

仁川法學論叢

Incheon Law Review

◆ 목 차 ◆

【 법학의 새로운 지평과 해법(2019. 12.) 】

- ◆ 저작권법상 혁신적 매체 방어에 도입 타당성 연구
..... 김 창 화
- ◆ 표현의 자유의 범위와 가짜뉴스 : 가짜뉴스 규제에 대한 재검토
..... 류 성 진
- ◆ 『경찰관 직무집행법』상 불심검문에 관한 법적 고찰
..... 남 상 택

仁川大學校 法學部

法 學 研 究 所

2019年

第 22 輯

仁川法學論叢

Incheon Law Review

仁川大學校 法學部

法學研究所

◆ 목 차 ◆

【 법학의 새로운 지평과 해법(2019. 12.) 】

- ◆ 저작권법상 혁신적 매체 방어에 도입 타당성 연구
..... 김 창 화 / 01

- ◆ 표현의 자유의 범위와 가짜뉴스 : 가짜뉴스 규제에 대한 재검토
..... 류 성 진 / 37

- ◆ 『경찰관 직무집행법』상 불심검문에 관한 법적 고찰
..... 남 상 택 / 87

※ 부 록

1. 인천대학교 법학연구소 규정
2. 인천법학논총 논문게재 규정
3. 인천법학논총 게재논문 목차(창간호 ~ 제21집)

저작권법상 혁신적 매체 방어 of 도입 타당성 연구

김창화(Kim, Chang-Hwa)*

목 차

- I. 서언
- II. 저작권 원칙들의 검토
 - 1. 목적(Purpose)
 - 2. 자율성(Autonomy)
 - 3. 소비자주의(Consumerism)
 - 4. 공정이용(Fair Use)
 - 5. 간접책임(Secondary Liability)
- III. 혁신적 매체 방어
 - 1. ReplayTV 4000 v. Napster
 - 2. 혁신적 매체 보호의 필요성
 - 3. 혁신적 매체 방어
- IV. 결어 - 국내 도입 여부 검토

요 약

미국은 Sony 사건에서 처음으로 혁신가와 저작권자의 이익 충돌에 대한 판단을 하였고, 거기서 혁신적 매체가 저작권 침해에 대한 책임을 면할 수 있도록 하기 위해 “상당한 비침해적 사용(substantial noninfringing uses)”이라는 개념을 도입하여 Sony Rule을 만들어냈다. 이를 통해 혁신가는 저작권 침해에 대한 안전지대(Safe harbor)를 마련할 수 있었다. 하지만, 이후에도 저작권자들은 자신들의 이익을 보존하기 위해 혁신이 책임을 지도록 공격을 멈추지 않았고, 혁신은 지속적으로 저작권 침해에 대한 책임의 위협을 받고 있다. 그런데, Sony Rule 이후 혁신가와 저작권자의 이익을 조절할 수 있는 별다른 방안이 만들어지고 있지 않다. 2005년 Lemley 변호사는 기술의 발전과 저작권의 목적 둘 다를 달성하기 위한 방법으로서 혁신적 매체 방어(innovative medium defense)를 제안하였다. 혁신적 매체 방어는 대부분의 혁신 기술들이 침해와 비침해의 이중용도(dual-use)를 갖고 있는데, 그러한 특정 혁신 기술들 중 저작권 침해를 면할 수 있는지 여부를 테스트한다. 이는 곧 혁신가와 저작권자의 이익을 조절하는 방법이기도 한 것이어서, 저작권자와 혁신가 모두에게 중요하다. 아직까지 혁신가와 저작권자에 대한 이익을 조절할 수 있는 방법을 가지고 있지 않은 우리로서는 이러한 방법들을 살펴보고 우리에게 적합한 방법들을 모색하는 것이 필요하다 할 것이다.

[주제어] 저작권의 목적, 자율성, 소비자주의, 공정이용, 간접책임, 혁신적 매체 방어

I. 서언

저작권 세계에서 저작권자와 혁신가는 끝없는 전쟁을 치르고 있다. 혁신가는 저작물을 창작하고, 이용하며, 유통하는데 있어 새롭고 혁신적인 기술을 끊임없이 만들어낸다. 이러한 기술들은 저작물의 이용 등에 혁신을 가져와 우리 사회에 많은 혜택을 주었지만, 그에 비례하여 저작권 침해를 보다 빠르고 용이하게 하는 부작용도 낳았다. 저작권자는 혁신이 자신에게 위협이 되는 것을 알기 때문에, 자신의 이익을 보호하기 위해 혁신의 부작용 측면을 강조하면서 혁신가들을 지속적으로 괴롭히고 있다. 혁신이 출현하면 그때마다 저작권자는 그에 상응하는 소송을 제기하여왔다.

1984년 미국 대법원은 처음으로 혁신가와 저작권자의 이익 충돌에 대한 판단을 하였다.¹⁾ Sony 사건에서, 미국 대법원은 혁신적 매체가 저작권 침해에 대한 책임을 면할 수 있도록 하기 위해 “상당한 비침해적 사용(substantial noninfringing uses)”이라는 개념을 도입하여 Sony Rule을 만들어냈다. 이를 통해 혁신가는 저작권 침해에 대한 안전지대(Safe harbor)를 마련할 수 있었다. 하지만, 이후에도 저작권자들은 자신들의 이익을 보존하기 위하여 혁신이 책임을 지게 하기 위한 공격을 멈추지 않았고, 혁신은 그리하여 저작권 침해에 대한 책임의 위협을 지속적으로 받고 있다. 그런데, Sony Rule 이후 혁신가와 저작권자

* 한밭대학교 공공행정학과 부교수, 법학박사(S.J.D.).

1) Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984).

의 이익을 조절할 수 있는 별다른 방안이 만들어지고 있지 않다.

2005년 Lemley 변호사는 기술의 발전과 저작권의 목적 둘 다를 달성하기 위한 방법으로서 혁신적 매체 방어(innovative medium defense)를 제안하였다.²⁾ 혁신적 매체 방어는 대부분의 혁신 기술들이 침해와 비침해의 이중용도(dual-use)를 갖기 때문에, 특정 혁신 기술들 중 저작권 침해를 면할 수 있는지 여부를 테스트한다. 이는 곧 혁신가와 저작권자의 이익을 조절하는 방법이기도 한 것이어서, 저작권자와 혁신가 모두에게 중요하다. 아직까지 혁신가와 저작권자에 대한 이익을 조절할 수 있는 방법을 가지고 있지 않은 우리로서는 이러한 방법들을 살펴보고 우리에게 적합한 방법들을 모색하는 것이 필요하다.

II. 저작권 원칙들의 검토

1. 목적(Purpose)

미국 헌법의 저작권 조항(Copyright Clause)에 따를 때, 저작권의 궁극적 목적은 과학(science) 발전의 촉진이며, 이를 위해 저작자들에게 제한된 기간 동안 제한된 권리를 부여한다.³⁾ 따라서 저작권법이 보호하는 것은 저작물을 타인이 이용할 수 있도록 하는 저작자의 권리가 아니라 저작물로부터 배우게(learn)

2) Kevin M. Lemley, "The Innovative Medium Defense: A Doctrine to Promote the Multiple Goals of Copyright in the Wake of Advancing Digital Technologies", 110 Penn St. L. Rev. 111, 2005.

3) U.S. Const. art. I, § 8, cl. 8.

되는 미국 시민들의 권리이다.⁴⁾ 따라서 저작권은 간접적인 헌법적 부여로서 간주되고, 저작자가 아니라 소비자들에게 직접적으로 부여되는 권리이다. 이러한 이유로, 저작권의 목적은 (1) 배움의 촉진, (2) 대중 접근의 제공, (3) 공유재산의 보호 3원칙들을 발전시키는 것이다.⁵⁾

저작권법은 이러한 원칙들을 향상시키기 위해 개별 작품들에 대하여 개인적인 권리들을 부여하고, 이러한 권리들은 저작자들에게 새로운 작품을 만들 수 있게 하는 인센티브를 제공한다. 하지만, 일단 저작물들이 만들어지면, 저작자들은 저작권의 원칙들을 향상시킬 의무들을 갖지 않는다. 대신, 그 원칙들은 소비자들이 새로운 작품들을 적절하게 사용함으로써 촉진될 수 있다. 공정이용은 소비자에게 의한 적절한 사용을 허락하는 원칙들 중 하나이다. 따라서 저작권법이 앞의 3가지 기본적 원칙들을 촉진하는 부담을 가지게 되며, 저작자의 의무는 작품의 창작만으로 제한된다. 그런데, 저작권법의 변화들은 개별 저작자들이 저작권의 전체적인 균형에 영향을 줄 수 있는 방법을 제공함으로써 문제가 되어왔다.

그러한 저작권법의 변화 중 하나가 저작권 존속기간의 연장이다. 미국에서 저작권 존속기간은 점차 확대되어 현재는 저작자의 생존기간과 사후 70년으로 확장되었다.⁶⁾ 많은 학자들은 이러한 저작권 보호기간의 연장이 저작자에게 저작물 창작의 인센티

4) Craig Joyce & L. Ray Patterson, Copyright in 1791: An Essay Concerning the Founders's View of the Copyright Power Granted to Congress in Article I, Section 8, CClause 8 of The U.S. Constitution, 52 Emory L.J. 909, 940 (2003).

5) Joyce & Patterson, *supra* note 4, at 946.

6) 17 U.S.C. § 302 (2003).

브를 부여하는지 여부에 대하여 의문을 제기한다.⁷⁾ 저작권 정책 중 하나는 새로운 작품을 창작하는 것이다.⁸⁾ 하지만 저작권 존속기간의 연장은 이러한 정책과 관련하여 두 가지 문제들을 발생시킨다.⁹⁾ 먼저, 존속기간 연장이 현재 저작권자들로 하여금 새로운 작품을 창작하도록 만들기보다는 기존의 저작물을 보호하는데 더 많은 자원을 사용하도록 한다. 만일, 제한된 저작권 보호의 기간만이 존재한다면, 이러한 자원들은 새로운 작품들의 창작으로 유인될 것이다. 다음으로, 저작권 존속기간의 연장은 공유재산(public domain)을 감소시킨다. 이는 저작자들로 하여금 새로운 저작물을 창작하는데 이용되는 매우 제한적인 풀(pool)을 가질 수밖에 없도록 만든다.¹⁰⁾ 이와 같은 문제들은 저작권의 체계에 심각한 위협이 된다.

또 다른 저작권의 변화는 엔터테인먼트 분야의 저작권 산업에 대한 지배이며, 이 또한 저작권 체계를 위협하는 하나의 원인이 되고 있다. 엔터테인먼트 산업의 지배는 유용한 기술의 촉진보다는 엔터테인먼트 산업의 이익을 최대화하는 것으로 그 패러다임을 이동시켜왔다. 저작권의 목적은 새로운 작품의 창작을 보장하기 위해 적절한 이익을 제공하는 것이었는데, 그 핵심이 기

7) Lawrence Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Central Creativity* (2004); Erwin Chemerinsky, *Eldered v. Ashcroft: Intellectual Property, Congressional Power and the Constitution: Balancing Copyright Protections and Freedom of Speech: Why the Copyright Extension Act is Unconstitutional*, 36 *Loy. L.A. L. Rev.* 83 (2002); Jane C. Ginsburg et al., *The Constitutionality of Copyright Term Extension: How Long is Too Long?* 18 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 651 (2000).

8) *Mazer v. Stein*, 347 U.S. 201, 219 (1954).

9) Lemley, *supra* note 1, at 114.

10) Lessig, *supra* note 7, at 21-24.

존의 작품을 보호하는 것으로 옮겨간다면, 그것은 저작권의 전통적 목적으로부터 벗어나게 된다. 본래, 엔터테인먼트 산업들은 물리적 상품의 판매로부터 높은 이익을 얻는 비즈니스 모델을 구축하였다.¹¹⁾ 이러한 모델은 디지털 배포의 경제와 부합하지 않는다.¹²⁾ 따라서 엔터테인먼트 산업은 그들 저작물의 보안에 대한 불확실성을 주장하면서 디지털화된 배포 모델들과 싸워왔다.¹³⁾ 법원들은 이러한 문제들에 대하여 엔터테인먼트 산업이 기존 저작물들을 보호할 수 있도록 하였고, 이것은 헌법 제정가들에 의해 정해진 저작권의 본래 목적을 상실하도록 만들었다.

2. 자율성(Autonomy)

저작권은 저작자에게 부여된 단순한 권리가 아니라 사회적 계약이다.¹⁴⁾ 따라서 저작권은 저작권자와 소비자 둘 다에게 상호 권리와 의무를 필요로 하게 한다. 또한, 저작권자와 소비자는 저작권법에 열거된 권리들이 아닌 암묵적 권리도 가질 수 있다. 암묵적 권리들은 저작물에 대하여 즉, 저작물이 어떻게 저작자에 의해 이용 가능하게 되었고, 어떻게 소비자들이 그 저작물을 이용하도록 허락되었는지와 관련하여 발생한다.

자율성도 저작권자와 소비자들에 의해 공유되는 암묵적 권리 중에 하나이다. 소비자의 관점에서, 자율성은 언제, 어떻게

11) Matthew Fagin et al., Beyond Napster: Using Antitrust Law to Advance and Enhance Online Music Distribution, 8 B.U. J. Sci. & Tech. L. 451, 490 (2002).

12) Id.

13) Id. at 490-91.

14) Llewellyn Joseph Gibbons, Stop Mucking Up Copyright Law: A Proposal for a Federal Common Law of Contract, 35 Rutgers L.J. 959, 1031 (2004).

그리고 어떠한 환경 하에서 저작물을 소비할 것인지를 선택함에 있어서의 자유를 나타낸다.¹⁵⁾ 소비자가 책을 읽는 방법을 생각해 보면, 소비자는 한 자리에서 한 번에 맨 앞부터 맨 끝까지 그 책을 다 읽지는 않는다. 대신, 소비자는 그 책의 일부분들을 읽고 나중에 그의 읽기를 끝내기 위해 다시 그 책을 찾는다. CD의 경우, 소비자는 한 번에 전체나 특정 트랙만을 듣기 원할 수도 있고, 차나 집 또는 직장에서 듣기를 원할 수도 있다. 또한, 소비자 자율성은 논문을 복제하고 노트를 하고 새로운 저작물을 준비하는 과정에서 인용구를 복제하는 것처럼 필요한 수준의 복제와 관련될 수도 있다.

저작권자 또한 암묵적 권리로서의 자율성을 가지며, 이는 저작권자가 소비자들이 언제, 어떻게 그리고 어느 정도에서 자율성을 행사할 수 있는지를 관리(control)하는 것으로 나타낸다. 공연이나 TV 방송과 같은 저작물들은 저작권자에게 대체적으로 많은 자율성을 제공한다. 예를 들어, 영화들은 한 때 저작권자들에게 사실상 완전한 자율성을 제공하였다. 소비자들은 극장에서 전체 영화를 볼 수 있거나, 몇 년 후에 텔레비전에서 편집된 영화를 볼 수 있었다. 만일 소비자들이 극장에서 영화를 보지 못했다면, 그들은 또 다시 전체 영화를 볼 기회가 없었다.

소비자와 저작권자의 자율성은 서로 역(reverse)의 관계를 가지기 때문에, 소비자와 저작권자 사이의 상호작용을 초래한다. 소비자들은 가능한 한 많은 자율성을 획득하려 하고, 새로운 매체들은 이러한 자율성의 획득을 가능하게 한다. 반면, 저작권자들도 가능한 한 많은 자율성을 유지하려 하며, 혁신의 저

15) Joseph P. Liu, Copyright Law's Theory of the Consumer, 44 B.C. L. Rev. 397, 406 (2003).

해와 소비자들의 행위를 기존 비즈니스 모델로 제한함으로써 자율성을 유지하려 한다. 기술적 발전은 저작권자와 소비자들 사이의 상호작용에 영향을 끼친다. VCR과 비디오카세트의 출현은 극장에서의 영화 상영이 끝나더라도 영화 전체를 볼 수 있게 하였다. 좀 더 최근에, ReplayTV 4000과 같은 기술들은 텔레비전 방송을 소비할 때 보다 더 많은 자율성을 소비자들에게 부여하였다. 물론, 저작권자들도 소비자 자율성을 제한하기 위해 디지털 기술을 사용할 수 있다. 디지털 기술이 소비자 자율성을 향상시키거나 제한하기 위해 사용될 수 있기 때문에, 소비자와 저작자 사이의 관계에 대한 복잡성이 증가될 수밖에 없다. 따라서 자율성에 대한 실질적 판단에 있어서는 소비자와 저작자의 자율성을 균형 있게 고려해야만 하며, 디지털 환경 전에 보호를 받을 수 있었던 것이 디지털 환경 후에도 보호를 받을 수 있도록 하여야 한다.

DMCA(Digital Millennium Copyright Act)의 반우회 규정¹⁶⁾은 새로운 배타권의 형태 즉, 접근권을 가능하게 하였다.¹⁷⁾ 본 규정은 소비자의 최종 목표가 저작권법 하에서 허락되는 방법으로 저작물을 이용하는 것일 때에도 우회를 금지한다.¹⁸⁾ 이러한 규정은 저작권법에서 열거된 배타권을 훨씬 넘어 저작권의 보호를 확대하는 것이고, 저작권 규정에서 의도한 의회의 권한을 초과하는 것이다. 새로운 접근권은 본래 보호되지 않는 접근의 라이선싱을 용이하게 하여, 저작권자에게 우회 기술에 대한 부수적 재산권 또는 콘텐츠에 접근하는 방법에 대한 재산권을 부여

16) 17 U.S.C. § 1201(a)(1)(A) (2003).

17) Dan L. Burk, Anticircumvention Misuse, 50 UCLA L. Rev. 1095, 1106 (2003).

18) Id. at 1107.

한 것으로 간주될 수 있다. 이러한 규정은 저작권자와 소비자 사이의 자율성에 대한 상호작용의 균형을 심각하게 바꾸어 놓고 있다.

본 규정의 가장 충격적인 결과는 저작권자들이 법원에서 어떻게 이러한 규정을 이용하고 있는 가이다. 본래, 의회는 반우회를 저작권자들이 보호되지 않는 기술들을 포함하여 그들의 독점권을 확대하는데 사용하는 칼로서가 아니라, 저작물을 보호하는 방패로서 기능하도록 의도하였다. 즉, 본 규정은 많은 양의 복제와 배포를 막는데 도움을 주기 위한 것인데, 많은 관련 사건들은 이러한 점들을 놓치고 있으며, 사실 그러한 사건들은 실질적으로 저작권 보호를 받는 콘텐츠의 부정이용과 관련되지도 않는다. *RealNetworks Inc. v. Streambox, Inc.* 사건에서 예비적 금지명령은 DMCA 위반을 이유로 부과되었다.¹⁹⁾ 본 결정에서 가장 놀라운 것은 비록 DMCA가 저작물의 소유자를 보호하기 위해 의도적으로 제정되었지만, 어떠한 저작자도 나타나지 않았다는 것이다. DMCA의 진실한 근거가 무엇이든 간에, 법원에서 이제까지의 집행은 방해받고 있는 것이다. 저작권자들은 그들의 암묵적 권리들을 향상시키고 소비자 자율성을 제한하기 위해 DMCA를 사용하고 있다. 유용한 기술의 축진은 소비자의 행위를 요구하기 때문에, 만일 DMCA가 소비자들의 행위를 지나치게 막는다면, 그것은 걱정하지 않은 법이 될 수밖에 없다.

19) *RealNetworks Inc. v. Streambox, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 1889 (W.D. Wash. Jan. 18, 2000).

3. 소비자주의(Consumerism)

소비자주의는 저작물이 이용 가능하게 된 후 저작권법의 원칙들을 촉진할 수도 훼손할 수도 있다. 소비자주의는 능동적 소비자주의와 수동적 소비자주의가 있으며, 능동적 소비자주의는 긍정적인 형태와 부정적인 형태로 나누어진다. 먼저, 긍정적 능동적 소비자주의는 사회가 능동적 소비자주의를 통해 가장 큰 가치를 받게 되는 저작권 규정의 본래 의도이다. 긍정적 능동적 소비자주의는 소비자들이 바라는 사용을 했을 때 일어나며, 계속적 저작(subsequent authorship), 창작적 자기표현, 논평(commentary), 패러디 등의 형태를 취한다. 미국 저작권법은 긍정적 능동적 소비자주의의 개념에 뿌리박고 있으며, 이것은 최초 판매 원칙과 아이디어/표현 이분법과 같은 저작권의 범위에 가해져 있는 여러 제한들로부터 분명하다. 디지털 기술은 긍정적 능동적 소비자주의에 대한 잠재력을 확대한다.

부정적 능동적 소비자주의는 소비자에게 의한 바람직하지 않은 즉, 사회에 이로움보다는 해로움을 야기하는 사용들로 구성되며, 침해와 부정한 모습 두 가지 형태로 나타난다. 침해는 기존의 저작물을 복제할 뿐이어서 새로운 저작물을 창작하도록 하는 저작권법의 정신에 어긋나고, 새로운 저작물을 만들어야 하는 자원을 저작권 집행에 그 비용을 소모하도록 하며, 책임과 저작권 보호를 확장하는 새로운 법을 야기함으로써 공중에게 피해를 준다. 또한, 부정한 모습은 소비자들에게 침해만큼 해로울 수 있으며, 저작물을 보호하기 위한 기술을 우회하는 것 등이 이에 해당한다.²⁰⁾ 이러한 침해와 부정한 모습은 혁신적 기술의

20) Yochai Benkler, *Freedom in the Commons: Towards a Political Economy of*

개발자들이 저작물에서 소비자 자율성을 향상시키는 것을 좀 더 어렵게 만들고 있다.

수동적 소비자주의는 소비자들이 저작권자가 의도한 방법 즉, 보통의 물건으로서 저작물을 사용하는 것과 관련된다. 소비자가 책을 읽고, 영화를 보고, 음악을 들을 뿐 소비자는 더 이상의 어떤 것도 하지 않으며, 새로운 저작물도 창작되지 않는다. 수동적 소비자들은 합리적인 비용으로 여러 저작물에 접근하는 데만 중점을 두기 때문에, 침해를 하거나 공정이용을 활용하지 않으며, 경쟁적 저작물을 만들지도 않는다. 반면, 수동적 소비자주의는 저작권자들에게 이익을 극대화하기 때문에 저작권자들에게 완벽하며, 그리하여 저작권자가 가장 선호한다. 하지만, 수동적 소비자주의는 저작권의 기본적 원리와 역행하는 것이다. 또한, 수동적 소비자들은 혁신적 매체들을 만들지 않기 때문에, 저작권자들은 혁신에 의한 위협으로부터 기존 비즈니스 모델을 확고하게 자리 잡을 수 있게 한다.

4. 공정이용(Fair Use)

저작자들에게 저작권을 부여하는 목적은 공중에 대한 사회적 혜택을 제공하는 것이며, 공정이용은 저작자들에게 부여된 배타적 권리와 공중에게 제공된 사회적 혜택 사이의 균형으로 나타난다.²¹⁾ 저작권법 107조 하에서, 공정이용은 “저작권의 침해가 아니다”라고 규정되어 있으며, 특정 사용이 공정이용인지 여부

Information, 52 Duke L.J. 1245, 1250-53 (2003).

21) Glynn S. Lunney, Jr., Fair Use and Market Failure: Sony Revisited, 82 B.U. L. Rev. 975, 996 (2002).

를 결정하기 위해 4가지 요소들을 검토한다.²²⁾

그런데 본 규정에서의 요소들은 무엇이 공정이용을 구성하는지를 확인하는데 도움이 되지만, 공정이용이 명확하게 무엇을 의미하는지에 대해서는 도움이 되지 않는다. 특히, “공정이용이 침해가 아니다”라고 하는 의미가 순수하게 침해에 대한 확정적 방어인지 아니면 이를 넘어 소비자들에게 법적 권리를 부여한 것인지가 불명확하다. 지금까지, 저작권자들은 접근을 거부하면서 저작권의 이용가능성을 이용할 방법을 가지고 있지 않았기 때문에, 이러한 구별을 할 필요는 없었다. 이것은 디지털 세상에서 변화되었다. 만일, 공정이용이 소비자들의 권리라면, 저작권자들은 그들의 본래 부여를 벗어나 그들의 독점을 확대하고 있는 것이다. 만일 공정이용이 단순히 방어방법이라면, 저작권자들은 접근을 제한하는 그들의 권리 내에 있게 된다.

저작권자들은 공정이용을 구성하는 소비자 사용에 대하여 라이선싱 비용을 요구하지 않는다.²³⁾ 그리하여 공정이용은 종종 자유이용(free use)으로 오해되지만, 공정이용은 결코 공짜가 아니다. 도서관에서 책을 읽는 것과 같은 아날로그 세계에서 공정이용은 라이선싱 비용들을 포함하지 않는다. 그럼에도 불구하고, 모든 공정이용들은 소비자들에게 거래 비용을 발생시킨다. 예로써 서점에 운전하고 가는 것, 손실된 임금 또는 합법적 복제에 대한 시간 비용 등이 모두 거래비용에 해당한다. 소비자들이 현찰로 라이선싱 비용을 지급하는 것과 그들이 잃어버린

22) 17 U.S.C. § 107 (2003) ((1) 사용의 목적과 특성, (2) 저작물의 본질, (3) 사용된 양과 부분의 상당성, (4) 잠재적 시장에 대한 사용의 영향).

23) Tom V. Bell, Fair Use v. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine, 76 N.C. L. Rev. 557, 575 (1998).

기회로서 공정이용의 거래 비용을 지급하는 것에는 차이가 없다. 경제적으로 말하면, 비용은 비용인 것이다.

공정이용은 혁신적 매체들의 창작이 아니라 새로운 저작물의 창작으로부터 합리화 될 수 있다. Sony 결정은 새로운 매체와 관련되는 첫 번째 공정이용의 주요 사건이기 때문에 특히 중요하다. 대법원은 Sony 사건에서 새로운 도전으로서, 새로운 매체가 받아들여질 수 있는 사용을 촉진해야 하는지 여부를 결정해야만 했다. 만일 촉진해야 한다면, 소비자들은 직접 침해에 대한 개별적 조치들을 조건으로 새로운 매체를 사용할 수 있었다. 만일 그렇지 않다면, 소비자들은 비침해적 사용들뿐만 아니라 그 매체도 함께 사용할 수 없었다. 이것은 공정이용의 전통적인 방식을 넘어서, 공정이용의 한계를 훨씬 능가하는 것이었고, 혁신적 매체를 평가하는 새로운 테스트가 필요함을 보여주었다.

5. 간접책임(Secondary Liability)

저작권법에는 타인의 침해 행위에 대하여 책임을 지는 간접책임으로서 기여책임과 대위책임 두 가지를 인정하고 있다. 기여책임이 성립하기 위해서는 타인의 침해 행위를 알고도 실질적으로 기여하여야 하며, 타인의 침해 행위를 조절할 능력과 권리가 있고, 그 침해 행위로부터 직접적 경제적 이익을 얻는 자는 대위책임이 부과된다. 그리고 양자 모두 소비자들에 의한 직접 침해가 존재하여야 한다. 간접책임은 제3자들이 소비자들에게 너무 많은 자율성을 부적절하게 제공하는 경우 제3자들에게까지 책임을 넓히고, 저작권자들이 소비자들로부터 너무 많은 자율성을 빼앗아 가는 것을 방지함으로써 자율성의 균형을 유지한다.

간접책임에 함축된 취지는 간접책임을 부과함으로써 침해가 저지되어야만 한다는 것이다. 간접책임이 직접 침해를 요구하기 때문에, 논리상 간접책임의 부과는 장래의 직접침해 행위가 발생하지 않도록 막는 것과 같다.

기술 제공자들에게 책임을 확대하는 것은 혁신을 억압하도록 위협한다. 유사하게, 투자자들과 같은 제3자들에게 책임을 확대하는 것은 혁신에 대한 투자를 억압할 것이다. 또한, 법원들이 침해에 대하여 책임을 결정하는 사례별 기준은 중요한 문제들을 제기한다. 간접책임에 바탕을 둔 소송들은 프로그램이나 서비스의 사회적 혜택과 사회적으로 해로운 사용 둘 다를 함께 허용하거나 함께 금지한다. 혁신적 매체들은 항상 이중용도 기술을 구성하기 때문에, 소비자들은 침해나 비침해적 목적을 위한 이중용도 기술을 사용할 수 있다. 사회는 이러한 기술들을 현재 상황의 부분으로서 받아들였고, 그래서 그들은 확립된 가치들에 대한 보호를 받아왔다.

혁신적 매체들은 법적 공격에 좀 더 민감하기 때문에 동일한 보호를 향유하지 않는다. 혁신적 매체들은 그들의 지배적인 사회적 가치를 증명하거나 현재 상황을 확정하지 못하였다. 새로운 기술들을 불법으로 만드는 것은 사회적 혼란을 야기하지 않을 것이다. 따라서 이중용도 기술들이 받아들여지는 기술의 영역 내로 들어갈 수 있고 현재의 상황 부분이 되기 전에 간접책임을 확대하려는 시도들은 새로운 이중용도 기술들을 제거하는 시도와 같다. 혁신가들에게 간접책임을 부과함으로써 새로운 기술을 파괴하려는 이러한 시도는 혁신과 저작권의 목적을 위협한다. 또한, 간접책임이 확대됨으로써, 저작권자에 대한 저작권의 가치는 증가할 뿐만 아니라 공중에게 영향 받는 사회적 피해들

또한 증가된다. 특정 장치가 간접책임에 근거하여 금지될 때, 장래 유사한 장치들의 혁신은 직접적으로 제한된다. 더 나아가, 공중은 그 혁신의 사회적 가치에 의해 측정 가능한 현재의 비용을 깨닫게 된다. 예로써, 만일 법원이 P2P 기술 그 자체가 불법적이라고 선언하였다면, 다음과 같은 두 개의 사회적 해로움이 발생할 것이다: P2P를 넘는 차세대 기술의 혁신가들에게 혁신을 단념시킨다; 공중은 아직 개발되지 않은 장래 혜택을 포함하여 P2P가 제공한 비침해적 사용의 사회적 가치를 잃을 것이다.

Ⅲ. 혁신적 매체 방어

1. ReplayTV 4000 v. Napster

2001년 여러 저작권 침해들을 주장하는 4개의 별개지만 연결된 소송들이 ReplayTV 4000으로 불리는 개인 비디오 녹화(PVR) 장치의 제작자인 SONICblue를 상대로 제기되었다.²⁴⁾ 본 사건은 디지털 시대의 소비자 자율성에 영향을 끼친 주요한 사건이었으며, 현대판 Sony와 유사한 PVR의 기여책임과 공정이용을 다룬 주요 사건이었다. PVR은 디지털 시대에 비디오카세트 녹화기로 볼 수 있다. PVR은 하드 드라이브에 디지털 파일들의 프로그램들을 받고 저장한다. 그들의 디지털 저장 능력들 때문에, PVR은 생방송 TV 방송을 되돌리거나 정지시킬 수도

24) Aaron A. Hurowitz, Copyright in the New Millennium: Is the Case against ReplayTV a New Betamax for the Digital Age?, 1 Commlaw Conspectus 145 (2003).

있다. ReplayTV 4000은 소비자 자율성을 향상시키는 독특한 몇 개의 기능들을 가지고 있었다.

(1) ReplayTV 4000의 특징

ReplayTV 4000은 Send Show Feature, AutoSkip Feature, Library Feature 3개의 독특한 기능들을 갖고 있었다. Send Show Feature는 ReplayTV 4000의 가장 중요한 기능이었으며, 소비자들은 다른 ReplayTV 소비자들에게 저장된 프로그램의 디지털 복제본들을 보낼 수 있었다. 하지만, 본 기능은 소비자들이 최대한 15개의 다른 고객들에게만 프로그램들을 보낼 수 있고, 수신 소비자는 ReplayTV 4000을 소유해야만 하며, 송신 소비자는 수신 소비자의 ReplayTV 4000의 주소를 알아야만 하고, 파일 크기별로 시간제한이 가해지는 등 여러 제한들을 갖고 있었다. 소비자들은 TV 프로그램과 더불어 위의 제한 하에서 디지털 사진과 디지털 가정용 영화들과 같은 다른 디지털 파일들도 보낼 수 있었다. 또한, 소비자들은 그들의 가정에서 다른 위치에 프로그램을 배포할 수도 있었다. 소비자는 거실에 있는 ReplayTV 4000으로부터 프로그램을 녹화할 수 있었고, 침실에 있는 두 번째 ReplayTV 4000으로 그 프로그램을 보낼 수 있었다.

두 번째 AutoSkip Feature는 소비자들이 TV를 방송하는 동안 광고들을 생략할 수 있도록 하였다. AutoSkip Feature는 완벽하지 않았지만, 완벽한 조건 하에서 ReplayTV 4000은 AutoSkip Feature가 광고의 96%를 생략할 수 있다고 주장하였다. 이러한 기능의 성공률은 각 프로그램 별로 다르지만, 70에서 90%에 달한다. AutoSkip Feature의 기능은 결코 새로운

것이 아니었다. 여러 해 동안 소비자들에게 광고를 생략할 수 있게 하는 4-헤드 VCR들이 이용가능 했었다.

마지막으로, ReplayTV 4000은 Library Feature를 형성하기 위해 결합되는 여러 기능들을 갖고 있었다. 첫째, 소비자들은 그들이 녹화하기 원하는 프로그램들을 찾기 위한 키워드들을 사용할 수 있었다. 이러한 기능은 거의 모든 PVR들에 흔한 것이었지만, ReplayTV 4000을 다르게 만드는 것은 320 시간의 확장된 저장 능력이었다. 이러한 특이한 저장 능력과 함께, ReplayTV 4000은 소비자들에게 관련 범주에 맞게 모든 녹화된 프로그램들을 분류하고 정리할 수 있게 하는 Show Organizer도 갖추고 있었다.

(2) 청구와 방어

원고들은 ReplayTV를 상대로 각각의 기능에 따른 저작권 침해를 주장하였다. 원고들은 ReplayTV 4000이 그들의 저작물 가치에 가져오는 부정적인 영향에 초점을 맞추었다. 원고들은 Send Show Feature에 대하여 3가지의 문제를 제기하였다. 첫째, 원고들은 Send Show Feature가 서비스 가입비용을 지급하지 않은 소비자들에게 프로그램을 보내도록 허락할 것이라고 주장하였다. 둘째, 원고들은 이러한 기능이 유료 저작물이 방송에 의한 TV 네트워크와 지방 방송국에 의해 공짜로 제공되는 시스템을 위협할 것이라고 주장하였다. 셋째, 원고들은 Send Show Feature가 새롭게 제작하는 리퍼포징(repurposing) 하는 것으로부터 수익을 올리는 그들의 능력에 해를 입힐 것이라고 주장하였다.

Send Show Feature와 관련된 방어에서, ReplayTV는

ReplayTV 4000과 Naspter 사이의 차이에 초점을 맞추었다. 소비자들은 그들이 배포할 수 있는 수와 그들이 배포할 수 있는 대상이 제한되기 때문에, ReplayTV는 Send Show Feature가 비디오카세트를 공유하는 친구들에 비유할 수 있다고 주장하였다. 또한, 파일들은 그들이 한 번 보내지면 더 이상 재전송될 수 없기 때문에, ReplayTV는 Send Show Feature가 공짜 프로그램에 대하여 시청자를 감소시키는 것이 아니라 증가시킬 것이라고 주장하였다. 또한, 일정 수준 이상의 소비자들만이 ReplatyTV 4000 장치를 구입하였고, 이러한 일정 수준 이상의 소비자들 상당수가 프리미엄 채널들에 가입하였고, 그래서 대부분의 전송은 가입비를 지불한 소비자들 사이에서만 일어나게 된다고 하였다. ReplayTV 4000은 또한 의회에 의해 허가된 복제 보호 기술인 Macrovision을 지속적으로 적용하여왔고, 그래서 소비자들은 Macrovision이나 다른 복제 보호 프로그램에 의해 보호되는 파일들을 보내는 것이 금지되고 있다고 주장하였다.

다음으로, AutoSkip Feature에 대하여 원고들은 모든 광고를 자동적으로 삭제할 목적으로 허락받지 않은 TV 프로그램을 복제하는 것은 공정이용이 아니며, 1984년 Sony 결정에서 대법원에 의해 논의된 좁게 제한된 행위를 넘어서는 것이라고 주장하였다. 원고 주장의 핵심은 프로그램의 시간 이동 복제본을 볼 때에도 소비자들이 광고를 보도록 요구하는 것이었다. 달리 말하면, 어떠한 사용도 만일 그것이 저작권자의 확립된 비즈니스 모델의 한도 내에서 적합하지 않다면 공정이용이 될 수 없다는 것이다.

ReplayTV는 AutoSkip Feature가 VCR들에서 영화와 TV 프로그램의 창작에 대한 부정적인 영향을 야기하지 않고 여러 해

동안 이용 가능했었다고 주장하였다. 더 나아가, ReplayTV는 저작권의 어떤 원칙도 소비자들에게 광고를 보도록 요구하지 않는다는 점을 지적하였다. ReplayTV는 소비자들이 결코 광고를 보도록 요구받지 않았다고 언급하면서 그 주장을 강조하였다. 원고들은 AutoSkip Feature이 없었다면 소비자들은 실질적으로 광고를 보았을 것이라는 가정을 주장하였다. 하지만, 광고가 나오고 있을 때 리모콘을 사용하여 채널을 바꾸는 것은 어떠한가? 더 나아가, 소비자들은 광고동안 음식이나 음료수를 가져오고 화장실을 이용하기 위해 자리를 뜬다. 만일 원고들의 주장을 받아들인다면, 다양한 가정 내 기기들은 저작권 침해에 대한 간접책임을 져야 한다. 소비자들이 광고를 보도록 강제하기 위하여, 원고들은 광고에 기반을 둔 비즈니스 모델을 자리 잡게 하려고 한다. 저작권법의 목적은 이러한 모델을 보호하는 것이 아니고, 새로운 방법들을 채택하여 이익을 최대화하는 것은 저작권자의 일이다. 그러한 새로운 방법의 일환 중 하나는 프로그램의 시작과 끝 시간을 바꾸는 것이다. 일반적으로, 프로그램은 매우 예측가능하다. 7시에서 7시30분까지 예정된 쇼는 7시에 정확히 시작할 것이고, 보통 7시반직전에 끝난다. 하지만 동일한 프로그램을 6시57분에 시작하고 7시33분까지 방송하게 만들면, 광고들은 예측 가능하지 않게 되어, 소비자들이 그 광고를 볼 수 있도록 만든다.

마지막으로, 원고들은 Library Feature이 소비자들에게 실질적인 녹화본들을 일관성 있는 컬렉션으로 정리하도록 허용한다고 주장하였다. 원고에 따를 때, 이러한 컬렉션들은 DVD들과 같은 부수적 상품들에 대한 시장을 약화시킬 것이라고 주장하였다. ReplayTV 4000은 그러한 컬렉션들이 비상업적 시간 이동

의 공정이용을 구성한다고 반박하였다.

