을 대체하거나 수사권을 분담하기 위한 제도가 아니라, 민간 영역에서 발생하는 사실조사 수요를 충족하기 위한 보충적 제도로서 의의를 가진다는 점을 확인하였다. 반면 탐정 활동은 개인정보자기결정권, 사생활의 비밀과 자유, 통신의 비밀 및 위치정보 자기결정권 등에 대한 침해 가능성을 내포하고 있으므로, 그 제도화 과정에서는 비례원칙, 법률유보 원칙 및 체계정당성 원리에 부합하는 엄격한 통제체계가 요구된다는 점도 확인하였다.

이어 제22대 국회에 상정된 「탐정업의 관리에 관한 법률안」을 중심으로 대한민국의 탐정제도 입법 논의를 검토하였다. 해당 법안은 탐정업을 제도권 내에서 관리·감독하기 위한 최초의 체계적 입법 시도라는 점에서 의미를 가진다. 그러나 허용되는 조사행위와 금지행위의 구분이 충분히 구체화되지 못하였고, 개인정보 보호를 위한 통제장치와 증거 수집·활용 기준 역시 명확하지 않은 한계를 가지고 있는 것으로 나타났다. 또한 감독체계의 전문성과 실효성 측면에서도 추가적인 보완이 필요한 것으로 분석되었다.

이에 본 연구는 탐정제도의 안정적 정착을 위하여 등록제 기반의 관리체계 구축, 탐정 활동의 허용 범위와 금지 범위의 명확화, 증거 수집 및 활용 절차의 적법성 확보, 전문성과 독립성을 고려한 관리·감독 체계 구축, 그리고 산업 질서 확립을 위한 제도적 장치 마련 등의 개선방안을 제시하였다. 특히 탐정제도는 새로운 강제조사권을 부여하는 방식이 아니라 현행 법체계가 허용하는 범위 내에서 사실조사 서비스를 수행하도록 구성되어야 하며, 개인정보보호법, 통신비밀보호법, “위치정보법” 등 기존 정보보호 법체계와의 정합성을 유지하는 것이 중요하다.

결국 탐정제도의 핵심 쟁점은 탐정업의 허용 여부 자체가 아니라 어떠한 범위와 통제 아래 이를 제도화할 것인가에 있다. 탐정제도가 국민의 권리구제와 사실확인에 기여하는 제도로 정착하기 위해서는 직업의 자유를 보장하는 동시에 개인정보자기결정권과 사생활의 비밀을 실효적으로 보호할 수 있는 균형 있는 입법이 이루어져야 한다. 향후 대한민국의 탐정제도 입법은 기본권 보호를 최우선 가치로 하면서도 사회적 수요에 부응할 수 있는 방향으로 발전되어야 하며, 이를 통하여 탐정제도는 법치주의와 국민의 권리보호에 기여하는 제도로 자리매김할 수 있을 것이다.

- **주제어:** 탐정제도, 개인정보자기결정권, 직업의 자유, 기본권 보호, 탐정업의 관리에 관한 법률안

[참고문헌]

<학위 논문>

- 김윤환, 「탐정제도 입법전략에 관한 연구 : 매스미디어를 통한 전략을 중심으로」, 동국대학교 대학원 석사학위논문, 2021.
- 노진거, 「탐정제도 도입의 주요 쟁점 연구」, 경기대학교 대학원 박사학위논문, 2020.
- 엄민수, 「의료사고의 안티 포렌식 범죄 기법의 대응에 관한 연구」, 동국대학교 대학원 석사학위논문, 2018.
- 엄민수, 「탐정 입법화의 법제 환경 조성에 관한 연구」, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 2023.
- 정인성, 「외국 탐정제도 분석을 통한 우리나라 탐정제도 도입방안」, 중부대학교 대학원 석사학위논문, 2022.

<학술 논문>

- 강달천, 「개인정보자기결정권 보호의 한계의 관점에서 본 「개인정보보호법」 개정의 문제점」, 『중앙법학』 제22집 제3호, 중앙법학회, 2020.
- 문재태, 「민간조사제도의 도입에 관한 법적 고찰 - 탐정업 관련 법안을 중심으로 -」, 『법이론실무연구』 제9권 제2호, 2021.
- 엄민수·임규철, 「반려동물 의료사고 시 디지털 포렌식 수사에 대한 소고 - 동물병원 진료기록물 발급 의무와 도입을 중점으로 -」, 『동국대학교 비교법문화연구소』 제22권 제2호, 2022.
- 원형식, 「탐정사가 위법하게 수집한 증거의 증거능력」, 『원광법학』 제38권 제1호, 원광대학교 법학연구소, 2022.
- 정일석·박지영, 「민간조사업 관리·감독 기관 선정에 관한 연구」, 『한국경호경비학회지』 제21호, 2009.

<연구 보고서>

- 승재현, 「공인탐정 또는 민간조사제도의 실행방안 연구」, 한국형사정책연구원 연구총서 17-BB-03, 2017.
- 황정익·김윤철·백창현, 「공익조사(공인탐정) 제도의 도입에 관한 연구」, 치안정책연구소, 2005.

[Abstract]

**Constitutional Issues and Legislative Tasks in the Introduction
of the Detective System**
— Focusing on the Institutionalization of Private Investigation
Activities —

Eom Minsu*

This study aims to analyze the necessity of introducing a detective system in the Republic of Korea and to examine its constitutional and legal issues in a situation where social demand for private investigative services continues to increase while an adequate legal framework for regulating such activities remains insufficient. Although the current legal system permits the use of the title “detective” to a limited extent, it lacks a comprehensive regulatory framework governing qualifications, registration, management, and supervision. Consequently, detective-related activities are regulated only in a fragmented manner through various individual statutes, resulting in legal uncertainty regarding the legitimacy of investigative activities, the admissibility of collected evidence, liability attribution, and potential infringements of fundamental rights.

Detective activities inherently involve information gathering and fact-finding processes, thereby creating a significant possibility of conflict with constitutional rights, particularly the right to informational self-determination and the right to privacy. Accordingly, these issues must be examined within the framework of constitutional principles governing the protection of fundamental rights. This study therefore reviews the major provisions and legal implications of the proposed Act on the Management of Detective Business submitted to the 22nd National Assembly and analyzes several critical issues, including the insufficiency of safeguards for fundamental rights, the ambiguity of the permissible scope of detective activities, the legal limitations concerning evidence collection and utilization, and the need for improvements in the management and supervisory system.

Furthermore, this study proposes legislative measures for the rational introduction of a detective system, including the adoption of a registration-based regulatory framework, the establishment of a supervisory structure centered on the National Police Agency, the clarification of the permissible scope and limitations of detective activities, the development of market-order and consumer-protection mechanisms, and the enhancement of social acceptability. In

* Gangwon Institute

particular, it emphasizes that the protection of the right to informational self-determination should serve as the primary normative standard for balancing the protection of fundamental rights with the social functions of private investigative services.

In conclusion, the introduction of a detective system should not be regarded merely as the institutionalization of a private industry. Rather, it should be understood as a normative task aimed at harmonizing the protection of constitutional rights with the public functions served by private investigations. Therefore, the legitimacy and effectiveness of the detective system can only be secured through clear legal standards and a systematic framework for management and supervision.

- **Key Words:** Detective System, Detective Business, Right to Informational Self-Determination, Right to Privacy, Freedom of Occupation, Principle of Proportionality, Reservation of Law, Systematic Legitimacy, Act on the Management of Detective Business

수사기관 다원화에 대비한 형사소송법 개정 방안

이윤제*

논문요지

2021년 공수처의 출범, 2026년 중수청의 발족으로 일반수사기구인 경찰청(국가 수사본부), 특별수사기구인 공수처, 중수청이 국가의 중요 수사를 담당하게 된다. 검찰이라는 가장 막강한 수사권력의 퇴장과 공수처, 중수청의 등장에 따른 수사기관의 다원화, 분권화는 특정 기관의 권력 독점을 막고, 견제와 균형을 달성한다는 긍정적 효과가 기대되나, 실무적으로는 수사기관간 관할 대상의 중복, 경쟁, 책임 회피와 전가로 인한 부작용이 발생할 가능성도 높아졌다. 특별수사기관들의 수사 대상이 복잡하게 됨으로써 중수청이 출범하는 초기에 형사사법시스템에 혼란이 있을 수 있다. 어느 수사기관에 고소, 고발을 하여야 하는지, 어떤 수사기관이 수사를 담당하여야 할지가 명확하지 않을 수 있다. 수사기관들은 성과를 내기 용이한 '좋은 사건', '빛을 보는 사건'에 대해서는 적극적으로 수사권을 행사하면서도, 열심히 해도 성과를 내기 어려운 '나쁜 사건', 정치적 부담이 있거나 성과를 내는 것이 오히려 두려운 '민감한 사건'에 대해서는 수사를 피하거나 다른 수사기관에 책임을 넘기려는 태도를 취할 가능성도 있다. 실제로 공수처는 이첩요청권과 이첩권을 자의적으로 행사함으로써 국민적 신뢰를 잃었다. 한편, 수사기관의 자기 소속 직원에 대한 수사는 공정성을 의심받을 수 있으므로 다른 수사기관에서 수사를 담당하는 것이 타당하다. 형사소송법에서 수사권 행사에 관한 객관적 기준을 제시하고 이러한 객관적 기준이 안정적으로 적용될 수 있도록 하는 제도적 메커니즘을 도입하여 해당 범죄의 수사에 가장 적합한 수사기관이 수사권을 행사하게 함으로써 수사기관의 수사 결과에 대한 국민의 신뢰를 제고할 필요가 있다. 이를 위하여 형사소송법에 수사기관간 사건 이첩요청 및 이첩의 기준을 객관화하고, 수사기관 소속 직원의 범치는 다른 수사기관에서 수사하는 '수사상피제'를 도입하고, 수사권 (불)행사에 관한 수사기관간 협의와 조정을 담당하는 '수사기관협의회'를 신설하여야 한다.

• 논문제출: 2026. 07. 01. • 심사개시: 2026. 07. 08. • 게재확정: 2026. 07. 22.

* 명지대학교 법학과 교수

I. 서 론

2020년대 한국은 검찰개혁을 중심으로 한 형사사법체계의 대전환기를 맞고 있다. 문재인 정부 시기인 2020. 1. 14. 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률(이하 “공수처법”)이 제정되었고, 2020. 2. 4. 검찰청법과 형사소송법이 개정되었다(이하 각각 “2020년 개정 검찰청법”, “2020년 개정 형사소송법”)¹). 2020년 개정 검찰청법은 검찰청 검사²)의 수사 개시권의 범위를 제한하였다. 2020년 개정 형사소송법은 검사의 (사법)경찰³)에 대한 일반적 수사지휘권과 경찰의 전건송치 의무를 폐지하고, 경찰이 기소할 수 없다고 판단하면 검찰에 송치하지 않고 불송치 결정을 할 수 있도록 하였다. 이와 함께 경찰 수사에 대한 통제를 보완하기 위하여 검사의 시정조치요구, 보완수사요구, 재수사요청 등이 도입되었다(형사소송법 제197조의3, 제197조의2, 제245조의8)⁴).

이재명 정부 시기인 2026. 10. 2. 검찰청이 폐지되고, 공소청과 중대범죄수사청(이하 “중수청”)이 출범할 예정이다(공소청법 부칙 제1조, 제2조; 중대범죄수사청 조직 및 운영에 관한 법률(이하 “중수청법”) 제1조). 검찰청이 폐지되고 공소 전담 기구인 공소청이 출범하며, 기존에 검찰이 주로 담당하였던 대형 경제 사건 등 소위 “중대범죄”를 전담하는 중수청이 신설된다.

2021년 고위공직자범죄수사처(이하 “공수처”)의 출범, 2026년 중수청의 발족으로 일반수사기구인 경찰청(국가수사본부), 특별수사기구인 공수처, 중수청이 국가의 주요 수사를 담당하게 된다.⁵) 검찰이라는 가장 막강했던 수사권력의 퇴장과 공수처, 중수청의 등장에 따른 수사기관의 다원화, 전문화 및 분권화는 특정 기관의 권력 독점을 막고, 견제와 균형을 달성한다는 긍정적 효과가 기대되나, 실무적으로는 수사기관 간 관할 대상의 중복, 경쟁, 책임 회피와 진가로 인한 부작용이 발생할 가능성도 높아졌다. 특별수사기관들의 수사 대상이 복잡하게 됨으로써 중수청이 출범하는 초기

1) 문재인 정부에서는 2018. 6. 21. 수사와 기소의 분리를 추진한 ‘검·경 수사권조정 합의(안)’를 발표하였다. 이 수사권조정 합의안은 2017. 발표된 경찰개혁위원회의 권고안, 2018. 발표된 법무·검찰개혁위원회의 권고안을 바탕으로 경찰과 검찰의 의견을 청와대가 조정하는 방식으로 이루어졌다.

2) 이하에서 다른 수식어 없이 검사라고 하면 검찰청 검사를 의미한다. 특히, 고위공직자범죄수사처 검사나 공소청 검사와 비교를 할 필요가 있는 경우에는 검찰청 검사라고 한다.

3) 수사를 하는 경찰을 사법경찰이라고 하는데, 사법경찰은 수사 기능을 중심으로 한 용어이다. 형사소송법은 사법경찰이라는 용어를 사용한다. 중대범죄수사청 수사관, 근로감독관도 (특별)사법경찰이다. 본고에서는 경찰과 사법경찰을 혼용한다.

4) 2020년 개정 검찰청법, 개정 형사소송법 이전에는 검사는 경찰에 대한 수사지휘권, 경찰의 모든 수사에 대한 종결권, 제한 없는 수사권 등을 가진 수사의 주재자로 불렸다. 검사는 2020년 개정 형사소송법, 2020년 개정 검찰청법 하에서 수사의 주재자 지위를 잃었고, 경찰 수사에 대한 통제권 또는 감독권자로 축소되었다. 신동운, 간추린 형사소송법 제13판, 법문사, 2021, 33~34면; 이재상/조균석/이창운, 형사소송법, 박영사, 2021, 106~107면; 이주원, 형사소송법, 박영사, 2021, 88면; 강동욱/황문규/이성기/최병호, 형사소송법 강의, 도서출판 오래, 2021, 204면.

5) 해양경찰, 근로감독관 등 많은 특별사법경찰이 존재하지만 제한된 지면을 고려하여 본고에서는 경찰청, 중수청, 공수처를 위주로 검토한다.

에 형사사법시스템에 혼란이 있을 수 있다. 어느 수사기관에 고소, 고발을 하여야 하는지, 특정 사건에 대하여 어떤 수사기관이 수사를 담당하여야 할지가 명확하지 않을 수 있다. 수사기관들은 성과를 내기 용이한 ‘좋은 사건’, ‘빛을 보는 사건’에 대해서는 적극적으로 수사권을 행사하면서도, 열심히 해도 성과를 내기 어려운 ‘나쁜 사건’, 정치적 부담이 있거나 성과를 내는 것이 오히려 두려운 ‘민감한 사건’에 대해서는 수사를 자제하거나 다른 수사기관에 책임을 넘기려는 태도를 취할 가능성도 있다. 수사기관들이 자기 소속 직원들에 대한 수사를 하는 경우에는 그 수사 결과의 공정성에 대한 국민의 신뢰가 문제될 수 있다.

본고는 수사기관의 다원화 환경에서 발생할 수 있는 실무상 문제점을 검토하고, 이를 방지할 수 있는 형사소송법 개정 방안을 제시하는 것을 목적으로 한다. 공수처의 사례를 중심으로 그 동안 발생한 수사권 경합의 실태 및 문제점을 분석하고, 앞으로 전개될 형사사법시스템의 내용을 점검한다. 이를 통해 수사의 경합시 당해 사건의 수사에 적합한 수사기관이 수사권을 행사할 수 있도록 하는 합리적, 객관적 기준과, 이러한 기준이 안정적으로 적용될 수 있게 하는 제도적 메커니즘을 제시하고자 한다. 본고의 형사소송법 개정 방안의 핵심은 수사기관간 사건 이첩요청 및 이첩에 관한 ‘기준의 객관화’, 수사기관 소속 직원의 범죄는 다른 수사기관에서 수사하는 ‘수사상피제’ 도입, 수사권 행사에 관한 수사기관간 협의와 조정을 담당하는 ‘수사기관협의회’ 신설이다.

II. 수사기관 다원화 상황에서의 형사사법 시스템 검토

1. 공수처

(1) 수사 대상

공수처는 고위공직자범죄의 효율적이고 엄정한 처벌 및 검찰 견제를 위하여 설립되었다.⁶⁾ 공수처의 직무는 “고위공직자범죄등”의 수사 및 공소이다(공수처법 제3조). 공수처법 제2조 제1호, 제2호는 공수처의 인적 관할 대상이 되는 고위공직자와 그 가족을 규정하고, 공수처법 제2조 제3호, 제4호는 공수처의 물적 관할 대상이 되는 고위공직자범죄와 그 관련범죄(고위공직자범죄등 = 고위공직자범죄 + 관련범죄)를 규정하고 있다.⁷⁾ 따라서 공수처의 수사 관할은 고위공직자범죄등이다. 고위공직자에는 검찰청 검사가 포함되어 있는 것은 물론이고(공수처법 제2조 제1호 카목, 파목), 법관과 경무관 이상 고위 경찰이 포함되어 있다(공수처법 제2조 제1호 다목, 파목,

6) 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나?—공수처의 운영방향에 관한 제언—”, 형사정책 제32권 제2호, 2020, 126-127면; 이윤제, “국민의 공수처 VS 검찰의 수사처”, 형사법연구 제29권 제4호, 2017, 187면.

7) 공수처의 수사 대상에 대한 상세한 설명은 윤동호, “수사권 개혁의 한계”, 법학논총 제33권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2021, 138-140면 참조.

하목). 공수처법은 고위공직자 중에서 법관, 검사, 경무관 이상 경찰공무원(이하 “수사및사법고위공직자”)에 대하여는 다른 일반 고위공직자(일반고위공직자 = 고위공직자 - 수사및사법고위공직자)와 달리 수사권 외에 공소권까지 부여하고 있다⁸⁾. 형사사법시스템을 구성하는 경찰, 검찰, 법원에 대한 견제의 취지를 포함하고 있다(공수처법 제3조 제1항 참조). 공수처법이 규정하고 있는 고위공직자범죄등에 대하여 경찰도 수사권을 가지고 있으며, 그것이 중수청의 수사대상인 “중대범죄등”에 해당하는 경우에 중수청도 수사권을 가지므로, 공수처만이 단독으로 수사권을 가지는 전속적 관할은 아니다.

(2) 다른 수사기관과의 관계(우선적 관할권) - 공수처법 제24조⁹⁾

공수처법 제24조는 중수청법 제43조에도 그 취지가 반영되어 있으므로 여기서 그 내용을 조금 상세히 보도록 한다. 공수처법은 고위공직자범죄등을 전담하는 공수처가 효율적 수사를 할 수 있도록 하기 위하여 공수처에게 다른 수사기관에 대하여 수사권 행사의 우선적 선택 권한을 주는 소위 우선적 관할권이라는 제도를 도입하였다. 공수처의 우선적 관할권은 협의로는 제1항의 이첩요청권을 말한다. 다른 수사기관의 공수처에 대한 통지의무(제2항), 공수처가 다른 수사기관으로 사건을 이첩을 할 수 있는 권한(제3항) 또한 실질적으로 공수처의 선택권과 우선권을 강화하므로 광의의 우선적 관할권에 포함된다. 우선적 관할권 제도를 통해서 중복수사로 인한 피의자의 부담을 피할 수 있고, 국가적으로는 수사자원의 효율적 배분이 이루어진다.¹⁰⁾

현행 공수처법 제24조(다른 수사기관과의 관계)는 다음과 같다. 공수처가 수사하는 사건과 다른 수사기관이 수사하는 사건이 동일하고, 수사의 진행 정도 및 공정성 논란 등에 비추어 다른 수사기관이 범죄수사를 하는 것보다 공수처에서 수사를 하는 것이 적절하다고 공수처장이 판단한 경우에 다른 수사기관에 이첩을 요청을 할 수 있다. 이러한 요건이 충족되면 다른 수사기관은 이에 대하여 이첩의무를 진다(제1항 이첩요청권). 수사의 경합시 다른 수사기관에 대한 공수처의 우선권을 직접적으로 인정하고 있다(협의의 우선적 관할권).

제2항은 공수처의 수사 착수와 공수처의 이첩요청권 행사를 뒷받침한다. 다른 수사기관이 고위공직자범죄등을 발견한 경우에 이를 공수처에 통보하도록 하여 공수처가 수사에 착수할 것인지, 이첩요청권을 행사할 것인지 여부를 결정할 수 있도록 도와 준다(다른 수사기관의 통보의무).

제3항은 소규모의 공수처가 모든 고위공직자범죄등 사건을 처리하기 어려우므로,

8) 공수처법의 인적 관할 대상이 되는 전체 고위공직자에 대하여 공수처가 수사권을 가지지만 법관, 검사, 경무관 이상 경찰공무원에 대하여만 공수처가 기소권을 가진다. 따라서 공수처법에서는 “고위공직자 = 일반 고위공직자(수사권만) + 수사 및 사법 고위공직자(수사권 + 기소권)”라는 공식이 성립한다.

9) 이윤제, “공수처의 우선적 관할권 행사의 문제점과 개선 방안”, 저스티스 통권 제205호, 2024, 398-402면 참조.

10) 제24조 제4항은 제2항의 다른 수사기관의 통지에 대한 공수처의 업무 처리를 규정한 것으로 본고에서는 중요성이 크지 않으므로 이하에서는 설명을 생략한다.

공수처가 수사하고 있는 사건 중에서 피의자, 피해자, 사건의 내용과 규모 등에 비추어 다른 수사기관이 수사하는 것이 더 적절한 사건은 다른 수사기관으로 이첩할 수 있도록 하였다(이첩권).¹¹⁾ “중대범죄등”에 해당하는 경우라면 특별한 사유가 없는 한 중수청을 설립하는 취지에 비추어 경찰보다는 중수청으로 이첩하는 것이 타당할 것이다.

(3) 수사상피제

공수처법은 뒤에 설립되는 중수청법에는 없는 특별한 규정을 가지고 있다. 고위공직자 부패 및 비리 범죄 외에 검찰 견제의 취지도 함께 가지고 설립된 공수처는 수사기관의 수사상피 제도가 검찰과 공수처 사이에 적용되도록 하였다.

공수처장은 공수처 검사의 범죄 혐의를 발견한 경우에 관련 자료와 함께 이를 대검찰청에 통보하여야 한다(공수처법 제25조 제1항). 공수처 검사는 공수처의 인적 관할인 고위공직자에 포함되어 있지 않기 때문에 공수처는 그 구성원인 공수처 검사에 대한 수사권이 없다(공수처법 제2조 제1호). 따라서 공수처에서 공수처 검사의 범죄 혐의를 발견한 경우는 수사에 이를 정도로 공수처 검사의 범죄 혐의가 명확한 경우 뿐만 아니라 수사 이전의 단계에서 수사에 착수할 만한 구체적 단서가 포착된 경우를 말한다. 한편, 일반사범경찰인 경찰의 공수처 검사에 대한 수사를 제한하는 규정이 없으므로 경찰도 공수처 검사의 범죄에 대한 관할권을 가진다.¹²⁾ 검찰청 검사와 경찰이 모두 공수처 검사에 대한 수사권을 가지고 있음에도 불구하고(검찰청법 제4조 제1항 제1호 나목 참조), 공수처법 제25조 제1항은 공수처 검사의 범죄 혐의를 대검찰청에 통보하도록 하고 있다. 공수처에 검찰청 검사에 대한 수사권과 기소권을 부여하면서, 견제와 균형을 고려하여 검찰에게 공수처 검사의 범죄에 대한 수사권과 기소의 우선적 기회를 부여한 것이다. 한편, 공수처 외의 다른 수사기관이 검찰청 검사의 고위공직자범죄 혐의를 발견한 경우 그 수사기관의 장은 사건을 공수처에 이첩하도록 하고 있다(공수처법 제25조 제2항).

공수처법 제25조 제1항과 제2항은 공수처 검사의 범죄는 검찰에서 수사하고, 검찰청 검사의 수사는 공수처에서 담당하는 수사기관간 수사상피 제도를 도입한 것이다. 수사기관 소속 직원의 범죄에 대한 수사기관들의 행태에 대해서 그 동안 “자기 식구 감싸기”, “팔이 안으로 굽는다”는 비판이 있었고, 수사기관에 대한 국민 불신의 원인이 되었다.¹³⁾ 검찰청 검사, 공수처 검사가 자신들의 소속 기관에서 동료들에 의해 수

11) 이윤제, “국민의 공수처 VS 검찰의 수사처”, 형사법연구 제29권 제4호, 한국형사법학회, 2017, 197-198면.

12) 공수처 설립 당시에는 중수청이 없었다. 현재 공수처 소속 공무원의 범죄는 중수청의 수사 대상인 중대범죄등에 포함되어 있으므로 중수청은 공수처 검사의 범죄에 대한 수사권을 갖는다(중수청법 제2조 제2호 가목).

13) 참여연대, 2019. 3. 25. “[공수처수첩②] 김학의는 어떻게 무혐의가 되었나”, <https://peoplepower21.org/judiciary/1619790>, 2026. 6. 30. 최종 접속; 조선일보, 2022. 4. 24. “경찰의 ‘제 식구 감싸기’ ... 동료 잘못 덮으려 거짓 조서 꾸며”, <https://www.chosun.com/national/regional/gangwon/2022/04/24/LP4TL2S2MNBFXFHJDUWYUFRRRI/>, 2026. 6. 30. 최종 접

사를 받는 경우를 피함으로써 수사 결과에 대한 국민의 신뢰를 확보하자는 것이다.

2017. 9. 18. 법무·검찰개혁위원회가 발표한 “고위공직자범죄수사처 설치와 운영에 관한 법률(안)”(이하 “개혁위 공수처법안”)은 “수사기관공직자범죄 개념”과 “공수처 검사의 범죄와 수사기관공직자범죄의 의무적 이첩”을 통하여 검찰, 공수처, 경찰 사이에 수사상피제도가 적용되도록 하였다.¹⁴⁾ 수사기관공직자범죄는 검찰청 검사 또는 경무관급 이상 경찰공무원이 범한 죄를 말한다(개혁위 공수처법안 제2조 제4호). 개혁위 공수처법안은 일반 고위공직자와 달리 수사를 담당하는 검찰청 검사 또는 경무관 이상 경찰에 대하여, 고위공직자범죄에 한하지 않고, 모든 범죄가 공수처의 관할이 되도록 특별 취급을 하였다. 개혁위 공수처법안 제21조(공수처 검사의 범죄와 수사기관공직자범죄에 대한 수사)는 현행 공수처법 제25조(수사처검사 및 검사 범죄에 대한 수사)의 모델 규정인데, 공수처장은 공수처 검사의 범죄혐의를 발견한 경우에 그 사건을 대검찰청에 이첩하도록 하고, 한편, 소속 검찰청 검사 또는 경무관 이상 경찰의 범죄 혐의를 발견한 기관의 장은 그 사건을 공수처에 이첩하도록 하였다(개혁위 공수처법안 제21조 제1항, 제2항).¹⁵⁾ 개혁위 공수처법안 제2조 제4호와 제21조 제1항, 제2항에 따라 경무관 이상 경찰공무원의 범죄와 검찰청 검사의 범죄는 공수처에서, 공수처 검사의 범죄는 검찰에서 담당하도록 함으로써 수사를 담당하는 기관들은 자기 소속 고위공직자의 범죄를 수사하지 못하게 하였다. 개혁위 공수처법안의 수사상피제가 현행 공수처법의 수사상피제와 다른 특징은, 인적 적용 범위에서 검찰청 검사와 공수처 검사 사이에만 적용되는 것이 아니라 경무관 이상 경찰에까지 적용되도록 하였고, 물적 적용 범위에서는 범죄대상을 고위공직자범죄에 제한하지 않고 검찰청 검사와 경무관 이상 경찰의 모든 범죄에 대하여 공수처가 수사권을 행사하도록 하였다는 점이다. 수사기관의 수사에 있어서 “자기 식구 감싸기”, “팔이 안으로 굽는다”는 비판은 검찰과 공수처에만 적용되는 것이 아니므로 경찰의 범죄에 대하여도 경찰이 아닌 다른 수사기관에서 수사하도록 하는 것이 일관성을 갖는다는 점, 공수처 검사의 모든 범죄에 대하여 검찰청 검사가 수사권을 가지면서 검찰청 검사의 고위공직자범죄에 대하여만 공수처 검사가 수사권을 갖는 것은 상호 견제와 균형의 취지에 부합하지 않는 점에서 개혁위 공수처법안은 타당성을 갖는다.

속; 중앙일보, 2025. 8. 10. “아악, 팔 꺾었다!” 경찰 원맨쇼 ... 그 일가족 품비박산 났다”, <https://www.joongang.co.kr/article/25356289>, 2026. 6. 30. 최종 접속.

- 14) 법무부는 2017. 8. 9. 법무·검찰 개혁방안 마련을 위한 법무부장관의 자문기관인 법무·검찰개혁위원회를 구성하였다. 2017. 9. 18. 법무·검찰개혁위원회는 “고위공직자범죄수사처 설치와 운영에 관한 법률(안)”이 포함된 공수처 설치방안 권고를 발표하였고 이 개혁위 공수처법안을 법무부와 국회에서 수정한 것이 현행 공수처법이다.
- 15) 개혁위 공수처법안 제21조(공수처 검사의 범죄와 수사기관공직자범죄에 대한 수사) ① 처장은 공수처 검사의 범죄혐의를 발견한 경우에 그 사건을 대검찰청에 이첩한다.
 ② 소속 검사 또는 소속 경무관급 이상 경찰공무원의 범죄 혐의를 발견한 기관의 장은 그 사건을 공수처에 이첩한다.
 ③ 공수처와 다른 수사기관은 고위공직자범죄 등의 적정한 처리를 위하여 상호 협력하여야 한다.

(4) 공수처의 수사권 행사 실태와 문제점

공수처는 설립 초기에 사건을 처리하지 않고 장기간 보유하다가 단기간에 대량으로 다른 수사기관으로 이첩하였다.¹⁶⁾ 이첩의 시기와 규모에 비추어 공수처법 제24조 제3항의 요건이 충족되어서가 아니라 사건이 쌓이자 부담을 피하기 위해 대량의 사건을 일괄적으로 다른 수사기관으로 이첩한 것으로 보인다.

공수처는 김**의 전 법무부 차관 출국금지 등 사건과 관련하여 이**, 이** 검사의 사건을 검찰로 이첩하면서 공수처가 공소제기 여부를 결정할 수 있도록 검찰이 수사를 한 후에 다시 공수처로 이첩할 것을 요청하였다(소위 공소권 유보부 이첩). 공수처법에는 공수처가 다른 수사기관에 대하여 수사지휘를 할 수 있다는 규정이 없고, 이첩을 하면서 동시에 그 사건을 다시 공수처로 다시 이첩하도록 요청할 수 있다는 규정도 없다. 공수처는 제24조 제1항과 제3항을 결합하여 공소권 유보부 이첩권이라는 새로운 권한을 만들려 하였다.¹⁷⁾ 논란이 일자 공수처는 2021. 5. 4. 공수처 사건 사무규칙 제14조 제3항, 제25조 제2항에 공소권 유보부 이첩의 근거 조항을 도입하였다가, 2022. 3. 14. 사건사무규칙을 개정시에 위 공소권 유보부 이첩 관련 조항을 삭제하였다.

공수처가 이** 검사의 소위 윤중천 면담보고서 사건을 검찰에 이첩한 것도 많은 비판을 받았다. 공수처는 이 사건을 수사한 후 2021. 12. 17. 검찰에 기소의견으로 송치(이첩)하였고, 검찰은 같은 달 28. 허위공문서작성 등 혐의로 기소하였다.¹⁸⁾ 공수처의 설립 취지에 비추어 피의자가 검찰청 검사인 경우는 공수처가 처리하는 것이 타당한 점, 공수처가 기소의견으로 검찰에 이첩(송치)한 후 얼마 안 있어 검찰이 기소한 점에 비추어 검찰로 사건을 이첩하기 이전에 공수처가 수사를 사실상 종결한 것으로 보이는 점 등 피의자, 피해자, 사건의 내용과 규모 등에 비추어 다른 수사기관이 고위공직자범죄등을 수사하는 것이 적절한 경우가 아니다. 공수처는 다른 수사기관이 고위공직자범죄등을 수사하는 것이 적절하다고 공수처장이 “주관적”으로 판단하면 공수처의 설립 취지에 “객관적”으로 어긋나고, 제24조 제3항의 이첩 요건에 “객관적”으로 부합하지 않더라도 합법이라는 입장으로 보인다. 공수처의 우선적 관할권

16) 공수처는 2022. 1. 1.부터 같은 해 2. 24.까지 약 두달 동안 650여건을 검찰로 이첩하였다. 이는 공수처가 2021년 검찰로 이첩한 1390건의 절반가량인 약 47%에 달하였다. 중앙일보, 2022. 2. 25. “[단독] 1~2월만 檢에 650개 ‘사건 떨어’ … 공수처, 이유 있었다”, <https://www.joongang.co.kr/article/25051109#home>, 2026. 6. 18. 최종 접속.

17) CBS 노컷뉴스, 2021. 6. 17, “김진욱 공수처장, 법원 판단과 다른 ‘유보부 이첩론’ 고수”, <https://www.nocutnews.co.kr/news/5573179>, 2026. 6. 19. 최종 접속.

18) 법률신문, 2021. 5. 18. “공수처 2호 사건은 ‘이규원 검사 윤중천 허위 면담보고서 작성 의혹’”, <https://www.lawtimes.co.kr/news/170181?serial=170181&kind=AD01&page=0> 2026. 6. 29. 최종 접속; KBS 뉴스, 2021. 12. 17. “공수처, 이규원 검사 허위 면담보고서 작성 의혹 사건 대검 이첩”, <https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=5351201> 2026. 6. 29. 최종 접속; 참여연대, “그사건그검사, 이규원 검사의 윤중천 면담보고서 왜곡·유출 의혹 수사(2021)”, https://p.peoplepower21.org/WatchPro/case_detail.php?id=279 2026. 6. 29. 최종 접속; 한겨레, 2021. 12. 28. “‘윤중천 면담보고서 허위작성 의혹’ 이규원 검사 불구속 기소”, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1025120.html 2026. 6. 29. 최종 접속.

의 남용을 통제할 수 있는 공수처법상의 메커니즘은 존재하지 않기 때문에 공수처의 이첩을 막는 것을 불가능했지만, 이러한 공수처의 행태는 결국 뒤에 보는 바와 같이 공수처에 대한 국민의 신뢰 추락으로 이어졌다.

동일한 사건에 대한 공수처의 이첩요청과 이첩의 반복도 문제이다. 앞에서 언급한 김**의 전 법무부 차관 출국금지 사건과 관련하여 공수처는 검찰로부터 이첩받은 문**, 김** 검사 사건을 검찰로 (재)이첩하였다가, 2021. 6. 6. 검찰에 대하여 공수처로 (재제)이첩할 것을 요청하였고, 검찰이 이에 응하지 않자 위 문**, 김** 검사를 입건하고 다시 (재제)이첩을 요청하였다가 검찰로부터 다시 거절당하였다. 결국 공수처는 검찰로부터 문**, 김** 검사에 대한 사건을 (재제)이첩받지 못한 상태에서 수사에 착수하였다. 공수처는 제24조 제1항과 제3항을 순차적으로 적용하여 같은 사건에 대하여 공수처의 결정에 따라 이첩과 이첩요청을 반복하는 것이 가능하다는 입장으로 보인다. 다른 수사기관이 반발을 하였고, 공수처는 이에 대한 실질적인 조치를 취하지 못하였다. 공수처의 권위가 추락하였고 공수처에 우선적 관할권 부여함으로써 피하고자 했던 중복수사의 길이 열리게 되었다.¹⁹⁾

2024. 12. 3. 발생한 윤석열 전 대통령의 내란 사건(이하 “123 내란 사건”)에 대하여 공수처는 같은 달 13. 검찰과 경찰에 사건의 이첩을 요청했다. 공수처법 제24조 제1항 “이에 응하여야 한다”는 의무 규정에 따라 검찰과 경찰은 123 내란 사건을 공수처에 이첩하였다. 공수처의 123 내란 사건 수사는 공수처의 수사권의 범위, 수사 절차에 관한 여러 가지 논란을 일으켰고, 결국 법원에서 윤석열 전 대통령에 대한 구속 취소를 결정하는 발미를 제공하였다.²⁰⁾ 그런데, 당시 공수처는 2023. 7. 19. 해

19) KBS 뉴스, 2021. 6. 8. “수원지검, ‘김학의 사건’ 연루 검사 3명 공수처 이첩 요청 거부 의견 개선”, , <https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=5204506>, 2026. 6. 29 최종 접속; 경향신문, 2021. 6. 14. “공수처 검찰 치킨게임에 ... 중복수사 우려 현실화”, <https://www.khan.co.kr/article/202106142203005>, 2024. 6. 30. 최종 접속; CBS 노컷뉴스, 2021. 6. 17. “김진욱 공수처장, 법원 판단과 다른 ‘유보부 이첩론’ 고수”, <https://www.nocutnews.co.kr/news/5573179>, 2026. 6. 26. 최종 접속.

20) “내란우두머리(수괴) 혐의로 구속기소됐던 윤석열 대통령이 법원의 구속취소로 지난 8일 석방되면서 고위공직자범죄수사처(공수처)가 비판을 받고 있다. 부족한 수사 역량과 의지로 내란수사에 뛰어들어 수사를 되레 꼬이게 했다는 것이 핵심이다. ... 정작 공수처는 사건을 넘겨받고도 수사에 속도를 내지 못했다. 수사에 착수하고 윤 대통령에 대한 체포영장을 법원에 청구할 때까지 3주 동안 이렇다 할 성과를 보여주지 못했다. ... 공수처는 윤 대통령에 대한 체포영장을 발부받는 과정에서 ‘영장쇼팽’ 오명을 쓰는 등 적법성 논란에 휘말렸다. 윤 대통령 체포도 두 차례 시도 끝에 지난 1월 15일 경찰 도움을 받아 성공했다. 체포를 하고도 조사는 뜻대로 안 됐다. 윤 대통령은 한 차례 진행된 대면조사에서 답변을 거부했고, 이후부터는 아예 조사에 임하지 않았다. 윤 대통령이 지난 1월 19일 구속 영장 발부 이후에도 조사에 불응하자 공수처는 나흘 만인 지난 1월 23일에 기소권이 있는 검찰에 사건을 넘겼다. 공수처의 무리한 이첩요청이 되레 수사에 방해가 됐다는 지적이 나오는 배경이다. ... 양홍석 변호사는 “공수처가 (내란 사건) 이첩을 요구한 건 과욕이었다”며 “사건을 가져간 이후 출석 요구와 체포영장 집행 등으로 초기 한 달 시간을 흘려보내며 수사를 망쳐버렸다”고 말했다. 대전지역의 한 부장판사는 “공수처가 무리하게 끼어들어 논란을 야기한 것 자체로 혼란을 줬다”며 “실체에 집중해 유무죄를 따져야 하는 사건에서 절차문제가 너무 커져버렸다”고 말했다. 공수처 관계자는 윤 대통령 석방과 관련해 “상급법원 판단을 받지 못하게 돼 유감이다”면서도 “내란 수사권은 문제가 없다”고 말했다.” 경향신문 2025. 3. 10. “윤석열 석방에도 ‘책임 없다’는 공수처, 무리한 ‘이첩요청권’ 행

병대원이 수해복구작전 중 순직한 사건에 대한 수사 외압 의혹(이하 “순직해병 수사 외압 사건”)에 대하여 2023. 8. 23., 같은 해 9. 5. 고발을 접수하였음에도 1년이 넘는 기간 동안 이렇다 할 수사의 진척을 보이지 못하고 있었다.²¹⁾ 이런 상황에서 공수처는 경찰과 검찰이 수사하고 있던 123 내란 사건에 대하여 이첩요청권을 행사하였던 것이었다. 이후 공수처의 123 내란 사건 수사는 많은 사람들의 걱정과 우려를 낳았다.²²⁾ 한편, 순직 해병 수사 방해 및 사건 은폐 등의 진상규명을 위한 특별검사의 임명 등에 관한 법률에 따라 임명된 특별 검사(이하 “채상병 특검”)는 순직해병 수사 외압 사건에 대한 수사 책임의 불이행과 관련하여 공수처를 수사하였다.²³⁾

공수처는 일부 사건에서 적극적 수사를 통해 상당한 성과를 내기도 하였으나²⁴⁾, 큰 국민적 신뢰를 얻지는 못했다. 국민의 약 80%에 가까운 지지를 얻어 설립되었지만,²⁵⁾ 여러 가지 논란에 말리면서 폐지 42.8% vs 유지 39.6%, 수사 전문성·독립성

사부터 수사 꼬였다”, <https://www.khan.co.kr/article/202503101502001>, 2026. 6. 19. 최종 접속.

- 21) “순직 해병 사건은 지난해 7월 김종호우 실종자 수색 작전에 투입된 해병대 소속 채모 상병이 사망한 채 발견된 사고다. 수사 과정에서 임성근 당시 해병대 1사단장의 구명 로비 등도 제기됐다. 이 사건을 수사하는 공수처는 사건 발생 후 1년이 지났는데도 주요 피의자들을 소환조차 못 하고 있어 ‘수사 지연’ 비판을 받고 있다. 이와 관련 공수처 관계자는 “(인력 부족의) 영향이 없다고는 절대 말할 수 없다”고 말했다. 이어 “해병대 순직 사건 수사팀 검사들이 많이 배치됐다. 수사관들도 당연히 배치가 좀 더 이뤄졌다”며 “인사에 담긴 메시지가 대신 설명할 수 있을 것”이라고 덧붙였다. 정치 브로커 명태균 씨와 윤석열 대통령 부부의 공천개입 의혹에 대해서도 “검찰 수사 상황을 지켜보고 있고 저희가 할 수 있는 차원에서 법리 검토를 계속하고 있다”고 설명했다.” 뉴데일리 2024. 11. 5. “공수처 ‘순직 해병 사건’ 수사 집중할 수밖에”, <https://www.newdaily.co.kr/site/data/html/2024/11/05/2024110500145.html>, 2026. 6. 19. 최종 접속.
- 22) 2025년 1월 기관별 국민신뢰도 조사에서 공수처 신뢰 15%(불신 74%), 검찰 신뢰 22%(불신 44%), 경찰 신뢰 47%(불신 44%)로 나타났다. 검찰총장 출신 윤석열 전 대통령의 내란 사태 직후의 여론 조사에서 검찰보다도 신뢰도가 낮았고, 불신이 74%에 이르렀다. 뉴스1 2025. 1. 10. “공수처 신뢰한다” 고작 15% … 경찰 47% · 검찰 22%”, <https://www.news1.kr/politics/president/5657229> 2026. 6. 19. 최종 접속.
- 23) 채상병 특검은 순직해병 수사 외압 사건에 대한 공수처의 수사와 관련된 별도의 범죄혐의 등에 대하여 공수처장, 공수처 차장검사, 전 공수처 수사3부장 검사를 직무유기, 공수처장 대행을 지낸 전 수사1 부장검사를 직권남용권리행사방해, 전 수사2 부장검사를 직권남용권리행사방해와 위증 등으로 기소하였다. 중앙일보 2025. 10. 15. “해병특검, ‘채상병수사 은폐·지연’ 공수처 압수수색…공수처장 입건”, <https://www.joongang.co.kr/article/25373887>, 2026. 6. 19. 최종 접속; MBC 뉴스 2025. 10. 28. “채상병 수사 공수처서도 막혔다 … ‘윗선이 외압’”, https://imnews.imbc.com/replay/2025/nw2500/article/6769409_36832.html, 2026. 6. 16. 최종 접속; 중앙일보 2025. 11. 26. “출범 5년 공수처 ‘초유의 수모’ … 처장 · 차장 직무유기로 법정 선다”, <https://www.joongang.co.kr/article/25385204>, 2026. 6. 19. 최종 접속.
- 24) 공수처가 기소한 손준성 검사의 소위 ‘고발사주 의혹’ 사건은 1심에서 유죄를 선고받았다. 나중에 대법원에서 무죄 판결이 확정되기는 하였지만, 대검찰청 등에 대한 압수수색을 실시하는 등 적극적인 수사 의지를 보였었다. 동아일보 2024. 2. 2. “‘고발사주’ 손준성, 檢 면죄부 받고 검사장까지 됐으나 유죄”, <https://www.donga.com/news/Opinion/article/all/20240201/123349418/1>, 2026. 6. 18. 최종 접속; 중앙일보 2025. 4. 25. “‘고발 사주’ 의혹 손준성 검사장, 무죄 확정”, <https://www.joongang.co.kr/article/25331053>, 2026. 6. 20. 최종 접속.
- 25) 폴리뉴스 2019. 3. 4. [KSOI] 공수처 설립 ‘찬성82.9% > 반대12.6%’, <http://www.polinews>.

미흡 70%, 수사 불공정 57.1%라는 여론조사 보도까지 나왔다.²⁶⁾ 2025년 1월 기관별 국민신뢰도 조사에서 공수처 신뢰 15%(불신 74%), 검찰 신뢰 22%(불신 44%), 경찰 신뢰 47%(불신 44%)였고²⁷⁾, 2025년 3월 조사에서는 공수처 신뢰 29%(불신 59%), 검찰 신뢰 26%(불신 64%), 경찰 신뢰 48%(불신 41%)였다.²⁸⁾ 공수처와 검찰이 서로 신뢰도 최하를 다투고 있다는 점을 알 수 있다.

형사사법시스템 운용의 측면에서 심각한 문제는 공수처의 빈번한 부적절한 수사권 행사(불행사)이다. 법무부와 검찰의 방해 속에서 소규모 조직으로 탄생한 공수처가 초기에 수사 성과를 보이지 못할 것은 예상할 수 있었다. 그러나, 중요 사건의 수사에 선택과 집중을 할 수 있도록 소규모의 공수처에게 부여한 우선적 관할권을 공수처가 자신의 권한 증대와 책임 회피를 위하여 남용할 것이라고 예상한 사람은 많지 않았다. 다른 수사기관에 대한 이첩요청권과 다른 수사기관으로의 이첩권의 남용, 수사의 지연, 해태 및 회피는 공수처의 특징이 되었다. 공수처법에 규정된 이첩요청과 이첩의 요건이 충족되는지 여부는 공수처장이 주관적으로 결정한다는 입장이었다. 순직해병 수사 외압 사건처럼 공수처의 적극적 수사가 절실히 요청되는 경우에도 공수처는 수사를 지체하였다.²⁹⁾ 정치적 고려에 따라 공수처가 수사를 지연할 경우에 다른 수사기관도 마찬가지로 이유로 수사를 지체하였고 결국 공수처의 설립 취지와 우선적 관할권의 취지는 몰각되었다. 고위공직자범죄의 전담 수사기관이 수사를 하지 않는데 굳이 다른 수사기관이 나서서 부담을 질 이유가 없었다.

공수처의 사례는 형사소송법 개정 방향에 대한 시사점을 보여준다. 현행 공수처법은 국민의 불신을 받는 공수처와 국민의 신뢰를 받는 경찰의 수사가 경합할 때 공수처가 우선권을 남용하는 것을 막지 못한다. 중수청도 공수처에 상응하는 우선적 관할권(중수청법 제43조)을 가지고 있는데, 중수청까지 우선적 관할권을 남용할 경우에 우리 형사사법시스템은 심각한 도전에 직면하게 될 것이다. 수사기관의 수사권 행사와 수사기관간 사건의 배분이 공정하고 합리적인 객관적 기준에 따라 안정적으로 이루어지도록 하는 시스템을 형사소송법에 도입하여야 한다.

co.kr/news/article.html?no=384044, 2026. 6. 20. 최종접속.

26) 머니투데이 2022. 1. 5. '통신조회' 논란 공수처 폐지 42.8% vs 유지 39.6%, <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2022010513160862080&outlink=1&ref=https%3A%2F%2Fsearch.daum.net> 2026. 6. 29. 최종접속; 아시아경제 2022. 1. 3. [아경 여론조사]국민 10명중 7명, "공수처 수사 전문성·독립성 미흡하다" <https://view.asiae.co.kr/article/2022010310564825307> 2026. 6. 29. 최종접속; 데일리안, 2022. 1. 4. [데일리안 여론조사] 공수처 수사 "불공정하다" 57.1% <https://www.dailian.co.kr/news/view/1069873/?sc=Daum> 2026. 6. 29. 최종접속.

27) 뉴스1 2025. 1. 10. "공수처 신뢰한다" 고작 15% ... 경찰 47% · 검찰 22%", <https://www.news1.kr/politics/president/5657229> 2026. 6. 19. 최종 접속.

28) 시사저널 2025. 3. 14. 현재 신뢰도 53%...공수처 등 6개 기관 중 신뢰도 꼴찌는 '검찰', <https://www.sisajournal.com/news/articleView.html?idxno=327058> 2026. 6. 19. 최종 접속.

29) 공수처는 순직해병 수사 외압 사건의 배후로 지목되는 대통령이 123 내란 사건으로 경찰과 검찰의 수사를 받게 되고 구속이 되기 직전 단계에 이르자 가장 적극적으로 수사에 나섰다.

2. 경찰

(1) 수사 대상

경찰은 수사대상 범죄에 대하여 제한이 없는 일반 수사기관이다. 경찰의 임무는 ‘범죄의 수사’이다(국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률(이하 “경찰법”) 제3조 제3호, 경찰관 직무집행법 제2조 제2호). 수사를 위하여 경찰청 내에 국가수사본부를 두고 있으며, 국가수사본부장은 경찰의 수사에 관하여 각 시·도경찰청장과 경찰서장 및 수사부서 소속 공무원을 지휘·감독한다(경찰법 제16조 제1항, 제2항). 경찰에 관한 기본법인 경찰법이나 경찰관 직무집행법에서 경찰의 수사 대상을 제한하는 규정이 없으므로 다른 법률에서 이를 제한하는 특별한 규정이 없는 한 경찰은 모든 범죄에 대하여 수사권을 가진다.³⁰⁾

(2) 다른 수사기관과의 관계

현행 형사소송법은 검사와 경찰의 수사의 경합을 대상으로 하는 형사소송법 제197조의4(수사의 경합)만을 두고 있으며, 다른 수사기관간 수사가 경합하는 경우에 대한 일반적인 규정을 두고 있지 않다. 검찰청이 폐지되고 수사개시권이 없는 공소청이 출범함에 따라 형사소송법 제197조의4는 삭제될 운명이다.

다른 수사기관이 수사권이 없는 범죄에 대하여는 경찰만이 수사권을 가진다. 특별수사기관들의 수사 대상 범위가 불명확한 경우나, 경찰과 다른 수사기관의 수사가 경합하는 경우에 수사기관간 수사권 행사의 조정이 필요하게 된다. 중수청과 공수처는 중수청법과 공수처법에 따라 수사 대상 범죄에 대하여 일정한 우선적 관할권을 갖는다. 중수청과 공수처는 다른 수사기관에 대하여 이첩을 요청할 수 있고, 다른 수사기관으로 이첩을 할 수도 있다(중수청법 제43조, 공수처법 제24조). 중수청과 공수

30) 형사소송법 제245조의10(특별사법경찰관리) 제1항은 “삼립, 해사, 전매, 세무, 군수사기관, 그 밖에 특별한 사항에 관하여 사법경찰관리의 직무를 행할 특별사법경찰관리와 그 직무의 범위는 법률로 정한다.”고 규정하고 있고, 특별사법경찰관리에 대한 일반법으로서 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률이 있다. 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률 제6조의2(근로감독관 등)는 근로감독관이 사법경찰관으로서 근로기준법에 규정된 범죄 등에 대하여 수사를 할 수 있도록 하고 있고, 근로기준법 제105조(사법경찰관 행사자의 제한)는 “이 법이나 그 밖의 노동 관계 법령에 따른 현장조사, 서류의 제출, 심문 등의 수사는 검사와 근로감독관이 전담하여 수행한다. 다만, 근로감독관의 직무에 관한 범죄의 수사는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다(다만, 근로기준법 제105조는 2026. 4. 7. 개정으로 삭제되었고, 이 개정법은 2026. 12. 8.부터 시행된다). 이에 따르면 근로감독관 근로기준법이나 그 밖의 노동 관계 법령에 규정된 범죄에 대하여 수사권을 가지는 범위내에서 일반사법경찰인 경찰의 수사권이 제한되게 된다. 이런 경우는 경찰과 근로감독관의 수사의 경합은 발생하지 않을 것이다. 특별사법경찰에 대한 자세한 연구는 이근우, “특별사법경찰제의 체계적 통일성을 위한 기초연구”, 안암법학 제35권, 2011, 183-213면; 이근우, “검·경 수사지휘 논의에서 잊힌 문제-특별사법경찰관리에 대한 수사지휘-”, 형사정책 제30권 제2호, 2018, 233-261면; 이근우, “특별사법경찰제도 전면 개편의 필요성”, 형사정책 제32권 제3호, 2020, 31-63면 참조.

처의 우선권을 보장하기 위하여 중수청법과 공수처법에 따라 경찰은 이러한 범죄를 발견한 경우에 중수청과 공수처에 이를 통보할 의무를 진다. 우선적 관할권은 중수청과 공수처가 가지는 특수성과 전문성을 보장하는 역할을 하기도 하지만, 중수청과 공수처가 이러한 권한을 남용하는 경우에 대한 보완책도 필요하며, 이것은 형사절차에 대한 일반법인 형사소송법에 규정되어야 할 것이다.

3. 중수청

(1) 수사 대상

중수청법 제4조에 따라 중수청은 “중대범죄등”에 대한 수사권을 갖는다. “중대범죄”는 부패, 경제, 방위산업, 마약, 내란·외환, 사이버범죄, 법외국죄 등 중수청법 제2조 제1호에 규정된 범죄를 말한다. “중대범죄등”은 위 중대범죄를 포함하여 첫째, 공소청 소속 공무원, 경찰공무원(다른 법률에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행하는 사람을 포함한다), 공수처 소속 공무원, 법원 소속 공무원이 재직 중 저지른 범죄(이하 “수사·공소·사법공무원 범죄”), 둘째, 개별 법률에서 국가기관으로 하여금 중대범죄수사청이나 중대범죄수사청장에게 고발하도록 하거나 수사를 의뢰하도록 규정한 범죄, 셋째, 중대범죄, 수사·공소·사법공무원 범죄, 중수청 전속고발 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄를 말한다(중수청법 제2조 제2호)³¹⁾.

중수청이 중수청 소속 공무원에 대하여 수사권이 있는지가 문제될 수 있다. 경우를 나누어서 살펴본다. 먼저, 중수청 소속 공무원이 중수청법 제2조 제1호의 범죄(“중대범죄”)를 범한 경우에는 중수청이 수사권을 가지며, 이는 중수청법 제43조 제2항의 이첩요청의 대상이 된다. 그러나, 중수청 소속 공무원의 중대범죄에 대하여 중수청이 이첩요청권을 행사한다면 그 수사 결과의 공정성에 대한 의문이 제기될 수밖에 없다. 이러한 문제점을 시정하기 위하여 형사소송법에 수사상피제를 도입하는 것이 필요하다.

둘째, 중수청 소속 공무원이 중대범죄 외의 범죄(“일반범죄”)를 범한 경우이다. 중수청법 제2조 제2호 나목은 “중대범죄등”에 “경찰공무원(다른 법률에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행하는 사람을 포함한다)”을 포함하고 있다. 중수청의 수사관이나 기타 중수청 소속 공무원은 경찰공무원이 아니다. 중수청장을 포함하는 중수청 수사관은 특정직 공무원이며(중수청법 제12조, 제16조), 그 외의 중수청 직원으로 일반직 공무원이 있다(중수청법 제14조). 중수청법이 제정되기 전의 국가공무원법상 특정직 공무원에는 경찰공무원 외에 중수청 수사관이 별도로 존재하지 않았으나 중수청법의 제정과 함께 국가공무원법을 개정하면서 특정직 공무원에 중수청 수사관을 추가하였다(국가공무원법 제2조 제2항 제2호). 한편, 중수청 수사관은 “중수청법”에 따라 사법

31) 중수청법 제2조 제1호 다목 “중대범죄 및 가목·나목의 범죄와 관련하여 직접 관련성이 있는 범죄”는 “중대범죄 및 가목·나목의 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄”의 오타로 보인다. 중수청법의 개정 기회가 있으면 이를 정정하여야 할 것이다.

경찰관리의 직무를 수행하는 사람이므로, “다른 법률”에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행하는 사람이라고 할 수 없다(중수청법 제17조)³²⁾. 따라서 중수청은 중수청 소속 공무원의 “일반 범죄”에 대하여 수사권이 없다. 중수청법 제43조 제2항의 이첩요청권은 중수청법 제2조 제1호의 범죄를 대상으로 하므로 중수청법 제2조 제2호에 규정된 수사·공소·사법공무원 범죄에 대한 이첩요청권도 없다.

(2) 다른 수사기관과의 관계(우선적 관할권) - 중수청법 제43조

중수청법은 수사기관 다원화에 따른 대비를 하고 있다(중수청법 제43조). 중수청법 제43조는 제1항에서 공수처와 경찰(국가수사본부) 등 다른 수사기관과의 일반적 협력 의무를 선언하고 있다. 중수청법 제43조 제2항, 제3항, 제4항은 중수청이 중대범죄등에 대한 전담 기관으로서의 지위를 뒷받침하는 우선적 관할권을 규정하고 있다.³³⁾

중수청법 제43조 제2항은 다른 수사기관이 중수청 관할 범죄 중 대통령령으로 정하는 일정한 범죄를 인지한 경우³⁴⁾에 중수청에 통보하도록 하고 있다(다른 수사기관의 통보 의무). 중수청이 제43조 제2항의 이첩요청권을 행사할 수 있는 정보를 제공하는 역할을 한다.

제1항의 통보를 받거나 기타의 이유로 수사에 착수한 중수청은 동일한 중대범죄를 수사하는 다른 수사기관에 대하여 이첩을 요청할 수 있다(중수청의 이첩요청권, 중수청법 제43조 제3항 본문)³⁵⁾. 공수처법과 다른 점은 중수청장은 중수청에서 수사하는

32) 중수청법 제17조(수사관의 직무)는 “중대범죄수사청장 및 7급 이상 수사관은 중대범죄등의 수사에서 「형사소송법」 제197조 제1항에 따른 직무를 수행하고, 8급 이하 수사관은 같은 조 제2항에 따른 직무를 수행한다.”고 규정하고 있는데, 여기서 형사소송법을 인용하고 있다는 이유로 “다른 법률”인 형사소송법에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행하게 된다고 해석하기는 어렵다. 중수청법 제17조가 사법경찰관리의 직무를 수행할 수 있도록 하는 직접 규정이라고 보아야 한다. 다른 법률에 따라 사법경찰관리의 직무를 수행하는 경우는 형사소송법 제245조의10에 근거하여 제정된 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률을 염두에 둔 규정이다. 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률에 따라 사법경찰관리의 직무를 행하는 자를 특별사법경찰관이라고 한다. 중수청 수사관은 수사 대상의 제한이 없는 일반사법경찰관리는 아니므로 특별사법경찰관리에 해당하겠지만, 사법경찰관리의 직무를 수행할 자와 그 직무범위에 관한 법률의 적용 대상이 되는 특별사법경찰관리는 아니라는 점에서 형사사법시스템에서 매우 특별한 위치에 있다고 볼 수 있다.

33) 중수청법 제43조 제2항, 제3항, 제4항은 공수처법 제24조 제2항, 제1항, 제3항에 각각 상응하는 규정이다.

34) 중대범죄 또는 제2조 제2호 가목·나목의 범죄 중 대통령령으로 정하는 범죄를 인지한 경우

35) 다른 수사기관의 통지 의무, 공수처의 이첩요청의 대상에 대하여 공수처법은 공수처의 수사 대상 전체인 “고위공직자범죄등”으로 보고 있다(공수처법 제24조 제1항, 제2항 참조), 그런데 중수청법은 다른 수사기관의 통지 의무의 대상에 대하여는 “중대범죄 또는 제2조 제2호가목·나목의 범죄 중 대통령령으로 정하는 범죄”로 제한하고(제43조 제2항), 이첩요청의 대상은 “중대범죄”로 제한하고 있다(제43조 제3항). 중수청법이 공수처법과 다른 태도를 취하고 있는 이유를 알기 어렵다. 예를 들어, 중수청법 제2조 제2호 가목, 나목, 다목의 범죄가 이첩요청의 대상에서 제외될 만한 특별한 이유가 없는 것으로 보인다. 개별 법

것이 적절하다고 판단하면 이첩을 요청할 수 있고, 다른 수사기관은 정당한 사유가 없으면 이에 따라야 한다고 규정하여, 중수청장의 이첩요청이 위법, 부당하거나 권한의 남용에 해당하는 경우에는 다른 수사기관에서 이를 거절할 수 있도록 하고 있다. 공수처의 우선적 관할권 남용에 대한 그 동안의 비판을 수용한 것으로 보인다. 이첩요청권 행사 요건의 객관화는 중수청의 권한 남용에 대한 제한이 되겠지만, 한편으로는 이첩요청권 행사 요건의 충족 여부에 관하여 중수청과 다른 수사기관 사이에 이견이 발생할 때 중립적 입장에서 이를 조정할 제3의 기관의 필요성을 증가시킨다.

공수처법이 적용되는 범죄수사에 대하여 공수처에 이첩을 요청한 경우에는 공수처장이 그 이첩 여부를 결정할 수 있다(중수청법 제43조 제3항 단서). 공수처가 전담하는 고위공직자범죄등과 중수청이 전담하는 중대범죄에 대한 수사가 경합하는 경우에 공수처에게 우선권을 준다는 취지이다.

중수청장 또는 지방중수청장은 피의자, 피해자, 사건의 내용과 규모 등에 비추어 다른 수사기관이 중대범죄 또는 제2조 제2호 가목의 범죄(수사·공소·사법공무원 범죄)를 수사하는 것이 적절하다고 판단될 때에는 해당 수사기관에 사건을 이첩할 수 있다(중수청의 이첩권, 중수청법 제43조 제4항).

(3) 수사상피제의 부재

중수청법은 수사기관 수사상피 제도에 관한 공수처법 제25조에 상응하는 규정이 없다. 공수처법의 수사상피제는 검찰과 공수처 사이에 적용되는 것이므로 수사기관인 검찰청의 폐지와 함께 개정이 필요하며, 수사상피 제도로써의 의미를 상실할 것이다. 공수처법과 중수청법의 수사 대상 규정과 우선적 관할권 규정만으로 수사상피 제도의 취지를 살리기 어려우므로 형사소송법에서 이에 대한 일반적 규정을 둘 필요가 있다.³⁶⁾ 중수청과 공수처, 그리고 경찰은 각자 자기 소속 직원에 대한 범죄 혐의를 발견한 경우에 수사권을 가진 다른 수사기관에 통보하고, 다른 수사기관에서 이를 수사하도록 하는 규정이 형사소송법에 필요하다.³⁷⁾

물에서 국가기관으로 하여금 중대범죄수사청이나 중대범죄수사청장에게 고발하도록 하거나 수사를 의뢰하도록 규정한 범죄(중수청법 제2조 제2호 나목)이지만 중수청의 전속 관할은 아닌 경우도 있으므로 중수청의 설립 취지와 범죄 자체의 성격(중수청에 고발이나 수사를 의뢰하도록 한 규정의 취지)에 비추어 중수청의 이첩요청권 행사 필요성은 다른 범죄들에 비하여 더 크다. 특별법에 의해 특별수사기구의 설치할 때 법체계의 정합성을 세밀하게 검토하여야 할 것이다.

36) 중수청법 제43조 제2항의 이첩요청권을 활용한다고 하더라도 그 대상이 중수청법 제2조 제1호의 범죄(중대범죄)에 한정되어 있고, 수사·공소·사법공무원 범죄(제2조 제2호 가목)를 포함하지 않고 있어서 수사기관 수사상피제를 구현하지 못하고 있다. 수사·공소·사법공무원 범죄를 중대범죄등으로 규정하여 중수청의 전담 수사 대상으로 보고도 이를 중수청의 이첩요청권의 대상에 포함시키지 못한 것은 입법적 실수로 보인다. 다른 범죄보다도 수사·공소·사법공무원 범죄야말로 중수청의 적극적 수사가 필요한 사건이기 때문이다.

37) 중수청법은 검찰청법이 폐지되는 날 시행될 것으로 예정되어 있으므로, 중수청 수사관과 검찰청 검사 사이에서 수사상피의 상황이 발생하지 않는다.

III. 형사소송법 개정 필요성과 개정 방안

1. 검찰청 폐지와 공소청 출범

2020년 개정 형사소송법에서 신설된 제197조의4는 “수사의 경합”이라는 제목하에 동일한 범죄사실에 대하여 검사와 사법경찰관의 수사가 경합할 때 검사가 사건 송치를 요구할 수 있도록 하되, 검사가 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우에는 해당 영장에 기재된 범죄사실을 사법경찰관이 계속 수사할 수 있도록 하고 있다.³⁸⁾ 검사와 경찰의 수사가 경합하는 경우에 검사에게 우선권을 주면서도 경찰의 수사가 강제수사를 착수할 정도로 상당 부분 진행된 경우에는 경찰이 수사를 계속하도록 하는 예외를 인정하는 방식으로 수사권의 경합 문제를 해결하고 있다.³⁹⁾

공소청법 제4조 제1호⁴⁰⁾는 검찰청법 제4조 제1항 제1호⁴¹⁾에서 검사의 직무로서 규정된 “범죄의 수사”를 삭제하였다. 따라서, 검찰청을 폐지하고 출범하는 공소청은 새로운 사건에 대한 수사를 개시하지 못한다. 공소청은 송치받은 사건에 대하여 기소와 불기소 여부를 결정하고 공소를 담당하는 기관이므로 현행 형사소송법 제197조의4는 형사소송법 개정 과정에서 삭제될 것으로 예상된다. 공소청 검사가 사법경찰이 송치한 사건에 대하여 직접 보완수사를 할 수 있도록 할 것인지 여부에 대한 논의가

38) 형사소송법 제197조의4(수사의 경합) ① 검사는 사법경찰관과 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있다. ② 제1항의 요구를 받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건을 송치하여야 한다. 다만, 검사가 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우에는 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 있다; 형사소송법 제197조의4에 규정된 “동일한 범죄사실”의 의미에 대하여는 공소사실 변경의 한계가 되는 공소사실(범죄사실)의 동일성과 같은 개념으로 보는 것이 타당할 것이다(형사소송법 제298조 참조).

39) 검사에게 우선권을 준 이유에 대하여는 “검사의 직접수사에 대해 수사의 우선권을 인정한 것은 검사에게 일부 범죄에 대한 1차적 수사권을 준 것과 같은 맥락으로 볼 수 있다. 검사에게 일부 범죄에 대한 1차적 수사권을 준 것은 현실적으로 갑자기 검사의 직접수사를 전면 폐지할 경우 검사가 지금까지 수행한 ‘특수수사’의 공백이 발생할 수 있다는 우려 때문이었다. 검사의 일부 범죄에 대한 직접수사를 인정한 만큼 입법자는 검사의 직접수사에 대해 경합 시 우선의 원칙을 준 것이다.”라는 설명이 있다. 경찰청, 개정 형사소송법 해설, 2020, 77면.

40) 공소청법 제4조(검사의 직무) 검사는 공익의 대표자로서 다음 각 호의 직무를 수행하며, 그에 따른 권한이 있다.

1. 공소 제기 여부 결정 및 그 유지에 필요한 사항

41) 제4조(검사의 직무) ① 검사는 공익의 대표자로서 다음 각 호의 직무와 권한이 있다.

1. 범죄수사, 공소의 제기 및 그 유지에 필요한 사항. 다만, 검사가 수사를 개시할 수 있는 범죄의 범위는 다음 각 목과 같다.

가. 부패범죄, 경제범죄, 공직자범죄, 선거범죄, 방위사업범죄, 대형참사 등 대통령령으로 정하는 중요 범죄

나. 경찰공무원이 범한 범죄

다. 가목·나목의 범죄 및 사법경찰관이 송치한 범죄와 관련하여 인지한 각 해당 범죄와 직접 관련성이 있는 범죄

현재 계속 진행되고 있지만, 이러한 직접 보완수사는 사법경찰이 수사한 사건과 별도의 수사의 개시가 아니라 사법경찰이 수사를 종결에 사건에 대한 사후적 보완의 문제이므로 사법경찰의 수사와 공소청 검사의 보완수사의 경합을 상정하기 어렵다.⁴²⁾

공수처법에 규정된 공수처와 검찰청 사이의 수사상피 제도는 검찰청의 폐지와 공소청 출범으로 그 역할을 다하고 개정될 예정이지만, 중수청 설립 등 수사기관의 다원화로 인하여 수사기관간 수사상피제 도입의 필요성은 더욱 커졌다. 또한 경찰을 통제하고 감시하였던 막강한 검찰청의 폐지는 거대 조직인 경찰에 대한 견제 시스템의 보강을 필요로 하게 될 것이다. 중수청의 설립으로 경찰의 사실상의 독점적 수사권이 어느 정도 제한되고, 중수청이 경찰의 범죄에 대한 수사권을 가지고 경찰을 감시하는 역할을 수행할 것이 일부 기대되기는 하지만, 경찰 통제에 대한 기존의 검찰의 역할을 대체할 정도에 이를 것인지는 아직 속단하기 어렵다. 경찰에 대한 견제를 보강하고, 수사기관의 수사 결과에 대한 국민적 신뢰를 제고하기 위하여 수사절차에 관한 일반법인 형사소송법에 수사상피 제도를 도입할 필요가 있다.

2. 수사기관의 다원화

경찰, 공수처, 중수청 등 수사기관의 다원화로 여러 수사기관의 수사 대상 관할이 중복됨으로써, 수사기관 사이에서 수사의 경합에 따른 문제들이 발생할 수 있다. 형사소송법 제197조의4가 삭제된 후에 수사기관들의 수사권 경합에 대해 적용되는 규범은 경찰, 공수처, 중수청 등 수사기관에 관한 개별법들이다. 공수처법과 중수청법은 각각 그 관할 대상 범죄인 고위공직자범죄등과 중대범죄등에 대하여 다른 수사기관에 대한 일정한 우선권(우선적 관할권)을 주고 있다. 앞에서 언급하였듯이 공수처법 제24조는 공수처가 고위공직자범죄등에 대한 전담 기관으로서 기능을 행사할 수 있도록 공수처에게 우선적 관할권을 부여하였지만, 공수처의 우선적 관할권은 남용되었고, 이것이 공수처에 대한 신뢰의 추락을 초래하였다. 공수처법과 중수청법이 관할 대상 범죄에 대하여 주고 있는 우선적 관할권이 각 수사기관의 설립 취지에 부합하게 행사될 수 있도록 일반법인 형사소송법에서 수사기관간의 수사의 경합의 문제를 합리적이고 객관적인 기준에 따라 해결할 수 있는 시스템을 도입하여야 한다.

42) 공소청법 제4조 제8호에서 공소청 검사의 직무로 “그 밖에 법률에 따라 그 권한에 속하는 사항”을 규정하고 있으므로 다른 법률에서 공소청 검사에게 수사권을 부여하는 경우에 공소청 검사와 사법경찰 사이에 수사권의 경합이 발생할 수 있다고 생각해 볼 수도 있으나, 공소청 설립의 취지에 비추어 이러한 법률은 입법의 가능성이 없거나, 극히 예외적일 것으로 보인다.

3. 형사소송법 개정 방안

현행	개정 방안
제197조의4(수사의 경합) ① 검사는 사법경찰관과 동일한 범죄사실을 수사하게 된 때에는 사법경찰관에게 사건을 송치할 것을 요구할 수 있다. ② 제1항의 요구를 받은 사법경찰관은 지체 없이 검사에게 사건을 송치하여야 한다. 다만, 검사가 영장을 청구하기 전에 동일한 범죄사실에 관하여 사법경찰관이 영장을 신청한 경우에는 해당 영장에 기재된 범죄사실을 계속 수사할 수 있다.	제197조의4(수사의 경합 등) ① 수사의 경합시 수사기관의 설립 취지, 범죄의 내용과 규모, 피의자, 피해자, 수사기관의 수사 진행의 정도, 공정성 논란 등에 비추어 그 수사에 가장 적합한 수사기관이 신속히 수사를 할 수 있도록 수사기관은 상호 협력하여야 한다. ② 수사기관이 수사에 착수한 지 3개월이 경과한 사건을 다른 수사기관으로 이첩하고자 하는 경우에는 그 다른 수사기관과 협의를 하여야 한다. ③ 수사기관이 다른 수사기관에 이첩을 요청하여 이첩받은 사건을 다시 이첩하고자 하는 경우에는 그 다른 수사기관 및 이첩을 받을 수사기관과 협의를 하여야 한다. ④ 수사기관의 장은 소속 공무원의 범죄 혐의를 발견한 경우에 이를 수사할 권한 있는 다른 수사기관에 관련자료와 함께 그 사실을 통보하여야 한다. ⑤ 수사기관의 장은 소속 공무원의 범죄 혐의에 대하여 이를 수사할 권한 있는 다른 수사기관의 장이 이첩 요청을 하면 다른 법률의 규정에도 불구하고 관련 자료와 함께 이를 이첩하여야 한다. ⑥ 제1항부터 제5항까지의 사항을 포함하여 수사기관간 수사의 경합, 업무의 협의, 이건의 조정 등 수사기관간 업무협력을 담당하는 수사기관협의회를 둔다. ⑦ 제6항의 수사기관협의회의 조직·운영에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

형사소송법 개정 방안 제197조의4 제1항은 수사기관 사이의 협력 의무를 규정한 일반 원칙 규정이다. 동일한 범죄사실에 대하여 복수의 수사기관의 수사가 경합하는 경우에 그 범죄의 수사에 가장 적합한 수사기관이 수사를 담당하여야 한다는 취지이다. 어떤 수사기관의 그 범죄의 수사에 가장 적합한지 여부는 수사기관의 설립 취지, 범죄의 내용과 규모, 피의자, 피해자, 수사기관의 수사 진행의 정도, 공정성 논란 등을 고려하여야 한다. 사건에 대한 국민적 관심도, 사건이 국가나 사회에 미치는 영향은 범죄의 내용과 규모나 공정성 논란 등에 포함되므로 따로 예시하지 않았다. 제1항은 과거 공수처의 우선적 관할권이 남용된 점을 고려하여 공수처법 제24조 제1항의 이첩요청권, 제3항의 이첩권, 중수청법 제43조 제3항의 이첩요청권과 제4항의 이첩권 규정이 수사기관의 장의 자의에 따라 행사되어서는 안되고 합리적인 객관적 기준에 따라 행사되어야 한다는 점을 선언한 것이다⁴³⁾. 수사기관은 이첩요청권과 이첩권의 행사가 수사기관의 기관이기주의, 권한 증대, 책임 회피나 전가 등을 위하여 남용되지 않도록 해야 할 의무가 있다.

제1항은 수사의 경합에만 적용되는 것처럼 규정하고 있으나 수사의 경합이 없는 경우, 예를 들어 공수처, 중수청에는 수사권이 없고 경찰에만 수사권이 있는 경우에도 존중되어야 할 원칙이다. 수사권은 중복이 되지만 하나의 수사기관만이 수사를 착수하여 아직 수사의 경합이 없는 경우, 모든 수사기관이 수사를 회피하는 경우, 어떤 수사기관이 수사를 담당할 지가 애매한 상황인 경우에도 그 수사에 가장 적합한 수사기관이 신속히 수사를 할 수 있도록 수사기관이 협력하여야 한다는 제197조의4 제1항의 원칙은 존중되어야 함은 물론이다. 제197조의4 제1항의 원칙은 제6항의 수사기관협의회의 업무 처리의 기준과 원칙이 된다.

제2항과 제3항은 공수처와 중수청의 우선적 관할권(이첩요청권 및 이첩권)의 남용을 방지하기 위한 구체적 규정이다. 수사에 착수한 지 3개월이 지난 후에 다른 수사기관으로 이첩을 하는 것은 특별한 사유가 없는 한 정당화되기 어렵다(제2항). 제3항도 마찬가지이다. 수사기관이 다른 수사기관에 대하여 이첩요청을 하여 다른 수사기관으로부터 이첩을 받은 사건이라면 이 사건을 다시 그 다른 수사기관이나 제3의 수사기관으로 이첩하는 것은 특별한 사유가 없는 한 정당화되기 어렵다. 다만, “수사는 생물이다”라는 표현에서 볼 수 있듯이 경우에 따라서는 다른 수사기관이 처리하는 것이 보다 합리적인 특별한 사유가 수사 과정에서 생길 수 있다. 수사기관의 책임을 회피하거나 전가하기 위한 자의적 (재)이첩을 제한할 필요가 있으므로 3개월 이상 수사를 한 후에 이첩을 하고자 하는 경우에는 이첩을 받을 수사기관과 협의를 하고, 이첩요청에 따라 이첩받은 사건을 다시 이첩하고자 하는 경우에는 이첩을 했던 수사기관 및 이첩을 받을 수사기관과 협의를 하도록 한 것이다⁴⁴⁾. 상대 수사기관들이 협의 과정에서 이견을 제시한 경우에는 제6항의 수사기관협의회에서 협의와 조정을 거

43) 공수처법 제43조 제1항이 요청을 받은 수사기관이 이에 응하여야 한다고 규정한 것과 달리 중수청법 제43조 제3항은 요청을 받은 수사기관이 정당한 사유가 없으면 이에 응하여야 한다고 규정하여 이러한 취지를 담고 있다.

44) 이첩을 했던 수사기관으로 다시 재이첩을 하는 경우에는 이첩을 했던 수사기관과 이첩을 받을 수사기관은 동일한 수사기관이 된다.

쳐 사건을 처리할 수사기관을 정하여야 할 것이다.

제4항과 제5항은 수사기관의 수사상피제에 관한 규정이다. 제4항은 수사기관의 장이 소속 공무원의 범죄 혐의를 발견한 경우에 이를 수사할 권한 있는 다른 수사기관에 관련자료와 함께 그 사실을 통보하여야 하도록 하고 있다. 제5항은 수사기관의 장이 이첩 요청을 하면 관련 자료와 함께 이를 이첩하도록 하고 있다⁴⁵⁾. 수사상피제는 수사기관이 자기 소속 공무원의 범죄에 대하여 수사를 하여 혐의 유무를 결정하는 경우에 그 결과에 대하여 신뢰를 하기 어렵다는 점을 고려한 것이므로 제4항에서 범죄 혐의를 발견한 경우는 범죄 혐의가 인정되는 경우뿐만 아니라 범죄 혐의가 인정될 수 있는 수사의 단서를 포착한 경우를 말한다. 구체적 범죄 사실이 없는 수사기관 소속 공무원에 대한 추상적인 일방적 비방은 제외되겠지만, 구체적 범죄사실에 대한 단서가 포착된 경우에는 그 범죄에 대한 수사권이 있는 다른 수사기관에게 통보를 하여 다른 수사기관에서 그 범죄에 대한 수사를 개시할 기회를 갖게 하는 것이 수사상피제의 취지에 부합한다. 제5항에서 “다른 법률의 규정에도 불구하고”라는 문언을 포함시킨 이유는 특별수사기구들에 대한 법률에 수사상피제의 적용에 대한 제한으로 해석될 수도 있는 규정들을 포함하는 경우에 발생할 수 있는 해석상의 논란을 방지하기 위함이다⁴⁶⁾.

제6항은 수사기관간 업무 협력을 담당하는 수사기관협의회를 설치하는 근거 규정이다. 수사기관협의회는 제1항부터 제5항을 포함한 수사기관간의 업무 협력에 관한 구체적이고 객관적인 기준을 마련하여야 하고, 수사기관의 다원화로 발생하는 수사의 경쟁이나 회피와 같은 부작용의 억제, 수사기관 다원화 현실에서 국가 범죄 수사 역량의 강화, 피해자 보호는 물론 피의자에 대한 중복수사 등 부당한 수사의 억제, 적법절차 준수에 기여할 것을 목적으로 한다. 형사소송법은 검사와 사법경찰의 협력 의무를 규정하고 이에 대한 구체적 내용은 대통령령으로 정하도록 하였다(형사소송법 제195조 제1항, 제2항). 이에 따라 제정된 검사와 사법경찰관의 상호협력과 일반적 수사준칙에 관한 규정(이하 “수사준칙”)은 검사와 사법경찰관은 수사와 사건의 송치, 송부 등에 관한 이건의 조정이나 협력 등이 필요한 경우 서로 협의를 요청할 수 있다고 규정하면서(제8조 제1항), 대검찰청, 경찰청 및 해양경찰청 간에 수사에 관한

45) 형사소송법 개정 방안 제197조의4 제5항의 이첩요청은 제4항의 통보 결과일 수도 있고, 그렇지 않을 수도 있다. 예를 들어, 경찰청(국가수사본부)이 경찰청 소속 경위에 대한 범죄를 수사하면서 제4항에 따른 통보를 하지 않았지만 중수청에서 이에 대한 첩보를 입수하고 수사를 하고자 제5항에 따른 이첩 요청을 할 수 있다. 중수청법 제43조 제3항의 이첩요청권은 중수청법 제2조 제1호의 범죄에만 적용되고 위 경위가 범한 제2조 제1호 외의 범죄에 대하여는 적용되지 않으므로 형사소송법 개정 방안 제197조의4 제5항의 이첩요청은 수사상피제를 위한 독자적 의미를 갖는다.

46) 예를 들어, 중수청법 제43조 제2항은 중수청의 이첩요청권의 범위를 중대범죄로 제한하고 있어서 공수처 소속 공무원과 경찰공무원의 일반범죄에 대한 이첩요청권이 없다. 중수청법 제43조 제2항이 형사소송법 개정 방안 제197조의4 제5항에 대하여 특별법이므로 중수청장은 공수처 소속 공무원과 경찰공무원의 일반범죄에 대하여 형사소송법 개정 방안 제197조의4 제5항의 이첩요청권을 행사할 수 없다는 식의 주장이 제기되는 것을 막을 필요가 있다.

제도 개선 방안 등을 논의하고, 수사기관 간 협조가 필요한 사항에 대해 서로 의견을 협의·조정하는 수사기관협의회를 둔다고 규정하였다(제9조 제1항).⁴⁷⁾ 수사준칙에 규정된 수사기관협의회는 그 동안 사실상 작동하지 않았던 것으로 보인다.⁴⁸⁾ 그러나, 검찰청의 폐지와 중수청의 신설로 경찰, 공수처, 중수청 등 수사기관 사이에 수사에 관한 의견의 조정, 협력 등 협의와 이러한 사항을 담당할 기구의 필요성은 더욱 커졌다고 할 것이다.⁴⁹⁾ 범죄에 대한 효율적 대처를 목적으로 하는 수사기관의 전문화, 다원화는 한편으로는 수사기관간 이해관계의 충돌 가능성을 증가시킬 것이다. 따라서, 수사기관협의회와 같이 수사기관간 이견을 국민과 국가의 이익이라는 관점에서 조정하는 역할을 담당할 기구가 필요하다. 중요한 쟁점은 이러한 수사기관협의회를 어디에 설치할 것인지, 그 결정의 구속력을 어느 범위에서 인정할 것인가, 그 구성원을 누구로 하고, 운영 방식은 어떻게 할 것인지이다.⁵⁰⁾

IV. 결 론

2021년 공수처의 출범, 2026년 중수청의 발족으로 일반수사기구인 경찰청(국가수사본부), 특별수사기구인 공수처, 중수청이 국가의 중요 수사를 담당하게 된다. 검찰이라는 가장 막강한 수사권력의 퇴장과 공수처, 중수청의 등장에 따른 수사기관의 다원화 및 분권화는 수사기관의 전문화를 촉진하며 특정 기관의 권력 독점을 막고, 견제와 균형을 달성한다는 긍정적 효과가 기대되나, 실무적으로는 수사기관간 관할 대상의 중복, 경쟁, 책임 회피와 전가로 인한 부작용이 발생할 가능성도 높아졌다.

특별수사기관들의 수사 대상이 복잡하게 됨으로써 중수청이 출범하는 초기에 형사사법시스템에 혼란이 있을 수 있다. 어느 수사기관에 고소, 고발을 하여야 하는지, 어떤 수사기관이 수사를 담당하여야 할지가 명확하지 않을 수 있다. 수사기관들은

47) 검찰이 폐지되고 공소청 검사는 수사 개시권이 없으므로 수사준칙 제8조와 제9조 역시 개정되어야 할 것이다.

48) 법률신문 2026. 3. 7. “수사권 조정 5년, 검·경 수사기관협의회는 ‘0’”, <https://www.lawtimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=217339>, 2026. 6. 23. 최종 접속.

49) 검찰이 직접 수사할 수 없는 범죄를 수사했거나 수사·기소를 분리하지 않고 기소한 사건의 공소를, 절차가 위법해 무효라며 기각하는 법원 판단이 잇따르고 있다. 한때 피고인 측의 관행적 방어 논리로 치부되던 ‘검찰 수사권 위반’ 주장이 실제 공소기각 사유로 작동하기 시작한 것이다. 법조계에선 과거 검·경 수사권 조정의 청구서가 돌아온 셈이라며, 중대범죄수사청·공소청 출범 등 다가오는 검찰개혁이 같은 빈틈을 되풀이하지 않도록 설계돼야 한다는 지적이 나온다. 노컷뉴스 2026. 6. 20. “검찰 수사범위 다시 묻는 법원…‘위법 기소’ 공소기각 잇따라”, <https://n.news.naver.com/article/079/0004159869>, 2026. 6. 20. 최종 접속.

50) 이러한 내용의 중요 부분은 형사소송법에 규정하는 것이 타당하겠지만, 지면의 한계를 고려하여 본고에서는 이 부분에 대한 상론을 피하고, 일단 대통령령에 위임하는 것으로 하였다(형사소송법 개정 방안 제197조의4 제7항). 앞으로 수사기관간 수사의 경합, 수사기관 수사상피제에 관한 공수청법이나 중수청법의 관련 규정, 수사준칙의 수사기관협의회에 관한 규정들을 삭제하고 수사절차에 관한 일반법인 형사소송법에 수사의 경합, 수사상피제, 수사기관협의회에 대한 보다 상세한 규정을 마련하는 것이 필요하다.

각기 이해관계에 따라 어떤 사건에 대하여는 적극적으로 수사권을 행사하고, 다른 사건에 대하여는 수사를 피하거나 다른 수사기관에 책임을 넘기려는 태도를 취할 가능성도 있다. 어떤 사건에서는 수사의 과다와 중복수사의 문제가, 어떤 사건에서는 피해자 보호의 불충분과 범죄의 은폐나 축소가 일어나는 등 수사권의 공정한 행사와 국가 수사 자원의 효율적 배분이 방해될 수 있다. 과거 공수처는 이첩요청권과 이첩권 등 우선적 관할권을 자의적으로 행사함으로써 국민적 신뢰를 잃었다. 공수처의 사례를 반면교사 삼아 새로운 형사사법체계에서는 특별수사기관의 수사권 행사가 공정하고 효율적으로 이루어질 수 있도록 하여야 한다. 특히, 수사기관의 자기 소속 직원에 대한 수사는 공정성을 의심받을 수 있으므로 제식구 감싸기를 막는 수사상피제를 도입하여 국민의 수사기관에 대한 신뢰를 제고하여야 한다.

본고의 형사소송법 개정 방안의 핵심은 수사기관간 사건 이첩요청 및 이첩에 관한 ‘기준의 객관화’, 수사기관 소속 직원의 범죄는 다른 수사기관에서 수사하는 ‘수사상피제’ 도입, 수사권 행사에 관한 수사기관간 협의와 조정을 담당하는 ‘수사기관협의회’ 신설이다. 자의적 이첩요청과 이첩의 제한 및 수사상피제를 통하여 각 수사기관의 수사권 행사(불행사)에 관한 합리적이고 객관적 기준을 제시하여야 한다. 이러한 기준을 다양한 사건에서 공정하게 적용하기 위한 제도적 장치로서 수사기관협의회가 필요하다. 수사기관협의회를 통하여 해당 범죄의 수사에 가장 적합한 수사기관이 수사권을 행사하는 제도적 메커니즘이 안정적으로 작동하게 될 것을 기대한다. 이러한 개정 사항은 수사기관간 업무 협력에 관한 것이므로 수사기관들에 관한 개별법에서 규정하는 것보다는 수사 절차에 관한 일반법인 형사소송법에 두는 것이 타당하다.

■ **주제어:** 수사기관 다원화, 수사의 경합, 수사상피, 수사기관협의회, 이첩요청

[참고문헌]

- 강동욱/황문규/이성기/최병호, 형사소송법 강의, 도서출판 오래, 2021
- 경찰청, 개정 형사소송법 해설, 2020
- 신동운, 간추린 형사소송법 제13판, 법문사, 2021
- 오병두, “공수처, 어떻게 운영되어야 하나?-공수처의 운영방향에 관한 제언-”, 형사정책 제32권 제2호, 2020
- 윤동호, “수사권 개혁의 한계”, 법학논총 제33권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2021
- 이근우, “검·경 수사지휘 논의에서 잊힌 문제-특별사법경찰관리에 대한 수사지휘-”, 형사정책 제30권 제2호, 2018
- 이근우, “특별사법경찰 제도 전면 개편의 필요성”, 형사정책 제32권 제3호, 2020
- 이근우, “특별사법경찰제의 체계적 통일성을 위한 기초연구”, 안암법학 제35권, 2011
- 이윤제, “공수처의 우선적 관할권 행사의 문제점과 개선 방안”, 저스티스 통권 제205호, 2024
- 이윤제, “국민의 공수처 VS 검찰의 수사처”, 형사법연구 제29권 제4호, 2017
- 이재상/조균석/이창운, 형사소송법, 박영사, 2021
- 이주원, 형사소송법, 박영사, 2021
- CBS 노컷뉴스, 2021. 6. 17. “김진욱 공수처장, 법원 판단과 다른 ‘유보부 이첩론’ 고수”, <https://www.nocutnews.co.kr/news/5573179>, 2026. 6. 19. 최종 접속
- KBS 뉴스, 2021. 12. 17. “공수처, 이규원 검사 허위 면담보고서 작성 의혹 사건 대검 이첩”, <https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=5351201>, 2026. 6. 29. 최종 접속
- KBS 뉴스, 2021. 6. 8. “수원지검, ‘김학의 사건’ 연루 검사 3명 공수처 이첩 요청 거부 의견 개진”, <https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=5204506>, 2026. 6. 29. 최종 접속
- MBC 뉴스 2025. 10. 28. “채상병 수사 공수처서도 막혔다 .. ”윗선이 외압“”, https://imnews.imbc.com/replay/2025/nw2500/article/6769409_36832.html, 2026. 6. 16. 최종 접속
- 경향신문 2025. 3. 10. “윤석열 석방에도 ‘책임 없다’는 공수처, 무리한 ‘이첩요청권’ 행사부터 수사 꼬였다”, <https://www.khan.co.kr/article/202503101502001>, 2026. 6. 19. 최종 접속
- 경향신문, 2021. 6. 14. “공수처 검찰 치킨게임에...중복수사 우려 현실화”, <https://www.khan.co.kr/article/202106142203005> 2024. 3. 27. 최종 접속
- 노컷뉴스 2026. 6. 20. “검찰 수사범위 다시 묻는 법원 ... ‘위법 기소’ 공소기각 잇따라”, <https://n.news.naver.com/article/079/0004159869>, 2026. 6. 20. 최종 접속
- 뉴테일리 2024. 11. 5., “‘공수처 ’순직 해병 사건’ 수사 집중할 수밖에””, <https://www.newdaily.co.kr/site/data/html/2024/11/05/2024110500145.html>, 2026. 6. 19. 최종 접속
- 뉴스1 2025. 1. 10. ““공수처 신뢰한다” 고작 15% ... 경찰 47% · 검찰 22%”, <https://www.news1.kr/politics/president/5657229> 2026. 6. 19. 최종 접속
- 데일리안, 2022. 1. 4. [데일리안 여론조사] 공수처 수사 “불공정하다” 57.1% <https://www.dailian.co.kr/news/view/1069873/?sc=Daum> 2026. 6. 29. 최종 접속
- 동아일보 2024. 2. 2. “‘고발사주’ 손준성, 檢 면죄부 받고 검사장까지 됐으나 유죄”, <https://www.donga.com/news/Opinion/article/all/20240201/123349418/1>, 2026. 6. 18. 최종 접속
- 머니투데이 2022. 1. 5. “‘통신조회’ 논란 공수처 폐지 42.8% vs 유지 39.6%”, <https://news.mt.co.kr/mtview.php?no=2022010513160862080&outlink=1&ref=https%3A%2F%2Fsearch.daum.net>, 2026. 6. 29. 최종 접속

- 법률신문 2026. 3. 7. “수사권 조정 5년, 검·경 수사기관협의회는 ‘0’”, <https://www.lawtimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=217339>, 2026. 6. 23. 최종 접속
- 법률신문, 2021. 5. 18. “공수처 2호 사건은 ‘이규원 검사 윤중천 허위 면담보고서 작성 의혹’”, <https://www.lawtimes.co.kr/news/170181?serial=170181&kind=AD01&page=0>, 2026. 6. 29. 최종 접속
- 시사저널 2025. 3. 14. “헌재 신뢰도 53%…공수처 등 6개 기관 중 신뢰도 꼴찌는 ‘검찰’”, <https://www.sisajournal.com/news/articleView.html?idxno=327058>, 2026. 6. 19. 최종 접속
- 아시아경제 2022. 1. 3. “[아경 여론조사]국민 10명중 7명, “공수처 수사 전문성·독립성 미흡하다”” <https://view.asiae.co.kr/article/2022010310564825307>, 2026. 6. 29. 최종 접속
- 조선일보, 2022. 4. 24. “경찰의 ‘제식구 감싸기’ ... 동료 잘못 덮으려 거짓 조서 꾸며”, <https://www.chosun.com/national/regional/gangwon/2022/04/24/LP4TL2S2MNBFXFHJDUWYUFRRRI/>, 2026. 6. 30. 최종 접속
- 중앙일보, 2025. 8. 10. ““아악, 팔 꺾였다!” 경찰 원맨쇼 ... 그 일가족 풍비박산 났다”, <https://www.joongang.co.kr/article/25356289>, 2026. 6. 30. 최종 접속
- 중앙일보 2025. 10. 15. “해병특검, ‘채상병수사 은폐·지연’ 공수처 압수수색…공수처장 입건”, <https://www.joongang.co.kr/article/25373887>, 2026. 6. 19. 최종 접속
- 중앙일보 2025. 11. 26. “출범 5년 공수처 ‘초유의 수모’ ... 처장·차장 직무유기로 법정 선다”, <https://www.joongang.co.kr/article/25385204>, 2026. 6. 19. 최종 접속
- 중앙일보 2025. 4. 25. ““고발 사주” 의혹 손준성 검사장, 무죄 확정”, <https://www.joongang.co.kr/article/25331053>, 2026. 6. 20. 최종 접속
- 중앙일보, 2022. 2. 25, “[단독] 1~2월만 檢에 650개 ‘사건 떨어’…공수처, 이유 있었다”, <https://www.joongang.co.kr/article/25051109#home>, 2026. 6. 18. 최종 접속
- 참여연대, “그사건그검사, 이규원 검사의 윤중천 면담보고서 왜곡·유출 의혹 수사(2021)”, https://p.peoplepower21.org/WatchPro/case_detail.php?id=279, 2026. 6. 29. 최종 접속
- 참여연대, 2019. 3. 25. “[공수처수첩⑩] 김학의는 어떻게 무혐의가 되었나”, <https://peoplepower21.org/judiciary/1619790>, 2026. 6. 30. 최종 접속
- 폴리뉴스 2019. 3. 4. “[KSOI] 공수처 설립 ‘찬성82.9% > 반대12.6%’”, <http://www.polinews.co.kr/news/article.html?no=384044>, 2026. 6. 20. 최종 접속
- 한겨레, 2021. 12. 28., “윤중천 면담보고서 허위작성 의혹’ 이규원 검사 불구속 기소”, https://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/1025120.html 2026. 6. 29. 최종 접속

[Abstract]

Proposal for Amending the Criminal Procedure Act in Response to the Diversification of Investigative Agencies

Yun Je Lee*

With the launch of the Corruption Investigation Office for High-ranking Officials (CIO) in 2021 and the Serious Crimes Investigation Agency (SCIA) in 2026, the National Office of Investigation (under the National Police Agency) as a general investigative body, alongside the CIO and SCIA as special investigative bodies, will take charge of the nation's major investigations. The exit of the Public Prosecutors' Office, formerly the most powerful investigative authority, and the diversification and decentralization of investigative agencies through the rise of the CIO and SCIA are expected to have positive effects, such as preventing the concentration of power in a single agency and achieving checks and balances. However, practically, there is a heightened risk of side effects, including jurisdictional overlap, inter-agency competition, and the evasion or passing of responsibility. As the scope of these special investigative agencies becomes complex, confusion within the criminal justice system is likely during the initial phase of the SCIA's launch. It may become unclear where to file complaints or which agency will be responsible for specific cases. There is a possibility that agencies may actively exercise their investigative powers for 'good cases'—those that easily lead to high performance or recognition—while refraining from investigations or passing responsibility to others for 'bad cases' those that are difficult to yield results or 'sensitive cases' that carry political burdens or risks. Indeed, the CIO has lost public trust and suffered a decline in authority due to the arbitrary exercise of its rights to request and grant case transfers. It is necessary to present objective criteria for the exercise of investigative powers in the Criminal Procedure Act and introduce institutional mechanisms to ensure these criteria are applied stably. This would ensure that when investigative jurisdiction overlaps, the most suitable agency exercises authority based on rational standards, thereby enhancing public trust in investigative outcomes. The core of this study's proposal for amending the Criminal Procedure Act lies in the 'objectification of transfer criteria' for case transfers between agencies, the

* Professor at Myongji University Department of Law

establishment of an 'Investigative Agency Council' to coordinate and mediate the exercise of investigative powers, and the introduction of a 'recusal system' where crimes committed by staff of an investigative agency are handled by a different agency.

- **Key Words:** Diversification of investigative agencies, Concurrence of investigation, Recusal system, Investigative Agency Council, Request for case transfer

미국 반독점법상 노동면책 법리에 관한 고찰

홍명수*

논문요지

노무를 제공하는 시장에서 근로자 또는 근로자 단체가 자신의 권익을 증진하기 위해 하는 행위는 거래를 제한하는 의미를 가질 수 있으며, 이러한 특징으로 인해 Sherman법 제정 이후 초기 반독점법 적용과 관련하여 미국 연방대법원은 노동조합에 관련된 다수의 사건을 반독점법 위반 문제로 다루었다. 그러나 이러한 제도운영은 근로자 권리의 침해 우려를 낳았다. 이러한 문제를 해결하고자 노동사건에 대한 반독점법의 적용을 제한하기 위한 Clayton법의 수정이 이루어졌고, 명확한 법적 근거를 갖추기 위한 Norris-LaGuardia법과 노사관계법(NLRA) 등이 제정되었다. 나아가 미국 연방대법원은 법이 명시적으로 정하고 있는 노동면책의 범위를 법의 취지가 올바르게 실현될 수 있는 범위까지 확장하는 비법정면책의 법리를 발전시켜, 현재에 이르고 있다. 반독점법에서 노동면책의 허용은 반독점법 적용의 축소를 뜻하므로, 결국 노동정책과 경쟁정책의 형량을 통해 두 법의 경계와 각각의 타당한 적용범위를 정하는 의미를 가질 것이다.

독점규제법에서 두 법이 충돌하는 문제는 2024년 대법원 판결이 보여준 것처럼 독점규제법상 사업자 개념을 중심으로 다루어져 왔다. 독점규제법이 제2조 제1호에서 정의하고 있는 사업자 개념은 동법의 적용 범위에 영향을 미친다. 그렇지만 사업자 개념은 비사업적 행위의 배제에 의한 한계기능을 수행하는 것이며, 동 개념에 기초하여 노동법과 경쟁법이 충돌하는 문제를 적절하게 다룰 수 있을지는 의문이다. 미국 연방대법원의 노동면책 법리가 시사하는 것처럼, 근로자 또는 근로자 단체의 행위에 독점규제법을 적용하는 문제는 노동정책과 경쟁정책의 비교 형량을 통해 해결하는 것이 바람직할 것이다. 또한 근로자나 근로자 단체를 사업자 개념에서 명시적으로 제외할 것을 제안하는 독점규제법 개정안도 살펴볼 필요가 있다. 이러한 개정 취지에 동의하더라도 사업자 개념에 수정을 가하기보다 기존의 제117조 내지 제119조 외에 노동정책과 경쟁정책의 형량을 통해 문제를 해결할 수 있는 적용제외 규정을 추가하는 것이 타당한 접근방식이 될 수 있다.

• 논문제출: 2026. 07. 02. • 심사개시: 2026. 07. 08. • 게재확정: 2026. 07. 22.

* 명지대학교 법학과 교수, 법학박사

I. 서론

경제법은 국민경제 전체를 정당하게 질서 지우기 위한 법규범과 법제도의 총체를 의미한다. 이러한 관점에서 노무가 제공되는 시장 또한 그 범위 안에 있는 것으로 볼 수 있지만,¹⁾ 노동시장에 대해서는 전통적으로 특별한 법체계가 형성되어 왔다. 즉 경제법과 구별되는 독자적인 법 영역으로서 개인적 또는 집단적 노사관계를 규율하는 노동법이 존재하며, 경제적으로 종속적 지위에 있는 근로자의 경제적·사회적 지위 향상을 도모하기 위한 노동법은 국민경제 전체를 정당하게 질서 지우는 것을 지향하는 경제법과 목적상 차이가 있다는 점이 양자를 별개의 법체계로 이해하는 유력한 근거가 되었다.²⁾

이와 같은 규범 목적상 차이에 근거한 양자의 구분은 별다른 이론 없이 받아들여지고 있지만,³⁾ 법 적용과 관련된 구체적인 경계의 설정이 언제나 명확한 것은 아니다. 이는 두 영역 사이에 긴밀한 연관성이 존재한다는 점에서 어느 정도 예상되는 것이며,⁴⁾ 어느 영역에 속하는 지가 명확하지 않은, 이른바 특수형태고용근로자와 같은 새로운 형태의 노무 제공 양상이 나타나고 있다는 점도 이에 영향을 미칠 것이다. 당연히 양자의 명확한 구별 없이 구체적인 법 적용의 타당성을 기하기는 어려우며, 특히 경제법 중에서도 시장경제 질서의 근간인 경쟁법과 노동법의 관계에서 이러한 문제의 해결은 선결적인 과제로서 대두되고 있다. 예를 들어 노동조합의 활동은 집단적인 압력을 통해 노무 제공 시장의 구매자에게 영향을 미치는 행위라 할 수 있으며, 이는 경쟁법에서 규제하는 전형적인 행위에 해당한다. 따라서 경쟁법과 노동법은 본질적으로 상충되는 관계에 있으며,⁵⁾ 양자의 구분은 문제가 되는 행위의 적법성을 가르는 기준이 될 것이다. 이와 관련하여 미국 반독점법 판례에서 전개된 노동면책 이론은 의미 있는 시사점을 제공할 수 있으며, 이러한 인식하에 이미 동 이론에 대한 국내에서의 논의도 전개되고 있다.⁶⁾ 그렇지만 미국의 노동면책 이론이 등장하게 되었던 것과 유사한 문제가 우리나라에서도 나타나고 있는 상황에서 동 이론의 의의를 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」(이하 독점규제법)의 적용과 관련하여 구체적으로 분석하는 데까지 이르지 못하는 못하고 있다. 노동면책 이론의 구체적인 기여는 몇 가지 측면에서 예상되는데, 우선 노동면책 이론에 따른 반독점법의 적용제외가 법정면책에 한정되지 않고 비법정(nonstatutory) 면책까지 확장되는 방향으로 전

1) Fikentscher는 경제법을 “특정한 경제제도의 범위 안에서 경제적 정당성의 척도에 의하여 승인된 경제주체들의 자기확충과 삶의 유지를 보장하기 위하여 일반적인 원칙 하에 그리고 전체적이거나 특별한 개입을 통하여 경제제의 위치와 위치의 상호전환의 자유를 규율하는 법적으로 의미 있는 규범을 포괄하는 것”으로 정의한다. Wolfgang Fikentscher, *Wirtschaftsrecht-BI Weltwirtschaftsrecht Europäisches Wirtschaftsrecht*, C. H. Beck, 1983, S. 1.

2) 권오승·홍명수, 「경제법」, 법문사, 2024, 14면 참조.

3) 신현윤·최난철현, 「경제법」, 법문사, 2024, 19면; 이기수·유진희, 「경제법」, 세창출판사, 2012, 13면; 양명조, 「경제법」, 신조사, 2014, 9면.

4) Fritz Rittner & Meinrad Dreher, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht*, C. F. Müller, 2008, S. 23 참조.

5) Christopher L. Sagers, *Antitrust*, Wolters Kluwer, 2014, p. 429.

6) 이에 관한 논의로, 신영수, “미국 독점금지법상 노동면책 법리와 함의”, 「법학연구」, 제28집 제2호(2025), 309면 이하; 권오성, “미국 반독점법상 ‘노동 면제’에 관한 연구(1)”, 「노동법연구」, 제54호(2023), 489면 이하 참조.

개되고 있다는 점은 주목할 만하다. 이러한 논의의 흐름은 경쟁법과 노동법의 경계에 관한 실질적 이해에 도움이 될 수 있을 것이다. 또한 동 이론의 전개 과정에서 미국 연방대법원의 판결은 경쟁정책과 노동정책 간에 형량의 필요성을 반복해서 강조하였고, 이를 통해 반독점법의 적용 범위 문제를 해결하고자 하였다는 점도 눈여겨볼 부분이다. 독점규제법의 적용 범위에 관한 문제는 우리 법체계에서도 중요하게 인식되고 있으며, 특히 근로자 등에 대한 독점규제법의 적용 문제는 현안으로 부각되고 있다. 그렇지만 이러한 문제의 해결 방안은 주로 근로자 등이 사업자에 해당하는지를 중심으로 전개되고 있는데, 정책 간 형량에 기초한 미국 노동면책 이론은 이러한 접근방식이 적절하고 타당한 것인지에 관한 비판적 논의가 이루어질 수 있는 계기를 제공할 것이다.

이하에서 다음과 같이 논의를 전개하고자 한다. 미국 반독점법 판례를 통해 형성되어 온 노동면책 이론의 의의와 전개 과정을 상세히 고찰할 것이다. 특히 동 이론이 형성된 배경과 다투어졌던 쟁점 그리고 반독점법에 미친 영향들에 중점을 두어서 살펴볼 것이다(II). 이어서 노동면책 이론이 우리 독점규제법에서 갖는 의의와 시사점을 검토할 것이다. 특히 노동면책과 유사한 문제를 독점규제법에서는 주로 사업자 개념을 통해 해결하고 있으며, 최근 대법원도 이러한 접근방식을 따른 판결을 내리고 있는데, 이러한 방식이 갖는 의의와 한계 그리고 입법적 대응까지 포함한 극복 방안을 상세히 살펴볼 것이다(III). 이상의 논의를 종합하여 결론으로서 노동법과 경쟁법의 경계, 즉 독점규제법의 적용 범위 문제에 관한 타당한 해결 방안을 제안하고자 한다(IV).

II. 반독점법상 노동면책 이론의 전개

1. 노동면책 이론의 형성

최초의 반독점에 관한 연방법으로서 1890년 제정된 Sherman법은 거래나 통상(trade or commerce)을 제한하거나(1조) 독점화하는(2조) 행위를 위법한(illegal) 행위로 규정하였다. 그러나 초기 법 적용 사례를 보면, Sherman법은 주로 노동 사건에 적용되었는데, 1890년부터 1897년까지 법원에서 다루어진 13건의 셔먼법 위반행위 중 12건이 노동조합의 파업에 관한 것이었다.⁷⁾ Sherman법에 규정된 거래와 통상에 노동의 공급을 포함 시키는 것에 대한 비판이 존재하였음에도 불구하고 이러한 적용은 계속되었으며,⁸⁾ 이를 시정 하고자 하는 입법적 대응이 이어졌다.

우선 1914년 제정된 Clayton법은 제6조에 “인간의 노동은 상품이나 거래 대상이 아니다”라는 기본 원칙을 밝히고, 반독점법에 포함된 어떠한 규정도 합법적으로 정당한 목적을 수행할 뿐인 노동조합의 존재와 운영을 금지하는 것으로 해석되어서는 안 된다는 규정을 도입하였다.⁹⁾ 또한 제20조에서 사용자와 근로자 간의 고용조건에 관

7) Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy-The Law of Competition and Its Practice*, Thomson Reuters, 2011, p. 783.

8) 사업자와 정부가 Sherman법 제1조를 노동조합의 활동을 금지하는 수단으로 활용한 것을 보여주는 사건으로, *Loewe v. Lawlor*, 208 U.S. 274(1908) 참조.

한 분쟁(a dispute concerning terms or conditions of employment)과 관련하여 법원이 제재를 가하거나 금지명령을 내릴 수 없다는 규정을 둠으로써¹⁰⁾ 노동 사건에 대한 Sherman법 적용을 피하고자 하였다. 그러나 법원은 제6조에서 ‘정당한 목적’(legitimate objects)이 무엇인지를 판단하는 권한을 보유하고 있다고 보았으며, 또한 제20조에 따른 보호 범위를 근로자와 사용자 사이에 발생한 행위에 한정함으로써, 이상의 규정이 갖는 입법 취지가 실현되는 데 한계가 있음이 드러났다.¹¹⁾ 따라서 추가적인 입법이 요구되었고, 1932년 노동 분쟁과 관련되거나 이로부터 야기된 사건에 대해 제재를 부과하거나 일시적 또는 영구적 금지명령을 발할 수 있는 연방 법원의 관할권을 배제하는 것을¹²⁾ 핵심 내용으로 하는 Norris-LaGuardia법 제정에 이르게 되었다.¹³⁾ 또한 1935년 노사관계의 양 당사자에게 신의칙에 기해 근로조건 등에 대해 협의할 의무를 부과함으로써 단체교섭 활동을 촉진할 목적으로 제정된 노사관계법(National Labor Relations Act; NLRA)도 노동 사건에 대한 반독점법 적용에 영향을 미쳤다.¹⁴⁾

9) 15 U.S.C. § 17. “The labor of human being is not a commodity or article of commerce. Nothing contained in the antitrust laws shall be construed to forbid the existence and operation of labor, agricultural, or horticultural organizations, instituted for the purposes of mutual help, and not having capital stock or conducted for profit, or to forbid or restrain individual members of such organizations from lawfully carrying out the legitimate objects thereof; nor shall such organizations, or the members thereof, be held or construed to be illegal combinations or conspiracies in restraint of trade, under the antitrust laws.”

10) 동 조항은 현행 미국법전의 노사관계(labor-relations) 편에 편제되어 있다. 29 U.S.C. § 52. “No restraining order or injunction shall be granted by any court of the United States, or a judge or the judges thereof, in any case between an employer and employees, or between employers and employees, or between employees, or between persons employed and persons seeking employment, involving, or growing out of, a dispute concerning terms or conditions of employment, unless necessary to prevent irreparable injury to property, or to a property right, of the party making the application, for which injury there is no adequate remedy at law, and such property or property right must be described with particularity in the application, which must be in writing and sworn to by the applicant or by his agent or attorney.”

11) Christopher L. Sagers, op. cit., pp. 434-435 참조.

12) 29 U.S.C. § 101 “No court of the United States, as defined in this chapter, shall have jurisdiction to issue any restraining order or temporary or permanent injunction in a case involving or growing out of a labor dispute, except in a strict conformity with the provisions of this chapter; nor shall any such restraining order or temporary or permanent injunction be issued contrary to the public policy declared in this chapter.”

13) 동법은 노동 분쟁에 대한 연방 법원의 관할권을 제한하는 내용 외에도 노동조합 불가입을 고용조건으로 하는 이른바 황견계약을 무효로 하는 규정과 근로자의 자유로운 노동조합 결성권을 보장하는 내용을 핵심 내용으로 포함하고 있었다. 노동조합 결성에 관한 의미 있는 첫걸음으로 Norris-LaGuardia법의 제정 의의를 분석하고 있는 것으로서, Michael E. Gold, *An Introduction to Labor Law*, Cornell Univ. Press, 1998, p. 4 참조.

14) 29 U.S.C. §§ 151 - 169. 특히 § 151 5. sentence “It is hereby declared to be the policy of the United States to eliminate the causes of certain substantial obstructions to the free flow of commerce and to mitigate and eliminate these obstructions when they have occurred by encouraging the practice and procedure of collective bargaining and by protecting the exercise by workers of full freedom of association, self-organization, and designation of representatives of their own choosing, for the purpose of negotiating the terms and conditions of their employment or other mutual aid or protection.” 동법의 제정으로 의회는 노동조합에 대한 단순한 용인에서 적극적인 장려로 입장을 전환하였고, 힘

물론 이상의 입법에 노동 사건에 대한 반독점법 적용을 배제하는 명시적 규정이 존재한 것은 아니지만, 연방 법원은 이상의 법 규정의 종합적인 해석을 통하여 근로자의 노동 분쟁 관련 행위들, 예를 들어 보이콧(boycott)이나 피켓시위(picketing) 등에 대한 반독점법의 적용을 부인하였다. 이와 같은 연방 법원에 의해 형성된 반독점법 적용제외 법리는 법에 근거한 면책이론이라 하여 ‘법정 노동면책’(statutory labor exemption)으로 이해되었으며, 특히 *Hutcheson* 사건은¹⁵⁾ 이러한 이론이 체계적으로 제시된 사건으로서 주목할 만하다. 동 사건은 주류 회사(*Anheuser-Busch*)에 고용된 조합 소속 목수들이 회사에 대한 노무 제공을 거부하면서 발생하였다. 이들은 다른 조합 소속 목수들도 동참하게 할 목적으로 회사 경내에서 불공정이라고(unfair to organized labor) 직한 피켓을 들고 시위를 하였고, 또한 회사 제품에 대한 전국적인 불매운동을 전개하였다. 미국 법무부는 목수들의 행위가 상거래를 제한하는 행위로서 *Sherman*법 제1조를 위반한 것으로 보고 기소하였으며, 피고는 문제가 된 행위가 노동면책에 해당하는 것으로서 *Sherman*법의 적용 대상이 될 수 없다고 항변하였다. 최종적으로 연방대법원은 문제가 된 행위가 노동면책의 대상이 된다고 보면서 *Sherman*법의 적용을 부인하였다. 연방대법원은 이러한 판단의 근거로서 노동조합의 행위가 *Sherman*법을 위반하는지를 판단할 때 해당 규정은 *Clayton*법 제20조 및 *Norris-LaGuardia*법과 함께 보아야 한다는 점을 지적하고,¹⁶⁾ 이러한 전제에서 노동조합이 자기 이익을 위해 행동하고 비노동 단체와 연루되지 않는 두 가지 요건이 충족되는 한 사용자가 아닌 제3자를 대상으로 한 노동조합의 행위도 *Clayton*법 제20조 및 *Norris-LaGuardia*법의 효력에 의해 *Sherman*법의 적용 대상이 되지 않는다고 판시하였다.¹⁷⁾ 한편 동 판결은 노동면책이 적용되기 위한 요건의 하나로 비노동 단체(nonlabor groups)와 연루되지 않아야 한다는 것을 들었는데, 이에 대한 후속 판결은 근로자의 이익에 대한 기여를 실질적 기준으로 하여, 명목상 비노동 단체이지만 노동조합의 핵심 목표 달성에 필수적인 단체와의 합의가 가능한 것으로 보는 입장을 취하였다.¹⁸⁾ 예를 들어 *H. A. Artists* 사건에서 연방대법원은 배우들과 연극대행업자들 간의 협약과 관련하여 배우들의 일자리를 얻는 메커니즘에 있어서 연극대행업자들은 본질적 역할을 수행한다는 점을 지적하면서, 당해 협약이 비노동 단체와 관련되는 것은 아니며, 따라서 노동면책이 가능한 것으로 판단하였다.¹⁹⁾

2. 비법정면책으로 확대

이상의 노동면책 적용은 연방대법원 판결에 의해 이른바 ‘비법정 면책’(non-

의 균형을 노동 측에 더 유리하게 재조정하려는 노력을 시작하였다는 분석으로, Christopher L. Sagers, op. cit., p. 434.

15) U. S. v. *Hutcheson*, 312 U.S. 219 (1941).

16) 312 U.S. 219, 231 (1941).

17) 312 U.S. 219, 232-234 (1941). 특히 p. 232에서 연방대법원은 “노동조합이 자신의 이익을 위해 행동하고 비노동 단체와 연합하지 않는 한, 특정 노동조합 활동의 수단이 되는 목적이 합리적인지 또는 비합리적인지, 타당한지 또는 부당한지, 사익적인지 또는 공익적인지에 관해 어떠한 판단도 내리지 않을 것”이라고 언급하였다.

18) 이러한 입장은 노동면책의 범위를 확대하는 의미를 갖는다. Herbert Hovenkamp, op. cit., p. 784 및 Christopher L. Sagers, op. cit., p. 436 참조.

19) *H. A. Artists & Assocs. v. Actors' Equit Assn.*, 451 U.S. 704 (1981).

statutory labor exemption)으로 확장되었다. Huthcheson 판결에 의해 정립된 법정 면책은 노동조합의 일방적 행위를 대상으로 하는데, 노동조합의 원활한 활동을 보장하기 위해서는 이를 넘어서는 면책 범위 확대의 필요성이 제기되었고, 이를 수용한 연방대법원의 판결이 이어졌다.²⁰⁾ 이러한 확장은 노사관계법(NLRA)에 근거하여 노사 자율에 의한 단체교섭을 촉진하고자 하는 정책 실현과 밀접히 관련되며,²¹⁾ Pennington 사건에서 White 대법관이 지적한 것처럼 노사 분쟁을 협상에 맡김으로써 산업 분쟁을 평화적으로 해결한다는 노사관계법에 명시된 국가 정책과 서면법을 조화시키는 것을 의미하였다.²²⁾ 즉 노사관계법(29 U.S.C. § 151 5. sentence)은 집단적 교섭의 실행과 절차를 장려하는 것 그리고 결사, 자율적 조직화 및 자신이 뽑은 대표자의 지정에 관하여 근로자들이 완전한 자유를 누리도록 하는 것을 미국 정부의 정책 목표로 제시하였으며, 이 목표를 달성하기 위한 관점에서 반독점법상 노동면책도 이해될 필요가 있었다. 이러한 정책적 관점에서 협상력의 불균형이 존재하는 상황에서 공정한 근로조건이 도출되려면 근로자 측의 집단적 대응이 불가피할 것이고, 이를 제도적으로 보장하기 위해 반독점법 위반의 위험을 제거할 필요가 있으며, 이러한 필요에 적절히 대응하기 위해서는 반독점법에 대한 노동면책의 범위가 법이 명시적으로 정한 범위²³⁾ 이상으로 확대되어야 한다는 사고가 연방 법원의 판례를 통해 전개되었다. 그렇지만 노동정책의 관점에서 이루어진 노동면책의 확대는 반독점법 적용의 제한에 따른 경쟁정책의 축소라는 결과를 낳을 수밖에 없었고, 따라서 노동정책과 경쟁정책의 충돌 문제를 해결하고 양자의 타당한 범위를 정하는 것이 중요한 과제로 주어지게 되었다.

우선 노동조합과 사용자 사이의 단체협약이 사용자가 참여한 시장에 존재하는 다른 사업자, 경쟁자, 공급자 등에게 반경쟁적 제한을 부과할 수 있는 내용을 포함하고 있는 경우에도 노동면책 법리의 적용이 가능한지가 쟁점이 되었다. 이러한 쟁점이 다루어졌던 최초의 사례로서 Jewel Tea 사건을 들 수 있다. 동 사건에서는 도살업자 조합과 식료품상 협회 사이에 도살업자의 근무시간을 제한하는 내용의 합의가 문제가 되었는데, 하급심은 동 합의의 당사자인 식료품상협회가 노동자 조직이 아니며, 동 합의로 인해 경쟁을 제한하는 결과를 낳는다는 것을 이유로 노동면책을 적용하지 않았다.²⁴⁾ 그러나 연방대법원은 하급심 판결을 번복하였는데, 문제가 된 합의가 실질적으로 적법한 단체협약의 대상인 노동조건에 관련된다는 점이 노동면책 법리에 따

20) Areeda & Hovenkamp는 “비법정(nonstatutory)”이라는 용어가 법에 근거하지 않는 것과 같은 의미로 이해될 여지가 있어서 다소 부적절한 표현이라는 점을 지적하고 있다. Areeda & Hovenkamp에 의하면, 법정면책은 클레이턴법(Clayton Act)이나 노리스-라가디아법(Norris-LaGuardia Act)에 명시적으로 규정되어 있는 면책을 의미하는 반면, 비법정면책은 이 규정들로부터 간접적으로 도출되고 있다는 점을 상기시켜 주는 의미가 있으며, 따라서 비법정면책도 본질적으로 법에 근거한 법정(statutory)적 성격을 갖고 있는 것이다. Phillip Areeda & Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law - An Analysis of Antitrust Principles and Their Application* vol. 1A, Aspen Law & Business, 1997, p. 173 참조.

21) Ibid., p. 219 이하 참조.

22) United Mine Workers v. Pennington, 381 U.S. 657 (1965).

23) 특히 Clayton법 제20조에서 연방법원의 관할권이 배제되는 사건으로 규정하고 있는 “in any case between an employer and employees, or between employers and employees, or between employees, or between persons employed and persons seeking employment, involving, or growing out of, a dispute concerning terms or conditions of employment” 참조.

24) Amalgamated Meat Cutters v. Jewel Tea Co., 331 F.2d 547 (7th Cir. 1964).

른 반독점법의 적용제외를 인정하는 주된 근거가 되었다.²⁵⁾

그러나 전술한 것처럼 이러한 노동면책 범위의 비법정 확대에는 그 경계를 어떻게 정할 것인지의 문제가 뒤따를 수밖에 없으며, 이와 관련하여 연방대법원에서 다루어진 Connell 사건은 비법정면책의 한계를 제시하였다는 점에서 의의가 있다. 동 사건에서 노동조합은 해당 조합에 의해 대표되는 기업만 배관작업 관련 하도급을 받을 수 있도록 하는 합의를 일반 도급업자와 체결할 목적으로 피켓시위를 하였는데, 연방대법원은 이러한 행위가 임금이나 근로조건의 개선이 아니라 배관작업 하도급의 입찰 자격에 영향을 미침으로써 특정 사업자를 시장에서 전적으로 배제할 목적으로 이루어진 것이라는 점에 주목하면서, 노동면책의 적용 주장을 받아들이지 않았다.²⁶⁾ 동 판결은 비법정 노동면책의 적용 한계를 보여주었다는 점에서 의의가 있으며, 이후 동 판결의 취지에 따라서 비법정면책이 적용되기 위한 요건이 정립되었다. 즉 1) 합의에 따른 거래제한이 주로 당사자들에게 영향을 주는 것이어야 하고, 2) 합의의 대상은 단체협약의 필수적인 주제에(임금, 근로시간, 노동조건 등) 관련되는 것이어야 하며, 3) 합의의 해당 조항은 독립적으로 교섭의 대상이 되어야 한다는 것 등의 세 가지 요건이 충족되어야 한다.²⁷⁾

이상의 연방대법원의 판례를 통해 정립된 비법정면책 적용 요건은 유력한 기준으로 작용하였지만, 여전히 적용상의 불명확한 점이 남아 있었다. 그중 하나로 단체협약의 종료 이후의 노사관계와 관련하여 노동면책 이론이 적용될 수 있는지의 문제가 제기되었으며, 이는 Powell 사건에서 주된 쟁점으로 다루어졌다. NFL에 소속된 9명의 선수들은 NFL 팀들이 단체협약이 종료된 이후에 동 협약상 규정을 시행한 것은 반독점법을 위반한 것이라는 이유로 소송을 제기하였고, 이에 대해 연방 1심법원은 노동면책 이론의 적용은 단체협약 이후에도 지속될 수 있지만 존속 기한은 협상 결렬 시점까지라고 판시하고, 당해 사건에 노동면책 이론을 적용하지 않았다.²⁸⁾ 그러나 동 사건의 연방 항소심은 다른 취지의 판단을 내렸는데, 비법정 노동면책은 단체교섭관계가 유지되고 있는 한 협상결렬 이후까지도 확장되어야 한다고 판결하였다.²⁹⁾ 즉 항소심 법원은 노사관계가 계속되는 한 협상의 단순한 결렬로 인해 비법정면책이 종료되지 않으며, 이를 종료되는 것으로 보는 것은 의무적인 단체교섭 사항인 근로조건에 대해 단체협약이 종료된 이후에도 신의칙에 기하여 계속적으로 협상하여야 한다는 노사관계법의 취지에 부합하지 않는다는 입장을 취하였다.

이와 같은 연방 법원의 태도는 Brown 사건에서도 기본적으로 유지되었는데, 동 사건의 재판 과정에서는 다양한 쟁점이 다루어짐으로써 비법정면책에 관한 종합적인 판단이 이루어지는 계기가 되었다. 동 사건에서 NFL 및 소속 구단들은 선수들의 노동조합인 선수협회와의 단체협약이 종료된 이후 새로운 단체협약을 위한 교섭을 진행하였고, 해당 교섭이 결렬되자 이른바 예비선수단(development squad)을 구성할 수 있는 내용의 결의안을 채택하였다. 동 결의안은 소속 구단이 최대 6명의 신인선수 또는 자유계약 선수로서 정규선수가 되지 못한 1년 차 선수들로 구성된 예비선수

25) *Amalgamated Meat Cutters v. Jewel Tea Co.*, 381 U.S. 676 (1965).

26) *Connell Construction Co. v. Plumbers & Steamfitters Local Union No. 100*, 421 U.S. 616 (1975).

27) Herbert Hovenkamp, op. cit., p. 785.

28) *Powell v. National Football League*, 678 F. Supp. 777(D. Minn. 1988).

29) *Powell v. National Football League*, 930 F. 2d 1293 (8th Cir. 1989).

단을 운영할 수 있고, 이에 포함된 선수들에 대한 임금은 주급 1,000달러로 하는 것을 주요 내용으로 하였으며, 선수협의회와 이에 관한 협상이 결렬된 이후 NFL과 소속 구단들은 결의안에 포함된 내용을 실행하기로 하였다. 이에 선수들은 NFL과 28개 소속 구단들의 행위가 Sherman법 제1조를 위반하였다는 소송을 제기하였다. 동 소송에서 1심인 연방 지방법원은 노동면책의 적용을 부인하였는데, 동 법리는 단체교섭이 결렬된 시점 이후에는 적용될 수 없다는 것 그리고 비법정면책은 예비선수들의 임금과 같이 종래 단체협약 사항이 아니었던 문제에 적용될 수 없다는 것을 주된 근거로 제시하였다.³⁰⁾ 그러나 동 판결에 대한 항소심은 1심과 다른 입장을 취하였는데, 경쟁제한적 행위가 노사관계에 기초한 단체교섭 과정에서 발생한 것이라면 반독점법의 적용은 부인되어야 한다는 판결을 내렸으며,³¹⁾ 이에 대한 상고심에서도 연방 대법원은 최종적으로 항소법원의 입장을 지지하는 판결을 내렸다.³²⁾ 연방대법원의 판결에서는 의견이 나뉘었는데, 먼저 소수의견(Stevens 대법관)은 예비선수들에 대한 임금 문제는 새로운 쟁점이고 기존 단체협약상 조건과 관련된 것은 아니므로 비법정면책이 적용될 여지는 없으며, 이와 같은 확대는 노동조합이 갖는 협상 권한을 침해하고 결국 반독점법의 적용제외를 인정하는 취지에 반하는 것이라는 의견을 피력하였다.³³⁾ 그러나 전술한 것처럼 다수의견은 당해 사건에서 비법정면책을 인정함으로써 항소법원의 판결을 유지하였는데,³⁴⁾ 특히 단체교섭이 원활하게 진행되기 위해서는 단체협약뿐만 아니라 이를 위한 단체교섭 과정에 대한 노동면책의 적용이 필수적이며, 노동정책적 관점에서 비법정 노동면책은 단체교섭이 결렬된 이후에도 적용되어야 한다는 점을 확인하였다. 또한 단체교섭 과정에 반독점법이 개입하게 될 경우 교섭 과정에 나타난 모든 행위가 법원의 반독점법 위반 여부에 대한 심사 대상이 됨으로써 불안정성과 불확실성이 발생할 것이고,³⁵⁾ 이는 결국 단체교섭을 통한 단체협약의 성립에 지장을 초래할 수 있다는 점이 비법정면책 인정의 주된 근거로 제시되었다.³⁶⁾

3. 소결 - 경쟁정책과 노동정책

앞에서 살펴본 것처럼 노동 사건에 대한 반독점법의 적용제외는 반독점법의 초기 운영과정에서 노동 사건에 집중적으로 법 적용이 이루어지던 혼선을 극복하는 과정에서 일련의 입법을 통하여 이루어졌다. 즉 Clayton법 제20조, Norris-Laguardia법 그리고 노사관계법(NLRA)의 제정을 통해 근로자와 사용자 사이에 고용조건에 관한

30) Brown v. Pro Football, Inc., 782 F. Supp. 125 (D.D.C. 1991).

31) Brown v. Pro Football, Inc., 50 F.3d 1041 (1995).

32) Brown v. Pro Football, Inc., 518 U.S. 231 (1996).

33) 518 U.S. 231, 252-266 (1996).

34) 소수의견과 다수의견의 나누어진 것을 비법정 노동면책의 목적에 대한 이해의 차이로 분석한 것으로서, 소수의견은 협상력의 강화를 통한 근로자의 이익 증대를 목적으로 이해하고 있는 데 반하여, 다수의견은 한쪽 당사자의 이익 측면이 아니라 단체교섭 과정 자체를 보호하는 것이 비법정면책의 목적임을 전제하고 있다는 지적으로, Phillip Areeda & Herbert Hovenkamp, op. cit., pp. 249-250 참조.

35) 연방 대법원은 반독점법이 단체교섭 과정에서 요구되는 공동의 논의나 행동을 금지하거나 제한할 수 있기 때문에 이와 같은 불안정성과 불확실성이 야기될 수 있다고 지적한다. 518 U.S. 231, 242 (1996).

36) 518 U.S. 231, 235-250 (1996).

분쟁에 관련된 사건에서 법원의 관할권이 명시적으로 배제되었으며, 이에 의하여 이른바 법정 노동면책으로서 노동 사건에 대한 반독점법의 적용이 배제되었다.

그렇지만 반독점법상 노동면책은 법이 정한 범위를 넘어서 확대되었는데, 특히 노사 자율에 의한 단체교섭과 단체협약 체결의 촉진을 정부의 기본 정책으로 선언하고 있는 노사관계법(NLRA)의 취지를 실현하기 위해서 반독점법상 노동면책의 범위가 확대되어야 한다는 사고가 연방 법원의 판례를 통해 전개되었다. 즉 법정면책이 노동자 단체의 행위를 보호하는 것에 초점을 맞추었다면, 비법정면책은 집단적 교섭과정 자체의 보호를 목적으로 하는 방향으로 반독점법의 적용제외 법리가 형성되었다.³⁷⁾ 이 과정에서 Jewel Tea 사건이나 Connell 사건에서 연방 대법원의 판결은 중요한 선례가 되었는데, 이들 사건에서 연방 대법원은 노사 합의가 당사자를 넘어서 시장에 참가하고 있는 제3자에게 영향을 미치는 경우에도 동 합의가 실질적으로 근로조건에 관련된 것이라면, 노동면책이 적용되어야 한다는 이른바 비법정면책 법리를 제시하였다. 그리고 이러한 법리의 적용이 지나치게 확대될 것을 우려한 한계에 관한 기준도 마련되었는데, 합의에 따른 거래제한은 주로 당사자들에게 영향을 미칠 것, 합의의 대상은 단체협약의 필수적인 주제로 고려될 것 그리고 합의의 해당 조항은 독립적으로 교섭의 대상이 되어야 할 것 등의 요건 충족이 비법정면책 적용에 있어서 요구되었다. 또한 단체협약이 체결된 경우뿐만 아니라 단체교섭이 결렬된 이후에도 노사관계가 계속되고 있는 한 노동자 단체의 충분한 자유에 기반한 노사관계의 자율적 형성을 촉진하고자 하는 노사관계법(NLRA)의 취지에 비추어 반독점법의 적용제외가 계속되어야 한다는 일련의 판결(Powell 사건, Brown 사건)도 비법정면책의 적용 범위를 정립하는 데 의미 있는 기여를 하였다.

이상의 법정 노동면책 나아가 비법정 노동면책은 노동정책의 실현을 위해 반독점법의 적용을 제한한 것이며, 이를 통하여 노동정책과의 관계에서 경쟁정책의 타당한 범위가 정해될 것이다. 노사 자율에 기반한 단체교섭 과정의 보호와 촉진을 의미하는 노동정책과 마찬가지로 국가의 과제로서 경쟁정책의 중요성도 간과될 수는 없으며,³⁸⁾ 따라서 여기서 경쟁정책의 범위는 노동정책과 경쟁정책의 조화를 모색하는 과정에서 이루어질 필요가 있다. 이러한 점에서 Allen Bradley 사건에서 비법정면책과 관련하여 연방 대법원이 “(법원은) 의회가 공표한 두 가지 정책, 경쟁력 있는 경제를 유지하는 것과 단체교섭을 통해 근로자들이 노동조건을 개선하기 위해 조직할 권리를 보호하는 것의 두 정책을 균형 있게 조화시킬 책임을 부담한다”고³⁹⁾ 판시한 부분은 적절한 언급이라 할 것이다.

이러한 관점에서 두 정책의 조화를 모색하는 출발점을 노동(labor) 시장과 제품(product) 시장의 구분에서 구하는 것을 참고할 수 있다. Jacobs & Winter는 비법정면책의 적용 범위를 정함에 있어서 연방대법원이 일관되게 노동시장과 제품시장의

37) Ernest Gellhorn & William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, West Publishing Co., 1994, p. 486 참조.

38) 시장경제질서를 채택하고 있는 나라에서 경제정책 중 경쟁정책의 우위에 관하여 논의하고 있는 것으로 Meinrad Dreher, "Das Rang des Wettbewerbs im europäischen Gemeinschaftsrecht", *WuW*, 1998, S. 656 이하 참조.

39) Allen Bradley Co. v. Local Union No. 3, IBEW, 325 U.S. 797, 806 (1945). 이와 같은 법원의 과제를 집단적 교섭과 자유 경쟁 사이의 선택의 문제로 이해하고 있는 것으로, Ernest Gellhorn & William E. Kovacic, op. cit., p. 486.

경계를 강조해 왔다고 분석하였는데,⁴⁰⁾ 연방대법원이 시사한 이러한 구분은 노동정책이 우선하는 범위, 즉 근로자들의 집단적 교섭 과정이 보호될 필요성이 있는 영역에 대한 객관적인 기준으로서 타당성을 갖는다. 흔히 노동시장에서 단체교섭은 공급측에서의 대항력(countervailing power)을 통해 시장에 영향을 미치려는 수단이며, 경제학적으로는 양자 독점적인(bilateral monopoly) 구조를 취하게 될 것이다. 이러한 구조가 법적으로 보호받고 있는 경우에 반독점법의 적용은 법리적 정당성을 갖기 어려울 것이다.⁴¹⁾ 물론 이러한 기준의 적용에는 실질적인 심사가 결합될 필요도 있는데, 예를 들어 제품 시장에서의 경쟁에 영향을 미치기 위해 사용자와 노동조합이 공모하여 단체협약을 체결한 경우에는 형식적으로 노동 시장에서의 합의라 할지라도 노동면책의 적용은 제한될 수 있을 것이다.⁴²⁾ 결국 반독점법상 노동면책이 없을 경우 노동자 단체의 존재 자체가 위협받을 수 있는 것은 분명하지만,⁴³⁾ 과도한 노동면책의 적용은 일반 상품시장에서의 경쟁질서를 침해할 수 있으며, 양자에 대한 균형 있는 고려가 노동정책과 경쟁정책의 경계를 정하는 과정에서 유지될 필요가 있을 것이다.

III. 우리나라에서 노동면책 법리의 시사점

1. 독점규제법상 노동면책에 관한 논의 구조와 한계

우리나라에서도 경제법과 노동법은 상호 독립적인 별개의 법 영역으로 이해되고 있으며, 이러한 사고는 노동 사건에 대한 독점규제법의 적용을 부인하는 근거가 될 것이다. 그렇지만 이에 관한 명시적인 법 규정이 두 법 영역 모두에서 존재하는 것은 아니며, 이러한 해석을 뒷받침할 만한 법적 근거도 명확하지 않다.

독점규제법상 이 문제에 대한 논의는 주로 사업자 개념을 중심으로 전개되어왔다. 독점규제법 제2조 제1호가 정의하고 있는 사업자 개념은 동법의 수범자를 정하는 의미가 있으며, 이를 통해 동법의 적용 범위를 정하는 한계기능을 수행한다.⁴⁴⁾ 따라서 문제가 된 행위의 주체가 동 개념에 포섭될 수 있는지는 근로자 또는 근로자 단체와 관련된 노동 사건에 대한 독점규제법의 적용 가능성을 결정할 때에도 판단기준의 하나로 활용될 수 있을 것이다. 이와 같이 독점규제법의 적용 대상을 수범자 측면에서 파악하여 구체적인 분쟁에 법 적용 여부를 결정하는 방식은 명확성을 기할 수 있다는 점에서 긍정적인 측면이 있으며, 이하에서 살펴볼 대법원 판결도 이러한 방식을 독점규제법의 적용 여부를 결정함에 있어서 적극적으로 활용하고 있다.⁴⁵⁾ 그렇지만

40) Michael S. Jacobs & Ralph K. Winter, Jr., "Antitrust Principles and Collective Bargaining by Athletes: Of Superstars in Peonage", *Yale Law Journal* vol. 81, 1971, p. 26.

41) Ibid., p. 22.

42) Ibid., p. 26.

43) Ernest Gellhorn & William E. Kovacic, op. cit., p. 485.

44) 차성민, "독점규제법상 사업자 개념에 관한 연구", 서울대학교 박사학위논문, 2000, 171면 참조.

45) 대법원 2023. 7. 13. 선고 2022두62888 판결.

이러한 접근방식이 갖는 한계에 대해서도 주의를 기울일 필요가 있을 것이다.

우선 노동사건에 대한 독점규제법 적용 여부의 판단을 전적으로 사업자 개념에 의존하는 것이 타당한지에 의문이 따른다. 독점규제법 제2조 제1호 1문은 “사업자란 제조업, 서비스업 또는 그 밖의 사업을 하는 자를 말한다”라고 규정한다. 동 규정은 사업자를 정의함에 있어서 영위하는 업종을 열거하는 방식이 아닌 개방적인 방식을 취하고 있으며, 업종을 불문하고 사업을 영위하는 자는 독점규제법이 정의하는 사업자에 해당한다.⁴⁶⁾ 즉 동 규정에서의 사업자 정의는 사업 영위에 초점을 맞춘 기능적 개념이며,⁴⁷⁾ 동 규정에 의해 사교활동, 자선활동, 종교활동 등의 사업 영위와 무관한 행위의 주체는 사업자에서 배제된다.⁴⁸⁾ 또한 독점규제법에 명시되어 있지는 않지만, 동법에서 정의하는 사업자는 독립적으로 사업을 영위하는 자를 의미하는 것으로 보고, 독립성을 독점규제법상 사업자 개념에 해당하기 위한 또 다른 불문의 요건으로 이해할 수 있다.⁴⁹⁾ 독점규제법은 자율적인 시장참가자들 간의 경쟁 보호를 입법목적으로 함으로, 독자성이 결여된 자를 동법의 규율 대상으로 보기는 어렵다는 점이 이러한 이해의 유력한 근거가 될 것이다.⁵⁰⁾

이상의 사업자의 개념적 이해에 따르면, 근로자 또는 근로자 단체라 하더라도 독점규제법상 사업자의 개념 요건을 충족할 경우 사업자에 해당할 수 있고, 따라서 이들이 관련된 사건에 대한 독점규제법의 적용이 가능하게 될 것이다. 그렇지만 이러한 판단 과정에 근로자성을 결정 짓는, 따라서 노동법상 규율을 정당화하는 고유한 특징에 대한 고려는 간과되거나 사업자성 판단으로 대체되어 버리는 결과를 낳을 수 있다. 물론 근로자 판단에도 종속성은 중요한 표지로서 다루어지기 때문에 양자의 판단 과정에서 공통되는 측면을 찾을 수 있을 것이다. 그러나 추가적인 고려 요소는 차치하더라도, 노동법상 근로자성 판단과 독점규제법상 사업자성 판단 모두에서 핵심적 요건으로 기능하는 종속성이 동일한 의미를 갖는 것은 아니다. 노동법에서 근로자 개념의 핵심적 요건인 종속성과 관련하여, 대법원은 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와 보수의 성격이 근로 자체의 대상적

46) 권오승·홍명수, 앞의 책, 122면.

47) 독일 경쟁제한방지법상 사업자를 행위의 성격에 의해 결정되는 기능적(funktionale) 개념으로 이해하는 것으로, Hermann-Josef Bunte, Kartellrecht, C. H. Beck, 2008, S. 245 참조.

48) 김두진, 「경제법」, 동방문화사, 2020, 27면 참조.

49) 법원은 “사업자라 함은 위와 같은 경제활동에 참가하는 사업자 중에서도 경제활동과 관련된 각종 결정을 자신의 의사에 기하여 독자적으로 할 수 있는 자를 의미한다”고 보았다. 서울고등법원 2003. 5. 27. 선고 2001누15193 판결; 대법원 2005. 12. 9. 선고 2003두6283 판결.

50) 차성민, 앞의 글, 175면 참조.

성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다”고 판시하였다.⁵¹⁾ 동 판결에서 대법원은 근로자성에 관한 실질적인 판단을 요구하고 있으며, 종속적인 관계는 근로자성 인정의 핵심적 요건에 해당하는 것으로 보고, 이를 판단하기 위하여 고려되어야 할 다양한 요소들을 제시하고 있다.⁵²⁾

이상의 노동법상 근로자 개념의 요건으로서 종속성 판단과 비교하여 독점규제법상 사업자 개념에서 요구되는 독립성 역시 종속성에 대비되는 개념임은 분명하지만, 이때의 독립성(종속성) 판단이 근로자 개념에서 종속성 판단과 동일하게 이루어질 수 있는 것은 아니다. 독점규제법상 사업자의 독립성(종속성)은 다른 사업자와의 관계에서 결정되며, 본질적으로 거래상 위험의 귀속 여부가 독립성(종속성) 판단에서 핵심적 요소로 기능한다.⁵³⁾ 즉 근로자의 종속성 판단에서 고려되는 근로 제공 과정에서의 지휘 여부 등의 요소는 독점규제법상 사업자의 종속성 판단에서 결정적인 의미를 갖지 않는다. 이와 같은 종속성 판단에서 드러나는 양자의 차이는 노동법상 근로자의 인정과 독점규제법상 사업자의 인정이 동시에 이루어질 수도 있고, 따라서 양 법체계가 중복적으로 적용될 가능성을 개념적 접근 방식을 통해서 배제할 수 없음을 시사한다.

근로자 또는 근로자 단체가 관련된 사건에서 문제가 된 행위 주체가 독점규제법상 사업자 개념에 해당하는지에 전적으로 의존하여 독점규제법의 적용 여부를 결정하는 것에 한계가 있다면, 양자의 충돌 문제를 해결하기 위한 별도의 기준 제시가 여전히 필요할 것이다. 이러한 맥락에서 앞에서 살펴본 미국 반독점법상 노동면책 이론은 유력한 의미가 있다. 미국 연방대법원 판결을 통해 형성된 동 이론은 법정면책의 경우 노동조합의 자기 이익성과 비노동 단체와의 비연루성의 요건 그리고 비법정면책의 경우 합의에 따른 거래제한이 주로 당사자에게 영향을 미칠 것, 합의의 대상이 단체협약의 필수적 주제(임금, 근로시간 등)에 관련될 것 그리고 합의의 해당 조항이 독립적으로 교섭 대상이 되어야 할 것 등의 요건을 반독점법의 적용을 배제하는 요건으로 제시하였다. 이러한 요건은 노동 관련 사건에 독점규제법을 적용하는 문제에 관해서도 그 자체로 의미가 있는 것이지만, 나아가 미국 연방대법원이 Allen Bradley 사건에서 지적하였던 것처럼, 반독점법상 노동면책 이론은 경쟁정책과 노동정책을 조화시킬 과제를 법원에 부과한 것이라 할 수 있으며,⁵⁴⁾ 이러한 과제 수행에 있어서 양 정책의 균형 있는 고려와 형량을 필수적인 것으로 요구하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 즉 노동면책 이론은 문제가 된 행위와 관련하여 거래과정에서의 경쟁보호와 노동조건 개선을 위한 근로자들의 권리 보호 중 어느 것을 우선할 것인지를 결정할 것을 요구하며, 이러한 요구를 실현하는 과정에서 구체적 사안을 중심으로 경쟁정책과 노동정책 실현의 의의와 가치 평가 그리고 이를 토대로 한 비교형량이

51) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736판결.

52) 종속성 판단의 핵심은 결국 ‘지휘·명령성의 존부’에 있다고 보는 것으로, 임종률·김홍영, 「노동법」, 박영사, 2025, 36면.

53) 서울고등법원 2003. 5. 27. 선고 2001누15193 판결; 대법원 2005. 12. 9. 선고 2003두6283 판결.

54) Ernest Gellhorn & William E. Kovacic, op. cit., p. 486 참조.

이루어지게 될 것이다. 이와 같은 미국 반독점법 판례를 통해 형성된 노동면책 이론에 따른 문제 해결 방식과 비교해 보면, 독점규제법의 적용 문제를 수범자로서 사업자 개념에 전적으로 의존하는 방식은 경쟁정책과 노동정책의 구체적 고려와 형량의 계기를 잃게 한다는 점에서 타당한 결론에 이를 수 있을지에 관한 의문을 피하기 어려울 것이다.

2. 향만노조 사건에 관한 대법원 판결 검토

(1) 사건의 경과

이상의 논의와 관련하여 울산지역에서 있었던 향만노조 사건은 주목할 만하다. 사건의 경과는 다음과 같다. 울산향운노동조합은 1980년 울산에서 향만하역작업에 종사하는 근로자를 조합원으로 하여 설립된 산업별 단위노동조합으로 고용노동부장관으로부터 울산지역 향만하역 등 근로자공급사업 허가를 받아 근로자공급사업을 영위하면서 각 하역업체에 소속 조합원들을 공급하여왔으며, 해당 지역에서 향만하역업체에 근로자를 공급하는 유일한 노동조합으로서 독점적인 지위를 누리고 있었다. 이후 2014년 설립된 온산향운노동조합이 2015. 8. 13. 부산노동청으로부터 근로자공급사업 허가를 받음으로써 해당 지역에서 향만하역업체에 대한 근로자 공급에서 경쟁이 이루어지는 상황이 되었다. 이러한 상황에서 향만하역업체인 (주)글로벌은 2019. 1. 19. 온산향운노동조합과 2019. 1. 21.부터 2021. 1. 20.까지를 기간으로 하는 노무공급계약을 체결하고, 동 조합에 대하여 2019. 1. 21. 세진중공업의 선박블록 하역작업에 노무공급을 요청하였다. 울산향운노동조합은 당일 하역작업 전 해당 부두에 농성용 텐트를 치고, 2대의 차량과 소속 조합원들을 동원하여 부두 및 선적용 중장비 통행로를 봉쇄하는 행위를 하였다. 이로 인해 울산향운노동조합은 하역작업을 하지 못하였고, 결국 (주)글로벌은 2019. 1. 31. 온산향운노동조합과의 노무공급계약을 해지하였다.⁵⁵⁾

이상의 사건과 관련하여 공정거래위원회는 울산향운노동조합의 행위가 구 독점규제법 제23조 제1항 후단(현행법 제45조 제1항 제8호)에서 금지하는 사업활동 방해에 해당하는 것으로 보고,⁵⁶⁾ 당해 행위의 금지를 내용으로 하는 시정조치와 10,000,000원의 과징금을 부과하였다.⁵⁷⁾ 즉 공정거래위원회는 문제가 된 울산향운노동조합의 행위로 인해 온산향운노동조합의 사업활동이 방해된 것으로 보았으며, 이러한 행위가 (주)글로벌에 대한 정의행위로서 정당화될 수 없으므로 당해 사업활동 방해행위의 부당성이 인정되는 것으로 판단하였다. 특히 부당성 판단과 관련하여 공정거래위원회는 직업안정법에서 정한 근로자공급사업을 하기 위해 고용노동부장관의 허가를 받도록 한 취지가 근로자를 공급하는 사업자에게 허가지역에서 근로자공급에 관한 배타적·독점적 권리를 갖게 하는 것을 목적으로 하는 것이 아니라는 점, 이 사건에서

55) 글로벌은 계약해지의 대가로 온산향운노동조합에게 2억원을 지급하였다.

56) 구체적으로 동법 시행령 [별표 2] 제8호 라목의 ‘그 밖의 사업활동방해’에 해당하는 것으로 보았다. 라목의 규정은 다음과 같다. “가목부터 다목까지에서 규정한 방법 외의 부당한 방법으로 다른 사업자의 사업활동을 심히 곤란하게 할 정도로 방해하는 행위.”

57) 공정위 2021. 3. 25. 의결 2019부사0611.

사업활동 방해행위는 경쟁사업자를 배제하고 근로자공급시장에서 자신의 독점적 지위를 유지하려는 의도 또는 목적으로 이루어진 것이라는 점 등을 주요 근거로 제시하였다. 피심인인 울산항운노동조합은 동 심결의 취소를 구하는 소송을 제기하였고, 1심 법원인 서울고등법원은 대체로 공정거래위원회의 판단을 따르면서 피심인의 청구를 기각하였다.⁵⁸⁾ 이에 대한 상고심에서도 대법원은 공정거래위원회와 원심의 판단을 유지하는 상고 기각의 판결을 내렸다.⁵⁹⁾

(2) 판결의 의의

동 사건에서 대법원은 여러 쟁점에서 공정거래위원회나 원심법원의 판단을 수용하였는데, 공정거래위원회나 원심 단계에서 논의되지 않았던 쟁점, 즉 당해 사건의 피규제자로서 피심인이자 상고인인 울산항운노동조합의 사업자성에 관한 문제가 상고심에서 처음 제기되었다. 앞에서 살펴본 것처럼 이러한 쟁점은 사업자성이 부인될 경우 독점규제법의 적용이 타당하지 않다는 함의를 갖는 것인데, 이와 관련하여 대법원은 “원심 변론종결시까지 주장하지 않다가 상고심에 이르러 비로소 주장하는 것은 적법한 상고이유가 될 수 없다”는 점을 분명히 하면서도 동 사건의 노동조합이 독점규제법상 사업자에 해당하는지를 판단하였으며, 이러한 판단은 노동조합이 주체가 된 사건에 독점규제법이 적용될 수 있는지에 관한 일정한 기준 제시라는 점에서 주목할 만하다.

대법원은 결론적으로 울산항운노동조합의 사업자성을 인정하였는데, 이러한 판단의 근거로서 독점규제법 제2조 제1호의 사업자 정의가 업종의 제한을 두지 않는 개방적인 형식으로 규정되어 있다는 점, 국내 근로자 공급 사업을 영위하기 위해서는 직업안정법 제33조 제3항 제1호에 따른 허가가 요구되고 이러한 요구를 충족한 자는 사업자의 지위를 갖게 된다는 점 그리고 공정하고 자유로운 경쟁을 촉진하고자 하는 독점규제법의 입법목적에 비추어 노동조합에 동법을 적용할 필요성이 있다는 점을 들었다. 동 판결에서 특히 주목할 것은 경쟁 촉진의 입법 목적을 사업자성 인정의 논거의 하나로 든 것인데, 이는 사업자성이 독점규제법 적용의 전제로서 요구되고 있다는 인식을 반영한 결과로 볼 수 있을 것이다. 이와 같은 판결의 태도는 사업자 개념이 수행하는 한계기능이 법적용 판단의 근거로서 충분한 것은 아니며, 사업자 개념을 넘어서는 정책적 고려가 법적용의 범위를 결정하는 데 불가피함을 시사한다. 그렇지만 동 판결에서 보여준 판단 과정과 판시 내용이 충분하고 적절한 것이었는지에 대해서는 일정한 지적이 가능할 것이다. 우선 사업자 개념 요소의 검토를 통해 파악할 수 있는 것은 비사업적 행위나 사업 수행에서 독자성이 결여된 행위를 동법의 적용 대상에서 제외하는 것에 불과하므로, 법 적용과 관련된 정책적 고려를 사업자 개념을 중심으로 행하는 것이 적절한지에는 의문이 따른다. 사업자의 개념적 검토와 법 적용의 타당한 범위에 관한 정책적 고려는 별개의 문제이며, 후자를 사업자의 개념적 논의에 연계시킨다면, 오히려 개념적 명확성을 해하고 동 개념이 수행하는 한계기능에 부정적 영향을 미칠 수 있다. 또한 정책적 고려를 사업자 개념의 틀 안에서 행하는 것이 적절한지도 의문이다. 국가는 경쟁정책뿐만 아니라 다양한 정책

58) 서울고법 2022. 10. 23. 선고 2021누40654 판결.

59) 대법원 2023. 7. 13. 선고 2022두62888 판결.

을 추구하며, 때로는 정책 간 충돌에 의해 동법의 적용이 제한되는 경우가 발생할 수도 있다.⁶⁰⁾ 이러한 상황에서 비교형량은 필수적이며, 이는 행위 주체가 독점규제법상 사업자에 해당하는지 여부를 넘어서는 것이다.

특히 당해 사안에서 사업자성 여부가 쟁점으로 다루어진 대상이 노동조합이라는 점은 이러한 지적을 더욱 유효하게 만드는 요인이 될 것이다. 노동3권을 보장하는 헌법하에서 국가에게는 노사 자율에 기반한 근로자의 권익 증진을 위해 노동정책을 추진할 과제가 부과되며, 노동조합은 이러한 정책의 직접적 대상이자 실행의 정당화를 뒷받침하는 실체로서 존재한다. 즉 근로자의 권익을 향상하기 위한 정책 실현에서 노동조합은 핵심적인 역할을 하며, 그 존재와 활동의 보장은 국가가 노동정책 외의 다른 정책을 실행하는 과정에서도 간과될 수 없는 헌법적 요구이기도 하다. 이러한 관점에서 동 판결이 정책 간 형량에 관한 충분한 검토를 하지 못한 것에 대한 지적은 피하기 어려울 것이다. 문제가 된 노동조합의 행위는 안정적인 근로 기회의 유지를 목적으로 한 행위라 할 수 있으며, 근로조건의 향상을 위한 행위로서 노동정책적으로 보호되는 범위 안에 속한 것으로 볼 여지가 있다. 따라서 문제가 된 행위가 경쟁법에 의해 규제 대상이 되는 행위라 할지라도, 노동정책상 정당화될 여지가 있는 행위라면, 법적용의 정당성을 기하기 위해 양자 간의 형량은 필수적인 것으로 보아야 한다. 이와 관련하여 앞에서 살펴본 것처럼 미국 연방대법원의 비법정 노동면책 법리가 경쟁정책과 노동정책의 형량에 기초하고 있다는 점은 시사하는 바가 크다. 즉 미국의 노동면책 이론에 의한다면, 문제가 된 항만노조 행위의 평가에 있어서 노동정책의 범위 안에 있는 근로조건 보호로서의 의의와 시장 봉쇄에 따른 경쟁의 폐해 간에 형량을 수행하고, 그 결과에 따라서 법적용 여부에 관한 판단이 이루어질 것이다.⁶¹⁾ 이러한 판단 과정이 결여되었다면, 최종적인 결론에 대한 의문을 피하기 어려울 것이다.

3. 특수형태근로종사자의 문제

흔히 특수형태근로라 불리는 종래 정형화된 고용 관계에 포섭되기 어려운 새로운 형태의 노무 제공방식이 증가하고 있으며,⁶²⁾ 이는 노동시장 유연화의 추세적 흐름과 플랫폼 등장으로 인한 노동 환경의 변화에 따라 가속화되고 있다. 물론 이러한 현상은 노동시장의 경직성을 완화하고 효율성을 극대화하려는 일련의 시도와 깊이 관련된다. 특히 노무 제공방식에 변화를 일으키고 있는 플랫폼의 확대는 특수형태의 근로제공 방식을 더욱 촉진시키는 계기가 되었다.⁶³⁾ Brian Willey에 따르면, 노동의 유연성은 피고용자의 수적인 유연성, 기능적인 유연성, 보상체계에 있어서 유연성, 노

60) 권오승·홍명수, 앞의 책, 132-133면 참조.

