

CONTENTS

1. 저자 인터뷰 p.2

『법철학과 법이론 입문』 펴낸 김대휘 변호사, “사법(司法)은 개별 사례에서 ‘타협 가능한 작은 정의’를 제공한다”

2. 대한변호사협회 p.5

“변호사의 판검사 평가제도…법원·검찰 민주적 정당성 확보하고, 국민은 좋은 재판 누릴 것”

3. 국제사법판례연구회 p.9

구글, 페이스북 등 글로벌 온라인 플랫폼 사업자에 대한 정보 삭제 요청 관련 유럽사법재판소 판례…국내에 주는 시사점은?

4. 4차산업혁명융합법학회 p.11

전 세계 50여개 국가, 국가 차원 인공지능정책 수립하고 실행하는데…국내 인공지능 관련 법적 책의 현주소는?

5. 대법원 판례 p.13

회의록 양식에 의한 해고의 효력을 다툰 사건, 항고소송에서 처분사유를 추가변경한 사건

6. 헌법재판소 판례 p.14

구 세무사법 조항 등에 관한 위헌소원, 중소기업중앙회 회장선거 관련 선거운동 제한 사건

7. 해외법뉴스 p.17

독일연방헌법재판소의 베를린 시 정부 임대료 상한제 위헌 결정

8. 입법뉴스 p.18

[8월 첫째주] 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률 外

기사 1

저 자 인 터 뷰

『법철학과 법이론 입문』 펴낸 김대휘 변호사, “사법(司法)은 개별 사례에서 ‘타협 가능한 작은 정의’를 제공한다”

법철학과 법이론의 여러 문제를 개관할 수 있는 입문서가 나왔다. 판사와 변호사 경력의 실무가, 김대휘(법무법인(유) 화우) 변호사가 쓴 『법철학과 법이론 입문』(성안당 펴)이다.

법학 중에서도 법철학은 어렵고 복잡할 뿐 아니라 문헌도 무겁고 두꺼워서, 실무가는 물론 법이론가들도 쉽게 정복하지 못하는 분야다. 김대휘 변호사는 ‘기초법학의 부재와 소외는 종래 법철학이 외국이론에 경도되고 우리 법실무와 유리된 데서 기인한다’는 문제의식에서, “법률가와 법학도 및 법에 관심 있는 시민들에게 법철학과 법이론의 문제 상황을 보여주고 그 해결에 다가갈 길을 열어주겠다”는 목표 아래 이 책의 집필을 시작했다. 탈고하기까지는 10개월의 시간이 걸렸는데, 이 기간 중 점심을 거의 먹지 못했다고 한다. 그는 직접 실감한 집필의 어려움을 산고에 비유하기도 했다. 집필 과정에서 문제의 논의 및 원고 검토에 큰 도움과 힘을 준 이인복 前대법관에게는 특별한 감사를 표시했다.

2011년 서울가정법원장을 끝으로 28년의 법관생활을 마친 그는, 같은 해부터 지금까지 이화여대 법전원 겸임교수를 맡고 있으며, 세종대 법학부 석좌교수로서도 법철학 강의를 해왔다. 이 책은 그가 강의를 위해 만든 강의안을 기본 뼈대로 하고, 그 위에 살을 붙인 것이다. 우리 학계보다 앞서 있는 외국 논의는 주요 표준서적들을 참고해 반영했지만, 기본적으로는 국내 문헌과 논의를 중시하여 우리 학계와 실무에 통용되는 용어를 사용했다. 무엇보다 예증을 우리 판례로서 한 점은, 특히 법실무가들에게 큰 편의와 이해를 도모해 줄 것으로 보인다.



한국법학원은 지난 7월 26일, 삼성동 아셈타워에서 그를 직접 만나 인터뷰를 진행했다. 법철학적 논변의 3요소를 ‘통섭, 논리, 예술(격조)’이라고 서술한 그의 글처럼, 질문에 대한 그의 답변에도 통섭과 논리, 격조의 3박자가 오롯이 나타났다.

아래는 김대휘 변호사와 나눈 문답.

Q. 법철학을 하시게 된 계기는 무엇인지, 또 실무가로서 연구를 어떻게 이어가고 계신지 여쭙고 싶습니다.

“학부 재학 중인 1977년 사법시험을 합격하고, 연수원은 졸업 후에 들어가게 됐습니다. 졸업 전까지 1년 이상 남은 기간 동안故김중환 교수님의 조교를 하며, 최종고 교수님께서 번역하신 라드부르흐의 ‘법철학’이 나온 것을 접하고는 독일어 공부도 할겸 학교 도서관에서 원서를 빌려 읽었다가 감명을 받았습니다. 그러던 차에故심헌섭 교수님을 만나게 됐고, 대학원에 진학하면서 심 교수님 지도 아래 법철학을 전공하게 됐습니다.

심 교수님은 제가 법실무가이니, 법학방법론을 해보라고 권유하시며 라렌쯔의 책(Methodenlehre)을 주셨습니다. 석박사 학위도 방법론과 법이론 쪽으로 하게 되면서, 줄곧 저는 법철학보다는 법이론과 방법론에 관심을 두고서 우리 판례를 분석했습니다. 그렇기 때문에 실무가이지만 틈틈이 문헌을 찾게 되는 노력을 할 수 있었고, 한국법철학회에도 가입하여 귀동냥을 하여 오기도 했습니다. 변호사가 된 이후부터는 학부와 대학원의 법철학 강의를 맡으면서 더 자연스레 지식과 경험의 재고가 쌓였습니다."

Q. 분석하신 판례 중에는, 자신의 과실로 타인의 물건(사과나무)을 소훼한 경우, 형법 제170조 제2항을 근거로 하여 실화죄로 처벌할 수 있는지의 문제를 다룬 '대법원 1994. 12. 20. 선고, 94모32 전원합의체 결정'이 유명합니다. 판사 재직 시절에 실무가로서 논쟁에 참여하시어 더 주목을 받았습니까.

"이른바 '실화결정'으로, 대법원 해석을 두고 방법론적 논쟁이 있었습니다. 대법원은 관련 조문을 전체적·종합적으로 해석하는 방법을 취했고, 그 해석이 법규정의 가능한 의미를 벗어나지 않아 죄형법정주의의 원칙상 금지되는 유추해석이나 확장해석에 해당하지 않는다고 판시했습니다. 위 결정에 대하여는 "편집오류의 수정"이라고 찬성하거나, "법률수정"이라고 반대하는 견해들이 있습니다.

법해석의 목표는 입법자의 규범 목적을 파악하는 것이고, 그에 따라 해석 결과인 법리를 도출하는 것이 원칙입니다. 하지만 그 입법자의 의사나 표현에 오류가 있거나 그것이 명백하지 않는 경우, 결국 해석자가 규범 목적과 법리를 확정할 수밖에 없는 것이고, 이것이 바로 '합일이론'입니다.

대법원의 해석은 체계적 해석의 방법에 의한 평가모순의 금지에 따른 것이고, 문언의 가능한 의미를 벗어난 것은 아니라고 평가합니다."

Q. 외국에서도 실무가와 학자의 논쟁이 불붙는 경우가 왕왕 있습니다. '법과 도덕'에 대한 하트 교수와 데블린 판사의 논쟁이 국내에도 시사점을 줄 것 같은데, 이 문제에 대해 어떻게 생각하시는지.

※ 편집자 주

동성애의 비범죄화와 매춘 처벌 규정을 둘러싸고 하트 교수와 데블린 판사 사이에 논쟁이 불었다. 하트는 밀의 '해악의 원리'를 지지하며 "사회적 해악이 아닌 경우 도덕적 훈육을 위해 법이 간섭할 수 없다"고 주장했고, 데블린 판사는 "도덕이나 윤리 등에 대한 공통적 관념 없이 사회는 존재하지 못하며, 이는 사회를 통합시킨다"고 주장했다. <『법철학과 법이론 입문』 102p 참조>

"도덕이든 법이든 법질서에서의 수용이 선형적으로 결정되거나 정당화된다는 것은 생각하기 어렵습니다. 법과 도덕의 완전한 분리는 있을 수 없고, 상호 밀접한 관계에 있습니다. 라드부르흐는 "법과 도덕이 긴장 관계에 있지만 법의 목적은 도덕"이라고 말하기도 했습니다.

하지만 도덕은 법의 필요조건이지 충분조건이 아닙니다. 나아가 도덕주의, 즉 도덕의 극대화나 전면화의 요청은 전체주의의 특징이며, 자기모순에 빠진 지배자를 보게 되기도 합니다. 어떤 행위가 반도덕적이라는 이유로 형사상 범죄가 되고 처벌되는 것은 '도덕 과잉'입니다. 도덕의 문제를 법의 영역으로 끌어들이 처벌하는 것은 필연적으로 기본권의 제한이나 침해를 야기합니다. 이 경우, 정책 결정자 내지 입법자가 그 해악의 존재와 처벌 필요성을 입증할 책임이 있다고 할 것입니다.

결국 도덕의 법화와 같은 것은 법정책의 문제이므로, 정책 결정자가 그 해악의 정도뿐만 아니라 국민 의식과 시대정신을 잘 살피서 결정해야 합니다. "

Q. 심헌섭 교수님께서 주창하시고 교수님께서 견지하시는 '비판적 법실증주의'란 어떤 이론인가요.

"오늘날 법실증주의와 자연법론은 수렴 접근하는 경향에 있습니다. 법실증주의는 신의 전능을 지상의 입법자에 이전시킨 법률적 신학이었고, 법의 법이념에의 지향을 포기합니다. 자연법론은 그 방향과 추구하는 가치에 따라 보수적 기능과 혁명적 기능을 함께 할 수 있는 양날의 칼이 될 수 있습니다. 양 이론은 무엇이 정의인지, 정법인지를 달리 보는데, 어느 하나만 타당하다고 말할 수는 없습니다.

자연법론과 법실증주의의 수렴 접근이라고도 할 수 있는 '비판적 법실증주의'의 단초는, "정의 이념은 심각한 부정의를 인식하고 드러내는 역할을 함으로써 명백하게 옳지 않는 것에 대한 배제적 기능을 한다"는 것입니다. 정의로운 것이 무엇인가에 대해 합의하는 것은 어렵지만, 부정의가 무엇인가에 대한 일치의 가능성은 대부분 더 클 것이란 생각에 기초합니다. 다만 명백히 부정의한 것에 대한 합의가 있는 곳에서만 그 배제가 성공할 수 있습니다. 실정법이 승인하는 법원리인 신의칙 등과 같은 것이 법내재적으로 이러한 역할을 합니다.

즉, 헌법원리 등의 법원리(法原理: legal principle)가 부정의에 대한 비판적 기준이 되고, 법원리가 실정법 해석의 엄격성 및 형식성에서 비롯되는 현저히 부당한 결과를 시정하는 비판적 기능을 하는 것입니다. 이는 널리 법해석의 범주에 포함되고, 이러한 법해석은 넓은 의미에서의 규범통제에

해당하는데, 규범통제에서 법원리는 상위법의 역할을 하는 것입니다. 이는 법실무에서 실제 이루어지고 있고, 또 이루어져야 하는데, 이것이 바로 '비판적 법실증주의'에 부합하는 측면입니다."

Q. '정의'는 법학과 법철학의 핵심 화두이기도 하지만, 일반 국민 대다수가 추구하는 이상이기도 합니다. '정의' 개념은 어떻게 인식하는 게 좋을지.

"역사적으로 그 시대의 정의관에 따라 다양한 정의 기준이 있어 왔고, 정의는 상대적이고 관계적인 개념에 불과합니다. 오늘날 다양한 세계관이 경합되는 자유주의적 입헌국가에서, 규율문제에 대해 불변적이고 유일하게 정당한 해결책이 되어 줄 '정의'는 없다고 봐야 합니다. 예컨대 빈 라덴은 서방세계에 의해 불의한 테러범으로 처단되었지만, 지구 다른 쪽에서는 정의로운 순교자가 되기도 하는 것입니다.

'정의부정론' 내지 '비판론'은, 정치의 영역에서나 국민들이 기대하는 정의라는 것은 거대담론이며 정치적 구호에 불과하다고 이야기합니다. 기존 상태를 지키려는 세력이든 이것을 바꾸려는 개혁주의 진영이든, 모두가 '정의'라는 명분을 들고 나오기 때문입니다.