(3) ReplayTV 4000과 Napster의 차이와 판결

Napster는 저작권자들이 새로운 기술들을 공격하기 위하여 사용하는 기준이기 때문에, ReplayTV 4000을 Napster의 서비스들과 구별하는 것은 중요하다. 첫째, ReplayTV 4000은 Napster와 같은 중앙 서버를 갖고 있지 않다. 둘째, Napster와 달리, ReplayTV 4000 소비자들은 그들이 배포할 수 있는 파일의 수와 대상에 있어 제한이 된다. 셋째, ReplayTV 4000은 다른 ReplayTV 4000 사용자들에게 공짜로 이미 이용 가능한 프로그램의 전송을 허락한다. Napster에 배포된 음악 파일들은 일반적으로 공짜로 이용 가능하지 않은 것들이며, 그러한 것들의 판매들을 감소시켰다.

위와 같은 차이들로 인해, 법원은 ReplayTV 4000에 호의적인 결정을 내릴 것 같았다. 하지만, 그와는 반대로 원고들이 사실상의 승리를 하였다. 이 소송 기간 동안, SONICblue는 파산 신청을 하였다. 파산신청 동안, SONICblue는 ReplayTV 4000을 Digital Networks North America, Inc.(DNNA)에 양도하였다. DNNA는 AutoSkip과 Send Show Features를 제거하였고, 그것은 원고가 자발적 기각을 하도록 만들었다. 파산 절차 전에, 다섯 개의 ReplayTV 4000 소유자들은 그들의 ReplayTV 4000 장치들을 사용하는 권리에 대한 확인적 소송을 신청하였다. 하지만, 파산 절차로부터 발생한 자발적 기각과 함께, 저작권자들은 그 소유자들에게 소송을 하지 않는 계약을 하였다. 법원은 이 계약이 ReplayTV 4000 소송의 기각과 함께 소송을 하지 않는 계약이라고 판결하였다. 그 후, 법원은 사건에 대한 관

할의 문제가 있다고 하면서 기각하였다.

2. 혁신적 매체 보호의 필요성

저작권법 하에서 혁신적 매체들을 보호하는 첫 번째 근거는 새로운 매체들의 혁신이 저작권법의 두 번째 기본적 목적이라는 것이다. 이러한 근거는 논리적 접근이다. 유용한 기술을 촉진하는 것은 새로운 작품들에 덧붙여 표현의 혁신적인 매체들의 창작을 필연적으로 지칭한다. 만일, 헌법 제정가들이 유용한 기술의 촉진을 추구하였다면, 그들이 새로운 매체들의 혁신을 바랐던 것은 당연하다. 저작권법의 두 번째 기본적 목적을 혁신으로 보는 문제는 헌법의 저작권 규정에서 혁신에 대한 토론이 없었다는 것이다. 그 토론이 없었던 두 가지의 중요한 이유들이 있었다. 첫 번째, 헌법 제정가들은 혁신적 매체들이 특허법을 통해서 개발될 것이라고 기대했었다는 것이다. 특허법은 새로운 발명들에 대하여 일시적인 독점권을 부여하고, 그것은 혁신적 매체들을 포함한다. 헌법 제정가들은 특허권자들이 새로운 매체들을 만들고, 저작권자들은 그러한 매체들을 통해 배포하는 새로운 콘텐츠를 만드는 것으로 생각하였다. 두 번째, 헌법 제정 당시 저작권의 존속기간은 너무 짧아서 혁신적 매체를 언급할 필요가 없었다. 제한된 저작권 존속기간에서, 공유재산의 보존은 새로운 매체들의 혁신을 용이하게 했다. 이러한 상황에서, 혁신가들은 항상 새로운 매체들을 디자인하기 위해 공유재산에서 이용가능하게 되는 풍부한 작품들을 항상 갖고 있었다.

혁신적 매체를 보호하는 두 번째 근거는 저작자들을 장려하는 시스템이 결정적인 흠결을 갖고 있다는 것이다. 저작권자들

은 새로운 저작물을 창작하는 인센티브를 갖고 있지만, 그들은 표현의 새로운 매체들을 창작할 인센티브는 갖고 있지 않았다.²⁵⁾ 저작권자들은 간접적인 경우를 제외하고 그 혁신으로부터 어떠한 혜택을 받지 않았기 때문에, 조력자들에 의한 최선의 혁신을 허락할 인센티브를 갖고 있지 않았다.²⁶⁾ 더 정확하게, 기존의 매체들에서 새로운 저작물을 계속 창작하도록 하는 저작권자들의 인센티브는 새로운 매체들에서 새로운 저작물을 창작하는 그들의 인센티브를 훨씬 능가한다. 그것은 표현의 새로운 매체들을 실행하는 것은 입증되지 않은 비즈니스 모델의 도입과 알려지지 않은 저작권 집행의 방법을 요구하기 때문이다.

3. 혁신적 매체 방어

Grokster 결정에서 대법원은 적극적인 유인으로 제한하였기 때문에, 적극적 유인이 존재하지 않을 때, 혁신을 저해하고 법원들 사이에서 정형적인 기준을 촉진하는 저작권자의 능력에 대응하는 새로운 테스트가 실행되어야만 한다. 혁신적 매체 방어는 좀 더 전통적인 “부정한 손 원리(unclean hands doctrine)”에 그 뿌리를 두고 있다.²⁷⁾ 저작권자들은 혁신을 저해하는 조치를 해왔지만, 그들은 의회와 법원들에 의해 그들에게 부여된 권리의 한도 내에서 그렇게 할 수 있었다. 따라서 혁

25) Greg R. Vetter, *The Collaborative Integrity of Open-Source Software*, 2004 Utah L. Rev. 563 (2004).

26) Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, *Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation*, 56 Stan. L. Rev. 1345, 1350 (2004).

27) Lemley, *supra* note 2, at 157.

신적 매체 방어는 저작권자들에게 깨끗한 손과 유사한 것을 갖도록 한다. 그럼에도 불구하고, 저작권자의 행위들이 그들의 부여된 권리 내에 있는지와 관계없이, 혁신의 저해는 침해에 의하여 야기되는 피해 이상으로 저작권의 목적에 피해를 준다. 혁신 매체 방어의 적용은 저작권의 의도된 목적을 좌절시키기 보다는 촉진할 것이다.

혁신적 매체 테스트의 요소들은 다음과 같다:

- 1) 혁신적 매체의 주요 목적이 소비자 자율성을 향상시키는 것인가?,
- 2) 혁신적 매체가 얼마 안 되는 비침해적 사용 이상을 제공하는가?,
- 3) 혁신적 매체가 소비자들에게 제한되지 않은 복제와 배포를 금지하는가?,
- 4) 혁신적 매체가 긍정적 능동적 소비자주의를 촉진하는가?,
- 5) 저작권자들이 그들의 저작물에 대한 적절한 보수를 획득하는가?

이러한 요소들은 동등한 가중치를 갖고 종합적으로 고려되어야 한다.

(1) 소비자 자율성의 향상

혁신적 매체 방어의 첫 번째 요소는 혁신적 매체의 주요 목적이 소비자 자율성을 향상시키는지 여부를 확인하는 것이다. 이 요소는 혁신가들이 충족하기에 쉬운 기준이지만, 혁신가는 부정적 능동적 소비자주의와 관련되는 경우 이러한 요소를 잃을 수 있다. 만일 혁신가가 침해를 자랑한다면, 즉 혁신적 매체가 침

해에 사용될 수 있음을 밝히거나 홍보 등을 한다면, 혁신가는 이러한 요소를 잃을 것이다. 하지만, 만일 혁신의 주요 목적이 소비자 자율성을 제공하는 것이라면, 혁신적 대체는 이 요소에서 승리할 수 있다.

(2) 비침해적 사용의 양

두 번째 단계는 혁신적 대체가 얼마 안 되는 비침해적 사용의 양 이상을 제공하는지 여부를 결정하는 것이다. 얼마가 얼마 안 되는 비침해적 사용 이상인지에 대하여 명백한 기준 법칙 (bright line rule)은 적용되지 않지만, Grokster는 10%의 비침해적 사용이 얼마 안 되는 것이 아니라는 선례를 만들었다. 이것은 혁신적 대체가 도달하기에 쉬운 한계점이다. 만일, 혁신적 대체가 이러한 기준을 만족할 수 없다면, 그것의 존재를 정당화하기 위해 제공된 충분한 사회적 혜택이 존재하지 않는 것으로 볼 수 있다.

대부분의 사건들에서, 저작물의 법적 유효 기간은 그것의 경제적 유효 기간을 훨씬 초과한다.²⁸⁾ 따라서 혁신적 대체는 그들의 경제적 유효 기간을 잃은 저작물의 침해를 촉진한다. 이러한 기준은 혁신적 대체를 다룰 때, 경제적으로 실행 가능한 침해를 평가하는 것에 대한 필요성을 제거하려 한다. 더 나아가, 대부분의 저작물에 대하여 100년 이상을 넘는 보호의 확대는 혁신적 대체가 51% 이상의 비침해적 사용 수준에 도달하는 것을 어렵게 할 것이다. 이러한 요소는 그 대체가 얼마 안 되는 비침해적 사용 이상이 가능하도록 보장하고, 그것은 그 대체가 침해에

28) Russell L. Parr & Gordon V. Smith, Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets 284 (3d ed. 2000).

대해 사회적 혜택의 적정한 수준을 제공하는 것을 의미한다. 또한, 이러한 요소는 저작권자들에게 침해를 저지하기 위해 개별적 소송을 하는 그들의 전략을 계속하도록 허락하기도 한다.

(3) 무제한 복제와 배포

다음으로, 법원들은 혁신적 매체가 소비자들이 무한대의 복제와 배포를 막을 수 있는지 여부를 검토해야만 한다. 이러한 요소는 저작권자들보다는 혁신가들에 더 많은 부담을 준다. 예로써, Grokster는 저작물에 대한 무한대의 복제와 배포를 허락하기 때문에 이러한 요소를 만족할 수 없었다. 만일 매체가 ReplayTV 4000과 같은 복제와 배포를 제한한다면, 그것은 매체가 촉진하는 가능성을 얼마 안 되지 않은 비침해적 사용의 양 이상으로 향상할 것이다. 이러한 요소의 목적은 복제와 배포의 받아들여질 수 있는 수준을 정하는 것이 아니고 소비자들이 복제와 배포에서 제한 받지 않는 재량을 갖는지 여부를 결정하는 것을 의미한다. 복제와 배포에 대한 더 많은 제한은 혁신적 매체의 사회적 혜택이 잠재적 해로움을 능가할 가능성을 높게 한다.

(4) 긍정적 능동적 소비자주의의 촉진

네 번째, 혁신적 매체가 긍정적 능동적 소비자주의를 어떻게 촉진하는지를 분석하는 것이 필요하다. 이것은 혁신가가 그 매체의 사회적 혜택 기능 모두를 주장할 수 있는 포괄적 요소이다. 저작권자들은 그러한 사용의 신빙성을 없애고 어떻게 혁신적 매체가 부정적 능동적 소비자주의 즉, 침해를 촉진시키는가를 보여주는 것이 필요하다. 이러한 요소의 1차 중요성은 장래 저작물을 생산하는 것과 관련하여 혁신적 매체가 제공하는 잠재력을 분석하는 것이다. 이러한 요소는 혁신적 매체들에 대한 독특한 부담을 주지만, 특별한 중요성을 제공한다. 만일 이것이 간접책임을 결정하는 요소라는 것을 혁신가들이 안다면, 그들은

혁신적 매체를 개발하는 동안 긍정적 능동적 소비자주의에 대한 도구들을 강화시킬 것이다. 소비자 자율성에 초점을 맞추기 보다는 혁신가들은 긍정적 능동적 소비자주의를 향상하고 다음 저작물의 창작 즉, 저작권의 기본적인 원칙을 촉진하는 방법을 찾을 것이다. 만일 저작권자들이 이러한 원칙들에 대하여 반대하면, 이러한 원리를 촉진하기 위해 혁신가들에게 인센티브를 주는 것이 당연하다.

(5) 저작권자들에 대한 적절한 보상

마지막으로, 혁신적 매체 방어는 저작권자들이 저작물에 대하여 적절한 보상을 여전히 받을 수 있는지 여부를 따져야 한다. 이러한 요소는 저작권자들에게 가장 큰 어려움을 보여준다. 하지만, 피해의 구체성은 항상 원고가 만족시키는데 어려운 요소이다. 과거에, 저작권자들은 혁신적 매체가 문을 닫지 않는다면 잃어버리게 될 추정적 수입을 광범위하게 주장해왔다. 혁신적 매체 테스트 하에서, 저작권자들은 저작물에 대한 그들의 투자에 대하여 적절한 보상을 더 이상 획득할 수 없었다는 것을 증명해야만 할 것이다. 이것은 법원들이 지금까지 무엇을 사용해왔는가 하고는 다른 분석이다. 소비자 자율성은 혁신적 매체에 의해 향상되기 때문에, 저작물의 가치는 처음에 감소할 것이다. 하지만, 이러한 가치에 대한 초기의 감소는 그 매체를 함께 제거하는 정당한 이유가 아니다. 이러한 요소와 함께, 저작권자들은 혁신적 매체들이 투자에 대한 적절한 보상을 하지 못하고 있음을 보여주어야만 할 것이다.

IV. 결어 - 국내 도입 여부 검토

혁신은 우리 사회를 포함하여 저작권 분야에서도 아주 중요하다. 하지만, 혁신은 저작물의 가치를 단기간에 고갈하도록 만들기 때문에, 저작권자들은 자신들의 투자에 대한 보상을 확보하기 위하여 혁신을 지속적으로 저해하려 할 것이다. 하지만, 이러한 가치에 대한 고갈 하나로 인해 혁신을 저해할 수 있는 정당한 이유가 될 수는 없으며, 혁신을 적절한 방법으로 보호해야만 하고, 그 중심에는 혁신과 저작권의 보호에 대한 균형이 있을 것이다. 이러한 균형을 판단할 수 있는 방법 중 하나가 Lemley 변호사에 의해 제안된 혁신적 대체 방어 방법이다. 이 방법이 그 균형을 판단하는 완벽한 것이라고 할 수는 없지만, 최소한 그 균형을 판단하기 위해 필요한 요소들이 무엇이 되어야 하는지에 대한 방향과 실질적 사례들을 충분히 제공하고 있어 그 의미가 매우 크다.

우리나라는 지금까지 혁신 기술에 의한 저작권 침해가 발생하는 경우 저작권과 혁신에 대한 균형을 고려하는 것에 소홀하였고, 그에 따라 그 균형을 판단할 수 있는 방법들을 개발하지도 않았다. 사실, 앞에서 살펴 본 저작권의 원칙들에 대해서도 이러한 다각적인 측면에서의 검토들이 잘 이루어지지 않았다. 저작권의 목적은 저작권의 보호가 아니라 저작권 보호와 이용의 균형을 통한 문화 산업발전이다. 또한, 그러기 위해 저작권자와 소비자의 자율성에 대한 균형이 이루어져야 하고, 긍정적 능동적 소비자주의가 촉진되어야 한다. 이러한 균형 하에서만 저작권이 혁신을 저해하기 보다는 촉진할 것이고, 우리는 혁신 기술

의 완전한 혜택을 볼 수 있게 될 것이다. 따라서 앞으로 혁신 기술과 관련하여 저작권 침해 사건이 발생하는 경우, 우리도 이러한 균형을 판단할 수 있는 방법들을 모색하는 것이 필요하다 할 것이다.

<참고 문헌>

- Aaron A. Hurowitz, Copyright in the New Millennium: Is the Case against ReplayTV a New Betamax for the Digital Age?, 1 *CommLaw Conspectus* 145 (2003).
- Craig Joyce & L. Ray Patterson, Copyright in 1791: An Essay Concerning the Founders's View of the Copyrghht Power Granted to Congress in Article I, Section 8, CClause 8 of The U.S. Constitution, 52 *Emory L.J.* 909 (2003).
- Dan L. Burk, Anticircumvention Misuse, 50 *UCLA L. Rev.* 1095 (2003).
- Erwin Chemerinsky, *Eldered v. Ashcroft: Intellectual Property, Congressional Power and the Constitution: Balancing Copyright Protections and Freedom of Speech: Why the Copyright Extension Act is Unconstitutional*, 36 *Loy. L.A. L. Rev.* 83 (2002).
- Glynn S. Lunney, Jr., Fair Use and Market Failure: Sony Revisited, 82 *B.U. L. Rev.* 975 (2002).
- Greg R. Vetter, The Collaborative Integrity of Open-Source Software, 2004 *Utah L. Rev.* 563 (2004).
- Jane C. Ginsburg et al., The Constitutionality of Copyright Term Extension: How Long is Too

- Long? 18 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 651 (2000).
- Joseph P. Liu, *Copyright Law's Theory of the Consumer*, 44 *B.C. L. Rev.* 397 (2003).
- Kevin M. Lemley, "The Innovative Medium Defense: A Doctrine to Promote the Multiple Goals of Copyright in the Wake of Advancing Digital Technologies", 110 *Penn St. L. Rev.* 111 (2005).
- Lawrence Lessig, *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Central Creativity* (2004)
- Llewellyn Joseph Gibbons, *Stop Mucking Up Copyright Law: A Proposal for a Federal Common Law of Contract*, 35 *Rutgers L.J.* 959 (2004).
- Mark A. Lemely & R. Anthony Reese, *Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation*, 56 *Stan. L. Rev.* 1345, 1350 (2004).
- Matthew Fagin et al., *Beyond Napster: Using Antitrust Law to Advance and Enhance Online Music Distribution*, 8 *B.U. J. Sci. & Tech. L.* 451 (2002).
- Russell L. Parr & Gordon V. Smith, *Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets* 284 (3d ed. 2000).
- Tom V. Bell, *Fair Use v. Fared Use: The Impact of Automated Rights Management on Copyright's Fair Use Doctrine*, 76 *N.C. L. Rev.* 557 (1998).
- Yochai Benkler, *Freedom in the Commons: Towards a*

Political Economy of Information, 52 Duke L.J.
1245 (2003).

토론문

손승우 (중앙대학교)

혁신(innovation)은 항상 기존 가치 또는 법제 등과 항상 충돌해 왔습니다. 슈페터(Joseph A Schumpeter, 1883~1950)는 ‘창조적 파괴(Creative Destruction)’이론에서 기업가가 기업가 정신을 발휘해 기존의 생산방식을 파괴할 정도로 새롭고 뛰어난 방식을 만듦으로써, 즉 창조적 파괴를 통해 경제가 발전한다고 말했습니다. 저작권 분야에서도 새로운 기술발전은 항상 기존 질서와 긴장 관계를 가져왔습니다. “저작권법상 혁신적 매체 방어의 도입 타당성 연구”라는 흥미로운 주제로 혁신과 저작권 보호 간의 정치한 균형적 관점에서 Lemley 변호사의 혁신적 매체 방어 방법에 대해 자세히 말씀해 주셔서 많은 공부가 되었습니다. 김 교수님의 학문적 노고와 기여에 진심으로 감사드립니다. 혁신 기술은 기술 중립성을 가지면서도 침해의 도구로 활용되고 있어서 ‘침해’와 ‘비침해’의 이중성을 지니고 있습니다. 과거 Napster 사건이나 한국의 소리바다 사건에서 P2P 기술이 그러했고, 이후 Grokster 사건에서 중앙 통제가 없는 P2P 기술이 그러했습니다. 최근에는 임베디드 링크 관련해서 방조책임을 인정한 국내 중요한 판결이 있었습니다.

‘혁신적 매체 방어 이론’은 새로운 기술이 과연 저작권 침해로

부터 면책이 될 수 있는지를 판단하는 기준을 제시하고 있습니다. Napster 사례와 ReplayTV 4000 사례를 비교하는 방식으로 ‘혁신적 매체 방어 이론’의 5가지 구체적인 판단 기준을 제시하고 있어서 매우 재미있게 발제문을 읽었습니다.

- (1) 혁신 매체의 주된 목적이 소비자 자율성을 향상하는가?
- (2) 혁신 매체가 얼마만큼의 비침해적 사용을 제공하는가?
- (3) 혁신 매체가 무제한의 복제와 배포를 제한하는가?
- (4) 혁신적 매체가 긍정적 능동적 소비자주의를 촉진하는가?
- (5) 혁신적 매체가 저작권자에게 적절한 보상을 부여하는가?

이와 관련해서, 한 가지 의견을 구하고자 합니다. 통상 새로운 기술, 매체가 등장하면 그것을 이용한 새로운 서비스, 도구가 과연 저작권 침해를 방조하거나 유도하는 것인지? 아니면 공중의 이익에 부합하는 것인지를 법원에 묻게 됩니다. 그러한 질문을 받은 법원은 현행 저작권법 제35조의3상의 “공정이용(fair-use) 법리에 따라 판단해 왔습니다. Lemley 변호사의 ‘혁신적 매체 방어 이론’은 ‘공정이용’과 밀접한 관련성을 갖는 것 같습니다.

즉, ‘혁신적 매체 방어 이론’상 (1) 기준과 (5) 기준은 ‘공정이용’의 1 기준과 4 기준과 매칭이 되는 것 같습니다. 실제 공정이용 기준 중에서 1 기준과 4 기준이 가장 중요한 것을 보면 ‘혁신적 매체 방어 이론’도 ‘공정이용’에 기초했거나 중요한 기준을 공유한다고 생각됩니다. 또한, 방어이론의 (2), (3) 기준은 공정이용의 3 기준과 매칭이 되는 것 같습니다. 그렇다면 두 개 법리에서 차이가 있는 부분은 “(4) 혁신적 매체가 긍정적 능동적 소비자주의를 촉진하는가?”이라고 할 수 있습니다.

이러한 관계 분석에 대해 김 교수님의 견해는 어떠한지 묻고 싶습니다.

제35조의3(저작물의 공정한 이용) ① 제23조부터 제35조의2까지, 제101조의3부터 제101조의5까지의 경우 외에 저작물의 통상적인 이용 방법과 충돌하지 아니하고 저작자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 아니하는 경우에는 저작물을 이용할 수 있다.

② 저작물 이용 행위가 제1항에 해당하는지를 판단할 때에는 다음 각 호의 사항등을 고려하여야 한다.

1. 이용의 목적 및 성격
2. 저작물의 종류 및 용도
3. 이용된 부분이 저작물 전체에서 차지하는 비중과 그 중요성
4. 저작물의 이용이 그 저작물의 현재 시장 또는 가치나 잠재적인 시장 또는 가치에 미치는 영향

한편, 위에서 언급한 ‘긍정적 능동적 소비자주의’는 발제문에서 저작권 원칙 중 하나로서 언급하고 있습니다. 긍정적 능동적 소비자를 바람직한 소비자의 모습으로 정의하면서 타인의 저작물을 사용하면서 계속적 저작(subsequent authorship), 창작적 자기표현, 논평(commentary), 패러디 등의 형태를 취한다고 소개하고 있습니다. 최근에 등장하고 있는 긍정적 능동적 소비자의 모습으로 MCN 서비스에서 활동하는 1인 크리에이터(예, 1인 방송인, 유튜버, BJ 등)들이 있습니다. 예를 들면, YouTube에서

활동하는 유튜버들은 저작물을 사용하여 다양한 창의적 콘텐츠를 적극적으로 생산합니다. 소위 '프로슈머(prosumer)'로서 자신의 창작과정에서 타인의 음악, 미술, 사진, 영상 등을 소비합니다.

1인 크리에이티이 가장 걱정하는 것은 저작권이며, 이를 해결하기 위하여 자신이 제작하는 콘텐츠에 사용될 재료 및 요소 콘텐츠를 구입합니다. 최근 저작권 문제로 누적 조회수 280만회 이상이 되는 유튜버 영상이 삭제되거나 비공개 메시지가 뜨는 사례가 있었습니다. 이는 허락 없이 사용한 타인의 음원, 사진, 영상으로 인해 저작권이 문제가 된 것인데, 재료콘텐츠(micro-contents의 일종)는 이러한 문제를 해결하기 위해 등장한 서비스입니다. 국내에는 이러한 서비스가 많지 않아 해외 재료콘텐츠 서비스를 비싼 가격으로 이용하고 있습니다. 이러한 점에서 아직 국내에서는 긍정적 능동적 소비자를 양성하기 위한 저작 및 라이선스 환경이 미흡한 상태라고 할 수 있습니다.

표현의 자유의 범위와 가짜뉴스

-가짜뉴스 규제에 대한 재검토

류 성 진*

I. 서론

어렸을 적 아침 풍경, 분주히 식사를 준비하는 소리와 함께 어김없이 TV에서는 뉴스가 나오고 있다. 이는 밤 9시에서도 마찬가지였던 것으로 기억한다. 잘 알아들을 수는 없었지만, 흔히 말하는 세상 돌아가는 이야기였을 것이고, 생계의 영역에 한정된 생활을 할 수밖에 없는 대부분의 사람들이 나름 신뢰성 있는 정보를 접할 수 있는 거의 유일한 시간이었을 것이다. 뉴스는 이렇게 당연히 사실과 짝이 되어 있다고 믿었다. 그런데 2016년 즈음부터 어울리지 않는 두 개의 단어, ‘가짜’와 ‘뉴스’가 짝이 되어 회자되고 있다. 이는 우리나라만의 문제가 아니라 전세계적으로도 마찬가지인 것 같다. 그런데 사실 허위 및 거짓 정보라고 할 수 있는 가짜뉴스는 예전에도 있었다. 루머, 풍자, (의도적이든 비의도적이든)언론의 오보, 음모이론, 특정한 목적을 위해 고의로 조작한 정보 등은 다양한 형식으로 과거에도 존재해 왔다. 그런데 가짜뉴스라는 단어가 2016년부터 집중적으로 관심을 받게 된 것은 뉴스가 유통되는 환경이 변화했기 때문일

* 동의대학교 법학과 조교수, 법학박사(S.J.D.).

것이다.¹⁾ 오늘날 신문이나 TV방송과 같은 덩치 큰 매스미디어 뿐 아니라, 인터넷, SNS, 1인 유튜브 방송까지 이제 각자의 뉴스를 생산하는 시대가 되면서 제각기 다른 요구를 가진 소비자가 제각기 다른 뉴스를 소비하는 세상이 되었고 뉴스의 제작과 유통에 많은 비용이 들지는 않지만 그 파급속도는 엄청나게 빨라졌다.²⁾

예전처럼 정해진 시간에만 뉴스를 보는 건 아니게 되었지만, 알랭 드 보통의 책 제목처럼 우리는 여전히 ‘뉴스의 시대’에 살고 있다.³⁾ 그런데 그 뉴스는 더이상 진실만을 품고 있지 않다는 사실도 안다. 그리고 그러한 가짜뉴스는 일반인에게 경제적 피해를 입히기도 하고, 명예를 훼손함으로써 인격적 가치에 피해를 주기도 하며, 정치적 논의를 방해하고, 민주적 대의제 시스템을 오작동시키기도 한다. 그래서 이제 진실을 품고 있지 않은 뉴스를 법으로 규제하려 하고 있다. 미리 이야기하자면, 이렇게 가짜뉴스에 대한 규제가 필요하다는 당위는 받아들여지지만, 온전히 받아들일 수 없는 이유는 뉴스는 언론이며, 언론은 태생적으로 정부와 대척점에 서 있고, 국가와 시민사회의 중간에서 정부를 감시하고 비판하며, 국민에게 정확한 정보를 제공하는 역할을 하고 있으므로 헌법적 보호가 더 필요한 영역이기 때문이다. 혼란스럽다. 규제해야 하는데, 규제하면 안 될 것 같기도 하다. 이에 논의의 집중을 위해 ‘뉴스’를 ‘정보’로 환원하고자 한

1) 오세욱·정세훈·박아란, 가짜 뉴스 현황과 문제점, 한국언론진흥재단 (2017), 5쪽.
2) JTBC 앵커브리핑, 2019. 10. 22.

<https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LPOD&mid=tvh&oid=437&aid=000222482>.

3) 알랭 드 보통 저, 최민우 역, 문학동네 (2014).

다. 이것은 가짜뉴스를 언론으로 보지 않고, 허위정보의 전달과 허위표현의 전파, 결국 표현의 자유의 일반적인 범위로 끌어 내리고자 하는 의도이다. 이렇게 보면 가짜뉴스라고 일컬어지는 허위의 정보, 의도적으로 꾸며 낸 정보를 표현의 자유의 보호매커니즘으로 걸러 낼 수 있다고 생각한다. 물론 그 과정에서 현행 법률의 개정이 필요한지의 여부도 검토되어야겠지만, 이른바 가짜뉴스 규제법을 새로 만들지 않고서도 이미 존재하는 법과 제도로도 충분히 가능할 것이라고 본다.

따라서 제II장에서는 가짜뉴스의 현황과 개념을 구성하는 공통요소를 살펴보면서 허위정보인 가짜뉴스를 어떻게 다루어야 하는지를 표현의 자유와 사상의 자유시장이론을 중심으로 생각해 보고, 제III장에서는 가짜뉴스를 규제하는 것이 헌법상 기본권 제한의 원칙과 어떠한 관계가 있는지, 제IV장에서는 가짜뉴스를 규제해야 하는 것이 옳은 것인지, 그 방향은 어떠해야 하는지에 대한 근본적 물음과 현재 논의되고 있는 입법안들에 대한 간단한 검토를 진행한다.

II. 가짜뉴스의 현황과 표현의 자유

1. 가짜뉴스의 개념요소

(1) 가짜뉴스의 등장(?)

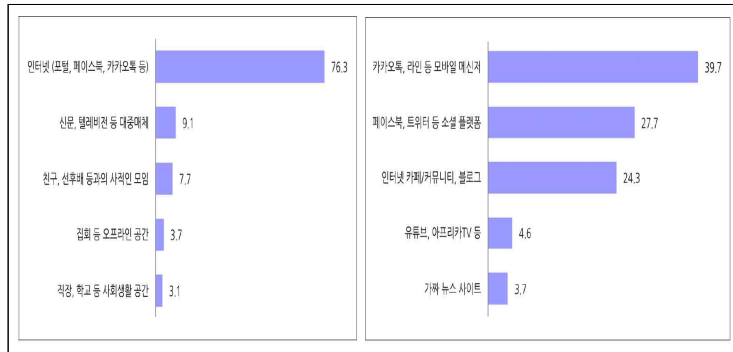
사실 정확하지 않은 정보나 소식의 유포는 예전에도 있었다. 입에서 입으로 전해지며 부정확한 정보나 주관적인 판단이 추가되는 소문이라든지, 조작되거나 부풀려진 정보가 지면으로 비밀스레 전해지는 이른바 지라시 등과 같은 형태로 가짜뉴스는 존

재해 왔다.⁴⁾ 그런데 최근 가짜뉴스가 주목받는 이유는 최근의 굵직굵직한 정치적 결정의 과정, 예컨대 영국 브렉시트 국민투표, 미국 대통령 선거, 프랑스 대통령 선거, 우리나라의 대통령 선거 등에서 국민들의 정상적인 판단에 부정적 영향을 미쳤기 때문이다. 특히 그 현상이 특정 국가가 아닌 전 세계에서 문제가 되고 있다는 점에서 심각하게 바라 볼 필요가 있었다.⁵⁾ 그리고 가짜뉴스는 비단 정치적 영역에만 국한되지 않고 명예훼손, 부당한 상업적 이익의 편취, 여론의 호도, 뉴스의 신뢰성추락 등과 같은 문제를 발생시키기도 한다.⁶⁾ 더구나 디지털정보 기술이 발달한 오늘날에는 누구나 온라인 콘텐츠를 만들어 자유롭게 유포할 수 있는 환경이 조성되면서 예전처럼 소수의 언론사만이 ‘언론’으로 인정되거나 ‘기자’들만이 뉴스를 생산하는 시대는 끝이 나고 있다고 말해도 과언이 아니다.⁷⁾ 이러한 환경의 변화는

-
- 4) 이성대, 가짜뉴스에 대한 형사법적 규제가능성과 보완필요성 검토, 형사정책 제 30권 제1호 (2018), 67쪽. “가짜뉴스의 역사는 인류 커뮤니케이션의 역사만큼이나 길다. 역사를 조금만 들여다봐도 가짜뉴스 사례를 무수히 많이 찾을 수 있다. 백제 무왕이 지은 ‘서동요’는 선화공주와 결혼하기 위해 그가 거짓 정보를 노래로 만든 가짜뉴스였다. 1923년 관동대지진이 났을 때 일본 내무성이 조선인에 대해 악의적으로 허위 정보를 퍼뜨린 일은 가짜뉴스가 잔인한 학살로 이어진 사건이다.”
- 5) 오세욱 외, 앞의 글, 50-61쪽. 프란치스코 교황, 트럼프 지지로 전 세계를 놀라게 했다 (Pope Francis shocks world, endorses Donald Trump for president, releases statement), <https://goo.gl/yK8dyn>; 위키리크스, 힐러리 클린턴 ISIS(이슬람국가)에 무기 판매 확인(WikiLeaks confirms Hillary sold weapons to ISIS), <https://goo.gl/AjnUuJ>; 에마뉘엘 마크롱(Emmanuel Macron)이 “미국 정보 요원이며, 동성애자다”라는 내용의 가짜 뉴스, <https://goo.gl/AjnUuJ>; “마크롱이 사우디로부터 재정 지원을 받았다”는 내용의 가짜 뉴스; 독일에 유입된 난민들이 범죄를 일으킨다는 가짜 뉴스, <https://goo.gl/gNck1V> 등이 대표적 사례이다.
- 6) 이성대, 앞의 글, 66쪽.
- 7) 박아란, 가짜뉴스와 온라인 허위정보(disinformation) 규제에 대한 비판적 검토, 언론정보연구 제56권 제2호 (2019), 113쪽.

뉴스의 생산과 유통구조도 변화시켰다. 과거에는 주류 언론사들이 보도할 정보를 선택하고 진위를 확인하면서 내용을 편집하였다면, 이제는 적은 비용으로 누구나 뉴스를 만들 수 있고, 이를 불특정 다수에게 빠르게 유포할 수 있게 된 것이다.⁸⁾ 문제는 이렇게 너무나 많은 정보가 넘쳐나게 되면서, 개인이 개별 정보의 진위를 모두 파악하는 것이 물리적으로 불가능하게 되었고, 거짓된 사실에 근거하거나 거짓된 사실을 포함하거나 사실 여부가 확인되지 않은 기사가 무분별하게 유포되고 있다는 점이다.⁹⁾ 게다가 이러한 가짜뉴스는 흥밋거리로 그치는 것이 아니라 정치적, 경제적, 개인적인 영역에서 부정적 영향을 끼치고 있다. 여기서 이를 규제해야 한다는 당위가 도출될 수 있다.

<가짜뉴스 접촉 경로 (단위 %)>¹⁰⁾



그러나 단지 오류를 포함하고 있는 오인정보나 오보, 패러디

8) 김중현, 가짜뉴스의 규제에 관한 비교법적 연구 - 미국의 논의를 중심으로 -, 서울대학교 法學 제60권 제3호 (2019), 64쪽.

9) 이부하, 디지털 시대에 의사표현의 왜곡과 표현의 자유의 한계, 법학논문집 제42집 제3호 (2018), 52쪽.

10) 오세욱 외, 앞의 글, 121쪽 재인용.

까지도 가짜뉴스라는 이름으로 규제하는 것은 경계해야 한다는 반론도 있다. 이는 규제의 대상으로서 가짜뉴스가 무엇인가, 가짜뉴스를 규제해야만 하는가 하는 근원적인 물음으로 이어진다. 다시 말해서, 자극적이고 선정적인 느낌의 ‘가짜뉴스’라는 용어는 여러 가지 유사개념¹¹⁾과 혼용되고 있고, 최소한의 범위가 어디까지인지 명확하지 않은 상황에서 여기에 대해 규제하는 것은 위험하다는 것이다. 따라서 이를 규제해야 한다는 다수의 여론이 존재하고, 그에 부응하겠다는 여러 입법안들과 정부의 방침이 제시되는 상황에서 우선적으로 필요한 것은 가짜뉴스에 대한 명확한 개념정의일 것이다. 만약 가짜뉴스의 개념을 명확히 설정하고 범위를 좁히지 않으면 논란만 가중될 뿐이고, 이후에 살펴 볼 헌법상 기본권으로서 표현의 자유에 대한 부당한 제한, 즉 침해가 발생할 위험성도 있다.¹²⁾

(2) 가짜뉴스의 개념요소

가짜뉴스라는 용어가 회자된 것은 2016년 미국 대통령 선거 시점이다. 당시 페이크 뉴스(fake news)가 미국언론의 주된 관심사가 되면서 우리나라 언론들이 페이크(fake)를 가짜로 번역하면서 우리에게 알려졌다. 일반적으로 가짜뉴스란 소셜 미디어나 웹사이트 등의 온라인상에서, 또는 전통적인 뉴스 매체에서 사실이라는 근거는 없지만, 사실로 믿을 수 있도록 제공되는 뉴스 기사를 말한다.¹³⁾ 다시 말해 가짜 뉴스는 경제적 혹은 정치

11) 이성대, 앞의 글, 67쪽. 가짜뉴스와 구분되어야 할 유사개념으로는 오보, 루머, 네거티브, 풍자적 가짜뉴스, 광고형 뉴스 등이 있다.

12) 한국언론학회와 한국언론진흥재단 주최 ‘가짜 뉴스 개념과 대응방안’ 세미나 자료집, 2017. 2. 14.

13) 오일석, 지성우, 정운갑, 가짜 뉴스에 대한 규범적 고찰, 미국헌법연구 제29권

적 이익을 위해 독자를 오인시킬 의도를 가지고 유포되는 허위 정보라고 할 수 있다.¹⁴⁾

여기서 가짜란 ‘허위성’을 의미하므로 가짜뉴스라고 규정지을 때 필수적인 요소는 내용의 허위성이 될 것이다. 문제는 뉴스의 전체 혹은 본질적 내용이 허위가 아니라 부분적인 사소한 오류나 허위가 들어 있는 경우에도 가짜뉴스로 볼 수 있는가이다. 이와 관련해서 우리 대법원은 사소한 오류나 다소의 과장된 표현이 있어서 완전히 진실에 부합하지 않는다고 해도 전체적인 진실성을 부정할 수는 없다는 입장을 가지고 있다.¹⁵⁾ 다음으로 작성과 유포의 목적이 ‘고의’ 또는 ‘의도적’인가 하는 점도 가짜뉴스라고 규정지을 수 있는 요소가 된다. 가짜뉴스는 작성자가 그 내용이 허위임을 알면서도 의도적으로 또는 고의적으로 유포하는 것이며, 이를 통해 경제적 이익을 얻거나 정치·사회적 영향력을 목적으로 하기 때문이다.¹⁶⁾ 따라서 공공의 이익을 위해 작성된 것이라면 그 내용이 허위일지라도 원칙적으로 가짜뉴스

제1호 (2018), 160쪽. 재인용.

