

明知法學

제21권 제2호



2023

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

안녕하십니까. 계묘년 새해에 명지법학 제21권 제2호를 발간하게 된 것을 기쁘게 생각합니다.

명지법학은 2020년 등재후보학술지로 선정된 이후 2년만인 2022년에 한국연구재단의 학술지평가 결과 드디어 등재지로 선정되는 큰 개가를 올렸습니다. 명지법학의 등재지 선정은 명지대학교 법과대학의 여러 교수님들과 대학원생들, 그리고 꾸준히 귀한 논문을 기고해주신 여러 분들 덕택입니다. 이전에 법학연구소장을 맡아서 애써주신 여러 학장님들과 그간 논문을 투고해 주신 모든 분들 및 논문을 심사하여 주신 심사위원님들께 감사드립니다. 특히 지난 2년 동안 학술지평가를 위해 간사로서 많은 고생을 하신 안수길 교수님과, 그 전에 간사로 수고해주신 김주영 교수님께 이 자리를 빌려 감사의 말씀을 전합니다.

이번 호에는 많은 논문들이 투고되었고, 엄격한 심사를 통해 총 8편의 논문이 수록되었습니다. 공유지분 및 공유물 처분, 내시경 기술, 사이버안보법, 반대주주의 주식매수청구권, 사모펀드 운용구조, 국제투자협정상의 쟁점 등 다양한 주제를 다루었으며, 글로벌 시대에 맞게 중국어 및 일본어로 작성된 논문도 두 편 수록되었습니다. 수록된 논문들은 향후 입법의 방향과 관련 실무에 있어서 중요한 학문적 토대가 될 것이라 자부합니다. 투고해 주신 여러분들께 다시 한 번 감사드립니다.

끝으로, 명지법학 제21권 제2호가 나오기까지 수고해주신 이윤제 논문편집위원장과 편집과 출판 등 간사 업무를 맡아주신 안수길 교수님, 여러 수고로운 일을 맡아주신 구지혜 법학연구소 교육조교께 감사드립니다. 올 한해도 원하시는 바 모두 이루시고 늘 건강하시기를 기원합니다.

2023년 1월 명지대학교 법학연구소장
최 세 련

목 차

[간 행 사]

[연구논문]

- 공유지분의 처분 및 공유물의 처분과 관련한 몇 가지 문제에 대한 소고
.....박 의 근 / 1
- 中國冰雪資源開發與利用的法治保障研究－以吉林省爲例
.....한창선 · 정연부 / 19
- 사모펀드 사태에서 펀드 운용구조상 문제점 및 개선방안
.....정 민 희 / 35
- 내시경 시술에 관한 판례의 분석과 법적 고찰
..... 김성은 · 최아름 · 백경희 / 61
- 반대주주의 주식매수청구권
-대법원 2022. 4. 14. 선고 2016마5394, 5395(병합), 5396(병합) 결정을 중심으로-
.....윤 은 경 / 89
- 국내 사이버안보법 입법 현황과 제언사항
..... 유인수 · 류연승 · 한주희 · 조성경 · 신혜영 / 107
- 국제투자협정상 공정·공평대우 규정에 대한 연구:
론스타 사건 한국외환은행 지분매각 승인지연 쟁점을 중심으로
.....민 한 빛 / 133
- ビデオリンク方式による遠隔地での証人尋問に関する検討
..... NAKAMURA Mariko / 175

[부 록]

「명지법학」 편집규정	203
「명지법학」 투고규정	206
「명지법학」 연구윤리 규정	209
「명지법학」 원고작성 지침	212

공유지분의 처분 및 공유물의 처분과 관련한 몇 가지 문제에 대한 소고

박 의 근*

논문요지

공유는 물건이 지분에 의하여 수인의 소유로 되어 있는 공동소유형태이다(민법 제262조 제1항). 즉, 공유는 공동의 목적 하에 결합된 인적 결합관계가 아닌 수인이 지분에 의하여 1개의 물건을 공동으로 소유하는 관계이다.

공유에서는 단독소유에서와는 달리 동일한 물건(공유물)에 대하여 다수의 소유자가 존재하기 때문에, 공유자 상호간 이익의 균형(조율)과 공유물의 효율적 운영이 매우 중요하다. 이에 따라 공유에서는 공유자들의 이익과 공유물의 효율적 운영을 위하여 공유물에 대한 일정한 행위에 대해 서로 다른 정족수를 요구한다. 즉, 우리 민법은 개인주의적인 공동소유의 형태인 공유의 특성에 따라 각 공유자에게 자신의 지분에 대한 지분처분의 자유를 인정한다(민법 제263조). 그러나 각 공유자는 공유물의 전부를 자신의 지분의 비율로 사용·수익할 수 있으며(민법 제263조), 공유자 중 1인 또는 제3자가 지분과반수의 합의가 없이 공유물의 전부 또는 일부(특정부분)를 배타적으로 사용하는 경우에 다른 공유자는 자신의 지분의 비율에 따라 부당이득의 반환을 청구할 수 있다.¹⁾ 또한 공유자 중 1인 또는 제3자가 공유물에 대하여 불법행위를 한 경우에도 각 공유자는 특별한 사유가 없는 한 그의 지분에 상응한 비율의 한도에서만 손해배상청구권을 행사할 수 있다.²⁾ 그리고 공유자는 공유물의 관리비용 기타의 의무에 대해 자신의 지분의 비율로 부담하게 된다(민법 제266조 제1항). 반면에 공유물의 이용 및 개량 등 관리에 관한 사항은 공유자의 지분의 과반수로써 결정하고(민법 제265조 본문), 공유물의 처분·변경을 위해서는 공유자 전원의 동의가 요구된다(민법 제264조). 이와 같이 공유에서는 공유자 상호간의 이익과 공유물의 효율적 운영을 위해 공유물에 대한 일정한 행위에 대하여 서로 다른 정족수를 요구하며, 여기에는 공유지분과 공유자의 수가 중요한 역할을 담당한다.

그런데 공유자의 일정한 행위에 대해 위의 법리를 따를 경우 공유자 상호간의 이익을 조율함에 있어서 문제가 발생할 수 있다. 즉, 각 공유자는 자신의 지분을 다른 공유자의 동의 없이 자유로이 처분할 수 있는데(민법 제263조), 이러한 처분은 자신의 지분 전체에 대해서도 가능하지만 자신의 지분에 대한 부분적 처분도

* 경북대학교 법학연구원, 스위스 프리부르/프라이부르크대학교 박사과정 및 독일 프라이부르크대학교 박사과정, 법학박사.

1) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011다42430 판결; 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2020, 539면.

물론 가능하다. 공유자 중 1인이 자신의 지분을 분할하여 수인에게 양도(처분)하면 기존의 공유관계에서 공유자의 수가 그만큼 증가하게 된다. 그리고 이 경우에 공유지분의 관점에서는 다른 공유자의 권리에 영향을 주지 않으나, ‘공유자의 수’의 관점에서는 일정부분 다른 공유자의 권리에 중요한 영향을 미치게 된다. 따라서 지분의 부분적 처분에 있어서 다른 공유자의 권리를 보호하기 위한 일정한 방안이 마련되어야 한다.

한편, 공유자 중 1인이 자신의 지분을 분할하여 지분 중 일부를 다른 공유자에게 양도하는 경우 공유관계 내에서 공유자들 상호간 공유지분의 변경이 발생한다. 이러한 지분의 변경에 대해 다양한 견해가 있을 수 있지만, 지분의 변경을 단순한 지분의 처분으로 본다면 각 공유자는 다른 공유자의 동의 없이 자신의 지분을 분할하여 자신의 지분 중 일부를 다른 공유자에게 자유로이 양도할 수 있다. 반면에 지분의 변경을 공유물에 대한 처분으로 본다면 이를 위해서는 공유자 전원의 동의가 요구된다. 이는 공유자들 상호간 이익의 조정이라는 관점에서 공유자들에게 중요한 영향을 미칠 수 있으므로, 이에 대해서도 면밀한 검토와 이론적·법적 보완이 필요하다고 할 수 있다.

본 연구에서는 위에서 소개한 지분의 부분적 처분 및 지분의 변경과 함께 공유물의 처분시 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하는 경우의 법률관계와 이러한 검토를 위해 선행적으로 규명되어야 하는 공유물 처분의 법적 성질에 대하여 면밀히 검토해 보고자 한다. 또한 본 연구에서는 공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 공유물 전부를 처분한 경우의 법률관계에 대해서도 함께 검토해 보고자 한다.

검색용 주제어: 공유, 공유지분의 부분적 처분, 지분의 변경, 공유물의 처분, 공유물 처분의 법적 성질

· 논문접수: 2022. 12. 11. · 심사개시: 2023. 01. 09. · 게재확정: 2023. 01. 25.

I. 머리말

민법은 물건이 지분에 의하여 수인의 소유로 된 때에는 공유로 한다고 규정한다(민법 제262조 제1항). 즉, 공유는 공동의 목적 하에서 결합된 인적 결합관계가 아닌 수인이 1개의 물건을 지분에 의하여 공동으로 소유하는 관계이다.

공유에서 각 공유자는 자신의 지분을 자유로이 처분할 수 있다(민법 제263조 전문). 즉, 각 공유자는 다른 공유자의 동의 없이 자신의 지분을 양도하거나 포기할 수 있으며,³⁾ 자신의 지분에 대해 담보물권을 설정할 수도 있다. 공유자들이 지분을 처분하지 못한다고 특약을 한 경우에도,⁴⁾ 이 특약은 당사자 간에서만 효력(즉, 채권적 효

2) 대법원 1970. 4. 14. 선고 70다171 판결; 송덕수, 앞의 책, 540면.

3) 대법원 1972. 5. 23. 선고 71다2760 판결.

4) 지분처분금지의 특약에 대한 2004년 민법개정안(부동산등기법의 개정안 포함)에 대해서는

력)이 있을 뿐이므로, 양수인은 지분을 취득한다.⁵⁾ 그리고 부동산등기법에는 지분처분금지(지분양도금지)의 특약을 등기할 수 있다는 규정이 없으므로, 현재로는 부동산에 대한 공유에서도 이 특약을 등기할 수가 없다.⁶⁾ 공유에서 지분의 비율은 공유관계의 발생 원인에 의하여 정하여진다. 즉, 당사자의 의사에 의하여 공유관계가 발생한 경우에는 당사자 간의 계약에 의하여 정하여지고, 법률의 규정에 의하여 발생한 경우에는 법률의 규정에 의하여 정하여진다(민법 제254조 단서·제257조 후단·제258조·제1007조). 그러나 지분의 비율이 분명하지 않은 경우에는 각 공유자의 지분이 균등한 것으로 추정된다(민법 제262조 제2항). 부동산에서 공유지분의 비율에 관한 약정이 있는 경우에는 지분의 비율을 등기하여야 한다(부동산등기법 제48조 제4항). 따라서 지분에 관하여 각 공유자 사이에 약정이 있더라도, 그 비율을 등기하지 않고서 단순히 공유의 등기만을 한 때에는 제3자는 각 공유자의 지분은 균등하다는 추정이익을 받게 된다. 다만, 추정된 지분의 비율과 실제의 지분비율이 다른 것으로 증명된 경우에는 실제의 지분으로써 제3자에게 대항할 수 있는지에 대해 견해가 대립한다.⁷⁾

공유관계에서 각 공유자가 가지는 지분은 공유물에 대한 자신의 권리관계를 주장함에 있어서 중요한 역할을 한다. 즉, 각 공유자는 공유물 전부를 자신의 지분의 비율로 사용·수익할 수 있으며(민법 제263조), 공유물의 관리에 관하여는 공유자의 지분의 과반수로써 결정한다(민법 제265조 본문). 뿐만 아니라 각 공유자는 자신의 지분의 비율에 따라 공유물의 관리비용, 기타의무를 부담한다(제266조 제1항). 물론 공유에서는 지분과 함께 공유자의 수 역시 공유자의 권리관계에 있어서 중요한 역할을 한다. 즉, 공유에서 공유물의 처분과 변경은 공유자 전원의 동의를 요구하기 때문에 공유에서는 공유지분과 함께 공유자의 수 역시 공유관계에서 공유자들의 권리관계를 확정하는데 중요한 역할을 담당한다. 그런데 공유자 중 1인이 자신의 지분 중 일부분을 분할하여 제3자에게 양도(지분의 부분적 처분)하거나 공유자 중 1인이 자신의 지분을 분할하여 지분 중 일부를 다른 공유자에게 양도(지분의 변경)한 경우에, 기존의 공유관계에서 공유자의 권리에 대한 중요한 변경이 발생하게 된다.

한편, 공유에서 공유물의 처분은 공유지분의 처분과는 달리 공유자 전원의 동의를 요구한다(민법 제264조). 우리의 경우 아직 공유물 처분의 법적 성질에 관해서는 연구가 활발히 이루어지고 있지 않으나, 공유물 처분의 법적 성질을 규명하는 것은 공유물의 처분시 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하는 경우에 매우 중요하다. 즉, 공유물의 처분을 자신의 지분에 대한 모든 공유자들의 병렬적 처분으로 파악하는지 또는 공유물의 처분을 공동체를 통한 공유물의 합수(合手)적 처분으로 보는지에 따라 법률관계가 달라진다. 따라서 이에 대한 검토가 필요하다.

공유물의 처분과 관련하여 공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 공유물 전부를 처분한 경우, 이러한 처분은 무권리자의 처분으로서 무효가 된다. 다만, 전부무효

남효순·이동진·이계정(이동진 집필부분), 「공동소유에 관한 연구(“민법 중 공유에 관한 규정의 입법론적 고찰”)」, 박영사, 2020, 10면 이하.

5) 강태성, 「물권법」, 대명출판사, 2020, 668-669면; 김상용, 「물권법」, 화산미디어, 2013, 406면; 남효순·이동진·이계정(이동진 집필부분), 앞의 책, 13면.

6) 강태성, 앞의 책, 669면. 김상용, 앞의 책, 406면. 다만, 지분처분금지에 대한 특약의 존재를 알고서 지분을 취득한 자에게는 그 특약의 효력이 미칠 수 있다는 견해가 있다(김용덕, 「주석민법[물권 2]」, 한국사법행정학회, 2019, 32면).

7) 이에 대한 긍정설로는 강태성, 앞의 책, 667-668면. 반면에 부정설로는 박윤직·김재형, 「물권법」, 박영사, 2015, 284면; 김상용, 앞의 책, 404면; 송덕수, 앞의 책, 536면.

는 아니고 지분을 처분한 공유자의 지분의 범위를 넘는 부분만이 무효가 된다(일부 무효). 그러나 이처럼 무효인 경우에도 그 채권행위는 타인의 권리에 대한 매매로서 유효하므로(민법 제569조), 채권행위를 한 공유자는 다른 공유자의 지분을 취득하여 매수인에게 이전해야 할 채무를 진다.

본 연구에서는 공유와 관련하여 아직 국내에서 선행연구를 통해 심도 있게 논의되지 않았던 몇 가지 쟁점, 즉, 공유지분의 부분적 처분과 지분의 변경에 대하여, 그리고 공유물 처분의 법적 성질과 공유물의 처분시 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하는 경우의 법률관계 및 공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 공유물 전부를 처분한 경우의 법률관계에 대해 비교법적 방법을 통하여 이를 고찰해 봄으로써, 공유에서 이론적으로 미비했던 부분을 보완함과 동시에 민법개정론적 관점에서 이에 대한 몇 가지 개선방안을 제시해 보고자 한다.

II. 공유지분의 처분과 관련한 문제

1. 공유지분을 부분적으로 처분한 경우(Teilveräußerung des Miteigentumsanteils)

(1) 문제의 제기

공유에서 각 공유자는 자신의 지분을 자유로이 처분할 수 있다(지분처분의 자유: 민법 제263조). 즉, 각 공유자는 다른 공유자의 동의 없이 자신의 지분을 처분(양도)하거나 포기할 수 있으며, 자신의 지분에 대해 담보물권을 설정할 수도 있다. 그리고 공유자들이 지분처분금지의 특약을 한 경우에도, 이러한 특약은 당사자 사이에서만 효력(즉, 채권적 효력)이 있을 뿐이므로 양수인은 지분을 취득한다.

각 공유자는 민법 제263조에 따라 자신의 지분을 처분할 수 있는데, 이러한 처분은 자신의 지분 전체에 대해서도 가능하지만, 자신의 지분에 대한 부분적 처분도 물론 가능하다. 즉, 각 공유자는 자신의 지분을 분할하여 분할된 지분(지분의 일부분)을 처분(양도)할 수도 있다.⁸⁾ 공유에서 공유지분은 공유자 상호간 공유물을 운영함에 있어서 중요한 역할을 담당한다. 즉, 민법 제263조에 의하면 각 공유자는 자신의 지분의 비율로 공유물의 전부를 사용·수익하고, 민법 제266조 제1항에 따라 자신의 지분의 비율로 공유물의 관리비용 및 그 밖의 의무를 부담한다. 또한, 공유물의 관리 역시 지분의 과반수로써 결정하게 된다(민법 제265조 본문). 그러나 공유에서는 공유지분과 함께 ‘공유자의 수’ 역시 공유관계에서 중요한 기능을 담당한다. 즉, 공유물의 처분과 변경을 위해서는 민법 제264조에 따라 ‘공유자 전원의 동의’를 요구한다.

그런데 공유자 중 1인이 자신의 지분을 분할하여 수인에게 양도(처분)하면 기존의

8) 공유지분의 부분적 처분은 비교법적으로 독일과 스위스법에서도 물론 인정된다(Brunner/Wichertmann, Basler Kommentar zum ZGB, 6. Aufl., Helbing Lichtenhahn, 2019, Art. 646 ZGB Rn. 23; Staudinger/Eickelberg, in: Staudinger, BGB, Otto Schmidt-De Gruyter, 2021, § 747 Rn. 11; Schmidt, in: MünchKomm, BGB, 8. Aufl., C.H.Beck, 2020, § 747 Rn. 13; von Ditfurth, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 15. Aufl., Luchterhand, 2020, § 747 Rn. 1; Aderhold, in: Erman, BGB, 16. Aufl., Otto Schmidt, 2020, § 747 Rn. 1).

공유관계에서 공유자의 수가 그만큼 증가하게 된다. 이 경우 공유지분의 관점에서는 다른 공유자의 권리에 영향을 주지 않으나, ‘공유자의 수’의 관점에서는 일정부분 다른 공유자의 권리에 중요한 영향을 미치게 된다. 예를 들어, 갑, 을, 병이 토지에 대하여 각각 1/3을 공유지분으로 하여 공유하고 있는 경우에, 갑이 자신의 지분을 분할하여 공유자 아닌 제3자 10인에게 자신의 지분을 양도하게 되면, 지분의 관점에서는 을과 병은 공유물에 대하여 각각 1/3의 공유지분을 변동 없이 가지고 있으므로 자신들의 권리에 아무런 영향이 없다. 그러나 을 또는 병이 공유물을 처분하거나 변경하기 위해 기존에는 다른 공유자 2인(병이 공유물을 처분하거나 변경하는 경우 갑과 을의 동의, 을이 공유물을 처분하거나 변경하는 경우 갑과 병의 동의)의 동의만 필요했으나, 지분의 부분적 처분이 이루어진 이후에는 다른 공유자 12인의 동의를 얻어야 한다.⁹⁾ 즉, 공유지분의 부분적 처분이 이루어진 후에는 공유자의 수의 관점에서는 다른 공유자의 권리에 중요한 영향을 미치게 된다.

따라서 민법 제263조는 지분처분의 자유를 규정하고 있지만, 공유지분의 부분적 처분은 공유에서 다른 공유자의 권리관계에 있어서 중요한 영향을 미치게 되므로 이에 대해서는 공유지분의 처분시 다른 공유자에게 처분된 지분을 취득할 수 있는 우선매수권(선매권)을 인정하거나 자신의 지분을 부분적으로 처분하는 경우 다른 공유자의 동의를 얻어야 하는 것으로 해석하는 등의 법적 보완이 필요하다고 할 수 있다.

(2) 우선매수권의 인정

공유자가 자신의 지분을 공유자 아닌 제3자에게 처분한 경우 일정한 요건 하에 다른 공유자들에게 처분된 지분을 취득할 수 있는 (법률상의)우선매수권(선매권)을 인정하는 스위스(스위스민법 제682조 제1항 제1문¹⁰⁾), 프랑스(프랑스민법 제815조의 14, 제1873조의 12¹¹⁾)와 중국(중국통합민법전 제305조¹²⁾)에서는, 공유자가 자신의 지분을

9) 이 경우에 공유물의 처분이 사실상 불가능해질 수도 있다.

10) 스위스민법 제682조 제1항 제1문(Art. 682. Abs. 1 S. 1 ZGB)은 “공유자는 공유자 아닌 지분취득자에 대하여 선매권(Vorkaufsrecht)을 가진다”고 규정한다.

11) 프랑스민법 제815조의 14: ①공유자가, 공유물에 관한 권리의 전부 또는 일부 혹은 공유물의 하나 또는 다수를 공유자가 아닌 제3자에게 유상으로 양도하고자 하는 때에는 재판외문서에 의하여 양도가격·양도조건 및 양수인의 성명·주소·직업을 다른 공유자에게 통지하여야 한다. ②모든 공유자는 이 통지가 있는 때로부터 1월 내에 그에게 통지된 것과 같은 가격과 조건으로 선매권을 행사한다는 사실을 양도통지를 한 공유자에게 재판외문서로 통지할 수 있다. ③선매의 경우에 선매권을 행사한 자는 양도통지를 한 공유자에게 전항의 통지를 한 때로부터 2월 내에 매매계약을 실현하여야 한다. 이 기간이 경과한 후, 매매실현을 위한 최고가 있는 때로부터 15일이 경과했음에도 불구하고 아무런 확답이 없는 때에는 선매의 의사표시는 당연히 효력을 상실하며, 이 때 양도를 원하는 공유자는 그에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. ④복수의 공유자가 선매권을 행사한 경우, 다른 반대약정이 없는 한 이들 공유자는 각자의 공유지분의 비율에 따라 공동으로 재산을 취득하는 것으로 본다. ⑤양도를 원하는 공유자가 변제기의 연장에 동의한 때에는 제833조의 1의 규정이 적용된다.

프랑스민법 제1873조의 12: ①하나 또는 수 개의 공유물에 대한 공유자 1인의 권리의 전부 또는 일부의 양도의 경우에, 공유자들은 제815조의 14 내지 제815조의 16 및 제 815조의 18에 의하여 정한 선매권 및 대체권을 가진다. ②어떠한 원인에 의해서든 간에 공유지분이 공유자가 아닌 외부인에게 귀속한 때에는, 공유에 관한 약정은 불확정한 기간으로 체결된 것으로 본다(프랑스민법전에 대한 번역은 명순구, 「프랑스민법전」, 법문사, 2004, 415,

분할하여 일부를 양도하더라도 다른 공유자들은 우선매수권의 행사를 통하여 처분된 지분을 취득할 수 있으므로,¹³⁾ 공유지분의 부분적 처분으로부터 일정부분 보호될 수 있다.¹⁴⁾

공유지분의 처분(양도)시 다른 공유자에게 우선매수권(선매권)을 인정하는 것은, 공유지분의 처분시 다른 공유자에게 우선매수권을 인정함으로써 다툼(분쟁)의 여지가 많은 공유를 단독소유로 전환할 수 있다는 법 정책적인 이유와 공유지분의 처분(양도)시 다른 공유자에게 우선매수권(선매권)을 인정하여 제3자가 기존의 형성된 공유관계로 진입(개입)하는 것을 차단함으로써 기존의 공유자(기존의 공유관계)를 보호하는데 그 목적이 있다.¹⁵⁾

그런데 우리의 경우 지분처분금지의 특약에 반하는 지분의 처분시 우선매수권을 인정하여야 한다는 민법개정론적 논의는 있었지만,¹⁶⁾ 우리 법은 공유지분의 처분시 다른 공유자에게 우선매수권을 인정하지 않는다. 다만, 공유지분의 경매시에는 민사집행법 제140조에 따라 다른 공유자에게 우선매수권이 인정된다.¹⁷⁾ 공유지분의 경매시 우선매수권을 인정하는 민사집행법 제140조에 대해 대법원 2006. 3. 13. 선고 2005마1078결정은 “민사집행법 제140조가 규정하고 있는 공유자의 우선매수권은, 공유자는 공유물 전체를 이용·관리하는데 있어서 다른 공유자와 협의를 하여야 하고, 그 밖에 다른 공유자와 인적인 유대관계를 유지할 필요성이 있다는 점을 고려하여 공유지분의 매각에 있어 새로운 사람이 공유자로 되는 것보다는 기존의 공유자에게 우선권을 부여하여 그 공유지분을 매수할 수 있는 기회를 준다는 데에 그 입법의 취지가 있는 것”이라고 한다. 이러한 입법취지를 고려한다면, 공유지분의 처분(양도)시에도 지분의 경매시와 동일하게 다른 공유자에게 우선매수권을 인정하여 제3자가 이미 형성된 공유관계로 진입(개입)하는 것을 차단함으로써 기존의 형성된 공유관계 및 공유자를 보호할 필요가 있다¹⁸⁾.

특히 위에서 문제제기를 한 것처럼 공유자가 자신의 지분을 분할하여 지분 중 일

745면 참조).

12) 중국통합민법전 제305조는 “지분공유자는 그가 가지고 있는 부동산 또는 동산의 지분을 양도할 수 있다. 다른 공유자는 동일한 조건에서 우선하여 매수할 권리를 가진다”라고 규정한다.

13) 외국 주요 법률에서의 우선매수권에 대한 자세한 설명으로는 박의근, “공유지분의 처분(양도)시 우선매수권(선매권)의 인정여부와 공유물의 처분시 요구되는 공유자 전원의 동의(민법 제264조)에 대한 완화의 필요성”, 「홍익법학」, 홍익대학교 법학연구소, 제22권 제3호, 2021. 9, 317면 이하.

14) 다만, 스위스민법은 프랑스민법과 중국통합민법전과는 달리 부동산에 대한 공유에서만 우선매수권이 인정되기 때문에(Schmid/Hürlimann-Kaup, 「Sachenrecht」, 5. Aufl., Schulthess, 2017, Rn. 767 ff.), 동산에 대한 공유에서는 지분의 부분적 처분(양도)시 동일한 문제가 발생한다.

15) 박의근, 앞의 논문, 321면 이하 참조.

16) 이에 대해서는 남효순·이동진·이계정(이동진 집필부분), 앞의 책, 10면 이하.

17) 민사집행법 제140조(공유자의 우선매수권): ①공유자는 매각기일까지 제113조에 따른 보증을 제공하고 최고매수신고가격과 같은 가격으로 채무자의 지분을 우선매수하겠다는 신고를 할 수 있다. ②제1항의 경우에 법원은 최고가매수신고가 있더라도 그 공유자에게 매각을 허가하여야 한다. ③여러 사람의 공유자가 우선매수하겠다는 신고를 하고 제2항의 절차를 마친 때에는 특별한 협의가 없으면 공유지분의 비율에 따라 채무자의 지분을 매수하게 한다. ④제1항의 규정에 따라 공유자가 우선매수신고를 한 경우에는 최고가매수신고인을 제114조의 차순위매수신고인으로 본다.

18) 박의근, 앞의 논문, 324면.

부를 다수의 제3자에게 처분하는 경우 민법 제263조에 따라 공유자가 분할된 지분(지분의 일부분)을 자유로이(다른 공유자의 동의 없이) 처분할 수 있다고 한다면, 공유물의 처분과 변경 등 공유에서 중요한 법률행위에 대해 이를 사실상 불가능하게 할 위험이 있고, 이는 결국 다른 공유자의 권리관계에 중대한 영향을 미치게 된다.¹⁹⁾ 따라서 이러한 문제의 해결을 위해 공유지분의 처분시에도 다른 공유자에게 (법률상의)우선매수권을 인정하는 것에 대해 민법개정론적 관점에서 고려해 볼 필요가 있다.²⁰⁾²¹⁾

(3) 지분의 부분적 처분시 공유자 전원의 동의가 필요한 것으로 해석

공유지분의 부분적 처분시 위에서 언급한 바와 같이 다른 공유자에게 법률상의 우선매수권을 인정하는 방법(민법개정론적 방법)으로 이 문제를 해결할 수도 있지만, 2004년도 민법개정논의에서 지분처분금지특약에 반하는 지분의 처분시 우선매수권의 인정여부에 대해서만 논의가 이루어지고 공유지분의 처분시 우선매수권을 인정하는 규정의 신설에 대해서는 검토가 이루어지지 않았다는 점을 고려한다면, 이 문제에 대해 현행규정의 틀 안에서 이를 해석론적으로 해결하는 방안도 한번 검토해 볼 필요가 있다.

즉, 공유자가 자신의 지분을 분할하여 일부분을 다수의 제3자에게 양도하는 것은 지분의 처분이기는 하지만, 이는 앞에서 문제제기를 한 바와 같이 단순한 공유자의 대체가 아닌 공유물 전체에 영향을 미치며 전체 공유자의 이익과 밀접한 관련을 맺고 있으므로 공유자가 자신의 지분 전부를 처분(양도)하는 경우에는 민법 제263조에 따라 다른 공유자의 동의가 없더라도 자유로이 이를 처분할 수 있으나, 자신의 지분을 분할하여 일부분을 제3자에게 처분(양도)하는 경우에는 공유자 전원의 동의를 요구하는 것으로 해석하는 방안도 고려해 볼 필요가 있다.

2. 지분을 변경한 경우(Quotenveränderung)

공유자 중 1인이 자신의 지분을 분할하여 지분 중 일부를 제3자에게 양도할 수도

19) 프랑스(프랑스민법 제814조의 14)와 중국(중국통합민법전 제306조)에서는 공유자가 자신의 지분을 처분(양도)할 때 다른 공유자에게 이를 통지하도록 규정하고 있으나, 우리의 경우에는 이러한 통지의무를 부과하고 있지 않아 다른 공유자는 등기부를 열람하지 않는 한 이러한 처분의 사실 역시 알 수 없다.

20) 공유지분의 처분시 우선매수권의 인정여부에 대한 자세한 민법개정론적 논의로는 박의근, 앞의 논문, 330면 이하.

21) 공유자 아닌 제3자가 이미 형성된 공유관계로 진입(개입)하는 것을 차단하기 위한 방법으로는 2004년도 민법개정안과 같이 지분처분금지의 특약에 대한 규정을 신설할 수도 있고, 공유지분의 처분시 다른 공유자에게 일정한 요건과 기간을 정하여 우선매수권을 인정할 수도 있다. 지분처분금지에 대한 특약의 방식은 공유자의 지분처분의 자유를 지나치게 제한하면서 기존의 공유자(공유관계)를 보호하는 방식이라고 한다면, 우선매수권을 인정하는 방식은 공유자의 지분처분의 자유를 인정하면서도 기존의 공유자를 보호하는 방식이므로 오히려 공유자들 상호간 이익의 법적 균형이 보다 더 잘 이루어진다고 할 수 있다(위의 논문, 331면). 따라서, 사건으로는 공유자 아닌 제3자가 이미 형성된 공유관계로 진입(개입)하는 것을 차단하기 위한 방법으로는 지분처분금지특약의 방식보다는 (법률상의)우선매수권을 인정하는 방식이 보다 더 타당하다고 본다.

있지만(지분의 부분적 처분), 다른 공유자에게 양도할 수도 있다. 이 경우 공유관계 내에서 공유자들 상호간에 공유지분의 변경이 일어난다. 이러한 지분의 변경에 대해 아직 국내에는 이를 상세히 소개한 문헌을 찾아볼 수 없으나, 지분의 변경 역시 공유자들 상호간의 권리관계에서 중요한 영향을 미칠 수 있으므로, 이에 대한 면밀한 검토가 필요하다.²²⁾

공유지분의 변경에 대해 독일에서는 공유지분의 변경을 단순한 지분의 처분(Verfügung über einzelne Bruchteile)으로 보는 견해(독일의 지배적인 견해²³⁾)와 이를 공유물에 대한 처분(Verfügung über die gemeinschaftliche Sache)으로 보는 견해²⁴⁾가 대립한다. 만약 지분의 변경을 단순한 지분의 처분으로 본다면 각 공유자는 다른 공유자의 동의 없이 자신의 지분 중 일부를 분할하여 분할된 지분을 다른 공유자에게 양도할 수 있다(독일민법 제747조 제1문: § 747 S. 1 BGB). 반면에 지분의 변경을 공유물에 대한 처분으로 본다면 이를 위해서는 공유자 전원의 동의가 요구되고(독일민법 제747조 제2문: § 747 S. 1 BGB), 다른 공유자의 동의가 없는 지분의 변경은 무효가 된다.²⁵⁾

독일과 마찬가지로 스위스에서도 지분의 변경을 단순한 지분의 처분으로 본다면 이를 위해서는 다른 공유자의 동의가 필요하지 않으나(스위스민법 제646조 제3항: Art. 646 Abs. 3 ZGB), 지분의 변경을 공유물의 처분으로 본다면 공유자 상호간 전원의 일치(동의)로 다른 규칙을 합의하지 아니하는 한 지분의 변경을 위해서는 공유자 전원의 동의가 요구된다(스위스민법 제648조 제2항: Art. 648 Abs. 2 ZGB). 다만, 스위스에서는 지분의 변경을 공유물의 처분이 아닌 단순한 지분의 처분으로 보고 있으며, 스위스민법 제646조 제3항(Art. 646 Abs. 3 ZGB)에 따라 각 공유자가 자유로이 처분할 수 있는 것으로 한다.²⁶⁾

공유지분의 변경에서 문제가 될 수 있는 경우를 예로 들어보면, 갑, 을, 병이 토지를 각각 3/9 지분의 비율로 공유하고 있는 상태에서 갑이 자신의 공유지분 3/9중에서 이를 분할하여 2/9의 지분을 다른 공유자 을에게 양도하는 경우, 을은 갑의 처분(양도, 지분의 부분적 처분)으로 인하여 공유물에 대하여 과반수지분권자(공유물에 대한 5/9지분을 소유)의 지위를 가지게 된다. 그러나 이러한 처분으로 영향을 받을 수 있는 병은 공유지분의 관점(예를 들어, 공유물의 사용·수익, 공유물의 관리비용 및 그 밖의 의무)에서 여전히 소수지분권자로서 자신의 권리관계에 변동이 없으며, 공유자의 수의 관점(예를 들어, 공유물의 처분과 변경)에서도 변화가 없다. 따라서

22) 공유자 중 1인이 자신의 전체 지분을 다른 공유자에게 처분(양도)하는 것은 다툼의 여지가 많은 공유를 단독소유로 전환할 수 있다는 법 정책적 관점에서 장려되어야 하고, 이러한 지분의 처분과 취득을 통해 소수지분권자가 다수지분권자가 될 수는 있으나 다른 공유자의 권리관계에서는 큰 변화가 없다는 점, 그리고 무엇보다 이러한 처분은 공유자에게 공유관계로부터 벗어날 수 있도록 한다(공유관계로부터의 탈퇴)는 것을 고려한다면, 공유자의 자유를 지나치게 제한할 이유와 근거가 없다는 점에서 이를 위해 다른 공유자의 동의를 요구하는 것은 타당하지 않다.

23) Staudinger/Eickelberg, in: Staudinger, § 747 Rn. 11; Schmidt, in: MünchKomm, § 747 Rn. 14; Aderhold, in: Erman, § 747 Rn. 1; Sprau, in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl., C.H.Beck, 2022, § 747 Rn. 2; BayObLG DnotZ 83, 752.

24) Hadding, in: Soegel, BGB, 13. Aufl., Kohlhammer, 2007, § 747 Rn. 2.

25) Hadding, in: Soegel, § 747 Rn. 2.

26) Brunner/Wichtermann. Basler Kommentar zum ZGB, Art. 646 ZGB Rn. 23 ff.; Schmid/Hürlimann-Kaup, a. a. O., Rn. 736.

지분의 변경은 단순한 지분의 처분으로 파악하는 것이 타당하다. 따라서 이를 위해 다른 공유자의 동의는 필요하지 않으며, 민법 제263조에 따라 공유자가 자유로이 처분할 수 있다고 하는 것이 타당하다.

III. 공유물의 처분과 관련한 문제

1. 공유물 처분의 법적 성질과 공유물의 처분시 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하는 경우

(1) 공유물 처분의 법적 성질

공유에서 각 공유자는 자신의 지분을 자유로이 처분할 수 있으나(민법 제263조), 공유물의 처분과 변경을 위해서는 공유자 전원의 동의가 요구된다(민법 제264조). 공유물은 동시에 다른 공유자의 지분권의 객체가 되고, 따라서 1인의 공유자가 공유물을 처분하거나 변경하지 못하므로 공유자 전원이 공유물을 처분하거나 변경하여야 한다.²⁷⁾ 민법은 이것을 “공유자는 다른 공유자의 동의가 없으면 공유물을 처분하거나 변경하지 못한다”고 규정한다(민법 제264조).²⁸⁾ 그리고 여기서의 “다른 공유자의 동의”란 결국 자신의 지분에 대한 처분권·변경권의 부여를 의미한다.²⁹⁾ 공유물 처분의 법적 성질에 대해 국내에서는 이를 깊이 있게 다루고 있지 않으나, 일부 문헌에 의하면 “공유물의 처분은 공유물 소유권의 처분이 되고, 공유물의 소유권은 공유자에게 수량(분량)적으로 분속되어 있으므로(즉, 지분으로 나뉘어 있으므로), 공유물의 처분은 결국 모든 공유자가 그의 지분을 처분하는 것이고, 공유자 전원이 공유물을 처분하여야 한다”고 한다.³⁰⁾

그런데 공유물 처분의 법적 성질에 대해 독일에서는 견해가 대립한다. 독일민법 제747조 제2문(§ 747 S. 2 BGB)은 “공유자는 공유물 전체에 대해 공동으로만 이를 처분할 수 있다”고 규정하여, 우리와 동일하게 공유물의 처분시 공유자 전원의 동의를 요구한다. 그리고 독일민법 제747조 제2문에서 규정하는 공유물의 처분에 대해, “공유물의 처분(§ 747 S. 2 BGB)은 지분에 대한 모든 공유자들의 병렬(협동)적 처분(koordinierte Verfügung aller Teilhaber über ihre Bruchteile)이며 이는 합수적 공동체³¹⁾에서와 같이 공유물에 대한 단체(als Gruppe)로서의 공동체의 처분은 아니다”라

27) 강태성, 앞의 책, 680면.

28) 참고로 공유물의 처분과 변경을 규정하고 있는 민법 제264조는 이중부정의 구조를 취한다(위의 책, 681면). 그런데 합유물의 처분과 변경에 대한 민법 제272조 본문은 “합유물을 처분 또는 변경함에는 합유자 전원의 동의가 있어야 한다”고 규정하여, 이중부정의 형식을 취하지 않는다. 이처럼 동일한 법률관계를 규율하는 규정에 대해서는 가능하다면 통일성을 유지하는 것이 바람직하므로 민법개정론적 관점에서는 공유물의 처분과 변경을 규정하고 있는 민법 제264조를 “공유물을 처분 또는 변경함에는 공유자 전원의 동의가 있어야 한다”고 규정하는 것이 타당하다.

29) 위의 책, 681면.

30) 위의 책, 680-681면.

31) 합수적 공동체(Gemeinschaft zur gesamten Hand oder Gesamthandsgemeinschaft)는 합유를 소유형태로 취하는 인적 결합체로서 독일민법상 합수적 공동체로는 조합(Gesellschaft

고 파악하는 견해³²⁾와 “독일민법 제747조 제2문(§ 747 S. 2 BGB)에서 규정하는 공동의 처분(gemeinschaftliche Verfügung)을 지분의 처분이 아닌 공유물에 대한 처분”으로 보는 견해³³⁾로 나뉜다.

공유물의 처분에 대해 스위스민법 제648조 제2항(Art. 648 Abs. 2 ZGB)은 “공유자 전원의 일치로 다른 규칙을 합의하지 아니하는 한 공유물의 처분(양도), 부담설정 및 용도의 변경은 공유자 전원의 일치를 필요로 한다”고 규정하여, 공유자 전원의 합의에 따른 공유물의 처분을 우선적으로 인정하고 공유자 상호간에 이러한 합의가 없는 경우에 공유물의 처분을 위해서는 공유자 전원의 동의를 요구한다.³⁴⁾ 그리고 스위스에서는 공유물의 처분(양도)을 공동체를 통한 공유물(공유물에 대한 전채권)의 합수적 처분으로 본다.³⁵⁾

공유물의 처분에 대해 이를 지분에 대한 모든 공유자들의 병렬(협동)적 처분으로 보는 견해와 공유물에 대한 합수적 처분으로 보는 견해의 차이는 공유자 중의 1인에게 무효사유가 있는 경우에 발생한다. 즉, 스위스민법은 공유물의 양도(처분)를 공동체를 통한 공유물(공유물에 대한 전채권)의 합수적 처분으로 보며, 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하는 경우 공유물의 처분 전체를 무효로 한다.³⁶⁾ 그리고 위에서 소개한 독일의 학설 중 공유물의 처분을 지분의 병렬적 처분이 아닌 공유물에 대한 처분으로 보는 견해(이는 스위스 견해와 거의 동일)도 공유물의 처분시 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하는 경우 이를 무효라고 하지만, 이 때 무효행위의 전환의 규정(독일민법 제140조: § 140 BGB)을 근거로 하여 공유물의 처분을 무효사유가 존재하지 않는 공유자의 지분에 대한 처분으로 법률행위가 전환될 수 있음을 인정한다.

bürgerlichen Rechts: §§ 718 ff. BGB), 부부재산공동체(Gütergemeinschaft: §§ 1415 ff. BGB), 공동상속인단체(Erbengemeinschaft: §§ 2032 ff. BGB)가 있다.

32) Schmidt, in: MünchKomm, § 747 Rn. 26. 다만, Schmidt, in: MünchKomm, § 747 Rn. 26은 이 견해를 독일의 지배적인 견해로 소개하고 있으나, Gehrlein, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 747 Rn. 7에서는 독일의 지배적인 견해는 독일민법 제747조 제2문(§ 747 S. 2 BGB)에서 규정하는 공동의 처분(gemeinschaftliche Verfügung)을 지분의 처분이 아닌 공유물에 대한 처분으로 본다(BGH NJW 1994, 1470).

33) Gehrlein, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, § 747 Rn. 7; BGH NJW 1994, 1470.

34) 박의근, 앞의 논문, 325면.

35) Brunner/Wichtermann. Basler Kommentar zum ZGB, Art. 648 ZGB Rn. 29; Sutter-Somm, 「Schweizerisches Privatrecht (V/1 Eigentum und Besitz)」, Helbing Lichtenhahn, 2014, S. 111.

36) Brunner/Wichtermann. Basler Kommentar zum ZGB, Art. 648 ZGB Rn. 29; Schneider, Das schweizerische Miteigentumsrecht, Diss. Stämpfli, 1973, S. 67 f. Schneider. a. a. O., S. 67 f.에 의하면 일부무효의 법리(Teilnichtigkeit)는 법률행위 중 일부분에 무효사유가 존재하는 경우에 적용된다. 즉, 서로 다른 의무들이 성립되었을 때 일부무효의 법리가 적용되므로, 공유물의 양도(처분)를 공동체를 통한 공유물(공유물에 대한 전채권)의 합수적 처분으로 본다면 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하더라도 여기에는 일부무효의 법리가 적용될 여지는 없고, 법률행위 전체가 무효가 된다고 한다. 반면에 이러한 견해에 대해서는 스위스채무법 제20조 제2항(Art. 20 Abs. 2 OR)에서 규정하는 일부무효의 법리가 적용될 수 있다는 견해도 있다(Meier-Hayoz, Berner Kommentar zum ZGB, Stämpfli, 2022, Art. 648 ZGB 29). 참고로 스위스민법은 무효행위의 전환에 관한 규정을 두고 있지 않으나, 학설과 판례에서 이를 인정하고 있다(BGE 95 II 216 E. 6d; BGE 103 II 176; Kramer/Schmidlin, Berner Kommentar zum OR, Stämpfli, 2021, Art. 11 OR Rn. 161 ff. und Art. 18 OR Rn. 267 ff.; Schönerberger/Jäggi, Zürcher Kommentar zum OR, Schulthess, 2015, Art. 11 OR Rn. 11).

다.³⁷⁾ 반면에 공유물의 처분(§ 747 S. 2 BGB)을 지분에 대한 모든 공유자들의 병렬적 처분으로 파악하는 견해에 따르면, 공유물의 처분시 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하는 경우 독일민법 제139조(§ 139 BGB)에 따라 일부무효의 법리가 적용된다.³⁸⁾

공유물 처분의 법적 성질에 관해 검토해보면, 우선 공유(Miteigentum)는 단순한 권리공동체(Rechtsgemeinschaft)³⁹⁾만을 구성하고 이러한 권리공동체는 합유(Gesamthandseigentum)의 인적 결합체가 되는 합수적 공동체(合手的 共同體: Gemeinschaft zur gesamten Hand oder Gesamthandsgemeinschaft)는 아니기 때문에, 공유물의 처분시 요구되는 공유자 전원의 동의는 단체(합수적 공동체)적 특성⁴⁰⁾으로부터 요청되는 것은 아니라고 할 수 있다.⁴¹⁾ 그리고 공유물은 전체로서 공유자 전원(공유자 중 어느 누구도 공유물에 대하여 배타적 권리를 가지고 있지 않다)에게 속하는 것이고 공유자 중 1인이 공유물을 마음대로 처분한다면 이는 다른 공유자의 권리를 침해하는 것이 되기 때문에 공유물의 처분시 공유자 전원의 동의가 요구된다. 공유물의 처분은 모든 공유자가 그의 지분을 처분하는 것이고, 따라서 공유물의 처분(변경)시 요구되는 공유자의 동의는 결국 자신의 지분에 대한 처분권·변경권의 부여를 의미할 수는 있지만,⁴²⁾ 그렇다고 해서 공유물의 처분이 지분에 대한 모든 공유자들의 병렬적 처분은 아니다. 즉, 공유물의 처분시 공유자들은 자신의 지분에 대한 처분의사를 형성하는 것이 아니라 전체로서의 공유물에 대한 처분의사를 형성하게 되고 이는 공유물 처분에 대한 계약을 통해 명확히 나타나게 된다. 그리고 공유지분의 처분과 공유물의 처분은 구별되고 우리 법도 이를 구별하여 규정하고 있으므로, 공유자들은 서로 다른 법률행위에 대해 자신들의 목적에 따른 법률행위를 의욕하게 된다. 따라서 공유물의 처분을 독일의 일부학설에서와 같이 이를 지분에 대한 모든 공유자들의 병렬적 처분으로 보는 것은 타당하지 않고, 공유물의 처분시 공유자들이 의욕하는 대로 전체로서의 공유물에 대한 처분으로 이를 파악하는 것이 타당하다.⁴³⁾

37) BGH NJW 1994, 1470; Staudinger/Eickelberg, in: Staudinger, § 747 Rn. 72 ff.

38) Schmidt, in: MünchKomm, § 747 Rn. 26 참조.

39) 독일민법은 이를 지분에 의한 권리공동체(Gemeinschaft nach Bruchteilen: §§ 741-758 BGB)로 규정한다. 이에 대해 김상용 교수님은 지분적 조합으로 표현하기도 한다(김상용, 앞의 책, 34면).

40) 합유물의 처분과 변경에 대한 우리 민법 제272조 본문은 "합유물을 처분 또는 변경함에는 합유자 전원의 동의가 있어야 한다"고 규정하는데, 이는 합수적 공동체의 특성으로부터 도출된다고 할 수 있다.

41) 박의근, 앞의 논문, 328면 참조.

42) 강태성, 앞의 책, 680-681면.

43) 이에 대한 좀 더 구체적인 사건으로는, 우리 법에서는 일반적으로 공유를 공유자들 상호간에 아무런 인적 결합관계 없이 성립한다고 한다. 그러나 이는 비교법적 관점에서 공유의 성립시 공동소유자 상호간에 특별한 인적 결합관계, 즉, 공유에서는 합유의 인적 결합체가 되는 합수적 공동체의 성립을 전제로 하지 않는다는 것을 의미한다. 그러나 하나의 권리가 지분에 의하여 다수인에게 귀속되는 공유에서도 적어도 지분에 의한 권리공동체는 성립한다고 보는 것이 타당하다(박의근 앞의 논문, 328면). 이러한 권리공동체에서는(즉, 공유에서는) 공유(지분적 권리공동체, 여기에서는 준공유와 다수당사자 채권관계는 별론으로 한다)의 법적 성질을 어떻게 파악하는지에 따라 이론 구성이 달라질 수는 있지만(공유의 법적 성질과 우리 학설의 문제에 대해서는 박의근, "공유의 법적성질에 관한 비교법적 검토 -한 국과 일본, 독일과 스위스에서의 논의를 중심으로", 「강원법학」, 강원대학교 비교법학연구소, 제63권, 2021. 5, 275면 이하 참조 바람), 각 공유자는 전체 공유물에 대하여 소유권자로

(2) 공유물의 처분시 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하는 경우

공유물의 처분시 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하는 경우 이를 어떻게 규율하는 것이 타당한가? 이 경우 공유물의 처분은 무효가 된다. 즉, 공유물의 처분시 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하는 경우 공유물의 처분은 무효가 되지만, 여기에는 일부무효의 법리(민법 제137조) 또는 무효행위의 전환(민법 제138조)이 고려될 수 있다.

법률행위 중 그 일부분만이 무효인 경우 일부무효의 법리가 적용되는데, 민법 제137조에 의하면 법률행위의 일부분이 무효인 때에는 원칙적으로 그 전부를 무효로 하지만(민법 제137조 본문), 그 무효부분이 없더라도 법률행위를 하였을 것(당사자 쌍방의 가정적 의사)이라고 인정될 때에는 나머지 부분은 무효가 되지 않는다(민법 제137조 단서). 그런데 공유물의 처분에 대해 위에서 소개한 사건, 즉, 공유물의 처분을 지분에 대한 모든 공유자들의 병렬적 처분이 아닌 공동체(지분적 권리공동체)를 통한 전체 공유물에 대한 합수적 처분(여기서의 합수적 처분은 합수적 공동체의 특성으로부터의 처분을 의미하는 것이 아니라 전원의 동의(합수)가 필요한 처분을 의미함)으로 이를 파악한다면, 여기에는 민법 제137조 단서가 적용될 여지가 없다. 즉, 무효사유가 존재하는 부분을 제외하고도 나머지 부분의 법률행위가 독립한 법률행위로 존재(법률행위의 분할가능성)할 수 있어야 민법 제137조 단서가 적용될 수 있는데,⁴⁴⁾ 위의 견해에 의하면 공유물의 처분은 일체로서 하나의 법률행위가 되고 법률행위의 분할가능성이 없기 때문에, 공유물의 처분시 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하더라도 공유물의 처분은 (전부)무효가 되고 여기에 일부무효의 법리(민법 제137조)가 적용될 수 없다. 다만, 이 경우에 민법 제138조에서 규정한 무효행위의 전환에 따라 일정한 요건 하에서 무효인 공유물의 처분행위를 나머지 공유자들의 지분에 대한 처분으로 전환할 수는 있다.

2. 공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 공유물 전부를 처분한 경우

공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 공유물 전부를 처분하면, 이러한 처분

서의 지위를 가진다. 다만, 각 공유자의 권리는 단독소유에서와는 달리 다른 공유자의 권리를 전제로 하고 있어서 법률의 규정 또는 합의한 내용에 따라 일정한 제한이 이루어진다. 즉, 공유자들 상호간의 공유물 관리에 관하여 합의를 한 경우에는 합의의 내용에 따른 제한이 존재하게 되며, 특히 공유물의 처분의 경우에는 민법 제264조에 따라 공유자 전원의 동의가 필요한 것으로 각 공유자의 권리가 제한된다고 할 수 있다. 따라서 공유물의 처분에 대한 법적 성질을 좀 더 정확하게는, ‘공유물의 양도(처분)는 공동체(지분적 권리공동체)를 통한 전체 공유물의 합수적 처분(여기서의 합수적 처분은 합수적 공동체의 특성으로부터의 처분을 의미하는 것이 아니라 전원의 동의(합수)가 필요한 처분이라는 것을 의미함)’으로 파악하는 것이 타당하다.

44) 이를 달리 표현하면 일부무효의 법리(Teilnichtigkeit)는 법률행위 중 일부분에 무효사유가 존재하는 경우에 적용된다. 각주 36)에서 언급한 바와 같이 서로 다른 의무들이 성립되어 있을 때 일부무효의 법리가 적용되므로, 공유물의 처분을 공동체를 통한 공유물의 합수적 처분으로 본다면 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하더라도 여기에는 일부무효의 법리가 적용될 여지는 없고, 법률행위 전체가 무효가 된다.

은 무권리자의 처분으로서 무효가 된다.⁴⁵⁾ 다만, 전부무효는 아니고 지분을 처분한 공유자의 지분의 범위를 넘는 부분만이 무효가 된다(일부무효).⁴⁶⁾ 그러나 이처럼 무효인 경우에도 그 채권행위는 타인의 권리에 대한 매매로서 유효하므로(민법 제569조), 채권행위를 한 공유자는 다른 공유자의 지분을 취득하여 매수인에게 이전해야 할 채무를 진다.⁴⁷⁾

독일에서도 우리 법과 마찬가지로 공유물의 처분을 위해서는 공유자 전원의 동의를 요구한다(독일민법 제747조 제2문: § 747 S. 2 BGB). 그리고 공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 공유물을 처분하면 이는 무권리자의 처분행위로서 무효가 된다.⁴⁸⁾ 다만, 이 경우 무권리자의 처분행위에 대한 독일민법 제185조 제2항(§ 185 Abs. 2 BGB⁴⁹⁾)에 의해 다른 공유자가 무권리자의 처분행위를 추인한 경우 또는 처분공유자가 다른 공유자의 지분을 전부 취득한 경우에는 무권리자의 처분행위(공유물의 처분)는 유효하게 된다.⁵⁰⁾ 한편, 스위스에서는 공유물의 처분을 위해서는 공유자 상호간에 전원의 일치로 다른 규칙을 합의하지 아니하는 한 공유자 전원의 동의가 요구되며(스위스민법 제648조 제2항: Art. 648 Abs. 2 ZGB), 공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 공유물을 처분한 경우 이러한 처분은 무효가 된다.⁵¹⁾

우리의 일반적인 학설은 앞에서 소개한 바와 같이 공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 공유물 전부를 처분한 경우 일부무효 법리에 따라 처분공유자의 지분의 범위 내에서 이를 유효(일부무효의 법리 적용)하다고 하지만,⁵²⁾ 이 경우에도 일체의 법률행위로서 공유물의 처분은 법률행위의 분할가능성이 없기 때문에 일부무효의 법리가 적용될 여지가 없고(따라서 무권리자의 처분행위로서 공유물의 처분은 전부 무효), 오히려 대부분의 경우에 거래의 상대방은 무권리자인 공유자의 지분을 취득하는 것보다 공유물의 취득 또는 공유물 처분의 무효를 의욕할 가능성이 보다 더 높다고 할 수 있으므로, 이 경우 오래전부터 입법의 요청이 있었던 독일민법 제185조와 같은 “무권리자의 처분행위의 추인”에 관한 규정의 입법화를 통해 이를 우선적으로 적용하고,⁵³⁾ 무권리자의 처분행위에 대한 권리자의 추인이 없는 경우 거래상대방의 의사에 따라 무권리자인 공유자의 지분에 대해 무효행위 전환의 법리(민법 제138조)를

45) 강태성, 앞의 책, 681면.

46) 강태성, 앞의 책, 681면; 송덕수, 앞의 책, 541면; 대법원 2008. 4. 24. 선고 2008다5073 판결 등.

47) 강태성, 앞의 책, 681-682면; 송덕수, 앞의 책, 541면.

48) Staudinger/Eickelberg, in Staudinger, § 747 Rn. 76; Schmidt, in: MünchKomm, § 747 Rn. 31.

49) 독일민법 제185조 제2항은 “권리자가 이를 추인한 경우, 처분자가 목적물을 취득한 경우 또는 권리자가 처분자를 상속하고 또 권리자가 상속채무에 대하여 무한의 책임을 지는 경우에는 그 처분은 효력 있게 된다. 후2자의 경우에 목적물에 대하여 한 다수의 처분이 서로 저촉하는 때에는 최초의 처분만이 효력 있다”고 규정한다.

50) Staudinger/Eickelberg, in Staudinger, § 747 Rn. 76; Schmidt, in: MünchKomm, § 747 Rn. 31.

51) Brunner/Wichtermann. Basler Kommentar zum ZGB, Art. 648 ZGB Rn. 25 ff.; Sutter-Somm, a. a. O., SS. 111 ff.; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, 「Das schweizerische Zivilgesetzbuch」, 14. Aufl., Schulthess, 2015, S. 1099.

52) 물론 이 경우에 공유물이 동산이면 거래의 상대방은 공유물에 대하여 선의취득을 할 수 있다.

53) 물론 무권리자의 처분행위에 대한 권리자의 추인은 사적자치의 원칙에 따라 현재에도 인정된다.

보충적으로 적용하는 방안에 대해 고려해 볼 필요가 있다.

IV. 맺음말

본 연구에서는 그 동안 공유를 연구하면서 의문을 가지고 있었으며, 아직 국내에서는 학계의 선행연구를 통해 깊이 있게 논의되지 않았던 몇 가지 쟁점, 즉, 공유지분의 부분적 처분, 지분의 변경, 공유물 처분의 법적 성질과 공유물의 처분시 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하는 경우, 공유자 중의 1인이 다른 공유자의 동의 없이 공유물 전부를 처분한 경우의 법률관계에 대해 비교법적 방법을 통하여 이를 고찰해 봄으로써, 공유에서 이론적으로 미비했던 부분을 보완함과 동시에 민법개정론적 관점에서 이에 대한 몇 가지 개선방안을 제시해 보았다. 본 연구의 중심내용을 간략히 요약하면 다음과 같다:

① 민법 제263조는 지분처분의 자유를 규정하고 있지만, 공유지분의 부분적 처분은 단순한 공유자의 대체가 아닌 공유물 전체에 영향을 미치며 전체 공유자의 이익과 밀접한 관련을 맺고 있어 공유자들 상호간의 권리관계에 중요한 영향을 미치게 되므로, 공유지분의 부분적 처분시 다른 공유자에게 처분된 지분을 취득할 수 있는 법률상의 우선매수권(선매권)을 인정(규정의 신설)하거나 공유지분의 부분적 처분을 위해서는 다른 공유자의 동의가 요구되는 것으로 해석하는 등의 법적 보완이 필요하다.

② 공유자 중 1인이 자신의 지분을 분할하여 지분 중 일부를 다른 공유자에게 양도하는 경우 공유관계 내에서 공유자들 상호간 지분의 변경이 발생하는데, 이에 대해서는 비교법적으로 공유지분의 변경을 단순한 지분의 처분으로 보는 견해(다른 공유자의 동의가 필요하지 않음)와 이를 공유물에 대한 처분으로 보는 견해(공유자 전원의 동의가 필요)가 대립한다. 그런데 이러한 지분의 변경은 공유지분의 관점에서, 그리고 공유자의 수의 관점에서 다른 공유자의 권리에 변화가 없다. 그러므로 공유지분의 변경은 단순한 지분의 처분으로 파악하는 것이 바람직하고, 이에 따라 공유지분의 변경을 위해서는 다른 공유자의 동의가 요구되지 않는 것으로 보는 것이 타당하다.

③ 비교법적으로 공유물 처분의 법적 성질에 대해서는 공유물의 처분을 지분에 대한 모든 공유자들의 병렬(협동)적 처분으로 보는 견해와 공유물에 대한 처분으로 보는 견해로 나뉜다. 공유물의 처분에 대해 이를 지분에 대한 모든 공유자들의 병렬(협동)적 처분으로 보는 견해와 공유물에 대한 합수적 처분으로 보는 견해의 차이는 공유자 중의 1인에게 무효사유가 있는 경우에 발생한다. 사건으로는 공유물의 처분시 공유자들은 자신의 지분에 대한 처분의사를 형성하기 보다는 전체로서의 공유물에 대한 처분의사를 형성하게 되고 이는 공유물 처분에 대한 계약에서 명확히 나타나게 된다. 그리고 공유지분의 처분과 공유물의 처분은 구별되고, 우리 법도 이를 구별하여 규정하고 있다. 따라서 공유물의 처분을 독일의 일부학설에서와 같이 이를 지분에 대한 모든 공유자들의 병렬적 처분으로 보는 것은 타당하지 않고, 전체로서의 공유물에 대한 처분으로 파악하는 것이 타당하다.

그리고 공유물의 처분은 일체로서 하나의 법률행위가 되고 법률행위의 분할가능성

이 없기 때문에 공유물의 처분시 공유자 중 1인에게 무효사유가 존재하는 경우, 공유물의 처분은 (전부)무효가 되고 여기에 일부무효의 법리(민법 제137조)가 적용될 수 없다. 다만, 이 경우에 민법 제138조에서 규정한 무효행위의 전환에 따라 일정한 요건 하에서 무효인 공유물의 처분행위를 나머지 공유자들의 지분에 대한 처분으로 전환할 수는 있다.

④ 우리의 학설은 일반적으로 공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 공유물을 처분한 경우 일부무효 법리에 따라 처분공유자의 지분의 범위 내에서 이를 유효하다고 하지만, 이 경우 일체의 법률행위로서 공유물의 처분은 법률행위의 분할 가능성이 없기 때문에 일부무효의 법리가 적용될 여지가 없고(따라서 무권리자의 처분행위로서 공유물의 처분은 전부 무효), 오히려 대부분의 경우에 거래의 상대방은 무권리자인 공유자의 지분의 취득보다 공유물의 취득 또는 공유물 처분의 무효를 의욕할 가능성이 보다 더 높다고 할 수 있으므로, 오래전부터 입법의 요청이 있어 왔었던 독일민법 제185조와 같은 “무권리자의 처분행위의 추인”에 관한 규정의 입법화를 통해 이를 우선적으로 적용하고(물론 무권리자의 처분행위에 대한 권리자의 추인은 사적자치의 원칙에 따라 현재에도 인정된다), 무권리자의 처분행위에 대한 권리자의 추인이 없는 경우 거래상대방의 의사에 따라 무효행위 전환의 법리(민법 제138조)를 보충적으로 적용하는 방안에 대해 고려해 볼 필요가 있다.

[참고문헌]

- 강태성, 「물권법」, 대명출판사, 2020.
- 곽윤직·김재형, 「물권법」, 박영사, 2015.
- 김상용, 「물권법」, 화산미디어, 2013.
- 김용덕, 「주해민법(물권 2)」, 한국사법행정학회, 2019.
- 남효순/이동진/이계정, 「공동소유에 관한 연구」, 박영사, 2020.
- 명순구, 「프랑스민법전」, 법문사, 2004.
- 송덕수, 「민법강의」, 박영사, 2020.
- 박의근, “공유지분의 처분(양도)시 우선매수권의 인정여부와 공유물의 처분시 요구되는 공유자 전원의 동의(민법 제264조)에 대한 완화의 필요성”, 홍익법학, 홍익대학교 법학연구소, 제22권 제3호, 2021. 9.
- 박의근, “공유의 법적성질에 관한 비교법적 검토 -한국과 일본, 독일과 스위스에서의 논의를 중심으로”, 강원법학, 강원대학교 비교법학연구소, 제63권, 2021. 5.
- Benno Schneider, 「Das schweizerische Miteigentumsrecht」, Diss. Stämpfli, 1973.
- Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, 「Sachenrecht」, 5. Aufl, Schulthess, 2017.
- Peter Tuor/Bernhard Schnyder/Jörg Schmid/Alexandra Jungo, 「Das schweizerische Zivilgesetzbuch」, 14. Aufl., Schulthess, 2015.
- Thomas Sutter-Somm, 「Schweizerisches Privatrecht (V/1 Eigentum und Besitz)」, Helbing Lichtenhahn, 2014.
- Basler Kommentar zum ZGB(Art457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB), 6. Aufl., Helbing Lichtenhahn, 2019.
- Berner Kommentar zum ZGB(Art.641-654a ZGB), Stämpfli, 2022.
- Berner Kommentar zum OR(Art. 1-109 OR), Stämpfli, 2021.
- Zürcher Kommentar zum OR(Art. 1-109 OR), Schulthess, 2015.
- Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB(§§ 705-1017), 4. Aufl., C.H.Beck, 2019.
- Erman, BGB, 16. Aufl., Ottoschmidt, 2020.
- Grüneberg, BGB, 81. Aufl., C.H.Beck, 2022.
- Münchener Kommentar, BGB(§§ 705-853), 8. Aufl., C.H.Beck, 2020.
- Prütting/Wegen/Weinreich, BGB-Kommentar, 15. Aufl., Luchterhand, 2021.
- Soegel, BGB (Schuldrecht 7/1), 13. Aufl., Kohlhammer, 2007.
- Staudinger Kommentar, BGB(§§ 741-764), Otto Schmidt-De Gruyter, 2021.

[Abstract]

Eine Anmerkung zu einigen Problemen im Zusammenhang mit der Verfügung über den Miteigentumsanteil und die gemeinschaftliche Sache

Park, Euigeun*

Das Miteigentum liegt vor, wenn eine Sache mehreren Personen (mehr als zwei) nach Bruchteilen gemeinschaftlich zusteht(Art. 262 südkoreanisches Zivilgesetzbuch). Das Miteigentum ist in den Art. 262 - 270 südkoreanisches Zivilgesetzbuch geregelt und die Vorschriften über das Miteigentum finden auf ein anderes Vermögensrecht als Eigentum entsprechende Anwendung (Quasi-Miteigentum: Art. 278 südkoreanisches Zivilgesetzbuch).

Beim Miteigentum kann jeder Miteigentümer über seinen Anteil frei und unabhängig von den anderen Miteigentümern verfügen(Art. 263 südkoreanisches Zivilgesetzbuch). Die Miteigentümer können allerdings über die gemeinschaftliche Sache nur mit Zustimmung aller Miteigentümer verfügen(«Einstimmigkeitsprinzip», Art. 264 südkoreanisches Zivilgesetzbuch). Ebenfalls ist die Einstimmigkeit aller Miteigentümer für die Veränderung der gemeinschaftlichen Sache erforderlich(Art. 264 südkoreanisches Zivilgesetzbuch). Verfügt ein Miteigentümer ohne Zustimmung der übrigen Miteigentümer über die gemeinschaftliche Sache, ist diese Verfügung nur im Umfang von Miteigentumsanteil des Verfügenden wirksam. Der Gebrauch und die Nutzung der gemeinschaftlichen Sache durch den einzelnen Miteigentümer wird durch die Grösse seines Anteils bestimmt (Art. 263 südkoreanisches Zivilgesetzbuch). Jeder Miteigentümer ist entsprechend seinem Anteil berechtigt, die gemeinschaftliche Sache zu gebrauchen. Jeder Miteigentümer hat ausserdem den Anspruch auf einen seiner Quote entsprechenden Anteil des Fruchtertrages bezüglich natürlicher Früchte wie auch des finanziellen Ertrages der Sache. Die Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache ist durch Stimmenmehrheit der Miteigentumsanteile beschlossen (Art. 265 S. 1 südkoreanisches Zivilgesetzbuch). Jeder Miteigentümer kann allerdings die zur Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache notwendigen Massnahmen (Erhaltungsmassnahmen) allein treffen (Art. 265 S. 2 südkoreanisches Zivilgesetzbuch).

In dieser Arbeit wird durch einen Vergleich des südkoreanischen Rechts mit anderen Rechtsordnungen versucht, die Probleme zu lösen, die im Zusammenhang mit der Verfügung über den Miteigentumsanteil (insbesondere:

* Researcher von Law Research Institute an der Kyungpook National University (Südkorea), Doktorand an der Universität Fribourg/Freiburg (Schweiz) und an der Universität Freiburg (Deutschland), Dr. iur.

Teilveräußerung des Miteigentumsanteils und Quotenveränderung) und die gemeinschaftliche Sache (insbesondere: Rechtskonstruktion der Verfügung über die gemeinschaftliche Sache, die Behandlung des Fall, dass einer der Miteigentümer unwirksam verfügt und Verfügung eines Miteigentümers ohne Zustimmung der übrigen Miteigentümer über die gemeinschaftliche Sache) auftreten.

Key words: Miteigentum, Teilveräußerung des Miteigentumsanteils, Quotenveränderung, Verfügung über die gemeinschaftliche Sache, Rechtskonstruktion der Verfügung über die gemeinschaftliche Sache

中国冰雪资源开发与利用的法治保障研究*

중국의 빙설(氷雪) 자원 개발 및 이용에 대한 법치 보장에 관한 연구

한 창 선(韓昌善)** 정 연 부(鄭然富)***

논문요지

현대 사회와 경제가 발전함에 따라 새로운 시대의 사람들은 보다 나은 삶에 대한 더 큰 갈망을 갖게 되었다. 사람들의 생활수준이 향상되고 소비개념이 변화하여 겨울철에도 빙설(氷雪)관광과 동계스포츠를 즐기는 사람들이 해마다 증가하고 있다. 이러한 변화로 인해 최근 수년 동안 빙설자원의 개발과 활용은 중국 중앙정부 및 지방정부의 주요 관심사였다.

국무원과 관련 각 부처 및 위원회는 2014년부터 2016년까지 ‘국무원의 스포츠 산업 발전 가속화에 관한 스포츠 소비 촉진에 관한 몇 가지 의견’ 등 중국의 빙설 자원 개발 및 활용에 대한 총 6개의 정책을 발표했다. 또한, 지방 약 23개 성급 정부는 2015년부터 2017년까지 빙설개발 관련 정책 23개를 잇따라 발표했다. 예를 들어, 2016년 9월 길림성이 제정한 ‘빙설산업 확대 및 강화에 관한 시행의견’ 등이 있다.

정책적 관점에서 볼 때 중국 정부는 빙설산업의 발전을 적극 지원하여 경제적, 사회적 이익을 실현하기 위해 다양한 정책을 도입해야 한다. 그러나 길림성의 경우, 빙설자원 개발 및 이용에 관한 현황 분석에서 관련 행정에 법적 문제가 있음이 드러났다. 예를 들어 상대적으로 낙후된 정부 관리 시스템, 불완전한 분쟁 해결 메커니즘, 낮은 대중 참여 등의 문제가 있었다.

현재 중국에서는 빙설자원의 개발 및 이용과 관련된 문제를 효과적으로 해결하기 위해 많은 학자들이 사회, 문화, 경제, 관리 등의 관점에서 토론을 진행하고 관련 대책을 연구하고 있다. 그러나 법적 관점에서 빙설자원의 개발과 이용에 관한 법적 보장을 분석한 연구는 찾아보기 어렵다. 이러한 점에서 빙설자원에 관한 행정의 법치 보장을 목적으로 하는 본 연구는 법리적 연구로서 의의를 갖는다. 예를 들어, 본문에서는 법적 규범의 관점에서 중국 빙설자원의 법적 지위를 명확히 한다. 또한, 중국 현대 행정법의 기본 이론인 ‘균형 이론’을 적용해 중국 빙설자원의

* 本論文是，基于2019年吉林省政府法制研究課題——“吉林省冰雪資源法制保障問題研究”的研究報告基礎上修改完成的論文。

** 延邊大學法學院講師，碩士研究生導師，法學博士。 연변대학교 법학원 전임강사, 법학박사。

*** 圓光大學法學專門大學院教授，法學博士，通訊作者。 원광대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 교신저자。

개발 및 활용에 관련된 법적 문제점과 한계를 분석한다.

동시에 본 연구는 사회경제발전이라는 현실적 요구에 부응하는 실용적 연구로서도 의의를 지니고 있다. 본문에서는 중국 빙설자원의 개발 및 이용과 관련된 문제점을 해결하기 위한 방안을 모색한다. 이는 빙설자원의 개발과 보호를 통해 경제적, 사회적 이익을 실현하는 데 기여할 수 있을 것이다. 뿐만 아니라, 본 논문이 국민의 합법적 권익을 수호하고 사회주의 민주법치 건설에 기여하는 점도 중요한 현실적 의의가 될 것이다.

이상의 목적을 달성하기 위해 본 연구는 먼저, 중국 빙설자원에 관한 개설적 논의를 진행한다. 구체적으로는 빙설자원의 정의, 빙설자원의 법률적 지위 등을 살펴본다. 다음으로, 중국의 빙설자원에 대한 개발과 이용 현황을 분석한다. 현황분석은 길림성의 예를 중심으로 다룬다. 또한, 이 장에서는 법적 관점에서 중국 빙설자원 개발과 이용 과정에 존재하는 문제점을 다각적으로 살펴본다. 끝으로, 중국 빙설자원 개발과 이용에 있어 법치를 보장하기 위한 방안을 모색한다. 특히 빙설자원 보호 법률제도, 행정관리체제, 국민참여제도, 정부의 정보공개제도, 공공과 민간의 협동 시스템 등에 관해 논의한다.

검색용 주제어: 빙설(氷雪)자원의 법적 지위, 분쟁해결 메커니즘, 균형론, 국민의 참여권 보장, 국민의 알권리 보장

· 논문접수: 2022. 12. 20. · 심사개시: 2023. 01. 09. · 게재확정: 2023. 01. 25.

一、问题的提出

随着现代社会和经济的不断发展,新时代人民群众对美好生活有了更大的向往。旅游成为了一种人民对美好生活向往的精神追求。同时,人们生活水平提高和消费观念的转变,冬季,出行冰雪旅游和喜好冰雪运动的人数呈逐年上升趋势。在这样的社会发展契机下,多年来,冰雪资源的开发与利用一直是中央和地方政府所关注的重点。国务院及国务院相关各部委,从2014年开始至2016年先后制定了《国务院关于加快发展体育产业促进体育消费的若干意见》等中国冰雪资源开发与利用的政策共计6个;地方约23个省级政府,从2015年开始至2017年先后制定了冰雪开发相关政策23个。例如,吉林省在2016年9月份制定的《关于做大做强冰雪产业的实施意见》等。¹⁾

从已制定的政策分析来看,中国政府是要想通过出台各种政策大力扶持冰雪产业的开发,实现一定的经济效益和社会效益。但是,从吉林省冰雪资源开发与利用的现状分析中可以看出,吉林省在冰雪资源开发利用的行政活动过程中还存在着一些法律问题。如,存在政府管理体制相对滞后、解决纠纷机制不健全、公众参与度不高等法律问题。

目前,在中国为有效解决冰雪资源开发与利用过程中存在的问题,很多学者都是从社会、文化、经济、管理等角度对冰雪资源管理问题进行了大量的讨论与对策研究。但是,

1) 中商产业研究院,冰雪产业持续升温 2018年全国各省市冰雪产业政策汇总. <http://www.askci.com/news/chanye/20180115/163242116069.shtml>, 1-2页, 2019-4-26.

很少有法学专家从法学视角研究和讨论冰雪资源法治保障问题。因此，结合这样的实际，本课题的研究具有冰雪资源法治保障制度体系建构和社会经济发展的现实需求的双重意义。一方面，理论方面的研究意义主要体现在，从法律规范的视角阐明中国冰雪资源的法律地位。其次，将运用中国现代行政法的基础理论——“平衡论”，结合中国吉林省的实际情况，分析当前中国冰雪资源开发与利用存在的问题和不足。另一方面，现实需求方面的意义主要体现在，通过对相关问题提出针对性的解决建议，最终使冰雪资源开发与保护实现经济效益与社会效益双赢的目的。同时，为维护公民合法权益，推进社会主义民主法治建设，都具有重要的现实意义。

二、中国冰雪资源概述

近几年，中央和地方政府一直关注和重视冰雪产业的发展，也出台了很多政策，激励冰雪产业的发展。那么我们应该如何去有效的开发和利用冰雪资源把吉林省的冰雪产业做大做强呢？论证这个问题之前，本章首先围绕冰雪资源去阐明其概念，即论述什么是冰雪资源；然后从法学视角阐明冰雪资源的法律地位。

2.1 冰雪资源的定义

冰雪资源是指形成于严寒气候条件的地区，具有复合型特征的资源。从总体上分析冰雪资源包括，地球表面上的积冰和积雪。冰雪是气温在 0°C 以下形成的固态水，冰雪的稳定性取决于环境温度，有长期性积冰积雪和季节性冰雪两种。地球表面每年被冰雪覆盖的总面积占地球表面积的23%，其中2/3覆盖地面，1/3覆盖海洋。地球上永久冰雪区面积约占陆地面积的11%。中国的冰雪面积为 9×10^4 平方千米，主要分布在西部高山冰川积累区。稳定季节冰雪面积为 420×10^4 平方千米，包括东北、内蒙古东部和北部、新疆北部和西部以及青藏高原区；不稳定积雪区南界位于北纬 $24^{\circ} \sim 25^{\circ}$ 。无积雪地区仅包括福建、广东、广西、云南四省南部，海南岛和台湾大部地区。冰雪是重要的淡水资源，也是干旱区水资源的重要来源，被称为“固体水库”。陆地上每年从降雪获得的淡水补给量约为 60000×10^8 立方米，约占陆地淡水年补给量的5%。中国年平均降雪补给量为 3451.8×10^8 立方米，冰雪资源的一半集中在西部和北部高山地区。阿尔泰山和天山地区、青藏高原内陆河流及北部外流河流域的冰雪融水补给占年径流量的50%以上。黑龙江流域、大兴安岭和长白山地区冰雪融水补给也占重要地位。此外，冰雪融水径流具有调节河川流量的作用，使水量不致过分集中于夏雨季节。在干旱区，高山终年冰雪区是固体水库，亦是一些河流的水源，并形成沿河的绿洲。冰雪资源在调节水资源、冷藏、冰雪考古、开展冰雪运动和冰雪旅游等方面都有重要意义。长期积冰和积雪的变化还是气候变化的指示物。²⁾

冰雪资源带有很显著的季节性特征。因此，一般它的积攒时间每年只有3个月左右。每年冬季，在中国年积雪日数超过60日的地区有，青藏高原地区、东北地区、内蒙古地区、北疆和天山地区。³⁾吉林省位于东北地区中部，地处北纬 $40^{\circ} 52' \sim 46^{\circ} 18'$ ，与位于欧

2) 中国科学院地理科学与资源研究所，什么是冰雪资源？（摘自《中国资源科学百科全书》）。
http://www.igsnrr.cas.cn/kxcb/dlyzykpyd/zybk/qhzy/200610/t20061008_2155320.html
 1, 1页, 2019-4-26.