사법(司法)은 개별 사례에서 '타협 가능한 작은 정의'를 제공할 뿐입니다. 하지만 국민들은 과도하게도 사법이 진정한 정의의 수호자이길 기대합니다. 사법의 오류나 무지, 태만의 결과도 나올 수 있기 때문에, 사법에 대하여 국민들이 갖는 기대와 현실 사이의 괴리는 불가피합니다. 인간이 만들고 적용하는 법률은 눈에 띄는 정의를 드물게 제시할 뿐이므로, 단지 일정한 관용의 한도 내에서 받아들일 수 있는 '정당성'

정도로 만족해야 할 것입니다. 다만 법률가들이 정의에의 의지를 가지고 이러한 괴리를 줄이려는 노력을 하는 것은 중요합니다."

편집자 주

저자는 라트부르흐의 법이념의 3요소인

'정의, 법적 안정성, 합목적성'을 '정당성, 안정성, 효율성'으로 바꿔 부를 것을 제안했다. '정의'를 '정당성'으로 치환한 것은 위 답변과 같이 "사법은 개별 사례에서 타협 가능한 작은 정의를 제공할 뿐이라는 인식에서 비롯된 것으로 생각된다. <『법철학과 법이론 입문』 89p 참조> / 저자가 주장하는 '비판적 법실증주의'에서 나온 '비판적 정의론(소극적 정의론)'은 절대적인 정당성은 없고 무엇이 정의인지는 합의하기 어렵지만, 반대로 심각하게 부정의한 것은 사람들 사이에 합의 가능성이 더 크다는 점에 착안하여 주장된 이론이다. <『법철학과 법이론 입문』 144p 참조>

Q. '정의란 무엇인가'란 문제만큼 어려운 게 '법이란 무엇인가'라는 법 개념 문제인 것 같습니다. 책에서 "국제법이나 관습법까지 포괄하는 법 개념을 찾기는 어렵다"고 서술하신 부분은 오늘날 국제법의 중요성에 비추어 특히 주목됩니다.

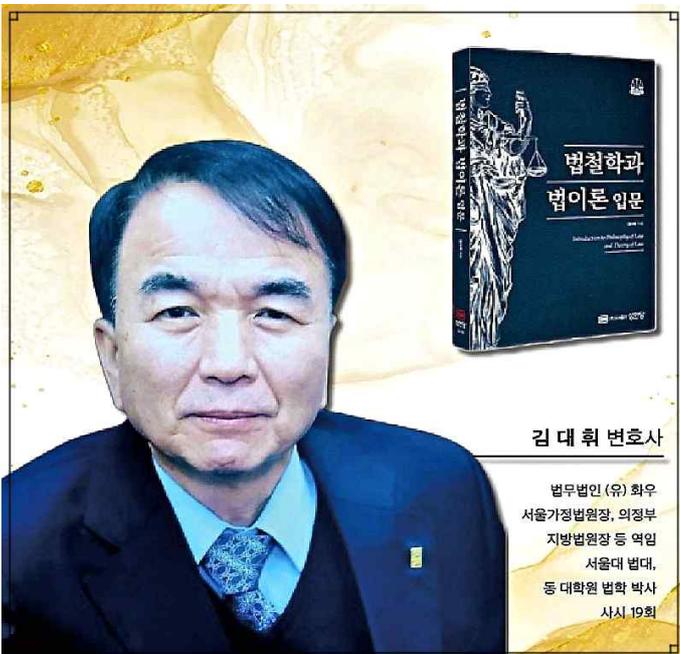
"법 개념의 정의, 특히 주류적인 법명령설은 기본적으로 국내법에 관한 것이고, 국제법은 아직 생성 중의 법이자 국내법에 '유사한 법 (law by analogy)'입니다. 국제법은 입법기관이나 집행기관이 없고 구속력이 국내법과 같지 않기 때문에 의문이 끊임없이 제기되고 있습니다.

하트는 "국제법과 국내법은 그 형식과 내용에 있어 유사점이 있고, 특히 내용의 유사성이라는 점에서 국제법만큼 국내법에 가까운 사회적 규칙은 다른 곳에 없다"고 말하기도 했습니다. 다만, 국제법도 국제평화나 정의와 같은 법이념을 지향하는 것이고, 국제규약이나 조약 등 실정법이 있으며, 단지 국가적 강제 등이 없지만 그에 유사한 제재가 동원될 수 있기에 국제법도 널리 법의 3차원적 관계 개념(법이념, 실정법, 법현실)에 포함되는 것이라고 생각합니다.

관습법의 경우 그 생성이나 성립에 국가가 관여하지 않기 때문에 주권자의 명령이 아니지만, 법관의 확인과 승인으로 법이 될 수 있는 판례법의 형태로 국가법에 편입되는 것이므로, 법명령설에 간접적으로 포섭될 수는 있습니다."

Q. 법관과 사법부가 사법신뢰를 회복하기 위해 어떤 노력을 해야 할지에 대한 변호사님 견해를 여쭙고 싶습니다.

"법관이 좋은 재판을 해야 사법 신뢰가 회복되고 우리나라의 공기가 맑아질 것입니다. 그런데 좋은 재판을 하는 것은 제도의 문제가 아니라 좋은 법관에게 달려 있는 것이고, 좋은 법관이 되는 것은 법관 각자의 의식과 각성에 맡길 수밖에 없습니다.



김 대 휘 변호사

법무법인 (유) 화우
서울가정법원장, 의정부
지방법원장 등 역임
서울대 법대,
동 대학원 법학 박사
사시 19회

정의에 대한 법률가들의 의지를 증시하는 '주관적 정의론'은 그러한 의지 또는 자세의 척도이자 규율로서 직업윤리의 문제를 직시하고, 법관 재교육의 필요성을 제기합니다. 사법부는 법관 교육이나 재교육을 하여 좋은 재판을 뒷받침하고, 법관들은 행위 전범(典範)을 내면화하면서 수단적 이념인 '재판의 독립'을 지키고자 스스로 노력해야 합니다. 더욱이 입법은 불완전하고 불비할 수밖에 없기 때문에 법관이 법해석과 적용 과정에서 필요한 경우, 사법적 정의와 사안의 적절한 해결을 위해 적극적 역할을 할 것이 요구됩니다.

재판업무에서는 최고법원의 역할이 중요합니다. 대법관은 바람직한 법관상이나 법원의 역할에 관한 모범을 보여주는 것이 필요하고, 상황에 따라서는 대법원장이 외풍을 막기 위한 성명을 발표하거나 법관 보호를 위한 적절한 조치를 취하는 등으로 해야 할 일도 있을 것입니다.

헌법재판소의 경우 헌법재판관의 비정치적 임명을 제도화하는 것이 필요한데, 이는 실현되기 어려운 방법입니다. 따라서 과도한 헌법화를 막고 두 개의 머리를 가진 최고법원 사이의 갈등을 해소하며, 헌재가 고립된 섬이 되지 않기 위하여는 대법원과 헌재의 통합이 필요하다는 게 제 개인적인 생각입니다. 대법원에 부를 두어(헌법부, 민사부, 형사부, 행정부 등) 전문화하면서, '헌법부'가 선거소송을 포함한 헌재 관할 사항을 다루되, 관할이 중복되거나 국가적으로 중요한 사안의 경우에는 대법원장 또는 통합기관의 장이 공동부를 구성해 판결하도록 하는 제도를 두는 게 필요하다고 생각합

니다. 물론 이는 개헌 사항입니다."

Q. 많은 말씀 나눠보았지만, 법철학의 여러 화두는 생각할수록 더 어려워지는 것 같습니다. 그럼에도 불구하고 법학도 또는 법률가들에게 법철학의 기본 지식과 철학적 사유가 요청되는 이유는 어디에서 찾을 수 있을까요?

"드워킨은 어려운 법적 문제에 대하여 하나의 정답이 있다고 말했지만, 인간의 인식능력의 한계 때문에 그 정답 내지 정법(正法)을 찾지 못하거나 잘못 판단할 수 있습니다. 유명한 올리버 윈델 홈스 대법관도, 나치 단종법의 선구라고 할 루이지애나주의 단종법 (sterilization law)에 대한 합헌결정으로 많은 비판을 받았습니다.

하드케이스에는 정답이 잘 보이지 않거나 다양한 해결 제안이 있을 수 있기 때문에 법관 등 권한 있는 국가기관, 즉 최종적으로는 최고법원에 결정을 위탁하고 있습니다. 대신 이 결정자들에게 윤리적이고 지적인 책임을 부과하는 것이고, 이 점이 앞서 언급한 '주관적 정의론'의 단초입니다. 법률가들에게 법철학의 기본 지식과 철학적 사유가 요청되는 이유를 여기에서 찾을 수 있습니다.

물론 법관 모두가 드워킨이 말하는 정치철학자에 준하는 초인 헤라클레스가 되기는 어렵지만, 법관을 포함한 법률가들이 그러한 노력은 해야 하고, 이를 통해 인식이나 판단능력을 제고하는 것이 중요하다고 생각합니다."

기사 2

대한변호사협회

“변호사의 판검사 평가제도…법원·검찰 민주적 정당성 확보하고, 국민은 좋은 재판 누리게 될 것”

대한변호사협회(협회장 이종엽)와 서울지방변호사회(회장 김정욱)가 최기상 국회의원과 함께 지난 8월 11일, 판·검사 인사 시 외부기관 평가 반영 필요성에 대한 토론회를 개최했다. 최기상 의원이 대표발의한 '법원조직법(의안번호 5598)' 및 '검찰청법 일부개정법률안(의안번호 6769)'이 이번 토론회의 배경인바, 동 법안들은 "법원 및 검찰 인사에 대한협

의 법관 및 검사평가 결과를 반영해야 한다"는 내용을 담고 있다.

최기상 의원은 "삼권분립의 한 축인 법관과 준사법기관인 검사는 그 임명 과정에 민주적 정당성이 없음에도 형식적인 법관 연임심사와 검사 적격심사를 통해 사실상 무기한 임기를 보장받고 있다"고 지적하면서, "현행 「법원조직법」과 「검찰청

법, 상 법관인사위원회와 검찰인사위원회, 검사적격심사위원회는 모두 그 위원 대부분이 법조인 또는 법률전문가로 구성되기 때문에 다양한 목소리가 나오기 어렵고, 그 논의 과정에서 국민의 의견이 거의 반영될 수 없다는 문제가 있다”며 문제의식을 나타냈다.

최 의원은 나아가 “판사와 검사의 인사를 내부에서 이루어진 평정에만 의존한 결과, 잘못된 수사와 재판을 하거나 수사와 재판에서 인권을 침해한 판·검사를 제대로 걸러내지 못하고 있으며, 판사와 검사의 인사를 전적으로 그 기관 내부에 맡겨두는 것은 국민들의 민주적 정당성 확보 요구를 저버리는 일”이라며, “법관인사위원회와 검찰인사위원회, 검사적격심사위원회가 ‘제 식구 감싸기’의 도구로 기능하지 않도록, 외부 기관에 의한 평가를 판·검사 인사에 반영하여 공정성과 타당성을 제고할 필요가 있다”는 인식을 보였다.

이종업 대한변협회장은 “(변호사에 의한) 법관 및 검사평가가 실제 인사에 반영되지 않는 이상 얼마만큼의 실효성이 있는지의 의문”이라면서, 현행 변호사 평가를 판·검사 인사에 반영해야 한다고 강조했다. 또한 “변호사는 해당 사건의 이해관계인이기 이전에 인권옹호와 사회정의 실현이라는 역할과 임무를 가지고 있고, 재판과 수사 과정에서 판·검사를 직접 겪은 경험을 바탕으로 평가하기 때문에 판·검사에 대해 가장 객관적이고 전문적인 평가를 할 수 있는 집단”이라고 말했다.

■ “변호사의 법관평가 인사에 반영하면 안된다”는 주장들, 어떤 논거로 반박했나

발제는 이민 변호사(대한변협 법관평가특별위원회 위원, 前 검사평가특별위원회 위원, 사법행정자문회의 산하 법관평가제도특별위원회 위원)가 맡았다. 그는 ‘변호사에 의한 법관평가를 인사에 반영하는 안에 반대하는 비판적 입장’을 조목조목 반박했다.