61) 예를 들어 *Hutcheson* 사건에서 연방대법원은 노동조합의 행위가 자신의 이익을 위한 것이고, 비노동 단체가 연루된 것이 아닌 한, 제3자에 대한 행위라 하더라도 노동면책의 대상이 되는 것으로 판단하였다. 312 U.S. 219 (1941).

62) 이우진, “특수형태근로종사자들의 보호에 관한 연구”, 『한국부패학회보』, 제23권 제1호 (2018), 29면 이하 참조.

63) 플랫폼의 부정적 측면으로 플랫폼에 장기간 머물게 되는 개인의 수동화 그리고 플랫폼 중심의 생태계에서 다수의 저임금 노동자의 고착화 등을 지적한 것으로, Eve Smith, “The techlash against Amazon, Facebook and Google—and what they can do”, *The Economist*, 2018. 1. 20. 참조.

동시간의 유연성 그리고 지리적 유연성으로 나뉘며,⁶⁴⁾ 다양한 측면에서의 유연성에 대한 산업구조적 요구는 종래 전형적인 고용계약 관계에서 벗어나 새로운 형태의 계약관계가 등장하는 주된 요인으로 작용하고 있다. 이러한 관계에 나타나는 특징을 살펴보면, 전형적인 고용계약 관계로부터 노무 제의 자율성을 전제한 형태의 계약관계로 변화하고 있다는 점에서는 공통적이지만, 계약관계의 실제 운영 측면에서 노무 제공과 관련하여 여전히 상당한 구속이 행하여지고 있는 경우도 쉽게 발견할 수 있다. 특히 후자와 같은 특징으로 인해 특수형태 근로관계에 대하여 여전히 노동법에 의한 규율이 가능한지, 즉 특수형태근로종사자를 노동법상 근로자로 볼 수 있는지에 관한 논쟁은 피하기 어려울 것이다.

근로기준법 제2조 제1항 제1호는 “근로자란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업 또는 사업장에 근로를 제공하는 사람”으로 정의하고 있다.⁶⁵⁾ 동 규정에서 근로는 임금을 목적으로 제공되는 것이므로, 사용자와의 관계에서 종속성은 근로자 개념의 핵심적 요소에 해당한다.⁶⁶⁾ 대법원도 근로자성이 인정되기 위해서는 사용자에 대한 종속적 관계가 요구되는 것으로 보고 있으며, 나아가 여기서 종속성은 계약 형식에 구애받지 않고 실질적으로 판단되어야 한다는 점을 강조하고 있다.⁶⁷⁾ 근로자 인정의 핵심적 요소로서 종속성 판단이 실질적으로 이루어져야 한다는 대법원의 입장은 최근 플랫폼의 확산에 따라서 근로 환경이 변화하고 있는 상황에서도 유지되고 있는데, “온라인 플랫폼(노무제공과 관련하여 둘 이상의 이용자 간 상호작용을 위한 전자적 정보처리시스템을 말한다)을 매개로 근로를 제공하는 플랫폼 종사자가 근로자인지를 판단하는 경우에는 노무제공자와 노무이용자 등이 온라인 플랫폼을 통해 연결됨에 따라 직접적으로 개별적인 근로계약을 맺을 필요성이 적은 사업구조, 일의 배분과 수행 방식 결정에 온라인 플랫폼의 알고리즘이나 복수의 사업참여자가 관여하는 노무관리의 특성을 고려하여 위 요소들을 적정하게 적용해야 한다”고⁶⁸⁾ 판시하였다.

이상의 대법원 판결에 의할 경우 특수형태근로종사자 일반에 대한 일률적인 판단은 가능하지 않더라도, 실질적인 종속성에 기초하여 근로자성이 인정되는 경우가 존

64) Brian Willey, *Employment Law in Context*, Prentice Hall, 2003, pp. 55-56.

65) 노동조합 및 노동관계조정법 제2조 제1호는 근로자를 “직업의 종류를 불문하고 임금·급여 기타 이에 준하는 수입에 의하여 생활하는 자”로 정의하고 있는데, 동 개념은 근로기준법상 근로자 개념에 비해 외연을 확장하는 것으로 이해된다. 강희원·김영문, 「근로자 개념과 계약의 자유」, 중앙경제사, 2001, 84면 참조.

66) 이상운, 「노동법」, 법문사, 2024, 93면 참조.

67) 대법원은 “근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부는 업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 한다”고 판시하였다. 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736판결.

68) 대법원 2024. 7. 25. 선고 2024두32973 판결.

재할 수 있음을 부인하기는 어려울 것이다. 또한 특수형태근로종사자에 대한 노동법 영역에서의 규율을 가능하게 하기 위한 입법적 시도가 나타나고 있다는 점도 주목할 만하다. 대표적으로 2020년 개정에 따라서 산업안전보건법 제77조 제1항은 “계약의 형식에 관계없이 근로자와 유사하게 노무를 제공하여 업무상의 재해로부터 보호할 필요가 있음에도 「근로기준법」 등이 적용되지 아니하는 사람으로서 다음 각 호의 요건을 모두 충족하는 사람(이하 특수형태근로종사자라 한다)의 노무를 제공받는 자는 특수형태근로종사자의 산업재해 예방을 위하여 필요한 안전조치 및 보건조치를 하여야 한다”고 규정하고 있다.⁶⁹⁾ 동법은 근로자의⁷⁰⁾ 안전 및 보건을 위해 사업자 등에 대한 일정한 의무의 부과를 핵심적인 내용으로 하는 법으로서 근로자를 원칙적인 보호 대상으로 상정하고 있는데, 특수형태근로종사자도 동법의 보호 범위에 포함 시킴으로써 이들의 근로자성 문제를 입법적으로 해결하고 있다.⁷¹⁾

이상의 특수형태근로종사자가 근로자에 해당하는지 또는 노동법 영역의 규율 대상으로서 포섭될 수 있는지에 관한 문제와 별개로, 이들에 대한 독점규제법의 적용 가능성이 동법의 고유한 관점에서 논의될 필요가 있다. 앞에서 살펴본 울산항만노조 사건의 대법원 판결에 의하면, 독점규제법의 적용에 있어서 문제가 된 행위 주체의 사업자성 여부가 결정적인 기준이 되고, 사업자성의 인정은 사업을 영위하는지에 근거하여 이루어질 것이다. 이러한 판단기준에 비추어 보면, 대가에 대한 반대급부로 노무를 제공하는 특수형태근로종사자의 행위는 사업적인 행위에 해당하므로 행위 주체의 사업자성은 인정될 여지가 클 것이고, 이러한 논의의 결과는 특수형태근로종사자에 대한 독점규제법의 적용으로 이어질 것이다.⁷²⁾ 그렇지만 노동법 영역에서 전개되고 있는 특수형태근로종사자에 대한 논의는, 이들을 근로자 개념에 포섭하든지 또는 개별 입법을 통해 명시적인 보호 범위를 확대하든지 간에, 본질적으로 노동법의 보호 범위를 이들에 대해 확장하려는 정책적 사고와 관련된다는 점을 상기할 필요가 있다.⁷³⁾ 이러한 시도는 필연적으로 경쟁정책과 노동정책 간의 충돌을 낳게 되며, 앞에서 살펴본 미국 연방대법원의 노동면책 법리가 시사하는 것처럼 정책 간 형량은 불가피한 과제로 주어질 것이다. 이러한 관점에서 특수형태근로종사자에 대한 독점규제법 적용 문제는 사업자 개념을 충족하는지에 그치지 않고, 정책적 형량 과정을 통해서 이루어질 필요가 있다. 즉 특수형태근로종사자가 속한 시장에서의 경쟁정책과 노무를 제공하는 자에 대한 보호 필요성에 기반한 노동정책 간의 형량을 통해 우선적으로 적용되는 법영역을 결정하는 과정이 필수적이며, 이러한 경우에만 그 타당

69) 동항 각 호의 내용은 다음과 같다. 1. 대통령령으로 정하는 직종에 종사할 것 2. 주로 하나의 사업에 노무를 상시적으로 제공하고 보수를 받아 생활할 것 3. 노무를 제공할 때 타인을 사용하지 아니할 것.

70) 산업안전보건법 제2조 제3호는 근로자를 근로기준법 제2조 제1항 제1호에 의한 것으로 규정하고 있다.

71) 동법은 특수형태근로종사자가 근로자에 해당하지 않지만, 동법의 규율 대상에 포함되도록 하는 별도의 규정을 두는 입법 방식을 취하고 있다. 나민호, “산업안전보건법의 보호대상인 근로자 개념의 해석에 관한 연구”, 「노동법포럼」, 제36호(2022), 113면 이하 참조.

72) 화물연대를 화물자동차운수업을 영위하는 사업자의 단체로 보고, 이들에 대하여 독점규제법을 적용한 사건으로, 공정거래위원회 2024. 9. 12. 의결 제2024-305호 참조.

73) 미국에서 노사관계법(NLRA)상 근로자(employee)를 폭 넓게 해석하여야 한다는 논의를 전개하는 것으로, Ellen Dannin, “Not a Limited, Confined, or Private Matter - Who is an “Employee” under The National Labor Relations Act”, *Labor Law Journal* vol. 59, 2008, pp. 5-15 참조.

성을 기할 수 있을 것이다.

4. 입법적 해결 방안의 검토

근로자나 노동조합 또는 특수형태근로종사자에 대한 독점규제법 적용과 관련하여, 그 적용을 피하기 위한 법리적 논의는 입법적 해결을 모색하는 방향으로도 이어지고 있다. 이들에 대한 독점규제법 적용에 있어서 공정거래위원회 규제 실무의 변화를 예단하기는 어려우며,⁷⁴⁾ 앞에서 살펴본 대법원 판결의 태도가 변경될 것이라는 예상 이 분명하지 않은 상황에서 이와 같은 입법적 대응은 실질적인 해결 방안으로서 유력한 의미를 갖는다.

이러한 점에서 2025. 6. 17.에 발의된 독점규제법 일부개정법률안⁷⁵⁾ 주목할 만하다. 동 개정안은 독점규제법 제2조 제1호 및 제2호의 사업자 및 사업자단체 정의 규정의 개정을 제안하고 있다. 구체적으로 제1호의 경우 “사업자란 제조업, 서비스업 또는 그 밖의 사업을 하는 자를 말한다”는 기존 규정에 “사업자라 하더라도 「노동조합 및 노동관계조정법」 제2조제1호의 근로자 또는 「산업재해보상보험법」 제91조의15제1호의 노무제공자에 해당하는 자는 제외한다”를 보충하고, 제2호의 경우 “사업자단체란 그 형태가 무엇이든 상관없이 둘 이상의 사업자가 공동의 이익을 증진할 목적으로 조직한 결합체 또는 그 연합체를 말한다”는 기존 규정에 “다만 「노동조합 및 노동관계조정법」 제2조제4호의 노동조합에 해당하는 경우에는 사업자단체로 보지 아니한다”는 규정을 보충하고 있다. 이와 같은 개정안의 주요 내용은 당연히 사업자 등의 개념이 법 적용의 한계 기능을 수행한다는 점을 염두에 둔 것으로서, 이에 의하여 각 단서에 해당하는 근로자나 노동조합 등에 대한 독점규제법의 적용은 제외될 것이다. 동 개정안은 이와 규정 변화의 입법 취지로서, 헌법이 근로자의 근로조건 향상을 위한 자주적인 단결권, 단체교섭권 및 단체행동권을 명시하여 노동관계에서 실질적 평등을 위한 연대를 보장하고 있다는 점, 우리나라 정부가 2021년 비준한 국제노동기구(International Labor Organization, ILO) 제87호, 제98호 협약에 따르면 고용 형태와 관계없이 자영노동자도 결사의 자유의 주체가 될 수 있고, ILO 결사의 자유 위원회는 제3436호, 제3439호 사건 등에서 자영 노동자를 포함한 모든 노동자의 결사의 자유를 보장할 것을 반복적으로 권고하고 있다는 점, 헌법 제33조 제1항, ILO 결사의 자유 협약, 노동조합법 또는 현행법의 목적 등에 비추어 볼 때, 노동조합법상 근로자 내지 유사한 범주인 「산업재해보상보험법」상 노무제공자는 현행 법상 사업자로 규율하지 않는 것이 타당하다고 할 수 있다는 점 등을 들고 있다.⁷⁶⁾ 이상의 동 개정안이 제시한 입법취지는 근로자의 단결권 등을 실질적으로 보장하기

74) 공정거래위원회는 화물연대의 총파업에 따른 운송거부를 사업자단체의 공동행위로 판단하고 조사를 개시하였고, 동 조사를 화물연대가 방해한 행위에 대하여 2024. 9. 12. 의결에 따라서 고발을 결정하였다. 동 고발에 의해 기소된 화물연대의 공정위 조사 방해행위 사건에서 1심법원은 화물연대의 행위는 헌법상 보장되는 단체행동으로서 공정거래법의 적용 대상이 되지 않는다는 취지로 무죄를 선고하였고(서울중앙지방법원 2025. 6. 5. 선고), 현 공정거래위원회 위원장은 국정감사에서 1심법원과 동일한 취지의 의견을 개진하였다(경향신문, 2025. 10. 14.).

75) 독점규제 및 공정거래에 관한 법률 일부개정법률안, 김현정·신장식·한창민 의원 대표발의, 2025. 6. 17.

76) 위 개정안, 1-2면 참조.

위하여 이들을 독점규제법상 사업자로 규율하는 것은 타당하지 않다는 사고에 기초하며, 근로자의 노동 3권이 헌법상 기본권으로서 보장되고 있다는 점을 고려할 때 긍정적인 입법 개선으로 평가할 수 있을 것이다.

그러나 동 개정안이 제시한 입법 취지에 동의하더라도, 이러한 취지에 따른 개정이 사업자 개념을 중심으로 이루어지는 것이 바람직한지에 관해서는 별도의 논의가 필요하다. 앞에서 언급한 것처럼 독점규제법 제2조 제1호의 사업자 개념이 법 적용의 한계기능을 수행하는 것은 맞지만, 여기서 사업자는 기능적 측면에서 파악된 것이고, 따라서 동 개념이 수행하는 한계 기능도 이러한 측면에 제한될 수밖에 없다는 점을 염두에 둘 필요가 있다. 즉 근로자 또는 근로자 단체 등에 대한 독점규제법의 적용 문제는 우리 법질서가 추구하는 다양한 목적들의 형량을 통해 다루어질 문제이며, 기능적 측면에서 파악된 사업자 개념이 이와 같은 정책적 형량과 고려를 행하기에 적절한 기초가 될 수 있는지는 의문이다. 또한 독점규제법은 이미 제117조 내지 제119조에서 적용제외에 관한 규정을 두고 있으며, 이러한 규정은 정책 간 충돌에 따른 입법적 조정의 결과로 도입되었다는 점도 참고할 수 있을 것이다. 해당 규정은 다른 법령에 따른 정당한 행위, 지식재산권의 정당한 행사, 소비자나 소규모 사업자의 보호와 같은 경쟁정책 외의 다른 정책적 고려하에 독점규제법의 적용이 제외되는 근거를 마련하고 있으며,⁷⁷⁾ 근로자 등에 대한 독점규제법의 적용을 제외하는 문제에 관해서도 이와 같은 명시적 적용제외 방식은 적용을 피하고자 하는 입법 취지에 부합하고 또한 이를 명확히 반영할 수 있는 입법적 대응이 될 수 있다는 점에서 긍정적이다. 이러한 관점에서 독점규제법상 적용제외 항목에 “이 법은 근로자, 특수형태근로종사자 또는 이들의 단체가 근로조건의 향상을 위해 행한 정당한 행위에 대해서는 적용되지 아니한다”와 같은 조항의 추가를 제안할 수 있다. 당연히 동 규정을 통해 근로자 등의 모든 행위에 대한 적용이 제외되도록 할 수는 없으며, 동 규정에 기술된 정당성은 입법 취지에 부합하는 행위만 적용 제외되도록 하는 제도운영의 근거로서 기능할 것이다. 이때 정당성 심사의 세부 기준을 시행령이나 공정거래위원회의 심사기준을 통해 마련하는 것이 구체적 타당성을 기하는 데 도움이 될 수 있다. 예를 들어 적용제외가 될 수 있는 행위 주체의 자격, 행위의 목적, 행위의 내용 및 단체교섭과의 관련성, 행위와 관련된 시장에서의 경쟁 제한의 정도 등이 필수적 고려 사항으로 제시될 수 있으며, 사용자와 공모한 경우 적용제외를 배제하는 것과 같은 예외 조항도 추가될 수 있을 것이다.

IV. 결론

노무를 제공하는 시장에서 근로자 또는 근로자 단체가 자신의 권익을 증진할 목적으로 하는 일련의 행위는 당해 시장에서의 거래를 제한하는 의미를 가질 수 있다. 이러한 특징은 Sherman법 제정 이후 초기 반독점법의 운영에도 영향을 미쳤는데, 미국 연방대법원에서 다루어진 초기 사례 중 다수의 사건이 노동조합의 행위에 관한 것이었다. 그러나 다른 한편으로 이와 같은 제도운영은 근로자의 권리를 침해할 수

77) 독점규제법상 적용제외의 이론적 근거로서 목표 충돌에 따른 정책적 결단에 관한 설명으로, 권오승·홍명수, 앞의 책, 132-133면 참조.

있다는 우려를 낳았으며, 이러한 문제의식을 반영하여 노동 사건에 대한 반독점법의 적용을 제한하기 위한 Clayton법의 수정이 이루어졌고, 보다 명확한 법적 근거를 갖추기 위한 Norris-LaGuardia법과 노사관계법(NLRA)의 제정으로 이어졌다. 나아가 미국 연방대법원은 법이 명시적으로 정하고 있는 노동면책의 범위를 법의 취지가 올바르게 실현될 수 있는 범위까지 확장하는 비법정면책의 법리를 발전시켜, 현재까지도 유효한 판례법으로서 정립되었다. 반독점법에서 노동면책의 허용은 그 한도에서 반독점법 적용의 축소를 뜻하므로, 결국 노동정책과 경쟁정책의 형량을 통해 두 법의 경계와 각각의 타당한 적용범위를 정하는 의미를 갖게 될 것이다.

독점규제법에서도 두 법이 충돌하는 문제는 존재한다. 그렇지만 이를 해결하는 방법은 미국 반독점법상 형성된 노동면책 법리와 상당한 차이가 있는데, 2023년 항만노조 사건에 관한 판결이 보여준 것처럼 대법원은 독점규제법상 사업자 개념에 기초하여 이 문제를 다루고 있다. 독점규제법은 제2조 제1호에서 정의하고 있는 사업자에게 적용되는 것이므로, 이에 의하여 동법의 적용 범위가 정해질 것이다. 그렇지만 사업자 개념은 비사업적 행위의 배제에 의한 한계기능을 수행하는 것이며, 따라서 동 개념에 기초하여 노동법과 경쟁법이 충돌하는 문제를 적절하게 다룰 수 있을지는 의문이다. 미국 연방대법원에서 형성된 반독점법에서의 노동면책 법리가 시사하는 것처럼, 근로자 또는 근로자 단체의 행위에 대한 독점규제법의 적용 문제는 노동정책과 경쟁정책의 비교형량을 통해 해결하는 것이 바람직할 것이다. 또한 특수형태근로종사자의 문제와 관련해서도 독점규제법의 적용 여부를 사업자 개념에 해당 여부가 아니라, 정책 간 비교형량을 통하여 결정하는 것이 타당한 접근방식이 될 수 있다. 나아가 이러한 관점에서 의원 발의로 제안되고 있는 독점규제법 개정안도 살펴볼 필요가 있다. 동 개정안은 사업자 개념의 개정을 통해 근로자나 근로자 단체를 사업자 개념에서 명시적으로 제외할 것을 제안하고 있는데, 개정 취지에 동의하더라도 사업자 개념에 수정을 가하기보다 기존의 제117조 내지 제119조 외에 노동정책과 경쟁정책의 형량을 통해 문제를 해결할 수 있는 적용제외 규정을 추가하는 것이 타당한 접근방식이 될 수 있다.

■ **주제어:** 노동면책, 비법정 노동면책, 사업자, 경쟁정책, 특수형태근로종사자

[참고문헌]

- 강희원·김영문, 「근로자 개념과 계약의 자유」, 중앙경제사, 2001
- 권오성, “미국 반독점법상 ‘노동 면제’에 관한 연구(1)”, 「노동법연구」, 제54호(2023)
- 권오승·홍명수, 「경제법」, 법문사, 2024
- 김두진, 「경제법」, 동방문화사, 2020
- 나민호, “산업안전보건법의 보호대상인 근로자 개념의 해석에 관한 연구”, 「노동법포럼」, 제36호(2022)
- 신영수, “미국 독점금지법상 노동면책 법리와 합의”, 「법학연구」, 제28집 제2호(2025)
- 신현윤·최난설현, 「경제법」, 법문사, 2024
- 양명조, 「경제법」, 신조사, 2014
- 이기수·유진희, 「경제법」, 세창출판사, 2012
- 이상윤, 「노동법」, 법문사, 2024
- 이우진, “특수형태근로종사자들의 보호에 관한 연구”, 「한국부패학회보」, 제23권 제1호(2018)
- 임종률·김홍영, 「노동법」, 박영사, 2025
- 차성민, “독점규제법상 사업자 개념에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2000
- Areeda, P. & Hovenkamp, H., *Antitrust Law - An Analysis of Antitrust Principles and Their Application vol. 1A*, Aspen Law & Business, 1997
- Bunte, H., *Kartellrecht*, C. H. Beck, 2008
- Dannin, E., “Not a Limited, Confined, or Private Matter - Who is an “Employee” under The National Labor Relations Act”, *Labor Law Journal* vol. 59, 2008
- Dreher, M., “Das Rang des Wettbewerbs im europäischen Gemeinschaftsrecht”, *WuW*, 1998
- Fikentscher, W., *Wirtschaftsrecht-BI Weltwirtschaftsrecht Europäisches Wirtschaftsrecht*, C. H. Beck, 1983
- Gellhorn, E. & Kovacic, W. E., *Antitrust Law and Economics*, West Publishing Co., 1994
- Gold, M. E., *An Introduction to Labor Law*, Cornell Univ. Press, 1998
- Hovenkamp, H., *Federal Antitrust Policy-The Law of Competition and Its Practice*, Thomson Reuters, 2011
- Jacobs, M. S. & Winter, R. K. Jr., “Antitrust Principles and Collective Bargaining by Athletes: Of Superstars in Peonage”, *Yale Law Journal* vol. 81, 1971
- Rittner, F. & Dreher, M., *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht*, C. F. Müller, 2008
- Sagers, C. L., *Antitrust*, Wolters Kluwer, 2014
- Smith, E., “The techlash against Amazon, Facebook and Google—and what they can do”, *The Economist*, 2018. 1. 20.
- Willey, B., *Employment Law in Context*, Prentice Hall, 2003

[Abstract]

A Study on the Labor Exemption under Antitrust Law in U. S. A.

Myungsu Hong*

In the labor market, actions taken by workers or labor organizations to advance their rights and interests may be interpreted as restricting trade. Due to this characteristic, in the early days of antitrust enforcement following the enactment of the Sherman Act, the U. S. Supreme Court addressed numerous cases involving labor unions as violations of antitrust law. However this approach raised concerns about potential infringements on workers' rights. To address these concerns, amendments were made to Sherman Act and Clayton Acts to limit the application of antitrust law to labor cases, and legislation such as the Norris-LaGuardia Act and the National Labor Relations Act(NLRA) was enacted to establish a clear legal basis. Furthermore the U.S. Supreme Court has developed the doctrine of non-statutory exemption, which expands the scope of labor exemptions explicitly provided for by law to the extent necessary to properly realize the intent of the law, a practice that continues to this day. Since the allowance of labor exemptions under antitrust law implies a narrowing of its application, this ultimately involves determining the boundary between the two laws and their respective appropriate scopes of application through a balancing of labor policy and competition policy.

In South Korea, the issue of conflict between the two laws under the Monopoly Regulation and Fair Trade Act has been addressed primarily through the concept of “enterpriser” as defined in the Act, as demonstrated by a 2024 Supreme Court ruling. Since the Monopoly Regulation Act applies to “enterpriser” as defined in Article 2, Item 1, the scope of application of the Act is determined accordingly. However the concept of a “enterpriser” serves a delimiting function by excluding non-business activities, and it is questionable whether this concept can adequately address conflicts between labor law and competition law. As suggested by the labor exemption doctrine in antitrust law established by the U.S. Supreme Court, the issue of applying the Monopoly Regulation Act to the conduct of workers or labor organizations should ideally be resolved through a balancing of labor policy and competition policy. From this perspective, it is also necessary to examine the proposed amendment to the Monopoly Regulation Act, which suggests explicitly excluding workers and labor organizations from the

* Professor, Department of Law, Myongji University

definition of “enterpriser” by revising that definition. Even if one agrees with the intent behind this amendment, a more reasonable approach might be to add exclusionary provisions—in addition to the existing Articles 117 through 119—that allow the issue to be resolved through a balancing of labor policy and competition policy, rather than modifying the definition of “enterpriser”.

- **Key Words:** Labor Exemption, Nonstatutory Exemption, Enterpriser, Competition Policy, Persons in Special Types of Employment

온라인 플랫폼의 기업결합 규제에서의 관련시장 확정과 정보자산의 경쟁제한성 판단

정주미*

논문요지

본 연구는 ‘배달의민족 대 요기요’ 기업결합 사건을 중심으로 온라인 플랫폼 기업결합 심사에서 제기되는 주요 쟁점인 ① 양면시장의 확정, ② 무료서비스를 포함한 관련시장 확정, ③ 정보자산의 경쟁제한성 판단기준을 검토하였다.

첫째, 온라인 플랫폼의 관련시장은 실제 경쟁관계와 플랫폼의 특성에 따라 탄력적으로 개별시장 또는 하나의 양면시장으로 확정될 수 있다. 양면시장으로 확정하는 경우에는 네트워크 효과와 시장 간 지배력 전이 가능성 등 플랫폼의 특성을 함께 고려하여 시장지배력과 경쟁제한성을 판단할 수 있다.

둘째, 무료서비스는 가격 대신 품질, 기능, 비용 등 비가격 요소를 중심으로 대체가능성을 판단하여 관련시장을 확정할 수 있다. 플랫폼이 제공하는 무료서비스는 양면시장의 한 측면으로 포함되거나 독립된 무료시장으로 확정될 수 있다.

셋째로, 정보자산은 비경합적인 성격을 갖지만, 다량의 정보자산이 결합하는 경우에는 ① 정보자산의 활용효과를 통한 시장지배력의 강화, ② 정보자산 관련 방해행위에 따른 경쟁제한, ③ 정보의 품질이나 개인정보 보호, 데이터 보안 수준의 저하에 따른 비가격경쟁 제한을 초래할 수 있다.

· 논문제출: 2026. 07. 02. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 28.

* 서울대학교 법학전문대학원 강사, 서울대학교 법학연구소 객원연구원, 법학 박사.
이 논문은 2024년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임
(NRF-2024S1A5B5A17035124).

I. 배민/요기요 기업결합 사건의 3가지 쟁점

배달의 민족 대 요기요 기업결합 사건(이하 “배민/요기요 사건”)을 보면, 2019.12. 요기요와 배달통을 운영하고 있던 독일계 글로벌 배달앱 사업자인 딜리버리히어로즈(Delivery Hero SE)는 배달의 민족을 운영하고 있던 우아한형제들의 지분 88%를 인수하겠다고 공정거래위원회(이하 ‘공정위’)에 사전 신고하였다. 2021.2.2. 공정위는 6개월 내 요기요를 매각하라는 조건으로, 이들 간 결합을 조건부 승인하였다.¹⁾

이 사건에서 공정위는 ① ‘배달앱’이라는 플랫폼을 하나의 시장으로 확정하였고, ② 그 시장에는 무료서비스가 포함되었으며, ③ 최초로 정보자산의 경쟁제한성을 인정하였다. 이 사건은 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 “공정거래법”)상 온라인 플랫폼에 대한 기업결합 규제에서의 주요한 세 가지 쟁점에 대해 살펴볼 수 있는 대표적 선례다.

첫째로, 공정위가 관련시장을 배달앱이라는 양면시장으로 확정한 것은 적절한가? 배달앱은 소비자에게는 무료로 서비스를 제공하는 대신, 음식점에게는 광고료 및 중개수수료를 지급받는다. 공정위는 배달앱이 ① 결합당사회사가 영위하는 배달앱 서비스, ② 전화주문 및 ③ 프랜차이즈 자체 웹 또는 앱 주문서비스 등과의 대체관계가 없다고 보았다.

또한 공정위는 배달앱 간의 수평결합의 경쟁제한성을 판단함에 있어서 양면 플랫폼인 배달앱 시장의 특성을 고려하였다. 공정위는 “시장집중도 분석은 음식점과 소비자 양측면에 연결된 수요의 순환적 효과(feedback loop)를 고려하여 전체적으로 평가해야 하므로, 배달앱이 음식점에게 부과하는 광고료 및 중개수수료 등의 매출액을 기반으로 한 시장점유율보다는, 플랫폼을 통해 이루어진 음식점과 소비자 간의 음식주문 거래금액을 기반으로 시장점유율을 산출”하였다.

둘째로, 공정위가 소비자에게 무료서비스를 제공하는 배달앱을 관련 시장으로 확정한 것은 타당한가? 공정위는 관련 시장 확정에 있어서 ① (다양한 음식점 정보 제공 및 검색 기능, 이용후기 및 평점, 할인 혜택, 비대면의 편리한 결제 등 측면의) 배달앱의 기능 및 효용의 차이, ② 소비자와 음식점 측면의 대체 가능성을 고려하였다. 또한 공정위는 ③ 소비자에 대한 쿠폰할인과 음식점의 수수료를 가격 지표를 대신 활용하여, 가격 5~10% 인상시 발생하는 실제매출감소율과 임계매출감소율을 비교하는 임계매출 감소 분석(Critical Loss Analysis)²⁾과, ④ 특정 배달앱 가격 5~10% 인상시 이탈하는 고객 중 다른 배달앱으로 구매를 전환하는 실제전환율과 임계전환율을 비교하는 총전환율³⁾을 고려하였다.

셋째로, 공정위는 플랫폼 사업자의 결합이 경쟁을 제한한다고 하면서 최초로 정보자산의 결합도 경쟁을 제한할 수 있다고 보았는데, 이는 적절한가? 공정위는 정보자산의 결합에 따른 두 가지 측면의 경쟁제한성을 지적하였다. 첫째로, 공정위는 시장 지배적 사업자로서 “당사 회사가 배달 음식 주문과 관련하여 경쟁사업자보다 현저히 압도적인 정보 자산을 바탕으로 이용자들의 주문 행태를 분석하여 이탈 가능성이 큰 이용자를 대상으로 마케팅을 하는 등 고효율의 마케팅을 할 경우 경쟁사업자가 시장

1) 공정거래위원회 2021. 2. 2. 의결 제2021 - 032호.

2) 앞의 의결서 54-55면: “실제매출감소율<임계매출감소율⇒‘배달앱 시장’으로 확정”.

3) 앞의 의결서 54-55면: “실제전환율>임계전환율⇒‘배달앱 시장’으로 확정”.

에서 안착하지 못할 가능성이 있”다고 보았다.

둘째로, 공정위는 “당사 회사가 그동안 음식점 유인 및 매출 증대를 위해 제공하던 각종 마케팅 정보의 제공을 줄이거나 유료 판매를 위해 무료 제공하던 정보의 질적 수준을 저하시킬 가능성”과 같은 비가격 경쟁이 제한된다고 보았다.⁴⁾

공정위가 배민/요기요 결합을 승인한 지 벌써 5년이 지났지만, 위 3가지 쟁점은 온라인 플랫폼 사업자의 기업결합 규제에 있어서 여전히 학계와 실무에서 논의가 진행 중이다. 본 연구는 위 사건과 그 전후의 실무도 함께 검토하면서, 위 3가지 쟁점에 관한 판단기준을 살펴보고자 한다.

II. 온라인 플랫폼 기업결합과 관련 시장 확정

1. 온라인 플랫폼과 양면시장 확정

(1) 양면시장 확정에 관한 비교법의 검토

가. 양면시장 이론의 경쟁법상 수용

2023.1. 제정된 ‘온라인 플랫폼 사업자의 시장지배적지위 남용행위에 대한 심사지침’(이하 “온라인 플랫폼 심사지침”)에 따르면 온라인 플랫폼이란 “서로 다른 집단의 이용자들 간의 거래·정보교환 등 상호작용을 위하여 정보통신설비를 이용하여 설정된 전자적 시스템”을 말한다.

온라인 플랫폼을 중심으로 하나의 시장으로 확정해야 한다는 양면시장 이론은 2003년 Jean-Charles Rochet과 Jean Tirole의 연구를 시작으로 발전되어 왔다.⁶⁾ 공정위는 양면시장에 대하여, 배민/요기요 사건에서 “서로를 필요로 하는 고객군을 연결시켜주는 역할을 하는 시장”으로 정의하면서, “① 상이한 두 이용자 그룹이 존재(two distinct user groups)하고, ② 두 그룹 간에 한 면의 이용자 그룹의 규모가 증가할수록 다른 면 이용자 그룹의 플랫폼에 대한 이용가치가 증가하는 간접적 네트워크 효과(indirect network effect)가 존재한다.”고 하였다.⁷⁾

과거 미국이나 유럽연합, 독일에서는 플랫폼의 개별 면을 기준으로 관련 시장 확정을 해왔는데⁸⁾, 최근에는 양면시장 이론을 수용하여 플랫폼이라는 하나의 시장이 확정되기 시작하였다. 양면시장으로 확정해야 하는 경우는 주로 거래형 플랫폼이나 매칭 플랫폼의 경우라는 논의가 있었는데, 이하에서는 이를 구체적으로 살펴본다.

4) 2020. 12. 29. 공정거래위원회 보도자료(“공정위, 배민 - 요기요 배달앱 사업자 간 기업결합 조건부 승인”), 8면; 앞의 의결서, 83-85, 123-126면.

5) 공정거래위원회 예규 제418호, 2023. 1. 12., 제정.

6) 자세한 소개는 법무법인 화우 공정거래그룹, 「디지털 경제와 플랫폼」, 공정경쟁연합회, 2023, 33-48면.

7) 앞의 의결서, 21면.

8) 자세한 소개는 정주미, “공정거래법상 온라인 유통플랫폼 사업자의 착취남용행위에 대한 금지의 필요성”, 「경쟁법연구」, 제42권(2020), 39-41면.

나. 거래형 플랫폼에 대한 양면시장 확정

미국 연방대법원의 다수의견은 2018년 American Express 판결⁹⁾에서 Filistrucchi의 ‘거래형 시장’(Transaction markets) 이론을 받아들여, 소비자와 가맹점 간 거래를 연결하는 신용카드와 같은 거래형 플랫폼을 하나의 시장으로 확정하고, 경쟁제한성 판단에 있어서도 플랫폼의 두 측면의 효과를 동시에 고려해야 한다고 하였다.

그 이유는 양면시장에는 “① 한 면의 이용자 집단의 규모가 다른 면의 집단의 수요에 영향을 끼치는 간접 네트워크 효과가 존재하고, ② 플랫폼이 한 면에서 가격을 인상하면 다른 면의 수요도 감소하는 피드백 루프(feedback loop) 현상이 발생한다”는 것이었다.

따라서 다수의견은 플랫폼의 가격결정은 양 측면의 수요를 종합적으로 고려하여 이루어지므로, AMEX카드가 경쟁사보다 높은 가맹점 수수료를 부과한 것처럼 플랫폼 사업자가 한 측면의 가격을 인상하였다는 사실만으로는, 가맹점의 비용 증가와 소비자 측의 편익을 종합적으로 고려할 때 양면시장 전체의 경쟁제한효과를 인정할 수 없다고 하였다.¹⁰⁾

하지만 플랫폼의 양면 중 한 면의 이용자 집단이 이익을 얻는다고 하여, 다른 면의 이용자 집단이 피해를 보더라도 이를 상쇄하는 것으로 보는 것은 적절하지 않다는 비판이 있다.¹¹⁾

Amex 판결 이후, 미국 연방거래위원회(FTC)와 법무부(DOJ)는 2023.12.18. 기업결합 가이드라인(Merger Guideline, 24면 각주47)을 개정하여, Amex 판결을 인용하며 거래형 플랫폼의 경우 양면시장 확정이 가능하다고 하면서도, 다수의 양면 또는 다면 플랫폼이 거래형 플랫폼의 성격을 갖고 있지 않다고 하였다.

다. 매칭 플랫폼에 대한 양면시장 확정

독일 연방카르텔청은 2016년 보고서¹²⁾에서, 플랫폼의 유형을 ① 거래형 플랫폼과 비거래형 플랫폼, ② 매칭플랫폼과 관심·광고플랫폼으로 분류하였다. 그러면서 온라인 데이팅 플랫폼과 같이 중개를 통해 이용자 그룹 간 매칭이 이루어지지만, 거래가 수반되지 않은 경우가 있기 때문에, 매칭 플랫폼의 경우에만 양면시장으로 확정하는 것이 적절하다고 하였다.

그러면서 위 보고서는 매칭 플랫폼에 해당하는 경우란 “① 중개서비스에 대한 동일한 수요를 가진 둘 이상의 이용자 집단이 존재하고, ② 두 집단이 상호의존적이며, ③ 플랫폼의 한 면은 유상, 다른 면은 무상으로 서비스를 제공하며, ④ 두 이용자 집단의 경쟁상황이 다르다”고 하였다.

연방카르텔청은 온라인 데이팅 플랫폼의 기업결합과 온라인 중개플랫폼 간 기업결

9) OHIO ET AL. v. AMERICAN EXPRESS CO. ET AL., No. 16 - 1454(2018).

10) 자세한 소개는 김지홍/김승현, “미국 AMEX카드 판결과 양면시장 이론의 경쟁법적 적용”, 「저스티스」, 통권 제176호(2020), 172-174면.

11) 김지홍/김승현, 위의 글, 187면; Michael Katz & Jonathan Sallet, “Multisided Platforms and Antitrust Enforcement”, The Yale Law Journal, Vol. 127, No. 7, 2018, pp. 2161, 2165.

12) Bundeskartellamt, Arbeitspapier: *Marktmacht von Plattformen und Netzwerken*, 2016.

합 사건 등에서 플랫폼을 하나의 시장으로 확정하기도 하였다.¹³⁾

그와 달리 유럽 집행위원회는 특정 유형의 플랫폼의 경우 하나의 시장으로 확정하려고 하지 않았다. 집행위원회는 1997년 제정된 ‘시장확정 고시’(Market Definition Notice)를 2024.2.8. 개정하면서, ① “양면시장이나 개별시장 확정이 가능하다고 하면서, 플랫폼의 다양한 고객 간에 대체가능성이 큰 경우 개별 시장 확정이 더 적합할 수 있”고, ② 양면시장으로 확정하는 경우 간접적인 네트워크효과를 고려해야” 하며, ③ “매칭이나 거래 플랫폼의 경우 양면시장 확정이 가능하다”고 하였다. 하지만 실제 온라인 플랫폼에 관한 남용 사건과 기업결합 사건에서 집행위원회는 특정한 시장확정 방법을 고수하지 않았다.¹⁴⁾

라. 양면시장 확정 유형화의 난점

플랫폼의 유형만으로 양면시장 확정 여부를 사전에 정하기는 어렵다. 미국, 독일 및 유럽연합의 경쟁당국은 거래형 플랫폼이나 매칭 플랫폼의 경우 하나의 양면시장으로 확정할 수 있다고 하면서도, 실제 법집행에 있어서는 그러한 기준을 따르고 있지 않다. 다양한 유형의 플랫폼을 일률적으로 양면시장 확정이 가능한 경우와 아닌 경우로 유형화하기는 어렵기 때문이다.¹⁵⁾¹⁶⁾

(2) 국내 양면시장 확정 사례의 분석

가. 개별 시장으로 확정한 국내 초기 사례

관련 시장의 확정은 시장지배적 지위 남용행위 규제와 기업결합 규제에서 공통적으로 적용되는 경쟁법상의 기본 개념이다. 온라인 플랫폼의 양면시장 확정에 관한 최신 국내 실무를 살펴보기 위하여 기업결합 규제의 사례뿐만 아니라 남용규제 사례도 참고하고자 한다.

남용규제 사건인 NHN 사건에서 2008년 공정위¹⁷⁾는 관련시장을 1S-4C 서비스를 제공하는 ‘인터넷 포털서비스 이용자시장’이라는 하나의 양면시장으로 확정하였다.

13) 자세한 소개는 조혜신, “독일 연방카르텔청의 온라인 플랫폼 기업결합 시장확정 사례 분석”, 「법학연구」, 제33권 제1호(2023), 448-450, 459면.

14) Daniel Mandrescu, “The Commission Notice on the definition of the relevant market and multi-sided digital platforms – small but important steps forward”, E.C.L.R. 2024, pp. 361-364.

15) 조혜신, 앞의 글, 436, 459-460면: 온라인 플랫폼이 항상 거래를 수반하지 않더라도, 플랫폼 양면의 이용자를 연결하여 관련시장을 양면시장으로 확정할 필요가 있는 경우도 존재할 수 있다. 또한 검색엔진처럼 매칭플랫폼과 관심·광고플랫폼 모두에 해당되는 경우가 있을 수 있다.

16) 김지홍/김승현, 앞의 글, 185면: 동일한 서비스를 제공함에도 사업자의 사업모델에 따라 양면시장 해당여부가 달라질 수 있는 경우도 있다. 넷플릭스(Netflix)는 소비자에게 이용료를 받고 광고를 하지 않고, 유튜브(YouTube)는 소비자에게 이용료를 받지 않고 광고를 하는 사업모델이다.

17) 공정거래위원회 2008. 8. 28. 의결 제2008-251호. 공정위는 관련시장을 ‘검색 서비스, 콘텐츠 서비스, 커뮤니케이션 서비스, 커뮤니티 서비스 및 전자상거래 서비스’(Search, Contents, Communication, Community 및 Commerce) 등 1S-4C 서비스를 제공하는 ‘인터넷 포털서비스 이용자시장’으로 확정하였다.

하지만, 2014년 대법원¹⁸⁾은 이러한 시장 획정이 부적절하다면서, 남용행위를 한 사업자가 경쟁관계에 있는 개별시장을 기준으로 관련 시장을 획정하여야 한다고 하였다.

이 판결 이후 온라인 플랫폼의 시장획정은 플랫폼의 개별면별로 개별시장으로 획정하는 전통적인 방법을 적용하면 되는 것이지, 굳이 플랫폼에 대해 양면시장 획정 방법을 도입할 필요가 있겠느냐는 의문이 제기되었다.¹⁹⁾

기업결합 사건인 2009년 이베이 대 지마켓 사건²⁰⁾에서, 공정위는 플랫폼의 양면을 각각 별개의 시장으로 획정하였다. 첫째로 플랫폼과 판매자 측면의 시장은 국내 오픈마켓 시장으로 획정하면서, 판매자 측면에서 “서비스의 가격, 기능, 효용의 유사성, 판매자들의 시장경계에 대한 인식, 서비스구매자(판매자)의 전환가능성 및 그에 대한 인식” 등을 고려하였다.²¹⁾ 둘째로 플랫폼과 소비자측면의 시장은 오픈마켓과 일반쇼핑몰을 합한, 국내 인터넷 쇼핑 시장 전체로 획정하였다.²²⁾ 이 사건은 플랫폼의 각 면을 개별시장으로 획정하였던 초기 기업결합 실무를 보여주는 사례이다.

나. 양면시장으로 획정한 국내 최신 사례

하지만 미국이나 독일, 유럽연합에서도 온라인 플랫폼의 관련 시장을 하나의 시장으로 획정하기 시작하였고, 공정위도 최근 고시에서 양면시장 획정이 가능하다는 입장을 밝혔다.

2023.1. 제정된 ‘온라인 플랫폼 심사지침’에서 공정위는 온라인 플랫폼의 개별 시장 획정을 우선으로 하되, 양면시장 획정도 가능하다고 하였다. 지침은 “① 온라인 플랫폼을 이용하는 서로 다른 이용자 집단 간의 교차 네트워크 효과의 존재 여부, 방향성 및 강도, ② 온라인 플랫폼 사업자가 서로 다른 집단의 이용자 간 거래를 직접 중개하는지 여부, ③ 온라인 플랫폼을 이용하는 서로 다른 이용자 집단 간 대체가능성에 대한 인식의 차이”에 따라 양면시장으로 획정할 수 있고, “서로 다른 집단의 이용자 측면별로 경쟁 양상에 상당한 차이가 존재”하면 하나의 시장으로 획정하는 것이 타당하지 않다고 하였다. 공정위는 2024.5. 개정된 ‘기업결합 심사기준’²³⁾에서도 양면시장의 획정이 가능하다고 하였다.

최근 공정위 실무에서도 이러한 접근이 유지되고 있다. 남용규제 사건인 네이버쇼핑 사건²⁴⁾에서 공정위는 국내 온라인 비교쇼핑서비스 시장과 오픈마켓서비스 시장이라는 양면시장으로 획정하였고,²⁵⁾ 항소심에서 법원도 이를 타당하다고 보았다.²⁶⁾ 카

18) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2009두20366 판결. 대법원은 “동영상 콘텐츠의 이용은 원고와 같은 인터넷 포털사업자뿐만 아니라 검색서비스만을 제공하는 인터넷 사업자의 인터넷 검색서비스를 통해서도 충분히 가능하다”고 지적하였다.

19) 심제한, “온라인플랫폼의 관련시장획정에 관한 연구”, 『경영법률』, 제29권 제2호(2019), 477, 482면; 이봉의, 「공정거래법(제2판)」, 박영사, 2024, 191면.

20) 공정거래위원회 2009. 6. 25. 의결 제2009-146호, 24-25면.

21) 2009. 4. 24. 공정거래위원회 보도자료(“이베이의 G마켓 인수 최종 승인”), 2면.

22) 앞의 의결서 27면.

23) 공정거래위원회 고시 제2024-6호, 2024. 5. 1., 일부개정.

24) 공정거래위원회 2021. 1. 27. 의결 제2021-027호, 4-6, 12-14면.

25) 국내 온라인 비교쇼핑서비스 시장은 “상품정보를 검색하는 소비자를 해당 상품을 판매하는 온라인 쇼핑몰과 연결해주고, 온라인 쇼핑몰 사업자로부터 그에 따른 일정 수수료를 지급받는 방식으로 수익을 창출하는” 시장이다. 오픈마켓서비스 시장은 “온라인을 통해 누구나 상품을 자유롭게 구매할 수 있고 판매도 할 수 있는 온라인 상의 자유 시장공간

카오 모빌리티 사건²⁷⁾에서 공정위는 관련 시장을 양면시장인 일반 앱호출 시장과 개별 시장인 택시가맹서비스 시장으로 확정하였고,²⁸⁾ 항소심도 이를 인정하였다.²⁹⁾

또한 공정위는 양면시장을 확정하는 경우, 플랫폼의 양면 간 상호작용과 간접 네트워크 효과를 고려하여, 시장지배력과 경쟁제한성을 판단하였다. 이러한 접근은 네이버 쇼핑 사건의 공정위 의결³⁰⁾³¹⁾과 항소심 판결³²⁾에서도 확인된다.

최근 기업결합 사건에서도 공정위는 경쟁상황에 따라 양면시장 또는 개별 시장으로 관련 시장을 확정하고 있다. 첫째로, 2021년 배민/요기요 사건에서 공정위는 ‘배달 앱’이라는 양면시장을 관련 시장으로 확정하였다.

둘째로, 2021년 이마트 대 이베이코리아 사건³³⁾에서 공정위는 온라인 쇼핑이라는 양면시장 그리고 오픈마켓 시장과 온라인 장보기 시장, 간편결제 시장 등 서비스별 개별 시장도 함께 확정하여 기업결합의 경쟁제한성을 다각도로 검토하였다.

셋째로, 2025년 지마켓 대 알리익스프레스 기업결합 사건(이하 “지마켓/알리 사건”) ³⁴⁾에서 공정위는 온라인 해외직구 시장, 간편결제 서비스 시장 및 풀필먼트 서비스 시장 등 경쟁관계가 존재하는 개별 시장으로 관련시장을 확정하였다.

다. 소결: 양면시장 확정의 타당성

이상의 비교법과 국내 실무를 종합하면, 온라인 플랫폼의 경우에는 실제 경쟁관계에 따라 탄력적으로 양면시장이라는 하나의 시장 또는 플랫폼의 개별 면에 따라 개별시장으로 관련시장을 확정하는 것이 타당하다. 양면시장으로 확정하는 경우에는 양면시장의 특성인 네트워크 효과, 데이터 축적 및 시장 간 지배력 전이 가능성 등을 고려하여 시장지배력과 경쟁제한성을 판단할 수 있다.

시장지배적 지위 남용규제에서는 플랫폼의 행위가 이루어진 개별 면을 중심으로

또는 그러한 시장의 운영형식”이다.

26) 서울고등법원 2022. 12. 14. 선고 2021누36129 판결.

27) 공정거래위원회 2023. 6. 13. 의결 제2023-093호, 45-52면.

28) 일반 앱호출 시장은 “모바일 기기 등에 설치된 앱을 기반으로 일반 중형택시를 호출하고 자 하는 승객과 택시를 무료로 중개해주는 서비스에 관한” 시장이다. 택시가맹 서비스 시장은 택시 영업 행위 전반을 관리해주는 유료 솔루션에 관한 시장이다.

29) 서울고등법원 2025. 5. 22. 선고 2023누50891 판결.

30) 위 의결서, 105면: 공정위는 시장지배력 판단에 있어서 “특정 온라인 비교쇼핑서비스를 이용하는 사용자가 증가할수록, 비교서비스에 입점하려는 판매자도 증가하게 되어 그에 따라 다시 사용자가 증가하는 순환적 구조가 형성되기 때문”에, “교차 네트워크 효과로 인해 온라인 비교쇼핑서비스 시장의 경우 후발사업자들이 쉽게 시장에 진입하기 어렵”고 “시장을 선점한 비교쇼핑서비스 사업자로 쏠림현상이 나타나기 쉽다”고 보았다.

31) 위 의결서, 160면: 공정위는 경쟁제한성을 판단함에 있어서 “오픈마켓이 양면시장으로서 교차 네트워크 외부효과를 발생”시켜, “입점사업자 수는 다시 자사 오픈마켓에 대한 이용자 수요를 증가시킴으로써 입점사업자가 증가하는 효과가 더욱 증폭”되어, “현재의 시장점유율 이상으로 향후 자사 오픈마켓의 시장 지위를 강화시킬 수 있다.”고 하였다.

32) 위 판결문, 85-86면. 항소심에서 서울고등법원도 시장지배적 지위의 인정과 경쟁제한효과를 인정하면서 네트워크 효과를 중요하게 고려하였다. 또한 “비교쇼핑서비스에서의 우대행위가 스마트스토어의 (이용자가 증가하여) 점유율이 확대되면, 일반검색서비스 시장 및 비교쇼핑서비스 시장에서의 트래픽과 거래액이 증가하는 피드백 루프(Feedback Loop) 효과가 발생할 수 있다”고 하였다.

33) 2021. 10. 29. 공정거래위원회 보도자료(“㈜이마트의 이베이코리아(유) 지분취득 건 승인”).

34) 공정거래위원회 2025. 9. 13. 의결 제2025-177호.

관련 시장을 확정하는 것이 적절한 경우가 있을 수 있다. 반면 기업결합 심사에서는 결합이 시장 전반의 경쟁에 미치는 영향을 종합적으로 평가하여야 하므로, 여러 관련 시장을 확정하는 과정에서 플랫폼 전체를 하나의 시장으로 확정하는 경우도 있을 것이다³⁵⁾

2. 온라인 플랫폼의 무료서비스와 시장확정

(1) 무료서비스의 시장확정 가능성

배민/요기요 사건에서 공정위는 배달앱이라는 양면시장을 확정하였는데, 배달앱 플랫폼의 한 면인 소비자 측면에서는 무료서비스가 제공되었다. 온라인 플랫폼은 간접 네트워크 효과를 이용해, 플랫폼의 한 면에서는 유상으로 하여 수익을 얻고 다른 면에서는 무상으로 서비스를 제공할 수 있다. 또한 플랫폼 양면에서 이용료를 받지 않는 대신, 이용자의 관심이나 개인정보를 포함한 데이터 등을 제공받아 광고 수익을 올릴 수도 있다.

따라서 온라인 플랫폼을 하나의 시장으로 확정하는 경우 무료서비스를 제공하는 측면이 포함될 수 있다³⁶⁾. 온라인 플랫폼의 개별 면별로 관련 시장이 확정되는 경우, 무료서비스를 제공하는 개별 면 역시 무료시장으로 확정할 수 있는가?

독일에서는 2015년 뒤셀도르프 고등법원이 무료시장을 관련시장으로 확정할 수 없다고 하였다.³⁷⁾ 이에 2017년 제9차 개정된 경쟁제한방지법 제18조 제2(a)항은 급부가 무상으로 제공되더라도 시장으로 볼 수 있다고 명시하였다.³⁸⁾

공정거래법의 경우 동법은 “일정한 거래분야란 거래의 객체별·단계별 또는 지역별로 경쟁관계에 있거나 경쟁관계가 성립될 수 있는 분야를 말한다.”고 한다(법 제2조 제4호). 동조는 관련 시장의 유사성을 요구하고 있지 않기 때문에, 무료시장의 경우에도 수요대체성을 기준으로 경쟁관계를 파악하는 것이 가능하다.

2024.5. 개정된 ‘기업결합 심사기준’도 “명목상 무료로 서비스가 제공되는 경우에도 서비스 제공자와 이용자 간 가치의 교환(거래)이 발생하는 경우에는 이와 관련된 일정한 거래분야를 확정할 수 있다.”고 하였다. 다만 위 심사기준은 법규성이 없는 내부 심사지침에 불과하고, ‘가치의 교환’이라는 표현 역시 무료서비스를 설명하기 위한 취지로 이해하여야 한다. 따라서 무료서비스의 시장 확정에서 ‘가치의 교환’ 자체를 별도로 입증할 필요는 없다.

(2) 무료서비스의 시장확정 방법론

그렇다면, 무료서비스의 경우 시장 확정을 어떻게 하여야 하는가? 상품이나 서비스의 가격이 존재하지 않는 경우에는 가격을 기준으로 시장확정을 하는 가장 기본적인

35) 정주미, 앞의 글, 42면.

36) 이봉의, 앞의 책, 182면.

37) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2015, VI-Kart 1/14 (V), HRS.

38) 홍명수, “플랫폼 규제 개선을 위한 독일 경쟁제한방지법 개정에 관한 고찰”, 「동아법학」, 제94권(2022), 264-265면.

인 방법인 SSNIP 테스트³⁹⁾를 적용할 수 없다.⁴⁰⁾

무료로 서비스를 제공하는 플랫폼의 시장확정에 있어서 가격 대신 품질, 기능, 비용 등 비가격 요소를 통하여 이용자가 다른 서비스로 전환하는지 여부 즉 수요대체성을 판단하는 방법론이 활용되었다. 이러한 방법은 수요시장의 확정 방법과 유사하다. 수요시장에서는 판매업자의 대체가능성을 기준으로 관련 시장을 확정한다.⁴¹⁾

비교법을 보면, 유럽연합 ‘시장확정 고시’는 디지털 시장의 특성을 고려하여, 가격 이외에 혁신, 품질, 안정적인 공급 및 지속가능성 등의 요소를 고려하여 시장 확정하도록 하였다. 유럽 집행위원회 역시 남용 사건과 기업결합 사건에서 그와 같은 방법으로 무료서비스의 시장확정을 하였다.⁴²⁾

SSNIP 테스트의 대안으로, 작지만 의미있는 비일시적인 비용의 증가(SSNIC)나 품질의 감소(SSNDQ)를 기준으로 대체가능성을 판단하는 테스트도 개발되었는데, 중국의 최고인민법원은 텐센트 사건⁴³⁾에서 무료서비스에 대해 SSNDQ 테스트를 적용하였다.⁴⁴⁾

최근 공정위도 무료서비스의 시장확정에 있어서 가격 대신 다른 요소를 고려하고 있다. 첫째로, 2021년 배민/요기요 사건에서 공정위는 배달앱의 기능과 효능, 소비자와 음식점 측면의 대체가능성을 고려하였고, 소비자 측면에서는 쿠폰할인을 가격지표의 대체수단으로 활용하였다.

둘째로, 2023년 남용사건인 카카오 모빌리티 사건에서 공정위는 일반 앱 호출 서비스의 경우 택시운송사업자와 승객 모두에게 무료임에도 ① 서비스의 기능과 효용 측면과, ② 택시기사 측면 및 승객 측면, ③ 수요와 공급 측면의 대체가능성을 고려하여, 무료의 일반호출서비스가 다른 서비스의 수요자에게 대체가능하지 않다는 점에서 관련 시장으로 확정하였다.⁴⁵⁾

셋째로, 2023.1. 제정된 ‘온라인 플랫폼 심사지침’은 무료서비스에 대해서도 시장확정이 가능하다고 하였다. 2024.5. 개정된 ‘기업결합 심사기준’에서도 명목상 무료로 서비스가 제공되는 경우 “이용자에게 노출되는 광고의 양, 이용자의 개인정보 등 데이터 수집 범위 등 서비스의 품질이 저하되거나 서비스 이용 시 이용자가 부담하는 비용이 증가하는 등 비가격적 요소”를 고려하여, 이용자가 구매를 전환할 수 있는 서비스의 집합을 관련 시장으로 확정할 수 있다고 하였다.

따라서 온라인 플랫폼의 무료서비스는 품질·기능·비용 등 비가격 요소를 중심으로 이용자의 수요대체성을 판단하여 관련 시장을 확정할 수 있다. 이는 무료서비스를 양면시장의 한 측면으로 포함하는 경우뿐 아니라, 무료서비스 자체를 개별 시장으로 확정하는 경우에도 동일하게 적용된다.

39) 이봉의, 앞의 책, 178-179면: 이 테스트는 1982년 미국 수평결합 가이드라인(Horizontal Merger guidelines)에서 도입되었는데, 가상의 독점사업자가 상품이나 서비스의 공급을 할 때 가격인상을 통해 이윤을 얻을 범위를 관련 시장으로 확정하는 것이다.

40) 이봉의, 앞의 책, 181면; Daniel Mandrescu, Ibid, p 365.

41) 심재한, “디지털 경제에서의 기업결합 쟁점”, 『경영법률』, 제34권 제3호(2024), 472-474면; 이봉의, 앞의 책, 189, 217면.

42) Daniel Mandrescu, Ibid, p 368.

43) (2013)民三終字第4号.

44) 이봉의, 앞의 책, 182면.

45) 공정거래위원회 2023. 6. 13. 의결 제2023 - 093호, 16, 57-58면.

Ⅲ. 온라인 플랫폼의 정보자산의 경쟁제한성

1. 정보자산의 경쟁제한성

(1) 정보자산의 특징과 경쟁제한 가능성

정보자산이란 2019년 개정된 ‘기업결합 심사기준’⁴⁶⁾에 따르면, “다양한 목적으로 수집되어 통합적으로 관리, 분석, 활용되는 정보의 집합”을 말한다.⁴⁷⁾

초기 경쟁법 실무에서 데이터는 비경합적(non-rivalrous)이고 비배타적인 성격을 가지므로,⁴⁸⁾ 경쟁제한적이지 않다고 평가되었다. 2007년 Google 대 Doubleclick 기업결합 사건에서 유럽 집행위원회⁴⁹⁾와 미국 연방거래위원회⁵⁰⁾는, 기업결합으로 Google이 DoubleClick의 이용자 데이터를 맞춤형 광고에 활용하더라도 해당 데이터는 온라인 광고시장의 필수적인 투입요소가 아니며 경쟁사업자도 다른 경로를 통해 데이터를 확보할 수 있다고 보았다. 따라서 수직결합에 따른 경쟁사업자 봉쇄효과는 인정되지 않았고, 기업결합은 승인되었다.

2014년 Facebook 대 WhatsApp 기업결합(이하 “Facebook/WhatsApp”) 사건⁵¹⁾에서도 유럽 집행위원회는 온라인 광고시장에서 다수의 사업자가 존재하고, Facebook이 독점적으로 통제하고 있지 않은 대량의 이용자 정보가 존재한다는 점에서 경쟁제한의 우려가 없다고 보았다.⁵²⁾

Facebook은 Facebook과 WhatsApp의 이용자 정보를 연결하여 통합하는 것이 기술적으로 불가능하다고 집행위원회에 보고하였었다. 그런데 기업결합 승인 이후, 2016.6. Facebook은 업데이트를 통해 두 서비스의 정보를 연결 및 통합하였다. 이에 집행위원회는 Facebook이 기업결합 심사에 부정확하고 오해가능한 정보를 제공하였으면서, 1억 1천만 유로의 과징금을 부과하기도 하였다.⁵³⁾

플랫폼 경제의 발전과 데이터 집종의 심화에 따라, 최근 경쟁당국은 정보자산이 관련 시장에서 경쟁을 제한할 수 있고, 시장지배력의 원천이 될 수 있다고 보기 시작하였다.⁵⁴⁾ 그러한 이유는 대규모·다양한 데이터의 축적에는 시간, 비용, 이용자

46) 공정거래위원회 고시 제2019-1호, 2019. 2. 27., 일부개정.

47) 2019. 2. 27. 공정거래위원회 보도자료(“공정위, 혁신 경쟁 촉진을 위한 기업결합 심사 기준 개정”), 3면.

48) 신영수, “빅데이터의 경쟁제한효과에 대한 법적 판단기준 연구”, 「법학논고」, 제69권(2020), 352-354, 363면; 이호영, “빅데이터의 경쟁법적 함의에 관한 연구”, 「법경제학연구」, 제15권 제3호(2018), 301, 324-325면.

49) COMP/M.4731) Commission Decision [2008] OJ C184/10.

50) Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/ DoubleClick, FTC File No. 071-0170 (Dec. 20, 2007).

51) Case No. COMP/M.7217 & M.8228.

52) 이호영, 앞의 글, 310-311면.

53) European Commission(2017.5.18.), Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover; Case No COMP/M.7217.

54) 2021년 시행된 독일 제10차 개정된 경쟁제한방지법(GWB) 역시 정보자산의 중요성을 반영하여, 법 제18조(3a)항에서 다면시장 및 네트워크 시장에서 기업의 시장지위를 평가할 때 데이터 접근성을 중요한 요소로 고려하도록 하였다. 자세한 소개는 홍명수, 앞의 글,

기반이 필요하므로, 정보자산은 희소성을 가지며 경쟁우위의 원천이 될 수 있고 진입장벽을 형성할 수 있다고 보았기 때문이다.⁵⁵⁾ 또한 데이터를 활용한 맞춤형 광고나 서비스 개선을 통해 이용자를 증가시키는 고객의 풀림효과나 고착효과를 강화함으로써, 시장지배력을 형성하거나 유지할 수 있다고 보았기 때문이다.⁵⁶⁾

(2) 정보자산의 경쟁제한성이 인정된 기업결합 사례

2019년 개정된 ‘기업결합 심사기준’은 “결합당사회사가 정보자산을 활용하여 시장지배력을 형성·강화·유지하는 경우 관련 시장에서의 경쟁이 실질적으로 제한될 가능성이 있다.”고 하면서, 기업결합 심사 시에 정보자산의 경쟁제한성을 판단하는 4가지 기준을 제시하였다. 즉 “① 결합을 통하여 얻게 되는 정보자산이 다른 방법으로는 이를 대체하기 곤란한 지 여부, ② 해당 결합으로 인하여 결합당사회사가 경쟁사업자의 정보자산 접근을 제한할 유인 및 능력이 증가하는지 여부, ③ 결합 이후 정보자산 접근 제한 등으로 인하여 경쟁에 부정적 효과가 발생할 것이 예상되는지 여부, ④ 결합당사회사가 정보자산의 수집·관리·분석·활용 등과 관련한 서비스의 품질을 저하시키는 등 비가격 경쟁을 저해할 가능성이 높아지는지 여부”를 들었다.

최근 우리나라와 유럽연합의 기업결합 심사에서 결합회사의 정보자산의 경쟁제한성을 인정하는 사례도 등장하였다. 첫째로, 2021년 배민/요기요 사건에서 공정위는 배달앱 간의 수평결합으로 결합 회사는 ① “압도적 이용자 정보를 통하여 고효율의 마케팅을 하여 경쟁사업자가 배제될 가능성”이 있다고 하였다. 또한 ② “마케팅 정보의 제공을 줄이거나 유료 판매를 위해 무료 제공 정보의 질적 수준을 저하시키는 등 비가격경쟁을 저해할 수 있다”고 하였다.

둘째로, 2025년 지마켓/알리 사건에서 공정위는 “알리익스프레스가 국내 온라인 해외직구 시장에서 경쟁사업자들에 비해 이미 상당한 격차로 높은 네트워크 효과를 향유하고 있는 상황”에서, “지마켓이 보유한 풍부한 국내 소비자 데이터와 알리익스프레스의 전 세계 소비자 선호 관련 데이터베이스 및 수준 높은 데이터 분석 기술이 상호 보완적으로 통합되어 국내 소비자 데이터가 양적, 질적으로 확대·강화되는 효과”가 있다고 보았다.

그러면서 공정위는 국내 해외직구 시장에서 이루어진 수평결합으로 인해 정보자산의 경쟁제한성이 인정된다고 보았다. 즉 ① 두 회사가 설립한 합작회사는 플랫폼으로서의 간접네트워크효과를 갖고 있고, ② 데이터의 축적에 따른 맞춤형 광고 및 서비스 품질 개선을 통해 다시 고객을 유인하는” 피드백 순환효과가 있어, ③ 소비자의 고착효과가 강화되고 진입장벽이 높아지며, 경쟁자의 비용이 상승하여, 결합회사의 시장지배력이 강화되고 경쟁제한의 우려가 발생하며, ④ 장기적으로 소비자들에 대한 개인정보보호 및 데이터 보안 등 비가격경쟁도 저해될 우려가 상당하다고 보았다.⁵⁷⁾

셋째로, 2020.12. 유럽 집행위원회는 Google 대 Fitbit 기업결합 사건(이하

267-272면.

55) 자세한 소개는 이호영, 앞의 글, 300면.

56) 공정거래위원회 정책보고서, “데이터와 경쟁”, 2025.12, 20-21면; 공정거래위원회(국제협력과), 해외경쟁정책동향 제124호, 2017, 10면.

57) 앞의 의견서, 58-75면.

“Google/Fitbit 사건”)⁵⁸⁾에서 Fitbit은 유럽 스마트워치 시장에서 시장점유율이 낮고 Apple이나 Garmin, Samsung 등 대형 경쟁자들이 있어 수평결합의 경쟁제한의 우려는 적지만, 정보자산의 결합에 따른 경쟁제한성은 인정된다는 점에서, 이 결합을 조건부로 승인하였다.

그 이유는 첫째로, Google이 보유한 거대한 이용자 데이터와 데이터 수집능력에 Fitbit의 건강·운동 데이터가 결합하여, 경쟁제한의 우려가 있다고 보았기 때문이다. ‘온라인 검색 광고’(online search advertising) 시장과 ‘온라인 디스플레이 광고’(online display advertising) 시장, ‘광고기술 생태계’(ad tech ecosystem) 시장에서 구글은 방대한 양의 데이터를 활용하여 맞춤형 광고의 정확도를 높이게 되고, 경쟁자들이 구글의 서비스를 따라가기 어려워 경쟁장벽이 더욱 강화될 우려가 있으며, 그 결과 광고주들은 더 높은 가격에 구글과 거래할 수밖에 없고 선택의 폭이 좁아질 것이라고 하였다.

둘째로, 디지털 헬스케어(digital healthcare) 시장에서 여러 업체들이 Fitbit이 제공하는 건강 및 피트니스 데이터에 ‘웹 API’(Web Application Programming Interface)를 통해 접근하여 Fitbit 사용자에게 서비스를 제공하고 그 대가로 사용자 데이터를 얻고 있는데, 집행위원회는 수직결합으로 Google이 경쟁업체의 Fitbit 웹 API 접근을 제한할 수 있다고 보았기 때문이다. 집행위원회는 투입물 봉쇄(input foreclosure) 효과로 인해 유럽 디지털 헬스케어 시장의 신생 스타트업이 불리하게 될 것이라고 우려하였다.⁵⁹⁾

(3) 정보자산의 경쟁제한성 판단기준

정보자산의 경쟁제한성은 다음 세 가지 측면에서 판단할 수 있다. 즉 ① 정보자산의 활용효과에 따른 시장지배력 강화와 ② 정보자산 관련 방해행위로 인한 경쟁제한, ③ 비가격경쟁제한이라는 측면에서 고려할 수 있다.⁶⁰⁾

가. 정보자산의 활용효과에 따른 시장지배력 강화

첫 번째 측면은 결합한 사업자들이 다량의 데이터를 활용하여 마케팅이나 서비스

58) European Commission - Press release: “Mergers: Commission clears acquisition of Fitbit by Google, subject to conditions”, 2020.12.17; Decision in M.9660-Google/Fitbit unreported 17.12.2020 (EC).

59) 황진우/최매화/이민지, “EU 집행위원회의 구글-핏빗 기업결합 승인 결정”, 「경쟁저널」, 제208호(2021.8), 83-84면.

60) 배민/요기요 사건과 지마켓/알리 사건, Google/Fitbit사건의 비교

사건명	정보자산의 활용효과	접근제한	비가격경쟁제한
배민/요기요	고효율의 마케팅을 통한 경쟁자 배제		이용자에 대한 정보 제공 품질 저하
지마켓/알리	이용자 피드백루프 효과로 인한 집중 및 진입장벽 증가		개인정보보호 및 데이터 보안 수준 저하
Google/Fitbit	맞춤형광고의 정확도 증가 및 경쟁장벽 강화	웹 API 접근제한/봉쇄	

품질 개선, 맞춤형 광고효과를 높임으로써, 피드백 루프 효과와 네트워크 효과를 통해, 시장의 집중도를 높이거나 진입장벽을 증대시키거나 경쟁사업자를 배제시킬 가능성이 있다는 것이다.

위 세 사건 모두 이러한 측면이 검토되었는데, 배민/요기요 사건은 기업결합의 경쟁제한성을 인정하는 한 요인으로 정보자산의 결합 문제를 포함하였는데, 지마켓/알리 사건과 Google/Fitbit 사건은 정보자산의 결합으로 인한 경쟁제한성만이 인정된 차이가 있다.

그렇다면 기업결합 규제에서 정보자산의 결합에 따른 어느 정도의 효과를 경쟁제한적이라고 보아야 하는가의 문제가 남는다. 지마켓/알리 사건을 보면, 공정위는 정보자산의 결합이 경쟁을 실질적으로 제한하여 시장지배력을 형성하거나 유지할 가능성이 있다는 점에서 경쟁제한적이라고 하였다.

그 이유는 국내 해외직구시장에서 알리익스프레스의 점유율은 37.1%(1위)였고 중국발 상품 비중이 커지고 있는 상황에서, 공정위는 결합회사의 합산 시장점유율이 41%(1위)보다 더 커질 것으로 예상하였기 때문이다. 이는 공정거래법상 시장지배적 사업자의 추정기준(법 제6조 제1호)인 시장점유율 50%를 훨씬 상회하는 압도적인 시장점유율은 아니어서, 그 위험이 단기간에 상당하다고 단정하기에는 어려운 측면이 있다.

하지만 공정위는 지마켓이 보유한 국내 소비자 데이터와 알리익스프레스의 글로벌 데이터 및 데이터 분석 역량이 결합됨에 따른, 시장지배력의 형성, 유지 또는 강화를 우려하였고, 장래의 위험을 사전에 예방하고자 조건부 승인을 한 것으로 보인다.

기업결합 심사는 장래의 경쟁제한 가능성을 예방하기 위한 제도이므로, 경쟁당국은 경쟁제한 우려를 해소하기 위한 시정조치를 조건으로 기업결합을 승인할 수 있다. 이는 이미 이루어진 위법행위를 금지·시정하는 남용규제와는 제도의 성격과 집행방식에서 차이가 있다.

이러한 점에서 기업결합 심사에서는 정보자산의 결합이 어느 정도의 경쟁제한 효과를 발생시킬 가능성이 있는지를 판단하는 문제뿐만 아니라, 그 위험에 비례하는 적절한 시정조치의 범위를 구체화하는 것도 중요한 과제가 된다. 향후에는 정보자산의 경쟁제한성 판단기준과 그에 상응하는 시정조의 내용과 범위를 보다 구체화할 필요가 있다.

나. 정보자산 관련 방해행위로 인한 경쟁제한

두 번째 측면은 온라인 플랫폼이 대량의 정보자산을 보유하여 정보자산에 대한 접근 거절뿐만 아니라, 차별취급, 배타적 계약 등을 통해 다른 사업자의 사업활동을 방해하여 관련 시장에서 경쟁을 제한할 수 있다는 것이다.

국내의 두 사건은 수평결합에 따른 정보자산의 활용에서 비롯한 경쟁제한이 문제된 반면, Google/Fitbit 사건은 수직결합에 따른 정보자산의 확보를 위한 웹 API 접근 제한으로 인한 봉쇄효과가 우려되었다.

기업결합의 유형별로 보면, 온라인 플랫폼이 기업결합을 통해 대규모의 정보자산을 보유하게 되면, ① 수평결합에 따른 데이터의 결합으로 인한 진입장벽이 확대되거나 경쟁자의 비용이 상승할 수 있고, ② 수직결합으로 시장봉쇄효과가 나타날 가

능성이 있으며, ③ 혼합결합으로 복합적 사업능력이 제고되고 끼워팔기와 같은 경쟁제한적 행위가 있을 수 있다.⁶¹⁾ 향후에는 정보자산의 결합유형에 따른 경쟁제한성 판단기준도 보다 구체화될 필요가 있다.

다. 정보자산의 비가격경쟁제한

세 번째 측면은 정보자산의 결합이 플랫폼이 제공하는 정보의 품질이나 개인정보 보호 수준과 같은 비가격경쟁을 제한할 수 있다는 것이다. 배민/요기요 사건의 경우 공정위는 플랫폼이 사업자에게 제공하는 정보 측면에서 그리고 지마켓/알리 사건의 경우 플랫폼의 이용 소비자 측면에서 비가격경쟁이 저해될 수 있다고 보았다.

그와 달리 Google/Fitbit 사건에서 유럽 집행위원회는 유럽 정보보호법(General Data Protection Regulation, 이하 “GDPR”)이 존재하기에, 개인정보의 보호 문제는 기업결합의 심사대상이 아니라고 밝혔다. 그렇다면, 기업결합 심사에서 검토할 수 있는 정보자산의 비가격경쟁제한의 의미는 무엇인지, 이하에서 자세히 검토한다.

2. 정보자산과 비가격경쟁제한성

(1) 남용규제에서의 비가격경쟁제한성

가. 독일 Facebook 사건의 시사점

개인정보 침해행위가 경쟁법 위반으로 평가될 수 있는지의 여부는 남용규제 사건인 독일 Facebook 사건에서 집중적으로 논의되었다. 개인정보 침해와 경쟁법의 관계에 대해 독일 연방카르텔청과 뒤셀도르프 연방고등법원, 대법원, 유럽 최고법원의 판단은 차이를 보였지만, 이 사건은 시장지배적 사업자의 개인정보 침해행위도 경쟁법상 남용행위로 검토될 수 있음을 보여주었다는 점에서 의의가 있다.

첫째로, 2019.2. 독일 연방카르텔청은 facebook의 이용자에게 계열사인 Instagram과 Whatsapp 등의 광범위한 이용자 데이터를 수집을 동의하게 하는 약관을 사용한 것이, 2016.4. 제정된(2018.5. 시행) 유럽 정보보호법(GDPR)을 위반한 것으로서 독일 경쟁제한방지법(GWB)상 시장지배적 지위 남용행위(법 제19조 제1항)에 해당한다고 보았다.

연방카르텔청은 시장지배적 사업자의 GDPR 위반 행위로 인해, 이용자가 facebook의 약관에 비자발적으로 동의를 강제당할 수밖에 없었고, facebook은 이용자의 개인정보에 수월하게 접근하여 경쟁상 이점을 얻었다는 논리를 폈다.

facebook의 유럽 본사가 아일랜드에 있었기에, 아일랜드의 데이터보호위원회(Data Protection Committee: DPC)가 GDPR을 적용할 권한이 있었으나, 당시 위원회는 법집행에 소극적이라고 비판을 받던 상황이었다. 이에 독일 연방카르텔청은 독일 자국민의 데이터 보호를 위해 독일 경쟁법인 경쟁제한방지법을 적용하였던 것으로 보인다.

61) 신영수, 앞의 글, 353면.

둘째로, 연방카르텔청의 해당 약관 사용의 금지명령에 대한 집행정지 소송에서, 2019.8. 뒤셀도르프 연방고등법원⁶²⁾은 ① 이용자는 무료의 서비스 이용에 대한 편익을 얻음으로써 자발적인 동의를 하지 않았다고 보기 어렵고, ② 개인정보보호법인 GDPR 위반이 시장지배적 지위 남용이라는 인과관계를 인정할 수 없다면서, 이러한 문제는 소비자법이나 약관법으로 해결할 사안이라고 지적하였다.

셋째로, 2020.6. 연방대법원⁶³⁾은 고등법원의 집행정지 명령의 효력을 취소하였다. 대법원은 ① 시장지배적 사업자인 facebook에 고착화(lock-in)된 이용자들이 ‘이용자 데이터 수집 조건에 대한 선택의 가능성’이라는 의사결정의 자유를 누리지 못하였고, ② facebook은 이용자의 이익을 착취하였으며, 프라이버시를 보호해야할 특별한 책임을 다하지 못하였다고 보았다. GDPR 위반이 곧바로 남용행위에 해당한다고 본 것은 아니었고, GDPR 위반행위를 통해 데이터를 수집한 행위가 소비자의 선택권을 침해하였다는 점에서 착취남용행위에 해당한다고 본 것이었다.⁶⁴⁾ 그 결과 대법원은 ③ facebook이 GDPR을 준수하는 기업보다 과도한 이용자 데이터를 수집하여, SNS 서비스와 맞춤형 서비스를 끼워파는 등 부당하게 경쟁상 이점을 얻게 된다고도 보았다.

넷째로, 본안 소송에 앞서 뒤셀도르프 연방고등법원의 요청으로 이루어진 ‘선결적 판결’(preliminary ruling)⁶⁵⁾에서, 2023.7. 유럽 최고법원(European Court of Justice: ECJ)은 ① 회원국 경쟁당국이 시장지배적 사업자의 남용 여부를 판단함에 있어서 데이터 수집과 처리행위가 GDPR 위반인지를 검토하지 못할 법적 근거는 없고, 다만 개인정보 보호기관의 역할을 경쟁당국이 대체하는 것은 아니기에 두 기관이 서로 협의해야 한다고 하였다.⁶⁶⁾

또한 최고법원은 ② 남용 여부는 이용자가 서비스 이용 불가와 같은 불이익 없이 동의를 거부하거나 철회할 수 없는지, 이용자와 데이터 처리자와의 불균형이 명확한지 그리고 서로 다른 데이터 처리작업에 별도의 동의가 적절함에도 이를 허용하지 않았는지 등을 구체적으로 판단하도록 하였다.⁶⁷⁾

위 사건은 GDPR의 집행이 아일랜드 개인정보 보호당국(DPC)의 소관이었던 유럽의 특수한 상황에서 독일 연방카르텔청이 경쟁법을 적용한 사안이었지만, 시장지배적 사업자의 과도한 개인정보 수집으로 인한 소비자의 선택권 침해는 경쟁법상 착취남용으로도 평가될 수 있음을 보여주었다.

나. 남용규제에서의 개인정보 침해에 대한 공정거래법의 보완적 역할

개인정보의 침해는 원칙적으로 개인정보 보호법이나 약관규제에 관한 법률(이하 “약관법”)을 우선 적용하는 것이 적절하다.⁶⁸⁾ 첫째로, 개인정보 보호법은 개인정보의

62) OLG Düsseldorf. Beschl. V. 26. 8. 2019-VI-Kart 1/19 (V).

63) BGH Beschl. V. 23.6.2020-KVR 69/19.

64) 이봉의, “데이터 프라이버시와 경쟁법의 인터페이스”, 「경쟁법연구」, 제50권(2024), 186면.

65) C-252/21.

66) 이봉의, 앞의 글, 171-178면.

67) 2024.10. 연방카르텔청이 Meta(과거 facebook)가 제시한 데이터 보호개선방안을 수용하였고, 이후 Meta가 연방카르텔청의 처분에 불복하는 본안 소송의 항소를 철회하면서 위 사건은 종결되었다.

적법한 수집, 이용 및 제공에 대하여 정하고 있고(동법 제15조), 개인정보 보호에 관한 사무를 독립적으로 수행하기 위하여 개인정보보호위원회를 두고 있다(동법 제7조). 우리나라 경쟁법인 공정거래법은 시장의 공정하고 자유로운 경쟁의 보호를 직접적인 목적으로 하고 있는(동법 제1조) 일반법이기때문에, 다른 법령의 위반을 동법 위반으로 포착하는 것은 신중할 필요가 있다.⁶⁸⁾

둘째로, 개인정보를 침해하는 온라인 플랫폼의 약관의 약관법 위반에 대해서는 편집통제와 해석 및 내용 통제가 이루어질 수 있는데, 이는 공정위의 청구에 의한 약관 심사(약관법 제19조) 또는 당사자 간의 민사소송에서 다투어질 수 있다.

하지만 약관법의 적용에는 한계도 있다. 과도한 데이터의 제공을 요구하는 플랫폼 사업자의 사업방식이 약관에 내용이 명시되고 중요내용이 설명되었다면 이는 계약의 내용으로 편입된다. 또한 약관이 불공정하여 무효라고 하더라도(동법 제6조 내지 제14조), 공정위가 불공정약관조항의 삭제·수정 등 시정권고나 일정한 경우에 한하여 시장명령을 내릴 수 있을 뿐(동법 제17조 제1항 및 제2항), 과징금 부과와 같은 강력한 제재 수단이 마련되어 있지 않다.⁷⁰⁾

셋째로, 공정거래법은 보충적으로 개인정보 침해 자체가 아니라, 개인정보 처리 방식이 소비자의 선택권을 침해하는 불공정한 거래조건에 해당하는 경우 이를 착취남용으로 규제하는 것이 적절하다.⁷¹⁾ 다만 동법 제5조 제1항 제5호 후단은 현저한 소비자이익 저해행위를 금지하는데, 법원은 현저성 요건에 대해 높은 수준의 입증책임을 요구하고 있고⁷²⁾, 현저성 요건의 의미도 명확하지 않은 상황이다.⁷³⁾ 따라서 착취남용규제가 실제 이루어지기는 쉽지 않아 보인다.

(2) 기업결합 규제에서의 비가격경쟁제한성

가. 유럽 집행위원회의 기업결합 규제 사례의 시사점

유럽연합은 개인정보의 침해 문제에 대하여 경쟁법의 적용을 우선하지 않았다. 2006.11. Asnef-Equifax 판결⁷⁴⁾에서 유럽 최고법원은 개인정보의 민감성과 관련된 모든 가능한 문제는 그 자체로 경쟁법의 문제가 아니고, 데이터 보호에 관한 법에 따라 해결되어야 한다고 하였다.⁷⁵⁾

유럽 집행위원회 역시 기업결합 사건인 2014년 Facebook/WhatsApp 사건과 2020년 Google/Fitbit 사건 등에서 결합으로 인한 개인정보 침해의 우려는 유럽 경쟁법이 아니라, 개인정보보호법(GDPR)의 규제 대상이라고 밝혔다.⁷⁶⁾

개인정보 보호 자체는 경쟁법의 직접적인 규제대상이 아니라고 하더라도, 개인정보 보호 수준이 소비자의 선택에 영향을 미치는 품질경쟁의 수단이라면 이는 비가격

68) 신영수, 앞의 글, 365면; 이봉의, 앞의 글, 186면; 이호영, 앞의 글, 326면.

69) 이봉의, 앞의 글, 187면.

70) 이봉의, 앞의 글, 188면.

71) 이봉의, 앞의 글, 186면.

72) 정주미, “하도급법상 부당특약과 사법상 효력”, 「법학연구」, 제28집 제1호(2025), 187면.

73) 이봉의, 앞의 책, 317면.

74) C-238/05.

75) 이호영, 앞의 글, 316면.

76) COMP/M.7217 – Facebook/Whatsapp.

경쟁의 요소로 평가될 수 있다.⁷⁷⁾ 기업결합 심사에서는 전통적으로 가격경쟁을 중심으로 경쟁제한성을 판단하여 왔지만, 온라인 플랫폼의 기업결합의 경우 플랫폼이 사업자에게 제공하는 정보의 수준이나 이용자에 대한 개인정보 보호와 같은 품질경쟁이 중요한 경쟁요소가 될 수 있기 때문이다.⁷⁸⁾

이러한 관점은 2016년 Microsoft 대 LinkedIn 결합(이하 “Microsoft/LinkedIn”) 사건⁷⁹⁾에서 분명하게 드러났다. 유럽 집행위원회는 PC용 OS시장 및 생산성 작업용 소프트웨어 시장에서 압도적 지위를 보유한 Microsoft가 지배력을 전이하여 전문직 사회관계망 서비스(SNS) 시장을 봉쇄하여, LinkedIn의 경쟁자를 배제하고, 특히 LinkedIn보다 높은 수준의 개인정보를 보호하는 경쟁자를 배제하거나 그러한 경쟁자의 진입을 방해하여 소비자의 선택권을 제한할 수 있다고 보았다. 이러한 이유로 집행위원회는 이 결합을 조건부로 승인하였다. 이는 개인정보의 보호가 전문직 사회관계망 서비스의 이용자 선택에 중요한 척도라는 점에서, 비가격경쟁제한성을 인정한 것이었다.⁸⁰⁾

나. 기업결합 규제에서의 비가격경쟁제한성 판단기준

2019년 개정된 ‘기업결합 심사기준’은 기업결합 심사에서 정보자산의 경쟁제한성 판단기준의 하나로 서비스 품질의 저하와 같은 비가격경쟁의 제한을 고려하겠다고 하였다.⁸¹⁾

실제 법집행에서도 공정위는 그와 같은 입장을 취하였다. 배민/요기요 사건에서는 기업결합으로 음식점 확보 경쟁이 감소함에 따라 플랫폼이 사업자에게 제공하는 정보의 품질이 저하될 가능성을 고려하였다. 또한 지마켓/알리 사건에서는 국내 해외직구 플랫폼 간 경쟁이 감소함에 따라 이용자에 대한 개인정보 보호와 데이터 보안 수준이 장기적으로 저하될 가능성을 비가격경쟁의 제한 요소로 평가하였다.

지마켓/알리 사건에서 공정위는 개인정보 보호와 데이터 보안을 둘러싼 경쟁이 약화될 가능성의 근거로 ① 개인정보보호위원회가 2024.7. 알리익스프레스의 개인정보 보호법 위반에 대해 과징금을 부과하였던 점과, ② 공정위가 2024.11. 알리익스프레스의 부당한 개인정보 수집·활용 조항 등이 포함된 불공정 약관조항을 시정하였다는 점을 들었다.

과거의 법 위반행위만으로 결합 이후에도 개인정보 보호 수준이 낮을 것이라고 단정하기는 어렵다. 하지만 기업결합 심사는 장래의 경쟁제한 가능성을 사전에 예방하기 위한 제도이므로, 경쟁당국은 결합으로 시장지배력이 강화될 경우 발생할 수 있는 개인정보 보호와 데이터 보안을 둘러싼 품질경쟁 저하의 위험을 예방하고자 조건부 승인을 한 것으로 이해된다.

향후 기업결합 심사에서는 Microsoft/LinkedIn 사건에서와 같이, 정보에 관한 품질

77) 최난선휄, “기업결합 심사에 있어서 빅데이터의 경쟁법적 의미 -최근 해외 주요 기업결합 사례를 중심으로-”, 『외법논집』, 제41권 제4호(2017), 339면.

78) Eckart Bueren, “Kartellrecht und Datenschutzrecht - zugleich ein Beitrag zur 10. GWBNovelle und zum Facebook-Verfahren”, ZWeR 4/2019, 2019, S. 415-417.

79) Case M.8124 - Microsoft/LinkedIn.

80) 자세한 소개는 이호영, 앞의 글, 311-312면.

81) 이봉의, 앞의 글, 165면.

경쟁의 요소가 소비자의 선택에 실질적인 영향을 미치는지 그리고 기업결합으로 인하여 소비자의 선택권 축소 등 구체적인 비가격경쟁 제한 효과가 발생할 가능성이 있는지를 입증하는 것이 적절하다. 아울러 기업결합으로 인한 비가격경쟁 제한에 대응하는 시정조치의 내용과 범위에 대한 구체적인 기준도 마련될 필요가 있다.

IV. 마치며

배민/요기요 사건은 온라인 플랫폼 기업결합 심사에서 ① 양면시장의 확정과 ② 무료서비스를 포함한 관련시장 확정, ③ 정보자산에 따른 경쟁제한성의 인정이 가능함을 보여준 대표적인 사건이다. 본 연구는 이 사건과 그 전후의 경쟁법 실무를 함께 검토함으로써, 위 3가지 쟁점에 관한 공정거래법상 판단기준을 살펴보았다.

첫째로, 배민/요기요 사건은 이베이/지마켓 사건과 달리, 플랫폼을 하나의 양면시장으로 확정한 사례이다. 플랫폼의 경쟁관계에 따라 탄력적으로 개별시장 또는 하나의 양면시장으로 확정할 수 있다. 양면시장으로 확정하는 경우 네트워크 효과나 시장 간 지배력 전이 가능성 등 플랫폼의 특성을 고려하여 시장지배력이나 경쟁제한성도 판단할 수 있다. 다만, 어떠한 경우에 양면시장으로 확정하여야 하는지를 사전에 유형화하기는 어렵다.

둘째로, 배민/요기요 사건은 플랫폼이 소비자에게 무료서비스를 제공함에도 비가격요소의 대체가능성을 중심으로 관련 시장을 확정할 수 있음을 보여주었다. 무료서비스는 플랫폼 양면시장의 한 측면으로 포함되거나, 개별시장으로서 무료시장으로 확정될 수 있다.

셋째로, 배민/요기요 사건은 기업결합의 경쟁제한성을 인정하면서 최초로 정보자산의 결합에 따른 경쟁제한성도 인정하였다는 의의가 있다. 이후 지마켓/알리 사건처럼 정보자산의 결합에 따른 경쟁제한성만을 규제한 사건도 등장하였다. 정보자산은 비경합적인 성격을 가지지만, 다량의 정보자산이 결합하는 경우에는 ① 정보자산의 활용효과를 통해 시장지배력이 강화되거나, ② 정보자산 관련 방해행위로 경쟁이 제한되거나, ③ 정보의 품질, 개인정보 보호 또는 데이터 보안 수준이 저하되어 소비자의 선택권이 축소되는 등 비가격경쟁이 제한될 수 있다.

경쟁당국은 기업결합으로 인한 경쟁제한의 우려를 사전에 예방하고자 결합을 조건부로 승인할 수 있으나, 향후 정보자산의 결합으로 인한 경쟁제한성과 비가격경쟁제한성에 관한 구체적인 판단기준 및 그에 상응하는 적절한 시정조치의 내용 및 범위를 보다 구체화할 필요가 있다. 또한 기업결합의 유형에 따른 정보자산 관련 방해행위의 경쟁제한성 판단기준도 함께 정립해야 할 것이다.

- **주제어:** 시장확정, 양면시장, 무료서비스, 정보자산, 개인정보, 비가격경쟁, 기업결합, 배달앱, 피드백 순환효과, 시장지배적 지위남용

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 법무법인 화우 공정거래그룹, 「디지털 경제와 플랫폼」, 공정경쟁연합회, 2023.
- 이봉의, 「공정거래법(제2판)」, 박영사, 2024.
- 김지홍/김승현, “미국 AMEX카드 판결과 양면시장 이론의 경쟁법적 적용”, 「저스티스」, 통권 제176호(2020).
- 신영수, “빅데이터의 경쟁제한효과에 대한 법적 판단기준 연구”, 「법학논고」, 제69권(2020).
- 심재한, “디지털 경제에서의 기업결합 쟁점”, 「경영법률」, 제34권 제3호(2024).
- 심재한, “온라인플랫폼의 관련시장획정에 관한 연구”, 「경영법률」, 제29권 제2호(2019).
- 이봉의, “데이터 프라이버시와 경쟁법의 인터페이스”, 「경쟁법연구」, 제50권(2024).
- 이호영, “빅데이터의 경쟁법적 함의에 관한 연구”, 「법경제학연구」, 제15권 제3호(2018).
- 정주미, “공정거래법상 온라인 유통플랫폼 사업자의 착취남용행위에 대한 금지의 필요성”, 「경쟁법연구」, 제42권(2020).
- 정주미, “하도급법상 부당특약과 사법상 효력”, 「법학연구」, 제28집 제1호(2025).
- 조혜신, “독일 연방카르텔청의 온라인 플랫폼 기업결합 시장획정 사례 분석”, 「법학연구」, 제33권 제1호(2023).
- 최난설현, “기업결합 심사에 있어서 빅데이터의 경쟁법적 의미 -최근 해외 주요 기업결합 사례를 중심으로-”, 「외법논집」, 제41권 제4호(2017).
- 홍명수, “플랫폼 규제 개선을 위한 독일 경쟁제한방지법 개정에 관한 고찰”, 「동아법학」, 제94권(2022).
- 황진우/최매화/이민지, “EU 집행위원회의 구글 - 핏빗 기업결합 승인 결정”, 「경쟁저널」, 제208호(2021.8).

공정거래위원회 정책보고서, “데이터와 경쟁”, 2025.12.

2. 국외문헌

- Daniel Mandrescu, “The Commission Notice on the definition of the relevant market and multi-sided digital platforms – small but important steps forward”, E.C.L.R. 2024.
- Harry First, “Merger Policy for a Platform Economy”, ZWeR 4/2023, 2023.
- John Ceccio/Christopher Mufarrige, “Competition in the Digital Economy”, Competition: The Journal of the Antitrust, UCL and Privacy Section of the California Lawyers Association, 2020.
- Michael Katz & Jonathan Sallet, “Multisided Platforms and Antitrust Enforcement”, The Yale Law Journal, Vol. 127, No. 7, 2018.
- Rob Friedena, “Two-sided internet markets and the need to assess both upstream and downstream impacts”, American University Law Review, 2019.
- Sabrina Frank, “Google/Fitbit: the starting point for a revolution in merger remedies in digital markets?”, E.C.L.R., 2021.
- Eckart Bueren, “Kartellrecht und Datenschutzrecht – zugleich ein Beitrag zur 10. GWBNovelle und zum Facebook-Verfahren”, ZWeR 4/2019, 2019.
- Harry First, “Merger Policy for a Platform Economy”, ZWeR 4/2023, 2023.

Silke Heinz, “Wettbewerbspolitik für das digitale Zeitalter - der Expertenbericht der Europäischen Kommission”, WuW, Nr. 09, 2019.

Stephanie Pautke/Jörg-Martin Schultze, “Wettbewerbsbeschränkungen im Kontext digitaler Plattformen”, WuW, Nr. 01, 2019.

[Abstract]

A Study of Market Definition and the Competitive Effects of Data Assets in Merger Control of Online Platforms

Jumi Jung*

This study examines the three issues arising in merger control of online platforms through the Baemin - Yogiyo merger case: ① market definition in two-sided platforms, ② market definition for free services, and ③ the assessment of the anticompetitive effects of data assets.

First, relevant markets for online platforms may be defined either as two-sided markets as separate markets depending on the actual competitive conditions and the characteristics of the platform.

Second, in free-service markets, relevant markets should be defined by focusing on demand substitution based on non-price factors.

Third, the combination of large-scale data assets may restrict competition by strengthening market power through data synergies, facilitating data-related foreclosure, and reducing non-price competition through deterioration in information quality, privacy protection, or data security.

■ **Key Words:** market definition; two-sided markets; free services; data assets; privacy; non-price competition; merger control; delivery platforms

* Lecturer at Seoul National University School of Law · Researcher at the SNU law research Institute · Ph.D. in law.

This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NRF-2024S1A5B5A17035124).

개정 헌법재판소법에 따른 재판소원에서 위헌성 판단상의 주요 쟁점 - 민사재판의 판례변경의 소급효를 제한하는 대법원전원합의체판결 사례를 중심으로 -

이연이* · 김제완**

논문요지

대법원 2024. 12. 19. 선고 2020다247190 전원합의체 판결과 같은 날 선고 2023다302838 전원합의체 판결은 2013년 전원합의체 판결 이후 약 11년간 통상임금 판단기준으로 기능해 온 고정성 요건을 폐기하면서, 변경된 법리를 당해사건·병행사건에만 소급 적용하는 이른바 '선택적 장래효'를 채택하였다. 대상판결이 통상임금의 개념을 소정근로 대가의 본질에 따라 재정립한 것은 타당하나, 판례변경의 시적 효력을 임의로 제한하는 것은 사법작용의 한계를 벗어나는 법형성 작용이며, 동일한 법률관계에 있는 근로자들의 임금채권의 행사를 소제기 여부나 판결 선고 시점이라는 우연한 사정에 따라 차별적으로 제한한다는 점에서 헌법적 문제를 야기한다. 2026. 3. 12. 개정 헌법재판소법의 시행으로 재판소원이 도입되면서, 과거와 달리 법원의 재판에 대한 헌법적 통제가 가능해졌다. 본고는 이러한 제도 변화를 배경으로 대상판결이 채택한 소급효제한의 문제점을 규명하고, 소급효제한이 적용된 후속판결에 대한 재판소원 가능성과 위헌성 판단상 주요 쟁점에 대해 고찰한다.

대상판결이 취한 소급효제한 방식은 과거 미국 연방대법원이 채택하였던 선택적 장래효(selective prospectivity)와 유사하다. 미국은 Chevron Oil 판결에서 확립된 판례변경 소급효제한의 3요소 형량 기준을 약 20년간 유지하였으나, 1990년대에 들어 선택적 장래효가 사법작용의 본질과 충돌하고, 평등원칙에 반한다는 강력한 비판에 따라 소급효 원칙으로 회귀하였다. 신뢰보호가 문제되는 경우에도 소급효 자체의 차단보다 개별 법리에 의하여 조정하는 방향으로 법리가 정리되었다. 반면 우리 대법원은 일괄적으로 소급효를 제한하는 장래적 판례변경 방식을 취하고 있다. 그러나 장래적 판례변경은 사법작용의 본질에 맞지 않고, 평등권 등의 기본권침해 소지가 있어 신중한 검토가 필요하다. 특히, 대상판결의 선택적 장래효는 다음과 같은 점에서 위헌으로 평가될 수 있다. 첫째, 사법부가 판례변경의 시적 효력을 설정하는 것은 사법입법으로서 권력분립 원칙과 적법절차 원칙에 반한다. 둘째, 소제기 여부나 시점이라는 우연한 사정을 기준으로 동일한 법률관계

* 제1저자, 법무법인 한서 변호사, 법학박사

** 교신저자, 고려대학교 법학전문대학원 교수

의 근로자를 달리 취급하는 것은 합리적 근거 없는 차별로서 평등원칙에 위반된다. 셋째, 개별사안에서의 신의칙·소멸시효 적용 등 덜 침해적인 대안이 존재함에도 불구하고 소급효를 제한함으로써 근로자의 임금채권을 일괄적으로 제한하는 것은 침해최소성 및 법익균형성을 상실한 재산권 침해이다. 넷째, 병행사건의 범위가 불분명하여 명확성 원칙에도 반한다. 향후 재판소원이 실효적으로 운영된다면 사법적 법형성에 대한 헌법적 통제수단으로 기능할 수 있을 것이나, 이를 위해서는 판례변경의 시적 효력 제한에 관한 법적 기준의 정립과 재판소원의 인용 결정 이후 후속 재판절차에 관한 입법적 정비가 요구된다.

· 논문제출: 2026. 07. 02. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

I. 서론

대법원 2024. 12. 19. 선고 2020다247190 전원합의체판결 및 같은 날 선고 2023다302838 전원합의체 판결(이하 ‘대상판결’)은 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 전원합의체 판결(이하 ‘2013년 전원합의체 판결’)이후 유지되어 온 통상임금의 개념 요건으로서 ‘고정성’을 폐기하고, 소정근로의 대가라는 실질을 중심으로 통상임금의 개념을 재정립하였다. 이에 의하면 변경 전 대법원 판례의 법리에 따라 통상임금의 고정성 요건을 충족하지 않도록 재직조건부 임금 또는 근무일수 조건부 임금과 같은 형식적 기준을 두어 임금체계를 설정하였더라도, 소정근로의 대가에 해당하면 통상임금에 포함하게 된다.

2013년 전원합의체 판결은 선고 이후 약 11년간 노사 간 임금체계 설계의 기준으로 기능하여 왔다. 많은 사업장이 판례가 제시한 고정성 요건에 맞추어 재직조건부 상여금이나 근무일수 조건부 임금을 설계하였고, 이를 전제로 단체협약과 취업규칙이 체결·운용되어 왔다. 통상임금 고정성 요건 폐기는 이러한 임금체계 전반에 영향을 미치는 법리 변경으로서, 그 파급범위는 단일 사건의 해결을 넘어 전 산업에 걸쳐 있다. 이러한 배경에서 대상판결이 취한 판례변경의 효력 범위 설정은 단순한 해석론을 넘어서는 중요한 법적 문제를 제기한다.

대상판결에서의 통상임금 고정성 요건 폐기 및 판례변경의 소급효제한이 가지는 법리적 문제에 대하여서는 선행연구에서 다루어진 바 있다.¹⁾ 요컨대, 대상판결이 통상임금의 고정성 요건을 폐기한 것은 법리적으로 타당하나, 변경된 법리를 원칙적으로 판결 선고일 이후의 통상임금 산정부부터 적용하고 당해사건 및 병행사건에 한하여만 예외적으로 소급 적용하도록 판례변경의 소급효를 제한한 것은 사법입법의 성격을 띠어 절차적 정당성이 문제되고, 근로자의 임금채권이라는 재산권 및 평등원칙과의 관계에서도 헌법적 문제가 제기된다는 것이다.

1) 설현선·김제완, “통상임금의 고정성 요건에 관한 판례변경의 소급효 제한 : 제한의 요건과 적용범위에 대한 비판적 고찰 -대상판결 : 대법원 2024. 12. 19. 선고 2020다247190 전원합의체 판결, 대법원 2024. 12. 19. 선고 2023다302838 전원합의체 판결 -”, 법학연구 제37권 제2호, 충남대학교 법학연구소(2026).553-589면.

이와 같이 대법원 판결에 여러 가지 법리적 문제가 있더라도, 사법체계상 최종심인 대법원 판결에 대해서는 일반적인 소송절차를 통하여서 다룰 방안이 없었다. 그러나 2026. 3. 12. 시행된 개정 헌법재판소법(이하 ‘헌재법’)에 따라 재판소원이 도입됨으로써 새로운 권리구제 가능성이 열렸다. 개정 전에는 원칙적으로 법원의 재판은 헌법소원의 대상에서 제외되었으나, 재판소원 제도가 명문으로 도입됨에 따라 대법원 판결에 대한 헌법적 심사가능성이 열리게 된 것이다. 선행연구에서도 대법원의 소급효 제한결정에 대한 헌법재판소의 사후적 통제가능성을 언급하고 있으나, 재판소원이 제기된 경우의 소송실무상의 쟁점에 대해서는 다루어지지 못하였다. 이에 본고는 선행연구에서의 판례변경의 소급효 제한에 관한 비판적 논의를 전제로 하되, 재판소원을 통한 권리구제가능성을 중심으로 대법원의 판례변경의 선택적 장래효의 위헌성을 검토하고, 재판소원에서의 주요쟁점과 그 결과에 대한 전망을 고찰하고자 한다.

II. 대상판결의 의의

1. 사실관계 및 쟁점

대상판결은 통상임금의 고정성 요건을 폐기하는 법리 변경을 선언하고, 판례변경의 효력에 관하여 선택적 장래효를 채택하였다. 대법원 2024. 12. 19. 선고 2020다247190 판결 사안은 보험업을 영위하는 피고 회사 소속 근로자들이 미지급 법정수당의 지급을 구한 사건이다. 피고의 급여규정에는 지급일 현재 재직 중인 직원에 한하여 상여금을 지급하는 이른바 ‘재직조건’이 부가되어 있었으며, 피고는 이러한 재직조건부 상여금과 기관장 성과급 최소지급분을 통상임금에서 제외한 채 법정수당을 산정·지급하였다. 대법원 2024. 12. 19. 선고 2023다302838 판결 사안은 소정근로일수 기준 월 15일 이상 근무한 경우에만 상여금을 지급하는 ‘근무일수 조건부 임금’이 문제된 사건이다.

양 사건은 쟁점이 동일하므로, 판결이유를 상세히 설시한 2020다247190 사건을 중심으로 본다. 주요 쟁점은 다음 두 가지이다. 첫째, 통상임금 판단에서 고정성 요건을 계속 유지할 것인지 여부이다. 2013년 전원합의체 판결이 정립한 고정성 요건이 근로기준법 제6조 제1항의 범문에 그 근거가 있는지, 그리고 소정근로의 대가라는 통상임금의 본질에 부합하는지가 핵심이다. 둘째, 판례변경의 소급효 제한의 필요성과 그 범위이다. 이는 오랜 기간 고정성 요건을 전제로 형성된 임금체계에 대한 노사 간의 신뢰보호와 구체적 타당성이라는 가치가 상충하는 문제이다.

2. 대상판결의 요지

(1) 통상임금 고정성 요건의 폐기

대상판결은 통상임금의 개념적 정표에서 고정성을 제외하는 법리 변경을 선언하였다. 대상판결은 통상임금이 갖추어야 할 요청으로 ①법령 부합성, ②강행성, ③소정

근로 가치 반영성, ④사전적 산정 가능성, ⑤정책 부합성을 제시하고, 2013년 전원합의체 판결이 정립한 고정성 개념이 이에 부합하지 아니한다고 판단하였다. 이에 따라 통상임금을 “소정근로의 대가로서 정기적·일률적으로 지급하기로 정한 임금”으로 재정의하였다. 구체적으로는, 재직조건부 임금은 퇴직이 소정근로의 대가와 개념상 무관한 장애사유에 불과하므로 통상임금성이 부정되지 않으며, 소정근로일수 이내의 근무일수 조건부 임금도 정상적 근로 제공 시 당연히 충족되는 조건이므로 통상임금에 해당한다고 보았다. 다만 근무실적에 따른 성과급은 원칙적으로 소정근로 대가성을 결여 하나, 최소한도의 일정액이 보장되는 경우 그 금액은 통상임금에 해당한다고 하였다.

(2) 판례변경의 소급효제한

대상판결에서 대법원은 당사자 중 누구도 명시적으로 주장하지 아니한 소급효 문제를 직권으로 판단하면서, 새로운 법리의 효력을 원칙적으로 판결 선고일(2024. 12. 19.) 이후 제공된 근로에 대한 법정수당 산정부터 적용하도록 하였다. 다만 당해 사건 및 선고 시점에 법원에 계속 중이면서 새로운 법리가 재판의 전제가 되어 통상임금 해당 여부가 다투어지고 있는 사건(이하 ‘병행사건’)에 대하여는 예외적으로 소급 적용을 인정하였다. 대상판결이 판례변경의 소급효제한이 필요하다고 본 이유는 고정성 요건의 법리에 대한 판례변경이 임금체계의 근간이 되는 통상임금 개념을 재정의하는 것이어서 집단적 법률관계인 임금 지급에 관한 근로관계에 중대한 영향을 미치고, 새로운 법리를 전면적으로 소급 적용하면 종전 판례를 신뢰하여 형성된 수많은 법률관계의 효력에 바로 영향을 미침으로써 법적 안정성을 해치고 신뢰보호에 반하게 된다는 것이다.

3. 평가와 문제의 소재

(1) 고정성 요건 폐기의 타당성

통상임금의 고정성 요건은 종래부터 학계의 비판이 계속되어 왔다. 근로기준법 시행령 제6조 제1항은 통상임금을 “근로자에게 정기적이고 일률적으로 소정근로 또는 총 근로에 대하여 지급하기로 정한 시간급 금액, 일급 금액, 주급 금액, 월급 금액 또는 도급 금액”으로 규정하고 있을 뿐,²⁾ 고정성을 요건으로 하지 않는다. 고정성은 통상임금의 본질인 ‘소정근로 대가성’과 구조적으로 충돌하며,³⁾ 사용자가 지급조건을

2) 법률의 구체적인 위임 없이 임의로 통상임금을 정의하고 있는 것이어서 법규명령으로서의 효력이 문제로 지적된다. 임상민, “통상임금과 고정성 - 대법원 2024. 12. 19. 선고 2020다247190 전원합의체 판결과 대법원 2024. 12. 19. 선고 2023다302838 전원합의체 판결을 중심으로”, 사법 제73호 (2025), 679면.

3) 임금이 소정근로의 대가로 지급되는 이상, 지급조건의 존재만으로 통상임금성을 부정하는 것은 타당하지 않다. 특히 일정 근무일수 충족과 같은 조건이 통상적인 근로 제공과 결합된 요소, 즉 정상적으로 출근하면서 일하면 당연히 충족하게 되는 일반적인 근로조건에 불과함에도 이를 이유로 통상임금에서 배제하는 것은 임금의 실질을 도외시한 형식적 판단이다. 이철수, “통상임금에 관한 최근 판결의 동향과 쟁점 -고정성의 딜레마”, 서울대학교 법학 제54권 제3호 (2013), 898, 902면.

부가하는 방식으로 통상임금 범위를 임의적으로 조정할 수 있게 되어 근로기준법의 강행규범성에도 반한다.⁴⁾ 또한 고정성 요건에 따라 정기상여금 등이 통상임금에서 제외될 경우, 연장근로에 대한 비용이 실제보다 낮게 산정되어 사용자가 장시간 노동을 선택할 유인이 발생한다는 점에서, 가산임금 제도를 통해 연장·야간·휴일근로를 억제하려 근로기준법의 취지에도 부합하지 아니한다.⁵⁾ 이러한 점에서 대상판결이 고정성 요건을 폐기하고 소정근로 대가성을 중심으로 통상임금 법리를 재정립한 것은 타당하다.

(2) 소급효 제한의 문제점

본고에서 특히 비판적으로 살펴보고자 하는 부분은 새로운 법리의 효력 범위에 관한 판시이다. 대상판결은 법률상 명문의 근거 없이 사법부가 직권으로 자신이 선언하는 법리의 시적 효력을 제한하고, 새로운 법리를 당해 사건과 병행사건에는 적용하면서 그 외 사건에는 배제하는 형태의 선택적 장래효를 민사 영역에서 명시적으로 채택하였다.

대상판결이 취한 판례변경의 선택적 장래효에 의할 경우, 동일한 임금체계 하에서 동일한 근로를 제공한 근로자들 사이에서도 단지 소송 제기 여부나 제기 시점 또는 판결 선고 시점의 차이만으로 통상임금의 산정이 달라지는 불합리가 발생한다. 특히 고정성 요건이 근로기준법 등의 법령상 근거가 없고 통상임금 제도의 규범적 기능과 충돌해 왔다는 점을 고려할 때, 새로운 통상임금 개념을 장래에만 적용하도록 한 선택적 장래효의 선언은 판례변경의 소급효 원칙과의 관계에서 법리적 문제가 있으며, 재판청구권 및 평등원칙 등 헌법적 측면에서도 그 타당성에 중대한 의문이 제기된다.⁶⁾

III. 판례변경 소급효 제한의 위헌성

1. 판례변경의 소급효 원칙과 제한

판례변경의 소급효란 법원이 판례변경을 통하여 새로운 법리를 선언하더라도 그것은 원래부터 존재하던 법의 발견이자 확인이므로 변경 전 발생한 사건에도 적용하는 것을 말한다. 반면, 판례변경의 장래효는 이러한 소급적용을 제한하여 판례변경 이후 사건에 적용하는 것으로, 장래적 판례변경이라고도 한다. 판례의 변경은 법률조항의 내용을 확인하는 것이지 판례변경을 통하여 법률조항 자체가 변경되는 것이 아니므로,⁷⁾ 판례가 변경되기 전 성립한 법률관계에 대해서도 변경된 판례의 효력이 미치는

4) 김홍영, "통상임금의 고정성 기준에 관한 재검토", 노동법학 제71호 (2019), 113면; 권혁, "통상임금의 개념적 모호성 해소를 위한 입법정책적 과제", 사회법연구 제55호 (2025), 41면.

5) 이달휴, "근로기준법령상 임금과 통상임금", 노동법논총 제64권(2025), 95 - 130면; 임상민 (2025), 앞의 글, 708-709면; 권혁, 앞의 글, 35-57면 등.

6) 설현선·김제완, 앞의 글, 564면.

7) 대법원 1999. 9. 17. 선고 97도3349판결, 대법원 1999. 7. 15. 선고 95도2870 전원합의체 판결.

것이 원칙이다.⁸⁾ 대법원도 판례변경의 소급효를 인정해 왔다.⁹⁾ 그러나 대법원이 판례변경을 하면서 변경된 법리의 소급적용의 제한을 선언하는 경우가 있어 그 타당성이 문제된다.

판례변경의 소급효는 민사법 영역과 그 밖의 법영역에서 다른 의미 내지는 다른 방식으로 작동하기 때문에 이를 비교하여 살펴볼 필요가 있다. 판례변경의 소급효 문제는 주로 피고인에게 불리한 판례변경의 소급적용과 관련하여 논의되어 왔다.¹⁰⁾ 이는 형벌불소급 원칙(헌법 제13조 제1항 전단) 및 죄형법정주의라는 형사법상 대원칙에 의하여 판례변경에 의한 소급처벌은 제한되어야 한다는 문제의식에서 출발한다.¹¹⁾ 이에 대해 대법원은 형사처벌의 근거는 법률이지 판례가 아니며, 판례의 변경은 법률조항의 내용을 확인하는 것에 지나지 않아 법률조항 자체가 변경된 것이 아니므로, 판례의 변경에 따라 확인된 내용의 법률조항에 근거하여 처벌하더라도 형벌불소급원칙에 반하지 않는다고 본다.¹²⁾

한편, 헌법재판소법은 비형벌법규에 대한 위헌결정의 장래효를 원칙으로 규정하고 있다(동법 제47조 제2항, 제3항). 다만, 헌법재판소는 위헌결정을 위한 계기를 부여한 ‘당해사건’, 위헌결정이 있기 전에 이와 동종의 위헌여부에 관하여 헌법재판소에 위헌제청이 되었거나 당사자에 의해 법원에 위헌제청신청이 된 경우인 ‘동종사건’, 위헌제청신청은 없으나 당해 법률조항이 재판의 전제가 되어 법원에 계속 중인 ‘병행사건’에 대하여 예외적으로 소급효를 인정하고 있고, 위헌결정 이후에 제소된 ‘일반사건’이라도 구체적인 타당성의 요청이 현저하고 소급효의 부인이 정의와 형평에 반하는 경우에는 예외적으로 소급효를 인정할 수 있다고 본다.¹³⁾ 그 이유는 구체적인 타당성과 형평성 때문이다.¹⁴⁾

대상판결이 장래효를 채택하면서도 당해사건 및 병행사건에 소급적용하는 것이 헌법재판소가 장래효의 예외를 인정한 것과 구조가 유사해 보이지만, 그 작용 국면은 완전히 상반된다. 원칙과 예외가 상반되며, 예외의 인정이 권리구제에 미치는 영향도

8) 윤진수, “한국 대법원의 형사사건 성공보수 판결: 일반조항, 사법적극주의 그리고 장래적 판례변경”, 법철학연구 제23권 제2호 (2020), 296면; 이동진, “판례변경의 소급효”, 민사판례연구(2014), 1107면; 이우영, “미국법상 판례변경의 소급효 및 그 제한의 법리에 대한 헌법적 분석 - 미국법 초기에서 Sunburst판결(1932)까지의 법리의 변천 과정”, 서울대학교 법학 제54권 제3호(2013), 256-257면.

9) 우리 판례 중 판례변경의 소급효를 직접 문제 삼은 예가 드문 것은 변경된 판례가 소급적용되는 것이 당연한 것이기 때문이다. 이동진, 앞의 글, 1086면.

10) 학설은, 판례는 법원이 아니므로 헌법 제13조 제1항 및 형법 제1조 제1항의 소급효금지 원칙이 적용되지 않는다는 소급효긍정설, 판례가 실질적으로 법률과 같은 규범력을 발휘하는 이상, 죄형법정주의에 의하여 소급효금지 원칙이 유추적용되어야 한다는 소급효부정설, 신뢰보호의 필요성이 특별히 인정되는 예외적 경우에만 소급효가 제한될 수 있다는 절충설이 있다. 각 견해에 관한 상세한 논의는 조기영, “판례변경과 소급효금지의 원칙”, 동북아법연구 제11권 제1호(2017), 129-149면; 김성돈, “판례의 의의와 ‘판례변경판례’의 소급효”, 형사법연구 제27권 제4호(2015), 87-119면; 김종덕, “불리한 판례변경과 소급효 금지원칙의 적용에 관한 고찰”, 법학연구 제55권(2014), 219-242면 참조.

11) 박진재, “부당한 장래적 판례변경 - 대법원 2024. 12. 19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체판결 -”, 민사소송, 제29권 제1호, 2025, 373면.

12) 대법원 1999. 7. 15. 선고 95도2870 전원합의체 판결, 대법원 2021. 9. 9. 선고 2017도19025 전원합의체 판결.

13) 헌법재판소 1993. 5. 13.자 92헌가10 전원합의체 결정.

14) 헌법재판소 1993. 5. 13. 선고 92헌가10결정, 2001. 12. 20. 선고 2001헌바7, 14 결정, 헌법재판소 2020. 11. 26.자 2014헌마735 전원합의체 결정 등.

상반된다. 위헌결정의 소급적용은 구체적 타당성, 형평성을 이유로 당사자의 권리구제범위를 확대하기 위한 것이지만, 이와 달리 민사법 영역에서 판례변경의 소급효 제한은 구체적 타당성 및 형평성에 반하고, 권리구제의 범위를 축소시킨다.

민사법 영역에는 형벌불소급의 원칙이 적용되지 않으며, 현재법과는 달리 판례변경의 소급효 제한에 관한 명문의 근거도 존재하지 않는다. 그럼에도 판례변경의 소급효 제한이 고려되는 것은 주로 변경전 판례 법리에 기초하여 법률관계를 형성한 사람들의 신뢰보호와 법적안정성 때문이다. 그러나 판례변경의 소급효 제한은 동일한 법률관계임에도 불구하고, 판례변경 시점을 전후로 다른 법률적 효과를 가져와 형평에 반하는 문제가 발생한다. 특히, 법원이 소급효 범위를 선택적으로 정하는 경우에는 그 차별적 효과가 더 뚜렷하다.

판례변경의 선택적 소급효는 과거 미국 연방대법원이 인정하였던 선택적 장래효(selective prospectivity)와 유사한 구조를 가진다. 미국법에서는 판례변경의 장래효 인정 여부와 관련하여 다양한 이론과 기준이 발전해 왔으며, 그 법리의 발전 과정은 판례변경의 시적 효력을 어떻게 설정할 것인지에 대하여 유의미한 시사점을 제공한다. 판례의 규범성을 인정하는 미국법은 우리 법체계와 차이가 있지만, 선택적 장래효와 관련하여 문제 되는 사법부의 역할과 한계, 평등원칙 등은 공통적인 법치주의 요소이다. 이하에서는 미국법의 판례변경 소급효 법리의 전개를 살펴보고, 이어서 소급효 제한의 위헌성이라는 문제의식 하에 그간 대법원이 장래적 판례변경을 한 사례를 살펴본다.

2. 미국법의 판례변경 소급효 법리의 전개와 시사점

미국법에서는 연방대법원의 판결을 통하여 장래효만을 갖는 판례변경에 대한 법리가 매우 진지하게 논의되어 왔다.¹⁵⁾ 미국 연방대법원은 판례는 원래부터 존재하던 법을 발견·선언하는 것이라는 보통법상의 선언이론(declaratory theory)에 바탕하여 판례변경의 소급효를 원칙으로 인정하였다. 그러나 1932년 Sunburst 판결에서는 신뢰보호의 필요성에 따라 장래효만을 갖는 판례변경(prospective overruling)이 헌법상 허용되는 기법으로 인정하였고,¹⁶⁾ 1971년 Chevron Oil 판결에 이르러서는 신뢰이익과 법적 안정성을 형량하는 이른바 3요소 기준을 확립하여 이후 약 20년간 민사 영역에서 지배적 기준으로 기능하였다.¹⁷⁾

그러나 1990년대에 이르러 Chevron Oil식 접근법은 강력한 비판을 받게 되었다. 당해 사건에는 새로운 법리를 적용하면서 유사한 처지의 다른 사건에는 종전 법리를 유지하는 선택적 장래효(selective prospectivity)는 "유사한 상황에 있는 당사자들을 다르게 대우하는 것"으로서 법치주의의 핵심인 평등원칙을 훼손한다는 것이다. 나아가 법원은 눈앞의 사건을 현행법으로 결정하는 것이지 장래 사건을 미리 결정할 수

15) 미국 연방대법원의 선언이론, Chevron Oil 테스트의 성립 및 Harper 판결을 통한 선택적 장래효의 전면 폐지 과정 등 미국법에서의 판례변경 소급효 법리의 연혁에 관한 상세한 논의는 설현선·김제완, 앞의 글, 574-578면 및 윤진수, "미국법상 판례의 소급효 - 우리 법상 위헌결정의 소급효와 관련하여 -", 『저스티스』 제28권 제1호, 한국법학원, 1995, 108-109면 참조.

16) Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co., 287 U.S. 358 (1932).

17) Chevron Oil Co. v. Huson, 404 U.S. 97 (1971).

없는 것으로 사법권의 본질에도 반한다는 비판이 제기되었다.¹⁸⁾ 이후 미국 연방대법원은 1991년 James B. Beam 판결¹⁹⁾ 및 1993년 Harper 판결²⁰⁾에서 민사법 영역에서의 선택적 장래효를 공식 폐기하였다.²¹⁾ 다만, Reynoldsville Casket 판결을 통하여 확정력·신뢰보호가 문제되는 예외적 경우에 한하여 소급효 자체를 차단하는 대신 구제의 범위와 방식을 개별적으로 조정함으로써 형평을 도모할 수 있음을 인정하였다.²²⁾

이와 같은 미국법의 전개가 지니는 시사점은 다음과 같이 요약할 수 있다. 첫째, 판례변경의 시적 효력을 사안별로 조정하는 것 자체가 사법작용의 본질과 충돌하며, 특히 그 조정이 '선택적'으로 이루어질 경우 평등원칙 위반의 문제가 뚜렷해진다는 점이다. 둘째, 그럼에도 신뢰보호의 필요성을 부정할 수는 없는 경우의 이해관계 조정은 소급효 자체를 일괄 차단하는 방식이 아니라 신의칙·소멸시효 등 개별 법리를 통해 구체적 사안별로 이루어지는 것이 보다 정합적인 해결방식이라는 점이다.

선택적 장래효는 동일한 법률관계에 있는 자들 중 일부에게만 새로운 법리를 적용함으로써 법규범의 적용 자체를 차별화하는 것인 반면, 구체 방식의 조정은 소급효 원칙을 유지하면서 신의칙·소멸시효 등 개별 법리를 통해 구체적 사안에서 형평을 도모하는 것이라는 점에서 양자는 근본적으로 구별된다. 비교법적으로도 동일한 법규범을 동일한 사실관계에 일관되게 적용하는 것이 법치주의의 핵심 요소로 이해되고 있다는 점에서 판례변경의 선택적 장래효는 정당화되기 어렵다.²³⁾ 그러나 이하에서 살펴보듯이 우리 대법원은 여전히 일괄적으로 소급효를 차단하는 장래적 판례변경 방식을 취하고 있다.

18) Bradley Scott Shannon, "The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions", 26 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 811 (2003). pp. 823~824, p. 866.

19) James B. Beam Distilling Co. v. Georgia, 501 U.S. 529 (1991).

20) Harper v. Virginia Department of Taxation, 509 U.S. 86 (1993).

21) 한편, 형사 영역에서는 이보다 앞서 소급효 원칙으로의 회귀가 이루어졌다. Griffith v. Kentucky, 479 U.S. 314 (1987)은 새로운 헌법적 형사절차 규칙은 직접심(direct review)이 계속 중인 모든 사건에 전면적으로 소급 적용되어야 한다고 선언하였다. 다만, 연방 인신보호(habeas corpus) 절차에서는 소급효 부인이 원칙이다. Teague v. Lane, 489 U.S. 288 (1989)은 새로운 절차적 규칙에 대하여 원칙적으로 소급효를 부인하되, 실체적 규칙과 공정한 재판의 정확성에 불가결한 이른바 watershed 절차규칙에 한하여 예외적으로 소급효를 인정하는 체계를 확립하였다. 그러나 이 watershed 예외는 Teague 판결 이후 32년간 실제로 인정된 사례가 없었고, Edwards v. Vannoy, 593 U.S. 141 (2021)에서 공식 폐기되었다.

22) Reynoldsville Casket Co. v. Hyde, 514 U.S. 749 (1995).

23) 독일 등 대륙법계 국가에도 장래효만을 갖는 판례변경은 점차 개별법 제도를 통한 소급효 제한으로 대체되고 있다. 특히 당해사건 등에 한하여 소급효를 인정하는 판례변경은 찾아보기 힘들고, 이해관계 조정이 불가피한 경우에도 소급효를 일괄 차단하는 선택적 장래효보다는 개별 사안에서의 신의칙·소멸시효 등 기존 법리를 활용한 탄력적 해결이 보다 수용 가능한 방식으로 평가된다. 상세한 내용은 이동진, 앞의 글, 1133면 이하 참조.

3. 대법원의 장래적 판례변경의 예

(1) 종중 구성원의 자격에 관한 판례변경(대법원 2005. 7. 21. 선고 2002다1178 전원합의체 판결)

종중원의 자격을 성년 남성으로만 제한하던 기존의 관습법을 성별의 구분 없이 성년 전원으로 변경한 사례이다.²⁴⁾ 이 사건에서 대법원은 종중의 구성원 자격을 성년 남자로만 제한하는 종래의 판례가 인정해 온 관습법이 변화된 우리의 전체 법질서에 부합하지 아니하여 정당성과 합리성이 있다고 할 수 없어 더 이상 법적 효력을 가질 수 없게 되었다고 판시하였다.²⁵⁾

한편, 변경된 견해를 소급적용한다면 종래 대법원판례를 신뢰하여 형성된 수많은 법률관계의 효력을 일시에 좌우하게 될 우려가 있고, 이는 법적안정성과 신의성실 원칙에 기초한 당사자의 신뢰보호를 내용으로 하는 법치주의 원리에도 반하게 되는 것이므로, 변경된 판례는 이 판결 선고 이후의 종중 구성원 자격과 이와 관련하여 새로이 성립되는 법률관계에 대하여만 적용되는 것이 상당하고, 다만 구체적인 사건에서의 당사자 권리구제를 목적으로 하는 사법작용의 본질에 어긋나고 현저히 정의에 반하므로, 해당 사건 청구에 한하여서는 변경된 법리가 소급적용 되어야 한다며 이른바 ‘선택적 장래효’를 갖는 판례변경을 하였다.

그러나 판례는 특정 사건에 관하여 규범을 적용한 결론으로서, 본래 다른 사건에 관해서는 소급효는 물론이고 직접적인 어떠한 효력도 있을 수 없다. 관습법도 엄연히 규범(規範)이다. 법원은 이를 구체적 사안에 적용할 것이나 말 것이냐를 판단할 뿐이지(헌법 제107조 제2항의 구체적 규범통제), 대법원 판례에 의해 비로소 특정 관습법이 규범으로 인정되거나 폐지되는 것은 아니다.²⁶⁾ 그러므로 구 관습법이 유효할 당시에 그 관습에 따라 행하여진 행위는 그대로 적법하다. 따라서 법원은 행위 당시의 법에 따라 종중결의에 대한 적법성 여부를 판단하면 되고, 판례변경의 소급효를 일괄하여 제한할 필요는 없는 것이다.²⁷⁾

24) 종중 구성원 자격에 대한 관습법에 관한 변경전 판례는 대법원 1958. 1. 20. 선고 4291민사2 판결, 1966. 7. 26. 선고 66다881 판결, 1973. 7. 10. 선고 72다1918 판결 등.

25) 이 판결은 종중원의 자격 문제에서 남성과 여성 간의 평등의 원칙을 선언한 것으로 종중의 법률실무에서 남녀간의 평등을 실현하는데 중요한 역할을 하였다. 그러나 이 판결 이후에도 종중재산의 분배와 관련하여서는 종중의 결의나 규약을 통해 여성종원을 배제하거나 불평등한 재산분배를 하는 등 여러방식으로 여성종원을 차별취급하려는 시도가 계속되고 있다. 남녀 종원간 분배에 차이를 두는 것은 이 판결의 법리에 따라 대부분이 무효로 판단될 것이지만, 종중재산의 귀속 구조와 관련하여 제기될 수 있는 ‘재단’적 성격에 대해서는 다루어지지 않아 종중재산의 관리와 합리적 분배에 대해 보다 근본적인 해답을 제시하지 못한 아쉬움이 있다. 이에 대한 상세 내용은, 박해선 · 김제완, “종중재산의 분배결의에 대한 법적 평가 : 종중제도의 건전한 발전을 위한 해석론 - 대법원 2022. 2. 24. 선고 2021다293015 판결”, 재산법연구 제43권 제1호 (2026), 385-401면 참조.

26) 김제완, “단체법리의 재조명 : 종중재산의 법적 성격”, 인권과 정의, 제355호 (2006), 140면.

27) 김제완(2006), 앞의 글, 141-142면.

(2) 제사주재자의 결정 방법에 관한 판례변경(대법원 2008. 11. 20. 선고 2007다27670 전원합의체 판결)

제사주재자 결정 시 장남 우선의 원칙을 폐기하고 협의 또는 다수결 중심의 법리를 도입한 사례이다.²⁸⁾ 민법 제1008조의3에 따르면 제사를 위한 재산(금양임야, 묘토 포함)의 소유권은 고인의 제사 주재자에게 속하는데, 종래의 관습에 의하면 고인의 적장자가 제사 주재자였다.²⁹⁾ 그러나 이 판결에서 대법원은 그러한 관습이 관습법으로서 더 이상 유효하지 않고, 제사 주재자는 상속인들 사이에서 협의로 결정되어야 한다고 선언하였다.³⁰⁾ 그리고 협의가 이루어지지 않는다면, 특별한 사정이 있지 않는 한 장남이, 아들이 없다면 장녀가 제사주재자가 된다고 하였다.³¹⁾

한편, 대법원은 새로운 법리는 판례선고 이후 제사용 재산의 승계가 이루어지는 경우에만 적용된다고 보아 판례 변경의 소급효를 제한하였다. 그 이유는 제사주재자의 결정방법에 관한 대법원의 새로운 법리 선언은 제사승계제도에 관한 관습의 근간을 바꾸는 것인바, 만약 새로운 법리를 소급하여 적용한다면 종래 대법원 판례를 신뢰하여 형성된 수많은 제사용 재산 승계의 효력을 일시에 좌우하게 됨으로써 법적 안정성과 신의성실의 원칙에 기초한 당사자의 신뢰 보호에 반한다는 것이다. 다만, 대법원이 새로운 법리를 선언하는 것은 이를 이 사건의 재판규범으로 삼으려는 데에 그 취지가 있으므로, 당해사건에는 새로운 법리가 소급하여 적용되어야 한다고 하여 ‘선택적 장래효’를 택하였다. 판례변경의 소급효를 제한하되, 당해사건에 한하여 소급효를 인정한 것은 종종 구성원의 자격에 관한 판례변경에서의 논리와 같다.

법원의 재판작용은 구체적 규범통제라는 점에서 판례변경의 효력을 당해사건에 적용하는 자체는 타당성이 있다고 생각된다. 그러나 장래효를 택하면서도 당해사건에 대하여만 소급효를 인정한다는 것은 당해 사건과 그 밖의 소급적용되지 않는 다른 사건을 차별하는 것으로 헌법 제11조 평등원칙에 반한다. 언뜻 보기에는 소송을 제기하여 판례 변경을 위해 적극적으로 노력한 당사자와 아닌 자로 구별할 수 있겠으나, 법의 올바른 인식과 적용은 법원의 책임이기 때문에 당사자의 노력 여부에 대한

28) 이 판결은 제사주재자의 결정 방법, 판결에 의한 관습법의 폐기와 그 법리의 소급효 제한 외에도 제사주재자의 지위를 유지할 수 없는 특별한 사정의 의미, 제사주재자의 유골인도청구권의 법리 등의 중요한 쟁점을 포함하고 있다. 특히, 사람의 유체가 직접적 분쟁의 대상이 된 사안으로서 사람의 유체를 법적으로 어떻게 평가해야 하는지, 유체에 대한 장례·매장 등의 사후 처리를 어떠한 기준에 따라 해결해야 하는지에 관하여 중요한 의미를 갖는다. 이에 대한 자세한 내용은, 배현미·최진솔·김제완, “제사주재자의 유골인도청구권을 인정한 판례 법리에 대한 비판적 고찰 —영미법상 사체(死體)·유해(遺骸) 관련 법리의 시사점—”, 가족법연구 제36권 제2호 (2022), 243-276면.

29) 대법원 1997. 11. 25. 선고 97누7820 판결, 1997. 11. 28. 선고 96누18069 판결, 2004. 1. 16. 선고 2001다79037 판결 등.

30) 통상 종손이 제사주재자가 된다는 종래의 관습은 가족 구성원인 상속인들의 자율적인 의사사를 무시하는 것이고 적서간에 차별을 두는 것이어서 개인의 존엄과 평등을 기초로 한 변화된 가족제도에 원칙적으로 부합하지 않게 되었고, 이에 대한 우리 사회 구성원들의 법적 확신 역시 상당 부분 약화되었기 때문에 관습법으로서의 효력을 유지할 수 없게 되었다고 판단한 것이다.

31) 한편, 협의 불성립시 제사 주재자가 되는 순위는 이후 대법원 2023. 5. 11. 선고 2018다248626 전원합의체 판결에 의해 ‘직계비속 중 남녀불문 최근친의 연장자’로 또 다시 변경되었으며, 해당 판결에서도 변경법리의 장래적 적용을 선언하면서 다만 당해사건에는 변경된 법리가 소급적용된다는 ‘선택적 장래효’를 취하였다.

보상이라고 할 수 없다. 판례 변경의 시기 또한 재판 진행 경과에 따라 우연히 변경되거나 결정되는 사정일 뿐이다. 그러므로 당해사건에 대한 선택적 소급효의 적용은 평등원칙에 반하는 위헌성이 있다.³²⁾

(3) 형사사건 성공보수 약정의 무효 선언(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015다200111 전원합의체 판결)

이 판결 전의 대법원 판례들은 명시적인 설명 없이 민사사건과 형사사건에서 성공보수 약정의 효력을 인정하고 있었다.³³⁾ 그런데 이 사건에서 대법원은 종래 유효로 간주되던 형사사건 성공보수 약정을 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 위배되는 것으로 보아 전면 무효하였다.³⁴⁾ 다만, 판례변경의 효력을 당해사건에도 적용하지 않고 대상판결 선고일 이후 체결되는 성공보수약정에만 적용된다고 하여, 소위 판례변경의 ‘순수한 장래효’를 택하였다.

이 사안은 선택적 장래효가 아니라 순수한 장래효를 택하였다는 점에서 사안들과 차이가 있다. 순수한 장래효의 유용성은 판례변경이 당사자들에게 아무런 영향을 주지 않기 때문에 판례변경을 용이하게 한다는 점에 있다. 그러나 법원은 법원 앞에 놓여진 구체적 사건을 재판하는 것이고, 앞으로 있을지 모를 사건을 재판하는 것이 아니다.³⁵⁾ 그러므로 장래적 판례변경은 구체적 규범통제라는 사법부의 기능과는 합치하지 않는다는 근본적인 문제를 가지고 있다.

(4) 통상임금의 고정성 폐기 (대법원 2024. 12. 19. 선고 2020다247190 전원합의체 판결, 2023다302838 전원합의체 판결)

주지하다시피, 대상판결은 2013년 전원합의체 판결이 확립한 통상임금의 인정 요건의 정기성, 일률성, 고정성 중 고정성 요건을 폐기하고, 고정성 요건을 전제로 통상임금성 판단한 기존의 판례를 변경하였다. 그러면서 새로운 법리를 전면적으로 소급 적용하면 종전 판례를 신뢰하여 형성된 수많은 법률관계의 효력에 바로 영향을 미침으로써 법적 안정성을 해치고 신뢰보호에 반한다는 이유로, 새로운 법리는 판결 선고일 이후의 통상임금 산정부터 적용하는 것이 타당하다고 하여 판례변경의 소급효를 제한하였다. 다만, 당해사건 및 이 판결 선고 시점에 이 판결이 변경하는 법리가 재판의 전제가 되어 통상임금 해당 여부가 다투어져 법원에 계속 중인 “병행사건”에는 구체적 사건의 권리구제를 목적으로 하는 사법의 본질상 새로운 법리를 소급 적용하여야 한다고 판시하였다.

32) 이동진, 앞의 글, 1156-1160면.

33) 다만, 약정된 성공보수가 과다하다고 판단한 때에는 이를 감액하였다. 대법원 1991. 11. 12. 선고 91다7989 판결, 대법원 2009. 7. 9. 선고 2009다21249 판결.

34) 이 판결은 형사사건의 성공보수를 전면 금지하는 정책을 취하였는데, 이는 형사사건 보수의 전액선급과 사실상의 성공보수 관행의 원인이 되어 오히려 중산층 이하 계층의 형사사법 접근성을 약화시킬 수 있다. 형사사법의 적정성을 위협하는 것은 전관예우 등에 따른 비정상적으로 높은 선임료에 있는 것이지 성공보수라는 지급방식에 있는 것이 아님에도 이를 확립적으로 무효화한 것은 과도하다. 이에 대한 상세한 내용은 김제완, “형사사건 변호사 성공보수약정 무효화에 대한 비판적 고찰”, 인권과 정의 제457호 (2016), 6-35면.

35) 윤진수(2020), 앞의 글, 275면, 300면.

대상판결은 장래적 판례변경을 하면서도 예외적 소급효를 당해사건 뿐만 아니라 병행사건에까지 인정한 최초사건이라는 점에서 의의가 있으나, 동일한 법률관계에 있는 근로자들을 소송 제기 여부에 따라 차별 취급한다는 점에서 평등원칙에 반하는 문제가 있다.³⁶⁾

4. 소결: 후속판결에 대한 재판소원 실익

그간 대법원이 보여준 장래적 판례변경은 소급효를 전면 제한하는 ‘순수한 장래효’와 당해사건에 한하여 소급효를 인정하는 ‘선택적 장래효’이다. 그런데 대상판결은 선고일 이후의 통상임금 산정에 새로운 법리를 적용하되, 당해 사건 및 선고 당시 법원에 계류 중인 동종 사건(병행사건)까지로 소급 적용의 범위를 한정하였다. 이로써 대법원의 판례변경의 효력의 시적 범위는 1) 소급효, 2) 순수한 장래효, 3) 선택적 장래효가 있으며, 선택적 장래효에는 당해사건에 한하여 소급효를 인정하는 방식, 당해사건 및 병행사건에 한하여 소급효를 인정하는 방식으로 구별할 수 있다.

이와 같이 대법원이 판례변경의 소급효를 제한하는 사례가 거듭되면서, 판례변경의 소급효 제한이 이례적이지 않은 것으로 인식될 수도 있다. 그러나 법원의 해석은 법률의 의미를 확인하는 것이지 새로운 법을 만드는 것이 아니다. 더욱이, 판례가 규범으로 기능하는 영미법계와 달리 우리나라와 같은 대륙법계는 판례의 규범성이 인정되지 않는다는 점에서 장래적 판례변경에 더욱 신중할 필요가 있다.³⁷⁾ 판례변경의 소급효제한은 판례의 법형성 작용으로서 사법권 행사의 한계를 벗어나고, 평등원칙 침해 등의 위헌 소지가 높다. 그러나 판례변경의 소급효제한에 대하여서는 통상적인 재판절차를 통하여서는 권리구제를 기대하기 어렵다. 이러한 상황에서 새로 도입된 재판소원은 권리구제를 위한 유일한 대안이 될 수 있다.

위 사안들 중 다른 사안들은 대법원 판결 후 이미 10년 이상 경과하였으므로, 특별한 사정이 없다면 개별 사안에서도 시효가 도과하였기 때문에 소송 실익이 없다. 대상판결도 확정된 때로부터 이미 30일이 도과하였으므로, 대상판결 자체를 대상으로 하는 재판소원은 청구기간 도과로 부적법 각하될 것이 분명하다.³⁸⁾ 그러나 근로자들이 아직 소멸시효가 경과하지 않은 연장수당 차액을 구하는 별도의 민사소송을 제기하였다가, 대상판결의 소급효제한 법리에 따라 원고 청구기각의 패소판결(이하 ‘후속판결’)을 받는 경우에는, 그 후속판결을 대상으로 재판소원을 제기해 볼 실익은 있다.³⁹⁾ 개별 법정수당의 경우 임금채권의 단기 소멸시효 3년이 이미 도과한 경우가 많을 것이나, 그 외에 퇴직금액 산정이 문제되는 사안 등에서는 여전히 소급효 제한

36) 설현선·김제완, 앞의 글, 557면.

37) 김제완(2016), 앞의 글, 7면.

38) 청구기간의 제약이 아니라도, 재판당사자가 아닌 제3자의 청구적격이 인정되는지가 문제될 수 있다. 일반적으로는 재판 당사자가 청구적격이 있을 것이지만, 대상판결의 당사자는 소급적용으로 권리가 구제되었다. 대상판결의 소급효 제한으로 인하여 권리가 침해되는 자는 당사자가 아닌 제3자이므로 기본권침해의 자기관련성이 인정된다. 만약, 재판당사자에게만 청구적격이 인정된다고 본다면, 대상판결이 취한 선택적 장래효의 위헌성을 다룰 수 있는 자는 존재하지 않는 부당한 결과가 발생한다.

39) 소급효제한으로 인하여 후속판결에서 패소한 당사자는 기본권침해의 직접성, 자기관련성이 인정된다고 할 것이다. 그러므로 대상판결을 대상으로 재판의 당사자 아닌 제3자가 재판소원을 제기하는 경우에 제기될 수 있는 청구인 적격 문제는 발생하지 않는다.

을 다투어볼 실익이 있다.

이하에서는 재판소원이 새롭게 도입된 점을 감안하여 제도의 취지, 요건, 절차에 대하여 살펴보고, 가상의 사례로서 후속판결에 대한 재판소원을 제기할 경우 주요 예상 쟁점에 대해 검토한다.

IV. 후속판결에 대한 재판소원과 위헌성 판단의 주요 쟁점

1. 재판소원의 도입

(1) 헌법재판소법의 개정

개정 전 헌법재판소법 제68조 제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인한 기본권 침해에 대하여 헌법소원을 허용하면서도 “법원의 재판”은 명시적으로 그 대상에서 제외하고 있었다. 그러나 개정 헌재법 제68조 제1항은 “법원의 재판을 제외하고는”이라는 부분을 삭제함으로써 법원의 재판도 일정한 요건 하에 헌법소원의 대상이 될 수 있게 되었다. 이는 법원의 재판을 헌법소원의 대상에서 제외함으로써 발생하였던 권리구제의 사각지대를 보완하고 국민의 기본권을 충실히 보장하기 위한 것이다.⁴⁰⁾ 다만, 개정 헌재법은 재판소원이 무분별하게 활용되어 사법 안정성을 해치지 않도록 청구사유를 함께 규정하였다. 법원의 재판에 대한 헌법소원은 ‘확정된 재판’을 대상으로 하며, 그 청구는 제한된 경우에만 허용된다. 구체적으로는 첫째, 법원의 재판이 헌법재판소의 기존 결정에 반하는 취지로 이루어져 기본권을 침해한 경우, 둘째, 헌법과 법률이 요구하는 적법절차를 준수하지 아니하여 기본권을 침해한 경우, 셋째, 헌법 또는 법률 위반으로 인한 기본권 침해가 명백한 경우에 한정된다(동법 제68조 제3항).

(2) 도입배경

헌법재판소는 한정위헌결정 등을 통하여 위헌으로 판단된 법령이 적용된 재판에 대하여 일정한 범위에서 헌법적 통제를 가능하게 하려는 입장을 취해 왔다. 특히 위헌결정의 기속력을 실질적으로 확보하기 위하여, 그에 반하는 법원의 재판에 대해서는 헌법소원의 대상성을 인정하거나 위헌으로 판단하여 왔다.⁴¹⁾ 그러나 대법원은 한정위헌결정과 같은 변형결정에 대하여 그 기속력을 인정하지 않거나 제한적으로만

40) 헌법재판소법 일부개정법률안(법제사법위원장 대안), 의안번호 제2214939호, 제안일자 2026.2.26., 제안이유.

41) 헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것) 제68조 제1항 본문 중 “법원의 재판을 제외하고는” 부분은, 헌법재판소가 위헌으로 결정한 법령을 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 재판이 포함되는 것으로 해석하는 한 헌법에 위반된다(헌법재판소 1997. 12. 24.자 96헌마172 전원재판부 결정, 헌법재판소 2016. 4. 28.자 2016헌마33 전원합의체 결정); 헌법재판소법(2011. 4. 5. 법률 제10546호로 개정된 것) 제68조 제1항 본문 중 ‘법원의 재판’ 가운데 ‘법률에 대한 위헌결정의 기속력에 반하는 재판’ 부분은 헌법에 위반된다(헌법재판소 2022. 6. 30.자 2014헌마760 전원합의체 결정).

수용하는 태도를 유지해 왔다.⁴²⁾ 이러한 양 기관 간의 해석상 긴장은 사법작용에 대한 헌법적 통제 필요성을 부각시키는 배경이 되었고, 결국 재판소원 도입의 입법적 논의로 이어지게 된 중요한 계기로 작용하였다.⁴³⁾

헌법학계에서는 재판소원의 도입 여부와 관련하여 ① 법원의 재판도 공권력의 행사에 해당하므로 전면적으로 허용하여야 한다는 전면도입론,⁴⁴⁾ ② 위헌결정된 법률의 적용 또는 적법절차의 명백한 위반 등 일정한 경우에 한하여 허용하자는 부분도입론,⁴⁵⁾ ③ 대법원의 최고법원 지위 및 사법부 독립성과의 충돌을 이유로 기존 배제규정이 정당하다는 반대론⁴⁶⁾으로 나뉘어 논의되어 왔다. 개정 헌재법은 부분도입론에 가까운 형태로 재판소원을 도입하였다.

2. 재판소원의 절차적 적법요건

(1) 대상적격: 확정재판

재판소원의 대상은 법원의 확정된 재판(헌재법 제68조 제3항)이다. 확정재판의 범위와 관련하여 몇 가지 문제가 제기된다. 우선 재판의 종류이다. 개정법은 대상을 “확정된 재판”으로 규정할 뿐 판결·결정·명령을 구별하지 않으므로, 원칙적으로 확정된 모든 형태의 재판이 포함될 수 있다. 다만, 소송비용 재판이나 집행관련 결정이 포함되는지는 아직 해석상 불분명한 상태이다. 다음으로 확정의 의미이다. 상소가 더 이상 허용되지 않는 상태, 즉 대법원 확정판결이 전형적인 대상이 될 것이나, 상소를 포기하거나 상소기간이 도과하여 확정된 하급심 판결도 포함되는지가 보충성 요건의 충족과 관련하여 문제될 수 있다.

42) 대법원 1996. 4. 9. 선고 95누11405 판결; 대법원 2001. 2. 15. 선고 96다42420 판결, 대법원 2001. 4. 27. 선고 95재다14 판결; 대법원 2009. 2. 12. 선고 2004두10289 판결, 대법원 1997. 3. 28. 선고 95누17960 판결.

43) 손형섭, “사법제도 개혁을 위한 헌법 구조적 대안 연구 - 헌법재판소법 개정을 통한 재판소원제도 도입론”, 공법연구 제48권 제1호 (2019), 317-353면; 이동훈, “헌법재판에서 변형결정의 기속력”, 공법학연구 (2016), 109-134면; 김현철, “사법부 구조개혁에 관한 연구 - 헌법재판소와 대법원의 갈등관계를 중심으로”, 법학연구 제30권 제3호 (2020), 259-307면.

44) 허전, “법원의 재판에 대한 헌법소원”, 헌법학연구 제5집 제1호(1999), 358면; 김철수, “한국헌법재판제도의 개선방향”, 이화여대, 법학논집 제4권 제2호(1999), 297면; 홍완식, “재판소원의 기본권보장에의 실용성”, 공법연구 제29집 제2호(2001), 295면 이하; 박경철, “우리 헌법질서에서 재판소원금지의 위헌성”, 공법연구 제30집 제3호(2002), 165면 이하; 이희훈, “헌법재판소법상 재판소원 금지규정에 대한 연구”, 헌법학연구 제15권 제3호(2009), 448면 이하; 홍종현, “재판소원의 범위와 그 한계”, 고려대, 고려법학 제56호(2010), 410면; 손형섭, “사법제도 개혁을 위한 헌법 구조적 대안 연구”, 공법연구 제48집 제1호(2019), 330면 이하; 남복현, “재판소원에 있어 한국과 독일의 비교연구”, 헌법학연구 제29권 제3호(2023), 377면 이하 참조.

45) 김충철, “사법제도의 개정 필요성과 방향”, 헌법학연구 제16권 제3호(2010), 133면 이하; 김하열, “재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위”, 헌법학연구 제16권 제4호(2010), 165면 이하; 차진아, “재판소원의 도입 필요성과 인정범위에 관한 연구”, 고려법학 제60호(2011), 409면 이하 등 참조.

46) 박홍우, “대법원과 헌법재판소의 권한배분”, 헌법재판의 회고와 전망, 헌법재판소 (1998), 274-275면; 이강국, “헌법재판소법의 제정에 관하여”, 헌법재판제도(법무자료 제95집), 법무부 (1988), 51-52면.

(2) 보충성

헌법소원은 다른 법률에 구제절차가 있는 경우 그 절차를 모두 거친 후에야 청구할 수 있다(헌재법 제68조 제1항 단서). 재판에 대하여 상소 등 불복수단이 있다면 이를 거쳐야 하며, 상고가 가능한 상황에서 상고를 제기하지 않고 곧바로 재판소원을 청구하는 것은 허용되지 않는다. 다만, 불복절차가 없거나 불복하더라도 권리구제가 불가능한 것이 명백한 경우에는 예외적으로 보충성 요건이 완화될 수 있다.⁴⁷⁾

판례는 독립적인 법원(法源)이라 할 수 없지만, 사실상 구속력을 가진다. 심급제도의 구조상 하급법원이 상급법원의 판결과 다른 판결을 내리더라도 결국 상급법원에 가서 파기될 것이기 때문에 상급심, 최고법원인 대법원 판례는 하급심 법관들에게 사실상 강한 구속력을 가진다.⁴⁸⁾ 특히, 대상판결과 같이 대법원의 전원합의체 판결에 따라 법리가 확립된 경우, 하급심에서 대법원 판결의 법리를 적용하여 기각할 것이 사실상 명백하다. 이러한 경우 상소를 통하여 권리구제가 불가능한 것이 명백하다고 보아 보충성의 예외가 인정될 것인지 문제될 수 있다. 법원조직법 제8조는 “상급법원의 재판에서의 판단은 해당 사건에 한하여 하급법원을 기속한다”고 규정하는데, 이는 상급법원의 판단이 당해 사건에 한하여 하급법원을 기속함을 의미한다. 따라서 이론적으로는 하급법원이 상급법원과 다른 법리를 적용하는 것이 위법이 아니고, 하급심이 전원합의체 판결과 다른 법리를 적용하여 판단하는 것도 가능하다. 그러므로 판례가 사실상 구속력을 가진다는 이유만으로는 보충성의 예외가 인정되기 어려울 수도 있다. 헌법재판소 결정례에서는 “최근 일반 최고법원의 판결에 비추어 구제 가능성이 없고, 종전판례를 변경하여 결과를 달리할 것을 기대할 수 없는 경우”를 보충성 원칙의 예외로 실시한 적이 있긴 하나,⁴⁹⁾ 재판소원 도입 후 실무상 기준이 확립되지 않은 상태에서는 상고기각 결정을 받은 후 재판소원을 제기하는 것이 절차적으로 안전할 것이다.

(3) 변호사강제주의

헌법재판소법은 헌법재판에서 대리인의 자격을 법률로써 변호사로 제한하고 있다(동법 제25조 제2항, 제3항) 이는 헌법재판 일반에 적용되는 원칙으로서 재판소원에도 그대로 적용된다. 변호사 강제주의의 취지는 헌법소원이 고도의 법적 판단을 요하는 절차인 만큼, 전문가의 조력을 통하여 청구인의 권리를 실효적으로 보호하고

47) 헌법소원심판 청구인이 그의 불이익으로 돌릴 수 없는 정당한 이유있는 착오로 전심절차를 밟지 않은 경우 또는 전심절차로 권리가 구제될 가능성이 거의 없거나 권리구제절차가 허용되는지의 여부가 객관적으로 불확실하여 전심절차 이행의 기대가능성이 없을 때에는 그 예외를 인정하는 것이 청구인에게 시간과 노력과 비용의 부담을 지우지 않고 헌법소원심판제도의 창설취지를 살리는 방법이다(헌법재판소 1989. 9. 4.자 88헌마22 전원합의체 결정, 헌법재판소 1991. 5. 13.자 90헌마133 전원합의체 결정 등).

48) 송민경, “판례의 규범력에 관한 연구”, 저스티스 제167호 (2018), 243면.

49) 다만, 헌법재판소는 “헌법소원의 경우에 보충성의 원칙의 또 하나의 예외로 꼽는 일반 법원에서의 권리구제의 기대가능성이 없다는 것은 예컨대 구체적 사건에 있어서 최근의 일반 최고법원의 판결에 비추어 구제가능성이 없고 종전판례를 변경하여 결과를 달리할 것을 기대할 수 없는 경우를 들 수 있다”고 판시한 바 있다(헌법재판소 1989. 9. 4.자 92헌마247 전원합의체 결정).

헌법재판소의 심판 부담을 적정화하려는 데 있다.⁵⁰⁾

(4) 청구기간

재판소원은 재판확정일로부터 30일 이내에 청구하여야 한다. 이는 일반 헌법소원의 청구기간인 사유를 안 날로부터 90일, 사유가 있는 날로부터 1년과 비교할 때 현저히 짧다. 재판소원은 헌법적 쟁점에 대한 충분한 법리 검토와 설득력 있는 주장의 구성을 필요로 하는데, 30일이라는 기간은 이를 충분히 준비하기에 현저히 촉박하다. 특히 사전심사 단계에서 기본권 침해의 명백성에 관한 충분한 논거를 제시하지 못하면 각하될 위험이 높다.⁵¹⁾ 이를 극복하기 위해서는 소송 과정에서부터 향후 재판소원 가능성을 염두에 둔 전략적이고 체계적인 소송 수행을 할 필요가 있다. 이러한 점에서 재판소원 제도의 도입은 단순히 새로운 불복수단의 추가에 그치는 것이 아니라 소송 수행 전반에 걸친 접근 방식의 전환을 의미한다.

(5) 기본권침해의 법적관련성

헌법재판소법 제68조 제1항에 의한 헌법소원심판은 공권력의 행사 또는 불행사로 인해 기본권을 침해받게 된 자가 제기할 수 있는 것인바, 헌법소원심판을 청구하는 자가 문제된 공권력의 행사 또는 불행사로 인해 자신의 법적 지위에 아무런 영향을 받지 않는다면 기본권침해의 법적 관련성을 인정할 수 없으므로 헌법소원심판 청구가 허용되지 아니한다.⁵²⁾ 여기에서 기본권을 침해받은 자라 함은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 자기의 기본권이 현재 그리고 직접적으로 침해받은 자를 의미하며 단순히 간접적, 사실적 또는 경제적인 이해관계가 있을 뿐인 제3자는 이에 해당하지 아니하고, 기본권침해의 법적 관련성을 인정하기 어렵다.⁵³⁾

3. 재판소원의 실체적 요건

(1) 헌법재판소 결정에 반하는 재판

법원의 재판이 헌법재판소의 기존 결정에 반하는 경우를 재판소원의 대상으로 삼는 것이다. 재판소원은 헌법의 해석 적용의 통일성을 확보하고, 법원 심급제도를 통해서는 구제받기 어려운 재판절차에서의 기본권 침해를 구제하고자 하는 취지로 도입되었음을 고려할 때, 여기서 말하는 “헌법재판소 결정”은 단순위헌결정에 한정되지 않고 한정위헌결정·헌법불합치결정이 포함되는 것으로 볼 것이다. 한편, 헌법재판소

50) 헌법재판소는 재판업무에 분업화 원리의 도입, 기본권의 실질적 보장, 사법의 원활한 운영, 헌법재판의 질적 개선, 재판심리의 부담경감 및 효율화, 사법운영의 민주화 등 공공복리에 기여도가 크며, 무자력자에 대한 국선대리인제도라는 대상조치의 마련 등을 이유로 변호사강제주의가 헌법에 위배되지 않는다고 결정하였다. 헌재 1990. 9. 3. 89헌마120; 헌재 1992. 4. 14. 91헌마156; 헌재 2004. 4. 29. 2003헌마 783; 헌재 2010. 3. 25. 2008헌마439 등.