3) 金春姬，延边地区冰雪旅游资源和游客特征研究-以滑雪场为例[D]，延边大学，2010年，13页。

洲中南部的阿尔卑斯山和北美洲落基山两大世界冰雪圣地同处于“冰雪黄金纬度带”，可以说拥有亚洲品质最好的冰雪资源。⁴⁾

2.2 冰雪资源的法律地位

冰雪资源是一种属于季节性的自然资源，同时也是一种物质资源。它有着使用价值和经济价值。但是，从法学的角度可以视冰雪资源为公共资源。⁵⁾即，冰雪资源是归属于国家所有，全民所有的一种资源。其依据是中国《中华人民共和国宪法》（以下简称宪法）以及《中华人民共和国民法典》（以下简称民法典）的相关规定。《宪法》第9条第1款规定，《矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外》。《民法典》第250条规定，《森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，属于国家所有，但是法律规定属于集体所有的除外》。从《宪法》第9条第1款规定和《民法典》第250条规定可以分析出，矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂这些自然资源，都属于国家所有。在这里需要注意的是，中国宪法以及民法典并没有直接在第9条第1款的规定中规定冰雪资源的归属。但是，如上所述，冰雪资源是一种属于自然资源的季节性资源。因此，《宪法》第9条第1款规定的《矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源…》中等的范围应当也包括冰雪资源的。民法典的规定亦是如此。即，这些条款规定中的等的含义是等外等。所以，冰雪资源从法学视角是一种公共资源，它的所有权归于国家所有，即全民所有。但是，需要注意的是，国家或者行政主体对自然资源享有的仅仅是主权意义上的代表和代为管理的权利，真正的所有权主体应该为中华人民共和国全体公民。全体公民对中国自然资源的所有权是一种共同所有，全体公民对自然资源平等地、不分份额地共同享有所有权。在私法上自然资源所有权的实现的过程应当是全民所有。⁶⁾此外，参考日本对公物法的学术观点的话，基于日本公物法通则的存在形式，考虑到私法（如民法）的适用问题时，这种行政主体对自然资源的占有也有可能是基于公物管理权，而不是对自然资源的所有权所产生。⁷⁾另外，《中华人民共和国环境法》第2条规定，《本法所称环境，是指影响人类生存和发展的各种天然的和经过人工改造的自然因素的总体，包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、湿地、野生生物、自然遗迹、人文遗迹、自然保护区、风景名胜区、城市和乡村等》。根据上述规定，对于作为国家所有的这种冰雪资源开发和利用的管理和监管部门的问题，《中华人民共和国环境法》第10条第1款有相关规定。即，国务院环境保护主管部门，对全国环境保护工作实施统一监督管理；县级以上地方人民政府环境保护主管部门，对本行政区域环境保护工作实施统一监督管理。其第2款也规定，《县级以上人民政府有关部门和军队环境保护部门，依照有关法律的规定对资源保护和污染防治等环境保护工作实施监督管理》。

4) 李鑫，为“白色经济”添砖助力[N]，吉林民进，2018年，13页。

5) 公共资源是指自然生成或自然存在的资源，它能为人类提供生存、发展、享受的自然物质与自然条件，这些资源的所有权由全体社会成员共同享有，是人类社会经济发展共同所有的基础条件。

6) 郭晓虹/麻昌华，论自然资源国家所有的实质[J]，南京社会科学，2019年，111页。

7) [日]盐野宏，行政法Ⅲ[第四版]-行政组织法[M]，有斐阁，2012年，357-359页。

三、中国冰雪资源开发和利用现状及存在的法律问题

3.1 中国对冰雪资源的开发与利用现状

在人民日益增长的美好生活需要和旅游消费成为大众化的现在，冰雪资源已不再是“冷资源”，已经开始成为了人民满足美好生活向往的“热产业”。中国通过对冰雪资源的经济利用，已经形成了一种产业文化，其所涉及的冰雪产业包括，旅游、体育运动、节庆等多个领域。这些新兴冰雪产业成为了现代人追求时尚生活，满足他们精神层次生活的一种新的向往。伴随人民大众的消费观念转变，冰雪旅游逐渐进入寻常老百姓家。根据中国旅游研究院发布的《中国冰雪旅游发展报告（2018）》数据显示，2017年至2018年冰雪季中国冰雪旅游人数累计达到了1.97亿人次，冰雪旅游收入约合人民币3300亿元。预计到2021年至2022年冰雪季，中国冰雪旅游人数将会达到3.4亿人次，冰雪旅游收入将可能会达到人民币6800亿元。冰雪体育运动以滑雪为例，根据《2018中国滑雪产业白皮书》数据显示，2018年中国总滑雪人次再创新高，达2113万人次，同比增长14.4%。其中滑雪场滑雪人次达1970万人次，同比增长13%。滑雪场也较2017年增加39个达742个。国家体育总局曾在2016年11月2日发布《冰雪运动发展规划（2016-2025年）》和《全国冰雪场地设施建设规划（2016-2022年）》。按照规划，全国冰雪产业总规模到2020年将达到6000亿元，到2025年将达到10000亿元。

另外，国家和地方的利好政策也正在推动着中国冰雪产业的快速发展。如2014年10月，国务院发布的《国务院关于加快发展体育产业促进体育消费的若干意见》、2016年5月，国家体育总局发布的《体育发展“十三五”规划》、2019年6月4日，工业和信息化部、教育部、科技部、文化和旅游部、市场监管总局、广电总局、体育总局、知识产权局、北京冬奥组委联合发布的《冰雪装备器材产业发展行动计划(2019-2022年)》等。

自从2002年冰雪运动首次受到广泛关注之后，经过十几年的发展，中国冰雪产业已进入快速发展车道。根据2018中国冰雪产业白皮书数据显示，中国冰雪产业包括冰雪旅游、冰雪赛事、冰雪运动培训、冰雪营销、冰雪装备五大板块。中国冰雪产业经过十几年的发展，目前中国冰雪产业已进入快速发展车道，2022年北京张家口冬奥会的举办将会推动冰雪产业发展的高峰期，其市场潜力巨大，将会迎来大众冰雪产业消费时代。⁸⁾

综上所述，虽然中国冰雪产业正在飞速发展，但是与西方众多冰雪产业发达国家相对比，中国的冰雪产业发展尚处于初步发展阶段。前面已经提到中国2017年至2018年冰雪季中国冰雪旅游人数累计达到了1.97亿人次，冰雪旅游收入约合人民币3300亿元，然而与中国50.01亿人次的庞大的潜在市场相比，发展空间还是很大的。⁹⁾

近几年，中国吉林省大力贯彻落实习近平总书记“3亿人参与冰雪运动”与“冰天雪地也是金山银山”的重要指示精神，吉林省紧抓2022年北京-张家口冬奥会机遇，正在将绿色发展贯穿建设发展的全过程，大力发展“白色经济”。冰雪产业已成为吉林省新兴经济支柱产业，目前发展趋势良好，呈现出多元化、精品化的发展态势。多元化体现在目前冰雪产业包含项目众多，如冰雪运动、冰雪旅游、冰雪节庆活动、冰雪赛事等，呈现出异彩纷呈、多地开花的景象。

8) 腾讯体育等，2018中国冰雪产业白皮书。 <https://www.docin.com/p-2072448990.html>，5-6页，2019-6-29。

9) 毛璐璐，将冰雪资源变为经济优势——关于呼伦贝尔冬季旅游发展的建议[N]，呼伦贝尔日报，2019年4月2日，第2版。

吉林省得天独厚的地域优势是支撑冰雪产业发展的强劲的推动力。地域优势体现在吉林省的地理位置。吉林省位于东北三省的中心位置，交通十分发达，四通八达，省内冰雪旅游景点众多。其次吉林省地处北纬43.87°，冬季天数长达120天左右，平均温度达到零下15-25度，雪量大，时间长。丰厚的冰雪资源为冰雪产业的发展提供了先天优势。还有就是，独特的文化底蕴也为冰雪产业的发展提供了原动力。吉林省居住着很多的少数民族，其中代表性的民族有朝鲜族、满族、蒙古族等，多民族的民族文化特色也为冰雪产业的发展提供着强有力的文化支撑。

通过这几年的努力，目前，吉林省从冰雪资源大省向冰雪产业经济强省迈出了很大一步，冬季到吉林省旅游已经成为全国老百姓的新消费观和追求精神粮食的生活新风尚。2018年吉林省政府工作报告指出，过去五年，吉林省的结构调整步伐加快，质量效益持续提升。冰雪产业发展势头强劲，“白雪换白银”初步显现。¹⁰⁾经过吉林省政府的多年付出和努力，冰雪产业在吉林省已成为新兴经济支柱产业之一。根据数据显示，2017年11月1日至2018年3月30日，吉林省冰雪季接待游客7263.89万人次，实现旅游收入1421.81亿元，占全省旅游平均总收入的36.85%。¹¹⁾根据《2018-2019年雪季吉林省冰雪旅游调查报告》数据显示，2018年11月1日-2019年3月31日，全省接待游客8431.84万人次，同比增长16.08%；实现旅游收入1698.08亿元，同比增长19.43%。吉林冰雪旅游人均消费2013.89元，同比增长3.2%。吉林冰雪旅游消费结构不断提升，交通费、餐饮费、住宿费、景区费等基本消费支出占比较大，为70.6%；娱乐、购物等支出占比22.5%。从消费模式看，超过60%的游客在出行之前会进行“线上决策”，75%的游客在旅游过程中使用过“线上支付”。80%的游客会将旅游体验进行“线上分享”。长春、吉林、延边分别占全省接待游客总人数的37.71%、26.09%和13.88%。长春市、吉林市、延边朝鲜族自治州分别获得“2018中国十佳冰雪旅游城市”；“红色之城，康养通化”通化结合本地实际特点，推出“七个一”冰雪旅游产品；松原“冬捕奇观”，向世界展现渔猎文化；白山推出八条精品旅游路线，“让游客遇上最美的冬天”。吉林省依托丰富的冰雪资源，持续创新“冰雪+”的发展模式，“冰雪休闲度假、冰雪温泉养生、冰雪观光体验、冰雪民俗文化”四大冰雪产品体系已初步形成。长白山国际度假区、万科松花湖度假区、北大壶滑雪度假区获评2018冰雪旅游投资潜力区。2018年中国长春冰雪旅游节暨净月潭瓦萨国际滑雪节、第23届中国·吉林国际雾凇冰雪节、中国·查干湖第十六届冰雪渔猎文化旅游节强势入选2018十佳冰雪旅游节事活动。

3.2 法律视域下中国冰雪资源开发利用过程存在的问题

虽然中国在冰雪产业发展方面有较为系统的政策引导和成功的经验，也已经进入了快速发展的车道上，但由于只注重经济发展而忽略了资源和环境的保护，在冰雪资源开发与利用方面还存在着一些问题和不足。

3.2.1 冰雪资源管理法律规范不健全

冰雪资源作为一种季节性的自然资源，长期以来和山林、土地、水资源等资源混淆在一

10) 吉林省人民政府，政府工作报告——2018年1月26日在吉林省第十三届人民代表大会第一次会议上。 http://cn.chinagate.cn/reports/2018-03/02/content_50637759.htm，1页，2019-5-6。

11) 罗珊珊等，开发冰雪资源，打造热门产业——对京津冀吉黑五省市冬季旅游市场的调查[N]，人民日报2019年1月23日，第19版。

起, 因而在中國一直面臨管理難“瓶頸”。¹²⁾ 從中國現有的法律法規分析來看, 沒有任何一部法律直接規定冰雪資源的管理或者保護, 缺少明確保障冰雪資源的法律依據。目前, 中國相關自然資源的法律包括: 《土地管理法》¹³⁾、《水法》¹⁴⁾、《森林法》¹⁵⁾ 等。綜上, 雖然可以通過法律條款的擴大解釋, 找到冰雪資源的法律保護依據, 但冰雪資源保護法律規範還是不健全。筆者在本文的第二章冰雪資源的法律地位中試圖對冰雪資源的法律地位進行了論述, 其中也指出中國《憲法》第9條第1款雖然沒有直接規定關於冰雪資源的任何相關規定, 但也留有法律解釋的空間。目前, 中國已制定實施了《環境保護法》。¹⁶⁾ 吉林省也根據《環境保護法》的相關規定, 結合吉林省的實際情況, 制定實施了《吉林省環境保護條例》。¹⁷⁾ 但是, 從兩部法制定的相關內容分析, 也沒有直接規定冰雪資源的保護條款。中國《環境保護法》第2條規定, 《本法所稱環境, 是指影響人類生存和發展的各种天然的和經過人工改造的自然因素的總體, 包括大氣、水、海洋、土地、礦藏、森林、草原、濕地、野生生物、自然遺迹、人文遺迹、自然保護區、風景名勝區、城市和鄉村等》。同樣, 《吉林省環境保護條例》也參照《環境保護法》規定了類似的條款。綜上所述, 目前, 中國缺少一部全國人大制定頒布的有關冰雪資源保護的法律, 應該儘快推進“冰雪資源保護法”的立法工作。

3.2.2 行政管理體制相對滯后

將“冷資源”變為“熱產業”的過程涉及多個政府行政管理部门的管理及監督。但是, 由於政府部門的行政管理體制相對滯后, 部門之間缺乏協調統籌規劃能力, 同時還存在管理權限重疊或者管理權限缺位現象。因此, 難以起到有效的管理及監督作用。在冰雪產業准入方面, 行政機關為了追求自身政績, 存在一些項目盲目上馬現象時有發生。同時, 對冰雪產業發展的複雜性、科學性、規律性認識和把握不足。¹⁸⁾ 例如, 冬季冰雪體育運動項

12) 劉頌/張博, 大眾冰雪運動法律保障研究[J]. 冰雪運動, 2017年39卷1期, 26頁。

13) 1986年6月25日第六屆全國人民代表大會常務委員會第十六次會議通過。根據1988年12月29日第七屆全國人民代表大會常務委員會第五次會議《關於修改〈中華人民共和國土地管理法〉的決定》第一次修正, 1998年8月29日第九屆全國人民代表大會常務委員會第四次会议修訂, 根據2004年8月28日第十屆全國人民代表大會常務委員會第十一次會議《關於修改〈中華人民共和國土地管理法〉的決定》第二次修正。

14) 1988年1月21日第六屆全國人民代表大會常務委員會第24次會議通過。2002年8月29日第九屆全國人民代表大會常務委員會第二十九次會議修訂通過。2009年8月27日第十一屆全國人民代表大會常務委員會第十次會議《關於修改部分法律的決定》修正。2016年7月2日第十二屆全國人民代表大會常務委員會第二十一次會議《關於修改〈中華人民共和國節約能源法〉等六部法律的決定》第二次修正。

15) 1984年9月20日第六屆全國人民代表大會常務委員會第七次會議通過。根據1998年4月29日第九屆全國人民代表大會常務委員會第二次會議《關於修改〈中華人民共和國森林法〉的決定》第一次修正。根據2009年8月27日中華人民共和國主席令第十八號第十一屆全國人民代表大會常務委員會第十次會議《關於修改部分法律的決定》第二次修正。

16) 《中華人民共和國環境保護法》是為保護和改善環境, 防治污染和其他公害, 保障公眾健康, 推進生態文明建設, 促進經濟社會可持續發展制定的國家法律, 由中華人民共和國第十二屆全國人民代表大會常務委員會第八次會議於2014年4月24日修訂通過, 並在2015年1月1日起開始施行的。

17) 《吉林省環境保護條例》是為保護和改善生活環境與生態環境, 防治污染和其他公害, 保障人體健康, 促進社會主義現代化建設的發展, 根據《中華人民共和國環境保護法》和有關法律、法規的規定, 結合吉林省的實際, 於2004年06月18日, 根據《吉林省人大常委會關於廢止和修改部分地方性法規的決定》修正施行的。

18) 金承哲/劉樹民, 新時代吉林省冰雪體育產業發展道路探索[J], 吉林化工學院學報, 2018年35卷10期, 3頁。

目中的滑雪场建设问题。由于滑雪场通常是建设在自然环境优美的原始森林地区，是在原有自然景观基础上人为建造的冬季体育运动设施。因此，滑雪场建成之后，会对自然生态环境造成不同程度的破坏。首先是对原生态自然景观的破坏。滑雪场建成之后，自然景观内会新增加很多建筑物，这种景观空间结构的变化不利于自然系统生态平衡的维护。然后是对滑雪场区域内的植被的破坏。滑雪场滑雪道等设施需要占有大量的土地，会对地表植被造成直接的破坏。同时，连锁反应式的对原有的肥沃土地造成破坏。最后就是对水资源的破坏。滑雪场建设期间产生的建筑废水和滑雪场运营期间产生的生活污水和机动车产生的油污都会对滑雪场区域内的水资源造成破坏。¹⁹⁾无论是政府还是企业，只看重冰雪产业发展所带来的经济效益，而忽略了整个社会、家庭、个人协调互助发展的科学规律。例如，发展冬季冰雪汽车运动产业的过程中，设立在城市中心的户外赛车练习场地或者比赛场地也会产生汽车噪音。这些场地的设置有可能会带来严重的环境污染和噪音污染，对周边居民的日常生活造成一些实际的不好的影响，严重时甚至可以危害公民的生命健康权。另外，还有一个例子就是雪乡“宰客”事件。被誉为“中国雪乡”的黑龙江省大海林双峰林场因“雪大、雪厚”而闻名全国。双峰林场是黑龙江省森林工业总局大海林重点国有林管理局发展旅游产业的核心景区。根据相关报告数据显示，2014年雪乡年接待人数30万人次；2016年雪乡的旅游产业收入翻番为2.3个亿，直接带动当地餐饮收入3032万元、住宿收入3498万元、山货等购物收入5598万元，带动相关产业收入为5亿元；2017年旅游产值6.1亿收入超6700万。红火后的“雪乡”开始出现“宰客”事件。2015年1月有网友曝光，当地一个“天价炕”住一夜价格达3200元。²⁰⁾

3.2.3 公民的“参与权”得不到有效的保障

公众参与行政决策在20世纪之后的社会法治治理过程中已经显露出缺陷。这种缺陷表现于公众参与行政活动是间接的，即公民只行使事后监督，无法直接参与到行政决策过程中，对有效防止行政机关滥用权力起不到理想的监督作用。政府将冰雪资源变为“热产业”的过程中，往往会为了追求经济效益而忽略行政权行使过程中公民“参与权”的法律保护，大搞“一言堂”，或者只限于行政机关内部领导小组会议或联席会议进行协商决定等。这样的公众参与方式必然导致冰雪产业项目无法得到理性科学的论证，项目盲目上马的现象时有发生。

在前期研究中，笔者发现为有效解决冰雪资源开发与利用过程中存在的诸多问题，很多学者基本上都是从社会、文化、经济、等角度对冰雪资源开发与利用中产生的问题进行了大量的讨论与对策研究。其中，很多学者相继提出了提高公众参与的见解。如刘培华的《吉林省冰雪旅游产业发展模式研究》；刘抒博的《吉林省冰雪产业发展现状及对策研究》；于秋时、李煜的《文化产业视角下吉林省冰雪旅游创新发展研究》等。但是，在这些论文中学者们所主张的公众参与只局限于“消费参与”。即，公众参与冰雪旅游或者冰雪体育运动，使中国庞大的潜在冰雪产业消费者们积极参与消费，带动经济的飞速增长。这些主张区别于法学理论中的公民“参与权”理论，或者“公私协同”理论。鉴于以上问题，本文中需要说明一点就是笔者所要阐述和论证的“公众参与”有别于“消费参与”。这里“公众参与”的含义是公民参与到行政决策过程中提出意见，监督和约束行政机关合

19) 费郁光，黑龙江省滑雪场建设对环境的影响及可持续发展对策[J]，第十一届全国冬季运动会科学大会论文集，2008年，200-201页。

20) sina新闻中心，新华社调查“雪乡宰客”事件：导游揭秘宰客“三步走”。 <http://news.sina.com.cn/o/2018-01-17/doc-ifyqtycw9081830.shtml>，1-7页，2019-7-6。

法、合理、正当的行使行政权，最终使政府的行政决策更加科学化、民主化、规范化的这种参与。同时也是一种政府与私人协同合作模式的参与，这种“公私协同”模式是，政府有效利用私人手中的资源，更有效的开发和利用冰雪资源，为达成公共目的，创造公共福祉，公民积极参与到行政活动中的一种模式。

3.2.4 公民“知情权”得不到有效的保障

近几年，随着社会经济的不断发展，公民对地方经济发展及政府行政管理活动的关注度越来越高，冬季冰雪产业的发展亦是如此。由于国家在大力推进冰雪产业的发展，且冰雪产业市场很庞大，公众也想迫不及待的参与到经济建设中来。然而，由于传统行政管理模式的作用下，政府为了追求快速的经济效益，在冰雪资源的开发与利用过程中，不时出现政府信息公开不及时、不充分等问题。公民“知情权”作为公民的基本人权组成的一部分，有效保障公民“知情权”的目的在于，一方面可以使政府行政活动更加透明，另一方面可以有效保障公民的“参与权”，使公众参与到冰雪资源的开发与利用，发挥多方的最大力量，为冰雪产业发展和地方经济建设做出贡献。

四、中国冰雪资源开发与利用法治保障的完善建议

4.1 建立健全冰雪资源保护的法律制度

法者，治国之重器，法是治国兴邦的重要手段。解决冰雪资源开发与利用过程中相关法律法规不健全问题，先要从立法层面建立健全相关法律制度，不能依赖于行政立法，要设计一套完整的上层法律制度。因为，行政法规的效力远远低于宪法和法律的效力。国家应当要尽早完善相关立法，建议修改和完善中国《宪法》中对冰雪资源的相关保护。《宪法》是国家的根本大法，是其他法律的“母法”，是依法治国、依法行政的执政基础。²¹⁾在宪法中能不能直接找得到冰雪资源法治保障的法律依据尤为重要。同时，还要推进“冰雪资源保护法”的立法工作，尽早出台这部法律。

综上所述，加快冰雪资源开发利用的宪法修订和完善工作、健全和完善冰雪资源保护的相关法律是从宪法和法律层面上保护冰雪资源的有效途径。同时，地方政府也要积极作为，根据地方的实际情况，结合相关法律法规，尽早修改和完善冰雪资源保护的相关法律制度。²²⁾在修改和完善相关立法的时候，中央和地方应当要突出以人民为中心，依法维护行政活动中私人的合法权益，及时回应新时代中国老百姓迫切关心的问题，要努力让人民群众在每一次冰雪资源开发与利用行政活动、执法过程、行政纠纷案件中感受到法律的公正性和公平性，最终达到有效破解冰雪资源开发与利用过程中遇到的发展“瓶颈”。同时，还要突出法治治理冰雪资源开发与利用的引领作用。要坚持以良法促进冰雪产业发展，坚持科学立法、²³⁾民主立法、²⁴⁾依法立法，尊重社会发展中的多元作用，凝聚各方

21) 中国《宪法》第5条第1款规定：《中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家》，还在其第3款规定，《一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触》。

22) 《中华人民共和国立法法》第72条：“省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规。

23) 参照《社会主义核心价值观研究丛书·法治篇》第9章第1节的话，科学立法原则要求立法时要尊重

共识，发挥法治对冰雪产业发展的引领作用。近期，党的十九届四中全会通过的《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》中也明确强调，完善立法体制机制时，必须要坚持科学立法、民主立法、依法立法，完善党委领导、人大主导、政府依托、各方参与的立法工作格局，立改废释并举，不断提高立法质量和效率。同时，对于今后重点立法任务，必须要完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，加强重要领域立法，加快中国法域外适用的法律体系建设，以良法保障善治。²⁵⁾

4.2 完善行政管理体制

中国冰雪资源开发与利用离不开政府的科学规划和政策支持。在冰雪产业的开发中，要根据当地自然环境、地理位置和民族特色等多方因素，因地制宜的发展具有符合当地特色冰雪产业，避免过度的开发对自然资源（包括冰雪资源）和生态环境的破坏。²⁶⁾冰雪资源开发利用过程中，行政机关首先要做到充分了解和把握冰雪产业发展的复杂性、科学性、规律性。冰雪资源是一种属于自然资源，也属于公共资源的资源。因此，私人或者企业在行业准入的时候就得必须要获得政府特许经营许可。特许经营许可是指，本来是政府通过合同的形式将由国家管理的公共事务或者公共服务的权能委托给私人的一种行政许可行为。中国《行政许可法》第12条第2项规定，《有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项》。还有在其第53条第1款规定，《实施本法第十二条第二项所列事项的行政许可的，行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定。但是，法律、行政法规另有规定的，依照其规定》。

综上所述，行政机关在行政许可时要做到理清特许经营与私有化的关系，必须做到严格把关，绝不能允许没有相关资质和条件的私人或者企业进入到冰雪产业的开发中，要加快完善冰雪资源开发与利用过程中的行政管理职能。同时，要完善行政问责制度，以问责的形式有效防治行政机关不作为现象的发生。近年来，中国从中央到地方政府加强了问责力度，强化治庸问责，激励干部担当作为，形成了对慵懒散漫等懒政怠政行为严厉打击的监督检查机制。²⁷⁾

4.3 建立健全公众参与制度

在中国，公众参与环境行政决策可以追溯到1991年亚洲开发银行提供赠款的环境影响评价培训项目。1996年5月修改颁布的《水污染防治法》首次明确规定公众参与环境影响评价。2008年全国已有民间环境保护组织3500余家，为公众参与提供了坚实的组织保障。在中国公众参与环境行政决策的实践极大地推动了环境行政决策的民主化。但是，随着社会

和体现客观规律。科学立法是依法治国、建设法治中国的前提和基础。科学立法对于提高立法质量完善中国特色社会主义法律体系，保障依法治国具有非常重要的意义。

24) 民主立法原则应当体现“大家的事情应让大家做主同意”这一宪政原则。民主是人民当家作主的必然要求，也是法具有公平公正性的基本保障。

25) 中国共产党新闻网，《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》。
<http://cpc.people.com.cn/n1/2019/1105/c419242-31439391.html>. 10页，2019-11-19。

26) 蒋抒博，吉林省冰雪产业发展现状及对策研究[J]，税务与经济，2019年，第1期，111页。

27) 孔祥利，以问责防治“为官不为”：现状特点与制度反思——基于39份省级层面的制度文本分析[J]，中共中央党校学报，2018年，第22卷第5期，49-57页。

经济不断发展，公众参与制度在参与范围、参与地位等方面还是存在着自身的局限性。²⁸⁾此后，通过现有法律修改的方式在《环境影响评价法》和《环境保护法》中都规定了公众参与制度。笔者认为，这种规定是中国在法律层面上保障公民“参与权”的一种制度顶层设计。

公民“参与权”是一种程序性权利。有效保障公民“参与权”，可以让公民直接参与到行政决策过程中。在这样的行政决策过程中，公民可以约束和监督行政权合法、合理、正当的行使，在行政机关违法行使权力的时候可以在法律规定范围内对其提出抗辩，为行政机关依法行使行政权提供一个反思的机制。²⁹⁾

纵观国内外公众参与行政决策过程，作为权利实现设立了一种叫听证的制度。在西方国家尽管听证的内容稍有不同，但都在《行政程序法》中规定了相关的听证制度。对比西方国家，中国虽然没有制定《行政程序法》的法律，但是在已制定的《行政处罚法》、《行政许可法》、《价格法》、《行政法规制定程序条例》等法律中已经确立了听证制度。³⁰⁾此后，当时的国家环境保护总局（已撤销）为了规范环境保护行政许可活动，保障和监督环境保护行政主管部门依法行政，提高环境保护行政许可的科学性、公正性、合理性和民主性，保护公民、法人和其他组织的合法权益，在2004年6月，根据中国《行政许可法》和《环境影响评价法》等有关法律的相关规定，制定了《环境保护行政许可听证暂行办法》。³¹⁾

冰雪资源的法治保障作为环境保护的一环，有必要建立健全冰雪资源开发与利用行政决策的公众参与制度。在冰雪资源开发与利用过程中，拥有利害关系的公民被征求意见，提出可行性建议，是保障环境行政许可的科学性、民主性、规范性的有效途径。政府应当主动作为，积极调动公众参与环境行政许可的主动性。同时，公众参与冰雪资源开发利用行政决策过程是行使“参与权”和监督权的表现。这种参与可以起到防止政府权力滥用，维护自身合法权益的有效途径。同时，这种公民的参与也应该体现在立法过程中。为有效杜绝立法机关“闭门造法”现象的出现有着积极的防范作用。

4.4 完善政府信息公开制度

在21世纪高度信息化的新时代，人们的日常生活总是围绕着大量的信息经营。例如，气象信息、生活消费信息、招聘信息、医疗福祉信息、教育信息、国际信息等各种各样的信息。但是，作为普通老百姓能力有限，获取信息的渠道不畅通，所以在日常生活中所需信息必须要从信息拥有者手里获取。

政府在行使公共管理职能中掌握着全社会主要的信息资源，特别是各级政府，作为社会信息资源的绝对和最大占有者，而恰恰政府掌握的这些信息资源直接关系到人们的日常生活运转和社会经济发展状况。中国在2008年5月1日实施的《中华人民共和国政府信息公开条例》（以下简称政府信息公开条例），是在全国最初在政府信息资源公开方面适用的行政立法。这个行政立法是中国公民向政府请求公开政府信息的法律依据，同时也是保障公民“知情权”的制度保障。根据《政府信息公开条例》第1条规定，《为了保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息，提高政府工作的透明度，建设法治政府，充分发挥政府信息

28) 周一博，理性对待公众参与环境行政决策[J]，兰州财经大学学报，2018年，第34卷第5期，102页。

29) 姜明安，行政法与行政诉讼法（第六版）[M]，北京大学出版社，2015年，328-329页。

30) 同上，329页。

31) 参照《环境保护行政许可听证暂行办法》第1条。

对人民群众生产、生活和经济社会活动的服务作用，制定本条例》。但在现实中，由于缺乏有效的管理和监督，政府掌握的大量信息资源得不到有效的利用，导致社会信息资源浪费，同时，影响着中国社会经济的发展。

中国《政府信息公开条例》第1条立法目的规定中，没有提及为了保障公民“知情权”制定本法。在其立法目的中没有写入“知情权”的理由可能是因为中国宪法相关规定中也没有直接提及保障公民“知情权”。虽然说宪法没有直接规定公民“知情权”的保护，但是也不可以直接否定从宪法规定中找不到保障公民“知情权”的法律依据。³²⁾中国《宪法》第2条规定，《中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务》。这里，人民群众知晓政治信息是，监督国家权力的行使一种参与。同时，还有就是向国家政治活动表达人民意愿为前提下，公民的“知情权”得到有效的保障的话，人民会更加发挥管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务的权利。因此，像这样的公众参与或者表现的自由包含了公民的“知情权”。“知情权”作为某种权利手段的前提，其包含在宪法的基本人权规定中。因此，“知情权”的宪法依据在于确认宪法中已规定的公民基本人权的保障。³³⁾2007年10月15日召开的中国共产党第十七届全国人民代表大会，也初次明确保障人民的“知情权”、“参与权”、表现自由权、监督权。学界也认为《政府信息公开条例》第1条《保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息》的规定中可以解释出包含着公民“知情权”的保障。即，中国《政府信息公开条例》的立法目的中包含着保障公民“知情权”的相关规定。

笔者建议在冰雪资源开发与利用过程中应当完善政府信息公开制度。公民“知情权”作为公民的基本人权组成的一部分，有效保障公民“知情权”的目的在于，一方面可以使政府行政活动更加透明，另一方面可以有效保障公民的“参与权”和监督权。公众有效参与到冰雪资源的开发与利用行政决策过程中发挥多方的最大力量，这样做会为中国冰雪资源的开发与利用提供强有力的法治保障，同时也会为中国冰雪产业发展和地方经济建设做出更大的贡献。

4.5 完善公私协同机制

政府在公共事务管理领域，制定了一部行政法律，在其中设定了相关问题解决行政法律制度，也不能成为解决所有问题的“万能药”。行政法具有前瞻性、普遍性、公共决策等长处，但是还是受到了一定的限制。为了克服这样的限制，私法的介入成为了一种必要。同时，为了更加发挥行政效率，作为行政法的“伴随者”，私法的介入更加突显出重要的意义。面对复杂多变的社会发展，在中国社会转型时期，一种崭新的社会治理模式逐渐形成。即，一种借助私人财力、人力等力量实现社会公共利益的合作治理模式在中国兴起。公私协同模式广泛被推行。³⁴⁾公私协同模式又称为PPP模式。PPP模式最早起源于英国。强调政府与私人资本间以提供公共物品、满足公共需求为目的的合作关系。2014年中国正式引入PPP概念。³⁵⁾2015年5月22日，国务院办公厅发布《关于在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式指导意见》（国办发[2015]42号）中将公私协同模式定义为，《在公共服务领域推广政府和社会资本合作模式，是转变政府职能、激发市场活力、打造经济新增长

32) 李广宇，政府信息公开司法解释读本[M]，法律出版社，2011年，6页。

33) 纪建文，知情权：从制度到社会控制[M]，法律出版社，2012年，32页。

34) 章志远，迈向公私合作型行政法[J]，法学研究，2019年，137页。

35) 陈兰，公私合作PPP模式协同推进科创园区建设研究[D]，浙江工业大学，2018年，9页。

点的重要改革举措。围绕增加公共产品和公共服务供给，在能源、交通运输、水利、环境保护、农业、林业、科技、保障性安居工程、医疗、卫生、养老、教育、文化等公共服务领域，广泛采用政府和社会资本合作模式，对统筹做好稳增长、促改革、调结构、惠民生、防风险工作具有战略意义》的政府和私人合作模式。

公私协同模式的兴起，对公共事务管理的传统行政模式提出了挑战。与国家垄断公共事务管理模式下私人消极参与不同，合作协同模式下，私人是以主人公身份参与到公共事务管理，分担政府负担，传统的行政法理论已经不能满足现代社会发展需求，需要理论创新。中国在冰雪资源的开发与利用过程中应当完善公私协同机制。公私协同模式引用到冰雪资源开发与利用过程中引入社会资本，不仅能够减轻地方政府财政资金不足的压力，而且还能够分散风险，还可以以这种模式拓宽融资渠道，完善政府与社会资本合作建设的融资体系，从而带动地方经济良好发展。其次，作为一种新型合作模式，能够更好的组织和协调冰雪产业开发主体之间的关系，更好地发挥政府、市场、社会（私人）的优势，为中国冰雪资源保护提供坚定的理论基础。

五、结语

本文从法律视角对中国在冰雪资源开发与利用过程中存在的问题进行了分析，并结合现代行政法理论基础和实践经验，提出了解决冰雪资源开发与利用过程中法律问题的一些完善建议。

现代社会发展与变革过程中，传统“法治国家”观念下的国家和私人之间的法律关系也发生着变化。建立在传统行政法理论之上的救济模式，即以事后司法权的救济为监督行政权的滥用和保护私人权益的传统模式遭遇到了历史变革的挑战，现代行政法学的发展需要直面这种挑战。³⁶⁾在中国，罗豪才教授等人所主张的行政法“平衡论”，正好为中国冰雪资源开发与利用过程中实现公权力和私人权益的平衡提供了强有力的理论依据。作为现代行政法的行为模式，普遍的做法就是为了抑制行政的广泛的裁量权，预定了在行政决策过程中公民的参与。但是，如果这样的参与不充分的话，实质上是不能够很好的保护公民个人的合法权益。同时，公民的参与不充分的话，行政机关所做出的行政决定不能说是公平、公正的，所以这样的决定很有可能侵害到公民的合法权益。行政决策过程中保护公民的“参与权”不能过于形式，即在行政活动中适用行政程序应当采取真正民主的形式，而不是形式的民主。³⁷⁾

综上所述，行政主体与私人的平等法律关系不仅是通过保护实体法的参与权来保障私人权益，而且也是可以通过保护程序法的参与权来得到权益保障，最终平衡双方的权益。在行政决策过程中，充分保障公民的“参与权”也是对冰雪资源的有效保护。依法规范政府对冰雪资源的开发与利用行为、维护私人的合法权益，推进社会主义法治建设和民主建设，以及经济发展和社会谐发

36) 前引脚注(34)章志远文，152页。

37) 姜明安，法治的求索与呐喊（评论卷）[M]，中国人民大学出版社，2012年，310页。

[参考文献]

- 姜明安, 法治的求索与呐喊(评论卷)[M], 中国人民大学出版社, 2012年。
- 姜明安, 行政法与行政诉讼法(第六版)[M], 北京大学出版社, 2015年。
- 孔祥利, 以问责防治“为官不为”: 现状特点与制度反思——基于39份省级层面的制度文本分析[J], 中共中央党校学报, 2018年, 第22卷第5期。
- 郭晓虹/麻昌华, 论自然资源国家所有的实质[J], 南京社会科学, 2019年。
- 纪建文, 知情权: 从制度到社会控制[M], 法律出版社, 2012年。
- 金承哲/刘树民, 新时代吉林省冰雪体育产业发展道路探索[J], 吉林化工学院学报, 2018年35卷10期。
- 金春姬, 延边地区冰雪旅游资源和游客特征研究—以滑雪场为例[D], 延边大学, 2010年。
- 罗珊珊等, 开发冰雪资源, 打造热门产业——对京冀辽吉黑五省市冬季旅游市场的调查[N], 人民日报2019年1月23日, 第19版。
- 刘颁/张博, 大众冰雪运动法律保障研究[J].冰雪运动, 2017年39卷1期。
- 李广宇, 政府信息公开司法解释读本[M], 法律出版社, 2011年。
- 李鑫, 为“白色经济”添砖助力[N], 吉林民进, 2018年。
- 毛璐璐, 将冰雪资源变为经济优势——关于呼伦贝尔冬季旅游发展的建议[N], 呼伦贝尔日报, 2019年4月2日, 第2版。
- 费郁光, 黑龙江省滑雪场建设对环境的影响及可持续发展对策[J], 第十一届全国冬季运动会科学大会论文集, 2008年。
- 蒋抒博, 吉林省冰雪产业发展现状及对策研究[J], 税务与经济, 2019年, 第1期。
- 章志远, 迈向公私合作型行政法[J], 法学研究, 2019年。
- 周一博, 理性对待公众参与环境行政决策[J], 兰州财经大学学报, 2018年, 第34卷第5期。
- 陈兰, 公私合作PPP模式协同推进科创园区建设研究[D], 浙江工业大学, 2018年。
- [日]盐野宏, 行政法Ⅲ[第四版]—行政组织法[M], 有斐阁, 2012年。

中国冰雪资源开发与利用的法治保障研究^{*}

韩昌善^{**}

郑然富^{***}

[摘要] 随着现代社会和经济的不断发展,新时代人民群众对美好生活有了更大的向往。旅游成为了一种人民对美好生活向往的精神追求。同时随着人们生活水平提高和消费观念的转变,冬季出行冰雪旅游和喜好冰雪运动的人数呈逐年上升趋势。在这样的契机下,多年来冰雪资源的开发与利用一直是中央和地方政府所关注的重点。经过中央和地方政府政策的大力扶持中国冰雪产业发展迎来的飞速的发展。但是,冰雪产业迅速发展的背后却存在着一系列需要亟待解决的问题和不足。应该从依法进行冰雪资源的开发与保护、建立健全大众冰雪产业发展的法律法规、明确冰雪资源的法律地位、完善多元化解纠纷机制、提高公民参与度等几个方面为冰雪产业发展保驾护航,最终使冰雪资源开发与保护实现经济效益与社会效益双赢的目的。

[关键词] 冰雪资源的法律地位, 多元化解纠纷机制, 平衡论, 保障公民参与权, 保障公民知情权

* 本论文是,基于2019年吉林省政府法制研究课题——“吉林省冰雪资源法制保障问题研究”的研究报告基础上修改完成的论文。

** 延边大学法学院讲师,硕士研究生导师,法学博士。

*** 圆光大学法学专门大学院教授,法学博士,通讯作者。

[Abstract]

Research on the legal Guarantee of the exploitation and utilization of snow and ice resources in China

Han ChangShan *

Joung YounBoo**

With the continuous development of modern society and economy, the people in the new era have greater aspirations for a better life. Tourism has become a kind of people's spiritual pursuit for a better life. At the same time, with the improvement of people's living standard and the change of consumption concept, the number of people who travel on ice and snow in winter and like ice and snow sports is increasing year by year.

Under such an opportunity, the development and utilization of snow and ice resources has been the focus of the central and local governments for many years. The rapid development of our ice and snow industry is supported by the policies of the central and local governments. However, behind the rapid development of ice and snow industry, there are a series of problems and deficiencies that need to be solved urgently.

The development of the snow and ice industry should be protected from several aspects--such as: the development and protection of snow and ice resources in accordance with the law, the establishment and improvement of laws and regulations for the development of the mass snow and ice industry, the clarification of the legal status of snow and ice resources, the improvement of the diversified dispute settlement mechanism, and the increase of citizen participation--so that the development and protection of snow and ice resources can achieve a win-win goal of economic and social benefits.

Key words: The legal status of snow and ice resources, Diversified dispute resolution mechanisms, Theory of balance, The right of citizens to participate is guaranteed, Protect citizens' right to know

* Lecturer, YanBian University Law School.

** Professor, WonKwang University Law School, Corresponding Author.

사모펀드 사태에서 펀드 운용구조상 문제점 및 개선방안

정 민 희*

논문요지

라임자산운용(주), 옵티머스자산운용(주), 디스커버리자산운용(주)은 속칭 사모펀드 사태와 연관된 대표적인 자산운용사들이다. 이 글에서는 이 자산운용사들이 운용한 펀드 운용구조상 공통점과 공통된 위법행위를 살펴보고, 양자 간의 관련성을 분석한다. 3개 자산운용사의 펀드 투자금은 모두 저수지 기능의 도관체를 경유하여 최종투자대상자산에 도달하는 공통점이 있었다. 또 3개 자산운용사는 모두 돌려막기로 인한 사기죄의 형사판결이 확정되었거나, 형사절차 진행 중에 있으며, 공모규제 위반으로 행정제재를 받았거나, 공모규제를 위반하였을 것으로 의심을 받고 있다. 이렇게 공통적인 현상이 나타나는 이유는 저수지 기능의 도관체가 돌려막기 사기와 공모규제 위반에 있어 핵심적인 역할을 수행할 수 있기 때문인 것으로 분석된다.

그 외에 개별적인 위법행위로서, 옵티머스 사안에서는 수탁사가 수탁계좌를 통합 운용함으로써 돌려막기 의심을 받아 형사기소 되었고, 디스커버리는 추가적인 도관체를 사용함으로써 투자자의 정보접근권한을 축소하고 역외펀드 등록 및 이해상충관리의무를 회피하는 등 행정규제를 위반한 것으로 의심되는 상황이다.

이렇듯 위법행위를 용이하게 하는 펀드 운용구조상의 도관체 및 수탁계좌 통합 운용에 대해 개선방안을 제시하고자 한다. 첫 번째로는 도관체에 증권신고서 제출의무를 부과하기 위하여 특정금전신탁의 경우처럼 동일 발행인의 채무증권이 2개 이상의 펀드에 편입되는 경우 모집으로 간주하는 규정을 증권발행 및 공시에 관한 규정에 신설하는 것이다. 자산운용사가 증권신고서를 제출하는 경우에는 도관체 관련 상세한 정보를 증권신고서에 기재하도록 시행령을 개정하는 것이 필요하다. 두 번째로는 집합투자계약이나 핵심설명서에 수탁사의 구분관리의무 의미를 명확히 하는 규정을 두는 것이다. 세 번째로는 도관체를 이용하는 펀드에 대해 금융투자협회의 자율규제 사항으로 그 설정을 제한하고, 펀드가 설정된다면 설명을 강화하는 것이다.

검색용 주제어: 사모펀드 운용, 도관체, 특수목적기구, 돌려막기, 공모규제, 구분관리의무

• 논문접수: 2022. 12. 21. • 심사개시: 2023. 01. 09. • 게재확정: 2023. 01. 25.

* 고려대학교 전문박사과정, 금융감독원 소속 변호사. 이 글은 저자의 개인적인 의견으로 소속 기관의 입장과 전혀 무관함을 밝힙니다.

I. 서론

사모펀드 사태의 여파는 아직 끝나지 않았다. 은행이 판매한 금리 기초 파생결합증권의 불완전판매가 2019년 8월 사회적 이슈로 떠오르고, 이에 대한 수습이 채 이루어지지 않은 상황에서 2019년 10월 약 5조원 가량의 운용자산을 보유하고 있던 업계 1위 라임자산운용(이하 ‘라임’으로 약칭)이 펀드 환매연기를 선언하였고, 2020년 6월에는 옵티머스자산운용(이하 ‘옵티머스’로 약칭)이 금융회사로서는 상상하기 어려운 위법행위 혐의로 임원들이 수사를 받게 되었다. 그리고 그 외에도 디스커버리자산운용(이하 ‘디스커버리’로 약칭), 헤리티지, 켄투, 이탈리아 헬스케어, 팝펀딩, 무역금융 등 다수의 금융투자상품들에서 환매 또는 상환 연기가 잇달았다. 이들은 파생결합증권, 신탁 등 펀드¹⁾와 다른 법적 형식을 취하기도 하였지만 최종 투자대상인 기초자산에서는 펀드와 동일한 경제적 실질을 가지고 있었다. 환매·상환의 중단·연기는 일시적인 유동성 부족이 원인이기도 하였고, 투자대상자산이 투자 당시부터 부실하였거나 운용 중 부실하게 된 것이 원인이기도 하였다. 후자의 경우는 손해배상 청구소송이나 형사고발 등 후속 절차를 통해 아직도 잔존 수익금의 일부와 피해를 보상받고 있는 상황이다.

사모펀드 사태로 통칭되어 온 이와 같은 금융거래질서 문란행위 및 소비자 피해발생행위로 인해 그간 금융당국과 학계는 원인분석 및 재발방지 대책에 대해 활발하게 논의하여 왔다. 금융위원회는 여러 차례에 걸쳐 개선방안을 발표하고,²⁾ 개선방안에 따라 「자본시장과 금융투자업에 관한 법률」(이하 ‘법’ 또는 ‘자본시장법’으로 약칭) 및 동 법 시행령(이하 ‘령’과 혼용) 등 법규 개정에도 힘썼다. 학계에서도 다수의 연구가 진행되었다. 그러나 금융위원회의 개선안은 주로 금리 기초 파생결합증권과 라임펀드에 관한 것이었고, 학계의 연구는 펀드의 제조나 운용보다는 주로 판매 및 감시·감독 부분에 집중되어 있는 것으로 보인다.³⁾

1) 이하에서 펀드라는 용어는 편의상 집합투자기구, 투자신탁 등의 용어와 혼용하고, 집합투자증권이라는 용어는 펀드 수익증권, 수익증권과 혼용하여 사용한다.

2) 2019. 11. 14. 「고위험 금융상품 투자자보호 강화를 위한 종합 개선방안」, 2019. 12. 12. 「고위험 금융상품 투자자 보호 강화를 위한 종합 개선방안 최종안」(이하 ‘1차 개선방안’으로 약칭), 2020. 2. 14. 「사모펀드 현황 평가 및 제도개선 방향」, 2020. 4. 27. 「사모펀드 현황평가 및 제도개선 방안 최종안」(이하 ‘2차 개선방안’으로 약칭)

3) 고동원(2021)은 금융위원회의 개선방안에 대해 여전히 투자자 보호 장치가 미흡하다는 취지로 개선방안의 7가지 문제점을 지적하고, 일반투자자의 일반사모펀드 투자 금지, 사모투자재간접공모펀드 제도 폐지, 전문투자자에 대한 적합성·적정성 원칙 적용 등 추가적인 개선방안을 제시하였고, 김홍기(2020)는 최소투자금액 증액만으로 위험을 판단할 수 있게 되는 것은 아니므로 전문성 등을 적격개인투자자의 자격요건으로 추가해야 한다고 주장하였으며, 권세훈·반주일(2022)은 상품설명서에 기대수익률 추가 기재 및 스케일 왜곡이 없는 그래프 강제, 투자자성향 파악 업무와 판매업무 분리, 투자자성향 분류방법 개선을 주장하였다. 류혁선·남유선(2021)은 적격투자자 기준 개선, 전문투자자에 대한 적합성원칙 적용 등을 추가적인 개선방안으로 제시하였고, 이상의 글들은 대부분 운용사의 내부통제 문제도 동시에 지적하였다. 또 펀드에서의 판매사, 수탁사, 사무관리회사의 법적지위 문제에 대해서도 심도 깊은 논의가 이루어졌는데, 각각 김병연(2021), 김윤중(2021), 박철영(2020)의 글을 들 수 있다. 그 외에 라임과 옵티머스 사안 관련 개괄적인 논평은 조자운(2021), 김정연(2020)의 글이 있었고, 착오취소 인정으로 판매사에게 부당이득 반환의무를 지운 결정이나 금융위원회의 개선안 중 판매사에게 감시의무를 부과한 부분에 대한 비판으로 정재은(2020), 고동원(2021)의 글이 있었다. 사모펀드 사태에 대한 반성적 고찰로 이성복(2020), 박선아(2021)는 금융감독 체계 개편이 필요하다는 논의도 하였다.

이 글에서는 금리 기초 파생결합증권 사태를 제외하고,⁴⁾ 라임, 옵티머스, 디스커버리가 운용한 사모펀드의 운용 구조상 문제점을 살펴보고자 한다.⁵⁾ 그리고 금융위원회의 기존 개선방안 외 추가로 보완할 개선방안이 있는지 검토해 보고자 한다. 이를 위해 각 운용사별 개략적인 펀드 운용 구조를 살피고, 운용구조상의 공통점을 도출한 후, 그러한 공통점과 위법행위 간 관련성을 분석하도록 하겠다.

II. 펀드 운용상의 문제점

1. 펀드 운용구조 및 위법행위

(1) 라임

라임이 운용한 펀드는 최종 투자자산의 소재지에 따라 크게 해외 펀드와 국내 펀드로 나눌 수 있다. 해외 펀드는 주로 신한금융투자와의 TRS(Total Return Swap)⁶⁾ 계약을 체결하여 IIG 펀드를 포함한 6개⁷⁾의 해외 무역금융펀드⁸⁾에 분산투자하는 방

4) 금리 기초 파생결합증권인 DLS(Derivative Linked Securities)는 속칭 ‘사모펀드 사태’ 중 가장 먼저 문제되기는 하였으나, 문제된 DLS(DLS가 신탁에 편입되면 DLT, 펀드에 편입되면 DLF)는 기초자산인 금리의 변동에 따라 미리 정하여진 조건별로 정해진 금원을 상환하는 증권이어서, 채무증권의 성격이 강하고 만기까지 기간 중 ‘운용’이라고 할 만한 매매행위가 없으므로 펀드 운용구조에 관한 이 글의 논의 대상에서 제외한다.

5) 사모펀드의 운용구조는 불특정 일반에게 공개되지 않으나, 라임, 옵티머스, 디스커버리 운용 펀드의 경우는 임원진 형사판결, 감사원 감사결과보고서, 금융위원회 및 금융감독원의 보도자료 등으로 다른 사모펀드에 비해 운용구조 관련 자료에 일정 부분 접근이 가능한 상황이다.

6) 본래 총수익스왑(Total Return Swap) 계약은 총수익매도인이 법적 소유권자로서 기초자산(주식, 채권 등)을 매입하되, 총수익매수인에게 신용위험과 시장위험을 모두 이전하여 계약종료 시 기초자산으로 인한 정산 수익과 손실을 총수익매수인에게 귀속시키고, 총수익매도인은 계약 기간 동안 고정 수수료를 지급받는 계약을 일컬으나[이정두, “주식관련 장외파생거래의 제반 문제에 관한 연구: 지배구조 왜곡 및 불공정거래와 규제방향을 중심으로”, 「증권법연구」, 제17권 제1호(2016), 203-245면 참조], 국내 증권사는 이외에도 라임에게 일정 증거금(투자자들로부터 받은 투자원금이 증거금 기능)을 추가로 납부하도록 함으로써 실질적으로는 증거금과 기초자산을 담보로 증권사가 운용사에게 대출을 해주는 기능을 하고 있었다. 담보인 증거금을 초과하는 자산 매입분이 대출의 효과를 일으키는 것이다. 이러한 담보부 대출 기능으로 인해 수익과 손해가 투자원금만으로 운용될 때보다 확대된다. TRS증거금율은 증권사 내부에서 자체적으로 결정하며 증거금율이 상향되면 그만큼 레버리지 비율이 하향된다. 예를 들어 증거금을 기초자산 가액의 1/3로 정할 경우, 레버리지 비율은 3배가 되고, 증거금을 기초자산 가액의 1/2로 정할 경우 레버리지 비율은 2배가 된다 [이상훈, “라임자산운용펀드의 구조적 문제점”, 「기업지배구조연구」, 2020년 제57권(2021), 182-193면].

7) IIG 운용 GTFF, STFF 펀드(International Investment Group에서 운용하는 라틴아메리카 및 신흥국 무역금융펀드, Global Trade Finance Fund, Structured Trade Finance Fund), BAF Latam Credit Fund(BAF Capital이 운용하는 라틴아메리카 무역금융펀드), Asian Trade Finance Fund 2(TransAsia Private Capital Ltd가 운용하는 아시아 무역금융펀드), Barak Structured Trade Finance Fund(Barak Fund Management가 운용하는 아프리카 무역금융펀드), Rasmala Trade Finance Fund(Rasmala Asset Management가 운용하는 중동 무역금융펀드)

8) 무역업체(납품업체, 수출업체, 수입업체 등)에 재화 또는 매출채권을 담보로 대출을 실행하고 이에 대한 이자를 수취하는 것을 주된 투자전략으로 삼는 펀드

식이었고, 국내 펀드는 주로 KB증권과 TRS 계약을 맺어 코스닥 상장사나 비상장주식회사의 주식, 전환사채(CB, Convertible Bond), 신주인수권부사채(BW, Bond with Warrant) 1종목에 투자하는 방식이었다. 해외 펀드와 국내 펀드는 각각 모(母)펀드 역할을 하는 펀드가 2개씩 존재하였다.⁹⁾ 국내펀드에서는 펀드 간 부실자산 이전행위로 인한 배임 및 제3자 이익도모 위반, 증거금 및 환매 대응을 위한 모펀드의 자금 지원 행위, 그 외에 횡령, 수재, 시세조종, 미공개정보이용 등 다양한 위법행위가 있었으나, II.2.에서 후술하는 공통된 위법행위의 양태가 전형적으로 보이지 않으므로 이하에서는 해외펀드에 한하여 펀드운용구조를 상술한다.

라임의 해외 펀드에서 대표적 위법행위는 투자대상자산 중 하나였던 IIG 운용 펀드의 부실을 알고도 모자(母子)형 구조로 전환함으로써 부실을 다른 펀드에 전가한 행위 및 그 부실을 숨긴 채 신규 펀드를 설정한 행위를 들 수 있다.

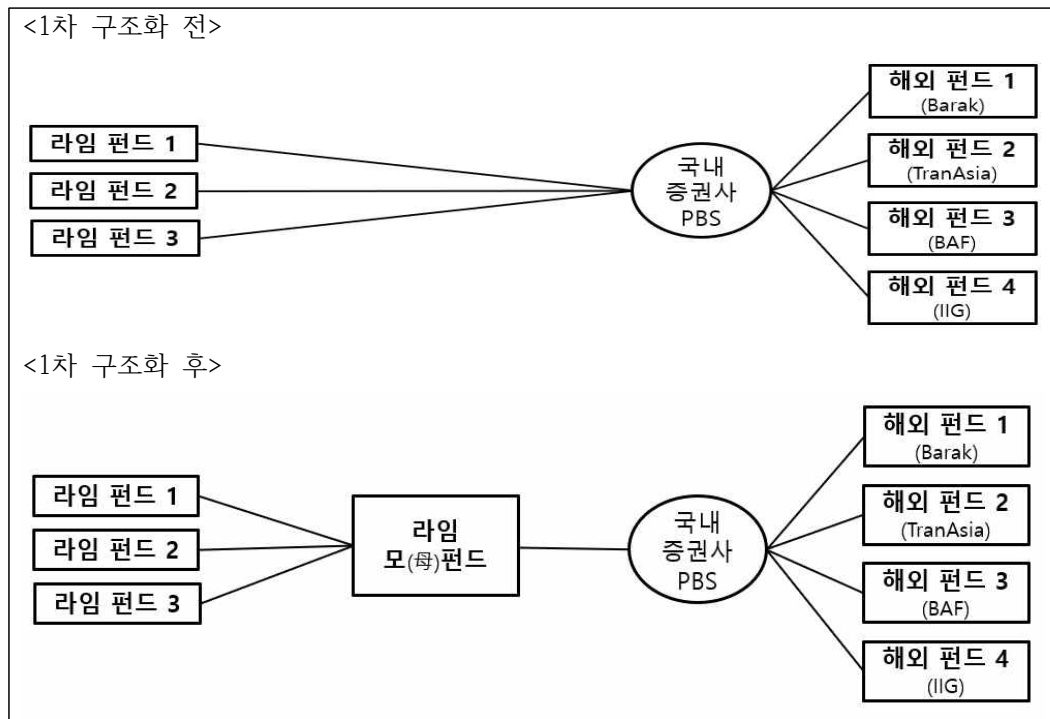
라임은 [그림1]과 같이 해외펀드 1~4를 섞은(예: Barak펀드는 30%, IIG펀드는 70%) 해외 무역금융펀드를 2017. 5월부터 2018. 3월까지 총 34개 설정(총 약 3,400억원)하였다. 이후 추가로 해외 펀드를 설정하지 않고 있던 중 2018. 6월에 만기가 도래한 7개 펀드(약 600억원)로부터 환매신청을 받게 되었다. 환매 신청된 7개 펀드의 환매대금 지급기일은 2018. 11. 29.이었고 IIG 편입 비율은 당시 51%였는데, IIG는 2018. 5월말 기준가부터 보내지 않다가 2018. 11. 19.에는 IIG펀드가 상당히 손상되어 펀드 환매를 중단하겠다는 내용의 전자우편을 보냈다. 이러한 상황에서 환매대금 부족을 우려한 라임과 신한금융투자는 34개 펀드의 TRS를 정산하고 그 중 1개 펀드¹⁰⁾를 나머지 33개 펀드의 모(母)펀드로 만들어 TRS 계약을 맺는 1차 구조화를 통해 정산대금으로 환매대금을 마련하고자 하였고, 2018. 11. 26. 1차 구조화 작업을 완료하였다. 모자형 구조로 1차 구조화가 완료된 시점에서 모펀드의 IIG 편입 비율은 35%였다. 그러나 1차 구조화에도 불구하고 환매대금 및 TRS 증거금이 부족하게 되었고, 이에 라임과 신한금융투자는 모자형 구조로 전환된 사실을 숨긴 채 2018. 11. 27.부터 2018. 12. 18.까지 3개 펀드(총 약 500억원)를 신규 설정하여 이 투자금 중 대부분을 기존에 설정되어 있던 다른 자펀드의 환매대금으로 사용하였다.¹¹⁾ 투자금 중 일부는 모펀드 투자자금으로 사용하였다.

9) 국내 펀드의 모펀드는 플루토 FI D-1호, 테티스 2호이고, 해외 펀드의 모펀드는 플루토 TF-1호, Credit Insured 1호. 상기 내용은 금융감독원, 2020. 2. 14.자 보도자료 「라임자산 운용에 대한 중간 검사결과 및 향후 대응방안」 참조

10) ‘라임 글로벌아이 ALP’, 동 펀드는 2019. 2. 14. ‘라임 플루토 TF-1호’로 명칭이 변경되었다.

11) 이상의 사실관계는 서울남부지방법원 2021. 1. 29. 선고 2020고합222, 2020고합371(병합) 판결과 서울남부지방법원 2020. 9. 25. 선고 2020고합171 판결 중 일부 내용을 요약한 것이며, 전자는 대법원 2022. 11. 10. 선고 2022도8502 판결, 후자는 대법원 2021. 11. 25. 선고 2021도7918 판결로 확정되었다. 이하에서는 해당 판결을 ‘라임 형사판결’로 약칭한다.

[그림1] 라임의 해외 펀드 투자구조¹²⁾



1차 구조화 이후 라임과 신한금융투자는 IIG 수익증권 등 투자자산을 만기 5년의 외국 금융회사 P-Note(Promissory Note, 약속어음)와 교환하는 2차 구조화를 한 번 더 단행한다. 이 약속어음의 원금 만기는 5년, 이자는 2~3년임에도 라임은 2차 구조화 사실을 숨기고 만기 6월~1년의 신규 펀드를 추가로 설정하였다.

법원은 1차 구조화 행위에 대해 34개 펀드 중 IIG펀드를 투자대상자산으로 담고 있던 17개 펀드의 손실이 나머지 IIG펀드를 투자대상자산으로 담지 않고 있던 17개 펀드에 전가되었다는 이유로 자본시장법상 제3자 이익도모¹³⁾ 규정을 위반하였다고 하였으며, 1차 및 2차 구조화 이후 신규 설정된 펀드에 대해서는 특정경제범죄 가중처벌등에 관한 법률(이하 '특경법')상의 사기죄를 인정하고 자본시장법상 부정거래¹⁴⁾ 규정을 위반하였다고 하였다. 특히, 법원은 구조화 이후 설정된 신규 펀드 설정에 대해 '돌려막기' 사기라고 하였는데, 1차 구조화 이후 사용된 투자제안서의 [그림1] 투

12) 금융감독원 금융분쟁조정위원회, 제2020-3호 조정결정서 「수익증권 매매계약 취소에 따른 부당이득반환책임」(2020. 6. 30.) 3면의 첨부그림을 참조하여 각색. 익명의 심사자께서 출처를 밝혀 공개된 자료를 인용하더라도 그림을 그대로 복사해서 붙여 넣는 것은 적절하지 않다는 의견을 주셔서 이 글에 맞게 다시 각색하였다.

13) 집합투자업자는 특정 집합투자기구의 이익을 해하면서 자기 또는 제삼자의 이익을 도모하는 행위를 하여서는 아니되며, 위반시 행정제재 뿐 아니라 5년 이하의 징역 또는 2억원 이하의 벌금에 해당(자본시장법 제444조 제8호, 제85조 제4호, 이하 '제3자이익도모'라고 약칭)

14) 누구든지 금융투자상품의 매매 그 밖의 거래와 관련하여 중요사항에 관하여 거짓의 기재 또는 표시를 하거나 타인에게 오해를 유발시키지 아니하기 위하여 필요한 중요사항의 기재 또는 표시가 누락된 문서 그 밖의 기재 또는 표시를 사용하여 금전, 그 밖의 재산상의 이익을 얻고자 하는 행위를 하여서는 아니됨(자본시장법 제443조 제1항 제8호, 제178조 제1항 제2호, 이하 '부정거래'라고 약칭)

자구조도에 대해, 투자자는 Barak, TransAsia, BAF, IIG 펀드에 직접 투자하는 것으로 이해하지 모펀드인 TF-1호를 경유할 것으로 인식하기는 어려웠을 것이라고 한다. 또, 투자자는 모펀드 중 35%가 손실되었다는 사실도 알 수 없었을 것이며, 투자자금이 전적으로 국내 모펀드나 다른 투자자의 환매대금으로 사용될 것을 알았다면 투자하지 않았을 것이라고 하였다. 2차 구조화 때 역시 돌려막기 사기라고 하였는데, 라임 펀드 만기가 펀드에 편입된 약속어음의 만기보다 짧아서, 신규 펀드는 투자대상자산의 수익으로부터 상환금이 지급될 가능성이 없고 다른 신규 펀드가 설정되어야 환매대금이 마련될 수 있음에도 이 사실을 숨기고 투자자산으로부터 수익금이 나오는 것처럼 설명한 부분이 기망이자 거짓기재라고 판시하였다.

(2) 옵티머스

옵티머스자산운용(주)의 펀드 운용구조¹⁵⁾는 라임과 달리 단순하다. 옵티머스는 국내 공공기관에 대한 채권에 투자하겠다고 제안·설명하였으나, 제안·설명한 자산에 투자한 적이 없었다.¹⁶⁾ 옵티머스 수탁계좌에 보관된 펀드재산은 [그림2] 1차 도관체 회사들이 발행한 사모사채였고, 사모사채 발행대가로 받은 투자자금은 6개 1차 도관체 및 2차 도관체 계좌에 모였다. 이들은 모두 아무 사업역량이 없는 회사였다. 옵티머스에서 환매가 중단된 펀드는 43개, 총 약 5천억원이었는데, 그 중 3천억원 가량이 1, 2차 도관체 계좌에 보관되다가 기존 펀드의 환매자금으로 사용되었고, 나머지 약 2천억원은 도관체 회사 계좌에서 부동산 PF사업, 주식, 채권 및 개인적인 투자 등으로 사용되었다.¹⁷⁾

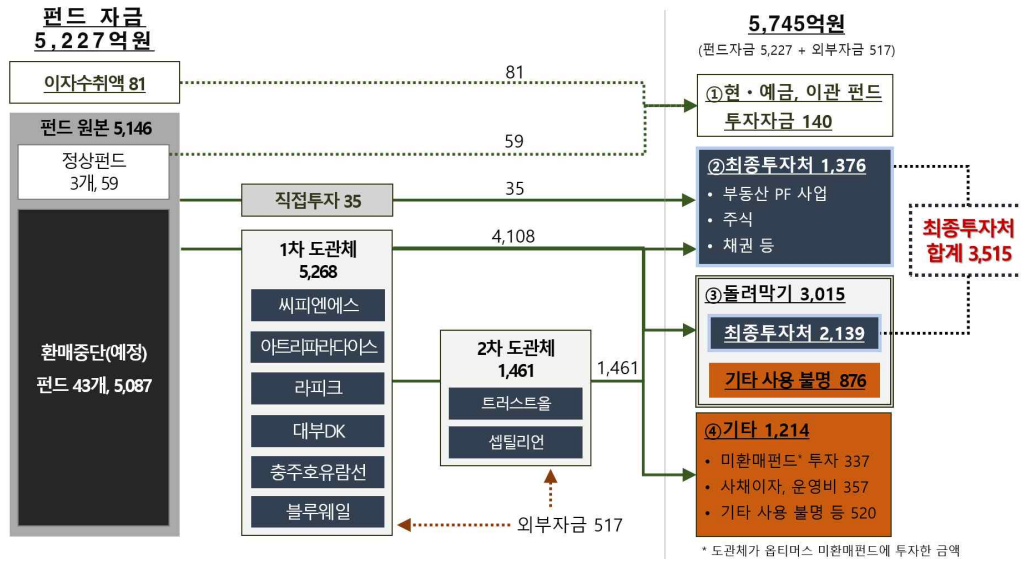
15) 이하 사실관계는 대법원 2022. 7. 14. 선고 2022도3799 판결(이하 ‘옵티머스 형사판결’이라 약칭한다), 감사원 2021. 7월 감사보고서 “금융감독기구 운영실태” 및 2021. 9. 30. 제심의결정 2021-제심 28-29 “문책·주의요구(△△에 대한 검사 및 상시감시업무 태만)에 대한 제심의청구”, 금융위원회 2020. 6. 30.자 보도참고자료 “옵티머스자산운용(주)에 대한 영업 전부정지 등 조치명령”, 금융감독원 2020. 7. 23.자 보도자료 “옵티머스자산운용에 대한 중간 검사결과 및 향후 대응”, 금융감독원 2020. 11. 11.자 보도자료 “옵티머스자산운용 펀드에 대한 실사 결과”, 금융감독원 2021. 4. 6.자 보도자료 “금융분쟁조정위원회, 옵티머스펀드 투자원금 전액 반환 결정”, 옵티머스자산운용(주) 관련 금융감독원 제재내용 공개안(2021. 11. 24.) 참조

16) 금융감독원 분쟁조정위원회는 옵티머스 투자제안서에 기재된 공공기관(3개) 및 지방자치단체(2개)는 발주한 기성공사대금을 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」 시행령 제58조 및 기획재정부 계약예규 「공사계약 일반조건」에 따라 5일 이내에 지급하므로 건설사 등이 기성공사대금채권을 양도할 실익이 없고, 국내의 330개 자산운용사 전체에 대해 문의한 결과 공공기관 발주 매출채권을 양수받는 구조의 펀드는 과거에도 현재도 존재하지 않는다고 회신하였다고 발표(금융감독원 2021. 4. 6.자 보도자료 “금융분쟁조정위원회, 옵티머스펀드 투자원금 전액 반환 결정”)

옵티머스 형사판결에서 법원은 펀드자산명세서에 등록된 한국토지주택공사에 대한 매출채권은 특약상 양도가 금지된 채권이었고, 장래 기성공사의 비율에 따라 공사대금이 산정되는 미확정 채권으로 채권양수도 계약 당시 채권금액이 특정되지 않는 상황이었다고 판시(서울고등법원 2022. 2. 18. 선고 2021노1378 판결)

17) 금융감독원 2020. 7. 23.자 보도자료 “옵티머스자산운용에 대한 중간 검사결과 및 향후 대응” 8면

[그림2] 옵티머스 펀드자금 흐름¹⁸⁾



옵티머스의 투자금은 애당초 투자제안서와 무관한 곳으로 흘러간 점에서, 투자제안서에 기재된 대로 투자하였으나 그 후 부실이 발생한 라임과는 달리, ‘운용구조’라고 할 것이 없다. 옵티머스는 존재하지 않는 투자대상자산을 서류상 있는 것처럼 만들어 내기 위해 공공기관에 대한 채권 양수도 계약 문서(매출채권 양수도 계약서)를 위조하였고, 이로써 펀드에서 공공기관에 대한 채권을 양수한 것처럼 보이게끔 하였다. 또 펀드의 기준가를 관리하는 사무관리회사(한국예탁결제원) 직원을 속여 한국예탁결제원 명의 문서(펀드자산명세서)에 공공기관에 대한 채권이 실재하는 것처럼 보이도록 하였다. 옵티머스는 위조문서가 발각되지 않기 위해 판매사의 실사나 금융감독원의 현장검사에서 관련 자료를 은닉·은폐하였다. 환매중단 경위도 라임은 유동성 압박을 느끼고 자발적으로 선언한 것임에 반해 옵티머스는 임원들에 대한 수사 개시 및 금융위원회의 긴급조치명령에 의한 타의적인 것이었다. 이후 펀드에 대한 회계법인 실사 결과도 라임은 약 60%의 회수율을 예상하였던데 비해¹⁹⁾ 옵티머스는 7%~15% 수준에 그친 점에서 남은 투자자산의 규모 또한 크게 다르다.

옵티머스 펀드자금 흐름에서 특이한 점은 수탁은행이었다. 라임이나 디스커버리와 달리 옵티머스에서는 수탁은행 직원들도 형사 기소되고 행정제재를 받았다. 형사 기소된 혐의는 수탁은행이 펀드 간 거래를 통해 돌려막기에 가담하였다는 것이었고,²⁰⁾ 행정제재는 한 펀드의 결제자금을 은행 고유자금으로 우선 정산한 후 타 펀드 재산을 임의 감소시키거나, 운용사의 운용지시 없이 펀드 수탁 재산의 금액을 임의 조정하는 행위를 하였다는 것이었다.²¹⁾

옵티머스 임원들에 대해서는 특정법상 사기 및 부정거래 위반, 사문서위조, 위조사문서 행사, 횡령 등의 형사판결이 확정되었고, 수탁은행 직원들은 현재 형사소송 1

18) 금융감독원 2020. 11. 11.자 보도자료 “옵티머스자산운용 펀드에 대한 실사 결과” 5면의 그림 인용

19) 플루토 FI D-1은 68%~50%, 테티스 2호는 79%~58% 등. 금융감독원 2020. 2. 14.자 보도자료 “라임자산운용에 대한 중간 검사결과 및 향후 대응방안” 참조

20) 뉴테일리경제 2022. 10. 25.자 기사 “검찰, 옵티머스 사태 금융사 직원들에 징역형 구형”. 동 기사에 의하면 2022. 12. 22. 1심 판결 선고 예정이라고 한다.

21) ㈜하나은행 관련 금융감독원 제재내용 공개안(2022. 3. 16.).

심 진행 중이다.

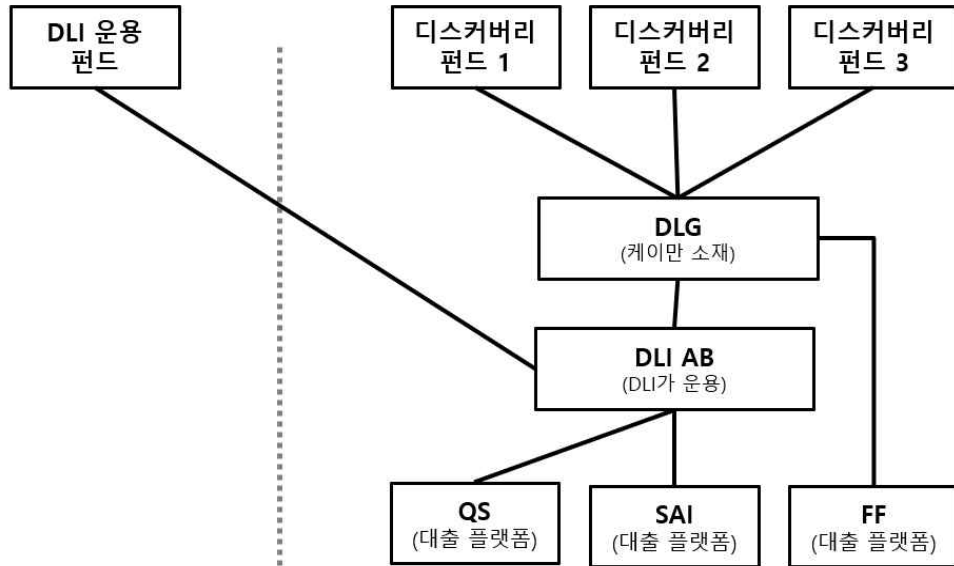
(3) 디스커버리

디스커버리의 펀드 운용구조에 있어 가장 두드러진 특징은 1개의 해외 자산운용사에 펀드 투자금 대부분을 맡긴 것이었다. 디스커버리의 최종 투자대상자산은 미국 소상공인들에 대한 대출채권과 미국 부동산 담보부 대출채권으로 크게 나눌 수 있는데, 검찰 기소와 금융위원회의 행정제재에서 주로 문제된 펀드는 소상공인 대출채권 펀드였다. 동 펀드는 DLI(Direct Lending Investment)라는 미국 자산운용사의 운용에 크게 의존하는 상품이었다. 디스커버리에서는 라임에서와 같은 TRS, OEM, 모자형 구조나 옵티머스에서와 같은 부존재 자산, 문서위조 행위는 없었으나, 자금이 모이는 저수지와 같은 역할의 도구(Vehicle)가 존재한 점은 동일하였고, 디스커버리에서 이 도관체는 해외(Cayman 군도)에 설립근거를 둔 페이퍼 컴퍼니였다.

[그림3]에서 보듯 소상공인 대출채권 펀드의 투자금은 여러 경로를 거쳐 미국 소상공인 차주에게 도달한다.²²⁾ 약 30여개 소상공인 대출채권 펀드는 DLG(Direct Lending Global. Ltd)이라는 케이만 소재 특수목적법인(SPC)이 발행한 사모사채를 발행 회차를 달리하여 1개 펀드에 1개 사채씩 편입하였고, DLG는 DLI AB(DLI Asset Bravo, LLC)라는 DLI 운용 펀드로부터 QS(QuaterSpot)라는 P2P 대출플랫폼에 대한 투자참여권을 매입하였다. DLG는 QS 뿐 아니라 그 외 2개 P2P 대출플랫폼으로부터 연 15%의 고정수익이 발생하는 구조화된 채권도 DLI AB를 통해 매입하거나 또는 P2P플랫폼으로부터 직접 매입하였다. 디스커버리 펀드 투자금은 각 펀드 수탁사 계좌를 거쳐 DLG계좌에 모이고, 해당 자금은 DLI AB에서 DLI가 운용하는 미국 펀드의 투자자금과 합쳐져서, QS 등 3개 대출업체에 투자되었다.

22) 이하의 사실관계는 금융감독원 분쟁조정위원회의 2021. 5. 24.자 의결 “사모펀드 불완전판매로 인한 손해배상책임 등” 조정결정서, 서울남부지방법검찰청의 2022. 7. 5.자 보도자료 “펀드 사기 판매한 자산운용사 대표 구속 기소”, 디스커버리자산운용(주) 관련 금융감독원의 제재내용 공개안(2022. 2. 16.), 서울중앙지방법원 2021. 4. 8. 선고 2020가합3296 판결 등을 참고함

[그림3] 디스커버리 펀드 운용 구조²³⁾



디스커버리는 임원들에 대한 형사판결이 확정된 라임 및 옵티머스과 달리, 2022. 7 월에야 기소되어 현재 1심이 진행 중이다.²⁴⁾ 이 때문에 판결문을 통해 운용상 위법 행위를 확정하기는 어렵다. 다만, 검찰 보도자료 및 관련 기사에 따르면, 디스커버리 는 2018. 10월 QS 대출채권이 부실이라는 사실 및 2019. 3월 DLI 대표가 SEC에 의 해 사기 혐의로 고발된 사실을 알면서도 펀드를 설정하고, DLG를 통해 돌려막기 운 용을 하였다는 혐의로 인해 사기 및 부정거래 위반으로 기소되었다고 한다.²⁵⁾ 이에 대해 전부 무죄를 주장하는 변호인은 신규 투자금이 기존 펀드의 상환자금으로 일부 사용되었지만 이는 사기에 해당하는 돌려막기가 아니며, 디스커버리도 DLI에 속은 피해자라고 변론 중이다.²⁶⁾

2. 공통된 운용상 불법행위

지금까지 기소되거나 행정제재된 운용상의 위법행위 및 그와 관련된 펀드 운용구 조를 살펴보았다. 3개 운용사에서는 모두 사기죄에 해당하는 돌려막기로 판결이 확 정되었거나, 재판 중이다. 이하에서는 판결문에서 실시한 돌려막기의 의미에 대해 분

23) 여의도투자자권익연구소 “디스커버리 US펀테크 글로벌 채권펀드 투자자들이 손실 회복을 위 해 취할 수 있는 법적 조치는?” 사이트(<http://yiri.co.kr/kr/?p=8595>)<2022. 12. 20. 최종방문> 의 그림을 참조하여 각주22 자료들의 사실관계에 따라 각색. 익명의 심사자께서 출처를 밝혀 공개된 자료를 인용하더라도 그림을 그대로 복사해서 붙여 넣는 것은 적절하지 않다는 의 견을 주셔서 이 글에 맞게 다시 각색하였다.

24) 금융위원회는 펀드 고유의 특성에 맞는 위험관리기준을 마련하지 못하였다는 이유로 행정 제재하였다. 디스커버리자산운용(주) 관련 금융감독원의 제재내용 공개안(2022. 2. 16.) 참조

25) 서울남부지방법검찰청의 2022. 7. 5.자 보도자료 “펀드 사기 판매한 자산운용사 대표 구속 기소”, 2022. 9. 11.자 시장경제 기사 “DLG 통해 ‘펀드 돌려막기’ 정황... 점입가경 장하원 디스커버리”

26) 2022. 8. 25.자 뉴데일리경제 기사 “장하원 변호인, “장하원은 미국 사기꾼에게 속은 바보” ‘사기’ 혐의 부인”

석하여 보고, 그 외에도 3개사에서 추가적으로 의심되는 공통적인 위법행위인 공모 규제 회피 행위에 대해서 살펴본다.

(1) 이른바 ‘돌려막기’로 인한 사기

앞서 보았듯 법원은 라임이 해외 모펀드를 통해, 옵티머스가 도관체 회사들을 통해 돌려막기 사기행위를 하였다고 판결하였고, 검찰은 디스커버리가 특수목적법인인 DLG를 통해 돌려막기 사기행위를 한 것으로 기소하였다. 모펀드와 도관체 회사, 그리고 특수목적법인은 법적 형식이 다르지만, 모두 동일하게 펀드 투자금이 모이는 저수지 같은 기능을 하면서 그 실체 없던 점에서 공통점이 있었다. 이하에서는 라임의 모펀드와 옵티머스에서의 1, 2차 도관체 회사들 및 디스커버리의 DLG를 통칭하여 쓸 때는 도관체라는 용어를 사용하고자 한다.

‘각 도관체를 통해 돌려막기가 있었다’는 의미는 3개사의 공통적인 행태에 비추어 볼 때 다음과 같이 정의해 볼 수 있다. ①동일 운용사의 복수 펀드에서 도관체가 발행한 동일한 종류의 증권을 회차만 달리하여 보유하다가, ②신규 펀드가 설정되면 역시 동일한 종류의 도관체 발행 증권을 신규 펀드에 편입시키되, ③그 신규 펀드의 투자금은 도관체 명의 계좌를 거쳐 기존 펀드의 환매·상환자금으로 사용하는 행위. 이 정의에는 객관적인 행위에 관한 내용만 있고, 주관적인 인식·의욕에 관한 것은 포함되어 있지 않다. 이에 대해 라임과 옵티머스의 형사판결에서는 조금 다른 판시를 하고 있다. 라임에서는 ‘IIG펀드 부실을 알리지 않은 채 환매대금 확보를 목적으로 약 2천 억원 상당의 무역금융펀드를 설정·판매하여 소위 돌려막기식 운용을 하였다’고 하였고,²⁷⁾ 옵티머스에서는 ‘투자자로부터 투자금을 받더라도 그 원리금을 상환하거나 환매대금을 지급할 의사 또는 능력이 없음에도 기존 펀드의 투자금을 상환하거나 그 환매대금을 지급하는 이른바 돌려막기 방식으로 신규 펀드를 설정·운용하였다’고 실시하였다. 라임에서는 신규 투자금을 받으면서 ①투자대상자산 중 35%가 이미 부실한 사실 및 ②신규 투자금을 환매대금으로 사용할 것이라는 사실을 투자자에 알리지 않은 행위를 기망행위로 본 반면, 옵티머스에서는 신규 투자금을 받으면서 환매대금을 지급할 의사와 능력이 없었음에도 이를 알리지 않은 행위를 기망행위로 본 것이다.

그렇다면, 만약 투자대상자산의 부실이 35% 미만이고, 나머지 투자자산이 건실하여 그로부터 펀드 목표수익률 이상의 수익이 꾸준히 나오고 있었다면, 그러한 경우에도 신규 투자금을 기존 펀드 상환자금으로 사용한다는 이유만으로 돌려막기 사기라고 볼 수 있을까? 신규 투자금을 기존 펀드 환매자금으로 사용하는 ① 내지 ③의 객관적인 행위가 있기만 하면 항상 돌려막기로 인한 사기죄를 인정하여야 할 것인지 문제 될 수 있다.²⁸⁾

이 문제는 현재 디스커버리 형사공판에서 다루어지고 있는 쟁점 중 하나이다. 검

27) 법원은 부사장에 대해서는 1차 구조화 행위부터 사기 및 부정거래위반을 인정하였으나, 대표이사에 대해서는 1차 구조화 당시 IIG의 부실에 대해 보고 받은 사실이 입증되지 않았다는 이유로 2차 구조화 때부터 사기 및 부정거래 위반을 인정하였다.

28) 라임에서 법원은 신규 펀드 설정기간동안 IIG 외 나머지 해외 무역금융펀드로부터의 수익금으로 인해 펀드 전체의 목표수익률을 달성할 수 있었는지 별도로 판결이유에 기재하지 않았다. 추정컨대, 투자자산 중 35% 부실을 투자제안서에 기재하지 않은 점은 결과적으로 기망행위에 해당하여서 굳이 확인할 필요가 없었기 때문일 것으로 보인다.

찰은 디스커버리가 DLG를 통해 신규 투자금을 기존 펀드 상환자금으로 사용하였다는 사실로 돌려막기 사기라고 주장하고 있다. 그에 반해 변호인은 ①DLG의 순자산 가치가 DLG가 발행한 채무증권 전체잔액보다 항상 일정금액 이상 초과하였고, ②SEC로부터 회계부정으로 기소된 QS플랫폼은 전체 DLG 보유자산 중 18%에 불과하여 나머지 2개 대출플랫폼의 고정수익(연 15%)만으로 디스커버리 펀드의 목표수익률 달성을 충분히 기대할 수 있었다는 이유로, 신규 투자금을 받을 때 환매대금 지급의사와 능력이 있었다고 주장하고 있다. 구체적인 기초 사실관계에 따른 법원의 판단은 판결을 기다려 보아야 하겠지만, 만약 옵티머스 판결대로 돌려막기를 정의하고, 신규 펀드 자금을 수취할 때 디스커버리에게 환매대금을 지급할 의사나 능력이 있었다면 신규 자금을 기존 펀드 상환에 사용하였다는 이유만으로 사기죄가 인정되기는 어려울 것으로 생각된다. 최종 판결이 여하히 확정되든 간에 이 글에서는 디스커버리 역시 라임 및 옵티머스와 동일하게 저수지 기능의 도관체를 통한 돌려막기 사기 혐의를 받고 있다는 점을 주목하고 있다.

(2) 공모규제 회피 소지

자본시장법은 전문투자자나 발행인의 연고자를 제외한 50인 이상의 자가 동일한 신규 증권에 관한 청약의 권유를 받는 경우 증권 발행 시 발행인에게 증권신고서 제출의무를 부과하고 있다.²⁹⁾ 다수의 투자자에게 증권을 분산매도하는 경우 정보공시를 강제함으로써 투자판단에 필요한 정보를 제공하고, 부정행위를 사전에 억지하게끔 하기 위함이다.³⁰⁾ 만약 해당 증권이 집합투자증권일 경우는 추가적으로 판매 시 적합성·적정성 원칙 적용의무를 부과하고, 판매수수료는 납입금액의 2%, 판매보수는 펀드재산의 1% 이내로 제한하며(법 제76조 제5항), 운용 시에는 분산투자하도록 하고,³¹⁾ 금전차입, 보증, 담보제공, 금전 대여, 타 법인에 대한 지배력을 가질만한 지분 취득 행위를 원칙적으로 제한한다(법 제81조, 제83조). 이러한 규제들이 50인 미만의 자가 청약의 권유를 받는 사모펀드에는 적용되지 않다 보니(법 제249조의8), 1개 펀드의 일반투자자가 50인 이상이 되는 경우, 운용사에게는 설정 펀드 수를 2개 이상으로 쪼개고, 투자자수를 49인 이하로 만들고 싶은 유인이 생기게 된다. 이런 유인에 따라 운용사가 펀드를 분할 설정하는 경우를 속칭 ‘펀드 쪼개기’라 부르고, 공모 규제를 회피하기 위하여 동일한 자산에 투자하는 복수의 펀드를 이른바 ‘시리즈 펀드’라 칭하고 있다.

앞선 3개 운용사 중 디스커버리에게는 펀드 쪼개기를 이유로 과징금이 기 부과되었다.³²⁾ 라임과 옵티머스의 경우, 펀드 쪼개기로 제재 받은 이력이 공식적인 자료로

29) 자본시장법 제9조 제7항 및 제8항, 제119조, 동 법 시행령 제11조 제1항

30) 김건식·정순섭, 「자본시장법」(제3판), 두성사, 2013, 164면.

31) 자본시장법 제81조. 펀드 자산총액의 10%이상을 동일종목 증권에 투자하는 행위 금지, 같은 자산운용사의 전체 펀드로 동일법인 지분증권의 20% 초과 투자 금지, 한 펀드가 동일법인 지분증권의 10%를 초과하여 취득하는 행위 금지. 파생상품 위험평가액이 펀드 순자산의 100% 초과하여 투자하는 행위 금지, 파생상품 매매와 관련하여 기초자산인 동일법인 발행증권의 위험평가액이 펀드자산총액의 10%를 초과하여 투자하는 행위 금지, 동일 거래상대방과의 장외파생상품 위험평가액이 펀드 자산총액의 10%를 초과하여 투자하는 행위 금지 등

32) 뉴시스 2022. 6. 2.자 기사 “[단독] 장하성 동생 디스커버리운용, 시리즈펀드 제재…업계 압

확인되지는 않지만, 양 사의 펀드도 모두 2개 이상의 펀드에서 동일한 도관체가 발행한 동일 종류의 증권(라임의 경우 모펀드 수익증권, 옵티머스의 경우 도관체 회사 발행 사모사채)를 보유하고 있으므로, 청약의 권유를 받은 자 수를 합산하면 충분히 50인을 초과할 것으로 보인다.³³⁾

3. 문제점

(1) 저수지 기능의 도관체

앞서 언급한 바와 같이 이 글에서는 펀드, 주식회사 등 그 법적형식을 불문하고 마치 파이프처럼 자금을 양쪽에서 흘러보내기만 할 뿐 기업 활동 등 실체가 없으면서 복수 펀드로부터 투자금을 모으는 기구(Vehicle)를 ‘저수지 기능의 도관체’라 지칭하기로 한다. 라임에서 모펀드, 옵티머스에서 도관체 회사들, 디스커버리에서 특수목적기구인 DLG 또는 DLI AB가 이에 해당한다. 이하에서는 3개사의 공통적인 위법행위였던 돌려막기와 공모규제 회피행위에서 이 저수지 기능의 도관체의 역할을 살펴본다.

가. 돌려막기 사기에서 역할

기망의 고의 내용을 라임 형사판결에 따르면, 옵티머스 형사판결에 따르면 간에 사기죄가 성립하는 돌려막기에는 신규 투자금을 기존 펀드 상환자금으로 사용하는 행위가 있다. 이 글의 3개 운용사에서는 저수지 기능의 도관체를 끼고 신규 투자금이 기존 펀드 상환자금으로 사용되는 객관적인 행위가 있었다(II.2.(1). ①~③). 만약 저수지 기능의 도관체가 없다면, 신규 투자금을 기존 펀드 상환자금으로 사용하기 위해서는 펀드 간 직접적인 자전거래 행위가 불가피하게 발생하게 된다. 그러나 저수지 기능의 도관체가 있다면, 이 도관체는 돌려막기에서 위법행위일 수 있는 펀드 간 직접적인 자전거래³⁴⁾를 소거시켜 줄 수 있는 역할을 한다.

저수지 기능의 도관체가 없는 경우를 상정하여 보자. 신규 투자금을 신규 설정 펀드에서 기존 펀드로 이체하기 위해서는 기존 펀드가 보유하고 있던 펀드 자산을 신규 펀드에 이전하는 자전거래 행위가 불가피하게 수반될 수밖에 없게 된다. 자산 이전 없이 펀드 간에 현금만 이전할 수는 없기 때문이다. 이 과정에서 기존 펀드 보유자산이 만약 부실자산이라고 하면 자전거래의 예외적 허용요건에 해당하지 않게 되고,³⁵⁾

박 신호탄”

33) 다만, 라임의 경우 2020. 12. 2. 등록취소되고, 2022. 2. 17. 파산선고를 받음으로서, 옵티머스의 경우 2021. 11. 24. 인가 및 등록이 취소되고, 2022. 8. 29. 파산선고를 받음으로서 공모규제 위반을 추가 조사하여 제재할 실익이 없다.

34) 자전거래란 ‘집합투자업자가 자기가 운용하는 집합투자기구 상호 간에 같은 자산을 같은 수량으로 같은 시기에 일방이 매도하고 다른 일방이 매수 하는 거래’(금융투자업규정 제4-59조 제1항)로, 자본시장법은 펀드 간 직접적인 자전거래와 펀드 간 연계 자전거래를 모두 제재대상으로 삼고 있다(자본시장법 제85조 제5호, 제8호, 동법 시행령 제87조 제4항 제7호). 다만 직접적인 자전거래는 형사처벌 대상이기도 하고, 운용사 인가·등록취소 사유이기도 한 반면, 연계 자전거래는 행정제재만 가능하고, 운용사 인가·등록 취소 사유는 아니며, 운용사 업무정지 이하의 행정제재 대상이다(자본시장법 제444조 제8호, 제420조 제1항 제6호 및 동법 시행령 제373조 제1항 제7호)

35) 자전거래 예외적 허용 요건 : 환매대금 또는 해지금을 지급하기 위한 목적으로, ①이전 자

위법한 자전거래가 된다. 또 만약 기존 펀드 보유자산이 만약 부실자산이면 펀드 간 거래행위는 라임 국내 펀드처럼 부실자산을 이전 받은 신규 펀드의 이익을 해하고, 부실자산을 넘긴 기존 펀드의 이익을 도모하는 자본시장법상 제3자 이익도모 규정 위반이 됨과 동시에 신규 펀드 투자자에 대한 배임죄에도 해당하게 된다.

만약 이 글의 3개 운용사처럼 저수지 기능을 하는 도관체가 있는 경우라면 펀드에 편입된 도관체에 대한 수익증권, 채무증권 등 자산이 펀드 만기시 곧장 현금화 되는 지 여부에 따라 나누어서 달리 볼 수 있다. 위 각 투자대상자산인 증권이 기존 펀드 만기에 맞추어 만기가 도래하는 경우라면 기존 펀드의 위 각 자산을 신규 펀드로 이전할 필요가 없을 것이다. 기존 펀드 투자금은 저수지 기능의 도관체에 보관되어 있고, 저수지 기능의 도관체는 이미 발행하여 펀드가 보관하고 있는 수익증권 또는 사모사채에 대해 그 만기에 따라 현금을 기존 펀드로 이전하면 족하기 때문이다. 펀드 간 자산이전이 불필요한 것이다. 그러나 위 각 자산의 만기와 기존 펀드 만기가 일치하지 않는 경우라면 자전거래가 다시 불가피하다. 기존 펀드가 갖고 있던 도관체 발행 증권을 신규 펀드에 이전하고, 신규 펀드의 투자금을 이전받을 수밖에 없다. 만약 도관체 자산 중 일부가 부실한 경우라면, 도관체가 없던 경우와 동일하게 제3자 이익도모 위반과 배임죄가 동시에 성립하게 되고, 자전거래는 허용되지 않는 위법행위가 된다.

구체적인 계약사항은 확인이 필요하겠지만, 만약 옵티머스의 경우 도관체 회사 발행 사모사채 만기와 그 사모사채를 편입한 펀드 만기가 동일하고, 디스커버리의 경우 DLG 발행 채무증권의 만기와 그 채무증권을 편입한 펀드 만기가 동일하며, 라임의 경우 모펀드 수익증권이 개방형이어서 언제든지 환매할 수 있었다고 하면, 저수지 기능의 도관체로 인해 신규 투자금을 기존 펀드 상환자금으로 사용할 때 제재대상인 자전거래 행위를 하지 않아도 되는 편의점이 있었다고 말할 수 있다. 3개 운용사가 둘러막기를 하기 위해 펀드 간 자전거래를 해야 했다면, 수탁사에게 펀드 간 자산매도 및 매수의 운용지시를 하여야 하는데, 수탁사는 운용사의 운용지시가 법령에 위반될 경우 이행하지 않을 수 있어(법 제247조) 둘러막기가 수탁사에 의해 불가능하게 될 수 있는 것이다.³⁶⁾

나. 공모규제 회피 관련 역할

펀드 운용구조 내에서 저수지 기능의 도관체가 존재한다는 것은 2개 이상의 펀드가 동일한 발행인이 발행한 증권을 보유하고 있다는 것을 의미한다. 라임에서는 2개 이

산이 부실화된 자산이 아니어야 하고, ②시장가 또는 운용사 내 기구인 집합투자재산평가위원회에서 충실의무를 준수하여 평가한 공정가액으로 거래하여야 하며, ③투자자의 이익에 반하지 않아야 함. 단 이러한 경우라도 공모펀드와 사모펀드 간 자전거래는 준법감시인이나 수탁업자의 확인이 없는 한 금지된다(자본시장법 제85조 제5호, 동법 시행령 제87조 제1항 제3호, 금융투자업규정 제4-59조). 또한 사모펀드 사태 이후에는 위와 같이 허용되는 경우라도 펀드자산총액의 20% 이하로만 자전거래를 할 수 있다(2021. 3. 18. 금융투자업규정 제4-59조 제1항 제6호 신설).

36) 2015. 7. 24. 자본시장법 제249조의8 신설로 수탁사의 운용행위감시의무를 규정한 자본시장법 제247조가 전문투자형 사모집합투자기구에 대해서는 적용되지 않다가 사모펀드 사태 이후 2021. 4. 20. 법 제249조의8 제2항이 개정되어 법 제247조가 일반 사모집합투자기구에 다시 적용되게 되었다.

상의 펀드가 모펀드의 수익증권을 보유하고 있었고, 옵티머스에서는 2개 이상의 펀드가 도관체 회사 발행 사모사채(채무증권)를 보유하고 있었으며, 디스커버리에서는 2개 이상의 펀드에서 특수목적법인 발행 약속어음(채무증권)을 보유하고 있었다. 공모 발행인지 여부 기준인 '50인 이상의 청약의 권유를 받은 자'의 수(數)를 산정할 때는 6개월간 해당 증권과 같은 종류의 증권에 대하여 청약의 권유를 받은 자를 합산(영 제 11조 제1항)하므로 3개 운용사의 위 상황은 2개 이상의 펀드 투자자 수가 50인 이상일 가능성이 의심될 수 있는 상황이다. 저수지 기능의 도관체는 실질적으로는 공모로 자금을 투자받았으면서도 공모규제 중 핵심적인 규제인 증권신고서를 제출하지 않고, 이로써 도관체의 정제 및 펀드운용구조를 공개하지 않았을 수 있다는 것이다.