비판적 입장은 먼저, “변호사의 평가만 반영하는 경우, 변호사를 대리인으로 선임한 당사자와 그렇지 않은 당사자 사이에 불이익이 발생할 수 있는 구조를 형성한다”며 반대한다. 이에 대해 이 변호사는 “현재 변호사 강제주의를 채택하지 않고 있는 사법 현실에서 일면 타당한 지적이나, 이 지적은 ‘법관 인사에 다양한 목소리를 반영할 수 있도록 제도를 만들어나가야 한다’는 주장에 대한 근거가 될 수 있을지는 몰라도, 변호사에 의한 법관평가를 법관인사에 반영해서는 안된다는 주장에 대한 타당한 근거로 삼기는 어렵다”며 반박했다. 그는 “변호사강제주의 미도입으로 이런 폐해가 있게 된 사실을 감안하여, 차제에 독일에서 시행 중인 법률보충제도, 변호사강제제도 도입 검토를 적극적으로 시작해야 하고, 장

기적으로는 미국처럼 법원 관계자와 일반 국민까지 포함시켜 평가 주체를 확대하는 방안을 통해 문제점을 보완해나갈 수 있다”고 덧붙였다.

반대하는 비판적 입장은 “법관평가 대상이 되는 법관과 행정처 등 재판진행을 하지 않는 법관 사이에 차이가 발생하거나, 유효한 평가를 받은 법관이 전체 법관의 일부에 불과하여 평가를 받지 아니한 법관과의 형평성 문제 등이 발생할 수 있다”는 점도 지적한다. 이 변호사는 “평가를 받지 않은 법관 내지 재판업무의 진행을 하지 않는 법관은 보통의 수준으로 재판을 진행한 것으로 설정하여 불이익을 받지 않도록 하는 등, 인사 평가의 기술적인 방법으로 충분히 해결할 수 있는 단순한 실무상의 문제”라고 반박했다. 또한 “법관평가의 주된 목표는, 훌륭한 법관에게는 이익을 주고, 법관으로서 자격이 미달하는 법관에 대해서는 평정권자에게 깊이 있는 평가자료를 제공하며, 대다수 성실하게 업무를 수행하는 보통의 법관에게는 훌륭한 재판을 하기 위해 노력할 유인을 제공하는데 있다는 점을 상기할 필요가 있다”고 부연했다.

비판적 입장은 또한 “재판의 직접 이해당사자인 변호사가 주체가 되므로 객관적이고 공정한 자료로 보기 어렵고, (현행 변호사 평가는) 회원들의 참여율이 저조해 평가결과의 신뢰성과 대표성이 낮다”는 인식도 보였다. 이에 대해 이 변호사는 “변호사는 이익실현만을 활동 목적으로 하는 영리추구자가 아니라, 법에 따라 ‘기본적 인권을 옹호하고 사회정의를 실현함’을 사명으로 하고, 그 사명에 따라 성실히 직무를 수행하고 사회질서 유지와 법률제도 개선에 노력하여야 하며, 공공성을 지닌 법률 전문직으로서 독립하여 자유롭게 그 직무를 수행한다”고 주장하면서 “변호사를 단순한 이해당사자 수준으로 격하하지 말고, 변호사 제도의 존재 이유 자체를 존중해 달라”고 주문했다.

이 변호사는 또한 “법관평가는 법관이라는 직군에 대한 일반적인 여론조사가 아니라, 소송사건의 진행에서 보여준 법관의 태도와 직무능력에 관해 평가를 하고 그 평가를 통해 공정한 재판문화를 이룩하고자 하는 제도”라면서, “해당 법관의 직무수행상황을 직접 겪어본 사람이 해야 하는, 본질적으로 공공성이 인정되는 사법행정작용의 일부분”이라고 했다. 나아가 “회원 참여율을 높이는 것은 운영상의 문제로, 선고 후 판결문을 확인하기 위해서는 법관에 대한 평가를 완료해야만 하도록 하는 식의 간단한 방식을 통해서도 충분히 참여율을 끌어올릴 수 있다”고 설명하며, “제도 운영 방식을 어떻게 결정하느냐에 따라 마치 학생들에 의한 교수평가(강의평가)처럼, 100%에 가까운 참여율을 만들 수도 있다”고 내다봤다. 무엇보다 그는 “변호사들의 평가 권한 오남용으로 인해 법관

평가결과가 오염될 가능성이 두려워 인사에 반영하지 못하겠다는 주장은 '구더기 무서워서 장 못 담근다'는 것과 같이 본말이 전도된 주장"이라고 일축하며, "필요한 경우 평가자가 맡은 사건의 실제 승패 여부와 법관평가 간 상관관계를 학문적으로 연구하는 방안을 모색할 수도 있고, 유효평가수 조절이나 평가항목 및 절차의 세심한 설계 등을 통해 조율해 나갈 수 있는 문제"라고 주장했다.

■ "반영 여부 평정권자 재량에 맡기는 형태로 시작...의무 반영 장기목표로 하는 게 바람직"

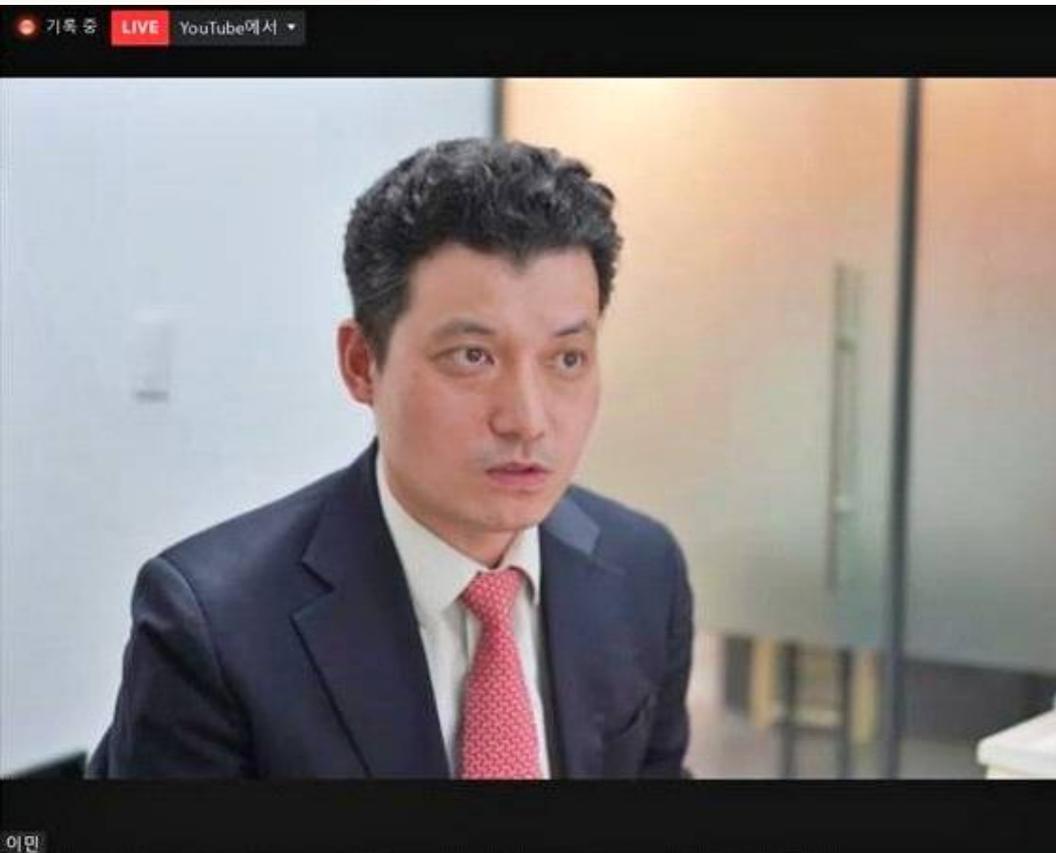
이민 변호사는 "미국 및 일본과 비교할 때 우리의 법관 등 인사 시스템이 더욱 폐쇄적인 걸 알 수 있다"고 말하며 미국과 일본의 경우를 소개했다.

사 등에게 설문조사를 하는 ①설문조사형, 조사위원들이 후보자를 비롯하여 후보자와 접점이 있는 다양한 사람들(변호사·법관 등)을 인터뷰하는 ②패널인터뷰형, 변호사 및 국민으로부터 정보를 받고 필요한 경우 공청회를 열어 증언하는 ③공청회형, 법관의 결격과 재임에 관한 위원회가 법관의 자기평가와, 변호사협회·동료 법관·법원 직원 등에게 의견을 조화하는 방식으로 진행되는 ④의견조회형으로 나눌 수 있다. 이 중 가장 많은 주에서 이루어지는 방식은 설문조사형이다. 법관평가에 참여하는 평가자는 주로 변호사이거나, 동료 판사, 법원직원, 통역사 등 재판관계자, 배심원을 포괄하는 형태까지 다양하게 이루어져 있다.

일본의 경우, 재판관 근무평정은 「재판관의 인사평가에 관한 규칙」에 근거하여 이루어진다. 동 규칙 제3조 제2항에 의하면 "평가권자는 인사(경영)평가에 있어서, 법관의 독립을 배

려하고, 다면적이면서도 다각적인 정보의 파악에 노력해야 한다. 이 경우 법원 외부에서의 정보에 관해서도 배려하도록 한다"고 규정되어 있다. 이에 근거하여 일본은 매년 6월경 변호사가 그 관할법원의 재판관에 대해 법관평가지에 따라 평가를 하고, 그 평가지가 평가권자인 소속 재판소장에게 제출된다. 다만, 재판소장은 스스로의 판단에 따라 이러한 평가결과를 인사에 반영할지 여부를 결정할 수 있다.

이 변호사는 제도 확립에 견인차 역할을 할 최기상 의원 대표발의 법률안 이외에도, 대법원장을 위원장으로 하는 사법행정자문회의에서 지난 6월 9일, "대한변협이 제시하는 평가제도, 평가기구의 구체적인 청사진을 수렴한 후 변호사 평가를 법관 인사에 활용하는 방안"에 대한 논의를 진행하기로 결정했다"고 전하며, "지금까지 상당히 폐쇄적으로



▲ 이민 변호사

그에 따르면 미국은 주민의 선거를 통해 법관을 선출한다는 점에서 법관의 임면 등에 대한 국민 참여 수준이 대단히 높다. 많은 주에 이미 변호사 등에 의한 법관평가제도가 확립되어 있고, 기본적으로 법관평가는 이러한 선거나 임명 등에서 판단의 자료 내지 근거를 제공하는데 중요한 자료로 기능한다.

미국의 법관평가 방법을 유형별로 보면, 재판에 참여한 변호

운영되어 온 법관 인사 제도의 개선 가능성이 그 어느 때보다 높은 상황"이라고 평했다. 그는 "대한변협은 사법행정자문회의에 제안할 청사진과 구체적인 시행 방안을 마련하여, 8월 중순경 계획안의 대강을 도출할 것으로 예정하고 있다"고 전했다.

검사평가에 대해서는, ①변호사에 의한 검사평가제도의 운영에 피평가자인 검찰의 의견이 일정 정도 반영될 필요성이 있

는 점 ②검사평가제도의 구체적인 운영에 있어 일정한 재량이 인정되는 영역은 세부적인 부분을 조율해나가야 하는 점 ③검찰의 독립을 침해하지 않으면서도 공정하고 객관적인 검사평가제도의 운영을 위해 일정한 단계를 거칠 필요성이 있는 점 ④그러면서도 예산, 인력 등의 관점에서 변호사에 의한 검사평가를 제도화하여 검찰청법에 명시할 필요성이 큰 점 등을 고려하여, “가령 검찰청법 제35조 제4항 제4호를 신설(기존 제4호는 제5호로 변경)하여 ‘제35조의2에 따른 검사의 근무성적 등의 평정 및 제39조에 따른 검사적격심사에 대한변호사협회 법관평가결과의 공정한 반영에 관한 사항’으로 규정함으로써 검사인사위원회에 검사평가결과의 반영 의무를 부여함과 동시에, 제도 형성에 일정한 재량의 영역도 인정하는 절충안을 생각할 수 있다”고 제안했다.

