明 知 法 學

제24권 제2호

2026

명지대학교 법학연구소

設 立 精 神

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

주후 1956년 1월 23일

設 立 者 **유 상 근**

教 育 方 針

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

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

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

理 事 長 **현 세 용**

刊 行 辭

다사다난했던 청사(靑蛇)의 해가 저물고, 2026년 병오년(丙午年)이 밝았습니다. 모쪼록 변화와 전환의 해로 불리는 붉은 말의 해가 문자 그대로 새로운 국운 융성의 계기가 되어 나라 안팎의 혼란 속에 제기되는 수많은 도전들을 슬기롭게 헤쳐나가길 기원합니다.

2004년 4월 대학부설연구소로 승격되었던 명지대학교 법학연구소가, 학교의 학사구조 개편과정 속에서 지난해 3월부터 교내 일반 연구소로 전환된 까닭에 운영 여건이 다소 악화되었습니다만, 안수길 간사님의 헌신적인 노력 속에 학술대회 공동개최를 비롯한 지속적인 학술 활동을 예전과 다름없이 수행해 오고 있습니다. 본 연구소의 『명지법학』이 지난해 한국연구재단의 학술지 평가에서 등재지 유지 판정을 받은 것은 이러한 노력의 작은 결실이 아닌가 생각합니다. 그동안 본 연구소에 관심을 가져 주신 모든 분들께 감사드리며, 앞으로도 많은 관심과 응원을 부탁드립니다.

이제 『명지법학』 제24권 제2호를 발간하게 되었습니다. 이 자리를 빌어 오랜 세월 『명지법학』의 발간을 위해 물심양면으로 노력해주신 모든 분들게 다시 한번 깊이 감사드립니다. 이번 호에도 교내·외의 여러 분들께서 법학계의 다양한 분야에 걸친 다수의 논문들을 투고해 주셨고, 엄정한 심사를 통해 총 7편의 논문이 수록되게 되었습니다. 인공지능의 대두와 함께 초래되는 국내·외의 다양한 문제들이 산적한 현실 속에서 법학계는 무엇보다 연구의 성과로 그 나아갈 길을 밝혀야 할 것입니다. 옥고를 투고해 주신 모든 분들께 다시 한 번 감사의 말씀을 전하며, 앞으로도 본지에 지속적인 관심을 가져주실 것을 부탁드립니다.

끝으로, 본지가 발간되기까지 힘써 주신 많은 분들 가운데, 특히 이윤제 편집위원장님 이하 여러 편집위원님들과 본 연구소의 운영을 실질적으로 총괄해 주고 계신 안수길 간사님, 그리고 실무상 많은 수고로운 일을 맡아주신 홍채원 교육조교께도 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 앞으로도 『명지법학』의 지속적인 발전을 응원하며, 올 한 해 모든 분들이 각자의 자리에서 더욱 정진하시어 뜻하신 바 큰 성취를 이루시는 귀한 시간이 되기를 기원합니다.

2026년 1월

명지대학교 법학연구소장

김 주 영

목 차

［간 행 사］

［연구논문］

대마초 처벌의 위헌성에 관한 각국 헌법 판결과 시사점
…… 김종구 / 1

국내 마약범죄 현황과 대응 방안에 관한 연구
- 해양 마약범죄를 중심으로 -
…… 이유경 · 강동욱 / 23

가정폭력처벌법상 의무체포제 도입 관련 문제점과 대안 모색
- 피해자 보호를 위한 형사정책의 타당성과 쟁점 분석 -
…… 김혜미 / 49

독일 사회부조법상 개별성 원칙과 필요보장 원칙의 교착
- 한국의 공공부조법에 주는 시사점을 중심으로 -
…… 차성안 / 73

日本における生成AIと法についての現状
- 著作権法を中心に -
…… 高良幸哉 / 107

知的財産侵害に関する刑法的課題：
日本の裁判例に見る著作権法学と刑事法学との交錯
…… 富川雅満 / 123

프롬프트에 의한 AI 발명의 명세서 기재에 관한 고찰
…… 신상훈 / 137

〔부　　록〕

「명지법학」 편집규정 ····· 159
「명지법학」 투고규정 ····· 162
「명지법학」 연구윤리 규정 ····· 165
「명지법학」 원고작성 지침 ····· 168

DOI: https://doi.org/10.53066/mlr.2026.24.2.1
明知法學 제24권 제2호(2026. 1.)
ISSN 1229-7585
eISSN 2765-4869

대마초 처벌의 위헌성에 관한 각국 헌법 판결과 시사점

김종구*

논문요지

21세기 들어 여러 국가에서 대마초 규제를 완화하거나 비범죄화하는 움직임이 확산되면서, 각국의 헌법재판소와 최고법원은 대마초 처벌 규정의 합헌성·위헌성에 대해 상이한 판단을 제시해 왔다. 본 논문은 미국 연방대법원과 일부 주(州) 대법원, 독일 연방헌법재판소, 남아프리카공화국 헌법재판소, 멕시코 연방대법원, 그리고 콜롬비아·이탈리아 등의 사례를 검토하고, 우리 헌법재판소의 결정과 비교함으로써 국내의 대마초 처벌 법제에 대한 헌법적 시사점을 도출하고자 한다. 이를 위하여 각 판례의 사실관계와 심판 구조를 검토하고, 프라이버시권과 일반적 행동의 자유, 자유로운 인격발현권, 평등권, 과잉금지원칙과 형벌의 최후수단성 원칙, 그리고 국민 보건 보호의무 등의 관점에서 헌법적 논증을 비교·분석한다.

미국 연방대법원은 Gonzales v. Raich 판결 등에서 대마초 사용을 헌법상 권리로 인정하지 않은 채 연방 입법자의 광범위한 형성권을 승인하고 있으며, 알래스카 등 일부 주에서만 제한적으로 사적 사용을 보호하고 있다. 독일 연방헌법재판소는 이른바 1994년 Cannabis 결정에서 처벌 조항 자체는 합헌이라고 보면서도, 소량 자기사용 사건에 대해서는 수사·기소의 중단을 요구함으로써 사실상 제한적 비범죄화 모델을 제시하였다. 남아프리카공화국 헌법재판소와 멕시코의 대법원은 사생활권과 자기결정권을 핵심 근거로 성인의 사적 영역에서의 대마초 소지·사용에 대한 형사처벌을 위헌으로 선언함으로써 권리 중심의 규제완화 모델을 보여준다.

반면 우리 헌법재판소는 대마초의 위해성과 국민보건 보호의무에 관한 입법자의 평가를 존중하면서, 대마초 관련 처벌 조항에 대해 일관되게 합헌 결정을 유지해 왔다. 이러한 비교헌법적 분석을 바탕으로, 본 논문은 한국 법제에서 의료용 대마의 단계적 확대, 소량 자기사용에 대한 비범죄화 또는 형벌 완화, 형벌 중심 마약 정책의 재검토 등 다양한 입법 정책 대안을 모색할 수 있음을 제시하고, 향후 헌법재판 실무에서도 과잉금지원칙과 평등원칙에 기초한 보다 정교한 심사틀을 확립할 필요가 있음을 제언하였다.

· 논문제출: 2025. 12. 27. · 심사개시: 2025. 12. 30. · 게재확정: 2026. 01. 16.

* 조선대학교 법사회대학 교수, 법학박사.

I. 머리말

세계적으로 대마초 사용에 대한 법적 규제가 완화되는 추세 속에서, 각국의 헌법재판소와 대법원은 대마초 관련 형사처벌 규정의 위헌 여부를 놓고 상이한 판단을 내려왔다. 특히 개인의 프라이버시권을 비롯한 기본권 보장과 공공복리 사이의 충돌이 각국에서 헌법적 쟁점으로 부각되었다. 본 논문은 미국 연방대법원과 주(州) 대법원, 독일 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht), 남아프리카공화국 헌법재판소(Constitutional Court of South Africa), 멕시코 연방대법원(Suprema Corte de Justicia de la Nación) 등 주요 국가들의 대마초 처벌 관련 헌법 판례를 분석하고, 우리 헌법재판소의 관련 결정들과 비교함으로써 국내의 대마초 처벌 규제에 대한 헌법적 시사점을 도출하고자 한다. 이를 위해 각국 판례에서 문제 된 헌법상 쟁점, 예컨대 프라이버시권(right to privacy), 행복추구권에 기초한 일반적 행동의 자유권(general freedom of action), 평등권(equal protection), 과잉금지원칙(principle of proportionality), 국가의 보건 보호의무 등을 중심으로 위헌성 논의를 검토한다. 이러한 비교법적 고찰을 기초로 국내에서 대마초 비범죄화(decriminalization)를 둘러싼 입법정책에 주는 함의를 살펴보고자 한다.

II. 대마초 규제에 대한 국제적 동향

21세기에 들어 많은 국가들에서 의학적 또는 기호적 대마초 사용에 대한 법적 규제가 재평가되고 있다. 북미 지역에서는 캐나다가 2018년 연방법으로 기호용 대마초를 합법화하였고[1], 미국에서도 연방 차원에서는 불법이지만 다수의 주(州)에서 주민투표[2]나 입법을 통해 의료용 또는 기호용 대마초를 합법화하거나 비범죄화하였다.[3] 독일의 경우처럼 유럽의 몇몇 국가들도 소량의 대마초 소지에 대한 처벌을 완화하거나 행정처분화하는 추세이며[4], 네덜란드처럼 사실상 합법화된 영역이 존재하는 경우도 있다.[5]

남미의 우루과이는 국가 주도로 세계 최초로 기호용 대마초를 전면 합법화하였고[6], 멕시코[7]와 콜롬비아[8] 등은 법원 결정이나 입법을 통해 개인적 사용에 대한 처

---

1) 캐나다에 대해서는 Elaine Hyshka, “The Saga Continues: Canadian Legislative Attempts to Reform Cannabis Law in the Twenty-First Century”, 51 Canadian J. Criminology & Criminal Justice 73 (2009), 73면 이하; 허경미, “캐나다의 대마초 비범죄화에 관한 연구”, 한국공안행정학회보 제26권 2호, 2017, 241면 이하 참조.

2) 캘리포니아주에서는 1996년 주민청원입법으로 1996년 의료용 대마 사용법(Proposition 215)이 제정되었다. Compassionate Use Act of 1996 (California Proposition 215), Cal. Health & Safety Code § 11362.5.

3) 미국에 대해서는 Dean M. Nickles, Federalism and State Marijuana Legislation, 91 Notre Dame L. Rev. 1253 (2016); 허경미, “미국의 대마초 합법화 과정 및 주요 쟁점 연구”, 한국경찰연구 제17권 제2호, 2018, 291면 이하 참조.

4) 독일에 대해서는 Jakob Manthey/Jürgen Rehm/Uwe Verthein, “Germany’s Cannabis Act: A Catalyst for European Drug Policy Reform?”, 42 Lancet Reg’l Health Eur. 100929 (2024).

5) 네덜란드에 대해서는 박진실, “대마초 합법화 논쟁: 미국과 네덜란드 사례의 비교분석”, 경찰법연구 제15권 제2호, 2017, 256면 이하; 김주일, “네덜란드 대마 관용정책의 성과 분석: 커피숍을 중심으로”, 국제지역연구 제28권 제4호, 2024, 35면 이하.

벌을 폐지하는 방향으로 나아가고 있다. 아프리카의 일부 국가들 역시 전통적 또는 의료적 사용을 허용하는 움직임을 보이고 있으며, 특히 남아프리카공화국은 헌법재판을 통해 사적 영역에서의 사용을 허용하였다.[9)]

이러한 국제적 동향은 대마초에 대한 인식 변화, 즉 대마초의 위험성을 재평가하고, 형사처벌의 실효성 및 사회적 비용을 고려하려는 움직임과 맞물려 있다. 다만 국가마다 역사적·사회적 배경이 다르고, 국제조약상의 의무를 이행하는 방식도 상이하여 규제 수준에 차이가 크다. 이러한 맥락에서, 각국의 헌법재판소와 최고법원이 헌법적 가치에 비추어 대마초 처벌법의 합헌성과 위헌성을 어떻게 판단해왔는가를 살펴볼 필요가 있다.

III. 주요 국가의 대마초 처벌 관련 헌법 판례

1. 미국의 헌법 판례

(1) 미국 연방대법원의 입장

미국 연방대법원은 대마초 사용을 헌법상 권리로 인정한 적이 없으며, 연방법에 의한 대마초 규제를 헌법적으로 용인하는 입장을 보여왔다. 연방 차원의 대마초 금지는 1970년 제정된 연방 마약물질통제법(Controlled Substances Act)에 근거하는데, 대마초는 여전히 가장 규제가 엄격한 스케줄 I 물질로 분류되어 있다.[10)] 연방대법원의 대마 관련 대표적 판례로 Gonzales v. Raich, (2005) 사건[11)]을 들 수 있다. 이 사건에서 의학적 목적의 대마초 사용을 허용한 캘리포니아주 법률이 존재함에도 불구하고, 대마초 재배·소지를 금지한 연방법을 적용할 수 있는지가 문제 되었다. 연방대법원은 상업조항(Commerce Clause)에 따른 연방의 입법권을 폭넓게 인정하여, 비상업적·개인적 목적의 주(州) 내 대마초 재배·사용일지라도 연방 차원에서 형사적으로 금지할 수 있다고 판시하였다.[12)] 즉, 의학적 목적으로 주 정부의 허가를 받아 재배·

---

6) 우루과이에 대해서는 “전 세계 의료용 대마 합법화 추세, 나라별 규제 현황은?”, https://www.biotimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=7610 2025. 11. 15. 검색.

7) 멕시코에 대해서는 “Cannabis legalisation in Mexico: an explainer”, 23 March 2021. https://transformdrugs.org/blog/cannabis-legalisation-in-mexicoan-explainer 2025. 11. 15. 검색.

8) 콜롬비아에 대해서는 “Transnational Institute, “About drug law reform in Colombia”, 30 August 2014. https://www.tni.org/en/publication/about-drug-law-reform-in-colombia 2025. 11. 30. 검색.

9) “South African legislative overview”, February 2020. https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/f57eb1e2/south-african-legislative-overview 2025. 11. 15. 검색.

10) 미국에서는 연방 차원에서 1937년 “마리화나세법(Marihuana Tax Act)”을 제정하면서 대마를 규젱하기 시작했다. 이후 1970년 미연방 규제약물법(Controlled Substances Act(CSA))을 제정하여 대마초를 가장 중독성이 있는 스케줄I 마약으로 지정하고 이의 사용을 형사처벌하면서 금지했다.

11) Gonzales v. Raich, 545 U.S. 1 (2005). 이 판례에 대해서는 Ilya Somin, “Gonzales v. Raich: Federalism as a Casualty of the War on Drugs”, 15 Cornell J. L. & Pub. Pol’y 507 (2006).

12) 이러한 Gonzales v. Raich 판결의 자세한 판결 내용에 대해서는 https://supreme.justia.co

투약하는 경우라도 연방법의 적용을 배제할 수 없으며, 연방의 마약 규제는 헌법에 합치된다는 것이다. 이 판결은 연방 차원에서 대마초 합법화를 요구하는 헌법상 권리 주장이 받아들여지지 않았음을 보여준다.

연방대법원은 다른 관점에서도 대마초 관련 형사규제를 위헌으로 판단한 예가 드물다. 다만 예외적으로 Leary v. United States, 395 U.S. 6 (1969) 사건[13]에서 당시 시행 중이던 1937년 연방법 마리화나세법(Marihuana Tax Act)의 일부 조항이 제5차 수정헌법의 자기부죄금지 조항에 위배된다는 이유로 무효화된 바 있다. 이 사건에서 피고인이었던 티모시 리어리(Timothy Leary)는 연방법상 대마초에 대한 과세 스탬프를 받기 위해 자기 소지를 신고하도록 강요받는 것이 주법상 범죄사실을 자인하게 되어(self-incrimination) 위헌이라고 주장했고, 연방대법원은 이에 동의하여 해당 과세 규정은 사실상 합헌적 집행이 불가능하다고 보았다.[14] 그러나 이 결정 이후 미 의회는 즉각 마리화나세법을 폐지하고 대신 마약물질통제법을 제정함으로써, 이러한 헌법적 문제를 우회하면서 대마초를 포함한 약물의 금지를 지속하였다. 결과적으로 미국 연방 차원에서는 대마초 사용을 사생활의 자유나 평등권 등의 측면에서 보호대상으로 인정한 전례가 없고, 입법정책 영역으로 간주하는 경향이 강하다. 이는 대마초 사용을 헌법적 권리보다는 정책적 판단의 문제로 보고 연방의 광범위한 재량을 승인한 것이라 할 수 있다.

(2) 미국 주(州) 대법원의 입장 - 알래스카주의 경우

연방과 달리 일부 주에서는 주헌법에 근거하여 대마초 사용에 대한 제한을 완화하는 사법판단이 내려진 바 있다. 가장 대표적인 사례가 알래스카주 대법원의 Ravin v. State (1975) 판결[15]이다. 알래스카 주헌법은 명문으로 프라이버시권(right of privacy)을 보장하는데, 주 대법원은 Ravin 사건에서 "성인이 자기 집 안에서 개인적으로 사용하는 소량의 마리화나를 소지·흡연하는 행위"는 알래스카 주헌법상의 사생활권에 의해 보호된다고 판단하였다. 법원은 사생활의 영역, 특히 주거의 영역에서 개인이 가지는 자율성을 강조하면서, 이러한 개인적 행위를 형벌로 규율하려면 주정부가 설득력 있고 중대한 공익적 필요(state's compelling interest)를 입증해야 한다고 보았다. 재판부는 심리 과정에서 제출된 의학·사회과학적 증거를 검토한 결과,

---

m/cases/federal/us/545/1/ 2025. 11. 15. 검색.

13) Leary v. United States, 395 U.S. 6 (1969). 이 판례를 다룬 문헌으로는 Richard D. Pullman, Leary v. United States: Marijuana Tax Act – Self-Incrimination, 23 Sw. L.J. 939 (1969).

14) 이러한 Leary 판례의 자세한 판결 내용에 대해서는 https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/6/ 2025. 11. 15. 검색.

15) Ravin v. State, 537 P.2d 494 (Alaska 1975). 이 판결에서 알래스카주 대법원은 주헌법상 프라이버시 조항(Alaska Const. art. I, § 22)을 근거로 성인의 주거 내 마리화나 사용을 처벌하는 법은 위헌이라고 판시하였다. 이 판결은 미국 최초로 주헌법에 의해 대마초 개인사용이 일부 보호된 사례로 평가된다. 다만 이 판결 이후에도 공공장소에서의 사용이나 판매행위 등은 계속 금지되었다. 이 판례를 다룬 문헌으로는 Janet Knight Breece, Note, "Ravin v. State: Marijuana Use in the Home Protected by Right of Privacy", 7 N.C. Cent. L.J. 163 (1975); Jason Brandeis, "The Continuing Vitality of Ravin v. State: Alaskans Still Have a Constitutional Right to Possess Marijuana in the Privacy of Their Homes", 29 Alaska L. Rev. 175 (2012).

마리화나의 개인적 사용이 주거 내에서 이루어질 경우 공중보건이나 안전에 즉각적이고 중대한 위험을 초래하지 않는다고 평가하였다. 특히 마리화나 사용이 알코올 등 합법적 기호품보다 현저히 위험하지 않으며, 마리화나 흡연자가 곧바로 폭력범죄 등 "강력범죄"로 나아간다는 인과관계도 입증되지 않았다고 지적하였다. 따라서 교통안전 등에 대한 일부 우려가 있으나 그것만으로는 사적 영역의 완전한 처벌까지 정당화하기에 부족하며, 성인의 주거 내 마리화나 소지·사용을 금지하는 주 법률 조항은 주헌법에 위반된다고 선언하였다.[16]

이 판결 이후 알래스카주는 성인의 가정 내 소량 마리화나 소지에 대해서는 처벌할 수 없게 되었고, 이는 사실상 해당 범위를 비범죄화하는 효과를 가져왔다. 알래스카주 대법원의 Ravin 판결은 미국 내에서 주헌법상 프라이버시권에 기초해 대마초 사용의 일부를 보호한 이례적인 사례로 평가된다. 다만 그 외 대부분의 주에서는 입법을 통해 의료용 또는 기호용 대마초를 허용하는 방향으로 나아갔을 뿐, 법원이 헌법적 권리로서 대마초 사용의 자유를 인정한 경우는 찾기 어렵다. 예컨대 매사추세츠주 대법원은 주헌법상 행복추구권이나 사생활권을 근거로 대마초 사용을 권리로 주장한 사안에서 이를 받아들이지 않았고[17], 다른 다수의 주 역시 대마초 규제는 입법재량의 문제로 남겨두었다. 결국 미국에서는 연방 차원의 엄격한 금지와 주 차원의 다양화라는 이중 구조가 존재하며, 이는 헌법재판을 통한 권리보장이 아니라, 연방주의에 따른 주마다 다른 정책의 결과라고 볼 수 있다.

2. 독일 연방헌법재판소의 판례

(1) 1994년 연방헌법재판소 대마초(Cannabis) 결정

가. 사건 개요와 쟁점

독일의 경우, 연방헌법재판소가 1994년 이른바 "대마초 결정"을 통해 소량의 대마초 소지에 대한 형사처벌 문제를 다룬 바 있다.[18] 이 사건은 여러 하급심 법원이 독일 마약법(Betäubungsmittelgesetz, BtMG) 중 대마초(Cannabis) 관련 처벌 조항[19]의 위헌 여부를 제청[20]한 데서 비롯되었다.[21] 특히 1992년 슐레스비히-홀슈타인주 법원

16) 이러한 Ravin 판결의 자세한 판결 내용에 대해서는 https://law.justia.com/cases/alaska/supreme-court/1975/2135-1.html 2025. 11. 15. 검색.

17) Commonwealth v. Leis, 243 N.E.2d 898 (Mass. 1969). 매사추세츠 대법원은 마리화나 흡연을 헌법상의 기본권으로 인정해달라는 피고인의 주장을 배척하고, 해당 행위의 처벌은 입법재량에 속한다고 판시하였다. 이는 Ravin 판결 이전의 결정으로, 당시 미국 주 법원들은 대체로 마리화나 사용의 자유를 인정하지 않았다.

18) BVerfGE 90, 145 (1994). 독일 연방대법원의 이 사건 결정문은 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1994/03/ls19940309_2bvl004392.html 2025. 11. 15. 검색.

19) 독일 마약법 제29조(§29 BtMG) 등

20) 독일 기본법 제100조 제1항(Art. 100 Abs. 1 GG): "법원이 재판에서 그 판단이 그 효력에 달려 있는 법률을 위헌이라고 인정하는 경우에는 절차를 정지하고, 그것이 주(州) 헌법의 침해에 관한 것이라면 헌법분쟁에 관하여 관할을 가지는 그 주의 법원의 결정, 그것이 이 기본법의 침해에 관한 것이라면 연방헌법재판소의 결정을 구하여야 한다."

21) 대표 사건번호는 2 BvL 43/92.

의 위헌법률 제청으로부터 비롯되었는데, 해당 법원은 알코올이나 담배와 달리 대마초만을 형사처벌하는 것이 평등원칙에 어긋난다고 지적하며, 나아가 소량의 대마초 개인소지에 일률적 형벌을 부과하는 것이 과잉금지원칙에 위배된다는 문제를 제기하였다. 연방헌법재판소는 1994년 4월 28일 결정에서 대마초 관련 형사처벌 조항 자체는 합헌이라는 판단을 내렸으나, 소량 소지의 경우 사건을 종결시키는 것이 바람직하다는 취지의 중요한 판단을 제시하였다.

제청 법원들은 (a) 알코올·니코틴과 달리 Cannabis만 처벌하는 것이 평등원칙(Gleichheitssatz)[22] 위반인지, (b) 소량(geringe Menge)의 자기사용(Eigenverbrauch)을 일률적으로 형사처벌하는 것이 과잉금지원칙(Übermaßverbot) 비례성의 원칙(Verhältnismäßigkeitsprinzip) 및 형사법의 최후수단성의 원칙(Ultima-Ratio-Prinzip)에 반하는지, (c) 나아가 자기결정권(Selbstbestimmungsrecht)과 일반적 행동의 자유(allgemeine Handlungsfreiheit)[23]에 비추어 일종의 "도취에 대한 권리(Recht auf Rausch)"가 인정되어야 하는지 등을 쟁점으로 제기했다.[24]

나. 헌법적 판단 구조

연방헌법재판소는 1994년 3월 9일 결정(Cannabis-Beschluss)에서 다음과 같이 판단했다. 첫째, 입법목적의 정당성에 대하여, 마약법(BtMG)상 전면적 대마초 금지는 개인의 건강 보호(Schutz der Gesundheit des Einzelnen), 청소년 보호(Jugendschutz), 국민 전체의 건강·공공복리(Schutz der Gesundheit der Bevölkerung)라는 정당한 목적을 추구한다고 보았다. 따라서 입법자가 대마초를 알코올·니코틴과 달리 규율할 합리적 이유(sachlicher Grund)를 갖는다고 보았다.[25]

둘째, "도취에 대한 권리"(Recht auf Rausch)에 대하여, 기본법상 일반적 행동의 자유[26]가 넓게 보장되는 것은 인정하면서도, 자기파괴적·자기손상적 행위에 대해 국가가 일체 개입할 수 없다는 의미의 '권리로서의 도취'는 인정되지 않는다는 점을 명확히 했다. 셋째, 헌법재판소는 자기손상·자기결정과 형사처벌 문제에 대하여, "자기 자신에게 심각한 손해를 가하는 행위를 막기 위한 국가 개입"은 원칙적으로 타인과 공동체의 보호 필요성이 있을 때에만 허용된다고 전제했다. 즉, 직접적인 순수한 "형사법적 패터널리즘"(strafrechtlicher Paternalismus)은 제한되어야 한다는 태도를 취했다.[27]

넷째, 평등의 원칙(Gleichheitssatz) 심사와 관련하여, 알코올·니코틴은 불문하고 대마(Cannabis)만 마약법(BtMG)상 금지·처벌하는 것이 기본법상 평등권[28] 보호 위반이라는 주장에 대해서는, Cannabis의 위험성에 관한 평가 및 국제조약·역사적 규제

22) 평등원칙(Gleichheitssatz), Art. 3 Abs. 1 GG.
23) 일반적인 행동의 자유(allgemeine Handlungsfreiheit), 자기결정권(Selbstbestimmungsrecht), Art. 2 Abs. 1 GG)
24) 이러한 내용에 대해서는 Irine Kherkheulidze/Sandra Schüle-Bausch, "Zur Strafbarkeit des Umgangs mit Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken in Georgien und Deutschland", Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift (DGStZ) 3/2019, 44면 이하.
25) Irine Kherkheulidze/Sandra Schüle-Bausch, 앞의 논문, 46면 이하.
26) Art. 2 Abs. 1 GG.
27) Irine Kherkheulidze/Sandra Schüle-Bausch, 앞의 논문, 46면 이하.
28) Art. 3 Abs. 1 GG.

맥락을 이유로, 입법형성권(Gestaltungsspielraum)을 광범위하게 인정하고 평등원칙 위반은 아니라고 판단했다.[29] 다섯째, 과잉금지원칙(Übermaßverbot) 및 "소량(geringe Menge)"과 관련하여, 핵심은, 소량의 Cannabis를 자기사용 목적으로 소지·취급하는 행위는 위험성이 상대적으로 낮고, 상업적 거래(Handel)와 구별될 필요가 있으므로, 그 실질적 비난가능성의 경미성(Geringfügigkeit)을 고려하여, 마약법상 형벌 면제(Absehen von Strafe) 조항[30]과 마약법[31]과 형사소송법상[32] 기소유예·공소권 행사 제한(Opportunitätsprinzip) 규정을 통해 "형사법의 최후수단성"(Ultima Ratio des Strafrechts)을 충족시킬 여지가 있다고 보았다. 다만, 소량(geringe Menge)기준을 각 주(Land)가 서로 다르게 운용할 경우 법집행의 불균형과 평등원칙 위반의 위험이 생길 수 있다고 경고하면서, 연방 전체에서 "본질적으로 동일한(Essentiell gleich)" 설정·운용을 할 의무를 주(州)들에 부과하였다.[33]

다. 판결의 의미

헌법재판소는 우선 독일의 마약법(BtMG)상 대마초 금지가 개별 소비자 보호와 청소년 보호, 공공복리를 위한 정당한 입법목적이 있음을 인정하였다. 따라서 입법자가 대마초를 다른 기호품과 달리 취급하는 데 합리적 이유가 있을 수 있다고 보았다. 그러나 재판소는 이어서 소량의 대마초를 개인적으로 소지하거나 사용하는 행위는 그 위험성과 행위태양 측면에서 경미하므로, 이를 엄격히 처벌하는 것은 형사법의 최후수단성(Ultima Ratio)과 비례의 원칙(Verhältnismäßigkeitsprinzip)에 어긋날 소지가 있다고 지적했다.[34] 특히 독일 내 주(州)별로 소량 소지 사건에 대한 처벌 여부가 각기 다른 것은 법적 평등과 법집행의 일관성에 반하는 문제라고 언급하였다. 이에 연방헌법재판소는 소량의 대마초를 자기사용 목적으로 소지한 사건에서는 원칙적으로 수사와 기소를 중단함으로써, 전국적으로 통일된 비범죄화 수준을 확보하라고 주문하였다.[35] 이 결정 이후 독일 각 주의 사법당국은 일정량(예: 대마초 순수성분 기준 6g 등)을 "소량" 기준으로 삼아 그 이내의 개인 소지·사용에 대해서는 기소유예 또는 공소권 없음으로 처리하는 관행을 확립하게 되었다.

연방헌법재판소의 1994년 결정은 형벌조항 자체는 위헌이 아니라고 선언했으므로 합헌결정의 형식을 취했지만, 실질적으로는 사법을 통한 제한적 비범죄화를 이끌어냈다는 평가를 받는다. 처벌조항이 합헌이라는 판단은 입법자가 대마초의 위험성을 어떻게 평가하여 규제할지는 광범위한 형성권을 지닌다는 의미이다. 그러나 동시에,

---

29) Irine Kherkheulidze/Sandra Schüle-Bausch, 앞의 논문, 47면
30) 29 Abs. 5 BtMG(형벌 면제, Absehen von Strafe)
31) §31a BtMG.
32) §§153ff. StPO.
33) 이러한 내용에 대해서는 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, "Einstellung von Ermittlungsverfahren nach §31a Betäubungsmittelgesetz bei 'geringer Menge' Cannabis zum Eigenverbrauch", WD 3 - 3000 - 196/19 (20 Aug. 2019), 6면 이하. file:///C:/Users/user/Desktop/Bundestag%20WD-3-196-19-pdf-data.pdf 2025. 11. 15. 검색.
34) Stefanie Kemme/Kristin Pfeffer/Luise von Rodbertus, "Cannabis Policy Reform in Germany: Political and Constitutional Discourses on Decriminalisation and Regulation Strategies", 9 Bergen J. Crim. L. & Crim. Just. 11 (2021), 15면 이하.
35) Stefanie Kemme/Kristin Pfeffer/Luise von Rodbertus, 앞의 논문, 15면 이하.

경미사건에 대한 형벌권 행사는 자제되어야 한다는 기준을 헌법적 차원에서 제시함으로써, 개인의 소량 소비에 대해 과도한 형벌권 행사가 금지된다는 원칙을 확인하였다. 이는 독일 기본법상의 과잉금지원칙과 평등원칙을 마약규제 영역에 적용한 중요한 사례이다.

(2) 2004년 연방헌법재판소의 결정

2004년 6월 29일 연방헌법재판소는 새로운 위헌법률심판 제청 사건[36]에 대해 결정을 내렸는데, 이 사건은 브란덴부르크주의 베르나우 지방법원(AG Bernau)이 자기사용 목적의 소량 소지 사건에 관한 각 주의 상이한 실무가 여전히 평등원칙을 침해한다는 이유로 마약법(BtMG) 조항의 위헌성을 주장하며 제청한 것이다. 제청 법원은 특히 "소량(geringe Menge)" 기준이 여전히 전국적으로 통일되지 않았으며, 이로 인해 동일한 행위가 주(州)에 따라 처벌되기도 하고 처벌되지 않기도 하는 법적 불평등(Rechtsungleichheit)이 초래된다고 문제를 제기하였다. 그러나 연방헌법재판소는 이 제청을 부적법(unzulässig)하다고 보아 본안 판단에 들어가지 않았다. 재판소는 제청 법원이 1994년 결정[37]의 논리와 결론을 충분히 검토하지 않았고, 또한 1994년 결정 이후 상황이 헌법적으로 결정적인 수준으로 변화했다는 새로운 사실(neue Tatsachen)을 제시하지 못했다고 지적하였다. 그럼에도 불구하고 이 결정은 단순한 절차적 각하에 그치지 않고, 1994년의 헌법적 평가를 명시적으로 재확인하는 의미를 지닌다.

연방헌법재판소는 특히 1994년 이후 각 주가 마약법상 조항[38]을 근거로 정비한 기소유예(Einstellung des Verfahrens) 정책이 상당히 수렴하여 주별 편차가 줄어들었고, 적어도 소량 사건 처리에 있어 이전보다 본질적으로 동일한(wesentlich gleich) 기준이 형성되었다고 평가하였다. 이로 인해 주별 편차가 1994년 당시 우려했던 수준으로 헌법적 문제를 야기하지 않는다고 판단하였다. 동시에 재판소는 형사법의 최후수단성(Ultima Ratio)과 경미사범의 절차적 비범죄화 원칙은 여전히 유효하며, 이는 입법자와 주 정부가 계속 충족해야 할 헌법적 최소요구라고 명시하였다. 따라서 2004년 결정은 1994년 판례를 뒤집기보다는, 기존 판단이 여전히 타당하며 새로운 위헌 문제를 제기할 정도의 변화는 없다는 점을 확인한 결정으로서 의미를 갖는다.

3. 남아프리카공화국 헌법재판소의 판례

남아프리카공화국 헌법재판소(Constitutional Court of South Africa)는 2018년 Minister of Justice and Constitutional Development v. Prince 사건[39]에서 성인의

---

36) BVerfG, 2 BvL 8/02, NJW 2004, 3620. 이 결정에 대해서는 Stefanie Kemme/Kristin Pfeffer/Luise von Rodbertus, "Cannabis Policy Reform in Germany: Political and Constitutional Discourses on Decriminalisation and Regulation Strategies", Bergen Journal of Criminal Law & Criminal Justice Vol. 9, No. 1 (2021), 11면 이하.

37) BVerfGE 90, 145 (1994).

38) §31a BtMG.

39) Minister of Justice and Constitutional Development and Others v Prince and Others 2018 (6) SA 393 (CC) (S. Afr.). 이 판례에 관한 문헌으로는 Emma Charlene Lubaale/Simangele Daisy Mavundla, "Decriminalisation of Cannabis for Personal Use in

사적 영역에서의 대마초 사용에 대한 형사처벌이 헌법에 합치되는지 여부를 심리하였다. 이 사건에서 헌법재판소는 만장일치 의견으로, 성인에 대한 사적인 용도의 대마초 소지·사용 및 재배 금지가 남아공 헌법에 보장된 권리를 침해한다고 선언하였다. 구체적으로 재판소는 대마초의 사적 소비를 처벌하는 것이 프라이버시권(right to privacy)을 침해한다고 판단하였다. 남아공 헌법은 명문으로 사생활권을 보호하고 있는데, 헌법재판소는 개인 주거 등 사적 공간에서 타인에게 피해를 주지 않는 한 어떤 물질을 섭취하거나 소유하는 행위는 사생활의 영역에 속한다고 보았다. 그러한 영역에 국가형벌권이 개입하려면 아주 중대한 공익상의 필요가 있어야 하나, 성인의 사적 대마초 사용 자체로는 그 요건을 충족하기 어렵다는 것이다.

이 결정의 주요 내용은 성인의 사적 장소에서의 대마초 사용이나 소지는 즉시 비범죄화되었고, 관련 법률의 개정을 위해 의회에 24개월의 유예기간이 주어졌다는 점이다. 헌법재판소는 판결과 동시에 입법부에 대한 명령으로서 마약법 조항 중 위헌적인 부분을 개정하라고 지시하였으며, 그 사이 과도적 조치로써 성인은 사적 공간에서 대마초를 사용·소지·재배할 수 있도록 허용하였다. 다만 공공장소에서의 사용이나 판매·유통 행위는 여전히 금지대상으로 남겨 두었다. 이 판결은 남아공에서 대마초에 관한 법적 지형을 크게 변화시켰으며, 후속 입법으로 2020년대에 "사적 용도의 대마초에 관한 법률(Cannabis for Private Purposes Bill)"이 추진되어 사적 사용의 범위와 한도를 규정하는 작업이 진행되고 있다.

남아공 헌법재판소의 이러한 진일보한 결정에 이르기까지는 법원의 태도 변화가 있었다. 사실 남아공 헌재는 2002년 Prince v. Law Society 사건에서 종교적 목적의 대마초 사용 예외를 허용해 달라는 청구를 5대4의 근소한 차이로 기각한 바 있다. 해당 사건에서 청구인은 라스타파리 교도의 신앙 실천을 위해 대마초를 사용하므로, 현행 형벌규정에 예외를 두지 않는 것은 종교의 자유(freedom of religion)및 평등권 침해라고 주장했다. 그러나 다수 의견은 헌법이 국가에 특정 종교적 사용을 위한 예외를 인정할 의무까지 지우는 것은 아니라고 판단하면서, 일반적 금지의 정당성을 인정하였다. 반면 소수 의견은 소수 종교의 의례적 사용을 허용하더라도 국가의 마약 정책 목적에 본질적 해가 되지 않으므로 예외를 둘 여지가 있다고 보았다.[40] 이러한 논쟁은 2018년 판결로 귀결되어, 종교적 맥락을 떠나 사생활 보호 측면에서 전면적으로 재검토된 것이다. 남아공 헌재는 2018년 결정에서 종교의 자유나 문화적 권리보다 프라이버시권과 인간의 존엄성, 자기결정권을 전면에 내세워 판단을 내렸으며, 이는 같은 대마초 규제라도 사생활의 영역에서는 국가의 개입이 헌법적으로 제한된다는 원칙을 확립한 것으로 평가된다.[41]

South Africa", 19 Afr. Hum. Rts. L.J. 819 (2019); Nabeelah Mia, "The Problems with Prince: A Critical Analysis of Minister of Justice and Constitutional Development v Prince", 10 Const. Ct. Rev. 401 (2020).

40) 대마 허용과 종교의 자유에 관한 2002년 판례의 내용에 대해서는 Emma Charlene Lubaale/Simangele Daisy Mavundla, 앞의 논문, 822면 이하.

41) 남아프리카공화국 헌법재판소의 2018년 Prince 결정의 내용에 대해서는 Emma Charlene Lubaale/Simangele Daisy Mavundla, 앞의 논문, 827면 이하. Pierre de Vos, "ConCourt Cannabis Judgment: What was the reasoning and what does it mean?", Daily Maverick (Sept. 18, 2018); Simon Howell/Myrtle Clarke/Clemence Rusenga/Gernot Klantschnig/Neil Carrier, "South African Cannabis Policy: Policy Reform Must Balance Public Health, Economic Interests, and Social Justice", Policy Briefing No. 152, PolicyBristol,

4. 멕시코 연방대법원의 판례

멕시코에서는 연방 수준에서 대마초를 포함한 모든 마약의 비의료적 소지·사용을 금지해 왔으나, 2010년대에 들어 멕시코 연방대법원이 개인의 자기결정권에 비추어 이러한 포괄적 금지가 위헌이라는 판결을 연속적으로 선고하였다.[42] 멕시코 헌법에는 멕시코 대법원은 헌법 제1조에 명시된 '인간의 존엄(human dignity)'에서 "개성의 자유로운 발전에 대한 권리"를 도출해 내는데, 성인의 개인적 여가 활동으로서의 대마초 소비도 이러한 권리 영역에 속한다고 보았다.[43]

2015년 11월 대법원 제1부는 첫 번째 사건(Amparo en Revisión 237/2014)[44]에서 "비의료적 목적의 대마초 재배·소지·사용을 전면적으로 금지한 보건법 조항"이 과도한 제한으로서 개인의 헌법상 권리를 침해한다고 판결하였다.[45] 이 결정은 개별 사건에 적용되는 암파로(amparo) 판결이었지만, 이후 동일한 취지의 판결이 2017년~2018년에 걸쳐 총 다섯 차례 반복됨으로써 대법원 판례가 형성되었다. 멕시코의 사법 시스템상 동일한 위헌 판단이 5회 내려지면 해당 법규정에 대한 구체적 규범통제의 효력이 일반화되는데, 이에 따라 대법원은 의회에 해당 조항을 개정하여 위헌 상태를 시정하라고 요구하게 된다.[46] 멕시코 의회는 그러나 여러 차례 입법 시한을 넘기며 지지부진하였고, 결국 대법원은 2021년 6월 헌법상 규정된 일반위헌선언 제도(DGI: Declaratoria General de Inconstitucionalidad)를 발동하여 해당 조항의 효력을 전국적으로 정지시키는 결정을 내렸다.[47] 2021년 8월부로 멕시코에서는 성인에 대한 대마초 개인 사용 금지가 해제되어, 개인은 정부 기관(COFEPRIS)[48]의 허가 하에 자기소비 목적의 대마초를 재배·소지할 수 있게 되었다. 대법원은 이러한 개인 사용이 헌법상 보장된 자기결정권의 한 내용임을 분명히 하면서, 국가가 성인의 사적 영역에서의 취향 추구 행위를 일률적으로 금지해서는 안 된다고 판시하였다. 다만, 이 권리가 절대적이지는 않아서 미성년자 보호, 공공장소에서의 흡연 금지, 상업적 거래에 대한 규제 등은 여전히 입법정책으로서 허용된다고 언급하였다.

멕시코 대법원의 이러한 판례 법리는 중남미 지역뿐 아니라 국제적으로 큰 주목을 받았다. 멕시코는 전통적으로 엄격한 마약류 금지 정책(이른바 '마약과의 전쟁')을 펼쳐왔으나, 헌법이 보장하는 "사람의 자유로운 인격 발현권"을 적극 해석하여 대마초 사용의 개인적 자유 영역을 확대한 것이다. 이는 앞서 살펴본 남아공의 프라이버시

University of Bristol (July 2024). 등 참조.

42) 멕시코 연방대법원 판결에 대해서는 Francisca Pou Giménez/Catalina Pérez Correa, "Prohibitionist Drug Policy in Mexico: A Systemic Constitutional Underminer", 31 Wash. Int'l L.J. 58 (2021).

43) Francisca Pou Giménez/Catalina Pérez Correa, 앞의 논문, 89면 이하.

44) 멕시코 연방대법원(SCJN) 제1부(Primera Sala), 2015. 11. 4. 선고 암파로 심사 237/2014(Amparo en Revisión 237/2014). Amparo는 기본권 침해 등에 대한 헌법적 구제 절차를 의미한다.

45) 이 판결에 대해서는 Francisca Pou Giménez/Catalina Pérez Correa, 앞의 논문, 69면.

46) Francisca Pou Giménez/Catalina Pérez Correa, 앞의 논문, 73면 이하.

47) Francisca Pou Giménez/Catalina Pérez Correa, 앞의 논문, 74면 이하.

48) '보건 위험으로부터의 보호를 위한 연방위원회'(Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios).

권 논거와도 일맥상통하지만, 멕시코의 경우 개인의 자기결정권 내지 행복추구권적 성격의 권리를 전면에 내세웠다는 점이 특징적이다. 대법원은 특히 대마초 개인 사용으로 인한 사회적 폐해보다, 이를 전면 금지함으로써 발생하는 개인의 자유 침해가 더 크다고 판단하였다. 이러한 판단 하에 멕시코 입법부는 대마초의 합법적 통제에 관한 법률을 논의하게 되었고, 향후 일정량 이하의 소지 허용, 면허 하의 재배 및 판매 허가 등의 구체적 규제가 마련될 전망이다. 요컨대 멕시코의 사례는 사법부 주도의 규제 완화 모델로서, 자유로운 인격 발현권이라는 헌법상 일반조항을 통해 마약 정책의 합헌성을 재검토한 대표적 예이다.

5. 그 외 국가의 사례

이상에서 다룬 국가들 외에도, 대마초 비범죄화에 관해 헌법적 논의가 이루어진 사례로 콜롬비아와 이탈리아 등을 들 수 있다. 콜롬비아의 헌법재판소는 1994년 소량 마약소지의 비범죄화를 결정하여 개인적 소비를 처벌하지 못하도록 하였는데, 이는 당시 콜롬비아 헌법이 보장하는 개인적 자유와 인간 존엄에 반한다고 본 결과였다.[49] 한편 이탈리아에서는 2019년 헌법재판소가 대마초를 포함한 약물 관련 처벌에 관한 법률의 법정형이 과도하다는 이유로 일부 위헌결정을 내린 바 있다.[50] 이러한 사례들은 입법정책적 판단에 대한 헌법적 통제가 가능함을 보여주지만, 각국의 헌법 조문 및 가치체계에 따라 결론이 달라진다는 점을 시사한다.

예를 들어, 영국이나 호주처럼 성문헌법상의 권리보장 조항이 제한적인 국가에서는 대마초 규제 문제를 법원에서 헌법 쟁점으로 다투는 것이 어려워 주로 입법부 결정에 맡겨져 있다. 프랑스 역시 헌법재판소(헌법평의회)가 아닌 입법을 통해 최근 의료용 대마를 합법화하는 방향으로 나아갔다.[51] 이처럼 대마초 규제의 완화 여부는 전반적으로 국가별 헌정 환경과 사회적 합의 수준에 따라 다양한 경로로 실현되고 있다. 다음으로, 이러한 국제 비교를 토대로 한국의 관련 헌법 판례와 입법 동향을 살펴본다.

IV. 우리 헌법재판소 판례 분석

1. 우리 형법체계에서의 대마초 규제 개관

국내에서는 1970년대 이후 「마약류관리법」(구 「향정신성의약품관리법」 포함)

49) 1994년 콜롬비아 헌법재판소의 결정에 대해서는 Michael R. Pahl, “Judicial One-Hit? The Decriminalization of Personal Drug Use by Colombia’s Constitutional Court”, 6 Indiana International & Comparative Law Review 1 (1995).

50) 이탈리아 헌법재판소는 2019년 2월 19일자 결정(No. 40/2019)에서 마약법상의 형벌 규정 중 소위 “경쟁법(2014년 법률로 대마초를 다른 하드드럭과 동일 취급한 부분)”이 과도하다고 보아 위헌 판결을 내렸다. 이 결정으로 대마초 관련 처벌은 1990년 이전 수준으로 완화되었다고 알려져 있다. 관련 내용은 Barbara Pezzini, “Cannabis and the Italian Constitutional Court: A Brief Return to Tolerance”, 1 Italian L. J. 457 (2020) 참조.

51) 프랑스의 입법 상황에 대해서는 Marie Sanchez, “Medical Cannabis & Cannabinoid Regulation 2025”, Chambers and Partners May 29, 2025.

등을 통해 대마초의 재배, 판매, 소지, 흡연 등을 일괄적으로 금지하고 강력히 처벌해왔다. 한국 법제는 대마초를 마약과 동일 선상에서 엄격히 다루고 있으며, 특히 대마초를 수출입하거나 매매하는 행위는 법정형으로 무기징역 또는 장기 5년 이상의 징역에 처할 정도로 가혹한 편이다 단순 소지·흡연의 경우 비교적 낮은 법정형[52]이 규정되어 있으나, 여전히 형사처벌의 대상이다. 2018년에 일부 개정된 「마약류관리법」은 의료 목적으로 식약처장의 승인을 받은 대마 성분 의약품의 수입·사용을 허용하였지만[53], 비의료적 기호용 대마초에 대해서는 어떠한 예외도 두지 않고 있다. 이러한 법제 하에서, 한국 헌법재판소는 여러 차례에 걸쳐 대마초 관련 처벌조항에 대한 헌법소원을 심리하였으며, 모두 합헌결정을 내려왔다는 점이 특징적이다.

2. 대마초 처벌조항에 대한 헌법재판소의 주요 결정들

헌법재판소는 2004년과 2005년, 2010년, 그리고 2022년에 이르기까지 지속적으로 대마초 처벌의 합헌성을 확인해왔다. 2004년 2월 26일 선고된 2001헌바75 결정[54]과 2005년 11월 24일 선고된 2005헌바46 결정[55]은 모두 대마초 흡연행위에 대한 형벌이 헌법 제10조의 행복추구권(일반적 행동자유권)과 평등권을 침해하지 않는다고 판시하였다. 이어 2010년 11월 25일 선고된 2009헌바246 결정[56]에서도 이전 결정들의 논리를 재확인하면서, 대마초 흡연을 전면 금지·처벌하는 입법조치가 여전히 헌법에 위반되지 않는다고 결정하였다. 최근에는 2019헌바242 결정에서[57], 마약류관리법상 '대마 수입'은 해외에서의 취득 경위와 무관하게 대마를 국외로부터 국내로 반입하는 행위를 뜻하므로 명확성원칙에 위반되지 않고, 해당 처벌조항도 평등원칙·비례원칙에 위반되지 않는다고 보아 합헌이라고 판단하였다.

이러한 합헌결정들의 구체적 논리를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 행복추구권 침해 여부와 관련하여, 헌법재판소는 대마초를 자유롭게 수수·흡연할 자유가 헌법 제10조에 의해 보호되는 일반적 행동자유권의 범주에 포함된다는 점은 인정하였다. 즉 개인이 자신의 인격과 행복을 위해 어떠한 물질을 섭취할 것인지 결정하는 자율성도 원칙적으로 보호된다는 것이다. 그러나 이러한 자유권은 법률에 의한 제한이 가능하며, 특히 공중보건 향상이나 사회적 위험 방지라는 중대한 공익 목적을 위해 합리적인 범위 내에서 제한될 수 있다고 보았다.[58] 헌법재판소는 마약류관리법상 대마초 금지의 목적이 "대마의 오용과 남용으로 인한 보건상의 위해를 방지하여 국민보건을 향상"하려는 것이라고 적시하면서, 이는 헌법 제36조 제3항이 정한 국민 보건에 관한 국가의 보호의무의 이행으로서 정당하다고 밝혔다.[59] 또한 대마초 흡연이 가져올 수

52) 5년 이하 징역 또는 5천만원 이하 벌금.
53) 2018년 11월 「마약류 관리에 관한 법률」 개정으로 자폐, 뇌전증 등 희귀병 환자에 한해 식품의약품안전처의 승인을 받아 의료용 대마 성분 의약품(CBD 오일 등)을 수입·사용할 수 있게 되었다. 이는 동법 제3조의2 및 제58조의2 신설에 따른 것이다. 당시 입법취지는 해외에서 치료제가 인정된 사례에 대한 국내 환자들의 요구를 반영한 것이었다.
54) 헌법재판소 2004. 2. 26. 선고 2001헌바75 전원재판부.
55) 헌법재판소 2005. 11. 24. 선고 2005헌바46 전원재판부.
56) 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2009헌바246 전원재판부.
57) 헌법재판소 2022. 3. 31. 선고 2019헌바242 결정.
58) 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2009헌바246 전원재판부.
59) 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2009헌바246 전원재판부.

있는 사회적 해악으로서 환각범죄 등 강력범죄로의 연결 가능성을 강조하였다. 2005헌바46 결정문 등에서 헌법재판소는 “대마를 흡연한 후 환각상태에서 다른 강력한 범죄로 나아갈 사회적 위험성”이 존재하며, 대마초에 포함된 THC 성분이 소량으로도 환각을 일으키고 건강을 해칠 수 있다는 점을 언급했다. 이러한 위험에 대응하려면 형사처벌이 불가피하고, 단순 과태료 등으로는 대마초 오남용을 막기 어렵다는 판단을 내렸다.

둘째, 평등권 및 형벌의 과잉 여부에 대한 검토에서, 청구인들은 흔히 알코올이나 담배와 비교하여 대마초만 처벌하는 것이 불합리하다고 주장하였으나, 헌법재판소는 이를 받아들이지 않았다. 2005년 결정에서 재판소는 “술과 담배는 오래 전부터 기호품으로 사회에 정착되었고 대다수 국민이 관련 행위를 일상적으로 행하고 있으므로 현실적으로 형사처벌이 곤란한 측면이 있는 반면, 대마는 1960년대 이후 비로소 환각물질로 알려져 그 이용이 확산된 것이므로 규제가 사회 통념에 어긋난다고 볼 수 없다”는 취지로 판시하였다.[60] 즉 역사적·사회적 맥락의 차이가 존재하며, 입법자가 알코올 등과 달리 대마초에 형벌을 부과하는 데에는 나름의 합리적 이유가 있다는 것이다. 또한 마약류관리법은 약물의 위험성과 행위태양(유통행위와 단순사용행위의 구별 등)에 따라 법정형을 체계적으로 달리 정하고 있으므로, 대마초에 대한 처벌 수위 자체도 입법재량 범위 내에 있다고 보았다. 재판소는 대마초 흡연행위의 법정형(5년 이하 징역)이 다른 “보다 위험한” 약물의 흡연행위와 같거나 비슷하게 규정되었더라도, 대마초 사용이 때로 강력범죄로 연결되는 사례가 보고되는 이상 이를 과도하다고만 할 수 없다고 언급하였다. 즉 입법부가 약물의 위험성에 관한 최신 의학적 견해 등을 고려하여 종합적으로 형벌체계를 정한 이상, 그 합리성을 존중해야 한다는 입장이다.

셋째, 국민보건에 관한 국가의 보호의무(헌법 제36조 제3항)와의 관계에서도 쟁점이 제기되었다. 일부 청구인은 대마초에 일정한 의학적 효과(예: 진통, 항암 등)가 있다는 점을 들어, 전면적 금지는 오히려 국민의 건강권 보호의무에 반한다고 주장하였다. 그러나 헌법재판소는 국가가 대마초의 의학적 이용 가능성을 전면 부인하는 것이 아니며, 단지 “흡연” 방식의 사용은 남용 위험이 크므로 금지하는 것일 뿐이라고 보았다. 오히려 이러한 금지가 국민보건 보호의무를 저버리는 것이 아니라 그 이행 방식에 해당한다고 판시하여, 국가의 입법형성권이 해당 영역에서 넓게 인정됨을 시사하였다.[61]

결론적으로 우리 헌법재판소는 대마초에 대한 형사처벌의 합헌성을 일관되게 유지해왔으며, 입법자의 마약통제 정책에 대해 사법적 자제(deference)의 태도를 취해왔다고 평가할 수 있다. 여러 결정에 나타난 표현을 종합하면, “대마초 처벌이 다소 엄격한 측면이 있더라도 그것이 헌법에 반할 정도로 불합리하거나 자의적이지 않다”는 것이다. 이는 앞서 살펴본 외국의 일부 판례들, 예컨대 남아공이나 멕시코 판례와는 대조적인 접근법인데, 우리 헌법재판소는 입법권자의 약물정책 결정을 존중하면서 헌법이 그것을 특별히 금지하지 않는 한 개입하지 않겠다는 입장으로 볼 수 있다. 다음에서는 이러한 우리의 상황을 앞에서 본 외국의 사례들과 비교·검토하고, 향후 입법 및 헌법해석에 주는 시사점을 살펴보고자 한다.

---

60) 헌법재판소 2005. 11. 24. 선고 2005헌바46 전원재판부.
61) 헌법재판소 2010. 11. 25. 선고 2009헌바246 결정.

V. 비교법적 검토 및 우리나라에의 시사점

1. 기본권 심사의 기준

대마초 처벌과 관련한 헌법적 쟁점은 “개인이 대마초를 사용할 권리가 헌법상 보장되는가”와 “그 사용을 형벌로 금지하는 것이 과연 필요한가”라는 두 물음으로 요약될 수 있다. 비교법적으로 볼 때, 국가마다 이 질문에 대한 답은 다르지만, 공통적으로 고려되는 헌법 가치들은 유사하다. 즉 개인의 존엄과 자율, 사생활의 불가침, 행복추구권 또는 인격발현권 등의 개인적 기본권과, 생명·신체의 보호, 공중보건의 향상, 사회질서의 유지등의 공익 사이에서 비례의 원칙에 따른 판단이 이루어진다.

예컨대 남아프리카공화국과 멕시코의 최고법원은 모두 개인의 사적 영역에서의 자율성을 크게 존중하였다. 남아공 헌법재판소는 사생활권을 근거로 사적 영역에서의 대마초 사용이 타인에게 피해를 주지 않는 한 처벌 정당성이 희박하다고 보았고, 멕시코 대법원은 개인의 자유로운 인격발현권에 비추어 개인의 취향에 관한 자기결정은 국가가 일률적으로 금지해서는 안 된다고 선언하였다. 두 나라 모두 성인을 그 대상으로 삼아 미성년자나 공공장소에서의 행위는 예외로 둠으로써, 국가가 보호해야 할 이익(청소년 보호, 사회적 공간의 질서유지 등)과의 균형을 도모하였다. 특히 멕시코의 경우 “다른 구성원들이 자신의 편견을 남에게 강요해서는 안 된다”며, 다수의 도덕적 견해로 인해 소수의 자기결정권을 과도하게 제한할 수 없음을 분명히 했다. 이는 대마초 문제를 개인의 라이프 스타일 선택 문제로 간주하여 헌법적 소수자 보호 논리를 적용한 것으로 볼 수 있다.

반면 독일과 한국의 헌법재판소는 개인의 자유권이 어느 정도 제한될 수 있음을 인정하면서, 입법자가 제시한 공익 목적의 정당성을 상당 부분 존중하였다. 독일 연방헌재의 1994년 결정은 대마초 처벌 조항을 합헌이라고 선언하면서도, 그 집행에 있어 최소화 전략(소량 불기소)을 요구하는 절충적 접근을 취했다. 이는 기본적으로 입법목적(공중보건 및 청소년보호)의 정당성과 수단의 적합성을 인정하되, 침해의 최소화를 조건으로 제시한 것이다. 우리나라 헌재는 여기서 더 나아가 입법자의 정책판단을 전적으로 존중하여, 과잉금지원칙 위배가 아닌 한 법원이 개입할 여지가 없다는 태도를 보였다. 우리 헌재 판례 논리는 “대마초 규제가 가진 부정적 효과(사용자의 범죄자화)보다 그 규제를 통해 보호하려는 공익(국민건강, 사회안전)이 크다”는 평가에 근거한다. 그리고 이러한 평가 자체를 입법부의 몫으로 두고, 사법부는 명백히 불합리한 입법이 아닌 한 이를 존중한다는 입장이다.

결국 쟁점은 대마초 사용의 위험 정도에 대한 인식과 형벌의 필요성에 관한 판단으로 귀결된다. 남아공·멕시코 등은 상대적으로 “개인이 소량 사용하는 행위 자체로는 사회적 위해가 크지 않다”는 과학적 평가를 수용하고, 형벌이 아닌 대안적 수단(예: 건강교육, 행정규제)으로도 충분히 목표를 이룰 수 있다고 본 반면, 우리나라는 “대마초가 습관성·의존성이 있으며, 더 나아가 강력범죄를 유발할 수 있다”는 다소 보수적인 위험 관을 취하면서 형벌의 필요성을 긍정하였다. 이러한 위험 평가는 의학·사회과학적 증거에 기초하기도 하지만, 동시에 사회적 통념과 정치적 판단에 영향을 받는다. 우리나라에서 헌법소원을 제기했던 청구인(예컨대 영화배우 김부선 씨 사

건 등)들은 외국의 연구결과를 인용하면서 대마초의 위험이 과장되었음을 주장하였으나, 헌재는 입법자의 사실판단 권한을 존중하여 이에 개입하지 않았다. 반면 앞에서 살펴 본 알래스카주의 Ravin 판결이나 독일 연방헌재 결정 등은 재판 과정에서 전문가 증언과 과학적 보고서 등을 상세히 검토한 후, “알코올이나 담배보다 현저히 유해하다고 볼 근거가 없다”는 취지의 사실판단을 내렸다. 이렇듯 동일한 대마초를 두고도 한쪽에서는 “비교적 무해한 물질”, 다른 쪽에서는 “중대한 위험 물질”로 평가함에 따라 헌법적 결론도 엇갈리게 나온 것이다.

요컨대, 대마초 처벌의 위헌성 판단에서 핵심은 기본권 제한의 정당성 평가이며, 각국의 헌법 판단이 다른 것은 구체적으로 보호법익의 중요성, 위험에 대한 입증 정도, 형벌이라는 수단의 효과성 등에 대한 법원의 인식 차이에 기인하는 것이라 할 수 있다. 국제적 동향을 보면, 점차 많은 나라에서 “성인의 사적 소비는 상대적으로 덜 위험하다”는 쪽으로 인식이 이동하고 있으며, 헌법재판에서도 이에 동조하는 경향이 나타나고 있다. 이러한 흐름은 개인의 자기결정권 확대라는 현대 헌법 가치의 확산과 맥을 같이한다. 다만 동시에 공공의 건강 및 안전도 무시할 수 없는 가치인 만큼, 법원은 입법권자에게 과도한 부담을 지우지 않기 위해 일정한 정책적 재량의 여지(scope of policy discretion)를 인정하곤 한다. 남아공 헌재가 법의 전면 개정을 유예하고 공공장소 금지 등 일부 제한을 허용한 것, 멕시코 대법원이 허가제 등 행정규제를 인정한 것, 독일 연방헌법재판소가 소량에 한정한 것 등이 그 예이다. 결국 ‘절충적 모델’과 ‘전면적 권리모델’ 사이에서 각국 헌법재판소는 별개의 판단을 하고 있으며, 이는 각국의 문화적 배경과 헌법 텍스트, 그리고 재판관들의 가치관의 차이를 반영하는 것이다.

2. 우리의 입법정책에 주는 함의

우리의 경우, 헌법재판소 판례들이 종래 일관하여 합헌 입장을 견지함에 따라 당장의 사법적 변화는 기대하기 어려워 보인다. 즉 헌재가 갑자기 입장을 바꾸어 대마초 처벌조항을 위헌 선언할 가능성은 현재까지는 낮다. 그러나 이는 어디까지나 헌재의 태도일 뿐이며, 입법부가 정책적으로 판단할 여지는 열려 있다. 오히려 헌재 결정문들도 “어떤 규제가 시대적 상황에 맞지 않을 정도로 비합리적이라고 볼 수 없다”는 식의 언급으로 입법 변화의 가능성을 암시적으로 인정하고 있다. 만약 향후 과학적 증거와 여론의 변화로 대마초의 위해성에 대한 인식이 완화되고, 형벌 대신 다른 수단이 더 효과적이라는 합의가 형성된다면, 입법자가 선제적으로 비범죄화나 합리적 규제방안을 도입할 수 있을 것이다.

우리 입법정책에 있어 고려할 사항으로는 다음과 같은 점들이 있다. 첫째, 의료용 대마 합법화의 점진적 확대를 들 수 있다. 2018년 말 입법으로 치료 목적의 칸나비디올(CBD)성분 의약품 사용이 허용된 이후, 일부 환자들의 치료 접근성이 개선되었다.[62] 그러나 여전히 의학적 사용 범위가 제한적이므로, 국제적인 임상 연구 동향에 맞추어 보다 폭넓은 의료적 활용 (예: 만성 통증, PTSD 치료 등)에 대한 허용을 검

62) 2018년 12월 11일 공포된 「마약류 관리에 관한 법률」 일부개정(법률 제15939호)으로 대마의 의료목적 사용 관련 취급 제한이 완화되었고, 2019년 3월 12일부터 자가치료용 대마 성분 의약품에 대한 취급승인·수입신청 절차가 시행되었다.

토할 수 있다. 이는 헌법재판소가 언급한 “의학적 사용 자체를 금지하려는 것은 아니다”라는 문구와 부합하는 방향이기도 하다. 입법부가 국민건강 보호의무를 이행하는 하나의 방식으로 의료용 대마 관리 제도를 정교화한다면, 이는 합헌성 논란 없이도 추진 가능한 것으로 판단된다.

둘째, 소량 개인소지에 대한 처벌 완화(비범죄화)논의를 시작할 수 있다. 비범죄화는 대마초의 공급이나 판매는 계속 금지하되, 사용자에 대한 형벌처벌 대신 경미한 행정처분(과태료 등)으로 전환하는 것을 의미한다. 비교법적으로 보아 포르투갈 등이 이러한 모델을 성공적으로 운영하고 있다. 우리나라에서도 마약류 범죄에 대한 처벌 강도가 매우 높음에도 불구하고 오남용 문제가 지속되는 현실을 고려할 때, 사용자에 대한 형벌 위주 접근의 실효성을 재검토할 여지가 있다. 헌법재판소가 지금까지는 입법자의 결정을 존중해 대마초 사용을 합헌이라 했지만, 입법자가 만약 소량소지나 사용을 비범죄화 하는 입법화한다면 합헌으로 판단할 여지도 있다. 오히려 이는 독일 연방헌재 결정이 요구했던 방향, 즉 경미사건의 형벌권 행사 자제와도 상통하며, 과잉금지원칙에도 부합할 수 있다. 물론 이러한 정책변화는 사회적 합의와 부작용 대비책(예: 청소년 예방 교육, 치료 프로그램 등) 마련이 전제되어야 할 것이다.

셋째, 비교법적 자료의 축적과 활용이 필요하다. 헌법재판소의 과거 결정문들을 보면 외국의 입법례나 판례에 대한 언급이 거의 없었다. 그러나 오늘날 국제 교류가 활발하고 외국의 입법·판례에 대한 정보 접근성이 높아진 만큼, 향후 쟁점이 재논의될 때에는 남아공이나 멕시코, 독일 등의 사례가 심도 있게 다루어질 가능성이 있다. 특히 대마초에 관한 과학적·객관적 데이터(예: 중독성 통계, 사회적 비용 등)를 공유하고, 외국의 규제완화 후 효과에 대한 연구 결과를 참고함으로써, 보다 객관적인 위험 평가가 이루어질 수도 있다. 만약 기존과 다른 관점을 지닌 청구인들이 설득력 있는 자료를 제시한다면, 헌재의 태도 변화도 배제할 수 없다. 예컨대 2018년 대마초 의료 합법화 입법 당시 일부 국회의원과 시민단체들은 헌법상 생명권 및 건강권을 근거로 환자들의 대마초 치료 접근권을 주장하기도 하였다. 이러한 논리가 비단 의료용에 국한되지 않고 자기치료(self-medication)나 개인적 삶의 방식 전반으로 확장될 여지도 있다.

3. 헌법적 담론의 재정립

대마초 사용에 관한 헌법적 담론은 궁극적으로 국가의 역할과 개인의 책임에 대한 철학적 질문을 내포한다. 국가가 어느 범위까지 개인의 유해한 행위를 금지하고 처벌해야 하는가? 이는 전통적으로 자유주의 대 공동체주의의 논쟁으로도 볼 수 있다. 미국 연방대법원처럼 이 문제를 전적으로 입법정책의 문제로 취급하면 사법심사의 여지는 줄어들지만, 남아공·멕시코처럼 개인의 권리문제로 보면 적극적 사법심사가 필요해진다. 우리 헌법은 제10조 행복추구권과 제37조 제2항 일반적 법률유보 조항 등을 통해 기본권 제한의 한계를 정하고 있는데, 현행 헌재 판례는 대마초 규제가 이 한계를 넘지 않는다고 보았다. 그러나 시대적 변화에 따라 무엇이 “필요하고도 합당한 제한”인지에 대한 사회적 판단이 변모할 수 있다. 예컨대 금주법 시대에는 알코올에 대한 처벌이 정당화되었지만, 현대에는 상상하기 어려운 것과 유사한 맥락에서, 대마초에 대한 사회적 인식 변화가 올 수도 있다.

특히 젊은 층을 중심으로 대마초에 대한 낙인(stigma)이 예전보다 줄고, 치료 또는 문화의 일부로 보는 시각이 생겨날 경우, 헌법해석도 이에 영향을 받을 것이다. 헌법재판소는 헌법을 '국민 속에 살아있는 규범'(living constitution)으로 전제하고, 변화하는 사회현실에 대응하는 헌법해석을 강조해 왔다." 대마초와 관련해서도 만약 국민 다수의 법감정이 "소량 개인 사용자를 범죄자로 다루는 것은 과하다"는 쪽으로 기울게 된다면, 헌재도 이를 고려하지 않을 수 없을 것이다. 또한 형벌의 효과성이라는 관점에서, 마약류 사범에 대한 강한 처벌이 오히려 교도소 과밀화, 전과자 양산, 암시장 형성 등 부작용을 낳는다는 연구들이 축적될 경우, 헌법 차원에서 "과도한 형벌은 오히려 기본권 침해"라는 논리가 힘을 얻을 수 있다. 이는 기본권 보호의무나 국가의 형벌권 남용 금지 원칙과 연결될 수 있다.

VI. 맺음말

대마초 사용에 대한 형사처벌의 위헌성 문제는 궁극적으로 개인의 자유와 공동체의 질서 사이의 경계 설정 문제라고 할 수 있다. 미국, 독일, 남아프리카공화국, 멕시코 등 각국의 헌법 판례를 보면, 저마다의 사회문화적 배경과 헌법적 가치 아래 이 문제를 각자의 방식으로 해결해 왔음을 알 수 있다. 미국 연방대법원은 대마초를 헌법상 권리로 인정하지 않음으로써 사실상 입법부의 결정에 맡기는 접근을 보였고, 독일 연방헌법재판소는 입법목적의 정당성을 인정하면서도 집행상의 비례를 강조하는 절충적 접근을 취하였다. 남아공 헌법재판소와 멕시코의 대법원은 보다 진보적인 입장에서 사생활권과 자기결정권의 우위를 선언함으로써 사법부 주도의 규제완화를 이끌어냈다.