그러나, 이는 자본시장법이 50인을 산정할 때 집합투자기구를 합산에서 제외하도록 규정하고 있기 때문에 가능한 일이다.³⁷⁾ 집합투자기구로부터 투자받는 도관체는, 아무리 다수의 펀드로부터 투자받더라도, 그래서 펀드의 일반투자자가 아무리 많아 지더라도 일응은 그 정제를 공개하지 않아도 된다. 자본시장법 시행령 제11조 제3항 및 「증권의 발행 및 공시에 관한 규정」(이하 '증발공규정')은 채무증권이나 수익증권과 같은 지분증권 외의 증권의 경우 50매 이상으로 발행하거나 50매 미만으로 발행하더라도 발행 후 50매 이상으로 권면분할되어 거래될 수 있는 경우 모집으로 간주하는 규정을 두고 있는 바(증발공규정 제2-2조 제1항 제2호), 이에 해당하는 운용사의 경우 발행인인 도관체에게 증권신고서 제출의무가 있다고 볼 수도 있다. 그러나 증발공규정은 다시 50매 미만으로 발행되는 경우 해당 증권 권면에 발행 후 1년 내 분할금지특약을 기재하면 모집으로 간주되지 않도록 정하고 있어서(제2-2조 제2항 제2호),³⁸⁾ 채무증권이나 수익증권을 발행한 도관체가 모집간주 규정의 적용을 받지 않을 수 있는 방법은 매우 형식적이면서 손쉽다. 도관체가 만약 파생결합증권이나 일정한 기업어음을 발행하고, 동 증권이 특정금전신탁에 편입된 경우라면 위탁자가 50인 이상의 자가 될 수 없도록 담보하는 장치를 마련한 경우에만 모집간주에서 벗어날 수 있도록 한 것(증발공규정 제2-2조 제1항 제5호 및 제6호, 제2항 제6호)과 달리, 공모규제회피를 실질적으로 제한할 수 있는 규정이 없다.

이상에서는 도관체를 발행인으로 보아 도관체에 증권신고서 제출의무가 있는지 여부를 설명하였다. 그러나 도관체들이 전매제한조치를 다한 것으로 인정되어 증권신고서 제출의무가 있는 것으로 판단되는 경우라도 도관체 회사들은 그 실체가 없기 때문에 제재가 실효적이기 어렵다. 디스커버리의 경우는 도관체가 해외인 케이만에 설립근거를 두고 있어 제재수단이 집행될 가능성도 현실적으로 적은 문제점이 있다.³⁹⁾ 위와 달리 도관체가 아닌 국내 자산운용사를 발행인으로 보아 운용사에게 증권신고서 제출의무가 있는지 여부를 보면, 3개 운용사들은 모두 판매사를 통하여 펀드 수익증권을 개인 또는 법인 투자자들에게 판매하였으므로 50인 이상의 일반투자

37) 전문투자자와 연고자는 50인 산정대상에서 제외되고, 집합투자기구는 전문투자자에 해당한다(자본시장법 제9조 제7항, 제9항, 동 법 시행령 제11조 제1항)

38) 금융투자업규정 제2-2조 제2항 제4호는 채무증권의 경우 적격기관투자자가 발행인으로 부터 증권을 인수하고 발행인의 직전 사업연도말 총자산이 2조원 미만일 경우 등 기타 일정한 요건을 갖추면 이 때도 모집으로 간주되지 않도록 정하고 있으나, 집합투자기구는 적격기관투자자에 해당되지 않아서 동 조항으로 인해 모집간주로부터 벗어나기는 어렵다.

39) 자본시장법 제2조에 의해 국외에서 발행한 증권이라도 국내 투자자들에게 그 효과가 미치므로 동 법이 도관체에 적용되긴 하겠으나, 현실적인 집행가능성이 불투명하다.

자에게 같은 종류의 증권에 대하여 청약의 권유를 하였을 가능성이 높고, 모집간주 규정을 적용할 실익이 적다. 펀드 수익증권의 경우도 50매 이상으로 발행되거나 발행 후 50매 이상으로 권면분할되어 거래될 수 있는 경우는 모집간주 규정이 적용되고,⁴⁰⁾ 50매 미만으로 발행되는 경우라도 증권 권면에 1년 내 분할금지특약을 기재하는 경우 모집간주로부터 벗어날 수 있으나, 개개의 펀드가 영 제11조 제3항의 모집간주로부터 벗어나더라도 6개월 내 설정된 모든 펀드의 일반투자자수를 합산하면 영 제11조 제1항의 모집 그 자체로 인정될 가능성이 높기 때문이다. 다만, 채무증권과 달리 펀드의 수익증권은 그 기초자산 또는 운용대상자산이 존재하므로, 투자자수 합산여부에 있어 회차를 달리하여 발행된 수익증권 간에 동일성이 있는지에 관해 추가적으로 검토가 필요하다.⁴¹⁾ 동일한 종류인 수익증권이라 하더라도 펀드별로 운용대상자산이 전혀 다를 경우 각 펀드의 투자자를 모두 합산하여 공모라고 할 수는 없는 일이다. 금융위원회는 사모펀드 사태 발생 이후 영 제129조의2를 개정하여 증권의 운용대상자산이 있는 경우에는 운용대상자산, 투자위험, 손익구조 등의 유사성 여부를 기준으로 수익증권의 동일성을 판단하도록 하였다. 이는 자산운용사에 증권신고서 제출의무가 있는지에 대해 판단할 때는, 도관체에 증권신고서 제출의무가 있는지에 대해 판단할 때와 달리, 발행증권이 동일한 종류인지, 50매 이상 발행하였는지, 권면에 분할금지특약이 존재하는지 등 기계적으로 확인할 수 있는 요건만을 고려하는 것이 아니라, 최종 투자대상자산으로 인한 투자위험 및 손익구조 등 질적인 요건까지 고려하여야 한다는 것을 의미한다. 이러한 정성적인 판단요건은 투자위험 및 손익구조의 미세한 변경만으로도 투자자 수를 합산할 수 없게끔 할 수 있는 규제공백을 만들어 낸다. 도관체에서의 미세한 발행조건 변경을 통해 펀드 수익증권의 동일성이 상실된 것처럼 보일 수 있게 하는 방법은 무수히 많다. 그러나 설령 규제당국에서 ‘실질적인 동일성’ 또는 ‘사실상의 동일성’등과 같은 해석방법으로 회차를 달리한 수익증권을 동일하다고 판단하더라도 국내 자산운용사가 증권신고서를 제출하는 경우에는 도관체의 정체에 대해 보다 많은 정보가 공개되기 어렵다. 도관체가 증권신고서를 제출하는 경우에는 도관체인 발행인에 관한 다양한 사항을 기재하여 공시하도록 규정하고 있다.⁴²⁾ 그러나 국내자산운용사가 수익증권에 관해 증권신고서를 제출하는 경우는 증권신고서에 도관체에 관한 정보가 거의 기재되지 않는다. ‘집합투

40) 금융투자업규정 제2-2조 제1항 제2호. 50매 미만으로 발행하였으나, 권면분할 가능성이 있는 경우라면 증권의 권면에 1년 내 분할금지특약을 기재할 것이다. 실제로는 사모펀드의 수익증권을 양도하는 경우도 적고, 수익증권을 분할하는 경우도 많지 않다.

41) 동일한 증권인지 여부 판단과 관련하여서는 법 제9조 및 영 제11조의 ‘같은 종류의 증권’과 법 제119조 제8항 및 영 제129조의2의 ‘사실상 동일한 증권’ 간의 관계가 문제될 수 있다. 2018. 5. 1. 시행된 법 제119조 제8항이 법 제9조와 달리 새로운 의무를 부과하는 창설적인 규정이라고 한다면 법 제119조 제8항은 그 시행 이후 발행된 증권에 관하여서만 적용될 수 있을 것이다. 이 글에서는 법 제119조 제8항을 확인적 규정으로 본다. 법 제119조 제8항이 확인적 규정이 아니지만, 법 제9조 및 영 제11조에 의해 2018. 5. 1. 이전 설정된 시리즈 펀드에 대해 증권신고서 미제출로 인한 과징금을 부과할 수 있다는 최근 하급심 판결이 있다(서울고등법원 2022. 11. 23. 선고 2021누62203 판결, 현재 사건번호 2022두67289로 대법원 계류 중).

42) 회사의 개요, 사업의 내용, 재무에 관한 사항, 회계감사인의 감사의견, 이사회 등 회사의 기관 및 계열회사에 관한 사항, 주주에 관한 사항, 임원 및 직원에 관한 사항, 이해관계자와의 거래내용(이상은 영 제125조 제1항 제3호), 우발채무, 자금의 사용내역에 관한 사항, 주주총회 의사록 요약, 제재현황, 결산기 이후 발생한 주요사항, 장래계획에 관한 추진실적 등(이상은 증발공 제2-6조 제3항)

자재산의 운용에 관한 사항'을 기재하도록 하고는 있으나, 이는 포괄적이고 추상적이어서 투자금 경로 중에 있는 도관체에 관한 사항을 어느 정도까지 상세히 기재해야 할지에 관해 아무런 가이드라인이 되지 않기 때문이다.

정리하면, 도관체 발행 증권은 전문투자자인 집합투자기구가 투자자이다 보니 공모기준인 50인 산정시 펀드가 투자자 수에 합산되지 않고, 분할금지특약 기재 등 손쉬운 방법으로 모집간주규정이 적용되지 않을 가능성이 높으며, 모집으로 간주되더라도 제재나 집행의 실효성이 확보되기 어려운 문제점이 있다. 국내 자산운용사 발행 펀드 수익증권은 증권신고서 제출의무 위반으로 인정될 경우 제재나 집행의 실효성은 확보될 수 있겠으나, 투자자 수를 합산하기 위한 동일 증권성 여부 판단에 정성적 요소가 있어 운용사는 미세 조건 변경으로 증권신고서 제출의무를 회피할 가능성이 높으며, 설령 준법의지가 강한 자산운용사가 증권신고서를 제출한다 하여도 도관체에 대한 정보를 상세하게 기재할 유인이 없는 문제가 있다. 저수지 기능의 도관체는 도관체 발행 증권에 대해서는 펀드를 투자자로 만듦으로 인해, 국내 자산운용사 발행 증권에 대해서는 도관체에서 발행조건을 미세하게 변경함으로 인해 각각 증권신고서를 제출하지 않을 수 있도록 돕는 기능을 하는 것이다.

공모규제를 회피할 수 있게 하는 이러한 위법적 기능 외에도 저수지 기능의 도관체는 라임 해외 펀드와 같이 1개만 존재하는 경우는 그 모펀드에 투자금 전부를 투자하는 자펀드들 모두를 사실상 동일한 펀드로 만드는 결과를 초래하기도 한다.⁴³⁾ 자펀드들은 펀드별로 특색 있는 운용전략이나 위험요인·수익구조를 갖는 것이 아니라 모펀드와 완전히 동일한 위험과 수익구조를 갖게 되는 것이다. 법 제233조에서 기왕에 모자형 펀드가 제도상 허용하고 있기는 하지만, 이처럼 자산운용사가 법적 형식으로 수 개의 펀드를 운용하는 외관을 취하면서 실질적으로 1개의 펀드처럼 운용하는 것이 바람직한 것인지, 추가적인 규제가 필요한 것이 아닌지 여부는 고려가 필요한 문제이다.

다. 기타 위법행위에서 역할

저수지 기능의 도관체가 펀드 둘러막기 사기와 공모규제 회피 행위에서 핵심적인 역할을 한다는 점을 위에서 살펴보았다. 그 외 다른 위법행위에서도 저수지 기능의 도관체는 일정한 역할을 수행하였다.

예를 들어 라임 해외 펀드에서는 모펀드가 탄생하는 1차 구조화로 인해 34개 기존 펀드가 1개 펀드인 것처럼 사실상 합병되는 효과를 초래하게 되었고, 이로써 이미 발생한 특정 펀드의 손실이 다른 펀드에 전가되게 되었다. 또 앞서 보았듯 모펀드의 존재로 인해 그 후 설정되는 신규 펀드의 투자금을 기존 투자금 상환에 사용하기 수월하게 되었다. 이 뿐 아니라 그 후 진행하는 2차 구조화에서 모펀드는 모펀드의 자산인 해외 무역금융펀드 수익증권을 한 번에 해외 금융사의 약속어음과 교환할 수 있게 하였다. 만약 모펀드가 아니었다면 34개 펀드 각 별로 계약을 체결하여야 했을 것이므로 모펀드 존재로 인해 라임의 2차 구조화가 용이하게 되었다고 말할 수 있다.

43) 디스커버리의 DLG도 1개의 모펀드가 존재하는 경우와 유사하나, 펀드별로 수익원이 매칭된 미국 P2P대출 플랫폼이 계약에 따라 다르다면, 펀드 간 위험 및 수익구조가 다를 수 있고, 이 경우 '실질적으로 1개의 펀드처럼 운용'된다고 보기 어렵다.

옵티머스에서 저수지 기능의 도관체 회사들은 개인적 유용, 횡령 등의 범죄가 용이하도록 하였다. 도관체 회사 계좌에 대해서는 펀드 수탁사 계좌와 달리 펀드 규제 관련 아무런 제한이 없으므로, 도관체 회사 계좌로 흘러간 펀드 투자금을 대표이사 개인 계좌로의 송금하는 일에 특별한 장애가 없었을 것임은 어렵지 않게 알 수 있다.

(2) 수탁사 계좌 통합의 문제

옵티머스 사건은 저수지 기능을 하는 도관체 회사가 아니더라도 수탁은행 차원에서 펀드 재산이 혼용·통합될 수 있는 가능성을 보여주었다. 신규 펀드가 설정되면 그 신규 투자금은 판매사 계좌를 거쳐 운용사가 지정한 수탁사의 계좌로 이전하고, 수탁사 계좌에서 자본시장법 및 신탁법에 따라 엄격하게 보관·관리되므로 운용사는 수탁사에 대한 운용지시를 통해 돌려막기 행위를 하기 어렵다. 수탁사는 펀드별로 펀드재산을 구분하여 보관할 의무를 지고(법 제246조 제2항, 제3항), 운용사는 펀드별로 수탁사에게 운용지시를 하여야 하며(법 제80조 제1항, 제5항, 제246조 제4항), 펀드 간 자산을 이전하는 거래는 원칙적으로 금지(법 제85조 제5호, 제246조 제5항)되기 때문이다. 수탁계좌에서의 이러한 엄격한 규제 때문에 3개사는 저수지 기능의 도관체를 별도로 설립하고 여기서 돌려막기 등 자금운용을 하였던 것으로 보인다. 그런데, 옵티머스 사건에서는 도관체에 투자금이 도달하기 이전 단계인 수탁은행 계좌 차원에서 -그것이 수탁은행의 고의에 의한 것이든 과실에 의한 것이든- 계좌잔고 수치의 임의조정을 통해 신규 펀드자금을 기존 펀드 상환자금으로 사용하는 행위가 가능하다는 것을 보여주었다.

(3) 여타의 도관체로 인한 규제회피

3개사에서 공통적으로 나타난 위법행위는 아니지만, 디스커버리의 경우는 저수지 기능의 도관체 외에 여타 도관체를 추가적으로 사용함으로 인해 의심되는 몇 가지 문제가 있다.

첫 번째로는 다수의 도관체가 사용됨으로 인해 그만큼 투자자의 정보접근권한이 축소되고, 설명의무 범위가 제한될 수 있는 문제이다.⁴⁴⁾ 만약 DLG와 DLI AB를 거치지 아니하고, 디스커버리 펀드가 직접 미국 P2P플랫폼으로부터 구조화채권이나 대출채권 묶음을 매입하였다면, 그 기초자산인 소상공인 대출채권에 대한 정보에 보다 손쉽게 접근할 수 있었을 것이다. 그러나 P2P대출플랫폼은 대출채권 매수인인 DLI AB에게만 매매거래에 필요한 관련 정보를 이전하면서 차주들에 대한 추가적인 정보 유출을 금지하는 비밀유지계약을 체결하였다. DLI AB는 DLG가 해당 펀드의 투자자가 아니라는 이유로 기초 차주들에 대한 상세한 정보전달을 거절하였고, 이에 따라 디스커버리의 정보접근도 제한되었으며, 디스커버리가 국내 투자자들에게 제공하는 정보도 한정적이었다. 이는 복수의 도관체를 거쳐 투자하지 않았더라면 달랐을 사정이다. 디스커버리 펀드가 직접 P2P플랫폼으로부터 대출채권 또는 구조화채권을 매입

44) 재간접펀드에도 투자자의 정보 접근성이 문제된다는 유사한 취지의 견해로 정웅채·이진형, "사모투자재간접펀드 등 사모펀드 활성화 대책에 대한 비판적 검토-자본시장법 개정안을 중심으로", 「은행법연구」, 제7권 제2호(2014), 177-218면.

하였거나, DLI 펀드의 투자자가 되었다면 최종 대출차주의 상환정보에 대해 설명 받거나 정보를 제공받을 수 있었을 것이다. 이와 관련하여 금융감독원 분쟁조정위원회는 최종 대출 차주들의 구성이나 연체율 정보들이 국내 투자자들에게 불충분하게 설명하였다는 이유로 펀드 판매사에게 손해배상책임을 지도록 조정결정 하였다.⁴⁵⁾

두 번째로 재간접 펀드 형식은 역외펀드 등록을 회피할 수 있는 수단이었던 문제가 있다.⁴⁶⁾ 이 협의에서 문제되는 도관체는 디스커버리가 설정한 펀드이다.⁴⁷⁾ 만약 DLG 발행 NOTE나 DLI AB 발행 집합투자증권을 펀드자산으로 편입하지 않고, 그대로 국내투자자에게 판매하려고 하였다면 집합투자업자 적격요건과 집합투자증권 판매 적격요건을 갖추어 등록하여야 했을 것이다(법 제279조 제1항). 그 등록요건도 까다롭지만,⁴⁸⁾ 등록 이후에도 해외운용사는 3개월마다 자산운용보고서를 제공하여야 하고, 투자자가 요청할 경우 펀드재산에 관한 장부·서류를 열람시키거나 교부해 주어야 하며, 펀드 기준가격을 원칙적으로는 매일 공고·게시하여야 하는 사후적인 번거로움도 있다(법 제280조). 무엇보다도 등록심사에 장기간 소요되다 보니, 적절한 투자시점을 실기하는 문제도 존재한다. 이러한 사정으로 인해 국내 금융회사들은 역외펀드 등록을 회피하기 위해 재간접 펀드나 DLS의 형식을 종종 활용하였던 것으로 보인다.⁴⁹⁾ 만약 역외펀드 등록 절차를 밟았다면 국내 투자자는 자본시장법에 따라 해외 운용사로부터 자산운용보고서나 펀드재산 관련 장부 등에 관한 정보를 수령할 수 있었을 것이다. 환매가 연기되더라도 최종투자대상자산에 대한 사후 실사 참여도 현재보다 용이하였을 것으로 보인다.

디스커버리가 [그림3]과 같이 복수의 도관체를 펀드운용 구조에서 활용함으로써 회피한 것으로 보이는 세 번째 규제는 이해상충 관리의무이다. 동 의심은 DLI AB와

45) 금융감독원 분쟁조정위원회의 2021. 5. 24.자 의결 “사모펀드 불완전판매로 인한 손해배상 책임 등” 조정결정서 13면 “특수목적법인 ☆☆☆와 또 다른 특수목적법인 ◇◇◇◇◇를 통한 투자에 따른 손익구조와 관련 위험, 美 대출 플랫폼 업체들에 관한 정보와 관련 위험들, 최종 투자처인 대출 차주들의 구성이나 연체율 정보 등은 이 사건 펀드의 수익과 위험 등에 직결되는 중요사항에 해당하고”

46) 유사한 취지로 김연미, “해외재간접펀드 관련 법률 쟁점”, 『BFL』, 제104권(2020), 71-79면.

47) 라임의 해외펀드도 재간접 형식으로 투자함으로써 해외펀드의 국내등록을 회피한 것이 아닌가 하는 동일한 문제제기를 할 수 있다.

48) 외국 집합투자업자 적격요건으로는 ①운용자산규모가 1조원 이상일 것, ②한국 자본시장법 기준상 최저자기자본 이상일 것, ③최근 3년간 업무정지 또는 벌금형 이상의 제재를 받은 사실이 없을 것, ④운용사, 증권사, 법무법인, 회계법인 등 국내 연락책임자를 둘 것(이상은 영 제301조 제1항 제1호), 외국 집합투자증권 판매 적격요건으로는 ①OECD, 홍콩, 싱가포르 등 국가의 법령에 따라 발행된 증권일 것, ②총발행금액의 10%이상은 한국 이외에서 판매될 것, ③순자산의 60%이상이 외국상품에 투자운용될 것, ④펀드에서 차입을 하지 않을 것, ⑤각 펀드별로 동일인과의 거래금액이 총자산의 35%를 초과하지 않을 것, ⑥원칙적으로는 각 펀드별로 총자산의 10%를 초과하여 동일 회사가 발행한 증권에 투자하지 않을 것, ⑦해외 자산운용사의 임원, 주요주주, 관계회사 등 이해관계인과 펀드간 이해상충 우려 있는 거래를 하지 않을 것, ⑧은행, 신탁업자 등 국제적으로 신인도가 인정되는 기관을 자산의 보관 및 결제기관으로 할 것, ⑨국내 판매를 담당하는 회사가 당해 펀드 및 해외 운용사의 대리인으로 지정되어 있을 것, ⑩환매신청 후 원칙적으로는 15일 이내 환매가 이루어질 것, ⑪해외 펀드가 설립된 국가에서 당해 펀드의 내용에 관한 공시가 이루어질 것, ⑫당해 해외 펀드의 재무제표를 감사할 독립된 공인회계사가 선임되어 있을 것 등(이상은 영 제301조 제1항 제2호, 금융투자업규정 제7-53조 제2항, 제3항, [별표 19])이 요구된다.

49) 조선비즈, 2020. 1. 13.자 기사, “쉽게 빨리 팔려다...문제 터져도 목소리 못내는 韓 금융사들”

관련된다. [그림3]에서 DLG에 모인 디스커버리의 국내 투자금은 DLI가 운용하는 DLI AB에서 미국 투자자들의 투자자금과 합쳐진다. 디스커버리나 DLG가 DLI운용사가 별도의 특별한 계약을 체결하였을 수도 있으나, 만약 DLI AB 보유자산 중 일부에 부실이 발생할 경우, DLI가 기대만큼 공정하게 손실을 분배하지 아니하고, 미국 투자자들을 국내 투자자보다 우선할 가능성을 배제할 수 없다. 자본시장법은 특정 투자자와 다른 투자자 간 이해상충을 방지하기 위하여 금융투자업자에게 이해상충이 발생할 가능성을 파악·평가하도록 하고, 이해상충이 발생할 가능성이 있다고 인정되는 경우에는 그 사실을 미리 해당 투자자에게 알리도록 하며, 그 이해상충이 발생할 가능성을 투자자 보호에 문제가 없는 수준으로 낮춘 후에야 매매 등 거래를 할 수 있도록 규정하고 있다(법 제44조). 동 규정상의 문구 중 ‘특정 투자자와 다른 투자자’에 다른 금융투자업자의 투자자를 포함하지 않는 엄격한 해석을 한다면, 디스커버리 입장에서는 그와 같은 절차를 거치지 않아도 되고, 그렇다면 DLI AB 도관체를 사용하여 이해상충 관리의무를 회피할 수 있게 되는 결과를 초래하게 된다.

III. 개선방안

그렇다면 펀드 운용에 있어 펀드와 최종 투자대상자산간에 존재하는 위와 같은 도관체를 가능하면 제한하는 개선방향이 타당할까? 도관체 중 펀드 제도 내에 들어온 모펀드는 자본시장법 이전 「간접투자자산운용업법」(이하 ‘간투법’)에서 뿐 아니라, 그 이전 「증권투자신탁업법」(이하 ‘투신탁법’)에서도 허용되고 있었다(간투법 제140조, 투신탁법 제3조). 자펀드는 각 모펀드에의 투자비율만 결정하고 실질적인 운용은 모펀드에서 이루어질 수 있도록 함으로써 신탁재산운용의 효율화를 꾀하기 위하여 모자형 구조가 도입되었다고 한다.⁵⁰⁾⁵¹⁾ 도관체 중 하나인 모펀드에 이렇듯 일정한 순기능이 인정되고, 도관체가 존재하는 것만으로 위법행위가 있다고 단정할 수 없는 이상 펀드 운용구조에서 도관체들의 존재 자체를 불허하기는 어렵다. 사모펀드 사태 이후 관련 개선방안을 발표한 금융위원회도 사모펀드 전반을 축소시킬 수 있는 규제 일변도의 제도 개편보다는 펀셋형 보완방안을 강구하겠다고 한 바, 바람직한 개선방향이라 생각한다. 다만, 금융위원회가 발표한 1, 2차 개선방안 중 이 글에서 문제 삼는 저수지 기능의 도관체, 수탁사 계좌통합으로 인한 돌려막기 등과 관련한 직접적 대책은 보이지 않으므로 금융위의 개선방안 외에 추가적으로 3가지 펀셋형 개선방안을 제안하고자 한다.

1. 저수지 기능의 도관체에 공시의무 부과

저수지 기능의 도관체는 실질적으로는 복수의 펀드 투자자로부터 투자를 받음에도 불구하고 공개되지 않고, 운용사가 돌려막기식 사기 운용을 마음먹었을 때 이를 돕

50) 박삼철, 「투자신탁해설」, 삼우사, 2001. 160면.

51) 모자형 펀드와 비교대상인 제간접펀드의 경우는 분산투자를 목적으로 투자대상 펀드의 수익권을 펀드의 일부자산으로 취득하고, 또 일반적으로 여러 투자대상 펀드의 수익권을 취득하므로 그 투자대상인 피투자펀드가 저수지 및 도관체 역할을 한다고 보기 어렵다.

는 도구적 기능을 한다. 펀드의 운용구조상에 저수지 기능의 도판체가 존재 그 자체로 위법행위가 존재한다는 것을 의미하는 것은 아니지만, 앞서 보았듯 그로 인해 발생하는 법적 위험 및 손익구조상의 위험을 부인할 수는 없다. 따라서 투자자가 제대로 된 투자판단을 할 수 있도록 하기 위해서는 저수지 기능의 도판체는 명확하게 설명되어야 한다. 만약 50인 이상의 일반투자자의 투자금이 저수지 기능의 도판체에 흘러들어 간다면 다른 공모증권과 마찬가지로 공개될 필요가 있다. 라임 및 DLF 사태 이후 금융위원회는 공모규제 회피를 방지하기 위해 발행인이 다르더라도 모집·매출인이 동일하고, 투자위험 및 손익구조가 유사하면 '사실상 동일한 증권'으로 보겠다고 시행령을 개정하였다. 사실상 동일한 증권들은 하나의 증권 발행으로 보아 투자자 수를 합산할 수 있도록 한 것이다. 하지만 '투자위험', '손익구조'와 같은 정성적 판단기준은 얼마든지 회피할 수 있는 방법이 존재하므로 기왕에 저수지 기능의 도판체를 만든 경우는 동 규정이 공모규제회피 행위에 대해 사전 예방적인 역지력을 갖기 어려워 보인다. 설령 공모규제를 회피하지 않고 증권신고서를 제출하더라도 도판체에 관한 정보를 상세하게 기재하도록 규정되어 있지 않으므로 도판체가 발행인이 되는 경우에 준하여 증권신고서 기재사항을 개정할 필요가 있다고 본다.

그러나 앞서 보았듯 도판체에 관한 상세 정보를 공시시키기 위해서는 운용사에게 증권신고서 제출의무를 부과하는 것보다 도판체에 부과하는 것이 보다 직접적인 방안이 될 것이다. 이를 위해 모집으로 간주하는 여러 상황 중 하나로 특수목적법인이 발행한 동일한 종류의 채무증권 또는 지분증권을 2개 이상의 펀드에 편입하는 경우를 추가 신설하는 방안을 제안한다. 금융위원회는 이미 기업어음이 50여개 이상의 신탁에 편입되어 공모규제를 회피했던 동양사태 사례를 참고삼아 기업어음이나 파생결합증권이 특정금전신탁에 편입되는 경우 모집으로 간주하는 강력한 규정을 2013년에 신설한 바 있다.⁵²⁾ 특정금전신탁의 위탁자가 실질적으로는 기업어음증권의 매입자인 점을 고려한 규정이다. 사모펀드 사태의 3개 운용사에서도 펀드의 수익자는 실질적으로 도판체 발행 증권의 매입자이므로 같은 취지의 규정을 신설할 필요가 있다고 본다.

참고로, 금융위원회는 2차 개선방안에서 라임 모펀드가 공시되지 않은 문제에 착안하여 A펀드 순자산가치의 10% 이상에 투자하는 B펀드가 있는 경우 A펀드 투자자수 산정 시 B펀드의 투자자수를 합산하고, A펀드 순자산가치의 10% 미만에 투자하는 같은 운용사의 펀드 B1펀드, B2펀드, B3펀드, B4펀드 등이 있을 경우 B1~B4펀드가 투자한 A펀드 순자산가치의 합이 30%를 넘으면 A펀드의 투자자수 산정 시 B1~B4펀드의 투자자수를 합산하도록 시행령을 개정하였다(영 제14조 제2항, 제3항). 합산하여 50인 이상이 된다면 공모펀드로 보게 된 것이다. 그러나 동 개선방안은 30% 기준의 경우 A펀드와 B1~B4펀드가 동일 운용사일 것을 요하고, 30%, 10% 두 개 기준 모두 펀드 아닌 법적 형식의 도판체에 대하여는 적용할 수 없는 점에서 옵티머스과 디스커버리의 공모규제회피 행위에 대한 개선방안으로 보기 어렵다.

52) 중발공규정 제2-2조 제1항 제5호 다목 및 제6호. 그러나 발행인이 특정금전신탁의 위탁자를 합산하여 50인 이상이 될 수 없다는 뜻을 인수계약서와 취득계약서에 기재하고 발행인 또는 인수한 금융투자업자가 그러한 발행조건의 이행을 담보할 수 있는 장치를 마련한 경우 모집이 간주되지 않도록 규정하고 있다. 실무에서는 결과적으로 위탁자가 50인 이상이 된 경우는 이행담보장치를 마련하지 않은 것으로 취급한다.

2. 펀드 구분관리의무 해석 명확화

복수 펀드의 수탁사 계좌가 서로 분리되지 않으면, 저수지 기능의 도관체를 설립하지 않아도 옅터머스에서 본 것처럼 수탁사 차원에서 곧장 돌려막기가 용이하게 된다. 수탁사의 펀드재산 보관·관리 방법에 대해서는 법 제246조 제2항에서 이미 집합투자재산을 다른 집합투자재산과 구분하여 관리하도록 규정하고 있다. 그러나 신탁법 제30조가 본문에서 신탁재산을 다른 신탁재산과 구별하여 관리하도록 규정하면서 단서에서 신탁재산이 금전인 경우에는 ‘계산을 명확히 함으로써 족하다’고 규정하고 있어, 투자신탁의 경우 신탁법 제30조 단서가 적용될 수 있을지 양 조문간의 관계가 문제된다. 만약 신탁법 제30조 단서가 펀드 수탁사에 적용된다면 하나의 계좌에 수탁 받은 모든 운용사의 모든 펀드 투자금을 보관하면서 펀드별로 재무제표를 작성하는 것만으로도 구분관리의무를 다하는 것으로 볼 수 있게 된다.

이에 대해 투자신탁인 펀드의 경우에도 신탁법 제30조 단서가 적용된다는 것인지는 확인하기 어렵지만, 신탁법 제30조 단서의 의미는 장부상의 기재로 분별관리의무는 충분히 이행되었다고 보는 견해가 있다.⁵³⁾ 이에 반해 수탁사가 금전을 수탁 받는 경우 보통은 예금채권으로 보유하는 것이 현실이고, 채권에 관하여는 신탁법 제30조 단서가 아닌 본문이 적용되므로 수익자의 동의가 없는 한 1개의 예금으로 보관할 수 없다는 견해도 있다.⁵⁴⁾ 이와 같은 해석 논의는 자본시장법과 타법과의 관계를 규정한 법 제181조 및 법 제10조의 해석과도 연관된다. 법 제181조는 집합투자구에 관하여서는 자본시장법이 상법 및 민법에 우선하는 것으로 규정하고 있고, 법 제10조는 금융투자업에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 자본시장법이 정하는 바에 따른다고 규정하고 있다. 조문 내용에서 보듯 법 제181조 신탁법과 자본시장법 간의 관계에 대해서는 별도로 정하지 않고 있고, 법 제10조는 신탁법 제30조가 자본시장법에 대해 ‘특별한 규정’이라고 볼 수 있는지 불분명하여, 이 때문에 자본시장법 제246조가 신탁법 제30조에 우선하는지 그 해석이 나뉠 수 있을 것으로 보인다.

사건으로는 투자신탁에 관하여는 자본시장법이 신탁법에 대해 특별한 규정이라고 판단된다. 자본시장법은 신탁법과 달리 수탁재산이 증권일 경우는 펀드별로 예탁결제원에 예탁하도록 보다 구체적으로 규정하고 있고, 운용사가 취득·처분에 필요한 지시를 하는 경우 펀드별로 이행하도록 정하고 있으며, 고유재산과 신탁재산 간의 거래나 신탁재산 간의 거래가 예외적으로 허용되는 경우를 신탁법과 달리 별도로 정하고 있다. 자본시장법의 다른 조문(법 제245조 내지 제248조)에서 펀드재산 수탁사의 업무방법들을 추가적으로 정하고 있기도 하다. 투자신탁의 경우는 신탁업자의 영업행위 규정 적용을 통째로 배제(법 제245조)하면서 투자신탁의 특성에 맞도록 규율하고 있다. 따라서 신탁법 제30조와 달리 금전에 관한 예외 규정을 두고 있지 않은 법 제246조에 따르면 펀드재산이 금전 또는 예금채권이라 하여도 장부상의 구분으로 족하지 않고, 계좌별로 구분 관리되어야 한다고 본다. 이렇게 해석하여야 복수의 펀드

53) 정순섭, 「신탁법」, 지원출판사, 2021, 411면. 신탁법이 적용되는 신탁에 대해서 장부상 기재로 분별관리의무 이행은 충분하다고 한다. 투자신탁의 경우에도 계좌별 구분 없이 장부상 기재로 족하다고 보는 것인지는 여부에 대해서는 확인하지 못하였다.

54) 최동식, 「신탁법」, 박영사, 2006, 194면 및 199-200면.

가 1개의 계좌에 보관됨으로 인해 사실상 하나의 펀드처럼 운용되는 것을 막을 수 있고, 옵티머스와 같은 돌려막기 가능성을 원천 봉쇄할 수 있다. 또 투자회사 등 투자신탁을 제외한 다른 법적 형식과도 형평성을 맞출 수 있다. 투자신탁 외의 집합투자기구는 법 제80조 제5항에서 집합투자기구의 명의별로 투자대상자산을 보관·관리·취득·처분하도록 규정하고 있기 때문이다. 또 한편으로 펀드 간 분별관리의무가 계좌 간 구분으로 실현되어야 자전거래를 원칙적으로 금지하고, 예외적인 경우에만 허용하는 법의 취지도 구현될 수 있다.

다만, 금전 또는 예금채권의 보관방법이 강행규정이라고 보기는 어려우므로 위탁자 및 수익자의 동의가 있다면 1개의 계좌에서 통합관리해도 무방할 것이다. 운용사에서 이러한 경우를 의도하여 형식적인 동의를 받음으로써 수탁사의 금전 보관방법을 완화할 수 있으므로 표준 집합투자계약에서 자본시장법 제246조의 구분관리의무를 명확히 하는 규정을 두는 방안을 제안한다. 집합투자계약을 통해 동의를 의제하거나 펀드의 핵심설명서 등을 통해 의례적인 서명동의를 받지 않도록 규율할 필요가 있다.

3. 복수의 도관체를 이용하는 펀드에 대해 설정 제한 및 설명의무 강화

저수지 기능의 도관체는 3개 운용사에서 보듯 돌려막기 사기나 공모규제 위반 수단으로 쓰일 수 있고, 저수지 기능이 아니더라도 여타의 도관체는 디스커버리에서 보듯 각종 규제 회피 수단으로 사용될 수 있으므로 그러한 운용구조의 펀드 설정을 일부 제한할 필요가 있다. 다만, 도관체의 존재 자체를 불허할 수는 없으므로 당해 도관체의 역할과 기능이 충분히 소명되는 경우에 한해 펀드를 설정할 수 있도록 금융투자협회 자율규제로 규율하는 방안을 제시한다. 펀드 운용구조상에 도관체가 존재하는 경우 펀드 운용에 있어 그 도관체의 역할과 기능을 별도의 설명서를 통해 기재하도록 하고, 그 도관체 없이 운용구조를 짠 경우에 비해 장점이 없다고 하면 그러한 운용구조의 펀드 설정은 제한하는 방안이다. 금융위원회는 이미 만기 미스매칭 등 문제 발생 가능성이 있는 운용구조의 펀드에 대해서는 협회 규정을 통해 그 설정을 제한하겠다는 개선방안을 제시한 바 있다.⁵⁵⁾ 만기 미스매칭 펀드처럼 저수지 기능의 도관체가 존재하거나 복수의 도관체가 존재하는 운용구조에 대해서는 그 부작용을 감안하여 일정한 설정 제한이 고려될 필요가 있다.

또한 저수지 기능의 도관체나 복수의 도관체 존재에 대해 설명을 강화할 필요가 있다. 라임 판결에서 법원은 자펀드가 직접 해외 무역금융펀드에 투자하지 아니하고

55) 해당 내용은 「금융투자회사의 영업 및 업무에 관한 규정」 제8-13조가 2020. 8. 18. 신설됨으로써 실현되었다. 규정내용은 다음과 같다.

제8-13조(환매금지형 집합투자기구의 위험관리) ① 집합투자회사는 환매금지형 집합투자기구를 설정·설립·운용함에 있어서 집합투자재산(부동산 및 특별자산을 제외한다)의 가중평균잔존만기(집합투자기구에서 운용하는 개별자산등의 만기일까지의 잔존기간과 운용금액을 공급한 금액의 합계액을 개별자산등의 운용금액의 합계액으로 나누어 산정한 기간을 말한다)가 집합투자기구의 잔존만기(집합투자계약에서 정하고 있는 집합투자기구의 '신탁계약기간'의 종료일 또는 '존속기간'의 만료일까지의 기간을 말한다)를 초과하지 않도록 하여야 한다.

② 제1항에도 불구하고 협회장이 정하는 자산등의 경우에는 협회장이 정하는 날을 만기일로 할 수 있다.

③ 제1항의 규정은 공모집합투자기구, 적격투자자 중 일반투자자가 투자자인 일반 사모집합투자기구에 적용한다. 다만, 부동산집합투자기구 등 협회장이 정하는 집합투자기구는 그러하지 아니하다.

모펀드를 경유하여 투자된다는 사실은 설명이 필요한 중요한 사항이라고 판시하였다. 이 사안에서 도관체에 대해 설명의무를 인정한 것은 모펀드 자산 중 35%가 이미 부실이 발생하였기 때문이었을 수 있다. 그러한 부실이 발생하지 아니하였어도 도관체에 대해서는 관련 설명을 해야 한다고 본다. 같은 취지로 금융투자업규정 제7-25조는 자펀드의 투자설명서에 모펀드에 관한 사항을 기재하도록 규정하고 있다. 모펀드처럼 저수지 기능을 하는 다른 도관체의 경우도 그 존재에 대해 투자설명서나 핵심설명서의 필수 기재 사항으로 포함시키는 방법을 고려해 볼 수 있을 것이다. 복수의 도관체의 경우도 다른 투자자들과의 이해상충 문제, 최종 투자자산에 대한 정보 접근 문제, 도관체 존재로 인한 손익구조 변경 위험 문제 등이 존재하므로 핵심설명서의 필수 기재 사항으로 포함시키고 관련 위험을 함께 기재하여 설명하도록 하는 방안을 제시하고자 한다. 유사한 개선방안으로 금융위원회는 복층형 투자구조의 경우 그 투자구조 및 관련 위험을 투자설명서 및 자산운용보고서의 필수 기재사항으로 추가하도록 하겠다고 한 바 있다.

IV. 결론

이 글에서는 사모펀드 사태를 유발한 운용사 중 공식적인 자료를 통해 펀드 운용구조가 확인되는 대표적인 3개 운용사의 공통적인 펀드 운용상의 위법행위를 살펴봤다. 3개 운용사에서는 사기죄에 해당하는 돌려막기, 공모규제 회피행위가 공통적으로 인정되었거나 의심되는 상황이다. 3개사가 모두 돌려막기 사기 및 공모규제회피와 연관된 이유는 펀드 운용구조상에 저수지 기능을 하는 도관체가 존재하기 때문이라고 보았다. 저수지 기능의 도관체가 없었다면, 돌려막기를 하려는 운용사는 수탁사에게 자전거래를 운용지시 할 수밖에 없게 되는데, 자전거래가 허용되는 예외적인 상황이 아니라면 수탁사는 그 운용지시에 응하지 않을 수 있게 되고, 이 경우 돌려막기 행위를 하려는 운용사의 의도는 좌절될 수 있게 되기 때문이다. 또 이 저수지 기능의 도관체에는 복수의 펀드 투자금이 흘러들어 오므로 실질적으로는 50인 이상의 일반투자자에게 동일한 종류의 증권을 분배한 것임에도 그 정체가 공개되지 않는다. 도관체를 발행인으로 보면, 투자자가 전문투자자인 펀드여서 50인 수에 합산되지 않고, 운용사를 발행인으로 보면, 도관체에서 투자위험 및 손익구조 등 발행조건을 미세 변경함으로써 집합투자증권의 동일성을 부인할 수 있게 되기 때문이다. 이외에도 저수지 기능의 도관체는 횡령 등 기타 위법행위를 용이하게 하는 기능도 있다.

이러한 저수지 기능의 도관체가 존재한다는 사실만으로 펀드가 위법하게 운용되고 있다고 보기는 어렵지만, 저수지 기능의 도관체가 존재함으로 인한 법적 위험 및 손익구조 변경 위험은 부인할 수 없으므로 그 존재는 투자자에게 반드시 설명되어야 한다. 만약 투자자 수가 50인 이상일 경우 상세 정보가 공개되어야 하며, 그 특유의 효능가치가 설명되지 않을 경우 저수지 기능의 도관체가 운용구조상에 존재하는 펀드 설정 자체가 제한될 필요가 있다.

공통적인 위법행위는 아니지만, 옴티머스의 경우는 수탁계좌 차원에서 돌려막기가 행하여진 혐의가 있었다. 저수지 기능의 도관체를 설립하는 이유는 자본시장법 및 신탁법이 수탁사에 대해 그 의무를 엄격하게 규정하고 있기 때문에 운용사가 수탁사

에 대한 운용지시를 통해 자전거래나 사기가 의심되는 돌려막기 행위를 하기는 곤란하므로, 그러한 규정이 적용되지 않는 도관체를 통해 자금운용을 하려고 했던 것으로 분석된다. 그러나 옵티머스 수탁사의 경우는 도관체에 투자금이 가기 전에 수탁사 계좌 차원에서 돌려막기 행위가 있었던 것으로 의심되는 것이다. 옵티머스의 수탁사는 복수의 펀드재산을 하나의 계좌에서 보관하는 행위도 하였던 것으로 의심된다. 이 위법행위에 대하여는 집합투자계약에 펀드 수탁사의 구분관리의무를 명확히 하는 규정을 두는 방안을 제시하고자 한다.

또 한편으로 공통적인 위법행위는 아니지만, 디스커버리의 경우 펀드로부터 최종 투자대상자산에 이르기까지 펀드 투자금이 거쳐가는 복수의 도관체가 존재함으로 인해 의심되는 규제회피 행위들이 있었다. 정보접근권한 축소, 펀드 등록의무 회피, 이해상충관리의무 회피가 그것이다. 저수지 기능의 도관체와 마찬가지로 펀드의 효율적 운용을 위해 불가피한 경우가 아니라면 그러한 운용구조의 펀드 설정을 제한하고, 펀드가 설정되게 되는 경우라면 관련 설명의무가 충분히 이행될 수 있도록 할 필요가 있다고 보았다. 금융위원회에서는 이미 복층형 투자구조에 관하여는 투자설명서 및 자산운용보고서에 그 투자구조상의 위험을 기재하도록 개선방안을 제시한 바 있다.

펀드는 개별 펀드의 특성이 잘 발현될 수 있게 운용되어야 한다. 복수의 펀드를 하나의 펀드처럼 운용하거나 그 투자금을 통합 운용하는 것은 각종 위법행위와 규제회피행위들을 초래할 수밖에 없음을 사모펀드 사태를 통해 확인하였다. 이제 도관체를 통한 통합운용, 수탁사 계좌를 통한 통합관리 행위가 지양되고, 펀드 특성별로 독립적으로 운용될 수 있게끔 하는 제도 기반을 만드는 것이 중요하다고 생각된다. 좋은 담이 좋은 이웃을 만든다(Good fence make good neighbors)는 경구를 새겨 볼 필요가 있다.

[참고문헌]

- 고동원, “사모펀드 규제의 문제점과 개선방안”, 금융감독연구 제8권 제2호, 2021
- 권세훈·반주일, “고위험 금융상품 판매현황 및 금융소비자 보호를 위한 합리적 규제”, 한국증권학회지 제51권 제1호, 2022
- 김병연, “펀드판매 관련 당사자의 법적 지위와 책임-옵티머스펀드 사건을 계기로”, 증권법연구 제22권 제1호, 2021
- 김연미, “해외재간접펀드 관련 법률 쟁점”, BFL 제104권, 2020
- 김윤중, “신탁형 집합투자기구의 법률관계와 당사자들의 법적 지위에 관한 고찰 -투자자 보호의무를 중시하는 판례의 태도를 중심으로”, 사법 제58권 제1호, 2021
- 김정연, “옵티머스 펀드의 법적 문제”, BFL 제104권, 2020
- 김흥기, “라임사태와 우리나라 사모펀드 규제체계의 개선방안”, 경제법연구 제19권 제3호, 2020
- 류혁선·남유선, “사모 시장의 육성과 투자자 보호—미국, 일본 제도의 시사점—”, 증권법연구 제22권 제3호, 2021
- 박삼철, 「투자신탁해설」, 삼우사, 2001
- 박선아, “금융감독체계의 개편에 관한 소고-21 대 국회에 발의된 법안을 중심으로”, 법과 정책연구 제21권 제4호, 2021
- 박철영, “펀드 지배구조상 신탁업자와 일반사무관리회사의 지위”, 금융법연구 제17권 제3호, 2020
- 법령제정 실무작업반(8인) 공저, 「간접투자(펀드) 해설」, 박영사, 2006
- 변제호·홍성기·김종훈·김성진·엄세용·김유석, 「자본시장법」(제2판), 지원출판사, 2015
- 이상훈, “라임자산운용펀드의 구조적 문제점”, 기업지배구조연구 2020년 제57권, 2021
- 이성복, “2020 년 사모펀드 사태 교훈과 금융소비자 보호 방향”, 금융소비자연구 제10권 제3호 2020
- 이정두, “주식관련 장외파생거래의 제반 문제에 관한 연구: 지배구조 왜곡 및 불공정 거래와 규제방향을 중심으로”, 증권법연구 제17권 제1호, 2016
- 이준서, “사모펀드 성장이 금융안정에 미치는 영향”, 한국증권학회지 제49권 제6호, 2020
- 정순섭, 「신탁법」, 지원출판사, 2021
- 정웅채·이진형, “사모투자재간접펀드 등 사모펀드 활성화 대책에 대한 비판적 검토-자본시장법 개정안을 중심으로”, 은행법연구 제7권 제2호, 2014
- 정재은, “사모펀드 판매 관련 법적 쟁점”, BFL 제104권, 2020
- 조자운, “최근 사모펀드 환매중단 사태의 법적 쟁점과 개정 자본시장법에 대한 평가-라임자산운용/옵티머스자산운용 사례분석을 중심으로”, 금융법연구 제18권 제2호, 2021
- 최동식, 「신탁법」, 박영사, 2006

[Abstract]

Problems and improvement of the fund management structure in the private equity fund crisis

Minhee Jeong*

Lime Asset Management Co. Ltd., Optimus Asset Management Co. Ltd., and Discovery Asset Management Co., Ltd. are the main asset managers in the so-called private fund crisis. In this article, we look at common illegal acts in the fund management structure, and analyze the relationship between the structure and the illegal acts. The three asset management companies all had one thing in common: investment money reached the final investment target assets via a conduit functioning as a reservoir. Plus, all three asset management companies have either finalized sentence or are in the criminal process on fraud due to Ponzi-Scheme, and have received administrative sanctions or are suspected of violating the Public offering regulations. It is analyzed that the reason for such a common phenomenon is that the conduit functioning as a reservoir can play a key role in helping fraud and violation of the public offering regulation.

In addition, in the Optimus case, a criminal trial is underway as it is suspected that the Ponzi scheme was caused by the integrated management of trustee accounts, and Discovery is suspected of reducing investors' access to information by using an additional conduit.

In this article, I would like to suggest three specific ways to improve these problems. The first is to establish a new regulation that shall be deemed to a public offering when debt securities issued by the same issuer are invested in two or more funds and to amend the regulations to include detailed information on conduit in the registration statement. The second is to put a provision to clarify the meaning of separate management obligations in the key specifications. Thirdly, if the fund uses a conduit, it is to limit the establishment of the fund through a self-regulatory organization, and if a fund is established, strengthen the description of the conduit.

Keywords: Private fund management, Conduit, Special purpose vehicle, Ponzi Scheme, Public offering regulation, Duty to keep trust property separate

* Attorney at Law, Financial Supervisory Service, S.J.D Candidate at Korea University

내시경 시술에 관한 판례의 분석과 법적 고찰*

김 성 은** 최 아 름*** 백 경 희****

논문요지

내시경 검사와 시술은 소화기계 중심의 질병 확인과 치료에 폭넓게 사용되고 있는 의료행위로서, 국가암검진 사업에 따른 필수항목이기도 하여 국민과 환자에게 친숙하고 자주 이용되는 의료영역인 동시에 많은 병·의원에서 큰 제약 없이 시행하고 있는 등 의료접근성과 시행 빈도가 매우 높은 진료분야에 속한다. 이렇듯 내시경 검사 및 치료는 암과 같은 질병의 예방과 치료에 핵심적인 역할을 담당하고 있는데, 한편으로는 질병의 예방과 치료적 기능을 담당하는 내시경 검사·시술이 침습적 의료행위로서 그에 따른 사망, 중증 장애 등과 같은 악결과의 위험성이 외과적 수술 못지않게 상존하는 것이 현실이나, 그에 대한 국민적 이해도나 의료기관에서의 경각심은 달리 나타나는 경향성이 나타날 수 있어 주의가 필요하다.

이와 관련하여 그간 내시경 시술과 관련된 의료사고의 예방과 피해 경감을 위한 의학적, 법률적 검토와 접근이 이루어져 온 것은 사실이다. 그렇지만 선행 연구는 일부 판례나 증례에 대한 고찰 중심으로 이루어져 온바, 그 나름의 의의에도 불구하고 아직 내시경 시술과 관련 판례들에 대한 체계적이고 분석적인 연구가 충분히 이루어지지 못하였고, 이에 따라 내시경 시술에 관한 법률적, 의학적 병행 관점에서의 시사점이 충분히 도출되지는 못한 듯하다. 내시경 시술과 같은 의료행위의 일반적 준칙과 기준은 표준적인 것임에 비하여, 피시술자인 국민과 환자의 개별적인 상황은 제각기 다르므로 일률화하기 곤란하다. 이와 같은 의료행위의 개별적 특징에 더하여 그 침습성과 위험성, 결과예측의 곤란성과 비가역성과 같은 의료의 본질적 특성을 함께 고려할 때, 내시경 관련 의료민사판례에 대한 구체적이고 종합적인 조망을 통하여 의료사고의 예방을 위한 실증적 함의를 도출할 필요가 있다.

이에 본고에서는 내시경 시술 관련 다양한 민사판례에 대한 주요 쟁점과 결과를 다각적으로 살펴보고, 의료사고의 예방과 환자의 치료선택권 보장을 위한 방안을 제언하여 국민건강 향상과 분쟁의 경감 등에 이바지하고자 한다.

검색용 주제어: 위내시경, 대장내시경, 국가암검진사업, 의료사고, 의료과실,

* 이 논문은 2022년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 인문사회분야 중견연구자지원사업의 지원을 받아 수행된 연구임(NRF-2022S1A5A2A01043101).

** 한국의료분쟁조정중재원 심사관, 법학박사(제1저자)

*** 이화여자대학교의과대학 내과학교실 진료조교수, 의학박사, 법학석사(공동저자)

**** 인하대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 변호사(교신저자)

설명의무

· 논문접수: 2022. 12. 24. · 심사개시: 2023. 01. 09. · 게재확정: 2022. 01. 25.

I. 서론

우리나라에서 내시경 검사와 치료는 암이나 관계 질병의 발병 여부를 확인하거나 확인된 암조직의 제거 등 질병치료에 적극적으로 활용되고 있는 의료행위이다. 또한 국가 주도의 암 검진사업에서 위내시경 검사나 대장내시경 검사가 연령에 따라 필수적으로 시행되는 항목이기 때문에 국민들은 내시경 검사에 대하여 친숙하게 받아들이고 있다.¹⁾ 이와 같이 내시경을 활용한 검사와 시술(이하 ‘내시경 시술’로 약칭한다)은 국민에게는 사전 검사로, 환자에게는 메스를 이용한 절제를 하지 않으면서도 조직을 제거하는 침습성이 적은 의료행위로 인식되고 있지만 내시경 시술의 전과정에 비추어 악결과가 중하게 나타날 수도 있다는 점이 간과되어서는 안 된다. 실제 내시경 시술에 관한 의학적 위험성과 국민·환자의 인식 사이의 괴리로 인하여 현실에서 의료분쟁이 발생하고 있고, 그와 관련된 판례 사건에서도 영향을 미치고 있다.

한편 우리나라에서 내시경 시술로 인한 의료분쟁과 관련하여 의학적 관점에서 내시경 시술 시 발생할 수 있는 합병증 등 증례가 다양하게 보고되어 왔으며,²⁾ 법학적 관점에서도 내시경 시술과 관련된 의료분쟁 및 주의의무에 관한 선행연구가 이루어져 온 바 있다.³⁾ 그러나 종래의 선행연구는 우리나라 혹은 외국의 내시경 시술에 관련된 특정 판례를 인용하거나 발췌하여 그 의의를 점검한 부분도 일부 존재하기는

1) 건강보험심사평가원 최근 자료에 따르면 2021년 기준 연간 상부위장관내시경은 2,220,923명에게 3,470,658회 시행되었고, 진료금액 155,584,660천원, 대장내시경은 2,455,213명에게 3,251,666회 시행되었고, 진료금액 188,138,365천원, ERCP(내시경적역행성담췌관조영술)는 9,146명에게 13,607회 시행되었고, 진료금액 2,054,521천원, 기관지경검사는 64558명에게 113,722회 시행되었고, 진료금액은 11,644,787천원으로 확인된다. 건강보험심사평가원, 보건 의료빅데이터 개방시스템, 국민관심진료행위(검사/수술등) 통계(<https://opendata.hira.or.kr/home.do>) (2022. 12. 9. 최종확인)를 참조.

2) Kim Sang Yoon, “Impacts of age and sedation on cardiocerebrovascular adverse events after diagnostic GI endoscopy: a nationwide population-based study”, 「Gastrointestinal Endoscopy」, 92(3), 2020 Sep, pp. 591-602; Vargo, John J., et al., “Patient safety during sedation by anesthesia professionals during routine upper endoscopy and colonoscopy: an analysis of 1.38 million procedures”, 「Gastrointestinal Endoscopy」, 85(1), 2017 Jan, pp. 101-108; Reumkens, Ankie, et al., “Post-Colonoscopy Complications: A Systematic Review, Time Trends, and Meta-Analysis of Population-Based Studies”, 「Official journal of the American College of Gastroenterology」, ACG 111(8), 2016 Aug, pp. 1092-1101.

3) 배현아, “내시경 시술과 관련된 의료법학적 문제-관련 판례 분석을 중심으로”, 「법학논집」, 제15권 제4호(2011), 167-187면; 박찬용, “내시경 시술과 의료분쟁: 그 효율적인 대처는?”, 「대한소화기내시경학회지」, 제33권(Suppl.1)(2006), 251-256면; 전현희, “내시경 가이드라인의 법적 의미”, 「대한소화기내시경학회지」, 제29권 제4호(2004), 161-174면; 최규연, “마취 관련 의료사고 시 주의의무-법원 판결 사례를 중심으로-”, 「의료법학」, 제18권 제1호(2017), 61-99면.

하지만, 내시경 시술과 관련된 특수성을 부각하거나, 그에 관한 특정 이론을 지지하기 위한 근거로 원용되는 정도로만 사용되어 왔다. 즉, 선행연구는 관련 분쟁사례를 대상으로 하여 항목별로 분석하거나 통계적 수치를 현실화하는 방법을 사용하지 않고, 법원이 판단을 함에 있어 중시한 근거와 추이를 심도 있게 고찰하지 못한 측면이 있다.

이에 본고에서는 선행연구의 한계를 보완하고자 내시경 시술이 지니는 현실적·법적·의학적 특수성을 실증적으로 분석하고자 한다. 이를 위하여 내시경 시술과 관련된 국내 의료민사판례를 항목별로 분석하고 통계적 수치를 현실화하는 방법으로, 법원이 판단을 함에 있어 중시한 근거와 추이를 심도 있게 고찰하여 그 함의를 도출하도록 하겠다.

II. 내시경 시술의 활용과 특수성

1. 내시경 시술 절차와 그 활용

(1) 내시경 시술 절차

내시경을 통한 치료는 약 100년 전인 1868년 독일의 의사인 Adolf Kussmaul의 근대 내시경학으로부터 출발하였다. 내시경 시술은 처음에는 경성 튜브를 이용하여 식도와 위의 이물질을 제거하거나 유리섬유로 만든 연성 내시경을 이용하여 용종 절제술을 시도한 것이었다. 이후 내시경 시술은 절개와 같은 수술법을 대신하여 조기암에 대하여 치료하는 내시경 점막절제술, 점막하 박리술과 자연개구부를 이용하여 내벽을 뚫어 침습을 최소화하여 수술하는 NOTES(Natural Orifice Transluminal Endoscopic Surgery)까지 확장되었는데, 내시경 시술은 현대 의료에서 중요한 진단 도구 및 치료수단으로서의 지위를 지니고 있다.⁴⁾

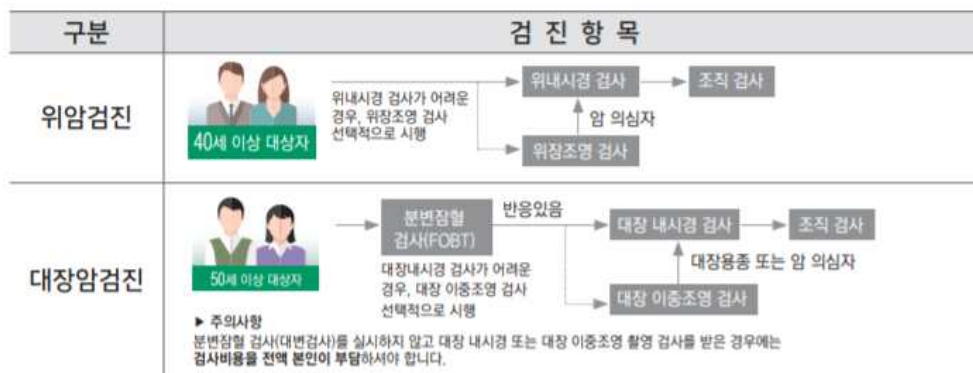
(2) 우리나라의 내시경 시술 활용

우리나라에서는 국민건강보험 가입자 및 피부양자, 의료급여수급권자 등 전국민을 대상으로 암 종류별로 검진 연령과 검진 주기를 두어 검사를 받도록 하는 국가 주도의 암 검진사업을 질병예방정책으로 펼치고 있다.⁵⁾ 이 중 위암 검진과 대장암 검진의 경우 <그림 1> 암검진 단계별 검사절차에서 알 수 있듯이 내시경 검사나 조영검사의 방법을 기본적으로 채택하고 있다. 이외에도 내시경 시술은 암의 발병 여부를 확인하거나 확인된 암조직의 제거를 위한 필수적인 항목이 되고 있다.

4) 박선자, “내시경수술 어디까지 가능한가?”, 『대한내과학회지』, 제79권(부록2호)(2010), 459면.

5) 보건복지부 누리집, 공공보건-국가 암 검진사업(http://www.mohw.go.kr/react/policy/index.jsp?PAR_MENU_ID=06&MENU_ID=06300103&PAGE=3&topTitle=%EA%B5%AD%EA%B0%80%EC%95%94%EA%B2%80%EC%A7%84%EC%82%AC%EC%97%85)(2022. 12. 6. 최종 확인)을 참조.

<그림 1> 암검진 단계별 검사절차⁶⁾



2. 내시경 기술의 특수성과 의료분쟁의 발생

내시경 기술은 병증의 확인 등을 위한 사전 검사 측면의 성격이 강하다고 인식되고 있고, 외과적 수술과 달리 환자의 신체에 대한 침습이 상대적으로 적다. 반면, 내시경 기술 전 수면 마취를 하는 경우 마취로 인한 위험성을 고스란히 지니고 있어 외과적 수술에는 해당되지 않으나 높은 위험성이 내재된 의료행위에 속한다. 그렇기 때문에 내시경 기술의 사전 단계, 기술 중의 단계, 기술 후 단계의 각각의 국면마다 발생할 수 있는 악결과의 범주가 폭 넓은 특성을 지니고 있다. 즉, 내시경 기술은 국가 암검진 사업으로 인하여 전 국민을 대상으로 활용되는 가장 대중적인 기술이라는 점, 사전 검사의 측면을 지니고 있으나 한편으로는 위·대장 내시경 검사가 수면 마취 기술과 결합되기도 하고 장세척을 위한 장정결제의 복용으로 인하여 중증장애나 사망에 이르게 될 의학적 위험성이 있다는 점, 사전 검사에 주안점을 두고 있기 때문에 국민과 환자의 입장에서는 수술에 준하는 위험성을 지니는 의료행위라는 점을 인지하지 못하는 경향이 있다는 점 등의 현실적 특수성이 존재한다.⁷⁾

이에 따라 실제 내시경 기술 과정에서 다양한 의료사고가 발생하게 된다. 예컨대 내시경 기술 전 준비과정상 사고, 기술 중 위·대장 부위 천공(穿孔)이나 출혈 발생 사고, 수면 마취와 관련된 뇌손상을 비롯한 치아 손상 및 낙상, 성추행 사고⁸⁾, 내시경 기술내용 및 마취에 대한 설명의무 위반 등이 의료실무와 판례 등에서 자주 접하게 되는 대표적인 의료사고의 유형이다.⁹⁾ 그리고 내시경 기술과 관련하여 의료인과

6) 국민건강보험공단, 「2020년 사업장 건강검진 실시안내」(2020), 6면(‘암검진 단계별 검사절차 설명’에서 발췌함).

7) 내시경 기술은 인체 내부의 장기에 대한 관찰과 확인, 조직의 절제 등 목적화 이루어지므로 크고 작은 조직이나 신경의 손상이 발생할 위험성이 높아 그에 따른 악결과도 심각할 수 있으나, 환자로서는 기술 전 위험을 인지하기 곤란하고 국가암검진사업 등에 따라 접근성이 좋은 인근 병·의원에서 손쉽게 기술을 받을 수 있으며, 의료기관으로서도 응급실, 중환자실 등 대형병원 수준의 인력, 시설, 장비를 구비하지 않고도 내시경 기술이 가능한 현실적 요인이 작용하게 된다.

8) 다만 이러한 성범죄는 의료행위 중 발생 가능한 심각한 문제이기는 하나 관련 판례나 의료관계법령상 의료행위의 개념 등에 비추어 볼 때 통상적인 의료사고로 보기에는 부적절할 수 있음을 감안하여야 할 것이다. “진료 중 성추행, 대장내시경 중 유사 강간…성범죄 의사 징계 자격정지 1개월 이하 다수(<https://medigatenews.com/news/print/2690396410>)” (2023. 1. 26. 최종확인) 참조

환자 간 의료분쟁 발생의 주원인은 내시경 시술 자체가 의학적 위험성이 상당함에도 불구하고, 국민과 환자가 이를 단순검사 내지 침습이 적어 경한 의료행위로 인식하여 악결과와 그 원인을 받아들이지 못하는 것에서 비롯된다.

III. 내시경 시술과 주의의무의 유형

1. 내시경 시술상 주의의무

내시경 시술은 의료행위의 일종이므로 집적된 판례에서 실시하고 있는 의료행위의 개념과 정의, 의료행위상 주의의무 위반여부 판단의 기준, 나아가 책임제한의 법리가 적용된다. 그 주의의무의 내용은 내시경 시술 고유의 절차 진행과 마취(진정)약제 사용이라는 고유의 특성과 결부되어 나타나게 되는데, 이는 내시경 시술 과정을 중심으로 ① 본격적인 시술 전 진단 및 시술방법 선택상의 주의의무, ② 시술 중 마취와 결합되어 마취약제 선택 및 용량설정, 주입속도 등의 주의의무, 내시경 시술과정 및 조직검사 시 천공·출혈 예방과 조치의무, ③ 시술 후 마취회복 및 후속 치료상 적절한 경과관찰, 후속진단이나 치료를 위한 전원의무 및 요양지도의무 등이 요구된다.

2. 설명의무와 지도설명 의무

내시경 시술과 관련된 설명의무에 있어 시술의사는 시술에 앞서 당해 시술의 목적이 사전 검사 내지 치료의 측면에 있고 그 결과가 확실하지 않을 수 있다는 점, 수면마취 시 마취시술과 동일한 수준의 위험성이 존재한다는 점, 장정결제 투여로 인한 부작용과 위험성이 존재한다는 점, 최소 침습이 이루어지지만 천공이나 사망과 같이 외과적 수술에 비견되는 위험성이 존재한다는 점 등에 대하여 구체적인 설명을 하여야 할 필요가 있다.

또한 내시경 시술 종료 후 환자가 귀가 후 발생할 수 있는 여러가지 후속 증상에 대하여 의사는 요양지도를 하여야 하는바, 지도설명 의무 또한 강하게 요청된다.¹⁰⁾

9) 한국의료분쟁조정중재원, 「의료사고예방 소식지 MAP」, 여름호(2018), 6면; 대한위장내시경학회, “내시경 의료분쟁 사례(<http://www.giendok.or.kr/KSDE2.0/Endocase/1.html>)” (2022. 12. 6. 최종확인) 참조.

10) 이와 같이 특정한 의료행위에 앞서 환자의 자기결정권 보장을 위한 설명의무와 진료의 전(全)단계에서 요구되는 요양방법 지도설명 의무는 그 목적과 위반효과 등이 상이함에도 의료실무에서 동일한 것으로 이해되거나 과실판단에 있어 동일한 범주의 설명의무로 오인될 소지도 있어 주의를 요한다. 설명의무의 법적성질에는 동의무효설, 주의의무설, 신의칙상 부주의무설 등이 있으나 주의의무설이 대법원판례이자 다수설로, 판례상 널리 인정되어 오다가 현재는 의료법 제24조의2에도 명문화되어 있다. 한편 의사의 지도설명 의무는 진료 중 또는 진료 후의 회복·치유단계에서 환자가 준수하여야 할 요양방법이나 건강관리방법을 설명해야 하는 의무로서 환자의 자기결정권에 의한 선택가능성이 배제되고 의료행위의 일부로 포섭되어 의료상의 본래 과실로 논의된다는 점에 차이가 있다. 위 지도설명 의무는 의료법 제24조에서도 그 개념을 도출해 낼 수 있다.; 신현호·백경희, 「의료분쟁의 이론과 실제(상)」, 박영사, 2022, 223~246면.

IV. 내시경 시술에 관한 우리나라 민사판례의 분석

1. 분석대상 판례와 분석항목

(1) 분석대상 판례

본고에서는 내시경 시술에 관한 판례를 분석하기 위하여 단순검사 목적의 내시경 시술과 치료 목적의 내시경 시술을 모두 포함하여 의료민사판례를 수집하였다. 그 결과 내시경 시술에 관한 총 44건의 판결을 수집하였는데, 대법원 판결의 수가 적은 편이어서 하급심 판결까지 포함하여 그 대상으로 삼게 되었다. 수집한 분석대상 판결의 수는 대법원 판결이 6건, 2심 종결 사건이 14건, 1심 종결 사건이 24건으로, 구체적으로는 아래 [표 1]과 같다.

[표 1] 내시경 시술 판례 분석 도표

구분	사건번호	시술내용	최종 의료사고 / 악결과
1	대구지법 2003. 5. 20, 2001가합17521	ERCP(2차), CT 등	사망(괴사성 췌장염)
2	대구지법 2006. 3. 22, 2004가단151425	위내시경(회복과정 중 낙상)	장해/장애(치아파손 등)
3	부산지법 2000. 11. 8, 99가단90440	위내시경, 조직검사 등	장해/장애(림프절 암전이)
4	서울남부지법 2004. 3. 19, 2002가합138	ERCP, 응급수술(2차례) 등	사망(급성췌장염)
5	서울중앙지법 2011. 4. 26, 2009가단194558	대장내시경(건강검진), CT, 결장경적용종 절제술 등, 추후 폐암진단 등	사망(S상결장 천공 등)
6	서울지법 의정부지원 2000. 4. 19, 98가합16248	폐렴 악화로 인한 기관지내시경 등	사망(폐렴 악화)
7	수원지법 2001. 12. 6, 2000가합20	통증 등 대장내시경 검사 곤란(2회), 천공에 대한 개복수술 등	장해/장애(체중감소, 소화장애, 통증, 배변장애 등)
8	창원지법 2001. 9. 21, 99가합4696	위내시경 및 CT, Borhave 증후군 관련 수술(3차례), MRSA 감염 등	사망(범복막염, MRSA 균 감염, 위출혈 등)
9	청주지법 2003. 12. 26, 2001가합2362	기관지내시경 경관출혈에 대한 삼폐소생술 등	사망(대량객혈, 심실세동, 심정지 등)
10	청주지법 2010. 9. 10, 2009가단3418	의원에서 반/치질 진단 후 호전되지 않자 타 병원 내시경검사를 통한 대장암 진단	장해/장애(수술 화학요법 치료, 타병원 입수술 등)
11	부산지법 2009. 2. 20, 2007가합5833	위내시경, 담도내시경, MRCP(담체관자 기공명촬영), 십이지장용종제거술 등 *ERCP는 통증으로 인해 실패함	사망(췌장염, 급성신부전, 패혈증성 쇼크 등)
12	서울남부지법 2014. 4. 29, 선고 2012가합16644	위/대장내시경, 천공에 대한 응급수술 등	장해/장애(뇌출혈, 패혈증, 체중감소, 폐렴 등)
13	울산지법 2013. 12. 11, 2012가합1708 판결	대장내시경, 솔리액 등 복용 검사 후 이 상반응 대증치료 등	장해/장애(만성신부전, 고혈압 등)
14	인천지법 2016. 9. 27, 2016가합55208	위내시경 CT, 혈액검사 등	사망(타병원 보르만 4형 위암진단)
15	인천지법 2008. 6. 11, 2007가합398	위내시경, 조직검사, 복강경수술 등	사망(위/림프절 절제, 위공장문합술 등)
16	울산지법 2020. 12. 23, 2018가합23090	대장내시경 용종절제술 및 경과확인 위한 추가 수면내시경 검사 등	사망

구분	사건번호	시술내용	최종 의료사고 / 악결과
17	울산지법 2014. 4. 25, 2013가단54726	대장내시경, S자결장 천공 봉합수술 등	장해/장애(과증식성반흔)
18	울산지법 2014. 2. 6, 2012가합8587	대장내시경, 용종절제술, 우측결장 반절제술 등	장해/장애(대장천공, 복막염, 장·피부 누공 수술 등)
19	서울서부지법 2010. 12. 31, 2009가합9133	CT, 기관지내시경을 통한 조직생검(2차례) 등	사망(2번째 조직검사 후 식물인간 상태)
20	서울지법 1993. 2. 5, 90가합55122	위/대장내시경, CT(조영제 과민쇼크) 등	사망(조영제 과민성 쇼크)
21	부산지법 2008. 10. 17, 2007가단110073	기관지내시경, 엑스선, 개흉술(3차례), 림프절 제거 등	사망(폐결핵 종절제술, 지혈목적 개흉술 후 계속적 출혈)
22	대전지법 2015. 4. 22, 2012가합37514	위내시경 CT, 위전절제술, 우측대장절제술 등	사망(위전절제술 확대 시행, 골전이 등)
23	대구지법 2013. 12. 12, 2011가합15487	내시경적 괄약근절개술, PTBD(경피경간 담도 배액술), ERBD(내시경적역행성 담즙 배액술) 등	사망(중환자실진료, 추가치료 거부/소생술 포기 등)
24	대구지법 2022. 6. 21, 2020가단116422	위내시경, 위내시경 이전 체장암 치료(체장절제술) 등	사망(체장암 수술 후 거짓동맥류에 대한 지혈술 등)
25	서울고법 1998. 8. 13, 97나40171	기관지내시경 및 조직검사 등	사망(종양파열 및 출혈, 저산소증)
26	서울고법 2006. 9. 14, 2006나4245	ERCP 및 체장전절제술/비장절제술 등	사망(담관암 체장절제술/비장절제술 후출혈)
27	서울고법 2008. 5. 8, 2007나23779	위내시경 및 내시경절제술 등	사망(수술 후 경과관찰 미흡)
28	서울고법 2008. 8. 21, 2007나53718	기관지내시경 폐생검사 등	사망(폐생검 중 출혈, 간질중첩증 등)
29	서울고법 2009. 5. 21, 2008나89523	응급 내시경(2차례)	사망(내시경 중 혈액역류로 인한 기도폐쇄)
30	수원지법 2000. 6. 30, 98나13263	상부위장관 내시경 등이 가능한 의료기관으로의 전원지연 및 전원된 의료기관에서 치료지연 등에 대한 판단	사망(전원지연 및 내시경시술 지연)
31	서울지법 2002. 4. 11, 2000나45975	기관지내시경 중 다량출혈	사망(결절조직채취 중 대량출혈)
32	서울지법 2003. 11. 12, 2003나18363	위내시경 및 ERCP, 상복부초음파, 간기능검사 등	없음(근막통증후군 진단)
33	부산고법 2011. 1. 13, 2010나6352	불충분한 대장내시경 후 추가검사 등 미 실시	사망(전원 미 실시 등)
34	서울고법 1997. 10. 2, 97나18754	척추수술 및 내시경 후 폐렴, 급성신부전, 심폐정지 등	사망(심이지장 천공 봉합, 상태 악화)
35	울산지법 2020. 11. 19, 2018가합24697(본소), 2019가합10220(반소)	ERCP, MRCP, CT, 담낭절제술 등 관련수술(3차례)	사망(담즙누출, 배액관 삽입 지연 등)
36	부산고법 2013. 5. 3, 2012나2906	기관지내시경, 조직검사, CT, 폐절제술	사망(내시경 후 대량출혈, 응급개복수술)
37	대구고법 2018. 5. 30, 2017나25995	상부소화관 수면내시경, 낙상사고/경추손상 후방접근정복술 및 척추고정술 등	장해/장애(척추손상, 보행장애/배변장애 등)
38	광주지법 2018. 6. 22, 2016나10656	위내시경(진정 위내시경과의 비교형량 부분 판단), 프로포폴 투여 등	사망(저산소성 뇌손상)
39	대판 2007. 5. 31, 2005다5867	ERCP, 후속진료	사망(급성췌장염)
40	대판 2009. 5. 21, 2009다17417 판결(전)	기관지내시경을 이용한 폐종양 조직검사	장해/장애(저산소성 뇌손상, 심정지)
41	대판 2000. 9. 8, 99다4337	위내시경(위출혈 등), 대장내시경, 조직검사 등	사망(타병원 위암진단)

구분	사건번호	시술내용	최종 의료사고 / 악결과
42	대 판 2015. 7. 9, 2014다233190	대장내시경, 복막염 의심증상에 대한 응급수술	사망(내시경 후 극심한 통증, 패혈증)
43	대 판 2013. 1. 24, 2011다26964	내시경 후 식도천공, 종격동염 등	사망(식도천공, 종격동염, 대동맥 재건술)
44	대 판 2014. 12. 24, 2013다28629	CT, 위절제술 등	사망(위절제술, 타장기 전이, 급성간기능부전)

(2) 분석 항목

내시경 시술이 지니는 특수성이 법원의 관례에서도 법적·의료적 시사성으로 현출되는지 확인하기 위하여 다섯 가지 항목을 설정·분석하고자 한다. 분류 기준 및 고려사항은 다음과 같다.

첫째, 내시경 시술의 시행 동기 내지 배경을 살펴본다. 소화기내과·호흡기내과 영역에서 자주 시행되는 내시경 시술에는 위·대장내시경 및 다소 특수한 시술로 기관지내시경, 내시경적 역행담채관 조영술(ERCP)¹¹⁾이 있다.¹²⁾ 내시경 시술의 목적은 크게 두 가지로, ① 불편한 증상호소나 일차적인 진단 또는 질병의심 하에 확정진단·감별을 위한 시술이나, 타 병원에서 진단받은 질병에 대한 2차적 감별이나 치료를 위하여 이루어지는 등 치료목적의 시술과, ② 특별한 증상이 없어 치료가 아닌 질병의 예방이나 증상 발현 전 조기발견을 위하여 이루어지는 예방목적의 시술을 상정하여 볼 수 있다.

둘째, 내시경 시술 후 발생하게 된 최종 악결과(惡結果) 내지 의료사고의 내용을 살펴본다. 내시경 시술에 내재된 위험성과 복잡성에 대하여 흔히 발생할 수 있는 악결과에는 천공·출혈 등이 있고, 복막염이나 패혈증, 대량출혈로 인한 추가치료나 진단 지연·응급 개복술 등 과정에서 손해가 확대될 수 있다. 또한 적절한 진단·감별 등이 이루어지지 못하여 치료시기가 지연·상실되거나 필요한 설명 부족으로 치료선택권이 상실될 수도 있다. 나아가 진정(마취)약제에 의한 사고라든지 시술 후 회복과정에서 경과관찰 미흡, 그 외 내시경 시술은 적절히 이루어졌으나 이후 연계선상에서 후속 치료방법이 잘못 선택될 수도 있다.

셋째, 일련의 내시경 시술과정에서 의료인이 특히 주의하여야 할 의무로 법원은 어떠한 내용을 열거하고 있는지 살펴본다. 이를 시술의 전, 중, 후 단계로 나누어 생각해볼 때, 구체적으로 ① 시술 전 단계로서 오진·진단지연, 고지·설명 미흡, 부적절한 처방, 필요한 검사·시술의 선택 오류, 시술에 필요한 준비 소홀, ② 시술 중 단계로서 진정 내지 마취 약물의 사용과 관련한 주의의무, 내시경 시술이나 조직검사 중 천공·출혈 발생 등과 관련된 주의의무 위반, ③ 시술 후 단계로서 마취회복관리

11) endoscopic retrograde cholangiopancreatography, 내시경적 역행담채관 조영술.

12) 내시경의 종류는 수 십가지가 있고 그 원리는 대체로 유사하지만 사용 목적 등에 따라 요구되는 외형(굵기와 길이) 및 유연성 여부가 다르다. 여러 가지 기준으로 내시경을 분류할 수 있으나, 대체로 길이 방향의 내시경 관이 금속으로 되어 있고 내부가 로드 렌즈로 채워진 경성경(Rigid Endoscope)과 소화기 내시경으로 대표되는 연성경(Flexible Endoscope)으로 나누어 볼 수 있다. 연성경의 일종인 소화기내시경에는 대표적으로 위내시경, 대장내시경이 있고, 로드렌즈를 사용한 경성경에는 이경, 비경, 후두경, 복강경, 방광경, 관절경 등이 있다.; 지영준, “의료용 내시경의 이해와 응용”, 「전자공학회지」, 제42권 제11호(2015), 36-37면.

및 경과관찰, 후속 치료방법의 결정에 관한 과실 등이 포함된다. 한편, 한 명의 환자에게 한 차례 내시경 시술로서 의료행위가 종결되는 경우보다는 당해 시술과 관련하여 CT 등 영상검사나 조직검사, 용종제거 등이 함께 이루어질 수 있는바, 복수의 의료과실이 인정되는 경우가 있을 수 있고, 내시경 시술이 진료의 초기 단계에 이루어지지 않고 다른 검사나 투약 등 후에 이루어질 수도 있는 점도 참고될 필요가 있다.

넷째, 의료과실이 인정된 경우 의료인에 대한 책임제한 비율이나 위자료 수준은 어떠한지 살펴본다. 내시경 시술에 대한 법원의 판단 역시 시술 전, 중, 후의 단계를 고려하여 이루어지고 있는 것으로 보인다. 이에 민사소송 영역에서는 의료행위의 특수성에 따라 책임제한이 이루어지는 경향성이 높은바 그 책임제한의 정도와 사유 등을 확인한다.

다섯째, 의료과실 영역과는 별도로 설명의무 위반 내용을 살펴본다. 설명의무란 의사가 환자에게 진단결과나 치료방법, 예후, 부작용 등을 충분히 설명해 주고, 환자는 이를 제대로 이해한 후에 자율적인 자기결정으로 자신에 대한 침습행위를 승낙한 경우에만 당해 의료행위가 정당성을 가질 수 있다는 이론이다.¹³⁾ 대상 판결에서 의료과실에 대한 주장과 함께 설명의무 위반이 함께 주장되는 측면이 강한데, 이는 원고의 의료상 과실 증명의 곤란성 등에 원인이 있는 것으로 보인다.¹⁴⁾ 설명의무의 내용과 범위는 상당히 포괄적이어서 일련의 치료과정상 치료선택권과 결부가 되는 중요한 사항에 대한 설명이나 고지 여부 등이 모두 문제시될 수 있으나, 다만 의료행위에 대한 구체적이고 집중적인 설명은 수술 내지 시술동의서 작성시점에 이루어지는 경우가 많아 동의서 작성여부 및 설명내용에 관한 다툼이 많은 것으로 보인다.¹⁵⁾

한편, 설명의무와는 별개로 의사가 진료과정 중이나 종료 후 회복·치유단계에서 환자가 준수하여야 할 요양방법이나 건강관리 방법을 설명하는 지도설명 의무가 있어, 이는 환자의 자기결정권 문제와는 분리되는 것이므로 지도설명 의무 위반 사안이 있는지 함께 살펴본다.¹⁶⁾

2. 내시경 시술의 수행 국면

(1) 개요

내시경 시술은 내과 영역 중 주로 소화기내과, 간담췌외과, 호흡기내과에서 이루어진다. 내과는 의료법 제43조에 따른 진료과목 구분기준이고, 소화기내과 및 간담췌외

13) 의료행위에 대한 설명의무는 판례상 널리 인정되어 오다가 2016. 12. 20.에 이르러 의료법 제24조의2(의료행위에 관한 설명)가 신설되었다. 다만 의료법에서는 설명의무의 대상을 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술, 수혈, 전신마취(수술등)으로 국한하고 있어, 판례상 설명의무의 대상이 되는 의료행위가 보다 폭넓게 인정되고 있다.

14) 신현호·백경희, 전거서, 217면.

15) 설명의무의 범위에는 질병의 유무 및 진단결과, 예후나 치료방법 등을 설명해주는 정보제공의무, 해당 질병에 대한 가능한 검사와 치료방법 등 효과적 방안을 제시해주는 조언의무, 환자가 의사지시를 거부하는 등의 경우 치료필요성 등에 대한 설득의무가 있다. 신현호·백경희, 전거서, 225-226면.

16) 다만, 내시경 시술은 입원을 예정하지 않고 외래진료나 건강검진을 통하여 이루어지는 경우가 많아, 진단·치료과정에서 급격한 상태악화 시 퇴원에 따른 지도설명 의무가 문제될 소지가 적을 수 있는 특성이 있다. 이에 대상 판결에서 지도설명 의무가 크게 문제되지 않을 경우 설명의무 이행 제고방안에 보다 무게를 두어 개선책을 마련할 필요도 있을 것이다.

과 등은 내과의 분과 영역인데, 이는 법령상 진료과는 아니지만 대한의학회에서 분류하여 운영 중인 개념으로 강학상 구별 이상의 중요한 의미를 갖는다. 실제 종합병원이나 상급종합병원 등의 대형병원에는 이들 분과 과목이 널리 설치·운영되고 있고, 관련 학회에서는 소화기내시경전문의 등 자체적인 교육·인증제를 시행하고 있으며, 분과 차원에서의 진료현황 등은 관련 정책과 제도수립의 참고가 되기도 한다.¹⁷⁾

(2) 분석

각종 내시경 중 빈번하게 이루어지는 시술로서 분석 대상이 되는 의료행위는 위내시경, 대장내시경, 기관지내시경이 있고, 보다 특수한 형태의 검사로서 ERCP¹⁸⁾가 있다. 그 외 내시경 시술과 관련된 검사로서 CT 및 MRCP(MRI)¹⁹⁾검사, 조직검사 등이 있다. 이들 검사는 내시경 시술 전·후 보다 정확한 진단감별 및 치료계획의 수립, 수술적 치료 후 경과관찰상 필수적으로 요구되는 검사로 파악된다. 이러한 내시경 시술 및 CT·조직검사 등의 영상·병리검사는 개별 의료행위가 갖는 고유의 의미가 있는 동시에, 서로 간의 한계를 서로 보완·극복하여 주는 기능도 함께 갖고 있는 것으로 보인다. 즉, 내시경 시술은 병변 여부 및 상태 등을 시술의사가 육안으로 직접 확인하고, 용종제거나 지혈 등이 필요한 경우 그 관찰과 치료가 동시에 이루어지나, 출혈 등 전신상태에 제약사항이 있을 경우 진단이나 치료적 시도가 어려울 수도 있다. 반면 영상·조직검사는 장기 전반에 대한 세밀한 영상촬영 병리분석을 통하여 육안으로 파악하기 어려운 병변의 위치나 크기 등을 확인할 수 있으나, 판독과정에서 판독의마다 견해가 상이하거나 판독상 과실의 가능성도 배제할 수는 없다.

또한 내시경 시술과 연계한 치료에는 대표적으로 용종 절제²⁰⁾, 내시경적 점막하

17) 의사로서는 기본적으로 진료과목에 관계 없이 의료행위를 할 수 있고, 더욱이 내과전문의는 분과전문의가 아니더라도 내시경 수행능력을 보유하고 있을 경우 해당 시술의 제공능력 범위 내에서 이를 수행할 수 있을 것이다. 다만 의사면허 소지자로서, 또는 내과전문의임에도 불구하고 내시경시술에 필요한 지식과 경험 없이 이를 수행할 수 없음은 물론이다. 내시경 시술의 중요성 및 난이도, 시술의 복잡성과 의료법상 무면허의료행위의 구성요건, 환자에 대한 생명배려의무 등의 차원에서 그 시술 능력은 전공의 수련과정 또는 관련 전문학회의 교육과정, 기타 도제식 과업수행이나 동료 간의 충분한 학습 등을 통하여 확보되어야 할 것이다.

