

《韓中法學》

創刊號

2026年7月31日

仁荷大學 中國法中心

WWW.CHINALAW.KR

ISSN: 3140-4308

《韓中法學》

創刊號

2026年7月31日

仁荷大學 中國法中心

WWW.CHINALAW.KR

축 사

『한중법학』 창간을 축하하며

안녕하십니까. 인하대학교 중국법센터장 정영진(丁瑩鎭)입니다.

인하대학교 중국법센터가 학술지 『한중법학』을 창간하고 그 첫 호를 선보이게 되었습니다. 오랫동안 품고 준비해 온 뜻이 마침내 하나의 결실을 맺게 되어 매우 기쁘고 뜻깊게 생각합니다.

저는 2005년 우리나라 법과대학 최초의 중국법 전임교수로 전남대학교에 부임한 이래 중국법을 연구하고 가르치며 한·중 법학 교류의 길을 걸어왔습니다. 당시만 하더라도 중국법은 우리 법학계에서 아직 독립된 연구 분야로 충분히 자리 잡지 못하고 있었습니다. 그러나 한·중 양국의 관계가 깊어지고 교류의 폭이 넓어질수록 상대국의 법과 제도를 정확히 이해하는 일은 선택의 문제가 아니라 반드시 수행해야 할 시대적 과제가 되었습니다.

인하대학교 중국법센터는 제가 2012년 인하대학교로 자리를 옮긴 이듬해인 2013년 8월 1일 설립되었습니다. 센터를 설립하며 품었던 뜻은 분명했습니다. 한국과 중국의 법을 깊이 있게 연구하고, 양국의 연구자와 법률실무가가 서로 만나 지식과 경험을 나누며, 한·중 법학 교류를 지속적으로 이어 갈 수 있는 기반을 마련하고자 하였습니다.

그동안 중국법센터는 학술대회와 연구사업을 개최하고 국내외 연구기관과 교류하면서 한·중 법학 연구와 법률실무 협력의 접점을 꾸준히 넓혀 왔습니다. 저 또한 2022년부터 2024년까지 우리나라 중국법 전문가들의 학술단체인 사단법인 한중법학회 회장을 맡아 중국법 연구의 발전과 연구자 간 교류를 위해 힘썼습니다. 이러한 과정에서 한·중 법학 연구의 성과를 지속적으로 축적하고 널리 공

유할 수 있는 안정적인 학술 공간이 필요하다는 점을 더욱 절실히 느끼게 되었습니다.

『한중법학』의 창간은 그러한 오랜 노력과 고민 위에서 이루어진 것입니다. 중국법센터 설립 13주년을 하루 앞두고 독자적인 학술지의 창간호를 발간하게 되었다는 점에서 그 의미와 감회가 더욱 각별합니다. 이번 창간은 단지 새로운 간행물 하나를 더하는 데 그치지 않습니다. 그동안 축적해 온 연구 성과를 체계적으로 담아내고, 한·중 법학 연구의 깊이와 외연을 한층 넓혀 가기 위한 새로운 출발입니다.

오늘날 한·중 양국은 전통적인 법 영역뿐 아니라 인공지능, 데이터, 디지털 경제와 첨단산업 등 급속히 변화하는 분야에서 공통의 법적 과제에 직면하고 있습니다. 새로운 기술과 산업의 발전은 기존의 법 개념과 제도에 끊임없이 새로운 질문을 던지고 있습니다. 이러한 문제에 적절히 대응하기 위해서는 양국의 법제와 경험을 비교하고 서로의 연구 성과를 공유하는 일이 무엇보다 중요합니다.

『한중법학』이 이러한 시대적 과제에 충실히 응답하는 학술지가 되기를 소망합니다. 한국과 중국의 법과 제도를 객관적이고 깊이 있게 연구하고, 양국의 법학과 법문화를 서로 이해하며, 새롭게 등장하는 법적 쟁점에 관하여 책임 있는 논의를 이끌어 가는 학술적 공론장이 되기를 기대합니다. 아울러 기성 연구자뿐 아니라 젊은 연구자와 법률실무가들이 함께 참여하여 새로운 문제의식과 연구 성과를 자유롭게 펼칠 수 있는 열린 학술지로 소중히 키워 나가하고자 합니다.

이번 창간을 준비하는 과정에서 2026년 5월 25일 중국법센터 홈페이지(chinalaw.kr)도 새롭게 구축하였습니다. 홈페이지 개편과 창간호 발간을 위해 공동편집위원장으로 남다른 열정과 헌신을 보여 주신 박요셉 변호사님께 깊

은 감사의 말씀을 드립니다. 아울러 바쁘신 학과 일정 속에서도 공동편집위원장을 맡아 창간호 편집에 헌신적인 힘을 보태 주신 법학과 주임교수 김자영 교수님께도 진심으로 감사드립니다.

학술지의 진정한 가치는 창간 그 자체보다 앞으로 어떠한 연구를 담고 어떠한 논의를 이어 가느냐에 달려 있다고 생각합니다. 『한중법학』이 한 편 한 편의 논문을 소중히 다루며 학문적 신뢰를 차곡차곡 쌓아 가고, 오랫동안 지속되는 권위 있는 학술지로 자리매김할 수 있도록 최선의 노력을 다하겠습니다. 인하대학교 중국법센터도 『한중법학』이 한·중 양국의 법학 발전과 상호 이해에 기여하고, 학술교류와 우호 협력을 이어 주는 든든한 가교가 될 수 있도록 변함없이 노력하겠습니다.

『한중법학』의 창간을 진심으로 축하하며, 오늘의 이 첫걸음이 한·중 법학 교류의 새로운 지평을 여는 뜻깊은 출발이 되기를 기원합니다.

감사합니다.

2026년 7월 31일

인하대학교 중국법센터장

정영진(丁瑩鎭)

贺 词

祝贺《韩中法学》创刊

大家好！我是仁荷大学中国法中心主任丁莹镇。

仁荷大学中国法中心创办的学术期刊《韩中法学》正式创刊，并推出创刊号。多年来所怀抱并为之筹备的愿望终于结出硕果，我对此深感欣慰，也倍觉意义非凡。

2005 年，我作为韩国大学法学院中首位中国法专任教授受聘于全南大学。此后，我一直从事中国法的教学与研究，并始终致力于韩中法学交流。当时，中国法在韩国法学界尚未充分确立为一个独立的研究领域。然而，随着韩中两国关系日益密切、交流范围不断扩大，准确理解对方国家的法律与制度，已不再是可有可无选择，而成为必须认真面对的时代课题。

我于 2012 年转任仁荷大学。次年，即 2013 年 8 月 1 日，仁荷大学中国法中心正式成立。中心成立之初，我们的初心十分明确：深入研究韩国与中国的法律，推动两国研究者与法律实务界人士相互交流、分享知识与经验，并为韩中法学交流的持续发展奠定坚实基础。

多年来，中国法中心通过举办学术会议、开展研究项目以及与国内外研究机构开展交流合作，不断拓展韩中法学研究与法律实务合作的领域。我本人还于 2022 年至 2024 年担任由韩国中国法专家组成的学术团体——社团法人韩中法学会会长，致力于推动中国法研究的发展和研究者之间的交流。在这一过程中，我愈加深切地认识到，有必要建立一个稳定的学术平台，持续积累并广泛传播韩中法学研究成果。

《韩中法学》的创刊，正是建立在长期以来的努力与思考之上。值此中国法中心成立十三周年前夕，本中心能够创办独立的学术期刊并推出创刊号，其意义尤为深远，也令我感慨良多。此次创刊，并非仅仅增添一种新的学术刊物，而是要系统汇集长期积累的研究成果，进一步拓展韩中法学研究的深度与广度，开启新的学术历程。

当今，韩中两国不仅在传统法律领域，而且在人工智能、数据、数字经济和高新技术产业等迅速发展的领域，都面临着共同的法律课题。新技术与新产业的发展，不断向既有的法律概念与制度提出新的问题。为了妥善应对这些问题，比较两国的法律制度与实践经验，并相互分享研究成果，具有尤为重要的意义。

我深切期许《韩中法学》能够积极回应上述时代课题。期待本刊能够客观而深入地研究韩国与中国的法律和制度，增进对两国法学与法律文化的相互理解，并就不断涌现的新型法律问题开展严肃而负责任的学术讨论。同时，我们也将致力于将《韩中法学》打造成一个开放的学术园地，不仅为资深学者提供平台，也为青年学者和法律实务界人士提供广阔空间，自由提出新的问题意识、展示新的研究成果。

在本刊创刊筹备期间，中国法中心官方网站（china^law.kr）也于2026年5月25日完成全新建成并上线。在此，我谨向担任编辑委员会共同主任、为网站改版和创刊号出版倾注了巨大热忱与心力的朴约瑟律师，致以诚挚的谢意。同时，也向在繁忙的系务日程中，依然担任共同编辑委员长、为创刊号编辑工作倾注心血的法学系主任金子永教授，致以由衷的感谢。

我深信，学术期刊的真正价值不仅在于创刊本身，更取决于今后将刊载怎样的研究成果、延续怎样的学术讨论。希望《韩中法学》能够珍视每一篇论文，稳步积累学术信誉，我们将全力以赴，使其成长为一份具有持久生命力

和学术权威的期刊。仁荷大学中国法中心也将一如既往地努力，使《韩中法学》为韩中两国法学的发展与相互理解作出贡献，并成为连接两国学术交流与友好合作的坚实桥梁。

谨此衷心祝贺《韩中法学》创刊，并祝愿今天迈出的第一步，成为开拓韩中法学交流新天地的重要起点。

谢谢大家！

仁荷大学中国法中心主任

丁莹镇

2026年7月31日

창 간 사

학문과 실무, 세대와 국경을 잇는 학술지를 지향하며

안녕하십니까. 『한중법학』 공동편집위원장 김자영, 박요셉입니다.

공동편집위원장 김자영 교수는 인하대학교 창의글로벌대학원 법학과 주임교수로서 법학교육과 신진 연구자 양성을 담당하고 있으며, 박요셉 변호사는 인하대학교 창의글로벌대학원 AI·데이터법학과 및 법학과의 자문변호사이자 중국법센터 사무국장으로서는 법률실무와 센터의 국내외 학술교류 및 학술지 간행 업무를 수행하고 있습니다.

『한중법학』 창간호는 한·중 양국의 석학과 연구자들이 축적한 학문적 성과, 신진 연구자들의 새로운 문제의식과 법률실무에서 제기되는 구체적인 과제를 함께 담는 데 중점을 두었습니다. 또한 논문 수록에 그치지 않고, 중국의 주요 법제와 정책자료를 한국의 연구자와 실무자에게 충실하게 소개하는 전문 학술지로서의 면모를 갖추고자 하였습니다.