다만, “처음부터 바로 법관평가 결과 또는 검사평가 결과를 인사에 의무적으로 반영하도록 하는 경우 예상치 못한 여러 부작용이 나타날 수 있으므로, 평가절차와 평가항목을 세밀하게 조정하고, 구체적으로 운영을 해나갈 때 실제 드러나게 될 제도의 단점을 충분히 개선할 과도기적 시간이 필요하다”면서, “우선 평정권자에게 평정대상이 되는 법관과 검사에 대한 평가자료를 제공해 재량으로 평정 반영 여부를 결정할 수 있는 일종의 권한을 부여하는 형태로 시작하고, 의무 반영은 장기적 목표로 설정하는 단계적 추진이 바람직할 것”이라는 의견을 냈다.

■ “변호사의 자의적 평가 막을 장치와 허위평가한 변호사 징계도 마련해야”

오현철 전북대 사범대 일반사회교육과 교수는 이민 변호사가 변호사의 직업적 사명을 거론하며 객관적인 평가자로서 변호사의 적합함을 호소한 데 대하여 “‘직업적 사명’을 마음속 깊이 간직하는 변호사가 있을지 회의적”이라는 의견을 냈다. 그는 “변호사는 지금까지 전관예우의 당사자로서 ‘유전무죄 무전유죄’ 판결 관행을 만드는 데 일조했다”면서, “변호사의 평가 또한 비판하고 감시할 필요성이 있으므로, 변호사뿐 아니라 시민도 참여하여 판사들의 부당한 판결과 검사 등 법조인들의 부정한 관행을 비판적으로 감시하도록 해야 한다”고 주장했다. 평가에 참여할 사람들로서는 재판을 받아본 경험이 있는 시민, 다양한 이유로 법정에 방청객으로 참석한 경험이 있는 시민, 국민참여재판에 배심원으로 참여한 시민, 법원관련 시민단체 관계자, 법원 출입 기자 등을 들었다. 그는 “개정안에는 이러한 시민참여를 보장하는 조항도 포함해야 한다”는 견해를 보였다. 박종훈 대한변협 수석부회장은 “교수 평가도 처음에는 ‘제자가 어떻게 스승을 평가할 수 있느냐’며 많은 반발이 있었지만,

교수 평가 제도가 잘 안착된 지금에는 교수 평가를 통해 교수로 적합하지 않은 자를 교수직에서 퇴출할 수 있게 되었고, 교수들이 더 잘 가르치도록 노력하는 하나의 유인이 되어 궁극적으로 학생들이 더 좋은 강의를 누리게 되었다”면서 “검찰과 법원은 존재 자체만으로 목적이 될 수 없고, 공평한 수사와 정의로운 판결을 통해 국민을 섬기기 위해 판검사가 존재하는 것이란 점을 생각하면, 궁극적으로 국민이 좋은 재판을 누리도록 하기 위해 변호사 평가를 인사에 반영하고 안착시켜야 한다”고 주장했다.

그는 또한 “법원과 검찰 조직 내부의 근무평정만으로는 객관적으로 파악하기 어려운 것들이 있기 때문에, 제3자의 지위에 있는 변호사들이 직접 겪은 재판경험을 바탕으로 평가한 자료가 더해지면 평정권자는 더욱 많은 것들을 파악할 수 있다”면서 “이러한 외부평가를 통해 법원과 검찰은 민주적 정당성을 확보하고, 국민의 신뢰도 확보할 수 있을 것”이라고 내다봤다. 박 수석부회장은 변호사 평가의 객관성, 공정성, 신뢰성을 높이기 위해 평가 참여율을 향상시킬 필요가 있는 점을 인정하면서, “전자적 방식의 평가를 전국적으로 도입하거나, 평가에 참여한 변호사에게 일정한 혜택을 제공하는 등의 방안을 생각할 수 있다”고 말했다.

동아일보 배석준 기자는 “최근 법원의 사건처리가 적절한 속도로 진행되지 않는다는 지적이 계속해서 나오고 있고, 정치적 사건에서는 판사들이 사건을 담당하기 원치 않거나 판단을 미루고 싶어하는 경우가 많은데, 오히려 고법 부장판사 승진은 없어지면서 판사들이 신속하고 좋은 판결을 할 유인이 사라진 상태”라며, “이런 상황에서 사법서비스 향상과 국민에 대한 사법부의 본분을 다하기 위해 외부 평가를 도입할 필요가 있다”는 의견을 보였다. 배 기사는 특히 “SNS에 판사가 자신의 정치적 입장을 드러내거나 특정 사안에 대해 입장을 밝히는 경우가 빈번히 나오는데, 국민 입장에서는 이런 판사로부터 받는 재판을 불공정한 재판 또는 결론이 정해진 재판으로 여기게 된다”며, “영국 등 법의 지배가 정착된 국가와 같이 이러한 판결을 무효화 하는 제도가 없는 우리나라는, 외부평가를 통해 불공정한 판사들을 거를 수밖에 없다”고 말했다.

배 기사는 “다만 평가 기준은 재판 진행, 법관의 공정성 등 절차적 정의에 집중하여 만들어서 이를 일반에 공개해야 하며, 이렇게 해야 재판에 대한 부당한 개입이나 간섭에 해당하지 않게 된다”고 하는 한편 “특정한 정치 이념에 기반하는 등 변호사의 자의적 평가를 막을 수 있는 제도적 장치도 고민해야 하고, 판사에 대한 허위 평가를 한 변호사에 대한 징계도 가능토록 해야 한다”고 말했다. 검사평가 역시 법관평가와 마찬가지로 보직과 검사장 승진 등에 변호사단체의 평가가 반영되도록 하는 것이 바람직하다는 견해를 보였다.

기사 3

국제사법판례연구회

구글, 페이스북 등 글로벌 온라인 플랫폼 사업자에 대한 정보 삭제 요청 관련 유럽사법재판소 판례...국내에 주는 시사점은?

한국국제사법학회(회장 석광현 교수) 산하 국제사법판례연구회(회장 장준혁 교수)가 지난 8월 2일, "인터넷 국가관할권의 한계에 관한 유럽사법재판소 Google 판결 및 Facebook 판결의 검토"를 주제로 정기연구회를 개최했다. 이날 발표는 김앤장 법률사무소 정선아 변호사가 맡았다.

정 변호사는 "최근 Google, Facebook, Twitter 등 플랫폼을 통해 콘텐츠를 업로드하는 이용자들이 급증하면서, 이에 수반하여 명예훼손을 비롯한 온라인 인격권 침해 사례도 자연스럽게 증가했다"면서 "온라인 플랫폼을 둘러싼 입체적인 규제수단이 늘어나고, 유럽연합은 이른바 '잊혀질 권리'를 보장하기 위해 개인정보처리자에게 정보 삭제를 청구할 수 있는 권리를 일반개인정보보호규정(General Data Protection Regulation, 이하 'GDPR') 제17조에 명시적으로 도입하면서, 관련 유럽사법재판소 판례들을 살펴볼 필요가 있다"며 발표 배경을 밝혔다.

■ 잊혀질 권리 보장, 어느 범위까지 조치 요구할 수 있나... "Google France 판결"

Google France 판결(Google LLC, successor in law to Google Inc. v Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) (C-507/17) [2019])은, 유럽연합 회원국이 GDPR 제17조상의 잊혀질 권리를 보장하기 위해 온라인 플랫폼 사업자에게 어느 범위까지 조치를 요구할 수 있는지가 문제된 사안이다. 정 변호사는 "유럽연합뿐 아니라 전세계적으로 파장을 일으킨 사안"이라고 소개했다.

정 변호사에 따르면, 프랑스의 개인정보 국가정보처리자유위원회(Commission nationale de l'informatique et des libertés, 'CNIL')는 정보주체가 자기 이름의 검색결과에 대한 삭제를 요청하는 경우, Google은 유럽연합 또는 그 회원국에서의 검색결과만 차단할 것이 아니라 Google이 운영하는 모든 최상위 도메인의 검색 서비스에 대해서도 해당 검색결과를 삭제할 것을 명했다. Google은 이에 따르지 않고 유럽연합 또는 그 회원국 내에서의 검색결과에서만 정보를 삭제

하면서, 그 대안으로 geo-blocking 기술의 활용을 제시했으나 CNIL은 "이용자들이 이를 쉽게 우회할 수 있다"며 받아들이지 않았다.

CNIL은 2016년, Google에 10만 유로의 벌금을 부과했고, Google은 해당 처분의 취소를 구하는 소를 제기했다. 이에 프랑스 행정법원은 유럽사법재판소에 유럽연합법상 검색결과의 삭제가 전세계를 대상으로 수행되어야 하는지, 아니면 Google의 실무와 같이 유럽연합 내 또는 관련 회원국의 도메인에서만 삭제되는 것으로 충분한지에 대한 판단을 요청했다. 유럽사법재판소는 "EU 개인정보처리 지침과 GDPR은 검색엔진 사업자로 하여금 전세계적으로, 즉 모든 도메인의 검색결과에서 정보주체의 개인정보를 삭제할 것을 요구하지 않으며 원칙적으로 오직 유럽연합 역내에서 시행할 것만 요구된다"고 판단하면서, 그 근거를 아래와 같이 설시했다.

첫째, 유럽연합 회원국이 아닌 다른 국가들 중 일부는 잊혀질 권리를 인정하지 않거나 오히려 다른 접근방식을 취한다. 둘째, 개인정보 보호는 절대적인 것이 아니며 다른 근본적인 권리들과의 비교형량이 필요하다.

셋째, 개인정보 보호와 정보접근권 간의 간극을 어떻게 조율할 것인지에 관해서는 국가들마다 상당한 차이를 보일 수 있다.

넷째, 유럽연합의 법은 유럽연합 외의 영역에서는 검색결과 삭제에 관한 상충되는 이익의 균형점이나 역외적 적용 범위에 대해 입법적으로 정의하거나 그러한 정의를 위한 협력 체제를 제시하지 못하고 있다.

유럽사법재판소는 다만 "회원국의 법원 또는 규제기관이 개인정보보호와 정보접근권이라는 두 법익의 형량을 실시하여 전세계적으로 검색결과를 삭제할 수 있는 권한이 있다"고 덧붙이면서 어느 정도 여지를 남겨 두었다.

■ Facebook 판결에서는 "전세계적 효력 갖는 게시물 삭제 및 접근차단 요구 명령도 허용"

유럽사법재판소는 위 Google France 판결을 선고한 지 일

주일 만에 취지가 다소 상반되는 것으로 보이는 Facebook 판결(Eva Glawischnig-Piesczek v Facebook Ireland Limited (C-18/18) [2019])을 선고했다.

정 변호사에 따르면 이 판결은 “이용자가 Facebook을 상대로 자신에 관한 명예훼손적 게시물의 삭제를 요청하는 가처분을 신청한 경우, 유럽연합 회원국의 법원이 어느 범위까지 조치를 명할 수 있는지, 즉 해당 회원국 내의 접근만 차단 하도록 할 수 있는지, 아니면 전세계적인 접근의 차단을 명할 수 있는지가 문제된 사안”이다. 여기서는 개인정보 및 인격권의 보호에 관한 GDPR 제17조가 아닌, 명예훼손적 정보의 유통을 포함한 법 위반에 관한 전자상거래지침(Directive on electronic commerce) 제15조 제1항의 지역적 적용범위가 문제됐다.

2016년 오스트리아 국회의원이자 녹색당의 대변인이었던 Glawischnig-Piesczek은, 페이스북의 한 이용자가 자신에 관한 기사를 공유하면서 “파시스트당의 부패한 머저리, 더러운 반역자” 등의 말로 비난하는 글을 게시하자 Facebook Ireland에 해당 정보의 삭제를 요청했다. Facebook Ireland는 삭제 요청에 응하지 않았고, 그는 오스트리아 법원에 명예훼손적 정보를 차단하는 가처분을 신청했는데, 오스트리아 대법원은 유럽사법재판소에 해당 쟁점에 대한 판단을 요청했다. 유럽사법재판소는 “전자상거래지침이 법원의 명령의 지역적 한계에 관한 아무런 규정을 두고 있지 않으므로 전세계적 효력을 갖는 삭제 내지 접근차단을 요구하는 명령도 허용된다”고 해석했다. 아울러 “개별 회원국은 자국이 전세계적으로 효과를 미칠 수 있는 조치를 시행함에 있어 국제적 차원의 규칙을 고려하여야 한다”고도 판시했는데, 이에 대해 정선아 변호사는 “유럽사법재판소가 ‘국제적 차원에서 적용되는 규칙’에 어떠한 것이 있는지를 구체적으로 제시하지는 않았으나 국제사법과 국제공법을 모두 아우를 수 있는 개념”이라고 설명했다.