18) 위내시경 검사는 내시경을 삽입한 다음 식도부터 위, 십이지장까지 진행하면서 모니터에 비치는 내부의 상태를 직접 관찰하며 진단하는 방법이다. 대장내시경 검사는 항문을 통해 대장내시경을 삽입한 후 대장을 따라 진행시켜 가며 대장 점막과 혈관 상태 등을 관찰하는 소화기 검사이다. 기관지내시경 검사는 경직성 기관지내시경 또는 굴곡성기관지내시경을 사용하고, 인후두, 성대, 기관과 기관지의 점막에 이상이 있는지 눈으로 직접 관찰하고, 질병이 발생한 폐의 부위로 접근해 분비물 또는 조직 검체를 얻어 질병의 원인을 밝히기 위한 검사이다. ERCP(endoscopic retrograde cholangiopancreatography, 내시경적 역행적 담췌관 조영술) 검사는 입을 통해 십이지장 속으로 내시경을 삽입한 다음, 담관과 췌관이 연결되는 십이지장유두부를 통해서 방사선을 통과시키지 않는 조영제라는 물질을 주입하면서 방사선사진을 촬영함으로써 담관과 췌관의 이상 여부를 확인하는 검사이다(질병관리청, 국가건강정보포털 누리집, <https://health.kdca.go.kr>) (2022. 12. 6. 최종확인)을 참조.

19) MRCP는 MRI를 이용한 검사이므로 MRCP(MRI)로 표기·분류하였으나, 다만 대상 판례에서 시행된 의료행위 중 단순 MRI 촬영검사는 분류대상에 포함하지 않았다.

20) 용종절제의 경우 내시경 시술 중 용종을 발견하여 제거술이 동시에 이루어지는 경우도 있고, 1차로 내시경 시술 종료 후 확인된 용종이나 병변을 다시 내시경 시술을 통하여 절제하는 경우도 있다. 전자의 경우 내시경 시술 도중 환자에게 용종절제에 대한 추가동의를 구할 수 없으므로 일반적으로 사전에 용종절제 동의를 미리 구하게 된다.

절제술, 복강경·개복수술 등 치료적 수술이 있다.

대상 판례 44건 중 관련 의료행위의 합계는 97개로, 일부 사안에서는 한 명의 환자에게 1회성 내시경 검사로 의료행위를 종결하지 않고 내시경 시술 전·후 관련 검사나 각종 내·외과적 치료행위가 연동되어 수반되기도 한다.

[표 2] 내시경 시술의 종류 및 연계 의료행위

(단위: 건)

구분 ²¹⁾	내시경 시술 영역				연계 검사적 의료행위 영역			연계 치료적 의료행위 영역	
	위 내시경	대장 내시경	기관지 내시경	간담체 내시경 (ERCP)	CT	MRCP (MRI)	조직 검사	용종 절제	개복수술/치료적 수술 등
97 (44)	19	12	9	7	14	1	12	4	19

한편, 내시경 시술의 목적이나 동기는 [표 3]과 같이 양분하여 볼 수 있다.

먼저 치료 목적의 시술로서, 특정 증상을 호소하거나, 타 병원에서 의증·추정진단 하 정확한 진단감별을 위한 시술이 해당된다. 대상 판례 44건 중 37건(84.1%)이 이에 해당하여 높은 비중을 차지하고, 심급별로는 1심 종결 19건(51.4%), 2심 종결 13건(35.1%), 대법원 종결 5건(13.5%)이다. 또한 치료 목적 내시경 시술 제공 의료기관은²²⁾ 종합병원/법인병원/대학병원 등 대형 의료기관에서 31건(83.8%)이 이루어졌는데, 이는 대형병원에서 증상에 따른 시술 후 연계 치료를 받으려는 의도가 작용한 것으로도 볼 수 있다. 주요 내원동기는 복통, 복부불편감, 발열이나 객혈, 변비, 타병원에서 진단받은 질병에 대한 정확한 진단감별 등으로 파악된다.

다음으로 특정 증상이나 진단이 없는 상태에서 통상적인 건강검진이나 질병예방 목적의 진료과정에서 이루어진 내시경 시술이다. 총 44건 중 7건(15.9%)으로 상대적으로 낮고, 대형기관보다는 병·의원과 같은 소규모 의료기관에서 많이 이행되는 경향(5건, 71.4%)이다. 이는 아무래도 단순 검사의 경우 접근성이 용이한 동네 병·의원을 이용하는 국민적 경향이나 의료진달 체계²³⁾의 작동 측면에서 이해될 수 있는 측면도 있을 것이다.

21) 1명의 환자에게 복수의 의료행위(내시경 시술, 조직검사, CT 검사 등)가 이루어지는 경우가 있고, 내시경 시술과 관련 검사 등의 선·후가 다를 수 있는 등(예컨대 내시경 후 조직검사의 경우, 또는 CT 촬영·수술 후 경과관찰 목적 내시경 시술) 관련 의료행위의 개수와 총 사건 수의 합계는 일치하지 않는다.

22) 본고에서는 내시경 실시 의료기관을 ‘종합병원/법인병원/대학병원’ 또는 ‘병원/의원’으로 구분하였다. 이는 의료법상 의료기관 종류 구분은 아니지만, 판례에서 의료기관의 종류별 구분을 엄격하게 상정하고 있지 않아 그 파악이 제한되는 사정하에서, 다만 의료기관의 규모는 사건의 이해와 판단 사유 등에 참고하여야 할 필요성이 있어 이를 편의상 대형 의료기관(종합병원/법인병원/대학병원) 또는 소형 의료기관(병원/의원)으로 구분한 것이다. 참고로 의료법 제3조에 따라서 의료기관은 병원급 의료기관, 의원급 의료기관으로 분류되고, 병원급 의료기관에는 병원, 치과병원, 한방병원, 요양병원, 정신병원, 종합병원(상급종합병원을 포함)이, 의원급 의료기관에는 의원, 치과의원, 한의원이 있다.

23) 의료법 제3조 제1항 제1호에서 의원급 의료기관은 주로 외래환자를 대상으로, 제2호에서 병원급 의료기관은 주로 입원환자를 진료하는 의료기관이라고 각 정의하고 있다.

[표 3] 내시경 시술 목적

(단위: 건, %)

구분	건수·비율	심급별 건수·비율		의료기관 종별 건수·비율		주요 내원동기
증상발현에 따른 시술 (치료목적)	37 (84.1)	1심	19 (51.4)	종합병원/법인병원 /대학병원	31 (83.8)	복부불편감, 복통, 발열, 기침, 구토, 객혈, 변비, 타병원 진단하 치료 등
		2심	13 (35.1)	병원/의원	6 (16.2)	
		대법원	5 (13.5)			
증상발현 이전 시술 (예방 목적)	7 (15.9)	1심	5 (71.4)	종합병원/법인병원 /대학병원	2 (28.6)	건강검진, 질병예방 목적의 검사 등
		2심	1 (14.3)	병원/의원	5 (71.4)	
		대법원	1 (14.3)			
계	44 (100.0)	1심	24 (54.5)	종합병원/법인병원 /대학병원	33 (75.0)	-
		2심	14 (31.8)	병원/의원	11 (25.0)	
		대법원	6 (13.6)			

3. 내시경 시술로 인한 악결과

(1) 개요

내시경 시술에 따른 최종적인 악결과는 사망 또는 그 외의 경우로 나누어 볼 수 있는데, 사망 외 경우는 경증부터 중증장애까지 넓은 영역이 포함될 수 있어 장애 내지 장애로 포괄하였다. 악결과의 내용은 내시경 시술 종료시점과 시간적 근접성을 갖는 경우는 물론, 시술 후 즉시 악결과에 이르지 않는 경우나 시술 후 발생한 중대한 합병증 등이 악결과에 크게 기여하는 등 의료행위와 악결과 간 의학적·법률적 관련성에 따라 과실 판단의 대상이 된 내용을 포함하였다.

한편 장애 내지 장애의 범위에는 장애인복지법 제2조 제1항에 따른 이른바 중증장애 및 경증장애의 개념²⁴⁾에 더하여, 장·단기적인 장애나 장애, 불편이 현실화된 경우를 의미한다. 여기에는 비교적 경미한 악결과로서 과증식성 반흔, 치아 골절, 소화관 운동장애, 배변 장애 등이 있고, 중대한 악결과로서 패혈증 및 체장염, 만성경화사구체증, 척수손상, 위암 악화(전이), 진단지연에 따른 암수술, 뇌기능 저하에 따른 의식 불명 등이 포함된다.

24) 기존 장애인복지법에서는 장애를 1급-6급으로 구분하였으나, 개정된 현행 장애인복지법(2018. 12. 31. 개정)에서는 장애등급제를 폐지하고 장애의 종류별로 장애의 정도가 심한 장애인(이른바 중증장애), 장애의 정도가 심하지 않은 장애인(이른바 경증장애)로 구분하고 있다(같은 법 시행규칙 [별표1]).

(2) 분석

내시경 시술 후 사망에 이른 경우는 [표 4]와 같이 총 44건 중 33건(75.0%)으로 높은 비중을 나타내고 있다. 심급별로는 1심 종결 16건(48.5%), 2심 종결 12건(36.4%), 대법원 종결 5건(15.2%)이다.

사망 33건 중 대형 의료기관 시술은 27건(81.8%)으로 높은 편이고, 시술의 목적은 치료적 목적이 30건(90.9%)으로 역시 높은 경향을 보인다. 추측하건대 특정 증상이나 (의증)진단 하 시술의 경우에는 차후 진료의 전개까지 염두에 두고 대형의료기관에서 내시경 시술을 받으려는 환자측 의도가 있었을 수 있다. 또한 이와 연계선상에서, 치료목적 내시경 시술은 질병예방적 시술보다는 확정진단이 이루어질 가능성이 높아 치료기간이 길어질 수 있는바, 그에 따라 의료행위의 총량이 증가하여 의료사고 발생가능성도 함께 증가할 수 있음은 불가피한 현상으로 볼 여지가 있을 것이다.

장해 내지 장애의 악결과는 총 44건 중 10건(22.7%)이고, 그 중 8건(80.0%)은 1심 종결, 2심 및 대법원에서 각 1건(10.0%)씩 종결되었다. 이 중 대형 의료기관에서 이루어진 내시경 시술은 5건(50.0%), 소규모 의료기관에서 5건(50.0%)으로 동일하였고, 치료적 내시경이 6건(60.0%), 예방적 내시경이 4건(40.0%)으로 의료기관의 규모나 시술의 목적 영역에서는 유의미한 차이가 없어 보였다. 물론 이러한 경향성은 장해나 장애의 결과에 대해서 오랜 기간 법원 쟁송을 거치는 것에 대한 당사자의 부담이 작용하였을 수도 있고, 사망 외 결과에 있어 법원의 판단에 대한 조기 수긍을 통한 분쟁종식의 의사로 볼 여지도 있을 것이다.

한편, 악결과가 발생하지 않은 1건(2심, 대형병원, 치료목적)은 내시경 시술 후 근막통증후군 소견 사건으로 악결과가 인정되지 않아 과실 또한 인정되지 않았다.

[표 4] 내시경 시술에 따른 악결과의 내용

(단위: 건, %)

구분	건수 및 비율	심급별 건수 및 비율		의료기관 중별 건수 및 비율		검사/시술 목적 (내원동기)	
사망	33 (75.0)	1심	16 (48.5)	종합병원/법인병원 /대학병원	27 (81.8)	치료	30 (90.9)
		2심	12 (36.4)				
		대법원	5 (15.2)	병원/의원	6 (18.2)	예방	3 (9.1)
장해 내지 장애 등 ²⁵⁾	10 (22.7)	1심	8 (80.0)	종합병원/법인병원 /대학병원	5 (50.0)	치료	6 (60.0)
		2심	1 (10.0)				
		대법원	1 (10.0)	병원/의원	5 (50.0)	예방	4 (40.0)
악결과 없음	1 (2.3)	2심	1 (100)	종합병원/법인병원 /대학병원	1 (100)	치료	1 (100)
계	44 (100.0)	1심	24 (54.5)	종합병원/법인병원 /대학병원	33 (75.0)	치료	37 (84.1)
		2심	14 (31.8)				

		대법원	6 (13.6)	병원/의원	11 (25.0)	예방	7 (15.9)
--	--	-----	-------------	-------	--------------	----	-------------

4. 내시경 시술상 의료인의 주의의무의 유형

내시경 시술상 주의의무 위반 내용은 시술 전·중·후 단계로 상정하여 [표 5]에서와 같이 볼 수 있다.

대상 판례 44건 중 과실 인정사안은 28건으로, 다만 1명의 환자에게 복수의 의료행위가 이루어진 경우 복수의 의료행위에 과실인정이 가능할 수 있는바 모든 의료행위를 기준으로 과실이 인정된 의료행위는 97건 중 37건으로 파악된다. 이 중 가장 많은 과실 인정 유형은 시술 후의 경과관찰·합병증에 대한 조치, 전원 판단·조치 관련 사항이고(14건, 37.8%), 다음으로 시술 전의 오진·진단지연, 고지미흡 관련사항(7건, 18.9%), 마지막으로 시술 중의 시술·조직검사 중 천공·출혈 예방조치 부족, 술기상 주의의무 위반 등(6건, 16.2%)의 순서로 파악된다.

[표 5] 내시경 시술 관련 주의의무 위반 내용

(단위: 건, %)

과실 인정 의료 행위 ²⁶⁾	주의의무 위반 내용(복수 과실인정 포함)							
	시술 전 단계		시술 중 단계		시술 후 단계			
	오진 (진단지연, 고지미흡, 처방잘못 등)	시술 검사 수술방법 선택미흡, 조치지연 준비소홀 등	진단미흡 관련	시술· 조직검사 과정	마취회복 관리, 요양지도 등	경과관찰 합병증 조치미흡, 진단지연 지연 등	감염예방, 위생관리 미흡 등	합병증 치료방법 선택잘못
37* (100)	7 (18.9)	3 (8.1)	2 (5.4)	6 (16.2)	2 (5.4)	14 (37.8)	2 (5.4)	1 (2.7)

* 개별 의료행위 기준 97건의 의료행위 중 37건의 의료행위에서 과실이 인정되었으며, 사건 수 기준으로는 전체 44개 사건 중 의료과실 인정 28건, 의료과실 불인정 16건임.

5. 의료과실의 인정 여부

시술 관련하여 실제 의료과실이 인정된 경우는 [표 6]과 같이 분석대상 44건 중 28건으로, 의료행위 기준으로는 97건 중 37건이다. 일련의 시술과정의 복잡성과 치료경과의 중요성을 고려할 때 개별 의료행위 기준으로 사안을 분석하는 것이 타당한바 37건을 내시경 시술 전·중·후 단계로 나누어 구체적으로 살펴본다.

25) 장해 내지 장애의 세부내용으로 위암 악화(전이), 결장루 장애, 폐암, 폐렴의 악화, 위장관 천공, 장유착, 소화관 운동장애, 배변장애, 위장관출혈, 장-피부 누공 등과 같이 해당 장기 등에 악결과가 발현된 경우, 저산소성 뇌손상으로 인한 뇌기능 저하(의식불명), 척추손상, 양측하지 부전마비 등 내시경 시술 부위와 다른 장기 등에 심각한 손상이 야기된 경우, 치아골절, 근막통증후군과 같이 내부장기의 손상이 아니거나 악결과로 인정되지 않은 경우가 있다.

26) 1개 사건에서 복수의 의료과실이 문제될 수 있어, 전체 과실인정 사건 수와 과실인정 의료행위의 수는 동일하지 않다.

(1) 시술 전 단계

시술 전 단계에서 오진·진단지연, 고지미흡, 처방잘못 등은 7건인데, 재산적 손해가 인정된 경우는 2건이고 평균 재산적 손해액은 약 6,600만원이며, 평균 위자료 액수는 약 1,700만원, 전체 평균 손해배상액은 약 3,600만원 수준이다. 악결과로서 사망보다는 장해 내지 장애의 경우가 많다. 전손해배상 인정사안 중 1건은 의료진 책임이 25%로 비교적 낮게 판단되었다.

한편 시술·검사·수술방법 선택을 잘못하거나 사전 조치의 지연 혹은 시술 준비가 미흡하였던 경우는 3건으로, 모두 재산적 손해를 인정하였고, 평균 재산적 손해액은 약 2,100만원 수준, 평균 위자료는 약 1,800만원, 전체 평균 손해배상액은 약 3,500만원 수준이다. 모두 사망에 이르게 되어, 이는 내시경적 시술·수술이 내과적 치료영역이나 그 위험성 등은 외과영역 못지 않음을 시사한다고 생각된다. 3건 중 2건에서 책임제한은 각 30%, 20%로 이루어졌다.

(2) 시술 중 단계

시술 중 단계 과실 인정사례는 8건인데, 진정·마취 관련 2건, 시술·조직검사 관련 천공·출혈 발생 관련 과실이 6건이다. 전자의 진정·마취 관련 2개 사안 모두 사망 사안으로 재산적 손해가 인정되었고 평균 재산적 손해액은 약 7,700만원, 평균 위자료는 약 3,700만원, 평균 손해배상액은 약 1억 1,500만원 수준이다. 책임제한은 70%, 50%로 인정되었다. 후자의 시술·조직검사 중 천공·출혈 관련 과실 인정은 6건이고, 평균 재산적 손해 인정액은 약 3,000만원, 위자료는 평균 1,400만원, 전체 평균 손해배상액은 약 4,500만원 수준이다. 6건 중 4건에서 사망에 이르렀고, 책임제한비율은 50%, 60%, 80%로 확인(1건은 미확인)된다.

(3) 시술 후 단계

시술 후 단계는 19개의 의료행위에서 과실이 인정되었는데, 마취회복·회복관리·요양지도상 주의의무 위반이 2건, 경과관찰 및 합병증 조치, 진단·전원 지연 관련 주의의무 위반이 14건, 감염예방·위생관리상 주의의무 위반이 2건, 후속 합병증에 대한 치료방법 선택상 주의의무 위반 1건이 인정되었다.

구체적으로 살펴보면 (가) 마취회복, 회복관리, 요양지도의 경우 전체 손해배상액 평균 약 6,100만원이고 모두 장해·장애에 이르렀다. 책임제한은 80%, 50% 인정되었다. (나) 전체 분류기준 중 경과관찰 및 합병증 조치, 진단·전원 지연 영역에서 가장 많이 과실이 인정되었는데, 14건 중 13건에서 사망에 이르렀고, 평균 재산적 손해액은 약 7,100만원, 위자료는 약 2,000만원, 전체 평균 손해배상액은 약 8,800만원의 경향을 보였다. 책임제한은 20%에서 80%까지 다양한 모습을 보였다. (다) 감염 예방조치 등 소홀 사안은 2건으로 평균 손해배상액은 약 1억 8,400만원, 책임제한은 50%, 60% 확인된다. (라) 시술 후 합병증에 대한 치료방법 선택상 과실은 1건으로, 사망의 결과이며 손해배상액은 약 5,400만원, 피고의료인 책임제한은 60% 인정되었다.

〔표 6〕 내시경 시술에 따른 손해배상 인정 내역

(단위: 건, %, 원)

구분	과실 내용	인정 건수	재산적 손해			위자료		손해 배상액(계)	악결과
			인정 여부	손해 배상액	책임 제한	인정 여부	손해 배상액		
시술/검사 전 단계	오진 (진단착오, 고지미흡, 처방잘못 등)	7 (18.9)	X	-	-	O	14,500,000	14,500,000	장해/장애 (위암악화)
			X	-	-	O	10,400,000	10,400,000	장해/장애 (폐암 등)
			X	-	-	O	15,000,000	15,000,000	장해/장애 (대장암수술)
			O	96,052,080	25	O	30,000,000	126,052,080	장해/장애 (만성신부전)
			X	-	-	O	25,000,000	25,000,000	사망
			O	37,389,816	80	O	12,000,000	49,389,816	장해/장애 (대장천공)
			X	-	-	O	12,200,000	12,200,000	사망
			평균	66,720,948			17,014,276	36,077,414	
	시술/검사/수술방법 선택미흡, 조치지연, 준비소홀 등	3 (8.1)	O	37,449,278	30	O	7,000,000	49,449,278	사망
			O	18,502,035	20	O	30,000,000	48,502,035	사망
			O	7,348,235	불명	불명	-	7,348,235	사망
			평균	21,099,849			18,500,000	35,099,849	
시술/검사 중 단계	진행미취 관련	2 (5.4)	O	150,278,303	70	O	25,000,000	175,278,303	사망
			O	5,359,000	50	O	49,545,453	54,904,453	사망
			평균	77,818,652			37,272,727	115,091,378	
	시술/조직검사 과정	6 (16.2)	O	897,157	불명	O	10,000,000	10,897,157	장해/장애 (천공,장유착)
			O	68,119,375	50	O	17,000,000	85,119,375	사망
			O	6,981,683	80	O	2,000,000	8,981,683	장해/장애 (반흔)
			O	9,090,908	80	O	10,000,000	19,090,908	사망
			O	35,000,000	불명	O	30,000,000	65,000,000	사망
			O	64,739,184	60	O	20,000,000	84,739,184	사망
			평균	30,804,718			14,833,333	45,638,051	
시술/검사 후 단계	마취회복 관리, 요양지도 등	2 (5.4)	O	4,557,376	80	O	3,500,000	8,057,376	장해/장애 (치아골절)
			O	76,438,469	50	O	39,000,000	115,438,469	장해/장애 (척수손상, 하지마비)
			평균	40,497,923			21,250,000	61,747,923	
	경과관찰, 합병증 조치미흡	14 (37.8)	O	45,574,849	60	O	8,500,000	54,074,849	사망
			O	145,939,023	50	O	11,000,000	156,939,023	장해/장애

	진단·진원 지연 등								(호흡부전, 위출혈)
			○	192,720,814	60	○	20,000,000	212,720,814	사망
			○	68,119,375	50	○	17,000,000	85,119,375	사망
			○	246,476,042	80	○	15,000,000	261,476,042	사망
			○	57,221,055	60	○	30,000,000	87,221,055	사망
			X	-	-	○	35,000,000	35,000,000	사망
			○	18,502,035	20	○	30,000,000	48,502,035	사망
			○	7,348,235	불명	불명	-	7,348,235	사망
			○	83,479,434	40	불명	-	83,479,434	사망
			X	-	-	○	12,200,000	12,200,000	사망
			○	35,000,000	불명	○	30,000,000	65,000,000	사망
			○	64,739,184	60	○	20,000,000	84,739,184	사망
			○	29,454,386	60	○	16,000,000	45,454,386	사망
			평균	71,041,031			20,391,667	88,519,602	
	감염예방, 위생관리 미흡 등	2 (5.4)	○	145,939,023	50	○	11,000,000	156,939,023	장해/장애 (호흡부전, 위출혈)
			○	192,720,814	60	○	20,000,000	212,720,814	사망
			평균	169,329,919			15,500,000	184,829,919	
	합병 증 치료방법 선택잘못	1 (2.7)	○	45,574,849	60	○	8,500,000	54,074,849	사망
	계	37 (100)	인정	30		인정	34		
부정			7		불명	3			

6. 환자의 동의를 얻기 위한 설명의무와 지도설명 의무

환자의 치료선택권을 보장하기 위한 설명의무에 대한 소송상 다툼은 보통 서면동의서의 징구여부 및 구체적인 설명 여부가 문제시된다. 그렇지만 설명의무의 범위에 서면동의서 구득에 대한 쟁점만이 포함되지는 않으며 정보제공의무, 조언의무, 설득의무 등에 있어 환자의 치료선택권 행사와 결부될 정도로 중요한 정보의 제공과 설명, 고지·안내에 관한 사항은 모두 설명의 대상이 된다고 할 것이다. 분석대상 중 설명의무 위반 인정내용은 [표 7]과 같으며 구체적으로 분석하면 다음과 같다.

(1) 진단·고지, 진료계획 수립 단계

진단·고지, 진료계획 수립 단계에서 설명의 미흡을 인정한 경우는 2건으로, 1건은 위내시경과 조직검사가 이루어졌으나 환자에게 진단결과를 고지하지 않았고, 진단상태를 알지 못하는 상황에서 위암이 다른 장기로 전이되는 등 상태가 악화되어 위자료 책임이 인정되었다. 다른 1건은 적기 진단이 이루어지지 않아 대장내시경과 용

종절제 등에도 불구하고 환자가 사망하게 되어 오진·진단지연에 따른 책임으로 위자료 배상책임이 인정되었다.

(2) 시술 전 동의서 징구 단계

시술 전 동의서 징구 단계에서는 총 6건에서 설명의무 위반이 인정되었고, 여기에는 (가) 마취제 관련 설명 미흡, (나) 시술상 발생가능한 합병증에 관한 설명 부족, (다) 환자가 의사능력이 있음에도 보호자에게만 설명 제공, (라) 시술에 따른 사망가능성 미고지, (마) 환자의 현상태 및 그에 따라서 시술·치료방법이 확대될 수 있음을 미고지, (바) 형식적 동의서만을 받고 구체적 설명은 하지 않은 경우로 파악된다. 6건 중 5건에서 환자가 사망하였고 위자료는 약 1,000만원에서 3,100만원의 분포를 보이고, 장해(반흔) 1건에 대한 위자료는 200만원이다.

한편 위 6건 중 실제 서면동의서가 제대로 작성된 경우 또는 작성에는 문제가 없더라도 원활히 설명이 이행된 경우는 드물어 이에 대한 적극적인 관심과 개선이 필요해 보인다. 즉, 6건 중 2건에서 동의서 작성이 확인되지 않았고, 1건은 보호자가 작성하여 작성 요건상 하자가 있었으며, 나머지 3건은 동의서가 작성되었는데 이 중 1건은 간호사가 설명을 제공하여 부적절하였고, 2건은 설명의 내용이 불충분하였다.

(3) 지도설명 의무

지도설명 의무 위반을 지적한 사안은 분석한 판례의 범위 내에서는 인정되지 않았는데, 그 원인에는 여러 가지가 있겠으나 기본적으로는 지도설명 의무가 전반적으로 충실히 이루어졌을 가능성에 더하여, 적극적인 지도설명 의무 위반 주장이 확인되지 않으며, 내시경 시술의 시작과 경과관찰은 외래진료를 통하여 이루어지는 경우도 많아 입원 중이나 퇴원 후와 연계된 지도설명 의무가 문제된 경우가 적었을 수도 있다. 그렇지만 대상 판결 중 지도설명 의무 위반 인정이 이루어지지 않았다 하더라도 평소 지도설명 의무의 이행과 준수는 치료효과의 달성과 증상악화 예방 등에 매우 중요한바 환자안전 제고방안 마련에 있어 중요하게 고려될 필요가 있다.

[표 7] 설명의무 위반내용

(단위: 건, 원)

구분	건수	진단·고지, 진료계획 수립 단계		시술 전 동의서 작성 단계					
		진단결과 설명부족	정밀검사 필요성 설명부족	마취제 관련설명 부족	시술내용, 발생가능 합병증 설명부족	보호자 에게만 설명제공	시술관련 사망가능성 미고지	현상태/시술,치료 방법의 확대 가능성 미고지	형식적 동의서 징구
유형	8	2		6					
		1	1	1	1	1	1	1	1
심급	-	1	1	1	대법원	1	1	1	대법원
의료		위내시경,	대장	대장	ERCP	대장	기관지	위내시경,	CT,

행위	조직검사	내시경, 용종절제	내시경, 용종절제		내시경, 치료적시술	내시경, CT, 조직검사	CT, 치료적시술	조직검사, 치료적시술
의료기관 중별	종합/법인/대학병원	병원/의원	병원/의원	종합/법인/대학병원	종합/법인/대학병원	종합/법인/대학병원	종합/법인/대학병원	종합/법인/대학병원
최종 약결과	장해·장애 (위암악화)	사망	사망	사망	장해·장애 (과증식반흔)	사망	사망	사망
동의서 징구 여부	대상 아님 ²⁷⁾	대상 아님 ²⁸⁾	미작성 ²⁹⁾	미작성 ³⁰⁾	작성 ³¹⁾ (보호자 작성으로 부적절)	작성 ³²⁾ (간호사 설명하여 부적절)	작성 ³³⁾ (추가수술 가능성 미설명)	작성 ³⁴⁾ (환자에게 전반적 설명 부족)
전손해 배상 인정 여부	X	X	O	X	O	X	X	X
위자료 ³⁵⁾	14,500,000	10,400,000	15,000,000	31,000,000	2,000,000	40,000,000	14,285,713	25,000,000

27) 부산지법 2000. 11. 8, 99가단90440에서 법원은 의료진이 위암을 진단하였음에도 이를 환자측에 설명하지 않아 환자가 병명을 정확히 인식하고 당장 수술을 받을 것인지 여부 등을 결정할 수 있는 기회를 상실하게 하였다고 하여 자기결정권 침해를 인정하였다.

28) 서울중앙지법 2011. 4. 26, 2009가단194558에서 법원은 피고병원에 진단상 과실을 인정하고, 한편으로는 호소증상과 흡연정도 등을 알고 있었을 경우에는, 종합검진을 의뢰한 망인으로 하여금 더욱 정확한 흉부 CT 등 정밀 검사를 고려한 선택을 할 수 있도록 흉부 CT 등의 정밀검사가 필요한 상태였던 점 등을 설명할 의무가 있음에도 이를 이행하지 않은 책임이 있다고 하였다. 다만, 원고의 동의서 작성 관련 설명의무 위반의 주장에 대해서는 서면동의서가 징구되어 있는 등의 이유로 설명의무가 이행되었다고 판단하였다. 그런데 법원이 시술 동의서 징구 관련 피고병원에 책임이 없다고 판단한 근거로서 동의서가 작성되어 있음을 근거로 삼는 한편, 가사 원고들의 주장과 같이 의사가 아닌 수녀 등으로부터 설명을 들은 것이라고 하더라도 진료계약 당사자인 피고병원의 피용자이면서 담당주치의의 직·간접 지시에 따른 것이라면 이는 이행보조자로서 설명의무를 이행하는 것으로 봄이 상당하다고 하였는데, 이는 설명의무의 이행주체가 원칙적으로 의사라고 인정되고 있는 대법원의 태도(대판 1999. 9. 3, 99다10479 등 참조) 및 분석대상 판결 중 서울서부지법 2010. 12. 31, 2009가합9133(설명의무를 간호사가 이행하여 부적절하였다고 판단한 사안)의 태도와는 상이한 측면도 있다.

29) 울산지법 2020. 12. 23, 2018가합23090에서 법원은 피고가 망인에게 수면마취의 방법, 그 필요성 및 부작용, 마취를 시행하지 않는 형태의 내시경 검사방법, 그 부작용 등에 관하여 구체적으로 설명하고 환자로 하여금 각 내시경 검사방법의 필요성이나 위험성을 충분히 비교해 보고 어떠한 방식으로 내시경 검사를 진행할 것인지 선택할 수 있도록 하는 등 설명이 이루어졌다고 보기 부족하고, 그 인정 증거가 없을 뿐 아니라, 신체상태에 대한 평가나 수면내시경 검사에 대한 설명을 받을 기회조차 부여받지 않았던 것으로 보인다고 하였다.

30) 대판 2007. 5. 31, 2005다5867에서 대법원은 피고 병원 의료진이 망인에게 ERCP의 내용 및 발생이 예상되는 위험에 관하여 설명하였음을 인정할 증거가 없다고 판단하였다. 또한, 위 사건 제1심인 대전지법 2003. 11. 12, 2001가합2406에 따르면 당시 간호기록에 ERCP 검사에 관하여 “permission 없이 하기로 함”이라고 기재되어 있는 것은, ERCP 검사가 특별히 다른 의료행위에 비하여 사망위험성이 높은 검사라고 보기도 어려운 데다 망인에게 구두로 설명을 하였으므로 별도의 동의서를 받아둘 것까지는 없다는 취지의 기재로 보인다고 판단하였다.

31) 울산지법 2014. 4. 25, 2013가단54726에서 피고병원이 동의서를 징구하기는 하였으나, 의사 결정능력이 있는 원고가 아닌 그 남편에게 시술에 대한 시술 설명 및 동의서를 받은 사정만으로는 원고에 대한 설명의무가 면제된다거나 충분하게 설명의무를 이행하였다고 볼 수 없다고 판시하였다.

32) 서울서부지법 2010. 12. 31, 2009가합9133에서 피고병원 간호사가 환자에게 시술동의서 작성을 요청하였는데, 법원은 침습적 의료행위 전 설명의무 이행주체는 의사이고 간호사가 이를 대신할 수는 없으며, 설명할 상대방은 환자 본인이었으므로, 의사가 환자의 딸에게 기관지내시경의 합병증에 관하여 설명한 사실, 환자가 간호사에게 검사의 합병증에 관하여 기재된 기관지내시경검사 안내문, 기관지내시경검사 신청서를 교부받았다는 사실만으로 피고

V. 내시경 시술 관련 의료분쟁을 줄이기 위한 제도 개선 방안

1. 내시경 시술에 대한 의학적·법적 관점이 융화된 가이드라인의 마련

내시경 시술에 따른 의료사고의 예방과 설명의무 이행 제고를 위해서는 대상 판례에서 공통적이거나 개별적인 수준의 의학적, 법적 함의를 함께 도출하고, 그 시사하는 바를 의료현장에서 활용할 수 있도록 지침화한다면 그 나름의 실익을 거둘 수 있을 것으로 전망된다.

일본은 일본의료안전조사기구에서 2020년 대장내시경 검사 시술과 관련하여 의료사고의 재발 방지를 위한 법적, 의료적 관점을 통한한 가이드라인을 발표한 바 있다.³⁶⁾ 일본의 경우 의료법상 의료사고 조사제도를 채택하여 환자가 사망한 의료사고 발생 시 정부와 의료기관이 해당 의료사고의 원인을 공동조사하여 유사사고의 재발을 방지토록 제도화하고 있는바,³⁷⁾ 이는 대장내시경 시술에 따른 의료사고 재발의 방지책이라는 점에 그 의의가 있다.

우리나라도 관계법령 정비를 통하여 내시경 시술 뿐 아니라 국민적 관심과 사회적 중요도 등을 고려한 의료행위에 관한 사례 수집이나 재발방지대책 마련 등에 적극적인 관심을 기울일 필요가 있다. 이와 관련한 개선책으로 현행 환자안전법상 국가 수집정보를 활용하여 내시경 시술 가이드라인을 마련하는 방안을 상정하여 볼 수 있다. 즉, 환자안전법 제14조 제1항에서는 환자안전사고 발생이나 발생 예상 시 보건의료인 등은 국가에 자율보고토록 하고, 다만 제2항에서 종합병원 또는 200병상 이상 병원의 경우 의무보고 요건으로 설명하고 동의를 받은 내용과 다른 내용의 수술, 수혈, 전신마취로 환자사망 또는 심각한 신체적, 정신적 손상을 입은 환자안전사고 발생 시(제1호), 진료기록과 다른 의약품이 투여되거나 용량 또는 경로가 다르게 투여되어 환자가 사망하거나 심각한 신체적, 정신적 손상을 입은 경우(제2호), 다른 환자나 부위의 수술 시(제3호) 등을 규정하고 있다. 따라서 현행 환자안전사고 의무보고

병원 의사가 내시경검사 전 환자 본인에게 검사의 합병증에 관하여 발생가능성이 희박한 사망의 경우까지 충실하게 설명하였다고 인정하기에 부족하다고 판단하였다.

33) 대전지법 2015. 4. 22, 2012가합37514에서 피고병원 의료인은 망인에게 수술동의서를 수령하였으나, 현 상태나 수술의 진행과정상 확대 수술 등이 이루어질 수 있다는 점 등이 구체적으로 설명되지 않아 설명의무를 위반하였다고 판단하였다.

34) 대판 2014. 12. 24, 2013다28629에서 대법원은 수술청약서에 배우자가 서명하였더라도(다만 배우자의 서명은 실제로 환자가 하였음) 의료진이 환자 이외에 배우자에 대한 조인설명 의무를 부담하지는 않으므로 그 배우자에 대한 설명의무 위반으로 위자료 지급을 명한 원심 판결을 파기하고 이 부분 다시 심리토록 파기환송하였다.

35) 단, 설명의무 위반 사건 중 의료과실이 인정되어 재산적 손해액이 인정된 사안도 있어, 위자료 액수 검토 시 이를 감안하여야 할 것이다.

36) 大腸内視鏡検査等の前處置に係る死亡事例の分析. 日本医療安全調査機構. 2020. 3.; 稻葉 知己, “医療事故の再發防止に向けた提言より 第10号 大腸内視鏡検査等の前處置に係る死亡事例の分析”, 日本内科學會雜誌 110卷 6号(2021. 6). 1208-1210頁.

37) 일본 의료사고 조사제도의 시작은 2011. 8.경 설치된 ‘의료의 질 향상에 기초한 무과실보상제도 등의 방향성에 관한 검토회’ 및 2012. 2.경 설치된 ‘의료사고에 관한 조사의 조직 등의 방향성에 관한 검토부회’에서 출발하여, 관계논의를 거쳐 2014. 2.경 ‘의료법의 일부개정안’ 제출, 2014. 6. 공표되어 의료사고 조사제도의 법제화가 이루어졌다.; 백경희, “일본의 의료사고 조사제도의 정비와 시행에 관한 고찰-우리나라 환자안전법의 하위법령 제정에 대한 시사점을 중심으로-”, 「법학연구」, 제19집 제1호(2016), 209-210면.

조항에 따른 정보가 내시경 시술에 대한 법적 관점이 융화된 가이드라인 마련 시 상당한 참고가 될 수 있을 것이다.

다만, 현행 의무보고조항의 범위는 상당부분 제한적으로, 내시경 시술상 의무보고의 요건으로 설명하고 동의받은 내용과 다른 내용의 내시경 시술에 해당하여야 하고, 그로 인하여 환자가 사망 또는 심각한 신체적, 정신적 손상을 입거나(제1호), 진료기록과 다른 진정마취약제의 투입 등이 발생하고, 그로 인한 사망 등의 결과가 발생하여야 하는 등(제2호) 매우 협소한 결과만이 수집되고 있어 환자안전사고 자율보고 조항³⁸⁾이 아닌 의무보고 조항을 활용하더라도 가이드라인 마련에 활용 가능한 정보의 현실적 제약 소지가 농후하다.³⁹⁾ 이에 보다 실제적인 관계사안 검토를 통한 가이드라인 마련을 위해서는 의무보고 요건을 확대하여 그 과정과 수단에 관계없이 사망이나 그에 준하는 결과 발생 시 보고토록 법령을 정비하는 방안이 고려될 필요가 있다. 다만, 현행 환자안전법제는 환자안전사고 의무보고의 필요성에 대한 사회적 공감대에도 불구하고 정부에 대한 의무보고 확대 시 특정 의료인 내지 의료기관에 대한 잘못된 비난가능성에 대한 우려나 오해의 소지가 있음은 물론,⁴⁰⁾ 집적 정보에 기초한 포괄적 가이드라인으로 인한 공공의 목적 외 정보 악용 우려⁴¹⁾가 상존하고 있어 법제의 실효성에 의문이 있는 상황이다. 그러므로 이러한 제반 상황을 고려하여 내시경 시술을 비롯한 환자안전법제의 사회적 논의를 재개할 필요도 있을 것이다.⁴²⁾

38) 정부가 수집한 ‘환자안전사고 자율보고’ 결과에 의하면 2021년 총 13,146건의 환자안전사고가 보고되었고(2017년부터 2021년까지 총 52,132건 보고됨) 이 중 자율보고는 13,049건, 의무보고는 97건 이루어졌다. 보고내용 중 보고자의 유형, 의료기관 종별 보고 건수, 병상 규모별 보고 현황, 발생 장소별 현황, 해당 환자의 연령대/성별, 진료과목별 보고 건수, 위해의 정도(사망, 중증, 중등증, 경증 등), 사고의 종류(낙상, 약물, 검사, 처치/시술, 수술 등) 등은 개괄적으로 제시되어 있으나 그 구체적인 내용은 제시되어 있지 않다. 한편, 2021년 전체 보고 13,146건 중 진료과목 구분이 가능한 10,647건 중 내과 관련 사고는 3,658건(34.4%) 이루어졌는데, 이 역시 세부 분과 진료과목 현황이나 의료행위의 내용 등 자세한 내용은 제시되어 있지 않다.; 의료기관평가인증원, 「2021년 환자안전 통계연보」, 보건복지부·중앙환자안전센터, 2021.

39) 정부가 수집한 2021년 중대한 환자안전사고는 연간 총 97건에 불과하고, 이 중 실제 법령 요건에 부합하는 악결과는 총 30건으로 확인된다. 또한 사망 등 중대한 악결과에 해당하는 경우 관련 의료행위의 내용이나 진료과목 구분 등은 제시되어 있지 않아 세부내용 파악에 어려움이 있다.; 의료기관평가인증원, 2021년 환자안전 통계연보, 45면.

40) 예컨대 고난도 수술이나 전문분야 의사 수가 적은 의료행위에 따른 악결과 발생 시 소수 의료인과 의료기관에 대한 부정적 인식과 여론이 확산될 수 있는 가능성을 생각해볼 수 있다.

41) 예컨대 국정감사 시 특정 의료행위나 사건, 사고에 대한 책임자 추궁이나 원인제공에 대한 자료요구, 정부나 타 기관에서 공익적 목적의 사례 연구나 분석 시 관련 정보가 공개되거나 특정 의료기관이나 사회적 사건을 암시하게 되는 등 정보유출이나 프라이버시 침해 문제도 대두될 수 있다.

42) 다만 내시경 시술은 의료법상 26개 진료과목 중에서도 일부 진료과에 국한된 의료행위에 해당하느냐 수많은 침습적 의료행위 중 어떠한 특정 의료행위에 국한하여 가이드라인이 마련되어야 하는지 그 판단기준과 실효성, 나아가 보다 근본적으로는 법학 연구대상의 정합성 등 측면에서 살펴볼 필요도 있을 것이다. 이에 있어서는 내시경 시술은 전술한 것처럼 위·대장내시경을 중심으로 한 국가암검진 사업을 통하여 연간 상시적으로 질병의 유무와 관계없이 국민에게 질병예방적 차원에서 다빈도로 시행되는 의료행위이고, 국가 건강검진 외에도 단순한 내과적 불편감이나 진단감별 목적으로 국민과 환자에게 친숙하게 자주 시행될 수 있는 시술이며, 나아가 다른 침습적 수술 등과 달리 내시경 시술 의사로서도 진료과목에 크게 구애받지 않고 시술을 할 수 있어 의료인의 이행 접근성이 용이한 등 병원측에 보다 주의 깊은 접근과 경각심이 요구된다. 따라서 이러한 점을 감안할 때 관련 분쟁을 예방하고 설명의무의 이행 제고 등을 위한 가이드라인을 마련한다면 나름의 실익이 있을 것

2. 내시경 시술 동의서와 요양지도방법에 대한 설명의 강화

앞서 살펴본 내시경 시술 관련 의료민사판례 중 설명의무 위반 8건 중 시술동의서 작성 관련 사안은 6건으로, 이 중 2건은 서면동의서가 작성되지 않았고, 4건은 서면 동의서는 작성되었으나 형식적으로 작성하거나 그 설명주체나 내용이 위법하였던 사안으로, 내시경 시술 동의상 절차적·내용적 개선이 요구된다.

내시경 시술 동의서 미징구나 구체적인 설명 부족의 원인을 단편적으로 단언하기는 어렵겠으나, 그 절차적 중요성을 의료진이 간과하였을 가능성, 다른 한 편으로는 일부 관행에 기대어 이를 생략하거나, 다소 설명이 부족하더라도 환자측이 별다른 이견 없이 당해 시술을 받게 될 것이라고 예측하였을 가능성도 있을 것이다. 그러나 의료기관에서 내시경 시술에 앞서 각종 진단·치료를 받아왔더라도 치료선택권의 행사는 의료행위의 시행여부 결정에 있어 여전히 중요한 요인이고, 만약 적법한 설명이 이루어졌다면 환자측이 그 선택권을 달리 행사할 가능성도 배제할 수 없어 이를 결코 가볍게 취급할 수 없다. 이에 설명의무 이행상의 구체성과 확실성을 제고하여 환자의 치료선택권을 보다 공고히 할 필요가 있다.

따라서 그 개선방안으로서 첫째, 제도 개선 형식에 대한 고려가 필요하다. 이를 위하여 우선 의료법 개정을 상정하여 볼 수 있다. 현행 의료법 제24조의2 제1항에서는 서면 동의의 대상인 의료행위를 사람의 생명 또는 신체에 중대한 위해를 발생하게 할 우려가 있는 수술, 수혈, 전신마취로 한정하고 있다. 이는 수많은 의료행위 중 설명의무의 대상 결정에 있어 담당 의사에게 나름의 재량을 부여하게 되어 일응 합리적일 수 있는 반면, 악결과 발생 시 주치의에 대한 비난 또한 커질 수 있는 이중적인 측면도 있다. 따라서 내시경 시술과 같이 중대한 악결과 발생 가능성이 상당부분 내재되어 있는 의료행위에 대해서도 - 이미 임상현장에서 내시경 시술 동의서의 징구가 상당 부분 이루어지고 있는 점을 고려하여 - 의료법에 명시하는 방안이 법해석의 혼란을 막고 임상현장에도 도움이 될 수 있다. 한편 보다 신속한 개선을 위해서는 개별 전문학회에서 내시경 종류별 서면동의서 가이드라인을 마련하는 방안도 상정하여 볼 수 있다. 즉, 의료기관의 규모에 관계 없이 내시경 서면동의의 필요성에 대한 이견은 적을 것으로, 개별 학회에서 주요 내시경 종류별 서면동의 권고안을 구체화하여 정부와 함께 준수를 권고한다면 보다 전문적이고 통일적인 동의서 양식으로 인하여 설명의무 관련 분쟁을 대폭 줄이거나 예방할 수 있을 것이다. 물론 현재 공정거래위원회 소관 ‘의료기관 표준약관 2종(수술동의서, 입원약정서)’에서 수술동의서 양식을 권고하고 있으나,⁴³⁾ 개정된 시점이 오래되었고 원칙론적 내용 중심으로 되어 있어, 이를 전문학회에서 내시경 종류별로 권고안을 구체화한다면 의료인들에게 적정 수준을 제시할 수 있고 환자의 치료선택권 보장은 또한 두터워질 것이다.

둘째, 설명의무 이행 제고를 위한 관계규정 정비와 관심이 필요하다. 사안 중 의사

으로 사료되며, 나아가 필요한 경우 관련 의학 전문학회 등의 연구논문이나 실무적 논의가 이루어진다면 법률적 가이드라인 마련에 추가적인 법리적 착안사항을 발견할 수도 있을 것이다.

43) 공정거래위원회, “의료기관 표준약관 2종(수술동의서, 입원동의서) 개정”(https://www.ftc.go.kr/www/selectReportUserView.do?key=10&rpttype=1&report_data_no=3795) (2022. 12. 6. 최종확인)을 참조.

가 설명을 해야 함에도 간호사가 설명을 부담한 경우,⁴⁴⁾ 환자가 의사능력이 있음에도 보호자에게만 설명한 경우,⁴⁵⁾ 수술·시술 과정 중 부득이한 경우 시술범위나 치료확대 가능성에 대한 설명이 부족한 경우,⁴⁶⁾ 환자에게 형식적으로 동의서만 징구하고 실제 설명은 하지 않은 경우⁴⁷⁾를 고려할 때, 설명의무에 관한 대표적인 대법원 판례와 의료법 제24조의2의 주요 내용조차 미흡한 경우가 확인된다. 이와 관련하여 전문학회별로 동의서 가이드라인을 마련할 때 설명의무 위반이 발생하기 쉬운 부분을 구체화하거나 강조하여 의료인의 구체적 이해를 돕는 방법, 중장기적으로 의사의 설명에 대한 의료수가를 인정하는 방법, 진단·치료목적이 아닌 단순 건강검진 등의 경우에는 전문교육을 받은 의료인, 즉 전문간호사를 제도화하여 설명하도록 하거나⁴⁸⁾ 설명간호사의 영역을 신설하도록 하여 의사의 설명 부담을 줄이는 방법도 고려해볼 수도 있을 것이다.⁴⁹⁾

셋째, 설명의무와 함께 요양방법에 관한 지도설명 의무의 내용과 수준을 제고할 필요가 있다. 지도설명 의무는 환자의 치료선택권 보장을 위한 설명의무와는 독립된 치료과정상의 주의의무임에도 설명의무와 혼동되기 쉽다. 이에 의료인으로서도 설명이 필요하다고 인식하는 경우 이것이 주요 치료경과에 대한 설명으로서 환자의 치료선택권 부여를 위한 설명인지, 혹은 일련의 진료과정상 연계선상에서 환자가 반드시 준수해야 하는 사항에 대한 설명인지 모호하다고 여겨질 수 있다.⁵⁰⁾ 따라서 환자가 의료인의 지도권고사항을 잘 준수하고 치료효과를 제고하기 위해서는 지도설명 의무의 개념 및 의의, 효과 등을 가이드라인에 융화시켜 의료인이 환자를 체계적으로 요양지도할 수 있도록 배려할 필요가 있다. 이에 외래진료나 입원진료의 종결, 다음 진료 예정과의 연계선상에서 의료진이 고려해야 하는 지도설명 의무의 기본적인 내용, 주요 판례에서 강조하거나 고려하고 있는 사항 등을 제시하고, 의료인이 개별 상황에 적합하게 적용할 수 있도록 유도하는 방식이 환자와 의료인 모두에게 상당한 도움이 될 것이다.

VI. 결 론

의료행위의 일반적 준칙과 주의의무는 개별 의사와 환자 사이의 관계에서 일의적이고 단편적으로 적용하기 곤란한바, 내시경 시술 역시 일련의 내시경 진행단계에서

44) 서울서부지법 2010. 12. 31, 2009가합9133.

45) 울산지법 2014. 4. 25, 2013가단54726.

46) 대전지법 2015. 4. 22, 2012가합37514.

47) 대판 2014. 12. 24, 2013다28629.

48) 현행 전문간호사 자격인정 등에 관한 규칙 제2조는 전문간호사 자격을 보건, 마취, 정신, 가정, 감염관리, 산업, 응급, 노인, 중환자, 호스피스, 종양, 임상 및 아동분야(13개 분야)로 구분하고 있다.

49) 기존 판례와의 상충성을 최대한 억제하면서도 법령 정비를 통하여 환자와 의료인 모두에게 도움이 될 수 있는 설명의무 제도의 개선이 검토될 필요가 있어 보인다.; 백경희·안영미·김남희·김미란, “설명간호사의 현황과 법적 지위에 관한 고찰”, 「의료법학」, 제14권 제1호(2013), 261-280면 참조.

50) 백경희, “의사의 설명의무 관련 민법 내 도입에 관한 제안”, 「민사법학」, 제100호(2022), 650-651면.

요구되는 의료행위상 주의의무와 설명의무의 내용이 피기술자의 개별 사정과 상황에 알맞게 구체화되어 준수되어야 한다. 그동안 국민적 관심이 높고 보편화된 내시경 시술에 대한 개별 전문진료과목 학회의 진료지침이나 가이드라인은 이미 마련되어 권고되어 왔고, 그 이행 제고와 지원을 위한 법적 사례분석은 일부 이루어져 왔다. 그렇지만 그에 관한 법률적 접근을 구체화한 종합 연구나 과실 경감을 위한 다학제 개념의 융합적 가이드라인의 마련 시도는 다소 미진하였다.

본고는 이를 보완하기 위하여 판례 실증적·분석적인 접근과 의료행위상의 원칙을 병행하여, 내시경 시술에 관한 민사판례상 도출된 주의의무와 설명의무의 주요내용을 검토하였고 내시경 시술의 현실적, 법적 시사성과 의료사고 경감을 위한 함의를 도출하고자 하였다. 대상 판례를 검토한 결과 내시경 시술의 전, 중, 후 진행절차별 주의의무의 내용과 주된 설명의무의 준수내용, 책임제한 사유 등을 구체적으로 살펴볼 수 있었는데, 향후 이러한 판례 분석에 따라 도출된 법률적 지식을 심화, 발전시켜 법적 관점과 시사점이 융화된 내시경 시술 가이드라인이 마련되기를 기대해 본다.⁵¹⁾

51) 끝으로, 이 논문 분석대상 판례에 대한 시술의 단계별 주의의무에 관한 세부 분석이나 함의점에 대한 언급도 필요하겠으나, 제한된 지면하 해당 판례들에 대한 개괄적 분석과 향후 가이드라인의 마련 필요성 제언에 그치게 되며, 이러한 저자의 부족함은 추후 판례에 대한 추가적인 분석 작업과 함께 실제 가이드라인 마련 시 미비점을 보충하여 법조실무와 의료현장에 도움이 되도록 할 계획인 점을 말씀드린다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 신현호·백경희, 의료분쟁의 이론과 실제(상), 박영사, 2022.
- 박선자, “내시경수술 어디까지 가능한가?”, 「대한내과학회지」 제79권(부록2호), 2010.
- 박찬용, “내시경 시술과 의료분쟁: 그 효율적인 대처는?”, 「대한소화기내시경학회지」 제33권(Supp.1), 2006.
- 배현아, “내시경 시술과 관련된 의료법학적 문제-관련 판례 분석을 중심으로”, 「법학논집」 제15권 제4호, 2011.
- 백경희, “일본의 의료사고 조사체도의 정비와 시행에 관한 고찰-우리나라 환자안전법의 하위법령 제정에 대한 시사점을 중심으로-”, 「법학연구」 제19집 제1호, 2016.
- _____, “의사의 설명의무 관련 민법 내 도입에 관한 제안”, 「민사법학」 제100호, 2022.
- _____. 안영미·김남희·김미란, “설명간호사의 현황과 법적 지위에 관한 고찰”, 「의료법학」 제14권 제1호, 2013.
- 전현희, “내시경 가이드라인의 법적 의미”, 「대한소화기내시경학회지」 제29권 제4호, 2004.
- 지영준, “의료용 내시경의 이해와 응용”, 「전자공학회지」 제42권 제11호, 2015.
- 최규연, “마취 관련 의료사고 시 주의의무-법원 판결 사례를 중심으로-”, 「의료법학」 제18권 제1호, 2017.
- 국민건강보험공단, 「2020년 사업장 건강검진 실시안내」, 2020.
- 의료기관평가인증원, 환자안전 통계연보, 보건복지부·중앙환자안전센터, 2021.
- 한국의료분쟁조정중재원, 「의료사고예방 소식지 MAP」, 2018.

<외국문헌>

- 大腸内視鏡検査等の前処置に係る死亡事例の分析. 日本医療安全調査機構. 2020. 3.
- 稻葉 知己, 医療事故の再発防止に向けた提言より 第10号 大腸内視鏡検査等の前処置に係る死亡事例の分析, 日本内科学會雑誌 110 卷 6 号, 2021. 6.
- Kim Sang Yoon, “Impacts of age and sedation on cardiocerebrovascular adverse events after diagnostic GI endoscopy: a nationwide population-based study”, 「Gastrointestinal Endoscopy」, Vol. 92, No. 3, Sep., 2020.
- Reumkens, Ankie, et al., “Post-Colonoscopy Complications: A Systematic Review, Time Trends, and Meta-Analysis of Population-Based Studies”, 「Official journal of the American College of Gastroenterology」, Vol. 111, No. 8,

Aug., 2016.

Vargo, John J., et al., “Patient safety during sedation by anesthesia professionals during routine upper endoscopy and colonoscopy: an analysis of 1.38 million procedures”, 「Gastrointestinal Endoscopy」, Vol. 85, No. 1, Jan., 2017.

[Abstract]

Analysis and Legal Review of Cases Related to Endoscopic Procedures*

Kim, Sung-Eun**, Choe, A-Reum***, Baek, Kyoung-Hee****

Endoscopic examinations and procedures are widely used to identify and treat digestive-oriented diseases, and are also essential items for the national cancer screening project, making it a familiar and frequently used medical area for the public and patients, and it is a very frequent medical area.

Endoscopy and treatment play a key role in the prevention and treatment of diseases such as cancer. On the other hand, endoscopy and procedures, which are responsible for preventing and treating diseases, are invasive medical practices, and the risk of adverse consequences such as death and severe disability remains as surgical surgery, but public understanding and awareness may appear differently. In this regard, it is true that medical and legal reviews and approaches have been made to prevent medical accidents related to endoscopic procedures and reduce damage. However, previous studies have focused on considering some cases or cases, and despite their significance, systematic and analytical studies on endoscopic procedures have not been sufficiently conducted, and policy implications from an integrated legal and medical perspective have not been sufficiently derived.

While the general standards and standards of medical practice such as endoscopic procedures are standard, the individual circumstances of the people and patients who are treated are different and difficult to unify. In addition to these individual characteristics of medical behavior, considering the essential characteristics of medical care such as invasion, risk, difficulty in predicting results, and irreversibility, we will derive empirical implications for preventing medical accidents through a specific and comprehensive view of precedents in medical civil litigation for endoscopy.

Therefore, this paper examines major issues and results of various civil cases related to endoscopy procedures in various ways, and suggests measures to prevent medical accidents and guarantee patients' treatment options to improve national health and reduce disputes.

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea(NRF-2022S1A5A2A01043101)

** Examiner, Ph.D. / Korea Medical Dispute Mediation and Arbitration Agency.

*** Clinical assistant professor, MD.Ph.D. LL.M., Department of Internal Medicine / Ewha Womans University College of Medicine.

**** Professor, Attorney at Law, Ph.D. / Inha University Law School.

Key words: gastroscopy, colonoscopy, national cancer screening project,
medical accident, medical malpractice, duty of explanation

반대주주의 주식매수청구권*

- 대법원 2022. 4. 14.자 2016마5394, 5395(병합), 5396(병합) 결정을 중심으로 -

윤 은 경**

논문요지

합병 등에 관한 주주총회의 특별결의에 반대하는 주주는 합병 등 조직재편의 기대효과와 합병대가 등 여러 사정을 종합하여 주식매수청구권행사 여부를 결정하므로 주식매수청구권의 행사시 산정될 주식매수가액을 중요하게 여길 수밖에 없다. 현행법은 법원이 당사자로부터 주식매수가액의 결정을 구하는 청구를 받았을 경우, 그 주식의 매수가액은 ‘공정한 가액’으로 산정하라고 규정하고 있을 뿐이고, 나아가 주식매수가액 결정의 재판은 비송사건절차법에 따르도록 하고 있으므로 개별 사건에서의 법원의 입장을 통해 주식매수가액의 산정기준 등을 살펴볼 필요가 있다. 우리 대법원은 합병 등의 조직재편에 대한 주주총회의 특별결의에 반대하는 소수주주가 법원에 주식매수가액의 결정을 구할 경우, 법원은 공정한 가액을 산정하기 위해 시장주가를 기준으로 삼는 것을 원칙으로 하되, 지배주주의 개입 등으로 인하여 시장주가가 심하게 왜곡되고, 그로 인해 소수주주가 보유한 주식의 가치하락분이 있다면 이를 법원이 직권으로 보완함으로써 소수주주보호라는 주식매수청구권의 제도적 취지에 부합하고자 하는 입장을 취하는 것으로 보인다. 요컨대, 법원은 소수주주의 주식가치하락분의 보완이 필요한 경우를 예외적인 상황으로 보고, 그 경우 재량으로 이를 보완할 방법을 강구할 수 있는 근거로 비송사건절차법에 따라 허용된 법원의 직권탐지주의를 강조하고 있음을 알 수 있다.

이와 관련하여 대법원 2022. 4. 14.자 2016마5394, 5395(병합), 5396(병합) 결정(이하 ‘대상결정’이라 한다.)도 기존 대법원의 입장에 따름으로써 자본시장법령에 규정된 주식매수가액의 산정기준시점을 그대로 따르지 않고 주식매수가액을 산정하여 소수주주의 주식가치하락분을 묵과하지 않는 결론에 이르렀다. 이는 법원이 반대주주로서 회사에 대해 주식매수청구권을 행사할 수밖에 없는 상황에 몰린 소수자 주주의 보호를 중시한다는 입장을 명확히한 것이라고 생각된다. 그러므로 소수주주보호를 중시하는 대법원의 입장과 반대주주의 회사에 대한 주식매수청구권 제도의 취지에 비추어 본다면, 대상결정에서와 같이 합병 등의 조직재편으로 인한 주가하락분을 주식매수가액에 반영하지 아니한 것이 타당하다면, 같은 제도적 취지와 필요성이 인정되는 경우에는 합병으로 인한 주가상승분, 즉, 합병의 시너지

* 이 논문은 2022학년도 제주대학교 교육·연구 및 학생지도비 지원에 의해서 연구되었음

** 법학박사/제주대학교 법학전문대학원 교수/변호사

를 주식매수가액의 공정한 산정의 평가요소로 삼을 수 있을 것으로 생각되고, 이는 대법원이 기존 결정에서 합병 등으로 인한 회사의 미래수익을 주식매수가액 산정시 반영한 것과도 궤를 같이 한다고 볼 수 있다. 향후 관련 판결에서 대법원이 어떤 입장을 취할지 유념하여 살펴볼 필요가 있다.

검색용 주제어: 주식매수청구권, 공정한 가액, 소수주주, 합병, 합병시너지, 비송사건절차법, 직권탐지주의, 사법제량

· 논문접수: 2022. 12. 26. · 심사개시: 2023. 01. 09. · 게재확정: 2023. 01. 25.

I. 서론

상법상 주식회사는 주주의 출자에 의한 자본금을 성립의 기초로 하고,¹⁾ 자본금은 회사채권자에게는 회사의 신용과 담보로서의 기능을 하게 하므로,²⁾ 현행 상법은 주식회사의 주주총회의 결의에 반대하는 주주의 출자금회수를 허용하지 않는 것을 원칙으로 한다. 다만, 합병 등과 같이 회사에 중요한 구조적 변화를 가져오는 일부 사항에 대해서는 주주총회의 특별결의를 요하고 가결된 그 특별결의에 반대한 소수의 주주에게는 그의 선택에 따라 출자금을 회수하고 회사를 떠날 수 있도록 회사에 대하여 주식을 매수해 줄 것을 청구할 수 있는 권리, 이른바, ‘반대주주의 주식매수청구권’을 인정하고 있다. 이는 주금의 환급금지원칙에 위반되지만 주주총회의 다수결 원칙에 의해 희생되기 쉬운 소수자 주주의 이익을 보호하기 위하여 법이 특별히 규정하고 있다고 할 수 있다.³⁾

합병 등에 관한 주주총회의 특별결의에 반대하는 주주는 합병 등 조직재편의 기대 효과와 합병대가 등 여러 사정을 종합하여 주식매수청구권행사 여부를 결정하는 것이 일반적일텐데, 그렇다면 주식매수청구권의 행사시 주식매수가액(또는 ‘주식매수가격’이라고도 하며, 이하에서 두 용어를 혼용하여 사용하기로 한다)이 얼마로 산정될 것인지를 중요하게 여길 수밖에 없다.

현행법은 법원이 당사자로부터 주식매수가액의 결정을 구하는 청구를 받았을 경우, 그 주식의 매수가액에 대해 ‘공정한 가액’으로 산정하라고 규정하고 있을 뿐이고, 나아가 주식매수가액 결정의 재판은 비송사건절차법에 따르도록 하고 있으므로 개별 사건에서의 법원의 입장을 통해 주식매수가액의 산정기준 등을 살펴볼 필요가 있다.

이와 관련하여 최근 대법원이, 삼성그룹계열사인 구 제일모직주식회사(합병 후 존속회사. 합병 후 삼성물산주식회사로 사명을 변경함)와 삼성물산주식회사(합병 후 소멸회사)의 합병에 관한 주주총회의 특별결의에 반대한 합병 후 소멸회사의 소수의 주주들이 회사에 대하여 주식매수청구권을 행사하고, 주식매수가액에 대해 회사와 협상을 하였으나 그 협상이 결렬되자 그 가액의 산정을 법원에 청구한 사안에서 ‘공

1) 제331조, 제295조, 제305조.

2) 정찬형, 「상법강의(상)」 제25판, 박영사, 2022, 651면.

3) 이철송, 「회사법강의」 제29판, 박영사, 2021, 600면; 정찬형, 앞의 책, 806면.

정한 가액'의 산정을 위한 기준과 법원이 택한 방식 등에 대해 주목할 만한 판시를 하였는바(대법원 2022. 4. 14.자 2016마5394, 5395(병합), 5396(병합) 결정, 이하 '대상 결정'이라 한다), 이하에서 그 당부를 논하고자 한다. 이를 위해 외국의 입법례 등을 함께 살펴본다.

II. 사실관계⁴⁾

주권상장법인인 제일모직주식회사는 2015. 9. 2. 주권상장법인인 삼성물산 주식회사를 소멸회사로 하는 흡수합병을 하였다(이하 '이 사건 합병', 흡수합병으로 소멸된 합병 전 삼성물산주식회사를 '구 삼성물산주식회사'라 한다). 제일모직주식회사는 이 사건 합병 후 상호를 삼성물산주식회사(이하 상호 변경 전 제일모직주식회사를 '구 제일모직주식회사'라 한다)로 변경하였다. 구 삼성물산주식회사와 구 제일모직주식회사는 이 사건 합병 당시 모두 독점규제 및 공정거래에 관한 법률과 그 시행령상 동일인 A가 지배하는 '삼성'이라는 기업집단 내 회사였다. B는 삼성그룹 A 회장의 승계자로 삼성그룹 전체 계열사의 업무를 총괄하고 있다. 삼성그룹은 최소 비용으로 삼성그룹 주요 계열사인 삼성전자주식회사와 삼성생명보험주식회사에 대한 B의 지배권을 강화한다는 목적을 갖고 미래전략실을 중심으로 그룹 차원에서 조직적으로 승계작업을 진행하였다. 이 사건 합병도 이러한 승계작업의 일환으로 이루어졌다. 구 삼성물산주식회사는 A가 지배하는 기업집단 내 회사이므로 A 등은 구 삼성물산주식회사의 경영에 지배적 영향력을 행사할 수 있었고, A 등의 입장에서는 주식 보유비율 차이로 인해 상대적으로 구 삼성물산주식회사의 주가는 낮게, 구 제일모직주식회사의 주가는 높게 형성되어야만 이 사건 합병으로 승계작업이 원활하게 진행되는 이익 등을 얻을 수 있는 상황이었다. 증권시장가에서는 2015년 상반기 주택경기의 회복으로 구 삼성물산주식회사의 주력 업종인 건설업종의 주가상승을 예상했다. 그러나 국내 주요 건설사의 주가는 계속 상승했으나, 구 삼성물산주식회사의 주가는 2015년 첫 거래일인 2015. 1. 2.부터 이 사건 합병이사회결의일 이전 최종 거래일인 2015. 5. 22.까지 계속 하락했다. 다수의 금융투자업자들은 구 제일모직주식회사가 2014. 12. 18. 유가증권시장에 상장된 후 조사분석자료를 통하여 삼성그룹의 지배구조가 그룹총수 일가의 지분이 많은 구 제일모직주식회사를 중심으로 재편될 것으로 예상하거나 2015년 상반기에는 구 삼성물산주식회사와 구 제일모직주식회사 사이의 합병이 가까운 장래에 현실적으로 이루어질 것이라고 전망하였고, 나아가 이와 같은 삼성그룹의 지배구조 변경 가능성 등이 원인이 되어 위와 같이 구 삼성물산주식회사의 주가가 하락하였다고 분석하였다. 구 삼성물산주식회사는 2015. 5. 26. 이사회를

4) 이 사건의 경우, 대상결정 및 그 하급심 결정에서 밝힌 바와 같이 관련 당사자들 사이의 합병의 경위 등에 관한 이해가 중요한 판단의 전제가 되므로 가급적 사실관계를 상세히 기재한다. 출처는 서울중앙지방법원 2016. 1. 27.자 2015비합91, 92(병합), 30037(병합) 결정(1심); 서울고등법원 2016. 5. 30.자 2016라20189, 20190(병합), 20192(병합) 결정(원심); 대법원 2022. 4. 14.자 2016마5394, 5395(병합), 5396(병합) 결정; 2022. 4. 14.자 대법원 보도자료 "대법원 2016마5394 등 주식매수가격 결정 사건"(<https://www.scourt.go.kr/portal/news/NewsViewAction.work?seqnum=2154&gubun=6&searchOption=&searchWord=>, 마지막 방문 2022. 12. 23.) 참조.

개최하여 구 삼성물산주식회사가 소멸법인이 되고 구 제일모직주식회사가 존속법인이 되는 내용의 이 사건 합병을 승인하는 결의를 하고, 구 제일모직주식회사와 이 사건 합병계약을 체결하였다. 이 사건 합병계약에서 정한 주식교환비율은 구 삼성물산주식회사 발행의 보통주식(액면가액 5,000원) 1주에 대하여 구 제일모직주식회사 발행의 보통주식(액면가액 100원) 0.3500885주이다. 구 삼성물산주식회사의 일부 주주들은 이 사건 합병에 관한 주주총회 결의에 반대하여 구 삼성물산주식회사에 주식매수를 청구하였으나 주식매수가격에 대하여 합의에 이르지 못했다.

구 삼성물산주식회사가 제시한 주식매수가격에 반대한 신청인들은 2015. 8. 26. 제1심법원에 이 사건 주식매수가격의 결정을 청구하였다. 제1심법원은 주식매수가격을 57,234원으로 정하는 결정을 하였다. 신청인들은 항고하였고, 원심법원은 주식매수가격을 66,602원으로 정하는 결정을 하였다. 신청인들과 사건본인(구 삼성물산주식회사)을 수계한 삼성물산주식회사)은 재항고하였으나 대법원은 이를 모두 기각하고, 원심의 결정을 받아들였다.

III. 당사자들의 주장 요지 및 법원의 판단 요지

1. 당사자들의 주장 요지

사건본인인 구 삼성물산주식회사는 이 사건 주식매수청구가격을 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(이하 ‘자본시장법’이라 한다) 및 같은 법 시행령⁵⁾에 따라 이 사건 합병이사회결의일 전일 무렵의 시장주가를 기초로 산정하여야 한다고 주장하였다. 반면, 신청인들은 위 이사회 결의일 전일 이전부터 주가가 이 사건 합병의 영향을 받고 있었을 뿐만 아니라 구 삼성물산주식회사의 상당한 주식을 소유하고 있던 국민연금공단이 의도적으로 주식을 매도하여 구 삼성물산주식회사의 시장주가가 인위적으로 낮게 형성되었으므로 구 삼성물산주식회사가 제시한 바와 같은 기준에 따라 이 사건 주식매수가격이 산정되어서는 안된다고 주장하였다.⁶⁾

5) 가급적 해당 법령의 규정을 인용하되, 일부 요약해서 정리해 보면 다음과 같다. (i) 자본시장법 제165조의5 제1항 ‘주권상장법인이 상법 제374조 등에서 규정하는 의결사항에 관한 이사회결의 반대주주(의결권 유무 및 제한 무관)는 회사에게 그 결의반대의사를 서면으로 통지한 경우 자신의 주식(이사회 결의 사실의 공시 전 취득 혹은 그 후 취득하였더라도 같은 법 시행령에 정한 경우에 속함을 증명한 것에 한함)의 매수청구를 주주총회결의일부터 20일 이내에 서면으로 할 수 있다’, (ii) 같은 조 제3항 단서 ‘주식매수가격에 대한 회사와 주주 사이의 협의미성립시 매수가격은 이사회 결의일 전에 증권시장에서 거래된 주식가격을 기준으로, 같은 법 시행령에 정한 방법에 따라 산정하며, 회사나 매수청구 주주가 그 금액에 반대하면 법원에 그 매수가격을 결정해 달라는 신청을 할 수 있다’, (iii) 같은 법 시행령 제176조의7 제3항 ‘법 제165조의5 제3항 단서에 규정한 시행령에 따라 산정된 금액은, 1. 증권시장에서 거래가 형성된 주식은 다음 각 목의 방법에 따라 산정한 가격을 산술평균한 가격. 가. 이사회결의일 전일 과거 2월간 최종시세가를 거래량을 가중치로 해 가중산술평균한 가격, 나. 이사회결의일 전일 과거 1월간 최종시세가를 거래량을 가중치로 해 가중산술평균한 가격, 다. 이사회결의일 전일 과거 1주일간 최종시세가를 거래량을 가중치로 해 가중산술평균한 가격’을 말한다.

6) 나아가 신청인들은 구 삼성물산주식회사가 이 사건 주식매수가격 산정의 기준으로 제시한 자본시장법 시행령 제176조 제3항 제1호가 위헌이라고 주장하였으나 법원은 주권상장법인의 주식매수가격을 결정함에 있어 반드시 또는 항상 위 시행령 규정에 따라야 하는 것은

2. 법원의 판단 요지

이에 대하여 1심재판부는 사건본인의 주장을 받아들였으나, 원심재판부는, “주식매수가격의 산정은 (i) 이 사건 합병계획이 구 삼성물산주식회사의 주가형성에 끼친 영향, 합병을 앞두고 구 삼성물산주식회사의 주가가 누군가에 의해 낮게 의도되었을 가능성과 주주뿐만 아니라 시장참여자가 아닌 어느 특정 주주 혹은 전문가에 의한 악용가능성을 최대한 배제할 수 있는 시점을 기준으로 하여야 하는데, (ii) 구 삼성물산주식회사의 주가는, 이 사건 합병이사회결의일 전일 이전부터 이미 이 사건 합병계획의 영향을 받고 있었으므로 이 사건 합병이사회결의일 무렵 구 삼성물산주식회사의 시장주가는 구 삼성물산주식회사의 객관적 가치를 반영하지 못하고 있었다고 보는 한편, 이 사건 합병이사회결의일보다 5개월 이상 이전 시점인 구 제일모직주식회사가 2014. 12. 18. 상장되면서 구 삼성물산주식회사와 구 제일모직주식회사의 합병 가능성이 구체화되기 시작한 것으로 보아 이 사건 주식매수가격은 구 제일모직주식회사의 상장일 전일인 2014. 12. 17.을 기준으로 삼아 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호에 규정된 산정방법을 유추적용하여, 2014. 12. 17.부터 ① 과거 2개월간 평균종가(종가를 거래량으로 가중산술평균함), ② 과거 1개월간 평균종가(종가를 거래량으로 가중산술평균함), ③ 과거 1주일간 평균종가(종가를 거래량으로 가중산술평균함)를 산술평균한 가격으로 정함”으로써 1심 결정을 취소하였다.

대법원은 (i) 주권상장법인의 합병 등 조직재편에의 반대주주가 그 회사에게 주식매수를 청구하였으나 매수가격에 대한 협의가 성립되지 않아 주주나 그 회사가 법원에 매수가격결정청구를 한 경우, 법원은 원칙적으로 매수가격 산정시 해당 법인의 시장주가를 참조하되, (ii) 시장주가에 기초해 매수가격을 산정하더라도 자본시장법 시행령 제176조의7 제3항 제1호에 따라야 하는 것은 아니고, 그렇더라도 위 규정에서 합병계약 체결에 관한 이사회결의일의 전일을 기준시점으로 규정하는 것은 주식의 가치가 합병으로 인한 영향을 받기 전 시점을 기준으로 하여 공정한 가액을 산정하기 위한 것이라는 점, 주식매수가격 결정 사건의 제도적 취지 및 사안의 구체적 사정을 고려할 때, 해당 합병이사회결의일의 전일 시장주가가 합병의 영향을 받아 형성된 것이라고 판단되면, 합병의 영향을 최대한 배제할 다른 시점을 택해 주식매수가격을 결정할 수 있다는 취지로 판시하면서, (iii) 주식매수가격 결정 재판에는 비송사건절차법이 적용되므로 민사소송절차와 달리 재판의 기초가 되는 자료를 법원이 직권탐지주의에 따라 수집하므로 당사자의 주장에 구애받지 않고 직권으로 사실조사를 하여 주식의 공정한 매수가액을 산정할 수 있다고 보았다.

IV. 검토

1. 주식매수가액 산정기준 정립의 필요성

현행 상법은 주주의 회사에 대한 주식매수청구권에 대해 합병(제530조 제2항), 분

아니라는 등의 이유로 신청인들의 주장을 배척하였다.

합병(제530조의11 제2항), 주식의 포괄적 교환(제360조의5 제3항)·이전(제360조의22) 및 영업양도 등(제374조의2)의 경우에 요구되는 주주총회의 특별결의에 반대하는 주주의 선택권으로 규정하고 있다. 그 외에도 주식양도의 제한과 관련하여 주식양도에 관한 이사회승인을 얻지 못할 경우, 주주가 보유한 주식을 회사에게 매수할 것을 청구할 수 있도록 규정하고 있다(제335조의5 제2항). 이 중 합병, 분할합병, 주식교환·이전 및 영업양도 등에 반대하는 주주의 주식매수청구권만을 이른바 조직재편에 반대하는 주주의 주식매수청구권이라고 할 수 있다.

어느 경우든 주식매수청구권은 주주의 회사에 대한 출자금의 회수를 보장한다는 점에서는 공통되나 후자는 주식양도제한과 관련하여 모든 주주의 이익보호를 위한 인정되는 반면, 전자는 조직재편에 관한 주주총회의 결의사항에 대해 다수결원칙에 의해 희생되기 쉬운 소수자 주주의 이익보호를 위해 인정된다는 점에 차이가 있다.⁷⁾

주주가 주식매수청구권을 행사하는 이유는 복잡적이겠으나 주식매수가액이 중요한 고려 요소일 것임에는 이견이 없을 것이다. 회사에 중요한 구조적 변화를 가져오는 합병 등의 경우, 그에 관한 주주총회의 특별결의에 반대하는 주주가 합병 등 조직재편의 기대효과, 합병대가 등 여러 사정을 종합하여 주식매수청구권행사 여부를 결정하는 것이 일반적이고, 그렇다면 주식매수청구권의 행사시 산정될 주식매수가액이 얼마일지를 중대한 문제로 여기게 되는 것은 당연하다.

그러므로 주식매수가액의 산정을 둘러싼 법적 분쟁의 해결기준으로 우리 법과 법원이 어떠한 입장을 제시하고 있는지, 나아가 그 기준의 타당성을 살펴볼 필요가 있다.

2. 주식매수가액의 산정기준

(1) 법규정⁸⁾

상법은 비상장주식의 경우, 주식매수를 청구한 주주와 회사 사이에 협의를 우선으로 하되, 협이가 성립되지 않을 경우, 당사자는 법원에 주식매수가액의 결정을 구할 수 있다고 하면서도 그 산정기준에 대해 규정하고 있지는 않다(제374조의2 및 그 준용규정 등).⁹⁾ 상장주식의 경우, 자본시장법에서 이에 관해 규정하고 있는데, 주주와 회사 사이의 협의를 우선으로 하되, 협의결렬시에는 비상장주식과는 달리 합병 등을 위한 이사회결의일 전 증권시장에서 거래된 당해 주식¹⁰⁾의 2월간, 1월간, 7일간의 산술평균가격을 재차 평균한 가액을 주식매수가액으로 한다¹¹⁾고 규정하고 있다(제165

7) 이철송, 앞의 책, 600면; 정찬형, 앞의 책, 806면.

8) 상법과 자본시장법 외에 상속세 및 증여세법에서도 주식의 가치를 상장주식과 비상장주식을 구분하여 평가하는 기준을 두고 있으나, 이 글에서는 상법과 자본시장법을 중심으로 살펴보고자 한다. 상속세 및 증여세법에서의 주식평가기준에 대한 상세는 이창열, “상장·비상장 주식의 주식매수가액 결정 방법”, 법관연수(2017년도) 어드밴스(Advance)과정 연구논문집(2018), 395면 참조.

9) 제374조의2 제5항에서 법원으로 하여금 매수가액 산정시 “회사의 재산상태 그 밖의 사정을 참작하여 공정한 가액”으로 할 것을 명하고 있을 뿐이다.

10) 증권시장에서 거래가 형성되지 아니한 주식의 경우에는 별도의 산정기준을 두고 있다(자본시장법 시행령 제176조의7 제4항).

11) 이철송, 앞의 책, 608면.

조의5 제3항 단서, 같은 법 시행령 제176조의7 제3항).

(2) 외국의 입법례

가. 미국 델라웨어주

미국 델라웨어주 회사법에서는 주주의 주식매수청구권을 ‘합병’에 반대하는 경우로 한정하여 인정하면서(Delaware General Corporation Law §262), 반대주주의 주식매수청구권 행사로 인한 주식의 매수가액의 산정시, 법원은 관련된 모든 요소를 고려하여 공정한 가치를 산정하되, 합병의 실행(accomplishment) 또는 그 기대(expectation)로 인해 발생하는 요소는 배제하도록 규정하고 있다(§262(h)).

그러나 델라웨어주 대법원은 1983년도의 *Weinberger v. UOP Inc.* 사건에서 공정한 가치를 산정할 때에 투기적 혹은 우발적 요소가 아니라면 합병으로 인해 발생하는 “장래 또는 기대가치”도 포함해야 한다고 하면서 그 산정방식은 금융계에서 널리 수용될 것으로 여겨지는 모든 평가방법을 고려할 수 있으며 기존의 델라웨어 가중평균방식에만 의할 필요는 없다고 보았다.¹²⁾ 위 판시 이후 2017년도의 *Dell. Inc., v. Magnestar Global Event Driven Master Fund Ltd.* 사건과 2018년도의 *Verition Partners Master Fund Ltd and Verition Multi-strategie Master Fund Ltd., v. Aruba Networks, Inc.* 사건에서 델라웨어주 대법원은 주식매수가액 산정시 합병의 협상과정이 공정하다는 것을 전제로 시장가격의 중요성을 인정하는 입장을 취하였으나 시장가격과 공정한 가치가 일치하는 것으로 보지는 않았다.¹³⁾

나. 일본

일본 회사법은 합병 등에 반대하는 주주에게 주식매수청구권의 행사를 허용한다(제782조 내지 제801조, 제803조 내지 제815조). 합병 등에 반대하는 주주가 주식매수청구권을 행사할 경우, 그 가액은 “공정한 가격”이어야 하고(제117조, 제797조, 제798조). 공정한 가격은 합병 등으로 인해 기업가치가 증가한 경우는 그 증가분을 반영한 것이고, 기업가치가 훼손되거나 변동이 없는 경우에는 합병 등에 관한 주주총회결의가 없었을 것이라고 가정하여 그 당시 주식이 가졌을 가격을 말한다고 해석된다.¹⁴⁾

일본 판례도 이와 같은 해석의 입장을 따르고 있다.¹⁵⁾

12) *Weinberger v. UOP Inc.*, 457 A.2d 701(Del. 1983).

13) 이재찬, “미국 회사법의 최근 논의에 관한 연구 - ① 기관투자자의 적극적 역할에 관한 찬반론 및 ② 최근 주식매수청구권에 관한 델라웨어 주법원 판결(Aruba case)에 관한 논의를 중심으로 -”, 재판자료 제142집, 외국사법연수논집(40)(2021), 684-685면.

14) 松中學, “組織再編における株式買取請求権と公正な価格”, 法學教室 362号(2010年), 37頁(이승환, “일본회사법상 주식매수청구권에 대한 고찰”, 「경제법연구」 제17권 1호(2018), 64면에서 재인용).

15) 이승환, 앞의 글, 71면.

(3) 우리 판례의 입장

가. 대법원 2011. 10. 13.자 2008마264 결정

법원은 상장회사의 주식을 보유한 주주가 합병 등에 반대하여 주식매수청구권을 행사한 경우, 주식매수가액은 원칙적으로 주권상장법인의 시장주가를 참조하여 산정해야 한다고 본다. 상장주식은 그 주식발행기업이 자본시장법 등 관련 법령에 따라 불특정 다수의 투자자에게 기업의 가치판단의 토대가 되는 자산의 내용, 재무상황, 수익력과 장래의 사업전망 등의 정보를 공시하고, 이를 토대로 주주가 투자판단을 하므로 시장주가는 기업의 객관적 가치가 반영된 것이라 할 수 있고, 주주로서는 시장주가를 전제로 투자를 하는 것이 통상적이라는 점에서 시장주가를 기준으로 반대주주의 주식매수가액을 결정하는 것이 주주의 합리적 기대에도 부합하므로 법원은 원칙적으로 시장주가를 참조하여 매수가액을 산정해야 한다는 것이다.

그러나 매수가액의 산정시 법원이 자본시장법령에 규정되어 있는 방법에 따를지 여부는 법원이 공정한 매수가액을 산정하여야 한다는 주식매수가액결정 사건의 취지와 사안의 구체적 사정을 고려하여 결정할 수 있는 재량의 행사대상으로 보고 있다. 따라서 자본시장법령에 규정된 이사회결의일 이전의 어느 날을 특정하여 시장주가를 참조할지, 어느 기간 동안 시장주가 평균치를 참조할지 등을 법원이 자유롭게 결정할 수 있다고 보았다. 나아가 상장주식이라 하더라도 유가증권시장에서 거래가 형성되지 아니하였다거나 가격조작 등의 부정한 수단에 의해 시장가격이 영향을 받는 등의 사정으로 인해 시장주가에 상장주식의 객관적 가치가 제대로 반영되지 못하였다고 판단되는 경우에는 예외적으로 시장주가를 매수가액산정의 기준에서 배제하거나, 시장주가와 함께 기업의 순자산가치나 수익가치 등을 평가에 반영하여 기업의 상황이나 업종의 특성 등도 종합적으로 고려된 공정한 가액을 산정할 수 있다고 본다. 다만, 시장주가가 순자산가치나 수익가치를 기초로 산정한 가격과 일부 차이가 있더라도 시장주가를 주식매수가액산정의 기준에서 쉽게 배제하여서는 안된다는 점을 강조한다.

나. 대법원 2018. 12. 17.자 2016마272 결정 등

비상장주식의 경우에는 시장에서 통상적으로 거래되는 가격을 찾기 어려워 주식매수가액의 결정시 법원은 회사의 객관적 가치가 적정히 반영된 정상적 거래의 실례가 있으면 매수가액은 그 거래가격을 공정한 가액으로 보아 산정한다. 그러한 거래사례가 없으면 시장가치·순자산가치·수익가치 방식 등의 평가방법들을 활용하면서, 회사 상황이나 업종의 특성 등도 종합적으로 고려한다. 주식의 거래가격이 회사의 객관적 가치를 적정하게 반영하지 못한 경우 법원은 그 거래가격을 배제하거나 그 거래가격 또는 이를 합리적 기준에 따라 조정한 가격을 순자산가치 등 다른 요소와 함께 공정한 가액의 산정요소로서 고려할 수 있다. 그러므로 정상적 거래의 실례가 없는 경우에는 상속세 및 증여세법 시행령에서 정한 방법에 따라 수익가치를 평가하여 매수가액을 정할 수 있다고 보았다(대법원 2018. 12. 17.자 2016마272 결정).