이번 창간호에는 석학논문 3편, 인공지능법을 주제로 한 기획논문 3편, 연구논문 13편, 수상논문 3편과 중국 인공지능법 자료 6편을 수록하였습니다. 양국의 석학과 연구자, 법률실무가와 신진 연구자의 연구성과에 더하여 중국의 최신 인공지능·데이터 법제 자료까지 함께 담았습니다.

창간호의 첫머리에는 세 편의 석학논문을 수록하였습니다. 서울대학교 명예교수이신 권오승 교수의 「온라인 플랫폼 사업자의 자사우대행위」와 중국사회과학원 왕효엽(王晓晔) 교수의 「알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정의 법학과 경제학」은 2026년 5월 16일 인하대학교 중국법센터와 심천대학교가 공동으로 개최한 제2회 데이터법 전문가회의에서 발표된 논문을 수정·보완한 것입니다. 한·

중 양국을 대표하는 경쟁법 석학들이 온라인 플랫폼과 알고리즘 가격 책정이라는 디지털 경제의 핵심 문제를 각자의 전문적 관점에서 분석하였다는 점에서 각별한 의미를 지닙니다.

아울러 중국의 인공지능법과 데이터법 연구를 선도해 온 화동정법대학 고부평(高富平) 교수의 「개인정보 보호: 개인적 통제에서 사회적 통제로의 전환」을 수록하였습니다. 이 논문은 개인의 통제를 중심으로 개인정보 보호를 설명하는 기존 이론의 한계를 검토하고, 개인정보의 사회적 성격과 이용가치를 고려한 새로운 보호이론을 제시한 연구로서, 중국 개인정보보호법 이론과 관련 입법에 큰 영향을 미친 대표적인 연구입니다.

기획논문 부문은 ‘인공지능법’을 주제로 「Cross-border 전자상거래 플랫폼의 확장과 AI에 의한 ODR」, 「중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰」, 「생성형 인공지능 결과물과 저작권법적 쟁점에 대한 고찰」 세 편으로 구성하였습니다.

연구논문 부문에는 신진 연구자들이 폭넓게 참여하여 회사법·도산법·보험법·형사소송법과 같은 전통적 법 영역부터 의료데이터 국외이전, 디지털 플랫폼의 트래픽 배분, AI 지능체와 공공데이터, AI 디지털 휴먼 라이브 커머스 규제에 이르기까지 다양한 연구성과를 담았습니다.

한편, 수상논문 부문에는 인하대학교 창의글로벌대학원 AI·데이터법학과 및 법학과 학생들을 대상으로 개최된 논문발표대회의 수상논문 3편을 수록하였습니다. 논문발표대회에서 우수한 평가를 받은 논문을 창간호에 정식으로 게재한 것은 학생들의 학문적 성취를 널리 알리는 동시에, 교육과 연구의 성과가 학술지 게재로 이어졌다는 점에서 중요한 의미가 있습니다. 수록된 세 편 가운데 한 편은 2026년 6월 16일 개최된 법학과 논문발표대회의 수상논문이며, 저희 두 사람은 해당 논문발표대회의 심사위원으로 참여하였습니다.

창간호의 마지막에는 중국 인공지능법 자료를 수록하여, 중국의 인공지능·데이터 법제를 연구하거나 관련 실무를 담당하는 독자들이 해당 자료를 정확하고 편리하게 활용할 수 있도록 하였습니다.

창간호를 준비하며 특히 힘을 기울인 것은 번역입니다. 중국 연구자의 논문은 한국어로, 한국 연구자의 논문은 중국어로 옮겨 양국의 독자가 모두 읽을 수 있도록 하였습니다. 언어의 장벽 때문에 이웃 나라의 논의가 서로에게 닿지 못하는 일이 적지 않았던 만큼, 『한중법학』은 양국의 연구성과가 서로 공유되고 축적되는 학술교류의 통로가 되고자 합니다.

창간호의 발간은 학술지의 완성이 아니라 지속적인 학술활동을 위한 첫걸음입니다. 창간호에서 시작된 논의가 앞으로 더욱 다양한 연구 분야와 연구자로 확장되고, 『한중법학』이 한국과 중국의 법학자, 법률실무가 및 신진 연구자가 신뢰하고 적극적으로 참여하는 대표적인 학술지로 성장하기를 기대합니다.

끝으로 창간호에 귀중한 논문을 기고해 주신 양국의 연구자와 법률실무가 여러분, 논문발표대회에 참여해 주신 학생 여러분, 번역·심사·교정에 참여해 주신 모든 분, 그리고 창간호의 간행을 위하여 애써 주신 편집간사 여러분께 깊은 감사의 말씀을 드립니다.

2026년 7월 31일

『한중법학』 공동편집위원장
창의글로벌대학원 법학과 주임교수
김자영
중국법센터 사무국장, 창의글로벌대학원 AI·데이터법학과 및 법학과 자문변호사
박요셉

发 刊 词

—致力于办成连接学术与实务、代际与国界的学术期刊

大家好！我们是《韩中法学》共同编辑委员会主任金子永、朴约瑟。

金子永教授现任仁荷大学创意全球研究生院法学系主任，负责法学教育与青年研究者的培养；朴约瑟律师现任仁荷大学创意全球研究生院人工智能・数据法学系及法学系顾问律师、中国法中心秘书长，从事法律实务工作，并负责本中心的国内外学术交流与期刊刊行事务。

《韩中法学》创刊号着力于汇集韩中两国名家与研究者积累的学术成果、青年研究者新的问题意识以及法律实务中提出的具体课题。同时，本刊并不满足于仅仅刊载论文，还力求向韩国的研究者与实务界人士充实地介绍中国的主要法律制度与政策资料，从而具备专业学术期刊的品格。

本期创刊号共收录名家论文 3 篇、以人工智能法为主题的专题论文 3 篇、研究论文 13 篇、获奖论文 3 篇以及中国人工智能法资料 6 篇。在两国名家、研究者、法律实务界人士与青年研究者的研究成果之外，还一并收录了中国最新的人工智能・数据法制资料。

创刊号开篇收录了三篇名家论文。首尔大学名誉教授权五乘的《在线平台经营者的自我优待行为》与中国社会科学院王晓晔教授的《算法个性化定价的法学与经济学》，系在 2026 年 5 月 16 日由仁荷大学中国法中心与深圳大学共同举办的第二届数据法专家会议上发表的论文修改补充而成。韩中两国具有代表性的竞争法名家，分别从各自的专业视角剖析了在线平台与算法定价这一数字经济的核心问题，具有格外重要的意义。

此外，本刊还收录了长期引领中国人工智能法与数据法研究的华东政法大学高富平教授的《个人信息保护：从个人控制到社会控制》。该文检讨了以个人控制为中心解释个人信息保护的既有理论之局限，提出了兼顾个人信息的社会属性与利用价值的新的保护理论，是对中国个人信息保护法理论及相关立法产生重大影响的代表性研究。

专题论文部分以“人工智能法”为主题，由《跨境电子商务平台的扩张与人工智能在线纠纷解决（ODR）》《中国数据治理体系下个人信息法律性质的新探讨》《生成式人工智能生成物的著作权法问题探讨》三篇构成。

研究论文部分有众多青年研究者广泛参与，所收录的成果既涵盖公司法、破产法、保险法、刑事诉讼法等传统法律领域，也涉及医疗数据出境、数字平台的流量分配、人工智能智能体与公共数据、人工智能数字人直播带货规制等新兴议题。

此外，获奖论文部分收录了面向仁荷大学创意全球研究生院人工智能・数据法学系及法学系学生举办的论文发表大赛中的 3 篇获奖论文。将在论文发表大赛中获得优异评价的论文正式刊载于创刊号，既有助于广泛推介学生的学术成就，也体现了教学与研究的成果得以延伸为学术期刊上的正式发表，具有重要意义。所收录的三篇论文中，有一篇为 2026 年 6 月 16 日举办的法学系论文发表大赛的获奖论文，我们二人担任了该次论文发表大赛的评审委员。

创刊号的最后收录了中国人工智能法资料，以便研究中国人工智能・数据法制或从事相关实务的读者能够准确、便捷地加以利用。

在筹备创刊号的过程中，我们尤为着力的是翻译工作。中国研究者的论文译为韩文，韩国研究者的论文译为中文，力求使两国读者均能阅读。以往因语言障碍而使邻国的学术讨论难以相互抵达的情形并不少见；有鉴于

此，《韩中法学》愿成为两国研究成果相互共享、不断积累的学术交流通道。

创刊号的出版并非学术期刊的完成，而是持续开展学术活动的第一步。期待由创刊号发端的讨论，今后能够扩展至更为多样的研究领域与研究者；也期待《韩中法学》成长为韩中两国法学学者、法律实务界人士及青年研究者所信赖并积极参与的代表性学术期刊。

最后，谨向为创刊号惠赐宝贵论文的两国研究者与法律实务界人士、参加论文发表大赛的同学们、参与翻译・审稿・校对工作的各位，以及为创刊号刊行付出辛劳的各位编辑秘书，致以诚挚的谢意。

《韩中法学》共同编辑委员会主任

创意全球研究生院法学系主任

金子永

中国法中心秘书长・创意全球研究生院人工智能・数据法学系及法学系顾问律师

朴约瑟

2026 年 7 月 31 日

목 차

◆ 석학논문 ◆

- 석학소개.....(E1)
- 온라인 플랫폼 사업자의 자사우대행위..... 권오승(E5)
- 개인정보 보호: 개인적 통제에서 사회적 통제로의 전환
-고부평(高富平) 저, 정영진 역(E100)
- 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정의 법학과 경제학.....
-왕효엽(王曉晔) 저, 박요셉 역(E171)

◆ 기획논문: 인공지능법 ◆

- Cross-border 전자상거래 플랫폼의 확장과 AI 에 의한 ODR 박요셉(1)
- 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운
고찰 박현지(53)
- 생성형 인공지능 결과물과 저작권법적 쟁점에 대한 고찰.....정영진(96)

◆ 연구논문 ◆

- 「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한
연구 진오(陳奧)(207)

- 중국 라이브 스트리밍 전자상거래에서의 주체 식별 및 책임 배분
..... 진염니(陳焰妮)(237)

- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 강소월(康曉月)(255)

- 파산 직전 우선변제 행위와 이사의 개인책임에 관한 연구..... 유광치(劉光智)(275)

- 소수주주 열람권의 한계와 남용방지에 관한 한·중 비교연구..... 유소천(劉昭天)(306)

- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구..... 마봉초(馬鵬超)(321)

- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구
..... 왕문선(王文宣)(448)

- 신 「회사법」상 “수평적 법인격 부인”의 적용 경계에 관한 연구
..... 장진호(張振浩)(497)