■ ‘잊혀질 권리’ 규정 없는 우리나라, “해외 입법례 비교할 때 규제 강한 측면 있어”

우리나라는 GDPR 제17조가 정하는 ‘잊혀질 권리’에 기반한 정보의 삭제청구권은 마련되어 있지 않다. 다만 명예훼손적 정보인 경우, 이용자의 요구 또는 방송통신위원회의 명령에 따른 조치에 관한 조항이 정보통신망법에 마련되어 있으며, 동법 제5조의2는 “이 법은 국외에서 이루어진 행위라도 국내 시장 또는 이용자에게 영향을 미치는 경우에는 적용한다”고 규정함으로써 역외적용도 허용하고 있다. 국내외 사업자의 역차별을 해소하고 국내법 집행의 실효성을 보장하려는

취지에서 2020년에 신설된 조항인데, 그럼에도 이 조항들의 구체적인 지역적 적용범위가 명확하지 않다는 게 정 변호사의 말이다.

정 변호사는 “이 조항의 신설 이전에 개최된 2018년 인터넷 상생발전 협의회에서, 역외적용이 가능한 행위유형의 범위를 특정하지 않으면 어떤 조항을 해외사업자에게 적용할 것인지 논란의 여지가 있을 수 있다는 견해가 있었으나, 이 점에 대한 심도 있는 고민은 이루어지지 않은 것으로 보인다”며 “정보통신망법에 역외적용 조항이 없었던 때에도 방송통신위원회는 국내에서 서비스가 제공되는 (또는 국내에서 영업하는) 해외사업자에게 관할권이 미친다는 것을 전제로 정보통신망법을 적용한 사례가 있지만, 2021년 7월 기준, 아직 우리나라에서는 글로벌 온라인 플랫폼 사업자에 대한 조치를 요구할 때 그 지역적 적용범위가 직접적으로 검토된 사례는 없는 것으로 파악된다”고 말했다.

그는 “외국의 입법례는 대체로 포털사업자 등의 민사책임의 면제 또는 감경에 초점을 맞추고 있는 반면, 우리나라는 오히려 역차별의 방지 차원에서 법에 역외적용과 국내대리인 조항을 추가하는 등 규제를 강화하는 측면이 강조되고 있어 국가관할권 행사의 한계에 관한 검토가 필요하다”는 문제의식을 보이며, “글로벌 온라인 플랫폼 사업자는 직접 법익 침해 행위를 하지 않았어도 그러한 행위의 존재를 인지하지 못하고 있는 사이 피해가 발생하면 가해자를 대신하여 피해자에게 신속한 구제를 제공할 것을 요구받고, 때로는 준사법기관처럼 법원이나 행정기관을 대신하여 조치를 집행하게 되는 독특한 지위에 있음을 감안해야 한다”고 주장했다.

나아가 “대상판결과 같은 사안에서 이용자의 인격권을 침해하는 정보를 삭제하거나 그러한 정보로의 접근을 차단하기 위해서는 플랫폼 사업자들의 조치에 의존할 수밖에 없다는 기술적인 한계가 있는데, 타인의 명예를 훼손하거나 법익을 침해하는 정보를 직접 작성하여 플랫폼에 업로드한 가해자와 해당 플랫폼을 운영한 사업자는 달리 취급할 필요가 있고, 특히 글로벌 온라인 플랫폼 사업자들의 경우 우리나라 법에 따라 조치를 취하는 과정에서 다른 국가의 법을 위반하게 되는 상황이 발생할 여지도 있으므로, 사업자의 예견가능성을 고려해서 국가관할권의 불합리한 확대를 제한할 필요가 있다”고도 덧붙였다.

실제 온라인 플랫폼 사업자에 대해 복수국가의 관할권이 경합하는 경우, 이것이 해당 사업자에게는 상당한 부담으로 작용하게 된다. 예를 들어 한국 이용자가 한국법 조항을 근거로 미국의 사업자에게 자신에 관한 정보의 삭제를 요청하거나 한국 규제기관이 한국법 조항을 근거로 특정 정보의 삭제

를 명하는 경우, 이를 이행하는 것이 미국법에 위반된다면 해당 사업자는 현실적으로 한국법을 준수하면서 미국법을 위반하거나, 미국법을 준수하면서 한국법을 위반하게 되는 '진퇴양난'의 상황에 처하는 것이다. 정 변호사는 "특히 명예훼손의 경우 우리나라와 같이 사실의 적시에 의한 명예훼손을 인정하는 국가가 드물기 때문에 다른 나라 법과의 충돌가능성이 더욱 크다"고 설명했다.

한편 정 변호사는, "국내에서 구글, 페이스북 등 글로벌 온라인 플랫폼 사업자를 상대로 소를 제기하려는 경우에는 해당 사업자가 국내에 법인을 설립해 두었다고 하더라도 그 국내

법인이 국내 서비스의 제공주체가 아닐 수 있다"며 "해외법인과 국내법인 중 어느 법인이 국내 서비스의 제공주체인지를 확인한 후, 그 회사와 소를 제기하는 원고 간 국제재판관할 합의가 이루어졌는지를 확인해야 한다"고 조언했다. 정 변호사는 "국제재판관할 합의는 주로 관련 서비스에 대한 이용약관 중 분쟁해결조항을 통해 이루어진다"면서 "글로벌 온라인 플랫폼이 연관된 소송에서는 관련 서비스 이용약관에 따른 합의를 소비자계약으로, 즉 이용자를 소비자로서 보아 관련 국제사법 제27조상의 특칙을 적용할 수 있는지 여부가 문제될 것"이라는 의견을 보였다.

기사 4

4 차 산업 혁 명 융 합 법 학 회

전 세계 50여개 국가, 국가 차원 인공지능정책 수립하고
실행하는데...국내 인공지능 관련 법정책의 현주소는?

4차산업혁명융합법학회(회장 한명관)가 지난 7월 9일, "인공지능기술 발전동향의 법정책적 고찰"을 주제로 컨퍼런스를 개최했다. 한명관 회장은 "현재 전 세계 50여개 국가들이 국가적 차원에서 인공지능전략을 수립하거나 실행하는 가운데, 이러한 글로벌 동향과 조화를 이루면서 우리 실정에 맞는 인공지능 관련 법제를 정비하기 위해서는 해외 입법동향을 면밀히 검토하는 것이 꼭 필요하다"며 개최 배경을 설명했다. 이날 김한균 한국형사법무정책연구원 선임연구위원이 미국의 입법동향을, 홍선기 국회의정연수원 교수가 독일의 동향을, 오승규 한국지방세연구원 연구위원이 프랑스 인공지능정책 개관을, 손형섭 경성대 교수가 일본의 최신 법제 동향을 발표했다.



■ "인공지능정책, 먼저 구체적 가치 설정하고 연구기반 확충한 뒤 사회적 합의 도출해야"

김한균 선임연구위원에 따르면, 미국 정부의 '국가인공지능 주도 전략 (National Artificial

Intelligence Initiative)'은 2020년 '국가인공지능전략법 (National Artificial Intelligence Initiative Act of 2020)'이 그 법적 기반이다. 공공과 민간부문에서 신뢰가능한 인공지능시스템을 개발하고 사용함에 있어 미국이 선도적 지위를 점하고, 사회경제 모든 부문을 인공지능시스템으로 통합하기 위한 인력을 준비하며, 모든 국가기관의 인공지능 관련 업무를 조정하기 위함을 목적으로 하고 있다.

국가인공지능전략법은 '인간이 규정한 일련의 목적을 위해 현실 또는 가상환경에 영향을 미치는 예측추천판정 기능을

수행할 수 있는 기계기반 시스템'을 시라고 정의하고 있다. 이 법에 따라 향후 5년간 인공지능연구개발과 교육과 기준 정립을 위한 정책 기본틀 구축에 65억달러의 예산이 투입될 예정이다. 또한 국가전략을 지원하기 위해 대통령 산하에 '국가인공지능주도전략실(National AI Initiative Office)' 및 '인공지능특위(Select Committee on AI)'를 둔다.

미국 각 주의 최근 인공지능 관련 입법 동향을 살펴보면, 특히 안면인식, 자율주행차와 같은 특정 인공지능기술 응용분야에 대한 개별 입법화를 추진하는 경향을 보인다는 게 김 선임연구위원의 설명이다. 2019년에는 15개주, 2020년에는 13개주, 2021년 현재는 16개 주에서 인공지능관련 법률이 도입되거나 법안이 논의되고 있다.

김 선임연구위원은 "인공지능에 관한 법적인 기본원칙과 윤리기준 정립의 정책은 미국과 같이 '신뢰가능한 인공지능시스템(trustworthy artificial intelligence systems)'이라는 구체적 가치를 설정하고, 연구기반을 먼저 확충한 후에 사회적 합의를 도출할 필요가 있을 것"이라고 시사점을 찾았다. 또한 "현재 한국의 국가차원 인공지능 전략과 입법동향에서는, 장기적 발전과 융합적 발전에 대한 전략이 불확실하다는 문제가 드러난다"고 진단했다.

이는 곧 단편적 단기적 전략과 로드맵의 각개 진행 현상으로 나타난다는 건데, 그 결과 전체 전략과 개별 전략 사이, 단기 전략과 장기 전략 사이, 핵심목표와 소극적 목표 사이, 주요 과제와 부수 과제 사이의 체계적 분별과 연결이 어렵게 될 뿐만 아니라 전략의 실행자, 즉 정부와 의회, 그리고 민간 기업과 전문가의 협력관계 규정도 어렵게 된다고 경고했다. 그는 "전략추진의 단계적 성과와 노정된 한계에 대해 전략적 사고에 기한 평가와 피드백이 작동하지 못하면, 전략실행의 국가적 경험을 축적하지 못하여 결국 인공지능 국가경쟁력 기반의 내실을 다지기 어렵게 될 것"이라고도 내다봤다.

■ 독일, "코로나 위기로 여러 가지 변수 생겼지만, 여전히 AI가 미래 핵심 기술이다"

홍선기 교수에 따르면, 독일 정부는 2018년 11월 처음으로 '국가 AI 전략'을 발표했다. 세계 최고의 AI 국가 건설을 목표로 하면서 2025년까지 30억 유로를 투입할 예정이었다. 이때 내세운 구체적 목표 세 가지는 '△유럽과 독일이 AI 개발과 적용 분야에서 글로벌 리더로 성장하기를 기대하며, 독일의 미래 경쟁력 확보 △정부의 지원을 통해 업무·환경·기후 등 각 분야에 AI 개발과 이용이 활성화 되도록 함 △지속적인 사회적 논의 및 합의를 통해 법적·윤리적으로 정리된 AI

를 사회에 적용'이다.

이것이 2020년 12월, '독일 연방정부 AI 전략 업데이트'로 발표됐다. 2020년 독일연방경제에너지부(BMWi)가 공개한 보고서 '독일 경제에서 AI 사용(Einsatz von KI in der deutschen Wirtschaft)' 연구가 그 배경이 됐는데, 이 연구에 따르면 설문 응답 기업 중 6%만이 AI를 사용하는 것으로 나타났다.

이에 2018년 11월 발표된 인공지능 전략 이후에 발생한 변화에 대응하고, 추가적인 조치를 보완하기 위해 경제, 과학, 정치, 사회 부문의 전문가 포럼을 진행한 끝에 업데이트 전략을 구성했다. 기술 이전 장애물 폐지 및 지원 서비스 확대 조치를 강화해 AI 생태계 구축과 확대를 목표로 하고, 신종 코로나바이러스 감염증(코로나19) 위기로 인해 생긴 여러 가지 변수 속에서도 AI가 미래 핵심 기술이라는 것을 다시 한번 강조한 것에 의미가 있다.