다만, 법원은 특별한 사정이 없는 한, 영업양도 등이 주식가치에 영향을 미치기 전

을 기준시점으로 하여 수익가치를 판단해야 한다고 판시하는 한편(대법원 2006. 11. 23.자 2005마958 결정), 위 2016마272 결정에서 “비상장주식의 평가기준일이 속하는 사업연도의 순손익액이 급격하게 변동하였더라도 일시적이고 우발적인 사건으로 인한 것에 불과하다면 평가기준일이 속하는 사업연도의 순손익액을 제외하고 순손익가치를 산정해야 한다고 볼 수 있다. 그러나 그 원인이 일시적이거나 우발적인 사건이 아니라 사업의 물적 토대나 기업환경의 근본적 변화라면 평가기준일이 속하는 사업연도의 순손익액을 포함해서 순손익가치를 평가하는 것이 회사의 미래수익을 적절하게 반영한 것으로 볼 수 있다”고 함으로써 합병 등의 시너지(synergy, 합병 등 조직재편으로 인한 회사가치의 상승효과. 이하 ‘합병시너지’라고도 한다)를 주식매수가액 산정시 반영할 수 있다는 것인지에 관해 논란의 여지를 두고 있다.¹⁶⁾

(4) 합병시너지의 반영 여부

이상의 내용을 종합해 보면, 우리 대법원은 합병 등에 반대하는 주주의 주식매수청구권의 행사시 주식매수가액의 산정기준으로 주식의 시장가격을 중시하면서도 다른 요소를 고려하여 그 기준 등을 변경·선택할 수 있는 재량이 있음을 보여주는 한편, 합병시너지를 공정한 가액 산정시 반영할 것인지에 관해서는 개별 사안에서 결론을 달리 하는 듯한 입장을 취하고 있어 보인다.

가. 국내 학설의 입장

합병시너지를 반영하여 주식매수가액을 산정하여야 하는지에 관한 국내의 학설은 부정설과 긍정설로 견해가 나뉜다.

부정설은 합병의 시너지 및 그 산정의 불확실성과 과다하게 산정될 경우, 회사의 채권자를 해할 가능성이 있다는 점 등을 이유로 한다.¹⁷⁾

긍정설은 합병으로 소멸하는 회사의 소수주주에게 불리한 합병조건의 실행으로 인해 주주가 매수청구권을 행사하는 경우와 같이 소수주주가 자의반 타의반으로 주식매수청구권을 행사할 상황에 처한 경우는 실질적으로 소수주주의 강제 축출과 같다거나, 합병으로 기업가치가 상승하더라도 불공정한 합병비율로 소멸회사의 주주가치가 훼손되는 경우에 합병시너지를 소수주주에게 배분하는 것이 반대주주의 주식매수청구권 제도의 주요한 기능이라는 등의 이유로 합병의 시너지를 주식매수가액에 산정시에 반영해야 한다고 본다.¹⁸⁾

16) 노혁준, “2019년 회사법 중요판례평석”, 「인권과 정의」 제488호(2020), 141면. 견해에 따라서는 법원이 주식의 시가를 중시하는 입장을 견지한다고 보면 합병의 시너지를 배제하겠다는 입장을 명확히 하고 있다고 해석할 수도 있겠으나 여기서는 대법원이 사안에 따라 그와 달리 해석할 수 있는 판시를 하기도 했다는 점에서 논란의 여지를 두고 있다고 표현하기로 한다.

17) 김건식/노혁준/천경훈, 「회사법」 제5판, 박영사, 2021, 866면; 노혁준, “合併으로 인한 株式買受請求時の 價格決定”, 「민사판례연구」 제30권(2008), 607면.

18) 양만식, “상법상 조직변경과 반대주주의 주식매수청구권” 「경영법률」 제23권 제4호(2013), 163면; 육태우, “개정상법상 소수주주축출제도에 관한 연구” 「경영법률」 제22집 제2호(2012), 72면.

나. 검토

앞서 살펴본 대법원 판례와 대상결정은 합병 등의 조직재편에 반대하는 주주의 주식매수청구권 행사가액의 산정시 법원이 평가의 기준으로 삼는 주식의 시장가치에 객관성이 담보되지 않는 경우에 관한 것들이다. 특히 상장주식의 경우, 자본시장법령에서 정한 기준시점을 고집하여 주식매수가액을 산정하게 되면 소수주주의 주식가치에 발생하게 되는 하락분을 보전할 수 없는 경우이다. 주식의 상장여부에 관계없이 대법원은 해당 사안에서 합병 등으로 인한 반대주주의 주식가치하락분을 그대로 묵과하지 않는 산정기준, 특히 합병 등의 효력을 배제한 시점을 매수가액산정의 기준시점으로 택함으로써 결과적으로 소수주주의 이익보호를 가져왔고, 이는 주식매수청구권 제도의 취지에도 부합한다는 점에서 타당하다고 생각된다.

다만, 이와 같은 대법원의 입장을 합병의 시너지가 발생한 경우에도 법원이 합병의 효력을 배제한 시점을 주식의 매수가액산정의 기준으로 삼아야 한다는 것을 원칙으로 밝힌 것으로 보아야 하는지는 의문이다. 위 2016마272 결정 등을 비롯한 결정에서 대법원이 주식매수가액을 산정할 때 회사의 ‘미래수익’이 적절하게 반영될 필요를 언급하고 있는 점 등을 고려하면, 대법원이 합병시너지를 주식매수가액 산정의 평가요소에서 전적으로 배제한다고 보기 어렵다.¹⁹⁾

법원이 소수주주의 보호라는 주식매수청구권제도의 기능과 목적을 강조하는 입장을 취한다면, 원칙(합병 등의 효과를 반영하지 아니함)에 충실한 시점(상장회사의 경우, 자본시장법령에 따른 합병 등에 관한 이사회결의 전일)의 주식의 시가는 합병 후 회사에 합병시너지가 발생할 것이 예상되고 있는데도 그 가치를 반영하지 못한 것이 되고, 그로 인한 이익은 합병 후에 남아있는 주주가 독점적으로 향유하게 된다. 이는 합병 그 자체에는 찬성하지만 합병가액 등에는 반대하여 결과적으로 합병에 관한 주주총회의 결의에 반대하는 소수주주로서 회사에 주식매수청구권을 행사하는 경우에 사실상 강제축출과 다를 바 없는 상황에 처한 주주들을 불평등하게 대우하는 것이므로 이를 보정할 필요가 있지 않을까?²⁰⁾ 또한, 이 경우, 대법원의 결정례들에서 밝히고 있는 것처럼 법원은 ‘시장주가가 객관적 가치를 담보할 수 없는 심한 왜곡이 있는 경우’에는 공정한 가액을 산정할 수 있는, 즉, 불공정성을 보정할 수 있는 기준을 선택할 수 있는 재량이 있기에 보정도 가능하지 않을까?

이와 견해를 달리하여 합병 등의 시너지를 매수가액산정시 평가요소에서 배제하면 주식매수청구권의 행사가격이 합병가액보다 낮은 가격이 될 가능성이 매우 높다. 그렇다면 반대주주의 주식매수청구권의 행사는 사실상 기대하기가 어렵다.

그런데 미국의 경우, 주식매수청구권의 행사 이후 회사는 반대주주에게 주식매수가액의 지급시까지 그 가액에 미연방준비제도 할인율에 5%를 누적한 비율로 계산한 이자를 함께 지급해야 하는데, 작년까지의 저금리기조에서 이는 시장이자율보다 상당히 높은 수익이므로 이 점을 활(약)용하여 주식매수청구권을 행사한 주주들이 증가한 것에 주목한 텔라웨어주의 학계와 실무계에서, 이와 같은 현황을 주식매수청구권 행사의 남용으로 보고 규제해야 한다는 의견이 다수 대두되었고, 주법원도 이를

19) 위 결정에서 대법원이 합병 등의 시너지를 반영하여 주식매수가액을 산정한 것으로 보더라도 그러한 법원의 입장에 반대하는 견해로는 노혁준, “2019년 회사법 중요판례평석”, 141면.

20) 같은 취지로 이재찬, 앞의 글, 689면.

반영한 판결을 내리고 있다고 한다.²¹⁾ 우리의 경우에도 대법원이 반대주주의 주식매수청구권의 법적 성격을 형성권으로 보고, 회사에게 매수대금의 지급시까지 상법상 연 6% 이자를 지급하도록 하고 있는 것²²⁾에 주목하여 미국의 경우와 마찬가지로 소수주주의 주식매수청구권 행사를 권리행사의 남용으로 볼 필요성을 제기하거나 일부 주주들의 전략적인 주식매수청구권의 행사로 인해 회사의 효율적 변화가 좌절될 위험이 있다는 우려를 이유로 다수주주의 권한남용을 억제할 필요가 현저할 경우에 한하여 주식매수청구권을 인정하도록 입법화할 필요가 있다는 견해²³⁾가 제기된다.

그런데 실제로 우려하는 경우가 유의미할 정도의 상당수에 이른다고 판단할 수 있는지도 의문이고, 또한, 현재와 같은 고금리조가 지속된다 하더라도 그와 같은 의도로만 주식매수청구권을 행사하는 경우가 계속해서 증가한다고 할 수 있을까? 오히려 합병 등이 완료된 이후 주가상승이 기대된다면, 주식매수청구권을 행사하여 차익을 단기적으로 얻을 수 있다고 하더라도 소수주주가 회사에 대해 주식매수청구권을 행사할 가능성은 낮다고 볼 수 있다.²⁴⁾ 그러므로 일부 소수주주가 전략적으로 단기 차익을 노리고 기회주의적으로 주식매수청구권을 행사할 가능성에 대한 우려를 주식매수청구권 행사의 남용으로 저지할 필요가 큰 것으로 보는 견해는 주식매수청구권 제도의 운영실태에 부합한다고 보기도 어렵다. 이는 소수주주 주식의 경제적 가치의 과소평가 혹은 할인을 인정하지 않으려고 하는 앞서 살펴본 우리 대법원의 입장에도 배치된다. 그리고 상장주식의 경우, 주식매수청구권 행사남용의 우려는 주식매수청구권 행사의 주체를 합병 등의 공시 전까지 주식을 취득한 자로 제한하고 있는 자본시장법령에 비추어 보면²⁵⁾, 주식매수청구권 행사가 남용될 우려보다는 소수주주보호의 측면을 더 강조할 필요성을 중시하는 것이 주식매수청구권 제도의 도입취지에도 부합한다. 반대주주의 무리한 주식매수청구권 행사로 합병 자체의 무산 우려가 쉽게 예상되는 상황이라면 애초 이러한 가능성을 사전에 차단할 수 있는 다른 거래구조, 예를 들면, 합병 등 조직재편의 대가를 대상회사의 모회사의 주식으로 지급하는 방식도 고려해 볼 수 있다. 대체방안들에 대한 신중한 고려도 없이 반대주주의 주식매수청구권 행사를 그 남용의 우려 때문에 억제하고, 나아가 주식매수가액을 산정할 때 합병 등의 시너지도 배제해야 한다는 견해²⁶⁾에는 수긍하기 어렵다.

(5) 소결

이상의 내용을 종합해 보면, 우리 대법원은 합병 등의 조직재편에 대한 주주총회의 특별결의에 반대하는 소수주주가 법원에 주식매수가액결정을 구할 경우, 공정한 가액의 산정기준은 원칙적으로 시장주가이지만, 지배주주의 개입 등으로 시장주가가

21) 이재찬, 앞의 글, 681면, 685면.

22) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다94953 판결; 상법 제54조.

23) 김건식/노혁준/천경훈, 앞의 책, 857면.

24) 류해필/이진환/강효석, “합병기업의 주식매수청구권 행사 결정요인과 장기성과”, 「재무관리연구」, 제30권 제4호(2013), 216-217면.

25) 반대주주는 이사회결의 사실의 공시 전에 해당 주식을 취득하였음을 증명해야 한다. 이사회결의 사실이 공시된 이후에 주식을 취득하였다더라도 공시된 날의 다음 영업일까지 해당 주식을 취득하였음을 증명하면 주식매수청구권을 행사할 수 있다(자본시장법 제165조의5 제1항, 같은 법 시행령 제176조의7 제2항).

26) 김건식/노혁준/천경훈, 앞의 책, 866면.

심하게 왜곡되고, 그로 인해 보유한 주식의 가치하락분이 있다면 이를 보완하여 소수주주를 보호하는 것이 주식매수청구권의 제도적 취지에 부합한다는 입장을 취하고 있다. 그러므로 소수주주의 주식가치하락분의 보완이 필요한 경우를 예외적인 상황으로 보고, 그 경우에는 재량으로 이를 보완할 방법을 강구할 수 있다는 점을 밝히고 있다. 대상결정도 기존 대법원의 입장에 따름으로써 자본시장법상 규정된 주식매수가액의 산정기준시점을 그대로 따르지 않고 주식매수가액을 산정하여 소수주주의 주식가치하락분을 묵과하지 않는 결론에 이르렀고, 결론 자체는 타당하다.

이와 같은 대법원과 대상결정의 입장은, 주식의 공정한 가치는 시장주가이고, 그것이 심하게 왜곡되는 예외적인 사정이 있을 경우, 그 상황을 법원이 고려할 수 있다는 취지이다. 법원이 일응 명확한 기준을 제시하고 있는 것으로 보이나, 지배주주에 의한 시장가격의 왜곡이 발생할 가능성이 높은 우리 현실에 비추어 보면, 상당수의 합병 등의 기업조직재편시, 법원이 상정하고 있는 예외적인 경우가 어찌면 보다 일반적인 경우라고도 할 수 있다. 델라웨어주의 법원이 왜 회사법의 명문과는 다른 판결을 하거나 일본회사법과 법원이 평가 및 산정의 현실적인 어려움에도 불구하고 합병 등의 시너지를 반영하여 주식매수가액을 산정하는 것을 원칙으로 하고 있는지 생각해 볼 필요가 있다.

3. 주식매수가액의 산정에 관한 재판절차

(1) 비송사건절차법

주식매수가액에 대하여 주주와 회사 사이에 협의가 이루어지지 않으면, 주주 또는 회사는 법원에 매수가액의 결정을 청구할 수 있고, 법원은 주식매수가액을 공정한 가액으로 산정해야 한다. 이 재판은 비송사건절차법(제72조 제1항, 제11조, 제17조, 제20조, 제22조, 제23조, 제86조의2 제1항²⁷⁾)에 따라 이루어진다.

비송사건은 그 대상이 주로 공익적인 성격²⁸⁾을 지니고 있으므로 사인간의 법률관계는 사적자치원칙에 의하여 국가가 관여하지 않는 것이 원칙이나, 법원이 예외적으

27) 제72조(관할) ① 「상법」 제176조, 제306조, 제335조의5, 제366조 제2항, 제374조의2 제4항, 제386조 제2항, 제432조 제2항, 제443조 제1항 단서와 그 준용규정에 따른 사건 및 같은 법 제277조 제2항, 제298조, 제299조, 제299조의2, 제300조, 제310조 제1항, 제391조의3 제4항, 제417조, 제422조, 제467조, 제582조, 제607조 제3항에 따른 사건은 본점 소재지의 지방법원 합의부가 관할한다.

제11조(직권에 의한 탐지 및 증거조사) 법원은 직권으로 사실의 탐지와 필요하다고 인정하는 증거의 조사를 하여야 한다.

제17조(재판의 방식) ① 재판은 결정으로써 한다.

제20조(항고) ① 재판으로 인하여 권리를 침해당한 자는 그 재판에 대하여 항고할 수 있다.

제22조(항고법원의 재판) 항고법원의 재판에는 이유를 붙여야 한다.

제23조(항고의 절차) 이 법에 따른 항고에 관하여는 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 항고에 관한 「민사소송법」의 규정을 준용한다.

제86조의2(주식매도가액 및 주식매수가액 결정의 재판) ① 법원은 「상법」 제335조의5 및 그 준용규정에 따른 주식매도가액의 결정 또는 같은 법 제374조의2 제4항 및 그 준용규정에 따른 주식매수가액의 결정에 관한 재판을 하기 전에 주주와 매도청구인 또는 주주와 이사의 진술을 들어야 한다.

28) 「법원실무제요(소년·비송)」 제3판, 법원행정처, 2000, 311면.

로 사권관계의 형성·변경·소멸에 관여하는 사건이다.²⁹⁾ 현행법은 법원의 관할에 속하는 민사사건 중 일부를 소송절차에 따라 처리하지 않는 사건, 즉, 비송사건으로 분류하여 비송사건절차법에 따른 재판을 거치도록 하고 있다.³⁰⁾ 그에 따라 상법 등에 따른 분쟁으로 인한 민사사건(일반적으로 ‘상사사건’이라고 한다) 중 일부가 비송사건절차법에 비송사건으로 규정되어 있고, 합병 등에 반대하는 주주의 주식매수청구권 행사시 주식매수가액에 대한 당사자 사이의 협의결정으로 당사자가 법원에 주식매수가액의 결정을 구할 경우, 그 사건을 비송사건으로 분류하여 그 재판절차를 민사소송법이 아니라 비송사건절차법에 의하도록 규정하고 있다.

(2) 검토

합병 등 조직재편시 주주총회의 특별결의에 반대하여 주주가 회사에 대하여 행사하는 주식매수청구권은 앞서 살펴본 바와 같이 우리 상법 등에서 특별히 인정하고 있는 주주의 회사에 대한 출자금의 회수를 위한 권리이고, 그 권리를 행사한 주주에게만 행사의 효과가 귀속한다. 요컨대, 반대주주의 주식매수청구권은 그 행사의 목적이 회사의 경영 내지는 운영에 참가하는 것이 아니라 주주가 개인적으로 회사로부터 경제적 이익 내지는 편익을 얻는 것이므로 ‘자익권’의 일종에 속한다.³¹⁾ 그러므로 주식매수가액의 결정은 대상회사의 가치평가와 직결되어 조직재편에 반대하는 주주와 회사 사이의 첨예한 ‘쟁송’의 대상이라고 할 수 있다.

그런데 반대주주의 주식매수청구와 관련된 주식매수가액결정사건을 공익적 성격을 주로 지닌 사건(‘비송’사건)으로 보아 비송사건절차법에 의하도록 하는 것이 타당한가? 이러한 의문은 상사비송사건이 재판실무에서 거의 소송사건화하는 경향을 보이고 있다는 점에서 더 설득력을 가진다. 그와 같은 재판실무의 경향은 대상결정에서 대법원이 주식매수가액결정청구 사건이 비송절차법에 따라 재판이 진행되더라도 “어떠한 사실을 인정하기 위해서는 증명을 필요로 하며, 통상인이라면 의심을 품지 않을 정도의 고도의 개연성이 인정되어야 한다³²⁾”는 점은 민사소송에서와 동일하다.”라고 밝히고 있는 것을 보더라도 알 수 있다.

그렇다면, 주식매수가액 결정 청구사건이 민사소송절차에 따라 진행된다면 어떠한가? 민사소송의 원칙인 변론주의에 따라 재판에서 당사자는 ‘변론’을 해야 할 것이

29) 김동근/조신기/정동근, 「비송사건처리절차법 이론 및 실무」, 법률출판사, 2017, 38면. 비송과 소송사건의 구별에 관해 “비송사건은 국가가 관계인에 대하여 감호적인 사법 행정적 판단을 하는 것이라고 할 수 있다. 그러므로 이러한 비송절차는 민사소송 절차에서 볼 수 있는 당사자의 처분권에 따르게 해서는 안 되고 절차의 주체인 관계인의 지위 내지 그가 가진 특별한 기본권을 국가가 보호해 주어야 하는 적극적인 법치국가적 요청이 요구되는 분야인 것이다. 게다가 비송절차에는 관계인에 대한 이른바 국가의 감호의 관점과 실제적 정당성에 대한 고도의 국가 책임이 놓여 있다는 점이 특징이다.”라고 하는 견해로는 반홍식, “독일 가사 및 비송사건절차법의 내용과 구조 - 비송사건을 중심으로 -”, 민사소송 제15권 제1호(2011), 46면.

30) 이시윤, 「신민사소송법」 제11판, 박영사, 2017, 13면.

31) 공익권과 자익권의 구별기준 및 특성에 관해서는 이철송, 앞의 책, 313-314면 참조; 정찬형, 앞의 책, 715-716면 참조.

32) 같은 취지로 반홍식, “비송사건절차에 있어서의 자유증명의 대상과 적용범위- 독일가사 및 비송사건절차법(FamFG)에 관한 내용을 중심으로 -”, 「원광법학」 제25집 제4호(2009), 33-34면.

다. 그 경우, 주요 쟁점은 주식매수가액의 공정성 혹은 불공정성에 대한 입증책임을 누가 부담하는가가 될 것이다. 변론주의에서의 입증책임을 사실을 주장하는 원고에게 부담하게 한다는 원칙을 따른다면, 시장가격이 형성되어 있는 주식의 경우, 결국 그 불공정성에 대한 입증책임을 주주가 지게 된다.

그런데 현실은 어떤가? 변론주의, 당사자처분권주의는 원·피고가 대등한 것을 전제로 하는데, 과연 양자가 대등한가? 민사소송절차에 의하게 된다면, 주식매수가액에 대한 당사자 사이의 협상이 결렬될 경우, 주식매수가액결정 사건에서 주주와 회사가 원·피고로서 입증책임을 지게 되는데, 정보력에서 열위에 있는 반대주주가 주식매수가액의 불공정성에 대한 입증에 실패할 가능성이 높다고 볼 수 있다. 이는 소수주주의 보호에 반하는 결과가 되는데, 타당한가?

바로 이 부분에서 비송사건절차법에서의 ‘법원의 직권탐지주의’(제11조)가 빛을 발할 수 있다고 본다. 변론주의를 엄격하게 적용할 경우에 발생할 수 있는 불합리한 결과 등을 법원이 비송사건절차법에서 명시하고 있는 법원의 직권탐지주의를 발동시킴으로써 대상결정에서도 법원이 결과적으로 소수주주의 편에 서는데 상당 부분 기여할 수 있었다. 즉, 주식매수가액 산정의 기준 등에 관하여 기존 대법원의 입장을 견지하고 그로 인해 소수주주의 보호에 반하는 결과를 초래하게 된다면, 법원이 이를 예외적인 상황으로 보아 보정할 수 있는 권한이 절차법적으로는 비송사건절차법에서 뒷받침되어 있으니 소수주주 보호에 소홀하게 될 결과의 초래가능성을 낮출 수 있다는 것이다.

다만, 이처럼 비송사건절차법에 따른 재판절차에는 법원에 의한 사법재량이 남용될 우려가 배제될 수 없어 법적 안정성에 혼란을 초래할 수 있다는, 간과할 수 없는 단점이 있다. 사법재량의 발동범위가 가급적 제한될수록 법적안정성을 도모할 수 있다는 점³³⁾을 법원도 수긍한다면, 입법론적으로 주식매수가액결정절차를 현행 비송절차에서 소송절차로 이관하는 것이 바람직하다³⁴⁾는 점에 이견이 없을 것이다. 주식의 시장가격의 형성에 왜곡이 생길 여지가 차단된 상황이 도래한다면, 그 가격의 불공정성 여부를 변론주의원칙에 따라 소수주주에게 입증하도록 한들 법원이 우려하는 예외적인 상황에까지는 이르는 쉽지 않을 것으로 생각된다.

그러나 아마도 대법원은 대상결정에서 그와 같은 상황이 도래할 가능성보다는 소수주주의 보호가 보다 더 필요하다는 상황이라는 점에 주목한 것으로 보이고, 그런 취지에서라면, 대상결정에서의 대법원의 결론은 수긍할 만하다.

이와 같은 사정들을 종합해 보면, 대법원이 주식매수가액결정에 관해 일관되게 취해 오는 것으로 보이는 입장은 법원의 사법재량남용의 폐해보다 소수주주의 권리보호를 우선시하는 데에서 비롯된 것으로 보인다. 그러므로 대법원이 대상결정에서 조직재편의 일종인 합병에 반대하는 주주의 주식매수청구권 행사시 주식매수가액의 결정절차를 비송사건절차법에 따라 처리하고, 향후에도 특별한 사정이 없는 한, 이를 견지하려는 의도를 표명한 것은, 다소 아쉽기는 하지만 소수주주와 지배주주의 대립

33) 법원의 후견적 역할의 범주를 공익상의 이유가 존재하는 곳으로 제한하고 있다는 점에 비추어 보면, 현행법도 법원의 개입을 최소화하는 것이 바람직하다고 보고 있다고 생각된다. 법원의 재판에 대해 그 적법성을 다룰 법적 구체수단을 두고 있지 않은 현행법제를 고려한다면, 법원의 후견적 역할의 범위는 좁으면 좁을수록 개인의 자유향유에 기여할 수 있을 것이다.

34) 이철송, 앞의 책, 607-608면.

해소가 쉽지 않은 우리 기업의 실상에 대한 깊은 고민의 결과라고 생각된다.

V. 결론

이상의 내용을 종합해 보면, 우리 대법원은 영업양도·합병 등의 조직재편에 대한 주주총회의 특별결의에 반대하는 소수주주가 법원에 주식매수가액의 결정을 구할 경우, 법원은 공정한 가액을 산정하기 위해 시장주가를 기준으로 삼는 것을 원칙으로 하되, 지배주주의 개입 등으로 인하여 시장주가가 심하게 왜곡되고, 그로 인해 소수주주가 보유한 주식의 가치에 하락분이 있다면 이를 법원이 직권으로 보완함으로써 소수주주보호라는 주식매수청구권의 제도적 취지에 부합하고자 하는 입장을 취하는 것으로 보인다. 요컨대, 법원은 소수주주의 주식가치하락분의 보완이 필요한 경우를 예외적인 상황으로 보고, 그 경우 재량으로 이를 보완할 방법을 강구할 수 있는 근거로 비송사건절차법에 따라 허용된 법원의 직권탐지주의를 강조하고 있음을 알 수 있다.

대상결정도 기존 대법원의 입장에 따름으로써 자본시장법상 규정된 주식매수가액의 산정기준시점을 그대로 따르지 않고 주식매수가액을 산정하여 소수주주의 주식가치하락분을 묵과하지 않는 결론에 이르렀다. 이는 법원이 반대주주로서 회사에 대해 주식매수청구권을 행사할 수밖에 없는 상황에 몰린 소수자 주주의 보호를 중시한다는 입장을 명확히한 것이라고 생각된다.

그러므로 소수주주보호를 중시하는 대법원의 입장과 반대주주의 회사에 대한 주식매수청구권제도의 취지에 비추어 볼 때, 대상결정에서와 같이 합병 등의 조직재편으로 인한 주가하락분을 주식매수가격에 반영하지 아니한 것이 타당하다면, 같은 제도적 취지와 필요성이 인정되는 경우에는 합병으로 인한 주가상승분, 즉, 합병의 시너지를 주식매수가액의 공정한 산정시 평가요소로서 고려할 수 있을 것으로 생각되고, 이는 대법원이 기존 결정에서 합병 등으로 인한 회사의 미래수익을 주식매수가액 산정시 반영한 것과도 궤를 같이 한다고 볼 수 있다. 이에 대해서는 향후 관련 판결에서 대법원이 어떤 입장을 취할지 유념하여 살펴볼 필요가 있다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 김동근/조신기/정동근, 「비송사건처리절차법 이론 및 실무」, 법률출판사, 2017.
- 김건식/노혁준/천경훈, 「회사법」 제5판, 박영사, 2021.
- 「법원실무제요(소년·비송)」 제3판, 법원행정처, 2000.
- 이시윤, 「신민사소송법」 제11판, 박영사, 2017.
- 이철송, 「회사법강의」 제29판, 박영사, 2021.
- 정찬형, 「상법강의(상)」 제25판, 박영사, 2022.
- 노혁준, “승인으로 인한 株式買受請求時의 價格決定”, 「민사판례연구」 제30권, 2008.
- 노혁준, “2019년 회사법 중요판례평석”, 「인권과 정의」 제488호, 2020.
- 류해필/이진환/강효석, “합병기업의 주식매수청구권 행사 결정요인과 장기성과”, 「재무관리연구」, 제30권 제4호, 2013.
- 반홍식, “독일 가사 및 비송사건절차법의 내용과 구조 - 비송사건을 중심으로 -”, 「민사소송」 제15권 제1호, 2011.
- 반홍식, “비송사건절차에 있어서의 자유증명의 대상과 적용범위- 독일가사 및 비송사건절차법(FamFG)에 관한 내용을 중심으로 -”, 「원광법학」 제25집 제4호, 2009.
- 양만식, “상법상 조직변경과 반대주주의 주식매수청구권” 「경영법률」 제23권 제4호, 2013.
- 육태우, “개정상법상 소수주주축출제도에 관한 연구” 「경영법률」 제22집 제2호, 2012.
- 이승환, “일본회사법상 주식매수청구권에 대한 고찰”, 「경제법연구」 제17권 1호, 2018.
- 이재찬, “미국 회사법의 최근 논의에 관한 연구 - ① 기관투자자의 적극적 역할에 관한 찬반론 및 ② 최근 주식매수청구권에 관한 텔라웨어 주법원 판결(Aruba case)에 관한 논의를 중심으로 -”, 재판자료 제142집, 외국사법연수논집(40), 2021.
- 이창열, “상장·비상장 주식의 주식매수가액 결정 방법”, 법관연수(2017년도) 어드밴스(Advance)과정 연구논문집, 2018.

<동양문헌>

松中學, “組織再編における株式買取請求權と公正な価格”, 法學教室 362号(2010年).

<기타 자료>

2022. 4. 14.자 대법원 보도자료 “대법원 2016마5394 등 주식매수가액 결정 사건”.

[Abstract]

Appraisal right of dissenting shareholders

**-Analysis of the Supreme Court Decision 2016Ma5394, 5395(byeonghap),
5396(byeonghap) delivered on April 14, 2022 -**

Eunyoung Yun*

Under the Korean Commercial Code(the “KCC”), the Financial Investment Services and Capital Market(the “FSC”) and the Enforcement decree of the FSC(the “ED”) provides that (i) where a shareholder, dissenting from a resolution regarding corporate reorganizations such as mergers and acquisitions under the KCC, has notified the company of his/her dissent to such resolution in writing before a shareholders meeting, he/she may request the company to purchase his/her shares in writing, specifying the classes and number of such shares, within 20 days from the date of the resolution at such shareholders meeting, (ii) where the company receives a request, the relevant company shall purchase the shares in the period during which a request for purchase can be made under the KCC, FSC and the ED, (iii) the purchase price of shares shall be determined through consultation between the shareholder and the company, (iv) where the consultation fails to produce an agreement within specified period during which a request for purchase can be made, the company or the shareholder who has requested the purchase of shares may request the court to determine the purchase price and (v) where the court decide on the purchase price of shares, it shall compute it by a fair value in view of the status of assets of the company and other situations.

Evaluating the price of the shares has been disputed due to the silence of the KCC etc regarding the specific meaning and method of calculating of such shares, and also the court decides it not according to the civil procedure process under the Korean Civil Procedure Act, but according to the procedure process under the Korean Non-Contentious Case Procedure Act and therefore the court decision standard of this issue is ambiguous. In evaluating the the price of the shares, courts deem a standard market price of the company as the fair value of the shares because courts believed that the standard market price of the shares has been decided on the stock market and market price deems reasonably among related parties. However, in the exception case of that severe distortion of the price arisen from intentional engagements by controlling shareholders in stock pricing is detected, court may conduct a judicial discretion granted to, and therefore, shall ex officio fi

* Ph.D/Professor at Jeju National University Law School/attorney at law

** This work was supported by the 2022 education, research and student guidance grant funded by Jeju National University.

nd facts and examine evidence as it deems necessary, in a sense of protecting minority shareholders from majority rules. The court decision rendered by the Supreme Court on April 14, 2022(2016Ma5394, 5395(byeonghap), 5396(byeonghap)) agreed to such court application. In the above case where dissenting shareholders experienced value discount arisen from severe distortion of stock pricing, court fixed and remedied such discount in evaluating the stock price. Given the institutional function of the appraisal rights of dissenting shareholders, court's conclusion drew the result of protecting minority shareholders adequately and it seems to be adequate. And then, although it is unclear whether courts would hold, in cases where whether the increased effect from accomplishment of corporate reorganization such as mergers and acquisitions, that is, a synergy effect, should be considered in evaluating fair value of dissenting shareholders. Considering the above court rulings, the related decisions in the near future need to be carefully examined.

Key words: appraisal right of dissenting shareholders, fair value, minority shareholders, mergers & acquisitions(M&A), synergy effect of M&A, the Korean Non-Contentious Case Procedure Act, principle of ex officio finding facts and examining evidence, judicial discretion

국내 사이버안보법 입법 현황과 제언사항

유인수* 류연승** 한주희*** 조성경**** 신혜영*****

논문요지

세계적으로 사이버공간에 대한 의존도가 높아지고 국가 배후 사이버공격이 증가하면서 사이버안보가 점차 중요해지고 있다. 특히 방위산업의 경우 국가안보와 밀접하게 연관되어 있을 뿐 아니라 최근 우리의 첨단 국방기술을 탈취하려는 사이버공격이 급증하고 있다는 점에서 더욱 철저한 보호가 필요하다. 사이버공격에 효과적으로 대비하려면 국가차원에서 공공과 민간을 아우르는 포괄적인 대응체계를 수립해야하고, 이를 위해서는 사이버안보법이 필수적이다. 이에 우리나라에서도 2006년부터 10여 차례 사이버안보법이 발의되었으나 번번이 폐기되었다.

본 연구는 사이버공격의 특성과 선행연구 등을 종합하여 사이버안보법이 갖춰야 할 6가지 요건을 제시한다. 이는 사이버공간에 대한 국가안보적 접근, 사이버안보 전담 기관 설치, 사이버안보 유관 기관 간 정보 공유, 지속적인 사이버안보 역량 강화, 국민 기본권 침해 방지 및 국민 참여 유도, 사이버안보 관련 개념 구체화 등이다. 이러한 요건을 토대로 현재 입법 추진 중인 법안들을 평가하고, 바람직한 사이버안보법 제정 방안을 제안한다. 이러한 연구를 통해 국가안보와 방위산업을 효과적으로 보호할 수 있는 사이버안보법이 조속히 제정되는 데 기여하고자 한다.

검색용 주제어: 사이버공격, 사이버안보, 사이버안보법, 방위산업, 국가안보, 국가정보원

· 논문접수: 2022. 12. 27. · 심사개시: 2023. 01. 09. · 게재확정: 2023. 01. 25.

* 명지대학교 방산안보학과 박사과정, 주저자
** 명지대학교 방산안보학과 주임교수, 교신저자
*** 명지대학교 방산안보학과 박사과정, 공동저자
**** 명지대학교 방산안보학과 박사과정, 공동저자
***** 명지대학교 방산안보학과 석사과정, 공동저자

I. 서론

대한민국 정부와 기업은 정보통신기술을 이용하여 국민들에게 세계 최고 수준의 빠르고 편리한 서비스를 제공하고 있다. 직접적으로는 정부와 기업들이 인터넷을 통해 행정, 금융, 상거래, 교육 등 다양한 서비스를 제공하고 있고, 간접적으로는 발전 및 송전, 정수 및 급수, 교통 및 치안 등을 위한 다양한 기간시설이 정보기술 연결망을 통해 통제 및 운영되고 있다. 즉 우리 정부와 기업, 그리고 국민이 연계되어 이용하고 있는 사이버공간은 우리 경제와 국가경쟁력의 핵심이라고 할 수 있다. 그러나 이는 우리의 사이버공간이 안전하게 보호되지 못한다면 이러한 서비스와 기간시설 운영을 지속할 수 없다는 것을 의미하므로, 우리에게 적대적인 세력 또는 국가에게는 우리의 사이버공간이 매력적인 공격 목표가 된다. 특히 방위산업도 관련 기술의 연구·개발 및 방산업체들이 사업을 영위하는 데 사이버공간을 필수적으로 활용하고 있다는 점에서 사이버공간에 대한 위협에 철저한 대응이 필요하다.

우리의 사이버공간을 보호하기 위해 2006년부터 다양한 사이버안보법이 발의되었으나 15년이 넘게 지난 지금까지 국회에서 발의와 폐기를 반복하며 통과되지 못하고 있다. 최근에도 국가정보원이 2022년 11월 8일 「국가사이버안보 기본법」을 입법예고했지만 입법을 낙관하기 어려운 상황이다. 이렇게 사이버안보법 제정이 지연되면서 사이버공간을 안전하게 보호하기 위한 국가차원의 종합적, 예방적 조치를 취하는 데 차질이 생기고 있다. 이에 본 연구는 빠른 시일 내에 사이버안보법을 제정해야 한다는 인식을 전제로 사이버안보에 필요한 여러 가지 요건을 갖춘 사이버안보 법안과 입법 방안을 제시하고자 한다.

본 연구는 II장에서 사이버공격의 특성을 점검하여 사이버공격에 대해 국가안보적 관점에서 대응해야 한다는 것을 확인하고, 이어 국내 학자들의 선행연구 결과를 종합하여 사이버안보법이 갖춰야 할 요건을 고찰한다. III장에서는 지금까지 발의되었던 사이버안보 법안들의 특징을 살펴보고, 특히 현재 계류 및 입법예고 상태에 있는 법안들을 중심으로 필요한 요건을 갖추었는지 분석 및 평가한다. IV장에서는 앞서 논의한 내용을 바탕으로 바람직한 사이버안보법과 이를 입법하는 방안을 제시한다.

II. 사이버안보법의 요건

1. 사이버안보의 필요성

과거에 해커 및 해킹 조직들은 대부분 재미 또는 금전 갈취를 목적으로 사이버공간을 공격하였고, 이러한 목적에 따라 주로 은행 등 금융권이나 개인정보를 대량으로 보유하고 있는 쇼핑업체 등을 대상으로 하였다. 이러한 목적의 사이버공격은 사이버범죄로 치부할 수 있을 것이며, 안보적 차원에서의 접근은 필요하지 않을 수 있다. 그러나 냉전 이후 세계 경제가 성장하고 정보통신 기술이 발전하면서 전 세계 모든 국가들은 사이버공간에 점점 더 많이 의존하게 되었고, 그 결과 사이버공격으로 인한 피해도 급격히 증가하고 있다. 무엇보다도 국가 배후 해킹조직들이 다른 국

가에 직·간접적인 피해를 입히기 위해 상대 국가의 사이버공간을 조직적으로 공격함에 따라 사이버공격은 국가안보의 문제가 되었다.

미국 사이버안보및기간시설보안청(Cybersecurity & Infrastructure Security Agency, CISA)은 중국 정부가 자국의 이익을 위해 악의적인 사이버활동을 하고 있으며 “의료, 금융 서비스, 방위산업 기반, 에너지, 정부 시설, 화학, (자동차와 항공우주를 포함한) 중요 제조, 통신, (관리 서비스 제공자를 포함한) IT, 국제 무역, 교육, 비디오 게임, 종교 단체, 로펌 등 미국의 다양한 산업과 조직을 목표로 한다”고 밝히고 있다.¹⁾ 또한 미국 FBI 국장 Christopher Wray는 2022년 1월 “중국 정부의 해커들이 다른 모든 국가를 합친 것보다 더 많은 개인 및 기업 자료를 훔치고 있다”면서 중국을 가장 심각한 국가 배후 사이버공격 행위자로 지목하였다.²⁾ 물론 중국은 미국 뿐 아니라 우리나라를 대상으로도 사이버공격을 감행하는 것으로 보인다. 예를 들면 중국은 2017년 우리나라의 사드 배치에 불만을 품고 우리 정부 및 주요 웹사이트는 물론 개인에 대해서도 사이버공격을 한 것으로 알려졌다.³⁾

러시아 또한 사이버공격을 가장 적극적으로 수행하는 국가로 거론된다. Windrem에 따르면 러시아는 2007년 5월 에스토니아를 상대로 분산서비스거부(Distributed Denial of Service attack, DDos) 공격을 감행하여 에스토니아의 인터넷을 마비시켰다. 2008년 8월에는 조지아를 군사적으로 침략하면서 이와 동시에 사이버공격으로 조지아의 내부 통신을 중단시켰다. 2014년 3월에는 우크라이나 크림반도에서 친 러시아 반군이 크림반도를 점령하는 동안 우크라이나에 DDoS 공격을 가하여 우크라이나의 인터넷을 교란하였다. 2015년 6월부터 2016년 11월까지의 미국 대선과 관련하여 민주당의 컴퓨터를 해킹하여 입수한 자료를 Hillary Clinton을 낙선시키는 활동에 이용하였다.⁴⁾ 또한 2022년 우크라이나 침공을 앞두고 2월 14일 우크라이나 90여 개 웹사이트를 대상으로 사이버공격을 실시하고⁵⁾, 우크라이나를 침공하여 주요 시설에 폭격할 때도 사이버공격을 통해 데이터를 파괴한 것으로 알려졌다.⁶⁾ 이처럼 러시아는 상대 국가의 통신을 무력화할 정도로 대규모의 사이버공격을 실행하는 것으로 보이며, 특히 사이버공격을 군사적 조치와 병행함으로써 군사적 조치의 물리적 효과를 배가하는 것으로 평가된다. 즉 사이버공격을 사이버공간에 한정하는 것이 아니라 이를 실제 물리적 공간에 대한 위협으로 확대하는 것이다.

우리나라의 경우 북한과 대치하고 있기 때문에 북한 사이버공격의 주요 목표가 되

1) Cybersecurity & Infrastructure Security Agency, “China Cyber Threat Overview and Advisories”, <https://www.cisa.gov/uscrt/china> (2022년 12월 27일 최종접속)

2) Wray, Christopher. “Countering Threats Posed by the Chinese Government Inside the U.S”, Federal Bureau of Investigation, January 31, 2022. <https://www.fbi.gov/news/speeches/countering-threats-posed-by-the-chinese-government-inside-the-us-wray-013122> (2022년 12월 27일 최종접속)

3) “사드 전격 배치 이후...中 보복 해킹 더욱 거세지나”, 보안뉴스, 2017. 4. 26., <https://www.boannews.com/media/view.asp?idx=54480&page=1&kind=1> (2022년 12월 27일 최종접속)

4) Windrem, Robert. “Timeline: Ten Years of Russian Cyber Attacks on Other Nations”, NBC Universal, December 18, 2016. <https://www.nbcnews.com/storyline/hacking-in-america/timeline-ten-years-russian-cyber-attacks-other-nations-n697111> (2022년 12월 27일 최종접속)

5) “2007년 전세계 충격 빠뜨렸던 러 해커...사이버戰 무서운 이유”, 중앙일보, 2022. 2. 20., <https://www.joongang.co.kr/article/25049564#home> (2022년 12월 27일 최종접속)

6) “MS “러, 우크라 기관 37차례 사이버 공격...침공 1년전부터 준비””, 전자신문, 2022. 4. 28., <https://www.etnews.com/20220428000111> (2022년 12월 27일 최종접속)

고 있다. 북한은 이미 1986년부터 사이버부대를 준비하기 시작하였고, 1998년 사이버부대를 창설한 이래 그 규모와 공격 역량을 확대하고 있다.⁷⁾ 정민경 외에 따르면, 북한의 사이버공격은 공공과 민간을 가리지 않고 사실상 모든 영역을 대상으로 하고 있으며, 공격의 목적도 금전적인 이익뿐만이 아니라 정치적인 목적이나 기밀정보 취득과 같이 다양하다. 먼저 공격 대상을 보면 “2000년도 초기엔 개인용 컴퓨터(PC) 및 웹사이트를 중심으로 한 공격이 이뤄졌었는데, 2011년부터 금융사 및 언론사의 전산시스템을 공격하는 사이버공격들이 발생했으며, 2014년도 후반에는 국가사회기반시설을 대상으로 한 공격이 발생했다. 2004년 국가 및 공공기관 전산망 해킹사건, 2006년 한국 국방부 및 미국 국방성 해킹사건, 2009년 7.7 디도스 공격, 2011년 3.4 디도스 공격 사건들은 공공기관과 민간기관의 웹사이트를 공격한 사건들이다.” 또한 공격의 목적으로 분류하면 “1.25 인터넷 대란, 국가 및 공공기관 전산망 해킹, 7.7 디도스 공격, 3.4 디도스 공격, 위성위치과악시스템(GPS) 교란, 중앙일보 해킹, 3.20 사이버테러, 6.25 사이버테러, 9.25 디도스 공격, 한수원 해킹사건은 사회혼란유발 등 정치적인 목적에 의해 발생한 공격”이고, 2006년 국방부 해킹과 2013년 S사 해킹 등은 “군사기밀정보, 기업기밀정보 등 기밀정보 취득이 목적”이며, 2011년 게임회사를 해킹한 것은 “금전적인 이익을 위한 공격”이라고 하였다.⁸⁾ 이처럼 우리나라는 북한의 사이버공격에 일찌감치 노출된 것으로 보이며, 북한이라는 1개 공격자만 놓고 보더라도 공공과 민간을 가리지 않고 모든 영역에서 다양한 목적의 공격을 받고 있다.

아울러 사이버공격은 우리의 방위산업도 목표로 하고 있다. 2021년 대우조선해양·한국항공우주 등 대형 방산업체들이 사이버공격 피해를 입었고,⁹⁾ 2022년 8월 국내 보안업체 ‘이스트시큐리티’는 북한 정찰총국이 배후로 추정되는 사이버위협 징후가 포착되었다고 발표하였다.¹⁰⁾ 또한 방위사업청 등의 자료에 따르면 2020년 9월부터 2021년 8월까지 1년간 국내 주요 방산업체 13개를 대상으로 총 121만 8,981건의 외부 해킹 시도가 있었고,¹¹⁾ 방위사업청과 국방과학연구소에 대한 해킹시도가 2018년 4,812건에서 2021년 8,479건으로 76.2% 증가한 가운데 해커들의 인터넷주소는 중국이 가장 많았다.¹²⁾ 이 모든 사이버공격을 국가 배후 공격으로 단정할 수는 없겠으나, 방위산업 기술과 자료는 사용처가 군사무기 등으로 매우 제한되어 있고 국가안보와 직결되는 분야라는 점에서 이에 대한 해킹 시도 대부분이 국가 배후 공격이라고 의심해볼 수 있다. 따라서 방위산업에 대한 사이버공격은 더욱 심각하게 받아들여져야 하며 보다 철저한 대응책이 필요하다.

7) 김진광, “북한의 사이버조직 관련 정보 연구: 조직 현황 및 주요 공격사례 중심으로”, 『한국 컴퓨터정보학회논문지』 제28권제2호(2020), 111-114면.

8) 정민경 외, “북한의 사이버공격과 대응방안에 관한 연구”, 『한국IT서비스학회지』 제15권제1호(2016), 67 - 79면.

9) “방산업계 해킹 속출… “국가 주도로 민관 협력해야””, 조선일보, 2021. 11. 29., <https://biz.chosun.com/industry/company/2021/11/29/3GAT6JLF2BHYTCAKOFAGC7FZBE/> (2022년 12월 27일 최종접속)

10) “한국 보안업체 “북 해킹조직, 한국 방산업체 대상 공격 시도””, 자유아시아방송, 2022. 8. 25., https://www.rfa.org/korean/in_focus/cyberattack-08252022094150.html (2022년 12월 27일 최종접속)

11) “주요 방산업체 상대 해킹시도, 최근 1년새 ‘121만 건’”, 뉴스1, 2021. 10. 12., <https://www.news1.kr/articles/?4458147> (2022년 12월 27일 최종접속)

12) “‘K-방산’ 인기 속 방사청·ADD 해킹시도 급증… 5년간 3만2646건”, 뉴스1, 2022. 10. 5., <https://www.news1.kr/articles/?4822852> (2022년 12월 27일 최종접속)

이처럼 국가 배후 사이버공격은 상대 국가에 경제적 피해뿐 아니라 정치와 사회 및 국가안보에까지 영향을 주는 것을 목적으로 하고 있으며, 최근 각광받고 있는 방위산업도 그 목표가 되고 있다. 과거의 사이버공격은 일부 개인이나 집단의 범죄에 불과했지만, 현재의 국가 배후 사이버공격은 과거의 전쟁과 마찬가지로 강압적인 활동을 통해 상대 국가를 약화시키거나 자국의 의도대로 움직이는 것을 목표로 한다. 따라서 이제는 사이버공격을 국가안보 문제로 보는 것이 타당하다.

아울러 사이버공격은 사이버공간 일부의 취약점을 이용하여 다른 부분까지 공격하는 사례가 많다는 점에도 주목해야 한다. 예를 들어 대표적인 사이버공격 방식인 분산서비스거부(DDoS) 공격의 경우, 공격자는 보안이 취약한 다수의 네트워크 기기에 미리 악성코드를 심어두었다가 필요시 감염된 모든 기기가 동시에 공격 목표에 데이터를 요청하도록 함으로써 목표가 과부하를 일으켜 마비되도록 만든다. 여타 사이버 공격도 공격자의 위치를 숨기기 위해 다수의 취약한 네트워크를 경유하여 목표에 접근한다. 즉 사이버공간 일부의 취약점을 이용하여 목표를 공격하는데, 민간 영역이 공공 영역보다 훨씬 더 방대하고 상대적으로 관리가 부실하기 때문에 민간 네트워크가 공공기관 해킹에 악용되는 사례가 계속해서 발생하고 있다.¹³⁾ 따라서 효과적인 사이버안보를 위해서는 공공 영역에서만 대비하는 것으로는 부족하며, 국가적 차원에서 공공 영역과 민간 영역을 아우르는 대비 체계를 갖춰야 한다.

2. 선행연구와 시사점

국내 많은 연구자들은 일찌감치 사이버안보법 제정을 촉구하면서 관련 요건을 제시하였다. 이진수는 2000년 논문에서 사이버테러리즘에 대처하기 위해 먼저 대통령 훈령으로 「국가정보기반보호규정」을 제정하여 사이버테러리즘 관련 업무를 총괄 수행하는 “국가정보기반보호본부”를 설치 및 운용하고, 향후 공공과 민간 전 분야에 적용되는 법률을 제정할 것을 촉구하였다. 또한 “각부처와 연구기관 등에서 분산 수행되어 온 대응전략 및 연구개발 기능을 유기적으로 통합 조정”하고 사이버범죄에 대한 수사기능을 확대하는 한편, 정보보호산업 육성·전문인력 양성·대국민 홍보 및 국내외 유관기관간 협력체제를 강화해야 한다고 주장하였다.¹⁴⁾ 이처럼 이미 2000년부터 사이버안보법에 대한 기본적인 내용은 제시되어 있었다.

이연수 외는 2008년 논문에서 시급한 순서에 따라 (1) 국가정보원의 「보안업무규정」과 「정보및보안업무기획조정규정」 등에 사이버안전 관련 임무를 추가, (2) 「국가정보원법」에 “사이버안전업무”를 추가하여 국가정보원 산하 국가사이버안전센터를 사이버안전의 총괄 기관으로 운영하는 법률적 근거를 마련, (3) 사이버안전 관련 개별 법률을 통합하여 단일법 제정, (4) 사이버범죄에 대한 처벌 강화, (5) 사이버안전 전문 인력 양성, (6) 사이버안전 관련 예산 증액 등을 제시하였다.¹⁵⁾ 이 연구는 공성진 의원이 2006년 이미 발의했던 「사이버위기 예방 및 대응에 관한 법률안」을 언급

13) “민간에 심은 악성코드 타고 정부 침투…국정원, 알고도 속수무책”, 서울경제, 2022. 1. 26., <https://www.sedaily.com/NewsView/2610M7IEOC> (2022년 12월 27일 최종접속)

14) 이진수, “사이버테러리즘의 실태와 대책”, 「형사정책연구」 제42호(2000), 1-15면.

15) 이연수 외, “주요국의 사이버안전관련 법·조직체계 비교 및 발전방안 연구”, 「국가정보연구」 제1권제2호(2008), 35-116면.

하지 않지만, 국가사이버안전센터를 사이버안보 총괄 기관으로 설정하고 단일법 제정을 제시한다는 점에서 일맥상통한다고 볼 수 있다.

양천수와 지유미는 2018년 논문에서 미국의 「사이버보안 정보공유법」(Cybersecurity Information Sharing Act of 2015)을 분석하여 시사점을 도출하였다. 미국의 사이버보안 체계는 여러 개의 개별법으로 구성되어 있어 “법제도 자체에 체계적으로 접근하기 어렵다”는 문제가 있지만, (1) “국토안보부를 중심적인 거버넌스로 설정”하여 “신속하고 통일적으로 대응할 수 있도록 하고”, (2) “독자적인 「사이버보안 정보공유법」을 제정”함으로써 “정보침해 및 보호에 관한 정보를 광범위하게 공유”하도록 하여 “정보보호와 정보공유가 선순환관계를” 맺도록 하였으며, (3) “정보공유의 대상, 방법, 참여주체에 관해 아주 광범위하면서도 구체적인 방안을 제시”하였고, (4) “독자적이고 전문적인 정보공유 프로그램을 개발해 자동적이고 즉각적으로 정보공유가 이루어질 수 있도록 하고 있다”고 호평하면서 우리나라도 미국의 사례를 참고해야 한다고 제안하였다.¹⁶⁾

박홍순은 2018년 논문에서 “방위산업 사이버 보안”을 강화하기 위해 방산 정보공유·분석센터(Information Sharing & Analysis Center, ISAC)를 설립해야 한다고 제안하였다. 그는 국내외 ISAC 운영 사례를 분석한 뒤 “조직운영에 필요한 예산 확보와 민간 업체의 정보 공유 참여 유도를 위해서는 명확한 법적 근거가 필수적”이라는 결론을 내리면서 (1) 방산 시설이나 정보시스템을 정보통신기반시설로 지정하고, (2) 「방위산업물자 및 방위산업체 지정 규정」 또는 「방위산업기술보호법」에 방산업체의 ISAC 가입 조항을 포함해야 한다고 주장하였다.¹⁷⁾

양천수와 김중길은 2019년 논문에서 독일의 사이버 보안 관련법을 분석하고, (1) 독자적인 사이버 보안 총괄 기관 설정, (2) 사이버 보안을 위한 광범위한 데이터 수집·분석 권한 부여, (3) 공적 영역과 사적 영역의 협력 추구, (4) 관계 기관간 정보공유, (5) 기술적·관리적 조치 의무 강조, (6) 국가 기간망 관리 기관 운용 등을 우리가 참고할만한 특징으로 꼽았다.¹⁸⁾

신현민과 김인재는 2020년 논문에서 미국·영국·일본 및 우리나라의 사이버보안 체계를 점검하고, (1) 사이버보안기본법을 제정하여 사이버보안 관련 “역할과 책임을 명확히 하고 통일성과 일관성을 유지”, (2) 사이버보안을 총괄하는 조직 신설 또는 컨트롤타워 정립, (3) 사이버보안 관련 기관별 의무 부여 및 “미준수기관에 대한 제재 강화”, (4) 국제협력 강화 등을 대책으로 제시하였다.¹⁹⁾

이원상도 2020년 논문에서 미국·EU·중국·일본의 사이버보안 법률 동향을 점검하고, 이와 관련된 시사점으로 (1) 사이버보안 법률 개정으로 사이버보안 담당 기관의 권한 강화 및 기술적·인적 역량 강화, (2) 사이버보안 규정의 무역장벽화, (3) 민·관 정보공유로 인한 “국가의 정보감시 문제” 소지, (4) 5G 등 통신기술 발달로 인

16) 양천수·지유미, “미국 사이버보안법의 최근 동향 : 「사이버보안 정보공유법」을 중심으로 하여”, 『법제연구』 제54호(2018), 155-192면.

17) 박홍순, “방위산업 사이버 보안을 위한 방산 정보 공유·분석센터(ISAC) 설립 방안”, 『정보보호학회지』 제28권제6호(2018), 56-62면.

18) 양천수·김중길, “독일의 사이버 보안법 : 정책·거버넌스·법률”, 『법제연구』 제56호(2019), 53-84면.

19) 신현민·김인재, “사이버 보안 체계와 전망 : 미국, 영국, 일본, 한국을 중심으로”, 『인터넷전자상거래연구』, 제20권제5호(2020), 141-161면.

한 새로운 문제 발생 가능성 등을 거론하였다. 이와 관련하여 우리나라도 사이버보안 관련 법제를 정비하고 사이버보안 담당 기관에 “종국적인 전권”을 부여해야 한다고 주장하였다.²⁰⁾

이상의 선행연구를 정리해보면, 학자별로 관점에 따라 사이버공간에 대해 국가안보적 측면이 아니라 보안 또는 안전의 측면에서 접근하는 경우가 있지만, 국가적 차원에서 일원화된 대응을 하기 위해 총괄 조직을 두고 민·관 및 유관기관들이 정보공유 등 긴밀히 협력해야 한다고 공통적으로 주장하고 있다. 특히 사이버안보를 위한 법률 제정 또는 법제 정비를 공통적으로 제언하고 있는데, 사이버공격에 효과적으로 대응하려면 필연적으로 국가기관이 민간의 정보를 다루어야 하므로 사생활권 등 국민의 기본권을 일부 제한할 수밖에 없기 때문이다.

지금까지 논의한 선행연구의 주요 제언사항을 정리하면 <표 1>과 같다.

<표 1> 선행연구별 주요 제언사항

저자 (발행연도)	논문명	주요 제언사항 (굵은 글씨는 공통사항)
이진수 (2000)	사이버테러리즘의 실태와 대책	• 사이버테러리즘 총괄 수행 기관 설치·운영 • 공공과 민간 전 분야에 적용되는 법률 제정 • 정보보호산업 육성 및 전문인력 양성 • 국내외 유관기관간 협력체제 강화 • 사이버범죄 수사 확대 및 정보보호에 대한 대국민 홍보 • 사이버테러리즘 대응전략 및 연구개발 통합 조정
이연수 외 (2008)	주요국의 사이버안전관련 법·조직체계 비교 및 발전방안 연구	• 국가정보원 업무 규정 및 「국가정보원법」에 “사이버안전 업무” 추가 • 사이버안전 관련 통합 단일법 제정 • 사이버안전 전문 인력 양성 및 관련 예산 증액 • 사이버범죄 처벌 강화
양천수· 지유미 (2018)	미국 사이버보안법의 최근 동향 : 「사이버보안 정보공유법」을 중심으로 하여	• 사이버보안의 중심 거버넌스 설정 • 사이버보안 정보공유법 제정 • 독자적이고 전문적인 정보공유 프로그램 개발
박홍순 (2018)	방위산업 사이버 보안을 위한 방산 정보 공유·분석센터 (ISAC) 설립 방안	• 방산 정보공유·분석센터 설립 • 명확한 법적 근거 및 방산업체의 ISAC 가입 조 향 마련 • 방산 시설·정보시스템을 정보통신기반시설로 지 정
양천수· 김중길 (2019)	독일의 사이버 보안법 : 정책·거버넌스·법률	• 독자적인 사이버 보안 총괄 기관 설정 • 사이버 보안을 위한 광범위한 데이터 수집·분석 권한 부여 • 공적 영역과 사적 영역의 협력 및 관계 기관간 정보 공유 • 국가 기간망 관리 기관 운용

20) 이원상, “주요 국가들의 사이버보안법 동향이 주는 시사점 고찰”, 「형사법의 신동향」 제66권 (2020), 180-214면.

저자 (발행연도)	논문명	주요 제언사항 (굵은 글씨는 공통사항)
신현민 · 김인재 (2020)	사이버 보안 체계와 전망 : 미국, 영국, 일본, 한국을 중심으로	• 사이버보안기본법 제정 • 사이버보안 총괄 조직 신설 또는 컨트롤타워 정립 • 국제협력 강화 • 사이버보안 관련 기관별 의무 부여 및 미준수 기관 제재
이원상 (2020)	주요 국가들의 사이버보안법 동향이 주는 시사점 고찰	• 사이버보안 관련 법제 정비 • 사이버보안 담당 기관에 “중국적인 전권” 부여

3. 바람직한 사이버안보법의 필요조건

최근 국가 배후 사이버공격이 증가하고 있으며 국가적 차원에서 대비가 필요하다는 것을 전제로 사이버안보와 관련된 선행연구를 종합해보면 비단 우리나라뿐 아니라 어느 국가든지 다음과 같은 사이버안보법을 제정해야 할 것으로 보인다.

첫째, 사이버공간에 대해 국가안보의 차원에서 접근해야 한다. 사이버공간은 과거처럼 일부 범죄자들이 활동하는 공간이 아니라 국가 간의 전쟁터와 같은 곳으로 변화하고 있으며, 직접적으로 인명을 살상하지만 않을 뿐 기존의 전쟁 이상으로 국가 간에 경쟁과 공격이 치열해지고 있다. 따라서 적대적 국가 또는 세력이 우리의 사이버공간을 공격하는 행위는 군사적으로 물리적 영토를 침해하는 것 이상으로 국민생활과 국가안위를 위협할 수 있다는 점을 인식하고, 이러한 위협을 국가안보의 문제로써 평가하고 대응하도록 해야 한다. 특히 국가 배후 사이버공격에 대응하려면 군사안보에서와 마찬가지로 우리를 공격하려는 국가에 치명적인 피해를 가할 수 있는 공격 역량을 보유함으로써 공격할 의지를 꺾을 수 있어야 한다. 즉 강력한 억지력을 보유하기 위해 당장의 경제적 논리로는 정당화하기 어려운 수준의 대응 역량을 갖춰야 한다. 또한 공격 조짐이 있을 때는 공격을 당할 때까지 기다리는 것이 아니라 이를 예방하기 위한 선제적 조치도 취해야 한다. 만약 사이버공격을 단순히 정보통신망 또는 경제에 대한 위협 정도로 평가한다면 경제적으로 타당한 수준에서만 대비하게 될 것이며, 공격을 당하고 나서야 이를 수습하는 데 급급할 것이다.

둘째, 국가를 대표하여 사이버안보를 영역 구분 없이 종합적으로 전담하는 기관이 필요하다. 현재 국내 사이버안보 관련 법령에 따르면 국가정보원은 공공 영역, 국방부는 군사 영역, 과기부는 민간 영역의 사이버공격에 대응하도록 되어 있다. 그러나 사이버공격은 공공 및 민간 영역을 구분하지 않고 광범위하게 발생하고 있으며, 앞서 살펴봤듯이 민간 영역의 취약점을 이용하여 공공 영역을 공격하는 사례가 많다. 방위산업의 경우 「방위산업기술보호법」을 통해 사이버공격에 대비하도록 하고 있으나 민간 영역을 경유한 공격에는 직접적으로 대응하지 못하고 있다. 따라서 현재와 같이 영역별로 담당 기관이 나누어져 있으면 효과적인 예방과 대응이 어렵다. 이를 해소하려면 사이버안보를 전담하는 기관이 있어야 하고, 이 기관은 행정부뿐만 아니라 입법부·사법부 및 민간을 포괄적으로 아우를 수 있도록 국회의 정식 입법 과정

을 거쳐 구성되어야 한다. 특히 이 기관의 업무범위는 사이버공간의 민간 영역까지 미치기 때문에 국민의 사생활권을 침해하게 되므로 정식 입법이 필수적이다. 아울러 이 기관은 국가의 사이버안보를 대표함으로써 국제적인 사이버안보 공동대응 체계에도 참여해야 할 것이다.

셋째, 사이버안보 전담 기관을 중심으로 사이버위협 관련 정보를 유관 기관과 적극적으로 공유해야 한다. 사이버공격의 대상은 공공이나 민간에 한정되지 않기 때문에 유관 기관들의 공동 대응이 필요하며, 이에 사이버위협 정보를 공유하는 것이 필수적이다. 또한 사이버공격이 구체화되기 전까지는 특정 영역에서만 공격 징후가 나타날 수 있는데, 이러한 징후를 유관 기관들이 신속하게 공유할 수 있어야만 사전에 공격에 대응할 수 있다. 따라서 정보 공유 체계를 수립해야 하는데, 효율성 측면에서 사이버안보 전담 기관이 핵심 허브 역할을 맡는 것이 적합할 것이다.

넷째, 사이버안보를 지속적으로 발전시키기 위한 인력 양성·기술 개발·제도 개선을 의무화해야 한다. 사이버공간은 급격히 발전하고 확대되고 있기 때문에 사이버안보를 위한 인력과 기술과 제도 역시 끊임없이 발전해야 한다. 이를 위한 근거를 사이버안보법에 담지 않는다면 당장의 여건에 따라 발전 노력을 등한시하게 되거나, 경우에 따라서는 시도조차 할 수 없게 된다.

다섯째, 국민 기본권 침해를 방지하고 국민 참여를 이끌어내야 한다. 국가안보는 국가의 가장 중요한 기능 중 하나이므로 필요할 경우 국민의 기본권을 침해할 수도 있지만, 이러한 침해는 법률에 따라 최소한의 필요한 수준에서 이루어져야 한다. 따라서 기본권 침해를 최소화하기 위한 조항이 필요하며, 이를 위반할 경우에는 책임자를 처벌해야 한다. 그래야만 국민들도 사이버안보의 필요성을 인정하고 협조할 수 있다. 아울러 국민들의 참여와 협조를 이끌어내기 위한 교육, 홍보 및 포상 등이 있다면 바람직할 것이다.

마지막으로 사이버안보와 관련된 다양한 개념들을 구체적인 용어로 정리하고, 이를 바탕으로 유관 법령을 정비해야 한다. 이는 법을 제정하는 중요한 이유 중 하나인데, 개념을 명확히 표현하고 법령을 정비함으로써 관련 업무의 혼선을 방지할 수 있다.

III. 국내 사이버안보법 입법 추진 동향

1. 과거 폐기 법안

2004년 2월 20일 국가정보원 산하 사이버안전센터가 설립되고 2005년 1월 31일 대통령 훈령으로 「국가사이버안전관리규정」이 제정된 이래 대통령 훈령이라는 법적 제약을 해소하기 위한 다양한 사이버안보법이 제안되었다. 지금까지 국내에서 발의 및 입법예고된 사이버안보 법안은 총 15건이며 임기만료로 폐기된 법안은 총 11건이다. 현재 입법 추진 중인 법안은 국회 계류 중인 법안 3건과 국가정보원이 입법예고한 법안 1건 등 총 4건이 있다.

17대 국회에서는 한나라당 공성진 의원이 2006년 12월 28일 「사이버위기 예방 및 대응에 관한 법률안」이라는 이름으로 국내 최초의 사이버안보법을 발의하였다. 대통

령 소속으로 “국가사이버안전위원회”를 설치하고, 이 위원회를 중심으로 사이버공격에 종합적으로 대응하도록 하였다. 아울러 정보통신 시설 및 서비스 제공자까지 사이버 위기 예방 및 피해 최소화를 위한 안전활동을 수행할 것을 의무화하였다.²¹⁾

18대 국회에서는 한나라당 공성진 의원이 2008년 10월 28일 「국가 사이버위기관리법안」이라는 이름으로 다시 사이버안보법을 발의하였다. 국가정보원과 국가정보원 소속 국가사이버안전센터를 중심으로 사이버위기 관리 및 관련 대책을 수립하고, 관련 정보를 공유하는 민관 협의체를 구성할 수 있게 하였다.²²⁾

19대 국회에서는 훨씬 많은 사이버안보 관련 법안 발의가 있었다. 새누리당을 먼저 보자면, 하태경 의원은 2013년 3월 26일 「국가 사이버안전 관리에 관한 법률안」을 발의했다. 18대 국회 공성진 의원안과 유사하게 국가정보원과 산하 국가사이버안전센터를 중심으로 사이버안전 업무를 수행하도록 하면서도, 국무총리 산하 “국가사이버안전전략회의”를 설치하는 것과 민간분야에 대해서는 방송통신위원회 위원장이 사이버정보를 발령하는 점이 달랐다.²³⁾ 서상기 의원은 2013년 4월 9일 「국가 사이버테러 방지에 관한 법률안」을 발의했다. 민관 협력을 명시하면서도 국가정보원장 소속 “국가사이버안전전략회의”를 설치토록 하여 국가정보원 중심의 대응체계를 제안했다.²⁴⁾ 이철우 의원은 2015년 5월 19일 「사이버위협정보 공유에 관한 법률안」을 발의했다. 사이버위협정보의 공유에 초점을 맞춰 국가정보원장 산하에 “사이버위협정보 공유센터”를 설치하고 국가안보실장, 미래창조과학부장관 등과 협의를 통해 공유체계를 구축하도록 하였다.²⁵⁾ 이노근 의원은 2015년 6월 24일 「사이버테러 방지 및 대응에 관한 법률안」을 발의했는데, 국가정보원장 소속 사이버안전센터를 두고 민관 협의체를 구성하고 운영하는 권한을 주도록 하였다.²⁶⁾ 서상기 의원은 2016년 2월 22일 「국가 사이버테러 방지 등에 관한 법률안」을 발의했다. 이 법안도 국가정보원장 소속 국가사이버안전센터가 사이버위기관리를 주관하도록 하고, 사이버위기 상황에서는 민·관·군이 참여하는 “사이버위기대책본부”를 구성·운영할 수 있도록 하였다.²⁷⁾ 이와 같이 19대 국회에서 새누리당은 국가정보원이 중심이 되는 사이버안보법안을 제시하였다.

19대 국회에서는 민주통합당도 사이버안보와 관련한 법안을 발의하였다. 정청래 의원은 2013년 7월 4일 「정보통신기반 보호법 일부개정법률안」을 발의하였다. 미래창조과학부장관 소속 “국가정보통신기반보호센터”를 두고, 공공 및 민간 분야는 미래창조과학부장관을 중심으로 정보통신기반에 대한 침해에 대한 대비 등을 수행토록 하면서, 국방 분야에서는 국방부장관이 관련 업무를 수행하도록 하였다.²⁸⁾ 같은 당 변재일 의원도 2014년 1월 9일 「정보통신기반 보호법 일부개정법률안」을 발의하였

21) 공성진의원 발의, “사이버위기 예방 및 대응에 관한 법률안”, 175884, (2006. 12. 28.) [임기만료폐기].

22) 공성진의원 발의, “국가 사이버위기관리법안”, 1801619, (2008. 10. 28.) [임기만료폐기].

23) 하태경의원 발의, “국가 사이버안전 관리에 관한 법률안”, 1904286, (2013. 3. 26.) [임기만료폐기].

24) 서상기의원 발의, “국가 사이버테러 방지에 관한 법률안”, 1904459, (2013. 4. 9.) [임기만료폐기].

25) 이철우의원 발의, “사이버위협정보 공유에 관한 법률안”, 1915185, (2015. 5. 19.) [임기만료폐기].

26) 이노근의원 발의, “사이버테러 방지 및 대응에 관한 법률안”, 1915777, (2015. 6. 24.) [임기만료폐기].

27) 서상진의원 발의, “국가 사이버테러 방지 등에 관한 법률안”, 1918583, (2016. 2. 22.) [임기만료폐기].

28) 정청래의원 발의, “정보통신기반 보호법 일부개정법률안”, 1905884, (2013. 7. 4.) [임기만료폐기].

다. 국회 추천 위원들로 “정보통신기반보호 특별위원회”를 설치하고, 미래창조과학부 산하에 민·관·군의 사이버안보 업무를 담당하는 “국가정보통신기반안전센터”를 설치하면서, 국방 분야는 국방부장관이 관련 업무를 수행할 수 있도록 하였다.²⁹⁾ 이와 같이 민주통합당은 사이버안보 업무를 미래창조과학부로 일원화하고 국가정보원의 권한을 축소하려고 하였으며, 이를 위해 별도 입법 대신에 기존의 「정보통신기반 보호법」을 개정하는 방식을 제안하였다.

20대 국회에서는 새누리당 이철우 의원이 2016년 5월 30일 「국가 사이버안보에 관한 법률안」을 발의하였다. 이 법안은 입법 필요성으로 「국가사이버안전관리규정」이 행정부만을 규율할 수 있다면서 대통령령의 한계를 지적하였다. 또한 대통령 소속으로 “국가사이버안보정책조정회의”를 두고 국가정보원장 산하 “국가사이버안보센터”를 설치하여 사이버안보 업무를 수행하도록 하였다.³⁰⁾ 이후 박근혜 정부에서는 정부 입법 형태로 2017년 1월 3일 「국가사이버안보법안」을 발의하였다. 이 법안은 국가안보실장이 위원장이 되는 “국가사이버안보위원회”를 신설하여 사이버안보의 컨트롤타워 역할을 하고, 국무총리 산하 “사이버위협정보공유센터”를 설치하여 관련 정보를 공유하도록 하였다. 또한 국가정보원장에게 사이버공격 관련 조사 권한 및 경보를 발령하고 책임기관을 지정하는 권한을 부여하였다.³¹⁾ 이렇게 20대 국회에서 제안된 법안은 국가정보원이 사이버안보 업무를 주관하되 사이버안보의 컨트롤타워를 별도로 구성한다는 특징을 보인다.

17대 국회부터 20대 국회까지 사이버안보와 관련하여 다양한 법안이 발의되었으나 모두 국회 임기만료로 폐기되었다. 보수정당(한나라당·새누리당)과 진보정당(민주통합당)을 가리지 않고 사이버안보 관련 법안을 발의했다는 점에서 사이버안보법의 필요성에는 보수와 진보를 막론하고 공감하고 있다는 것도 확인할 수 있다. 그럼에도 불구하고 보수정당은 국가정보원을 사이버안보의 주체로 내세우는 반면 진보정당은 미래창조과학부를 주체로 제시하였다는 점에서 큰 차이를 보인다. 바로 이것이 사이버안보법이 입법되지 못했던 중요한 원인인데, 진보정당은 사이버안보법이 제정될 경우 국가정보원의 권한이 지나치게 강화된다면서 꾸준히 반대 입장을 견지하기 때문에 사이버안보법이 통과되지 못하고 있다.³²⁾

이상 논의한 과거 폐기 사이버안보법안을 정리하면 <표 2>와 같다.

<표 2> 과거 폐기된 사이버안보법안

발의 주체 (날짜)	법안 명칭	특징
한나라당 공성진 의원 (2006.12.28.)	사이버위기 예방 및 대응에 관한 법률안	- 대통령 소속 “국가사이버안전위원회” 설치 및 위원회 중심의 종합적 대응 - 정보통신 시설 및 서비스 제공자에 안전활동 의무화

29) 변재일의원 발의, “정보통신기반 보호법 일부개정법률안”, 1909028, (2014. 1. 9.) [임기만료폐기].

30) 이철우의원 발의, “국가 사이버안보에 관한 법률안”, 2000032, (2016. 5. 30.) [임기만료폐기].

31) 정부 발의, “국가사이버안보법안”, 2004955, (2017. 1. 3.) [임기만료폐기].

32) 방휴·권현영, “입법교착 요소로 분석한 사이버안보법 표류에 관한 연구”, 「정보보호학회 논문지」 제31권제4호(2021), 801-816면.

발의 주체 (날짜)	법안 명칭	특징
한나라당 공성진 의원 (2008.10.28.)	국가 사이버위기관리 법안	- 국가정보원·국가사이버안전센터 중심으로 사이버위기 관리 및 관련 대책 수립 - 사이버위기 관련 정보를 공유하는 민관 협의체 구성
새누리당 하태경 의원 (2013.3.26.)	국가 사이버안전 관리에 관한 법률안	- 국가정보원 및 산하 국가사이버안전센터 중심으로 관련 업무 수행 - 국무총리 산하 “국가사이버안전전략회의” 설치 - 민간 분야는 방송통신위원회 위원장이 사이버경보 발령
새누리당 서상기 의원 (2013.4.9.)	국가 사이버테러 방지에 관한 법률안	- 국가정보원 소속 국가사이버안전전략회의 설치 - 민관 협력 명시
민주통합당 정청래 의원 (2013.7.4.)	정보통신기반 보호법 일부개정법률안	- 미래창조과학부 산하 “국가정보통신기반보호센터” 설치 - 공공·민간은 상기 센터를 중심으로, 국방은 국방부가 관련 업무 수행
민주통합당 변재일 의원 (2014.1.9.)	정보통신기반 보호법 일부개정법률안	- 국회 추천 위원들로 “정보통신기반보호 특별위원회” 설치 - 미래창조과학부 산하 “국가정보통신기반안전센터” 설치 - 국방 분야는 국방부가 관련 업무 수행
새누리당 이철우 의원 (2015.5.19.)	사이버위협정보 공유에 관한 법률안	- 국가정보원 산하 “사이버위협정보 공유센터” 설치 - 국가안보실장·미래창조과학부장관 등과 공유체계 구축
새누리당 이노근 의원 (2015.6.24.)	사이버테러 방지 및 대응에 관한 법률안	- 국가정보원 산하 사이버안전센터 설치 - 사이버안전센터에 민관 협의체 구성·운용 권한 부여
새누리당 서상기 의원 (2016.2.22.)	국가 사이버테러 방지 등에 관한 법률안	- 국가정보원 산하 국가사이버안전센터가 사이버위기관리 주관 - 사이버위기 발생시 민·관·군 참여 “사이버위기대책본부” 구성·운영
새누리당 이철우 의원 (2016.5.30.)	국가 사이버안보에 관한 법률안	「국가사이버안전관리규정」(대통령령)의 한계를 지적 - 대통령 산하 “국가사이버안보정책조정회의” 설치 - 국가정보원 산하 “국가사이버안보센터” 설치 및 관련 업무 수행
정부 입법 (2017.1.3.)	국가사이버안보 법안	“국가사이버안보위원회”(위원장 : 국가안보실장) 설치, 사이버안보 컨트롤타워로서 관련 정보 공유 - 국가정보원장에게 사이버공격 조사 및 경보 발령·책임기관 지정 권한 부여

2. 현재 계류 및 입법예고 법안

21대 국회에서도 사이버안보 관련 법안이 계속해서 발의되어 현재 계류 중이다. 먼저 국민의힘 조태용 의원은 2020년 6월 30일 「사이버안보 기본법안」을 발의하였다. 이 법안은 대통령이 의장이 되는 “국가사이버안보정책조정회의”(제5조)와 국가정보원장 소속 국가사이버안보센터(제7조)를 두도록 한다. 국가정보원장이 사이버안보 기본계획을 수립하고(제8조), 관련 책임기관들은 보안관제센터를 구축·운영하거나 다른 기관의 보안관제센터에 관련 업무를 위탁해야 한다(제10조). 국가정보원장은

“사이버위협정보 공유센터”를 구축·운영하고(제11조), 책임기관은 사이버공격 발생 시 사고조사를 실시하여 그 결과를 국가정보원에 통보해야 한다(제12조). 국가정보원장은 사이버위기경보를 발령할 수 있고, 책임기관은 피해복구 조치를 취해야 한다(제14조). 정부는 사이버위기경보가 발령되면 “사이버위기대책본부”를 구성·운영할 수 있고(제15조), 사이버안보에 필요한 기술개발·산업육성·인력양성 등의 시책도 추진할 수 있으며(제17조부터 제19조), 사이버공격 관련 신고자에게 포상금을 지급할 수 있다(제22조). 한편 직무상 비밀을 누설하면 5년 이하 징역 또는 5천만원 이하 벌금에 처한다(제24조).³³⁾ 이 법안은 20대 국회에서 보수정당이 발의했던 사이버안보법과 유사하다.

더불어민주당 김병기 의원은 2021년 11월 4일 「국가사이버안보법안」을 발의하였다. 이 법안은 ‘2020년 12월 15일 「국가정보원법」 개정으로 국가정보원에 사이버안보 업무 근거가 생겼지만 여전히 구체적인 수단이나 절차가 부족하다’고 지적하면서 제안이유를 ‘국가정보원을 중심으로 정부와 기업이 협력하는 협업체계를 구축하려는 것’이라고 밝힌다. 이 법안에 따르면 국가정보원장 소속 “사이버안보위원회”가 중요사항을 심의하고(제5조 및 제6조), 관련 책임기관은 국가정보원장이 수립하는 사이버안보 기본계획에 따라 소관 분야별 시행계획을 수립·시행한다(제8조). 국가정보원 및 관계 기관·단체는 관련 정보를 상호 공유한다(제11조). 국가정보원장은 책임기관의 실태평가를 할 수 있으며(제12조), 공급망 보안 위협에 대한 사안도 심의·조치하고(제13조), 통합보안관제체계를 중심으로 보안관제 실시 및 조사·조치를 취한다(제14조, 제15조). 국가정보원장은 정보통신기기등의 운영주체에게 필요한 보호조치를 요청 또는 요구할 수 있고(제16조), 사이버안보 위기 경보를 발령하며, 경계 이상의 정보 발령시 “사이버안보위기대책본부”를 구성·운영한다(제17조 및 제18조). 또한 국가정보원장은 현행 법제상 사이버안보 정보 수집에 필요한 절차가 부재할 경우 고등법원 수석판사의 허가 또는 대통령 승인하에 관련 정보에 접근할 수 있지만, 당사자 통지 및 불법행위 처벌 등으로 통제한다(제19조부터 제23조, 제38조). 국회 정보위원회는 국가정보원이 수집한 사이버안보정보를 보고받거나 현장검증 및 조사를 실시할 수 있다(제24조).³⁴⁾ 이 법안은 진보정당에서 발의했음에도 불구하고 앞서 발의된 조태용 의원안과 유사하게 국가정보원으로 사이버안보를 일원화하고 있으며 관련 업무를 수행할 수 있는 여러 가지 권한을 부여한다.

한편 더불어민주당 윤영찬 의원은 2021년 12월 2일 「사이버보안 기본법안」을 발의했는데, 과거의 진보정당 법안과 유사하게 과학기술정보통신부로 사이버안보 업무를 일원화하는 내용을 담고 있다. 대통령을 위원장으로 “국가 사이버보안 전략위원회”를 두고(제5조), 국가 차원의 사이버보안 업무를 수행하기 위해 과학기술정보통신부 소속으로 “사이버보안본부”를 둔다(제6조). 과학기술정보통신부장관이 사이버보안 기본계획을 수립·시행하고(제7조), 사이버보안대책의 지침을 제정·권고하며(제10조), 사이버보안에 적합한 설계·개발 지침을 개발·보급하고(제13조), 공공분야 사이버보안 수준점검을 하고(제11조), 보안취약점에 관한 정보를 수집·분석·관리하는 체계를 구축·운영하며(제14조), 공급망 보안위협에 대한 시험·분석 등을 지원한다(제15조). 또한 과학기술정보통신부장관은 침해사고를 조사하고 대응, 복구 및 피해확산 방지

33) 조태용의원 발의, “사이버안보 기본법안”, 2101220, (2020.6.30.) [계류 중].

34) 김병기의원 발의, “국가사이버안보법안”, 2113145, (2021. 11. 4.) [계류 중].

를 취하며(제20조 및 제22조), 통합보안관제체계 및 사이버위협정보 공유센터를 구축·운영하고(제18조 및 제19조), 경보 발령(제21조) 및 공공·민간 통합대응훈련을 실시한다(제24조). 과학기술정보통신부장관은 사이버보안 기반조성 및 지원·촉진 사업, 인식 제고 사업, 국제협력 사업 등을 추진할 수 있다(제25조부터 제29조, 제31조부터 제34조).³⁵⁾ 이 법안은 불과 1개월 전 같은 당에서 발의한 법안과 상충하는 것은 물론, “사이버보안”이라는 표현을 사용하고 행정기관인 과학기술정보통신부가 관련 업무를 주관하도록 한다는 점에서 사이버안보를 국가안보의 관점에서 평가하지 않고 정보침해 및 보안 문제로 치부하고 있다는 것을 알 수 있다.

국가정보원은 2022년 11월 8일 「국가사이버안보 기본법」을 입법예고했다. 이 법안은 국가사이버안보 체계를 “대통령실 중심”으로 정립하고 부처별 책임을 명확히 함으로써 “범정부 차원의 협력을 공고화하여 국가 사이버안보 위협에 효과적으로 대응”하는 것을 목표로 한다(제안이유). 중요한 특징으로 대통령 소속으로 “국가사이버안보위원회”를 두는데, 국가안보실장이 위원장이 되고 “대통령이 지명하는 사람”과 “국회 정보위원회의 추천을 받은 사람, 민간 전문가 중 대통령이 위촉한 사람” 등으로 위원회를 구성하도록 하여(제6조) 사이버안보 업무를 대통령과 국회가 통제하는 구조를 제시하였다. 관련 정보의 공유에 대해서는 “국가 차원의 체계를 운영할 수 있다”(제8조 1항), “필요한 정보를 공유할 수 있도록 노력하여야 한다”(제8조 2항), “직무상 수사와 관계있는 자”는 “사이버안보 업무 수행에 필요하다고 판단되는 경우, 소속기관의 장의 허가를 받아 사이버위협과 관련된 정보를 관계 중앙행정기관등에 제공할 수 있다” 등으로 규정하여 통합대응 조직과의 정보 공유를 의무화하는 것이 아니라 권고하는 수준에 머무르고 있다. 제9조에서는 통합대응 조직을 운영하도록 하고 있는데, 1항에서는 “국가 차원의 일원화된 통보·조사 등 대응체계를 구축·운영하여야 한다”는 의무를 두고 2항에서는 “통합대응 조직을 국가정보원에 설치·운영할 수 있고”라고 하여 서로 상충되는 듯하지만 사실상 국가정보원이 관련 업무를 전담하는 형태를 취하고 있다. 한편 사이버안보 업무는 국회 정보위의 조사·감독을 받도록 하고(제12조), 업무와 관련된 개인정보를 최소한으로 사용하고 안전하게 관리하도록 하는 등(제16조) 국민의 권리 침해를 방지하기 위한 장치를 마련하였다.³⁶⁾

현재 추진 중인 4개 법안을 간단히 비교해보면 조태용 의원안과 김병기 의원안은 국가정보원을 중심으로 사이버안보 업무를 일원화한다는 점에서 공통점을 보이고 있다. 김병기 의원안은 특히 현행법에 제정되지 않은 위협정보에 대해서도 수집 방법과 절차를 마련하고 있으며 공급망 보안위협에 대한 대응도 거론하고 있다는 점에서 한층 발전된 모습을 보인다. 반면 윤영찬 의원안은 과거 진보정당이 발의한 법안들과 마찬가지로 국가정보원을 사이버안보 업무에서 배제하고 과학기술정보통신부가 관련 업무를 주관하도록 하는데, 이는 사이버안보의 중요성을 반영하지 못하고 있다는 점과 21대 국회에서도 사이버안보법의 통과를 가로막는 요인으로 작용할 수 있다는 점에서 부적절해 보인다. 아울러 새로 입법예고된 국가정보원안은 과거 국가정보원을 중심으로 한 사이버안보법이 계속해서 반대에 부딪힌 것을 지나치게 의식해서 인지 정보공유를 권고하는 수준에 머무르는 등 소극적인 모습을 보이고 있다.

35) 윤영찬의원 발의, “사이버보안 기본법안”, 2113670, (2021. 12. 2.) [계류 중].

36) 정부 발의. “국가사이버안보 기본법 제정(안)”, 국가정보원공고 제2022-5호, (2022. 11. 8.) [입법예고].

3. 제류 및 입법예고 법안 평가

II장에서 제시한 바람직한 사이버안보법의 요건에 따라 현재 입법 추진 중인 사이버안보법안을 평가해보면 다음과 같다. 첫 번째 요건은 사이버공간에 대해 안보적 차원에서 접근해야 한다는 것이다. 이 요건을 적용하면 운영찬 의원안은 적합하지 않다. 우선 법안의 명칭에서부터 “사이버보안”이라는 표현을 사용하고 있으며 관련 업무를 안보기관이 아니라 행정기관이 담당하게 하는 등 사이버공간을 국가안보 대상으로 상정하지 않았기 때문이다.

다음은 국가를 대표하여 사이버안보를 종합적으로 전담하는 기관을 설정하는 것이다. 4개 법안 모두 국가정보원 또는 과학기술정보통신부가 사이버안보를 주관하도록 했고, 국제적 협력에 대한 조항도 담고 있다는 점에서 이 기준을 충족한다고 볼 수 있다. 다만 국가정보원안은 통합대응 조직을 “설치·운영할 수 있고”라고 하여 분명하지 않은 표현을 사용함으로써 국가정보원이 주관하지 않을 수도 있다는 여지를 남긴다. 국제협력 부분에서는 김병기 의원안과 국가정보원안이 “국가와 지방자치단체는 외국 및 국제기구·단체와의 적극적인 협력관계를 구축하여 국가적 사이버공간의 안전성과 신뢰성 확보를 위하여 노력하여야 한다”(김병기 의원안, 제3조 5항)·“정부는 사이버위협에 대한 국제적 공동대응을 위하여 우방국과의 교류, 국제형사사법 공조 등 국제협력을 강화하여야 한다”(국가정보원안, 제7조 4항)고 하여 강제성을 띄는 반면, 조태용 의원안(제20조)과 운영찬 의원안(제34조)은 “수행할 수 있다” 또는 “추진할 수 있다”고 하여 자율적인 성격을 띠고 있다는 차이가 있다.