우리 헌법재판소는 현재까지 보수적이고 신중한 입장을 유지하며, 대마초 처벌을 합헌이라고 보아왔다. 그러나 국제적 흐름과 과학적 증거의 축적, 그리고 사회 분위기의 변화는 장기적으로 우리 헌법해석에도 영향을 미칠 수 있다. 특히 사회의 인식, 의료계와 학계의 견해, 마약류 범죄 양상의 변화 등은 입법자와 사법부 모두가 주시해야 할 요소다. 헌법재판소와 별개로, 입법부는 선제적으로 소량 대마초 비범죄화나 처벌 완화 조치를 검토함으로써 형벌에 의존하지 않는 대체적 정책 수단을 모색할 수 있다. 이는 형사정책의 합리화이자, 장기적으로 중대한 범죄에 형벌권을 집중하기 위한 전략이 될 수도 있다.

물론 대마초를 포함한 마약 문제는 여전히 사회적 파장이 큰 민감한 주제이므로, 신중한 접근이 필요하다. 하지만 헌법적 관점에서 볼 때, 시대 변화에 따른 가치 판단의 수정은 자연스러운 일이다. 무엇보다 헌법이 지향하는 인간의 존엄과 가치, 그리고 행복 추구의 이념은 국민의 삶의 양식을 존중하라는 요청을 내포한다. 각국의 비교법적 경험이 시사하듯이, 개인의 자유를 확대하면서도 사회적 피해를 최소화하는 해법은 완충지대에서 찾을 수 있다. 형벌 일변도의 정책과 전면 자유화 사이에는 다양한 스펙트럼의 규제모델이 존재하며, 헌법은 그 유연한 실험을 허용하는 틀을 제공한다.

결론적으로, 국내에서 대마초 사용에 관한 위헌성 논의는 현재까지는 합헌으로 귀결되었지만, 이는 영구불변의 결론이 아니라 당대의 상황에서의 판단이다. 비교헌법

적 고찰은 우리에게 다른 선택의 가능성을 보여주며, 헌법적 가치들의 역동적 균형을 어떻게 잡아갈 것인지에 대한 고민을 보여준다. 궁극적으로 입법부·사법부·국민이 함께 참여하는 사회적 대화를 통해, 우리 실정에 맞는 합리적이며 인간의 존엄에 기초한 정책이 수립되기를 기대한다.

■ **주제어**: 대마초, 헌법재판, 비범죄화, 자기결정권, 과잉금지원칙

[참고문헌]

<국내문헌>

김주일, “네덜란드 대마 관용정책의 성과 분석: 커피숍을 중심으로”, 국제지역연구 제28권 제4호, 2024.

박진실, “대마초 합법화 논쟁: 미국과 네덜란드 사례의 비교분석”, 경찰법연구 제15권 제2호, 2017.

허경미, “미국의 대마초 합법화 과정 및 주요 쟁점 연구”, 한국경찰연구 제17권 제2호, 2018.

허경미, “캐나다의 대마초 비범죄화에 관한 연구”, 한국공안행정학회보 제26권 제2호, 2017.

<외국문헌>

Brandeis, Jason, “The Continuing Vitality of Ravin v. State: Alaskans Still Have a Constitutional Right to Possess Marijuana in the Privacy of Their Homes”, 29 Alaska L. Rev. 175 (2012).

Breece, Janet Knight, Note, “Ravin v. State: Marijuana Use in the Home Protected by Right of Privacy”, 7 N.C. Cent. L.J. 163 (1975).

Howell, Simon / Clarke, Myrtle / Rusenga, Clemence / Klantschnig, Gernot / Carrier, Neil, “South African Cannabis Policy: Policy Reform Must Balance Public Health, Economic Interests, and Social Justice”, Policy Briefing No. 152, PolicyBristol, University of Bristol (July 2024).

Hyshka, Elaine, “The Saga Continues: Canadian Legislative Attempts to Reform Cannabis Law in the Twenty-First Century”, 51 Canadian J. Criminology & Criminal Justice 73 (2009).

Kemme, Stefanie / Pfeffer, Kristin / Rodbertus, Luise von, “Cannabis Policy Reform in Germany: Political and Constitutional Discourses on Decriminalisation and Regulation Strategies”, 9 Bergen J. Crim. L. & Crim. Just. 11 (2021).

Kherkheulidze, Irine / Schüle-Bausch, Sandra, “Zur Strafbarkeit des Umgangs mit Cannabis zu nicht-medizinischen Zwecken in Georgien und Deutschland”, Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift (DGStZ) 3/2019.

Manthey, Jakob / Rehm, Jürgen / Verthein, Uwe, “Germany’s Cannabis Act: A Catalyst for European Drug Policy Reform?”, 42 Lancet Reg’l Health Eur. 100929 (2024).

Mia, Nabeelah, “The Problems with Prince: A Critical Analysis of Minister of Justice and Constitutional Development v Prince”, 10 Const. Ct. Rev. 401 (2020).

Nickles, Dean M., Federalism and State Marijuana Legislation, 91 Notre Dame L. Rev. 1253 (2016).

Pahl, Michael R., “Judicial One-Hit? The Decriminalization of Personal Drug Use by Colombia’s Constitutional Court”, 6 Indiana International & Comparative Law Review 1 (1995).

Pezzini, Barbara, “Cannabis and the Italian Constitutional Court: A Brief Return to Tolerance”, 1 Italian L. J. 457 (2020).

Pou Giménez, Francisca/Pérez Correa, Catalina, “Prohibitionist Drug Policy in Mexico: A Systemic Constitutional Underminer”, 31 Wash. Int’l L.J. 58 (2021).

Pullman, Richard D., Leary v. United States: Marijuana Tax Act – Self-Incrimination, 23

Sw. L.J. 939 (1969).
Somin, Ilya, “Gonzales v. Raich: Federalism as a Casualty of the War on Drugs”, 15 Cornell J. L. & Pub. Pol’y 507 (2006).
Vos, Pierre de, “ConCourt Cannabis Judgment: What was the reasoning and what does it mean?”, Daily Maverick (Sept. 18, 2018).

[Abstract]

Constitutional Court Decisions on the Criminal Punishment of Cannabis in Selected Jurisdictions and Implications for Korea

Kim, Jong Goo*

In the twenty-first century, many countries have moved toward relaxing or decriminalizing cannabis regulations, and constitutional courts and supreme courts in various jurisdictions have reached divergent conclusions on the constitutionality of criminal provisions punishing cannabis use. This article examines the case law of the U.S. Supreme Court and selected state supreme courts, the German Federal Constitutional Court, the Constitutional Court of South Africa, the Mexican Supreme Court, as well as the examples of Colombia and Italy, and compares them with the decisions of the Korean Constitutional Court in order to draw constitutional implications for Korea's legal framework on cannabis. To this end, it analyzes the facts and reasoning structures of the leading cases, focusing on the right to privacy, general freedom of action, the right to the free development of personality, equality, the principle of proportionality and the ultima ratio principle of criminal law, and the state's duty to protect public health.

The U.S. Supreme Court, in cases such as Gonzales v. Raich, has refused to recognize cannabis use as a constitutionally protected right and has instead upheld the broad legislative discretion of Congress, while only a few states such as Alaska have afforded limited protection to private adult use under state constitutions. The German Federal Constitutional Court, in its 1994 "Cannabis decision," held the criminal provisions themselves to be compatible with the Basic Law, but at the same time called for the discontinuation of investigation and prosecution in cases involving small amounts for personal use, thereby effectively presenting a model of limited decriminalization through prosecutorial diversion. By contrast, the Constitutional Court of South Africa and the Mexican Supreme Court have adopted a rights-centered model of regulatory relaxation by declaring criminal sanctions on adult possession and use of cannabis in private settings unconstitutional on the basis of the right to privacy and the right to self-determination.

The Korean Constitutional Court, however, has consistently upheld the constitutionality of criminal provisions on cannabis, deferring to the legislature's assessment of the risks associated with cannabis and its duty to protect public

* Professor of Law, Chosun University College of Law and Social Science.

health. Building on this comparative constitutional analysis, the article argues that Korean law can explore a range of legislative policy options, including the gradual expansion of medical cannabis, decriminalization or mitigation of penalties for small-scale personal use, and a re-examination of criminal-law-centered drug policy; it further suggests that future constitutional adjudication should develop a more refined framework of review based on the principles of proportionality and equality.

■ **Key Words**: Cannabis, Constitutional adjudication, Decriminalization, Right to self-determination, Principle of proportionality

DOI: https://doi.org/10.53066/mlr.2026.24.2.23
明知法學 제24권 제2호(2026. 1.)
ISSN 1229-7585
eISSN 2765-4869

국내 마약범죄 현황과 대응 방안에 관한 연구
- 해양 마약범죄를 중심으로 -

이유경* · 강동욱**

논문요지

최근 마약범죄는 단순 투약, 남용에서 그치지 않고 마약 투약 후 2차적 범죄(성범죄, 묻지마 범죄 등)로 확산되는 경향까지 보인다. 정부에서도 여러 가지 대책으로 마약범죄에 대응하고 있다. 하지만 정부의 단속이 심해지면서 그 수법 또한 날로 다양해졌으며 최근에는 선박을 이용한 해양 마약밀수도 늘어나고 있다. 해양경찰청에 따르면, 2023년 검거한 해양 마약사범은 모두 461명으로, 2022년 294명 대비 약 57% 증가하였다. 상선을 통한 마약 밀·반입 적발 사례로는 2019년 태안항에서 코카인 100kg, 2021년과 2024년 1월 부산 신항에서 각각 코카인 35kg과 100kg, 2024년 4월 울산 온산항에서 코카인 28kg 등으로 해양 마약범죄는 꾸준히 발생하고 있다. 최근 제주도 북부와 동부 해안가를 중심으로 차(茶) 포장 마약이 총 17건 이상 발견되기도 하였다. 이처럼, 해양의 각종 루트를 통해 우리나라로 유입되고 있는 마약의 실태가 가져올 사회적 파급력에 대한 심각성이 대두되고 있다. 일반 국민들이 손쉽게 마약을 접할 기회에 마주치게 되며 마약에 중독될 경우, 개인의 문제를 넘어서서 중·장기적으로 우리 사회 전반에 미치는 부정적인 파급 효과가 매우 크다고 할 수 있다.

이에 본 고에서는 해양범죄 및 해양 마약범죄의 개념과 유형과 대표적인 수법인 기생충, 매매, 바다에 던지기 수법을 설명하고 해양이라는 특성으로 인해 초국경성, 제한성, 광역·대형화 및 증거확보의 어려움 등 여러 가지 특징을 살펴보고 이에 대한 대응 방안을 제시해 보고자 한다. 먼저, 「마약류관리에 관한 법률」 제3조의 행위를 추가하여 개정할 필요가 있다. 또한 해양 마약범죄의 수사예산 확대, 인력 증원 및 협업의 수사가 뒷받침되어야 한다. 이와 관련하여 해양 마약범죄를 수사하는 전문수사관 지원을 위한 제도가 함께 활성화되어 수사관들이 실질적으로 체감할 수 있는 인센티브를 부여해 수사관들의 사기를 진작시켜야 할 것이다. 다음으로 해양 마약범죄에서도 함정수사의 예외를 인정할 필요성이 있다. 마약범죄의 특수한 암수 관련 현실을 고려했을 때 함정수사 논란의 예외를 인정하여 함정수사와 관련된 논의는 배제하여야 할 것이다. 마지막으로, 해양 마약범죄의 근거지를 색출하기 위하여 원활한 공조수사를 하기 위해서는 국내·외 관계기관 간 수사관의 파견 및 교류를 통해 정보 공유 등 수사 협력체계가 사전에 구축되어야 할 것이다.

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

· 논문제출: 2025. 12. 21. · 심사개시: 2025. 12. 30. · 게재확정: 2026. 01. 27.

Ⅰ. 머리말

과거 우리나라는 “마약 청정국”이라는 타이틀이 있었지만, 어느 순간부터 우리나라는 더 이상 마약 청정국이 아니게 되었다. 최근 마약범죄는 단순 투약, 남용에서 그치지 않고 마약 투약 후 2차적 범죄(성범죄, 묻지마 범죄 등)로 확산되는 경향까지 보인다. 일반 국민들이 마약에 중독되면 개인의 문제를 넘어서서 중·장기적으로 우리 사회 전반에 미치는 부정적인 파급 효과가 매우 크다고 할 수 있다.[1] 해양경찰청에 따르면 2023년 검거한 해양 마약사범은 모두 461명으로, 2022년 294명 대비 약 57% 증가하였다. 주요 적발 사례로는 2019년 태안항에서 코카인 100kg, 2021년과 2024년 1월 부산 신항에서 각각 코카인 35kg과 100kg, 2024년 4월 울산 온산항에서 코카인 28kg 등으로 해양 마약범죄는 해마다 꾸준히 발생하고 있다. 2025년 4월 강릉 옥계항에 입항하는 외국 무역선을 정밀수색하여 코카인 2톤(시가 1조 원에 해당)을 발견해 해양경찰청과 관세청이 합동수사를 하였다.[2] 그 밖에도, 정부는 마약범죄 특별수사본부를 설치해 범정부적으로 대응하고 있으며 여러 가지 대책으로 마약범죄에 대응하고 있다.[3] 하지만 단속이 심해지면서 그 수법 또한 날로 다양해졌으며 최근에는 선박을 이용한 해양 마약밀수 시도가 부쩍 늘어나고 있음도 그 심각성을 더하고 있다.[4] 최근 제주도 서귀포시 성산읍에서는 케타민[5] 20kg(1kg씩 포장)이 한꺼번에 떠밀려온 것을 시작으로 하여 현재까지 제주시 조천, 구좌, 우도 등 제주도 북부와 동부 해안가를 중심으로 차(茶) 포장 마약이 총 17건 이상 연이어 발견되기도 하였다.[6]

---

1) 이정혁·강동욱, “국내 마약류 확산에 따른 합리적 대처방안”, 「한양법학」 제30권 제4집(2019), 120면.

2) 해양경찰청 보도자료 “해경청·관세청 합동 마약 수색팀 꾸려 외국 무역선에서 코카인 대량 마약류 밀수 적발”(https://www.kcg.go.kr/kcg/na/ntt/selectNttInfo.do?nttSn=60203&mi=2799, 2025. 4. 3. 등록) 이는 미국 연방수사국(FBI)이 해당 상선에 마약이 은닉되어 있다는 첩보를 통해 동해지방해양경찰청, 서울세관 마약 수사요원 90명, 세관 마약탐지견 2팀 등 대규모 합동 검색팀을 구성해 정밀수색 후 코카인 2톤을 발견하였다. 동해해경청과 관세청은 합동수사팀을 운영하여 해당 선박의 선장과 선원 등 20명에 대해 밀수 공모 여부, 마약의 출처, 최종 목적지 등 관련 정보 사항에 대해 철저히 수사하고 있다.

3) 김보람, “마약범죄 수사·기소·처벌에서의 쟁점과 과제”, 「이슈와 논점」 제2070호(2023), 1면(정부의 이번 대책은 마약의 밀수 및 유통 단계에 집중해 마약범죄를 완전히 차단하는 데 초점이 맞추어져 있다. 그러나 마약범죄의 특성상 마약범죄가 발생한 이후 단계에서도 제도를 개선할 필요가 있다는 의견이 제기됨에 따라 경찰청, 해양경찰청, 국가정보원 등 참여 국가기관이 더 늘어났다).

4) 울산신문, “항만 통한 ‘마약 밀수’, 근절책 시급하다.”(https://www.ulsanpress.net/news/articleView.html?idxno=528010 / 2024. 5. 19. 보도).

5) 케타민은 필로폰, 메스암페타민과는 다른 신종 마약으로 원래 진정·마취에 쓰이지만 남용하면 강한 환각, 환청 등을 유발하는 향정신성의약품이다. 필로폰의 경우, 마약 데이터 구축이 많이 되어있지만, 케타민의 경우 데이터가 없는 것으로 관련 학회에서도 추적하기가 어렵다고 한다.

6) 연합뉴스, “제주 해서 또다시 차 봉지 마약 발견 … 벌써 17차례”(https://www.yna.co.kr/view/AKR20251209141700056?input=1195m / 2025. 12. 9. 보도).

제주뿐만 아니라 경북 포항, 일본 대마도에서도 같은 형태의 포장 마약이 발견되어 국제적 연관성이 제기되고 있으며 케타민의 유입 과정에 대해서는 여전히 모든 가능성을 두고 수사 중이다. 특히, 이번 마약 유입과 관련하여 해양경찰은 동남아에서 해류를 따라 흘러왔을 가능성에 무게를 두고 있다.[7] 이처럼, 해양의 각종 루트를 통해 우리나라로 유입되고 있는 마약의 실태가 가져올 2차적 사회적 파급력에 대한 심각성이 수면 위로 부상하게 되면서 본 고에서는 이러한 해양범죄와 해양 마약범죄의 개념, 해양 마약범죄의 단속 현황을 살펴보고 해양 마약범죄 근절을 위한 대응 방안을 제시해 보고자 한다.

Ⅱ. 해양범죄와 해양 마약범죄의 개념과 유형

1. 해양범죄의 의의와 유형

(1) 해양범죄 의의

‘해양범죄’ 그 자체로는 법적 의미가 아니지만, 해양의 의미를 사전적 의미와 법적 의미로 구분할 수 있다. 해양의 사전적 의미는 “넓고 큰 바다”이며 태평양 · 대서양 · 인도양 따위를 통틀어 ‘해양’이라고 한다.[8] 해양의 법적 의미는 「해양수산발전 기본법」 제3조 제1호에 따라 “대한민국의 내수·영해·배타적 경제 수역(Exclusive Economic Zone, EEZ)[9]·대륙붕[10] 등 대한민국의 주권·주권적 권리 또는 관할권이 미치는 해역과 헌법에 의하여 체결·공포된 조약 또는 일반적으로 승인된 국제법규에 의하여 대한민국의 정부 또는 국민이 개발·이용·보전에 참여할 수 있는 해역”이라고 정의하고 있다.

범죄의 개념은 사회적 관점에서의 실질적 범죄 개념과 법률적 관점에서의 형식적 범죄 개념으로 나누어진다. 형식적 범죄 개념은 범죄를 법규에 따라 형벌을 과하는 행위라고 정의한다. 그것은 형벌을 과하기 위하여 행위가 법률상 어떤 조건을 갖추

---

7) 서울신문, “두 달 새 12번째 ‘차 포장 마약’. 해류 타고 온 동남아산 가능성 무게”(https://www.seoul.co.kr/news/society/accident/2025/11/13/20251113500272?wlog_tag3=naver / 2025. 11. 13. 보도). 케타민의 발견된 지점이 제주 북부 해안가에 몰려있는 점과 남부 해안가(서귀포)에서는 아직 발견되지 않고 있는 점, 차 포장 상태의 케타민이 바다에 뜨는 점, 또한 지난 2025년 4월 캄보디아에서 차 포장 마약이 단속된 점 등을 그 이유로 하고 있다. 그리고 처음 발견된 케타민의 경우 포장지의 접착력이 상당히 약해지고 지문 및 DNA가 검출되지 않은 점으로 미루어 볼 때 장기간 해상 표류 가능성도 제기하였다. 다만 해양경찰은 추정일 뿐, 확정할 수 없으며 국립과학수사연구원과 미국, 중국, 호주, 일본, 대만 등 국제 마약 수사기관에 해당 성분을 의뢰한 상태이다.

8) 네이버 표준 국어사전, [해양 (海洋) the ocean] / (2024. 6. 8. 검색).

9) 해양법에 관한 국제 연합(UNCLOS)에 근거해서 설정되는 경제적인 주권이 미치는 수역이다.

10) 「배타적 경제수역 및 대륙붕에 관한 법률」 제2조에 따르면 대한민국의 대륙붕은 협약에 따라 영해 밖으로 영토의 자연적 연장에 따른 대륙변계(大陸邊界)의 바깥 끝까지 또는 대륙변계의 바깥 끝이 200해리에 미치지 아니하는 경우에는 기선으로부터 200해리까지의 해저 지역의 해저와 그 하층토로 이루어진다. 다만, 대륙변계가 기선으로부터 200해리 밖까지 확장되는 곳에서는 협약에 따라 정한다.

어야 하는가를 문제 삼는다. 여기서 형식적 범죄 개념은 구성요건에 해당하고 위법하고 책임 있는 행위를 의미한다.[11] 결론적으로 이러한 해양범죄는 육상범죄와는 다르게 학문적·법률적 개념은 아니며, 해양과 관련된 법질서의 위반 행위라고 할 수 있다. 다시 말하면, 「해양수산발전 기본법」 제3조 제1호에서 의미하는 '해양'에서 행해지거나 '해양'에 영향을 미치는 범죄라고 할 수 있다. 이는 주로 해상과 선박에서 발생하는 범죄가 있으며 해양범죄에 관한 일반적 수사관할권은 해양경찰에 있다.

해양경찰이 수사하는 해양범죄의 예시로는 선박에서의 살인이나 상해, 폭행, 무면허 어로(漁撈)행위 등 해상에서 발생하는 범죄뿐만 아니라 어촌계금이나 면세유 관련 경제범죄와 같이 해양과 관련하여 육지에서 발생한 범죄 등 다양한 유형의 범죄가 포함될 수 있다.[12] 일반적으로는 해상범죄와 해양범죄를 혼용해서 사용하기도 하지만 이는 엄연히 차이가 있다. 해상범죄는 범행 장소가 오로지 해상(海上)이어야 한다. 그러나 해양범죄는 범죄 성립의 구성요건이 바다와 관련되면 발생 장소는 꼭 바다가 아니더라도 상관이 없다. 따라서 해양범죄는 해상범죄를 포괄하는 개념으로 폭넓게 이해하면 될 것이며,[13] 해상범죄에 2개 국가 이상이 관여되어 있다면 이는 국제 해양범죄라고 한다.

(2) 해양범죄의 유형

해양과 관련하여 발생하는 모든 범죄를 해양범죄라고 하면 형법범뿐만 아니라 해양오염방지법, 수산업법, 선박직원법, 어선법, 출입국관리법 등 다양한 특별법위반 사범이 있다. 대표적인 유형으로는 동남아시아 등 저임금 국가로부터 국내 구인난을 알고 목돈을 벌기 위해 단기간으로 들어오는 해상 밀·입국이 있으며, 해상 밀수, 외국어선의 불법조업[14], 해양 마약범죄 등이 있다.

특히 해양 마약범죄를 중심으로 최근 추세를 보면, 국제 마약 조직들이 최종 목적지에서의 단속 위험도를 낮추기 위해 우리나라를 경유지로 이용하고 있다는 것이다. 이런 과정에서 우리나라에 마약의 일부가 유출되는 경우가 있다.[15] 이처럼 해상에서 선박을 통해 마약을 밀반입하는 경우, 정확한 정보(마약 관련 첩보)가 없다면 사실상 검거는 어려운 실정이며 그 마약이 시중에 유통되면 사회적 파급력이 상당하다.

---

11) 네이버 지식백과 범죄 [犯罪, crime] (법률 용어사전, 2023. 1. 15.) / (2024. 6. 8. 검색).

12) 김두상·박두식, "해양범죄의 실태와 처리절차 개선에 관한 연구", 「한국해양경찰학회보」 제5권 제2호(2015), 26~27면 참조.

13) 이규호, "4차 산업혁명 시대, 해양범죄와 해양경찰의 대응방안", 「법학연구」 제24권 제1호(2024), 223면; 김시수, "국민편익 증진을 위한 해양경찰 수사권의 역량강화 방안", 「한국해양경찰학회보」 제8권 제1호(2018), 26면 참조.

14) 외국어선의 불법조업은 현재까지도 고질적인 문제로, 1994년 11월 UN 해양법협약이 발효되어 국제 해양 질서가 급격히 변화되어 배타적 경제수역의 설정으로 해상 관할권을 확대하여 외국 어선에 대한 조업 규제를 강화하였다. 주로 우리나라 서해, 제주도 광역해역에 있는 한중 잠정조치수역 동측 한계 인근 해역에 무허가 중국어선들(주로 범장망)의 치고 빠지기식 불법조업은 현재까지도 성행하고 있다. 이와 관련하여 하루 평균 250척의 허가 중국어선(주로 타망)이 조업 중이고 그중에서 약 220척이 무허가 중국어선이 분포한다).

15) 박주상·박동균, "국제해양범죄에 대한 해양경찰의 효율적 대응방안", 「한국치안행정논집」 제7권 제3호(2010), 70면 참조.

2. 해양 마약범죄의 의의와 수사 관할

(1) 해양 마약범죄의 개념

해양 마약범죄란 해양과 관련하여 발생한 마약범죄로, 한 예시로 항공기가 아닌 선박 등을 통해 마약을 운반하여 유통하는 범죄가 있다. 이러한 해양 마약범죄의 단속에 있어서는 상당한 첩보 없이 해상에서 항해 중인 선박을 임의로 멈추게 하여 수색을 감행하기도 어려울 뿐만 아니라 선박의 규모가 큰 경우 은닉된 마약을 찾기도 어렵다. 현재 우리나라에서 검거하는 해양 마약범죄 일부는 선박을 통해 대량의 마약을 최종 기착지로 운반하는 과정에서 우연히 적발된 사건이 대부분이다.[16] 실무적으로 선박을 통해 마약을 운반하고 이를 수사기관이 단속하여 선박에 승선 중인 피의자를 검거하는 사건은 매우 드물다고 해도 과언이 아니다.[17] 해양 마약범죄의 개념에 있어서는 후술하는 해양 마약범죄의 5개의 수사 관할을 고려하여 넓은 의미의 해양 마약범죄를 전제로 한다.[18]

(2) 해양경찰의 해양 마약범죄의 수사 관할

2019년 8월 20일 제정된 「해양경찰법」(법률 제17904호, 2021. 1. 13. 일부개정) 제14조 제2항은 “해양경찰은 해양에서 공공의 안녕과 질서유지를 위해 해양관련 범죄의 예방·진압·수사와 치안정보의 수집·작성·배포에 관한 직무를 수행한다.”라고 하여 “해양관련 범죄”를 해양경찰청의 관할 범죄로 명시하고 있다.[19] 범죄 발생지가 육상이 아닌 해상에서 발생하였을 경우, 경찰청이 아닌 해양경찰청이 우선적으로 수사관할권이 인정된다. 이와 관련하여 2017년 9월 22일 해양경찰청과 경찰청은 수사를 하면서 서로의 관할범죄에 대하여 명확히 하기 위해 “경찰청-해양경찰청 간 업무협력 양해각서”(이하 “양해각서”라고 한다)를 체결하였다. 이 양해각서 제4조[20]는 해양관련 범죄에 대한 우선적 수사관할권은 해양경찰청에 있다고 명시되어 있다. 해양 마약범죄 수사에 있어서 해양경찰은 마약범죄에 대하여 형사법상 발생지 및 범죄지를 인정하고 경찰청과 협의한 수사관할을 근거로 해양 관련 마약범죄를 관할하여 수사하고 있다.

---

16) 2019년 태안항 코카인 해상 밀반입 사건, 2021년과 2024년 1월 부산항 코카인 밀반입 사건, 이 외에도 2025년 강릉 옥계항에서 2톤의 마약 밀반입 사건 등이 대표적이다.

17) 이재인, “해상마약 판례(태안 해상 코카인 100kg 운반사건) 평석 - 향후 해상마약 수사에서 유의점 -”, 「해사법연구」 제27권 제1호(2025), 36면 참조.

18) 분량상, 해양 마약범죄의 개념에 대한 고찰은 추후 연구과제로 남겨두기로 한다.

19) 「해양경찰법」에 명시적으로 해양관련 범죄로 정의하지만 어디서부터 어디까지가 해양관련 범죄인지는 범위 설정을 하지 않은 것에 대해서는 한계로 남아 있다.

20) 양해각서 제4조의 내용은 해양관련 범죄에 대한 우선적 수사관할권은 해양경찰청에 있다고 명시되어 있다. 우선적 수사관할권으로는 다음과 같다.
(1) 해양에서 발생한 범죄
(2) 해양에서 발생하여 육상으로 이어지는 범죄
(3) 육상에서 발생하여 해양으로 이어지는 범죄 중 해양 관련성이 높거나 해양에 중대한 영향을 미치는 범죄
(4) 어민 등 해양관련 종사자의 해양 관련 범죄
(5) 선박, 조선소, 해양 플랜트, 물양장 등 해양과 관련된 장소에서의 해양 관련 범죄

가. 선박을 이용하여 해양을 통해 국내 밀반·출입 마약범죄 수사(국제 관할)
나. 선원 ·어업인 등 해양 종사자와 관련된 마약범죄 수사(국내- 인적 관할)
다. 조선소·부두 등 해양과 밀접한 지리적 마약범죄 수사(국내- 토지 관할)
라. 선박, 어획물 운반 차량 등 해양과 관련된 사물적 마약범죄 수사(국내- 사물 관할)
마. 해양(육상)에서 발생하여 육상(해양)으로 이어지는 마약범죄 수사(해상-육상 이어지는 범죄)

(3) 해양 마약범죄 수사와 육상 마약범죄 수사의 차이점

먼저, 장소적인 차이로 육상 마약 거래의 경우, CCTV를 통해 마약 유통책을 추적, 목격자와 증거 확보가 용이함에 반해 해양 마약 거래는 그 장소가 해상에서 이루어진 것이라면, 목격자와 CCTV가 없어 거래하는 순간을 채증하기도 어려울 뿐 아니라, 증거인멸이 용이하고 해양이라는 광역성으로 인해 범인 검거가 어렵다. 우리나라는 북방한계선(NLL)과 배타적 경제수역(EEZ)이 포함된 면적이 국토 면적의 4.5배라서 사건 현장 발견, 도착, 보존 등이 매우 어려운 상황이다. 또한, 해상에서 마약을 거래한다고 해도 당시의 해양 기상을 고려하여야 한다. 풍랑주의보 또는 풍랑경보처럼 파고 4~5m 정도의 날씨라면 해상에서의 마약 거래가 원활하지도 않을 것이다.[21] 자칫하다가 그 해상에서 소형어선의 경우, 출항도 되지 않을뿐더러 출항을 해도 마약 거래 도중에 전복의 위험이 크므로 해양 기상이 매우 중요한 요소이다. 육상의 경우에는 폭우, 폭설 등 기상이 좋지 않아도 살인사건이 발생할 수 있고, 마약 거래도 가능하다. 이렇듯, 육상에서의 기상정보는 필수 사항이 아니지만 해양에 있어서는 필수이다.[22]

두 번째, 피해 규모의 차이로 대형 선박을 이용하여 마약이 유입된다면 그 양이 아주 막대한 양이다. 육상에서의 마약 거래는 마약을 적은 양으로 소분하여 개인 간 거래하지만 반해 해양에서의 마약 거래는 한 번에 대량으로 유입될 수 있다. 실제로 2025년 옥계항에서 적발된 마약 2톤의 양은 6,700만명이 동시에 투약할 수 있는 정도이며, 선박이 점점 대형화되고 대량 운반이 가능하기에 앞으로는 5톤 이상도 유입될 가능성이 있다. 즉 그 양이 많기에 어떤 국가든지 해당 국가는 이로 인한 막대한 피해가 발생할 수 있고 선주(船主), 선원, 선박의 국적 등 여러 국가의 이해관계가 얽혀 있다. 그만큼 정교한 국제 공조수사가 필요하다.[23] 또한, 제주 해안가에서 발견된 케타민의 경우, 일반인에게 무분별하게 노출되었으며 여러 개 차 봉지로 포장된 마약이 우리나라로 유입되었다. UN 마약범죄사무소 선임분석관에 따르면, 이는 “해양에서의 마약 거래에 있어서 유실되었을 것으로 추정되지만 지속적인 해양으로부터 유입을 경

21) 우리나라에서의 최대 규모로 마약을 밀반입한 사건인 2025년 4월 강릉 옥계항에 입항한 선박의 경우, 페루에서 공선(公船)으로 출항하여 경유지를 거치면서 중간에 마약을 싣고서 해양에 던져 거래를 하려고 했으나 기상악화로 인해 거래가 불발되어 중국과 우리나라 당진항을 거쳐 강릉 옥계항으로 입항한다는 미국 FBI의 첩보를 입수하고 해양경찰과 세관이 합동으로 적발한 것이었다.
22) 해양경찰청에서는 해양기상 전문가를 채용해 각 지방해경청 상황실에 배치하였으며, 그들의 주 업무는 일일 해양기상 분석이다. 또한, 논외로 해양경찰의 수사를 함에 있어서는 인명구조가 최우선이고 수사는 구조 이후이다. 따라서 마약 거래를 포착하여도, 기상악화로 인해 그 선박이 전복되어 행위자들이 바다에 추락하였다면 최초 목적은 수사였지만, 구조 및 수색에 투입되어야 한다.
23) 이재인, 앞의 논문, 62면.

계해야 한다."라고 하였다. 왜냐하면 마약 시장 규모도 커지고 있고 단가도 계속 낮아져서 많은 양의 마약을 구매해 유통하기에 최적의 장소는 해양이기 때문이다.[24] 즉, 앞으로도 해양에서의 마약 거래는 대규모로 이루어질 것이며 이에 대한 대비를 초국가적으로 하여야 한다는 것이다.

세 번째, 수법의 방식이 다양하다. 즉, 육상에서의 마약 거래는 던지기 수법으로 주로 거래하고 있지만, 해양에서는 부이에 달아서 던져 놓으면 마약을 가져가는 방식이 있다. 이때, 해양에서의 유실을 방지하기 위해 GPS(위치추적장치)는 필수로 장착한다. 이는 육상에 던지기 수법과 유사하기도 하다. 또한 수중 구조물에 은닉하고 가져갈 수도 있으며 선박 씨체스트[25]에 은닉하여 들여오는 수법 등 해양 마약 거래에 있어서는 그 수법이 육상 마약 거래에 비해 다양하다.

네 번째, 수사 기간의 차이로 육상의 경우 압수나 임의 제출, 피의자 조사 등 수사 협조가 대부분 원활히 진행된다. 그러나 선박을 통해 유입된 마약의 경우, 선사에서는 비협조적으로 나올 수 있다. 왜냐하면 선사의 이익 등 복합적인 사정이 있기 때문이다. 수사기관은 수사를 위해 그 선박의 출항 정지를 고려할 수 있지만, 출항 정지를 할 경우 선사의 영업상 이익에 있어 손해가 막대하다. 그 손해를 이유로 민사소송 제기 가능성도 있으며 이에 대한 우리나라는 현재 출항 정지에 관련 근거 규정이 미비하여 출항 정지에 대한 강제 규정이 필요하다.[26] 또한 해양과 육상은 경찰권 발동에 있어서 물리적 환경에 크게 차이가 나므로 「경찰관직무집행법」을 육상과 동일한 방식으로 해상에 적용하는데 한계와 현실적인 제약이 따른다.[27] 선원의 마약 투약사건의 경우, 그 선원이 해상에서 조업 중이라면 그 선원이 입항할 때까지 수사기관은 즉시성 있게 피의자 조사를 하지 못하는 경우도 발생한다.

3. 해양 마약범죄의 유형과 수법 및 특징

(1) 해양 마약범죄의 유형

가. 소비 목적 마약 밀·반입을 하는 경우

해양경찰이 마약사범을 검거할 때, 외국인 선원들이 주를 이룬다. 그 이유는 바다에

---

24) KBS뉴스, "예견됐던 제주 차 봉지 마약?... 국제 공조해야"(2025. 12. 16. 보도)(https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=8435152&ref=A).

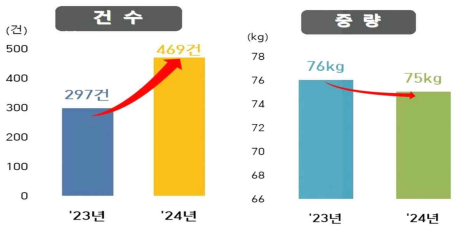
25) 씨체스트(Sea chest)란 선내에 필요한 해수를 빨아들이는 입구로, 선박 바닥의 해수 유입 장치이다. 씨체스트는 선박의 운항에 필요한 해수(Sea water)를 공급하고, 해수 중의 생물 및 각종 부유물의 출입을 막기 위하여 격자 형태의 그리드(Grid)가 설치된다. 씨체스트는 엔진 등과 같은 발열 장비에 냉각수를 공급하거나 선박의 균형을 유지하는 밸러스트 탱크에 해수를 공급하는 용도, 청소용수 등 다양한 용도로 사용된다.

26) 일본 해상보안청은 선박에서 발생한 다양한 사안에 대해 승조원의 조사, 선체 검사 등 필요한 조치를 할 수 있으며 그 근거는 해상보안청법 제18조에 규정되어 있다. 기본적으로 선박 출항을 정지할 수 있는 기간에 관해서는 제한이 없으나 선박 물류 사정 등을 고려하여 최대한 신속하게 수사를 종료하기 위해 노력하고 있다. 이와 관련하여 우리나라도 출항 정지에 대한 근거규정이 필요하며 이에 대한 연구는 추후 해양 마약범죄 수사에 대한 과제로 남겨둔다(세계법제정보센터, https://world.moleg.go.kr 해상보안청법 2026. 1. 20. 검색).

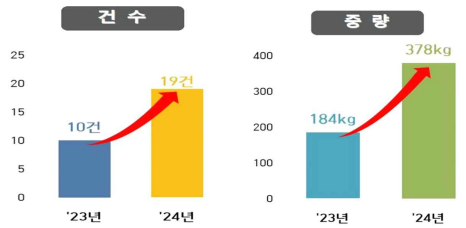
27) 이재인, 앞의 논문, 48면 참조.

서 조업하는 데 그 노동의 강도가 강하며 진통의 효과를 보기 위해 외국인 선원 스스로가 마약을 투약하는 경우이다. 즉, 소비 목적으로 마약을 들이는 경우가 많다. 또한, 관세청이 적발한 마약 사건 중 자가소비 목적으로 확인된 밀수 현황을 보면 2024년은 469건으로, 2023년 297건과 비교하면 58% 증가하였다. 이처럼 적발 건수의 증가는 자가소비 목적의 밀수가 증가한 영향으로, 적발 중량의 증가는 유통 목적의 대형 밀수가 증가한 영향으로 분석된다.[28] 즉, 대형 밀수가 쉬운 방법 중 하나는 대표적으로 바닷길을 통해 들어오는 대형 화물선에 은밀히 마약을 숨겨서 들어오는 것이라 할 수 있다. 그리고 유통 목적 밀수 중 10kg 이상의 대형 밀수는 19건, 378kg으로 2023년 10건, 184kg과 비교하면 건수와 중량 모두 약 2배 증가한 것을 알 수 있다.

【자가소비 목적 마약밀수】



【유통 목적 '10kg' 이상 마약밀수】



※ 출처: 관세청 보도자료(2025. 1. 21. 배포)

나. 국제우편 등 운송(선박)수단을 통한 밀·반입을 하는 경우

마약의 주요 밀수경로는 국제우편을 통한 밀수가 2021년부터 가장 큰 비중을 차지하였으며 이어서 특송화물, 여행자, 기타 순서대로 나타났다. 2023년을 기점으로 2024년과 비교하면, 적발 건수는 모든 반입경로에서 증가하였고 적발 중량은 특송화물(▲117,063g)과 기타(▲46,451g) 경로에서는 증가, 국제우편(▼137,377g)과 항공 여행자(▼8,412g)에게서는 감소했음을 알 수 있다.

〈표-1〉 밀수경로별 단속 현황

구 분	2020년		2021년		2022년		2023년		2024년	
	건수	중량(g)	건수	중량(g)	건수	중량(g)	건수	중량(g)	건수	중량(g)
항공여행자	311	55,195	83	12,444	112	36,155	177	148,099	198	139,687
해상여행자	1	396	3	1,452	0	0	0	0	1	81
국제우편	291	38,217	780	193,306	460	361,286	329	327,307	420	189,930
특송화물	79	50,295	177	121,405	197	225,776	193	274,681	235	391,774
기타[29]	14	4,326	11	943,867	2	1,234	5	19,276	8	65,727
합계	696	148,429	1,054	1,272,474	771	624,451	704	769,363	862	787,199

※ 출처: 관세청에 정보공개 청구한 자료를 바탕으로 재구성

28) 관세청 보도자료, "지난해 총 862건, 787kg 마약 적발, 25년에도 빈틈없는 마약밀수 단속망 구축한다"(2025. 1. 21. 배포).

29) 선원, 선체 외부, 수출입화물('21년 필로폰 402.8kg, 코카인 400.4kg 밀반입 외), 반입경로 미상 등.

다. 기타

이 외에도 우리나라의 경우 최근 외국인 노동자들의 증가와 동시에 자국에서 현지 브로커를 통해 해상으로 마약을 밀·반입을 하는 경우도 나타나고 있으며 우리나라 해안을 통해 다량의 마약을 다른 곳(예를 들어, 육상에서 외국인 선원에게 마약을 판매 또는 유통하는 경우 등)으로 이동시켜서 마약을 육상으로 들여오는 경우도 있다. 이처럼, 다양한 경로를 통해서 우리나라로 들어오고 있는 마약의 유통 실태에 대해 수사기관의 적극적인 대처가 요구된다.

(2) 해양 마약범죄의 수법

가. 기생충 수법

2024년 1월 15일 부산 신항에 입항한 75,000톤급 화물선에서 코카인 100kg이 발견되었다. 시가 3,500억 원 상당이며 330만 명이 동시에 투약할 수 있는 분량[30]으로 이 화물선은 2023년 12월 2일 브라질에서 출항하여 싱가포르, 홍콩을 거쳐 부산 신항에 입항하였다. 입항 직후 선저(船底) 검사를 하던 잠수부에 의해 수상한 가방 2개가 발견되었다. 이에 신고를 받은 남해지방해양경찰청 마약수사대(이하 "남해청 마수대"라고 한다)는 수중 감식을 진행해 추가로 1개 가방을 발견하여 총 3개의 가방에 100kg 코카인이 발견되었으며 GPS(위치추적장치)도 8개가 나뉘어 설치되었다. 이러한 수법은 최근 중남미 국가에서 생산된 코카인을 유럽으로 밀수출하는 사례가 증가하고 있는데 바로 선박의 씨체스트(Sea chest) 공간을 활용한 신종 은닉 방법으로, 이른바 '기생충 수법'이었던 것이다. 그 당시 이러한 마약 밀반입 수법은 20년 이상 수사경력의 베테랑도 "처음 보는 일 이었다."라면서 인터뷰하였다. 같은 해 2월 8일 남해청 마수대의 수사 결과는 이를 "국제 마약 밀매조직의 배달 사고"라고 발표하였다. 코카인 포장지에 돌고래 문양이 발견되었는데 이는 중남미 국가의 마약 밀매조직을 의미하는 것이었고 마약의 최종 목적지는 한국이 아니라 제3국으로 보내는 과정에서 발견된 것으로 결론을 내렸다.[31]

나. 매매 수법

마약범죄에 있어서 단순하게 구매자와 판매자가 만나서 1대 1로 마약을 구매하고 판매하는 수법이 있다. 즉, 이 수법이 일반적인 수법으로서 일명 "매매(賣買)"의 형식으로 이루어지고 있다. 이 수법은 다른 수법과는 다르게 구매자와 그 마약을 판매하는 관련자(대표적으로 유통책)가 직접 대면하여 마약을 돈 또는 가상화폐(비트코인 등)로 지불하고 구매하는 수법이다. 최근에도 도서(島嶼) 지역에서 주로 야간에 오토바이를 이용하여 인적이 드문 항·포구로 이동 후, 소형어선[32]으로 갈아타고 또 다른

30) 이는 부산광역시 인구가 324만 3,759명(2025년 11월 기준)임을 고려하면 어마어마한 양이었다.

31) 일요신문, "따개비 떼던 잠수부가 발견...화물선 역대급 마약 밀수 '기생충 수업' 뭐길래"(https://ilyo.co.kr/?ac=article_view&entry_id=470738 / 2024. 4. 17. 보도).

32) 「선박직원법」 제4조 및 법 시행령 제2조를 근거로 5톤 미만의 소형어선의 경우 소형선박

어선과 접선해 마약을 거래하여 검거한 사례가 있다.[33] 이러한 해양 마약범죄에서도 현재 그 수법이 지능적이고 조석 간만의 차가 심한 경우(우리나라의 경우 대표적으로 서해안), 마약 유통책들은 그 해역의 기상과 물때 등을 고려하여 직접 구매자와 접선하여 마약을 거래하기도 한다.

다. 바다에 던지기 수법

최근 마약 단속이 강화된 상황에서 공항 보안 검역을 피하고자 그 반작용으로, 다양한 수법으로 마약이 유입되고 있는데 대표적으로 바다에 던지기 수법이 있다. 2025년 9월 29일 성산 인근 해안가에서 바다 환경지킴이에 의해 케타민이 발견된 것을 시작으로 제주도 북부, 동부 해안가에서 케타민이 다량 발견되고 있는 것과 관계가 있다. 그러나 이와 같은 수법은 과거 동남아시아에서 유행한 수법이었다. 유엔마약범죄사무소(UNODC)에 따르면, 2021년 캄보디아 해안에서 465kg 케타민이 차 봉지 형태로 발견된 적이 있는데 그 당시, 국제 마약 밀매조직의 제품일 가능성이 높다고 분석하였다. 2022년 아세안 마약관리국 보고서에서도 캄보디아에서 1년 사이에 케타민 13.5톤을 압수하였고 그중 일부는 우롱차 봉지로 포장된 형태였다고 발표하였다. 베트남 해안가에서도 20kg의 케타민이 차 봉지 형태로 발견되었으며[34] 이는 최근 제주도에서 발견된 차 봉지 형태의 포장과 일치하였다.[35] 또한, 부이에 마약을 달아 바다에 던져 놓으면 가져가는 방식도 있으며 이는 육상에서의 던지기 수법과 유사하다.

(3) 해양 마약범죄의 특징

가. 초국경성 및 국제성

해양 마약범죄의 특징 중 하나는 초국경성 및 국제성이다. 또한 이러한 마약범죄는 초국가 조직범죄(Transactional Organized Crime, TOC)라고도 한다.[36] 이는 해양

조종사 면허 없이도 운항할 수 있다. 그러나 정부가 무면허로 운항할 수 있었던 5톤 미만 소형어선의 운항 자격 도입을 추진 중이다. 일본의 경우, 0.2톤 이상 모든 선박에 대해 자격요건을 갖추어야만 운항이 가능하다(조선비즈, “5톤 미만 소형어선 ‘무면허 운항 가능’ 정부, 운항 자격 도입 추진” https://biz.chosun.com/topics/topics_social/2025/02/05/4TZSSJUWRZDV7FCCLVDAAHXCYE/?utm_source=naver&utm_medium=original&utm_campaign=biz / 2025. 2. 5. 보도).

33) 광주매일신문, “전남 섬 지역 외국인 선원들에 마약 공급 … 태국인들 덜미”(http://www.kjdaily.com/article.php?aid=1731927169644646005 / 2024. 11. 18. 보도).

34) 이와 관련하여 2024년 1월, 베트남 꽝응아이성 해안에 떠밀려온 역대 최대 규모의 마약 꾸러미 290kg이 발견돼 현지 경찰이 수사에 나섰다. 베트남 중부 해안가에서 일명 ‘바다에 던지기’ 수법의 마약 밀매가 기승을 부린 적이 있다. 당시, 베트남 당국에서는 마약밀수범이 인접 국가 간 마약을 바다에 던져놓고 수거하는 중 전달에 실패한 마약들이 발견된 것으로 추정한다고 발표하였다(나우뉴스, “해안 떠밀려온 코카인 290㎏…신종 ‘바다 던지기’ 밀수법 [여기는 동남아]”, https://nownews.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20240119601005&wlog_tag3=naver/ 2024. 1. 19. 보도).

35) KBS뉴스, “잇단 해안 마약 발견... 동남아는 4년 전부터?”(https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=8406523&ref=A / 2025. 11. 13. 보도).

36) 김낭희 외 4명, “최근 마약류 범죄 변화 양상에 따른 실태 및 치료처우방안 연구 : 마약류 범죄 실태 조사” 한국형사·법무정책연구원 연구 총서(2024), 80면 참조.

마약범죄뿐만 아니라 해양과 관련된 모든 범죄의 대표적 특징이기도 하다. 해양은 육상과 달리 지형지물에 의한 경계 설정이 어렵고 선박이라는 운송수단이 이용되어 국제법에 따라 국가 간 관할권이 중복되는 경우가 많다. 따라서, 해양 마약범죄에 있어서는 국제 공조수사가 필수적 요인으로도 작용한다. 특히, 장소가 해양이기 때문에 그 국경을 초월하여 범죄가 발생하고 있으며 선박 소유와 선원들의 다양한 국적, 현재지 등의 문제가 복잡한 형태를 띠며 여러 국가의 이해관계가 얽혀 있는 경우가 많다. 왜냐하면 선박 내에 기국의 국적을 인정하고 국적이 다른 선원들이 승선하기도 하며 출·입항, 검역, 화물 하역 등 수많은 해사 업무가 국제협약 또는 그 이행법에 따라 규율되기 때문이다. 따라서 해양에서 발생하는 많은 범죄가 이해관계가 얽혀 있는 국가들과의 국제적 공조를 통해야만 해결이 가능한 경우가 대부분이다.[37]

나. 제한성

인간이 해양을 이용하려면 선박을 이용해야 하고 선박 등의 사용을 전제하지 않는 한 해양의 이용은 거의 불가능에 가깝다. 즉, 해양에서는 거의 선박을 수단으로 사용하지 않는 한 행위를 하기 어렵다. 이처럼, 해양에서 자행되는 불법행위는 모두 선박을 수단으로 하고 있다고 해도 과언이 아니다. 예시로 불법조업, 밀·입국, 밀수(마약의 밀수 포함 등) 등도 모두 선박을 이용하여 이루어지고 있다. 특히, 선박을 선호하는 이유는 선박이 가지고 있는 비용의 저렴성, 대규모의 운반 능력, 기상특보 발효 시, 연안 해안선 경비의 공백 상태를 이용하고자 하는 심리가 반영되어 있다. 또한, 보안이 강력하고 운반 중량이 제한된 비행기와는 달리 선박을 통한 해상 밀·반입의 경우, 한꺼번에 대량으로 유입될 수 있으며 단속 및 적발이 쉽지도 않다.

다. 고립성

해양범죄는 '바다'라는 장소적 제약을 받기에 고립된 상태에서 발생하는 경우가 있다. 망망대해 속에 반복·지속해서 행하여질 수 있다. 즉, 다양한 부류의 사람들이 좁은 공간에서 생활하면서 상호 충돌 시(예를 들면 선원끼리의 폭행이 발생한 경우) 그 항해가 종료되어 중간 기착지 또는 최종 목적지에 입항할 때까지 그 어떤 외부로부터 지원이나 구호의 손길을 받을 수 없으며 지속적·반복적으로 피해를 당할 수 있다는 것이다. 이처럼, 고립된 상태는 사건의 진실 은폐와도 연결되어 당사자의 이해관계 등에 따라 밝혀지지 않고 지나가는 경우도 빈번하다고 볼 수 있다.[38]

라. 증거인멸 용이성(증거확보 어려움)

해양 마약범죄 발생 시 증거물 확보가 곤란하기도 하다. 즉, 범죄 현장에서 사용한 범행도구 등이 바닷물에 영향을 받아 수사에 필요한 증거자료가 훼손되거나 피혐의자가 마약을 바다에 버리는 등 중요한 실물 증거를 인멸할 가능성도 결코 배제할 수 없다. 이처럼, 광활한 해양 또는 항·포구에서 범죄가 발생하는 경우 사건 현장에 수

37) 김두상·박상식, 앞의 논문, 27면 참조.
38) 김두상·박상식, 앞의 논문, 28면 참조.

사기관이 신속하게 도착하여 범죄 증거를 수집하고 필요한 조치를 하는 것이 육상과는 다르게 전혀 쉽지 않다.[39] 해양이라는 환경 속에서 증거물이 변형되기 매우 쉽고 파도, 조류, 바람에 직접적으로 노출되어 변형되거나 분실될 가능성이 높기에 수사기관은 수사에 중요한 증거를 확보하기 어렵다. 또한 선박을 마약 운반에 직접적으로 사용한 경우, 그 선박을 압수하기에도 실제로 곤란하며 압수가 가능하더라도[40] 이후 보관 장소와 그 비용을 누가 부담할 것인지, 선박에 대해 몰수가 선고되지 않거나 무죄로 확정되었을 때, 배상책임은 어떻게 할 것인지 등의 여러 가지 복합적인 문제가 발생한다. 현재까지 국내 법률은 선박에 대한 압수 기준이 없기에 수사기관으로서는 가급적 선박을 압수하지 않는 소극적 태도를 보일 것이다.[41]

마. 광역 및 대형화

해양 마약범죄는 일반범죄보다 그 사회적 충격은 크다고 할 수 있다. 해양이라는 개방된 공간으로 입·출항하는 선박의 특성에 따라 국내에 거주하는 내국인과 외국인이 모두 범행에 가담할 수 있으며 선박의 큰 운송능력을 범죄행위에 사용하기에 대형 사건으로 발전할 수 있는 특성도 있다.[42] 또한, 선박을 이용한 대량의 마약을 밀·반입하는 경우, 국가적 차원의 크나큰 파급력이 발생한다. 더 나아가 선박이 대형화, 첨단화됨에 따라 범죄와 피해의 규모도 함께 대형화되고 있다. 또한, 자동차와는 다르게 선박은 혼자 운항할 수 없고 다수의 사람(항해사, 기관사 등)이 함께 운송 작업 등을 하여야 비로소 선박이 바다를 항해할 수 있다. 그 운송하는 재화의 단위가 크고 모든 국가는 마약 해상운송의 피해자가 될 수 있으며 이러한 피해는 매우 중대할 것으로 예측할 수 있다.[43]

바. 첩보의 중요성

마약사건은 다양한 첩보를 통한 수사정보 생성이 중요하다. 예를 들어, 육상 마약 밀수 사건은 범죄의 전력, 과거 배송 이력, 차량 운행 내역, 내부자 제보 등을 통해 관련 증거를 충분히 수집하여야 한다. 마약 밀수자를 체포하여 48시간 동안 위와 같은 증거를 신속하게 확보하여 구속영장을 청구하는 경우도 많다. 조직적 마약 사건

---

39) 김석균, 「신 해양경찰학 개론」, 박영사, 2024, 219면.

40) 「형법」 제48조 제1항(몰수의 대상과 추징) 및 「마약류 관리에 관한 법률」 제67조(몰수)에 따라 수사 실무에서 마약 및 마약 투약에 사용한 도구, 피의자가 소지한 마약 자금, 운반에 사용한 자동차 등을 압수하면 재판이 확정될 때까지 수사기관이 보관하게 된다. 수사기관은 이들 압수품에 보통 몰수를 구형하지만, 법원에서 압수된 현금, 자동차 등은 기소되는 마약범죄와 실질적 관련성이 부족하다는 이유로 몰수를 선고하지 않는 경우도 많다. 육상 마약 사건은 수사기관이 장기간 압수물을 보관하더라도 해당 압수물의 가치가 높지 않기에 문제가 생길 여지는 낮다. 반면, 해양 마약사건은 선박의 미운행 시 손해가 막대한 선박을 압수할 것인지 딜레마가 발생한다. 일단 압수를 진행하여 수사를 통해 특정된 피의자와 선박의 소유자(선사 또는 선주)가 다르다는 것이 확인되면 가환부하는 방안도 가능하다. 그러나 추가 수사과정에서 선주가 교사범, 공동정범 등으로 범죄에 관여했다는 점이 명백히 밝혀진다면 오히려 가환부가 문제될 수 있다(이재인, 앞의 논문, 38면).

41) 이재인, 앞의 논문, 37~38면.

42) 박주상·박동균, 앞의 논문, 72면 참조.

43) 이경제·임채현, “해상 마약 단속 관련 법체계의 검토”, 「해사법연구」 제36권 제2호(2024), 205면 참조.

은 기존 밀수 사건과 연관성 등 다양한 단서를 통해 미리 정보화하여 증거를 수집하고 마약의 운반, 소지, 매매 등 불법행위가 발생하면 대상자를 신속히 체포, 압수수색하고 신병을 확보하는 것이 중요하다.[44]

해양 마약사건은 화물 감독자, 항만 노동자, 선박검사인, 부식업자 등 특정이 어렵고 수많은 사람이 선박에 접근할 수 있다는 점, 은닉된 마약을 발견하기 어려운 미로 같은 선박구조 등으로 인해 정확한 첩보 없이는 수사의 진행이 어렵다. 다시 말하면, 선박을 통해서 마약이 반입된다고 하더라도 정확한 첩보 없이는 그 넓은 면적[45]의 선내에서 마약을 발견하기란 쉽지 않다.[46] 또한 구체적인 정보 없이 강제수사에 착수하게 되면 충분한 증거를 수집하기가 어렵고, 수사가 길어지면 국내에 강제 체류해야 하는 수사 대상자들의 인권 침해 문제가 제기될 수 있다.[47] 실제로, 외국인 마약사범을 수사한 경력 7년 이상의 수사관도 해양 마약사건은 사전 첩보가 아닌 이상 적발이 쉽지 않으며, 99% 이상이 첩보를 통해 수사가 진행되는 경우가 대부분이고 첩보가 사건을 함에 있어서 매우 중요한 수사단서라고 강조하기도 하였다. 또한 해양이라는 특수성 때문에 발생하는 공간적 광범위성과 물리적 제약 때문에 대다수 마약범죄 단속이 첩보에 의존하는 실정이다.[48]

Ⅲ. 해양 마약범죄의 단속 현황

1. 해양 마약범죄 단속 현황

최근 해양 마약범죄 사범 단속 현황을 보면 2020년 412건, 2021년 518건, 2022년 962건, 2023년 1,072건, 2024년 758건으로 2020년부터 2023년까지 마약사범 단속 건수가 계속 증가하였음을 알 수 있다. 또한 2024년 마약사범은 2023년 대비 461명에서 472명으로 비록 증가하였으나 단속 건수는 2023년 대비 758건으로 감소하였다.[49] 이는 2023년

---

44) 이재인, 앞의 논문, 37면.

45) 상선은 군함이 아닌 민간용 선박을 의미하며 여객선, 화물선, 이동식 해양 플랜트 등이 포함되며 일반적으로 상선이라 하면 '화물선'만을 이르는 경우가 많다. 화물선의 종류에는 일반화물선, 유조선, 가스 운반선, 컨테이너선, 자동차 운반선 부선 등이 있다. 컨테이너선의 톤수는 평균적으로 100,000톤 이상 되는 경우도 있다. 평균적으로 10,000~150,000톤 사이가 많으며 2025년 4월 동해 옥계항에서 마약이 발견된 화물선의 톤수는 32,000톤급이며, 2024년 1월 부산 신항에서 마약이 발견된 화물선의 톤수는 75,000톤이었다.

46) 이경제·정신교 외 2명, "해상에서의 마약류 밀매 실태 및 대응방안", 「치안정책연구」 제35권 제3호(2021), 70면.

47) 이재인, 앞의 논문, 37~38면.

48) 해양 마약사건뿐만 아니라 모든 마약사건의 실마리는 첩보이다. 대부분 수사관이 마약 수사를 하면서 상당한 첩보 없이는 마약사건 수사를 할 수가 없다고 입을 모으고 있다.

49) 정부는 마약범죄 특별수사본부를 설치하여 범정부적으로 대응하고 있으며 특별수사본부는 2023년 4월, 온라인 마약 거래의 보편화, 청소년 마약사범의 증가, 마약으로 인한 2차 범죄의 급증 등 사회문제로 대두된 마약범죄를 공동 대응하기 위해 검찰·경찰·관세청·국방부·해양경찰청·식품의약품안전처·국정원 등 7개 관계기관이 합동해 총 974명 전담 인력 규모로 출범한 마약범죄 공동 대응을 위한 범정부적 수사·단속협의체이다. 특별수사본부는 2024년 5월, 4차 회의를 열어 공항과 항만 검색을 강화하기로 하는 등 마약류 근절을 위한 방안을 논의하는 등 마약범죄에 대해 강력히 대응하였다. 2025년 2월에는, 5차 회의를 개최하여 2024년 각 기관별로 마약류 범죄 단속 관련 업무추진 성과를 분석하고, 2025년 마약범죄 중점 대응방안을 수립하였다(NTN국세신문, "정부, 마약범죄 특별수사본부 제5차

에 단속된 대마 건수 때문에 증가한 것으로 사료된다. 2024년도 대마 단속 건수는 전체의 22.1% 해당하며 2020년과 2021년의 대마 단속 건은 각 21.4%와 22.2%인 것을 고려하면 추측할 수 있다. 다만, 단속 건수가 2023년과 비교해 보았을 때 감소한 것뿐이고 여전히 마약사범은 증가추세에 있는 것을 알 수 있다. 왜냐하면, 인원수 기준으로 보면 2021년에는 293명, 2022년 294명, 2023년 461명, 2024년에는 472명으로 매년 증가하고 있기 때문이다. 그중에서도 대마 < 향정신성의약품 < 마약 순으로 가장 많은 것을 알 수 있다.[50]

〈표-2〉 해양 마약범죄 사범 단속 현황

(단위: (%))

구 분 / 연 도	건수 (건)	인원 (명)	마약		향정신성의약품		대마	
			건	명	건	명	건	명
2024	758 (100)	472 (100)	466 (61.4)	355 (75.2)	124 (16.5)	93 (19.7)	168 (22.1)	24 (5.1)
2023	1,072 (100)	461 (100)	324 (30.3)	305 (66.1)	232 (21.6)	134 (29.1)	516 (48.1)	22 (4.8)
2022	962 (100)	294 (100)	222 (23.0)	212 (72.1)	725 (75.4)	71 (24.1)	15 (1.6)	11 (3.8)
2021	518 (100)	293 (100)	168 (32.4)	170 (58.1)	235 (45.4)	98 (33.4)	115 (22.2)	25 (8.5)
2020	412 (100)	322 (100)	248 (60.2)	248 (77.0)	76 (18.4)	46 (14.3)	88 (21.4)	28 (8.7)

※ 출처: 해양경찰청에 정보공개 청구한 자료를 바탕으로 재구성

2. 해양 마약범죄의 유형별 현황

최근 우리나라에서 발생한 해양 마약범죄의 유형별 현황을 보면 2023년까지만 하더라도 밀경(密耕)·투약 사범과 마약밀수 및 판매하는 공급 사범을 검거하였다. 주로 밀경사범에는 2021년부터 159명으로, 전체의 54.3%로 집계되었으며 2024년까지 계속 증가 추세에 있다.[51] 2023년 밀경사범의 경우 2022년 대비 100명이 증가하였다. 그러나 백분율로 따졌을 경우 2.9% 정도 감소한 것으로 집계되었다. 이는 2023년도 판매사범이 2022년 대비 증가하여 수치가 감소한 것으로 나왔으나, 실제 검거인원은 100명이나 증가한 것을 알 수 있다. 즉, 해양경찰이 대부분 검거하는 마약사범은 밀경사범이 전체 마약사범의 절반 이상을 차지하고 있음을 알 수 있다.[52] 또한, 2024년에는

회의 개최" https://www.intn.co.kr/news/articleView.html?idxno=2041749 / 2025. 2. 17. 보도).

50) 해양경찰의 경우 매년 해양 마약범죄 특별단속 기간을 정하여 단속하고 있으며 마약 거래는 매우 은밀하고 지능적으로 이루어지기에 암수범죄 비율이 높은 범죄이기도 하다.

51) 대표적으로 밀경사범의 경우, 양귀비를 재배하는 경우이며 투약사범의 경우, 선원의 강도 높은 조업 또는 배앓이 등을 이유로 마약을 하다 검거되었다.

52) 2024년 1월 부산 신항의 한 선박 씨체스트에서 발견된 마약의 경우는 남해청 마수대에서 "배달 사고"라고 발표하였으며 이러한 중간 기착지형 사건은 국내 관여자가 없는 경우가 많고 혹시나 있다 하더라도, 피의자 특정이 어렵기에 수사가 종결되는 경우가 많다.

우리나라에서 마약을 제조한 경우가 발생하였는데, 이는 중부청 마수대에서 검거한 사례이며[53] 우리나라에서도 마약을 이제는 직접 제조하는 경우가 발생한 것에 대해 그 심각성을 인지하여야 한다.[54]

〈표-3〉 해양 마약범죄 유형별 검거 현황

(단위: 명, (%))

구 분	합계	공급사범			밀경·투약 사범	
		제조	밀수	판매	밀경	투약
2024	472 (100)	3 (0.6)	-	64 (13.6)	350 (74.1)	55 (11.7)
2023	461 (100)	-	-	76 (16.5)	300 (65.1)	85 (18.4)
2022	294 (100)	-	-	11 (3.8)	200 (68.0)	83 (28.2)
2021	293 (100)	-	5 (1.7)	3 (1.0)	159 (54.3)	126 (43.0)
2020	322 (100)	-	2 (0.6)	11 (3.4)	217 (67.4)	92 (28.6)

※ 출처: 해양경찰청에 정보공개 청구한 자료를 바탕으로 재구성

Ⅳ. 해양 마약범죄 근절을 위한 대응 방안

1. 「마약류관리에 관한 법률」 제3조 범죄행위 추가 개정

현재 해양 마약범죄 단속의 법적 근거는 「마약류관리에 관한 법률」(이하 “마약류관리법”이라 한다)이 주를 이룬다.[55] 이 법은 구체적인 범죄행위를 열거하고 마약

53) 중부청 마수대는 2024년 8월 10일 서울 한강 근처에서 코카인 2㎏을 거래하는 현장을 잠복 중 급습해 한국인 2명을 검거했으며, 경기 김포시에서 캐나다 국적 판매 총책 1명도 체포하였으며 소지 중이던 코카인 5㎏을 압수하였다. 사흘 뒤인 8월 13일에도 캐나다인 총책의 주거지에서 코카인 53㎏이 추가로 발견되었다. 이들이 국내에서 제조한 고체 코카인은 총 61㎏에 달하는 것으로 조사되었다. 이렇게 3명은 검거되었으나 나머지 1명은 당시에 이미 출국한 상태여서는 인터폴에 적색 수배를 요청한 상태였다. 이와 관련하여 국내에서 마약을 제조하고 해외로 출국한 콜롬비아인이 스페인에서 검거되어 법무부가 스페인을 상대로 송환요청을 한 상태였다(인천일보, “국내서 마약 제조하고 해외로 튄 콜롬비아인, 스페인서 검거… 법무부 송환 요청”, https://www.incheonilbo.com / 2025.1.24.보도). 이후, 스페인 사법당국의 범죄인 인도 승인되었으며 해양경찰청과 법무부로 구성된 합동송환팀은 현지로 가서 2025년 8월 12일 항공편으로 나머지 1명(콜롬비아인)도 국내로 압송하였다(연합뉴스, “해경청 "해외도주 코카인 대량 가공 마약사범 국내 송환”, https://www.yna.co.kr/view/AKR20250912114100065?input=1195m / 2025. 9. 13. 보도).

54) 최근 5년간 마약사범의 일반적 검거현황(대검찰청 통계)은 약 98% 이상이 판매 · 투약 · 밀경사범이며 연도별로 다소 차이가 있지만 밀경사범을 제외한 80%~90%가 판매사범과 투약사범에 해당하며 제조·밀수사범은 2%에 불과하다. 거의 제조사범은 보기 드문 경우이다.

55) 국내 마약 통제 관련법률은 「마약류관리에 관한 법률」, 「마약류관리에 관한 법률 시행령」,

류 관리, 마약류 관리자와 중독자 등의 의무, 각종 감시 감독 등에 대하여 규정하고 있다. 그러나 현행 마약류관리법은 “불특정 다수의 사람에게 마약류가 발견되면 상당한 위험성이 예상되는 경우”에 대해서는 별도로 규정하고 있지 않으며, 최근 제주 해안가를 중심으로 발견되고 있는 차 봉지의 마약(케타민)의 경우가 한 예시이다. 해류를 통해 마약이 동중국해 먼바다에서부터 제주 해안가로 떠밀려 들어온 것으로 추정되지만[56] 이러한 행위가 마약류관리법에서 열거하고 있는 행위 중 마약의 ‘운반’이라고 해석하여 적용하기에는 다소 무리가 있다. 왜냐하면, 운반이란 “물건 따위를 옮겨 나름[57]”의 행위인데 해안가에서 발견된 마약은 해상에서 해류(자연현상)에 의해 떠밀려온 것이기 때문이다.[58] 마약의 수출입 행위에서도 마찬가지이다. 이처럼 해상에서 떠밀려온 그 마약이 어느 국가를 향하든지 간에 마약이 해안가에서 발견된 국가에서는 상당히 사회적으로 충격을 받을 것이고, 모든 국가는 떠밀려온 마약에 의해 무분별하게 피해자가 될 수 있으며 이러한 피해는 매우 중대할 것이다.[59] 따라서, 마약류관리법상 범죄행위를 추가하여 개정할 필요가 있다. 그러나 이러한 행위 해석에 있어서 명확성의 원칙에 위배 될 수 있을 것이라는 의견도 충분히 제시할 수 있다. 그러나 우리나라 해안가에서 마약이 너무나 쉽게 발견되는 이 현상과 더불어 마약범죄가 사회적으로 큰 해악인 측면과 해양이라는 고립된 특수한 환경을 이용한 점, 국제 마약 카르텔이 연관되어 있을 가능성이 높은 점, 수사기관이 중요 증거를 확보에 있어 어려움[60]을 주는 점, 우리나라에 한 번에 대량으로 마약이 유입되면 그

「마약류관리에 관한 법률 시행규칙」, 「형법」 및 그 외 일부 법률에 규정되어 있다. 국제적으로는 해양법협약, 마약 관련 유엔 3대 협약도 있다.

56) KBS뉴스, “마약 유입경로 ‘오리무중’... 해류 타고 오나?”(https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=8406883&ref=A / 2025. 11. 13. 보도).