- 한중 보험계약 청약철회기간 제도 비교 연구.....자시니마(扎西尼玛)(532)
- 형사소송 중의 전문가보조인 제도 연구
.....지효화(迟晓华), 유로(刘璐) 공저, 기예삼(祁艺森), 박요셉 공역(582)
- 중국의 다원화 분쟁해결제도와 실무적 곤경, 개선방안에 관한 연구
.....나가성(罗可成), 이가동(李佳童) 공저, 기예삼(祁艺森), 박요셉 공역(618)
- AI 지능체의 이용에 있어서 공공데이터 자원 개발 및 이용에 관한 법적 규제
.....육금방(陆金芳) 저, 기예삼(祁艺森), 박요셉 공역 (658)
- 디지털 협력 거버넌스의 시각에서 본 AI 디지털 휴먼 라이브 커머스에 관한
행정 규제의 어려움과 해결방향에 관한 연구
.....제동(齐彤), 왕유(王瑜) 공저, 기예삼(祁艺森), 박요셉 공역(713)

◆ 수상논문 ◆

- 2024 년부터 2025 년까지의 한중 개인정보유출 및 오남용 사건 연구.....
조예함(曹芮滄), 장일민(蒋逸玫), 초양일(肖杨一), 양범(梁帆), 이오화(李傲华) 공저,
진염니(陈焰妮) 역(783)

- 한·중 채권자대위권 제도 비교연구
.....나열심(罗悦心), 요예(姚艺), 장타(张朵), 장삭(张烁) 공저, 진오(陈奥) 역(839)
- 생성형 인공지능의 머신러닝과 저작권법상 공정이용에 관한 연구
.....왕맹(王萌), 서낙(徐诺) 공저, 마봉초(马鹏超) 역(895)

◆ 중국 인공지능법 자료 ◆

- 중화인민공화국 사이버보안법(中华人民共和国网络安全法)
.....모덕승(慕德昇) 역(D1)
- 중화인민공화국 데이터안전법(中华人民共和国数据安全法)
.....모덕승(慕德昇) 역(D39)
- 중화인민공화국 개인정보보호법(中华人民共和国个人信息保护法)
.....모덕승(慕德昇) 역(D60)
- 개인정보국외이전표준계약방법(个人信息出境标准合同办法)
.....마봉초(马鹏超) 역, 모덕승(慕德昇) 검수(D93)

- 개인정보국외이전인증방법(个人信息出境认证办法).....
.....마봉초(马鹏超) 역, 모덕승(慕德昇) 검수(D134)
- 국경간데이터이동촉진및규범화규정(促进和规范数据跨境流动规定).....
.....진오(陈奥) 역, 모덕승(慕德昇) 검수(D146)
- 네트워크데이터안전관리조례(网络安全管理条例).....
.....진오(陈奥) 역, 모덕승(慕德昇) 검수(D155)
- 데이터국외이전안전평가방법(数据出境安全评估办法).....
.....마봉초(马鹏超) 역, 모덕승(慕德昇) 검수(D192)
- 생성형인공지능서비스관리잠정방법(生成式人工智能服务管理暂行办法).....
.....진염니(陈焰妮) 역, 모덕승(慕德昇) 검수(D205)

目 录

◆ 专家特稿 ◆

- 专家简介..... (E1)
- 在线平台经营者的滥用地位行为..... 權五乘著, 陈焰妮译 (E39)
- 个人信息保护:从个人控制到社会控制..... 高富平 (E67)
- 算法个性化定价的法律与经济学..... 王晓晔 (E152)

◆ 策划论文: 人工智能法 ◆

- 跨境电子商务平台的扩张与人工智能驱动的在线争议解决.....
..... 朴约瑟著, 祁艺森译 (30)
- 中国数据治理体系下个人信息法律性质的新思考.... 朴贤知著, 祁艺森译 (76)
- 生成式人工智能成果与著作权法议题的考察.....
..... 丁莹镇著, 陈奥, 祁艺森合译 (157)

◆ 研究专论 ◆

- 刑事诉讼中的专家辅助人制度研究..... 迟晓华、刘璐合着 (566)

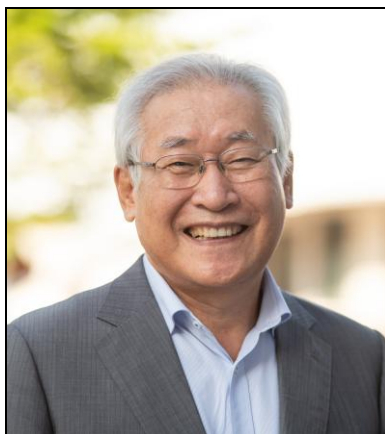
- 中国多元化纠纷解决机制的实践困境与完善路径.... 罗可成、李佳童合着 (601)
- AI 智能体应用中公共数据资源开发利用的法律规制 陆金芳 (635)
- 数字化协同共治视角下 AI 数字人直播行政监管困境与出路 齐彤、王瑜合着 (688)

◆ 获奖专论 ◆

- 2024 至 2025 年韩国与中国个人信息泄露、滥用事件研究
..... 曹芮滢、蒋逸玟、肖杨一、梁帆、李傲华合着 (753)
- 中韩债权人代位权制度比较研究..... 罗悦心、姚艺、张朵、张烁合着 (823)
- 生成式人工智能数据训练中的著作权合理使用问题研究... 王萌、徐诺合着 (861)



석학 소개 专家简介



권오승(서울대학교 법학전문대학원 명예교수)

权五乘 首尔大学法学专门大学院名誉教授

서울대 법학전문대학원 명예교수이자 대한민국의학술원 회원. 제13대 공정거래위원회 위원장을 역임했으며, 한국경쟁법학회 회장, 한국경쟁포럼 회장, 아시아 경쟁협회(ACA) 회장을 지냈다. 독일 프라이부르크대학(훔볼트 재단 지원), 미국 하버드대학, 독일 마인츠대학, 일본 와세다대학, 중국 화동정법대학 등 세계 주요 대학 방문교수로 활동하며 한국 경제법의 국제적 위상을 높인 것으로 평가된다. 1978년 국내 최초 『경제법』 교과서를 출간하여 한국 경제법의 이론적 기초를 확립했으며, 독점규제법, 규제산업, 소비자법 분야에서 다수의 저서와 논문을 통해 학문적·실무적으로 큰 족적을 남겼다.

权五乘教授是首尔大学法学专门大学院名誉教授、大韩民国学术院院士。他曾担任第13届韩国公平交易委员会委员长，并历任韩国竞争法学会会长、

韩国竞争论坛会长、亚洲竞争协会（ACA）会长。他曾作为洪堡基金会资助学者访问德国弗赖堡大学，并先后在美国哈佛大学、德国美因茨大学、日本早稻田大学、中国华东政法大学等世界主要知名学府担任访问教授，被认为极大地提升了韩国经济法的国际地位。1978年，他出版了韩国首部《经济法》教科书，为韩国经济法奠定了理论基础。此后，他在垄断规制法、规制产业、消费者法等领域发表了大量著作和论文，在学术界和实务界都留下了深刻的足迹。



고부평(화동정법대학교 교수)

高富平 华东政法大学教授

중국정법대학에서 민상법 박사학위를 취득하였으며, 강평(江平) 교수의 지도를 받았다. 현재 화동정법대학교 법학원 교수, 민·상법 박사과정 책임자, 지능법학과 주임, 재산법연구원장 · 인터넷법치연구원장 · 데이터법률연구센터장을 겸임하고 있으며, 중국 민법학연구회 및 인터넷정보법학회 상무이사 등을 역임했다. 중국 최초로 전자상거래법 강의를 개설하였으며, 유럽연합의 GDPR을 번역했다. 이후 <소유권의 희석, 사용권의 강화>를 골자로 하는 데이터 보유권 이론

을 제시함으로써 중국의 데이터 정책 기조인 「데이터 20조」의 이론적 근거를 제공하였으며, 초안의 작성과정에도 참여했다. 저서 25여 권, 논문 100여 편을 발표했으며, 2024년 저서 『데이터 경제 강의』는 한국에서도 번역·출판되었다.

于中国政法大学获得民商法博士学位，师从著名法学家江平教授。现任华东政法大学法律学院教授、民商法博士组组长、智能法学科带头人，兼任财产法研究院院长、互联网法治研究院院长、数据法律研究中心主任。同时担任中国法学会民法学研究会常务理事、互联网与信息法学研究会常务理事等职。他是中国最早开设电子商务法课程的学者，并率先翻译了欧盟《通用数据保护条例》（GDPR）。此后，他提出以“淡化所有权、强化使用权”为核心的数据持有者权理论，为国家数据基础制度《数据二十条》提供了重要理论支撑，并直接参与了该政策的起草工作。已出版著作25余部，发表论文100余篇，2024年出版的《数字经济讲义》已被译为韩文在韩国出版发行。



왕효엽(중국사회과학원 연구원)

王晓晔 中国社会科学院二级研究员

독일 함부르크대학교에서 법학 박사학위를 취득했으며, 중국사회과학원 2급

연구원이자 박사과정 지도교수이다. 국무원 및 전국인민대표회의 반독점 입법 고문, 중국경제법연구회 부회장 등을 역임했다. 연구 분야는 경쟁법과 경제법으로, 학술 저서 23부(단독 10부)와 논문 300여 편을 발표했으며, 영문 및 독문 논문이 50여 편에 달한다. 국가사회과학기금 중대 프로젝트 수석 전문가를 지냈고, 국무원 특별수당을 받았으며, '중국 법치건설 과정에 영향을 미친 100인의 법학자'에 선정되었다. 미국 풀브라이트 프로그램 방문학자였고, 세계에서 가장 영향력 있는 경쟁법 여성 교수 16인에 포함된 바 있다. 2019년에는 70세 생일을 기념하는 논문집 『Wang Xiaoye Liber Amicorum』이 출간되었다.

王晓晔教授毕业于德国汉堡大学，获法学博士学位，现为中国社会科学院二级研究员、博士生导师。曾任国务院反垄断委员会专家组成员，国务院和全国人大反垄断立法顾问，中国经济法研究会副会长等职。研究领域为竞争法和经济法。出版学术专著23部（其中独著10部），发表学术论文300余篇，其中英、德文论文50余篇。曾任国家社科基金重大项目首席专家，享受国务院政府特殊津贴，入选“当代中国法学名家”和“影响中国法治建设进程的百位法学家”。曾为美国富布莱特项目高级访问学者，并被评选为全球最具影响力的16位竞争法女教授之一。2019年，为庆祝其70岁生日，出版了纪念文集《Wang Xiaoye Liber Amicorum, The Pioneer of Competition Law in China》。

온라인 플랫폼 사업자의 지위남용행위*
-자사우대행위에 대한 대법원 판결을 중심으로

Abuse of Market-Dominant Position
by Online Platform Operators

-Focusing on the Supreme Court Decision on Self-Preference

권오승(서울대학교 법학전문대학원 명예교수)

KWON, Oh-Seung(Professor Emeritus, Seoul National University)

목 차

- I. 머리말**
- II. 온라인 플랫폼 시장의 특성**
- III. 온라인 플랫폼 사업자의 지위남용**
 - 1. 온라인 플랫폼 사업자의 지위남용행위**
 - 2. 자사우대행위**
- IV. 네이버의 자사우대행위에 대한 대법원 판결**
 - 1. 사건의 개요**
 - 2. 소송의 경과**
 - 3. 대법원의 판단**
- V. 대법원 판결의 의의 및 평가**
 - 1. 대법원 판결의 의의**
 - 2. 대법원 판결에 대한 평가**
- VI. 맺는 말**

* 이 논문은 2026 년 5 월 25 일 제 2 회 한중 인공지능 법제 국제학술대회에서 발표한 논문을 수정·보완한 것임.