세 번째 요건은 사이버위협정보 공유이다. 조태용 의원안은 “국가사이버위협정보 공유센터”(제11조)를, 운영찬 의원안은 “사이버보안위협정보 공유센터”(제19조)를 구축·운영할 수 있다고 하여 정보 공유를 위한 기구 설치까지 구체적으로 명시하고 있다. 김병기 의원안도 구체적인 기구 설치를 명시하지는 않지만 사이버안보 등과 관련된 정보를 공유할 것을 강제하고 있으며(제11조) 국가정보원장은 “사이버안보 위협지표와 방어조치를 공유하기 위하여 정보협력체계 및 정보공유시스템을 구축·운영할 수 있다”(제26조 3항)고 하여 정보 공유를 위한 근거를 마련하고 있다. 반면 국가정보원안은 앞서 지적했듯이 정보 공유를 권고하는 수준에 머무르고 있는데, 사이버안보법이 필요한 중요한 이유 중 하나가 적극적인 민·관 협력 제도화라는 점에서 아쉬운 부분이다.

네 번째 요건은 사이버안보의 지속적인 발전이다. 4개 법안 모두 관련 조항을 담고 있다. 조태용 의원안은 “제4장 국가 사이버안보 기반 조성”의 제17조(연구개발), 제18조(산업육성), 제19조(인력양성 및 교육홍보) 등에서 관련 내용을 기술하고 있다. 김병기 의원안은 “제4장 사이버안보전략기술원”(제28조부터 제32조)에서 국가정보원장이 감독하는 사이버안보전략기술원을 설립하여 관련 연구 및 교육훈련을 수행하도록 하고 있고, “제5장 보칙”의 제33조(연구개발) 및 제34조(인력양성 및 교육홍보)에서 정부가 관련 활동을 수행하도록 하고 있다. 운영찬 의원안도 “제5장 사이버보안 기반조성”(제25조부터 제35조)에서 관련 내용을 기술하고 있는데, 중소기업 지원(제31조) 및 지역의 사이버보안 지원(제32조)도 명시하고 있는 점이 특징이다. 국가정보원안은 중앙행정기관의 의무로 “전문인력 확보 및 직무교육 실시”(제7조 1항 4호)를 명시하고 정부가 “전문연구기관을 설립·운영할 수 있으며”(제14조 1항)라고만 하여

사이버안보의 발전 측면에서 가장 소극적이다.

다섯 번째 요건은 국민 기본권 침해 방지와 국민 참여도 제고이다. 국민 기본권 침해 방지와 관련 조태용 의원안은 제11조 4항과 5항에서 정보 공유 과정에서 권리 침해를 방지하고 정보를 필요한 범위에서 정당하게 사용하도록 규정하며, 제21조는 직무상 비밀을 엄수해야 한다고 명시하고 있다. 김병기 의원안도 사이버안보위협정보의 무단 열람 또는 취득을 금지하고(제19조 1항), “사이버위협과 무관한 국민의 법익을 침해하여서는 아니 된다”(제23조 5항)고 규정하고 있으며, 업무 관련 비밀준수의 의무(제27조)를 부과하고 있다. 국가정보원안은 국가사이버안보위원회에 국회 추천인과 민간 전문가가 참여하도록 할뿐만 아니라(제6조), 국회의 감독(제12조)·비밀엄수의 의무(제15조)·개인정보의 처리(제16조) 등을 명시하여 기본권 침해 방지와 관련하여 가장 적극적이다. 윤영찬 의원안은 제36조(비밀 준수의 의무)에서 단순히 직무상 비밀 누설 또는 직무 목적 외 사용을 금지하고 있을 뿐으로, 4개 법안 중에서 가장 미흡하다. 국민 참여도 제고 측면에서는 조태용 의원안(제22조)과 윤영찬 의원안(제40조)이 정보 제공자 등에게 포상할 수 있는 근거를 명시하여 참여도 제고를 위한 근거를 마련하였으나, 김병기 의원안과 국가정보원안에는 이러한 내용이 없다.

마지막 여섯 번째 요건은 사이버안보 관련 용어 정리이다. 조태용 의원안·김병기 의원안·국가정보원안은 “사이버공간”·“사이버공격”·“사이버안보” 등의 용어를 거의 동일하게 구체적으로 설명하고 있다. “사이버공간”은 “『정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률』 제2조 제1호에 따른 정보통신망의 정보 처리 영역”, “사이버공격”은 “전자적 방법으로 사이버공간을 불법침입·교란·마비·파괴하거나 정보를 빼내거나 훼손하는 등의” 행위라고 거의 동일하게 설명하고 있다. 또한 “사이버안보”는 “사이버공격으로부터 사이버공간을 보호함으로써 사이버공간의 기능을 정상적으로 유지하거나 정보의 안전성을 유지하여 국가의 안전을 보장하고 국민의 이익을 보호하는 것”(조태용 의원안), “사이버공격을 확인·견제·차단하고 이에 필요한 대응조치를 강구함으로써 국가의 안전을 보장하고 국익 및 국민의 안전을 보호하는 것”(김병기 의원안), 사이버위협을 “확인·견제·차단하고 이에 필요한 대응조치를 강구함으로써 국가의 안전을 보장하고 국익을 보호하는 것”(국가정보원안)이라고 하여 표현은 다소 다르지만 국가안보의 개념을 담고 있다는 점에서는 일치한다. 반면 윤영찬 의원안은 “사이버공격” 또는 “사이버안보”라는 용어를 제시하지 않고 있는데, “전자적 침해행위”를 “정보의 안전성·신뢰성을 해치는 일체의 공격행위”로, “사이버보안”을 “전자적 침해행위로부터 사이버공간과 정보의 안전성·신뢰성을 확보하기 위한 모든 활동 및 그 활동을 통해 안전하게 보호되는 상태”라고 정의하여 사이버공간을 국가안보의 관점이 아니라 정보보호의 관점에서 보고 있다.

현재 입법 추진 중인 사이버안보법안에 대한 평가 내용을 정리하면 <표 3>과 같다.

<표 3> 입법 추진 중인 사이버안보법안 평가 (○:적합, △:미흡, ×:부적합)

	조태용 의원 「사이버안보 기본법」	김병기 의원 「국가사이버안보법」	윤영찬 의원 「사이버보안 기본법」	국가정보원 「국가사이버안보기본법」
국가안보적 관점	○	○	× (정보침해 관점)	○
전담기관 설치·운영	○	○	○	△ (다소 모호)
위협정보 공유	○	○	○	× (강제성 없음)
지속적 발전 모색	○	○	○	△ (구체성 없음)
기본권 침해 방지 및 참여도 제고	○	△ (참여자 포상 없음)	△ (기본권침해방지 부족)	△ (참여자 포상 없음)
개념 및 용어 정리	○	○	× (안보 개념 없음)	○

IV. 사이버안보법 입법을 위한 제언사항

1. 국가정보원 중심의 사이버안보법

현재 국회 계류 중인 조태용 의원의 「사이버안보 기본법안」과 김병기 의원의 「국가사이버안보법안」은 큰 틀에서 대동소이하며, 앞서 평가했다시피 사이버안보법이 갖춰야 할 요건도 대체로 잘 갖추고 있다. 반면 국가정보원이 입법예고한 「국가사이버안보 기본법안」은 여러 가지 면에서 앞의 2개 법안보다 미흡하다. 따라서 국가정보원안은 제외하고, 조태용 의원안과 김병기 의원안 둘 중에 어떤 안으로 법안을 제정하더라도 우리나라의 사이버안보 체계를 정립하고 강화하는 데는 충분히 효과적일 것으로 기대된다.

그러나 2006년부터 지금까지 사이버안보법이 제정되지 못한 것은 적합한 법안이 없었기 때문이 아니라 진보정당이 국가정보원의 권한 확대를 반대하였기 때문이라는 점에서 21대 국회에서도 사이버안보법이 제정되지 못하고 폐기될 가능성이 상당하다. 실제로 김창룡 경찰청장은 ‘국정원이 주도권을 갖는 것보다는 국무총리실에 사이버안보 기구를 설치해야 한다’고 밝힌 바 있으며 시민단체들도 강력히 반발하고 있어 “이번에도 난관에 봉착했다는 게 대체적인 관측”이라는 평가까지 나오고 있다.³⁷⁾ 따라서 조태용·김병기 의원안을 기본으로 하되, 진보정당의 우려를 불식할 수 있는 개선안과 입법 전략이 필요하다.

가장 먼저 ‘보수정당이 국가정보원의 권한을 강화하기 위해 사이버안보법을 추진

37) “사이버안보법 이번에도 좌절?...시민단체·유관부처 반대 한목소리”, 디지털투데이, 2022. 2. 10. <https://www.digitaltoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=433929> (2022년 12월 27일 최종접속)

한다’는 프레임을 바꿔야 한다. 2020년 12월 15일 당시 여당이던 더불어민주당 주도로 「국가정보원법」이 전부개정되면서 국가정보원의 직무에서 국내 보안정보 및 수사 등이 삭제된 반면 “국제 및 국가배후 해킹조직 등 사이버안보”(제4조 제1항 제1호(마)목)가 추가되었다. 이어 2020년 12월 31일 대통령령으로 제정된 「사이버안보 업무규정」은 국가정보원장의 권한으로 “외국 정보·보안기관과 정보협력체계를 구축할 수 있다”(제5조), “정보공유시스템을 구축·운영할 수 있다”(제6조 제1항), “사이버안보 기본대책을 수립·시행해야 한다”(제8조 제1항) 등을 명시하여 국가정보원이 사실상 사이버안보의 주무 기관임을 명확히 하였다. 이처럼 진보정당이 국가정보원 중심의 사이버안보체계를 구성해두었다는 점을 강조하면서, 사이버안보법은 기존의 사이버안보체계를 보완하는 차원에서 대의민주주의적 정당성을 확보하고 관련 법체계를 정비하는 절차라는 논리를 주장해야 한다.

다음으로 사이버안보법안에 국가정보원의 사이버안보 업무에 대한 통제 장치를 만들어야 한다. 조태용 의원안은 제5조(국가사이버안보정책조정회의)와 제6조(국가사이버안보정책조정회의의 기능)에 “대통령을 의장으로 하는 국가사이버안보정책조정회의”를 두어 사이버안보에 관한 전략·정책·법령 및 기관간 역할 조정 등 중요 사항을 심의·의결하도록 하였다. 이 회의는 사이버안보와 관련하여 국가정보원의 상위 기구 개념으로서 국가정보원을 통제할 수 있다. 또한 김병기 의원안은 제24조(국회의 통제)를 통해 국회 정보위가 국가정보원장에게 사이버안보 관련 조치사항 보고를 요구할 수 있고 현장검증이나 조사도 실시할 수 있도록 하였다. 즉 사이버안보 관련 국가정보원의 일탈이 의심될 경우 정보위가 즉시 나서 이를 점검할 수 있게 된다. 통제 장치를 마련한다는 면에서는 대통령 소속 국가사이버위원회를 설치하되 위원에 국회 추천인과 민간 전문가를 포함하도록 한 국가정보원안 제6조도 참고할 필요가 있다. 또한 김병기 의원안의 제21조(디지털정보확인조치의 집행 등)에서 제시한 것처럼 민간 정보를 수집·활용하였을 경우 통지하는 절차를 마련하고, 사이버안보라는 목적에 맞지 않게 정보를 오용하였을 경우에는 강력히 처벌하는 조항을 추가해야 한다. 아울러 사이버안보 관련 정보를 수집·보관하는 기관과 이를 활용하는 기관을 분리하여 정보 집중을 막는 장치도 고려해볼 만하다.

마지막으로 유관 부처와 시민단체를 설득해야 한다. 당장 경찰청부터 국가정보원 중심의 사이버안보 체계에 반대하고 있는 상황이며, 국방부도 국가정보원이 사이버안보 관련 정보공유를 강제한다면 보안문제가 발생할 수 있기 때문에 반발할 가능성이 크다. 게다가 새로운 사이버안보법이 제정되면 「통신비밀보호법」·「개인정보보호법」·「정보통신망법」 등 기존 법률이 무력화될 소지가 있으므로 이들 법령과 가장 밀접하게 관계되는 과학기술정보통신부 등이 반발할 우려가 있다. 한편 시민단체들은 국가정보원에 기능이 집중되면 국가정보원이 “사이버안보를 명분으로 기관, 기업들의 서버, 스토리지 등의 정보를 볼 수 있다”고 주장하고 있다.³⁸⁾ 이들을 설득하지 못한다면 사이버안보법 입법은 또다시 난항을 겪을 수밖에 없다. 따라서 진보정당이 구성한 사이버안보 체계를 보완하고 국가정보원에 대한 통제장치를 만든다는 점을 근거로 유관 부처와 시민단체를 적극적으로 설득해야 한다.

결론적으로 진보정당이 만들어 둔 국가정보원 중심의 사이버안보체계를 보완해야 한다는 논리와 국가정보원의 사이버안보 업무에 대한 실질적인 통제 장치를 바탕으로

38) 디지털투데이, 앞의 기사.

로 유관 부처, 기관, 시민단체 등을 적극적으로 설득해야 한다. 이러한 조치가 완료된다면 진보정당이 국가정보원 중심의 사이버안보법 제정에 크게 반대할 명분도 실익도 없기 때문에 사이버안보법 입법이 가능해질 것이다.

2. 신설 정보기관 중심의 사이버안보법

과거 진보정당들이 발의했다 폐기된 「정보통신기반 보호법 일부개정법률안」과 윤영찬 의원의 「사이버보안 기본법안」은 공통적으로 과학기술정보통신부(과거 미래창조과학부)를 중심으로 사이버안보 업무를 수행할 것을 제안하였다. 이는 사이버안보를 안보기관이 아닌 행정기관이 담당하게 했다는 점에서 사이버안보법의 요건을 갖추지 못했다고 평가할 수밖에 없으나, 한편으로는 관련 업무를 제대로 수행할 수만 있다면 굳이 국가정보원이 사이버안보 업무를 전담할 필요는 없다는 점을 부각하는 측면도 있다. 즉 사이버안보를 중요한 국가안보 과제로 여기고 전담할 수 있는 기관이 생긴다면 굳이 국가정보원에 추가적인 권한을 부여할 필요가 없다. 실제로 조태용 의원안에서도 “국가사이버안보정책조정회의”를 신설하도록 하는 만큼 사이버안보를 위한 조직을 신설하는 것이 현실성 없는 것이 아니다.

국내에 사이버안보 전담 정보기관을 신설해야 한다는 논의는 찾아보기 힘든데, 여기에는 ‘국가정보원이 모든 정보업무를 관할한다’는 고정관념이 작용한 것으로 보인다. 다만 정태진과 이광민은 2020년 사이버안보법 제정을 위해서는 국가정보원 소속 국가사이버안보센터(논문 작성 당시 “국가사이버안전센터”)를 국가정보원으로부터 분리해야 한다고 주장하였다.³⁹⁾

새로운 사이버안보 전담 기관(이하 “사이버안보처”)을 신설한다면 국무총리 직할 기관으로 두는 것이 적절하다. 국무총리 직할 기관이라도 국민 기본권 침해 우려가 있기 때문에 일탈방지를 위한 처벌조항과 대통령실 및 정보위 등의 통제는 필요하다. 다만 사이버안보처를 국무총리 산하에 둬으로써 ‘대통령의 권한을 확대하는 기관’이라는 비판을 피하고, 또한 특정 부처 산하에 두는 것에 비해 국가정보원 및 다양한 유관 부처와 협업도 더욱 용이할 것으로 기대할 수 있다. 특히 정보공유에 있어서도 국무총리의 권한으로 대부분의 부처에 협력을 요청할 수 있다. 한편 사이버안보처가 안보기관이자 정보기관이라는 점에서 국방정보본부와 같이 국방부 산하기관으로 두는 것도 고려할 수 있겠지만, 군사업무를 담당하는 국방부가 사이버안보처를 통해 민간 영역까지 관할한다면 국가정보원이 사이버안보를 전담하는 것보다 더 큰 논란이 예상되며 유관 부처와의 협력이 어려워질 가능성도 있다.

물론 사이버안보처를 신설할 경우 다양한 문제가 발생할 수 있다. 가장 큰 문제는 국가정보원이 2004년 이후 사이버안보 업무를 사실상 총괄하고 있었기 때문에 많은 시행착오가 예상된다는 점이다. 신설 조직은 불안정하고 업무 경험도 적을 수밖에 없다. 국가정보원의 사이버안보 담당 직원을 일부 이전하여 이러한 문제를 완화할 수는 있겠지만, 신설 조직이 안정화되기 전까지는 사이버안보 업무에 어느 정도는 지장이 생길 수밖에 없다. 또 다른 문제는 우리나라의 현재 국가정보 체계와 맞지 않는다는 점이다. 현재 국가정보원은 「국가정보원법」 및 「정보및보안업무기획·조정

39) 정태진·이광민, “정보기관 다원화를 통한 사이버안보법 제정 방안”, 『한국경찰연구』 제19권 제4호(2020), 167-182면.

규정」에 의거하여 우리나라의 정보 관련 업무를 총괄하고 있다. 사이버안보처가 신설될 경우 이러한 국가정보 체계와 상충할 수밖에 없고, 국가정보원과의 업무 조율이 필요해진다. 이는 우리나라가 경험해보지 못한 국가정보 체계이기 때문에 큰 혼선을 빚을 가능성이 있다.

그럼에도 불구하고 사이버안보처를 신설하는 것을 고려해야 한다. 가장 큰 장점은 ‘국가정보원 권한 강화’라는 비판을 피할 수 있다는 것이다. 그간 사이버안보법 제정을 가로막은 가장 큰 장애물은 국가정보원에 대한 신뢰 문제였다. 국가정보원도 이를 의식했기 때문인지 이번에 입법예고한 사이버안보법안에는 강제적인 조항이 거의 없고 필요한 내용마저 부족한데, 이렇게 완화된 안에 대해서도 시민단체들은 “국정원의 민간 사찰 여지가 있다”면서 반대하고 있다.⁴⁰⁾ 이렇게 국가정보원에 대한 신뢰가 심각하게 부족한 상황에서 국가정보원이 사이버안보를 총괄하는 입법은 사실상 불가능하다는 점을 받아들여야 한다. 그리고 이를 받아들인다면, 국가정보원 외에 별도 정보기관을 창설하는 사이버안보법이 유용한 선택지가 된다.

사이버안보처의 또 다른 장점은 우리의 국가정보체계를 개편하는 계기가 될 수 있다는 것이다. 현재 거의 모든 민주주의 국가들은 권력 분립 원칙에 따라 정보기관을 기본적으로 국내·해외·군사로 나누고, 특히 정보업무와 형사·사법업무를 엄격하게 구분하고 있다. 우리나라는 1960년대 박정희 대통령이 5.16 혁명을 위해 구성한 중앙정보부(現 국가정보원)에 모든 정보업무를 관할하게 한 것은 물론 일부 사법기능까지 부여하였다.⁴¹⁾ 이러한 정보체계는 자유민주주의 국가의 권력분립 원칙에 어긋나는 데다 지나친 권한 집중으로 보일 수 있어 국민 신뢰를 저해하는 요인으로 작용한다. 따라서 우리나라도 국가정보체계를 개편할 필요성이 있는데, “사이버안보처”라는 별도 정보기관을 신설한다면 자연스럽게 정보체계 개편까지 모색할 수 있다.

아울러 정태진과 이광민은 독립적인 사이버안보 전담 정보기관을 운영할 경우 해당 기관의 전문성을 축적할 수 있고, 사이버안보 업무가 폭증하더라도 국가정보원에 업무 불균형이 발생하지 않아 국가안보에 더욱 도움이 되며, 무엇보다도 국가정보원이 사이버안보 업무 이관을 미리 준비할 수 있다는 장점이 있다고 거론했다.⁴²⁾ 이러한 다양한 장점을 고려할 때, 사이버안보 업무를 이관하는 과정에서 발생할 수 있는 업무 공백과 신규 국가정보체계로 인한 혼란을 최소화하는 방법을 마련한 뒤 사이버안보처를 신설하는 것은 사이버안보법 입법을 위한 유용한 대안이 될 수 있다.

지금까지 논의한 사이버안보법 입법 방안을 정리하면 <표 4>와 같다.

40) “다시 불지핀 ‘사이버안보법’ 논란…국정원 주도 법안에 “정보사찰 여지” 우려도”, 뉴시스, 2022. 11. 10., https://newsis.com/view/?id=NISX20221110_0002080933 (2022년 12월 27일 최종접속)

41) 「국가정보원법」상 국가정보원의 국내정보 업무는 2021. 1. 1.부로 없어졌으며, 수사권도 2024. 1. 1.부로 없어질 예정이다. 그러나 「정보및보안업무기획·조정규정」은 여전히 국가정보원이 “국내보안정보”를 취급하도록 하고 있고, 「국가정보원법」에 사이버·우주 등 신규 업무가 추가되면서 국가정보원은 과거보다 더욱 다양한 분야의 업무를 하고 있다.

42) 정태진·이광민, 앞의 논문.

<표 4> 사이버안보법 입법 방안

	장점	단점	입법 방안
국가정보원 중심의 사이버안보법	• 기존 발의 법안 원용 • 국가정보원의 사이버안보 역량을 지속 활용	• 유관 부처 반대 • ‘국가정보원 권한 확대’ 논란	• 유관 부처 설득 • 기본권 침해 방지책 강화 • 업무 통제장치 마련
신설 정보기관 중심의 사이버안보법	• ‘국가정보원 권한 확대’ 논란 방지, 입법 가능성 상당 • 권력분립형 국가정보 체계 마련의 계기 • 사이버안보 전문성 제고 및 국가정보원 불균형 방지	• 사이버안보 업무 이관시 시행착오 및 공백 우려 • 새로운 국가정보 체계로 인한 혼란 우려	• 총리 직할 기관으로 신설 • 업무 공백 및 신규 국가정보 체계 혼란 방지방안 마련

V. 결론

대한민국은 사이버공간에 대한 의존도가 대단히 높은 국가이다. 이는 대한민국에 대한 국가 배후 사이버공격이 활발히 이루어지는 원인이 되고 있으며 방위산업도 주요 공격 목표가 되고 있다. 따라서 사이버공격에 적극적으로 대응해야 하는데, 사이버공격은 사이버공간의 가장 취약한 부분을 통해서 이루어지기 때문에 공공과 민간을 아우르는 국가 차원의 사이버안보 체계를 마련해야 한다.

본 연구는 국가 차원의 사이버안보 체계가 필요하다는 인식하에 다양한 선행연구를 종합하여 사이버안보법의 요건을 크게 여섯 가지로 도출하였다. 첫째, 사이버공간을 국가안보적 관점에서 접근하고 대응책을 마련해야 한다. 세계적으로 과학기술이 발전하고 경제규모가 확대되면서 사이버공간의 중요성이 점점 커지고 있으며, 국가 배후 사이버공격이 증가하면서 사이버공간은 물리적인 영토와 같이 국가안보적으로 접근하고 대응해야 할 영역이 되었기 때문이다. 둘째, 사이버안보를 전담하는 기관을 설치·운영해야 한다. 현재 우리나라와 같이 여러 부처에 업무가 분산된 형태로는 국가 차원의 일원화된 대응이 어렵고, 국제적 사이버안보 협력을 위해서도 국가 사이버안보를 대표하는 기관이 필요하다. 셋째, 사이버안보 전담 기관을 중심으로 유관 기관 간에 위협정보를 공유하는 체계가 필요하다. 사이버공격의 대상은 공공이나 민간에 한정되지 않으므로 국가 차원의 공동 대응이 필요하며, 이를 위해서는 관련 기관들 사이에 사이버위협정보를 공유해야 한다. 넷째, 지속적인 인적·기술적·제도적 개선을 통해 사이버안보 업무를 발전시켜 나가야 한다. 사이버공간이 발전하고 사이버공격이 확대되는 만큼 이에 대응하는 방안도 계속해서 진화해야 한다. 다섯째, 국민 기본권 침해를 방지하고 국민 참여를 이끌어내야 한다. 국가안보를 위해 필요한 경우 국민의 기본권을 침해할 수도 있지만, 법률에 따라 최소한의 필요 수준에서 이루어져야 한다. 따라서 기본권 침해를 최소화하고 이를 위반하면 처벌해야 한다. 또한 국민들의 적극적인 참여와 협조를 이끌어내기 위한 교육·홍보·포상 등이 필요하다. 마지막으로, 사이버안보법은 사이버안보 관련 다양한 개념들을 구체적인 용어

로 정리하고, 이를 바탕으로 유관 법령을 정비해야 한다. 개념을 명확하게 표현하고 법령을 정비함으로써 관련 업무의 혼선을 방지할 수 있다.

이와 같은 여섯 가지 요건을 바탕으로 현재 입법 추진 중인 법안들을 평가한 결과, 조태용 의원의 「사이버안보 기본법안」과 김병기 의원의 「국가사이버안보법안」이 대체로 바람직하다고 평가하였다. 다만 국민 참여도 제고 등을 위한 일부 측면에서 상호 보완이 필요하다고 보았다.

본 연구는 이 2개 법안을 바탕으로 국가정보원이 중심이 되는 사이버안보법을 제정하려면 여당과 대통령실, 국가정보원이 유관 부처, 기관, 시민단체 등을 상대로 적극적인 설득 활동을 해야 하며, 특히 국가정보원의 권한 남용 우려를 일축할 수 있도록 관련 조항을 강화해야 한다고 제언하였다. 이와 별도로 지금까지 사이버안보법이 통과되지 않은 가장 큰 원인은 국가정보원에 권한이 집중되는 데 대한 우려에 있다는 점을 감안하여 국가정보원 대신 국무총리 산하에 “사이버안보처”를 신설하는 방안을 제안하였다. 사이버안보처를 신설할 경우 조직이 안정화되기까지 업무 혼선이 불가피할 것이지만, 사이버안보법 입법 가능성이 높을 것으로 예상되고 국가정보 체계를 개선하는 계기가 될 수 있기 때문에 고려해볼 만한 대안으로 평가하였다.

본 연구는 사이버공격이 국가안보와 방위산업에 심각한 위협이 되는 상황에서 이에 효과적으로 대응할 수 있는 사이버안보 체계를 한시라도 빨리 마련해야 한다는 점을 반복적으로 강조하였다. 이러한 관점에서 사이버안보 전담 기관으로 국가정보원 이외에 별도 정보기관을 신설하는 방안을 언급하였는데, 이는 기존의 논문과 입법안에서는 거의 거론되지 않은 입법 방안이다. 따라서 이와 관련된 선행연구를 찾아보기 어려우며, 이 논문도 정보기관 신설의 장점·단점 및 타당성을 제시하는 수준에 머물렀다는 한계가 있다.

사이버안보의 시급성을 고려한다면 어느 기관이 사이버안보를 담당하느냐는 문제는 부차적일 뿐이다. 이 논문이 국가 차원의 사이버안보 대응체계 마련이 시급하다는 인식을 환기함으로써 바람직한 사이버안보법이 조속히 제정되는 데 기여할 수 있기를 기대한다.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 김진광, “북한의 사이버조직 관련 정보 연구: 조직 현황 및 주요 공격사례 중심으로”, 「한국컴퓨터정보학회논문지」 제28권제2호(2020), 111-114면.
- 박홍순, “방위산업 사이버 보안을 위한 방산 정보 공유·분석센터(ISAC) 설립 방안”, 「정보보호학회지」 제28권제6호(2018), 56-62면.
- 방휴·권현영, “입법교착 요소로 분석한 사이버안보법 표류에 관한 연구”, 「정보보호학회논문지」 제31권제4호(2021), 801-816면.
- 신현민·김인재, “사이버 보안 체계와 전망 : 미국, 영국, 일본, 한국을 중심으로”, 「인터넷전자상거래연구」, 제20권제5호(2020), 141-161면.
- 양천수·김중길, “독일의 사이버 보안법 : 정책·거버넌스·법률”, 「법제연구」 제56호(2019), 53-84면.
- 양천수·지유미, “미국 사이버보안법의 최근 동향 : 「사이버보안 정보공유법」을 중심으로 하여”, 「법제연구」 제54호(2018), 155-192면.
- 이연수·이수연·윤석구·전재성, “주요국의 사이버안전관련 법·조직체계 비교 및 발전 방안 연구”, 「국가정보연구」 제1권2호(2008), 35-116면.
- 이원상, “주요 국가들의 사이버보안법 동향이 주는 시사점 고찰”, 「형사법의 신동향」 제66권(2020), 180-214면.
- 이진수, “사이버테러리즘의 실태와 대책”, 「형사정책연구」 제42호(2000), 1-15면.
- 정민경·임종인·권현영, “북한의 사이버공격과 대응방안에 관한 연구”, 「한국IT서비스학회지」 제15권제1호(2016), 67-79면.
- 정태진·이광민, “정보기관 다원화를 통한 사이버안보법 제정 방안”, 「한국경찰연구」 제19권제4호(2020), 167-182면.
- “2007년 전세계 충격 빠뜨렸던 러 해커...사이버戰 무서운 이유”, 중앙일보, 2022. 2. 20., <https://www.joongang.co.kr/article/25049564#home> (2022년 12월 27일 최종접속)
- “다시 불지핀 ‘사이버안보법’ 논란...국정원 주도 법안에 “정보사찰 여지” 우려도”, 뉴시스, 2022. 11. 10., https://newsis.com/view/?id=NISX20221110_0002080933 (2022년 12월 27일 최종접속)
- “민간에 심은 악성코드 타고 정부 침투...국정원, 알고도 속수무책”, 서울경제, 2022. 1. 26., <https://www.sedaily.com/NewsView/2610M7IEOC> (2022년 12월 27일 최종접속)
- “방산업계 해킹 속출... “국가 주도로 민관 협력해야””, 조선일보, 2021. 11. 29., <https://biz.chosun.com/industry/company/2021/11/29/3GAT6JLF2BHYTCAKOFAGC7FZBE/> (2022년 12월 27일 최종접속)
- “사드 전격 배치 이후...中 보복 해킹 더욱 거세지나”, 보안뉴스, 2017. 4. 26., <https://www.boannews.com/media/view.asp?idx=54480&page=1&kind=1> (2022년 12월 27일 최종접속)
- “사이버안보법 이번에도 좌절?...시민단체·유관부처 반대 한목소리”, 디지털투데이,

2022. 2. 10. <https://www.digitaltoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=433929>
(2022년 12월 27일 최종접속)
- “주요 방산업체 상대 해킹시도, 최근 1년새 ‘121만 건’”, 뉴스1, 2021. 10. 12.,
<https://www.news1.kr/articles/?4458147> (2022년 12월 27일 최종접속)
- “한국 보안업체 “북 해킹조직, 한국 방산업체 대상 공격 시도””, 자유아시아방송,
2022. 8. 25., https://www.rfa.org/korean/in_focus/cyberattack-08252022094150.html
(2022년 12월 27일 최종접속)
- “‘K-방산’ 인기 속 방사청·ADD 해킹시도 급증… 5년간 3만2646건”, 뉴스1, 2022.
10. 5., <https://www.news1.kr/articles/?4822852> (2022년 12월 27일 최종접
속)
- “MS “러, 우크라 기관 37차례 사이버 공격…침공 1년전부터 준비””, 전자신문, 2022.
4. 28., <https://www.etnews.com/20220428000111> (2022년 12월 27일 최종접
속)

<해외문헌>

- Cybersecurity & Infrastructure Security Agency, “China Cyber Threat Overview
and Advisories”, <https://www.cisa.gov/uscrt/china> (2022년 12월 27일 최
종접속)
- Windrem, Robert. “Timeline: Ten Years of Russian Cyber Attacks on Other Natio
ns”, NBC Universal, December 18, 2016. [https://www.nbcnews.com/storyline/
hacking-in-america/timeline-ten-years-russian-cyber-attacks-other-nations
-n697111](https://www.nbcnews.com/storyline/hacking-in-america/timeline-ten-years-russian-cyber-attacks-other-nations-n697111) (2022년 12월 27일 최종접속)
- Wray, Christopher. “Countering Threats Posed by the Chinese Government Inside
the U.S”, Federal Bureau of Investigation, January 31, 2022.
[https://www.fbi.gov/news/speeches/countering-threats-posed-by-the-chine
se-government-inside-the-us-wray-013122](https://www.fbi.gov/news/speeches/countering-threats-posed-by-the-chinese-government-inside-the-us-wray-013122) (2022년 12월 27일 최종접속)

[Abstract]

Legislation Status and Recommendations of Cyber Security Law in Korea

Insoo Yu *, Yeonseung Ryu **, Joo-Hee Han ***, Sung-Kyung Cho **** and
Hye-Yung Shin *****

With the continuous development of modern society and economy, the people in the new era have greater aspirations for a better life. Tourism has become a kind of people's spiritual pursuit for a better life. At the same time, with the improvement of people's living standard and the change of consumption concept, the number of people who travel on ice and snow in winter and like ice and snow sports is increasing year by year.

Under such an opportunity, the development and utilization of snow and ice resources has been the focus of the central and local governments for many years. The rapid development of our ice and snow industry is supported by the policies of the central and local governments. However, behind the rapid development of ice and snow industry, there are a series of problems and deficiencies that need to be solved urgently.

The development of the snow and ice industry should be protected from several aspects--such as: the development and protection of snow and ice resources in accordance with the law, the establishment and improvement of laws and regulations for the development of the mass snow and ice industry, the clarification of the legal status of snow and ice resources, the improvement of the diversified dispute settlement mechanism, and the increase of citizen participation--so that the development and protection of snow and ice resources can achieve a win-win goal of economic and social benefits.

Key words: The legal status of snow and ice resources, Diversified dispute resolution mechanisms, Theory of balance, The right of citizens to participate is guaranteed, Protect citizens' right to know

* Ph.D. student in Defense Industrial Security, Myongji University

** Professor in Defense Industrial Security, Myongji University

*** Ph.D. student in Defense Industrial Security, Myongji University

**** Ph.D. student in Defense Industrial Security, Myongji University

***** Graduate student in Defense Industrial Security, Myongji University

국제투자협정상 공정·공평대우 규정에 대한 연구:
론스타 사건 한국외환은행 지분매각 승인지연 쟁점을 중심으로

민 한 빛*

논문요지

2022년 8월 31일 론스타 사건의 최종 중재판정이 선고되었다. 중재판정부는 한-벨기에·룩셈부르크 BIT가 발효한 2011년 3월 27일 이후 발생한 분쟁에 대해서만 관할권이 존재한다고 판시하였으며, 이에 따라 하나금융지주에 대한 한국외환은행 지분매각 승인심사 지연이 핵심쟁점으로 다루어졌다. 동 쟁점에 대해 중재판정부는 금융위원회의 한국외환은행 지분매각 승인심사 지연이 정치적인 동기에서 비롯된 자의적 조치라고 지적하며, 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제2조제2항상 공정·공평대우 의무를 위반한 것이라고 판단하였다. 이러한 론스타 사건 중재판정에 대한 비판적 고찰을 위해, 이 논문은 공정·공평대우 관련 국제투자중재 판례 분석을 토대로 론스타 사건에 대한 시사점을 도출하였다. 아울러, 이러한 시사점을 기반으로 국제투자협정상 공정·공평대우 규정방안을 모색하였다.

검색용 주제어: 론스타, 투자자-국가간 분쟁해결, 국제투자협정, 공정·공평대우, 대우의 최소기준, 자의성

· 논문접수: 2022. 12. 28. · 심사개시: 2023. 01. 09. · 게재확정: 2023. 01. 26.

I. 서론

2022년 8월 31일 한국의 최초 투자자-국가간 분쟁해결(Investor-State Dispute Settlement) 사례인 론스타 사건의 최종 중재판정이 선고되었다.¹⁾ 이는 2012년 11월 21일 론스타가 한국 정부를 상대로 ISDS를 제기한 이후 약 10년 만에 중재판정이 이루어진 것이다.²⁾ 당초 론스타는 여러 쟁점을 제기하였으나, 중재재판부는 한-벨기

* 산업통상자원부 행정사무관

** 사랑하는 가족과 많은 가르침을 주고 계신 부모님, 서울대학교 이재민 교수님께 감사의 말씀을 드립니다. 또한, 본고는 개인적인 견해로 정부 입장과는 무관하다는 점을 밝힙니다.

1) 법무부, “론스타 국제투자분쟁(ISDS) 사건 판정 선고” (2022.8.31.).

2) ICSID 중재절차규칙 제31조제1항에 따른 절차종료 선언은 2022년 6월 28일 이루어졌다.

See *LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea*, ICSID Case No.

에·룩셈부르크 BIT가 발효한 2011년 3월 27일 이후에 발생한 분쟁에 대해서만 관할권이 존재한다고 판시하며 ①론스타의 하나금융지주에 대한 지분매각 승인심사 지연, ②2011년말 한국외환은행 배당금 지급 거부 압력, ③2011년 3월 27일 이후 발생한 조세분쟁에 대해서만 판단을 진행하였다.³⁾ 특히, 론스타의 하나금융지주에 대한 지분매각 승인심사 지연은 동 사건의 가장 중요한 쟁점으로 다루어졌다. 그리고, 이 쟁점에 대해 중재판정부는 금융위원회가 한국외환은행 지분매각 승인심사를 지연한 것이 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제2조제2항에 규정된 공정·공평대우 의무를 위반한 것이라고 판단하였다.⁴⁾

론스타 사건에서 핵심적으로 검토된 공정·공평대우는 국제투자중재에서 빈번하게 원용되고 있으나, 그 외연과 해석에 있어 문제가 지속 노정되고 있는 실체적 조항이다.⁵⁾ 특히, 론스타 사건의 준거법인 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제2조제2항은 공정·공평대우를 관습국제법상 대우의 최소기준 또는 국제법과 연계하지 않고 공정·공평대우만을 규정(unqualified FET clause)하고 있는 바, 중재판정부가 공정·공평대우 의무 위반여부를 판정함에 있어 어떠한 해석 및 의무위반 기준을 검토·적용하였는지 분석할 필요가 있다. 아울러, 투자유치국의 규제권한을 강화하고 중재판정부의 재량을 제한하는 방향으로 국제투자협정 개선 논의가 진행되고 있는 가운데⁶⁾, 론스타 사건에 대한 분석과 주요 국제투자중재 판례를 토대로 국제투자협정상 공정·공평대우 규정방안을 검토할 필요가 있다. 이에 이 논문은 제II장에서 중재판정부가 금융위원회의 한국외환은행 지분매각 승인지연이 공정·공평대우 의무를 위반하였다고 판단한 주요 근거를 살펴보았으며, 제III장에서는 공정·공평대우 관련 주요 국제투자중재 판례 분석을 통해 론스타 사건에 대한 시사점을 도출하였다. 이를 토대로 제IV장에서 국제투자협정상 공정·공평대우 규정방안을 살펴보았다.

ARB/12/37, Award, Aug. 30, 2022, paras. 29, 109.

3) *Ibid.*, para. 372.

4) 공정성(fairness) 개념에 기반하고 있는 공정·공평대우 규정은 외국인 투자보호를 규율하는 관습국제법과도 직접 연결되어 있으며, ①선의의(good faith), ②일관성(consistency of conduct), ③적법절차(due process), ④괴롭힘 금지(prohibition of harassment), ⑤정당한 기대(legitimate expectation), ⑥자의적 또는 차별적 조치 금지(prohibition of arbitrary and discriminatory treatments)로 구성되어 있다. See Rudolf Dolzer, "Fair and Equitable Treatment: Today's Contours", *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 12 (2014), pp. 11-16.

5) 공정·공평대우 규정이 국제투자중재에서 빈번하게 원용되고 있는 이유로 ①국제투자협정상 절대적인 실체적 의무(substantive absolute standards)가 제한적이라는 점, ②여타 실체적 의무 대비 공정·공평대우 규정이 광범위하다는 점을 지적하는 견해가 있다. See *Ibid.*, pp. 10-11.

6) 예를 들면, ISDS 절차에 반소 제도를 도입하는 문제에 대해 여러 국가들은 원칙적으로 찬성하는 입장을 표명하고 있는데, 이는 외국인 투자자가 무분별하게 ISDS 절차를 개시하는 것을 통제하기 위한 의도가 내재되어 있기 때문이다. 즉, 기존의 ISDS 기본 골격에 변화를 주더라도 외국인 투자자와 투자유치국간의 힘의 균형을 확보할 필요가 있다는 공감대가 형성되고 있다. 세부적인 사항은 이재민, "투자분쟁 역학관계의 재조정 - ISDS 절차 반소 제도 도입 움직임과 법적 함의-", 「국제거래법연구」 제31권제1호(2022), pp. 135-137.; 국제투자협정 개선방향으로 ①관할권 사전동의제도 폐지, ②상소제도 도입, ③혜택의 부인 규정 포함, ④증거개시제 도입 등을 제시하는 견해가 있다. 세부적인 사항은 김세진·최준황, "론스타의 ISD 제소사건에 대한 쟁점과 향후 개선방안", 「은행법연구」 제6권제2호(2013), pp. 283-289. 참조.

II. 한국외환은행 지분매각 승인지연 쟁점 분석

1. 한국외환은행 지분매각 승인지연 관련 사실관계

미국계 사모펀드인 론스타는 1998년 한국에 진출하였으며, 금융위기 이후 저평가된 한국 자산을 인수하였다.⁷⁾ 론스타는 한국외환은행 인수를 위해 론스타펀드IV를 구성하였으며, LSF-KEB Holdings SCA라는 별도 자회사를 설립하여 한국외환은행 인수를 추진하였다.⁸⁾ 금융위원회는 2003년 9월 26일 론스타가 한국외환은행 지분을 매입할 수 있도록 공식적으로 허가(동일인 한도 초과보유주주 승인)⁹⁾하였으며, 이에 론스타는 2003년 10월 31일 한국외환은행의 의결권 있는 지분 51%를 매입하였다.¹⁰⁾ 이후 론스타는 2006년부터 한국외환은행 매각을 통해 투자금 회수를 본격 시도하였다.¹¹⁾ 첫 번째로 론스타는 KB금융지주에 한국외환은행 매각을 시도하였다. 2006년 3월 22일 KB금융지주는 한국외환은행 인수 우선협상 대상자로 선정되었으며, 2006년 5월 19일 론스타와 KB금융지주는 한국외환은행 지분 매각계약을 체결하였으나, BIS 비율 조작 관련 검찰수사, 인수조건 관련 이견 등으로 KB금융지주는 한국외환은행 지분 매각계약을 포기하였다.¹²⁾ 두 번째로 론스타는 Hong Kong and Shanghai Banking Corporation(이하 'HSBC')에 한국외환은행 매각을 시도하였다. 2007년 9월 3일 론스타는 HSBC와 한국외환은행 지분 매각계약을 체결하였으나, 2008년 발생한 금융위기로 인해 2009년 9월 18일 HSBC는 한국외환은행 지분 매각계약을 파기하고 인수 승인신청을 철회하였다.¹³⁾ 세 번째로 론스타는 하나금융지주에 한국외환은행

7) *Lone Star v. Korea* 사건에서는 ①스타타워, ②스타리스, ③극동건설, ④외환은행 인수 관련 사안이 다루어졌으며, 특히 외환은행 지분매각 관련 쟁점이 가장 중요하게 다루어졌다. See *Supra* Note 2, paras. 146-155.; 미국계 사모펀드인 론스타는 미국 텍사스주에 본사를 두고 있으며, 1998년 한국에 진출하여 2003년 한국외환은행을 인수하였다. 세부적인 사항은 정혜련, “론스타 투자자-국가간 분쟁해결(ISD) 사건에 대한 소고 - 론스타의 ISD 과정과 우리정부의 시사점을 중심으로-”, 「안암법학」 제54호(2017), pp. 210-212. 참조.

8) 김희준, “론스타·한국정부간 ISD의 주요 내용과 쟁점”, 「법학논집」 제36권제2호(2012), pp. 857-860.

9) *Supra* Note 2, para. 160.; 정혜련, *Supra* Note 7, pp. 213-215.

10) *Supra* Note 2, para. 151.; 론스타는 한국외환은행을 총 1조 3,800억원에 인수하였다. 세부적인 사항은 오현석·김성룡, “론스타의 투자조약중재 제기 쟁점과 한국 정부의 전략적 대응방안”, 「중재연구」 제27권제4호(2017), pp. 138-140. 참조.; 론스타가 한국외환은행 지분을 인수할 당시 론스타는 50.53%, 코메르츠뱅크는 14.6%, 수출입은행은 13.85%의 지분을 소유하고 있었다. 세부적인 사항은 오현석, “투자의 적법성과 ISD 관할에 관한 연구 - 론스타 사건을 중심으로-”, 「법조」 제69권제1호(2020), pp. 231-233. 참조.

11) *Supra* Note 2, para. 181.

12) 론스타의 한국외환은행 제1차 매각시도에서는 당초 싱가포르 DBS은행이 가장 높은 인수를 제시하였으나, ①DBS은행의 비금융주력자 지배 판정 가능성, ②KB금융 인수시에도 독과점 문제 미발생을 고려하여 2006년 3월 22일 KB금융이 우선협상 대상자로 선정되었다. 그러나, BIS 비율 조작 관련 검찰 수사, 가격협상 및 계약기간 연장협상 관련 이견 등으로 KB금융은 한국외환은행 인수를 포기하였다. See *Ibid.*, paras. 182-186.; 최경규·조성곤·김규관, “론스타의 외환은행 매각과 한국정부에 대한 ISD 제소”, 「국제통상연구」 제18권제3호(2013), pp. 41-44.;

13) *Supra* Note 2, paras. 188-190.; 최경규·조성곤·김규관, *Ibid.*, pp. 41-44. 론스타는 HSBC에 한국외환은행 지분 51.02%를 총 5조 9,376억원(총 63억 1,700만 달러)에 매각하기로 합의하였었다. 세부적인 사항은 오현석·김성룡, *Supra* Note 10, p. 140.; 오현석, *Supra* Note

매각을 시도하였다. 2010년 4월 5일 론스타는 한국외환은행 매각절차를 재개하여 2010년 8월 호주 ANZ은행과 인수실사를 착수하였다.¹⁴⁾ 그러나, 론스타와 호주 ANZ은행간 가격협상에 대한 이견이 지속 노정되자, 론스타는 2010년 11월 25일 하나금융지주와 한국외환은행 지분 매각계약을 체결하였다.¹⁵⁾ 한편, 2007년 1월 한국외환은행과 자회사인 외환카드간의 합병과정에서 외환카드 주가를 조작(허위 감사설 유포)한 혐의로 론스타 관계자 등에 대한 기소가 이루어졌다.¹⁶⁾ 2011년 10월 6일 서울고등법원은 외환카드 주가조작에 대한 과기환송심에서 론스타에 유죄를 선고하였으며, 론스타는 재상고를 포기하여 유죄판결이 확정되었다.¹⁷⁾ 이에 2011년 11월 18일 금융위원회는 은행법에 따라 론스타에게 한국외환은행 지분 보유한다(10%)를 초과하는 지분(41.02%)에 대한 매각명령(Disposition Order)을 내렸으며, 동 매각명령에 따라 론스타는 2012년 5월 18일까지 초과지분(41.02%)을 매각해야하는 상황에 처하게 되었다.¹⁸⁾ 이후 2012년 1월 27일 금융위원회는 하나금융지주에게 론스타가 보유하고 있던 한국외환은행 지분을 인수할 수 있도록 승인하였으며, 2012년 2월 9일 하나금융지주는 당초 체결한 지분 매각계약보다 7,731억원 인화된 금액(주당 11,900원)인 총 3조 9,157억원에 론스타가 보유하고 있던 한국외환은행 지분을 인수하였다.¹⁹⁾

2. 한국외환은행 지분매각 승인지연 관련 중재판정부 판단

당초 론스타는 한국외환은행 지분매각 관련 ①HSBC에 대한 지분매각 승인심사 지연(2007년 9월 3일 론스타-HSBC간 한국외환은행 지분 매각계약 체결 ⇨ 2009년 9월 18일 한국외환은행 지분 매각계약 파기), ②하나금융지주에 대한 지분매각 승인심사 지연(2010년 11월 25일 론스타-하나금융지주간 한국외환은행 지분 매각계약 체결 ⇨ 2012년 2월 9일 한국외환은행 지분 매각)이 한-벨기에·룩셈부르크 BIT를 위반한 것이라고 주장하였다.²⁰⁾ 그러나, 중재판정부는 한-벨기에·룩셈부르크 BIT가 발효한 2011년 3월 27일 이전에 발생한 분쟁에 대해서는 관할권이 없다고 판시²¹⁾하며, 하나금융지주에 대한 지분매각 승인심사 지연에 대해서만 본안 판단을 진행하였다. 이에 본안 판단이 이루어진 하나금융지주에 대한 지분매각 승인심사 지연 쟁점을 중심으로 검토를 진행한다.

10, pp. 231-233. 참조.

14) 최경규·조성곤·김규란, *Ibid.*, pp. 41-44.

15) 론스타-하나금융지주간 체결한 지분 매각계약은 론스타가 보유한 한국외환은행 지분 51.02%를 총 4조 6,888억원(주당 14,250원)에 하나금융지주가 인수하는 것이었다. 세부적인 사항은 *Ibid.*, pp. 41-44. 참조.

16) *Supra* Note 2, paras. 175-176.; *Supra* Note 8, pp. 862-866.; 론스타는 2004년 2월 외환카드 인수시 금감원의 감사 명령이 불가능하다는 사실을 알면서도 주가조작을 위해 허위 감사 명령을 신청하였다. 세부적인 사항은 *Ibid.*, pp. 41-44. 참조.

17) 2011년 10월 6일 외환카드 주가조작 관련 서울고등법원의 유죄판결과 론스타의 재상고 포기에 따라 론스타에 대한 벌금형(250억원)이 확정되었으며, 금융위원회는 은행법 제16조제2항에 따라 단순매각명령을 내렸다. 세부적인 사항은 최경규·조성곤·김규란, *Ibid.*, pp. 47-48. 참조.

18) *Supra* Note 2, paras. 241-247.; *Ibid.*, pp. 41-44.

19) *Supra* Note 2, paras. 191-197.

20) *Ibid.*, paras. 215-247.

21) *Ibid.*, para. 372.

(1) 공정·공평대우 위반여부

가. 정당한 기대 및 지분매각 승인 관련 법정시한 준수에 대한 기대

론스타측은 ①HSBC의 인수 승인요청, 하나금융지주의 인수 승인요청에 대해 금융위원회가 법정심사기한(30일 그리고 60일)을 준수할 것, ②한국정부가 선의(good faith)에 따라 행위할 것, ③투자를 처분하고 수익을 송금할 수 있을 것 등에 대한 정당한 기대(legitimate expectation)를 가지고 있다고 주장하였다.²²⁾ 아울러, 론스타는 금융위원회의 기존 인수심사 소요기간 사례를 제시하며, 론스타에 대해서만 인수심사에 과도한 기간이 소요된 것은 금융위원회가 다른 목적(working on a different agenda)을 가지고 있었기 때문이라고 주장하였다.²³⁾ 한국정부측은 투자유치국이 적법절차에 따라 차별없이 선의에 따라 행동할 것이라는 일반적 기대(general expectation)가 존재한다는 점에는 동의하나, ①론스타에 대한 한국정부의 구체적 약속(specific government conduct)이 부재한 점, ②국내법·절차 위반만으로는 정당한 기대가 성립될 수 없다는 점을 고려할 때 론스타에게 정당한 기대가 존재하지 않는다고 주장하였다.²⁴⁾ 중재판정부는 은행법상 법정심사기간은 권고규정(hortatory provision)에 불과하므로 한국정부는 한국외환은행 승인심사 절차에 있어 재량을 가지고 있다고 판단하였으며, 국내법 위반 자체만으로 국제법을 위반을 구성하는 것이 아니라는 점을 명확히 하였다.²⁵⁾ 다만, 동 사안에서 문제가 되는 것은 금융위원회의 승인심사 지연이 아니라, 승인심사 지연에 내재된 부적절한 동기(improper motive)라는 점을 아울러 지적하였다.²⁶⁾

나. 한국정부가 선의(good faith)에 따라 행위할 것이라는 기대

22) *Ibid.*, paras. 716-717.

23) *Ibid.*, paras. 721-724.

24) *Ibid.*, paras. 718-720.

25) *Ibid.*, para. 725.

"The Tribunal has already held that the timing of the approval process is more flexible than envisaged by the Claimants. The Korean Supreme Court observed with respect to rules for administrative approval that the processing period "is merely a hortatory provision that encourages the approval process to be conducted as swiftly as possible, and is not a mandatory provision or validity provision." In any event, as noted by the Respondent, "a breach of local law injuring a foreigner does not, in and of itself, amount to a breach of international law."" (emphasis added, footnote omitted)

26) *Ibid.*, para. 726, 526.

"726. As the Tribunal pointed out above at paragraph 526, the issue is not simply delay, but improper motive for the delay.

526. More importantly, the issue is not simply delay but improper motive for the delay. The Claimants' position is that the processing delay of the HSBC and Hana applications was for a "wrongful purpose," namely to appease public opposition to the sale expressed in the National Assembly, by the unions, by the BAI and by a significant element of public opinion. Even the Respondent's expert did not support delay following from the abuse of authority for wrongful purposes." (emphasis added, footnote omitted)

론스타측은 금융위원회가 2011년 하반기 론스타에게 부과한 매각명령 등의 조치는 정치적·차별적 동기(political and discriminatory motivations)에서 비롯된 것이므로 선의에 따라 행위해야 할 의무를 위반한 것이라고 주장하였다.²⁷⁾ 한국정부측은 론스타에게 부과한 매각명령 등의 조치는 론스타의 외환카드 추가조작에 따라 부과된 것이며, 한국정부가 정치적인 고려를 했다는 사실만으로는 한국정부가 악의(bad faith)에 따라 행위했다고 볼 수 없다고 주장하였다.²⁸⁾ 우선, 중재판정부는 양측이 악의적 행위가 명백히 자의적이거나, 부당하거나, 특이한 경우(patently arbitrary, unjust or idiosyncratic), 분명하게 비합리적이고, 자의적이며, 괴상한 경우(manifestly irrational, arbitrary and perverse), 적법절차에 대한 고의적 무시 또는 극도로 불충분한 행위(wilful disregard of due process of law or an extreme insufficiency of action)를 의미한다는 데 동의했다고 지적하며, 이를 중재판정부가 악의 여부를 판단하는 일반적 근거(general basis)로 삼겠다는 입장을 표명하였다.²⁹⁾ 이러한 판단 기준을 토대로 중재판정부는 금융위원회가 2011년 하반기 한국외환은행 지분 매각승인을 지연한 주요한 이유(controlling rationale)는 건전성 역할(prudential role)을 수행하기 위한 것이 아니라 금융위원회 이익(its own institutional self-interest)을 달성하기 위한 것이라고 지적하며, 선의에 따라 행위해야 할 의무를 위반하였다고 판단하였다.³⁰⁾

다. 금융위원회의 위법행위에 방해받지 않고 투자를 처분할 수 있다는 기대

론스타측은 금융위원회가 2011년 11월 18일 내린 매각명령(Disposition Order)으로 인해 론스타가 진퇴양난(catch-22)에 빠졌으며, 금융위원회는 한국외환은행 지분매각 승인심사 절차를 공정하고 신속하게 진행하는 대신 한국외환은행 매각가격을 인하(4.33억 달러)하도록 압력을 행사하였다고 주장하였다.³¹⁾ 한국정부측은 외환카드 주

27) *Ibid.*, paras. 729, 732, 735.

28) *Ibid.*, paras. 730, 733-735.

29) *Ibid.*, para. 737.

“The Parties also appear to agree that *bad faith actions include conduct that is “patently arbitrary, unjust or idiosyncratic” or “manifestly irrational, arbitrary and perverse” as well as the “wilful disregard of due process of law or an extreme insufficiency of action.”* It is on this general basis that the Tribunal proceeds.” (emphasis added, footnote omitted)

30) *Ibid.*, paras. 740-741.

“740. In the view of the Tribunal majority, the “controlling rationale” of the FSC’s behaviour was the growing political pressure. The Tribunal majority rejects Korea’s arguments that the FSC’s behaviour was motivated by concerns about Hana or discharge of its “prudential” responsibilities.

741. The misconduct of Lone Star did not relieve the FSC from its obligation to process in good faith and expeditiously the Hana application (especially after Lone Star had abandoned its right of appeal on 12 October 2011.) The FSC was then in a position to take whatever action it deemed appropriate in furtherance of its “prudential role.” Instead, in the view of the Tribunal majority, *it pursued a policy of price reduction which was not part of its mandate and was undertaken entirely in furtherance of its own institutional self-interest. In doing so, the Tribunal finds that the Respondent failed to act in good faith towards these investors.*” (emphasis added, footnote omitted)

31) *Ibid.*, paras. 742-745.

가조작으로 인해 론스타가 스스로 진퇴양난에 빠진 것이라고 지적하며, 금융위원회에게는 지분매각 승인심사 만큼이나 금융체제를 관리·감독하는 건전성 역할 수행도 중요하므로 금융위원회의 관망정책(wait and see policy)은 론스타의 금융범죄행위를 고려할 때 정당화될 수 있다고 주장하였다.³²⁾ 중재판정부는 론스타가 진퇴양난 상황에 처함에 있어 론스타가 범한 금융범죄가 실질적인 기여(materially contributed)를 했다고 보면서도, 금융위원회의 지분매각 승인 없이는 론스타가 지분 매각거래를 진행하고 투자에 대한 예상 수익을 실현할 수 없다는 점에 주목하였다.³³⁾ 한편, 중재판정부는 금융위원회 역시 진퇴양난의 상황에 처해있었다고 지적하며, 정치적인 압력에 굴복하여 한국외환은행 인수가 인하를 조정하였다고 판단하였다.³⁴⁾ 이러한 판단을 토대로 중재판정부는 금융위원회가 공정·공평대우 의무를 위반하였다고 판단하였다.³⁵⁾

라. 충분한 보호 및 안전 의무

론스타는 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제2조제2항에 규정된 충분한 보호 및 안전 의무가 더 이상 투자에 대한 물리적 안전 보장에만 국한되지 않고 투자에 대한 법적 보호까지 포함한다고 주장하며, 이에 따라 투자유치국은 안정적인 경영환경과 사업의 통상적 수행을 저해하는 상업적·법적 괴롭힘으로부터의 안전을 보장해야한다는 입장을 피력하였다.³⁶⁾ 론스타는 충분한 보호 및 안전 의무가 법적 보호까지도 포함한다는 전제하에, 한국정부의 자의적인 한국외환은행 지분매각 승인지연, 부당한 대우, 투자운용 간섭 등이 론스타의 법적 보호와 안전을 심각하게 저해(severely undermined)하였다고 주장하였다.³⁷⁾ 한국정부측은 투자자에게 실체적·절차적 법적 보호를 제공하는 법체계를 제공한 바, 법적 안전(legal security)을 보장하였다고 주장하였다.³⁸⁾ 중재판정부는 충분한 보호 및 안전 의무가 공정·공평대우와 구분된다고 지적하면서도, 공정·공평대우 위반이 확인된 만큼 충분한 보호 및 안전 의무 위반에 대한 판단은 필요하지 않다고 보았다.³⁹⁾

32) *Ibid.*, paras. 746-747.

33) *Ibid.*, para. 750.

“The FSC was also in a “Catch-22” position. The FSC was not only creating problems for Hana and Lone Star, but at the same time creating adverse publicity internationally about Korea’s hostile treatment of foreign investment. Despite the denials of FSC Chairman Kim, *the majority of the Tribunal concludes for the reasons stated below that public and Parliamentary wrath dictated the FSC’s decision-making, and the FSC succumbed to the pressure by orchestrating a significant reduction in the purchase price of KEB by Hana.*” (emphasis added)

34) *Ibid.*, paras. 748-749.

35) *Ibid.*, para. 751.

“In doing so, as will be discussed (see paragraphs 779 and following), the Respondent, *in the view of the Tribunal majority, violated its treaty obligation to provide the investors with Fair and Equitable Treatment.*” (emphasis added)

36) *Ibid.*, paras. 752-754.

37) *Ibid.*, para. 755.

38) *Ibid.*, para. 756.

39) *Ibid.*, para. 757.

마. 결론: 공정·공평대우 위반

중재판정부는 금융위원회의 관망정책(wait and see policy)이 건전성 역할 수행을 위한 것이 아니며, 한국외환은행 인수가 인하를 위한 것이라고 지적하였다.⁴⁰⁾ 특히, 중재판정부는 금융위원회의 관망정책은 합리적인 정책목적(a rational policy objective)과 합리적인 관계(a reasonable relationship)가 부재하므로 자의적이고 비합리적(arbitrary and unreasonable)이며, 정당한 정책 목적이 아닌 금융위원회의 이익을 지향하였다고 판단하였다.⁴¹⁾ 따라서, 중재판정부는 금융위원회가 자의적·악의적으로 규제권한을 행사하였으며, 이는 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제2조제2항에 규정된 공정·공평대우 의무를 위반한 것이라고 판시하였다.⁴²⁾

(2) 여타 한-벨기에·룩셈부르크 BIT상 의무 위반여부

론스타는 한국외환은행 지분매각 승인심사 관련 금융위원회의 관망정책(wait and see policy)이 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제3조제1항내지 제2항에 규정된 최혜국대우, 내국민대우에 위반된다고 주장하였으나, 중재판정부는 공정·공평대우를 직접 적용하는 것이 더 바람직하다는 입장을 표명하며 최혜국대우, 내국민대우 위반 여부를 판단하지 않았다.⁴³⁾ 또한, 론스타는 금융위원회의 한국외환은행 지분매각 방해, 2012년 5월 18일까지 한국외환은행 지분 보유한도(10%)를 초과하는 지분(41.02%)을 처분토록 한 금융위원회의 매각명령(Disposition Order)이 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제

40) *Ibid.*, para. 780.

41) *Ibid.*, para. 781.

“In the view of the Tribunal majority, *the course of FSC conduct was arbitrary and unreasonable within the definition proposed by the Respondent itself as a measure that does not bear a reasonable relationship to a rational policy objective*. The Claimants say a measure is arbitrary if either (i) the measure lacks legitimate policy aim or (ii) if the measure is not taken reasonably in furtherance of that legitimate policy aim. In the view of the Tribunal majority, *the FSC misconduct was not directed to a “legitimate policy aim” but to its own self-interest.*” (emphasis added, footnote omitted)

42) *Ibid.*, paras. 782, 791.

“According to the majority of the Tribunal, the successful efforts of the FSC to secure a price reduction despite its acknowledgment to the National Assembly that the terms of a private agreement, including price, was not within the FSC mandate, and delaying approval until a price reduction was achieved, *the FSC exercised its regulatory role arbitrarily and in bad faith.*” (emphasis added, footnote omitted)

43) *Ibid.*, para. 765.

“In light of the majority ruling in respect of Fair and Equitable Treatment, the Tribunal majority finds it unnecessary to make a ruling in respect of the allegation of violation of the Most-Favoured Nation and the National Treatment clause. To do so would add nothing to the establishment of Korea’s liability for what the Tribunal majority regards as the only viable claim, namely the loss of USD 433 million by way of the reduced share price. While the Claimants make arguments comparing the treatment they say they received to the treatment of others who they say were similarly situated, *the Tribunal considers it preferable to apply the FET standard directly rather than through the lens of comparative treatment of other entities whose “similarity” of situation is challenged.*” (emphasis added)

5조제1항에 규정된 수용에 해당한다고 주장하였으나, 중재판정부는 론스타의 금융범죄(주가조작)로 인해 경영권 행사가 제한(stripped of its majority voting rights)된 것이며, 경영권 행사(control premium) 일부 제한은 수용에 해당하지 않는다고 판단하였다.⁴⁴⁾ 아울러, 금융위원회의 지분매각 승인지연에 따른 한국외환은행 매각가격 인하(4.33억 달러)는 공정·공평대우 의무위반 판정을 통해 더 적절하게 회복할 수 있으므로, 수용 관련 청구를 다루는 것은 필요하지 않다는 입장을 피력하였다.⁴⁵⁾ 또한, 론스타는 한국외환은행 지분매각 승인절차 지연이 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제6조제1항에 규정된 자유로운 송금보장 의무에 반한다고 주장하였으나, 중재판정부는 공정·공평대우 의무 위반이 명확한 만큼 소송경제상 송금 조항 위반 여부는 판단하지 않았다.⁴⁶⁾ 론스타의 한국외환은행 지분매각 관련 중재판정부의 한-벨기에·룩셈부르크 BIT상 의무 위반여부 판정요지를 정리하면 <표1>과 같다.

< 표1: 한국외환은행 지분매각 관련 중재판정부 판정요지 >

	중재판정부 판단
공정·공평대우	매각 승인지연은 합리적인 정책목적이 아닌 정치적인 동기에서 기인한 바, 자의적(arbitrary)·악의(bad faith)이므로 공정·공평대우의무 위반
충분한 보호 및 안전 의무	공정·공평대우의무 위반인 바, 소송경제상 충분한 보호 및 안전 의무 위반에 대한 판단 불요
최혜국대우 내국민대우	공정·공평대우의무 위반인 바, 소송경제상 최혜국대우, 내국민대우 위반에 대한 판단 불요
수용	론스타의 금융범죄(주가조작)로 인해 경영권 행사가 제한(stripped of its majority voting rights)되었으며, 경영권 행사(control premium) 일부 제한은 수용에 해당하지 않음
송금	공정·공평대우의무 위반인 바, 소송경제상 송금 조항 위반에 대한 판단 불요

(출처: 저자작성)

III. 주요 국제투자중재 판례의 론스타 사건에 대한 시사점

제II장에서 검토한 바와 같이 론스타 사건 중재판정부가 금융위원회의 한국외환은행 지분매각 승인지연이 한-벨기에·룩셈부르크 BIT상 실체적 조항을 위반했는지 여부를 판단함에 있어, 공정·공평대우 의무 위반이 중재판정부 판정의 핵심적인 토대가 되었다. 특히, 론스타 사건 중재판정부는 공정·공평대우를 관습국제법상 대우의 최소기준 또는 국제법과 연계하지 않고 공정·공평대우만을 규정(unqualified FET

44) *Ibid.*, paras. 768-770, 772-773.

45) *Ibid.*, para. 774.

46) *Ibid.*, para. 778.

clause)하고 있는 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제2조제2항을 기반으로 낮은 공정·공평대우 의무위반 기준을 적용하였다. 국제투자협정에 따라 공정·공평대우를 상이한 방식으로 규정하고 있는 가운데, 룬스타 사건 중재판정부가 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제2조제2항에 따라 채택한 공정·공평대우 의무 해석 및 의무위반 기준이 준거법인 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제2조제2항의 해석·적용상 불가피한 귀결이었는지, 아니면 다른 판단여지가 존재하였는지에 대한 검토가 요구된다. 이에 제III장에서는 주요 국제투자중재 판례를 토대로 룬스타 사건에 대한 시사점을 도출하였다.

1. 공정·공평대우 규정방식 및 위반기준 분석

(1) 국제투자협정상 공정·공평대우 규정방식

Havana Charter for an International Trade Organization 제11조제2항에 정당하고 공평한 대우(just and equitable treatment)가 규정⁴⁷⁾된 이래, 공정·공평대우는 미국-독일 우호통상항해조약 제1조제1항⁴⁸⁾, Abs-Shawcross Draft Convention on Investments Abroad 제1조⁴⁹⁾, OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property 제1조제(a)항⁵⁰⁾ 등에 반영되었다. 이후 공정·공평대우는 투자자 보

47) Havana Charter for an International Trade Organization Article 11 (Means of promoting economic development and reconstruction):

“2. The Organization may, in such collaboration with other inter-governmental organizations as may be appropriate:

(a) make recommendations for and promote bilateral or multilateral agreements on measures designed.

(i) to assure just and equitable treatment for the enterprise, skills, capital, arts and technology brought from one Member country to another; (..)”

48) United States of America-Federal Republic of Germany Treaties on Friendship, Commerce and Navigation Article I:

“1. Each Party shall at all times accord fair and equitable treatment to the nationals and companies of the other Party, and to their property, enterprises and other interests.”

49) Abs-Shawcross Draft Convention 제1조상 공정·공평대우 규정은 OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property 제1조가 공정·공평대우를 규정하게 되는데 영향을 주었다. 세부적인 사항은 김여선, “국제투자법의 공정·공평 대우 - ISD의 만능조항”, 「국제거래법연구」 제23권제2호(2014), pp. 418-419. 참조;

Draft Convention on Investments Abroad Article I:

“Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties. Such property shall be accorded the most constant protection and security within the territories shall not in any way be impaired by unreasonable or discriminatory measures.”

50) Draft Convention on the Protection of Foreign Property Article 1 (Treatment of Foreign Property):

“(a) Each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties. It shall accord within its territory the most constant protection and security to such property and shall not in any way impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by unreasonable or discriminatory measures. The fact that certain nationals of any State are accorded treatment more favourable than that provided for in this Convention shall not be regarded as discriminatory against nationals of a Party by reason only of the fact that such treatment is not accorded to the latter.”

호를 위한 상대적 기준인 비차별대우(최혜국대우, 내국민대우)의 공백을 메우는 절대적 기준으로서 대부분의 국제투자협정에 반영되고 있다.⁵¹⁾

이러한 공정·공평대우는 국제투자중재에 있어 중요한 쟁점으로 다루어지고 있으나, 공정·공평대우의 추상성으로 인해 그 외연과 해석에 있어 문제가 지속 노정되고 있다.⁵²⁾ 특히, 국제투자협정에 따라 공정·공평대우를 상이한 방식으로 규정하고 있어 이러한 문제가 가중되고 있다. <표2>는 국제투자협정에 공정·공평대우가 규정되는 방식을 정리한 것으로, 국제투자협정에 공정·공평대우가 규정되는 방식은 ①공정·공평대우만 규정하는 방식, ②공정·공평대우와 국제법을 연계하는 방식, ③공정·공평대우와 관습국제법상 대우의 최소기준을 연계하는 방식⁵³⁾, ④공정·공평대우의 실질적 내용을 열거하는 방식으로 크게 대별할 수 있다.

< 표2: 공정·공평대우 규정방식⁵⁴⁾ >

유형	투자협정 사례
공정·공평대우만 규정	한-벨기에·룩셈부르크 BIT 등
공정·공평대우와 국제법 연계	한-요르단 BIT 등
공정·공평대우와 관습국제법상 대우의 최소기준 연계	한-미 FTA, 한-우루과이 BIT 등
공정·공평대우의 실질적 내용 열거	EU-캐나다 CETA 등

(출처: 저자작성)

국제투자협정에 공정·공평대우가 규정되는 방식의 차이는 단지 형식적인 측면에서 뿐만 아니라, 공정·공평대우의 외연과 해석에 있어 실질적인 차이를 가져올 수 있다는 점에서 중요한 의미를 갖는다.⁵⁵⁾ 특히, 공정·공평대우와 관습국제법상 대우의 최소기준 연계한 경우, 공정·공평대우에 국제법을 연계한 경우 또는 공정·공평대우만

51) 국제투자협정상 대우의 최소기준은 상대적 기준인 비차별대우(최혜국대우, 내국민대우) 원칙의 공백을 메우는 역할을 하고 있으며, 투자유치국의 국내법에 따라 보호수준이 변경되지 않는 절대적 기준으로서 투자자 보호를 위한 최소한의 장치에 해당한다. 세부적인 사항은 김인숙, “국제투자규범상 최소기준대우에 관한 연구”, 『서울국제법연구』 제16권제2호(2009), pp. 76-78. 참조.

52) 김인숙, “ISD 소송사례에서 나타난 공정·공평한 대우의 판단기준과 국내적 시사점 연구”, 『서울국제법연구』 제27권제1호(2020), pp. 240-242.

53) 관습국제법상 대우의 최소기준은 *Laura M.B. Janes et al v. Mexico* 사건, *Harry Roberts v. Mexico* 사건, *L.F.H. Neer and Pauline Neer v. Mexico* 사건을 통해 확립되었다. 세부적인 사항은 김여선, *Supra* Note 49, pp. 421-422. 참조.

54) UNCTAD, “Fair and Equitable Treatment: A sequel”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement II*, 2012, pp. 17-35.; Ying Zhu, “Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors in an Era of Sustainable Development”, *Natural Resources Journal*, Vol. 58 (2018), pp. 322-327.; *Supra* Note 51, pp. 78-81.; *Supra* Note 52, pp. 245-247.; 공정·공평대우와 국내법을 연계하고 있는 CARICOM-쿠바 BIT 등 예외적인 경우도 있다. See Roland Kläger, *Fair and Equitable Treatment’ in International Investment Law*, First edition, (Cambridge, 2011), pp. 13-22.

55) 공정·공평대우의무를 해석함에 있어 ①공정·공평대우의무를 제한하는 요소, ②공정·공평대우의무에 규정된 부차적 요소(e.g. 구체적 예시 등), ③다른 규정과의 연계성(e.g. 관습국제법 연계 등) 등을 종합적으로 고려하여 해석할 필요가 있다. See UNCTAD, *Ibid.*, pp. 12-13.; *Supra* Note 52, pp. 243-244.

을 규정한 경우보다 공정·공평대우의 외연이 더 협소하며, 더 엄격한 위반기준이 적용되는 것으로 해석될 가능성이 클 것이다.⁵⁶⁾

(2) 국제투자협정상 공정·공평대우 위반기준

앞서 살펴본 바와 같이 국제투자협정에 따라 공정·공평대우를 규정하는 방식에 차이가 존재한다. 이에 따라 공정·공평대우 규정이 외견상 유사성을 가지고 있더라도 항상 일관되고 일의적인 의미를 갖는다고 결론내릴 수 없으며, 국제투자협정상 규정 방식에 따라 그 의미와 판단요소는 달라질 수밖에 없다.⁵⁷⁾ 특히, 공정·공평대우 규정 방식에 따라 당해 의무 위반기준(threshold)이 달라질 수 있으므로, 이에 대한 면밀한 검토가 요구된다.⁵⁸⁾

<표3>는 공정·공평대우 규정방식에 따라 어떠한 판단기준이 적용되는지를 정리한 것이다. 먼저, 국제투자협정에 공정·공평대우만 규정한 경우와 공정·공평대우와 국제법을 연계한 경우를 동일한 항목으로 구성하고, 공정·공평대우와 관습국제법상 대우의 최소기준을 연계한 경우를 별도의 항목으로 구성하였다. 국제투자협정에 공정·공평대우만 규정한 경우와 공정·공평대우와 국제법을 연계한 경우를 같은 항목으로 구성한 이유는 *Pope Talbot v. Canada* 사건에서 중재판정부가 공정·공평대우와 국제법을 연계한 NAFTA 제1105조를 해석함에 있어 국제법의 범위를 광범위하게 정의(①ICJ규정 제38조상 국제법 연원, ②선의(good faith), ③외국인직접투자에 대한 World Bank 가이드라인, ④NAFTA 당사국의 여타 조약상 의무, ⑤국내규제당국 권한행사를 규율하는 NAFTA 당사국의 국내법)한 것을 고려한 것이다.⁵⁹⁾ 즉, 국제투자협정에 공정·공평대우만 규정한 경우와 공정·공평대우와 국제법을 연계한 경우에는 공정·공평대우와 관습국제법상 대우의 최소기준을 연계한 경우보다 공정·공평대우의 외연이 상대적으로 제한적이지 않다는 것을 반영한 것이다.⁶⁰⁾ 다음으로, 관습국

56) UNCTAD, *Ibid.*, pp. 12-13.; OECD, "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/03, pp. 8-25.; 다만, 공정·공평대우의 의무 위반여부는 중재판정부에 의해 구체적 사안에서 실질적으로 판단될 필요가 있다. 세부적인 사항은 *Supra* Note 52, pp. 245-247.; 주진열, "이란 다야니 일가와 한국 정부간 투자자국가분쟁(ISD) 사건에 대한 고찰", 「서울국제법연구」 제27권제1호(2020), pp. 342-346.; 최영주·황지현, "국제투자분쟁에서 중재사례를 통해 본 공정·공평대우의 기준", 「한국무역상무학회지」 제57권제1호(2013), pp. 66-67. 참조.; 공정·공평대우만을 단독으로 규정하는 경우, 그 범위가 불명확하다는 문제점이 발생하게 된다. 세부적인 사항은 *Supra* Note 51, pp. 76-78. 참조.

57) 공정·공평대우 규정 해석을 위해 ①조약상 표현, ②문맥, ③조약의 대상·목적, ④체약국 의도 등을 종합적으로 고려해야 한다는 견해가 있다. 세부적인 사항은 *Supra* Note 52, pp. 248-249.; *Supra* Note 4, pp. 13-16. 참조.

58) UNCTAD, *Supra* Note 54, pp. 12-13.

59) *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2, Apr. 10, 2001, para. 107.

"For its part, Investor asserts that the "international law" requirements of Article 1105 include (1) all the sources of international law found in Article 38 of Statute of the International Court of Justice, (2) the concept of "good faith" (including *pacta sunt servanda*), (3) the World Bank's guidelines on foreign direct investment, (4) the NAFTA Parties' other treaty obligations, and (5) the body of domestic law of each NAFTA Party that addresses the exercise of domestic regulatory authority." (footnote omitted)

제법상 *Neer* 기준을 중심으로 위반기준(threshold)을 분류하였다. 중재판정부가 *Neer* 기준을 제시한 경우 높은 위반기준으로, *Neer* 기준보다 진화된 기준을 제시한 경우는 낮은 위반기준으로 구분하였다.⁶¹⁾ 이러한 구분을 토대로 주요 국제투자중재 사례를 판정유형1-4로 분류하였다.

< 표3: 공정·공평대우 위반기준⁶²⁾ >

	높은 위반기준 (<i>Neer</i> 기준)	낮은 위반기준 (진화된 <i>Neer</i> 기준)
①독자적 공정·공평대우, ②공정·공평대우- 국제법 연계	[판정유형 1] <i>Biwater</i> 사건 <i>Genin</i> 사건	[판정유형 2] <i>Tecmed</i> 사건 <i>Gold Reserve</i> 사건
공정·공평대우- 관습국제법상 대우의 최소기준 연계	[판정유형 3] <i>Glamis Gold</i> 사건 <i>Al Tamimi</i> 사건	[판정유형 4] <i>Chemtura</i> 사건 <i>Merill & Ring</i> 사건

가. 판정유형 1

Biwater v. Tanzania 사건, *Genin v. Estonia* 사건은 국제투자협정에 공정·공평대우만 규정하거나 공정·공평대우와 국제법을 연계하면서도 높은 의무 위반기준을 적용한 중재판정이다. 먼저, *Biwater v. Tanzania* 사건의 준거법인 영국-탄자니아 BIT 제2조제2항은 공정·공평대우만을 단독으로 규정하고 있었다.⁶³⁾ 그럼에도 불구하고,

60) 국제투자협정에 공정·공평대우만 규정한 경우와 공정·공평대우와 국제법을 연계한 경우에는 공정·공평대우의 적용범위가 관습국제법상 대우의 최소기준 보다 더 넓은 것으로 이해된다는 견해가 있다. 세부적인 사항은 *Supra* Note 51, pp. 86-89. 참조.

61) *L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States*, Concurring Opinion by American Commissioners, Oct. 15, 1926, pp. 60-61.

“Without attempting to announce a precise formula, it is in the opinion of the Commission possible to go a little further than the authors quoted, and to hold (first) that the propriety of governmental acts should be put to the test of international standards, and (second) that *the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency*. Whether the insufficiency proceeds from deficient execution of an intelligent law or from the fact that the laws of the country do not empower the authorities to measure up to international standards is immaterial.”(emphasis added)

62) Ying Zhu, *Supra* Note 54, pp. 327-334.를 참조하여, 저자가 재구성하여 작성.

63) Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Republic of Tanzania for the Promotion and Protection of Investments Article 2 (Promotion and Protection of Investment):

“(2) Investments of nationals or companies of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in

당해 중재판정부는 공정·공평대우가 관습국제법상 대우의 최소기준과 실질적으로 다르지 않다(not materially different)고 판시하였다.⁶⁴⁾ 아울러, 영국-탄자니아 BIT 제2조제2항의 경우 공정·공평대우를 단독으로 규정하고 있어 공정·공평대우를 관습국제법상 대우의 최소기준과 연계하고 있는 NAFTA 제1105조제1항과 문안상 차이가 있으나, 공정·공평대우 규정 위반기준에는 차이가 없다는 입장을 명시적으로 설시하였다.⁶⁵⁾ 다음으로, *Genin v. Estonia* 사건의 준거법인 미국-에스토니아 BIT 제2조제3항(a)호는 공정·공평대우와 국제법을 연계하여 규정하고 있었다.⁶⁶⁾ 당해 중재판정부는 미국-에스토니아 BIT 제2조제3항(a)호상 공정·공평대우는 국내법과 별개의 국제적 최소기준(international minimum standard)을 의미한다고 지적하면서도, 미국-에스토니아 BIT 제2조제3항(a)호상 공정·공평대우 의무위반 기준으로 *Neer* 기준을 제시하였다.⁶⁷⁾

the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of nationals or companies of the other Contracting Party. Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party.”

64) *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, Jul. 24, 2008, para. 592.

“Having said this, the Arbitral Tribunal also accepts, as found by a number of previous arbitral tribunals and commentators, that *the actual content of the treaty standard of fair and equitable treatment is not materially different from the content of the minimum standard of treatment in customary international law.*” (emphasis added, footnote omitted)

65) *Ibid.*, para. 599.

“These were, of course, statements made in the context of Article 1105(1) of NAFTA, which contains slightly different wording to the BIT here, and has also been the subject of a binding interpretation by the NAFTA Free Trade Commission (FTC). However, *notwithstanding these factors, the Arbitral Tribunal considers that the description of the general threshold for violations of this standard is appropriate in the context of Article 2(2) of the BIT.*” (emphasis added)

66) Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Estonia for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment Article II:

“3.(a) Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than required by international law.”

67) *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia*, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, Jun. 25, 2001, para. 367.

“Article II(3)(a) of the BIT requires the signatory governments to treat foreign investment in a “fair and equitable” way. Under international law, this requirement is generally understood to “provide a basic and general standard which is detached from the host State’s domestic law.” While the exact content of this standard is not clear, *the Tribunal understands it to require an “international minimum standard” that is separate from domestic law, but that is, indeed, a minimum standard. Acts that would violate this minimum standard would include acts showing a wilful neglect of duty, an insufficiency of action falling far below international standards, or even subjective bad faith.* Under the present circumstances—where ample grounds existed for the action taken by the Bank of Estonia—Respondent cannot be held to have violated Article II(3)(a) of the BIT.” (emphasis added, footnote omitted)

나. 판정유형 2

Tecmed v. Mexico 사건, *Gold Reserve v. Venezuela* 사건은 국제투자협정에 공정·공평대우만 규정하거나 공정·공평대우와 국제법을 연계하면서 낮은 의무 위반기준을 적용한 중재판정이다. *Tecmed v. Mexico* 사건의 준거법인 멕시코-스페인 BIT 제4조제1항은 공정·공평대우를 국제법과 연계하고 있었다.⁶⁸⁾ 당해 중재판정부는 국제법상 선의원칙(good faith principle) 견지에서 투자유치국은 투자자의 기본적인 기대(basic expectations)에 반하지 않는 국제투자조치(international investments treatment)를 채택·유지할 의무가 있다고 판시하였다.⁶⁹⁾ 아울러, 멕시코-스페인 BIT 제4조제1항의 문안을 고려할 때, 공정·공평대우의 적용범위에 대해 독자적 해석(autonomous interpretation)이 가능하다고 지적하였다.⁷⁰⁾ 이러한 중재판정부의 입장

68) [번역본] Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments Between the Kingdom of Spain and the United Mexican States 1995 Article IV:

“1. Each Contracting Party shall guarantee in its territory fair and equitable treatment, in accordance with international law, for the investments made by investors of the other Contracting Party.”

69) *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, May. 29, 2003, para. 154.

“154. The Arbitral Tribunal considers that this provision of the Agreement, in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. *The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations.* Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the State that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the State to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation. In fact, failure by the host State to comply with such pattern of conduct with respect to the foreign investor or its investments affects the investor’s ability to measure the treatment and protection awarded by the host State and to determine whether the actions of the host State conform to the fair and equitable treatment principle. Therefore, compliance by the host State with such pattern of conduct is closely related to the above-mentioned principle, to the actual chances of enforcing such principle, and to excluding the possibility that state action be characterized as arbitrary; i.e. as presenting insufficiencies that would be recognized “...by any reasonable and impartial man,” or, although not in violation of specific regulations, as being contrary to the law because:

...(it) shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety.” (emphasis added, footnote omitted)

70) *Ibid.*, para. 155.

“155. The Arbitral Tribunal understands that *the scope of the undertaking of fair and*

은 기존 *Neer* 기준에 비해 낮은 기준을 적용한 것이다. *Gold Reserve v. Venezuela* 사건의 중재판정부도 공정·공평대우가 *Neer* 기준보다 광의라는 입장을 피력하였다. *Gold Reserve v. Venezuela* 사건의 준거법인 캐나다-베네수엘라 BIT 제2조제2항은 공정·공평대우를 국제법과 연계⁷¹⁾하고 있었는데, 동 사건의 중재판정부는 *Neer* 사건 이래 투자보호 영역과 관련된 국제법은 지속 진화·발전하였다고 지적하며 공정·공평대우에 적용되는 기준은 *Neer* 기준보다 광의라고 판시하였다.⁷²⁾ 이러한 입장은 *Sempra v. Argentina* 사건에서도 동일하게 확인할 수 있다.⁷³⁾ 다만, 이러한 판정유형을 검토함에 있어 당해 판정의 준거법인 국제투자협정이 공정·공평대우를 단독으로 규정하거나, 공정·공평대우를 국제법과 연계하고 있었다는 점을 염두할 필요가 있다. *Enron v. Argentina* 사건의 중재판정부는 당해 국제투자협정상 공정·공평대우가 관습국제법상 대우의 최소기준보다 넓다고 판시하면서도, 공정·공평대우 규정방식에 따라 공정·공평대우의 의미·범위가 달라 질 수 있다는 점을 지적하였다.⁷⁴⁾

equitable treatment under Article 4(1) of the Agreement described above is that resulting from an autonomous interpretation, taking into account the text of Article 4(1) of the Agreement according to its ordinary meaning (Article 31(1) of the Vienna Convention), or from international law and the good faith principle, on the basis of which the scope of the obligation assumed under the Agreement and the actions related to compliance therewith are to be assessed.“ (emphasis added, footnote omitted)

71) Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments Article II:

“2. Each Contracting Party shall, in accordance with the principles of international law, accord investments or returns of investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment and full protection and security.”

72) *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, Sep. 22, 2014, para. 567.

“Article II(2) of the BIT refers to the “principles of international law” in accordance with which fair and equitable treatment is to be bestowed. To determine these principles the Tribunal must consider the present status of development of public international law in the field of investment protection. *It is the Tribunal’s view that public international law principles have evolved since the Neer case and that the standard today is broader than that defined in the Neer case on which Respondent relies.* As authoritatively held, the *Neer* award “had nothing to do with the treatment of foreign investors or investments. It did not address what is fair and equitable”, noting “that *Neer* is far from what is fair and equitable”. As held by the tribunal in *Mondev* when disregarding the *Neer* standard as controlling today, “both the substantive and procedural rights of the individual in international law have undergone considerable developments.”“ (emphasis added, footnote omitted)

73) *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, Sep. 28, 2007, para. 302.