57) 네이버 국어사전, “운반” 검색(2025. 11. 26. 검색).

58) 마약류관리법상 범죄행위에 대하여 운반뿐만 아니라, 소지, 소유, 관리, 보관, 사용, 수입, 수출, 매매, 매매알선, 수수, 제공 등 여러 행위가 있지만 제주 해안가를 중심으로 발견된 마약의 경우 해상에서 마약 던지기 수법(우리나라에서는 처음 발견된 신종 수법)을 하였다는 가정하에 이 마약이 어디로 흘러 들어갈지 예측하고 마약 거래를 할 수 있는지도 미지수이다. 수입, 수출의 행위로 적용하여도 마찬가지이다. 차로 포장된 마약의 경우 QR코드가 있긴 하지만 실제로는 위치추적장치(GPS)가 설치된 것도 아니었다. 그만큼 목적지를 모르고서 해양에서 해류를 통해 제주 해안가로 밀려 들어온 것이라고 추정되며 이러한 마약범죄의 실태에 대해서는 그 어느 국가라도 예외가 될 수 없다.

59) 만약, 제주도 해안가에 떠밀려온 마약을 어떤 누군가가 발견하여 신고를 하지 않고, 호기심이나 다른 목적으로 흡입 또는 판매 등을 할 여지도 있다. 여기서 문제가 되는 것은 호기심 또는 관상용으로 마약을 입수하였다고 주장한다면 수사기관은 흡연목적으로 소지했다는 것에 대한 입증책임이 따른다. 이에 마약류관리법 제3조 제6호를 위반하여 제2조 제3호의 목적범으로 규정한 형식을 유지하면 마약사범을 힘들게 검거했어도 증거불충분으로 수사단계에서 석방할 수밖에 없다. 따라서 마약류관리법 제61조 제1항 제3호가 흡연·섭취 목적 가목 향정 원료 식물·버섯류 소지·소유를 처벌하는 것에 대하여 흡연·섭취 목적은 삭제되어야 한다고 주장하기도 하며, 마약류관리법이 개정된다면 이 부분도 반영하여야 할 것이다(이정혁·강동욱, 앞의 논문, 131면).

60) 현재까지 우리나라 해안가에서 발견된 마약 포장지에서는 지문이나 DNA가 검출되지 않아 수사에 난항을 겪고 있다. 또한 우롱차 포장에는 공통적으로 QR코드가 인쇄되어 있었는데 다만, 코드 인식 시 각기 다른 정보가 애니메이션 영상으로 연결되는 등 혼선이 있지만 수사함에 있어 큰 의미를 두지 않고 있다. 다만, 해양경찰은 이 마약들이 필리핀 동부 해상에서 시작되어 한국 남해안으로 흐르는 해류(쿠로시오 난류)를 타고 유입되었을 가능성을 염두에 두고 있다. 이는 캄보디아, 말레이시아 등 동남아시아 국가에서도 유사한 포장 수법이 과거에 적발된 전례가 있기 때문이다(서울신문, “두달새 12번째 차포장 마약, 해류타고 온 동남아산 가능성 무게” https://www.seoul.co.kr/news/society/accident/2025/11/13/20251113500272#:~:text=1.%20%EC%83%88%EB%B2%BD%EB%B0%B0%EC%86%A

에 대한 사회적 파급력이 상당한 점 등을 고려하면 강력한 처벌이 불가피하다. 이러한 국제 마약 카르텔은 이제는 단순히 범죄조직이 아니라 무장한 준군사단체로 간주하여 대응을 더욱 강화해 국내로 확산되는 마약을 막아야 할 것이다.

<표-4 > 「마약류 관리에 관한 법률」제3조 및 제53조 개정안

개정 전	개정 후
제3조(일반 행위의 금지) 14. 신설	제3조(일반 행위의 금지) 14. 불특정 다수의 사람에게 마약류가 발견되면 상당한 위험성이 예상되는 경우
제58조(벌칙) 5.2. 신설	제58조(벌칙) 5.2 제3조제14호를 위반하여 불특정 다수의 사람에게 마약류가 발견되어 상당한 위험성이 예상된 행위를 한 자

2. 해양 마약범죄 수사예산 증액과 인력 증원 및 협업의 필요

현재 해상에서의 마약 밀반입이 급증하고 있으며 2023년 해양 마약범죄가 사상 최다로 적발되었으며 2024년에는 우리나라에서 마약 제조사범까지 발생하였다. 해양경찰청의 자료에 따르면, 2023년 마약범죄 적발 건수는 총 1,072건으로 이는 최근 5년 동안 6배 이상 증가한 수치이며, 전체 마약 밀반입의 80%가 선박을 이용하여 이루어지며 해상에서 밀·반입이 특히 두드러지고 있다. 코로나19 이후 국제물류가 회복되고 선박이 대형화, 첨단화됨에 따라 마약의 유통량이 막대해졌다. 실제, FBI의 첩보로 2025년에 63빌딩 길이의 대형 선박이 2톤이나 되는 마약을 싣고 강릉 옥계항에 입항하였으며 수색에 동원된 인력만 세관 31명, 해양경찰 59명으로 총 90명이었다.[61] 또한, 2024년 1월에는 부산 신항에 입항한 75,000톤급 선박 선저에서 코카인 100kg이 발견되었다. 이처럼, 선저에 있는 씨체스트에 마약을 숨겨두고 정박하는 선박의 경우 선주가 협조한다면, 잠수부를 투입해 수색하여 마약을 발견할 수 있다. 그러나 협조하지 않을 경우, 선체 의심 물질을 탐색할 수 있는 별도의 첨단장비가 필요하다.[62] 즉, 선박에 등선하여 수색하지 않고도 수중 드론 등을 이용해 해상에서 선체 의심 물질을 탐색하는 등 마약 밀·반입에 선제적으로 대응할 필요가 있다. 2024년도 마약범죄 단속 및 예방을 위한 해양경찰청의 예산으로는 13.1억원으로 편성되었으며 이 예산으로 마약수사 협력체계 강화 및 검사 간이시약 확보, 도서 지역 해양조사자 마약범죄 예방 및 홍보의 목적으로 확보하였다.[63] 그러나 선박을 통해 밀반입되는 마약을 탐지하

1%EC%9D%84%20%EC%A0%9C%ED%95%9C,%EB%B0%B0%EC%86%A1%EC%9D%84%20%EC%9C%A0%EC%A7%80%ED%95%B4%EC%95%BC%20%ED%95%9C%EB%8B%A4. / 2025. 11. 13. 보도).

61) 이 선박은 2025년 2월 페루에서 공선으로 출항하여 중간에 파나마를 거쳐서 마약을 싣고서는 중국, 우리나라 당진항을 거쳐 기상악화로 인해 마약을 유통하지 못하고 강릉 옥계항으로 입항한 것이었다. 이에 FBI의 첩보를 입수하여 해양경찰과 세관이 함께 적발하였다.

62) 전라일보, “이원택, "해양경찰청 ... 해상 유입 마약범죄에 철저히 대응해야!”(https://www.jeollailbo.com/news/articleView.html?idxno=748607 / 2024. 10. 21. 보도).

는 장비 예산까지는 포함되지 않았다. 또한 첩보가 매우 중요한 사건이 마약사건이다. 정보원으로부터 첩보를 입수하여 진행하지만, 이들을 관리하기 위한 첩보 수집비 또는 정보원비 등이 부족하여 첩보 수집에도 어려움이 있다. 그렇기에 마약 판매책에 대한 수사 진행 시, 위장거래 및 정보원의 마약 파티 참석 등 자금이 필요한 경우, 활동 자금이 없는 경우가 비일비재하다. 이에 더욱 수사예산을 증액시켜야 하며 우리나라가 더 이상 마약 중간 경유지[64]로 전락하지 않도록 마약범죄 예방 및 단속에 있어 선제적으로 대응하여야 한다.[65]

예산 증액과 더불어 증원해야 하는 것이 바로 수사 인력이다.[66] 특히 전국 해양경찰서 가운데 외사계 수사 인력이 턱없이 부족한 실태이다.[67] 가장 적은 지역은 4명으로 구성되며 이 또한 외사계장 1명, 반장 1명, 반원 1명, 서무 1명으로 정원이 측정되어 있다.[68] 이처럼, 해양 마약범죄가 처음 발생하였을 때는 수사관들의 수사능력이 중요하며 대부분의 해양 마약사범의 경우에는 외국인 선원의 단순 투약 사례가 많은 것을 고려하였을 때 현재 드러나 있는 범죄보다 더 많은 암수 범죄가 있을 것이다. 이러한 암수 범죄를 수사할 해양경찰 인력이 현재로서는 부족한 실태이다. 따라서 추후 외사계 수사 인력이 4명으로 구성된 해양경찰서에서는 증원(1명 이상)을 하거나 각 지방청 마약수사대의 인력[69]을 지역 여건에 따라 지원하는 방안도 고려하여 대응할 필요가 있다. 그러나 실무적으로 일선 해양경찰서 외사계와 지방청 마수대의 협업이 잘되지 않는 경우가 대부분이다. 왜냐하면, 두 부서 모두 성과지표가 마약사범 검거 실적이기 때문이다.[70] 따라서 해양 마약범죄 수사의 협업을 위해서는 성과지표 기준도 변경하여 단순히 마약사범 검거 실적이 아닌, 협업 수사 실적으로 하는 것이 필요하다.

---

63) 해양경찰청 보도자료, “해양경찰청, 해양 마약범죄를 뿌리 뽑는다!!”(2023. 12. 27. 배포).

64) 이와 관련하여 2025년 3월 미국 국무부(2025년 국제 마약통제 전략보고서)는 한국을 마약 화학 물질 생산 허브로 지목하였으며 범죄자들에게 매력적인 장소라고도 발표하였다.

65) 실무적으로 어선에서 발생하고 있는 선원들의 열악한 노동환경에 의한 개인 마약범죄를 단속하기 위해서는 조업 중인 배를 정선시켜서 증거를 확보해야 하는 상황이다. 이에 정확한 첩보가 없는 경우 정선에 따른 조업 손실에 대한 민원 발생 문제가 있으며 단기간이 아니라 장기간에 입건 전 조사를 거쳐서 해당 어선이 조업을 끝내고 입항할 때 경찰관들은 승선하여 단속하는 경우가 대부분이다. 이 외에도 마약범죄는 초동수사 과정에서부터 송치하는 과정까지 상당한 민원이 발생하고 있다.

66) 이는 외국인 선원이 마약범죄를 하였을 때를 전제로 하여 외사계 수사인력을 예시로 든 것이며, 만약에 먼저 범죄를 인지한 곳이 마약수사대라면 마약수사대가 수사를 할 수 있다. 그러나 5개의 지방청 마약수사대의 인력도 부족하기는 마찬가지이다. 이와 관련하여, 지난 2025년 2월 강릉 옥계항에서 대형 화물선을 통해 마약이 유입된 사건도 특공대 지원을 받은 경우이다.

67) 한정된 인원으로 다른 기획사건과 병행, 마약사건을 진행함에 따라 피의자 추적 시 적은 인원으로 인해 추적 실패, 노출 우려 등의 어려움이 많으며 소수 인원으로 금융·통신자료 분석, 피의자 동선 추적, 장기간 잠복수사로 인한 집중력 저하 등 애로사항이 발생한다.

68) 강릉의 경우에는 정보계와 외사계를 합쳐서 정보외사계, 사천과 서귀포는 외사보안계라고 하여 외사 업무를 하고 있다.

69) 중부, 남해청 마수대 각 5명 / 서해청 마수대 3명 / 제주, 동해청 마수대 각 4명(25년 11월 기준).

70) 어느 한 지방청 마약수사대 수사관 인터뷰 결과, 외사계와 마약수사대 모두 인력이 부족하며 두 부서 모두 성과지표가 마약사범 검거 및 차단 실적이기에 협업이 실무상으로는 성과지표 때문에 어렵다고 한다.

<표-5> 전국 해양경찰서 외사계 수사인력 현황(2025년 11월 기준)

지역	인천	평택	태안	보령	군산	부안	목포	완도	여수	사천	통영	창원	부산	울산	포항	울진	동해	강릉	속초	제주	서귀포
인원	7	4	4	4	5	4	7	4	5	4	4	4	10	4	4	3	4	5	3	5	6

* 출처: 해양경찰청, 서해5도특별경비단의 경우 외사계 5명

3. 전문수사관 지원을 위한 제도 활성화(실질적인 인센티브 부여)

해양 마약범죄를 수사하기 위해서는 일반적인 수사 절차뿐만 아니라 해양의 특성, 선박의 구조 등을 전문가처럼 알고 있어야 한다. 그렇기에 더욱 전문수사관 제도를 활성화해야 한다. 현재 해양경찰청은 「(해양경찰청)전문수사관 운영 규칙」이 있으며, 이 규칙에 따라 전문수사관 제도[71]를 운영하고 있다. 또한 동 규칙 제3조에서는 어느 일정 분야별로 구분하여 인증한다.[72] 제16조는 "해양경찰청장은 전문수사관이

71) 「전문수사관 운영 규칙」 제2조의 "전문수사관"이란 해양경찰 수사업무를 처리함에 있어 전문지식, 실무경험이 특히 필요하다고 인정하여 해양경찰청장으로부터 수사업무 능력을 인증받은 사람을 말한다.

72) 전문수사관 인증분야는 다음과 같다. 1. 죄종 2. 수사기법 3. 증거분석 4. 해양범죄 특화로 구분해 놓았으며 이렇게 각각에 따른 세부 인증 분야도 정해져 있다. 그중에서도 마약류 범죄는 인증분야 가운데 죄종 인증분야 중에 세부 인증분야 전문수사관으로 분류되어 있다(「전문수사관 운영 규칙」 제3조 관련 별표 1 참조).

인증분야	세부 인증분야	관련내용
죄종 (8)	①강력 · 폭력범죄	강력·폭력 등 수사 · 형사 범죄 수사
	②재산범죄	사기, (업무상)횡령·배임, 장물죄 등 재산범죄 수사
	③마약류범죄	**마약류범죄(필로폰 · 양귀비 · 대마 등) 수사**
	④국제범죄	국제범죄(외국 · 외국인 관련 범죄, 관세 · 국경범죄 등) 수사
	⑤사이버범죄	사이버, 통신 등 활용한 범죄 수사
	⑥지능범죄	특정경제범죄법, 특정범죄가중법 범죄 수사
	⑦성(性)범죄	성[性](폭력 · 착취 · 학대 · 추행) 관련 범죄 수사 * 군[軍] 내 성범죄 포함
	⑧중대재해범죄	중대재해 처벌 등에 관한 법률 제2조제3호 관련 수사
수사기법 (5)	①수사면담	정보수집형 면담방법론 적용 범죄 수사
	②추적수사기법	통신, 사이버, CCTV, 수사자료분석프로그램(i2) 등 추적기법 활용 수사
	③회계부정	회계장부 및 기업범죄 관련 수사
	④폴리그래프	폴리그래프검사(주[主] 작성실적만 인정) 이용 수사
	⑤선박구조(도면) 분석	선박충돌 · 침몰사고 시 선박구조 또는 도면 분석 이용 수사
증거분석 (6)	①화재감식	선박, 해양시설, 육상 등 화재 관련 감식
	②충돌감식	선박사고(충돌·전복·침몰 등) 관련 감식
	③현장감식	절도, 살인 등 사건 현장감식
	④수중감식	수중에서 이루어진 증거물 수집 등 감식
	⑤디지털포렌식	항해, 통신장비 포함 디지털 증거분석
	⑥지문감정	변사자 신원확인을 위한 변사자 지문감정
해양범죄 특화 (4)	①불법조업 외국어선 조사	불법조업 외국인 피의자 조사
	②해양안전	해양사고·교통 및 안전저해사범 관련 수사
	③수산사범	수산관계법령 위반 수사
	④해양오염	해양환경 관련 특별법 위반 수사

전문분야 연구활동, 세미나 참석, 관련 서적 구입 등 해당분야의 역량강화를 위해 필요한 예산을 지원할 수 있다.”라고 규정되어 있다. 그러나 실제로는 전문수사관의 수사역량 강화를 위해 별도의 예산은 편성되어 있지 않지만, 범죄수사활동 예산을 통해 관련 서적 구입 등 지원하는 실정이다.[73] 하지만 이는 「전문수사관 운영 규칙」에 근거한 전문수사관만을 지원하는 예산이 결코 아니다.[74] 이와 관련하여 어느 한 수사경력 20년 이상의 베테랑 수사관(2022년도 당시, 일선 해양경찰서 형사계장 근무)은 “전문수사관에 대한 지원은 형식적이고 실질적으로 전문수사관들에게 돌아가는 인센티브를 체감하기 어렵다.”라고 하였다. 또 어느 한 국제범죄 전문수사관(현재 일선 해양경찰서 외사계 근무)은 “해당 분야의 역량강화를 위해 전문수사관만을 위한 예산은 한 번도 지원 받아본 적이 없다.”라고 하여, 동 규칙 제16조가 유명무실한 것을 알 수 있다. 이 규정은 임의적 규정으로 전문수사관에 대해 소극적 지원체계를 두고 있다.[75] 검찰청도 임의적 규정으로 관련 근거가 있다.[76] 이 규정에 따라 검찰청 전문수사관은 해양경찰청과는 다르게 수사역량 강화를 위해 필요한 지원을 받고 있다.[77] 마약범죄에 있어서 검찰청의 마약 수사관들이 전문적으로 수사를 하는 것처럼, 마약범죄는 다른 범죄에 비해서 전문성을 많이 요구된다. 전문가로 인정받기 위해서는 최소 5년~10년 이상 한 분야에서의 업무 해결 능력이 있어야 한다. 그렇기에 해양 마약범죄 수사를 함에도 마찬가지이다. 특히, 전문수사관들의 사기 진작 및 해양 마약범죄 수사역량 강화 및 전문성 향상을 위해서는 조직 내부에서부터 지원을 아끼지 말아야 할 것이며, 수사관들이 체감할 수 있는 실질적인 지원방안을 모색하여야 할 것이다. 구체적으로는 동 규칙 제16조에 따른 전문수사관에 대한 필요한 예산을 필수적으로 확보하여야 한다. 즉, 동 규칙 제16조의 임의적 규정을 의무적 규정으로 개정하여 전문수사관을 위한 지원을 필수적으로 하여야 할 것이다.[78]

4. 해양 마약범죄에 있어서 함정수사의 예외 인정 필요성

최근 5년간 마약사범의 일반적 검거현황은 약 98% 이상이 판매·투약·밀경사범이다. 연도별로 다소 차이가 있지만 밀경사범을 제외한 80~90%가 판매 및 투약 사범에 해당하며 그중에서 제조사범은 약 2% 미만에 불과하다.[79] 마약 제조 부분에 있어서는

73) 전문수사관에 대한 실질적 지원 현황과 관련하여 해양경찰청을 상대로 직접 정보공개청구하여 얻은 답변이다(청구일 : 2025. 5 .31. / 접수번호 :14417109).

74) 즉 범죄수사활동 예산으로는 수사과(수사계, 형사계, 형사 기동정)에서의 진행 사건에 필요한 수사활동 예산인 것이며, 구체적으로 일선 해양경찰서 수사관들이 사건 수사를 위해 외근 조사를 할 경우, 필요한 경비(식비, 유류비 등) 또는 정보원비 등을 의미한다.

75) 손영태, “해양경찰청 전문수사관 운영제도의 개선방안에 관한 연구”, 「한국해양경찰학회보」 제9권 제2호(2019), 100면.

76) 공인전문수사관 인증 등 수사관전문화에 관한 지침 제16조(대검찰청예규 제1377호) 참조.

77) 대검찰청을 상대로 공인전문수사관의 실질적 지원현황에 대해 정보공개청구(청구일: 2025. 5. 31. / 접수번호: 14417107)한 결과, 「공인전문수사관 인증 등 수사관전문화에 관한 지침」(대검찰청예규 제1337호)에 따라 공인전문수사관 인증 대상자 전원에게 전문서적 구입비, 수강료 등의 실비를 지원하고 있으며 수사관이 역량강화를 위해 계속적인 노력을 기울이고 있다고 하였다.

78) 손영태, 앞의 논문, 117면 참조.

79) 대검찰청 보도자료, “「2024년 마약류 범죄백서」 발간”(2025. 6. 15. 등록) 보도자료에 따르면, 역대 마약사범 범죄유형별 단속현황 중 2024년을 보면 제조, 밀수, 매매, 투약사범은 17,266명으로, 그 중 제조사범은 19명으로 0.1%로 나타났다.

비밀리에 행해지는 그런 암수범죄를 고려해도 검거현황에 의하면, 외국에서 제조된 마약이 해양 등을 거쳐 국내 판매책의 소매로 이어지는 것으로 추정할 수 있다. 우리나라 형사사법권이 미치지 않은 외국에서의 마약 제조를 제외하고 밀수·판매·투약·밀경에 대해서는 판례가 그 적법성을 인정하고 있는 기회 제공형 함정수사 이외에 위장수사의 도입을 검토할 필요성도 제기되고 있는 등[80] 마약범죄에 대한 함정수사에서의 예외 인정 등 마약범죄 수사의 용이성 확보가 요구된다.

현재 제4차 산업혁명 시대가 열렸으며 이제는 인터넷(다크 웹, SNS 등)을 이용한 마약 거래 확산으로 마약의 밀반입 사례가 증가하고 있다. 일반인들의 마약 거래가 꾸준히 증가하고 있는 이 현실을 고려할 때, 마약의 접근 가능성을 사전에 차단하는 것이 매우 중요하다. 이에 마약 거래를 포착하기 위해서 검찰에서는 인터넷을 통한 마약 거래를 막기 위해 사전 검색을 통해 마약 거래를 걸러낼 수 있는 프로그램을 개발하여 운용하고 있다. 그러나 이와 관련된 프로그래머는 기관별로 1~2명의 인원만이 배치되고 있으며, 마약 거래를 위해 이 프로그램을 통해 가상의 아이디를 생성·이용, 가장하여 거래로 접근하고 있다. 이는 함정수사의 문제로 연결되며 위법 수사라는 논란의 대상이 될 수 있다. 그래서 함정수사를 통해 직접적인 거래 현장으로 들어가 점조직화된 마약 거래선과 투약자를 검거할 수밖에 없는 마약범죄의 특수한 암수 관련 현실을 고려했을 때, 마약범죄는 함정수사 논란의 예외를 인정하여 함정수사와 관련된 논의는 배제하여야 할 것이다. 마약사범에 대해서는 의도적인 범죄유발형 함정수사가 아닌 한 함정수사를 폭넓게 인정하고, 이러한 방법에 의해 수집한 증거에 대해서는 증거능력을 인정함으로써 마약사건의 수사와 마약사범의 검거를 용이하게 할 것이 요구된다.[81] 마약사범을 수사하면서 유통과 관련된 자들을 특정하고 개별적 위법행위를 확인하는 과정에서 전체적인 조직 또는 조직적 행위와 그 가담자들의 역할을 파악하기 위해서는 이들에 대한 (필요한 경우 기술적 장치의 투입 등) 미행·추적 등을 통해 지속적으로 관찰·감시하는 등 그 과정에서 범죄와 관련된 정보나 증거를 확보할 필요가 있다.

5. 국내·외 관계기관 간 수사 협력체계 구축 및 확대

국제 마약 카르텔은 현재도 마약 밀거래를 해상 및 육상에서 시도하고 있다. 이처럼 해양 마약범죄에 있어서는 국내를 넘어 국제사회의 법익을 침해하는 국제성 범죄이다. 따라서 그 국경을 초월하여 범죄가 발생하고 있으며 선박 소유와 선원들의 다양한 국적, 현재지 등의 문제가 복잡한 형태를 띠며 여러 국가의 이해관계가 얽혀 있다. 해양 마약범죄 근절을 위해 해양경찰청도 국내 관계기관과의 수사협력과 국제공조 수사에도 초점을 두었다. 특히, 삼면이 바다로 둘러싸인 우리나라는 해상을 통해 마약이 유입된다면 사전의 첩보 없이는 단속과 적발이 매우 어렵다. 따라서 관세청과 같은 국내 관계기관 및 주변국과의 수사 협력체계 유지 및 공조수사의 강조는 필수라고 해도 과언이 아니다.[82]

---

80) 오상지, “마약 및 사기범죄에 대한 위장수사 도입의 필요성”, 「치안정책리뷰」 제76호 (2022), 13면.
81) 이정혁·강동욱, 앞의 논문, 134면~135면 참조.
82) 이경제·정신교 외 2명, 앞의 논문, 85면.

검찰의 경우, 주요 마약 발송국이라고 할 수 있는 태국 등에 우리나라 마약 수사관을 파견 및 상주시키고 있으며 현지 수사기관의 협조를 받아 현지 마약 발송조직을 검거하는 '원점 타격형 국제공조시스템'을 통해 마약의 국내 유입을 차단하고 있다.[83] 또한 미국과는 오래전부터 구축된 국제사법공조 및 DEA(미국 마약단속국), HSI(국토안보수사국) 지부를 통하여 태국 등 동남아시아 국가와는 마약 수사관을 상호 파견하여 신속한 수사정보 교류 및 협력을 하고 있다. 이처럼 국내에 반입되는 마약 중 다수를 차지하는 동남아시아, 미국과는 원활한 협력체계가 구축되어 있어 공조수사 진행에 있어서 비교적 원활하다. 그러나 국내항에서 적발되는 마약의 출발지를 살펴보면 2021년 멕시코(필로폰 404.23kg), 같은 해 페루(코카인 400.418kg), 2024년 브라질(코카인 약 100kg), 2025년 4월 (코카인 2톤) 또한 멕시코 등으로 공조 채널이 원활하지 않은 국가들이 다수 있다. 특히 이와 같이 선박을 통해 마약이 유입되면 그 양이 많으므로 어떤 국가든지 해당국은 이로 인한 막대한 피해가 발생할 가능성이 농후하고 선주, 국적이 다양한 선원, 선박의 기국 등 여러 국가의 이해관계가 복잡하게 얽혀 있기에 더욱 정교한 국제공조가 필요하다.[84] 그러므로 정부에서는 공조국을 늘리고 검찰, 경찰, 해양경찰 등 마약 수사관들을 주기적으로 공조국 수사기관에 파견하여 교류할 기회를 활성화해야 한다.

국내 관계기관과도 업무 협력을 강화하기 위해 관세청과 마약 밀반입 정보교류 및 단속 자산 공유를 위한 업무협약도 체결하는 등 더 나아가 마약범죄 특별수사본부를 꾸려 국내 수사기관과 긴밀하게 협력하고 있다.[85] 그러나 실무적으로는 각 부처 간 실적 경쟁 등으로 마약범죄 첩보의 원활한 교류가 이루어지지 않고 있으며 마약사범에 대해 수사 기밀 등을 이유로 합동 단속 등이 원활히 이루어지지 않고 있다.[86] 따라서 특별사법경찰기관인 관세청 등에 마약 수사관들을 파견하여 끊임없이 협력하여 관계기관과의 원활한 공조수사를 이끌어내야 할 것이다. 더 나아가 일회성 파견이 아닌 주기적으로 수사관을 관세청에 파견하여 교류의 기회를 확대하여야 한다. 이러한 교류 파견이 활성화된다면 관세청뿐만 아니라 금융기관 감독기관인 금융감독원과의 협력도 중요하다. 최근에는 해상 마약 밀매로 인한 불법 자금 거래를 하면서 가상화폐로 그 대금을 지불하고 있다. 그러므로 수사기관과 금융감독원 사이 상설 정보교환 채널을 마련하여 수시로 필요한 정보를 공유하도록 하여야 할 것이며 더 나아가 현금을 취급하는 비금융권 사업체 또는 협력 단체를 망라하는 협의기구를 발족시켜 자금원의 위장 수법 변화에 신속히 대처할 수 있도록 철저한 대비를 갖추어야 한다.[87]

---

83) 대검찰청, "제31차 마약류퇴치 국제협력회의 개최", 2024. 10. 30. 발표 내용.
84) 이재인, 앞의 논문, 62~63면.
85) 경기신문, "해양경찰청, 매년 증가하는 해양 마약범죄에 수사 전담 인력 충원"(https://www.kgnews.co.kr/news/article.html?no=776058 / 2023. 12. 27. 보도)(추가로 이 기사에서는 해양경찰청은 마약수사과를 신설한다고 발표했으나, 현재까지도 본청 단위에서는 마약수사과라는 부서는 신설되지 않았고 형사과 아래에 마약수사계가 있을 뿐이다. 이러한 마약수사계에서는 현재 5명이 근무하고 있다).
86) 이경제·정신교 외 2명, 앞의 논문, 88면(2024년 어느 한 지방해양경찰청 마약수사대 수사관과 인터뷰 한 결과, 해양경찰청과 관세청 간 MOU를 체결하였어도 실무상으로는 각 기관의 성과, 실적 때문에 마약 첩보에 대한 공유가 생각보다 원활하지 못하다고 하였다).
87) 이경제·정신교 외 2명, 앞의 논문, 86~87면.

Ⅴ. 맺음말

국내에서의 마약 확산은 과거와 비교하였을 때 점점 그 심각성이 커지고 있으며, 마약사범은 갈수록 고도화 및 조직화, 그 거래 수법도 치밀하고 다양해졌다. 또한 최근 마약사범의 추세는 단순히 판매, 단순 투약에 한하지 않고 국제적인 유통망을 갖추고 마약을 밀매하는 등 다양한 방법으로 이루어지고 있으므로 해상 마약사범의 단속을 위해 수사기관의 수사체계와 장비, 인력 등의 보강이 절실히 필요하다. 해양경찰의 경우 해상에서 발생하는 각종 범죄를 단속하는 일반사법권을 가지고 대응하고 있으나 국제성을 띠고 있는 마약범죄에 대해서는 검찰, 경찰청과 같은 다른 기관에 비해 수사 인력과 체계가 열악하다고 해도 과언이 아니다. 더욱 선제적으로 마약범죄에 대응하기 위해서는 해양 마약범죄 수사를 함에 있어서 전문성 있는 우수인력 확보와 더불어 수사예산의 확대가 전제되어야 한다. 우리나라는 현재 해상에서 발생하고 있는 마약사건의 비율은 육상과 비교하면 높지 않지만, 우리나라 특성상 삼면이 바다로 둘러싸여 있는 점을 보면 해양이 마약 운송 루트로 활용될 가능성도 전혀 없다고 할 수 없다. 우리나라의 주요 항만인 부산항, 옥계항 등에서 접안 하던 화물선에서 마약이 대량 발견되기도 하고 최근 제주, 포항 해안가에서도 일반인에게 마약이 쉽게 발견되고 있는 현상이 그 반증이다. 이렇게 해양을 통해서 국민의 일상으로 침투한 현 상황을 보면 불특정 다수의 사람이 마음만 먹으면 마약을 손쉽게 할 수 있게 되는 상황까지 와있으며 사회적으로 그 파급력이 상당할 것이다. 이는, 우리나라 역시 해양에서 들어오는 마약에 대해서도 철저히 대비할 필요성이 있음을 시사하는 바이다. 이와 관련하여 해양 마약범죄의 지속적인 연구 및 수사기법 개발을 위해 관세청·국립과학수사연구원·식품의약품안전처·한국해양수산연수원 등 관계기관과 합동으로 마약 연구 및 약물 이용 맞춤형 수사기법을 개발하고, 관계기관·교수·법률전문가·사이버 전문가·의사협회·약사협회·해양조사협회 등 자문단을 구성하여 수시로 자문회의를 개최할 수 있는 체제 마련도 필요하다. 또한 그에 맞는 전문 수사 인력과 함께 정부 차원에서 마약 관련 수사에 대한 예산(마약 등 탐지 가능한 첨단장비 구매 등)까지 확대 증액이 된다면 현재 해양 마약범죄 수사를 함에 있어서도 더욱 속도가 가속될 것이다.

■ **주제어**: 해양 마약범죄, 초국경성 해양범죄, 해양 마약범죄 수사

[참고문헌]

김석균, 「신 해양경찰학 개론」, 박영사, 2024.
김낭희·이선형·조제성·박진실·전진아, “최근 마약류 범죄 변화 양상에 따른 실태 및 치료처우 방안 연구 : 마약류 범죄 실태 조사” 한국형사·법무정책연구원 연구 총서, 2024.
김두상·박두식, “해양범죄의 실태와 처리절차 개선에 관한 연구”, 「한국해양경찰학회보」 제5권 제2호, 2015.
김보람, “마약범죄 수사·기소·처벌에서의 쟁점과 과제”, 「이슈와 논점」 제2070호, 2023.
김시수, “국민편익 증진을 위한 해양경찰 수사권의 역량강화 방안”, 「한국해양경찰학회보」 제8권 제1호, 2018.
노연상, “중국인 해상 밀입국 범죄의 현황과 대책”, 「치안정책연구」 제34권 제4호, 2020.
박주상·박동균, “국제해양범죄에 대한 해양경찰의 효율적 대응방안”, 「한국치안행정논집」 제7권 제3호, 2010.
손영태, “해양경찰청 전문수사관 운영제도의 개선방안에 관한 연구”, 「한국해양경찰학회보」 제9권 제2호, 2019.
오상지, “마약 및 사기범죄에 대한 위장수사 도입의 필요성”, 「치안정책리뷰」 제76호, 2022.
이경제·임채현, “해상 마약 단속 관련 법체계의 검토”, 「해사법연구」 제36권 제2호, 2024.
이경제·정신교·최자윤·최주연, “해상에서의 마약류 밀매 실태 및 대응방안”, 치안정책연구 제35권 제3호, 2021.
이규호, “4차 산업혁명 시대, 해양범죄와 해양경찰의 대응방안”, 「법학연구」 제24권 제1호, 2024.
이정혁·강동욱, “국내 마약류 확산에 따른 합리적 대처방안”, 「한양법학」 제30권 제4집, 2019.
이재인, “해상마약 판례(태안 해상 코카인 100kg 운반사건) 평석 - 향후 해상마약 수사에서 유의점 -”, 「해사법연구」 제27권 제1호, 2025.
경기신문(2023. 12 .27.) https://www.kgnews.co.kr/news/article.html?no=776058.
광주매일신문(2024. 11. 18.) http://www.kjdaily.com/article.php?aid=1731927169644646005.
나우뉴스(2024. 1. 19.) https://nownews.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20240119601005&wlog_tag3=naver.
연합뉴스(2025. 9. 13.) https://www.yna.co.kr/view/AKR20250912114100065?input=1195m.
연합뉴스(2025. 12 .9.) https://www.yna.co.kr/view/AKR20251209141700056?input=1195m.
울산신문(2024. 5. 19.) https://www.ulsanpress.net/news/articleView.html?idxno=528010.
인천일보(2025. 1. 24.) https://www.incheonilbo.com.
일요신문(2024. 4. 17.) https://ilyo.co.kr/?ac=article_view&entry_id=470738.
전라일보(2024. 10 .21.) https://www.jeollailbo.com/news/articleView.html?idxno=748607.
헤럴드경제(2024. 1. 23.) https://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20240123000401.
KBS뉴스(2025. 2. 17.) https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=8178098&ref=A.
KBS뉴스(2025. 11. 13.) https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=8406883&ref=A.
KBS뉴스(2025. 12. 16.) https://news.kbs.co.kr/news/pc/view/view.do?ncd=8435152&ref=A,
NTN국세신문(2025. 2. 17.) https://www.intn.co.kr/news/articleView.html?idxno=2041749.
관세청 보도자료(2025. 1. 21.) “지난해 총 862건, 787kg 마약 적발, 25년에도 빈틈없는 마약밀수 단속망 구축한다”.
대검찰청 보도자료(2025. 6. 15.) “「2024년 마약류 범죄백서」 발간”.
해양경찰청 보도자료(2023. 12. 27.) “해양경찰청, 해양 마약범죄를 뿌리 뽑는다!!”
해양경찰청 보도자료(2025. 4. 3.) “경청·관세청 합동 마약 수색팀 꾸려 외국 무역선에서 코카인 대량 마약류 밀수 적발”.

[Abstract]

A Study on the Current Status and Response of Drug Crimes in Korea
- Focusing on Maritime Drug Crimes -

Lee, Yu Kyeong* · Kang, Dong Wook**

In recent years, drug crimes do not stop at simple medication and abuse, but even tend to spread to secondary crimes(sexual crimes, don't ask crimes) after taking drugs. The government is also responding to drug crimes through various measures. However, as the government's crackdown intensifies, the methods have also become more diversified, and in recent years, attempts to smuggle marine drugs by ship are increasing. According to the Korea Coast Guard, the total number of marine drug offenders arrested in 2023 was 461, an increase of about 57% from 294 in 2022. As a case of drug smuggling through merchant ships, marine drug crimes have steadily occurred with 100kg of cocaine in Taean Port in 2019, 35kg and 100kg of cocaine in Busan New Port in 2021 and January 2024, respectively, and 28kg of cocaine in Onsan Port in Ulsan in April 2024. Recently, a total of 17 tea (茶) packaged drugs have been found, mainly in the northern and eastern coasts of Jeju Island. As such, the seriousness of the secondary social impact of the actual condition of drugs flowing into Korea through various maritime routes is emerging. The general public easily encounters the opportunity to access drugs, and if they are addicted to drugs, it can be said that the negative ripple effect on our society as a whole in the medium and long term beyond individual problems is very large.

Therefore, in this paper, the concept and type of marine crime and marine drug crime and the representative methods of jettison, parasite, trading are explained, and due to the characteristics of the ocean, various characteristics such as cross-border, limitations, expansion, enlargement and difficulty in securing evidence are examined, and countermeasures are suggested. First, it is necessary to add and revise the actions of Article 3 of the Narcotics Control Act. In addition, investigations such as expanding the investigation budget, increasing manpower, and collaboration on marine drug crimes should be supported. In this regard, the system for supporting professional investigators who investigate marine drug crimes should be activated together to boost the morale of investigators by giving incentives for investigators to actually feel it. Next, it is

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

necessary to recognize exceptions to trap investigations in marine drug crimes. Considering the special reality of hidden crime, exceptions to the controversy over trap investigations should be recognized and discussions related to trap investigations should be excluded. Finally, in order to conduct a smooth joint investigation to find the base of marine drug crimes, an investigation cooperation system such as information sharing should be established in advance through the dispatch and exchange of investigators between domestic and foreign related agencies.

■ **Key Words:** Maritime drug crime, Transboundary maritime crime, Maritime drug crime investigation

DOI: https://doi.org/10.53066/mlr.2026.24.2.49 ISSN 1229-7585
明知法學 제24권 제2호(2026. 1.) eISSN 2765-4869

가정폭력처벌법상 의무체포제 도입 관련 문제점과 대안 모색
- 피해자 보호를 위한 형사정책의 타당성과 쟁점 분석 -

김혜미*

논문요지

최근 가정폭력의 심각성이 사회적 문제로 부상하면서 미국식 의무체포제도의 도입 논의가 제기되고 있다. 가정폭력은 반복성과 지속성이 강하고 중범죄로 발전할 가능성이 높아, 초기 단계에서의 신속한 개입이 피해자 보호에 핵심적 요소로 평가된다. 그러나 현행 실무에서는 반의사불벌죄 적용, 피해자의 보복 우려 및 가정유지 부담 등으로 인해 피해자가 처벌을 적극적으로 구하지 않는 경우가 많아, 경찰이 현장에서 즉각적이고 적극적인 조치를 취하기 어렵다는 한계가 존재한다. 가정폭력처벌법이 피해자의 의사 존중을 중시한다는 점도 이러한 경향을 강화시켜 왔다. 이로 인해 신고 단계에서 가해자를 격리할 수 있는 실효적 장치가 필요하다는 요구가 꾸준히 제기되며 의무체포제가 대안으로 주목받고 있다.

의무체포제는 미국에서 1980년대부터 관계성 범죄의 피해에 대한 관심이 급증하며 도입된 제도로, 경찰에게 체포를 강제함으로써 범죄현장에서의 초기 대응력을 높이고 피해자-가해자를 즉각 분리한다는 장점을 갖는다. 그러나 제도 도입을 둘러싸고 여러 쟁점이 존재한다. 본고에서 제기하는 문제는 ① 국내 법체계와의 정합성, ② 피해자의 이익과 충돌한다는 부작용이다. 미국의 체포는 구속을 위한 절차적 단계로 이해되는 반면, 우리 법체계에서 체포는 독자적 강제처분으로서 중대한 기본권 제한 효과를 갖는다는 점에서 양국의 체계적 차이가 크다. 따라서 미국식 의무체포를 그대로 수용할 경우 체계정합성에 충돌을 야기할 수 있다. 또한 미국에서의 의무체포 운영 경험은 의무체포제가 피해자의 의사를 배제하고 경찰 재량을 과도하게 제한함으로써 신고율 저하, 이중체포 증가, 피해 경험의 다양한 특성에 관한 고려 부재와 같은 부작용을 초래할 수 있음을 보여준다. 본고는 이러한 문제점을 검토한 뒤, 우리 법체계에서 현실적으로 도입 가능한 대안을 탐색하였다. 첫째, 인신구속 사유에 '피해자 보호'를 명시적으로 추가하는 방안은 피해자 보호 목적을 제도적으로 강화할 수 있으나, 체포·구속의 본질을 넘어서는 결과를 가져오므로 신중한 검토가 필요하다. 둘째, 미국에서 활용되는 우선적 체포제도는 의무체포의 경직성을 완화하여 경찰의 판단 여지를 일정 부분 보장하는 방식으로 평가할 수 있다. 셋째, 가정폭력처벌법상 보호조치 위반을 체포의무 사유로 규정하는 방안은 중간적 단계로서 형사제재의 남용을 방지하면서도 현장 대응력을 확보할 수 있는 절충적 대안으로 제시되나 한계가 있다.

* 고려대학교 형사법 박사, 국회입법조사처 입법조사관.

본 연구는 의무체포 제도에 대한 비교법적·비판적 검토를 통해 피해자 보호를 위한 형사정책이 어떠한 기준 하에서 정당화될 수 있는지, 그리고 국가 개입의 한계가 어디에 설정되어야 하는지를 규명하고자 한다. 이는 향후 관계성 범죄 전반에 대한 정책 설계에 중요한 시사점을 제공할 것이다.

· 논문제출: 2025. 12. 21. · 심사개시: 2025. 12. 30. · 게재확정: 2026. 01. 16.

Ⅰ. 문제의 제기

가정폭력에 대한 대응 수단으로서 의무체포제의 도입 필요성은 실무와 학계에서 지속적으로 논의되어 왔다. 가정폭력은 반복적·지속적으로 이뤄지며 중대한 범죄로 발전할 가능성이 높은 범죄라는 특성을 갖는다. 과거에는 이를 사적 영역의 문제로 보아 국가의 개입을 자제해 왔으나, 시대적·사회적 변화에 따라 가정폭력·교제폭력·스토킹 등 관계성 범죄에 대해 국가가 보다 적극적으로 대응해야 한다는 요구가 지속적으로 제기되어 왔다. 이에 따라 강력한 대응 수단의 필요성이 부각되고 있다.

가정폭력 대응 강화의 일환으로 특히 주목되는 것은 현장에서의 대응력 강화이다. 이는 실무상 가정폭력 현장에서 경찰이 적극적으로 개입하기 어렵다는 한계를 배경으로 한다. 이 논의에는 관계성 범죄의 특성에 대한 이해가 필요한데, 피해자는 사적이고 내밀한 영역에서 발생하는 문제에 있어 법적 구제를 구하는데 어려움을 겪는 경우가 있다. 특히 가정폭력의 경우 보복 우려, 가정파괴에 대한 우려 등의 문제로, 중대한 피해를 입더라도 처벌을 적극적으로 구하지 않는 경우가 많다고 한다.[1] 또는 피해자 본인의 의사가 대응에 영향을 미치기도 한다. 단순 폭행의 경우, 반의사불벌죄가 적용되는데, 당사자의 처벌불원의사가 있을 때 경찰은 그 의사를 존중하게 되므로 가해자를 체포하는 등의 조치를 취하기 쉽지 않다.[2] 이 때문에 가정폭력 또한 스토킹처벌법처럼 반의사불벌죄를 배제하는 조항을 둘 필요가 있다는 의견도 제기된 바 있다.[3] 물론, 이러한 주장에 일정 부분 타당성이 있으나 피해자의 의사 존중은 가정폭력처벌법이 지향하는 핵심적 요소 중 하나라는 점은 간과될 수 없다. 가정폭력처벌법 제9조에서 가정폭력범죄가 가정보호사건으로 처리될 경우 검사가 피해자의 의사를 존중해야 한다고 규정하고 있다는 점에서도 이를 확인할 수 있다.

이처럼 현장에서의 적극적 개입 어려움은 가정폭력 대응에 있어 구조적인 한계로 작용해 왔다. 가정폭력을 규율하는 법체계는 그간 법 개정을 통해 재범 방지 및 피

1) 홍영오 외 2인, 「여성 대상 폭력에 대한 연구 : 친밀한 관계에서의 폭력을 중심으로」, 한국형사·법무정책연구원, 2015의 논의를 정리하였다.

2) 송현건, “미국의 가정폭력범죄 의무체포제도에 대한 연구: 경찰 집행 매뉴얼과 제도 문제점을 중심으로”, 「치안정책연구」 제34권 제3호, 2020, 168면. 반의사불벌죄는 소추조건으로 범죄의 성립에는 영향을 미치지 않으므로 체포 자체는 가능하나, 향후 소추 가능성이 낮음에도 피해자가 처벌을 원하지 않는다는 의사를 명확히 표명한 경우, 이를 무시하고 체포를 집행하는 것은 경찰에게 상당한 부담으로 작용한다.

3) 이러한 문제제기를 바탕으로 2022년 10월 14일 김영주 의원이 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 개정안을 발의했던 바 있으나 임기만료로 폐기되었다.

해자 보호를 위한 여러 제도를 마련해 왔으나, 가정폭력 발생 현장에서의 대응력 강화 문제는 여전히 핵심적인 쟁점으로 남아 있다. 가정폭력처벌법에는 응급조치로서 현장에서 행할 수 있는 조치가 마련되어 있고(제5조), 그 이외에 가해자에게 주거로부터의 퇴거, 접근금지, 연락금지 등의 의무를 부과하는 임시조치, 긴급임시조치(제29조) 등 피해자 보호조치가 마련되어 있다. 이 중 임시조치나 긴급임시조치는 강력한 의무를 부과하고 있지만, 신청 및 허가에 시간이 소요된다는 점에서 범죄 현장에서의 신속한 대응에는 한계가 있다. 응급조치는 가정폭력 현장에서 신속하고 즉각적으로 행할 수 있는 조치인데, 체포를 제외하면 일시적인 조치에 머무른다는 한계가 있다. 가해자와 피해자의 '분리'가 규정되어 있지만, 이는 가해자나 피해자를 공간적으로 이동시켜 임시적으로 거리를 둠으로써 폭력 재발 위험을 일시적으로 차단하는 기능을 수행한다. 즉, 가해자가 근 시간 내에 현장으로 다시 복귀하여 폭력이 계속되거나 치명적인 피해로 발전할 가능성은 여전히 남아있다.

이러한 한계로 인해, 가정폭력 현장에서 보다 실효적인 대응 수단으로서 체포의 역할이 중요하게 부각된다. 가해자 체포는 범죄 수사를 위한 절차적 기능을 수행하는 한편, 가해자를 피해자로부터 즉각 격리하고 인신을 구속함으로써 추가적인 폭력이나 보복, 재범 발생 가능성을 실질적으로 감소시키는 효과를 갖는다. 다만 경찰의 체포는 체포 요건 충족에 대한 판단을 전제로 하므로, 가정폭력 현장에서 항상 가해자 체포로 이어지는 것은 아니다. 이 때문에 가정폭력 현장에서의 초기대응이 미흡하다는 비판이 있었고, 의무체포 제도를 도입해야한다는 주장이 제기되고 있다.

가정폭력 의무체포는 미국에서 처음 도입된 제도로, 경찰이 범행을 중대하지 않게 평가하거나 범행이 상대적으로 경미한 단계에 있더라도 체포를 강제한다. 이는 가정폭력 현장에서 즉각적으로 가해자를 인신구속함으로써 폭력의 계속을 차단한다. 또한 가해자와 피해자를 물리적으로 분리해 폭력이 치명적인 피해로 발전할 수 있는 가능성을 약화시킴으로써 피해자를 보호하고자 한다. 피해자 보호 측면에서 볼 때 의무체포 제도는 비교적 쉽게 정당화되는 것처럼 보인다. 그러나 도입과 운영에 있어 여러 법적·제도적 쟁점이 제기된다. 의무체포 제도는 체포의 필요성 판단에 있어 경찰의 판단 재량을 제한하고, 일정한 요건만 충족되면 일률적으로 가해자 체포를 요구함으로써 체포의 본래적 성질에 변화를 초래한다. 본래 강제수사이며 형사절차의 진행수단인 체포를 법체계상 지위를 넘어 피해자 보호 수단으로 이해하게 되면서 체포는 가정폭력 범죄에 있어서 복합적인 목적을 수행하는 제도로 정립된다.

그런데 피해자 보호를 목적으로 하는 형사사법정책이 기존 제도의 성격을 새로이 정립할 때 혹은 확장시킬 때는 더 신중하게 검토해야 하며, 법제도를 둘러싼 요소들을 복합적으로 살펴야 한다. 본고에서 지적하는 의무체포제도 관련 첫 번째 문제는 국내 법체계와의 정합성에 대한 고찰이다. 미국 체계에서의 '체포'는 우리 제도에서와 법적 의의가 다르기 때문에 의무체포 제도를 그대로 수용하는 것은 체계 정합적이지 않으며, 많은 충돌을 일으킬 수 있다는 점을 분석한다. 두 번째 문제로, 미국에서 의무체포제도의 운용 과정에서 피해자 보호와 관련하여 여러 부작용을 드러낸 바 있으므로 신중하게 검토할 필요가 있음을 사례를 들어 논증한다. 미국에서는 의무체포를 1980년대 후반부터 도입하여 수십년간 운용해왔고, 그 부작용과 문제점에 대한 많은 고려가 있었던 만큼 우리 법에 중요한 시사점을 제공한다.

본고에서는 이처럼 의무체포 제도의 문제점을 검토한 뒤 의무체포의 대안이 될 수

있는 방안을 살펴본다. 먼저 대안이 반드시 필요한 것인가에 대해서는 논쟁이 제기될 수 있다. 현행법상 피해자의 보호를 위한 다양한 지원과 조치가 구체적으로 구축되어 있는 것은 사실이나, 이러한 방안들이 대개 신청과 허가에 다소 시간이 소요되는 반면, 현장에서 바로 실행가능한 조치들이 추가적으로 필요하다는 주장에는 타당성이 있다. 이와 같은 관점에서 의무체포제도의 대안이 될 수 있는 방안으로 (1)인신구속의 일반적 사유로서 '피해자 보호' 추가, (2) 가정폭력에서의 우선적 체포제도의 도입, (3) 현행 가정폭력처벌법에 규정된 피해자 보호조치 등을 위반할 시 의무체포제도의 도입이 있다. 본고에서는 각각의 대안을 검토하고 그 한계점을 살펴보았다.

본고는 이 같은 논의 흐름에 따라, 먼저 의무체포제의 논의 및 피해자 보호 측면에서의 의의를 정리한 후(Ⅱ) 그 문제점을 각각 미국 의무체포제의 법적 성격(Ⅲ)과 의무체포제 운용 과정에서 드러난 부작용과 한계(Ⅳ)에서 검토한 뒤, 의무체포제도의 대안(Ⅴ)을 제시한다. 이를 통해 궁극적으로는 피해자 보호를 위한 형사정책이 도입될 시 고려해야 할 점과 그 방향성, 한계 등을 모색하고자 하였다.

Ⅱ. 의무체포제의 도입 논의와 피해자 보호관점에서의 의의

1. 의무체포제도의 논의 배경

현행 가정폭력처벌법 제5조 가정폭력범죄에 대한 응급조치[4]는 진행 중인 가정폭력범죄에 대하여 신고를 받은 사법경찰관리는 즉시 현장에 나가서 다음 각 호의 조치를 "하여야 한다"고 규정하면서, 폭력행위의 제지, 가정폭력행위자·피해자의 분리와 함께 현행범 체포 권한을 부여하고 있다. 형사소송법 제212조에 따라 현행범은 누구든지 영장 없는 체포가 가능하지만, 가정폭력처벌법에 이를 별도로 규율해둠으로써 경찰이 현행범을 즉각 체포할 수 있도록 법적 근거를 분명히 하고 있다.

그런데 이처럼 현행범 체포를 명시하고 있더라도, 가정폭력행위자를 현행범으로 볼 지 여부 및 체포할지의 판단은 경찰의 재량 영역이다. 현행법 규정은 조치를 "하여야 한다"고 규정하고 있고 해당 문언을 체포의무로 해석할 수 있지만, 일선에서는 실제 현장에서 체포의무는 사실상 사문화되었다고 평가하고 있다.[5] 이처럼 가정폭력행위자의 체포는 경찰의 재량 하에 있는데, 의무체포제를 도입하여 가정폭력행위자의 체포가 경찰의 판단에 좌우되지 않게 하고, 일정요건만 충족되면 체포하도록 하

4) 제5조(가정폭력범죄에 대한 응급조치) 진행 중인 가정폭력범죄에 대하여 신고를 받은 사법경찰관리는 즉시 현장에 나가서 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.
1. 폭력행위의 제지, 가정폭력행위자·피해자의 분리
1의2. 「형사소송법」 제212조에 따른 현행범인의 체포 등 범죄수사
2. 피해자를 가정폭력 관련 상담소 또는 보호시설로 인도(피해자가 동의한 경우만 해당한다)
3. 긴급치료가 필요한 피해자를 의료기관으로 인도
4. 폭력행위 재발 시 제8조에 따라 임시조치를 신청할 수 있음을 통보
5. 제55조의2에 따른 피해자보호명령 또는 신변안전조치를 청구할 수 있음을 고지

5) 김은경·김혜정·박소현·유숙영, 앞의 보고서, 201면에 현행 가정폭력처벌특례법상 처리절차의 문제점에 관해 법 실무자들의 인식과 평가 조사 결과를 제시하고 있는데, 법 실무자들은 이를 사실상 사문화되었다고 평가하고 있다.

자는 논의가 제기되고 있다. 이는 가정폭력과 같은 친밀한 관계의 폭력에서 체포·구속되지 않은 가해자가 피해자에게 치명적인 위협을 가하는 경우가 발생하기 때문이다. 다음의 사례를 예시로 들 수 있다. 충남에서 살해당한 40대 여성은 4차례에 걸쳐 남편의 가정폭력을 신고했고, 경찰은 가해자와 피해자를 분리 조치하였다. 이후에도 가해자인 남편이 계속해서 피해자를 찾아가자 경찰은 스마트워치를 지급하고 접근금지 등의 의무를 부과하였음에도 재차 피해자에게 접근해 살인을 범하였다.[6] 2024년에도 인천의 60대 남성이 아내를 흉기로 위협해 접근금지 등의 의무가 부과되었으나 해당 조치가 해제된지 일주일 만에 남편에게 살해당하면서[7] 가해자를 체포함으로써 인신구속하는 등의 조치가 취해졌어야 한다는 비판이 제기되었다.

그런데 이처럼 치명적인 위협이 발생하기까지 피해자는 왜 스스로를 적극적으로 보호하거나 법적 구제를 구하지 못하였는가? 이는 친밀한 관계의 폭력이 갖는 특수성에 기인한 것으로, 범죄 특성상 피해자가 스스로 법적 구제를 구하거나 도움을 요청하는 것을 기다리기보다 더 적극적인 피해자 보호가 요구된다. 그 이유는 다음과 같이 제시할 수 있다. ① 일반적으로 친밀한 관계의 피해자들에 대한 가해자의 폭력은 반복적이고 지속적으로 이뤄지거나 중범죄로 발전하는 특성을 갖는다. 피해자와 가해자의 관계가 지속되는 가운데 폭력의 강도가 점차 강해진다는 보고가 있었다. ② 이러한 특성은 가정폭력에서 더욱 강화되는데, 가정폭력은 집 내부에서 발생하기 때문에 제3자나 수사기관의 눈에 띄기 어렵고, 그 폭력의 정도가 행위중심적인 형법의 잣대로 볼 때는 경미해 보일지라도 지속성과 관계성에 입각하여 독특한 고통이 수반된다는 특징이 있다.[8] ③ 또한 친밀한 관계의 피해자는 보복에 대한 두려움 등으로 인해 적극적으로 법적 구제를 구하지 않는 경우도 있다. 이 경우 피해가 치명적인 범죄로 발전하기도 한다. 이 때문에 피해자가 구제를 요청하지 않거나 구제에 소극적이라고 하더라도, 피해자 보호에 나서야 할 필요가 있다.[9] ④ 피해자가 처벌불원의사를 갖고 있어 경찰의 개입을 거부하는 경우도 있다. 많은 가정폭력 피해자가 경찰이 출동한 경우 그 자체로 시급한 안전의 확보 또는 폭력으로부터의 탈출이라는 목적을 달성하면 그 이후의 수사나 재판절차에 대해서는 협조하지 않는 등, 처벌의사 없이 폭력사태를 그치게 할 목적으로 신고하기도 한다.[10] 이 경우 경찰은 폭력현장에서 피해자의 처벌불원의사가 있을 경우 적극적으로 개입하기 어려운데다, 가정보호사건에서도 피해자의 의사를 존중할 의무가 있다는 규정에서 볼 수 있듯, 피해자가 개입을 거부할시 경찰은 사실상 폭력 대응에 어려움을 겪을 수밖에 없다.

이 때문에 피해자 보호를 위한 강력한 형사적 대책 중의 하나로 논의되는 것이 의무체포제도이다. 해당 제도는 미국에서 먼저 도입한 제도로, 미국은 가정폭력 등의 방지 및 피해자 보호를 위해 의무체포 제도와 같은 강력한 대응을 시행해왔다.[11] 아

---

6) 경향신문, “가정폭력이 살인으로…‘접근 금지’ ‘스마트워치’도 소용없었다”, 2022. 10. 5., https://www.khan.co.kr/article/202210052343005(최종방문일: 2025. 12. 21).
7) 경향신문, “‘접근금지’ 풀리자마자 아내 찾아가 살해…60대 남편에 징역 27년 선고”, 2025. 12. 18., https://www.khan.co.kr/article/202512181525011(최종방문일: 2025. 12. 21).
8) 양현아, “미국 법현실주의의 현재적 함의”, 「법학연구」 제32권 제2호, 2021, 76면.
9) 김혜미, “교제폭력처벌법의 도입에서 개념 정의의 문제와 극복 방안 모색 - 비교법적 시사점에 대한 고찰을 중심으로 -”, 「법학연구」 제28권 제1호, 2025, 517면.
10) 오승이, “우리 가족 좀 내버려둬요”에 대처하는 판사의 자세 : 법원의 가정보호사건 처리 실무와 개선 방향”, 「이화젠더법학」 제16권 제2호, 2024, 177면.
11) 김은경·김혜정·박소현·유숙영, 「현행 가정폭력처벌특례법의 운용실태 및 입법적 개선방안

래에서 이를 소개한 뒤 의무체포제의 의의를 검토한다.

2. 미국에서의 의무체포제 시행

(1) 의무체포제도의 도입과 정의

미국에서는 1960년대 이전 친밀한 관계에서 발생하는 폭력은 개인의 사적 문제로 간주되어 국가가 개입하지 않는 것을 원칙으로 하고 있었다. 그러나 1970~1980년대를 거치며 여성에 대한 폭력 문제에 대한 사회적 관심이 급증하면서 국가가 적극적으로 대응해야 한다는 인식이 확산되었다. 이러한 흐름 속에서 1994년 여성폭력방지법(Violence Against Women Act, 이하 'VAWA')이 제정되었고, 가정폭력·교제폭력·스토킹 등에 대해서 다양한 대응 조치가 법제화되었다. 이처럼 미국의 형사사법제도는 가정폭력과 같은 사적 문제에 대한 비개입 원칙에서 국가 차원에서의 적극적인 개입과 강력한 제재를 의무화하기 시작했으며, 의무체포는 이러한 역사적 발전 과정 속에서 등장하였다. 즉, 형사사법이 피해자의 생명과 신체, 안전을 적극적으로 보호해야 한다는 의식에서 마련된 제도라 할 수 있다.

의무체포 제도 도입의 직접적인 계기는 1984년 미니애폴리스 실험(Minneapolis Domestic Violence Experiment)이라 할 수 있다. 1970년대와 1980년대에 걸쳐 경찰조직은 가정폭력에 있어 체포를 우선하는 방향으로 전개되고 있었지만, 가정폭력 현장에서의 영장 없는 체포 여부는 여전히 경찰의 판단에 달려있었다.[12] 1984년 Lawrence Sherman와 Richard Berk가 수행한 이 실험은 가정폭력사건에서 가해자를 체포했을 때 재폭력 가능성이 감소했다는 결과를 제시하면서 획기적인 반향을 불러일으켰고, 이를 통해 체포가 범죄예방에 기여할 수 있다는 정책적 인식이 확산되었다.[13] 1980년대 후반부터 1990년대 초반까지 의무체포 제도가 주(州) 법률로 본격 확산되기 시작하였고, 1994년 VAWA가 친밀한 관계의 폭력에 대해 강력한 정책을 시행하도록 규정을 마련한 바도 영향을 미쳤다. VAWA가 마련한 강력한 대응정책의 내용으로는 피해자의 신청으로 접근금지 등을 명하는 보호명령부터, 피해자 지원 강화 등이 있다.[14] 의무체포 제도, 강제기소 제도와 같이 형사절차상 수사기관에 대한 강제 등도 이러한 대응의 일환이었으며, 이는 상당한 숫자의 주(州)에서 가정폭력 가해자에 대해 강제적 체포제도를 마련해두는 계기가 되었다.

이는 영장 없는 체포(warrantless arrest)시의 체포를 강제하는 것으로, 가정폭력 가해자에 대한 의무체포(mandatory arrest)제도, 체포우선주의(preferred-arrest)로 유형화할 수 있다.[15] 이와 대비되는 의미에서 일반적인 의미의 체포를 재량적 체포

연구」, 한국형사·법무정책연구원 연구총서 14-AA-09, 2014, 96면.

12) Phillips, S. W., & Sobol, J. J., "Twenty years of mandatory arrest: Police decision making in the face of legal requirements", *Criminal Justice Policy Review*, 21(1), 2010, 98면.

13) Leisenring, A., 앞의 보고서, 456면.

14) 홍영오 외 2인, 앞의 보고서, 350-357면에 여성폭력방지법의 주요내용이 소개되어 있다.

15) David Hirschel, Eve Buzawa, April Pattavina, Don Faggiani, "Domestic Violence and Mandatory Arrest Laws: To What Extent Do They Influence Police Arrest Decisions", 98 J. Crim. L. & Criminology 255, 2007, 266면-269면에서 강제 체포를 규정한 주를 이에 따라 분류하고 있다.

(discretionary arrest)라고 칭한다. 다시 경찰관이 체포 여부를 결정할 때 행사할 수 있는 결정 권한의 정도로도 설명할 수 있는데 재량적 체포의 경우 전면적 재량을 인정하지만, 우선적 체포의 경우 재량을 인정하되 체포를 우선적으로 고려하도록 하고, 의무체포는 재량을 인정하지 않는다. 물론 큰 틀에서는 이렇게 유형화되더라도 각 주의 법규가 어떻게 분류되는지에 대해서는 학술적 합의가 부족하다. 동일한 유형으로 분류되는 법 규정도 세부적인 조건은 상이한 편이다.[16]

대개 의무체포 제도를 도입한 주는 가정폭력 가해자가 현장에서 폭력을 가할 경우뿐만 아니라, 현장 정황상 가해자가 폭력을 행사했다고 믿을 만한 상당한 사유가 있거나 가정폭력 피해자를 폭력 위험으로부터 보호해야 할 필요가 있다고 판단될 시 가해자를 "즉시 체포해야 한다"고 규정한다. 만약 가정폭력 현장에서 목격한 폭력이 없었다 하더라도 경찰이 추정하건대 폭력이 발생했었음을 인정할 만한 상황이라면 즉시 가해자를 체포해 격리시킨 후 조사할 수 있는 권한을 부여하였고, 일방의 배우자가 상대방에게 중범죄를 범하였다고 믿을 만한 상당한 정황과 이유가 있다고 볼 수 있는 모든 사건에 대해 가해자를 의무적으로 체포해야 한다고 규정하고 있다.[17] 특히 강력한 의무체포 제도를 취하고 있는 주로 콜로라도와 워싱턴을 들 수 있다. 콜로라도 주 법의 경우 C.R.S. § 18-6-803.6(1)[18], 워싱턴 주 법의 경우 RCW 10.31.100(2)는 가정폭력 범죄가 발생했다고 믿을 만한 충분한 이유가 있으면 반드시 체포해야 한다고 규정하여 범죄(offense)의 수준(경범·중범)을 불문하고 무조건 체포하도록 한다. 우선적 체포제도는 체포를 "우선적 조치"로 권고하나 경찰의 판단재량(discretion)이 허용되는 주로, 매사추세츠 주의 Mass. Gen. Laws Ann. ch. 209A § 6(7)[19]과 북다코다 주의 N.D. Cent. Code § 14 07.1-10(1)[20] 등이 이에 해당한다.

---

16) Zeoli, A. M., Norris, A., & Brenner, H., "Mandatory, preferred, or discretionary: How the classification of domestic violence warrantless arrest laws impacts their estimated effects on intimate partner homicide", *Evaluation review*, 35(2), 2011, 130면.

17) 김은경·김혜정·박소현·유숙영, 앞의 보고서, 246면.

18) C.R.S. § 18-6-803.6(1)When a peace officer determines that there is probable cause to believe that a crime or offense involving domestic violence, as defined in section 18-6-800.3(1), has been committed, the officer shall, without undue delay, arrest the person suspected of its commission pursuant to the provisions in subsection (2) of this section, if applicable, and charge the person with the appropriate crime or offense.

19) (7) arrest any person a law officer witnesses or has probable cause to believe has violated a temporary or permanent vacate, restraining, or no-contact order or judgment issued pursuant to section eighteen, thirty-four B or thirty-four C of chapter two hundred and eight, section thirty-two of chapter two hundred and nine, section three, three B, three C, four or five of this chapter, or sections fifteen or twenty of chapter two hundred and nine C or similar protection order issued by another jurisdiction. When there are no vacate, restraining, or no-contact orders or judgments in effect, arrest shall be the preferred response whenever an officer witnesses or has probable cause to believe that a person.

20) If a law enforcement officer has probable cause to believe that a person has committed a crime involving domestic violence, whether the offense is a felony or misdemeanor, and whether or not the crime was committed in the presence of the officer, the law enforcement officer shall presume that arresting the person is the appropriate response.

3. 피해자 보호 관점에서 의무체포제도의 의의와 특징

상술한 바처럼 친밀한 관계의 폭력에서는 피해자의 보호가 더 강화되어야 할 필요성이 있고, 특히 범죄현장에서 중범죄로의 발전을 차단할 이유가 있다. 물론 특별법상 각종 피해자 보호조치가 규정되어 있지만 의무체포는 보다 즉각적이면서 신속한 대응을 수행할 수 있다. 그런데 의무체포 제도는 다음에서 논할 통제적 측면, 제도적 기능의 확장, 실제적 효과 면에 있어서 기존 제도와 구별되는 특징을 갖는다. 때로는 기존 형사제도에서 운용해온 방식에 부합하지 않는 경우가 있다는 점에서 독특한 특징을 지닌다. 아래에서 이를 논한다.

(1) 경찰의 판단재량에 대한 통제

의무체포 제도의 가장 중요한 특징 중 하나는 해당 제도가 경찰의 판단재량에 대한 통제로 기능한다는 것이다. 의무체포 제도를 주장하는 측에서는 이처럼 현장 대응 경찰의 의사결정 권한을 축소하거나 제거하는 것이 피해자 보호에 긍정적일 수 있다고 본다.[21] 이는 경찰의 판단재량을 통제하는 동시에 적극적인 조치를 취하도록 책임을 부여하는 기능을 수행한다. 경찰은 체포 여부를 결정할 때 '폭력 사건이 발생했는지 여부'를 바탕으로 체포의 필요성을 결정해야 한다. 그런데 가정폭력 현장의 대응에 있어 경찰이 폭력이 발생한 관계적·상황적 맥락을 포착하지 못하거나, 가정폭력 관계의 특징은 지속적인 통제와 학대의 순환을 고려하지 못하는 경우가 있다고 한다. 친밀한 관계의 폭력을 경험한 피해자들을 대상으로 한 면담을 진행한 한 연구에서 피해자들은 경찰이 이와 관련한 폭력 신고에 적절히 대응하지 못하였다고 응답하면서 매우 부정적인 경험을 한 바 있다고 보고하였다. 이들은 친밀한 관계 폭력에 관한 경찰의 문제해결 능력과 의지에 대한 신뢰 저하를 경험했고 이후 신고를 주저하게 되었다고 보고하였다.[22]

의무체포제도는 이러한 관점에서 의의가 있는데, 초기 대응에 있어서 경찰이 범죄현장의 위험성과 현장성 등을 판단하고 가해자를 체포할지 여부를 결정할 때 재량의 영역을 제거하고, 가해자를 강제적으로 체포하도록 한다. 즉, 경찰의 판단 재량에서 이를 배제하고 일관되게 가해자를 격리하고 인신구속함으로써 현장이 중범죄로 발전할 가능성을 줄이고, 피해자의 안전을 도모할 수 있게 된다는 것이다.

(2) 체포율 상승효과

가정폭력 등의 친밀한 관계 폭력에 대한 강제적 체포를 도입한 미국에서 진행된

21) Leisenring, A., "Controversies surrounding mandatory arrest policies and the police response to intimate partner violence", *Sociology Compass*, 2(2), 2008, 457면. 해당 논문은 Stark의 1993년 연구와 2001년 연구에서 제시한 의무체포제도의 찬성 논거를 이와 같은 관점에서 소개하고 있다.