I. 머리말

디지털 경제가 고도로 발달함에 따라 온라인 플랫폼 분야에서 새로운 형태의 경쟁제한행위와 불공정거래행위들이 나타나고 있기 때문에, 이러한 행위들에 대한 적절한 규율을 통한 공정한 경쟁질서의 확립이 경쟁법상 중요한 과제로 등장하고 있다. 온라인 플랫폼 시장에서 제기되는 문제점들은 그 시장에서 중개기능을 수행하는 온라인 플랫폼사업자가 경쟁의 참여자인 동시에 경쟁의 조건과 규칙을 결정할 수 있는 이중적 지위를 차지하고 있는 데다가, 그가 구축한 이용자 기반과 그의 중개기능이 그 플랫폼과 연계된 시장에서 다른 경쟁자들이 가지기 어려운 이점으로 작용할 수 있다는 점에서 일반 사업자와는 구별되는 특성을 가지고 있다. 이에 각국에서는 현행법의 틀 안에서 이러한 이슈에 대응하기 위하여 노력하면서, 현행법으로 해결하기 어려운 문제에 대하여는 새로운 입법으로 대처해 나가려는 노력도 병행하고 있다. 이는 우리나라의 경우에도 마찬가지이다. 그런데 공정거래위원회(이하 '공정위'라 함)가 우선 현행 독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 '독점규제법' 또는 '공정거래법'이라 함)의 적용으로 이를 해결하기 위하여 노력하고 있지만, 그 노력은 대법원의 엄격한 법해석으로 견제를 받고 있으며, 새로운 입법을 통한 대처는 관련 부처들 간의 협의에 실패하여 성공하지 못하고 있는 데다가, 최근에는 미국의 통상압력 등으로 인하여 입법화가 곤란한 상태에 놓여 있다.

이 글은 먼저, 온라인 플랫폼 시장의 특성을 간략하게 살펴본 다음에(II), 온라인 플랫폼 시장에서 제기되는 다양한 경쟁법상 이슈들 중에서 특히 온라인 플랫폼 사업자의 지위남용행위에 대하여 개관해 보고(III), 나아가 최근 대법원에서 내려진 온라인 플랫폼 사업자의 자사우대 행위에 관한 판결을 자세히 살펴 본 후에(IV), 그 판결이 가지는 의의와 그에 대한 평가를 하고 나서(V), 논의를 마무리하고자 한다(VI).

II. 온라인 플랫폼 시장의 특성

1. 온라인 플랫폼의 특성

온라인 플랫폼 시장은 양면성 또는 다면성, 교차 네트워크 효과, 규모의 경제, 데이터의 중요성 및 명목상 무료로 제공되는 서비스 등과 같은 특성을 가지고 있다. 온라인 플랫폼 시장은 교차 네트워크 효과라는 특성을 가지며, 이 특성은 독점화를 촉진하는 경향을 보인다. 온라인 플랫폼은 생태적으로 공급자와 수요자의 만남 즉 디지털 네트워크를 형성하는데 참가자의 수가 늘어날 때 가치창출의 효과가 이른바 메칼프 법칙에 따라 연결된 사용자 수의 제곱에 비례한다. 즉, 네트워크에 일정한 수 이상의 사용자가 모이면 그 수는 기하급수적으로 늘어나고 창출되는 가치가 폭발적으로 증가한다는 것이다.

그리고 온라인 플랫폼의 구축에는 투자와 고정비가 발생하지만 이용자의 수가 증가하면 추가 이용자의 한계비용이 낮기 때문에 평균비용은 현저히 낮아지는 규모의 경제 효과가 커진다. 또한 이용자의 규모가 커지면 그들 간의 관계가 확장되어 브랜드 효과를 가져 온다. 그리고 추적된 고객경험 데이터를 통해 다른 인접 영역으로 범위가 확장된다.

한편, 온라인 플랫폼 사업자는 고객과 공급자들의 데이터를 기반으로 하는 확장 전략을 구사함으로써 경쟁력을 지속적으로 강화할 수 있다. 온라인 플랫폼은 디지털 기술의 활용으로 다른 분야의 플랫폼으로 변화하거나 영역을 확장할 수 있게 된다. 그러나 플랫폼의 모델이 다른 영역으로 전환하거나 확장하는 데에는 상당히 많은 비용이 들어가기 때문에 특정 영역의 플랫폼으로 고착되는 경우가 많으며, 이것이 다른 플랫폼의 진입장벽이 될 수 있다.¹

¹김기영·임건신, “한국 디지털 플랫폼비즈니스의 특성과 전략”, 학술원논문집(인문·사회과학편) 제 61집 1호(2022), 526-527면.

이러한 특성들 중에서 특히 중요한 의미를 갖는 것은 교차 네트워크 효과와 규모의 경제이다. 만약 하나의 플랫폼이 성공적으로 운영되게 되면, 그것은 단기간에 경쟁자들을 배제할 수 있다. 한계비용이 매우 낮아서 더 많은 이용자를 추가하는 것도 문제가 되지 않는다. 따라서 그 회사의 사업전략은, 막대한 손실을 감수하더라도, 독점적 지위를 확보하기 위해 빠르게 규모를 확장하는 것이 된다. 이것은 기업들이 항상 성과에 의한 경쟁을 통하여 자신들을 구별해야 하는 경제모델과는 다른 것이다. 만약 어떤 시장이 (높은 네트워크 효과와 규모의 경제로 인하여) 오로지 한 플랫폼만 살아남을 정도로 기울어지게 되면, 경우에 따라서 높은 이윤을 얻을 수 있게 되어, 이른바 승자독식의 현상이 나타나게 된다. 그에 따르는 금융적 능력은 잠재적 경쟁자를 매수하는 것과 같은 추가전략을 가능하게 한다. 만약 어떤 플랫폼이 독점에 가까운 지위를 차지하게 되면 이용자들(비즈니스 이용자나 소비자)의 의존성이 시작된다. 힘의 비대칭성이 가장 잘 드러나는 분명한 예는 디지털 기기(device)를 위한 운용체제들이다. 그들은 운용자가 그 기기에서 또는 그 기기와 함께 이루어지는 모든 것을 통제할 수 있게 한다. 컴퓨터나 스마트폰의 편재성을 고려할 때에 이는 아주 강력한 메커니즘이다. 다른 서비스들은 그 인터넷의 인프라구조의 요소들이 되었다. 예컨대 법원은 구글(Google)의 검색 결과 페이지의 성격을 “필수설비와 유사한 성격”이라고 부르거나 메타(Meta)의 소셜 네트워크 서비스의 운용을 “공적 통신의 프레임워크 제공”이라고 불렀다. 그러한 상황에서 그 플랫폼의 운용자들은 오늘날 경제 또는 사회에서 비즈니스를 유지하거나 핵심 서비스를 이용할 필요가 있는 사람들에게 문지기(gatekeeper)가 되었다.²

따라서 이러한 특성을 지닌 온라인 플랫폼 시장에서 제기되는 다양한 경쟁법상의 이슈들에 대하여 전통적인 방식으로는 관련시장의 획정이나 시장지배적 지위 및 경쟁제한성의 판단이 쉽지 않을 뿐만 아니라, 그 판단 시에 온라인 플

²PODSZUN, Rupprecht, *Digital Markets Act*. Nomos (2024), 2.

랫폼 시장의 혁신과 역동성도 함께 고려해야 한다는 어려움이 따른다.

III. 온라인 플랫폼 사업자의 지위남용

1. 온라인 플랫폼 사업자의 지위남용행위

가. 지위남용행위의 의의

일반적으로 경쟁법상 지위남용행위는 사업자가 그의 지위를 이용하여 경쟁을 제한하거나 거래상대방 또는 소비자의 이익을 침해하는 행위를 말하는데, 그 사업자가 시장지배적 지위를 가지고 있는 경우에는 독점규제법상 시장지배적 지위남용행위로 규율되고(법 5조), 그렇지 않을 경우에는 불공정거래행위 중 거래상 지위남용행위로 규율된다(법 45조).

나. 지위남용행위의 유형

온라인 플랫폼 사업자가 그 지위를 남용하는 행위를 하는 경우, 그 행위의 유형은 매우 다양한 모습으로 나타나고 있지만, 통상 이를 멀티호밍의 제한, 최혜대우 요구, 자사우대 및 끼워팔기 등으로 구분하고 있다.

1) 멀티호밍의 제한

멀티호밍(multi-homing)의 제한이란 온라인 플랫폼 사업자가 자사 온라인 플랫폼을 이용하는 사업자가 경쟁 플랫폼을 이용하는 것을 직·간접적으로 제한하는 것을 말한다.

멀티호밍의 제한은 독점규제법 제5조 제1항 제5호 전단의 경쟁사업자 배제행위 등 또는 동법 제45조 제1항 제3호 또는 제7호 등에 해당될 수 있다.

2) 최혜대우 요구

최혜대우(MFN, most favored nation) 요구란 온라인 플랫폼 사업자가 온라인 플

랫폼을 이용하는 사업자에게 자사 온라인 플랫폼에서 거래하는 상품 또는 서비스의 가격 등 거래조건을 다른 유통경로에서 거래하는 가격 등 거래조건과 동등하거나 그보다 유리하게 적용하도록 요구하는 것을 말한다.³

최혜대우 요구는 독점규제법 제5조 제1항 제3호의 다른 사업자 사업활동 방해행위 등 또는 동법 제45조 제 1항 제6호 내지 8호 등에 해당될 수 있다.

3) 자사우대

자사우대(self-preferencing)란 온라인 플랫폼 사업자가 자사 온라인 플랫폼에서 자사의 상품 또는 서비스를 경쟁사업자의 상품 또는 서비스에 비하여 유리하게 취급하는 행위를 말한다.

자사우대 행위는 독점규제법 제5조 제1항 제3호의 다른 사업자 사업활동 방해행위 중 부당한 차별 등 또는 동법 제45조 제1항 제2호, 제4호, 제6호 내지 제8호 등에 해당될 수 있다.

4) 끼워팔기

끼워팔기(tying)란 온라인 플랫폼 사업자가 온라인 플랫폼을 이용하는 사업자로 하여금 온라인 플랫폼 서비스와 다른 상품 또는 서비스를 함께 거래하도록 하는 행위를 말한다.