“(…) *This does not exclude the possibility that the fair and equitable treatment standard imposed under a treaty can also eventually require a treatment additional to or beyond that of customary law.* Such does not appear to be the case with the present dispute, however. The very fact that recent interpretations of investment treaties have purported to change the meaning or extent of the standard only confirms that, those specific instruments aside, the standard is or might be a broader one.”(emphasis added)

74) *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007, para. 258.

“It might well be that in some circumstances where the international minimum standard is sufficiently elaborate and clear, fair and equitable treatment might be equated with it. But in other more vague circumstances, the fair and equitable standard may be more precise than its customary international law forefathers. This is why the Tribunal

Lemire v. Ukraine 사건의 중재판정부도 미국-우크라이나 BIT상 공정·공평대우를 해석함에 있어 당해 BIT의 문안을 적극 고려하였다. 동 중재판정부는 미국-우크라이나 BIT 문안을 고려할 때 관습국제법상 대우의 최소기준이 하한(floor)이며, 미국-우크라이나 BIT상 공정·공평대우 규정에 따라 투자자에게 더 높은 수준의 보호를 제공해야 한다고 판시하였다.⁷⁵⁾

다. 판정유형 3

Glamis Gold v. U.S. 사건, *Al Tamimi v. Oman* 사건은 공정·공평대우와 관습국제법상 대우의 최소기준을 연계하고, 높은 의무 위반기준을 적용한 중재판정이다. 이러한 중재판정은 공정·공평대우가 독자적인 기준(autonomous treaty standard)이 아니라 관습국제법상 대우의 최소기준과 동일하다고 보았다. *Glamis Gold v. U.S.* 사건의 중재판정부는 관습국제법상 대우의 최소기준이 *Neer* 기준에서 진화했는지에 대한 입증책임을 청구인에게 부과⁷⁶⁾하면서, 청구인이 이를 입증하지 못하였기 때문

concludes that *the fair and equitable standard, at least in the context of the Treaty applicable to this case, can also require a treatment additional to, or beyond that of customary law.* The very fact that recent FTC interpretations or investment treaties have purported to change the meaning or extent of the standard only confirms that those specific instruments aside, the standard is or might be a broader one.“ (emphasis added)

75) *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, Jan. 14, 2010, paras. 252-254.

“252. Is this principle of assimilation between customary minimum standard and FET standard also applicable to the US - Ukraine BIT?

253. The answer must be in the negative. The BIT was adopted in 1996, and was based on the standard drafting then proposed by the US. The words used are clear, and do not leave room for doubt: “Investments shall at all times be accorded fair and equitable treatment ... and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law”. *What the US and Ukraine agreed when they executed the BIT, was that the international customary minimum standard should not operate as a ceiling, but rather as a floor.* Investments protected by the BIT should in any case be awarded the level of protection offered by customary international law. But this level of protection could and should be transcended if the FET standard provided the investor with a superior set of rights.

254. In view of the drafting of Article II.3 of the BIT, the Tribunal finds that actions or omissions of the Parties may qualify as unfair and inequitable, even if they do not amount to an outrage, to willful neglect of duty, egregious insufficiency of State actions, or even in subjective bad faith.“ (emphasis added, footnote omitted)

76) *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award, Jun. 8, 2009, paras. 601-602.

“601. As a threshold issue, the Tribunal notes that it is Claimant’s burden to sufficiently answer each of these questions. The State Parties to the NAFTA (at least Canada and Mexico) agree that “the test in *Neer* does continue to apply,” though Mexico “also agrees that the standard is relative and that conduct which may not have violated international law [in] the 1920’s might very well be seen to offend internationally accepted principles today.” *If, as Claimant argues, the customary international law minimum standard of treatment has indeed moved to require something less than the “egregious,” “outrageous,” or “shocking” standard as elucidated in Neer, then the burden of establishing what the standard now requires is upon Claimant.*

에 NAFTA 제1105조상 공정·공평대우를 해석함에 있어 *Neer* 기준이 여전히 유효하게 적용된다고 판시하였다.⁷⁷⁾ *Al Tamimi v. Oman* 사건의 준거법인 미국-오만 FTA 제10.5조와 미국-오만 FTA 부속서 10-A도 공정·공평대우를 관습국제법상 대우의 최소기준과 연계하고 있었다.⁷⁸⁾ 동 사건의 중재판정부는 미국-오만 FTA 제10.5조에 규정된 공정·공평대우를 엄격한 대우의 최소기준(A strict minimum standard of treatment provision)으로 보면서, 이를 독자적 공정·공평대우(autonomous fair and equitable treatment)와 같이 광의로 해석할 수 없다는 점과 관습국제법상 대우의 최소기준 보다 추가되거나 그 이상의 대우를 요구하는 것이 아니라는 입장을 명확하게 표명하였다.⁷⁹⁾

602. The Tribunal acknowledges that it is difficult to establish a change in customary international law. As Respondent explains, establishment of a rule of customary international law requires: (1) “a concordant practice of a number of States acquiesced in by others,” and (2) “a conception that the practice is required by or consistent with the prevailing law (*opinio juris*).” (emphasis added, footnote omitted)

77) *Ibid.*, para. 616.

“It therefore appears that, although situations may be more varied and complicated today than in the 1920s, the level of scrutiny is the same. *The fundamentals of the Neer standard thus still apply today: to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking—a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons*—so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1). The Tribunal notes that one aspect of evolution from *Neer* that is generally agreed upon is that bad faith is not required to find a violation of the fair and equitable treatment standard, but its presence is conclusive evidence of such. Thus, an act that is egregious or shocking may also evidence bad faith, but such bad faith is not necessary for the finding of a violation. The standard for finding a breach of the customary international law minimum standard of treatment therefore remains as stringent as it was under *Neer*; it is entirely possible, however that, as an international community, we may be shocked by State actions now that did not offend us previously.” (emphasis added)

78) The United States-Oman Free Trade Agreement Article 10.5: Minimum Standard of Treatment

“1. Each Party shall accord to covered investments *treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment* and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. *The concepts of “fair and equitable treatment” and “full protection and security” do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights.* (...)“

Annex 10-A: Customary International Law

“The Parties confirm their shared understanding that “customary international law” generally and as specifically referenced in Article 10.5 and Annex 10-B results from a general and consistent practice of States that they follow from a sense of legal obligation. *With regard to Article 10.5, the customary international law minimum standard of treatment of aliens refers to all customary international law principles that protect the economic rights and interests of aliens.*” (emphasis added)

79) *Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman*, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, Nov. 3, 2015, para. 382.

“It is broadly accepted that the minimum standard of treatment under customary

한편, *Bilcon v. Canada* 사건의 경우 NAFTA가 준거법으로 적용되었으나, 중재판정부는 대우의 최소기준이 투자자 보호를 강화하는 방향으로 진화하였다는 점을 지적하였다.⁸⁰⁾ 다만, 중재판정부는 NAFTA 제1105조 문안 및 해석선언을 고려할 때 당해 조항의 위반여부를 판단시 높은 기준(high threshold)이 적용된다는 입장을 표명하였다.⁸¹⁾ *ADF v. U.S.* 사건의 중재판정부도 관습국제법상 대우의 최소기준은 고정된 것이 아니라는 점(not frozen in time)을 지적하면서도, NAFTA 제1105조상 공정·공평대우 위반을 판정함에 있어 적용되는 기준은 여전히 높다(the threshold for violation of that standard remains high)고 판시하였다.⁸²⁾

international law imposes a relatively high bar for breach. In *SD Myers v Canada*, for instance, a NAFTA/UNCITRAL decision, the tribunal said that a finding that the minimum standard has been breached “must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders”. A strict “minimum standard of treatment” provision such as Article 10.5, particularly when considered in the light of Annex 10-A in the present case, cannot be interpreted in the expansive fashion in which some autonomous fair and equitable treatment or full protection and security provisions of other treaties have been interpreted. Indeed, the language of Article 10.5.2 makes very clear that Article 10.5 does “not require treatment in addition to or beyond” that required by the minimum standard of the treatment of aliens under customary international law.”(emphasis added, footnote omitted)

80) *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, Mar. 17, 2015, para. 438.

“At the same time, the international minimum standard exists and has evolved in the direction of increased investor protection precisely because sovereign states—the same ones constrained by the standard—have chosen to accept it. States have concluded that the standard protects their own nationals in other countries and encourages the inflow of visitors and investment.” (emphasis added)

81) *Ibid.*, para. 441.

“The Tribunal in the present case agrees that there is indeed a high threshold for Article 1105 to apply. The language of Article 1105 itself is the necessary reference point in interpreting the international minimum standard. The search is to determine whether there has been a denial of “fair and equitable treatment” and “full protection and security”. According to the FTC Notes, NAFTA tribunals are bound to interpret and apply the standard in accordance with customary international law. In interpreting the international minimum standard, the Tribunal also drew guidance from earlier NAFTA Chapter Eleven decisions.” (emphasis added, footnote omitted)

82) *ADF Group Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, Jan. 9, 2003, para. 179.

“In considering the meaning and implications of the 31 July 2001 FTC Interpretation, it is important to bear in mind that the Respondent United States accepts that the customary international law referred to in Article 1105(1) is not “frozen in time” and that the minimum standard of treatment does evolve. The FTC Interpretation of 31 July 2001, in the view of the United States, refers to customary international law “as it exists today.” It is equally important to note that Canada and Mexico accept the view of the United States on this point even as they stress that “the threshold [for violation of that standard] remains high.” Put in slightly different terms, what customary international law projects is not a static photograph of the minimum standard of treatment of aliens as it stood in 1927 when the Award in the *Neer* case was rendered. For both customary international law and the minimum standard of treatment of aliens it incorporates, are constantly in a process of development.” (emphasis added, footnote omitted)

라. 판정유형 4

Chemtura v. Canada 사건, *Merill & Ring v. Canada* 사건은 공정·공평대우와 관습국제법상 대우의 최소기준을 연계하면서도, 낮은 의무 위반기준을 적용한 중재판정이다. *Chemtura v. Canada* 사건의 중재판정부는 NAFTA 제1105조상 공정·공평대우 위반을 판정함에 있어 관습국제법상 대우의 최소기준의 발전을 고려해야 한다는 입장을 표명하였다.⁸³⁾ *Merill & Ring v. Canada* 사건의 중재판정부도 현재 관습국제법상 존재하는 대우의 최소기준은 과거 *Neer* 기준보다 더 광의라는 입장을 표명하였다.⁸⁴⁾

(3) 시사점

공정·공평대우 규정방식과 공정·공평대우 위반기준간에 합리적 상관관계가 존재해야 하는 것이 조약의 해석원칙상 타당할 것이나, 국제투자중재 사례를 살펴보면 이러한 상관관계가 명확하게 나타나지 않는 것으로 판단된다. 그리고, 이러한 상관관계의 부재는 중재판정부에게 부여된 과도한 재량, 중재판정의 비밀관성 등 국제투자중재 체제에 대한 근본적인 비판과 맥락을 같이한다고 할 것이다.⁸⁵⁾ 다만, 국제투자협정상 공정·공평대우와 관습국제법상 대우의 최소기준이 연계된 경우에는, 그렇지 않은 경우보다 공정·공평대우의 외연이 더 협소하고 위반기준도 더 엄격하게 해석될 가능성이 크다는 점은 주목할 필요가 있다.⁸⁶⁾ 공정·공평대우와 관습국제법상 대우의

83) *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, Aug. 2, 2010, para. 122.

“In line with *Mondev*, the Tribunal will take account of the evolution of international customary law in ascertaining the content of the international minimum standard. Such inquiry will be conducted, as necessary, in analyzing each specific measure allegedly in breach of Article 1105 of NAFTA.” (emphasis added)

84) *Merill and Ring Forestry L.P. v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, Mar. 31, 2010, para. 213.

“In conclusion, the Tribunal finds that the applicable minimum standard of treatment of investors is found in customary international law and that, except for cases of safety and due process, *today’s minimum standard is broader than that defined in the Neer case and its progeny*. Specifically this standard provides for the fair and equitable treatment of alien investors within the confines of reasonableness. (...)” (emphasis added)

85) 공정·공평대우 범위 및 해석에 대해 중재판정부마다 상이한 입장을 채택하고 있는 점을 고려하여, 투자협정 체결시 공정·공평대우를 구체적이고 명확하게 규정할 필요가 있다는 견해가 있다. 세부적인 사항은 이인희, “국제투자중재의 공정·공평한 대우와 간접수용”, 「차세대 인문사회연구」 제14호(2018), pp. 71-72.; 충분한 보호 및 안전의무의 범위 및 해석에 대해 조항의 용어, 문구, 문장상 차이, 중재판정부의 관점 차이로 다양한 해석이 이루어지고 있는 만큼, 이를 방지하기 위해 투자협정에 충분한 보호 및 안전 의무의 개념 및 범위 등을 명확하게 규정할 필요가 있다는 견해가 있다. 세부적인 사항은 김상훈, “국제투자중재판정에 있어서 충분한 보호 및 안전 의무의 범위에 관한 최근의 상황 - 범위확대 경향을 중심으로-”, 「홍익법학」 제15권제1호(2014), pp. 733-736.; 김보연, “국제투자협정상 완전한 보호와 안전 의무의 해석기준 - 상당한 주의의무 기준의 비판적 고찰-”, 「국제거래법연구」 제31권제1호(2022), pp. 122-125. 참조.

86) 공정·공평대우와 관습국제법상 대우의 최소기준간의 관계는 각 국제투자협정상 문안에 따라 결정된다는 견해가 있다. See Rudolf Dolzer·Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Second edition, (Oxford, 2012), pp. 134-139.; 공정·공평대

최소기준이 연계된 경우에는 공정·공평대우를 독자적인 기준(autonomous treaty standard)으로 고려하지 않으므로, 판정유형 4와 같이 관습국제법상 대우의 최소기준이 가사 *Neer* 기준으로부터 진화하였다고 판단하더라도 공정·공평대우 의무위반 기준은 여전히 높게 적용될 가능성이 크기 때문이다.

론스타 사건의 준거법인 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제2조제2항은 공정·공평대우를 관습국제법상 대우의 최소기준이나 국제법에 연계하지 않고 단독으로 규정하고 있다.⁸⁷⁾ 룩스타 사건의 중재판정부는 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제2조제2항에 규정된 공정·공평대우의 외연과 위반기준에 대해 구체적으로 실시하지는 않았으나, 금융위원회의 한국외환은행 지분매각 승인지연의 자의성을 판단함에 있어 낮은 위반기준을 적용하였다.⁸⁸⁾ 만약, 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제2조제2항이 공정·공평대우를 관습국제법상 대우의 최소기준과 연계하고 있었다면, *Glamis Gold v. U.S.* 사건, *Al Tamimi v. Oman* 사건 등과 같이 높은 위반기준이 적용되어 금융위원회의 한국외환은행 지분매각 승인지연의 공정·공평대우 의무 위반여부를 판단함에 있어 높은 위반기준이 적용될 가능성이 있었을 것이다.

2. 공정·공평대우 ‘자의성’ 분석

론스타 사건의 준거법인 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제2조는 공정·공평대우와 함께 자의적 조치 금지를 병렬적으로 규정하고 있다.⁸⁹⁾ 그럼에도 불구하고, 룩스타 사건 중재판정부는 자의적 조치 금지를 공정·공평대우를 구성하는 독자적 요소(a stand-alone element)로 보고, 금융위원회의 자의적·악의적 규제권한 행사가 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제2조제2항에 규정된 공정·공평대우 의무를 위반한 것이라고 판단하였다.⁹⁰⁾ 이는 자의적 조치는 그 자체로 공정·공평대우 의무를 위반한 것이라고 판단한 *CMS v. Argentina* 사건⁹¹⁾, *Lauder v. Czech* 사건⁹²⁾의 중재판정부 입장과

우만을 단독으로 규정한 경우 관습국제법상 대우의 최소기준과 구분되는 독립기준(self-contained)으로 해석될 수 있다는 견해가 있다. 세부적인 사항은 김여선, *Supra* Note 49, pp. 423-424. 참조.

87) Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Belgium-Luxembourg Economic Union for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments Article 2(Promotion and Protection of Investments):

“2. Investments made by investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full and continuous protection and security in the territory of the other Contracting Party.”

88) *Supra* Note 2, para. 781.

89) Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Belgium-Luxembourg Economic Union for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments Article 2(Promotion and Protection of Investments):

“2. Investments made by investors of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full and continuous protection and security in the territory of the other Contracting Party.

3. Neither Contracting Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory by investors of the other Contracting Party.”

90) *Supra* Note 2, paras. 782, 791.

91) *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005, para. 290.

같은 맥락이다. 공정·공평대우와 함께 자의적 조치 금지가 병렬적으로 규정되어 있는 경우, 자의적 조치 금지가 독자적 의무에 해당하는지에 대해서는 여전히 이견이 존재⁹³⁾하지만, 룬스타 사건의 중재판정부는 자의적 조치 금지를 공정·공평대우의 구성요소로 판단한 만큼 공정·공평대우의 한 구성요소로서 자의성에 대한 분석을 진행한다.⁹⁴⁾

별론으로, 룬스타 사건의 중재판정부는 공정·공평대우 위반을 판단함에 있어 금융위원회의 규제권한 행사가 자의적이었는지와 함께 악의적이었는지 여부를 검토하였다. 공정·공평대우의 구성요소인 선의(good faith)는 법 일반원칙으로서 중요한 역할을 담당⁹⁵⁾하고 있으나, ①투자유치국의 선의 원칙 위반만으로는 공정·공평대우 위반을 구성할 수 있는지 여부가 불분명하다는 점⁹⁶⁾, ②*ADF v. U.S.* 사건⁹⁷⁾, *TECO*

“The standard of protection against arbitrariness and discrimination is related to that of fair and equitable treatment. *Any measure that might involve arbitrariness or discrimination is in itself contrary to fair and equitable treatment.* The standard is next to impairment: the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of the investment must be impaired by the measures adopted.” (emphasis added)

92) *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, Sep. 3, 2001, paras. 293-294.

“293. The Arbitral Tribunal holds that none of the actions and inactions of the Media Council, which have already been examined with respect to the prohibition against arbitrary and discriminatory measures (see above 5.5.2), constitutes a violation of the duty to provide fair and equitable treatment.

294. In order to avoid redundancy, the Arbitral Tribunal mainly refers to the developments made under the chapter addressing the issue of the prohibition against arbitrary and discriminatory measures, *for most of the arguments denying the existence of any arbitrary and discriminatory measure from the Czech Republic as from 1996 also apply to the Respondent’s compliance with the obligation to provide fair and equitable treatment.*” (emphasis added)

93) 국제투자협정상 공정·공평대우와 자의적 또는 차별적 조치 금지가 병렬적으로 규정되어 있는 경우 양자가 개념적으로 구분되는 별도의 기준인지에 대해 상반된 입장이 존재한다. NAFTA와 같이 국제투자협정상 자의적 또는 차별적 조치 금지를 규정하지 않고 공정·공평대우만을 규정하는 경우 공정·공평대우가 자의적 조치 금지를 포함한다는 것이 다수 중재판정부의 입장이다. See Rudolf Dolzer·Christoph Schreuer, *Supra* Note 86, pp. 194-195.; Patrick Dumberry, “The Prohibition against Arbitrary Conduct and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 14 (2014), pp. 139-144.

94) *CMS* 사건, *Saluka* 사건에서 중재판정부는 자의적이거나 차별적인 조치는 공정·공평대우 의무 위반을 구성한다고 판시하였다. See Roland Kläger, *Supra* Note 54, pp. 290-291.; 자의적 조치(arbitrary treatment)는 투자유치국이 합리적 정책목적이 아닌 국내정치적 고려에 따른 조치를 의미한다는 점에서 공정·공평대우 규정과 맥락을 같이 한다는 견해가 있다. See *Supra* Note 4, p. 31.

95) *Supra* Note 4, pp. 16-17.

96) OECD, *Supra* Note 56, pp. 38-39.; 선의(good faith) 원칙 위반만으로 공정·공평대우 위반을 구성하기 어렵다는 견해가 존재한다. 세부적인 사항은 이재형, “국제투자협정상 ‘대우의 최저기준’에 관한 연구”, 「고려법학」 제73호(2014), pp. 32-33.; 박선욱, “공정하고 공평한 대우 원칙의 발전 - 국제투자중재 판정례들을 중심으로-”, 「법학연구」 제44호(2011), pp. 345-346; 한편, 관습국제법상 의무인 선의(good faith) 원칙에 따라 투자협정상 의무를 성실하게 이행하지 않는 경우 공정·공평대우 의무 위반이 성립할 수 있다는 견해가 존재한다. 세부적인 사항은 황지현, “국제투자분쟁에서 공정·공평 대우에 관한 ICSID 중재사례 연구 - 외국인투자자의 정당한 기대 보호를 중심으로-”, 「무역상무연구」 제71권(2016), pp. 205-206.; *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No.

v. *Guatemala* 사건⁹⁸⁾ 등에서 선의는 공정·공평대우 의무 위반판단시 고려요소(negligible assistance)에 불과하다고 판시한 점, ③*Loewen v. U.S.* 사건⁹⁹⁾, *Enron v. Argentina* 사건¹⁰⁰⁾에서 공정·공평대우 의무 위반을 위해 악의(bad faith)가 요구되지 않는다고 판시한 점, ④선의와 자의성은 중복될 수 있으며 선의는 자의성 등 다른 요소에서 포괄적으로 논의되는 것이 일반적이라는 점¹⁰¹⁾을 고려하여 선의에 대한 분석보다는 자의성에 대한 분석에 중점을 두었다.

(1) ‘자의성’의 해석

자의성(arbitrariness)의 해석은 ①법치(rule of law) 개념 적용방식, ②사전적 접근방식, ③정책·조치의 합리성 여부 판단방식으로 크게 대별 할 수 있다.¹⁰²⁾ 먼저, 자의성의 해석에 있어 법치 개념을 적용한 대표적인 사례로 *ELSI* 사건을 들 수 있다.

ARB(AF)/00/3, Award, Apr. 30, 2004, para. 138.

97) *Supra* Note 82, para. 191.

“(…) We do not consider it essential to address in any detail this issue cast in terms just as abstract as the issue posed in respect of the content of “fair and equitable treatment” and “full protection and security.” *An assertion of breach of a customary law duty of good faith adds only negligible assistance in the task of determining or giving content to a standard of fair and equitable treatment.* (…)” (emphasis added)

98) *TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/10/23, Award, Dec. 19, 2013, para. 456.

“The Arbitral Tribunal also considers that the minimum standard is part and parcel of the international principle of good faith. There is no doubt in the eyes of the Arbitral Tribunal that the principle of good faith is part of customary international law as established by Article 38.1(b) of the Statute of the International Court of Justice, and that *a lack of good faith on the part of the State or of one of its organs should be taken into account in order to assess whether the minimum standard was breached.*” (emphasis added, footnote omitted)

99) *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, Jun. 26, 2003, para. 132.

“Neither State practice, the decisions of international tribunals nor the opinion of commentators support the view that bad faith or malicious intention is an essential element of unfair and inequitable treatment or denial of justice amounting to a breach of international justice. Manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety is enough, even if one applies the Interpretation according to its terms.” (emphasis added)

100) *Supra* Note 74, para. 263.

“The Tribunal observes that, as acknowledged by previous arbitral tribunals, *the principle of good faith is not an essential element of the standard of fair and equitable treatment and therefore violation of the standard would not require the existence of bad faith.*” (emphasis added, footnote omitted)

101) *Supra* Note 4, pp. 16-17.

102) *EDF v. Romania* 사건, *Lemire v. Ukraine* 사건 등에서 중재판정부는 자의적인 조치를 ①명백하게 정당한 목적없이 투자자에게 피해를 입히는 조치, ②법적 기준이 아닌 재량·편견·개인적 선호에 근거한 조치, ③의사결정권자 지시와 상이한 이유로 채택된 조치, ④적법 절차를 악의적으로 무시하는 조치로 분류한 바 있다. See Rudolf Dolzer·Christoph Schreuer, *Supra* Note 86, pp. 191-193. 투자자에게 손해를 가하는 조치가 정당한 목적(legitimate purpose)을 위한 것이 아니면서 합리적인 설명(rational explanation) 없이 편견 또는 편향(prejudice or bias)에 기반한 경우 자의적인 조치에 해당한다는 견해가 있다. See UNCTAD, *Supra* Note 54, pp. 78-80.

ELSI 사건에서 ICJ는 자의성 개념을 법치 개념과 대비하며 그 외연을 규정하는 방식을 채택하였다. 즉, 자의성은 법치와 상반되는 것(something opposed to the rule of law)으로, 자의적 조치(arbitrary action)는 적법절차에 대한 고의적 경시, 법률적 정당성(juridical propriety) 관점에서 충격적이거나 적어도 놀라운 조치에 해당한다는 것이다.¹⁰³⁾ *Noble Ventures v. Romania* 사건은 *ELSI* 사건에서 ICJ가 실시한 자의성 개념을 그대로 차용한 사례인데, 당해 중재판정부는 준거법인 루마니아-미국 BIT 제2조제2항(b)호에 규정된 자의성에 대해 루마니아-미국 BIT상 별도의 정의가 존재하지 않자 *ELSI* 사건의 자의성 개념을 도입하였다.¹⁰⁴⁾ 다음으로, 자의성의 해석을 위해 사전적 접근을 채택한 대표적인 사례로 *Lauder v. Czech* 사건을 들 수 있다. *Lauder v. Czech* 사건의 중재판정부는 체코-미국 BIT상 자의성에 대한 별도 정의가 부재한 상황에서 Black's Law Dictionary의 자의성 정의를 차용하여, 자의성이란 근거 또는 사실보다는 편견 또는 선호에 기초한 개인적 판단에 의존한 것이라는 해석론을 제시하였다.¹⁰⁵⁾ 이후 *CMS v. Argentina* 사건¹⁰⁶⁾, *LG&E v. Argentina* 사건¹⁰⁷⁾ 등에서도 *Lauder v. Czech* 사건과 마찬가지로 자의성 해석을 위해 Black's

103) *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989*, para. 128.

"Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law. This idea was expressed by the Court in the *Asylum* case, when it spoke of "arbitrary action" being "substituted for the rule of law" (*Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950*, p. 284). *It is a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety.* Nothing in the decision of the Prefect, or in the judgment of the Court of Appeal of Palermo, conveys any indication that the requisition order of the Mayor was to be regarded in that light." (emphasis added)

104) *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, Oct. 12, 2005, para. 176.

"The Tribunal will first turn to the question of a breach of Art. II(2)(b) BIT by way of arbitrary and discriminatory measures. The BIT gives no definition of either the notion "arbitrary" or "discriminatory." Regarding arbitrariness, reference can again be made to the decision of the ICJ in the *ELSI* case. The Court defined it as "*not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law. This idea was expressed by the Court in the Asylum case, when it spoke of "arbitrary action" being "substituted for the rule of law" (Asylum, Judgment, ICJ Reports 1950, p. 284). It is a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety*" (*ELSI*, ICJ Reports 1989, para. 128)." (emphasis added)

105) *Supra* Note 92, para. 221.

"The Treaty does not define an arbitrary measure. According to Black's Law Dictionary, arbitrary means "*depending on individual discretion; (...) founded on prejudice or preference rather than on reason or fact*" (Black's Law Dictionary 100(7th ed. 1999))."

106) *Supra* Note 91, para. 291.

"In the *Lauder* case, an equivalent provision of the pertinent investment treaty was explained in accordance with the definition of "arbitrary" in *Black's Law Dictionary*, which states that an arbitrary decision is one "*depending on individual discretion; ... founded on prejudice or preference rather than on reason or fact.*" (emphasis added, footnote omitted)

107) *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, Oct. 3, 2006, para. 157.

"According to international law, arbitrariness has been described as "a willful disregard

Law Dictionary의 자의성 정의를 차용하였다. 마지막으로 자의성의 해석을 위해 정책·조치의 합리성 기준을 적용한 사례로 *Electrabel S.A. v. Hungary* 사건, *Saluka v. Czech* 사건¹⁰⁸⁾, *AES v. Hungary* 사건¹⁰⁹⁾ 등을 들 수 있다. *Electrabel S.A. v. Hungary* 사건의 중재판정부는 투자자유치국의 조치가 공공정책목적(public policy objective)와 적절한 상관관계(appropriate correlation)를 갖고 있으며, 비례성(proportionality) 요건을 충족한 경우 당해 조치가 비자의적이라는 입장을 표명하였다.¹¹⁰⁾ 론스타 사건의 중재판정부도 자의성의 해석을 위해 정책·조치의 합리성 기준

of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety.” *The tribunal in Ronald S. Lauder v. The Czech Republic, referring to the Black’s Law Dictionary, defined the term as “depending on individual discretion: (···) founded on prejudice or preference rather than on reason or fact.”*” (emphasis added, footnote omitted)

108) *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, Mar. 17, 2006, para. 460.

“The standard of “reasonableness” has no different meaning in this context than in the context of the “fair and equitable treatment” standard with which it is associated; and the same is true with regard to the standard of “non-discrimination”. *The standard of “reasonableness” therefore requires, in this context as well, a showing that the State’s conduct bears a reasonable relationship to some rational policy*, whereas the standard of “non-discrimination” requires a rational justification of any differential treatment of a foreign investor.” (emphasis added)

109) *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, Sep. 23, 2010, paras. 10.3.7–10.3.9.

“10.3.7. There are two elements that require to be analyzed to determine whether a state’s act was unreasonable: *the existence of a rational policy; and the reasonableness of the act of the state in relation to the policy.*

10.3.8. A rational policy is taken by a state following a logical (good sense) explanation and with the aim of addressing a public interest matter.

10.3.9. Nevertheless, a rational policy is not enough to justify all the measures taken by a state in its name. A challenged measure must also be reasonable. That is, there needs to be an appropriate correlation between the state’s public policy objective and the measure adopted to achieve it. This has to do with the nature of the measure and the way it is implemented.” (emphasis added)

110) *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, Nov. 25, 2015, para. 179.

“*Standard for “Arbitrariness”*: As already indicated above, this Tribunal agrees with the Saluka, AES, and Micula tribunals in that a measure will not be arbitrary if it is reasonably related to a rational policy. As the AES tribunal emphasised, this requires two elements: “*the existence of a rational policy; and the reasonableness of the act of the state in relation to the policy.*” A rational policy is taken by a state following a logical (good sense) explanation and with the aim of addressing a public interest matter. Nevertheless, *a rational policy is not enough to justify all the measures taken by a state in its name. A challenged measure must also be reasonable. That is, there needs to be an appropriate correlation between the state’s public policy objective and the measure adopted to achieve it.* This has to do with the nature of the measure and the way it is implemented.” In the Tribunal’s view, this includes the requirement that the impact of the measure on the investor be proportional to the policy objective sought. The relevance of the proportionality of the measure has been increasingly addressed by investment tribunals and other international tribunals, including the ECtHR. The test for proportionality has been developed from certain municipal administrative laws, and requires the measure to be suitable to achieve a legitimate policy objective, necessary for that objective, and not excessive considering the relative weight of each interest involved.”(emphasis added, footnote omitted)

을 적용하였다. 론스타 사건의 중재판정부는 금융위원회가 한국외환은행의 지분매각 승인을 지연한 행위는 합리적인 정책목적(a rational policy objective)과 합리적인 관계(a reasonable relationship)가 부재하므로 자의적이라고 판단하였으며, 아울러 금융위원회의 지분매각 승인지연이 정당한 정책목적(legitimate policy aim) 달성을 위한 것이 아니라고 판단하였다.¹¹¹⁾

(2) ‘자의성’ 위반기준

자의성에 대한 해석문제와 함께, 투자유치국의 조치가 자의적인지 여부를 판단하기 위한 위반기준(threshold) 설정 문제도 아울러 검토할 필요가 있다. 그간 중재판정부가 제시한 자의성 위반기준은 일관적이지 않았으며, ①*ELSI* 기준에 따라 자의성 위반여부를 판단하는 입장, ②법령 등에 대한 명백하고 정당화할 수 없는 부인(outright and unjustified repudiation)인지 여부로 자의성 위반여부를 판단하는 입장, ③명백하게 자의적(manifest arbitrary)인지 여부로 자의성 위반여부를 판단하는 입장, ④자의적(arbitrary)인지 여부로 자의성 위반여부를 판단하는 입장으로 크게 대별되어 나타났다.

먼저, *ELSI* 사건에서 ICJ가 제시한 *ELSI* 기준에 따르면 적법절차에 대한 악의적 경시, 법률적 정당성 관점에서 충격적이거나 적어도 놀라운 조치에 해당하는 경우 자의적인 조치에 해당한다.¹¹²⁾ 이러한 *ELSI* 기준은 난폭하거나, 악의적이거나, 고의적으로 의무를 경시하였거나, 합리적이고 공정한 자가 쉽게 인식할 수 있을 정도로 정부의 조치가 국제적 기준을 충족하지 못한 경우 의무위반이 발생한다는 *Neer* 기준에 비해 위반기준이 덜 엄격하여 원용이 더 용이하다고 평가 받고 있다.¹¹³⁾ 다만, *ELSI* 기준에 대해 어떠한 경우 법률적 정당성 관점에서 충격적이거나 적어도 놀라운 조치로 포섭되는지가 불분명하다는 비판과 함께, 공정·공평대우 맥락(context) 측면에서 연관성이 부족하다는 비판이 제기되고 있다.¹¹⁴⁾ 다음으로, *Waste Management v. Mexico* 사건, *GAMI v. Mexico* 사건과 같이 법령 등에 대한 명백하고 정당화할 수 없는 부인에 해당하는 경우 자의적인 조치로 보는 입장이 존재한다. *Waste Management v. Mexico* 사건의 중재판정부는 시정부가 투자자에게 계약상 의무에 따라 대금을 지급하지 못한 것은 재정위기로부터 기인한 것이기 때문에, 거래계약에 대한 명백하고 정당화할 수 없는 부인에 해당하지 않아 전적으로 자의적이거나 극도로 부당하게 행동(acted in a wholly arbitrary way or in a way that

111) *Supra* Note 2, para. 781.

“In the view of the Tribunal majority, the course of FSC conduct was arbitrary and unreasonable within the definition proposed by the Respondent itself as a measure that does not bear a reasonable relationship to a rational policy objective. The Claimants say a measure is arbitrary if either (i) the measure lacks legitimate policy aim or (ii) if the measure is not taken reasonably in furtherance of that legitimate policy aim. In the view of the Tribunal majority, the FSC misconduct was not directed to a “legitimate policy aim” but to its own self-interest.” (emphasis added, footnote omitted)

112) *Supra* Note 103, para. 128.

113) 위반기준(threshold)에 있어 *ELSI* 기준이 *Neer* 기준 보다 더 낮다는 견해가 있다. See Rudolf Dolzer·Christoph Schreuer, *Supra* Note 86, pp. 139-141, pp. 191-193.

114) Patrick Dumberry, *Supra* Note 93, pp. 121-125.

was grossly unfair)한 것이 아니라고 판단하였다.¹¹⁵⁾ *GAMI v. Mexico* 사건의 중재판정부도 NAFTA 제1105조상 공정·공평대우 의무 위반여부를 판단함에 있어 동일한 위반기준을 적용하였다.¹¹⁶⁾ *Lemire v. Ukraine* 사건은 이와 유사한 견지에서 공정한 경쟁을 저해하는 방식으로 국내법을 노골적으로 위반(*blatant disregard*)한 경우 자의적인 조치에 해당한다는 입장을 표명하였다.¹¹⁷⁾ 한편, *Thunderbird v. Mexico* 사건, *Glamis Gold v. U.S.* 사건의 중재판정부는 투자유치국의 조치가 단순히 자의적인 것이 아니라, 명백하게 자의적일 것(*manifest arbitrary*)을 요구하였다. *Thunderbird v. Mexico* 사건의 중재판정부는 관습국제법상 대우의 최소기준이 *Neer* 기준에서 진화하였으나 여전히 당해 의무의 위반기준은 높다고 지적하면서, 수용가능한 국제기준에 미치지 못하는 명백한 자의성을 위반기준으로 제시하였다.¹¹⁸⁾

115) *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, Apr. 30, 2004, para. 115.

“*In the Tribunal’s view the evidence before it does not support the conclusion that the City acted in a wholly arbitrary way or in a way that was grossly unfair. It performed part of its contractual obligations, but it was in a situation of genuine difficulty, for the reasons explained above. It sought alternative solutions to the problems both parties faced, without finding them. The most important default was its failure to pay; the Tribunal will discuss in a subsequent section whether such failure, persisted in, could have amounted to a breach of NAFTA Article 1110 because it was tantamount to expropriation, either of the enterprise as a whole or at least of the sums remaining unpaid. For present purposes it is sufficient to say that even the persistent non-payment of debts by a municipality is not to be equated with a violation of Article 1105, provided that it does not amount to an outright and unjustified repudiation of the transaction and provided that some remedy is open to the creditor to address the problem. In the present case the failure to pay can be explained, albeit not excused, by the financial crisis which meant that at key points the City could hardly pay its own payroll. There is no evidence that it was motivated by sectoral or local prejudice.*” (emphasis added, footnote omitted)

116) *Gami Investment, Inc. v. The Government of the United Mexican States*, UNCITRAL, Final Award, Nov. 15, 2004, para. 103.

“GAMI has demonstrated clear instances of failures to implement important elements of Mexican regulations. It has adduced eminent evidence to the effect that the Mexican government is constitutionally required to give effect to its regulations. Claims of maladministration may be brought before the Mexican courts. Indeed as breaches of Mexican administrative law they could be brought nowhere else. Yet GAMI’s claims of breaches of NAFTA may be brought before this Tribunal under Chapter 11 without the need to exhaust local remedies. The problem is therefore to identify the type of maladministration that could rise to the level of a breach of international obligations. *A claim of maladministration would likely violate Article 1105 if it amounted to an “outright and unjustified repudiation” of the relevant regulations.* There may be situations where even lesser failures would suffice to trigger Article 1105. It is the record as a whole – not dramatic incidents in isolation – which determines whether a breach of international law has occurred.” (emphasis added)

117) *Supra* Note 75, para. 385.

“Although not every violation of domestic law necessarily translates into an arbitrary or discriminatory measure under international law and a violation of the FET standard, *in the Tribunal’s view a blatant disregard of applicable tender rules, distorting fair competition among tender participants, does.* In conclusion, the Tribunal considers that when the National Council at its meeting of February 6, 2008 decided to award at least a frequency to Kiss, and to deny all applications submitted by Gala, such decision violated the FET standard required by Article II.3 of the BIT.” (emphasis added)

Glamis Gold v. U.S. 사건의 중재판정부도 *Thunderbird v. Mexico* 사건의 중재판정부와 유사한 입장을 채택하면서, 자의적인 조치에 해당하기 위해서는 근거가 명백하게 부재해야 한다는 입장을 피력하였다.¹¹⁹⁾ *Sempra v. Argentina* 사건의 중재판정부도 아르헨티나-미국 BIT 제2조제2항(b)호상 자의적 조치 금지 의무¹²⁰⁾ 위반여부를 판단하면서, 자의성 여부를 판단하기 위해서는 중요한 조치가 명백하게 부적절한지를 검토해야 한다고 지적하였다.¹²¹⁾ 마지막으로 *Mobil v. Canada* 사건, *Merill & Ring v. Canada* 사건과 같이 별도 수식어(qualifying adjective)가 부가되지 않은 자의성을 위반기준으로 제시한 경우도 있다. *Mobil v. Canada* 사건의 중재판정부는 투자자유치국의 조치가 자의적인 경우 관습국제법상 공정·공평대우 의무 위반이 발생할 수 있다고 판시하였다.¹²²⁾ *Merill & Ring v. Canada* 사건의 중재판정부도 이와 유

118) *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Award, Jan. 26, 2006, para. 194.

“The content of the minimum standard should not be rigidly interpreted and it should reflect evolving international customary law. Notwithstanding the evolution of customary law since decisions such as *Neer Claim in 1926*, the threshold for finding a violation of the minimum standard of treatment still remains high, as illustrated by recent international jurisprudence. For the purposes of the present case, the Tribunal views acts that would give rise to a breach of the minimum standard of treatment prescribed by the NAFTA and customary international law as those that, weighed against the given factual context, amount to a gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards.” (emphasis added, footnote omitted)

119) *Supra* Note 76, para. 803.

“(…) [R]ather, this is a level of arbitrariness that, as *International Thunderbird* put it, amounts to a “gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards.” The act must, in other words, “exhibit a manifest lack of reasons.” (…)” (emphasis added, footnote omitted)

120) Argentina-United States BIT Article 2.2(b):

“Neither Party shall in any way impair by arbitrary or discriminatory measures the management, operation, maintenance, use, enjoyment, acquisition, expansion, or disposal of investments. (…)”

121) *Supra* Note 73, para. 318.

“(…) The measures adopted might have been good or bad, but this is not a matter which is for the Tribunal’s to judge. As the Tribunal has already concluded, they were inconsistent with the domestic and Treaty frameworks. They were not, however, arbitrary in that they responded to what the Government believed and understood to be the best response to the unfolding crisis. Irrespective of the question of intent, a finding of arbitrariness requires that some important measure of impropriety be manifest. This is not found in a process which, although far from desirable, is nonetheless not entirely surprising in the context in which it took place.” (emphasis added)

122) *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Decision on Liability and on Principles of Quantum, May 22, 2012, para. 152.

“On the basis of the NAFTA case-law and the parties’ arguments, the Tribunal summarizes the applicable standard in relation to Article 1105 as follows:

(1) the minimum standard of treatment guaranteed by Article 1105 is that which is reflected in customary international law on the treatment of aliens;

(2) the fair and equitable treatment standard in customary international law will be infringed by conduct attributable to a NAFTA Party and harmful to a claimant that is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, or is discriminatory and exposes a claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety.

사한 입장을 표명하였다.¹²³⁾ NAFTA와 유사하게 공정·공평대우를 관습국제법상 대우의 최소기준과 연계하고 있는 CAFTA-DR을 준거법으로 삼았던 *Railroad v. Guatemala* 사건¹²⁴⁾, *TECO v. Guatemala* 사건¹²⁵⁾의 중재판정부도 별도 수식어(qualifying adjective)가 부가되지 않은 자의성을 위반기준으로 제시하였다. 이처럼 자의성에 별도 수식어를 부가하지 않는 경우, 앞서 살펴본 자의성 위반기준보다 공정·공평대우 의무 위반 원용이 더 용이할 것으로 판단된다.¹²⁶⁾

(3) ‘자의성’ 판단시 정치적 고려 등 정책재량 인정

론스타 사건의 중재판정부는 금융위원회가 금융시장 건전성 유지 목적이 아니라

(3) in determining whether that standard has been violated it will be a relevant factor if the treatment is made against the background of

(i) clear and explicit representations made by or attributable to the NAFTA host State in order to induce the investment, and

(ii) were, by reference to an objective standard, reasonably relied on by the investor, and

(iii) were subsequently repudiated by the NAFTA host State.” (emphasis added)

123) *Supra* Note 84, para. 208.

“Conduct which is unjust, arbitrary, unfair, discriminatory or in violation of due process has also been noted by NAFTA tribunals as constituting a breach of fair and equitable treatment, even in the absence of bad faith or malicious intention on the part of the state. Transparency as noted was unsuccessfully linked to this concept and legitimate expectation has been discussed in several cases, although not endorsed on questions of fact and evidence.” (emphasis added, footnote omitted)

124) *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Award, Jun. 29, 2012, para. 219.

“Regarding the content of the standard, the Tribunal refers to and adopts the conclusion reached by the tribunal in *Waste Management II* in considering NAFTA Article 1105 standard of review and after surveying NAFTA arbitral awards: “[...] the minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety—as might be the case with a manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candor in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant.” The Tribunal finds that *Waste Management II* persuasively integrates the accumulated analysis of prior NAFTA Tribunals and reflects a balanced description of the minimum standard of treatment. The Tribunal accordingly adopts the *Waste Management II* articulation of the minimum standard for purposes of this case.” (emphasis added, footnote omitted)

125) *Supra* Note 98, para. 454.

“The Arbitral Tribunal considers that the minimum standard of FET under Article 10.5 of CAFTA-DR is infringed by conduct attributed to the State and harmful to the investor if the conduct is arbitrary, grossly unfair or idiosyncratic, is discriminatory or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety.” (emphasis added, footnote omitted)

126) 자의성에 별도 수식어(qualifying adjective)를 포함하지 않은 중재판정부 판정은 공정·공평대우 의무 위반기준을 낮추기 위한 의도를 가지고 있다는 견해가 있다. See Patrick Dumberry, *Supra* Note 93, pp. 145-147.

정치적 목적 달성을 위해 관망정책을 추진하였기 때문에, 자의적이고 비합리적이라고 판단하였다.¹²⁷⁾ 론스타 사건에서 중재판정부가 제시한 공정·공평대우 의무 위반 판정의 주요 논거가 금융위원회의 관망정책이 정치적 목적에서 기인했다는 것에 터잡고 있는 만큼, 자의성을 판단함에 있어 정치적 고려 등 정책재량이 인정될 수 있는지 검토할 필요가 있다.

먼저, *S.D. Myers v. Canada* 사건의 경우 NAFTA를 준거법으로 삼고 있었는데, 당해 중재판정부는 조치의 자의성을 판단함에 있어 국내사안에 대해서는 투자유치국에게 높은 수준의 정책재량을 인정해야 한다는 입장을 피력하였다.¹²⁸⁾ *AES v. Hungary* 사건의 중재판정부도 에너지헌장조약 제10조제1항¹²⁹⁾ 위반여부를 판단함에 있어, 소위 과도한 이익(so-called luxury profits) 시정을 위한 투자유치국의 조치가 정치적 동기에서 비롯된 경우라도 타당하고 합리적이라고 판단하였다.¹³⁰⁾ *Electrabel S.A. v. Hungary* 사건의 중재판정부도 민주적 정부는 필연적으로 정치적 요인을 감안해야하는 바, 정부가 정치적 논쟁 또는 대중 영합주의적 논쟁을 고려했다는 사실만으로 비합리적이고 자의적인 조치가 되는 것은 아니라는 점을 명확하게 실시하였다.¹³¹⁾ 또한, *Bilcon v. Canada* 사건의 중재판정부는 복잡다기한 정책 환경 및 행정

127) *Supra* Note 2, para. 740.

128) *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, Nov. 13, 2000, para. 263.

“The Tribunal considers that *a breach of Article 1105 occurs only when it is shown that an investor has been treated in such an unjust or arbitrary manner that the treatment rises to the level that is unacceptable from the international perspective. That determination must be made in the light of the high measure of deference that international law generally extends to the right of domestic authorities to regulate matters within their own borders.* The determination must also take into account any specific rules of international law that are applicable to the case.”(emphasis added)

129) The Energy Charter Treaty Article 10(1):

“(…) [N]o Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. (…)”

130) *Supra* Note 109, para. 10.3.34.

“Having concluded that Hungary was principally motivated by the politics surrounding so-called luxury profits, *the Tribunal nevertheless is of the view that it is a perfectly valid and rational policy objective for a government to address luxury profits.* And while such price regimes may not be seen as desirable in certain quarters, this does not mean that such a policy is irrational. One need only recall recent wide-spread concerns about the profitability level of banks to understand that so-called excessive profits may well give rise to legitimate reasons for governments to regulate or re-regulate.”(emphasis added)

131) *Supra* Note 110, para. 8.23.

“There is no doubt that by late 2005 and early 2006 there was political and public controversy in Hungary over the perceived high level of profits made by Hungarian Generators, including Dunamenti. However, *politics is what democratic governments necessarily address; and it is not, ipso facto, evidence of irrational or arbitrary conduct for a government to take into account political or even populist controversies in a democracy subject to the rule of law.* Moreover, the Hungarian Government did not itself resort to populist language directed at Dunamenti. In brief, the Tribunal considers that Electrabel’s criticism of Hungary’s political motives is factually mistaken, particularly in alleging that Hungary’s conduct towards the Generators (especially Dunamenti) was induced solely by malign populist pressures, now falsely camouflaged with other ostensibly more rational factors for the purpose of Hungary’s defence in these arbitration proceedings.”(emphasis added)

부에 대한 이해관계자들의 다양한 요구를 고려할 때, 재량의 경솔한 행사(imprudent exercise of discretion) 또는 명백한 실수(outright mistakes)가 반드시 대우의 최소 기준 의무를 위반하는 것은 아니라고 지적하였다.¹³²⁾ *Enron v. Argentina* 사건 중재판정부의 경우 투자유치국이 국내법과 조약에 합치하지 않는 조치를 채택하더라도, 국가적 위기 대응을 위해 투자유치국이 최선의 대응이라고 판단하는 경우 조치가 자의적이지 않다는 입장을 피력하였다.¹³³⁾ 요컨대, 사안에 따라 정치적 고려 등 정책재량 인정여부가 상이할 수 있겠지만, *S.D. Myers v. Canada* 사건, *AES v. Hungary* 사건, *Electrabel S.A. v. Hungary* 사건, *Bilcon v. Canada* 사건, *Enron v. Argentina* 사건을 살펴 보건데, 조치의 자의성을 판단함에 있어 정치적 고려 등 정책재량을 인정할 수 있는 여지가 존재하는 것으로 판단된다.

(4) 조치의 의도성

투자유치국의 조치가 자의적인지 여부를 판단하기 위해 투자유치국의 의도(intention)가 요구되는지에 대해서는 중재판정부간 일관된 입장이 정립되어 있지 않다. *CME v. Czech* 사건의 중재판정부는 투자유치국의 작위 및 부작위가 투자자에게 침익적인 효과를 야기하기 위한 명확한 의도(clear intention)를 가지고 있었기 때문에 비합리적(unreasonable)이라고 판단하였다.¹³⁴⁾ 반면, *Occidental v. Ecuador* 사

132) *Supra* Note 80, para. 437.

“The Tribunal agrees that international responsibility and dispute resolution, in the investor context, is not supposed to be the continuation of domestic politics and litigation by other means. Modern regulatory and social welfare states tackle complex problems. Not all situations can be addressed in advance by the laws that are enacted. Room must be left for judgment to be used to interpret legal standards and apply them to the facts. Even when state officials are acting in good faith there will sometimes be not only controversial judgments, but clear-cut mistakes in following procedures, gathering and stating facts and identifying the applicable substantive rules. State authorities are faced with competing demands on their administrative resources and there can be delays or limited time, attention and expertise brought to bear in dealing with issues. *The imprudent exercise of discretion or even outright mistakes do not, as a rule, lead to a breach of the international minimum standard.*” (emphasis added)

133) *Supra* Note 74, para. 281.

“After examining the detailed arguments of the parties and their supporting authorities and decisions, the Tribunal is not persuaded by the Claimants’ view that there is here arbitrariness or discrimination. *The measures adopted might have been good or bad, a matter which is not for the Tribunal to judge, and as concluded they were not consistent with the domestic and the Treaty legal framework, but they were not arbitrary in that they were what the Government believed and understood was the best response to the unfolding crisis.* Irrespective of the question of intention, a finding of arbitrariness requires that some important measure of impropriety is manifest, and this is not found in a process which although far from desirable is nonetheless not entirely surprising in the context it took place.” (emphasis added)

134) *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, Sep. 13, 2001, para. 612.

“The same considerations set out under the expropriation claim govern the claim for unfair and inequitable treatment as well. On the face of it, *the Media Council’s actions and inactions in 1996 and 1999 were unreasonable as the clear intention of the 1996 actions was to deprive the foreign investor of the exclusive use of the Licence under*

건의 중재판정부는 투자유치국의 의도 존부와 무관하게, 투자유치국의 조치가 매우 혼동스럽고 명확성이 결여되어 있다면 자의적이라고 판시하였다.¹³⁵⁾ *Merill & Ring v. Canada* 사건의 중재판정부도 공정·공평대우 의무 위반을 판단함에 있어 악의적 의도(malicious intention)는 요구되지 않는다는 입장을 표명하였다.¹³⁶⁾ 이처럼 중재판정부간 일관된 입장이 정립되어 있지 않은 상황에서, 자의성 요건으로 투자유치국의 의도가 요구되는지 여부는 사안별로 판단이 필요할 것으로 보인다.

(5) 시사점

엄격한 자의성 위반기준을 제시한 *Glamis Gold v. U.S.* 사건의 중재판정부는 NAFTA 제1105조상 공정·공평대우 의무를 위반하는 자의적인 조치는 단지 투자유치국의 조치에 대해 중재판정부가 동의할 수 없는 정도로는 충분하지 않고, 수용가능한 국제기준에 미치지 못하는 명백한 자의성이 요구된다고 실시하였다.¹³⁷⁾ *Cargill v. Mexico* 사건의 중재판정부도 자의성 위반을 판단함에 있어 단지 투자유치국이 다양한 요소에 대해 부정확한 가중치를 두었다거나, 중재판정부가 비판하는 방식으로 사회적·경제적 근거를 적용했다는 것 등에만 근거해서는 안 된다는 입장을 표명하였

the MOA and the clear intention of the 1999 actions and inactions was collude with the foreign investor's Czech business partner to deprive the foreign investor of its investment. The behaviour of the Media Council also smacks of discrimination against the foreign investor." (emphasis added)

135) *Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Award, Jul. 1, 2004, para. 163.

"In the context of the present dispute, the decisions taken by SRI do not appear to have been founded on prejudice or preference rather than on reason or fact, As was convincingly explained in the hearing by the Director of the SRI, Mrs. De Mena, the SRI was confronted with a variety of practices, regulations and rules dealing with the question of VAT. it has been explained above that this resulted in a confusing situation into which the SRI had the task of bringing some resemblance of order. However, *it is that very confusion and lack of clarity that resulted in some form of arbitrariness, even if not intended by the SRI.*" (emphasis added)

136) *Supra* Note 84, para. 208.

"*Conduct which is unjust, arbitrary, unfair, discriminatory or in violation of due process has also been noted by NAFTA tribunals as constituting a breach of fair and equitable treatment*, even in the absence of bad faith or malicious intention on the part of the state. Transparency as noted was unsuccessfully linked to this concept and legitimate expectation has been discussed in several cases, although not endorsed on questions of fact and evidence." (emphasis added, footnote omitted)

137) *Supra* Note 76, para. 625.

"The Tribunal finds that, in this situation, both Parties are correct. Previous tribunals have indeed found a certain level of arbitrariness to violate the obligations of a State under the fair and equitable treatment standard. Indeed, arbitrariness that contravenes the rule of law, rather than a rule of law, would occasion surprise not only from investors, but also from tribunals. This is not a mere appearance of arbitrariness, however—a tribunal's determination that an agency acted in a way with which the tribunal disagrees or that a state passed legislation that the tribunal does not find curative of all of the ills presented; rather, this is a level of arbitrariness that, as International Thunderbird put it, amounts to a "gross denial of justice or manifest arbitrariness falling below acceptable international standards." (emphasis added, footnote omitted)

다.¹³⁸⁾ 특히, 자의적인 조치가 NAFTA 제1105조상 공정·공평대우 의무를 위반하기 위해서는 당해 정책목적에 대한 예측불가능하고 충격적인 부인(an unexpected and shocking repudiation of a policy's very purpose and goals)에 이르거나, 숨겨진 의도를 달성하기 위해 국내법·정책을 중대하게 변경(grossly subverts a domestic law or policy for an ulterior motive)하는 정도에 이르러야 한다고 판시하여 엄격한 위반기준을 제시하였다.¹³⁹⁾ 론스타 사건의 중재판정부는 자의성 해석 및 위반기준에 대해 구체적으로 실시하지는 않았으나, 금융위원회의 지분매각 승인지연 조치가 자의적이라고 결론내림에 있어 금융위원회가 정치적인 목적에 근거하고 있다는 논거에만 크게 의존하고 있다. 하지만, 금융위원회가 한국외환은행 지분매각 승인을 지연시킨 사유에는 금융시장 건전성 유지 등 경제적·사회적 목적 달성도 아울러 포함되어 있었는 바, *Glamis Gold v. U.S.* 사건, *Cargill v. Mexico* 사건의 중재판정부 시각에서 금융위원회의 조치가 단지 중재판정부가 동의할 수 없는 정도가 아니라 수용가능한 국제기준에 미치지 못할 정도로 명백하게 자의적인지를 살펴볼 필요가 있다. 아울러, *AES v. Hungary* 사건, *Electrabel S.A. v. Hungary* 사건의 중재판정부는 투자유치국의 조치가 정치적 목적에 근거하고 있다는 사실만으로 당해 조치를 자의적인 조치로 판단하는 것은 타당하지 않다는 입장을 표명하였는데, 론스타 사건의 중재판정부는 금융위원회의 지분매각 승인지연이 정치적인 목적에 근거하고 있다는 것을 주된 근거로 당해 조치가 자의적이라고 판단한 만큼 *AES v. Hungary* 사건, *Electrabel S.A. v. Hungary* 사건의 중재판정부 시각에서도 론스타 사건을 비판적으로 검토할 필요가 존재한다.

투자유치국과 외국인 투자자간 힘의 균형을 맞추고 중재판정부의 과도한 재량행사를 제한하기 위해서는, 중재판정부가 단지 조치가 자의적인지만을 기준으로 공정·공평대우 의무 위반 여부를 판단토록 허용하는 것을 제한할 필요가 있다. 하지만, 앞서 살펴본 공정·공평대우 규정방식 및 위반기준과 마찬가지로, 공정공평대우의 구성요소인 자의성의 해석과 위반기준에 있어서도 중재판정부간 일관된 입장은 존재하지 않는다. 예를 들면, 공정·공평대우와 관습국제법상 대우의 최소기준을 연계하고 있는

138) *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, Sep. 18, 2009, para. 292.

“The Tribunal also agrees with the view expressed in *S.D. Myers* that a tribunal, in assessing whether an action of a State is arbitrary, need recognize that governments “make many potentially controversial choices” and, in doing so, may “appear to have made mistakes, to have misjudged the facts, proceeded on the basis of a misguided economic or sociological theory, placed too much emphasis on some social values over others and adopted solutions that are ultimately ineffective or counterproductive.” Therefore, an actionable finding of arbitrariness must not be based simply on a tribunal’s determination that a domestic agency or legislature incorrectly weighed the various factors, made legitimate compromises between disputing constituencies, or applied social or economic reasoning in a manner that the tribunal criticizes.” (emphasis added, footnote omitted)

139) *Ibid.*, para. 293.

“The Tribunal thus finds that arbitrariness may lead to a violation of a State’s duties under Article 1105, but only when the State’s actions move beyond a merely inconsistent or questionable application of administrative or legal policy or procedure to the point where the action constitutes an unexpected and shocking repudiation of a policy’s very purpose and goals, or otherwise grossly subverts a domestic law or policy for an ulterior motive.” (emphasis added, footnote omitted)

경우에도 *Thunderbird v. Mexico* 사건, *Glamis Gold v. U.S.* 사건과 같이 명백한 자의성(minifest arbitrariness)을 위반기준으로 제시한 사례가 있는 반면, *Mobil v. Canada* 사건, *Merill & Ring v. Canada* 사건과 같이 단순히 자의성(arbitrariness)을 위반기준으로 제시한 사례도 병존하고 있다. 이러한 점을 고려할 때, 중재판정부가 더 엄격한 자의성 위반기준에 근거할 수 있도록 국제투자협정에 반영하는 방안을 검토할 필요가 있다.

IV. 결론: 론스타 사건과 국제투자협정상 공정·공평대우 규정방안

론스타 사건 중재판정부는 금융위원회의 한국외환은행 지분매각 승인지연이 한-벨기에·룩셈부르크 BIT를 위반했는지 여부를 판단함에 있어, 공정·공평대우 의무 위반여부를 중심으로 검토를 진행하였다. 이는 중재판정부가 상대적 기준인 비차별대우(최혜국대우, 내국민대우 등) 위반여부 판정보다 절대적 기준인 공정·공평대우 위반여부 판정이 더 용이하고, 소송경제 측면에서도 효율적이라고 판단했기 때문으로 보인다.¹⁴⁰⁾ 아울러, 론스타 사건의 준거법인 한-벨기에·룩셈부르크 BIT 제2조제2항과 같이 공정·공평대우를 관습국제법상 대우의 최소기준이나 국제법과 연계하지 않고 공정·공평대우만을 단독으로 규정하고 있는 경우 중재판정부가 공정·공평대우의 외연설정 및 해석에 있어 광범위한 재량을 보유할 수 있다는 점에서, 공정·공평대우 위반여부를 중점적으로 검토하는 것이 법리 전개에도 수월하다고 판단했을 것이다.¹⁴¹⁾ 결론적으로, 론스타 사건 중재판정부는 공정·공평대우의 외연과 해석에 대해 구체적으로 실시하지 않은 채, 낮은 자의성 위반기준을 적용하여 금융위원회의 한국외환은행 지분매각 승인지연이 한-벨기에·룩셈부르크 BIT상 공정·공평대우 의무 위반에 해당한다고 판시하였다. 결국, 론스타 사건이 시사하는 바는 투자유치국과 외국인 투자자간 힘의 균형을 맞추고 중재판정부의 과도한 재량행사를 제한하기 위해, 공정·공평대우의 외연을 제한하고 명확한 해석지침을 제시하는 방향으로 공정·공평대우를 규정해야 한다는 것이다.¹⁴²⁾

먼저, 국제투자협정 제·개정시, 공정·공평대우를 관습국제법상 대우의 최소기준과 연계하는 방안을 검토해볼 수 있을 것이다.¹⁴³⁾ 예를 들면, 한미 FTA 제11.5조 및 부

140) 공정·공평대우 규정의 광범위한 외연으로 인해 국제투자협정상 여타 실체적 의무가 적용되기 어려운 부분에 대해서도 공정·공평대우 규정이 적용될 수 있을 것이라는 견해가 있다. See *Supra* Note 4, p. 32.

141) 공정·공평대우 해석과 적용에 있어 *Pope & Talbot v. Canada* 사건에서와 같이 중재판정부에 과도한 재량 주어질 수 있다는 우려가 존재한다. 세부적인 사항은 이재형, *Supra* Note 96, pp. 15-21. 참조.; 공정·공평대우 규정의 주관적 특성(subjective nature)으로 인해 동 규정 적용시 예측가능성이 낮다는 견해가 있다. See *Ibid.*, p. 31.; 김여선, *Supra* Note 49, pp. 417-418.

142) UNCTAD는 공정·공평대우 규정 방식으로 ①공정·공평대우 미규정, ②공정·공평대우만 규정(unqualified FET clause), ③공정·공평대우-관습국제법상 대우의 최소기준 연계, ④공정·공평대우-국제법 연계, ⑤공정·공평대우 실질적 내용 명시를 고려할 수 있다고 지적하고 있다. See UNCTAD, *Supra* Note 54, pp. 103-115.

143) NAFTA 제1105조 해석노트는 *Metalclad v. Mexico* 사건, *S.D. Myers v. Canada* 사건, *Pope & Talbot v. Canada* 사건에서 중재판정부가 공정·공평대우를 광의로 해석한데 대한 비판적 인식에서 비롯된 것이다. 세부적인 사항은 김여선, *Supra* Note 49, pp. 420-421.

속서 11-A, CPTPP 제9.6조 및 부속서 9-A, USMCA 제14.6조 및 부속서 14-A 등이 공정·공평대우를 관습국제법상 대우의 최소기준과 연계하는 방식을 채택하고 있다.¹⁴⁴⁾ 이러한 방식을 채택하는 경우 중재판정부가 *Glamis Gold v. U.S.* 사건, *Al Tamimi v. Oman* 사건, *Bilcon v. Canada* 사건 등과 같이 높은 의무 위반기준을 적용할 수 있는 조약상 해석근거가 될 수 있다.¹⁴⁵⁾ 다만, 공정·공평대우와 관습국제법상 대우의 최소기준을 연계하면서도 낮은 의무 위반기준을 적용한 *Chemtura v. Canada* 사건, *Merill & Ring v. Canada* 사건 등도 병존한다는 것을 염두할 필요가 있다. 즉, 관습국제법상 대우의 최소기준이라는 조약상 공정·공평대우 해석지침에도 불구하고, 공정·공평대우 해석에 있어 여전히 중재판정부의 재량이 존재하는 것이다.

이러한 점을 고려하여 공정·공평대우의 외연과 해석지침을 중재판정부에 더 명확하게 제시할 수 있도록, 공정·공평대우의 실질적 내용을 열거하는 방안을 검토해 볼 수 있다.¹⁴⁶⁾ 예를 들면, EU-Canada CETA 제8.10조¹⁴⁷⁾, EU-베트남 투자보호협정 제2.5조¹⁴⁸⁾ 등이 공정·공평대우의 외연을 제한하고 명확한 해석지침을 제시하는 방

참조.

144) 한미 FTA 부속서 11-A는 관습국제법상 대우의 최소기준의 범위를 외국인의 경제적 권리 및 이익(economic rights and interests of aliens) 보호로 명시하고 있는 바, 이는 외국인의 신체적 안전보호를 중심으로 확립된 *Neer* 기준을 상회하는 것을 의도한 것이라는 견해가 있다. 세부적인 사항은 이재형, *Supra* Note 96, pp. 10-14. 참조.

145) UNCTAD, *Supra* Note 54, pp. 108-111.; NAFTA에 따라 설립된 다수의 중재판정부는 투자유치국의 조치가 국내법령에 대한 명백하고 정당화할 수 없는 부인(outright and unjustified repudiation)에 이르는 경우 NAFTA 제1105조 공정·공평대우 의무를 위반하는 자의적인 조치에 해당한다는 높은 기준(high threshold)을 적용하였다. See Patrick Dumberry, *Supra* Note 93, pp. 118-121.

146) 공정·공평대우 규정의 과제로 공정·공평대우 구성요소 관련 법리 발전 및 정교화를 지적하는 견해가 있다. See *Supra* Note 4, p. 32.

147) EU-Canada CETA Article 8.10(Treatment of investors and of covered investments)

“1. Each Party shall accord in its territory to covered investments of the other Party and to investors with respect to their covered investments fair and equitable treatment and full protection and security in accordance with paragraphs 2 through 7.

2. A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 if a measure or series of measures constitutes:

- a. denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings;
- b. fundamental breach of due process, including a fundamental breach of transparency, in judicial and administrative proceedings;
- c. manifest arbitrariness;
- d. targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or religious belief;
- e. abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment; or
- f. a breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3 of this Article.”

148) EU-Vietnam Investment Protection Agreement Article 2.5(Treatment of Investment)

“1. Each Party shall accord fair and equitable treatment and full protection and security to investors of the other Party and covered investments in accordance with paragraphs 2 to 7 and Annex 3 (Understanding on the Treatment of Investments).

2. A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referred to in paragraph 1 where a measure or series of measures constitutes:

- (a) a denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings;
- (b) a fundamental breach of due process in judicial and administrative proceedings;
- (c) manifest arbitrariness;
- (d) targeted discrimination on manifestly wrongful grounds, such as gender, race or

식을 채택하고 있다. 특히, EU-Canada CETA 제8.10조제2항, EU-베트남 투자보호 협정 제2.5조제2항은 공정·공평대우 구성요소인 자의성 판단에 있어서도 명백한 자의성(manifest arbitrariness)이라는 명확한 해석지침을 규정하여, 중재판정부의 재량 행사 여지를 최소화하고 있다. 아울러, 공정·공평대우 구성요소에 부가된 “manifest” 등의 수식어(qualifying adjective)는 *Cargill v. Mexico* 사건의 중재판정부 가 지적한 바와 같이 더 엄격한 공정·공평대우 위반기준을 제시하는 것으로 해석될 것이다.¹⁴⁹⁾ 이와 함께, EU-Canada CETA 제8.10조제3항¹⁵⁰⁾, EU-베트남 투자보호 협정 제2.5조제3항¹⁵¹⁾은 공정·공평대우 외연을 당사국간 합의에 의해 결정하도록 규정하여, 중재판정부에 의한 공정·공평대우 외연 확장을 제도적으로 방지하고 있다.

상기 공정·공평대우 규정방안은 투자유치국과 외국인 투자자간 힘의 균형을 맞추고 중재판정부의 과도한 재량행사를 제한하기 위한 방안으로 향후 국제투자협정 제·개정시 검토해 볼 수 있을 것이다. 다만, 투자유치국의 정책재량 확보와 투자자의 보호간의 관계는 마치 시소와 같아서 수평을 유지하기 위해서는 절묘한 균형이 필요하다. 특히, 외국에 진출한 한국 투자자에 대한 보호도 생각한다면 항상 하나의 정답만이 존재하는 것은 아닐 것인 바, 종합적인 시각에서 접근할 필요가 있을 것이다.¹⁵²⁾

religious belief;

(e) abusive treatment such as coercion, abuse of power or similar bad faith conduct; or
(f) a breach of any further elements of the fair and equitable treatment obligation adopted by the Parties in accordance with paragraph 3.”

149) *Supra* Note 138, para. 285.

“As outlined in the *Waste Management II* award quote above, the violation may arise in many forms. It may relate to a lack of due process, discrimination, a lack of transparency, a denial of justice, or an unfair outcome. But in all of these various forms, the “lack” or “denial” of a quality or right is sufficiently at the margin of acceptable conduct and thus *we find-in the words of the 1128 submissions and previous NAFTA awards-that the lack or denial must be “gross,” “manifest,” “complete,” or such as to “offend judicial propriety.”* The Tribunal grants that these words are imprecise and thus leave a measure of discretion to tribunals. But this is not unusual. *The Tribunal simultaneously emphasizes, however, that this standard is significantly narrower than that present in the Tecmed award where the same requirement of severity is not present.*” (emphasis added)

150) EU-Canada CETA Article 8.10: Treatment of investors and of covered investments

“3. The Parties shall regularly, or upon request of a Party, review the content of the obligation to provide fair and equitable treatment. The Committee on Services and Investment, established under Article 26.2.1(b) (Specialised committees), may develop recommendations in this regard and submit them to the CETA Joint Committee for decision.”

151) EU-Vietnam Investment Protection Agreement Article 2.5(Treatment of Investment)

“3. Treatment not listed in paragraph 2 may constitute a breach of fair and equitable treatment where the Parties have so agreed in accordance with the procedures provided for in Article 4.3 (Amendments).”

152) 예를 들면, 브라질이 새롭게 창안한 모델 BIT인 Cooperation and Facilitation Investment Agreement(CFIA)는 공정·공평대우 규정을 포함하고 있지 않으며, 남아공 국내법인 Protection of Investment Act 제6조는 공정·공평대우가 아닌 공정한 행정적 대우(fair administrative treatment)를 규정하고 있다. 이러한 사례들은 자본수입국의 입장에서 투자 유치국의 규제권한을 확대하기 위한 시도로 보인다. 세부적인 사항은 강병근, “ISDS로 인한 규제권 제한 관련 주요 쟁점과 각국의 대응 태도에 관한 연구”, 「통상법률」 제147호 (2020), pp. 29-37. 참조.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 강병근, “ISDS로 인한 규제권 제한 관련 주요 쟁점과 각국의 대응 태도에 관한 연구”, 「통상법률」 제147호, 2020.
- 김보연, “국제투자협정상 완전한 보호와 안전 의무의 해석기준 - 상당한 주의의무 기준의 비판적 고찰-”, 「국제거래법연구」 제31권제1호, 2022.
- 김상훈, “국제투자중재판정에 있어서 충분한 보호 및 안전 의무의 범위에 관한 최근의 상황 - 범위확대 경향을 중심으로-”, 「홍익법학」 제15권제1호, 2014.
- 김세진·최준황, “론스타의 ISD 제소사건에 대한 쟁점과 향후 개선방안”, 「은행법연구」 제6권제2호, 2013.
- 김여선, “국제투자법의 공정·공평 대우 - ISD의 만능조항”, 「국제거래법연구」 제23권제2호, 2014.
- 김인숙, “국제투자규범상 최소기준대우에 관한 연구”, 「서울국제법연구」 제16권제2호, 2009.
- _____, “ISD 소송사례에서 나타난 공정·공평한 대우의 판단기준과 국내적 시사점 연구”, 「서울국제법연구」 제27권제1호, 2020.
- 김희준, “론스타·한국정부간 ISD의 주요 내용과 쟁점”, 「법학논집」 제36권제2호, 2012.
- 박선옥, “공정하고 공평한 대우 원칙의 발전 - 국제투자중재 판정례들을 중심으로-”, 「법학연구」 제44호, 2011.
- 오현석, “투자의 적법성과 ISD 관할에 관한 연구 - 론스타 사건을 중심으로-”, 「법조」 제69권제1호, 2020.
- _____, 김성룡, “론스타의 투자조약중재 제기 쟁점과 한국 정부의 전략적 대응방안”, 「중재연구」 제27권제4호, 2017.
- 이인희, “국제투자중재의 공정·공평한 대우와 간접수용”, 「차세대 인문사회연구」 제14호, 2018.
- 이재민, “투자분쟁 역학관계의 재조정 - ISDS 절차 반소 제도 도입 움직임과 법적 함의-”, 「국제거래법연구」 제31권제1호, 2022.
- 이재형, “국제투자협정상 ‘대우의 최저기준’에 관한 연구”, 「고려법학」 제73호, 2014.
- 정혜련, “론스타 투자자-국가간 분쟁해결(ISD) 사건에 대한 소고 - 론스타의 ISD 과정과 우리정부의 시사점을 중심으로-”, 「안암법학」 제54호, 2017.
- 주진열, “이란 다야니 일가와 한국 정부간 투자자국가분쟁(ISD) 사건에 대한 고찰”, 「서울국제법연구」 제27권제1호, 2020.
- 황지현, “국제투자분쟁에서 공정·공평 대우에 관한 ICSID 중재사례 연구 - 외국인투자자의 정당한 기대 보호를 중심으로-”, 「무역상무연구」 제71권, 2016.
- 최경규·조성곤·김규란, “론스타의 외환은행 매각과 한국정부에 대한 ISD 제소”, 「국제통상연구」 제18권제3호, 2013.
- 최영주·황지현, “국제투자분쟁에서 중재사례를 통해 본 공정·공평대우의 기준”, 「한

국무역상무학회지」 제57권제1호, 2013.

<해외문헌>

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Venezuela for the Promotion and Protection of Investments.

Agreement between the Government of the Republic of Korea and the Belgium-Luxembourg Economic Union for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments.

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the United Republic of Tanzania for the Promotion and Protection of Investments.

Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments Between the Kingdom of Spain and the United Mexican States 1995.

Argentina-United States BIT.

Draft Convention on Investments Abroad.

Draft Convention on the Protection of Foreign Property.

EU-Canada CETA.

EU-Vietnam Investment Protection Agreement.

Havana Charter for an International Trade Organization.

OECD, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2004/03.

Patrick Dumberry, “The Prohibition against Arbitrary Conduct and the Fair and Equitable Treatment Standard under NAFTA Article 1105”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 14, 2014.

Roland Kläger, *‘Fair and Equitable Treatment’ in International Investment Law*, First edition, (Cambridge, 2011).

Rudolf Dolzer, “Fair and Equitable Treatment: Today’s Contours”, *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 12, 2014.

_____. Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Second edition, (Oxford, 2012).

The Energy Charter Treaty.

The United States-Oman Free Trade Agreement.

Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Estonia for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment.

UNCTAD, “Fair and Equitable Treatment: A sequel”, *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement II*, 2012.

United States of America-Federal Republic of Germany Treaties on Friendship, Commerce and Navigation.

Ying Zhu, “Fair and Equitable Treatment of Foreign Investors in an Era of Sustainable Development”, *Natural Resources Journal*, Vol. 58, 2018.

<판례>

Adel A Hamadi Al Tamimi v. Sultanate of Oman, ICSID Case No. ARB/11/33, Award, Nov. 3, 2015.

ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB(AF)/00/1, Award, Jan. 9, 2003.

AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erörmü Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, Sep. 23, 2010.

Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, Jun. 25, 2001.

Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, Mar. 17, 2015.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, Jul. 24, 2008.

Cargill, Incorporated v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, Award, Sep. 18, 2009.

Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, Aug. 2, 2010.

CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, Sep. 13, 2001.

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005.

Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, Nov. 25, 2015.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007.

Gami Investment, Inc. v. The Government of the United Mexican States, UNCITRAL, Final Award, Nov. 15, 2004.

Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, Award, Jun. 8, 2009.

Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award, Sep. 22, 2014.

International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, UNCITRAL, Award, Jan. 26, 2006.

Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, Jan. 14, 2010.

L.F.H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, Concurring

- Opinion by American Commissioners, Oct. 15, 1926.
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, Oct. 3, 2006.
- Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3, Award, Jun. 26, 2003.
- LSF-KEB Holdings SCA and others v. Republic of Korea*, ICSID Case No. ARB/12/37, Award, Aug. 30, 2022.
- Merill and Ring Forestry L.P. v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, Mar. 31, 2010.
- Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, Decision on Liability and on Principles of Quantum, May 22, 2012.
- Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, Oct. 12, 2005.
- Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Award, Jul. 1, 2004.
- Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2, Apr. 10, 2001.
- Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Award, Jun. 29, 2012.
- Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award, Sep. 3, 2001.
- Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award, Mar. 17, 2006.
- S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, UNCITRAL, Partial Award, Nov. 13, 2000.
- Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, Sep. 28, 2007.
- Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, May. 29, 2003.
- TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/10/23, Award, Dec. 19, 2013.
- Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, Apr. 30, 2004.

[Abstract]

**The Fair and Equitable Treatment in International Investment
Agreement:
Lessons Learned from the *Lone Star* Case**

MIN, Hanbit*

The award of the *Lone Star* case was, at last, dispatched to the Parties on August 31, 2022. As the Tribunal determined that the Tribunal had jurisdiction over claims allegedly occurred after the 2011 Korea-Belgium-Luxembourg BIT became effective on March 27, 2011, the key issue was allegations of misconduct by the Financial Services Commission in the sale of the Korean Exchange Bank shares to the Hana financial group. The Tribunal concluded that the Financial Services Commission acted arbitrarily as it was motivated by political reasons and, therefore, had failed to provide Fair and Equitable Treatment under the 2011 Korea-Belgium-Luxembourg BIT. In order to review the *Lone Star* case critically, this paper firstly analyzes international arbitration cases relating to Fair and Equitable Treatment, and then examines legal implications of the *Lone Star* case. On top of that, this paper reviews the ways to stipulate Fair and Equitable Treatment under International Investment Agreements based on legal implications derived from the *Lone Star* case.

Key words: Lone Star, Investor-State Dispute Settlement(ISDS), International Investment Agreement, Fair and Equitable Treatment, Minimum Standard of Treatment, Arbitrariness

* Ministry of Trade, Industry and Energy, Deputy Director

ビデオリンク方式による遠隔地での証人尋問に関する検討

中村真利子*

논문요지

日本では、2000年5月の改正により、被害者等の証人が証人尋問において受ける精神的な負担を軽減するための措置として、証人が別室から証言することを許すビデオリンク方式による証人尋問が導入された。この方策は、2016年6月の改正によって拡充され、2023年1月現在、法制審議会の刑事法（情報通信技術関係）部会において、さらなる対象範囲の拡大が検討されているところである。

一方で、被告人には証人審問権が保障されており、このようなビデオリンク方式による証人尋問が証人審問権を侵害しないかどうかに関する議論がある。2005年には最高裁判所が当時の規定について合憲と判断したが、証人尋問における「対面」の意義と、これを多少なりとも制約することを認める必要性については慎重に検討すべきである。そこで、本稿では、証人審問権の由来とされるアメリカ合衆国の対決権に関して、被告人と証人との「対面」に大きな価値を見出した合衆国最高裁判所のCrawford判決とその後の議論状況を参考に、証人尋問での「対面」の意義と、ビデオリンク方式による証人尋問のあり方について検討した。

검색용 주제어: 被害者及び児童の保護、ビデオリンク方式、証人尋問、対決権、対面

・ 논문접수: 2023. 01. 16. ・ 심사개시: 2023. 01. 19. ・ 게재확정: 2023. 01. 27.