51) 리걸타임즈, “재판소원 사전심사 통과 1건도 없어”, 2026년 4월호(통권 제203호) 15면.

52) 헌법재판소 2012. 7. 31.자 2012헌마645 결정.

53) 헌법재판소 1994. 6. 30. 92헌마61; 헌법재판소 2008. 9. 25. 2008헌마456 등.

결정의 기속력은 법률에 대한 위헌결정(헌재법 제47조 제1항)뿐 아니라 권한쟁의심판 결정(동법 제67조 제1항) 그리고 헌법소원 인용결정(동법 제75조 제1항)에도 부여된다. 따라서 권한쟁의심판 결정과 헌법소원 인용결정의 기속력에 반하는 재판도 헌법소원심판 대상이 될 수 있을 것이다.⁵⁴⁾

(2) 적법한 절차를 거치지 아니한 재판

법원의 재판작용을 통한 기본권 침해는 재판의 실체적 내용에 의하여서뿐만 아니라 재판절차를 통해서도 발생한다.⁵⁵⁾ 적법절차 원칙은 형사절차상의 적법절차(헌법 제12조 제1항 후문, 제3항) 외에도 입법작용 및 행정작용 등 모든 국가작용에 광범위하게 적용된다.⁵⁶⁾ 법원의 재판 역시 적법절차 원칙을 준수하여야 하며, 포괄적, 절차적 기본권으로 파악되는 재판청구권의 보호영역과 사실상 중복된다.⁵⁷⁾ 그러므로 법원이 범형성의 한계를 넘어 입법적 사항에까지 이르는 것, 정당한 법률의 내용이 아닌 법, 다시 말해 위헌법률에 의한 재판 등은 실체적 적법절차위반에 해당하며,⁵⁸⁾ 적법절차를 위반한 재판은 재판청구권(헌법 제27조)이라는 기본권을 침해하는 재판에 해당할 수 있다.⁵⁹⁾

(3) 기본권을 침해한 것이 명백한 재판

헌법과 법률을 위반함으로써 기본권 침해를 한 것이 명백한 경우이다. 이는 제1호(헌법재판소 결정에 반하는 재판)나 제2호(적법한 절차를 거치지 아니한 재판)에 비하여 포괄적이지만, 기본권을 침해한 것이 ‘명백한 경우’로 그 범위가 한정된다. 기본권 침해의 명백성에 대한 판단기준은 향후 재판소원 제도의 운영을 통하여 정립되어야 할 것이나, 헌법재판의 특수성과 법원의 사법작용과의 관계를 고려하지 않을 수 없을 것이다. 재판소원에 있어 헌법재판소는 재판에 의한 기본권 침해여부만을 심사하는 것이며, 헌법재판소가 법원의 사실인정 및 법률 적용 자체에 대해 심사하는 이른바 제4심이 되어서는 안 되고, 구체적인 재판에서 사실판단 권한은 원칙적으로 법원에 속한 권한으로 보아야 한다.⁶⁰⁾ 이러한 기준에서 본다면, 구체적 소송사건에서

54) 허완중, “법률의 위헌결정의 기속력에 관한 헌법재판소와 대법원의 이해에 관한 비판적 고찰”, 헌법학연구 제29권 제4호(2023), 353 - 396면.

55) 김하열, “재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위”, 헌법학연구 제16권 제4호(2010), 179-180면.

56) 헌법재판소 1994. 4. 28.자 93헌바26 전원합의체 결정, 헌법재판소 2018. 4. 26.자 2016헌바454 결정

57) 헌법재판소 2011. 3. 31.자 2009헌바351 전원합의체 결정.

58) 독일 연방헌법재판소는 연방법원(BGH)이 법률이 위헌일 가능성이 높음에도 불구하고 위헌법률심판제도를 이용하지 않고, 법률의 문언의 해석범위를 벗어나 합헌적 해석을 시도하며 재판한 것에 대하여 헌법이 보장하는 법률에 의한 재판을 받을 권리를 침해한 것이라고 판단하여 재판을 과기하였다(BVerfGE 138, 64, 65 = 1 BvR 2142/11).

59) 헌법재판에서 적법절차 원칙의 의미와 적용의 문제에 관한 상세한 내용은, 정문식, “헌법상 적법절차 원칙 - 헌법재판소 결정에 나타난 적법절차 원칙 적용의 문제를 중심으로”, 외법논집 제44권 제3호 (2020), 79 - 105면; 서경미, “위헌심사기준으로서 적법절차원칙의 적용 범위”, 헌법재판연구 제12권 제1호 (2025), 181 - 216면; 헌법재판연구원, “적법절차원칙의 발전과 주요 헌법적 쟁점에 관한 연구” (2023), 88면 이하 참조.

60) 차진아, 앞의 글, 427면; 김하열, 앞의 글, 181면.

법원이 적용 법률에 미치는 기본권의 영향을 완전히 간과하든지 또는 근본적으로 오인하여 법률을 잘못 해석 적용함으로써 국민의 기본권을 침해한 경우가 그 대상이 될 수 있고,⁶¹⁾ 당해 사건 재판의 기초가 되는 사실관계의 인정이나 평가 또는 개별적 구체적 사건에서 법률조항의 단순한 포섭 적용에 관한 문제를 다투거나, 의미 있는 헌법문제를 주장하지 않으면서 법원의 법률해석이나 재판결과를 다투는 경우는 대상이 될 수 없을 것이다.⁶²⁾

(4) 사전심사와의 관계

재판소원의 실체적 사유는 헌법재판소의 사전심사 과정에서도 고려될 수 있다. 제68조 제3항의 청구사유에 해당하지 않는 것이 명백한 경우에는 재판소원의 각하사유에 해당한다(헌재법 제72조 제3항 제4호). 재판소원의 실체적 사유 중 ‘기본권침해가 명백한 경우’를 중심으로 보면, ‘기본권 침해가 명백한 재판에 해당하지 않음이 명백한 경우’는 각하사유에 해당한다. 그런데 청구기간 도과나 변호사 대리인 선임여부가 확정적인 개념인 것에 비하여, 명백성은 불확정적 개념이기 때문에 기본권침해의 명백성 여부에 대한 헌법적 판단이 사전심사단계에서 일정 부분 검토될 수 있다. 한편, 사전심사에서 각하결정은 심판청구 후 30일 이내에 지정재판부 재판관 3인의 전원일치된 의견에 의한 결정에 의한다. 그러므로 재판관 3인 중 1인이더라도 ‘기본권 침해가 명백하다’고 판단하지 않는다면 각하되고, 심판청구 후 30일이 지날 때까지 각하결정이 없는 때에는 심판회부결정이 있는 것으로 본다(헌재법 제72조 제4항).

4. 판례변경의 소급효제한을 적용한 후속판결의 위헌성

(1) 사전심사 통과가능성

재판소원은 단순한 법률해석의 당부를 다투는 것이 아니라, 재판 그 자체가 헌법에 위반되어 기본권을 침해하는 경우에 한하여 허용된다. 따라서 재판소원의 적법여부는, 대법원의 판례변경 및 그 시적 효력 제한이 단순한 법률해석의 문제가 아니라 헌법적 차원의 기본권 침해를 구성하는지 여부에 달려 있다.

대상판결은 종래의 통상임금 법리를 변경하면서, 그 적용 범위를 장래의 일정 시점 이후로 제한하였다. 그러나 판례변경의 효력 시점을 설정하는 것은 본질적으로 법률의 시간적 효력을 정하는 문제로서 입법에 속하는 사항이라는 점에서, 사법부가 이를 임의로 설정하는 것이 허용되는지 의문이 제기된다. 즉, 법원이 판례변경의 효력을 특정 시점 이후로 제한하는 것은 단순한 법해석의 범위를 넘어, 사실상 새로운 법규범을 창설하는 것과 동일한 기능을 수행하는 것으로 평가될 수 있다. 이러한 점에서 대상판결은 사법부가 입법적 기능을 수행한 것으로서 권력분립 원칙에 반할 소지가 있다. 또한, 법률에 근거하지 아니한 상태에서 국민의 권리·의무에 중대한 영향을 미치는 기준을 설정하는 것은 법률유보원칙에도 저촉될 가능성이 있다. 나아가,

61) 손형섭, "사법제도 개혁을 위한 헌법 구조적 대안 연구 - 헌법재판소법 개정을 통한 재판소원제도 도입론", 공법연구 제48권 제1호 (2019), 330면.

62) 헌법재판소 2012. 12. 27. 2011헌바117 결정.

명문의 근거 없이 사법부가 독자적으로 판례변경의 소급효를 제한하는 것은 헌법 제12조 제1항이 보장하는 적법절차 원칙에도 저촉될 소지가 있다. 적법절차원칙은 기본권 제한의 형식적 절차에 대한 적정성, 그 과정의 적정성 및 기본권을 제한하는 실체적 법률내용의 합리성 및 정당성을 요구한다.⁶³⁾ 그러므로 국민의 권리를 실질적으로 제한하는 사법작용에도 법률상 근거가 요구된다. 이 점에서 법률적 근거 없이 판례변경의 장래효를 선언함으로써 근로자의 임금채권을 제한하는 것은 실체적 적법절차 원칙에 반할 수 있다.

대상판결은 동일한 임금체계 하에서 동일한 근로를 제공한 근로자들 사이에서도 소송제기 여부 또는 판결 선고 시점을 기준으로 통상임금 인정 여부를 달리 취급하는 것이므로, 동일한 사실관계에 있는 자들을 합리적 이유 없이 차별하는 것으로 평가될 수 있으며, 헌법 제11조의 평등원칙에 위반될 소지가 있다. 또한, 대상판결로 인하여 일정 시점 이전에 발생한 연장근로수당 차액 청구권은 사실상 부정되는 결과가 발생하는데, 이는 근로자가 이미 제공한 근로에 대한 대가로서 발생한 금전채권을 박탈하는 효과를 가지므로, 헌법 제23조의 재산권 침해 문제를 야기한다. 판례변경의 소급효 제한이 사용자 측의 신뢰보호 및 경영상 부담 완화를 위해 필요하다는 점이 고려될 수는 있으나, 이러한 공익적 고려가 근로자의 구체적이고 현실적인 임금채권을 전면적으로 배제할 정도로 우월한지 여부는 별도로 검토되어야 한다.

이상의 쟁점들은 단순한 법률해석의 당부를 넘어, 재산권, 평등권, 권력분립 원칙 및 적법절차 등 헌법상 핵심 기본권 및 원칙과 직접적으로 관련되는 문제이다. 따라서 선택적 장래효를 적용한 후속판결에 대한 재판소원은 단순히 상고심적 재심사를 구하는 것이 아니라, 재판 자체의 헌법적 정당성을 다투는 것이며, 기본권침해가 명백하지 않다고 보기 어려워 최소한 본안 심리의 필요성이 인정되는 사건으로 평가될 수 있다.

(2) 기본권 침해의 내용

가. 사법입법과 적법절차 위반

대법원이 통상임금의 고정성 요건에 관한 종전 판례를 변경하면서, 신의성실의 원칙(이하 '신의칙')을 매개로 그 소급효를 제한한 것은 민법 해석학적으로 뿐만 아니라 헌법적 차원에서도 중대한 논쟁을 불러일으킨다. 판례변경의 효력을 장래에만 미치게 하는 이른바 '장래효(prospective overruling)'의 문제는 본질적으로 사법부의 권한 범위, 즉 '법원은 법을 발견하는가, 창조하는가'라는 법철학적 질문과 맞닿아 있다. 법원이 헌법이나 법률의 본래 의미를 확인하고도 경제적 파급효과나 사회적 비용을 우려하여 그 효력 발생 시기를 인위적으로 조절하는 것은, 사법권의 본질인 '판단 작용'을 넘어 입법부의 영역인 '의지 작용'을 행사하는 것과 다를 바 없다.⁶⁴⁾

소급효에 대한 문제제기는 헌법 제13조 제1항 전단에서 「모든 국민은 행위시의

63) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 92헌가8 결정, 헌재 2020.2.27. 2015헌가4; 정문식, 앞의 글, 92-94면 참조.

64) John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, An Originalist Approach to Prospective Overruling, 99 Notre Dame L. Rev. 425, at 426-428 (2023).

법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며…」라고 형벌불소급의 원칙을 규정함으로써 소급입법을 통한 형사처벌을 엄격히 금지하고 있는 데서 찾을 수 있다.⁶⁵⁾ 이는 행위 당시에는 범죄가 아니었던 행위를 사후에 제정·개정된 형벌법규로 소급하여 처벌할 수 없다는 의미로 죄형법정주의를 구성하는 핵심 요소이자 현대 법치국가 형사법질서의 기본 원칙으로 이해된다. 이러한 헌법과 형법 제1조 제1항은 법률의 소급적용을 금지하는 것이라는 인식에 기초하고 있다.⁶⁶⁾ 그러나 형법 이외의 영역, 특히 민사법의 경우에는 불소급의 원칙이 적용되지 않으며 그와 같은 근거규정도 존재하지 않는다.

특히, 법원의 판결에서 불소급을 선언하며 자신이 판결하는 사건이 아닌 다른 사건에까지 차별적으로 영향을 미치고자 한다면 이는 적절한 법적 근거가 필요하다. 법원의 판례는 독자적 법원이 아니기 때문에 일반적으로 입법과 동일한 차원에서 소급 여부를 자체적으로 선언할 수 없다. 그러므로 사법부가 법률상 근거 없이 판례변경의 효력의 시기를 조절하는 것은 권력분립 원칙 위반이며, 적법한 절차를 위반한 것으로 평가될 수 있다. 이에 따라 대상판결의 판례변경의 소급효 제한을 그대로 적용한 후속판결은 적법절차를 위반하여 기본권을 침해한 재판, 헌법과 법률을 위반하여 기본권을 침해한 재판으로 볼 수 있다.

나. 평등권을 침해하는 불합리한 차별

대상판결에 의하면, 대상판결의 선고일인 2024. 12. 19.까지의 통상임금과 2024. 12. 19. 이후의 통상임금이 달라질 수 있게 된다. 예를 들어, 재직조건부 정기상여금 지급 대상인 근로자가 2024. 12. 중 매일 연장근로를 하였더라도 정기상여금을 통상임금에 포함하여 재산정 후 지급되어야 할 연장근로수당 차액은 2024. 12. 19. 이후분에 한하여 발생한다. 만약, 해당 근로자가 대상판결 선고일까지 별다른 소송을 제기하지 않은 상태에서 연장근로수당을 청구하는 소를 제기하는 경우, 법원은 2024. 12. 19.까지 발생한 부분에 대해서는 기존 법리를 적용하여 재직조건부 정기상여금의 통상임금성을 부정하는 것으로 판시하게 된다.⁶⁷⁾ 이는 재판의 시기라는 우연한 사정에 의하여 동일한 근로자의 지위가 달라지게 되는 결과이다. 또한, 병행사건에 한하여 소급효를 적용하는 것은 ‘소 제기 여부’라는 우연한 사정에 따라 동일한 지위의 근로자를 차별 대우하는 것으로 평등권 침해의 소지가 있다.⁶⁸⁾ 합리적인 사유에 의한 차별이 허용될 수 있으나, 대상판결에서 제시한 신의칙이 과연 차별을 허용할 합리적 사유라고 할 수 있을지도 의문이다.

판례의 태도를 신뢰한 사람들을 보호하여야 한다는 명제 그 자체는 타당하다. 그러나 신의칙의 적용대상성의 관점에서는 대상판결이 신의칙을 이유로 근로자의 권리

65) 박진재, 앞의 글, 373면.

66) 조기영, 앞의 글, 131면.

67) 최정은, “통상임금 고정성 징표를 폐기하는 판례 변경의 소급효 제한”, 노동법학, 제93호(2025), 400-406면.

68) 당해사건에 소급적용을 인정한 것은 구체적 규범통제라는 재판작용의 관점에서, 그리고 병행사건에까지 소급효를 확대한 것 자체는 형평성의 관점에서 타당성이 있다. 그러나 이는 장래효를 취하는 바람에 발생하는 불합리를 시정하기 위한 방법에 불과하며, 소급효 원칙에 의하면 발생하지 않을 문제이다.

를 제한하는 것은 타당하지 않다. 우선, 신의칙 항변을 적용하여 통상임금성을 제한하는 것은 근로기준법의 강행규정성을 형해화시킨다.⁶⁹⁾ 근로기준법은 근로자보호를 위한 강행규정성을 가지기 때문에 신의칙 항변의 적용은 매우 엄격하게 이루어야 한다.⁷⁰⁾ 다음으로, 신의칙의 적용은 주로 금반언 원칙에 중점이 있는데,⁷¹⁾ 이 사건에서 신뢰의 공여주체가 근로자가 아니라는 점이다.⁷²⁾ 민사소송은 양당사자가 대립하는 구조이다. 만약 상대방이 어떠한 신뢰를 부여하였고, 다른 상대방이 그러한 신뢰에 기초하여 어떠한 행위하였을 때, 그 신뢰를 보호할 필요가 있다면 신뢰보호원칙에 의하여 신뢰를 공여한 당사자의 권리가 제한될 수는 있을 것이다.⁷³⁾ 그러나 대상 판결에서 통상임금의 고정성 요건에 대한 신뢰를 부여한 주체는 과거 잘못된 법인식에 의하여 판례를 형성한 법원이다. 그렇기 때문에 사용자의 신뢰를 보호하기 위해 근로자의 권리가 제한되어야 한다는 논리는 성립하지 않는다.

더욱이, 대상판결의 소급효 제한으로 인하여 권리가 제한되는 자들은 해당 소송 절차와는 전혀 무관한 불특정의 근로자들이다. 이는 재판을 통하여 구체적 사건의 당사자가 아닌 사람들의 권리행사가가능성 자체를 차단하는 것으로 사법작용의 한계를 벗어나는 것이 분명하다. 그러므로 대상판결 사안은 신의칙 적용대상이라 할 수 없고,⁷⁴⁾ 사용자의 신뢰보호가 차별을 허용할 합리적인 이유라고 볼 수도 없다.

다. 재산권 제한과 과잉금지원칙 위반

대상판결에 의하면, 동일한 임금체계 하에서 동일한 근로를 제공하였음에도 대상

69) 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 판결은 특정수당 등에 대해 통상임금으로서의 성격을 배제하기로 하는 당사자간의 약정이 강행규정위반으로 무효임을 선언하면서도, 그 지급을 구하는 근로자측의 청구가 신의칙에 반할 수 있다는 취지로 원심을 파기환송한 사안이다. 그러나 강행규정 위반으로 무효라는 항변에 대하여, 그 항변이 신의칙 위반이라고 판단하는 것은 강행규정 위반으로 무효인 약정을 유효한 것으로 인정하는 결과라는 점에서 타당하지 않다. 동판결의 소수의견 및 김제완, "통상임금성을 배제하는 노사합의와 신의칙 대상판결 : 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 퇴직금", 인권과 정의 제443호(2014). 97-98면.

70) 통상임금 소송에서의 신의칙항변은, 대법원 2015다217287 판결과 대법원 2016다7975 판결에서 그 적용요건을 더욱 엄격하게 하면서 신의칙 법리 자체가 사실상 폐기되는 수순에 이르렀다고 평가된다. 임상민, "명절상여금의 통상임금성과 통상임금소송에서의 신의칙항변: 대법원 2021. 12. 16. 선고 2016다7975 판결을 중심으로", 인권과 정의 제510호, 대한변호사협회(2022), 127-128면.

71) 김제완(2014), 앞의 글, 98면.

72) 대법원은 "민법상 신의성실의 원칙은 법률관계의 당사자는 상대방의 이익을 배려하여, 형평에 어긋나거나 신뢰를 저버리는 내용 또는 방법으로, 권리를 행사하거나 의무를 이행하여서는 아니 된다는 추상적 규범이다. 신의성실의 원칙에 위배된다는 이유로 그 권리의 행사를 부정하기 위하여는 상대방에게 신뢰를 공여하였다거나, 객관적으로 보아 상대방이 신뢰를 가짐이 정당한 상태에 있어야 하고, 이러한 상대방의 신뢰에 반하여 권리를 행사하는 것이 정의관념에 비추어 용인될 수 없는 정도의 상태에 이르러야 한다."고 설시한다. 2009. 11. 26. 선고 2009다37619 판결; 2007. 11. 29. 선고 2005다64552 판결; 2001. 5. 15. 선고 99다53490 판결; 2001. 7. 13. 선고 2000다5909 판결 등.

73) 이동진, 앞의 글, 1150면.

74) 다만, 개별사건에서 신의칙 항변이 고려될 수는 있다. 그 경우 신의칙 적용여부는 사용자의 경제적부담 증가라는 단순 우려가 아니라 사안별로 실질임금인상율, 기업의 당기순이익, 변동추이, 동원가능한 자금규모, 인건비 총액, 매출액 등의 구체적 수치를 살피고, 기업의 계속성·수익성, 기업이 속한 산업계의 전체적인 동향 등 기업운명을 둘러싼 여러사정을 판단요소로 하게 된다(대법원 2021. 12. 16. 선고 2016다7975 판결).

판결 선고일 이전에 제공한 근로에 대해서는 임금채권이 실질적으로 부정되는 결과가 발생한다. 이는 근로자가 이미 제공한 근로에 대한 대가로서 형성된 금전채권을 제한하거나 배제하는 효과를 가지므로, 헌법 제23조 재산권 침해의 소지가 있다. 대법원은 종전 판례에 대한 신뢰와 사용자 측의 법적 안정성을 고려하여 소급효 제한을 정당화하고 있으나, 그러한 공익적 고려가 근로자의 구체적 재산권을 전면적으로 배제할 정도로 우월한지 여부는 별개의 문제이다. 특히 동일한 법률관계에 있는 근로자 중 일부는 권리를 행사할 수 있고 일부는 행사할 수 없게 되는 구조는 단순한 권리 제한을 넘어 재산권의 본질적 내용을 침해할 가능성도 있다. 임금채권은 단순한 기대이익이 아니라 근로 제공과 동시에 발생하는 구체적이고 현실적인 권리라는 점에서 그 보호 필요성은 더욱 크다.

이를 기본권 제한의 과잉금지원칙에 따라 살펴본다. 대상판결은 판례변경의 소급적용이 초래할 수 있는 사회적 혼란과 사용자 측의 예측가능성 및 신뢰이익을 보호하기 위하여 선택적 장래효를 채택하였다. 이와 같은 법적 안정성 확보 및 신뢰보호는 법치주의로부터 도출되는 중요한 공익으로서, 그 목적 자체는 정당한 것으로 평가할 수 있다. 판례변경의 소급효 제한은 기존 판례에 대한 신뢰를 기초로 형성된 법률관계를 급격하게 변경하는 것을 방지한다는 점에서, 일정 부분 수단의 적정성도 있다. 과잉금지원칙은 결국 법익 형량의 문제이고, 대상판결이 노사관계의 법적 안정성과 기존 판례에 대한 신뢰라는 이익을 형량하여 소급효 제한을 선택하였으므로 명백히 자의적이라고 단정하기 어려운 점도 있다.

그러나 다음과 같은 점에서 침해의 최소성, 법익의 균형성을 충족한다고 보기는 어렵다. 선택적 장래효는 동일한 법률관계에 있는 근로자들 사이에서 소송 제기 여부 또는 재판 계속 여부를 기준으로 권리행사 가능성이 완전히 달라진다. 이는 개별 구체적 사정을 고려하지 않은 채 일률적으로 권리를 제한하는 것으로 침해의 최소성 원칙에 반한다고 볼 수 있다.⁷⁵⁾ 일괄적인 소급효제한 보다는 개별 사건에서 신의성실 원칙이나 소멸시효의 적용 등 보다 덜 침해적인 방법이 존재하기 때문이다.⁷⁶⁾ 보호되는 공익과 침해되는 사익 간의 균형도 인정하기 어렵다. 대상판결은 사용자 측의 신뢰보호와 법적안정성을 중시하여 근로자의 임금채권이라는 구체적 재산권을 광범위하게 제한하는 결과를 초래한다.⁷⁷⁾ 임금채권은 근로 제공과 직접적으로 결부된

75) 재판소원이 인용되더라도, 법원은 구체적 사안별로 신의칙이나 소멸시효 등의 법리를 통하여 이해관계를 조절함으로써 결과적으로 권리구제의 범위에서 차이가 없을 수도 있다. 그러나 법원은 재판소원을 인용한 헌법재판소의 결정 취지에 따라 재판을 다시 하여야 하므로, 적어도 소급효 제한을 이유로 더 이상 살펴보지 않고 기각하는 것이 아니라 사건을 실질적으로 들여다 보게 된다. 그것이 재판소원 인용결정의 기속력에 반하는 것이라고 볼 수 없고, 구체적 규범통제라는 법원의 역할에도 충실한 것이다.

76) 대법원은 판례변경 전의 종전 견해로 인해 권리행사가 사실상 어려웠다 하더라도 이는 법률상 장애에 해당하지 않는다고 본다(대법원 2010. 9. 9. 선고 2008다15865 판결 등). 임금채권의 3년 단기소멸시효(근로기준법 제49조)가 도과한 경우가 다수이므로 판례변경의 소급효 제한과 같은 효과가 발생한다. 다만, 소멸시효 기산점의 궁극적 판단기준은 '권리행사의 객관적·합리적 기대가능성'에 있고, 사실상 장애와 법률상 장애가 명확히 구별되는 것도 아니며 그 구별에 따른 시효 기산점 판단에 예외가 인정될 수도 있다(대법원 2026. 1. 22. 선고 2023다285162 전원합의체 판결)는 점에서 소멸시효의 도과 여부는 개별 사안에서 구체적으로 판단될 문제이다.

77) 개별 근로자를 기준으로 할때 재산정한 통상임금의 차액이 소액에 불과할 수 있으므로 침해의 정도가 크지 않다고 볼수도 있을 것이다. 그러나 기본급 외에 상여금이 높은 임금체계에서는 통상임금의 차액이 커지므로 그 침해의 정도가 더 중하다.

권리로서 그 보호 필요성이 매우 크며, 특히 이미 발생한 권리를 사후적으로 제한하는 것은 그 침해 정도가 중대하다. 반면 법적안정성과 사용자 측의 신뢰이익은 경제적 부담의 증가와 관련된 것이므로,⁷⁸⁾ 그 보호 필요성이 근로자의 권리구제에 비하여 절대적으로 우월하다고 보기는 어렵다.⁷⁹⁾

라. 병행사건 범위의 불분명

대상판결은 새로운 법리를 원칙적으로 장래에 적용하면서도, 예외적으로 당해 사건 및 판결 선고 당시 계속 중인 ‘병행사건’에 대해서는 소급 적용을 인정하였다. 그러나 병행사건의 범위와 기준은 명확하게 제시되어 있지 않다. 기존 소송 중이던 사건에서 판례 변경 이후 청구 취지를 확장하거나 소송물을 추가한 경우, 이를 병행사건으로 보아 소급효를 인정할 것인지 불명확하다. 이와 같은 불명확성은 동일한 사실관계에 있는 사건들 사이에서 법적 효과가 달라지는 결과를 초래할 수 있으며, 법적 안정성과 예측가능성을 저해하는 요인으로 작용한다. 또한 병행사건의 범위가 명확하지 않다는 점은 하급심 법원의 해석에 따라 서로 다른 판단이 내려질 가능성을 내포하고 있으며, 이는 동일한 법률문제에 대한 법적 통일성을 훼손할 우려가 있다.

헌법상 적법절차 원칙은 기본권을 제한하는 국가작용의 기준 자체가 명확하고 예측 가능할 것을 요구한다. 병행사건 해당 여부라는 불명확한 기준이 임금채권의 행사 가능 여부를 좌우한다면, 이는 기본권 제한의 요건을 수범자가 사전에 인식할 수 없게 만드는 것으로서 실질적 적법절차 위반에 해당한다. 이러한 병행사건 기준의 불명확성은 단순히 시기를 정하는 기술적 문제가 아니라, 법치주의의 핵심 요소인 명확성 원칙과 예측가능성 원칙에 대한 침해로 평가될 수 있다. 특히 병행사건 해당 여부가 소송의 제기 시점이나 절차적 진행 상황과 같은 우연적 요소에 의해 좌우될 수 있다는 점에서 자의적 차별이다. 차별하는 기준 자체가 불명확한 경우에는 그 차별이 합리적 근거에 의한 것이라고 할 수 없으므로 헌법 제11조 평등권 침해의 독자적 사유가 될 수 있다.

V. 결론: 향후 과제 및 제언

대상판결은 종래 통상임금 판단기준으로 기능해 온 고정성 요건을 폐기하고, 통상임금 개념을 소정근로의 대가성 중심으로 재정립하였다는 점에서 타당한 판례변경이다. 이는 통상임금 개념을 근로기준법 시행령의 문언과 강행규범의 취지에 부합하도록 정비하고, 사용자에게 의한 임금구조 설계를 통한 통상임금 회피 가능성을 차단하였다는 점에서 법리적·정책적 의의를 가진다. 그러나 대상판결이 채택한 판례변경의 선택적 장래효는 별개의 헌법적 문제를 야기한다. 대법원은 법적 안정성과 신뢰

78) 통상임금 재산정시 그 차액이 소액에 불과하다면 경제적 실익이 없어 현실적으로 소송으로 이어질 가능성이 크지 않다. 이 점에서 통상임금의 범위 확대로 법정수당의 추가 지급을 구하는 법적 분쟁이나 소송으로 인한 사회적 비용도 상당히 클 수 있다는 대상판결의 염려는 다소 추상적인 위험에 불과하다. 반면에 제한되는 임금채권은 소액이라고 하더라도 구체적인 권리이다.

79) 설현선 · 김제완, 앞의 글, 575면.

보호를 이유로 새로운 법리의 적용 범위를 제한하였으나, 이로 인하여 동일한 법률관계에 있는 근로자들 사이에 소송 제기 여부 및 시점에 따라 권리구제가 달라지게 된다. 그 결과 동일한 근로를 제공하고도 일부 근로자는 통상임금 확대에 따른 임금청구를 인정받는 반면, 다른 근로자는 그 권리를 행사할 수 없게 된다. 이는 이미 발생한 임금채권의 행사를 제한한다는 점에서 재산권 침해 문제와 병행사건이라는 불명확한 기준에 따라 권리구제 여부가 달라진다는 점에서 평등권·적법절차 원칙 등의 헌법상 기본권 침해 문제가 발생한다.

미국 연방대법원의 판례변경의 흐름에서 확인되는 선별적 장래효의 위헌성 및 이에 대한 반성적 조치에 비추어 보면, 대상판결이 통상임금의 본질을 소정근로의 대가로 재정립함으로써 ‘정당한 법 내용’을 명확히 한 이상 과거의 동일한 법률관계에도 새로운 법리를 소급 적용하는 것이 평등원칙과 사법작용의 본질에 부합한다. 더욱이, 통상임금 여부는 판례의 소급효 여부에 의하여서가 아니라 소정근로에 대한 대가라는 실질에 의하여 결정되어야 한다. 법령상 통상임금의 개념이 불확실하고, 통상임금성 판단에 대한 혼란이 계속된다면 입법적·정책적으로 통상임금의 개념을 재정립하여 보완하여야 할 것이지, 법원이 판결의 효력을 제한하여 조정할 것은 아니다. 사법부가 판례변경의 시적 효력 범위를 자율적으로 제한하는 것은 법적 근거가 없고, 사법권의 한계 및 권력분립 원칙에 반한다.

재판소원 제도가 실효적으로 운용된다면 대법원의 판례형성 권한은 ‘최종심’에서 ‘헌법적 통제와의 긴장 관계 속에 있는 사법 행위’로 재구성될 여지가 크다. 그렇다면 재판소원은 대법원이 판례변경의 효력 범위를 설정하는 과정에서도 보다 높은 수준의 헌법적 정당성을 갖출 것을 요구하는 규범적 장치로 기능할 수 있다. 다만, 대법원이 그 나름대로 법적 안정성과 신뢰보호라는 헌법적 가치를 형량하여 판례변경의 소급효를 제한하였다는 점에서, 본고에서의 기대와는 달리 헌법에 위반되지 않는 것으로 판단될 가능성도 배제할 수 없다. 그러므로 재판소원이 대법원의 판례형성 권한에 대한 실효적인 헌법적 통제수단으로 기능하기 위해서는 향후 다음과 같은 과제가 제시될 수 있다. 첫째, 판례변경의 소급효 제한에 관한 명확한 법적 기준의 정립이 필요하다. 현재와 같이 개별 판결에 의하여 사후적으로 효력 범위가 설정되는 구조는 예측가능성과 법적 안정성을 저해한다. 입법론적으로 현재법과 같이 민사소송법에 판례변경의 소급효를 제한하는 조항을 신설하는 방안이 논의될 수 있으나, 이는 원칙적으로 부정함이 타당하다. 헌법재판소법 제47조 제2항의 소급효 제한은 위헌결정이라는 특수한 맥락에서의 예외이고, 판례변경은 법률이 아닌 해석의 변경으로 그 성질을 달리하기 때문이다. 더욱이 소급효 제한의 법제화는 그 남용을 제도적으로 용인하고 평등원칙 위반을 고착시키는 결과로 이어질 우려가 있다. 예외적으로 도입을 허용하더라도, ① 판례변경으로 인한 사회·경제적 혼란이 중대하고 명백할 것, ② 당사자의 신뢰 보호 이익이 소급효 적용 이익을 현저히 초과할 것, ③ 소급 적용 제외의 범위를 최소한으로 한정할 것이라는 엄격한 요건 하에서만 인정되어야 할 것이다. 둘째, 선택적 장래효와 같은 일률적 효력 제한 방식에 대한 재검토가 필요하다. 판례변경에 따른 이해관계 조정은 개별 사안의 구체적 사정을 반영하는 방식으로 이루어지는 것이 바람직하며, 신의성실의 원칙이나 소멸시효 등 기존 법리를 활용한 탄력적 해결이 우선적으로 고려되어야 한다. 셋째, 재판소원 제도의 운용을 통하여 사법적 법형성에 대한 헌법적 통제 기준을 확립할 필요가 있다.

특히 판례변경의 시적 효력 설정이 재산권·평등권 등 기본권에 미치는 영향을 중심으로, 헌법재판소가 명확한 심사기준을 제시하는 것이 요구된다. 아울러, 재판소원 인용결정 이후의 후속 재판절차에 관한 입법적 정비가 필요하다. 현재법 제75조 제1항은 헌법소원 인용결정의 기속력을 규정하고 있으나, 법원의 재판을 취소하는 인용결정이 있는 경우 해당 사건이 어떠한 절차로 법원에 환송·재개되는지, 이미 확정되어 기판력이 발생한 재판과의 관계를 어떻게 처리할 것인지에 관하여는 명문의 규정이 없다. 이러한 절차적 공백은 재판소원 인용결정이 있더라도 그 실효성을 담보하기 어렵게 만들 수 있으므로, 향후 현재법 또는 민사소송법 개정을 통하여 인용결정 이후의 재판 재개절차를 명확히 규정할 필요가 있다. 판례변경의 소급효 제한은 단순히 법적 안정성과 신뢰보호의 문제에 그치는 것이 아니라, 사법권의 한계와 기본권 보호라는 헌법적 문제로 귀결된다. 향후 입법적 보완과 헌법적 통제를 통하여, 판례변경의 효과가 실질적 정의와 법적 안정성 사이에서 보다 균형 있게 조정될 필요가 있다.

■ **주제어:** 재판소원, 판례변경의 선택적 장래효, 통상임금, 평등원칙, 적법절차

[참고문헌]

1. 국내 문헌

[단행본]

로랜스 M. 프리드만 저/안경환 역, 『미국법의 역사』, 청림출판, 2006.

헌법재판연구원, 『적법절차원칙의 발전과 주요 헌법적 쟁점에 관한 연구』, 2023.

논문

권혁, "통상임금의 개념적 모호성 해소를 위한 입법정책적 과제", 『사회법연구』, 2025.

김성돈, "판례의 의의와 '판례변경판례'의 소급효", 『형사법연구』 제27권 제4호, 2015.

김제완, "단체법리의 재조명 : 종중재산의 법적 성격", 『인권과 정의』, 제355호, 2006.

_____, "통상임금성을 배제하는 노사합의와 신의칙 대상판결: 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 퇴직금", 『인권과 정의』, 제443호, 2014.

_____, "형사사건 변호사 성공보수약정 무효화에 대한 비판적 고찰", 『인권과 정의』, 제457호, 2016.

김종덕, "불리한 판례변경과 소급효 금지원칙의 적용에 관한 고찰", 『법학연구』 제55권, 2014.

김종철, "사법제도의 개정 필요성과 방향", 『헌법학연구』 제16권 제3호, 2010.

김철수, "한국헌법재판제도의 개선방향", 『법학논집』 제4권 제2호, 이화여대, 1999.

김하열, "재판에 대한 헌법소원의 필요성과 범위", 『헌법학연구』 제16권 제4호, 2010.

김현철, "사법부 구조개혁에 관한 연구 - 헌법재판소와 대법원의 갈등관계를 중심으로", 『법학연구』 제30권 제3호, 2020.

김홍영, "통상임금의 고정성 기준에 관한 재검토", 『노동법학』 제71호, 2019.

남복현, "재판소원에 있어 한국과 독일의 비교연구", 『헌법학연구』 제29권 제3호, 2023.

박경철, "우리 헌법질서에서 재판소원금지의 위헌성", 『공법연구』 제30집 제3호, 2002.

박진재, "부당한 장래적 판례변경 - 대법원 2024. 12. 19. 선고 2020다247190, 2023다302838 전원합의체판결 -", 『민사소송』 제29권 제1호, 2025.

박해선·김제완, "종중재산의 분배결의에 대한 법적 평가 : 종중제도의 건전한 발전을 위한 해석론 - 대법원 2022. 2. 24. 선고 2021다293015 판결", 재산법연구 제43권 제1호, 2026.

박홍우, "대법원과 헌법재판소의 권한배분", 『헌법재판의 회고와 전망』, 헌법재판소, 1998.

배현미·최진술·김제완, "제사주제자의 유골인도청구권을 인정한 판례 법리에 대한 비판적 고찰 -영미법상 사체(死體)·유해(遺骸) 관련 법리의 시사점-", 가족법연구 제36권 제2호, 2022.

서경미, "위헌심사기준으로서 적법절차원칙의 적용 범위", 『헌법재판연구』 제12권 제1호, 2025.

설현선·김제완, "통상임금의 고정성 요건에 관한 판례변경의 소급효 제한: 제한의 요건과 적용범위에 대한 비판적 고찰 - 대상판결: 대법원 2024. 12. 19. 선고 2020다247190 전원합의체 판결, 대법원 2024. 12. 19. 선고 2023다302838 전원합의체 판결 -", 법학연구 제37권 제2호, 충남대학교, 2026.

손형섭, "사법제도 개혁을 위한 헌법 구조적 대안 연구 - 헌법재판소법 개정을 통한 재판소원 제도 도입론", 『공법연구』 제48권 제1호, 2019.

송민경, "판례의 규범력에 관한 연구", 『저스티스』 제167호, 2018.

윤진수, "미국법상 판례의 소급효 - 우리 법상 위헌결정의 소급효와 관련하여 -", 『저스티스』

- 스』 제28권 제1호, 한국법학원, 1995.
- _____, “한국 대법원의 형사사건 성공보수 판결: 일반조항, 사법적극주의 그리고 장래적 판례 변경”, 『법철학연구』, 제23권 제2호, 2020.
- 이달휴, “근로기준법령상 임금과 통상임금”, 『노동법논총』 제64권, 2025.
- 이동진, “판례변경의 소급효”, 『민사판례연구』, 2014.
- 이동훈, “헌법재판에서 변형결정의 기속력”, 『공법학연구』, 2016.
- 이우영, “미국법상 판례변경의 소급효 및 그 제한의 법리에 대한 헌법적 분석 - 미국법 초기에서 Sunburst판결(1932)까지의 법리의 변천 과정 -”, 『서울대학교 법학』 제54권 제3호, 2013.
- 이철수, “통상임금에 관한 최근 판결의 동향과 쟁점 - 고정성의 딜레마”, 『서울대학교 법학』 제54권 제3호, 2013.
- 이희훈, “헌법재판소법상 재판소원 금지규정에 대한 연구”, 『헌법학연구』 제15권 제3호, 2009.
- 임상민, “통상임금과 고정성 - 대법원 2024. 12. 19. 선고 2020다247190 전원합의체 판결과 대법원 2024. 12. 19. 선고 2023다302838 전원합의체 판결을 중심으로”, 『사법』 제73호, 2025.
- _____, “명절상여금의 통상임금성과 통상임금소송에서의 신의칙향변: 대법원 2021. 12. 16. 선고 2016다7975 판결을 중심으로”, 인권과 정의 제510호, 대한변호사협회, 2022.
- 정문식, “헌법상 적법절차 원칙 - 헌법재판소 결정에 나타난 적법절차 원칙 적용의 문제를 중심으로”, 『외법논집』 제44권 제3호, 2020.
- 조기영, “판례변경과 소급효금지의 원칙”, 『동북아법연구』 제11권 제1호, 2017.
- 차진아, “재판소원의 도입 필요성과 인정범위에 관한 연구”, 『고려법학』 제60호, 2011.
- 최정은, “통상임금 고정성 징표를 폐기하는 판례 변경의 소급효 제한”, 『노동법학』 제93호, 2025.
- 허완중, “법률의 위헌결정의 기속력에 관한 헌법재판소와 대법원의 이해에 관한 비판적 고찰”, 『헌법학연구』 제29권 제4호, 2023.
- 허전, “법원의 재판에 대한 헌법소원”, 『헌법학연구』 제5집 제1호, 1999.
- 홍완식, “재판소원의 기본권보장에의 실용성”, 『공법연구』 제29집 제2호, 2001.
- 홍종현, “재판소원의 범위와 그 한계”, 『고려법학』 제56호, 2010.

[기타]

- 헌법재판소법 일부개정법률안(법제사법위원회 대안), 의안번호 제2214939호, 제안일자 2026. 2. 26.
- 리걸타임즈, “재판소원 사전심사 통과 1건도 없어”, 2026년 4월호(통권 제203호).

2. 외국 문헌

- McGinnis, John O. & Rappaport, Michael B., “An Originalist Approach to Prospective Overruling”, 99 Notre Dame L. Rev. 425 (2023).
- Shannon, Bradley Scott, “The Retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions”, 26 Harv. J.L. & Pub. Pol’y 811 (2003).

[Abstract]

**Major Constitutional Issues in Constitutional Complaints
Against Court Judgments Under the Amended Constitutional
Court Act**

**– Focusing on En Banc Decisions of the Supreme Court of Korea
Limiting the Retroactive Effect of Changes in Civil Precedent –**

LEE, YEONI* · KIM, Jewan**

The en banc decisions of the Supreme Court of Korea rendered on December 19, 2024 (2020Da247190 and 2023Da302838) abolished the “fixedness” requirement, which had functioned for more than a decade as a central criterion for determining ordinary wages following the Court’s 2013 en banc decision. At the same time, the Court adopted so-called “selective prospectivity,” under which the newly established doctrine was applied retroactively only to the cases before the Court and similarly situated pending cases, while excluding its application to all other cases. Although the decisions appropriately redefined the concept of ordinary wages in accordance with the nature of compensation for regular and contractual work, the arbitrary restriction of the temporal effect of precedent constitutes an impermissible exercise of judicial lawmaking. Moreover, by differentiating workers’ wage claims on the basis of contingent factors such as whether litigation had already been initiated or the timing of judicial decisions, the rulings raise serious constitutional concerns.

Historically, there had been no institutional mechanism for challenging judgments of the Supreme Court on constitutional grounds. However, the amended Constitutional Court Act, which entered into force on March 12, 2026, introduced a constitutional complaint against court judgments, thereby opening the possibility of constitutional review over judicial decisions. Against this institutional backdrop, this article examines the doctrinal problems arising from the restriction on retroactivity adopted in the target decisions and explores both the possibility of constitutional complaints challenging subsequent judgments applying such restrictions and the principal constitutional issues likely to arise in constitutional adjudication.

The limitation on retroactivity adopted in the target decisions closely resembles the structure of selective prospective overruling formerly recognized by the Supreme Court of the United States. The three-factor balancing framework

* 1st Author, lawyer of Lawfirm Hanseo/Ph.D.in Law

** Correspondent Author, Professor, Korea University School of Law.

established in *Chevron Oil* for limiting the retroactive application of judicial decisions remained influential for approximately two decades. By the 1990s, however, selective prospectivity came under strong criticism on the grounds that it conflicted with the essential nature of judicial decision-making and violated the principle of equality, ultimately leading the Court to return to the general rule of retroactivity. Thereafter, limitations on retroactivity came to be recognized only in exceptional circumstances under highly restrictive standards, while preference was given to case-specific adjustments. In contrast, the examples of prospective overruling adopted by the Korean Supreme Court, including the target decisions, uniformly impose blanket restrictions on retroactive application. Because prospective overruling is fundamentally in tension with the judicial function and carries the risk of infringing constitutional rights such as equality, it requires particularly cautious scrutiny.

The selective prospectivity adopted in the target decisions is unconstitutional for several reasons. First, the judiciary's determination of the temporal effect of precedent amounts to judicial legislation, thereby violating the principles of separation of powers and due process. Second, treating workers in identical legal relationships differently on the basis of accidental factors such as the timing or existence of litigation constitutes discrimination without a reasonable basis and therefore violates the principle of equality. Third, even though less restrictive alternatives—such as the application of the good-faith doctrine or statutes of limitation in individual cases—remain available, the blanket restriction of retroactivity uniformly limits workers' wage claims and therefore constitutes an infringement of property rights that fails to satisfy the requirements of minimal impairment and proportionality. Fourth, the ambiguity surrounding the scope of “similarly situated pending cases” creates the possibility of arbitrary distinctions and is inconsistent with the constitutional requirement of legal clarity. If constitutional complaints against court judgments operate effectively, they may serve as an important constitutional mechanism for controlling judicial lawmaking. To ensure their effectiveness, however, clear legal standards governing limitations on the retroactive application of judicial decisions must be established, together with legislative reforms concerning subsequent judicial proceedings following decisions sustaining constitutional complaints.

- **Key Words:** Constitutional Complaint Against Court Judgments; Selective Prospectivity; Ordinary Wage; Principle of Equality; Due Process of Law

학교 밖 청소년의 전국연합학력평가 응시신청에 대한 거부행위의 처분성

- 서울행정법원 2026. 3. 26. 선고 2025구합54638 판결에 대한
평석을 곁하여 -

임종욱*

논문요지

본고는 학교 밖 청소년의 전국연합학력평가 응시신청에 대한 교육감의 거부통보가 항고소송의 대상인 '처분'에 해당하는지 다룬 서울행정법원 2026. 3. 26. 선고 2025구합54638 판결을 비판적으로 검토한다. 대상판결은 헌법상 교육을 받을 권리와 학교밖청소년법의 취지 등을 바탕으로 원고들에게 전국연합학력평가 응시를 요구할 법규상 또는 조리상 신청권이 인정된다고 보아 이 사건 통보의 처분성을 긍정하였다.

대상판결의 이러한 판단은 거부처분의 요건으로 법규상 또는 조리상 신청권을 요구하는 대법원 판례를 따른 것이나, 대상판결을 포함한 하급심 판결들이 거부행위의 처분성을 판단할 때 신청권 유무에 지나치게 집중하는 경향이 있음을 지적하였다. 판례를 따르더라도 거부처분이 성립하려면 신청권뿐만 아니라 거부행위로 인해 신청인의 법률관계에 실제적 변동이나 중대한 지장이 초래되어야 한다. 전국연합학력평가는 종료 후 문제와 정답, 통계자료가 모두 공개되고 대학입시에 활용되지 않는 등 어떠한 활용방안도 없으므로 응시를 거부당했다고 해서 원고들의 법률상 보호받는 지위나 권리행사에 본질적인 훼손이 발생했다고 보기는 어려우나, 대상판결은 이에 대하여는 충분한 이유를 제시하지 않았음을 지적하였다.

또한 대상판결은 학교밖청소년법 등 관계 법령에 명문의 신청 규정이 없음을 인정하면서도 헌법상 교육을 받을 권리, 차별금지의 요청, 학교 밖 청소년에 대한 교육지원 필요성 등을 근거로 신청권을 인정하였다. 그러나 이러한 논리는 법규상 신청권과 조리상 신청권의 경계를 불명확하게 하고, 법규상 신청권의 존재의미를 퇴색시킨다는 문제가 있다. 결론적으로 학교 밖 청소년들에게 전국연합학력평가에 응시할 기회를 부여할 필요가 있다는 점에는 반대하지 않으나 사법적 판단은 엄격하게 이루어질 필요가 있다.

· 논문제출: 2026. 07. 02. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

* 케이티클라우드, 변호사, 법학박사

[대상판결]

I. 사실관계

원고들은 고등학교 재학 중 또는 중학교 재학 중 자퇴한 청소년으로, 학교 밖 청소년 지원에 관한 법률(이하 ‘학교밖청소년법’이라 함)에서 정한 학교 밖 청소년에 해당한다.

피고 서울특별시교육감, 경기도교육감, 부산광역시교육청학력개발원장(이하 ‘피고 교육감들’이라 함)은 초·중등교육법 제9조 제1항 등에 근거하여 고등학교 재학생을 대상으로 하는 학업성취도평가인 전국연합평가를 운영·시행하고 있다.

원고들을 포함한 학교 밖 청소년 7인은 2025. 3. 10.경 피고 교육감들이 시행하는 전국연합평가에 응시하고자 한다는 신청서를 제출하였는데, 피고 교육감들은 2025. 4. 7. 원고들을 포함한 응시신청자들에게 ‘전국연합학력평가는 고등학교 재학 중 희망 학교 및 희망 학생만을 대상으로 하므로 고등학교 재학생이 아닌 자들의 응시 신청을 받아들일 수 없다’는 취지로 거부통보하였다(이하 원고들의 응시신청을 ‘이 사건 응시신청’, 피고 교육감들의 거부통보를 ‘이 사건 통보’라 함).

이에 원고들은 2025. 7. 4. 피고 교육감들 및 전국시도교육감협의회장을 상대로 이 사건 통보 및 2025학년도 전국연합학력평가 시행기본계획 중 시행대상을 고등학교 1, 2, 3학년으로 정한 부분의 취소를 구하는 소를 제기하였다.

II. 판결의 요지

1심 법원은 2026. 3. 26. 원고들의 청구 중 전국시도교육감협의회장을 피고로 하는 부분 및 2025학년도 전국연합학력평가 시행기본계획 중 시행대상을 고등학교 1, 2, 3학년으로 정한 부분의 취소를 구하는 부분을 각 각하하였으며, 이 사건 통보의 취소를 구하는 청구를 인용하였다.¹⁾ 이 중 원고들의 청구를 인용한 이유는 다음과 같다. (i) 원고들에게 전국연합학력평가 응시를 허가하여 줄 것을 신청할 법규상 신청권이 인정되고, (ii) 향후 전국연합학력평가의 응시를 신청하는 학교 밖 청소년들과 피고 교육감들 사이에서 유사한 사안이 반복될 것으로 보이므로 이 사건 통보의 위법성의 확인 내지 법률문제의 해명이 필요하여 소의 이익이 인정되며, (iii) 피고 교육감들이 학교 밖 청소년들에게 전국연합학력평가의 응시기회를 부여할 것인지는 재량의 영역이나 공익과 사익을 비교형량하였을 때 그 기회를 부여하지 않는 것은 재량권을 일탈·남용한 경우에 해당한다.

이러한 이유로 대상판결은 이 사건 통보가 거부처분에 해당하고 그 거부처분은 위법하다고 판단하였는데²⁾ 각 판단의 구체적인 이유는 다음과 같다.

우선 이 사건 통보가 항고소송의 대상인 처분에 해당하는지에 관하여, 대상판결은

1) 서울행정법원 2026. 3. 26. 선고 2025구합54638 판결. 이하 본문에서 ‘대상판결’이라 함.

2) 당사자들이 항소하지 않아 1심 판결로 확정되었으며, 본고의 주제는 거부처분이므로 대상판결에서 그 이외의 부분에 대하여는 평석의 범위에서 제외하고 본고에서도 다루지 않는다.

이 사건 통보는 원고들의 전국연합학력평가 응시 신청을 거부하는 것으로 처분에 해당하기 위하여는 응시를 요구할 법규상 또는 조리상 신청권이 있어야 한다는 대법원의 기존 입장을 따르고 있다. 대상판결은 학교밖청소년법 및 관계법령에서 학교 밖 청소년들이 전국연합학력평가를 응시할 수 있는 신청권 자체에 대하여는 별도의 규정을 두고 있지 않다고 판단하면서도 (i) 전국연합학력평가의 시행 근거인 초·중등교육법 제9조 제1항은 학교에 재학 중인 학생을 대상으로 학업성취도를 측정하기 위한 평가를 할 수 있다는 조항일 뿐 학교에 재학 중인 학생이 아닌 자의 학업성취도 평가를 위한 신청권을 배제하는 의미가 아니라는 점, (ii) 학교 밖 청소년이라는 이유로 신청권조차 인정하지 않는 것은 헌법 제31조 제1항 및 학교밖청소년법 등 관계법령에서 정한 학교 밖 청소년들에 대한 차별 금지 의무에 반하는 점, (iii) 이 사건 통보가 처분이 아니라고 볼 경우 이를 달리 다룰 수 있는 방법이 없어 보이는 점 등을 근거로 원고들에게 전국연합학력평가 응시를 허가하여 줄 것을 신청할 법규상 신청권이 인정된다고 판단하였다.

다음으로 이 사건 통보의 취소를 구할 법률상 이익과 관련하여, 재판이 진행되며 원고들이 응시하기를 희망한 2025학년도에 실시되는 전국연합학력평가는 이미 종료되었음이 명백하다. 다만, 대상판결은 본안판단을 하지 않는다면 유사한 사안이 반복될 것으로 보이므로 이 사건 통보의 위법성의 확인 내지 법률문제의 해명이 필요한 경우에 해당하여 여전히 이 사건 통보의 취소를 구할 법률상 이익이 있다고 판단하였다.

마지막으로 대상판결은 전국연합학력평가의 대상과 방법, 시기 등을 결정하는데 재량을 가지므로, 시행대상을 고등학교 재학생으로 한정하고 학교 밖 청소년 등에게 그 응시기회를 부여하지 않은 것이 당연히 위법한 것은 아니라고 전제하였다. 다만, (i) 학교 밖 청소년들에게도 전국연합학력평가에 응시하여 수능 적응력을 제고하고 진로계획 수립을 위해 학업 성취도에 관한 자료를 제공받을 필요성은 고등학교 재학생과 동일하며, (ii) 학교 밖 청소년들의 숫자가 늘어나고 있는 상황에서 학교 밖 청소년들에 대한 교육지원의 의무가 있는 피고 교육감들에게도 적절한 평가자료를 제공할 방법이 될 수 있고, (iii) 비록 전국연합학력평가의 문제지, 정답지, 해설지를 공개한다고 하더라도 감독관의 감독 하에 다른 학생들과 함께 동시에 문제를 풀고 답안을 작성하는 경험과 동일하다고 할 수 없으므로 고등학교 재학생보다 현저히 불리한 위치에 있음은 부인하기 어렵고, (iv) 학교 밖 청소년들과 고등학교 재학생을 다르게 취급할 합리적인 이유가 없으며, (v) 피고 교육감들이 주장하는 행정적, 재정적 부담만으로는 이 사건 응시신청을 전면적으로 제한할 합리적인 이유가 없다고 보아 이 사건 통보가 재량권을 일탈·남용하여 위법하여 취소되어야 한다고 판단하였다.

[평석]

I. 서론

대법원은 어떠한 거부행위가 처분성을 지니기 위하여는 법규상 또는 조리상 신청권이 필요하다고 판시하고 있으며, 대상판결 역시 원고들에게 신청권이 있는지를 판

단한 다음 본안심사로 나아가 거부처분취소소송의 전형적인 모습을 보이고 있다. 이미 거부처분과 그 요건으로서의 신청권에 대한 선행연구들이 이루어졌으나, 본고의 핵심 질문은 학교 밖 청소년의 전국연합학력평가 응시기회 보장 필요성이 거부행위의 처분성 인정으로 곧바로 이어질 수 있는지, 그리고 대상판결이 그 연결을 법리적으로 정당화하였는지에 있다. 이에 본고는 신청권 그 자체에 대한 이론적인 비판보다는 대상판결을 중심으로 하급심에서 거부행위의 처분성을 판단하는 과정과 신청권의 존부를 판단하는 논증과정을 비판적으로 검토하여 선행연구와의 차별성을 갖추고자 한다.

이하에서는 거부처분의 요건으로 신청권을 요구하는 판례의 입장을 정리하고 이에 대한 학계의 견해를 살펴본다. 그리고 2025년 선고된 하급심 판결들을 중심으로 거부행위의 처분성을 어떤 기준으로 판단하고 있는지 정리한다(Ⅱ). 다음으로 대상판결은 원고들에게 전국연합학력평가에 응시할 법규상 신청권을 인정하였는데, 판례에서 설명하는 거부처분의 요건을 중심으로 대상판결의 논증을 따라가 전국연합학력평가 응시신청에 대한 거부행위가 처분성을 지니는지 검토한 다음(Ⅲ), 본고를 마무리하고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 거부처분의 성립요건과 신청권

1. 거부처분의 성립에 대한 대법원 판례의 입장

최초로 거부처분의 요건으로 신청권을 언급한 판결은 지역주민의 도시계획시설결정변경신청에 대한 거부통지가 항소소송의 대상인지를 판단한 대법원 1984. 10. 23. 선고 84누227 판결로 보인다. 해당 대법원 판결은 “거부처분도 항고소송의 대상이 될 수 있으나 거부행위가 행정처분이 된다고 하기 위하여는 국민이 행정청에 대하여 그 신청에 따른 행정행위를 해줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 하는 것이며, 이러한 근거없이 한 국민의 신청을 행정청이 받아들이지 아니한 경우에는 이를 행정처분이라고 할 수 없다”고 판시하였다.

대법원 84누227 판결의 판례해설과 선행연구들을 살펴보면 (i) 국민이 신청한 처분에 대하여 행정청이 이를 거부하는 결정을 하였더라도 그러한 거부결정이 모두 행정처분인 ‘거부처분’이 된다고 보기는 어렵다는 인식 하에 거부행위가 신청인의 신청권을 침해하였거나 법적이익에 어떠한 영향을 준 경우에 처분성을 인정하겠다는 판단과³⁾ (ii) 대법원 84누227 판결이 선고될 당시의 행정소송법(1963. 5. 2. 법률 제1339호로 개정되고 1984. 12. 15. 법률 제3754호로 개정되기 전의 것)은 처분의 개념을 정의하고 있지 않아 거부처분이 무엇인지 밝혀 무엇이 항고소송의 대상이 되는 거부처분인지 구분할 필요성이 있었으며⁴⁾, (iii) 도시계획의 특성을 고려하였을 때 지역주민의 계획변경 요구에 대한 행정청의 거부를 일반적으로 취소소송의 대상에서 배제할 법

3) 손지열, “거부처분의 행정처분성”, 「대법원 판례해설」, 제3호(1984), 171-172면.

4) 김중권, “국토이용계획변경신청권의 예외적 인정의 문제점에 관한 소고”, 「행정판례연구」, 제10권(2005), 51면; 이은상, “거부처분에서의 신청권은 사명을 다하였는가”, 「행정법연구」, 제63호(2020), 68면.

리적 근거가 필요하였을 것⁵⁾이라는 점을 대법원이 거부처분에 신청권이라는 요건을 도입하게 된 배경으로 추정해볼 수 있다.

이처럼 대법원 84누227 판결에서 거부처분의 요건으로 신청권을 언급한 이래로 다수의 대법원 판례를 통해 거부행위가 처분성을 지니기 위하여는 ‘신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용일 것’, ‘거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으킬 것’, ‘국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있을 것’이라는 3가지 요건으로 구체화되었다.⁶⁾ 최근에는 거부처분의 요건으로 신청권을 언급하지 않고 행정소송법상 처분개념에 기초하여 판단하는 경우도 확인되나⁷⁾ 여전히 주류적인 판례는, 특히 하급심 판결에서는 거부처분의 성립요건으로 신청권을 요구하고 있다.

대법원은 이처럼 거부처분의 전제요건이 되는 신청권의 존부를 “구체적 사건에서 신청인이 누구인가를 고려하지 않고 관계 법규의 해석에 의하여 일반 국민에게 그러한 신청권을 인정하고 있는가를 살펴 추상적으로 결정되는 것이고, 신청인이 그 신청에 따른 단순한 응답을 받을 권리를 넘어서 신청의 인용이라는 만족적 결과를 얻을 권리를 의미하는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 국민이 어떤 신청을 한 경우에 그 신청의 근거가 된 조항의 해석상 행정발동에 대한 개인의 신청권을 인정하고 있다고 보여지면 그 거부행위는 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보아야 할 것이고, 구체적으로 그 신청이 인용될 수 있는가 하는 점은 본안에서 판단하여야 할 사항”이라고 판시하여⁸⁾ 신청권을 대상적격의 문제로 이해하고 있다.

2. 신청권과 관련한 학설

이와 같이 거부처분이 성립하기 위하여 신청권이 필요하다는 판례에 대해 견해가 대립된다. 이에 찬성하는 견해는 신청권의 존부는 구체적 사건에서 신청인이 누구인지 고려하는 것이 아니라 관계법규의 해석에 의하여 일반국민에게 그러한 신청권이 인정되는지를 추상적으로 결정하는 것이고, 이러한 신청권은 신청의 인용이라는 만족적 결과가 아니라 신청에 따른 응답을 받을 권리(소위 ‘형식적 신청권’)를 의미하는 것이라고 하며 신청권을 대상적격의 문제로 본다.⁹⁾ 또한 신청권을 거부처분이 성립하기 위한 일반·추상적인 개념으로 이해하여 대상적격의 문제로 보고 신청권과 원고의 주관적 관련성 유무를 대상적격이 아닌 원고적격의 문제로 이해한다면 판례의 논리구조를 수긍할 수 있다고 평가하는 견해도 있다.¹⁰⁾

그러나 다수의 견해는 이러한 판례에 비판적인 입장을 보인다. 이들 견해는 (i) 거부행위가 처분에 해당하는지는 행정소송법 제2조 제1항 제1호에서 정의하고 있는 처분개념에 기초하여 판단하는 것이 논리적이고 행정소송법에서 처분을 정의하고 있는

5) 이은상, 앞의 논문, 68면.

6) 대법원 1998. 7. 10. 선고 96누14036 판결에서 이와 같은 3가지 요건을 구체화하였고 그 후 대법원 2002. 11. 22. 선고 2000두9229 판결, 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011두25449 판결, 대법원 2017. 6. 15. 선고 2013두2945 판결 등 다수의 판결에서 이를 따르고 있다.

7) 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두47492 판결; 대법원 2018. 9. 28. 선고 2017두47465 판결 등.

8) 대법원 1996. 6. 11. 선고 95누12460 판결; 대법원 2016. 11. 10. 선고 2016두44674 판결 등.

9) 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2024, 1335-1336면.

10) 하명호, 「행정쟁송법」, 박영사, 2026, 218면.

취지에 부합한다거나¹¹⁾, (ii) 대상적격은 객관적·외형적으로 판단하여야 하는데 신청권은 이를 넘어 개인의 개별·구체적인 사정을 고려해야만 판단할 수 있으므로 대상적격이 아닌 원고적격의 문제라고 지적하거나¹²⁾, (iii) 행정소송법에서 신청권을 처분의 요건으로 정하고 있지 않음에도 이를 추가로 요구하는 것은 사법심사의 가능성을 좁혀 국민의 권리구제에 불이익하고 특히 조리상 신청권은 그 판단기준이 불명확하여 법원이 자의적으로 사법심사의 대상을 선택할 수 있다는 점¹³⁾ 등을 주로 지적한다.¹⁴⁾ 그 외에도 신청권의 요구가 대상적격을 협소하게 하여 권리구제에 불이익하다는 문제를 지적하면서도 적극적인 법해석을 통해 법규상 신청권을 확장하여 이러한 문제를 해결하는 것이 우선이라는 견해도 존재한다.¹⁵⁾

생각건대 신청권이 존재하는지 여부는 신청인의 구체적인 사정을 고려할 수밖에 없음을 고려하면 대상적격의 문제라고 보긴 어렵다.¹⁶⁾ 행정소송의 대상적격은 주관적인 사정이 아닌 객관적·외형적으로 판단하여야 하므로 신청인의 주관적인 사정을 고려하는 신청권은 대상적격이 아닌 원고적격의 문제에 해당한다. 또한 행정소송법에서 무엇이 처분인지 정의하고 있는 이상 더 이상 거부처분의 요건으로 신청권을 고집할 이유도 없어 행정소송법상 처분개념에 부합하는지를 기준으로 판단하면 족할 것이다.

3. 거부처분과 관련한 하급심 판결의 경향

하급심에서 법규상 또는 조리상 신청권을 인정하거나 인정하지 않아 거부처분이 성립 또는 성립하지 않는다고 판단한 판결이 대법원에서 신청권의 존부를 다르게 판단하여 파기되곤 한다.¹⁷⁾ 심급제도가 존재하는 이상 하급심과 상급심의 판단이 다른 것은 당연한 일이나 하급심에서 거부행위의 처분성을 판단하는데 법규상 또는 조리상 신청권의 존부에 지나치게 많은 비중을 두고 있음을 언급하지 않을 수 없다.

대법원은 거부처분의 요건으로 ‘신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용일 것(아래 표에서 ①요건)’, ‘거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으킬 것(아래 표에서 ②요건)’, ‘국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 있을 것(아래 표에서 ③요건)’으로 3가지를 들고 있다. 아래 표는

11) 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2024, 1109-1110면.

12) 박정훈, 「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2006, 86~87면.

13) 김동희·최계영, 「행정법I」, 박영사, 2024, 700-701면.

14) 그 외에도 비판적인 입장으로는 김남철, 「행정법강론」, 박영사, 2024, 877면; 장혜진, “거부처분과 신청권에 대한 고찰”, 「법과 정책」, 제27권 제2호(2021), 161-163면; 이상덕, “거부처분의 인정요건으로서의 ‘신청권’이론에 대한 비판적 고찰”, 「사법」, 제55권(2021), 1063-1065면; 신국미, “등록사항정정신청에 대한 거부행위의 처분성”, 「한국지적정보학회지」, 제24권 제1호(2022), 41면 등.

15) 이은상, 앞의 논문, 83-84면.

16) 대법원 역시 신청권을 판단함에 있어 원고의 주관적인 사정을 고려하고 있다. 특히 조리상 신청권을 인정할 때 그러한 경우가 많으며 관련된 판례로 대법원 1997. 10. 10. 선고 96누4046 판결; 대법원 2003. 9. 23. 선고 2001두10936 판결; 대법원 2017. 6. 15. 선고 2013두2945 판결 등

17) 하급심에서 신청권을 인정하였으나 대법원에서 부정한 사례로 대법원 2014. 7. 10. 선고 2012두22966 판결(원심 서울고등법원 2012. 9. 19. 선고 2011누44701 판결). 반대로 하급심에서 신청권을 부정한 예로서 대법원에서 인정한 사례로 대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두20638 판결(원심 대전고등법원 2007. 9. 20. 선고 2007누861 판결).

2025년 서울행정법원 및 서울고등법원에서 선고한 판결 중 거부처분의 처분성이쟁점이 된 판결들로 처분성을 판단함에 있어 신청권에 대한 논증이 차지하는 비중을 글자수를 기준으로 정리한 것이다.¹⁸⁾¹⁹⁾ 거부처분이 성립하기 위하여는 3가지 요건이 모두 충족되어야 하는데, 하급심 판결들을 살펴보면 신청권의 존부를 판단하는데 집중하는 경향을 볼 수 있다.

[표 1] - 2025년 선고된 거부처분 관련 하급심 판결

순 번	판례번호	신청권의 판단비중(자수)(%)	신청권 인정여부 및 판단한 요건·순서
1	서울행정법원 2025. 11. 28. 선고 2025구합1532 판결(기타)	309/309(100%)	인정 / ③
2	서울행정법원 2025. 11. 14. 선고 2025구합51315 판결 [독립유공자포상추천거부처분취소청구의소]	318/617(51%)	불인정 / ③②
3	서울행정법원 2025. 1. 21. 선고 2024구합54782 판결 [공익신고자보호신청각하및기각결정취소]	204/204(100%)	불인정 / ③
4	서울행정법원 2025. 3. 28. 선고 2024구합55075 판결 [입안취소거부처분무효확인]	658/929(70%)	불인정 / ①②③
5	서울행정법원 2025. 7. 9. 선고 2024구합91675 판결 [이동판매푸드차량등록신고증발급신청거부]	215/215(100%)	불인정 / ③
6	서울행정법원 2025. 5. 15. 선고 2024구합4855 판결 [검시필증교부신청거부처분취소]	382/457(83%)	불인정 / ③②
7	서울행정법원 2025. 6. 19. 선고 2023구합80401 판결 [요양급여의적용기준및방법에관한세부사항고시취소청구]	0/4095(0%)	피고의 ‘신청권이 없다’는 본안진행변에 대하여 처분의 취소를 구할 법률상 이익이 있는지를 기준으로 원고적격을 판단하여야 한다고 지적한 판결

18) 신청권이 차지하는 비중은 사실관계나 관련법령에 대한 설명부분은 제외하고 직접적으로 판단이유를 밝힌 글자수를 기준으로 계산하였다. 사실관계나 경위 그리고 관련법령에 대한 설명 역시 처분여부를 판단하는데 중요한 사항이나 신청권을 포함한 3가지 요건을 판단하는데 공통되는 부분이라 이를 포함하여 계산하면 비율의 왜곡이 발생하여 제외하였다.

19) 분석의 대상이 되는 판결의 수가 적어 통계적 유의미성을 확보할 수 없다는 한계는 있으나, 큰 틀에서 그러한 경향이 있다는 추정정도는 해볼 수 있을 것이다.

8	서울행정법원 2025. 4. 24. 선고 2023구합81688 판결 [잉여예비차량을예비차량 으로변경신청한것을거부 한처분취소의소]	1988/1988(100%)	인정 / ③
9	서울행정법원 2025. 8. 14. 선고 2024구합93534 판결 [거부처분취소]	190/430(44%)	불인정 / ①③②
10	서울행정법원 2025. 4. 17. 선고 2024구합70517 판결 [내규개정신청거부취소]	128/577(22%)	불인정 / ③②
11	서울행정법원 2025. 1. 14. 선고 2024구단66238 판결 [사증발급거부처분취소]	0/1429(0%)	사증발급 신청 자체를 두 고 사증발급을 요구할 권 리가 없다는 식으로 소송 요건 심사 단계에서 배척 하기보다는 해당 거부행위 에 법령상 근거가 있는지, 재량의 일탈·남용은 없는 지 등을 본안 판단 단계에 서 고려하는 것이 타당하 다고 판단
12	서울행정법원 2025. 10. 30. 선고 2025구합52965 판결 [전문의자격증교부 거부처분취소]	322/508(63%)	인정 / ②③
13	서울고등법원 2025. 6. 13. 선고 2024누34063 판결 [도시정비구역지정해제거 부처분취소청구]	4864/4864(100%)	불인정 / ③
14	서울고등법원 2025. 5. 23. 선고 2024누56476 판결 [미지급보훈급여금지급결 정처분취소등]	441/1805(24%)	불인정 / ②③
15	서울고등법원 2025. 10. 29. 선고 2024누69441 판 결 [국유림종류재구분거 부통보취소청구]	622/918(67%)	불인정 / ②③
16	서울고등법원 2025. 3. 20. 선고 2024누41412 판결 [당연퇴직처분취소청구등]	3322/3322(100%)	인정 / ③
17	서울고등법원 2025. 3. 27. 선고 2024누52283 판결 [소유자명의변경신청반려 처분취소]	223/1098(20%)	인정 / ③②

18	서울고등법원 2025. 1. 22. 선고 2023누62849 판결 [반려처분취소등]	148/309(47%)	인정 / ③②
19	서울고등법원 2025. 10. 17. 선고 2022누52821 판결 [국민권익위원회처분 취소소송]	3125/3125(100%)	불인정 / ③

일부 판결(순번 7, 11)에서 과감하게 신청권에서 벗어나려는 시도를 하였고, 본안 판단에 있어 신청권의 비중이 낮은 판결(순번 10, 14, 17)도 있으나, 전체적으로 처분성의 판단에 있어 신청권의 존부가 차지하는 비중이 매우 높고 오직 신청권의 논증에만 할애한 판결(순번 1, 3, 5, 8, 13, 16, 19)도 7건이나 확인된다. 또한 많은 판결이 세가지 요건을 모두 판단하지 않고 신청권의 존부를 우선적으로 판단하여 신청권이 거부행위의 처분성을 판단하는 사실상의 기준처럼 작용하는 것으로 보이기도 한다.

III. 대상판결의 평석

1. 원고들의 법률관계에 어떠한 변동이 발생하였는지

앞서 본 바와 같이 하급심에서 거부행위의 처분성을 판단할 때 신청권에 과도하게 집중하는 경향을 보이는데 대상판결 역시 예외가 아니다. 대상판결은 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용인지, 거부행위가 원고들의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는지 판단을 생략하고 법규상 또는 조리상 신청권의 존부만을 판결 이유를 통해 상세하게 설명하였다.²⁰⁾ 판결문에 모든 소송요건과 당사자들의 주장 및 공격방법에 대한 판단을 기재하여야 하는 것은 아니나, 대상판결의 경우에는 신청권 이외의 요건, 특히 원고들의 법률관계에 어떠한 변동이 발생하였는지 많은 의문이 남는다.

대법원은 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키는 것이라는 의미를 신청인이 실제상의 권리관계에 직접적인 변동을 일으키는 것은 물론, 그렇지 않더라도 신청인이 권리자로서 권리를 행사함에 중대한 지장을 초래하는 것도 포함한다고 해석한다.²¹⁾

그렇다면 전국연합학력평가에 응시하지 못한 것이 원고들의 실제상 권리관계에 직접적인 변동을 일으키거나 권리자로서 권리를 행사함에 중대한 지장을 초래하였는가. 연합학력평가가 종료되면 그 문제지와 정답지 그리고 정답해설이 공개된다. 원고

20) 특히 대상판결은 “학교 밖 청소년인 원고들에게 전국연합학력평가 응시를 신청할 법규상 또는 조리상 신청권이 인정된다고 할 것이므로, 원고들의 응시처분을 거부한 이 사건 통보는 항소소송의 대상인 처분에 해당한다고 봄이 타당하다”고 판결이유에 기재하였다. 대법원의 확립된 관례에 의하더라도 거부행위가 처분에 해당하기 위한 요건이 법규상 또는 조리상 신청권이 전부가 아닌데 이처럼 신청권이 인정되니 처분에 해당한다는 판결이유는 적절하지 않다.

21) 대법원 2002. 11. 22. 선고 2000두9229 판결.

들은 이를 다운받아 문제를 풀고 자신이 무엇을 틀렸는지, 왜 틀렸는지를 확인할 수 있다. 또한 EBS 홈페이지에서 직접 문제를 푸는 것도 가능한데 이 경우에는 문제를 풀기 시작한지 몇 분이 지났는지도 확인할 수 있다. 이에 더하여 각 과목별 등급구분점수, 표준점수, 백분위, 표준점수별 인원 등 상세한 통계자료도 공개하여 원고들로서는 자신의 학업수준이 어느 정도인지 충분히 파악할 수 있다. 원고들이 전국연합학력평가에 응시하는 경우와 응시하지 못하는 경우의 차이는 다수의 학생이 모여 감독관의 감독 하에 시험을 치르는지, 그렇지 않고 개인적으로 시간에 맞추어 시험 문제를 푸는지 정도뿐이다. 원고들의 실제상의 권리관계에 직접적인 영향이 있다고 볼 수 없고 시험문제가 공개되는 만큼 권리행사에 중대한 지장이 발생한다고 보기도 어렵다.

거부행위로 신청인의 법률관계에 변동이 발생하였다고 본 판결들을 보면 (i) 실용신안권이 소멸등록된 상태에서는 실용신안권자가 자신의 권리를 등록원부에 표창하지 못하고 실용신안권을 처분하거나 담보로 제공하는 등 등록을 필요로 하는 일체의 행위를 할 수 없는 경우²²⁾, (ii) 건축계획심의를 거치지 않는다면 적법한 건축허가를 받을 수 없는 경우²³⁾, (iii) 구역환경청장 등이 매수신청을 거절하면 토지 등의 소유자로서는 재산권에 대한 제한을 피할 수 없는 경우²⁴⁾, (iv) 개발사업자가 개발부담금 부과처분 후에 학교용지부담금을 납부하여 마땅히 공제받아야 할 개발비용을 전혀 공제받을 수 없는 경우²⁵⁾, (v) 주민등록번호가 불법유출되면 사생활뿐만 아니라 다른 정보들과 결합하여 각종 마케팅, 사기, 보이스피싱 등 범죄에 악용되거나 될 수 있는 경우²⁶⁾ 등이다.

이들 판례에서 알 수 있는 바와 같이, 행정청의 거부행위로 신청인이 법률상 보호 받는 지위나 어떠한 권리행사에 본질적인 훼손이나 법적 장애가 발생하여야 하는데, 대상판결의 학교 밖 청소년이 전국연합학력평가에 응시하지 못한 것이 그와 같은 수준의 권리관계의 변동이나 지장을 불러오는지는 다소 의문이 든다. 앞서 설명한 바와 같이, 전국연합학력평가의 문제지, 정답지, 정답해설 그리고 각종 통계자료까지 공개되어 ‘응시자의 학업수준 확인’이라는 전국연합학력평가의 중요한 목적을 충분히 달성할 수 있다. 결국 원고들이 전국연합학력평가에 응시하는 경우와 응시하지 못하는 경우의 차이는 ‘실제 시험장과 동일한 긴장감 속에서 감독관의 통제하에 다수의 수험생과 함께 시험을 치르는지’ 내지는 ‘평가기관이 공식적으로 채점을 한다’는 것에 불과하다. 또한 전국연합학력평가의 시험응시여부 또는 성적이 대학입시나 학교 내신 등 공적인 영역에 아무런 영향도 주지 않는다. 자신의 현재 학업수준을 확인할 수 있다는 점 이외에는 달리 활용처가 없다는 점까지 고려하면 전국연합학력평가의 응시가 어떠한 법적 권리를 부여하지 않으며 이는 단순한 사실상의 이익이라고 할 것이다.

22) 실용신안권의 소멸등록 말소해제 거부행위의 처분성을 인정(대법원 2002. 11. 22. 선고 2000두9229 판결).

23) 건축계획심의신청 반려행위의 처분성을 인정(대법원 2007. 10. 11. 선고 2007두1316 판결).

24) 금강수계 중 상수원 수질보전을 위해 필요한 지역의 토지 등을 국가에 매수신청하였으나 이를 거절한 행위의 처분성을 인정(대법원 2009. 9. 10. 선고 2007두20638 판결).

25) 개발부담금 부과처분 이후 납부된 학교용지부담금에 대해 개발부담금의 환급을 거절한 행위의 처분성을 인정(대법원 2016. 1. 28 선고 2013두2938 판결).

26) 주민등록번호가 불법유출된 경우 주민등록번호변경신청을 거부한 행위의 처분성을 인정(대법원 2017. 6. 15. 선고 2013두2945 판결).

따라서 원고들이 전국연합학력평가 응시신청을 거부당했다 하더라도 원고들의 법률관계에 어떠한 영향이 발생하였거나 권리행사에 중대한 지장이 초래되었다고 볼 수 없다. 물론 대상판결은 기록을 면밀히 살펴 원고들의 법률관계에 어떠한 변동이 발생하였다고 판단하였기에 이 사건 통보의 처분성을 인정한 것이겠지만, 그러한 판단의 이유가 전혀 나타나지 않은 것에는 많은 아쉬움이 남는다. 오히려 대상판결의 사안은 원고들의 법률관계에 어떠한 영향이 발생하는지가 더 집중적으로 설명되었어야 한다.

2. 원고들에게 전국연합학력평가 응시를 신청할 법규상 또는 조리상 신청권이 인정되는지

앞서 살핀 바와 같이 원고들의 전국연합학력평가 응시신청이 거부당했다 하더라도 원고들의 법률관계에 어떠한 영향이 발생하였다고 평가할 수 없어 이 사건 통보가 처분에 해당한다고 보기 어렵다. 다만, 대상판결은 이에 대한 판단을 생략하고 원고들에게 신청권이 존재하므로 처분에 해당한다고 판단하였는데, 과연 신청권이 인정될 수 있는 것인지에 대하여도 검토가 필요하다.

(1) 원고들에게 법규상 신청권이 존재하는지

대상판결은 원고들에게 전국연합학력평가 응시를 허가하여 줄 것을 신청할 법규상 신청권을 인정하고 있으나 과연 원고들에게 ‘법규상’ 신청권이 인정될 수 있을 것인지 의문의 여지가 있다.

대법원은 (i) 중요무형문화재 보유자의 추가인정에 관한 문화재보호법령 등의 규정 내용에 의하면, 중요무형문화재 보유자의 추가인정 여부는 피고의 재량에 속하고, 특정 개인이 자신을 보유자로 인정해 달라고 신청할 수 있다는 근거 규정을 별도로 두고 있지 않으므로 법규상 신청권을 부정한 사례²⁷⁾, (ii) 사업주가 이미 발생한 업무상 재해와 관련하여 당시 재해근로자의 사용자가 자신이 아니라 제3자임을 근거로 사업주 변경신청을 할 수 있도록 하는 규정을 두고 있지 않으므로 법규상 신청권을 부정한 사례²⁸⁾, (iii) 문화재보호구역의 지정해제에 관하여는 도지사가 그 지정의 적정성 여부를 검토한 후 문화재보호구역의 지정이 적정하지 아니하거나 기타 특별한 사유가 있는 경우 경기도문화재위원회의 심의를 거쳐 그 지정을 해제한다고 규정하고 있을 뿐이고 개인이 도지사에 대하여 그 지정의 해제를 신청할 수 있다는 근거 규정을 별도로 두고 있지 않으므로 법규상 신청권을 부정한 사례²⁹⁾에서 나타나듯 어떠한 행위를 할 수 있다는 직접적인 근거규정이 없다면 법규상 신청권을 인정하지 않는 경향을 보인다.

대상판결도 인정한 바와 같이 법규에서 학교 밖 청소년들이 전국연합학력평가에 응시할 수 있다고 정하고 있는 명문의 규정은 존재하지 않는다. 또한 대상판결이 언급한 헌법 제31조 제1항이나 학교밖청소년법의 목적 등도 일반국민의 교육을 받은

27) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2013두20585 판결.

28) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2014두47426 판결.

29) 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003두8821 판결.

권리나 학교 밖 청소년이 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 지원하여야 한다는 것으로 이를 기초로 조리상 신청권이 인정될 수 있는지는 별론으로 하더라도 대법원 관례에 비추어 이러한 선언적인 규정에서 법규상 신청권이 직접 도출된다고는 보기 어렵다.

그럼에도 대상판결은 학교밖청소년법 및 관계법령에서 학교 밖 청소년들에게 전국연합학력평가에 응시할 수 있는 신청권을 규정하고 있지 않다고 판단하였으면서도 헌법 제31조 제1항, 학교밖청소년법의 입법 목적 및 교육지원에 관한 규정, 전국연합학력평가 실시의 목적 등을 종합적으로 고려하여 원고들에게 전국연합학력평가에 응시할 법규상 신청권을 인정하였는데, 이는 법규상 신청권의 범위를 지나치게 확장하여 법규상 신청권과 조리상 신청권의 경계를 모호하게 하는 문제가 있다.

더하여, 대상판결은 “원고들이 전국연합학력평가에 응시를 원하고 있음에도 이를 거부하면 이 사건 통보가 처분이 아니라고 볼 경우 이를 달리 다룰 수 있는 방법이 없어 보이는 점”을 근거로 법규상 신청권이 인정된다고 판단하였으나 달리 구제방법이 없다는 사실은 법규와는 무관하고 어떠한 신청권이 도출되는지도 알 수 없다. 처분성을 인정하는 근거가 될 수는 있어도 법규상 신청권을 인정하는 근거가 될 수는 없다.

대법원 역시 교장 승진후보자 명부에 포함된 후보자를 승진임용인사발령에서 제외하는 행위의 처분성이 문제된 사안에서 원심이 ‘교장 승진임용을 요구할 법규상 또는 조리상 신청권이 인정되지 않는다’고 보아 처분성을 부정하였으나,³⁰⁾ 원심이 거부처분의 신청권 법리를 적용한 것은 잘못임을 지적하며 이를 항고소송의 대상이 되는 처분으로 보지 않는다면 달리 이에 대하여는 불복하여 침해된 권리 또는 법률상 이익을 구제받을 방법이 없는 이유로 처분성을 인정하여³¹⁾ 다른 구제방법이 있는지 여부는 신청권과 무관함을 분명하게 밝히고 있다.

이러한 점에서 대상판결은 원고들에게 법규상 신청권이 있다고 판단하였으나 그 판단은 타당하지 않다.³²⁾

(2) 원고들에게 조리상 신청권이 존재하는지³³⁾

가. 조리상 신청권의 인정시 엄격한 판단의 필요성

대법원은 거부처분의 요건으로 신청권을 드는 것이 국민의 권리구제에 불리하다는 문제를 극복하기 위하여 조리상 신청권을 관련 법령의 취지와 헌법상 기본권 및 국가의 의무 등을 고려하여 적극적으로 인정하는 경향을 보이며,³⁴⁾ 대상판결 역시 이

30) 서울고등법원 2015. 7. 9. 선고 2015누33839 판결.

31) 대법원 2018. 3. 27. 선고 2015두47492 판결.

32) 대상판결은 구체적인 판단부분에서 원고들에게 법규상 또는 조리상 신청권이 인정된다고 하였으나 상세하게 판단이유를 기재하면서 그 결론으로는 법규상 신청권이 인정된다고만 기재하였다. 통상 법원이 신청권의 존부를 판단하며 법규상 신청권과 조리상 신청권을 나누어 어느 신청권에 해당하는지 엄격하게 판단하기보다는 법규상 또는 조리상 신청권이 인정된다고 한번에 판단하는 점 등을 고려하면 ‘또는 조리상’이라는 표현을 실수로 누락한 것이 아닌가 하는 생각도 든다.

33) 다소 불분명하기는 하나 대상판결이 실수로 ‘또는 조리상’이라는 표현을 누락하였을 수 있어 그러한 전제로 조리상 신청권이 인정될 수 있는지도 함께 검토한다.

러한 경향에서 벗어나지 않고 있다.

그러나 조리상 신청권을 폭넓게 인정하는 것이 국민의 권리구제에 유리하다는 것을 부정할 수 없으나, 이는 신청권이라는 불필요한 요건을 억지로 유지하기 위한 방편에 불과하다.

우선 조리란 표준대국어사전에서 “말이나 글 또는 일이나 행동에서 앞뒤가 들어맞고 체계가 서는 갈피”로 정의하고 있으며, 경우에 따라서는 경험칙, 사회적 타당성, 사회질서, 형평, 정의 등으로 표현되기도 한다.³⁵⁾ 이러한 조리의 개념을 토대로 이해하면 결국 조리상 신청권이란 일반국민의 입장에서 판단했을 때 신청권이 있다는 것으로 이해된다.

조리상 신청권은 그 의미가 매우 모호하고 추상적일 뿐만 아니라³⁶⁾, 법규상 신청권이 인정될 수 없음에도 조리상 신청권을 인정하는 것은 입법자가 법률로 정하여야 할 사항을 사법부가 정한다는 비판에서도 자유로울 수 없다.³⁷⁾ 또한 법규상 신청권은 법규라는 법원(法源)에 근거하고 있는데, 법원(法源)이 아닌 조리에 기초한 조리상 신청권을 법규상 신청권보다 폭넓게 인정하는 것은 조리와 법규의 체계상 지위를 고려하였을 때 부적절하다.³⁸⁾³⁹⁾ 특히 문언적으로도 ‘법규상 또는 조리상 신청권’이므로 법규와 조리가 상호 동등한 수준이어야 할 것인데 법규상 신청권에 비하여 법령의 취지 또는 국가의 의무와 같은 선언적인 내용으로 조리상 신청권을 적극적으로 인정한다면 법규상 신청권과 조리상 신청권이 동등한 수준이라고 할 수 없다. 더하여 이처럼 조리상 신청권을 손쉽게 인정하면 과연 법규상 신청권이 필요한 것인가라는 의문만을 남긴다.

이러한 점에서 대법원이 조리상 신청권을 폭넓게 인정하고 있으나, 오히려 조리상 신청권의 인정은 신중하고 엄격하게 이루어져야 한다.

나. 대상판결에서 조리상 신청권 판단의 문제점

대상판결이 신청권을 인정한 근거로는 크게 두가지를 들 수 있다. 첫째로, 헌법 제31조 제1항에서 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”고 정하고 있으며 교육기본법과 청소년기본법에서 교육에서의 차별, 청소년의 차별을 금지하고 있고, 학교밖청소년법에서도 학교 밖 청소년이 건강한 사회구성원으로 성

34) 노경필, “불가쟁력이 발생한 행정처분의 변경을 구할 조리상 신청권이 인정되는지 여부”, 『대법원판례해설』, 제68호(2007), 421면.

35) 대법원 2019. 1. 24. 선고 2016다264556 전원합의체 판결 중 대법관 김재형의 반대의견.

36) 정남철, “부작위위법 확인소송에서의 제소기간”, 『행정판례연구』, 제17권 제1호(2012), 241면.

37) 김창조, “주민등록번호가 의사와 무관하게 유출된 경우 조리상 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권의 존부”, 『행정판례연구』, 제23권 제2호(2018), 82면.

38) 대법원 판결은 아니나 서울고등법원 2021. 12. 15. 선고 2021누34178 판결(상고하지 않아 그대로 확정) 역시 조리는 보충적인 법원이므로 법규상 신청권이 인정되지 않는 경우 조리상 신청권을 인정함에 신중해야 한다고 판단하였다.

39) 국민의 권리구제 측면에서 조리상 신청권을 폭넓게 인정해야 할 필요성도 충분히 인정할 수 있으나, 법규상 또는 조리상 신청권이라는 개념을 유지해야 한다면 법체계상 법원과 법원이 아닌 것의 차이는 필요하다고 본다. 국민의 권리구제라는 측면에서의 불이익은 조리상 신청권을 넓게 인정해서 해결하는 것이 아니라 신청권을 요구하지 않음으로 해결해야 할 것이다

장할 수 있도록 교육감을 포함한 국가와 지방자치단체에 학교 밖 청소년이 학업에 복귀할 수 있도록 교육지원에 필요한 사항 등을 지원할 수 있다고 정하고 있으므로 학교 밖 청소년들은 국가 및 지방자치단체에 그 차별의 시정 및 교육지원 등을 요구할 권리를 가진다. 둘째로는, 전국연합학력평가는 수능적응력 제고, 학력 진단 및 성취도 분석을 통한 자기주도적 학습력 신장 등을 목적으로 하는데, 학교 밖 청소년들에게도 그 필요성이 인정된다. 따라서 재학생들에게는 당연히 응시할 권리를 인정하면서도 학교 밖 청소년이라는 이유로 신청권조차 인정하지 않는 것은 관계법령에서 정한 차별 금지 등 의무에 반한다는 것이다.

이와 같이 대상판결이 조리상 신청권을 인정한 논거에도 다소 의문이 남는다. 특히 대상판결의 논리를 따라가면 모든 국민에게 전국연합학력평가에 응시할 신청권이 있다고 해석될 수 있다.

대상판결이 들고 있는 헌법 제31조 제1항은 “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”고 선언하였고, 교육기본법 제4조 제1항 역시 “모든 국민은 성별, 종교, 신념, 인종, 사회적 신분, 경제적 지위 또는 신체적 조건 등을 이유로 교육에서 차별을 받지 아니한다”고 정하여 학교 밖 청소년만이 아니라 모든 국민에게 교육을 받을 권리가 있으며 교육에서의 차별을 금지하고 있다. 대상판결은 이에 더하여 학교밖청소년법의 목적과 구체적인 지원규정을 신청권 인정의 근거로 들고 있으나, 학교밖청소년법 이외의 다른 법률에도 동일한 취지의 규정을 두고 있다는 점을 생각해보아야 한다.

우선 교육감은 지방자치교육에 관한 법률에 따라 시·도의 교육·학예에 관한 사무의 집행기관으로서(제18조) 교육·학예에 관한 사무를 관장한다(제20조). 관장하는 사무는 지방자치교육에 관한 법률에서 정하고 있는데 교육과정의 운영부터 과학, 기술, 평생교육 및 그 밖의 교육·학예진흥에 관한 사항으로 사실상 교육과 관련된 모든 사항이 교육감의 사무이다.

그리고 평생교육법은 모든 국민이 평생에 걸쳐 학습하고 교육받을 수 있는 권리를 보장하는 것을 목적으로 하는데(제1조) 평생교육은 정규교육과정을 제외한 학력보완 교육 등 모든 형태의 조직적인 교육활동을 의미한다(제2조). 국가 및 지방자치단체는 모든 국민에게 평생교육 기회가 부여될 수 있도록 정책과 사업을 수립·추진할 의무가 있으며(제5조) 평생교육진흥사업을 실시 또는 지원할 수 있다(16조)고 정하고 있다. 평생교육법 역시 학교밖청소년법과 동일하게 국가 및 지방자치단체에 평생교육을 지원할 의무를 규정하고 있으며 모든 국민에게 그 권리를 보장하고 있다.

대상판결의 논리를 따라가면 정규교육과정 밖에 있는 모든 국민에게도 전국연합학력평가에 응시할 신청권이 인정될 수 있는 것처럼 이해된다. 뒤늦게 대학수학능력시험에 응시하고자 하는 국민의 학습하고 교육받을 권리 역시 평생교육법에 의하여 보장받고, 이들에게도 수능 적응력을 제고하고 학력진단 및 성취도 분석을 통한 자기주도적 학습력을 신장할 필요성이 있다. 고등학교에 재학중인 학생들이나 학교 밖 청소년뿐만 아니라 대학수학능력시험에 응시하고자 하는 모든 이들에게 인정되는 필요성이고, 이들이 고등학교에 재학중인 학생이 아니라거나 나이가 많아 청소년에 해당하지 않는다는 이유 등으로 학교 밖 청소년에 해당하지 않는다고 그 신청권조차 인정하지 않는 것은 대상판결의 판단과 같이 헌법이나 교육기본법 및 평생교육법 등 관계법령에서 정한 모든 국민에 대한 교육에서의 차별금지의무에 반한다고 평가할

수 있다.

그렇다면 대입을 준비하는 모든 국민이 전국연합학력평가에 응시할 수 있도록 하는 것이 과연 전국연합학력평가를 규정한 초·중등교육법 제9조 제1항의 취지에 부합하는지 살펴볼 필요가 있다. 초·중등교육법 제9조 제1항은 제정당시와 비교하더라도 문장을 명확하게 일부 개정된 것 외에는 달라진 점이 없는데⁴⁰⁾ 초·중등교육법 제정안의 검토 및 심사보고서를 보면 학업성취도 평가의 목적이 “다양한 형태의 학교 및 교육과정 운영에 따른 학교간 학생들의 학업성취도 비교의 어려움”, “교육의 질관리(質管理)”로 이해된다고 밝히고 있다.⁴¹⁾

이와 같이 전국연합학력평가를 통해 달성하고자 하는 목표가 학생 개인의 성취를 확인하고 수능 적응력을 제고하는 등 개인적인 측면도 있으나, 그 본래의 목적은 초·중등교육의 질을 관리한다는 공적인 가치를 달성하기 위함이다. 초·중등교육법 제9조 제1항이 명확하게 학교에 재학 중인 학생을 대상으로 한다고 규정하고 있는 것은 이와 같은 공적인 목적을 달성하기 위한 것이다. 응시대상을 재학중인 학생이 아닌 다른 사람에게까지 확대하는 것은 오히려 전국연합학력평가 고유의 목적과 기능을 훼손시킬 우려가 있다.

앞서 설명한 바와 같이, 조리상 신청권이라고 하더라도 이를 인정할 것인지는 엄격하게 판단할 필요가 있다. 그럼에도 대상판결은 선언적인 의미를 지니는 헌법 제31조 제1항이나 학교밖청소년법의 목적 등과 전국연합학력평가에 응시할 필요성을 근거로 조리상 신청권을 다소 쉽게 인정하였으며, 그 인정근거 역시 전국연합학력평가의 본질적인 목적을 저해할 우려를 남겼다는 점에서 적절하지 않다.

IV. 결론

대상판결은 피고 교육감들이 고등학교 재학생들을 대상으로 하는 전국연합학력평가에 정규 교육과정 밖에 있는 학교 밖 청소년들의 응시를 거부한 것은 재량권을 일탈·남용한 위법한 거부처분으로 판단하였다. 이에 피고 교육감들이 대상판결을 받아들이고 항소하지 않아 상급법원의 판단 없이 그대로 판결이 확정되었고, 학교 밖 청소년들이 전국연합학력평가에 응시할 수 있도록 제도가 개선될 것으로 예상된다.⁴²⁾

학교 밖 청소년들이 대입을 목표로 공부하고 그 과정에서 전국연합학력평가에 응시하지 못하도록 할 이유는 없으며 오히려 장려할 필요가 있다. 학교 밖 청소년들이 전국연합학력평가에 응시할 수 있게 된 것에 대상판결이 중요한 역할을 한 것은 부인할 수 없는 사실이고 결과적인 측면만 본다면 대상판결을 높이 평가할 수 있다.

다만 필요성이 있다는 이유로 법원이 법률해석의 한계를 넘어 해결하는 것은 경계하여야 한다. 피고 교육감들이 원고들의 전국연합학력평가 응시신청을 거부하였다고

40) 학교에 재학중인 학생의 학업성취도를 측정한다는 내용을 학교에 재학중인 학생을 대상으로 학업성취도를 측정한다고 개정된 것이 사실상 전부이다(밑줄선 필자).

41) 초·중등교육법안 검토보고, 1997. 7. 7면, 초·중등교육법안 심사보고서, 1997. 11. 7면

42) 서울특별시교육청 보도자료, “서울행정법원, 전국연합평가 ‘학교 밖 청소년 응시 신청 거부 처분 등 취소’ 청구 ‘일부인용’”, 2026. 3. 26.

하더라도 그 거부행위가 처분에 해당하기 위하여는 신청한 행위가 공권력의 행사 또는 이에 준하는 행정작용 이어야하며, 거부행위가 신청인의 법률관계에 어떤 변동을 일으키고, 국민에게 그 행위발동을 요구할 법규상 또는 조리상의 신청권이 인정되어야 한다. 그러나 대상판결은 신청권이라는 요건에 지나치게 집중하여 신청권 이외의 다른 요건에 대하여는 판단이유에서 전혀 밝히고 있지 않다.⁴³⁾ 또한 법규상 신청권은 명문의 신청규정 또는 그에 준하는 체계적 도출 가능성이 있어야 하며, 조리상 신청권은 법적 공백을 보충하는 예외적 범주로 엄격하게 판단하여야 한다. 그럼에도 대상판결은 피고 교육감들의 거부행위가 처분으로 성립하기 위한 요건을 갖추고 있는지, 특히 원고들의 어떤 법률관계에 어떠한 변동이 발생하였는지, 학교 밖 청소년들이 응시할 수 있다는 명문의 규정이 없음에도 원고들에게 인정되는 신청권이 구체적으로 무엇에 기초하여 도출되고 인정될 수 있는지 충분히 설명하지 않았다는 점에서 아쉬움을 남긴다.

또한 앞서 본 바와 같이 학교 밖 청소년들에게도 전국연합학력평가에 응시할 수 있도록 제도가 개편될 것으로 보이는데, 근거법인 초·중등교육법 제9조 제1항에서 학교에 재학 중인 학생을 대상으로 한다고 명확하게 규정하고 있음을 간과하여서는 아니된다. 제도개편에 앞서 초·중등교육법 제9조 제1항을 “교육부장관은 학교에 재학 중인 학생 및 「학교 밖 청소년 지원에 관한 법률」 제2조의 학교 밖 청소년을 대상으로 학업성취도를 측정하기 위한 평가를 할 수 있다.”고 개정하여 직접적으로 규정하거나, “교육부장관은 학교에 재학 중인 학생과 그 밖에 대통령령으로 정하는 자를 대상으로 학업성취도를 측정하기 위한 평가를 할 수 있다.”고 개정하여 대통령령에서 학교 밖 청소년을 정하는 방법으로 학교 밖 청소년들에게 전국연합학력평가에 응시할 신청권이 있음을 명확히 하여야 할 것이다.

■ **주제어:** 학교 밖 청소년, 전국연합학력평가, 거부처분, 신청권, 처분성

43) 대상판결 뿐만 아니라 최근 선고된 다수의 하급심 판결들 역시 이러한 지적에서 자유로울 수 없다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 김남철, 「행정법강론」, 박영사, 2024.
- 김동희·최계영, 「행정법I」, 박영사, 2024.
- 김중권, “국토이용계획변경신청권의 예외적 인정의 문제점에 관한 소고”, 「행정판례연구」, 제10권(2005).
- 김창조, “주민등록번호가 의사와 무관하게 유출된 경우 조리상 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권의 존부”, 「행정판례연구」, 제23권 제2호(2018).
- 노경필, “불가쟁력이 발생한 행정처분의 변경을 구할 조리상 신청권이 인정되는지 여부”, 「대법원판례해설」, 제68호(2007).
- 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2024.
- 박정훈, 「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2006.
- 손지열, “거부처분의 행정처분성”, 「대법원 판례해설」, 제3호(1984).
- 신국미, “등록사항정정신청에 대한 거부행위의 처분성”, 「한국지적정보학회지」, 제24권 제1호(2022).
- 이상덕, “거부처분의 인정요건으로서의 ‘신청권’이론에 대한 비판적 고찰”, 「사법」, 제55권(2021).
- 이은상, “거부처분에서의 신청권은 사명을 다하였는가”, 「행정법연구」, 제63호(2020).
- 장혜진, “거부처분과 신청권에 대한 고찰”, 「법과 정책」, 제27권 제2호(2021).
- 정남철, “부작위위법 확인소송에서의 제소기간”, 「행정판례연구」, 제17권 제1호(2012).
- 하명호, 「행정쟁송법」, 박영사, 2026.
- 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2024.

<기타자료>

- 초·중등교육법안 검토보고, 1997. 7.
- 초·중등교육법안 심사보고서, 1997. 11.
- 서울특별시교육청 보도자료, “서울행정법원, 전국연합평가 ‘학교 밖 청소년 응시 신청 거부 처분 등 취소’ 청구 ‘일부인용’”, 2026. 3. 26.

[Abstract]

A Study on Whether the Refusal to Accept Out-of-School Youths' Applications to Take the National Joint Academic Achievement Test Constitutes a Disposition

JongWook IM*

This article critically examines the Seoul Administrative Court's decision of March 26, 2026, 2025Guhap54638, which addressed whether a superintendent of education's refusal to accept out-of-school youths' applications to take the National Joint Academic Achievement Test constitutes a "disposition" subject to appeal litigation. The decision affirmed the dispositionality of the refusal notice, holding that the plaintiffs had a statutory or sound-reasoning-based right to apply to take the National Joint Academic Achievement Test, based on the constitutional right to education and the purpose of the Act on Support for Out-of-School Youth.

Although this reasoning follows Supreme Court precedents requiring a statutory or sound-reasoning-based right to apply as a requirement for a refusal disposition, this article points out that lower courts, including the target decision, tend to focus excessively on the existence of such a right when determining the dispositionality of a refusal. Even under existing precedents, a refusal disposition can be established only when, in addition to the existence of a right to apply, the refusal causes a substantive change in, or serious impediment to, the applicant's legal relations. Since the questions, answers, and statistical data of the National Joint Academic Achievement Test are all disclosed after the test is administered, it is difficult to conclude that the plaintiffs' legally protected status or exercise of rights was fundamentally impaired merely because their applications to take the test were rejected. Nevertheless, the target decision did not provide sufficient reasoning on this point.

The target decision also recognized a right to apply despite acknowledging that no express provision in the Act on Support for Out-of-School Youth or related statutes grants out-of-school youths the right to apply to take the test. It did so by relying on the constitutional right to education, the demand for non-discrimination, and the need to provide educational support for out-of-school youths. However, this reasoning blurs the boundary between a statutory right to apply and a sound-reasoning-based right to apply, and risks weakening the independent significance of the statutory right to apply. In conclusion, this article

* kt cloud, Attorney-at-Law, Ph.D in Law

does not oppose the need to provide out-of-school youths with an opportunity to take the National Joint Academic Achievement Test. Rather, it argues that judicial determination should be made with doctrinal rigor.

- **Key Words:** out-of-school youth, National Joint Academic Achievement Test, refusal disposition, right to apply, disposability.

합헌적 법률해석의 한계:

헌법재판소 2023. 10. 26. 선고 2019헌가30 결정에 대한 평석

신상현*

논문요지

법률해석의 기준이나 합헌적 법률해석의 요건 및 한계에 대한 학술적 연구와 헌법재판소·법원의 판례는 이미 많이 축적되어 있지만, 그럼에도 불구하고 실제 사례에서 위 기준을 어떻게 일관되게 적용시킬 것인지는 여전히 해결되지 않은 문제이다. 그에 따라 유사한 선례를 비교·분석하여 해당 사건에 가장 적합한 법률해석을 함으로써 구체적 타당성 있는 결론을 도출할 수 있게 하는 ‘데이터 축적’이 필요하고, 이를 위하여 기존의 판례·결정을 분석하고 비평하는 연구가 활발히 이루어져야 한다. 이러한 연구와 판례가 축적된다면, 문제되는 사안에 가장 적합한 법률해석이 무엇인지에 대한 통찰을 얻을 수 있게 된다. 이 글은 이러한 관점에서 출발하여, 에이즈 전파매개행위죄 처벌규정에 대한 헌법재판소의 결정을 분석하고 그 과정에서 이루어진 제한해석의 당부를 검토하였다.

헌법재판소의 2019헌가30 결정은 합헌적 법률해석이 불가능한 사안임에도 불구하고 제한해석을 시도하였다는 점에서 문제가 있다. 다만 이 규정에 따라 과잉하게 처벌된다는 점을 고려하여 규정 전체에 대해서 위헌결정을 내려야 한다. 그래야만 권력분립원칙에 따라 입법자의 입법권을 존중할 수 있고, 나아가 향후 입법자에게 신중한 입법권 행사를 촉구하는 계기가 될 것이다.

· 논문제출: 2026. 07. 03. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

* 헌법재판소 헌법연구원, 법학박사(Dr. jur.)

I. 문제의 소재

헌법재판소는 후천성면역결핍증(이하 ‘에이즈(AIDS)’로 약칭)에 감염된 자가 혈액 또는 체액을 통하여 다른 사람에게 전파매개행위를 한 경우 처벌하는 규정에 대한 사건에서 4(합헌):5(일부위헌)의 의견으로 합헌결정을 내렸다(헌법재판소 2023. 10. 26. 선고 2019헌가30 결정(이하 ‘대상결정’)). 결론적으로는 헌법에 위반되지 않는다고 선고되었지만, 범죄구성요건의 해석에 관하여 재판관들끼리 의견이 팽팽하게 대립하였고, 위헌의견이 더 다수이기도 하였다. 이 사건에 대해서는 변론이 열릴 정도로 판단 과정에서 치열한 논쟁이 있었고 사회적 관심의 대상이었는데도 불구하고, 이 결정을 언급하면서 위 처벌규정의 개선방안을 논한 글이 하나 있을 뿐,¹⁾ 이 결정에 대한 평석이 없는 관계로 그 본질적인 내용에 대한 검토가 필요하다. 특히 이 결정에서는 범죄구성요건의 제한적 해석 여부에 따라 완전히 다른 결론이 내려졌기 때문에, 헌법재판소의 법률해석 및 이를 통한 결론의 도출 과정이 타당하였는지를 살펴볼 필요가 있다.

범죄구성요건의 위헌성이 문제되는 경우 일반적으로 명확성원칙 및 과잉금지원칙 위반 여부가 논의된다. 우선 그 구성요건의 문언에 따라 처벌 대상 및 범위를 어떻게 확정할 것인지와 관련하여 명확성원칙에 부합하는지가 문제되고, 다음으로 이를 통하여 정해진 범위 내에서 처벌하는 것이 과잉금지원칙에 위반되지 않는지가 문제되는 것이다. 결국 이를 판단하기 위해서는 헌법재판소가 해당 구성요건을 어떤 기준으로 해석할 것인지가 관건이 된다.

헌법재판소는 지속적으로 합헌적 법률해석이 가능함을 강조하면서 동시에 그 한계가 있음을 언급하고 있다. 즉 헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성에 비추어 권력분립과 입법권을 존중하는 차원에서 법률이 헌법에 조화하여 해석될 수 있는 경우에는 위헌으로 판단해서는 안 된다고 하면서, 동시에 그 해석 과정에서 문의적 한계(법률조항의 문구가 간직하고 있는 말의 뜻이 완전히 다른 의미로 변질되지 아니하는 범위 내여야 함) 및 범목적에 따른 한계(입법권자가 그 법률의 제정으로써 추구하고자 하는 명백한 의지·목적에 벗어날 수 없는 내용으로 해석할 수 없음)를 넘어서는 것은 불가능하다고 실시하고 있다. 왜냐하면 그러한 범위를 벗어난 합헌적 해석은 실질적으로 입법 작용과 다를 바가 없어서 결과적으로 입법권자의 입법권을 침해하게 되기 때문이다.²⁾ 결국 법률해석 과정에서는 항상 ‘기본권이 침해된 자의 권리구제와 구체적 타당성을 도모’해야 함과 동시에 ‘권력분립원칙과 입법권을 존중함으로써 법적 안정성을 유지’해야 하는 긴장관계에 놓이게 된다. 후자를 강조하면 (합헌적) 법률해석을 통하여 해당 규정을 합헌으로 볼 것이고, 전자를 강조하면 이를 위헌이나 헌법불합치로 선고하게 될 것이다.

전자를 강조하여 위헌이나 잠정불적용 헌법불합치결정을 내리게 되면 다른 형태의 개선 입법이 이루어지기 전에는 관련 행위를 처벌할 수 없게 되는데, 입법자가 적시에 관련 입법을 하지 않으면 더 큰 혼란이 야기될 수도 있다. 우리나라에서는 실제로 후속 입법이 이루어지고 있지 않은 사례가 적지 않은 점을 고려한다면, 헌법재판

1) 백경희/김자영, “후천성면역결핍증예방법상 감염병 전파매개행위에 대한 규제의 적절성에 관한 소고”, 「한국의료법학회지」 제33권 제2호, 2025, 163면 이하.

2) 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5등 결정.

소는 혼란이 생길 수 있다고 여겨지는 경우에는 가급적 합헌적 법률해석을 함으로써 해당 규정 자체는 남겨두는 결정을 내리게 된다. 하지만 입법자의 능력 부족이라는 현실적 문제를 떠나서, 사법부가 무리한 해석을 동원하여 범죄구성요건의 적용 요건과 범위 등을 스스로 창설하는 것은 - 이미 헌법재판소도 인식하고 있는 것처럼 - 입법권을 침해하여 권력분립원칙에 반할 수 있다. 이처럼 합헌적 법률해석의 한계에 대한 원론적인 기준에 대해서는 이미 선례가 언급을 하고 있지만, 개별적인 사례를 통하여 그 구체화가 필요하다는 점에서, 대상 결정에 대한 검토를 할 실익이 있다.

이하에서는 우선 대상결정의 내용과 의미를 간략히 분석하고(Ⅱ), 헌법재판소가 합헌적 법률해석의 취지로 제한해석을 하는 경우 그 허용 범위를 살펴본다. 이 경우 전술한 헌법재판소의 법률해석의 한계를 중심으로 검토하고, 보론으로 최근 재판소원의 도입과 관련된 전망도 함께 다룬다(Ⅲ). 마지막으로 헌법재판소가 법률해석을 할 때 고려해야 하는 바람직한 방향을 제시하며 글을 마치기로 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 대상결정: 후천성면역결핍증 예방법 제19조 등 위헌제청 사건

1. 결정요지

이 사건의 피고인은 에이즈의 원인 바이러스인 인체면역결핍바이러스(HIV)에 감염된 사람인데, 자신의 감염 사실을 숨기고 피해자에게 유사성교행위를 하여, 후천성면역결핍증 예방법 제19조³⁾ 및 제25조 제2호⁴⁾(이하 ‘심판대상조항’)에 의하여 기소되었다. 제청법원은 재판계속 중 직권으로 이 규정들에 대한 위헌법률심판을 제청하였다.

이 사건의 쟁점은 심판대상조항이 죄형법정주의의 명확성원칙을 위반하는지 여부 및 과잉금지원칙을 위반하여 감염인의 사생활의 자유 및 일반적 행동자유권을 침해하는지 여부이다. 심판대상조항에 대해서 재판관 4인이 합헌결정을, 재판관 5인이 심판대상조항 중 일부가 위헌이라는 결정을 내렸는데, 일부위헌의견이 다수이기는 하나 위헌결정을 위한 심판정족수인 6명(헌법 제113조 제1항, 헌법재판소법 제23조 제2항 단서 제1호)에는 이르지 못하여, 최종적으로 합헌으로 선고되었다.

(1) 재판관 4인(이은애, 이종석, 이영진, 김형두)의 합헌의견(이하 ‘법정의견’)

법정의견은, 심판대상조항이 에이즈에 대한 과학적·의학적 이해 수준이나 치료기술 등이 부족하였던 1987년에 제정된 것이므로, 그 문언상으로 약물치료를 통해 바이러스 전파의 위험을 충분히 차단할 수 있는 현재의 의학수준과 국민의 법의식을 제대로 반영하지 못하다고 보면서, 보충적 해석을 통하여 심판대상조항을 합헌적으로 운영해야 한다는 점을 강조한다. 그에 따라 현재의 의학수준·법의식을 반영한 규범적 재평가의 필요성, 상대방의 건강에 관한 자기결정권 보장 등을 고려하였을 때,

3) 제19조(전파매개행위의 금지) 감염인은 혈액 또는 체액을 통하여 다른 사람에게 전파매개행위를 하여서는 아니 된다.

4) 제25조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 3년 이하의 징역에 처한다.

2. 제19조를 위반하여 전파매개행위를 한 사람

심판대상조항은 ‘의학적 치료를 받아 인체면역결핍바이러스의 전파가능성이 현저히 낮은 감염인이 상대방에게 자신이 감염인임을 알리고 한 행위’에는 적용되지 않는 것으로 해석해야 한다고 보았다. 법정의견은 이러한 제한해석을 전제로 하여 그 위헌 여부에 대한 판단에 나아갔다.

에이즈 감염을 예방하고자 하는 심판대상조항의 입법취지를 고려하면, 심판대상조항이 규정하는 ‘체액’이란 타인에게 감염을 일으킬 만한 인체면역결핍바이러스를 가진 체액으로 한정됨이 명확하고, ‘전파매개행위’는 체액이 전달되는 성행위 등과 같이 인체면역결핍바이러스 감염가능성이 있는 행위에 국한될 것임을 예측할 수 있다. 감염인과 성행위를 하는 상대방의 자기결정권이 보장되어야 함을 고려하면, 의학적 치료를 받아 바이러스 전파가능성이 낮은 감염인이라 하더라도 상대방에게 자신이 감염인임을 알리지 않고 예방조치 없이 성행위를 한 경우에는 ‘전파매개행위’에 해당할 것임을 예측할 수 있다. 따라서 심판대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙을 위반하지 않는다.

심판대상조항은 바이러스 전파를 통한 감염 위험을 방지하여 국민의 건강을 보호하기 위한 것이므로, ‘목적의 정당성’이 인정된다. 또한 감염인으로 하여금 콘돔 착용 등 예방조치를 하게 하거나 상대방에게 감염사실을 미리 알리게 함으로써 바이러스 전파를 차단하는 효과가 있으므로, ‘수단의 적합성’도 인정된다. 심판대상조항은 감염의 책임을 묻고자 하는 것이 아니라, 감염인이 감염 사실을 알고 난 이후에 예방조치 없이 바이러스 전파가능성이 있는 행위를 하는 것을 처벌하려는 것이므로, 그러한 행위 자체를 금지하는 것이 과도하다고 볼 수는 없다. 전술한 제한적 해석에 따르면, 의학적 치료를 받아 바이러스의 전파가능성이 현저히 낮은 감염인은 상대방에게 자신이 감염인이라는 사실을 알리고 그의 동의를 받은 경우 예방조치 없이도 성행위를 할 수 있다. 물론, 상대방의 건강에 관한 자기결정권을 보장하기 위하여 자신의 감염사실을 알려야 하는 부담이 있지만, 입법목적 달성을 위해서는 이에 대한 고지나 예방조치 없이 성행위를 한 경우 이를 형사처벌의 대상으로 삼는 것은 불가피하며, 이보다 덜 침해적인 대안을 찾기 어렵다. 심판대상조항은 벌금형을 규정하고 있지 않으나, 징역형의 집행유예나 선고유예를 선고할 수 있으므로, 책임에 비례한 형을 선고하는 것이 가능하다. 이를 종합하면, 심판대상조항은 ‘침해의 최소성’을 갖추었다. 마지막으로, 감염인의 제한 없는 방식의 성행위 등과 같은 사생활의 자유 및 일반적 행동자유권이 제약되는 것에 비하여 국민의 건강 보호라는 공익을 달성하는 것은 더욱 중대하므로, 심판대상조항은 ‘법익의 균형성’도 갖추었다. 따라서 심판대상조항은 과잉금지원칙을 위반하지 않는다.

(2) 재판관 5인(유남석, 김기영, 문형배, 이미선, 정정미)의 일부위헌의견(이하 ‘반대의견’)

심판대상조항이 규정하는 ‘체액’이나 ‘전파매개행위’의 개념에 대한 예측 가능성은 법정의견과 같다. 한편, 심판대상조항은 감염인이나 전파매개행위라는 용어에 대하여 어떠한 예외를 규정하거나 금지 및 처벌의 범위를 한정하는 표지를 두고 있지 않기 때문에, 자신의 감염상태를 알고 있는 감염인에 대해서 치료 이력을 고려하지 않고 일률적으로 그의 전파매개행위를 처벌대상으로 삼고 있음이 분명하다. 따라서 심판

대상조항은 죄형법정주의의 명확성원칙을 위반하지 않는다.

심판대상조항의 경우 ‘목적의 정당성’과 ‘수단의 적합성’이 인정된다는 점은 법정의 견과 같다. 그러나 ‘침해의 최소성’을 갖추지 못하였다. 심판대상조항에 의하면, 감염인이 치료를 받아왔음이 증명되어 의학적으로 타인을 바이러스에 감염시킬 가능성이 없다고 보는 경우에도 처벌을 면할 수 없게 된다.⁵⁾ 심판대상조항은 바이러스 전파를 막는 것을 입법목적으로 하고 있는데, 자신의 감염상태를 알고 있는 감염인이 의료인의 처방에 따른 치료를 성실히 이행하고 있는지 여부를 고려하지 않고 전파매개행위를 일률적으로 처벌하는 방식은 적절하지 않다. 과거와 달리 지금은 효과적인 치료법이 개발되었고, 치료를 통한 감염인의 바이러스 억제 상태 유지가 콘돔의 사용보다도 바이러스 전파 예방에 더욱 효과적임이 밝혀졌으므로, 이 점을 입법에 반영하는 것이 감염인의 기본권을 덜 제한하면서도 입법목적 달성에 더욱 효과적인 대안이 된다. 치료법을 성실히 이행하는 감염인을 법률상 명시적으로 처벌대상에서 제외하면, 그동안의 의·과학적 사실에 기초하여 규범을 확립할 수 있게 될 뿐만 아니라 감염인의 성실한 치료 이행을 유도하는 등의 긍정적 효과도 생겨서, 입법목적을 같은 정도로 충분히 달성할 수 있게 된다. 물론, 감염인이 치료를 성실히 이행함으로써 타인을 바이러스에 감염시킬 가능성이 없는 상태를 유지하고 있었는지 여부를 정확히 알 수 없다는 문제가 있기는 하지만, 이는 정기적 진료 기록, 검사 기록, 치료제 처방 이력, 진료한 의사에 대한 의견 조회 등을 통해 증명될 수 있다. 또한 치료를 받는 것은 감염인 본인의 생존과 직결되므로, 의료진의 처방을 받았음에도 복약지시를 고의로 이행하지 않는 등 치료를 중단하는 경우는 상정하기 어렵다. 결국 심판대상조항은 위와 같은 예외 없이 모든 감염인의 전파매개행위를 금지·처벌하므로, ‘침해의 최소성’에 위반되고 ‘법익 균형성’도 갖추지 못하였다. 따라서 심판대상조항 중 ‘의료인의 처방에 따른 치료법을 성실히 이행하는 감염인의 전파매개행위를 금지 및 처벌하는 부분’은 과잉금지원칙을 위반하여 이들의 사생활의 자유 및 일반적인 행동자유권을 침해한다.

2. 대상결정의 의미

이 결정은 명확성원칙 및 과잉금지원칙 위반 여부를 판단하는 구조로 이루어져 있고, 법정의견과 반대의견이 대립하고 있다. 그런데 단순히 각 원칙 위반 여부에 대한 견해가 다른 것에 불과한 것이 아니라, 범죄구성요건을 어떻게 해석할 것인지에 대한 출발점부터 달라서 견해가 나뉘게 된 것이다.

우선 명확성원칙에 위반되지 않는다는 결론에 대해서는 법정의견과 반대의견이 견해를 같이 하였지만, 심판대상조항에 대한 서로 다른 해석에 기초하여 그 이유를 제시하고 있는 점이 특징이다.⁶⁾ 법정의견은 현재의 의학수준 등을 반영한 규범적 재평가의 필요성, 상대방의 자기결정권 보장 필요성 등을 고려하여, 치료를 받아서 바이

5) 심판대상조항이 어떠한 예외를 인정하고 있지 않으므로, 법원은 감염인이 치료법을 이행하여 체내 바이러스가 검출 한계치 미만의 수치로 존재한다는 검사결과가 제출된 경우에도 일관되게 유죄판결을 선고하고 있다.

6) 김지현, 후천성면역결핍증 예방법 제19조 등 위헌제청, 「헌법재판소결정해설집(2023년)」, 2024, 517면.

러스의 전파가능성이 현저히 낮은 감염인이 상대방에게 자신이 감염인임을 알린 경우는 처음부터 구성요건에 해당하지 않는다고 제한해석을 하였다. 반면, 반대의견은 감염인이나 전파매개행위라는 용어에 대하여 아무런 예외나 한정 표시가 없기 때문에, 자신의 감염상태를 알고 있는⁷⁾ 감염인이라면 치료 여부와 무관하게 항상 행위주체에 해당한다고 보았다. 즉 법정의견은 스스로 심판대상조항을 제한적으로 축소해석하여 일정한 경우는 처음부터 처벌의 대상에서 제외되므로 처벌 범위에 대한 예측 가능성이 인정되어 명확하다는 결론에 이른 것이고, 반대의견은 그러한 제한이 없이 모두 처벌되는 것으로 해석되므로 예측 가능성이 인정되어 명확하다는 결론에 이른 것이다.

그런데 과잉금지원칙의 위반 여부에 관한 문제에 있어서는 위와 같이 해석의 출발점이 다른 점이 서로 다른 결론에 이르는 결과를 초래하였다. 두 견해 모두 ‘(성실하게) 의학적 치료를 받아 바이러스의 전파가능성이 현저히 낮은 감염인’을 처벌해서는 안 된다는 점에 있어서는 결론을 같이 한다. 그런데 법정의견은 해석을 통하여 처음부터 - 위헌성 있는 것으로 보이는 - 위와 같은 유형의 감염인을 구성요건에서 제외하였으므로 이 자의 처벌 가능성이 없어서 합헌이라고 보았고, 반대의견은 이러한 감염인도 당연히 구성요건에 포함되므로 이 자까지 처벌하는 것이 과잉하여 일부위헌이라고 판단하였다. 즉 ‘감염인’이라는 용어를 어떻게 해석하는지에 따라 처벌이 되는 행위주체의 범위가 달라졌으므로 그에 따라 위헌 여부에 대한 결론이 달라질 수밖에 없었던 것이다.

한편, 두 견해 모두 감염인이 상대방에게 자신이 감염되었다는 사실을 고지하고 동의를 받을 것을 요구하고 있다. 제한해석을 통하여 처음부터 구성요건의 행위주체에서 제외된(법정의견에 따른 경우) 또는 구성요건의 행위주체에 포함되어 처벌되는 것이 위헌적인(반대의견에 따른 경우) ‘(성실하게) 의학적 치료를 받아 바이러스의 전파가능성이 현저히 낮은 감염인’이더라도 상대방의 자기결정권 보장을 위하여 고지가 없었다면 그 처벌이 정당화된다고 본 것이다.

이를 정리하면 다음과 같다.

	법정의견	반대의견
명확성원칙	‘체액’, ‘전파매개행위’: 위반X	‘체액’, ‘전파매개행위’: 위반X
	‘감염인’: <u>제한해석 하는 한</u> 위반X	‘감염인’: <u>제한해석 할 필요 없이</u> 위반X
	(추가적으로) 고지 및 동의 요	(추가적으로) 고지 및 동의 요
과잉금지원칙	위처럼 <u>제한해석 하는 한</u> 위반X	<u>제한해석 할 수 없으므로</u> 그 범위 내에서 위반O
결정 형태	합헌	일부위헌

7) 고의가 있어야 함을 의미하는 것으로서, 당연한 요건에 해당한다.

Ⅲ. 헌법재판소의 제한해석의 허용 범위

1. 문제점

형사처벌규정은 특정인이 아닌 일반인을 대상으로 하므로, 태생적으로 일반성·추상성을 지닐 수밖에 없다. 그 때문에 해당 규정을 적용해야 하는 헌법재판소나 법원은 해석을 동원하여 그 적용 범위를 확정해야 하는 경우가 발생한다. 특히 범죄구성요건의 경우에는 기본권 침해의 강도가 세므로, 그러한 해석이 더욱 명확하게 이루어져야만 수범자의 예측 가능성을 높이고 일반인의 법에 대한 신뢰를 강화할 수 있다. 이 경우 이에 대한 법원의 확립된 해석이 있다면 헌법재판소는 이를 존중하는 것이 원칙이고, 그렇지 않다면 스스로 법률해석을 함으로써 그 위헌 여부를 결정할 수 있다.⁸⁾

심판대상조항에 대해서는 법원이 특별한 해석을 감행한 적이 없으므로, 헌법재판소가 직접 해당 구성요건을 제한해석하여 명확성원칙, 과잉금지원칙, 평등원칙에 위반되지 않는다는 결론(법정의견)을 내렸다. 그런데 법문언상 여러 의미로 해석될 수 있는지 의심스러운데도 불구하고, 이렇게 헌법재판소가 스스로 제한해석을 하여 ‘구성요건의 적용 범위를 한정시킨 후 그렇게 한정된 범위 내에서 처벌하는 것은 합헌’이라는 결론을 내리는 것이 적절한지 의문이 들 수 있다. 결과적으로는 헌법재판소나 법원이 제한해석을 통하여 구성요건의 적용 범위를 좁혔기 때문에 피고인에게 유리하여 허용되는 해석이라 보는 긍정적 시각과, 입법자가 아닌 사법부가 사실상 법창설을 함으로써 입법권을 침해하게 된다는 부정적 시각이 동시에 존재할 수 있는 것이다. 법정의견과 반대의견이 첨예하게 대립한 것도 이러한 이유 때문이라고 할 수 있다. 결국 헌법재판소의 법률해석의 한계가 문제되는 전형적인 사례에 해당한다.

2. 헌법재판소의 법률해석의 요건과 한계

헌법재판소는 초기부터 “어떤 법률의 개념이 다의적이고 그 어의의 테두리 안에서 여러 가지 해석이 가능할 때 헌법을 그 최고 법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여 헌법에 합치되는 해석 즉 합헌적인 해석을 택해야 하며, 이에 의하여 위헌적인 결과가 될 해석을 배제하면서 합헌적이고 긍정적인 면은 살려야 한다는 것이 헌법의 일반 법리이다. … 법률에 일부 합헌적 요소가 있음에도 불구하고 위헌적 요소 때문에 전면위헌을 선언할 때 생길 수 있는 큰 충격을 완화하기 위한 방안이기도 하다.”라고 판시하면서,⁹⁾ 합헌적 법률해석의 필요성을 강조하여 왔다.

또한 “헌법재판소는 법률의 위헌 여부가 심판의 대상이 되었을 경우, 재판의 전제가 된 사건과의 관계에서 법률의 문언, 의미, 목적 등을 살펴 한편으로 보면 합헌으로, 다른 한편으로 보면 위헌으로 판단될 수 있는 등 다의적인 해석가능성이 있을 때 일반적인 해석작용이 용인되는 범위 내에서 중국적으로 어느 쪽이 가장 헌법에 합치되는가를 가려야 한다고 보면서,¹⁰⁾ 한정합헌이나 한정위헌과 같은 변형결정도

8) 헌법재판소 2008. 1. 17. 선고 2007헌마700 결정.

9) 헌법재판소 1990. 4. 2. 선고 89헌가113 결정.

10) 헌법재판소 1997. 12. 24. 선고 96헌마172등 결정.

허용된다고 실시하여 왔다.¹¹⁾

정리하면, 우선 법문언에 ‘다의적인 해석가능성’¹²⁾이 있을 경우에 통일적인 법질서의 형성을 위하여 합헌적 법률해석을 할 수 있다. 구체적으로 결론을 내릴 때에는 ‘일반적인 해석작용이 용인되는 범위 내에서’ 한정축소적 해석을 하여, 해석으로 축소된 범위 내에서만 해당 조항이 적용되므로 그 범위 내에서는 합헌이라고 결정할 수 있다는 것이다. 반대로 해당 조항의 문언 자체는 놔두면서 위와 같은 한정축소적 해석의 범위 밖에 있는 경우까지 해당 조항이 적용되는 것은 위헌이라는 한정위헌결정을 내릴 수도 있다.

하지만 합헌적 법률해석에도 한계가 뒤따른다. 합헌적 법률해석의 이론적 근거는 규범유지를 통한 입법권의 존중 및 이를 통한 법적 안정성의 보장인데,¹³⁾ 이러한 해석이 남용되면 해석이 아니라 입법이 되고 그 결과 권력분립원칙에 어긋나게 되기 때문이다.¹⁴⁾ 사법기관은 해석을 통하여 규범의 명확성을 강화하는 데 기여할 수는 있지만 입법자의 실수를 직접 치유할 수는 없다는 표현이나, 판례를 통하여 불명확한 규범에 스스로 적합한 의미를 부여함으로써 그 위헌성을 제거하려 해서는 안 된다는 표현¹⁵⁾ 역시 같은 의미이다. 또한 헌법적 가치의 실현을 천명하는 이러한 해석 방법은 그 구체적인 기준이 존재하지 않아 불명확하고 모든 해석에 적용될 수 있는 정도로 넓은 의미라는 점에서, 사법기관이 스스로의 판단 기준을 정당화하는 데 사용될 수 있다는 우려도 제기된다.¹⁶⁾ 더 나아가 합헌적 법률해석이 남용되면, 입법자의 입장에서 사법부가 위헌적인 요소를 해석으로 제거해 줄 것을 믿고 입법 과정에서 신중한 검토를 하지 않게 되는 문제도 생길 수 있다.¹⁷⁾

이러한 해석의 한계는 헌법재판소뿐만 아니라 법원에서도 마찬가지로 인정된다. 법원이 목적론적 축소(제한)해석¹⁸⁾을 통하여 구성요건의 일부 영역을 처벌하지 못하도록 한다면 이 영역까지 처벌하기 위하여 입법되었던 본래의 취지에 반하는 결과를

11) “한정적 합헌해석은 법률의 해석 가능성을 기준으로 하고, 한정적 위헌선언 방법은 법률의 적용 범위를 기준으로 하는 점에서 이론적으로는 서로 차이점이 있으나, 위 두 가지의 기준은 일반적으로는 서로 표리관계에 있어서 실제적으로는 차이가 있다 할 수 없다. 합헌적인 한정축소해석은 위헌적인 해석 가능성과 그에 따른 법적용을 소극적으로 배제하고, 적용 범위의 축소에 의한 한정적 위헌선언은 위헌적인 법적용 영역과 그에 상응하는 해석 가능성을 적극적으로 배제한다는 뜻에서 차이가 있을 뿐 다 같이 본질적으로는 일종의 부분적 위헌선언이며 실제적인 면에서 그 효과를 달리하는 것이 아니다(헌법재판소 1992. 2. 25. 선고 89헌가104 결정, 재판관 조규광의 보충의견).”

12) 이는 하나의 법률의 내용이 두 가지로 해석될 수 있는데 어느 하나의 해석은 합헌적이고 다른 하나의 해석은 위헌적인 경우를 의미한다(김혜경, “형사법 영역에서 위헌법률심판제청의 기준과 헌법적 심사”, 「형사법연구」 제35권 제4호, 2023, 216면).

13) 한수웅, 「헌법학」, 제13판, 법문사, 2024, 62-63면.

14) 김하열, 「헌법강의」, 제7판, 박영사, 2025, 33면. 따라서 이러한 경우에는 (한정합헌이 아니라) 위헌결정이 내려져야 한다.

15) Pschorr, Der Schutz demokratischer Entscheidungsfindung durch den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG), in: *Strafrecht und Demokratie*, 2023, 152-153면.

16) 강우예, “균형법 제92조의6에 대한 합헌적 해석의 의미와 성격”, 「형사법연구」 제34권 제4호, 2022, 407면.

17) 이영우, “합헌적 법률해석의 본질과 한계”, 「토지공법연구」 제82집, 2018, 461면.

18) 일반적으로 헌법합치적(합헌적) 제한해석은 목적론적 축소해석과 유사한 것으로 취급된다(강우예, 앞의 논문, 426면). 대법원도 목적론적 축소해석과 합헌적 해석을 달리 보고 있지 않은 것으로 보인다(2022년 대판의 반대의견 참고).

가져올 수 있고, 실제로 축소(제한)해석을 한 대법원 전원합의체 판결이 입법권과 충돌하게 된 사례도 있었다.¹⁹⁾ 대법원도 문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있는 경우 다른 해석방법을 활용할 필요가 없거나 제한된다고 하거나²⁰⁾ 목적론적(합헌적) 해석은 문언과 문맥상 의미의 한계를 넘어서지 않는 한도 내에서 매우 예외적인 경우에만 허용된다고 보고 있다.²¹⁾ 헌법재판소 역시 법률조항의 문언상 가능한 해석 범위와 입법자의 의사를 넘어서는 해석을 할 수 없다고 선언하고 있다.²²⁾ 결국 전술한 ‘일반적인 해석작용이 용인되는 범위 내에서’란 요건이 충족되는지를 판단하기 위해서는 ‘입법자의 의사’와 ‘문언상 가능한 범위 내’란 요소를 고려해야 하는 것이다.

범죄구성요건이 어느 정도 추상적일 수밖에 없다는 점에서, 다의적인 해석이 가능할 경우에는 헌법재판소나 법원이 일부 구성요건의 문언을 제한적으로 해석하는 것 자체를 허용하지 않을 수는 없을 것이다. 결국 위와 같은 요건과 한계를 준수하는 범위 내에서는 제한적(축소적) 해석을 할 수 있는 것이다. 그렇다면 제한해석을 동원하였다고 볼 수 있는 대상결정이 그러한 요건을 갖추고 한계를 넘어서지 않았는지를 구체적으로 살펴보아야 한다.

3. 대상결정에 대한 평가

(1) 법정의견의 문제점

심판대상조항에 따라 처벌되려면, ‘감염인’이 혈액 또는 체액을 통하여 다른 사람에게 ‘전파매개행위’를 해야 한다. 그런데 법정의견은 ‘의학적 치료를 받아 인체면역 결핍바이러스의 전파가능성이 현저히 낮은 감염인이 상대방에게 자신이 감염인임을 알리고 한 행위’는 이 처벌조항의 적용 범위에서 제외된다고 제한해석을 하였다. 즉 ‘감염인이 치료를 받아 자신의 바이러스의 전파가능성이 현저히 낮을 것’이라는 요건과 이 감염인이 ‘상대방에게 감염인임을 알려 동의를 받을 것’이라는 요건을 제시하면서, 이 두 요건이 충족되면 심판대상조항이 적용되지 않는다고 본 것이다.

이 구성요건에서 처벌행위로 규정하는 ‘전파매개행위’란 혈액 또는 체액을 통하여 이루어지는 형태를 띠면서 바이러스의 전파를 초래하는 성행위 등으로 이해할 수 있으므로, 건전한 상식을 지닌 일반인이라면 그 의미를 명확하게 인식하는 데 있어 큰 지장이 없다.²³⁾

19) 민유숙, “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 디지털 성범죄의 몇 가지 쟁점”, 「사법」 제75호, 2026, 676-680면.

20) 대법원 2017. 12. 21. 선고 2015도8335 전원합의체 판결.

21) “목적론적 해석 또는 합헌적 해석을 하는 경우에도 그것이 입법이 아닌 법률해석으로 남기 위하여는, 법률 제정 당시에 입법자가 전혀 예상하지 못하였기 때문에 법률로 규정되지 않았거나 불충분하게 규정된 경우, 법률에 명백한 실수가 있거나 법률 내용이 상호 모순 또는 충돌하는 경우, 법률 문언을 그대로 적용한 결과가 입법의도에서 벗어나 매우 불합리하다고 판단되는 경우나 그 문리대로의 적용이 실제로 불가능한 경우 등 예외적인 경우 이외에는, 문언과 문맥상 의미의 한계를 넘어서는 안 된다(2022년 대판의 반대이견).”

22) “합헌적 법률해석은 어디까지나 법률조항의 문언과 목적에 비추어 가능한 범위 안에서의 해석을 전제로 하는 것이고, 법률조항의 문구 및 그로부터 추단되는 입법자의 명백한 의사에도 불구하고 문언상 가능한 해석의 범위를 넘어 다른 의미로 해석할 수는 없다(헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 결정).”

그렇다면 법정의견처럼 ‘감염인’의 의미를 이해할 수 있는지 문제된다. 후천성면역결핍증 예방법 제2조 제1호를 보면 ‘감염인’이란 ‘인체면역결핍바이러스에 감염된 사람’을 말한다. 문구대로 보면, 바이러스에 감염되어 그 전파가능성이 있는 상태가 계속 지속되고 있는 사람으로 이해할 수 있다. 그런데 법정의견은 이에 더 나아가 성실히 치료를 받아 바이러스의 전파가능성이 ‘현저히 낮아진’ 사람은 여기에서 제외된다고 하였는데, 이러한 제한해석이 가능한 해석인지 문제된다.

다음으로 법정의견은 추가적으로 소극적 요건으로서 ‘상대방에게 고지하여 동의를 받을 것’을 제시하고 있다. 이러한 요소는 법문에 드러나지 않는데, 이와 같은 제한 해석이 가능한지도 함께 검토해 보아야 한다.

(2) ‘감염인’ 부분: 합헌적 법률해석(제한해석)이 가능한 경우인가?

전술한 바와 같이 합헌적 법률해석이 허용되려면, 법문언이 ‘다의적인 해석가능성’이 있는 경우로서 ‘일반적인 해석작용이 용인되는 범위 내’에 해당해야 한다. 후자를 판단하기 위해서는 ‘입법자의 의사’와 ‘문언상 가능한 범위 내’인지를 살펴보아야 한다.

법정의견과 같이 치료를 받아 완치에 가까워져서 바이러스의 전파가능성이 거의 없는 것으로 보이는 자를 감염인에서 제외함으로써 행위주체의 범위를 축소하는 것이 가능할까? 전파가능성이 0인 것이 100% 확실하다면 당연히 행위주체에 포함되지 않을 것이므로, 특별히 ‘(제한)해석’을 동원할 필요도 없이 그 자는 처음부터 행위주체에서 제외될 것이다. 그러나 전파가능성이 조금이라도 있을 수 있는 자, 다시 말해 전파가능성이 0인 것을 100% 확실할 수 없는 자라면 - 설령 성실하게 치료를 받고 있다고 하더라도 - 문언상 행위주체에 포함될 수밖에 없다. 그러므로 이러한 자를 행위주체에서 제외하려는 해석은 ‘문언상 가능한 범위’를 벗어나는 것이고, ‘입법자의 본래 의사’에도 부합하지 않게 된다. 제정 당시의 입법자는 바이러스에 감염되어 전파가능성이 조금이라도 있는 자도 명백히 그 주체로 포함시켰기 때문이다.

법정의견의 해석은 문언의 범위와도 일치하지 않을 뿐만 아니라 입법목적을 달성하는 데 지장을 줄 위험성이 크다. 실제로 치료를 6개월 이상 계속 시행하여 바이러스의 양이 검출 한계치 미만까지 억제된 감염인은 예방조치 없이 성행위를 하더라도 타인을 에이즈에 감염시킨 사례가 발견되지 않는다는 연구가 있기는 하다.²⁴⁾ 하지만 이것은 치료가 잘 이루어졌음을 전제로 하는 것인데, 감염인은 평생 치료를 받아야 하고 그 부작용도 만만치 않으며 복약을 중단하는 즉시 바이러스가 다시 증식하는데 감염가능성 없음을 확인하는 검사도 빈번하게 이루어지는 것이 아니라는 점 등을 고려하면, 감염인이 복약지도를 성실하게 이행하는 것이 결코 쉽지 않을 뿐만 아니라 치료를 받고 있더라도 사실상 감염가능성이 거의 없다는 점을 확실히 보장할 수도 없다.²⁵⁾

23) 다만 ‘전파매개행위’를 더 구체적으로 규정하는 방안도 고려할 수 있다. 바이러스의 전파가능성이 크지 않다고 과학적으로 증명된 행위(예를 들어 구강 성행위, 콘돔을 사용한 성행위, 침을 빨는 행위, 무는 행위 등)를 전파매개행위의 범위에서 제외하자는 주장(백경희/김자영, 앞의 논문, 178면)을 입법적으로 실현하는 방안이 그것이다.

24) 김지현, 앞의 글, 508면.

25) 김지현, 앞의 글, 509면.

물론, 법정의견은 오늘날 발전된 의학적 수준을 고려하여 이러한 변화가 해석에도 반영되어야 한다는 전제 하에 위와 같은 결론에 이른 것으로 이해된다. 헌법재판소가 그동안 사회·기술·의학적 사정변경을 고려하여 과거에 제정된 법률조항을 위헌으로 판단한 사례도 종종 있지만,²⁶⁾ 이 경우는 그러한 변화 때문에 규정의 전체적 내용 자체가 현실에 부합하지 않다고 판단되어 위헌으로 선고된 것일 뿐이고, 규정 중 특정한 문언을 달리 해석해야 한다고 보아 위헌으로 결정을 내린 경우는 없었다. 비록 이 규정이 에이즈에 대한 백신이나 치료약이 없었던 1987년에 제정된 것이어서 오늘날의 상황과 다르다고 볼 여지가 있다고 하더라도, 명시적인 법문언의 변경이 없는 상황에서 헌법재판소가 임의로 행위주체를 축소하는 것은 제정 당시 입법자의 명백한 의사에 반한다고 보아야 한다. 전술한 바와 같이 합헌적 법률해석의 전제조건으로 ‘문언의 다의적 해석가능성’이 요구되는데, ‘감염인’이라는 문언은 말 그대로 바이러스에 감염된 후 완치되지 않아서 그 전파가능성이 조금이라도 남아있는 자를 모두 포함한다고 해석된다. ‘감염인’의 범위를 축소할 수 있는 어떠한 여지도 없는 것이다. 문언이 여러 의미로 해석될 여지조차 없는데 임의로 그 범위를 축소하는 것은 합헌적 법률해석에 해당한다고 볼 수 없다. 결국 문언의 의미, 입법자의 의도, 법률의 목적 등을 종합적으로 고려하였을 때 ‘일반적인 해석작용이 용인되는 범위 내’에 해당한다고 볼 수 없다.

그러므로 이 규정을 해석할 때에는 전파가능성이 조금이라도 있는 자까지 당연히 행위주체에 포함되어 처벌된다는 점을 전제로 삼아야 한다. ‘감염인’을 해석한 부분만 보면, 심판대상조항이 감염인이라는 용어에 대하여 어떠한 예외나 한정 표지를 마련하고 있지 않으므로 자신의 감염상태를 알고 있는 감염인이라면 치료 여부를 불문하고 항상 행위주체에 해당한다고 본 반대의견의 해석이 타당하다.

(3) ‘동의’ 부분: 심판대상규정의 보호법익이 무엇인가?

심판대상조항은 우선적으로 성행위 상대방의 의사에 반하는 에이즈 감염 방지를 목적으로 삼고 있지만, 동시에 에이즈 자체가 지니고 있는 ‘타인에 대한 전파 우려’라는 특성으로 인하여 개인뿐만 아니라 사회 전반의 공중보건에 악영향을 끼칠 위험이 크기 때문에 이를 예방할 목적으로 부득이하게 형사처벌이라는 수단까지 투입하는 것이다.²⁷⁾ 후천성면역결핍증 예방법 제1조에서도 “이 법은 후천성면역결핍증의 예방·관리와 그 감염인의 보호·지원에 필요한 사항을 정함으로써 국민건강의 보호에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있는데, 심판대상조항이 포함된 법률 전체가 단순히 개인의 생명·건강을 보호하기 위한 것이 아니라 에이즈란 질병의 무제한적 전파를 방지하여 국민 전체의 건강을 보호하는 데에도 중점을 두고 있음을 보여준다. 그러므로 심판대상조항은 개인적 법익뿐만 아니라 사회·국가적 법익도 보호의 대상으로 삼고 있는 것으로서, 추상적 위험범의 형태를 띠고 있다.

만일 심판대상규정이 - 예를 들어 성범죄의 경우처럼 - 개인적 법익만을 보호법익

26) 예를 들어, 발달된 기술이나 설비를 이용하여 원양어선 등에 타고 있는 선원들의 투표권 행사는 얼마든지 가능한데도 이들을 부재자투표 대상으로 규정하지 않은 공직선거법 제38조 제3항 및 제155조 제4항에 관한 헌법재판소 2007. 6. 28. 선고 2005헌마772 결정 등.

27) 백경희/김자영, 앞의 논문, 177면.

으로 삼고 있다면, ‘상대방의 동의’란 요소는 구성요건을 배제하는 양해 또는 위법성을 조각시키는 피해자 승낙에 해당할 것이다. 그렇다면 법정의견이 제시한 소극적 요건으로서의 ‘상대방에 대한 고지’ 및 ‘상대방의 동의’는 형법 일반 법리에 따라 처벌을 배제하는 요소가 되고, 특별히 이를 불치벌의 요건으로 언급할 필요조차 없다. 즉 특별히 ‘(제한)해석’을 동원하지 않고도 이 요소로 인하여 당연히 감염인의 처벌이 불가능하게 되는 것이다.

하지만 전술한 바와 같이 ‘성적 자기결정권(개인적 법익)’뿐만 아니라 ‘국민건강(사회·국가적 법익)’라는 요소도 보호법익에 포함되기 때문에, - 설령 전자의 법익이 더 우위에 있다고 보더라도 최소한 후자의 법익도 함께 고려해야 한다고 보는 한 - 상대방의 동의가 있다는 점이 당연히 불법의 배제로 이어지는 것은 아니다. 즉 상대방의 동의 여부와 상관없이 심판대상조항에 의하여 처벌되는 것이다. 그러므로 ‘고지를 통한 동의’란 요소는 불법을 배제하는 추가적 요건에 해당하는 것으로서, 심판대상조항에 당연히 포함되어 있지 않으므로 새롭게 제시되어야 한다. 그런데 이를 소극적 요건으로 새롭게 제시하기 위해서는 해석이 아니라 입법적 결단이 필요하다. 법문상을 소극적 요건으로 볼 수 있는 어떠한 여지도 없기 때문이다. 더 나아가 이에 대한 입법자의 의사가 한 번이라도 드러난 적도 없다. 그러므로 이러한 소극적 요건을 두어 처벌의 범위를 제한하기 위해서는, 심판대상조항을 개정하여 명확한 문구를 추가해야 하고 헌법재판소가 스스로 그러한 요건을 창설해서는 안 된다. 결국 ‘감염인’을 제한해석한 것뿐만 아니라 ‘고지 및 동의’ 요건을 해석만으로 제시한 것 역시 타당한 결론으로 볼 수 없다.

(4) 피고인에게 유리하다면 위와 같은 제한해석이 허용되는가?

위와 같은 논지에 거부감이 든다면, 그 이유는 그러한 제한해석이 피고인에게 유리하다는 점 때문일 것이다. 피고인에게 유리하면 허용될 수 있는 것이 아닐까?

법해석을 함에 있어서 사법부는 목적론적 해석을 통하여 자신의 논거를 정당화하는 경우가 많다. 일반적으로 목적론적 해석은 가벌성을 제한하는 방향보다 확장하는 방향으로 활용되고 있어서 이에 대한 여러 비판이 제기되는데,²⁸⁾ 반대로 이 해석방법이 가벌성을 제한하는 방향으로 이용되는 경우에는 달리 볼 수 있는지가 문제될 수 있다. 즉 - 전술한 것처럼 합헌적 법률해석이 불가능한 상황이라든가 - 목적론적 축소(제한)해석을 통하여 피고인에게 혜택을 줄 수 있다면 그러한 해석을 허용할 수 있다는 반론이 제기될 수 있는 것이다. 일반적으로 피고인에게 유리한 경우라면 유추해석이나 확장해석도 허용될 수 있다고 인정되기 때문이다.²⁹⁾

이러한 제한(축소)해석의 가부 및 한계에 관한 문제는 헌법재판소뿐만 아니라 법원에서도 빈번하게 나타난다. 하지만 법원의 판례에서도 피고인에게 유리하다고 하여 문언의 가능한 의미 범위를 벗어난 (목적론적 축소)해석을 명시적으로 허용한 경우는 없다.³⁰⁾ 판례 역시 그 결과가 현저히 형평과 정의에 반하거나 심각한 불합리가

28) 변종필, “형법해석에서 법정책적 논거원용의 타당성문제”, 「형사법연구」 제26호, 2006, 514-515면; 홍영기, “법률 해석의 허용과 한계”, 「법학연구」 제3권 제1호, 2008, 167-168면.

29) 신동운, 「형법총론」, 제16판, 2024, 33면.

30) 민유숙, 앞의 논문, 670면.

초래되는 경우가 아닌 한, 입법자의 재량을 존중해야 하므로 피고인에게 유리하다고 하여 문리를 넘어서는 해석을 해서는 안 된다고 본다.³¹⁾ 또한 특히 범죄구성요건의 경우 그 법률해석은 법문언 자체가 명확하지 않을 때 이용될 수 있을 뿐이고, 법문언 자체가 비교적 명확한 개념으로 구성되어 있다면 해석방법의 이용은 자체·제한되어야 한다고도 판시하고 있다.³²⁾ 그러므로 다의적 해석가능성이 없는 경우라면 피고인에게 유리하다고 하여 위와 같은 해석상 기본원칙이 무시되어서는 안 되고, 피고인에 대한 유·불리보다 법문언에 대한 객관적·규칙적 해석과 적용이 우선시되어야 한다.³³⁾

(5) 결정형태의 문제

대상결정의 법정의견은 ‘한정합헌’이라는 표현을 사용하지 않았지만, 구성요건의 범위를 좁힌 후 그 범위 내에서만 처벌하는 것은 합헌이라고 본 것이어서 사실상 한정합헌결정을 내린 것과 다를 바 없다. 대상결정의 반대의견은 ‘일부위헌’이라는 표현을 사용하였지만, 구성요건에 포함되어서는 안 되는 범위를 설정한 후 그 범위까지 처벌하는 것은 위헌이라고 본 것이어서 사실상 한정위헌결정을 내린 것으로 볼 수 있다.

실제로 헌법재판소는 선례를 인용한 2002년 국가보안법 사건³⁴⁾ 이후 주문으로 한정합헌결정을 내리지 않고 있고, 한정위헌결정이 내려진 것 역시 - 선례를 인용한 것을 제외하면 - 2014년 집시법 사건³⁵⁾이 사실상 마지막이라 볼 수 있다. 그 이후에는 일부위헌결정의 형태를 취하고 있다.³⁶⁾ 이러한 최근 경향에 따라 대상결정에서도 반대의견이 일부위헌의 형태를 택한 것으로 보인다.

한정합헌, 한정위헌, 일부위헌결정 형태에 대한 당부는 별론으로 하고, 어쨌든 대상결정에서는 법정의견과 반대의견 모두 이 사안이 합헌적 법률해석이 가능한 경우로 보아 위와 같은 결론을 내린 것으로 볼 수 있다. 법정의견은 합헌이라는 결론을 이끌어내기 위하여 ‘감염인’이라는 구성요건의 해석에서부터 제한해석을 시도한 것이 명확하다. 반대의견은 명확성원칙 위반 관련해서는 ‘감염인’을 문구 그대로 해석하여 마치 합헌적 법률해석을 시도하지 않을 것처럼 보이지만, 과잉금지원칙 위반과 관련해서는 심판대상조항 전체가 아니라 그 중 일부분만 위헌으로 선언함으로써³⁷⁾ 사실

31) 대법원 2004. 11. 11. 선고 2004도4049 판결. 물론, 이 판례는 목적론적 축소해석에 관한 것은 아니고 유추해석이나 확장해석에 관한 것이다.

32) 대법원 2022. 3. 11. 선고 2018도18872 판결.

33) 홍영기, “2023년 형사법분야 대법원 주요판례 평석”, 「안암법학」 제68호, 2024, 177면.

34) 헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 99헌바27등 결정(“위 조항은 그 소정의 행위가 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서에 해악을 끼칠 명백한 위험성이 있는 경우에만 이를 적용하는 것으로 그 적용 범위를 축소제한하면 헌법에 합치된다.”).

35) 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2011헌가29 결정(“심판대상조항들은 ‘일몰시간 후부터 같은 날 24시까지의 옥외집회 또는 시위’에 적용되는 한 헌법에 위반된다.”).

36) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2014헌바180등 결정(“심판대상조항 중 정신적 손해에 관한 부분은 민주화운동 관련자와 유족의 국가배상청구권을 침해한다.”). 법정의견은 아닌 결정으로는 헌법재판소 2022. 5. 26. 선고 2012헌바66 결정 중 5인의 일부위헌의견(“심판대상조항 중 근로조건의 향상을 위한 쟁의행위 가운데 집단적 노무제공 거부행위인 단순파업에 관한 부분은 과잉금지원칙에 위배되어 근로자의 단체행동권을 침해한다.”) 등.

37) 미국 캘리포니아 주에서는 에이즈를 포함한 감염병 일반에 대하여 그 전파매개행위를 금지·처벌하면서, 의료인의 처방에 따른 치료법을 성실히 이행하는 감염인은 타인을 감염시

상 - 조항 자체의 효력은 살려두려는 - 합헌적 법률해석을 한 것이다.