AI 관련 정부의 지원이 기존에는 2025년까지 약 30억 유로(약 3조9360억원)이던 것을, 2020년 업데이트는 50억 유로(약 6조5600억원) 수준으로 끌어올렸다. 특히 의료 보건 분야, 환경 이슈와 관련해 지속 가능한 개발 분야를 강화하고, 중소기업들의 AI 기술 수용력이 높아질 수 있도록 지원을 아끼지 않겠다고도 밝혔다. 전략의 주요내용은 "전문가 육성, 연구 지원, 지식 이전 및 기술 응용, 규제 프레임"으로 집중된다.

■ "프랑스, 특별법 없이 인공지능 법제가 전체 법체계와 조화 이루도록 모색"

오승규 연구위원은 프랑스의 인공지능 정책이 경제정책에서 출발했다고 전했다. 2018년 3월, 하원의원 C. Villani의 책임 아래 작성된 'Mission Villani Report'가 그 토대가 됐는데, 6개부문(①데이터 기반 경제정책 ②신속하고 실현가능한 연구 ③인공지능의 영향력 예상 및 통제 방안 ④인공지능을 통한 생태친화적 경제 구축 ⑤인공지능의 윤리 ⑥포괄적 및 다양한 인공지능)으로 구성된 밀라니 보고서는 그대로 'AI 권고안'으로 공식 채택됐다. 2018년 3월에 있었던 'AI for Humanity Summit' 국제회의에서 마크롱 대통령은 "2022년까지 AI 연구에 15억 유로를 투자하겠다"는 계획을 밝히기도 했다.

오 연구위원은 프랑스의 인공지능 정책이 주는 시사점으로 "사회문제 해결을 위해 인공지능 개발과 이용 목적을 설정하고, 국가주도의 전략 마련 및 투자, 데이터와 기술 공유를 위한 플랫폼 구축, 스타트업 육성과 활발한 투자 유치, 학제적 연구 네트워크 기반 구축이 이뤄졌다"는 점을 들었다. 또

한 “교육과 연구, 산업 간 협업이 공고화되었으며, 사회적 역기능에 대한 대응 방안도 아울러 준비한 점, 특별법 없이 인공지능 법제를 전체 법체계와 조화를 이루도록 모색한 점이 특징적”이라고도 전했다.

■ “AI 관련 권리침해 행위에 대한 민형사적 법적 기준 제시 필요하다”

손형섭 교수에 따르면 일본의 AI 윤리는 “인간중심 사회 AI 원칙”이다. 2018년 내각이 검토회의를 통해 도출해 낸 이 원칙은 “인공지능을 활용하여 사람, 시스템, 산업 구조 등 모든 면에서 사회를 재설계하고, 안전하게 이용할 수 있는 사회로의 변화를 추진”하는 한편 “판단 기준과 결정 이유를 알기 쉽게 설명할 권리를 기업에 부과”하여 최종책임을 인간이 지게 하는 등, 인공지능의 안전한 활용을 위한 정책적 방향

을 아울러 제시하고 있다.

이러한 인간중심 사회 AI 원칙 하에서 문제되는 법적 논점은 ▲인공지능 기술에 의한 사고 등의 책임 분배 명확화와 보험제도 정비 ▲개인정보와 프라이버시 보호를 포함한 빅데이터 이용 및 활용 ▲인공지능 기술을 활용한 창작물 등의 권리 검토 ▲법 해석, 법 개정, 법과 관련된 기본적 개념의 재검토 가능성 등이라는 게 손 교수의 설명이다.

손 교수는 일본의 이러한 상황이 우리에게 주는 시사점으로, “국내 AI 윤리 가이드라인의 부재, AI 윤리 및 정책 연구 필요, 민형사적 법적 기준 제시”를 꼽았다. 그는 “인공지능 관련 행위자의 보편적 책무성에 입각한 예방적 윤리에서, 권리침해 행위에 대한 행위자 중심의 사후적 처벌, 배상 시스템 정립이 필요하다”고 하는 한편 “윤리 수준을 넘어 인공지능이 기계, 로봇과 본질적으로 다르다는 점에서 ‘AI로봇법’, ‘AI법’ 등과 같은 관련법의 제개정이 요망된다”는 의견을 밝혔다.

대법원 판례

■ 2021두36103 부당해고구제재심판 정취소 (가) 파기환송- 회의록 양식에 의한 해고의 효력을 다툰 사건

대법원(주심 김재형 대법관)이 7월 29일, “그 서면이 회의록 형식이라고 하더라도 근로자가 위 서면에 의해 해고 통지를 받을 당시 이미 해고사유가 무엇인지 구체적으로 알고 있었고, 이에 대해 충분히 대응할 수 있는 상황이었으므로 위 서면에 의한 해고통지는 근로기준법 제27조를 위반한 것으로 볼 수 없다”고 판시했다. 위 서면에 의한 해고가 근로기준법 제27조 서면통지의 요건을 갖추지 못했다고 판단한 원심은 파기환송됐다.

소외인은 근로계약기간을 2019. 3. 1. 부터 2020. 2. 29.까지로 하되 1년의 사용기간을 두는 조건으로 원고에게 채용되어 인도네시아 현지법인 본부장으로서 근무했다. 소외인은 게이트벨브 공급업체(이하 ‘이 사건 공급업체’)에서

법인명의로 세금계산서를 발행받았는데, 경리직원의 이의제기에도 불구하고 그 대금을 이 사건 공급업체의 법인명의로 아닌 개인명의 계좌로 대금을 지급하면서, 이 사건 공급업체의 납세자 등록 여부 등에 관한 확인이나 별다른 조치를 취하지 않았다. 원고는 소외인의 사용기간 중 발생한 위와 같은 업무처리로 말미암아 인도네시아 현지에서 부가가치세를 환급받기 어려워지고 세무조사를 받는 등 불이익을 입을 수도 있는 상황에 처했다고 판단했다.

원고는 2019. 5. 16. 소외인의 이 같은 업무처리와 관련하여 회의를 진행하면서, 소외인으로부터 업무처리 경위와 후속조치 계획에 관한 사유서를 제출 받고, 이를 검토하여 퇴사를 명할 수 있다고 경고한 다음 같은 날 08:20부터 소외인의 업무를 정지시켰다. 원고는 회의 결과 최종적으로 소외인을 해고하기로 결정하고 이와 같은 사실을 기재한 회의록(이하 ‘이 사건 서면’)에

소외인으로부터 확인 서명을 받고 그 사본을 교부했다. 이 사건 서면에는 회의 일시, 장소와 참석자를 기재하고, ‘세금계산서 문제’로 회의를 개최하여 회사에서 구매한 물품에 대해 송금처가 법인명의 계좌가 아닌 개인명의 계좌로 되어 있어 소외인이 사유서를 제출했으며, 소외인에 대한 퇴사경고와 정직명령을 하되 소외인에 대한 퇴사 조치를 2019. 5. 16. 12:11으로 한다는 사실이 회의 내용으로 일목요연하게 기재되어 있었다.

원심은 이 사건 서면에 구체적·실질적 해고사유가 기재되지 않아 이 사건 서면의 기재만으로는 근로기준법 제27조에서 요구하는 해고의 서면통지 요건을 갖추지 못하였다고 판단했다. 그러나 대법원은 “근로기준법 제27조는 사용자가 근로자를 해고하려면 해고사유와 해고시기를 서면으로 통지해야 그 효력이 있다고 정하고 있는데, 이는 해

고사유 등의 서면통지를 통해 사용자로 하여금 근로자를 해고하는 데 신중을 기하도록 하고, 해고의 존부, 시기와 그 사유를 명확하게 하여 나중에 이를 둘러싼 분쟁이 적정하고 용이하게 해결될 수 있도록 하며, 근로자에게도 해고에 적절히 대응할 수 있도록 하려는 데 그 목적이 있다"면서 "사용자가 해고사유 등을 서면으로 통지할 때 해고통지서 등 그 명칭과 상관없이 근로자의 처지에서 해고사유가 무엇인지를 구체적으로 알 수 있는 서면이면 충분하다"고 판시했다.

■ 2021두34756 시정명령 및 계고처분 취소 (카) 파기환송- 항고소송에서 처분사유를 추가·변경한 사건

대법원(주심 노정희 대법관)이 7월 29일, 피고(처분청)가 당초 건축법 제11조 위반을 이유로 원고에게 원상복구 시정명령 및 계고처분을 했다가, 원심에 이르러 건축법 제20조 제3항 위반을 처분사유로 추가한 사안에서 "건축법은 '건축물'의 건축허가(제11조 제1항)와 '가설건축물'의 축조신고(제20조 제3항)에 관해 그 절차와 요건 등을 달리 정하고 있으므로, 원심에 이르러 건축법 제20조 제3항 위반을 처분사유

로 추가한 것은 당초의 처분사유와 기본적인 사실관계가 동일하지 아니한 새로운 처분사유를 추가하는 것으로서 허용되지 않는다고 봄이 타당하다"고 판시하며 원심을 파기환송했다.

원고들은 2019. 4. 경부터 이 사건 부지 지상에 이 사건 컨테이너를 설치하여 일부는 사무실, 식당, 화장실로 사용하고, 나머지는 창고로 임대하기 시작했다. 피고는 2019. 4. 29. 원고들에 대해 건축허가를 받지 않고 이 사건 컨테이너를 설치한 것이 구 건축법 제11조 위반이라는 이유로 원상복구의 시정명령을 할 것임을 사전통지한 뒤, 2019. 5. 20. 원고들에게 이 사건 컨테이너가 건축법 제2조 제1항 제2호의 건축물에 해당함에도 같은 법 제11조에 따른 건축허가를 받지 않고 이를 건축했다는 이유로 건축법 제79조에 근거하여 원상복구를 명하면서, 만약 위 기한 내에 원상복구를 하지 않을 경우 행정대집행을 통해 이 사건 컨테이너를 철거할 것임을 계고했다.

원고들은 2019. 6. 10. 피고에게 이 사건 부지 지상에 이 사건 컨테이너를 축조하는 내용의 가설건축물 축조신고를 했는데, 피고는 2019. 6. 25. 원고들에게 이 사건 컨테이너는 건축법 제2조 제1항 제2호에 따른 건축물에 해당

하므로 건축법 제11조에 따른 건축허가를 받아야 한다는 등의 이유로 축조신고를 반려했다.

원심은, 피고가 당초 '건축법 제11조 위반'을 이유로 이 사건 처분을 했다가 원심에 이르러 '건축법 제20조 제3항 위반'을 처분사유로 추가하는 것은 동일한 사실관계에 대해 단지 그 처분의 근거 법령만을 추가하는 것으로서 이를 새로운 처분사유의 추가라고 볼 수 없어 허용된다고 판시했다.

반면 대법원은 "처분청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실을 변경하지 아니하는 범위 내에서 단지 그 처분의 근거 법령만을 추가·변경하는 것에 불과한 경우에는 새로운 처분사유의 추가라고 볼 수 없으므로 행정청이 처분 당시에 적시한 구체적 사실에 대하여 처분 후에 추가·변경한 법령을 적용하여 그 처분의 적법 여부를 판단할 수 있지만, 처분의 근거 법령을 변경하는 것이 종전 처분과 동일성을 인정할 수 없는 별개의 처분을 하는 것과 다른 것은 경우에는 허용될 수 없다"며, "피고가 원심에 이르러 건축법 제20조 제3항 위반을 처분사유로 추가한 것은 당초의 처분사유와 기본적인 사실관계가 동일하지 아니한 새로운 처분사유를 추가하는 것으로서 허용되지 않는다"고 판단했다.

헌법재판소 판례

■ 2018헌마279 세무사법 제3조 등 위헌확인- 구 세무사법 조항 등에 관한 위헌소원

헌법재판소가 2021년 7월 15일, 변호사 자격이 있는 자에게 더 이상 세무사 자격을 자동으로 부여하지 않는 구

세무사법 제3조('이 사건 법률조항')와, 이 사건 법률조항의 시행일 및 경과조치를 정하고 있는 세무사법 부칙 조항이 모두 헌법에 위반되지 않는다는 결정을 선고했다. 이 사건 법률조항에 대하여는 재판관 5인이 기각의견(법정의견)을, 재판관 4인이 반대의견(헌법

불합치의견)을 냈다. 이 사건 부칙조항에 대하여는 재판관 4인이 기각의견(법정의견)을, 재판관 5인이 반대의견(헌법불합치의견)을 냈다.