Iはじめに

日本では、被害者等の証人を保護するため、1999年以降の刑事司法制度改革によって様々な法改正がなされてきた。特に被害者は、犯罪による被害だけではなく、捜査段階では参考人として取調べを受け、公判段階では証人として尋問を受けるなどの過程で、二次的被害を受けることが懸念されている。そこで、証人の精神的な負担を軽減するための措置として、2000年5月の改正によって導入されたのが、証人への付添い（同年11月施行）、証人の遮へい（同年11月施行）、ビデオリンク方式による証人尋問（翌年

* 中央大学国際情報学部准教授・博士（法学）

6月施行)である。

このうちビデオリンク方式による証人尋問は、性犯罪の被害者といった、被告人等が在席する公判廷で供述すると「圧迫を受け精神の平穩を著しく害されるおそれがある」(刑訴法157条の6第1項3号参照)と思われる者を証人尋問する場合に、ビデオリンク方式を用いることで、証人が別室から証言できるようにするというものである。この別室は、当初、裁判官及び訴訟関係人が在席する場所と同一構内に限定されていたが、2016年6月の改正(2018年6月施行)によって拡充され、一定の場合に、同一構内以外の場所であってもこの方法によることができるようになった(刑訴法157条の6第2項)。ビデオリンク方式による証人尋問に必要な装置の設置された他の裁判所の構内に限定されるとはいえ(刑訴規則107条の3)、遠隔地で証人尋問を実施できるメリットは大きい。とりわけ、年齢や健康状態から「同一構内に出頭することが著しく困難である」(刑訴法157条の6第2項4号)場合も対象となったことから、コロナ禍でも活用され注目を集めた¹⁾。

また、2023年1月現在、法制審議会の刑事法(情報通信技術関係)部会において、法務大臣諮問第122号に基づき、「刑事手続において対面で行われる捜査・公判等の手続について、映像・音声の送受信により行うこと」が検討されている。事前に開催された「刑事手続における情報通信技術の活用に関する検討会」の取りまとめ報告書では、ビデオリンク方式による証人尋問の範囲を拡大することが提案され²⁾、法制審議会の部会では①証人尋問を映像・音声の送受信により行うことができる場合を追加・拡大すること、②鑑定人尋問・通訳を映像・音声の送受信により行うことができる場合を追加・拡大することに関して議論が行われている。さらには、サイバー犯罪に関する条約の追加議定書である「協力及び電子的証拠の開示の強化に関するサイバー犯罪に関する条約の第二追加議定書」(以下、「第二追加議定書」という。)でも、ビデオ会議により証人又は専門家から証言及び供述を取得することができるようにするための措置に関する規定が置かれている(第二追加議定書11条)。したがって、ビデオリンク方式による証人尋問は、今後、サイバー犯罪に関する国際協力においても重要な手続となり得る。

このようなビデオリンク方式による証人尋問について、被告人の証人審問権(憲法37条2項前段)を侵害しないかが争われた事案で、最判平成17年4月14日刑集59巻3号259頁(以下、「平成17年判決」という。)³⁾は、「被告人は、映像と音声の送受信を通じてであれ、証人の……供述を聞き、自ら尋問することができるのであるから、被告人の証人審問権は侵害されていない」などと判示した。2005年の判断であって、2016年6月の改正

1) 日本経済新聞「現金の趣旨、全面対決、買収事件初公判―地元議員ら約40人の証人尋問、広島地裁と映像結び証言。」2020年8月26日朝刊37頁参照。

2) 法制審議会「刑事法(情報通信技術関係)部会」第1回会議(令和4年7月29日開催)配布資料3「『刑事手続における情報通信技術の活用に関する検討会』取りまとめ報告書」30-34頁(<https://www.moj.go.jp/content/001377785.pdf>、2023年1月15日最終閲覧)。検討会の座長かつ部会の委員の論考として、小木曾綾「刑事手続における情報通信技術活用の周辺」研修887号3頁(2022年)がある。

3) 平成17年判決の紹介・解説として、例えば、山口裕之・最高裁判所判例解説刑事篇(平成17年度)89頁(2008年)、徳永光・法学セミナー611号122頁(2005年)、宇藤崇・平成17年度重要判例解説201頁(2006年)、眞田寿彦・法律のひろば59巻2号44頁(2006年)、清水真・法学新報113巻1・2号567頁(2006年)、初又旦敏・警察公論61巻6号83頁(2006年)、堀江慎司・刑事法ジャーナル2号108頁(2006年)、伊藤睦・法律時報79巻4号113頁(2007年)、河北洋介・東北法学29号1頁(2007年)、稲田隆司・刑事訴訟法判例百選〔第9版〕152頁(2011年)、渡辺修・刑事訴訟法判例百選〔第10版〕156頁(2017年)がある。

内容を前提としたものではないとはいえ、この判示内容からすると、改正後の規定についても同様に合憲と判断されるようにも思われるが、証人尋問における「対面」の意義と、これを多少なりとも制約することを認める必要性については慎重に検討すべきである。

この点、日本の証人審問権の由来とされるアメリカ合衆国の対決権 (confrontation right) について、被告人と証人との「対面」に絶対的な価値を見出し、対決権条項 (Confrontation Clause) の歴史を変えたのが、Crawford判決 (Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004)) である。証人が公判廷において証言利用不能である場合であっても、その法廷外供述に信頼性があれば証拠能力が認められてきたのに対して、Crawford判決は、法廷外供述のうち「証言」といえるような供述 (testimonial statement) に関しては、証人が公判廷において証言利用不能であって、かつ、被告人に事前の反対尋問の機会がなければ証拠能力を認めることができないとの基準を示した。このような厳格な基準によれば、信頼性のある法廷外供述であっても必ず「対面」が要求されることになるが、大きな影響があったのは、特に被害者の法廷外供述及び鑑定人の鑑定書である。したがって、一定の「対面」の機会を提供し得る点で、ビデオリンク方式による証人尋問がより注目されることになり、このような措置とCrawford判決との整合性に関する議論も活発になされている。さらには、コロナ禍において合衆国最高裁判所では異例のリモートでのオーラルアーギュメントが実施されたこともあり、刑事裁判のあり方に関する議論にまで発展している。

そこで、本稿では、まず、日本での証人の負担軽減措置の概要と議論状況を概観した上で (第Ⅱ章)、証人尋問における「対面」の意義を見出すべく、日本の証人審問権の由来とされるアメリカの対決権と、その例外的措置であるビデオリンク方式による証人尋問のあり方について検討する (第Ⅲ章)。

Ⅱ 日本での証人の負担軽減措置の概要と判例の紹介

1 ビデオリンク方式による証人尋問の概要

2000年5月の改正によって導入されたビデオリンク方式による証人尋問に関する規定は、当初、以下の要件と方法によるもののみ認める内容であった (現在の刑訴法157条の6第1項)。

裁判所は、次に掲げる者を証人として尋問する場合において、相当と認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、裁判官及び訴訟関係人が証人を尋問するために在席する場所以外の場所であつて、同一構内 (これらの者が在席する場所と同一の構内をいう。次項において同じ。) にあるものにその証人を在席させ、映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話を行うことができる方法によつて、尋問することができる。

一 刑法第176条から第179条まで若しくは第181条の罪、同法第225条若しくは第226条の2第3項の罪 (わいせつ又は結婚の目的に係る部分に限る。以下この号

において同じ。)、同法第227条第1項(第225条又は第226条の2第3項の罪を犯した者を幫助する目的に係る部分に限る。)若しくは第3項(わいせつの目的に係る部分に限る。)若しくは第241条第1項若しくは第3項の罪又はこれらの罪の未遂罪の被害者

二 児童福祉法……第60条第1項の罪若しくは同法第34条第1項第9号に係る同法第60条第2項の罪又は児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律……第4条から第8条までの罪の被害者

三 前2号に掲げる者のほか、犯罪の性質、証人の年齢、心身の状態、被告人との関係その他の事情により、裁判官及び訴訟関係人が証人を尋問するために在席する場所において供述するときは圧迫を受け精神の平穩を著しく害されるおそれがあると認められる者

これは、「性犯罪の被害者等の証人尋問について、裁判官及び訴訟関係人の在席する場所において証言を求められることによって証人が受ける精神的圧迫を回避するために、同一構内の別の場所に証人を在席させ、映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話することができる方法によって尋問することができる……とするものである」(平成17年判決参照)。

このような趣旨で導入されたビデオリンク方式による証人尋問であるが、証人が証言をする別室は、裁判官及び訴訟関係人が在席する場所と同一構内に限定されることから、別室とはいえ、証人が被告人等のいる裁判所に行かなければならないことに加えて、その構内にいることを事件関係者に把握されてしまうという問題もあった。そこで、2016年6月の改正により、以下の要件と方法によるものも追加されることになった(現在の刑訴法156条の6第2項)4)。

裁判所は、証人を尋問する場合において、次に掲げる場合であつて、相当と認めるときは、検察官及び被告人又は弁護人の意見を聴き、同一構内以外にある場所であつて裁判所の規則で定めるものに証人を在席させ、映像と音声の送受信により相手の状態を相互に認識しながら通話を行うことができる方法によつて、尋問することができる。

一 犯罪の性質、証人の年齢、心身の状態、被告人との関係その他の事情により、証人が同一構内に出頭するときは精神の平穩を著しく害されるおそれがあると認めるとき。

二 同一構内への出頭に伴う移動に際し、証人の身体若しくは財産に害を加え又は証人を畏怖させ若しくは困惑させる行為がなされるおそれがあると認めるとき。

三 同一構内への出頭後の移動に際し尾行その他の方法で証人の住居、勤務先そ

4) この改正に関する解説として、例えば、小木曾綾「犯罪被害者等および証人を保護する方策」論究ジュリスト12号80頁(2015年)、滝沢誠「犯罪被害者等及び証人を保護するための方策の拡充」刑事法ジャーナル44号41頁(2015年)、小川佳樹「被害者等および証人を保護するための方策の拡充」法律時報88巻1号37頁(2016年)、川出敏裕「新時代の刑事司法制度と犯罪被害者」被害者学研究26号69頁(2016年)、酒巻匡「刑事訴訟法の改正—新時代の刑事司法制度(その2)」法学教室434号70頁(2016年)がある。

の他その通常所在する場所が特定されることにより、証人若しくはその親族の身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させ若しくは困惑させる行為がなされるおそれがあると認めるとき。

四 証人が遠隔地に居住し、その年齢、職業、健康状態その他の事情により、同一構内に出頭することが著しく困難であると認めるとき。

ただし、ここでいう「同一構内以外にある場所であつて裁判所の規則で定めるもの」とは、ビデオリンク方式による証人尋問に必要な装置の設置された他の裁判所の構内とされている（刑訴規則107条の3）。法制審議会の「新時代の刑事司法制度特別部会」（以下、単に「特別部会」という。）では、「他の裁判所」以外の場所での実施については、そこまで想定されていなかったようであるが⁵⁾、それは、ビデオリンク方式による証人尋問のための装置が必要であることや、裁判体が赴く所在地尋問（刑訴法158条）も認められるからであると思われる。特に、訴訟指揮権や法廷警察権の行使と、回線のセキュリティを確保できる環境が求められることから⁶⁾、裁判所又はこれに準ずる場所への限定は合理的であろう⁷⁾。

全体的に当初の対象よりも幅広く設定されたわけであるが⁸⁾、なかでも「証人が遠隔地に居住し、その年齢、職業、健康状態その他の事情により、同一構内に出頭することが著しく困難であると認めるとき」（刑訴法157条の6第2項4号）というのは、犯罪と関連する証人の精神的負担や証人への加害の可能性からは離れた事由といえる。したがって、特別部会では、例外であるべきビデオリンク方式による証人尋問が更に広がるとして、この場合は所在地尋問が原則であるべきとの見解も示されていた⁹⁾。もっとも、このような公判期日外の証人尋問については、結局、そこでの証言を記録した証人尋問調書が証拠となること（刑訴法321条1項1号参照）からすると、事実認定者の面前でのリアルタイムの証人尋問という原則形態からは、ビデオリンク方式による証人尋問よりも離れてしまうとの指摘もあった¹⁰⁾。以上のような議論状況からすると、この事由は「本当にやむを得ない事情がある場合」において認められるととらえるのが合理的であるようにも思われる¹¹⁾。

通常の証人尋問や同一構内でのビデオリンク方式による証人尋問との差異については、例えば、証人尋問中、記憶喚起や同一性の確認のため、証人に証拠を示すなどの方法がとれなくなることが指摘されている¹²⁾。このような要素を含む「対面」の効果につい

5) 特別部会・第2作業分科会第3回会議議事録28-29頁〔高橋康明幹事発言〕参照。法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会のページ」（<https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi03500012.html>、2023年1月15日最終閲覧）掲載の議事録による（以下同じ。）。
6) 特別部会・第24回会議議事録25頁〔今崎幸彦委員発言〕。
7) なお、刑事施設に収容されている者を対象とするかどうかに関する議論もあったが（特別部会・第2作業分科会第10回会議議事録11頁以下参照）、特別の規定は設けられなかった。
8) 例えば、性犯罪以外の被害者が、加害者との関係でPTSDに悩まされているような場合も対象となり得ると思われる（特別部会・第2作業分科会第1回会議議事録5頁〔露木康浩幹事発言〕、第2作業分科会第3回会議議事録27頁〔同幹事発言〕参照）。
9) 特別部会・第2作業分科会第1回会議議事録9頁〔神洋明幹事発言〕。
10) 特別部会・第2作業分科会第1回会議議事録5頁、9頁〔酒巻匡委員発言〕。
11) 特別部会・第2作業分科会第1回会議議事録10頁〔高橋康明幹事発言〕参照。
12) 特別部会・第2作業分科会第1回会議議事録5頁〔神洋明幹事発言〕、第2作業分科会第3回会議議事録27頁〔小野正典委員発言〕。

ては、証人審問権に包摂されるのか、包摂されるとしても中核をなすのかといった議論があるが¹³⁾、この点について示唆を得るため、平成17年判決を概観することとする。

2 遮へい措置及びビデオリンク方式による証人尋問の合憲性¹⁴⁾

平成17年判決の事案では、ビデオリンク方式による証人尋問に加えて遮へい措置も併用されていたことから、まず、遮へい措置についても若干言及すると、これは、「証人尋問の際に、証人が被告人から見られていることによって圧迫を受け精神の平穏が著しく害される場合があることから、その負担を軽減するために、そのようなおそれがあることがあって相当と認められるときには、裁判所が、被告人と証人との間で、一方から又は相互に相手の状態を認識することができないようにするための措置を採……ることができる……とするものである」(平成17年判決参照)。

このような事案に応じて、平成17年判決は、証人審問権との関係で、①証人尋問の際、被告人から証人の状態を認識できなくする遮へい措置がとられた場合、②ビデオリンク方式によることとされた場合、③ビデオリンク方式によった上で被告人から証人の状態を認識できなくなる遮へい措置がとられた場合についてそれぞれ分けて判断している。

①の場合

「被告人は、証人の姿を見ることはできないけれども、供述を聞くことはでき、自ら尋問することもでき、さらに、この措置は、弁護人が出頭している場合に限り採ることができるのであって、弁護人による証人の供述態度等の観察は妨げられないのであるから、被告人の証人審問権は侵害されていないというべきである。」

②の場合

「被告人は、映像と音声の送受信を通じてであれ、証人の姿を見ながら供述を聞き、自ら尋問することができるのであるから、被告人の証人審問権は侵害されていないというべきである。」

③の場合

「映像と音声の送受信を通じてであれ、被告人は、証人の供述を聞くことはでき、自ら尋問することもでき、弁護人による証人の供述態度等の観察は妨げられないのであるから、やはり被告人の証人審問権は侵害されていないというべきことは同様である。」

13) 特別部会・第24回会議議事録31頁(川出敏裕幹事発言)。

14) 遮へい措置及びビデオリンク方式による証人尋問について検討するものとして、例えば、椎橋隆幸「証人保護手続の新展開」田口守一ほか編『犯罪の多角的検討：渥美東洋先生古稀記念』(有斐閣、2006年)190頁以下、大橋君平「ビデオリンク方式による証人尋問の拡充」自由と正義68巻4号23頁(2017年)、伊藤睦「遮へい措置とビデオリンク方式の問題」刑事弁護94号105頁(2018年)がある。

このうち②と③の場合に共通して指摘されている要素として、映像と音声の送受信を通じてであり、被告人が証人の供述を聞き、自ら尋問することができるということ、被告人自ら又は弁護人による証人の供述態度等の観察が妨げられないことが挙げられる。これらの要素は、ビデオリンク方式による遠隔地での証人尋問であっても維持されるものであると思われる。平成17年判決は、証人審問権の内容として「対面」の要素を否定していないように見受けられるが、少なくとも「被告人が証人の供述を聞き、自ら尋問することができる」、「被告人自ら又は弁護人による証人の供述態度等の観察が妨げられない」という事情の下では、限定的な「対面」であっても許されるとの判断であろう。

もっとも、この判断は、遮へい措置及び当時のビデオリンク方式による証人尋問の趣旨とその必要性を前提としていることから、その実施や対象範囲の拡大にあたっては、証人尋問における「対面」の意義と、これを多少なりとも制約することを認める必要性について慎重に検討すべきであると思われる。そこで、この点に関する議論が活発に行われているアメリカでの議論状況を参照することで、被告人と証人との「対面」の意義、これを制約し得る場合について検討してみたい。

Ⅲ アメリカ合衆国における「対面」の考え方とその制約

1 Crawford判決の概要とその後の動向

Crawford判決¹⁵⁾の事案では、被告人の妻が、ワシントン州法上の配偶者間の証言拒絶権のために証言しなかったことから、同人の警察に対する法廷外供述を録音した記録媒体の証拠能力が争われた。被告人に「自己に不利益な証人 (witness) と対決する」権利を保障する合衆国憲法第6修正対決権条項は、従来、伝聞証拠の信頼性を担保しようとする伝聞法則と同趣旨のものと考えられてきた。配偶者間の証言拒絶権は、伝聞例外として証拠能力が認められる伝聞証拠には適用されないことから、当該法廷外供述が伝聞例外の要件を充足すれば、同時に対決権侵害はないとも思われた。

しかし、Crawford判決 (Scalia裁判官執筆の法廷意見) は、「証人」とは「証言 (testimony) をする者」であり、対決権条項は「証言」といえるような供述 (testimonial statement) (以下、単に「証言的供述」という。) を保護するものであるとして、伝聞法則が適用される伝聞証拠とは対象が異なり得ることを明らかにした。それだけではなく、証言的供述に該当する場合、その許容性は信頼性の有無によって判断するのではなく、原供述者が証言利用不能であることに加えて、被告人に反対尋問の機会があった場合でなければ証拠能力を認めることができないという基準を示した。

15) Crawford判決の紹介・解説として、例えば、浅香吉幹ほか「座談会：合衆国最高裁判所2003-2004年開廷期重要判例概観」アメリカ法2004年2号257頁 (2005年)、米国刑事法研究会 (代表権橋隆幸) ・比較法雑誌39巻4号210頁 (2006年) (早野暁)、二本柳誠・比較法学39巻3号203頁 (2006年)、堀江慎司・アメリカ法2010年1号106頁 (2010年)、小早川義則・名城ロースクール・レビュー20号57頁 (2011年)、津村政孝・ジュリスト1430号79頁 (2011年)、早野暁「法廷証拠となることを知ってなされる供述と対決権条項」法学新報121巻3・4号163頁、181頁以下 (2014年)、大谷祐毅『公判外供述の証拠使用と証人審問権の役割』 (有斐閣、2022年) 120頁以下がある。

反対尋問の機会が必須であるとする、証拠法上、信頼性があるとして証拠能力の認められる法廷外供述であっても、対決権侵害が生じる可能性があるということである。実際に、Crawford判決の原裁判所である州最高裁判所は、被告人の妻の法廷外供述に信頼性があるとして証拠能力を認めていたが、Crawford判決は、当該供述は警察の取調べに応じてなされたものであって証言的供述であると認定した上で、反対尋問の機会を欠くとして対決権条項に反すると結論づけた。

このようなCrawford判決の背景には、裁判所の総合考慮によって信頼性が認められるという理由で、被告人が関与する機会のない (ex parte)、被告人のあずかり知らぬところで準備された証拠を利用することは、糾問主義にも類するもの (civil-law mode) で不公正であるという考え方がある¹⁶⁾。Crawford判決によれば、警察による取調べに応じてなされた供述は、まさにこのような証拠に該当することから、被告人に反対尋問の機会を与えることが求められるのである。

しかし、このような手続的に厳格な要件を課すことによる負担も考慮しなければならない。特に被害者や児童については、被告人との「対面」による精神的負担が懸念された。ただし、Crawford判決以降、証言的供述の意義が明らかにされる過程で、被害者や児童の供述が証言的供述に当たらないとされた事案も出てきたことで、実際には、あまりにも厳しい運用とはならなかった¹⁷⁾。これに対して、非常に厳しい結果となったのが鑑定人の鑑定書である。鑑定書は、基本的には証言的供述として扱われ、被告人に反対尋問の機会を与えなければならなくなったのであるが、このことにより懸念されているのが、鑑定人の業務負担である¹⁸⁾。そこで、被害者や児童の精神的負担及び鑑定人の業務負担の軽減という観点で注目されるのが、ビデオリンク方式による証人尋問である。

2 遮へい措置及びビデオリンク方式による証人尋問に関する判例

遮へい措置及びビデオリンク方式による証人尋問に関しては、Crawford判決以前にも対決権との関係で問題となっており、それがCoy判決及びCraig判決である。

Coy判決 (Coy v. Iowa, 487 U.S. 1012 (1988))¹⁹⁾の事案では、児童の証人尋問において遮へい措置を許容するアイオワ州法に基づいて、被害児童の証言中、被告人との間に遮へい措置が講じられたところ、このような措置をとることが対決権条項に反しないかが争われた。Coy判決 (Scalia裁判官執筆の法廷意見) は、対決権条項は被告人に「対面 (meet face to face)」という縮減できない権利を保障しているということを確認した²⁰⁾。そして、たとえ例外が認められるとしても、それは重要な公共政策 (public policy) を促進するために必要な場合にのみ許容されとし、固く根付いた (firmly

16) See Crawford v. Washington, 541 U.S. 36, 50 (2004).

17) 被害者及び児童の法廷外供述の許容性について検討するものとして、拙稿「被害者の供述の許容性」被害者学研究25号37頁 (2015年)、同「児童の法廷外供述と被告人の対決権」法学新報123巻9・10号413頁 (2017年) がある。

18) 鑑定人の鑑定書の許容性について検討するものとして、拙稿「鑑定書の証拠能力」比較法雑誌47巻2号215頁 (2013年) がある。

19) Coy判決の紹介・解説として、津村政孝・ジュリスト965号86頁 (1990年)、小早川義則「デュー・プロセスをめぐる合衆国最高裁判例の動向(2)」名城法学49巻4号77頁、104頁 (2000年) がある。

20) Coy v. Iowa, 487 U.S. 1012, 1016, 1021 (1988).

rooted) 伝聞例外でない場合には、法律上の一般的な必要性の要件だけでは足りず、個別具体的な認定が必要であると指摘した²¹⁾。そして、この事案では、証人に対する特別な保護の必要性について個別具体的な認定がなかったとして、遮へい措置を講ずることは対決権条項に反すると結論づけた²²⁾。

証人との「対面」に関して、法廷意見に参加したO'Connor裁判官の補足意見(White裁判官参加)は、対決権条項により保障されている諸権利は絶対的なものではなく、適切な事案においては、他の競合する関心に道を譲り、法廷で証言をすることから受けるトラウマから児童を保護するために設けられた手続の利用が許されることがあると指摘した²³⁾。法廷意見で留保された「対面」の例外が認められるかどうかについて、これを積極的に解しているわけであるが、いずれにしても、例外を認める個別具体的な必要性が求められるという点では一致をみている。このような必要性の個別具体的な認定があったのが、次にみるCraig判決の事案であると思われる。

Craig判決(Maryland v. Craig, 497 U.S. 836 (1990))²⁴⁾の事案では、児童虐待の被害児童が一方の(証人から被告人の姿が見えない方法による)ビデオリンク方式を用いて証言することを認めるメリーランド州法に基づき、被害児童らがこの方法により被告人に不利益な証言をしたことが、対決権条項に反しないかが争われた。Craig判決(O'Connor裁判官執筆の法廷意見)は、証人の在廷(physical presence)、宣誓、反対尋問、事実認定者による証人の態度の観察という対決の要素は、被告人に不利益なものとして許容される証拠に信頼性があり、かつ、これを厳しい当事者論争主義の過程に服させることを保証することにより、総合的に対決権条項の目的を果たすものであるとし、「対面」は、対決権条項によって促進される価値の中核ではあるものの、必須のものではないと指摘した²⁵⁾。そして、このような「対面」への傾斜は、公共政策と事案の必要性に道を譲らなければならないこともあり²⁶⁾、重要な公共政策を促進するために必要であって、かつ、証言の信頼性が保証されるときは、「対面」を否定することが許されたとした(「以下、「Craig」テスト」という。)²⁷⁾。

この事案の州法に基づき一方のビデオリンク方式を利用することがCraigテストを満たすかどうかについては、まず、証言の信頼性に関して、証人は在廷していないものの、宣誓、反対尋問、事実認定者による証人の態度の観察という対決の他の要素は維持されており、これによって証言の信頼性が確保され、しかもこれは、法廷での証言の場合と機能的に同等の方法で厳しい当事者論争主義のテストに服することを十分に保証するものであるとした²⁸⁾。そして、必要性に関して、児童虐待事件における被害児童の身体

21) *Id.* at 1021 (citing *Bourjaily v. United States*, 483 U.S. 171, 183 (1987) (citing *Dutton v. Evans*, 400 U.S. 74 (1970))).

22) *Id.* at 1021-1022.

23) *Id.* at 1022-1024 (O'Connor J., concurring).

24) Craig判決の紹介・解説として、津村政孝・アメリカ法1994年2号375頁(1995年)、小早川・前掲注19、115頁がある。

25) *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836, 846-847 (1990) (citing *California v. Green*, 399 U.S. 149, 157 (1970)).

26) *Id.* at 849 (citing *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 63 (1980); and *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237, 243 (1895)).

27) *Id.* at 850.

28) *Id.* at 851-852.

的・精神的福祉に対する州の関心は、その必要性が十分に証明される場合には、児童が被告人と「対面」することなく証言する特別な手続の利用を正当化するものであることを確認した上で、当該州法の規定は、「対面」により「普通に話す (communicate) ことができなくなる」といった重大な精神的苦痛 (emotional distress) を受けることになる」という個別具体的な認定を求めるもので、対決権条項を充足すると判断した²⁹⁾。

Craigテストは、「対面」の価値を重視しつつも、Coy判決で求められたような例外を認める個別具体的な必要性があれば、対決権条項に反しないとするものである。Crawford判決も、前述の「被告人が関与する機会のない、被告人のあずかり知らぬところで準備された証拠を利用することは、糾問主義にも類するもので不公正である」という観点からすると、このような必要性を否定するものではないと思われるが³⁰⁾、Coy判決及びCraig判決はCrawford判決以前の基準を前提としていることから、ビデオリンク方式による証人尋問に関してCrawford判決後に連邦の下級裁判所や各州がどのように対応したかも含め、把握しておく必要がある。

3 連邦のCourt of Appealsにおける対立 (Circuit Split)

連邦刑事訴訟規則26条は、証人が公開の法廷で証言することを原則とする。元々は「口頭で」証言することを求める内容であったが、2002年の改正によりこの部分は削除された。同年の改正案は、現行の規定を(a)として新たに以下のような(b)の部分を追加することをも提案するものであった。

裁判所は正義の名において、以下の場合に、別の場所にいる証人からの証言を、公開の法廷で、リアルタイムの (contemporaneous) 双方向ビデオを通じて提出することを認めることができる。

- (1) 請求をした当事者が、このような送信を認める例外的な状況 (exceptional circumstances) があることを証明し、
- (2) 当該送信について適切な保護策がとられ、かつ
- (3) 当該証人が連邦証拠規則804条(a)(4)及び(5)にいう証言利用不能であること

この改正案は、法廷外において証言を得ることを認める連邦刑事訴訟規則15条と同様、「例外的な状況」がある場合に、Craigテストで求められている「個別具体的な認定」を要件とすることなく、双方向のビデオリンク方式による証人尋問を認めるものである。連邦刑事訴訟規則15条に基づいて作成された供述録取書は、証人が証言利用不能である場合には実質証拠として利用されることになる。諮問委員会によれば、供述録取書は、通常、当事者の立会いを得て作成されるものの、例外も認められることから、当事者が自ら証人の態度を観察し、証言におけるどんな沈黙 (pause) も聞くことができる点で、

29) *Id.* at 853-857.

30) Crawford判決と、Coy判決及びCraig判決の関係について検討するものとして、拙稿「遮へい措置及びビデオリンク方式を用いた証人尋問の合憲性」比較法雑誌48巻4号241頁 (2015年) がある。

ビデオリンク方式による証人尋問の方が優れているという³¹⁾。さらに、この改正案は、Craig判決の事案で用いられた一方向のビデオリンク方式ではなく、双方向のものであること、「証言利用不能性」及び「例外的な状況」を求めるものであることから、少なくともCraigテストと同程度に厳しい基準であるとも指摘されている³²⁾。

「適切な保護策」に関しては、公判裁判所の裁量に委ねられるとしながらも、いくつか考慮すべき点を提示している³³⁾。つまり、①裁判の厳粛さ (dignity) と作法 (decorum) を維持すること (例えば、証言中に入退室する者がいるといった証人の注意をそらすような事情のない場所であること)、②双方向の送信それ自体の質と完全性を保証すること、③証人が、カメラに映らない事情に影響されないこと、及び証人側の装置が適切に機能することを保証するために、証人のいる場所に指定の執行官 (assigned marshal) や特別補助裁判官 (special master) を配置することが望ましいこと、④送信中、裁判官、弁護士及び陪審が証人を、また証人が弁護士、裁判官及び被告人をはっきりと見ることができ、その声をはっきりと聞くことができるように保証すること、⑤証人のいる場所に在席する者を記録すること、⑥当事者の代理人が証人のいる場所に在席することを求めることが望ましいこと、⑦追加の保護策が採用されるべきかどうかを弁護人に尋ねることができること、⑧送信の質について疑義がある場合には、証言の録音・録画記録を残すことなどが挙げられている。

この改正案はCrawford判決以前に提出されたものではあるが、諮問委員会は、証言利用不能性の要件が課されていること、宣誓、弁護士による反対尋問、事実認定者による証人の態度の観察という要素は維持されており、制約は最小限であることを根拠として、対決権侵害はないとの見解を示している³⁴⁾。しかし、合衆国最高裁判所はこの改正案を承認しなかった。その後のCrawford判決を主導したと思われるScalia裁判官が独立の意見を付しており、この改正案は対決権条項違反の疑いがある旨指摘している。特に、この改正案が、Craigテストで求められている「重要な公共政策を促進するために必要」であるという「個別具体的な認定」がある場合に限定していないことを批判している³⁵⁾。Scalia裁判官によれば、Craig判決で「通常は対決の要件を満たさない」と指摘された一方向のビデオリンク方式による証人尋問が、双方向のものになったからといって完全な (full-fledged) 対決に変わることはなく、連邦刑事訴訟規則15条からの類推は、①リアルタイムの (live) 証言に適用されるCraigテストと法廷外供述の許容性に関して適用されるテストは異なる点、②連邦刑事訴訟規則15条は供述録取手続において被告人に証人との対決を認めるものである点を無視しているという³⁶⁾。

この合衆国最高裁判所の判断にはBreyer裁判官の反対意見 (O'Connor裁判官参加) も付されてはいたものの、合衆国議会がこの改正案を推し進めることはなかった。もっとも、連邦のDistrict Courtにおいて、固有権 (inherent power)、又はCraig判決後

31) Advisory Committee Note on Amendments to Rule 26(b) of the Federal Rules of Criminal Procedure, 207 F.R.D. 89, 100 (2002).

32) *Id.* at 100-101.

33) *Id.* at 101-103.

34) *Id.* at 103.

35) Statement filed by Scalia, J. on Amendments to Rule 26(b) of the Federal Rules of Criminal Procedure, 207 F.R.D. 89, 93 (2002).

36) *Id.* at 94-95.

に制定された児童の権利について定める合衆国法典タイトル18の3509条(以下、単に「合衆国法典3509条」という。)(b)(1)³⁷⁾に基づいてビデオリンク方式による証人尋問が認められることや、州の事件が人身保護令状を通じて連邦の裁判所で判断されることがあったが、これが対決権を侵害しないかどうかについては、連邦のCourt of Appealsが採用する基準や結論に差異がみられた。

まず、前述した諮問委員会の意見でも言及されていたGigante判決(United States v. Gigante, 166 F. 3d 75 (2d. Cir. 1999))を概観すると、この事案は、捜査協力者であった証人保護プログラム下にある証人が、手術不可能な不治のがんにより、とある場所で医師の管理下に置かれていたことから、検察官がビデオリンク方式による証人尋問の実施を求めたというものである。聴聞では、証人保護プログラムによって雇われた救急医療医が、当該証人が証言のために移動することは医学的見地から危険であると証言したが、弁護側のがん専門医は生命を脅かすものではないと証言した。ニューヨーク州東部地区の合衆国District Courtは、当該証人が出頭できないことが明白かつ説得に足る証拠をもって証明されているとして、双方向のビデオリンク方式による証人尋問を認めた。第2巡回区Court of Appealsは、宣誓、反対尋問、事実認定者による証人の態度の観察、被告人の面前で証言することによって証人が誤って無辜に罪を着せる危険性を減じるというCraig判決で挙げられた対決の要素は、双方向のビデオリンク方式による証人尋問においては全て維持されており、連邦刑事訴訟規則15条よりも対決権を保護するものであるとして、その要件よりも厳しいCraigテストを採用する必要はなく、本件で対決権侵害はないと判断した。前述の連邦刑事訴訟規則26条(b)の改正案と同様、双方向のビデオリンク方式による証人尋問については「証言利用不能性」及び「例外的な状況」を要件とする立場ということができる。

続いて、Crawford判決後にどのような判断がなされたかを確認する³⁸⁾。まず、Horn判決(Horn v. Quarterman, 508 F. 3d 306 (5th Cir. 2007))をみると、この事案は、テキサス州の公判裁判所において、オハイオ州で治療中の末期のがん患者に対して双方向のビデオリンク方式による証人尋問が実施され、死刑判決(後に終身刑へ減軽)が言い渡されたが、その後、連邦の人身保護令状の申請がなされたというものである。主治医は電話会議で当該証人の移動について医学的見地から危険であると供述し、公判

37) 18歳未満の児童が、身体的虐待、性的虐待若しくは搾取の罪の被害者、又は第三者に対する犯罪の証人である場合において、双方向のビデオリンク方式による証人尋問を認める規定である。具体的には、(i)当該児童が恐怖心から証言できない場合、(ii)専門家証言によって、当該児童が証言することで精神的なトラウマを受ける相当程度の可能性があるとして証明される場合、(iii)当該児童に精神的その他の疾患がある場合、(iv)被告人又は弁護人の行為によって、当該児童が証言を続けることができなくなった場合、これらのいずれかの事由により、当該児童が公開の法廷において被告人の面前で証言できないと認められることが要件となっている(合衆国法典3509条(b)(1)(B))。

38) なお、第2巡回区Court of Appealsは、正式事実審理を経ない判断(summary order)ではあるものの、合衆国法典3509条(b)(1)(B)(i)に基づき行われた双方向のビデオリンク方式による証人尋問に関して、これを認めたニューヨーク州西部地区の合衆国District Courtに裁量の逸脱はないとした(United States v. Graham, 707 Fed. Appx. 23, 27-28 (2017).)。もっとも、Craigテストを採用していないのはGigante判決のみで、「対立」はほとんどないとの指摘もある(J. Benjamin Aguiñaga, *Confronting Confrontation in a Facetime Generation: A Substantial Public Policy Standard to Determine the Constitutionality of Two-Way Live Video Testimony in Criminal Trials*, 75 La. L. Rev. 175, 189-190 (2014).)。

裁判所は、検察官と弁護人の立会いの下、当該証人が病院から証言することを認めた。第5巡回区Court of Appealsは、Craigテストを前提として、必要性に関する「個別具体的な認定」があったこと、「対面」以外の要素は維持されていたことから、確立した連邦法の不合理な適用とは認めなかった。Crawford判決は通常上訴において既に確定した事件には遡及適用されないこと、また、Craig判決が黙示的に変更されたと勝手に仮定することはできないことを根拠としてCraigテストを採用している点には注意を要するが、人身保護令状に関する事案とはいえ、その対象が州法に規定のある児童に限定されないことを明らかにした意義は大きい。

対決権侵害を認めた事案としては、Bordeaux 判決 (United States v. Bordeaux, 400 F. 3d 548 (8th Cir. 2005)) がある。この事案では、性犯罪の被害児童が、公判廷では質問に一言だけしか発しなかったり、首を動かすだけであったために、検察官が双方向のビデオリンク方式による証人尋問を認めるよう申し立てた。当該児童は既に被告人の犯行を肯定していたが、検察官はこの方法によればより率直に話すはずであると主張し、まだ反対尋問をしていなかった弁護人はこれに反対した。サウスダコタ州地区の合衆国District Courtは、裁判官室で当該児童に質問した上で、被告人の面前で証言すること、及び法廷において陪審の面前で証言することを恐れていると認定し、「児童が恐怖心から〔公開の法廷で〕証言できない場合」に双方向のビデオリンク方式による証人尋問を認める合衆国法典3509条(b)(1)(B)(i)に基づきこの方法で実施されることになった。第8巡回区Court of Appealsは、双方向のビデオリンク方式による対決は物理的な (face-to-face) 対決と憲法上同等のものではなく、一方向のビデオリンク方式による対決とそれほど変わらない (結局は、モニタの大きさ、これがどこに置かれるか、被告人に焦点を当てるカメラがどこに置かれるかといった事情に左右される) ことから、Craigテストを採用すべきであると指摘し、原裁判所は当該児童の被告人に対する恐怖心が主たる理由であることを認定していないとして、対決権侵害であると結論づけた。

また、Yates判決 (United States v. Yates, 438 F. 3d 1307 (11th Cir. 2006) (en banc)) でも対決権侵害が認められた。この事案では、検察官から、オーストラリア在住の証人らが、その主張・立証に必要不可欠であるもののアメリカへの渡航に消極的であるとして、双方向のビデオリンク方式によって証言することを認めるよう申し立てがあった。アラバマ州中部地区の合衆国District Courtはこれを容れ、検察官が「事実認定者に決定的な証拠を提供するという重要な公共政策」を主張しており、「検察官には迅速かつ公正に事案を解決するという関心がある」とも指摘した。なお、法廷にはビデオリンク方式のための装置がなかったため、一時的に連邦検事事務所に移動して公判が行われた。第11巡回区Court of AppealsはCraigテストを用いて対決権侵害を認定したが (United States v. Yates, 391 F.3d 1182 (11th Cir. 2004))、検察官が大法廷における再審理を申請し、これが認められた (United States v. Yates, 404 F.3d 1291 (11th Cir. 2005))。大法廷も、前述のGigante判決の理屈を否定し、双方向のビデオリンク方式による証人尋問についてもCraigテストを適用すべきであるとした。そして、原裁判所は必要性に関する聴聞を開かず、検察官の主張のみで双方向のビデオリンク方式による証人尋問を許容したが、これはCraigテストが想定するほど重要な公共政策とはいえず、単に便利であるという以上の個別具体的な認定がなされていないとし、対決権侵害を認めた。

このように、連邦のCourt of Appealsにおいては、一方向のビデオリンク方式による証人尋問についてCraigテストが適用されることを前提として、双方向のビデオリンク方式による証人尋問にも同様にCraigテストが適用されたとした裁判所と、双方向の場合は供述録取書に準じて連邦刑事訴訟規則15条と同様の要件が適用されたとした裁判所がある。前者の裁判所においてはさらに、求められる「必要性」に関する証明の程度や手続に差異があるようにも見受けられる。

4 州のビデオリンク方式による証人尋問の現状

対決権条項は第14修正を通じて州にも適用されることから、州法にも目を向けると、Crawford判決後もCraigテストを維持した州として、カリフォルニア州がある。カリフォルニア州刑法典1347条 (California Penal Code §1347) は、証人が13歳以下の児童である場合において、以下の全ての事由が認められるときは、裁判官、陪審、被告人及び弁護人のいない場所で、ビデオリンク方式による証人尋問を許すことができる旨規定している。ただし、双方向によるのが原則であり、双方向のビデオリンク方式による証人尋問を実施したとしても以下の(2)の事由が認められる場合にのみ一方向によることができる。

(1) 当該児童の証言が、以下のいずれかの事実に関する供述に係るものであること。

(A) 当該児童に対して、又は当該児童とともに行われた性犯罪

(B) 667.5条(c)において定義されている暴力的重罪

(C) 273a条又は273b条で定められている重罪であって、当該児童が被害者であるもの

(2) 以下の(A)乃至(E)に列挙されている事由のうち、当該児童に対して与える一又は二以上の影響が、ビデオリンク方式を利用しなければ当該児童が証人として証言利用不能になるほど相当程度のものであることが、明白かつ説得に足る証拠をもって証明されていること。

(A) 当該児童が被告人の面前で証言すると、当該児童が重大な精神的苦痛を受け、当該児童が証人として証言利用不能になると思料されること

(B) 被告人が当該犯罪を行うにあたって凶器を利用したこと

(C) 被告人が、当該児童が公判その他の裁判所の手続に出頭し、若しくはこれらの手続で証言することを妨げ、若しくはやめさせるため、又は当該児童が当該性犯罪を通報し、若しくは刑事訴追に協力することを妨げるために、当該児童若しくはその家族に重大な傷害を負わせると脅迫し、当該児童若しくはその家族を監禁し、若しくは国外へ追いやると脅迫し、当該児童をその家族から引き離すと脅迫し、又は当該児童の家族を壊すと脅迫したこと

(D) 被告人が、当該犯罪を行うにあたって当該児童に重大な傷害を負わせたこと

(E) 被告人又は弁護人が、聴聞又は公判中、当該児童が証言を続けることができなくなるような態度をとったこと

裁判所は、本条で求められている判断をするにあたって、当該児童の年齢、当該児童と被告人との関係、当該児童の障害 (handicap or disability)、起訴された行為の性質を考慮するものとする。当該児童が証言を拒絶したというだけでは、本条において定められている特別な手続が当該児童の証言を確保するために必要であるという十分な証拠とはならない。

(3) ビデオリンク方式に利用される装置が、裁判官、陪審、被告人及び弁護人に対して当該児童の映像及び態度を正確に送信するものであること。

このように、カリフォルニア州法はビデオリンク方式による証人尋問について厳しい基準を課している。その手続についても詳細な規定が置かれているが、厳密には対象とならない場合であっても、裁判所の裁量によりこれが認められることもあるようである³⁹⁾。これに対して、より緩やかな基準でビデオリンク方式による証人尋問を認める州もある。例えば、デラウェア州法典タイトル11の3514条 (11 Delaware Code §3514) は以下のように規定している。

(a)(1) 裁判所は、本タイトルの3513条(a)、タイトル10の1041条において定義されている家庭内暴力、及び本タイトルの768条乃至778条及び1312条に掲げる犯罪に係る訴追において、以下の場合には、11歳未満の証人又はこれらの犯罪の被害者に法廷外で証言させ、これをビデオリンク方式により法廷で示すことを命令することができる。

a. 当該証言が、当該手続中に行われること、かつ

b. 裁判官が、当該証人又は被害者が法廷で証言すると普通に話すことができなくなるなどの重大な精神的苦痛を受けることになると思料すること

(2) 検察官、弁護士及び裁判官のみが、当該証人又は被害者に質問することができる。

(3) ビデオリンク方式の操作者は、控えめに行動するよう努力するものとする。

(b)(1) 当該証人又は被害者がビデオリンク方式により証言する場合、以下に掲げる者のみが、その部屋に在席することができる。

a. 検察官

b. 弁護士

c. ビデオリンク装置の操作者、及び

d. 裁判所の意見により、在席すれば当該証人又は被害者の福祉に資する者 (虐待に関して当該証人又は被害者を治療してきた者を含む)

(2) 当該証人又は被害者がビデオリンク方式により証言している間、裁判官及び被告人は法廷にいるものとする。

(3) 裁判官及び被告人は、当該証人又は被害者が証言している部屋にいる者

39) Christopher Y. Bouquet, *Child Witnesses, Pro Se Defendants, and the Confrontation Clause in California Abstract*, 29 S. Cal. Rev. L. & Soc. Just. 365, 379-380 (2020) (citing *People v. Powell*, 194 Cal. App. 4th 1268 (2011); and *People v. Lujan*, 211 Cal. App. 4th 1499 (2012)).

と、適切な電子的手段により話すことが許される。

(c) 本条の規定は、被告人が自己弁護する場合には適用しない。

(d) 本条は、被告人の同一性確認のために、当該被害者及び被告人が同時に法廷に在席することを妨げるものと解釈してはならない。

(e) 当該証人又は被害者の証言を提出する者は、相手方当事者に対して当該証言が提出される手続の前に当該証言への対応を準備する公正な機会を与えるために、当該手続に十分先立って、当該証言を提出する意図及び当該証言の内容を相手方当事者に伝えなければならない。

この規定は、ビデオリンク方式によらなければ証人が証言利用不能になる可能性があることまでは求めている点で、カリフォルニア州法よりは緩やかな基準といえる。ただし、被告人が自己弁護する場合は除外されていることには注意を要する。まさにこの自己弁護権が、反対尋問における「対面」を強いることによって脆弱な証人を脅す危険な権利となり得ると懸念されているからである⁴⁰⁾。このような観点からすると、被告人が自己弁護を選択する場合には、証人にとってはカリフォルニア州法よりも厳しい結果ともなり得る。以上の2州よりも緩やかな基準を採用するものとして、フロリダ州法92.54条 (Florida Statutes §92.54) がある。

(1) 申立て及び非公開の聴聞により、18歳未満又は知的障害のある被害者又は証人が、公開の法廷で証言することを求められると被告人の面前であるために多少なりとも (at least moderate) 精神的苦痛を受ける相当程度の可能性があり、又は90.804条(1)にいう証言利用不能である旨の認定がある場合には、公判裁判所は、当該被害者又は証人に法廷外で証言させ、これをビデオリンク方式により示すことを命令することができる。

(2) 申立ては、当該被害者若しくは証人、当該被害者若しくは証人の代理人、両親、法定後見人若しくは訴訟のための後見人、検察官、被告人若しくは弁護人、又は公判裁判官が職権で、これを行うことができる。

(3) 裁判官、検察官、被告人、弁護人、ビデオリンク装置の操作者、通訳者、及び裁判所の意見により、当該児童又は知的障害のある者の福祉に資する者であって、当該事件において証人とはならない者のみが、証言を記録している間、その部屋に在席することができる。

(4) 当該被害者及び証人のビデオリンク方式による証言中、裁判所は、被告人に対して法廷から当該証言を見ることを求めることができる。この場合、裁判所は、被告人が当該被害者又は証人の証言を観察し、これを聞くことを許すものとするが、当該被害者又は証人が、被告人の声を聞き、又はその姿を見ることがないよう保証しなければならない。被告人の弁護権は、反対尋問を行う弁護人との即時又は直接の会話の権利も含むものであるが、このような会話の機会が、適切な電子的手段によって提供されなければならない。

(5) 裁判所は、書面により、本条に基づく判断の根拠について具体的な事実認定をするものとする。

40) *Id.* at 368-369.

この規定は、一方向のビデオリンク方式による証人尋問を認めるにあたって、証人の精神的苦痛が、「被告人の面前」での証言に起因することを求める内容ではあるが、その精神的苦痛の程度に関する基準は相当に緩やかになっているといえる。さらに簡潔な規定として、アリゾナ州修正法13-4253条 (Arizona Revised Statutes §13-4253) Aがある。

裁判所は、検察官の申立てにより、児童に法廷外の部屋で証言させ、これが当該手続の法廷全体及び事実認定者に見えるよう、ビデオリンク方式により法廷にこれを映し出すことを命令することができる。弁護士及び検察官、当該装置を操作するために必要な者、当該児童の福祉に資すると思料される者のみが、当該児童の証言中、当該児童とともにその部屋に在席することができる。弁護士及び検察官のみが、当該児童に質問することができる。当該装置を操作する者は、当該児童の証言中、その姿を見て、声を聞くことができるよう隣室又はスクリーン若しくはミラーの後ろに留まるものとするが、当該児童にその姿を見られ、又は声を聞かれることがないようにしなければならない。裁判所は、被告人が当該児童の証言を自ら見て、これを聞くことを許すものとするが、当該児童が被告人の声を聞き、又はその姿を見ることがないように保証しなければならない。

このように、Craigテストを維持する州、Craigテストよりも緩やかな基準を採用する州が混在しているわけであるが⁴¹⁾、いずれにしても、Crawford判決を特に意識した内容ではないようである。ほかにも、Crawford判決を受けて被告人との対決を求められることが多くなった鑑定人に関して、被告人の同意を前提としてビデオリンク方式による証人尋問を認める州もある。被告人の同意を前提とする場合には、対決権の問題を生じさせないと思われるが⁴²⁾、州裁判所の裁量により、鑑定人について被告人の同意なく遠隔地でのビデオリンク方式による証人尋問が認められることもあり、この場合は対決権との関係を考える必要がある。

例えば、Skypeを利用した証人尋問が、モンタナ州憲法で保障されている証人と「面と向かって (face to face) 」会う権利 (対決権) を侵害しないとしたDuane判決 (Missoula v. Duane, 380 Mont. 290 (2015)) がある。これは動物虐待事件で、死亡した子犬の解剖を行った鑑定人がカリフォルニア州に職場を移していたために、本件の被告人を含む3名の公判にそれぞれ出頭させると、州及び当該鑑定人の負担が過大になるとして、検察官から、当該鑑定人の上司が証言すること、又は当該鑑定人がSkypeを通じて証言することが提案された。Municipal Courtは、代理の証言は認められないものの、Skypeを通じた証言は対決権を侵害しないとしてこれを認めた。被告人には有罪評

41) ほかに、合衆国法典3509条(b)(1)と比較して、より厳しい基準を採用する州としてワシントン州 (Wash. Rev. Code Ann. §9A.44.150) とコネチカット州 (Conn. Gen. Stat. §54-86g)、より緩やかな基準を採用する州としてアイオワ州 (Iowa Code §915.38) とマサチューセッツ州 (Mass. Gen. Laws ch. 278, §16D) が紹介されている (Caitlin Erin Murphy, *It's Time to Extend Maryland v. Craig: Remote Testimony by Adult Sex Crime Victims*, 19 Conn. Pub. Int. L.J. 367, 375-377 (2020))。

42) 拙稿「鑑定書と被告人の対決権保障」法学新報129巻6・7号 (2023年3月刊行予定) 参照。

決が言い渡され、第4司法区District Courtはこれを確認した。モンタナ州最高裁判所は、証人が物理的に在廷することが望ましいものの、検察官はSkypeによる証言を必要とするやむにやまれぬ事情を証明していること、本件の手続は当事者論争主義的であり、証人は宣誓の上、リアルタイムで証言し、陪審は証人が主尋問及び反対尋問に服している間、その態度を観察し、その証言を聞くことができたのであって、対決の要素は全て満たされていることから、対決権は侵害されていないと結論づけた。

5 アメリカでの議論状況

以上、連邦の下級裁判所や各州におけるビデオリンク方式による証人尋問への対応をみてきたが、大きく分けて、①Craigテスト、②Craigテストに準ずる「必要性」の基準、③連邦刑事訴訟規則15条と同様の基準（「証言利用不能性」及び「例外的な状況」）、④裁判所の裁量に基づいてビデオリンク方式による証人尋問を認める法域があるといえそうである。

このうち①及び②におけるCraigテストの適用方法の差異は主として、何を「重要な公共政策」ととらえるかにあるように思われる。これは、対象となる者の範囲（一定の児童に限られるのか）、その者に対する影響の種類と程度（精神的苦痛に限られるのか、どの程度の精神的苦痛が想定されるのか）、影響を与える原因に関する限定の有無（「被告人の面前」における証言に起因するものである必要があるのか）等にかかわってくることになる。対決権条項によって促進される価値の中核とされる「対面」を制約することができるほど「重要な公共政策」であるから、ビデオリンク方式による証人尋問の方が話しやすいということではなく、これによらなければ証人に対して精神的・身体的に相当程度の影響を与えるというほどの「必要性」が求められることになると思われる。Craigテストを支持する学説においても、この基準はCraig判決の事実や児童虐待事件にのみ限定されるわけではないとの主張もなされているところであるが⁴³⁾、どの程度の「重要な公共政策」によってビデオリンク方式による証人尋問が認められるのか、引き続き判例の蓄積と議論が必要である⁴⁴⁾。

このようなCraigテストとCrawford判決との関係については、③連邦刑事訴訟規則15条と同様の基準を採用することに関するScalia裁判官の指摘が参考になる。同条は供述録取書についての規定であるが、Scalia裁判官はこれを法廷外供述の許容性に関して適用されるテストであるとして、Craigテストとは区別している⁴⁵⁾。Crawford判決もまた

43) Daniel Robinson, *Confrontation during Covid: A Fundamental Right, Virtually Guaranteed*, 12 U. Miami Race & Soc. Just. L. Rev. 115, 135 (2021).

44) コロナ禍であることが「必要性」を肯定する要素となり得るかどうかに関する議論を紹介するものとして、Jefferson Wolfe, *Virtual Witness Testimony and the Zoom Age: A Sixth Amendment Violation or the Future of Criminal Law?*, 91 UMKC L. Rev. 217, 229-230 (2022)がある。

45) Crawford判決の求める「対面」に関して、「対面を証言の信頼性確保の手段ととらえるか、対面それ自体に価値を認めるのか」という二つの解釈が可能であり、Craigテストは前者を前提とするものであるとの指摘もある（小木曾・前掲注2、11頁）。この表現を借りると、Crawford判決は、「対面」について、証言の信頼性確保の手段として、それ自体に価値があるものとみているといえそうである。ただし、「対面」それ自体に価値を認めるとしても、絶対的に例外が認められないということにはならないと思われ、Craig判決も証言自体の信頼性を根拠として例外を認めたわけではない。

法廷外供述の許容性に関するものであり、法廷意見を執筆したScalia裁判官はCraig判決で反対意見（Brennan裁判官、Marshall裁判官及びStevens裁判官参加）を付しているとはいえ、その後もCraigテストは維持されていると解釈することも可能であるように思われる。前述の通り、ビデオリンク方式による証人尋問は、「被告人が関与する機会のない、被告人のあずかり知らぬところで準備された証拠を利用すること」とは全く異なるからである。

連邦刑事訴訟規則15条をみると、供述録取手続における被告人の立会いが原則となっている。例外的に、(A)当該証人の証言が、重罪の訴追における重要な事実に関する相当程度の証拠を提供するものであること、(B)当該証人の公判への出頭を確保することができない相当程度の可能性があること、(C)当該証人のアメリカにおける供述録取手続への出頭が確保できないこと、(D)被告人が立ち会うことができない理由が、(i)当該証人のいる国が、被告人が供述録取手続に立ち会うことを許さないこと、(ii)被告人が身柄拘束中であって、安全な移送と身柄拘束の継続が、当該証人のいる場所で保証できないこと、(iii)被告人が身柄を拘束されていない場合においても、供述録取手続又は公判若しくは量刑手続への出頭を保証する合理的な条件がないこと、このうちいずれかであること、(E)被告人が、合理的な手段によって、供述録取手続に意味のある参加ができないこと、という全ての要件が満たされた場合にのみ、被告人の立会いなく国外で供述を録取することが認められる（同条(C)(3)）。そうすると、原則的な供述録取手続では、反対尋問の機会、つまり「対面」の機会が与えられることから、Crawford判決の基準に反しないということになりそうである。この点で、連邦刑事訴訟規則15条に基づく供述録取書の方が、より憲法に適う代替策であるとして、これが実行不可能である場合にのみビデオリンク方式による証人尋問が認められるべきであるとの見解もある⁴⁶⁾。

もっとも、双方向のビデオリンク方式による証人尋問の場合、一方向の場合ほど物理的な「対面」と異なるものではないとして、Craigテストよりも緩やかな基準を採用すべきとの見解や⁴⁷⁾、証人尋問がリアルタイムで行われる点でCrawford判決の求める事前の反対尋問の機会よりも優れているので、Crawford判決の基準を満たすとの見解も見受けられる⁴⁸⁾。しかし、Scalia裁判官によれば、ビデオリンク方式による証人尋問は一方向にしろ双方向にしろ完全な「対面」ではないことから、③及び④のような基準によるのではなく、少なくともCraigテストのような「個別具体的な認定」が求められるということにな

46) Ayyan Zubair, *Confrontation after Covid*, 110 Calif. L. Rev. 1689, 1710, 1713-1714 (2022).

47) Aguiñaga, *supra* note 38, at 204-205.

48) Christine L. Olson, *Accusations from Abroad: Testimony of Unavailable Witnesses Via Live Two-Way Videoconferencing Does Not Violate the Confrontation Clause of the Sixth Amendment*, 41 U.C. Davis L. Rev. 1671, 1697-1698 (2008); and Amy Ma, *Mitigating the Prosecutors' Dilemma in Light of Melendez-Diaz: Live Two-Way Videoconferencing for Analyst Testimony Regarding Chemical Analysis*, 11 Nev. L. J. 793, 811-812 (2011). 連邦刑事訴訟規則15条の供述録取手続が終わってから弁護側の戦略が変わる可能性もあり、また、現在の事実認定者に証人の態度を観察する機会を与え得る点で、ビデオリンク方式による証人尋問の方が優れているとの主張もある（Murphy, *supra* note 41, at 374.）。この点、供述録取手続も録音・録画を原則とすべきであるが、通常は公判前に実施されることから、弁護人が公判中ほどには事件に関する情報を得ていない可能性も指摘されている（Richard D. Friedman, *Remote Testimony*, 35 U. Mich. J. L. Reform 695, 699 (2002).）。

る。ただし、Craigテストによれば、法廷外供述の場合とは異なり、Crawford判決のように「対面」の機会が絶対的に求められるわけではなく、一定の「必要性」に基づいて、一方向か双方向かを問わずビデオリンク方式による証人尋問が認められるという意味では、被告人の対決権と「重要な公共政策」との調整を図る余地が残されていることになる。この点、Crawford判決とCraigテストは整合しないことを前提として、被告人が証人を脅迫するなどの不正行為をした場合には対決権を喪失するという「対決権喪失の理論」によってCraigテストを補完すべきであるとの主張もある⁴⁹⁾。確かに「対決権喪失の理論」はCrawford判決後も維持されているが⁵⁰⁾、この理論が適用されるのであれば、証人の範囲や被告人との「対面」による影響の有無・程度を問わず、被告人はそもそも対決権を喪失するのであるから、単なる「補完」を超えてCraigテストに厳しい要件を課し、あるいはCraigテストを不要なものとするところになると思われる。

対決権において「面と向かって」会うという「対面」の要素が、「対決権条項の縮減できない字義通りの意義」⁵¹⁾であると考えとしても、全体として当事者論争主義の構造が維持できるよう保証されるのであれば、証人が証言利用不能となり得るほどの事情が認められる場合にまで絶対的な要素となるとは解されない。証人が法廷で証言できない場合には被告人及び弁護人が証人の場所に行き、証人と「対面」することができるとの見解もあるが⁵²⁾、まさにこのような「対面」によって証人が証言利用不能となることがあるのである。被告人との「対面」によって証言できなくなるような者を証人とすることは「検察官自身の責任」⁵³⁾であるとして、その事件に必要な不可欠な証言を得られなくなることを正当化すれば、例えば、凶悪犯罪であればあるほど被害者の供述が証拠とならないというような不合理な結果ともなりかねない⁵⁴⁾。児童に関してはさらに、児童は暗示の影響を受けやすく、ファンタジーと現実を区別できないことがあるという懸念も指摘されているが⁵⁵⁾、これは法廷での証言にも当てはまるはずであり、このようなおそれがある場合には、司法面接の方法も考え得るであろう⁵⁶⁾。虚偽の告発者を困惑させて不安定にし、あるいは悪意のある大人に指導された児童を明らかにし得るという「対面」の効果⁵⁷⁾が、バーチャルな「対面」によって十分に確保できるのであれば、対決権を侵害しないと解するのが妥当であると思われる。

49) Bouquet, *supra* note 39, at 387-388.

50) 拙稿「不正行為による対決権喪失の理論」比較法雑誌48巻3号255頁(2014年)参照。

51) Craig, 497 U.S. at 865 (Scalia, J., dissenting) (quoting Coy, 487 U.S. at 1020-1021).

52) Friedman, *supra* note 48, at 703-704. 対決権の放棄と「対決権喪失の理論」以外の例外を設けるとすれば、被告人も病気であったり、証人が外国にいるなど、被告人及び弁護人を証人と同じ場所に連れて行くことが不可能である異例な場合に限られ、双方向のビデオリンク方式による証人尋問のみが証言を得る唯一の方法であったとしても、法廷での証言と同等であるとする根拠がない以上、これを受け入れることはできないと主張する(*Id.* at 704-705.)。

53) Craig, 497 U.S. at 867 (Scalia, J., dissenting).

54) 性犯罪について、事件の目撃者が加害者と被害者のみであることが多く、被害者の証言が非常に重要であるとして、年齢にかかわらずCraigテストを性犯罪の被害者に適用すべきとの主張もあり、このような運用をしている法域も紹介されている(Murphy, *supra* note 41, at 373-374, 379-381.)。See also Carolyn W. Kenniston, *You May Now "Call" Your Next Witness: Allowing Adult Rape Victims to Testify Via Two-Way Video Conferencing Systems*, 16 J. High Tech. L. 96, 112-125 (2015).

55) Craig, 497 U.S. at 867-869 (Scalia, J., dissenting).

56) 拙稿「司法面接における児童の供述の証拠能力」法学会雑誌62巻1号381頁(2021年)参照。

57) Craig, 497 U.S. at 866-867 (Scalia, J., dissenting) (quoting Coy, 487 U.S. at 1020).

そこで、ビデオリンク方式による証人尋問によって、リアルな「対面」の場合とは異なる要素があるとすれば何かを検討する必要がある。指摘されている点として、①陪審の情報格差、②法廷という環境ではないこと、③セキュリティの問題、④接続の問題、⑤視覚的な手がかりの減少がある⁵⁸⁾。

①の問題は、バーチャル陪審についての指摘であるが、陪審が外部の影響を受けたり、訴訟指揮権が及びにくくなる可能性を考えると、少なくとも事実認定者は法廷で一堂に会するのが良いのではないと思われる。2020年、コロナ禍のために合衆国最高裁判所が初めてリモートでオーラルアーギュメントを実施したが、発言を促された裁判官がミュートを解除し忘れたのではないと思われる場面もあった⁵⁹⁾。後述するように、証人に関してもその環境は重要であるが、事実認定者もまた緊張感をもって、訴訟の進行に影響のないような環境において刑事裁判に臨む必要があろう。

②が証人のおかれる環境に関する問題である。「まさに公判という儀式が、真実を話すよう大きな力を及ぼす」ともいわれ、裁判所は証人が裁判所のような環境からログインすることを保証することに苦勞しているという⁶⁰⁾。合衆国最高裁判所におけるリモートのオーラルアーギュメントでも、ミュートにし忘れたと思われる参加者の背後から生活音が聞こえる場面があったが⁶¹⁾、証人が外部の影響を受け、証人尋問に集中できない環境において証言させることは、「対面」の効果を損なうおそれがあるので、少なくとも、遠隔地であっても環境の整った裁判所又はこれに準ずる場所での実施が求められると思われる。そうすれば、証人が隣の部屋から指示を受けたり、脅迫されたりするというような懸念⁶²⁾は生じないであろう。証人が被告人の姿を見ることができないようにする一方向のビデオリンク方式による証人尋問の場合であっても、証人が手続の重大さを理解し、事実認定者や被告人の面前で証言しているという緊張感をもつことが求められることから、このような環境の確保は重要である。被告人が自ら証人を尋問することができるということが、匿名の告発とは異なるものとし、証人に対して、物理的ではないとはいえ直接に被告人と「対面」して告発することを求めることになるとの指摘もある⁶³⁾。

③については、いわゆる「Zoom爆弾」としてコロナ禍の初期において特に話題になった問題である。連邦の裁判所もこの被害に遭ったようであるが⁶⁴⁾、セキュリティについては改善が重ねられており、裁判所としても引き続き最大限の努力をすべきである。セキュリティ確保の観点からも、ビデオリンク方式による証人尋問を実施する場所は裁判

58) Zubair, *supra* note 46, at 1706-1708.

59) *See (listen to)* oral arguments of United States Patent and Trademark Office v. Booking.com B.V., 591 U.S. ___, 140 S.Ct. 2298 (2020).

60) Zubair, *supra* note 46, at 1706 (quoting Fed. R. Civ. P. 43 (Advisory Committee Notes to 1996 Amendments)).

61) *See (listen to)* oral arguments of Barr v. American Association of Political Consultants Inc., 591 U.S. ___, 140 S.Ct. 2335 (2020).

62) Wolfe, *supra* note 44, at 226.

63) *Id.* at 233. なお、供述録取書の場合は証人が法廷を見ることはなく、双方向のビデオリンク方式による証人尋問においては証人が少なくとも法廷にいる人々を見ることになるから、証言の場所が法廷ではないという点は、双方向である限り重大な憲法上の問題を生じさせないとの見解もある (Friedman, *supra* note 48, at 702.)。

64) Leah Asmelash, *A Federal Hearing Was Interrupted with Images of 9/11 and Pornography*, CNN (Sept. 14, 2020), <https://www.cnn.com/2020/09/14/us/georgia-hearing-zoom-bomb-trnd/index.html>, last accessed 2023/1/15.

所又はこれに準ずる場所に限定するのが妥当であろう。

④の接続の問題は、不具合があった場合に陪審が証人の態度を観察する能力を損なうおそれがあるという観点からの指摘であるが、それ以外の場面にも当てはまるものと思われる。このような問題が生じないよう配慮すべきことはもちろんであるが、不具合が発生したことを直ちに把握できるよう、やはり事実認定者は法廷において、証人も裁判所又はこれに準ずる場所から参加することが求められる。証人の態度観察も重要な対決の要素であるから、オフラインで録音・録画しておくことも有用であろうと思われる。

⑤も視覚情報に関する問題である。日本の被疑者取調べの録音・録画制度（刑訴法301条の2）においても、カメラのアングルの問題が指摘されることがあるが、被疑者・被告人の場合とは異なり、「犯人である」というような印象が生じ得る文脈ではないから、証人の表情や態度が十分に映し出されるような画質とスクリーンの大きさが確保されるのであれば、「対面」の効果を損なうことはないように思われる。リアル「対面」の場合であっても、法廷の大きさや照明による影響を完全に排除することはできず、証人の全ての表情や態度を残らず観察することが保証されるわけではないからである。ビデオリンク方式による証人尋問では、足を揺らしたり手をもぞもぞ動かしたりしているといった身体的手がかりを見ることができない点も指摘されているが⁶⁵⁾、このような要素に過度に依拠することは危険であるように思われる⁶⁶⁾。スクリーンについては、証人が証言台に立っている場合と同じくらいの大きさになるようにするか、陪審員全員が十分にスクリーンを見ることができるということを確かめることによって、あるいはより用心深く、法廷全体がこれを見ることに支障のない大きさにするか、陪審員に個々のスクリーンを用意することで、事実認定者だけではなく被告人も証人の態度を観察することを保証することができるとの指摘もある⁶⁷⁾。

Crawford判決で懸念されたような匿名の告発の問題点を考慮すれば、証人が供述の名宛人である被告人の面前で不利益な内容を話すことを求めるという「対面」について、単に証言の信頼性を確保する手段であるということにとどまらず、それ自体に一定の価値を見出すことは不合理ではない。しかし、以上のような保証がなされ、バーチャルな「対面」においてもリアルな「対面」の効果が期待できるのであれば、全体として当事者論争主義の構造が維持されているといえ、必要性を前提としてビデオリンク方式による遠隔地での証人尋問を認めることは許されるのではないかとと思われる。

65) Norman M. Garland, *The Constitutionality of Remote Trials*, 51 Sw. L. Rev. 107, 113 (2021).

66) 人が一般的に話し手の嘘を見抜く手がかりとしている要素と、人が実際に嘘をつくときに観察される要素には差異があるとして、態度の観察に関する危険性を指摘する論考もある。Jeremy A. Blumenthal, *A Wipe of the Hands, A Lick of the Lips: The Validity of Demeanor Evidence in Assessing Witness Credibility*, 72 Neb. L. Rev. 1157, 1189-1204 (1993). See also Wolfe, *supra* note 44, at 228; and Hadley Perry, *Virtually Face-to-Face: The Confrontation Clause and the Use of Two-Way Video Testimony*, 13 Roger Williams U. L. Rev. 565, 588 (2008). なお、事実認定者の面前であるかどうかは、できる限りこれが求められるというものであって、証人の態度を観察する事実認定者の能力が多少損なわれるとしても、供述録取書の場合は全くその機会がないこともあるので、これは主たる憲法上の問題ではないとの見解も示されている (Friedman, *supra* note 48, at 697-698, 701)。

67) Wolfe, *supra* note 44, at 233.

IV 結びに代えて

本稿では、アメリカ法を中心として、証人尋問での「対面」の意義と、ビデオリンク方式による遠隔地での証人尋問が許される範囲とそのあり方に関して検討した。どのような事情を「重要な公共政策」と認めるかについては、いまだ検討が必要であるが、一方向か双方向かを問わず、全体として当事者論争主義の構造が維持されている限り、ビデオリンク方式による証人尋問を許容する余地があるように思われる。日本の場合はさらに、遮へい措置との併用によって「一方から又は相互に相手の状態を認識することができないようにする」ことが認められていることから、被告人が証人の姿を見ることができない場合もあり、この点についての批判は考え得る⁶⁸⁾。しかし、これは弁護人が出頭している場合に限り実施することのできる方法であって、アメリカのような自己弁護権に伴う問題は生じない。そして、被告人が証人の供述を聞いて自ら尋問することができるという平成17年判決でも指摘された要素は、Crawford判決が敵視した匿名の告発とは全く異なるものとするように思われる。

コロナ禍は人々の物理的な外出や交流を妨げ、社会生活に様々な弊害をもたらしたが、一方で、オンラインでの活動を容易にし、必然的にこのようなコミュニケーション方法に対する抵抗感と技術的な弊害を著しく減少させることになった。このことは、刑事裁判のあり方に関する議論にもつながり⁶⁹⁾、「対面」であることの意義は、これまで以上に問われることになると思われる。さらに、冒頭で述べた通り、サイバー犯罪に関する条約の第二追加議定書においては、証人が外国にいる場合の国際協力の方法としてビデオリンク方式による証人尋問も想定されており、サイバー犯罪の領域でも今後ますます注目されることになりそうである⁷⁰⁾。ビデオリンク方式による証人尋問がどのような場合に認められるのか、特にこれを正当化する必要性とは何かについて、引き続き問われることになると思われるが、その時点での社会情勢や国民の意識、技術の発展にも目を向ける必要があろう。

なお、本稿は、JSPS科研費21K13208及び中央大学2022年度特定課題研究費の助成を受けたものである。

68) アメリカでは、一方向のビデオリンク方式による証人尋問について合憲としたCraig判決を疑問視する見解もある (Friedman, *supra* note 48, at 706.)。

69) 日本においてコロナ禍における司法のあり方を検討する論考として、水谷瑛嗣郎「オンライン裁判から考える『裁判』像—憲法の視点から」法学セミナー791号36頁 (2020年)、指宿信「コロナと闘う世界の刑事司法—ITを駆使した取り組みとその課題」法学セミナー794号50頁 (2021年) がある。

70) 民事法の領域に関してはあるが、ビデオリンク方式による国外での証人尋問と司法権との関係について論じるものとして、竹下啓介「域外証拠収集に関する現代的考察—ビデオリンクの利用と国家管轄権」国際法外交雑誌118巻1号25頁 (2019年) がある。

【参考文献 (掲載順)】

I 判例・裁判例

最判平成17年4月14日刑集59巻3号259頁
Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004)
Coy v. Iowa, 487 U.S. 1012 (1988)
Maryland v. Craig, 497 U.S. 836 (1990)
Federal Rules Decisions on Amendments to Rule 26(b) of the Federal Rules
of Criminal Procedure, 207 F.R.D. 89 (2002)
United States v. Gigante, 166 F. 3d 75 (2d. Cir. 1999)
United States v. Graham, 707 Fed. Appx. 23, 27-28 (2017)
Horn v. Quarterman, 508 F. 3d 306 (5th Cir. 2007)
United States v. Bordeaux, 400 F. 3d 548 (8th Cir. 2005)
United States v. Yates, 438 F. 3d 1307 (11th Cir. 2006) (en banc)
Missoula v. Duane, 380 Mont. 290 (2015)
United States Patent and Trademark Office v. Booking.com B.V., 591 U.S. __,
140 S.Ct. 2298 (2020)
Barr v. American Association of Political Consultants Inc., 591 U.S. __, 140
S.Ct. 2335 (2020)

II 書籍・論文

小木曾綾「刑事手続における情報通信技術活用の周辺」研修887号3頁 (2022年)
山口裕之・最高裁判所判例解説刑事篇 (平成17年度) 89頁 (2008年)
徳永光・法学セミナー611号122頁 (2005年)
宇藤崇・平成17年度重要判例解説201頁 (2006年)
眞田寿彦・法律のひろば59巻2号44頁 (2006年)
清水真・法学新報113巻1・2号567頁 (2006年)
初又旦敏・警察公論61巻6号83頁 (2006年)
堀江慎司・刑事法ジャーナル2号108頁 (2006年)
伊藤睦・法律時報79巻4号113頁 (2007年)
河北洋介・東北法学29号1頁 (2007年)
稲田隆司・刑事訴訟法判例百選〔第9版〕152頁 (2011年)
渡辺修・刑事訴訟法判例百選〔第10版〕156頁 (2017年)
小木曾綾「犯罪被害者等および証人を保護する方策」論究ジュリスト12号80頁 (2015年)
滝沢誠「犯罪被害者等及び証人を保護するための方策の拡充」刑事法ジャーナル44号41頁
(2015年)
小川佳樹「被害者等および証人を保護するための方策の拡充」法律時報88巻1号37頁
(2016年)
川出敏裕「新時代の刑事司法制度と犯罪被害者」被害者学研究26号69頁 (2016年)

- 酒巻匡「刑事訴訟法の改正－新時代の刑事司法制度（その2）」法学教室434号70頁（2016年）
- 椎橋隆幸「証人保護手続の新展開」田口守一ほか編『犯罪の多角的検討：渥美東洋先生古稀記念』（有斐閣、2006年）190頁以下
- 大橋君平「ビデオリンク方式による証人尋問の拡充」自由と正義68巻4号23頁（2017年）
- 伊藤睦「遮へい措置とビデオリンク方式の問題」刑事弁護94号105頁（2018年）
- 浅香吉幹ほか「座談会：合衆国最高裁判所2003-2004年開延期重要判例概観」アメリカ法2004年2号257頁（2005年）
- 米国刑事法研究会（代表 椎橋隆幸）・比較法雑誌39巻4号210頁（2006年）〔早野暁〕
- 二本柳誠・比較法学39巻3号203頁（2006年）
- 堀江慎司・アメリカ法2010年1号106頁（2010年）
- 小早川義則・名城ロースクール・レビュー20号57頁（2011年）
- 津村政孝・ジュリスト1430号79頁（2011年）
- 早野暁「法廷証拠となることを知ってなされる供述と対決権条項」法学新報121巻3・4号163頁、181頁以下（2014年）
- 大谷祐毅『公判外供述の証拠使用と証人審問権の役割』（有斐閣、2022年）120頁以下
- 中村真利子「被害者の供述の許容性」被害者学研究25号37頁（2015年）
- 中村真利子「児童の法廷外供述と被告人の対決権」法学新報123巻9・10号413頁（2017年）
- 中村真利子「鑑定書の証拠能力」比較法雑誌47巻2号215頁（2013年）
- 津村政孝・ジュリスト965号86頁（1990年）
- 小早川義則「デュー・プロセスをめぐる合衆国最高裁判例の動向(2)」名城法学49巻4号77頁（2000年）
- 津村政孝・アメリカ法1994年2号375頁（1995年）
- 中村真利子「遮へい措置及びビデオリンク方式を用いた証人尋問の合憲性」比較法雑誌48巻4号241頁（2015年）
- J. Benjamin Aguiñaga, Confronting Confrontation in a Facetime Generation: A Substantial Public Policy Standard to Determine the Constitutionality of Two-Way Live Video Testimony in Criminal Trials, 75 La. L. Rev. 175 (2014)
- Christopher Y. Bouquet, Child Witnesses, Pro Se Defendants, and the Confrontation Clause in California Abstract, 29 S. Cal. Rev. L. & Soc. Just. 365 (2020)
- Caitlin Erin Murphy, It's Time to Extend Maryland v. Craig: Remote Testimony by Adult Sex Crime Victims, 19 Conn. Pub. Int. L.J. 367 (2020)
- 中村真利子「鑑定書と被告人の対決権保障」法学新報129巻6・7号（2023年3月刊行予定）
- Daniel Robinson, Confrontation during Covid: A Fundamental Right, Virtually Guaranteed, 12 U. Miami Race & Soc. Just. L. Rev. 115 (2021)
- Jefferson Wolfe, Virtual Witness Testimony and the Zoom Age: A Sixth

- Amendment Violation or the Future of Criminal Law?, 91 UMKC L. Rev. 217 (2022)
- Ayyan Zubair, Confrontation after Covid, 110 Calif. L. Rev. 1689 (2022)
- Christine L. Olson, Accusations from Abroad: Testimony of Unavailable Witnesses Via Live Two-Way Videoconferencing Does Not Violate the Confrontation Clause of the Sixth Amendment, 41 U.C. Davis L. Rev. 1671 (2008)
- Amy Ma, Mitigating the Prosecutors' Dilemma in Light of Melendez-Diaz: Live Two-Way Videoconferencing for Analyst Testimony Regarding Chemical Analysis, 11 Nev. L. J. 793 (2011)
- Richard D. Friedman, Remote Testimony, 35 U. Mich. J. L. Reform 695 (2002)
- 中村真利子「不正行為による対決権喪失の理論」比較法雑誌48巻3号255頁(2014年)
- Carolyn W. Kenniston, You May Now “Call” Your Next Witness: Allowing Adult Rape Victims to Testify Via Two-Way Video Conferencing Systems, 16 J. High Tech. L. 96 (2015)
- 中村真利子「司法面接における児童の供述の証拠能力」法学会雑誌62巻1号381頁(2021年)
- Norman M. Garland, The Constitutionality of Remote Trials, 51 Sw. L. Rev. 107 (2021)
- Jeremy A. Blumenthal, A Wipe of the Hands, A Lick of the Lips: The Validity of Demeanor Evidence in Assessing Witness Credibility, 72 Neb. L. Rev. 1157 (1993)
- Hadley Perry, Virtually Face-to-Face: The Confrontation Clause and the Use of Two-Way Video Testimony, 13 Roger Williams U. L. Rev. 565 (2008)
- 水谷英嗣郎「オンライン裁判から考える『裁判』像—憲法の視点から」法学セミナー791号36頁(2020年)
- 指宿信「コロナと闘う世界の刑事司法—ITを駆使した取り組みとその課題」法学セミナー794号50頁(2021年)
- 竹下啓介「域外証拠収集に関する現代的考察—ビデオリンクの利用と国家管轄権」国際法外交雑誌118巻1号25頁(2019年)

Ⅲ 統計・資料

- 日本経済新聞「現金の趣旨、全面対決、買収事件初公判—地元議員ら約40人の証人尋問、広島地裁と映像結び証言。」2020年8月26日朝刊37頁
- 法制審議会「刑事法(情報通信技術関係)部会」第1回会議(令和4年7月29日開催)配布資料3「『刑事手続における情報通信技術の活用に関する検討会』取りまとめ報告書」30-34頁(<https://www.moj.go.jp/content/001377785.pdf>)
- 法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会のページ」各議事録(<https://www.moj.go.jp/shingi1/shingi03500012.html>)

Leah Asmelash, A Federal Hearing Was Interrupted with Images of 9/11 and Pornography, CNN (Sept. 14, 2020), <https://www.cnn.com/2020/09/14/us/georgia-hearing-zoom-bomb-trnd/index.html>

[Abstract]

Study on the Cross-Examination of Witnesses by Closed Circuit Television

NAKAMURA, Mariko*

Japan introduced a protective measure for witnesses including victims to testify by closed circuit television through the amendment to the Code of Criminal Procedure in May 2000 to alleviate their psychological burden during testimony at trial. Its scope was expanded in June 2016 and is under consideration by one of the subcommittees of the Legislative Council of the Ministry of Justice for additional expansion at this writing in January 2023.

Criminal defendants, on the other hand, have the right to examine all witnesses. There are discussions on whether the right is constitutionally affected by using closed circuit television. The Supreme Court of Japan ruled the then-provision constitutional in 2005 but it is necessary to carefully examine the meaning of “face-to-face confrontation” during testimony and the need to restrict the right. Therefore, this article considers what should be taken into account to allow witnesses to testify through closed circuit television with reference to Crawford v. Washington judged by the Supreme Court of the United States in 2004, which put great value on “face-to-face confrontation” in relation to the similar right as the Japanese one, and the subsequent discussions in the United States.

Key words: Protection of Victims and Children, Closed Circuit Television, Cross-Examination, Confrontation Right, Face-to-Face

* Associate Professor, Faculty of Global Informatics, Chuo University, Ph.D. in Law

「명지법학」 편집규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 06. 30.

제1조(목적) 이 규정은 명지대학교 법학연구소에서 간행하는 명지법학(Myongji Law Review)의 편집, 간행 및 논문심사에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(명지법학의 간행)

- ① 「명지법학」은 연 2회 발간함을 원칙으로 한다. 단, 편집위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 합본호나 증호를 발간할 수 있다.
- ② 「명지법학」의 발간일자는 매년 7월 31일과 1월 31일을 원칙으로 한다.
- ③ 「명지법학」은 인쇄출판과 전자출판의 형태로 간행하며, 전자출판의 경우 원문파일을 명지대학교 법과대학 법학연구소 홈페이지에 게재한다.
 - 홈페이지 주소: <http://col.mju.ac.kr/user/mjulaw/index.html>

제3조(원고의 게재)

- ① 투고 원고는 「명지법학」 투고규정상의 투고 자격을 갖춘 투고자의 논문으로서 편집위원회의 게재 결정을 얻어 「명지법학」에 게재한다.
- ② 투고 원고는 전문 학술논문으로써 기왕에 다른 학술지 등에 게재된 일이 없으며, 「명지법학」 투고규정 및 원고작성 지침에 따른 절차와 요건을 갖춘 것이어야 한다.
- ③ 제출된 투고 원고가 본 연구소가 제시한 투고규정 및 원고작성 지침에 부합하지 않을 경우에는 수정을 요구할 수 있다.

제4조(편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 법학연구소의 편집위원장과 편집위원으로 구성된다.
- ② 편집위원은 편집위원장을 포함한 5인 이상으로 한다.
- ③ 편집위원이 될 수 있는 자는 법학교수, 법학분야 박사학위 보유자 또는 법률분야에 5년 이상 종사한 자로 하며 외부 인사를 포함할 수 있다.
- ④ 편집위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.
- ⑤ 편집위원장은 편집위원 중 법학연구소장이 임명하고 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.

제5조(편집위원회의 업무)

- ① 「명지법학」의 편집 및 출판
- ② 「명지법학」 원고의 접수 및 게재 여부 심사

- ③ 「명지법학」 연구윤리위원회의 결정에 따른 조치
- ④ 기타 간행물의 편집 및 출판

제6조(편집위원회의 운영)

- ① 위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 위원장이 소집한다.
- ② 위원회의 의결은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
- ③ 위원회는 「명지법학」 기타 간행물에 투고된 원고를 제8조의 기준과 「명지법학」 투고규정 및 「명지법학」 원고작성 지침에 따라 심사하여 그 게재 여부를 정한다.
- ④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

제7조(심사위원회의 구성)

- ① 논문 심사는 제8조 제1항의 기준에 따라 편집위원회에서 위촉하는 3인의 심사위원이 심사한다.
- ② 심사위원은 명지법학연구소의 연구위원 및 편집위원장이 위촉하는 외부 심사위원으로 구성한다.
- ③ 심사위원의 신원은 원고투고자에 대하여 비밀로 한다.

제8조(원고의 심사)

- ① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.
 - 1. 주제설정(창의성과 적절성)
 - 2. 연구 방법의 논리적 완결성
 - 3. 연구의 학술적 완성도
 - 4. 연구결과의 학문적 기여도
 - 5. 종합의견(게재, 수정 후 게재, 수정 후 재심사, 게재 불가)
- ② 번역, 서평, 및 판례 평석 심사는 다음의 기준으로 한다.
 - 1. 번역, 서평 및 판례 평석의 필요성
 - 2. 번역, 서평 및 판례 평석의 완성도
 - 3. 번역, 서평 및 판례 평석의 기여도
- 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 결정

한다.

제11조(본 규정의 시행 및 개정)

- ① 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거친 날로부터 시행한다.
- ② 이 규정은 법학연구소의 편집위원회의 의결을 거쳐서 개정할 수 있다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 투고규정

제정 2010. 11. 30.

개정 2016. 07. 31.

개정 2022. 03. 31.

제1조(투고자격)

- ① 국내외 대학 전임교수
- ② 법률 분야의 종사자
- ③ 대학원생으로서 박사학위 수료 이상의 자
- ④ 기타 편집위원회의 추천을 받은 자
- ⑤ 각 호의 자와 공동으로 투고하는 자

제2조(투고원고)

- ① 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.
 1. 발표논문: 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
 2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 투고된 논문
 3. 기타(번역 • 평석 등): 「명지법학」 게재를 위하여 제출된 번역, 판례평석, 입법동향분석, 서평 등
- ② 학술지에 게재할 원고는 다음의 요건을 갖춘 것이어야 한다.
 1. 법학 연구 및 교육 혹은 법률문화 창달에 기여하는 내용의 원고일 것
 2. 다른 학술지 등에 발표한 일이 없는 원고일 것, 다만, 타 학술지에 일부 발췌문을 발표하였을 경우에는 그 전문(全文)을 투고할 수 있다.
 3. 외국논문을 한글로 번역한 논문의 경우에는 게재를 요청하는 번역자에 의해 저작권 협의가 이미 완료되어 있을 것
- ③ 학술지에 게재할 원고의 전체분량은 「명지법학」 원고작성 지침에 따른 형식으로 20매 내외를 원칙으로 하며, 30매를 초과할 경우 편집위원회의 결정에 따라 게재가 허용될 수 있다.

제3조(투고절차 및 방법)

- ① 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.
- ② 원고는 작성자의 인적사항을 삭제한 후 제출하고, 표지에 저자명, 소속, 직위, 연락처(전자우편, 전화번호)를 기입한다.
- ③ 원고 제출은 투고기한 내에 완성된 원고를 첨부하여 전자우편(E-Mail)으로 송부함을 원칙으로 한다.

제4조(투고기한) 논문의 투고는 「명지법학」의 발간 예정일을 기준으로 1월 전(각 6월 30일, 12월 31일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정으로 기한을 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: 02-300-0805
- 팩스: 02-300-0804

제6조(저작권)

- ① 학술지의 편자(編者)는 법학연구소장의 명의로 한다. 다만, 학술지의 내용에는 개별 원고의 집필자를 명시한다.
- ② 「명지법학」에 출판된 모든 저작물의 편집저작권 및 출판권은 본 연구소에 귀속된다.

제7조(투고논문의 작성방법) 투고논문의 작성방법은 명지법학 원고작성 지침에 따른다.

제8조(논문의 심사)

- ① 투고원고는 편집위원회가 선정한 3인의 심사위원이 심사하여 그 결과를 편집위원회에 통보하면 편집위원회는 그 결정에 따라 논문의 수정 • 보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다. 편집위원회의 모든 업무처리와 각 심사위원의 심사는 본 명지법학 연구윤리규정과 게재논문 심사규정에 따라서 이루어진다.
- ② 「명지법학」의 심사기준은 1) 논문제목과 내용의 적합성, 2) 기존연구와의 차별성, 3) 연구내용의 독창성, 4) 연구방법과 결과의 명확성, 5) 논문체제와 기술방법의 적절성, 6) 참고문헌 인용의 적합성, 7) 연구 기대효과 및 학계 기여도로 한다.
- ③ 심사결과는 원칙적으로 편집위원회가 투고자에게 온라인 논문투고 및 심사시스템, 전자메일 등을 통해 통지한다. 게재불가의 경우 투고자가 편집위원회에 이의를 제출하면 가능한 한 신속하게 이를 처리하고 그 결과를 즉시 통보한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2022년 4월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리규정

제1조 (목적)

이 규정은 명지법학 연구윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)의 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함으로 목적으로 한다.

제2조 (용어의 정의)

이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "연구부정행위"라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구 목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
2. "위조"라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
3. "변조"라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
4. "표절"이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
5. "부당한 저자 표시"는 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.

제3조 (기능)

위원회는 명지법학의 회원·준회원 또는 단순게재자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구윤리 확립에 관한 사항
2. 연구부정행위의 예방, 조사에 관한 사항
3. 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항

제4조 (구성)

- ① 위원회의 위원은 명지법학의 편집위원장이 지명하는 편집위원 중 3명과 위원회의 추천을 받는 외부인사 2인으로 한다.
- ② 연구윤리위원장은 위원회에서 호선하고, 위원장과 위원의 임기는 2년으로 한다.
- ③ 위원회의 제반업무를 처리하기 위해 간사 1인을 둘 수 있다.
- ④ 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

제5조 (회의)

- ① 위원회의 회의는 필요한 경우에 위원장이 소집하고 주재한다.
- ② 회의는 재적위원 과반수 출석으로 성립하며 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
- ③ 필요한 경우 위원이 아닌 자를 회의에 참석시켜 의견을 들을 수 있다.

- ④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

제6조 (연구부정 행위 조사)

- ① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정 행위 존재 여부를 조사하여야 한다.
- ② 위원장은 예비조사를 실시할 수 있다.

제7조 (위원회의 권한과 책무)

- ① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
- ② 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에는 혐의 사실을 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 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피 신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
- ② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안전의 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 조사사안과 관련하여 위원의 자격을 정지할 수 있다.

제9조 (진술기회의 보장)

위원회는 조사 사실에 대해 피조사자에게 의견을 제출하거나 해명할 기회를 부여하여야 한다.

제10조 (조사결과에 따른 조치)

- ① 위원회는 재적위원 과반수 철석과 출석위원 3분의 2 이상의 찬성으로 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 게재취소사실의 공지
 - 3. 회원자격의 박탈 또는 정지
 - 4. 관계기관에의 통보
- ③ 전항 제2호의 공지는 저자명, 논문명, 논문의 수록 집수, 취소일자, 취소이유 등이 포함되어야 한다.
- ④ 위원회는 연구윤리와 관련하여 고의 또는 중대한 과실로 진실과 다른 제보를

하거나 허위의 사실을 유포한 자에 대해서는 회원자격을 박탈 또는 정지할 수 있다.

제11조(결과의 통지)

위원장은 조사결과에 대한 위원회의 결정을 서면으로 작성하여 지체 없이 피조사자 및 제보자 등 관련자에게 통지한다.

제12조(재심의)

피조사자 또는 제보자는 위원회의 결정에 불복할 경우 제11조의 통지를 받은 날부터 20일 이내에 이유를 기재한 서면으로 위원회에 재심의를 요청할 수 있다.

제13조(비밀유지의 의무 등)

- ① 위원회는 제보자를 보호하고 피조사자의 명예를 부당하게 침해하지 않도록 노력하여야 한다.
- ② 제보·조사·심의·의결 및 건의 등과 관련된 일체의 사항은 비밀로 하되, 상당한 공개의 필요성이 있는 경우 위원회의 의결을 거쳐 공개할 수 있다.
- ③ 위원, 조사에 직·간접적으로 참여한 자는 심의·의결·조사 기타 조사과정에서 취득한 정보를 부당하게 누설하여서는 아니 된다.

제14조(경비)

위원회의 운영에 필요한 경비는 명지법학의 예산의 범위 내에서 지급한다.

부 칙

제1조(시행일)

이 규정은 2008년 1월 1일부터 시행한다.

「명지법학」 원고작성 지침

법학연구소에서 간행하는 「명지법학」에 논문을 게재하고자 하는 자는 다음의 원고 작성 절차를 준수해야 한다.

다 음

1. 원고 작성의 원칙

- 1) 원고는 워드 프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 온라인 논문투고 및 심사시스템(<http://kyobo160.medone.co.kr/html>)에 제출하며, 워드 프로세서는 [한글] 프로그램 사용을 원칙으로 한다.
- 2) 원고는 국문으로 작성하는 것을 원칙으로 하되, 필요한 경우 외국어로 작성할 수 있다.
- 3) 원고는 각주, 표, 그림 등을 포함하여 A4 용지 20매 내외로 하는 것을 원칙으로 한다.

2. 원고의 구성

원고는 다음 순서에 따라서 구성되어야 한다.

- 1) 논문제목(부제 포함)
- 2) 투고자 성명(학위, 소속 및 지위 등 투고자의 인적사항에 관한 내용은 각주로 표시함)
- 3) 논문요지
- 4) 논문요지의 검색용 주제어(주제어는 10개를 넘지 않도록 함)
- 5) 본문(각주 포함)
- 6) 참고문헌(본문에서 인용한 참고문헌에 한함)
- 7) 외국어 초록(외국어로 작성된 논문의 경우는 한글 초록): 논문제목, 투고자 성명을 포함
- 8) 외국어 주제어(외국어로 작성된 논문의 경우는 국문 주제어): 외국어 주제어는 국문 주제어와 같은 순서로 배열함

3. 원고 작성의 규칙

구체적인 원고 작성 양식은 다음과 같다.

- 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: 30, 아래쪽: 35, 왼쪽: 35.9, 오른쪽: 35.9, 머리말: 15, 꼬리말: 15, 제본: 0

5) 문단모양

- 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 2, 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 알파벳순으로 한다.

◆ 편집위원회

위원장 : 이윤제 (명지대학교 법과대학 교수)

위 원

권건보 (아주대학교 법학전문대학원 교수)

노호창 (호서대학교 사회과학대학 교수)

선정원 (명지대학교 법과대학 교수)

송재일 (명지대학교 법과대학 교수)

신영수 (경북대학교 법학전문대학원 교수)

최병천 (전남대학교 법학전문대학원 교수)

홍명수 (명지대학교 법과대학 교수)

간 사 : 안수길 (명지대학교 법과대학 교수)

편집 보조인 : 구지혜 (명지대학교 법학연구소 교육조교)

明知法學 (제21권 제2호)

2023년 01월 30일 인쇄

2023년 01월 31일 발행

발행인 : 이 윤 제

발행처 : 명지대학교 법학연구소

주 소 : 서대문구 남가좌동 50-3

전 화 : (02)300-0805, FAX : (02)300-0804

제 작 : 도서출판 학술정보

* 이 책의 무단복제·복사·전제를 금함

ISSN 1229-7585

板 權
所 有