22) Gezinski, L. B., ""it's kind of hit and miss with them": qualitative investigation of police response to intimate partner violence in mandatory arrest state", *Journal of Family Violence,* 37(1), 2022, 104면. 해당 인터뷰와 면담은 2016년 3월부터 2017년 2월까지, 유타주에서 친밀한 관계의 폭력 피해자들을 대상으로 한 포커스 그룹에서 이루어졌다고 한다.

연구에 따르면 제도 도입으로 경찰의 대응이 강력한 방향으로 발전되었다고 보고된다. Epstein이 1990년 컬럼비아 특별구에서 실시한 연구에서는 경찰이 친밀한 파트너 폭력 신고에 대응하여 가해 혐의자를 체포한 비율이 전체의 5%에 불과했으며, 피해자에게 명백한 상해가 발생한 사건 중 80% 이상에서도 체포가 이루어지지 않았다는 점을 지적한다. 그 후 해당 주에서 의무체포제도를 도입하자, 경찰의 체포율은 5%에서 41%로 상승하였다는 것이다.[23] 관련 연구에서는 대체로 의무체포나 우선체포 제도를 도입한 주는 재량적 체포를 취한 주에 비해 체포율이 증가한다고 보고 있다. 2000년 기준 19개 주의 사건 정보에 관한 National Incident-Based Reporting System(NIBRS) 자료를 활용한 Hirschel의 2007년 연구에서도, 의무 또는 우선적 체포법이 존재하는 경우 가정폭력 사건의 체포율이 증가한다는 결과가 나타났다.[24] 이처럼 학계에서는 의무체포 제도가 경찰의 대응을 보다 일관되고 엄격한 방향으로 변화시킨다고 본다.

체포율이 상승하면 가해자에 대한 억지 효과를 발휘하여 범죄율이 감소한다는 연구결과도 있다. Sherman와 Berk가 1984년 수행했던 미니애폴리스 실험에서는 체포가 가해자에 대한 억지(deterrence) 효과를 가지는지를 규명하고자 했고, 이들은 경찰관들을 무작위로 배정하여, 경범죄 수준의 가정폭력 사건에 대해 (1) 가해자 체포, (2) 한쪽 당사자에게 일정 기간 주거지에 머물지 말 것을 명령, (3) 현장에서의 상담 중에서 한 가지 방식으로 대응하도록 하였다. 실험 후 6개월간의 추적조사 후 체포가 가정폭력을 억제하는 데 가장 효과적인 조치이며, 가정폭력 발생률은 50% 감소하였다는 결과에 도달하였다고 한다.[25] 이러한 관점에서는 의무체포 제도의 주된 목적이 재발 방지를 위한 억지 효과를 통해 피해자를 추가적 폭력으로부터 보호하는 것이라 보고 있다. 형사사법의 목적인 특정적 억지(specific deterrence)와 일반적 억지(general deterrence)는 유죄판결이나 형사처벌이 아니더라도 효과를 가질 수 있다는 것이다. 또한 피해자의 입장에서도 체포는 법이 적절히 집행되고 있다는 확신을 제공하고, 피해자가 가해자와의 관계를 재검토할 시간을 갖게 해준다는 면에서 긍정적으로 보기도 한다.[26]

그러나 분명한 것은 범죄현장에서의 체포율 상승과 폭력 예방의 상관관계를 도출하기는 어렵다는 것인데, 폭력을 억제하는 데 있어 의무체포 제도의 효과를 평가한 몇몇 연구 결과들은 폭력 예방효과에 대해서 상반된 결론을 보여주고 있으며,[27] 그 결과의 해석은 논쟁적이다. 가정폭력의 발생에는 그 사회의 문화, 배경, 사회적 인식의 변화 등 영향을 미치는 수많은 요소가 존재하고, 또한 실제로 체포가 억제효과를 가지는 것이 사실이라고 할지라도 그 사회가 체포라는 제도의 중대성을 어떻게 인식하고 있느냐 등에 따라서도 달라질 수 있다. 이렇게 복합적인 요소가 영향을 미치는 범죄군의 경우, 모든 집단의 폭력 감소에 동일하게 긍정적인 영향을 미치는 단일한

23) Leisenring, A., 앞의 논문, 459면.
24) Zeoli, A. M., Norris, A., & Brenner, H., “Mandatory, preferred, or discretionary: How the classification of domestic violence warrantless arrest laws impacts their estimated effects on intimate partner homicide”, Evaluation review, 35(2), 2011, 131면.
25) Çelik, A., “An analysis of mandatory arrest policy on domestic violence”, power, 1503, 2013. Dugan, 2003, 1512면.
26) Çelik, A., 앞의 논문, 1510면.
27) Leisenring, A., 앞의 논문, 459면.

정책을 마련하기란 어려울 것으로 보인다. 따라서 의무체포제도가 체포율 상승에 기여한다는 점 이외에는 분명한 결론에 도달하기 어렵다고 볼 수 있다.

(3) 체포의 기능 확장

또한 의무체포제도는 체포의 본질적 기능을 확장시키는 역할을 한다. 체포는 본래 수사기관이 피의자 또는 피고인의 신체 자유를 일시적으로 박탈하는 강제수사의 일환으로 이해된다. 그런데 실무상 현행범 체포는 실무상 범죄의 재발방지 기능을 수행한다고도 볼 수 있다. 원칙적으로 체포는 현장에서 범죄가 발생했을 가능성을 바탕으로 현장에서 즉각적으로 가해자를 인신구속하는 것이다. 판례는 현행법 체포의 남용을 방지하기 위해 체포의 요건으로 '도망 또는 증거인멸의 염려'를 요하고 있고,[28] 경찰은 이와 같은 요건을 판단해 체포 여부를 결정하게 된다. 그런데 체포는 가해자와 피해자를 확실히 분리하는 동시에 가해자를 현장에서 확실히 격리한다는 점에서 실무상 범죄 재발방지 조치이자 피해자 보호조치로도 이해될 수 있다.

그런데 현행법상 체포의 요건으로 인정되는 것은 '도망 또는 증거인멸의 염려' 이고, 피해자 보호에 대한 고려는 체포 사유에 해당하지 않기 때문에 원칙적으로는 이 같은 이해가 체포 체계에 부합하지는 않는다. 따라서 의무체포제도의 문제는 보다 포괄적인 시선에서는 '인신구속이 피해자 보호를 위해 확장될 수 있는가?' 라는 문제라고 볼 수 있다. 인신구속에 있어서 구속요건인 '도망 또는 증거인멸의 염려' 이외에 '피해자 보호 필요성'을 추가할 것인가에 대한 문제는 최근 중요한 화두였으며, 범행현장에서 이루어져야 할 체포 문제도 이러한 관점에서 주목받고 있다. 본고는 의무체포제도에 관한 논의를 전개하면서, 궁극적으로 체포가 피해자 보호를 위한 역할 수행에 실질적으로 기여할 수 있는지에 대한 논의를 후속적으로 검토한다.

Ⅲ. 미국 의무체포제의 법적 성격과 국내 법체계와의 정합성 문제

의무체포제도의 의의와 역할을 인정할 수 있더라도, 이러한 제도를 법체계에 도입하는 것은 또 다른 정당성 차원의 논의가 필요하다. 제도의 필요성이 곧 정당화의 기준이 되는 것은 아니며, 법체계의 정합성을 함께 검토해야 한다. 의무체포 제도와 같이 타 국가에서 발달한 제도를 수입할 때는 각 국가의 형사사법체계를 배경으로 한 논의가 필요하다. 의무체포 제도 도입과 관련하여 제기할 수 있는 문제로서 의무체포제도의 국내 법체계와의 정합성 문제를 검토한다.

1. 개요

비교법적으로 고찰할 때 국내의 체포 및 구속제도의 가장 주요한 특징은 체포와

28) 법원은 영장주의의 예외인 현행범체포에 대한 남용을 방지하고자 판례를 통해 범죄의 가벌성, 현행성, 접착성, 명백성 외에도 체포의 필요성 요건으로 '도망 또는 증거인멸의 염려'를 요구하면서, 이러한 요건을 갖추지 못한 현행범 체포는 위법한 체포에 해당한다고 판시하고 있다. 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011도3682 판결.

구속의 이원화 제도를 취하고 있다는 것이다. 이와 달리 체포와 구속이 일원화된 제도를 취하고 있는 국가도 있다. 의무체포제도를 널리 활용하고 있는 미국은 체포와 구속이 일원화된 국가에 속한다. 문제는 이원화 제도와 일원화 제도에서 '체포'가 갖는 법적 지위와 성격이 상이하다는 점이다. 먼저 이를 분석해 미국에서의 의무 '체포' 제도가 갖는 의미를 깊이 있게 접근하고자 한다.

한국은 대인적 강제처분으로서의 인신구속을 체포와 구속으로 구분하고 있다. 지금과 같은 체포-구속 이원화체계는 대인적 강제처분과 관련한 중요한 변화인 1995년 및 2007년의 형사소송법 개정을 통해 구축되었다. 이는 인신 구속남용을 방지하기 위한 것으로, 당시 피의자의 신병을 확보하는 주된 수단이 구속 밖에 없는 환경에서 수사기관의 탈법적인 관행이 종종 벌어졌던 바가 문제로 제기되었다. 예컨대 피의자 신문을 위한 출석요구에 불응하는 피의자를 임의동행이나 보호실 유치와 같은 형식을 통해서 강제로 구금하는 방식의 관행이 있었던 것이었다.[29)]

이원화 체계에서 체포는 수사단계에서만 인정되는 단기간의 인신구속제도로 보고 있다. 체포에는 영장체포(형사소송법 제200조의2), 긴급체포(동법 제200조의3 및 제200조의4)[30)], 현행범체포(동법 제211조 이하)가 규정되어 있다. 체포는 48시간 이내에 구속영장을 청구하여야 하고, 그 기간 내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 한다(제200조의2). 구속에 있어 현행 형사소송법은 수사절차상 사법경찰관의 구속과 공판절차의 구속을 구분하고 있다.

현행법은 체포의 요건으로는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유와 출석불응 또는 출석불응 우려를 규정하고, 구속요건으로는 피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 주거부정, 증거인멸 우려 또는 도주우려 중 하나에 해당하는 사유가 있을 것을 규정하고 있다. 각 인신구속 처분에 대한 통제도 각기 마련되어 있다. 체포의 경우, 48시간 이내에 구속영장을 청구하지 아니하는 때에는 피의자를 즉시 석방하여야 하고, 48시간 이내라도 체포된 피의자 또는 그 변호인 등이 체포적부심사를 청구할 수 있도록 규정하고 있다. 구속의 경우, 영장실질심사, 구속적부심사, 보석 등이 마련되어 있다. 48시간 이내에 현행법상 체포된 피의자의 구속에 대한 통제로서는 영장실질심사가 규정되어 있다. 영장체포된 피의자에 대하여 구속영장을 청구받은 판사는 지체 없이 피의자를 심문하여야 한다. 이 경우 특

---

29) 허황·최민영·권오걸, 「국민의 인권보호를 위한 형사소송법상 체포, 구속제도 개선 방안 연구」, 한국형사·법무정책연구원 연구총서 20-AB-05, 2020, 13면.

30) 제200조의3(긴급체포) ①검사 또는 사법경찰관은 피의자가 사형·무기 또는 장기 3년이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에 긴급을 요하여 지방법원판사의 체포영장을 받을 수 없는 때에는 그 사유를 알리고 영장 없이 피의자를 체포할 수 있다. 이 경우 긴급을 요한다 함은 피의자를 우연히 발견한 경우 등과 같이 체포영장을 받을 시간적 여유가 없는 때를 말한다.
1. 피의자가 증거를 인멸할 염려가 있는 때
2. 피의자가 도망하거나 도망할 우려가 있는 때
②사법경찰관이 제1항의 규정에 의하여 피의자를 체포한 경우에는 즉시 검사의 승인을 얻어야 한다.
③검사 또는 사법경찰관은 제1항의 규정에 의하여 피의자를 체포한 경우에는 즉시 긴급체포서를 작성하여야 한다.
④제3항의 규정에 의한 긴급체포서에는 범죄사실의 요지, 긴급체포의 사유등을 기재하여야 한다.
제212조(현행범인의 체포) 현행범인은 누구든지 영장없이 체포할 수 있다.

별한 사정이 없는 한 구속영장이 청구된 날의 다음날까지 심문하여야 한다고 규정하고 있다(제201조의2). 이처럼 판사가 피의자를 직접 심문하여 구속영장 발부를 결정할 수 있도록 하고 있다. 이외에 바로 구속된 자의 석방을 위한 제도로서 구속적부심, 피고인 단계의 보석이 규정되어 있다. 이처럼 체포-구속은 절차, 요건, 통제 등에 있어서 이원화된 구조를 취하고 있다. 그런데 사실상 인신구속적 효과를 기준으로 하면 체포와 구속의 구분은 단순히 구금의 장단기라는 시간적 표지에 따라 구별되는 것으로,[31] 이외에 체포와 구속을 구분할 표지는 존재하지 않는다.

반면 미국의 인신구속 체계는 'arrest'로 일원화된다. 국내 법 실무에서는 흔히 arrest를 체포로 번역하는데, 미국은 체포-구속의 구분이 없기 때문에 구속으로 번역할 수도 있다. 미국의 경우 피의자의 체포는 그가 범행을 범했다고 믿을 만한 상당한 이유(probable cause)가 있을 때 법원으로부터 사전영장을 발부받는 것을 원칙으로 하고 있다. 그런데 영장 없는 체포에 관한 규정과 법리도 다양하게 구축되어 현행범 체포, 긴급 상황(Exigent Circumstances)시 체포, 자동차 이동(Vehicle Exception) 체포 등이 인정되고 있다. 실무상으로는 대부분의 피의자들이 법원에 의한 사전영장 없이 체포되고 있다.[32] 체포-구속 이원화 체계의 경우 단기간의 인신구속으로서의 체포시 다시 구속영장을 청구하게 하여 단계를 이중으로 설정함으로써 인신구속의 장기화를 방지하고 인신구속 남용을 방지하고 있다. 반면 체포-구속 일원화 체계에서는 하나의 단계로 설정되어 있다.

체포된 피의자는 불필요한 지체 없이(without unnecessary delay), 통상 48시간 이내에 부판사의 면전에 인치되어야 하는데, 이를 최초의 출석(Initial Appearance)이라고 한다. 최초의 출석기일에서는 부판사에 의한 인정심문, 변호인의 조력을 받을 권리 등의 고지, 구속을 위한 상당한 이유의 존부 심사, 보석허가 또는 구금명령 등의 절차가 진행된다.[33] 이 때 피의자의 인신구속 여부를 종합적으로 판단하는데, 구속을 유지할지, 석방을 허용할지, 혹은 보석 등의 조건부 석방을 허용할지 등을 일괄하여 결정한다. 대부분의 피의자가 최초출석 절차에서 보석으로 석방된다고 한다.[34] 그리고 최초의 출석기일로부터 10일 이내에 부판사가 주관하는 예비심문(Preliminary Hearing)이 진행된다. 그 구속사유의 존부에 대하여 증인신문 등 증거조사를 통한 사법심사가 이뤄지는데, 만약 피의자가 범행을 범했다고 여길 만한 '상당한 이유'가 없다고 판단되면 부판사는 피의자의 석방을 명하게 된다. 그리고 '상당한 이유'가 있어도 보석으로 피의자를 석방하기도 한다. 이 경우 검사는 구금계속의 필요성, 즉 피의자를 석방하면 그 법정출석을 합리적으로 담보하기 어렵다거나 범죄 피해자나 증인, 그리고 공동체 등의 안전을 보호하기 어렵다는 점 등을 분명하고 설득력 있는 증거로 입증할 책임을 진다.[35]

---

31) 허황·최민영·권오걸, 앞의 보고서, 12면.
32) '영장 없는 Arrest'가 일반적이며, Arrest의 약 95%가 영장없는 Arrest로 이루어진다고 한다. 정진수, 「인신구속제도의 일원화에 관한 연구 - 주요 선진국의 인신구속제도 비교를 중심으로-」, 한국형사·법무정책연구원 연구총서 06-30, 2006, 22면에서 인용.
33) 오기두, "미국의 인신구속제도", 인권과 정의 제351호, 2005, 75면.
34) 정진수, 앞의 논문, 2006, 32면.
35) 오기두, 앞의 논문, 75-77면.

2. 일원화 체계와 이원화 체계의 비교

일원화 체계와 이원화 체계는 인신구속이라는 처분에 대한 법제도뿐만 아니라 운영방식에 있어서도 차이가 있다. 분명한 것은 체포- 구속 일원화 체계를 취하는 법체계라고 해서 인신구속을 더 가볍게 평가한다고는 볼 수 없다는 것이다. 이는 체계 전반에 대한 검토를 바탕으로 이해해야 한다. 비교해보건대, 이원화 체계는 단기간의 인신구속인 체포를 두되, 체포 후 구속영장이 청구되지 않으면 즉시 석방함으로써 구속이라는 이중적 장치를 두고 있다. 이 경우 인신구속이 장기화되지 않도록 사법적 통제가 개입하고 피의자나 피고인이 방어권을 행사할 수 있다. 반면, 일원화 체계를 취하는 미국은 영장 체포나 영장 없는 체포를 널리 활용하고 있으며 강제인치에 관한 권한이 강한 편이다. 다만 최초출석기일과 예비심문절차에서 신속히 법원의 개입이 이뤄지며, 대부분의 피의자들이 석방됨으로써 불구속 재판의 원칙이 관철되고 있다.[36] 즉, 최초출석절차 및 예비심문절차는 원칙적으로 피의자를 석방하기 위한 절차로 이해할 수 있다.

양 체계의 장단점을 비교해보면, 각각의 장단점을 관찰할 수 있다. 이원화 체계의 경우 피의자의 방어권을 보장하고 인신구속을 신중히 판단한다는 점에서 타당성이 있다. 이 경우 피의자나 피고인은 체포되더라도 사법적 판단으로 구속영장이 발부되지 않으면 즉시 석방된다는 점에서 인신구속 장기화를 방지할 수 있다. 다만 피의자나 피고인의 입장에서 체포 이후 수사기관의 구속영장 청구가 있고, 구속적부심 등을 거쳐야 한다는 점에서 신체 구속에 대한 부담이 크다는 단점이 있다. 일원화 체계인 미국의 경우 이처럼 이중적인 안전장치를 따로 마련해두지 않아 일단 체포된 피의자나 피고인이 장기간 구속될 가능성도 있다. 그러나 수사기관의 인신구속 재청구가 없고, 최초출석 또는 예비심문에서 보석을 널리 활용하고 있는 점, 범죄를 범한 상당한 이유가 있더라도 불구속하는 경우가 많다는 점 등을 고려할 때 신속하고 간소화된 절차를 거치고 있다는 점을 장점으로 볼 수 있다. 즉, 체포-구속 이원화 체계를 취한다고 해서 인신구속에 대한 통제가 더 강화되는 것이라고 볼 수 없으며 각 체계마다 인신구속 체계, 절차적 통제방식 등이 다르다고 봐야한다.

그런데, 본 논의를 위해서 중요한 쟁점은 일원화 체계와 이원화 체계에서 '체포'를 이해하는 방식에 상이한 면이 있다는 것이다. 아래에서 이를 비교 분석한 뒤 미국의 의무체포제도를 국내법에 도입할 시 고려해야 할 쟁점에 대해서 논의한다.

3. 체포의 이해가 의무체포제도의 운영에 미치는 영향

(1) 체포의 법적 지위 차이

앞서 살펴본 것처럼 미국에서는 별도의 체포 제도를 두지 않고, 단지 구속을 위한 준비과정으로 이해한다. 즉, 초기의 인신구속인 체포는 법원 앞에서 피의자 또는 피고인을 세우기 위한 수단이며, 피의자 또는 피고인이 구속을 위한 사법적 판단을 받게 하는 과정이다. 체포는 일차적으로 피의자를 법관 앞에 인치시킴으로써 형사절차

36) 오기두, 앞의 논문, 77면.

의 원만한 진행을 보장하기 위한 것이었다.[37]

그런데, 우리 법체계에서 체포는 개념적으로 경찰의 강제수사 처분으로서, 신체의 자유를 제한하는 조치이다.[38] 체포 직후 수사기관은 피의자를 보호·관리하는 범위 내에서 신원을 확인하고 간단한 사실관계를 문의할 수 있으며, 필요한 경우 긴급성이 인정되는 한에서 예비신문에 착수할 수도 있다. 이 경우 정식 피의자신문은 변호인 참여권 보장 등 적법절차를 갖춘 상태에서 이루어져야 한다.[39] 그런데 미국은 원칙적으로 미란다 고지 후 자발적 진술은 가능하나, 본격적인 신문은 최초출석 이전의 신문은 사실상 제한된다. 체포 후 지체 없는(without unnecessary delay) 최초출석이 요구되고, McNabb - Mallory Rule에 따라 경찰은 "피의자를 체포한 후 즉시 사법관 앞에 데려와야 하며, 이를 지연시키기 위해 신문(interrogation)을 해서는 안 된다."고 규정하고 있다. County of Riverside v. McLaughlin, 500 U.S. 44 (1991)에서도 피의자의 법관 대면(judicial review)가 지연되는 것은 헌법상 적법절차 원칙(due process)에 위배된다고 하였다. 즉, 최초출석 이전의 본격적인 신문은 법적으로 엄격히 제한되고 사실상 허용되지 않는다. 이처럼 미국의 arrest는 구속을 위한 준비적 인치 절차라는 점에서 한국의 체포와는 그 법적 성격에 대한 이해가 상이하다.

인신구속의 근거에 대한 인식에도 차이점이 있다. 우리 법체계상 인신구속적 처분이란 본질적으로 피의자의 신체를 강제적으로 확보해 수사의 적정성과 재판의 출석을 담보하기 위한 목적의 처분으로, 요건 역시 도주 우려, 증거인멸의 염려, 주거의 부정 등으로 규정되어 있다. 즉, 오직 형사절차의 원활한 진행을 확보하기 위한 수단으로서만 이해되고 피해자의 보호를 목적으로 하지 않는다. 이 때문에 구속의 근거로 '피해자 보호'를 규정해야 한다는 논의가 최근까지도 잇따라서 제기된 바 있다. 피해자를 보호할 수 있는 명확한 수단은 가해자의 격리이기에 피해자 보호 역시 구속의 근거가 되어야 한다는 것이다. 이를 배경으로 2007년 형사소송법 개정이 이루어져 제70조 구속의 사유에 더해 제2항에 고려사항이 추가되었는데, 법원은 제1항의 구속사유를 심사함에 있어서 범죄의 중대성, 재범의 위험성, 피해자 및 중요 참고인 등에 대한 위해우려 등을 고려하여야 한다고 규정한다. 그러나 이를 요건이 아닌 고려해야할 사항으로 규정해둔 것은 결국 피해자의 보호는 구속 조치를 통해 실현될 것이 아니라 구속과는 구별되는 별도의 보호조치를 통해 확보되어야 한다는 점을 전제한 것이다. 이는 형사절차와 피해자 보호의 경계를 분명히 하겠다는 의도로 볼 수 있다.

그런데 미국법 체계에서는 인신구속을 형사절차의 진행 수단으로 이해하는 동시에, 피해자 보호와 안전을 위한 조치로도 이해한다. 미국법상 인신구속의 근거는 도주의 위험(Flight risk), 범죄의 중대성(Seriousness of the offense), 공동체 안전에 대한 위험(Danger to the community) 등으로 규정되고 있다. 18 U.S. Code §

37) 허황·최민영·권오걸, 앞의 보고서, 14-15면.

38) 임의수사는 강제력 행사 없이 상대방의 동의나 승낙을 받아서 행하는 수사방법인 반면, 강제수사는 상대방의 의사에 반해서 할 수 있으나 기본권 제한의 강도가 크기 때문에 요건과 절차 및 방법을 법률로 명시할 필요가 있는 수사 형식이다.

39) 그러나 이처럼 구속전에 이루어지는 피의자심문제도는 사전영장제도의 본질을 침해한 제도로서, 미국 등 선진국의 입법례에는 그 유례가 없는 제도라는 비판이 있다. 정진수, 「인신구속제도의 일원화에 관한 연구 - 주요 선진국의 인신구속제도 비교를 중심으로 -」, 한국형사·법무정책연구원 연구총서 06-30, 2006, 82면.

3142(e)에서는 사법관(Judicial officer)는 타인과 지역사회(safety of any other person and the community)의 안전을 합리적으로 보장할 어떠한 조건들이 존재하지 않는다고 판단하는 경우, 재판 전 구금(pretrial detention)을 명하여야 한다고 규정하고 있다. 이처럼 인신구속의 기능에 대한 이해가 다른데다, 강제처분이 사회 안전 보호조치적 기능을 수행할 수 있다고 판례법의 법리로 인정하는 바도 차이점이다. Cady v. Dombrowski, 413 U.S. 433 (1973)에서는 경찰의 community caretaking(공동체 보호) 기능을 이유로 예외적인 영장 없는 차량 수색을 인정하였다. 또한 연방대법원이 긴급 상황(Exigent circumstances) 예외로서 경찰이 주거지 내 거주자가 심각한 위해에 처해 있거나 임박한 위험에 놓여 있다고 '객관적으로 합리적으로' 믿을 수 있는 경우, 영장 없는 주거 진입이 수정헌법 제4조에 위반되지 않는다고 수정헌법 제4조에 위반되지 않는다고 판시한 바가 이를 보여준다.

이처럼 경찰의 초기 대응적 조치가 범죄 확산을 차단하고 중대한 범죄로의 발전을 방지한다는 점에서 중요한 사회적 기능을 수행한다는 사실은 부정하기 어렵다. 국내에서도 경찰의 체포는 이 같은 공공안전적 기능을 수행한다고 정책적으로 이해된다. 그러나 법학적 개념과 체포의 정의에 기초하여 보면, 체포는 어디까지나 피의자의 신체를 확보하여 수사와 재판의 적정한 진행을 담보하기 위한 강제수사의 일종이다. 즉, 이론과 실질에 차이가 있다고 볼 수 있으나, 의무체포제도와 같이 피해자 보호를 위한 체포를 도입하는 것은 우리 법학 개념적으로 일관적이지 않다. 즉, 지금과 같은 체계에서는 피해자 보호가 직접적·명시적 근거가 되는 체포가 도입되기 어렵다.

이와 같이 분석해볼 때, 의무체포제도는 피해자의 보호와 사회의 안전을 위한 선택이 될 수 있다는 측면에서 양 체계에서 달리 이해해야 하는 제도이다. 의무체포제도의 도입은 체포의 성격에 대한 이해를 기반으로 해야 하는 제도라 할 수 있다.

(2) 체포 지위의 차이가 의무체포제도에 미치는 영향

정리하자면, 인신구속 체계에 있어서 한국과 미국은 일원화와 이원화라는 체계적 차이 외에도, 이를 배경으로 하여 체포의 지위에 대한 이해가 달라진다는 특성이 있다. 한국의 경우, 체포는 단순한 구속 준비절차가 아니라, 강제수사의 일부이자 단기간의 구속으로서의 지위를 가진다. 이는 구속 과정의 일부가 아니라 구속과 별도의 인신구속 절차로서 구속을 하려면 수사기관의 청구를 거쳐야 한다. 반면 미국의 경우, 체포는 단순한 구속 전 준비절차이고, 이 기간 동안 피의자 신문은 이뤄지지 않는다. 구속의 사유가 있는지는 사법적 판단을 거쳐야 알 수 있기 때문에, 체포 그 자체로서 별도의 인신구속적 효과를 갖지 않는다.

이와 같이 이해할 때, 미국은 체포 그 자체가 중요한 인신구속적 수단이 되지 않는다. 체포 그 자체는 인신구속적이긴 하나, 미국에서는 상대적으로 넓은 체포, 높은 불구속율을 갖기 때문에 구속되지 않는 한 체포 그 자체가 중요한 의의를 갖지는 않는다. 그러나 한국에서는 체포 자체로도 별도의 효과를 갖고, 수사 일환이기 때문에 의무적인 체포가 미치는 기본권 제한의 정도는 훨씬 더 중대하게 된다.

또한 체포에 대한 이해가 기본적으로 피해자 보호 기능을 갖지 않는다고 보는 우리와 달리, 미국은 인신 구속이 피해자보호를 위해 기능할 수 있기 때문에 의무체포는 체계적으로 정합적이다. 그런데, 체포는 사실상 정책적으로도 범죄 대응으로서 기

능할 수 있다고 하더라도 피해자 보호를 위해서 체포를 강제할 수 있다는 개념을 도입하는 것은 체계적으로 정합적이지 않다. 피해자 보호 역시 피해자 보호 사유로 인정하는 식의 법개정을 한다고 하더라도, 강제적 처분을 형사절차의 일환으로서 형사절차의 진행을 위한 수단으로 이해해왔던 체계적 통일성도 저해할 수 있다.

이러한 관점에서 보건대, 의무체포제도는 국내에서 기본권 제한의 정도가 보다 클 수 있다는 점, 체계적 정합성에 위배될 수 있다는 점에서 더 중대한 문제를 야기할 수 있는 제도이다. 이처럼 의무체포제도의 도입이 우리 법체계에 정합적이지 않다는 점을 지적하였다. 아래에서는 미국의 의무체포 제도에서 운영과정 중 발견된 문제로, 오히려 이 제도가 피해자의 이익과 역행하는 방향으로 나아갈 수 있다는 점을 중심으로 평가해본다. 이를 통해 결론적으로 어떤 대안이 타당할 것인지를 논의해본다.

Ⅳ. 의무체포제 운용 과정에서 드러난 부작용과 한계

의무체포제도는 피해자 보호를 강화하겠다는 목표를 명확히 전제하고 있다. 이 제도를 둘러싼 논쟁은 국가가 피해자 보호를 위하여 어디까지 개입할 수 있는가라는 문제를 중심으로 한 표면적 긴장관계를 드러낸다. 그리고 일반적으로 '피해자 보호'라는 가치가 제시될 때에는 그 제도적 정당성이 강하게 주장되는 경향이 있다. 그러나 실제로는 이러한 논의가 어떠한 가치를 추구할 것인가의 문제는 피해자를 위한 형사정책이 고려해야 할 다양한 요소들이 복잡하게 얽혀있다. 즉, 피해자 보호라는 대의명분이 있더라도 여러 변수들이 충돌하면서 예기치 않는 결과를 야기할 수 있음을 고찰해야 한다. 미국에서 의무체포제도는 논쟁의 여지가 있음에도 불구하고 가정폭력을 감소시키기 위한 대응 방식으로 오랜 기간 지지를 받았으며, 가해자 체포율의 상승에 있어서는 유의미한 효과가 있었음을 앞서 확인할 수 있었다. 그러나 제도의 운영 과정에 있어서 여러 가지 부작용과 비판이 논의된 만큼, 이를 살펴보고 시사점을 도출하고자 한다.

상술한 바와 같이 의무체포제도를 둘러싼 핵심 쟁점 중 하나는 '통제(control)'의 문제이다. 경찰의 가정폭력 현장 판단에 있어서 체포의 필요성에 대한 경찰의 판단 재량을 통제함으로써 일관되게 가해자를 인신구속하는 기능을 수행한다. 그러나 이 같은 통제적 방식은 오히려 피해자의 이익과 충돌하는 등의 문제를 낳는다.

1. 피해자의 의사 존중 필요성에 관한 문제

의무체포제도에 있어서 문제되는 쟁점은 경찰의 판단에 대한 통제를 특징으로 하는 이 정책이 피해자의 판단 역시 통제 하에 둔다는 점이다. 의무체포 제도는 가정폭력 피해현장에서 피해자의 의사와 무관하게 법을 위반한 가해자를 의무적으로 체포하도록 강제한다. 의무체포를 도입하자는 주장은 피해자의 의사 고려를 판단과정에서 제거하는 점이 장점이라고 본다. 실무와 학계 연구에 따르면 체포에 관한 피해자의 의사는 경찰의 체포 판단에 영향을 미치는 중요한 요소에 해당한다. 미국에서 의무체포제도의 시행 이후 20년간의 실무적 변화를 연구한 Phillips와 Sobol의 2010년 연구는 경찰의 체포 판단에 미치는 실제적 변인을 ① 피해자에게 나타난 가시적

상해, ② 피해자 보호조치의 부과 여부, ③ 체포에 관한 피해자의 의사, ④ 가해자의 경찰 협조 정도로 분류하였다.[40] 또한 Buzawa와 Austin의 1993년 연구에 따르면, 가정폭력 현장에서 경찰의 조치는 피해자가 가해자가 체포되기를 원하는지에 크게 영향을 받는다고 한다. 피해자가 체포를 원할 때 체포가능성이 높은 반면, 피해자가 원치 않을 때는 체포가능성이 낮다는 것이다.[41] 이처럼 피해자의 의사를 고려하도록 할 경우, 피해자가 처한 상황의 위험성이 상당함에도 불구하고 체포가 이루어지지 않는 결과가 발생할 수 있다. 또한 의무체포제도를 주장하는 측에서는 이 제도가 피해자가 가해자를 체포할지 여부를 스스로 결정해야 하는 부담을 덜어준다는 면에서 피해자에게 도움이 된다고 설명한다. 피해자가 스스로 처해 있는 위험에 관해 항상 정확히 판단하는 것은 아니며, 가해자와의 관계 속에서 위험의 강도가 점차 커지는 경우, 위험을 실제보다 덜한 것으로 평가하기도 한다. 또는 관계의 유지를 위해 위험을 감내하기로 하는 경우도 있다. 즉, 피해자의 의사를 존중하는 것이 항상 피해자의 최선의 이익에 부합하는 것은 아니기 때문에 국가가 피해자 보호를 강제하는 것이 타당하다고 보는 것이다. 또한 피해자의 의사가 체포에 영향을 미치지 않기 때문에 가해자가 체포에 대한 책임을 피해자에게 돌려 보복할 가능성을 줄여준다는 점에서 의미가 있다고 설명한다.[42]

그렇다면 피해자의 위험도 판단에 내재한 오류가능성은 항상 제거되어야 하는가? 재량적 체포(discretionary arrest) 체제를 채택한 노스캐롤라이나주에서 Hirschel과 Hutchison이 2003년 실시한 연구에 따르면, 가해자 체포에 대한 피해자의 의사와 재피해 가능성의 연관성을 발견할 수 있었는데, 피해를 입을 위험이 높은 피해자일수록 가해자의 체포를 원할 가능성이 높았고, 반대로 체포를 원하지 않는 피해자는 재피해 가능성이 낮았다고 하였다. 피해자가 위험이 즉각적이지 않다고 판단했고, 가해자의 체포에 대한 적극적인 만류가 있었다면 이를 고려할 만한 실증적 근거가 있다는 것이다.[43] 혹은 피해자가 위험을 인지하면서도 이를 감내하기로 했을 때, 피해자의 생명과 신체에 대한 보호 필요성이 피해자의 자기결정권을 제거할 만큼 절대적으로 우선되는가? 피해자의 의사를 존중하지 않고 체포할 때 장기적 관점에서 피해자와 가해자의 관계를 유지할 권리, 혹은 피해자가 스스로 자신의 삶을 결정할 권리를 국가가 박탈하는 것은 타당하지 않다는 비판적 견해를 제기하기도 한다.[44] 이는 국가에 대한 강제적인 복종에 다름없다는 것이다.

2. 피해자의 최선의 이익 고려 부재

또 다른 문제는 피해자를 체포의 의사결정 과정에서 배제하는 것이 피해자의 최선

40) Phillips, S. W., & Sobol, J. J., 앞의 논문, 104면.
41) Leisenring, A., 앞의 논문, 457면.
42) Leisenring, A., 앞의 논문, 457면.
43) Zeoli, A. M., Norris, A., & Brenner, H., “Mandatory, preferred, or discretionary: How the classification of domestic violence warrantless arrest laws impacts their estimated effects on intimate partner homicide”, *Evaluation review*, 35(2), 2011, 133면.
44) 이와 관련된 연구로 Ferraro와 Pope의 1993년 연구, Ford의 1991년 연구, McLeod 의 1983년 연구가 있다. Leisenring, A., “Controversies surrounding mandatory arrest policies and the police response to intimate partner violence”, *Sociology Compass*, 2(2), 2008, 457면에서 인용.

의 이익에 항상 부합하는가에 관한 문제이다. 의무체포제의 부작용으로 손꼽히는 문제 중에는 ①자발적 신고율의 감소에 관한 쟁점이 있다. 의무체포제가 시행되고 있는 국가에서 피해자가 체포 이후 안전상의 위협 등의 이유로 우려하여 폭력을 신고하기를 주저하는 현상이 보고되었다. 뿐만 아니라, Felson, Messner와 Hoskin의 1999년 연구에 따르면 자발적 신고율의 가정폭력 현장을 목격한 제3자가 체포 이후 발생할 이웃 간의 갈등 등에 엮이기를 우려하여 신고를 주저한다고 한다.[45] ②이중 체포의 문제가 있다. 의무체포를 시행하게 될 때 폭력을 유발하는 주 가해자뿐만 아니라 피해자까지도 동시에 체포되는 '이중 체포(dual arrest)'가 발생하고 있다는 점이 보고되었다. 실제로 미국의 경우 몇몇 지역에서는 친밀한 관계 사이에서 벌어진 폭력으로 체포되는 여성의 수가 크게 증가하였다는 보고가 있다.[46]

또한 피해자들의 최선의 이익에는 피해자들의 경제적, 개인적 안정에 대한 문제도 있다. 가해자를 일시적으로 인신구속하는 동안 경제적 불안정이 발생하거나 가해자와의 관계가 단절되면서 불안정한 상황에 놓이게 될 때, 경제적인 문제를 우선에 두는 피해자는 형사사법체계가 자신의 이익과 충돌하는 방향으로 개입한다고 여길 수도 있다. 이는 피해자 보호 목적으로 형사사법의 적극적 대응을 꾀할 때 고려해볼만한 지점이다. 권리제한적이지 않은 방식으로 피해자 지원을 확장할 때와 달리, 가해자에 대한 제재를 확장하는 방식으로 피해자 보호를 꾀할 때 한계점이 있음을 인식해야 한다. 더욱이 체포, 구속과 같은 단기적인 인신구속이 피해자가 경험할 피해를 영구적으로 단절시키는 것이 아니며, 오히려 이와 관련된 경험을 악화시킬 수도 있다는 고찰이 필요하다.

3. 피해 경험의 다양성 부재

의무체포제도에 대한 주요 비판 가운데 하나는 피해자의 경험이 지니는 다양성과 복합성을 충분히 고려하지 못한다는 점이다. 관계성 폭력, 특히 가정폭력의 피해는 획일적이기보다 매우 다층적이며, '보편적' 피해 경험이라는 것은 존재하지 않는다. 피해가 발생하는 맥락은 인종·문화·사회경제적 지위 등 구조적 요인뿐 아니라, 피해자 개인의 욕구와 필요의 차이에 따라 크게 달라질 수 있다.[47] 이처럼 피해자의 삶에서의 맥락, 관계의 배경, 폭력의 양상 등이 서로 다르기 때문에 일률적 정책이 동일한 효과를 내기 어렵다. 특히 그 정책이 피해자와 가해자 관계를 근본적으로 변화시키는 제재를 수반할 경우 그 한계는 더욱 두드러진다. 피해자의 선택과 대응 방식은 폭력의 심각성뿐 아니라 생계, 돌봄 책임, 공동체적 관계 등 다양한 현실적 제약 속에서 형성된다. 국가가 단일한 기준을 통해 모든 피해 상황을 동일하게 규정할 경우, 오히려 피해자의 안전과 자율성을 약화시킬 위험도 있다. 따라서 피해자가 처한 맥락을 제도적으로 수용할 수 있는 유연한 구조를 갖추는 것이 필요하다.

---

45) Çelik, A., 앞의 논문, 1518면.
46) Leisenring, A., 앞의 논문, 460-461면.
47) 이와 관련하여 Crenshaw의 1994년 연구, Dasgupta의 2003년 연구, Mills의 1996년 연구가 있다. Leisenring, A., "Controversies surrounding mandatory arrest policies and the police response to intimate partner violence", Sociology Compass, 2(2), 2008, 460면에서 인용.

Ⅴ. 의무체포제의 대안 및 결론

1. 의무체포제의 대안

앞서 미국식의 의무체포 제도를 우리 법제에 도입하기 어려운 이유를 논하였다. 피해자 보호를 위한 제도가 정당성을 갖추기 위해서는 당시의 사회문화적 배경과 제도적 정합성 등을 고려해야 하고, 오히려 그 제도의 시행으로 인해 예기치 못한 피해를 야기할 수 있는지 등을 살펴야 한다. 이러한 관점에서 본고에서는 의무체포제도의 결함을 지적하였고, 그 대안을 논하고자 한다. 먼저 의무체포 제도의 대안이 반드시 필요한 것인가에 대해서는 논쟁이 제기될 수 있으나, 여전히 가정폭력 범죄 현장에서 나타난 징후를 제대로 포착하지 못하고 즉각적으로 격리하지 못함으로써 발생하는 문제가 남아있다. 현행법상 피해자의 보호를 위한 다양한 지원과 조치가 구체적으로 구축되어 있는 것은 사실이나, 가해자의 권리를 제한하거나 제재를 가하여 범죄를 예방하는 것은 형사법의 근본적인 과제라 할 수 있다.

그렇다면, 가정폭력 범죄현장에서 피해자의 보호를 강화할 또 다른 대안이 없는가? (1) 첫 번째 방안은, 형사소송법 체포·구속 사유에 피해자 보호를 추가함으로써 피해자의 보호가 인신구속의 사유가 될 수 있게 보장하는 것이다. 현행법에서는 이와 같은 요소가 체포나 구속의 근거가 되지 않기 때문에 사실상 적극적인 격리 및 인신구속을 기대할 수 없었던 반면, 현장에서 피해자의 보호를 위한 적극적 역할 수행을 기대할 수 있다는 점에서 의의가 있는 방안이다. 이는 경찰의 재량적 판단을 완전히 통제하는 의무체포제도보다 덜 문제적이면서도, 피해자의 보호 강화를 꾀할 수 있는 방안이라 할 수 있다. 그러나 본질적인 문제가 남아있는데, 의무체포제도와 같이 가정폭력이라는 특정 범죄군에서 피해자 보호를 강화하는 제도를 도입하는 것이 아니라 일반적으로 체포·구속의 사유에 피해자 보호를 추가한다는 점에서 제도적 전환을 꾀하는 것이다. 이 경우, 강제수사의 일종이자 형사절차의 진행 수단인 체포와 구속이 그 본래의 목적을 넘어서는 역할을 수행하게 된다는 점을 고려해야 한다. 본래 체포와 구속은 개념적으로는 가해자의 권리 제한적 수단으로서의 의의를 넘어선 의미를 갖고 있지 않고, 범죄의 재범 방지 기능은 개념적으로 예정된 기능이라기보다는 운용 과정에서 사실상 수행되는 기능이다. 이를 법규정으로 의무화해 피해자에 대한 보호 수단과의 경계가 무너질 때 피해자 보호라는 절대적 가치 앞에 권리제한의 한계 또한 무너질 수 있다는 문제의식이 필요하며, 이에 대한 대응책도 함께 마련되어야 한다는 점에서 입법적인 난도가 높은 방안이라 할 수 있다.

(2) 두 번째 방안으로, 의무적 체포 대신 우선적 체포를 도입하는 방안이 있다.[48] 이는 경찰로 하여금 체포를 우선적으로 권고함으로써 적극적인 대응을 꾀할 것을 요청하는 것이다. 우선적 체포는 경찰로 하여금 우선적으로 체포를 조치하도록 하여 피해자의 보호는 강화하면서 판단 재량을 통제하는 의무체포제의 단점은 보완할 수 있는 제도라고 할 수 있다. 연구에 따르면 우선적 체포의 경우, 가정폭력 사건에서 체포가능성을 유의미하게 증가시키지는 않은 반면, 전체 체포율이 증가하더라도 이

48) David Hirschel, Eve Buzawa, April Pattavina, Don Faggiani, 앞의 논문, 268면.

중 체포가 증가하지는 않았다는 면에서 우선적 체포를 채택하는 것이 효과적이라고 한다. 그러나 해당 연구에서 지적하듯 이는 충분한 근거가 뒷받침되어야 하고, 체포 이후의 후속처리 과정 또한 규명되어야 한다.[49] 또한 우선적 권고가 실무상 어느 정도의 현장대응력 강화에 기여할지는 분명치 않다. 의무가 아닌 권고는 권고에 머무를 수 있기 때문이다.

(3) 세 번째 방안으로, 현행 가정폭력처벌법에 규정된 피해자 보호조치 등을 위반할 시 의무체포제도를 도입하는 방안이 있다. 상술한 바처럼 피해자 보호조치는 가정폭력 피해자의 즉각적인 안전을 확보하기 위해 법원이 가해자에게 일정한 의무를 부과하는 제도적 장치로, 접근금지, 연락·금지, 주거지로부터의 퇴거 등 피해자가 추가적 위해를 입지 않도록 하는 다양한 조치가 포함된다. 피해자 보호조치는 형사처벌의 전단계에서 형벌이 아닌 제재로 피해자 보호에 기여하는 것이 특징이다. 따라서 피해자의 보호조치를 선행적으로 부과하고서 피해자 보호조치를 위반할 때 의무체포하는 형식으로 단계별로 제도를 구축할 수 있다. 그러나 의무체포제도의 목표는 현장 대응력의 강화에 있고, 피해자보호조치는 대개 신청과 부과에 시간이 소요된다는 점에서 단점이 분명한 방안이라 할 수 있다.

첫 번째 방안은 형사소송법상 체포 규정의 본질적 기능을 전환하는 내용을 포함하고 있어 입법적 부담이 큰 반면, 두 번째와 세 번째 방안은 특별법에 근거한 규정이므로 상대적으로 입법이 용이하다. 다만 본 논의의 목적이 신속한 현장 대응의 강화를 지향한다는 점을 고려할 때, 세 번째 방안은 그 효과에 한계가 분명한 제도라 할 수 있다. 이에 가정폭력처벌법에 우선적 체포에 관한 규정을 두고, 그 구체적인 운영방식은 정책적 검토를 통해 단계적으로 마련하는 방안을 제언한다.

2. 결론

가정폭력제도에서의 의무체포 제도는 가정폭력 현장에서의 대응력을 강화하고 피해자를 즉각적으로 보호한다는 목적에서 필요성이 강조된다. 형사정책은 형사제재의 부과를 통한 범죄예방과 피해자의 보호를 통한 사회질서의 안전 추구를 목표로 하지만, 제재의 부과대상이 될 피의자 및 피고인의 인권보장이라는 가치도 추구하고 있어 어느 한 편만을 지나치게 강조하는 것은 바람직하지 못하다.[50] 따라서 피해자 보호라는 목표를 실효적으로 추구하면서도 그 한계를 분명히 인식하고 제도적 정당성에 부합하는 방식으로 제도를 구축해야 하며, 이러한 가치들을 최대한 조화시키는 방식으로 정책을 설계할 필요가 있다.

의무체포제도의 도입 논의는 피해자 보호의 신속성과 실효성의 문제와 직접적으로 관련이 있다. 이 논의는 가정폭력과 같은 내밀한 문제에 있어서도 국가가 전통적인 틀을 넘어서 적극적으로 개입하기를 요청하고 있다. 그러나 법정책이 기존 제도의 틀을 벗어날 때, 다양하고 복합적인 요소를 함께 검토해야 한다. 본고는 먼저 해당 제도가 체계적으로 정합적인지에 대한 고찰이 필요하다고 보았다. 이를 논하면서 체

49) David Hirschel, Eve Buzawa, April Pattavina, Don Faggiani, 앞의 논문, 297면. 해당 연구에서는 충분한 조사가 뒷받침 되어야 할 것이나, 우선적 체포를 택하는 것이 더 타당한 방안이라고 주장한다.

50) 허황·최민영·권오걸, 앞의 보고서, 5면.

포가 어떠한 기능과 성격을 지니는 제도인지에 대한 근본적인 논의를 검토하고 의무체포 제도가 우리 법체계에서 조화를 이룰 수 있는가를 살펴보았다. 미국에서는 체포는 대개 영장 없이 이루어지나, 지체 없이 최초출석 절차가 이루어져 법관이 구속여부를 결정하도록 하고 있으며 대개 보석 등으로 불구속된다. 미국에서의 체포란 구속을 위한 준비과정이며 법관의 대면을 위한 절차에 불과하다. 반면 우리나라에서는 체포와 구속은 효과 면에서 기간의 차이가 있을 뿐이라고 평가되며, 체포 또한 강제수사로서 중대한 기본권 제한적 효과를 갖는다고 본다. 즉, 미국 체계에서의 '체포'는 우리 제도에서의 체포와 동일하게 이해될 수 없기 때문에 의무체포 제도를 그대로 수용하는 것은 체계 정합적이지 않으며, 많은 충돌을 일으킬 수 있다.

또한 피해자 보호를 위한 정책이 피해자의 판단 역시 통제 하에 둠으로써 피해자의 의사를 존중하지 않는 것은 타당한지 문제된다. 피해자의 의사가 피해자의 안전과 충돌하는 경우에도, 관계를 유지하고 보호하려는 당사자의 의사를 존중하는 것 역시 중요하다. 또한 의무체포 제도가 반드시 피해자의 최선의 이익에 부합하는가에 대해서도 의문이 있다. 오히려 피해자의 이익과 충돌함으로써 장기적으로 봤을 때 피해자의 삶에 부작용을 미칠 수 있는지에 대한 고찰도 필요하다. 의무체포 제도는 신고율의 저하, 가해자뿐 아니라 피해자도 체포되는 이중체포의 결과를 낳을 수 있다. 피해 경험의 다양성에 대한 고려도 문제된다. 피해 경험이 복합적이고 다양한 이상, 일관되게 효과를 도출할 수 있는 정책이란 존재하기 어렵다.

피해자 보호를 목적으로 하는 정책이 적극적인 지원이 아니라 가해자에 대한 제재의 형태를 취하는 경우, 그 성격과 한계는 달라질 수 있다는 점을 고려해야 한다. 피해자 지원은 그 실효성이 즉각적으로 드러나지 않는 경우가 있는 반면, 가해자에 대한 제재는 범죄 예방과 피해자 보호 측면에서 보다 분명한 효과를 기대할 수 있다. 다만 이 경우 국가가 어디까지 개입할 수 있는지에 대한 검토가 필수적으로 수반되어야 한다. 피해자 보호를 위한 형사정책이 제재의 형태를 취할 때에는 국가 개입의 범위와 한계 설정이 핵심적인 쟁점이 된다. 피해자 보호가 최우선의 가치라 하더라도, 경찰의 판단재량과 피해자의 의사를 배제한 채 일률적인 기준에 따라 제재를 부과하는 것은 타당하다고 보기 어렵고, 이에 대해서는 신중한 고찰이 요구된다.

본고에서는 3가지 대안으로, ①인신구속 사유에 '피해자 보호'를 명시적으로 추가하는 방안, ②우선적 체포제도의 도입, ③가정폭력처벌법상 보호조치 위반을 체포의 무 사유로 규정하는 방안을 검토하면서 각각 그 한계점도 모색하였다. 1번 대안은 일반적으로 체포나 구속사유에 피해자의 보호를 추가함으로써 피해자의 보호가 인신구속의 사유가 될 수 있게 보장하는 것이다. 피해자 보호를 추가할 것인가의 여부는 체포 및 구속의 본질에 대한 인식적 전환이며, 그 기능을 확장하는 것이라는 점에서 신중한 검토가 필요하다. 2번 대안은 미국에서 강제체포제도의 한 유형으로 활용하며, 의무체포 제도의 단점을 보완할 수 있다는 평가가 있기도 하다. 3번 대안은 중간단계로서의 피해자 보호조치를 활용해 형사제재의 남용을 방지한다는 효과가 있다. 이처럼 다양한 요소들을 고려함으로써, 국가가 개입해야 할 범위와 그 한계를 보다 정교하게 설정하기 위한 기준을 제시할 수 있을 것이다.

■ **주제어**: 가정폭력, 관계성 범죄, 의무체포, 우선적 체포, 현행범 체포

[참고문헌]

<국내문헌>

김은경·김혜정·박소현·유숙영, 「현행 가정폭력처벌특례법의 운용실태 및 입법적 개선방안 연구」, 한국형사·법무정책연구원 연구총서 14-AA-09, 2014.

김혜미, “교제폭력처벌법의 도입에서 개념 정의의 문제와 극복 방안 모색- 비교법적 시사점에 대한 고찰을 중심으로 -”, 「법학연구」 제28권 제1호, 2025.

송현건, “미국의 가정폭력범죄 의무체포제도에 대한 연구: 경찰 집행 매뉴얼과 제도 문제점을 중심으로”, 「치안정책연구」 제34권 제3호, 2020.

양현아, “미국 법현실주의의 현재적 함의”, 「법학연구」 제32권 제2호, 2021, 76면.

윤정숙·이승현·김미숙·김유경·김지민·박미랑, 「가정 내 폭력범죄 감소 및 예방을 위한 사회안전망 강화에 관한 연구」, 한국형사·법무정책연구원 연구총서 17-CB-03, 2017.

오기두, “미국의 인신구속제도”, 「인권과 정의」 제351호, 2005.

오승이, “우리 가족 좀 내버려둬요”에 대처하는 판사의 자세 : 법원의 가정보호사건 처리 실무와 개선 방향”, 「이화젠더법학」 제16권 제2호, 2024.

정진수, 「인신구속제도의 일원화에 관한 연구 - 주요 선진국의 인신구속제도 비교를 중심으로-」, 한국형사·법무정책연구원 연구총서 06-30, 2006.

홍영오·연성진·주승희, 「여성 대상 폭력에 대한 연구 : 친밀한 관계에서의 폭력을 중심으로」, 한국형사·법무정책연구원 연구총서 15-AA-13, 2015.

허황·최민영·권오걸, 「국민의 인권보호를 위한 형사소송법상 체포, 구속제도 개선 방안 연구」, 한국형사·법무정책연구원 연구총서 20-AB-05, 2020.

<서양문헌>

Çelik, A., “An analysis of mandatory arrest policy on domestic violence”, *Power*, 1503,, 2013.

David Hirschel, Eve Buzawa, April Pattavina, Don Faggiani, “Domestic Violence and Mandatory Arrest Laws: To What Extent Do They Influence Police Arrest Decisions”, *98 J. Crim. L. & Criminology* 255, 2007.

Gezinski, L. B., “"it's kind of hit and miss with them": qualitative investigation of police response to intimate partner violence in mandatory arrest state”, *Journal of Family Violence*, 37(1), 2022.

Leisenring, A., “Controversies surrounding mandatory arrest policies and the police response to intimate partner violence”, *Sociology Compass*, 2(2), 2008.

Lerman, L. G., “Expansion of arrest power: key to effective intervention”, Vermont Law Review, 7(1), 1982.

Phillips, S. W., & Sobol, J. J., “Twenty years of mandatory arrest: Police decision making in the face of legal requirements”, *Criminal Justice Policy Review*, 21(1), 2010.

Zeoli, A. M., Norris, A., & Brenner, H., “Mandatory, preferred, or discretionary: How the classification of domestic violence warrantless arrest laws impacts their estimated effects on intimate partner homicide”, *Evaluation review*, 35(2), 2011.

[Abstract]

Challenges and Policy Alternatives for Introducing a Mandatory Arrest System under the Domestic Violence Act

Kim, Haemi*

As domestic violence has become an increasingly urgent social issue, the introduction of a U.S.-style mandatory arrest policy has been actively debated in Korea. Domestic violence is characterized by repetition and escalation, often developing into serious offenses. Therefore, early and immediate intervention is critical for victim protection. However, current practice reveals structural limitations: non-intervention upon the victim's request. Fears of retaliation, and the burden of maintaining family relationships often discourage victims from seeking punishment. The Domestic Violence Act's emphasis on respecting the victim's wishes further constrains police intervention, creating persistent calls for mechanisms that can effectively isolate offenders at the reporting stage.

Mandatory arrest, introduced in the United States in the 1980s amid growing concern over intimate partner violence, requires police officers to arrest the offender regardless of the perceived severity of the incident. While this system strengthens early intervention and facilitates immediate separation of victim and offender, several challenges arise when considering its adoption in Korea. This article focuses on two central issues: (1) the compatibility of mandatory arrest with the Korean legal framework, and (2) problems revealed in the operation of the system in the United States, particularly with regard to victims' interests. In the U.S., arrest functions as a procedural step toward judicial detention, whereas in Korea, arrest constitutes an independent and significant deprivation of liberty. This structural difference raises concerns about systemic inconsistency if the U.S. model were incorporated directly. Furthermore, empirical evidence from the U.S. shows that mandatory arrest may disregard victim autonomy, restrict police discretion, reduce reporting rates, increase dual arrests, and fail to account for the diversity of victim experiences.

After examining these issues, the study explores policy alternatives more suitable for the Korean context. First, explicitly adding "victim protection" as a ground for arrest or detention may institutionalize victim safety but it also risks pushing arrest and detention beyond their original conceptual function as coercive measures, thereby warranting particularly careful scrutiny. Second, the preferred

* Ph.D. in Criminal Law, Legislative Research Officer in National Assembly Research Service.

arrest model used in some U.S. jurisdictions offers a more flexible approach by mitigating the rigidity of mandatory arrest. Third, making violations of protective orders under the Domestic Violence Act a mandatory arrest trigger could provide a balanced intermediate response, enhancing on-site intervention while preventing overuse of criminal sanctions.

Through a comparative and critical analysis of mandatory arrest, this study seeks to identify the conditions under which criminal justice policies aimed at victim protection can be justified and where the limits of state intervention should be drawn. The findings offer meaningful implications for the design of future policies addressing intimate partner violence more broadly.

■ **Key Words:** Domestic violence, Intimate Partner Violence, Mandatory arrest, Preferential arrest, Arrested in the act

DOI: https://doi.org/10.53066/mlr.2026.24.2.73 ISSN 1229-7585
明知法學 제24권 제2호(2026. 1.) eISSN 2765-4869

독일 사회부조법상 개별성 원칙과 필요보장 원칙의 교착
- 한국의 공공부조법에 주는 시사점을 중심으로 -*

차성안**

논문요지

본 연구는 한국 공공부조법상 급여에 대한 규범적 통제가 거의 이루어지지 않는 현실을 개선하기 위해, 독일 사회부조법의 필요보장 원칙(Bedarfsdeckungsgrundsatz)과 개별성 원칙(Individualisierungsgrundsatz)이 교착되어 실현되는 양상을 비교법적으로 분석하였다.

독일은 기본법상 인간의 존엄(제1조)과 사회국가원리(제20조)에 근거하여 해석론으로서 국가에 대하여 최저생활 보장을 요구할 권리를 국민의 기본권으로 인정한다. 이에 따라 필요보장의 원칙이 헌법상 원칙으로 인정되고 있다. 또한 사회부조 급여에서 수급인의 다양한 개별적 사정을 고려해야 한다는 내용의 개별성 원칙을 사회법전 제12권 제9조에서 명문으로 규정하고 있다. 연방헌법재판소는 2010년 결정에서 유형화·정액화된 표준급여가 포섭하지 못하는 '피할 수 없고 지속적이며 일회적이지 않은 특별한 필요'를 보장하지 않는 입법을 위헌으로 판단했다. 이에 따라 독일은 표준필요 외에 추가필요, 일회적 필요, 예외사례 조항 등 다양한 급여체계를 통해 개별 수급자의 특수한 상황에 대응하고 있으며, 연간 약 9만 건의 사회부조 소송이 제기될 정도로 권리구제가 활성화되어 있다.

반면 한국은 기초생활보장법 제4조 제2항에서 개별성 원칙의 고려요소를 언급하나, 실제로는 가구 규모 중심의 획일적 급여기준만 적용되고 있다. 급여요건과 효과의 구체적 내용을 대통령령, 고시 등 하위 행정입법에 포괄적으로 위임함으로써 법원의 해석권한이 제약되고, 불확정 개념을 통한 개별 사례에서의 구체적 타당성 확보가 어려운 실정이다. 이를 개선하기 위해서는 독일 사례를 참고하여, ① 지나치게 획일적으로 유형화된 표준적 급여를 넘어 개별적인 공공부조 수급자의 여러 상황에서의 다양한 필요를 법적 청구권 형태로 보장하고, ② 이를 위하여 필요와 급여의 종류를 다양화하고 표준화된 급여를 뛰어넘는 추가적 급여에 관한 예외사례 조항을 신설하고, ③ 불확정 개념에 대한 법원의 해석 권한을 회복하며, ④ 공공부조에 관한 사회보장 소송절차를 수급자인 원고에 친화적인 형태로 개선해야 한다. 특히 헌법상 인간다운 생활을 할 권리 관련하여 개별성 원칙과 필요보장 원칙이 교착하는 영역에서 비전형적 사례나 특별한 필요를 가진 수급자의 권리가 실질적으로 보장될 수 있도록 하는 해석론과 입법론이 활성화될

* 이 논문은 2024년도 서울시립대학교 연구년교수 연구비에 의하여 연구되었음.
** 서울시립대학교 법학전문대학원, 부교수

필요가 있다.

• 논문제출: 2025. 12. 21. • 심사개시: 2025. 12. 30. • 게재확정: 2026. 01. 16.

I. 서론

한국에서 사회보장법의 다양한 영역 중 국민기초생활보장법(이하 '기초생활보장법'이라 한다), 의료급여법, 주거급여법, 긴급복지지원법 등의 공공부조 영역은 인간다운 생활을 할 권리의 보장을 위한 최후의 보루로서 인간의 존엄과 가장 가깝게 맞닿아 있다. 그러나 그 중요성에도 불구하고 이에 관하여는 행정적 구제절차나 법원의 재판을 통한 규범적 통제가 거의 이뤄지지 않고 있다.[1] 공공부조법상 급여가 위헌, 위법적으로 거부당하는 개별 사례에서 빈곤층에 대한 구제를 활성화하기 위해서는 공공부조에 관한 처분의 부당, 위법 여부에 관한 규범적 통제절차에서 적용되는 규범적 심사기준이 탐구될 필요가 있다.

이 글에서는 기초생활보장법상 급여의 기본원칙 중 개별성의 원칙과 최저생활보장의 원칙(=필요 보장의 원칙)이 공공부조 영역의 개별 처분이나 입법, 행정입법의 합헌성·적법성에 관한 해석론의 규범적 심사기준으로 활용될 가능성과 관련하여 독일 사회부조법과의 비교법적 연구를 진행한다. 개별성 원칙과 최저생활보장의 원칙을 연구의 대상으로 삼은 이유는 위 원칙들이 개인의 구체적 사정에 따른 공공부조 급여의 인정 여부와 그 범위, 그 제한에 있어 중요한 역할을 하기 때문이다.

최저생활보장의 원칙은 생활이 어려운 자에게 생계·의료·주거·교육·자활 등 필요한 급여를 행하여 이들의 최저생활을 보장하여야 한다는 원칙이다. 개별성의 원칙은 급여수준을 정함에 있어 수급자의 개별적 특수 상황을 최대한 반영해야 한다는 원칙[2]이다. 구체적인 사례에서 위 두 원칙에 따라 행정청은 개별적인 수급자의 상황을 평가하여 급여의 종류의 선택, 선택된 급여의 요건이나 효과 판단, 결정에 있어 인간다운 생활을 할 권리를 유지하기 위한 최저생활 수준 보장에 충분한 급여가 이뤄질 수 있도록 개별화된 판단을 해야 한다. 급여 신청을 받은 행정청은 공공부조 급여 요건과 효과에 관한 불확정 개념의 해석, 재량의 행사 과정에서 개별성의 원칙을 고려하여 결정하여야 한다. 그러나 개별 사안에서 개인별로 개별화되어 보장되어야 하는 필요의 수준을 개인의 여러 사정을 조사, 고려하여 판단하는 것은 쉬운 일이 아니다. 규범적 차원에서 교정되어야 할 잘못된 판단이 이뤄질 수 있고, 경우에 따라 이러한 잘못된 판단은 공공부조 예산 지출을 낮은 수준으로 유지하기 위한 압박에

1) 법원의 소송절차와 행정적 구제절차에서 다루어지고 있는 극히 적은 수의 사회보장법 사건 통계에 관해서는 다음 문헌 참조. 장승혁, "사회보장소송의 특수성과 사회보장법원의 필요성", 「사회보장법학」 제8권 제1호, 2019, 24면; 박우경, 「사회보장사건의 법원을 통한 구제 절차 현황과 개선방안」, 사법정책연구원, 2022, 63면 이하; 차성안, "독일 사회법의 주요 분쟁 유형과 사회법원의 역할 - 사회법원 통계 분석을 중심으로", 「가천법학」 제16권 제1호, 2023, 34면 이하.

2) 보건복지부, 「2025년 국민기초생활보장 사업안내」, 2025, 234면.

따른 구조적인 결과일 수도 있다. 급여 요건과 효과에 관한 국회 입법, 행정입법(지침, 안내서를 포함하여) 과정에서도 개별성의 원칙이 고려되어야 하는데, 개별화에 따른 행정적 부담의 증가와 공공부조 지출 예산의 증가를 피하기 위한 무리하게 추상화된 입법[3]이 개별성의 원칙을 침해할 수도 있다.

급여의 추상화에 경도되어 있는 한국 공공부조법에서는 명백히 의식주나 건강, 교육, 문화활동 등에 있어 어려운 상황에 있는 개인이, 개별성의 원칙에 따른 최소한의 고려를 받지 못해 급여의 전부 또는 일부를 거부당하여 생계나 건강하고 문화적 생존을 침해당하는 상황이 발생하기 쉽다. 이러한 사례들은, 형식적으로 공공부조 제도를 통한 보호범위 있는 듯 하지만 실질적으로는 보장을 받지 못하는 영역으로서, 형식적 규범내용만으로도 확인되는 사각지대와 달리 눈에 잘 보이지 않기 때문에 그 문제상황을 인식하는 것 자체가 어렵다. 이 글에서는 이런 어려움을 극복하기 위하여, 독일 사회부조법의 필요 보장의 원칙(Individualisierungsgrundsatz)과 필요 보장의 원칙(Bedarfsdeckungsgrundsatz)에 관한 논의를 자세히 검토하여, 이를 한국과 비교하는 비교법적 방법론을 취한다. 독일의 경우 전반적인 사회보장법 체계나 사회법전 제12권, 제2권을 중심으로 형성된 공공부조법의 체계가 한국과 유사하다. 그런데 공공부조에 관한 판결이 극히 적은 한국과 달리 별도로 설치된 사회법원[4]을 통한 구제절차를 통하여 처리되는 사회부조 사건이 2021년 통계 기준으로 사회법전 제12권 사건이 12,330건, 사회법전 제2권 사건이 81,399건에 달할 정도로 빈곤층의 사회부조 수급권에 대한 침해에 대한 법적 구제가 활성화되어 있다.[5]

독일에서 규범적 차원에서 필요 보장의 원칙과 개별성 원칙이 교착되어 어떻게 실현되는지를 독일 연방헌법재판소, 연방사회법원 등의 판례를 통하여 살펴본다. 필요보장의 원칙과 개별성 원칙이 구체적인 입법에서 실현되는 양상은 근로 능력 없는 자에 대한 사회부조를 규정한 사회법전 제12권을 중심으로 살펴보되 논의에 필요한 범위에서 근로능력이 있는 요부조자에 대한 사회법전 제2권의 내용도 일부 살핀다. 입법 차원에서 개별성 원칙을 별도의 조항으로 명문화한 독일 사회법전 제12권 제9조의 내용을 살펴보고, 그에 따라 급여의 종류, 각 급여에서 보장하는 표준필요, 추가필요 등 필요의 내용을 살펴본다. 개별 급여 요건 등에서 포함된 불확정 개념(Unbestimmte Begriffe)[6]이나 별도의 예외사례 조항(Härtefälle)이 필요 보장의 원칙

---

3) 사회보장법상 수급권의 수급 자격 관련 기준을 시행령, 시행규칙, 규정, 지침 등에 대한 다단계 위임을 통하여 대폭 축소하여 규정하여 사회보장 예산 지출 수준을 통제하는 오래된 행정부의 행동패턴은 '법률해석이 예산소요를 정하는 것이 아니라 정해진 예산이 법률해석을 결정'하는 결과를 가져온다. 이에 관한 비판적 논의로는, 차성안, "장애등급제 폐지와 장애인 권리구제를 위한 법원의 역할", 「법학논집」 제23권 1호, 67-69면 참조.

4) 독일 사회법원에 대한 소개로는, 차성안, "독일의 사회법 분쟁 해결과 사회법원의 역할", 「사회보장법학」 제8권 제1호, 2019, 47-103면; 김봉철, 「독일 사회법원에 관한 연구」, 사법정책연구원, 2025. 참조.

5) 차성안, "독일 사회법의 주요 분쟁 유형과 사회법원의 역할 - 사회법원 통계 분석을 중심으로 -", 「가천법학」 제16권 제1호, 2023, 18면.

6) 독일의 통설, 판례는 행정행위 관련하여 효과재량설에 따라 행정행위 요건에는 행정청의 재량을 인정하지 않고 효과 부분에만 재량을 인정한다. 독일의 사회부조의 효과에 재량이 인정되는 경우 그 재량권 일탈·남용의 판단 기준에 따라 개별성·필요 보장의 원칙의 실현 정도가 달라질 수 있다. 요건에 사용된 불확정 개념의 경우 드물게 행정청의 전문적·기술적 결정, 예측판단 등에 있어서 예외적으로 판단여지가 인정될 여지가 있다. 다만 이 글에서는 한국에서 개별 사안별로 구체적 사정이 고려되지 못한 획일적 기준에 의한 인간다운 생활을 할 권리의 침해가 주로 수급요건의 측면에서 발생하고 있다는 점을 고려하여 독일 사회

과 개별성 원칙의 실현에 어떻게 기여하는지는 간략히만 살핀다. 불확정 개념과 예외사례 조항은 매우 다양하게 존재하고 그 해석례도 방대하기 때문에 사회부조 급여 요건이나 효과와 관련된 불확정 개념과 예외사례 조항에 관한 구체적 분석은 후속연구로 미루었다. 마지막으로 독일의 개별성 원칙과 필요 보장의 원칙이 입법과 해석으로 실현되는 양상이 한국의 인간다운 생활을 할 권리, 개별성 원칙 및 최저생활보장의 원칙 및 공공부조법상의 개별 급여의 요건과 효과 등의 입법론, 해석론에 주는 시사점을 살펴본다.