14) 황용석, 정재관, 정다운, 가짜뉴스 관련 국내 입법안 분석과 그 한계 위헌성 여부를 중심으로, 사회과학연구 제25권 제2호 (2018), 102쪽.

15) 대법원 2002. 1. 22. 선고 2000다37524 판결. 이성대, 앞의 글, 70쪽. 대법원은 ‘보도의 진실성’이란 “보도내용 전체의 취지를 살펴볼 때 중요한 부분이 객관적 사실과 합치된다는 의미이며 세부에 있어서 진실과 약간 차이가 나거나 다소 과장된 표현이 있어도 무방하다”고 판시하였다[대법원 2002. 1. 22]. 이어 “자유로운 견해의 표명과 공개된 토론에서 다소 잘못되거나 과장된 표현은 피할 수 없는 것이며, 표현의 자유를 위해서는 ‘숨 쉴공간’이 있어야 한다”고 판시한 바 있다. 진실 부합 여부는 표현의 전체적인 취지가 중시되어야 하는 것이고 세부적인 부분까지 완전히 객관적인 진실과 일치할 필요는 없다고 판결하였다. 따라서 진실에 완벽하게 합치되지 않는지만 다소 과장된 표현이 사용되었거나 사소한 오류인 것에 불과한 경우에는 이를 가짜뉴스라고 분류할 수 없다고 하였다.

16) 유의선, 가짜뉴스의 법적 규제-사회적 법익 보호를 중심으로, 언론과법 제17권 제2호 (2018), 40쪽.

라고 볼 수는 없다고 할 것이다. 작성자가 공공의 이익에 대해 착오를 일으키거나 공익을 위한다고 생각한 허위의 보도를 가짜 뉴스로 볼 것인가 하는 문제에 대해, 헌법재판소는 ‘공익이란 개념은 매우 추상적이어서 어떤 표현 행위가 과연 공익을 해하는 것인지는 사람마다의 가치관과 윤리관에 따라 크게 달라질 수 있다’고 판시한 것을 보면, 기망의 의도성이 가짜뉴스의 제재 기준이 된다는 것을 알 수 있다. 단순한 거짓말과의 구분되는 것도 바로 이것이다. 가짜뉴스가 성립하려면 기망의 의도가 있어야 하는데, 거짓말은 누군가를 기망할 의도가 없는 경우도 있기 때문이다.¹⁷⁾ 즉 특정한 목적을 위해 허위정보를 표현하는 의도성 또는 고의성이 가짜뉴스의 개념요소가 된다. 그렇기 때문에 가짜뉴스는 취재와 편집과정의 실수에 의한 오보 등과도 다르다고 할 것이다.¹⁸⁾

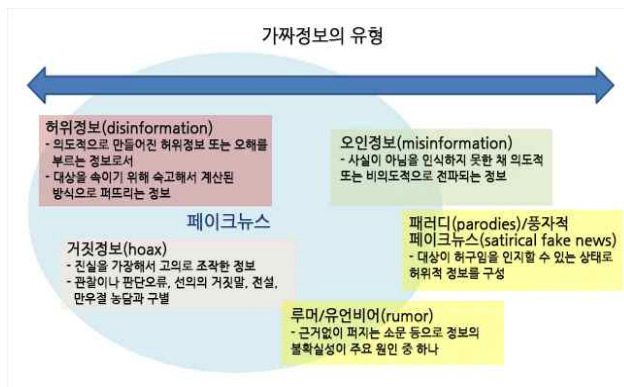
관련해서, 뉴스의 형식을 가짜뉴스의 개념 요소 중 하나로 보아야 하는 것인가의 문제도 생각해 봐야 한다. 가짜뉴스는 ‘가짜’와 ‘뉴스’의 복합어이기 때문에 그 개념요소에 뉴스라는 형식도 주목해야 하는 것이 아닌가 하는 점이다. 그러나 가짜뉴스를 규정할 때 반드시 기존의 뉴스형식을 가지고 있는 경우만으로 한정할 필요는 없을 것 같다. 정보의 전달 매체나 형식이 다양해진 오늘날에 있어서, 뉴스형식, 언론보도 형식을 갖춘 것만 규제하는 것도 문제가 있기 때문이다. 허위정보의 작성자가 굳이 뉴스의 형식을 취하는 것은 이를 뉴스기사로 오인하도록 함으로써 해당 내용의 신뢰도를 높이려는 의도인 것이고, 그렇다면 고도의 기망의도를 가지고 있다는 정도로 이해하면 충분할

17) 황용석 외, 앞의 글, 103쪽.

18) 김종현, 앞의 글, 70쪽.

것이다.¹⁹⁾ 오히려 가짜뉴스라는 용어에서 ‘뉴스’라는 형식을 강조하게 되면, 허위정보인 가짜뉴스에 매우 강하게 보호되는 언론의 자유로서 ‘뉴스’와 동일한 지위를 부여하는 결과가 빚어질 수 있다.²⁰⁾ 2018년 유네스코도 ‘뉴스’라는 것은 ‘입증가능하고 공익에 관련된 정보’를 의미함에도 불구하고, ‘가짜뉴스’라는 용어가 뉴스라는 단어를 사용하게 되면 오히려 진정한 의미의 뉴스와 구별이 어려워질 수 있기 때문에 ‘가짜뉴스’라는 용어를 사용하는 것이 문제가 있다고 지적했다.²¹⁾

<가짜정보의 유형>²²⁾



19) 김종현, 앞의 글, 71쪽.

20) 김종현, 앞의 글, 68쪽.

21) 박아란, 앞의 글, 141쪽. 따라서 ‘대중을 혼란시키거나 조종하기 위해 조작된 진실이 아닌 정보’를 의미하는 ‘허위정보(disinformation)’라는 개념을 사용할 것을 유네스코 보고서는 제안하였다. 대중을 오인하게 만드는 ‘오정보(misinformation)’라는 개념도 있지만, 허위정보는 더욱 정교하게 만들어지고 자동화된 기술을 통해 강화될 수 있다는 점에서 ‘오정보’보다는 ‘허위정보’의 위험성이 더 크다는 점도 이 보고서에서 언급되었다.

22)

<https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=3581205&cid=59088&categoryId=59096>.

이렇게 가짜뉴스의 공통적인 개념적 요소는 내용에서의 허위성, 목적에서 기망의 의도성이라고 할 수 있다.²³⁾ 따라서 가짜뉴스는 일반적으로 ‘정치·사회·경제적 이익을 위해 의도적으로 (언론보도의 형식을 통해) 유포된 허위의 정보’를 말한다고 할 것이다.²⁴⁾ 생각건대, 적어도 가짜뉴스는 ‘진짜’ ‘뉴스’에 대비되는 개념으로 다루어져서는 안 되고 기망의 의도를 가지고 작성·유포되는 허위의 정보로 해석하는 것이 바람직 할 것이다. 이처럼 가짜뉴스라는 용어를 개념정의할 때 필수적인 요소는 확인이 되지만, 가짜라는 판단을 어떻게, 누가 할 것인지의 문제는 여전히 남으며, 기망이라는 의도와 목적의 파악도 쉽지 않은 부분이 있다.²⁵⁾

2. 표현의 자유의 기능과 보호범위

우리 헌법은 제21조에서 언론·출판, 집회·결사의 자유를 규정하고 있는데, 이는 표현의 자유를 개인적인 측면과 집단적 측면에서 보장하고 있음을 의미한다. 오늘날 표현의 자유는 국민주권주의의 이념을 실현하는데 불가결한 것으로 대의제 민주주의를 보완하고 직접적인 참여를 유도함으로써, 국가권력의 남용을 통제하고 국민의 기본권을 보장하는데 필수적인 자유로 인식되고 있다.²⁶⁾ 민주주의는 일반적으로 다수가 결정하는 것을 따르

23) 윤성욱, 가짜뉴스 규제 법안의 특징과 문제점, 언론과법 제18권 제1호 (2019), 107쪽.

24) 김종근, SNS 속의 가짜뉴스: 현황과 대책, 한반도선진화재단 기타 단행본 (2017), 33쪽.

25) 이정님, 인터넷 가짜뉴스(Fake News)의 규율에 관한 법적 쟁점, 法曹 제731호 (2018), 397쪽.

26) 김윤홍, 미 연방헌법 수정 제1조의 해석과 자기통치의 원리- 민주주의적 언론

는 시스템이다. 그러므로 이 시스템이 정상적으로 동작하려면, 개인들이 자신의 생각과 의견을 자유롭게 표현할 수 있는 것이 너무나도 중요하다. 왜냐하면 다양한 의견을 바탕으로 상호 토론하며 함께 고민하는 과정을 거쳐야지만, 다수가 합리적 선택을 할 가능성이 커지기 때문이다. 우리 헌법재판소는 표현의 자유가 ‘자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권’으로서 ‘최대한도로 보장하는 것은 자유민주주의의 기본원리의 하나’라고 하였고, 특히 ‘언론의 자유는 바로 민주국가의 존립과 발전을 위한 기초가 되기 때문에 특히 우월적인 지위를 지니고 있는 것이 현대 헌법의 특징’이라고 판시하기도 했다.²⁷⁾ 여기서 표현의 자유의 우월적 지위라는 것은 표현의 자유를 제한하는 법률의 위헌성 여부는 다른 기본권을 제한하는 법률보다 더욱 엄격하게 심사해야 한다는 의미이다.

헌법이 이렇게 표현의 자유를 중요한 기본권으로 인정하는 근거는 크게 세 가지 정도로 정리할 수 있다. 사상의 자유시장 이론, 국민의 자기지배 이론, 인간의 자아실현 이론이 그것이다.²⁸⁾ 어떠한 근거로 표현의 자유를 정당화할 것이냐에 따라서 보호범위가 조금씩 달라질 수는 있겠지만, 피치자의 동의권 행사로서 정치적 의사 표현이든, 개인의 자아실현과 삶을 영위하는데 필요한 의사표현이든 자유롭게 표현할 수 있으려면 어떤 정보에

의 자유이론과 우리 헌법의 해석, 법학연구 제29권 제4호 (2018), 163쪽.

27) 헌재 1991. 9. 16. 선고, 89헌마165.

28) 문재완, 알 권리의 재구성, 공법연구 제44집 제2호 (2015), 110쪽. 인간의 자아실현 이론에서는 표현을 “인간이 생각을 발전시키고, 정신적으로 탐구하고, 스스로를 긍정하는 데 필요한 내적부분”이라고 보고 있기 때문에 그 보호범위가 상대적으로 넓어지는데 반해 국민의 자기지배 이론에서는 주권자인 국민이 정치적 의사결정을 내리는 데 도움이 되기 때문에 그 영역에 한해서 표현의 자유가 보호된다고 이해한다.

대한 이해가 선행되어야 한다는 사실은 변함없다.²⁹⁾ 즉 각 개인이 공동체 내에서 합리적 이성을 가진 주체로서 존중받기 위해서는 무엇보다 자유롭게 자신의 의사를 형성하고 타인에게 자신의 의사를 표명 또는 전달할 수 있어야 하는데, 이러한 표현의 자유가 보장되기 위해서는 그 전단계로서 자신의 삶에 중요한 의미를 갖는 정보에 자유롭게 접근할 수 있는 권리의 보장이 필요하다.³⁰⁾ 이를 알 권리라고 하는데, 우리 헌법재판소는 “자유로운 의사의 형성은 정보에의 접근이 충분히 보장됨으로써 비로소 가능한 것이며, 그러한 의미에서 정보에의 접근 수집 처리의 자유, 즉 ‘알 권리’는 표현의 자유와 표리일체의 관계에 있으며....”라고 판시한 바 있다.³¹⁾ 이러한 관점에서 민주적 대의제 시스템이 정상적으로 작동하기 위한 전제 중 하나는 ‘완전한 정보를 가진 시민(informed citizen)’일 것이다. 이 때 완전하게 ‘informed’ 된다는 의미는 사실에 기반한 공평하고 균형 잡힌 정보가 제공되는 환경이 조성되어야 한다는 것이다. 이러한 환경을 유지하는 것이 바로 언론의 역할 중 하나이기 때문에 표현의 자유 속에서 언론의 자유를 강하게 보호하고 있는 것이다.³²⁾

따라서 표현의 자유에 대한 보호범위는 매우 폭넓게 인정된다고 하겠다. 표현의 내용과 방식에 대해서는 원칙적으로 제한 없이 인정되며, 말과 글뿐 아니라 그림, 몸짓, 소리를 이용한 표현도 마찬가지로 보호된다. 나아가 허위의 사실 표명도 표현의 자

29) 문재완, 앞의 글, 111쪽.

30) 권건보, 정보접근권의 실효적 보장에 관한 고찰-정보주체의 정보접근권을 중심으로, 미국헌법연구 제29권 제2호 (2018), 2쪽.

31) 헌재 1991. 5. 13. 선고, 90헌마133.

32) 심홍진, 가짜 뉴스(Fake News)와 민주주의, Issue & Review on Democracy 제14호 (2017), 17쪽.

유의 보호범위에 포함되는 것이 원칙이다. 헌법재판소는 「전기통신기본법」 제47조 제1항에 대한 위헌소원 사건(이른바 미네르바 사건)에서 “허위사실이라고 하여 반드시 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 것은 아니므로 허위사실의 표현도 표현의 자유의 보호영역에서 배제되는 것은 아니”라는 점을 밝혔다.³³⁾ 그러나 표현의 자유의 보호범위에 있다고 해도 그 보호의 정도에는 당연히 차이가 있다. 진실한 사실에 기반한 표현과 그렇지 않은 표현을 같은 수준으로 보호할 수 없고, 선의의 거짓말과 악의적인 비방을 같은 것으로 다룰 수 없기 때문이다. 다만 그 보호의 정도를 어떻게 할 것인가 하는 것은 표현의 내용이나 방식 자체보다는 다른 기본권이나 법익과의 충돌상황에서 확인된다. 예컨대 명예훼손성 표현처럼, 표현의 자유와 인격권 또는 사생활의 비밀과 자유가 충돌하는 경우, 그것이 사실인지, 허위인지, 악의가 있는지에 따라 해당 표현의 보호여부나 정도가 결정되는 것이다.³⁴⁾ 다만, 표현의 자유에 대한 제한은 사후적으로만 가능하며, 사전적인 허가나 검열은 허용되지 않는다. 사전적인 검열이나 허가를 허용하게 되면, 기존의 질서 내지 기득권에 부합하는 의사표현만이 허용될 것이고, 그렇지 않은 의사표현은 위축되고 억압됨으로써 민주주의 시스템의 형해화로 이어질 수 있기 때문이다. 또한 사후적인 제한의 경우에도 표현의 자유가 갖는 이러한 의미와 중요성을 충분히 고려하면서 중대하고 명백한 위협이 현존하는 경우에만, 즉 과잉제한 금지의 원칙을 충족하는 제한만 표현의 자유에 대한 제

33) 홍완식, 가짜뉴스 규제법안에 대한 입법평론, 법과 정책 제25집 제1호 (2019), 347쪽.

34) 장영수, 언론의 자유와 팩트체크(fact check), 공법학연구 제20권 제1호 (2019), 213쪽.

한으로서 정당화될 수 있다고 하겠다.³⁵⁾

3. 사상의 자유시장이론과 가짜뉴스

미국 연방대법원 *Abrams v. United States* 사건의 홈즈 대법관 반대의견에서 언급된 사상의 자유시장이론은 표현의 자유와 제한에 관한 기본원칙으로서 자주 거론된다.³⁶⁾ 사상의 자유시장이라는 비유는 표현의 자유에 관한 미국 연방대법원의 여러 기념비적인 판결들에서 반복적으로 언급되며, 수정헌법 제1조의 법리 형성에 큰 영향을 주었다. 존 밀턴은 저서 「아레오파지티카」에서 “진실로 하여금 거짓과 싸우도록 하라. 자유롭고 공개적인 토론에서 진실이 패하는 것을 본 적이 있는가? 진실이 논박하는 것은 허위를 억누르는 가장 확실한 방법이다.”라고도 하였다.³⁷⁾ 사상의 자유시장이론에 따르면, 특정한 사상의 표현을 규제하지 않아도 진리는 시장의 경쟁에서 스스로 살아남게 된다는 것이다.

35) 장영수, 앞의 글, 213쪽. 헌법재판소는 “언론출판의 자유 영역에 있어서는 국가의 개입이 더욱 제한적으로 이루어져야 할 몇 가지 특수상황이 존재한다.”고 한다고 밝힌 바 있다.

36) *Abrams v. U.S.*, 252 U.S. 616, 624-31 (1919) (dissenting opinion). 의역하면, 진실을 시험하는 가장 좋은 방법은 진실이 시장경쟁 속에서 받아들여지게 만드는 사상의 힘이며 진실은 인간의 소망이 안전하게 달성될 수 있는 유일한 터전이다. 그것이 헌법의 논리이다. 우리의 인생이 실험이듯이, 그러한 것도 실험이다. (중략) 어떠한 의견이 국가안보를 위해 즉각적인 견제가 절실히 필요한 것이 아니라면, 우리는 우리가 싫어하는 의견일지라도 그러한 의견 표현을 감시하려는 시도를 지속적으로 견제해야 한다.

37) 이춘구, 사상의 자유시장이론 전개의 법적 고찰 -연원과 현대적 발전을 중심으로-, 국가법연구 제10권 제1호 (2010), 96쪽; 김종현, 앞의 글, 77쪽 재인용. John Milton, *Areopagitica*, With a Commentary by Sir Richard C. Jebb and With Supplementary Material (Cambridge University press, 1918), p. 58.

사상의 자유시장이론에 따라 표현의 자유를 정당하게 제한할 수 있는 구체적 법리로 ‘명백·현존 위험’의 원칙이 있다. 이것은 어떠한 표현을 제한하려면 그것이 사회에 중요한 해악을 가져올 것이 명백하고 그 위험이 현존해야만 한다는 것을 뜻한다. 1919년 쉐크사건³⁸⁾에서 소수의견으로 이 원칙 언급된 이후 1930년대부터 미국 연방대법원에 의해 적극적으로 원용되었는데, 1969년 브란덴버그 사건³⁹⁾에서는 폭력을 단순히 옹호하는 표현을 제한해서는 아니 되며, ‘급박한 위법행위를 선동 또는 야기(inciting or producing imminent lawless action)’하려는 의도가 있는 표현만 규제할 수 있다고 판시하였다.⁴⁰⁾ 표현의 자유 제한을 정당화할 수 있는 또 다른 법리로서 ‘현실적 악의 원칙’이 있다. 1964년 설리반 판결⁴¹⁾에서 언급된 것으로 미국 연방대법원은 ‘오류가 있는 표현은 자유로운 토론을 위해 필수불가결하다’면서 언론의 자유에 ‘숨 쉴 공간’을 마련하기 위해 오류가 있는 표현도 보호되어야 한다고 보았다. 즉 오류가 있는 명예훼손적 표현을 사용했다라도 ‘현실적 악의’를 가지고, ‘거짓임을 알면서 또는 진실이 아니라는 것을 알면서’ 표현되었다는 것을 원고인 공직자가 입증하지 못한다면 처벌할 수 없다는 것이다. 이 판결은 언론의 자유 향상에 기여하였으며 우리나라에도 영향을 끼쳤다.⁴²⁾

38) Schenk v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

39) Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

40) 박아란, 앞의 글, 124쪽.

41) New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964).

42) 박아란, 앞의 글, 125쪽. 2003년 대법원은 언론이 ‘악의적이거나 심히 경솔한 공격으로서 현저히 상당성을 잃은 것’이 아닌 한 공직자를 상대로 비판적 보도를 하였더라도 면책될 수 있다고 하여 미국의 ‘현실적 악의’ 원칙과 유사한 정도로 언론의 자유를 보호하는 기준을 수립하였다. 2015년 서울고등법원도 판결문에서

이렇게 미국에서 표현의 자유는 가장 강력하게 보호되어야 할 기본권으로 인식되고 있는데, 반대로 이야기 하면, 특별한 이유가 없는 한 표현의 자유에 대한 제한은 헌법정신에 반하므로 금지된다는 것을 의미한다. 따라서 가짜뉴스를 일반적으로 금지하는 법률은 없을 수밖에 없다. 대신 가짜뉴스는 미국에서도 명예훼손이나 허위정보 공개로 인한 사생활침해 등으로 규제될 수 있다.⁴³⁾ 다시 말해서 허위정보가 사기나 명예훼손, 허위광고, 폭력행위의 선동 등에 해당하면 관련 규정에 따라 당연히 민·형사적 규제가 가능하겠지만, 가짜뉴스 자체를 금지하는 법률은 없다는 것이다.⁴⁴⁾ 가짜뉴스의 매개자인 서비스제공자에 대한 제한도 강하지 않다. 미국에서는 정보통신서비스 제공자에게 ‘선한 사마리아인 법칙’을 적용하여 명백한 불법성이 존재하지 않는 한 규제를 거의하지 않고 있다. 정보통신서비스 제공자에게 법적 책임을 확대하게 되면, 이들이 법적 책임을 피하기 위해 사적 검열을 강화하게 될 것이고, 결과적으로 국민들의 표현의 자유가 침해될 가능성이 높아지기 때문이다.⁴⁵⁾ 물론 가짜라는 허위의 사실이 해악을 초래하는 경우에는 처벌할 수 있다. 이는 빼앗긴 용맹법(The Stolen Valor Act)사건에서 다루어진 것인데, 사건에서 연방정부는 명예훈장을 받았다는 거짓말이 미국 수정헌법 제1조가 보호할 가치가 없는 거짓이라고 했지만 법원은 바로 그렇기 때문에 거짓말을 표현하는 자유를 제한할 필요

설리반 판결을 직접적으로 언급하면서 언론 자유 보장의 중요성을 강조했다.

43) 박아란, 앞의 글, 125쪽.

44) 김종현, 앞의 글, 76쪽.

45) 포털이나 검색엔진 등 정보통신서비스제공자에게 일반적, 상시적인 적극적 모니터링 의무 등을 부과하고 위반 시 법적 제재를 하는 다른 외국의 사례를 찾기는 힘들다.

가 없다고 했다. 즉 법적으로 해악을 초래하는 것만 금지되며 이 경우는 ‘거짓 외에 아무런 가치가 없기 때문에’ 규제할 이유가 없다는 것이었다.⁴⁶⁾ 사실 가짜라는 말은, 선별적 취합에 따른 의도적 왜곡은 차치하고, 통상 과거나 현재에 실체를 입증하지 못한다는 의미를 담고 있다. 그러나 미래에 그 실체가 증명될 수 있는 가능성을 부정하는 것은 아니다. 이는 의혹 제기 수준의 뉴스라도 현재는 가짜로 인식될 정도로 실제 입증의 어려움이 있을 수 있지만, 나중에 그러한 의혹이 사실로 판명될 수도 있기 때문이다. 그래서 가짜라는 것이 아주 분명한 것이 아니라면, 그리고 그것이 공익과 연계된 사안이라면, 가능한 한 규제하지 말자는 것이 자유주의 사상의 기본 논리인 셈이다. 즉 남에게 피해를 주지 않는다면, 표현의 자유에 대한 정부의 관여는 바람직스럽지 않다는 태도가 자유주의 사상의 핵심이다. 이것은 결국 가짜뉴스라도 억제하지 말고 사상의 자유시장에 등장시켜 처리하자는 논리와 자연스럽게 이어진다. 표현의 폐해가 예상된다고 해서 가짜뉴스라고 단정하면서 ‘명백·현존하는 위험이 없는데도, 가짜라는 것을 알면서 의도적인 악의를 가진 것이 아님에도, 부분적으로 오류가 있는 정도임에도’ 정부가 해당 표현을 적극적으로 규제해서는 안 되고 ‘사상의 자유시장’에 맡겨야 한다는 것이다.⁴⁷⁾

46) 윤성욱 외, 앞의 글, 110쪽.

47) 유의선, 앞의 글, 53쪽.

III. 가짜뉴스 규제의 위헌 가능성 여부

가짜뉴스의 규제는 헌법적 측면에서 보면 표현의 자유에 대한 제한의 문제이다. 헌법이 중요하게 보장하고 있는 기본권인 표현의 자유를 제한하기 위해서는 지켜야 할 헌법상 원칙들이 몇 가지 있다. 예컨대 위에서 살펴 본, 미국에서는 사상의 자유시장이론, 명백·현존하는 위협의 원칙, 현실적 악의의 원칙이 있고, 우리에게는 명확성의 원칙, 과잉제한 금지의 원칙, 사전검열 금지원칙 등이 있다.⁴⁸⁾ 따라서 가짜뉴스에 대한 법적 규제를 시도하려면 이러한 표현의 자유의 제한을 위한 기본 원칙에 부합하는 방식으로 이루어져야 한다.⁴⁹⁾

1. 허위사실(정보) 표현의 규제 가능성

가짜뉴스의 개념요소이자 규제의 구성요건으로서 ‘허위사실(정보)’의 위헌성 여부를 살펴 본다. 허위의 개념에 대해 헌법재판소는 ‘미네르바’ 사건에서 “‘허위’란 일반적으로 ‘바르지 못한 것’, 또는 ‘참이 아닌 것’을 말하고, 그 안에는 내용의 거짓이나 형식의 오류가 모두 포함될 수 있기 때문에, 법률 용어, 특히 형벌조항의 구성요건으로 사용하기 위하여서는 보다 구체적인 부연 내지 체계적 배치가 필요한 개념”이라고 지적하였다.⁵⁰⁾ 허

48) 위에서 살펴 본, 미국에서 표현의 자유를 제한하기 위한 사상의 자유시장이론, 명백·현존하는 위협의 원칙, 현실적 악의의 원칙도 마찬가지이다.

49) 황성기, 가짜뉴스에 대한 법적 규제의 문제, 관훈저널 제60권 제1호 (2018), 86쪽.

50) 헌재 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157 결정. 1961년 전기통신기본법 제정 당

위표현 자체를 규제하는 것은 표현의 자유를 과도하게 제한하여 침해가 된다고 본 것이다. 명백한 허위사실을 표현했다고 해도 그것이 언제나 타인의 권리를 침해하거나 사회에 해악을 끼친다고 볼 수는 없다는 점을 강조한 것이라 할 수 있다. 따라서 허위사실을 표현했다고 해서 국가적 개입이 바로 허용되는 것은 아니고, 허위사실의 표현도 헌법 제21조 언론·출판의 자유의 보호영역에는 포함되는 것인데, 다만 헌법 제37조 제2항에 따라 제한이 가능한 것 뿐이라는 의미가 된다. 미국에서 표현의 자유가 절대적인 권리는 아니지만, 수정헌법 제1조의 보호를 받는 기본권으로서 이를 제한하는 것이 굉장히 어렵다는 것을 보았다. 그런데 일반적 법률유보조항인 헌법 제37조 제2항을 두고 있는 우리의 경우 과잉제한 금지의 원칙을 충족하고, 본질적 내용을 침해하는 것이 아니라면, 모든 기본권을 정당하게 제한할 수 있게 되어 있다. 그렇다면 가짜뉴스를 아예 표현의 자유의 보호영역에서 제외함으로써 개별 표현에 대한 제한의 위헌성 심사 기회마저 차단할 필요는 없다고 하겠다.⁵¹⁾ 즉 논의하고 있는 허위정보로서 가짜뉴스라고 해도 원칙적으로는 표현의 자유의 보호범위에 속한다. 다만, 다른 사람의 명예를 훼손하거나 인격권에 심각한 침해를 동반하는 모욕행위 등과 같은 가짜뉴스는 처벌이나 규제를 통해 표현의 자유 제한으로서 가능할 수 있는 것이다.⁵²⁾ 재판관들은 허위사실 표현의 규제가능성에 대해서도

시 사용된 전기통신설비는 전보와 전화였으며, 동법의 다른 조항이 전기통신시설의 기준·운영·관리와 같은 기술적 사항을 주로 규율하고 있는 점을 고려하면 당해 조항의 입법목적은 허위사실 유포를 처벌하려는 것이 아니라 ‘허위 명의를 이용한 통신’을 규제하려는 것이었다고 4인의 재판관은 보충의견에서 밝혔다.

51) 음란한 표현 역시 표현의 자유의 보호영역에 해당한다고 한 헌법재판소의 결정 태도도 이와 동일한 심사구조를 염두에 두고 있다.

52) 홍완식, 앞의 글, 332쪽.

표현이나 정보의 가치 및 해악성 유무는 “국가에 의하여 1차적으로 재단되어서는 아니 되며, 이는 시민사회의 자기교정기능과 사상과 의견의 경쟁 매커니즘에 맡겨져야 한다”는 점을 명백히 하였다.⁵³⁾

한편, 명예훼손죄에서 허위사실의 적시인 경우 가중처벌되는데, 허위사실이었다고 해도 중요한 부분이 객관적 사실과 합치된다면, 일부 진실과 약간 차이 나거나 다소 과장된 표현이 있는 정도라면 가중처벌하지 않는다.⁵⁴⁾ 우리 대법원도 허위를 판단할 때는 표현의 전체적인 취지와 연관 아래에서 객관적 내용, 사용된 어휘의 통상적 의미, 문구의 연결방법 등을 종합적으로 고려하여 전체적인 인상을 그 기준으로 삼아야 한다고 보았다.⁵⁵⁾ 따라서 일부 내용의 진위가 분명하지 않아 오해의 소지가 있거나 특정인에 대한 비판이 있더라도 전체적·객관적으로 파악하여 허위사실 적시 여부를 판단해야 하며, 취지가 불분명한 일부 내용만을 따로 떼어내어 허위사실이라고 단정하지는 않는 것이다.⁵⁶⁾ 더구나 표현이 허위일지라도 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있다면 명예훼손의 책임을 면할 수도 있다. 우리 대법원은 “형사상이나 민사상으로 타인의 명예를 훼손하는 행위를 한 경우에도 그것이 공공의 이해에 관한 사항으로서 그 목적이 오로지 공공의 이익을 위한 것일 때에는 진실한 사실이라는 증거가 있으면 행위에 위법성이 없으며 또한 그 증거가 없더라도 행위자가 그것을 진실이라고 믿을 상당한 이유가 있는

53) 박아란, 앞의 글, 131-132쪽.

54) 대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다10208 판결; 대법원 2004. 2. 27. 선고 2001다5387 판결.

55) 대법원 2007. 1. 26. 선고 2004도1632 판결.

56) 대법원 2008. 5. 8. 선고 2006도45275 판결.

경우에는 위법성이 없다”고 판시하였다.⁵⁷⁾

이처럼 의사표현에 오류가 있거나 과장이 있다고 해서 바로 처벌되는 것은 아니며, 설사 허위의 표현이라고 해도 진실이라고 믿을만한 상당한 이유가 있다면 처벌되지 않는 것이다.⁵⁸⁾ 따라서 어떠한 표현이 객관적 사실과 다르다는 것의 명확한 입증과, 허위임을 알면서도 의도적으로 표현했다는 점이 동시에 충족되어야 허위사실의 표현을 처벌할 수 있는 것이다. 따라서 이러한 요건에 해당하면 당연히 가짜뉴스 내지 허위정보도 처벌의 대상이 될 것이지만, 반면에 표현의 내용이 허위임이 명백하지 않거나 허위임을 알지 못하고 과실로 허위표현을 유포한 경우에는 처벌하지 않아야 한다. 가짜뉴스라고 해서 이러한 경우까지도 처벌한다면 기존의 허위사실에 대한 처벌기준과 원칙에 모순될 소지도 있고, 가짜뉴스가 다른 법익을 침해했는지도 불명확한 상황에서 단지 허위의 내용을 유포했다는 이유만으로 처벌하는 것이므로 표현의 자유를 부당하게, 과도하게 제한하는 것이 된다.⁵⁹⁾

2. 명확성의 원칙

위에서 본 미네르바 사건에서 헌법재판소는 「전기통신기본법」 제47조 제1항이 표현의 자유를 제한할 수 있는 기본원칙인 ‘명확성의 원칙’에 위배되어 위헌이라고 하였다.⁶⁰⁾ 그 이유는 첫째, 구성요건으로서 ‘공익을 해할 목적’이라는 부분이 추상적이라고

57) 대법원 1988. 10. 11. 선고 85다카29 판결.

58) 박아란, 앞의 글, 127쪽.

59) 박아란, 앞의 글, 128쪽.

60) 헌재 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157 결정.

보았기 때문이다. 헌법재판소는 ‘공익’이라는 개념은 “의미가 불명확하고 추상적이어서 어떠한 표현행위가 공익을 해하는 것인지에 대한 판단은 사람마다 가치관, 윤리관에 따라 크게 다를 수밖에 없으며 법집행자의 해석을 통해서도 그 내용이 객관적으로 확정되기 어렵다고 보았다.”⁶¹⁾ 따라서 수범자인 국민들에게 금지되는 표현행위가 무엇인지에 대해 명확하게 알려주고 있지 않기 때문에 죄형법정주의의 명확성원칙에 위배된다고 하였다. 헌법재판소는 명확성 원칙에 관하여 “법률은 되도록 명확한 용어로 규정하여야 한다는 명확성의 원칙은 민주주의·법치주의 원리의 표현으로서 모든 기본권제한입법에 요구되는 것이나, 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서는 더욱 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제에 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권 주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것이다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.”고 하였다.⁶²⁾

이렇게 “문언의 모호성에 더한 체계적 해석의 부재로 인하여,

61) 헌재 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157 결정.

62) 헌재 1998. 4. 30. 선고 95헌가16, 342 참조.

무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없게 하여 법을 지키기 어렵게 할 뿐만 아니라, 범죄의 성립 여부를 법관의 자의적인 해석에 맡기는 결과를 초래하고 있으므로, 명확성의 원칙에 부합되지 않는다”⁶³⁾ 는 헌법재판소의 취지는 가짜뉴스 법안에도 그대로 적용될 수 있을 것이다.⁶⁴⁾ 즉, 추상적이고 불명확한 가짜뉴스에 대한 정의 규정은 자기검열과 위축효과를 발생시키며, 가짜뉴스와 진짜뉴스 및 오보와 패러디 등을 명확히 구분하는 것이 국가에 의해 자의적으로 판단될 여지가 있기 때문에, 가짜뉴스 정의 규정 자체가 모호하다거나 불명확하다면 헌법에 위반될 수 있다.⁶⁵⁾ 불명확하고 포괄적인 규범에 의하여 표현의 자유를 규제하면 헌법상 보호받아야 할 표현까지 필요 이상으로 규제하게 될 위험성이 있는 것이다. 또한 유해성에 대한 막연한 의심이나 가능성만으로 표현의 내용을 규제하는 것은 표현의 자유와 조화될 수 없다.⁶⁶⁾ 따라서 온라인에서 허위사실을 유포하는 자를 처벌하려고 했던 「전기통신기본법」 제47조 제1항이 명확성의 원칙을 위반했다고 한 헌법재판소의 결정을 존중해서, 가짜뉴스의 규제를 위한 법규정은 보다 명확하고 구체적으로 규정되어야 할 것이다.⁶⁷⁾

3. 과잉제한 금지의 원칙

설령 가짜뉴스를 제한하고자 하는 목적이 정당하더라도 적절

63) 헌재 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157 보충의견.

64) 홍완식, 앞의 글, 346쪽.

65) 홍완식, 앞의 글, 344쪽.

66) 황성기, 앞의 글, 90쪽.

67) 김종근, 앞의 책, 39쪽.

한 수단을 사용해서 최소한의 제한만 가함으로써 얻어지는 공적인 이익을 극대화하는가의 문제이다. 즉 타인의 법익에 대한 침해가 없는데도 불구하고 정보의 내용이 허위라는 이유만으로 형사처벌하는 것이 과연 적절한지 의문이다. 이 문제는 헌법상 과잉제한 금지원칙 위반의 문제와 관련되어 있다. 일단 표현의 자유라는 기본권도 일정한 공익을 위해서 제한할 수 있겠지만, 기본권 제한의 목적과 제한의 수단 사이에 적절한 인과관계가 있어야 한다. 이를 가짜뉴스 규제의 문제에 적용하면, 가짜뉴스를 법적으로 규제할 필요가 있는지의 여부, 설령 법적으로 규제할 필요가 있다고 해도 이를 제작·유통하는 행위를 형사처벌하는 것이 적절한 수단인가의 문제를 생각해 보아야 한다. 다시 말해서 가짜뉴스를 사회의 자율적인 정화작용을 통해 걸러내는 것이 아니라 법률과 처벌을 통해 규제하려는 것은 입법만능주의로 비춰질 수 있고 과잉입법이라는 비판을 받을 수 있다.⁶⁸⁾

또한 가짜뉴스를 규제하려는 시도는 그 취지와는 달리 입법 목적을 달성함에 있어서도 효과적일지에 관해서도 의문이다. 법률의 실효성과 집행가능성의 문제인데, 전통적 정보매체 외에도 인터넷을 통해 돌아다니는 무수히 많은 뉴스나 정보를 검색하고 규제하기 위해서는 굉장히 많은 행정력이 필요할 뿐만 아니라 과연 효과적으로 수행할 수 있을 것인가 하는 것이다. 그런데 사실 이것이 가능하게 되는 것도 문제이다. 국가가 정보매체와 인터넷을 상시적으로 감시하면서 가짜뉴스를 모두 찾아내고 처벌한다면 이는 이른바 파놉티콘, 전자감시사회에 다름이 아니게 되면, 표현의 자유라는 기본권 침해의 문제를 넘어 민주주의 자체를 위협하는 상황이 될 수 있다.⁶⁹⁾ 또 표현의 자유를 제한하

68) 홍완식, 앞의 글, 351쪽.

는 가짜뉴스 규제가 표현 또는 표현행위 그 자체에 맞춰지게 되면, 100% 확실한 사실만을 말해야지만, 처벌받지 않게 되는 것이고 이는 표현의 자유를 심각하게 위축시킬 위험이 있다. 이렇게 함으로써 얻어지는 공적인 법익이 과연 제한되는 개인의 표현의 자유보다 크다고 말할 수 있을까? 이렇게 피해의 최소성과 법익의 균형성도 충족하기 어려워 보인다. 게다가, 0.1%의 불확실성도 용납하지 않는 표현의 자유가 의미가 있다고 할 수 있을까? 본질적 내용의 침해금지의 원칙에도 위반될 소지가 크다. 사실에 근거하지 않고 악의적이며 사회에 부정적 영향을 끼치는 가짜뉴스의 확산을 막아야 한다는 주장에 이의는 없겠지만, 이러한 목적이 가짜뉴스를 근절하기 위한 모든 정책수단과 처벌법령을 정당화할 수는 없다. 가짜뉴스를 단순하게 표현해서 거짓말이라고 하자면 거짓말이 나쁘다고 말하는 것과 거짓말 자체를 처벌하는 것은 다른 문제인 것이다. 특정한 내용과 상황에서의 거짓말을 처벌할 수 있을지 모르지만, 모든 거짓말을 처벌할 수는 없다.