1961. 9. 9. 세무사법 제정 이후, 50년 이상 변호사는 세무사법 제3조에 의해

세무사 자격을 부여받아 왔다. 그러나 2017. 12. 26. 법률 제15288호로 개정된 세무사법은, 세무사 자격시험에 합격한 사람 이외에 세무사 자격을 인정(이하 '세무사 자격 자동부여')하는 대상 중 변호사를 열거하고 있던 제3조 제3호를 삭제했다. 아울러 세무사법 부칙 제1조를 통해 위 법의 시행일을 2018. 1. 1.로 정하고, 위 부칙 제2조를 통해 위 법 시행 당시 종전의 제3조 제3호의 규정에 따라 세무사의 자격이 있던 사람은 개정규정에도 불구하고 세무사 자격이 있는 것으로 본다는 경과조치를 마련했다. 그 결과 개정 세무사법의 시행일인 2018. 1. 1. 이후에 비로소 변호사 자격을 취득한 사람은 더 이상 세무사 자격을 자동으로 부여받지 못하게 됐다. 이에 2018. 1. 1. 이후 변호사 자격을 취득한 청구인들은 위와 같은 개정 세무사법 제3조, 부칙 제1조, 제2조가 청구인들의 평등권, 직업선택의 자유, 행복추구권 등 기본권을 침해한다고 주장하며 이 사건 헌법소원심판을 청구했다.

법정의견(재판관 유남석, 이석태, 김기영, 문형배, 이미선)은 이 사건 법률조항에 대해 "변호사에 대한 세무사 자격 자동부여와 관련된 특혜시비를 없애고 세무사시험에 응시하는 일반 국민과의 형평을 도모함과 동시에, 세무분야의 전문성을 제고하여 소비자에게 고품질의 세무서비스를 제공하기 위해 마련된 조항"이라며 입법목적의 정당성과 수단의 적합성을 인정했다.

나아가 "변호사가 세무나 회계 등과 관련한 법률사무를 처리할 수 있다고 하여 변호사에게 반드시 세무사의 자격이 부여되어야 하는 것은 아니고, 변호사에 대해 세무사 자격을 부여할 것인지 여부는 국가가 입법 정책적으로 결정할 사안"이라면서, "세무사법은 세무사 제도가 정착되고 세무대리시장의 수급이 안정됨에 따라 세무사 자격

자동부여 대상을 점차 축소하는 방향으로 개정되어 왔다"는 점을 언급했다. 또한 "변호사에게 세무사 자격을 부여하면서도 현행법상 실무교육에 더하여 세무대리업무에 특화된 추가교육을 이수하도록 하는 등의 대안을 통해서 세무사 자격 자동부여와 관련된 특혜시비를 없애고 일반 국민과의 형평을 도모한다는 입법 목적을 달성할 수 없는 점, 변호사의 자격을 가진 사람은 변호사의 직무로서 세무대리업무를 수행할 수 있는 점" 등에 따라, 이 사건 법률조항이 최소성 원칙에 반하지 않는다고 봤다.

이 사건 부칙조항에 대한 법정의견(재판관 유남석, 이석태, 문형배, 이미선)은 "청구인들의 신뢰는 입법자에 의해 꾸준히 축소되어 온 세무사 자격 자동부여 제도에 관한 것으로서 그 보호의 필요성이 크다고 보기 어렵고, 설령 그것이 보호가치가 있는 신뢰라고 하더라도 변호사인 청구인들은 변호사법 제3조에 따라 변호사의 직무로서 세무대리를 할 수 있으므로 신뢰이익을 침해 받는 정도가 이 사건 부칙조항이 달성하고자 하는 공익에 비하여 크다고 보기 어렵다"며, 청구인들의 직업선택의 자유가 침해되지 않는다고 봤다. 나아가 "이 사건 부칙조항이 2018. 1. 1.을 기준으로 이미 변호사 자격을 취득한 사람과 그렇지 않은 사람을 달리 취급하는 것에는 합리적인 이유가 있으므로, 청구인들의 평등권을 침해하지 않는다"고 판시했다.

이 사건 법률조항에 대한 반대의견(재판관 이선애, 이은애, 이종석, 이영진)은 "이 사건 법률조항은 표면적으로 제시된 입법목적과 달리, 세무사 자격 시험 합격자가 세무서비스 시장에서 가지는 지배력을 강화하고, 나아가 법학전문대학원 교육이념의 취지에 부합하는 법조인을 양성하기 위한 국가의 협력의무 이행을 저해하는 것으로서,

정당한 입법 목적을 추구하는 것이라고 보기 힘들다"고 봤다. "설령 입법 목적을 '세무분야의 전문성 제고'라고 파악하여 그 정당성을 인정하더라도, 변호사에게는 세무사로서 수행할 수 있는 세무대리업무 전반에 관해 전문성이 인정되므로, 수단의 적합성을 인정할 수 없다"는 의견이다.

또한 "변호사에게 세무사 자격은 부여하되, 추가 교육 이수 등 다양한 대안을 마련함으로써 입법 목적을 동일한 정도로 달성할 수 있다"면서, 피해의 최소성 원칙도 충족하지 못한다고 봤다. "변호사에게 세무사 자격 자체를 부여하지 않는 것은 과도한 기본권 제한"이라고 하는 한편, 법익균형성 원칙과 관련해서도 "이 사건 법률조항으로 달성되는 공익의 정도는 불분명한 반면, 제한되는 사익의 정도는 매우 중대하다"고 판단했다.

이 사건 부칙조항에 대한 헌법불합치 의견(재판관 이선애, 이은애, 이종석, 이영진, 김기영)은 "이 사건 부칙조항으로 말미암아 이미 세무사 자격 취득에 대한 기대를 가진 채 상당한 노력과 시간을 들여 변호사 자격 취득을 위한 단계에 진입한 사람들은, 이제 세무사 자격을 취득하기 위해 종전과 달리 반드시 세무사 자격시험에 합격해야만 하게 됐고, 변호사에게 세무사 자격시험의 일부를 면제한다든지 유예기간을 두는 등의 일체의 조치가 마련된 바도 없으므로 이 사건 부칙조항으로 인한 신뢰이익의 침해 정도는 중대하다"며, 이 사건 부칙조항이 신뢰보호원칙에 반하여 직업선택의 자유를 침해한다는 의견을 냈다.

■ 2020헌가9 중소기업협동조합법 제137조 제2항 위헌제청- 중소기업중앙회 회장선거 관련 선거운동 제한 사건

헌법재판소가 2021년 7월 15일, 재판관 전원일치의 의견으로 "중소기업중

양회 회장선거에 관한 선거운동을 제한하고, 이를 위반하면 형사처벌하는 중소기업협동조합법 조항이 헌법에 위반되지 않는다"는 결정을 선고했다.

제청신청인들은 2019년 2월 28일 실시된 중소기업중앙회 회장선거와 관련하여, 선거운동 기간이 아님에도 협동조합 이사장들에게 지지를 호소하며 식사나 시계 등의 선물을 제공함으로써 선거운동을 했다는 중소기업협동조합법위반의 공소사실로 기소됐다.

심판대상조항을 포함한 중소기업협동조합법은, 공직선거법이나 공공단체등위탁선거에 관한 법률 등과 달리 선거운동의 정의나 선거운동으로 보지 않는 행위를 구체적으로 규정하지 않고 있어 문제됐다. 현재는 '선거운동'의 의미와 관련하여 심판대상조항이 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하는지 여부에 대하여 "선거운동의 의미, 심판대상조항의 입법취지, 관련 법률의 규정 등에 비추어 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람의 경우 금지·처벌되는 선거운동과 그렇지 아니한 행위를 구분할 수 있으며, 법집행자의 자의를 허용할 소지 역시 제거할 수 있다"고 판시했다.

심판대상조항 가운데 '선거운동 기간' 부분이 죄형법정주의의 명확성원칙에 위반되는지 여부가 문제된 데 대하여는 "심판대상조항의 입법목적이나 입법취지, 입법연혁, 관련 법률의 규정 등을 종합해 보면, 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람이라면 선거운동이 금지되는 선거운동 기간이 언제인지 합리적으로 파악할 수 있으며, 아울러 법집행기관의 자의적인 법해석이나 법집행의 가능성도 배제되어 있다"며 죄형법정주의 위반이 아니라고 판단했다.

과잉금지원칙 위반 여부 판단에서는

△심판대상조항이 선거운동 기간을 제한하고 그 기간 외의 선거운동을 금지·처벌하는 것은 이러한 위험을 방지하기 위한 것으로 그 입법목적이 정당하고, 이와 같은 선거운동의 금지와 처벌을 통해 선거의 공정성을 담보하고 선거 후유증을 완화할 수 있으므로 그 목적을 달성하기 위한 적합한 수단 이 된다는 점 △예비후보자 제도를 두지 않은 것이 특별히 불합리하다거나 부당하여 결사의 자유나 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것이라고 판단하기는 어렵다는 점 △선거의 과열·혼탁을 방지하여 선거의 공정성을 확보하고 선거 후유증을 최소화하기 위한 중소기업중앙회의 공익적 성격에 비추어 볼 때, 후보자 등이 제한받는 사익보다 달성하고자 하는 공익이 더 크다는 점 등을 들어 과잉금지원칙에 위반되지 않는다고 판시했다.

한편, "회장선거의 선거관리를 중앙선거관리위원회에 의무적으로 위탁하도록 하고 있고, 그 선거운동에 대한 법적 규율은 공공단체등 위탁선거에 관한 법률이 우선 적용되어 선거운동 기간 전이라도 예비후보자로 등록한 사람에 대해 일정한 범위에서의 선거운동이 허용되고 있는 농업협동조합중앙회, 수산업협동조합중앙회 등과 비교하여 평등원칙에 위반된다"는 청구인의 주장에 대하여는, "입법자는 각 중앙회가 담당하는 역할 및 사회 제반 여건 등을 종합적으로 고려하여 그 특성에 맞게 달리 규율하고 있다고 볼 수 있으므로, 위 차별은 합리적인 이유가 있는 경우에 해당하고 평등원칙에 반하지 아니한다"고 판시했다.

법정의견(재판관 이선애, 이은애, 이종석, 이미선의 합헌의견)은 △안경업소 개설 자체를 그 업무를 담당할 자연인 안경사로 한정하여 안경사 업무를 수

행하도록 하는 것은 국민보건 향상을 위해 요청된다는 점 △법인 안경업소가 허용되면 영리추구 극대화를 위해 무면허자로 하여금 안경 조제·판매를 하게 하거나 소비자에게 과잉비용을 청구하는 등의 일탈행위가 발생할 가능성이 높아지고, 고용된 안경사의 책임감이나 윤리성 등이 감소하며, 안경 조제·판매 서비스의 질이 하락하는 결과 발생할 우려가 있다는 점 △사후적 단속·구제로는 국민보건상 부작용을 미연에 방지할 수 없다는 점 △대규모 자본을 가진 비안경사들이 법인의 형태로 안경시장을 장악하면 자본력이 약한 개인 안경업소들은 폐업의 위기에 처할 가능성이 높고, 이로 인해 안경사와 안경소비자 간 인적·지속적 신뢰관계 형성이 어렵게 된다는 점 △현행 의료기사법과 이 사건 금지조항에 의하더라도 안경사들은 협동조합, 가맹점 가입, 동업 등의 방법으로 어느 정도는 법인의 안경업소 개설과 같은 조직화, 대형화 효과를 누릴 수 있다는 점 등을 언급하며 "심판대상조항은 과잉금지원칙에 반하지 아니하여 자연인 안경사와 법인의 직업의 자유를 침해하지 아니한다"고 판단했다.

재판관 유남석, 이석태, 이영진, 김기영, 문형배의 헌법불합치의견은 "법인 형태의 안경업소 개설을 허용할 경우 예상되는 부정적 효과들, 예를 들어 지나친 영리추구로 인한 폐해나 무면허자에 의한 안경 조제·판매와 같은 우려는, 안경업소의 개설 주체가 법인인지 자연인인지에 따라 달라지는 문제라기보다는 안경의 조제·판매에 있어 전문성과 책임성을 갖춘 안경사의 의사결정권한이 유지되고 있는지 아닌지에 달려 있는 문제로 봄이 합리적"이라며 과잉금지원칙 위반이라는 의견을 냈다.