II. 독일 사회부조법상 필요 보장의 원칙의 헌법적 근거와 실현구조

1. 최저 생활수준 보장에 관한 헌법적 보호의무

독일 연방헌법재판소는 국민에 대한 최저 생활 수준의 보장과 관련하여, 필요 보장의 원칙(Bedarfsdeckungsgrundsatz)을 최고의 원리(oberste Maxime)로 강조한다.[7] 독일 기본법은 대한민국 헌법과 달리 인간다운 생활을 할 권리를 헌법상 기본권으로 규정하고 있지 않지만, 독일 연방헌법재판소[8]는 독일 기본법상 인간 존엄의 보장(제1조 제1항)과 사회 국가 원리(제20조 제1항)의 결합을 통하여 국민에게 최저한의 생활수준을 보장할 국가의 헌법상 의무를 헌법 해석론을 통하여 인정하고 있다. 이는 단순히 객관적인 법적 보호만을 의미하는 것이 아니라 주관적인 권리를 인정하는 것으로서, 불충분한 입법의 경우 권리자에 의한 헌법소원도 가능하다.[9] 최저한의 생활수준은 통일적인 기본법적 보장을 통하여 보장되는데, 이는 인간의 육체적 생존, 음식, 의복, 가재도구, 주거, 난방, 위생과 건강 및 인간관계의 유지 가능성과 사회, 문화, 정치적 삶에의 최소한의 참여를 보장하는 것을 포괄한다.[10] 인간의 존엄에 걸맞은 최저 생활수준의 보장은 모든 개별적인 기본권을 가진 자의 생존에 필수

부조법상 급여 관련 재량 통제의 문제는 이 연구에서는 다루지 않고 다음 연구 과제로 미루었다. 사회부조의 여러 급여 요건에 사용된 불확정 개념에 판단여지가 인정되는 사례군이 얼마나 있는지도 후속 연구로 미룬다. 다만 독일 노르트라인-베스트팔렌주 주사회법원의 안나 휠라(Anna Hyla) 판사에 따르면 독일 사회법상 급여 요건의 해석에서 판단여지가 인정되는 예는 거의 없는 것으로 보인다. 이에 관한 자세한 논의는, 안나 휠라(Anna Hyla), “불확정 법개념의 해석과 사회법원의 역할”, 「사회보장법연구」 제14권 제2호, 2025, 264-282면 참조.

7) Knickrehm/Roßbach/Waltermann, 앞의 책, SGB II § 20, Rn. 18.

8) BVerfG 12.5.2005 - 1 BvR 569/05, NVwZ 2005, 927 (928); BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, BVerfGE 125, 175; BVerfG 5.11.2019 - 1 BvL 7/16 -. 위 결정들 중 두번째, 세번째 결정을 다룬 국내 논문으로는 다음 문헌 참조. 박귀천, "실업자와 그 가족에 대한 기초생활 보장의 적정수준 - 독일 사회법전상의 생계급여 및 사회급여에 관한 2010년 2월 9일 독일연방헌법재판소 결정에 대한 검토를 중심으로 -", 「이화여자대학교 법학논집」 제15권 제2호, 2010; 박귀천, "독일 사회부조법의 원리와 최근의 법 개정에 관한 소고", 「사회보장법연구」 제1권 제2호, 2012; 박성은, "자활조건 불이행 시 생계급여 삭감의 위헌성 - 독일 연방헌법재판소 판결(BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 5. November 2019 - 1 BvL 7/16)에 대한 소개를 중심으로 -", 「사회보장법연구」 제11권 제1호, 2022.

9) Knickrehm/Roßbach/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht 8. Auflage 2023, SGB II § 20, Rn. 10.

10) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09, NJW 2010, 505 Rn. 135.

적인 전체적인 필요를 보장하는 방식으로 형성된 법적 청구권을 통하여 보장되어야 한다.[11]

2. 최저 생활 수준에 관한 입법형성의 자유와 그 한계

최저 생활 수준에는 육체적 최저 생활 외에 사회문화적 최저생활이 포함된다. 입법자는 최저 생활 수준을 형성하는 결정에서 결과적으로 요부조자의 구체적 필요들에 따라야 하고 자신의 결정을 이러한 필요들에 맞추어야 한다.[12]

독일 연방헌법재판소에 따르면, 어떤 명확한 수치화될 수 있는 최저생활의 범위가 헌법상 직접적으로 바로 도출되지는 않기 때문에, 이에 관한 헌법적 통제는 입법자의 상당한 형성의 여지(Gestaltungsspielraum)를 고려해야 한다. 이러한 통제는 2가지로 이루어진다. 먼저 발견된 결과, 즉 급여수준의 수용가능성(Vertretbarkeit)에 관련된 증거통제(Evidenzkontrolle)가 이뤄진다. 2010년 2월 9일의 결정에서 독일 연방헌법재판소[13]는 당시 법률에 정의된 급여들이 명백히 불충분하지는 않다고 보았다. 위 판결에서 최저생활의 사회문화적 국면과 관련된 입법적 형성의 여지가 육체적 생존의 국면과 관련된 경우보다 크다는 점이 강조되었다. 연방사회법원[14]은 이에 따라 명백히 불충분한 보장수준을 가진 "(헌법조항이 아닌) 법률적 규율에 대한 절제된 실체적 통제(zurückhaltende materielle Kontrolle)"만이 가능하다고 판시했다.[15]

두번째로, 증거통제만을 하는 경우 연방헌법재판소의 통제가 지나치게 소극적으로 될 수 있기 때문에, 절차의 적절성·일관성 통제(Kontrolle der Sachgerechtigkeit und Folgerichtigkeit des Verfahrens)로서 이를 보충한다.[16] 사회법전 제2권 제20조 제1항의 표준급여를 정할 때 입법자는 인간존엄에 걸맞은 최저생활 수준의 보장에 필요한 급여들을 현실에 맞게 측정하는 데 원칙적으로 적합한 절차에 근거하여야 한다.[17] 더 나아가 이러한 절차는 일관되고 납득가능한 방법으로(in einer konsistenten und nachvollziehbaren Weise) 적용될 것이 요구된다.[18] 2010년 2월 9일의 결정에서 독일 연방헌법재판소는 표준필요 결정에 관하여 2004년에 선택된 절차는 여러 측면에서 스스로 정한 기준에서 벗어났기 때문에 이러한 일관성을 갖추지 못했다고 보았다. 이러한 일탈은 중대한 수준이어서 사회법전 제2권 제20조 제2, 3항의 표준급여의 정함은 이러한 근거에서 위헌으로 결정되었다.[19]

---

11) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09, NJW 2010, 505 Rn. 137.
12) BVerfG 23.7.2014 - 1 BvL 10/12 ua, NJW 2014, 3425 Rn. 76. 표준필요(Regelbedarf)의 조사와 사회법전 제2권과 제12권의 개정을 위한 2011년 3월 24일자 법률이 기본법 제1조 제1항과 제20조 제1항에서 유래하는 인간존엄에 걸맞은 최저생활 보장의 요구사항을 충족하고 있는지가 문제된 사건이다. 이 절차에서 독신 성인, 함께 사는 성인들, 15세부터 18세 사이의 청소년과 6세까지의 아동을 위한 표준필요에 대한 급여들이 문제되었으나, 합헌 결정이 내려졌다.
13) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 151.
14) BSG 28.3.2013 - B 4 AS 12/12 R.
15) Knickrehm/Roßbach/Waltermann, 앞의 책, SGB II § 20, Rn. 21.
16) Knickrehm/Roßbach/Waltermann, 앞의 책, SGB II § 20, Rn. 22.
17) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09.
18) Knickrehm/Roßbach/Waltermann, 앞의 책, SGB II § 20, Rn. 22.
19) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 180, 188; Knickrehm/Roßbach/Waltermann, 앞의 책, SGB II § 20, Rn. 22.

2014년 7월 23일의 결정에서 독일 연방헌법재판소는 일관성 명제를 상대화하고 이를 통하여 정치적 책임을 지는 형성의 여지를 확대했다.[20] 기본권에 따라 보장되어야 하는 급여를 방법적으로 적절하게 정함에 있어 헌법에서 유래하는 요구사항은 입법의 절차가 아니라 그 결과와 관계가 있다. 기본법 제1조 제1항과 제20조 제1항의 결합에 따라 요구되는 인간의 존엄에 걸맞은 최저생활 수준 보장에 관한 기본권은 입법자에게 그 절차상 아무런 특정한 의무도 부과하지 않는다. 결정적인 것은 최저생활을 보장하는 급여의 수준이 현실에 맞는, 적절한 산정을 통해 객관적으로 개별화되어(differenziert) 근거 지워질 수 있는가이다.[21] 입법자는 인간 존엄에 걸맞은 최저생활 보장을 위한 필요의 조사와 급여 산정 방법을 유용성과 적절성(Tauglichkeit und Sachgerechtigkeit)의 틀 내에서 스스로 선택할 수 있다. 그러나 이러한 법리는 기본권에 따른 판단기준을 변경하는 것은 아니다. 따라서 만약 그 방식(Methode)이 아니라면 최저 보장 수준으로 인정되었을 필요의 수준을 애초부터 약화시키는 방식은 선택될 수 없다.[22] 이러한 입법자의 방식의 자유는 그러나 앞서 본 필요보장 원칙의 제한을 받는다. 또한 서로 다른 인적 그룹에서 서로 다른 방식을 선택하는 경우에는 기본법 제3조 제1항의 평등원칙의 제한을 받는다.[23]

3. 개별화와 유형화, 정액화의 관계와 그 헌법적 한계

(1) 유형화, 정액화의 허용성

입법자의 입법형성의 자유는 원칙적으로 유형화(Typisierung)와 개별화(Individualisierung)의 관계를 포함한다.[24] 대량으로 발생하는 현상을 규율할 때 입법자는 유형화되고 정액화[25]된 규정들(typisierende und pauschalierende Regelungen)로 이에 대응할 수 있다. 고정액(Festbetrag)으로 표준급여를 보장하는 것은 원칙적으로 허용된다. 이는 인간의 존엄에 걸맞은 최저생활 보장을 위한 급여에도 유효하다.[26]

(2) 평등원칙과 개별 헌법 조항에 따른 한계

이러한 유형화, 정액화에는 일정한 헌법적 한계가 따르는데, 연방헌법재판소의 2010년 헌법불합치 결정은 최저생활 보장과 관련하여 유형화, 정액화가 원칙적으로

20) Knickrehm/Roßbach/Waltermann, 앞의 책, SGB II § 20, Rn. 23.
21) BVerfG 23.7.2014 - 1 BvL 10/12 ua, NJW 2014, 3425 Rn. 77.
22) BVerfG 23.7.2014 - 1 BvL 10/12 ua, NJW 2014, 3425 Rn. 78.
23) Knickrehm/Roßbach/Waltermann, 앞의 책, SGB II § 20, Rn. 23.
24) Knickrehm/Roßbach/Waltermann, 앞의 책, SGB II § 20, Rn. 24.
25) 정액화라는 번역 대신 '총액화'의 번역도 고려하였다. 수많은 수급자들의 서로 다른 필요상황에도 불구하고 유형화된 급여별로 같은 금액의 급여액을 지급하는 것으로 단순화하였다는 의미에서 '정액화'로 번역하였다.
26) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 205. 위 연방헌법재판소 2010년 헌법불합치 결정은 위 법리를 제시하면서, 위 결정 이전에 유형화, 정액화의 가능성과 한계가 문제가 되어 위헌 판단이 내려진 다음 결정들을 소개하고 있다. BVerfGE 87, 234 [255f.] = NJW 1993, 643; BVerfGE 100, 59 [90] = NJW 1999, 2501; BVerfGE 100, 195 [205] = NJW 1999, 2357.

허용된다는 점을 인정하면서도, '피할 수 없고, 지속적이며 일회적이지 않은 특별한 필요와 관련하여 인간 존엄에 걸맞은 최저생활 보장을 위한 급여청구권'에 관한 규정이 결여된 사회법전 제2권은 독일 기본법의 사회국가 원리에 관한 제20조 제1항과 결합된 인간의 존엄에 관한 제1조 제1항에 합치되지 않는다고 판시했다. 표준급여의 근거가 된 소득·소비 통계는 보통의 필요상황들(Bedarfssituationen)에서의 평균필요(Durchschnittsbedarf)만을 반영할 뿐이고, 이를 넘어서는 비전형적인 필요상태(Bedarfslagen)에 근거한 특별할 필요를 반영하지 않고 있기 때문이다.[27]

개별화의 필요성은 기본적으로 같은 것을 같게 다른 것을 다르게 취급할 것을 요구하는 헌법상 평등원칙에서 유래하는 것이기 때문에, 개별화의 요구와 긴장관계에 있는 유형화, 정액화는 필연적으로 평등원칙에 따른 한계를 지켜야 한다. 2010년 이전에 내려진 결정들에서, 독일연방헌법재판소는 대량으로 발생하는 현상을 규율함에 있어 입법자가 일반화, 유형화 및 정액화된 규정들을 사용할 수 있고, 이와 불가피하게 결합되어 나타나는 가혹함(Härten)[28]만으로 인하여 일반적인 평등원칙에 위반되는 것은 아니라고 하였다. 그러나, 동시에 그 한계로서, 유형화는, 이로 인하여 생기는 가혹함과 불평등이 오직 상당히 적은 수(nur eine verhältnismäßig kleine Zahl)의 사람들에게만 해당되는 것이고 평등원칙에 대한 위반이 매우 심각하지(intensiv) 않을 것을 전제로 한다. 그 외에도 입법자의 유형화에 있어 형성의 자유에는 다른 헌법규범에 따라 제한될 수도 있다.[29]

사회보장법 영역에서 유형화의 허용성을 인정하면서 그 헌법적 한계에 따라 독일연방헌법재판소의 위헌판단이 2010년 전에 내려진 사례들로는, 우선 1992년 11월 17일 실업부조의 수급요건, 수급액에 영향을 미치는 필요성(Bedürftigkeit) 판단과 관련하여 수급신청인의 지속적으로 별거하지 않고 있는 배우자 소득 산입에 관한 노동촉진법(Arbeitsförderungsgesetz) 제183조 제1항 제2호, 제3항 제9호에 대한 위헌 판단이 있었다. 위 규정들은 맞벌이하는 부부를, 외벌이하거나 혼자 사는 사람에 비하여 차별하고, 계속 별거하는 부부에 비하여 함께 사는 부부를 상당히(erheblich) 불이익하게 취급한다는 이유로 기본법상 혼인의 보호에 관한 제6조 제1항과 평등원칙에 관한 제3조 제1항에 위반된다는 판단을 받았다.[30] 1999년 4월 28일 동독 지역에서 얻은 근로소득 등을 연금액 산정에 고려하는 문제와 관련하여 동독지역의 부가, 특별연금 시스템의 청구권과 기대권 이전에 관한 법률(Anspruchs- und Anwartschaftsüberführungsgesetz - AAÜG) 제6조 제2항, 제4항 7호는, 1993년 7월 1일 이후로 기본법의 소유권 보호 등에 관한 제14조와 평등원칙에 관한 제3조 제1항을 위반하였다는 이유로 위헌 판단을 받았다.[31] 1999년 2월 2일에는 연방교육촉진법(Bundesausbildungsförderungsgesetz, BAföG)상 급여 수급을 위한 필요(Bedarf)에 산입되는 토지 가액의 산정과 관련하여, 시장가격 또는 현재가격(Kurs- oder Zeitwert)으로 산입되는 유가증권이나 기타 자산과 달리, (당시 기준에서 시장가치의

27) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 204.
28) 'Härte', 'Härtefall' 등은 적절한 번역어를 찾기가 어렵다. 어떤 일반화된, 유형화된 규율에서 벗어나 예외적인 규율을 필요로 하는 가혹한 상황을 의미한다는 점에서 이 글에서는 '가혹함', '예외(적) 사례' 등으로 번역해 보았다.
29) BVerfGE 87, 234 [255f.] = NJW 1993, 643; BVerfGE 100, 59 [90] = NJW 1999, 2501.
30) BVerfGE 87, 234 [255f.] = NJW 1993, 643.
31) BVerfGE 100, 59 [90] = NJW 1999, 2501.

작은 일부에 불과함이 명백한) 공시지가(Einheitwert)만을 고려하는 규정(제28조 제1항 제1호)은 평등원칙에 관한 기본법 제3조 제1항에 위반된다는 판단이 내려졌다. 위 결정은 토지자산을 가진 피교육생의 수가, 입법자가 평등원칙을 위반하지 않는 유형화의 소명을 지키면서 토지가액을 시장가격의 작은 일부에 불과한 공시지가와 연결시키는 방식으로 토지류의 자산을 산입에서 제외할 수 있을 정도로, 작지 않다고 보았다. 1970년대에는 99%의 교육촉진 사건에서 피교육생의 자산 산입이 아무런 역할을 못했지만, 이후 사정이 근본적으로 변경되어 현재의 피교육생 세대는 상속과 증여를 통하여 종전보다 넓은 범위에서 토지를 보유하고 있다는 점이 지적되었다.[32]

(3) 인간 존엄에 걸맞은 최저생활 보장과 유형화의 한계

사회법전 제2권의 표준급여에 대한 2010년 헌법불합치 결정은 유형화의 허용성을 설시하면서 그 한계를 넘은 것으로 보아 위헌 판단을 내렸다는 점에서 종전 결정들과 동일하지만, 평등원칙 위반을 언급하지 않고 기본법 규정 중 사회국가 원리(제20조 제1항)와 결합된 인간의 존엄 규정(제1조 제1항)만을 근거로 내세웠다는 점에서 차별성을 갖는다. 특히 그 논거에 있어 유형화가 포섭하지 못하는 예외적 사례에 해당하는 사람의 숫자가 적어야 한다거나 평등원칙 위반이 매우 심각하지(intensiv) 않은 수준이어야 한다는 등의 전제조건을 일반적인 법리 설시와 구체적인 위헌 판단 근거 설시 어디에서도 제시하지 않았다. 대신, 유형화가 인간의 존엄에 걸맞은 최저생활 보장을 위한 급여에서도 허용됨을 설시한 직후, "그러나 모든 하나하나의 개인의(jedes einzelnen Individuums) 인간의 존엄을 예외 없이 보호하는 기본법 제1조 제1항은, 모든 개별 사례에서(in jedem Einzelfall) 최저생활 수준이 보장될 것을 요구한다."고 판시했다.[33] 이는 유형화, 정액화의 허용성의 한계를 인간의 존엄에 걸맞은 최저생활 수준을 보장하는 급여에 관한 입법에서는 매우 좁게 형성한 것이다. 유형화, 정액화된 급여로 인하여 최저생활을 보장받지 못하는 사람들의 숫자가 매우 적다는 것은 문제된 개별 사례에서 특정한 개인의 인간의 존엄에 걸맞은 최저생활 수준이 보장되지 못하도록 설계된 유형화, 정형화된 입법의 위헌성 판단에 영향을 미치지 못한다. 이는 과거에 평등원칙 위반의 정도가 매우 심각하지 않을 것이라는 요건과 상통하는 면이 있다고 이해될 수 있다. 인간의 존엄에 걸맞은 최저생활이 보장되지 않게 되는 것은 그 자체로 평등원칙 위반의 정도가 매우 심각한 수준이라고 평가될 수 있는 상황이기 때문이다.

주의할 점은 최저생활 수준의 보장 여부를 판단할 때, 정액을 이루는 금액의 세부적인 소비항목 간의 금액 조절 가능성, 저축 가능성[34](Ansparpotenzial)을 함께 고려해야 한다는 점이다. 수급자는 정액화된 급여액의 지출 시 특정 세부 지출항목에서는 통계상 조사된 평균금액보다 높게, 다른 세부 항목에서 낮게 사용하는 방식으로

32) BVerfGE 100, 195 [205] = NJW 1999, 2357.
33) BVerfG 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 205.
34) 특정 항목의 소비를 아껴서, 즉 절약하여 다른 항목의 필요에 사용할 자금을 마련한다는 의미에서 '절약 가능성'으로도 번역할 수 있다. 최종적인 목표가 절약해서 소비를 줄이는 것 자체가 아니라 절약해서 모은 금액으로 다른 항목의 필요에 대응한다는 점에서 저축 가능성이라고 번역하였다. 다만 문맥에 따라 절약의 의미를 밝혀 줄 필요가 있는 경우에는 절약이나 아낀다는 표현을 넣어 번역할 수 있다.

특별한 상황에 일정 부분 대처할 수 있다. 표준급여에 포함된 저축 가능성도 이용해야 한다.[35]

정액화된 표준급여액은 그 개념에 따라 오직 평균적 필요만을 보장할 수 있다. 특별한 사례들(Sonderfällen)에서 등장하는 파악되지 못한 종류의 또는 비전형적 범위의 필요는 통계에 의하여 충분히 반영되지 못한다. 그러나 기본법 제20조 제1항과 결합된 제1조 제1항은, 개별 사례에서 인간의 존엄에 걸맞은 최저생활 수준이 필요한 경우, 피할 수 없는, 지속적인, 일회적인 아닌 특별한 필요도 보장할 것을 명한다.[36] 헌법재판소는 2010년 헌법불합치 결정에서, 사회법전 제2권의 전체적 규정들이 통상적으로는(in der Regel) 개인적인 특별한 필요도 보장해준다고 보면서도, 예외 없이 항상 그런 것은 아니라면서, 다른 규정들을 통한 보장가능성을 살폈다.

먼저 사회법전 제2권 제20조의 생계보장을 위한 표준급여를 보충하는 사회법전 제2권 제21조의 생계급여에 대한 추가필요(Mehrbedarfe beim Lebensunterhalt)는 특정한 제한적으로 열거된 필요상태(bestimmte, abschließend aufgezählte Bedarfslagen)만을 보장한다는 점이 지적되었다. 다음으로 사회법전 제2권 제23조 제1항[37]의 자금대여(Darlehen) 방식의 급여를 통하여 표준급여로 포섭되지 못한 특별한 필요를 보장할 가능성이 검토되었다. 그러나 제23조 제1항의 자금대여로는 특별한 필요가 초기에 일시적으로 보장될 뿐이고, 지속적인 특별한 필요 보장을 위하여는 자금 대여 방식은 적절하지 않았다. 다른 생활상태에서의 부조(Hilfe in sonstigen Lebenslagen)에 관한 사회법전 제12권 제73조도 검토되었으나, 연방사회법원의 판례의 해석에 따르면 동 조항은 전체적인 비전형적 필요상태가 고려되어야 하는 경우까지 보장할 수는 없었다. 연방사회법원은 사회법전 제12권 제73조의 적용을 정당화하는 필요를 당시까지 이혼 배우자가 멀리 떨어져 사는 아동의 면접교섭권을 행사할 때 생겨나는 비용에 대해서만 인정했다. 판례와 문헌상 어떤 사례들에서 사회법전 제12권 제73조에 따른 부가적인 급여가 고려될 수 있는지 다툼의 대상이 되는 점도 고려되었다.[38] 이런 이유로, 사회법전 제2권에 규정된 급여들은 인간의 존엄에 걸맞은 최저생활 보장을 위한 피할 수 없고 지속적이며 일회적이 아닌 특별한 필요에 대응하는 추가적인 급여 청구권을 필요로 한다. 이러한 청구권은 제3자의 급여를 포함하고 요부조자의 저축가능성까지 고려해도 요부조자에게 보장된 급여들의 전체 금액이 인간의 존엄에 걸맞은 최저생활을 더 이상 보장하지 않을 정도로 그 필요가 상당한(erheblich) 경우에 발생한다. 이러한 추가적인 청구권은 그 좁고 엄격한 요건을 고려할 때 드문 경우에만 발생한다.[39]

(4) 일회적이지 않은 특별한 필요의 입법 전 보장

연방헌법재판소는 생계에 필요한 최저생활 보장에서의 이러한 흠결로 인하여 입법자가 사회법전 제2권 제7조에 따른 수급권자에게 이러한 특별한 필요를 보장하기 위한 부조급여에 대한 '청구권 형식의'(in Form eines Anspruchs) 예외사례 조항

35) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 205.
36) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 206.
37) 현재는 사회법전 제24조 제1항에서 자금대여 방식의 급여를 규정하고 있다.
38) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 207.
39) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 208.

(Härtefallregelung)을 규정할 의무가 있음을 명시적으로 설시했다.[40] 입법기한은 2010.12.31.으로 정하였다.[41]

연방헌법재판소의 이러한 판시에 따라 이러한 특별한 필요에 대응하는 급여 청구권 조항이 2010년 5월 27일 재정기획위원회 폐지 및 계속 업무의 안정화위원회 이관 및 기타 법률의 개정에 관한 법률(Gesetze zur Abschaffung des Finanzplanrates und zur Übertragung der fortzuführenden Aufgaben auf den Stabilitätsrat sowie zur Änderung weiterer Gesetze vom 27.5 Mai 2010) 제3a조 제2호, 제4조 제2항(2010. 6. 2. 공포, 시행)을 통하여 사회법전 제2권 제21조 제6항에 도입되었다.[42] 당시 신설된 조문[43]의 표현은 "개별 사례에서 피할 수 없는, 지속적인, 일회적이 아닌 특별한 필요가 존재하는 한 소득능력 있는 요부조자에게 추가필요(Mehrbedarf)가 인정된다. 특히 해당 추가 필요가 제3자의 지원(Zuwendungen)을 통해서나 요부조자의 저축 가능성(Einsparmöglichkeiten)[44]을 고려하더라도 보장되지 않고 그 액수가 평균적인 필요를 상당히(erheblich) 초과하는 경우 이를 피할 수 없는 필요로 본다"라고 하여, '벗어난 표준급여액' 확정(abweichende Regelsatzfestsetzung)에 관한 사회법전 제12권 제27a조 제4항의 예와 같은 유연한 규정을 따르지 않고[45] 그 대신 헌법재판소 결정의 표현을 거의 그대로 가져왔다.

연방헌법재판소는 2010년 결정에서 단순 위헌결정 시 인간존엄에 걸맞는 최저생활 보장을 위한 급여 지급의 법적 근거가 완전히 없어지게 된다는 점을 고려하여 표준급여액에 대한 사회법전 제2권 제20조 제2항, 제3항, 제28조 제1항의 일부 조항들에 대하여 헌법불합치 결정을 내렸다. 이는 사회법전 제1권 제31조 법률유보 조항에서 "사회법전 상의 사회 급여 영역에서 권리와 의무는 오직 법률로 정하거나 허용하는 경우에만 설정, 확정, 변경 또는 삭제할 수 있다"고 정한 것을 고려한 것이다.[46] 이로 인하여 기본법 제22조 제1항과 결합한 기본법 제1조 제1항에 위반되는 사회법전 제2권의 표준급여에 관한 조항들은 계속 적용되고, 소급적으로 조항이 교체될 수도 없다.

주목할 부분은 독일 연방헌법재판소가 새로운 입법 전이라고 하더라도 앞서 살펴본 일회적이지 않은 특별한 필요를 갖는 사회법전 제2권 제7조에 따른 수급권자는 필요한 현물 또는 현금 급여를 지급받아야 한다고 판시했다는 점이다. 입법 전의 이행기간 동안 기본법 제20조 제1항과 결합된 제1조 제1항을 침해할 위험을 피하기 위하여, 위헌적인 흠결은 판결 선고 시점부터 치유되어야 한다고 명령하였다. 이러한 청구권은 사회법전 제2권의 체계에 따라 연방의 부담 하에 실현되어야 한다.[47] 연방

---

40) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 209.
41) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 216.
42) BGBl. I 2010 S. 671.
43) 2020.12.31.까지 유효했던 규정이다. 아래에서 설명하듯이 2021. 1. 1.부터는 일회적 필요도 일정한 요건에 따라 특별한 필요로 인정하는 개정이 이루어졌다.
44) '절약 가능성'으로도 번역이 가능하나'Ansparpotenzial'에서 논의한 바와 유사한 이유에서 기본적으로 '저축 가능성'으로 번역하되, 문맥에 따라 필요한 경우 절약이나 아낀다는 표현을 넣어 번역할 수도 있다.
45) Harald Thomé[Hrsg.], *Leitfaden SGB II/SGB XII Bürgergeld und Sozialhilfe von A bis Z*, 52, Rn. 1.
46) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 210.
47) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 220.

노동청은 2010.2.17.자 업무지침(Geschäftsanweisung)(유효기간 2010.2.17.-2011.3.31.)에서 연방헌법재판소가 비전형적인 생활상태에서 발생하는 피할 수 없는 지속적이며 일회적이지 않은 특별한 필요 보장을 위한 청구권이 그에 관한 입법 전이라도 기본법 제20조 제1항과 결합된 제1조 제1항에서 직접 생겨나도록 명령을 내렸고, 이를 사회법전 제12권 제73조의 급여로 해결하는 것은 더 이상 허용되지 않는다고 밝혔다. 그리고 위와 같은 일회적이지 않은 특별한 필요로 입법 전에 보장되는 사례와 보장되지 않는 사례들을 구체적으로 제시하였다.

예를 들어, 특별한 필요가 인정되는 사례로는, '일정한 특별한 질환-만성질환도 포함-의 경우 처방전을 발급받지 않아도 되는 약이나 치료제', '휠체어 사용자를 위한 청소/가사 부조', '이혼이나 별거 중인 배우자의 면접교섭권 행사를 위한 교통, 숙박 등 비용', '오랜 질병, 가족구성원의 사망 등으로 인하여 필요한 보충수업 비용으로 6개월 내 또는 당해 학년말까지 해결될 수 있는 경우' 등을 제시하였다. 다만 이런 사례들은 제한적으로 열거된 것이 아니므로 그 범위나 정도에 있어 비교할 만한 다른 사례들도 예외사례 조항의 범주에 포함될 수 있다고 보았고, 사회법전 제12권 제73조, 제23조 제1항 제2문에 관한 문헌이나 판례를 참조할 수 있다고 제시하였다. 특별한 필요가 부정되는 사례로는, 병원 진료비(표준급여로 조달되므로), 학교 교재와 학교 급식(표준급여에 포함됨), 특대 치수의 옷과 신발(표준급여로 보장될 수 있고, 경우에 따라 자금대여를 고려), 질병으로 인한 영양섭취(비전형적 급여가 아니고 표준필요지표에서 충분히 보장됨)가 제시되었다. 위 업무지침은 새로운 입법 전에도 위의 특별한 필요에 관한 급여를 청구하여 받을 수 있음을 전제로 절차를 설명하고 있다.[48]

(5) 저축 가능성, 자금대여의 한계와 일회적인 특별한 필요의 인정

이후 연방헌법재판소는 2014년 결정에서 2010년 헌법불합치 결정의 '저축 가능성' 요건과 관련하여 절약한 금액을 빼고 남은 급여를 통한 보장이, '생계를 위협하는 부족한 보장 수준'을 초래하여서는 안된다는 점을 지적했다. 이는 자금대여 방식에 따라 특별한 필요에 대응하도록 하는 경우에도 같다. 입법자가 생계를 보장하는 필요를 충족시키기 위하여 필요항목들 간의 내부 조정, 아껴 저축하기(Ansparen) 또는 자금대여 등을 이용하도록 한다면, 입법자는 어떤 경우에도 실제로 생계보장을 위한 필요 충족을 가능하게 하는 재정적 여지(die finanziellen Spielräume)를 보장하거나, 다른 방식으로 필요를 보장하여야 한다.[49]

특히 자금대여 방식의 경우 대여금이 과거에는 10%씩, 현재는 표준급여의 5%씩

48) Bundesagentur für Arbeit, *Geschäftsanweisung vom 17.02.2010*, SP II-II-1303/7000/5215. 위 업무지침의 내용을 검토하고 관련 판례들을 토대로 보다 구체적인 사례들을 소개, 검토한 논문으로는, Klerks, U, *Die neue Härtefallregelung des Bundesverfassungsgerichts zum SGB II: Inhalt und Konsequenzen*, info also, 2010 Heft 2, 56. 참조. 위 업무지침을 최초로 소개한 국내 논문으로는, 박귀천, "실업자와 그 가족에 대한 기초생활 보장의 적정 수준 - 독일 사회법전상의 생계급여 및 사회급여에 관한 2010년 2월 9일 독일연방헌법재판소 결정에 대한 검토를 중심으로 -", 「이화여자대학교 법학논집」 제15권 제2호, 2010, 177-178면.

49) BVerfG 23.7.2014 - 1 BvL 10/12 ua, NJW 2014, 3425 Rn. 121; Knickrehm/Roßbach/Waltermann, 앞의 책, SGB II § 20 Rn. 26.

강제로 변제되는데,[50] 2010년 헌법불합치 결정에서 연방헌법재판소는 위와 같은 방식으로 일시적으로 표준급여가 당시 매달 10%씩 삭감되는 것을 우선은 승인했다.[51] 그러나 이후 연방헌법재판소는 2014년 결정에서 10%씩 삭감된 경우에도 육체적이고 사회문화적인 필요가 완전히 보장될 정도의 표준급여액이 계속 보장되어야 한다고 판시했다.[52] 표준필요에서 고려되지 않은 필요가 단지 일시적으로 발생한 경우, 통계적 평균치보다 명확히 많은 비용이 드는 경우 등에 입법자는 개별 항목별로 보장 수준에 미달하는 부분들(punktuelle Unterdeckungen)을 내부적으로 조정하게 할 수 있다. 그러나 내부적 조정을 위해서 최저생활에 필요한 사회문화적 필요 보장을 위한 금액을 일반적으로 사용하도록 할 수는 없다. 정액의 급여액은 예비 자금을 위한 재정적 여지(einen finanziellen Spielraum für Rücklagen)를 제공하기에 충분할 정도로 산정되어야 한다.[53] 내부 조정을 위하여, 사회문화적 필요 보장에 필요한 급여들을 다른 필요 항목들을 위한 조정 금액으로서 정액화하여 투입하도록 하는 것은 허용되지 않는다. 사회문화적 필요도 기본권으로 보장된 인간 존엄에 걸맞은 최저생활 수준에 속하기 때문이다. 사회문화적 필요들도 최저생활 수준으로 반드시 충족되어야 한다. 표준필요를 위한 정액의 금액에 포함된 사회문화적 필요를 위한 급여들은 자유롭게 처분 가능한 조정 금액(keine frei verfügbare Ausgleichsmasse)이 아니다.[54]

2014년 연방헌법재판소는 2010년 헌법불합치 결정과 이후 입법에서 고려되지 않은 일회적인 특별한 필요에 대하여 판시하였다. 입법자는 부족한 보장 수준으로 인한 위험에 대하여, 최저생활 보장을 위한 필요에 대한 추가적인 지원금 청구권(zusätzliche Ansprüche auf Zuschüsse)을 통하여 대응할 수 있다. 최저생활 보장을 위한 기존의 표준필요 산정에 문제되는 부족한 보장 수준이 포함된 근거가 없는 경우, 사회법원은 표준필요와 함께 별도의 지원금으로 지급되어야 하는 일회적인 급여에 대한 사회법전 제2권 제24조와 같은 규정들을 헌법합치적으로 해석해야 한다. 관련 법률을 이와 같이 해석할 가능성이 없다면, 입법부는 표준 필요 외의 별도의 지원금에 대한 청구권을 신설해야 한다.

현재 사회법전 제2권 제21조 제6항은 제1문에 “일회적 필요의 경우에는 제24조 제1항에 따른 자금대여가 기대될 수 없거나 필요의 종류로 인하여 불가능할 것이 추가 요건으로 요구된다”는 내용이 추가되어 있다. 이는 일회적 필요 형태의 특별한 필요가 통상은 자금대여 형식의 급여로 보장될 수 있지만, 그렇지 않은 경우에는 일회적 필요의 경우에도 별도의 추가필요를 보장할 필요가 있다는 점이 반영된 것이다. 사회법전 제12권 제30조 제10항에도 개별 사안에 따라 일회적이고 불가피한 필요가 존재하고, 그것이 다른 방식으로는 보장될 수 없고 제37조 제1항에 따른 자금대여가 예외적으로 기대되기 힘들거나 필요의 종류로 인하여 가능하지 않은 경우 추가필요(Mehrbedarf)가 보장됨이 규정되어 있다.

---

50) 사회법전 제2권 제24조 제1항.
51) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, BVerfGE 125, 175 Rn. 150; Knickrehm/Roßbach/Waltermann, 앞의 책, SGB II § 20 Rn. 27.
52) BVerfG 23.7.2014 - 1 BvL 10/12 ua, NJW 2014, 3425 Rn. 118.
53) BVerfG 23.7.2014 - 1 BvL 10/12 ua, NJW 2014, 3425 Rn. 117.
54) BVerfG 23.7.2014 - 1 BvL 10/12 ua, NJW 2014, 3425 Rn. 118.

III. 독일 사회부조법상 개별성 원칙에 관한 입법 등

1. 독일 사회부조, 실업부조 제도 개관

독일의 사회부조 제도는 사회법전 제12권과 제2권에서 함께 규율하고 있다. 2005년 이전까지 사회보험 형태의 실업보험과 가장 하부의 최후의 기초생활보장제도인 사회부조 사이에 별도의 실업부조 제도로 존재하던[55] 사회법전 제2권의 실업부조(Arbeitslosenhilfe) 제도는 2005년 하르츠IV 개혁으로 사회법전 제12권과 같은 사회부조 시스템으로 통합되었다.[56] 과거에 실업수당 II(Arbeitslosengeld II)로 불리던 실업부조 급여는 실업보험급여인 실업수당 I(Arbeitslosengeld I)을 모두 소진한 자가 기간 제한 없이 수령할 수 있었는데, 그 급여액 결정 시 기존의 실업 전 순소득(Nettoeinkommen)이 결정적으로 작용하였다. 결과적으로 사회법전 제2권의 실업부조 급여액과 사회법전 제12권의 사회부조 급여액은 사회문화적 최저생활을 가능케 하는 최소한의 수요만을 보장했다. 고소득자의 경우에는 실업부조 급여액이 사회법전 제12권의 사회부조 급여액을 초과했고, 반대로 저소득자의 경우에는 실업부조액이 사회법전 제12권의 최저보장 수준을 하회하는 경우 사회법전 제12권의 사회부조가 실업부조급여액과 사회부조급여액의 차액만큼 추가적으로 지급되는 등의 사례가 발생했다.[57]

2005년 하르츠 IV 개혁 이후 사회법전 제3권의 실업부조 급여액을 사회법전 제12권과 같은 표준생계비 기준에 따르도록 하면서 이런 차이는 사라졌다. 소득능력이 있는 것을 요건으로 하는 사회법전 제2권의 사회부조급여인 시민수당(Bürgergeld)[58]은 제안된 일자리를 거부하는 경우 급여가 일부 삭감되는 구조를 가지고 있고(§§31, 31a, 31b SGB II),[59] 이는 한국 기초생활보장법 제9조 제5항에 따른 자활조건부 생계급여와 유사한 구조이다. 기초생활보장법 제30조 제2항은 소득능력이 있는 수급자

---

55) Torsten Schaumberg, Sozialrecht, 4. Aufl, 2022, §17 Rn. 352.

56) 박귀천, “독일 실업수당 II(Arbeitslosengeld II) 지급의 시행과 이를 둘러싼 문제”, 「국제노동브리프」 제3권 제1호, 2005, 17면; 박귀천, "실업자와 그 가족에 대한 기초생활 보장의 적정수준 - 독일 사회법전상의 생계급여 및 사회급여에 관한 2010년 2월 9일 독일연방헌법재판소 결정에 대한 검토를 중심으로 -", 「이화여자대학교 법학논집」 제15권 제2호, 2010, 159-160면.

57) Torsten Schaumberg, 앞의 책, §17 Rn. 353.

58) 과거 사회법전 제2권의 실업부조급여, 즉 실업수당II는 2023년 시민수당(Bürgergeld)으로 그 명칭이 변경되었고, 이와 함께 급여기준액 상향, 거주·난방비 조사와 자산조사 유예기간(Karenzzeit) 도입 등의 변화가 있었다(이에 관해서는, 정다은, “독일의 시민수당 도입에 관한 논의”, 「국제사회보장리뷰」 통권 제23호, 2022, 106-118면 참조). 그러나 위와 같은 명칭 변화와 개혁은 사회법전 제2권의 시민수당의 사회법전 제12권과 본질적으로 동일한 사회부조로서의 성격을 그대로 유지한 채로 이루어졌다. 예를 들어 시민수당액이 오른 것은 시민수당과 사회법전 제12권의 사회부조 급여 모두에 적용되는 표준생계비액이 오른 결과이고, 당연히 사회법전 제12권의 사회부조 급여액도 똑같이 올랐다.

59) 과거 실업수당 II는 제안된 일자리를 거부할 경우 1차 거부 시에 급여액의 30%, 반복된 거부 시 급여액 전부의 지급이 중지될 수 있었으나, 2019년 독일 연방헌법재판소의 위헌결정의 취지에 따라 제안된 일자리를 거부하더라도 시민수당액의 30%를 넘는 삭감은 원칙적으로 금지된다(이에 관해서는, 박성은, “자활조건 불이행 시 생계급여 삭감의 위헌성 - 독일 연방헌법재판소 판결(BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 5. November 2019 - 1 BvL 7/16)에 대한 소개를 중심으로 -”, 「사회보장법연구」 제11권 제1호, 137-166면 참조).

가 제9조 제5항의 자활조건을 이행하지 아니하는 경우 생계급여의 전부 또는 일부를 지급하지 않을 수 있도록 하고 있다.

2. 개별성 원칙에 관한 사회법전 제12권의 명시적 근거 조항 - 제9조

(1) 개별 사례의 특수성에 관한 사회부조(제9조)

개별성 원칙은 사회법전 제12권과 제2권에 모두 적용되는데, 그 내용이 대부분 중복되는 면이 있다. 이하에서는 보다 구체적인 내용을 담고 있는 사회법전 제12권을 중심으로 설명하되, 필요한 경우 사회법전 제2권의 내용을 추가적으로 소개한다.

개별적 원칙에 관한 가장 직접적이고 명시적인 규정은 사회법전 제12권 제9조이다.

제9조 개별 사례의 특수성에 따른 사회부조

(1) 급여는 개별 사례의 특수성, 특히 필요(Bedarf)[60]의 종류(Art), 장소적 관계(örtliche Verhältnisse)[61], 개인의, 또는 생계급여의 경우(bei der Hilfe zum Lebensunterhalt) 개인 또는 가구 자신의 능력 및 수단(eigene Kräfte und Mittel)에 맞추어 정해져야 한다.

(2) 급여 형성에 관한 수급권자의 요청(Wünschen)은 그것이 적절하다면(soweit sie angemessen sind) 존중되어야 한다. 필요를 시설에의 입소(stationär) 또는 부분입소(teilstationär)[62]를 통하여 보장받으려는 수급권자의 희망은, 다른 방법으로는 필요를 보장받을 수 없거나 충분히 보장받을 수 없기 때문에 개별 사례의 특수성에 따라 이것이 필요하고, 이 법 제10장의 규정에 따라 시설과의 합의가 있는 경우에만 존중되어야 한다. 일반적으로 사회부조 담당기관(Träger)은 수급권자의 요청을 따르는 것이 과도한 추가 비용(unverhältnismäßigen Mehrkosten)을 수반하는 경우에는 통상 이에 따라서는 안된다.

(3) 수급권자의 요청이 있는 경우 수급권자는 같은 신앙을 가진 성직자(Geistliche ihres Bekenntnisses)로부터 돌봄받을 수 있는 시설에 수용되어야 한다.

---

60) "Bedarf"의 번역은 '수요', '욕구' 등으로도 번역될 수 있는데 이 글에서는 '필요'로 번역하였다. 수요는 최저생활을 보장하기 위한 수준의 요구사항이라는 점을 전달하기에는 너무 폭넓은 표현처럼 느껴지고, 기초생활보장법에서 유사한 의미에서 '필요'라는 표현을 법령 여러 곳(예를 들어 제7조 제2항의 '수급자의 필요' 등)에서 사용하고 있는 것을 고려하였다.

61) 괄호안의 '장소적 관계'의 원문은 3격 형태를 유지하였는데 앞으로도 특별한 사정이 없는 한 법령 번역의 원문을 병기하는 경우 격을 1격으로 변경하는 등의 변경 없이 법률원문의 표현을 그대로 적는다.

62) 하루 종일 입소하지 않고 예를 들어 주간에만 주간보호 시설에 입소하는 방식을 의미한다. '주간보호'라고 번역할 수도 있으나 시설에 들어가는 기간이 반드시 주간이 아닐 수도 있어 부분입소로 번역하였다. 병원에 입원하는 것도 포함하나, 병원 외의 다른 시설에의 입소도 포함하므로 '입원' 대신 '입소'라는 번역어를 사용하였고, 당연히 위 '입소'에는 병원에 '입원'하는 것도 포함된다.

제9조 제1항은 개별성 원칙에 따른 급부의 기준으로 개별사례의 특수성을 제시하면서 그 징표의 몇몇 전형적인 예를 제시하고 있다.[63] 사회법전 제12권 제9조 제1항에서 열거하고 있는 전형적인 고려요소들은 예시적이므로 다른 사실관계도 고려되어야 한다.[64]

사회법전 제12권 제9조 제1항에서는 개별사례의 특수성을 나타내는 징표로서 예시적으로 제시하면서 우선 '필요의 종류'를 제시하고 있다. 필요의 종류, 특히 이에 따른 부조(Hilfe)의 형성은 우선 부조의 종류와 대응한다.[65] 여러 종류의 사회부조 급여들에는 각각 그 급여를 통해 보장하고자 하는 필요들이 대응하여 존재한다. 사회법전 제12권 제8조는 급여의 종류로서, 생계부조(제27조부터 40조), 노령·소득능력감소 기초보장(제41조부터 46b조까지), 건강부조(제47조부터 52조), 요양부조(제61조부터 66a조), 특별한 사회적 어려움 극복을 위한 부조(제67조부터 69조), 다른 생활상태에서의 부조(제70조부터 74조) 및 각각 필요한 상담과 지원 등을 규정한다. 필요의 종류와 이에 대응되어 고려되는 사회부조의 종류는 소득능력이 있는 자의 경우에는 사회법전 제2권에 규정된 필요와 부조의 종류를 고려해야 한다.

'필요'는 좁게는 아래의 표준필요(Regelbedarf), 추가필요(Mehrbedarf), 일회적 필요(einmalige Bedarfe), 교육·참여필요(Bedarfe für Bildung und Teilhabe), 주거·난방필요(Bedarfe für Unterkunft und Heizung) 등과 같이 사회법전 제12권 제3장의 생계부조(Hilfe zum Lebensunterhalt)와 사회법전 제4장의 노령·소득능력감소 기초보장(Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung)의 특정 종류의 사회부조 급여의 세부항목을 이루는 필요 개념에서 사용된다.

위의 생계부조나 기초보장 부조는 일회적인 것뿐만 아니라 지속적으로 요구되는 생활 필요를 보장하기 위한 것이다. 다른 부조들은 특정한 필요 상태, 예를 들어 질병, 장애, 요양필요성, 시각장애, 노숙 상태(Obdachlosigkeit) 등을 고려한다.[66]

어떤 구체적 사례에서 빈곤으로 인한 어려움에 처한 사람에게 어떤 필요를 어떤 종류의 급여를 통하여 보장해주어야 하는지를 결정하는 과정은 그 자체가 개별성 원칙의 반영 과정이기도 하다. 우선, 어떤 필요가 관련이 있는지 결정해야 하고, 그리고 나서는 이 필요상태에서 청구된 필요가 보장범위에 들어가는지를 결정해야 하며, 마지막으로 주장되는 필요가 다른 사회부조 급여, 예를 들어 사회법전 제12권 제27a조의 총액(Pauschalbetrag)에 의해 보장되는지 확인해야 한다. 필요의 종류를 고려할 때에는, 가능한 수급권자가 사회부조에 의존하지 않고 독립적으로 살 수 있게 하려는 일반적인 사회부조의 목표(사회법전 제12권 제1조 제2문)와 해당 급여 종류의 특정한 목적이 고려되어야 한다. 따라서 전적으로 재정적 측면만이 부조의 형성을 결정지어서는 안 된다.[67]

둘째, 예시된 요소 중 '장소적 관계'는 예를 들어 입소 시설에서의 필요 보장에서나 혹은 주거 비용의 적절성을 결정할 때 의미가 있다. 수급권자에게 수급권자의 사회적 생활범위(Soziales Umfeld)로부터 멀리 떨어진 장소에 위치한 저렴한

63) BeckOGK/Dankelmann, 1.9.2021, *SGB XII* § 9 Rn. 6.
64) Michael Grosse/Dirk Weber/Michael Wesemann, *SGB II und SGB XII für Studium und Praxis Band 2: Sozialhilfe*, 14. Auflage, 2023, S. 24.
65) BeckOGK/Dankelmann, 1.9.2021, *SGB XII* § 9 Rn. 17.
66) 위의 책, § 9 Rn. 18.
67) 위의 책, § 9 Rn. 18-19.

(preiswert) 시설이나 주거에서 살라고 지시할 수 없다.[68] 주거·난방급여에서의 필요는 실제 소요비용을 인정하는 것이 원칙인데, 다만 이것이 적정한(angemessen) 경우로 한정된다(제35조 제1항).

셋째, 수급권자의 자신의 능력 및 수단은 사회부조에 대한 결정의 구조하에서 고려되는데, 보충성 원칙에 관한 제2조 제1항, 생계급여 수급권자 요건에 관한 제19조 제1항 등에 반영되어 있다. 사회법전 제12권 제3항의 생계부조에서 소위 가구공동체(Haushaltsgemeinschaft) 또는 경제공동체(Wirtschaftsgemeinschaft)의 수단을 언급한 부분은 제39조에서 구체화된다.[69] 제39조에서는 문제된 사람이 다른 사람과 같은 집이나 그에 상응하는 다른 주거에서 사는 경우 그들은 함께 생계를 유지하고(wirtschaften) 문제된 사람이 다른 사람의 의하여 생계부조를 받는 것으로 추정되는데, 다만 그들의 소득이나 재산에 따라 이것이 기대가능할 때에 한한다. 이런 추정은 깨질 수 있다. 그들이 함께 생계유지를 하지 않거나 문제된 사람이 가구공동체 구성원로부터 충분한 생계부조를 받지 못할 때에는 그 사람에게 생계부조가 지급되어야 한다. 부모와 같이 사는 임산부나 7세까지의 자신의 친생자를 키우는 사람, 일정한 장애인, 요양 받는 사람도 마찬가지이다.

(2) 급여의 종류와 급여별 필요의 다양화

개별성의 원칙과 필요성의 원칙이 결합되는 양상은 실제 입법을 통해 다양한 급여의 종류와 급여별로 다양한 필요를 세부적으로 규정하는 방식에서 구체적으로 나타난다. 가장 중요한 생계부조를 중심으로 그 다양한 필요의 내용을 살펴본다.

가. 생계부조의 개요와 다른 급여와의 관계

사회법전 제12권 제27조에 규정된 생계부조 수급권자는 자신의 능력과 수단으로는 생계를 유지할 수 없거나 충분히 유지할 수 없는 사람에게 지급되는 급여이다. 제19조 제1항은 기본적인 생계급여 청구권 요건을 정하고 있다. 주의할 점은 사회법전 제2권에 따른 생계의 기초보장을 위한 급여에 대한 청구권이 인정되는 경우 (스스로든 필요공동체의 구성원으로서든) 제12권 제3장에 의한 생계부조는 배제되는 점이다(사회법전 제2권 제5조 제2항, 사회법전 제12권 제21조 제1항. 다만, 같은 항 제2문의 주거급여에서 채무 인수 관련 제36조 관련 예외 주의). 사회법전 제2권에 따른 청구권이 입증되지 않은 부조필요성(Hilfebedürftigkeit) 때문에 (아직) 확정되지 않았거나, 제재를 받아서 일부 감액되거나 전부 박탈된 경우 또는 사회법전 제2권 제9조 제1항의 의미에서 부조 필요성이 없어 급여가 거부된 경우에도 사회법전 제12권에 따른 생계부조는 인정되지 않는다.[70] 하지만 사회법전 제12권 제4장의 노령·소득능력 감소로 인한 기초보장의 경우 사회법전 제2권의 제19조 제1항 제2문에 따른 시민수당(Bürgergeld)에 우선한다(사회법전 제2권 제5조 제2항 제2문).

---

68) Michael Grosse/Dirk Weber/Michael Wesemann, *SGB II und SGB XII für Studium und Praxis Band 2: Sozialhilfe*, 14. Auflage, 2023, S. 24-25.
69) 위의 책, S. 25.
70) 위의 책, S. 56.

나. 생계부조의 다양한 필요들

생계부조에는 매우 다양한 필요가 규정되어 있다. 표준필요, 보충적 급여로서 추가필요와 일회적 필요, 그리고 교육·참여필요, 주거·난방 필요, 대여 등이 규정되어 있다.

첫째, 표준필요(Regelbedarf)의 구체적 내용을 정하는 절차 등이 제27a조부터 제29조까지 규정되어 있다. 표준필요는 최저생활 보장에 필요한 최저기준으로서 음식, 옷, 신체요양, 에너지, 일상의 개인적 필요 및 주거와 난방 등을 포괄한다(제27a조 제1항). 개인적 필요에는 공동체의 사회문화적 삶에 참여할 권리도 포함되고 이는 특히 아이와 청소년에게 유효하다. 학교 생활에 필요한 부조들도 포괄한다. 부가적인 부조(Zusätzliche Bedarfe)(제3장 제2절), 교육과 참여 부조(같은 장 제3절)와 주거·난방 부조(같은 장 제4절)를 제외하면 매달 지급되는 정액의 금액으로 정해진다. 특히 구체적 금액으로 제28조에 따른 별표(Anlage) 1의 표준필요등급에 따른 표준필요의 보장을 위하여 월 표준급여액(Regelsatz)이 연령, 동거 여부 등에 따라 정해져 있다(같은 조 제2, 3항). 예를 들어 2025년 1월부터 적용되는 성인 1인 가구의 월 표준급여액은 563유로이다. 시설(Einrichtungen) 외의 급여(제27a조, 제28조부터 제29조)를 원칙적인 모습으로 하고 시설에서의 급여는 제27b조에 별도의 규정을 두고 있다.

독특한 점은 같은 조 제4항의 규정 내용이다. 개별 사안에 따라 ① 표준필요에서 고려된 필요가 다른 방식으로 전부 또는 일부 보장되었거나, 혹은 반대로 ② 불가피하게 적지 않은 수준에서 표준필요 조사의 근거가 되는 평균적인 소비액을 넘어서고 그렇게 생기는 추가비용이 다른 방식으로 메워질 수 없는 경우 정해진 표준필요등급에서 벗어나 표준급여액(Regelsatz)이 감액되거나(①의 경우) 혹은 증액되어(②의 경우) 인정된다는 점이다. 이는 한국에서 기초생활보장법상 생계급여 관련하여 가구원수에 의하여 정하진 최저생계비 금액이 개별 사안에서 개인이 처한 상황에 따라 최저생활보장에 문제가 생겨도 전혀 증감될 수 없는 것과 비교하면 매우 독특한 특징이다.

둘째, 사회법전 제12권 제3장 제2절은 보충적인 급여(zusätzliche Bedarfe)를 규정하고 있고, 그 하위 필요 유형으로 추가필요(Mehrbedarf)(제30조), 일회적 필요(제31조), 의료보험·장기요양보험의 적절한 수준의 기여금 납부를 위한 필요(제32조, 제32a조), 법정연금보험 등 적절한 노후보장 관련하여 필요한 비용 납부를 위한 필요(제33조) 등이 있다. 그중에서 추가필요와 일회적 필요를 좀 더 자세히 살펴보자.

우선 추가필요(Mehrbedarf)가 표준필요수준(Regelbedarfsstufe) 대비 일정한 비율로 계산되어 인정되는데 실제의 추가비용이 고려되는 경우도 있다(사회법전 제12권 제30조). 구체적으로 보면 노인과 장애등급 G의 장애인(17%)(제1항), 임신 12주 후의 임산부(17%)(제2항), 미성년 자녀와 동거하며 혼자 양육하는 사람(7세 미만 아동 1명 또는 16세 미만의 2-3명의 아동 양육시 36%, 그, 외의 경우 아동당 12%, 최대 60%)(제3항), 학교생활에서 지원을 받는 장애를 가진 만 15세 이상의 수급자(35%)(제4항), 일반적으로 권장되는 영양섭취와 다른 의학적 근거를 가진 영양상 필요(의학적 근거에서 추가적으로 필요한 비용)를 가진 자(제5항)가 있다. 위 제1항부터 제5항까지의 추가필요는 정해진 표준필요수준을 초과하지 못한다(제6항). 그 외에 특별

한 주거형태 또는 개별난방 등의 경우 필요한 난방수 관련 추가필요(0.8~2.3%)로 정해지는데(제7항 제1, 2문), 이를 넘어서는 난방수 비용은 개별 측정기구로 증명되는 경우에 한하여 인정된다(제7항 제3문). 보호작업장 등의 주간보호로 인하여 추가로 드는 비용에 관한 추가필요(제8항), 교과서 또는 그와 동등한 공부노트의 조달 또는 대여에 드는 비용에 관한 추가필요(제9항)도 인정된다. 마지막으로 앞서 설명한 헌법재판소의 위헌결정으로 인하여 신설된, 사회법전 제12권 제30조 제10항의 개별사안에 따라 일회적이고 불가피한 특별한 필요가 존재하고 그것이 다른 방식으로는 보장될 수 없고 제37조 제1항에 따른 자금대여가 예외적으로 기대되기 힘들거나 필요의 종류로 인하여 가능하지 않은 경우에 인정되는 추가필요(Mehrbedarf)가 있다.

다음으로 일회적 필요(Einmalige Bedarfe)는 가전제품을 포함하여 최초로 주거 설비를 갖추는 데 필요한 비용(사회법전 제12권 31조 제1항 제1호), 의복 최초 구입 비용과 임신·출산을 위한 최초 비용(같은 항 제2호), 정형외과적 신발의 조달과 수리, 치료 기구·설비 수리 및 치료 기구의 대여 등에 관한 비용(같은 항 제3호)에 대하여 인정된다.

셋째, 그 외에 교육·참여필요(사회법전 제12권 제34조, 제34a조, 제34b), 주거·난방필요(사회법전 제12권 제35조, 제35a조, 제35b조, 제36조), 대여금 지원(사회법전 제12권 제37조, 제37a조, 제38조)이 규정되어 있다. 특히 대여금 지원(Gewährung von Darlehen)은 한국 기초생활보장법에서는 낯선 제도인데, 개별 사례에 따라 표준필요에 포함되지만 여러 사정으로 인하여 불가피하게 필요한 필요(Bedarf)가 다른 방식으로는 보장되기 힘든 경우 신청에 따라 이에 필요한 급여가 대여 형태로 지급된다(제37조).

다. 그 외의 부조형태에 대응한 다양한 필요들

그 외에 노령·소득능력감소 기초보장(제41조부터 46b조까지), 건강부조(제47조부터 52조), 요양부조(제61조부터 66a조), 특별한 사회적 어려움 극복을 위한 부조(제67조부터 69조), 다른 생활상태에서의 부조(제70조부터 74조) 및 각각 필요한 상담과 지원 등도 존재한다.

그중 '특별한 사회적 어려움 극복을 위한 부조'는 특별한 생활상태에서 사회적 어려움에 처한 사람에게 제공되는, 그 사회적 어려움 극복을 위하여 제공되는 부조이다(제67조). 어려움을 방지하고, 제거하고, 완화하거나 그 악화를 예방하기 위한 모든 조치를 포함하는데, 특히 상담과 수급자와 그 친인척의 개별적 돌봄, 교육지원, 일자리 조달과 유지 및 주거의 유지와 조달을 포함한다. 필요한 조치의 실행을 위하여 전체계획이 수립되어야 한다(제68조 제1항). 이 급여는 현물급여가 필요한 이상 소득과 자산에 관한 조사 없이 이뤄진다(제68조 제2항). 사회법전 제12권 제69조의 위임규정에 따라 연방노동사회부는 이 급여의 수급권자 범위 및 제공되는 조치의 종류와 범위를 정하기 위하여 연방상원의 동의하에 법규명령을 제정할 수 있다.

마지막으로 '다른 생활상태에서의 부조'는, 가사업무를 계속 수행해야 할 필요가 있는데 스스로든 다른 가족구성원을 통해서든 이것이 불가능한 사람을 위한 부조(제70조)이다. 구체적으로 보면, 고령으로 인하여 발생한 어려움을 막고, 극복하고, 완화하고, 자립하여 공동체 생활에 참여하고 자기부조 능력을 강화하는데 기여하는 것을

목표로 하는 고령자부조(Altenhilfe)(제71조), 시각장애(Blindheit)로 인한 추가비용을 조정하기 위하여 지급되는 시각장애인부조(Blindenhilfe)(제72조), 그 밖의 생활상태(Lebenslagen)가 공적 수단의 투입을 정당화하는 경우 제공되는, 특히 현금 급여의 경우 보조(Beihilfe) 또는 대여(Darlehen) 방식으로 지급되는 그 밖의 생활상태에서의 부조가 있다(제73조). 장례비용을 지급해야 하는 의무가 있는 사람이 그 의무를 이행할 것이 기대되기 힘든 경우에 그 비용을 지급하는 것도 그 밖의 생활상태에서의 부조의 한 내용으로 규정되어 있다(사회법전 제12권 제74조).

빈곤, 신체·정신적 능력의 감소 등으로 인하여 여러 생활의 국면에서 발생하는 다양한 필요들에 대응하여 다양한 급여의 종류를 규정한 입법은 개별성 원칙과 필요보장의 원칙에 따라 구체적 사례에서의 다양한 필요를 빈틈 없이 보장하여, 모든 국민의 최소한의 생존을 보장해야 하는 국가의 헌법적 의무의 이행을 가능하게 한다. 그리고 이러한 다양한 급여의 요건에는 다양한 구체적 사례들을 구체적 타당성 있게 포섭하기 위한 다양한 법개념이 사용되고 있다. 그중 특히 불확정 개념은 개별 사례에 맞는 행정청 또는 법원에 의한 구체적 타당성 있는 해석론의 형성을 가능하게 하여 적절한 종류의 급여를 보장하기 위하여 필수적인 도구로서 기능한다.

3. 개별성 원칙의 한 실현 방식으로서 불확정 개념, 예외사례 조항

사회부조법의 다양한 급여의 수급요건과 효과에는 다양한 불확정 개념(Unbestimmte Begriffe)이 사용되고 있고, 그에 관한 법원 판례의 구체적 해석론은 다양한 개별 사례에서 개별성의 원칙과 필요 보장의 원칙에 따른 포괄적인 최저생활의 보장을 가능하게 하고 있다. “notwendig(필요한 경우), zumutbar(기대 가능한 경우), angemessen(적절한 경우), erheblich(상당히), außergewöhnlich(예외적으로), dauernd(지속적으로), länger(오랫동안)” 등의 개념을 비롯하여 수많은 불확정 개념들이 개별적 급여의 요건 등에 사용되고 있다. 이러한 불확정 개념의 해석을 통하여 구체적인 개별 사례의 구체적 타당성 있는 권리 보장이 가능하다.

독일 사회부조 요건과 효과에서도 법규명령(rechtsverordnung)의 위임 입법 형태가 이용되나 매우 예외적으로 몇 개의 항목에서 구체적인 범위를 정하여 사용되고 있을 뿐이다. 한국 공공부조법에서 나타나는 과잉된 행정입법에의 포괄위임, 즉 거의 모든 일반적인 급여 요건과 효과에서 그 구체적 내용을 대통령령, 시행령, 고시, 지침, 사업 안내 등으로 정하도록 하는 형태는 나타나고 있지 않다. 의회유보 원칙상 헌법적으로 허용되기 힘든 입법방식이기 때문일 것이다.

이렇게 급여의 유형화, 규격화를 다양하게 펼쳐 최대한 일반적인 요건과 효과로 포섭하면서도 이러한 일반화된 요건과 효과에서 포섭하지 못하는 비전형적인 사례가 발생할 경우에 대비하는 예외사례 조항(Härtefall)이 다양하게 인정되고 있다. 이러한 예외사례 조항은 명확하지 않은, 즉 불확정한 형태로 일반적으로 규정된 법적 개념을 사용하여 개별 사안에 맞춰 권리를 보장할 수 있도록 하고 있다. 이러한 예외사례 조항의 수급요건에 대한 행정부의 법적용은 법관의 전면적인 사법심사의 대상이 되는데, 이는 독일에서 요건 부분에는 행정청의 재량을 인정하지 않고, 효과에만 재량을 인정하는 효과재량설을 통설, 판례로 취하고 있기 때문이다.

IV. 개별성·최저생활보장 원칙의 교착을 통한 인간다운 생활을 할 권리의 실질화 방안

1. 한국의 개별성 원칙 및 그 고려 요소에 대한 입법의 흠결

개별성의 원칙은 그 중요성에도 불구하고 급여의 기본원칙에 관한 기초생활보장법 제3조에서 언급되지 않고 있다. 기초생활보장법 제3조는 동법상 급여가 수급자의 소득, 재산, 근로능력와 부양의무자의 부양과 다른 부양에 따른 보호를 보충하는 의미를 갖는다는 원칙, 즉 보충성 원칙에 해당하는 내용만을 규정하고 있다. 보건복지부가 매년 발간하는 국민기초생활보장 사업안내에서 개별성의 원칙과 함께 제시된 급여의 기본원칙들 중 보충급여의 원칙, 자립지원의 원칙, 가족부양 우선의 원칙, 타급여 우선의 원칙[71]은 제3조의 내용에 근거한 원칙으로 평가할 수 있다.

그렇다면 개별성 원칙의 규범적 근거는 어디에서 찾아야 할까. 과연 개별성의 원칙은 기초생활보장법상 급여에 관한 기본원칙으로, 더 나아가 헌법상 인간다운 생활을 할 권리를 구체화하는 헌법적 원칙으로 볼 수 있는 것일까. 비록 기초생활보장법의 집행을 책임지는 행정부처인 보건복지부가 공식적으로 발간하는 자료에서 개별성의 원칙을 급여의 기본원칙으로 명시하고 있다고 하더라도 이러한 질문은 탐구될 가치가 있다. 비록 기초생활보장법상 급여에 관한 판결이 극히 적은 상황이 함께 작용한 면은 있으나, 기초생활보장법상 급여 처분의 적법성이 다투어진 판결들에서 개별성의 원칙이 언급된 예를 찾기 힘든 것은, 개별성의 원칙의 규범적 근거와 그 효력범위가 제대로 탐구되지 않은 것에 기인하는 면이 크기 때문이다.

먼저 기초생활보장법 제4조(급여의 기준 등) 제2항은 기초생활보장법상 급여의 기준은 “수급자의 연령, 가구 규모, 거주지역, 그 밖의 생활여건 등을 고려하여 급여의 종류별로” 보건복지부장관이나 중앙행정기관의 장이 보건복지부장관과 협의하여 정하도록 하고 있다. 앞부분의 급여 기준을 수급자 연령, 가구 규모, 거주지역 그 밖의 생활여건 등을 고려하여 정하도록 하고 있는 부분만 보면 개별성 원칙의 고려요소를 언급한 것으로 이해될 소지가 크다. 그런데, 문제는 위 요소들을 고려하는 국면이 ‘보건복지부장관 등’이 “급여의 종류별로” 급여의 ‘기준’을 정할 때로 한정되어 규정되어 있다는 점이다. 개별적인 수급권자에 대한 급여처분이 개별성의 원칙에 따라 이루어질 것을 요구하는 내용이 될 수 없는 문언구조를 갖고 있다.

일단 제4조 제2항의 문언적 해석에 충실하면 개별성 원칙은 보건복지부 장관 등이 급여 종류별로 정하는 급여의 기준에 적용된다. 보건복지부 장관 등이 급여의 종류별로 정하는 급여의 기준으로 볼만한 것으로는 매년 보건복지부장관이 기초생활보장법 제6조에 따라 공표하는 고시인 ‘기준 중위소득 및 생계·의료급여 선정기준과 최저보장수준’, 별도로 제정된 주거급여법 제5조 제1항에 따라 국토교통부장관이 공표하는 고시인 ‘주거급여 선정기준 및 최저보장수준’이 있다. 그 외에 급여의 기준의 한 요소를 이루는 세부사항에 관한 다른 고시들, 예를 들어 제6조의3 제2항에 따라 보건복지부장관이 정하여 고시한 '자동차의 재산가액 산정기준과 재산가액에서 차감

71) 보건복지부, 「2024년 국민기초생활보장 사업안내」, 2024, 233-234면.

하는 기본재산액 및 부채', 제8조2 제1항 제2호에 따라 보건복지부장관이 정하여 고시한 '직계존속 또는 중증장애인인 직계비속을 자신의 주거에서 부양하는 경우의 기준'도 그 예로 볼 수 있다. 그 외에 보건복지부가 매년 발간하는 '국민기초생활보장 사업안내' 중 급여 기준을 구체적으로 정하는 내용[72]도 이에 해당할 수 있다.