하지만 반대의견이 언급한 것처럼 ‘감염인’이라는 용어가 다의적인 해석가능성이 없고 입법자의 명백한 의사도 추단된다고 본다면, 결정 형태에 있어서도 한정위헌 또는 일부위헌이 아니라 법률조항 전체에 대한 위헌결정을 선고한 후 입법자가 스스로 이를 개정할 수 있도록 위임해야 한다. 종업원의 위반행위가 있으면 개인인 영업주도 동일하게 처벌하는 양벌규정에 대한 과거의 결정에서도 유사한 문제가 발생한 바 있다. 이 사건 법률조항을 ‘영업주가 종업원에 대한 선임감독상의 주의의무를 위반한 과실이 있는 경우에만 처벌하도록 규정한 것’으로 (제한)해석함으로써 책임주의에 합치되도록 합헌적 법률해석을 할 수 있는지가 문제되었는데, 재판관 4인은 “그 문언상 명백한 의미와 달리 ‘종업원의 범죄행위에 대해 영업주의 선임감독상의 과실(기타 영업주의 귀책사유)이 인정되는 경우’라는 요건을 추가하여 해석하는 것은 문언상 가능한 범위를 넘어서는 해석으로서 허용되지 않는다.”고 보아 행위주체의 범위를 좁히는 제한해석을 시도하지 않았고, 그에 따라 이러한 자(아무런 비난받을 만한 행위를 하지 않는 자)까지 타인의 범죄행위를 이유로 처벌하는 것은 형벌에 관한 책임주의에 반하는 것이라고 보아 법률조항 전체에 대하여 위헌결정을 내렸다.³⁸⁾ 그 후 양벌조항에 대하여 같은 취지의 결정이 이어졌는데, 입법자는 그 취지에 맞게 과실이 있는 영업주만 처벌되도록 특별법을 정비하였다. 이처럼 합헌적 법률해석을 할 수 있는 요건이 갖춰지지 못하였다면 법률조항 전체에 대하여 위헌을 선언해야 하고,³⁹⁾ 그 중 일부만 위헌성이 있다고 보인다면 그 취지를 실시함으로써 추후 입법자가 그 부분만이라도 처벌하는 조항을 다시 만들 수 있도록 유도해야 한다. 결과적으로 반대의견의 ‘감염인’에 대한 해석 부분은 타당하지만, 과잉금지원칙 위반에 대한 판단 부분 및 결정형태는 적절하지 않다.

4. 토론: 재판소원 도입으로 인한 변화를 고려할 필요성

심판대상조항을 적용한 여러 하급심 판결이 존재하지만,⁴⁰⁾ 심판대상조항의 구성요건을 구체적으로 해석하는 판결은 없었고, 그 결과 심판대상조항의 구성요건에 대한 대법원의 확립된 해석 역시 존재하지 않는다. 그래서 헌법재판소가 스스로 법률해석을 하여 위헌 여부를 판단하였다. 그런데 범죄구성요건에 대한 법원의 법률해석이 축적되어 있는 경우에는 다른 문제가 발생할 수 있다. 실제로 위헌성이 있다고 문제되는 범죄구성요건에 대해서는 법원이 그 적용 요건과 범위를 해석을 통하여 확정·

킬 의도가 없는 것으로 보아 그의 전파매개행위는 처벌대상에서 면제시키고 있는데[CAL. HEALTH & SAFETY CODE § 120290(g)(2) (2018)](김지현, 앞의 글, 513면), 헌법재판소는 이러한 형태의 입법례를 참조한 것으로 보인다.

38) 헌법재판소 2007. 11. 29. 선고 2005헌가10 결정. 나머지 4인의 위헌의견은 합헌적 법률해석에 관하여 언급하지는 않았지만, 마찬가지로 아무런 책임 없는 영업주를 처벌할 가능성이 있음을 근거로 위헌으로 선고하였는데, 이러한 결론 역시 제한해석을 하지 않았기 때문에 나온 것으로 볼 수 있다.

39) 법률조항 전체의 효력이 즉시 사라지는 것이 오히려 부당한 결과를 초래한다면, 헌법불합치결정을 내리는 방안도 고려할 수 있다.

40) 서울중앙지방법원 2009. 4. 16 선고 2009고단1292 판결; 광주지방법원 2019. 11. 8 선고 2019고단3972 판결; 서울남부지방법원 2020. 4. 24 선고 2020고합86 판결; 서울서부지방법원 2021. 5. 13 선고 2021고합46 판결 등.

제한하고 있는 경우가 많다.⁴¹⁾ 헌법재판소는 기본적으로 어떤 규정에 대하여 법원의 확립된 해석이 있으면 특별한 사정이 없는 한 이를 존중하여 그 위헌 여부를 판단해야 한다고 보면서, 그러한 법원의 해석사례가 없는 경우에 한하여 헌법재판소가 필요한 범위 내에서 직접 법률해석을 한 후 이를 전제로 그 위헌 여부를 판단해야 한다고 본다.⁴²⁾ 법령의 해석 및 적용에 관한 권한은 법원에 전속되어 있다는 점을 고려하면, 원칙적으로 법원의 해석을 존중하는 것은 법질서의 통일성 차원에서도 바람직한 실무라 할 수 있다.

지금까지는 이러한 실무에 따라 헌법재판소가 법원의 법률해석 권한을 존중하여, 개별 사례에서의 법원의 법률해석을 예로 들면서 명확성원칙 등에 반하지 않아 합헌이라는 결론을 내리는 경우가 대부분이었다.⁴³⁾ 또한 대법원 역시 그동안 재판소원을 금지한 구 헌법재판소법 제68조 제1항의 취지를 강조하면서, 헌법재판소의 한정위헌 결정은 법률해석에 불과하여 법원에 전속되어 있는 법령의 해석·적용 권한에 영향을 미치거나 구속력을 갖지 못한다는 점을 이유로, 헌법재판소가 법원에 대하여 법률의 해석 기준을 제시할 수 있는 권한은 없다고 실시하여 왔다.⁴⁴⁾ 이러한 전통에 따라 헌법재판소는 법원의 법률해석을 통하여 범위가 정해진 규정을 대상으로 그 위헌성 심사를 하는 것이 원칙이고, 법원의 해석이 없는 경우에 한하여 독자적인 법률해석을 할 수 있다는 실무가 통용되어 온 것이다.⁴⁵⁾

그런데 2026년 2월 27일 재판소원에 관한 헌법재판소법 개정안이 국회를 통과하여 3월 12일부터 재판소원이 실시됨에 따라, 이러한 실무에도 중대한 변화가 이루어질 가능성이 커졌다. 아직 시행 초기 단계라 이 제도가 앞으로 어떻게 정착할 것인지 예측할 수는 없지만, 신설된 헌법재판소법 제68조 제3항⁴⁶⁾의 청구 사유를 보면, 법원의 재판이 헌법을 위반하여 기본권을 침해한 것이 명백한 경우(제3호)를 포함하고 있으므로, 대법원의 법률해석이 기본권을 침해한다고 보이는 경우에는 그 해석과 다른 결론을 내리는 것이 완전히 불가능한 상황은 아니다.⁴⁷⁾ 만일 헌법재판소가 헌법

41) 같은 날 선고된 균형법 추행죄 사건(헌법재판소 2023. 10. 26. 선고 2017헌가16등 결정)에서도 재판관 5인의 법정의견은 대법원 판결(대법원 2022. 4. 21. 선고 2019도3047 전원합의체 판결)의 다수의견에 따라 균형법 제92조의6의 적용 범위를 제한해석한 후 합헌 결정을 내렸다.

42) 헌법재판소 2008. 1. 17. 선고 2007헌마700 결정.

43) 청구인이 (한정위헌 청구 취지로) 법원의 법률해석의 위헌성을 주장하는 경우, 이에 대하여 직접 답하지 않고 그 청구 취지를 규정의 불명확성을 다투는 것으로 선례하여 명확성원칙 위배 여부에 대한 심사를 한 후 단순 합헌결정을 내리는 것이다(김동훈, “살아있는 법’ 이론을 통한 한정위헌 갈등의 해소”, 『저스티스』 제189호, 2022, 63면).

44) 대법원의 입장에 대한 정리로는 김동훈, 앞의 논문, 81-83면.

45) 김동훈, 앞의 논문, 81면.

46) ③ 제1항에 따라 청구된 헌법소원심판 중 법원의 재판에 대한 헌법소원심판은 확정된 재판을 그 대상으로 하며, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 한정하여 청구할 수 있다.

1. 법원의 재판이 헌법재판소의 결정에 반하는 취지로 재판함으로써 기본권을 침해한 경우
2. 법원의 재판이 헌법과 법률에서 정한 적법한 절차를 거치지 아니함으로써 기본권을 침해한 경우
3. 법원의 재판이 헌법과 법률을 위반함으로써 기본권을 침해한 것이 명백한 경우

47) 실제로 법률해석의 당부가 문제되는 재판소원 사건이 본안에 회부되고 있다(“재판소원 본안행 3건으로…’절차’ 넘어 ‘위헌적 법률 해석’도 심판대”, 뉴스1 2026. 7. 3. 자 기사 <<https://www.news1.kr/society/court-prosecution/6165266>>). 물론 많은 사례에서 법률해

에 비추어 보았을 때 대법원 전원합의체 판결의 반대의견에 따른 해석 및 구성요건 적용이 타당하다고 여기는 경우에는 대법원의 결론을 뒤집을 수 있는 것이다. 그에 따라 대법원 소수의견이 헌법재판소에서 다수의견이 되거나 대법원의 견해와 다른 견해를 취함으로써 사안의 결론이 달라질 수도 있다. 이 사건과 관련하여 보면, 만일 대법원이 심판대상조항 중 ‘감염인’ 부분을 반대의견처럼 해석하였다면, 재판소원이 없던 시절에는 ‘대법원 법률해석의 존중’을 전제로 헌법재판소도 이에 따라 결론을 내렸겠지만, 재판소원이 실시되고 있는 지금에는 법정의견처럼 다른 해석을 감행하여 다른 결론을 내릴 수도 있는 것이다.

물론, 대부분의 사례에서는 대법원의 견해와 헌법재판소의 견해가 전면적으로 충돌하지는 않을 것이다.⁴⁸⁾ 하지만 범죄구성요건을 어떻게 해석하는지에 따라 유죄 여부가 달라질 수 있는 사례에서는 판단주체의 선이해(Vorverständnis)나 성향에 따라 첨예하게 법률해석이 대립할 수 있다. 법률해석이 근본적으로 정치적·경제적 구조에 민감하게 반응하는 특성을 지닌다는 것도 그러한 가능성을 높이는 근거가 된다.⁴⁹⁾ 그에 따라 판단주체가 누구인지에 따라 충분히 다른 결론이 나올 수 있는 것이다.

그러므로 판단주체의 성향에 따라 합헌/위헌 또는 유죄/무죄의 결론이 달라질 수 있다는 불필요한 국민적 오해를 사지 않기 위해서는, 헌법재판소가 관련 사례군에 대한 명확한 해석기준을 마련하여 그 법률해석을 일관되게 적용하려는 노력이 필요한 시점이다. 물론, 개별 사건마다 다르게 판단될 수밖에 없으므로 헌법재판소가 단일한 해석기준을 제시하는 것은 불가능하겠지만, 적어도 지금까지와 마찬가지로 법원의 해석 판단을 단순히 인용하는 데 그칠 것이 아니라 더 적극적으로 헌법적 관점에서 법률규정을 해석하려는 의지를 보여줘야 할 것이다.⁵⁰⁾ 물론, 그렇더라도 예전처럼 법원의 해석에 구속을 받지 않는다는 점에서 차이가 생긴 것일 뿐이고, ‘일반적인 해석작용이 용인되는 범위 내’에서만 합헌적 법률해석을 할 수 있다는 점은 달라지지 않는다.

IV. 맺음말

법률해석의 기준이나 합헌적 법률해석의 요건 및 한계에 대한 학술적 연구와 헌법 재판소·법원의 판례는 이미 많이 축적되어 있다. 따라서 현 시점에서 이에 대한 ‘총론적’ 논의가 부족하다고 여길 사람은 없을 것이다. 하지만 이처럼 이론적 기준이 제시되고 있음에도 불구하고 실제 사례에서 위 기준을 어떻게 일관되게 적용시킬 것인지의 여전히 해결되지 않은 문제이다. 해석방법론은 다양하게 마련되어 있지만 그

석(적용)의 위헌성 문제는 적용대상 법률규정의 위헌성 문제와도 결부되어 있다(부수적 규범통제의 사례).

48) 특히 현재의 재판부처럼 헌법재판관 모두가 법관 출신인 경우에는 그러할 가능성이 더 클 것이다.

49) 법률해석의 정치성에 대해서는 변종필, “형법해석과 정당화”, 「형사법연구」 제29권 제4호, 2017, 8-10면.

50) 같은 맥락에서, 헌법재판소가 대법원의 변경된 해석을 수용하더라도 헌법재판소 스스로 종전의 법률해석과 다른 해석을 하게 된다면 결정이유에 이를 명시해야 한다는 견해로는 김래영, “판례평석: 군형법 제92조의6 추행죄의 적용범위”, 「법학논총」 제48권 제1호, 2024, 16면.

우선순위는 정해져 있지 않고, 판단주체가 자신의 결론에 가장 부합하는 해석방법을 임의로 선택할 수 있기 때문이다.⁵¹⁾ 이제는 실제 문제되는 사건에서 모순 없이 적용될 수 있는 해석 적용례를 유형화함으로써 사안에 부합하는 법률해석을 가능하게 하는 ‘각론적’인 ‘데이터 축적’이 필요한 시점이다. 헌법재판소나 법원 실무에서도 유사한 선례를 비교·분석하여 해당 사건에 적합한 법률해석을 함으로써 구체적 타당성 있는 결론을 도출한다는 점에서,⁵²⁾ ‘데이터 축적’을 위한 개별 사례 연구의 중요성을 간과해서는 안 된다. 물론, 개별 사례마다 특수성이 있으므로, 설령 유사한 것을 보이는 선례가 있더라도 이를 그대로 차용할 수 없는 한계가 발생하는 것은 당연하다. 하지만 여러 관련 사례군에 대한 판례와 연구가 축적된다면, 문제되는 사안에 가장 적합한 법률해석이 무엇인지에 대한 통찰을 얻을 수 있게 된다. 이 글은 이러한 관점에서 출발하여, 구체적인 헌법재판소 결정(과 대법원 판결)을 분석하고 그 제한해석의 당부를 검토하였다는 점에서 독자적인 의미를 가질 수 있다. 결론적으로 대상 결정의 심판대상조항에 대해서는 합헌적 해석이라는 명목 하에 제한해석을 시도해서는 안 되고, 다만 과잉하게 처벌된다는 점을 고려하여 위헌결정을 내려야 한다.

대법원이 문제되는 법률규정을 축소해석하거나 헌법재판소가 제한해석을 전제로 합헌결정을 내리는 이유는 해당 규정을 창설한 입법자의 의사를 고려하여 그 효력 자체는 유지시켜 주려는 숨은 의도가 있다고 볼 수 있다. 하지만 ‘일반적인 해석작용이 용인되는 범위 내’라는 한계를 벗어나면서까지 제한해석을 하는 것은 오히려 입법자의 본래 의도에서 멀어질 뿐만 아니라 입법자의 법창설 권한까지 가져오는 결과로 이어질 수 있다. 특히 최초 입법이 이루어진 후 한참이 지났거나 입법자가 여론에 떠밀려 졸속입법을 함으로써 입법의사가 불분명하게 될수록 그러한 위험성이 커진다.

물론, 그 일차적인 책임은 입법자에게 있을 것이다. 입법자는 사법기관에 앞서 최우선적으로 명료하고 헌법에 합치하는 규범을 창설할 의무를 지고 있음에도 불구하고,⁵³⁾ 단지 의정 실적을 채우기 위하여 면밀한 검토 없이 불명확한 처벌규정을 양산하는 것은 비판받아 마땅하다. 그렇게 하더라도 나중에 법원이나 헌법재판소가 그 법률규정을 적절히 해석해 줄 것이라고 믿게 되는 것도 큰 문제라 하지 않을 수 없다.

그러므로 사법기관이 법창설을 할 위험성을 줄이고 입법자에게 위와 같은 ‘불필요한 믿음’을 주는 것을 방지하기 위해서는, 헌법재판소가 법률해석을 할 때 조금 더 보수적으로 접근해야 할 필요가 있다. 적어도 입법제안서 등에 명확히 나와 있지 않은 내용까지 입법자의 의사라고 추단해서는 안 되고, 시대의 변화를 적극적으로 고려하여 과거의 법률규정을 현 시점에 무리하게 맞추는 해석을 감행하는 것도 삼가야 한다. 성실한 입법자의 의사는 최대한 존중해야 하겠지만, 불성실한 입법자의 의사까지 선해해 줄 필요는 없기 때문이다. 따라서 피고인에게 유리하다는 점 때문에 것처럼 ‘불성실하게 구성된’ 처벌규정의 효력을 유지시켜 주면서까지 그 적용 범위를 제

51) 배종대, 「형법총론」, 제19판, 홍문사, 2026, 70-71면.

52) 모든 법률해석은 당해 사례를 다른 확실한 ‘법률 사례’나 법관이 판결한 사례와 비교하는 것을 전제로 한다(하세머(Hassemer), 배종대/이상돈 역, 형법정책 - 법치국가와 형법 -, 세창출판사, 1998, 135면).

53) Wapler, Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeit im Strafverfassungsrecht, in: *Strafverfassungsrecht*, 2022, 202-203면.

한적으로 해석하는 노력을 기울여야 할 당위는 없는 것으로 보인다. 입법자가 의도하였건 의도하지 않았건⁵⁴⁾ 위헌성 있는 입법을 한 경우라면, 헌법재판소가 과감하게 해당 규정이 죄형법정주의의 명확성원칙 또는 과잉금지원칙에 위반되어 무효라고 선언하는 것이 ‘불성실한’ 처벌규정을 더 신속하고 정확하게 개선할 수 있는 길을 열어주는 방법이다. 이러한 방법은 결코 입법권을 무시하는 것이 아니라 오히려 향후 입법자가 더욱 신중하게 입법권을 행사하도록 주의를 환기하는 효과가 있다.⁵⁵⁾

재판소원이 도입된 시점에서 이제 헌법재판소는 권력분립원칙을 존중하면서도 국민의 기본권 보호에 최대한 기여할 수 있는 법률해석의 기준과 방법을 정립해 나가야 할 것이다. 헌법재판소의 권한이 확대된 것도 그러한 의무를 실현할 것이라는 국민적 기대에 따른 것이기 때문이다. 헌법재판소가 명료하게 제시하는 헌법·법률해석의 기준과 방법은, 입법자로 하여금 처벌규정을 신설할 때 헌법에 합치하는 입법권을 행사하도록 유도하는 강력한 규범적 기제가 될 것이다.

- **주제어:** 합헌적 법률해석, 제한적(축소적) 해석, 권력분립원칙, 재판소원, 에이즈 전파매개행위죄, 2019헌가30

54) 입법자가 중범죄에 강력히 대응해야 한다는 여론에 편승하여 제대로 심사하지 않고 구성요건을 창설하거나 형량을 강화한 것은 의도한 경우로 볼 수 있고, 입법 당시의 사회 상황에서는 그러한 입법이 합헌적이었으나 시대가 변하면서 현실에 부합하지 않게 된 것은 의도하지 않은 경우로 볼 수 있다.

55) 같은 취지로 김혜경, 앞의 논문, 218면.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 강우예, “균형법 제92조의6에 대한 합헌적 해석의 의미와 성격 - 죄형법정주의 및 기타 해석 기준과의 관계에 대한 분석을 바탕으로 -”, 「형사법연구」 제34권 제4호, 2022.
- 김동훈, “‘살아있는 법’ 이론을 통한 한정위헌 갈등의 해소”, 「저스티스」 제189호, 2022.
- 김래영, “판례평석: 균형법 제92조의6 추행죄의 적용범위 - 헌재 2023. 10. 26. 2017헌가16등 -”, 「법학논총」 제48권 제1호, 2024.
- 김지현, 후천성면역결핍증 예방법 제19조 등 위헌제청 - 인체면역결핍바이러스 전파매개행위를 형사처벌하는 것이 감염인의 기본권을 침해하는지 여부에 관한 사건 - (헌재 2023. 10. 26. 2019헌가30, 판례집 35-2, 442), 「헌법재판소결정해설집(2023년)」, 헌법재판소, 2024.
- 김하열, 「헌법강의」, 제7판, 박영사, 2025.
- 김혜경, “형사법 영역에서 위헌법률심판제청의 기준과 헌법적 심사 - 법원의 자의적 판단 배제 -”, 「형사법연구」 제35권 제4호, 2023.
- 민유숙, “성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 디지털 성범죄의 몇 가지 쟁점 - 카메라등이 촬영죄, 촬영물등이용협박죄, 죄형법정주의”, 「사법」 제75호, 2026.
- 배종대, 「형법총론」, 제19판, 홍문사, 2026.
- 백경희/김자영, “후천성면역결핍증예방법상 감염병 전파매개행위에 대한 규제의 적절성에 관한 소고”, 「한국의료법학회지」 제33권 제2호, 2025.
- 변종필, “형법해석과 정당화”, 「형사법연구」 제29권 제4호, 2017.
- 변종필, “형법해석에서 법정책적 논거원용의 타당성문제 - 객관적·목적론적 해석카논의 사용과 관련하여 -”, 「형사법연구」 제26호, 2006.
- 신동운, 「형법총론」, 제16판, 법문사, 2024.
- 이영우, “합헌적 법률해석의 본질과 한계”, 「토지공법연구」 제82집, 2018.
- 하세머, 빈프리트(Hassemmer, Winfried), 배종대/이상돈 역, 「형법정책 - 법치국가와 형법 -」, 세창출판사, 1998.
- 한수웅, 「헌법학」, 제13판, 법문사, 2024.
- 홍영기, “법률 해석의 허용과 한계”, 「법학연구」 제3권 제1호, 2008.
- 홍영기, “2023년 형사법분야 대법원 주요판례 평석”, 「안암법학」 제68호, 2024.

2. 외국문헌

- Pschorr, Simon, Der Schutz demokratischer Entscheidungsfindung durch den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG), in: *Strafrecht und Demokratie. 9. Symposium des Jungen Strafrechts. Zürich 2022*, Staffler, Lukas u.a. (Hrsg.), Baden-Baden 2023, S. 131 ff.
- Wapler, Friederike, Bestimmtheitsgrundsatz und Wesentlichkeit im Strafverfassungsrecht, in: *Strafverfassungsrecht*, Bäcker, Matthias/Burchard, Christoph (Hrsg.), Tübingen 2022, S. 179 ff.

[Abstract]

**Die Grenzen der verfassungskonformen Gesetzesauslegung:
Eine Anmerkung zu einer Entscheidung des koreanischen
Verfassungsgerichts vom 26. 10. 2023 (2019HunGa30)**

Shin, Sang-Hyun*

Bereits gibt es zahlreiche wissenschaftliche Untersuchungen und Rechtsprechungen zu den Voraussetzungen und Grenzen einer verfassungskonformen Gesetzesauslegung. Dennoch bleibt die Frage, wie diese Kriterien in konkreten Fällen einheitlich anzuwenden sind, weiterhin ungelöst. Daher ist eine "Datenakkumulation" erforderlich, die es ermöglicht, durch den Vergleich und die Analyse ähnlicher Präzedenzfälle die für den jeweiligen Fall am besten geeignete Gesetzesauslegung zu ermitteln. Zu diesem Zweck sollten Untersuchungen gefördert werden, die bestehende Rechtsprechung analysieren und kritisch hinterfragen. Wenn sich solche Untersuchungen und Rechtsprechungen ansammeln, lassen sich Erkenntnisse darüber gewinnen, welche Gesetzesauslegung für den jeweiligen Sachverhalt am besten geeignet ist. Ausgehend von dieser Perspektive wurden in diesem Beitrag die Entscheidung des koreanischen Verfassungsgerichts zu den Strafvorschriften über die Übertragung von AIDS analysiert und kritisch kommentiert.

Die Entscheidung 2019HunGa30 des koreanischen Verfassungsgerichts ist insofern problematisch, als sie eine restriktive Auslegung versucht haben, obwohl eine verfassungskonforme Gesetzesauslegung in diesen Fällen unmöglich ist. Angesichts der Tatsache, dass die Strafen unverhältnismäßig sind, sollte die gesamten Strafvorschriften für verfassungswidrig erklärt werden. Eine solche Schlussfolgerung würde im Lichte des Gewaltenteilungsprinzips die Befugnis des Gesetzgebers respektieren und ihm gleichzeitig die Gelegenheit bieten, ihn daran zu erinnern, seine Gesetzgebungsbefugnis künftig mit der gebotenen Sorgfalt auszuüben.

- **Key Words:** Verfassungskonforme Gesetzesauslegung, Restriktive Auslegung, Gewaltenteilungsprinzip, Urteilsverfassungsbeschwerde, Übertragung von AIDS, 2019HunGa30

* Dr. jur., Research Fellow, Constitutional Court of Korea

실손의료보험 청구 간소화 제도의 법적 쟁점에 관한 연구 - 전송대행기관을 중심으로 -

최주애* · 홍선기**

논문요지

본 연구는 실손의료보험 청구 간소화 제도에 도입된 전송대행기관의 법적 구조와 개인정보 보호에 관한 법적 쟁점을 분석하고, 제도적 개선 방향을 모색하는 것을 목적으로 한다. 현행 제도는 의료기관 - 전송대행기관 - 보험회사로 이어지는 단계 정보처리 구조를 채택하고 있다. 그러나 이러한 구조는 개인정보 처리 단계의 증가, 법적 책임 분배의 모호성, 정보주체의 자기정보 통제권 약화 등의 여러 우려를 낳을 수 있다. 특히 전송대행기관은 현행 「개인정보 보호법」상 수탁자, 제3자 또는 공동처리자의 범주 중 어디에 명확히 포섭되는지 불분명하여, 정보처리 흐름 과정에서 책임 귀속의 불확실성이 존재한다.

본 연구는 청구 간소화 제도의 입법적 배경과 전송대행기관 제도 도입의 논거를 검토한다. 나아가 「개인정보 보호법」상 개인정보 전송요구권 및 지정 중계전문기관과의 비교 분석을 통해 전송대행기관의 법적 성격과 책임 구조를 규명한다.

연구 결과, 의료기관과 보험회사 간의 직접 전송 모델이 개인정보 처리 단계를 최소화하고 법적 책임을 명확히 하며 정보주체의 자기정보 통제권을 강화한다는 점에서 데이터 보호 관점에서 가장 바람직한 구조인 것으로 나타났다. 그럼에도 불구하고 정보통신망 구축 비용, 표준화 요구사항, 운영상 부담 등의 현실적인 제약으로 인해 단기간 내에 전면적으로 도입하는 데에는 한계가 존재한다.

따라서 현 단계에서는 전송대행기관 제도를 유지하되, 개인정보 처리와 관련된 법적 지위 및 책임 구조를 명확히 규정할 필요가 있다. 구체적으로, 전송대행기관을 현행 「개인정보 보호법」의 범주로 분류하기는 어려우므로, 「보험업법」상 ‘별도의 특수한 개인정보처리 주체’로 법제화하여 엄격한 데이터 보호 의무를 부과해야 한다. 또한 운영 주체는 보험산업의 이해관계로부터 독립된 공공기관을 중심으로 재설계되어야 한다. 이와 관련하여, 전국 의료기관과의 전산 연계체계 및 공적 감독체계를 갖추고 있는 건강보험심사평가원(HIRA)이 현실적이고 타당한 대안이 될 수 있다. 다만, 전국적인 의료 데이터 집중으로 인한 위험을 완화하기 위한 필수 전제조건으로서 망 분리 및 전송 직후 즉각적인 데이터 파기와 같은 엄격한 기술적·제도적 안전장치가 반드시 이행되어야만 한다.

· 논문제출: 2026. 07. 04. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

* 주저자 / 동국대학교 일반대학원 법학과 박사수료

** 교신저자 / 동국대학교(서울) 법학대학 교수, 법학박사

I. 서론

실손의료보험은 피보험자가 질병 또는 상해로 인해 실제 부담한 의료비를 보상하는 민영 의료보장 제도로써 국민의 의료비 부담을 완화하는 중요한 기능을 수행해 왔다. 2024년 말 기준 약 4천만 명이 가입한 대표적 민영 의료보장 제도¹⁾라는 점에서 실손의료보험은 우리나라 의료보장체계에서 중요한 위치를 차지하고 있다. 그러나 실손의료보험은 상환제 구조²⁾를 취하고 있어 보험금 청구를 위해 진료비 영수증, 진단서 등의 서류를 보험회사에 제출해야 한다. 이러한 청구 과정은 오프라인 중심의 서류 제출 방식에 의존해 왔다. 이로 인해 서류 준비에 따른 시간적·비용적 부담이 발생하고 서류의 누락에 따른 재발급, 복잡한 제출절차 등으로 보험금 청구절차의 비효율성이 지속해서 지적되었다. 이 방식은 피보험자에게 청구 부담을 가중시키고, 때에 따라 보험금 청구권의 포기라는 결과로 이어져 실질적인 권리행사가 어려워지는 문제를 초래한다.³⁾

이러한 문제를 개선하기 위하여 보험업법이 개정되었다(법률 제19780호).⁴⁾ 이 개정을 통해 이른바 ‘실손의료보험 청구 간소화 제도’가 도입되었으며, 피보험자의 요청이 있는 경우 요양기관이 진료비 계산서·영수증 등 관련 서류를 전자적으로 전송대행기관을 통해 보험회사에 전송할 수 있는 법적 근거가 마련되었다. 이에 따라 실손의료보험 청구절차의 전산화가 가능해졌으며, 청구 편의성이 크게 향상될 것으로 기대되었다.

그러나 실손의료보험 청구 간소화 제도는 도입 과정에서부터 의료정보의 대량 전송 및 집중 가능성에 대한 우려를 불러일으켰으며,⁵⁾ 특히 의료정보가 의료기관에서 전송대행기관을 거쳐 보험회사로 전달되는 구조는 개인정보 보호 측면에서 다양한 법적 논쟁을 초래하였다.

이와 관련하여 소비자단체는 전송대행기관을 건강보험심사평가원과 같은 공적 기관으로 지정해야 한다는 의견을 제기하며 제도 도입에 반대하기도 하였다. 최종적으로는 보험개발원이 전송대행기관으로 지정되면서 제도는 시행되었고, 결과적으로 의료정보가 의료기관 - 전송대행기관(보험개발원) - 보험회사로 전달되는 새로운 데이터 처리 구조가 형성되었다.

1) 금융감독원 보도자료, “실손의료보험(이하 “실손보험”), 낮은 보험료로 정말 필요할 때 도움 되는 보험상품으로 재탄생합니다.”, 2025. 4. 2.

2) 정성희/ 이태열/ 손재희/ 문혜정/ 김연희/ 강윤지, “실손의료보험 지속성 강화와 역할 정립에 대한 연구”, 보험연구원 연구보고서 2022권 12호, 2022, 21면; 보험가입자가 의료기관 이용 후 진료비를 정산하고 보험자에게 청구하면, 약정한 비율의 현금을 보험금부(보험금)로 상환받게 되어 보험가입자에게 보험금 청구 부담을 지우는 방식을 말한다.

3) 전한덕, “실손의료보험 청구체계 개선방안에 관한 연구: 보험업법 개정안을 중심으로”, 소비자문제연구 제51권 제2호, 2020, 92면.

4) 법률 제19780호는 보험업법 제102조의 6(실손의료보험계약의 보험금 청구를 위한 서류 전송), 제102조의 7(실손의료보험계약의 서류 전송을 위한 전산시스템의 구축·운영 등), 제202조(벌칙) 3의2를 신설하였고, 부칙에 따라 2024.10.25.부터 시행되었다. 또한, 점진적 확대방법으로 제102조의 6의 경우 의원급 의료기관과 약사법에 따른 약국에 대해서는 2년의 유예기간을 주어 2025. 10. 25.부터 시행되었다. 실무에서는 “실손의료보험 청구 간소화”와 “실손의료보험 청구 전산화”라는 표현이 혼용되어 사용되고 있다.

5) 유주선, “실손의료보험 보험금청구 간소화에 관한 법적 연구 - 보험업법 개정(안)을 중심으로 -”, 보험법연구 제16권 제3호, 2022, 153면.

특히 전송대행기관의 법적 지위 및 역할과 관련하여, 보험개발원이 보험업계와 밀접한 구조적 관계를 맺는 기관이라는 점에서 정보 처리 과정에서의 중립성 및 독립성 확보 여부에 대한 의문이 지속적으로 제기되고 있다.⁶⁾

현행 제도는 전송대행기관의 개인정보 처리에 관한 법적 지위와 개인정보 처리 주체 간 책임 관계를 어떻게 이해할 것인지에 관한 문제를 제기한다. 이에 본 연구는 현행 제도의 전송 구조가 개인정보 처리 체계에 미치는 영향을 중심으로, 전송대행기관의 법적 성격과 개인정보 처리 주체 간 책임 구조를 분석하고자 한다.

실손의료보험 청구 간소화에 관한 기존 연구는 간소화 제도의 도입 필요성과 청구 편의성 향상 등 긍정적 효과를 강조하는 연구와 민감정보의 집중화 및 보험회사의 정보 오남용 가능성을 우려하는 비판적 연구로 구분된다.⁷⁾ 다수의 연구자는 보험금 청구절차의 전산화 필요성에는 대체로 동의하고 있으나, 개인정보 유출 및 오남용의 가능성에 대해서는 여전히 해결해야 할 과제로 보고 있다.

기존 연구는 제도의 도입 여부나 전송대행기관 지정의 적절성에 논의가 집중되어 있으며, 전송대행기관을 중심으로 형성되는 다단계 개인정보 처리 구조와 개인정보 처리 주체의 법적 지위 및 책임 귀속 문제를 종합적으로 검토한 연구는 상대적으로 부족한 실정이다. 또한 최근 개인정보보호법상 개인정보 전송요구권 제도가 도입되었음에도 불구하고, 실손의료보험 청구 간소화 제도의 정보전송 구조를 개인정보 전송요구권 및 GDPR상 데이터 이동권의 관점에서 분석한 연구는 아직 충분하지 않다.

따라서 본 연구는 실손의료보험 청구 간소화 제도를 단순한 청구절차의 전산화가 아니라 의료정보의 전송 및 처리 구조가 변화하는 제도적 전환으로 이해한다. 특히 전송대행기관을 매개로 형성되는 다단계 개인정보 처리 구조를 중심으로 개인정보 처리 주체의 법적 지위와 책임 구조를 검토하고, 개인정보보호법상 개인정보 전송요구권 및 GDPR상 데이터 이동권 관련 논의를 참고하여 현행 제도의 특성과 한계를 분석하고자 한다. 이를 통하여 개인정보 보호와 보험금 청구 편의성이라는 가치가 조화를 이룰 수 있는 제도 운영 방향과 입법적 개선과제를 모색하는 것을 연구의 목적으로 한다.

II. 실손의료보험 청구 간소화 제도의 구조와 입법과정

1. 실손의료보험의 의의와 구조적 특성

(1) 실손의료보험의 의의

실손의료보험(이하 ‘실손보험’)은 피보험자가 질병 또는 상해로 실제 부담한 의료

6) 박인호, “개정 보험업법상 실손의료보험금 청구 간소화 방안에 대한 검토”, 기업법연구 제 38권 제3호, 2024, 79-80면.

7) 이찬진, “‘실손보험 청구간소화’ 무엇이 문제인가?”, 월간 복지동향 2023년 3월호 제293호, 2023, 53면; 진진한, “‘실손보험 청구간소화’라는 민영의료보험의 덫”, 월간 복지동향 2023년 7월호 제297호, 2023, 49면; 전한덕, “실손의료보험 청구절차 개선을 위한 법적 과제”, 법과 기업 연구 제13권 제2호, 2023, 147면; 다수의 연구자가 보험금 청구를 전산화해야 한다는 의견에는 동의하고 있으나, 정보의 유출 및 오남용 문제에 관해서는 해결해야 할 과제로 판단하고 있다.

비를 보상하는 상환(indemnity)형 손해보험을 말한다. 정액보험과 달리 실제 지출 비용(real loss)의 증명이 전제되므로, 보험금 청구 시에는 진료비 영수증·세부명세서 등 관련 서류의 제출이 필수적으로 요구된다.⁸⁾

이러한 상환제 구조는 보험금 청구를 위하여 피보험자가 진료비 영수증, 세부내역서, 진단서 등 관련 서류를 직접 수집·제출하도록 하고 있으며, 이 과정에서 시간적·경제적 부담이 발생할 수 있다. 일부 연구에서는 이러한 절차적 부담이 소액 보험금의 미청구 또는 청구 포기로 이어질 가능성을 지적하고 있으며⁹⁾, 반복적인 서류 제출 과정에서 개인정보 제공 범위가 확대될 수 있다는 우려도 제기되고 있다. 따라서 실손의료보험의 상환제 구조는 보험금 청구의 편의성과 개인정보 보호라는 측면에서 지속적인 개선 필요성이 논의되고 있다.

(2) 사회보장제도와와의 관계

우리나라 국민건강보험은 필수 의료서비스 중심의 급여체계를 갖추고 있으나, 비급여 영역이 여전히 광범위하고 본인부담률도 높은 수준을 유지하고 있다. 이러한 구조는 의료비 부담을 개인에게 전가하는 요인으로 작용하며, 고령화와 의료비 증가 추세와 결합하여 가계 부담을 심화시키고 있다.¹⁰⁾

이에 실손의료보험은 공적 급여체계를 보완하는 준사회보장적 기능을 수행해 왔으며, 특히 비급여 진료 비중이 높은 우리나라에서는 가계 의료비 부담과 밀접하게 연계되어 있다.¹¹⁾ 이러한 기능적 중요성에 따라 2024년 말 기준 실손보험 가입자는 약 4천만 명으로 전체 인구의 약 78%에 이르고 있으며¹²⁾, 실손의료보험은 국민 다수가 이용하는 대표적인 민영 의료보장 제도로 자리매김하고 있다.

한편 실손의료보험의 확대는 손해를 악화와 보험료 인상 등 구조적 문제를 동반하였고, 이는 청구절차의 효율성과 투명성 확보 필요성을 더욱 부각시키는 요인으로 작용하였다. 일부 연구는 실손의료보험이 비급여 진료 이용 증가에 영향을 미칠 수 있음을 지적하고 있으며¹³⁾, 공·사보험 간 보장영역의 중첩과 기능 분담의 불명확성으로 인해, 양 제도 간 상호작용에 따른 구조적 긴장과 제도적 조정 필요성이 지속적으로 제기되고 있다.¹⁴⁾

8) 손해보험협회, 손해보험협회 실손의료보험금 청구서류 표준화 및 통일화 안내, <https://consumer.knia.or.kr/m/consumer/insurance-guide/0202.do>(검색일자 2026. 4. 24.)

9) 정성희/ 이태열/ 손재희/ 문혜정/ 김연희/ 강윤지, 앞의 논문(주 2), 22면.

10) 정성희/ 이태열/ 손재희/ 문혜정/ 김연희/ 강윤지, 앞의 논문(주 2), 8면.

11) 전한덕, “국민건강보험과 실손의료보험제도의 개선방안에 관한 연구 - 금융소비자 보호와 비급여항목 개선을 중심으로 -”, 법학논총 제45권 제3호, 2025, 242면.

12) 행정안전부, 주민등록 인구통계(2024년 말 총 인구 51,217,221명); 금융감독원 보도자료, “실손의료보험(이하 “실손보험”), 낮은 보험료로 정말 필요할 때 도움 되는 보험상품으로 재탄생합니다.”, 2025. 4. 2.

13) 서남규/ 오하린/ 박경선/ 이옥희/ 이현옥, “건강보험 보장성 강화 정책 이후 실손의료보험이 비급여 진료비에 미치는 영향”, 보건경제와 정책연구 제27권 제1호, 2021, 136면.

14) 정성희/ 이태열/ 손재희/ 문혜정/ 김연희/ 강윤지, 앞의 논문(주 2), 5면; 제21대 국회 제407회(임시회) 제1차 정무위원회 전체회의 회의록, 2023. 6. 15., 8면(김성주 의원은 실손보험 확대에 따른 공·사보험 간 구조적 긴장과 함께, 전승되는 의료정보의 민감성 및 정보집적 가능성에 대한 우려를 제기하였다).

2. 실손의료보험 청구 간소화 제도의 도입배경과 입법과정

(1) 청구 전산화의 필요성

간소화 제도 시행 이전의 실손의료보험 청구절차는 상환제 구조로 운영되었다. 한편, 상환제 구조와 비교되는 제3자 지불방식(third-party payment)¹⁵⁾은 보험자가 의료기관에 직접 의료비를 지급하는 구조를 의미한다. 이러한 방식은 보험금 청구에 따른 피보험자의 부담을 완화할 수 있다는 장점이 있다. 일각에서는 제3자 지불방식이 도입될 경우 보험의 편의성 증가로 인한 의료 수요 증가를 우려하기도 한다. 그러나 오히려 제3자 지불방식(의료기관 직접 청구방식)은 보험자가 의료기관에 직접 의료비를 지불하게 되므로, 보험자가 보험가입자(환자)의 재정대리인으로서 의료기관을 견제하는 역할을 수행할 수 있는 장점이 있다.¹⁶⁾ 현행 상환제 아래에서는 사후적 심사만 가능하여 과잉진료 통제에 한계가 있으나, 제3자 지불제도 하에서는 보험회사가 진료비를 지불하기 전에 전문적인 지급심사를 거칠 수 있어 의료기관의 부당 청구나 과잉공급을 억제하고 전체적인 의료비 증가를 예방하는 데 더 효과적으로 작용할 수 있다.¹⁷⁾

그동안 보험회사는 제출된 종이서류 또는 이미지 파일을 스캔하거나 수기 입력 방식으로 내부 시스템에 등록해 왔으며, 이로 인해 자료 처리의 비효율성, 심사 지연 및 관리비용 증가 등의 문제가 지속적으로 지적되었다.¹⁸⁾ 이러한 절차적 부담은 청구 포기 및 권리 행사 위축으로 이어질 수 있다는 점에서, 청구절차의 설계는 보험금 청구권 보장과 직결되는 문제로 인식되었다.¹⁹⁾

아울러 실손보험이 국민 다수가 가입한 제도로 확대됨에 따라, 기존의 오프라인·서류 중심 청구방식은 증가하는 청구 수요를 효율적으로 처리하기 어려운 구조적 한계를 드러내게 되었고, 이에 따라 청구자료의 표준화 및 처리 효율성 확보를 위한 전산화 필요성이 지속적으로 제기되었다.²⁰⁾

(2) 실손의료보험 청구 전산화 제도의 입법과정

2009년 국민권익위원회는 실손의료보험 청구 간소화 제도의 도입을 권고하였으며, 이후 다수의 보험업법 개정안이 반복적으로 발의되었다. 또한 2021년부터 2023년까지 금융위원회 주관의 ‘실손보험 청구 전산화 TF’가 운영되면서 의료계·보험업계·소비자단체 등이 참여한 가운데 자료 전송 구조 및 전송대행기관 모델에 관한 논의

15) 제3자 지불방식(Third-Party Payer System 또는 Direct Billing System)은 환자가 의료기관에서 진료를 받은 후 보험금을 사후적으로 청구하는 상환제 방식(Reimbursement System)과 달리, 보험자가 의료기관에 직접 의료비를 지급하는 구조를 의미한다. 즉 환자는 본인부담금만 지급하고, 나머지 의료비는 의료기관이 보험회사에 직접 청구하여 보험회사가 보험금을 지급한다.

16) 정성희/ 이태열/ 손재희/ 문혜정/ 김연희/ 강윤지, 앞의 논문(주 2), 21면.

17) 조용운/김세환, “민영건강보험의 의료비 지급·심사제도 개선방안”, 보험개발원, 2005, 7면.

18) 유주선, 앞의 논문(주 5), 143면.

19) 전한덕, 앞의 “실손의료보험 청구체계 개선방안에 관한 연구”, 92면; 박인호, 앞의 논문(주 6), 56면.

20) 정성희/ 이태열/ 손재희/ 문혜정/ 김연희/ 강윤지, 앞의 논문(주 2), 52면.

가 이루어졌다.

[표 1] 실손의료보험 청구 간소화 제도의 주요 입법 경과

날짜	주요 내용	의의
2009	국민권익위원회가 실손의료보험 보험금 청구 간소화 제도 도입을 권고	실손보험 청구 간소화 제도 논의의 최초 정책적 출발
2009. 10. 1	실손보험 약관 표준화 및 상품 구조 통일	보장범위·면책 사유 정형화
2015~2020	다수의 보험업법 개정안 발의	의료계·소비자업계·보험업계 간 이해관계충돌로 입법 지연
2021~2023	금융위원회 주관 ‘실손보험 청구 전산화 TF’ 운영 ²¹⁾	전송구조 및 전송대행기관 논의
2024. 10. 25	실손보험 청구 간소화 제도 시행	병원급 의료기관 중심 1단계 시행
2025. 10. 25	의원·약국 대상으로 확대 시행	청구 간소화 제도의 단계적 확대

입법과정에서는 청구 편의성 제고라는 정책적 목적에 대해서는 대체로 공감대가 형성되었으나, 의료정보 전송 구조와 전송대행기관의 필요성 및 역할을 둘러싸고 다양한 논쟁이 제기되었다.

특히 국회 정무위원회 심사 과정에서는 청구 편의성 제고라는 정책적 목적과 개인 정보 보호 및 의료정보 집중 가능성에 대한 우려가 충돌하는 양상이 나타났다. 실제로 제21대 국회 정무위원회 전체회의에서는 실손보험 청구 전산화 자체의 필요성에는 공감하면서도, 전송되는 의료정보는 “굉장히 민감한 정보”에 해당하므로 최소한으로 전송되어야 하며 어떠한 형태로든 집적되어서는 안 된다는 의견이 제기되었다. 또한 실손보험 확대에 따라 공·사보험 간 갈등 문제, 보험회사의 정보 활용 가능성에 관한 문제 그리고 고액 보험금 지급 거절 우려 등에 관한 논의도 함께 이루어졌다. 한편 전송 방식과 관련하여 의료기관과 보험회사 간 직접 전송 방식도 검토되었으며, 별도의 전송대행기관을 둘 필요가 있는지에 대해서는 이해관계자 간 이견이 존재하였다.

(3) 전송대행기관 도입의 경제적 근거와 보험개발원 지정의 배경

금융위원회는 국회 논의 과정에서 의료기관 및 약국과 다수의 보험회사 간 시스템을 개별적으로 연결하는 것보다 별도의 중계 구조를 두는 것이 비용 및 운영 효율성 측면에서 현실적이라고 설명했다. 실제 관련 연구에서도 요양기관이 m개, 보험회사

21) 금융위원회 보도자료, “실손보험 청구 전산화 TF 회의 개최”, 2023. 11. 3.; 정부는 2009년 국민권익위원회 권고 이후 실손보험 청구절차 간소화의 필요성을 인식하고 여러 차례 제도 도입을 검토해 왔으며, 2021~2023년에는 의료계·보험업계·소비자단체 등이 참여하는 청구 전산화 TF를 운영하여 자료 전송 구조와 전송대행기관 모델 등을 논의하였다.

가 n개인 경우, 직접 연결 방식에서는 (m×n)개의 연결이 필요하지만, 전송대행기관을 활용하면 (m+n)개의 연결만으로 시스템 구축이 가능하다고 설명한다.²²⁾ 따라서 전송대행기관은 네트워크 구축비용을 절감하고 정보 전송 표준화를 가능하게 하는 수단으로 이해될 수 있다.

한편 금융위원회는 국회 논의 과정에서 의료기관과 보험회사 간 직접 전송 방식 역시 기술적으로 가능하다는 점을 인정하였다. 이러한 점에 비추어 볼 때 전송대행기관은 개인정보 보호를 위해 필수적으로 요구되는 구조라기보다는 비용 및 운영 효율성을 고려하여 채택된 정책적 선택으로 이해할 수 있다. 반면 입법과정에서는 전송대행기관이 직접 전송 방식보다 개인정보 보호 측면에서 어떠한 장점을 가지는지에 대한 논의는 상대적으로 충분하지 않았다고 평가할 수 있다.²³⁾

현행 보험업법 시행령은 전송대행기관을 보험요율 산출기관으로 규정하고 있으며, 이에 따라 보험개발원이 전송대행기관으로 지정되어 제도가 운영되고 있다. 보험개발원은 보험업법상 보험 관련 정보의 수집·제공, 통계 작성 및 보험요율 산출 기능 등을 수행하는 기관으로서, 보험산업 관련 정보처리 경험과 기존 전산 인프라를 보유하고 있다. 이러한 점에서 보험개발원을 전송대행기관으로 지정한 것은 기존 보험 정보 처리 체계와 인프라를 활용함으로써 제도 시행에 따른 비용과 운영부담을 최소화하려는 정책적 고려에 따른 것으로 볼 수 있다.

그러나 보험개발원은 보험회사들이 공동으로 출연하여 설립·운영에 참여하는 기관이다. 실제 국회 논의 과정에서는 전송대행기관을 중심으로 한 전산시스템의 구축 및 운영이 공정하고 중립적으로 이루어질 수 있는지에 대한 우려가 제기되었으며, 제도 도입 과정에서 의료기관 등 요양기관의 의견수렴 절차가 충분히 보장되었는지에 대해서도 문제제기가 이루어졌다. 이러한 점을 고려할 때 보험개발원은 전송대행기관에 요구되는 공공성과 중립성 확보 측면에서 일정한 한계를 가진다.²⁴⁾ 결국 전송대행기관의 도입 자체는 비용 절감과 운영 효율성 측면에서 일정한 합리성을 가진다고 평가할 수 있다. 또한 보험개발원을 전송대행기관으로 지정한 것 역시 기존 전산 인프라와 보험정보 처리 경험을 활용하기 위한 정책적 선택으로 이해할 수 있다.

III. 보험업법상 전송대행기관 구조의 법적 쟁점

1. 전송정보의 법적 성격과 정보주체의 지위

(1) 전송정보의 법적 성격

실손보험 청구 간소화 제도에 따라 보험회사로 전송되는 정보는 진료비 계산서·

22) 윤기열, “개인정보 전송요구권의 이론과 실제 — 보험업을 예로 하여 —”, 경영법률, 제36권 제2호, 2026, 261면.

23) 제21대 국회 제407회(임시회) 제1차 정무위원회 전체회의 회의록, 2023. 6. 15., 10면. 금융위원장은 “굉장히 많은 의료기관 및 약국 시스템을 각각 연결하는 것보다 중계기관을 통해서 하는 게 훨씬 더 비용적이고 효율적”이라고 설명하였다.

24) 국회 법제사법위원회, 「보험업법 일부개정법률안 체계·자구검토보고서」(의안번호 2124605 관련), 2023, 5-6면.

영수증, 진료비 세부산정명세서, 처방전 등으로 구성된다.²⁵⁾ 이러한 자료는 형식적으로는 보험금 청구를 위한 비용 관련 증빙자료에 해당한다. 그러나 해당 자료에는 진료 여부, 건강보험 적용 여부, 투약된 약물, 실시된 검사 및 처치의 내용 등이 포함되어 있어 단순한 금액 정보에 그치지 않고 의료이용 내역 전반을 반영하는 자료로 기능한다. 따라서 전송되는 자료는 외형상 비용자료의 형식을 취하고 있으나, 그 내용은 단순한 재산적 정보로 한정하여 이해하기 어렵다.

전송자료는 진단명이나 검사결과를 직접 포함하지 않을 때도, 세부산정명세서나 처방전 등을 통해 정보 주체의 질환, 치료 경과 및 의료이용 내역 등을 상당 부분 추론할 수 있다. 이러한 점에서 해당 정보는 단순한 금융정보를 넘어 개인의 건강상태와 밀접하게 관련된 보건의료데이터의 성격을 가진다.²⁶⁾ 보건의료데이터는 그 특성상 민감정보에 해당하거나 강화된 보호가 요구되는 영역으로 평가되며, 재식별 가능성이 크고 개인의 사생활에 미치는 영향이 크다는 점에서 일반 개인정보보다 강화된 보호가 요구된다.²⁷⁾

나아가 이러한 정보가 전자적 형태로 대량 수집·저장·분석될 경우, 보험회사가 단순한 보험금 지급 심사를 넘어 가입자의 건강위험을 평가하거나 위험선별(언더라이팅)에 활용할 가능성도 존재한다는 점에서 그 법적 위험성은 더욱 확대될 수 있다.²⁸⁾

(2) 정보 주체와 관리 주체의 이원적 구조

전송자료의 법적 성격을 논함에 있어서 문서의 작성·보관 주체와 그 안에 포함된 개인정보의 정보주체를 구별할 필요가 있다. 진료기록부나 처방전 등은 의료인이 작성하고 의료기관이 보관하는 문서이지만, 그 안에 포함된 건강정보의 정보주체는 환자로 해석할 수 있다. 다만 일부 견해는 진료기록 등이 의료기관의 업무상 생성정보라는 점을 강조하여 전송요구권의 대상성을 제한적으로 해석하기도 한다.²⁹⁾ 그러나 의료정보가 궁극적으로 개인의 건강상태에 관한 정보라는 점을 고려할 때, 해당 정보에 대한 통제권은 정보주체인 환자에게 귀속된다고 보는 것이 타당하다.³⁰⁾ 따라서 실손보험 청구 간소화 과정에서 전송되는 정보는 “문서의 관리 주체는 의료기관, 개인정보의 정보주체는 환자”라는 이중적 구조를 가지며, 이는 정보처리 과정에서 권리주체와 관리 주체가 분리되는 특수한 법적 구조를 형성한다.³¹⁾

25) 백영화, “실손의료보험금 청구 간소화 관련 보험업법 개정”, KIRI 보험법 리뷰 제25호, 2023, 13면.

26) 이산하, “보건의료데이터 활용에서의 개인정보 보호 개선을 위한 제언”, 연세법원논총 제2권 제1호, 2023, 244면.

27) 정영진, “보건의료데이터와 개인정보 보호와의 관계에 대한 소고”, 법학논총 제34권 제3호, 2022, 194면.

28) 조유미, “보험사 생성형 AI 언더라이팅 활용 문제점과 해결방안 모색”, 손해사정연구 제27권, 2025, 8면; 언더라이팅이란 보험계약 체결을 위해 고객이 작성한 알릴 의무 사항을 통해 보험사가 가입 신청자의 위험을 평가하고 가입 여부(인수 여부)를 결정하는 절차를 말한다.

29) 이찬진, 앞의 글(주 7), 52면.

30) 이한주, “개인의료정보 활용 가능성에 대한 비교법적 고찰: 한국과 중국을 중심으로”, 아태연구 제30권 제3호, 2023, 101면; 전송 요구의 대상이 되는 정보는 정보주체 ‘본인’에 관한 개인정보라고 정의함.

2. 보험업법상 전송대행기관의 법적 지위와 개인정보보호법상 쟁점

(1) 보험업법상 전송대행기관의 법적 구조

보험업법 제102조의7은 실손의료보험 청구 간소화 제도의 전산적 운영을 위하여 전산시스템의 구축·운영에 관한 기본 구조를 규정하고 있다. 동조 제1항은 보험회사가 전산시스템을 구축·운영할 의무를 부과하고 있으며, 제2항은 해당 업무를 전송대행기관에 위탁하거나 보험회사가 직접 수행할 수 있도록 규정하고 있다.

이에 따르면 보험회사는 전산시스템을 직접 구축·운영할 수도 있고, 전송대행기관을 활용할 수도 있다. 따라서 전송대행기관은 보험업법상 필수적으로 개입하여야 하는 독립된 기관이라기보다는 보험회사의 선택에 따라 활용될 수 있는 제도적 장치로 이해할 수 있다.³²⁾

보험업법은 전송대행기관의 기능과 역할에 관하여 규정하고 있으나, 그 법적 성격이나 개인정보 처리법상 지위에 대해서는 별도의 규정을 두고 있지 않다. 즉 전송대행기관은 전산시스템 구축·운영 업무를 수행하는 주체로 규정되어 있을 뿐, 개인정보 보호법상 개인정보처리자·수탁자 또는 공동처리자에 해당하는지 여부는 명확히 규정되어 있지 않다.

이러한 점에서 보험업법상 전송대행기관은 실손의료보험 청구 간소화 제도의 운영을 위한 제도적 장치로 기능하고 있으나, 개인정보 처리 과정에서의 법적 성격과 책임 범위에 대해서는 해석상 논의의 여지를 남기고 있다.

(2) 개인정보 보호법상 전송요구권 체계와의 비교

개인정보 전송요구권은 정보주체가 자신의 개인정보에 대한 통제권을 행사할 수 있도록 보장하는 권리로서, 우리나라에서는 2020년 8월 5일 시행된 신용정보법상 개인신용정보 전송요구권 제도를 통하여 최초로 도입되었다. 개인신용정보 전송요구권은 신용정보주체가 자신의 정보를 보유한 자에게 본인 또는 제3자에게 정보를 전송하도록 요구할 수 있는 권리로서, 데이터주권(Data Sovereignty)을 실현하기 위한 핵심적인 권리로 평가된다.³³⁾ 이러한 전송요구권은 정보주체가 자신의 개인정보 이동을 스스로 결정할 수 있도록 함으로써 데이터주권을 실질적으로 구현하는 수단으로 이해된다.

개인정보보호법 제35조의2는 정보주체의 자기정보 통제권 강화를 위하여 개인정보 전송요구권 제도를 도입하고 있다. 개인정보 보호법제의 중요한 목적은 개인정보의

31) 이봉문, “환자의 의료정보의 법적 보호에 관한 고찰”, 법학연구 제26권 제2호, 2023, 449면; 일반적으로 의료정보의 법적 지위와 관련하여 정보주체는 환자이고 정보보유자는 의료기관이라고 본다. 우리나라의 경우 의료정보의 경우 작성 주체, 수집 및 활용방법, 보존기관을 의료법에서 규정하고 있다.

32) 보험업법 제102조의7 제1항 및 제2항 참조. 동 조항은 보험회사가 전산시스템을 직접 구축·운영할 수 있도록 규정하면서, 해당 업무를 전송대행기관에 위탁할 수 있도록 하고 있어 전송대행기관의 이용은 필수적이기보다는 선택적 구조로 이해된다.

33) 정세진, 「한 권으로 끝내는 금융데이터법」, 박영사, 2024, 167~168면.

활용 자체를 제한하는 데 있는 것이 아니라, 정보주체의 권리를 실질적으로 보장함으로써 개인정보 활용 과정에서 발생할 수 있는 남용의 위험을 방지하는 데 있다.³⁴⁾ 개인정보보호법상 전송요구권은 이러한 자기정보 통제권을 구체적으로 실현하기 위한 제도로서, 정보주체가 자신의 개인정보 이동을 스스로 결정할 수 있도록 함으로써 데이터 이동성과 활용 가능성을 확대하려는 데 그 목적이 있다.³⁵⁾

실손의료보험 청구 간소화 제도 역시 정보주체의 요청에 따라 의료기관이 보유한 정보를 보험회사에 전송한다는 점에서 개인정보 전송요구권 체계와 일정한 공통점을 가진다. 즉 양 제도 모두 정보주체의 의사에 따라 개인정보가 제3자에게 이전된다는 점에서 개인정보의 이동을 전제로 하는 구조라는 특징을 가진다. 또한 의료기관이 보유한 의료정보가 정보주체의 요청에 따라 보험회사로 전송된다는 점에서 개인정보 전송요구권이 예정하는 정보 이동 구조와 기능적으로 유사한 측면이 존재한다. 한편 개인정보보호법은 개인정보 전송요구권의 실효성 확보를 위하여 중계전문기관 제도를 마련하고 있다. 개인정보보호법 제35조의4는 개인정보전송지원플랫폼 및 중계전문기관에 관한 사항을 규정하고 있으며, 중계전문기관은 개인정보전송지원플랫폼의 운영 및 개인정보 전송 지원 업무를 수행하며, 개인정보보호위원회의 지정 및 감독을 받는다(개인정보보호법 제35조의4, 제35조의5). 중계전문기관은 단순히 개인정보 전송을 기술적으로 중개하는 역할에 그치지 않고, 정보주체의 전송요구권 행사를 지원하기 위한 제도적 기반으로 기능한다는 점에 특징이 있다. 이러한 점에 비추어 볼 때 중계전문기관은 정보 이동의 효율성을 확보하는 기능과 함께 정보주체의 전송요구권 실현을 지원하는 역할을 수행하는 것으로 이해할 수 있다.

이와 비교할 때 보험업법상 전송대행기관은 의료기관과 보험회사 간 정보 전송을 지원한다는 점에서 중계전문기관과 기능적으로 유사한 역할을 수행한다. 그러나 양 제도는 도입 목적과 운영 구조에서 중요한 차이를 가진다. 개인정보보호법상 중계전문기관이 정보주체의 권리 보장과 개인정보 이동 지원을 목적으로 설계된 반면, 보험업법상 전송대행기관은 실손보험 청구절차의 전산화와 운영 효율성 확보를 위하여 도입되었고, 전송대행기관의 필요성은 다수의 의료기관과 보험회사를 효율적으로 연결하기 위한 비용 절감과 전산망 운영의 효율성을 중심으로 설명된다.

또한 운영주체의 성격에서도 차이가 존재한다. 개인정보보호법상 중계전문기관은 개인정보보호위원회의 지정 및 감독을 받는 공적 기능 수행기관으로 설계되어 있는 반면, 보험업법 시행령 제48조의3은 전송대행기관을 보험요율 산출기관으로 규정하고 있으며, 이에 따라 현재 보험개발원이 전송대행기관으로 지정되어 있다.

특히 실손보험 청구 과정에서 전송되는 정보는 보건의료데이터의 성격을 가지므로, 이러한 민감정보의 전송을 담당하는 기관에는 단순한 기술적 역량뿐 아니라 높은 수준의 공공성과 중립성이 요구된다. 결국 보험업법상 전송대행기관은 개인정보보호법상 중계전문기관과 정보 이동을 지원한다는 기능적 유사성은 인정되지만, 제도 도입 목적과 운영주체의 성격에서는 본질적인 차이를 가진다. 특히 개인정보보호법상 중계전문기관이 정보주체 권리 보장을 위한 공적 인프라로 설계된 것과 비교할 때, 현행 전송대행기관은 보험산업과 이해관계를 가지는 기관이 수행하고 있다는 점

34) 홍선기, “일반개인정보보호규정(GDPR) 발효에 따른 독일 개인정보보호법제의 입법동향 및 시사점”, 정보법학 제22권 제1호, 2018, 199면.

35) 윤기열, 앞의 논문(주 20), 248면.

에서 공공성과 중립성 확보 측면의 검토가 필요하다. 따라서 전송대행기관의 필요성과 운영주체의 적절성은 구별하여 검토되어야 하며, 향후에는 정보주체의 자기정보 통제권 보장과 개인정보 보호를 위하여 보다 공공적이고 독립적인 운영 구조를 모색할 필요가 있으며, 특히 민감한 보건의료정보를 처리하는 전송대행기관의 경우 공공기관 중심의 운영방안에 대한 검토가 필요하다.

(3) 보험업법상 전송대행기관의 개인정보보호법상 지위와 책임관계

보험업법은 전송대행기관을 통하여 실손의료보험 청구자료를 전송할 수 있는 법적 근거를 마련하고 있다. 이는 의료기관과 보험회사 간 정보 전송의 법적 근거를 마련하였다는 점에서 의의를 가진다. 그러나 보험업법은 전송대행기관의 개인정보 처리상 지위와 책임관계에 대하여는 별도의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 전송자료의 전송 자체는 보험업법에 따라 이루어질 수 있지만, 전송 이후의 개인정보 처리와 책임관계에 대해서는 개인정보보호법의 적용이 문제될 수 있다.

문제는 전송대행기관이 개인정보보호법상 어떠한 지위에 있는지 명확하지 않다는 점이다. 전송대행기관이 개입하는 경우 의료정보는 의료기관 - 전송대행기관 - 보험회사로 이어지는 다단계 정보처리 구조를 형성하게 되며, 이에 따라 개인정보 처리 주체와 정보 접근 범위 역시 확대된다. 또한 전송대행기관은 단순한 전달 기능을 넘어 일정한 정보 처리 기능을 수행하거나 해당 정보에 접근할 가능성이 존재한다.³⁶⁾

이에 따라 전송대행기관의 개인정보 처리행위를 개인정보 처리위탁으로 볼 것인지, 제3자 제공으로 볼 것인지 또는 공동처리관계로 이해할 것인지가 문제된다. 개인정보 처리위탁과 제3자 제공은 개인정보보호법상 적용 요건과 책임 구조가 서로 다르며, 공동처리관계의 경우에도 각 처리주체의 책임 범위가 별도로 문제된다. 그러나 개인정보 처리위탁과 제3자 제공의 구별은 판례상 일정한 기준이 제시되어 있음에도 불구하고, 실제 정보처리 구조에서는 그 경계가 반드시 명확하지 않다는 점이 지적되고 있다.³⁷⁾

특히 전송대행기관은 단순한 기술적 전달 기능에 그치지 않고 정보의 저장·관리 또는 접근 가능성을 가진다는 점에서 개인정보보호법상 단순 수탁자와 동일하게 보기 어려운 측면이 존재한다. 따라서 전송대행기관은 단순한 위탁관계의 수탁자로 포섭되기보다는 독자적인 개인정보 처리주체 또는 공동처리자에 준하는 법적 성격을 가질 가능성도 존재한다.

그러나 현행 보험업법은 개인정보 유출, 목적 외 이용 또는 전송 과정의 오류가 발생할 경우 의료기관, 보험회사 및 전송대행기관 중 누구에게 어떠한 책임을 부담시킬 것인지가 명확하지 않다. 특히 전송대행기관의 개인정보보호법상 지위를 어떻게 이해하는지에 따라 정보주체의 권리행사 및 책임 범위가 달라질 수 있다는 점에서, 그 법적 성격과 책임구조에 대한 명확한 규율이 필요하다.

36) 박인호, 앞의 논문 (주 6), 71면.

37) 전송재, “개인정보 처리위탁, 제3자 제공, 공동처리자”, 정보법학 제26권 제3호, 2022, 196면

(4) 다단계 정보처리 구조와 개인정보보호법상 쟁점

의료정보는 개인정보 보호법상 민감정보에 해당하며, 일반 개인정보보다 강화된 보호가 요구된다(개인정보 보호법 제23조). 또한 의료정보는 개인의 건강상태와 밀접하게 관련된 정보로서, 유출될 경우 사생활 및 인격적 이익에 중대한 침해를 초래할 수 있다.³⁸⁾

따라서 실손보험 청구 과정에서 전송되는 의료정보를 다단계 정보 처리 방식으로 처리하는 것은 개인정보 최소수집 원칙 및 목적 제한 원칙의 관점에서 신중한 검토가 필요하다. 개인정보 보호법은 개인정보의 수집·이용을 목적 범위 내로 제한하고 필요한 범위에서 최소한으로 처리하도록 규정하고 있기 때문이다(개인정보 보호법 제15조, 제16조).

특히 전송대행기관이 개입하는 경우 동일한 보험금 청구 목적을 달성하기 위하여 의료기관과 보험회사 외에 추가적인 정보처리 주체가 참여하게 된다. 이는 개인정보 처리 단계와 정보 접근 범위를 확대시키는 결과를 가져오며, 정보처리 과정에서의 개인정보 보호 위험 역시 증가시킬 수 있다. 더욱이 전송대행기관이 전송 과정에서 정보를 저장·관리하거나 이에 접근할 수 있는 구조라면, 개별 의료기관에 분산되어 존재하던 의료정보가 특정 기관에 집중될 가능성도 존재한다. 이러한 정보집적은 개인정보 유출 위험을 증가시킬 뿐만 아니라 정보주체의 자기정보 통제권을 약화시킬 우려가 있다.

또한 실손보험 청구 과정에서 수집된 의료정보는 보험금 지급 여부의 심사를 위하여 제공된 정보에 해당한다. 따라서 해당 정보는 보험금 지급 심사라는 목적 범위 내에서만 활용되어야 하며, 이를 넘어 보험계약 인수 여부의 판단, 즉 언더라이팅이나 보험상품 개발 등의 목적으로 활용될 경우 목적 외 이용의 문제가 발생할 수 있다.³⁹⁾

이러한 문제는 최근 유럽연합(EU)의 EHDS(European Health Data Space) 논의에서도 건강정보의 보험 인수심사 및 보험료 산정 목적 활용을 제한하는 방향으로 나타나고 있다. 이는 건강정보가 경제적 차별이나 위험선별 수단으로 활용되는 것을 방지하기 위한 것으로 이해되며, 건강정보의 목적 외 이용을 제한하려는 국제적 규제 흐름을 보여준다.⁴⁰⁾

따라서 다단계 정보처리 구조는 개인정보보호법상 최소수집 원칙 및 비례성 원칙의 관점에서 지속적인 검토가 필요하며, 정보주체의 권리 보호를 위하여 정보 접근 범위와 처리 절차에 대한 적절한 통제장치가 마련될 필요가 있다.

38) 이봉문, 앞의 논문(주 29), 453면.

39) 진진한, 앞의 글(주 7), 49면.

40) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32025R0327#Art54>, 2026. 6. 6. 최종방문; EHDS(European Health Data Space Regulation) (EU) 2025/327 Article 53은 민감한 건강데이터에 접근할 수 있는 포지티브 형식의 허용 목록을 정의하고 있으며, Article 54는 EHDS를 통하여 취득한 건강데이터를 보험상품의 조건 설정, 보험계약의 체결 또는 거절, 보험료 산정 및 그 밖에 개인에게 불이익을 초래하는 차별적 목적에 활용하는 것을 제한하고 있다.

(5) 전송대행기관 운영주체의 공공성과 중립성

현행 보험업법 시행령은 전송대행기관으로 보험개발원을 지정하고 있다.⁴¹⁾ 그러나 전송대행기관의 기능은 본질적으로 의료기관과 보험회사 간 의료정보를 전자적으로 전달하는 데 있으며, 이는 보험요율 산출이나 통계 관리와 같은 보험요율 산출기관의 본래 업무와 직접적인 관련성을 가진다고 보기 어렵다. 그런데도 전송대행기관을 보험요율 산출기관으로 한정하는 것은, 제도의 기능적 필요성보다는 기존 보험산업 인프라의 활용과 운영 효율성 확보를 고려한 입법적 선택으로 볼 수 있다.

보험개발원은 보험회사들이 공동으로 출연하여 설립된 기관으로서 보험요율 산출, 통계 관리 등 보험산업 관련 업무를 수행하는 단체이다(보험업법 제176조 참조). 이러한 점에서 보험산업과 구조적으로 연계된 기관이 의료기관과 보험회사 사이의 정보 중계 기능을 수행하는 것이 충분한 중립성과 독립성을 확보할 수 있는지에 대해서는 의문이 제기된다.⁴²⁾

실제로 국회 논의 과정에서도 전산시스템 구축·운영의 공정성과 타당성 확보 필요성, 요양기관 의견수렴 절차의 법적 근거 문제 등이 지적된 바 있으며, 의료계 역시 보험산업과 연계된 기관이 민감한 의료정보의 중계 기능을 수행하는 것에 대해 지속적인 우려를 제기하였다.

과거에 보험개발원과 관련하여 대규모 개인정보 유출 문제가 발생한 바 있다는 점 역시 주목할 필요가 있다. 이는 정보처리 단계와 정보 접근 주체가 확대될수록 개인정보 유출 위험 역시 증가할 수 있음을 보여준다.⁴³⁾

결국 현행 전송대행기관 방식은 보험금 청구절차의 전산화와 비용 절감이라는 측면에서 일정한 필요성을 가진다. 다만 의료기관과 보험회사 간 직접 전송 구조 역시 기술적으로 구현 가능하며, 해외에서는 제3자 지불방식을 통하여 의료기관이 보험자에게 정보를 직접 전송하는 방식도 활용되고 있다는 점에서 전송대행기관의 개입이 반드시 요구되는 요소라고 단정하기는 어렵다.⁴⁴⁾ 다만, 이러한 공적 데이터망 중심의 해외 사례들은 공공 보건의료체계가 발달한 국가들의 모델이다. 민간 의료기관 중심이고 실손보험 의존도가 높은 한국의 의료·보험 시장 환경에 이를 그대로 이식하기에는 무리가 있으므로, 국내 실정에 맞는 제한적 정보 전송 체계로 설계되어야 한다.

현행 제도는 보험산업과 이해관계를 가지는 기관이 전송대행기관으로 기능하고 있으며, 정보주체가 전송대행기관을 직접 선택하거나 통제할 수 없는 구조라는 점에서 한계를 가진다. 이러한 방식은 정보주체가 자신의 개인정보 이동을 결정하는 개인정보 전송요구권 체계와 비교할 때 정보주체의 직접적인 통제 가능성이 상대적으로 제

41) 보험업법 시행령 제48조의3(전송대행기관)은 “법 제102조의7 제2항에서 대통령령으로 정하는 전송대행기관이란 보험요율 산출기관을 말한다”고 규정하고 있으며, 현재 보험요율 산출기관은 보험개발원이다.

42) 대한의사협회신문, “의료계 빠진 실손보험 간소화 논의? “TF 해체하라”, 2023. 11. 8. 일자, <https://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=151988&utm>, 2026, 4. 25. 최종방문.

43) 경향신문, “고객 정보 800만건 유출 방치, 보험개발원 등 중징계”, 2013. 11. 24. 일자, <https://www.khan.co.kr/article/201311242142295#ENT>, 2026. 3. 31. 최종방문; 보험개발원과 보험협회가 고객의 민감한 질병정보 등이 가득 담긴 보험정보를 마음대로 활용해온 사실이 확인되며 금융감독원이 중징계를 내린 사건.

44) 전한덕, 앞의 “실손의료보험 청구절차 개선을 위한 법적 과제”, 143면.

한된다는 문제를 가지므로,⁴⁵⁾ 현행 전송대행기관 제도는 유지하되, 운영주체를 보험 산업과 이해관계로부터 독립된 공공적 기관으로 재설계하고, 개인정보 처리상 책임 관계와 정보주체의 통제권을 보다 명확히 하는 방향으로 제도 개선이 이루어질 필요가 있다.

IV. 제도 개선방안

1. 직접 전송 구조의 도입 가능성

전송대행기관 구조의 대안으로서, 의료기관과 보험회사 간 직접 전송 구조를 도입 하는 방안을 고려할 수 있다.⁴⁶⁾ 실제로 실손의료보험 청구 간소화 제도의 입법 과정에서 전송대행기관의 필요성 자체에 대한 문제제기가 이루어진 바 있으며, 의료기관과 보험회사 간 직접 전송 방식 역시 대안으로 논의되었다.

직접 전송 구조는 현행 제도에서 나타나는 다단계 정보처리 구조를 완화할 수 있다는 점에서 의의를 가진다. 의료기관이 정보주체의 요청에 따라 보험회사에 직접 정보를 전송하는 경우 정보 전송 과정에 참여하는 주체가 감소하게 되므로 개인정보 처리 단계와 정보 접근 범위를 최소화할 수 있다. 이에 따라 개인정보 보호법상 최소수집 원칙 및 목적 제한 원칙에 보다 부합하는 구조로 평가될 수 있으며, 개인정보 유출 위험 역시 감소할 수 있다.

직접 전송 구조는 개인정보 처리상 책임관계를 보다 명확하게 할 수 있다는 장점을 가진다. 현행 제도에서는 전송대행기관의 개인정보보호법상 지위와 책임 범위가 불명확하다는 문제가 제기되지만, 직접 전송 구조에서는 정보의 송신자인 의료기관과 수신자인 보험회사가 명확하므로 개인정보 처리 과정에서의 책임 귀속 역시 보다 분명하게 설정될 수 있다.

나아가 의료기관이 정보주체의 요청에 따라 보험회사에 직접 정보를 전송하는 방식은 정보주체의 자기정보 통제권 보장 측면에서도 의미를 가진다. 이는 개인정보 전송요구권 및 GDPR상 데이터 이동권 체계에서 강조되는 정보주체 중심의 정보 이동 구조와도 일정 부분 부합한다. 특히 GDPR 제20조 제2항은 기술적으로 가능한 경우 개인정보를 하나의 개인정보처리자로부터 다른 개인정보처리자에게 직접 전송하도록 요구할 수 있는 권리를 인정하고 있다는 점에서, 의료기관과 보험회사 간 직접 전송 구조는 정보주체 중심의 개인정보 이동 체계에 보다 가까운 구조라고 평가할 수 있다. 따라서 직접 전송 구조는 개인정보 보호, 책임관계의 명확성 및 정보주체의 자기정보 통제권 보장이라는 측면에서 현행 전송대행기관 중심 구조에 대한 유력한 대안으로 검토될 수 있다.

45) 유주선, 앞의 논문(주 5), 152면.

46) 약사공론신문, “실손보험청구 간소화 ‘전송대행기관’ 필요없다 성토, 국회토론회 정보 전송 문제 지적... 금융위, 보험개발원 공적 기능 수행기관 입장에 패널 반발”, 2023. 5. 26. 일자, <https://www.kpanews.co.kr/news/articleView.html?idxno=242650&utm>, 2026. 4. 25. 최종 방문; 정부위원회 법안심사소위를 통과한 실손보험청구 간소화법 국회토론회 당시 전송대행기관의 필요성 자체에 대한 문제 제기가 이루어졌다.

2. 전송대행기관 유지 시 법적 지위의 명확화

전송대행기관을 유지하는 경우에는 그 개인정보 처리상 지위를 보다 명확하게 규정할 필요가 있다. 현행 보험업법은 전송대행기관을 통한 정보전송의 근거를 마련하고 있으나, 전송대행기관이 개인정보보호법상 어떠한 지위에서 개인정보를 처리하는지에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 않다.⁴⁷⁾ 이에 따라 전송대행기관의 개인정보 처리행위를 개인정보보호법상 수탁자, 제3자 또는 공동처리자 중 어떠한 범주로 이해할 것인지에 관한 해석상 불확실성이 존재한다.

향후 입법에서는 전송대행기관의 개인정보보호법상 지위에 대한 규범적 결론을 보다 명확히 제시할 필요가 있다. 현행 개인정보보호법상 전송대행기관을 단순한 '수탁자'나 '제3자 제공'의 틀로 해석하기에는 무리가 있으므로, 보험업법상 실손보험 청구 데이터만을 전문적으로 중계하는 '별도의 특수한 개인정보처리 주체'로 규정하고, 이에 상응하는 엄격한 의무와 책임을 법률에 명문화해야 한다. 이를 통하여 전송대행기관에 적용되는 개인정보보호법상 권리·의무 및 책임체계를 명확히 할 수 있으며, 개인정보 유출·목적 외 이용 또는 전송 오류 등이 발생한 경우 책임 귀속 역시 보다 명확하게 할 수 있을 것이다.

전송대행기관이 처리할 수 있는 개인정보의 범위와 목적 역시 보험금 청구 및 지급심사에 필요한 범위로 한정함으로써, 전송된 의료정보가 보험계약 인수심사 또는 보험상품 개발 등 다른 목적으로 활용되지 않도록 할 필요가 있다.

3. 전송대행기관 운영주체의 공공성과 중립성 확보

현행 보험업법상 보험개발원이 전송대행기관의 역할을 수행하고 있다. 그러나 전송대행기관의 본질적 기능은 의료기관과 보험회사 간 의료정보를 안전하게 전송하고 관리하는 데 있는 반면, 보험요율 산출기관은 보험산업을 위한 통계 작성 및 보험요율 산출을 주요 업무로 한다는 점에서 제도의 목적과 기능이 서로 다르다. 따라서 전송대행기관의 지정 기준을 보험요율 산출기관 여부에 연계하는 것이 제도 목적에 부합하는지에 대해서는 적절하다고 보기 어렵다.

전송대행기관은 실손보험금 청구 과정에서 민감한 의료정보의 이동을 지원하는 기관이라는 점에서 높은 수준의 공공성과 중립성이 요구된다. 그러나 보험개발원은 보험회사들이 공동으로 출연하여 설립한 기관으로서 보험산업과 구조적인 연관성을 가진다. 따라서 보험산업과 이해관계를 가지는 기관이 전송대행기관의 역할을 수행하는 것이 적절한지에 대해서는 지속적인 검토가 필요하다.⁴⁸⁾

전송대행기관의 지정 기준은 현행과 같이 보험요율 산출기관 여부에 한정할 것이 아니라, 개인정보 보호 역량, 전산 인프라의 안정성, 공공성 및 독립성 확보 여부 등을 중심으로 재설계될 필요가 있다. 특히 전송대행기관은 정보주체의 민감한 의료정

47) 보험업법 시행령 제48조의3은 "법 제102조의7 제2항에서 대통령령으로 정하는 전송대행기관이란 보험요율 산출기관을 말한다"고 규정하고 있다. 그러나 동 규정은 전송대행기관의 지정에 관한 사항만을 규정하고 있을 뿐, 개인정보 처리상 지위, 정보 접근 권한, 책임 범위 등에 관한 사항은 규정하고 있지 않다.

48) 박인호, 앞의 논문(주 6), 79면; 보험개발원 지정에 따른 중립성 훼손을 우려하며, 건강보험심사평가원을 활용한 공적 거버넌스 도입을 대안으로 제시함.

보를 처리하는 기관이라는 점에서 보험산업과의 이해관계로부터 독립된 운영구조를 갖추는 것이 바람직하다.

한편 개인정보보호법상 중계전문기관은 개인정보보호위원회의 지정 및 감독을 받는 공적 인프라로 운영되고 있다는 점에서 참고할 수 있는 모델이 될 수 있다. 비록 전송대행기관과 중계전문기관은 제도의 목적과 기능에 차이가 존재하지만, 정보 이동을 지원하는 기관에 대하여 공적 감독체계를 부여하고 있다는 점에서는 시사점을 제공한다.

비교법적으로 보더라도 해외 주요국은 의료비 청구 및 정산 과정에서 공적 건강보험기관 또는 공공적 감독체계를 중심으로 운영되고 있다는 점에서 참고할 만하다. 프랑스는 공보험기관이 민영보험 청구정보를 중계하는 구조를 운영하고 있으며⁴⁹⁾, 호주는 정부 시스템을 통하여 공보험과 민영보험 청구를 통합 처리하고 있다.⁵⁰⁾ 독일은 국가 주도의 텔레매틱스 인프라를 구축하여 의료기관과 보험자 간 정보교환을 지원하고 있다.⁵¹⁾ 이는 의료정보의 이동과 보험금 지급 과정이 단순한 민간보험 업무를 넘어 공공적 성격을 가진다는 점을 보여준다.

향후 전송대행기관은 보험산업과의 이해관계로부터 독립된 공공적 기관을 중심으로 운영될 필요가 있다. 특히 건강보험심사평가원은 이미 전국 의료기관과 연계된 전산망을 운영하고 있으며, 의료비 심사 과정에서 축적된 의료정보 처리 경험과 공적 감독체계를 갖추고 있다는 점에서 전송대행기관의 기능을 수행하기 위한 제도적 기반을 보유하고 있다. 건강보험심사평가원은 요양급여비용 심사 및 청구자료 전산처리 기능을 수행하고 있다는 점에서 보험급여의 관리와 보험료 징수를 주된 기능으로 하는 국민건강보험공단보다 전송대행기관의 기능과 보다 밀접한 관련성을 가진다. 건강보험심사평가원은 이미 전국 의료기관과 표준화된 전산 연계체계를 구축하고 있다는 점에서 별도의 대규모 시스템 구축 없이도 전송대행기관 기능을 수행할 수 있다는 장점을 가진다. 보험회사와 직접적인 이해관계를 가지지 않는 공공기관이라는 점에서 보험개발원에 비하여 중립성과 독립성을 확보하기 용이하다.

그러므로 전송대행기관 제도를 유지할 경우에는 현행과 같이 보험요율 산출기관을 지정하는 방식보다는 건강보험심사평가원과 같은 공공기관을 중심으로 운영체계를 재설계할 필요가 있다.

49) 정성희/ 문혜정, “ 해외 민영 건강보험의 청구전산화 사례와 시사점”, KIRI 리포트 포커스 제2021-8호 보험연구원, 2021, 10면: 프랑스의 경우 전자정보전송시스템(NOEMIE)DMF운영하며, 공단이 중계자로서 정보를 취합하여 민영보험사에 자동전송하며, 민영보험사는 이에 대한 수수료를 공단에 지불한다.

50) 호주 정부 공식 ECLIPSE 안내 페이지, <https://www.servicesaustralia.gov.au/eclipse?content=20>, 2026. 6. 6. 방문: 호주 정부 시스템을 통해 단 한 번의 전송만으로 공보험과 민보험 청구를 동시에 처리하는 공공 중개 모델을 성공적으로 운영하고 있다.

51) 독일 전문기관(gematik), <https://gesund.bund.de/en/telematikinfrastruktur>, 2026. 6. 6. 방문: gematik은 독일 연방보건부가 51%의 지분을 가진 국가 기관으로, 의료기관-보험회사 간 안전한 데이터 교환 망인 텔레매틱스 인프라(TI)를 운영하는 주체이다. 독일은 사회법전 (SGB V) § 306에 근거하여 국가 주도의 텔레매틱스 인프라(TI)를 구축하고, 이를 통해 의료기관과 보험자 간의 폐쇄적이고 보안적인 정보 교환을 규정하고 있다. 즉, 게마틱(gematik)의 경우 텔레매틱스 인프라(TI)를 운영하는 국가 산하 전문 기구로 우리나라의 건강보험심사평가원과 기능적으로 유사한 시사점을 제공한다.

4. 개선방안의 비교 및 최적 구조의 도출

현행 제도와 직접 전송 구조 및 공공기관 중심 전송 구조는 각각 장단점을 가진다. 전송대행기관 구조는 기존 인프라를 활용할 수 있다는 장점이 있으나, 다단계 정보처리 구조에 따른 개인정보 보호 위험과 책임관계의 불명확성 문제를 내포하고 있다. 반면 의료기관과 보험회사 간 직접 전송 구조는 개인정보 처리 단계를 최소화하고 정보주체의 자기정보 통제권을 강화할 수 있다는 점에서 개인정보 보호 측면에서 가장 적절한 구조라고 판단된다.

그러나 의료기관과 보험회사 간 전산망 연계, 표준화 및 구축 비용 등의 현실적 제약을 고려할 때 직접 전송 구조를 단기간 내 전면적으로 도입하는 데에는 한계가 존재한다. 현 단계에서는 전송대행기관 제도를 유지하되, 운영주체를 보험산업과 이해관계로부터 독립된 공공기관으로 전환하고 개인정보 처리상 책임관계를 명확히 하는 방안이 가장 현실적인 대안으로 판단된다.

특히 건강보험심사평가원은 전국 의료기관과의 전산 연계체계 및 의료정보 처리 경험을 보유하고 있다는 점에서 전송대행기관의 기능을 수행하기 위한 제도적 기반을 갖추고 있다. 따라서 장기적으로는 직접 전송 구조를 지향하되, 현 단계에서는 건강보험심사평가원을 중심으로 한 공공적 전송대행기관 모델이 가장 현실적인 대안으로 판단된다. 그러나 건강보험심사평가원이 민간 보험의 청구 정보를 취급하는 것은 요양급여 심사라는 심평원의 본래 법정 목적을 벗어날 소지가 있으므로 이를 허용하는 별도의 법적 근거가 반드시 마련되어야 한다. 또한 전국의 민감한 의료정보가 심평원 한 곳으로 집중되는 위험을 방지하기 위해, 중계시스템과 기존 심사시스템의 물리적 망 분리, 전송 직후 즉각적인 데이터 파기 등 기술적·제도적 안전장치가 전제되어야만 한다.

V. 결론

본 연구는 실손의료보험 청구 간소화 제도의 도입 배경과 구조를 검토하고, 전송대행기관을 중심으로 형성된 정보처리 구조의 법적 쟁점을 분석하였다.

검토 결과, 현행 실손의료보험 청구 간소화 제도는 의료기관, 전송대행기관 및 보험회사로 이어지는 다단계 정보처리 구조를 채택하고 있으며, 이로 인하여 개인정보 처리 단계의 증가, 책임관계의 불명확성 및 운영주체의 중립성 문제 등을 내포하고 있는 것으로 나타났다. 전송대행기관은 실손보험금 청구 및 지급심사를 위한 핵심적인 정보전달 기능을 수행함에도 불구하고, 개인정보보호법상 수탁자, 제3자 또는 공동처리자 중 어떠한 법적 지위에 해당하는지 명확하지 않다. 이로 인해 개인정보 처리 과정에서 책임 귀속이 불명확해질 수 있으며, 정보주체의 권리보호 측면에서도 일정한 한계를 가진다.

현행 보험업법 시행령은 전송대행기관을 보험요율 산출기관으로 한정하고 있으며, 보험개발원이 해당 기능을 수행하고 있다. 그러나 전송대행기관의 본질적 기능은 의료기관과 보험회사 간 의료정보를 안전하게 전송하고 관리하는 데 있는 반면, 보험요율 산출기관은 보험산업을 위한 통계 작성 및 보험요율 산출을 주요 업무로 한다

는 점에서 양자의 제도적 목적과 기능은 차이를 가진다. 보험개발원은 보험산업과 구조적으로 연계된 기관이라는 점에서 민감한 의료정보를 처리하는 전송대행기관의 운영주체로서 요구되는 공공성과 중립성 측면에서 지속적인 검토가 필요하다.

본 연구는 제도의 목적 달성을 위하여 전송대행기관이 반드시 필요한 요소라고 보는 어렵다는 점을 확인하였다. 개인정보 처리 단계를 최소화하고 책임관계를 명확하게 하며 정보주체의 자기정보 통제권을 강화할 수 있다는 점에서, '의료기관과 보험회사 간의 직접 전송 구조'가 개인정보 보호 측면에서 가장 바람직한 구조로 평가될 수 있다. 그러나 현실적인 제약을 고려하여 전송대행기관 제도를 유지해야 한다면, 운영 주체를 보험산업과 이해관계로부터 독립된 공공기관 중심으로 재설계하는 것이 필수적이다. 이러한 측면에서, 전국 의료기관과의 전산 연계체계 및 의료정보 처리 경험을 보유하고 공적 감독체계를 갖추고 있는 '건강보험심사평가원'이 전송대행기관(전문중계기관)의 역할을 수행하는 것이 개인정보 보호와 청구 편의성의 조화를 달성할 수 있는 가장 현실적인 대안으로 평가될 수 있다.

건강보험심사평가원은 전국 의료기관과의 전산 연계체계 및 의료정보 처리 경험을 보유하고 있으며, 요양급여비용 심사와 청구자료 전산처리 기능을 수행하고 있다는 점에서 전송대행기관의 기능과 높은 관련성을 가진다. 아울러 보험회사와 직접적인 이해관계를 가지지 않는 공공기관이라는 점에서 보험개발원에 비하여 중립성과 독립성을 확보하기 용이하다. 따라서 전송대행기관 제도를 유지할 경우에는 현행과 같이 보험요율 산출기관을 지정하는 방식보다는 건강보험심사평가원과 같은 공공기관을 중심으로 운영체계를 재설계하는 것이 바람직하다.

실손의료보험 청구 간소화 제도는 보험금 청구의 편의성이라는 제도적 목적과 개인정보 보호라는 기본권적 가치를 조화롭게 실현하여야 한다. 향후에는 유럽연합(EU)의 EHDS(European Health Data Space)와 같이 건강정보의 활용 범위 및 목적 외 이용 제한에 관한 비교법적 연구가 이루어질 필요가 있으며, 개인정보 보호와 운영 효율성을 동시에 달성할 수 있는 직접 전송 구조의 기술적·제도적 실현 가능성에 관한 후속 연구 역시 의미 있는 과제가 될 것이다.

장기적으로는 의료기관과 보험회사 간 직접 전송 구조를 지향하는 것이 바람직하나, 현 단계에서는 건강보험심사평가원과 같은 공공기관을 중심으로 전송대행기관 운영체계를 재설계하는 것이 개인정보 보호와 보험금 청구 편의성의 조화를 달성할 수 있는 가장 현실적인 대안이라고 판단된다.

- **주제어:** 실손의료보험, 청구 간소화, 전송대행기관, 개인정보보호법, 개인정보전송 요구권

[참고문헌]

<단행본>

정세진, 「한 권으로 끝내는 금융데이터법」, 박영사, 2024.

<국내문헌>

박인호, “개정 보험업법상 실손의료보험금 청구 간소화 방안에 대한 검토”, 기업법연구 제38권 제3호, 2024.

서남규/ 오하린/ 박경선/ 이옥희/ 이현옥, “건강보험 보장성 강화 정책 이후 실손의료보험이 비급여 진료비에 미치는 영향”, 보건경제와 정책연구 제27권 제1호, 2021.

유주선, “실손의료보험 보험금청구 간소화에 관한 법적 연구 - 보험업법 개정(안)을 중심으로”, 2022.

윤기열, “개인정보 전송요구권의 이론과 실제 - 보험업을 예로 하여 -”, 경영법률, 제36권 제2호, 2026.

이봉문, “환자의 의료정보의 법적 보호에 관한 고찰”, 법학연구 제26권 제2호, 2023.

이산하, “보건의료데이터 활용에서의 개인정보 보호 개선을 위한 제언”, 연세법학논총 제2권 제1호, 2023.

이한주, “개인의료정보 활용 가능성에 대한 비교법적 고찰: 한국과 중국을 중심으로”, 아태연구 제30권 제3호, 2023.

전승재, “개인정보 처리위탁, 제3자 제공, 공동처리자”, 정보법학 제26권 제3호, 2022.

전한덕, “국민건강보험과 실손의료보험제도의 개선방안에 관한 연구 - 금융소비자 보호와 비급여항목 개선을 중심으로 -”, 법학논총 제45권 제3호, 2025.

전한덕, “실손의료보험 청구절차 개선을 위한 법적 과제”, 법과 기업 연구 제13권 제2호, 2023.

전한덕, “실손의료보험 청구체계 개선방안에 관한 연구: 보험업법 개정안을 중심으로”, 소비자문제연구 제51권 제2호, 2020.

정성희/ 이태열/ 손재희/ 문혜정/ 김연희/ 강윤지, “실손의료보험 지속성 강화와 역할 정립에 대한 연구”, 보험연구원 연구보고서 2022권 12호, 2022.

정성희/ 문혜정, “ 해외 민영 건강보험의 청구전산화 사례와 시사점”, KIRI 리포트 포커스 제 2021-8호 보험연구원, 2021.

정영진, “보건의료데이터와 개인정보 보호와의 관계에 대한 소고”, 법학논총 제34권 제3호, 2022.

조유미, “보험사 생성형 AI 언더라이팅 활용 문제점과 해결방안 모색”, 손해사정연구 제27권, 2025.

조용운/김세환, “민영건강보험의 의료비 지급·심사제도 개선방안”, 보험개발원, 2005.

홍선기, “일반개인정보보호규정(GDPR) 발효에 따른 독일 개인정보보호법제의 입법동향 및 시사점”, 정보법학 제22권 제1호, 2018.

<인터넷자료(국내)>

손해보험협회, 손해보험협회 실손의료보험금 청구서류 표준화 및 통일화 안내, <<https://consumer.knia.or.kr/m/consumer/insurance-guide/0202.do>>, 검색일: 2026. 4. 24.

<인터넷자료(해외)>

유럽연합 공식 웹사이트, 유럽 의회 및 이사회 2025년 2월 11일 유건 보건 데이터 공간 관련 규정 2025/327 및 지침 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32025R0327#Art54>>, 검색일: 2026. 6. 4.

독일 연방보건부 건강정보 포털 <<https://gesund.bund.de/en/telematikinfrastruktur>> , 검색일: 2026. 6. 4

호주 연방정부 산하 기관인 Services Australia <<https://www.servicesaustralia.gov.au/eclipse?context=20>> , 검색일: 2026. 6. 4.

<신문기사>

경향신문, “고객 정보 800만건 유출 방치, 보험개발원 등 중징계”, <<https://www.khan.co.kr/article/201311242142295#ENT>> , 검색일: 2026. 3. 31.

대한의사협회신문, “의료계 빠진 실손보험 간소화 논의? TF 해체하라”, <<https://www.doctorsnews.co.kr/news/articleView.html?idxno=151988&utm>> , 검색일: 2026. 4. 25.

약사공론신문, “실손보험청구 간소화 전송대행기관 필요없다 성토, 국회토론회 정보 전송 문제 지적... 금융위, 보험개발원 공적 기능 수행기관 입장에 패널 반발”, <<https://www.kpanews.co.kr/news/articleView.html?idxno=242650&utm>> , 검색일: 2026. 4. 25.

<기타>

이찬진, “‘실손보험 청구간소화’ 무엇이 문제인가?”, 월간 복지동향 2023년 3월호 제293호, 2023.

전진한, “‘실손보험 청구간소화’라는 민영의료보험의 덫”, 월간 복지동향 2023년 7월호 제297호, 2023.

금융감독원 보도자료, “실손의료보험(이하 “실손보험”), 낮은 보험료로 정말 필요할 때 도움 되는 보험상품으로 재탄생합니다.”, 2025. 4. 2.

금융위원회 보도자료, “실손보험 청구 전산화 TF 회의 개최”, 2023. 11. 3

행정안전부, 주민등록 인구통계 2024.

[Abstract]

**A Study on the Legal Issues of the Simplified Claims Process
for Indemnity Health Insurance:
Focusing on the Transmission Agency**

Choi, Ju-Ae* · Hong, Sun-Ki**

This study aims to analyze the legal structure of the transmission agency introduced under the simplified claims process for indemnity health insurance and to examine the legal issues concerning personal information protection, while exploring directions for institutional improvement. The current system adopts a multi-layered information processing structure involving medical institutions, a transmission agency, and insurance companies. However, this structure may lead to several concerns, including the proliferation of data processing stages, ambiguity in the allocation of legal responsibility, and the weakening of the data subject's control over personal information. In particular, the legal status of the transmission agency remains unclear, as it does not clearly fall within the categories of a data processor (outsourcee), third party, or joint controller under the Personal Information Protection Act, resulting in uncertainty regarding the attribution of liability during the data processing flow.

This study reviews the legislative background of the simplified claims process and the rationale for introducing the transmission agency system. Furthermore, it examines the legal nature and liability structure of the agency through a comparative analysis of the right to personal information portability and designated intermediary institutions under the Personal Information Protection Act.

The findings suggest that a direct transmission model between medical institutions and insurance companies represents the most desirable framework from a data protection perspective, as it minimizes processing stages, clarifies legal responsibilities, and strengthens the data subject's control over personal information. Nevertheless, practical constraints, including the costs of establishing information networks, standardization requirements, and operational burdens, limit its full-scale implementation in the short term.

Accordingly, at the present stage, it is necessary to maintain the transmission agency system while clarifying its legal status and liability structure regarding personal information processing. Specifically, because it is difficult to categorize

* Author: Doctoral Candidate (Coursework Completed), Graduate School of Law, Dongguk University

** Corresponding Author: Professor, College of Law, Dongguk University (Seoul), Doctor of Law

the transmission agency under the current categories of the Personal Information Protection Act, it should be legally stipulated as a 'special personal information processing subject' under the Insurance Business Act to impose strict data protection obligations. Furthermore, the operating entity should be redesigned around a public institution independent from the interests of the insurance industry. In this regard, the Health Insurance Review and Assessment Service (HIRA) presents a realistic and viable alternative. However, strict technical and institutional safeguards—such as the physical separation of networks and the immediate destruction of data post-transmission—must be implemented as essential prerequisites to mitigate the risks of nationwide medical data concentration.

Accordingly, at the present stage, it is necessary to maintain the transmission agency system while clarifying its legal status and liability structure regarding personal information processing. Furthermore, the operating entity should be redesigned around a public institution independent from the interests of the insurance industry. In this regard, the Health Insurance Review and Assessment Service (HIRA), which possesses a nationwide electronic network integrated with medical institutions and an established public oversight framework, presents a realistic and viable alternative.

- **Key Words:** Indemnity Health Insurance, Simplified Claims Process, Transmission Agency, Personal Information Protection Act, Right to Personal Information Portability

보험약관상 피보험자의 통지의무에 대한 보험자의
명시·설명의무 위반시 보험계약 해지 가능성에 관한 연구
- 대법원 2025. 8. 14. 선고 2024다289680 판결을 중심으로 -

전한덕*

논문요지

오토바이가 가지고 있는 사고 발생의 위험성 때문에 보험계약에서는 고지의무와 통지의무를 엄격하게 적용하고 있다. 이러한 의무를 위반할 경우 보험계약자나 피보험자는 계약이 해지되거나 보험금 지급이 거절되는 등의 불이익을 당하게 된다. 대상사건에서는 피보험자가 보험계약 체결 후 오토바이를 계속적으로 운전한 사실을 보험자에게 통지하지 않은 이유로 보험계약을 해지하였으나, 보험자가 통지의무에 대한 약관의 명시·설명의무를 위반한 사실이 인정되었다. 대상판결은 이러한 경우에도 통지의무 위반을 이유로 한 보험계약 해지가 가능한지 여부를 다루고 있다. 대법원은 보험자가 명시·설명의무를 위반하였다고 하더라도 보험자는 상법 제652조 제1항에 근거하여 보험계약을 해지할 수 있다고 판단하였다. 대법원은 보험자가 약관조항을 명시·설명하지 않았다면 보험자는 해당 약관조항의 효력을 주장할 수 없을 뿐이고, 상법상 계약 해지(법 제652조 제1항)가 가능하다고 판시하였다. 대법원의 논리에 의하면 보험자는 통지의무에 대한 명시·설명의무를 위반하더라도 상법에 따라 언제든지 보험계약을 해지할 수 있게 된다. 그러나 대법원의 논리는 설명의무를 위반한 보험자에 대하여 아무런 불이익을 주지 않는 반면, 보험계약자 측에게 보험계약 해지 및 보험금 부지급의 피해를 주는 등 형평성에 반하는 부당한 결과를 초래하게 된다. 또한 통상적으로 보험약관 조항에서는 통지의무 위반 시 보험계약을 해지할 수 있다는 내용이 규정되어 있는데, 이러한 약관조항에 대한 설명의무를 위반할 경우 ‘해당 약관조항의 적용 배제’라는 약관의 규제에 관한 법률의 규정(제3조 제4항) 및 기존의 대법원 판례의 일관된 입장에 배치되는 것이다. 이륜자동차를 계속적으로 사용할 경우에 보험자에게 통지하여야 하는 약관조항은 명시·설명의무의 대상으로 되는 보험계약 체결에 있어서 중요한 사항이라고 할 것인데, 보험자가 해당 약관조항에 관하여 명시·설명의무를 이행하였다고 볼 수 없는 이상, 약관조항은 보험계약으로 편입되지 않았고, 그 결과 통지의무 위반을 이유로 한 보험자의 계약 해지는 부당하다고 판단한 원심판결이 타당하다.

· 논문제출: 2026. 07. 05. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

* 전주대학교 금융보험학과 부교수(법학박사).

I. 서론

경찰청 통계자료에 의하면 2024년 기준 이륜차¹⁾ 교통사고는 총 13,382건으로 이 중 사망사고는 317명이고, 최근 5년간(2020년~2024년) 이륜차 교통사고로 인한 사망자 수는 2,221명에 달한다.²⁾ 이륜차 중에서도 오토바이 사고로 인한 사망자는 1,860명으로 월등히 높았고, 그 뒤로 원동기장치자전거(230명), 사륜오토바이(131명) 순으로 나타난다. 오토바이 사고는 치사율³⁾도 높아서 일반차량(1.3명)의 두 배 가까운 2.4명에 달한다고 한다. 최근 들어 오토바이 사고가 증가한 이유는 배달용 오토바이 운전자의 증가와 농어촌 생활형 이륜차 운전자의 증가 등을 이유로 들 수 있다. 오토바이의 경우 신호위반, 과속 등 법규위반 사례가 많고, 사고에 취약한 구조로 이루어져 있어 사고 시 운전자를 보호할 장치가 미흡하다. 더군다나 운전자가 헬멧 등의 보호장구를 착용하지 않는다면 치명적인 사고로 이어질 가능성도 매우 크다.

오토바이가 가지고 있는 사고 발생의 위험성 때문에 보험계약에서도 고지의무와 통지의무를 엄격하게 적용하고 있다. 즉 상법과 보험약관에서는 보험계약자나 피보험자가 현재 병증, 과거병력, 직업 등에 대하여 사실 그대로를 보험회사에 알려야 하고(고지의무), 또한 계약 당시 보험자에 알린 내용이 변경되었을 경우에는 그 변경사항을 보험자에 지체 없이 통보해야 한다(통지의무). 이러한 의무를 위반할 경우 보험계약자나 피보험자는 계약이 해지되거나 보험금 지급이 거절되는 등의 불이익을 당하게 된다.

그러나 보험에 대한 지식이 부족한 일반인들은 고지의무나 통지의무에 대해서 잘 알지 못한다. 이러한 보험소비자와 보험자 간 발생하는 정보의 불균형을 해소하기 위해 상법과 금융소비자의 보호에 관한 법률 등에서는 약관의 명시·설명의무를 보험자에게 부과하고 있다. 그럼에도 불구하고 고지의무 및 통지의무 위반과 관련된 민원이나 소송은 끊임없이 발생하고 있다. 이러한 이유에는 보험자의 명시·설명의무 소홀, 보험소비자의 도덕적 해이나 단순 부주의, 보험에 대한 지식 부족 등 다양한 원인이 있을 수 있다. 이러한 반복적인 분쟁을 해결하기 위해서는 명시·설명의무제도에 대한 근본적인 변화가 필요하다.

대상판결은 보험계약 체결 이후에 발생한 피보험자의 오토바이 운전사실에 대한 통지의무 위반과 보험자의 약관에 대한 명시·설명의무 이행 여부 및 이에 따른 계약 해지가 적법한지 여부를 다루고 있다. 특히 대상사건에서는 보험자가 약관의 명시·설명의무를 위반하였을 경우에도 보험계약자 등의 통지의무 위반을 이유로 한 보험계약 해지가 가능한지 여부가 중요한 쟁점사항이 되었다. 결론적으로 대법원은 통지의무 사항에 대하여 보험자가 명시·설명의무를 위반하였다고 하더라도 보험자는 상법 제652조 제1항에 근거하여 보험계약을 해지할 수 있다고 판단하였다.

본 논문에서는 통지의무에 관한 사항이 명시·설명의무의 대상인지 여부와 보험자가 이를 위반하였을 경우에도 보험계약 해지가 가능한지 여부를 원심과 대법원 판결의 주요 내용을 중심으로 고찰해보고자 한다. 나아가 고지의무 및 통지의무와 관련

1) 이륜차 사고 통계는 오토바이와 사륜오토바이(ATV), 원동기장치자전거 통계를 합산해서 산출하였다.

2) 경찰청, “2024년 교통사고 통계”, 2025, 116면 이하.

3) 치사율은 사고 100건당 사망자 수를 의미한다.

한 분쟁을 최소화하기 위해 필요한 법적·실무적 개선방안을 제안하고자 한다.

II. 대상판결

1. 사실관계

(1) 보험계약 체결

원고는 보험계약자로서 2015. 8. 26. 피고 보험자와 사이에 피보험자를 원고의 자녀인 소외인, 사망보험금 수익자는 원고로 정하여 보험계약을 체결하면서, 그 담보사항에 피보험자가 보험기간 중 상해사고로 사망하였을 때 상해사망보험금 2억 원을 지급받기로 하는 내용을 포함하였다.

(2) 보험사고의 발생

망인이 된 소외인은 보험가입 이후인 2019. 초 음식점 영업을 하면서 사용할 목적으로 오토바이를 구매하였다. 망인은 2019. 5. 2. 00:35경 대구 동구 도로에서 오토바이를 운전하던 중 만취 상태로 운전하던 가해자의 차량과 충돌하여 사망하였다.

(3) 보험금 지급 거절

원고는 2019. 5. 13. 보험자에게 사망보험금의 지급을 청구하였다. 보험자는 2019. 5. 28. 원고에게 오토바이 운전 사실에 대한 통지의무 위반을 이유로 이 사건 보험계약을 해지하고 보험금 지급을 거절하였다.

2. 당사자들의 주장

(1) 원고

망인은 이륜자동차를 계속적·반복적으로 운행한 것이 아니라 우발적·일시적으로 운행하였는바, 이는 통지의무 대상이 아니다. 가사 통지의무 위반이 인정된다고 하더라도, 이 사건 사고는 만취자의 운전에 의해 발생한 것으로 통지의무 위반사항과 보험사고 사이에 인과관계가 없으므로 보험자는 보험금 지급 책임이 있다. 피고는 통지의무 위반과 관련된 보험약관 조항을 명시·설명하지 아니하였으므로, 해당 약관 조항은 보험계약의 내용에 편입되지 아니하였다.

(2) 피고

망인은 보험계약 체결 후 음식점을 운영하면서 이륜자동차를 계속적으로 운전하게 되었음에도 피고에게 이를 알리지 아니하였는바, 피고는 통지의무 위반을 이유로 이

사건 보험계약을 해지하였다. 해당 약관조항은 상법상 통지의무를 구체화하여 규정하였으므로 명시·설명의무의 대상으로 볼 수 없고, 가사 그 대상에 포함된다고 하더라도 보험자인 피고는 보험계약 체결 당시 계약자에게 해당 약관조항에 관한 명시·설명의무를 이행하였다.

3. 판시사항

(1) 1심⁴⁾

망인은 보험계약 체결 후 이륜자동차를 계속적으로 운행하였다고 봄이 상당하다고 볼 수 있고, 이 사건 사고가 만취 상태의 운전자에 의해 발생하였다고 하더라도, 망인이 오토바이를 계속적으로 운행함으로써 보험계약 체결 당시보다 위험이 증가하였음은 명백하다 할 것이므로, 통지의무 위반과 사고 간에는 인과관계도 충분히 인정된다. 이륜자동차를 계속적으로 사용하게 된 경우의 통지의무를 규정한 약관조항은 보험계약에서 중요한 사항으로 명시·설명의무의 대상이라 할 것인데, 피고가 제출한 증거들만으로는 피고가 약관조항을 설명하였다고 보기 부족하다. 보험자는 해당 약관조항에 관하여 명시·설명의무를 이행하지 않았으므로, 약관조항은 보험계약의 내용으로 주장할 수 없고, 이 사건 약관조항에 따른 통지의무 위반을 이유로 한 보험자의 계약 해지는 부당하다.

(2) 항소심⁵⁾

1심과 동일하게 판단하였다. 다만 보험자는 항소심에서 추가적으로 이 사건 보험계약은 피보험자인 망인의 서면동의가 없어 무효라는 취지로 주장하였는바, 2심 법원은 이에 대하여 망인이 이 사건 보험청약서에 자필로 서명날인한 사실이 인정되므로 보험자의 주장을 받아들이지 않았다.

(3) 대법원(파기환송)⁶⁾

대법원은 피고가 이 사건 약관조항의 명시·설명의무를 위반하여 이 사건 보험계약을 체결하였더라도 해당 약관조항의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없게 되는 것뿐이고, 상법 제652조에 따라 보험자는 보험계약을 해지할 수 있는 것으로 판단하여 대상사건을 원심법원에 파기환송하였다.

4) 서울중앙지방법원 2022. 11. 25. 선고 2021가단5181795 판결.

5) 서울중앙지방법원 2024. 8. 23. 선고 2022나77691 판결.

6) 대법원 2025. 8. 14. 선고 2024다289680 판결.

III. 통지의무제도와 법적 쟁점사항

1. 통지의무제도 일반

(1) 개념

통지의무(보험계약 후 알릴 의무)란 보험 가입 후 피보험자의 직업, 직무 변경, 이륜차 소유·운행 여부 등 사고 위험이 현저하게 증가하거나 변경된 사실을 안 경우, 지체 없이 보험사에 알려야 하는 법적 의무를 말한다. 고지의무가 보험계약자 또는 피보험자의 과거 병력, 현재 직업, 위험한 취미활동 등을 보험계약 체결 전에 보험자에게 알려야 하는 의무라는 점에서 통지의무와 대비된다. 또한 고지의무는 보험청약서에서 질문하고 있는 사항에 대해서 보험가입자가 사실대로 알리면 원칙적으로 의무 이행을 완료한 것으로 추정되지만, 통지의무는 보험 가입 후 계약자의 위험이 현저하게 변경될 수 있는 상황이 발생했을 때에만 발생한다. 일반적으로 직업 변경, 운전 수단 및 운전 목적의 변경, 위험한 취미활동 등이 여기에 해당될 수 있으며, 이는 보험약관에 자세히 명시되어 있다.

(2) 통지의무의 유형

상법에서는 통지의무의 유형을 위험의 변경·증가와 관련하여 두 가지 유형 즉, 위험의 주관적 변경·증가와 위험의 객관적 변경·증가로 구분하여 규정하고 있다. 위험의 객관적 변경·증가의 경우 보험기간 중에 보험계약자 또는 피보험자가 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실을 알았다면 지체 없이 보험자에게 통지하도록 하고 있다(상법 제652조 제1항 본문). 이를 해태한 때에는 보험자는 그 사실을 안 날로부터 1월 내에 한하여 계약을 해지할 수 있고(상법 제652조 제1항 단서), 통지를 받은 경우에도 보험자는 1월 내에 보험료의 증액을 청구하거나 계약을 해지할 수 있다(상법 제652조 제2항).

주관적 위험의 변경·증가의 경우 상법에서는 보험기간 중에 보험계약자, 피보험자 또는 보험수익자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 때에는 보험자는 그 사실을 안 날부터 1월 내에 보험료의 증액을 청구하거나 계약을 해지할 수 있도록 규정하고 있다(상법 제653조). 상법 제653조의 규정 취지는 원래 보험자는 보험계약을 체결함에 있어서 피보험이익에 대한 위험사정을 파악하여 이를 기초로 보험사고가 발생할 개연율을 측정하고 그 결과에 따라 위험을 인수할 것인지 여부와 보험료 및 그 조건 등을 결정하는 것이고, 이러한 과정을 거쳐 보험자가 인수한 위험은 보험기간 중에 그대로 유지되어야 하는 것이므로, 피보험이익에 대한 위험사정을 가장 잘 알 수 있는 위치에 있는 보험계약자, 피보험자 또는 보험수익자에게 보험기간 중에도 보험자의 동의 없이 위험을 변경하거나 증가시키지 아니할 위험유지의무를 부담시키려는 데 있다.

(3) 통지의무의 발생 요건

위험의 변경 또는 증가가 보험기간 중에 발생한 것이어야 한다. 또한 위험의 변경 또는 증가는 현저한 것이어야 한다. 여기서 위험의 ‘현저한 변경·증가’는 그러한 수준의 위험이 보험계약 체결 당시에 존재했다고 하면 보험자가 계약을 체결하지 않았거나 동일한 조건으로는 보험계약을 체결하지 않았으리라고 생각되는 정도의 위험의 변경·증가를 말한다.⁷⁾ 위험의 개념은 일정 상태의 계속적 존재를 전제로 한다. 따라서 일시적으로 위험이 변경·증가되는 경우는 위험의 현저한 변경·증가에 포함되지 않는다.⁸⁾

(4) 통지의무 위반 시 효력

만약 보험계약자가 통지의무를 이행하지 않은 사실을 보험사가 알게 되면, 보험사는 그 사실을 안 날로부터 1개월 내에 계약을 해지할 수 있다. 또한 통지의무 위반 시 보험금 지급이 거절되거나 삭감될 수 있다. 통지의무를 위반하였을 경우 보험금 지급과 관련하여 상법에서는 보험사고가 발생한 후라도 보험자가 통지의무 위반에 따라 계약을 해지하였을 때에는 원칙적으로 보험자는 보험금을 지급할 책임이 없는 것으로 규정하고 있다(상법 제655조). 위험의 현저한 변경·증가 사실에 대한 입증책임은 그것을 근거로 보험계약의 해지를 주장하는 보험자에게 있다.⁹⁾

2. 통지의무와 관련된 법적 쟁점

(1) 통지의무에서 인과관계

가. 개념

인과관계란 하나의 사건(원인)이 다른 사건(결과)을 직접적으로 유발하여, 두 사건 사이에 ‘원인과 결과’라는 연관성이 성립하는 관계를 의미한다. 고지의무나 통지의무에서의 인과관계 유무에 대해서는 대법원은 상당인과관계설을 취하고 있다. 상당인과관계는 사고원인이 결과에 중요한 원인이거나 다른 원인과 같이 공동으로 작용한 경우 그 다른 원인과 같은 정도로 결과에 영향을 미치는 경우를 의미하며, 이러한 상당인과관계의 판단은 일반 경험칙에 의하여 판단한다. 민사소송에 있어서의 인과관계는 사회적·법적 인과관계이고, 그 인과관계는 반드시 의학적·자연과학적으로 명백히 입증되어야 하는 것도 아니다.¹⁰⁾ 따라서 보험약관 조항 중 ‘상해의 직접 결과로 사망하였을 때’의 의미도 이와 같은 견지에서 상당인과관계설에 따라서 판단하여야 한다.¹¹⁾

7) 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결; 대법원 2000. 7. 4. 선고 98다62909,62916판결 등.

8) 대법원 1992. 11. 10. 선고 91다32503 판결.

9) 대법원 1996. 7. 26. 선고 95다52505 판결.

10) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다564 판결; 대법원 2003. 3. 28. 선고 99다67147 판결; 대법원 2020. 5. 28. 선고 2019두62604 판결.

11) 대법원 2002. 10. 11. 선고 2002다564 판결.

나. 증명책임 및 증명의 정도

고지의무 또는 통지의무에 위반한 사실과 보험사고 발생과의 사이에 인과관계가 부존재한다는 점에 관한 증명책임은 보험계약자 측에 있다.¹²⁾ 보험계약자 측에서는 통지의무 위반 사항과 보험사고의 발생 위험이 현저하게 변경되거나 증가된 사실 사이에 인과관계가 존재하지 않는다는 점을 증명하여야 할 것이다. 어떠한 사실이 통지의무 대상이 되는지는 보험의 종류나 보험 목적물에 대한 변경, 기타 보험요율에 영향을 미치는 제반 사항의 변경 여부 등을 종합하여 객관적으로 판단되어야 한다.¹³⁾ 인과관계의 증명 정도와 관련하여 판례는 인과관계의 존재를 조금이라도 인정할 수 있는 여지가 있다면 상법 제655조 단서 적용은 배제되는 것으로 판단하고 있다.¹⁴⁾ 이러한 대법원의 입장에 따르면 보험계약자, 피보험자의 인과관계 부존재에 대한 증명책임은 엄격하게 적용된다고 볼 수 있다. 따라서 보험계약자 측에서는 통지의무를 위반하지 않았다는 점, 설령 위반한 사실이 있다 하더라도 이는 보험사고 발생의 위험이 현저하게 변경되거나 증가된 사실과는 무관하다는 점, 나아가 보험금 지급을 청구하기 위해서는 증가되거나 변경된 당해 위험이 보험사고와는 무관하다는 점 등에 관하여 객관적이고도 명백한 증거자료를 동원해서 증명하여야 할 것이다.

다. 보험계약의 해지

고지의무 또는 통지의무 위반에 있어 인과관계가 없다는 점이 보험계약자나 피보험자에 의해 증명된 경우에도 보험계약은 해지될 수 있는지 여부와 관련하여 이를 긍정하는 견해¹⁵⁾와 부정하는 견해¹⁶⁾로 나뉜다. 긍정설에 의하면 이 경우 보험계약의 해지를 인정하지 않는다고 해석하면 보험사고가 발생하지 않은 경우에도 위험의 현저한 증가사실이 있다면 보험자는 상법에 따라 보험계약 해지가 가능한 반면, 보험사고 발생이 있는 후에 인과관계가 없다는 것이 증명된 경우에는 위험의 현저한 증가사실이 존재하여도 보험계약을 해지할 수 없다는 모순이 발생한다고 한다.¹⁷⁾ 부정설은 (구)상법 제655조 단서 조항에서 계약 해지에 관한 명시적인 조항이 없다는 점 등을 근거로 주장한다.¹⁸⁾

12) 대법원 1969. 2. 18. 선고 68다2082 판결; 대법원 1992. 10. 23. 선고 92다28259 판결; 대법원 1993. 4. 13. 선고 92다52085,52092 판결; 대법원 1994. 2. 25. 선고 93다52082 판결; 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결; 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다91405,91412 판결.

13) 대법원 1996. 12. 23. 선고 96다27971 판결.

14) 대법원 1992. 10. 23. 선고 92다28259 판결; 대법원 2014. 3. 13. 선고 2013다91405,91412 판결; 대법원 2025. 1. 9. 선고 2024다272941 판결 등.

15) 박세민, 「보험법」 제8판, 박영사, 2025, 457면; 양석완, “위험증가와 통지의무에 관한 상법 규정의 법적 재검토”, 「안암법학」 제36권, 안암법학회, 2011, 636면; 정희철, 「상법(하)」, 박영사, 1990, 431면; 최병규, “직업 부실고지와 위험 계속시 통지의무 위반 여부”, 「보험법연구」 제13호 제3권, 한국보험법학회, 2025, 123면.

16) 김용균, “보험사고의 발생과 고지의무 위반과의 인과관계”, 「대법원판례해설」 제18호, 1993, 376~377면; 양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2004, 166면; 장경환, “보험목적의 양도와 통지”, 「보험법연구」, 삼지원, 1995, 171면; 한창희, 「보험법」 제4판, 국민대학교출판부, 2019, 245면.

17) 양석완, 앞의 논문, 636면.

18) (구)상법 제655조의 단서조항은 ‘그러나 고지의무에 위반한 사실 또는 위험의 현저한 변경

생각건대, 상법에서는 통지의무 위반의 효과로 보험자의 계약 해지권을 규정하고 있을 뿐이고, 위반 사실과 사고 사이에 인과관계 유무를 해지권 발생 조건으로 규정하고 있지 않은 점, 고지의무 또는 통지의무 위반의 경우 대법원 판례는 일관되게 보험금 지급 여부와 무관하게 보험자의 계약 해지권을 인정하고 있다는 점,¹⁹⁾²⁰⁾ 통지의무 위반 사실과 보험사고 발생 사이에 인과관계가 부정된다고 해서 보험계약의 해지를 허용하지 않는다면, 보험자는 통지의무를 위반한 자에게 보험금을 지급할 위험에 처하게 된다. 이는 불합리하고 형평에 맞지 않는다.²¹⁾ 따라서 보험계약자 등이 통지의무를 위반한 사실과 보험사고 발생 사이의 인과관계 유무를 불문하고 보험자는 보험계약을 해지할 수 있다고 해석하는 것이 보험계약의 선의성 및 단체성에서 부합한다고 판단된다. 그러나 통지의무의 대상이 되는 ‘보험기간 중에 사고 발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 사실’이 아니라는 점을 보험계약자 등이 증명하여 인과관계가 부정된 경우라면 통지의무 위반의 요건 자체가 결여된 것이므로, 이 경우에는 보험금 지급 범위 내에서 보험자의 계약 해지권은 제한된다고 보아야 한다.²²⁾ 현행 상법 제655조 단서에서는 고지의무 위반 사실 또는 통지의무 위반 사실과 보험사고 발생 사이에 인과관계가 없다면 보험자는 보험금을 지급할 책임이 있다는 취지로 규정하고 있는바, 이와 관련하여 보험자가 보험금을 지급하더라도 여전히 보험계약을 해지할 수 있는지 여부와 관련된 분쟁이 자주 발생하고 있다. 단서조항을 개정하여 계약 해지에 관한 문구를 삽입함으로써 분쟁 발생의 소지를 없앨 필요가 있다.²³⁾

한편, 보험자가 통지의무 위반에 관하여 의심만 품은 단계에서는 해지권의 행사기간은 진행하지 않는다. 따라서 보험자가 통지의무 위반이 있음을 증거자료 수집 등을 통하여 명확히 인지한 때에 해지권의 제척기간은 진행된다.²⁴⁾

이나 증가된 사실이 보험사고의 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 때에는 그러하지 아니하다.’로 규정하고 있었다. ‘그러하지 아니하다’의 해석과 관련하여 보험자의 계약 해지가 가능한지 여부와 관련하여 해석상 논란이 일자 ‘다만, 고지의무를 위반한 사실 또는 위험이 현저하게 변경되거나 증가된 사실이 보험사고 발생에 영향을 미치지 아니하였음이 증명된 경우에는 보험금을 지급할 책임이 있다.’로 개정(2014. 3. 11. 공포)되었고 현재까지 유지되고 있다.

19) 대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다25353 판결.

20) 과거 대법원 판례는 고지의무 위반과 관련하여, 의무 위반과 보험사고 발생 사이에 인과관계가 없으면 보험계약을 해지할 수 없는 것으로 보고 있었다(대법원 1994. 2. 25. 선고 93다52082 판결; 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결; 대법원 1997. 10. 28. 선고 97다33089 판결 등). 그러나 2010년에 대법원 판례(대법원 2010. 7. 22. 선고 2010다25353 판결)가 변경된 이후로 대법원은 “고지의무 위반의 경우 보험금 지급 여부와 무관하게 보험자는 보험계약을 해지할 수 있다.”는 일관된 입장을 취하고 있다. 통지의무와 관련하여서도 대법원은 이와 같은 입장을 취해오고 있었다.

21) 보험사고가 발생하기 전에 통지의무 위반을 이유로 보험계약이 해지되는 경우와 비교해본다면 더욱 확연히 드러난다.

22) 양석완, 앞의 논문, 636면; 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결.

23) 같은 의견: 김성완, “고지의무 위반과 사기적 보험계약”, 『보험금융연구』 제26권 제1호, 보험연구원, 2015. 2., 22면.

24) 장덕조, 「보험법」 제7판, 법문사, 2025, 200면; 정찬형, 「상법강의(하)」 제24판, 박영사, 2025, 647면; 대법원 2011. 7. 28. 선고 2011다23743,23750 판결. 대법원은 보험자가 조사나 확인절차 등을 통해 객관적인 근거를 확보함으로써 보험계약자 등이 통지의무를 위반하였다는 사실을 인지한 때에 해지권의 행사기간은 기산한다고 판시하였다.

라. 대법원 판례 연구

1) 인과관계를 인정한 판례

보험 가입 후 오토바이 운전 사실을 보험자에게 통지하지 않은 사안에서 대법원은 오토바이 운전 중 교통재해를 당한 것은 통지의무 위반 사실과 사고 사이에 인과관계가 인정된다고 판시하였다.²⁵⁾ 화재보험에서 보험목적물 철거공사는 통지 대상이고, 철거 작업중 화재가 발생한 경우 대법원은 인과관계가 인정된다고 판단하였다.²⁶⁾ 자가용 운전자가 영업용 화물차를 운전하는 직업으로 변경하고 운전 중 중앙성 침범사고로 인하여 사망한 경우에도 대법원은 인과관계를 인정하였다.²⁷⁾

2) 인과관계를 부정한 판례

렌터카 회사가 피보험차량을 지입차주로 하여금 독자적인 렌터카 영업을 하는 것을 허용하고 임대사업을 영위한 사안에서, 대법원은 지입차주가 차량을 운행하는 것은 자동차의 본래의 운행 형태와 거의 같다고 볼 수 있기 때문에 사고위험이 현저히 높다고 볼 수 없다는 이유로 교통사고와의 인과관계를 부정하였다.²⁸⁾ 상해보험계약 체결 후 다수의 다른 상해보험을 가입한 사안에서, 대법원은 이러한 사실이 보험사고 발생의 위험을 현저하게 변경 또는 증가시켰다고 볼 수 없고, 이로 인한 보험사고와의 인과관계도 인정할 수 없다고 판단하였다.²⁹⁾ 이와 같은 견지에서 대법원은 생명보험계약 체결 후 다수의 다른 생명보험에 가입하였다는 사정이 사고발생의 위험을 현저하게 변경 또는 증가시킨 경우에 해당되지 않는다고 판단하였다.³⁰⁾ 화재보험의 목적물이 양도되었으나 그 소유자만 변경되었고, 보험요율의 결정요소(영위직종과 영위작업, 건물구조 및 작업공정) 동일한 상황에서 보험목적물의 양도 후 화재로 인하여 목적물이 소실된 경우, 대법원은 위험의 현저한 증가 또는 변경 사실이 있다는 점을 부인하였다.³¹⁾

(2) 통지의무와 설명의무의 관계

가. 보험계약에서 설명의무의 중요성

보험에서 설명의무는 보험계약자에게 보험계약의 핵심적인 내용인 보장 범위, 면책 조항 등을 구체적이고 명확하게 전달해야 하는 법적 책임이다. 이는 정보 비대칭

25) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다62318 판결.

26) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2009다81227 판결.

27) 대법원 2003. 6. 10. 선고 2002다63312 판결. 보험계약을 체결할 당시 공무원이었던 자가 계약 체결 후 화물차 운전기사로 직업을 변경한 사실을 통지하지 않은 채 영업용 화물차를 운전하다가 교통 사고로 사망한 사안에서도 대법원은 인과관계를 인정하였다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2013다13474 판결).

28) 대법원 1997. 9. 5. 선고 95다25268 판결.

29) 대법원 2004. 6. 11. 선고 2003다18494 판결.

30) 대법원 2001. 11. 27. 선고 99다33311 판결.

31) 대법원 1996. 7. 26. 선고 95다52505 판결.

을 해소하고 소비자의 권리를 보호하는 핵심 장치이다. 설명의무는 보험소비자가 약관이나 면책 사항을 알지 못해 예측하지 못한 불이익을 겪는 것을 방지하고 법적 분쟁을 사전 예방하는 기능을 한다. 상법 제638조의3 및 약관의 규제에 관한 법률 제3조에 따라 보험사는 반드시 계약자에게 약관을 교부하고 중요 내용을 설명해야 하며, 금융소비자 보호에 관한 법률에서도 설명의무의 대상, 위반 시 효과 등에 대해서 구체적으로 규정하고 있다. 보험자가 설명의무 위반하여 보험계약을 체결하였을 경우 보험계약자는 계약 취소권의 행사와 손해배상청구를 할 수 있다. 설명의무에 관한 증명책임은 보험자에게 있다.³²⁾

일반적인 보험소비자는 통지의무에 대해서 잘 알지 못하고, 설명 대략적인 내용을 이해하고 있다고 하더라도 구체적으로 어떠한 사항을 통지해야 하는지 정확히 인식하기 어렵다. 이러한 이유로 통지의무를 이행하지 않았을 경우 보험계약자 등은 불이익을 당하게 된다. 만약 평소에 통지의무에 대해서 잘 알고 있었다면, 자신의 보험사고 발생의 위험이 현저하게 변경되거나 증가되었다는 사정이 있다면 정상적인 보험계약자라면 불이익을 당하지 않기 위해서라도 보험자에게 통지하게 될 것이다. 그런데 현실적으로 보험자가 보험약관의 모든 사항을 설명하기는 어렵다. 이러한 이유로 금융소비자 보호에 관한 법률에서는 설명의무의 대상과 범위 등을 제한하고 있고, 판례도 이와 유사한 입장을 취하고 있다. 이에 따라 보험계약에서 설명의무의 핵심 대상은 보험계약자가 예측하지 못한 가운데 보험계약을 체결함으로써 불이익을 당할 수 있는 약관의 ‘중요한 내용’으로 제한된다. 계약 체결 여부에 직접적인 영향을 미치며, 보험자가 책임을 면하거나 제한하는 핵심 사항들이 여기에 해당된다. 그 외 법령에 의해 정해진 것을 되풀이하거나 확인하는 정도의 일반적이고 공통된 내용이나 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 계약자가 별도의 설명을 하지 않아도 보험계약자 측에서 충분히 예상할 수 있었던 사항 등은 보험자의 설명의무를 면제하고 있다.³³⁾ 통지의무의 경우 상법에 규정된 사항으로서 보험약관에서 이를 구체화하고 있는데, 이러한 약관조항이 법에 정해진 사항을 되풀이하는 수준에 불과한지 또는 거래상 일반적이고 공통된 사항인지 여부 등에 따라 보험자의 설명의무의 대상 여부가 결정된다.

나. 대법원 판례의 입장

1) 설명의무를 인정한 판례

대법원은 ‘이륜자동차를 계속적으로 사용하게 된 경우는 사고발생의 위험이 현저하게 변경 또는 증가된 경우에 해당하여 보험회사에 통지하여야 하고, 이를 이행하지 않을 경우 계약이 해지될 수 있다.’는 보험약관 조항은 법령에 의하여 정하여진 내용을 반복 또는 부연하는 수준에 불과한 것으로 보기 어려우므로, 약관조항에 대한 보험자의 명시·설명 의무는 면제되지 않는다고 판시하였다.³⁴⁾

32) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2006다87453 판결 등.

33) 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결; 대법원 1999. 9. 7. 선고 98다19240 판결; 대법원 2000. 7. 4. 선고 98다62909, 62916 판결 등.

34) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005다38713, 38720 판결; 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다91316, 91323 판결; 대법원 2021. 8. 26. 선고 2020다291449 판결.

대법원은 보험자가 ‘보험계약을 체결한 후 피보험자가 직업 또는 직무를 변경하게 된 때에는 보험계약자 또는 피보험자는 지체 없이 보험회사에 알려야 한다.’는 약관 조항은 보험자에게 명시·설명의무가 인정되지 않는다고 본 원심판결에 법리오해의 위법이 있다고 판단하여 파기환송하였다.³⁵⁾

2) 설명의무를 부정한 판례

대법원은 화재보험보통약관상 규정된 보험자에 대한 피보험 건물의 증·개축 등과 관련된 통지의무의 규정은 상법에서 이미 규정하고 있는 통지의무를 구체적으로 부여한 정도에 불과한 경우에 해당하여 보험자의 설명의무가 면제된다고 보았다.³⁶⁾

대법원은 자동차 구조변경 등과 관련된 통지의무 조항이 상법상의 통지의무를 구체적으로 부여한 정도에 불과하다고 하여 보험자의 설명의무가 인정되지 않는다고 판시하였다.³⁷⁾

보험자가 보험계약을 체결하면서 페마그네슘 등의 위험품을 취급하는 경우 보험자에게 통지해야 한다는 약관상 통지의무의 내용을 설명하지 않았더라도, 대법원은 설명의무 위반을 인정하지 않았다.³⁸⁾

보험자가 오토바이 운전 사실을 통지하지 않은 이유로 보험계약이 해지된 사안에서, 대법원에서는 해당 약관조항은 상법상의 통지의무를 구체화한 것으로 보험자의 설명의무를 부정하였다.³⁹⁾ 또한 대법원은 개인형 이동장치인 전동킥보드의 경우 자동차관리법상 이륜자동차에 해당하는 것이 명백하므로 이를 별도로 설명할 필요는 없다고 보았다. 다만, 이륜자동차의 계속적 사용이 통지의무에 해당한다는 점에 대해서만 설명을 하면 충분하고, 개인형 이동장치가 이륜자동차에 해당된다는 점까지 구체적으로 설명할 필요까지는 없다고 판단하였다.⁴⁰⁾⁴¹⁾

3) 시사점

통지의무와 관련된 사안에서 보험자에게 설명의무를 인정하는 판례와 부정하는 판

35) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다217108 판결.

36) 대법원 2000. 7. 4. 선고 98다62909,62916 판결.

37) 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결.

38) 대법원 2011. 7. 28. 선고 2011다23743, 23750 판결.

39) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다62318 판결.

40) 대법원 2019. 6. 13. 선고 2019다221154 판결. 전동킥보드의 경우 오토바이와는 다르게 비교적 안전한 이동장치라는 인식이 강하다 따라서 일반인이 전동킥보드를 자동차관리법상 이륜자동차에 해당하지 않는다고 오해할 여지가 많으므로, 전동킥보드의 경우에도 오토바이와 동일한 맥락에서 고지의무 또는 통지의무의 대상임을 명확히 할 필요가 있다. 현재는 표준약관 등을 개정하여 전동킥보드나 전동휠 등을 구체적으로 명시하고 있다. 이와 같이 보험약관에 명시하는 것뿐만 아니라 비록 전동킥보드와 같은 개인형이동장치가 설명의무의 대상은 아니지만 보험계약자 측에서 쉽게 인지할 수 있도록 다양한 방법을 통해 안내하는 방안을 검토할 필요가 있다. 예컨대, 보험자로 하여금 통지의무에 관한 사항을 보험계약 체결 후 정기적으로 안내하도록 하고, 구체적인 예시를 들어 어떠한 사항들을 통지하여야 하는지에 대해서만 안내하더라도 보험소비자는 통지의무 위반에 따른 불이익으로부터 어느 정도까지는 벗어날 수 있을 것으로 보인다.

41) 이에 반하여 대상사건에서 1심 법원은 보험자에게 구체적인 설명의무가 있는 것으로 판시하였다(서울중앙지방법원 2018. 5. 17. 선고 2017가합555186 판결).

례가 엇갈린다. 설명의무가 있는지 여부에 대하여 대법원은 해당 보험약관이 거래상 일반인들이 보험자의 개별적인 설명 없이도 충분히 예상할 수 있었던 사항인지, 법령에 규정된 통지의무를 해당 약관에서 구체적으로 부연한 정도에 불과한 경우인지 여부, 보험의 종류나 보험가입자의 신상 등을 기준으로 개별 사안에 따라 판단하고 있는 것으로 보인다. 이러한 대법원의 판단기준은 다소 모호하고 추상적이다. 심지어 같은 이륜차 운전 에 대한 통지의무 위반 사안에 있어서도 대법원은 서로 엇갈린 판단을 내리고 있다.⁴²⁾ 다양한 통지의무 대상들 중에서 어떠한 사항이 설명의무가 있는지를 보험자가 미리 설명하기란 매우 곤란하다. 따라서 통지의무에 대하여 설명의무가 있는지 여부에 관해서는 대법원의 일관된 견해 정립이 필요할 것으로 판단된다.

이에 대해서는 보험에 대한 지식이 부족한 일반인이 통지의무에 관한 약관조항을 읽고 통지의무가 부여된다고 판단할 수 없다는 점 등을 이유로 보험자에게 설명의무를 인정해야 한다는 견해가 있다.⁴³⁾ 나아가 상법에서 규정하는 내용이라고 하더라도 보험계약자 보호를 위하여 설명의무의 대상에 포함시켜야 하고, 다만 보험계약자가 계약을 취소하지 않는 한 해당 약관의 효력을 인정하는 것이 타당하다는 견해도 존재한다.⁴⁴⁾

생각건대, 통지의무와 관련된 보험약관의 내용은 상법에 규정된 사항이고, 이는 거래상 일반적이고 공통된 것이어서 보험자의 설명이 없이도 보험계약자 측에서는 조금의 관심과 주의만으로도 충분히 예상할 수 있는 사항에 해당된다고 판단된다. 통지의무의 대상은 특정하기 어렵고 그 다양성으로 인하여 보험자가 보험계약 체결 시 통지의무에 대하여 일일이 설명하기란 매우 어려울 것으로 보인다. 따라서 통지의무에 대해서는 보험자에게 별도의 설명의무가 부여되는 것은 타당하지 않은 것으로 판단된다.⁴⁵⁾ 다만, 보험자에게 보험계약 체결 이후에 다양한 수단을 동원하여 통지의무와 같은 사항을 보험계약자 측에게 주기적으로 안내하여 이를 위반하는 일이 없도록 보험회사의 행정적인 절차를 강화할 필요가 있다.⁴⁶⁾

42) 이륜자동차의 설명의무 위반과 관련하여 엇갈려왔던 그동안의 대법원 판결의 요지를 기술하면 다음과 같다. ① 대법원 1995. 8. 11. 선고 94다52492 판결: “보험계약의 중요내용인 이륜자동차 사용사실 고지의무에 관한 설명의무를 다 하지 못하였다고 보이므로, 보험회사가 보험계약자의 고지의무위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 없다”고 판단하였다. ② 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다91316, 2009다91323 판결: 이륜자동차를 직업적으로 사용한 것을 통지하지 않은 사안에서 “(보험회사)의 명시·설명 의무가 면제된다고 볼 수 없다.”고 판단하였다. ③ 대법원 2021. 8. 26. 선고 2020다291449 판결: “계속적 오토바이 운전’에 관한 사항을 통지해야 한다는 사실을 일반인으로서 보험자 측의 설명 없이는 쉽게 판단할 수 없을 것이므로 설명의무 대상에 해당된다.”고 판단하였다. 그리고 대상사건에서 원심과 대법원은 오토바이 운전 에 대한 통지의무는 설명의무의 대상이라고 판단하였다.

43) 정서영, “상법 제652조의 통지의무 위반에 따른 보험계약 해지-대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다62318 판결에 대한 비판적 고찰-”, 「보험법연구」 제17권 제3호, 한국보험법학회, 2023, 46면.

44) 양승규, “위험증가 통지의무 위반과 보험자의 계약해지”, 「손해보험」 통권 제520호, 손해보험협회, 2012, 52면.

45) 같은 견해: 김동민, “상법 제652조 소정의 위험변경 증가 통지의무 이행의 판단기준- 대법원 2024. 11. 28. 선고 2022다238633 판결”, 「보험법연구」 제19권 제1호, 한국보험법학회, 2025, 172면; 한창희, “위험변경 증가에 대한 통지의무의 위반과 보험자의 책임”, 「상사판례연구」 제4권, 박영사, 2000, 408면.

46) 정기적으로(분기 1회 또는 반기 1회 등) 보험계약자에게 챗봇이나 이메일 등을 발송하여

(3) 설명의무 위반 시 효력

가. 일반적 효력

보험자가 약관의 중요한 내용을 제대로 설명하지 않았다면, 보험계약자는 해당 약관조항의 효력을 부인할 수 있으며, 계약을 취소하거나 손해배상을 청구할 수 있다. 설명의무를 위반한 해당 약관조항은 보험계약의 내용으로 편입되지 않는다. 보험자가 약관의 교부 및 설명의무를 위반한 경우, 보험계약자는 상법 제638조의3 제2항에 따라 그 계약을 취소할 수 있다. 이 취소권 행사 기간은 보험계약이 성립한 날부터 3개월 이내이며, 이는 제척기간이므로 해당 기간이 경과하면 취소권은 확정적으로 소멸한다. 상법상 보장된 3개월의 취소권 행사 기간이 지났더라도, 설명받지 못한 약관조항이 당연히 유효해지는 것은 아니다. 이에 대하여 학설의 대립이 있으나, 다수설⁴⁷⁾과 대법원 판례⁴⁸⁾는 상법과 약관의 규제에 관한 법률이 모두 적용된다는 중첩적용설을 취하고 있다. 이에 대해 규범설을 따르는 학자들은 대체로 상법 단독적용설의 견해를 취한다.⁴⁹⁾

보험계약자는 금융소비자 보호에 관한 법률 제47조에 따라, 금융상품판매업자등이 설명의무를 포함한 판매 원칙을 위반하여 보험계약을 체결한 경우, 해당 계약의 해지를 요구할 수 있다. 위법계약 해지의 요구는 보험계약자가 위반 사항을 안 날부터 1년 이내에 할 수 있으며, 이 기간은 계약 체결일부터 5년 이내의 범위에 있어야 한다(금융소비자보호법 제47조 제1항, 동법 시행령 제38조 제2항). 금융상품판매업자등은 해지 요구를 받은 날부터 10일 이내에 수락 여부를 통지해야 하며, 정당한 사유 없이 이를 따르지 않는 경우 보험계약자는 해당 계약을 일방적으로 해지할 수 있다(금융소비자보호법 제47조 제2항). 위법계약이 해지된 경우 보험회사는 수수료, 위약금 등 계약의 해지와 관련된 비용을 요구할 수 없다(금융소비자보호법 제47조 제3항).

나. 통지의무 위반과 설명의무 위반이 경합된 경우 해지권 행사 가능 여부

상법상의 통지의무와 보험약관상의 통지의무는 법적 성격을 달리하므로, 양자는 독자적 의미를 가지고 있고 서로 병존할 수 있기 때문에, 약관조항에서 정한 통지의무 위반을 이유로 한 보험계약 해지가 불가능하더라도 상법에 따른 보험계약의 해지는 가능하다고 보는 견해가 있다.⁵⁰⁾ 과거 대법원 판례들에서도 상법 조항을 근거로

통지의무에 관한 사항을 안내하고 준수하도록 독려하는 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다.

47) 김영천, 「보험약관의 명시설명의무」, 『재판실무연구』, 2002, 144~145면; 박세민, 앞의 책, 253면; 임용수, 「보험법」, 법률정보센터, 2006, 94면 등 다수.

48) 대법원 1996. 4. 12. 선고 96다4893 판결; 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결; 대법원 1999. 3. 9. 선고 98다43342, 43359 판결 등

49) 양승규, 「보험법의 법리」, 삼지원, 2000, 115면; 장경환, 「보험약관의 교부설명의무」, 『보험학회지』 46집, 보험학회, 1995, 116면.

50) 최병문, 「상법 제652조와 이를 구체화한 보험약관 규정의 관계에 관하여-대법원 2025. 8. 14. 선고 2024다289680 판결을 중심으로」, 『손해보험협회』, 2025. 9., 28~29면.

보험계약 해지를 인정한 사례도 다수 존재한다.⁵¹⁾ 나아가 보험계약자 측의 상고이유에서 약관의 통지의무 조항은 보험자의 설명의무 위반으로 보험계약의 내용이 되지 아니하므로 통지의무 위반에 따른 계약 해지는 인정될 수 없다고 주장한 사안에서, 대법원은 “상법에서 정한 통지의무 위반이 인정되는 이상, 보험자는 (통지의무를 규정한 약관조항의 설명의무 이행 여부와 상관없이) 상법을 근거로 보험계약을 해지할 수 있다.”라는 취지로 판시한 바 있다.⁵²⁾

그러나 보험자가 약관의 중요한 내용을 제대로 설명하지 않았다면, 보험자는 해당 약관조항을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없으며, 보험계약자는 해당 약관조항의 효력을 부인할 수 있다. 따라서 보험자가 보험약관에 대한 명시·설명의를 위반한 이상 통지의무 위반을 이유로 한 보험자의 보험계약의 해지는 인정되지 않는다고 볼 것이다.⁵³⁾

그동안의 대법원 판결들을 살펴보면 보험자가 보험약관의 설명의무를 위반하였다면 일관되게 해지권을 인정하지 않았던 것으로 평가할 수 있다. 예컨대 보험가입 당시에는 대학생이었던 피보험자가 가입 이후 방송장비 대여 등 업종에 종사하면서 화물자동차를 운전하다가 보험사고를 일으키자 통지의무 위반을 이유로 보험계약이 해지된 사안에서, 설명의무를 위반한 보험자가 피보험자의 통지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 있다고 본 원심판결에 법리오해 등 위법이 있다고 하여 파기환송하였다.⁵⁴⁾ 또한 보험약관 조항에서 보험계약 체결 후 이륜자동차를 사용하게 된 경우 통지의무를 규정한 약관조항에 대하여 대법원은 보험자의 명시·설명의무가 면제된다고 볼 수 없다고 판단하였고, 그에 따라 보험자의 계약 해지권도 부인하였다.⁵⁵⁾⁵⁶⁾

51) 대법원1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결; 대법원 2000. 7. 4. 선고 98다62909,62916 판결 등.

52) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다62318 판결. 동 대법원 판결은 이 사건 대법원과 견해를 같이 하고 있다고 보는 견해도 있다(김원각·양해식, “보험자가 약관의 위험증가 조항을 설명하지 아니한 경우에도 상법 제652조 위반을 이유로 계약을 해지할 수 있는지 여부”, 「상사판례연구」 제38권 제3호, 한국상사판례학회, 2025, 211면). 그러나 대법원은 판결이유에서 통지의무에 대한 설명의무를 위반한 보험자가 상법에 따라 보험계약을 해지할 수 있는지 여부를 명확히 밝히고 있지 않은바, 위와 같이 단정하기는 다소 무리가 있다고 판단된다. 왜냐하면 원심판결(서울고등법원 2012. 6. 15. 선고 2012나7924 판결)에서는 오토바이 운전행위에 대해서 통지하여야 한다는 사항은 보험자가 설명의무를 부담하지 않는다고 판단하였기 때문이다. 대법원에서는 보험자의 설명의무 위반 여부가 판결 결과에 영향을 미치지 않는다고 판단하여 별도로 따져보지 않았는데, 이는 두 가지 해석의 가능성을 남긴다. 즉 이륜차 운전에 관한 통지의무를 규정한 약관조항은 보험자의 설명의무 대상이 아니라는 원심의 판단을 지지한다는 해석과 이륜차 운전에 관한 통지의무를 규정한 약관조항이 설명의무의 대상이고 보험자가 이를 위반하였다고 하더라도 보험자는 여전히 상법에 따라 보험계약을 해지할 수 있다는 해석이 있을 수 있다. 그러나 대법원에서 설명의무 위반 여부에 대해서 심리하지 않은 이상 대법원의 입장을 정확히 파악하는 것은 어렵다고 할 것이다.

53) 최준선, 「보험·해상·항공운송법」 제11판, 삼영사, 2018, 163면; 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013가단 217108 판결; 대법원 2021. 8. 26. 선고 2020다291449 판결.

54) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다217108 판결.

55) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다91316,91323 판결.

56) 같은 취지의 판결: 대법원 1995. 8. 11. 선고 94다52492 판결; 대법원 1996. 4. 12. 선고 96다4893 판결; 대법원 1998. 11. 27. 선고 98다32564 판결 등 다수.

IV. 평석

대상사건에서 대법원은 보험약관에서 통지의무를 규정한 이 사건의 약관조항은 상법상의 통지의무를 구체화한 규정으로 단순히 반복하거나 부연한 수준이라고 할 수 없으므로, 보험자에게 명시·설명의무가 면제되지 않는다고 하여 이륜자동차 또는 원동기장치자전거에 대해서 기존 대법원 판결이 취하는 입장과 유사한 견지에서 보험자의 설명의무 위반을 인정하였다. 그러나 대상사건에서 대법원은 보험자가 보험약관의 명시·설명의무를 위반하여 보험계약을 체결한 경우에도, 보험자는 해당 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없을 뿐이고, 상법 제652조 제1항의 적용까지 배제되는 것은 아니라고 판단했다. 그 결과 보험자는 통지의무 위반을 이유로 상법에 따라 보험계약을 해지할 수 있는 것으로 판단하였다.

대상사건과 관련하여 보험계약자가 가입한 보통보험약관 제15조에서는 통지의무를 규정하고 있다. 그러면서 같은 조 제2항에서는 “통지의무를 이행하였을 경우 계약자 또는 피보험자의 고의 또는 중과실로 위험이 증가된 경우에는 통지를 받은 날부터 1개월 이내에 보험료의 증액을 청구하거나 계약을 해지할 수 있다.”고 규정하고 있고, 제16조 제1항에서는 “보험계약자 또는 피보험자가 통지의무 미이행 시 보험자는 손해의 발생 여부와 관계없이 보험계약을 해지할 수 있다.”고 규정되어 있다. 동 약관조항의 내용은 상법 제652조의 내용과 동일하게 기술되어 있다.

대상판결의 판결문에서도 기재되어 있는 바와 같이 보험자의 설명의무 위반 시 해당 약관조항의 내용은 보험계약의 내용에서 배제된다. 그렇다면 통지의무에 대한 설명의무 위반 시 보험계약을 해지할 수 있는 약관조항의 내용 또한 보험자가 주장할 수 없다는 것은 자명하다. 상법은 보험계약자의 권리를 보호하기 위한 최저 기준을 정하고 있다. 상법 규정 중 보험계약자의 불이익을 막기 위한 강행규정은 보험약관보다 우선 적용된다. 그러나 만약 보험약관이 상법의 기준보다 계약자에게 불리하게 만들어졌다면, 그 약관조항은 불이익 변경 금지의 원칙에 반하여 무효가 되고, 이 경우에는 상법이 적용된다. 보험약관의 내용이 상법에서 정한 기준보다 계약자에게 더 유리하게 만들어졌거나 동일하다면, 당사자 간의 합의에 따라 더 유리한 보험약관이 우선 적용되는 것은 자명하다. 이 경우 만약 해당 보험약관의 내용이 배제되는 경우라면 더 이상 그 약관조항과 관련한 효력을 발생하지 않는 것으로 보아야 한다. 대상사건에서 통지의무 위반 시 보험계약을 해지할 수 있다는 약관조항은 보험자의 설명의무 위반으로 더 이상 적용이 불가능하게 되었다. 따라서 보험자는 통지의무 위반을 보험계약을 해지할 수 없다는 결론에 이르게 된다. 앞서 설명한 바와 같이 필자는 통지의무에 관한 사항은 보험자의 약관 설명의무 대상으로 보는 것은 적절하지 않다고 주장하였다. 그러나 이러한 견해와 달리 대상사건의 대법원 판결에서는 이륜자동차 운전 사실에 관한 통지의무가 보험자의 설명의무 대상이라는 점을 전제하였고, 보험자의 의무 위반사항까지 인정하였다. 그럼에도 불구하고 보험자가 여전히 상법에 따라 보험계약을 해지할 수 있다는 결론에 이르렀다. 대법원의 입장에 의하면 설명의무에 위반한 보험자가 상법에 따라 보험계약을 해지할 수 있게 되는데, 이는 고지의무나 통지의무를 위반한 피보험자 등에게 보험금을 지급하더라도 보험계약의 해지를 인정했던 그동안의 무수한 대법원의 판례⁵⁷⁾의 견해와도 배치되는 것이다.

설명의무를 위반한 보험자에 대하여 해당 약관조항의 적용을 배제시키는 이유는 ‘보험계약자가 알지 못한 상태에서 약관의 중요한 사항이 계약 내용으로 편입되어 보험계약자가 예측할 수 없는 불이익을 받는 것을 방지’하기 위한 것인데,⁵⁷⁾ 보험자가 상법 조항을 근거로 보험계약을 해지할 수 있게 된다면, 이러한 설명의무 제도의 취지와 목적을 형해화시키는 결과를 초래하기 때문에 부당하다.

V. 결론

대상사건에서는 보험자가 약관의 명시·설명의무를 위반하였을 경우에도 보험계약자의 통지의무 위반을 이유로 한 보험계약 해지가 가능한지 여부가 중요한 쟁점사항이 되었다. 대법원은 통지의무 사항에 대하여 보험자가 명시·설명의무를 위반하였다고 하더라도 보험자는 상법 제652조 제1항에 근거하여 보험계약을 해지할 수 있다고 판단하였다. 대법원은 원심판결의 위법성을 지적하면서, “보험자가 이 사건 약관조항에 대한 명시·설명의무에 위반하여 보험계약을 체결한 경우에도, 보험자는 그 약관의 내용을 보험계약의 내용으로 주장할 수 없을 뿐이고, 이때 상법 제652조 제1항의 적용까지 배제된다고 볼 수는 없다.”고 판시하였다.

대상판결의 논리에 의하면 보험자는 통지의무 약관조항에 대한 명시·설명의무를 위반하더라도 상법에 따라 언제든지 보험계약을 해지할 수 있게 된다. 그러나 대법원의 논리는 설명의무를 위반한 보험자에 대하여 아무런 불이익을 주지 않는 반면, 보험계약자 측에게 보험계약 해지 및 보험금 부지급 피해를 주는 등 형평성에 반하는 부당한 결과를 초래하게 된다. 보험약관 조항에서 통지의무 위반 시 보험계약을 해지할 수 있다는 내용이 규정되어 있는데, 이러한 약관조항에 대한 설명의무를 위반할 경우 ‘해당 약관조항의 적용 배제’라는 약관의 규제에 관한 법률의 규정(제 3조 제4항) 및 기존의 대법원 판례의 일관된 입장⁵⁹⁾에 배치되는 것이다.

대상판결과 같이 통지의무 대상에 대하여 설명의무를 이행하지 않은 보험자가 보험계약을 해지할 수 있게 된다면, 보험자가 굳이 통지의무 사항을 보험계약자 등에게 설명할 필요가 없게 된다. 즉 설명의무를 이행하지 않아도 설명의무를 이행한 것과 비교해서 그 효과는 동일하여, 어느 경우에도 보험자는 통지의무 위반을 이유로 보험계약을 해지할 수 있게 된다. 이는 형평과 공정의 측면에서 볼 때 부당하다. 따라서 보험자가 통지의무에 관한 약관조항에 관하여 명시·설명의무를 이행하였다고 볼 수 없는 이상, 해당 약관조항은 보험계약의 내용으로 포함되었다고 볼 수 없고, 통지의무 위반을 이유로 한 보험자의 계약 해지는 부당하다고 판단한 원심판결이 타당하다고 판단된다.

■ 주제어: 보험약관, 명시·설명의무, 통지의무, 고지의무, 오토바이

57) 대법원 1994. 10. 14. 선고 94다17970 판결; 대법원 1995. 8. 11. 선고 94다52492 판결; 대법원 1996. 3. 8. 선고 95다53546 판결; 대법원 1996. 4. 12. 선고 96다4893 판결 등.

58) 대법원 2007. 4. 27. 선고 2006다87453 판결.

59) 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다91316,91323 판결; 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013다217108 판결; 대법원 2015. 11. 17. 선고 2014다81542 판결; 대법원 2025. 3. 13. 선고 2023다250746 판결 등.

[참고문헌]

<단행본>

- 박세민, 「보험법」 제8판, 박영사, 2025.
양승규, 「보험법」 제5판, 삼지원, 2004.
양승규, 「보험법의 법리」, 삼지원, 2000.
임용수, 「보험법」, 법률정보센터, 2006.
장덕조, 「보험법」 제7판, 법문사, 2025.
정찬형, 「상법강의(하)」 제24판, 박영사, 2025.
정희철, 「상법(하)」, 박영사, 1990.
최준선, 「보험·해상·항공운송법」 제11판, 삼영사, 2018.
한창희, 「보험법」 제4판, 국민대학교 출판부, 2019.