4. 사전검열금지의 원칙

한편, 가짜뉴스를 차단하기 위하여 사전적 규제를 논의하고 있는 가짜뉴스 규제에 관한 법률안들은 우리 헌법이 금지하고 있는 사전검열금지원칙에 위배될 가능성이 크다. 헌법 제21조 제2항에 따라 언론에 대한 허가 및 검열은 금지된다. 금지하고 있는 검열은 명칭이 어떻든 간에 실질적으로 공권력이 주체가 되어서 사상이나 의견 등을 발표 전에 심사, 선별하여 표현여부

69) 홍완식, 앞의 글, 351쪽.

를 결정하는 것으로 허가받지 않은 표현을 금지하는 제도를 말한다. 물론 헌법상 사전검열금지원칙이 예방적이거나 사전적인 모든 형태의 규제를 금지한다는 의미는 아니고, 의사표현의 공표 여부가 공권력의 허가에 달려 있는 사전심사만을 금지한다.⁷⁰⁾ 그런데 가짜뉴스 규제 의무를 통신서비스 사업자에게 부여하고, 위반시 과도한 제재를 가하는 것도 간접적으로 국가에게 검열 권한을 부여하는 것이며, 국가가 그러한 권한을 행사할 수 있다는 가능성만으로도 표현의 자유에 대한 위축효과를 가져올 수 있다는 점에서 헌법이 금지하고 있는 사전검열에 해당될 소지가 있다.⁷¹⁾ 국가에 의한 사후적 제한의 경우에도 표현의 자유의 특성을 고려했을 때, 매우 엄격한 심사를 통과해야지만 그 제한의 정당성을 인정받을 수 있다. 더욱이 가짜뉴스와 직접적인 이해관계를 갖는 경우에 국가가 그 판단 주체가 되면, 판단의 객관성과 공정성을 의심받을 수밖에 없다.⁷²⁾ 특히 인터넷이 가짜뉴스의 유통 경로라고 해서 서비스 제공자에게 해당 뉴스 삭제 등의 책임을 강제하는 것도 헌법적으로 정당화되기 어렵다. 서비스를 지속적으로 제공하기 위해서 제공자가 자발적으로 모니터링하는 정도가 아니라 상시적이고 적극적인 모니터링 의무를 부과하고, 위반시 제재를 가하게 되면 이는 사적 검열을 강제하는 것이며 헌법상 중대한 문제가 된다.⁷³⁾ 우리의 경우 현행 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제44조 이하에 규정된 사업자에게 부과된 의무만으로도 충분히 이 문제

70) 이부하, 앞의 글, 53쪽.

71) 노동일, 정완, 가짜뉴스의 합리적 규제에 관한 고찰, 경희법학 제53권 제4호(2018), 237쪽.

72) 장영수, 앞의 글, 229쪽.

73) 홍완식, 앞의 글, 329-330쪽.

에 대해 대응할 수 있기 때문이다.⁷⁴⁾ 따라서 국가는 우선적으로 언론매체 활동에 직접적인 규제를 가하는 방식이 아닌, 법적 윤곽을 설정하고 그 윤곽 안에서 언론매체 스스로가 공익 지향의 활동을 하도록 유도해야 한다. 언론매체의 언론행위에 대한 국가의 직접적인 규제가 아닌, 언론매체 스스로에 의한 자율규제가 가능하도록 제도화해야 한다.⁷⁵⁾

IV. 가짜뉴스 규제의 방향

1. 가짜뉴스에 대한 인식 및 규제의 재검토

(1) 용어의 재설정

법적 규제의 대상이 되기 위해서는 보다 더 엄격하고 명확하게 규정할 수 있어야 하기 때문에, 가짜뉴스가 아닌 다른 용어를 사용하도록 권고하는 움직임이 있다. 구체적으로 살펴보면, 2018년 3월 유럽위원회는 학자와 언론인, 플랫폼사업자 등이 참여한 보고서에서, 가짜뉴스 대신 ‘허위정보(disinformation)’라는 용어를 사용하도록 권고하였다.⁷⁶⁾ 그 이유는 가짜뉴스는

74) 이권일, 소셜 네트워크 시대에 가짜뉴스(fakenews) 규제에 관한 헌법적 고찰-독일의 소셜네트워크법(Netzwerkdurchsetzungsgesetz)에 대한 분석을 중심으로, 공법학연구 제20권 제1호 (2019), 101쪽.

75) 이부하, 앞의 글, 53쪽.

76) 김종현, 앞의 글, 68쪽, 각주 33 재인용. 그 이유는 다음과 같다. “첫째, 가짜뉴스라는 용어는 부정확하며, 허위기만정보의 복잡한 문제들을 적절히 포착해내지 못한다. 둘째, 일부 정치인들이나 그 지지자들은 자신들이 동의하지 않는 보도를 가짜뉴스라고 일축하며, 그 결과 가짜뉴스라는 용어는 힘 있는 이들이 정보의 순환을 저해하고 뉴스 미디어의 독립성을 손상시키는 무기가 되어버렸다.” European Commission, A Multi-Dimensional Approach to Disinformation: Report of the Independent High Level Group on Fake News and Online

뉴스 형식뿐만 아니라 댓글이나 트위터, 조작된 동영상 등 다양한 형식을 띄고 있는데 가짜뉴스라는 용어는 이러한 현상이 뉴스에 국한된 것으로 오인하게 만들 소지가 있기 때문이었다.⁷⁷⁾ 게다가 일부 정치인들이 자신에게 비판적이거나 불리한 언론 보도를 가짜뉴스라고 부르며 공격하게 되면 언론의 자유가 위축될 수 있다는 것이다. 뿐만 아니라 2018년 영국 의회는 가짜뉴스 대응위원회를 구성했는데, 2019년 2월 위원회가 발표한 ‘허위정보와 가짜뉴스’라는 제목의 보고서는 ‘가짜뉴스의 개념에 대해서 윤색된 콘텐츠, 조작된 콘텐츠, 오인을 유발하는 콘텐츠, 잘못된 맥락의 콘텐츠 및 패러디와 풍자까지 포함하는 넓은 개념으로 사용되고 있기 때문에 아직까지 합의된 바가 없다’고 지적하였다. 따라서 가짜뉴스라는 불명확한 용어를 사용하는 대신 ‘허위정보(disinformation)’나 ‘오정보(misinformation)’처럼 이미 합의된 개념을 사용하도록 권고하였다.⁷⁸⁾ 여기서 허위정보란 “해를 가하거나 정치적, 사적, 경제적 이익을 얻기 위해 대중을 속이거나 오도할 목적으로 거짓 정보 또는 조작된 정보를 고의적으로 만들거나 공유하는 것”이라고 정의된다.⁷⁹⁾ 생각건대 위에서 계속 논의해 온 것처럼, 가짜뉴스에 대한 규제나 대응에서 ‘가짜’라는 개념, ‘뉴스’라는 용어에 집중하다보니 규제의 방향이

Disinformation, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 12 March 2018, p. 10.

77) 박아란, 앞의 글, 116쪽. 허위정보는 ‘허위, 부정확 또는 오도하는 정보로서 공공에 해를 끼칠 목적 내지 이윤을 목적으로 설계, 제작, 유포되는 것’이라고 정의되었다.

78) 박아란, 앞의 글, 121-122쪽.

79) 김종현, 앞의 글, 68쪽 각주 32 재인용. House of Commons Digital, Culture, Media and Sport Committee, “Disinformation and ‘Fake News’: Interim Report”, Fifth Report of Session 2017-2019, 29 July 2018, p. 8.

나 틀이 명확하지 않은 부분이 있었다. 따라서 이렇게 가짜뉴스 대신 허위정보라는 용어를 사용하게 되면, 가짜뉴스를 허위사실 표현에 대한 헌법상 표현의 자유의 보호범위와 제한의 매커니즘을 통해 규제할 수 있으며, 관련된 기존 법령으로도 충분히 대응할 수 있으리라 생각한다.

(2) 과연 새로운 법적 규제가 필요한가?

물론 가짜뉴스에 대한 규제는 필요할 수 있다. 하지만 그 규제가 반드시 법적 규제이어야 하는가는 다른 문제이다. 이미 명예훼손죄, 사기죄 등 허위표현을 처벌할 수 있는데도 불구하고, 가짜뉴스를 유포하는 행위를 처벌하는 규정이 따로 필요한가에 대한 본질적인 의문이기도 하다.⁸⁰⁾ 가짜뉴스가 타인의 명예를 훼손하거나 모욕에 해당하는 경우에 「형법」에 의한 처벌이 가능하며, 정보통신망을 통한 명예훼손인 사이버 명예훼손의 경우에는 「정보통신망법」에 의한 가중처벌도 가능하다. 그리고 「언론중재법」에 따라 언론보도로 피해를 입은 사람은 정정보도 청구나 반론보도 청구도 가능하고, 언론보도가 국가적 법익이나 사회적 법익 등을 침해한 경우에는 시정권고를 할 수 있다. 또 금융투자 등에서의 거짓이나 풍문 등을 통한 부당거래행위는 「자본시장법」에 의한 처벌이 가능하며, 선거에 관해 허위정보를 유포한 경우에는 「공직선거법」에 의한 규제와 처벌이 가능하다.⁸¹⁾ 가짜뉴스가 기존의 허위사실 표현보다 더 심각한 문제를 발생시킬 수도 있지만, 허위사실 표현에 대한 기존의 법률을 적용하는 것으로도 대응이 가능하다. 즉, 가짜뉴스 작성과 유포자에 대해

80) 박아란, 앞의 글, 134쪽.

81) 홍완식, 앞의 글, 343쪽.

서 형법상 명예훼손죄, 업무방해죄, 민법상 불법행위책임은 물론 「공직선거법」에 따른 허위사실 공표죄와 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에 따른 인터넷을 이용한 명예훼손 정보 유통 금지 등의 규정으로 규제와 처벌이 가능한 것이다. 또 가짜 뉴스 매개자에 대해서도 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」은 타인의 권리 침해 정보의 유통 방지 의무, 해당 정보의 삭제 또는 반박내용의 게재 등 필요한 조치 및 임시적 조치 의무 등을 규정하고 있다.⁸²⁾ 결론적으로 가짜뉴스로 타인의 법익이 명확하게 침해되는 경우에, 현행 법제의 규제와 처벌 공백을 발견하기는 쉽지 않다.⁸³⁾

허위정보, 가짜뉴스는 우리 사회에 늘 존재해 왔다. 더구나 인터넷이라는 시공간을 초월하는 매체를 통해 가늠할 수 없이 많은 정보가 유통되고 있지만, 또 그 모든 것이 전부 사실이 아니라는 것도 알고 있다. 우리는 이미 이런 허위정보에 대한 나름의 대응체계를 각자 가지고 있다. 법적으로도 이런 허위정보로 인해 발생한 피해를 처벌하고 대응하기 위한 체계가 다방면에서 마련되어 있음을 알 수 있다.⁸⁴⁾ 따라서 표현의 자유에 대한 쉽지 않은 법적 규제보다는 공론장으로서, 또는 사상의 자유로운 시장으로서 인터넷의 순기능을 이용한 자율적 규제방법을 생각해 봐야 한다. 여기서 우리 헌법재판소가 “개방성, 상호작용성, 탈중앙통제성, 접근의 용이성, 다양성 등을 기본으로 하는 사상의 자유시장에 가장 근접한 매체”로서 인터넷을 규정한 부분을 주목할 필요가 있다.⁸⁵⁾ 그럼에도 불구하고, 국가가 이를 규제하

82) 오일석, 앞의 글, 175쪽.

83) 이성대, 앞의 글, 80-82쪽.

84) 이권일, 앞의 글, 98쪽.

85) 헌재 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157 결정.

게 된다면 인터넷이 가지고 있는 순기능들이 제대로 작동하기 어려울 것이고, 새로운 서비스, 새로운 문제가 나올 때마다 (위헌의 위험이 존재하는) 이러한 법적 규제를 시도해야만 할 것이다.⁸⁶⁾ 가짜뉴스 문제가 심각한 사회문제인 것이 사실이기는 해도, 표현의 자유의 남용보다 과도한 규제로 인한 표현의 위축과 침해가 오히려 더 문제였다는 우리 헌정사의 경험을 상기할 필요가 있다. 따라서 가짜뉴스에 관한 별도의 법률을 제정하기 보다는, 현행 법제들만으로 가짜뉴스의 해악에 충분히 대처할 수는 없는지의 여부를 우선 검토해야 한다.⁸⁷⁾ 그리고 설령 법적 규제가 필요하다고 해도 표현의 자유 제한을 가능하게 하는 헌법상의 원칙에 부합하는 방식으로 규제가 설정될 수 있도록 고민해야 한다.⁸⁸⁾

2. 가짜뉴스 규제에 대한 입법안 검토

제20대 국회에서는 가짜뉴스를 규제하기 위한 여러 법안들이 논의 중에 있다. 현재 논의 중인 법안들에서 사용된 가짜뉴스의 정의를 종합해 보면 대체로 ‘이익을 얻을 목적으로 거짓의 사실을 언론보도 형식으로 만든 정보’이다. 또 대부분의 법안들은 공통적으로 작성자뿐만 아니라 인터넷사업자에 대한 벌칙을 규정하고 있는데, 사업자에게 가짜뉴스를 지체 없이 삭제할 의무를 부과하고 위반 시 영업정지나 과태료 등의 제재를 규정하고 있다. 관련해서 해당 법률안들이 가지고 있는 문제점을 몇 가지

86) 이권일, 앞의 글, 100쪽.

87) 김종현, 앞의 글, 94쪽.

88) 황성기, 앞의 글, 90쪽.

살펴보면 다음과 같다. 첫째, 가짜뉴스의 개념이 명확하지 않다. 가짜뉴스 작성자 및 유포자를 처벌하는 것이기 때문에 금지되는 행위가 무엇인지 예측 가능할 수 있도록 명확하고 구체적이어야만 한다. 그럼에도 불구하고, 다양하게 논의되고 있어 아직 명확하지 않은 가짜뉴스의 개념을 범죄의 구성요건으로 사용함으로써 수범자들이 금지되는 행위를 합리적으로 예측하기 어렵게 한다. 특히 ‘거짓’의 정보라는 것이 어떤 것을 의미하는지 판단하기가 쉽지 않다. 사실과 얼마나 달라야 거짓인지, 어느 정도까지는 용인될 수 있는 것인지 확실하지 않으며 그 판단은 누가 할 수 있는 것인지 추단하기 어렵다.⁸⁹⁾ 이렇게 불명확한 개념을 범죄의 구성요건으로 하는 것은, 결국 ‘의심의 여지없는 진실만을 말하라’고 강요하는 것이 되며, 이는 표현의 자유를 본질적으로 침해할 수 있다. 또 다른 구성요건으로서 ‘언론보도 형식’을 제시하고 있는데, 과연 어떠한 형식을 언론보도 형식이라고 명확하게 규정할 수 있을지 의문이다. 오늘날 디지털정보화시대에 얼마나 다양한 형식의 매체가 등장하고 있는지를 고려하지 않은 것이다.⁹⁰⁾ 뿐만 아니라 앞서 살펴 본 것처럼, 표현의 자유 중에서도 강하게 보호받는 언론의 자유와의 충돌 영역으로 가짜뉴스를 끌고 들어 갈 필요가 있는지에 대한 이유도 찾기 힘들다.

둘째, 가짜뉴스 작성자 및 유포자에 대해 중복적이거나 과도

89) 박아란, 앞의 글, 140쪽.

90) 박아란, 앞의 글, 141쪽. 신문과 방송도 다양한 형식의 보도를 수행하고 있으며 때로는 형식을 파괴한 보도를 시도하기도 한다. 팟캐스트나 인터넷 1인 방송, 블로거들이 정보와 뉴스를 전달하기 위해 구사하는 언론보도 형식은 실로 다양하며, 미래의 보도 형식을 예측하기 어려울 만큼 새로운 뉴스 포맷이 끊임없이 생겨나고 있다.

한 처벌 규정도 문제이다. 가짜뉴스 내지 허위정보를 만들거나 유포함으로써 타인의 인격권을 침해하게 되더라도 기존의 법률을 이용해서 규제가 가능하다.⁹¹⁾ 물론 이러한 처벌 내지 손해배상의 전제는 허위정보를 만들거나 이를 유포해서 타인의 법익을 침해한 경우이다. 단지 허위정보를 작성했다는 이유만으로 처벌하는 것이 아니라, 이를 유포하여 타인에게 해를 입혔을 때 처벌과 손해배상이 가능한 것이다. 그런데 논의 중인 법안들은 가짜뉴스 작성 내지 유포하는 행위 자체를 바로 처벌하는 내용을 담고 있어 과잉제한 금지의 원칙을 위반하게 될 가능성이 높다.⁹²⁾ 셋째, 논의되고 있는 법안들은 온라인서비스제공자에게 과도한 부담을 지우고 있다. 서비스제공자에게 모니터링·삭제의무, 유통 방지 책임자 지정의무, 표시의무 등 여러 법적 의무를 부과하고, 위반 시 제재수단으로 과태료, 영업정지·폐쇄조치, 나아가 형사처벌까지 규정하고 있다.⁹³⁾ 그런데 온라인서비스제공자의 법률상 책임은 「정보통신망법」에서 인격권 침해 및 불법계시물 처리와 관련하여 이미 규정되어 있다. 사생활 침해, 명예훼손 등 인격권 침해와 관련된 제공자의 보호의무 및 삭제·임시조치의무는 「정보통신망법」 제44조 및 제44조의2, 제44조의3에 의해 규율되고 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 서비스제공자에게 과도한 의무를 다시 부과하고 있는 것은 문제가 될 수 있다.

91) 앞서 본 것처럼, 허위사실을 유포해서 타인의 명예를 훼손한 경우 형법에 의해 처벌할 수 있고, 출판물 등에 의한 경우에도 처벌 규정이 있으며, 인터넷을 통한 경우에도 처벌하고 있다. 가짜뉴스로 타인의 사생활을 침해하게 되면, 민사상 불법행위로 인한 손해배상 및 위자료 청구도 가능하게 되어 있다. 허위정보임을 알면서 이를 유포 및 배포한 자도 당연히 작성자와 함께 법적 책임을 부담하게 된다.

92) 박아란, 앞의 글, 142쪽.

93) 김종현, 앞의 글, 92쪽.

또 서비스제공자에게 법적 의무를 강화하고 형사처벌 하는 경우, 영업의 자유를 침해하거나 처벌을 피하기 위한 과도한 사적 검열의 문제가 발생할 수 있으며, 언론사의 가짜뉴스에 대한 시정명령 제도는 자칫 언론에 대한 정부의 개입으로 비춰질 수도 있다. 오히려 서비스제공자의 자율적 책임을 강화하는 방안, 즉 제공자가 적극적인 협력을 자율적으로 한다면, 일정한 면책규정을 두는 것이 효과적일 수 있다.

<제20대 국회의 가짜뉴스 관련 입법안 주요 내용>⁹⁴⁾

| 구분 | 공통내용 |
|--------------|--|
| 가짜뉴스의 정의 | 인터넷상 언론보도 형식의 허위 정보 |
| 가짜뉴스 유포자의 책임 | 인터넷 유포자는 형사처벌, 선거관련 가짜뉴스의 경우 최초 유포자에 한해 형사처벌 |
| 가짜뉴스 매개자의 책임 | 가짜뉴스 삭제의무, 유통 모니터링의무, 유통방지 책임자 지정의무, 선거관련 가짜뉴스의 경우 가짜라고 표기할 의무 |
| 언론사의 책임 | 가짜뉴스를 보도한 언론사에 대한 정부의 시정명령 |
| 미디어교육 | 가짜뉴스 교육 의무화, 교육정책 추진을 위한 주무기관 설치 |
| 범정부대책 | 국가기관과 지자체의 가짜뉴스 유통방지 시책 마련 의무화 |

명예훼손, 사생활의 비밀과 자유 침해 등의 상황이 발생하지 않도록 하기 위해 가짜뉴스를 규제하는 것이 표현의 자유에 대한 정당한 제한이나 침해냐의 문제는 사법심사를 통한 사후적 규제 뿐 아니라 입법 단계에서의 사전적 고려 역시 매우 중요하다

94) 최진웅, 제20대 국회의 가짜뉴스 관련 입법안 분석, 의정연구 제24권 제3호 (2018), 158쪽.

다. 따라서 입법과정에서는 이후 법률에 대해 사법심사가 이루어질 수 있다는 것을 고려해야만 한다. 즉 입법이 되더라도 헌법재판소에서 해당 법률을 다시 평가하게 될 수도 있기 때문에 입법과정에서도 사전적인 위헌성 제거를 검토해야 한다는 것이다.⁹⁵⁾ 나아가 사회적 문제를 입법으로만 해결하는 것이 능사가 아님을 생각해야 한다. 먼저 가짜뉴스가 새로운 법을 만들어 대응해야 할 정도인지부터 따져 봐야 한다.⁹⁶⁾ 그렇지 않고 여론을 타고 새로운 법률을 통해서 규제하려고만 한다면, 상징입법에 다름 아니고, 입법만능주의이며, 그 법률은 ‘법치국가를 아웃소싱하는 법’ 내지 ‘형법을 민영화하는 법’이라는 비판을 면할 수 없다.⁹⁷⁾

3. 가짜뉴스 규제의 방향

그럼에도 불구하고 법적 규제가 필요하다면 표현의 자유의 제한의 한계를 명확히 할 필요가 있다. 우리 헌법재판소는 민주주의에서 표현의 자유가 가지는 중요성을 여러 차례 강조하면서 우월적 지위를 가지는 기본권으로 인정하고 있는 것을 보았다. 따라서 그 제한은 쉽지 않으며, 헌법상 용인되는 제한인지에 대해서는 더욱 엄격한 기준으로(이익형량시 표현의 자유에 가중치를 두도록) 심사되어야 한다.⁹⁸⁾ 무엇이 가짜뉴스인지 명확하지

95) 장철준, 디지털 시대 헌법상 표현의 자유 개념 변화를 위한 시론 혐오표현 문제를 중심으로, 언론과법 제18권 제1호 (2019), 79쪽.

96) 안수길, 법학논총 제36권 제1호 (2019), 134쪽. 독일에서는 선거에 영향을 미치기 위해 퍼뜨린 가짜뉴스가 실제로 의도한 효과를 발휘했다고 보기 어렵다는 조사 결과가 여럿 나왔으며, 가짜뉴스가 극성을 부렸다는 미국 대선에서도 가짜뉴스가 실제로 미친 영향은 생각보다 미미했다는 분석도 있다.

97) 안수길, 앞의 글, 133쪽

않음에도 불구하고 이를 규제한다면, 표현의 자유에 대한 심각한 위축효과를 일으키고 나아가 침해에 이르게 된다. 앞서 논의했던 것처럼, 가짜뉴스를 ‘정치적·경제적 이익을 얻기 위해 허위의 내용을 (언론보도 형식으로)⁹⁹⁾ 고의로 유포하는 것’이라고 규정할 수는 있지만, 이를 처벌 조항의 구성요건으로 사용하는 것은 신중해야 한다. 특히 ‘허위’라는 것도 ‘내용의 거짓이나 형식의 오류가 모두 포함될 수 있는 넓은 개념’이기 때문에 이를 처벌요건으로 사용하기 위해서는 더욱 구체적이고 명확한 규정이 필요하다. 무엇이 허위인지 진실인지 분명하게 판단하기 어렵기 때문에 막연히 허위라는 표현을 규제하는 것은 헌법적으로 정당화되기 어렵다. 게다가 허위정보의 표현이라고 해서 국가의 개입이 자동적으로 정당화되지도 못한다.¹⁰⁰⁾ 허위표현이라고 해서 자동으로 표현의 자유의 보호범위에서 배제되는 것이 아니라는 헌법재판소의 판단을 존중해야 한다. 허위표현이 있었다는 사실만으로 국민의 진실한 정보획득이 차단되거나 국가질서가 교란되거나, 범죄가 선동되는 것은 아니기 때문이다.¹⁰¹⁾ 사실에 근거하지 않고 악의적이며 사회에 부정적 영향을 끼치는 가짜뉴스의 확산을 막아야 한다는 주장에는 이의가 없겠지만, 이러한 목적이 정당하더라도 가짜뉴스를 근절하기 위한 모든 정책수단과 처벌법령이 헌법상 표현의 자유의 정당한 제한으로 이어지지 않는다는 데다, 더구나 다른 법익의 침해가 발생하지 않은 허위정보의 표현 그 자체를 법으로 처벌한다는 것은 표현의 자유의 보호범

98) 이권일, 앞의 글, 100쪽.

99) 앞서 논의했던 것처럼, 디지털 시대에 언론보도 형식이란 과연 무엇인가라는 근본적인 질문에 부딪힐 수 있기 때문에 괄호로 처리함.

100) 박아란, 앞의 글, 148쪽.

101) 박아란, 앞의 글, 150쪽.

위를 오해하는 것이다.¹⁰²⁾ 헌법재판소가 판시했듯이 허위표현 그 자체만으로 반드시 사회적 해악이 초래되는 것이 아닌데도 국가가 이를 차단하고 처벌하는 것은 표현의 자유에 대한 본질적인 침해이기 때문이다. 결국 허위정보의 유통을 막기 위해서 ‘가짜뉴스’라는 새로운 이름을 만들어 새로운 법률을 통해 규제하는 것은 근본적인 해결책이 될 수는 없다. 가짜뉴스라는 모호한 개념을 사용한 새로운 법을 만들어 게시자를 처벌하고 인터넷서비스사업자에게 삭제 및 차단 의무를 부과하려는 것은 타당성과 실효성 측면에서도 문제지만, 헌법상의 중요한 기본권인 표현의 자유를 부당하게 제한하는 것이기 때문이다. 따라서 가짜뉴스를 구성요건으로 하는 새로운 법이나 처벌조항을 만들기 보다는, 타인의 법익을 침해하는 허위정보인 가짜뉴스에 대한 규제는 기존의 「형법」과 「정보통신망법」 등을 통해 대응하는 것이 바람직하다.

이렇게 보면, 무엇이 가짜뉴스인지 불명확한 상태인데도 불구하고, 여러 법안들은 추상적이고 모호한 개념을 사용하여 표현의 자유에 대한 과도한 규제를 시도한 측면이 있다. 허위정보 규제에도 기본권 제한의 기본원칙이 적용되어야 하며 법을 통한 규제는 최후의 수단으로 고려되어야 하는 것이다.¹⁰³⁾ 어쩌면 가짜뉴스는 규제가 아니라 지원이나 진흥법의 형식으로 접근할 필요도 있다. 앞서 살펴 본 가짜뉴스 법안에 가짜뉴스 방지를 위한 기술개발, 교육, 홍보 정책 등을 규정하는 것은 바람직한 방향이라고 생각된다. 이는 사후 규제방식이 아니라 사전의 지원 방식을 통해 가짜뉴스의 문제를 해결한다는 측면에서 의미가 있

102) 박아란, 앞의 글, 149쪽.

103) 박아란, 앞의 글, 113쪽

기 때문이다. 특히 가짜뉴스의 문제가 혐오표현이나 공익을 해할 목적의 허위정보라면 무엇보다 사전예방적 교육이 중요하다. 최근의 해외 동향에서도 가짜뉴스와 미디어 리터러시에 대한 연구와 논문이 많이 나오고 있다는 점도 참고할 필요가 있다.¹⁰⁴⁾ 가짜뉴스라는 용어를 사용함으로써 순도 100%의 진짜정보와 조금이라도 부정확한 정보가 포함된 가짜정보를 억지로 구분하고 규제하려 시도하기보다는, 허위의 정보를 규율하는 현행 법제의 활용과 진실과 거짓이 사상의 자유시장에서 자연스럽게 밝혀질 수 있도록 적절한 절차의 제공 및 관련 교육에 투자하는 것이 바람직하다. 이상을 종합하면, 허위정보인 가짜뉴스를 작성·유포하는 행위에 대해서 이미 기존의 법률을 통해서도 규제가 가능하다고 할 것이다.¹⁰⁵⁾ 요컨대 가짜뉴스라는 이슈에 휩쓸려서 불필요한 과잉규제를 반복하는 것은 문제해결 방법이 아니다. 가짜뉴스에 대한 대응은 기본적으로 자율과 자정시스템에 따라 제거될 수 있도록 하는 교육과 지원에서 출발해야 할 것이고, 만약 가짜뉴스로 인해 법익의 침해가 발생한 경우에 대해서는 기존의 허위정보(사실)의 표현으로 타인의 법익을 침해하는 행위를 규제하는 매커니즘에 따라 처리하고, 사안에 따라서는 더 강력한 제재가 이루어질 수 있도록 현행 법제를 정비하게 되면, 표현의 자유의 보호와 헌법적 가치도 지킬 수 있고, 가짜뉴스 작성과 유포의 시도도 줄일 수 있을 것이라 생각한다.

104) 자세한 것은 윤성옥 외, 앞의 글, 129쪽; 김창화, 미국의 가짜 뉴스 대응과 미디어 리터러시 교육, 교육법학연구 제30권 제3호 (2018) 참조.

105) 이성대, 앞의 글, 80-82쪽.

V. 결론

최근 가짜뉴스의 폐해가 커지면서 규제를 위한 정책과 법안들이 논의되고 있다. 가짜뉴스, 사실 ‘가짜’라는 단어 그 자체가 주는 ‘나쁘다’의 뉘앙스는 어떻게든 규제하거나 제거하고 싶은 욕구를 불러일으킨다. 그런데 모든 가짜가 나쁜 것인가? 100% 가짜와 99%의 진짜, 1%의 가짜가 섞여 있는 것은 어떻게 할 것인가? 악의가 없었거나 오히려 진짜라고 믿었던 것이면 어떻게 해야 하는가? 실제 타인에게 피해를 주었는가? 그리고 그 판단은 누가 할 것인가?의 문제를 생각해 봐야 한다. 게다가 언론매체를 통한 정보라는 뉘앙스의 ‘뉴스’라는 단어와 결합하면서 헌법적 측면에서는 쉽게 제한하기 어려운 영역으로 접어들게 된다. 헌법상 폭넓게 인정되고 있는 표현의 자유의 문제이며 그 중에서 매우 강한 보호를 요청하고 있는 언론의 자유에 대한 제한과 한계의 영역이기 때문이다. 그런데 가짜뉴스가 헌법이 보호하고 있는 언론으로서 뉴스인가? 정보통신기술의 발달로 인해 전통적인 언론매체가 아닌 다양한 매체에 의해 작성되고 다양한 방식으로 전파되는 정보를 언론으로서 뉴스와 동일하게 다루어야 하는가?하는 것은 판단하기 쉽지 않다. 그렇기 때문에 가짜뉴스 규제의 까다로움이 발생한다.

그러나 가짜뉴스와 같은 허위정보의 유포는 예전부터 있어왔고, 그 속성과 개념요소를 들여다보면, 결국 내용의 허위성과 (정치·경제적 이익을 도모하거나 타인을 해할)악의적인 의도성을 가지고 있는 정보라는 것을 알 수 있다. 허위정보에 다른 것이 아닌 것이다. 이렇게 보면, 언론의 자유와의 충돌지점은 조금 피

하게 되고, 동시에 기존의 법제로 충분히 대응 가능할 수 있게 된다. 주요 외국에서 가짜뉴스 대신 허위정보라는 이미 합의된 용어를 사용하자는 움직임도 이와 취지를 같이 한다고 생각한다. 다행스럽게도 우리는 표현의 자유에 대한 정당한 제한의 범위 내에서 허위사실, 허위정보가 타인의 법익을 침해했을 때 어떻게 제재할 것인가에 대한 법과 제도를 이미 가지고 있다. 따라서 명확하지 않은 가짜뉴스라는 용어를 처벌의 구성요건으로 하고, 작성이나 표현행위 자체를 처벌하며, 서비스제공자에게 과도한 의무를 부담함으로써 표현의 자유를 침해할 위험성이 있는 새로운 규제 법률을 만드는 것은 불필요해 보인다. 다만, 변화된 정보매체의 환경에 따라 기존 법제를 정비하거나 강화하고, 진짜와 가짜가 사상의 자유시장에서 자연스럽게, 또 자율적으로 분별될 수 있도록 지원과 교육을 시행해야 할 것이다. 알랭드 보통이 「뉴스의 시대」에서 언급한 내용을 다시 새겨 본다.

많은 이해관계가 상충되고, 많은 사람이 지켜볼 때, 조작은 어려워진다. 사람들이 정보를 대하는 수준이 올라가면 거짓 뉴스나 돈을 받고 올리는 정보에 속지 않게 된다. 소비되지 않는 정보는 당연히 사라진다. 조작이 힘든 영역으로 건축물을 꼽았듯이 정보의 구조까지 속이기는 힘들다. 속이는 정보는 몇 가지 구조적 특징을 갖는데, 이해관계자가 작성한 것이라든지, 그 내용대로 되면, 해당 작성자가 이익을 본다든지, 근거가 불명확하고, 표현방식이 어렵다든지 하는 것이 그것이다.

<참고문헌>

- 권건보, 정보접근권의 실효적 보장에 관한 고찰-정보주체의 정보접근권을 중심으로, 미국헌법연구 제29권 제2호 (2018)
- 기현석, 가짜뉴스의 확산에 따른 공직선거법의 개정 방향, 아주법학 제12권 제3호 (2018)
- 김민배, 표현의 자유와 사상의 자유시장, 토지공법연구 제33집 (2006)
- 김성화, 독일의 SNS규제와 표현의 자유, 전남대학교 법학연구소 공익인권법센터 인권법평론 제22호 (2019)
- 김윤홍, 미 연방헌법 수정 제1조의 해석과 자기통치의 원리-민주주의적 언론의 자유이론과 우리 헌법의 해석, 법학연구 제29권 제4호 (2018)
- 김종근, SNS 속의 가짜뉴스: 현황과 대책, 한반도선진화재단 기타 단행본 (2017)
- 김종현, 가짜뉴스의 규제에 관한 비교법적 연구 - 미국의 논의를 중심으로 -, 서울대학교 法學 제60권 제3호 (2019)
- 김창화, 미국의 가짜 뉴스 대응과 미디어 리터러시 교육, 교육법학연구 제30권 제3호 (2018)
- 노동일, 정완, 가짜뉴스의 합리적 규제에 관한 고찰, 경희법학 제53권 제4호 (2018)
- 문재완, 알 권리의 재구성, 공법연구 제44집 제2호 (2015)
- 박아란, 가짜뉴스와 온라인 허위정보(disinformation) 규제에 대한 비판적 검토, 언론정보연구 제56권 제2호 (2019)
- 심홍진, 가짜 뉴스(Fake News)와 민주주의, Issue & Review on Democracy 제14호 (2017)

- 안수길, 가짜뉴스에 맞서는 독일 ‘사회관계망법집행법’의 내용과 쟁점, 법학논총 제36권 제1호 (2019)
- 오세욱·정세훈·박아란, 가짜 뉴스 현황과 문제점, 한국언론진흥재단 (2017)
- 오일석, 지성우, 정운갑, 가짜 뉴스에 대한 규범적 고찰, 미국헌법연구 제29권 제1호 (2018)
- 유의선, 가짜뉴스의 법적 규제-사회적 법익 보호를 중심으로, 언론과법 제17권 제2호 (2018)
- 윤성욱, 가짜뉴스 규제 법안의 특징과 문제점, 언론과법 제18권 제1호 (2019)
- 이권일, 소셜 네트워크 시대에 가짜뉴스(fakenews) 규제에 관한 헌법적 고찰- 독일의 소셜네트워크법 (Netzwerkdurchsetzungsgesetz)에 대한 분석을 중심으로, 공법학연구 제20권 제1호 (2019)
- 이부하, 디지털 시대에 의사표현의 왜곡과 표현의 자유의 한계, 법학논문집 제42집 제3호(2018)
- 이성대, 가짜뉴스에 대한 형사법적 규제가능성과 보완필요성 검토, 형사정책 제30권 제1호 (2018)
- 이정념, 인터넷 가짜뉴스(Fake News)의 규율에 관한 법적 쟁점, 法曹 제731집 (2018)
- 이춘구, 사상의 자유시장이론 전개의 법적 고찰 -연원과 현대적 발전을 중심으로-, 국가법연구 제10권 제1호 (2010)
- 장용근, 인터넷상의 표현의 자유의 보호영역과 사상의 자유시장과 한계, 세계헌법연구 제15권 제3호 (2018)
- 장영수, 언론의 자유와 팩트체크(fact check), 공법학연구 제20권 제1호 (2019)

장철준, 자유로운 여론 형성과 국가의 역할: 인터넷 여론조작 시대의 민주주의, 헌법학연구 제24권 제3호 (2018)

장철준, 디지털 시대 헌법상 표현의 자유 개념 변화를 위한 시론 혐오표현 문제를 중심으로, 언론과법 제18권 제1호 (2019)

최진응, 제20대 국회의 가짜뉴스 관련 입법안 분석, 의정연구 제24권 제3호 (2018)

홍완식, 가짜뉴스 규제법안에 대한 입법평론, 법과 정책 제25집 제1호 (2019)

황성기, 가짜뉴스에 대한 법적 규제의 문제, 관훈저널 제60권 제1호 (2018)

황용석, 정재관, 정다운, 가짜뉴스 관련 국내 입법안 분석과 그 한계 위헌성 여부를 중심으로, 사회과학연구 제25권 제2호 (2018)

토론문

이현석*

I. 서론

1. 가짜뉴스의 개념, 표현의 자유의 중요성과 가짜뉴스 규제의 위험성, 가짜뉴스 규제의 방향과 문제점 등에 대한 발표내용에 공감.
 - 특히, 형법과 정보통신망법 등 종전 법규로써 가짜뉴스에 대한 대응이 가능하다는 점과 입법만능주의 위험이 있다는 점에 적극 동의.
2. 발표내용의 세부사항 중 몇 가지에 대하여 질의하거나 의견 제시하고자 함.

II. 질의(또는 의견)

- 가. 가짜뉴스의 개념 관련 (발표문 제4면, 제11면, 제15면)
- 가짜뉴스의 개념 부분에서, 일반적으로 “경제적 혹은 정치적 이익을 위해 독자를 오인시킬 의도를 가지고 유포되는 허위정보”로 정의되며, 진짜뉴스에 대비되는 개념으로 다루어져서는

* 법무법인 에이팩스 변호사

안 된다고 주장하는 동시에,

가짜뉴스 규제의 위헌성 부분에서, **규제의 법규정은 보다 명확하고 구체적으로 규정되어야 한다고 지적함.**

- 정보통신망법 개정안(2018. 4. 25. 박완수 의원 대표발의) 제 44조 제1항은 “거짓의 또는 왜곡된 사실을 「언론중재법」 제2조 제15호에 따른 언론보도로 오인하게 하는 내용의 정보”라고 정의하고 있고, 「언론중재법」에서는 “언론보도란 언론의 사실적 주장에 관한 보도를 말한다. 언론이란 방송, 신문, 잡지 등 정기간행물, 뉴스통신 및 인터넷신문을 말한다.”고 비교적 명확하게 정의.
- 법률개정안의 가짜뉴스 개념이 일반적인 가짜뉴스 개념에 대비해서 또는 명확성 측면에서 문제가 있는지 의문.
- 한편, 소위 진짜뉴스 예컨대, TV뉴스나 신문기사도 허위이고, 허위임을 알고 있고, 정치·경제적인 목적이 있으면 ‘일반적인 가짜뉴스 개념’에 포섭되는 것인지, 가짜뉴스의 논의대상이 너무 확대되는 것은 아닌지 의문.