그런데, 보건복지부장관이 정한 급여의 기준 중 2024년[73] 기준 중위소득 및 생계·의료급여 선정기준과 최저보장수준의 내용을 보면, 기초생활보장법에서 언급한 고려요소 중 '가구 규모'만 반영되어 있고, '수급자의 연령', '거주지역', '그 밖의 생활여건 등'은 반영되어 있지 않다. 국토교통부 장관이 정한 급여의 기준 중 2024년 주거급여 선정기준 및 최저보장수준을 보면, '가구 규모'와 '거주지역'만 반영되어 있고, '수급자의 연령', '그 밖의 생활여건 등'은 반영되어 있지 않다. 이런 측면에서 보건복지부장관이나 국토교통부장관이 정한 여러 급여 기준들은 법령상 개별성 원칙에 위배되었다고 평가될 소지가 크다. 물론 법령에 명시된 고려요소들이 항상 모든 종류의 급여 기준을 정할 때 고려되어야 하는 것은 아닐 수 있지만, 명시된 고려요소들은 그것이 필요의 양적 수준에 영향을 미칠 만한 것이라면 원칙적으로 고려되어야 한다. 예를 들어 가구원의 연령은 의식주를 포함하여 사회, 문화적 필요, 교육적 필요 전반에서 최저수준에 큰 영향을 미치는 요소이다. 물가의 지역적 편차가 용인될 수준을 넘어설 때는 생계급여의 경우에도 거주지역을 고려한 고려가 필요할 수도 있다. 주거급여의 경우 주거급여 선정기준 및 최저보장수준에서 1급지(서울), 2급지(경기·인천), 3급지(광역·세종시·수도권 외 특례시), 4급지(그 외 지역)의 4개의 지역으로 나누어 정하고 있기는 하나, 같은 지역 내에서도 주택 임대차 시장 등의 상황에 따라 기준임대료로 최소한의 주거기준에 부합하는 주거를 얻지 못할 수도 있다. 같은 가구원 수이더라도 그 연령에 따라 필요로 하는 주거의 면적이 크게 달라질 수도 있다.

그리고, 기초생활보장법 제4조 제2항의 문언상 그 적용범위가 급여 기준으로 한정된 개별성 원칙의 규정방식에도 불구하고 개별 수급권자에 대한 개별적 급여처분에 개별성의 원칙이 적용될 수 있다고 보아야 한다. 보건복지부의 기초생활보장법 사업안내에서도 기초생활보장법 제4조 제2항의 문언을 넘어서 모든 수급자에게 적용되는

72) 기초생활보장법에는 보다 세부적인 급여의 기준 등에 관한 사항에 관하여 고시 등의 형식도 정하지 않고 보건복지부장관이 정하도록 하고 있는 조항들이 다수 존재한다. 이런 조항들의 경우 국가법령정보 등에서 그 내용을 보기 위하여 링크된 텍스트를 클릭하면 "훈령·예규·고시 등의 행정규칙이 제정되지 아니하였거나 내부공문 및 업무지침 등의 형식으로 운용 중입니다. 자세한 사항은 이 법령의 제명 우측 하단에 기재된 소관부서로 문의하여 주시기 바랍니다."라는 안내문구가 뜬다. 이러한 각 조항별로 내부공문 및 업무지침의 형식이 구체적으로 어떤지는 개별적으로 확인이 필요하겠지만, 그 상당수는 보건복지부장관이 매년 기초생활보장법의 시행을 안내하기 위하여 발간하는 책자인 "국민기초생활보장 사업안내"의 본문 내용으로 구체화되어 있는 것으로 보인다. 그런데, 고시, 예규도 아닌 안내 책자 형태의 본문 내용 중 일부로 급여 청구권의 구체적 기준을 정하는 것이 과연 적절한 것인지 의문이 드는 면이 크다. 더구나 그 정함의 근거가 되는 법령 조항도 명시하지 않고 그 내용만 서술되어 있는 경우도 적지 않아 보이는데, 이 경우 기초생활보장법의 적용을 받는 국민들 입장에서는 보건복지부장관이 구체적으로 정한 급여기준의 내용을 확인하는 것 자체가 어렵다. 전체적으로 적용되는 급여기준에 관한 정함은 행정입법의 영역인데 그 작성 형식, 공표 여부에 관한 선택의 자유를 무제한적으로 보건복지부장관에게 부여하는 것이 과연 타당한지 의문이다. 후속연구 주제로서 이런 위임 방식이 규범적으로 어떤 효력을 갖는 것인지, 과연 대외적 구속력을 갖는 것인지, 최소한의 예측가능하고 확인 가능한 규범형식과 공표할 의무는 부과해야 하는 것이 아닌지 등에 관하여 연구할 필요가 있다.

73) 2023년이나 그 전의 기간에 공표되었던 것도 마찬가지이다.

보건복지부장관 등이 정하는 급여기준뿐만 아니라 개별 수급자의 개별 급여의 결정에 적용되는 원칙으로 개별성의 원칙을 확장하여 서술하고 있다.

기초생활보장법 제4조에서 개별성 원칙의 고려요소로 언급된 위 요소들은 예시적인 성격을 가진다고 보아야 할 것이다. 독일 사회부조법상 개별성의 원칙에 관한 조항에서 언급된 고려요소들이 예시적이라고 보았던 이유들과 함께, 한국 기초생활법 제4조에서 마지막으로 명시된 고려요소는 생활여건 "등"이라고 하여, 언급된 요소들이 예시적 성격을 가짐을 명시하고 있기도 하다.

2. 최저생활 보장의 원칙과 개별성의 원칙의 교착

한국 헌법의 경우 독일 기본법과 달리 인간다운 생활을 할 권리를 명문화하고 있고, 헌법재판소도 공공부조에 관한 최저생계비에 관한 2차례의 결정을 통하여 이것이 국민의 기본권으로서 보장됨을 명시하였다. 독일에서 기본법의 해석론을 통하여 인정된 필요 보장의 원칙은 한국의 경우에도 헌법에 의하여 보장되고 있다. 그 명칭은 통상 최저생활보장의 원칙으로 불리고 있다.

독일과 마찬가지로 개별성의 원칙과 최저생활보장의 원칙은 밀접하게 연결되어 함께 작용한다. 헌법상 최저생활보장의 원칙의 실현함에 있어 대량의 급부행정의 부담으로 인하여 급여기준의 추상화의 필요성을 인정하더라도, 적어도 실제 개별 수급자의 최소한의 생존을 보장하는 방식으로 작동하여야 한다는 한계가 따른다. 개별성 원칙이 작용하는 영역과 헌법상 인간다운 생활을 할 권리의 보장영역의 교착은 개별적인 사례에서 구체적 한 사람의 최소한의 인간다운 생활을 보장하는 규범적 토대가 된다.

기초생활보장법이나 의료급여법, 주거급여법, 긴급복지지원법 등의 다양한 급여들은 인간의 존엄을 유지하기 위한 기본적인 필요들을 충족하는 것을 목표로 한다. 그런데, 의식주를 비롯하여 최소한의 건강하고 문화적인 생활을 유지하기 위하여 필요한 생활수준은 개인이 처한 각자의 사정, 상황에 따라 다를 수밖에 없다. 대규모의 공공부조에 관한 행정의 가능성, 효율성의 요구에 따라 최저생계비 액수와 같이 다양한 필요를 추상화, 일반화, 단순화하는 작업이 어느 정도 불가피하더라도 거기에는 인간다운 생활을 할 권리와 인간의 존엄을 침해해서는 안된다는 헌법상 한계가 따른다. 이는 공공부조에서 개별성의 원칙으로 나타난다.

결국 최저생활보장의 원칙과 개별성의 원칙이 교착하여 모든 국민이 최소한의 인간다운 생활을 보장받을 수 있도록 보장하는 규범적 구조는 근본적으로 독일과 한국이 다를 바가 없다.

3. 개별성·최저생활보장 원칙에 관한 입법 수준의 평가

한국의 공공부조법 체계는 개별성의 원칙의 실현 측면에서 보면, 급여의 종류, 각 급여에서 급여기준을 정할 때 고려하는 요소, 각 급여의 수급요건의 불확정 개념의 사용여부와 방식 등의 측면에서 문제가 있다. 지나치게 유형화, 정액화의 방향으로 기울어져 있고, 존재하는 유형화와 정액화의 방식도 너무 거칠고 단순하다. 이는 대량으로 이루어지는 공공 행정의 효율성과 편의성에는 크게 기여할 수 있다. 그러나

이런 입법상황 하에서는 일정한 수급자 유형이나 비전형적 필요나 특별한 사회적 어려움이나 생활여건에 놓인 수급자의 인간다운 생활을 할 권리의 최저한도를 보장하지 못하는 사례들이 발생할 수밖에 없다. 개별성의 원칙을 구체적으로 어떻게 실현하는지에 관하여 입법자에게 많은 형성의 여지가 인정된다고 하더라도, 한국의 상황은 앞서 입법적 상황에 대한 분석에서 보았듯이 최소한의 개별성의 원칙도 실현되지 못하고 있다.

개별화의 수준이 충분하지 못하다는 문제는, 근본적으로 그로 인하여 일정한 개별사례에서 인간다운 생활을 할 권리의 최소한의 수준조차 보장받지 못하는 상황이 발생하는 문제로 이어지기 쉽다. 결국 기초생활보장법상 급여의 기본원칙 중 하나로 논의되는 최저생활보장의 원칙과 개별성의 원칙이 겹치는 영역에서 위헌성 논란이 발생하게 된다. 최저생활보장 원칙은 그런 측면에서 헌법상 인간다운 생활을 할 권리에서 요구하는 최소한도의 조치로 평가받을 수 있는 영역에서는 공공부조법상 기본원리를 넘어서 헌법적 규범력을 갖는 원칙이라고 할 수 있다. 이는 독일 연방헌법재판소가 필요보장 원칙을 헌법상 최상의 원칙으로 인정하고, 이에 따라 개별 입법이나 행정적 조치의 위헌 여부를 평가하는 경우 개별 사례에서의 특수한 필요에 대응하지 못하는 입법적 흠결의 위헌성이 문제되는 것과 유사하다.

인간다운 생활을 할 권리가 국회의 입법이나, 행정부의 행정입법이나 행정적 조치에 대한 헌법적 통제규범으로 작용할 수 있다는 점은, 인간다운 생활을 할 권리를 헌법상 기본권으로 특별히 명문화한 헌법 제정권력의 의지를 고려할 때 너무 당연하지만, 논란이 아주 없는 것은 아니므로 간단히 살펴보고 넘어갈 필요가 있다.

4. 헌법적 심사기준으로서 인간다운 생활을 할 권리의 재해석

(1) 헌법재판소의 최저생계비 결정의 구체적 권리성 인정

기본법에 인간다운 생활을 할 권리에 관한 기본권 조항이 없는 독일은 인간의 존엄과 사회국가 원리를 결합한 헌법해석을 통하여 국가에게 인간의 존엄에 걸맞은 최저 생활을 보장할 의무를 부여하고, 기본권의 보호를 받는 자에게는 이를 요구할 주관적인 헌법상 권리를 인정하였다.

한국의 경우 인간다운 생활을 할 권리를 기본권의 하나로 헌법 제34조 제1항에서 명문화하고 있다. 헌법재판소는 2002년 최저생계비 결정[74]에서 “국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 권리”라는 표현을 썼지만 이는 자신의 합헌결정을 정당화하기 위한 자기모순의 수사에 불과했다. 왜냐하면, 스스로 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지며 국가는 생활능력 없는 국민을 보호할 의무가 있다는 헌법의 규정”이 “헌법재판에 있어서는 다른 국가기관, 즉 입법부나 행정부가 국민으로 하여금 인간다운 생활을 영위하도록 하기 위하여 객관적으로 필요한 최소한의 조치를 취할 의무를 다하였는지를 기준으로 국가기관의 행위의 합헌성을 심사하여야 한다는 통제규범으로 작용”한다고 판시하였기 때문이다. 이어서 “국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한

74) 헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328.

헌법적 의무를 다하였는지 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 인간다운 생활을 할 권리를 보장한 헌법에 위반된다"는 판시를 통하여, 인간다운 생활을 할 권리가 국가의 생계보호에 관한 입법에 대한 헌법적 심사기준으로 작용함을 명백히 하였다. 그리고 청구를 '각하'하지 않고 본안 심리를 한 후에 '기각'하였다. 이는 헌법재판소가 1994년 최저생계비 결정[75]에서 청구를 각하하지 않고 인간다운 생활을 할 권리를 헌법적 심사기준으로 인정하여 본안심사를 한 후 기각한 것과 일치하는 태도이다. 인간다운 생활을 할 권리가 공공부조에 관한 국회의 입법이나 행정부의 행정입법이나 처분과 관련하여 헌법적 심사기준으로서의 규범적 효력을 가진다는 것은 자명하다. 다만 구체적인 보장 수준 관련하여 헌법재판상 본안심사의 강도를 어느 정도로 할 것인지의 문제만이 남을 뿐이다.

(2) 입법형성 재량·총괄기준설이 최저생활보장·개별성 원칙의 교착 작용에 미치는 영향

인간다운 생활을 할 권리의 구체적 권리성은 인정되었으나 한국 헌법재판소는 몇 가지 논리를 통하여 최저생계비 금액에 대한 통제강도를 크게 낮추고 있다. 그러나 이러한 논리는 최저생활보장 원칙과 결합된 개별성 원칙 차원에서 문제되는 유형이나 개별 사례에서는 적용되기 어려운 면이 있다. 즉 헌법재판소가 최저생계비에 관한 광범위한 입법형성 재량을 인정하고, 구체적 심리방식으로 총괄기준설을 택한 것은, 최저생활보장 원칙과 개별성 원칙의 교착을 통하여 개별적인 구체적 사례에서 유형화된 급여의 종류와 요건, 효과로 보장되지 못하는 비전형적 사례를 보호하고자 하는 시도에 별다른 지장을 초래하지 않는다.

먼저, 개별 사례에서 특별한 필요를 보장하는 입법(행정입법을 포함하여)이나 처분이 인간다운 생활의 최저 수준을 보장하지 못했다는 주장은 모든 수급자들의 급여 산정의 기초가 되는 최저생계비 기준 액수 자체의 많고 적음을 다투는 것이 아니다. 독일 연방헌법재판소는 개별 사례에서 일정한 특별한 필요를 반영하지 못하는 사회법전 제2권의 관련 규정이 헌법에 합치되지 않는다고 결정한 2010년 결정에서 생계급여의 기준이 되는 표준급여액(Regelsatz)의 금액이 명백히 부족한 것은 아니라고 보았다. 독일 연방헌법재판소는 생계급여의 산정기초가 되는 구체적 표준필요지표의 금액 수준을 정함에 있어 입법자의 형성의 여지를 고려하여 그 구체적 수준의 당부에 대해서는 사법심사를 자제하는 입장을 보였다.[76] 한국 헌법재판소의 논리와 일치한다고 할 수는 없지만 적어도 최저생계비 액수의 많고 적음에 대한 직접적인 헌법적 통제를 자제하는 헌법해석론을 펼친 면에서는 유사한 면이 있다. 그러나 구체적 액수의 당부에 관한 판단을 자제하는 법리는 개별 사례에서 예외적인 특별한 필요가 표준필요에 의하여 보장되지 못하는 경우에 있어서의 위헌 판단에 아무런 지장이 되지 않았다. 한국 헌법재판소가 전체적으로 적용되는 고시된 최저생계비 액수의 적절성에 대한 사법심사를 자제하기 위하여 펼친 법리도, 이와 전혀 다른 국면인 예외적

75) 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33.
76) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 141, 146, 151,155, 158.

인 소수의 개별 사례에서 고시된 표준 최저생계비로 최저생활이 보장되지 못하는 상황의 위헌성을 판단하는 데에는 큰 영향을 미치기 어렵다.

헌법재판소는 국가 재정에 대한 고려 등을 이러한 자제의 주요한 이유 중의 하나로 거론한다. 개별 사례에서의 특수한 필요로 인하여 추가적인 필요가 인정되어야 하는 경우는 예외적인 사례들로서, 전체 수급 사례에서 차지하는 비중이 매우 작아 전체 공공부조 예산에 미치는 영향이, 모든 수급자에게 적용되는 최저생계비 기준액 자체를 다투는 경우에 비하여 매우 작다. 독일 연방헌법재판소는 2010년 헌법불합치 결정에서 입법적 개선 전이라도 선고 이후 시점부터 행정부가 개별 사례에서 표준필요지표로 보장되지 않는 특별한 필요를 보장하는 조치를 취할 것을 명령하면서, 이러한 조치에 대한 청구권은 그 '좁고 엄격한' 구성요건을 고려할 때 '드문' 경우에만 발생한다는 점을 지적했다."[77]

헌법재판소는 1997년 결정과 2004년 결정에서 이른바 총괄기준설을 합헌 결정의 주요한 논거로 들었다. 고시된 최저생계비 기준액의 적절성을 판단할 때, 기초생활보장법(1997년 결정의 경우 구 생활보호법)에 따른 급여만이 아니라 "그 외의 법령에 의거하여 국가가 최저생활보장을 위하여 지급하는 각종 급여나 각종 부담의 감면 등을 총괄한 수준으로 판단하여야 한다."는 것이다.[78] 그러나 최저생계비 외에 다른 국가의 최저생활보장을 위하여 지급하는 각종 급여나 각종 부담의 감면 등을 총괄하면 보장되는 필요는 그 자체로 개별 사례에서 예외적인 특별한 필요라고 볼 수 없다. 개별 사례에서, 기초생활보장법상 급여의 부족함뿐만 아니라 다른 모든 국가의 최저생활 보장을 위한 급여 또는 제3자에 의하여 현실적으로 지급될 수 있는 급여까지 고려하더라도 필요가 충족되지 않는 예외적인 경우에 한하여, 그러한 예외적인 특별한 필요를 보장하지 않는 입법(행정입법을 포함하여) 또는 처분이 위헌이라고 주장하는 것이기 때문이다. 독일 연방헌법재판소는 2010년 헌법불합치 결정에서, 이러한 예외적인 특별한 필요가 발생하는 요건으로, "그러한 필요가 상당하여(so erheblich), (그러한 필요가 충족되지 않으면) 요부조자에게 보장된 전체 급여액-제3자의 급여들을 포함하고 요수급자의 저축가능성도 고려하여-이 인간의 존엄에 걸맞은 최저생활을 보장하지 못할 것"을 요구했다.[79] 총괄기준설에 따라 기초생활보장법 외의 다른 급여들, 심지어는 헌법재판소가 언급한 국가의 최저생활보장을 위한 각종 급여나 각종 부담 감면을 넘어서 제3자에 의한 급여들까지 고려한 후에도 발생하는 필요 불충족 상황의 위헌성을 주장하는 것이기 때문에, 총괄기준설이 그 위헌성 판단에 영향을 미칠 가능성은 매우 낮다.

구체적으로 어떤 개별적인 사례에서 어떤 특별한 필요가 보장되지 못하는 상황이, 인간다운 생활을 할 권리의 보장에 필요한 최소한도의 조치를 결여한 위헌적 입법이나 행정의 부작위 또는 불충분한 입법, 행정의 부작위(부진정부작위)로 평가되어야 할지는 개별 사안별로 판단되어야 한다. 비교법적 차원에서 보면, 앞서 본 입법(행정입법을 포함하여)의 차원에서 개별성의 원칙이 지나치게 무시되어 있어 입법적 개선 필요성을 논한 영역들 중 그러한 입법적 흠결로 인하여 보장되지 못하는 특별한 필요가 그 사람의 존엄과 인간다운 생활을 할 권리의 보장에 있어 상당히 중요한 경우

77) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 208.
78) 헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328; 헌재 1997. 5. 29. 94헌마33.
79) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 208.

가 이에 해당할 수 있을 것이다. 예를 들어, 최저생계비에 의하여 보장되지 못하는 일회적 필요에 관한 급여에 관한 입법이 흠결된 상황이므로, 독일에서 일회적 필요가 문제되는 구체적 사례들의 경우 일회적 필요에 관한 입법의 흠결을 위헌적이라고 다툴 수 있을 것이다.

다만, 독일의 사례에서 표준필요지표에 포함되지 않고 과거 위헌 판단을 받은 필요 유형이나, 입법을 통해 별도로 생계급여의 추가필요나 별도의 유형의 부가적인 급여유형으로 포섭되는 필요들이 모두 한국에서 그 보장의 결여로 인하여 위헌이 된다는 자동적 논리는 적절하지 않다. 문제된 필요가 실제 한국에서 합리적 수준의 저축가능성과 국가 등의 다른 급여나 부담 감면 및 기타 확실히 제도화된 제3자에 의한 다른 지원 등을 고려하여서도 최저생계비액에 의하여 보장될 수 없는 수준인지 여부를 구체적 사례별로 검토하여야 한다.

이러한 판단에 있어, 다른 지원의 수준과 공공부조법상의 급여를 합산한 보장 수준이 충분한지가 기본적으로 중요하겠지만, 다른 지원의 확실성과 권리성을 어느 정도로 요구해야 하는지도 문제이다. 최소한 지원 내용이 문제되는 개별 수급권자에게 실제로 지급될 확실성을 가진 것이어야 하고, 동시에 이러한 지원신청을 지원 주체가 부당하게 거부하는 경우 수급자가 이를 다투어 소송상 청구하는 것이 보장되는 것이어야 할 것이다. 독일 연방헌법재판소에서 개별 사례에서 예외적인 특별한 필요를 보장하기 위한 급여를 주관적인 권리로서 입법화해야 한다고 요구한 것[80]도 이러한 맥락의 판시로 보인다. 예를 들어 긴급복지지원법상 긴급지원(제9조)의 경우 지원요청(제7조), 지원의 종류 및 내용의 결정(제8조 제3항), 이의신청(제16조)의 규정에 따른 절차 이후에 소송을 통한 추가적 구제절차가 보장된다면, 공공부조법상의 급여가 개별성의 원칙, 필요성의 원칙에 위반되는지 여부를 판단할 때 긴급복지지원법상 지원도 함께 고려할 수 있을 것이다.

기초생활보장법상 생계급여나 주거급여법상 주거급여 관련하여, 개별 사례에서 예외적으로 보장되지 않는 특별한 필요로, 개별 사례에서의 특수한 상황으로 인한 일정 기간 동안의 주기적 또는 비주기적인 고액의 냉난방 비용이나 갑작스런 냉난방 가전제품의 고장으로 인한 수리나 재구입 비용 등에 대한 필요가 보장되지 않는 것을 문제삼는 경우를 보자. 기초생활보장법 외에도 한국전력공사로부터의 직접적인 요금 할인 감면 제도,[81] 전기, 도시가스, LPG, 등유, 연탄, 지역난방 등의 에너지 구입비용을 직접 지원하는 에너지복지법 제16조의3, 4, 에너지법 시행령 제13조의2, 「에너지이용권 사업운영에 관한 규정」에 따른 에너지이용권(=에너지 바우처[82]) 제도 등이 존재한다는 점을 개별성 원칙과 최저생활 보장원칙의 준수 여부를 판단할 때 고려요소로서 당연히 고려할 수 있을까?

일단 추상적인 제도의 존재만으로는 그 제도상 지원금액을 자동으로 최저생계비액

80) BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, NJW 2010, 505 Rn. 209.

81) 한국전력공사의 직접 요금감면 제도에 관한 개괄적 설명으로는, 김린, "에너지복지의 권리화 시론 - 전기를 중심으로 -", 「사회보장법연구」 제13권 제1호, 2024. 165면 이하 참조.

82) 에너지이용권, 일명 에너지 바우처 제도에 관한 개괄적 설명으로는, 김린, 위의 논문, 166면 이하. 본문에서 언급한 법령 외에 에너지 바우처 제도에 관한 보다 구체적 내용에 관하여는 위 제도를 산업통상자원부장관으로부터 위탁받아 시행하고 있는 에너지재단의 에너지 바우처 제도 안내 홈페이지 내용 참조. https://www.energyv.or.kr/ (2025.10.17. 최종방문).

에 합산하여 고려하여서는 안 된다. 개별 수급 신청의 실제 사례에서 위에서 열거한 각종 지원들이 실제로 수급요건을 충족하는지, 실제 지원되었거나 지원될 수 있는지를 살펴야 한다. 합산 시에도 헌법재판소의 무책임인 추상적인 총괄기준설에 따라 광범위한 재량을 인정해서는 안되고, 실제로 지원금액들을 최저생계비액과 합산하여 충분한지 여부를 구체적 사례의 청구인 별로 검토해야 한다.

추가적으로 검토되어야 할 문제는 개별 사례에서 문제된 어떤 특별한 필요가 실제로 권리로서 보장되는지, 거부되는 경우 소송을 통하여 청구할 수 있는지를 살펴야 한다. 즉 권리성이 인정되는 것이어야 한다. 예를 들어, 냉난방기 지원사업 등이 추천 등 불확실한 조건에 의하며, 거부될 가능성이 존재하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 거부처분에 대하여 취소소송 등을 제기하는 데 필요한 법규상 신청권이 규정되어 있지 않거나 해석론상으로도 조리상 신청권이 확실하게 보장되지 않는 경우가 있을 수 있다. 냉난방기 지원사업에 규정된 지원 내용이 소송을 통한 구제절차 관련하여 권리성이 없거나 매우 약하다면, 기초생활보장법상 생계급여나 주거급여가 특정 수급신청인의 인간다운 생활을 할 권리를 개별성 원칙, 최저생활보장 원칙에 맞게 보장하고 있는지 판단할 때 이를 고려하여서는 안 된다. 헌법상 최저생활수준을 보장받을 권리를 명실상부한 권리로서 구체화하지 않고, 국가나 관련 단체의 시혜나 선의, 자의에 의존하도록 만드는 것은 그 자체로 위헌적이기 때문이다.

V. 결론

지금까지 살펴본 독일 사회부조 제도의 구체적 내용과 한국의 상황을 비교하여 볼 때 우리가 얻을 수 있는 시사점은 아래와 같다.

첫째, 독일은 국가에 대하여 최저생활보장을 요구할 국민의 권리를 기본법의 해석을 통하여 국민의 기본권으로 인정하고 있다. 이를 침해당하는 경우 헌법소원, 법원 소송절차를 통한 구제를 이론적으로 인정할 뿐만 아니라 실제로 많은 수급자들이 사회법원의 소송절차를 통하여 자신의 권리를 구제받고 있다. 이와 달리 한국은 매우 적은 수의 공공부조 사건만이 소송화되고 있고, 그중에서 극히 일부의 사건에서만 구체적인 권리구제가 이루어지고 있다. 독일의 사회법원에서 보이는 소송비용 무상의 원칙, 원고친화적 소송절차에 관한 입법, 법률상담구조, 소송구조의 활성화 등의 절차적 장치와 실체법적 차원에서 다양한 종류의 급여와 필요, 불확정 개념, 예외사례 조항에 관한 세밀한 입법과 활발한 법원의 해석론이 이를 가능하게 한다. 한국의 공공부조에 관한 권리 또한 소송절차를 통하여 쉽게 구제받을 수 있도록 여러 실체법·절차법적 노력을 기울일 필요가 있다.

둘째, 독일의 필요보장 원칙과 개별성 원칙은 의식주 보장 등의 물리적인 최소한의 생존보장의 차원은 물론 사회, 문화적 생활에서 인간으로서의 존엄을 보장하기 위한 다양한 차원의 필요를 포괄적으로 보장한다. '인간의 육체적 생존, 음식, 의복, 가재도구, 주거, 난방, 위생과 건강 및 인간관계의 유지 가능성과 사회, 문화, 정치적 삶에의 최소한의 참여' 등 독일에서 보장되는 최저생활의 다양한 항목들이 과연 한국의 공공부조법상으로도 생계급여, 주거급여, 교육급여, 의료급여 등의 여러 급여에 관한 요건과 효과, 해석론을 통하여 보장되고 있는지 개별적인 필요 항목별로 세세

히 살필 필요가 있다.[83]

셋째, 단순히 최저생활을 내용적으로 보장하면 족한 것이 아니라 그 보장의 형식이 법적 청구권의 형태로 보장되어야 한다는 독일 연방헌법재판소의 법리에 주목할 필요가 있다. 즉 최저생활의 보장은 기본권 주체의 생존에 필수적인 전체적인 필요를 보장하는 방식으로 형성된 법적 청구권을 통하여 보장되어야 한다. 한국 헌법재판소는 최저생계비에 관한 헌법재판에서 총괄기준설에 따라 공공부조법에 구체적 권리로 입법화된 공공부조 급여 외에 다른 다양한 규범적, 비규범적 지원 내용들을 총괄하여 최저생활 보장 여부를 판단한 바 있다. 그런데 다른 고려된 지원 내용들이 법적 청구권으로서 해당 국민에게 주관적인 권리로서 보장되는지를 고려하지는 않았다. 국민의 최저생활 보장을 위한 어떤 급여가 충분한 수준인지 판단할 때 다른 법률상 지원 내용을 고려하기 위해서는, 그것이 국민의 권리로서 행정소송이나 기타 적절한 소송의 형태로 법적으로 청구하여 실제 보장받을 수 있는 권리성을 지녀야 한다는 법리를 확립할 필요가 있다.

넷째, 독일의 다양한 급여 종류에 비하면 한국의 생계급여, 주거급여, 교육급여, 의료급여 등은 너무 제한적이고 전형적으로 유형화된 필요만을 보장하고 있다. 이를 극복하기 위해서는 독일처럼 다양한 형태의 필요에 대응하는 다양한 급여를 입법으로 신설할 필요가 있다. 독일 사회부조법상 표준필요와 다른 표준필요지표를 예외적으로 인정할 수 있도록 하는 예외사례 조항과 다양한 추가필요 개념을 참조하여, 한국 공공부조법의 경우에도 일정한 요건 하에 급여 종류별로 표준화된 정액의 급여를 예외적으로 벗어날 가능성을 인정해야 한다. 예를 들어 생계급여의 경우 구체적인 사안별로 특별한 사정이 있는 경우 가구원 수에 따라 등급화된 정액의 최저생계비 금액을 넘어서는 최저생계비가 예외적으로 인정될 수 있도록 하는 일반조항을 신설할 필요가 있다.

다섯째, 독일의 경우 불확정 개념과 예외사례 조항에 관한 법원의 해석론을 통하여 사회부조에 관한 권리가 활발히 보장되는 상황을 한국에서도 실현할 필요가 있다. 이를 위해서는 한국의 공공부조 입법에서 거의 모든 급여의 요건과 효과에서 사용된 불확정 개념에 관한 구체화를 대통령령, 시행령, 고시, 지침, 사업안내 등에 위임하여 법원의 해석권을 박탈하고 있는 상황에 대한 문제의식[84]이 필요하다. 이는 1차적으로는 공공부조 급여 요건을 심사하는 담당 공무원 등의 해석권한 내지 재량을 박탈하여 개별 사건에 맞는 구체적 타당성 있는 처분 가능성을 근본적으로 봉쇄한다. 이로 인하여 수많은 비전형적 사례들에서 국민의 인간다운 생활을 할 권리가 침해되고 있다. 이 문제를 해결하기 위해서는 위임에 따라 정하여진 시행령, 시행규칙, 고시, 예규, 훈령, 사업안내 등의 다단계 행정입법의 구속력을 부인하거나 약화시킬

83) 이를 위해서는 생계급여·의료급여·주거급여·교육급여 수급자들이 실제로 현실에서 겪고 있는 (종류와 급여액 차원에서 매우 획일화된) 현행법상 각종 공공부조 영역의 급여만으로 해결하기 힘든 어려운 상황에 관한 사례들을 다수 수집하여 분석할 필요가 있다. 위와 같은 실제 사례들이 잘 수집되어 정리된 자료로는, 기초법바로세우기공동행동·더불어민주당 국회의원 서미화 주관, 「2025년 기초생활 수급가구 가계부조사 결과와 제도개선 방안 발표 토론회 자료집」, 더불어민주당 국회의원 남인순·국민의힘 국회의원 김예지·더불어민주당 국회의원 김윤 공동주최(인권재단 사람 후원), 2025. 7. 3. 참조.

84) 사회보장법 영역에서 법관의 최종적 법해석 권한을 박탈하는 하위 행정입법에의 다단계 위임구조에 관한 비판적 논의로는, 차성안, “장애등급제 폐지와 장애인 권리구제를 위한 법원의 역할”, 67면 이하 참조.

필요가 있다. 대법원 판례에 따르면 이러한 법률해석 기준에 관한 위임은 법률해석(규범해석)규칙이거나 재량준칙으로서 그 실질이 행정규칙으로서 부령의 형식이나, 행정규칙 형식으로 정해진 경우 법원과 국민에 대한 구속력이 인정되지 않는다. 대통령령의 경우 장애인복지법 시행령에 규정되지 않은 뚜렛 증후군을 장애로 인정한 대법원 판결[85]에서, 대통령령상 장애 개념의 해석기준을 제시한 내용은 한정적 열거가 아니라 예시라고 본 법리를 활용할 필요가 있다. 즉 공공부조법상의 급여 요건과 효과에 관한 해석에서도 위와 같은 사정이 존재하는 경우, 모법인 법률의 직접 해석에 의하여 추가적인 급여 내지 급여액을 인정할 수 있다고 보아야 한다. 구 청소년보호법 시행령상 정액으로 정하여진 과징금 처분기준을 최고 한도액으로 본 대법원 판례[86]를 참고하여, 사회보장법 영역에서 대통령령으로 정한 정액의 급여액을 최고 한도로 보고 예외적인 사정이 있는 경우 이를 넘는 추가적 급여액을 인정하는 법리의 개발도 필요하다.[87]

이후 후속연구를 통하여 공공부조법상 개별적인 급여별로 개별성 원칙과 필요보장 원칙을 실질적으로 보장하기 위한 해석론·입법론을 구체화할 필요가 있다. 특히 유형화된 급여의 종류와 그 급여별 요건과 효과로는 보장되지 못하는 비전형적 상황에 처한 개별 수급신청인에게, 해석론을 통하여 개별성의 원칙과 최저생활보장의 원칙을 충족하는 수준의 인간다운 생활을 할 권리를 보장해 줄 방안을 사례유형별로 모색해야 한다. 특히 독일 사회부조법의 여러 급여의 요건, 효과에서 사용된 다양한 불확정 개념과 특별한 사정이 있는 사례에서 구체적 타당성 확보를 위하여 마련된 예외사례(Härtefall) 조항에 관한 연구도 여러 사회보장법 분야의 다양한 급여별로 이루어질 필요가 있다.

■ **주제어**: 독일 사회부조, 개별성 원칙, 필요보장 원칙, 공공부조, 국민기초생활보장법

85) 대법원 2019. 10. 31. 선고 2016두50907 판결.
86) 대법원 2001. 3. 9. 선고 99두5207 판결.
87) 사회보장법 영역에서 위임입법과 결합된 불확정 개념에 대한 법원의 법해석 권한 확보방안에 관한 구체적인 논의로는 차성안, “고용보험법, 분바른 가면에서 연대적 공생의 권리로 - 위임입법과 결합된 불확정 개념에 대한 법원의 법해석 권한 확보방안 -”, 「사회보장법학」 제14권 제2호, 2025. 참조.

[참고문헌]

<국내문헌>

기초법바로세우기공동행동·더불어민주당 국회의원 서미화 주관, 「2025년 기초생활 수급가구 가계부조사 결과와 제도개선 방안 발표 토론회 자료집」, 더불어민주당 국회의원 남인순·국민의힘 국회의원 김예지·더불어민주당 국회의원 김윤 공동주최(인권재단 사람 후원), 2025. 7. 3.

김 린, “에너지복지의 권리화 시론 - 전기를 중심으로 -”, 「사회보장법연구」 제13권 제1호, 2024.

김봉철, 「독일 사회법원에 관한 연구」, 사법정책연구원, 2025. 참조.

박귀천, “독일 실업수당 II(Arbeitslosengeld II) 지급의 시행과 이를 둘러싼 문제”, 「국제노동브리프」 제3권 제1호, 2005.

박귀천, “실업자와 그 가족에 대한 기초생활 보장의 적정수준 - 독일 사회법전상의 생계급여 및 사회급여에 관한 2010년 2월 9일 독일연방헌법재판소 결정에 대한 검토를 중심으로 -”, 「이화여자대학교 법학논집」 제15권 제2호, 2010.

박귀천, “독일 사회부조법의 원리와 최근의 법 개정에 관한 소고”, 「사회보장법연구」 제1권 제2호, 2012.

박성은, “자활조건 불이행 시 생계급여 삭감의 위헌성 - 독일 연방헌법재판소 판결(BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 5. November 2019 - 1 BvL 7/16)에 대한 소개를 중심으로 -”, 「사회보장법연구」 제11권 제1호, 2022.

박우경, 「사회보장사건의 법원을 통한 구제 절차 현황과 개선방안」, 사법정책연구원, 2022.

보건복지부, 「2024년 국민기초생활보장 사업안내」, 2024.

보건복지부, 「2025년 국민기초생활보장 사업안내」, 2025.

안나 휠라(Anna Hyla), “불확정 법개념의 해석과 사회법원의 역할”, 「사회보장법연구」 제14권 제2호, 2025.

장승혁, “사회보장소송의 특수성과 사회보장법원의 필요성”, 「사회보장법학」 제8권 제1호, 2019.

정다은, “독일의 시민수당 도입에 관한 논의”, 「국제사회보장리뷰」 통권 제23호, 2022.

차성안, “고용보험법, 분바른 가면에서 연대적 공생의 권리로 - 위임입법과 결합된 불확정 개념에 대한 법원의 법해석 권한 확보방안 -”, 「사회보장법학」 제14권 제2호, 2025.

차성안, “독일 사회법의 주요 분쟁 유형과 사회법원의 역할 - 사회법원 통계 분석을 중심으로”, 「가천법학」 제16권 제1호, 2023.

차성안, “독일의 사회법 분쟁 해결과 사회법원의 역할”, 「사회보장법학」 제8권 제1호, 2019.

차성안, “장애등급제 폐지와 장애인 권리구제를 위한 법원의 역할”, 「법학논집」 제23권 1호.

<서양문헌>

Bundesagentur für Arbeit, *Geschäftsanweisung vom 17.02.2010*, SP II-II-1303 / 7000/5215.

BeckOGK/Dankelmann, 1.9.2021, *SGB XII* § 9.

Harald Thomé[Hrsg.], *Leitfaden SGB II/SGB XII Bürgergeld und Sozialhilfe von A bis Z*, 52..

Klerks, U, *Die neue Härtefallregelung« des Bundesverfassungsgerichts zum SGB II: Inhalt und Konsequenzen*, info also, 2010 Heft 2.

Knickrehm/Roßbach/Waltermann, *Kommentar zum Sozialrecht* 8. Auflage 2023, SGB II §

20, Rn. 10.
Michael Grosse/Dirk Weber/Michael Wesemann, *SGB II und SGB XII für Studium und Praxis Band 2: Sozialhilfe*, 14. Auflage, 2023.
Torsten Schaumberg, *Sozialrecht,* 4. Aufl, 2022, §17.

BVerfG 12.5.2005 - 1 BvR 569/05, NVwZ 2005, 927.
BVerfG 23.7.2014 - 1 BvL 10/12 ua, NJW 2014, 3425.
BVerfG 5.11.2019 - 1 BvL 7/16 -.
BVerfG 9.2.2010 - 1 BvL 1/09 ua, BVerfGE 125, 175.
BVerfGE 100, 195 [205] = NJW 1999, 2357.
BVerfGE 100, 59 [90] = NJW 1999, 2501.
BVerfGE 87, 234 [255f.] = NJW 1993, 643.

BSG 28.3.2013 - B 4 AS 12/12 R.

BGBl. I 2010 S. 671.

[Abstract]

The Combination Between the Principle of Individuality and the Principle of Ensuring Necessity in German Social Assistance Law
- Focusing on Implications for Korea's Public Assistance Law -*

Cha, Sungan**

This study conducted a comparative analysis of how the German Social Assistance Act's principle of ensuring necessity (Bedarfsdeckungsgrundsatz) and principle of individualization (Individualisierungsgrundsatz) are intertwined and implemented. This aims to improve the current reality where normative control over benefits under Korea's Public Assistance Act is virtually non-existent.

Germany combines human dignity (Article 1) and the principle of the social state (Article 20) in its Basic Law to recognize the guarantee of a minimum standard of living as a constitutional obligation, codifying the principle of individualization in Section 9 of Book 12 of the Social Code. In a 2010 decision, the Federal Constitutional Court ruled that legislation failing to guarantee "unavoidable, ongoing, and non-one-time special needs" not covered by standardized, fixed-amount benefits was unconstitutional. Accordingly, Germany addresses the specific circumstances of individual recipients through various benefit systems, including provisions for additional needs, one-time needs, and exceptional cases, beyond standard necessities. This has led to an active system of remedies, with approximately 90,000 social assistance lawsuits filed annually.

In contrast, while Article 4(2) of Korea's National Basic Living Security Act mentions factors for considering the principle of individuality, in practice, only uniform benefit standards centered on household size are applied. By comprehensively delegating the specific details of benefit requirements and effects to subordinate administrative legislation such as presidential decrees and public notices, the courts' interpretive authority is constrained, and it is difficult to

* This work was supported by the 2024 sabbatical year research grant of the University of Seoul.

** University of Seoul Law School, Associate Professor.

ensure the concrete appropriateness of individual cases through indeterminate legal concepts.

This study proposes that Korea, drawing on the German case, should: ① clearly guarantee the right to a minimum standard of living as a legal entitlement to individual recipients of public assistance in their diverse circumstances; ② establish various benefit types and provisions for exceptional cases; ③ restore the courts' authority to interpret indeterminate legal concepts; and ④ improve the public assistance litigation process in a manner that is favorable to the plaintiffs, who are recipients of public assistance. It particularly emphasizes the urgent need for legislative and judicial improvements to ensure the substantive protection of the rights of recipients with atypical cases or special needs, especially at the point where the constitutional right to a decent life and the principle of individuality intersect.

■ **Key Words:** german social assistance, principle of individuality, principle of ensuring necessity, public assistance, national basic livelihood security act

DOI: https://doi.org/10.53066/mlr.2026.24.2.107 ISSN 1229-7585
明知法學 제24권 제2호(2026. 1.) eISSN 2765-4869

日本における生成AIと法についての現状
- 著作権法を中心に -*

高良幸哉**

논문요지

生成AIは、ChatGPTの登場以降急速に普及し、著作権侵害やディープフェイク、偽情報などの法的課題が顕在化している。日本では2025年にAI法が施行され、AI戦略本部設置や基本計画策定など政策的枠組みを整備したが、権利侵害への直接的規制は既存法を中心としたソフトローに委ねられている。著作権法では2018年改正により「柔軟な権利制限規定」（30条の4、47条の4・5）が導入され、AI学習用のデータ利用は「享受目的」がない場合に許容されるとされる。文化庁は2024年に生成AIと著作権に関する指針を示し、開発・学習段階では「享受目的」の有無、生成段階では「依拠性」「類似性」が侵害判断の基準となるとするなど、従来の著作権法の議論をふまえて生成AI利用の法的解決を図る。生成AIの開発者・提供者については、生成AIを利用した著作権侵害行為の幇助犯が問題となる。Winny事件に鑑みれば、「依拠性」「類似性」を満たす生成物を生成することが例外的ではないといえるか、提供者が著作権違反利用の蓋然性を認識、認容したかが判断基準となりうるが、生成AIの著作権を侵害する利用が「例外的ではない」と認定することは困難であると思われる。日本のAI法制・AI政策はいまだ課題も多く、継続的な検討を要する。

・논문제출: 2025. 12. 27. ・심사개시: 2025. 12. 30. ・게재확정: 2026. 01. 16.

Ⅰ. はじめに

現在、AI技術の進歩に伴いその利活用および法的統制が課題である。OpenAI社が2022年に対話型の生成AIであるChatGPTを発表して以降、学習用のデータからディープラーニングによって新たなコンテンツ（文書、音楽、画像、映像等）を生み出す生成AIの利用と普及が急速に進んでいる1)。2025年9月30日にはOpenAI社が生成AIアプリケーションのSora2の利用を開始

---

* 本稿は、2025年11月15日（土）に慶尚国立大学校で開催された、韓国刑事法学会・慶尚国立大学校IP事業団・慶尚国立大学校法学研究所共同学術大会（若手刑事法学者フォーラム）において発表した報告原稿を加筆・修正したものである。
** 筑波大学図書館情報メディア系助教・博士（法学）
1) 総務省『情報通信白書』（令和6年度版）p37。

し話題となっている。Soraにおいては既存のアニメや映像作品のキャラクター類似した映像の出力が可能であり、著作権者らが自身の著作物利用を望まない場合には表示を拒否することが必要であるオプトアウト式をとっているなど、著作権侵害の恐れが高いことが指摘されている[2)]。なお、Soraにおいて日本のアニメのキャラクターである「孫悟空」や「ピカチュウ」の動画等が出力され、一部日本のアニメのキャラクターの生成に制限をかける事態に至っている[3)]。

AI技術をめぐっては、上記のように著作権の問題が生じており、それに加えディープフェイクポルノやディスインフォメーションなどの法的問題の解決が必要である。その一方で、法規制は技術の進歩を妨げないものでなければならない。かかる問題についてはEUの欧州AI法（Regulation（EU） 2024/1689）をはじめ各国が対応に向けて法整備を進めている。日本では、初のAI問題に関する法律である、「人工知能関連技術の研究開発及び活用の推進に関する法律」（AI法）が2025年6月4日に公布、一部施行され、9月1日に全面施行されている。本稿では、日本における生成AIをめぐる法問題について、AIと著作権の問題を中心に、AI開発者、AI利用者それぞれについての日本法の議論を整理し検討を行うことを目的とするものである。

Ⅱ．現行法の枠組

1．2025年「AI法」

AI法は、「人工知能関連技術の研究開発及び活用の推進に関する施策の総合的かつ計画的な推進を図り、もって国民生活の向上及び国民経済の健全な発展に寄与するため、人工知能関連技術の研究開発及び活用の推進に関する施策について、基本理念並びに人工知能関連技術の研究開発及び活用の推進に関する基本的な計画の策定その他の施策の基本となる事項を定めるとともに、人工知能戦略本部を設置する必要がある」[4)]との理由の下、2025年第217回国会において法案が提出され成立している。本法は、日本のAI開発の遅れおよびAIへの国民の不安に鑑み、AIのイノベーションを促進しつつ、リスクに対応するために[5)]、日本のAI施策実施に向けAI戦略本部設置およびAI基本計画策定など、基本的事項を定めたものである。罰則やその他のレギュレーションによりAI開発時の権利侵害やAIの違法利用などを規制するものではない。

本法案提出に先立ち内閣府ではAI戦略会議[6)]およびAI制度研究会[7)]が立ち上げられ、2025

2）米映画協会（MPA）が、Sora（ソラ）による権利侵害が急増したとする声明を発表している。「動画AIのSoraが権利侵害「オープンAIに責任」米映画協会が対策要望」日本経済新聞2025年10月11日朝刊p13。

3）「オープンAIの動画サービス、日本キャラ　無断利用制限」日本経済新聞2025年10月5日朝刊p7。日本のアニメ会社や出版社などが加盟するコンテンツ海外流通促進機構（CODA）は2025年10月28日に、CODA会員社の著作物を無断で学習に利用しない旨などの要望書をOpenAI社に対して発表している。コンテンツ海外流通促進機構ウェブサイト「OpenAI社に「Sora2」の運用に関する要望書を提出」https://coda-cj.jp/news/2577/（2025年12月20日閲覧）。

4）「人工知能関連技術の研究開発及び活用の推進に関する法律案（閣法第29号）」衆議院ウェブサイトhttps://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g21709029.htm（2025年12月20日閲覧）。

5）内閣府「人工知能関連技術の研究開発及び活用の推進に関する法律（AI法）の概要」https://www8.cao.go.jp/cstp/ai/ai_hou_gaiyou.pdf（2025年12月20日閲覧）。

6）内閣府AI戦略会議https://www8.cao.go.jp/cstp/ai/ai_senryaku/ai_senryaku.html（2025年12月20日閲覧）。

年2月に「中間とりまとめ」を発表している[8]。ここでは、「イノベーション促進とリスクへの対応の両立を確保するため、法令とガイドライン等のソフトローを適切に組み合わせ、基本的には、事業者の自主性を尊重し、法令による規制は事業者の自主的な努力による対応が期待できないものに限定して対応していくべきである」、「既存の個別の法令の存在する領域においては、AIが各領域で様々な用途で利用され始めおり、権利利益の保護の必要性が生じる場面もAIの用途に応じて異なることから、まずは当該法令の枠組みを活用しつつ対応すべきである」とする[9]。すなわち、日本法においては多くの領域において既存の法律によって一定程度AIによるリスクへの対応がすでになされていることを前提とした上で、さらなる議論を進めるべきであるとし、既存の法律による規制とその枠組みの中における事業者の自主的な取り組みを基本としたソフトローによる対応することを基本とするのである。

例えば、AIにより生成されたディープフェイクについてみると次の様になる。ディープフェイクポルノは、わいせつ性の要件[10]を満たす場合、わいせつ物・わいせつ電磁的記録規制（刑法175条）、の対象となり、当該ポルノが被写体の社会的評価を低下させうるものであれば名誉毀損（刑法230条、民法709条・710条）の対象となりうる[11]。また、選挙時に候補者を描写したフェイク動画あるいはフェイクに当たる言説を生成しSNS上で拡散したような場合は公職選挙法上の虚偽公表罪（公職選挙法第252条）で対応されることになる。加えて法的な規制外ではあるが、有害な表現についてはプロバイダ等による自主的な取り組みによって対応される。また、生成AIの学習用データへの著作物の利用については著作権法30条の4および47条の5の問題となる。

日本のAI法は現時点においては、AI戦略本部の設置やAI基本計画といったAI政策を進めるにあたっての基本的枠組みを定めるものであって、AI開発及び利活用における権利侵害などのリスク対応については、「中間とりまとめ」同様、個別の法令の枠内における対応を基本とするものである。そのため、生成AIと著作権をめぐる近時の動向を検討するにあたっては、この問題については著作権法30条の4および47条の5、関連するガイドラインを参照する必要がある。

2．2018年著作権法改正および2019年文化庁の見解

「デジタル・ネットワーク技術の進展により、新たに生まれる様々な著作物の利用ニーズに的確に対応するため、著作権者の許諾を受ける必要がある行為の範囲を見直し、情報関連産業、教育、障害者、美術館等におけるアーカイブの利活用に係る著作物の利用をより円滑に行えるようにする」[12]目的の下、2018年に著作権法が改正された。この改正においては、AI等の研究開発を円滑に進めるために、「柔軟な権利制限規定」として、著作物に表現された思想又は感情

7）内閣府AI制度研究会https://www8.cao.go.jp/cstp/ai/ai_kenkyu/ai_kenkyu.html（2025年12月20日閲覧）。
8）内閣府AI戦略会議・AI政策研究会「中間とりまとめ（案）」https://www8.cao.go.jp/cstp/ai/ai_senryaku/13kai/shiryou2.pdf（2025年12月20日閲覧）。
9）内閣府AI戦略会議・AI政策研究会・前掲注８）p10。
10）わいせつとは「徒らに性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」であるとする、いわゆるわいせつ3要件。最判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁（チャタレー事件）。
11）生成AIによって生成された、実在しない児童の性的姿態の描写など、現行法の規制範囲外の行為は存する。
12）文化庁「著作権法の一部を改正する法律　概要」https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/pdf/r1406693_01.pdf（2025年12月20日閲覧）。

の享受を目的としない利用（30条の4）、電子計算機における著作物の利用に付随する利用等（47条の4）、電子計算機による情報処理及びその結果の提供に付随する軽微利用等（47条の5）が新設された。文化庁は2019年に「「デジタル化・ネットワーク化の進展に対応した柔軟な権利制限規定に関する基本的な考え方（著作権法第30条の4、第47条の4及び第47条の5関係）」[13]（以下2019年文化庁解説）において、AIと著作権について基本的な指針を示している。以下、各条文を一部抜粋した[14]。

著作権法第30条の4　著作物は、次に掲げる場合その他の当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。（以下略）

著作権法第47条の4　電子計算機における利用（情報通信の技術を利用する方法による利用を含む。以下この条において同じ。）に供される著作物は、次に掲げる場合その他これらと同様に当該著作物の電子計算機における利用を円滑又は効率的に行うために当該電子計算機における利用に付随する利用に供することを目的とする場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる。ただし、当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。（以下略）

著作権法47条の5　電子計算機を用いた情報処理により新たな知見又は情報を創出することによって著作物の利用の促進に資する次の各号に掲げる行為を行う者（当該行為の一部を行う者を含み、当該行為を政令で定める基準に従って行う者に限る。）は、公衆への提供等（公衆への提供又は提示をいい、送信可能化を含む。以下同じ。）が行われた著作物（以下この条及び次条第二項第二号において「公衆提供等著作物」という。）（公表された著作物又は送信可能化された著作物に限る。）について、当該各号に掲げる行為の目的上必要と認められる限度において、当該行為に付随して、いずれの方法によるかを問わず、利用（当該公衆提供等著作物のうちその利用に供される部分の占める割合、その利用に供される部分の量、その利用に供される際の表示の精度その他の要素に照らし軽微なものに限る。以下この条において「軽微利用」という。）を行うことができる。ただし、当該公衆提供等著作物に係る公衆への提供等が著作権を侵害するものであること（国外で行われた公衆への提供等にあっては、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきものであること）を知りながら当該軽微利用を行う場合その他当該公衆提供等著作物の種類及び用途並びに当該軽微利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない。（以下略）

---

13) 本条文の改正経緯等については、文化庁著作権課「デジタル化・ネットワーク化の進展に対応した柔軟な権利制限規定に関する基本的な考え方（著作権法第30条の4、第47条の4及び第47条の5関係）」https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/pdf/r1406693_17.pdf, p1以下を参照。

14) 著作権法の現行の条文については、e-gov法令検索を参照のこと。https://laws.e-gov.go.jp/law/345AC0000000048（2025年12月20日閲覧）。

30条の4は、「当該著作物に表現された思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させることを目的としない場合には、その必要と認められる限度において、いずれの方法によるかを問わず、利用することができる」とするものであり、技術の開発等のための試験の用に供する場合（1号）、情報解析の用に供する場合（2号）、人の知覚による認識を伴うことなく電子計算機による情報処理の過程における利用等に供する場合（3号）において、「思想又は感情を自ら享受し又は他人に享受させる目的」（以下「享受目的」）がない場合に著作権者の許諾なく著作物の利用を可能にするものである。「享受」とは、「著作物等の視聴等を通じて、視聴者等の知的又は精神的欲求を満たすという効用を得ること」[15]を指す。

ここにいう「享受目的」によらない利用とは、2019年文化庁解説によれば、例えば人工知能の開発に関し人工知能が学習するためのデータの収集行為、人工知能の開発を行う第三者への学習用データの提供行為[16]、特定の場所を撮影した写真などの著作物から当該場所の3DCG映像を作成するために著作物を複製する行為[17]などが想定されている。法文の文言上「享受の目的」のない行為を幅広く含み、改正前のAI利用等における著作権制限規定における、技術開発（旧法30条の4）や情報解析（旧法47条の4）に比べて広範であり、現在想定されていない行為をも含みうる[18]。

そもそも「思想又は感情」の「享受」は「自ら」「他人」という人を主体とするものであり、AIが学習のために著作物を読み込む行為は「享受」に該当しないことが前提である。学習用データの利用がAIの開発という目的である限りにおいて、原則としてAIの学習用データとして他者の著作物を用いる事は30条の4に該当すると考えられる[19]。「享受目的」がある、あるいは当該目的が「享受目的」を有しない目的（「非享受目的」）併存している場合には、電子計算機による情報処理及びその結果の提供に付随する軽微利用等（47条の5）の問題となる。

前述の通り、2022年のChatGPTの登場以降、生成AIのユーザは拡大しており、生成AIの研究開発と利活用が拡大している。かかる状況下において、生成AIによる著作権侵害を見据えた著作権法解釈が必要となった。

3．生成AIと2024年文化庁の見解

2024年文化庁は、文化審議会著作権分科会法制度小委員会において「AIと著作権に関する考え方について」[20]（以下2024年文化庁解説）を策定し公開した。これは、生成AIの登場による著作権侵害の拡大に対する著作権者らの懸念や、2023年G7広島サミットで立ち上がったAI

15）文化庁「著作権法の一部を改正する法律（平成30年改正）について（解説）」https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/pdf/r1406693_11.pdf, p.22　23（2025年12月20日閲覧）。
16）文化庁著作権課・前掲注13）p10。
17）文化庁著作権課・前掲注13）p13。
18）文化庁著作権課・前掲注13）p9-10。利用範囲が広範ゆえに「当該著作物の種類及び用途並びに当該利用の態様に照らし著作権者の利益を不当に害することとなる場合は、この限りでない」との留保がなされている。
19）文化庁著作権課・前掲注13）p10。
20）文化庁文化審議会著作権分科会法制度小委員会「AIと著作権に関する考え方について」https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/94037901_01.pdf（2025年12月20日閲覧）。

を巡るルール形成を協議する国際枠組みの一つである「広島プロセス」を受けてのものである[21]。

ここでは、生成AIの開発・学習の段階と生成・利用の段階の2つの段階において著作権侵害性が検討されており、開発・学習段階においては30条の4における「享受目的」の有無、著作者の利益を不当に害するか否かが問題となり、生成利用段階においては、著作物と生成物の「類似性」と「依拠性」の問題となる。

「非享受目的」と「享受目的」が併存し30条の4を満たさない場合の例として、「既存の学習済みモデルに対する追加的な学習（そのために行う学習データの収集・加工を含む）のうち、意図的に、学習データに含まれる著作物の創作的表現の全部又は一部を出力させることを目的とした追加的な学習を行うため、著作物の複製等を行う場合」[22]や、「既存のデータベースやインターネット上に掲載されたデータに含まれる著作物の創作的表現の全部又は一部を、生成AIを用いて出力させることを目的として、これに用いるため著作物の内容をベクトルに変換したデータベースを作成する等の、著作物の複製等を行う場合」[23]が挙げられる。

また、前者の場合に関連し、いわゆる「作風」の模倣についても考える必要がある。すなわち著作物自体を模倣するのではなく、その著作物や当該著作物の作者の作品の作風を模倣するような場合である。2024年文化庁解説においては、「作風や画風といったアイデア等が類似するにとどまり、既存の著作物との「類似性」が認められない生成物は、これを生成・利用したとしても、既存の著作物との関係で著作権侵害とはならない」とされ、当該著作物と同様の作風の生成物が量産され、作者の著作物の需要がAI生成物によって代替されるような場合においても30条の4における著作者の利益を不当に害する場合には該当しないとされている[24]。ただし特定の作者の作品を追加的に学習させ、当該作者の作品を狙い撃ちするような例外的な場合においては、30条の4の対象外となる可能性も留保されている[25]。

以上、AIと著作権をめぐる文化庁による見解を一部紹介した。これら文化庁の見解は法的拘束力をもつものではないが、AIと著作権をめぐる判例に乏しい現状においては、公的ガイドラインとして参考になるものである。生成AIの生成・利用の段階においては、従来の著作権法の議論である、「依拠性」「類似性」の議論が妥当するとされる[26]。以下では、生成AIの問題を考慮する上での著作権法の論点を概観する。

---

21) 総務省「広島AIプロセス」https://www.soumu.go.jp/hiroshimaaiprocess/（2025年12月20日閲覧）。
22) 文化庁文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注20）p20。
23) 文化庁文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注20）p20-22。既存の著作物の創作的表現の全部又は一部を、生成AIを用いて出力させる一部の検索拡張生成（RAG）等で用いるための、生成AIへの入力用データ（著作物）の収集。
24) 文化庁文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注20）p23-24。
25) 文化庁文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注20）p.24。
26) 文化庁文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注20）p.32。

Ⅲ．生成AIと法的問題

1．著作権法30条の4と47条の5

前項においては、主に著作権法30条の4についての文化庁の解説を中心に概観した。著作権法30条の4の論点は、主に「享受目的」の有無あるいは「享受目的」と「非享受目的」の併存の問題である。30条の4は「享受目的」がないこと（＝「非享受目的」）が要件であるため、「享受目的」が存する場合には47条の5の問題となる。

有力説として、「享受目的」と「非享受目的」併存の場合においては、30条の4が適用されるとする見解（単独適用説）がある[27)]。かかる見解は、30条の4の条文構造が「次に掲げる場合その他の・・・（著作物を）利用することができる」としているところ、「次に掲げる場合」に該当する本条の1号2号3号は「非享受目的」の場合の例示、であるとする。「その他の」との文言は通常例示を示す場合に用いられるためである。すなわち、機械学習は2号に示された情報解析に含まれるため、機械学習における利用は自動的に30条の4における「非享受目的」該当することになる。そのため、「享受目的」と「非享受目的」の併存自体が想定されないことになり、AIにおける学習用データの利用は30条の4の対象となることになる。

この点、47条の5は2号において「電子計算機による情報解析を行い、及びその結果を提供すること」が本条の対象となることに鑑みれば、文理解釈上は47条の5においてもAIにおける機械学習が対象となり単独適用説は説明困難となる[28)]。47条5の規律を無意味なものとしないためにも「享受目的」と「非享受目的」の併存事案の場合においては30条の4の適用範囲外とするのが妥当であろう。ただしこの点、機械学習においては何らかの思想・感情を享受する目的がある場合が大半であって、「当該著作物」以外の著作物についての享受目的が存するような場合においてはなおも30条の4の適用は排除されないと解される[29)]。47条の5は「付随性」と侵害の「軽微性」の2要件を満たす必要があり、30条の4に比べ適用要件が厳格であることに鑑みれば、30条の4の適用範囲を狭めないとすることが妥当であると思われる。

2．生成物の「依拠性」「類似性」

生成AIの開発学習段階においては、前述通り30条の4該当性が主に問題となり、「享受目的」がある場合の47条の5の問題となるが、利用・生成段階においては、生成物の当該著作物への「依拠性」や当該生成物への「類似性」の問題となる。AIそれ自体は「思想又は感情を創作的に表現したもの」である著作物の著作者とはなりえず、生成AIは利用時においては動画や画像等の生成のためのツールであって、侵害行為の主体はあくまで利用者である[30)]。

「依拠性」とは著作権が及ぶのは著作物の創作的表現に依拠したものだけであることであり、他人の独自創作には権利が及ばない。著作権法上、「依拠性」についての明文規定はない

---

27) 愛知靖之「日本法における権利制限－著作権法30条の4を中心に」」上野達弘＝奥邨弘司『AIと著作権』（勁草書房・2024）p15-20。

28) 奥邨弘司「生成AIと著作権：「考え方について」に関する3つの論点」知的財産法政策学研究70巻（2025）p111参照。そのほか、立法経緯や両者の適用範囲の問題からも単独適用説には問題が残るとされる。同p111-p113。

29) 田村善之「生成AIをめぐる著作権法の課題」知的財産法政策学研究70巻（2025）p73。

30) 文化庁文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注20）p32。

が、日本の最高裁判所は著作権侵害においてこれを要求している。ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件[31]において最高裁は次の様に判示している。

> 著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製することをいうと解すべきであるから、既存の著作物と同一性のある作品が作成されても、それが既存の著作物に依拠して再製されたものでないときは、その複製をしたことにはあたらず、著作権侵害の問題を生ずる余地はないところ、既存の著作物に接する機会がなく、従つて、その存在、内容を知らなかつた者は、これを知らなかつたことにつき過失があると否とにかかわらず、既存の著作物に依拠した作品を再製するに由ないものであるから、既存の著作物と同一性のある作品を作成しても、これにより著作権侵害の責に任じなければならないものではない。

「依拠」の内容について、学説においては主観説と客観説が対立している。客観説は客観的利用事実たるとする見解[32]であり、主観説は既存の著作物の存在・内容を知っていることとする見解、既存の著作物を利用する意思とする見解[33]、認識および利用意思を必要とする見解[34]の対立がある。この点、なおも議論のあるところであるが、上記判例は既存の著作物の存在・内容を知っていることとする見解に立つものと思われる[35]。なお、主観説、客観説の対立軸とは見解を異にし、「依拠性」の有無は独自創作であるか否かによるべきであるとの見解も第三の立場として主張されている[36]。

生成AIによる生成物の「依拠性」についてはどのように考えるべきであろうか。生成AIの学習用セット内に当該著作物が含まれていることを認識している場合、「生成AIが利用された場合であっても、権利者としては、被疑侵害者において既存著作物へのアクセス可能性があったことや、生成物に既存著作物との高度な「類似性」があること等を立証すれば、「依拠性」があるとの推認を得ることができる」と考えられる[37]。そもそも学習用データ内に当該著作物が含まれるかどうか不明な場合も存する。このような場合であっても、「当該生成AI の開発・学習段階で当該著作物を学習していた場合については、客観的に当該著作物へのアクセスがあったと認められることから、当該生成AIを利用し、当該著作物に類似した生成物が生成された場合は、通常、「依拠性」があったと推認され、AI利用者による著作権侵害になりうる」[38]のである。ただし、学習用データ内の著作物がそのまま出力されないような場合においてはこの限りではない[39]。この点、学説においても学習用データセット内に当該著作物が存することの認識までは不要であるとの見解が主流である[40]。

---

31) 最判昭和53年9月7日民集32巻6号1145頁。
32) 牧野利秋・飯村敏明編『新・裁判実務体系22　著作権関係訴訟法』（青林書院、1997）【三好豊】p188。
33) 東京地判平成17年5月17日判時1950号147頁。
34) 斉藤博・牧野利秋編『裁判実務体系27　知的財産関係訴訟法』（青林書院、1997）【西田美昭】p127。
35) 岡本久道『著作権法（第6版）』（民事法研究会、2024）p156参照。
36) 田村・前掲注29）p40-p43。
37) 文化庁文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注20)p33-34。
38) 文化庁文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注20)p34。
39) 文化庁文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注20)p34。
40) 前田健「生成AIの利用が著作権侵害となる場合」法学教室523号p28。

「類似性」については翻案についての判断枠組みであるが、最高裁はいわゆる江差追分事件[41]において次の2点の要旨を示している。

> 要旨1　言語の著作物の翻案とは、既存の著作物に依拠し、かつ、その表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、増減、変更等を加えて、新たに思想又は感情を創作的に表現することにより、これに接する者が既存の著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得することのできる別の著作物を創作する行為をいう。
> 要旨2　思想、感情若しくはアイデア、事実若しくは事件など表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において既存の言語の著作物と同一性を有するにすぎない著作物を創作する行為は、既存の著作物の翻案に当たらない。

「類似性」は、従来の判例上、表現それ自体でない部分又は表現上の創作性がない部分において既存の言語の著作物との同一性を有する著作物を創作する場合に認められるものであり、「人間がAIを使わずに創作したものについて「類似性」が争われた既存の判例と同様、既存の著作物の表現上の本質的な特徴が感得できるかどうかということ等により判断される」[42]と考えられる。

「類似性」を判断するにあたり、画風といった作風の模倣について考える。作風それ自体はアイデアであって、著作権法の保護対象となる著作物ではない。そもそも著作権法は、後続の著作物の発展に寄与するためにアイデアを著作権の対象から除外してきたものである[43]。本稿のⅡ3で述べたとおり、原則として作風の機械学習が著作権法上妨げられないことはもちろん、利用段階におけるAI生成物においても同様に考えられる。

では、作風を超えて、具体的なキャラクターの模倣について考える。2025年9月に発表されたSora2において日本のアニメのキャラクターが出力されることが問題となったことは前述の通りである。日本の判例においてはキャラクターそれ自体の著作権は否定している。いわゆるポパイネクタイ事件[44]において最高裁判所は次の点判示している。

> 著作権法上の著作物は、「思想又は感情を創作的に表現したもの」（同法2条1項一号）とされており、一定の名称、容貌、役割等の特徴を有する登場人物が反復して描かれている一話完結形式の連載漫画においては、当該登場人物が描かれた各回の漫画それぞれが著作物に当たり、具体的な漫画を離れ、右登場人物のいわゆるキャラクターをもって著作物ということはできない。
> けだし、キャラクターといわれるものは、漫画の具体的表現から昇華した登場人物の人格ともいうべき抽象的概念であって、具体的表現そのものではなく、それ自体が思想又は感情を創作的に表現したものということができないからである。したがって、一話完結形式の連載漫画においては、著作権の侵害は各完結した漫画それぞれについて成立し得るものであり、著作権の侵害があるというためには連載漫画中のどの回の漫画についていえるのかを検討しなければならない。

41）最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁。
42）文化庁文化審議会著作権分科会法制度小委員会・前掲注20)p33。
43）田村善之「著作権の保護範囲」同編『知財とパブリック・ドメイン第2巻：著作権法篇』(2023 年・勁草書房)p181-182。
44）最判平成9年7月17日民集第51巻6号2714頁。

当該作品を離れたキャラクター自体はアイデアであって、著作権法の保護の範囲外となる。しかしながら、イラストなどに描写され、作品と結びついたキャラクターは著作権の保護が及ぶことになる。ポパイネクタイ事件の最高裁判所判決においては、キャラクター自体の著作物性が判断されたために、ポパイの図案を用いたネクタイの販売につき著作権侵害が否定されたものである。その後の下級審においては、ポパイネクタイ事件と同様の判断枠組みの下、著作権侵害が認定されたものもある[45]。生成AIにおいてキャラクターが生成される場合においては、当該著作物は他の学習用データと共に学習されるため、当該著作物と同一のものが出力されるわけではないが、「著作物の表現上の本質的な特徴が感得できるか」によって判断されることになろう。

3．生成AI違法利用と幇助犯

生成AIによる生成物についても、前項のとおり、従来の著作権侵害と同じ判断枠組において「依拠性」と「類似性」を満たす場合においては、生成AI利用者の著作権侵害が認定可能である。著作権法は著作権侵害について、民事法上の責任のみならず、刑事上法の責任を科す特別刑法典としての性質を有する法律であるため、各行為者らの当罰性を検討する必要がある。

生成AIの開発者や提供者については、30条の4や47条の5などで正当化できない著作物の無断利用において、開発・学習段階において法的責任を負いうることはもちろんのこと、開発者や提供者として、生成AI利用者の著作権侵害の正犯行為の幇助者としての責任を負いうる。生成AIは適法行為にも違法行為にも利用できる価値中立的なツールであって、違法行為に使用できることのみをもって開発者や提供者が法的責任を負うことは不当である。AI等の技術革新は急速に進んでおり、日本においても当該技術についての研究開発を阻害しない法規制が求められる。この点Winny事件[46]最高裁決定が参考になる。

本事件は、P2P（Peer to Peer）型のファイル共有ソフトであるWinnyの提供について、開発者である被告人が、当該ソフトの利用による著作権侵害の幇助犯に問われた事件である。当時、ファイル共有ソフトによる著作権侵害が問題になっている一方、技術開発と法的規制のバランスの観点において話題となった事件である。本件最高裁判所の以下のように判示している。

> 被告人がしたように、開発途上のソフトをインターネット上で不特定多数の者に対して無償で公開、提供し、利用者の意見を聴取しながら当該ソフトの開発を進めるという方法は、ソフトの開発方法として特異なものではなく、合理的なものと受け止められている。新たに開発されるソフトには社会的に幅広い評価があり得る一方で、その開発には迅速性が要求されることも考慮すれば、かかるソフトの開発行為に対する過度の萎縮効果を生じさせないためにも、単に他人の著作権侵害に利用される一般的可能性があり、それを提供者において認識、認容しつつ当該ソフトの公開、提供をし、それを用いて著作権侵害が行われたというだけで、直ちに著作権侵害の幇助行為に当たると解すべきではない。かかるソフトの提供行

45）ノンタン事件（東京地判平成10年3月30日判例集未登載）およびその控訴審東京高判平成11年11月17日判例集未登載。村井麻衣子「判批」著作権判例百選〔第7版〕（別冊ジュリスト272号）（2025）p36-37など。

46）最決平成23年12月19日刑集第65巻9号1380頁。

> 為について、幇助犯が成立するためには、一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況が必要であり、また、そのことを提供者においても認識、認容していることを要するというべきである。すなわち、ソフトの提供者において、当該ソフトを利用して現に行われようとしている具体的な著作権侵害を認識、認容しながら、その公開、提供を行い、実際に当該著作権侵害が行われた場合や、当該ソフトの性質、その客観的利用状況、提供方法などに照らし、同ソフトを入手する者のうち例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる場合で、提供者もそのことを認識、認容しながら同ソフトの公開、提供を行い、実際にそれを用いて著作権侵害（正犯行為）が行われたときに限り、当該ソフトの公開、提供行為がそれらの著作権侵害の幇助行為に当たると解するのが相当である。

本件最高裁判所は、利用者の違法行為が横行するという客観面とその蓋然性を提供者の認識、認容という主観面の双方を満たすときにはじめて提供者の幇助犯が成立するという謙抑的な判断を行っている。上記判示の通り、技術開発を阻害することについての配慮が明確に表れている。

これを生成AIについて考えると、利用者が当該著作物について「依拠性」「類似性」を満たす生成物を生成することが例外的ではないといえるか（客観面）、提供者が著作権侵害利用の蓋然性を認識、認容したかが判断基準となる（主観面）。生成AIを利用する場合、個々の生成物ごとに具体的事案に即して著作権侵害の有無を判断する必要がある。そのため、外形的に公衆送信権侵害の事実が明白なファイル共有ソフトに比べ、構成要件の該当性判断は困難となる。結果として、著作権を侵害する利用が「例外的ではない」と断じること自体も、同様に困難であると考えられる。また、主観面については、著作権侵害を防止する一定の措置を提供者側が行う等の状況があれば、少なくとも違法行為についての認容性は否定されることになるであろう。Winny事件においても提供者である被告人が、著作権侵害に利用しないよう注意喚起していたことなどが認容性を否定する判断要素の一つとなっている。生成AIにおいては著作権侵害になりうるような生成をさせるプロンプトによる生成をシステム上阻止するといった措置が考えられよう[47]。

Ⅴ．終わりに

以上、我が国における生成AIと著作権をめぐる法的議論について概観した。本稿ではすべての論点に言及できてはいない。本稿において言及していない論点として、例えば海賊版ソフト等の機械学習をめぐる問題、robots.txtによる著作物クロールの拒否と著作権法47条の5の関係などの論点がある。AI技術は2018年に著作権法改正されて以降も進歩しており、本稿で言及した生成AIの問題等、改正法立法時に立法者が想定していない状況も生じているところである。日本は2025年のAI法が立法され、AI法制、AI政策は道半ばである。いくつかの法領域についてはソフトローによる対応がなされていることは本稿で言及したところであるが、韓国が先んじて立法したディープフェイク規制について日本においても特別法の立法が必要であるかなど、本領域における議論は尽きない。今後の議論状況に注視し、検討を続けたい。

47）2025年12月20日時点においては動画生成アプリのSora2においては一部のキャラクター名を含むプロンプトによる動画生成が行えないようになっている。

■ **주제어**: 著作権、享受目的、依拠性、類似性、幇助犯

[参考文献（掲載順）]

＜判例・裁判例＞

最決平成23年12月19日刑集第65巻9号1380頁
最判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁
最判昭和53年9月7日民集32巻6号1145頁
最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁
最判平成9年7月17日民集第51巻6号2714頁
東京地判平成17年5月17日判時1950号147頁

＜書籍・論文＞

愛知靖之「日本法における権利制限－著作権法30条の4を中心に」」上野達弘＝奥邨弘司『AIと著作権』（勁草書房・2024）
岡本久道『著作権法（第6版）』（民事法研究会、2024）
奥邨弘司「生成AIと著作権：「考え方について」に関する3つの論点」知的財産法政策学研究70巻（2025）
斉藤博・牧野利秋編『裁判実務体系27　知的財産関係訴訟法』（青林書院、1997）
総務省『情報通信白書』（令和6年度版）
田村善之「著作権の保護範囲」同編『知財とパブリック・ドメイン第2巻：著作権法篇』（2023年・勁草書房）
田村善之「生成AIをめぐる著作権法の課題」知的財産法政策学研究70巻（2025）
前田健「生成AIの利用が著作権侵害となる場合」法学教室523号
牧野利秋・飯村敏明編『新・裁判実務体系22　著作権関係訴訟法』（青林書院、1997）
村井麻衣子「判批」著作権判例百選〔第7版〕（別冊ジュリスト272号）（2025）

＜統計・資料＞

「オープンAIの動画サービス、日本キャラ　無断利用制限」日本経済新聞2025年10月5日朝刊
「動画AIのSoraが権利侵害　「オープンAIに責任」　米映画協会が対策要望」日本経済新聞2025年10月11日朝刊
「人工知能関連技術の研究開発及び活用の推進に関する法律案（閣法第29号）」衆議院ウェブサイトhttps://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g21709029.htm（2025年12月20日閲覧）
コンテンツ海外流通促進機構ウェブサイト「OpenAI社に「Sora2」の運用に関する要望書を提出」https://coda-cj.jp/news/2577/（2025年12月20日閲覧）
総務省「広島AIプロセス」https://www.soumu.go.jp/hiroshimaaiprocess/（2025年12月20日閲覧）
内閣府「人工知能関連技術の研究開発及び活用の推進に関する法律（AI法）の概要」https://www8.cao.go.jp/cstp/ai/ai_hou_gaiyou.pdf（2025年12月20日閲覧）
内閣府AI戦略会議・AI政策研究会「中間とりまとめ（案）」https://www8.cao.go.jp/cstp/ai/ai_senryaku/13kai/shiryou2.pdf（2025年12月20日閲覧）
内閣府AI戦略会議https://www8.cao.go.jp/cstp/ai/ai_senryaku/ai_senryaku.html（2025年12月20日閲覧）
内閣府AI制度研究会https://www8.cao.go.jp/cstp/ai/ai_kenkyu/ai_kenkyu.html（2025年12月20日

閲覧)
文化庁「著作権法の一部を改正する法律　概要」https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/pdf/r1406693_01.pdf（2025年12月20日閲覧）
文化庁「著作権法の一部を改正する法律（平成30年改正）について（解説）」https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/pdf/r1406693_11.pdf, p.22　23（2025年12月20日閲覧）
文化庁文化審議会著作権分科会法制度小委員会「AIと著作権に関する考え方について」https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/94037901_01.pdf（2025年12月20日閲覧）
文化庁著作権課「デジタル化・ネットワーク化の進展に対応した柔軟な権利制限規定に関する基本的な考え方（著作権法第30条の4、第47条の4及び第47条の5関係）」https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/h30_hokaisei/pdf/r1406693_17.pdf

[Abstract]

Current Status of Generative AI and Law in Japan: Focusing on Copyright Law

TAKARA Kouya*

Since the introduction of ChatGPT, generative AI has spread rapidly, bringing to light legal challenges such as copyright infringement, deepfakes, and disinformation. In 2025, Japan enacted the AI Act, which established a policy framework including the creation of the AI Strategic Headquarters and basic plans; however, direct regulation of rights infringement remains largely left to soft law measures based on existing legislation. Regarding the Copyright Act, the 2018 amendment introduced "flexible rights limitation provisions" (Articles 30-4, 47-4, and 47-5), which permit the use of data for AI training provided there is no "purpose of enjoying" the thoughts or emotions expressed in the work. In 2024, the Agency for Cultural Affairs issued guidelines on generative AI and copyright, aiming to resolve legal issues within the framework of traditional copyright discussions. These guidelines establish the presence of "enjoyment purpose" as the criterion for the development and training stages, and "reliance" (access) and "similarity" as the criteria for the generation and utilization stages. Regarding the liability of developers and providers of generative AI, the issue of aiding copyright infringement arises. In light of the Winny case precedent, the criteria may include whether generating content that satisfies "reliance" and "similarity" is considered "not exceptional", and whether the provider recognized and accepted the probability of copyright-infringing use. However, it appears difficult to conclude that the infringing use of generative AI is "not exceptional". Japan's AI legislation and policies still face many challenges and require continuous deliberation.