끼워팔기는 독점규제법 제5조 제1항 제3호의 기타 다른 사업자의 사업활동 방해행위 중 불이익한 거래 또는 행위의 강제, 또는 제5호 후단의 소비자이익 저해행위 등, 혹은 동법 제45조 제 1항 제 3호, 제6호 내지 제8호 등에 해당될 수

³최혜대우(MFN)에 관한 자세한 논의는 강상엽, 「플랫폼과 불공정 의심행위: MFN과 알고리즘에 대한 법경제학적 논의」, 「디지털 시장의 혁신 생태계 조성을 위한 경쟁법·정책의 방향」(2026 한국경쟁법학회·공정거래위원회 하계 공동학술대회 자료), 33면 이하 참조.

있다.

2. 자사우대행위

그런데 본고에서는 이상과 같은 지위남용행위들 중에서 특히 자사우대행위에 대하여 고찰해 보고자 한다. 자사우대행위에는 온라인 플랫폼 사업자가 자사 온라인 플랫폼에서 자사의 상품 또는 서비스를 경쟁사업자의 그것에 대비하여 우선적으로 노출시키는 등 직접적으로 우대하는 행위 뿐만 아니라, 자사와 거래하는 온라인 플랫폼 이용사업자의 상품 또는 서비스를 그렇지 않은 이용사업자의 그것에 대비하여 우선적으로 노출시키는 등 간접적으로 우대하는 행위도 포함된다.

그런데 플랫폼에서 자사우대를 유인하는 요인은 다양하다. 요컨대 그것은 플랫폼의 수익창출개념(Monetarisierungskonzept)에 의존하고 있는데, 그것은 플랫폼의 구조와 밀접하게 연결되어 있다.⁴

플랫폼들이 광고수익으로 자금을 조달하고 있는 한, 그들은 우선 그들의 이용자들이 가능한 한 오랫동안 자신의 플랫폼 내지 자신의 생태계 안에 머무는 것에 관심을 가지게 된다. 이용자의 흐름이 가능한 한 항상 자신의 세계 안에 맴돌고 그것을 떠나지 않아야 한다. 이것은 한편으로는 더 높은 체류시간은 더 높은 광고소비를 초래한다는 것을 근거로 한다. 다른 한편 플랫폼에 더 오랫동안 머무는 것은 매칭 프로세스에 긍정적으로 작용한다. 그 플랫폼의 지속적인 이용을 통하여 이용자에 관한 플랫폼운영자의 인식이 제고되는데, 그것은 이용 데이터의 형태로 저장되고 마케팅의 (최적화) 및 고객 경험의 일반적인 개선을 위하여 활용된다.

⁴BORGENREUTHER, Manuel, *Selbstbevorzugung auf Plattformmärkten*. Nomos/C.H. Beck (2022), 146f.

플랫폼들이 매칭 프로세스로 자금을 조달하고 있는 한, 자사우대의 유인은 오로지 거래플랫폼의 경우에만 존재하고 비거래플랫폼의 경우에는 존재하지 않는다. 거래플랫폼의 경우, 자회사의 우대를 통하여 그 기업의 상품이나 서비스를 대량으로 판매하고 그것을 통하여 매출액을 증가할 수 있는 기회가 늘어난다. 자사 상품의 판매를 통하여 벌어들이는 총수익금이 경쟁상품의 중개를 통하여 얻어지는 수익보다 많을 경우에는 플랫폼은 소비자의 이용과 무관하게, 자사 상품을 중개할 유인을 받게 된다.

자사우대의 또 다른 유인은 하류시장에서 경쟁을 약화시키려는 플랫폼운영자의 관심에서 찾을 수 있다. 이러한 행위는 보다 효율적인 경쟁자를 배제하기 위하여 하류시장에서 자신의 상품의 판매가격을 한계비용 수준으로 인하하는 동시에 보다 효율적인 경쟁상품의 중개 수수료를 인상하는 경우에 그 수단으로 활용될 수 있다. 이를 통하여 플랫폼운영자는 자신의, 덜 효율적인 상품을 경쟁에 성공적으로 투입하여 그 시장이 패쇄된 뒤에는 그 가격을 초경쟁적인 수준으로 인상하게 된다. 하류시장이 아직 초기단계에 있을 때에는 시장지배적 사업자를 통한 자사우대는 그 시장을 장악하고 이를 통하여 장기적으로 그 시장의 수익을 보장하게 된다.

그리고 그 플랫폼을 통하여 우대받는 조건으로 중개된 상품이 간접적인 네트워크효과까지 가지는 특별한 경우에는 자신의 상품에 대한 우대가 중개시장에서 지배적인 지위를 보장하는 데도 이바지한다. 이를 통하여 경쟁자가 하류시장에서 지배적 지위를 확립하고 나아가 이를 상류시장에 통합시키는 데 활용하는 것을 예방하게 된다. 예컨대 어떤 운영체제의 플랫폼 위에 경쟁자의 앱스토어가 또 다른 플랫폼으로서 지배적인 지위를 차지하고 이어서 그의 사용자 기반을 활용해서 자신의 운영체제를 시장에 진출시키고 거기에 중요한 역할을 맡기는 경우를 생각해 볼 수 있다.

이상과 같은 장·단기적인 경제적 목표를 위한 인센티브들은 그것이 결코 전부가 아니라 그 밖에도 수많은 비금전적 이해관계들이 존재한다. 예컨대 자기우대를 통하여 새로운 상품이나 서비스가 시장에 비로소 공급될 수 있게 되고, 그들이 그 플랫폼에서 중요한 역할을 담당할 수 있게 된다. 나아가 그 플랫폼에 대한 고객의 신뢰도가 올라가고 그 시장에 대한 구속성이 높아지게 되는데, 이는 전환가능성을 줄이고 나아가 시장에 대한 추가적인 진입장벽을 형성하게 된다. 따라서 자기우대는 기존의 플랫폼을 핵심으로 보호하는 생태계의 형성을 도울 수 있게 된다.

IV. 네이버의 자사우대행위에 대한 대법원 판결

(대법원 2025.10.16. 선고 2023 두 32709 판결)

1. 사건의 개요

원고는 2003년에 온라인 비교쇼핑 서비스를 제공하기 시작하였고, 2012. 3. 23.에 입점사업자들을 모집하여 쇼핑몰 플랫폼 서비스를 시작하였으며, 2018. 2.에 명칭을 ‘N 스토어’로 변경하여 현재까지 서비스를 제공하고 있다.

공정거래위원회(이하 ‘피고’라고 함)는 원고가 N 쇼핑을 운영하면서 검색결과 N 스토어 입점사업자의 상품이 상대적으로 상위에 노출되도록 몇 차례에 걸쳐 검색 알고리즘을 조정, 변경하였다(이하 ‘이 사건 행위’라고 함)고 판단하고, 원고의 이 사건 행위가 ① 시장지배적 지위남용행위 중 부당한 거래조건 차별행위, ② 불공정거래행위 중 거래조건 차별행위와, ③ 부당한 고객유인행위에 해당한다고 보아, 원고에게 시정명령 및 과징금 납부명령을 하였다.⁵

⁵이 사건은 당시 네이버가 플랫폼 알고리즘 조정·변경을 통하여 ‘자사우대’를 한 행위에 대하여 공정위가 공정거래법 위반을 이유로 명시적으로 제재한 첫 사례라는 점에서 주목을 끌었다.

2. 소송의 경과

원심⁶은 원고가 N 스토어 입점사업자와 경쟁 오픈마켓 입점사업자의 거래조건을 부당하게 차별함으로써, 경쟁 오픈마켓 입점사업자와 경쟁 오픈마켓의 사업활동을 방해하였다고 보아, 시장지배적 지배적 지위남용행위 중 부당한 거래조건 차별행위의 성립을 인정하였다.

그 논거를 요약하면 다음과 같다. ① 원고가 검색 알고리즘의 조정·변경이 N 스토어 상품의 노출에 미치는 영향에 관하여 지속적으로 연구하였고, 이 사건 행위 전후로 작성된 원고 내부 문건 등에 비추어 원고에게는 경쟁제한의 의도와 목적이 인정되며, 원고에게 다양성 증진의 의도도 있었다고 하여 N 스토어 지원의 의도가 없었다고 할 수는 없다. ② 원고의 N 쇼핑은 오픈마켓의 유입경로로 매우 중요한 역할을 하고 있고, 원고는 비교쇼핑서비스 시장에서 압도적인 시장지배적 지위를 차지하고 있다. 특히 원고는 본래 일반검색서비스 시장에서 지배적 지위를 차지하고 있던 사업자인데, 이를 통해 확보한 다량의 트래픽을 바탕으로 비교쇼핑서비스 시장에서도 지배적 사업자로 자리 잡을 수 있었고, 다시 이를 토대로 오픈마켓 시장에서도 점유율을 확대하였다. 이처럼 한 시장의 시장지배력을 이용하여 다른 시장에서 시장지배적 지위를 점하거나 후발주자임에도 용이하게 점유율을 확대하는 행위는 경쟁제한적 성격이 강해 그만큼 규제의 필요성도 크다. ③ 이 사건 행위로 인하여 원고가 시장점유율이나 거래액, 입점사업자 수 등에서 이 사건 경쟁 오픈마켓에 비해 상대적으로 높은 증가율을 보였다면, 경쟁제한 효과가 발생하였거나 발생할 우려가 있었다고 충분히 인정할 수 있다. 단순히 이 사건 경쟁 오픈마켓 거래액의 절대량이 증가하였다거나 오픈마켓의 전체 규모가 성장하고 신규 사업자가 계속해서 증가하고 있다고 하여 그러한 경쟁제한 효과 발생의 우려가 없다고 할 수 없다.

⁶서울고등법원 2022.12.14. 선고 2021누36129 판결

그리고 원심은 이 사건 행위는 거래조건의 현저한 차별에 해당한다고 보아 불공정거래행위로서 차별행위의 성립도 인정하였다. 한편 N 쇼핑이 최적의 상품 검색결과를 제공할 것이라는 소비자의 기대와 달리, 자사 스마트스토어 입점상품이라는 이유로 검색결과 상위에 노출시키고 그러한 위계로써 고객이 자신과 거래하도록 유인한 것으로 부당한 고객유인행위에도 해당한다고 판단하여, 원고의 청구를 모두 기각하였다.

3. 대법원의 판단

대법원은 원고의 상고를 받아들여 원심판결을 파기·환송하였다. 그 이유의 요지는 다음과 같다.