해외법 뉴스

독일연방헌법재판소의 베를린 시 정부 임대료 상한제 위헌 결정 (BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 25. März 2021, 2 BvF 1/20)

〈출처: 사법정책연구원〉

부산지방법원 김도요 부장판사가 해외 연수법관 보고자료 Vol. 133를 통해 '독일연방헌법재판소의 베를린 시 정부의 임대료 상한제 위헌 결정'을 소개했다. 그에 따르면 독일 정부의 고정차임 상한의 역사는 제1차 세계대전 시점까지 거슬러 올라가는데, 바이마르 공화국 시기인 1917년, 계약상 합의된 차임을 법률상 공포된 차임으로 낮출 수 있는 제국임대차법(Reichsmietengesetz)을 채택한 이후부터 제2차 세계대전이 종결된 지 40년 이상이 지난 시점까지 고정차임 상한은 지속됐다. 1987년에 이르러서야 기독교민주당(CDU), 기독교회당(CSU), 자유민주당(FDU)에 의해 베를린 고정차임상한제가 폐지된다. 고정상한차임제가 폐지됐어도 연방 독일 민법(이하 '민법')에는 주택임대차 차임규제가 규정되어 있다는 게 김 부장판사의 설명이다. 주택임대차에 대한 조문들은 2001년 대폭 개정되기도 했다. 그에 따르면, 민법 제557조 이하에서는 차임의 합의에 관한 규정을 두고 있는데, 장래에 대한 차임 변경의 합의는 계단식 차임, 가계물가지수에 기반한 지수식 차임 방식으로 합의할 수 있다. 임대인은 민법 제558조에 따라 임차인에게 차임인상에 동의할 것을 청구

할 수 있다. 차임기준표 등에 의한 지역상례적 비교차임을 한계로 하여, 3년간 20%(주정부가 지정하는 주택 부족 지역에서는 15%)를 초과하지 않는 것을 조건으로(주택 개량, 관리비 상승의 경우 예외) 한다. 임대인이 차임인상을 일방적으로 청구하기 위해서는 임차료가 15개월 동안 변동되지 않은 상태여야 하고, 최근 차임 인상 요구가 있을 후 1년 이내에는 다시 인상을 청구할 수 없으며, 임대차 존속 기간 내에는 임대인과 임차인의 합의에 의해 차임을 인상할 수 있다.

2015년 6월 1일에는 '차임상승제동(Mietepreisbremse)' 규정이 제556d조부터 제556f조까지 도입됐다. 독일 대도시의 치솟는 차임은 2013 연방정부 선거에서 중요한 이슈 중 하나였는데, 기민-기사 연합과 사민당의 연합정부는 최초 개시차임에 대한 규제 근거가 없던 한계를 보완하고자 했다. 그 결과

2013년 말, 5년을 한도로 과밀지역을 지정하여 새롭게 체결하는 주택임대차 계약에서도 차임상승을 제한할 수 있는 권한을 주 정부에게 부여하는 조항을 민법에 반영했다.

이에 따라 주 정부는 최대 5년의 지정기간을 한도로 ①연방 평균보다 차임이 명백하게 높게 증가하고, ②해당 지역 가구의 차임 부담이 연방 평균보다 현저히 증가하고, ③신축으로 거주공간의 수요를 맞출 수 없을 정도로 거주인구가 증가하고, ④높은 수요가 있는데도 공실은 부족한 지역을 과밀지역으로 지정하여, 이 지역의 차임이 지역상례적 비교차임의 최대 10%를 초과할 수 없도록 했다[제556d(1), (2)]. 2019년 10월에는 이와 같은 권한부여 조항의 효력을 2025년 12월 31일까지 연장했다.

이런 상황에서 베를린 주 정부가 '베를린 주택 차임제한법(Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin, MietenWoG Bln)'을 2025년 2월 23일까지 한시법 형식으로 제정했고, 이 법이 2020. 2. 23.자로 발효됐다. 김 부장판사에 따르면, 소위 '차임덮개법(Mietendeckel5)'이라고 부르는 이 법은 크게 아래와 같은 내용으로



© Bundesverfassungsgericht

구성되어 있다.

① 2019. 6. 18. 기준, 합의된 차임(가구나 설비 등에 대한 모든 추가 비용을 포함한 순 차임)을 넘는 차임을 금지하여 차임을 5년간 동결(제1, 3조)하고, 계단식 또는 지수식 차임으로 합의되었더라도 위 기준일에 적용되는 차임이 적용된다.

② 다시 임대하거나 새로 임대하는 경우, 지역에 상관없이 입주준비가 된 연도와 설비를 기준으로 12단계의 차임상한을 설정했다(제1, 4, 6조).

③ 임대인의 주택개량조치가 있으면 차임을 인상할 수는 있으나, 그 요건을 민법보다 더 구체화하여 제한했고, 제곱미터당 1유로를 초과하여 인상할 수는 없도록 했다(제7조).

④ 이를 초과하는 차임은 금지되는데, 위 법에서 규정한 차임 상한을 20% 이상 초과하는 경우 초과차임으로 간주된다(거주지 상태에 따라서 상한에서 일부 공제 또는 가산해야 하는 금액이 정해져 있다)(제1, 5조).

■ “차임 규제, 주 정부와 연방정부의 입법 권한이 경합하는 영역...주법이 무효”

기민-기사연합과 자유민주당 소속의 독일연방의회의 국회의원들은 위와 같은 ‘베를린 주택 차임제한법’이 독일

연방헌법(이하 ‘헌법’)에서 부여한 입법권의 한계를 초과했다며 위헌법률심판을 청구했다. 독일 연방헌법재판소 제2재판부는 2021년 3월 25일, 위 법률을 위헌으로 판결했다.

재판부는 먼저 “헌법은 제70조 이하에서 연방과 주 사이 입법권을 최종적으로 배분하는 규정을 두고 있는데, 원칙적으로 연방과 주 모두에 중첩적으로 입법 권한을 두는 것은 이례적이고 연방은 헌법에서 명시적으로 부여한 경우에만 입법권을 갖는다”고 전제했다. 경합하는 입법권에 관하여는 헌법 제72조, 제74조, 제105조에서 각각 규정하는데, 연방헌법 제72조에 따르면, 연방정부가 경합하는 입법권을 행사하는 경우, 주 정부는 연방정부가 입법 권한을 행사하는 시점과 한도에서 그 권한을 잃는 것으로 규정되어 있다(이른바 ‘차단 효과’).

재판부는 “이 같은 차단 효과는, 경합하는 영역에서 주 정부가 미래에 새 법을 제정하는 것을 금지하고, 과거에 제정되었던 주 법에서 제정 권한의 근거를 제거하기 때문에, 이러한 주 법들은 무효가 된다”며 “이러한 차단 효과는 연방법과 주법이 같은 대상을 다룬다는 것을 전제한다”고 덧붙였다.

재판부에 따르면 특별한 공적 제한이 부과되지 않은 주택공간의 차임에 대한 규제는, 사회적 임대차법의 일부로

서 헌법 제74조 제1항 제1호가 규정한 민법 분야에 속하여 경합하는 입법권이 부여된 영역이다. 재판부는 “연방정부는 민법 제556조부터 제561조에서 차임에 관한 법을 민법의 일부로 규정하여 경합하는 입법영역의 입법권을 행사했다”면서 “주 정부는 헌법 제80조 제1항 2문에 따라, 연방정부가 그 내용, 목적, 정도를 정한 범위의 한도에서 규정을 제정할 수 있을 뿐”이라고 판시했다. 연방정부가 공적 제한이 부과되지 않은 주택공간에 있어서 차임의 최상한을 규정하는 것과 관련하여 이미 입법권을 행사한 이상, 주 정부는 이 영역에서 차임을 규제할 수 있는 권한이 없다는 것이다.

나아가 “베를린의 ‘차임덮개법’과 민법상의 차임상승제동규정은 본질적으로 공적 제한이 없는 주택공간에서 과도한 차임으로부터 임차인을 보호하는 동일한 대상을 규율하고 있다”는 게 재판부의 판단이다. 재판부는 “베를린 주택 차임제한법은 연방법의 규율에 따라 임대차계약의 당사자에게 남겨진 결정의 여지를 더 좁게 만들었고, 주 정부 차원에서 연방정부의 규정과 동시에 존재하는 시장과 무관한 고정상태의 규정을 도입했다”며 “일종의 강행규범 창출이자, 연방법에 따른 법적 결과 및 관련 당사자들 간의 이해조정을 바꾼 것”이라고 판시했다.

입법 뉴스

■ 8월 첫째 주 시행법령

1. 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률- 8/4 시행

- 개정 이유 및 주요 내용

: 데이터는 사물인터넷, 인공지능 등으로 대표되는 4차 산업혁명의 흐름 속

에서 혁신성장의 토대가 될 것으로 기대되고 있는데, 특히, 금융분야에서는 소비·투자 행태, 위험성향 등 개인의 특성을 반영한 맞춤형 금융상품의 개발 등 데이터의 활용가치가 매우 높다. 그러나 우리나라는 빅데이터 이용률이 저조하고, 빅데이터 활용과 분석수준도 다른 나라에 비해 뒤쳐져 있는 실정이

다. 이에 데이터 경제로의 전환이라는 전 세계적 환경변화를 적극적으로 수용하면서 적극적인 데이터 활용으로 소비자 중심의 금융혁신 등의 계기를 마련하기 위하여, 빅데이터 분석·이용의 법적 근거를 명확히 함과 동시에 빅데이터 활용에 따라 발생할 수 있는 부작용을 방지하기 위한 안전장치를

강화한다. 또한 일반법인 「개인정보 보호법」과의 유사·중복 조항을 정비하는 등 데이터 경제의 활성화를 위하여 규제를 혁신하고, 본인신용정보관리업, 전문개인신용평가업 및 개인사업자신용평가업의 도입 등을 통해 신용정보 관련 산업에 관한 규제체계를 선진화하며, 개인신용정보의 전송요구권 부여 등을 통해 신용정보주체의 권리를 강화한다.

2. 환경친화적 자동차의 개발 및 보급 촉진에 관한 법률 시행령- 8/5 시행

- 개정 이유 및 주요 내용

: 공공기관과 지방공기업의 모든 업무용 차량을 환경친화적 자동차로 구매하도록 함으로써 환경친화적 자동차의 보급을 촉진한다.

완속충전시설을 이용하는 환경친화적 자동차를 충전에 필요한 시간을 초과하여 장시간 충전구역에 계속 주차한 경우, 10만원의 과태료를 부과하도록 함으로써 환경친화적 자동차 이용자의 충전 불편을 해소한다.

3. 건축법 시행령- 8/7 시행

- 개정 이유 및 주요 내용
: 감리업무를 내실화하기 위해 설계자

를 공사감리자로 지정할 수 있는 건축물 중 신기술을 적용하여 설계하거나 역량 있는 건축사가 설계한 건축물의 범위를 한정·축소하는 등의 내용으로 「건축법」이 개정됨에 따라, 설계에 적용한 신기술 및 설계자인 역량 있는 건축사의 범위를 정한다.

또한 건축물의 안전을 확보하기 위해 여러 사람이 이용하는 가설건축물의 구조 및 피난에 관한 안전기준과 산후조리원의 화재안전기준을 강화하고, 국민 불편을 해소하기 위해 신·재생에너지 설비를 설치한 건축물의 건축면적 산정기준을 완화하며, 단독주택 및 공동주택 용도의 인정범위를 확대한다.

■ 한국법학원 회비 납부 안내

연회비	연회비 납부방법	유료회원 서비스	납부계좌
1. 교수, 판사, 변호사, 검사, 법무관 등 개인 회원 : 3만원	1. 홈페이지 가입 2. 연회비 납부 후 한국법학원으로 전화 또는 이메일 3. CMS 신청 가능: 사무국으로 문의 (02-753-6002/ksl@lawsociety.or.kr)	1. <저스티스> 연6회 제공: pdf 다운 가능 2. 심포지엄, 포럼 등 행사 참석 가능 (자료집 제공)	(우리은행) 052-500872-01-015 (국민은행) 815637-04-000084 (신한은행) 302-05-032394
2. 법대도서관, 법률관련 기관 등 단체 회원 : 5만원			

☺ 한국법학원이 만드는 모든 기사·컨텐츠는 홈페이지 www.lawsociety.or.kr '뉴스레터' 탭에서 확인하실 수 있습니다.