■ **Key Words:** Copyright Act, Purpose of Enjoyment, Reliance, Similarity, Aiding

* Assistant Professor, University of Tsukuba, PhD. in Law

DOI: https://doi.org/10.53066/mlr.2026.24.2.123 ISSN 1229-7585
明知法學 제24권 제2호(2026. 1.) eISSN 2765-4869

知的財産侵害に関する刑法的課題:
日本の裁判例に見る著作権法学と刑事法学との交錯*

富川雅満**

논문요지

本稿は、日本の著作権法における「民法上の権利侵害要件と刑法上の構成要件が同一である」という構造的特徴が、実務および理論にもたらしている「歪み」を、近時の重要裁判例の分析を通じて明らかにするものである。

現行法下では、著作権侵害の要件が民刑で共通しており、民事上の差止請求が認められる場面と、重い法定刑を伴う刑事罰が科される場面とが法律上区分されていない。本稿ではまず、リーチサイト運営者の刑事責任が問われた「はるか夢の址事件」を取り上げ、「送信可能化」の解釈において、民事的な救済範囲の確保を重視する著作権法学と、刑罰の当罰性や法益保護の観点を重視する刑事法学との間で、解釈の指針に顕著な相違が生じていることを指摘する。

次に、SNS上の「リツイート事件」を題材に、著作権法学が侵害主体性や認識可能性を基準に侵害を限定しようとするのに対し、刑事法学の視点からは、構成要件該当性を肯定しつつも「可罰的違法性」や「実質的違法性」の理論によって処罰範囲を画定しようとする試みがなされていることを紹介する。

本稿は、知的財産権の保護と刑事法の謙抑性の調和を図るため、今後の立法論および解釈論において両法域の交錯領域における理論的課題をいかに克服すべきかが重要となることを指摘する。

・논문제출: 2025. 12. 29. ・심사개시: 2025. 12. 30. ・게재확정: 2026. 01. 16.

Ⅰ. はじめに

日本の現行著作権法は1970年に公布されたものであるが、この法領域の歴史は古く、その始まりを1869年に公布された出版条例又は1899年に公布された旧著作権法に見出すことができ、すでにこれらの法規定には著作権侵害に対する罰則規定が設けられていた。著作権法に設けられている各種の犯罪規定は、いわゆる特別刑法に分類されるものであるが、他の特別刑法同様に、

* 本稿は、2024年9月28日（土）に慶尚国立大学校で開催された、韓国刑事法学会・慶尚国立大学校IP事業団・慶尚国立大学校法学研究所共同学術大会（若手刑事法学者フォーラム）において発表した報告原稿を加筆・修正したものである。
** 神戸大学大学院法学研究科教授・博士（法学）

あるいはそれ以上に著作権法は刑法学の研究対象としては関心が寄せられてこなかったように思われる。しかしながら、近時、著作権法における刑事制裁規定あるいはその解釈のあり方を問い直すような潮流が見られる[1)]。日本における著作権法侵害の要件には、民事法と刑事法とで同一のものが規定され、その問題性が認識され始めているのである。

例えば、著作権法112条1項[2)]は著作権等の権利侵害を受けた者に差止請求権を認め、加えて、これらの権利侵害が民法上の不法行為を構成すれば損害賠償請求権（民法709条[3)]）も認められることになる。これらは民事法上の効果であるが、これらの著作権等の侵害に対しては、著作権法119条以下に罰則規定が設けられており、しかも、その要件は民事のものと異ならない。例えば、著作権法119条１項にいう「著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者」という犯罪構成要件は、同112条1項の差止請求権の要件に同じである。

このように、同内容の要件により民刑という目的の異なる法領域の効果が予定されている点は、日本の著作権法の特徴ともいえ、また、そのことにより著作権侵害の刑事制裁に対する、ある種の歪みを生じさせていると言える。本稿では、このような歪みが生じていることを示す２つの裁判例を取り上げ、日本における著作権法と刑事法との交錯領域においてどのような問題が生じているのか、その議論状況を紹介したいと思う。

II. はるか夢の址事件

1. 事案概要及び前提理解

はるか夢の址事件は、リーチサイトの運営者に対する公衆送信権侵害罪（著作権法119条1項、23条１項）の成否が問題とされた刑事事件である。公衆送信権とは著作権法23条1項に規定される、著作権の支分権であり、その侵害態様は著作権法上大きく２つに分けられている。まず１つに公衆送信、すなわち公衆に向けた現実の送信行為であり、この公衆送信には公衆からの求めに応じて自動的に行われる送信（自動公衆送信）も含まれる。もう１つに、送信可能化がある。送信可能化は、自動公衆送信において現実の送信行為がなされる前の段階を捕捉するものであり、ネットワークに接続されている自動公衆送信装置の記録媒体に情報を記録等するか、あらかじめ情報が記録等されている記録媒体をネットワークに接続することによって、当該情報を自動公衆送信し得る状態にする行為を指す（現行著作権法2条1項9号の５）。例えば、利用者が容易にアクセス可能なプラットフォームに、著作物をアップロードするような行為がこれにあたり、その場合、現に著作物が利用者によってダウンロード等されていなくとも、送信可能化として公衆送信権侵害に当たることになる。

本件で問題となったのは、この「送信可能化」の解釈である。被告人らは、「はるか夢の址」というインターネットサイトを運営管理していたところ、被告人のうちの１名及び他の共犯者らが他人の著作物をサーバコンピュータに記録・蔵置した上で、被告人らが同サイト上にそのデータ

1) そのことを示す１つに、法律時報の連載企画「著作権法と刑法の語らい」法律時報94巻11号～97巻3号の存在がある。
2) 本稿末尾に、関連する条文をまとめているので、参照されたい。
3) 「（不法行為による損害賠償）
第七百九条　故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。」

の所在を示すURLを投稿した[4]。被告人らはURLの記録・蔵置は公衆送信権の侵害に当たらないなど主張したところ、大阪高裁（大阪高判令和元年11月1日高刑速（令元）号459頁）は次のように判示し、公衆送信権侵害該当性を肯定している。

まず、「投稿者によるアップロード行為は、それ自体において、公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に情報を記録すること（著作権法2条1項9号の5イ）に該当するものではある。しかし、アップロード行為があったとしても、各書籍データはいわゆるストレージサービスに記録・蔵置されているにすぎないから、一般に検索することが難しく、公衆は、書籍データを記録・蔵置した場所を示すURLを知らない限り、事実上、書籍データにアクセスすることは極めて難しい状態にある。」「投稿者が行うアップロード行為は、これに加えて、URL記録行為が行われることにより、公衆においてそのURLを介して書籍データにアクセスすることが実質的に可能となると認められる。そうすると、eら投稿者は、これらの二つの行為を一体として行うことによって、情報を記録する行為により自動公衆送信し得るようにすること（著作権法2条1項9号の5）に当たる行為を行ったというべき」で、「アップロード行為とURL記録行為の双方を一体として行うことにより公衆送信権が侵害された」、と。

本判決の重要なポイントは、検索エンジン等を使用することで外部的にアクセスすることが困難なサーバコンピュータにデータをアップロードした場合において、そのアップロード行為とURLの記録行為とが一体的になされたことで、送信可能化が肯定されている、ということにある。

2. 著作権法研究者の捉え方

このように高裁がデータのアップロード行為とURLの記録行為とを一体的に把握して送信可能化を肯定したことに、著作権法学者の多くは否定的である[5]。

その批判の中核は、データのアップロード行為の時点ですでに送信可能化は認められるべき、ということにある。すなわち、送信可能化は「自動公衆送信し得るようにすること」（著作権法2条1項9号の5）であり、自動公衆送信が「公衆の求めに応じ自動的に行う」公衆送信を指すので、「公衆の求めがあれば自動的に送信し得る状態」を作出すれば送信可能化にはあたりうる。そこでは、公衆が実際に求めたか否か、又は求める可能性がどれほどあったかは問題とならない。データのアップロード行為さえあれば、このような自動公衆送信を可能にするような状態は作出されたといえるので、アップロード行為だけで送信可能化に足りる。したがって、アップロード行為によって送信可能化は認められるためにURL記録行為と一体的に把握することは不要である、という。

---

4) 事案詳細は、次の通り。被告人ら３名（サイトBの運営・管理全般を統括するX、技術面を担当するY、投稿削除・管理を担当するZ）は、「はるか夢の杜」というサイトを運営管理していたところ、Cら15名と共謀の上、著作権者の許諾を受けないで、Z及びCら14名が、C方等15箇所において、同所に設置されたPCを使用してインターネットを介して、D等が著作権を有する著作物である漫画等68点の各書籍データをいわゆるアップローダのサーバコンピュータに記録・蔵置した上、前記C方等15箇所において、アップロードされた全企画書籍データの所在を示すURLを「はるか夢の杜」に投稿した。原審（大阪地判平成31年1月17日LEX/DB　25570049）は被告人らに公衆権侵害罪の共同正犯を肯定したのに対して、被告人X・Yは量刑不当を主張し、被告人Zが公衆送信権侵害該当性に関する点に加え、Cら投稿者との間に共同正犯が成立しない旨の主張し、控訴を申し立てたが、大阪高裁は被告人らの控訴を棄却し、本件は確定している。

5) 谷川和幸「『送信可能化』の解釈をめぐって」法律時報94巻11号（2022年）114頁以下。小倉秀夫＝金井重彦『著作権法コンメンタールI［改訂版］』（第一法規、2020年）112頁注5［小倉秀夫担当執筆］は「法令の解釈を誤ったもの」と指摘する。

また、仮に高裁がURL記録行為を送信可能化の要件と捉えているのであればそれもまた不当であると指摘されている。そもそも送信可能化が公衆送信権に含まれていることの理由は、自動公衆送信が問題となる場合には著作物がいつ、どこに送信されたのかを特定することが困難な点（現実の送信行為の証明困難性）にあるのであって、アップロード行為に加えてURL記録行為の立証も必要とするとの解釈は立証負担の軽減という立法趣旨にそぐわない、という[6]。

3. 刑事法学者の捉え方

一方、刑事法学者からは大阪高裁の判断を正統化する試みが展開されている。本判決の評釈の中には、本件ではいわゆるリンク貼り行為が問題となっていることに着目し、著作権法に限らず、わいせつ物の公然陳列等で同種行為が問題とされた過去の裁判例と比較を試みるものがある。それによれば、従前の裁判例傾向としては、検索エンジン等の使用によりインターネットユーザが自力で当該サイトに辿り着ける場合にはアップロード行為のみで構成要件該当性が肯定されているのに対して、本件がそうであるように公開用URLを知らなければ事実上当該サイトに辿り着けないような場合には、アップロード行為がURL記録行為の行為者と同一人であった限りで、両行為を一体的に把握しているという。これらの従前の傾向に、本判決も整合するものであり、必ずしも不当なものとは言えない、という[7]。

また、著作権法学者が、大阪高裁判決に対して、URL記録行為を送信可能化の要件と捉えていることは不当であると批判する点については、同判決はURL記録行為が要件となることを示しているわけではなく、「自動公衆送信し得るようにする」に該当する際の判断要素としてURL記録行為を考慮事情に取り入れたに過ぎず、常にURL記録行為を必要であることを示しているわけではない[8]、と。

このように、著作権法学者と刑事法学者とで本判決に対する反応が異なるのは、著作権法学者が著作権侵害の民事法上の効果を念頭に置いているのに対して、刑事法学者が刑事制裁の正統化を志向していることによる。上述のように、日本の著作権法においては、民事法上の法的効果と刑事法上の法的効果の要件が基本的には同一のものとして規定されている。したがって、上記大阪高裁が示した要件解釈は民事事件においても妥当することになる。著作権法の視点からすれば、アップロード行為のほかにURL記録行為がなければ送信可能化に当たらないとすれば、URL記録行為によって著作権侵害の可能性が現実的なものとなる時点まで、著作権者は差止請求などの手立てを何ら講じることができないことになり、この点に本判決の不当性が見出されている。これに対して、刑事法の視点からすれば、他のインターネットユーザによるアクセス可能性が事実上存在しない場合での処罰は、刑法の法益保護思想に馴染まない。あるいは、著作権等侵害罪が「10年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金、又はその併科」という、例えば窃盗罪等の財産犯に比べても重い法定刑を設定していることを踏まえれば、このような重い法定刑を基礎付けるだけの当罰性が認められない。こういった点に本判決の合理性が見出されている。

以上のように、はるか夢の址事件には、民事法と刑事法の法的効果が同一要件によって設定されていることによる歪みが端的に示されていると思われる。

6）以上につき、谷川・前掲注5）115頁以下。

7）仲道祐樹「判批」松原芳博他編『判例特別刑法　　第４集』（日本評論社、2022年）186頁以下。

8）仲道・前掲注7）188頁。

なお、著作権法は令和2年（2020年）に改正され、リーチサイト規制が盛り込まれた[9]。それゆえ、本件で問題となったようにリーチサイトを公衆に提示する行為は、現在では新たな処罰規定によって処理されることになると思われる[10]。

III. リツイート事件

1. 事案概要及び前提理解

リツイート事件は、SNS上でのリツイート行為について著作権侵害及び著作者人格権侵害の該当性が問題となった事案である。本件は発信者情報の開示を求める民事事件であり、刑事訴追がなされたものではないが、前述の通り、民事法上の著作権侵害及び著作者人格権侵害が認められれば、刑事法上の著作権侵害罪（著作権法119条1項）及び著作者人格権侵害罪（著作権法119条2項1号）の成立も認められうることから、著作権と刑事法との交錯を扱う本稿においても取り上げることとした。

本件の事実関係は概要次の通りである。原告は写真家であるところ、自ら撮影した記名写真をウェブサイト上で掲載していた。すると、当該写真は著作権者である原告の許諾なく無断で複製され、Twitter上のアカウントに投稿された（以下、この投稿された画像を「元画像」という）。その後、当該元画像を含むこのツイートが複数のアカウントによってリツイートされた。原告は当時のTwitter社に対して元画像をツイートした者及びこれをリツイートした者の発信者情報の開示を求めて訴えを提起した。本稿ではこのうちリツイート者との関係に限定して問題状況を整理したい。

リツイート者との関係で問題となっているのは、①元画像のリツイートが公衆送信権（著作権法23条1項）を直接的又は間接的に侵害したとして著作権侵害に当たるか、そして②Twitterの仕様上タイムラインでは元画像がトリミングされて指名表示部分が表示されてなかったことから、このような表示が同一性保持権（著作権法20条1項）及び氏名表示権（著作権法19条1項）を侵害したとして著作者人格権侵害にあたるか、である。

①の点につき、第１審（東京地判平成28年9月15日民集74巻4号1453頁）は本件における送信可能化の主体は元画像をツイートした者であって、リツイート者はこれに当たらないと判断し、リツイート者との関係では公衆送信権侵害を否定した。控訴審（知財高判平成30年4月25日民集74巻4号1480頁）も同様にリツイート者が本件における侵害主体には当たらないと判断し、原告が少なくともリツイート者は公衆送信権の幇助に該当すると主張した点についても、本件リツイートが自動公衆送信行為を容易にしたとは言えないとしてこれを排斥している。最高裁は①の点につき判断を示していない。

②の点は、ⓐ同一性保持権侵害、ⓑ氏名表示権侵害にかかる判断を分けて整理する必要がある。ⓐ同一性保持権侵害については、第１審は画像ファイル自体が改変されていないことを理由に同一性保持権侵害を否定したのに対して、控訴審はリツイート行為の結果送信されたプログラムにより、元々の著作物とは異なる画像がTwitterユーザのタイムライン上に表示されていることを

9）著作権法113条2項及び119条2項4号。

10）これに対して、仲道・前掲注7）191頁は、共同正犯との関係で本判決の意義は残ると指摘し、アップロード行為とURL記録が一体的になされている場合で、サイトがそれらの行為を促していると評価できれば、投稿者と運営者に共同正犯を肯定可能となると分析する。

理由として侵害を肯定している。最高裁は②ⓐの点にも判断を示していない[11]。

ⓑ氏名表示権侵害についても侵害を否定した第１審と肯定した控訴審とで判断が分かれているところ、最高裁は氏名表示権侵害を肯定した。その理由は概要次の通りである。著作権法19条1項の趣旨は「著作者と著作物との結び付きに係る人格的利益を保護する」ことにあり、この趣旨からすれば、同項にいう「著作物の公衆への提供若しくは提示」は著作物を利用した場合に限られず、本件のように、端末画面上の各表示画像の表示も公衆の表示にあたる。そして、本件では、リツイート者が氏名表示部分の不表示をもたらしているのであって、本件各表示画像をクリックすることで本件元画像全体を見ることができるとしても、それは別個のWebページで表示されるに過ぎず、クリックしない限りは著作者名の表示を目にすることがなく、また、本件各表示画像を通常クリックするような事情もないことから、氏名表示はなされていないとして、侵害を肯定した。

本稿との関連で各審級の判断の中で注目すべき点を整理すると、①については、本件リツイートが幇助にも当たらないと控訴審が判断している点、②については、本件リツイート行為が著作者人格権侵害の要件を充足していると控訴審・上告審が判断している点である。以下、この点に限って、著作権法・刑事法それぞれの研究者による評価を確認していく。

2. 幇助について

（１）著作権法研究者の捉え方

①の点に関して、控訴審はツイート行為による送信可能化がリツイート行為によっては容易にされていないとして幇助の成立を否定している。この判断からは、公衆送信権侵害はツイート行為による送信可能化の時点ですでに認められ、また完了しているために、リツイート行為自体は直接的な公衆送信権侵害に当たらず、またツイート行為による送信可能化を容易にするものではないために幇助にも当たらないと評価されているものと思われる。

これに対して、著作法研究者の中ではリツイート者に直接侵害を否定している点には比較的一致が見られるものの[12]、幇助の可否についてはこれを肯定すべきとする見解が有力なようである。例えば、「リンクによる公衆送信により伝達される公衆の数が増大する可能性を生じる以上、侵害の行為を抑止するために、幇助による共同不法行為責任の成立を認める」べきである[13]とか、あるいは、刑法学説における幇助の理論を踏まえ、ツイート者の送信可能化ののちにもリツイート者には公衆送信という結果の回避義務を負うとして、不作為による幇助の可能性を認める余地がある[14]、といった主張がこれである。

他方で、リツイートによる幇助を認めることに対しては慎重な意見も見られる。すなわち、違法な公衆送信元へのリンク行為に対しては公衆送信拡大を抑止すべきとの要請がある一方で、適法な公衆送信元への無許諾でのリンクを過度に制約してはならない。リツイートのようなリンク行為一般

11) その理由につき、調査官解説（笹本哲朗「判解」最判解民事編令和2年度439頁）は「同一の発信者情報の開示請求について、氏名表示権侵害の主張と同一性保持権侵害の主張とは選択的な関係に立つため、いずれか一方を認める場合には、必ずしも他方について判断する必要はない。本判決は、本件においては氏名表示権侵害が認められれば足りることなどを考慮して、その旨の判断を示す一方、同一性保持権侵害については受理せず、判断を示さなかったものと解される」と整理する。
12) 長谷川遼「著作権法学から見たリツイート事件」法律時報95巻4号（2023年）116頁。
13) 田村善之「判批」知的財産法政策学研究61号（2021年）274頁。
14) 長谷川・前掲注12）116頁。

が公衆送信に該当すると捉えた場合には、適法な公衆送信元へのリンクについても著作権者の許諾を常に必要としなければならない。それゆえ、著作権法研究者からは、違法な公衆送信元へのリンク行為に狙いを絞って、侵害性を認めるような理論構成が求められている15)。

以上の通り、著作権法研究者の中では、適法なリンク行為を公衆送信から除外しつつ、違法なリンク行為については公衆送信に事後的に関与した者についても侵害性を認めるとの発想に需要が求められている。このような発想は、リツイートなどのリンク行為には著作権侵害の拡大を防ぐことを重視するものと思われる。

（２）刑事法研究者の捉え方

前述したようにツイート行為によってすでに送信可能化がなされ、公衆送信権侵害は完了しているために、リツイート行為には幇助は成立しないとの控訴審の評価は、刑事法的な視点から見ると、共犯における因果的共犯論を徹底する立場に馴染むものと思われる。すなわち、厳格な立場における因果的共犯論からは、教唆・幇助といった狭義の共犯の処罰根拠は、正犯行為を介して間接的に法益侵害結果に対して因果性を及ぼしている点に求められるところ、正犯行為後になされた行為は、もはや正犯行為を介したとは言えず、幇助に当たらないと考えられる。したがって、ツイート行為が正犯行為であるとすれば、これに事後的に関与するリツイート行為には幇助の余地はないことになろう。こうして見ると、控訴審の判断は刑事法における幇助概念を直接的に民事法領域に導入するもののように思われる。

もっとも、狭義の共犯の処罰根拠を因果的共犯論に求めるとしても、正犯行為自体の促進を必須とする理解は自明なわけではない。あくまでも法益侵害結果に対する因果的寄与があれば足りるとの理解も主張され、むしろこのような理解の方が一般的であるとも言える16)。したがって、リツイート行為によって著作権等侵害を促進する関係性が認められれば、少なくとも幇助の構成要件該当性は否定され難いことになろう。

以上のように考えた場合、当該事案で幇助の成立を否定した控訴審の判断は、刑事法の視点からは基礎付け難いということになろう。もっとも、著作権法においては民事法上の侵害要件と刑事法上の侵害要件が同一となっている以上、このような評価は、仮にリツイート事件が刑事訴追された場合には、リツイート者には著作権侵害罪の幇助の成立が認められることを意味する。しかし、このような広範な処罰に対しては疑問があり、この点で控訴審の結論は賛同されるべきであろう17)。したがって、問われるべきは、刑事法上の幇助概念を民事法に導入することではなく、控訴審の示したような民事法上の幇助概念を著作権における刑事法解釈論に導入する理論的可能性であろう。例えば、民事法における幇助概念を特別ルールと考え、刑法総論の幇助規定である刑法62条1項の一般規定はこれに劣後するといった発想の可能性が検討されよう18)。

---

15) そのような理論構成としては、故意過失のハードルを上げることによって対処する、刑法学における制限従属性説を援用する、リーチサイト規制の対象となっているリンクについてはおよそ違法性を否定するといった考えが提案されている。この点につき、長谷川・前掲注12）117頁。

16) この点につき、遠藤聡太「リツイート事件と著作権等侵害罪の違法性阻却（上）」法律時報95巻5号（2023年）125頁参照。

17) 遠藤・前掲注16）124頁も参照。

18) 遠藤・前掲注16）125頁以下は、その場合に、民事法上の幇助概念を支える「実質的考慮の内容と射程、幇助犯論との理論的整合性等を検証する必要がある」と指摘し、「リンク設定行為の萎縮に伴う表現・コミュニケーション活動への悪影響」という「実質論が幇助の内容として直接侵害行為自体の促進を要求する理解とどのように結びつくのか、また幇助犯論にそのような実質論の受け皿はあるのか」と

3. リツイート行為の侵害性について

（1）著作権法研究者の捉え方

②ⓐ同一性保持権侵害につき、控訴審はリツイート行為により元画像がトリミングされて表示されることになったことを理由として侵害性を肯定し、そして②ⓑ氏名表示権の侵害につき、最高裁はリツイート行為により元画像の氏名表示部分が表示されない形で端末画面上に表示されていることを理由として、これを肯定しているが、著作権法研究者からはいずれの点についても批判が向けられている。

まず、②ⓐ同一性保持権侵害との関係では、㋐侵害主体はリツイート者ではないとの批判、そして、㋑本件における改変の程度は実質的には否定・減弱されうるとの批判が向けられている[19]。

㋐につき、リツイート者自らが元画像をトリミングしたわけではなく、このトリミングはTwitterの仕様によるものであって、リツイート者はこのような仕様を通じて、Twitterユーザのタイムライン上に元画像とは異なる、トリミングされた画像を表示させている。著作権法研究者の中には、このような本件の特性を踏まえれば、同一性保持権を侵害した主体は、リツイート者ではなく、むしろ被告であるTwitter社であるとか、あるいはこのような仕様はユーザの端末やアプリに依存することであるために侵害主体はユーザであると捉える余地があるとの指摘がなされている[20]。

㋑につき、Twitterユーザは本件リツイートの画像をクリックすることで、氏名部分を含めた元画像全体を確認することができるのであって、Twitterユーザにおいて画像がトリミングされていることや画像全体の閲覧方法は常識であったと言える。それゆえ、本件での改変や法益侵害性は否定・減弱されうるのであって、侵害に当たらない可能性が指摘されている[21]。

次に、②ⓑ氏名表示権侵害との関係で向けられている批判としては、前述㋐同様に、侵害主体性が否定されるべきとするもののほか、㋒最高裁による氏名表示の有無の基準が厳格であることが挙げられる。この㋒の批判は前述した㋑の批判とも類似するが、本件では、リツイートによって表示されている画像をクリックすることで容易に元画像に辿り着くことが可能で、そこで氏名表示を確認することができる。最高裁は、このような事実があったとしても、それは別個のWebページで表示されているに過ぎず、クリックしない限りは著作者名の表示を目にすることがなく、また、通常クリックするような関係性も認められないのであるから、氏名表示権侵害は否定されないと判断しているが、著作物とその氏名表示とが時間的・空間的に距離があることは通常ありうることであって、必ず著作物と氏名とが「同じ視界」の中で表示されなければならないと理解しなければならないわけではない。そこで、学説内では「著作者に関心を抱いた者にとっての認識可能性があるか否か」を基準とすべきとする見解も主張されている[22]。

いった点に検討が必要であると指摘する。

19) そのほかに、本件改変は、著作権法20条2項4号にいう「やむを得ない改変」にあたり、侵害該当性は否定されるべきとの批判が向けられている（金子敏哉「同一性保持権侵害の要件としての『著作物の改変』」中山信弘ほか編『しなやかな著作権制度に向けて』（信山社、2017年）376頁以下）。

20) 長谷川・前掲注12）117頁。

21) 長谷川・前掲注12）117頁参照。

22) 奥邨弘司「判批」法学教室482号（2020年）67頁。

（２）刑事法研究者の捉え方

一方で、刑事法研究者の視点からは、リツイート行為の侵害性について少なくとも構成要件該当性は否定し難いとの分析がなされている。

まず、著作権法研究者が批判する㋐侵害主体の点については、本件トリミングがなされたことがTwitterの仕様によるものであることは侵害を否定する根拠とはなり難いとの指摘である。既成の道具を利用して法益侵害を惹起している場合であっても、そのことを理由に行為主体性が否定されることはない。刑事法上の観点からは、Twitterの仕様がそのようになっていることを行為者が認識しつつ、これを利用して元画像の改変を生じさせていれば、著作者人格権の侵害を肯定するになると思われる。

また、元画像を容易に閲覧できることから㋑改変が否定・減弱されるとの主張については、これは刑事法の視点からは、形式的には「改変」に該当しうるとしても、その程度が極めて軽微であるために処罰に値しないという発想のものと捉えられ、いわゆる可罰的違法性の理論との対応関係を見出すことができる。すなわち、当該行為が形式的には構成要件に該当し、違法性阻却事由に該当する事由も存在しないとしても、法益侵害が軽微であるために、刑罰に値するほどの違法性には達していないとの発想である（絶対的軽微型としての可罰的違法性阻却）。しかしながら、現在の日本の刑事実務においては、可罰的違法性の理論の採用は極めて限定的であり[23]、このことを理由に可罰性が否定されることは考えにくい。

最後に、㋒氏名表示の有無の基準が厳格に過ぎるとの批判については、確かに、一部学説が主張するように「著作者名の認識可能性」という基準を採用すれば、氏名表示権侵害を否定することが可能であるものの、そもそも同基準を採用すべきか否かは著作権法研究者の内部においても評価が分かれている[24]ものであり、議論は流動的であると指摘されている[25]。

以上の通り、刑事法の視点からは、同一性保持権・氏名表示権の侵害いずれの点についても、少なくとも構成要件該当性は否定され難い。そこで、論者の中には、Twitterのリツイート機能を用いた情報拡散という活動に社会的有用性を肯定できることを前提に、実質的違法性を否定することによる違法性阻却の可能性を模索するものも見られる[26]。

Ⅳ．むすびに変えて：さらなる課題

以上、確認してきたように、日本の著作権法においては、民事法の著作権等侵害と刑事法の著作権等侵害の要件がその内容において同一となっているために、刑事法の視点からは必ずしも当罰性の高くない事案についても刑事制裁が課されうるような状況が生じてしまっている。このような状況が理論的に見て問題であることはもちろんのことであるが、他方で、日本における著作権等侵害に対する刑事訴追が、海賊版頒布などの明らかに違法性の認められる場面を除いては、必

23）最一小決昭和61年6月24日刑集40巻4号292頁（マジックホン事件）。
24）田村・前掲注13）287頁。
25）遠藤・前掲注16）127頁。
26）遠藤聡太「リツイート事件と著作権等侵害罪の違法性阻却（下）」法律時報95巻6号（2023年）99頁以下。これに対して、深町晋也「著作権法と刑法のリンケージを目指して」法律時報95巻8号（2023年）115頁は、情報拡散の社会的有用性は著作権法にとどまる話ではないので、その射程をどのように考えるのかといった点に課題があることを指摘する。

ずしも積極的なものではなく、どちらかといえば謙抑的に運用されてきたことを踏まえると、あくまでもその問題は潜在的なリスクにとどまるようにも思われるかもしれない。それゆえ、これまで著作権法における刑事制裁に対して刑事法研究者が関心を寄せてこなかった可能性がある。

しかしながら、近時、上記の潜在的リスクが現実化する事案が発生している。ハイスコアガール事件と呼ばれるその事案では、1990年代の対戦型格闘ゲームを題材とした漫画が公刊されたところ、同作品の連載開始から数年後に、題材となったゲームの開発会社から作品中に無断で同社のキャラクターが描写されているとして、同作品の著者が刑事告発を受けた。捜査当局は、この告発を受け、漫画家およびその出版会社に対する捜査を開始し、捜索差し押さえを伴う強制捜査が行われるとともに、同漫画家は数ヶ月間にわたる厳しい取調べを受けるに至った。最終的には、関係当事者間で和解が成立し、告訴も取り消され、不起訴処分となった。同事件は、著作権法研究者をはじめとする専門家からの声明が出される[27]など、社会的にも大きな波紋を呼んだものである。

著作権侵害罪は原則的に親告罪（著作権法123条1項[28]）であり、ハイスコアガール事件は、手続的には告訴権者の告訴がないために刑事訴追がなされるには至らなかった。このように著作権侵害罪が親告罪であることの背景には、著作者による事後承認によって適法化される余地を認めるべきとの発想がある[29]。しかしながら、著作権法は、その広範な処罰範囲を設けていることからして、権利者の「自制」を前提とする運用がなされない限り、むしろ刑事訴追を背景とした民事的なエンフォースメントを権利者に認めてしまうという事態に陥りうる。権利者が争えば立件され、刑事制裁が課されることになるというのは、著作権侵害罪の成立範囲が広範であることもあいまり、著作権法における刑事制裁の問題性を高めている[30]。

以上、本稿では日本における著作権法の刑事制裁という側面についての問題性を概観してきた。繰り返しになるが、日本の著作権法では、民事法上の著作権侵害と刑事法上の著作権侵害が同一内容の要件を有するために、民事法上は差止請求や損害賠償請求を認めるべきとは言えても、必ずしも刑事制裁を必要とはしないような場面においても、刑法上の犯罪を構成するような状況が生じてしまっている。日本では、このことの問題性が近年になってようやく認識されるようになったところであり、今後、このような問題ある状況をいかに克服するべきか、立法論も含めた議論発展がなされていくことが予想される。

■ **주제어**: 著作権侵害、刑事責任、構成要件、可罰的違法性、刑法の謙抑性

27) 「『ハイスコアガール事件』について―著作権と刑事手続に関する声明」（2014年12月22日付）。明治大学知的財産法政策研究所のHPにて確認することができる（http://www.isc.meiji.ac.jp/~ip/20141222seimei.pdf）。

28) ただし、海賊版などによる侵害については非親告罪とされている（同条2項）。

29) 西貝吉晃「著作権侵害罪の限定解釈の試み」法律時報95巻2号（2023年）107頁。

30) 同旨に、西貝吉晃＝谷川和幸「著作権法と刑法の可能性（１）（座談会）」法律時報96巻1号（2024年）127頁の深町発言。

[資料：著作権法抜粋]

第2条：定義

1　この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

…

九の五　送信可能化

次のいずれかに掲げる行為により自動公衆送信し得るようにすることをいう。

イ　公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装置（公衆の用に供する電気通信回線に接続することにより、その記録媒体のうち自動公衆送信の用に供する部分（以下この号において「公衆送信用記録媒体」という。）に記録され、又は当該装置に入力される情報を自動公衆送信する機能を有する装置をいう。以下同じ。）の公衆送信用記録媒体に情報を記録し、情報が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体として加え、若しくは情報が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に変換し、又は当該自動公衆送信装置に情報を入力すること。

ロ　その公衆送信用記録媒体に情報が記録され、又は当該自動公衆送信装置に情報が入力されている自動公衆送信装置について、公衆の用に供されている電気通信回線への接続（配線、自動公衆送信装置の始動、送受信用プログラムの起動その他の一連の行為により行われる場合には、当該一連の行為のうち最後のものをいう。）を行うこと。

…

第19条：氏名表示権

1　著作者は、その著作物の原作品に、又はその著作物の公衆への提供若しくは提示に際し、その実名若しくは変名を著作者名として表示し、又は著作者名を表示しないこととする権利を有する。その著作物を原著作物とする二次的著作物の公衆への提供又は提示に際しての原著作物の著作者名の表示についても、同様とする。

…

第20条：同一性保持権

1　著作者は、その著作物及びその題号の同一性を保持する権利を有し、その意に反してこれらの変更、切除その他の改変を受けないものとする。」

…

第23条：公衆送信権等

1　著作者は、その著作物について、公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。）を行う権利を専有する。

2　著作者は、公衆送信されるその著作物を受信装置を用いて公に伝達する権利を専有する。

第112条：差止請求権

1　著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者は、その著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に

対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。
…

第119条
1　著作権、出版権又は著作隣接権を侵害した者（第三十条第一項（第百二条第一項において準用する場合を含む。第三項において同じ。）に定める私的使用の目的をもつて自ら著作物若しくは実演等の複製を行つた者、第百十三条第二項、第三項若しくは第六項から第八項までの規定により著作権、出版権若しくは著作隣接権（同項の規定による場合にあつては、同条第九項の規定により著作隣接権とみなされる権利を含む。第百二十条の二第五号において同じ。）を侵害する行為とみなされる行為を行つた者、第百十三条第十項の規定により著作権若しくは著作隣接権を侵害する行為とみなされる行為を行つた者又は次項第三号若しくは第六号に掲げる者を除く。）は、十年以下の懲役若しくは千万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。
2　次の各号のいずれかに該当する者は、五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。
一　著作者人格権又は実演家人格権を侵害した者（第百十三条第八項の規定により著作者人格権又は実演家人格権を侵害する行為とみなされる行為を行つた者を除く。）
…

第123条
1　第百十九条第一項から第三項まで、第百二十条の二第三号から第六号まで、第百二十一条の二及び前条第一項の罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。
…

[参考文献（掲載順）]

<判例・裁判例>

最一小決昭和61年6月24日刑集40巻4号292頁
大阪地判平成31年1月17日LEX/DB 25570049

<書籍・論文>

遠藤聡太「リツイート事件と著作権等侵害罪の違法性阻却（上）」法律時報95巻5号（2023年）
遠藤聡太「リツイート事件と著作権等侵害罪の違法性阻却（下）」法律時報95巻6号（2023年）
奥邨弘司「判批」法学教室482号（2020年）
小倉秀夫＝金井重彦『著作権法コンメンタールI［改訂版］』（第一法規、2020年）
金子敏哉「同一性保持権侵害の要件としての『著作物の改変』」中山信弘ほか編『しなやかな著作権制度に向けて』（信山社、2017年）
笹本哲朗「判解」最判解民事編令和2年度439頁
谷川和幸「『送信可能化』の解釈をめぐって」法律時報94巻11号（2022年）
田村善之「判批」知的財産法政策学研究61号（2021年）
仲道祐樹「判批」松原芳博他編『判例特別刑法　第４集』（日本評論社、2022年）
西貝吉晃「著作権侵害罪の限定解釈の試み」法律時報95巻2号（2023年）
西貝吉晃＝谷川和幸「著作権法と刑法の可能性（１）（座談会）」法律時報96巻1号（2024年）
長谷川遼「著作権法学から見たリツイート事件」法律時報95巻4号（2023年）
深町晋也「著作権法と刑法のリンケージを目指して」法律時報95巻8号（2023年）

[Abstract]

Criminal Law Challenges in Intellectual Property Infringement: The Interplay between Copyright and Criminal Law in Japanese Case Law

TOMIKAWA Masamitsu*

This article clarifies the “distortion” that the structural characteristic of Japanese copyright law－where civil infringement requirements and criminal constituent elements (kouseiyouken) are identical－brings to practice and theory, through an analysis of recent landmark judicial precedents. Under current law, the requirements for copyright infringement are common to both civil and criminal cases; consequently, there is no legal distinction between situations where civil injunctions are granted and those where criminal penalties with heavy statutory sentences are imposed.

First, this article examines the “Haruka Yume no Ato” case, which involved the criminal liability of a leech site operator. It points out that a significant difference in interpretive guidelines has emerged regarding the interpretation of “making transmittable” between copyright scholarship, which emphasizes securing the scope of civil remedies, and criminal law scholarship, which prioritizes the punishability of the act and the protection of legal interests.

Next, focusing on the “Retweet Case” on social media, the article introduces how copyright scholarship attempts to limit infringement based on criteria such as infringement subjectivity and recognizability. In contrast, from the perspective of criminal law scholarship, there are attempts to define the scope of punishment through the theories of “punishable illegality” (kabatsuteki ihosei) and “substantive illegality” (jisshitsuteki ihosei), while still affirming the fulfillment of the constituent elements.

Finally, this article concludes that in order to harmonize the protection of intellectual property rights with the modesty (kenyokusei) of criminal law, it is crucial to address how to overcome theoretical challenges in the intersection of both legal fields in future legislative and interpretive discussions.

■ **Key Words:** Copyright Infringement, Criminal Liability, Constituent Elements, Punishable Illegality, Principle of Restraint

* Professor, Kobe University, PhD. in Law

DOI : https://doi.org/10.53066/mlr.2026.24.2.137 ISSN 1229-7585
明知法學 제24권 제2호(2026. 1.) eISSN 2765-4869

프롬프트에 의한 AI 발명의 명세서 기재에 관한 고찰

신상훈*

논문요지

이 글에서는 생성형 AI에 의한 명세서의 기재에 관하여 살펴보았다. 이를 위해 생성형 AI를 사용하여 생성되는 명세서는 프롬프트의 입력에 의해 생성되므로 프롬프트와 발명과의 관계부터 검토하였다. 비록 프롬프트의 입력에 의해 명세서로 출력된다하더라도 생성된 명세서 또한 기재요건을 만족할 필요가 있다.

생성된 명세서의 검토를 위해 주요국의 명세서 기재요건을 확인하였다. 이와 더불어, 생성형 AI에 의해 생성된 명세서에는 가상의 실시예를 포함하게 되므로, 이를 명세서 기재와 관련한 여러 법리를 통해 재검토하였다.

우선, 생성형 AI에 의해 생성된 명세서는 훈련에 의해 결과를 생성하는 관능시험과 유사한 측면이 있다. 또한 생성형 AI는 수많은 파라미터와 관련되므로, 파라미터 발명과 같이 실시예에 관한 기재가 중요해질 수 있다. 한편으로, 생성형 AI는 결과값이 매번 달라질 수 있으므로, 재현성 측면에서 미완성 발명으로 의심되기도 한다. 또 다른 한편으로, 생성형 AI에 의해 생성된 명세서는 학습을 통해 실시예 등을 생성하게 되므로, 이는 기존의 특허를 모인한 것으로도 볼 수 있게 된다. 그 외 생성형 AI에 의해 생성된 실시예는 실재하지 않으므로, 이를 기재한 경우 허위 데이터에 의한 공서양속 위반 및 거짓행위에 의한 죄가 성립될 수도 있다. 이들 법리를 재검토한 결과, 프롬프트에 의해 생성된 명세서라 할지라도 명세서의 기재요건이 충족하게 된다면 추가적인 제재는 어려울 것으로 보인다.

한편, 생성형 AI에 의해 생성된 명세서의 기재요건과 관련하여, 우리나라의 명세서 기재요건이 주요국과 차별되는 특징적인 요건을 구비하고 있는 것도 아니므로, 명세서 기재요건과 특허요건을 함께 고려하더라도 주요국 가운데 우리나라의 특허 등록이 가장 쉽게 가능할 것으로 예상된다.

그러므로 생성형 AI에 의해 생성된 명세서에 대하여 기재요건을 실질적으로 강화시킬 수 있는 방안의 하나로서, 생성형 AI에 입력하는 프롬프트의 기재와 관련하여 발명노트를 활용할 것을 제안한다. 또한 생성형 AI를 사용한 발명은 발명의 효과에 관한 기재가 강화될 필요가 있으므로, 이에 대한 추가 연구가 필요할 것으로 보인다.

• 논문제출: 2025. 12. 18. • 심사개시: 2025. 12. 30. • 게재확정: 2026. 01. 27.

* 지식재산처 심사관, 공학박사, 법학박사, 변리사.

I. 서론

어느 철학자가 강연에서 예시로 든 것처럼 정말로 인공지능(Artificial Intelligence, AI)은 인류가 만들어야 할 마지막 발명품일까?[1] 이에 대한 해석으로 AI가 인간을 대신하여 창조 및 발명의 주체가 될 수 있음을 의미하는 것으로 보고 있다.[2] 이러한 AI 관련 기술은 법학의 영역에도 많은 영향을 주고 있다. 대표적으로 AI가 생성한 미술품에 저작권이 있는지? 아니면 AI를 통해 생성한 발명은 누가 발명자인지? 등과 같은 법률적인 문제로 나타나고 있다.

또한 이러한 AI 기술은 ChatGPT를 비롯한 생성형 AI(Generative AI)의 등장으로 전문가 이외의 일반 사용자들도 창작을 보다 쉽게 해준다. 비록 생성형 AI가 창작의 큰 역할을 하고 있으나, 현재의 생성형 AI는 인간의 지시에 따라 결과물이 달라지는 창작 도구에 불과하다고 보는 견해[3]가 있는 반면, 다른 도구와 달리 인간과 유사한 기능을 수행하는 점을 강조하여 단순한 도구 이상으로 볼 것을 강조하기도 한다.[4] 이렇듯이 AI는 관점에 따라 다양하게 정의될 수도 있으나, AI를 어느 한 관점에서만 파악하기 보다는 AI를 복합적인 관점에서 이해할 것을 주문하기도 한다.[5]

논의를 특허법으로 한정하여 살펴보면, 종래의 발명은 기술적 과제를 해결하기 위해 기술이 집약된 가상의 인물인 통상의 기술자(the person having ordinary skill in the art)가 과제를 해결하는 방식으로 발명이 전개되었으나, AI를 사용하는 발명의 경우, 입출력의 관계성을 도출하는 대량의 데이터를 수집하고 이를 학습시켜 기술적 해결의 실마리를 찾기 위해 입출력을 수정 및 반복하는 과정을 통하여 발명을 찾아간다.[6] 이와 같이 발명의 도출 과정에 차이가 있다면, AI를 사용하는 발명에서는 발명의 도출 과정에 관한 기재를 필요로 하는지에 관한 구체적인 논의는 아직 없는 것으로 보이며, 지금까지 AI 발명과 관련된 연구는 AI의 발명자성 인정 여부가 주를 이루고 있는 것으로 파악된다.[7]

이에 이글에서는 AI를 사용한 발명의 도출과 관련하여 명세서 기재요건을 중심으로 살펴보고자 한다. 후술하겠으나, 생성형 AI는 발명의 착상 등과 관련하여 인간이

---

1) Nick Bostrom, “What happens when our computers get smarter than we are?”, TED (2015). <https://www.ted.com/talks/nick_bostrom_what_happens_when_our_computers_get_smarter_than_we_are>(방문일자: 2025. 12. 18.).

2) 정윤경, “창작의 주체로서 인공지능”, 인하대학교 법학연구소 AI·데이터법 센터(편), 「인공지능법 총론」, 세창출판사, 2023, 176-177면.

3) 김종진, 장항배, “AI 창작물의 저작권 등록 기준과 개선 방향: 문화체육관광부의 “생성형 AI 저작권 안내서”를 중심으로”, 「지식재산연구」 제20권 제1호, 지식재산연구원(2025), 53면.

4) 이해완, “인공지능 생성물에 대한 저작권 보호의 조건으로서의 ‘인간의 창작적 기여’”, 「산업재산권」 제79호, 한국지식재산학회(2024), 198면.

5) 윤종민, “인공지능(AI) 창작물의 저작권관계 정립 방향”, 「강원법학」 제73권, 강원대학교 비교법학연구소(2023), 6면.

6) 平嶋龍太, “機械學習·深層學習關連發明がもたらす特許法における新たな諸課題 – 發明該当性·發明者·記載要件との關わりを中心に –”,「パテント」 Vol.73 No.8(別冊 No.23), 日本辨理士會(2020), 188頁.

7) 신혜은, 정차호, 황인복, “인공지능(AI)을 이용한 발명의 발명자권 및 특허요건에 대한 연구”, 특허청(2024), 19면; 이상미, “AI 관련 발명의 성립성과 발명자 판단기준”, 「외법논집」 제46권 제2호, 한국외국어대학교 법학연구소(2022), 85면; 함영욱, “AI에 의한 창작물인 발명의 권리 귀속”, 「법학논총」 제40집 제3호, 한양대학교 법학연구소(2023), 225면 외.

작성한 입력 데이터인 이른바 프롬프트(prompt)에 대한 결과물을 생성하는 방식을 취하고 있다. 이러한 프롬프트를 AI 모델에 입력하여 이에 대한 결과물로서 AI 모델이 생성한 AI 발명이라도 특허출원을 하여 등록받기 위해서는 명세서 기재요건을 충족하여야 한다. 그러므로 이글에서는 생성형 AI에서의 프롬프트의 역할을 살펴보고, 이어 주요국에서의 AI 발명의 명세서 기재요건을 살펴본다. 또한 생성형 AI에 의해 생성된 실시예를 포함하는 명세서의 특허법상 취급에 대하여 검토한다. 이를 종합하여 생성형 AI 발명에서의 프롬프트와 명세서 기재와의 관계를 논의해 보고자 한다.

II. 생성형 AI와 발명의 명세서 기재

1. 명세서 기재 관점에서 생성형 AI의 특징

(1) 생성형 AI에 의한 발명과 명세서 기재

AI 발명에 대한 명세서 기재와 관련하여, 만일 그 기준을 통상의 기술자에게 의존하게 된다면 통상의 기술자 수준에 따라 들쑥날쑥하게 될 것이며, 구체적인 데이터 알고리즘까지 요구할 경우 너무 엄격하다고 보아, 룰 베이스(rule based)의 소프트웨어 발명보다는 상세한 기재가 필요한 정도로 보기도 한다.[8)]

일반적으로 AI에서는 이른바 블랙박스(black box)화 특성으로 인하여 내부적인 처리과정을 외부에서 실질적으로 확인하기 어렵고, 이에 따라 특허를 심사하는 심사관 또한 파악하기 어렵게 되며, 블랙박스화에 따른 사회적인 편익이 저해될 수 있다고 보고 있다.[9)] 즉, AI는 그 출력 결과가 인간의 지시(입력)에 의하여 명확하게 통제되지 않는 “예측불가능성”과 “우연성”의 특성을 내포하는 면이 있다고 주장한다.[10)] 그러나 기존의 발명(또는 창작) 과정에서의 세렌디피티(serendipity) 또한 존재해 왔다는 점을 반론하기도 한다.[11)]

한편, AI의 결과는 입력한 값의 확률적 계산에 의한 것으로 입력 값이 동일해도 결과 값이 달라질 수 있으며,[12)] 이는 뒤에서 설명할 생성형 AI에서의 환각(hallucination) 현상과 연관된다. 이러한 AI 발명의 단점을 보완하고자, 데이터의 기탁으로 반복재현성 높일 수 있다는 주장이 있으며,[13)] 화학발명 및 파라미터 발명처럼 효과의 현저성이 강조가 되어야 한다고 한다.[14)] 또한 AI 발명에서 알고리즘의 공

8) 平嶋龍太, “「いわゆるAI」關連技術の特許法による保護と課題”, 「法律時報」91卷8号(通卷1140号), 日本評論社(2019), 47-48頁.
9) 김윤명, “AI관련 발명에 있어서 데이터 공개”, 「저스티스」통권 제196호, 한국법학원(2023), 174면.
10) 이해완, 앞의 논문, 205면.
11) 小島立, “AIと知的財産權”, 「法律時報」 97卷5号(通卷1215号), 日本評論社(2025), 3頁.
12) 정윤경, “AI 프롬프트의 저작권 보호 가능성에 관한 소고”, 「법학논총」제42집 제2호, 한양대학교 법학연구소(2025), 223면.
13) 김윤명, “AI관련 발명의 공개와 데이터 기탁제도”, 「홍익법학」제24권 제2호, 홍익대학교 법학연구소(2023), 295-299면.
14) 潮海久雄, “AI關連發明の特徵と將來的課題 - 進步性, 開示要件, 發明者”, 服部誠(編), 「ビジネスロー の新しい流れ」, 青林書院, 2020, 226頁.

개는 소스코드의 공개보다는 데이터의 공개가 더 유의미하다고 주장하기도 한다.[15] 결국 AI의 블랙박스화 특성을 비롯한 이들 논의는 AI 발명에 대한 명세서 기재요건을 현재의 수준보다 강화해야 하는지 아니면 그럴 필요가 없는지의 대립으로 이어지게 된다.[16]

(2) 프롬프트 입력과 생성형 AI

생성형 AI란 여러 종류의 소스(source)로부터 수집한 데이터를 분석·학습하여 인간의 판단·추론과 유사한 형태의 논리 구조를 능동적으로 생성하여 구현하는 일련의 시스템으로 정의하고 있다.[17] 생성형 AI는 학습된 데이터를 기반으로 입력에 대한 새로운 답변을 하며, 입력의 수준에 따라 그 결과물의 수준도 달라진다.[18]

이러한 생성형 AI의 장점으로는 (i) 기존 정보로부터 새로운 문장을 생성할 수 있는 점, (ii) 연속적인 대화도 가능한 점, (iii) 질문의 오류를 지적할 수 있는 점, (iv) 인간보다 수준 높은 문장의 형성도 가능한 점을 들 수 있으며, 단점으로는 (i) 최신 데이터가 반영된 경우가 아닐 수도 있는 점, (ii) 입력된 정보는 삭제가 불가하므로 비밀 정보의 입력을 피해야 하는 점, (iii) 틀린 내용의 대답이 나올 수도 있으므로 결과물의 체크가 필요한 점을 들고 있다.[19] 그 결과 생성형 AI의 장점은 살리고 단점은 보완하기 위해 사용자는 입력을 정교하게 할 필요가 있으며, 입력으로 사용되는 프롬프트를 설계하는 이른바 프롬프트 엔지니어링(prompt engineering)으로 발전하게 되었다고 한다.[20]

생성형 AI에서 통용되는 프롬프트는 AI 사용자가 자신이 원하는 결과물을 얻기 위한 입력값의 총칭으로, 자연어를 비롯하여 그림이나 영상도 가능하여 형식에 구애받지 않는 것으로 알려져 있다.[21] 입력한 프롬프트로부터 생성될 결과물의 주제, 스타일, 감성, 구성 등이 결정되므로 프롬프트는 창작 디렉팅 도구로서 기능하게 된다고 한다.[22] 그러므로 생성형 AI에 입력하는 프롬프트의 작성은 창작과정의 주된 요소이자 인간의 기여로 하는 창작으로 보기도 한다.[23]

---

15) 김윤명, “AI발명과 기술공개의 충분성”, 「산업재산권」 제74호, 한국지식재산학회(2023), 29면.

16) (a) 기재강화 입장으로는, 김윤명, 앞의 논문(AI발명과 기술공개의 충분성), 25-28면; 유지혜, “인공지능 시스템에서 생성된 창작의 특허법상 보호에 관한 연구”, 「지식재산연구」 제18권 제1호(2023), 64-65면; (b) 현행 유지의 입장으로는, 정차호, 김유진, 이서영, “인공지능을 활용하여 창출된 발명에 대한 바람직한 진보성 법리”, 「법학연구」 제34권 제1호, 충남대학교 법학연구소(2023), 464-465면; 신혜은, 정차호, 황인복, 앞의 보고서, 135면.

17) 강현호, 한의태, 정재석, “AI 생성물의 저작물성과 창작성 판단에 대한 고찰 - 생성형 인공지능의 도구성을 중심으로 -”, 「계간 저작권」 제37권 제2호(2024 여름호), 한국저작권위원회(2024), 9면.

18) 이균성, “프롬프트 엔지니어링은 직업이라기보다 역량이다”, ZDnet Korea (2023. 3. 16.), <https://zdnet.co.kr/view/?no=20230316150325>(방문일자: 2025.12.18.).

19) 加島廣基, “生成AIを利活用したサービスに關する發明の發掘および權利化についての考察”, 「パテント」 Vol.76 No.13 日本辨理士會(2023), 8-9頁.

20) 강현호, 한의태, 정재석, 위의 논문, 23면.

21) 강현호, 한의태, 정재석, 위의 논문, 10면.

22) 정윤경, 앞의 논문(AI 프롬프트의 저작권 보호 가능성에 관한 소고), 243면.

23) 권순재, “프롬프트 기반 저작권 부여에 관한 소고 - 인공지능 생성물을 위한 ‘골디락스 존’을 기대하며 -”, 「서울法學」 제32권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소(2024), 169면.

비록 프롬프트가 내용을 만들어내는 조작 또는 구성에 해당한다고도 볼 수 있으나, 원하는 출력물을 얻기까지 입력하는 프롬프트와 결과물의 인과관계나 의도가 부합할 때까지 반복적으로 수행하는 프롬프트의 입력은 인간의 정신적 노력이자 출력물은 인간의 정신적 노력의 산물로서 사상과 감정을 표현하는 것임을 부인할 수 없다고도 한다.[24]

하지만 대부분의 생성형 AI는 무작위 시드(random seed)에서 생성을 시작하는 특성상 동일한 프롬프트에 의하여 동일한 결과가 출력되지 않으므로, 세심하게 설계된 프롬프트일지라도 결정론적인 결과(deterministic outcome)를 얻을 수 없는 우연성과 무작위성, 불확정성(indeterminacy)에 의한 지배는 부정할 수 없는 것으로 보고 있다.[25] 이러한 AI의 특성상 최종적인 결과물의 정확도가 떨어지는 문제를 야기하며 이를 이른바 “환각” 현상이라 칭한다.[26] 환각 현상의 완화 방법으로는 후보군으로 선택될 확률을 조절하는 방법으로 창의적인 단어의 선택을 제한하거나, 후보군의 크기를 조절하기도 하며, 미세 조정 학습 등을 수행하는 것으로 알려져 있다.[27]

프롬프트의 입력에 의한 발명(또는 창작)의 인정과 관련하여, 카메라에 의한 저작권의 확대를 예로 들어, 카메라라는 도구로 인해 인간의 창작 영역은 확장되었으나 이와 반대로 도구에 의하여 인간의 질적인 창작은 저하로 이어졌다고도 볼 수 있듯이, 생성형 AI라는 도구에 의하여 프롬프트 입력이라는 질적으로 낮아진 창작(또는 발명)이 수용될 것으로 예상하기도 한다.[28]

2. 주요국의 AI 발명의 명세서 기재요건

(1) 우리나라

생성형 AI에 의해 생성된 명세서도 명세서 기재요건의 판단을 받게 된다. 대표적인 명세서의 기재요건으로는 발명의 실시가능 요건에 해당하는 특허법 제42조 제3항 제1호와 이른바 뒷받침 요건에 해당하는 특허법 제42조 제4항 제1호가 있다. 이를 만족하지 못하는 경우, 특허 거절 및 무효사유에 해당한다.[29]

특허법 제42조 제3항 제1호에서 발명의 설명은 통상의 기술자가 쉽게 실시할 수 있도록 명확하고 상세하게 기재되어야 한다고 규정한다. 이는 청구범위가 아닌 발명의 설명이 구비해야 할 요건으로, 제3자가 명세서만으로 공개된 기술 내용을 파악하여 발명을 쉽게 이용할 수 있게 하는 데 취지가 있다.[30] 이와 관련한 대법원 판결에서 실시가능 요건과 관련하여 통상의 기술자가 출원시의 기술 수준으로부터 정확하게 이해하고 재현할 수 있는 정도이며,[31] 실시예가 기재되어 있지 않더라도 통상의

24) 김윤명, “생성형AI의 프롬프트 창작에 대한 저작권법적 고찰”, 「저스티스」 통권 제200호, 한국법학원(2024), 267-268면.
25) 류시원, “생성형 AI 프롬프트 입력에 대한 저작권법상 평가”, 「계간 저작권」 제37권 제4호(2024 겨울호), 한국저작권위원회(2024), 80면.
26) 배주호, “생성형 AI의 기술적 이해”, 이성엽(편), 「생성형 AI와 법」, 박영사, 2024, 14면.
27) 배주호, 위의 논문, 16-17면.
28) 김윤명, 위의 논문(생성형AI의 프롬프트 창작에 대한 저작권법적 고찰), 269면.
29) 특허법 제62조 및 제133조.
30) 이지영, “파라미터발명과 명세서의 실시가능 요건 - 판단 기준 및 고려 요소들을 중심으로 -”, 「Law & Technology」 제17권 제6호, 서울대학교 기술과법센터(2021), 6-7면.

기술자가 그 발명을 정확하게 이해하고 재현하는 것이 용이한 경우에는 항상 실시예가 기재되어야 하는 것은 아니라고 하였다.[32]

이와 달리, 뒷받침 요건은 발명의 설명에 기재되지 않은 사항이 청구항에 기재됨으로써 출원자가 공개하지 아니한 발명에 특허권이 부여되는 것을 방지하기 위한 것으로 실시가능 요건과 판단 기준의 차이가 있다.[33] 한편, 뒷받침 요건을 다룬 대법원 판결 등에서는 발명의 설명과 청구항의 형식적 대응 관계를 기준으로 판단하는 것으로 보인다고 주장하기도 한다.[34]

한편, AI 관련 발명에서 입출력간의 상관관계가 구체적으로 기재되어 있지 않은 경우에는 실시가능 요건을 만족하지 않은 것으로 보며, 다만, 통상의 기술자가 출원시의 기술상식으로 그 상관관계를 추정할 수 있는 경우에는 실시가능 요건을 만족하는 것으로 본다.[35]

(2) 미국

명세서 기재요건과 관련하여 미국은 개시요건(disclosure requirement)이라고 하며, 미국의 경우 특허법 제112조(a)에서 발명기재(written description) 요건과 실시가능(enablement) 요건으로 함께 규정되어 있으나,[36] 연방항소법원(The Court of Appeals for the Federal Circuit, CAFC)의 판결을 통해 법조문 및 판례상으로 독립된 요건으로 확정지은 바 있다.[37] 우선 실시가능 요건은 청구된 발명을 재현할 때 과도한 실험(undue experimentation)을 요구하게 된다면 충족하지 못하게 되며,[38] 발명의 기재요건은 출원된 청구범위를 발명하여 소유하고 있음을 명확히 인식하고 있다는 것을 보여주는 이른 바 소유 테스트(possession test)를 통과해야 한다.[39]

실시가능 요건과 관련한 최근의 판결에서,[40] 실시가능 요건은 발명의 설명 내용으로 청구항의 전체 범위(full scope)를 실시할 수 있게 해야 하며, 이는 통상의 기술자가 발명의 설명을 바탕으로 과도한 실험 없이 청구범위에 들어갈 수 있는 모든 항체를 만들어 사용할 수 있어야 한다고 하였다.