가. 시장지배적 지위남용행위로서 차별행위 관련 상고 이유에 대한 판단

시장지배적 사업자의 지위남용행위로서 차별행위가 성립하기 위한 요건의 하나인 부당성은 ‘독과점적 시장에서의 경쟁축진’이라는 입법 목적에 맞추어 해석하여야 한다. 그러므로 시장지배적 사업자가 개별 거래의 상대방인 특정 사업자에 대한 부당한 의도나 목적을 가지고 차별행위를 한 모든 경우 또는 그 차별행위로 인하여 특정 사업자가 사업활동에 곤란을 겪게 되었다거나 곤란을 겪게 될 우려가 발생하였다는 것과 같이 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 그 부당성을 인정하기에 부족하다. 이에 더하여 그중에서도 특히 시장에서의 독점을 유지·강화할 의도나 목적, 즉 시장에서의 자유로운 경쟁을 제한함으로써 인위적으로 시장질서에 영향을 가하려는 의도나 목적을 가지고, 객관적으로도 그러한 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로 평가될 수 있는 행위로서의 성질을 갖는 차별행위를 하였을 때에 그 부당성이 인정될 수 있다(대법원 2007.11.22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결 등 참조).

따라서 시장지배적 사업자의 차별행위가 그 지위남용행위에 해당한다고 주장하는 피고로서는 그 차별행위가 상품의 가격 상승, 산출량 감소, 혁신저해, 유

력한 경쟁사업자의 수의 감소, 다양성 감소 등과 같은 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도와 목적이 있었다는 점을 증명하여야 한다. 차별행위로 인하여 현실적으로 위와 같은 효과가 나타났음이 증명된 경우에는 그 행위 당시에 경쟁제한의 우려가 있었고, 또한 그에 대한 의도나 목적이 있었음을 사실상 추정할 수 있다. 그러나 그렇지 않은 경우에는 차별행위의 경위 및 동기, 차별행위의 태양, 관련시장의 특성, 차별행위로 인하여 그 거래상대방이 입은 불이익의 정도, 관련시장에서의 가격 및 산출량의 변화 여부, 혁신 저해 및 다양성 감소 여부 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 문제된 차별행위가 위에서 본 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는 행위로서 그에 대한 의도나 목적이 있었는지를 판단하여야 한다(대법원 2007.11.22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결, 대법원 2023.4.13. 선고 2020두31897 판결 등 참조). 이처럼 경쟁제한의 의도와 목적은 그와 상당한 관련성이 있는 관련 사실들을 통해 판단하여야 하고, 경쟁제한의 의도와 목적만으로 경쟁제한의 우려가 곧바로 인정되는 것도 아니므로, 위에서 본 여러 사정을 종합적으로 고려하여 문제된 차별행위가 경쟁제한을 초래할 구체적인 우려가 인정되는지 여부도 판단하여야 한다. 이는 온라인 플랫폼 사업자인 시장지배적 사업자가 자사의 상품 또는 서비스를 경쟁사업자의 상품 또는 서비스보다 유리하게 차별적으로 취급하는 행위가 문제된 경우에도 마찬가지이다.

나아가 시장지배적 사업자의 차별행위로 인한 경쟁제한의 효과가 문제되는 관련시장은 시장지배적 사업자 또는 경쟁사업자가 속한 시장 뿐만 아니라 그 시장의 상품생산을 위하여 필요한 원재료나 부품 및 반제품 등을 공급하는 시장 또는 그 시장에서 생산된 상품을 공급받아 새로운 상품을 생산하는 시장도 포함될 수 있다(대법원 2007.11.22. 선고 2002두8626 전원합의체 판결, 대법원 2023.4.13. 선고 2020두31897 판결 등 참조). 이처럼 시장지배적 사업자의 행위가 지배적 지위를 보유하고 있는 시장 또는 행위가 이루어진 시장과는 다른 시

장에서 경쟁제한의 효과가 문제되는 경우, 피고는 해당 행위로 인하여 그 다른 시장에서 현실적으로 경쟁제한의 효과가 발생하였거나 그 행위 당시에 경쟁제한을 초래할 우려가 있었다는 점을 증명하여야 한다.

대법원은 이러한 법리를 바탕으로 이 사건 행위에 관한 원심의 부당성 판단에 시장지배적 지위남용으로서 차별행위에 관한 경쟁제한의 효과 및 경쟁제한의 의도와 목적에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다고 판단하였다. 그 이유는 다음과 같다.

1) 온라인 플랫폼 사업자의 동등대우 의무에 관하여

원심이 인정한 바와 같이, 이 사건 행위의 거래상대방을 N 스토어 입점사업자와 이 사건 경쟁 오픈마켓 입점사업자로 보더라도, 이 사건 행위로 인한 실질적인 효과는 N 스토어와 이 사건 경쟁 오픈마켓에 미치므로, 결국 이 사건 행위는 원고가 제공하는 용역을 이 사건 경쟁 오픈마켓이 제공하는 용역보다 우대한 행위에 해당한다고 평가할 수 있다. 다만 원고가 온라인 플랫폼 사업자로서 시장지배적 사업자라는 이유만으로 타사와의 거래조건을 설정할 때 원고가 제공하는 상품 또는 용역과 동등하게 대우하도록 원고에게 요구할 법령상 근거가 있는 것은 아니므로, 원고의 이 사건 행위가 시장지배적 지위남용 차별행위에 해당하기 위해서는 앞서 살펴본 법리에 따라 부당성이 인정되어야 한다.

2) 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려에 관하여

원고의 N 쇼핑이 오픈마켓의 유입경로로서 중요한 역할을 하였다는 점에 더하여, 이 사건 행위의 부당성을 주장하는 피고로서는 원고의 이 사건 행위로 인하여 경쟁제한 효과의 발생이 문제 되는 오픈마켓 시장에서 경쟁제한의 효과가 생길 만한 구체적인 우려가 있었다는 점을 증명하여야 한다. 마찬가지로 피고는 원고가 비교쇼핑서비스 시장에서의 지배적 지위를 이용하여 오픈마켓 시

장에서 경쟁제한을 초래할 개연성이 있음을 증명하여야 한다. 시장지배적 사업자의 행위가 지배적 지위를 보유하고 있는 시장 또는 행위가 이루어진 시장이 아닌 다른 시장에 영향을 미친다는 이유만으로 경쟁제한적 성격이 강하다고 볼 수는 없다.

이 사건 행위가 일어나는 기간 동안 원고의 N 스토어는 시장점유율이나 거래액, 입점사업자 수에서 경쟁 오픈마켓에 비해 상대적으로 높은 증가율을 보인 사실은 원심이 인정하는 바와 같다. 그러나 한편 원심이 인정한 사실관계에 의하면, 경쟁 오픈마켓의 전체 거래액과 거래건수 중 N 쇼핑을 통한 거래액과 거래건수의 비중은 상대적으로 낮은 수준이고, N 쇼핑 등 비교쇼핑 서비스를 통하지 않은 채 직접 경쟁 오픈마켓을 방문하여 이루어진 거래액과 거래건수의 비중이 상대적으로 높은 수준으로 나타나고 있다. 또한 이 사건 행위가 이루어진 기간 동안 경쟁 오픈마켓의 거래액은 꾸준히 증가하였고, 이 사건 경쟁 오픈마켓 입점사업자의 수도 유지되었으며, 이 사건 행위로 인하여 이 사건 경쟁 오픈마켓의 비용이 상승하였다고 볼 근거도 없다. 오히려 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 따르면, 이 사건 행위에도 불구하고 유력한 신규 사업자들이 오픈마켓 시장에 진입하여 안착하기도 하는 등 오픈마켓 시장에서는 유효한 경쟁이 계속되고 있었던 사실을 알 수 있다.

그렇다면 원심으로서 원고의 시장점유율이나 거래액, 입점사업자 수의 증가가 이 사건 행위로 인한 것인지, 아니면 원고의 시장성장에 기초한 경쟁, 이른바 ‘성과경쟁’의 산물이거나 관련시장의 전반적인 확대에 의한 것인지 등을 심리하고, 오픈마켓 시장에서의 경쟁상황을 종합적으로 고려하여 이 사건 행위가 경쟁제한의 효과를 일으킬 만한 우려가 있는 행위인지를 판단하였어야 할 것이다.

3) 경쟁제한의 의도에 관하여

원심이 인정한 사실관계에 의하면, 원고가 제공하는 비교쇼핑 서비스의 품질은 검색결과로 노출된 상품의 적합도, 인기도, 신뢰도, 상품의 다양성 등 다양한 요소의 영향을 받는다. 원고가 이러한 요소들이 반영된 검색 알고리즘을 조정·변경하면서 그와 같은 검색 알고리즘의 조정·변경이 검색결과에 미치는 영향을 연구하는 것은 기본적으로 정상적인 원고의 영업활동에 속하고, 이러한 원고의 노력이 그 자체로서 경쟁제한의 의도나 목적을 추단하는 요소가 될 수는 없다. 한편 원심이 원고의 의도 중 하나로 인정한 바 있는 다양성의 증진은 비교쇼핑 서비스의 품질 향상을 위한 중요 요소로서, 이러한 의도의 존재는 이 사건 행위가 성과경쟁을 위한 행위였을 가능성을 시사한다.

또한 원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 따르면, 원고가 이 사건 행위가 문제되는 기간 동안 수십 차례에 걸쳐 검색 알고리즘을 조정·변경해 왔는데, 피고는 이 중에서 원고에게 유리한 노출 결과를 가져온 5건의 검색 알고리즘 조정·변경만을 선별하여 이 사건 처분사유로 삼은 사실을 알 수 있다. 그러나 검색 알고리즘은 시행착오를 거치며 점진적으로 개선되는 것이 일반적이고, 그 개선 과정에는 다소간의 편향이 나타날 수밖에 없다는 점을 고려할 때, 일련의 검색 알고리즘 개선 과정에서 이루어진 행위중 일부만을 선별하여 이를 근거로 경쟁제한적 의도나 목적을 인정하는 것은 원고의 실제 의도나 목적을 왜곡할 우려가 있다.

그렇다면 원심으로서의 검색 알고리즘의 조정·변경이 가지는 속성과 그동안 이루어진 검색 알고리즘의 조정·변경의 이력에 비추어 인정되는 원고의 의도 등 여러 사정을 종합적으로 고려하여 원고에게 경쟁제한의 의도가 인정되는지를 판단하였어야 할 것이다.

나. 부당한 고객유인행위 관련 상고이유에 대한 판단

대법원은 부당한 고객유인행위에 관한 기존 선례(대법원 2002.12.26. 선고

2001두4306 판결, 대법원 2019.10.18. 선고 2015두370 판결 등, 대법원 2019..26. 선고 2014두15047 판결 등 참조)의 법리를 확인한 후, 이를 전제로 아래와 같은 이유에서 이 사건 행위로 인하여 N 스토어 입점 상품의 노출 순위가 상대적으로 상승하였다고 하더라도, 일반 소비자들이 N 스토어 입점 상품이 실제보다 또는 경쟁사업자의 것보다 현저히 우량 또는 유리한 것으로 오인하였거나 오인할 우려가 있었다고 보기 어렵다고 판단하였다.