나. 사상의 자유시장이론 관련 (발표문 제8면)

- ‘빼앗긴 용맹법(The Stolen Act)사건’에서 헌법상 보호할 가치가 없는 거짓이라는 정부주장에 대하여 “**거짓 외에 아무런 가치가 없기 때문에 규제할 이유가 없다**”는 법원의 답변은 멋짐.
- 다만, 미디어의 다양화로 인해 치열해진 경쟁, 경쟁에서의 승리가 경제적 성공으로 이어지는 상황은 “가짜뉴스에 경제적 가치가 부여”되는 문제.

MIT 연구팀의 2006~2017년 트위터 조사결과: 가짜뉴스 중

상위 1%는 10만 명까지 확산되지만, 사실인 트윗은 1,000명 이상까지의 확산이 거의 없고, 확산속도도 거짓뉴스가 사실인 트윗보다 6배 빠르고, 정치 관련 테마는 가장 확산되기 쉬운 것으로 나타났다는 인터넷 글.

- 유튜브 영상의 광고료수입은 거짓뉴스가 가진 거대한 경제적 가치를 의미. 특히, 대중의 관심을 끄는 정치와 연예 관련 뉴스는 가장 유혹적인 소재.
이 때문에 정치인뿐만 아니라 일반인도 거짓뉴스 규제에 찬성하는 분위기.
- 그러나 발표내용에도 있듯이, 현행 법령의 범위에서 엄중한 운용을 통해 해결점을 찾는 것이 우선일 듯.

다. 과잉제한금지원칙 및 사전검열금지원칙 관련 (발표문 제12면)

- 가짜뉴스를 “자율적인 정화작용이 아니라 법률과 처벌을 통해 규제하려는 것은 입법만능주의, 과잉입법의 비판을 받을 수 있다”는 발표에 동감.
“가짜뉴스 규제 의무를 통신서비스 사업자에게 부여하고, 위반 시 과도한 제재를 가하는 것도 사전검열에 해당될 소지가 있다”는 내용에도 찬성.
- 유튜브는 2017년 8월 도입한 노란딱지(노란 달러표시) 방식 즉, 유튜브 AI가 신고가 누적된 영상 등을 검토하고 광고제한을 하는 방식을 도입. 이는 해당 유튜버로 하여금 이후 영상을 제작할 때 광고제한을 피할 수 있도록 자기검열을 강제하는 효과가 있음.
- 유튜브의 광고제한 조치가 사전검열금지 또는 과잉제한금지

에 위배될 수 있는지, 언론매체 스스로에 의한 자율규제로서 문제가 없는지 논의 필요할 듯함.

라. 새로운 법적 규제의 필요성 관련 (발표문 제14면, 제18면)

- 가짜뉴스 규제의 방향 관련, “가짜뉴스로 타인의 법익이 명확히 침해되는 경우에, 현행 법적 규제와 처벌 공백을 발견하기는 쉽지 않다”, “가짜뉴스를 구성요건으로 하는 새로운 법이나 처벌조항을 만들기보다는 기존 법률 등을 통해 대응하는 것이 바람직하다”는 점에 동의.

- 새로운 규제가 나오더라도, 진짜뉴스를 인용하거나 유포하는 행위에 대하여 정보통신망법위반의 주관적 구성요건 중 허위사실에 대한 고의가 인정되기 어려워 현실적 처벌이 어려움.

- 유튜브 채널, 인터넷 커뮤니티, 네이버 블로그 등에 이연주 의원 불륜설을 유포한 유튜버에 대한 정보통신망법위반(명예훼손) 사건에서,

1심은 “피고인이 요약한 글과 링크된 기사에 내용상의 차이가 있어 허위에 대한 고의가 있었고, 마굴(마귀들이 모여 있는 곳)이라는 표현에 비추어 비방의 목적이 있던 것이라고 유죄판단 하였으나,

2심은 “피고인이 게시한 글은 인터넷 기사내용에서 벗어나지 않고 새롭게 추가된 내용도 없으며, 피고인이 이연주 의원의 불륜설에 대해 단정적으로 언급한 바는 없어 허위라는 인식이 있었다고 단정하기 어렵다”고 무죄판단.

마. 가짜뉴스에 대한 교육투자 관련 (발표문 제18면)

- 2018. 5. 17. 유은혜 의원이 대표발의한 「미디어교육 활성화에

관한 법률안」에서는, 미디어와 미디어 내용물에 대한 비판적 이해능력과 창의적 활용능력을 증진시키기 위하여, 국무총리 소속 미디어교육위원회를 두고 교육부, 문화체육관광부 및 방송통신위원회가 “미디어교육”을 주관하고, 중앙행정기관, 자치단체 및 공공기관은 시행기관으로서 미디어교육의 전문인력을 양성 및 지원하고, 소관 미디어교육 전문기관 또는 미디어교육 관련단체를 지원하도록 하는 내용을 담고 있음.

- 교육의 주체, 대상, 내용 또는 방식 등에 관하여 고려할 사항 또는 주의할 사항이 있다면 무엇인지.

『경찰관 직무집행법』상 불심검문에 관한 법적 고찰

남 상 택*

I. 서론

경찰관이 국민에 대한 생명·신체·재산의 보호, 범죄의 예방, 공안의 유지, 기타 법령집행등의 직무를 충실히 수행하도록 하기 위하여 1953년에 제정·시행된 『경찰관 직무집행법』(이하 “경직법”이라 함)은 1981년 “현행 경찰관직무집행법은 전후 일본의 경찰관직무집행법을 직역한 것으로서 현재 우리나라의 실정에 맞지 아니할 뿐 아니라, 치안수요의 급증에 따라 법적 근거없이 사실상 수행하고 있는 제경찰작용이 다양한 바, 현 실정에 맞도록 명문화하여 경찰관의 직무집행에 합리성과 합법성을 보장하려는 것임”을 이유로 전부개정이 있었고, 총18회의 개정을 거쳐 현재의 경직법이 마련되었다.¹⁾ 또한 경직법 제3조의 불심검문은 1989년과 1991년 두 차례의 개정을 거친 이후, 법조문상 특별한 변화 없이 현재에 이르고 있다. 1989년 경직법 일부 개정이유를 보면, 경찰권의 남용으로 인한 기본권침해의 소지가 있는 사항에 관하여 경찰권행사의 요건과 한계를 엄격하게 함으로써 경찰권행사의 적정을

* 인천대학교 법학연구소 연구원, 경찰대학교 강사, 법학박사

1) 법제처, 「경찰관 직무집행법」 전체 제정·개정이유 참조.

도모하기 위하여, ① 경찰관으로부터 경찰관서에의 동행요구를 받은 자는 그 동행요구를 거절할 수 있도록 하고, ② 경찰관이 불심검문을 하거나 동행을 요구할 경우 당해인에게 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 그 목적과 이유를 설명하여야 하며, 동행의 경우에는 동행장소를 밝힌 후 동행을 거부할 자유와 동행 후 언제든지 경찰관서로부터 퇴거할 자유가 있음을 고지하도록 하며, ③ 경찰관이 동행을 한 경우에는 당해인의 가족·친지등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행장소, 동행목적과 이유를 고지하거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 부여하도록 하여야 하고, 변호인의 조력을 받을 권리가 있음을 고지하도록 하는 것을 주요 내용으로 한다. 또한 1991년 경직법 일부 개정이유를 보면, 경찰관의 임의동행 및 경찰장구 사용의 요건을 일부 완화하여 경찰의 민생치안활동의 효율적 수행을 뒷받침하기 위하여, ① 임의동행시 동행을 거부할 자유와 언제든지 경찰관서로부터 퇴거할 자유가 있음을 고지하도록 한 규정을 삭제하고, ② 임의동행을 한 경우 3시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없도록 하던 것을 6시간으로 연장하며, ③ 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인에게 경찰장구를 사용할 수 있게 하던 것을 현행범이나 장기 3년 이상의 징역이나 금고에 해당하는 죄를 범한 범인에게 사용할 수 있도록 요건을 완화하는 것을 주요 내용으로 한다.

그러나 경직법상의 불심검문은 일본의 경찰관직무집행법의 영향을 많이 받았고, 두 차례에 걸쳐 개정되었지만, 경찰권 행사의 요건과 한계를 엄격하게 개정함과 동시에 실효성을 위하여 임의동행 머무는 시간을 6시간으로 연장하는 것으로 개정함으로써 불심검문의 법적 성격, 즉 수사로서의 성격 인정여부와 6시간이라는 시간의 적정성에 대한 논란이 있어왔다.

또한 위와 같은 현실성·실효성 등을 고려한 경직법의 일부·

전부개정에도 불구하고 개괄적 수권조항의 인정여부에 관한 문제, 불심검문의 수사로서의 성격 인정여부에 관한 문제, 경찰상 손실보상의 인정여부와 범위에 관한 문제, 경직법상 표준조치 발동의 근거와 한계에 관한 문제 등 다양한 문제점이 노출되어 왔으며, 법제간의 충돌 측면, 경찰법이론과 경찰실무의 부조화 측면, 공권력 행사의 실효성과 인권보장이라는 측면 등 다양한 원인으로 논란이 있어왔다. 특히, 경직법 제3조는 불심검문이라는 제목 하에 경찰관이 범죄수사나 예방과 관련된 일정한 행위를 할 수 있도록 규정하고 있고, 불심검문의 대상은 ① 범죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람과 ② 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자이며, 할 수 있는 행위로는 정지와 질문, 동행요구, 흥기조사 등이 규정되어 있다. 한편, 불심검문과 관련하여 제도적·연혁적 측면에서의 실효성 제고, 용어 정비에 따른 실효성 제고, 강제성 부여에 따른 실효성 제고, 불심검문의 한계기준 설정에 따른 실효성 제고 등 다양한 연구가 있어 왔으나, 불심검문의 범죄의 예방과 제재를 통한 치안유지와 적법절차를 통한 인권보장이라고 하는 쉽게 양립하기 어려운 목적과 기능의 충돌로 인하여 불심검문의 이론과 실무사이에서 발생하는 긴장관계의 조화로운 해결방안을 도출하지 못하고 있는 것이 현실이다.

이 논문에서는 불심검문제도가 갖는 목적과 기능이 실효성 있게 발휘될 수 있도록, 종래 사전 연구되었던 주요하게 다루어졌던 내용을 중심으로 불심검문의 법적 성격, 요건, 대상, 절차 등과 관련된 쟁점을 법률적으로 검토함으로써 현재 논의가 되고 있는 수사권 및 수사지휘권의 문제, 경찰권 행사의 정당성 부여

문제, 경찰작용의 실효성 제고 문제 등과 관련하여 향후 법·제도적 개선방안 마련을 위한 근거를 제공하고자 한다.

II. 불심검문의 개념과 법적 성격

1. 불심검문의 개념

경직법 제3조 제1항은 불심검문과 관련하여 “경찰관은 수상한 행동이나 그 밖의 주위 사정을 합리적으로 판단하여 볼 때 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람을 정지시켜 질문할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 동법 제2항과 제3항은 일정한 요건 하에서의 동행요구와 흥기조사 등을 규정하고 있다. 한편, 불심검문의 개념과 관련하여 경직법 제3조의 규정은 불심검문에 관한 협의의 개념을 규정한 것이고, 광의의 개념은 정지 및 질문 외에 일정한 요건 하에서의 동행요구와 소지품 검사를 포함하며, 최광의의 개념은 신원확인까지 포함하는 것으로 개념을 분류한다.²⁾

불심검문의 법적 근거는 경직법 제3조 제1항으로, 불심검문은 경찰의 업무 중 빼놓을 수 없는 중요한 업무의 하나이며 각종 범죄를 예방하고 범인을 검거하는데 있어서 중요한 역할을 하고

2) 고현환, “불심검문에 관한 비교법적 고찰”, 『국제법무』 제8집 제2호(제주 : 제주대학교 법과정책연구원, 2016. 11), 3쪽 참조; 정신교, “불심검문의 적법성의 한계와 개선방안”, 『법학논총』 제29집(서울 : 숭실대학교 법학연구소, 2013), 403쪽 참조.

있다. 경찰의 검문검색 활동은 범죄인에게 심리적인 제약으로 작용하여 범죄활동을 저지하거나 둔화시킴으로써 범죄예방의 실효를 거둘 수 있다. 또한 경찰의 성실한 검문활동은 시민들로 하여금 범죄로부터의 불안을 해소시켜 사회의 치안유지 및 민생 안정에 기여를 함으로써 공권력에 대한 신뢰감을 향상시키는데 큰 역할을 할 수 있다.

한편, 경직법에서 사용하는 불심이라는 용어는 일반적으로 사용되지 않는 개념일 뿐만 아니라 특히 검문이라는 용어는 신체 구속, 의사에 반한 연행과 답변의 강요를 포함하는 등 공권력의 권위주의적 색채가 묻어나므로 오늘날 시행의 흐름에 맞도록 ‘직무질문’ 내지 ‘경찰상 신분확인’ 또는 ‘신원확인’이라는 용어로 정비하자는 의견과 불심검문과 직무질문을 동일시하는 견해도 다수 존재한다.³⁾

2. 불심검문의 법적 성격

종래 경찰을 행정경찰과 사법경찰로 구분하는 것은 대륙법적 사고방식으로,⁴⁾ 영미법계에서는 관념적으로나 제도적으로 양자의 구별을 인정하고 있지 않는다고 한다.⁵⁾ 한편, 오늘날에는 영

3) 이영돈, “불심검문에서 ‘정지’의 요건과 한계 - 미국의 stop and frisk 법리와 비교”, 『법학논집』 제18권 제4호(이화여자대학교 법학연구소, 2014. 6), 167쪽; 이완규, “불심검문의 헌법적 근거와 한계”, 『형사법의 신동향』 통권 제23호(대검찰청, 2009. 12), 70~71쪽; 김선화, “경찰관직무집행법 개정안의 불심검문 규정에 관한 헌법적 문제”, 『검찰법연구』 제8권 제2호(한국경찰법학회, 2010), 6쪽; 정신교, 위의 논문, 228쪽; 이만중, “경찰 불심검문의 적법성 한계에 관한 고찰”, 『한국공안행정학회보』 제28집(한국공안행정학회, 2007), 172쪽 참조.

4) 유인창, “불심검문에 관한 소고”, 『한국경찰학회보』 제2권 제1호(아산 : 한국경찰학회, 2000), 112쪽 참조.

5) 이영돈, “영국의 경찰과 형사증거법(PACE)상 경찰의 정지·수색권”, 『경찰법연

미권에서도 일반적 경찰의 임무로서 범죄예방 및 진압자로서의 경찰 이외에 평화의 수호자, 비상상황의 처리자, 공공질서의 유지, 공권력의 집행자로서의 경찰을 강조하고 있으므로 행정경찰로서의 임무를 수행하고 있다고 평가하기도 한다.⁶⁾

이와 관련하여 우리나라 경직법 제3조에서 규정하고 있는 불심검문은 경찰행정목적 달성과 수사하는 행정경찰작용에 속하는지 아니면 범죄수사의 수사처분으로서의 사법경찰작용에 속하는지 분명하지 않아 현재까지도 법적 성격에 관한 다툼이 있다.

1) 행정경찰작용설

불심검문과 수사를 엄격히 구분함으로써 형사소송법과의 충돌을 배제하려는 입장에서 불심검문을 범죄예방과 이를 통한 질서 유지라는 행정목적 달성을 위한 수단으로 보는 견해이다.⁷⁾

구, 제8권 제2호(아산 : 한국경찰법학회, 2010), 24쪽; 김택수, “불심검문의 실효성 확보와 인권보호의 조화방안”, 『경찰법연구』 제6권 제2호(한국경찰법학회, 2008), 155쪽 참조.

- 6) 안동인, “영국법상 경찰권 행사의 근거와 한계 - 『경찰관직무집행법』의 비교법적 검토와 관련하여”, 『공법학연구』 제17권 제4호(순천 : 한국비교공법학회, 2016), 325쪽; 이성용·서정범, “경찰작용법 체계의 합리적 개선방안”, 경찰청 정책연구(서울 : 경찰청, 2011. 10), 1쪽 참조.
- 7) 고현환, 앞의 논문, 5쪽; 이영우·박종렬·견승엽, “인권보장을 위한 경찰관직무집행법상 불심검문에 관한 연구”, 『법학연구』 제16권 제2호(천안 : 한국법학회, 2016), 27쪽 참조; 정신교, 위의 논문, 4~5쪽; 김태진, “불심검문의 법적근거”, 『공법학연구』 제4권 제1호(순천 : 한국비교공법학회, 2012), 96쪽; 백형구, 『형사소송법』(서울 : 박영사, 2010), 109쪽; 구형근, “경찰관직무집행법상 불심검문”, 『토지공법연구』 제39집(서울 : 토지공법학회, 2008), 217쪽; 임웅·임학순·이영관·송인동·정순도, “불심검문 실태와 개선에 관한 연구”, 치안정책연구소 연구보고서(용인 : 경찰대학 치안정책연구소, 1997), 17쪽 참조; 이외에도 이재상, 『신형사소송법』(서울 : 법문사, 2002), 181쪽; 손동권, 『형사소송법』(세창출판사, 2010), 173쪽; 차용석·최용성, 『형사소송법』(신21세기사, 2008), 163쪽 참조.

즉 불심검문은 행정경찰작용의 수단으로서 어디까지나 행정목적
을 달성하기 위한 것이고, 수사단서로서 범죄단서의 발견, 범인
및 증거의 확보라고 하는 사법목적에 유용하다고 하더라도 수사
방법 내지 사법경찰작용으로는 될 수 없다는 견해이다. 이 견해
는 기본적으로 경직법이 연혁상 - 일본의 근대적 경찰법인
1875년 ‘행정경찰규칙’의 강한 영향을 받은 - 1894년 갑오개혁
당시의 ‘행정경찰장정’을 실질적으로 계수한 법, 즉 행정목적
을 달성하기 위하여 제정된 법이라는 점, 아직 특정되지 않는 범죄
나 범죄인을 전제로 이루어지는 경찰활동이라는 점, 현행 경직
법상의 불심검문은 경찰관이 주체로 형사소송법 제196조 제1항
의 - 사법경찰관이 행하는 - 수사와는 달리 검사의 지휘로부터
자유롭다는 점, 불심검문의 결과 수사절차로 발전하는 경우는
있지만 수사 그 자체는 아니고 수사의 단서가 될 뿐이라는 점
등을 논거로 하며, 불심검문의 대표적인 방법인 정지 및 질문은
경찰상 조사의 성질을 가지거나 행정상 즉시강제의 일종으로 본
다.

2) 준사법경찰작용설

불심검문은 수사자체는 아니지만 현실적으로 수사로 이어지고
수사에 있어서와 마찬가지로 개인의 자유와 권리에 대한 침해의
우려가 항상 내포되어 있는 분야이므로 그 법적 규제의 측면에
서는 사법경찰작용인 수사활동에 적용되고 있는 형사소송법상의
모든 규제가 그대로 적용되어야만 하는 영역으로 파악해야 한다
는 견해이다.⁸⁾ 이 견해는 법적 규제의 측면에서 불심검문의 요

8) 강동욱, “불심검문의 한계에 관한 비판적 고찰”, 법조 54권 6호(법조협회, 2005), 142쪽; 강동욱, “불심검문의 의의와 한계”, 『수사연구』 제22권 제10호

건을 엄격하게 해석할 필요가 있다는 점, 헌법상의 형사절차에 관한 규정의 적용가능성이 승인되기 쉽다는 점, 나아가 사법적 심사의 대상이 될 수 있으므로 시민의 자유권 보장과 인권침해에 대해서도 규제가 가능하게 될 수 있을 것이라는 점 등을 논거로 한다.

한편, 불심검문의 법적 성격을 행정경찰작용설·준사법경찰작용설·혼합설로 구분하고, 준사법경찰작용설에서의 불심검문은 공공의 안녕과 질서유지라고 하는 경찰행정목적 달성을 위한 행정경찰작용 뿐만 아니라 범죄단서의 발견, 범인의 검거 및 증거의 확보라고 하는 형사사법적 작용의 성질을 동시에 가지고 있다고 보는 견해라고 소개하는 입장이 있다.⁹⁾ 이와 관련하여 경직법상 불심검문이 행정경찰영역과 사법경찰영역의 구별이 명백하지 않고, 법문의 해석·적용상 발생할 수 있는 문제점을 해결하는데 혼란을 가져오는 분류방법이라고 생각된다. 종래 주장되었던 각 견해들의 경우 작용법적 측면에서든 법적 규제 측면에서든 분명 설득력이 있고, 타당하다고 생각되는 부분이 있다. 그러나 행정경찰작용설·준사법경찰작용설·혼합설로 구분하면서 이후 살펴볼 병유설의 입장까지도 확대함으로써 준사법경찰작용설과 혼합설의 구별을 모호하게 할 여지가 있으며, 혼합설의 필요성 또한 회의적으로 바라볼 여지가 있다. 이러한 점은 불심검문에 대한 이론과 실무상 문제점이 계속 노출되고 있는 실정에서 개선방안 혹은 발전적 접근을 어렵게 할 여지가 있으므로 이러한 구분은 지양되어야 할 것으로 생각된다.

(수사연구사, 2004. 10), 21쪽; 강동욱, 「(인권 보장과 적법 절차에 따른) 불심검문 : 이론과 실무」(서울 : 고시원, 1994), 35쪽 참조.

9) 고현환, 앞의 논문, 4쪽 참조.

3) 병유설(병합설)

불심검문은 공공의 안녕과 질서유지라고 하는 경찰행정목적의 달성을 위한 경찰행정작용적 성질과 범죄단서의 발견, 범인의 검거 및 증거확보라고 하는 수사목적의 달성을 위한 사법경찰작용의 성질을 동시에 가지고 있다는 견해이다.¹⁰⁾ 이 견해는 본래 경찰관의 직무는 행정작용과 사법작용의 양 측면에 있다는 점, 불심검문의 목적이 현실적 공공의 안녕과 질서유지 외에 증거의 확보나 범인검거에도 있다는 점, 불심검문의 대상도 범죄와 관련된 피의자나 참고인에 해당되는 자를 예상하고 있다는 점, 불심검문에 의하여 범인을 검거했을 경우 행정경찰수단과 사법경찰수단의 영역 구별이 불가능하다는 점 등을 논거로 한다. 한편, 이 견해에 따르면 현행법 체포 또는 준현행법 체포의 착수 전에 그 요건을 재확인하는 임의적 처분으로서 불심검문을 전치시킬 수 있다고 하면서, 경직법 제3조 제1항은 임의수사의 원칙에 따라 한 유형을 정한 것으로 형사소송법 제196조 제1항과 동법 제199조 제1항 단서의 구체화 규정이라고 한다. 따라서 일설에서는 불심검문을 사법경찰작용으로서 임의수사의 하나라고 하면서, 경직법 외에 형사소송법도 적용되므로 형사소송법상의 제원칙이 불심검문에 그대로 적용된다고 한다.¹¹⁾ 병유설 또

10) 신동운, 「신형사소송법」(서울: 법문사, 2014), 238쪽; 배종대·이상돈·정승환·이주원, 「신형사소송법」(서울: 홍문사, 2013), 85쪽; 강기정·류병관, “불심검문의 문제점과 개선방안”, 『법학논총』 제40권 제2호(단국대학교 법학연구소, 2016), 113~114쪽; 황창근, “불심검문에 관한 고찰”, 『연세법학연구』 제6권 1호(서울: 연세법학회, 1999), 153~154쪽 참조.

11) 이호중, “경찰관직무집행법상 불심검문제도의 개정논의에 대한 비판적 고찰”, 『형사법연구』 제21권 제3호(한국형사법학회, 2009), 114쪽 참조; 김형준, “불심검문의 허용범위”, 『중앙법학』 제6집 제4호(서울: 중앙법학회, 2004), 141쪽; 병유설의 근거에 관한 자세한 내용은 김효진·정대권, “불심검문제도의 법률상 문제점과 개선방안”, 『한국민간경비학회보』 제13권 제3호(양산: 한국민간

는 혼합설과 관련하여 현실적으로 불심검문은 행정목적 달성을 위한 행정경찰작용 뿐만 아니라 수사목적달성을 위한 사법경찰작용도 동시에 내포하고 있다는 점 등은 설득력이 있으나, 경찰이 행정경찰인 동시에 사법경찰이라는 점은 형사소송법 제 196조를 무시하고 있으므로 타당하지 않다는 견해가 있다.¹²⁾ 또한 병유설은 이원설과의 경계가 명확하지 않아 일부 견해를 이원설의 입장이라고 해석하는 견해도 존재하며, 결국 사법경찰작용으로서의 성격을 인정하여야 한다는 점에서는 맥락을 같이한다.

4) 이원설

불심검문의 목적, 불심검문 당사자의 범죄혐의의 정도, 범죄의 특정 여부에 따라서 경찰행정작용 또는 사법경찰작용으로 구분하여 이원적으로 파악하는 견해¹³⁾로서 다음과 같이 세 가지로 나뉜다.¹⁴⁾

첫째, 불심검문의 목적에 따라 경찰검문활동이 사회공공질서 유지·범죄예방을 목적으로 할 경우에는 경찰행정작용이고, 범죄의 수사·체포를 목적으로 하는 경우에는 사법경찰작용으로 보는 견해이다.¹⁵⁾ 둘째, 경찰관의 주관적 범죄혐의의 인정 정도에 따라 범죄혐의가 드러나지 않는 상황에서 행하는 검문은 경찰행정작용으로 보고, 범죄혐의가 드러나서 수사에 착수하게 된

경비학회, 2014), 106~107쪽 참조.

12) 유인창, 앞의 논문, 114~115쪽 참조.

13) 탁희성, “불심검문의 실태와 개선방안”, 연구보고서 99-4(서울 : 형사정책연구원, 1999), 61쪽; 유인창, 앞의 논문, 113~114쪽 참조.

14) 이원설에 관한 자세한 내용은 유인창, 앞의 논문, 113~114쪽 참조.

15) 석종현, 「행정법(하)」(서울 : 삼영사, 1990), 281쪽 참조.

이후의 검문은 사법경찰작용으로 보는 견해이다.¹⁶⁾ 셋째, 불심검문의 대상이 되는 범죄가 특정되었느냐의 여부에 따라 검문시 범죄가 특정되지 아니한 상태에서 검문을 하는 경우에는 경찰행정작용으로 보고, 특정범죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람에 대한 불심검문은 사법경찰작용으로 구분하는 견해이다.¹⁷⁾

한편, 경직법이 사법경찰작용도 포함하여 규정하고 있다는 사실은 경찰관의 직무범위로서 범죄의 예방, 진압 이외에 수사까지도 함께 규정한 점(경직법 제2조 제2호)에서도 확인할 수 있고, 이러한 관점에서 볼 때 경직법이 가지는 의의는 초동수사의 긴급성에 비추어 경찰관이 수사작용의 일환으로 불심검문을 할 수 있도록 하되 사후적으로 검사의 수사지휘를 받도록 하는데 특례를 인정한 점에 있다는 견해가 있다.¹⁸⁾ 그러나 경직법 제2조는 직무규정이자 권한규정(수권규정)이 아니며, 직무범위 내에 수사가 포함되어 규정되어 있다고 하더라도 이는 일반적·추상적 규정에 불과하다는 점, 긴급성(급박성)을 전제로 한 행정상 즉시강제로 볼 수도 있다는 점 등을 들어 비판이 가능하므로 불심검문의 법적 성격을 사법경찰작용으로 보아야 한다는 논거로는 설득력이 부족하다고 판단된다.

5) 판례의 입장

대법원은 “법 제1조는 제1항에서 ‘이 법은 국민의 자유와 권리의 보호 및 사회공공의 질서유지를 위한 경찰관(국가경찰공무

16) 박균성, 『행정법론(하)』 (서울 : 박영사, 2015), 593쪽 참조.

17) 신동운, 앞의 책, 182쪽 참조.

18) 강동욱, 앞의 책, 33쪽 참조.

원에 한한다. 이하 같다)의 직무수행에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다'고 규정하고, 법 제3조는 제1항에서 '경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있다'고 규정하고, 제3항에서 '경찰관은 제1항에 규정된 자에 대하여 질문을 할 때에 혐의의 소지 여부를 조사할 수 있다'고 규정하고 있다. 위와 같은 법의 목적, 규정 내용 및 체계 등을 종합하면, 경찰관이 법 제3조 제1항에 규정된 대상자 해당 여부를 판단함에 있어 불심검문 당시의 구체적 상황은 물론 사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 불심검문 대상자인지 여부를 객관적·합리적인 기준에 따라 판단하여야 할 것이나, 반드시 불심검문 대상자에게 형사소송법상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있을 것을 요한다고 할 수는 없고, 경찰관은 불심검문 대상자에게 질문하기 위하여 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 그 대상자를 정지시킬 수 있다고 할 것이다.”라고¹⁹⁾ 판시한 바 있으며, “형사소송법 제199조 제1항은 ‘수사에 관하여 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.’고

19) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014도7976 판결 참조; 동지의 판례는 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도6203 판결; 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도13999 판결 등 참조.

규정하여 임의수사의 원칙을 명시하고 있는바, 수사관이 수사과정에서 당사자의 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 등에 동행하는 것은, 상대방의 신체의 자유가 현실적으로 제한되어 실질적으로 체포와 유사한 상태에 놓이게 됨에도, 영장에 의하지 아니하고 그 밖에 강제성을 띤 동행을 억제할 방법도 없어서 제도적으로는 물론 현실적으로도 임의성이 보장되지 않을 뿐만 아니라, 아직 정식의 체포·구속단계 이전이라는 이유로 상대방에게 헌법 및 형사소송법이 체포·구속된 피의자에게 부여하는 각종의 권리보장 장치가 제공되지 않는 등 형사소송법의 원리에 반하는 결과를 초래할 가능성이 크므로, 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할 수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소로부터 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여, 그 적법성이 인정되는 것으로 봄이 상당하다. 형사소송법 제200조 제1항에 의하여 검사 또는 사법경찰관이 피의자에 대하여 임의적 출석을 요구할 수는 있겠으나, 그 경우에도 수사관이 단순히 출석을 요구함에 그치지 않고 일정 장소로의 동행을 요구하여 실행한다면 위에서 본 법리가 적용되어야 하고, 한편 행정경찰 목적의 경찰활동으로 행하여지는 경찰관직무집행법 제3조 제2항 소정의 질문을 위한 동행요구도 형사소송법의 규율을 받는 수사로서 이어지는 경우에는 역시 위에서 본 법리가 적용되어야 한다.”라고²⁰⁾

20) 대법원 2006. 7. 6. 선고 2005도6810 판결 참조; 동지의 판례는 대법원 2012. 9. 13. 선고 2012도8890 판결; 대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도6717 판결 등 참조.

판시하고 있다는 점에서 현재까지 경찰행정작용설의 입장을 취하는 것으로 판단된다.

6) 검토

앞서 살펴본 바와 같이 불심검문의 법적 성격에 관한 논의들 모두 부분적으로 설득력이 있어 보인다. 한편, 새로운 접근방법으로 불심검문의 법적 성격을 작용적인 측면과 규제적인 측면으로 나누어 고찰할 필요가 있다고 하면서 작용적인 측면에서는 행정경찰작용으로, 법적 규제의 측면에서는 사법경찰작용인 수사활동에 대하여 적용되고 있는 형사소송법상의 모든 규제가 그대로 적용되어야 하는 영역으로 파악해야 한다는 견해가 있고,²¹⁾ 종래의 견해는 - 즉, 행정·사법경찰작용의 구별을 전제로 하는 행정경찰작용설, 준사법경찰작용설, 병유설, 이원설 등 작용구별론으로, 행정·사법경찰작용이 모두 법집행활동으로 등가적임을 전제로 불심검문의 실효성을 확보하고 경찰실무의 현실을 고려하여 접근방법을 재구성할 필요가 있다는 구별부인론으로 불심검문에 대한 재구성론적 이해가 필요하다는 견해²²⁾도 있다.

불심검문은 범죄가 발각되지 않은 때에는 범인 발견의 계기가 되어 범죄수사의 단서가 될 수는 있으나, 불심검문 자체는 치안행정 영역의 행정행위이다. 또한 불심검문으로 수사를 개시할 만한 범죄혐의를 확인하여 수사가 개시되면 그 때는 수사의 영역이 됨은 앞서 살펴본 바와 같다. 더군다나 모든 견해를 보면

21) 김효진·정대권, 앞의 논문, 108~109쪽 참조.

22) 권창국, “불심검문에 불응한 피검문자에 대한 경찰관의 유형력행사와 한계”, 『형사정책』 제23권 제2호(형사정책연구원, 2011. 12), 13~17쪽 참조.

경직법상 불심검문의 행정경찰작용으로서의 성격을 인정하고 있다는 점에서는 논란의 여지가 없어 보인다. 그러나 경직법상의 불심검문을 사법경찰작용으로 볼 경우, 형사소송법의 제규정 원칙 등을 통한 인권의 보호, 사법통제의 가능성 제고, 임의수사에서 경찰권(강제력 내지 유형력) 행사가능성과 한계 등과 관련하여 경찰실무에 더 실효성이 있을 가능성 또한 배제할 수 없는 것이 사실이다. 그러나 검사가 사법경찰관에 대하여 수사지휘권을 갖는 현행 법제하에서 불심검문의 사법경찰작용으로서 성격 인정이 경찰실무에 있어 효율성이 제고될 수 있을지에 대하여는 회의적인 생각이 든다.

다시 말해, 현행법제상 검사의 수사지휘는 경찰의 수사권이 부당 또는 부적법하거나 남용되는 등의 불법에 이르는 경우에 이를 시정하는 통제기능과 검사의 공소제기여부 결정과 수사의 연관성으로 인해 검사가 증거가 적정하게 수집되고 있는지 보완할 것은 없는지 등을 검토하고 수사활동을 하는 사법경찰관에게 보완요청이나 방향제시를 하여 수사가 적정하게 진행될 수 있도록 이끌어 가는 수사지휘의 지도기능을 갖고 있다. 또한 수사는 공소제기여부의 결정과 공소유지를 목적으로 이루어지므로 수사 와 공소권행사는 밀접하게 관련되어 있고, 수사 자체를 목적으로 하는 수사활동은 있을 수 없다.²³⁾ 결국, 경직법상의 불심검문의 법적 성격을 형사소송법상의 검사의 수사지휘에 따른 사법경찰관리의 임의수사로서의 성격을 인정하게 된다면 결국 범죄의 예방과 공공질서 유지라는 목적을 최우선 과제로 삼아야 하는 경직법의 필요성이 무엇인지, 경찰실무에서의 모든 경찰작용

23) 이완규, “제196조 [사법경찰관리]”, 『주석 형사소송법』 제5판(한국사법행정학회, 2017. 11), 48~50쪽 참조.

이 검사의 수사지휘권 내로 한정되어 이론적으로 인권의 보호라는 측면에서는 효율성이 제고될 수 있으나, 실제에 있어서 일방의 인권보호가 상대방에게는 돌이키지 못하는 인권침해로 이어질 수 있는 것은 아닌지 등의 문제점을 고려할 필요가 있을 것이다. 또한 수사권 및 수사지휘권의 문제와 관련하여 경찰이 검찰에 종속되어지는 형태로 제정·집행되고 있는 현행 법체계 하에서 과연 권한 독점을 하고 있는 검찰의 영역으로 경직법상의 불심검문을 수사(임의수사 또는 강제수사)의 성격으로 인정하는 것이 인권보장 측면에서 실효성이 있는지도 고민할 필요가 있다고 판단된다.

요컨대, 경직법상 불심검문의 입법경위,²⁴⁾ 목적, 행사주체, 대상, 타법과의 관계 등을 볼 때 행정목적달성을 위한 수단을 정한 법이라는 점, 불심검문은 형사소송법의 체계에 따라 사법경찰관리가 행하는 것이 아니라 경찰관이 독자적으로 행하는 경찰활동이라는 점, 형사소송법상의 사법경찰관리가 아닌 경찰관이 대상이 특정되지 않은 불특정 범죄를 대상으로 한다는 점, 불심검문의 결과 범죄의 혐의가 발견되면 수사가 개시되는 수사의 단서가 될 뿐 수사행위로 볼 수 없다는 점 등을 고려할 때 경직법상 불심검문은 범죄의 예방과 공공질서의 유지를 최우선 목적으로 발휘되는 행정경찰작용으로 보는 것이 타당하다고 판단된다. 따라서 불심검문의 법적 성격과 관련하여 사법경찰작용으로서의 성격을 인정함으로써 불심검문의 운용상 예정되지 않은 상황에서 발생하는 문제점을 해결한다는 명목 하에 경직법상의 불

24) 경직법의 입법경위 또는 제정과정 등에 관한 자세한 내용은 임용·임학순·이영란·송인동·정순도, 앞의 보고서, 19~24쪽; 권창국, 앞의 논문, 10~13쪽 참조.

심검문제도가 갖는 목적을 확대해석하여 형사소송규제의 범위 안으로 포섭하게 되면 불심검문제도를 통하여 달성하고자 하는 경찰의 범죄예방 및 치안유지기능은 상당부분 제한될 수밖에 없을 것이다.

Ⅲ. 불심검문에 관한 법적 검토

1. 불심검문의 전제요건

경직법 제3조 제1항은 경찰관은 ‘수상한 행동이나 그 밖의 주위 사정을 합리적으로 판단하여 볼 때 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람’ 또는 ‘이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람’에 해당하는 사람을 정지시켜 질문할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 불심검문을 행하기 위해서는 수상한 행동 또는 그 밖의 주위 사정과 합리성 이라는 전제요건을 충족하여야 한다.

1) 불심검문의 판단요소(전제조건)로서의 정황

(1) 수상한 행동

불심검문을 행하기 위해서는 “수상한 행동” 또는 “그 밖의 주위 사정”이 있어야 한다. “수상한 행동”이란 보통과는 달리 이상하여 의심스러운 행동으로, 일반적인 경우와는 다른 자연스럽지 못한 언어, 동작, 태도, 차림새, 가지고 있는 물품 등에 의해

어떤 범죄와 관련이 있다고 생각되는 상태를 말한다.²⁵⁾ 수상한 행위의 경우를 주위의 사정과 분리하여 일률적으로 판단할 수는 없지만 주로 당시 행동의 외관을 기초로 하여 판단할 수 있을 것이다.