---

31) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2004후3362 판결.
32) 대법원 2011. 10. 13. 선고 2010후2582 판결.
33) 이지영, “특허 명세서의 뒷받침 요건 - 한국, 일본, 미국, 유럽 법제의 비교 -”, 「저스티스」 통권 제201호, 한국법학원(2024), 223면.
34) 이지영, 위의 논문(특허 명세서의 뒷받침 요건), 248면.
35) 특허청, 「기술분야별 심사실무가이드」, 2025, 1202면.
36) 35 U.S.C. §112 (a) The specification shall contain a written description of the invention, and of the manner and process of making and using it, in such full, clear, concise, and exact terms as to enable any person skilled in the art to which it pertains, or with which it is most nearly connected, to make and use the same, and shall set forth the best mode contemplated by the inventor or joint inventor of carrying out the invention.
37) Ariad Pharmaceuticals, Inc. v. Eli Lilly & Co., 598 F.3d 1136 (Fed. Cir. 2010); 이수미, “미국 특허법 제112조(a) 실시가능요건과 발명기재요건의 경계와 조화”, 「법학연구」 제28집 제3호, 인하대학교 법학연구소(2025), 417면.
38) Amy L. Landers, 「*Understanding Patent Law*」 4th ed., Carolina Academic Press LLC, 2024, p.101.
39) Janice M. Mueller, 「*Patent Law*」 7th ed., Aspen Publishing, 2024, p.221.
40) Amgen Inc. v. Sanofi, 598 U.S. 594 (2023).

또한 발명기재 요건과 관련한 판결에서는,[41] 발명기재 요건은 발명이 상세하게 기재되어 실시가능한 지를 판단하는 것이 아니라 출원일 당시 청구된 발명을 발명자가 소유하고 있었는지를 판단하는 것이라 하였다.[42] 이들 판결로부터 미루어 판단컨대, AI 발명에 대해서도 충분한 개시를 요구할 것으로 예상하고 있다.[43][44]

(3) 유럽

유럽특허조약(European Patent Convention, EPC) 제83조에서, 특허출원서는 통상의 기술자가 과도한 부담(undue burden)이나 창의적 능력(inventive skill) 없이 청구된 전체 영역에 대하여 발명을 실시할 수 있도록 충분히 명확하고 완전하게 발명을 개시할 것을 요구하는 실시가능 요건으로 규정되어 있으며, 실무적으로는 충분한 개시요건(sufficiency of disclosure)이라고도 부르는 것으로 알려졌다.[45] 이는 특허출원서만으로 청구된 발명을 쉽게 실시할 수 있는 충분한 기술적 정보의 제공과 해당 기술분야에 기여한 공헌을 쉽게 이해할 수 있게 하는데 있다고 한다.[46] EPC 제84조에서는 청구항은 명확하고 간결하게 기재되어야 하고 발명의 설명에 의해 뒷받침될 것을 요구한다. 또한 이의신청 절차에서는 EPC 제83조에 기한 이의신청만 가능하다는 점에 차이가 있다고 한다.[47]

이와 관련하여, 충분히 상세하게 발명의 필수적인 구성(essential features)이 개시되어야 하며, 우연히 성공적으로 실시하거나 확립된 물리법칙 등에 반대되는 경우에는 불충분한 개시에 해당하게 된다.[48] 한편, 청구항과 발명의 설명이 일치하지 않는 경우, 청구항은 발명의 설명에 의해 충분히 뒷받침되지 않았고 또한 대부분의 경우 발명은 충분히 공개되지 않은 것으로 본다.[49][50]

---

41) Ariad Pharmaceuticals, Inc. v. Eli Lilly & Co., 598 F.3d 1136 (Fed. Cir. 2010).
42) 이수미, “명세서의 기재 요건으로 인한 특허발명 권리범위의 한정”, 「법학연구」 제14권, 제12호, 인하대학교 법학연구소(2011), 54면.
43) Mark Liang, Paige Hardy, Grace McFee, “*Can Artificial Intelligence Patents Overcome §112 Requirements?*, ALM Law.com Part 2”, 「Law Journal Newsletter」, (2024.2.), p.2.
44) 한편, 후술하듯이 미국의 AI 발명에 관한 가이드라인은 특허적격성에 관한 논의가 주를 이루는 것으로 보인다.
45) 이지영, “파라미터발명의 명세서 기재요건”, 서울대학교 대학원 석사학위논문(2021), 32면.
46) 박동식, 「유럽특허법」 제2판, 세창출판사, 2016, 132면.
47) 이지영, 앞의 논문(특허 명세서의 뒷받침 요건), 239-240면.
48) Guidelines for Examination in the EPO, Part F - The European Patent Application, Chapter III - Sufficiency of disclosure, 3. Insufficient disclosure. <https://www.epo.org/en/legal/guidelines-epc/2025/f_iii_3.html>(방문일자: 2025. 12. 18.).
49) Guidelines for Examination in the EPO, Part F - The European Patent Application, Chapter IV - Claims(Art. 84 and formal requirements), 4. Clarity and interpretation of claims, 4.22 Broad claims. <https://www.epo.org/en/legal/guidelines-epc/2025/f_iv_4_22.html> (방문일자: 2025. 12. 18.).
50) EPO 심사가이드라인에서도 AI 발명에 관한 주요 논의는 특허적격성에서 논의되고 있는 것으로 보인다. Guidelines for Examination in the EPO, Part G - Patentability, Chapter II - Inventions, 3. List of exclusions, 3.3 Mathematical methods, 3.3.1 Artificial intelligence and machine learning. <https://www.epo.org/en/legal/guidelines-epc/2025/g_ii_3_3_1.html>(방문일자: 2025. 12. 18.).

(4) 일본

일본 특허법 제36조 제4항 제1호에서 실시가능 요건을 규정하고 있다. 이는 발명의 설명에는 통상의 기술자가 과도한 시행착오나 고도의 실험 등을 하지 않더라도 청구범위에 기재되어 있는 발명을 실시할 수 있도록 기재될 것을 요구하고 있다.[51] 또한 일본 특허법 제36조 제6항 제1호에는 특허를 받으려는 발명은 발명의 설명에 기재된 것이어야 한다고 규정한다. 이는 이른바 서포트(support) 요건으로 불리며,[52] 우리나라의 뒷받침 요건에 해당하게 된다.

한편, 일본 특허청도 우리나라와 유사하게 AI 발명에서 기재요건을 충족하기 위한 조건을 제시한 바 있으며,[53] (i) 입력과 출력 사이에 구체적인 상관관계가 필요하거나, (ii) 출원시의 기술상식으로부터 일정한 상관관계가 존재하는 것을 추인할 수 있거나, (iii) 그렇지 않은 경우에는 AI의 성능평가를 기재할 것을 요구하고 있다. 그러나 (i) 또는 (ii)를 만족해도 (iii)이 필요한지 불명료하며, (i)의 상관관계가 있어도 증명자료가 필요하다는 주장도 있다.[54]

이상과 같이, 발명의 실시가능성 요건은 과도한 시행착오를 요구하지 않는 것으로부터 주요국의 요건이 공통됨을 알 수 있으며, 이른바 뒷받침요건에서 우리나라, 유럽 및 일본은 발명의 설명에 의해 뒷받침을 요구하는 점이 공통된다. 다만, 미국은 이른바 소유테스트를 통해 출원된 청구범위를 발명하여 해당 발명을 소유하고 있음을 명확히 인식하고 있다는 것을 요구하는 점에 특색이 있다. 한편, AI 발명에서 우리나라와 일본은 실시가능성을 위해 상관관계를 요구하고 있으나, 생성형 AI에서 실시가능성을 부정하기는 힘들 것으로 생각된다.

III. 프롬프트와 AI 발명에 근거한 명세서 기재의 법리 검토

생성형 AI에 의해 생성된 발명은 학습에 의한 결과물로서 입력한 프롬프트의 결과값으로 생성된 것에 해당한다. 이렇듯이 생성형 AI에 의해 생성된 발명은 학습한 결과를 생성하는 점에서 훈련(학습)에 의한 결과를 나타내는 관능시험과 유사하게 되며, 입력데이터의 학습은 AI의 파라미터와 연관되므로 파라미터 발명의 관점도 존재하게 된다. 또한 생성형 AI에 의해 생성된 발명은 동일한 프롬프트에도 결과가 달라지므로, 반복재현성에 없는 것으로 보아 미완성 발명에 해당할 수도 있다. 그 외 다른 특허권자의 특허를 학습하여 명세서를 작성하게 되므로 생성된 발명은 모인출원에 해당하는지 검토가 필요하며, 생성된 발명의 실시예(또는 데이터)는 가상의 실시예(또는 데이터)일 수 있으므로 허위 데이터 문제를 비롯한 허위표시에 의한 거짓행위에 해당할 수 있게 된다. 아래에서 이들에 대하여 검토하고자 한다.

---

51) 中山信弘, 「特許法」第5版, 弘文堂, 2023, 193頁.
52) 高林龍, 「標準特許法」第8版, 有斐閣, 2023, 126頁.
53) 日本特許廳, 「特許·實用新案審査ハンドブック附屬書A」, 2019, 113-142頁.
54) 高橋淳, “AI關連發明における進步性及び記載要件の判斷”, 「知財ぷりずむ」Vol.18 No.211, 日本發明推進協會(2020), 14頁.

1. 관능시험 측면에서 검토

관능시험(또는 관능평가)란 인간의 감각기관을 사용해 시료나 제품의 특성을 조사하는 수법으로 복수의 요소가 섞여 구현된 특성을 평가자의 직접적인 판단에 의해 결정된다고 한다.[55] 그러므로 평가자의 식별능력 및 주관에 의해 좌우되기 쉬우므로, 객관성, 신뢰성 및 재현성 등에 문제가 있을 수 있다. 이러한 관능시험은 (i) 훈련(학습)에 의해 평가자 반응을 고도로 일치시키는 점, (ii) 룰 베이스가 아니라 귀납적 판단을 하는 점, (iii) 분류 작업을 수행하는 점, (iv) 결과를 사후적으로 검증하기 곤란한 점은 AI를 구현하는 딥 러닝(deep learning)의 방식과 유사한 것으로 알려져 있다.[56]

그러므로 관능시험에서의 명세서 기재요건을 고려한다면, 딥 러닝과 관련된 AI 발명에서도 학습완료 모델의 정밀도에 영향을 주는 인자에 관하여 자세히 기재할 것을 주장하고 있다.[57] 한편, 관능시험에서 평가를 감각적인 표현으로 하게 되면 명확성 위반의 가능성이 커지게 되므로, 감각적 용어 대신에 물성을 나타내는 수치(물성치)로 명세서에 기재할 것을 요구하기도 한다.[58] 따라서, 관능시험에서의 명세서 기재요건에 관한 위반 사항을 참고하면, AI 발명에서도 정밀도에 영향을 주는 인자는 물성 및 구체적인 수치로 기재하여야 할 것이다.

2. 파라미터 발명 측면에서 검토

파라미터 발명은 물리적·화학적 특성 값에 대하여 해당 기술분야에서 표준적인 것이 아니거나 관용되지 않는 파라미터를 출원인이 임의로 창출하거나, 이들 복수의 변수 간의 상관관계를 이용하여 연산식으로 파라미터화 한 후, 발명의 구성요소의 일부로 하는 발명을 말한다.[59] 이러한 파라미터 발명에서는 파라미터의 기술적 의미를 이해하고 이를 바탕으로 발명을 쉽게 재현할 수 있어야 하며, 파라미터와 효과의 상관관계 등 이들 개별 고려 요소들에 대한 기재 정도는 실시가능 요건 충족 여부 판단에서 중요한 역할을 하는 것으로 알려져 있다.[60]

한편, AI에서 파라미터는 AI 모델의 내부 변수로서, 입력값에 대한 결과값을 예측할 수 있도록 특정 AI 알고리즘에 의해 훈련받는 과정에서 파라미터 값이 조정되어 얻어지게 된다.[61] 이에 따라서 AI 발명도 파라미터 발명과 같이 실시예 등의 강화가

---

55) 北野善基, “官能評価と特許實務における留意点”, 「知財管理」Vol.75 No.8, 日本知的財産協會(2025), 1099頁.
56) 寺本振透, 濱野敏彦, “深層學習を応用した技術に關する特許の記載要件からみた脆弱性”, 「法律時報」91巻8号(通巻1140号), 日本評論社(2019), 20頁.
57) 潮海久雄, 前揭書, 241頁.
58) 大槻眞紀子, “感覺的な表現の明瞭性について － 知的財産高等裁判所平成26年11月10日判決, 平成25年(行ヶ)第10271号審決取消請求事件 –”, 「知財管理」Vol.65 No.11, 日本知的財産協會 (2015), 1564頁.
59) 특허청, 「특허·실용신안 심사기준」, 2025, 2305면.
60) 이지영, 앞의 논문(파라미터발명과 명세서의 실시가능 요건), 17면.
61) 황선영, “중국의 생성형 인공지능 창작물에 대한 법원 판결 분석과 저작권 쟁점 검토 – 北京互聯网法院(2023)京0491民初11279号 (Li v. Liu) 판결을 중심으로 –”, 「산업재산권」 제77호, 한국지식재산학회(2024), 252면.

필요할 수도 있으나, AI 자체에 파라미터가 있는 것이지 AI가 한 모든 발명이 모두 파라미터 발명은 아니므로 AI 발명에 관하여 명세서 기재요건을 일률적으로 강화하는 것은 오히려 AI 발명의 특허출원을 저해하는 이유가 될 수 있다. 그러므로 실질적으로 파라미터를 프롬프트로 하여 창출한 AI 발명인 경우에만 실시예에 기재한다는 기준의 정립이 필요할 것으로 판단된다.

3. 미완성 발명 측면에서 검토

미완성발명이란 특허출원시점에는 일단 발명다운 외관을 갖고 있지만 발명이 해결하려는 과제를 수행할 수 없는 미완성 상태로 장래에 어떠한 구체성에 의하여 발명의 과제가 수행될 수 있는 경우를 말한다.[62] 또한 “구체적, 객관적으로 구성되어 있는 발명”은 발명의 설명에 기재된 발명이 아니라 청구범위에 기재된 발명을 말하며, 그 발명이 청구범위에 구체적, 객관적으로 기재되어 있는지의 유무를 판단하는데 있어서는 명세서 전체를 고려하여 판단하여야 한다고 한다.[63]

한편, 완성된 발명이란 그 발명이 속하는 분야에서 통상의 지식을 가진 자가 반복 실시하여 목적하는 기술적 효과를 얻을 수 있을 정도까지 구체적, 객관적으로 구성되어 있는 발명을 말하므로,[64] 입력에 대하여 확률적인 출력을 제공하는 AI에서 생성된 발명은 재현성이 문제가 될 수 있다. 이러한 반복재현성과 관련하여 반드시 100%의 확률로 효과를 얻을 수 있는 것만을 의미하는 것이 아니고, 100%보다 적은 확률이라도 효과를 얻을 수 있는 것이 확실하다면 반복재현성이 있다고 본다고 한다.[65] 그러나 이는 실제로 구현되는 발명에서의 재현성에 관한 것이며, 프롬프트의 입력에 대한 출력으로 생성된 발명이 어느 정도의 재현성을 갖고 있어야 하는지에 대한 기준은 아직 없다. 만일 생성된 발명이 프롬프트의 일회성 입력에 대한 출력이라면, 실험예로서 이를 뒷받침하는 것이 필요한 것으로 생각된다.

4. 모인출원 측면에서 검토

특허를 받을 수 있는 정당한 권리자 이외의 자가 특허출원인의 외관을 가지고 있는 경우를 통틀어 강학상 모인출원이라고 부른다.[66] 모인출원에서 모인특허 발명과 피모인 발명이 동일할 것과 피모인 발명은 완성된 발명일 것을 요구하는 점을 고려하면 모인출원의 대상은 청구항에 기재된 발명으로 생각된다.[67] 모인의 성립 범위에 대하여, 실질적 동일성 기준에 의한 판결[68]과 실질적 기여 기준에 입각한 판결[69]이 대립하는 것으로 알려져 있다.[70]

---

62) 권태복, “미완성발명과 명세서기재불비의 법적요건과 판단기준”, 「법학논총」 제18집 제3호, 조선대학교 법학연구원(2011), 424면.
63) 권태복, 위의 논문, 443면.
64) 대법원 1994. 12. 27. 선고 93후1810 판결.
65) 특허청, 앞의 심사기준, 3106면.
66) 조영선, 「특허법4.0」 제9판, 박영사, 2025, 214면.
67) 조영선, “모인 특허권에 대한 이전청구의 법률문제”, 「사법」 제39호, 사법발전재단(2017), 364-368면.
68) 대법원 2005. 2. 18. 선고 2003후2218 판결.
69) 대법원 2011. 9. 29. 선고 2009후2463 판결.

만일 발명의 설명에 기재된 실시예가 기존 특허와 실질적 동일이거나 실질적 기여가 있는 경우에 모인의 법리가 바로 적용되는지 검토해 보면, 기재된 실시예에 의해 뒷받침이 되는 청구범위에서도 실질적 동일하거나 실질적인 기여가 존재해야 모인의 법리가 적용될 것으로 생각된다.

한편, 모인출원에 대한 실제적인 구제가 특허권의 이전청구권과 같이 적법한 출원인을 구제하는 역할에 한정되기도 하므로,[71] AI의 학습에 의해 발명의 설명을 비롯하여 청구항에 기재된 기존 특허의 청구대상을 배제하기 위해서는 학습에 사용된 기존 특허를 선행문헌으로 하여 청구항에 기재된 발명의 신규성 또는 진보성을 판단해야 할 것이다. 이를 위하여 선행문헌의 대상을 출원일 이전의 선행문헌으로 확대하는 것도 고려될 필요가 있다.[72]

5. 허위 데이터에 의한 공서양속 위반 측면에서 검토

AI에 의해 생성된 실시예(또는 데이터)는 가상의 실시예(또는 데이터)이므로 이를 허위 데이터로 보아 공서양속 위반으로 처벌할 수 있는지 살펴보고자 한다. 허위 데이터의 처벌과 관련하여 특허출원 시 미국과 같이 선언서를 제출하여 허위 데이터가 있는 경우 고의에 의한 허위 진술로 보아 형사죄를 부과할 것을 주장하기도 한다.[73] 그러나 허위 데이터의 처벌과 관련하여 미국에서는 중대한 정보의 왜곡 또는 생략이 필요하며, 특허청을 속일 구체적인 의도가 필요한 것으로 보고 있어 신중하게 접근하고 있다.[74]

또한 공서양속 판단과 관련하여, 특허권 부여는 준법률행위적 행정행위에 해당하는 하나의 확인에 불과한데 이곳에 공서양속의 판단과 같은 심사관의 가치판단이 필요한지에 대하여 의문을 표시하기도 한다.[75] 그 외 특허법 제32조의 불특허 사유에서 “공중의 위생을 해칠 우려”란 발명에 유익한 목적이 전혀 없이 오로지 인체에 위해만을 야기하는 것이 청구항 자체로 자명한 경우로 좁게 해석해야 한다고 보아, 공서양속의 적용을 제한할 것을 주장하기도 한다.[76] 한편, 부정확하거나 잘못되고 과장된 표현은 표현의 과정에 있어서 필연적인 것임을 강조하면서 이러한 표현에도 숨쉴 공간을 허용하되, 법적으로 용인할 수 없는 한계를 넘을 때 엄정하게 대응해야 함을 강조한 대법원 판결도 있다.[77] 이를 바탕으로 본다면, 명세서에는 특허를 자랑하고 싶은 출원인이 허위 데이터를 비롯한 과장된 표현 또는 일부 부풀려진 성과가

---

70) 김동준, “특허법상 모인(冒認) 법리의 재검토”, 「IT와 법 연구」 제19집, 경북대학교 IT와 법연구소(2019), 3면.
71) 조영선, 앞의 책, 216면.
72) 신상훈, “특허법상 인공지능(AI) 발명의 주요 쟁점 재검토”, 「동아법학」 제108호, 동아대학교 법학연구소(2025), 271면.
73) 上條肇, “特許出願明細書における實驗データの虛僞記載の抑止に關する一考察”, 「ジユリスト」No.1357, 有斐閣(2008), 125頁.
74) Therasense, Inc. v. Becton, Dickinson & Co., 649 F. 3d 1276 (Fed. Cir. 2011); 前田健, “特許明細書·出願過程における虛僞の開示の取扱い”, 服部誠(編),「ビジネスローの新しい流れ」, 青林書院, 2020, 512頁.
75) 계승균, “지식재산권과 공서양속”, 「산업재산권」 제76호, 한국지식재산학회(2023), 32면.
76) 이원복, “특허법 제32조 “공중의 위생을 해칠 우려” 규정의 기능과 해석”, 「사법」 통권 제56호, 사법발전재단(2021), 195-196면.
77) 대법원 2018. 10. 30. 선고 2014다61654 전원합의체 판결.

있기 마련인데, 이를 형법적으로 처리하기에는 부담될 것으로 생각되며, 무엇보다도 허위 데이터가 있더라도 특허발명의 기술적 사상이 완성된 경우에는 대처가 불가하다는 주장이 이를 뒷받침한다고 볼 수 있다.[78]

6. 거짓행위의 죄 측면에서 검토

허위표시란 특허된 것이 아닌 물건이나 특허출원 중이 아닌 물건 등에 특허표시 또는 특허출원표시를 하거나 이와 혼동하기 쉬운 표시를 하는 것을 말하며,[79] 거짓이나 그 밖의 부정한 행위로 특허, 특허권 존속기간의 연장등록, 특허취소신청에 대한 결정 또는 심결을 받은 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.[80] 실무적으로 AI 창작물과 인간의 창작물을 식별하기는 매우 곤란하므로 이를 구별하기 위한 표시제도가 필요하며, 위반 시 형사처벌 규정을 활용할 것을 주장하기도 한다.[81] 그러나 사견으로는 AI에 의해 만들어진 특허발명에 대하여 AI가 만든 것이라고 자발적으로 표시하고 출원할지는 의문일 뿐만 아니라 정교하게 만들어 질수록 심사 과정에서 거르기도 힘들 것으로 생각된다.

한편, 거짓이나 그 밖의 부정한 행위(사위 행위)와 관련한 실제 사례에서는 특허요건 일부를 무시하고 출원한 것은 사위 행위에 해당하지 않으며,[82] 자신의 명의인 것처럼 상표 및 디자인을 출원한 사건 또한 사위 행위로 판단하지 않았다.[83] 하지만, 시험성적서를 자신의 것인 것처럼 특허청에 제출하여 모인하여 특허를 받았다면 사위 행위에 해당한다고 한 점[84]을 고려하면, 특허출원과 관련한 서류는 애초에 완전한 것으로 보지 않는 법원의 시각을 읽을 수 있으며, 다만, 다른 기관을 동원하여 속이려 한 경우에만 사위 행위로 판단되었다고 볼 수 있다.[85] 그러므로 생성형 AI에 의해 생성되어 발명의 설명에 기재된 실시예의 진위를 알 수 없더라도 이를 처벌하기는 어려울 것으로 보인다.

IV. 프롬프트에 근거한 AI 발명의 명세서 기재 방안

1. 발명(또는 창작)과정에서의 프롬프트

(1) 아이디어 보호와 표현 보호

생성형 AI에 프롬프트의 입력과 그로부터의 결과물에 관한 논의로는 저작권과 관

78) 前田健, 前揭書, 521頁.
79) 특허법 제224조.
80) 특허법 제229조.
81) 김원오, “인공지능 창작물의 지식재산 보호”, 인하대학교 법학연구소 AI·데이터법 센터(편), 「인공지능법 총론」, 세창출판사, 2023, 305면.
82) 대법원 2004. 2. 27. 선고 2003도6283 판결.
83) 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010도2985 판결.
84) 대법원 1983. 12. 27. 선고 82도3238 판결.
85) 이헌, “디자인보호법 제223조”, 이규홍(편), 「온주 디자인보호법」, LAWnB, 2020, 2단락.

련한 사례에서 찾을 수 있다. 우선 생성형 AI를 사용한 저작물의 저작권과 관련한 사례로서, 미국 저작권청(United States Copyright Office, USCO)은 “Zarya of the Dawn”, “A Recent Entrance to Paradise” 등의 사건에 대하여 인간 저작자 요건(the human authorship requirement)의 결여를 이유로 AI에 의한 생성에 대하여 저작권 등록을 거절하였으며, 이후 AI에 의해 생성된 작품을 포함하는 경우의 저작권 등록 가이드라인을 발표한 바 있다.[86] 가이드라인에 따르면, 저작물로 보호받기 위해서는 인간이 창작한 작품이어야 하며, AI와 같이 자동으로 생성된 경우에는 저작권으로 보호받지 못한다. 특히 Zarya of the Dawn 사건에서는 1,500개 이상의 프롬프트를 입력하여 삽화를 생성하였으나, USCO는 프롬프트를 직접적인 창작의 지시로 여기지 않은 것으로 보고 있다.[87] 결국 미국은 결과물에 대하여 인간에 의한 창의적 통제가능성과 예측가능성이 존재하는지로 판단하는 것으로 볼 수 있다.[88]

이와 달리, 중국 베이징 인터넷 법원의 Li v. Liu 판결에서는, AI를 사용한 행위를 일종의 도구를 이용한 행위로 보고, 생성형 AI가 결과물을 도출하기 위해 프롬프트를 입력한 행위 자체를 일종의 창작행위로 판단하였다.[89][90] 이는 저작물로 인정받기 위해서는 인간의 직접적인 통제를 엄격하게 판단하는 미국과 달리 중국은 인간의 지적 성과를 비교적 폭 넓게 인정한 것으로 파악하고 있다.[91]

프롬프트에 의한 결과물 생성과 관련하여 앞에서 설명한 바와 같이, 생성형 AI의 경우 동일한 프롬프트를 입력하더라도 결과물이 달라질 수 있다. 또한 입력하는 프롬프트에는 최종 결과물에 대한 아이디어와 함께 이에 대한 표현이 있으므로, 프롬프트를 입력할 때마다의 아이디어가 다양한 표현에 의해 결과물로 나타나게 된다. 결국 아이디어와 표현을 분리하여 표현만을 보호하는 저작권법에서 프롬프트에 함유된 인간의 사상이 결과물로 나타날 때, 결과물의 표현에 대하여 창의적 통제와 예측가능성을 엄격하게 적용할 것인지, 아니면 결과물에 대한 표현의 폭을 인정할지의 문제로 귀결된다고도 볼 수 있다.

다음으로 생성형 AI를 사용한 발명에 대하여 논의를 이어가면, AI 발명의 특허적격성에 관한 2024년도 미국 특허상표청(United States Patent and Trademark Office, USPTO)의 가이드라인에서는 공동발명자에 관한 법리를 형성했던 Pannu 판

---

86) United States Copyright Office, “Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence.” <https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence>(방문일자: 2025. 12. 18.).

87) 류시원, 앞의 논문, 78면.

88) 김원오, “프롬프팅에 의한 창작에 대한 저작권법상 재평가”, 「사법」 제71호, 사법발전재단(2025), 55면.

89) 황선영, 앞의 논문, 246면.

90) 이 판결에 찬성하는 견해로 다음의 논문 참고. 류시원, 앞의 논문, 97면; 김종진, 장항배, 앞의 논문, 58면; 황선영, 앞의 논문, 257-259면; 이해완, 앞의 논문, 217면; 윤권순, “미국의 인공지능 관련 저작물성 판단 법리의 개념화 및 법리의 타당성 분석: ‘표현요소 통제가능성(controllability of the expressive elements)’ 법리는 타당한가?”, 「법학논문집」 제49집 제1호, 중앙대 법학연구원(2025), 42-43면. 한편, 이에 반하여, (i) 인간의 창작적 기여가 직접적으로 구현되지 않은 점, (ii) 중국 최상위 법원의 판결도 아닌 하위 법원의 판결인 점을 이유로 비판적인 견해도 있다. 손한기, “중국의 생성형 AI 저작권 이슈 고찰 – 중국 베이징, 광저우 인터넷법원의 관련 판결에 대한 평석을 중심으로 –”, 「법학논총」 제41집 제3호, 한양대학교 법학연구소(2024), 396-397면.

91) 김원오, 위의 논문(프롬프팅에 의한 창작에 대한 저작권법상 재평가), 61면.

결[92]을 반영하여 발명자 판단 기준을 제시하였다.[93] 이중 프롬프트에 의한 발명의 생성과 관련있는 판단 기준을 살펴보면 다음과 같다.

(i) 자연인이 AI를 활용하여 발명을 하며 그 자연인의 기여가 상당한 경우, 그 발명자는 (공동)발명자로 인정된다.

(ii) 기존의 과제(problem)를 인지하거나, 연구주제를 설정하는 행위는 발명적 개념의 행위에 미치지 아니한다.

(iii) 발명적 개념을 실시화(reduction to practice)하는 것 그 자체로는 발명행위에 미치지 아니 하나, 성공적인 실험을 수행한 자가 그 실험으로 상당한 기여를 한 경우 그 실험자가 발명자로 인정될 수 있다.

이들 판단 기준을 프롬프트 입력 관점에서 살펴보면, 프롬프트 입력이 짧거나 일회성으로 끝나는 경우에는 발명적 개념을 실시화하는데 상당한 기여를 한 경우로 볼 수 없게 되므로 발명에 해당하지 않을 수도 있으나, 프롬프트의 입력을 반복적으로 수행하거나 프롬프트의 입력 양에 따라 발명으로 인정될 여지가 있게 된다. 그러나 위에서 논한 바와 같이, 특허법은 표현이 아니라 아이디어인 기술적 사상을 보호하는 점을 고려한다면, 아이디어가 간단한 프롬프트만으로 된 경우에도 발명적 개념이 실시화된다면 이를 인정해야 할 것이다.

한편, 최근 USPTO는 새로운 가이드라인을 제시하고 있다.[94] 이번 가이드라인에서는 기존의 가이드라인을 폐기하고, AI는 도구임을 명확히 하였으며 발명자 적격 및 발명의 착상에 관한 정의 등은 전통적인 특허제도의 기본 원칙으로 회귀한 것으로 보인다.

(2) 생성형 AI에 의한 명세서 유형별 판단

이제 생성형 AI에 프롬프트를 입력하여 생성되는 명세서를 최근 USPTO의 새로운 가이드라인을 포함하여 주요국의 명세서 기재 요건으로 검토해 보고자 한다. 크게 나누어 생성형 AI를 주요 수단으로 사용하는 경우와 생성형 AI를 보조적 수단으로 사용하는 경우로 나누어 생각하면 다음과 같다.

유형1: 아이디어를 기반으로 프롬프트 작업만으로 생성된 명세서
유형2: 유형1의 결과물에 대하여 실험 데이터로 실시예가 작성된 경우
유형3: 실험 데이터(실시예)를 기반으로 프롬프트 작업으로 생성된 명세서

유형1의 경우에는 생성형 AI는 발명의 주요 수단에 해당하며, 유형2와 유형3은 AI를 발명의 보조 수단으로 볼 수 있다. 명세서 기재 관점에서 이를 평가하면, 첫째, 실시예가 정교하게 생성된 유형1의 경우를 포함하여 명세서의 기재가 정교하게 생성

92) Pannu v. Iolab Corp., 155 F.3d 1344, 1351 (Fed. Cir. 1998).
93) United States Patent and Trademark Office, “Inventorship Guidance for AI-Assisted Inventions.” <https://www.federalregister.gov/documents/2024/02/13/2024-02623/inventorship-guidance-for-ai-assisted-inventions>(방문일자: 2025. 12. 18.).
94) United States Patent and Trademark Office, “Revised Inventorship Guidance for AI-Assisted Inventions.” <https://www.federalregister.gov/documents/2025/11/28/2025-21457/revised-inventorship-guidance-for-ai-assisted-inventions>(방문일자: 2025. 12. 18.).

된 경우, 유형1-유형3 모두 명세서의 기재요건을 만족할 수 있다. 한편, 미국에서는 소유 테스트를 통과하기 위해서는 실시예 또는 이를 대체할 수 있을 정도로 충실하게 기재해야 한다. 그러므로 소유 테스트는 유형2 및 유형3 보다는 유형1에서 주요하게 작용할 것으로 예상된다. 이와 유사하게, 거절 또는 무효사유의 해소를 위한 보정 또는 정정에서 실험 데이터를 기반으로 작성된 경우가 거절 또는 무효사유의 극복을 위한 증명에 보다 유리할 것으로 생각된다. 또 다른 한편으로, 유형1-유형3에 대하여 명세서 기재요건이 통과되더라도 미국 특허법상 특허적격성의 판단은 별도로 받아야 한다.[95]

둘째, 유럽의 경우에도 정교하게 생성된 명세서의 경우, 유형1-유형3 모두 명세서의 기재는 인정될 가능성이 있다. 그러나 유럽의 경우, 컴퓨터 관련 발명의 심사에서 진보성 판단 시 기술적 요소로만 판단하는 Comvik 접근법으로부터 AI 발명에 관한 진보성 판단을 하게 된다.[96]

셋째, 일본의 경우에도 정교하게 생성된 명세서의 경우, 유형1-유형3 모두 인정될 가능성이 있다. 다만, AI의 입출력에 관한 상관관계를 알 수 있거나, 그렇지 않은 경우 자세한 설명이 필요하므로 프롬프트 등에 관한 상세한 기재가 필요할 수도 있을 것으로 생각된다. 하지만, 발명 전체에 특징이 없으며 AI 입출력에 관한 상관관계를 알 수 있는 경우에는 진보성 평가가 부정적으로 예상된다.

마지막으로 우리나라의 경우에도 일본의 경우에서 논의한 사항이 그대로 적용될 수 있다. 한편, 우리나라의 경우 AI 발명을 포함한 컴퓨터 관련 발명에서 특허적격성 및 진보성 판단이 미약한 상황에서,[97] 기재요건 또한 주요국과 차별되는 특징적 요건을 구비하는 것도 아니다. 그 결과, 특허 등록이 쉽게 가능하게 될 것이라는 우려가 발생할 수 있으므로 이에 대한 보완이 필요할 것으로 생각된다.

2. 프롬프트의 기재 여부와 발명의 효과

(1) 명세서에 프롬프트 기재가 필요한가?

생성형 AI로 결과물(발명)을 얻기 위해서는 프롬프트를 입력하게 된다. 이때 입력하는 프롬프트에는 결과물을 기획하는 아이이어가 들어 있게 된다. 특허법은 기술적 사상 즉, 아이디어를 보호하는 법이므로 아이디어가 담긴 프롬프트를 공개해도 특별한 문제가 없다고 생각할 수도 있다. 그러나 이러한 아이디어를 구체화하는 표현 또한 프롬프트에 공존하게 된다. 그러므로 이러한 프롬프트를 명세서의 기재를 통해 공개하는 것은 생성형 AI 활용에 관한 영업비밀을 강제로 공개하는 것이 될 수도 있다. 한편, 생성형 AI의 프롬프트에 관한 기재를 명세서에 강제하는 주요국은 앞에서 살펴본 바와 같이 아직 없는 것으로 보인다.

저작권법 측면에서 앞의 USCO 사례 및 중국 인터넷 법원 사례에서 사용된 프롬

95) 이상호, “미국 특허적격성 심사지침과 실무적 쟁점: AI 관련 발명을 중심으로”, 「지식재산연구」 제20권 제3호, 한국지식재산연구원(2025), 38-48면.
96) 김동욱, “비기술적 특징을 포함한 발명의 진보성 판단에 관한 연구 - 인공지능(AI)·사물인터넷(IoT) 관련 발명을 중심으로 -”, 「The Journal of Law & IP」 제11권 제1호, 충남대학교 세종지적재산권연구소(2021), 125면.
97) 김동욱, 위의 논문, 138면.

프트의 기재는 저작권의 등록을 받기 위한 전제 조건은 아니며, 저작물임을 증명하는 과정에서 프롬프트의 사용을 논하게 된 것이다. 한편, 저작권법의 경우 침해 판단에 있어 의거성을 요구하므로,[98] 어느 대상물로부터 어떤 의도를 갖고 결과물을 창작했는지 이를 증명하기 위해서도 입력한 프롬프트가 중요할 수 있다. 그러나 특허법에서는 저작권법과 달리 침해 판단에 의거성을 요구하지 않으므로, 발명의 설명에까지 발명을 완성하기 위해 입력한 프롬프트를 기재할 필요가 있을지 의문이 들기도 한다.

그러나 표현을 보호하는 저작권에서는 프롬프트를 통한 결과물의 엄밀한 통제가능성과 예측가능성을 요구했던 것과는 달리, 발명에서는 비록 표현이 바뀌더라도 프롬프트가 결과물에 미친 기술적 사상에 대한 통제가능성과 예측가능성을 보다 쉽게 확인할 수 있다. 여기에서 발명에 대한 통제가능성과 예측가능성은 발명에 대한 소유의 관점과도 상통하므로, 발명에서의 프롬프트 기재는 미국의 명세서 기재요건에서 특색있게 평가된 발명에 관한 소유 테스트 기능을 일부 수행하는 것으로도 볼 수 있다. 또한 프롬프트의 기재로부터 발명자의 의도를 파악할 수 있으므로 고의를 증명하는 기능으로도 활용될 수 있다.[99]

이러한 AI 발명에 대하여, 발명노트를 활용하는 것은 기재요건의 강화에 대한 부담은 줄이면서 AI 발명의 진위 검증 및 발명자 판단에 기여할 수 있을 것으로 제시된 바 있다.[100] 그러므로 특허출원인의 부담은 적게 하면서 명세서 기재요건을 실질적으로 강화시킬 수 있는 방안의 하나로서, 발명노트에 프롬프트에 관한 기재를 하게 된다면 해당 발명의 착상부터 완성까지를 알 수 있게 되므로 해당 발명의 소유 테스트 측면에서도 기능을 수행할 것으로 예상된다.

(2) 환각에 의한 효과의 처리문제

앞에서 논의한 바와 같이, 생성형 AI를 사용하여 명세서를 작성하는 경우 환각 현상에 의해 발명과 직접적으로 상관없는 환각이 나타나기도 한다. 이러한 환각은 생성형 AI를 사용하여 발명을 착상 및 구체화시키는 과정에서 인간의 기여에 의해서 생성된 것이 아니므로 이는 프롬프트를 입력한 인간이 기여한 발명으로 간주하지 않는 판단기준이 필요한 것으로 주장하고 있다.[101]

이를 소유 테스트 관점과 연관지어 살펴보면, 환각은 발명의 완성 시점이라고 볼 수 있는 생성형 AI의 결과물이 생성된 시점에서 프롬프트를 입력한 인간에 의해 최소한의 창의적 통제가능성 및 예측가능성이 전혀 없던 것에 해당한다. 그러므로 생성형 AI에 의해 생성된 명세서에서 환각에 의한 제2의 효과가 기재된 경우 이를 해당 발명의 효과로 주장하는 것은 제외되어야 할 것이다.

---

98) 김경숙, “생성형 AI와 저작권 문제 - 저작권 침해와 저작물성의 사례와 분석 -”, 「계간 저작권」 제38권 제2호(2025 여름호), 한국저작권위원회(2025), 19면.

99) 김지훈, “프롬프트 엔지니어링과 지식재산권의 문제 - 이미지 생성형 AI를 활용한 산업디자인 창작을 중심으로 -”, 「지식재산과 혁신」 제7호, 특허청(2024), 287면.

100) 신상훈, “생성형 AI를 사용한 특허명세서 작성 및 이에 대한 특허심사 시 쟁점에 관한 고찰”, 「법학논문집」 제49집 제2호, 중앙대학교 법학연구원(2025), 91면.

101) 권지현, “AI를 이용한 발명의 특허 인정과 법적 쟁점에 관한 연구”, 「법학논문집」 제49집 제2호, 중앙대학교 법학연구원(2025), 65면.

생성형 AI에 의해 생성되는 명세서는 프롬프트에 의해 발명의 착상과 구체화를 수행하게 되며, 이는 이미 학습된 데이터로부터 구성을 선택하게 되므로 생성형 AI에 의해 생성되는 명세서에서의 구성은 그리 새롭지 않을 수도 있다. 하지만 생성형 AI를 사용한 발명은 추출된 구성으로부터 생성형 AI의 조력으로 새로운 효과를 찾아내어 발명의 완성을 하는 작업으로 이어지게 되므로, 생성형 AI의 조력에 의한 발명은 발명의 구성 보다는 발명의 효과에 중점을 두게 될 것으로 예상된다. 그러므로 생성형 AI로 생성된 명세서에서는 발명의 효과에 관한 기재가 강화될 필요가 있으므로, 이에 대한 연구가 필요할 것으로 생각된다.

V. 결론

AI에 대하여 기존에 카메라가 등장했을 때와 같이 AI를 창작의 도구처럼 볼 것인지 아니면 AI를 특별하게 취급해야 하는지에 관한 논의가 계속되고 있다. 이와 같은 논의 가운데, 이 글에서는 생성형 AI에 의한 발명에 대하여 명세서의 기재에 관한 측면에서 살펴보았다. 비록 프롬프트라는 입력의 결과로서 명세서가 출력된다하더라도, 생성형 AI에 의해 작성된 명세서 또한 명세서 기재요건은 만족해야 한다.

한편, 생성형 AI에 의해 생성된 명세서를 기존의 명세서 기재와 관련한 여러 법리를 통해 재검토하였다. 이들을 하나씩 살펴보면, 생성형 AI에 의한 명세서는 훈련에 의해 결과를 생성하는 관능시험과 유사한 측면이 있다. 생성형 AI는 수많은 파라미터와 관련되므로, 파라미터 발명과 같이 실시예에 관한 기재를 강화해야 하는 것은 아닌지 검토되었다. 또한 생성형 AI 발명의 재현성 측면에서 미완성 발명에 해당하는 것은 아닌지 검토되었다. 또 다른 측면으로, 생성형 AI에 의해 생성된 명세서는 기존의 특허를 학습하여 실시예를 생성하게 되므로, 이는 기존의 특허를 모인한 모인출원에 해당하는 것은 아닌지 살펴보았다. 그 외 생성형 AI에 의해 생성된 실시예는 실재하지 않으므로, 이를 기재한 경우 허위 데이터에 의한 공서양속 위반 및 거짓행위에 의한 죄 측면에서도 문제가 될 수 있다. 이들 법리를 검토한 결과, 프롬프트에 의해 생성된 명세서라 할지라도 명세서의 기재요건이 충족하게 된다면 추가적인 제재는 어려울 것으로 보인다.

또한, 생성형 AI에 의해 생성된 명세서의 기재요건과 관련하여, 우리나라의 명세서 기재요건이 주요국과 차별되는 특징적인 요건을 구비하고 있는 것도 아니므로, 명세서 기재요건과 특허요건을 함께 고려하더라도 주요국 가운데 우리나라의 특허 등록이 가장 쉽게 가능할 것으로 예상된다.

그러므로 특허출원인의 부담은 적게 하면서 명세서 기재요건을 실질적으로 강화시킬 수 있는 방안의 하나로서, 생성형 AI의 사용 시 입력하는 프롬프트의 기재와 관련하여 발명노트를 활용할 것을 제안한다. 이를 통해, 발명의 소유 테스트 측면과 고의에 관한 증명에 도움이 될 것으로 생각된다. 또한 환각에 의해 생성되는 효과는 생성형 AI의 사용자가 예측한 효과도 아니므로 이는 제외되어야 하며, 그 외 생성형 AI를 사용한 발명은 발명의 효과에 관한 기재가 강화될 필요가 있으므로 이에 대한 추가 연구가 필요할 것으로 보인다.

■ **주제어**: 생성형 AI, 프롬프트, 명세서 기재요건, 가상의 실시예, 발명노트

[참고문헌]

<국내문헌>

강현호, 한의태, 정재석, “AI 생성물의 저작물성과 창작성 판단에 대한 고찰 - 생성형 인공지능의 도구성을 중심으로-”, 「계간 저작권」 제37권 제2호(2024 여름호), 한국저작권위원회(2024).

계승균, “지식재산권과 공서양속”, 「산업재산권」 제76호, 한국지식재산학회(2023).

권순재, “프롬프트 기반 저작권 부여에 관한 소고 - 인공지능 생성물을 위한 ‘골디락스 존’을 기대하며 -”, 「서울法學」 제32권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소(2024).

권지현, “AI를 이용한 발명의 특허 인정과 법적 쟁점에 관한 연구”, 「법학논문집」 제49집 제2호, 중앙대학교 법학연구원(2025).

권태복, “미완성발명과 명세서기재불비의 법적요건과 판단기준”, 「법학논총」 제18집 제3호, 조선대학교 법학연구원(2011).

김경숙, “생성형 AI와 저작권 문제-저작권 침해와 저작물성의 사례와 분석-”, 「계간 저작권」 제38권 제2호(2025 여름호), 한국저작권위원회(2025).

김동욱, “비기술적 특징을 포함한 발명의 진보성 판단에 관한 연구 - 인공지능(AI)·사물인터넷(IoT) 관련 발명을 중심으로 -”, 「The Journal of Law & IP」 제11권 제1호, 충남대학교 세종지적재산권연구소(2021).

김동준, “특허법상 모인(冒認) 법리의 재검토”, 「IT와 법 연구」 제19집, 경북대학교 IT와 법 연구소(2019).

김윤명, “생성형AI의 프롬프트 창작에 대한 저작권법적 고찰”, 「저스티스」 통권 제200호, 한국법학원(2024).

_____, “AI관련 발명에 있어서 데이터 공개”, 「저스티스」 통권 제196호, 한국법학원(2023).

_____, “AI관련 발명의 공개와 데이터 기탁제도”, 「홍익법학」 제24권 제2호, 홍익대학교 법학연구소(2023).

_____, “AI발명과 기술공개의 충분성”, 「산업재산권」 제74호, 한국지식재산학회(2023).

김원오, “프롬프팅에 의한 창작에 대한 저작권법상 재평가”, 「사법」 제71호, 사법발전재단(2025).

김종진, 장항배, “AI 창작물의 저작권 등록 기준과 개선 방향: 문화체육관광부의 “생성형 AI 저작권 안내서”를 중심으로”, 「지식재산연구」 제20권 제1호, 지식재산연구원(2025).

김지훈, “프롬프트 엔지니어링과 지식재산권의 문제 - 이미지 생성형 AI를 활용한 산업디자인 창작을 중심으로 -”, 「지식재산과 혁신」 제7호, 특허청(2024).

류시원, “생성형 AI 프롬프트 입력에 대한 저작권법상 평가”, 「계간 저작권」 제37권 제4호(2024 겨울호), 한국저작권위원회(2024).

박동식, 「유럽특허법」 제2판, 세창출판사, 2016.

손한기, “중국의 생성형 AI 저작권 이슈 고찰 - 중국 베이징, 광저우 인터넷법원의 관련 판결에 대한 평석을 중심으로 -”, 「법학논총」 제41집 제3호, 한양대학교 법학연구소(2024).

신상훈, “생성형 AI를 사용한 특허명세서 작성 및 이에 대한 특허심사 시 쟁점에 관한 고찰”, 「법학논문집」 제49집 제2호, 중앙대학교 법학연구원(2025).

_____, “특허법상 인공지능(AI) 발명의 주요 쟁점 재검토”, 「동아법학」 제108호, 동아대학교 법학연구소(2025).

이규홍(편), 「온주 디자인보호법」, LAWnB, 2020.

이상미, “AI 관련 발명의 성립성과 발명자 판단기준”, 「외법논집」 제46권 제2호, 한국외국어

대학교 법학연구소(2022).
이상호, “미국 특허적격성 심사지침과 실무적 쟁점: AI 관련 발명을 중심으로”, 「지식재산연구」 제20권 제3호, 한국지식재산연구원(2025).
이성엽(편), 「생성형 AI와 법」, 박영사, 2024.
이수미, “명세서의 기재 요건으로 인한 특허발명 권리범위의 한정”, 「법학연구」 제14권, 제12호, 인하대학교 법학연구소(2011).
_____, “미국 특허법 제112조(a) 실시가능요건과 발명기재요건의 경계와 조화”, 「법학연구」 제28집 제3호, 인하대학교 법학연구소(2025).
이원복, “특허법 제32조 “공중의 위생을 해칠 우려” 규정의 기능과 해석”, 「사법」 통권 제56호, 사법발전재단(2021).
이지영, “특허 명세서의 뒷받침 요건 – 한국, 일본, 미국, 유럽 법제의 비교 –”, 「저스티스」 통권 제201호, 한국법학원(2024).
_____, “파라미터발명과 명세서의 실시가능 요건 – 판단 기준 및 고려 요소들을 중심으로 –”, 「Law & Technology」 제17권 제6호, 서울대학교 기술과법센터(2021).
_____, “파라미터발명의 명세서 기재요건”, 서울대학교 대학원 석사학위논문(2021).
이해완, “인공지능 생성물에 대한 저작권 보호의 조건으로서의 ‘인간의 창작적 기여’”, 「산업재산권」 제79호, 한국지식재산학회(2024).
인하대학교 법학연구소 AI·데이터법 센터(편), 「인공지능법 총론」, 세창출판사, 2023.
유지혜, “인공지능 시스템에서 생성된 창작의 특허법상 보호에 관한 연구”, 「지식재산연구」 제18권 제1호(2023).
윤권순, “미국의 인공지능 관련 저작물성 판단 법리의 개념화 및 법리의 타당성 분석: ‘표현요소 통제가능성(controllability of the expressive elements)’ 법리는 타당한가?”, 「법학논문집」 제49집 제1호, 중앙대 법학연구원(2025).
윤종민, “인공지능(AI) 창작물의 저작권관계 정립 방향”, 「강원법학」 제73권, 강원대학교 비교법학연구소(2023).
정윤경, “AI 프롬프트의 저작권 보호 가능성에 관한 소고”, 「법학논총」 제42집 제2호, 한양대학교 법학연구소(2025).
정차호, 김유진, 이서영, “인공지능을 활용하여 창출된 발명에 대한 바람직한 진보성 법리”, 「법학연구」 제34권 제1호, 충남대학교 법학연구소(2023).
조영선, “모인 특허권에 대한 이전청구의 법률문제”, 「사법」 제39호, 사법발전재단(2017).
_____, 「특허법4.0」 제9판, 박영사, 2025.
함영욱, “AI에 의한 창작물인 발명의 권리 귀속”, 「법학논총」 제40집 제3호, 한양대학교 법학연구소(2023).
황선영, “중국의 생성형 인공지능 창작물에 대한 법원 판결 분석과 저작권 쟁점 검토 – 北京互聯网法院(2023)京0491民初11279号 (Li v. Liu) 판결을 중심으로 –”, 「산업재산권」 제77호, 한국지식재산학회(2024).

<외국문헌>

加島廣基, “生成AIを利活用したサービスに關する發明の發掘および權利化についての考察”, 「パテント」 Vol.76 No.13 日本辨理士會(2023).
高橋淳, “AI關連發明における進步性及び記載要件の判斷”, 「知財ぷりずむ」Vol.18 No.211, 日本發明推進協會(2020).
高林龍, 「標準特許法」第8版, 有斐閣, 2023.
大槻眞紀子, “感覺的な表現の明瞭性について – 知的財産高等裁判所平成26年11月10日判決, 平成25年(行ケ)第10271号審決取消請求事件 –”, 「知財管理」Vol.65 No.11, 日本知的財産協

會 (2015).
服部誠(編), 「ビジネスローの新しい流れ」, 青林書院, 2020.
北野善基, “官能評価と特許實務における留意点”, 「知財管理」Vol.75 No.8, 日本知的財産協會 (2025).
寺本振透, 濱野敏彦, “深層學習を応用した技術に關する特許の記載要件からみた脆弱性”, 「法律時報」91卷8号(通卷1140号), 日本評論社(2019).
上條肇, “特許出願明細書における實驗データの虛僞記載の抑止に關する一考察”, 「ジユリスト」No.1357, 有斐閣(2008).
小島立, “AIと知的財産權”, 「法律時報」 97卷5号(通卷1215号), 日本評論社(2025).
中山信弘, 「特許法」 第5版, 弘文堂, 2023.
平嶋龍太, “機械學習·深層學習關連發明がもたらす特許法における新たな諸課題 – 發明該当性·發明者·記載要件との關わりを中心に –”,「パテント」Vol.73 No.8(別冊 No.23), 日本辨理士會(2020).
_____, “「いわゆるAI」關連技術の特許法による保護と課題”, 「法律時報」91卷8号(通卷1140号), 日本評論社(2019).
Amy L. Landers, 「*Understanding Patent Law*」 4th ed., Carolina Academic Press LLC, 2024.
Janice M. Mueller, 「*Patent Law*」 7th ed., Aspen Publishing, 2024.

[Abstract]

Study on the Written Description Requirement for AI Inventions Generated by Prompts

Shin, Sang Hoon*

This article examines the written description requirements for patent specifications generated by generative AI. For this purpose, it explores the relationship between input prompts and the outputs produced. Although patent specifications may be generated through the use of prompts, it is necessary to ensure that such AI-generated specifications also meet the written description requirements.

In order to examine AI-generated specifications, the written description requirements of major jurisdictions were reviewed. Moreover, specifications generated by generative AI may include virtual embodiments, and this raises questions regarding their compliance with written description requirements. Upon reviewing the requirements in several jurisdictions, it was found that, even if a patent specification is generated by prompts, additional restrictions would not be possible so long as the written description requirements of the specification are satisfied.

With regard to the written description requirements for AI-generated patent specifications, the requirements under Korean patent law do not have any distinctive requirements that set it apart from other major jurisdictions. Accordingly, it is anticipated that, even when the written description requirements are considered in conjunction with the substantive patentability requirements, patent registration in Korea is likely to be granted more readily than in other major jurisdictions.

Accordingly, this study suggests that formally incorporating the prompts into the inventor's notebook could serve as an effective measure to substantially reinforce the written description requirements for patent specifications generated by generative AI. Furthermore, as the written description requirements will need to be strengthened concerning inventions using generative AI, additional research on this matter appears necessary.

■ **Key Words:** generative AI, prompt, written description requirement, virtual embodiments, inventor's notebook.

---

* Patent Examiner, Ph.D., Patent Attorney.

「명지법학」 편집규정

제정 2010. 11. 30.
개정 2016. 06. 30.
개정 2025. 11. 17.

제1조(목적) 이 규정은 명지대학교 법학연구소에서 간행하는 명지법학(Myongji Law Review)의 편집, 간행 및 논문심사에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(명지법학의 간행)

① 「명지법학」은 연 2회 발간함을 원칙으로 한다. 단, 편집위원회가 필요하다고 인정하는 경우에는 합본호나 증호를 발간할 수 있다.

② 「명지법학」의 발간일자는 매년 7월 31일과 1월 31일을 원칙으로 한다.

③ 「명지법학」은 전자출판의 형태로 간행하며, 명지대학교 법학연구소 홈페이지에 게재한다.

- 홈페이지 주소: http://www.mju.ac.kr/col/1346/subview.do

제3조(원고의 게재)

① 투고 원고는 「명지법학」 투고규정상의 투고 자격을 갖춘 투고자의 논문으로서 편집위원회의 게재 결정을 얻어 「명지법학」에 게재한다.

② 투고 원고는 전문 학술논문으로써 기왕에 다른 학술지 등에 게재된 일이 없으며, 「명지법학」 투고규정 및 원고작성 지침에 따른 절차와 요건을 갖춘 것이어야 한다.

③ 제출된 투고 원고가 본 연구소가 제시한 투고규정 및 원고작성 지침에 부합하지 않을 경우에는 수정을 요구할 수 있다.

제4조(편집위원회의 구성)

① 편집위원회는 법학연구소의 편집위원장과 편집위원으로 구성된다.

② 편집위원은 편집위원장을 포함한 5인 이상으로 한다.

③ 편집위원이 될 수 있는 자는 법학교수, 법학분야 박사학위 보유자 또는 법률분야에 5년 이상 종사한 자로 하며 외부 인사를 포함할 수 있다.

④ 편집위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.

⑤ 편집위원장은 편집위원 중 법학연구소장이 임명하고 임기는 2년으로 한다. 다만, 연임할 수 있다.

제5조(편집위원회의 업무)

① 「명지법학」의 편집 및 출판

② 「명지법학」 원고의 접수 및 게재 여부 심사

③ 「명지법학」 연구윤리위원회의 결정에 따른 조치
④ 기타 간행물의 편집 및 출판

제6조(편집위원회의 운영)
① 위원회는 위원장이 필요하다고 판단하거나 편집위원 과반수의 요구가 있는 경우에는 위원장이 소집한다.
② 위원회의 의결은 편집위원 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성에 의한다.
③ 위원회는 「명지법학」 기타 간행물에 투고된 원고를 제8조의 기준과 「명지법학」 투고규정 및 「명지법학」 원고작성 지침에 따라 심사하여 그 게재 여부를 정한다.
④ 편집위원장은 위원회의 업무를 효율적으로 수행하기 위하여 편집간사를 둘 수 있다.

제7조(심사위원회의 구성)
① 논문 심사는 제8조 제1항의 기준에 따라 편집위원회에서 위촉하는 3인의 심사위원이 심사한다.
② 심사위원은 명지법학연구소의 연구위원 및 편집위원장이 위촉하는 외부 심사위원으로 구성한다.
③ 심사위원의 신원은 원고투고자에 대하여 비밀로 한다.

제8조(원고의 심사)
① 논문 심사는 다음의 기준으로 한다.
1. 주제설정(창의성과 적절성)
2. 연구 방법의 논리적 완결성
3. 연구의 학술적 완성도
4. 연구결과의 학문적 기여도
5. 종합의견(게재, 수정 후 게재, 수정 후 재심사, 게재 불가)

② 번역, 서평, 및 판례 평석 심사는 다음의 기준으로 한다.
1. 번역, 서평 및 판례 평석의 필요성
2. 번역, 서평 및 판례 평석의 완성도
3. 번역, 서평 및 판례 평석의 기여도

① 심사에 관한 평가는 게재가, 수정 후 게재, 수정 후 재심사(차호 게재), 게재 불가로 구분한다.
③ 평가 시 원고 투고자의 신원은 익명으로 한다.

제9조(심사료) 「명지법학」 투고논문을 심사하는 심사위원에게는 소정의 심사료를 지급할 수 있다. 삼사료는 편집위원회에서 결정하며, 법학연구소장이 지급여부를 결정한다.

제10조(게재료) 「명지법학」에 게재된 원고에 대한 게재료는 편집위원회에서 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.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2025년 11월 17일부터 시행한다.

「명지법학」 투고규정

제정 2010. 11. 30.
개정 2016. 07. 31.
개정 2022. 03. 31.
개정 2025. 11. 17.

제1조(투고자격)

① 국내외 대학 전임교수
② 법률 분야의 종사자
③ 대학원생으로서 박사학위 수료 이상의 자
④ 기타 편집위원회의 추천을 받은 자
⑤ 각 호의 자와 공동으로 투고하는 자

제2조(투고원고)

① 학술지에 투고할 원고는 다음과 같다.
1. 발표논문: 본 연구소 주최 학술모임에서 발표되고 제출된 논문
2. 일반논문: 학술지 게재를 위하여 투고된 논문
3. 기타(번역・평석 등): 「명지법학」 게재를 위하여 제출된 번역, 판례평석, 입법동향분석, 서평 등

① 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

② 학술지에 게재할 원고의 전체분량은 「명지법학」 원고작성 지침에 따른 형식으로 20매 내외를 원칙으로 하며, 30매를 초과할 경우 편집위원회의 결정에 따라 게재가 허용될 수 있다.

제3조(투고절차 및 방법)

① 국문 원고인 경우에는 외국어제목, 외국어초록, 외국어 주제어를 첨부하여야 하고, 외국어 논문인 경우에는 국문 제목, 국문 초록, 국문 주제어를 첨부하여야 한다.

② 원고는 작성자의 인적사항을 삭제한 후 제출하고, 표지에 저자명, 소속, 직위, 연락처(전자우편, 전화번호)를 기입한다.

③ 원고는 워드 프로세서로 작성하여 명지대학교 법학연구소 온라인 논문투고 및

심사시스템(http://kyobo160.medone.co.kr/html)에 제출한다. 워드 프로세서는 [한글] 프로그램 사용을 원칙으로 한다.

제4조(투고기한) 논문의 투고는 「명지법학」의 발간 예정일을 기준으로 1월 전(각 6월 30일, 12월 31일)까지 제출한다. 다만 부득이한 사정으로 기한을 도과하여 제출하는 경우에는 편집위원회의 허가를 받는다.

제5조(논문제출처) 원고는 온라인 논문투고 및 심사시스템(http://kyobo160.medone.co.kr/html)에 제출하며, 논문투고에 관한 문의는 명지대학교 법학연구소로 한다.

- 주소: (03674) 서울시 서대문구 거북골로 34 명지대학교 법학연구소
- 이메일: lawresearch@mju.ac.kr
- 전화: 02-300-0620
- 팩스: 02-300-0654

제6조(저작권)

① 학술지의 편자(編者)는 법학연구소장의 명의로 한다. 다만, 학술지의 내용에는 개별 원고의 집필자를 명시한다.

② 「명지법학」에 출판된 모든 저작물의 편집저작권 및 출판권은 본 연구소에 귀속된다.

제7조(투고논문의 작성방법) 투고논문의 작성방법은 명지법학 원고작성 지침에 따른다.

제8조(논문의 심사)

① 투고원고는 편집위원회가 선정한 3인의 심사위원이 심사하여 그 결과를 편집위원회에 통보하면 편집위원회는 그 결정에 따라 논문의 수정●보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다. 편집위원회의 모든 업무처리와 각 심사위원의 심사는 본 명지법학 연구윤리규정과 게재논문 심사규정에 따라서 이루어진다.

② 「명지법학」의 심사기준은 1) 논문제목과 내용의 적합성, 2) 기존연구와의 차별성, 3) 연구내용의 독창성, 4) 연구방법과 결과의 명확성, 5) 논문체계와 기술방법의 적절성, 6) 참고문헌 인용의 적합성, 7) 연구 기대효과 및 학계 기여도로 한다.

③ 심사결과는 원칙적으로 편집위원회가 투고자에게 온라인 논문투고 및 심사시스템, 전자메일 등을 통해 통지한다. 게재불가의 경우 투고자가 편집위원회에 이의를 제출하면 가능한 한 신속하게 이를 처리하고 그 결과를 즉시 통보한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2011년 1월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2016년 8월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2022년 4월 1일부터 시행한다.

부칙

제1조(시행일) 이 규정은 2025년 11월 17일부터 시행한다.

「명지법학」 연구윤리규정

제정 2008. 01. 01.

제1조 (목적) 이 규정은 명지법학 연구윤리위원회(이하 "위원회"라 한다)의 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함으로 목적으로 한다.

제2조 (용어의 정의) 이 규정에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "연구부정행위"라 함은 연구를 제안, 수행, 발표하는 과정에서 연구 목적과 무관하게 고의 또는 중대한 과실로 내용을 위조, 변조, 표절하거나 저자를 부당하게 표시하는 등 연구의 진실성을 해치는 행위를 말한다.
2. "위조"라 함은 자료나 연구결과를 허위로 만들고 이를 기록하거나 보고하는 행위를 말한다.
3. "변조"라 함은 연구와 관련된 자료, 과정, 결과를 사실과 다르게 변경하거나 누락시켜 연구가 진실에 부합하지 않도록 하는 행위를 말한다.
4. "표절"이라 함은 타인의 아이디어, 연구 과정 및 연구 결과 등을 적절한 출처 표시 없이 연구에 사용하거나 자신이 이미 발표한 연구 결과를 적절한 출처 표시 없이 부당하게 발표하는 행위를 말한다.
5. "부당한 저자 표시"는 연구 내용 또는 결과에 대하여 학술적 공헌 또는 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 저자 자격을 부여하지 않거나 학술적 공헌 또는 기여를 하지 않은 자에게 감사의 표시 또는 예우 등을 이유로 저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.

제3조 (기능) 위원회는 명지법학의 회원·준회원 또는 단순게재자의 연구윤리와 관련된 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구윤리 확립에 관한 사항
2. 연구부정행위의 예방, 조사에 관한 사항
3. 제보자 보호 및 비밀 유지에 관한 사항

제4조 (구성)

① 위원회의 위원은 명지법학의 편집위원장이 지명하는 편집위원 중 3명과 위원회의 추천을 받는 외부인사 2인으로 한다.

② 연구윤리위원장은 위원회에서 호선하고, 위원장과 위원의 임기는 2년으로 한다.

③ 위원회의 제반업무를 처리하기 위해 간사 1인을 둘 수 있다.

④ 위원장은 위원회의 의견을 들어 전문위원을 위촉할 수 있다.

제5조 (회의)

① 위원회의 회의는 필요한 경우에 위원장이 소집하고 주재한다.
② 회의는 재적위원 과반수 출석으로 성립하며 출석위원 과반수 찬성으로 의결한다.
③ 필요한 경우 위원이 아닌 자를 회의에 참석시켜 의견을 들을 수 있다.
④ 회의는 비공개를 원칙으로 한다.

제6조 (연구부정 행위 조사)
① 위원회는 구체적인 제보가 있거나 상당한 의혹이 있을 경우에는 연구부정 행위 존재 여부를 조사하여야 한다.
② 위원장은 예비조사를 실시할 수 있다.

제7조 (위원회의 권한과 책무)
① 위원회는 조사과정에서 제보자·피조사자·증인 및 참고인에 대하여 출석과 자료 제출을 요구할 수 있다.
② 피조사자가 정당한 이유 없이 출석 또는 자료 제출을 거부할 경우에는 혐의 사실을 인정한 것으로 추정할 수 있다.
③ 위원회는 연구기록이나 증거의 상실, 파손, 은닉 또는 변조 등을 방지하기 위하여 상당한 조치를 취할 수 있다.

제8조 (기피·제척·회피)
① 피조사자 또는 제보자는 위원에게 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있는 때에는 그 이유를 밝혀 기피를 신청할 수 있다. 기피신청이 인용된 경우에는 기피 신청된 위원은 당해 조사와 관련하여 배제된다.
② 당해 조사와 직접적인 이해관계가 있는 자는 안건의 심의·의결 및 조사에 관여할 수 없다.
③ 제1항 또는 제2항의 사유가 있다고 판단하는 위원 및 조사위원은 회피를 신청할 수 있다.
④ 위원장은 위원 중 당해 조사 사안과 이해관계가 있는 위원에 대해서는 당해 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.

부칙

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
      - ⑴ 괄호 숫자
      - 가. 한글 가, 나, 다
   2) 공동 연구논문인 경우에는 공동 연구자 성명에 *로 각주표시를 한 후 해당 각

주에 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」, 제ㅇㅇ권 ㅇ호(년도), 면수.
     - 영어 및 독일어 등 외국잡지일 경우 저자명, “논문제목”,「논문집명」. 권호, 연월, 면수의 순으로 하며, 논문제목은 이탤릭으로 표기한다.
   - 기념논문집 인용: 저자명, “논문제목”, ㅇㅇㅇ선생기념논문 「기념논문집명」, 면수.
   - 판결 인용: 대법원 19ㅇㅇ.ㅇㅇ.ㅇㅇ. 선고, ㅇㅇ다ㅇㅇㅇㅇ 판결 (법원공보 19ㅇㅇ년, ㅇㅇㅇ면) 또는 대판 19ㅇㅇ.ㅇㅇ.ㅇㅇ, ㅇㅇ다ㅇㅇㅇㅇ
     - 미국 판례의 경우: 제1당사자 v. 제2당사자, 판례집 권 번호 판례집 약자, 판결의 첫 페이지, 인용된 페이지 (선고년도) 또는 사건명의 약칭, 판례집 권 번호와 판례집 약자 at 인용된 페이지.
   - 그 밖의 사항은 사단법인 한국법학교수회에서 펴낸 “논문작성 및 문헌인용에 관한 표준”(2004.12.)을 참조하여 작성한다.

4) 편집용지의 여백주기(F7 키를 누름) 설정
   - 위쪽: 20, 아래쪽: 15, 왼쪽: 35.9, 오른쪽: 35.9, 머리말: 15, 꼬리말: 15, 제본: 0

5) 문단모양
   - 왼쪽: 0, 오른쪽: 0, 들여쓰기: 10, 줄 간격: 160, 문단 위: 0, 문단 아래: 0, 낱말 간격: 0, 정렬방식: 혼합

6) 글자모양
   - 서체: 신명조, 자간: 0, 장평: 100, 크기: 10

7) 참고문헌은 저자명, 저서명 또는 논문 제목, 출판사 또는 학술지명 및 권호, 발간연도의 순서로 기재한다.
   - 참고문헌의 글자크기는 9pt로 한다.
   - 참고문헌의 순서는 국내문헌, 동양문헌, 서양문헌 순으로 한다. 국내문헌은 저자명의 가나다순, 동양문헌은 그 나라 발음의 알파벳순, 서양문헌은 발음에 관계없이 알파벳 순으로 한다.

◈ 편집위원회

위원장 **이윤제**(명지대학교 법학과 교수)
위　원 **권건보**(아주대학교 법학전문대학원 교수)
노호창(호서대학교 법경찰행정학과 교수)
선정원(명지대학교 법학과 교수)
송재일(명지대학교 법학과 교수)
신영수(경북대학교 법학전문대학원 교수)
최병천(전남대학교 법학전문대학원 교수)
홍명수(명지대학교 법학과 교수)

간　사 **안수길**(명지대학교 법학과 교수)
편집보조인 **홍채원**(명지대학교 법학연구소 교육조교)

明知法學 (제24권 제2호)

==========

2026년 01월 31일 발행

발행인: 김 주 영
발행처: 명지대학교 법학연구소
주　소: 서울특별시 서대문구 거북골로 34
전　화: (02)300-0620, FAX: (02)300-0654

==========

* 이 책의 무단복제·복사·전재를 금함

ISSN 1229-7585

板 權
所 有