원고가 자기가 공급하는 상품 또는 용역을 경쟁사업자가 공급하는 상품 또는 용역과 동등하게 대우할 의무가 비교쇼핑서비스의 성격에서 직접 도출된다고 보기 어렵다. 결국 사업자는 자신의 가치 판단과 영업전략을 반영하여 상품 정보의 노출 여부 및 노출 순위를 결정하는 검색 알고리즘을 설계할 수 있고, 원고가 이러한 구체적 가치판단이나 영업전략까지 소비자나 외부에 공지해야 한다고 볼 수 없다. 다만 그 검색 알고리즘이 위계 또는 기만행위에 해당하여 소비자의 합리적인 상품선택을 침해할 우려가 있거나 공정한 경쟁질서 또는 거래질서를 훼손할 우려가 있는 경우에는 그 범위에서 위법성이 인정될 수 있다. 이러한 점을 고려할 때, 원고가 N 스토어 입점상품인지 여부에 따라 N 쇼핑 검색결과의 노출순위가 조정되도록 검색 알고리즘을 설계하였다는 이유만으로 곧바로 위계에 해당한다고 볼 수는 없다.

원심이 적법하게 채택하여 조사한 증거에 따르면, 원고가 문제되는 검색 알고리즘에 따른 검색 결과를 ‘N 쇼핑 랭킹 순’이라 표시하면서 그 정렬 기준에 대하여 ‘적합도 지수, 상품의 인기도/신뢰도 지수 등을 점수화하여 정렬’한다는 점과 이들 각 지수의 산정 시 고려되는 여러 요소를 소비자들에게 안내한 사실, 원고가 ‘낮은 가격순’, ‘높은 가격순’, ‘등록일순’, 리뷰 많은 순’과 같은 다른 기준에 따른 검색결과도 별도로 제공한 사실을 알 수 있다.

위와 같은 안내를 통하여 보통의 거래 경험과 주의력을 가진 일반 소비자들

은 ‘N 쇼핑 랭킹 순’ 정렬이 단순히 상품 자체의 속성만을 기준으로 삼아 상품 간 우량 또는 유리함이 비교되어 노출된 것이 아님을 알 수 있었을 것으로 보인다. 한편 별도 검색결과와 제공행위는 소비자의 선택을 보조하기 위한 것으로 보인다. 이러한 점 등을 감안할 때, 이 사건 행위가 일반 상거래의 관행과 신의칙에 비추어 허용되는 정도를 넘어, 소비자의 상품 또는 용역의 선택에 영향을 미칠 가능성 또는 위험성이 인정된다고 단정하기 어렵다.

다. 불공정거래행위로서 차별행위 관련 상고이유에 대한 판단

대법원은 먼저 불공정거래행위로서 거래조건의 차별에 해당하기 위해서는 “특정사업자에 대한 거래조건이나 거래내용이 다른 사업자에 대한 것보다 유리 또는 불리하여야 할 뿐만 아니라 그 유리 또는 불리한 정도가 현저하여야 하고, 또 그렇게 차별하는 것이 부당한 것이어야 한다”는 기존 판례(대법원 2006. 5. 26. 선고 2004두3014 판결 참조)를 제시하였다.

그리고 이 사건에 관한 원심의 판단에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

원심은 그 판시와 같은 이유로, 원고가 이 사건 행위로 검색 알고리즘을 N 스토어 상품에 유리하게 조정함으로써 N 스토어 입점사업자와 이 사건 경쟁 오픈마켓 입점사업자를 차별하였고, 이 사건 행위로 인한 N 스토어 상품과 기타 오픈마켓 상품의 노출점유율의 차이 등에 비추어 그 차별의 정도가 현저하다고 보았다. 나아가 원심은, 원고가 의도적으로 자사의 N 스토어 상품의 우선 노출을 유도한 이상 이는 비교쇼핑서비스의 존재 의의에 반하는 것으로서 부당하고, 그 결과 N 스토어의 점유율이 증가하였으므로 오픈마켓 시장에서의 공정한 경쟁이 저해되어 이 사건 행위에 부당성이 인정된다고 판단하였다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이, 원고에게 원고가 제공하는 상품 또는 용역과 타사가 제공하는 상품 또는 용역을 동등하게 대우하도록 요구할 법령상 근거는 없다. 이 사건 행위로 인하여 피고가 주장하는 ‘경쟁제한의 효과가 생길 만한

구체적인 우려'가 충분히 증명되었다고 보기 어렵고, 원심이 판시한 사정만을 들어 차별의 현저성을 인정하기도 어려우므로 불공정거래행위로서의 차별행위도 성립하지 않는다.

V. 대법원 판결의 의의 및 평가

1. 대법원 판결의 의의

이 판결은 온라인 플랫폼 사업자의 지위남용행위 중 자사우대 행위에 대한 최초의 대법원 판결로서, 자사우대와 관련된 주요 쟁점들을 공정거래법상 시장 지배적 지위남용 및 불공정거래행위의 체계 안에서 다루면서, 위법성의 판단 기준도 역시 기존 판례의 법리를 충실하게 적용한 사례라고 평가할 수 있다.⁷

대법원은 이러한 법리를 바탕으로 차별행위의 존재를 인정하면서도, 부당성은 인정되기가 어렵다는 점을 비교적 상세하게 판단하였다. 대법원은 우선, 이 사건 행위의 경쟁제한적 효과가 문제 되는 오픈마켓 시장에서 유효한 경쟁이 계속되고 있었던 사실을 고려하면 원고의 차별행위가 성과경쟁을 위한 행위였을 가능성이 있고, 처분 대상행위인 알고리즘 조작행위의 횟수가 5건에 불과한 점 등에 비추어 보면, 원고의 경쟁제한적 의도가 충분히 증명되었다고 보기 어려우므로 시장지배적 지위남용행위가 성립하지 않는다는 취지로 판단하였다.⁸

그리고 이 사건 행위로 인하여 '경쟁제한의 효과가 생길 만한 구체적인 우려'가 충분히 증명되었다고 보기 어렵고, 차별의 현저성을 인정하기도 어려우

⁷ 최은진, 알고리즘 조정·변경행위에 관한 공정거래법상 쟁점과 최근 대법원 판결의 함의: 네이버 쇼핑 건을 중심으로, 경제법연구 제24권 3호(2025), 101면 이하, 특히 126면 참조.

⁸ 조혜수, “2025년 경쟁법 판례 회고”, 한국경쟁법학회, 경쟁법 판례 회고와 신진 연구의 동향 (2026 (사) 한국경쟁법학회 춘계학술대회 자료집), 145면 이하, 특히 152~158면 참조.

로 불공정거래행위로서의 차별행위도 성립하지 않는다고 판시하였다.

2. 대법원 판결에 대한 평가

대법원은 이 판결에서 온라인 플랫폼 사업자의 자사우대행위가 공정거래법에 위반하는지 여부를 판단함에 있어서, 온라인 플랫폼 기업과 전통적인 파이프라인 기업의 차이를 전혀 고려하지 않고, 대표적인 전통적인 산업에 해당하는 철강회사의 시장지배적 지위남용행위에 관한 기존의 판례(대법원 2007.11.22.선고 2002두8626, 전원합의체 판결)에서 제시된 일반 법리를 대체로 그대로 적용함으로써, 온라인 플랫폼 시장에서 자주 발생하고 있는 자사우대행위의 위법성 판단의 기준을 명확히 제시하지 못하였다는 아쉬움을 남기고 있다.

가. 온라인 플랫폼 시장의 특성에 대한 고려 부족

우선, 온라인 플랫폼시장에서 중개기능을 수행하는 온라인 플랫폼사업자는 경쟁의 참여자인 동시에 경쟁의 조건과 규칙을 결정할 수 있는 이중적 지위에서 이른바 관문(gate keeper)의 역할을 담당하고 있는 데다가, 그가 구축한 이용자 기반과 그의 중개기능은 그 플랫폼과 연계된 시장에서 다른 경쟁자들이 갖기 어려운 이점으로 작용할 수 있기 때문에, 어떤 온라인 플랫폼 시장에서 지배적 지위를 차지하고 있는 온라인 플랫폼사업자는 그 지배력을 이용하여 그와 연계된 다른 시장에서도 손쉽게 경쟁자를 배제 또는 방해하거나 거래상대방이나 소비자의 이익을 침해할 우려가 있다. 즉 온라인 플랫폼 시장에서는 간접네트워크 효과, 쓸림현상, 고착효과 등으로 인하여 일단 지배적 지위를 확보하고 나면 그 지위가 더욱 공고해지지만, 경쟁제한의 효과가 나타나기까지는 상당한 기간이 소요될 수 있는데, 기존 판례의 법리에 따라 경쟁제한의 효과를 입증할 때까지 기다려야 한다면 적절한 규제를 하기가 어려워질 우려가 있다.⁹

⁹ 권정연, 네이버쇼핑 판결을 통해 살펴본 온라인 플랫폼 자사우대의 경쟁제한성 판단, 경제법 판

그럼에도 불구하고 이 판결은 온라인 플랫폼 사업자의 지위남용행위가 문제된 사안에서 전통적인 철강사업자의 지위남용행위에 대한 기존 판례의 일반 법리를 그대로 적용함으로써, 온라인 플랫폼 사업자의 특성을 반영한 기준으로 자사우대행위의 위법성을 판단할 수 있는 법리를 제시하지 못하고 있다.

이 판결은 이러한 온라인 플랫폼시장의 특성과 온라인 플랫폼 사업자의 이중적 지위를 전혀 고려하지 않고, 파이프라인 기업에 대한 기존의 판례가 제시한 법리에 따라 위법성 판단의 기준을 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는지 여부에 두고 있다. 그런데 파이프라인 기업과 온라인 플랫폼 기업은 추구하는 목적이나 경쟁방식이 서로 다르다. 먼저 파이프라인 기업은 자원을 소유하거나 통제하여 규모의 경제를 추구하는 반면, 플랫폼 기업은 플랫폼 참여자의 자원을 플랫폼을 통하여 조정한다. 그리고 파이프라인 기업은 기업내의 가치사슬 생산프로세스의 효율성과 최적화를 목적으로 가치를 창출하고자 하는 반면, 플랫폼 기업은 플랫폼 참여자 간의 상호작용을 촉진함으로써 가치를 창출하고자 한다. 마지막으로 파이프라인 기업은 가치 사슬의 끝에 있는 고객의 평생 가치를 극대화하고자 하는 반면, 디지털 비즈니스 기업은 네트워크 효과를 통해 선순환구조가 이루어져 플랫폼 생태계 전체의 가치를 극대화하고자 한다.¹⁰ 그런데 이 판결은 이러한 차이를 전혀 고려하지 않고 대표적인 파이프라인 기업인 포스코에게 내려진 판결에서 제시된 일반 법리를 온라인 플랫폼 기업인 네이버에게 그대로 적용함으로써 온라인 플랫폼 시장의 특성을 제대로 고려하지 못하고 있다.