이와 관련하여 대법원은 “다만, 무인을 받은 과정에서 나타나는 수상한 거동이나 태도(즉, 무인 요구에 특별한 이유 없이 당황하는 모습을 보이거나 무인날인 방식에서 일부러 선명한 무인 현출을 어렵게 하려는 의도로 비치는 행동을 보이는 경우 등)가 보인다면, 이러한 사정은 본인 여부를 의심스럽게 하는 정황으로서는 파악될 수 있을 것이다.”라고²⁶⁾ 하였고, “경찰관들이 피고인을 불심검문 대상으로 삼은 조치는 피고인에 대한 불심검문 당시의 구체적 상황과 자신들의 사전 지식 및 경험칙에 기초하여 객관적·합리적 판단과정을 거쳐 이루어진 것으로서, 가사 피고인의 인상착의가 미리 입수된 용의자에 대한 인상착의와 일부 일치하지 않는 부분이 있다고 하더라도 그것만으로 경찰관들이 피고인을 불심검문 대상으로 삼은 조치가 위법하다고 볼 수는 없다.”고²⁷⁾ 하여, 불심검문 당시의 구체적 정황과 사전지식과 경험칙에 기초하여 이루어진 것이라면 불심검문의 대상자로서 삼은 조치가 위법하다고 볼 수 없다고 판시함으로써 수상한 행동, 즉 의심스러운 행동이 불심검문의 대상자 선정요소임을 확인하고 있다.

한편, 수상한 거동을 불심검문의 판단요소로 하는 것에 대하여 불심검문을 피하기 위해 치밀하게 준비하는 오늘날의 현실에

25) 유인창, 앞의 논문, 116쪽; 구형근, 앞의 논문, 218쪽; 김형준, 앞의 논문, 147쪽; 황창근, 앞의 논문, 157쪽 참조.

26) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007다4295 판결 참조.

27) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도13999 판결 참조.

비추어 회의적이라는 견해 또한 존재한다.²⁸⁾ 그러나 불심검문 자체가 일시적이라 하더라도 신체의 자유 제한이라는 인권(또는 기본권) 침해라는 필연적 성격을 내포하고 있다는 점을 고려할 때, 불심검문의 전제조건으로서의 ‘수상한 행동’은 불심검문 대상을 선정하기 위한 정황으로서 인권(국민의 기본권)의 부당한 침해를 사전에 예방한다는 측면에서 충분히 판단요소로 고려할 필요가 있다고 생각된다. 또한 불심검문의 경우, 단순히 수상한 행동을 한다는 사정만으로 이루어지는 것이 아니라 이를 선제조건으로 하여 어떠한 죄를 어떠한 죄를 범하였거나 범하려고 있다고 의심할만한 상당한 이유가 있는 사람 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람에 대하여 실시하게 된다는 점, 불심검문을 피하기 위해 치밀하게 준비하는 현실이 일반적인 상황이 아닐뿐더러 일반인을 대상으로 행할 수 있는 불심검문을 수사로서의 성격을 인정하는 것 자체가 더욱더 인권(국민의 기본권) 침해의 여지가 높다는 점, 범인의 검거의 경우 불심검문을 통한 검거보다 형사소송법상 수사에 의한 검거가 더 효율적이라는 점 등을 고려할 때 이는 충분히 고려의 대상이 되어야 한다고 판단된다.

(2) 그 밖의 주위의 사정

수상한 행동 외의 “주위의 사정”이란 불심검문 상대방의 직접적인 행동 이외의 주변사정을 말하는 것으로 주위의 사람(제3자), 검문시간이나 검문장소, 휴대한 물건 등의 상황을 의미한다고 할 수 있다. 즉, 인적·시간적·장소적·물적 상황을 고려하

28) 박상용·안영화·조지호·윤주현, 『경찰관직무집행법 해설』(서울 : 경찰청, 2001), 28쪽 참조.

여야 한다는 것이다. 이와 관련하여 수상한 행동이 없으나 주위의 사정으로부터 판단하여 어떤 범죄에 관계가 있다고 생각되는 경우에도 불심검문을 실시할 수 있는지가 문제된다.

우선 경직법상의 규정을 보면 “수상한 행동이나 그 밖의 주위의 사정”이라고 명시되어 있어 수상한 행동은 없으나 주위의 사정만으로 불심검문의 대상자를 선정할 수 있다고 해석될 여지가 있다. 그러나 불심검문은 사람을 대상으로 하는 경찰의 작용으로 수상한 행위가 전혀 없는 사람을 주위의 사정만으로 제한한다는 것은 일반시민(국민)의 인권(국민의 기본권)이 무분별하고 과도하게 제한될 여지가 크다는 점, 주위의 사정은 수상한 행동을 하는 사람을 중심으로 보충적으로 판단되어야 하는 요소라는 점,²⁹⁾ 수상한 거동이나 그 밖의 주위의 사정은 불심검문을 실행하기 위한 전제조건, 즉 정황이나 상황에 불과하다는 점 등을 고려할 때 불가능하다고 보아야 할 것이다.

2) 불심검문의 판단기준

경직법상 불심검문은 경찰관이 수상한 행동이나 그 밖의 주위 사정을 “합리적으로 판단”하여 볼 때 실시할 수 있다. 즉, 불심검문의 정황과 대상자를 선별하는 기준은 합리적이어야 한다는 것이다.

한편, 대법원은 “경찰관이 법 제3조 제1항에 규정된 대상자 해당 여부를 판단함에 있어 불심검문 당시의 구체적 상황은 물론 사전에 얻은 정보나 전문적 지식 등에 기초하여 불심검문 대상자인지 여부를 객관적·합리적인 기준에 따라 판단하여야 할

29) 구형근, 앞의 논문, 219쪽; 강동욱, 앞의 “불심검문의 한계에 관한 비판적 고찰”, 142쪽; 임웅·임학순·이영란·송인동·정순도, 앞의 보고서, 27쪽 참조.

것이나, 반드시 불심검문 대상자에게 형사소송법상 체포나 구속에 이를 정도의 혐의가 있을 것을 요한다고 할 수는 없고, 경찰관은 불심검문 대상자에게 질문하기 위하여 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 그 대상자를 정지시킬 수 있다고 할 것이다.”라고³⁰⁾ 판시하여 경찰관의 주관적이고 자의적인 판단이 아닌 사회통념에 비추어 객관적·합리적인 기준에 따라 판단되어야 함을 명확히 하고 있다. 또한 검문 당시의 구체적인 상황, 해당 직무를 담당하는 경찰관이 사전에 얻은 정보나 전문적 지식, 경찰관으로서의 합리적 경험법칙 등도 판단기준으로 포함될 수 있음을 명확히 하고 있다.

요컨대, 판단이 합리적이기 위해서는 불심검문을 행하는 경찰관의 주관적인 자의적 판단이 아닌 사회통념에 비추어 객관적인 합리적 판단이어야 한다. 또한 객관적인 합리성이 담보되면 불심검문의 과정에서 경찰관이 사전에 지득한 정보, 전문적 지식, 경험칙 등을 반영하는 것은 당연히 인정되어야 할 것이다. 따라서 경찰관이 가지고 있는 정보, 지식 및 관찰결과와 경찰관의 경험에 따른 합리적인 판단이면 족하다. 한편, 이러한 경찰관을 중심으로 한 판단기준과 관련하여 이는 일반인과 경찰관은 사회적 임무가 다르고 이에 따른 상황에 대한 판단이 다를 수밖에 없기 때문에 일반 사회인은 경찰관의 직무의 합리성을 판단할 수 있는 기준이 될 수 없다는 견해도 있다.³¹⁾

30) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014도7976 판결; 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도13999 판결; 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도6203 판결 등 참조.

31) 임준태, 「범죄예방론」 (좋은세상, 2002), 60쪽 참조.

2. 불심검문의 대상

경직법 제3조 제1항은 불심검문의 대상(자)으로 ‘어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람’ 또는 ‘이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람’을 규정하고 있다. 일반적으로 거동불심자라고 하며, 형사소송법상 제200조의2의 영장에 의한 체포 또는 동법 제200조의3의 긴급체포, 동법 제211조 제2항의 준현행범인에 이르지 않은 범죄가 특정되지 않은 경우로, 형사소송법상의 범죄혐의가 아직 없는 경우를 말한다.³²⁾

1) 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람

‘어떠한 죄’로 규정된 취지는 어떠한 죄에 해당하는 것이면 구체적인 범죄사실이 특정될 필요가 없는 것이므로, 형법상 형벌의 대상이 되는 형식적 의미의 범죄행위가 모두 포함된다고 할 수 있다.³³⁾ 따라서 죄형법정주의에 입각한 형법 제41조의 형벌의 대상이 되는 행위가 모두 포함되며, 혐의사실·적용법조·죄명 등이 특정적인 경우가 아니더라도 법률에 의하여 규정된 범죄임이 객관적으로 인정되는 경우에는 불심검문이 가능하다.³⁴⁾ 또한 행정형벌은 불심검문의 대상이 되나, 행정질서벌은 범죄를 대상으로 하지 않는 행정질서벌은 불심검문의 대상이 되지 않을

32) 유인창, 앞의 논문, 117쪽 참조.

33) 구형근, 앞의 논문, 220쪽 참조.

34) 이재상, 앞의 책, 191쪽 참조.

것이다. 이와 관련하여 「경범죄처벌법」상의 경범죄와 관련하여 경범죄까지도 불심검문의 대상으로 하는 것은 국민의 기본권이 과도하게 침해될 우려가 있고 경찰비례의 원칙에 비추어도 부당하다는 입장에서 부정하는 견해³⁵⁾와 경직법상 제한규정이 없으므로 경범죄를 포함한 모든 범죄가 그 대상이 된다는 입장에서 긍정하는 견해³⁶⁾가 나뉜다.

판례는 “경범죄처벌법위반죄를 저지른 현행범에 대하여는 경찰관직무집행법 제3조 제2항 및 제4항의 규정에 의한 임의동행과 형사소송법 제214조의 규정에 의한 경미사건의 현행범인 체포만 가능한데, 그 현행범이 임의동행요구를 거절하거나 경미사건 현행범인 체포의 요건인 주거불명이 확인되지 아니한 상태에서 현행범인이라는 이유로만 체포하려는 경찰관의 행위는 공무집행의 적법성이 결여된 것으로서 이에 항의하였다고 하여 공무집행방해죄가 성립하는 것은 아니다.”라고³⁷⁾ 하여 경범죄의 경우 현행범에 대하여 경직법상의 임의동행이 가능하다고 판시하였다.

한편, 범죄가 성립하기 위해서는 그 행위가 구성요건에 해당하고 위법하며 책임이 있어야 하는데, 경직법상의 불심검문도 일반적인 범죄의 성립요건을 갖추어야 하는지에 대하여 논란이 있다. 이와 관련하여 구성요건에 해당하고 위법한 행위이면 족하고 책임까지 요구되지는 않는다는 견해³⁸⁾와 불심검문의 법적

35) 김태진, 앞의 논문, 99쪽 참조.

36) 박외병, “불심검문상 정지의 의의와 한계”, 「경찰대학 논문집」 제10집(경찰대학교, 1995), 674쪽 참조.

37) 서울형사지방법원 1992. 12. 23. 선고 92고합1834 제20부판결 참조.

38) 유인창, 앞의 논문, 118쪽; 광병선, “불심검문”, 「법학연구」 제41권(원광대학교 법학연구소, 1997), 289쪽 참조.

성격을 병유설 또는 이원설로 보는 입장에서 사법경찰작용으로서의 불심검문은 유책성이 필요하다는 견해³⁹⁾가 있다. 생각건대, 불심검문 상황에서 책임여부를 판단하는 것은 불가능하며, 책임의 유무를 논하는 단계는 공판단계이므로 유책성 여부까지 논할 필요는 없어 보인다. 또한 책임여부 뿐만 아니라 위법성 여부도 불심검문의 대상자인지를 선정하는 요건으로 논할 필요성이 없다고 판단된다.⁴⁰⁾ 범죄의 성립요건으로 객관적 구성요건에 해당하면 위법성이 추정되는 현행 형사법제하에서 위법하지 않은 행위를 위법한 행위로 오인하여 경찰관이 불심검문을 하였을 경우 불심검문 자체가 불법이 되어 불심검문의 실효성이 떨어지기 때문이다.

또한 문언상 ‘어떠한 죄’라고 규정하고 있으므로 혐의사실이나 죄명이 특정될 필요도 없으며, 경찰관도 어떠한 범죄인지, 어떠한 법률에 의해 처벌되는 범죄인지를 구체적으로 알고 있을 필요가 없고, 실정법에 의하여 규정된 범죄임이 객관적으로 인정되는 경우라면 가능할 것이다.⁴¹⁾

불심검문에서의 ‘의심할만한 상당한 이유’와 관련하여 이는 수사가 아니므로 형사소송법상 체포 내지는 구속에 ‘충분한 범죄 혐의’ 내지 범죄혐의의 ‘고도의 개연성’까지 요구하는 것은 아니라고 보아야 한다. 즉, 상당성의 정도를 판단함에 있어 형사소송법상의 수사는 ‘충분한 범죄혐의’ 내지 범죄혐의의 ‘고도의 개연성’까지 요구(범죄의 객관적 혐의)되지만, 불심검문에 있어서의 상당성은 범죄를 범하였거나 범할 ‘합리적 가능성’만으로 족

39) 탁희성, 앞의 연구보고서, 73~74쪽 참조.

40) 동지의 입장으로는 배종대·이상돈, 「형사소송법」(홍문사, 2003), 191쪽; 구형근, 앞의 논문, 220쪽 참조.

41) 동지의 입장으로는 구형근, 앞의 논문, 220쪽; 유인창, 앞의 논문, 118쪽 참조.

하다고 한다.⁴²⁾ 결국 판례⁴³⁾의 입장과 같이 상당성의 판단주체는 경찰관이며, 경찰관의 주관적 판단만으로는 불충분하고 객관적으로 보아 사회통념상 그 판단이 합리적일 것, 즉 상당성의 판단기준은 일반인이 경찰관의 입장에서 당연히 그렇게 했을 것이라고 생각되는 정도의 객관성이라고 할 수 있을 것이다.⁴⁴⁾

2) 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람

경직법상 불심검문의 대상으로 ‘이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람’이란 범죄의 사실 또는 범죄의 착수가 예상되는 사실을 알고 있다고 인정되는 사람을 말하며, 범죄의 피해자, 범죄의 목격자 또는 현장에 있었던 사람 등이 이에 해당할 것이다. 이들은 경찰위반상태에 대하여 직접적인 책임이 있는 사람이 아니라 제3자의 위치에 있는 사람들로 경찰책임의 원칙의 예외로 볼 수 있다.⁴⁵⁾

한편, 이 규정은 현실적으로 수사행위의 성격이 강하고 불심검문의 대상이 무한히 확대될 수 있는 위험이 있으므로 입법론적으로 제3자에 대한 경직법상 불심검문을 허용해서는 안 된다는 견해가 있다.⁴⁶⁾ 그러나 이는 불심검문의 법적 성격을 사법경찰작용으로 볼 경우에는 문제가 될 여지가 있으나, 행정경찰작

42) 유인창, 앞의 논문, 117쪽 참조.

43) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014도7976 판결; 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도13999 판결; 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도6203 판결 등 참조.

44) 구형근, 앞의 논문, 220쪽; 박외병, 앞의 논문, 676쪽 참조.

45) 김재광, 「경찰관직무집행법의 개선방안 연구」(한국법제연구원, 2003), 130쪽; 유인창, 앞의 논문, 119쪽 참조.

46) 강동욱, 앞의 책, 162쪽 참조.

용으로 볼 경우 엄격한 법적 해석에 의한 집행 및 경찰권 발동의 한계 등을 통하여 충분히 통제가 가능하므로 현실적 필요성을 부정할 필요는 없을 것이라 판단된다. 다만, 제3자의 위치에 있는 사람에 대한 불심검문이라고 하더라도 어떤 범죄나 행하여 지려고 하는 범죄행위에 대하여 알고 있다는 것이 구체적 사실을 통하여 명확하게 입증되어야 하고 그 필요성이 불가피한 경우이어야 하며, 그 밖에도 검문이 급박하거나 다른 방법으로는 불가능한 경우에 반드시 이들의 동의를 구해야 하고, 검문을 하더라도 필요최소한도에 그쳐야 하며 마지막으로 이들에게 피해가 발생하지 않아야 할 것이다.⁴⁷⁾

3) 검토

불심검문의 대상은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람이다. 이때 ‘수상한 거동’이란 자연스럽지 못한 동작, 태도, 언어, 모습, 소지품 등으로 보아 평상적 활동에서 벗어난 어떠한 일이 일어난 것은 아닌지 의심되는 상태를 말하고, ‘기타 주위의 사정’이란 주간인가 야간인가에 따른 시간적 상황, 위험한 물건인지 아닌지 여부에 따른 물적 상황, 주변 사람들의 태도와 같은 인적 상황 등 대상자의 직접적인 수상한 거동 이외에 주변상황을 말한다. 이러한 제반 사정으로 미루어보아 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있을 때 불심검문을 할 수 있는데, 이때 상당성은 일반인이 경찰관의 입장이라면 당연히 그렇게 생각하였을 것이라고 인정되는 정도의 객관성을 요하되, 형사소송

47) 김남진, 「행정법의 기본문제」(서울 : 법문사, 1998), 168쪽 참조.

법상의 체포 또는 구속에서 요구하는 상당정보보다는 약한 정도의 합리적인 가능성을 의미한다 할 것이다.

3. 불심검문의 절차와 방법

경직법상 불심검문의 방법과 관련하여 제1항에서는 불심검문을 위한 정지와 질문에 관하여 규정하고 있고, 제2항에서는 질문하기 위한 동행 요구를 규정하고 있으며, 제3항에서는 질문을 할 때에 그 사람이 흥기를 가지고 있는지를 조사할 수 있음을 규정하고 있다. 따라서 불심검문의 절차와 방법은 정지, 질문, 동행요구, 흥기의 소지여부 조사의 영역으로 나누어 볼 수 있을 것이다.

1) 정지

(1) 의의

경직법 제1항에서는 경찰관은 수상한 행동이나 그 밖의 주위 사정을 합리적으로 판단하여 볼 때 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 사람 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여지려고 하는 범죄행위에 관한 사실을 안다고 인정되는 사람을 ‘정지시켜’ 질문할 수 있다고 규정함으로써 불심검문의 첫 단계로서 정지를 명시하고 있다. 즉 경찰관은 특정인(거동불심자)에게 불심검문을 할 필요가 있다고 판단되는 경우에 이를 정지시켜 질문하는 것이다. 요컨대, 정지란 경찰관이 불심검문을 할 필요가 있다고 판단되는 경우에 그 의심을 해소하기 위한 질문을 위하여 불심검문의 대상자를 불러 일정한 지점에 멈추게 하는 것으로 보행자의 경우에는 불러 세

우고 자동차나 자전거 등을 타고 있는 경우에는 정차 또는 하차를 시키는 것을 의미한다. 이와 관련하여 정지 자체가 질문을 위한 것이기 때문에 경직법상 규정한 정지와 질문은 각각 별개의 의미를 가지는 것이라기보다는 하나의 행위로 보아야 할 것이라는 견해도 있다.⁴⁸⁾

(2) 법적 성격

정지요구에 응하지 않는 경우, 정지 상태에 있던 사람이 질문을 하자 아무런 이유 없이 그 자리를 벗어나려 하는 경우, 질문도중에 그 자리를 벗어나려 하는 경우 등에 있어서 경찰관이 정지시키기 위한 실력행사가 가능한지 여부가 문제된다. 일반적으로 정지의 법적 성격과 관련하여 임의처분으로 보는 것에는 논란의 여지가 없는 듯하다.⁴⁹⁾ 그러나 질문을 위한 전제 수단으로서의 임의처분인 정지에 불응할 경우 예외적으로 불심검문제도의 실효성 확보를 위해 일정한 경우 실력행사에 의한 정지를 인정할 필요성은 인정되는데 그 정도에 관하여는 두 가지의 견해가 있다. 우선, 예외적 허용설(제한설)로 정지시에 원칙적으로 실력행사가 허용되지 않으나 예외적으로 살인, 강도 등 중범죄에 한하여 긴급체포도 가능한 상황 하에서 신중을 기하기 위해 긴급체포를 하지 않고 실력행사로 정지시킬 수 있다는 견해이다.⁵⁰⁾ 다음으로는 제한적 허용설(확장설)로 실효성을 위해서 현

48) 이완규, “불심검문의 강제처분성과 기존 이론의 재검토”, 『형사소송 이론과 실무』 제5권 제1호(한국형사소송법학회, 2013. 6), 13쪽 참조.

49) 강구진, 『형사소송법원론』 (학연사, 1982), 174쪽; 백승민·정용석, 『형사소송법』 (대명출판사, 2008), 426쪽; 손동권, 앞의 책, 170쪽; 신양균, 『형사소송법』 (화산미디어, 2009), 92쪽; 이재상, 『형사소송법』 (박영사, 2012), 204쪽; 신동운, 앞의 책, 84쪽 참조.

50) 신양균, 위의 책, 93쪽; 이재상, 위의 『형사소송법』, 204쪽 참조.

행범이나 긴급체포의 요건을 갖추지 못한 경우에도 사태의 긴급성, 혐의의 정도, 질문의 필요성과 수단의 상당성을 고려하여 실력행사가 허용된다는 견해로 허용되는 실력행사의 범위에 관하여 ‘강제에 이르지 않는 정도의 유형력 행사’라는 표현을 사용하면서 예컨대, 정지를 위해 길을 막거나 추적하거나 몸에 손을 대는 정도 등은 허용되나 멱살을 잡거나 폭력을 행사하는 것은 허용되지 않는다고 한다.⁵¹⁾

(3) 판례의 입장

대법원은 “경찰관들이 피고인을 정지시켜 질문하기 위하여 추적하는 행위도 그것이 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 이루어진 것이라면 허용된다 할 것인데, 이 사건 불심검문은 강도강간미수 사건의 용의자를 탐문하기 위한 것으로서 피고인의 인상착의가 위 용의자의 인상착의와 상당 부분 일치하고 있었을 뿐만 아니라 피고인은 경찰관이 질문하려고 하자 막바로 도망하기 시작하였다는 것이므로, 이러한 경우 원심으로서 경찰관들이 피고인을 추적할 당시의 구체적인 상황, 즉 경찰관들이 피고인에게 무엇이라고 말하면서 쫓아갔는지, 그 차량에 경찰관이 탑승하고 있음을 알 수 있는 표식이 있었는지, 피고인으로부터 어느 정도 거리에서 어떤 방향으로 가로막으면서 차량을 세운 것인지, 차량의 운행속도 및 차량 제동의 방법,

51) 임동규, 「형사소송법」(서울 : 법문사, 2015), 157쪽; 배중대·이상돈, 앞의 「형사소송법」, 204쪽; 강구진, 앞의 「형사소송법원론」, 174쪽; 백승민·정웅석, 앞의 책, 426쪽; 손동권·신이철, 「(새로운) 형사소송법」(세창출판사, 2014), 174~175쪽; 신동운, 앞의 책, 185쪽 참조.

피고인이 그 차량을 피해 진행해 나갈 수 있는 가능성, 피고인이 넘어지게 된 경위 및 넘어진 피고인에 대하여 경찰관들이 취한 행동을 면밀히 심리하여 경찰관들의 이 사건 추적행위가 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 이루어진 것인지 여부를 판단하였어야 할 것이다.”라고⁵²⁾ 하였고, “검문 중이던 경찰관들이, 자전거를 이용한 날치기 사건 범인과 흡사한 인상착의의 피고인이 자전거를 타고 다가오는 것을 발견하고 정지를 요구하였으나 멈추지 않아, 앞을 가로막고 소속과 성명을 고지한 후 검문에 협조해 달라는 취지로 말하였음에도 불응하고 그대로 전진하자, 따라가서 재차 앞을 막고 검문에 응하라고 요구하였는데, 이에 피고인이 경찰관들의 목살을 잡아 밀치거나 욕설을 하는 등 항의하여 공무집행방해 등으로 기소된 사안에서, 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 경찰관들은 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법을 통하여 경찰관직무집행법 제3조 제1항에 규정된 자에 대해 의심되는 사항을 질문하기 위하여 정지시킨 것으로 보아야 한다.”고⁵³⁾ 판시하여 경찰관들이 피고인을 정지시켜 질문하기 위하여 추적하는 행위도 그것이 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 이루어진 것이라면 허용된다고 하였다.

52) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도13999 판결 참조.

53) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도6203 판결 참조.

(4) 검토

생각건대, 원칙적으로 정지는 질문을 위한 수단에 불과하므로 강제적 수단에 의한 정지는 허용되지 않는다. 그러나 경직법상 불심검문과 관련하여 명문으로 ‘정지시켜’라고 규정하고 있는 취지와 성질상 정지시킬 수 없다면 의심점 해소를 위한 질문조차 불가능하게 되어 본래의 경찰행정목적은 달성할 수 없게 된다는 점 등을 고려한다면 어느 정도의 실력행사는 허용된다고 보는 것이 타당하다고 판단된다. 다만, 유형력의 행사가 허용된다 하더라도 그 허용범위는 엄격히 제한할 필요가 있을 것인데, 모든 국가작용에 대한 통제원리인 비례성의 원칙에 따라, 경직법 제3조 제1항에 규정된 대상자에게 질문을 하기 위하여 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 그 대상자를 정지시킬 수 있을 것이다 한편, 불심검문의 적법성을 담보하면서 인권침해를 최소화하기 위해서는 범죄의 중대성, 범죄의 진행단계에 따른 긴급성, 범죄와의 관련성 등을 고려하여 유형력 행사의 허용범위와 한계를 세부적으로 마련할 필요가 있다는 견해도 있다.⁵⁴⁾ 또한 일반 보행자와는 달리 자동차 등 교통수단을 이용하여 움직이는 대상은 외관에 의해 거동수상자임을 판단하기 사실상 곤란하기 때문에 차량검문에 대한 법적 근거가 필요하다는 견해도 있다. 이 견해에 의하면 자동차검문을 할 때 동자조사 및 트렁크를 포함한 차량내부를 조사할 수 있는 근거도 마련되

54) 이영돈, 앞의 “불심검문에서 ‘정지’의 요건과 한계 - 미국의 stop and frisk 법리와 비교”, 184쪽; 이재방, “불심검문의 한계설정에 관한 고찰”, 『홍익법학』 제13권 제4호(홍익대학교 법학연구소, 2012), 544쪽 참조.

어야 한다고 한다.⁵⁵⁾

요컨대, 정지라 함은 보행자일 경우는 불러 세우고, 자동차·오토바이·자전거에 타고 있는 자일 경우에는 정차를 시키는 것을 의미한다. 불심검문 제도의 취지상, 정지 여부를 명백하게 결정하지 못한 자에 대하여 경찰관이 일정한 거리를 따라가면서 말로써 직무질문에 협조하여 줄 것을 설득하는 것은 그 신체이동의 자유에 제약을 가하지 않는 한 허용된다고 보아야 한다. 그러나 정지의 목적인 질문에 대답하는 것이 상대방의 임의에 맡겨져 있는 이상, 경찰관이 질문을 거부할 의사를 밝힌 상대방에 대하여 수갑을 채우거나, 신체를 잡거나, 자동차·오토바이·자전거 등이 진행할 수 없도록 강제력을 사용하여 막거나, 소지품을 돌려주지 않는 등의 방법으로 상대방이 그 장소를 떠나지 못하도록 하는 것은 사실상 답변을 강요하는 것이 되므로 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

2) 질문

(1) 의의

경직법 제3조 제1항과 제3항은 질문을 위한 수단으로서의 정지와 동행요구를 규정하고 있으며, 동조 제7항은 “질문을 받거나 동행을 요구받은 사람은 형사소송에 관한 법률에 따르지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며, 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다.”고 규정함으로써 불심검문의 핵심인 질문이 임의수단이며, 상대방은 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니함을 명시하고 있다. 경직법상의 ‘질문’이란 특정인에 대해 경찰관이 의심을 품은 사항을 해소하기 위하여 또는 경찰목

55) 김택수, 앞의 논문, 172~173쪽 참조.

적상 필요한 사항을 알기 위하여 묻는 것을 말한다. 또한 단순히 질문하는 것이 아니라 질문을 위하여 상대방을 정지시키고 그렇게 정지시킨 상태에서 질문하는 것을 의미한다. 이 때 의심을 해소하기 위한 사항은 일반적인 내용에 한하며, 구체적인 범죄사실 등에 관한 상세한 질문은 피의자 신문, 즉 수사절차에 해당하므로 허용되지 않는다.⁵⁶⁾

(2) 법적 성격

질문의 법적 성격에 관하여 권력적 사실행위로서 간접강제조사⁵⁷⁾(혹은 강제처분)라는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 정지상황에서의 질문에 대해 체류의무와 수인의무를 부담하기 때문에 기본권 제한이 있는 것이고 강제처분으로서의 성격을 가지며, 정지없는 질문의 경우나 상대방의 동의에 의한 직무질문의 경찰관의 일반적 권한에 의한 임의처분이라고 한다.⁵⁸⁾ 그러나 질문은 신분증을 통하여 성명, 주소, 연령 등 신원을 확인하고 행선지, 용건, 소지품 등을 물어보는 조사행위로서 비권력적 사실행위라고 보는 것이 타당하고 판단된다.⁵⁹⁾ 즉, 불심검문은 기본적으로 임의처분이며 질문은 성질상 상대방이 자유의사로 대답할 때 그 목적을 달성할 수 있으므로 그 법적 성격도 임의수단으로 보는 것이 타당할 것이다. 또한 경직법 제3조 제1항에서 ‘… 질문할 수 있다.’고 규정하고 있고, 동조 제7항에서 ‘… 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다.’고 규정하고 있는

56) 구형근, 앞의 논문, 222쪽 참조.

57) 김성수, 『개별행정법』(서울 : 법문사, 2001), 475쪽 참조.

58) 이완규, 앞의 “불심검문의 헌법적 근거와 한계”, 86쪽 참조.

59) 동지의 견해로는 박균성, 앞의 『행정법론(하)』, 427쪽; 구형근, 앞의 논문, 223쪽; 강동욱, 앞의 책, 185쪽; 탁희성, 앞의 연구보고서, 81쪽 참조.

것을 보면 질의의 강제는 어떠한 경우에도 허용될 수 없는 임의 수단임을 알 수 있다. 따라서 질문을 하는 동안 수갑을 채우는 것과 같이 질문에 대한 답변을 강요하는 결과가 되는 행위는 금지되며, 상대방이 답변을 거부하고 그곳을 떠나려고 하는 경우에 상대방을 설득하여 답변을 유도하려는 제반 노력들은 그것이 협박이나 심리적 폭력에 대항하지 않는 한 허용된다고 본다.⁶⁰⁾

판례 또한 “경찰관은 법 제3조 제1항에 규정된 대상자에게 질문을 하기 위하여 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 그 대상자를 정지시킬 수 있고 질문에 수반하여 흥기의 소지 여부도 조사할 수 있다 할 것이다.”라고 하여 조사행위로서의 비권력적 사실행위임을 판시한 바 있다.⁶¹⁾

(3) 검토

앞서 살펴본 바와 같이 경직법상의 질문은 불심검문을 당하는 자는 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니하므로 비권력적 사실행위로 보는 것이 타당하며, 질문의 강제는 어떠한 경우에도 허용되지 않는다고 보는 것이 타당하다.

한편, 현행 경직법은 질문의 구체적인 내용에 관하여 규정하고 있지 않아 실제 현장에서의 불심검문은 주민등록증이나 운전면허증과 같은 신분증의 제시로 대체되고 있는 실정이어서,⁶²⁾

60) 김동희, 「경찰행정법」(서울 : 박영사, 2010), 757쪽; 박균성, 「행정법강의」(서울 : 박영사, 2008), 1232쪽; 이재상, “불심검문과 임의동행”, 「고시연구」 8월호(고시연구사, 1987), 168쪽 참조.

61) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도6203 판결 참조.

62) 구형근, 앞의 논문, 223쪽; 김형준, 앞의 논문, 150쪽 참조.

불심검문 시 주민등록증이나 운전면허증 등을 신분을 확인의 목적으로 요구할 수 있는지가 문제된다. 이와 관련하여 「주민등록법」 제26조 제1항은 “사법경찰관리(司法警察官吏)가 범인을 체포하는 등 그 직무를 수행할 때에 17세 이상인 주민의 신원이나 거주 관계를 확인할 필요가 있으면 주민등록증의 제시를 요구할 수 있다. 이 경우 사법경찰관리는 주민등록증을 제시하지 아니하는 자로서 신원을 증명하는 증표나 그 밖의 방법에 따라 신원이나 거주 관계가 확인되지 아니하는 자에게는 범죄의 혐의가 있다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에 한정하여 인근 관계 관서에서 신원이나 거주 관계를 밝힐 것을 요구할 수 있다.”고 규정하고 있고, 제2항은 “사법경찰관리는 제1항에 따라 신원 등을 확인할 때 친절과 예의를 지켜야 하며, 정복근무 중인 경우 외에는 미리 신원을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.”고 규정함으로써 동법상의 주민등록증 제시요구는 수사의 방법으로 허용되는 것임을 명시하고 있다. 따라서 수사의 단서로서의 불심검문을 위한 주민등록증의 제시요구는 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다.⁶³⁾

또한 「도로교통법」제42조 제2항은 “경찰공무원은 교통의 안전과 위험방지를 위하여 필요하다고 인정하거나 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 자동차등, 노면전차 또는 자전거를 운전하였다고 인정할 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 운전자가 술에 취하였는지를 호흡조사로 측정할 수 있다. 이 경우 운전자는 경찰공무원의 측정에 응하여야 한다.”고 규정하고 있고, 동법 제92조 제2항은 “운전자는 운전 중에 교통안전이나 교통질서유지를 위하여 경찰공무원이 제1항에 따른 운전면허증 또는 이

63) 김형준, 앞의 논문, 150쪽 참조.

를 갈음하는 증명서를 제시할 것을 요구하거나 운전자의 신원 및 운전면허 확인을 위한 질문을 할 때에는 이에 응하여야 한다.”고 규정하여 법상 도로교통위반사범 이외에는 경찰공무원에게 운전면허증과 같은 증명서를 제시할 의무가 없음을 명시하고 있다.

요컨대, 현행법 하에서는 수사작용이 아닌 수사단서로서의 불심검문을 위하여 운전면허증이나 주민등록증의 제시를 요구할 수 없다. 이는 개인정보가 포함되어 있는 주민등록증이나 운전면허증의 요구는 불심검문의 목적 달성에 필요한 최소한의 범위가 아니며, 개인정보에 대한 자기결정권을 침해하는 것이기 때문이다.

이와 관련하여 헌법재판소는 “개인정보자기결정권은 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리로써, 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유에 의하여 보장된다. 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다. 이 사건 정보제공행위에 의하여 제공된 청구인들의 이름, 생년월일, 전화번호, 주소는 청구인들의 동일성을 식별할 수 있게 하는 개인정보에 해당한다. 이러한 개인정보를 정보주체인 청구인들의 동의 없이 수사기관에 제공하는 것은 청구인들의 개인정보자기결정권을 제한하는 것이므로 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙을 준수하여야 한다.”고⁶⁴⁾ 하여 개인정보를 대상으로 한 조사·수집

64) 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고, 2016헌마483 결정 참조; 동지의 헌법재판소 결정으로는 헌법재판소 2005. 7. 21. 선고, 2003헌마282 결정; 헌법재판소

· 보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기 결정권에 대한 제한에 해당한다고 판시하였다.

3) 동행의 요구

(1) 의의와 법적 성격

경직법 제2항은 “경찰관은 제1항에 따라 같은 항 각 호의 사람을 정지시킨 장소에서 질문을 하는 것이 그 사람에게 불리하거나 교통에 방해가 된다고 인정될 때에는 질문을 하기 위하여 가까운 경찰서·지구대·파출소 또는 출장소(지방해양경찰관서를 포함하며, 이하 “경찰관서”라 한다)로 동행할 것을 요구할 수 있다. 이 경우 동행을 요구받은 사람은 그 요구를 거절할 수 있다.”고 규정함으로써 임의성이 보장되는 동행을 명시하고 있다. 즉, 경찰관의 동행요구는 질문을 위한 보조수단으로서의 성격을 가지며, 경찰관의 편의를 목적으로 인정된 것이 아니라 동행할 사람의 보호 또는 교통상황의 원활 등을 위하여 마련된 제도이므로 그 사람의 의사에 반하지 않는 범위 내에서 경찰관서에 동행하는 것을 의미한다.⁶⁵⁾ 따라서 불심검문 시 동행은 피검문자의 의사에 반하지 않아야 하며, 동의나 승낙을 얻어야 한다. 또한 규정상 동행요구 거절권한을 명문으로 인정하고 있어, 피검문자가 동행요구를 거절하였음에도 강제로 연행하려고 하는 경우에 이 강제연행은 위법한 공무집행이므로 이에 저항하여도 공무집행방해죄가 되지 않는다.⁶⁶⁾ 동행요구를 거부하는 사람을 강제로 끌고 가지 않았다 해도 실질적인 감시 등으로 위협적인 분

2012. 12. 27. 선고, 2010헌마153 결정 참조.

65) 강동욱, 앞의 책, 196쪽 참조.

66) 박균성, 앞의 「행정법론(하)」, 427쪽 참조.

위기를 조성, 동행하는 사람이 거부하지 못하도록 만들었다면 불법체포에 해당한다고 보아야 할 것이다.

(2) 동행요구에 있어서의 유형력의 행사

임의동행은 그 형태가 다양하고 동시에 경찰관 자신이 스스로의 행위에 대한 인식에 있어서 불명확한 경우가 많으므로 임의동행과 강제연행을 구별하기 위한 객관적 기준을 설정한다는 것이 현실적으로 어렵다. 일반적으로 개념상 임의와 강제의 구별은 가능하지만, 구체적인 경우에 그 한계가 반드시 명확하게 구별되는 것이 아니기 때문에 구체적인 상황을 종합적으로 고려하여 사안에 따라 판단하여야 할 것이다.⁶⁷⁾ 한편, 동행과정에서 유형력의 행사가 가능한가에 관하여 상대방의 동의나 승낙을 전제로 하기 때문에 원칙적으로는 허용될 수 없으나 동행요구의 실효성을 담보하기 위하여 강제에 이르지 않는 정도의 유형력 행사는 허용될 수 있다는 입장 일반적이다. 즉, 임의동행인가 강제연행인가 구별은 우선 동행을 요구하였던 시간·장소가 저항이 가능한 상황여부 또는 동행을 요구하는 곳과 동행의 행선지와의 거리를 고려하고, 다음으로 임의동행을 요구한 경찰관의 언동, 동행의 구체적인 방법, 경찰관의 수 등을 객관적이고 종합적으로 고려하여 임의성 혹은 강제성 여부를 판단하여야 한다고 한다.⁶⁸⁾ 이와 관련하여 동행요구에 있어서 유형력의 행사를 인정하게 되면 유형력의 행사가 일반적으로 허용될 우려가 있을 뿐더러 수사에 대한 사법적 보장을 회피하기 위한 수단으로 이용될 우려가 크므로 유형력의 행사가 필요한 경우에는 동행요구

67) 구형근, 앞의 논문, 224쪽; 고현환, 앞의 논문, 12쪽 참조.