<논문>

- 김동민, “상법 제652조 소정의 위험변경 증가 통지의무 이행의 판단기준- 대법원 2024. 11. 28. 선고 2022다238633 판결”, 「보험법연구」 제19권 제1호, 한국보험법학회, 2025.
김성완, “고지의무 위반과 사기적 보험계약”, 「보험금융연구」 제26권 제1호, 보험연구원, 2015. 2.
김영천, “보험약관의 명시설명의무”, 「재판실무연구」, 2002.
김용균, “보험사고의 발생과 고지의무 위반과의 인과관계”, 「대법원판례해설」 제18호, 1993.
김원각·양해식, “보험자가 약관의 위험증가 조항을 설명하지 아니한 경우에도 상법 제652조 위반을 이유로 계약을 해지할 수 있는지 여부”, 「상사판례연구」 제38권 제3호, 한국상사판례학회, 2025.
양석완, “위험증가와 통지의무에 관한 상법 규정의 법적 재검토”, 「안암법학」 제36권, 안암법학회, 2011.
양승규, “위험증가 통지의무 위반과 보험자의 계약해지”, 「손해보험」 통권 제520호, 손해보험협회, 2012.
장경환, “보험약관의 교부설명의무”, 「보험학회지」 46집, 보험학회, 1995.
장경환, “보험목적의 양도와 통지”, 「보험법연구」, 삼지원, 1995.
정서영, “상법 제652조의 통지의무 위반에 따른 보험계약 해지-대법원 2014. 7. 24. 선고 2012다62318 판결에 대한 비판적 고찰-”, 「보험법연구」 제17권 제3호, 한국보험법학회, 2023.
최병규, “직업 부실고지와 위험 계속시 통지의무 위반 여부”, 「보험법연구」 제13호 제3권, 한국보험법학회, 2025.
최병문, “상법 제652조와 이를 구체화한 보험약관 규정의 관계에 관하여- 대법원 2025. 8. 14. 선고 2024다289680 판결을 중심으로”, 「손보논단」, 손해보험협회, 2025. 9., 28~29면.
한창희, “위험변경 증가에 대한 통지의무의 위반과 보험자의 책임”, 「상사판례연구」 제4권, 박영사, 2000.

<기타>

- 경찰청, “2024년 교통사고 통계”, 2025.

[Abstract]

A Study on the possibility of terminating an insurance contract upon the insurer's breach of the duty to specify and explain the insured's duty of notification under insurance terms and conditions

- Focusing on Supreme Court Judgment 2024Da289680, sentenced on August 14, 2025 -

Jun, HanDeok*

Due to the inherent risk of accidents associated with motorcycles, the duties of disclosure and notification are strictly applied in insurance contracts. Failure to comply with these obligations may result in adverse consequences for the policyholder or the insured, such as the termination of the contract or the refusal of insurance benefit payments. The case at hand deals with a situation where the insurance contract was terminated because the insured continuously rode a motorcycle after the contract was concluded but failed to notify the insurer of this fact. However, in the case at hand, it was also found that there was a violation of the duty to explicitly state and explain the policy terms regarding the insurer's duty to notify. The ruling deals with whether an insurance contract can be terminated on the grounds of a breach of the duty to notify in such a case. The Supreme Court held that an insurer may terminate an insurance contract pursuant to Article 652, Paragraph 1 of the Commercial Act, even if the insurer has breached its duty of disclosure and explanation. The Supreme Court held that if an insurer enters into an insurance contract in violation of its duty to explicitly state and explain the terms and conditions, the insurer is merely precluded from asserting the contents of those terms as part of the contract; the application of Article 652, Paragraph 1 of the Commercial Act is not thereby excluded. Under the Supreme Court's reasoning, an insurer may terminate an insurance contract at any time in accordance with the Commercial Act, even if an insurer breached duty to explain the obligation. However, the Supreme Court's reasoning leads to an unfair outcome that violates the principle of equity; while imposing no adverse consequences on an insurer that has breached its duty to explain, it inflicts harm on the policyholder—such as the cancellation of the insurance contract and the non-payment of insurance benefits. Furthermore, insurance policy terms typically stipulate that the insurance contract may be terminated in the event of a breach of the duty to notify; failing to explain such a provision conflicts with the

* Professor of JeonJu University, Ph.D. in Law

consistent stance of established Supreme Court precedents and the provisions of the Act on the Regulation of Terms and Conditions(Article 3, Paragraph 4), which mandate the exclusion of the application of the relevant term in such cases. A policy provision requiring notification to the insurer upon the continued use of a two-wheeled vehicle constitutes a material term of the insurance contract subject to the duty of explicit disclosure and explanation; therefore, absent evidence that the insurer fulfilled this duty regarding the provision in question, the provision was not incorporated into the insurance contract, and the lower court's judgment—holding that the insurer's termination of the contract based on a breach of the notification obligation was unjustified—is correct.

- **Key Words:** Insurance policy terms and conditions, Duty to specify and explain, Duty to notify, Duty of disclosure, Motorcycle

AX 시대의 의료 인공지능의 활용에 관한 소고 - 휴먼 인 더 루프(Human in the Loop)와 전문가책임을 중심으로 -

백경희*

논문요지

인공지능이 사회 전반에 활용되면서 단순히 인공지능을 도구로써 업무에서 활용하는 단계를 넘어 조직 운영과 관련된 의사결정· 사회 문화 구조 내지 체계를 재편하는 이른바 인공지능 전환(AI Transformation, AX) 시대가 도래하게 되었다. 이는 의료 영역에서도 나타나고 있는바, 우리나라 현 정부의 국정과제 및 대한민국 인공지능행동계획에서도 보건의료 특화 AI 파운데이션 모델 확보 등을 통해 글로벌 바이오·헬스 강국으로 도약하는 것을 목표로 설정하고 있다. 또한 임상 현장에서도 대형언어모델 기반의 AI 에이전트가 복합적 임상 결정을 수행하는 ‘에이전틱 AI’와 센서 및 액추에이터를 통해 물리적 행위를 수행하는 ‘피지컬 AI’가 도입되어 빠르게 확산되고 있는 추세를 보이고 있다.

그런데 의료 인공지능에 있어서는 알고리즘의 불투명성(Black-box)과 위양성·위음성 오류가 존재하고, 이로 인해 환자에게 신체적·생명적 손해를 야기할 위험이 있다. 그렇기 때문에 의료 인공지능에 대해서 외국의 법제는 휴먼 인 더 루프의 관점에서 인간의 개입과 통제를 의무화하는 법제 및 규제 체계를 마련해 두고 있다. 유럽연합 인공지능법(EU AI Act)은 위험 기반 접근법에 따라 의료 인공지능 ‘고위험 시스템’으로 분류되는 경우, 설계 단계부터 ‘인간의 감독’을 내재화하도록 규정하고 있고, 미국 식품의약국(FDA)에서도 가이드라인을 통해 사전 확정 변경 제어 계획(PCCP)을 도입하여 AI의 지속적 학습 과정에서도 의사의 임상적 검증과 개입을 강제하고 있다.

AX 시대의 의료 인공지능에 있어서 휴먼 인 더 루프는 의사가 시스템의 추론 과정을 실질적으로 이해하는 ‘의미 있는 인간 통제’, 시스템을 즉각 중단시킬 수 있는 ‘적시 개입 가능성’, AI의 제안을 거부·수정할 수 있는 ‘보호된 거부권’이 실질적으로 구현되어야 한다. 더불어 의사가 의료 AI가 도출한 결과에 관해 비판적 검토와 개입을 할 수 있도록 의사에 대한 교육적·제도적 환경을 구축하여 자동화 편향을 극복할 수 있는 방안 또한 마련되어야 할 것이다.

· 논문제출: 2026. 07. 05. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

* 인하대학교 법학전문대학원, 교수

I. 서론

코로나바이러스감염증-19로 인한 비대면사회로 인해 제4차 산업혁명의 주요 기술이 빠르게 확산되는 시기를 거치면서 이제 인공지능(Artificial Intelligence, AI)을 중심으로 인간사회의 축이 재편되고 있다. 그렇기에 현시점을 인공지능 전환(AI Transformation) 시대라는 의미의 신조어로 약칭되며 AX 시대라고 명명하기도 한다.¹⁾

국내에서는 의료 인공지능의 활용 사례로 과거 IBM사가 개발한 암 진단 조력 시스템 ‘왓슨(Watson)’의 도입을 시작으로 최근에는 흉부 X-ray, CT, MRI 등 의료 영상을 정밀하게 판독하는 보조 알고리즘 및 딥러닝 기반의 임상 의사결정 지원 시스템(Clinical Decision Support System, CDSS)이 임상 현장에서 보편적으로 활용되는 추세이다. 국내 의사들에 대한 의료 인공지능 활용 실태조사에 의하면, 현재 의료 AI는 주로 영상 판독 분야에 가장 많이 활용되고 있으며 진단과 선별의 정확도를 높이는 실질적인 임상 의사결정을 지원하는 것으로 평가되고 있다.²⁾ 이러한 의료 인공지능 기술은 방대한 의학 데이터를 실시간으로 분석하여 오진율을 낮추고, 의료진의 업무 효율성을 극대화하며, 환자에게 최적의 맞춤형 정밀의료 서비스를 제공한다는 점에서 혁신적인 가치를 인정받고 있다.

유수의 의료기관에서는 의료 인공지능을 개별 의료행위에 접목하는 것에서 더 나아가 구조적 차원에서 의료 인공지능 전환을 진행하고 있음을 목도할 수 있는데, 대표적인 예로 삼성서울병원의 경우 올해 초 AX 추진단을 출범시키면서 병원 전체를 대상으로 AX를 선언하며 대화형 AI 서비스 ‘SMC-GPT’를 고도화하여 업무 지원기능을 강화하고 의료 로봇과 자동화 시스템을 연결하는 AI 인터페이스 기능을 확대한다고 밝혔고, 서울대학교병원의 경우에도 보건복지부와 함께 AI 기반 환자 의뢰·회송 체계를 자동화할 시스템을 구축하고 AI를 전자의무기록(Electronic Medical Record, EMR)과 의료영상저장전송시스템(Picture Archiving and Communication System, PACS)에 연동하여 환자의 진료정보를 효율적으로 관리하고 있다. 이외에 서울아산병원은 병동과 진료실, 응급실 등 전체 진료 환경에서 이루어지는 의료진과 환자 사이의 모든 대화를 AI가 실시간으로 기록하는 AI 기반 음성인식 시스템을 적용하고 있다.³⁾ 의료기관뿐만 아니라 정부 주도로 의료 인공지능 전환과 개발이 활발하게 이루어지고 있는데, 일례로 한국형 ARPA-H 프로젝트의 필수의료 임무 과제 중 하나로, 구급·이송 단계에서부터 응급실 의료현장까지 AI로 연결하여 응급환자의 정보를 자동 수집·전달하고 AI 기반으로 중증도 분류와 최적 이송 병원의 추천, 응급실 진료 자원의 공유를 통해 응급환자가 적시에 적정 의료기관에서 치료 받을 수 있는 지역 완결형 응급의료체계를 구현하기 위해 개발 중인 ‘멀티모달 AI(인공지능

1) 이는 기존 업무에 AI 툴을 도입하는 단편적인 활용을 넘어, 조직의 비즈니스 모델이나 핵심 프로세스, 의사결정 구조, 조직 문화 및 역량 전반에 인공지능을 내재화하여 근본적인 가치 창출 방식을 재정의하는 구조적 전환 과정에 가까운 것으로 볼 수 있다.; Thomas H. Davenport and Rajeev Ronanki, “Artificial intelligence for the real world”, Harvard Business Review, 96(1), 2018, 108-116.

2) 한국보건산업진흥원(KHDI), 2025년 의료 인공지능 활용 실태조사, 2026, 5.

3) 2026. 6. 21. 중앙일보, “병변 찾고 질환 예측까지 ... 병원 혁신하는 의료 AI”, <https://www.koreadaily.com/article/20260621133036808>

능) 기반 지역완결형 스마트 응급환자 분류·최적 이송시스템[Multimodal AI based regional Smart Transfer ER system(MAISTER)]의 경우, 최근 대구·경북 응급의료 AX 기술 시연회를 통해 핵심 기술 성과를 공개되기도 하였다.⁴⁾

그렇지만 AX 시대에서 인공지능 기술의 비약적 발전의 이면에는 종래의 법체계에 서 예측하지 못했던 새로운 법적·윤리적 공백이 대두되고 있다. 특히 의료 인공지능과 관련해서는 AI 알고리즘이 지니고 있는 ‘불투명성(Black-box)’으로 인해 의료 인공지능이 도출한 특정 결과에 관한 인과관계를 명확히 추적하기 어렵고, 데이터의 편향이나 내재적 오류로 인해 도출 결과가 ‘위양성(False Positive)’이거나 ‘위음성(False Negative)’에 해당하여 의료인의 판단에 관한 보조에 잘못이 개재되면서 환자에게 위험을 끼칠 가능성이 존재할 수 있다. 다시 말해 의사가 의료 인공지능이 도출한 내용을 토대로 의료행위를 결정하였지만, 의료 인공지능이 도출한 내용이 잘못된 것이어서 그로 인해 환자에게 돌이킬 수 없는 신체적·생명적 손해가 발생한 경우, 민·형사상 책임을 의료 인공지능을 개발한 제조자에게 물어야 할 것인지 아니면 이를 활용한 의사에게 귀속시켜야 할 것인지에 대한 책임 귀속의 주체 문제가 대두될 수 있는 것이다. 이는 인공지능의 활용 과정에서 인간이 중심이 되어 기술을 통제해야 한다는 ‘휴먼 인 더 루프(Human-in-the-Loop)’의 논의가 의료인이 의료 인공지능을 의료행위에 사용하는 경우에 어떻게 적용되어야 할 것인지와 접점이 있는 부분이다. 또한 의료행위의 특수성 중 제도적으로 의료인에게 의료행위에 대한 독점권을 부여한 것도 고려되어야 할 지점으로, 의료인의 ‘전문가 책임’으로 투영될 수 있는 것이기도 하다.

본고에서는 i) 우리나라의 현 정부의 국정과제 및 대한민국 인공지능행동계획에 나타난 의료 인공지능 관련 주요 내용을 살펴보고, ii) AX 시대에 활용되고 있는 의료 인공지능의 현황과 특성을 에이전틱 AI와 피지컬 AI로 나누어 점검한 뒤, iii) 휴먼 인 더 루프를 표방하고 있는 유럽연합의 AI Act와 미국 FDA의 가이드라인을 분석하여, iv) AX 시대의 의료 인공지능의 활용 방향과 책임 귀속에 관한 함의를 제시하고자 한다.

II. 대한민국 국정과제 및 인공지능행동계획과 의료 인공지능

현 이재명정부에서는 국가비전으로 ‘국민이 주인인 나라, 함께 행복한 대한민국’ 하에, 국정목표로 국민이 하나되는 정치, 세계를 이끄는 혁신경제, 모두가 잘 사는 균형성장, 기본이 튼튼한 사회, 국익 중심의 외교안보라는 5가지의 목표를 두었다. 이 중 ‘세계를 이끄는 혁신경제’는 인공지능(AI)·에너지·바이오 등 미래 신산업 육성으로 저성장의 위기를 극복하고, 한국경제의 재도약을 이끈다는 것인데, 그 추진전략 중 첫 번째가 ‘AI 3대 강국 도약’이며, 23번째 국정과제인 국민의 안전과 보편적 삶의 질 제고를 위한 AI 기본사회 실현 내에 의료 인공지능 활용이 포함되어 있다.⁵⁾

4) 2026. 6. 18. 노컷뉴스, “골든타임을 지키는 AI…한국형 ARPA-H 프로젝트, 응급이송 혁신 기술 공개”, <https://www.nocutnews.co.kr/news/6534919>

5) 대한민국 정부, 「이재명정부 123대 국정과제」, 2025. 9, 60면, AI 기본사회란 AI 기술로 모든 국민의 기본권이 적극적으로 보장받는 것으로, AI를 활용하여 의료, 교육, 금융 등 사회 전반

한편 국가인공지능전략위원회에서는 대한민국 인공지능행동계획의 2026~2030 인공지능 기본계획에서도 보건의료 특화 AI파운데이션 모델(AI Foundation Model, 대규모 데이터 세트를 기반으로 훈련된 딥러닝 신경망으로, 다양한 작업을 수행할 수 있는 범용적인 AI 모델로 자연어 처리, 이미지 생성, 코드 작성 등 여러 분야에서 활용되며, 기존의 머신러닝 모델과 달리 특정 작업에 국한되지 않고 광범위한 응용이 가능하다)를 확보하여 AI 기반으로하는 글로벌 바이오·헬스 5대 강국에 도약하는 것을 목표로 하고 있다.

위와 같이 우리나라가 보건의료 분야에서의 인공지능 활용을 성장동력으로 하고자 하는 이유에 대해서, 국가인공지능전략위원회는 보건의료 분야가 단순한 질병의 진단, 치료만이 아니라 건강관리, 질병 예방에서 사후 관리까지를 포함하는 광범위한 분야이고 국가마다 그 의료체계와 사회 문화적인 특징을 반영하고 있으므로 대한민국의 독자 AI파운데이션 모델에 기반한 보건의료 AI파운데이션 모델의 확보는 단순한 산업적인 특성을 넘어서 국가 보건의료 시스템의 안정적인 운영과 AI 기본 의료를 실현하는 데 꼭 필요한 사안임을 강조하고 있다. 즉, 이를 통해 지역과 상황에서 의료 격차를 해소하고, 응급·중증 질환 등 필수적인 의료 서비스가 특정 지역에서 부족하지 않고 모든 국민에게 제공될 수 있는 공공 의료체계를 구현할 수 있기 때문이다. 실제 보건복지부는 과학기술정보통신부에서 개발 중인 ‘독자 AI 파운데이션 모델’에 기반한 ‘보건의료 특화 AI 파운데이션모델 개발 계획’을 수립하여 향후 보건의료 특화 모델로의 안정적인 발전을 위해 부처간 협동으로 책임성(responsibility), 안전성(safety), 형평성(fairness), 비편향성(unbiasedness) 등의 가치가 개발 초기부터 잘 반영될 수 있도록 하는 것을 목표로 하고 있다고 한다.⁶⁾

III. 의료 인공지능의 발전 동향과 분류

1. 의료 인공지능의 발전 동향

의료 분야의 인공지능 활용이 가장 주목을 받았던 것은 IBM사가 개발한 왓슨(Watson)이었다. 왓슨은 인공지능기술을 활용하여 의사에게 암환자에 대한 치료방법을 제시하는 왓슨 포 온콜로지(Watson for Oncology)와 유전자 정보를 분석하여 질병 진단에 사용하는 왓슨 포 지노믹스(Watson for genomics)로 구분되었다. 전자는 IBM이 메모리얼 슬론 케터링(Memorial Sloan Kettering(MSK) 암센터와 협업하여 개발한 인공지능으로 인터넷을 통해 ‘왓슨 헬스 클라우드’에 정보를 저장하고 필요할 때 정보를 재전송하는 방식을 채택하였으며, 자체적인 데이터베이스에 종양학과 관련된 전문지식과 의학 학술지 300개, 의학서 200개 등 1,500만 쪽 분량의 의학정보가 구축되어 의사가 환자의 정보를 입력하면 빅데이터를 바탕으로 가장 확률 높은 병명과 성공 가능성이 큰 치료법 등을 알려주는 것이었다. 후자는 IBM이 미국의 진단정보 관련 회사인 퀘스트 다이아그노스틱스(Quest Diagnostics)와 협력하여 개발한 인공지능으로 환자의 유전체정보 등을 활용하여 개인에게 적합한 처방 및 치료법을 제안하였다.⁷⁾ 하지만 IBM사가 왓슨의 머신러닝을 위해 사용한 데이터가 미국의 특정

에서 모든 국민의 기본적 삶과 안전이 보장받게 한다는 것이다.

6) 국가인공지능전략위원회, 「대한민국 인공지능행동계획(인공지능 기본계획(2026~2028))」, 2026. 2, 49면.

기관에서 수집된 자료로 한정적이어서 전세계의 방대한 의학데이터를 수용하지 않는 한 정확도 높은 예측을 하기 어려웠고, 환자가 지닌 특이한 체질 등의 발현을 인공지능 또한 분별할 수 없는 한계를 지녀 결국 의료시장에서 사장되었다.⁸⁾ 이후 질병의 진단이나 예방을 목적으로 엑스레이(X-ray), 컴퓨터단층촬영(CT), 자기공명영상(MRI) 등의 영상자료를 토대로 기계학습을 통해 질환을 조기 진단하거나 정확한 진단을 해주는 인공지능이나 첨단 수술 기구인 로봇을 환자에게 장착하고 수술자가 원격으로 조종하여 시행하는 것에 인공지능을 탑재하는 것, 디지털 플랫폼을 통해 국민건강보험이나 건강보험심사평가원 등이 보유한 개인건강정보를 조회·저장하고 정보주체가 의료기관이나 약국에 자신의 개인건강정보를 활용하여 서비스를 받도록 하는 것으로 의료 인공지능의 활용은 확장하고 있는 상황이다. 더 나아가 생성형 인공지능도 보건의료 분야에서도 그 활용이 늘어나고 있는데 생성형 인공지능은 기계학습 기반과 달리 생성형 인공지능은 특정 의료목적에 국한되지 않은 방대한 데이터의 패턴을 바탕으로 확률적 추론을 통해 새로운 콘텐츠를 생성하는 특성이 있는데,⁹⁾ 병변에 대한 판독문 초안이나 환자의 전자진료기록 데이터를 대량으로 분석하여 맞춤형 치료계획을 세우거나 진료요약서를 작성하는 것에 쓰이고 있다.

2. AX 시대에 활용되고 있는 의료 인공지능의 분류와 특성

(1) 에이전틱 의료 AI(agentic AI)

에이전틱 AI는 대형언어모델 기반으로 한 자율 에이전트가 스스로 목표를 성찰하고 자율적 인지과정을 통해 다단계 임상 워크플로우를 계획·실행하는 인간과 기계의 상호작용 시스템을 가리킨다.¹⁰⁾ 단순히 단일 과업을 수행하는 종래의 인공지능과 달리, 에이전틱 AI는 다른 에이전트 또는 인간과 협업하여 전자의무기록(EMR)·의료 영상·웨어러블 데이터·환자 보고 결과 등 다중 모달 데이터를 통합하여 복합적인 임상 결정을 수행한다.¹¹⁾

7) 정영훈, “보건의료분야의 인공지능과 소비자이슈”, 『소비자정책동향』, 제78호, 2017, 5면; 임지연·김계현·문석균, 「인공지능 시대 의료계 대응 방안」, 『의료정책연구』, 2025, 11-12면.

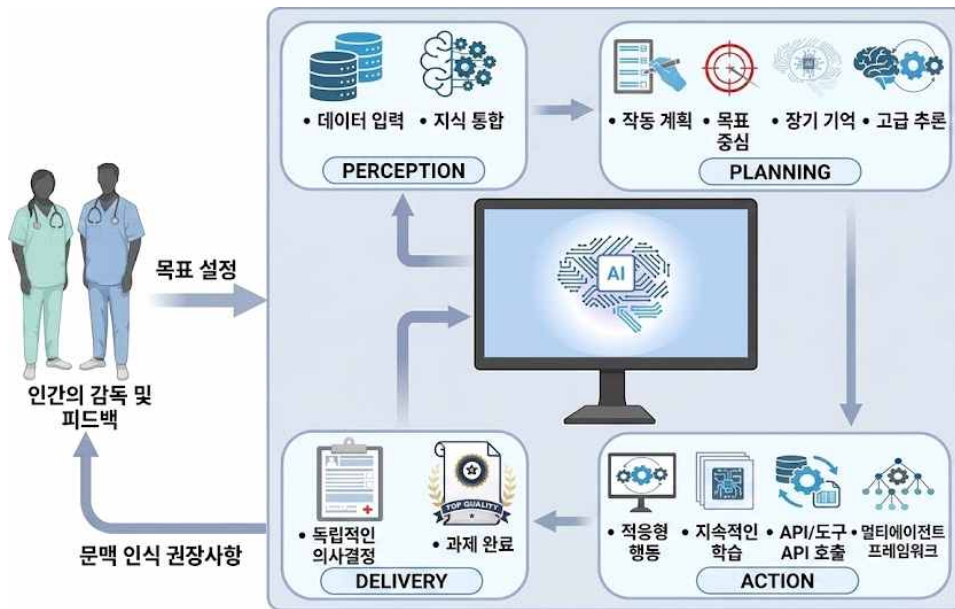
8) 최윤섭, “IBM 왓슨 포 온콜로지의 의학적 검증에 관한 고찰”, 『Hanyang Medical Reviews』, 제37호, 2017, 53-54면.

9) 김병필, “대규모 언어모델 인공지능의 법적 책임”, 『정보법학』, 제26권 제1호, 2022, 178면; Jan Homolak, “*Opportunities and risks of ChatGPT in medicine, science, and academic publishing: a modern Promethean dilemma*”, 『Croat Med J』, 64, 2023, pp.1-3.

10) 정동훈, “에이전틱 AI 시대의 인간-기계 상호작용 재구성에 관한 이론적 고찰”, 『정보화정책』, 제33권 제1호, 2026, 4-5면.

11) Bernardo G. Collaco, Syed Ali Haider, Srinivasagam Prabha, Cesar A. Gomez-Cabello, Ariana Genovese, Nadia G. Wood, Sanjay P. Bagaria, Narayanan Gopala, CuiTao & Antonio Jorge Forte, “*The role of agent artificial intelligence in healthcare: a scoping review*”, 『npj Digital Medicine』, 9:345, 2026, pp. 2-3.

[그림 1] 에이전틱 의료 AI의 작업 과정¹²⁾



의료 현장에서 에이전틱 AI의 사례로는 질병 진단 보조 도구, 전자의무기록 자동 작성과 응급 중증도 분류, 보험 청구 자동화를 들 수 있으며, 원격의료나 비대면진료와의 결합도 예측되고 있다.¹³⁾ 먼저 질병 진단 보조 도구는 앞서의 왓슨과 달리 복수의 AI 에이전트가 팀을 이루어 가설 설정, 검사 선택, 증상 해석 등 역할을 맡아 이를 조율하여 최종 진단을 제안하는 MS의 ‘MS AI Diagnostic Orchestrator (MAI-DxO)’가 대표적이다.¹⁴⁾ 다음으로 전자의무기록 자동 작성은 의사와 환자의 대화를 실시간으로 분석하여 진료기록을 자동 생성하는 AI 스크라이브(AI scribe) 기술을 들 수 있는데, 이를 통해 임상에서 진료기록 작성에 관한 부담을 경감시킬 수 있게 된다.¹⁵⁾ 그리고 응급 중증도 분류 및 대기열 최적화의 경우 머신러닝 기반 전자 중증도 분류 시스템을 통해 응급 환자의 임상 결과를 예측하여 중증도 순위와 대기열을 제안할 수 있게 된다.¹⁶⁾ 마지막으로 의료보험 청구 자동화의 경우, 의료 인공지능이 진료기록에서 진단명·처치 코드를 추출하여 의료보험 청구서를 자동 생성함으로써 행정적인 오류를 줄이고 의사의 비임상 관련 업무 부담을 경감시킬 수 있게

12) Bernardo G. Collaco, et al., *ibid*, p. 2.

13) 2026. 4. 12. 전자신문, “원격의료 이끌 AI, 데이터 통합·책임 명확화로 활용 높아야”...원격의료학회 춘계학술대회 개최, <https://www.etnews.com/20260412000035>

14) <https://microsoft.ai/news/the-path-to-medical-superintelligence/>; AI TIMES, 2025. 7. 1., MS, 고성능 의료용 AI 어시스턴트 구축...”타사 첨단 모델 오케스트레이션”.

15) Paul J Lukac, William Turner, Sitaram Vangala, Aaron T Chin, Joshua Khalili, Ya-Chen Tina Shih, Catherine Sarkisian, Eric M Cheng, John N Mafi, “*Ambient AI scribes in clinical practice: A randomized trial*”, 『NEJM AI』, 2(12), 2025, doi: 10.1056/aioa2501000.

16) Scott Levin, Matthew Toerper, Eric Hamrock, Jeremiah S Hinson, Sean Barnes, Heather Gardner, Andrea Dugas, Bob Linton, Tom Kirsch, Gabor Kelen, “*Machine-learning-based electronic triage more accurately differentiates patients with respect to clinical outcomes compared with the emergency severity index*”, 『Ann Emerg Med』, 71(5), 2018, pp. 565-574.

한다.¹⁷⁾

이와 같이 의료 인공지능으로서 에이전틱 AI는 단순한 행정 보조를 넘어 임상 추론과 연계된 전 과정에서 활용되고 있다.

(2) 피지컬 의료 AI(physical AI, embodied AI)

피지컬 AI는 센서와 액추에이터를 갖춘 로봇 플랫폼이 실세계에서 직접 물리적 행위를 수행하는 AI 시스템으로 환경과 능동적으로 상호작용하며 실시간 의사결정을 수행하는 단계로 발전하고 있다.¹⁸⁾

의료 현장에서 피지컬 AI가 활용되는 사례로는 수술 로봇과 재활 로봇, 돌봄 로봇을 들 수 있다. 최근의 로봇 수술은 고급 알고리즘을 사용하여 복잡한 수술 중 외과 의사를 보조하여 보다 정밀하고 정확하게 시술을 수행함으로써 환자의 합병증 위험을 줄이는 방향으로 발전하고 있으며¹⁹⁾ 원격 로봇에 에이전틱 AI와 6G 네트워크를 결합한 협업 시술 사례까지도 보고되고 있는 상황이다.²⁰⁾ 또한 초고령사회에 주목을 받고 있는 돌봄 로봇 또한 의료 인공지능이 빅데이터·사물인터넷 기술과 결합하여 재택의료의 범주에서 고령자나 장애인의 신체활동과 간호, 간병인의 업무보조 지원을 하고 있으며,²¹⁾ 그 종류도 침상 이동 보조 로봇이나 투약 확인 보조 로봇, 언어모델을 탑재한 우울증 완화에 도움을 주는 로봇으로 다양화되고 있다.²²⁾

IV. 의료 인공지능에 있어서 휴먼 인 더 루프와 외국 법제의 동향

1. 휴먼 인 더 루프의 개념

휴먼 인 더 루프는 AI 시스템의 의사결정 과정에 인간의 판단과 개입을 필수 요소

17) 에이전틱 의료 AI의 역량에 대해 전자의무기록 분석·감별진단·치료 계획·연구 워크플로우 등 7개 차원·29개 하위 영역으로 분류하는 체계적 분류 체계를 제시하는 연구도 최근 발표되고 있다.; Shubham Vatsal, Harsh Dubey, Aditi Singh, “*Agentic AI in Healthcare & Medicine: A Seven-Dimensional Taxonomy for Empirical Evaluation of LLM-based Agents*”, 「IEEE Access」, 14, 2026, pp. 4840-4863

18) Yihao Liu, Xu Cao, Tingting Chen, Yankai Jiang, Junjie You, Minghua Wu, Xiaosong Wang, Mengling Feng, Yaochu Jin, Jintai Chen, “*A survey of embodied AI in healthcare: techniques, applications, and opportunities*”, 「Information Fusion」, July 2025, doi: 10.1016/j.inffus.2025.103033

19) Mohsen Soori a, Behrooz Arezoo b, Roza Dastres, “*Artificial intelligence, machine learning and deep learning in advanced robotics, a review*”, 「Cognitive Robotics」, 3, 2023, p.55.

20) Yuen Ma, Zixing Song, Yuzheng Zhuang, Jianye Hao, Irwin King, “*A Survey on Vision-Language-Action Models for Embodied AI*”, 「IEEE Transactions on Neural Networks and Learning Systems」, 2026, doi: https://doi.org/10.1109/TNNLS.2025.3650584

21) 이태훈·이자경·장숙량·이혜진·서동민·홍종원·김창오, “미국의 거동불편 치거노인들을 위한 재택의료 서비스”, 「Korean Journal of Family Practice」 Vol.12 No.3, 대한가정의학회, 2022, 129면.

22) 오미애·김세진·박나영·안수인·조용찬, 「보건복지 분야 디지털 기술의 적용 가능성과 전망」, 한국보건사회연구원 보고서, 2022, 147면.

로 통합하는 설계 원칙으로 볼 수 있다. 세계보건기구(World Health Organization, WHO)는 2021년 휴먼 인 더 루프를 ‘인간 자율성 보호’의 핵심 구현 수단으로 규정하며, 의료 인공지능의 사용 시에 의료인이 의료 체계와 임상 결정을 통제해야 한다는 원칙을 확립하였다.²³⁾ 학계에서는 휴먼 인 더 루프를 AI 시스템의 학습·추론·결정 과정에 인간이 어느 시점에서 어떠한 방식으로 개입하는가와 관련된 분류 체계로 정비하고 있고,²⁴⁾ 의료 분야에서도 의료 인공지능에서 휴먼 인 더 루프를 통한 머신러닝에 대한 논의가 나타나기 시작하였다.²⁵⁾

휴먼 인 더 루프와 관련해서는 휴먼 온 더 루프(Human-on-the-Loop, HOTL)와 휴먼 아웃 오브 더 루프(Human-out-of-the-Loop)가 함께 논의된다. 휴먼 인 더 루프는 인공지능이 제안을 생성하게 되면 인간이 이를 수용하거나 수정할 것인지 아니면 거부할 것인지에 관한 최종 결정을 하는 형태이고, 휴먼 온 더 루프는 인공지능이 자율적으로 결정하되 인간이 사후에 모니터링하고 필요 시 개입하는 형태이다. 휴먼 아웃 오브 더 루프는 인간의 개입 없이 AI가 완전히 자율적으로 결정하는 형태이다.²⁶⁾ 이를 의료 인공지능에 투영하게 되면, 휴먼 인 더 루프는 의료 인공지능이 의료행위와 관련된 보조적인 제안을 제시하고 의사가 그 내용을 검토한 뒤 자신의 환자에 대한 진단·처방·수술 등의 의료행위에 적용할 것인지를 결정하는 것이고, 휴먼 온 더 루프는 의료 인공지능이 의료인의 음성을 듣고 전자진료기록을 자동으로 생성하게 되면 의료인이 이를 사후에 모니터링하고 잘못 기재가 되었을 경우 수정하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 한편 휴먼 아웃 오브 더 루프의 경우 의료 영역은 환자의 생명·신체와 직결되는 것이기 때문에 WHO 지침에서는 의료 인공지능에 있어서 의료인의 통제가 배제되는 것은 허용할 수 없다고 보고 있다.

2. 외국의 법제 동향

(1) 유럽연합 인공지능법(EU AI Act)

EU AI Act는 인공지능을 관련된 위험에 따라 구분하여 그 크기에 따라 규제 수준을 차등 적용하는 ‘위험 기반 접근법(Risk-based Approach)’을 주축으로 하고 있다.²⁷⁾ 즉, 인공지능을 ‘허용할 수 없는 위험’(CHAPTER II PROHIBITED ARTIFICIAL INTELLIGENCE PRACTICES, Article 5 Prohibited AI Practices), ‘고위험’(CHAPTER III HIGH-RISK AI SYSTEMS, Section 1 Classification of AI systems as high-risk, Article 6 Classification rules for high-risk AI systems), ‘제

23) World Health Organization, 「Ethics and governance of artificial intelligence for health」. Geneva: WHO; 2021.

24) Mosqueira-Rey E, Hernández-Pereira E, Alonso-Ríos D, Bobes-Bascarán J, Fernández-Leal Á. “Human-in-the-loop machine learning: a state of the art”, 「Artificial Intelligence Review」, 56(4), 2023, pp. 3005-3054.

25) Han Yuan, Lican Kang, Yong Li, Zhenqian Fan, “Human-in-the-loop machine learning for healthcare: Current progress and future opportunities in electronic health records”, 「Medicine Advances」, 2024, doi: 10.1002/med4.70.

26) Mosqueira-Rey E, et al., ibid, pp. 3005-3054.

27) 최경진·강지원·김법연·김형준·박신욱·오정익·채기현·채은선, EU 인공지능법, 박영사, 2024, 3-4면.

한된 위험’, ‘저위험 또는 최소 위험(Minimal Risk)’의 4단계의 위험도로 분류하며, 이 중 ‘저위험 또는 최소 위험’을 제외한 나머지 3개의 단계에 대하여는 단계별 규제를 부과하고 있다.²⁸⁾

EU AI Act에 의할 때, 인간의 건강과 안전에 위해를 가하거나 기본권에 부정적인 영향을 미칠 위험이 있는 의료 인공지능 시스템은 ‘고위험(High-Risk) 인공지능 시스템’으로 분류된다. 고위험 AI시스템에 관해서는 반드시 준수해야 할 사전적·구조적 의무들을 부과하고 있다.²⁹⁾

특히 EU AI Act 제14조는 ‘인간의 감독(Human Oversight)’이라는 제목 하에 제1항에서 고위험 AI 시스템의 설계 및 개발 단계부터 인간이 시스템을 효과적으로 감독할 수 있는 방식으로 휴먼 인터페이스 도구를 포함한 기술 내재화하도록 강제하여 인공지능의 자율성이 임계점을 넘어 인간의 통제를 벗어나는 것을 방지하고, 기계적 오류나 알고리즘의 편향으로 인해 발생할 수 있는 잠재적 위험을 인간이 제어하도록 하였다. 제2항에서는 인간의 감독이 고위험 AI 시스템이 의도된 목적이나 합리적으로 예측할 수 있는 이용 조건에 따라 사용됨에도 불구하고 건강, 안전 또는 기본권에 대한 위험이 지속되는 경우에 발생할 수 있는 위험을 방지, 최소화하는 것을 목적으로 함을 명시하고 있는바, 생명, 신체의 건강을 위한 의료행위에 의료 인공지능이 사용될 경우 발생할 수 있는 위험을 방지하거나 최소화하기 위해 인간의 개입이 필요함을 알 수 있다. 그리고 제4항에는 고위험 AI 시스템은 적절하고 적합한 인간 전문가의 개입이 (a) 고위험 인공지능시스템의 관련 능력 및 제한을 적절히 이해하고 이상, 장애 및 예상하지 못한 성능을 감지하고 처리하는 측면을 포함하여 그 운용을 충분히 모니터링하는 것, (b) 특히 자연인이 하는 결정을 위한 정보 또는 권고를 제공하기 위하여 사용된 고위험 인공지능시스템의 경우, 고위험 인공지능시스템이 생성한 산출물에 자동적으로 의존하거나 과도하게 의존하는 자동화 편향)을 인식하는 것, (c) 가용한 해석 도구 및 방법을 고려하여 고위험 인공지능시스템의 산출물을 정확하게 해석하는 것, (d) 특정한 상황에서 고위험 인공지능시스템을 사용하지 아니하기로 결정하거나 그 밖에 고위험 인공지능시스템의 산출물을 무시하거나(disregard) 번복(override), 철회하는(reverse) 결정을 할 수 있도록 하는 것, (e) 고위험 인공지능시스템의 운용에 개입하거나 ‘정지’ 버튼 또는 해당 시스템을 안전한 상태로 멈출 수 있는 유사한 절차를 통하여 해당 시스템을 중단시키는 것이 가능하도록 제공되어야 한다고 하고 있다. 이러한 제14조의 제4항의 (a)-(e)에 규정된 요건은 휴먼 인 더 루프와 맞닿아 있고 볼 수 있다.

그런데 의료 인공지능이 활용된 의료기기와 관련하여 유럽연합 집행위원회가

28) European Parliament, Artificial Intelligence Act, 2024.(Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828 (Artificial Intelligence Act) (Text with EEA relevance); <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>

29) 고헌수·임용·박상철, “유럽연합 인공지능법안의 개요 및 대응방안”, 「DAIG」, 2021년 제2호, 2021, 14-20면; 김재선, “인공지능 안전과 책임 확보를 위한 법제 논의에 관한 검토 — 유럽연합 인공지능 관리 법제 논의에 기초하여 —”, 「행정법연구」, 제64호, 2021, 161-164면; 김법연, “유럽연합의 인공지능 규제 관련 법제 동향”, 「경제규제와 법」, 제14권 제1호, 2021, 140면.

2026. 2.경 EU AI Act Art. 6(1) 및 Annex I, Art. 6(2)에 따른 고위험 분류를 다루는 Annex III 가이드라인 초안을 공개하면서, 응급의료 환자를 분류하는 시스템 체계는 의료기기규정(MDR, Medical Device Regulation, EU 2017/745)의 의료기기 정의를 충족할 경우 의료기기에 해당할 수 있음에 더하여 이것이 EU AI Act Art. 6(1) 요건도 동시에 충족하면 그 규정과 Annex I에 따라 고위험으로 분류되어 양방향의 규제가 가능할 수 있다는 입장을 발표하자, MedTech Europe 등의 의료기기 업계에서는 그와 같은 입장이 중복 규제라는 점을 지적하면서 의료 산업 발달이 위축될 수 있다는 우려를 제기하였다. 이후 2026. 5. 7. 유럽의회와 이사회는 규제 간소화를 위한 Digital Omnibus on AI Package와의 연계 하에 의료 인공지능 시스템과 관련하여서는, 의료기기에 관한 규정인 MDR/IVDR(In Vitro Diagnostic Medical Device Regulation, EU 2017/745)을 우선 적용하고, EU AI Act에 의한 Annex III (용도 기반) 고위험 의무는 2026. 8. 2.에서 2027. 12. 2.로 16개월을, Annex I(제품기반, 의료기기 포함) 고위험 의무는 2027. 8. 2.에서 2028. 8. 2.로 1년을 각각 추가 유예하기로 잠정적으로 합의하였고,³⁰⁾ 유럽이사회가 2026. 6. 29. 이를 최종 승인하였다.³¹⁾

(2) 미국의 의료 인공지능 관련 규제 체계와 가이드라인

미국 바이든 행정부는 2023. 10. 30. ‘안전하고 신뢰할 수 있는 인공지능의 개발 및 사용에 관한 행정명령 14110(Executive Order 14110; Executive Order on Safe, Secure, and Trustworthy AI)’은 미국 보건복지부(Department of Health & Human Services, HHS)와 식품의약국(U.S. Food and Drug Administration, FDA)에 대해 “보건의료 영역에서 활용되는 AI의 안전성과 품질 보장을 위한 범정부적 거버넌스를 즉시 구축하라”고 명령하였고,³²⁾ 이에 따라 의료 인공지능 관련하여 FDA는 AI 규제 지침들을 가이드라인과 심사 기준으로 전환하였다.³³⁾

미국 FDA는 2021년 발표한 ‘AI/ML 기반 SaMD 액션 플랜(Action Plan)’을 기점으로 고정형 알고리즘 체계에 맞추어진 전통적인 의료기기 허가 제도를 탈피하여, 출시 후에도 지속적으로 학습하고 진화하는 AI의 동적 특성을 반영한 새로운 규제 패러다임을 구축하여 왔다. 그리고 FDA는 2025. 1. 의료 인공지능이 장착된 제품의 개발부터 퇴출에 이르는 전체 주기를 관리하는 지침의 초안(Draft Guidance)인 ‘Artificial Intelligence-Enabled Device Software Functions: Lifecycle Management and Marketing Submission Recommendations’를 통해 제품 제조업자에 대해 의료진이 AI의 판단을 무비판적으로 수용하지 않도록 알고리즘 작동 매커니즘, 확신도, 데이터셋의 한계를 명확히 라벨링하도록 하여 투명성 및 설명가능성을 의무화하였고,

30) <https://www.medtecheurope.org/2026/06/04/medtech-europe-reaction-to-the-provisional-agreement-on-the-digital-omnibus-on-ai/>

31) <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2026/06/29/artificial-intelligence-council-gives-final-green-light-to-simplify-and-streamline-rules/>

32) <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/>

33) 백경희, “의료영역에서의 인공지능기술의 활용에 관한 법제적 고찰- 원격의료 및 재택의료 활성화를 중심으로”, 「법학논문집」, 제48집 제1호, 2024, 102-103면.

출시 후에도 실제 병원에서 수집되는 데이터(Real-World Data)를 바탕으로 AI의 성능을 지속적으로 모니터링하고 편향성(Bias Mitigation)이나 오류가 발견되면 즉시 이전 버전으로 롤백(Rollback)할 수 있는 제어 시스템의 구축을 요구하였다.³⁴⁾

이후 FDA는 2025. 8.경 최종 확정 가이드라인인 ‘Marketing Submission Recommendations for a Predetermined Change Control Plan for Artificial Intelligence-Enabled Device Software Functions(AI-DSFs³⁵⁾)’를 통해 제조업자에 대해 의료 인공지능에 대한 사전 확정 변경 제어 계획(PCCP, Predetermined Change Control Plan)을 마련하였다.³⁶⁾ 이에 따라 의료 인공지능이 시장에 출시된 후 스스로 지속적인 재학습(Continuous Learning)을 통해 알고리즘을 업데이트하더라도, 사전에 승인받은 PCCP 프로토콜 범위 내에 있다면 매번 새로운 FDA 허가(510(k) 등)를 받지 않아도 되지만, 그 변경 범위는 의사의 임상적 검증 내에 있어야 하며 의사의 개입, 즉 휴먼 인 더 루프를 우회해서는 안 된다는 점을 공고히 하였다. 즉, PCCP 체계 하에서 의료 인공지능의 성능 향상은 임상 현장에 있는 인간 의사들의 피드백의 검증을 받아야 하며, 의사가 의료 인공지능의 위양성이나 위음성 오류를 발견하여 보고·수정하는 과정을 통해 인간 개입과 통제를 수행하도록 한 것으로 볼 수 있다. 이외에도 FDA는 의료 인공지능에 관한 허가 여부를 심사할 때, 의사와 의료 인공지능 사이의 인터페이스 설계 플로우를 검토함에 있어서, 의사가 긴박한 응급실이나 수술실 환경에서 시간 압박이나 피로의 누적으로 인해 의료 인공지능이 오류 있는 제안을 하였음에도 무비판적으로 수용하려는 ‘자동화 편향’을 방지하기 위해, 의료 인공지능이 확신도와 판단의 근거가 된 핵심 파라미터를 의사에게 직관적으로 보여줄 수 있도록 설계가 되어야만 안전성 기준을 통과시킬 수 있음을 명시하였다. 또한 FDA는 의사가 의료 인공지능의 제안을 의사 본인의 전문 지식과 결합하여 최종 승인하는 휴먼 인 더 루프의 구조를 갖추고 있을 때에 한하여 의료 인공지능 제품의 위험 등급을 낮추거나 허가 절차를 완화시키도록 하고, 만약 의사의 개입 없이 의료 인공지능이 독자적으로 환자의 투약량을 결정하거나 치료 장치를 직접 제어하는 휴먼 아웃 오브 더 루프 모델은 최고 수준의 위험 기기에 해당하므로 엄격한 임상시험 결과와 심사 절차를 거치도록 하고 있다. 이와 같이 의료 인공지능이 탑재된 임상 의사결정 지원 시스템은 의사의 전문가적 판단이 뒷받침되도록 유지되어야 환자의 생명과 신체에 대한 안전성을 담보하는 것이기 때문에, FDA는 의료 인공지능의 비자율성과 의사의 통제권을 중시하고 있다고 평가된다.

3. 의료 인공지능과 의사 중심의 휴먼 인 더 루프

(1) 인간 개입의 주체로서의 의사

의료 인공지능을 활용한 의료행위에 있어서 휴먼 인 더 루프를 수행할 수 있는 적

34) <https://www.fda.gov/regulatory-information/search-fda-guidance-documents/artificial-intelligence-enabled-device-software-functions-lifecycle-management-and-marketing>

35) 한편 FDA는 종래 의료 인공지능을 주로 ‘머신러닝 의료기기(MLMD)’로 표현해 왔는데, 최종 가이드라인에서는 ‘AI 활성화 의료기기 소프트웨어 기능(AI-DSFs)’으로 정의하였다.

36) <https://www.fda.gov/regulatory-information/search-fda-guidance-documents/marketing-submission-recommendations-predetermined-change-control-plan-artificial-intelligence>

절하고 적합한 인간 전문가는 의료인 중에서도 임상현장에서 의료행위에 관한 중국적 책임을 부담하게 되는 의사·치과의사·한의사(이하 ‘의사’로 통칭한다)가 될 것이다. 이는 단지 법적 책임의 최종 귀착점이 의사이기 때문이 아니라 의사만이 임상적인 맥락을 이해하여 환자와의 치료에 있어 신뢰관계를 형성하며 윤리적인 판단을 수행할 수 있는 자이기 때문에, 의료 인공지능이 대체하기 어려운 고유한 전문성을 보유하고 있기 때문이다.³⁷⁾

앞서의 EU AI Act에서 “인간 감독 수단이 최종 사용자에게 의해 효과적으로 이해·작동될 수 있도록 설계되어야 한다”고 규정한 것에서도 최종 사용자인 의사가 실질적인 인간 감독자로서의 역할을 할 수 있는 자이기 때문에 의사가 의료 인공지능을 사용할 수 있도록 설계되어야 한다는 것으로 이해될 수 있다.

(2) 의료 인공지능에서의 휴먼 인 더 루프의 방향성

가. 의미 있는 인간 통제(Meaningful Human Control)

의사가 의료행위에 의료 인공지능을 활용함에 있어서 의료 인공지능의 제안을 형식적으로 승인하는 것이 아니라, 의료 인공지능이 추론한 과정을 실질적으로 이해하고 판단할 수 있는 환경이 마련되어 있어야 의료 인공지능에 대한 의미 있는 통제가 가능해질 수 있다. 이러한 부분은 의료 인공지능에서 특히 강조되는 설명가능성의 문제(explainable AI, XAI)이며, 설명가능성은 의료 인공지능의 활동 영역이 고위험인 만큼 의사결정 맥락에서 인간 개입과 통제의 필수 전제에 해당하는 것으로 볼 수 있다.³⁸⁾ WHO 지침에서도 의료 인공지능과 관련하여 “AI 기술은 개발자·의료인·환자·규제자가 이해할 수 있는 방식으로 설명되어야 한다”는 투명성 원칙을 명시하고 있는 것도 동일한 측면을 강조하는 것이라고 하겠다.

나. 적시 개입 가능성(Timely Intervention Capacity)

의료 인공지능의 결정이 실행되기 전에 의사가 개입할 수 있는 충분한 시간적·기술적 여유가 확보되어야 한다. 이를 위해 의료인이 의료 인공지능 시스템을 즉각적으로 중단시킬 수 있는 물리적·소프트웨어적 수단이 설계되어 있어야 하고, 특히 퍼지컬 AI에 해당하는 수술 로봇의 경우 자율 동작 중 의사가 실시간으로 개입하거나 중단시킬 수 있는 인터페이스가 필수적으로 존재해야 할 것이다.

다. 보호된 거부권(Protected Override Authority)

의료 인공지능의 제안을 거부하거나 수정하는 것 또한 의사의 전문적 권한으로 보호되어야 하고, 그 거부를 어렵게 만드는 조직 문화나 물적 환경은 배제되어야 할

37) Eric J Topol, “High-performance medicine: the convergence of human and artificial intelligence”, 「Nature Medicine」, 25(1), 2019, pp. 44-56.

38) Finale Doshi-Velez, Been Kim, “Towards a rigorous science of interpretable machine learning”, arXiv:1702.08608. 2017. doi: <https://doi.org/10.48550/arXiv.1702.08608>

필요가 있다.³⁹⁾ 즉 인공지능의 제안을 거부하는 것도 의료행위 수행 과정에서 정상적인 과정일 수 있다는 점을 의사에게 주지시키고, 의료행위에 관한 최종 결정은 의사에게 있으며 그 책임도 의사에게 귀속된다는 점을 상기시켜야 한다.

V. 의료 인공지능의 활용과 전문가책임

1. 의료사고로 인한 책임의 법적 기초

의료에서 의사가 환자에 대하여 부담하는 진료채무는 환자의 치유라는 결과를 반드시 달성해야 하는 결과채무가 아니라, 치유를 위하여 선량한 관리자의 주의를 다하여 현재의 의학수준에 비추어 필요하고도 적절한 진료를 할 채무 즉 수단채무이므로, 진료의 결과가 만족스럽지 못하다고 하여 바로 진료채무의 불이행으로 추정할 수는 없으며,⁴⁰⁾ 아울러 의사는 진료를 행함에 있어 환자의 상황과 당시의 의료수준 그리고 자기의 지식경험에 따라 적절하다고 판단되는 진료방법을 선택할 상당한 범위의 재량을 가진다고 할 것이고, 그것이 합리적인 범위를 벗어난 것이 아닌 한 진료의 결과를 놓고 그 중 어느 하나만이 정당하고 이와 다른 조치를 취한 것은 과실이 있다고 말할 수는 없다.⁴¹⁾ 또한 우리나라에서는 「의료법」 제27조 제1항에 의하여 보건복지부장관의 면허를 받은 의료인만이 면허 범위 내에 한정된 의료행위를 행할 수 있도록 독점성을 주고 있어⁴²⁾ 의료 인공지능의 제안을 의료행위에 활용하더라도 최종적인 임상 판단과 치료방법 선택에 대한 책임은 인간인 의료인이 책임을 부담하도록 되어 있다. 의료 인공지능은 「의료법」상 의료인이 아니며, 현행 법체계에서 인공지능 자체에 법적 책임 능력을 인정하지 않기 때문이다.⁴³⁾

2. 의료 인공지능의 오류와 책임 귀속의 문제

의료 인공지능의 진단 오류나 잘못된 제안으로 발생하는 의료사고에 대한 민·형사책임의 귀속 문제는, 의료 인공지능을 이용한 의료행위가 환자의 생명이나 신체에

39) Fabio Dennstädt, Janna Hastings, Paul Windisch, Aleksa Jovanovic, Tijana Žunić Marić, Sarah Brüningk, Daniel M Aebbersold, Antje Knopf, Nikola Cihoric, “*The EU AI Act: implications and compliance guidance for healthcare facilities*”, 「Front Digit Health」, 2026. doi: 10.3389/fdgth.2026.1808373.

40) 대법원 1993. 7. 27. 선고 92다15031 판결, 대법원 2015. 10. 15. 선고 2015다21295 판결, 대법원 2019. 4. 3. 선고 2015다64551 판결 등 참조.

41) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2005다5867 판결 등 참조.

42) 헌법재판소 2005. 9. 29. 선고 2005헌바29 결정; “한 나라의 의료체제는 그 나라의 국민건강의 증진을 목적으로 하여 합목적적으로 체계화된 것이므로 국가로부터 의료에 관한 지식과 기술의 검증을 받은 사람으로 하여금 의료행위를 하게 하는 것이 가장 합리적이고 안전하며, 사람의 생명과 신체를 대상으로 하는 의료행위의 특성상 가사 어떤 시술방법에 의하여 어떤 질병을 상당수 고칠 수 있었다고 하더라도 국가에 의하여 확인되고 검증되지 아니한 의료행위는 항상 국민보건에 위해를 발생케 할 우려가 있으므로 전체국민의 보건을 책임지고 있는 국가로서는 이러한 위험발생을 미리 막기 위하여 이를 법적으로 규제할 수 밖에 없다”

43) 이원복. “인공지능과 의료과오책임”, 「의료법학」, 제21권 제1호, 2020, 3-38면.

손해를 가할 경우 누구에게 어떠한 법적 책임을 추궁할 수 있는지에 관한 것으로 귀결된다.

민사책임과 관련하여 특별법상으로는 의료 인공지능을 개발하고 공급한 자에 대해 「제조물책임법」을 적용하는 것을 고려할 수 있다. 의료 전문성이 결여된 의료 인공지능 개발자가 인공지능의 알고리즘이나 초기 데이터를 설정하는 과정에서 오류를 범했거나 설계상 결함이 존재하여 사고가 유발되었다면, 「제조물책임법」의 적용 여부가 검토되어야 하기 때문이다. 그렇지만 의료 인공지능에 있어서 기술적 주도권 경쟁이나 개발도상 단계에 있는 인공지능 기술의 내재적 한계로 인해, 제조사는 면책사유로서 ‘개발위험의 항변’을 주장할 수 있어서 현실적으로 환자가 제조물책임을 통해 구제받는 것은 쉽지 않다. 다음으로 일반법인 「민법」의 영역에서는 인공지능을 활용할 수 있는 주체와 그 책임을 배분하는 과정에서 의료분업의 원칙을 고려해야 할 것이다. 현행 법령상 진단과 치료 등 의료행위를 수행할 수 있는 주체는 의사, 치과의사, 한의사, 조산사, 간호사로 제한되어 있고, 현시점의 의료 인공지능은 완전한 자율성을 갖춘 주체가 아니라 의사의 임상적 의사결정을 보조하는 단계에 머물러 있으므로, 의료 인공지능을 활용한 의료행위의 책임 주체 역시 최종적인 결정권을 지닌 면허 있는 의사 내지 의료행위를 함께 수행한 의료인으로 국한된다고 보아야 한다. 이 과정에서 다수의 의료인이 협력할 때 적용되는 ‘신뢰의 원칙’을 의사와 의료 인공지능 사이의 관계에 적용할 수 있는지가 논란이 될 수 있으나, 의료 인공지능이 면허를 지닌 의료인이 될 수 없을 뿐만 아니라 최종적인 판단은 어디까지나 전문가인 의사의 자율적 선택과 검증을 거쳐 이루어지므로 양자 간의 수평적 분업이나 신뢰의 원칙을 인정하기는 어렵다. 즉, 의료 인공지능을 활용한 의료행위에 있어서 의사는 환자가 입은 생명·신체상의 손해에 대하여 환자와의 의료계약에 명시된 진료 의무를 신의칙에 따라 성실히 이행하지 않은 것에 대한 「민법」 제390조의 채무불이행책임을 지게 되며, 이와 동시에 고의 또는 과실로 위법하게 손해를 가한 행위에 대하여 「민법」 제750조에 근거한 불법행위책임을 중첩적으로 부담하게 된다.⁴⁴⁾

이는 의료형사책임에 있어서도 동일하게 적용되므로, 의료 인공지능을 의료행위의 보조적 도구로 활용한 의료인에게 「형법」 제268조에 기한 업무상 과실치사상죄가 개별적으로 귀속된다고 보아야 한다.⁴⁵⁾

다만, 최근에는 인공지능이 지니고 있는 블랙박스라는 특성으로 인해 결함의 입증이 어렵고, 지속 학습과 업데이트라는 인공지능의 속성은 제조물 개념에 정합되지 않는다는 점도 존재하며, 일정 부분 인공지능의 오류가 존재함에도 불구하고 단지 보조적인 수단성만을 강조하여 전문가인 의사에게 모든 책임이 귀속되는 것의 불합리하다는 점을 지적하면서, 그 법적 책임에 있어서는 의사·AI 개발사·의료기관 등 복수 주체 사이에 과실 비율에 따라 — 알고리즘 설계 결함에 기인한 부분과 의사의 과실에 기인한 부분을 구분하여 — 그 책임을 조정하여 귀속시키자는 견해도 나타나고 있다.⁴⁶⁾ 더불어 의사가 자동화 편향을 극복하고자 하는 노력을 하지 않고 의료

44) 백경희·장연화, “인공지능을 이용한 의료행위와 민사책임에 관한 고찰”, 「법조」 제724권, 2017, 102-115면.

45) 장연화·백경희, “왓슨의 진단 조력에 대한 현행법상 형사책임에 관한 소고”, 「형사법의 신동향」, 통권 제55호, 2017, 334-340면.

46) Michelle M. Mello and Neel Guha, “Understanding Liability Risk from Using Health Care Artificial Intelligence Tools”, 「The New England Journal of Medicine」, 390,

인공지능이 도출한 의견에 구속되어 합리적인 판단을 위한 최선의 주의의무를 다하지 않게 되는 점을 의료과실에 해당하는 것으로 볼 것인지에 관해서도 논의가 요청되는데, 이에 대해서는 의사 직역에서 전문가집단으로서의 가이드라인을 자발적으로 마련하는 방안도 고민할 필요가 있을 것이다.

VI. 결론

의료 AX 시대에서 의사는 단순히 진단·처방·시술을 수행하는 진료 제공자에 그치지 않고, 의료 인공지능이 도출한 결과를 지속적으로 모니터링하는 감독자, 그리고 이를 최종적으로 검토하여 환자에게 적용할 것인지를 판단하는 최종 의사결정자라는 다각도의 역할을 동시에 수행하는 자이므로, 의료 인공지능 기술의 발달에도 불구하고 환자의 생명과 건강에 관한 최종 판단은 의사라는 인간 전문가가 수행하는 것이 요구된다. 이는 의료행위가 확률적 예측이나 데이터의 확인 외에 개별 환자가 지닌 신체적·심리적·경제적·사회적 특수성을 고려한 종합적 판단을 요구하는 영역이기 때문이다.

그리고 의료 인공지능은 그 활용 결과가 인간의 생명과 신체에 직접적이고 회복 불가능한 영향을 미칠 수 있는 의료행위에 상용되는 만큼, 휴먼 인 더 루프는 전문가인 최종 의사결정자인 의사를 주축으로 의미 있는 인간 통제, 적시 개입 가능성, 보호된 거부권이 실질적으로 구현되어야 하며, 자동화 편향을 극복할 수 있는 교육과 제도적 환경이 갖추어져야 한다. 후자, 즉 자동화 편향 극복을 위한 환경 조성에 있어서는 의사가 의료 인공지능의 작동 원리와 기술적 한계를 이해할 수 있는 수준의 AI 리터러시를 갖추는 것이 전제되어야 한다. 따라서 그 교육과정의 내용은 단순히 의료 인공지능의 조작 방법이나 사용법을 습득하는 차원에 그쳐서는 안 되고, 의료 인공지능이 지닐 수 있는 편향의 유형과 발생 원인, 자동화 편향을 인지하고 이를 극복하기 위한 실천적 노력, AI 산출물의 오류를 조기에 감지할 수 있는 역량, 그리고 그 과정에서 요구되는 전문가로서의 책임 의식까지 포괄하여야 할 것이다.

나아가 의사 중심의 휴먼 인 더 루프가 실효성을 갖추기 위한 의료 인공지능의 설계를 위해서, 의료 인공지능 제조자에게는 의사가 해당 인공지능이 도출한 제안의 판단 근거를 합리적으로 이해할 수 있는 방식으로 근거를 제공할 의무가 요청된다. 이에 더하여 의료 인공지능에는 의료 인공지능이 제시했던 제안과 이에 대한 의사의 최종적인 결정, 그리고 그 결정이 환자에게 적용된 이후의 임상 결과에 이르는 일련의 과정이 사후적으로도 명확히 추적 가능하도록 하는 기술적 지원도 탑재되어야 한다. 특히 의료 인공지능에 있어서의 추적가능성의 확보는 향후 의료사고 발생 시 책임 소재를 규명하는 데에 필요한 최소한의 제도적 기반이 될 뿐만 아니라, 의료 인공지능과 의사 사이의 신뢰 관계를 구축하는 데에도 기여할 수 있을 것이다.⁴⁷⁾

■ **주제어:** 인공지능 전환, 의료 인공지능, 휴먼 인 더 루프, 전문가책임, 법적 책임

2024, pp. 271-278

47) 의사들은 의료 AI의 성공적 도입을 위해 신뢰기반 생태계의 조성을 위해 AI 성능 및 데이터 품질에 대한 국가적 검증과 인증 체계를 강화할 것을 요청하고 있기도 하다.; 2025년 의료 인공지능 활용 실태 조사, 14면.

[참고문헌]

1. 국내 단행본

- 국가인공지능전략위원회, 「대한민국 인공지능행동계획(인공지능 기본계획(2026~2028))」, 2026. 2.
- 대한민국 정부, 「이재명정부 123대 국정과제」, 2025. 9.
- 오미애·김세진·박나영·안수인·조용찬, 「보건복지 분야 디지털 기술의 적용 가능성과 전망」, 한국보건사회연구원 보고서, 2022.
- 임지연·김계현·문석균, 「인공지능 시대 의료계 대응 방안」, 의료정책연구원, 2025.
- 최경진·강지원·김법연·김형준·박신욱·오정익·채기현·채은선, EU 인공지능법, 박영사, 2024.

2. 국내 논문

- 고학수·임용·박상철, “유럽연합 인공지능법안의 개요 및 대응방안”, 「DAIG」, 2021년 제2호, 2021.
- 김법연, “유럽연합의 인공지능 규제 관련 법제 동향”, 「경제규제와 법」, 제14권 제1호, 2021.
- 김병필, “대규모 언어모형 인공지능의 법적 책임”, 「정보법학」, 제26권 제1호, 2022.
- 김재선, “인공지능 안전과 책임 확보를 위한 법제 논의에 관한 검토 — 유럽연합 인공지능 관리 법제 논의에 기초하여 —”, 「행정법연구」, 제64호, 2021.
- 백경희, “의료영역에서의 인공지능기술의 활용에 관한 법제적 고찰- 원격의료 및 재택의료 활성화를 중심으로”, 「법학논문집」, 제48집 제1호, 2024.
- 백경희·장연화, “인공지능을 이용한 의료행위와 민사책임에 관한 고찰”, 「법조」 제724권, 2017.
- 장연화·백경희, “왓슨의 진단 조력에 대한 현행법상 형사책임에 관한 소고”, 「형사법의 신통향」, 통권 제55호, 2017.
- 정동훈, “에이전틱 AI 시대의 인간-기계 상호작용 재구성에 관한 이론적 고찰”, 「정보화정책」, 제33권 제1호, 2026.
- 이원복, “인공지능과 의료과오책임”, 「의료법학」, 제21권 제1호, 2020.
- 이태훈·이자경·장숙량·이혜진·서동민·홍종원·김창오, “미국의 거동불편 치거노인들을 위한 재택의료 서비스”, 「Korean Journal of Family Practice」 Vol.12 No.3, 대한가정의학회, 2022.
- 정영훈, “보건의료분야의 인공지능과 소비자이슈”, 「소비자정책동향」, 제78호, 2017.
- 최윤섭, “IBM 왓슨 포 온콜로지의 의학적 검증에 관한 고찰”, 「Hanyang Medical Reveiws」, 제37호, 2017.

3. 국내 기타 자료

- 한국보건산업진흥원(KHDI), 2025년 의료 인공지능 활용 실태조사, 2026, 5.

4. 외국 논문

- Bernardo G. Collaco, Syed Ali Haider, Srinivasagam Prabha, Cesar A. Gomez-Cabello, Ariana Genovese, Nadia G. Wood, Sanjay P. Bagaria, Narayanan Gopala, CuiTao &

- Antonio Jorge Forte, “*The role of agentic artificial intelligence in healthcare: a scoping review*”, 「npj Digital Medicine」, 9:345, 2026.
- Eric J Topol, “*High-performance medicine: the convergence of human and artificial intelligence*”, 「Nature Medicine」, 25(1), 2019.
- Fabio Dennstädt, Janna Hastings, Paul Windisch, Aleksa Jovanovic, Tijana Žunić Marić, Sarah Brüningk, Daniel M Aebbersold, Antje Knopf, Nikola Cihoric, “*The EU AI Act: implications and compliance guidance for healthcare facilities*”, 「Front Digit Health」, 2026.
- Finale Doshi-Velez, Been Kim, “*Towards a rigorous science of interpretable machine learning*”, arXiv:1702.08608. 2017.
- Han Yuan, Lican Kang, Yong Li, Zhenqian Fan, “*Human-in-the-loop machine learning for healthcare: Current progress and future opportunities in electronic health records*”, 「Medicine Advances」, 2024.
- Jan Homolák, “*Opportunities and risks of ChatGPT in medicine, science, and academic publishing: a modern Promethean dilemma*”, 「Croat Med J」, 64, 2023.
- Michelle M. Mello and Neel Guha, “*Understanding Liability Risk from Using Health Care Artificial Intelligence Tools*”, 「The New England Journal of Medicine」, 390, 2024.
- Mohsen Soori a, Behrooz Arezoo b, Roza Dastres, “*Artificial intelligence, machine learning and deep learning in advanced robotics, a review*”, 「Cognitive Robotics」, 3, 2023.
- Mosqueira-Rey E, Hernández-Pereira E, Alonso-Ríos D, Bobes-Bascarán J, Fernández-Leal Á. “*Human-in-the-loop machine learning: a state of the art*”, 「Artificial Intelligence Review」, 56(4), 2023.
- Paul J Lukac, William Turner, Sitaram Vangala, Aaron T Chin, Joshua Khalili, Ya-Chen Tina Shih, Catherine Sarkisian, Eric M Cheng, John N Mafi, “*Ambient AI scribes in clinical practice: A randomized trial*”, 「NEJM AI」, 2(12), 2025.
- Scott Levin, Matthew Toerper, Eric Hamrock, Jeremiah S Hinson, Sean Barnes, Heather Gardner, Andrea Dugas, Bob Linton, Tom Kirsch, Gabor Kelen, “*Machine-learning-based electronic triage more accurately differentiates patients with respect to clinical outcomes compared with the emergency severity index*”, 「Ann Emerg Med」, 71(5), 2018.
- Shubham Vatsal, Harsh Dubey, Aditi Singh, “*Agentic AI in Healthcare & Medicine: A Seven-Dimensional Taxonomy for Empirical Evaluation of LLM-based Agents*”, 「IEEE Access」, 14, 2026.
- Thomas H. Davenport and Rajeev Ronanki, “*Artificial intelligence for the real world*”, Harvard Business Review, 96(1), 2018.
- Yihao Liu, Xu Cao, Tingting Chen, Yankai Jiang, Junjie You, Minghua Wu, Xiaosong Wang, Mengling Feng, Yaochu Jin, Jintai Chen, “*A survey of embodied AI in healthcare: techniques, applications, and opportunities*”, 「Information Fusion」, July 2025.
- Yueen Ma, Zixing Song, Yuzheng Zhuang, Jianye Hao, Irwin King, “*A Survey on Vision-Language-Action Models for Embodied AI*”, 「IEEE Transactions on Neural Networks and Learning Systems」, 2026.

5. 외국 기타 자료

World Health Organization, 「Ethics and governance of artificial intelligence for health」,
Geneva: WHO; 2021.

[Abstract]

**A Study on the Utilization of Medical Artificial Intelligence
in the AX Era
- Focusing on Human-in-the-Loop and Professional Responsibility -**

Baek, Kyounghee*

With the widespread application of artificial intelligence across society, we have moved beyond the stage of merely utilizing AI as a tool in daily tasks, ushering in the era of AI Transformation (AX), which reshapes decision-making, organizational operations, and socio-cultural structures and systems. This phenomenon is also manifest in the medical field; indeed, the current Korean government's national agenda and the Republic of Korea's AI Action Plan set a goal to leap forward as a global bio-health powerhouse by securing healthcare-specific AI foundation models. Furthermore, in clinical settings, "Agentic AI," where large language model-based AI agents make complex clinical decisions, and "Physical AI," which performs physical actions through sensors and actuators, are being introduced and rapidly expanding. However, in medical AI, algorithmic opacity (the "black-box" problem) and false-positive or false-negative errors pose risks of causing physical injury and life-threatening harm to patients.

Regarding medical artificial intelligence, foreign legal systems are establishing legal and regulatory frameworks that mandate human intervention and control from a "Human-in-the-Loop" perspective. According to a risk-based approach, the European Union's Artificial Intelligence Act(EU AI Act) stipulates that when medical AI is classified as a "high-risk system," "human oversight" must be embedded from the design stage. Similarly, the U.S. Food and Drug Administration(FDA) has introduced the Predetermined Change Control Plan(PCCP) through its guidelines to enforce physicians' clinical validation and intervention even during the continuous learning process of AI, while requiring interface designs that prevent automation bias.

For medical AI in the AX era, the Human-in-the-Loop principle must practically implement "meaningful human control," where physicians substantively understand the system's reasoning process; "timely intervention capability," allowing them to immediately halt the system; and a "protected right of refusal", enabling them to reject or modify AI suggestions. In addition, educational and institutional environments for physicians must be established to empower them to

* Professor, Inha University Law School

critically review and intervene in the outcomes generated by medical AI, thereby providing measures to overcome automation bias.

- **Key Words:** AI Transformation(AX), Medical Artificial Intelligence, Human-in-the-Loop, Professional Responsibility, Legal Liability

독립형 디지털무역협정(DTA)의 국제경제법적 한계와 규범설계 — 한일 DTA를 중심으로 —

강민지*

논문요지

글로벌 디지털 통상 환경은 다자주의 규범 체제의 약화와 함께 근본적인 전환기를 맞이하고 있다. 특히 2026년 3월 제14차 WTO 각료회의에서 전자적 전송물 무관세 모라토리엄의 연장 합의가 무산되고 WTO 전자상거래 협정(ECA)의 임시 이행이 선언된 것은 다자 통상 체제의 한계와 ‘규범 파편화’ 리스크를 단적으로 보여준다. 이러한 다자 규범의 공백 속에서 거대 플랫폼 경제권의 규제에 대응하기 위해 기존 FTA와 연계되지 않은 ‘독립형 디지털무역협정(Stand-alone DTA)’이 대안으로 부상하고 있다. 한일 양국은 RCEP 회원국이나, 고도화된 디지털 경제를 규율하기에는 RCEP의 규범 수준이 미흡하여 별도의 고수준 DTA 체결 필요성이 제기된다.

본 연구는 CPTPP, DEPA, USJDTA, RCEP 등 주요 협정을 비교·분석하여 독립형 DTA가 직면한 국제경제법적 한계를 규명하고 한일 DTA를 위한 규범설계 방안을 제시한다. 독립형 DTA는 FTA 체계 밖에서 체결되므로 GATS 제II조 최혜국대우(MFN) 원칙과의 정합성 문제, GATS 제V조 경제통합 요건 충족의 어려움, WTO 서비스체계와의 제도적 불연계, 그리고 관세 양허 정지와 같은 교차보복 수단의 부재로 인한 집행력의 한계라는 구조적 취약성을 안고 있다.

이러한 한계를 우회하기 위해 한일 DTA는 첫째, 양국이 모두 EU 적정성 결정을 받은 높은 수준의 개인정보 보호 체계를 바탕으로 ‘상호 적정성 인정 체계’를 구축하고, 비당사국에도 개방된 절차를 마련함으로써 GATS 제XIV조 일반적 예외 및 두문(chapeau) 심사를 통과할 수 있도록 설계되어야 한다. 둘째, 양자 간 양허표를 통한 직접적 시장개방 대신 디지털 신원인증, 전자송장, 전자결제, 전자인증 및 전자서명의 ‘상호운용성(Interoperability)’을 확보하여 국경 간 서비스 공급(Mode 1)의 거래비용을 실질적으로 절감하는 규범 중심의 접근을 취해야 한다. 셋째, 실효성 있는 분쟁해결체계를 위해 중첩 위반 사안의 경우 RCEP·WTO 등 타 협정 분쟁해결기구로의 포럼 선택권을 명시하여 교차보복 수단을 우회 확보하고, 고유 위반에 대해서는 상호운용성 혜택의 선별적 정지 및 금전적 평가 방식을 도입하는 이원적 구조의 조항 설계를 제안한다. 본 연구는 한일 독립형 DTA가 양국 간 협력을 넘어 아태 지역의 디지털 통상규범을 연결하고 새로운 국제

* 대외경제정책연구원 무역통상안보실 무역협정팀 전문연구원

디지털 통상질서에서 한국이 규범 형성을 주도하는 핵심 플랫폼이 될 수 있음을 시사한다.

• 논문제출: 2026. 07. 05. • 심사개시: 2026. 07. 08. • 게재확정: 2026. 07. 22.

I. 서론

글로벌 디지털 통상 환경은 최근 다자주의 규범 체제의 약화와 함께 근본적인 전환기를 맞이하고 있다. 특히 2026년 3월 제14차 WTO 각료회의에서 전자적 전송물에 대한 무관세 모라토리엄의 다자적 연장 합의가 무산된 것은 다자 통상 체제가 디지털 경제의 변화 속도를 따라가지 못하고 있음을 드러낸다. 이로 인해 한국과 일본을 포함한 주요국들은 ‘WTO 전자상거래 협정’의 임시이행과 같은 대안에 의존하고 있으나, 이는 전 지구적인 규범 통일성을 담보하기에는 부족하며 결과적으로 ‘규범 파편화(Fragmentation)’라는 또 다른 통상 리스크를 야기하고 있다.

이러한 다자 규범의 공백 속에서, 거대 플랫폼 경제권의 규제 홍수에 직면한 개별 국가들은 상호 운용성과 신뢰를 기반으로 한 디지털 무역 협정(Digital trade agreement, 이하 DTA)을 통해 대응을 모색하고 있다. 한일 양국은 역내포괄적경제동반자협정(Regional Comprehensive Economic Partnership, 이하 RCEP)을 통해 일정 수준의 디지털 통상규범을 공유하고 있으나, RCEP의 규범 수준만으로는 고도화된 디지털 경제에서 요구되는 데이터 이동, 상호운용성, 전자적 신원인증 및 분쟁해결 메커니즘을 충분히 규율하기 어렵다. 따라서 양국 간 보다 높은 수준의 디지털 통상규범을 마련하기 위한 별도의 협정 체결 필요성이 제기되고 있다.

디지털 통상규범에 관한 선행연구는 국내에서는 디지털통상협정의 유형을 FTA 내 챕터 형식, FTA 챕터를 대체·개정하는 부속협정 형식, 연계된 무역협정이 없는 독립협정 형식으로 구분하고 한국형 표준모델을 모색한 연구¹⁾, 디지털 통상규범의 발전 동향과 ‘디지털 제품’ 개념의 법적 모호성 등 통상법적 쟁점을 검토한 연구²⁾, 디지털경제동반자협정(Digital Economy Partnership Agreement, 이하 DEPA)의 통상법적 내용과 이행 방안을 분석한 연구³⁾ 등이 축적되어 왔다. 해외에서는 Burri 등이 TAPED 데이터베이스에 기반하여 디지털 통상규범의 진화를 실증적으로 추적하면서, 디지털 무역협정의 경우 DEPA처럼 단독으로(stand-alone) 추진될 수도 있고, 호주·싱가포르 협정처럼 기존/신규 무역 협정의 일부로 추진될 수도 있다고 보며 독립된 DEA가 포괄적인 무역을 다루지 않기 때문에, 향후 기존 WTO 체제(GATT 및 GATS) 하에서 합법적인 자유무역협정으로 인정받을 수 있을지에 대한 의문이 있다고 밝혔다.⁴⁾ GATS 법리의 관점에서는 데이터 현지화(Data localization) 등 새

1) 권현호 외., 「디지털통상협정의 한국형 표준모델 설정 연구」, 대외경제정책연구원 연구보고서 (2023).

2) 김민정, “디지털통상 규범 발전과 통상법 쟁점 연구”, 「통상법무정책」 제1호 (2021).

3) 손기윤, “디지털경제동반자협정(DEPA)의 통상법적 분석 및 효과적인 이행 방안”, 「무역통상학회지」 제23권 제5호(2023)

로운 유형의 디지털 무역장벽에 대한 GATS 체계의 구조적 한계를 분석하고 개인정보 보호 조치의 GATS 제XIV조에 의한 정당화 가능성을 검토한 Mishra 등의 연구가 대표적이다.⁵⁾ Streinz는 CPTPP형 데이터 규범이 특정한 규제철학을 반영한 것이라는 비판적 관점에서, 현재의 디지털 통상협상이 전통적인 무역·투자법과 개념적으로 구별되는 새로운 ‘국제경제데이터법’의 설계 과정임을 논증하였다.⁶⁾

그러나 이들 선행연구는 독립형 DTA의 WTO법상 정합성 문제를 제기하는 수준에 머물러 있으며, FTA 체계 밖에서 체결되는 독립형 DTA를 하나의 협정 유형으로 설정하여 GATS 제V조의 요건 포섭 여부를 조문 단위로 분석하고, 나아가 분쟁 해결 및 집행력 확보를 위한 구체적인 조항 설계까지 나아간 연구는 국내외를 막론하고 찾아보기 어렵다. 이에 본 연구는 CPTPP, DEPA, USJDTA, RCEP 등 주요 디지털 통상협정을 비교·분석하여 독립형 DTA의 국제경제법적 한계를 규명하고, 분쟁 해결 메커니즘과 규범설계 방안을 도출하는 것을 목적으로 한다. 나아가 한일 DTA를 사례로 시장개방의 공백, MFN 원칙과의 관계, 데이터 이동 및 상호운용성 확보 방안을 검토하고, 실효적인 협정모델을 제시하고자 한다.

II. 독립형 디지털무역협정의 등장과 주요 모델

1. 독립형 DTA의 등장 배경

디지털 경제의 급격한 팽창에도 불구하고, 이를 규율할 다자 통상 체제는 구조적인 한계에 봉착해 있다. WTO는 1998년 전자상거래 작업프로그램(Work Programme on Electronic Commerce)을 채택한 이후 전자적 전송물에 대한 무관세 모라토리엄을 각료회의마다 연장하여 왔으나, 2026년 3월 제14차 각료회의(MC14)에서 연장 합의에 이르지 못함에 따라 모라토리엄은 같은 해 3월 30일자로 만료되었다.⁷⁾

4) Mira Burri, María Vázquez Callo-Müller and Kholofelo Kugler, “The Evolution of Digital Trade Law: Insights from TAPED”, 「World Trade Review」 (2024) 협정 유형론 일반에 관하여는 Mira Burri, “Digital Trade: New Design Elements in Preferential Trade Agreements”, in Kathleen Claussen, Manfred Elsig and Rodrigo Polanco (eds), 「The Concept Design of a Twenty-First Century Preferential Trade Agreement」 (2024), pp. 146-167; Mira Burri and Rodrigo Polanco, “Digital Trade Provisions in Preferential Trade Agreements: Introducing a New Dataset”, 「Journal of International Economic Law」, Vol. 23, No. 1 (2020), pp. 187-220 참조.

5) Andrew D. Mitchell and Neha Mishra, “Data at the Docks: Modernizing International Trade Law for the Digital Economy”, 「Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law」, Vol. 20, No. 4 (2018); Neha Mishra, “Privacy, Cybersecurity and GATS Article XIV: A New Frontier for Trade and Internet Regulation?”, 「World Trade Review」, Vol. 19, No. 3 (2020), pp. 341-364; Neha Mishra, 「International Trade Law and Global Data Governance」 (Hart Publishing, 2024).

6) Thomas Streinz, “Digital Megaregulation Uncontested? TPP’s Model for the Global Digital Economy”, in Benedict Kingsbury et al. (eds), Megaregulation Contested: Global Economic Ordering After TPP (Oxford University Press, 2019), pp. 312-342; Thomas Streinz, “Designing International Economic Data Law”, Proceedings of the ASIL Annual Meeting (2021).

7) WTO, Declaration on Global Electronic Commerce, WT/MIN(98)/DEC/2 (adopted 20 May 1998); WTO General Council, Work Programme on Electronic Commerce, WT/L/

다자차원의 디지털 통상 규범을 수립하기 위한 시도로 2019년 5월 협상이 개시된 WTO 전자상거래 협상(WTO 전자상거래 공동성명 이니셔티브, Joint Statement Initiative, JSI)는 2024년 7월 91개국이 참여한 가운데 「전자상거래협정(Agreement on Electronic Commerce, ECA)」 문안의 타결에 이르렀다. 2024년 12월에는 72개 공동제안국이 WTO 설립협정 제X조 제9항에 따라 동 협정을 부속서 4의 복수국간 무역협정으로 편입할 것을 일반이사회에 요청하였다.⁸⁾ 그러나 제X조 제9항의 편입 결정은 전적으로 컨센서스에 의하여만(exclusively by consensus) 이루어지도록 규정되어 있고, 복수국간 이니셔티브의 절차적 적법성 자체를 문제 삼는 일부국가 등의 반대가 지속됨에 따라 법적 편입은 좌초 상태에 아직 머물러 있다. 이에 한국·일본·EU·중국 등 66개 참여국은 WTO 체제 내 편입을 기다리지 않고 ECA를 ‘임시 이행(provisional implementation)’하기로 선언하기에 이르렀다.⁹⁾

다자 규범의 공백은 지역·양자 차원의 ‘디지털 규범 경쟁’을 가속화하는 기폭제가 되었다. 초기의 디지털 통상규범은 CPTPP나 USMCA에서 보듯 포괄적 FTA의 전자상거래 챕터라는 형식으로 발전하였으나, 포괄적 FTA는 상품 양허·원산지·농업 등 정치적으로 민감한 의제를 수반하여 협상 개시와 타결에 막대한 시간과 정치적 비용이 소요된다는 한계를 안고 있다. 이에 반해 디지털 통상규범만을 분리하여 협상하는 방식은 민감 의제와의 연계를 차단함으로써 신속한 타결을 가능하게 하고, 기술 변화에 대응한 규범의 갱신에도 유리하여 DEPA 및 미일 디지털무역협정(USJDTA)등의 디지털 무역협정이 나타나게 되었다.

2. 디지털무역협정(DTA)의 개념과 유형

디지털 통상 협정(Digital Trade Agreement, DTA)은 디지털 경제 환경에서 데이터의 국경 간 이동, 디지털 제품의 비차별 대우, 컴퓨팅 설비 현지화 금지 등 디지털 무역 환경에서 발생하는 다양한 규범적 이슈를 체계화하여 명문화한 국제 협정을 의

274 (30 September 1998). 모라토리엄은 1998년 제2차 각료회의 이후 각료회의마다 연장되어 왔으나, 가장 최근의 연장 결정인 WTO, Ministerial Decision on the Work Programme on Electronic Commerce, WT/MIN(24)/38 - WT/L/1193 (2 March 2024)에 따라 제14차 각료회의(MC14) 또는 2026년 3월 31일 중 먼저 도래하는 시점에 종료되는 것으로 예정되었고, MC14(2026.3.26.-30)에서 연장 합의가 무산됨에 따라 2026년 3월 30일자로 만료되었다. WTO, “Work Programme on E-Commerce, Moratorium,” https://www.wto.org/english/rtatop_e/ecom_e/ecom_work_programme_e.htm (최종방문일: 2026. 6. 30.).

8) WTO, Incorporation of the Agreement on Electronic Commerce into Annex 4 of the WTO Agreement, WT/GC/W/955, 5 December 2024; WTO, Incorporation of the Agreement on Electronic Commerce into Annex 4 of the WTO Agreement, WT/GC/W/963, 6 February 2025.; WTO, Incorporation of the Agreement on Electronic Commerce into Annex 4 of the WTO Agreement, WT/GC/W/963/Rev.1, 3 December 2025

9) WTO, “Members adopt a pathway to bring E-Commerce Agreement into force via interim arrangements,” https://www.wto.org/english/news_e/news26_e/mc14_28mar26_341_e.htm (최종방문일: 2026. 6. 30.)에 따르면, ECA는 2019년 5월 협상이 개시되어 2024년 7월 협정문이 타결되었으나, WTO 협정 부속서 4 편입에 필요한 컨센서스를 확보하지 못하였다. 이에 MC14에서는 66개 참여국이 Interim Arrangements를 채택하여 협정의 우선 발효 절차를 마련하는 한편, WTO 협정체계 내 편입을 계속 추진하기로 합의하였다. WTO, Declaration on Interim Arrangements for the Agreement on Electronic Commerce, WT/MIN(26)/W/26, 28 March 2026(circulated 29 March 2026). 제5항에 따르면 임시 이행 협정은 45개국의 수락서 기탁으로 발효된다.

미한다. DTA는 협정이 지향하는 구조와 시장 개방의 방식에 따라 크게 ‘FTA 기반형’과 ‘독립형’으로 구분할 수 있다.

FTA 기반형 DTA(FTA-integrated DTA)란 포괄적 자유무역협정(FTA) 내의 한 챕터(Chapter)로서 디지털 통상 규범을 통합적으로 포함하는 형태를 의미한다. FTA의 통합 분쟁해결절차(Dispute Settlement Mechanism)를 준용하므로, 위반 시 관세 양허 정지 등 강력한 ‘교차 보복(Cross-retaliation)’ 수단을 확보하여 높은 이행 강제력을 갖는 특징이 있다. 포괄적 FTA의 서비스 양허표(Schedule of Commitments)를 통해 특정 디지털 서비스 업종의 시장 개방과 진입 장벽 철폐를 직접적으로 다룰 수 있다는 법적 이점이 있다. 가장 대표적인 FTA 기반형 DTA로는 CPTPP의 전자상거래 챕터와 USMCA의 디지털 무역 챕터를 들 수 있다. FTA 기반형 DTA의 내용은 협정별·시기별로 차이가 있으나, 대체로 ① 전자적 전송물에 대한 무관세, ② 디지털 제품에 대한 비차별 대우, ③ 국경 간 데이터 이전의 보장, ④ 컴퓨팅 설비 현지화 요구 금지, ⑤ 소스코드 공개 요구 금지, ⑥ 개인정보 보호 및 온라인 소비자 보호를 위한 국내 법제 정비 의무를 공통적인 규범 요소로 포함하며, 최근에는 전자송장·전자결제의 상호운용성, 인공지능 거버넌스 협력 등으로 규율 범위가 확장되는 추세를 보인다.

또한 한싱 DPA나 최근 타결된 한EU DTA의 경우 기존의 한싱 FTA 또는 한EU FTA의 전자상거래 챕터 또는 서비스 챕터의 전자상거래 관련 규범을 대체하도록 하여 기존 FTA의 서비스 및 투자 분야와 연계하여 디지털 통상규범을 다루고 있어서 FTA 기반형 DTA로 분류할 수 있다. 이러한 FTA 기반형 DTA의 경우 포괄적 FTA의 서비스 양허표를 통해 시장 개방 수준이 명확히 규정되어 있으며, 협정 위반 시 FTA의 통합 분쟁해결기구를 통한 강제력 있는 대응이 가능하며 FTA 예외로 인정받을 수 있으므로 MFN 문제로 부터도 자유롭다.

[표 1] 주요 디지털 무역 협정의 규범 수준 비교

	광의적 의미의 DTA							
	WTO ECA	FTA의 일부			FTA 기반 DTA		독립형 DTA	
		CPTPP ch.14	USMC A ch.19	RCEP ch.12	한싱 DPA	한EU DTA	DEPA	USJD TA
발효일	발효전	‘18.12.30	‘20.7.1	‘22.1.1 ¹⁰⁾	‘23.1.14	발효전	‘21.1.7 ¹¹⁾	‘20.1.1
체결국	82개국 지지 ¹²⁾	일본, 호주 등 12개국 ¹³⁾	미국, 캐나다, 멕시코	한·중·일, 아세안 등 15개국 ¹⁴⁾	한국, 싱가포르	한국, EU	칠레, 싱가포르, 뉴질랜드	미국, 일본
관세	11	14.3	19.3	12.11	14.5	7	3.2	7
비차별대우	-	14.4	19.4	-	14.6	-	3.3	8
국내 전자 거래 체계	4	14.5	19.5	12.10	14.7	-	2.3	9

전자인증·전자서명	5	14.6	19.6	12.6	14.8	10	-	10
전자계약	6	-	-	-	-	9	-	-
물류	-	-	-	-	14.9	-	2.4	-
전자송장	7	-	-	-	14.10	17	2.5	-
전자지급	10	-	-	-	14.11	20	2.7	-
종이없는무역	8	14.9	19.9	12.5	14.12	18	2.2	-
특송화물	-	-	-	-	14.13	-	2.6	-
인터넷 접근·이용 원칙	13	14.10	19.10	-	14.24	15	6.4	-
국경간 데이터 이전	-	14.11	19.11	12.15	14.14	5	4.3	11
컴퓨팅 설비 위치	-	14.13	19.12	12.14	14.15, 14.16		4.4	12,13
정부정보개방	12	-	19.18	-	14.26	16	9.5	20
개인정보보호	16	14.8	19.8	12.8	14.17	6	4.2	15
온라인 소비자보호	14	14.7	19.7	12.7	14.21	12	6.3	14
소스코드	-	14.17	19.16	-	14.19	11	-	17
암호사용 ICT제품	-	(Annex 8-B)	(Annex 12-C)	-	14.18	-	3.4	21
스팸메시지	15	14.14	19.13	12.9	14.20	13	6.2	16
사이버 보안	17	14.16	19.15	12.13	14.22	21	5.1	19
디지털 포용	20	-	-	-	-	24	11.1	-
플랫폼 사업자 면책	-	-	19.17	-	-	-	-	18
인공지능	-	-	-	-	14.28	-	8.2	-

* 자료: 강민지, 「AI 시대의 디지털 통상규범 연구」, KIEP 연구자료 25-09 (2025), pp.45-46.를 기초로 일부 변형

독립형 DTA (Stand-alone DTA)란 포괄적 FTA의 틀 밖에서 디지털 통상 규범만을 목적으로 독립적으로 체결되는 협정을 의미한다. 관세 보복과 같은 강력한 연계 수단 확보가 어려워, 위반 시 이행 강제력에 상대적인 한계가 존재한다. 따라서 직접

10) 2022.1.1. 중국, 일본, 브루나이, 캄보디아, 라오스, 싱가포르, 태국, 베트남, 호주, 뉴질랜드 등 10개국 발효, 2022.2.1 우리나라 발효, 2022.3.18. 말레이시아 발효, 2023.1.2. 인도네시아 발효, 2023.6.2. 필리핀 발효

11) 2021.1.7. 싱가포르, 뉴질랜드 발효, 2021.11.23. 칠레 발효, 2024.5.3. 한국 발효

12) 91개국이 협상에 참여하였으나 미국, 브라질, 인도네시아, 튀르키예 등 일부 국가가 안정화본에 대해 지지를 표명하지 않았으며 총 82개국만이 지지를 표명하였다. WTO, Joint Statement Initiative on Electronic Commerce(Stabilized Text), INF/ECOM/87, 26 July 2024

13) 호주, 캐나다, 일본, 멕시코, 뉴질랜드, 싱가포르, 베트남, 페루, 말레이시아, 칠레, 브루나이, 영국 등 12개국 (2024년 12월 15일 영국 가입)

14) 아세안 10개국(베트남, 인도네시아, 태국, 필리핀, 싱가포르, 말레이시아, 브루나이, 캄보디아, 라오스, 미얀마), 한국, 중국, 일본, 호주, 뉴질랜드 등 15개국

적인 시장 개방보다는 데이터 이동, 암호화기술 사용 ICT 제품 조항 등 규범 중심의 구성이 주를 이루게 된다. 독립형 DTA는 WTO 협정이 명시적으로 예정하고 있는 독립된 법적 범주라기보다는, 최근 디지털통상협정의 분화과정을 설명하기 위하여 설정할 수 있는 분석적 협정 유형이다. 본 연구는 독립형 DTA를 ① 포괄적 FTA와 별개의 조약으로 체결되어 법적 자율성을 가질 것, ② 상품 및 서비스 양허표를 통한 전통적인 시장개방 구조를 포함하지 않을 것, ③ 데이터 이동, 전자인증, 전자송장, 전자결제 및 디지털 신원 등 규제와 디지털 인프라의 상호운용성을 핵심 기능으로 할 것이라는 세 가지 요소를 중심으로 파악한다. 이러한 점에서 독립형 DTA는 포괄적 FTA의 일부를 구성하고 서비스 양허 및 통합적 분쟁해결체제와 결합되는 FTA 기반형 디지털통상협정과 구별된다. 이러한 법형식 및 기능상의 차이는 GATS 제V조에 의한 정당화 가능성, WTO 규범과의 관계 및 협정 위반 시 이용할 수 있는 이행확보 수단에도 차이를 발생시킨다.

독립형 DTA의 가장 대표적인 예로는 디지털경제동반자협정(이하 DEPA)와 미일 디지털무역협정(이하 USJDTA)를 들 수 있다. DEPA는 한국, 싱가포르, 뉴질랜드, 칠레가 참여하는 대표적인 독립형 협정으로, 14개의 독립된 ‘모듈(Module)’로 구성된 모듈형 구조를 취하고 있다. 초기에는 연성 규범(Soft Law)에 가까웠으나, 한국이 가입하면서 개정 의정서를 통해 분쟁해결절차를 보완하며 강제력을 확보하였다. 직접적인 시장 개방보다는 전자송장, 디지털 신원확인 등 디지털 인프라의 ‘상호운용성(Interoperability)’을 통해 실질적인 무역 비용 절감을 추구하는 것이 특징이다.

미·일 디지털무역협정(USJDTA) 역시 현재로서는 FTA 틀 밖에서 체결된 대표적인 독립형 DTA으로 볼 수 있다. 미일 간의 미완성 무역 패키지의 일부로 양국 간 서비스 양허표가 없으므로 정식 FTA 기반으로 보기는 어려우나 규범의 구속력과 성격이 USMCA 등 높은 수준의 FTA 디지털 챕터와 유사한 FTA형 디지털 규범을 강제하고 있다. 일본과 미국은 CPTPP(과거 TPP)의 원안을 함께 만들었던 국가로 비록 미국이 CPTPP에서 탈퇴했으나, 일본의 서비스 시장 개방 수준(네거티브 방식의 개방)은 이미 CPTPP를 통해 세계 최고 수준으로 올라와 있었다. 이에 미·일은 별도의 서비스 양허표를 작성하지 않고 서로가 이미 다른 협정을 통해 개방하고 있는 서비스 시장의 수준을 신뢰하고, 그 위에 디지털 규범만 없는 방식을 취한 것으로 보인다. 또한 관세 보복과 같은 FTA식 강제력은 없으나, 미국의 경우 통상법 제 301조에 기한 일방적 조치의 가능성이 사실상(de facto)의 이행 압박 수단으로 작용할 수 있다. 다만 제301조에 기한 일방적 조치는 WTO 협정 위반 사안에 관한 한 DSU 제23조의 다자절차 전속 원칙과 긴장 관계에 있다는 점이 US - Section 301 사건에서 확인된 바 있으므로,¹⁵⁾ 이는 국제법상 정당한 집행 메커니즘이라기보다 협정 준수를 유도하는 정치·외교적 압박 요인으로 이해함이 맞을 것으로 보인다.

ECA의 경우 설립협정 제X조 제9항에 따른 부속서 4 편입이 이루어지지 않은 상태에서 참여국들이 ECA를 WTO 체제 밖에서 조약으로 발효시키는 것은, 법형식의 관점에서 ECA 자체가 66개국 간의 ‘복수국간 독립형 디지털무역협정’으로 기능하게 됨을 의미한다. 다시 말해 다자 규범의 공백을 메우기 위해 출발한 JSI가 현재로서는, 본 논문이 분석하는 독립형 DTA와 구조적으로 유사하게 된다. 그 결과 ECA 역

15) Panel Report, United States - Sections 301-310 of the Trade Act of 1974, WT/DS152/R (adopted 27 January 2000).

시 독립형 DTA가 직면하는 것과 동일한 국제경제법적 질문인 당사국 간 특혜적 규범이 GATS 제II조의 최혜국대우와 어떻게 정합할 것인지, WTO 분쟁해결기구의 관할 밖에서 이행을 어떻게 담보할 것인지 등에 노출된다. 이는 독립형 DTA의 법적 지위에 관한 본 연구의 분석이 양자·지역 협정의 차원을 넘어, 향후 복수국간 규범 일반의 다자체제 편입 방법론이라는 WTO 개혁의 핵심 의제로 확장될 수 있음을 시사한다.

III. 독립형 DTA의 국제경제법적 한계

1. DTA의 WTO협상 법적 지위

디지털무역협정은 WTO 규범을 대체하기보다는 WTO가 충분히 규율하지 못하는 디지털 통상 분야를 구체화하거나 보완하기 위해 마련되었다. 이러한 점에서 일정한 범위에서는 WTO 규범에 대한 특별규범(*lex specialis*)으로 기능할 가능성이 있다. 다만 그 적용범위와 우선순위는 협정의 내용과 국제법상 조약 해석 원칙에 따라 개별적으로 판단되어야 할 것이다.

DTA와 WTO 규범이 동시에 적용되는 분쟁에서는 WTO 분쟁해결기구가 독립형 DTA 자체를 직접 적용하기는 어렵다. 다만 WTO 협정의 해석 과정에서 VCLT 제31조 제3항 (c)의 ‘당사국 간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙’으로서 문맥과 함께 참작될 수 있는지가 중요한 쟁점으로 제기될 수 있다. 이와 관련하여 WTO 상소기구가 Peru - Agricultural Products 사건에서 제시한 법리는 독립형 DTA와 WTO 규범의 관계를 이해하는 데 중요한 시사점을 제공한다. 동 사건에서 페루는 문제된 조치가 페루·과테말라 FTA에 의해 허용된다는 점을 들어 WTO의 무 위반의 정당화를 시도하였으나, 상소기구는 FTA 규정이 VCLT 제31조 제3항 (c)의 ‘당사국 간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 관계규칙’으로서 WTO 협정 문언의 통상적 의미를 벗어나는 해석의 근거가 될 수 없으며, WTO 협정상 의무·의무를 당사국 간 합의로 수정하는 것은 개정, 의무면제, 예외 등 WTO 협정 자체가 예정한 절차에 의하여야 한다는 취지로 판시하였다.¹⁶⁾ 이 법리에 따르면, 독립형 DTA가 WTO의 예외 요건을 충족하지 못하는 한, 당사국들이 DTA를 원용하여 WTO 협정상 의무의 이행을 거부하거나 그 해석을 변경할 수 있는 여지는 매우 제한적이다.

2. FTA 부재에 따른 법적 한계

(1) WTO 다자규범과의 정합성 문제

독립형 DTA가 형식적으로는 국적 중립적인 규범을 채택하더라도 그 혜택이 실질

16) Appellate Body Report, Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products, WT/DS457/AB/R (adopted 31 July 2015), paras. 5.94-5.113.

적으로 당사국의 서비스 및 서비스 공급자에게만 귀속되는 구조라면 제II조 위반의 문제가 발생할 수 있다. 독립형 DTA가 GATS 제II조 제1항의 최혜국대우(MFN) 의무를 위반하는지 여부를 판단하기 위해서는 WTO 분쟁해결기구의 확립된 판례(특히 EC - Bananas III, Canada - Autos 사건)에 따른 성립 요건을 검토해야 한다.¹⁷⁾

우선 GATS의 적용 대상이 되는 ‘회원국에 의한 조치(measures by Members)’의 존재 및 범위가 확정되어야 한다. GATS 제XXVIII조 (a)항은 회원국에 의한 조치를 법률, 규정, 규칙, 절차, 결정, 행정조치 기타 모든 형태를 포함하는 것으로 포괄적으로 정의한다. 여기서 독립형 DTA 자체가 조치에 해당하는지, 아니면 이를 이행하기 위한 국내 입법이나 행정조치가 조치에 해당하는지가 문제된다. 판례상 국제협정 그 자체뿐만 아니라 이를 국내적으로 집행하는 법령 및 구체적 처분 모두 GATS상의 ‘조치’를 구성할 수 있다.¹⁸⁾ 한일 DTA의 경우, 협정 규범 그 자체가 비당사국 서비스 및 서비스공급자에게 특정 혜택을 배제하는 구조를 가지고 있다면 협정 자체가 조치로서 다투어질 수 있으며, 나아가 데이터 국경 간 이동 허용이나 디지털 인프라 상호운용을 위해 개정되는 양국의 국내 개인정보보호법이나 전자상거래법의 적용 등도 분쟁해결의 대상 조치가 될 수 있다.

또한 당해 조치가 ‘서비스무역에 영향을 미치는 조치(measures affecting trade in services)’여야 한다. 상소기구는 GATS가 적용되는지 여부의 선결 문제로서, ① 제I조 제2항의 의미에서 ‘서비스무역’이 존재하는지, 그리고 ② 해당 조치가 제I조 제1항의 서비스무역에 ‘영향을 미치는지’라는 두 가지 쟁점을 순차적으로 검토하여야 한다고 판시하였다.¹⁹⁾ 독립형 DTA 하에서 이루어지는 디지털 신원인증의 상호인정, 전자송장 및 전자서명의 상호운용성 확보 조치 등은 표면적으로는 기술적 규범이나 무역 인프라 정비로 보이지만, 실질적으로는 국경 간 서비스 공급(Mode 1) 및 상업적 주재(Mode 3)를 통한 디지털 서비스 공급의 비용과 편의성에 영향을 미치므로 GATS의 관할권 내에 있는 서비스무역에 영향을 미치는 조치로 볼 수 있다.

또한 협정 당사국(예: 일본)이 비당사국(예: 미국 또는 EU)의 ‘동종 서비스 및 서비스공급자(like services and service suppliers)’에 비해 다른 당사국(예: 한국)의 서비스 및 서비스공급자에게 ‘불리하지 아니한 대우(treatment no less favourable)’를 제공하였는지 여부가 심사된다. 판례에 따르면 동종성(likeness)은 서비스의 특성, 소비자의 인식, UN CPC 분류 등을 기준으로 판단되며, 독립형 DTA의 혜택을 받는 한국의 디지털 서비스와 비당사국의 서비스는 본질적으로 동종성을 가질 가능성이 매우 높다.²⁰⁾ 나아가 ‘불리한 대우’는 법률상(de jure) 차별뿐만 아니라 실질적인 경쟁조건의 왜곡(de facto 차별)까지 포함된다.²¹⁾ 한일 독립형 DTA가 디지털 상호운용

17) GATS 제II조 제1항의 MFN 의무에 관한 분석 순서에 대해서는 Appellate Body Report, Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R (adopted 19 June 2000), paras. 151 - 152.

18) Appellate Body Report, EC - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R (adopted 25 September 1997), para. 220.

19) Appellate Body Report, Canada - Autos, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, para. 155.

20) 동종성 판단 기준에 관하여는 Appellate Body Report, EC - Bananas III, WT/DS27/AB/R, paras. 233 - 234 참조. 동 사건에서 상소기구는 서비스 및 서비스공급자의 동종성 판단이 서비스의 특성과 서비스 소비자의 인식 등 관련 요소를 종합적으로 고려하여 이루어져야 한다고 판단하였다.

성 혜택이나 국경간 데이터 자유 이전이 가능하도록 하는 것을 오직 협정 당사국 공급자에게만 배타적으로 부여하고, 동종의 서비스를 공급하는 비당사국 공급자에게는 엄격한 국내 규제를 그대로 적용한다면, 이는 비당사국 공급자의 경쟁 조건을 실질적으로 저하시키는 결과를 초래한다. 따라서 한일 DTA가 상호운용성 혜택과 데이터 이전의 자유를 협정 당사국에게만 배타적으로 부여하는 폐쇄형 구조를 유지하는 한, GATS 제II조 제1항 위반이 인정될 가능성이 높다.

그러나 이러한 결론은 혜택의 설계방식에 따라 달라질 수 있다. 적정성 인정 및 상호인정 절차를 비당사국에게도 개방하는 구조를 채택하는 경우에는 혜택의 구별 기준이 협정 가입 여부가 아니라 객관적 요건의 충족 여부가 되므로, 제II조 위반 자체가 다시 문제될 수 있다. 이에 대해서는 제IV장에서 검토한다.

이러한 차별적 혜택을 정당화하는 첫 번째 경로는 GATS 제V조의 경제통합 예외이다. 그러나 독립형 DTA의 경우 FTA에 기반한 DTA와 달리 GATS 제V조의 요건별로 따져보았을 때 예외에 해당되기 어려울 수 있다.

첫째, 제V조 제1항 (a)는 협정이 ‘상당한 부문별 대상범위(substantial sectoral coverage)’를 가질 것을 요구하며, 동 항의 각주 1은 이를 부문의 수(number of sectors), 영향을 받는 무역량(volume of trade affected), 공급형태(modes of supply)라는 세 가지 기준에 비추어 판단하되 특정 공급형태를 사전에 제외하는 협정은 이 요건을 충족하지 못한다고 규정한다. 독립형 DTA는 W/120 서비스 분류상의 특정 ‘분야’를 대상으로 자유화 약속을 하는 것이 아니라, 디지털 방식으로 공급되는 서비스 일반에 적용되는(cross-cutting) 규범을 설정하는 것이다. 디지털화의 진전으로 사실상 대부분의 서비스 부문이 영향을 받는다는 점에서 ‘영향을 받는 무역량’ 기준의 충족을 주장할 여지가 전혀 없는 것은 아니나, 분야별 양허 구조 자체가 부재한 협정에 대해 ‘분야의 수’ 기준을 적용하는 것은 개념적으로 곤란하며, 협정이 사실상 Mode 1(국경 간 공급)에 집중되어 있다는 점은 공급형태 기준과의 긴장을 야기한다.

둘째, 제V조 제1항 (b)는 당사국 간에 제XVII조(내국민대우)상의 ‘실질적으로 모든 차별의 부재 또는 철폐(absence or elimination of substantially all discrimination)’를 요구한다. 이 요건은 시장접근 및 내국민대우에 관한 구체적 약속의 존재를 전제로 하는 것인데, 독립형 DTA는 양허표 자체가 없다. 따라서 데이터 이전 보장이나 설비 현지화 금지와 같은 규범적 의무만으로 서비스무역 전반에 걸친 ‘차별의 실질적 제거’가 이루어졌다고 평가하기는 어렵다.

셋째, 설령 위 요건들이 충족된다고 가정하더라도, 제V조 제7항의 서비스무역이사회의 통보 의무가 이행되지 않는 현재의 관행 하에서는 다자적 검토를 통한 정당성 확인 절차 자체가 작동하지 않는다. 요컨대 독립형 DTA는 제V조가 예정한 경제통합 협정의 구조적 표지인 부문별 양허, 차별의 철폐, 다자적 통보·검토 등을 결여하고 있다. 따라서 독립형 DTA의 MFN 정합성 확보는 제V조의 경제통합 예외가 아니라 제XIV조의 일반적 예외를 통해 모색될 수밖에 없다.

이에 GATS 제XIV조(a) ‘공공도덕 및 질서 유지’ 또는 (c)(ii) ‘개인정보 보호’를 위한 정당한 예외로 원용될 수 있을 것이다. 이에 대해서는 다음 장에서 GATS 제XIV조 판단과 함께 더 살펴보기로 한다.

21) Appellate Body Report, Canada - Autos, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, paras. 170 - 171.

(2) WTO 서비스체계의 제도적 불연계

WTO 서비스무역은 각국이 제출하는 양허표를 통하여 시장개방 수준을 투명하게 관리한다. 반면 독립형 DTA는 대부분 이러한 양허표 방식을 채택하지 않고 규범 중심(rule-based)의 협정으로 운영된다. 또한 GATS 제V조 제7항은 경제통합협정을 WTO 서비스무역이사회(Council for Trade in Services)에 통보하도록 규정하고 있으나, 독립형 DTA의 경우에는 WTO 통보를 하고 있지 않다. 독립형 DTA는 WTO 체계와 병존하면서도 실질적인 다자적 감독을 받지 않는다는 제도적 한계를 가진다.

(3) 분쟁해결체계의 한계

독립형 DTA는 WTO 협정이 아니므로 WTO 분쟁해결기구(DSB)의 관할 대상이 아니다. 따라서 협정 위반이 발생하더라도 WTO 패널이나 상소절차를 이용할 수 없으며, 각 협정에서 규정한 별도의 분쟁해결절차에 의존하게 된다. 그러나 대부분의 DTA는 아직 충분한 판례가 축적되지 않았고, 분쟁 역시 많지 않아 규정 해석의 일관성과 예측가능성이 WTO보다 현저히 낮다.

(4) 협정 집행력의 한계

WTO 분쟁해결제도는 DSU 제22조에 따라 상대국이 관정을 이행하지 않을 경우 교차보복을 허용한다. 반면 독립형 DTA는 DTA 위반을 이유로 달리 합의하지 않는 한 WTO 협정상의 양허를 정지하거나 다른 분야에서 보복조치를 취하는 것은 국제법적으로 인정되기 어렵다. 결국 WTO에 비해 DTA의 강제집행력이 상대적으로 제한될 수 있다는 한계가 존재한다.

IV. 독립형 DTA의 규범설계와 한일 DTA 모델

1. WTO 규범과의 정합성 확보방안: 제II조 - 제VII조 - 제XIV조의 단계적 검토

(1) 단계적 심사 구조

앞서 III장에서 본 바와 같이, 한일 DTA에 기반한 상호 적정성 인정 체계가 그 혜택을 협정 당사국의 서비스 및 서비스공급자에게 배타적으로 귀속시키는 폐쇄형 구조로 설계·운용된다면 GATS 제II조 제1항의 최혜국대우 의무 위반이 성립할 수 있다. 그러나 이러한 결론은 조치의 설계에 따라 달라질 수 있는 것으로, 본 장에서 제안하는 바와 같이 적정성 인정의 기준과 절차가 비당사국에도 개방된 구조를 취한다면 심사는 다음의 세 단계로 전개된다. 제1단계로, 개방형 구조 하에서는 데이터 이전 허용 여부가 ‘협정 당사국인지 여부’가 아니라 ‘동등한 보호수준의 객관적 확인’이

라는 원산지 중립적 기준에 따라 결정되므로, 비당사국 서비스공급자의 경쟁조건이 사실상(de facto) 불리하게 변경되었다고 보기 어려워 제II조 위반의 성립 자체가 부정될 여지가 있다. 제2단계로, 상호인정의 성격을 갖는 요소에 대하여는 GATS 제VII조가 정한 절차적 요건을 이행함으로써 MFN 의무로부터 사전적으로 합법화되는 경로를 검토할 수 있다(후술하는 2. 참조). 제3단계로, 설령 제II조 위반이 인정되고 제VII조의 포섭도 부정되는 경우라 하더라도, 당해 조치는 제XIV조 (a)호 또는 (c)(ii)호의 일반적 예외에 의하여 정당화될 수 있다. 이하에서는 논증의 완결성을 위하여 위반이 성립함을 전제로 제XIV조 심사를 중심으로 검토하되, 제1·2단계의 논거가 제XIV조 두문 심사에서 다시 원용될 수 있음을 함께 보인다.

(2) GATS 제II조 위반 성립 여부와 개방형 설계

앞서 III장에서 살펴본 바와 같이, 한일 DTA와 이를 이행하는 국내 법령은 GATS 제XXVIII조 (a)의 ‘회원국에 의한 조치’에 해당한다. 또한 디지털 신원인증의 상호인정과 적정성 기반 데이터 이전은 Mode 1 서비스 공급에 직접 영향을 미치는 조치이며, 협정 당사국과 비당사국의 디지털 서비스 간에는 동종성이 인정될 가능성이 높다. 따라서 제II조 제1항의 판단은 결국 비당사국 서비스 및 서비스공급자에게 ‘불리한 대우’가 존재하는지 여부에 집중된다.

이와 관련하여 조치의 설계 방식은 중요한 의미를 갖는다. 앞서 검토한 위반론은 상호운용성 혜택과 데이터 이전의 자유를 협정 당사국에게만 배타적으로 부여하는 폐쇄형 구조를 전제로 하였다. 그러나 본 연구에서 제안하는 바와 같이 적정성 인정 및 상호인정의 기준과 절차를 사전에 투명하게 공표하고, 비당사국에게도 동일한 보호수준이나 기술적 요건을 충족하는 경우 동일한 혜택을 받을 수 있도록 허용하는 개방형 구조를 채택한다면, 혜택의 부여 여부는 협정 가입 여부가 아니라 객관적인 인정요건의 충족 여부에 따라 결정된다.

WTO 판례에 따르면 사실상(de facto) 불리한 대우는 해당 조치가 비당사국 서비스공급자의 경쟁조건을 당사국 서비스공급자보다 불리하게 변경하는 경우에 성립한다.²²⁾ 그러나 개방형 구조에서는 비당사국 공급자가 동일한 혜택을 받지 못하는 이유가 협정 당사국이 아니라는 사실 자체에 있는 것이 아니라, 요구되는 보호수준을 충족하지 못하였거나 필요한 인정절차를 완료하지 못한 데에 있다. 따라서 경쟁조건의 차이가 원산지 자체에서 비롯된 것이라고 보기는 어렵고, 이러한 점은 GATS 제II조 제1항 위반이 성립하지 않는다는 해석을 뒷받침하는 중요한 근거가 될 수 있다.

다만 이러한 위반 부정 논거에도 한계가 존재한다. 첫째, Argentina - Financial Services 사건에서 상소기구는 GATS 제II조와 제XVII조의 불리한 대우 여부는 경쟁조건의 변경을 기준으로 판단하여야 하며, 규제 목적이나 정책적 정당성은 제XIV조와 같은 예외조항 단계에서 검토되어야 한다고 판시하였다.²³⁾ 이 법리에 따르면

22) Appellate Body Report, EC - Bananas III, WT/DS27/AB/R, para. 234; Canada - Autos, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, paras. 170 - 171.

23) Appellate Body Report, Argentina - Measures Relating to Trade in Goods and Services, WT/DS453/AB/R (adopted 9 May 2016), paras. 6.103 - 6.106. 동 사건에서 상소기구는 패널이 ‘규제 측면(regulatory aspects)’을 동종성 및 불리한 대우 판단에 도입한 것을 과기하였다.

개방형 구조를 채택하였더라도 그 결과 비당사국 공급자의 경쟁조건이 실질적으로 불리하게 변경되었다고 인정된다면 제II조 위반 자체를 부정하기는 쉽지 않다. 결국 개방형 설계는 위반 단계에서보다는 예외 단계에서 그 정당성을 뒷받침하는 요소로 기능할 가능성이 크다.

둘째, 제도의 실제 운영을 고려하더라도 일정한 한계가 존재한다. 협정 발효와 동시에 한일 양국 간에는 상호 적정성 인정이 이루어지는 반면, 비당사국은 별도의 인정절차를 거쳐야 하므로 그 과정에서 일정 기간 경쟁조건의 비대칭이 발생할 수 있다. 이러한 이행기적 불균형은 개방형 구조를 채택하더라도 완전히 해소되기 어려운 문제이다.

결국 개방형 설계는 GATS 제II조 위반을 부정할 수 있는 유력한 해석론을 제공하지만, 이를 통해 MFN 위반 문제가 완전히 해소된다고 단정하기는 어렵다. 특히 Argentina - Financial Services 사건 이후의 WTO 판례에 비추어 보면, 개방형 구조는 위반 성립을 부정하는 논거라기보다 제XIV조 일반적 예외의 필요성 및 비차별성을 뒷받침하는 요소로 이해하는 것이 보다 타당하다. 따라서 한일 DTA의 MFN 정합성은 위반 부정이라는 하나의 논리에 의존하기보다는, 상호인정에 대해서는 GATS 제VII조에 따른 사전적 정당성을 확보하고, 나아가 GATS 제XIV조의 일반적 예외를 통한 사후적 정당화까지 함께 갖추는 다층적인 법적 구조를 통해 확보하는 것이 바람직하다. 이하에서는 이러한 관점에서 제VII조와 제XIV조의 적용 가능성을 차례로 검토한다.

(3) GATS 제VII조의 검토

GATS 제XIV조의 사후적 정당화에 앞서 검토되어야 할 것은 GATS 제VII조의 인정(recognition) 조항이다. 제VII조 제1항은 회원국이 서비스공급자의 승인·면허·증명에 관한 기준의 충족 여부를 판단함에 있어 특정 국가에서 취득한 교육, 경험, 면허, 증명 또는 충족된 요건을 인정할 수 있도록 허용하며, 이러한 인정은 관련국과의 협정에 기초하거나 자율적으로 부여될 수 있다고 규정한다. 이는 제II조의 MFN 의무에 대한 명시적 이탈을 허용하는 조항으로서, 다만 제2항에 따라 다른 이해관계 회원국에게 기존 협정에의 가입을 교섭하거나 이에 상당하는 협정을 교섭할 적절한 기회를 부여하여야 하고, 제3항에 따라 인정이 국가 간 차별의 수단이나 위장된 무역제한이 되어서는 아니 되며, 제4항에 따라 서비스무역이사회에 통보하여야 한다.²⁴⁾

한일 DTA가 예정하는 규범 요소 중 전자서명·디지털 신원인증의 상호인정, 클라우드 보안인증 등 적합성평가 결과의 상호수용은 서비스공급자에 대한 ‘증명(certification)’ 내지 ‘요건 충족’의 인정에 해당하므로 제VII조의 적용 대상에 포함될 수 있다. 반면 개인정보 보호 체계에 대한 적정성 인정이 제VII조의 ‘인정(recognition)’에 해당하는지는 별도의 검토를 요한다. 적정성 인정은 개별 서비스공급자의 자격이나 증명이 아니라 상대국 법제 전반의 보호수준에 대한 평가라는 점에서 제VII조가 전형적으로 예정한 사안과 성질을 달리하기 때문이다. 그러나 제VII조

24) GATS 제VII조 제1항 내지 제4항. 제VII조와 제II조의 관계에 관하여는 WTO, Guidelines for Mutual Recognition Agreements or Arrangements in the Accountancy Sector, S/L/38 (28 May 1997) 참조.

제1항이 ‘특정국내에서 요건의 충족(requirements met ... in a particular country)’이라는 포괄적 문언을 사용하고 있는 점, 그리고 데이터 이전 적격성이 결국 국외 이전이라는 서비스공급 활동에 대한 승인 요건으로 기능한다는 점을 고려하면 확장 해석의 여지가 없지 않다. 요컨대 한일 DTA는 상호인정적 성격을 갖는 조항군에 대하여 제VII조 제2항의 개방적 교섭 기회 부여와 제4항의 통보를 이행함으로써 MFN 정합성을 사전에 확보하고, 제VII조의 포섭이 불확실한 적정성 인정 체계에 대하여는 제XIV조의 일반적 예외를 보충적 경로로 삼는 전략을 취할 수 있다. 주목할 점은 제VII조 제2항·제3항이 요구하는 ‘개방적 구조’가 후술하는 제XIV조 두문 심사의 요청과 실질적으로 동일하다는 것으로, 이는 협정을 개방형으로 설계하는 것이 어느 경로에 의하든 MFN 정합성 확보의 공통 전제가 됨을 의미한다.

(4) GATS 제XIV조 심사

GATS 제XIV조의 일반적 예외는 두 단계의 심사를 요구한다. 첫째, 문제된 조치가 제XIV조에서 열거한 개별 예외사유에 해당하고 그 목적 달성을 위하여 ‘필요한(necessary)’ 조치인지가 심사되고, 둘째, 해당 조치가 두문(chapeau)의 요건, 즉 자의적·부당한 차별이나 위장된 무역제한을 구성하지 않는지를 검토한다.²⁵⁾ 한일 독립형 DTA가 채택하는 상호 적정성 인정 기반의 데이터 이전 체계가 GATS 제II조 제1항의 최혜국대우 의무에 위반된다고 하더라도, GATS 제XIV조 (a)호 또는 (c)(ii)호에 따라 정당화될 가능성이 있다. 다만 개인정보 보호를 명시적으로 규정한 (c)(ii)호가 우선적인 법적 근거가 되며, (a)호는 보충적으로 검토하는 것이 타당하다.²⁶⁾

먼저 제XIV조 (a)호는 공중도덕(public morals)의 보호 또는 공공질서(public order)의 유지를 위하여 필요한 조치를 허용한다. 필요성 심사는 보호이익의 중요성, 조치의 목적 달성에 대한 기여도 및 무역제한성을 종합적으로 비교형량하는 방식으로 이루어지며 또한 합리적으로 이용 가능한 덜 무역제한적인 대안이 존재하는지도 함께 검토된다.²⁷⁾ 개인정보 보호가 공중도덕 또는 공공질서에 해당하는지에 대한 WTO 판례는 아직 존재하지 않지만 개인정보 자기결정권은 한국에서 헌법상 기본권

25) Appellate Body Report, United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US - Gambling), WT/DS285/AB/R (adopted 20 April 2005), para. 292.

26) Neha Mishra, “Privacy, Cybersecurity and GATS Article XIV: A New Frontier for Trade and Internet Regulation?”, World Trade Review, Vol. 19, No. 3 (2020), pp. 341-364에서 Neha는 기반적이거나 사기적인 관행 방지(사이버 범죄 대응 등), 개인정보의 프라이버시 보호, 안보 및 안전(사이버 보안)을 위한 국내법 준수 확보 조치를 무역 제한의 예외로 인정할 수 있다며 제XIV조(c)항과 디지털 기기(예: 사물인터넷) 보안 위협이나 문화적으로 중요한 프라이버시 가치 등 ‘공공 질서(public order)’ 유지를 위한 수단으로도 적용될 가능성이 있다며 제XIV조(a)항 예외조항의 적용을 분석한 바 있다.

27) Appellate Body Report, US - Gambling, WT/DS285/AB/R, paras. 304 - 308. 상소기구는 Korea - Various Measures on Beef 사건(WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, para. 164)에서 확립된 형량·균형 방법론이 제XIV조의 필요성 심사에도 적용됨을 확인하였다. 이 심사는 ① 보호하려는 이익·가치의 중요성, ② 조치의 목적 달성에 대한 기여도, ③ 무역제한 효과를 종합적으로 형량하고, 합리적으로 이용 가능한 덜 무역제한적인 대안 조치의 부존재를 검토한다. 또한 상소기구는 응소 당사국이 대안 조치의 부존재를 먼저 입증할 의무는 없으며, 제소 당사국이 WTO에 합치하는 대안 조치를 제시한 경우 응소 당사국이 이를 반박하면 충분하다고 판시하였다(para. 311).

으로 확립되어 있고²⁸⁾ 일본에서도 헌법 제13조에서 도출되는 권리로 이해되는 최상위의 법익으로 보호되고 있다. 따라서 (a)호에 의한 정당화 가능성은 존재하지만, 판례가 축적되지 않았다는 점에서 해석상 불확실성이 남아 있다.

반면 제XIV조 (c)(ii)호는 개인정보의 처리와 전파, 개인기록의 비밀성 보호를 위한 법령의 준수 확보를 명문으로 예외사유로 규정하고 있다. 따라서 한일 DTA의 적정성 인정 제도는 (c)(ii)호에 따라 평가하는 것이 보다 적절하다. 이 조항의 적용을 위해서는 ① 준수 대상 법령이 GATS와 양립 가능하여야 하고, ② 해당 조치가 그 법령의 준수를 확보하기 위하여 필요한 조치여야 한다. 한국 「개인정보 보호법」과 일본 개인정보보호법은 모두 개인정보의 국외 이전을 규율하는 국내법으로서 그 자체가 GATS에 불합치한다고 보기 어렵다. 따라서 실질적인 쟁점은 적정성 인정 제도가 필요성 요건을 충족하는지 여부이다.

제소국은 적정성 인정보다 덜 무역제한적인 대안으로 정보주체의 동의, 표준계약 조항(SCC)이나 CBPR과 같은 계약·인증 방식, 또는 사후적 책임(accountability) 중심의 규제모델을 주장할 수 있다. 그러나 이러한 제도는 이미 한국과 일본의 법체계에서 병행적으로 허용되고 있으며, 적정성 인정을 대체하는 제도가 아니라 상호 보완적인 이전 경로에 해당한다. 특히 동의는 구조적 정보 비대칭으로 인해 실효성이 제한되고, 계약이나 인증은 상대국 법제 전반에 대한 공법적 감독을 대체할 수 없다. 또한 사후 책임 중심의 규제는 개인정보 침해의 예방이라는 보호수준을 달성하기 어렵다.

US - Gambling 사건에서 상소기구가 판시한 바와 같이 회원국은 자국이 지향하는 보호수준을 스스로 결정할 수 있으며,²⁹⁾ 그 보호수준을 달성하지 못하는 조치는 합리적으로 이용 가능한 대안으로 볼 수 없다. 따라서 적정성 인정 제도는 개인정보 보호라는 중요한 법익에 실질적으로 기여하면서도 동의, 계약, 인증 등 다양한 이전 경로를 병행적으로 인정하고 있다는 점에서 무역제한성도 상대적으로 낮다. 이러한 점을 종합하면, 한일 DTA의 적정성 인정 제도는 GATS 제XIV조 (c)(ii)의 필요성 요건을 충족할 가능성이 높다.

(5) GATS 제XIV조 두문(chapeau) 심사

두문은 조치가 ‘동일한 조건이 지배적인 국가 간의 자의적이거나 정당화될 수 없는 차별의 수단’ 또는 ‘서비스무역에 대한 위장된 제한’이 되지 않을 것을 요구하는데, 이는 예외사유 자체의 정당성이 아니라 조치의 적용 방식(manner of application)을 심사하는 것이다.³⁰⁾

한일 상호 적정성 인정 체계가 두문 심사를 통과하기 위해서는, 데이터 이전의 허용 여부가 ‘협정 당사국인지 여부’라는 기준이 아니라 ‘동등한 보호수준의 객관적 확인’이라는 기준에 따라 결정되는 구조라는 것이 조치의 설계와 실제 운용에서 입증

28) 헌재 2005. 5. 26. 99헌마513 등

29) Appellate Body Report, US - Gambling, WT/DS285/AB/R, paras. 309 - 310. 제XIV조 (a)호에 기한 예외를 원용하는 당사국은 해당 조치가 공중도덕의 보호 또는 공공질서의 유지를 위하여 ‘필요하다’는 점에 대한 입증책임을 부담하며, 이를 위해 해당 당사국이 지향하는 보호 수준을 기준으로 비교형량 심사를 수행하여야 한다.

30) Appellate Body Report, US - Gambling, WT/DS285/AB/R, paras. 339 - 351.

되어야 한다. 구체적으로는 ① 적정성 판단의 기준과 절차를 사전에 공표하고, ② 비당사국이라도 동등한 보호수준을 입증하는 경우 적정성 승인 받을 수 있도록 하는 절차를 마련하며, ③ 적정성 결정의 갱신·철회 기준을 명확히 하는 것이 요구된다. 두문 심사와 관련하여 두 가지 점을 부연할 필요가 있다. 첫째, 두문이 금지하는 것은 차별 그 자체가 아니라 ‘동일한 조건이 지배적인 국가 간의’ 자의적이거나 정당화될 수 없는 차별이다. 따라서 적정성을 인정받은 국가와 그렇지 못한 국가 간의 대우 차이는, 그 구별이 보호수준이라는 조치의 목적과 합리적으로 연관된 기준에 따른 것인 한 두문이 금지하는 차별에 해당하지 않는다. US - Shrimp 사건에서 상소기구가 문제 삼은 것은 수출국별 조건의 차이를 고려하지 않은 경직적·일률적 적용과 절차적 불투명성이었음을 상기하면³¹⁾, 한일 DTA의 적정성 체계가 회피하여야 할 것은 바로 이러한 적용상의 경직성이다. 신청국별 법제의 특수성을 고려한 개별 심사, 심사 지연의 방지를 위한 처리기한의 설정, 거부 시 이유 제시와 재신청 기회의 보장이 요구되는 이유이다. 둘째, 앞서 본 바와 같이 이러한 개방적 설계는 제II조 단계에서 de facto 차별의 성립을 부정하는 논거이자 제VII조 제2항·제3항의 요건을 충족하는 요소이기도 하다. 결국 ‘기준의 사전 공표, 비당사국에 대한 개방, 객관적 심사’라는 하나의 설계 원리가 제II조·제VII조·제XIV조 두문의 세 층위에서 동시에 정합성을 담보하는 구조가 된다.

2. 서비스시장 개방의 보완: 규범 중심 접근과 상호운용성 기반 규범설계

앞서 살펴보았듯이 FTA에 기반하지 않은 DTA는 서비스시장 개방을 직접적으로 실현하는데 구조적인 한계를 가진다. 독립형 DTA는 서비스 양허표(Schedule of Specific Commitments)를 채택하지 않으므로 핀테크, 클라우드 컴퓨팅, 원격의료 등 개별 디지털 분야에 대한 시장접근을 확대하거나 외국인 지분 제한과 같은 국내 규제를 완화하는 조치를 규율하기 어렵다. 따라서 독립형 DTA에서의 서비스 자유화는 시장접근 자체보다는 데이터가 국경을 넘어 서비스로 제공되는 과정에서 발생하는 기술적·제도적 장벽을 제거하는 방향으로 이루어진다.

이러한 접근은 DEPA에서 명확하게 나타난다. DEPA는 협정 전체를 하나의 통합된 구조가 아니라 14개의 독립된 ‘모듈(Module)’로 구성하고 있다. 전통적인 FTA와 같이 관세 철폐나 서비스 양허를 통해 시장을 개방하기 보다는 전자송장, 디지털 신원, 전자결제 등 디지털 인프라의 상호운용성을 확보하는 데 중점을 둔다. 이를 통해 법적인 시장개방이 이루어지지 않더라도 국가 간 디지털 시스템의 호환성을 높임으로써 국경간 서비스공급(Mode 1)에 수반되는 정보탐색, 인증, 계약, 결제 및 규제준수 비용을 감소시키는 효과를 기대할 수 있다.³²⁾

31) Appellate Body Report, US - Shrimp, WT/DS58/AB/R (adopted 6 November 1998), paras. 161 - 186. 동 법리의 제XIV조 두문에의 원용 가능성에 관하여는 US - Gambling, WT/DS285/AB/R, para. 339 참조

32) OECD의 선행연구는 상이한 국경간 데이터 이전 규제가 기업의 글로벌 활동비용을 증가시키며, 국가별 규제체계 사이의 공통성·상호보완성 및 수렴 가능성을 확인하는 것이 보다 예측 가능하고 투명한 데이터 이전환경을 조성하는 데 기여할 수 있다고 분석한다. Francesca Casalini, Javier López González and Taku Nemoto, “Mapping Commonalities in Regulatory Approaches to Cross-Border Data Transfers,” OECD Trade Policy Papers, No. 248, OECD Publishing, 2021또한 OECD Digital STRI는 디지털 서비스무역

또한 독립형 DTA는 서비스 공급자의 활동을 직접 제한하는 규제를 금지하는 방식으로 시장접근 환경을 개선할 수 있다. 예를 들어 컴퓨팅 설비 현지화 요구 금지(DEPA 제4.4조)는 서비스 공급자가 현지 서버를 구축하지 않고도 서비스를 제공할 수 있도록 하는 기반을 마련한다. 한편 소스코드 이전 또는 공개 요구 금지는 DEPA에는 포함되어 있지 않지만, 모델 DTA로 주로 언급되는 CPTPP 제14.17조와 USMCA 제19.16조에서는 디지털 서비스 공급자의 영업비밀과 혁신을 보호하기 위한 핵심 규범으로 채택되고 있는데, 향후 독립형 DTA의 규범 설계에서도 이러한 규정을 포함하는 방안을 검토할 수 있다.

한일간의 DTA에서도 서비스 공급자의 활동을 직접 제한하는 규제를 금지하는 방식으로 시장접근 환경을 개선할 수 있으며 국가 간 디지털 인프라의 기술적 차이로 인해 발생하는 거래비용을 최소화하기 위하여 디지털 신원인증, 전자송장, 전자결제 및 전자서명 등에 관한 상호운용성 규범을 마련하는 방안을 고려할 수 있다. 양국의 전자서명, 전진된 본인인증 체계를 상호 인정하거나 호환성을 추진하여 한국의 인증서로 일본 디지털 서비스에 로그인하거나 계약을 체결할 수 있게 되면, Mode 1(국경간 서비스 공급)의 가장 큰 장벽인 '신원 확인' 문제가 해결될 수 있으며 전자송장의 상호인정 규정을 통해서 한국의 국제청 시스템과 일본의 전자송장 시스템이 데이터 표준을 통해 상호 호환되어 이를 통해 양국 중소기업이 국경을 넘어 별도의 변환 작업 없이 디지털로 결제·정산할 수 있게 되면 무역 비용이 상당 부분 절감될 수 있을 것이다.

3. 분쟁해결체계

협정의 이행을 담보하기 위해서는 협의·정치적 해결·구속력 있는 판정으로 이어지는 단계적 분쟁해결절차의 제도화가 전제되어야 한다. 이와 관련하여 DEPA 모델 14의 분쟁해결절차는 독립형 DTA가 참조할 수 있는 좋은 모델을 제공한다.

DEPA 제14.7조(분쟁해결절차의 선택)는 회원국 간 디지털 분쟁이 발생했을 때 원고국은 DEPA 자체 분쟁해결 절차뿐만 아니라, WTO 분쟁해결기구(DSB)나 CPTPP 등 타 무역협정의 분쟁해결 포럼을 선택하여 제소할 수 있도록 길을 열어두었다. 다만 신청 당사국이 어느 한 분쟁해결 절차를 선택한 경우 다른 절차는 배제된다. 분쟁해결의 절차는 일반 FTA 분쟁해결 절차와 유사하다.(부속서 14-다) WTO DSU가 상소기구(Appellate Body)를 통한 법적 구속력 있는 최종 판결에 방점을 둔다면, DEPA의 분쟁해결은 WTO와 같은 상소 제도가 없으며 중재판정부의 결정이 최종적이며, 이는 단심제로 운영된다.

에 영향을 미치는 범분야적 장벽으로 국경간 데이터 이전 및 데이터 현지화 조치뿐만 아니라 국제적으로 통용되는 전자계약 규칙과의 불일치, 전자서명 등 전자인증의 이용을 저해하는 조치, 전자결제 표준 및 현지주재 요건 등을 별도로 포착하고 있다. Janos Ferencz, "The OECD Digital Services Trade Restrictiveness Index," OECD Trade Policy Papers, No. 221, OECD Publishing, 2019, pp. 8, 13, 18 나아가 OECD의 실증분석은 디지털 연결성의 확대가 국내외 교역을 모두 증가시키고, 디지털무역에 영향을 미치는 국내 장벽의 완화가 특히 디지털 방식으로 공급 가능한 서비스의 수출에 유의미한 촉진효과를 갖는다고 제시한다. Javier López González, Silvia Sorescu and Pinar Kaynak, "Of Bytes and Trade: Quantifying the Impact of Digitalisation on Trade," OECD Trade Policy Papers, No. 273, OECD Publishing, 2023

생각건대, 독립형 DTA는 ‘규범력’은 존재하나 ‘강제력’은 상대적으로 약화될 수 있을 것이나 이를 극복하기 위해서 ① 협정 자체 분쟁해결절차의 마련, ② 협정 고유의 제재수단의 구체화, ③ 타 협정 분쟁해결체계와의 연계 등을 검토할 수 있을 것이다. 초기 DEPA는 협력 중심의 ‘연성 규범(Soft Law)’에 가까워 법적 강제력이 약하다는 비판을 받았으나 2023년에 채택되고, 2024년 발효된 ‘DEPA 개정 의정서(Protocol)’ 등을 통해 이 부분은 크게 보완되었다.³³⁾

타 협정 분쟁해결체계와의 연계, 즉 포럼 선택권의 명시는 이론적으로는 관세 양허 정지라는 강력한 보복 수단을 우회적으로 확보하는 방안이 될 수 있으나, 현행 법상상태에서는 두 가지 제약에 부딪힌다. 첫째, RCEP 제12.17조 제3항은 전자상거래 챕터에 대하여 제19장의 분쟁해결절차의 적용을 명시적으로 배제하면서, 그 적용 여부를 제20.8조에 따른 협정 일반재검토 시 재검토하도록 유보하고 있다.³⁴⁾ 따라서 RCEP 패널을 통한 연계는 현재로서는 관할의 흠결로 불가능하고, 일반재검토에서 전자상거래 챕터가 분쟁해결 적용 대상으로 전환되는 것을 조건으로 하는 장래의 가능성에 그친다. 둘째, WTO 분쟁해결절차와의 연계는 앞서 본 Peru - Agricultural Products 법리상 DTA 위반 그 자체를 WTO 패널이 판단할 수 없고, 동일한 조치가 WTO 협정상 의무를 독립적으로 위반하는 경우에 한하여 병행 제소가 가능할 뿐이다.

이러한 제약을 고려하면, 한일 DTA의 분쟁해결 설계에서 포럼 선택권 조항은 다음과 같은 조건부 구조로 규정하는 것이 정확하다. 즉 “동일한 조치가 본 협정과 타 협정상 의무를 모두 위반하는 경우 제소국은 어느 하나의 포럼을 선택할 수 있고, 선택된 포럼은 타 포럼을 배제한다”는 DEPA 제14.7조형 조항을 두되, RCEP과의 관계에서는 “RCEP 제20.8조에 따른 일반재검토의 결과 전자상거래 챕터에 제19장이 적용되게 되는 경우”를 조건으로 명시하는 것이다. 이러한 점을 고려하면, 한일 DTA에서의 포럼 선택권은 독립적인 집행수단이라기보다, 타 협정의 분쟁해결체계가 적용되는 경우에 한하여 기능하는 보충적 장치로 이해하는 것이 타당하다. 따라서 포럼 선택권 조항은 협정의 핵심적인 이행담보수단이라기보다는, 타 협정의 관할이 인정되는 범위 내에서 예외적으로 활용될 수 있는 절차적 메커니즘으로 설계될 필요가 있다. 결국 독립형 DTA의 실질적인 이행 확보는 협정 자체의 분쟁해결절차와 제재수단을 정교화하는 데에서 구하여야 한다.

협정상 혜택의 정지를 독립형 DTA의 제재수단으로 설계함에 있어서는, 우선 상호 운용성 협정에서의 ‘혜택’이 전통적인 FTA의 관세 양허와는 법적 성질이 다르다는 점을 고려할 필요가 있다. FTA에서의 관세 양허는 일정한 시장접근을 보장하는 경제적 이익으로서, 협정 위반 시 그 양허를 정지함으로써 상대국에 압력을 가하는 것이

33) DEPA는 최초 체결 당시(2020년 서명) 대다수 조항이 협력과 조화 중심의 ‘연성 규범(Soft Law)’ 형태로 구성되어 있었고, 특히 핵심적인 디지털 통상 규범(디지털 제품에 대한 비차별 대우(제3.3조), 암호기법을 사용하는 정보통신기술(ICT) 제품(제3.4조), 전자적 수단에 의한 국경 간 정보 전송(제4.3조), 컴퓨터 설비의 위치(데이터 현지화 금지) (제4.4조)들에 대해 부속서 1(Annex I)을 통해 “이 협정에 따른 어떠한 권리나 의무도 창설되지 않는다”고 명시하여 분쟁해결절차(모듈 14)의 적용을 배제하여 강제력 있는 재판(중재)의 대상이 되지 못했으나 2024년 발효된 ‘DEPA 개정 의정서(Protocol)’를 통해 이 부속서 1의 효력을 중단시키고, 핵심이 되는 4가지 핵심 디지털 통상 규범을 공식적인 분쟁해결절차(구속력 있는 중재판정부 관할)의 대상에 포함시켰다.

34) RCEP 제12.17조 제3항 및 제20.8조. RCEP은 2022년 1월 발효하였으므로 발효 후 5년째에 개시되는 일반재검토는 2027년으로 예정되어 있다.

가능하다. 이에 비해 독립형 DTA에서 규정하는 전자송장의 상호운용, 전자서명의 상호인정, 데이터 표준의 공동운용 등은 일회적인 시장접근 혜택이라기보다 당사국 간 지속적인 규제협력과 행정협력을 통하여 유지되는 제도적 관계에 해당한다. 따라서 이러한 혜택은 관세 양허와 동일한 방식으로 정지하기 어려운 특성을 가진다.

특히 상호운용성에 관한 혜택은 양 당사국의 기업과 이용자가 함께 향유하는 공동의 편익을 전제로 한다. 예컨대 협정 위반에 대한 대응으로 전자송장 시스템의 상호운용을 중단할 경우, 그 영향은 위반국 기업에만 국한되지 않고 정지국의 기업 역시 기존에 누리던 거래비용 절감과 업무 효율성의 이익을 상실하게 된다. 더욱이 일단 구축된 기술적 연계와 운영체계를 해체하였다가 다시 복원하는 데에는 상당한 시간과 비용이 수반되므로, 이러한 조치는 협정 위반의 시정을 위한 수단이라기보다 양 당사국 모두에게 과도한 부담을 초래할 가능성이 크다. 이러한 점에서 상호운용성에 관한 혜택은 전통적인 FTA의 관세 양허와 달리 일률적인 정지 대상이 되기 어렵다.

따라서 독립형 DTA에서 혜택정지 제도를 설계할 때에는 협정상 혜택의 법적 성격과 정지의 효과를 고려하여 그 유형을 구분할 필요가 있다. 첫째, 상호인정에 관한 혜택은 전자서명의 효력 인정, 전자인증 또는 적합성평가 결과의 상호수용, 개인정보 보호수준에 대한 적정성 인정 등이 이에 해당한다. 이러한 혜택은 상대국에 대한 인정만을 제한하는 방식으로 운용이 가능하므로, 협정 위반에 대한 대응수단으로 활용될 여지가 비교적 크다. 둘째, 공동운영에 관한 혜택은 전자송장 시스템의 상호연계, 전자결제 기반의 공동운영, 데이터 표준의 공동운용 등과 같이 양 당사국이 공동으로 유지하는 제도적 기반을 의미한다. 이 경우 혜택의 정지는 양측 모두에게 상당한 손실을 초래할 수 있으므로 원칙적으로 최후수단으로 제한될 필요가 있다. 셋째, 제도참여에 관한 혜택은 공동위원회 활동, 규제협력 메커니즘, 신규 모듈 협상 참여, 신속협 의 절차 등의 이용을 포함한다. 이러한 혜택은 상대국의 협정상 지위를 일정 부분 제한하면서도 실제 교역에 미치는 영향은 상대적으로 작으므로, 단계적 제재수단으로 활용하기에 적합하다.

이와 같이 협정상 혜택을 그 법적 성격과 기능에 따라 구분한다면, 독립형 DTA의 혜택정지는 제도참여에 관한 혜택의 제한에서 시작하여, 필요한 경우 상호인정에 관한 혜택으로 확대하고, 공동운영에 관한 혜택의 정지는 양 당사국 모두에게 과도한 손실을 초래하는 예외적인 경우에 한하여 허용하는 것이 바람직하다. 특히 공동운영에 관한 혜택은 금전적 보상이나 금전적 평가 방식으로 대체하는 방안을 우선적으로 고려하는 것이 협정의 안정성과 상호운용성의 지속이라는 목적에도 부합한다.

V. 결론

본 연구는 독립형 DTA가 전통적인 FTA처럼 서비스 양허표를 통한 시장개방을 목적으로 하는 협정이 아니라, 국내 규제의 정합성과 디지털 인프라의 상호운용성을 기반으로 국경 간 서비스 공급을 촉진하는 새로운 형태의 디지털 통상규범이라는 점을 확인하였다. 따라서 독립형 DTA의 성패는 시장접근 약속의 확대 여부가 아니라 디지털 신원, 전자송장, 전자결제 및 데이터 이동 규범이 상호 연계되어 실질적인 서비스 공급환경을 조성할 수 있는지에 달려 있다.

현재 글로벌 디지털 무역질서는 WTO 중심의 다자체제에서 CPTPP, USMCA, DEPA, ECA 등 복수국간 및 지역·양자 협정을 중심으로 하는 다층적 규범체계로 재편되고 있다. 최근 제14차 WTO 각료회의에서 전자적 전송물에 대한 관세 모라토리엄의 연장에 실패하고, 참여국들이 JSI의 임시 이행을 선언한 것은 다자 규범의 공백과 규범의 파편화가 현실화되고 있음을 보여주는 대표적인 사례이다. 이러한 상황에서 디지털 통상규범은 더 이상 단일한 다자체제만으로 발전하기 어려우며, 다양한 협정 간 정합성과 상호운용성을 확보하는 방향으로 진화할 가능성이 높다.

이러한 변화 속에서 한국과 일본은 높은 디지털 역량과 유사한 법제도를 바탕으로 상호운용성 중심의 독립형 DTA를 설계할 수 있는 가장 현실적인 협력 대상이라 할 수 있다. 양국은 RCEP을 통하여 일정한 수준의 전자상거래 규범을 공유하고 있으나, RCEP 제12.17조 제3항은 전자상거래장에 대한 제19장 분쟁해결절차의 적용을 배제하고 있으며, 디지털 신원, 전자송장 및 전자결제 등 새로운 상호운용성 의제도 충분히 규율하지 못하고 있다. 반면 일본은 CPTPP와 미일 DTA를, 한국은 DEPA와 양자 디지털통상협정을 통하여 높은 수준의 디지털 규범을 수용해 왔으므로, 양국 사이에는 신규 규범을 처음부터 창설하기보다 기존 규범의 공통분모를 연결할 수 있는 제도적 기반이 존재한다. 특히 양국이 모두 EU의 개인정보보호 적정성 결정을 받은 경험은 데이터 보호수준의 상호신뢰와 개방형 적정성인정체계를 설계할 수 있는 유리한 조건이 된다. 따라서 한일 DTA는 RCEP을 대체하는 시장개방협정이라기보다, RCEP이 규율하지 못하는 디지털 인프라의 상호운용성과 규제협력을 보완하는 협정으로서 의미를 가질 수 있다. 이러한 접근은 직접적으로 시장개방을 확대하지 않더라도 기업의 국경 간 서비스 공급 비용을 실질적으로 절감하고 규제 불확실성을 완화함으로써 디지털 무역의 예측가능성을 높일 수 있을 것이다. 다만 이러한 제도적 가능성이 곧바로 협정 체결의 정치적 실현 가능성을 의미하는 것은 아니다. 한일 양국의 개인정보 국외이전 요건, 전자인증체계 및 전자송장·결제 인프라에는 상당한 차이가 존재하며, 현재 양국 정부 간 독립형 DTA 협상이 공식화된 것도 아니다. 따라서 초기 단계에서는 포괄적이고 구속적인 협정보다 전자서명, 전자송장 및 디지털 신원 등 기술적 접점이 큰 분야를 중심으로 상호운용성 시범사업과 규제기관 간 협력을 추진하는 것이 바람직할 수 있다.

독립형 DTA의 경쟁력은 관세 철폐나 서비스 양허의 확대 여부가 아니라, 상이한 국내 규제를 얼마나 효과적으로 연결하고 규범의 상호운용성을 확보하여 디지털 서비스의 국경 간 공급이 원활하게 이루어질 수 있는 제도적 기반을 구축하는가에 의해 결정될 것이다. 이러한 관점에서 향후 한국은 디지털 통상정책의 중심을 시장접근 중심의 협상에서 상호운용성 중심의 규범협력으로 점진적으로 확대할 필요가 있다. 특히 일본과는 개인정보 적정성 인정이라는 제도적 기반을 활용하여 디지털 신원인증, 전자송장, 전자서명, 클라우드 보안인증 및 데이터 이전 절차 등 디지털 인프라 전반의 상호운용성을 강화하는 독립형 DTA를 추진할 수 있을 것이다.

나아가 이러한 협력은 단순히 양국 간 디지털 무역을 촉진하는 데 그치지 않고, ECA와 DEPA 등 기존 독립형 DTA와의 연계를 통해 보다 개방적이고 상호 연계된 디지털 통상 네트워크를 구축하는 기반이 될 수 있다. 이는 향후 WTO 다자체제의 한계를 보완하면서 규범의 정합성과 상호운용성을 중심으로 발전하는 새로운 국제 디지털 통상질서에서 우리나라가 규범 형성에 보다 적극적인 역할을 수행하기 위한

중요한 기반이 될 것이다. 이러한 점에서 한일 독립형 DTA는 양국 간 디지털 협력을 넘어 아시아·태평양 지역의 디지털 통상규범을 연결하는 핵심 플랫폼으로 발전할 가능성이 있다.

- **주제어:** 독립형 디지털무역협정(DTA), 한일 DTA, 규범 파편화, 최혜국대우(MFN), GATS 제V조, GATS 제XIV조, 상호운용성, 개인정보 보호

[참고문헌]

[국내문헌]

- 강민지, 「AI 시대의 디지털 통상규범 연구」, KIEP 연구자료 25-09, 대외경제정책연구원, 2025.
- 권현호 · 이주형 · 김민정 · 광동철, 『디지털통상협정의 한국형 표준모델 설정 연구』, 대외경제정책연구원 연구보고서 22-29, 2023.
- 김민정, "디지털통상 규범 발전과 통상법 쟁점 연구", 「통상법무정책」 제1호. 2021.
- 손기윤, "디지털경제동반자협정(DEPA)의 통상법적 분석 및 효과적인 이행 방안", 무역통상학회지 제23권 제5호. 2023

[국외문헌]

- Burri, Mira, "Digital Trade: New Design Elements in Preferential Trade Agreements", in Kathleen Claussen, Manfred Elsig and Rodrigo Polanco (eds.), *The Concept Design of a Twenty-First Century Preferential Trade Agreement*, Cambridge University Press, 2024, pp. 146-167.
- Burri, Mira and Polanco, Rodrigo, "Digital Trade Provisions in Preferential Trade Agreements: Introducing a New Dataset", *Journal of International Economic Law*, Vol. 23, No. 1, 2020. pp. 187-220.
- Burri, Mira, "Data Flows and Global Trade Law", in Mira Burri (ed.), *Big Data and Global Trade Law*, Cambridge University Press, 2021.
- Burri, Mira, Callo-Müller, María Vásquez and Kugler, Kholofelo, "The Evolution of Digital Trade Law: Insights from TAPED", *World Trade Review*, 2024.
- Casalini, Francesca, Javier López González and Taku Nemoto, "Mapping Commonalities in Regulatory Approaches to Cross-Border Data Transfers", *OECD Trade Policy Papers*, No. 248, OECD Publishing, 2021
- Ferencz, Janos, "The OECD Digital Services Trade Restrictiveness Index", *OECD Trade Policy Papers*, No. 221, OECD Publishing, 2019
- López González, Javier, Silvia Sorescu and Pinar Kaynak, "Of Bytes and Trade: Quantifying the Impact of Digitalisation on Trade", *OECD Trade Policy Papers*, No. 273, OECD Publishing, 2023
- Mishra, Neha, *International Trade Law and Global Data Governance*, Hart Publishing, 2024.
- Mishra, Neha, "Privacy, Cybersecurity and GATS Article XIV: A New Frontier for Trade and Internet Regulation?", *World Trade Review*, Vol. 19, No. 3, 2020, pp. 341 - 364.
- Mitchell, Andrew D. and Mishra, Neha, "Data at the Docks: Modernizing International Trade Law for the Digital Economy", *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*, Vol. 20, No. 4, 2018.
- Streinz, Thomas, "Digital Megaregulation Uncontested? TPP's Model for the Global Digital Economy", in Benedict Kingsbury et al. (eds.), *Megaregulation Contested: Global Economic Ordering After TPP*, Oxford University Press, 2019, pp. 312-342.
- Streinz, Thomas, "Designing International Economic Data Law", *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 2021.

[WTO 판례]

- WTO Panel Report, United States - Sections 301-310 of the Trade Act of 1974 (US - Section 301), WT/DS152/R, adopted 27 January 2000.
- WTO Appellate Body Report, European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC - Bananas III), WT/DS27/AB/R, adopted 25 September 1997.
- WTO Appellate Body Report, United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US - Shrimp), WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998.
- WTO Appellate Body Report, Canada - Certain Measures Affecting the Automotive Industry(Canada - Auto), WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adopted 19 June 2000.
- WTO Appellate Body Report, Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef(Korea - Various Measures on Beef), WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adopted 10 January 2001.
- WTO Appellate Body Report, United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US - Gambling), WT/DS285/AB/R, adopted 20 April 2005.
- WTO Appellate Body Report, Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products(Peru - Agricultural Products), WT/DS457/AB/R, adopted 31 July 2015.
- WTO Appellate Body Report, Argentina - Measures Relating to Trade in Goods and Services, WT/DS453/AB/R, adopted 9 May 2016

[WTO 자료]

- WTO, Guidelines for Mutual Recognition Agreements or Arrangements in the Accountancy Sector, S/L/38 (28 May 1997).
- WTO, Declaration on Global Electronic Commerce, WT/MIN(98)/DEC/2 (adopted 20 May 1998).
- WTO, Work Programme on Electronic Commerce, WT/L/274 (30 September 1998).
- WTO, Ministerial Decision on the Work Programme on Electronic Commerce, WT/MIN(24)/38 - WT/L/1193 (adopted 2 March 2024).
- WTO, Joint Statement Initiative on Electronic Commerce, INF/ECOM/87 (26 July 2024).
- WTO, Incorporation of the Agreement on Electronic Commerce into Annex 4 of the WTO Agreement, WT/GC/W/955 (5 December 2024).
- WTO, Incorporation of the Agreement on Electronic Commerce into Annex 4 of the WTO Agreement, WT/GC/W/963 (6 February 2025)
- WTO, Incorporation of the Agreement on Electronic Commerce into Annex 4 of the WTO Agreement, WT/GC/W/963/Rev.1 (3 December 2025)
- WTO, Declaration on Interim Arrangements for the Agreement on Electronic Commerce, WT/MIN(26)/W/26, 28 March 2026(circulated 29 March 2026).
- WTO, “Members adopt a pathway to bring E-Commerce Agreement into force via interim arrangements”28 March 2026) <https://www.wto.org/english/news_e/news26_e/mc14_28mar26_341_e.htm>(최종방문일: 2026. 6. 30.).
- WTO, “Work Programme on E-Commerce, Moratorium,” <https://www.wto.org/english/tra_top_e/ecom_e/ecom_work_programme_e.htm>(최종방문일: 2026. 6. 30.).