68) 강구진, “불심검문 및 임의동행에 관한 고찰(하)”, 『경찰고시』 3월호(경찰고시사, 1983), 59쪽 참조.

가 아닌 긴급체포에 따른 강제수사로서의 연행을 이용하여야 한다는 견해가 있다.⁶⁹⁾ 또한 동행과정에서의 유형력 행사를 인정하는 입장도 살인·강도 등 중범죄에 한하여 긴급체포도 가능하지만 신중을 기하기 위한 경우에만 예외적으로 유형력을 행사할 수 있다는 견해⁷⁰⁾와 현행범이나 긴급체포 요건을 갖추지 못한 경우라도 범죄의 조기발견이나 예방 목적을 달성하기 위해 필요한 때에는 제한적으로 유형력을 행사할 수 있다는 견해⁷¹⁾가 있다.

(3) 동행요구의 요건

경직법 제3조 제2항은 사람을 정지시킨 장소에서 질문을 하는 것이 그 사람에게 불리하거나 교통에 방해가 된다고 인정될 때에는 동행을 요구할 수 있다고 규정하고 있다. 이 규정의 해석과 관련하여 이를 예시적 규정으로 보아 질문의 결과 수상한 점이 해소되지 아니하고 더욱 질문을 해야 할 필요성이 있는 경우, 경찰관의 생명·신체에 위험이 미칠 구체적인 염려가 있는 경우 등의 사유로도 동행 요구가 가능하다는 견해⁷²⁾와 이 법에 규정된 두 가지 사유로 엄격히 한정되어야 되어야 한다는 견해⁷³⁾가 나뉜다. 경직법상 명문의 규정이 없고, 예시규정으로서의 성격을 인정하여 동행의 요구 및 어느 정도의 강제력 행사를 허용하였을 경우, 임의동행이 남용될 가능성을 배제할 수 없기

69) 강동욱, “경찰관직무집행법상의 임의동행에 관한 고찰”, 『한양법학』 제3권(한양법학회, 1992), 257쪽 참조.

70) 김택수, 앞의 논문, 165쪽; 이재상, 앞의 책, 183쪽 참조.

71) 신동운, 『형사소송법 I』(서울: 법문사, 1997), 84쪽 참조.

72) 자세한 내용은 구형근, 앞의 논문, 224쪽 참조.

73) 강동욱, 앞의 “경찰관직무집행법상의 임의동행에 관한 고찰”, 248쪽; 유인창, 앞의 논문, 125쪽; 김효진·정대권, 앞의 논문, 111쪽 참조.

때문에 허용하지 않는 것이 타당하다고 판단된다.

(4) 판례의 입장

임의동행과 관련하여 대법원은 “임의동행은 상대방의 동의 또는 승낙을 그 요건으로 하는 것이므로 경찰관으로부터 임의동행 요구를 받은 경우 상대방은 이를 거절할 수 있을 뿐만 아니라 임의동행 후 언제든지 경찰관서에서 퇴거할 자유가 있다 할 것이고, 경찰관직무집행법 제3조 제6항이 임의동행한 경우 당해인을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다고 규정하고 있다고 하여 그 규정이 임의동행한 자를 6시간 동안 경찰관서에 구금하는 것을 허용하는 것은 아니다.”⁷⁴⁾ 판시한 바 있으며, “형사소송법 제199조 제1항은 ‘수사에 관하여 그 목적을 달성하기 위하여 필요한 조사를 할 수 있다. 다만, 강제처분은 이 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 한하며, 필요한 최소한도의 범위 안에서만 하여야 한다.’고 규정하여 임의수사의 원칙을 명시하고 있는바, 수사관이 수사과정에서 당사자의 동의를 받는 형식으로 피의자를 수사관서 등에 동행하는 것은, 상대방의 신체의 자유가 현실적으로 제한되어 실질적으로 체포와 유사한 상태에 놓이게 됨에도, 영장에 의하지 아니하고 그 밖에 강제성을 띤 동행을 억제할 방법도 없어서 제도적으로는 물론 현실적으로도 임의성이 보장되지 않을 뿐만 아니라, 아직 정식의 체포·구속단계 이전이라는 이유로 상대방에게 헌법 및 형사소송법이 체포·구속된 피의자에게 부여하는 각종의 권리보장 장치가 제공되지 않는 등 형사소송법의 원리에 반하는 결과를 초래할 가능성이 크므로, 수사관이 동행에 앞서 피의자에게 동행을 거부할

74) 대법원 1997. 8. 22. 선고 97도1240 판결 참조.

수 있음을 알려 주었거나 동행한 피의자가 언제든지 자유로이 동행과정에서 이탈 또는 동행장소로부터 퇴거할 수 있었음이 인정되는 등 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여, 그 적법성이 인정되는 것으로 봄이 상당하다. 형사소송법 제200조 제1항에 의하여 검사 또는 사법경찰관이 피의자에 대하여 임의적 출석을 요구할 수는 있겠으나, 그 경우에도 수사관이 단순히 출석을 요구함에 그치지 않고 일정 장소로의 동행을 요구하여 실행한다면 위에서 본 법리가 적용되어야 할 것이고, 한편 행정경찰 목적의 경찰활동으로 행하여지는 경찰관직무집행법 제3조 제2항 소정의 질문을 위한 동행요구도 형사소송법의 규율을 받는 수사로 이어지는 경우에는 역시 위에서 본 법리가 적용되어야 할 것이다.”라고⁷⁵⁾ 판시하였다.

또한 “경찰관은 수상한 거동 기타 주위의 사정을 합리적으로 판단하여 어떠한 죄를 범하였거나 범하려 하고 있다고 의심할 만한 상당한 이유가 있는 자 또는 이미 행하여진 범죄나 행하여 지려고 하는 범죄행위에 관하여 그 사실을 안다고 인정되는 자를 정지시켜 질문할 수 있고, 또 범죄를 실행중이거나 실행 직후인 자는 현행범인으로, 누구임을 물음에 대하여 도망하려 하는 자는 준현행범인으로 각 체포할 수 있으며, 이와 같은 정지 조치나 질문 또는 체포 직무의 수행을 위하여 필요한 경우에는 대상자를 추적할 수도 있으므로, 경찰관이 교통법규 등을 위반하고 도주하는 차량을 순찰차로 추적하는 직무를 집행하는 중에 그 도주차량의 주행에 의하여 제3자가 손해를 입었다고 하더라도 그 추적이 당해 직무 목적을 수행하는 데에 불필요하다거나

75) 대법원 2006. 7. 6. 선고 2005도6810 판결 참조.

또는 도주차량의 도주의 태양 및 도로교통상황 등으로부터 예측되는 피해발생의 구체적 위험성의 유무 및 내용에 비추어 추적의 개시·계속 혹은 추적의 방법이 상당하지 않다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 추적행위를 위법하다고 할 수는 없다”고⁷⁶⁾ 하였고, “경찰관이 임의동행요구에 응하지 않는다 하여 강제연행하려고 대상자의 양팔을 잡아 끈 행위는 적법한 공무집행이라고 할 수 없으므로 그 대상자가 이러한 불법연행으로부터 벗어나기 위하여 저항한 행위는 정당한 행위라고 할 것이고 이러한 행위에 무슨 과실이 있다고 할 수 없다.”고⁷⁷⁾ 판시하였다.

요컨대, 판례에 의하면 상대방의 승낙을 얻지 못한 임의동행은 위법이 되고, 동행요구를 거절한 경우 동행에 항거하여 폭행·협박 등을 가한 경우에도 공무집행방해죄를 구성하지 않으며, 긴급구속사유에 해당하지 않는 사람을 긴급구속으로 혹은 현행범의 요건을 갖추고 있지 않은 사람을 현행범으로 오인하여 체포하거나 강제연행 하려는 경찰관에 대한 폭행은 공무집행방해죄를 구성하지 않는다. 또한 오로지 피의자의 자발적인 의사에 의하여 수사관서 등에의 동행이 이루어졌음이 객관적인 사정에 의하여 명백하게 입증된 경우에 한하여 그 적법성이 인정된다. 즉, 동행의 요구는 비강제적·임의적 수단이어야 한다.⁷⁸⁾

(5) 검토

앞서 살펴본 바와 같이 경직법상의 동행의 요구는 임의성이 보장되는 동행으로 보는 것이 타당하고, 동행요구에 대하여 거

76) 대법원 2000. 11. 10. 선고 2000다26807,26814 판결 참조.

77) 대법원 1992. 5. 26. 선고 91다38334 판결 참조.

78) 동지의 견해 박병욱, “위험방지영역의 불심검문과 실효성 확보방안”, 「형사정책연구」 제24권 제4호(한국형사정책연구원, 2013), 93쪽 참조.

절할 수 있는 권리가 명시적으로 인정되므로 경찰관은 임의적인 방법을 벗어나 실력으로 동행할 수 없으며 임의동행 후에도 언제든지 퇴거가 가능하다. 이러한 점은 판례 또한 명확히 하고 있다. 한편, 동행요구의 요건과 관련하여 이를 제한적으로 해석할 필요가 있는지 의문이 든다. 경직법상의 개별적 수권조항, 즉 동법 제4조(보호조치 등)의 직무를 수행하는 경우에도 동행요구가 선행될 수 있으며, 동법 제5조(위험 발생의 방지 등)와 동법 제6조(범죄의 예방과 제지)의 직무를 수행하는 경우에도 동행요구가 선행될 수 있기 때문이다. 따라서 경직법의 입법취지 및 체계, 법제의 실효성 등을 고려할 때 이 규정의 동행요구 사유를 경직법 제3조 제2항에 한정할 필요는 없을 것으로 판단된다.

4) 휴기의 소지여부 조사

(1) 의의 및 법적 성격

경직법 제3조 제3항은 “경찰관은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게 질문을 할 때에 그 사람이 휴기를 가지고 있는지를 조사할 수 있다.”고 규정함으로써 불심검문 중에 휴기의 조사를 허용하고 있다. 한편, 현행법상 휴기 이외의 소지품 검사에 대해서는 명문의 규정은 없다. 소지품 검사란 경찰관이 불심검문 중에 질문에 부수하여 휴기의 소지여부를 밝히기 위하여 거동수상자 등의 옷이나 휴대품을 조사하는 것을 말한다.⁷⁹⁾

또한 소지품 검사는 휴기 기타 물건의 소지여부를 밝히기 위하여 불심검문에 수반하여 이루어지는 것으로서, 영장에 의한 강제성을 띤 ‘수색’과는 다른 것이기 때문에, 반드시 시민의 동

79) 김효진·정대권, 앞의 논문, 112쪽 참조.

의를 전제로 해서 이루어져야 하기 때문에 ① 소지품을 외부에서 관찰하고, ② 소지품에 관하여 질문하고, ③ 상대방에게 소지품의 내용개시를 요구하고, ④ 개시된 소지품을 검사하고, ⑤ 의복 또는 소지품을 외부에서 손으로 만지고(pat down), ⑥ 몸에 지니고 있는 것 이외의 가방 등의 소지품을 집어올리고, ⑦ 경찰관 자신이 옷의 내부 주머니에 손을 넣거나 가방 등을 열어(개봉검사) 소지품을 집어내어 검사하는 단계적·종합적 처분이라고 한다.⁸⁰⁾

이러한 경직법상의 흥기조사의 법적 성격은 앞서 살펴본 바와 같이 경찰상 조사로서의 성격을 갖으며, 시간적으로 급박한 상황에서는 경찰상 즉시강제로서의 성격을 갖는다고 보는 것이 타당할 것이다. 한편, 경직법 제3조 제3항은 경찰관이 질문을 할 때에 흥기의 소지여부만을 조사할 수 있다고 규정하고 있어 흥기 이외의 소지품 등을 조사할 수 있는지가 문제된다.

(2) 흥기조사

흥기조사는 불심검문 대상자의 의복이나 손가방 등 휴대품을 손으로 만지면서 흥기의 소지여부를 확인하고 그와 같이 만진 결과 흥기로 의심되는 물건인 때에는 의복이나 휴대품 안을 열어 확인하는 조사방법을 말한다.⁸¹⁾ 우선, 경직법상 소지품검사의 대상이 되는 것은 총포·도검류·화약 등과 같이 그 물건의 본래 용도가 사람의 살상을 목적으로 제조된 성질상의 흥기뿐이기 때문에 그 본래의 성능이 사람을 살상하는 것은 아니지만 사용에 따라 살상이 가능한 용법상의 흥기도 포함될 수 있는가의

80) 이만중, 앞의 논문, 183쪽; 이완규, 앞의 “불심검문의 헌법적 근거와 한계”, 91쪽 참조.

81) 이완규, 앞의 “불심검문의 헌법적 근거와 한계”, 91쪽 참조.

문제가 발생한다. 이와 관련하여 성질상 흉기에 한정하는 것이 타당하나, 주위의 상황 등 제반사정을 고려해 볼 때 범죄에 사용되어 졌거나 사용될 우려가 있다는 확신이 상당한 경우에 한하여 망치, 가위, 드라이버, 곤봉 등 용법상의 흉기도 소지품검사의 대상으로 보아야 한다.⁸²⁾

다음으로 흉기 아닌 소지품을 검사할 수 있는가와 관련하여 불심검문의 안전을 확보하거나 질문의 실효성을 유지하기 위하여 흉기 이외의 소지품에 대한 검사도 경직법 제3조에 의하여 인정될 수 있다는 긍정설과 흉기조사는 임의처분이므로 상대방의 동의가 있어야 하고 동의하지 않는 한 강제적인 조사는 허용되지 않는다는 부정설, 흉기·폭탄 등을 휴대하였다고 인정할 수 있는 고도의 개연성 내지 특수한 혐의가 있는 때에는 경찰관 또는 제3자의 생명 신체에 대한 위험을 고려하여 폭력을 사용하지 않는 범위에서 소지품의 내용까지도 조사하는 것이 허용된다는 제한적 허용설이 나뉜다.⁸³⁾

한편, 흉기소지여부 조사는 주로 경찰상 위험방지 차원에서 행해지고 시간적으로 급박한 상황 하에서 행해질 수 있으므로 경찰상 즉시강제로서의 성격을 가지며 수색에 요구되는 영장은 필요하지 않다고 보아야 할 것이다.

(3) 판례의 입장

대법원은 “경찰관은 불심검문 대상자에게 질문을 하기 위하여 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위

82) 이만중, 앞의 논문, 188쪽; 구형근, 앞의 논문, 225쪽 참조.

83) 학설에 관한 자세한 내용은 이완규, 앞의 “불심검문의 헌법적 근거와 한계”, 92쪽; 구형근, 앞의 논문, 225~226쪽; 김형준, 앞의 논문, 152쪽 참조.

내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 그 대상자를 정지시킬 수 있고 질문에 수반하여 흉기의 소지 여부도 조사할 수 있다.”고⁸⁴⁾ 하였으며, “경찰관 직무집행법의 목적, 규정 내용 및 체계 등을 종합하면, 경찰관은 법 제3조 제1항에 규정된 대상자에게 질문을 하기 위하여 범행의 경중, 범행과의 관련성, 상황의 긴박성, 혐의의 정도, 질문의 필요성 등에 비추어 그 목적 달성에 필요한 최소한의 범위 내에서 사회통념상 용인될 수 있는 상당한 방법으로 그 대상자를 정지시킬 수 있고 질문에 수반하여 흉기의 소지 여부도 조사할 수 있다 할 것이다.”라고⁸⁵⁾ 하여 흉기의 소지 여부를 조사할 수 있다고 판시하였다. 한편, 흉기 아닌 소지품에 대해서는 명시적으로 판시한 바 없다.

(4) 검토

흉기소지 여부만을 규정하고 있는 현행법 하에서는 흉기 이외의 소지품에 대한 검사를 허용하게 되면 현실적·실무적으로 검문에서 남용될 여지가 있으므로 수사가 개시되어 압수·수색의 절차로 행하여지는 것이 아닌 한 일반 소지품에 대한 검사는 허용되어서는 안 된다고 생각된다. 또한 흉기소지 여부 조사는 주로 경찰상 위험방지 차원에서 시간적으로 급박한(긴급한) 상황에서 행하여 질 수 있으므로 경찰상 즉시강제로서의 성격을 가지며, 즉시강제의 특성상 영장은 요구되지 않는다고 보아야 할 것이다. 따라서 경직법상 흉기의 소지여부 조사는 경찰관의 합리적 판단 하에서 즉시강제의 실행요건인 급박성(긴급성), 보

84) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도13999 판결 참조.

85) 대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도6203 판결 참조.

충성, 소극성, 비례성(적합성, 필요성, 상당성) 및 개연성 정도 등이 엄격하게 인정되는 경우에는 영장주의의 예외로서 최소한도로 허용된다고 보아야 할 것이다.

5) 불심검문의 절차적 보장

경직법상의 불심검문은 적법하게 사전영장 없이 행하여지므로 상대방의 신체의 자유와 인권의 보장을 위하여 사전적·사후적 절차로서의 요건을 규정하고 있다.

(1) 불심검문의 사전적 절차

경직법은 경찰관이 질문을 하거나 동행을 요구할 경우 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하면서 소속과 성명을 밝히고 질문이나 동행의 목적과 이유를 설명하여야 하며, 동행을 요구하는 경우에는 동행 장소를 밝혀야 한다고 규정하고 있다(경직법 제3조 제4항). 여기서 신분을 표시하는 증표는 국가경찰공무원의 공무원증으로 한다(경직법 시행령 제5조).

이와 관련하여 대법원은 “법 제3조 제4항은 경찰관이 불심검문을 하고자 할 때에는 자신의 신분을 표시하는 증표를 제시하여야 한다고 규정하고, 법 시행령 제5조는 위 법 소정의 신분을 표시하는 증표는 경찰관의 공무원증이라고 규정하고 있는바, 불심검문을 하게 된 경위, 불심검문 당시의 현장상황과 검문을 하는 경찰관들의 복장, 피고인이 공무원증 제시나 신분 확인을 요구하였는지 여부 등을 종합적으로 고려하여, 검문하는 사람이 경찰관이고 검문하는 이유가 범죄행위에 관한 것임을 피고인이 충분히 알고 있었다고 보이는 경우에는 신분증을 제시하지 않았다고 하여 그 불심검문이 위법한 공무집행이라고 할 수 없다.”

고⁸⁶⁾ 판시하여 정복을 입은 경찰관이 신분증을 제시하지 않더라도 자신의 소속과 성명을 밝히고 검문의 목적과 이유를 설명했다면 그 검문을 정당한 것을 보고 있다.

한편, 경찰관이 신분증의 제시와 자신의 소속과 성명을 밝혀야 하는 의무는 자신의 검문행위가 정당한 경찰활동임을 알려 상대방의 자발적인 협조를 구하는 것이고, 경찰관의 행위가 불법일 경우 상대방에게 추후 책임을 물을 대상을 명확히 밝히는 것이라는 점에서 경찰활동에 대한 국민의 신뢰확보 및 적법절차의 준수라는 중요한 의미를 가지는 행위로서 당연히 엄격하게 준수되어야 한다.⁸⁷⁾ 그리고 경찰관이 질문이나 동행을 요구할 경우 그 목적과 이유를 상대방에게 설명하여야 하는 의무는 상대방이 질문내용 등을 이해하고 자신의 방어를 준비할 수 있게끔 하는 최소한의 조치이다.⁸⁸⁾ 또한 경찰관에게 질문을 받거나 동행을 요구받은 사람은 형사소송에 관한 법률에 따르지 아니하고는 신체를 구속당하지 아니하며, 그 의사에 반하여 답변을 강요당하지 아니한다(경직법 제3조 제7항).

(2) 불심검문의 사후적 절차

경찰관은 동행한 사람의 가족이나 친지 등에게 동행한 경찰관의 신분, 동행 장소, 동행 목적과 이유를 알리거나 본인으로 하여금 즉시 연락할 수 있는 기회를 주어야 하며, 변호인의 도움을 받을 권리가 있음을 알려야 한다(경직법 제3조 제5항). 또한 경찰관이 당해인을 임의동행을 한 때에는 소속 국가경찰관서의

86) 대법원 2014. 12. 11 선고 2014도7976 판결 참조.

87) 강기정·류병관, 앞의 논문, 122~123쪽; 이영우·박종렬·견승엽, 앞의 논문, 34쪽 참조.

88) 김형준, 앞의 논문, 150쪽 참조.

장에게 이를 보고하여야 하며(경직법 시행령 제7조), 임의동행을 한 경우 경찰관은 동행한 사람을 6시간을 초과하여 경찰관서에 머물게 할 수 없다(경직법 제3조 제6항).

한편, 경찰관이 직무를 행함에 있어서 경직법에 규정된 경찰관의 의무를 위반하거나 직권을 남용하여 다른 사람에게 해를 끼친 사람은 1년 이하의 징역이나 금고에 처한다고(경직법 제12조) 규정하여 위법한 불심검문에 대하여 제도적으로 방지하고 있다. 따라서 불심검문시 경찰관이 이에 관한 규정을 어긴 경우에는 위법한 직무행위가 되며 당해인은 국가를 상대로 손해배상 등을 청구할 수 있다.

IV. 결론

앞서 논한 바와 같이 향후 경직법의 발전적 논의를 위한 근거를 제공하기 위하여 지금까지 선행되었던 많은 연구를 중심으로 불심검문에 있어서의 법적 쟁점을 살펴보고, 그 문제점과 개선 방안을 재조명하였다.

종래 연구되었던 주요 쟁점을 살펴보면, 경직법 전체의 체계 정합성 등을 고려한 해석이 아닌 개별 조문에 근거한 실무적 차원에서의 조문 수정 내지 보안에 주안점을 두었던 것으로 판단된다. 이러한 전제 하에 현행 경직법상 불심검문과 관련한 법적 쟁점을 개괄적으로 살펴보면, 불심검문의 용어 개편, 불심검문의 법적 성격에 있어 사법경찰작용으로의 성격 인정, 제한된 범위 내에서의 불심검문의 강제성 인정 또는 사법경찰작용의 성격

인정에 따른 강제성 인정, 소지품 검사의 영역 확대, 경찰관의 신분증 제시의무 강화, 불심검문의 무관한 신분증 제시요구의 배제 또는 신원확인 규정 신설, 유형력 행사의 허용범위와 한계의 세부적 규정 마련, 불심검문의 관련규정의 통·폐합, 자동차 등에 대한 정지명령권 및 수색권에 대한 근거 신설 등이다. 이러한 논의와 관련하여 모두 부분적으로 타당성과 설득력이 있는 주장임은 앞서 살펴보았다.

한편, 이렇게 부분적이고 산발적인 개정의 논의만이 불심검문의 실효성을 제고에 큰 의미를 부여할 수 있는지에 대해서는 다소 회의가 드는 것이 사실이다. 불심검문을 통하여 범죄의 예방과 제재를 통한 치안유지 기능·목적과 적법절차를 통한 인권보장이라는 기능·목적은 쉽게 양립하기 어려운 영역으로 상호간의 협조와 조화를 필요로 한다는 법제도적 제약을 내포하고 있기 때문이다. 이러한 논의가 불심검문제도의 효율성 제고에 기여하는 바가 있음을 부인할 수는 없지만, 경찰의 직무가 범죄행위에 대한 예방적 대처로서의 성격, 즉 위험에의 사전배려로서의 본래적 기능을 인정한다면 경직법의 수사로서의 성격 또는 경직법상의 불심검문을 인권보장이라는 이유로 확대해석하여 적법절차의 범주에 넣으려는 시도 이전에 경직법의 입법취지를 고려하여 경찰에 대한 신뢰성 확보를 통한 경찰재량권의 행사를 인정하되, 그 범위와 한계를 명확히 함으로써 조화를 이루는 방법이 효율적일 것이라 판단된다. 요컨대, 지금까지 종래의 연구들을 기반으로, 향후 불심검문제도의 사전배려의 기능을 인정하고, 불심검문에 있어서 상호 협조와 조화가 전제가 되어야 실효성이 제고될 수 있음을 재확인하여 경찰의 신뢰성 회복을 위한 다양한 유형과 방법을 활용한 활발한 연구가 있어야 할 것으로

생각된다.

<참고문헌>

- 강구진, 「형사소송법원론」, 학연사, 1982.
- 강동욱, 「(인권 보장과 적법 절차에 따른) 불심검문 : 이론과 실무」, 서울 : 고시원, 1994.
- 김남진, 「행정법의 기본문제」, 서울 : 법문사, 1998.
- 김동희, 「경찰행정법」, 서울 : 박영사, 2010.
- 김성수, 「개별행정법」, 서울 : 법문사, 2001.
- 박균성, 「행정법론(하)」, 서울 : 박영사, 2015.
- , 「행정법강의」, 서울 : 박영사, 2008.
- 박상용 · 안영화 · 조지호 · 윤주현, 「경찰관직무집행법 해설」, 서울 : 경찰청, 2001.
- 배종대 · 이상돈, 「형사소송법」, 흥문사, 2003.
- 배종대 · 이상돈 · 정승환 · 이주원, 「신형사소송법」, 서울 : 흥문사, 2013.
- 백승민 · 정웅석, 「형사소송법」, 대명출판사, 2008.
- 백형구, 「형사소송법」, 서울 : 박영사, 2010.
- 석종현, 「행정법(하)」, 서울 : 삼영사, 1990.
- 손동권, 「형사소송법」, 세창출판사, 2010.
- 손동권 · 신이철, 「(새로운) 형사소송법」, 세창출판사, 2014.
- 손재영, 「경찰법」, 서울 : 박영사, 2018.
- 신동운, 「신형사소송법」, 서울 : 법문사, 2014.
- , 「형사소송법 I」, 서울 : 법문사, 1997.
- 신양균, 「형사소송법」, 화산미디어, 2009.
- 이완규, 「주석 형사소송법」 제5판, 한국사법행정학회, 2017. 11.
- 이재상, 「형사소송법」, 박영사, 2012.

- , 「신형사소송법」, 서울 : 법문사, 2002.
- 임동규, 「형사소송법」, 서울 : 법문사, 2015.
- 임준태, 「범죄예방론」, 좋은세상, 2002.
- 차용석·최용성, 「형사소송법」, 신21세기사, 2008.
- 강구진, “불심검문 및 임의동행에 관한 고찰(하)”, 「경찰고시」 3월호, 경찰고시사, 1983.
- 강기정·류병관, “불심검문의 문제점과 개선방안”, 「법학논총」 제40권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2016.
- 강동욱, “경찰관직무집행법상의 임의동행에 관한 고찰”, 「한양법학」 제3권, 한양법학회, 1992.
- , “불심검문의 의의와 한계”, 「수사연구」 제22권 제10호, 수사연구사, 2004. 10.
- , “불심검문의 한계에 관한 비판적 고찰”, 법조 54권 6호, 법조협회, 2005.
- 고현환, “불심검문에 관한 비교법적 고찰”, 「국제법무」 제8집 제2호, 제주 : 제주대학교 법과정책연구원, 2016. 11.
- 곽병선, “불심검문”, 「법학연구」 제41권, 일광대학교 법학연구소, 1997.
- 구형근, “경찰관직무집행법상 불심검문”, 「토지공법연구」 제39집, 서울 : 토지공법학회, 2008.
- 권창국, “불심검문에 불응한 피검문자에 대한 경찰관의 유형력 행사와 한계”, 「형사정책」 제23권 제2호, 형사정책연구원, 2011. 12.
- 김선화, “경찰관직무집행법 개정안의 불심검문규정에 관한 헌법적 문제”, 「검찰법연구」 제8권 제2호, 한국경찰법학회,

- 2010.
- 김재광, 「경찰관직무집행법의 개선방안 연구」, 한국법제연구원, 2003.
- 김태진, “불심검문의 법적근거”, 「공법학연구」 제4권 제1호, 순천 : 한국비교공법학회, 2012.
- 김택수, “불심검문의 실효성 확보와 인권보호의 조화방안”, 「경찰법연구」 제6권 제2호, 한국경찰법학회, 2008.
- 김형준, “불심검문의 허용범위”, 「중앙법학」 제6집 제4호, 서울 : 중앙법학회, 2004.
- 김효진·정대권, “불심검문제도의 법률상 문제점과 개선방안”, 「한국민간경비학회보」 제13권 제3호, 양산 : 한국민간경비학회, 2014.
- 박병욱, “위험방지영역의 불심검문과 실효성 확보방안”, 「형사정책연구」 제24권 제4호, 한국형사정책연구원, 2013.
- 박외병, “불심검문상 정지의 의의와 한계”, 「경찰대학 논문집」 제10집, 경찰대학교, 1995.
- 안동인, “영국법상 경찰권 행사의 근거와 한계 - 『경찰관직무집행법』의 비교법적 검토와 관련하여”, 「공법학연구」 제17권 제4호, 순천 : 한국비교공법학회, 2016.
- 유인창, “불심검문에 관한 소고”, 「한국경찰학회보」 제2권 제1호, 아산 : 한국경찰학회, 2000.
- 이만종, “경찰 불심검문의 적법성 한계에 관한 고찰”, 「한국공안행정학회보」 제28집, 한국공안행정학회, 2007.
- 이성용·서정범, “경찰작용법 체계의 합리적 개선방안”, 경찰청 정책연구, 서울 : 경찰청, 2011. 10.
- 이영돈, “불심검문에서 ‘정지’의 요건과 한계 - 미국의 stop

- and frisk 법리와 비교”, 「법학논집」 제18권 제4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014. 6.
- , “영국의 경찰과 형사증거법(PACE)상 경찰의 정지·수색권”, 「경찰법연구」 제8권 제2호, 아산 : 한국경찰법학회, 2010.
- 이영우·박종렬·견승엽, “인권보장을 위한 경찰관직무집행법상 불심검문에 관한 연구”, 「법학연구」 제16권 제2호, 천안 : 한국법학회, 2016.
- 이완규, “불심검문의 강제처분성과 기존 이론의 재검토”, 「형사소송 이론과 실무」 제5권 제1호, 한국형사소송법학회, 2013. 6.
- , “불심검문의 헌법적 근거와 한계”, 「형사법의 신동향」 통권 제23호, 대검찰청, 2009. 12.
- 이재방, “불심검문의 한계설정에 관한 고찰”, 「홍익법학」 제13권 제4호, 홍익대학교 법학연구소, 2012.
- 이재상, “불심검문과 임의동행”, 「고시연구」 8월호, 고시연구사, 1987.
- 이호중, “경찰관직무집행법상 불심검문제도의 개정논의에 대한 비판적 고찰”, 「형사법연구」 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009.
- 임웅·임학순·이영란·송인동·정순도, “불심검문 실태와 개선에 관한 연구”, 치안정책연구소 연구보고서, 용인 : 경찰대학 치안정책연구소, 1997.
- 정신교, “불심검문의 적법성의 한계와 개선방안”, 「법학논총」 제29집, 서울 : 송실대학교 법학연구소, 2013.
- 탁희성, “불심검문의 실태와 개선방안”, 연구보고서 99-4, 서울

: 형사정책연구원, 1999.

황창근, “불심검문에 관한 고찰”, 「연세법학연구 제6권 1호, 서울 : 연세법학회, 1999.

헌법재판소 2018. 8. 30. 선고, 2016헌마483 결정.

헌법재판소 2012. 12. 27. 선고, 2010헌마153 결정.

헌법재판소 2005. 7. 21. 선고, 2003헌마282 결정.

대법원 2014. 12. 11 선고 2014도7976 판결.

대법원 2014. 2. 27. 선고 2011도13999 판결.

대법원 2012. 9. 13. 선고 2010도6203 판결.

대법원 2011. 6. 30. 선고 2009도6717 판결.

대법원 2007. 6. 14. 선고 2007다4295 판결.

대법원 2006. 7. 6. 선고 2005도6810 판결.

대법원 2000. 11. 10. 선고 2000다26807,26814 판결.

대법원 1997. 8. 22. 선고 97도1240 판결.

대법원 1992. 5. 26. 선고 91다38334 판결.

서울형사지방법원 1992. 12. 23. 선고 92고합1834 제20부판결.

토 론 문

김 면 기*

남상택 박사의 깊이 있는 발제문 잘 읽었습니다. 불심검문에 대한 법적 논의를 거의 집대성하신 게 아닐까 싶을 정도로, 불심검문과 관련된 주요한 쟁점들을 빼놓지 않고 다루신 것 같습니다. 특히 불심검문에 대한 방대한 분량의 문헌들을 분석하시고 학설대립을 빠짐없이 다루신 것을 보고 많이 배울 수 있었습니다.

잘 아시다시피 불심검문과 관련해서는 오랫동안 다양한 측면에서 많은 논의가 있었습니다. 불심검문은 독재정권 시절 경찰의 과도한 공권력 남용의 상징으로 여겨져 왔고, 평상시에는 듣기 어려운 ‘불심’이라는 용어가 막연한 거부감을 주는 면이 있기 때문에 많은 비판을 받아 왔습니다. 따라서 많은 법학자들은 불심검문에 대해 깊은 관심을 갖고 다양한 측면에서 연구를 진행해 왔습니다. 남박사님의 발제문에서 다루고 있듯이, 대표적으로 불심검문의 성격과 관련한 행정경찰적 작용 여부에 대한 논의, 불심검문의 전제요건, 판단기준, 불심검문의 대상, 절차와 방법 등에 대하여 그동안 많은 논의가 있어 왔습니다.

많은 논의에도 불구하고 여전히 불심검문에 대한 부정적인 인식이 만연해있고, 가끔씩 적법성을 둘러싼 논란이 자주 제기됩니다. 얼마 전에는 국가인권위원회에서 경찰의 불심검문 업무관행에 대한 개선을 권고한 적이 있는데, 정복을 착용하고 불심검

문을 하는 경찰관이라도 반드시 ‘경찰 신분증’을 제시하도록 요구한 바도 있습니다.* 그리고 경찰청에서는 현재 별다른 강제력을 갖지 못한 불심검문의 실효성을 강화하기 위해 경찰관직무집행법 개정을 추진하지만, 여론의 반대에 부딪혀 원점으로 되돌아가는 경우가 대부분입니다.**

한 가지 아쉬운 점은 불심검문에 대한 논의가 다소 추상적, 관념적인 기반위에서 이루어지고 있다는 점입니다. 보다 실용적인 시각에서 현재의 불심검문을 평가해볼 필요가 있습니다. 사실 현재 일선 경찰관에게 불심검문은 별다른 실효성을 갖지 못합니다. 원칙적으로 불심검문 대상자의 ‘완전한, 자발적 동의’를 전제하고 있고, 행사할 수 있는 유형력 행사도 극히 제한적입니다. 따라서 일선 경찰관이 불심검문을 행하는 경우도 사실상 거의 없습니다. 최근 10여년간 거리에서 경찰관에게 불심검문을 당한 적이 있는 시민은 거의 없는 것으로 알고 있습니다. 실제 경찰청 통계에 따르면, 불심검문을 통해 해결한 범죄가 2017년에는 881건, 2018년에는 669건이라고 합니다. 불심검문 자체가 거의 활용되지 않으면서 이러한 수치도 지속적으로 감소하고 있습니다. 1년에 경찰이 해결하는 범죄건수가 거의 150만여건에 육박하는 것을 고려하면, 불심검문의 의미는 사실상 거의 없다고 봐도 과언이 아닙니다.

잠시 미국의 사례를 살펴보고자 합니다. 우리나라의 불심검문과 유사한 것이 미국의 Terry Stop인데,*** 경찰관이 범죄에 대

* 경찰대학교 법학과 조교수, 법학박사(S.J.D.), 뉴욕주 변호사.

* 2019. 10. 16. 국가인권위원회 결정(18진정0822200 등)

** http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/284118.html

한 합리적 의심이 있는 경우, 이에 대한 일시적 조사를 위해 단 시간 동안 불심검문 대상자의 행동의 자유를 제약할 수 있도록 하고 있습니다. 이는 우리나라의 동의에 기반한 불심검문보다 한층 강력한 권한으로, 미국 경찰들이 널리 활용하고 있습니다. 물론 Terry Stop에 대한 비판도 많습니다. Terry Stop은 경찰관에게 과도한 권한을 주는 것이고, 시민들의 자유가 억압된다는 목소리가 자주 표출됩니다.

그런데 흥미로운 점은 이러한 논란이 반드시 경찰의 권한 그 자체에만 초점을 맞추고 있지는 않다는 점입니다. ‘문언상’ 권한의 범위도 중요하지만, 그 권한이 실무적으로 적정하게 활용·통제되도록 감시하는 것이 그에 못지 않게 중요하다고 할 것입니다. 따라서 미국에서는 Terry Stop의 개념에 대한 논의 그 자체보다는, 경찰관이 현장에서 Terry Stop를 할 경우 이와 관련하여 어떻게 철저히 기록을 작성·유지하도록 할 것인가, 관련 기록들은 어떠한 절차를 거쳐 어떻게 투명하게 공개되도록 할 것인가, 기록들의 분석을 통해 경찰 법집행은 현재 어떠한 문제가 있는가, 이에 대한 개선책은 무엇이 있는가 등으로 보다 실증적인 논의들이 전개되고 있습니다. 미국의 사례를 참고하면

*** 1968년 미국 연방대법원의 판결인 Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968) 이전에는 미국에서는 일선 경찰관이 시민들을 상대할 때 예상 가능한 시나리오는 단 두 가지 뿐이었습니다. 첫 번째는 완전히 시민들의 동의에 의거한 접촉(consensual contact), 두 번째는 체포(arrest)입니다. 범죄혐의가 상당할 때에는 체포를 할 수 있었지만, 그 이외의 경우에는 완전히 시민들의 동의에 의거하여 접촉을 할 수 있었습니다. 그러나 분명히 그 중간지대가 필요했고, 이에 연방대법원은 1968년의 판결을 통해 일시적 조사를 위한 정지(investigative stop)를 허용한 것입니다.

우리나라의 불심검문에 대한 보다 다양한 시각에서의 논의가 가능하지 않을까 합니다. 감사합니다.

토 론 문

박 문 숙*

먼저 저에게 인천대학교 법학연구소의 학술행사 토론자로 참여할 수 있는 기회를 주셔서 진심으로 감사드립니다. 경찰관 직무집행법상의 불심검문은 질서유지 및 범죄수사의 단서를 포착하는 중요한 기능을 하면서도, 그 행사와 운용에 있어서 개인에 대한 인권침해 가능성 등 문제점을 드러내기도 합니다. 마약류범죄, 강력범죄와 같은 범죄에서 경찰행정작용의 효율성 및 범인검거의 기능을 강조하며 적용확대를 주장하는 입장이 존재하는 반면, 불심검문의 악용사례 및 폐해로 인해 한때 불심검문이 중단되기도 한 것은 이러한 입장 차이를 여실히 보여주고 있습니다.

발표문에서는 이러한 불심검문과 관련하여 요건, 대상, 절차 및 방법의 측면에서 제기될 수 있는 법적 쟁점들을 상세히 분석하고 있습니다. 또한 각각의 쟁점들에 대한 검토에서 명확하고 구체적인 해결방향도 제시하고 있습니다.

* 경찰대학교

따라서 저는 발표문을 읽으며 좀 더 보충설명이 필요하다고 생각했던 부분과 발표자의 견해에 대한 확인을 구하는 방향에서 간단히 질문을 드리고자 합니다.