明知法學 제25권 제1호

[기타]

헌재 2005. 5. 26. 99헌마513

[Abstract]

**International Economic Law Constraints and Rule Design for
Stand-Alone Digital Trade Agreements (DTAs):
Toward a Korea - Japan DTA**

Kang Minji*

The global digital trade environment is undergoing a fundamental transition amid the weakening of the multilateral trading system. In particular, the failure to reach a consensus on extending the multilateral moratorium on customs duties on electronic transmissions at the 14th WTO Ministerial Conference in March 2026, followed by the provisional implementation of the WTO Agreement on Electronic Commerce (ECA), highlights the limitations of the multilateral regime and raises risks of regulatory fragmentation. In this vacuum, stand-alone Digital Trade Agreements (DTAs), which are negotiated outside the framework of comprehensive FTAs, have emerged as a new alternative for states seeking regulatory interoperability and trust. Although Korea and Japan share digital trade disciplines under RCEP, its low-level rules are insufficient to govern advanced digital issues, necessitating a separate, high-level bilateral DTA.

This study evaluates the international economic law limitations of stand-alone DTAs by analyzing major agreements like CPTPP, DEPA, USJDTA, and RCEP, and suggests a normative design for a Korea-Japan DTA. Stand-alone DTAs inherently face structural legal constraints: potential inconsistency with the GATS Article II Most-Favored-Nation (MFN) treatment, difficulties in satisfying the “substantial sectoral coverage” under GATS Article V, institutional decoupling from the WTO services framework, and weakened enforcement power due to the absence of cross-retaliation mechanisms like the suspension of tariff concessions.

To circumvent these limits, the proposed Korea-Japan DTA should incorporate the following designs: First, leveraging the fact that both countries have received adequacy decisions from the EU, it should establish a mutual adequacy recognition framework for data transfers designed as an open regulatory mechanism to comply with the necessity and chapeau requirements of GATS Article XIV. Second, instead of direct market access via specific schedules, it should focus on a rule-based approach promoting the ‘interoperability’ of digital infrastructures—such as digital identity, e-invoicing, e-payment, and electronic signatures—thereby lowering transaction costs for cross-border supply (Mode 1).

* Korea Institute for International Economic Policy(KIEP), Department of International Trade, Investment, and Economic Security, Trade Agreement Team, Senior Researcher

Third, to secure effective enforcement, it should adopt a dual dispute settlement structure. For overlapping violations, a choice of forum clause should allow recourse to RCEP or WTO mechanisms to utilize external cross-retaliation. For standalone violations, internal sanctions should be specified, including the targeted suspension of interoperability benefits or monetary assessments. Ultimately, a stand-alone Korea-Japan DTA can serve as a key platform linking digital trade rules in the Asia-Pacific region and enabling Korea to lead rule-making in the evolving international digital trade order.

- **Key Words:** Stand-alone DTA, Korea-Japan DTA, Regulatory Fragmentation, MFN Treatment, GATS Article V, GATS Article XIV, Interoperability, Data Privacy

영업비밀, 특히 산업기술 침해에 대한 형사법적 고찰*

- 대법원 2025. 5. 15. 선고 2024도21051 판결을 중심으로 -

강미영**

논문요지

본 연구는 영업비밀 중에서도 산업기술의 침해에 대한 형사법적 보호체계를 검토하고, 대법원 2025. 5. 15. 선고 2024도21051 판결을 중심으로 그 한계와 개선방안을 분석하였다.

대상 판결은 산업기술을 취득한 시점에는 「산업기술보호법」의 보호 대상이 아니었으나, 이후 해당 기술이 산업기술로 지정되었고 그 상태에서 사용·공개되었음에도 불구하고, 여전히 「산업기술보호법」의 보호 대상이 되지 않는다고 판단한 사안이다. 구 「산업기술보호법」 제14조 제1호는 산업기술을 부정하게 취득하거나, ‘그 취득한 산업기술’, 즉 부정하게 취득된 산업기술을 사용하거나 공개하는 행위를 금지하고 있으므로, 사용 또는 공개의 대상이 되는 산업기술 역시 취득 당시부터 「산업기술보호법」상 보호 대상에 해당하여야 한다는 이유 때문이다.

산업기술의 부정 취득 행위와 사용·공개 행위는 그 불법성과 법익 침해의 정도가 상이함에도 현행 규정은 사용·공개 행위를 부정 취득 행위에 종속적으로 규정하고 있었다. 그 결과 기술 취득 당시에는 보호 대상이 아니었던 기술이 이후 국가적 보호가 필요한 산업기술로 인정되더라도, 이를 무단으로 사용하거나 공개한 행위를 처벌할 수 없는 형사정책적 공백이 발생하게 되었다.

산업기술의 사용·공개 행위는 독립된 침해행위로 파악하여야 한다. 「산업기술보호법」 제14조 제1호의 개정을 통해 부정한 방법에 의한 산업기술의 취득·사용·공개를 각각 침해행위로 명확히 규정할 필요가 있다. 아울러 산업기술 침해행위의 유형을 체계적으로 정비하여 구성요건의 명확성을 제고하고, 침해 기술을 이용하여 생산된 물품의 유통 금지 및 물품 자체의 몰수, 피해자에 대한 환부제도 도입 등 피해회복 중심의 정책적 개선방안도 함께 이루어져야 한다.

산업기술 침해는 개별 기업의 재산적 손해를 넘어 국가 산업 경쟁력과 경제 안보에 영향을 미치는 중대한 문제이다. 따라서 단순한 처벌 강화에 머무르기보다 침해행위의 구성요건을 명확히 하고 피해회복의 실효성을 확보하는 방향으로 법체계를 정비할 때이다.

* 이 글은 한국형사법학회·경상국립대학교 지식재산전문인력양성사업단·경상국립대학교 법학연구소 공동학술대회(2025. 11. 15. 한국형사법학회 신진학자 포럼) 발표문을 수정·보완한 것이다.

** 부산대학교 법학전문대학원 강사, 법학박사.

대상 판결을 통해 드러난 영업비밀, 특히 산업기술 침해에 대한 형사법적 보호의 한계를 인지하고, 산업기술 보호, 피해자의 보호 및 회복을 중심으로 입법적·정책적 개선 방안이 필요하다.

· 논문제출: 2026. 07. 05. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

[대상판결] 대법원 2025. 5. 15. 선고 2024도21051 판결

1. 사실관계

피고인은 피해회사 A의 직원(1997. 1. 1. ~ 2006. 11. 재직)으로서 A 회사의 이 사건 핫존 도면¹⁾을 취득한 상태에서 2006년 11월에 퇴사하였다. 퇴사 시에 핫존 도면을 외장하드디스크에 복사하여 보관하였는데, 2007년 봄 경 A 회사에서 유출 사실을 알고 폐기를 요구하였다. 그러나 피고인은 이를 폐기하지 아니한 채 다른 USB 저장장치에 복사하여 따로 저장한 후 외장하드디스크를 포맷하고 전부 폐기하였다고 허위 보고하였다. 그 후 2013년 4월 경 B 회사에 입사하여 2014년 2월 경 B 회사와 중국의 C 회사 사이에 반도체용 단결정 성장 장비 납품 계약 체결을 위해 논의를 하였다. 회의를 하면서 피고인은 핫존 어셈블리 파일인 핫존 부품도 편집본을 스크린으로 띄워서 논의하였고, PDF 파일 형태로 된 핫존 도면(핵심 부품의 부분은 제외)을 C 회사에 제공하였다.

2. 법원의 판단

대법원은 피고인이 핫존 도면을 취득(2006. 11.)할 당시는 「산업기술보호법」이 시행(2007. 4. 28.)되기 전이었으므로, 핫존 도면의 취득 행위에 대해서는 산업기술보호법이 적용되지 않는다고 보았다. 또, 핫존 도면이 부정한 방법으로 취득한 ‘산업기술’이 아닌 이상, 이를 사용 또는 공개하는 행위도 「산업기술보호법」 제14조 제1호²⁾의 적용 대상이 될 수 없다고 판단하였다.

가. 구 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」(2016. 3. 29. 개정 이전, 이하 구 ‘산업기술보호법’이라고 한다.) 제14조 제1호는 ‘절취·기망·협박 그 밖의 부정한

- 1) 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률(이하 산업기술보호법이라고 한다.)」에 의하여 보호되는 산업기술의 첨단기술로는 ‘대구경 단결정 성장/가공기술’이 규정되어 있었는데, 이 사건 핫존 도면은 단결정을 성장시키는 기술 자체는 아니나, 그 성장 장비를 제작하는 기술이다.
- 2) 「산업기술보호법」 제14조(산업기술의 유출 및 침해행위 금지) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.
 1. 절취·기망·협박 그 밖의 부정한 방법으로 대상기관의 산업기술을 취득하는 행위 또는 그 취득한 산업기술을 사용하거나 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함한다. 이하 같다)하는 행위

방법으로 대상 기관의 산업기술을 취득하는 행위 또는 그 취득한 산업기술을 사용하거나 공개하는 행위'를 금지하고 있다. 이를 위반한 자는 같은 법 제36조 제2항에 의해 처벌되고, '산업기술을 외국에서 사용하거나 사용되게 할 목적'으로 같은 법 제14조 제1호에 해당하는 행위를 한 자는 같은 법 제36조 제1항에 의해 가중 처벌된다.³⁾ 이와 같이 구 「산업기술보호법」이 산업기술의 부정 취득 행위와 별도로 산업기술의 사용 행위 또는 공개 행위를 처벌하면서도, 그 사용 행위 또는 공개 행위의 대상에 대해 '그 취득한 산업기술'이라고 규정한 점에 비추어, 구 「산업기술보호법」에서 금지하는 산업기술의 사용 행위 또는 공개 행위의 대상은 '절취·기망·협박 그 밖의 부정한 방법으로 취득한 대상 기관의 산업기술'을 가리킴이 문언상 분명하다. 따라서 구 「산업기술보호법」에서 금지하는 산업기술의 사용 행위 또는 공개 행위의 대상 기술은 취득 당시에도 「산업기술보호법」에 의하여 보호되는 '산업기술'에 해당하여야만 할 것이다.

그런데 구 「산업기술법(2006. 10. 27. 제정)」 제2조 제1호는 산업기술에 대하여, '제품 또는 용역의 개발·생산·보급 및 사용에 필요한 제반 방법 내지 기술상의 정보 중에서 관계중앙행정기관의 장이 소관 분야의 산업경쟁력 제고 등을 위하여 법령이 규정한 바에 따라 지정 또는 고시·공고하는 기술'로서 위 법 제2조 제1호 각 목에 해당하는 기술이라고 규정하고 있다. 이에 따라 위 법이 제정, 시행되기 전에 취득한 기술로서 법령이 규정한 바에 따라 지정 또는 고시·공고되지 않은 기술은 취득 당시 위 법에 의하여 보호되는 '산업기술'에 해당한다고 볼 수 없다.

[연구]

I. 들어가며

지식을 이용한 기술들이 급속도로 발전하고, 그러한 연구개발이 기업 성장과 국가 산업 발전에 미치는 영향은 꾸준히 증가하고 있다. 그에 따라 영업비밀과 같은 산업 기술 정보가 더욱 중요한 위치를 차지하고 있다. 그러나 이러한 지식재산은 무형자산으로, 눈에 보이는 유체물과는 달리 그 보호 대상이나 범위가 명확하지 않아 침해 여부 판단이 쉽지 않다.

그 결과 이러한 영업비밀을 침해하는 사례가 계속해서 증가하고 있다. 특히 산업 기술과 같은 영업비밀은 침해로 인하여 한번 유출되게 되면 더 이상 그 가치가 없어

3) 현재 개정법에 따르면, 제14조 제1호의 위반행위를 한 자는 제34조 제3항에 의해 처벌되고, '산업기술이 외국에서 사용될 것을 알면서' 해당 행위를 한 자는 제36조 제2항에 따라 가중 처벌된다.

「산업기술보호법」 제36조(벌칙) ① 국가핵심기술이 외국에서 사용될 것을 알면서 제14조 제1호부터 제12호까지의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. 이 경우 65억원 이하의 벌금을 병과한다.

② 산업기술이 외국에서 사용될 것을 알면서 제14조 제1호부터 제6호까지 및 제12호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자(제1항에 해당하는 행위를 한 자는 제외한다)는 15년 이하의 징역 또는 30억원 이하의 벌금에 처한다.

③ 제14조 제1호부터 제11호까지의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 자는 10년 이하의 징역 또는 10억원 이하의 벌금에 처한다.

지게 되어, 그 단속뿐만 아니라 침해에 대한 구제조차 곤란한 경우가 많다. 그에 따라 기업들은 이러한 중요한 재산적 가치를 가지고 있는 기술정보의 보호를 위해 많은 노력과 예산을 투자하고 있다. 이렇게 영업비밀의 중요성이 커지고 이러한 침해에 대한 피해가 영업비밀 보유자의 피해를 넘어서서 산업 전반의 발전을 가로막는 피해로 확대되는 등 증가하고 있는 데 반해, 처벌은 약하다는 문제가 꾸준히 제기되어 영업비밀 침해에 대한 처벌은 강화되고 있다.⁴⁾

우리 형법에서는 영업비밀 침해와 관련한 별도 규정을 두고 있지는 않다. 「형법」 제316조의 비밀침해죄는 개인의 사생활의 평온을 보호법익으로 하고 있으므로 영업비밀 침해는 이에 해당하지 않는다. 또, 같은 법 제317조의 업무상비밀누설죄의 경우 일정한 신분자만 범하게 되는 진정신분범이며, 보호법익도 개인의 비밀로서, 기업의 영업비밀이 가지는 경제적 가치나 특성을 직접적으로 보호하는 규정이 아니다.

반면에 「형법」 제356조의 업무상배임죄의 경우 영업비밀 및 산업기술 침해 사례에서 종종 적용되고 있으나, 주체가 타인의 사무를 처리하는 자로서 신임 관계가 인정되어야 한다. 이에 따르면 회사내부자의 비밀 유출 행위만 처벌 대상이 되므로 기업 외부자의 비밀 탐지 행위는 처벌하기가 어렵다. 무엇보다 형벌을 통한 영업비밀의 보호는 영업비밀 유출에 대한 처벌이라기보다는 유출의 수단인 행위를 통해 규제하는 것이다. 영업비밀이 단순히 재물의 성격만을 갖는 것은 아니므로 영업비밀 침해행위에 대해 업무상배임죄를 인정하는 것만으로는 영업비밀 유출을 예방하기 위한 법제로는 한계가 있을 수밖에 없다.⁵⁾

그에 따라 영업비밀 침해행위에 대한 형사처벌 규정을 별도로 두면서 영업비밀에 대한 형사법적 보호를 추구하고 있는 개별법들이 나타나고 있다. 대표적인 법이 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률(이하 부정경쟁방지법)」, 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률(이하 산업기술보호법)」, 「중소기업기술보호법」, 「방위산업기술보호법」 등이다.

대상 대법원판결의 경우 구 「산업기술보호법」의 적용 여부가 쟁점이 된 사안이 었다. 같은 법 제14조 제1호에 의하면 ‘절취·기망·협박 그 밖의 부정한 방법으로 대상 기관의 산업기술을 취득하는 행위 또는 그 취득한 산업기술을 사용하거나 공개하는 행위’를 산업기술 유출 및 침해행위로서 금지하고 있고, 이를 위반하면 같은 법 제36조에 따라 처벌받게 된다. 문제는 산업기술을 취득한 시기와 사용·공개한 시기가 다른데, 사용 및 공개한 시기에는 해당 기술이 구 「산업기술보호법」의 대상이 되나, 취득한 시기에는 구 「산업기술보호법」이 제정되기 전이어서 구 「산업기술보호법」의 대상이 되지 않았다는 것이었다. 그에 따라 대법원은 구 「산업기술보호법」 제14조 제1호에서 금지하고 있는 ‘산업기술을 사용하거나 공개하는 행위’의 대상을 ‘그 취득한 산업기술’이라고 규정한 점에 비추어, 구 「산업기술보호법」에서 금지하는 산업기술의 사용 행위 또는 공개 행위의 대상은 ‘절취·기망·협박 그 밖의 부정한 방법으로 취득한 대상 기관의 산업기술’을 가리키는 것으로 보았다. 따라서 산업기술의 사용 행위 또는 공개 행위의 대상 기술은 그것을 취득하였을 당시에

4) 강명수, “부정경쟁방지법상 영업비밀 침해죄 규정에 대한 일고찰”, 형사법의 신동향 통권 제68호, 2020, 67면 참조.

5) 정유나, “영업비밀보호에 관한 형사법적 보호방안 - 부정경쟁방지법을 중심으로 -”, 법학논집 제43권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2023, 124면.

도 구 「산업기술보호법」에 의하여 보호되는 ‘산업기술’에 해당해야 한다고 판단하였다. 기술 취득 당시에 구 「산업기술보호법」에 의하여 보호되는 산업기술이 아니었다면, 구 「산업기술보호법」의 대상이 된 이후에 공개 또는 사용되었더라도 산업기술 유출 및 침해행위에 해당하지 않는다는 것이다.

물론 이러한 대법원판결은 형벌 법규의 해석은 엄격하게 이루어져야 하고, 피고인에게 불리한 방향으로 유추 또는 확장 해석되어서는 안 된다는 죄형법정주의의 원칙에 부합하는 판단이기는 하다. 그러나 산업기술의 변화는 빠르게 진행되므로 시대마다 그 대상이 달라지기 쉽다. 「산업기술보호법」에 의한 보호를 받기 위한 대상이 되는 과정은 현실보다 조금씩 늦어지는 경우가 발생할 수밖에 없을 텐데, 이 경우 피해자의 보호는 어떻게 이루어질 수 있는지 의문이 들었다. 피해자만 있고 가해자와 처벌받는 자는 없는 그런 상황이 발생할 수 있기 때문이다.

그에 따라 이 글에서는 우선 대상 판결에서 문제가 되었던 산업기술과 「산업기술보호법」 상의 침해행위, 즉 침해 범죄의 구성요건을 먼저 살펴보고, 산업기술을 부정하게 취득한 행위와는 별도로 사용 행위 또는 공개 행위를 처벌할 수는 없는지 확인해 보고자 한다. 이후 대상 판결과같이 다양한 형태로 발생하는 산업기술의 침해에 대해 대응할 수 있는 방안을 모색하되, 이를 위해 처벌의 대상이 되는 침해행위의 의미를 명확히 하고, 피해자의 피해 회복을 위한 개선 방향을 제시하고자 한다.

II. 영업비밀과 산업기술

1. 영업비밀

“영업비밀”이란 공공연히 알려져 있지 아니하고 독립된 경제적 가치를 가지는 것으로써, 비밀로 관리된 생산방법, 판매방법, 그밖에 영업활동에 유용한 기술상 또는 경영상의 정보를 말한다.⁶⁾ 영업비밀은 특허와 달리 별도의 등록 절차가 없어 등록요건이 필요하지 않지만, 최소한 영업비밀로 인정되기 위해서 ‘비공지성’⁷⁾, ‘경제적 유용성’⁸⁾, ‘비밀관리성’⁹⁾을 갖추어야 한다. 영업비밀은 기술상 정보뿐만 아니라 경영상 정보도 포함하고 있어, 신제품의 홍보 방법이나 계획, 거래처와 고객리스트 등 마케팅 관련 자료들도 영업비밀이 될 수 있어 형사상 보호 필요성이 있는 정보의 범위를 한정하기가 쉽지 않다.

또, 오늘날 사회적 가치가 있는 정보에는 기술적·영업적 정보 외에도 개인 식별 정보와 프라이버시 정보 나아가 국가적인 비밀 정보에 이르기까지 다양하며, 이와 같은 정보의 범위와 영역은 점점 확대되고 있는 추세이다. 또한 정보와 정보가 서로 교차적으로 연관되어 있어 현실적으로 어디까지를 재산적 가치를 갖는 영업비밀에 포함시킬 것인지 구별하기 곤란한 경우가 많다.¹⁰⁾ 이는 형법상 명확성의 원칙에 반

6) 「부정경쟁방지법」 제2조(정의) 제2호.

7) 공공연히 알려지지 않았을 것.

8) 그 정보의 보유자가 그 정보의 사용을 통해 경쟁자에 대하여 경쟁상의 이익을 얻을 수 있거나 또는 그 정보의 취득이나 개발을 위해 상당한 비용이나 노력이 필요할 것. ; 대법원 2011. 8. 25. 선고 2011도139 판결 ; 대법원 2009. 4. 9. 선고 2006도9022 판결.

9) 비밀로서 객관적으로 관리되고 있을 것.

할 우려가 있다. 따라서 형사적 보호의 대상이 되는 영업비밀은 그 내용과 한계를 명확히 할 필요가 있다.

2. 산업기술

반면에 “산업기술”은 제품 또는 용역의 개발·생산·보급 및 사용에 필요한 제반 방법 또는 기술상의 정보 중에서 행정기관의 장이 산업 경쟁력 제고나 유출방지 등을 위하여 법률 또는 해당 법률에서 위임한 명령에 따라 지정·고시·공고·인증하는 「산업기술보호법」 제2조 제1호 각 목에 해당하는 기술을 말한다.¹¹⁾ 이는 종래 「부정경쟁방지법」의 한계와 불비를 보완하기 위해 제정된 「산업기술보호법」의 보호 대상이다. 2006년 산업기술의 부정한 해외 유출이 심각한 수준에 있음에도 기존 「부정경쟁방지법」에 따른 영업비밀보호는 민간기업의 경우로 한정되어 있었고 관련 규정으로는 산업기술 유출방지 및 근절에 효과를 내지 못한다는 주장들이 많았다. 그 결과 영업비밀과 같은 재산적 정보 중 특히 국가가 보호하고자 하는 ‘산업기술’ 및 ‘국가 핵심기술’을 보호 객체로 하는 「산업기술보호법」이 제정되었다.¹²⁾

그러나 산업기술은 「산업기술보호법」에서 바로 정해지는 것이 아니다. 행정기관의 장이 법률이나 해당 법률에서 위임한 명령에 따라 지정·고시·공고·인증하는 기술만 「산업기술보호법」에서 보호하는 산업기술로 인정한다. 「산업기술보호법」이 이러한 방식으로 산업기술을 보호하고 있는 것은 기술 변화에 빠르게 대응하기 위한 것으로 보인다. 하루가 다르게 변하는 산업기술들을 법률에 빠짐없이 열거하는 것은 현실적으로 불가능하며, 기술 발전 속도에 맞춰 새로운 기술이 등장할 때마다 법률을 개정하기는 어렵기 때문이다. 또, 이러한 보호 방식은 「산업발전법」이나 「산업기술혁신 촉진법」, 「환경기술 및 환경산업 지원법」, 「건설기술진흥법」 등 다른 산업 정책들과 연계하여 보호하기에도 적합하다.

결국 「산업기술보호법」은 어떤 기술을 산업기술로 인정하여 보호할 것인지 보다는 개별 산업법에서 그 특성과 기준에 맞게 인정한 산업기술들을 어떻게 보호할 것인지에 대해 규정한 것이라 볼 수 있다.

3. 검토

영업비밀을 보호하고 있는 「부정경쟁방지법」은 각 기업의 기술정보와 경영정보를 보호하여, 개인의 재산적 이익을 보호하는 측면이 존재한다. 반면에 「산업기술보호법」은 기술 침해에 대한 국가적·공익적 차원의 보호를 고려하고 있다. 특정 기술이 해외로 유출될 경우 국가 산업기반이 흔들리거나 국가안보에 중대한 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 즉, 개별 기업이 비밀로 관리하고 있는 영업비밀에 대한 보호

10) 문희태, “산업기술침해행위에 대한 형사법적 대응방안에 관한 고찰”, 비교형사법연구 제19권 제4호, 한국비교형사법학회, 2018, 98-99면 참조.

11) 「산업기술보호법」 제2조 (정의) 제1호.

12) 문희태, 앞의 논문, 94면 참조 ; 이의주/정병수, “영업비밀의 형사법적 보호와 한계에 대한 고찰”, 한국민간경비학회보 제23권 2호, 한국민간경비학회, 2024, 176-177면 참조 ; 최동준, “기술의 유출·침해행위에 대한 법적 보호제도 -관련법의 기술 개념, 침해유형 및 법적 보호수단을 중심으로-”, 법학논고 제72집, 경북대학교 법학연구원, 2021, 306면.

와는 별개로, 국가의 안전보장과 국민의 경제발전을 고려하여 지정·고시·인증된 산업기술을 특별히 보호하는 것이다. 산업스파이와 같이 중요 산업기술이 부정하게 유출되는 것을 방지하여 해당 산업기술을 보호함으로써 국내 산업의 경쟁력을 강화하는 것이 「산업기술보호법」의 목적이 된다.¹³⁾ 결국 산업기술과 관련한 범죄는 영업비밀처럼 단순한 경제범죄가 아니라, 경제안보범죄로서 국가가 특별히 형사적 보호를 강화한 범죄라고 볼 수 있다.

영업비밀은 어떠한 심사나 절차 없이 이를 보유하고 있는 주체에 의해 비밀리에 관리되면 되지만, 산업기술은 중앙행정기관의 장으로부터의 지정·고시 등을 통해 보호 대상이 된 기술만 보호·관리되는 정보로 인정이 된다. 그에 따라 법률로 지정·고시·공고·인증이 되는 이상, 공개 기술과 비공개 기술정보를 모두 포함하지만,¹⁴⁾ 「부정경쟁방지법」으로 보호하는 영업비밀은 비공개 정보여야 하며, 공개가 되면 더 이상 영업비밀로서의 가치가 없어진다. 또, 영업비밀은 경영상의 정보도 포함하지만, 산업기술은 기술상 정보에 한정되며, 거래처와 고객리스트 등의 경영상 정보는 포함되지 않는다.

이렇듯 영업비밀과 산업기술은 보호 목적이나 그 적용 범위에 있어서 일부 차이가 있지만, 「부정경쟁방지법」과 「산업기술보호법」의 적용 대상이나 범위의 경계가 명확한 것은 아니어서, 서로 중복하여 적용될 수도 있다.¹⁵⁾ 즉, 민간기업이나 개인이 영업비밀 유출의 피해자가 되더라도, 해당 기술이 「산업기술보호법」상 인정되는 산업기술에 해당하기만 하면 「산업기술보호법」도 적용되는 것이다.

특히 「산업기술보호법」 제14조의 산업기술 유출 및 침해행위 유형은 「부정경쟁방지법」 제2조 제3호 상의 영업비밀 침해행위 유형과 매우 흡사하다. 이는 먼저 제정된 「부정경쟁방지법」의 침해행위 유형이 「산업기술보호법」의 침해행위 유형에 영향을 미친 것으로 보인다.¹⁶⁾ 이에 따라 산업기술 침해행위에 해당하는 행위가 영업비밀의 요건을 갖추고 「부정경쟁방지법」 제18조의 처벌 규정에 해당할 경우, 중복적으로 보호하고 있어 형사 처벌 강화를 위한 노력이 계속되고 있다.

13) 최동준, 앞의 논문, 306면 참조 ; 최민규, “기업의 지식재산 침해에 대한 고찰:기술 유출의 유형을 중심으로”, 무역학회지 제50권 제3호, 한국무역학회, 2025, 183면 참조.

14) 산업기술보호법 제2조 제1호 각 목의 어느 하나의 요건을 갖춘 산업기술은 특별한 사정이 없으면 비밀유지의무의 대상이 되고, 그 산업기술과 관련하여 특허등록이 이루어져 산업기술의 내용 일부가 공개되었다고 하더라도 그 산업기술이 전부 공개된 것이 아닌 이상 비밀유지의무의 대상에서 제외되는 것은 아니다. ; 대법원 2013. 12. 12. 선고 2013도12266 판결.

15) 신상현, “산업기술 및 영업비밀 보호를 위한 형사처벌 규정의 재정비 필요성 - 독일법과의 비교법적 관점에서 -”, 저스티스 통권 제194-1호, 한국법학원, 2023, 177면.

16) 최동준, 앞의 논문, 295면.

Ⅲ. 「산업기술보호법」 상의 침해행위(제14조 제1호)에 대한 검토 및 개선 방안

1. 「산업기술보호법」 상의 침해행위(제14조 제1호)에 대한 검토

「산업기술보호법」 제14조 제1호는 ‘산업기술의 유출 및 침해행위 금지’라는 명제 아래, 절취·기망·협박 그 밖의 부정한 방법으로 대상 기관의 산업기술을 취득하는 행위 또는 그 취득한 산업기술을 사용하거나 공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함한다. 이하 같다)하는 행위를 금지하고 있고, 이를 위반하면 같은 법 제36조에서 처벌하고 있다. 아래에서는 해당 침해행위의 구성요건을 먼저 살펴보고, 대상 판결의 판단과 비교해서 검토해 보고자 한다.

(1) ‘부정한 방법’으로 산업기술을 ‘취득’한 행위

우리 판례에 따르면, 위 조항에서 ‘부정한 방법’이란 절취·기망·협박 등 형법상의 범죄를 직접 구성하는 행위뿐만 아니라 이에 준하는 방법으로서 산업기술을 몰래 카메라 등으로 촬영하거나, 주요 설비의 위치나 작업 흐름 등을 몰래 그림으로 그리거나 중요 내용을 메모하는 등으로 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 산업기술을 탈취해 가는 일체의 행위나 수단이라 본다.¹⁷⁾ 대상 사건의 경우 피고인이 퇴사하면서 기술자료 등을 별도로 외장하드디스크에 복사하여 가지고 나왔으며, 그 후 A 회사에서 폐기할 것을 요구하였으나, 다른 USB에 저장 후 외장하드디스크만을 포맷하고 전부 폐기하였다고 한 점에 비추어 부정한 행위나 수단을 취했다고 볼 수 있다.

또, ‘취득’과 관련하여 영업비밀의 취득이란, “유체물의 점유뿐만 아니라, 영업비밀을 알고 있는 사람을 고용하는 형태로도 이루어질 수도 있으나, 어느 경우에도 사회통념 상 영업비밀을 자신의 것으로 만들어 이를 사용할 수 있는 상태가 되었다면 영업비밀을 취득한 것이다.”¹⁸⁾고 하여 취득의 범위를 매우 넓게 해석하고 있다. 그리고 이와 같은 법리를 「산업기술보호법」 상의 산업기술의 취득에도 그대로 적용하고 있다.

결국 판례는 ‘부정한 방법’을 해석하면서 ‘선량한 풍속 기타 사회질서에 반하여 산업기술을 탈취해 가는 행위나 수단’이 포함되고, ‘취득’에 대해서도 ‘사회 통념상’ 자신의 것으로 만들어 사용할 수 있는 상태를 말하며, 사람을 고용하는 형태로도 가능하다고 보고 있다. 형사처벌이 이루어지는 침해행위에 대해 ‘선량한 풍속’, ‘사회질서’, ‘사회통념’ 같은 추상적 개념을 빈번히 사용하고 있는데, 이는 해석의 명확성을 떨어뜨린다. 물론 규정의 문언에 표현력의 한계가 있고, 그 성질상 어느 정도의 추상성은 가질 수밖에 없다. 그러나 「산업기술보호법」의 개정으로 처벌이 강화되고 처벌 행위 범위도 확대되는 와중에, 행위의 해석마저 추상적 개념이 중첩되어 이루어지게 된다면 이는 지나친 가벌성의 확장을 초래할 수 있다. 특히, 판례에 따라 ‘부정한 방법’으로 ‘취득’한 행위를 종합하여 판단해 보면, ‘선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는

17) 대구지방법원 2024. 12. 13. 선고 2024노1770 판결.

18) 대법원 2012. 6. 28 선고 2012도3317 판결 ; 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008도9433 판결 ; 대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도679 판결.

수단'으로 '사회 통념상 자신의 것으로 만들어 사용할 수 있는 상태'가 되면 형사처벌을 받는 침해행위가 되는 것이다. 이러한 해석은 침해행위를 구체화시키지 못한다. 선량한 풍속이나 사회통념은 개별 가치관에 따라 달라질 수 있기 때문이다. 손해배상과 같은 민사적 구체 측면에서는 거래상 '선량한 풍속'이나 '사회통념' 등이 적용되어도 무방하나, 형사처벌을 하는 형사적 구체 측면에서는 이러한 해석을 지양할 필요가 있다.

나아가 사람을 고용하는 것을 취득의 범주에 넣는 것은 침해행위로 인한 처벌 범위를 지나치게 넓힐 우려가 있다. 경쟁사 직원이라 할지라도 이들을 고용한 행위 자체가 사회질서에 반하여 사회 통념상 자신의 것으로 만들어 사용할 수 있는 상태가 되는 것으로 볼 수 있는지는 의문이다. 경쟁사 직원의 고용이 곧바로 산업기술 침해행위를 구성한다고 보기는 어렵다. 해당 직원에게 이전 회사와의 비밀유지의무를 저버리도록 하여 산업기술 정보를 취득하였을 때 비로소 산업기술을 취득한 침해행위로서 인정할 수 있을 것이다.¹⁹⁾

한편, 대법원은 “기업의 직원으로서 영업비밀을 인지하여 이를 사용할 수 있는 사람은 이미 당해 영업비밀을 취득하였다고 보아야 하므로 그러한 사람이 당해 영업비밀을 단순히 기업의 외부로 무단 반출한 행위는 업무상배임죄에 해당할 수 있음은 별론으로 하고, 영업비밀의 취득에는 해당하지 않는다.”라고 보고 있다.²⁰⁾

이러한 법리에 따르면 대상 판결 사안에서 그 산업기술을 사용할 수 있었던 피고인은 이미 그 산업기술을 취득한 상태에서 A 회사에서 퇴사한 것이므로, 산업기술을 '취득'한 것이 아니게 될 수도 있다. 그러나 판례는 이 사건에서 피고인은 퇴사 이후 다시 사무실로 들어가 자신이 사용하던 업무용 컴퓨터에 저장되어 있던 산업기술 파일을 외장하드디스크에 '복사'하여 가지고 나왔기 때문에 이를 산업기술의 새로운 '취득'으로 보고, 단순한 '반출 행위'가 아니라고 판단하였다.²¹⁾

그에 따라 대상 판결은 피고인의 행위를 '부정한 방법으로 취득'한 행위로서 인정하고 있다. 그러나 해당 기술을 취득할 당시는 「산업기술보호법」이 시행되기 전이었으므로, 그 취득한 기술이 '부정한 방법으로 취득한 산업기술'에 해당하지 않는다고 보았다. 결론적으로 피고인이 A 회사의 기술을 취득한 행위에 대해서는 「산업기술보호법」이 적용되지 않으므로, 이 사건 하준 도면에 대해 피고인이 '부정한 방법으로 취득한 산업기술'이 아니라고 판단한 것이다.

(2) '그 취득한 산업기술'을 '사용'하거나 '공개'하는 행위

영업비밀의 '사용'은 “영업비밀 본래의 사용 목적에 따라 이를 상품의 생산·판매 등의 영업활동에 이용하거나 연구·개발사업 등에 활용하는 등으로 기업활동에 직접

19) 허정현, “부정경쟁방지법상 영업비밀 침해죄의 구성요건에 관한 연구”, 법학연구 제65권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2024, 13-14면 참조.

20) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008도9433 판결.

21) 이와 같이 보지 않는다면, 기업의 직원이 퇴사 후 절취, 기망, 협박 등의 부정한 방법으로 산업기술 관련 자료 등을 취득하였다고 하더라도, 한 때 그 산업기술을 인지하여 사용하였던 적이 있다는 이유만으로 위와 같은 취득 행위를 산업기술보호법상의 '산업기술의 부정 취득'으로 볼 수 없게 되는 부당한 결론에 이르게 된다. ; 대구지방법원 2024. 12. 13. 선고 2024노1770 판결.

또는 간접적으로 사용하는 행위로서 구체적으로 특정이 가능한 행위”를 말한다.²²⁾ 이러한 영업비밀의 법리를 산업기술에 적용하더라도 해당 판결에서 피고인은 B 회사와 중국의 C 회사 사이의 반도체용 단결정 성장 장비 납품 계약 체결을 위한 논의 과정에서 A 회사의 핫존 부품도 편집본을 스크린으로 띄우고, 핫존 도면을 C 회사에 제공하였으므로, 산업기술을 공개하고 사용한 행위에 해당한다. 문제는 공개하고 사용한 산업기술이 「산업기술보호법」 시행 전에 취득한 것이라는 점이다.

「산업기술보호법」 제14조 제1호에 침해행위로 규정된 사용하거나 공개하는 행위의 대상은 ‘그’ 취득한 산업기술이라고 되어 있다. 즉, 전단의 부정한 방법으로 취득한 산업기술을 의미하며, 이때의 산업기술은 「산업기술보호법」 상 보호받는 산업기술을 말한다. 그에 따라 대상 판결은 앞서 살펴본 바와 같이, 피고인이 A 회사의 산업기술을 취득할 때는 「산업기술보호법」이 시행되기 전이었으므로, 이 사건 핫존 도면은 부정한 방법으로 취득한 산업기술이 되지 않고, 따라서 그것을 사용 또는 공개하는 행위에 대해서도 「산업기술보호법」 제14조 제1호가 적용되지 않는다고 판시한 것이다. 결국 피고인이 사용하고 공개한 산업기술이, 사용·공개할 당시에 「산업기술보호법」 상 보호받는 산업기술이라 할지라도, 취득 시 산업기술 대상이 아니었다는 이유로 처벌할 수 없게 된 것이다.

생각건대, 사용하거나 공개하는 대상이 되는 산업기술이 ‘그 취득한’ 산업기술로 명시되어 있는 이상, 전단의 부정한 방법으로 취득한 산업기술을 말하는 것은 명백하다. 따라서 대상 판결과 같이 현재로서는, 취득 당시 「산업기술보호법」 상 보호받지 못한 산업기술이었다면, 이후에 「산업기술보호법」 상 보호받게 되는 산업기술이 되더라도, 이를 사용하고 공개하는 행위에 대해서는 별도로 처벌할 수 없다고 보는 것이 죄형법정주의에 부합한다고 여겨진다.

그러나 하루가 다르게 기술이 발전하고 있는 이 시대에 각 나라의 기술 수준이나 규제 정도에 따라 보호 가치가 있는 산업기술의 범위는 유동적일 수밖에 없다.²³⁾ 따라서 직원이 취득할 당시에는 「산업기술보호법」으로 보호받지 못하던 산업기술도, 이후 사용되거나 공개될 때 「산업기술보호법」의 대상이 되는 경우도 다수 발생할 수 있다.

「산업기술보호법」 제14조 제1호는 부정한 방법으로 산업기술을 취득한 자를 처벌하고 있고, 사용하거나 공개하는 행위까지 금지하고 있다. 부정하게 취득한 후 사용·공개하는 행위는 선행행위와 불법성이 구분되고 법익 침해의 양이 같다고 할 수 없다.²⁴⁾ 왜냐하면 산업기술을 취득하였다고 하더라도 이를 바로 삭제 또는 폐기하였다면 피해자에 대한 침해가 중지되고 원상회복이 가능하지만, 사용·공개까지 하게 되었을 때는 삭제나 폐기를 하더라도 이미 기술이 노출되어 피해의 원상회복이 불가능하기 때문이다. 따라서 산업기술을 사용·공개하는 행위는 부정하게 취득한 행위보다 더 큰 법익 침해를 초래하므로 그 불법성과 문제의 심각성이 더 크다고 볼 수 있다. 결국 시간 순서상 산업기술을 부당하게 취득한 사전 행위뿐만 아니라 사용·공개하는 사후행위도 별도로 처벌하는 것이 타당하다.

22) 대법원 2009. 10. 15. 선고 2008도9433 판결.

23) 신상현/신상민, “산업기술 및 영업비밀 유출범죄 피해자의 실효적 피해회복을 위한 대응방안”, 사법 통권 제63호, 사법발전재단, 2023, 340면 참조.

24) 허정현, 앞의 논문, 16면 참조.

그러므로 산업기술의 취득 시기에 상관없이, 산업기술을 사용하거나 공개하는 행위 시를 기준으로 하였을 때 대상이 되는 기술이 「산업기술보호법」으로 보호되는 산업기술이라면, 침해행위로 보아 이로부터 보호받을 수 있도록 할 필요가 있다. 대상 판결과 관련한 사안처럼 권한 없이 타인의 산업기술을 사용하고 공개하는 행위는 산업기술 침해행위로서 처벌받아 마땅하다.

2. 개선 방안

(1) 「산업기술보호법」 제14조 제1호의 개정

앞서 살펴본 바와 같이, 산업기술을 비롯한 영업비밀에 대한 중요도가 높아지면서 이에 대한 형사법적 보호를 위해 특히 형사처벌 규정들은 많은 개정을 거쳐 왔다. 그러나 처벌의 필요성만 강조하는 과정에서 다양한 행위들이 중구난방으로 침해행위로 규정되었고, 이는 오히려 비난 가능성이 다분한 사안에 대해서 형사처벌의 공백이 발생하게 하였다.

특히 대상 판결과 관련한 「산업기술보호법」 제14조 제1호의 경우, ‘그 취득한 산업기술을 사용하거나 공개하는 행위로 규정되어 있어, 취득 당시 산업기술로 인정되지 않았다면, 타인의 산업기술을 권한 없이 사용하거나 공개한 경우에도 처벌할 수가 없다.

영업비밀과 달리 산업기술은 중앙행정기관의 장으로부터의 지정·고시 등을 통해 「산업기술보호법」의 보호를 받는 산업기술로 인정이 된다. 이는 각종 산업기술의 변화에 유연하게 대응하고 ‘어떤 기술’을 보호할 것인지 보다는 ‘어떤 침해행위’로부터 산업기술을 보호할 것인지를 중점으로 둔 것이다. 산업기술을 개발한 이후 뒤늦게 법률상 산업기술로 인정될 수 있다. 가령 기술 개발 단계에서 직원이 미리 취득하였다가, 산업기술로 지정된 이후 이를 공개하거나 사용하는 경우도 있을 수 있는데, 이때에도 사실상 산업기술의 침해행위가 되므로 보호해 줄 필요가 있다.

그에 따라 「산업기술보호법」 제14조 제1호를 아래와 같이 개정할 것을 제안한다.

제14조 (산업기술의 유출 및 침해행위 금지) 누구든지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 절취·기망·협박 그 밖의 부정한 방법으로 대상기관의 산업기술을 취득·사용·공개(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함한다. 이하 같다)하는 행위

위 안을 따르게 될 경우, 「산업기술보호법」 상 인정되는 산업기술의 취득 여부와 무관하게, 행위 시를 기준으로 타인의 산업기술을 부정하게 사용하거나 공개한 때에도 처벌할 수 있게 된다. 설사 산업기술을 정당하게 취득한 자라 할지라도 사후 부정한 방법으로 사용·공개한다면, 이에 대해서도 처벌할 수 있을 것이다.

(2) 침해행위 유형의 명확한 정리

한편, 「부정경쟁방지법」과 이를 참고삼아 제정된 「산업기술보호법」의 경우, 침해행위를 일반 규정화하지 않고 한정적으로 나열한 이유는 영업비밀과 관련된 경제 활동을 위축시킬 우려가 있어서였다고 한다.²⁵⁾ 그에 따라 개별적인 행위들의 규제에 초점을 두고 있는 행위 규제형 입법을 취하고 있는데, 이는 오히려 침해행위 규정을 복잡하게 만들고 행위유형의 불법성이 충분히 드러나지 않아 해석상 혼란을 가져오고 있다. 과다한 행위유형을 줄이고 형사처벌 규정과 중복적인 의미를 가지는 용어 사용을 최소화할 필요가 있다.

예를 들어, 「산업기술보호법」 제36조 제6항의 경우 같은 법 제34조의 비밀유지의무 규정을 위반하여 비밀을 누설하거나 도용한 자를 처벌하고 있는데, 여기서 누설 또는 도용의 의미가 문제가 된다. 대법원의 해석에 따르면, 누설이란 아직 알지 못하는 타인에게 알려주는 일체의 행위를 말한다고 해석하고 있는데,²⁶⁾ 이는 침해 규정에서 사용하고 있는 ‘(비밀을 유지하면서 특정인에게 알리는 것을 포함하는) 공개’와 크게 다른 점이 없다. 또, 도용의 경우에도 ‘몰래 사용하다’라는 뜻으로 볼 수 있는데, 이는 결국 ‘부정하게 또는 권한 없이 사용’하는 방식으로 규정할 수 있다.

다양한 행위유형의 설정과 중복적인 용어 사용은 오히려 해석상 혼란을 가중시켜, 명확성의 원칙을 해칠 수 있다. 이는 산업기술의 침해에 대한 처벌 강화와 처벌 범위 확대 위주의 개정으로 인한 영향이 없지 않다.²⁷⁾ 앞으로는 중복적인 용어를 통일하고 행위유형을 간소화시켜서, 불법성을 명확히 하는 방향으로 하는 개선이 필요할 때이다.

(3) 피해 회복을 위한 정책

기업의 영업비밀, 특히 산업기술이 유출되거나 침해되는 것은 회사의 존폐에 영향을 미칠 수 있는 중요한 문제이다. 설사 해당 침해행위가 「산업기술보호법」에 따른 산업기술 및 침해행위 유형에 해당되어 그 법에 따라 처벌받을 수 있다고 하더라도, 침해로 인해 야기된 손해는 피해자에게 고스란히 돌아가게 된다. 따라서 산업기술을 침해한 자에 대한 처벌 뿐만 아니라 피해 회복을 위한 방안도 함께 고려할 필요가 있다.

생각건대, 산업기술이 침해당했을 때 그 기술의 유출과 피해를 최소화하기 위해서는 해당 침해행위로 인하여 만들어진 물품에 대한 ‘유통’도 금지해야 한다. 또한 해

25) 강명수, 앞의 논문, 90면 참조.

26) 대법원 2015. 7. 9. 선고 2013도13070 판결; 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10576 판결.

27) 그동안 산업기술 및 영업비밀과 관련된 법들은 그 유출에 대한 처벌 강화를 위해 수차례 개정되었다. 그 결과 징역형과 벌금형의 상형 조정, 미수범·예비·음모 규정의 신설, 다양한 침해행위 유형의 추가가 이루어졌다. ; 조용순, “산업보안 관련 법률 형사처벌 규정 주요 개정 내용 및 검토”, 한국산업보안연구 제15권 제2호, 한국산업안보학회, 2025, 22-29면 참조; 조용순, “형사처벌 실효성 강화를 위한 기술유출범죄의 양형기준 개선방안”, 산업재산권 제74호, 한국지식재산학회, 2023, 372-374면. 그러나 이러한 촘촘한 행위 규정으로 인하여 오히려 처벌 공백이 나타나는 경우가 발생하고, 불법성을 파악하기도 쉽지 않다. 따라서 현재 존재하는 처벌 규정부터 명확하게 개선할 필요가 있다. 구성요건을 명확히 하면 침해유형 또한 명백해지므로 사전 예방 효과도 기대할 수 있다.

당 물품들을 ‘몰수’할 수 있도록 해야 한다. 이는 피해자의 기술이 퍼져나가 더 이상 가치가 없는 것이 되어 손해를 입는 것을 조금이라도 막기 위해서이다.

물론 현재 「산업기술보호법」 제36조 제5항에도, 몰수 및 추징이 가능한 것으로 되어 있으나, 이는 범죄행위로 얻는 ‘재산’에 한정하고 있어, 산업기술의 침해행위로 이루어진 ‘물품’ 자체는 해당되지 않는다.

따라서 막대한 비용과 투자, 노력이 들어간 피해자의 기술이 유출되는 것을 조금이라도 방지하기 위해 침해된 산업기술로 만들어진 물품들이 유통되어 시장에 순환되는 것을 가능한 막을 필요가 있다. 피해의 확산을 최소화하기 위하여 해당 물품의 유통을 금지하고 물품 자체에 대한 몰수도 가능하게 해야 한다.

나아가 산업기술의 침해로 인하여 피해를 받게 되는 기업의 피해 회복에 대한 개선 방안으로 「산업기술보호법」 제36조 제5항에 따라 몰수·추징한 재산을 국고에 환수할 것이 아니라 피해자에게 환부할 수 있도록 하여, 정부의 도움으로 금전적 손해를 보전하는 성격으로 피해 재산을 회복할 수 있도록 하는 정책이 마련되어야 한다.

범죄수익이 국고에만 귀속된다면 형벌은 실현되더라도 피해 회복은 충분히 이루어지기 어려울 수 있다. 산업기술이 유출되면 피해자에게 막대한 연구·투자비에 대한 손실이 발생할 뿐만 아니라, 해당 기업의 가치가 하락하게 되고 경쟁력 상실로 인하여 국가 산업기반 및 안보에도 중대한 영향을 미칠 수 있다. 「산업기술보호법」의 궁극적인 목적은 국내 산업의 경쟁력을 강화하고 국가의 안전보장과 국민경제의 발전에 이바지하는 것이다. 따라서 범죄수익을 국고에 환수하기보다는 피해 기업에게 환부한다면, 피해자는 이를 연구 및 개발을 위한 역량 회복에 재투입할 수 있게 되어 국내 산업의 경쟁력 강화 및 국민의 경제발전에도 도움이 될 것이다. 이는 「산업기술보호법」의 보호 목적과 정책 목표에 더 부합하게 된다.

IV. 맺으며

대상 판결은 회사의 직원이 「산업기술보호법」에 제정되기 전에 취득하였던 산업기술을 「산업기술보호법」으로 보호 대상이 된 이후에 타 회사에 들어가 그 기술을 사용 및 공개한 사건이다. 대법원은 형사처벌의 대상이 되는 「산업기술보호법」 제14조 제1항에 규정된 침해행위는, 산업기술의 부정 취득 행위와 별도로 산업기술의 사용 행위 또는 공개 행위를 처벌한다고 하면서도 사용 행위 또는 공개 행위의 대상에 대해 ‘그 취득한 산업기술’이라고 규정한 점에 비추어 부정한 방법으로 취득한 대상 기관의 산업기술로 한정하고 있다. 그에 따라 「산업기술보호법」에서 금지하는 산업기술의 사용 행위 또는 공개 행위의 대상 기술은 취득 당시에도 「산업기술보호법」에 의하여 보호되는 산업기술에 해당해야 한다고 보았다.

그러나 이에 따르면 산업기술을 사용하거나 공개하는 행위 시에 「산업기술보호법」 상 보호되는 산업기술의 대상이 된다고 하더라도, 최초 취득 당시에 산업기술의 대상이 아니라면 이를 보호할 수 없는 부당한 결과가 발생하게 된다. 대상 기관의 산업기술을 권한 없이 사용하거나 공개하는 행위는 부당한 방법으로 취득하는 행위보다 더 큰 침해를 초래할 수 있다. 산업기술과 같은 그 기업의 영업비밀은

그것이 공개되는 순간 다시 비밀로 유지되기 어려우며, 그로 인해 발생하는 피해는 원상회복이 어렵기 때문이다.

또, 어떠한 심사나 등록 절차 없이 보유하고 있는 주체에 의해 비밀리에 관리되면 되는 영업비밀과 달리 산업기술은 중앙행정기관의 장으로부터의 지정·고시 등을 통해 「산업기술보호법」 상 보호되는 산업기술로 인정될 수 있다. 산업기술이 급변하는 상황에서 산업기술의 취득 시에는 「산업기술보호법」으로 인정되지 못하였던 산업기술도, 이후 사용하거나 공개할 때 그 대상이 되는 경우도 발생할 수 있다. 이 경우에도 별도로 보호할 수 있도록 「산업기술보호법」 제14조 제1호의 개정안을 제시하였다.

산업기술의 침해는 단순히 기업을 상대로 한 범죄가 아니라 국가의 경제 및 안보를 심각하게 위협하는 요소가 될 수 있다. 그로 인해 「산업기술보호법」은 그동안 처벌을 강화하기 위한 개정에 치우쳐왔다. 그러나 산업기술 침해행위에 대해 열거 규정을 취하고 있는 특성상, 다양한 행위유형이 오히려 침해행위 규정을 복잡하게 만들고 해석상 혼란을 가져오고 있다.

형사처벌 규정은 침해행위와 그 법적 효과로서의 제재 범위가 명확하고 예견할 수 있도록 규정되어야 한다. 불명확한 행위 태양과 요건은 그 해석을 법관에 의존하게 되어, 명확성의 원칙을 해치고 죄형법정주의에 반하게 되기 때문이다.

따라서 제시된 「산업기술보호법」 제14조 제1호의 개정안을 중심으로 통일적인 용어 사용과 행위유형의 간소화를 통해 불법성을 명확히 하는 방향으로 침해행위 규정에 대한 전반적인 고찰이 필요하다고 여겨진다. 나아가 산업기술의 침해행위로 이루어진 물품의 유통 금지, 물품 자체의 몰수도 가능하게 하고, 몰수·추징한 재산을 피해자에게 환부하는 등 가능한 피해를 최소화하고 피해자의 피해 회복을 위한 방안이 마련되어야 한다.

처벌 강화를 위한 개정보다는 명확한 구성요건으로 범죄 성립 범위를 분명히 하고, 피해자의 피해 회복을 위한 개선이 필요한 시점이다.

■ **주제어:** 산업기술, 영업비밀, 산업기술보호법, 형사처벌, 피해회복

[참고문헌]

- 강명수, “부정경쟁방지법상 영업비밀 침해죄 규정에 대한 일고찰”, 「형사법의 신동향」 통권 제68호, 2020, 62-96.
- 문희태, “산업기술침해행위에 대한 형사법적 대응방안에 관한 고찰”, 「비교형사법연구」 제19권 제4호, 한국비교형사법학회, 2018, 81-107.
- 신상현, “산업기술 및 영업비밀 보호를 위한 형사처벌 규정의 재정비 필요성 - 독일법과의 비교법적 관점에서 -”, 「저스티스」 통권 제194-1호, 한국법학원, 2023, 154-189.
- 신상현/신상민, “산업기술 및 영업비밀 유출범죄 피해자의 실효적 피해회복을 위한 대응방안”, 「사법」 통권 제63호, 사법발전재단, 2023, 327-355.
- 이의주/정병수, “영업비밀의 형사법적 보호와 한계에 대한 고찰”, 「한국민간경비학회보」 제23권 2호, 한국민간경비학회, 2024, 163-186.
- 정유나, “영업비밀보호에 관한 형사법적 보호방안 - 부정경쟁방지법을 중심으로 -”, 「법학논집」 제43권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2023, 119-146.
- 조용순, “산업보안 관련 법률 형사처벌 규정 주요 개정 내용 및 검토”, 「한국산업보안연구」 제15권 제2호, 한국산업안보학회, 2025, 11-35.
- 조용순, “형사처벌 실효성 강화를 위한 기술유출범죄의 양형기준 개선방안”, 「산업재산권」 제74호, 한국지식재산학회, 2023, 359-410.
- 최동준, “기술의 유출·침해행위에 대한 법적 보호제도 -관련법의 기술 개념, 침해유형 및 법적 보호수단을 중심으로-”, 「법학논고」 제72집, 경북대학교 법학연구원, 2021, 275-327.
- 최민규, “기업의 지식재산 침해에 대한 고찰:기술 유출의 유형을 중심으로”, 「무역학회지」 제50권 제3호, 한국무역학회, 2025, 175-201.
- 허정현, “부정경쟁방지법상 영업비밀 침해죄의 구성요건에 관한 연구”, 「법학연구」 제65권 제4호, 부산대학교 법학연구소, 2024, 65-87.

[Abstract]

A Criminal Law Examination of Trade Secret Infringement, Particularly Industrial Technology Infringement

Kang, Mi young*

This study examined the criminal law protection system for the infringement of industrial technology among trade secrets and analyzed its limitations and improvement measures, focusing on the Supreme Court ruling 2024do21051 decided on May 15, 2025.

The case concerned a technology that was not protected under the Industrial Technology Protection Act at the time it was acquired, but was subsequently designated as an industrial technology and later used and disclosed. The Supreme Court held that, based on the wording “the industrial technology so acquired” under Article 14(1) of the former Industrial Technology Protection Act, the industrial technology subject to use or disclosure must also have qualified as protected industrial technology at the time of acquisition.

Although the unlawful acquisition of industrial technology and its subsequent use or disclosure differ in terms of their illegality and the degree of harm to legal interests, the current statutory framework treats the latter as subordinate to the former. As a result, a regulatory gap arises whereby unauthorized use or disclosure of technology cannot be punished if the technology was not classified as protected industrial technology at the time of acquisition, even though it later became subject to statutory protection.

This study argues that the use and disclosure of industrial technology should be recognized as independent forms of infringement. Accordingly, Article 14(1) of the Industrial Technology Protection Act should be amended to separately and explicitly prohibit the unlawful acquisition, use, and disclosure of industrial technology. In addition, the categories of infringement should be systematically reorganized to enhance the clarity of criminal elements, while victim-centered measures, including restrictions on the distribution of products manufactured using misappropriated technology, confiscation of such products, and restitution mechanisms for victims, should also be introduced.

Industrial technology infringement is not merely a matter of private economic loss but a significant threat to national industrial competitiveness and economic security. Therefore, legal reforms should focus not only on strengthening punishment but also on clarifying the constituent elements of infringement and

* Instructor, Law School, Pusan National University, Ph.D. in Law

enhancing the effectiveness of victim recovery. This study identifies the limitations of the current criminal law framework revealed by the Supreme Court decision and suggests legislative and policy measures aimed at improving the protection of industrial technology and the restoration of victims' rights.

- **Key Words:** Industrial Technology, Trade Secrets, Industrial Technology Protection Act, Criminal Punishment, Victim Recovery

진술취약아동 학대사건에서 사인의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음물의 증거능력에 관한 연구

도규엽* · 양은진** · 이석민*** · 이채원**** · 장유진*****

논문요지

최근 아동의 부모가 아동학대를 의심하며 자녀의 가방에 녹음기를 넣어 교사가 한 발언을 녹음한 사례들이 계속 등장하고 있는데, 법원이 해당 녹음물이 「통신비밀보호법」에 위반하여 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 것임을 근거로 그 증거능력을 부정하는 입장을 관철하면서 사회적인 관심이 커지고 있다. 이 글에서는 먼저 사인이 위법하게 수집한 증거에 대한 위법수집증거배제법칙 적용 여부를 살펴본 후, 이어 사인이 비밀리에 수집한 녹음물의 증거능력을 검토하고, 「통신비밀보호법」상 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’의 구성요소를 분석한다.

사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력 인정 여부는 개별적인 사안에서 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 허용 여부를 결정하는 판례의 입장이 기본적으로 타당하다고 보지만, 추후 유형화 및 구체화 작업은 필요하다고 생각한다.

한편 사인이 비밀리에 대화를 녹음한 녹음물의 증거능력이 문제되는 경우, 이는 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력에 대한 일반적 문제로 볼 것이 아니라 「통신비밀보호법」의 적용이 우선되어 동법에 따라 증거능력이 결정된다고 보아야 한다. 「통신비밀보호법」이 특별히 입법을 통하여 통신의 비밀과 자유를 강하게 보호하고자 하고 있고, 예외적으로 허용되는 경우를 명문의 규정을 통하여 제한적으로 열거하고 있는 취지를 고려할 때, 사인의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음물의 증거능력 문제에 있어서는 앞의 이익형량설이 그대로 적용되어서는 안 된다.

다만 저연령 또는 신체적·정신적 장애로 인하여 가해자의 학대행위를 학대로 인식할 능력 또는 피해사실을 외부에 전달할 의사소통능력이 현저히 결여되어 있거나 혹은 양자 모두가 현저히 결여되어 있는 ‘진술취약아동’에 대한 학대사건의 경우에는 엄격한 이익형량을 근거로 한 증거능력의 인정이 극히 예외적으로 가능하다고 본다.

이 경우 그 증거능력을 판단함에 있어서 엄격한 이익형량을 위해 고려해야 할

* 제1저자. 상지대학교 경찰법학과 조교수, 법학박사.

** 공동저자. 성균관대학교 사회과학대학 글로벌리더학부, 학사과정.

*** 공동저자. 성균관대학교 문과대학 사학과(공익과 법 연계전공), 학사과정.

**** 공동저자. 성균관대학교 사회과학대학 글로벌리더학부, 학사과정.

***** 공동저자. 성균관대학교 문과대학 프랑스어문학과(공익과 법 연계전공), 학사과정.

세부요소로는 ① 녹음이 ‘아동에 대한 학대정황의 신속한 확인과 그에 대한 대처를 통한 아동보호’라는 목적으로 이루어졌을 것(목적의 정당성), ② 피해아동에게 가해자의 학대행위를 학대로 인식할 능력 또는 피해사실을 외부에 전달할 의사소통능력이 현저하게 결여되어 있거나 혹은 양자 모두가 현저히 결여되어 있어 ‘진술취약아동’에 해당할 것, ③ 녹음의 주체가 피해아동과의 관계에 있어서 「아동복지법」 제3조 제3호에 따른 ‘보호자’일 것(녹음 주체와 피해아동 간의 인적 관련성), ④ 구체적 학대 정황이 의심된 이후에 긴급하게 이루어진 수집인지 여부(긴급성), ⑤ 비밀녹음 외에 다른 적절한 증거수집 수단이 결여되어 있었는지 여부(보충성), ⑥ 해당 사건과 무관한 정보 및 제3자의 사적 대화가 광범위하게 포함되지 않도록 수집 범위를 제한하였는지 여부(최소침해의 원칙), ⑦ 아동학대범죄의 중대성(의심되는 범죄의 중대성), ⑧ 증거사용으로 달성되는 실체적 진실 발견 및 형사정의의 실현(공익성), ⑨ 기본권이 침해되는 상대방의 사생활 및 통신의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권(증거수집으로 인해 침해되는 기본권의 내용과 정도)을 들 수 있다.

이 글의 제안이 학대 피해 진술취약아동 보호의 실효성을 제고하는 논의의 단초가 되고, 나아가 아동학대처벌법 및 「통신비밀보호법」의 입법적 정비로 이어지기를 기대한다.

• 논문제출: 2026. 07. 05. • 심사개시: 2026. 07. 08. • 게재확정: 2026. 07. 22.

I. 들어가는 글

아동학대는 공개되지 않은 공간에서 발생하는 특성상 피해를 발견하기가 어려우며, 피해아동은 연령·장애 등의 요인으로 인해 스스로 피해 사실을 표현하거나 외부에 알리기 어려운 경우가 많다. 이로 인해 보호자가 가정용 CCTV나 비밀녹음 등 피해자의 진술 외의 수단에 의존하여 증거를 확보하는 사례가 적지 않게 나타난다. 이른바 ‘해든이 사건’은 가정용 CCTV에 녹화된 학대 장면이 주요 증거로 활용되어 가해자에 대한 형사처벌이 이루어졌다.¹⁾ 반면 최근 세간의 관심이 집중되었던 이른바 ‘웹툰 작가 J씨 자녀 사건’ 항소심에서 자폐성 장애를 가진 피해아동의 부모가 자녀의 외투에 넣어 둔 녹음기로 특수학급 교사의 발언을 녹음한 녹음물에 대하여 법원은 「통신비밀보호법」에 위반하여 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 것임을 근거로 증거능력을 부정하여 무죄를 선고하였다.²⁾ 또 이와 유사한 사안에서 대법원은 초등학교 3학년 피해아동의 부모가 자녀의 가방에 녹음기를 넣어 수업시간 중 교실에서 담임교사가 한 발언을 녹음한 녹음파일, 녹취록 등은 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 것이므로 「통신비밀보호법」 제14조 제2항 및 제4조에 따라 증거능력이 부정된다고 하였다.³⁾

1) 광주지방법원 순천지원 2026. 4. 23. 선고 2025고합235 판결.

2) 수원지방법원 2025. 5. 13. 선고 2024노1400 판결.

진술능력이 현저히 떨어지는 진술취약아동 학대사건의 경우, 증거수집에 있어서 진술의존도가 높지만 가해자와 목격자의 진술 획득이 매우 곤란하고 피해자인 아동의 진술 역시 그 확보에 현실적 어려움이 따른다. 이 경우 상황에 따라 실질적으로 거의 유일한 증거가 될 수도 있는 보호자 등의 녹음물에 대하여 「통신비밀보호법」 위반 녹음물이라는 이유로 일률적으로 그 증거능력을 부정하는 것이 적절한지에 대한 의문에서 이 글의 문제의식이 시작된다고 할 수 있다.

이하에서는 사인이 위법하게 수집한 증거에 대한 위법수집증거배제법칙 적용 여부를 살펴본 후, 사인이 비밀리에 수집한 녹음물의 증거능력을 검토한다.⁴⁾ 후자와 관련하여 「통신비밀보호법」상 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’의 녹음 금지 및 해당 녹음물 등 증거능력 부정을 내용으로 한 규정과 그 요건에 대하여 상세히 고찰해 본다. 나아가 진술취약아동 학대사건 증거수집의 구조적 한계에 대한 고민을 바탕으로 진술취약아동 학대사건에서 사인의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음물의 증거능력에 대한 해석론을 전개하고, 관련 판례에 이를 적용하여 평가해 본다. 마지막으로 이러한 해석론을 입법적으로 어떻게 구현할 것인지에 대한 제언을 하고자 한다.

II. 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력

1. 위법수집증거배제법칙과 사인이 수집한 증거

「형사소송법」 제308조의 2는 “적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다”고 규정하여 위법수집증거배제법칙을 명문화하고 있다. 이는 실체적 진실 발견이라는 명목으로 국가형벌권이 헌법·형사소송법상 적법절차의 한계를 침해하는 것을 방지하고, 나아가 형사절차 전반에서 적법절차의 규범력을 실질적으로 담보하는 기능을 수행한다. 만약 위법하게 수집된 증거에 대하여 증거물 자체에 결함이 없다는 이유로 실체적 진실발견을 위하여 계속 증거능력을 인정하게 된다면 수사기관의 위법행위는 지속될 수밖에 없으므로 실체적 진실발견을 어느 정도 희생하더라도 위법수집증거행위를 억제하기 위해서는 위법수집증거배제법칙의 확고한 적용을 통해 그 증거능력을 부정할 필요가 있는 것이고, 이를 통해 적법절차의 보장이 가능해진다고 할 것이다.⁵⁾ 그리고 이 법칙은 원래 성격상 수사기관의 위법한 증거수집에 적용되는 것이라 할 것이다.

따라서 아무런 논의 없이 위법수집증거배제법칙이 수사기관이 아닌 사인이 수집한 증거에도 당연히 그대로 적용된다고 볼 수는 없다. 한편 기본권의 대사인적 효력과 적법절차원칙의 중요성을 고려할 때 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력을 고민 없이 무제한적으로 인정하는 것도 적절하지 않다고 볼 수 있다. 이러한 점에서 위법수집증거배제법칙이 사인의 증거수집행위에도 적용되는지 여부, 즉 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력에 있어서 논쟁이 있다.

3) 대법원 2024. 1. 11. 선고 2020도1538 판결.

4) 진술녹음이 진술증거로 사용되는 경우 전문법칙이 적용되어 「형사소송법」상 전문법칙 예외 규정의 요건 충족 여부가 문제될 수 있지만, 이 글에서 이 부분은 논외로 한다.

5) 이창현, 형사소송법, 정독 2025, 837면.

2. 학설

(1) 원칙적 부정설(원칙적 동일기준설)

위법수집증거배제법칙은 사인에게 있어서도 수사기관의 경우와 원칙적으로 동일하게 적용되어 사인이 위법하게 수집한 증거는 원칙적으로 증거로 사용할 수 없다는 견해이다.⁶⁾ 「형사소송법」 제308조의 2가 사인의 행위에도 적용된다고 해석하고 그 전제 하에 사인이 적법절차에 위반하여 수집한 증거는 동조를 근거로 하여 배제된다는 것이다.⁷⁾ 이 학설은 사인의 증거수집에 있어서는 수사기관의 증거수집에 비하여 위법성 조각사유의 범위를 상대적으로 넓게 인정할 수 있다고 한다.⁸⁾

(2) 원칙적 인정설(제한적 적용설)

사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력을 원칙적으로 인정하는, 즉 사인에게 있어서는 위법수집증거배제법칙이 제한적으로 적용된다는 입장이다. 이 학설은 권리범 위설과 이익형량설로 분류된다.

가. 권리범위설

권리범위설은 권리의 중요성을 기준으로 사인의 위법수집증거로 침해되는 권리가 기본권의 핵심적 영역을 침해하는 경우에는 사인에게도 위법수집증거배제법칙이 적용되어 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력을 부정해야 하고 그렇지 아니한 경우에는 그 증거능력이 인정된다는 학설이다.⁹⁾

한편 기본적으로 권리범위설의 입장을 취하면서도 ① 인격의 핵심영역을 침해하는 경우에는 증거능력이 절대적으로 부정되고, ② 증거수집의 위법성이 중대하지 않은 경우, 즉 일반적인 인격권 영역에서는 증거능력을 인정함으로써 얻게 될 이익과 침해될 이익 사이의 이익교량이 가능하며, ③ 사적 거래영역이 아닌 사회생활영역을 침해하는 경우 원칙적으로 증거능력이 인정되고, ④ 피해자가 동의한 경우나 증거사용이 피고인에게 유리한 경우 수사기관이 위법하게 수집한 증거와는 달리 증거동의의 대상이 될 수 있다고 하는 견해도 있다.¹⁰⁾¹¹⁾

6) 김종구, “사인(私人)이 수집한 형사사건의 증거와 증거배제법칙”, 형사법연구 제20권 제2호, 한국형사법학회, 2008, 220면; 이은모/김정환, 형사소송법, 박영사, 2023, 624면.

7) 김종구, 앞의 논문, 216면, 219-220면.

8) 이은모/김정환, 앞의 책, 624면.

9) 신양균/조기영, 형사소송법, 박영사, 2022, 769면.

10) 하태훈, “사인이 비밀리에 녹음한 녹음테이프의 증거능력”, 형사판례연구 제8호, 형사판례연구회, 2000, 523-524면.

11) 사인이 위법하게 수집한 증거에 있어서도 수사기관의 경우와 같이 기본권의 본질적 내용이 침해되는 때에는 증거능력을 배제하고 그 외의 영역에서는 국가형벌권과 기본권보호 간의 이익을 형량하여 증거능력 인정 여부를 정하자는 주장(최영승/정영일, “사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력 - 헌법적 근거에서, 그리고 주요 유형을 중심으로”, 경희법학 제48권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2013, 15면)도 유사한 취지이다.

나. 이익형량설

이익형량설은 실체적 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활보호이익과 같은 사익을 비교형량하여 사익의 침해가 더 큰 경우에 한하여 위법수집증거배제법칙이 적용된다는 학설이다.¹²⁾

(3) 인정설(적용부정설)

형사소송법은 국가적 형사소추기관을 대상으로 하고 사인은 형사소송법의 수명자가 아니므로 위법수집증거배제법칙은 사인이 수사기관에 고용되었거나 수사기관의 위임에 의해 위법하게 증거를 수집한 경우가 아닌 한 사인의 증거수집에 대하여서는 적용되지 않고, 따라서 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력은 인정된다는 학설이다.¹³⁾

3. 판례

판례는 이익형량설에 입각하여 판단하고 있다.¹⁴⁾ 즉 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무이고 이는 형사절차에서도 당연히 구현되어야 하지만, 국민의 사생활 영역에 관계된 모든 증거의 제출이 곧바로 금지되는 것으로 볼 수는 없다는 입장에서 “형사절차에서 증거로 사용할 수 있는지는 개별적인 사안에서 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 허용 여부를 결정하여야 한다”고 한다.¹⁵⁾

그리고 “이때 법원이 비교형량을 할 때에는 사생활 내지 인격적 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 정도, 증거수집 과정에서 사생활 내지 인격적 이익을 침해하게 된 경위와 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 한다. 증거수집 절차가 개인의 사생활 내지 인격적 이익을 중대하게 침해하여 사회통념상 허용되는 한도를 벗어난 것이라면, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 선불리 단정해서는 아니 된다. 그러나 그러한 한도를 벗어난 것이 아니라면 형사

12) 권순민, “사인에 의해 위법하게 수집된 증거의 증거능력 인정여부와 근거에 대한 연구”, 한국공안행정학회보 제77호, 한국공안행정학회, 2019, 85면; 신동운, 신형사소송법, 법문사, 2024, 848면; 이창현, 앞의 책, 872면; 임동규, 형사소송법, 법문사, 2024, 495면.

13) 이재상/조균석/이창운, 형사소송법, 박영사, 2021, 628면.

14) 이재상/조균석/이창운, 앞의 책, 628면은 “대법원이 대화당사자 일방이 비밀녹음한 녹음테이프의 증거능력을 긍정한 것은 부정설의 입장과 일치한다고 할 수 있다”고 언급하고 있으나, 대법원은 사인의 녹음물에 대한 증거능력 인정 여부에 있어서 일반적인 사인의 위법한 증거수집에 대한 증거능력 판단에 따르는 것이 아니라 전적으로 「통신비밀보호법」상 허용되는 녹음물인지 여부에 따라 결정하는 태도를 취하는 것으로 보이므로 해당 판결의 입장을 통하여 대법원이 사인의 위법수집증거에 있어서 증거능력 인정설(적용부정설)을 취하는 것이라 단정할 수는 없다고 본다.

15) 대법원 2023. 12. 14. 선고 2021도2299 판결; 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결; 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결.

절차에서 증거로 사용할 수 있다”고 한다.¹⁶⁾

4. 검토

생각건대 위법수집증거배제법칙은 본래 국가기관인 수사기관의 위법수집증거의 사용을 제한하는 법칙이기에 사인의 증거수집에 이 원칙이 당연히 그대로 적용된다고 볼 수는 없는 것이고, 이는 「형사소송법」 제308조의 2의 문언에서 특별히 사인에 대한 적용 배제를 밝히고 있지 아니하더라도 달리 볼 이유가 없다. 따라서 원칙적 부정설(원칙적 동일기준설)은 타당하지 않다.

그렇다고 하여 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력을 무제한적으로 인정할 수도 없다. 사인이 수집한 증거의 경우 적법절차원칙 준수에 대한 요청이 국가기관에 요구되는 것과 동일한 정도로 요구된다고 보기는 어렵지만, 그 수집 과정에서 침해될 수 있는 사생활의 비밀, 인격권, 개인정보자기결정권 등 기본권의 대사인적 효력을 고려할 때 사인의 위법한 증거수집행위에 대하여도 최소한의 적법절차를 요구함이 바람직할 것이다. 이러한 점에서 인정설(적용부정설) 역시 부당하다.

권리범위설에 대하여는 어떠한 경우가 기본권의 핵심영역을 침해하는지 판단기준이 모호하다는 비판이,¹⁷⁾ 그리고 이익형량설에 대하여는 불명확한 기준으로 인해 예견불가능한 결과를 초래한다는 비판이 가해진다.¹⁸⁾ 이처럼 권리범위설과 이익형량설은 공통적으로 판단기준이 불명확하다는 어려움이 있다는 점은 분명하다. 그렇다고 하여 판단기준이 명확한 태도, 즉 일률적으로 증거능력을 부정한다거나 일률적으로 증거능력을 인정하는 태도를 취하는 것은 납득할 수 없고, 일단 원칙적 인정설(제한적 적용설)이 타당하다고 할 수 있다.

권리범위설은 제한되는 권리가 기본권의 핵심영역에 속하는 것인지 기준이 불명확하고 그 제한이 기본권 침해에 이를 정도인지를 다시금 불명확한 기준인 과잉금지원칙 등에 따라 판단해야 하므로 판단절차와 기준이 매우 복잡하면서도 여러 단계에서 불명확성이 중첩되는 문제가 있다. 만약 특정 권리가 기본권의 핵심영역에 속하는 경우 그 권리에 대한 제한이 있다는 것만으로 과잉금지원칙 등의 평가 없이 곧바로 증거능력을 부정한다면 증거능력 인정과 부정의 기준 설정이 잘못되었다는 비판으로부터 자유롭기 어렵다고 본다. 예를 들어 인간의 존엄이라는 기본권의 핵심영역에 대한 침해를 이유로 증거능력을 부정했지만, 사실은 인간의 존엄이라는 기본권의 보호영역 설정도 불명확하고 어떠한 증거수집행위가 인간의 존엄을 어떻게 침해한 것인지도 이해하기 어려운 상황에서 실질적으로 미약한 정도의 제한만 존재한 경우였다면 이는 잘못된 결론이라 할 수 있는 것이다. 이익형량설 역시 기준의 불명확성이라는 한계를 안고 있기는 하지만, 비교적 구체적으로 드러나는 공익과 사익을 추출하여 비교형량하는 구조는 권리범위설에 비하여 상대적으로 더 단순하고 그 판단기준 역시 상대적으로 더 명확하다고 할 수 있다.

16) 대법원 2023. 12. 14. 선고 2021도2299 판결; 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결; 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244 판결.

17) 권순민, 앞의 논문, 85면; 화지원/김민지, “타인간의 대화에 대한 비밀녹음의 증거능력 - 예외적 인정을 중심으로”, 장애의 재해석 제5권 제1호, 한국장애인재단, 2024, 117면.

18) 이재상/조균석/이창운, 앞의 책, 628면.

결론적으로 효과적인 형사소추 및 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 사생활의 자유 혹은 인격권 등 사익의 비교형량을 통하여 사인의 위법수집증거에 대한 허용 여부를 정하는 것이 적절하므로, 이익형량설에 입각하여 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력 인정 여부를 판단하는 대법원의 입장은 기본적으로 타당하다고 생각된다.

나아가 이익형량설의 한계를 극복할 수 있는 현실적인 방안은 그동안 축적된 판례와 이론적 논의를 바탕으로 유형화 작업을 하고 유형에 따라 비교형량의 대상이 되는 공익과 사익의 세부적인 내용과 기준을 대략적으로 설정해 두는 것이라 할 수 있다.

Ⅲ. 사인이 비밀리에 대화를 녹음한 녹음물의 증거능력

1. 사인이 비밀리에 대화를 녹음한 녹음물에 관한 논의

사인이 비밀리에¹⁹⁾ 녹음한 것을 단순히 위법수집이라고 본다면 앞서 살펴본 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력 문제가 될 수 있을 것이지만, 사인이 비밀리에 대화를 녹음한 녹음물에 관한 논의는 그리 단순하게 바라볼 수가 없다. 우선 사인이 비밀리에 녹음한 것이 위법하게 증거를 수집한 것인지 판단하는 기준이 매우 다양하게 드러난다. 비밀리에 녹음한 것 자체가 위법한 증거수집이라고 보는 입장도 있지만 대화당사자 일방이 다른 대화당사자 몰래 녹음한 것과 대화당사자 아닌 제3자가 몰래 녹음한 것을 달리 취급해야 한다는 입장도 있다. 그리고 대화당사자 중 일부의 동의가 있는 경우에 대한 취급에 대해서도 의견이 나뉜다. 그리고 무엇보다 사인이 비밀리에 녹음한 녹음물과 관련해서는 「통신비밀보호법」이 규율하고 있다는 점을 간과할 수 없다. 동법이 정한 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’의 녹음 금지와 그 녹음물의 증거능력 배제가 사인이 비밀리에 녹음한 대화 녹음물의 증거능력을 결정하는 절대적 기준 혹은 거의 전적인 기준이 된다고 보는 입장이 유력하다. 한편 위법성조각사유 성립으로 인한 증거능력 인정을 주장하는 입장도 있다.

(1) 학설

가. 대화당사자인지 여부를 불문하고 비밀리에 대화를 녹음한 녹음물의 증거능력은 원칙적으로 부정된다는 견해

이는 「통신비밀보호법」에 의해 금지되지 않는 경우라 하더라도 비밀리에 대화를 녹음한 것 자체가 위법한 증거수집이므로 대화당사자 중 일방이 비밀리에 녹음한 경우 원칙적으로 해당 녹음물의 증거능력을 인정할 수 없다는 입장이다.²⁰⁾

19) ‘비밀리에’ 하는 녹음이 문제되는 경우에 있어서 “비밀”이라 함은 ‘누군가의 동의 없이 몰래’라는 형식적 의미를 지니는 것이고, 이는 ‘비밀의 침해’나 ‘비밀의 누설’이 문제되는 경우처럼 비밀성 혹은 기밀성이라는 내용적 의미를 지니는 것이 아니다.

20) 강동범, “녹음테이프의 증거능력”, 형사판례연구 제6호, 형사판례연구회, 1998, 473면; 안경

우선 원칙적으로 수사기관에 의한 것이든 사인에 의한 것이든 구분 없이 비밀녹음은 위법하고, 다만 국가의 적정한 수사절차를 통한 형벌권의 실현이 불가능하거나 현저히 곤란한 사정이 있는 경우에는 사인에 의한 수사권 대행이 예외적으로 허용된다는 견해가 있다.²¹⁾ 이에 따르면 사인의 비밀녹음물의 증거능력 인정 여부는 일률적으로 판단할 것이 아니라 녹음자와 녹음내용의 관련성에 따라 달리 봐야 한다고 한다.²²⁾²³⁾

다음으로 비밀녹음은 대화당사자 일방의 동의를 얻은 제3자의 녹음은 물론 대화당사자의 녹음이라 할지라도 자기정보결정권과 사생활비밀권에 대한 침해로서 증거능력이 부정되고, 다만 예외적으로 녹음의 목적 및 수단의 상대성, 녹음에 의해 지켜져야 할 이익과 침해되는 이익과의 비교형량 등을 고려해 볼 때, 프라이버시를 기대할 수 없는 상황에서 행한 대화의 비밀녹음에 대해서만 증거능력을 인정해야 한다는 견해가 있다.²⁴⁾²⁵⁾

나. 원칙적으로 대화당사자가 비밀리에 대화를 녹음한 녹음물의 증거능력은 인정되는 반면 대화당사자 아닌 제3자가 비밀리에 대화를 녹음한 녹음물의 증거능력은 부정된다는 견해

대화당사자가 대화 상대방 몰래 녹음한 녹음물의 증거능력을 원칙적으로 인정하되 예외적으로 부정하는 입장으로서는, 「통신비밀보호법」에 직접적으로 위반되지 않는 사인에 의한 비밀녹음에 있어서 사인간에 기본권 규정이 직접 적용되지는 아니하지만 기본권의 반사효과에 의하여 그 녹음결과를 증거로 사용함으로써 헌법상 사생활의 기본권을 침해하게 될 때 공익과의 이익형량에 의하여 그 증거사용이 금지되는 경우가 있다는 견해가 있다.²⁶⁾ 여기서 이익형량은 범죄의 정도 및 그에 대한 소추와 처벌이라는 공익과 개인의 인격권 혹은 사생활 침해의 정도를 비교하는 것이 된다고 한다.²⁷⁾ 이 학설에서는 제3자가 공개되지 아니한 타인간의 대화를 비밀녹음한 것은

음, “사인이 비밀 녹음·녹화한 (비디오)테이프의 증거능력”, 영남법학 제9권 제1호, 영남대학교 법학연구소, 2002, 225면; 임상규, “비밀녹음의 법적 성격과 그 형사법적 쟁점”, 법학연구 통권 제79집, 전북대학교 법학연구소, 2025, 61면; 정웅석/최창호/김한균, 신형사소송법, 박영사, 2023, 621면.

21) 강동범, 앞의 논문, 473면.

22) 강동범, 앞의 논문, 473면.

23) 이 견해는 ① 대화당사자가 아닌 제3자에 의한 비밀녹음은 위법하고, ② 대화당사자 일방에 의한 비밀녹음은 「통신비밀보호법」 위반은 아니지만 상대방의 프라이버시를 침해한 위법이 있어 그 녹음물은 위법수집증거가 되며, ③ 대화당사자 일방이 범죄의 직접적인 관련자(피의자 혹은 피고인 또는 피해자)로서 자신의 범죄 관련 대화를 비밀녹음한 경우에는 상대방의 프라이버시에 대한 침해는 실체적 진실발견(정당성), 녹음대상진술의 자의성(상당성), 녹음상황의 긴급성(긴급성), 녹음대상진술의 재현곤란(보충성), 녹음자의 형사처벌관련성(균형성)에 의해 정당화된다고 보아 그 녹음물의 증거능력이 인정된다고 한다(강동범, 앞의 논문, 473-474면).

24) 정웅석/최창호/김한균, 앞의 논문, 621면.

25) 대화당사자 비밀녹음은 통신비밀보호법상 불법행위에 해당하지 않지만 프라이버시 및 기본권 침해라는 위법성이 있으므로, 무조건적 허용이라는 입장보다는 이익형량을 통하여 허용되어야 한다는 견해(임상규, 앞의 논문, 61면)도 이와 유사한 입장이라 할 수 있다.

26) 김대휘, “사진과 비디오테이프의 증거능력”, 형사판례연구 제6호, 형사판례연구회, 1998, 447면; 하태훈, 앞의 논문, 515면.

27) 김대휘, 앞의 논문, 447면.

증거사용이 금지된다고 하면서 당사자가 녹음을 승낙하거나 증거로 사용함에 동의한 경우에는 예외라고 한다.²⁸⁾²⁹⁾

다. 사인이 비밀리에 대화를 녹음한 녹음물의 증거능력 인정 여부는 「통신비밀 보호법」에 따라 판단해야 한다는 견해

사인이 녹음한 대화 녹음물의 증거능력 인정 여부는 전적으로 「통신비밀보호법」 위반 여부에 달려 있어, 「통신비밀보호법」상 금지되는 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’를 녹음한 녹음물의 증거능력은 부정되고, 반면 그 대화의 녹음이 「통신비밀보호법」상 금지되는 녹음이 아닌 경우에 해당 녹음물은 증거능력이 인정된다는 입장이다.³⁰⁾ 즉 동법이 절대적인 기준이 되므로 동법상 증거능력이 부정된다면 다른 독자적 근거로 증거능력을 인정할 수 없고 동법상 증거능력이 부정되지 않는다면 다른 독자적 근거로 증거능력을 부정할 수 없다는 것이다.

이와 달리 원칙적으로는 동법에 따라 증거능력을 판단하되 예외가 인정될 수 있다는 입장도 있다. 즉 동법상 금지되는 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음물로서 동법에 따라 증거능력이 부정된다 하더라도 해석상 이익형량에 따라 예외적으로 증거능력을 인정할 수 있다는 것이다.³¹⁾ 이 입장에서는 동법 위반의 비밀녹음도 다른 위법수집증거와 마찬가지로 사생활의 비밀과 자유, 인격권이라는 보호이익뿐만 아니라 그와 대비되는 효과적인 형사소추 및 형사절차상 진실발견이라는 공익도 고려할 필요가 크다고 한다.³²⁾ 이러한 입장에서 비교형량의 결과 “제3자의 녹음행위가 사생활의 비밀과 자유에 관한 본질적인 내용을 침해하는 경우에 해당하지 않고, 오히려 증거능력을 배제하는 것이 헌법과 통신비밀보호법이 공개되지 않은 타인간의 대화의 녹음에 관한 절차 조항을 마련하여 사생활의 비밀과 자유 및 통신의 비밀과 자유와

28) 김대휘, 앞의 논문, 448-449면. 또한 이 학설은 제3자 녹음이라도 긴급피난, 정당행위, 자구행위 등 이를 정당화할 만한 사유가 있는 경우 허용된다고 하면서, 나아가 이익형량 내지 법익교량에 비추어 우월적인 공익이 그 자의 인격권을 보호할 필요보다 현저히 크고 그 법익에 대한 위난을 피하기 위하여 상당한 이유가 있는 경우에는 승낙이나 동의 없이 이루어진 녹음물의 증거능력도 인정된다고 한다(김대휘, 앞의 논문, 449면).

29) 한편 하태훈, 앞의 논문, 523-524면은 사인의 비밀녹음에 있어서도 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력에 대한 해석론을 그대로 적용하여, ① 인격의 핵심영역을 침해하는 경우에는 증거능력이 절대적으로 부정되고, ② 증거수집의 위법성이 중대하지 않은 경우, 즉 일반적인 인격권 영역에서는 증거능력을 인정함으로써 얻게 될 이익과 침해될 이익 사이의 이익교량이 가능하며, ③ 사적 거래영역이 아닌 사회생활영역을 침해하는 경우 원칙적으로 증거능력이 인정되고, ④ 피해자가 동의한 경우나 증거사용이 피고인에게 유리한 경우 증거동의의 대상이 되어 증거능력이 인정될 수 있다고 한다.

30) 권순민, 앞의 논문, 79면; 이재상/조균석/이창은, 앞의 책, 628면; 이창현, 앞의 책, 880면; 화지원/김민지, 앞의 논문, 118면.

31) 차성안, “장애인·아동·노인 학대행위와 제3자에 의한 타인간의 대화 녹음의 증거능력 — 미국의 ‘프라이버시에 대한 합리적 기대’, ‘부모 대리 동의’ 법리를 중심으로 —”, 사회보장법연구 제14권 제2호, 서울대학교 사회보장법연구회, 2025, 200면.

32) 차성안, 앞의 논문, 185면. 이 글은 “통신비밀보호법상 공개되지 않은 타인간의 대화에 대한 제3자 녹음 금지를 절대화하여 그 증거능력을 예외 없이 배제하는 것은, 형사소송법상 수사기관의 위법수집증거배제법칙보다 더 강력하고 경직된 조치로서 합리적이지 않다”는 점을 강조하면서도 “그 예외의 요건은 일반적인 사인의 위법수집증거에서의 비교형량 이론을 토대로 하되, 통신비밀보호법상 별도의 증거능력 배제 조항이 있는 유일한 사례라는 점을 고려하여 그 요건을 좀 더 강화할 필요가 있다”고 한다(차성안, 앞의 논문, 200면).

실체적 진실 규명 사이의 조화를 도모하고 이를 통하여 형사 사법 정의를 실현하려는 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우라면, 법원은 그 증거를 유죄 인정의 증거로 사용할 수 있다”고 한다.³³⁾

한편 위법성조각사유 성립으로 인한 증거능력 인정을 주장하는 입장도 있다.³⁴⁾ 이 견해는 「통신비밀보호법」 제16조 제1항은 동법 제3조의 규정에 위반하여 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 행위를 처벌하고 있는데, 이 경우 정당방위, 긴급피난, 정당행위 등 형법상 정당화사유가 성립된다면 해당 녹음행위를 통해 생성된 대화 녹음물의 증거능력도 인정된다는 논지를 전개한다.

(2) 판례

대법원은 명시적으로 밝힌 바는 없으나, 「통신비밀보호법」에 위반하여 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’를 녹음한 경우에 대하여는 예외 없이 그 녹음물의 증거능력을 부정하는 것으로 보인다.³⁵⁾

(3) 검토

사인이 비밀리에 대화를 녹음한 녹음물의 증거능력이 문제되는 경우 이는 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력에 대한 일반적 문제로 볼 것이 아니라 「통신비밀보호법」의 적용이 우선되어 동법에 따라 증거능력이 결정된다고 보아야 한다. 즉 동법상 금지되는 녹음을 통하여 생성된 대화 녹음물로서 동법에 의하여 증거능력이 배제되는 것은 증거능력을 부정해야 할 것이고, 반면 동법이 대화의 녹음을 금지하지 아니하는 경우에는 허용되는 녹음으로 취급하여 이를 통해 생성된 녹음물은 그 증거능력을 인정해야 할 것이다.³⁶⁾ 그리고 이는 거의 절대적인 원칙으로 취급하여 명문

33) 차성안, 앞의 논문, 200면.

34) 차성안, 앞의 논문, 193면; 하태훈, 앞의 논문, 516-517면; 화지원/김민지, 앞의 논문, 124면.

35) 김중헌, “통신비밀보호법 제14조 제1항이 금지하는 ‘공개되지 아니한 타인 간의 대화 녹음’”, 사법 통권 제68집, 사법발전재단, 2024, 671면은 “선례는 통신비밀보호법 제3조 제1항, 제14조 제1항을 위반하여 수집된 녹음물 등 증거에 대하여 예외 없이 증거능력을 부정하는 입장을 취하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 다만 선례가 명시적으로 예외가 없거나 어떠한 경우에도 예외를 인정할 수 없다는 판시를 한 적은 없으므로, 선례의 입장이 명확하지 않다고 평가할 수도 있을 것이다”라고 밝히고 있다.

36) 다만 녹음의 대상이 「통신비밀보호법」상 ‘대화’ 자체에 해당하지 않아 동법의 규율을 받지 않는 경우에는 일반적인 사인의 위법수집증거에 대한 증거능력 문제로서 공익과 사익의 비교형량을 통하여 증거능력 인정 여부를 결정해야 할 것이다. 대법원도 “한편 국민의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 것은 국가기관의 기본적인 의무에 속하고 이는 형사 절차에서도 구현되어야 한다. 위와 같은 소리가 비록 통신비밀보호법에서 말하는 타인 간의 ‘대화’에는 해당하지 않더라도, 형사절차에서 그러한 증거를 사용할 수 있는지는 개별적인 사안에서 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 결정하여야 한다. 대화에 속하지 않는 사람의 목소리를 녹음하거나 청취하는 행위가 개인의 사생활의 비밀과 자유 또는 인격권을 중대하게 침해하여 사회통념상 허용되는 한도를 벗어난 것이라면, 단지 형사소추에 필요한 증거라는 사정만을 들어 곧바로 형사소송에서 진실발견이라는 공익이 개인의 인격적 이익 등 보호이익보다 우월한 것으로 신불리 단정해서는 안 된다. 그러나 그러한 한도를 벗어난 것이 아니라면 위와 같은 목소리를 들었다는 진술을 형사절차에서 증거로 사용할 수 있다”고 하

의 규정을 통한 예외 인정 외에 해석상 예외적 허용이 인정되는 경우는 거의 없는 것으로 함이 적절하다. 「통신비밀보호법」이 특별히 입법을 통하여 통신의 비밀과 자유를 강하게 보호하고자 하고 있고, 이러한 명문의 규정에 사인이 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하는 경우도 명백히 포함되어 있으며, 예외적으로 허용되는 경우를 명문의 규정을 통하여 제한적으로 열거하고 있기 때문이다. 따라서 극히 예외적으로 증거능력을 인정한다고 하더라도, 사인의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음물의 증거능력 문제에 있어서는 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력 판단에 있어서의 이익형량설에 입각하여 공익이 사익보다 큰 경우 증거능력을 인정하는 논리가 그대로 적용되어서는 안 된다.

이러한 관점에서 볼 때, 앞서 소개한 「통신비밀보호법」에 따라 증거능력을 판단하되 예외적으로 이익형량에 입각하여 증거능력이 인정될 수 있다는 견해는 “그 예외의 요건은 일반적인 사인의 위법수집증거에서의 비교형량 이론을 토대로 하되, 통신비밀보호법상 별도의 증거능력 배제 조항이 있는 유일한 사례라는 점을 고려하여 그 요건을 좀 더 강화할 필요가 있다”거나 “수사기관의 위법수집증거배제법칙에서 예외적 증거능력 인정을 위한 법리의 표현을 이용하여 비교형량론에 그치는 사인의 위법수집증거보다는 높은 예외 인정의 기준을 설정해 볼 수 있다”고 밝히고 있어, 그 방향성에는 공감이가 가는 바이다.³⁷⁾ 그러나 이 견해가 구체적 내용에 있어서, 동법 위반죄 성립에 있어 위법성이 조각되는 비밀녹음으로 확보된 증거에 대해서는 증거능력 배제 조항도 당연히 적용되지 않는다고 보는 해석론, 동법 위반죄 성립에 있어 책임조각의 경우 비교형량론에 따른 예외적 증거 인정 법리를 이용하여 구체적 사안별로 증거능력 인정 여부를 검토해 볼 필요가 있다는 해석론, 일방 당사자의 동의 또는 추정적 동의 혹은 부모에 의한 대리 동의를 인정할 수 있는 경우 일방 당사자에 의한 녹음과 동일시하여 형사처벌 조항과 증거능력 배제 조항 모두 적용하지 않는 법리가 필요하다면서 추정적 동의 또는 대리 동의 법리의 형식이 부담스럽다면 비교형량론에 따른 예외적 증거 인정 법리를 이용할 수 있다는 해석론, 미국의 프라이버시에 대한 합리적 기대 이론³⁸⁾³⁹⁾을 제3자의 타인간의 대화 녹음에 대한 비교형량론에 의한 예외적 증거능력 인정 법리의 형식을 통하여 예외적으로 증거능력을 인정하는 사례유형을 형성하는 방식으로 수용하는 것이 바람직하다는 해석론⁴⁰⁾ 등을 펼치는

여 이와 같은 취지를 밝히고 있다(대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결).

37) 차성안, 앞의 논문, 200면.

38) 연방 전자통신프라이버시법은 오프라인으로 이뤄지는 구두의 의사소통 개념 자체에 프라이버시에 대한 기대(an expectation of privacy)를 포함시키고 있고, 따라서 프라이버시에 대한 기대가 인정되지 않은 영역은 연방 전자통신프라이버시법(ECPA)에 따른 비밀녹음 금지, 증거사용 금지에 관한 규율범위에서 제외된다는 이론이라고 한다(차성안, 앞의 논문, 153-154면).

39) 차성안, 앞의 논문, 154면은 “수정헌법 제4조에서 유래하는 프라이버시의 합리적 기대가 인정되는지 여부는 판사가 개별 사안별로(case-by-case basis) 판단하여야 하는 기준이다. 이 기준은 다소 애매모호한데, 프라이버시에 대한 기대의 인정 여부는 개별 사인의 사실관계, 특히 그 사실관계에 대한 법관의 관점에 달려 있다. 법관의 사실관계에 대한 관점은 범죄 혐의자의 프라이버시에 대한 기대가 제반 사정을 고려할 때 합리적인지 여부를 판단할 때 법관에게 일정한 재량을 인정한다”고 밝히고 있다. 생각건대 이 이론은 법관의 자의개입의 소지가 매우 크고, 「통신비밀보호법」의 취지를 몰각시킬 우려가 있다는 점에서 이를 우리의 「통신비밀보호법」 해석에 정면으로 수용하는 것은 잘못이라고 본다.

40) 차성안, 앞의 논문, 204면에서는 이 이론의 입법화까지 제안하면서, “미국 연방 전자통신프라이버시법의 ‘구두 의사소통’에 관한 정의 조항의 ‘개인이 그러한 통신이 감청되지 않을

점에 대하여는,⁴¹⁾ 예외적 증거능력의 인정 범위가 지나치게 넓다고 볼 수밖에 없다.

즉 명문의 예외사유 외에 해석론으로서 이익형량을 통한 예외적 허용을 인정하는 것은 가급적 자제되어야 할 것이고, 그렇지 않으면 동법이 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장하고자 하는 취지가 형해화될 우려가 있다. 다만 진술능력과 자기방어능력이 현저히 부족한 아동에 대한 학대가 상당히 의심되는 사안에 있어서 피해상황을 확인하고 피해를 입증하기 위해 보호자 등이 몰래 녹음한 녹음물에 대하여서는 엄격한 이익형량을 근거로 한 증거능력의 인정이 극히 예외적으로 가능하다고 본다. 이에 대해서는 후술하도록 한다.

한편 「통신비밀보호법」 제3조 위반죄의 구성요건해당성이 인정되지만 형법상 위법성조각사유가 성립되는 경우 해당 녹음행위를 통해 생성된 녹음물의 증거능력이 인정될 수 있다는 주장은 타당성이 결여되었다고 생각한다. 형법상 정당화사유가 성립한다 하더라도 「통신비밀보호법」 제3조에 위반하여 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’를 녹음하였다는 점은 여전히 유효하므로, 해당 녹음행위가 동법 제3조 위반이 아니라거나 해당 녹음행위를 통해 생성된 녹음물의 증거능력이 인정되는 것이라고 할 수는 없다 할 것이다.

2. 「통신비밀보호법」상 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’

「통신비밀보호법」 제3조 제1항은 “누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다”고 규정한다. 또한 제14조 제1항은 “누구든지 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취할 수 없다”고 하고 있다. 그리고 동조 제2항은 “제4조 내지 제8조, 제9조제1항 전단 및 제3항, 제9조의2, 제11조 제1항·제3항·제4항 및 제12조의 규정은 제1항의 규정에 의한 녹음 또는 청취에 관하여 이를 적용한다”고 하는데, 동법 제4조는 “제3조의 규정에 위반하여, 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다”고 한다. 이러한 규정들에 의거하여 동법상 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’를 녹음한 녹음물은 증거능력이 부정된다. 나아가 동법 제16조 제1항은 “제3조의 규정에 위반하여 우편물의 검열 또는 전기통신의 감청을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 자”(동항 제1호)는 “1년 이상 10년 이하의 징역과 5년 이하의 자격정지에 처한다”고 규정한다. 이러한 입법은 사생활 및 통신의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권을 보호하기 위한 것이다.⁴²⁾

대법원은 이러한 규정의 취지를 대화에 원래부터 참여하지 않은 제3자가 공개되지

것이라는 기대를 가질 만한 정당한 사유가 있는 상황에서 발화된 구두 의사소통”이라는 표현을 적절한 방식으로 한국 통신비밀보호법에 추가하는” 방법을 고려하고 있다.

41) 차성안, 앞의 논문, 200-202면.

42) 서울중앙지방법원 2006. 8. 11. 선고 2006고합177 판결은 통신비밀보호법이 “궁극적으로는 개인이 가진 ‘개인정보에 대한 자기결정권’을 보호하고자 함에 그 의의가 있다”고 판시하였다. 통신비밀보호법의 제정 취지가 헌법 제17조·제18조에 근거한다는 점에 관하여는 김종현, 앞의 논문, 664면.

아니한 타인간의 발언을 녹음 또는 청취해서는 안 된다는 것으로 해석하여, 제3자의 비밀녹음만을 금지·처벌의 대상으로 삼고 대화에 참여한 당사자의 녹음은 규율 대상에서 제외한다.⁴³⁾ 따라서 사인의 비밀녹음이 「통신비밀보호법」에 위반되는지를 판단함에 있어서는 ① ‘공개되지 아니한’ 대화인지 여부, ② ‘타인간의’ 대화인지 여부, ③ ‘대화’인지 여부가 중요한 판단기준이 된다. 이하에서는 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’의 해석에 대하여 판례의 입장을 중심으로 살펴보도록 한다. 아동학대와 관련된 판례의 경우에는 지방법원판결도 함께 살펴본다.

(1) ‘공개되지 아니한’의 의미

공개성 인정 여부의 실익은 공개된 대화로 평가되면 「통신비밀보호법」의 규율대상 및 처벌대상에서 제외되어 대화당사자 아닌 제3자가 비밀리에 녹음하는 것이 허용되고 그 녹음물의 증거능력도 인정된다는 데 있다.⁴⁴⁾

대법원은 “통신비밀보호법 제14조 제1항이 공개되지 않은 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못하도록 한 것은, 대화에 원래부터 참여하지 않는 제3자가 일반 공중이 알 수 있도록 공개되지 않은 타인간의 발언을 녹음하거나 전자장치 또는 기계적 수단을 이용하여 청취해서는 안 된다는 취지이다. ‘공개되지 않았다.’는 것은 반드시 비밀과 동일한 의미는 아니고 일반 공중에 공개되지 않았다는 의미이며, 구체적으로 공개된 것인지는 발언자의 의사와 기대, 대화의 내용과 목적, 상대방의 수, 장소의 성격과 규모, 출입의 통제 정도, 청중의 자격 제한 등 객관적인 상황을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다”는 입장이다.⁴⁵⁾

서울북부지방법원은 학원생 관리·경리 업무를 담당하던 자가 원장실 출입문으로부터 약 1m 떨어진 데스크에서 원장실 내 동업자의 욕설 섞인 발언을 녹음한 사안에서, 피녹음자 동업자의 발언 내용을 통해 해당 발언이 공개되지 아니할 것이라는 의도가 있었다고 보기 어렵고, 데스크에서도 대화가 들린다는 점을 인지하고 있었다고 볼 수 있는 점 등을 들어 ‘공개된 대화’임을 인정하였다.⁴⁶⁾

또한 교회 사무실에서 업무하던 피고인이 같은 사무실에서 사적 대화를 나누던 사람들의 대화를 녹음한 사안에서, 동전 던지기 게임을 하며 나눈 타인들간의 사적인 대화라는 점을 고려하여 해당 대화를 ‘공개되지 아니한 타인간 대화’로 보았다.⁴⁷⁾

그리고 피해아동의 담임교사인 피고인이 피해아동에게 “학교 안 다니다 온 애 같아. 저쪽에서 학교 다닌 거 맞아, 1, 2학년 다녔어, 공부시간에 책 넘기는 것도 안 배웠어, 학습 훈련이 전혀 안 되어 있어, 1, 2학년 때 공부 안 하고 왔다갔다만 했나 봐.”라는 말을 하는 등 수회에 걸쳐 아동의 정신건강 및 발달에 해를 끼치는 정서적 학대행위를 하였다는 이유로 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반(아동복지

43) 대법원 2016. 5. 12. 선고 2013도15616 판결. 대화당사자의 녹음이 통신비밀보호법의 규율 대상에서 제외된다는 점에 관하여는 대법원 2002. 10. 8. 선고 2002도123 판결.

44) 김중현, 앞의 논문, 664-665면.

45) 대법원 2022. 8. 31. 선고 2020도1007 판결; 대법원 2024. 1. 11. 선고 2020도1538 판결.

46) 서울북부지방법원 2022. 6. 28. 선고 2021고합396 판결. 해당 사안에서는 학원이 폐업한다는 취지의 말을 반복적으로 발언하였다는 사실을 통해 이를 학생들에게 알리려는 의도를 가졌음으로 인정하였으며, 학원의 구조, 목소리의 크기 등 여러 객관적 정황들을 고려하여 공개성을 인정하였다.

47) 대법원 2022. 8. 31. 선고 2020도1007 판결.

시설종사자등의아동학대가중처벌)으로 기소된 사안에서, 대법원은 “초등학교 담임교사가 교실에서 수업시간 중 한 발언은 통상적으로 교실 내 학생들만을 대상으로 하는 것으로서 교실 내 학생들에게만 공개된 것일 뿐, 일반 공중이나 불특정 다수에게 공개된 것이 아니므로, 대화자 내지 청취자가 다수였다는 사정만으로 ‘공개된 대화’로 평가할 수는 없어, 피해아동의 부모가 몰래 녹음한 피고인의 수업시간 중 발언은 ‘공개되지 않은 대화’에 해당”한다고 보았다.⁴⁸⁾ 반면 이 판결의 항소심은 “피고인은 30명 정도 상당수의 학생들을 상대로 발언하였고, 국민생활에 필요한 기초적인 교육을 목적으로 하는 초등학교 교육은 공공적인 성격을 가지므로, 피고인이 수업시간 중 교실에서 한 발언은 통신비밀보호법 제14조 제1항의 ‘공개되지 아니한 대화’에 해당하지 않는다”고 판단하였다.⁴⁹⁾

위 사안에서의 대화가 ‘공개되지 아니한’ 대화인지 여부와 관련하여, “다수의 당사자가 존재하는 대화 상황을 비공개 상황으로 볼 수 없고 이러한 가운데 이루어진 대화 또한 그 비밀성이나 기밀성이 인정되지 않는다는 취지의 것이라 이해할 수 있다”는 점을 밝히며 ‘공개된’ 대화에 해당한다는 주장이 있다.⁵⁰⁾ 하지만 이러한 해석은 ‘공개성’ 개념과 ‘비밀’ 개념의 혼돈으로 인한 오해에서 비롯된 것이라고 본다. ‘비밀리에’ 하는 녹음이 문제되는 경우에 있어서 “비밀”이라 함은 ‘누군가의 동의 없이 몰래’라는 형식적 의미를 지니는 것이고, 이는 ‘비밀의 침해’나 ‘비밀의 누설’이 문제되는 경우처럼 비밀성 혹은 기밀성이라는 내용적 의미를 지니는 것이 아니라는 점을 유의할 필요가 있다. 「통신비밀보호법」이 금지를 통한 보호를 추구하는 구조를 볼 때 동법 역시 내용상 비밀성을 지닌 ‘비밀’을 보호하는 것이 아니라 대화당사자 아닌 제3자가 몰래 함부로 ‘공개되지 아니한’ 대화를 녹음 등을 하는 형식 자체를 문제삼는 것이라 할 수 있으므로, 해당 대화의 내용이 비밀성을 갖추어 비밀로서 보호할 가치가 있는 ‘비밀’일 필요는 없는 것이다.

“공개”라는 단어의 사전적 의미는 ‘어떤 사실이나 사물, 내용 따위를 여러 사람에게 널리 내놓음’이다.⁵¹⁾ 그렇다면 ‘공개되지 아니한 대화’라는 표현의 사전적 의미는 ‘여러 사람에게 널리 내놓은 바가 없는 어떤 사실이나 내용 등의 대화’라 할 수 있고, 여기서 그 대화의 내용이 특별히 비밀로서 가치를 지닐 필요는 없다고 할 것이다. 동법이 ‘공개되지 아니한’이라는 문언을 채택한 취지는 ‘여러 사람에게 널리 내놓은 바가 있는’, 즉 공개성이 인정되는 제한적 허용범위 및 동법상 명문의 예외사유 외에는 모두 동법의 규제범위에 포함시켜 금지하는 것이라고 보아야 하고, 따라서 분명 일반 대중이 임의로 대화자리에 참석할 수 없도록 통제가 이루어지는 등 일반 공중이 알 수 있도록 공개된 바는 없음에도 불구하고, 대화의 성격이 공공적 성격을 지닌다거나 대화 주체가 공적인 인물이라는 이유로 ‘공개된’ 대화로 간주하는 것은 동법의 취지를 무시하는 해석이라 할 것이다. 물론 이러한 경우를 공개된 대화로 보아 ‘공개되지 아니한’이라는 법문언의 가능한 범위를 벗어난 법 적용이 이루어졌다고 하더라도 이는 행위자에게 유리한 유추해석으로서 죄형법정주의의 제약을 받는 것은

48) 대법원 2024. 1. 11. 선고 2020도1538 판결.

49) 서울동부지방법원 2020. 1. 9. 선고 2019노424 판결.

50) 이정남, “아동학대 사건에 있어서 녹음파일의 증거능력을 판단하는 기준 - 대법원 2020도1538 판결을 검토하며”, 강원법학 제77권, 강원대학교 비교법학연구소, 2024, 227, 230면.

51) 표준국어대사전(네이버 사전)(<https://dict.naver.com/dict.search?query=%EA%B3%B5%EA%B0%9C&from=tsearch>; 검색일 2026. 6. 30.).

아니지만, 법의 취지와 입법자의 의사를 무시한 잘못된 법해석인 점은 분명하다.

공개 여부에 있어서 대법원이 발언자의 의사와 기대, 대화의 내용과 목적, 상대방의 수, 장소의 성격과 규모, 출입의 통제 정도, 청중의 자격 제한 등 객관적인 상황을 종합적으로 고려하여 판단하는 태도에 대하여, ‘발언자의 의사와 기대’와 ‘대화의 목적’이라는 요소는 순수한 내심의 의사로서 사후에 판단하기 어렵기 때문에 이러한 내심적 요소로써 행위자의 범죄 구성요건해당성 내지 고의를 판단하는 것은 적절하지 않고, 이러한 요소들은 결국 대화자의 진술에 의존하여 판단할 수밖에 없어 이를 통해 공개성을 판단하는 것은 행위자에게 매우 불리한 측면이 있다는 평가가 있다.⁵²⁾ 하지만 내면의 세계에 속하는 주관적 요소에 대한 판단은 모든 범죄의 성립에서 고의 등 주관적 요소들에 대한 판단에서 마찬가지로 요구되는 것으로서 그것이 필요하고 적절한 요소라는 점이 인정되면 충분하고 그것이 주관적 요소라는 점 혹은 판단에 있어 진술에 대한 의존도가 크다는 점 등은 공개성 판단요소 부적격성의 근거가 될 수 없다고 할 것이다. 이때 유의할 점은 사람간의 대화는 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 ‘공개되지 아니한’ 대화라는 점이다. 「통신비밀보호법」은 제1조에서 “이 법은 통신 및 대화의 비밀과 자유에 대한 제한은 그 대상을 한정하고 엄격한 법적 절차를 거치도록 함으로써 통신비밀을 보호하고 통신의 자유를 신장함을 목적으로 한다”고 밝히고 있고, ‘공개되지 아니한’ 대화를 원칙적인 대화의 형태로 상정하고 대다수의 대화를 보호하면서 이 취지를 실현하고자 하는 것이다. 이렇게 볼 때 동법의 보호의 대상에서 제외되는 ‘공개된’ 대화의 범위에 대하여서는 그 예외성을 전제로 신중하게 판단함이 바람직하다. 일반적으로 공개성은 대화 상황에서 미리 합의 등을 통하여 설정한다거나 명확한 기준으로 선결되는 성격의 요소가 아니다. 인간사회 내에서 수많은 상황, 수많은 관계에서 끊임없이 이루어지는 단편에 불과한 특정의 대화를 사후 시점에서 여러 요소를 통해 분석하여 녹음행위 당시 공개된 상태였는지 혹은 공개되지 아니한 상태였는지를 규범적으로 결단내리는 것이다. 불명확성은 피치 못할 한계인 것이고, 가급적 명확에 가깝게 규범적 판단을 내리기 위해서는 상대방의 수, 장소의 성격과 규모, 출입의 통제 정도, 청중의 자격 제한 등뿐만 아니라 발언자의 의사와 기대, 대화의 내용과 목적까지 모든 관련요소를 동원하여 이를 종합적으로 고려할 필요가 있다. 특히 일반적 대화 상황에서 특별히 주관적 요소를 고려하지 않는다면 주관적 방향은 원칙적 형태인 비공개 쪽으로 추단될 것이고, 발언자의 의사와 기대, 대화의 내용과 목적이라는 주관적 요소는 특정 상황에서 예외적인 공개성을 인정하는 방향으로 더 적극적으로 활용될 가능성이 크기 때문에, 해당 요소들의 고려는 행위자에게 오히려 유리하게 작용되는 경우가 더 많을 것이라고 본다.

한편 ‘공개되지 아니한’의 해석과 관련하여 미국의 프라이버시에 대한 합리적 기대 이론을 수용하는 입장에서 공개되지 않은 타인간의 대화의 ‘공개성’의 개념요소를 이유로 하여 증거능력 금지의 절대성을 완화하는 것도 가능하다는 주장이 제기된다.⁵³⁾

52) 김민경, “통신비밀보호법상 ‘공개되지 아니한’의 의미-대법원2022.8.31.선고2020도1007 판결을 중심으로-”, 법학연구 통권 제72집, 전북대학교 법학연구소, 2023, 78-79면; 이정님, 앞의 논문, 229면.

53) 차성안, 앞의 논문, 178-179면은 “미국의 ‘프라이버시의 기대 이론’이 다수의 사람들이 있는 공공장소에서 이뤄지는 대화나 공교육에서 교실 수업에서의 대화를 양 당사자, 쌍방 당사자의 동의 여부를 따지기 전에, 원칙적으로 프라이버시권의 보호 영역에서 아예 배제

법관의 자의가 개입될 우려가 매우 큰 동시에 「통신비밀보호법」의 취지를 몰각시킬 위험성이 있기 때문에 프라이버시에 대한 합리적 기대 이론을 우리의 「통신비밀보호법」 해석에 수용하는 것은 무리라는 점은 앞에서 밝힌 바와 같다.

(2) ‘타인간’의 의미

대법원은 대화당사자 일방이 상대방인 피고인과의 대화내용을 비밀녹음한 경우,⁵⁴⁾ 대화당사자 일방이 상대방인 피고인 아닌 자와의 대화내용을 비밀녹음한 경우,⁵⁵⁾ 대화당사자 3인 중 1인이 다른 2인 몰래 대화내용을 비밀녹음한 경우⁵⁶⁾ ‘타인간의 대화’가 아니므로 「통신비밀보호법」에 따라 허용되는 것으로 보아 증거능력을 인정하였다. 반면 제3자가 대화당사자 일방의 동의만을 얻어 비밀녹음한 경우에는 동법이 금지하는 ‘타인간의 대화’ 녹음으로 보아 증거능력을 부정하였다.⁵⁷⁾ 즉 대화당사자 아닌 제3자의 경우 대화당사자 중 일부의 동의를 얻고 대화를 녹음한다고 하더라도 동법 위반에 해당하는 것이고, 동법 위반이 되지 않기 위해서는 대화당사자 전원의 동의를 얻어야 할 것이다.

자폐성 장애를 가진 피해아동의 부모가 자녀의 외투에 넣어 둔 녹음기로 특수학급 교사의 발언을 녹음한 이른바 ‘웹툰 작가 J씨 자녀 사건’에서, 항소심 재판부인 수원지방법원은 피해아동의 모친과 피해 아동을 별개의 인격체인 제3자에 해당한다고 보아 모친의 녹음에서 피해 아동의 녹음에 대한 승낙이 추정된다거나 모친의 녹음을 피해아동의 녹음과 동일한 것으로 평가할 수 없다고 보았다.⁵⁸⁾

또한 대법원은 초등학교 3학년 피해아동의 부모가 자녀의 가방에 녹음기를 넣어 수업시간 중 교실에서 담임교사가 한 발언을 녹음한 녹음파일, 녹취록 등은 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 것에 대하여 보호자가 피해아동의 친권자이자 법정대리인임을 고려하더라도 대화에 직접 참여하지 않은 이상 피해아동과는 별개의 인격체인 제3자에 해당한다고 보아, “피해아동의 부모는 피고인의 수업시간 중 발언의 상대방에 해당하지 않으므로, 위 발언은 ‘타인간의 대화’에 해당”한다고 보았다.⁵⁹⁾ 반면 이 사건 항소심은 “녹음자와 대화자(피해자)를 동일시할 정도로 밀접한 인적 관련이 있다”고 하여 ‘타인간의 대화’가 아니라고 보았다.⁶⁰⁾ 이와 관련하여, 해당 사

하여 형사처벌과 증거능력 배제의 적용제외 영역으로 설정하는 것은, 한국의 경우 “공개되지 않은”의 해석을 통하여 실현될 가능성을 품고 있다”고 하면서 이와 같이 주장한다.

54) 대법원 1997. 3. 28. 선고 97도240 판결.

55) 대법원 1999. 3. 9. 선고 98도3169 판결.

56) 대법원 2014. 5. 16. 선고 2013도16404 판결.

57) 대법원 2022. 10. 27. 선고 2022도9877 판결.

58) 수원지방법원 2025. 5. 13. 선고 2024노1400 판결.

59) 대법원 2024. 1. 11. 선고 2020도1538 판결.

60) “피해자는 초등학교 3학년으로서 담임교사인 피고인의 행위에 대하여 스스로 자신의 법익을 방어할 능력이 없었고, ‘이 인간야’라는 말 또는 ‘1, 2학년 제대로 나온 거 맞냐’는 말 등 피고인으로부터 심한 말을 들었다는 피해자의 말을 듣고, 피고인의 피해자에 대한 학대행위에 관하여 의심할 만한 정황이 있어 피해자의 부모가 상황을 파악하여 피고인의 학대행위를 방지하기 위하여 녹음에 이르게 된 것으로서, 녹음자와 대화자(피해자)를 동일시할 정도로 밀접한 인적 관련이 있다. 피해자가 초등학교 3학년의 학생으로서 표현력이 제한되어 있고, 이 사건과 같이 말로 이루어지는 학대 범행의 특성상 녹음을 하는 외에는 피고인의 범죄행위를 밝혀내고 피해자의 법익을 방어하기 위한 유효·적절한 수단을 강구하기 어려울 것으로 판단된다”(서울동부지방법원 2020. 1. 9. 선고 2019노424 판결).

안에서 보호자가 피해아동의 친권자이자 법정대리인이라는 사정은 피해아동의 부모가 피해아동과 긴밀하고 직접적인 인적 관련성을 띠고 있음을 나타낸다고 하면서 부모가 피고인과 아동 간 대화가 이루어질 당시 직접적으로 대화에 참여한 당사자는 아니라 할지라도 그 부모는 피해아동에 준한 대화당사자로서의 적격성을 띠고 있음은 친권자의 법정대리인 지위를 부여하고 있는 우리 법체계와 법 현실에서 볼 때 당연하다는 주장이 있다.⁶¹⁾ 하지만 친권자이자 법정대리인이라는 지위로부터 대화당사자 본인이 된다는 법리가 당연히 도출된다는 것은 납득하기 어려운 논리이다. 뿐만 아니라 「통신비밀보호법」상 명문으로 ‘타인간’으로 규정하고 있을 뿐 그 외에 예외적으로 일정한 경우 보호자 등에 대한 대화당사자 본인 간주 규정 등을 마련하고 있지 않은 이상, 입법자의 의사는 동법 적용에 있어 인격체의 동일성을 기준으로 하여서만 타인성을 판단하고자 하는 것이라 이해함이 합리적이라고 할 것이다. 따라서 대법원의 판단이 옳다고 본다. 만약 예외적 필요가 요구된다고 하더라도 다른 예외적 법리를 강구하여 혹은 입법적인 개선을 통하여 해결함이 바람직하다.

(3) ‘대화’인지 여부

“통신비밀보호법 제1조, 제3조 제1항 본문, 제4조, 제14조 제1항, 제2항의 문언, 내용, 체계와 입법 취지 등에 비추어 보면, 통신비밀보호법에서 보호하는 타인 간의 ‘대화’는 원칙적으로 현장에 있는 당사자들이 육성으로 말을 주고받는 의사소통행위를 가리킨다”고 할 것이다.⁶²⁾ 따라서 “사람의 육성이 아닌 사물에서 발생하는 음향은 타인 간의 ‘대화’에 해당하지 않는다. 또한 사람의 목소리라고 하더라도 상대방에게 의사를 전달하는 말이 아닌 단순한 비명소리나 탄식 등은 타인과 의사소통을 하기 위한 것이 아니라면 특별한 사정이 없는 한 타인 간의 ‘대화’에 해당한다고 볼 수 없다.”⁶³⁾ 통화를 마친 후 전화가 끊기지 않은 상태에서 휴대전화를 통하여 들은 ‘악’ 하는 소리와 ‘우당탕’ 소리의 경우, 전자는 사람의 목소리이기는 하나 단순한 비명소리에 지나지 않아 그것만으로 상대방에게 의사를 전달하는 말이라고 보기는 어렵고, 후자는 사물에서 발생하는 음향일 뿐 사람의 목소리가 아니므로 동법에서 말하는 타인 간의 ‘대화’에 해당하지 않는다.⁶⁴⁾

대법원은 대화는 당사자가 마주하여 의사소통하는 경우뿐만 아니라 당사자 중 1명이 일방적으로 말하고 상대방은 듣기만 하는 경우도 대화에 포함되고, 따라서 강연·토론·발표 등도 대상자와 상대방 사이의 대화에 해당한다고 판단한 바 있다.⁶⁵⁾

대전지방법원은 어린이집 보육교사의 신체적·정서적 학대행위에 관하여 기소된 사안에서, 만 3세의 영유아의 인지능력 및 표현력의 발달 정도에 비추어 볼 때 어린이집 보육교사의 학대성 발언을 정확하게 파악하기는 힘들지만 ‘대화’임은 인정하였다.⁶⁶⁾

또한 서울동부지방법원은 생후 27개월부터 32개월 사이의 유아가 면접교섭 과정에

61) 이정님, 앞의 논문, 231면.

62) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결.

63) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결.

64) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016도19843 판결.

65) 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결.

66) 대전지방법원 2025. 1. 22. 선고 2023노2880 판결.

서 일어난 일을 보고하거나, 피고인과 면접교섭에 관한 긍정 또는 부정의 응답을 표시하는 등 일정한 대화능력을 갖추고 있다는 이유로 타인간의 ‘대화’임을 인정하였다.⁶⁷⁾ 즉 일방의 말을 이해하고 짧게나마 대답할 수 있는 수준의 언어능력을 갖추고, 제한된 언어능력 범위 안에서 그 말을 인식하고 반응한 것을 보면 타인간의 ‘대화’에 해당한다고 보았다.⁶⁸⁾

반면 대구지방법원은 아이돌보미인 피고인이 피해아동의 울음을 이유로 신체에 유 형력을 행사하고 욕설을 하는 등 신체적·정서적 학대행위를 한 것으로 기소된 사안에서, 피고인이 생후 10개월 된 피해아동에게 욕을 하였다는 점에 있어서, 피해아동의 언어능력이 온전히 발달하지 않아 피고인이 하는 말의 내용을 이해할 수 없는 이상 해당 발언이 ‘타인간의 대화’에 해당하는지 여부는 ‘목소리의 크기, 억양’ 등 비언어적 정보를 기준으로 말뜻을 이해하지 못하는 피해 아동에게도 충분히 위협적으로 들릴 만한 것인지에 달려 있다고 보았다.⁶⁹⁾ 이에 따라 피해아동을 상대로 한 피고인의 발언은 ‘당사자들이 욕성으로 말을 주고받는 의사소통행위’로 볼 수 없어 「통신비밀보호법」상 ‘타인간의 대화’에 해당하지 않는다고 판단하였다.⁷⁰⁾ 한편 같은 사안에서, 증거로 제시된 피해아동의 모친이 녹음한 음성 CD와 녹취록에서 ‘피해아동이 소리를 지르거나 울음을 터뜨리는 등의 음성, 피고인이 무엇을 치는 듯한 소리와 음향’으로 구성된 부분에 있어서 ‘타인간 대화’에 해당되지 않는다고 판단하였다.⁷¹⁾

또한 울산지방법원은 피고인의 친모가 피해아동들에게 수 회에 걸쳐 정신적·신체적 학대를 하였다고 고소된 사안에서, 피해아동들은 자신을 방어하거나 상황 표현능력이 부족하며 나이가 7-8세 및 4-5세에 불과하였던 점 등 여러 사정들을 고려하여 타인간의 의사소통행위로 ‘대화’로 판단할 수 없다고 하였는데,⁷²⁾ 이는 일반적인 판례의 태도와는 다른 이례적인 판결에 속한다고 볼 수 있다.

‘대화’인지 여부와 관련하여, “피해아동이 자폐성 장애를 가지고 있다면, 재판부는 피해아동의 인지능력, 언어능력, 표현력 등이 도래에 비해 현저히 떨어진다는 것을 확인하고, 그러한 사정이 확인되었다면 「통신비밀보호법」상 ‘대화’가 성립되지 않는다”고 보아야 한다는 의견이 있다.⁷³⁾ 하지만 말을 못 알아듣거나 제대로 하지 못하는, 소위 ‘말이 통하지’ 않는 경우라 하더라도 동법상 규율대상인 ‘대화’에는 포함되는 것으로 보아야 할 것이다. 동법상 ‘대화’가 아니라는 것은 동법의 보호를 받지 못한다는 의미가 된다. 해당 사안에서는 대화성이 결여되면 증거능력배제규정의 제약으로부터 자유로워져 학대에 대한 증거 사용이 가능해지니 피해아동 측에게 유리한 측면이 있겠지만, 일반적으로는 「통신비밀보호법」의 보호를 받지 못해 통신의 비밀과 자유 등을 충분히 보장받지 못하는 불리한 측면이 항상 존재하는 것이다. 학대사건이 결부되지 않아 동법의 보호만을 요구하고자 할 때에 다시 대화성을 인정하는 논리를 펼 수는 없는 노릇이다. 서로 의사표현을 주고 받지 않고 일방만 발언한 경우에도 ‘대화’라고 보는 것이 적절하다는 관점에서,⁷⁴⁾ 인지능력, 언어능력, 표현력 등이

67) 서울동부지방법원 2018. 9. 20. 선고 2018고합18 판결.

68) 차성안, 앞의 논문, 177면.

69) 대구지방법원 2019. 1. 24. 선고 2018노1809 판결.

70) 대구지방법원 2019. 1. 24. 선고 2018노1809 판결.

71) 대구지방법원 2019. 1. 24. 선고 2018노1809 판결.

72) 울산지방법원 2022. 9. 2. 선고 2022노264 판결.

73) 화지원/김민지, 앞의 논문, 125면.

현저히 떨어진다고 하여 ‘대화’임을 쉽사리 부정할 수는 없다고 본다.

IV. 진술취약아동 학대사건에서 사인의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음물의 증거능력

1. 아동학대사건에서 사인의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음물의 증거능력 문제

아동학대는 공개되지 않은 공간에서 발생하는 특성상 피해를 발견하기가 어려우며, 피해아동은 연령·장애 등의 요인으로 인해 스스로 피해 사실을 표현하거나 외부에 알리기 어려운 경우가 많다. 그리고 이로 인해 보호자가 가정용 CCTV나 비밀 녹음 등 피해자의 진술 외의 수단에 의존하여 증거를 확보하는 사례가 적지 않게 나타난다. 학대범죄의 경우 학대행위 자체가 가해자와 피해자의 대화 상황에 이루어지는 경우가 대부분이라는 점에서 대화의 녹음물이 핵심적인 증거로 기능하게 된다.

만약 아동 본인이 녹음을 한 상황이라면 대화당사자 중 일방이 상대방 몰래 녹음한 경우로서 「통신비밀보호법」 위반이 아니고, 판례의 태도에 따르면 이 경우 일률적으로 해당 녹음물의 증거능력이 인정된다. 하지만 아동의 학대정황을 확인하기 위하여 보호자 등이 제3자로서 피해아동과 학대 의심자 사이의 대화를 녹음하는 경우, 이는 「통신비밀보호법」에 위반하여 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’를 녹음한 행위에 해당한다. 「통신비밀보호법」이 특별히 입법을 통하여 통신의 비밀과 자유를 강하게 보호하고자 하고 있고, 이러한 명문의 규정에 사인이 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음하는 경우도 명백히 포함되어 있으며, 예외적으로 허용되는 경우를 명문의 규정을 통하여 제한적으로 열거하고 있는 점을 고려한다면, 명문의 규정상 「통신비밀보호법」의 허용범위에 포함되어 있지 않은 사인의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음물의 증거능력은 쉽사리 인정해서는 안 될 것이다. 따라서 아동학대 전반에 있어 부모 등이 몰래 녹음한 타인간의 대화 녹음물의 예외적 증거능력 인정을 적극적으로 인정하는 것은 동법의 취지에 반한다는 문제가 있다.

다만 엄격한 이익형량을 근거로 한 증거능력의 인정이 극히 예외적으로 가능하다고 할 것인데, 그 이익형량에 있어서는 일반적인 사인의 위법한 증거수집의 경우보다는 그 허용에 있어서 훨씬 더 엄격한 기준이 적용되어야 한다. 그리고 이익형량의 기준이 되는 요소들을 구체적으로 마련함으로써 자의적 해석으로 인해 「통신비밀보호법」의 취지가 몰각되는 결과가 초래되지 않도록 유의할 필요가 있다.

2. 진술취약아동 학대사건 증거수집의 구조적 한계

(1) ‘진술취약아동’의 정의 및 범위

「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘아동학대처벌법’이라 한다) 제2조

74) 대법원 2015. 1. 22. 선고 2014도10978 전원합의체 판결 역시 같은 취지이다.

제1항은 “아동”이란 「아동복지법」 제3조 제1호에 따른 아동을 말한다고 정하고 있고, 동호에서는 ‘아동’을 ‘18세 미만인 사람’으로 정의한다. 이 글에서는 그 중 특히 증거수집의 공백이 발생하기 쉬운, 진술능력 등이 현저히 부족한 아동을 “진술취약아동”이라 칭하기로 한다. ‘진술취약아동’은 저연령 또는 신체적·정신적 장애로 인하여 가해자의 학대행위를 학대로 인식할 능력 또는 피해사실을 외부에 전달할 의사소통능력이 현저히 결여되어 있거나 혹은 양자 모두가 현저히 결여되어 있다는 특수성을 가진다. 그리고 이로 인해 학대행위로부터 스스로를 방어하거나 그 해결방안을 모색할 능력이 결여되어 있다.

진술취약아동의 구체적 양상은 판례를 통해 확인할 수 있다. 장단기 기억에 어려움이 있고, 많음과 적음, 큼과 작음, 거리의 가깝고 멀음 모른다고 대답하였으며, 무학으로 글 읽기와 쓰기에도 상당한 어려움을 갖고 있고, 지남력에도 상당한 장애를 갖고 있는 아동,⁷⁵⁾ 기억과 진술의 취약성으로 자신이 겪은 경험 등의 정보를 정리하여 저장하고 다시 이를 인출하는 인지능력이나 사고 과정이 일반 피해자보다 훨씬 취약하여 각 개별행위의 일시, 장소와 방법을 정확하게 특정해서 진술하기란 거의 불가능에 가까운 아동,⁷⁶⁾ 그리고 매우 어리거나 자폐성 및 발달장애 등으로 언어능력이 온전히 발달했다고 볼 수 없는 아동⁷⁷⁾ 등이 이에 해당한다.

(2) 진술취약아동 학대사건 증거수집의 진술의존성

진술취약아동 학대사건의 경우에는 다른 어떤 증거보다 증거수집에 있어서 진술에 대한 의존도가 높게 나타난다. 대부분의 경우 가해자가 피해자와 밀접한 관련을 맺은 상황 하에서 우월적 지위에서 피해자를 지배하며 학대가 이루어지기 때문에 진술 이외의 물증을 확보하는 데 큰 어려움이 있다. 그리고 이때 가해자 본인이 스스로 범행을 자백할 가능성이 낮아 가해자 진술 확보가 곤란할 뿐 아니라, 대다수 사례가 밀행적으로 이루어지고 목격자가 피해자와 유사하게 가해자와의 관계에서 열등한 지위에 있다는 점에서 목격자 등 제3자의 진술 확보 역시 어렵다.

(3) 진술취약아동 진술 확보의 현실적 어려움

보건복지부 「2024년 아동학대 주요통계」에 따르면, 2024년 아동학대 신고사례는 47,096건이며 피해아동 발견율은 3.57%에 그친다.⁷⁸⁾ 학대 행위자의 84.1%가 부모이고,⁷⁹⁾ 발생 장소의 82.9%가 가정 내이며, 학교·어린이집·유치원 등 교육기관도 상당한 비율을 차지한다.⁸⁰⁾ 학대는 주로 외부와 차단된 공간에서 보호·교육을 담당하는 지위에 있는 자에 의해 이루어지므로, 가해자나 피해아동 본인이 신고하지 않는 한 외부에서 인지하기는 구조적으로 어렵다.

이처럼 학대가 외부에서 인지되기 어려운 구조적 특성을 가지는 가운데, 형사절차

75) 부산고등법원 2024. 8. 29. 선고 2024노246, 2024보노28(병합) 판결.

76) 광주고등법원 2024. 8. 21. 선고 (전주)2024노55 판결.

77) 화지원/김민지, 앞의 논문, 121면.

78) 보건복지부, 2024 아동학대 주요통계, 9면.

79) 보건복지부, 2024 아동학대 주요통계, 15면.

80) 보건복지부, 2024 아동학대 주요통계, 17면.

에서 피해자 진술은 실제적 진실 발견의 핵심 증거로 작용한다. 그러나 대법원이 제시하는 신빙성 판단 기준-진술의 일관성·합리성·진실성⁸¹⁾은 진술취약아동이 현실적으로 충족하기 어려운 기준이다. 진술취약아동은 인지·언어능력의 한계로 인해 경험한 사건을 시간적·인과적 순서에 따라 일관되게 재구성하여 진술하는 것이 구조적으로 어렵다. 특히 영유아의 경우 발화능력 자체가 부재하거나 극히 제한적이다. 자폐성 장애·발달장애로 인한 진술취약아동의 경우 그 어려움이 더욱 심화되는데, 발화능력의 부족, 초기 언어습득의 어려움, 비정상적인 발화형태, 맥락 내 의미과약 능력의 부족 등의 특성⁸²⁾으로 인해 가해자의 언어적 학대를 학대로 인식하지 못하거나 혹은 인식하더라도 이를 외부에 전달할 능력이 부족하다.

이상의 한계 속에서, 생후 10개월의 영아를 양육하는 아이돌보미의 욕설을 부모가 녹음한 사례,⁸³⁾ 8세와 5세 자녀에 대한 모친의 정서적 학대를 부친이 녹음한 사례⁸⁴⁾ 등 학대 정황을 의심한 보호자가 비밀리에 녹음하여 증거를 확보하는 방식이 실제 사례에서 적지 않게 나타난다. 진술취약아동 학대 사건에서 대화당사자가 아닌 보호자 등이 비밀리에 녹음한 녹음물이 사실상 유일한 증거수단에 해당하는 경우들이 적지 않음에도 불구하고, 기존의 판례 입장에 따라서는 이러한 녹음물은 증거로 사용될 수 없게 된다.

3. 아동학대사건에서 사인의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음물의 증거능력 인정요건

진술취약아동의 학대정황을 확인하기 위하여 보호자 등이 제3자로서 피해아동과 학대 의심자 사이의 대화를 녹음하는 경우, 이는 「통신비밀보호법」에 위반하여 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’를 녹음한 행위에 해당하는 것이고, 앞서 살펴본 바와 같이 명문의 규정상 「통신비밀보호법」의 허용범위에 포함되어 있지 않은 사인의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음물의 증거능력은 쉽사리 인정해서는 안 될 것이다. 다만 진술취약아동에게 직접 녹음을 할 것을 기대하기는 사실상 어려운 현실 속에서 진술취약아동 학대사건에 있어서 보호자 등이 피해상황을 확인하고 피해를 입증하기 위해 비밀리에 녹음한 녹음물에 대하여는 엄격한 이익형량을 근거로 한 증거능력의 인정이 극히 예외적으로 가능하다고 본다.

이 경우 그 증거능력을 판단함에 있어서 엄격한 이익형량을 위해 고려해야 할 세 부요소로는 ① 녹음이 ‘아동에 대한 학대정황의 신속한 확인과 그에 대한 대처를 통한 아동보호’라는 목적으로 이루어졌을 것(목적의 정당성), ② 피해아동에게 가해자의 학대행위를 학대로 인식할 능력 또는 피해사실을 외부에 전달할 의사소통능력이 현저하게 결여되어 있거나 혹은 양자 모두가 현저히 결여되어 있어 ‘진술취약아동’에 해당할 것, ③ 녹음의 주체가 피해아동과의 관계에 있어서 「아동복지법」 제3조 제3호에 따른 ‘보호자’일 것(녹음 주체와 피해아동 간의 인적 관련성), ④ 구체적 학대

81) 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006도5407 판결.

82) 화지원/김민지, 앞의 논문, 121면.

83) 대구지방법원 2018. 5. 11. 선고 2017고단6135 판결; 대구지방법원 2019. 1. 24. 선고 2018노1809 판결.

84) 울산지방법원 2022. 2. 10. 선고 2021고단2928 판결; 울산지방법원 2022. 9. 2. 선고 2022노264 판결.

정황이 의심된 이후에 긴급하게 이루어진 수집인지 여부(긴급성), ⑤ 비밀녹음 외에 다른 적절한 증거수집 수단이 결여되어 있었는지 여부(보충성), ⑥ 해당 사건과 무관한 정보 및 제3자의 사적 대화가 광범위하게 포함되지 않도록 수집 범위를 제한하였는지 여부(최소침해의 원칙), ⑦ 아동학대범죄의 중대성(의심되는 범죄의 중대성), ⑧ 증거사용으로 달성되는 실체적 진실 발견 및 형사정의의 실현(공익성), ⑨ 기본권이 침해되는 상대방의 사생활 및 통신의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권(증거수집으로 인해 침해되는 기본권의 내용과 정도)을 들 수 있다.

①부터 ③의 요소는 반드시 갖추어야 할 필요조건이다. 따라서 이 중 하나라도 결여된다면 예외적 증거능력 인정이 불가하다고 할 것이다. ①의 요소와 관련하여, 녹음의 주된 목적이 ‘아동에 대한 학대정황의 신속한 확인과 그에 대한 대처를 통한 아동보호’에 있으면 충분하고 다른 목적이 일부 결부되어 있어도 문제될 것은 없다. ②의 요소와 관련하여, 피해아동에게 가해자의 학대행위를 학대로 인식할 능력이 현저히 결여되어 있거나 혹은 피해사실을 외부에 전달할 의사소통능력이 현저하게 결여되어 있거나 또는 두 가지 능력 모두가 현저히 결여되어 있어 진술확보가 현저히 어려운 ‘진술취약아동’에 해당하지 않는 이상, 엄격한 예외가 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 따라서 진술취약아동이 아닌 아동의 경우에는 허용범위에서 제외된다고 본다. ③의 요소와 관련하여, 녹음의 주체는 해당 학대사건에 있어서 피해아동과 밀접한 인적 관련성이 있는 자에 한정된다고 할 것이다. 인적 관련성이 인정되는 녹음의 주체를 법률상 미성년자에 대한 보호·교양 의무를 부담하는 자인 「민법」상 친권자 또는 법정대리인⁸⁵⁾에 한정할 것인지가 문제될 수 있는데, 아동학대범죄의 경우 친권자 혹은 법정대리인이 범하는 경우가 매우 큰 비중을 차지한다는 특수성이 있다는 점에서⁸⁶⁾ 친권자나 법정대리인에 한정시켜 해석하는 것은, 친권자 혹은 법정대리인이 범하는 학대범죄의 증거 확보를 어렵게 하여, 진술취약아동에 대한 강한 보호의 필요를 위하여 예외 인정의 어려움에도 불구하고 극히 제한적 범위에서만이라도 증거능력을 인정하고자 하는 의도를 무색하게 할 우려가 매우 크다. 따라서 녹음의 주체를 「아동복지법」 제3조 제3호의 ‘보호자’로 한정하는 것이 적절하다고 본다. 동호의 “보호자”란 친권자, 후견인, 아동을 보호·양육·교육하거나 그러한 의무가 있는 자 또는 업무·고용 등의 관계로 사실상 아동을 보호·감독하는 자를 말한다(동법 제3조 제3호). 아동학대처벌법 역시 동법상 “보호자”란 「아동복지법」 제3조 제3호에 따른 보호자를 말한다고 하고 있다.

④의 긴급성 요소, ⑤의 보충성 요소, ⑥의 최소침해의 원칙이라는 요소는 반드시 이들 모두가 충족될 필요까지는 없지만, 비교형량함에 있어서 해당 녹음을 통하여 보호하고자 하는 이익을 파악함에 있어 핵심적인 요소들이 되므로 최소한 세 가지를 종합적으로 고려하였을 때 상당히 긍정적인 평가가 이루어져야 할 것으로 해석된다. 바꾸어 말하자면, 세 가지 요소가 전반적으로 부족하다고 평가된다면 예외적 허용은 어려워질 것이다.

최종적으로 살펴볼 때, 1단계로서 ①부터 ③의 모든 요소의 충족을 선결조건으로 따지고, 2단계로서 ④부터 ⑥의 요소를 종합적으로 살펴보아 보호이익의 측면에서

85) 민법 제911조 및 제913조.

86) 보건복지부의 2024년 통계에 따를 때, 아동학대 행위자의 84.1%가 부모라는 점은 앞에서 살펴본 바와 같다.

엄격한 이익형량을 위한 요건의 충족이 인정된 후, 3단계로서 ⑦부터 ⑨의 요소들을 엄격한 이익형량의 관점에서 종합적으로 고려한 결과, 해당 녹음으로 인하여 침해되는 이익보다 해당 녹음을 통하여 보호하고자 하는 이익이 우월한 때에는 그것이 「통신비밀보호법」에 위반하여 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’를 녹음한 녹음물이라 할지라도 그 증거능력을 인정해야 할 것이다.

V. 진술취약아동 학대사건에서 사인의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음 관련 입법론

1. 입법적 개선방향

진술취약아동에 대한 학대사건에서 사인의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음물의 증거능력 문제는 앞서 논의한 해석론상 기준을 통하여 어느 정도 해소할 수 있을 것이지만, 해석상 논란 없는 예외적 증거능력 인정과 엄격한 기준의 확립, 그리고 법관의 자의 개입의 최소화를 위하여 입법적 조치로 연결될 필요가 있다. 따라서 아래와 같이 아동학대처벌법상 진술취약아동 정의규정 신설, 아동학대처벌법상 진술취약아동 보호자의 녹음허용 특례규정 신설, 「통신비밀보호법」상 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음금지에 대한 예외규정 신설의 입법을 제안한다.

(1) 진술취약아동에 대한 정의규정 신설

현행 아동학대처벌법은 「아동복지법」 제3조 제1호에 따라 ‘아동’을 ‘18세 미만인 자’로 일률적으로 정의할 뿐(아동학대처벌법 제2조 제1호), 진술능력 등에 한계를 가진 아동을 별도로 범주화하는 규정을 두고 있지 않다. 그러나 아동진술의 명료성과 완전성은 해당 아동의 의사소통 능력에 따라 본질적으로 결정되므로,⁸⁷⁾ ‘진술취약아동’의 특수성을 반영한 별도의 정의 규정을 마련할 필요가 있다.

이 글에서는 아동을 ‘저연령 또는 신체적·정신적 장애로 인하여 자신이 당한 학대행위를 제대로 인식할 능력 또는 피해사실을 외부에 전달할 의사소통능력이 현저히 결여되어 있거나 혹은 양자 모두가 현저히 결여된 아동’으로 정의할 것을 제안한다. 구체적으로 영유아, 자폐성·지적 발달장애 아동, 청각 및 언어장애 아동이 이에 해당하며, 이들은 공통적으로 인식능력 혹은 의사소통능력의 현저한 결여로 인해 진술능력이 현저히 떨어지고, 이로 인해 학대로부터 스스로를 방어할 능력 또는 그 해결방안을 모색할 능력이 매우 부족하다는 특성을 지닌다. 다만 진술취약성은 개별 아동의 발달 수준·장애 정도에 따라 다양한 스펙트럼으로 나타나므로 특정 나이나 장애등급 등을 기준으로 정할 것이 아니라 개별 사안의 특수성을 고려한 법관의 규범적 판단이 가능하도록 위와 같은 형태의 정의규정을 명문화함이 바람직하다. 해당 정의규정은 아동학대처벌법 제2조 제1호의 2로 신설하는 것이 적절하다고 본다.

87) 이승진, “아동의 진술 역량 및 한계점에 대한 고찰: 아동의 인지 및 언어 능력을 중심으로”, 한국심리학회지: 법정 제3권 제3호, 한국법심리학회, 2012, 154면.

(2) 아동학대처벌법상 진술취약아동 보호자 등의 녹음허용 특례규정 신설

진술취약아동의 진술은 증거능력에 한계를 가지므로, 대화당사자가 아닌 보호자 등이 비밀리에 녹음한 녹음물은 아동학대 사건에서 사실상 유일한 직접증거로 기능하는 경우가 적지 않다. 그러나 기존의 대법원 입장에 따라서는 이러한 녹음물의 증거능력이 거의 일관되게 부정되고 있어 학대의 피해자인 진술취약아동을 법이 실질적으로 보호하지 못하는 규범적 공백이 발생하고 있다.

따라서 아동학대처벌법에 「통신비밀보호법」 적용의 예외를 인정하여 일정한 요건 하에 진술취약아동의 보호자 등이 비밀리에 녹음하는 것을 허용하는 내용의 특례규정을 신설함으로써 학대 피해 진술취약아동의 보호를 위한 규범적 틀을 마련할 필요가 있다.

대화당사자 아닌 보호자의 예외적인 녹음허용 특례규정에는 앞서 해석론에서 제안한 요건들이 실시되어야 하고, 요건 충족을 따지는 절차와 그 핵심적인 내용도 포함되어 규정되어야 한다. 그렇게 해야만 엄격한 기준 아래에 극히 예외적인 허용을 인정하고자 하는 취지를 실현할 수 있고, 이를 해석함에 있어서 형평을 기하는 동시에 법관의 자의 개입의 여지를 최소화할 수 있을 것이다.

먼저 해석론상 제안한 요건 중 ‘② 피해아동에게 가해자의 학대행위를 학대로 인식할 능력 또는 피해사실을 외부에 전달할 의사소통능력이 현저하게 결여되어 있거나 혹은 양자 모두가 현저히 결여되어 있어 ‘진술취약아동’에 해당할 것’ 부분은 앞서 제안한 아동학대처벌법 제2조 제1호의 2의 진술취약아동 정의규정으로 해결이 되었으니 제외하고, 나머지 요건들의 명문화를 검토해 본다. ‘① 녹음이 ‘아동에 대한 학대정황의 신속한 확인과 그에 대한 대처를 통한 아동보호’라는 목적으로 이루어졌을 것’, ‘③ 녹음의 주체가 피해아동과의 관계에 있어서 「아동복지법」 제3조 제3호에 따른 ‘보호자’일 것’의 요건은 우선적으로 반드시 모두 충족되어야 함을 정한다.

다음으로 ‘④ 구체적 학대 정황이 의심된 이후에 긴급하게 이루어진 수집인지 여부’, ‘⑤ 비밀녹음 외에 다른 적절한 증거수집 수단이 결여되어 있었는지 여부’, ‘⑥ 해당 사건과 무관한 정보 및 제3자의 사적 대화가 광범위하게 포함되지 않도록 수집범위를 제한하였는지 여부’의 요소를 종합적으로 살펴보아 보호이익의 측면에서 엄격한 이익형량을 위한 요건 충족이 되어야 함을 정한다. ④부터 ⑥까지의 요건은 반드시 모두 충족될 필요는 없지만, 세 가지 요소가 전반적으로 부족하다고 평가된다면 예외적 허용이 불가함을 정한다.

마지막으로 ‘⑦ 아동학대범죄의 중대성’, ‘⑧ 증거사용으로 달성되는 실체적 진실 발견 및 형사정의의 실현’, ‘⑨ 기본권이 침해되는 상대방의 사생활 및 통신의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등 증거수집으로 인해 침해되는 기본권의 내용과 정도’를 엄격한 이익형량의 관점에서 종합적으로 고려한 결과, 해당 녹음으로 인하여 침해되는 이익보다 해당 녹음을 통하여 보호하고자 하는 이익이 우월한 때에는 그것이 「통신비밀보호법」에 위반하여 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’를 녹음한 녹음물이라 할지라도 그 증거능력이 인정됨을 규정하면 될 것이다.

해당 규정은 제3장 아동학대범죄의 처리절차에 관한 특례 중 마지막 부분 준용규정 바로 앞에 위치하도록 제16조의 2로 신설함이 적절하다고 본다.

(3) 「통신비밀보호법」상 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음금지에 대한 예외규정 신설

아동학대처벌법상 보호자 등의 녹음허용 특례규정을 신설하면서 「통신비밀보호법」에 아동학대처벌법에서 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음금지에 대한 예외규정을 마련하고 있음을 밝히는 것이 좋다. 물론 이러한 규정이 마련되지 않는다 하더라도 특별규정에 해당하는 아동학대처벌법상 특례규정은 문제 없이 효력을 가지게 되겠지만 수범자들이 혼란 혹은 오해 없이 규정체계를 파악할 수 있도록 친절하게 「통신비밀보호법」에서도 이를 규정함이 바람직하다. 해당 규정은 동법 제3조 제1항 제6호로 신설하는 것이 적절하다고 본다.

2. 입법안

(1) 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조 제1호의 2 및 제16조의 2 신설

현행법	개정안	비고
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. <없음>	제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1의2. “진술취약아동”이란 <u>지연령 또는 신체적·정신적 장애로 인하여 자신이 당한 학대행위를 제대로 인식할 능력 또는 피해사실을 외부에 전달할 의사소통능력이 현저히 결여되어 있거나 혹은 양자 모두가 현저히 결여된 아동을 말한다.</u>	신설
<없음>	제16조의2(진술취약아동 학대범죄에 서의 대화 녹음 또는 청취 특례) 「아동 복지법」 제3조 제3호에 따른 ‘보호 자’가 진술취약아동에 대한 학대법 죄정황의 신속한 확인과 그에 대한 대처를 통한 아동보호를 목적으로 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 경우 「통신비밀보 호법」 제3조, 제4조 및 제14조에도 불구하고 다음 각호의 요건에 따라 녹음 또는 청취가 가능하고 또한 그 녹음물 등을 증거로 사용할 수 있다. 1. 구체적 학대정황이 의심된 이후에 긴급하게 이루어진 수집인지 여부, 비밀녹음 외에 다른 적절한 증거수 집 수단이 결여되어 있었는지 여부,	신설

	해당 사건과 무관한 정보 및 제3자의 사적 대화가 광범위하게 포함되지 않도록 수집 범위를 제한하였는지 여부의 요소는 반드시 모두 충족될 필요는 없지만, 보호이익의 측면에서 엄격한 이익형량을 한 결과 세 가지 요소가 전반적으로 부족하다고 평가되지 않을 것 2. 아동학대범죄의 중대성, 증거사용으로 달성되는 실체적 진실 발견 및 형사정의의 실현, 기본권이 침해되는 상대방의 사생활 및 통신의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권 등 증거수집으로 인해 침해되는 기본권의 내용과 정도를 엄격한 이익형량의 관점에서 종합적으로 고려한 결과, 해당 녹음으로 인하여 침해되는 이익보다 해당 녹음을 통하여 보호하고자 하는 이익이 우월할 것	

(2) 「통신비밀보호법」 제3조 제1항 제6호 신설

현행법	개정안	비고
제3조(통신 및 대화비밀의 보호) ①누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다. 다만, 다음 각호의 경우에는 당해 법률이 정하는 바에 의한다. ＜없음＞	제3조(통신 및 대화비밀의 보호) ①누구든지 이 법과 형사소송법 또는 군사법원법의 규정에 의하지 아니하고는 우편물의 검열·전기통신의 감청 또는 통신사실확인자료의 제공을 하거나 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취하지 못한다. 다만, 다음 각호의 경우에는 당해 법률이 정하는 바에 의한다. 6. <u>진술취약아동학대범죄에서의 대화 녹음 또는 청취 : 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제16조의2의 규정에 의하여 보호자가 진술취약아동에 대한 학대범죄정황의 신속한 확인과 그에 대한 대처를 통한 아동보호를 목적으로 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음 또는 청취한 경우</u>	신설

3. 입법의 기대효과

앞서 살펴본 바와 같이 진술취약아동 학대사건에 있어서는 일정한 경우 보호자 등이 비밀리에 녹음한 녹음물의 증거능력을 인정할 필요가 있는데, 현재 대법원의 해

석론으로는 이를 기대하기 어려울 뿐만 아니라 추후 해석상 이를 가능하게 태도를 변경한다 하더라도 구체적인 기준이 법정되어 있지 않으면 증거능력 인정 여부에 있어서 자의가 개입될 여지가 많다. 아동학대처벌법상 일정한 요건 하에 진술취약아동 보호자 등이 비밀리에 녹음을 할 수 있도록 하는 특례규정을 신설하고, 「통신비밀보호법」상 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음금지에 대한 예외규정을 신설함으로써 이러한 한계를 극복할 수 있게 된다. 그리고 이러한 규정들을 신설하면서 아동학대 처벌법상 진술취약아동의 정의규정을 함께 마련함으로써 진술취약아동 보호자 등의 녹음허용 규정 적용기준을 더 명확히 하여 자의개입의 여지를 한층 더 축소할 수 있을 것이다.

한편 「통신비밀보호법」 제16조 제1항은 동법 제3조의 규정에 위반하여 공개되지 아니한 타인간의 대화를 녹음한 행위를 처벌하고 있는데, 동법 제3조 제1항 제6호에서 법문으로 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 진술취약아동학대범죄에서의 대화 녹음 또는 청취에 대한 예외를 신설하게 되면, 이러한 녹음행위는 「통신비밀보호법」 제3조의 위반이 아니게 되어 동조 위반죄의 구성요건해당성이 배제되는 효과를 가지게 된다. 물론 법문으로 진술취약아동 보호자 등의 녹음을 허용하는 규정을 두지 않더라도 아동학대 의심 사례에 있어서 보호자 등이 자녀의 안위를 우려하여 몰래 녹음하는 행위는 「형법」 제20조의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 정당화될 가능성이 매우 크기는 하다. 다만 해당 규정을 마련함으로써, 불명확한 법원의 판단에 기댈 필요 없이 그 전 단계에서 범죄성립 부정이 안전하게 선결된다는 것은 큰 의미를 가지는 것이다. 또한, 달리 보는 견해가 있긴 하나, 만약 어떤 사례에서 이러한 행위가 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 「통신비밀보호법」 제3조 위반죄의 성립이 부정된다는 판단을 받는다 하더라도 그것이 증거능력에 대한 규정의 효력까지 상실시킨다고 볼 수는 없다. ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’에 대한 녹음이라는 사실이 여전히 인정되는 이상 해당 녹음행위가 동법상 허용되는 녹음으로 그 성격이 바뀌는 것은 아니고, 따라서 해당 녹음물의 증거능력이 자동적으로 인정되는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 동법 제3조 제1항에 해당 녹음의 허용을 정하게 되면 논란 없이 그 증거능력이 인정된다는 점에서 분명 실익이 있다.

VI. 나오는 글

위법수집증거배제법칙이 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력에 있어서는 수사기관의 경우에 비하여 더 제한적으로 적용된다고 할 것인데, 개별적인 사안에서 효과적인 형사소추와 형사절차상 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 허용 여부를 결정하는 판례의 입장이 기본적으로 타당하다고 보지만, 기준의 불명확성이라는 비판을 극복하기 위해서는 축적된 판례와 이론적 논의를 바탕으로 유형화 작업을 하고 유형에 따라 비교형량의 대상이 되는 공익과 사익의 세부적인 내용과 기준을 대략적으로 설정할 필요가 있다.

한편 사인이 비밀리에 대화를 녹음한 녹음물의 증거능력이 문제되는 경우, 이는 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력에 대한 일반적 문제로 볼 것이 아니라 「통신비밀보호법」의 적용이 우선되어 동법에 따라 증거능력이 결정된다고 보아야 한다.

판례는 명시적으로 밝힌 바는 없으나, 「통신비밀보호법」에 위반하여 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’를 녹음한 경우에 대하여는 예외 없이 그 녹음물의 증거능력을 부정하는 입장에 서 있는 것으로 보인다. 「통신비밀보호법」이 특별히 입법을 통하여 통신의 비밀과 자유를 강하게 보호하고자 하고 있고, 예외적으로 허용되는 경우를 명문의 규정을 통하여 제한적으로 열거하고 있는 취지를 고려할 때, 큰 틀에서는 판례의 태도에 공감이 가며, 따라서 사인의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음물의 증거능력 문제에 있어서는 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력 판단에 있어서의 이익형량설이 그대로 적용되어서는 안 된다고 본다.

다만 저연령 또는 신체적·정신적 장애로 인하여 가해자의 학대행위를 학대로 인식할 능력 또는 피해사실을 외부에 전달할 의사소통능력이 현저히 결여되어 있거나 혹은 양자 모두가 현저히 결여되어 있는 ‘진술취약아동’에 대한 학대사건의 경우에는 증거수집의 진술의존성 및 진술 확보의 현실적 어려움으로 인해 예외적인 증거능력 인정이 필요한 경우가 발생할 수 있다. 다만 엄격한 이익형량을 근거로 한 증거능력의 인정이 극히 예외적으로 가능하다고 본다.

이 경우 그 증거능력을 판단함에 있어서 엄격한 이익형량을 위해 고려해야 할 세부요소로는 ① 녹음이 ‘아동에 대한 학대상황의 신속한 확인과 그에 대한 대처를 통한 아동보호’라는 목적으로 이루어졌을 것(목적의 정당성), ② 피해아동에게 가해자의 학대행위를 학대로 인식할 능력 또는 피해사실을 외부에 전달할 의사소통능력이 현저히 결여되어 있거나 혹은 양자 모두가 현저히 결여되어 있어 ‘진술취약아동’에 해당할 것, ③ 녹음의 주체가 피해아동과의 관계에 있어서 「아동복지법」 제3조 제3호에 따른 ‘보호자’일 것(녹음 주체와 피해아동 간의 인적 관련성), ④ 구체적 학대정황이 의심된 이후에 긴급하게 이루어진 수집인지 여부(긴급성), ⑤ 비밀녹음 외에 다른 적절한 증거수집 수단이 결여되어 있었는지 여부(보충성), ⑥ 해당 사건과 무관한 정보 및 제3자의 사적 대화가 광범위하게 포함되지 않도록 수집 범위를 제한하였는지 여부(최소침해의 원칙), ⑦ 아동학대범죄의 중대성(의심되는 범죄의 중대성), ⑧ 증거사용으로 달성되는 실체적 진실 발견 및 형사정의의 실현(공익성), ⑨ 기본권이 침해되는 상대방의 사생활 및 통신의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권(증거수집으로 인해 침해되는 기본권의 내용과 정도)을 들 수 있다.

진술취약아동에 대한 학대사건에서 사인의 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음물의 증거능력 문제는 이상의 해석론상 기준을 통하여 어느 정도 해소할 수 있을 것이지만, 해석상 논란 없는 예외적 증거능력 인정과 엄격한 기준의 확립, 그리고 법관의 자의 개입의 최소화를 위하여 입법적 조치로 연결될 필요가 있다는 점에서, 아동학대처벌법상 진술취약아동 정의규정 신설, 아동학대처벌법상 진술취약아동 보호자의 녹음허용 특례규정 신설, 「통신비밀보호법」상 ‘공개되지 아니한 타인간의 대화’ 녹음금지에 대한 예외규정 신설의 입법을 제안하는 바이다.

- **주제어:** 진술취약아동 학대, 통신비밀보호법, 공개되지 아니한 타인간의 대화, 사인이 비밀리에 대화를 녹음한 녹음물의 증거능력, 사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력

[참고문헌]

I. 단행본

보건복지부, 2024 아동학대 주요통계.
신동운, 신형사소송법, 법문사, 2024.
신양균/조기영, 형사소송법, 박영사, 2022.
이은모/김정환, 형사소송법, 박영사, 2023.
이재상/조균석/이창은, 형사소송법, 박영사, 2021.
이창현, 형사소송법, 정독, 2025.
임동규, 형사소송법, 법문사, 2024.
정웅석/최창호/김한균, 신형사소송법, 박영사, 2023.

II. 논문

강동범, “녹음테이프의 증거능력”, 형사판례연구 제6호, 형사판례연구회, 1998.
권순민, “사인에 의해 위법하게 수집된 증거의 증거능력 인정여부와 근거에 대한 연구”, 한국
공안행정학회보 제77호, 한국공안행정학회, 2019.
김대휘, “사진과 비디오테이프의 증거능력”, 형사판례연구 제6호, 형사판례연구회, 1998.
김민경, “통신비밀보호법상 ‘공개되지 아니한’의 의미-대법원2022.8.31.선고2020도1007 판결을
중심으로-”, 법학연구 통권 제72집, 전북대학교 법학연구소, 2023.
김종구, “사인(私人)이 수집한 형사사건의 증거와 증거배제법칙”, 형사법연구 제20권 제2호, 한
국형사법학회, 2008.
김중현, “통신비밀보호법 제14조 제1항이 금지하는 ‘공개되지 아니한 타인 간의 대화 녹음’”,
사법 통권 제68집, 사법발전재단, 2024.
안경옥, “사인이 비밀 녹음·녹화한 (비디오)테이프의 증거능력”, 영남법학 제9권 제1호, 영남대
학교 법학연구소, 2002.
이승진, “아동의 진술 역량 및 한계점에 대한 고찰: 아동의 인지 및 언어 능력을 중심으로”,
한국심리학회지: 법정 제3권 제3호, 한국법심리학회, 2012.
이정념, “아동학대 사건에 있어서 녹음파일의 증거능력을 판단하는 기준 - 대법원 2020도
1538 판결을 검토하며”, 강원법학 제77권, 강원대학교 비교법학연구소, 2024.
임상규, “비밀녹음의 법적 성격과 그 형사법적 쟁점”, 법학연구 통권 제79집, 전북대학교 법학
연구소, 2025.
차성안, “장애인·아동·노인 학대행위와 제3자에 의한 타인 간의 대화 녹음의 증거능력 - 미
국의 ‘프라이버시에 대한 합리적 기대’, ‘부모 대리 동의’ 법리를 중심으로-”, 사회보장
법연구 제14권 제2호, 서울대학교 사회보장법연구회, 2025.
최영승/정영일, “사인이 위법하게 수집한 증거의 증거능력 - 헌법적 근거에서, 그리고 주요
유형을 중심으로”, 경희법학 제48권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2013.
하태훈, “사인이 비밀리에 녹음한 녹음테이프의 증거능력”, 형사판례연구 제8호, 형사판례연구
회, 2000.
화지원/김민지, “타인간의 대화에 대한 비밀녹음의 증거능력 - 예외적 인정을 중심으로”, 장애
의 재해석 제5권 제1호, 한국장애인재단, 2024.

[Abstract]

A Study on the Admissibility of Recordings of 'Private Conversations Between Others Not Open to the Public' Made by Private Individuals in Abuse Cases Involving Children with Limited Testimonial Capacity

Do, Gyuyoup* · Yang, Eunjin · Lee, Seokmin*** ·
Lee, Chaewon**** · Jang, Yujin*******

Recently, cases have continuously emerged where parents, suspecting child abuse, place a voice recorder in their child's bag to secretly record a teacher's remarks. Public interest in this issue is growing as the courts consistently maintain the stance of denying the evidentiary admissibility of these recordings, on the grounds that they are recordings of "private conversations between others not open to the public" in violation of the Protection of Communications Secrets Act. This paper first examines the application of the exclusionary rule of illegally obtained evidence to evidence illegally collected by private individuals. Subsequently, it reviews the admissibility of secret recordings made by private individuals and analyzes the constituent elements of "private conversations between others not open to the public" under the Protection of Communications Secrets Act.

Regarding the admissibility of evidence illegally collected by private individuals, this paper views the Supreme Court's stance—which determines admissibility by balancing public interests of effective criminal prosecution and the discovery of truth in criminal proceedings against private interests such as individual personal rights on a case-by-case basis—as fundamentally valid. However, further categorization and specification are deemed necessary in the future.

On the other hand, when the admissibility of secret recordings made by private individuals is in question, it should not be viewed as a general issue of evidence

* Professor, Sangji University, Dept. of Police Administration & Law, Ph. D. in Law.

** Undergraduate Student, School of Global Leader, College of Social Sciences, Sungkyunkwan University.

*** Undergraduate Student, Department of History, College of Liberal Arts, Sungkyunkwan University(Interdisciplinary Major in Public Interest and Law).

**** Undergraduate Student, School of Global Leader, College of Social Sciences, Sungkyunkwan University.

***** Undergraduate Student, Department of French Language and Literature, College of Liberal Arts, Sungkyunkwan University(Interdisciplinary Major in Public Interest and Law).

illegally collected by private individuals; rather, the Protection of Communications Secrets Act should take precedence, and admissibility should be determined in accordance with this Act. Considering the legislative intent of the Act, which seeks to strongly protect the secrecy and freedom of communications and strictly limits exceptions through explicit provisions, the aforementioned balancing of interests approach should not be applied directly to the issue of the admissibility of "private conversations between others not open to the public" recorded by private individuals.

Nevertheless, in child abuse cases involving "children with limited testimonial capacity" – who, due to young age or physical/mental disabilities, significantly lack the ability to recognize the perpetrator's abusive acts as abuse, or lack the communication skills to convey the facts of the damage to others, or lack both – it would be considered that the affirmation of admissibility of evidence based on a strict balancing of interests is possible as a highly exceptional case.

In such instances, the detailed factors that must be considered for a strict balancing of interests in determining admissibility include:

1. Legitimacy of Purpose: The recording must be made for the purpose of "child protection through prompt confirmation of abuse circumstances and response."
2. Victim's Capacity: The victimized child must qualify as a "child with limited testimonial capacity," significantly lacking the ability to recognize abuse or communicate the damage, or both.
3. Personal Relationship: The subject of the recording must be a "guardian" under Article 3, Subparagraph 3 of the Child Welfare Act in relation to the victimized child.
4. Urgency: Whether the collection was executed urgently after specific suspicions of abuse arose.
5. Subsidiarity: Whether there was a lack of other appropriate means of evidence collection besides secret recording.
6. Principle of Least Infringement: Whether the scope of collection was reasonably restricted to prevent the broad inclusion of irrelevant information and the private conversations of third parties.
7. Gravity: The gravity of the suspected child abuse crime.
8. Public Interest: The discovery of the substantive truth and the realization of criminal justice achieved through the use of the evidence.
9. Degree of Infringement: The opposing party's privacy, secrecy and freedom of communications, and right to informational self-determination, which are infringed upon by the evidence collection.

We hope that the proposals in this article will serve as a starting point for discussions to enhance the effectiveness of protecting abused children with limited testimonial capacity, and ultimately lead to legislative refinements of the

Act on Special Cases Concerning the Punishment of Child Abuse Crimes and the Protection of Communications Secrets Act.

- **Key Words:** Abuse of Children with Limited Testimonial Capacity, Protection of Communications Secrets Act, Private Conversations Between Others Not Open to the Public, Admissibility of Secret Recordings Made by Private Individuals, Admissibility of Evidence Illegally Collected by Private Individuals

독일 디지털치료기기 법제의 발전과 시사점*

윤진아**

논문요지

독일은 2019년 ‘디지털헬스케어법(DVG)’을 제정하여 디지털 건강 애플리케이션(DiGA)을 법정 건강보험 체계에 편입함으로써 디지털치료기기의 제도적 기반을 마련하였다. 이에 따라 의사나 심리치료사의 처방을 받은 환자는 DiGA를 이용할 수 있으며, 그 비용은 법정 건강보험에서 보장된다. 이를 통해 디지털치료기기는 단순한 디지털 기술이 아니라 공적 의료체계에서 인정받는 치료수단으로 자리잡게 되었다.

독일 DiGA 제도의 가장 큰 특징은 임시등재(Provisional Listing)와 영구등재(Permanent Listing)로 구성된 이중 등재체계이다. 두 절차 모두 연방의약품·의료기기연구소(BfArM)의 심사를 거치며, CE 인증, 안전성, 데이터 보호 및 정보보안 등 기본 요건을 충족해야 한다. 특히 임시등재는 충분한 임상적 근거가 확보되지 않은 경우에도 일정 요건을 충족하면 최대 12개월(특별한 경우 24개월) 동안 보험급여를 적용받으면서 실제 사용 데이터를 축적하고 임상적 효과를 입증할 수 있도록 허용한다. 이후 치료 효과가 과학적으로 입증되면 영구등재가 이루어지고, 건강보험과의 가격 협상을 거쳐 정식 급여체계에 편입된다. 이와 같은 이중 등재체계는 혁신기술의 신속한 시장 진입과 엄격한 임상적 검증을 동시에 달성할 수 있도록 설계된 제도로 평가된다. 특히 스타트업과 혁신기업은 조기 시장 진입을 통해 실제 임상 데이터를 확보하고, 이를 기반으로 치료 효과를 입증하여 제도권에 안정적으로 정착할 수 있다.

이러한 독일의 제도는 한국에도 중요한 시사점을 제공한다. 한국 역시 일정 수준의 안전성과 품질을 충족한 디지털치료기기에 대해 조건부 보험등재를 허용하고, 실제 임상근거를 축적한 후 지속 여부를 결정하는 단계적 급여체계를 검토할 필요가 있다. 또한 성과 기반 보상체계와 건강보험-장기요양보험을 연계한 통합 디지털헬스케어 모델을 도입함으로써 혁신 촉진과 공적 재정의 효율성을 함께 확보할 수 있을 것이다.

· 논문제출: 2026. 07. 05. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

* 본 논문은 한국형사·법무정책연구원에서 2025년에 발간한 연구총서 “비대면 의료의 도입에 따른 법·정책적 대응방안: 디지털의료제품법을 중심으로”에서 필자가 집필한 독일 관련 부분을 수정·보완한 것입니다.

** 한양사이버대학교 법·공무행정학과 부교수, 법학박사

I. 서

디지털 기술의 급속한 발전과 인공지능(AI), 모바일 헬스(mHealth), 웨어러블 기기의 확산은 의료서비스 제공 방식에 근본적인 변화를 가져오고 있다. 특히 소프트웨어 기반의 의료기기인 디지털치료(Digital Therapeutics: DTx)¹⁾²⁾는 기존의 약물치료나 의료행위를 보완하거나 대체하는 새로운 치료수단으로 주목받으면서, 만성질환 관리, 정신건강, 신경계 질환 및 재활 분야를 중심으로 활용 범위가 빠르게 확대되고 있다. 디지털치료기기는 임상적 근거에 기반하여 질병을 예방·관리·치료하는 소프트웨어 의료기기로 정의되는데, 환자의 접근성을 높이고 의료비 절감과 의료서비스의 효율성 향상에 기여할 수 있다는 점에서 세계 각국의 보건의료정책에서 갈수록 중시되고 있다.

우리나라는 디지털 헬스케어의 미래 성장동력으로 선정하고 디지털치료기기의 개발과 상용화를 적극 지원하고 있다. 특히 식품의약품안전처에서는 디지털치료기기의 허가·심사 가이드라인을 마련하고 혁신의료기기 지정제도와 규제혁신을 통해 디지털치료기기의 시장 진입을 돕고 있다. 아울러 보건복지부와 건강보험심사평가원을 중심으로 디지털치료건강보험 적용 방안과 임상평가 체계 마련을 위한 논의도 지속하고 있다. 이에 따라 일부 디지털치료기기가 허가를 획득하는 등 관련 산업의 기반이 형성되고 있다. 그러나 국내 디지털치료는 아직 건강보험 보상체계가 확립되지 않았고, 임상적 유효성 평가, 경제성 검증, 의료현장의 수용성 확보 등 여러 과제에 직면해 있다. 특히 허가 이후 시장 진입과 지속 가능한 사업모델 구축이 국내 디지털치료 산업의 핵심 과제로 제시되고 있다. 이러한 상황에서 2023년 2월 15일 식품의약품안전처(이하 ‘식약처’)는 불면증 치료를 위해 인지행동 치료법을 모바일 앱으로 구현하는 국내 1호의 디지털 치료기기를 허가했다.³⁾

독일은 디지털 건강 애플리케이션(Digitale Gesundheitsanwendung: DiGA)(이하 ‘DiGA’)을 세계 최초로 건강보험 급여목록에 추가하면서 디지털 헬스케어 정책을 선도하고 있다.⁴⁾ 2019년 ‘디지털헬스케어법(Digitale-Versorgung-Gesetz: DVG)’을 제정하고, 연방의약품·의료기기연구소(Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte: BfArM)(이하 ‘BfArM’)⁵⁾에서 디지털치료기기를 평가하도록 하여 일정 요

1) 디지털치료는 국내에서는 디지털치료, 디지털치료제, 디지털치료기기 등의 명칭으로 다양하게 번역되어 사용되고 있다.

2) 식약처는 디지털치료기기(Digital Therapeutics)를 의학적 장애나 질병을 예방, 관리, 치료하기 위해 환자에게 근거 기반의 치료적 개입을 제공하는 소프트웨어 의료기기(SaMD)라고 정의한다. 식품의약품안전처 식품의약품안전평가원, 디지털치료기기 허가·심사 가이드라인, 2020. 8., 3면.

3) 최민영, “디지털 치료기기와 법적 규제”, 생명윤리정책연구 제17권 제1호, 이화여자대학교 생명의료법연구소, 2023, 92면.

4) DiGA에는 앱이나 브라우저 기반 애플리케이션 등이 포함된다. DiGA는 환자 단독으로 사용하거나 의사와 환자가 함께 사용할 수 있다. 예를 들어, DiGA는 심박수 측정기와 같은 다른 기기, 다른 DiGA 또는 기타 소프트웨어와 연동하여 사용할 수도 있다. 이 경우 해당 목록(디렉터리)에는 그러한 추가 구성 요소도 건강보험 급여 대상에 포함되는지, 사용 시 어떤 추가 비용이 발생할 수 있는지가 명시된다. 무엇보다 중요한 점은 DiGA가 기술적 특성을 바탕으로 환자의 특정 상황에 대해 ‘구경적인 의료적 효과’를 제공해야 한다는 것이다. 연방의약품·의료기기연구소는 평가 절차를 통해 이러한 요건 충족 여부를 결정한다.

5) 이에 대해서는 아래의 IV에서 자세히 살펴본다.

건을 충족한 제품은 DiGA 목록에 등재하고 이를 법정건강보험(GKV)⁶⁾ 가입자에게 처방하면서 보험급여의 대상이 될 수 있도록 제도화했다.⁷⁾ 독일은 특히 임상적 효과 뿐 아니라 환자 중심의 의료 개선 효과를 평가 기준에 포함시키고, 일정 기간 조건부 등재를 허용하는 ‘Fast-Track’ 제도를 운영하여, 혁신기술의 시장 진입과 근거 축적을 동시에 지원하고 있다. 이에 따라 독일은 디지털치료기기 도입을 가장 전략적이고 신속하게 추진하는 국가 중 하나로 평가받고 있다.⁸⁾

한국과 독일은 모두 디지털 헬스케어를 국가 전략산업으로 육성하고 있다는 공통점이 있으나, 제도 설계와 보험급여, 임상평가 및 시장 활성화 방식에서는 상당한 차이를 보인다. 한국은 허가 중심의 규제체계를 구축하는 데 일정한 성과를 이루었으나 보험 보상체계와 시장 확산의 면에서는 아직 초기 수준에 머물러 있다. 반면에 독일은 허가과 보험급여를 연계한 제도적 기반을 마련해 디지털치료기기의 실질적 활용을 촉진하고 있다. 따라서 독일 사례를 분석하면 국내 디지털치료기기의 제도 개선과 지속 가능한 산업 생태계 조성을 위한 정책적 시사점을 획득할 수 있다. 이에 본 논문은 독일 디지털치료의 개념을 살펴보고(II), 독일 디지털치료의 연구개발 및 활용 현황(III)과 독일 디지털치료 관련 규제를 검토하고자 한다(IV).

II. 독일 디지털치료의 개념 및 분류

1. 디지털치료의 개념

독일에서 디지털치료는 소프트웨어 기반의 의료 개입으로 환자 질환의 예방·관리·치료를 직접적으로 지원하는 디지털 수단을 의미한다. 국제적으로 말하는 ‘디지털 치료’ 중 일부가 독일에서는 DiGA의 형태로 법정 건강보험 체계에 편입되어 있다. DiGA는 ‘처방 가능한 앱(Apps auf Rezept)’이라고도 불린다. 보통은 스마트폰용 앱 형태로 제공되지만, 브라우저 기반 웹 애플리케이션이나 데스크톱용 소프트웨어 형태도 있다. 즉, DiGA는 특정 범주의 CE 인증⁹⁾을 받은 디지털의료기기로서 디지털기술을 활용해서 치료에 개입하여 특정 질환의 예방, 진단, 모니터링, 치료 또는 완화를 지원하기 위해 고안된 의료용 애플리케이션 또는 소프트웨어 기반의 의료기기를 의미한다.¹⁰⁾

디지털치료는 위험도가 낮은 디지털의료기기로서 환자의 치료에 도움을 주고자 도입되었으며, 법정 건강보험에 의해 비용이 전액 또는 일부 보장된다. DiGA는 앱뿐만

6) 독일의 건강보험에 대해서는 윤진아, “건강보험의 보장성 강화를 위한 법제도의 개선방안 - 한국과 독일의 건강보험 법제 비교를 중심으로”, 법학논총 제36권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2019, 535면 이하.

7) <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/digitale-versorgung-gesetz>.

8) 차선정/심보람, “디지털 치료기기에 대한 국외 정책동향과 시사점: 미국과 독일을 중심으로”, 보건행정학회지 35권 3호, 한국보건행정학회, 2025, 235면 이하.

9) 유럽 의료기기 규정(MDR) 기준의 의료기기 Class I 또는 IIa에 해당해야 한다. 안전성·기능성·데이터보호성을 충족해야 하며, 긍정적 치료·절차 효과(positive Versorgungseffekt)를 과학적으로 입증해야 한다.

10) Bundesministerium für Gesundheit, “Digitale Gesundheitsanwendungen(DiGA)”, 2025. 3. 12.

아니라 브라우저 기반 애플리케이션에서도 사용할 수 있으며, 환자 혼자 사용할 수도, 환자와 의사가 함께 사용할 수도 있다. 예를 들어, 심박수 측정기 같은 기기를 다른 디지털치료 또는 기타 소프트웨어와 결합하여 사용할 수도 있다.¹¹⁾ 이러한 디지털치료가 적용되는 분야는 당뇨병학, 부인과학, 심장학, 언어치료, 심리치료, 물리치료 등 매우 다양하다.¹²⁾ 독일에서는 전술했듯이 2019년 ‘디지털헬스케어법’을 제정하여 DiGA에 관한 사항들을 정하고 있다.¹³⁾ DiGA는 질환을 감지하거나 완화하고 진단을 보조하는 등의 목적으로 사용되며, 그 기능을 수행하는 데 있어 디지털 기술에 크게 의존하는 제품으로 통상적으로는 저위험 디지털 의료기기를 의미한다.¹⁴⁾ 2026년 ‘디지털 건강 애플리케이션 규정(DiGA-Verordnung)’이 개정되면서 DiGA의 등재 및 유지 기준에 변화가 있었다.¹⁵⁾

2. 디지털치료의 분류

(1) 디지털 건강 애플리케이션 목록¹⁶⁾

BfArM에서 관리하는 DiGA 목록은 실시간으로 상시 업데이트되며, 특정 연도 전용으로 고정된 추가 목록을 별도로 배포하지는 않는다.¹⁷⁾ 2026년 현재 독일 DiGA 공식 등재 명부(Verzeichnis)에는 약 60여 개의 앱이 활성화되어 있다.¹⁸⁾ 목록에 포함된 처방형 앱들은 적용 분야에 따라 다양한 범주로 분류되어 있다.¹⁹⁾ 독일 DiGA는 주로 임상 목적별 카테고리화 등재 절차 기준으로 분류된다.

(2) 임상 목적별 카테고리

가. 정신건강

정신건강 질환 관리용 DiGA를 통해 우울증(Depression), 불안장애(Angststörungen), 공황장애, PTSD, 불면증 등의 질환을 치료한다. 이 카테고리의 특징은 인지행동치료(Cognitive Behavioral Therapy: CBT)를 기반으로 하는 구조화된 온라인 프로그램이라는 것이며, 이는 심리치료사의 보조적 역할을 할 수도 있다. 우울증

11) <https://diga.bfarm.de/de/diga-nutzende>

12) 편두통, 이명, 다양한 종류의 암, 비만(severe 과체중), 허리 통증, 불안장애, 우울증, 당뇨병, 다양한 질병에 대한 추가 앱과 웹 애플리케이션이 지속적으로 목록에 추가되고 있다.

13) <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/detail/digitale-versorgung-gesetz-dvg>

14) <https://diga.bfarm.de/de/diga-nutzende>.

15) <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/detail/digitale-gesundheitsanwendungen-verordnung-digav>.

16) <https://diga.bfarm.de/de>.

17) <https://diga.bfarm.de/de>.

18) <https://www.diga-verzeichnis.de>.

19) 정신건강(Psyché) 분야, 근육, 뼈와 관절 관련(Muskeln, Knochen und Gelenke) 분야, 비뇨생식기계(Urogenitalsystem) 관련, 대사(Stoffwechsel) 관련, 신경계(Nervensystem) 관련, 심장 및 순환기(Herz und Kreislauf) 관련, 귀(Ohren) 관련, 암(Krebs) 관련, 소화기(Verdauung) 관련 등으로 구분된다(<https://www.diga-verzeichnis.de>).

치료 프로그램으로는 Deprexis가 있고, 불안·스트레스 치료 지원 앱으로는 Hello Better Panik, 불면증 치료 앱으로는 Somnio 등이 있다.

나. 내과적 질환 관리

이 카테고리는 당뇨병(Diabetes), 비만(Adipositas), 심혈관질환(Kardiologie) 등 만성 내과적 질환을 관리하기 위해 설계된 것이다. 이 카테고리의 특징은 환자로 하여금 자가 모니터링을 통해 생활습관을 스스로 조절할 수 있게 함으로써 치료 순응도를 강화하려 한다는 것이다. 비만 치료 앱으로는 Zanadio가 있으며, 당뇨와 우울증의 병합 관리를 위한 HelloBetter Diabetes & Depression 등도 있다.

다. 신경학적 질환

이 카테고리는 다발성 경화증(MS), 뇌졸중(Stroke) 재활, 파킨슨병 등의 신경학적 질환을 관리하기 위한 치료제를 말한다. 이 카테고리의 특징은 운동 및 인지 기능의 회복을 지원하며 환자 맞춤형 훈련을 제공한다는 것이다. 파로 증후군 관리를 위한 앱으로는 Elevida, 뇌졸중 후 재활을 위한 앱으로는 Rehappya가 있다.

라. 근골격계 및 재활·운동치료

이 카테고리는 근골격계 질환, 요통, 수술 후 재활 등의 재활과 운동치료를 제공한다. 특징은 앱 기반 운동을 처방하고, 단계별 맞춤 훈련을 제공하며, 통증의 감소 및 활동성을 개선하고자 한다는 것이다. 요통·근골격계 운동 프로그램으로는 Vivira, 허리 통증 관리를 위한 프로그램으로는 Kaia Rückenschmerz가 있다.

마. 소아 청소년 질환

2025년 7월 BfArM는 소아 ADHS(Die Aufmerksamkeitsdefizit-/Hyperaktivitätsstörung) 환자 및 부모를 위한 DiGA를 새롭게 승인했다.²⁰⁾ 이 DiGA는 4~11세 ADHD 아동의 부모가 일상적인 양육 과정에서 겪는 어려움을 지원하며, 약물 치료를 보완하거나 병행하는 용도뿐만 아니라 개별 치료와 함께 활용될 수도 있다.²¹⁾

바. 기타 만성질환 관리

이 카테고리는 알코올 사용 장애, 호흡기 질환, 특정 생활습관 질환 등을 관리할 수 있는 치료를 제공한다. 특징은 행동의 변화를 촉진하고, 일상생활을 지원한다는 것이다. 알코올 사용의 감소를 돕는 Vorvida, 이명 치료를 돕는 Kalmeda 등이 있다.

20) <https://www.journalmed.de/news/medizin/diga-kinder-adhs-zugelassen>.

21) <https://hitoco.com/de-de>.

(3) 등재 종류

가. 임시등재(Vorläufige Aufnahme, Fast-Track)

2026년 6월 기준 10개의 앱이 임시등재되어 있다.²²⁾ 개발사가 CE 인증된 낮은 위험군(Klass I, IIa)에 속하는 의료기기의 최소한의 안전성, 기능성, 데이터 보호의 보안기준을 충족하는 경우에는 임시등재가 가능하다. 임시등재가 되면 1년간 법정 건강보험에서 급여 적용이 되는데, 그 사이에 임상적 유효성 또는 구조·프로세스 개선 효과가 긍정적임을 임상시험·실사용 데이터로 입증해야 한다.

나. 영구등재(Dauerhafte Aufnahme)

2026년 6월 기준 50개의 앱이 영구등재되어 있다.²³⁾ 영구등재는 임상시험(RCT) 또는 동등 수준의 과학적 근거로 긍정적 효과를 입증할 것을 요건으로 한다. 또한 이를 통해 환자의 건강 상태 개선(의학적 효용) 등도 입증하여야 한다. BfArM에서 심사하여 긍정적 결정이 나오는 경우 영구등재된다.

등재 후 첫 12개월은 제조사가 책정한 가격을 건강보험이 수용하며, 이후에는 법정 건강보험 중앙연합회(GKV-Spitzenverband)와 제조사 간의 협상을 통해 가격을 확정한다.²⁴⁾

(4) 의료기기 등급(EU MDR,²⁵⁾ Medizinprodukte-Verordnung 기준)

DiGA는 반드시 EU MDR(2017/745)²⁶⁾규정에 따라 CE 인증을 받은 의료기기여야 한다. 이는 위험도에 따라 다음과 같이 분류된다.

가. 저위험군(Klasse I)

여기에는 비침습적이고 환자의 안전에 직접적인 위험이 거의 없는 제품들이 해당한다. 예를 들어 라이프스타일 기반의 질환 관리용 앱이나 단순한 Self-Monitoring

22) 10개의 앱 중 4개는 정신건강, 2개는 근육·뼈·관절, 2개는 비뇨생식기계, 1개는 심장 및 순환기, 1개는 신진대사에 관한 것이다(https://www.diga-verzeichnis.de/digas?state=vorlaeufig_aufgenommen).

23) 50개의 앱 중 27개는 정신건강, 5개는 근육·뼈·관절, 5개는 신진대사, 4개는 비뇨생식기계, 3개는 신경계, 2개는 귀, 2개는 암, 1개는 심장 및 순환기, 1개는 소화기에 관한 것이다(https://www.diga-verzeichnis.de/digas?state=dauerhaft_aufgenommen).

24) 2026년에는 성과기반지불(performance-based pricing) 요소를 도입할 예정되어 있다.

25) '의료기기 규정(Medical Device Regulation: MDR)'은 유럽연합(EU)의 공동 법령으로 2021년부터 전면적으로 시행되었다. 독일 내의 DiGA도 '의료기기규정'의 적용을 받는다. 동 규정은 DiGA는 '의료기기규정' 기준 클래스 I 또는 IIa 의료기기에 해당해야 한다고 정한다. 또 임상평가에 있어서 치료 효과, 안전성, 성능을 입증해야 하며, 임상 데이터를 제출하도록 하고 있다. 아울러 'CE 인증 필수' 규정을 두어 유럽 의료기기 인증(CE) 없이는 DiGA로 등록될 수 없도록 하고 있다. 사후 모니터링을 통해 시판 후 위험성과 이상 반응을 체계적으로 추적할 필요성도 강조하고 있다.

26) European Parliament & Council, "Regulation (EU) 2017/745 on medical devices", 2017. 4. 5(<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2017/745/oj>).

앱이 여기에 속한다. DiGA에 해당하는 많은 앱들이 이 범주에 속한다.

나. 중저위험군(Klasse IIa)

단기간 사용되며, 질환 치료 및 완화에 직접적으로 기여하는 제품들이 이 등급에 해당한다. 정신건강 관련 앱 혹은 만성질환 치료 앱이 가장 대표적이다. 예컨대 우울증, 불안장애, 불면증 치료 앱으로는 Deprexis, HelloBetter, Somnio 등이 있다. DiGA에서 가장 흔히 채택되는 등급이다.

다. 중고위험군(Klasse IIb)

이 등급은 진단이나 치료에 중대한 영향을 미칠 수 있고, 생명 유지에 간접적으로 관련될 수 있는 제품들이 포함된다. 원래는 저위험군과 중저위험군까지만 허용되었으나, 2023년 관련법(Digital-Gesetz)의 개정으로 중고위험군 치료기기도 DiGA로 사용할 수 있게 되었다. 원격 환자 모니터링(Telemonitoring) 시스템을 갖고 있으며 복잡한 알고리즘에 기반한 치료 앱 등이 이 등급에 해당한다.

라. 고위험군(Klasse III)

이 등급은 환자의 안전상 위험이 너무 크기 때문에 DiGA의 대상이 되지 않는다. 주로 심혈관계나 생명 유지에 직접적으로 영향을 주거나, 높은 위험이 따르는 제품들이 이에 해당한다. 예를 들면 심장 박동기, 인공장기 등이 이에 해당한다.

3. 디지털치료의 목록 등재 절차

DiGA는 의사 또는 심리치료사에 의해 처방되거나, 건강보험공단(건강보험사)의 승인을 받은 후 제공된다. DiGA의 구입 경로나 신청 절차에 대한 구체적인 정보는 각 건강보험사에서 제공하고 있다.

BfArM은 보험가입자와 의료서비스 제공자에게 안전하고 신뢰할 수 있는 디지털 건강 정보를 주기 위해 DiGA 목록을 제공하고 있다. 이 목록에는 보험 적용이 가능한 DiGA의 리스트뿐만 아니라 피보험자와 의료인에게 유익한 다양한 추가 정보도 포함되어 있다.²⁷⁾

DiGA 목록에 등재되기 위해서는 BfArM의 엄격한 심사(안전성, 기능성, 개인정보 보호 및 데이터 보안 등 요건에 대한 심사)를 통과해야 한다. 이 과정에서 DiGA는 긍정적인 치료 효과(positive Versorgungseffekt)를 입증해야 한다. 이러한 효과는 의학적 유효성 또는 환자에게 중요한 치료 과정 및 구조 개선(예: 복약 순응도 향상 등)을 통해 확인될 수 있다.

DiGA 목록에의 등재는 임시적 또는 영구적으로 이루어진다. 임시등재는 체계적인 데이터 분석을 기반으로 긍정적인 건강 효과의 가능성이 있다는 초기 근거가 있을

27) <https://diga.bfarm.de/de>.

경우에 허용된다. 반면, 임상시험을 통해 이미 긍정적인 건강 효과가 입증된 경우, 해당 DiGA는 영구적으로 목록에 등재될 수 있다.²⁸⁾

(1) 임시등재절차

DiGA 임시등록제도는 완전한 증거(positive healthcare effect)가 아직 확보되지 않은 제품이 일정 조건하에 먼저 DiGA 목록에 등재되어 법정 건강보험에서 환급받을 수 있도록 했다. 이렇게 함으로써 개발자는 시장에서 애플리케이션을 실제로 사용하면서 추가 데이터를 모으고, 빠르게 시장진입을 할 수 있다.²⁹⁾

임시등재에 관한 사항은 ‘사회법전 제5권[Sozialgesetzbuch(SGB) Fünftes Buch (V) – Gesetzliche Krankenversicherung: SGB V]’ 제139e조 제4항에서 규정하고 있으며, 그 세부 절차와 요건은 ‘디지털 건강 애플리케이션규정’에서 정하고 있다.

가. 신청 대상

‘의료기기법(Medizinproduktegesetz)’상의 저위험군 의료기기(Klasse I, IIa, IIb) 중에서 치료효과·구조, 프로세스 개선효과가 아직 완전히 입증되지 않았으나, 과학적 근거와 연구 설계를 통해 향후 입증될 개연성이 높은 경우를 대상으로 한다(‘사회법전 제5권’ 제139e조 제4항). 2024년 ‘보건의료 분야 디지털화 촉진을 위한 법률(DigiG)’ 개정으로 IIb도 대상에 포함되었다. 다만, IIb에는 더 엄격한 임상요건을 부여한다.

나. 신청 요건

정식 등재를 위해서는 긍정적 치료 효과³⁰⁾를 입증해야 하지만, 임시등재는 아직 입증이 완료되지 않아도 된다. 제조자는 임시등록 신청 시 임상시험 계획(Studienprotokoll) 및 연구 설계, 표본 크기와 대상 집단, 연구 방법론, 평가 지표, 데이터 보호 및 IT 보안 개요, 환자 접근 방식과 사용 시나리오 등을 제출해야 한다. 즉, 단순한 “향후 연구 계획”이 아니라 구체적이고 실현 가능한 평가 계획을 제출해야 한다.

28) Spitzenverband Digitale Gesundheitsversorgung e.V.(SVDGV), DiGA-Report 2024, 2025, 10면.

29) Schliess, F., et al., The German Fast Track Toward Reimbursement of Digital Health Applications: Opportunities and Challenges for Manufacturers, Healthcare Providers, and People With Diabetes. Journal of Diabetes Science and Technology, 18(2), 2024, 470 - 476면.

30) 긍정적 치료 효과란 DiGA의 사용이 환자 관련 의료적 결과(patientenrelevante medizinische Ergebnisse)를 개선하는 경우로서 여기에는 특히 환자의 건강 상태, 증상, 삶의 질, 상태의 지속 기간, 질병의 진행, 또는 생존율의 개선이 포함된다. 또한 디지털 건강 응용 프로그램의 사용이 진료 과정 및 의료의 구조와 절차(processual improvements)에 긍정적으로 기여하는 경우로서 여기에는 특히 환자 안전, 환자 권리, 환자 자율성, 의료 접근성, 환자-치료자 간 상호작용, 치료 연속성, 환자 및 그 가족의 일상생활 관리, 건강 리터러시(건강정보 이해능력)의 향상 등이 포함된다(동 규정 제8조 제1항).

다. 평가기준

임시등록 심사에서 연구 설계와 방법이 국제적 기준에 부합하는지의 여부(과학적 타당성), 연구기간, 환자 모집 계획, 데이터 수집 방법이 현실적인지의 여부(실행 가능성), ‘일반개인정보보호규정(General Data Protection Regulation: GDPR)’³¹⁾ 및 연방 정보보안청(Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik: BSI) 기준 충족 여부(데이터 보호·정보보안 적합성) 등이 중점적으로 검토된다.

라. 기간 및 연장

임시등록 기간은 최대 12개월이다. 특별한 사유가 있고 연구 진행에 지연이 발생했을 경우에는 최대 12개월 추가 연장이 가능하다. 이를 위해 신청자는 해당 결정문에 명시된 시험 기간 종료 3개월 전까지, 전자적 방식으로 연장 신청서를 연방의약품·의료기기연구소에 제출해야 한다. 해당 신청서에서는 연장의 필요성을 설명해야 하며, 특히 요구된 증거 자료를 기한 내에 제출할 수 없는 이유 및 신청한 연장 기간 내에 최종 증거 자료를 제출할 수 있는 가능성에 대해 설명해야 한다(‘디지털 건강 애플리케이션 규정’ 제17조 제3항).

이 연장 신청서가 시험 기간 종료 3개월 전까지 제출되지 않았거나, 신청서가 불완전하거나, 그 내용이 제10조부터 제12조까지의 요건을 충족하기에 부적절한 경우, 연방의약품·의료기기연구소는 연장 신청을 거부하고, 시험 기간 종료 후 해당 DiGA를 목록에서 삭제한다. 삭제 사실은 제조자에게 통보해야 한다(동 규정 제17조 제4항).

(2) 영구등재절차

가. 신청 및 기본 요건 확인

제조자는 BfArM에 CE 인증 의료기기(EU MDR 2017/745 기준, Class I ~ IIb)가 안전성, 기능성, 데이터 보호, 상호운용성 등을 충족하고, 앱의 목적과 의료기기 규제상 사용 목적이 일치하는 경우 등재를 신청할 수 있다.

나. 긍정적 치료효과의 입증

영구등재되기 위해서는 긍정적 치료효과를 입증해야 한다. 환자 관련 임상적 결과

31) 이 규정은 EU 일반 개인정보보호법으로서 디지털치료에 적용될 규정을 두고 있다. 디지털 건강 애플리케이션은 환자의 건강 정보(민감정보)를 처리하므로 ‘일반개인정보보호규정’상 최고 수준의 보호를 요구하고 있다. 이 규정에서 정한 요건을 보면 다음과 같다. 첫째, 명시적 동의이다. 환자 데이터의 수집 및 분석을 하려면 명확하고 자유로운 동의가 필수적으로 요구된다. 둘째, 데이터 수집의 최소화이다. 진료 목적에 필요한 최소한의 정보만 수집·보관하도록 하고 있다. 셋째, 투명성 원칙이다. DiGA 사용자는 어떤 데이터가 수집되고 어떻게 활용되는지 명확히 알 수 있어야 한다. 마지막으로, EU 내 데이터 저장의 권장이다. 환자 데이터는 EU 내 서버에 저장되는 것이 권장되며, 외부 이전 시 추가적인 보호 조치가 필요함을 정하고 있다.

(예를 들어 건강상태, 증상 완화, 삶의 질, 질병 진행, 생존율 등)가 있어야 한다. 또는 환자 안전, 치료 접근성, 자율성, 일상생활 지원, 치료 연속성 등의 의료 구조·프로세스 개선이 있어야 한다. 근거자료는 무작위 대조 임상시험, 실사용 데이터(Real-World Evidence), 메타분석 등이다.

다. 임시등재(Erprobung)에서 영구등재로 전환

효과가 아직 확정되지 않은 경우 임시등재되는데, 최대 12개월, 연장 시 24개월까지 가능하다. 임시등재 기간 동안 제조자가 임상데이터를 수집하고 분석하여 기한 내에 긍정적 치료효과를 입증할 수 있는 자료를 제출하면, BfArM의 심사 후 영구등재가 가능하다. 입증 실패 시에는 DiGA 목록에서 삭제된다.

라. 연방의약품·의료기기연구소³²⁾의 결정

BfArM은 제출된 임상 근거와 자료를 검토 후 영구등재 여부를 결정한다. 승인 시 해당 DiGA는 DiGA 목록에 영구등재 상태로 등재된다. 이후 법정 건강보험 중앙연합과 가격 협상을 진행한다.

Ⅲ. 독일 디지털치료의 연구개발 및 활용 현황

1. 연구개발 현황

(1) 정부 주도 연구 및 지원

연방보건부(Bundesministerium für Gesundheit)는 ‘디지털헬스케어법’ 제정을 통해 DiGA 제도를 도입하고 R&D 사업을 지원하고 있다. BfArM은 신속심사 시스템을 운영하면서 연구 기준을 제공한다. 연방교육연구부(Bundesministerium für Forschung, Technologie und Raumfahrt)는 디지털헬스 및 AI 기반 진단 치료 연구 프로젝트에 보조금을 제공하고 있다.

(2) 연구개발 주요 분야

연구개발 주요 분야는 다음과 같다.

- 우울증, 불안장애, 불면증 등의 정신건강 치료용 디지털치료기기
- 만성질환 관리 플랫폼: 당뇨, 고혈압, 요통, 비만 등
- 디지털 재활 치료: 정형외과 수술 후 회복, 신경계 질환 후 재활 등
- AI 기반 치료/진단 보조: 이미지 기반 진단, 행동 예측 등
- PROs 기반 데이터 수집·분석 시스템: 치료 경과 추적

32) 연방의약품·의료기기연구소에 대해서는 IV에서 더 자세하게 설명한다.

2. 등재 현황³³⁾

2020년부터 2025년 12월까지 독일 BfArM 디렉토리(BfArM-Verzeichnis)에 등재된 DiGA의 수는 12개 카테고리에서 삭제된 목록을 포함하여 총 74개를 기록했다. 이 중 48개는 영구등재, 10개는 임시(시험적)등재 상태였다.³⁴⁾ 2025년 12월 31일 기준으로 등재된 DiGA의 수가 증가함에 따라 이들로 다룰 수 있는 질환도 함께 늘어나고 있다. 가장 큰 DiGA 카테고리인 ‘정신건강(psyche)’에는 30개의 애플리케이션이 포함되어 있으며, 그다음으로는 ‘근육, 뼈 및 관절’ 분야에 7개, ‘호르몬 및 대사’ 분야에 6개의 DiGA이 속해 있었다.³⁵⁾

현재 질병의 스펙트럼이 점점 더 다양해지면서 DiGA의 공급도 확대되고 있으며, 그 덕분에 점점 더 많은 환자와 그들을 치료하는 의사 및 심리치료사들이 디지털 치료를 이용할 수 있게 되었다.

[표] 등재 디지털 건강 애플리케이션(DiGA) 사례³⁶⁾

앱 이름	카테고리	주요 적응증 / 목적	등재유형	특징
Deprexis	Psyche	우울증	영구등재	디지털 심리치료 / 인터넷 기반 치료 프로그램
Elevida	Nervensystem	다발성 경화증 피로 증후군	영구등재	피로 관리 중심 디지털 프로그램
HelloBetter Diabetes	Hormone und Stoffwechsel	당뇨 + 우울증 복합 관리	영구등재	당뇨 관리 + 정신 건강 지원 통합 앱
HelloBetter Panik	Psyche	공황장애	영구등재	불안/공황 조절 훈련 앱
HelloBetter Stress & Burnout	Sonstige	스트레스 / 번아웃	영구등재	스트레스 관리 중심 프로그램
Kalmeda	Ohren	불면증 / 잠 문제	영구등재	수면 개선 디지털 프로그램
Selfapys Online-Kurs bei Depression	Psyche	우울증	영구등재	온라인 심리치료 프로그램

33) <https://diga-report.de/de>.

34) 이 과정에서 디지털 건강 애플리케이션 성공의 결정적인 요소는 시험기간(Erprobungs-jahr)이라고 평가되었다. Spitzenverband Digitale Gesundheitsversorgung e.V.(SVDGV), DiGA-Report 2024, 2025, 21면; Spitzenverband Digitale Gesundheitsversorgung e.V.(SVDGV), DiGA-Report 2025, 2026, 17면

35) Spitzenverband Digitale Gesundheitsversorgung e.V.(SVDGV), DiGA-Report 2025, 2026, 18면.

36) Spitzenverband Digitale Gesundheitsversorgung e.V.(SVDGV), DiGA-Report 2025, 2026, 18면 이하.

앱 이름	카테고리	주요 적응증 / 목적	등재유형	특징
Somnio	Nervensystem; Psyche	불면증	영구등재	수면장애 개선 앱
Velibra	Psyche	불안장애 (범불안 등)	영구등재	전환형 인터넷 중재 (transdiagnostic) 앱
Vivira	Muskeln, Knochen und Gelenke	근골격계 / 운동재활	영구등재	운동 기반 재활 / 근육 강화 중심 앱
Vorvida	Psyche	알코올 사용 줄이기	영구등재	알코올 중재 프로그램 앱
Zanadio	Hormone und Stoffwechsel	비만 / 체중 관리	영구등재	식이 · 행동치료 중심의 체중 감량 앱

3. 활용현황

(1) 우울증 치료 프로그램(Deprexis)

가. 개요

우울증 치료 프로그램(Deprexis)은 온라인 기반 프로그램으로 환자가 스스로 사용하면서 인지행동치료 기법을 적용하도록 설계된 애플리케이션이다. 2008년 최초 개발 이후 지속적으로 업데이트되었으며, 현재는 BfArM의 DiGA 목록에 영구등재되어 건강보험 급여가 인정되는 앱이다. 경도, 중등도 또는 중증의 단일형 우울증이 있는 성인을 대상으로 여러 해 동안 전 세계적으로 활용되어 온 효과적이고 혁신적인 치료법으로 소개되고 있다. 이 치료의 목표는 우울증 증상의 지속적인 개선과 활동성의 증진이다.³⁷⁾

나. 임상적 근거

다수의 무작위 대조 임상시험에서 효과가 검증된 디지털치료기기로 임상시험 결과 경도에서 중등도의 우울증 환자에게서 우울 증상 감소 및 삶의 질 향상 효과가 입증되었다. 연방의약품 · 의료기기연구원의 심사에서 긍정적 치료효과가 과학적으로 입증된 대표적 사례이다.

37) GAIA AG, “deprexis – Die wirksame Therapie bei Depressionen”(https://de.deprexis.com).

다. 치료 방식

프로그램은 10개 이상의 모듈로 구성되어 있으며, 각각이 인지행동치료의 핵심 요소를 다루고 있다. 주제에는 인지 재구조화, 문제 해결 훈련, 대인관계 기술, 긍정적 활동 계획, 스트레스 관리 등이 포함되어 있다. 사용자는 대화형 인터페이스를 통해 맞춤형 경로를 따라 학습 및 훈련을 진행하게 된다.

라. 적용 범위

주로 경도~중등도 우울증 환자에게 사용된다. 의사 또는 심리치료사가 처방하거나 건강보험을 통해 비용을 보장받을 수 있다. 단독 치료보다는 약물치료, 심리치료 등과 함께 사용되는 보완적 치료 수단으로 활용된다.

마. 특징

디지털 기반으로 하고 있으며, 자기주도 치료로 접근성이 높다. 전통적 대면치료에 비하여 비용 면에서 효율적이어서 환자의 부담이 적다. 임상근거를 갖추어 영구등재된 최초의 정신건강 분야 DiGA 중 하나이다. 우울증 관리의 디지털화 모델로서, 다른 정신건강 앱 개발의 선례가 되고 있다.

(2) 알코올 사용의 감소를 돕는 프로그램(Vorvida)

가. 개요

이 프로그램(Vorvida)은 문제적 음주 습관이 있는 성인을 대상으로 하는 DiGA이다. 인터넷을 기반으로 한 자기주도형 프로그램으로 사용자가 온라인에서 상호작용적 대화 형식으로 음주 습관을 점검하고 변화시킬 수 있도록 설계되었다. BfArM의 DiGA 목록에 등재되어 있으며, 법정 건강보험을 통해 비용이 보장되는 앱이다.³⁸⁾

나. 치료 접근법

이 프로그램은 인지행동치료와 동기강화치료(Motivational Interviewing)의 원리를 기반으로 한다. 이 프로그램은 사용자의 음주 패턴을 분석하고, 음주 욕구를 조절하는 전략을 찾으며, 갈등 상황에서의 대처법, 스트레스 관리법 등을 제공한다. 대화형 시뮬레이션을 통해 개별화된 피드백과 실천 전략을 제시한다.

다. 임상 근거

무작위 대조 임상시험을 통해 이 프로그램 사용자가 대조군보다 알코올 섭취량과 빈도를 유의미하게 줄인 결과가 확인되었다. 특히 고위험 음주자 집단에서 절주 효

38) GAIA AG, “vorvida – Bewusstes trinken, gesünder leben”(https://de.vorvida.com).

과가 뚜렷하게 나타났으며, 자기효능감과 삶의 질 개선에도 긍정적 영향을 준 것으로 보고되었다.

라. 특징

시간과 장소에 구애받지 않고 사용할 수 있으며, 개인 맞춤형 음주 관리 전략을 제공한다는 점에서 전통적인 그룹 치료나 상담과 차별성이 있다. 알코올 사용장애 치료의 새로운 접근법을 제시한 사례로 평가된다.

(3) 불면증 치료앱(Somnio)

가. 개요

이 프로그램(Somnio)은 불면증(insomnia) 환자를 대상으로 하는 디지털 인지행동 치료(CBT-I) 애플리케이션이다. 독일 최초로 승인된 디지털 불면증 치료 애플리케이션이다.³⁹⁾

나. 치료 접근법

디지털 인지행동치료(Cognitive Behavioral Therapy for Insomnia: CBT-I)의 과학적 원리를 기반으로 한다. 수면위생 교육, 수면 제한 요법, 인지적 재구조화, 이완 훈련 등을 프로그램 모듈로 제공한다. 사용자는 수면 일지를 기록하고, 이에 대한 맞춤형 피드백을 통해 수면 습관을 개선한다.

다. 특징

무작위 대조 연구에서 수면의 질 향상 및 불면 증상 개선 효과가 입증되었다. 처방 기반 앱으로 건강보험 적용이 가능하다. 불면증 치료에서 대면 상담을 대체하거나 보완할 수 있는 효과적 디지털치료기기로 평가받는다.

(4) 디지털 금연 치료 애플리케이션(Smoke Free)

가. 개요

독일의 디지털 금연 치료 애플리케이션(Smoke Free)은 2년간의 시험 기간을 거친 후, 2025년 1월 28일 독일 연방의약품·의료기기연구원의 DiGA 목록에 최종적으로 등재되었다. 이 DiGA는 건강행동 변화 기술들을 기반으로 하며, 담배로 인한 정신 및 행동장애(예를 들어, 의존 증후군) 진단을 받은 환자들을 주요 대상으로 한다. 금연의 모든 단계에서 다양한 의존 정도를 가진 흡연자들의 필요를 충족하도록 설계되었다. 18세 이상 성인을 대상으로 금연 치료에 사용할 수 있는 DiGA이다.⁴⁰⁾

39) <https://somnia.io>.

나. 주요 기능

금연 시작 이후 금연 일수, 절약된 금액, 건강 지표 개선 등을 실시간으로 시각화해 제공한다. 과학적 행동개입기법(Behavioral Support)을 제공하며, 니코틴 갈망 시 즉각 활용할 수 있는 대처 전략을 제시한다. 매일 짧은 과제를 제공해 습관 교정과 자기효능감을 강화한다.

다. 치료 접근법

인지행동치료 원리와 행동변화 이론(Behavior Change Techniques, BCTs)을 적용한다. 금연 동기를 강화하고, 흡연 충동 상황에 대한 대처 능력을 높이며, 장기적인 금연 유지가 가능하도록 도움을 준다.

라. 임상 근거

이 디지털치료법이 실제로 긍정적인 치료 효과를 제공한다는 점은 이중 무작위 대조 시험을 통해 입증되었으며, 관찰 기간은 6개월이었다. 실험군(IG)은 Smoke Free 앱과 함께 의사의 간단한 상담(brief advice)으로 구성된 표준 치료를 병행하여 제공받았다. 대조군(KG)은 텍스트 기반의 위약(Placebo) 앱을 제공받았으며, 이 역시 의사의 간단한 상담으로 구성된 표준 치료와 함께 병행되었다.⁴⁰⁾ 그 결과 Smoke Free 앱을 사용한 실험군은 대조군에 비해 통계적으로 유의미하고 임상적으로도 중요한 이점을 보인 것으로 나타났다.

이러한 효과는 코티닌 타액 검사를 통한 생화학적 검증 금연율(객관적 금연 여부)과 자가보고 기반의 지속적 금연율 등 2차 목표 분석에서도 동일하게 관찰되었다. 모든 평가 지표에서 일관되고 유의미한 효과가 나타났으며, 이는 Smoke Free가 위약 앱에 비해 우월하다는 일관된 결과를 보여 주는 것이다. 이러한 결과를 바탕으로, Smoke Free - Rauchen aufhören은 BfArM 기준에 따라 ‘사회법전 제5권’ 제139e조 제1항에 명시된 상시 등재 요건을 충족하는 것으로 판단되었다.

무작위 대조 연구 결과, 이 앱의 사용자 집단은 일반 앱 사용자보다 금연 성공률이 유의미하게 높음이 보고되었다. 행동개입 요소를 포함한 Smoke Free Pro 버전이 특히 효과적이라는 연구 결과가 있다.

마. 특징

접근성과 사용 편의성이 높은 모바일 기반 금연 치료제이다. 데이터 시각화와 즉

40) WIG2, “DiGA-Evaluation: Ziel erreicht!”, 2025. 1. 28(<https://www.wig2.de/aktuelles/news-details/article/diga-evaluation-smoke-free>).

41) 과학적 연구에는 총 1,466명의 환자(실험군 720명, 대조군 746명)가 포함되었다. 이 연구의 1차 목표는 6개월 후의 자가보고에 기반한 금연율로 정의되었다. WIG2, “DiGA-Evaluation: Ziel erreicht!”, 2025. 1. 28(<https://www.wig2.de/aktuelles/news-details/article/diga-evaluation-smoke-free>).

각적 피드백을 통해 사용자 동기를 강화하는 특징이 있다. 디지털치료기기(DTx)로서 금연 치료의 보완적 수단으로 활용되고 있다.

(5) ADHS 아동의 부모 및 보호자를 위한 애플리케이션(hiToco®)⁴²⁾

가. 개요

hiToco®는 ADHD 아동(4~11세)의 부모가 양육 역량을 강화할 수 있도록, 이해하기 쉬운 심리 교육과 지침을 준수하는 중재법을 제공하는 DiGA이다.⁴³⁾ hiToco®은 만 4~11세 ADHS 아동의 부모 및 보호자를 대상으로 하고 있다. 쾰른 대학병원 등 저명한 심리치료 전문가들이 개발한 근거 기반 디지털 부모 교육 프로그램으로 아동의 행동 문제 대처, 가족 간 스트레스 감소, 자녀 발달 지원을 위한 5개의 대화형 모듈과 실생활 적용 도구를 제공한다.

나. 주요 기능

hiToco®는 대기 시간 없이 즉각적인 문제 해결책을 부모에게 제공하기 위해 저명한 심리치료사들이 개발한, 임상적으로 검증된 부모 교육 프로그램이다. ADHD 진단을 받았거나 의심되는 4~11세 아동의 부모를 위한 DiGA인 hiToco®는 자녀의 행동 문제를 줄이고 부모의 스트레스를 완화하여, 더욱 조화로운 가정생활을 만드는 데 도움이 되는 실용적이고 일상적인 도구를 제공한다.

다. 특징

hiToco®는 임상적으로 검증된 의료기기로 이 DiGA는 ADHD 진단을 받았거나 의심되는 아동(4~11세)을 대상으로 처방될 수 있다. hiToco®는 부모가 일상생활에서 자녀를 효과적으로 지도하고 양육 역량을 강화하며, 자녀의 문제 행동을 개선하도록 돕는다. 또한 다각적 치료(multimodal therapy) 접근 방식의 일환으로 활용될 수 있다. 1회 처방으로 90일간 사용할 수 있으며, 필요시 추가 처방도 가능하다.⁴⁴⁾

통상적으로 ADHD 아동의 부모는 높은 수준의 양육 스트레스를 겪는다. 잦은 안전불감증, 충동성, 주의력 결핍을 보이는 아동은 부모에게 우울감, 불안, 수면 장애, 번아웃과 유사한 증상을 유발할 수 있다. 이러한 문제는 부모의 양육 행동에 부정적인 영향을 미치며, 장기적으로는 아동의 삶에도 악영향을 초래할 수 있다. DiGA는 일상에서 겪는 구체적인 어려움을 관리하는 데 도움을 준다. BfArM의 승인을 받아 처방 및 비용 상황이 가능한 hiToco® DiGA는 과잉행동 및 반항적 행동 문제를 가진 아동을 위한 THOP 치료 프로그램을 기반으로 한다. 이 프로그램은 부모가 직면한 구체적인 일상적 문제를 직접 선택할 수 있는 일련의 단계별 대화형 모듈로 구성되어 있다. 선택된 문제에 맞춰 관련 교육 콘텐츠가 단계적으로 제공되며, 여기에

42) <https://hitoco.com/de-de>.

43) 주의력 결핍 과잉 행동 장애(ADHD) 성인을 위한 DiGA로는 ORIKO®가 있다.

44) <https://hitoco.com/de-de/fachkreise>.

계획 도구, 체크리스트, 연습 활동 등의 기능이 더해져 자기 관리 능력과 치료 순응도를 높일 수 있도록 돕는다.⁴⁵⁾

IV. 독일 디지털치료 관련 규제 검토

1. 디지털 헬스케어법

(1) 개관

2019년 12월에 시행된 ‘디지털 헬스케어법’은 디지털치료의 연구·개발·활용을 제도화하고, DiGA를 보험 급여 항목으로 인정하며, 보건의료 체계의 디지털화를 촉진할 목적으로 제정되었다. 즉, 환자를 위한 ‘처방형 앱’ 제도를 의료체계에 도입하고(‘사회법전 제5권’ 제33a조 및 제139e조) 법정 건강보험 급여체계에 편입시켰다. 이로써 DiGA는 의사의 처방 또는 환자의 신청으로 법정 건강보험을 통해 전액 급여로 지원받을 수 있는 대상이 되었다. 독일의 법정 건강보험 가입자 약 7,300만 명은 의사 또는 심리치료사가 DiGA를 제공받을 권리를 가지며, 이에 소요되는 비용은 건강보험조합이 부담한다.⁴⁶⁾

이 법은 BfArM이 신속심사절차를 통해 평가 및 등록을 할 수 있도록 정하고 있다. 또한 임시 등록 제도를 두고 있어서 효과 입증 중인 앱도 12개월간 건강보험급여를 적용받을 수 있으며, 임시 등록 후 정식 등록으로 전환할 수도 있다. 아울러 동법은 개인정보 보호 및 보안 요건을 강화하고, ‘일반정보보호규정’을 준수하도록 하며, 기술적 정보보호체계(예: ISO 27001 등)를 요구하는 규정을 두고 있다. 동법의 제정으로 ‘사회법전 제5권’ 제33a조, 제68a조, 제68b조, 제75b조, 제134조, 제139e조의 내용이 개정되었다.

(2) 주요내용

가. 디지털 건강 애플리케이션

‘사회법전 제5권’ 제33a조에서 DiGA에 관한 규정을 두고 있다. 동 규정에 따라 피보험자는 디지털기술에 주로 기반하는, 피보험자 자신 또는 의료 제공자에 의한 진단, 모니터링, 치료 또는 질병의 완화, 혹은 부상 또는 장애의 진단, 치료, 완화 또는 보상을 지원하도록 설계된 저위험 및 고위험 의료기기에 대한 지원을 받을 권리를 가진다. 이는 해당 애플리케이션이 BfArM에 의해 ‘사회법전 제5권’ 제139e조에 따른 DiGA 목록에 등재되어 있고, 담당 의사 또는 심리치료사의 처방을 받았거나, 또는 건강보험공단의 승인⁴⁷⁾을 받은 경우에 해당하는 DiGA에만 적용된다(‘사회법전 제5

45) <https://hitoco.com/de-de>.

46) https://www.bfarm.de/DE/Medizinprodukte/Aufgaben/DiGA-und-DiPA/DiGA/Wissenswertes/_artikel.html?utm_source=chatgpt.com.

47) 승인을 위해서는 해당 DiGA가 사용될 의학적 적응증의 존재가 입증되어야 한다. 건강보

권’ 제33a조 제1항).⁴⁸⁾ 제1항의 낮은 위험 등급 의료기기는 위험 등급 I 또는 IIa에⁴⁹⁾ 해당하는 의료기기를 의미한다. 제1항의 높은 위험 등급 의료기기는 ‘2017년 4월 5일자 유럽의회 및 이사회 규정(EU) 2017/745’ 제51조와 부속서 VIII에 따라 위험 등급 IIb로 분류되고 이미 그러한 제품으로 시중에 출시된 것을 말한다(‘사회법전 제5권’ 제33a조 제2항).

나. 디지털 건강 애플리케이션 목록

① 목록 작성 및 공개

‘사회법전 제5권’ 제139e조에서 DiGA 목록(Verzeichnis für digitale Gesundheitsanwendungen; Verordnungsermächtigung)에 관한 규정을 두고 있다. BfArM은 동법 제33a조에 따라 DiGA 목록을 작성한다. 이 목록은 기능과 적용 분야의 비교가 가능한 DiGA 그룹별로 체계화하여야 한다. 목록 및 그 변경 사항은 BfArM이 연방관보에 공고하고 인터넷에 공개하여야 한다(‘사회법전 제5권’ 제139e조 제1항).

② 신청 절차 및 등재 요건

목록 등재는 제조자가 BfArM에 전자적 방식으로 신청함으로써 이루어진다. 제조자는 신청 시 DiGA가 안전성, 기능적 합목적성, 품질, 의료기기의 상호운용성 요건을 충족한다는 것, DiGA가 데이터 보호 요건을 충족하며 최신 기술수준에 따른 데이터 보안을 보장한다는 것, DiGA가 긍정적 서비스 효과⁵⁰⁾를 보유한다는 것을 입증하는 증거를 첨부하여야 한다. 이보다 더 높은 위험등급의 DiGA 제조자는 신청 시 해당 DiGA가 의료적 효과를 보유한다는 증거를 첨부하여야 한다(‘사회법전 제5권’ 제139e조 제2항).⁵¹⁾

험 중앙연합회는 ‘사회법전 제5권’ 제140f조에 따른 환자 및 만성질환자·장애인 자조단체의 이해 대표 조직, 그리고 DiGA 제조업자의 경제적 이해를 대표하는 연방 차원의 주요 단체들과 협의하여, 승인 절차, 특히 의학적 적응증 입증과 관련된 구체적인 사항을 지침으로 정한다.

48) 피보험자가 ‘사회법전 제5권’ 제139e조에 따른 DiGA 목록에 등재된 범위를 넘어서는 기능이나 적용 분야를 가진 의료기기를 선택하거나, 그 비용이 ‘사회법전 제5권’ 제134조에 따른 보상 금액을 초과하는 경우, 그 초과 비용은 본인이 부담해야 한다. 능동적 치료 제품의 제어에 사용되는 의료기기, 특정 보장구나 의약품과 함께 사용하도록 정해진 디지털 건강 응용 프로그램, 일상생활에서 일반적으로 사용하는 물품 등은 보장 범위에 포함되지 않는다.

49) 이는 1993년 6월 14일자 이사회 지침 93/42/EWG(의료기기 지침, ABl. L 169 vom 12. 7. 1993, S. 1) 제9부속서와 ‘의료기기법’ 제13조 제1항에 따라 정해진다. 이와 관련하여 더 자세한 내용은 ‘사회법전 제5권’ 제33a조 제2항 참조.

50) 여기서 긍정적 서비스 효과란 의료적 효과가 있거나 환자와 관련된 서비스가 구조적·절차적으로 개선되었음을 의미한다.

51) BfArM은 제3항의 절차 범위 내에서 더 높은 위험등급의 DiGA 심사에 관한 평가를 2027년 3월 31일까지 수행하고, 연방보건부를 거쳐 독일 연방하원의 보건위원회에 평가 결과에 관한 보고서를 제출하여야 한다. 제조자는 자신의 신청에 대하여 제8항 제1문에 따라 공표된 신청서식을 사용하여야 한다.

③ 심사 절차와 기한

BfArM은 제조자의 신청서류 접수일로부터 3개월 이내에 이에 관한 결정을 내려야 한다. 정당한 사유가 있는 경우 결정 기간을 최대 3개월 연장할 수 있다. 그 결정에는 해당 DiGA를 통한 서비스 제공에 필요한 의사의 진료행위, 치료제 제공자의 행위, 조산사의 지원 행위뿐만 아니라 법 제374a조에 따라 DiGA에 의해 처리되는 보조기구 및 삽입물의 데이터의 범위에 관한 규정이 포함되어야 한다.

제조자가 불완전한 신청서류를 제출한 경우, BfArM은 제조자에게 3개월의 기간 내에 신청을 보완하도록 요구하여야 한다. 그 기간 경과 후에도 완전한 신청서류가 제출되지 않고 제조자가 제4항에 따른 시험 절차를 신청하지 아니한 경우, 신청은 거부된다(‘사회법전 제5권’ 제139e조 제3항).

④ 저위험군의 시험적 등재

낮은 위험등급(저위험군)의 DiGA 제조자가 규정에 따른 긍정적 서비스 효과를 아직 입증할 수 없는 경우에는 해당 DiGA를 최대 12개월 동안 시험을 위하여 목록에 등재할 것을 신청할 수 있다. 낮은 위험등급의 DiGA 제조자는 신청 시 입증자료 외에, 해당 DiGA가 서비스 개선에 기여함을 설명하는 타당한 근거와 제조자로부터 독립된 기관이 작성한 긍정적 서비스 효과 입증을 위한 과학적 평가 개념을 첨부하여야 한다.

BfArM은 낮은 위험등급의 DiGA 제조자에게 긍정적 서비스 효과의 입증을 의무화하고, 필요한 입증자료 및 시험에 필요한 의사의 진료행위, 치료제 제공자 또는 조산사의 서비스에 관한 사항을 구체적으로 정하여야 한다. 시험 및 그 기간은 DiGA 목록에 명시하여야 한다. 낮은 위험등급의 DiGA 제조자는 늦어도 시험기간 만료 전까지 DiGA의 긍정적 서비스 효과에 관한 입증자료를 BfArM에 제출하여야 한다.

BfArM은 완전한 입증자료의 접수일로부터 3개월 이내에 시험된 DiGA의 최종 등재 여부를 결정하여야 한다. 긍정적 서비스 효과가 충분히 입증되지 않았으나, 제출된 시험 결과에 비추어 추후 입증될 개연성이 높다고 판단되는 경우, BfArM은 목록에 대한 시험을 위한 잠정 등재기간을 최대 12개월까지 연장할 수 있다.

BfArM이 최종 등재를 거부하는 경우, 시험목적으로 임시등재된 DiGA는 목록에서 삭제하여야 한다. 제조자가 신청을 철회하거나 BfArM이 부정적인 처분을 내린 날로부터 최소 12개월이 지나야 새로운 신청이 가능하다. 다만 새로운 신청을 할 때에는 긍정적 서비스 효과에 관한 새로운 입증자료 또는 이전에 제출되지 않았던 자료를 첨부하여야 한다. 반복적인 시험적 등재는 허용되지 않는다(‘사회법전 제5권’ 제139e조 제4항).

⑤ 계약 파트너 통보

BfArM은 계약 당사자에게 DiGA 목록 등재와 동시에 해당 DiGA의 제공 또는 시험에 필요한 것으로 정해진 의사의 진료행위에 관하여 통지하여야 한다. 치료제 제공자 또는 조산사의 서비스가 해당 DiGA의 제공 또는 시험에 필요하다고 정해진 경

우, BfArM은 법 제125조 제1항 또는 제134a조 제1항의 계약 당사자에게 해당 내용을 통지하여야 한다(‘사회법전 제5권’ 제139e조 제5항).

⑥ 변경 신고 의무

목록에 등재된 DiGA의 제조자는 DiGA에 중대한 변경이 이루어진 경우와 목록에 기재된 정보의 변경이 필요한 경우에는 BfArM에 지체 없이 그 내용을 통보할 의무가 있다. BfArM은 통보를 받은 날로부터 3개월 이내에 목록을 조정할지 또는 해당 DiGA를 목록에서 삭제할지 결정하여야 한다.

BfArM이 DiGA의 통보의무 대상 변경을 인지한 경우, 해당 제조자에게 통보를 위한 기한을 설정하여야 하며, 이는 원칙적으로 4주를 초과할 수 없다.

BfArM은 동시에 최대 100,000유로의 강제금 부과를 경고할 수 있으며, 제조자가 통보기한을 준수하지 않는 경우 이를 부과할 수 있다. 제조자가 설정된 기한 내에 중대한 변경의 통보 요구를 이행하지 않는 경우, BfArM은 해당 DiGA를 목록에서 삭제할 수 있다.

제조자는 DiGA의 변경 사항을 문서화할 의무가 있다. BfArM은 제조자가 제1문의 통보의무를 준수하지 않았음을 인지한 경우 문서 제출을 요구할 수 있다. 제조자의 신청에 따라 DiGA는 목록에서 삭제되어야 한다(‘사회법전 제5권’ 제139e조 제6항).

⑦ 비용 부담

신청 및 등재, 변경 등을 위한 행정절차의 비용은 이 규정에 근거하여 발령된 행정행위에 대한 불복절차 또는 법규명령에 근거한 수수료 및 비용의 확정에 대한 불복절차의 비용을 포함하여 제조자가 부담하여야 한다. 행정비용은 정액화된 수수료율에 따라 징수된다. 수수료에 포함되지 않은 개별적으로 귀속 가능한 공적 서비스에 대한 비용은 실비로 청구된다.

BfArM이 징수하는 수수료 및 비용에 대하여는 ‘연방수수료법(Bundesgebühren-gesetz)’ 제13조부터 제21조가 준용된다(‘사회법전 제5권’ 제139e조 제7항).

⑧ 안내와 지원

BfArM은 신청 및 통보 절차에 관한 지침과 신청 및 통보 서류를 위한 전자 서식을 독일어 및 영어로 인터넷에 공개하여야 한다. 또한 BfArM은 제조자에게 신청 및 통보 절차와 해당 DiGA가 ‘사회법전 제5권’ 제33a조에 따라 건강보험공단의 부담으로 제공되기 위하여 충족되어야 할 요건에 관하여 자문하여야 한다.

자문에 대해서는 정액화된 수수료율에 따른 수수료를 징수할 수 있으며, 제7항 제4문이 준용된다(‘사회법전 제5권’ 제139e조 제8항).

⑨ 연방보건부의 위임 규정

연방보건부는 연방의회의 동의 없이 법규명령으로 목록의 내용, 공표, 목록의 전자

적 상호운용성 및 제3자의 전자적 투명성 포털과의 연계, 목록 내용의 제3자 활용과 관련한 내용, BfArM에서의 신청 및 통보 절차, 서식 운영의 세부사항 등을 규율할 권한을 가진다(‘사회법전 제5권’ 제139e조 제9항).

⑩ 데이터 보안 요건

연방정보기술보안청(Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik)은 BfArM과 합의하고, 연방 개인정보보호 및 정보자유 감독관(Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit)과 협의하여, 2024년 1월 1일까지, 그 이후에는 원칙적으로 매년, 제2항 제2문 제2호에 따른 DiGA가 입증해야 할 데이터 보안 요건을 정해야 한다(‘사회법전 제5권’ 제139e조 제10항).

다. 연방 의약품·의료기기연구소(BfArM)

① 조직 및 규모

BfArM은 독일 연방보건부 소속의 독립적인 연방 최고행정기관인 연구기관(Ressortforschungseinrichtungen)의 하나로서, ‘연방보건청 후속기관 설치 및 운영에 관한 법률(BGA-Nachfolgegesetz: BGA-NachfG)’ 제4조 제3항에 따른 법정 업무를 수행하기 위하여 독립적인 학술연구를 수행하고 표준 및 규범의 개발에 참여한다. BfArM 업무의 최우선 목표는 의약품의 안전성을 제고하고 이를 통해 환자 안전을 향상시키며, 국민의 건강에 대한 위험을 예방하는 데 있다.⁵²⁾

BfArM은 본(Bonn)과 쾰른(Köln)에 두 개의 근무지를 두고 있으며, 약 1,350명의 직원이 근무하고 있다. 이들은 의사, 약사, 화학자, 생물학자, 법률가, 공학자, 기술보조인력 및 행정직원 등으로 구성되어 있다.

BfArM은 연방기관으로서 영리 목적 없이 공권력을 행사하는 행정기관이며, 경제적 이익의 추구를 목적으로 하지 않는다. 연구소의 수입과 지출은 독일 연방예산계획(Bundeshaushaltsplan) 제1516장에 규정되어 있으며, 예산의 적정한 집행은 연방보건부와 연방회계감사원(Bundesrechnungshof)의 감독을 받는다. BfArM의 수입은 주로 행정처분 및 행정행위에 대한 수수료로 구성된다. 이 밖에도 유럽의약품청(Europäischen Arzneimittel-Agentur: EMA) 및 기타 보건의료 관련 기관으로부터 위탁받은 업무를 수행함으로써 추가적인 수입이 발생한다. BfArM은 어떠한 광고도 운영하지 않으며, 광고를 통한 수입도 없다.

② 업무

BfArM의 법정 업무는 공중보건의 증진과 의약품, 의료기기 및 마약류의 안전한 유통을 보장하는 데 목적이 있다. BfArM의 주요 업무는 의약품의 허가 및 등록, 의약품과 의료기기의 위험 식별 및 평가, 마약류 및 원료물질의 유통 관리·감독이다. 또한 보건의료 전 분야에 걸쳐 고품질의 정보를 제공하고 있다. BfArM은 유럽연합

52) https://www.bfarm.de/DE/Das-BfArM/_node.html.

(EU) 차원과 국제적 차원에서도 안전하고 유효한 의약품의 공급을 보장하는 데 중요한 역할을 수행하고 있다. 이 밖에도 법률에 따른 위임, 이에 근거한 시행규정 및 연방보건부의 개별 위임에 따라 다양한 업무를 수행하고 있다. BfArM의 업무를 정리하면 다음과 같다.⁵³⁾

㉓ 의약품(Arzneimittel) 분야: BfArM의 의약품 분야 핵심 업무 중 하나는 ‘의약품법(Arzneimittelgesetz: AMG)’에 근거한 완제의약품(Fertigarzneimittel)의 허가이다. 이 과정에서 의약품의 건강상 유익성, 즉 유효성, 안전성 및 의약품의 품질을 심사한다. 또한 BfArM은 의약품의 개발과 허가에 필수적인 임상시험의 실시를 승인하는 업무를 수행한다. 이와 함께 유럽연합(EU)의 의약품 허가 절차에서도 중요한 역할을 담당한다. 더 나아가 동종요법 의약품(Homöopathische Arzneimittel)의 등록 및 허가도 담당하며,⁵⁴⁾ 시판 후 의약품 안전관리(Pharmacovigilance)도 한다. 의약품이 허가된 이후 다수의 환자에게 사용되면, 허가를 위한 임상시험 단계에서는 확인되지 않았던 이상반응이 나타날 수 있기 때문에 BfArM은 약물감시(Pharmakovigilanz) 업무를 통해 의약품 이상반응, 즉 ‘의약품 유해반응(unerwünschte Arzneimittelwirkungen: UAW)’에 관한 보고를 수집하고 평가한다. 이러한 평가 결과를 바탕으로 환자의 안전을 보호하기 위하여 필요한 규제조치와 안전조치를 시행한다.

㉔ 의료기기(Medizinprodukte) 분야: 의료기기와 관련한 BfArM의 주요 업무는 의료기기의 사용 또는 적용 과정에서 발생하는 위험을 중앙에서 수집하고, 분석·평가하는 것이다. 의료기기 이상사례(Vorkommnisse)를 조사하여 의료기기 안전조치를 조정·시행하고, 의료기기 임상시험 및 체외진단기기의 성능시험을 승인하며, 의료기기의 법적 지위 및 위험등급(Classification)을 결정한다. 특별허가(Sonderzulassung)도 하며, 의료기기 정보시스템(DMIDS)도 운영하며, DiGA 및 디지털 돌봄 애플리케이션(DiPA)의 심사와 등록도 담당한다. 이로써 의료기기 위험평가를 위한 AI 기반 분석기법을 개발한다.

㉕ 마약류 및 원료물질 관리(Bundesopiumstelle): BfArM에는 연방마약관리청(Bundesopiumstelle)이 소속되어 있다. 연방마약관리청은 마약류 및 원료물질(즉, 마약류 제조에 사용될 수 있는 물질)의 합법적인 유통을 위한 허가를 발급하고, 이들의 제조·재배·거래 및 수출입을 감독한다.

㉖ 의료정보 및 분류체계(Klassifikationen): BfArM은 보건의료의 모든 분야에 고품질의 정보를 제공한다. BfArM은 공식 의료분류체계의 발행기관이며, 의료용어(Terminologien), 시소러스(Thesauri), 명명체계(Nomenklaturen) 및 카탈로그를 관리하고 있다. 의약품, 의료기기, 임상시험 및 의료서비스 데이터와 관련된 데이터베이스 기반 정보시스템도 개발하고 운영하고 있다.

㉗ 연구(Forschung): 연구는 BfArM이 보유한 과학적 전문성을 대외적으로뿐만 아니라 기관 내부적으로도 강화하는 역할을 한다. 현재 연구 방향의 중요한 목표는 규제 업무와 연구가 상호 보완적으로 작용하도록 하여 연구소의 전체적인 업무 수행 역량을 향상시키는 것이다. BfArM에서 수행되는 연구는 명확하게 설정된 연구 분야에서 국제적으로 인정받는 수준을 유지하고 경쟁력을 확보함으로써, 유럽 내 주요 의약품 허가 규제기관 중 하나로서 연구소의 역할을 강화하는 것을 목표로 한다.⁵⁵⁾

53) https://www.bfarm.de/DE/Das-BfArM/Aufgaben/_node.html.

54) 적응증을 표시하지 않는 등록 방식 또는 적응증을 명시한 허가 방식으로 관리한다.

BfArM의 연구는 의약품의 허가 및 안전성 향상, 그리고 의료기기의 위험 식별 및 평가와 관련된 중요하고 시의성 있는 연구 분야에 중점을 두고 있다. 이러한 연구 분야는 다양한 학제 간 연구그룹(interdisziplinäre Forschungsgruppen)에 의해 수행되고 있으며, 이들 연구그룹은 연구 과제를 해결하는 과정에서 국내·유럽·국제 수준의 주요 대학 및 비대학 연구기관과 긴밀한 네트워크를 구축하여 협력하고 있다. 유럽의 주요 의약품 허가 규제기관 중 하나인 BfArM은 연구 활동을 통해 소속 연구자들의 규제과학(Regulatory Science) 전문성을 지속적으로 발전시키고 있다.⁵⁵⁾

㉞ 상담 및 규제지원(Beratung)⁵⁷⁾: 새로운 의약품 및 의료기기의 개발과 해당 제품에 대한 감독은 복잡한 규제적·과학적 요건의 적용을 받는다. BfArM은 자신의 관할 범위 내에서 다양한 상담 절차를 통해 지원을 제공하고 있다. 상담을 하려면 원칙적으로 신청 포털을 통해 신청을 해야 한다. 상담은 일반적으로 신청 후 3개월에서 6개월 이내에 이루어진다. 상담의 일정과 내용은 해당 제품의 특성 및 현재 진행 중인 규제 절차의 단계에 따라 달라질 수 있다. 상담은 내용을 기준으로 초기 안내 상담(Orientierungsgespräch), 과학적 상담(Wissenschaftliche Beratung), 사전 제출 회의(Pre-Submission Meeting), 포트폴리오 상담(Portfoliogespräch), 디지털 애플리케이션 상담(Beratung zu digitalen Anwendungen), 건강데이터연구센터(Forschungsdatenzentrum Gesundheit, FDZ Gesundheit)의 상담 등으로 분류된다.

㉟ 보건의료 데이터 관리: 건강연구데이터센터(FDZ)와 건강데이터 접근 및 조정기관(DACO)을 운영한다. 아울러 독일 임상시험등록시스템(DRKS)과 장기·조직기증 등록시스템도 운영한다. 이밖에 보건의료 관련 데이터 플랫폼 등도 운영한다.

㊱ 기타 법정 업무: EU 적합성 증명서(Conformity Certificates) 발급업무를 담당하고, 보건의료기술평가(Health Technology Assessment, HTA) 정보시스템 등을 운영한다.

2. 보건의료 분야 디지털화 촉진을 위한 법률

2023년 12월 14일 독일 연방의회(Bundestag)는 ‘보건의료 분야 디지털화 촉진을 위한 법률(Digital-Gesetz: DigiG)’을 통과시켰다. 이 법은 2024년 3월 26일부터 시행되었다.

이 법은 기존의 ‘디지털헬스케어법’을 보완하기 위하여 제정되었다. 당시 독일 연방 보건부장관은 이 법을 통해 독일 보건의료 시스템의 디지털화를 촉진하고, 궁극적으로는 보건의료 시스템의 디지털 전환을 가속화하고자 했다. 실제로 이 법은 모든 보건의료 분야에 변화를 가져왔으며, 특히 DiGA 분야에 많은 영향을 주었다고 평가되고 있다.

가장 특징적인 것은 2025년 1월부터 법정 건강보험 가입자 전원을 대상으로 전자환자기록(elektronische Patientenakte: ePA)⁵⁸⁾을 전면적으로 도입했다는 점이다.⁵⁹⁾

55) https://www.bfarm.de/DE/Das-BfArM/Aufgaben/_artikel.html?nn=774838.

56) https://www.bfarm.de/DE/Das-BfArM/Aufgaben/Forschung/_node.html.

57) https://www.bfarm.de/DE/Das-BfArM/Aufgaben/Beratung/_node.html.

58) ePA를 통해 피보험자는 완전하며 가능한 한 자동으로 작성되는 디지털 복약 개요를 제공받는다. 이는 발전된 전자 처방(eRezept)과 긴밀히 연계되어 의약품 간 원치 않는 상호작용을 더 잘 회피할 수 있게 하고, 의사들이 치료 과정에서 지원을 받도록 하는 것이다.

이는 전자 환자 기록과 전자 처방(eRezept/e-Rezept)을 표준으로 도입하고, 환자 데이터의 교환 및 활용을 강화하려는 구조적 개혁이다. 환자는 원하지 않을 경우 이를 거부할 수 있고, 데이터 접근·공유 범위를 스스로 관리할 수 있다. 진단, 처방, 검사 결과, 예방접종 내역 등은 통합 저장된다.

모든 처방은 의무적으로 전자화되어 약국, 의사, 환자 간 전자 전송되도록 하고 있다. 환자는 스마트폰 앱, 건강보험 카드, 종이 출력 QR코드 등으로 처방을 수령할 수 있다. 이러한 정보를 통합함으로써 약물 안전성 및 복용 이력 관리를 강화하고자 한 것이다. 기존 ‘디지털헬스케어법’에서 도입한 ‘Apps auf Rezept’ 제도를 개편하여, DiGA 가격 책정 방식에 성과 연동 요소를 도입하고(2026년부터 최소 20%). 장기요양 분야 디지털 앱(Digitale Pflegeanwendungen: DiPA)과의 연계 기반을 마련하고자 하였다. 이와 함께 임시등재 및 평가 절차를 간소화하고자 하였다.

이 법의 주요 내용은 다음과 같다. 첫째, 상호운용성(Interoperabilität)을 강화하였다. 법적 근거로 ‘사회법전 제5권’ 제386조 이하에 상호운용성의 권리에 대한 규정을 두었다. DiGA는 전자 건강기록에 읽기 및 쓰기 권한을 부여받게 된다. 이를 통해 환자들은 의료정보를 DiGA나 전자 환자 기록에 직접 추가할 수 있어, 치료와 앱 사용의 개인화가 가능해진다.

둘째, DiGA의 보고와 투명성을 강화하였다. 디지털 건강 앱 협회(Spitzenverband digitale Gesundheitsversorgung: SVDGV)는 투명성 향상을 오래전부터 요구해 왔으며, 법은 그에 대한 일부 규정을 두고 있다. 이를 통해 법정 건강보험 중앙연합회가 발행하는 연례 DiGA 보고서 발표 전에, DiGA 제조사는 공식 의견을 제출할 권리를 갖게 되었다. 이는 보고서의 중립성과 공정성 확보에 기여할 수 있다.

셋째, DiGA 관련 데이터 보고 요건을 강화하였다. 법정 건강보험 총연합회는 매 분기별로 연방보건부에 각 DiGA별 의사 및 심리치료사에 의한 처방 수 및 실제 제공된 수, 건강보험사에 제출된 DiGA 승인 신청 건수, 그 중 승인 및 거절 건수, DiGA에 대한 건강보험 지출액 등을 보도해야 한다.

마지막으로, 연간 DiGA 보고 주기가 변경되었다. 기존에는 10월 1일부터 다음 해 9월 30일까지였으나, 이제는 매년 1월 1일부터 12월 31일까지로(달력 연도 기준) 조정되었으며, 보고서는 매년 4월 1일까지 연방보건부에 제출되어야 한다.

3. 소결

독일 보건의료의 디지털 전환은 2019년 제정된 ‘디지털헬스케어법’에서 시작되었다. 이 법은 전자 환자 기록, 전자 처방, DiGA와 같은 혁신적 기술을 제도권에 편입하는 기초를 마련한 법이다. 세계 최초로 처방 앱 제도를 도입하여 디지털치료기기 시장을 제도권에 편입시킨 역사적 의미가 있다. 당시에는 임상적 근거가 미비한 경우라도 임시등재를 할 수 있게 하여 스타트업의 혁신적 진입을 촉진하였다.

이후 2024년에 제정된 ‘보건의료 분야 디지털화 촉진을 위한 법률’은 이러한 제도적 기반을 넘어서, 전국적 의무 도입과 데이터 활용 체계 고도화를 통해 디지털 전

59) Bundesministerium für Gesundheit, “Gesetz zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens(Digital-Gesetz - DigiG)”, 2025. 4, 10(<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/ministerium/gesetze-und-verordnungen/guv-20-lp/digig.html>).

환을 가속화하는 데 목적을 두고 있다. 기존의 ‘디지털헬스케어법’은 전자 환자 기록을 환자가 원할 경우에 개설하는 선택적 방식이었다. 이는 디지털 의료기록 제도의 출발점이라는 점에서 의미가 있었으나, 확산 속도가 더더 한계가 있었다.

이에 ‘보건의료 분야 디지털화 추진을 위한 법률’은 2025년부터 가입자 전원 자동 개설(opt-out)로 전환하여 디지털 환자기록을 사실상 전국적으로 의무화하였다. 또한 환자가 자신의 데이터 접근과 공유 권한을 보다 적극적으로 통제할 수 있도록 하여 데이터 주권을 강화하였다.

2026년 ‘디지털 건강 애플리케이션 규정’이 개정되면서 DiGA 규제와 관련하여 DiGA 등재 및 유지 기준에 변화가 있었다. 주요 내용은 애플리케이션 사용 동반 성과측정(AbEM)의 구체적인 운영 방식을 명확히 하고 변경 신고의 분류 체계를 조정한 것이다. 이에 따라 DiGA 포털의 신청 양식이 업데이트되어 가격 신고(Preis-meldungen)도 신청 포털을 통해 제출하도록 했다. 또한 중대한 변경 사항 신고 및 경미한 변경 사항 신고와 관련된 모든 개정 내용은 조만간 새로운 심사 체크리스트(Prüfbogen) 형태로 안내될 예정이다.⁶⁰⁾

V. 결

독일은 ‘디지털헬스케어법’을 제정해 디지털치료의 제도적 토대를 마련했다. DiGA를 법정 건강보험 체계에 공식적으로 편입시켜 처방 앱 제도를 도입했다. 이를 통해 디지털치료기기는 단순한 기술적 도구가 아니라 법적으로 인정받는 치료수단으로 자리매김하게 되었다.

‘디지털헬스케어법’은 환자가 의사나 심리치료사의 처방을 통해 DiGA를 이용할 수 있도록 규정했으며, 그 비용은 법정 건강보험을 통해 보장된다. 이는 디지털헬스케어가 공적 재정에 의해 지원되는 의료서비스의 일환으로 제도화되었음을 의미하는 것이다.

전통적 의료기기는 시장 진입 전 임상적 효과를 입증해야 하지만, ‘디지털헬스케어법’은 임시등재 제도를 마련하여 디지털치료기기의 경우에는 CE 인증과 기본적 안전성·데이터보호 요건을 충족하면 일정 기간 보험 급여를 인정받으면서 효과 입증을 병행할 수 있도록 했다. 이는 스타트업과 혁신기업이 시장에서 데이터를 수집하고 임상 근거를 강화할 수 있는 제도적 기회를 제공했으며, 디지털치료기기가 제도권 내에서 발전할 수 있는 촉매 역할을 했다.

동법에 따른 DiGA 제도는 임시등재와 영구등재라는 이중적 구조를 통해 혁신성과 안전성을 조화롭게 달성하고 있다. 두 절차의 공통점은 모두 BfArM의 관할하에 심사가 이루어진다는 것이다. CE 인증을 통한 의료기기 적합성 확인, 데이터 보호 및 정보보안 요건 충족, 기능적 안정성 및 상호운용성 확보 등 기본 요건은 두 절차에서 모두 동일하게 요구된다. 또 두 절차 모두 디지털치료기기가 환자에게 긍정적 치료 효과를 제공하도록 한다는 점에서 목적을 같이하 며, 심사의 결과는 독일 법정 건강보험의 급여 적용 여부와 직결된다는 점에서 동일한 제도적 함의를 가진다.

60) <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/detail/digitale-gesundheitsanwendungen-verordnung-digav>.

그러나 임시등재와 영구등재 절차는 성격과 심사 기준, 적용 기간에서 분명한 차이를 보인다. 임시등재는 아직 충분한 임상적 근거가 축적되지 않았더라도 일정한 전제 조건을 충족하면 시장에 조기 진입할 수 있도록 허용하는 제도이다.

CE 인증과 안전성 요건이 충족되면, 제조자는 긍정적 치료 효과를 입증하기 위한 연구 계획과 평가 방법을 제시함으로써 BfArM의 승인을 받아 최대 12개월(특별한 사유가 있는 경우 24개월) 동안 건강보험 급여 적용을 받는다. 이 기간은 사실상 임상적 효과 입증을 위한 ‘시험적 등재’ 단계로 기능하며, 실제 환자 데이터를 수집하고 무작위 대조 임상시험과 같은 근거를 보강하는 과정이 된다. 임시등재의 본질은 혁신적 디지털치료기기의 빠른 시장 진입을 보장하되, 이후 근거 확보를 통해 제도권 내 안정적 위치를 결정하는 과도기적 성격에 있다.

반면, 영구등재는 임시등재와 달리 엄격한 임상적 근거 제출을 전제로 한다. 제조자는 환자의 건강 상태 개선, 삶의 질 향상, 질병 경과 완화와 같은 환자 중심의 의료적 결과나, 환자 안전, 치료 접근성, 환자-의료인 상호작용 개선과 같은 구조·프로세스 개선 효과를 과학적으로 입증해야 한다. 이러한 입증은 무작위 대조 임상시험, 실제 진료 환경에서의 사용 데이터, 체계적 검증 절차 등을 통해 이루어진다. BfArM은 이를 검토하여 긍정적 치료 효과가 명확히 입증되었다고 판단될 경우 해당 애플리케이션을 목록에 영구적으로 등재한다. 영구등재가 이루어지면 법정 건강보험 중앙연합회와 가격 협상이 진행되며, 이는 초기 자율 가격과 달리 건강보험 체계에서의 합리적 급여 수준을 확정하는 과정이다.

요약하면, 임시등재와 영구등재는 제도의 기본 틀과 심사 주체, 안전성과 데이터 보호라는 전제 요건에서는 공통점이 있지만, 임상적 근거의 충분성, 등재의 지속성, 가격 결정 방식, 그리고 무엇보다 제도의 정책적 기능에서 중요한 차이를 보인다. 임시등재는 혁신 촉진과 조기 시장 진입을 가능하게 하는 실험적 단계이며, 영구등재는 과학적 근거를 토대로 안정적인 제도권 편입을 확정하는 단계이다. 이러한 이중구조는 혁신적 디지털헬스케어 기술의 빠른 도입과 동시에 공적 재정의 효율적 사용을 보장하는 독일식 균형 모델로서 주목받고 있다.

독일의 DiGA 임시등재 제도는 혁신적 디지털치료기기의 조기 시장 진입을 보장하는 제도이다. 긍정적인 임상적 효과가 최종적으로 입증되지 않았더라도, CE 인증과 기본적 안전성·데이터보호 요건을 충족하면 BfArM의 신속심사를 거쳐 최대 12개월, 특별한 사유가 있을 경우 24개월까지 보험급여가 적용되는 임시등재가 가능하다. 이러한 구조는 임상 근거 확보와 보험 적용을 동시에 추진할 수 있도록 설계된 것으로, 제조사는 임시등재 기간 동안 실제 환자 데이터를 수집하고 임상시험을 통해 효과를 입증해야 하며, 입증에 성공할 경우 영구등재로 전환된다. 이는 스타트업과 혁신기업이 시장 진입, 근거 축적, 제도권 정착이라는 선순환을 경험할 수 있게 하며, 특히 BfArM의 신속심사체계와 연계되어 신청 후 3개월 이내에 심사가 완료되도록 하여 전통적 제약·의료기기보다 신속한 보험 진입을 가능하게 한다.

이러한 독일의 DiGA 임시등재 제도는 한국에도 중요한 시사점을 제공한다.

우선, 디지털치료기기 시장이 성장하는 단계에 있는 한국은 일정한 안전성 기준을 충족할 경우 보험 임시등재를 허용하여 혁신의 조기 진입을 보장하는 제도가 필요하다. 이는 스타트업과 중소기업이 시장에 보다 신속하게 진입할 수 있도록 촉진하는 기반이 될 수 있다.

그리고 임시등재 이후 효과가 입증되지 않으면 퇴출되는 구조는 공적 재정을 보호하면서도 임상 근거를 축적하고 과학적 타당성을 강화할 수 있는 장치가 된다. 한국의 건강보험 체계에서도 향후 디지털치료기기나 신의료기술평가 과정에서 성과 기반 지불제도를 적용하는 실험적 모델을 도입할 수 있으며, 이는 가치 중심의 보상 체계를 구축하는 데 기여할 수 있을 것이다.

마지막으로, 독일이 DiGA와 디지털 돌봄 애플리케이션을 연계하여 보건과 장기요양 영역을 통합하는 디지털헬스케어 모델을 구현하고 있는 것은 한국에도 시사하는 바가 크다. 한국 역시 건강보험과 장기요양보험을 연계하여 환자의 치료와 돌봄을 아우르는 통합 디지털헬스·케어 모델을 고려할 필요가 있다.

■ **주제어:** 디지털치료, 디지털 건강 애플리케이션, 디지털 헬스케어, 건강보험

[참고문헌]

- 식품의약품안전처 식품의약품안전평가원, 디지털치료기기 허가·심사 가이드라인, 2020. 8.
- 윤진아, “건강보험의 보장성 강화를 위한 법제도의 개선방안 – 한국과 독일의 건강보험 법제 비교를 중심으로”, 법학논총 제36권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2019, 535면 이하.
- 차선정/심보람, “디지털 치료기기에 대한 국외 정책동향과 시사점: 미국과 독일을 중심으로”, 보건행정학회지 제35권 제3호, 한국보건행정학회, 2025, 232면 이하.
- 최민영, “디지털 치료기기와 법적 규제”, 생명윤리정책연구 제17권 제1호, 이화여자대학교 생명의료법 연구소, 2023, 91면 이하.
- Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte(BfArM), “DiGA-Nutzende”(https://diga.bfarm.de/de/diga-nutzende).
- Bundesministerium für Gesundheit, “Digitale Versorgung Gesetz (DVG)”, 2019. 12. 19.(http://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/gesetze-und-verordnungen/detail/digitale-versorgung-gesetz-dvg.html).
- Bundesministerium für Gesundheit, “Digitale Gesundheitsanwendungen (DiGA)”, 2025. 3. 12(https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/krankenversicherung/online-ratgeber-krankenversicherung/arznei-heil-und-hilfsmittel/digitale-gesundheitsanwendungen.html).
- Bundesministerium für Gesundheit, “Gesetz zur Beschleunigung der Digitalisierung des Gesundheitswesens(Digital-Gesetz – DigiG)”, 2025. 4. 10(https://www.bundesgesundheitsministerium.de/ministerium/gesetze-und-verordnungen/guv-20-lp/digig.html).
- European Parliament & Council(2017.04.05.), “Regulation (EU) 2017/745 on medical devices”, 2017. 4. 5(https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2017/745/oj).
- GAIA AG, “depexis – Die wirksame Therapie bei Depressionen”(https://de.depexis.com).
- GAIA AG, “vorvida – Bewusster trinken, gesünder leben”(https://de.vorvida.com).
- Schliess, F., et al., “The German Fast Track Toward Reimbursement of Digital Health Applications: Opportunities and Challenges for Manufacturers, Healthcare Providers, and People With Diabetes”, Journal of Diabetes Science and Technology, 18(2), 2024, pp. 470–476.
- Schneider, B. S./Koerber, F./Kreuzenbeck, C. C. J. et al., “Wie lassen sich Hürden bei der Versorgung mit digitalen Gesundheitsanwendungen (DiGA) überwinden? Eine Betrachtung des Patientenpfads bei unipolarer Depression”, Bundesgesundheitsblatt 68, 2025, S. 336 ff.
- Vollert, G./Jansky, B./Akif, Ö. et al., “DiGA, Nicht-DiGA und Praxisrealität”. Nervenarzt, 2026.
- WIG2, “DiGA-Evaluation: Ziel erreicht!”, 2025. 1. 28(https://www.wig2.de/aktuelles/news-details/article/diga-evaluation-smoke-free).

[Abstract]

The Development of Germany's Legal Framework for Digital Therapeutics and Its Policy Implications

Yoon, Jinah*

Germany established the institutional foundation for digital therapeutics through the enactment of the Digital Healthcare Act (Digital Healthcare Act, DVG) in 2019, incorporating Digital Health Applications (DiGA) into the statutory health insurance system. Under this framework, patients can access prescribed digital health applications through physicians or psychotherapists, with the associated costs reimbursed by statutory health insurance. As a result, digital therapeutics have evolved from being merely technological tools to becoming legally recognized therapeutic interventions within the public healthcare system.

A key feature of the German DiGA system is its dual listing framework, consisting of “provisional listing” and “permanent listing”. Both pathways are evaluated by the Federal Institute for Drugs and Medical Devices (BfArM) and require compliance with essential criteria, including CE certification, safety, data protection, and information security standards. Notably, the provisional listing pathway allows digital therapeutics that have not yet established sufficient clinical evidence to receive reimbursement for up to 12 months (or up to 24 months in exceptional cases), provided they satisfy the required safety and quality standards. During this period, manufacturers are expected to collect real-world evidence and demonstrate positive healthcare effects. Once sufficient clinical effectiveness has been scientifically validated, the product may transition to permanent listing, followed by price negotiations with the National Association of Statutory Health Insurance Funds (GKV-Spitzenverband) for long-term reimbursement.

This dual-track reimbursement model effectively balances the rapid market entry of innovative technologies with rigorous clinical evaluation. It enables startups and innovative companies to generate real-world clinical evidence while securing early market access, thereby facilitating sustainable integration into the healthcare system.

Germany's experience provides valuable policy implications for South Korea. Introducing a conditional reimbursement pathway for digital therapeutics that meet predefined safety and quality standards could accelerate market access while

* Associate Professor, Department of Law, Hanyang Cyber University

allowing clinical evidence to be accumulated through real-world use. In addition, adopting value-based reimbursement mechanisms and integrating digital therapeutics into both the National Health Insurance and Long-Term Care Insurance systems could promote innovation while ensuring the efficient use of public healthcare resources.

- **Key Words:** Digital Therapeutics, Digital Health Applications (DiGA), Digital Healthcare, Health Insurance

소수주주권 봉쇄 목적의 신주발행에 따른 지분 희석과 소수주주권 보호 방안 연구

-대법원 2015다252037 판결과 일본 최고재판소 2006. 9. 28. 결정을
중심으로-

고은정*

논문요지

소수주주권은 지배주주와 경영진의 권한 남용을 견제하기 위한 핵심적인 통제 수단이다. 특히, 회계장부열람·등사청구권은 회사의 업무집행과 재산상태를 파악하여 대표소송권, 이사·감사해임청구권, 유지청구권, 업무·재산상태의 검사청구권, 주주제안권, 주주총회소집권 등 다른 소수주주권을 실효적으로 행사할 수 있도록 하는 기초적 권리이다. 반면 소수주주권은 일정한 지분을 또는 보유기간을 행사 요건으로 하므로, 법정 지분 요건을 충족하더라도 회사가 이후 신주를 발행하거나 자본구조를 변경하면 해당 주주의 지분율이 사후적으로 희석될 수 있으며, 이미 행사한 권리나 계속 중인 소송의 적법성이 문제될 수 있다.

본 연구는 주주권 희석 문제를 드러낸 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결을 중심으로 소수주주권의 계속 보유 요건과 회사의 신주발행에 따른 지분 희석 문제를 검토한다. 나아가 자발적인 주식 처분으로 인한 지분 요건의 상실과 회사의 일방적인 자본거래로 인한 비자발적 지분 희석을 구별하여 분석한다. 또한 일본 최고재판소 2006. 9. 28. 결정을 통해 소수주주권 행사 이후 회사의 자본구조 변경으로 주주의 지분 요건이 상실된 경우, 회사가 소수주주의 정보권 또는 감시권 행사를 방해할 목적으로 신주를 발행하였다면, 신주발행의 효력이 무효 또는 부존재로 인정되지 않더라도 지분 희석을 이유로 당사자적격 상실을 주장하는 것은 신의성실의 원칙 또는 권리남용금지의 원칙에 따라 제한될 가능성이 있음을 검토한다. 궁극적으로, 본 연구는 회계장부열람·등사청구권을 권리행사를 무력화할 목적으로 이루어진 회사의 신주발행을 통한 자본거래의 사후적 지분 희석이 이미 성립한 소수주주권의 효력을 무력화하지 못하도록 하는 사법적 해석론과 입법적 보완의 필요성을 제시함으로써, 건전한 기업지배구조의 확립과 소수주주권 보호의 강화에 기여하고자 한다.

· 논문제출: 2026. 07. 05. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 22.

* 서울대학교 사회발전연구소 연구부교수/한국연구재단 학술연구교수/법학박사, lilykei@snu.ac.kr
이 논문 또는 저서는 2023년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임
(NRF-2023S1A5B5A16081993)

I. 서론

소수주주권은 지배주주 또는 경영진의 권한 남용 견제 및 주주 공동 이익 보호를 위한 핵심 통제 수단이며, 기업지배구조상 대리인 문제를 통제할 수 있는 핵심 권리다.¹⁾ 특히, 공시와 회계는 회사뿐만 아니라, 기업집단에서도 소수주주와 채권자 보호를 위해 일반적으로 활용되는 수단이며, 주주들은 회계장부열람·등사청구권을 통해 기업정보의 현황을 파악하게 된다.²⁾³⁾ 회계장부열람·등사청구권은 대표소송권, 이사·감사해임청구권, 유지청구권, 업무·재산상태의 검사청구권, 주주제안권, 주주총회소집권 등 기타 다른 권리의 행사 근거가 되므로, 그 권리행사는 강하게 보호되어야 한다.⁴⁾ 재무제표 등 서류는 회사의 공시 목적으로 작성되고, 분식회계 등을 견제한다.⁵⁾ 회계장부열람·등사청구권을 통해 주주는 지분을 보유한 회사의 관련 문서를 열람할 수 있으며, 이는 경영의 투명성을 높이고 정보비대칭을 완화함으로써 기업구조에 내재된 대리인 비용을 감소시키는 데 기여한다.⁶⁾⁷⁾⁸⁾ 대법원도 회계장부열람권의 취지를, 주주가 「상법」의 각종 권한 행사를 위해서는 회사 업무나 재산상태에 대한 정확한 지식과 적절한 정보가 필요하고, 재무제표 열람만으로 충분한 정보 취득이 불가능하여, 회계장부와 회계서류의 열람·등사권을 인정한 것이라고 판시한 바 있다.⁹⁾ 그러나 소수주주권은 일정한 지분을 또는 보유기간을 요구한다는 점에서 구조적 취약성을 지닌다. 소수주주가 권리행사 당시 법정 지분 요건을 충족하여도, 회사가 신주를 발행하여, 자본구조를 변경하면¹⁰⁾ 기존 주주의 보유비율은

1) “소수주주가 회계언어를 해석하고 기업경영과 연관시킬 수 있는 접근의 기회는 확보되어야 한다. 회계장부열람권은 불필요한 자금의 손실과 경영자의 방만한 경영을 견제할, 확실하고 명확한 증빙자료를 확보할 수 있게 한다”(고은정, 「「상법」상 회계장부와 서류의 열람·등사권에 관한 판례 평석 — 대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다270163 판결을 중심으로 —」, 「법과기업연구」, 제14권 제1호(2024), 92면).

2) Klaus J. Hopt, “Groups of Companies: A Comparative Study of the Economics, Law, and Regulation of Corporate Groups,” in Jeffrey N. Gordon & Wolf-Georg Ringe (eds.), The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance, Oxford University Press, 2018, p. 10.

3) 상장회사 및 대규모 기업집단은 국제재무보고기준(International Financial Reporting Standards, IFRS)의 적용과 공시규제의 강화에 따라 회계기준 및 회계관행이 국제적 수준에 상당 부분 부합하는 것으로 평가된다. 이에 반해, 비상장회사 또는 폐쇄회사 중심의 기업집단은 국제적 회계기준 및 회계관행에 대한 수용과 정합성의 수준이 상대적으로 낮아 회계정보의 투명성, 신뢰성 확보에 일정한 한계가 있다(Klaus J. Hopt, Ibid., p. 11).

4) 고은정, 전제 논문, 92면.

5) 이철송, 「회사법강의」, 박영사, 2023, 1064면.

6) Robin Hui Huang & Randall S. Thomas, “The Law and Practice of Shareholder Inspection Rights: A Comparative Analysis of China and the U.S.,” 「ECGI Working Paper Series in Law」, ECGI, 2020, p. 3.

7) Robert Bushman, Qi Chen, Ellen Engel & Abbie Smith, “Financial Accounting Information, Organizational Complexity and Corporate Governance Systems,” 「Journal of Accounting and Economics」, Vol. 37, No. 2, 2004, p. 105.

8) 반면, 회계장부열람·등사청구권을 행사한 주주가 전문적 경영 상황 판단/해석 능력이나 회계, 재무 정보를 갖추지 못한 경우, 회계장부열람·등사청구권이 보장된다고 하더라도, 주주 사익편취적 거래와 기업가치를 창출하는 거래를 제대로 구분하지 못할 수 있다(Li, N., “Do Majority-of-Minority Shareholder Voting Rights Reduce Expropriation? Evidence from Related Party Transactions,” 「Journal of Accounting Research」, Vol. 59, No. 4, 2021, p. 1387).

9) 대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다270163 판결

10) 통상 회계학에서, 자본구조란 자기자본과 타인자본의 구성방식을 의미한다. 신주발행은 자기자본을 증가시키는 대표적인 자본조달수단이다. 자기자본을 늘려 회사 재무구조를 바꾸

사후적으로 희석될 수 있다.¹¹⁾ 경영권 분쟁 상황에서 주식 희석으로 인한 문제가 발생하기도 하는데, 주주 보호 측면에서, 주식의 희석화로 인한 손해를 예방하는 것도 중요한 문제이다.¹²⁾ 신주발행은 이해관계자의 이익이 충돌하는 전형적인 국면이기도 하고,¹³⁾ 경영권 방어 및 승계 등과 관련해 기존 주주에게 불리한 방향으로 제3자 배정되는 경우, 주주 손해와 구제, 지배구조상의 문제가 있다.¹⁴⁾¹⁵⁾ 회사의 자본거래로 주주의 지분율이 희석되면, 주주는 자신의 의사와 무관하게 법정 지분 요건을 상실할 수 있다. 그 결과 이미 행사한 소수주주권이나 계속 중인 소송의 적법성까지 문제될 수 있는데, 회사가 자본거래로 소수주주권의 행사를 차단하거나 무력화할 수 있는지가 쟁점이 된다.

위 취약성이 드러난 판례가 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결이다.¹⁶⁾ 이 사건에서 원고는 피고 회사의 발행주식 총수 9,000주 중 3,000주를 보유하여 33.33%의 지분을 가진 주주였고, 「상법」 제466조 제1항에 따라 회계장부와 서류의 열람·등사를 청구한다. 그러나 피고 회사는 소송 계속 중 특정 주주배정 방식으로 신주를 발행하였고, 그 결과 발행주식 총수는 101,000주로 증가한다. 원고 주식 보유 비율은 2.97%로 하락하여 「상법」 제466조 제1항의 3% 요건에 미달하게 된다.¹⁷⁾ 대법원은 회계장부의 열람·등사

는 핵심전략으로 판단할 수 있다.

- 11) 기존의 신주발행에 관한 연구는 주로 저가발행에 따른 경제적 가치의 이전, 경영권·지배권의 이전, 부의 세습, 주주평등원칙의 침해 등을 중심으로 논의되어 왔다. 반면, 본 연구는 신주발행으로 인한 주식 수 증가가 소수주주권 행사에 요구되는 지분 비율을 희석시키는 문제에 주목한다. 즉, 본 연구는 신주발행이 단순히 경제적 이익이나 지배권의 변동에 그치는 것이 아니라, 소수주주권의 행사 자체를 차단하거나 무력화하는 수단으로 기능할 수 있다는 점을 분석 대상으로 한다는 점에서 기존 연구와 차별성을 가진다.
- 12) 송옥렬, 「경영권방어를 위한 제3자배정 신주발행 再論」, 「상사법연구」, 제44권 제1호(2025), 103면.
- 13) 주식 1주당 이익을 EPS(Earnings Per Share)라고 하며, EPS는 일반적으로 당기순이익÷가중평균 유통보통주식 수로 산출한다. 또한 주식 1주당 배당금을 DPS(Dividend Per Share)라고 하며, DPS는 총배당금÷배당대상 주식 수로 산출한다. 제3자배정 유상증자를 통해 신주를 발행하면 전체 발행주식 수가 증가하므로, 당기순이익과 총배당금이 일정한 경우 EPS와 DPS는 모두 감소하게 된다. 한편, 기존 주주의 의결권 비율은 해당 주주가 보유한 의결권 있는 주식 수÷전체 의결권 있는 발행주식 수로 산정되므로, 기존 주주가 신주를 추가로 인수하지 않으면 전체 주식 수의 증가에 따라 지분율과 의결권 비율도 낮아진다. 이처럼 신주발행은 기존 주주의 주당 이익, 주당 배당금 및 의결권 비율을 감소시키는 경제적/지배권적 희석을 초래할 수 있으며, 주식 희석이 시장에서 부정적으로 평가될 경우 주가 하락이나 기존 주주의 주식 매도로 이어질 수 있는 위험이 있다.
- 14) 송옥렬, 「신주발행 무효사유의 재검토 — 합병무효의 소에 관한 논의를 포함하여 —」, 「증권법연구」, 제22권 제3호(2021), 55면.
- 15) 신주발행에서는 발행가액의 적정성이 중요하다. 신주를 저가에 발행하여 제3자 배정을 하게 되면, 기존 주주의 지분율 하락, 주식가치의 희석화로 주식의 가치도 하락하게 되어 기존 주주의 회사에 대한 지배력이 약화되어, 기존 주주에게 손해가 발생하게 된다(대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결 참조).
- 16) 최근 선고된 부산고등법원 2026. 1. 22. 선고 2025나5403 판결에서도 유상증자 이후 원고가 소수주주권 행사에 필요한 주식 보유 요건을 충족하였는지가 쟁점이 되었으며, 이와 관련하여 소의 적법성이 다투어졌다. 이는 신주발행에 따른 지분 희석이 소수주주권 행사에 직접적인 영향을 미칠 수 있음을 보여주는 사례로 평가된다.
- 17) 원고의 주식비율은, 33.3%에서, 2.97%로 원고의 지분율은 기존 대비 약 91.1% 희석된 것이다. 피고는 특정 주주배정 방식으로 총 92,000주의 신주를 발행하여 자본금을 기존 9,000만 원에서 10억 1,000만 원으로 약 11.2배 증가하였다. 그 결과 발행주식 총수는 9,000주에서 101,000주로 증가하였으며, 원고의 보유주식 수는 3,000주로 변동이 없었음에도 지분율은 33.3%에서 2.97%로 감소하였다. 이는 기존 지분의 약 91.1%가 (과대하게)희석된 것으로, 원고는 「상법」 제466조 제1항이 요구하는 3% 이상의 지분 요건을 불과 0.03% 충족하지 못하게 된 것이다. 2015. 1. 15. 선고 2013가합12365 판결에서 구체적인

를 재판상 청구하는 경우, 소송 계속 중에도 주식 보유 요건은 충족해야 하므로, 신주발행이 무효이거나 부존재한다는 등, 특별한 사정이 없는 한 당사자적격을 상실한다고 판시한다. 이 판결은 회계장부열람권의 계속 보유 요건을 명확히 하였다는 점에서 의의가 있으나 신주발행의 무효 또는 부존재가 인정되지 않는 한 소수주주의 당사자적격 상실을 인정한 점에서 회사의 자본거래를 통한 소수주주권의 제한 또는 무력화를 충분히 통제하지 못하였다는 한계가 있다.

특히, 항소심은 피고가 원고의 열람·등사청구 후 상당 기간 응하지 않다가 제1심 진행 중 신주를 발행하였고, 그 과정에서 원고 지분율이 3%에 불과 0.03% 미달하는 2.97%로 하락하였으므로, 신주발행은 원고의 열람·등사권 행사를 무력화 시도로 판단한다. 이는 대법원의 판단과 가장 중요한 차이라고 할 수 있다.

본 연구는 위 대법원 판결을 비판적 시각에서 살펴본다. 비상장회사나 폐쇄회사에서는 경영진 또는 지배주주가 회사 정보를 독점하는 경우가 많으므로, 소수주주는 회사 내부의 위법행위나 부당거래 확인을 위해 회계장부열람권에 의존할 수밖에 없는데, 회사가 신주발행을 통해, 지분율을 희석하여 이미 제기된 열람·등사청구소송을 무력화한다면, 소수주주권은 회사에 의해 좌우되는 불안정한 권리로 전락할 위험이 있다. 최근 대법원에서도, 회계장부열람권의 정보권적 성격을 강조하고 있고,¹⁸⁾ 소수주주권의 실효성을 보장/강화하기 위해, 회계장부열람·등사청구의 지분 희석 문제를 심도 있게 검토할 필요가 있다.

이에 본 연구는, 첫째, 「상법」의 소수주주권 지분 요건과 계속 보유 요건의 법적 성격을 분석한다. 둘째, 회계장부열람권에 관한 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결 법리를 검토하고, 소수주주권 실효적 관점에서 판결 내용을 비판적으로 뜯아본다. 셋째, 회사의 신주발행이 소수주주권 행사를 방해하거나 무력화 수단으로 기능할 수 있는지, 신의성실의 원칙, 권리남용금지 원칙의 법리가 소수주주권 통제 수단으로 작동할 수 있는지 살펴본 후, 회사의 사후적 지분 희석 행위에서 소수주주권 보호를 위한 해석론 및 입법안을 제시한다.

결국, 본 연구의 핵심은 소수주주권 행사 요건을 형식적 지분 보유 문제에서, 회사의 자본거래를 통한 소수주주권의 실질적 침해 가능성까지 통제할 필요성이 있는 것인지 살펴보는 것이다. 소수주주권의 지분요건은 권리행사의 정당성과 계속성을 담보하기 위한 요건이지, 회사가 소수주주의 감시권 박탈을 위한 방어적이거나 기만적인 방법으로 악용되어서는 안 된다. 또한, 소수주주권 행사 이후 신주발행을 통해 지분율을 희석시키는 경우, 그 신주발행의 목적, 시기, 규모, 배정 방식, 경영상 필요성, 권리행사와의 관련성 등을 종합적으로 심사해야 하며,¹⁹⁾ 전 과정에서 신의성실의 원칙 위반과 권리남용은 엄격

배정 상황을 보면, 소외 1이 46,000주, 소외 2가 46,000주를 각각 인수하게 되었고, 이에 따라 신주발행의 효력 발생일(2014년 6월 14일) 기준으로 피고의 발행주식 총수는 101,000주(= 기존 주식 9,000주 + 신주 92,000주, 1주의 금액 10,000원)로, 자본금은 90,000,000원에서 10억 10,000,000원으로 증가하였고, 원고가 3,000주, 소외 1이 49,000주(= 기존 보유 주식 3,000주 + 신주 46,000주), 소외 2가 49,000주(= 기존 보유 주식 3,000주 + 신주 46,000주)를 보유하게 되어 원고 소유 주식 비율은 33.3%에서 2.97%(= 3,000주/101,000주)로 비정상적으로 감소하게 됨을 확인할 수 있다.

18) 최근 회계장부열람권의 청구 이유 기재 정도와 관련해 주주 부담을 완화하는 방향의 법리를 제시한, 대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다270163 판결은 주주가 열람·등사청구서에 기재한 이유가 사실일지도 모른다는 합리적 의심이 들 정도일 필요는 없다고 보아, 회계장부열람권의 정보권적 성격을 강조하였다(고은정, 전제 논문, 101면).

19) 지배구조상의 주주의 권리와 신주발행과 관련된 신주발행무효의 소, 신주발행 배정에 관한 문제, 자기주식처분에 있어, 신주발행규정 준용 등과 관련된 주요 연구로는 최민용,

히 금지되어야 한다.

II. 소수주주권 행사와 신주발행에 의한 지분 희석에 관한 판례 정리

1. 제1심: 서울서부지방법원 2015. 1. 15. 선고 2013가합12365 판결

서울서부지방법원 2015. 1. 15. 선고 2013가합12365 판결은 피고 회사의 주주인 원고가 피고 회사를 상대로 회계장부 및 서류의 열람·등사를 청구한 사건이다. 원고는 피고 회사 발행주식 총수 9,000주 중 3,000주를 보유한 주주로 주식 보유비율은 33.3%였다. 피고 회사는 택시여객 자동차 운수업 및 부대사업회사로, 원고는 피고 회사의 사내이사로 재직하였으며, 대표이사의 동생이다. 원고는 피고 회사가 2008년경부터 주주총회 미개최는 물론, 원고에게 급여를 지급하지 않았으나, 급여를 지급한 것처럼 신고해 법인세 포탈을 하였고, 2008년경 이후 주주 배당도 하지 않았다고 주장한다. 원고는 피고 회사의 대표이사가 원고 명의 계좌를 임의 관리하면서, 회사 자금 횡령 및 회사가 대표이사 등으로부터 회사 부지를 임차하는 과정에서, 과다한 임대료를 지급하므로, 해당 사실 확인을 위해 회계장부 및 서류의 열람·등사를 청구하기에 이른다.

제1심은 「상법」 제396조, 제448조 및 제466조를 근거로, 원고가 주주로서 일정한 서류 열람·등사권을 행사할 수 있다고 보고, 피고 회사는 원고에게 해당 장부 및 서류를 열람·등사하게 할 의무가 있다고 판단했다. 제1심은 피고 회사에게, 사건 판결 확정일로부터 공휴일을 제외한 30일 동안 원고가 별지 목록 기재 각 회계장부 및 서류를 피고 회사의 본점 등 보관 장소에서 업무시간 내에 열람·등사할 수 있도록 명했다. 제1심은 원고가 소 제기 당시 피고 회사의 33.3% 지분을 보유하고, 「상법」 제466조 제1항의 3% 요건 충족으로, 원고의 열람·등사청구가 부당하다는 피고의 항변은 증거 부족을 이유로 배척했다.²⁰⁾

「신주인수권부사채의 신주인수권 행사로 인한 신주발행무효의 소 - 대법원 2022. 10. 27. 선고 2021다201054 판결의 평석을 겸하여 -」, 『법학연구』 제67권 제1호, 법학연구소, 2026; 최문희, 「자기주식에 관한 2026년 개정 상법의 분석과 평가 - 자기주식의 권리 제한, 소각, 처분의 해석상 논점을 중심으로 -」, 『증권법연구』 제27권 제1호, 한국증권법학회, 2026; 송옥렬, 「경영권방어를 위한 제3자배정 신주발행 再論」, 『상사법연구』 제44권 제1호, 한국상사법학회, 2025; 전형민·남궁주현, 「자기주식 처분제도의 개선방안에 관한 소고 - 신주발행 규제 준용의 타당성 검토를 중심으로 -」, 『서울법학』 제32권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2024; 최문희, 「주식관련사채의 옵션행사에 따른 신주발행 시 신주발행무효의 소의 제기 가부 - 대법원 판결에 대한 평석을 겸하여 -」, 『상사법연구』 제42권 제4호, 한국상사법학회, 2024; 최민용, 「자기주식 처분과 신주발행이론 - 신주발행유지청구권을 중심으로 -」, 『상사법연구』 제42권 제2호, 한국상사법학회, 2023; 박상현, 「신주발행의 고유한 무효사유에 관한 소고 - 신주인수권과 전환권의 행사를 중심으로 -」, 『상사법연구』 제41권 제4호, 한국상사법학회, 2023; 천경훈, 「전환권·신주인수권 행사에 따른 신주발행의 효력과 그 쟁송방법」, 『상사법연구』 제41권 제3호, 한국상사법학회, 2022; 노혁준, 「신주발행의 무효사유에 관한 연구」, 『선진상사법률연구』 제60호, 법무부, 2012.

20) 1심판결(서울서부지방법원 2015. 1. 15. 선고 2013가합12365 판결)에서는 신주발행에 따른 지분 희석 문제가 본격적으로 다루어지지 않았다. 그러나 1심 소송 계속 중인 2014년 5월

2. 항소심: 서울고등법원 2015. 11. 5. 선고 2015나2012015 판결

항소심은 별지 목록 기재 서류를 신주발행으로 인한 지분 희석을 전제로 판단하였다. 임대차계약서는, 피고가 서류를 제출하였으므로 원고에게 더 이상 소로써 열람·등사를 구할 이익이 없다고 보아 이 부분의 소를 각하였다. 주주총회 의사록, 재무제표 및 부속명세서, 영업보고서는, 이 서류가 「상법」 제396조 및 제448조에 따라 주주가 단독으로 열람·등사를 청구할 수 있는 서류라고 보았다. 한편, 기재 장부 및 서류에 관해, 이들 서류가 「상법」 제466조 제1항의 회계장부 또는 서류에 해당하므로 피고는 원고가 신주발행으로 3% 미만이 되어, 당사자적격을 상실했다고 주장했지만, 항소심 법원은 피고의 주장을 배척한다. 원고는 2013년 7월경 이미 피고 회사에 회계장부 및 서류의 열람·등사를 청구하였으나, 피고 회사는 약 10개월 동안 응하지 않고 있었으며, 제1심 소송절차가 진행 중이던 2014년 5월 7일 피고 회사의 대표이사 주도로 신주발행 결의가 이루어졌고, 이 신주발행 절차에서는 원고를 제외한 특정 주주들만 신주를 인수했다. 신주발행 전, 원고와 다른 주주들이 각각 3,000주씩 동일한 수의 주식을 보유하고 있었으나, 신주발행 후, 다른 주주들이 각 49,000주를 보유하게 된 반면, 원고는 종전과 같이 3,000주를 보유하여, 지분율이 2.97%로 하락하게 되었다고 주장했다. 이 과정에서, 회사 자본금 9,000만 원에서 10억 1,000만 원으로 11배 이상 증가하게 되는데, 항소심 법원은 급격한 자본금 증가가 사업상 불가피하게 필요하다고 보기 어렵고, 원고의 지분율이 3% 요건에서 불과 0.03% 부족한 2.97%로 하락한 점을 근거로, 피고 회사가 신주발행을 통한 원고 회계장부 및 서류 열람·등사권 행사의 무력화 시도로 보고 「상법」 제466조 제1항의 3% 요건을 충족하지 못하지만, 원고가 여전히 회계장부 및 서류에 대한 열람·등사권을 행사할 수 있다고 판단한다. 항소심 법원은 신주발행의 형식적 효력만을 기준으로 원고의 지분 요건 충족 여부를 판단하지 않고, 신주발행의 실질적 기능까지 고려하였으며, 회사가 소수주주의 회계장부 열람·등사권 행사를 방해할 목적으로, 신주발행을 이용했다면, 회사는 신주발행을 통한 지분율 하락을 이유로 소수주주의 당사자적격 상실을 주장할 수 없다고 본 것이다.

3. 상고심: 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결

대법원에서의 핵심 쟁점은 「상법」 제466조 제1항에 따른 회계장부 및 서류의 열람·등사청구권 행사 주주가 발행주식 총수의 3% 이상의 지분 요건의 보유기간이 문제였다. 원고가 소 제기 당시, 피고 회사의 발행주식 총수 9,000주 중 3,000주를 보유하여 33.3%의 지분율을 가지고 있었으므로 「상법」 제466조 제1항의 3% 요건을 충족하였으나, 소송 계속 중 피고 회사의 신주발행으로 발행주식 총수가 증가하여, 원고의 지분율이 2.97%로 하락한 경우에도 회계장부 및 서류의 열람·등사청구소송을 계속 유지할 수 있는지가 쟁점이 되었다.

7일 회사 이사회가 원고를 배제한 채 기존 주주들에게 신주를 배정하기로 결의함에 따라 원고의 지분이 3% 미만으로 희석되었고, 이 문제는 항소심(서울고등법원 2015. 11. 5. 선고 2015나2012015 판결)에서 주요 쟁점으로 부각되었다.

대법원은 발행주식 총수 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 「상법」 제466조 제1항에 따라 이유를 붙인 서면으로 회계장부와 서류 열람 또는 등사를 청구할 수 있으나, 회계장부의 열람·등사를 재판상 청구하는 소송이 계속되는 동안 주식 보유 요건을 계속 갖추어야 하며, 원고가 소 제기 당시에는 피고 회사의 발행주식 총수 9,000주 중 3,000주를 보유해 33.33%의 지분을 가진 주주여서, 「상법」 제466조 제1항의 3% 요건을 충족했으나, 피고 회사가 제1심 중, 특정 주주배정으로 신주가 발행되고, 소외 1과 소외 2가 각 46,000주를 인수하여 발행주식 총수가 101,000주로 증가했다고 판단했다. 그 결과 원고 주식 수는 3,000주였으나, 발행주식 총수 증가로 원고 주식 비율은 2.97%가 되었고, 발행주식 총수의 3%에 미달하므로, 대법원은 위 신주발행이 무효이거나 부존재한다는 등, 특별한 사정이 없는 한, 원고는 「상법」 제466조 제1항의 회계장부 및 서류의 열람·등사청구에 관한 당사자적격을 상실했다고 판결하였으며, 원심판결 중 각 서류에 관한 청구를 파기하고, 서울고등법원에 파기 환송했다.²¹⁾

4. 소송 경과별 주요 쟁점 정리

소송 경과의 주요 쟁점은, 주주의 회계장부 및 서류 열람·등사청구권이 소송 계속 중 발생한 신주발행과 지분을 하락과 주주권 행사요건을 중심으로 판단하였다. 제1심은 「상법」 제466조 제1항이 정한 발행주식 총수의 3% 이상 주주 요건을 원고가 소 제기 당시 발행주식 총수 9,000주 중 3,000주를 보유하여 33.3%의 지분율을 가지고 있었다는 점과 원고가 주장한 주주총회 미개최, 허위 급여 신고, 무배당, 회사자금 횡령 의혹, 과다 임대료 지급 의혹 등을 열람·등사청구의 이유로 인정한다.²²⁾

항소심에서는 제1심 계속 중 이루어진 신주발행이 핵심 쟁점으로 부각된다. 피고 회사는 제1심 소송 계속 중 신주를 발행하고, 원고를 제외한 다른 주주들의 신주인수로, 원고 보유 주식 수는 그대로 3,000주였으나 지분율은 하락한다. 피고 회사는 원고가 3% 요건을 충족하지 못하게 되었으므로 회계장부 및 서류 열람·등사청구의 당사자적격의 상실을 주장하였다. 그러나 항소심은 피고 회사의 주장을 받아들이지 않았다. 항소심은 원고가 이미 2013년 7월경 피고 회사에 회계장부 및 서류의 열람·등사를 청구하였음에도 피고가 약 10개월 동안 응하지 않았고, 제1심 소송 계속 중 피고 회사의 대표이사 주도로 신주발행 결의가 이루어졌음을 지적한다. 신주발행 전, 원고와 다른 주주들이 각각 3,000주씩 동일하게 주식을 보유하고 있었으나, 신주발행 후, 원고를 제외한 주주들만 각 49,000주를 보유하게 된 점, 피고 회사 자본금이 9,000만 원에서 10억 1,000만 원으로 11배 이상 증가한 상황, 회사 규모에 비추어 급격한 자본금 증가가 사업상 불가피하였다고 보기 어려운 정황 등을 중심으로 원고

21) 다만, 「상법」 제396조 및 제448조의 단독주주권으로 인정될 수 있는 부분은 청구가능하게 하였다. 후술하겠지만, 대법원 판결은 회사가 신주발행을 통해 소수주주의 회계장부 및 서류 열람·등사청구권 행사를 방해함으로써 소수주주권을 사실상 무력화한 경우에도 이를 신의성실 원칙 또는 권리남용 법리에 따라 통제하지 않았다는 점에서 비판적 검토가 필요하다.

22) 제1심에서는 원고가 제출한, 별지 목록 기재 장부 및 서류 중 일부가 「상법」 제396조, 제448조 또는 제466조에 따라 열람·등사의 대상이 된다고 보아 원고의 청구를 일부 인용한다.

지분율이 3% 요건에서 불과 0.03% 부족한 2.97%로 하락한 점을 종합하여, 피고 회사가 신주발행을 통하여 원고의 회계장부 및 서류 열람·등사권 행사를 무력화하려 한 것으로 보인다고 판단하였다.

그러나 대법원은 항소심과 달리 3% 지분은 소송 중에도 유지해야 하는 계속적 요건으로 판단한다. 즉, 원고가 소 제기 당시에는 지분 요건을 충족했지만, 제1심 계속 중 신주발행으로 발행주식 총수가 증가하면서 지분율이 하락한 것에 대해, 신주발행이 무효 또는 부존재 등의 특별한 사정이 없는 한, 원고는 회계장부 및 서류 열람·등사청구 당사자 자격을 상실하였으므로, 위 사건을 서울고등법원에 파기 환송한다. 파기환송심은 신주발행이 무효·부존재한다는 등의 특별한 사정이 인정되지 않으면, 원고는 「상법」 제466조 제1항의 3% 요건을 불충족했고, 회계장부 및 서류에 대한 열람·등사청구 당사자자격이 상실되었다고 판단한다.

결국, 제1심에서 원고의 열람·등사청구가 일정 범위에서 인용되고, 항소심에서도 신주발행의 권리무력화 가능성을 이유로 원고의 청구가 유지되지만, 대법원과 파기환송심에서는 신주발행이 무효 또는 부존재로 평가되지 않는 한 형식적으로 감소한 지분율을 기준으로 원고의 당사자자격이 상실되어 열람·등사청구권이 부인되는 결론에 이른다. 특히, 대법원의 판결은 회사가 소송 계속 중 신주발행을 통해 원고의 지분율을 3% 미만으로 희석시킨 결과, 회계장부열람·등사청구권이 사실상 박탈될 수 있는 가능성을 방지하였다는 점에서 한계를 가진다. 이는 회사가 자본거래를 이용하여 소수주주권 행사를 사후적으로 차단할 수 있는 여지를 인정한 것으로, 「상법」 상 소수주주 보호 기능의 실효성을 약화시킬 우려가 있다. 이하, 각 심급별 판단을 간단하게 비교 정리하면 다음과 같다.

[표 1] 법원의 회계장부 열람·등사청구 사건의 소송경과와 주요 판단

1심	2심(항소심)	3심(상고심)
서울서부지방법원 2015. 1. 15. 선고 2013가합12365 판결	서울고등법원 2015. 11. 5. 선고 2015나2012015 판결	대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결
원고는 33.3% 주주로서 「상법」 제396조, 제448조, 제466조에 따라 장부 및 서류 열람·등사 가능	신주발행으로 원고 지분이 2.97%가 되었으나, 이는 원고의 열람·등사권을 무력화하려는 것으로 보 이므로 원고의 권리행사 인정	회계장부열람·등사청구권 의 3% 요건은 소송 계속 중에도 유지되어야 하므 로, 신주발행이 무효·부 존재가 아닌 한 원고는 당사자자격 상실

Ⅲ. 일본의 최고재판소의 신주발행 지분 희석 관련 결정

일본 최고재판소 2006년 9월 28일 결정은 소수주주권 행사 이후 신주발행으로 지분율이 법정 요건 미만으로 하락한 경우, 그 권리행사가 계속될 수 있는지를 다른 중요한 결정이다. 이 사건에서 주주들은 감사 선임을 신청할 당시 총주주의 의결권

3% 이상을 보유하고 있었으나, 그 후 신주발행으로 의결권 비율이 약 2.97%로 하락하였다. 최고재판소는 감사 선임청구권의 지분 요건이 신청 당시뿐 아니라 재판절차 중에도 유지해야 한다고 밝힌다. 신주발행으로 주주의 의결권 비율이 3% 미만인 되면, 원칙적으로 신청인적격을 상실한다는 것이다. 일본 재판소의 위 결정은 소수주주권의 지분 요건을 일회적 요건이 아니라 계속적 요건으로 파악하고 있다는 것을 알 수 있다. 단, 일본 최고재판소의 결정의 핵심적 의미는 계속 보유 요건을 인정한 데 그치지 않는다. 회사의 신주발행과 같은 회사 측의 행위로 인해 주식보유요건을 상실한 경우에도 원칙적으로 신청인 적격은 상실되는데, 다만 예외적으로 회사가 소수주주권 행사를 방해할 목적으로 신주를 발행한 경우 등에 한하여, 신의칙 위반 또는 권리남용을 이유로 회사가 신청인 적격의 상실을 주장하는 것은 제한되며, 이 같은 의견을 일본 최고재판소가 채택한 것으로 이해되기 때문이다.²³⁾ 최고재판소는 회사의 신주발행 유효성 문제와, 신주발행을 근거로²⁴⁾ 신주발행의 시기, 규모, 인수인의 구성, 사업상 필요성, 지분을 하락의 결과 등을 종합하여 권리행사 방해 목적을 심사할 필요가 있음을 보여준다. 위 같은 일본의 결정은 소수주주권 행사 후 발생한 지분 희석을 형식적인 지분율만으로 판단할 것이 아니라 신의성실 원칙과 권리남용 법리를 통한 실질적 통제가 필요하다는 논거로 활용될 수 있을 것으로 판단되므로, 간략하게 소개한다.²⁵⁾

1. 일본 최고재판소 2006. 9. 28. 결정(平成18年9月28日)

일본 최고재판소 2006. 9. 28. 결정은 소수주주권 행사 후 신주발행으로 주주의 의결권 보유비율이 법정 요건 미만으로 하락한 경우 소수주주권 행사 여부를 판단한 중요한 결정이다.²⁶⁾ 이 사건은 Y 주식회사(이하 Y라고 함)의 주주(이하 X라고 함) 등이 Y 회사의 업무 집행에 관해 부정한 행위 또는 법령·정관에 위반하는 중대한

23) 酒巻俊雄・尾崎安央・川島いづみ・中村信男 編, 『會社法重要判例〔第2版〕』, 成文堂, 2016, 132頁.

24) 일본에서도 주식회사가 증자를 하는 경우에는 배정대상을 누구로 할 것인지에 따라 주주배정, 제3자배정 및 공모로 구분된다. 주주배정이란 주주에게 평등하게 신주를 배정받을 권리를 부여하는 방식을 말하고, 제3자배정이란 회사의 연고자 등 특정인에 한하여 모집주식의 인수를 권유하고 이를 배정하는 방식을 말한다. 또한 공모란 불특정 다수인을 대상으로 주식의 인수를 권유하는 방식을 말한다(宮永雅好, 「わが國上場企業における時価發行増資の問題点と日本型 Rights Issue の展望 — 英國上場株式會社における株主割当型増資の分析を踏まえて —」, 「Journal of the Graduate School of Asia-Pacific Studies」, No. 20(2011), 78頁).

25) 프랑스를 비롯한 프랑스법계 국가들은 일반적으로 폐쇄회사에 있어서 다수주주와 소수주주 간의 이해관계를 조정하기 위한 별도의 보호법리를 인정하지 않는다. 다만, 소수주주 보호를 전적으로 배제하는 것은 아니며, 민법상 권리남용(abus de majorité) 법리를 원용하여 다수주주의 권한 행사를 통제하고 있다. 이러한 접근은 이탈리아에서도 수용되고 있으며, 특히, 주주의 의결권 행사와 관련된 분쟁에서 권리남용 법리를 적용하는 경향을 보인다. 한편, 일부 학설은 권리남용 법리보다 신의성실의 원칙(good faith)과 공정거래(fair dealing)의 원칙을 주주 간 분쟁을 해결하기 위한 보다 적절한 규범적 기준으로 적용하여야 한다고 주장하기도 한다(Holger Fleischer, “Comparative Corporate Governance in Closely Held Corporations,” in Jeffrey N. Gordon & Wolf-Georg Ringe (eds.), The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance, Oxford University Press, 2018, p. 22).

26) 最一小決平成18年9月28日民集60卷7号2634頁.

의심 사유가 있다고 주장하면서, 2005년 개정 전 일본 「상법」 제294조 제1항에 근거해 감사 선임을 신청한 사건이다. X 등이 감사 선임 신청 2005년 7월 29일 당시에는 X 등이 의결권 있는 주식의 약 3.2%를 보유함으로써 감사 선임 청구에 필요한 3% 요건을 충족하고 있었다. 그 후 2000년에 Y 회사가 발행한 신주인수권부사채의 보유자들이 신주인수권을 행사함에 따라 Y 회사가 신주를 발행하였고, 2005년 8월 17일, X 등의 의결권 보유 비율은 약 2.97%로 하락한다.²⁷⁾

동경 지방법원은 감사 선임청구권의 주식 보유 요건은 신청 당시 충족하면 되는 요건이 아니라, 감사 선임 결정 시에도 충족되어야 하는 요건이라고 보았다. 회사가 주주권 행사를 특별히 방해할 의도로 신주를 발행한 경우는 별론으로 하더라도, 주주 의사와 무관하게 주식 보유 요건을 결하게 된 경우를 청구자의 의사에 따라 주식 보유 요건을 결하게 된 경우와 달리 볼 이유가 없다고 판단한다. 감사 선임 청구 당시에는 3% 요건 충족 이후, 신주발행으로 인하여 3% 요건을 충족하지 못한 것이라면, 특별한 사정이 없는 한 감사 선임청구권을 상실한다고 판단해, X 등의 신청을 각하한다.²⁸⁾

반면, 동경 고등법원은 X 등이 감사 선임 신청 당시, 적법하게 청구권을 보유하고, 그 후 X 등이 전혀 관여하지 않은 신주발행으로, 청구권의 존부가 좌우되는 것은 불합리하며, 소수주주권을 인정한 법의 취지에도 부합하지 않는다고 판단하였다. 도쿄지방법원은 X 등의 감사 선임청구권이 신주발행으로 소멸하지 않는다고 보아 1심을 취소하고, 원심에 환송했다. 이후 최고재판소는 주주가 일본 「상법」 제294조 제1항에 근거해 감사 선임 신청한 시점에 총주주의 의결권 3% 이상을 보유하고 있었다고 하더라도, 그 후 회사가 신주를 발행하여 해당 주주가 총주주의 의결권 3% 미만을 보유하게 된 경우, 회사가 주주의 신청을 방해할 목적으로 신주를 발행하였다는 등의 특별한 사정이 없으면, 신청은 신청인적격을 결한 것으로 부적법하여 각하를 면할 수 없다고 판시한다.²⁹⁾ 특히, 회사가 주주의 신청을 방해할 목적으로 신주를 발행한 경우 등, 특별한 사정이 있다는 것은 신주발행이 유효하더라도 소수주주권 행사를 저지하려는 행위가 신의성실 원칙에 반하거나 권리남용에 해당하는 여부를 판단해야 한다는 것이다.³⁰⁾

2. 평석

이 판례는 소수주주권의 지분 요건과 신주발행에 따른 지분 희석 문제를 논의할 때 중요한 의미를 가진다. 우선 일본 최고재판소는 소수주주권 행사 요건을 형식적으로 엄격하게 파악하는 입장을 보여준다. 소수주주권의 행사로 제기되는 소송에서 원고는 소 제기 당시 법정 주식보유 비율을 충족해야 할 뿐 아니라, 소송 종료시까지 비율을 유지해야 한다고 해석된다.³¹⁾ 일본의 경우에도, 소 제기 후 주식양도 등으

27) 最一小決平成18年9月28日民集60卷7号2634頁.

28) 最一小決平成18年9月28日民集60卷7号2634頁.

29) 最一小決平成18年9月28日民集60卷7号2634頁.

30) 회계장부열람권(改正前商296條ノ6・會社433條)에 관하여는, 청구 당시에는 주식보유요건을 충족하였으나, 이후 증자로 인해 법정 보유요건을 상실하게 된 경우에는 청구 당시 요건을 충족하였으면 족하다고 판시한 하급심 판례가 존재한다(高松地裁昭和60年5月31日判決金判863号28頁).

로 주식보유비율이 법정 기준이 미달되면 원고적격을 상실한다고 본다.³²⁾ 그러나 이 결정의 더 중요한 의미는 지분요건이 계속 유지되어야 한다는 점만을 의미하는 것이 아니라, 지분 요건의 계속성을 인정하면서도, 회사가 해당 주주의 신청을 방해할 목적으로 신주를 발행하였다는 등의 특별한 사정이 있으면, 예외가 가능하다는 단서를 명시한다. 이는 신주발행의 형식적 효력과 소수주주권의 실질적 보호 사이의 문제를 조정하려는 법리적 장치로 이해된다.³³⁾ 즉 신주발행이 정당한 자금조달 또는 기존에 예정된 권리행사의 결과로 이루어진다면, 지분 희석은 주주가 감수하여야 하지만 신주발행이 소수주주권 행사를 무력화하기 위한 수단으로 이용되었다면, 회사가 지분 희석을 이유로 주주의 신청인적격 상실을 주장하는 것이 제한될 수 있다고 보는 것이다. 이 점에서 일본 최고재판소의 결정은 회계장부 및 서류의 열람·등사청구권에 관한 한국 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결의 한계를 검토하고, 해석론 및 입법론을 모색하는 데 중요하다.

특히, 일본 최고재판소 결정이 지니는 함의는 한국 대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결과 비교할 때 명확하다. 당시, 일본 사건에서는 신주발행이 2000년에 이미 발행된 신주인수권부사채의 신주인수권 행사에 따라 이루어진 것이었다. 회사가 감사 선임 신청 방해로 신주발행 결정을 했다고 단정하기 어려운 상황이다. 반면, 한국 사건에서는 회계장부 및 서류 열람·등사청구소송이 계속 중인 상황에서 피고 회사의 이사회가 신주발행을 결의하였고, 원고를 제외한 다른 주주들만 신주를 인수하였으며, 그 결과 원고 지분율이 3% 요건에서 불과 0.03% 부족한 2.97%로 하락하였다. 위 사정은 일본 최고재판소가 말한 “주주의 신청을 방해할 목적으로 신주를 발행한 특별한 사정”에 해당할 수 있다.

일본 최고재판소는 지분 요건의 계속성을 인정하면서도 회사의 권리행사 방해 목적이라는 예외 가능성을 열어둔 반면, 한국 대법원은 신주발행이 무효이거나 부존재한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 원고의 당사자적격 상실을 인정하였다.³⁴⁾ 일본 최고재판소는 신주발행이 유효하더라도 회사가 그 효력을 근거로 소수주주권 행사를 저지하려는 행위가 신의성실 원칙 위반과 권리남용에 해당하는지는 신주발행의 효력과는 별개로 독립적으로 검토되어야 한다는 점을 시사하고 있다.³⁵⁾ 특히, 일본 최고

31) 來住野究, 「株主による検査役選任申請後の新株発行により議決権保有比率が低下した場合, 申請人適格を失うか」, 「信州大學法學論集」, 第9号(2007), 331頁.

32) 來住野究, 上掲論文, 331頁.

33) 일본에서도 신주발행에서 중요한 것은 누구에게 어떠한 조건으로 신주를 배정하였는지이다. 「日本會社法」에 따르면 주식회사의 증자는 주주총회의 특별결의를 필요로 하나, 공개회사에서는 모집주식의 수와 납입금액 등 모집사항을 원칙적으로 이사회 결의로 정할 수 있다(「日本會社法」 199條1項 2項、201條1項). 다만, 주주배정의 경우를 제외하고, 납입금액이 모집주식을 인수하는 자에게 특히 유리한 금액으로 정해지는 경우에는 공개회사라 하더라도 주주총회의 특별결의가 필요하다(「日本會社法」 199條3項、201條1項、202條5項、309條2項5号). 이는 신주발행 시 납입가격을 낮게 정하면 신주를 인수하는 주주와 기존 주주 사이에 이해상충이 발생하기 때문으로 보인다.

34) “신주발행을 사후에 무효로 하는 것은 거래의 안전을 해할 우려가 크기 때문에 신주발행 무효의 소에서 그 무효원인은 엄격하게 해석하여야 할 것이나 신주발행에 법령이나 정관을 위반한 위법이 있고 그것이 주식회사의 본질 또는 회사법의 기본 원칙에 반하거나 기존 주주들의 이익과 회사의 경영권 내지 지배권에 중대한 영향을 미치는 경우에는 그 신주발행은 무효라고 보아야 한다”(최민용, 「신주인수권부사채의 신주인수권 행사로 인한 신주발행무효의 소 — 대법원 2022. 10. 27. 선고 2021다201054 판결의 평석을 곁하여 —」, 「법학연구」, 제67권 제1호(2026), 8면).

재판소의 결정은 형식적 지분 요건과 실질적 권리보호 사이의 균형점을 제시하며, 소수주주권의 지분 요건을 계속 보유 요건으로 파악하였지만, 동시에 회사의 신주발행이 소수주주권 행사를 방해하기 위한 수단으로 이용되었다면, 예외가 가능하다는 점을 명시한 결정으로, 한국 「상법」 제466조의 회계장부 및 서류 열람·등사청구권 사건을 분석할 때, 회사의 신주발행에 의한 지분 희석이 소수주주권의 실효성을 침해하는 경우, 이를 신의성실 원칙 또는 권리남용 법리로 통제할 수 있는지, 또는 입법적으로 지분 요건 판단 시점을 명확히 하거나 권리행사 후 회사의 희석 행위에 대한 예외 규정을 둘 필요가 있는지를 검토하는 과정에서 참고할 수 있을 것이다.

IV. 문제 제기 및 해결 방안 제시

1. 문제 제기

1) 계속 보유 요건의 형식적 적용을 통한 소수주주권 무력화 가능성

대법원은 「상법」 제466조 제1항의 3% 지분 요건을 “회계장부의 열람·등사를 재판상 청구하는 경우, 소송이 계속되는 동안 위 주식 보유 요건을 구비하여야 한다”고 보아, 소송 계속 중에도 유지해야 한다.³⁵⁾ 특히, 회계장부열람권은 과거부터 현재까지 경영행위 점검/검증을 위한 권리임과 동시에 불필요한 자금의 손실과 경영자의 방만한 경영을 견제할, 확실하고 명확한 증빙자료를 확보할 수 있는 권한임에도 불구하고,³⁷⁾ 회사가 특정 주주에게 신주를 발행·배정하여 소수주주의 지분율을 악의적 또는 의도적으로 변동시킨 뒤, 이를 근거로 소수주주의 권리행사를 제한하는 것은 소수주주권을 인정한 입법 취지에 부합하지 않는다. 대법원은 사건의 지분감소 원인과 경위, 신주발행 목적과 필요성, 회사 또는 지배주주의 권리침해 의도 등을 실질적으로 심사하지 않은 채, 소송 계속 중 3%의 지분 요건이 상실되었다는 형식적/결과적 사실만으로 원고적격을 부정하여, 소수주주권의 실질적 보장이라는 요청을 고려하지 않았다.

아울러, 「상법」 제418조 제1항, 제2항은 기존 주주의 신주인수권 보호를 위해 신주발행 시, 기존 주주배정을 원칙으로 하고, 제3자 배정은 정관에 근거해 신기술 도입, 재무구조 개선 등 기업경영상 필요한 예외적 경우 허용토록 제한한다. 이는 제3자 배정이 기존 주주의 주식가치 희석과 지배권 약화 등의 불이익을 초래할 수 있기 때문이다.³⁸⁾ 신주발행 무효는, 실제 신주발행 절차 및 실체에 중대한 하자. 법령이나

35) 來住野究, 全揭論文, 334頁.

36) “발행주식의 총수의 100분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 「상법」 제466조 제1항에 따라 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다. 열람과 등사에 시간이 소요되는 경우에는 열람·등사를 청구한 주주가 전 기간을 통해 발행주식 총수의 100분의 3 이상의 주식을 보유하여야 하고, 회계장부의 열람·등사를 재판상 청구하는 경우에는 소송이 계속되는 동안 위 주식 보유요건을 구비하여야 한다.” (대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결).

37) 고은정, 전제 논문, 92면.

38) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다50776 판결.

정관의 중대한 위반, 현저한 불공정, 기존 주주 이익 관계, 회사 경영권이나 지배권에 중대한 영향이 있을 것을 요한다.³⁹⁾ 신주발행무효의 소의 사유는 법에 규정이 부재하여, 판례를 통해 이해해야하는데, 판례는 주식회사가 정관이 정한 사유가 없는데도 대주주 등의 경영권이나 지배권을 방어할 목적으로 제3자에게 신주를 배정하여 회사 지배구조에 변화가 초래된 경우, 무효로 판단한다.⁴⁰⁾⁴¹⁾

결과적으로 이 사건의 피고 회사가 소송 계속 중 신주발행을 통해 원고의 지분율을 3% 미만으로 낮춤으로써 소수주주의 권리행사를 의도적·악의적으로 무력화하려는 정황은 명백하다. 항소심은 이를 소수주주권을 무력화하려는 시도로 판단하였으나, 대법원은 신주발행의 형식적 효력을 인정하고 구체적·실체적 사정을 고려하지 않았다. 이로써 대법원은 회사가 신주발행을 통해 소수주주권의 행사를 차단할 수 있는 길을 열어준 것이다.

2) 신의성실의 원칙 및 권리남용금지 법리의 적용 부재와 소수주주권의 실질적 보호기능 약화

대법원은 지분 요건의 계속성을 명확히 함으로써 법적 안정성과 예측가능성을 확보했다는 점에서 의미가 있을 수 있으나, 신주발행이 소수주주권 행사를 저지하거나 무력화하기 위한 수단으로 이용된 사정이 있는 경우, 지분 요건을 예외 없이 적용할 것인지, 아니면 신의성실의 원칙 또는 권리남용 금지 법리에 따라 예외를 인정할 것인지에 관해 구체적 판단 기준을 제시하지 않았다. 회사 또는 지배주주에 의한 제도적 우회 가능성을 소수주주권의 실질적 보장이라는 측면에서 잘못된 판결로 평가할 수 있다. 특히, 회계장부열람은 소수주주가 회사 경영 감시를 위한 핵심 권리이다. 그러나 본 판결은 주주권 희석을 통한 지배권의 변동을 가져와 주주 및 투자자 보호, 시장 신뢰 유지 측면에서 부정적이고 악의적인⁴²⁾⁴³⁾ 신주발행이라는 자본거래를 이용하여 소수주주의 지분율을 희석하고, 그 결과 소수주주권의 실질적 행사를 무력화하였고, 신의성실의 원칙 및 권리남용금지 법리의 적용을 무시한 채 회계장부 및 서류의 열람·등사청구권 통한 소수주주권의 실질적 보호기능 약화시켰다.

39) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2008다65860 판결.

40) 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다50776 판결; 대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결; 대법원 2019. 4. 3. 선고 2018다289542 판결; 대법원 2022. 10. 27. 선고 2021다201054 판결 등 참조.

41) “신주발행무효의 소는 형성의 소라는 특성상 제소기간과 제소권자가 제한되어 있고, 승소의 확정판결에 소급효가 없다. 뿐만 아니라 특히, 법조문이 침묵하고 있는 소의 사유를 판단함에 있어 우리 법원은 신주인수권 침해 이외에도 발행가의 불공정성, 지배권 변동, 다른 주체들의 이해관계까지 고려하여 매우 엄격하게 판단하고 있다. 따라서 이 소는 주주의 신주인수권 침해 시의 구체수단이면서 동시에 그러한 주장에 일정한 제약 요소로 작용하기도 한다.”(최민용, 「자기주식 처분과 신주발행이론 — 신주발행유지청구권을 중심으로 —」, 「상사법연구」, 제42권 제2호(2023), 19면).

42) 早乙女明弘, 「支配權の異動を伴う第三者割当増資規制について」, 「一橋ローレビュー」, 2015, 46頁.

43) “제3자 배정 방식을 신주발행방식의 하나로 규정하기 보다는 주주의 신주인수권에 대한 예외적인 제한의 방식으로 규정하고 있다고 볼 수 있다”(나세준, 「자본시장법상 상장회사의 신주발행방법에 관한 연구」, 「법과기업연구」, 제6권 제2호(2016), 25~26면).