불심검문은 수사가 아닌 수사의 단서에 불과하기 때문에 경찰관이 불심검문의 방법으로 불심검문 대상자에게 주민등록증 제시를 요구하는 것은 허용되지 않는다고 언급하셨습니다. 실제로 경찰관이 불심검문을 하면서 신분증을 요구하는 경우가 많은 것으로 알고 있으며, 이러한 경찰관의 신분증요구로 인해 시민과의 마찰이 발생하는 사례가 보도되기도 하였습니다. 이러한 측면에서 현재 신원확인이나 신원조회에 대한 보다 명확한 기준이 제시되고 있는지 궁금합니다. 이와 관련하여 선진국들의 경우 불심검문 시 신분증 제시나 이름공개에 대해 어떠한 입장을 취하고 있는지에 대한 분석이 있다면 소개해주시면 감사하겠습니다.

또한 불심검문을 할 때 경찰관이 본인의 신분증을 제시하고 소속과 성명을 밝혀야 하는 의무는 국민의 신뢰확보, 차후 부당한 불심검문으로 인한 경찰관의 책임소재와 관련하여 중요한 기능을 한다고 설명해 주셨습니다. 이에 대해 실제 경찰관의 신분증 제시가 제대로 이루어지고 있는지에 대한 실무현황 분석 자료가 존재한다면 좀 더 자세한 설명을 부탁드립니다. 발표문에서 경찰관의 신분증 제시의무와 관련하여 정복을 입은 경찰관이 신분증을 제시하지 않더라도 자신의 소속과 성명을 밝히고 검문의 목적과 이유를 설

명했다면 정당하다는 판례를 소개하여 주셨습니다. 개인적으로 경찰관 사칭문제나 위법한 불심검문으로 인한 배상청구소송 등에 있어 경찰관의 신분증 제시의 효과와 기능을 고려할 때, 경찰관이 제복을 착용하였는지 사복을 착용하였는지에 관계없이 신분증 제시의무가 적용되어야 하는 것이 타당하다고 생각합니다. 이러한 판례의 태도에 대해 발표자께서는 어떠한 입장을 가지고 계신지 보충설명을 해주시면 제도의 이해에 있어 도움이 될 것 같습니다.

불심검문이 국민의 기본권을 침해하는 제도가 아닌 치안유지를 통해 국민의 안전을 보호하고자 하는 본래의 기능을 제대로 발휘하기 위해서는 입법적인 명확화, 구체화의 노력뿐만 아니라 그 운용에 있어서도 오남용 내지 과잉행사에 대한 경각심이 필요할 것입니다. 몇 년 전 미국 뉴욕경찰이 특정계층을 타겟으로 하여 집중적으로 행한 불심검문이 평등권조항에 위배된다는 연방법원의 판례가 있었습니다. 최근 우리나라의 경우에도 사회적 약자인 이주민에 대한 과도한 불심검문으로 인하여 이주민 차별문제가 더욱 심각해질 수 있다는 우려의 목소리가 높아지고 있습니다. 이러한 구체적 사례들에 대한 연구가 있다면 소개해 주시고 이와 관련된 정책적 대안마련 등의 노력이 있는지 알려 주시면 감사하겠습니다. 이상입니다. 감사합니다.

부 록

1. 법학연구소 규정
2. 법학논총 논문게재 규정
3. 인천법학논총 게재논문 목차(창간호 ~ 제19집)

법학연구소 규정

제정 1999. 12. 1.

제1장 총 칙

제1조(목적)

이 규정은 법의 이론과 실제에 관한 이론과 실재를 통하여 우리나라의 법학과 법문화 발전에 기여하며, 동북아 및 국제화·지방화시대의 법제도를 연구하기 위하여 설치한 인천대학교 부설 법학연구소(이하"연구소"라 한다)의 조직과 운영에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(명칭)

본 연구소는 인천대학교 법학연구소라 부른다.

제3조(소재)

연구소는 인천대학교 법과대학 안에 둔다.

제2장 사 업

제4조(사업)

본 연구소는 제1조의 목적을 위하여 다음 각 호의 사업을 한다.

1. 법학일반이론의 연구
2. 법제 및 법령의 연구
3. 법조실무상의 문제점연구
4. 동북아교류 및 국제관계법제의 연구

5. 지방자치의 관계법제 연구

본 연구소는 제1항의 사업에 필요한 다음 각호의 사업을 할 수 있다.

1. 연구발표회, 세미나 및 강연회의 개최
2. 학술논문집, 정기간행물 및 도서의 발간
3. 정부기관 및 지방자치단체 기타 외부기관의 위촉에 의한 자문·연구사업의 수행
4. 국내외 타 연구기관의 제휴 및 공동연구의 수행
5. 연구결과에 관한 학술발표 및 기타 강연회개최
6. 법학 전반에 관한 정보수집·체계화 및 응용방안에 관한 연구
7. 기타 연구소 설치목적에 부합하는 사업

제3장 조직과 운영

제5조(구성)

본 연구소는 상임 및 비상임연구위원과 연구원으로 구성한다.

상임연구위원은 본 대학교 전임교원 중 법학박사학위를 소지한 전임교원으로 한다.

비상임연구위원은 법학박사소지자 또는 변호사자격이 있는 법조인이며, 운영위원회의 동의를 거쳐 임명한 자로 한다.

연구원은 석사학위를 받은 자 또는 석사과정 이상의 자를 운영위원회의 동의를 거쳐 연구소장이 임명한다.

본 연구소의 연구사업을 수행하기 필요한 때에는 본 대학교 학부학생 중에서 연구보조원을 둘 수 있다.

제6조(조직)

본 연구소의 임원으로는 연구소장 1인으로, 연구소장은 조교수 이상의 운영위원회의 제청을 거쳐 총장이 임명하며, 임기는 2년으로 한다.

연구부장은 상임연구위원 및 비상임연구위원 중에서 연구소장이 위촉하며, 운영위원회의 동의를 얻어야 한다. 그 임기는 연구사업의 만료일까지로 한다.

감사는 상임연구위원 중에서 운영위원회가 선임하며, 임기는 2년으로 한다.

간사는 연구원 중에서 연구소장이 임명하며, 운영위원회의 동의를 얻어야 한다.

제7조(임원의 직무)

연구소장은 본 연구소를 대표하며, 연구소의 업무를 통할한다.

연구부장은 부여된 연구사업에 대한 계획수립, 실행 및 보고에 관한 제반업무를 수행한다.

감사는 본 연구소의 업무에 대한 회계감사를 하며, 감사결과를 운영위원회의 정기회의에 보고해야 한다.

제7조(운영위원회)

본 연구소의 사업 및 운영에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 운영위원회를 둔다.

운영위원회는 소장과 연구위원 및 간사로 한다. 위원장은 연구소장이 겸임하며, 위원은 연구위원으로 하며, 간사는 연구원 중에서 위원장이 임명한다.

위원회는 다음 각 호의 사항을 심의·의결한다.

1. 연구소의 사업 및 운영계획의 수립
2. 연구부의 설치 및 연구비의 배정·관리

3. 차기연구소장,비상임연구위원,연구부장,연구원의 임명제청
4. 예산안의 승인 및 결산보고의 승인
5. 본 연구소 규정의 개정
6. 기타 운영회의에서 본 연구소의 운영에 필요하다고 판단되는 사항

운영위원회의 정기회의는 매년 3월에 소집하며, 임시회의는 위원장이 필요하다고 인정한 때 또는 위원3분의 1이상의 요구가 있는 때에 소집한다.

운영회의의 결정사항은 3분의 2이상 찬성이 있어야 한다.

운영위원회의 회의는 반드시 회의록을 작성·보관을 해야하며 그 업무는 간사가 담당한다.

제4장 재 정

제8조(경비)

본 연구소의 운영에 필요한 연구비 또는 기타의 경비는 교비지원금, 용역사업비, 보조금, 기부금 기타의 수익으로 한다.

제9조(예산 및 사업계획)

소장은 연구소의 예산서와 사업계획서를 작성하여 운영위원회의 심의를 거쳐 총장의 승인을 받아야 한다.

제10조(결산)

본 연구소의 회계년도는 본 대학교의 회계연도와 같이 한다.

소장은 연구소의 결산서와 사업보고서를 작성하여 운영위원회의 심의를 거쳐 총장에게 보고하여야 한다.

제5장 보 칙

제11조(운영세칙)

본 연구소의 운영에 관하여 필요한 사항은 반드시 운영위원회의 의결을 거쳐 결정하며, 총장의 승인을 얻어야 한다.

제12조(개정)

이 규정은 운영위원회에서의 재적위원 과반수의 출석과 출석위원 3분의 2이상 찬성을 하여야 하고 총장의 승인을 얻어야 한다.

부 칙

이 규정은 1999년 12월 1일부터 시행한다.

법학논총 논문게재 규정

제1조 (목적)

본 규정은 인천대학교 부설 법학연구소의 정기발간 학술논문집인 "仁川法學論叢"에 게재할 원고의 작성방법, 제출, 심사 및 편집에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조 (게재논문 제출자격)

인천대학교 법학연구소의 연구원으로서 인정된 자에 한한다. 그러나 편집위원회의 승인을 받은 경우에는 비연구원도 원고를 제출할 수 있다.

제3조 (논문작성방법)

- ① 투고원고의 작성에 있어서는 편집위원회 규정 및 이 지침에 규정된 사항을 준수하여야 한다.
- ② 투고원고는 다음과 같이 구성되어야 한다.
 1. 제목(한글 및 외국어)
 2. 저자명(한글 및 외국어)
 3. 목차
 4. 본문(항목번호는 I, 1, (1), 가, ①, A의 순서로 함)
 5. 주제어(5단어 내외의 한글 및 외국어)
 6. 초록(500단어 내외의 외국어)
- ③ 투고원고의 내용은 원칙적으로 국문으로 작성되어야 한다. 다만 외국인의 원고 기타 논문의 특성상 외국어로 작성되어야 하는 것은 외국어로 작성할 수 있으나 국문으로 된 번역문을 첨부하여야 한다.
- ④ 제2항 각 호의 외국어는 영어, 독어 또는 불어 중의 하나로 작성한다.

- ⑤ 저자가 2인 이상인 경우에는 책임저자와 공동저자의 구분을 명시하여야 한다.

제4조 (논문작성시 유의사항)

투고원고를 작성함에 있어서는 다음의 사항에 유의하여야 한다.

1. 국내외의 문헌을 인용함에 있어서는 최신의 문헌까지 인용하되, 가급적 교과서 범주를 넘어서 학술논문 수준의 문헌을 인용하고, 교과서의 경우에는 출판연도와 함께 판수를 정확하게 기재한다.
2. 외국법에 관한 논문이 아닌 한 국내의 학술논문을 인용하여 국내 학설의 현황을 파악할 수 있도록 하고, 외국문헌은 필요한 한도 내에서 인용한다.
3. 다수설 및 소수설을 제시할 경우 문헌 몇 편으로 근거를 삼지 않고, 될수록 많은 문헌을 인용하여 다수설 및 소수설의 평가가 정확히 되도록 유의한다.
4. 기존의 학설을 비판하거나 새로운 학설을 주장하는 경우 그 근거 되는 논의상황이 국내의 상황인지 또는 외국의 상황인지를 명확하게 구별하고, 자신의 주장이 해석론인지 형사정책적 제안인지도 분명히 제시한다.
5. 원고는 원칙적으로 한글로 작성하며 한자와 외국어는 혼동이 생길 수 있는 경우에만 괄호 안에 넣어서 표기한다.
6. 외국의 논문이 번역에 가깝게 게재논문의 기초가 되어서는 안 된다.

제5조 (문헌인용의 방법)

다른 문헌의 내용을 인용하는 경우에는 다음 각 호의 방식에 의하고, 각주에서 그 출처를 밝혀야 한다.

1. 인용되는 내용이 많은 경우에는 별도의 문단으로 인용하고, 본문과 구별되도록 인용문단 위와 아래를 한 줄씩 띄우고 글자크기를 10포인트 그리고 양쪽여백을 4ch(칸)으로 설정한다.

2. 인용되는 내용이 많지 않은 경우에는 인용부호(" ")를 사용하여 표시한다.
3. 인용문의 내용 중 일부를 생략하는 경우에는 생략부호(...)를 사용하고, 내용을 변경하는 경우에는 변경표시([])를 하여야 한다.
4. 인용문의 일부를 강조하고자 할 때에는 국문은 밑줄을 쳐서 표시하고 영문은 이탤릭체를 사용한다.

제6조 (각주의 내용)

- ① 각주에서는 원칙적으로 한글을 사용하여야 하고, 인용되는 문헌이 외국문헌인 경우에도 저자명, 논문제목, 서명 또는 잡지명, 발행지, 출판사 등과 같은 고유명사를 제외한 나머지는 한글로 표기한다. 특히 See, Cf, Ibid, Supra, Hereinafter, et al, etc, Vgl, Dazu, Siehe, a.a.O. f(ff), usw 등과 같이 외국어로 된 지시어는 사용하지 않는다.
- ② 인용문헌이 여러 개인 경우에는 각각의 문헌 사이에 세미콜론(:)을 표기하여 구분한다.
- ③ 문헌을 재인용하는 경우에는 원래의 문헌을 표시한 후 괄호 안에 참조한 문헌을 기재한 후 "재인용"이라고 표시한다.
- ④ 제1항 내지 제3항 및 제7조 내지 제11조에 규정된 이외의 사항에 대하여는 한국법학교수협의회에서 결정한「논문작성 및 문헌인용에 관한 표준(2000)」에 따른다.

제7조(인용문헌의 표시)

- ① 인용되는 문헌이 단행본인 경우에는 저자, 서명 판수, 발행지:출판사, 출판연도, 면수의 순서로 기재한다. 다만 발행지와 출판사는 생략할 수 있다.
- ② 인용되는 문헌이 논문인 경우에는 저자, 논문제목, 서명(잡지인 경우에는 잡지명, 권수 호수), 발행지:출판사, 출판연월, 면수의 순서로 기재한다. 다만 발행지와 출판사는 생략할 수 있고, 월간

4 仁川法學論叢 第21輯

지의 경우에는 권수와 호수 및 출판년도 대신에 "○○○○년 ○○월호"로 기재할 수 있다. 그리고 논문제목은 동양문헌인 때에는 인용부호(" ")안에 기재하고, 서양문헌인 때에는 별도의 표시 없이 이탤릭체로 표기한다.

- ③ 서명 및 잡지명은 그 명칭의 전부를 기재하여야 한다. 다만 외국 문헌의 경우 처음에는 그 전부를 표기하고 이후부터는 약어로 기재할 수 있다.
- ④ 저자가 두 명인 경우에는 저자명 사이에 가운데 점(·)을 표시하고, 세 명 이상인 경우에는 대표 저자만을 표기한 후 "외"라고 기재한다.
- ⑤ 인용문헌이 편집물인 경우에는 저자명 뒤에 "편"이라고 기재한다.
- ⑥ 인용문헌이 번역물인 경우에는 저자명 뒤에 사선(/)을 긋고, 번역자의 이름을 기입한 뒤 "역"이라고 기재 한다
- ⑦ 기념논문집, 공청회자료집 등은 서명 다음에 콜론(:)을 표시하고 그 내용을 표시한다.

제8조 (판례의 표시)

- ① 판례는 선고법원, 선고연월일, 사건번호 및 출처의 순서로 개재 하되, 출처는 괄호 안에 표기한다.
- ② 판례의 출처는 다음과 같이 약어를 사용하여 표시한다.
 1. 법원공보(또는 판례공보) 1987년 125면 이하 공 1987, 125
 2. 대법원판례집 제11권 2집 형사편 29면 이하 집11(2), 형 29
 3. 고등법원판례집 1970년 형사 특별편 20면 이하 고집 1970, 형특 20
 4. 하급심판결집 1984년 제2권 229면 하집 1984(2), 229
 5. 판례카드 3675번 카 3675
 6. 헌법재판소판례집 제5권 2집 14면 이하 헌집5(2), 14
 7. 헌법재판소공보 제3호 255면 헌공3, 255
 8. 판례총람 형법 338조 5번 총람 형338, 5

- ③ 외국판례는 당해 국가에서 일반적으로 사용되는 표기방법에 따른다.

제9조 (법령의 표시)

- ① 법령은 공식명칭을 사용하여야 하며, 띄어쓰기를 하지 않고 모두 붙여 쓴다.
- ② 법령의 이름이 긴 경우에는 "[이하 ○○○이라고 한다]"고 표시한 후 일반적으로 사용되는 약칭을 사용할 수 있다.
- ③ 법령의 조항은 "제 조 제 항 제 호"의 방식으로 기재하며, 필요한 경우에는 본문, 단서, 전문 또는 후문을 특정하여야 한다.
- ④ 법령이 개정 또는 폐지된 때에는 그 연월일 및 법령 호수를 기재하여야 한다.
- ⑤ 외국의 법령은 당해 국가에서 일반적으로 사용되는 표기방법에 따른다.

제10조 (기타 자료의 표시)

- ① 신문에 실린 자료는 작성자와 기사명이 있는 경우 저자명, "제목", 신문명, 연월일자, 면을 표시하고, 작성자와 기사명이 없는 경우에는 신문명, 연월일, 면을 표시한다.
- ② 인터넷 자료는 저자명, "자료명", URL, 검색일자를 표시한다.

제11조 (동일한 문헌의 인용표시)

- ① 앞의 각주에서 제시된 문헌을 다시 인용할 경우에는 저자명, 주 ○)의 글(또는 책), 면의 순서로 표기한다.
- ② 바로 앞의 각주에서 인용된 문헌을 다시 인용하는 경우에는 앞의 글(또는 앞의 책), 면의 순서로 표기한다.
- ③ 하나의 각주에서 동일한 문헌을 다시 인용할 경우는 같은 글(또는 같은 책), 면의 순서로 표기한다.

제12조 (표 및 그림의 표시)

표와 그림은 <표 1>, <그림 1>의 방식으로 일련번호와 제목을 표시하고, 표와 그림의 왼쪽 아랫부분에 그 출처를 명시하여야 한다.

제13조 (논문제출기일)

원고를 제출하고자 하는 자는 10월 30일까지 원고를 제출하여야 한다.

제14조 (게재원고의 심사)

- ① 제출된 원고는 인천대학교 법학연구소 편집위원에서 위촉된 외부 심사위원의 심사를 받아야 한다.
- ② 인천대학교 법학연구소에서 개최하는 학술대회에서 발표된 논문은 심사를 면한다.
- ③ 인천대학교 대학원에 재학 중인 자는 지도교수의 심사로 외부 심사를 갈음한다.

제15조 (원고심사절차)

- ① 편집위원회는 원고 1편당 2인의 외부심사위원을 위촉하여 심사를 한다. 특별한 사정이 있는 경우에는 외부심사위원 이외에 교내의 저명학자에게 심사를 위촉할 수 있다.
- ② 심사위원은 다음 각호의 심사기준에 따라 제출된 원고를 심사하고, 그 결과를 법학연구 게재예정논문 심사평가서를 작성하여 편집 위원회에 제출한다.
 1. 논문주제의 명석성
 2. 구성체제의 적합성
 3. 내용의 충실도
 4. 참고문헌의 활용도
 5. 연구의 기대효과 및 활용방안

6. 기타 운영위원회에서 정한 사항
- ③ 편집위원회는 심사결과에 따라서 논문의 수정 및 보완을 요구하거나 게재를 유보할 수 있다.

제16조 (원고의 저작권)

법학연구에 게재된 원고의 저작권은 저자에게 있으나, 저자는 인천대학교가 CD-ROM을 제작, 배포, 판매 하거나 또는 전자매체에 의한 정보전송제공을 무상으로 허락한 것으로 본다.

부 칙

1. (규정제정)

본 규정은 편집위원에서 재적의원 과반수이상의 발의와 재적위원 3분의 2 이상의 찬성으로 제정된다.

2. (발효)

이 규정은 2003년 3월 1일부터 시행한다.

인천법학논총 게재논문

◇ 창간호(1998)

목 차

법과대학 독립기념 학술세미나 주제발표논문(1998. 6. 3)

- 企業의 構造調整과 株式會社機關의 改編方案 이범찬
- 情報保安에 관한 刑法的對應 (Hacking 犯罪를 중심으로) .. 류인모

- 1. 國際慣習法에 관한 研究 노영돈
- 2. 幫助犯의 意義와 成立要件 - 대법원 1995. 9. 29선고, 95도456판결 백원기
- 3. 會社任員賠償責任保險의 最近動向 김영선
- 4. 유럽화폐통합 및 자본시장통합에 관한 법제도 서설 이준섭
- 5. 제4차 家族法改正의 方向과 課題(1) - 민법(가족법)개정안의 국회 제출과 관련하여 -
..... 이희배
- 6. 社會的 親子關係와 法律上的 親子關係 최진섭
- 7. 윤락행위등방지법 제26조 3항 신동일
- 8. 株式會社의 法的問題에 관한 研究
- 독점규제및공정거래에관한법률과 상법상의 문제를 중심으로 - ... 윤현석
- 9. 國際商事仲裁에 있어서 公的規則 장복희
- 10. 國際法上 人空衛星發射國의 責任 최철영
- 11. 집단민원을 고려한 행정행위의 부관의 허용성 및 효력 ... 김영삼, 박경귀
- 12. 원자력규제에 있어서 지방자치단체의 역할 이동과, 정사언

◇ 법학논총 제2권(1999)

목 차

(1999년 제2 회 법학 학술세미나 “가족법 개정의 방향과 과제”
발표논문)

1. 혼인개정법의 방향과 과제 한봉희
2. 친자법의 개정방향과 과제 최진섭
3. 상속법 개정의 방향과 과제 이승우
4. 소위 ‘재외동포법’에 관한 과제 노영돈
5. 세계화 시대의 법학 류인모
6. 이사의 충실의무 김영선
7. 독일의 M&A규제 : 공개매수제도의 최근논의를 중심으로..이준섭
8. 추상적 부양당사자의 범위에 관한 고찰 이희배
9. 독일기본법상 연방의회에 관한 고찰 김도협
10. 법과 문학 신동일
11. 신국제경제질서에 관한 국제법원칙의 발전 장복희
12. 국제여행과 여권의 국제적 기능 최철영

◇ 법학논총 제3권(2000)

목 차

1. 가족법과 35년 - 미숙 교수의 퇴임 강연 이희배

2. 회사임원배상책임보험의 면책사유에 관한 서론적 고찰 김영선

3. 벌금형의 시효중단 - 대결 1992. 12. 28, 92모 39 백원기

4. 소위 간도협약의 법적 효력 노영돈

5. NOVA형 재심사유로서의 증거의 신규성과 명백성 류인모

6. 인지무효 확인심판이 확정되어도 인지청구의 소를 제기할 수 있는 경우
(판례평석: 대상판결, 대판 1999. 10. 8, 98므 1698) 최진섭

7. 증권거래법의 쟁점에 대한 입법론적 고찰 이준섭

8. 개괄조항에 근거한 경찰권의 근거와 한계 김영삼·경제웅

9. 행정법학의 종합과학화를 위한 소고 김기진

10. 금융지주회사의 인사정책과 노동법상의 문제점 고찰 박승두

11. 유전 공학의 한계로서의 법 신동일

12. 기 시 고 유성국

13. 회사법상 주식교환·주식이전제도의 도입에 관한 연구 윤현식

14. 독점 규제법상 전략적 제휴의 제문제 이봉의

15. 법률행위의 해석 이충훈

16. 수질환경권의 침해에 대한 공법적 구제 정사언

17. EU법원의 역내 자유교역제한 판례연구 최철영

18. 독도의 국제법적 지위 권문상·최정옥

19. 의사의 설명의무와 관련된 판례의 검토 안귀옥

◇ 법학논총 제4권(2001)

목 차

| | |
|------------------------------------|-----|
| 1. 소청심사제도에 관한 고찰 | |
| - 판례와 결정예(인천광역시)를 중심으로 - | 김영삼 |
| 2. 상속인의 책임 제한의 법리 | 최진섭 |
| 3. 감사인의 피감사회사에 대한 책임과 제한 | 이준섭 |
| 4. 지식정보사회의 역기능방지를 위한 제도적 방안 | |
| - 사이버범죄의 예방과 처벌을 중심으로 - | 류인모 |
| 5. 생활권보상의 법적 성질과 보상내용에 관한 소고 | 경제웅 |
| 6. P&I 보험 개설 | 김종윤 |
| 7. 미국법상 대리모가 출산한 자의 부모 | 김혜숙 |
| 8. 고속도로 설치·관리상 하자의 의미와 유형에 관한 연구 | 박 신 |
| 9. 우리나라의 부부재산제의 문제점과 개선방안 | 박종용 |
| 10. 소극적 구성요건이론 | 신동일 |
| 11. 수질환경권의 침해에 대한 행정개입청구권 | 정사언 |
| 12. 경제질서의 헌법적 의미와 헌법재판소 판례의 분석 | 조소영 |
| 13. 남과북의 교류협력관련 법령연구 | |
| - 남의 남북교류협력법과 북의 외국인투자 관련법을 중심으로 - | 최철영 |
| 14. 상속회복청구제도의 개선과 특별 한정승인제도의 신설 | |
| - 제4차 가족법 일반개정과 관련하여 | 이희배 |
| 15. 행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제 | 서원우 |
| 16. 의료계약법 제정을 제의함 | 안귀옥 |

◇ 법학논총 제5권(2002)

목 차

| | |
|---|-----|
| 1. 소청심사제도에 관한 고찰(II) | 김영삼 |
| 2. 재심제도에 관한 비판적 고찰 | 백원기 |
| 3. 우리 국적법상 ‘최초의 대한민국 국민의 범위’ 규정의 결여문제 와 『국적에 관한 임시조례』의 효력 | 노영돈 |
| 4. 계약체결상의 과실책임 | 이충훈 |
| 5. 스웨덴의 지역혁신체제에 관한 연구 | 박상철 |
| 6. 경찰권행사에 대한 국가배상책임 | 경재웅 |
| 7. 일본 개호보험법의 제정배경과 입법경위에 관한 고찰 | 박승두 |
| 8. 고령사회에서의 배우자상속권의 강화 | 박종용 |
| 9. 규범과 법률 II | 신동일 |
| 10. 환경권의 법적 성질과 재량통제 | 정사언 |

◇ 법학논총 제6권(2003)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2003. 6. 2.)】

- ◆ 참여정부와 검찰개혁의 과제 김일수
- ◆ 한국 사법부의 근본적 문제점 분석과 그 해소방안의 모색 신 평

- 1. 소청심사제도에 관한 고찰(III) 김영삼
- 2. 불이익변경금지 원칙에 관하여 백원기
- 3. 재외동포법에 대한 법무부 개정방안에 관한 연구 노영돈
- 4. 소멸시효 완성의 효과에 관한 소고 이충훈
- 5. 금융업무와 형사제재 정순섭
- 6. 노친부양과 관련한 효행장려법의 입법논의 이희배
- 7. 수질보전을 위한 토지이용규제의 문제점과 개선방안 정사언

◇ 법학논총 제7권(2004)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2004. 11. 11.)】

| | |
|---|-----|
| ◆ 검찰수사와 국민참여 | 김일수 |
| ◆ 법원재판과 국민참여 | 신 평 |
| 1. 자유심증주의에 관하여 | 백원기 |
| 2. 해적행위 단속을 위한 국제법과 국내형사법의 검토 | 노영돈 |
| 3. 인간배아연구에 대한 형법적 논의 | 류인모 |
| 4. 양자제도의 개선방안 | 최진섭 |
| 5. 신탁재산과 채무의 귀속주체에 관한 서론 | 정순섭 |
| 6. 호주제의 헌법불합치결정과 가족부제의 제안 | 이희배 |
| 7. Legal Aspects on Biotechnology and its Control | 신동일 |

◇ 법학논총 제8권(2005)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2005. 11. 17.)】

- ◆ 법학전문대학원의 나아갈 방향 김창록
- ◆ 로스쿨 제도, 과연 도입할 만한가? 이상수

- 1. 비 상 상 고 백원기
- 2. 국제법에서 본 독도영유권문제 노영돈
- 3. 생명공학이 제기하는 형법적 문제
 (인간복제문제와 관련하여 배아의 지위를 중심으로) 류인모
- 4. 국제가족법학회 제12차 세계 회의 참가기 이희배

◇ 법학논총 제9권(2006)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술세미나 주제발표논문(2006. 11. 30) 】

| | |
|----------------------------|-------|
| ◆ 아동의 공법상 지위 | 김 수 진 |
| 1. 판례를 통해본 혼외자의 보호 | 최 진 섭 |
| 2. 외국판결의 승인이 거부되는 이유 | 김 석 호 |
| 3. 족형고 | 류 성 국 |
| 4. 기업변동과 노동조합의 지위 | 김 경 태 |

◇ 법학논총 제10권(2007)

◆ 목 차 ◆

【법학연구소 학술세미나 주제발표 논문(2007. 11. 8.)】

- ◆ 중국 독점금지법의 제정과 시사점 김 호
- ◆ 독도영유권을 둘러싼 이승만 라인의 합법성 문제 고찰
..... 호사카 유지

- 1. 새 가족관계 등록부제도 개관 이 희 배
- 2. 관할권의 역외확장 근거 김 석 호
- 3. 성별에 따른 상이한 창업지원자금신청기간설정과 국가의 평등보장의무
..... 김 수 진
- 4. 청원경찰제도의 문제점과 그 개선방안 김영삼·강의환
- 5. 사실혼배우자의 보호 박 종 용
- 6. 의약품의 제조·투약과 제조물책임 정 용 진

◇ 법학논총 제11권(2008)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술세미나 주제발표논문(2008. 6. 5.) 】

- ◆ 중국헌법상 경제제도의 변화와 그 특징 이 성 연
- ◆ 해양유류오염사고를 통해서 본 해양환경법의 발달과
태안 해양오염사고의 시사점 정 영 석
- ◆ 事業讓渡와 就業規則의 存續 김 경 태
- 1. 2000년대 개정가족법 개관 이 희 배
- 2. 다문화사회의 사회통합을 위한 우리나라 재외동포 정책 및 법제
의 검토
..... 노 영 돈
- 3. 國際法上 開發權의 形成 및 實現 김 석 호
- 4. 신의성실의 원칙 박 종 용

◇ 법학논총 제12권(2009)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 국제학술대회 주제발표논문(2009. 12. 4.) 】

- ◆ 중국행정소송이론의 새로운 동향 이 철 범
- ◆ 한국과 일본의 위헌심사패턴의 선택과 계시 하 운 봉
- ◆ 한국 민사소송법 체제하에서 국제적 중복소송의 처리방안 홍 지 옥
- ◆ 법학전공의 민족특색과 특색과목의 설계 김 하 록
- ◆ 한·중 무역현황과 분쟁해결책 및 방지하여야 할 경제범죄
..... 주 후 흥
- ◆ 현대 위험사회와 형법 류 인 모
- ◆ 이혼조정과 이혼상담의 비교 이 희 배

◇ 법학논총 제13권(2010)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 국제학술대회 주제발표논문(2009. 12. 4.) 】

- ◆ 토지공법제도에 관한 비교법적 고찰 김영삼·이성연
- ◆ 중국의 중재제도 김 호
- ◆ 가족법학 발전사 이 희 배

【 법학연구소 학술세미나 주제발표논문(2010. 11. 25.) 】

- ◆ 中國 外商投資企業의 審査批准節次 조 용 주
- ◆ 中國 群體訴訟에 관한 考察 장 승 청

【 인천지역 법학교수검찰 실무연구회 주제발표논문(2010. 12. 02.) 】

- ◆ 저작권 침해죄의 성립요건인 ‘고의’에 관한 연구 이 수 미
- ◆ 프랑스의 미리 유죄를 인정한 경우의 재판절차 및 활용방안
..... 박 성 민

◇ 법학논총 제14권(2011)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2012. 10. 27.) 】

- ◆ 중한 범죄고의론의 비교연구 김 창 준
- ◆ 중국 국선번호인제도의 개선방향 윤 무 국
- ◆ 일본의 과거사책임의 성격 노 영 돈
- ◆ “제사를 주재하는 자”의 결정과 제사용 재산의 승계
..... 이 희 배
- ◆ 소말리아 해적단속을 위한 국제법 및 국내법의 검토
..... 노영돈·최영춘
- ◆ 스포츠 범죄에 대한 연구 류인모·이의주
- ◆ 한중 투자보장협정을 통한 ISD제도에 관한 소고
..... 김 호·김진형
- ◆ 규제일몰제의 도입 및 효율성 제고에 관한 고찰
..... 남 상 택

◇ 법학논총 제15권(2012)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2012. 05. 23.) 】

- ◆ 주주사이의 분쟁해결 방안 등 봉
- ◆ 한국과 중국의 회사법상 주주의결권제도에 대한 비교연구
..... 이 암
- ◆ 2011년 회사법 주요 개정내용과 향후 운용방안 문 상 일
- ◆ 외상투자기업의 법적 위기현황 및 법적위기의 예방
..... 장 정
- ◆ 한국 주식회사의 감사제도와 중국에 대한 시사점 주 신
- ◆ 공무원연금제도 운영과 관련 판례의 고찰 이희배·김혜숙
- ◆ 행정소송법상 집행정지에 관한 논의 정사언·남상택

◇ 법학논총 제16권(2013)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2013. 11. 22.) 】

- ◆ 지식재산권 침해에 대한 구제 수단으로서 금지청구권의 요건 진 도 왕
- ◆ 음악저작권 협회와 KBS의 사용료 소송 허 중 혁
- ◆ 2013년 상표법 판례 해설 최 승 재

【 법학연구소 학술대회 주제발표논문(2013. 12. 13) 】

- ◆ 대한민국 헌법재판제도 및 정치 분야 주요헌법 판례 소고 김 영 진
- ◆ 헌법의 변천과 그 시사점 우 문 군
- ◆ 자회사 채권자의 대한 모회사 이사의 민사책임에 관한 연구 김 현 무
- ◆ 일부일처혼의 정착과정과 그 전망(3) 이희배·김혜숙
- ◆ 논의 정사언·남상택

◇ 법학논총 제17권(2014)

◆ 목 차 ◆

【 법학연구소 국제 학술대회 주제발표논문(2014. 06. 05.) 】

- ◆ 중국 P2P 인터넷 대출의 현황과 위험규제 양 총 효
- ◆ 한중 양국의 계약과실책임 비교 연구 이 총 훈
- ◆ 상해 자유무역구 사법보장제도의 건설 진 강

- ◆ 환경권의 법정성격에 관한 논의 남 상 택
- ◆ 한국 상행위법을 통한 중국의 상사책임 독립요구에 관한 검토
..... 김 진 형

◇ 법학논총 제18권(2015)

◆ 목 차 ◆

【 한국과 중국의 법문화 발전의 동향(2015. 10. 26.) 】

- ◆ 평생책임추궁제도 ZHANG DAHAI
- ◆ 중국 입증기한제도의 연역과 완화 邓继好
- ◆ 중국 법관정원제도의 개혁 YAOYUAN
- ◆ 중국 불법행위법상의 안전보장의무 이 총 훈
- ◆ 항고소송의 대상에 관한 소고 남 상 택
- ◆ 사정변경의 원칙에 관한 소고 서 정 민
- ◆ 화재 및 재난·재해현장에서 필요한 소방행정법상
강제처분에 대한 고찰 이 갑 재

◇ 법학논총 제19권(2016)

◆ 목 차 ◆

【 한국과 중국의 소송제도 최신 쟁점 (2016. 12. 8.) 】

- ◆ 民事法律上推定类型划分新论 英 刘 明
- ◆ 민사법률상 추정 유형구분 소고 Liu Yingming
- ◆ 中国行政诉讼法的修改启示与展望 杨 向 东
- ◆ 중국 행정소송법 개정의 시사점과 전망 양 향 동
- ◆ 세관에 의한 지식재산권침해물품의 수입규제제도 이 충 훈
- ◆ 对知识产权侵权货物的海关限制进口制度 李 忠 勋
- ◆ 조미 수호 통상조약의 재음미 노 영 돈
- ◆ 대형마트 영업규제에 관한 공법적 고찰 남 상 택

◇ 법학논총 제20권(2017)

◆ 목 차 ◆

【 현대사회의 변화에 따른 최근 입법동향 (2017. 12. 8.) 】

- ◆ 음란물유통방지를 위한 정기통신 사업법의 개정방향 .. 이 총 훈
- ◆ 도산법의 주요 개정내용과 판례의 최근 경향 조 용 주
- ◆ 청소년 정신질환 범죄에 대한 접근방법 우 동 형
- ◆ 특허권의 간접침해 김 규 현
- ◆ 최근 저작권 판례의 동향 최 승 수

- ◆ 행정소송에 있어서 패소한 경우 헌법소원의 가능 여부 .. 남 상 택

◇ 법학논총 제21권(2018)

◆ 목 차 ◆

【 법학의 새로운 지평과 해법(2018. 5.) 】

- ◆ 회사법 관련 최신 대법원 판례의 동향 김 정 연
- ◆ 미국 역사교과서 발행제도의 현황과 법제도 윤 인 숙
- ◆ 중간이자 공제이율에 대한 검토 김 훈 주

【 동아시아 법제의 최근 동향(2018. 12.) 】

- ◆ 한국과 중국의 건물임대차제도의 비교고찰 이 총 훈
- ◆ 2018 중국 헌법개정안 해설 汪 劭 胜
- ◆ 일본 헤이트스피치 규제 관련 재판의 현상과 과제 김 철 민
- ◆ 경찰관 직무집행법상 손실보상 남 상 택

【편집위원】

위원장 : 진 도 왕 교수

위 원 : 백 원 기 교수 위 원 : 노 영 돈 교수
위 원 : 류 인 모 교수 위 원 : 이 충 훈 교수
위 원 : 김 수 진 교수 위 원 : 김 호 교수
위 원 : 문 상 일 교수 위 원 : 김 영 진 교수
위 원 : 김 정 연 교수

인천법학논총

제22집

2019년 12월 31일 인쇄

2019년 12월 31일 발행

발 행 및 편 집 인 : 진도왕

발 행 처 : 인천대학교 법학부.법학연구소

현 주 소 : 인천광역시 연수구 송도동 12-1

032) 835-8320.8920

인 쇄 소 : 인오피스

전 화 : 032-868-9985

ISSN 2234-7402

<비매품>

December, 2019

Incheon Law Review

Vol. 22

【 법학의 새로운 지평과 해법(2019. 12.) 】

- ◆ A Study on Innovative Medium Defense to Balance between the Development of Technology and the Purpose of Copyright Kim, Chang-Hwa

 - ◆ The Scope of Freedom of Speech and Fake News : Reconsideration for Regulation of Fake News Yoo, Sung-Jin

 - ◆ Legal Review of Police Stop and Question under 『Act on the Performance of Duties by Police Officers』 Nam, Sang-Taek
-

Published by
DIVISION OF LAW - LAW RESEARCH INSTITUTE
UNIVERSITY OF INCHEON