2. 해결방안

1) 계속 보유 요건의 기준시점의 명확화

「상법」 제466조 제1항의 지분 요건 충족 시점을 명확하게 할 필요가 있다. 입법적 명확화는 회계장부 및 서류 열람·등사청구권의 지분요건의 판단시점과 계속보유요건의 적용 범위를 규정하는 것이다. 권리행사 당시 적법하게 요건을 갖춘 주주는 이후 회사의 자본거래로 지분 변동이 있더라도, 권리행사에 영향을 받지 않도록 하되, 다만, 모든 사후적 지분 변동을 허용하는 것은 부적절하므로, 기준시점 명확화를 통해 주주의 자발적인 주식 처분에 따른 지분을 하락과 회사 신주발행 등 회사의 일방적 행위의 지분을 하락을 구별하여 입법하는 것이다. 구체적 입법안으로 「상법」 제466조에 지분 요건 산정 시점 및 권리행사 후 지분 회식에 관한 예외 규정을 두는 것을 고민해 볼 수 있다. 예컨대 「상법」에서 소수주주권의 행사 시, 소수주주권의 주식 보유 요건 및 판단 기준에 대한 조문의 제정을 고려할 수 있다. 위 입법은 세 가지 효과를 가질 수 있을 것으로 예상되는데, 첫째, 회계장부 열람·등사청구권 지분 요건 판단 시점을 명확히 하여 법적 예측가능성을 높일 수 있으며, 둘째, 회사가 주주권 행사 이후 자본거래를 이용한 소수주주권 무력화를 방지할 수 있다. 마지막으로, 주주의 자발적 주식 처분과 회사의 일방적 회식 행위를 구별하여 권리 남용적 청구와 회사의 권리 침해적 방어 행위를 동시에 통제할 수 있을 것으로 판단된다. 아울러, 해당 조항은 특정 소수주주권에 한정하기보다, 모든 소수주주권에 공통으로 적용되는 독립된 일반규정으로 신설하는 방안을 고려할 수 있다. 이를 제466조 제3항으로 신설할 경우, 그 적용 범위가 회계장부 및 서류의 열람·등사청구권에 한정되는 반면, 제542조의6에 편입할 경우에는 상장회사에 관한 특례규정이라는 조문의 체계적 위치상 원칙적으로 상장회사의 소수주주권에만 적용된다는 한계가 있다. 상장회사와 비상장회사를 불문하고 소수주주권의 주식보유 요건에 관한 통일적인 판단 기준 확립을 위해, 주식회사에 관한 규정에 소수주주권의 주식보유 요건을 정하는 공통 규정을 신설하고, 필요한 경우 개별 소수주주권 및 상장회사 특례 규정에서 이를 준용하도록 하는 입법 방식이 체계적이고 타당하다.

2) 소수주주권 무력화를 목적으로 한 신주발행에 대한 법원의 통제

회사가 소수주주의 권리행사를 방해할 목적으로 신주를 발행한 경우, 신주발행으로 인한 지분을 하락을 이유로 한 주주의 권리 제한을 통제할 수 있는 법리가 필요하다. 이는 신주발행 자체를 대세적으로 무효로 보는 것과는 다르다. 신주발행이 일반적으로 유효하더라도, 회사가 신주발행의 유효성을 근거로 소수주주의 열람·등사청구권을 비롯한 소수주주권을 무력화하는 것은 신의성실 원칙 또는 권리남용 법리에 의해 제한될 수 있어야 한다는 것이다. 이를 위해 법원은 다음과 같은 요소를 종합적으로 고려할 필요가 있다. 첫째, 신주발행이 소수주주권 행사 이후에 이루어졌는지, 둘째, 신주발행의 규모가 회사의 사업상 필요에 비추어 과도한지, 셋째, 특정 주주만 실질적으로 신주인수에서 배제되었는지, 넷째, 신주발행 후 지분을 하락의 결과가 법정 지분 요건을 의도적으로 하회하도록 하는 사실관계가 발생했는지, 다섯째,

회사가 자금조달의 필요성과 발행조건의 합리성, 절차를 준수했는지의 여부다. 위 기준은 일본 최고재판소 결정이 제시한 주주의 신청을 방해할 목적의 신주발행이라는 예외를 신의성실 원칙 및 권리남용 법리로 구체화하는 방식이 될 수 있을 것이다.

V. 결어

소수주주권은 「상법」에서 지배주주와 경영진의 권한 남용을 통제하고, 회사의 적정한 운영을 확보하기 위한 핵심적 장치다. 그중 회계장부 및 서류 열람·등사청구권은 주주가 회사의 업무 집행과 재산상태에 관한 정보를 확보하고, 이를 기초로 대표소송, 이사·감사 해임청구, 위법행위유지청구, 주주제안권 등 다른 주주권을 실효적으로 행사할 수 있도록 하는 정보접근권이다. 회계장부열람권은 단순히 회사의 재무상태를 확인하기 위한 수단에 그치는 것이 아니라, 소수주주권 전체의 실효성을 뒷받침하는 기본적 권리로 이해되어야 한다. 이 점에서 회계장부열람권의 행사 요건을 어떻게 해석할 것인지는 소송요건의 문제를 넘어, 회사 내부의 정보비대칭과 지배주주의 권한 남용의 통제 방향에 대한 문제이기도 하다.

이 사건의 항소심은 신주발행의 형식적 효력만을 기준으로 원고 지분 요건 충족 여부를 판단하지 않았다. 항소심은 신주발행의 시기와 규모, 제3자배정 방식, 회사 규모와 재무상태에 비추어 본 자금조달의 필요성, 신주발행으로 인한 원고 지분율 하락 결과 등의 종합적 고려를 통해, 피고 회사가 원고의 회계장부열람·등사청구권 행사를 무력화하려 한 것으로 보인다고 판단했다. 위 접근은 소수주주권의 지분요건을 형식적으로 해석하는 것이 아니라, 자본거래를 이용한 권리행사 방해 여부까지 판단하여, 소수주주권의 실질적 보호를 도모하였다. 반면, 대법원은 신주발행의 효력이 무효 또는 부존재로 부정되지 않는 이상, 신주발행에 따른 지분율 하락을 근거로 원고의 당사자적격 상실을 인정하였다. 그러나 신주발행 자체의 유효성 문제와 회사가 그 신주발행에 따른 지분 희석 효과를 원용하여 소수주주권의 행사를 배척하는 행위가 신의성실의 원칙 또는 권리남용금지의 원칙에 위반되는지는 구별하여 판단할 필요가 있다. 신주발행이 법적으로 유효하다는 사실만으로도, 회사가 이미 개시된 소수주주권의 행사를 차단하는 행위까지 정당화되는 것은 아니다. 특히, 원고가 회계장부의 열람·등사를 청구하였음에도 회사가 이에 응하지 않았고, 그 후 소송 계속 중 대규모 신주발행이 이루어진 결과 원고 지분율은 33.3%에서 2.97%로 하락하여, 법정 기준인 3%에 불과 0.03% 미달하게 된 사실관계는 단순한 지분율 산정의 문제를 넘어, 회사가 자본거래를 이용해 소수주주권의 행사를 사후적으로 차단할 수 있는가라는 문제를 발생시킨다.

그럼에도 대법원은 지분 감소의 원인과 경위, 신주발행의 목적과 필요성, 특정 주주의 배제 의도, 권리행사 방해의 가능성 등을 실질적으로 심사하지 않은 채, 소송 계속 중 지분 요건 불충족이라는 결과만을 판단하여, 원고의 당사자적격을 부정한다. 이 점에서 대법원 판결은 소수주주권의 실질적 보장이라는 요청을 반영하지 못하였다.

반면, 일본 최고재판소 결정은 감사 선임 신청 당시 3% 이상의 의결권을 보유하던 주주가 그 후 신주발행으로 3% 미만만을 보유하게 된 경우, 원칙적으로 신청인적격

을 상실하게 되어, 소수주주권의 지분 요건을 절차 계속 중에도 유지되어야 하는 요건으로 파악하면서, 동시에 회사가 주주의 신청을 방해할 목적으로 신주를 발행한 경우 등 특별한 사정이 있으면 달리 볼 수 있다는 예외를 명시하고 있다. 이는 지분 요건의 계속성을 인정하면서도, 회사가 신주발행을 소수주주권 행사를 방해하는 수단으로 이용하는 경우에는 그 지분 희석 효과를 형식적/기계적으로 판단해서는 안 된다는 점을 지적한다. 일본 최고재판부의 결정은 한국 대법원 판결의 문제점과 한계를 드러내고 보완 방향을 제시하는 기준으로 이해될 수 있다. 대법원 판결은 소수주주권 행사 이후 회사 신주발행으로 비자발적 지분 희석을 적절히 통제하지 못한 한계가 있다. 회사가 신주발행을 소수주주권의 행사 방해 또는 무력화를 위한 수단이 된 경우, 신주발행의 무효 또는 부존재 여부만을 기준으로 당사자적격을 판단해서는 안 된다. 향후, 한국 법원은 회사가 그 지분 희석 효과를 원용하는 것이 신의성실 원칙 또는 권리남용금지 원칙 위반 여부를 별도로 심사할 수 있는 기준을 마련해야 하며, 이를 위하여 권리행사 당시의 지분율, 지분율 하락의 원인과 경위, 신주발행의 목적과 시기, 발행 규모와 자금조달의 필요성, 제3자 배정의 대상과 방식, 특정주주의 배제 여부, 지분 희석의 결과가 법정 지분 요건을 회피하는 방식으로 나타났는지 등을 종합적으로 심사할 필요가 있다. 이러한 실질적 심사를 통해 소수주주권의 행사 요건과 회사의 자본거래에 관한 경영판단의 자유 사이의 균형 만들어가야 한다.

소수주주권의 실효성은 법률에 권리가 규정되어 있다는 사실만으로 보장되지 않는다. 회사의 자본거래에 의하여 이미 개시된 권리행사가 소멸하지 않도록 하는 해석론과 입법적 장치 마련을 통해 실질적 보호가 가능하다. 따라서 회계장부열람권을 포함한 소수주주권의 지분 요건은 형식적 지분비율의 유지 여부만을 기준으로 판단해서는 안 되며, 주주의 자발적 주식 처분과 회사의 일방적 행위에 따른 비자발적 지분 희석을 구별해야 한다. 또한, 소수주주권을 형식적 권리에 머물게 할 것인지, 아니면 지배주주와 경영진의 권한 남용을 실질적으로 통제하는 감시장치로 기능하게 할 것인지에 관한 근본적인 문제에 대한 인식이 필요하다. 이러한 문제의식과 개선 노력은 소수주주의 정보접근권과 감시 기능을 실질적으로 보장하고, 회사 지배구조의 투명성과 건전성을 강화하며, 궁극적으로 자본시장의 공정성과 지속가능한 경제 발전에 기여할 수 있을 것이다.

■ **주제어:** 소수주주권, 신주인수권, 회계장부열람·등사청구권, 신주발행, 지분 희석

[참고문헌]

I. 국내문헌

단행본

이철송, 『회사법강의』, 박영사, 2023.

연구논문

고은정, 「『상법』상 회계장부와 서류의 열람·등사권에 관한 판례평석 — 대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다270163 판결을 중심으로 —」, 『법과기업연구』 제14권 제1호, 서강대학교 법학연구소, 2024.

김지평, 「주식회사 신주발행의 쟁점에 관한 소고」, 『선진상사법률연구』 제92호, 법무부, 2020.

나세준, 「자본시장법상 상장회사의 신주발행방법에 관한 연구」, 『법과기업연구』 제6권 제2호, 서강대학교 법학연구소, 2016.

노혁준, 「신주발행의 무효사유에 관한 연구」, 『선진상사법률연구』 제60호, 법무부, 2012.

박상현, 「신주발행의 고유한 무효사유에 관한 소고 — 신주인수권과 전환권의 행사를 중심으로 —」, 『상사법연구』 제41권 제4호, 한국상사법학회, 2023.

송옥렬, 「경영권방어를 위한 제3자배정 신주발행 재론」, 『상사법연구』 제44권 제1호, 한국상사법학회, 2025.

송옥렬, 「신주발행 무효사유의 재검토 — 합병무효의 소에 관한 논의를 포함하여 —」, 『증권법연구』 제22권 제3호, 한국증권법학회, 2021.

전형민·남광주현, 「자기주식 처분제도의 개선방안에 관한 소고 — 신주발행 규제 준용의 타당성 검토를 중심으로 —」, 『서울법학』 제32권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2024.

천경훈, 「전환권·신주인수권 행사에 따른 신주발행의 효력과 그 쟁송방법」, 『상사법연구』 제41권 제3호, 한국상사법학회, 2022.

최문희, 「자기주식에 관한 2026년 개정 상법의 분석과 평가 — 자기주식의 권리 제한, 소각 및 처분의 해석상 논점을 중심으로 —」, 『증권법연구』 제27권 제1호, 한국증권법학회, 2026.

최문희, 「주식관련사채의 옵션행사에 따른 신주발행 시 신주발행무효의 소의 제기 가부 — 대법원 판결에 대한 평석을 겸하여 —」, 『상사법연구』 제42권 제4호, 한국상사법학회, 2024.

최민용, 「신주인수권부사채의 신주인수권 행사로 인한 신주발행무효의 소 — 대법원 2022. 10. 27. 선고 2021다201054 판결의 평석을 겸하여 —」, 『법학연구』 제67권 제1호, 법학연구소, 2026.

최민용, 「자기주식 처분과 신주발행이론 — 신주발행유지청구권을 중심으로 —」, 『상사법연구』 제42권 제2호, 한국상사법학회, 2023.

판례

서울서부지방법원 2015. 1. 15. 선고 2013가합12365 판결.

서울고등법원 2015. 11. 5. 선고 2015나2012015 판결.

부산고등법원 2026. 1. 22. 선고 2025나5403 판결.
대법원 2009. 1. 30. 선고 2008다50776 판결.
대법원 2009. 5. 29. 선고 2007도4949 전원합의체 판결.
대법원 2010. 4. 29. 선고 2008다65860 판결.
대법원 2015. 12. 10. 선고 2015다202919 판결.
대법원 2017. 11. 9. 선고 2015다252037 판결.
대법원 2019. 4. 3. 선고 2018다289542 판결.
대법원 2022. 5. 13. 선고 2019다270163 판결.
대법원 2022. 10. 27. 선고 2021다201054 판결.

법령 및 기타 자료

법제처 국가법령정보센터, 「상법」, 최종방문일 2026. 7. 5.

II. 동양문헌

단행본 및 연구논문

酒卷俊雄・尾崎安央・川島いづみ・中村信男 編. 『會社法重要判例〔第2版〕』. 東京: 成文堂, 2016.
來住野究, 「株主による検査役選任申請後の新株発行により議決権保有比率が低下した場合, 申請人適格を失うか」, 『信州大學法學論集』 第9号, 信州大學大學院法曹法務研究科, 2007.
早乙女明弘, 「支配權の異動を伴う第三者割当増資規制について」, 『一橋ローレビュー』, 一橋大學法科大學院, 2015.
宮永雅好, 「わが國上場企業における時価発行増資の問題点と日本型Rights Issueの展望 — 英國上場株式會社における株主割当型増資の分析を踏まえて —」, Journal of the Graduate School of Asia-Pacific Studies, No. 20, Graduate School of Asia-Pacific Studies, Waseda University, 2011.

판례

高松地裁昭和60年5月31日判決 金判863号28頁
最一小決平成18年9月28日民集60卷7号2634頁.

법령 및 기타 자료

e-Gov法令檢索, 「會社法」, 최종방문일 2026. 7. 5.

III. 서양문헌

연구논문

Bushman, Robert, Qi Chen, Ellen Engel & Abbie Smith, “Financial Accounting Information, Organizational Complexity and Corporate Governance Systems,” Journal of Accounting and Economics, Vol. 37, No. 2, 2004.

- Fleischer, Holger, “Comparative Corporate Governance in Closely Held Corporations,” in Jeffrey N. Gordon & Wolf-Georg Ringe eds., *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, Oxford University Press, 2018.
- Hopt, Klaus J., “Groups of Companies: A Comparative Study of the Economics, Law, and Regulation of Corporate Groups,” in Jeffrey N. Gordon & Wolf-Georg Ringe eds., *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, Oxford University Press, 2018.
- Huang, Robin Hui & Randall S. Thomas, “The Law and Practice of Shareholder Inspection Rights: A Comparative Analysis of China and the U.S.,” ECGI Working Paper Series in Law, ECGI, 2020.
- Li, N., “Do Majority-of-Minority Shareholder Voting Rights Reduce Expropriation? Evidence from Related Party Transactions,” *Journal of Accounting Research*, Vol. 59, No. 4, 2021.

[Abstract]

**A Study on Shareholding Dilution Caused by the Issuance of
New Shares Intended to Frustrate Minority Shareholder Rights
and Measures for Their Protection**
– Focusing on the Korean Supreme Court Decision 2015Da252037
and the Decision of the Supreme Court of Japan –

Ko Eun Jung*

Minority shareholder rights constitute one of the principal mechanisms for preventing the abuse of power by controlling shareholders and corporate management. Among these rights, the right to inspect and copy accounting books and records plays a fundamental role by enabling shareholders to obtain information regarding the company's business operations and financial condition, thereby facilitating the effective exercise of other minority shareholder rights, including derivative actions, actions for the dismissal of directors or auditors, injunctions against unlawful acts, and shareholder proposal rights. However, the exercise of minority shareholder rights is generally conditioned upon the satisfaction of statutory shareholding and, in some cases, continuous holding requirements. Even where a shareholder satisfies the statutory ownership threshold at the time the right is exercised, a subsequent capital transaction, such as the issuance of new shares, may dilute the shareholder's ownership interest and raise questions concerning the continued validity of the pending exercise of the right or the shareholder's standing in ongoing litigation.

This study examines the Supreme Court of Korea's decision of November 9, 2017 (Case No. 2015Da252037), in which the Court held that the statutory three-percent shareholding requirement for exercising the right to inspect and copy accounting books and records must be maintained throughout the litigation, and that a shareholder loses standing if the ownership ratio falls below the statutory threshold during the proceedings unless the issuance of new shares is found to be void or nonexistent. Focusing on this decision, this study analyzes the continuing shareholding requirement and the legal implications of ownership dilution caused by the company's issuance of new shares. In particular, it distinguishes between the voluntary loss of the statutory ownership threshold

* Research Assistant Professor, The Institute for Social Development and Policy Research, Seoul National University/Doctoral of law/Research Assistant Professor, The Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea. This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NRF-2023S1A5B5A16081993)

resulting from a shareholder's own disposition of shares and involuntary dilution caused by unilateral corporate capital transactions.

The study further conducts a comparative analysis of Japanese corporate law, including cases concerning the appointment of inspectors, shareholder derivative actions, and injunctions against the issuance of share acquisition rights. It argues that, where a company issues new shares for the purpose of preventing or frustrating the exercise of minority shareholder rights after such rights have already been exercised, the company should not be permitted to rely on the resulting ownership dilution to deny the shareholder's standing, even if the issuance itself is not declared void or legally nonexistent. In such circumstances, the company's assertion of the dilution effect may be restricted under the doctrines of good faith and prohibition of abuse of rights.

Finally, this study proposes that the statutory shareholding requirement for the right to inspect and copy accounting books and records should be determined as of the time the right is exercised or the action is commenced. It further argues that judicial interpretation and legislative reform are necessary to prevent the subsequent extinguishment of already-acquired minority shareholder rights through corporate capital transactions. Such reforms would strengthen the effective protection of minority shareholders, enhance corporate governance, and promote fairness and sustainability in the capital market.

- **Key Words:** Minority shareholder rights; inspection of accounting books and records; continuing shareholding requirement; issuance of new shares; ownership dilution; abuse of rights; good faith; corporate governance; Korean Commercial Act; comparative corporate law.

명의신탁 부동산에 대한 수탁자의 임의처분과 형사책임*

신이철**

논문요지

현행 부동산 실명법은 중중, 배우자, 종교단체 명의의 명의신탁에만 특례규정을 두어 허용할 뿐, 그 외는 부동산 명의신탁을 금지하여 명의신탁 약정 및 이전 등기를 모두 무효화하고 신탁행위를 범죄화하고 있다. 그동안 부동산 명의신탁에서 수탁자가 임의처분을 하더라도 대법원은 1995년 부동산실명법의 제정 전은 물론, 제정 이후에도 한 동안은 횡령죄의 성립을 긍정하고 있었다. 그렇지만 최근에는 명의신탁의 유형을 별도로 구분하지 않고 모두 횡령죄의 성립을 부정하고 있다. 그리고 여기서 한 걸음 더 나아가 배임죄도 성립하지 않는다는 부정설의 입장을 취하고 있다.

여기서, 금지되는 명의신탁에 있어서는 현행 부동산실명법에서 명의신탁 자체를 처벌하는 규정을 두고 있음은 물론, 민사상 손해배상 책임 또한 부담하게 될 수 있다. 그렇다면 굳이 형법상 횡령죄나 배임죄로의 처벌을 통해 보호하거나 보호되어야 할 필요성이 있는지에 대해서 의문이 있을 뿐만 아니라, 일반 형법에 의해 보호하는 것이 바람직하지도 않아 보인다. 왜냐하면 민사법적 구제 가능성이 있음에도 제재수단 중에서 가장 강력한 형벌을 사용하는 것만으로도 보충성의 원칙에 반할 수 있기 때문이다. 실제로 최근 이루어지고 있는 배임죄 폐지 논의와 함께, 대법원 판례가 형사책임을 부정하면서도 민사상 불법행위 책임 또는 부당이득반환책임을 인정하는 방향으로 권리구제의 장을 민사법 영역에 남겨두고 있는 것도 이러한 선상에서 이해될 수 있을 것으로 본다. 특히나 현재 논의 중인 배임죄는 폐지 논의에서 개정 쪽으로 방향이 모아지고 있는 가운데, 대법원 판례는 부동산 이중매매에서 만큼은 여전히 배임죄 성립을 유지하고 있다. 그렇지만 권원보험 제도(權原保險, Title Insurance) 등을 최대한 활용해 본다면 더 이상 형사처벌이 아닌 민사상의 문제로 처리하여도 충분하다고 판단되므로 대법원 판례의 변화를 기대해 본다.

· 논문제출: 2026. 07. 05. · 심사개시: 2026. 07. 08. · 게재확정: 2026. 07. 29.

* 이 논문은 2026년도 원광디지털대학교의 교비 지원에 의해서 수행됨(This paper was supported by Wonkwang Digital University in 2026).

** 원광디지털대학교 경찰학과 교수, 법학박사.

I. 서론

‘부동산의 명의신탁’이라고 함은 소유자나 실권리자가 내부적으로는 소유권을 유지하면서, 등기부상 이름만 다른 사람으로 해두는 약정을 하고 그 타인 명의로 등기하는 것을 말한다. 초기의 대법원은 소유권을 분리하지 않고 일원화하여 명의수탁자의 소유권을 인정하고 수탁자가 임의처분을 하더라도 자기 소유의 부동산을 처분한 것이므로 횡령죄를 부정하면서, 그 대신 실권리자의 재산을 성실하게 관리해야 할 의무를 위반한 것으로 보아 배임죄를 인정한 적이 있었다.¹⁾ 그러나 그 이후에는 하나의 재물에 대내적 소유권(명의신탁자)과 대외적 소유권(명의수탁자)으로 분리될 수 있다는 이른바 ‘소유권의 관계적 귀속론’(상대적 권리이전설)을 기초로 하여, 대법원은 대외적으로 소유권은 수탁자에게 있으므로 신탁자 승낙없이 신탁재산을 처분해도 그 제3취득자는 선의·악의를 묻지 않고 적법하게 소유권을 취득하게 되지만,²⁾ 대내적으로 수탁자에게는 자기가 법률상 보관하고 있는 타인소유의 재물을 처분한 것으로 보아 횡령죄의 성립을 인정하였고,³⁾ 부동산실명법 시행 이전까지 일관되게 판례의 입장을 유지하여 왔다.⁴⁾

그러나 이러한 결과로 인하여 명의신탁자는 명의수탁자의 임의처분 행위로부터 보호받은 결과가 되었고, 세금 포탈 등 이를 악용하는 사회문제가 발생하게 되었다. 이러한 명의신탁의 악용을 막기 위해 1995. 3. 30. 부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률(이하 ‘부동산 실명법’이라고 한다)을 제정하고 1995. 7. 1. 시행하게 되었는데, 그동안 거래 관습상 용인되어 온 종중이나 배우자 또는 종교단체 명의의 명의신탁에 대해서는 허용하는 특례규정을 두면서(허용되는 명의신탁), 그 외의 부동산 명의신탁은 금지하게 되었다(금지되는 명의신탁). 즉, 부동산실명법은 투기·탈세·탈법행위 등 반사회적 행위를 방지하려는 입법취지가 있으므로(동법 제1조), 명의신탁 약정에 따라 명의수탁자의 명의로 등기해서는 안될 뿐만 아니라(동법 제3조 제1항), 명의신탁 약정과 그에 따른 등기는 무효가 되고(동법 제4조 제1항, 제2항 본문), 이에 위반한 경우 명의신탁에 따른 부동산 등기를 한 명의신탁자(동법 제7조 제1항 제1호, 제3조 제1항)와 명의수탁자(동법 제7조 제2항, 제3조 제1항) 쌍방에게 형벌을 부과하고 있다(동법 제7조). 그 외에도 명의신탁자에게는 부동산 가액의 30/100에 해당하는 금액의 범위에서 과징금을 부과하고 있는데(동법 제5조), 계약명의 신탁에서 매도인이 선의로서 명의수탁자 명의등기가 유효한 경우에도 명의신탁자는 과징금을 납부해야 한다.⁵⁾ 이러한 과징금을 부과받으면 명의신탁자는 지체없이 부동산 등기를 자신의 명의로 등기를 하여야 하는데 만일 과징금 부과일로부터 1년이 지나게 되면 부동산 평가액의 10/100에 해당하는 금액을, 다시 1년이 지나면 부동산 평가액의 20/100에 해당하는 금액을 이행강제금으로 내야 한다(동법 제6조 제1항, 제2항). 이는 명의신탁자에게 심리적·경제적 압박을 가함으로서 등기명의와 실제적 권리관계의 불일치

1) 대법원 1969. 1. 21. 선고 68도620 판결; 대법원 1970. 8. 31. 선고 70도1434 판결.

2) 대법원 1963. 9. 19. 선고 63다388 판결; 대법원 1973. 1. 13. 선고 72다2297 판결; 대법원 1991. 4. 23. 선고 91다6221 판결.

3) 대법원 1971. 6. 22. 선고 71도740 전원합의체 판결. 이와 저촉되는 대법원 1970. 8. 31. 선고 70도1434 판결은 폐기되었다.

4) 대법원 1983. 6. 28. 선고 83도1212 판결.

5) 대법원 2012. 4. 26. 선고 2011두26626 판결.

라는 위법상태를 제거하여 부동산실명법의 실효성을 확보하는 데 그 취지가 있는 것이다. 다만 계약명의 신탁에서 매도인이 악의인 경우에는 신탁약정과 등기(물권변동)이 모두 무효가 되어(동법 제4조) 소유권은 여전히 매도인에게 남게 되고 신탁자는 매도인과 직접적인 계약관계가 없으므로 매도인을 상대로 직접 등기를 청구할 권리가 없을 뿐만 아니라⁶⁾ 등기를 하고 싶어도 할 수 없는 법적상태에 놓이게 되므로 이행강제금(동법 제6조) 부과 대상에서는 제외되고 있다.⁷⁾

문제는 부동산 실명법 시행 이후에도 그 법률에 따라 무효로 취급되는 명의신탁 관계에서, 명의수탁자가 신탁된 부동산에 대하여 함부로 근저당권을 설정하거나 매매 등 처분행위를 한 경우, 명의신탁자(또는 매도인)에 대하여 부동산실명법 시행 이전과 마찬가지로 여전히 형법(또는 특별법)상 횡령죄(또는 배임죄)가 성립될 수 있는지에 대하여 그동안 상당한 논란이 있어 왔다.

본 논문에서는 먼저, 부동산 명의신탁의 종류별로 나누어 살펴보기로 할 것인데, 그 종류는 첫째로 부동산 소유자가 그 등기명의를 타인에게 신탁하기로 명의신탁약정을 하고 수탁자에게 바로 소유권이전 등기를 하는 ‘2자간(양자간) 명의신탁’(신탁자와 수탁자 등장),⁸⁾ 둘째는 신탁자가 부동산의 매도인으로부터 부동산을 매수한 후에 자신명의로 등기를 경료하지 않은 상태에서 명의신탁 약정에 따라 매도인으로부터 수탁자에게 등기를 이전하는 ‘제3자간(중간생략등기형) 명의신탁’(매도인, 매수인이자 명의신탁자, 명의수탁자 등장), 셋째는 신탁자가 수탁자와의 사이에 명의신탁 약정을 맺고 부동산의 매수위임을 하여 수탁자가 직접 매매계약의 당사자가 되어 매도인과 매매계약을 체결하고 수탁자 앞으로 이전등기를 하는 방식인 ‘계약명의신탁’(매도인, 명의신탁자, 매수인이자 명의수탁자 등장)이 있다.

아래에서는 부동산 실명법에 따라 무효로 취급되는 명의신탁 관계에서,⁹⁾ 위의 부동산 명의신탁의 종류에 따라 명의수탁자가 신탁된 부동산에 대해 처분행위를 한 경우 형사책임에 있어서 형법에 따른 횡령죄와 배임죄의 죄책을 부담하는지에 대해 검토하고, 더 나아가 불법행위로 인한 손해배상청구권과 부당이득반환청구권 등 민사책임도 아울러 살펴보기로 한다. 여기서 동일한 행위가 형사법에서는 ‘보호가치 없는 신임관계’로 형사책임이 부정되지만 민사법에서는 ‘위법행위’ 또는 ‘법률상 원인 없는 이익’으로 달리 평가되어 민사책임이 인정된다면 이론적 모순이라고 볼 여지도 있다. 그렇지만 이에는 법 영역별 목적과 보호법익의 차이가 있는 가운데 “형벌의 최후 수단성(최소 개입)”과 “민사적 구제의 실효성(최대 구제)”이 조화를 이룬 결과로도 충분히 볼 수 있기 때문에, 아래에서는 명의신탁의 종류에 따라 2자간 명의신탁(Ⅱ),

6) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2010다95185 판결 등 참조.

7) 대법원 2016. 6. 28. 선고 2014두6456 판결.

8) 사후적인 명의신탁약정에 의하여도 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 등기 명의신탁 관계가 성립할 수도 있다. 따라서 부동산 소유자가 그 중 일부 지분을 제3자(명의신탁자)를 위하여 대외적으로만 보유하는 관계에 관한 약정(명의신탁약정)을 맺으면 그 지분에 관하여 이른바 2자간 등기 명의신탁 관계가 성립한다(대법원 2009. 11. 26. 선고 2009도5547 판결).

9) 특별한 사정이 없는 한 소유권에 기한 말소등기청구도 할 수 있고, 진정한 명의 회복을 위한 이전등기청구도 가능하다(대법원 전원합의체 1980. 12. 9. 선고 79다634 판결). 위와 같은 등기청구권은 대내적 소유권에 기하여 행사하는 것이므로 소멸시효의 대상이 되지 않는다(대법원 1991. 11. 26. 선고 91다34387판결). 그러나 명의신탁의 해지는 채권적 효력을 가질 뿐이므로, 해지 후에 등기명의가 신탁자에게 반환되기 전에 수탁자로부터 부동산을 양수받아 등기한 제3자는 유효하게 소유권을 취득한다(대법원 1991. 8. 29. 선고 90다19848 판결).

제3자간 명의신탁(Ⅲ), 계약명의신탁(Ⅳ)으로 나누어 개별적으로 살펴본 다음, 이를 종합하여 합리적인 결론(Ⅴ)을 도출해 보기로 한다.

Ⅱ. 2자간(양자간) 명의신탁의 경우

신탁자가 수탁자 명의로 부동산 등기를 하는 2자간 명의신탁은 명의신탁 약정과 함께 이전등기도 모두 무효가 된다(동법 제4조 제1항, 제2항). 이에 따라 신탁 부동산 소유권에 대하여, -이를 불법원인 급여로 보고 수탁자가 소유자로 인정된다는 소수 견해¹⁰⁾도 있지만-, 통설은 ‘신탁자’에게 있다는 입장을 취하고 있다. 대법원 판례 또한 ‘2자 간 명의신탁에서 명의신탁 약정을 통해 수탁자 명의로 등기가 이루어진 부동산의 소유권을 신탁자에게 있다’고 판시¹¹⁾하고 있다.

그렇다면 여기서 수탁자가 신탁부동산을 제3자에게 처분하기 전까지 신탁부동산의 소유권은 신탁자에게 귀속되므로, 명의수탁자가 등기명의를 반환하지 않을 경우에는 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 수탁자 명의의 등기는 원인무효라는 이유로 신탁자는 소유권이전등기의 말소청구 또는 진정명의 회복을 위한 소유권이전 등기청구권을 행사할 수 있다.¹²⁾

그러나 앞서 살펴본 바대로 명의신탁 약정이 무효이므로, 명의신탁자는 명의신탁 약정의 유효를 전제로 하는 명의신탁 해지를 원인으로 한 소유권이전등기를 구할 수는 없으며,¹³⁾ 소유권이전 등기를 신청하더라도 부동산등기법 제29조 제2호의 ‘사건이 등기할 것이 아닌 때’에 해당하여 등기관은 그 등기신청을 각하하게 될 것이다.

한편으로, 수탁자가 명의신탁된 부동산을 임의처분 한 경우 제3자는 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 매수인(제3자)가 명의신탁 사실을 알았든 몰랐든 관계없이(선악 불문) 유효하게 소유권을 취득하게 되고 신탁자는 확정적으로 소유권을 상실하게 된다. 따라서 명의신탁자는 명의수탁자에게 소유권에 기한 반환이나 등기 이전을 청구할 수 없음은 물론, 수탁자가 추후에 당해 부동산의 소유권을 우연히 재취득하더라도 명의신탁자가 신탁부동산에 대하여 이미 확정된 소유권 상실의 법률효과를 뒤집을 수도 없고, 실효된 물권적 청구권이 소급하여 부활하는 것도 아니다.¹⁴⁾ 그리고 매수인(제3자)를 상대한 소유권이전등기 말소나 반환을 청구할 수도 없다.

10) 박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구 6권, 1998, 276면.

11) 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다28156 전원합의체 판결.

12) 대법원 2002. 9. 6. 선고 2002다35157 판결; 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다89814 판결; 대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다 97864 판결. 양창수, “부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-”, 서울대 법학 제38권 제1호, 서울대 법학연구소, 1997, 80면.

13) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다5140 판결.

14) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다89814 판결.

1. 형사책임

가. 횡령죄 성부

일반적으로 형법 제355조 제1항이 규정하고 있는 횡령죄는 타인의 재물을 보관하는 자가 재물을 횡령한 때에 성립한다. 먼저 ‘재물’이라고 함은 유체물 및 관리가능한 동력을 말하며, 횡령죄의 대상인 재물에는 - 동산만을 횡령죄의 객체로 하는 독일형법과는 달리 - 부동산도 포함된다.¹⁵⁾ 그리고 당연히 ‘타인의 재물’이어야 하고, 횡령의 대상이 된 재물이 타인의 소유일 것을 요한다.¹⁶⁾ 이때 ‘타인’이라고 함은 행위자(보관자) 이외의 자로서 자연인, 법인, 법인격 없는 단체나 조합을 불문한다. 특히 본 논문에서는 ‘명의신탁된 부동산’의 소유자(귀속문제)가 누구인지 주요쟁점으로 부각되는 바, 결국 ‘타인의 재물’인지 아닌지는 민법, 상법, 기타의 실체법에 따라 결정하여야 한다.¹⁷⁾ 그리고 반드시 소유자가 직접 위탁하여야만 인정되는 것도 아니다.¹⁸⁾ 따라서 재물의 소유자와 위탁자가 반드시 동일인임을 요하지 않고, 만약 다른 경우에는 ‘소유자’가 타인에 해당한다.

그리고 부동산에 관한 횡령죄에서 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에서 ‘보관’이라고 함은 일반적으로 위탁관계에 의하여 재물을 점유하는 것을 말하지만, 판례는 재물에 대한 사실상 또는 법률상 지배력이 있는 상태를 의미라고 판시¹⁹⁾하고 있다. 따라서 동산의 경우와는 달리, 부동산에 있어서는 점유 여부가 아니라 ‘법률상 부동산을 제3자에게 처분할 수는 있는 지위에 있는지 여부’를 기준²⁰⁾으로 판단하고 있다.²¹⁾ 그러므로 등기명의인은 원칙적으로 유효한 처분 권능자(보관자)가 되지만, 등기명의인이라 하더라도 원인무효인 소유권 이전등기의 명의자는 그 부동산에 대한 처분권능이 새로이 발생하는 것이 아니므로 횡령죄의 주체인 타인의 재물을 보관하는 자에 해당하지 않게 된다.²²⁾

15) 이에 대한 반대 견해로는 김신, 부동산이 횡령죄의 행위객체에 포함되는가?, 비교형사법연구 제22권 제1호, 한국비교형사법학회, 2020, 350면 이하.

16) 대법원 2005. 11. 10. 선고 2005도3627 판결.

17) 대법원 2003. 10. 10. 선고 2003도3516 판결; 대법원 2010. 5. 13. 선고 2009도1373 판결; . 대법원 2016. 5. 26. 선고 2015도89 판결.

18) 대법원 1985. 9. 10. 선고 84도2644 판결; 대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1778 판결; 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도17396 판결.

19) 대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1778 판결; 대법원 2015. 6. 25. 선고 2015도1944 전원합의체 판결.

20) 이에 재물의 개념에 부동산까지 포함하기 위하여 보관의 개념을 무리한 확장이라는 비판으로는 김신, 앞의 논문, 351면.

21) 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9242 판결. 부동산의 보관은 원칙으로 등기부상의 소유명의인에 대하여 인정되지만 등기부상의 명의인이 아니라도 소유자의 위임에 의거해서 실제로 타인의 부동산을 관리, 지배하면 그 부동산의 보관자라 할 수 있고, 이 사건의 경우와 같은 미등기의 건물에 대하여는 위탁관계에 의하여 현실로 부동산을 관리 지배하는 자가 보관자라고 할 수 있을 것이다(대법원 1993. 3. 9. 선고 92도2999 판결). 등기부상 소유명의인의 배우자로서 소유명의인의 위임에 의하여 그 부동산의 실질적인 지배·관리권 및 대외적인 처분권을 갖고 있는 경우에는 그 부동산의 보관자에 해당한다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도1884 판결).

22) 대법원 1989. 2. 28. 선고 88도1368 판결. 그 외에도 위탁자가 소유권을 취득할 수 없는 경우(대법원 1987. 2. 9. 선고 81도2936 판결), 부동산을 공동으로 상속받아 혼자 점유하고

그리고 횡령죄의 성립에는 재물의 보관자와 재물의 소유자(기타 본권자) 사이에 법률상 혹은 사실상의 '위탁관계'가 존재해야 한다.²³⁾ 이러한 위탁관계는 사용대차·임대차·위임 등의 계약 이외에도, 사무관리·관습·조리·신의칙 등에 의해서도 성립될 수 있다.²⁴⁾ 여기서 횡령죄는 신임관계에 기초하여 위탁된 타인 물건을 위법하게 영득하는 데에 본질이 있다고 보는 이상, 그 위탁관계는 '횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것'으로 보아야 한다.²⁵⁾ 이때 위탁관계는 단순한 사실관계를 넘어 재물의 소유자와 보관자의 관계, 재물을 맡게 된 구체적 경위 등을 종합하여 살펴면서, 보관자에게 재물을 훼손하지 않고 그대로 유지할 의무를 부과하여 그 보관 상태를 형사법적으로 보호할 필요가 있는지 등 규범적 관점에서 신중히 판단해야 한다.²⁶⁾ 따라서 재물의 위탁행위가 범죄 실현의 수단으로서 이루어진 경우 그 행위 자체가 처벌 대상인지와 관계없이 횡령죄로 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것이 아니라고 할 것이다.²⁷⁾

한편, 횡령행위는 불법영득의사를 실현하는 일체의 행위를 말한다.²⁸⁾ 횡령죄에 있어서의 행위자는 이미 타인의 재물을 점유하고 있으므로 그 점유를 자기를 위한 점유로 변개하는 의사를 일으키면 곧 영득의 의사가 있었다고 할 수 있는데, 단순한 내심의 의사만으로는 부족하고 영득의 의사가 외부에 인식될 수 있는 객관적 행위가 있어야 한다.

여기서 만약 수탁자가 신탁받은 부동산을 제3자에게 부동산을 매도하는 등 임의 처분을 하는 경우, 제3자는 명의신탁약정을 알던 모르던 간에 유효하게 소유권을 취득하게 된다(동법 제4조 제3항). 이때 -명의신탁 사실과 관련하여 신의칙상 고지의무가 있다거나 기망행위가 있었다고 볼 수도 없어서 그 제3자에 대한 사기죄가 성립될 여지는 없지만-²⁹⁾ 신탁부동산의 소유자는 신탁자이므로 명의수탁자가 처분하면 횡령죄가 될 여지도 생기면서(소유권 귀속 판단을 통한 '타인의 재물성' 문제), 더 나아가 위탁신임 관계의 보호가치성에 의한 '보관자의 지위' 인정 여부도 추가로 더 문제가 될 수 있으므로 함께 살펴보기로 한다.

있는 경우(대법원 2000. 4. 11. 선고 2000도565 판결)에는 등기명의인이라도 보관자가 될 수 없다.

23) 대법원 2005. 9. 9. 선고 2003도4828 판결; 대법원 2010. 6. 24. 선고 2009도9242 판결; 대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도17396 판결, 대법원 2022. 6. 30. 선고 2017도21286 판결.

24) 대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1778 판결; 대법원 2003. 9. 23. 선고 2003도3840 판결; 대법원 2006. 1. 12. 선고 2005도7610 판결; 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007도6012 판결; 대법원 2008. 9. 11. 선고 2008도4859 판결; 대법원 2009. 1. 30. 선고 2008도6950 판결; 대법원 2013. 12. 12. 선고 2012도16315 판결; 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도48 판결; 대법원 2025. 7. 17. 선고 2025도5236 판결.

25) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결; 대법원 2022. 6. 30. 선고 2017도21286 판결; 대법원 2025. 7. 17. 선고 2025도978 판결.

26) 대법원 2018. 7. 19. 선고 2017도17494 전원합의체 판결.

27) 대법원 2022. 6. 30. 선고 2017도21286 판결.

28) 대법원 2004. 12. 9. 선고 2004도5904 판결; 대법원 2015. 6. 25. 선고 2015도1944 전원합의체 판결.

29) 대법원 1985. 12. 10. 선고 85도1222 판결. 명의신탁의 법리상 대외적 관계에서는 명의수탁자에게 당해 부동산에 대한 완전한 처분권한이 귀속됨이 자명하며, 제3자의 경우에도 부동산신탁법상 보호받는 거래 상대방으로서 자기 명의의 소유권이전등기를 경료함으로써 유효하게 소유권을 취득하므로 실해(實害)나 법적 불이익이 발생할 여지가 없다.

1) 학설

양자간 명의신탁에서 명의신탁자로부터 소유권이전등기를 받은 명의수탁자가 그 부동산을 임의처분을 하는 경우, 부동산실명법에 따라 명의신탁‘약정’과 이전‘등기’는 무효이므로 여전히 부동산의 소유권은 ‘신탁자’에게 있고(재물의 타인성 충족) 수탁자는 ‘등기명의’에 의하여 부동산 보관자가 되므로 횡령죄가 성립한다는 긍정설과,³⁰⁾ - 위탁신탁 관계의 보호가치성의 문제와는 상관없이- 명의신탁 부동산을 불법원인급여물로 보아 신탁자의 반환청구는 인정되지 않고 부동산 소유권은 ‘수탁자’에게 귀속(재물의 타인성 불충족)된다거나,³¹⁾ 혹은 부동산은 물건에 대한 장소적 지배·이전을 전제로 하는 ‘보관이 가능한 재물’이라고 볼 수 없다거나³²⁾ 또는 신뢰관계에 기반한 위탁행위가 그 자체로 형법상 불법을 포함하는 경우에는 보호할 가치가 없다는 점 등을 근거로 하여,³³⁾ 명의신탁자에 대한 관계에서 명의수탁자는 ‘타인의 재물을 보관하는 자의 지위’에 있다고 볼 수 없으므로 적어도 - 물론, 부동산실명법 위반은 성립하지만- 형법상 횡령죄가 성립하지 않는다는 부정설의 대립이 있어 왔다.

2) 판례

종래 대법원은 부동산실명법 시행 전은 물론, 시행 이후에도 부동산 실명법의 취지가 명의신탁을 금지하여 부동산 거래의 투명성을 확보하는데 있고 수탁자가 소유권을 취득할 수 있다는 의미가 아님을 전제로 ‘명의수탁자는 명의신탁자에 대하여 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있으므로 명의수탁자가 부동산을 임의로 처분하면 명의신탁자에 대한 횡령죄가 성립한다’고 판시³⁴⁾하여 긍정설의 입장이었다. 그

30) 권오창, “계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰 - 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 단서의 해석을 중심으로 -”(하), 『법조』 제48권 제6호, 법조협회, 1996.6, 135면; 박달현, “부동산실명법의 시행과 부동산명의신탁의 형사법적 문제점 검토”, 『비교형사법연구』 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004, 125면; 송경호, “명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임”, 『비교형사법연구』 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 338면; 백재명, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 『형사판례연구』 제7권, 한국형사판례연구회, 1999, 376면; 손동권, “명의신탁 부동산을 임의처분한 경우의 형사책임”, 『형사법연구』 제15호, 한국형사법학회, 2001, 175면; 이창섭, “부동산 명의수탁자의 횡령죄 주체성”, 『형사판례연구』 제19권, 한국형사판례연구회, 2011, 254면; 정형식, “이른바 중간생략등기형 명의신탁에 있어서 수탁자가 부동산을 임의로 처분한 경우 횡령죄의 성립여부(적극)”, 형사재판의 제 문제』 제5권, 형사실무연구회, 2005, 250면; 최상욱, “명의신탁 부동산의 처분과 형사책임”, 『형사법연구』 제13호, 한국형사법학회, 2000, 196면; 한석리, “명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임의 성부”, 『비교형사법연구』 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000, 357면.

31) 박상기, “부동산 명의신탁과 횡령죄”, 『형사판례연구』 제6권, 한국형사판례연구회, 1998, 278면.

32) 김신, 앞의 논문, 343-366면.

33) 김진수, “부동산명의신탁 관련 형사책임, 청연논총 제4집, 사법연수원, 2007, 307면; 천진호, “부동산실명법상 부동산명의 수탁자의 형사책임”, 형사재판의 제문제 제5권, 형사실무연구회, 2005, 284면.

34) 대법원 1999. 10. 12. 선고 99도3170 판결; 대법원 2000. 2. 22. 선고 99도5227 판결; 대법원 2000. 4. 25. 선고 99도1906 판결; 대법원 2003. 12. 26. 선고 2003도4893 판결; 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008도12009 판결; 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009도5547 판결; 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12944 판결.

리고 한편으로 ‘명의신탁 약정이 부동산실명법에 의해 무효가 되더라도, 그 자체만으로 당연히 불법원인 급여에 해당한다고 볼 수 없다’고 판시³⁵⁾함으로써, 신탁부동산의 소유권은 명의신탁자에게 귀속되어 명의신탁자가 명의수탁자를 상대로 그 부동산에 관한 권리의 회복을 구할 수 있도록 하였다.

그러나 최근 전원합의체 판결은 ‘명의신탁자에 대한 관계에서 명의수탁자가 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있지 않다’고 판시³⁶⁾ 함으로써 횡령죄가 성립하지 않는다는 견해로 변경하였다. 즉, 명의신탁자와 수탁자 사이의 사실상 위탁 관계는 부동산실명법에 위반되는 ‘불법적인 관계’에 불과할 뿐이고 비록 명의수탁자가 보관하는 부동산이 ‘타인의 재물’로 인정될 수는 있어도, 형법상 보호할 만한 가치있는 신뢰 관계 자체가 부정되므로, 수탁자가 이를 처분해도 형사상 책임을 묻기 어렵다는 취지이다.

이러한 결론은 - 계약(매수위임형) 명의신탁에 이어-³⁷⁾ 2016년 5월 19일 선고된 제3자간(중간생략등기형) 명의신탁에 대한 전원합의체 판결에서도 횡령죄가 성립하지 않는다는 판결이 나오면서, 법률관계에 있어서 본질적 차이가 거의 없는 양자간(2자간) 명의신탁에 있어서도 이미 명의수탁자의 횡령죄가 부정될 것으로 예상되었던 바,³⁸⁾ 대법원의 전원합의체 판결을 통하여 양자간(2자간) 명의신탁의 경우까지 횡령죄의 성립을 부정함으로써 그동안 명의신탁 유형별로 달리해 오던 입장에 대하여 통일된 결론을 갖게 되었다.

3) 검토

형법 제355조에 따라 수탁자가 횡령죄의 형사책임을 지우려면 ‘타인의 재물을 보관하는 자’라는 주체적 요건을 충족해야 한다. 2자간(양자간) 명의신탁의 경우, 계약인 명의신탁 약정은 물론 그에 부수된 위임약정, 명의신탁 부동산 및 그 처분대금 반환약정은 모두 무효가 되므로³⁹⁾ 명의수탁자 앞으로 등기가 이전된 경우라도 부동

35) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003다41722 판결(농지법상의 처분명령을 회피하기 위한 목적으로 양자 간 명의신탁약정이 체결되고 명의수탁자에게 소유권 이전등기가 마쳐진 사안); 대법원 2019. 6. 20. 선고 2013다28156 전원합의체 판결(만약 불법원인급여에 해당한다면 신탁자가 반환청구를 못하고 소유권은 수탁자에게 귀속될 것이어서 제3자는 당연히 권리를 취득할 것이므로 굳이 ‘제3자에게 대항할 수 없다’는 부동산실명법 제4조 제3항이 불필요하다는 점과, 위반한 명의신탁자에게 과징금 부과외에 부동산 물권을 지체없이 신탁자 명의로 등기할 의무를 지우고 위반하면 이행강제금까지 추가로 부과하도록 한 부동산실명법 제6조 또한 소유권이 실권리자에게 귀속되는 것을 전제로 하고 있다고 한다).

36) 대법원 2021. 2. 18. 선고 2016도18761 전원합의체 판결; 대법원 2021. 3. 11. 선고 2017도8278 판결; 대법원 2021. 4. 1. 선고 2017도3997 판결; 대법원 2021. 4. 8. 선고 2018도13759 판결.

37) 매도인이 선의인 계약명의신탁의 경우에는 대법원 2000. 3. 24. 선고 98도4347 판결; 대법원 2006. 9. 8. 선고 2005도9733 판결; 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009도4501 판결 등. 한편 매도인이 악의인 계약명의신탁의 경우로는 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결; 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10515 판결; 대법원 2016. 8. 24. 선고 2014도6740 판결 등.

38) 강동범, “등기명의신탁에서 신탁부동산의 임의처분과 횡령죄의 성부- 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체판결-”『법조 최신판례분석』, 제718호, 2016. 8, 615면 이하; 이승준, “양자간 명의신탁과 횡령죄의 성부”『비교형사법연구』 제23권 제1호, 2021. 4, 1면 이하; 이상근/진재인, “부동산실명법 시행 후의 명의신탁 법리”『홍익법학』 제22권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2021.6, 242면 이하 참조.

산실명법에 의해 등기가 무효이므로 소유권은 여전히 명의 신탁자에게 남아 있기 때문에 소유권에 기한 방해배제청구로 등기 말소를 청구할 수 있으며, 명의수탁자는 말소의무를 부담하며 이에 응할 지위에 있을 뿐이다. 여기서 수탁자가 부동산을 사실상·법률상 처분할 수 있는 지위에 있다 하더라도, 그 처분 권능은 불법적인 명의 신탁 약정에서 기인한 것에 불과하므로 규범적으로 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위를 부여할 수 없을 뿐만 아니라, 말소등기 의무가 있거나 수탁자가 유효하게 처분할 가능성이 있다는 이유만으로는, 명의수탁자는 신탁자에 대해 '타인의 재물을 보관하는 자'의 지위를 갖는 것도 아니다. 또한 명의수탁자가 제3자와 한 처분행위가 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 유효하게 되더라도 거래 상대방인 선의의 제3자를 보호하기 위한 예외 조항일 뿐, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 유효한 위탁관계나 계약관계가 존재함을 의미하지도 않는다. 그 외에도 명의신탁약정의 무효로 인하여 횡령죄의 구성요건인 사무관리·관습·조리·신의칙상의 위탁신탁관계를 인정할 법적 근거는 상실되며, 실령 당사자 간 무효인 약정에 기반한 사실상의 위탁관계가 존재한다고 보더라도 이는 부동산실명법의 강행법규성에 정면으로 배치되는 불법적 관계에 불과하므로 형법적 보호가치가 있는 신탁관계로 포섭할 수 없다.⁴⁰⁾ 따라서 처분행위를 한 명의수탁자에게 횡령죄의 죄책을 지울 수 없다고 해야 한다.

물론 이때 형법상 횡령죄로는 처벌되지 않더라도 부동산실명법상 처벌과 함께 명의신탁자에게 부동산 가액의 100분의 30에 해당하는 금액의 범위에서 과징금은 부과된다(동법 제5조). 한편 민법에서도 부동산실명법을 강행규정(효력규정)으로 보면서도 불법원인급여는 아니라고 보아 신탁자로의 소유권 복귀를 막지는 않고 있다. 왜냐하면 민법 제746조의 불법원인급여는 모든 강행법규에 위반한 때에 당연히 적용되는 것이 아니라 민법 제103조의 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 경우로 엄격히 제한하고 있기 때문이다. 이러한 법리에 비추어 볼 때 부동산 실명법의 취지 또한 부동산 물권변동이 무효라는 의미가 실소유자의 소유권을 영구히 박탈하는 의미가 아니라, 위법 상태에 놓인 등기명의를 실소유자 이름으로 되돌려 정상화하기 위한 의미로 이해된다.

나. 배임죄의 성립

수탁자의 임의처분에 대하여 대법원 전원합의체가 횡령죄의 성립을 부정한 원인이 곧바로 배임죄의 성립 부정으로 직결되는 것은 아니다. 횡령죄의 구성요건인 '타인의 재물을 보관하는 자'가 자기가 점유하는 재물에 대한 물리적·형식적 지배관계를 뜻한다면, 배임죄의 '타인의 사무를 처리하는 자'는 신탁관계에 기초하여 타인의 재산을 보호·관리할 법적 의무를 지는 자를 의미하므로 양자는 엄격히 구별되는 별개의 요건이므로, 횡령죄가 되지 않는다고 하여 배임죄의 검토를 생략할 수 없기 때문에 명의수탁자가 신탁자에 대하여 '타인의 사무를 처리하는 자'의 지위에 있는지는 배임죄의 고유한 법리에 따라 별도로 논증되어야 한다.

따라서 2자간 명의신탁에서 명의수탁자의 처분행위에 대해 배임죄가 성립하는지 여부에 대한 논의가 진행되고 있다. 학설로는 먼저 수탁자에게 신의성실의 원칙에

39) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2006다35117 판결; 대법원 2015. 9. 10. 선고 2013다55300 판결.

40) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결.

따라 수탁받은 부동산에 대한 원상회복의무, 즉 신탁자를 위해 일하는 ‘타인의 사무를 처리하는 자’로서의 지위가 인정할 수 있고, 수탁자가 이러한 신뢰를 저버리고 신탁자에게 손해를 입혔다면 배임죄의 성립을 인정할 수 있다는 견해⁴¹⁾와 법적으로 보호되어야 할 신임관계에 해당하지 아니한다거나⁴²⁾ 또는 비록 대법원이 중간생략등기형 명의신탁에서 횡령죄 성립여부와 관련하여 ‘명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁 신임관계를 인정할 수도 없다’고 판단한 것이지만 이를 2자간 명의신탁에도 원용할 수 있다는 점을 근거로 하여 배임죄가 성립할 수 없다는 견해⁴³⁾ 등이 제시되어 있다. 이에 관한 명시적인 대법원 판례는 현재까지 찾아보기가 어렵지만, 최근 명시적으로 하급심 판례는 주위적으로 횡령, 예비적으로 배임 혐의로 기소된 사안에서 예비적 공소사실인 배임죄에 대해서마저 부동산실명법의 취지를 고려해 ‘타인의 사무처리자 지위’를 부인하며 무죄를 선고함으로써 배임죄마저 성립하지 않는다는 추세를 보이고 있다.⁴⁴⁾

생각건대 형법상 배임죄의 주체인 ‘타인의 사무를 처리하는 자’로 포섭하기 위해서는, 당해 관계의 본질적 내용이 단순한 민사상 급부의무나 채권·채무 관계에 머무르는 것이 아니라 고도의 신임관계에 기반하여 타인의 재산을 보호 또는 관리해야 할 실질적이고 특별한 규범적 지위에 이르러야 한다. 그런데 부동산실명법을 위반한 명의신탁약정은 사법(私法)상 무효일 뿐만 아니라 형법상으로도 보호할 만한 가치 있는 신임관계로 보기 어렵다는 점, 국가가 부동산 실명법을 통해 약정과 등기이전을 모두를 ‘원천 무효’로 규정하고 형사처벌(부동산 실명법 제7조)까지 가하고 있음에도 불구하고, 그 위법한 약정에서 파생된 등기반환 의무를 형법상 배임죄의 ‘보호가치 있는 사무’로 격상시켜 국가 형벌권으로 보호해 준다면 심각한 모순을 야기한다는 점에 비추어 볼 때 명의수탁자를 ‘타인의 사무처리자’로 볼 수 없으므로 배임죄 성립을 부정함이 타당하다.⁴⁵⁾ 다만, 이처럼 형법상 보호가치 없는 신임관계라는 이유로 배임죄라는 형사책임을 부정할 경우, 수탁자가 명의신탁 부동산을 임의로 처분하여 부당한 이익을 얻더라도 신탁자는 민사상으로도 아무런 권리구제를 받지 못하는 가라는 의문이 제기될 수 있다. 따라서 아래에서 별도로 서술해 보기로 한다.

41) 박홍식, “수탁자의 수탁부동산 처분행위와 횡령죄”, 『관례연구』 제1집, 제주관례연구회, 1997, 318면; 정도영, “부동산 실명법에 위반한 명의신탁과 횡령죄”, 『재판실무연구』, 광주지방법원, 1999, 364면.

42) 박상기, 앞의 논문, 280면; 손동권, 앞의 논문, 179면.

43) 문영식, 명의신탁 부동산의 처분행위에 관한 형법정책, 형사법의 신동향 제51권, 대검찰청, 2016, 287면.

44) 대전지방법원 2018. 6. 7. 선고 2016노3740 판결(확정).

45) 나아가 대법원이 최근 동산 이중매매(대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10479 전원합의체 판결) 및 대물변제예약(대법원 2014. 8. 21. 선고 2014도3363 전원합의체 판결) 등에서 약정의 이행의무를 ‘자기의 사무’로 한정함으로써, 배임죄의 적용 범위를 엄격하게 축소하는 경향을 보이고 있다. 비록 부동산 이중매매에 대해서는 배임죄 성립을 예외적으로 유지하고 있지만(대법원 2018. 5. 17. 선고 2017도4027 전원합의체 판결), 이러한 법리를 강행법규를 위반하여 ‘원천 무효’인 명의신탁 관계에까지 무리하게 확장 적용할 수는 없다. 부동산 이중매매 판례는 사적 자치의 영역에서 적법·유효하게 성립한 계약관계를 전제로 ‘형법상 보호가치 있는 신임관계’를 인정한 것인 반면, 부동산실명법상 무효인 명의신탁 약정 체계에서는 보호할 만한 가치 있는 ‘타인의 사무처리자’ 지위 자체가 도출될 수 없기 때문이다. 따라서 명의신탁 관계에서 배임죄 성립을 부정하는 대법원의 태도는 배임죄의 외연확장을 경계하고, 형벌을 최소한으로 적용해야 한다는 ‘형벌의 최후 수단성(보충성) 원칙’에도 부합하는 타당한 해석이다.

2. 민사책임

현재 대법원은 부동산실명법을 위반한 명의신탁 부동산을 명의수탁자가 임의처분 하더라도 형사상 횡령죄나 배임죄의 성립을 전면 부정하는 일관된 태도를 취하고 있다. 그러나 형사상 무죄가 곧 민사상 책임의 면제를 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면 형사책임은 사회 법질서 위반에 대한 공적 제재인 반면, 민사책임은 타인의 법익 침해에 대한 손해의 전보와 공평한 분담을 목적으로 하므로 양 범영역에는 서로 다른 원리가 적용되기 때문이다. 따라서 형사상 범죄가 성립하지 않더라도 민사상 불법행위나 부당이득의 성립 여부는 독자적인 관점에서 별도로 검토되어야 한다.

가. 불법행위로 인한 손해배상 청구 - 처분당시 부동산 '시가'

2자간 명의신탁의 경우, 부동산실명법에 따라 명의신탁약정과 이에 따른 등기이전 이 모두 무효이므로 부동산의 법률상 소유권은 여전히 명의신탁자에게 남아 있다. 이 상태에서 명의수탁자가 부동산을 제3자에게 임의로 처분하면, 부동산실명법 제4조 제3항의 제3자 보호 규정에 의해 제3자는 유효하게 소유권을 취득하게 된다. 결과적으로 이는 명의수탁자가 명의신탁자의 소유권을 실질적으로 상실시키는 원인을 제공한 것이므로, 민법 제750조의 불법행위를 구성한다. 대법원 역시 형사상 횡령죄가 성립하지 않는다고 하여 명의수탁자의 임의처분 행위가 사법(私法)적으로 정당화되는 것은 아니며, 명의신탁자의 소유권을 침해하여 손해를 입힌 이상 민사상 불법행위 책임은 여전히 인정된다고 판시⁴⁶⁾한 바 있다. 이에 따라 명의신탁자는 명의수탁자를 상대로 불법행위에 기한 손해배상으로서 '처분 당시의 부동산 시가 상당액'의 지급을 청구할 수 있다. 참고로 명의신탁자가 수탁자를 상대로 소송을 할 때 불법행위는 '타인의 위법행위로 입은 손해의 전보'가 목적이고, 후술하는 부당이득은 '법률상 원인 없이 얻은 이득의 환수'가 목적이므로 두 요건을 모두 충족한다면 청구권이 각각 독립적으로 성립하게 됨으로써, 신탁자의 실질적 재산권을 두텁게 보호하며 경제적 배신행위를 효과적으로 억제하는 실효적인 권리구제 수단으로 기능하게 된다.

나. 부당이득반환 청구 - '처분대금'(실제 매매대금)

나아가 명의수탁자가 부동산을 처분하고 대금을 수령한 것은 법률상 원인 없이 명의신탁자의 소유권을 침해하여 실질적 이익을 얻은 것이기 때문에 명의수탁자의 처분행위는 부당이득반환 의무로 직결된다. 따라서 명의수탁자가 취득한 매매대금은 민법 제741조에 따른 부당이득으로서 명의신탁자에게 반환되어야 하는데, 이때 반환해야 할 구체적인 범위가 '처분 당시 부동산의 객관적 시가'인지 아니면 수탁자가 실제 수령한 '매매대금 자체'인지에 대하여 실무상 논란이 존재해 왔다. 이에 대법원은 명의수탁자가 부동산을 임의로 처분하여 얻은 '실제 처분대금(또는 수용보상금)' 상당액을 부당이득의 반환 범위로 규정하며 그 기준을 명확하게 판시⁴⁷⁾한 바 있

46) 대법원 2021. 6. 3. 선고 2016다34007 판결.

47) 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결.

다. 이는 부당이득반환 제도의 본질이 - 피해자의 가해자의 위법행위로 입은 '손해 전보'가 아닌-, 가해자가 법률상 원인 없이 취득한 '실질적 이득의 환수'에 있기 때문에 수탁자가 부동산을 시장 가격보다 높게 처분하여 뜻밖의 초과 이익을 얻었다면, 그 이익 역시 명의신탁자의 재산권 침해로부터 파생된 것이므로 신탁자에게 전액 반환되어야 공평의 원칙에 부합한다고 보는 것이다.

생각건대 명의신탁에서 수탁자가 부동산을 임의로 처분하더라도 횡령죄나 배임죄 등으로 형사처벌을 할 수 없게 되면서 수탁자의 경제적 배신행위에 대한 형사적 억제력이 사라진 상황이다. 물론 민사적 영역에서 비록 통제를 가하고 있지만, 현행 민법 체계에서는 실손해만을 배상하는 '전보배상 원칙'을 고수하고 있는 이상 악의적인 수탁자를 효과적으로 억제하기가 어렵게 된다. 이러한 이유로 민사법적 영역에서 피해자를 두텁게 구제하는 -형벌 못지않은 강력한- 금전적 제재 효과와 함께 범죄 예방 기능을 동시에 달성할 수 있는 이른바 '민사상 징벌적 손해배상 제도 (punitive damages)'의 도입을 적극적으로 검토해 볼 시점이라고 본다. 물론 이러한 주장에 대해서는, 부동산실명법을 위반하여 불법을 야기한 명의신탁자를 구제하기 위해 민법의 근간인 '전보배상 원칙'을 깨뜨리면서까지 '징벌적 손해배상'이라는 강력한 혜택을 부여하는 것이 법적 정의에 부합하는가라는 비판이 제기될 수 여지가 있다. 그러나 명의신탁자에게는 이미 부동산실명법상의 형사처벌을 비롯하여 과징금 및 이행강제금 등의 행정적 제재가 별도로 부과되고 있다는 점을 간과해서는 안 된다. 이와 같은 상황에서 도입되는 징벌적 배상은 신탁자에 대한 특혜라기보다는, 수탁자의 배신행위 유인을 원천적으로 차단함으로써 타인의 자산을 무단 독식하는 행위를 막고 시장의 신뢰를 회복하기 위한 예방적 조치로 이해해야 한다. 나아가 징벌적 손해배상으로 발생한 초과 배상액을 국가가 과징금 형식으로 환수하는 제도적 장치와 연계한다면, 불법을 저지른 신탁자를 과도하게 보호한다는 세간의 우려와 논란은 상당 부분 해소될 수 있을 것으로 본다.

III. 제3자간 (등기)명의신탁(중간생략등기형 명의신탁)의 경우

제3자간 (등기)명의신탁(혹은 중간생략등기형 명의신탁)은 매도인과 신탁자가 매매계약의 당사자가 되어 매매계약을 체결하되, 신탁자가 수탁자와 명의신탁약정을 맺고 등기는 매도인으로부터 수탁자 앞으로 직접 이전하는 형식의 명의신탁을 말한다. 제3자간 등기 명의신탁의 경우, 명의신탁자와 수탁자 사이의 신탁 약정은 물론, 매도인으로부터 수탁자 명의로 직접 이루어진 소유권 이전등기 모두가 무효가 된다(동법 제4조 제1항, 제2항). 따라서 매도인과 수탁자의 관계에서는 해당 부동산의 소유권은 여전히 '매도인'에게 남아 있으므로, 매도인은 자신의 소유권에 근거하여 수탁자 명의의 '소유권이전등기 말소 청구' 또는 말소청구 대신에 직접 '진정명의 회복을 위한 소유권이전등기 청구'를 할 수가 있다. 그리고 신탁자와 수탁자의 관계에서도 명의신탁 약정이 무효인 이상, 신탁자는 수탁자를 상대로 명의신탁의 해지를 원인으로 한 소유권 이전 청구를 할 수 없다.

여기서 문제는 매도인과 신탁자 간의 매매계약의 효력인데, 그 매매계약에는 제3자인 명의수탁자 명의의 소유권이전 등기를 마치기로 하는 제3자 특약이 부가되어

있게 된다. 이와 관련하여 부동산실명법은 매도인과 신탁자 간의 매매계약의 효력을 명시적으로 부정하는 규정을 따로 두고 있지 않기 때문에, 학설은 명의신탁 약정과 마찬가지로 매매계약 역시 무효라는 견해⁴⁸⁾와 매매계약에는 영향을 미치지 않으므로 유효라는 견해⁴⁹⁾가 대립하고 있는 가운데, 대법원은 일관되게 매도인과 신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하다고 평가하고 있다.⁵⁰⁾ 생각건대 부동산 실명법의 취지(부동산 실체권리관계와 등기명의 일치를 통한 부동산 거래의 정상화)에 비추어 볼 때 매도인과 명의신탁자 사이에 체결된 매매계약은 - 이에 부가된 제3자 특약을 제외하고 - 효력이 발생한다고 봄이 타당하다고 본다. 사정이 이러하다면 명의신탁자는 매도인을 상대로 매매계약에 기한 소유권이전등기를 청구할 수도 있다. 이때 그 등기청구권은 채권적 청구권으로서 10년의 소멸시효에 걸리지만 만일 명의신탁자가 그 부동산을 인도 받아 점유하고 있는 경우에는 명의신탁자의 매도인에 대한 소유권이전등기 청구권은 소멸시효에 걸리지 않는다.⁵¹⁾ 또한 그 소유권이전 등기청구권을 보전하기 위하여 매도인을 대위하여 명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 무효인 그 명의의 소유권이전 등기의 말소⁵²⁾ 또는 매도인 앞으로의 이전등기를 구할 수도 있다. 그리고 명의신탁자에게 위와 같은 권리가 있는 이상 명의수탁자가 명의신탁자 앞으로 경료해 준 소유권이전등기는 실체관계에 부합하는 등기로서 유효한 것이 된다.⁵³⁾

1. 형사책임

가. 횡령죄의 성부

여기서 명의수탁자가 신탁자의 동의없이 처분행위(예 : 매도 등)를 한 경우, 명의수탁자로부터 부동산을 취득한 제3자는 선의 악의를 불문하고 소유권을 취득한다(동법 제4조 제3항). 문제는 수탁자의 처분행위가 횡령죄에 해당하는지 여부와, 더 나아

48) 권오상, “부동산실명법을 위반한 등기명의신탁의 사법적 효력 - 명의신탁자에게 소유권 귀속을 차단하는 방안을 중심으로”, 법학논고 제70집, 경북대학교 법학연구원, 2020, 195면.

49) 이혜리, “제3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분에 따른 책임, 일감 부동산법학 제26호, 건국대학교 법학연구소, 2023, 189면 이하; 임병석, 3자간 등기명의신탁과 명의수탁자의 처분으로 인한 부당이득반환 관계 - 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결을 중심으로 -, 인권과 정의 제534호, 대한변호사협회, 2025, 91면; 윤석찬, 계약명의신탁에서 명의수탁자의 부동산 처분행위와 불법행위책임, 토지법학 제30-1호, 한국토지법학회, 2014, 185면.

50) 대법원 1999. 9. 17. 선고 99다21738 판결; 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004다6764 판결; 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193, 49209 판결 등 참조.

51) 대법원 2013. 12. 12 선고 2013다26647 판결. 3자간 명의신탁에서 신탁자의 지위는 신탁자가 매도인과 직접 적법한 매매계약을 체결한 부동산의 실제 '매수인(적법한 권리자)'의 지위를 갖기 때문에 점유 시 소멸시효가 진행되지 않는다.

[참고] 반면에 계약명의신탁에서 신탁자의 점유가 자주점유로 추정되지 않는다는 취지의 판례(대법원 2025. 7. 3. 선고 2025다210042 판결)가 있는 바, 이는 계약 명의신탁의 신탁자의 경우는 뒤에서 자금을 제공했을 뿐 처음부터 '소유권을 가질 자격이 없는 무단점유자'의 지위에 불과하므로 자유점유(소유의 의사가 있는 점유)가 인정되지 않고 타주점유가 되어 점유취득시효를 통한 소유권취득이 불가능하게 된다.

52) 대법원 1999. 9. 17. 선고 99다21738 판결; 대법원 2002. 3. 15. 선고 2001다61654 판결; 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193, 49209 판결; 대법원 2013. 2. 15. 선고 2012다46637 판결.

53) 대법원 2004. 6. 25. 선고 2004다6764 판결.

가 횡령죄에 해당할 경우에 구체적으로 누구에 대한 횡령죄가 성립하는지에 대한 논의가 있다.

1) 학설

명의신탁 부동산의 소유권은 매도인에게 귀속하므로 타인의 재물로서 횡령죄의 객체가 되고 명의수탁자는 제3자에게 유효하게 처분할 수 있는 지위에 있어 보관자의 지위를 인정할 수 있다는 점을 근거로 한 긍정설이 있다. 다만, 긍정설의 경우에 피해자가 누구인가 즉, 누구에 대한 횡령죄가 성립되는가에 대해서는 학설은 횡령죄의 보호법익은 형식적인 소유권이므로 신탁자는 어떤 소유권도 가지고 있지 않고 명의신탁 부동산의 소유권은 매도인에게 있다는 점을 근거로 한 매도인설,⁵⁴⁾ 소유권은 매도인에게 귀속하지만 신탁자를 사실상 소유권자 또는 곧 법률상 소유권을 획득할 수 있는 지위에 있는 것으로 해석할 수 있고 중국적으로 부동산을 취득하지 못한 손해를 입은 피해자는 신탁자라는 견해,⁵⁵⁾ 수탁자의 처분행위로 인하여 매수한 제3자에게 소유권을 주장할 수 없는 매도인과 신탁자 양측 모두가 피해자라는 견해,⁵⁶⁾ 신탁자가 원소유권자인 매도인에게 소유권이전등기를 청구하기 전에는 매도인에 대한 횡령죄가 되고 이전등기 청구한 후에는 신탁자에 대한 횡령죄가 된다는 매도인 또는 신탁자라는 견해⁵⁷⁾로 나뉜다.

반면에, 명의신탁 부동산은 매도인 소유이므로 명의신탁자에 대한 횡령죄는 성립할 여지가 없고 한편 매도인에 대해서도 재산상 손해가 없으므로 횡령죄 성립도 인정될 수 없다거나,⁵⁸⁾ 위탁관계의 전제가 되는 원인행위 또는 위탁행위 자체가 범죄적 내용을 가지므로 신뢰에 기한 위탁관계가 성립하지 않는다는 점⁵⁹⁾을 근거로 한 부정설이 있다.

2) 판례

종래의 대법원 판례는 부동산실명법이 명의신탁자에게 등기회복의 권리행사를 금지하고 있지 않아 명의신탁자가 매도인에게 매매계약에 기한 소유권이전등기를 할 수 있고, 수탁자는 소유자인 신탁자와의 사이에서 명의신탁약정에 기한 부동산의 보관자가 될 수 있는데 그럼에도 명의수탁자의 신탁부동산 임의처분행위는 명의신탁자의 이러한 권리행사 등을 침해하는 위법·유책의 행위에 해당하므로 형사처벌의 필요성이 있다는 사정을 중요한 근거로 수탁자가 신탁부동산을 임의처분하면 횡령죄가 성립한다는 긍정설을 취하고, 그때 피해자는 신탁자라는 입장을 취한 바 있다(명의신탁

54) 백재명, 앞의 논문, 377면; 한석리, 앞의 논문, 358면; 정도영, 앞의 논문, 363면.

55) 송경호, 앞의 논문, 340면; 최상욱, 앞의 논문, 198면; 이창섭, 앞의 논문, 251면; 이상철, “명의신탁부동산의 처분행위와 횡령죄 -3자간 명의신탁에 관한 대법원 2010. 6. 24. 선고, 2009도9242 판결을 중심으로-”, 일감법학 24권, 건국대학교 법학연구소, 2013, 88면.

56) 손동권, 앞의 논문, 176면.

57) 박상기, “부동산명의신탁과 횡령죄”, 형사판례연구[6], 박영사, 1998, 279면.

58) 이동명, “부동산 실권리자 명의등기에 관한 법률의 입법과정에서의 쟁점”, 판례연구 제1집, 제주판례연구회, 1997, 264면.

59) 천진호, 앞의 논문, 488면.

탁자에 대한 횡령죄)⁶⁰⁾

그러나 그 이후에 관례를 변경하여 부동산실명법의 입법취지 및 규율내용 등에 비추어 형사처벌의 필요성을 인정할 수 없다며 횡령죄의 성립을 부정하고 있다.⁶¹⁾ 즉, 명의신탁약정과 그에 따른 물권변동이 무효인 이상 신탁부동산의 소유권은 원소유자인 매도인에게 있게 되며, 명의신탁자가 매매계약의 당사자로서 매도인을 대위하여 소유권이전등기를 청구할 수 있는 법적 지위에 있다 하더라도, 이를 근거로 신탁자를 사실상 또는 실질적 소유자로 평가할 수는 없다는 것이다. 나아가 위탁신임관계의 원천인 명의신탁약정 및 부수적 위임약정이 강행법규 위반으로 무효이므로, 조리나 신의칙에 기반한 형법상 위탁관계 역시 도출되지 아니할 뿐만 아니라, 당사자 간의 사실상 위탁관계 또한 부동산실명법을 잠탈하는 불법적 관계에 불과하여 형법적 보호가치도 결여된다. 결국 명의수탁자는 소유자가 아닌 명의신탁자에 대하여 직접 소유권을 이전할 규범적 의무를 부담하지 않으므로 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수 없기 때문에 수탁자가 신탁부동산을 임의 처분하더라도 명의신탁자에 대한 관계에서 횡령죄는 성립하지 아니한다는 것이다.

3) 검토

명의수탁자의 신탁부동산의 임의처분 행위에 대하여 형사처벌의 필요성이 있다는 사정만으로 횡령죄를 긍정하는 것은 죄형법정주의에 비추어 의문이고, 그 뿐만 아니라 명의수탁자를 형사처벌의 대상으로 삼는 것은 부동산실명법상 금지규범을 위반한 명의신탁자를 오히려 형법적으로 보호함으로써 불법적인 명의신탁 관계를 오히려 유지·조장함으로써 그 입법 목적과 취지에 반하는 결과를 가져오게 된다는 점에서도 타당하지도 않다. 생각건대 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 가지지 아니할 뿐만 아니라, 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 위탁신임 관계를 인정할 수도 없다는 점에 비추어, 명의수탁자는 명의신탁자의 ‘재물을 보관하는 자’로 볼 수 없으므로 명의수탁자가 부동산을 임의처분 하더라도 명의신탁자에 대하여 횡령죄가 성립하지 않는다고 해야 한다.

나. 배임죄의 성부

중간생략등기형 명의신탁에서 명의수탁자가 신탁재산을 임의로 처분한 경우 명의신탁자에 대해 배임죄가 성립하는지 여부와 관련하여 ‘타인의 사무를 처리하는 자’에 해당하는지 여부에 있다. 이에 학설은 중간생략등기형 명의신탁에서는 매도인은 이미 매매대금을 받고 있어 수탁자의 처분행위로 민사상 손해를 입는 것은 아니라는 점과 신탁자에 대한 사실상의 신임관계에 반하는 행위가 되므로 배임죄가 성립한다

60) 대법원 2001. 11. 27. 선고 2000도3463 판결; 대법원 2002. 2. 22. 선고 2001도6209 판결; 대법원 2002. 8. 27. 선고 2002도2926 판결; 대법원 2003. 5. 16. 선고 2002도619 판결; 대법원 2005. 3. 24. 선고 2004도1789 판결; 대법원 2007. 6. 28. 선고 2006다48632 판결; 대법원 2008. 2. 29. 선고 2007도11029 판결; 대법원 2008. 4. 10. 선고 2008도1033 판결; 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도1884 판결; 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도8556 판결.

61) 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결; 대법원 2016. 5. 26. 선고 2015도89 판결; 대법원 2016. 6. 9. 선고 2015도2129 판결.

는 긍정설⁶²⁾과 법을 위반한 불법적인 위탁관계를 형법상 보호할 위탁신임관계로 인정할 수 없으므로 배임죄가 성립하지 않는다는 부정설⁶³⁾이 대립한다. 이에 관한 명시적인 대법원 판례는 아직까지는 없지만, 최근 하급심 판례는 예비적 공소사실인 배임죄마저 성립하지 않는다고 판시하고 있다.⁶⁴⁾

생각건대 타인의 사무를 처리한다고 하려면 그 본질적 내용이 단순한 채권채무 관계를 넘어서 신임관계에 기초하여 타인의 재산을 보호 또는 관리하는 것이어야 하는데, 명의신탁약정은 부동산실명법에 따라 무효여서 형법상 보호할 만한 가치 있는 신임에 의한 것은 아니기 때문에 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다고 볼 수 없다는 점, 법을 위반하여 타인명의로 등기한 신탁자를 형법적으로 보호하는 것 또한 부동산 거래의 투명성을 확보하려는 법취지에도 반한다는 점에서 배임죄 성립을 부정하는 것이 타당하다고 생각된다.

2. 민사책임

중간생략등기형 명의신탁에서 명의수탁자가 명의신탁된 부동산을 다른 곳에 처분하는 등의 사유로 매도인에게 부동산을 반환할 수 없는 경우에 특별한 사정이 없는 한 제3취득자는 유효하게 소유권을 취득하게 된다(부동산실명법 제4조 제3항).⁶⁵⁾ 이 경우에도 명의신탁약정과 수탁자 명의등기가 비록 무효이지만, 명의신탁자와 매도인 사이의 매매계약은 여전히 유효하다.

가. 불법행위로 인한 손해배상책임

명의신탁약정은 무효이므로 명의수탁자는 명의신탁자에게 채무불이행 책임은 지지 않는다. 그러나 매도인과 명의신탁자 사이의 매매계약은 여전히 유효하기 때문에 명의신탁자는 매도인에 대하여 부동산 소유권을 넘겨달라고 요구할 수 있는 ‘소유권이전등기청구권’이라는 채권을 가지고 있다. 문제는 여기서 명의수탁자가 신탁재산을 임의로 처분하여 제3자가 유효하게 소유권을 취득하게 되면 그로 인하여 매도인의 명의신탁자에 대한 소유권이전등기는 ‘이행불능’으로 되고 그 결과 명의신탁자는 신탁부동산의 소유권을 이전받을 권리를 잃는 손해를 입게 된다. 여기서 대법원은 ‘명의수탁자가 명의신탁자의 채권인 소유권이전등기청구권을 침해한다는 사정을 알면서도 이를 임의로 처분했다면, 이는 사회통념상 사회질서나 경제질서를 위반하는 위법행위로서 제3자의 채권침해에 따른 불법행위책임(민법 제750조)이 성립한다’고 판시⁶⁶⁾한 바 있다. 생각건대 명의수탁자의 임의처분행위에 대하여 이미 살펴본 바대로 횡령죄를 인정할 수 없다고 하더라도 명의신탁 관계에서 명의신탁자의 소유권이전등

62) 서요한, 명의신탁된 부동산 영득행위와 죄책, 재판실무 제2집, 창원지방법원, 2005.9, 406면; 우인성, 명의신탁 부동산의 처분과 재산범죄의 성립 여부, 형사판례연구 24권 한국형사판례연구회, 2016, 364면.

63) 천진호, 앞의 논문, 492면.

64) 대전지방법원 2018. 6. 7. 선고 2016노3740 판결(확정).

65) 대법원 2021. 7. 8. 선고 2021다209225(본소), 2021다209232(반소) 판결. 그리고 이 경우 명의신탁관계는 당사자의 의사표시 등을 기다릴 필요 없이 당연히 종료된다.

66) 대법원 2022. 6. 9. 선고 2020다208997 판결.

기청구권을 보호할 수 없다는 취지는 아니라고 해야 한다. 따라서 명의수탁자의 임의처분으로 명의신탁자의 채권이 침해된 이상 명의신탁자에 대하여 민사상 불법행위 책임을 부담한다고 봄이 타당하다. 따라서 신탁자는 수탁자를 상대로 불법행위에 기한 손해배상을 청구할 수 있게 된다. 물론 명의수탁자가 배상해야 할 손해액은 임의처분 당시 부동산의 시가 상당액이 될 것이다.

나. 부당이득반환청구권

1) 명의수탁자가 부동산을 처분하기 전인 경우 - 매도인 대위말소만 가능

명의수탁자가 부동산을 처분하기 전이라면 명의신탁자는 매도인에 대하여 매매계약에 기한 소유권이전등기청구권을 보유할 뿐 부동산의 소유자가 아니다. 따라서 등기명의를 확보하지 못한 손해가 최종 확정되었다고 보기 어려우므로 명의수탁자를 상대로 부당이득반환을 원인으로 한 소유권이전등기를 직접 청구할 수는 없다.⁶⁷⁾ 이 경우 명의신탁자는 소유자가 아니라 매도인에 대한 채권자일 뿐이므로, 명의신탁자는 매도인을 대위하여 명의수탁자 명의의 등기말소를 구한 후, 매도인으로부터 다시 등기를 이전받는 우회적 방식을 취하게 된다.

2) 명의수탁자가 부동산을 처분한 경우 - 이행불능으로 인한 이득 환수

문제는 명의수탁자가 명의신탁된 부동산을 다른 곳에 처분하는 등의 사유로 매도인에게 부동산을 반환할 수 없는 ‘이행불능’ 상태가 초래된 경우이다. 이때 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 제3자가 유효하게 소유권을 취득함에 따라 명의수탁자는 신탁부동산 처분대금을 얻는 이익을 보게 되는데, 수탁자가 부동산을 처분하여 얻은 매매대금은 법률상 원인 없이 타인의 재산이나 기여로 인해 얻은 부당한 이익이 발생한 것이다. 여기서 진정한 소유권자였던 매도인과 채권적 권리자였던 명의신탁자 중 누구에게 ‘부당이득반환청구권’이 귀속되는지에 대하여 논의가 있다.

이에 부동산실명법상 명의신탁약정과 등기이전이 모두 무효이므로 부동산의 진정한 소유권은 매도인에게 귀속되어 있는데, 수탁자가 이를 임의처분하여 소유권을 상실시킨 행위는 매도인의 소유권을 직접 침해한 것이므로, 손실자는 매도인이며 청구권자 역시 매도인이 되어야 한다는 매도인 귀속설(배타적 권리침해설)⁶⁸⁾ 매도인은 명의신탁자와의 유효한 매매계약에 따라 이미 매매대금을 전액 지급받아 경제적 손실이 발생하지 않는 반면에 명의신탁자는 수탁자의 배신적 처분행위로 인해 매도인으로부터 소유권을 넘겨받을 권리를 영구히 상실하는 직접적인 손해를 입게 된다는 점을 근거로 한 명의신탁자 귀속설(실질적 경제손실설, 다수설)⁶⁹⁾의 대립이 있다. 이

67) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008다55290, 55306 판결 등.

68) 박동진, “3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 임의처분 시 매도인의 귀책사유 존부와 부당이득반환청구권의 귀속주체”, 『민사법학』 제106호, 한국민사법학회, 2024, 115-124면; 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결 반대의견. 명의신탁자와 수탁자사이에 부당이득반환 관계를 직접적으로 인정할 만한 법률상 원인없는 급부나 비용지출, 배타적인 권리침해 등의 법률관계가 존재하지 않는다고 하면서 매도인에게 손실이 발생하지 않았다고 할 수 없다고 주장하면서 청구권자가 ‘매도인’이라고 본다.

에 대법원 판례는 ‘명의신탁자의 처분행위 등으로 인하여 매도인에게 경제적 손실이 발생한다고 할 수 없으므로 매도인은 부당이득청구권을 가지지 않으며, 청구권자는 명의 신탁자이다’라고 판시⁷⁰⁾하고 있다. 이는 명의신탁이 부동산실명법을 위반한 것은 맞지만 그것이 선량한 풍속이나 사회질서에 반하는 행위(불법원인급여)까지는 아니라고 봄으로써 결국 부당이득 법리가 적용됨으로써 신탁자의 재산권이 보호되고 있다.

생각건대 매도인은 명의신탁자와의 계약에 따라 소유권을 이전하여 주었고 일단 매매대금을 지급받았다면 매도인은 이미 명의신탁자로부터 매매대금을 모두 지급받았기 때문에 실질적인 손해가 있다고 볼 수도 없고, 나중에 수탁자가 부동산을 처분하였다고 하여 특별히 부당이득반환청구권을 행사할 유인도 없는 반면에, 명의신탁자는 매매대금을 다 지급하고도 수탁자의 처분행위(제3자의 소유권 유효 취득) 때문에 매도인으로부터 등기를 넘겨받을 권리를 상실하는 손해를 입었다고 볼 여지가 분명히 있다. 따라서 명의수탁자가 얻은 처분대금은 실질적으로 명의신탁자의 급부와 희생을 바탕으로 성립된 것이므로, 수탁자는 매도인이 아닌 ‘명의신탁자’에게 처분대금 상당액을 부당이득으로 반환할 의무를 지는 것이 실질적 정의와 공평의 원칙에 부합하는 측면이 분명히 있다. 그러나 그럼에도 불구하고 부동산실명법에 따라 수탁자 등기가 무효인 이상 진정한 소유권자는 매도인이라는 점, 수탁자의 임의처분으로 인하여 매도인의 소유권 상실 그 자체를 객관적 손실로 본다면 매도인이 매매대금을 다 받았다고 해서 언제나 경제적 손실이 없다고 볼 수 없다는 점, 법질서의 일관성 측면에서도 부당이득반환청구권의 주체는 소유자인 ‘매도인’에게 귀속된다고 봄이 논리적이라고 본다.

IV. 계약명의신탁(매수위임형 명의신탁)의 경우

계약명의신탁은 명의신탁자와 명의수탁자가 명의신탁 및 매수위임약정을 맺고 명의수탁자가 매매계약의 당사자(매수인)가 되어 매도인과 사이에 매매계약을 체결하고 명의수탁자 명의로 등기하는 형식의 명의신탁이다. 여기서 명의신탁약정이 중간생략등기형 명의신탁인지, 아니면 계약명의신탁인지의 구별이 문제될 수 있다. 이는 계약당사자가 누구인가를 확정하는 문제로서, 계약명의를 수탁자 앞으로 되어 있더라도 의사의 해석상 신탁자가 계약당사자로 확정되는 경우는 중간생략등기형 명의신탁에 해당하게 된다. 그렇다면 타인을 통해 부동산을 매수하면서 명의를 그 타인(수탁자) 명의로 하기로 한 경우, 이는 원칙적으로 계약명의신탁에 해당하고, 설령 매도인이 명의신탁 사실을 알고 있었더라도, 매매계약의 법률 효과가 명의신탁자에게 직접 귀속된다는 특별한 사정(예: 매도인과 수탁자 간의 합의)이 없는 한, 계약 당사자는 명의상의 계약자인 명의수탁자로 보아야 하지만, 예외적으로 매도인과 명의수탁자 사이에 매매계약의 법률 효과를 명의신탁자에게 귀속시키기로 합의한 경우에는 3

69) 송덕수, “명의신탁된 부동산을 명의수탁자가 처분한 경우의 법률관계”, 『민사법학』 제68호, 한국민사법학회, 2014, 28-32면.

70) 대법원 2011. 9. 8. 선고 2009다49193, 49209 판결; 대법원 2015. 9. 10. 선고 2015다207235 판결 등.

자간 명의신탁으로 보아 실질적인 당사자는 명의신탁자가 된다.

1. 매도인이 명의신탁사실을 모르는 경우(매도인 선의)

부동산실명법 제4조 제1항에 따라 계약명의신탁에 있어서 명의신탁자와 명의수탁자 사이에 맺은 계약명의신탁 ‘약정’은 무효이지만(동법 제4조 제1항),⁷¹⁾ 원소유자인 매도인이 명의신탁약정이 있다는 사실을 모르는 선의인 경우에는 부동산실명법 제4조 제2항 단서에 의하여 명의수탁자는 -매도인에 대해서는 물론이고 신탁자에 대해서도- 법적으로 유효하게 소유권을 취득한다. 따라서 명의신탁자는 수탁자에 대하여 부동산의 소유권을 주장할 수 없으며, 등기 말소나 진정명의 회복을 위한 등기 청구 등 어떠한 소유권 관련 청구도 허용되지 않는다. 대법원 판례도 신탁자와 수탁자 사이에 신탁자의 지시에 따라 부동산의 소유 명의를 이전하기로 약정하였더라도 이는 명의신탁약정이 유효함을 전제로 명의신탁 부동산 자체의 반환을 구하는 범주에 속하는 것에 해당하여 역시 무효라는 입장을 분명히 하고 있다.⁷²⁾

또한 매도인과 명의신탁자 사이에는 직접적인 법률관계가 없으므로, 명의신탁자는 매도인에게도 소유권이전등기 청구를 할 수 없다. 여기서 매도인의 선의·악의를 불문하고 명의신탁자는 매매계약의 당사자가 아니므로 매도인에 대해서는 아무런 권리를 행사할 수 없게 되어 그 부동산의 소유권을 취득할 수가 없고 그렇다면 그 부동산은 명의신탁자의 재산이 아니어서 그 부동산은 명의신탁자에 대한 강제집행이나 보전처분의 대상이 아니므로 강제집행면탈죄의 객체가 되지 않는다.⁷³⁾

가. 형사책임

1) 횡령죄의 성부

문제는 명의수탁자가 계약명의신탁 방식으로 약정사실을 알지 못하는 선의의 매도인으로부터 부동산을 취득(부동산실명법에 따라 수탁자가 소유권을 취득 함에도 불구하고)한 후 수탁자가 이 부동산을 임의 처분하고 매각대금을 소비한 경우 횡령죄가 과연 성립할 수 있는가에 대하여 논의가 있다, 물론 이때 명의수탁자로부터 부동산을 취득한 제3자는 선의·악의를 불문하고 소유권을 취득한다(동법 제4조 제3항).

71) 선의의 계약명의신탁에서 명의신탁약정은 무효이지만, 원인계약인 매수위임약정까지도 무효가 되는지에 대하여는, 부동산실명법의 유효성 규정 및 민법 제137조(일부무효)에 따른 무효설(송덕수, 명의신탁된 부동산을 명의수탁자가 처분한 경우의 법률관계 - 명의신탁의 유형에 관한 논의를 포함하여 -, 법학논집 제19권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014년, 1면 이하)과 신탁자와 수탁자 사이의 내부적 위임 관계 자체는 실명법이 금지하는 물권변동과 직접 관계가 없다는 점을 근거로 한 유효설(양창수, 부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-, 서울대학교 법학 38권 1호, 서울대학교 법학연구소, 1997, 52면 이하)의 대립이 있다. 이에 대법원은 명의신탁약정과 이에 부수된 매수위임 약정(위임계약)은 부동산실명법 제4조 제1항에 따라 모두 무효라고 판시(대법원 2013. 9.12. 선고 2011다89903 판결)한 바 있다. 무효설에 따르면 수탁자는 위임계약에 따른 사무처리 의무가 없고 신탁자는 수탁자에게 부동산 자체의 소유권 이전을 청구할 수는 없게 된다.

72) 대법원 2006. 11. 9. 선고 2006다35117 판결 등 참조.

73) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도2168 판결; 대법원 2011. 12. 8. 선고 2010도4129 판결.

가) 학설

형법의 독자성 관점에서 신탁자와 수탁자의 대내적 관계에서는 여전히 명의신탁 부동산의 소유권은 신탁자에게 있고 수탁자는 단지 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에 있다거나,⁷⁴⁾ 계약명의신탁은 위임 내지 위탁매매의 약정과 함께 명의신탁약정으로 구성되는데 명의신탁약정이 무효라도 위임 내지 위탁매매의 약정까지 무효가 되지 않으므로 수탁자가 신탁자에 대하여 소유권을 주장할 수 없고, 소유권의 관계적 귀속을 인정하여 내부적 관계는 신탁자가 소유권을 가지므로⁷⁵⁾ 수탁자가 취득부동산을 임의처분을 하면 횡령죄가 성립한다는 긍정설과, 매도인(원소유자)이 명의신탁약정을 모르는 경우 매매계약과 이에 따른 부동산물권변동은 유효하므로 수탁자가 유효한 부동산 소유권을 취득하게 되며 수탁자는 타인(신탁자)의 재물을 보관하는 자로 볼 수 없으므로 수탁부동산의 처분대금도 당연히 수탁자에게 귀속되어 이를 임의로 소비하더라도 신탁자에게 횡령죄가 성립한다고 할 수 없다는 부정설⁷⁶⁾의 대립이 있다.

나) 판례

대법원은 매도인이 선의인 계약명의신탁(매수위임형 명의신탁)에 있어서 ‘신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁 약정은 무효이지만, 수탁자는 전소유자인 매도인뿐만 아니라 신탁자에 대한 관계에서도 유효하게 당해 부동산의 소유권을 취득하므로 그 수탁자는 타인의 재물을 보관하는 자라고 볼 수 없다’고 판시⁷⁷⁾함으로써 횡령죄의 성립을 부정하고 있다. 그리고 이에 더하여 수탁자는 단지 신탁자에 대한 관계에서도 명의신탁약정의 무효로 인한 -통상의 채무에 불과한- 부당이득 반환의무만을 부담할 뿐이고, 특별한 사정이 없는 한 신탁자와 수탁자 간에 명의신탁 약정과 함께 이루어진 부동산 매입의 위임 약정 역시 무효로 보고 있다.⁷⁸⁾

74) 박달현, 부동산실명법의 시행과 부동산 명의신탁의 형사법적 문제점 검토, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004.12, 131면 이하.

75) 백재명, 앞의 논문, 382면. 계약명의신탁에서 매도인이 선의일 때 물권 변동이 유효하다는 규정은, 오직 외부적인 관계에서만 소유권 귀속을 인정한다는 의미이다.

76) 권오창, “계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰 - 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 단서의 해석을 중심으로 -”(상), 『법조』 제48권 제5호, 법조협회, 1999.5, 136면; 이창섭, 앞의 논문, 257면; 정형식, 앞의 논문, 251면.

77) 대법원 2000. 3. 24. 선고 98도4347 판결; 대법원 2001. 9. 25. 2001도2722 판결; 대법원 2006. 9. 8. 2005도9733 판결; 대법원 2009. 9. 10. 2009도4501 판결; 대법원 2010. 11. 11. 2008도7451 판결; 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결; 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10515 판결. 또한 계약 명의신탁의 법리는 수탁자가 신탁부동산에 관한 등기를 이전받기 전에 소유자와 사이의 합의로 매매계약을 해제한 후 그 매매대금을 반환받았다고 하더라도 마찬가지로 적용된다고 보아야 할 것이므로, 그 수탁자가 횡령죄에 있어서의 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수는 없다(대법원 2007. 3. 29. 선고 2007도766 판결).

78) 대법원 2004. 4. 27. 선고 2003도6994 판결.

다) 검토

매도인이 명의신탁 사실을 모르고 수탁자를 진실한 매수인으로 알고 있는 경우에는 부동산실명법 제4조 제2항 단서에 따라 명의신탁 약정에 따른 물권변동이 무효가 아니다. 따라서 수탁자는 유효한 물권을 취득하게 되므로 등기가 이전된 부동산은 수탁자의 완전한 소유권을 취득하게 되고, 타인의 재물을 보관하는 자의 지위에는 있지 않으므로 이를 처분하더라도 매도인뿐만 아니라 명의신탁자에 대한 관계에서까지도 횡령죄를 구성하지 않는다고 봄이 타당하다.

2) 배임죄의 성부

신탁자와 수탁자가 명의신탁약정을 맺고, 그에 따라 수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 사이에서 부동산에 관한 매매계약을 체결한 계약명의신탁에서, -명의신탁약정은 무효이지만 등기는 유효하므로- 수탁자는 신탁자에 대한 관계에서도 신탁 부동산의 소유권을 완전히 취득하고 단지 신탁자에 대하여 명의신탁약정의 무효로 인한 부당이득 반환의무만을 부담할 뿐이며 통상의 채무에 불과하다. 그리고 나아가 신탁자와 수탁자 간의 명의신탁약정이 무효인 이상, 그와 함께 이루어진 부동산 매입의 위임 약정 또한 무효가 된다.

가) 학설

명의신탁약정이 비록 법적으로 무효일지라도 신탁자와 수탁자 사이의 ‘부동산매입의 위임’이라는 사실상의 신임관계는 인정되므로 명의수탁자가 이러한 신임관계를 어기고 제3자에게 임의로 처분하는 행위는 단순한 채무불이행을 넘는 배임행위에 해당하므로 배임죄가 성립한다는 긍정설과,⁷⁹⁾ 명의신탁 자체가 범죄이므로 부동산을 보관하는 사무가 배임죄의 보호대상인 사무로 볼 수 없다거나, 또는 법적으로 유효한 수탁자의 소유권 취득행위가 배임행위로 볼 수도 없고 소유권자인 수탁자에게 신탁자의 소유권취득을 위한 사무처리자의 지위를 인정하기도 어렵다는 점을 근거로 배임죄가 성립하지 않는다는 부정설⁸⁰⁾의 대립이 있다.

나) 판례

계약 명의신탁에서 대법원은 ‘수탁자는 신탁자에게 부당이득 반환의무만을 부담할 뿐, 부동산을 허락 없이 매도하여서는 아니되고, 매도하더라도 그 대금을 신탁자에게 전달해 주거나 신탁자를 위하여 사용할 임무가 있는 등 수탁 부동산 및 그 처분대금에 대하여 「타인의 재산을 보전·관리하는 자」의 지위에 있다고는 볼 수 없다’고 판시⁸¹⁾하면서, 부동산을 임의로 매도하여 그 처분대금을 반환하지 아니하고 소비하였

79) 최상욱, ‘명의 신탁부동산의 처분과 형사책임’, 「형사법연구」 13, 2000, 201면; 한석리, ‘명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임의 성부’, 「비교형사법연구」 2, 2000, 366면.

80) 손동권, 앞의 논문, 179면.

다 하여 수탁자를 신탁자에 대한 배임죄로 처벌할 수는 없다는 점을 분명히 하고 있다.

다) 검토

계약 명의신탁에 있어서, 명의 수탁자는 전 소유자인 매도인 뿐만 아니라 신탁자에 대한 관계에서도 부동산의 소유권을 유효하게 취득하고, 그 부동산의 처분 대금도 당연히 수탁자에게 귀속된다. 여기서 신탁자는 단지 수탁자에 대하여 부당이득반환청구권을 행사할 수 있을 뿐이고, 수탁부동산의 반환이나 처분대금의 반환은 물론 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구 등도 할 수 없게 된다. 따라서 부동산 실명법에서 수탁자에게 합법적인 소유권취득을 인정하고 있는 이상, 사실상의 신탁관계를 근거로 수탁자의 행위가 배임행위에 해당한다고 볼 수 없으며, 또한 신탁자의 재산을 보전·관리하는 지위에 있는 자로도 볼 수 없기 때문에 수탁자에 대하여 배임죄 성립을 부정하는 것이 타당하다.

나. 민사책임

1) 불법행위로 인한 손해배상 청구권

매도인 선의의 계약명의신탁에서 신탁자는 수탁자에 대해 '매수자금 반환채권'을 가지고 있는데 수탁자가 이를 임의로 처분하여 소비하거나 은닉하면 신탁자의 유일한 권리인 '매수자금 반환채권'을 사실상 형해화(제3자 채권침해의 변형)시키는 결과를 초래한다는 점에서 고의에 의한 채권침해 및 불법행위를 구성하므로 손해배상 의무를 지워야 한다는 견해⁸²⁾가 있다. 이는 소유자라는 지위가 배신행위로 인한 타인의 채권·경제적 이익 침해까지 정당화할 수는 없다는 것이다. 그러나 판례는 부동산실명법 제4조 제2항 단서에 따라 매도인이 선의인 경우 명의수탁자 명의의 등기는 예외적으로 완전하게 유효하게 되어 수탁자가 완전히 유효한 소유권을 취득하므로, 부동산을 임의로 처분하더라도 이는 자기 재산권 행사에 불과하므로 명의신탁자에 대한 관계에서 소유권 침해라는 민사상 불법행위가 성립하지 않으며 손해배상청구권도 발생하지 않는다는 입장이다.⁸³⁾ 다만, 수탁자가 신탁자에게 사후에 별도로 반환약정(계약)을 맺는 것은 가능하고 사후 약정은 유효하므로, 만약 수탁자가 이 약정을 어기고 부동산을 처분해버린다면 이때는 불법행위가 아니라 '사후 약정 위반에 따른 채무불이행 책임(손해배상책임)'을 지게 된다.⁸⁴⁾ 이때의 손해배상액은 매수자금이 아

81) 대법원 2001. 9. 25. 선고 2001도2722 판결, 대법원 2002. 4. 12. 선고 2001도2785 판결; 대법원 2012. 10. 25. 선고 2012도4991 판결. 이러한 계약명의신탁의 법리는 부동산실권리자명의 등기에 관한법률 제4조 제1항에 따라 무효인 명의신탁약정에 대하여 신탁자가 그 소유권이전등기의 경료 이전에 해지의 의사를 표시한 경우에도 마찬가지로 적용된다(대법원 2004. 4. 27. 선고 2003도6994 판결; 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도455 판결).

82) 이계정, 매도인 선의의 계약명의신탁에서 명의수탁자의 임의처분과 책임, 민사법학 제61호, 한국민사법학회, 2013.12, 126면 이하; 제철웅, 부동산실명법상 명의신탁의 효력에 관한 판례의 종합적 분석과 비판, 한양법학 제24권 제4호, 한양법학회, 2013, 45면 이하.

83) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2013다43128 판결.

84) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2014다30483 판결.

나라 처분 당시의 부동산 시가가 된다.

2) 부당이득반환 청구권

명의신탁자는 명의신탁약정에 따라 매매대금을 부담하였으나 부동산 소유권을 취득하지 못한 것이므로, -당해 부동산 자체가 아니라- ‘명의수탁자에게 지급한 매매대금 상당액’을 부당이득 반환청구를 할 수 있을 뿐이고,⁸⁵⁾⁸⁶⁾ 수탁자가 부동산을 처분해 큰 이익을 남겼더라도 처분대금을 돌려달라고 할 수는 없다. 이때 명의신탁자가 명의수탁자에게 지급한 부동산 매매대금 이외에 취득세, 등록세 등의 비용도 특별한 사정이 없는 한 계약명의신탁 약정의 무효로 인하여 명의신탁자가 입은 손해에 포함되어 부당이득으로 반환되어야 한다.⁸⁷⁾ 한편 매도인은 수탁자에게 매매대금을 받았고 소유권도 유효하게 넘겼으므로 이 관계에서는 아무런 부당이득반환 문제가 발생하지 않는다.

2. 매도인이 명의신탁사실을 알고 있는 경우(매도인 악의)

매도인이 악의인 경우 즉, 매매계약 체결 당시 명의신탁 약정이 있었음을 알았던 경우에는 매도인과 명의수탁자가 체결한 매매계약도 원시적으로 무효이며,⁸⁸⁾ 신탁자와 수탁자 사이의 명의신탁약정 및 매도인으로부터 명의수탁자에게로 넘어간 소유권이전등기는 무효이므로(동법 제4조), 소유권은 원소유자인 ‘매도인’에게 있다. 따라서 매도인은 -불법원인 급여에 해당되지 않으므로- 소유권에 기한 소유권이전 등기 말소청구 내지 진정명의회복을 위한 소유권이전등기를 구할 수 있다. 이에 수탁자는 매도인에게 이미 지급한 매매대금의 지급을 부당이득 반환청구를 구할 수 있고 동시에 이행의 관계에 있다.

그러나 명의신탁 약정은 무효이므로 신탁자는 수탁자에 대하여 명의신탁 해지를 원인으로 소유권이전 등기청구를 할 수는 없지만, 일반 부당이득반환의 법리에 따라 자신이 제공한 매매대금 상당의 부당이득반환청구권을 가지므로, 이를 보전하기 위하여 수탁자를 대위하여 수탁자의 매도인에 대한 매매대금반환청구권을 행사할 수 있고(채무자의 무자력은 불요), 수탁자가 이미 매도인으로부터 매매대금을 반환받았다면 수탁자에게 직접 매매대금 상당 금원의 반환을 구할 수 있다.

그리고 신탁자는 매도인과 사이에 아무런 법률관계가 없으므로 - 제3자간 명의신탁과는 달리- 직접 소유권 이전등기를 청구할 수 없으므로 매도인을 대위하여 수탁자에게 등기말소를 구할 수 없다. 다만 명의신탁 약정이 무효가 되면, 계약명의인인

85) 대법원 2005. 1. 28. 선고 2002다66922 판결.

86) 신탁자가 수탁자에 대하여 부당이득반환 채권만을 가지는 경우에는 그 부동산은 신탁자의 일반채권자들의 공동담보에 제공되는 책임재산이라고 볼 수 없고, 신탁자가 위 부동산에 관하여 제3자와 매매계약을 체결하는 등 신탁자가 실질적인 당사자가 되어 처분행위를 하고 소유권이전등기를 마쳐주었다고 하더라도 그로써 신탁자의 책임재산에 감소를 초래한 것이라고 할 수 없으므로, 이를 들어 신탁자의 일반채권자들을 해하는 사해행위라고 할 수 없다(대법원 2013. 9. 12. 선고 2011다89903 판결).

87) 대법원 2010. 10. 14. 선고 2007다90432 판결.

88) 대법원 2016. 6. 28. 선고 2014두6456 판결.

수탁자는 매수인의 지위를 상실하는 것이 원칙이지만, 예외적으로 매매계약 무효 후 매도인이 수탁자 대신 신탁자에게 부동산을 양도하는 것에 동의하거나 승낙하면, 이는 매도인과 신탁자 사이에 새로운 양도 약정이 체결된 것으로 본다. 따라서 신탁자는 매도인에게 이 새로운 양도 약정을 근거로 소유권 이전등기를 청구할 수 있다.⁸⁹⁾

가. 형사책임

1) 횡령죄의 성부

가) 학설

명의신탁약정과 부동산 물권변동이 모두 무효가 됨으로써 소유권은 여전히 실권리자의 소유인 매도인에게 남아 있으므로 ‘매도인’에 대한 횡령죄가 성립한다거나,⁹⁰⁾ 매도인이 악의인 계약명의신탁은 기본적 법률관계가 제3자간 명의신탁의 경우와 동일하므로 ‘신탁자’에 대한 횡령죄가 성립⁹¹⁾한다는 긍정설과, 매도인은 명의수탁자의 처분행위로 인하여 아무런 손해도 입은 바가 없고 이해관계가 없으므로 명의수탁자가 매도인을 위하여 명의신탁 부동산을 보관하고 있다고 볼 수 없다는 점을 근거로 하거나,⁹²⁾ 명의신탁자와 수탁자간에는 횡령죄의 주체로서의 요건인 위탁관계가 성립되지 않는다는 점을 근거로⁹³⁾ 횡령죄가 성립하지 않는다는 부정설의 대립이 있다.

나) 판례

계약명의신탁에서 매도인이 명의신탁 약정 사실을 알고 있었을 경우, 대법원은 ‘수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효이고 당해 부동산 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 되고,⁹⁴⁾ 수탁자는 부동산을 이전받아 취득할 수 있는 권리를 가지지 못하며,⁹⁵⁾ 또한 명의신탁자는 부동산 취득을 위한 계약의 당사자도 아니므로 매도인과의 관계에서나⁹⁶⁾ 명의신탁자에 대한 관계에서나⁹⁷⁾ 횡령죄에서의 ‘타인의 재물을 보관하는 자’의 지위에 있다고 볼 수 없다’고 판시함으로써 수탁자가 부동산을 임의처분하더라도 횡령죄가 성립하지 않는다는 것이다. 결국 어떤 유형의 부동산 명의신탁이든 수탁자는 횡령죄로 처벌되지 않게 되는데, 이는 부동산실명법이 명의신탁을 엄격하게 금지하고 있음에도 불구하고 이를 어기고 명의신탁을 한 경우에는 형법적인 보호

89) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다32120 판결.

90) 권오창, 앞의 논문, 136면; 백재명, 앞의 논문, 384면; 한석리, 앞의 논문, 363면; 이창섭, 앞의 논문, 256면.

91) 이호중, “계약명의신탁과 횡령·배임죄”, 『고시계』 통권 제550호, 고시계사, 2002.11, 83면.

92) 조원철, “명의신탁등기가 부동산실권리자 명의등기에 관한 법률 시행으로 무효로 된 후에 명의수탁자가 임의로 신탁부동산을 처분한 경우 매도인이 명의수탁자의 처분행위로 인하여 손해를 입었다고 볼 수 있는지 여부(소극)”, 대법원판례해설 40호, 2002.12, 356면 이하.

93) 천진호, 앞의 논문, 288면.

94) 대법원 2000. 3. 24. 선고 98도4347 판결; 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도2168 판결.

95) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010도10515 판결.

96) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결.

97) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결.

를 해 주지 않겠다는 입장으로 이해된다.

다) 검토

일단 매도인 악의인 계약명의신탁은 제3자간 (등기)명의신탁과 매우 유사한 것은 사실이다. 그러나 제3자간 (등기)명의신탁의 경우는 매매계약의 당사자가 매도인과 신탁자라는 점과 그 사이의 매매계약은 여전히 유효하다는 점에서 차이를 보인다. 그리고 매도인이 악의인 계약명의신탁의 경우에 명의신탁 약정은 물론 명의수탁자 명의의 소유권이전등기도 무효가 되어 부동산 소유권은 여전히 매도인에게 남게 되고, 매도인이 소유권에 기한 방해배제 청구로 그 말소를 구하는 것에 대하여 명의수탁자는 단지 매도인에게는 등기를 말소할 의무만을 부담할 뿐이며, 또한 신탁자에게도 부동산을 넘겨줘야 할 의무가 없기 때문에 명의수탁자는 횡령죄의 주체인 재물을 보관하는 지위에 있다고 볼 수 없다. 그렇다면 부동산을 임의로 처분하더라도 매도인과 명의신탁자에 대한 관계에서 모두 횡령죄는 성립하지 않는다고 봄이 타당하므로 더 이상 명의신탁 관계에서 발생하는 문제는 민사적으로 해결함이 바람직하다고 본다.

2) 배임죄의 성부

가) 명의신탁자에 대한 배임죄 여부

명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁 약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁 약정이 있다는 사실을 알고 있는 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 후 그 매매계약에 따라 당해 부동산의 소유권이전등기를 명의수탁자 명의로 마친 경우에는, -명의신탁약정도 무효이며- 부동산 실명법 제4조 제2항 본문에 의하여 수탁자 명의의 소유권이전등기도 무효이므로 당해 부동산의 소유권은 ‘원소유자인 매도인’이 그대로 보유하게 된다.⁹⁸⁾ 이 경우 명의수탁자가 수탁부동산을 임의로 처분한 경우 명의신탁자에 대하여 배임죄가 성립할 수 있는가에 대하여 논의가 있다.

(1) 학설

신탁자와 수탁자 사이에는 명의신탁약정의 무효에도 불구하고 부동산 매입의 위임이라는 사실상의 신임관계는 여전히 존재한다고 볼 수 있고 그러한 사실적 신뢰관계도 보호해야 하므로 수탁자가 수탁부동산을 임의처분하게 되면 사실상 신뢰관계의 이행을 불가능하게 만들기 때문에 단순한 채무불이행을 넘는 배임죄로 평가할 수 있다는 긍정설과,⁹⁹⁾ 신탁자는 매도인과의 사이에 어떠한 법률관계도 형성하고 있지 않

98) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도2168 판결.

99) 송경호, 앞의 논문, 345면; 최상욱, 앞의 논문, 201면; 손동권, 앞의 논문, 181면; 한석리, 앞의 논문 366면; 이상윤, 명의신탁된 부동산의 처분행위와 명의수탁자의 형사책임, 외법논집 제33권 제4호, 2008.11, 12면(명의수탁자가 처분행위로 재산상 이익을 취득하는 것은 명

으므로 부동산에 관하여 법률상 권리를 주장할 방법이 없으며, 명의신탁자와 수탁자 사이의 신탁관계는 배임죄의 보호법익인 법적으로 보호되어야 할 신탁관계에 해당하지 아니한다는 점을 근거로 배임죄가 성립하지 않는다는 부정설(다수설)¹⁰⁰⁾의 대립이 있다.

(2) 판례

대법원은 ‘명의수탁자가 명의신탁자에 대하여 매매대금 등을 부당이득으로서 반환할 의무를 부담한다고 하더라도 이를 두고 배임죄에서의 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다고 보기도 어렵다’고 판시¹⁰¹⁾하여 배임죄가 성립하지 않는다는 부정설을 취하고 있다.

(3) 검토

수탁자 명의의 소유권이전등기는 무효가 되어 부동산의 소유권은 매도인이 그대로 보유하게 되므로 수탁자는 부동산을 인도받아 취득할 수 있는 권리 기타 법적 가능성을 가지지 못한다. 따라서 존재하지 않는 권리를 관리하는 ‘타인의 사무 처리자’는 있을 수 없다는 점, 수탁자가 신탁자에게 부담하는 유일한 법적 의무는 ‘지급받은 매수자금을 돌려줄 의무(민법 제741조 부당이득반환의무)’뿐인데, 이는 단순한 금전 채무(돈을 갚아야 하는 개인의 사무)일 뿐, 신탁자의 재산 자체를 보존해 주어야 하는 ‘타인의 사무’가 아니라는 점, 불법적 신탁 관계는 형법상 배임죄의 보호 대상에서 제외되어야 한다는 점에 비추어 볼 때 배임죄의 성립을 부정함이 타당하다.

나) 매도인에 대한 배임죄 여부

계약명의신탁에서 명의수탁자가 수탁부동산을 임의로 처분한 경우 매도인에 대하여 배임죄가 성립할 수 있는가에 대하여 논의가 있다.

(1) 학설

매도인과 수탁자 사이의 매매계약은 무효이므로 소유권은 매도인에게 있으며 수탁자는 비록 무효인 등기를 가지고 있지만, 실질적으로 매도인의 소유권을 보전하고 보호해야 할 신의칙상 의무 또는 ‘타인의 사무’를 처리하는 지위에 있다고 보아 수탁자가 이를 어기고 부동산을 처분하는 행위는 매도인의 소유권을 침해하는 행위이므로 배임죄가 성립한다는 긍정설(소수견해)과, 배임죄에서 ‘타인의 사무’는 당사자

의신탁자의 위임에 기한 것이고, 명의수탁자는 명의신탁자의 사무를 처리하는 자로서 이에 위배되는 행위를 한 것이므로 명의신탁자에 대한 배임죄의 죄책을 부담한다) .

100) 천진호, 앞의 논문, 288면; 양창수, 부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율, 민법연구 제5권, 박영사, 2006, 179면.

101) 대법원 2001. 9. 25. 선고 2001도2722 판결; 대법원 2008. 3. 27. 선고 2008도455 판결; 대법원 2012. 11. 29. 2011도7361 판결; 대법원 2011. 1. 20. 선고 2008도10466 전원합의체 판결; 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체 판결.

관계의 본질적 내용이어야 하는데, 명의신탁약정 자체가 부동산실명법에 의해 무효이므로 법적으로 보호할 가치가 없는 관계이고, 매도인과 수탁자 사이의 매매계약 역시 무효이므로, 수탁자가 매도인에 대해 가지는 의무는 없거나 민사상 채무불이행에 불과하며, 형법상 보호할 만한 신임관계가 형성되지 않는다는 점과 매도인은 매매대금을 수령한 상태에 있으므로, 수탁자의 처분행위만으로 매도인에게 손해가 발생했다고 단정하기 어렵다는 점을 근거로 배임죄가 성립하지 않는다는 부정설(다수설)¹⁰²⁾의 대립이 있다.

(2) 판례

대법원은 ‘명의수탁자는 매도인에 대하여 소유권이전등기 말소의무를 부담하게 되지만, 소유권이전등기는 처음부터 원인무효여서 명의수탁자는 매도인이 소유권에 기한 방해배제청구로 그 말소를 구하는 것에 대하여 상대방으로서 응할 처지에 있음에 불과하고, 그가 제3자와 사이에 한 처분행위가 부동산실명법 제4조 제3항에 따라 유효하게 될 가능성이 있다고 하더라도 이는 거래의 상대방인 제3자를 보호하기 위하여 명의신탁 약정의 무효에 대한 예외를 설정한 취지일 뿐 매도인과 명의수탁자 사이에 처분행위를 유효하게 만드는 어떠한 신임관계가 존재함을 전제한 것이라고는 볼 수 없다. 따라서 그 말소등기의무의 존재나 명의수탁자에 의한 유효한 처분가능성을 들어 명의수탁자가 매도인에 대한 관계에서 배임죄에서의 ‘타인의 사무를 처리하는 자’의 지위에 있다고 볼 수도 없다’고 판시¹⁰³⁾함으로써 배임죄를 부정하고 있다.

(3) 검토

부동산실명법에 따라 매도인 악의의 계약명의신탁에서 명의신탁약정과 그에 따른 등기가 모두 무효이므로 소유권은 매도인에게 그대로 남아있고, 매도인과 수탁자 사이에 형법상 보호할 만한 신임관계(타인의 사무)가 형성되었다고 보기 어렵다는 점, 매도인이 수탁자에게 부동산을 전적으로 신뢰하여 위탁한 것이 아니라, 자신의 매매대금 때문에 원상복구를 기다리는 관계일 뿐이므로 수탁자를 매도인의 재산을 관리하는 ‘타인의 사무처리자’로 볼 수 없다는 점, 단순한 민사상 채무불이행(원상회복 거부)을 형사 처벌을 한다면 과잉 형벌이 된다는 점 등에 비추어 볼 때 매도인에 대한 관계에서 배임죄의 성립을 부정하는 것이 타당하다.

나. 민사책임

1) 불법행위로 인한 손해배상 청구권

매도인이 악의인 경우 수탁자와 매도인 사이의 매매계약과 수탁자 명의 등기가 모두 무효이므로 소유권은 등기명의에도 불구하고 매도인에게 귀속되는 것이 원칙이고, 수탁자가 등기명의를 보유한 것을 기화로 처분행위를 하면 제3자는 선·악의

102) 문영식, 앞의 논문, 309면.

103) 대법원 2012. 11. 29. 선고 2011도7361 판결.

불문하고 소유권을 취득하게 된다(제4조 제3항).

가) 매도인에 대한 불법행위 성립여부

여기서 신탁자와 매도인 간에는 어떠한 계약도 체결된 적이 없으므로 계약 위반에 따른 손해배상책임(채무불이행 책임)은 성립할 여지가 없다. 문제는 매도인이 명의신탁 사실을 알면서도 계약을 체결하여 최종적으로 신탁자가 손해를 입었을 때 매도인에게 불법행위로 인한 손해배상 책임을 물을 수 있는가에 있다. 이에 대하여 학설은 비록 직접적인 계약은 없더라도, 매도인이 명의신탁 사실을 알면서도 수탁자와 계약을 맺고 등기를 넘겨준 행위는 결과적으로 신탁자의 자금 회수를 곤란하게 하거나 신탁자의 경제적 이익을 해하는 선행 행위로 볼 수 있다는 점과 매도인이 수탁자의 배임행위에 적극 가담한 경우는 민법 제750조의 일반 불법행위를 인정해야 한다는 긍정설¹⁰⁴⁾과, 신탁자와 매도인 사이에는 아무런 계약 관계가 없으므로 신탁자는 매도인에게 채권(이전등기청구권)을 가지지 못할 뿐만 아니라, 침해당할 채권(권리) 자체가 존재하지 않으므로 매도인이 수탁자에게 등기를 넘겨주거나 협조했다 하더라도 '제3자의 채권침해'라는 불법행위 요건 자체가 성립할 수 없다는 부정설¹⁰⁵⁾의 대립이 있다. 대법원은 '매도인이 악의인 경우 매매계약과 등기가 모두 무효이므로 소유권은 매도인에게 복귀하는데, 만약 수탁자가 이를 임의 처분하면 매도인의 소유권을 침해하는 불법행위는 될 수 있지만, 매도인은 명의신탁자로부터 매매대금을 이미 수령하여 실질적인 손해가 없으므로 매도인에게 손해배상청구권이 인정되지 않는다'고 판시¹⁰⁶⁾한 바 있다. 생각건대 매도인이 대금반환의무 이행을 영구히 거절할 수 있다면 순재산의 감소가 없다고 볼 수 있다. 그러나 수탁자의 처분행위 시점에 매도인에게 는 소유권 상실이라는 손해가 이미 발생 하였고, 항변권으로 대금을 보유할 수 있다는 사정은 손해배상에 산정의 문제이지 손해의 부존재를 뒷받침하는 근거가 될 수는 없을 것으로 본다.

나) 신탁자에 대한 불법행위 성립여부

명의수탁자가 부동산을 임의처분한 경우 신탁자에 대하여 불법행위가 되어 손해배상청구권이 발생하는가에 있다. 학설로는 법적으로 소유권이 매도인에게 있더라도 실질적인 자금을 지출한 실권리자는 명의신탁자이며, 수탁자가 무단으로 이를 처분해 제3자가 유효하게 소유권을 취득하게 만들었다면, 신탁자와의 신임관계를 저버린 비도덕적 행위이므로 보호할 가치가 있는 경제적 이익을 침해한 불법행위로 보아 손해배상청구권이 인정된다는 긍정설¹⁰⁷⁾, 매도인이 악의인 계약명의신탁에서 명의신탁

104) 양창수, 명의신탁 약정을 알고 계약을 체결한 매도인의 민사책임, 법학 제38권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1997, 80면.

105) 송덕수, 명의신탁된 부동산을 명의수탁자가 처분한 경우의 법률관계: 명의신탁의 유형에 관한 논의를 포함하여, 법학논집 제19권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014. 9, 27면.

106) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2010다95185 판결.

107) 이동진, 매도인 악의의 계약명의신탁과 명의수탁자의 부동산 처분에 대한 책임 - 대법원 2013.9.12. 선고 2010다95185 판결-, 재산법연구』 제34권 제4호, 한국재산법학회, 2018.2,

자는 매도인과 아무런 계약 관계가 없고, 수탁자에 대해서도 부동산 자체를 요구할 권리가 없기 때문에 수탁자가 처분했다라도 신탁자가 입은 법적 권리 침해(손해)가 없으므로 불법행위로 인한 손해배상 책임을 물을 수 없다는 부정설¹⁰⁸⁾의 대립이 있다. 판례는 ‘신탁자에 대한 관계에서는 소유권이나 등기청구권 자체가 인정되지 않으므로 신탁자에 대한 불법행위나 손해는 성립하지 않는다’고 판시¹⁰⁹⁾하고 있다. 생각건대 명의신탁자와 명의수탁자사이에 명의신탁약정(매수위임약정 포함)이 존재하더라도 모두 무효이므로 수탁자는 신탁자에게 계약상 등기이전의무가 존재한다고 볼 수 없으므로 - 소유권이 귀속하는 매도인의 관계와는 달리- 수탁자의 부동산 임의처분 자체만으로 명의신탁자에게 위법한 행위로 평가할 수는 없다. 따라서 명의신탁자는 명의수탁자에 대하여 - 매매대금을 부당이득으로 반환청구하는 것은 별론으로 하고- 불법행위로 인한 손해배상청구는 할 수 없다고 해야 한다.

2) 부당이득반환청구권

가) 매도인과 수탁자의 관계

매도인이 악의인 계약명의신탁에서 매매계약과 물권변동이 모두 무효가 됨에 따라 소유권은 매도인에게 복귀함으로써 각자 원인없이 얻은 이익을 상대방에게 돌려주어야 하는 부당이득반환의무를 지게 되는데(민법 제741조), 이에 따라 매도인은 수탁자에게 매매대금을 반환하고¹¹⁰⁾ 수탁자는 매도인에게 소유권 말소등기의무 또는 소유권이전등기 의무가 발생하고 이는 동시이행관계에 있게 된다.¹¹¹⁾ 그런데 계약명의신탁에서 명의수탁자가 제3자에게 부동산을 처분하여 소유권을 회복할 수 없게 된 경우에는 매도인(소유자)은 소유권을 돌려받는 것이 불가능해졌기 때문에 매도인(소유자)은 명의수탁자에게 자신의 매매대금 반환채무 이행을 거절할 수 있고 이행할 여지가 없게 된다.

나) 신탁자와 수탁자 및 매도인의 관계

신탁자는 부동산 자체의 소유권을 취득한 바 없으므로, 수탁자에게 부동산 자체의 반환을 청구할 수는 없다. 다만 수탁자에게 실제 처분대금이 아닌 자신이 지급한 매수자금(부동산 대금 및 취득비용)에 대해서만 부당이득 반환을 청구할 수 있을 뿐이다. 이는 부동산 가격 상승에 따른 이익은 신탁자가 향유할 수 없도록 차단함으로써, 부동산실명법을 위반한 신탁자를 보호하지 않겠다는 강력한 사법적 의지가 반영된 것으로 보인다. 한편, 신탁자와 매도인 사이에는 아무런 계약 관계가 없기 때문에 신탁자는 매도인에게 직접 부당이득반환을 청구할 수는 없지만, 신탁자는 수탁자에 대한 매수자금 반환채권을 보전하기 위해, 수탁자를 대위하여 매도인의 매매대금 반환

228면 이하.

108) 김형배, 명의신탁의 정산관계에 관한 연구, 민사법학 제23호, 한국민사법학회, 2003, 113면 이하.

109) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2010다95185 판결.

110) 대법원 2003. 9. 5. 선고 2001다32120 판결.

111) 대법원 2013. 9. 12. 선고 2010다95185 판결.

채권을 행사(채권자대위권)하는 방식으로는 가능하다.

V. 결론

부동산 실명법은 종종, 배우자, 종교단체 명의의 명의신탁에는 특례규정을 두어 허용할 뿐 그 외에는 부동산 명의신탁을 금지하여 명의신탁 약정 및 소유권 이전등기를 무효화하고 신탁행위를 범죄화하고 있다. 그동안 부동산 명의신탁에서 수탁자가 그 부동산을 신탁자의 의사와 달리 임의로 처분한 경우에 대법원은 1995년 부동산실명법이 제정된 이후에도 한동안 횡령죄의 성립을 긍정하고 있었지만, 최근에는 부동산실명법의 취지에 따라 대법원은 부동산 명의신탁에서 수탁된 부동산을 수탁자가 임의로 처분한 경우 그 유형을 구분하지 않고 모두 횡령죄의 성립을 부정하고 있다. 그리고 더 나아가 대법원 판례는 명의수탁자가 수탁부동산을 임의처분한 경우에 배임죄까지도 성립하지 않는다는 입장을 취하고 있다.

현행 부동산실명법이 금지하고 있는 명의신탁에 대하여 부동산실명법 자체에 명의신탁 행위를 처벌하는 규정을 별도로 두고 있을 뿐만 아니라, 민사상 손해배상 책임도 질 수 있다. 그렇다면 형법적으로 굳이 횡령죄나 배임죄로의 처벌을 통해 보호할 필요성도 없고 또한 일반 형법에 의해 보호하는 것이 바람직하지도 않다. 왜냐하면 다른 국가적 강제수단인 민사법적 구제가능성이 있음에도 형법이 개입하는 것은 보충성의 원칙을 어기는 것이 될 수도 있기 때문이다. 실제로 최근 활발하게 이루어지고 있는 배임죄 폐지 논의와 함께, 대법원 판례가 형사책임을 부정하면서도 민사상 불법행위 책임 또는 부당이득반환책임을 인정하는 방향으로 권리구제의 장을 민사법 영역에 남겨두고 있는 것도 이러한 선상에서 상당부분 이해될 수 있다고 본다. 특히나 현재 논의 중인 배임죄는 폐지 논의에서 개정 쪽으로 방향이 모아지고 있는 가운데, 대법원 판례는 부동산 이중매매에서 만큼은 여전히 배임죄 성립을 유지하고 있다. 그렇지만 권원보험 제도(權原保險, Title Insurance) 등을 최대한 활용한다면 더 이상 형사처벌이 아닌 민사상의 문제로 처리하여도 충분할 것이므로 대법원 판례의 변화를 기대해 본다.

■ **주제어:** 명의신탁, 신탁자, 수탁자, 횡령죄, 배임죄

[참고문헌]

- 강동범, “등기명의신탁에서 신탁부동산의 임의처분과 횡령죄의 성부- 대법원 2016. 5. 19. 선고 2014도6992 전원합의체판결-”『법조 최신판례분석』, 제718호, 2016. 8.
- 권오상, “부동산실명법을 위반한 등기명의신탁의 사법적 효력 - 명의신탁자에게 소유권귀속을 차단하는 방안을 중심으로”, 법학논고 제70집, 경북대학교 법학연구원, 2020.
- 권오창, “계약명의신탁의 법률관계에 관한 고찰 - 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제2항 단서의 해석을 중심으로 -”(상), 『법조』 제48권 제5호, 법조협회, 1999.5.
- 김신, “부동산이 횡령죄의 행위객체에 포함되는가?”, 비교형사법연구 제22권 제1호, 한국비교형사법학회, 2020.
- 김진수, “부동산 명의신탁 관련 형사책임”, 청연논총 제4집, 사법연수원, 2007.
- 김형배, 명의신탁의 정산관계에 관한 연구, 민사법학 제23호, 한국민사법학회, 2003.
- 김태명, “횡령죄의 기수시기와 장물죄의 성립여부”, 형사법연구 제23호, 한국형사법학회, 2005.
- 문영식, “명의신탁 부동산의 처분행위에 관한 형법정책”, 형사법의 신동향 제51권, 대검찰청, 2016.
- 박달현, “부동산실명법의 시행과 부동산 명의신탁의 형사법적 문제점 검토”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 한국비교형사법학회, 2004.12.
- 박동진, “3자간 등기명의신탁에서 명의수탁자의 임의처분 시 매도인의 귀책사유 존부와 부당이득반환청구권의 귀속주체”, 『민사법학』 제106호, 한국민사법학회, 2024.
- 박상기, “부동산 명의신탁과 횡령죄”, 『형사판례연구[6]』 한국형사판례연구회, 1998.
- 박홍식, “수탁자의 수탁부동산 처분행위와 횡령죄”, 『판례연구』 제1집, 제주판례연구회, 1997.
- 백재명, “부동산 명의신탁과 횡령죄”, 『형사판례연구[7]』, 한국형사판례연구회, 1999.
- 손동권, “명의신탁부동산을 임의처분한 경우의 형사책임”, 『형사법연구』 제15호, 한국형사법학회, 2001.
- 송경호, “명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임”, 『비교형사법연구』 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000.
- 송덕수, 명의신탁된 부동산을 명의수탁자가 처분한 경우의 법률관계: 명의신탁의 유형에 관한 논의를 포함하여, 법학논집 제19권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014. 9.
- 송덕수, “명의신탁된 부동산을 명의수탁자가 처분한 경우의 법률관계”, 『민사법학』 제68호, 한국민사법학회, 2014.
- 서요한, 명의신탁된 부동산 영득행위와 죄책, 재판실무 제2집, 창원지방법원, 2005.9.
- 양창수, “부동산실명법의 사법적 규정에 의한 명의신탁의 규율”, 민법연구 제5권, 박영사, 2006.
- 양창수, 명의신탁 약정을 알고 계약을 체결한 매도인의 민사책임, 법학 제38권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1997.
- 양창수, 부동산실명법 제4조에 의한 명의신탁의 효력 -소위 등기명의신탁을 중심으로-, 서울대학교 법학 38권 1호, 서울대학교 법학연구소, 1997.
- 우인성, “명의신탁 부동산의 처분과 재산범죄의 성립 여부”, 형사판례연구 제24권 한국형사판례연구회, 2016.
- 윤석찬, 계약명의신탁에서 명의수탁자의 부동산 처분행위와 불법행위책임, 토지법학 제30-1호, 한국토지법학회, 2014.
- 이계정, 매도인 선의의 계약명의신탁에서 명의수탁자의 임의처분과 책임, 민사법학 제61호, 한국민사법학회, 2013.12.
- 이동명, “부동산실권리자 명의등기에 관한 법률의 입법과정에서의 쟁점”, 판례연구 제1집, 제주판례연구회, 1997.

- 이동진, 매도인 악의의 계약명의신탁과 명의수탁자의 부동산 처분에 대한 책임 - 대법원 2013.9.12. 선고 2010다95185 판결-, 재산법연구 제34권 제4호, 한국재산법학회, 2018.2
- 이상근/진재인, “부동산실명법 시행 후의 명의신탁법리”, 『홍익법학』 제22권 제2호, 홍익대학교 법학연구소, 2021.6.
- 이상윤, “명의신탁된 부동산의 처분행위와 명의수탁자의 형사책임”, 외법논집 제33권 제4호, 2008.11.
- 이상철, “명의신탁 부동산의 처분행위와 횡령죄 - 3자간 명의신탁에 관한 대법원 2010. 6. 24. 선고, 2009도9242 판결을 중심으로 -”, 일감법학 제24권, 건국대학교 법학연구소, 2013.
- 이승준, “양자간 명의신탁과 횡령죄의 성부” 『비교형사법연구』 제23권 제1호, 2021.4.
- 이창섭, “부동산 명의수탁자의 횡령죄 주체성”, 『형사판례연구[19]』, 한국형사판례연구회, 2011.
- 이호중, “계약명의신탁과 횡령·배임죄”, 『고시계』 통권 제550호, 고시계사, 2002.12.
- 이혜리, “제3자간 명의신탁에서 수탁자의 임의처분에 따른 책임, 일감 부동산법학 제26호, 건국대학교 법학연구소, 2023.
- 임병석, 3자간 등기명의신탁과 명의수탁자의 처분으로 인한 부당이득반환 관계 - 대법원 2021. 9. 9. 선고 2018다284233 전원합의체 판결을 중심으로 -, 인권과 정의 제534호, 대한변호사협회, 2025.
- 정도영, “부동산실명법에 위반한 명의신탁과 횡령죄”, 재판실무연구, 광주지방법원, 1998.
- 정형식, “이른바 중간생략등기형 명의신탁에 있어서 수탁자가 부동산을 임의로 처분한 경우 횡령죄의 성립여부(적극)”, 형사재판의 제 문제[제5권], 형사실무연구회, 2005.
- 조원철, “명의신탁등기가 부동산실권리자 명의등기에 관한 법률 시행으로 무효로 된 후에 명의수탁자가 임의로 신탁부동산을 처분한 경우 매도인이 명의수탁자의 처분행위로 인하여 손해를 입었다고 볼 수 있는지 여부(소극)”, 대법원판례 해설 40호, 2002.12.
- 제철웅, 부동산실명법상 명의신탁의 효력에 관한 판례의 종합적 분석과 비판, 한양법학 제24권 제4호, 한양법학회, 2013.
- 천진호, “부동산실명법상 부동산명의 수탁자의 형사책임”, 형사재판의 제 문제 제5권, 형사실무연구회, 2005.
- 최상욱, “명의 신탁부동산의 처분과 형사책임”, 『형사법연구』, 한국형사법학회, 제13호, 2000.
- 한석리, “명의신탁된 부동산의 처분행위에 대한 형사책임의 성부”, 『비교형사법연구』 제2권 제2호, 한국비교형사법학회, 2000.

[Abstract]

The Trustee's Discretionary Disposition and Criminal liability for Title Trust Real Estate

Shin Yi-Chul*

The current Real Name Real Estate Act only allows special provisions for name trusts under the names of servants, spouses, and religious organizations, while other real estate name trusts are prohibited, invalidating both name trust agreements and transfer registrations, and criminalizing trust activities. Until now, even if the trustee disposes of discretionary dispositions in real estate name trusts, the Supreme Court has been affirming the establishment of embezzlement crimes before and after the enactment of the Real Name Real Estate Act in 1995. However, recently, the types of name trusts have not been separately classified, and all deny the establishment of embezzlement. And going one step further, it takes the position of negative theory that there is no crime of breach.

Here, in the case of prohibited title trusts, the current Real Name Real Estate Act not only provides for punishing the title trust itself, but also may bear civil liability for damages. If so, it is quite questionable whether there is a need to be protected or protected through punishment for embezzlement or breach of trust under the criminal law, and it seems undesirable to protect it under the general criminal law. This is because even though there is a possibility of civil legal relief, using the strongest punishment among sanctions alone can go against the principle of supplementality. In fact, along with the recent discussion on the abolition of the breach of trust, it can be understood that the Supreme Court precedent leaves the field of civil law in the direction of acknowledging civil tort liability or unfair benefit return liability while denying criminal responsibility. While the direction of the breach of trust currently under discussion is being revised from the abolition discussion, the Supreme Court precedent still maintains the establishment of breach of trust in the double sale of real estate. However, if the rights insurance system is used to the fullest, it is judged that it is enough to treat it as a civil issue rather than criminal punishment, so we expect a change in the Supreme Court precedent.

- **Key Words:** Nominal trust, Title trust, Truster, Trustee, Embezzlement, Breach of trust

* Professor, department of police administration, Wonkwang Digital University.

「명지법학」 편집규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

개정 2025. 11. 17.

제1조(목적)

이 규정은 명지대학교 법학연구소에서 간행하는 명지법학(Myongji Law Review)의 편집, 간행 및 논문심사에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(명지법학의 간행)

- ① 「명지법학」은 연 2회 발간함을 원칙으로 한다. 단, 편집위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 합본호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② 「명지법학」의 발간일자는 매년 7월 31일과 1월 31일을 원칙으로 한다.
- ③ 「명지법학」은 전자출판의 형태로 간행하며, 명지대학교 법학연구소 홈페이지에 게재한다.
- 홈페이지 주소: <http://www.mju.ac.kr/col/1346/subview.do>

제3조(원고의 게재)

- ① 투고 원고는 「명지법학」 투고규정상의 투고 자격을 갖춘 투고자의 논문으로서 편집위원회의 게재 결정을 얻어 「명지법학」에 게재한다.
- ② 투고 원고는 전문 학술논문으로써 기왕에 다른 학술지 등에 게재된 일이 없으며, 「명지법학」 투고규정 및 원고작성 지침에 따른 절차와 요건을 갖춘 것이어야 한다.
- ③ 제출된 투고 원고가 본 연구소가 제시한 투고규정 및 원고작성 지침에 부합하지 않을 경우에는 수정을 요구할 수 있다.

제4조(편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 법학연구소의 편집위원장과 편집위원으로 구성된다.
- ② 편집위원은 편집위원장을 포함한 5인 이상으로 한다.
- ③ 편집위원이 될 수 있는 자는 법학교수, 법학분야 박사학위 보유자 또는 법률 분야에 5년 이상 종사한 자로 하며 외부 인사를 포함할 수 있다.
- ④ 편집위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.
- ⑤ 편집위원장은 편집위원 중 법학연구소장이 임명하고 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.

제5조(편집위원회의 업무)

- ① 「명지법학」의 편집 및 출판
- ② 「명지법학」 원고의 접수 및 게재 여부 심사

- ③ 「명지법학」 연구윤리위원회의 결정에 따른 조치
- ④ 기타 간행물의 편집 및 출판

제6조(편집위원회의 운영)

- ① 위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 위원장이 소집한다.
- ② 위원회의 의결은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
- ③ 위원회는 「명지법학」 기타 간행물에 투고된 원고를 제8조의 기준과 「명지법학」 투고규정 및 「명지법학」 원고작성 지침에 따라 심사하여 그 게재 여부를 정한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

제7조(심사위원회의 구성)

- ① 논문 심사는 제8조 제1항의 기준에 따라 편집위원회에서 위촉하는 3인의 심사위원이 심사한다.
- ② 심사위원은 명지법학연구소의 연구위원 및 편집위원장이 위촉하는 외부 심사위원으로 구성한다.
- ③ 심사위원의 신원은 원고투고자에 대하여 비밀로 한다.

제8조(원고의 심사)

- ① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.
 - 1. 주제설정(창의성과 적절성)
 - 2. 연구 방법의 논리적 완결성
 - 3. 연구의 학술적 완성도
 - 4. 연구결과의 학문적 기여도
 - 5. 종합의견(게재, 수정 후 게재, 수정 후 재심사, 게재 불가)
- ② 번역, 서평, 및 판례 평석 심사는 다음의 기준으로 한다.
 - 1. 번역, 서평 및 판례 평석의 필요성
 - 2. 번역, 서평 및 판례 평석의 완성도
 - 3. 번역, 서평 및 판례 평석의 기여도
- ③ 심사에 관한 평가는 게재가, 수정 후 게재, 수정 후 재심사(차호 게재), 게재 불가로 구분한다.
- ④ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

제9조(심사료)

「명지법학」 투고논문을 심사하는 심사위원에게는 소정의 심사료를 지급할 수 있다. 심사료는 편집위원회에서 결정하며, 법학연구소장이 지급여부를 결정한다.

제10조(게재료)

「명지법학」에 게재된 원고에 대한 게재료는 편집위원회에서 결정한다.

제11조(본 규정의 시행 및 개정)

- ① 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거친 날로부터 시행한다.
- ② 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거쳐서 개정할 수 있다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2025년 11월 17일부터 시행한다.

「명지법학」 투고규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 07. 31.

개정 2022. 03. 31.

개정 2025. 11. 17.

제1조(투고자격)

- ① 국내외 대학 전임교수
- ② 법률 분야의 종사자
- ③ 대학원생으로서 박사학위 수료 이상의 자
- ④ 기타 편집위원회의 추천을 받은 자
- ⑤ 각 호의 자와 공동으로 투고하는 자

제2조(투고원고)

- ① 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.
 1. 발표논문: 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
 2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 투고된 논문
 3. 기타(번역·평석 등): 「명지법학」 게재를 위하여 제출된 번역, 판례평석, 입법동향분석, 서평 등
- ② 학술지에 게재할 원고는 다음의 요건을 갖춘 것이어야 한다.
 1. 법학 연구 및 교육 혹은 법률문화 창달에 기여하는 내용의 원고일 것
 2. 다른 학술지 등에 발표한 일이 없는 원고일 것, 다만, 타 학술지에 일부 발췌문을 발표하였을 경우에는 그 전문(全文)을 투고할 수 있다.
 3. 외국논문을 한글로 번역한 논문의 경우에는 게재를 요청하는 번역자에 의해 저작권 협의가 이미 완료되어 있을 것
- ③ 학술지에 게재할 원고의 전체분량은 「명지법학」 원고작성 지침에 따른 형식으로 20매 내외를 원칙으로 하며, 30매를 초과할 경우 편집위원회의 결정에 따라 게재가 허용될 수 있다.

제3조(투고절차 및 방법)

- ① 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- ② 원고는 작성자의 인적사항을 삭제한 후 제출하고, 표지에 저자명, 소속, 직위, 연락처(전자우편, 전화번호)를 기입한다.
- ③ 원고는 워드 프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 온라인 논문투고 및 심사시스템(<http://kyobo160.medone.co.kr/html>)에 제출한다. 워드 프로세서는 [한글] 프로그램 사용을 원칙으로 한다.

제4조(투고기한)

논문의 투고는 「명지법학」의 발간 예정일을 기준으로 1월 전(각 6월 30일, 12월 31일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정으로 기한을 초과하여 제출하는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

제5조(논문제출처)

원고는 온라인 논문투고 및 심사시스템(<http://kyobo160.medone.co.kr/html>)에 제출하며, 논문투고에 관한 문의는 명지대학교 법학연구소로 한다.

- 주소: (03674) 서울시 서대문구 거북골로 34 명지대학교 법학연구소
- 이메일: lawresearch@mju.ac.kr
- 전화: 02-300-0620
- 팩스: 02-300-0654

제6조(저작권)

- ① 학술지의 편자(編者)는 법학연구소장의 명의로 한다. 다만, 학술지의 내용에는 개별 원고의 집필자를 명시한다.
- ② 「명지법학」에 출판된 모든 저작물의 편집저작권 및 출판권은 본 연구소에 귀속된다.

제7조(투고논문의 작성방법)

투고논문의 작성방법은 명지법학 원고작성 지침에 따른다.

제8조(논문의 심사)

- ① 투고원고는 편집위원회가 선정한 3인의 심사위원이 심사하여 그 결과를 편집위원회에 통보하면 편집위원회는 그 결정에 따라 논문의 수정·보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다. 편집위원회의 모든 업무처리와 각 심사위원의 심사는 본 명지법학 연구윤리규정과 게재논문 심사규정에 따라서 이루어진다.
- ② 「명지법학」의 심사기준은 1) 논문제목과 내용의 적합성, 2) 기존연구와의 차별성, 3) 연구내용의 독창성, 4) 연구방법과 결과의 명확성, 5) 논문체계와 기술방법의 적절성, 6) 참고문헌 인용의 적합성, 7) 연구 기대효과 및 학계 기여도로 한다.
- ③ 심사결과는 원칙적으로 편집위원회가 투고자에게 온라인 논문투고 및 심사시스템, 전자메일 등을 통해 통지한다. 게재불가의 경우 투고자가 편집위원회에 이의를 제출하면 가능한 한 신속하게 이를 처리하고 그 결과를 즉시 통보한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2022년 4월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2025년 11월 17일부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리 규정

제정 2007. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(목적)

이 규정은 명지법학 연구윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)의 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함으로 목적으로 한다.

제2조(용어의 정의) 이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

- ① "연구부정행위"라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구 목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
- ② "위조"라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
- ③ "변조"라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
- ④ "표절"이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나, 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
- ⑤ "부당한 저자 표시"는 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
- ⑥ "제보자"라 함은 부정행위 또는 부적절행위를 인지한 사실 또는 관련 증거를 제시한 자를 말한다. 다만, 고의 또는 과실로 당해 주장이나 증언에 반하는 사실을 간과한 자는 제보자로 간주하지 않는다.
- ⑦ "피조사자"라 함은 제보 또는 연구소의 인지에 의하여 부정행위 등의 조사대상이 된 자 또는 조사를 수행하던 중 부정행위 또는 부적절행위에 가담한 것으로 추정되어 조사대상이 된 자를 말한다. 다만, 조사과정에서의 참고인이나 증인은 포함되지 아니한다.

제3조(기능)

위원회는 명지법학의 회원·준회원 또는 단순계재자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

- ① 연구윤리 확립에 관한 사항
- ② 연구부정행위의 예방, 조사에 관한 사항
- ③ 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항

제4조(구성)

- ① 위원회의 위원은 명지법학의 편집위원장이 지명하는 편집위원 중 3명과 위원회의 추천을 받은 외부 인사 2인으로 한다.
- ② 연구윤리위원장은 위원회에서 호선하고, 위원장과 위원의 임기는 2년으로 한다.
- ③ 위원회의 제반업무를 처리하기 위해 간사 1인을 둘 수 있다.
- ④ 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

제5조(회의)

- ① 위원회의 회의는 필요한 경우에 위원장이 소집하고 주재한다.
- ② 회의는 재적위원 과반수 출석으로 성립하며, 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 필요한 경우 위원이 아닌 자를 회의에 참석시켜 의견을 들을 수 있다.
- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

제6조(연구부정 행위 조사)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정행위 존재 여부를 조사하여야 한다.
- ② 위원장은 예비조사를 실시할 수 있다.

제7조(위원회의 권한과 책무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에 혐의 사실을 인정할 것으로 추정할 수 있다.
- ③ 위원회는 연구기록이나 증거의 상실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.

제8조(기피·제척·회피)

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝히 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피 신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안건의 심의·의결 및 조사에 관여할 수 없다.
- ③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피를 신청할 수 있다.
- ④ 위원장은 위원 중 당해 조사 사안과 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 조사 사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

제9조(진술기회의 보장)

위원회는 조사 사실에 대해 피조사자에게 의견을 제출하거나 해명할 기회를 부여하여야 한다.

제10조(조사결과에 따른 조치)

- ① 위원회는 재적위원 과반수 출석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 피조사 사실과 관련한 피조사자의 행위가 연구부정행위임을 확인하는 판정을 한다.
- ② 연구부정 행위 확인판정이 있는 경우에는 다음 각 호의 제재를 가하거나 이를 병과할 수 있다.
 1. 연구부정 논문의 게재취소
 2. 연구부정 논문의 게재취소 사실의 공지
 3. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록·접수·취소 일자, 취소 이유 등이 포함되어야 한다.

제11조(결과의 통지)

- ① 위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 피조사자 및 제보자 등 관련자에게 통지한다.
- ② 전항의 통지 방식에는 전자문서에 의한 통지도 포함된다.

제12조(재심의)

- ① 피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심의를 요청할 수 있다.
- ② 전항의 재심의 요청 방식에는 전자문서에 의한 요청도 포함된다.

제13조(비밀유지의 의무 등)

- ① 위원회는 제보자를 보호하고 피조사자의 명예를 부당하게 침해하지 않도록 노력하여야 한다.
- ② 제보·조사·심의·의결 및 건의 등과 관련된 일체의 사항은 비밀로 하되, 상당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.
- ③ 위원 및 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 심의·의결·조사 기타 관련 절차에서 취득한 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다.

제14조(경비)

위원회의 운영에 필요한 경비는 명지법학의 예산의 범위 내에서 지급한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 원고작성 지침

법학연구소에서 간행하는 「명지법학」에 논문을 게재하고자 하는 자는 다음의 원고 작성 절차를 준수해야 한다.

다 음

1. 원고 작성의 원칙

- 1) 원고는 워드 프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 온라인 논문투고 및 심사시스템(<http://kyobo160.medone.co.kr/html>)에 제출하며, 워드 프로세서는 [한글] 프로그램 사용을 원칙으로 한다.
- 2) 원고는 국문으로 작성하는 것을 원칙으로 하되, 필요한 경우 외국어로 작성할 수 있다.
- 3) 원고는 각주, 표, 그림 등을 포함하여 A4 용지 20매 내외로 하는 것을 원칙으로 한다.

2. 원고의 구성

원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 한다.

- 1) 논문제목(부제 포함)
- 2) 투고자 성명(학위, 소속 및 지위 등 투고자의 인적사항에 관한 내용은 각주로 표시함)
- 3) 논문요지
- 4) 논문요지의 검색용 주제어(주제어는 10개를 넘지 않도록 함)
- 5) 본문(각주 포함)
- 6) 참고문헌(본문에서 인용한 참고문헌에 한함)
- 7) 외국어 초록(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글 초록): 논문제목, 투고자 성명을 포함
- 8) 외국어 주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 국문 주제어): 외국어 주제어는 국문 주제어와 같은 순서로 배열함

3. 원고 작성의 규칙

구체적인 원고 작성 양식은 다음과 같다.

- 1) 목차의 순서는 다음과 같다.
 - I. 로마숫자 (가운데 정렬)
 - 1. 아라비아 숫자
 - (1) 괄호 숫자
 - 가. 한글 가, 나, 다
- 2) 공동 연구논문인 경우에는 공동 연구자 성명에 *로 각주표시를 한 후 해당 각주에 책임연구자와 연구자를 각각 기재한다.

3) 각주의 표기는 다음과 같다.

- 저서 인용: 저자명, 「서명」, 출판사, 출판년도, 면수.
 - 한글 및 일본어, 중국어 저서일 경우, 책명을 「」으로 표시한다.
 - 영어 및 독일어 등 서양문헌인 경우 책명을 이탤릭으로 표시한다.
- 정기간행물 인용: 저자명, “논문제목”, 「잡지명」, 제○○권 ○호(년도), 면수.
 - 영어 및 독일어 등 외국잡지일 경우 저자명, “논문제목”, 「논문집명」. 권호, 연월, 면수의 순으로 하며, 논문제목은 이탤릭으로 표기한다.
- 기념논문집 인용: 저자명, “논문제목”, ○○○선생기념논문 「기념논문집명」, 면수.
- 판결 인용: 대법원 19○○.○○.○○. 선고, ○○○다○○○○ 판결 (법원공보 19○○년, ○○○면) 또는 대판 19○○.○○.○○, ○○○다○○○○
 - 미국 판례의 경우: 제1당사자 v. 제2당사자, 판례집 권 번호 판례집 약자, 판결의 첫 페이지, 인용된 페이지 (선고년도) 또는 사건명의 약칭, 판례집 권 번호와 판례집 약자 at 인용된 페이지.
- 그 밖의 사항은 사단법인 한국법학교수회에서 펴낸 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”(2004.12.)을 참조하여 작성한다.

4) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정

- 위쪽: 20, 아래쪽: 15, 왼쪽: 35.9, 오른쪽: 35.9, 머리말: 15, 꼬리말: 15, 제본: 0

5) 문단모양

- 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 10, 줄 간격: 160, 문단 위: 0, 문단 아래: 0, 낱말 간격: 0, 정렬방식: 혼합

6) 글자모양

- 서체: 신명조, 자간: 0, 장평: 100, 크기: 10

7) 참고문헌은 저자명, 저서명 또는 논문 제목, 출판사 또는 학술지명 및 권호, 발간연도의 순서로 기재한다.

- 참고문헌의 글자크기는 9pt로 한다.
- 참고문헌의 순서는 국내문헌, 동양문헌, 서양문헌 순으로 한다. 국내문헌은 저자명의 가나다순, 동양문헌은 그 나라 발음의 알파벳순, 서양문헌은 발음에 관계없이 알파벳 순으로 한다.

◆ 편집위원회

위원장 이윤제(명지대학교 법학과 교수)
위원 권건보(아주대학교 법학전문대학원 교수)
노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)
선정원(명지대학교 법학과 교수)
송재일(명지대학교 법학과 교수)
신영수(경북대학교 법학전문대학원 교수)
최병천(전남대학교 법학전문대학원 교수)
홍명수(명지대학교 법학과 교수)

간사 안수길(명지대학교 법학과 교수)
편집보조인 홍채원(명지대학교 법학연구소 교육조교)

明知法學 (제25권 제1호)

=====

2026년 07월 31일 발행

발행인: 최 세 런
발행처: 명지대학교 법학연구소
주 소: 서울특별시 서대문구 거북골로 34
전 화: (02)300-0620, FAX: (02)300-0654

=====

* 이 책의 무단복제·복사·전재를 금함

ISSN 1229-7585

板 權
所 有