나. 기존 판례의 한계

그리고 이 판결이 준거로 삼고 있는 기존의 판례 즉, 이른바 포스코 판결은

레연구회 세미나(2026.6.18.) 발표자료, 15면 참조.

¹⁰김기영·임건신, 앞의 논문, 473면 참조.

시장지배적 사업자의 거래거절에 대하여 그 거래거절로 인하여 특정 사업자가 불이익을 입게 되었다는 사정만으로는 부당성을 인정하기에 부족하다고 판시함으로써, 시장지배적 사업자의 지위남용 중에서 착취남용은 물론이고, 방해남용의 성립도 부정하고 오로지 배제남용의 성립만 인정하고 있으면서, 배제남용의 부당성을 판단함에 있어서는 공정위가 경쟁제한성이라는 객관적 요건과는 별도로 행위자의 의도나 목적이라는 주관적 요건을 입증하도록 요구함으로써, 학계로부터 시장지배적 지위남용행위에 관한 글로벌 스탠다드에 부합하지 않는다는 비판을 받고 있다.¹¹

그런데 온라인 플랫폼시장에서 시장지배적 지위를 가진 플랫폼은 플랫폼 생태계에 깊숙이 뿌리 박힌 강력한 네트워크 효과를 통해 성장해 왔으며, 최종이용자와 사업이용자간 수많은 거래를 매개하고 최종이용자의 정보를 광범위하게 추적 및 분석하는 게이트키퍼의 역할을 통해 공고한 지위를 지속적으로 유지하고 있다. 그리고 이러한 시장지배적 플랫폼이 핵심 플랫폼 서비스를 중심으로 복합기업 생태계(conglomerate ecosystems)를 형성하고 기존의 진입장벽을 강화하여 디지털 시장에 대단한 영향력을 미치고 있으며, 디지털 시장에 대한 접근을 통제하고 있고, 디지털시장에 깊숙이 침투하여 수많은 사업상 이용자들을 게이트키퍼에게 의존하도록 함으로써, 그 지위를 이용하여 경쟁을 제한하거나 불공정한 거래를 할 수 있다. 따라서 디지털 분야에서 불공정거래행위의 발생이나 약한 진입위협(weak contestability)으로 인해 높은 가격과 낮은 품질이 나타날 수 있으며, 소비자 선택권이 줄어들고 혁신에 부정적인 영향을 미칠 수 있기 때문에, 디지털 경제에 있어서 혁신을 보호하고 소비자선택권을 강화하기 위해서는 시장지배적인 온라인 플랫폼 사업자의 지위남용행위나 불공정거래행위에 대하

¹¹권오승, 대한민국 경제질서 -자유롭고 공정한 경제질서를 위하여-, 대한민국학술원, 2026, 80면 이하 특히 90면 참조.

여 보다 빨리 그리고 적극적으로 대처할 필요가 있다.¹² 그러나 기존 판례의 일반 법리에 따르면 착취남용이나 방해남용을 규제할 수 없을 뿐만 아니라 배제남용도 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려를 입증하기 어려워서 이를 적절히 규제하지 못하는 과소집행(false negative)의 우려를 낳고 있다.

다. 경쟁제한의 효과와 그 우려에 대한 입증

이 판결은 이 사건 행위가 일어나는 기간 동안 원고의 N 스토어는 시장점유율이나 거래액, 입점사업자 수에서 경쟁 오픈마켓에 비해 상대적으로 높은 증가율을 보인 사실은 인정하지만, 경쟁 오픈마켓의 전체 거래액과 거래건수 중 N 쇼핑을 통한 거래액과 거래건수의 비중은 상대적으로 낮은 수준이고, N 쇼핑 등 비교쇼핑서비스를 통하지 않은 채 직접 경쟁 오픈마켓을 방문하여 이루어진 거래액과 거래건수의 비중이 상대적으로 높은 수준으로 나타나고 있으며, 경쟁 오픈마켓의 거래액은 꾸준히 증가하였고, 경쟁 오픈마켓 입점사업자의 수도 유지되었으며, 이 사건 행위로 인하여 이 사건 경쟁 오픈마켓의 비용이 상승하였다고 볼 근거도 없다. 오히려 이 사건 행위에도 불구하고 유력한 신규 사업자들이 오픈마켓 시장에 진입하여 안착하기도 하는 등 오픈마켓 시장에서는 유효한 경쟁이 계속되고 있었던 사실을 알 수 있다. 따라서 원심으로서 원고의 시장점유율이나 거래액, 입점사업자 수의 증가가 이 사건 행위로 인한 것인지, 아니면 원고의 시장성장에 기초한 경쟁, 이른바 ‘성과경쟁’의 산물이거나 관련 시장의 전반적인 확대에 의한 것인지 등을 심리하고, 오픈마켓 시장에서의 경쟁상황을 종합적으로 고려하여 이 사건 행위가 경쟁제한의 효과를 일으킬 만한 우려가 있는 행위인지를 판단하였어야 할 것인데, 그렇게 하지 않은 잘못이 있다고 판시하고 있다.

¹² 김윤정, 디지털 경제에서의 공정거래법상 시장지배적 지위남용금지규정에 대한 입법평가, 한국 법제연구원, 2022,

그런데 이 판결은 자사우대행위의 경쟁제한성을 판단하는 기준으로 종래 판례에서 제시된 기준, 즉 ① 상품의 가격 상승, ② 산출량 감소, ③ 혁신 저해, ④ 유력한 경쟁사업자 수의 감소, ⑤ 다양성 감소 등과 같은 요소들을 중에서 주로 전통적인 산업에서 중시되고 있는 ①과 ②의 요소를 위주로 검토를 실시하고, 디지털 경제에서 강조되고 있는 ③과 ⑤의 비가격적, 동태적 요소에 대하여는 제대로 검토하지 않은 아쉬움을 남기고 있다.¹³

그리고 기존의 판례에 제시된 일반 법리에 따른 경쟁제한의 효과에 대한 판단은 주로 그 행위의 배제적 효과에 초점을 맞추고 있는데, 온라인 플랫폼 시장과 같은 역동적인 시장에서는 배제적 효과뿐만 아니라 방해적 효과나 잠재적 경쟁의 제한도 문제될 소지가 있는데, 이러한 기존 판례의 일반 법리를 가지고서 온라인 플랫폼 시장에서 제기되고 있는 다양한 경쟁제한의 문제를 적절히 규율할 수 있을지는 의문이다. 특히 이 사건의 경우처럼, 온라인 플랫폼 시장에서 중개기능을 수행하는 온라인 플랫폼사업자가 자신이 중개하는 거래에 판매자로 참여하고 있는 경우에, 그 사업자가 압도적인 이용자 기반을 토대로 시장 지배적 지위를 차지하고 있다면, 그는 일종의 관문 역할을 담당하게 되는데, 이처럼 어떤 시장의 경쟁조건에 영향을 미칠 능력과 인센티브를 가지고 있는 사업자가 자사우대를 통하여 그 시장의 경쟁조건을 자신에게 유리하게 변경하는 차별행위를 하고 있는 경우에, 이를 과연 기존의 판례에서 제시된 일반 법리를 가지고서 적절히 해결할 수 있을지는 의문이라고 생각된다.¹⁴

한편, ‘경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려’에 대한 입증에 관하여, 대법원은 이 사건 행위의 부당성을 인정하기 위해서는 원고의 이 사건 행위로 인하여 경

¹³서정, 2026.6.19. 경쟁법학회 하계학술대회 토론문, 전계 공동학술대회 자료.136~137면 참조.

¹⁴조혜신, 온라인 플랫폼사업자의 자사우대 관련 네이버 쇼핑 사건 및 카카오 모빌리티 사건에 대한 분석, 경쟁법연구, 제53권, 2026년 3월, 306면 이하, 특히 328~330면 참조.

쟁제한의 효과 발생이 문제되는 오픈마켓 시장에서 경쟁제한의 효과가 생길 만한 ‘구체적인 우려’가 있었다는 점을 증명하여야 하며, 원고가 비교쇼핑서비스 시장에서의 지배적 지위를 이용하여 오픈마켓 시장에서 경쟁제한을 초래할 개연성이 있음을 증명하여야 한다고 보고 있다.

라. 차별행위의 부당성 판단

이 판결은 이 사건 행위를 이루는 검색 알고리즘의 수정은 원고의 N 스토어에 입점한 상품을 경쟁 오픈마켓에 입점한 상품에 비해 검색결과 노출 순위 면에서 우대하는 것으로 거래상대방별로 거래조건을 차별하는 행위에 해당한다는 점을 인정하고 있다. 그러나 원고가 온라인 플랫폼사업자로서 시장지배적 사업자라는 이유만으로 타사와의 거래조건을 설정할 때 원고가 제공하는 상품 또는 용역과 동등하게 대우하도록 원고에게 요구할 법령상 근거가 있는 것은 아니므로, 원고의 행위가 시장지배적 지위남용행위로서의 차별행위에 해당하기 위해서는 부당성이 인정되어야 한다고 판시하고 있다. 이는 원고의 자사우대행위가 거래조건을 차별하는 행위에는 해당된다는 점은 인정하지만, 그것이 시장지배적 지위남용행위로서의 차별행위에 해당하기 위해서는 다시 그 차별의 이유와 정도 등에 비추어 부당성이 인정되어야 한다는 것을 의미한다.

그런데 이 판시는 대법원이 우리나라에서는 EU와는 달리, 시장지배적 사업자에게 이른바 특별의무 내지 특별책임(special responsibility)을 인정하지 않는다는 점을 전제로 하고 있는 것으로 보인다. 그러나 이러한 전제는 타당하지 않다. 왜냐하면 시장지배적 사업자에게 특별책임을 최초로 인정한 EU에서도 그것이 어떤 법령상 근거가 있어서가 아니라, 유럽 최고법원(ECJ)이 EC 조약 제 82조(현 TFEU 제102조)에 규정된 시장지배적 지위남용 금지제도의 취지를 설명하면서 사용하게 된 표현이기 때문이다.¹⁵ 즉, 시장지배적 사업자는 그가 시장에서

¹⁵ EuGH v. 09.11.1983-Rs.322/81.Slg.1983.3461 Tz.57 – Michelin/Kommission= WuW/E

차지하는 특수한 지위로 인하여 남은 경쟁을 유지해야 특별한 책임을 부담한다. EC 조약 제82조의 일반적인 목표는 어떤 시장에서 시장지배적 사업자의 존재로 인하여 이미 경쟁이 약화되어 있는 경우에, 그 시장에 아직 남아 있는 경쟁을 유지하기 위하여 시장지배적 사업자의 행위에 대한 통제를 도입하는 것이다.¹⁶

한편, 이 판결에서 대법원은 원고에게 동등대우 의무가 인정되지 않는다고 하면서, 시장지배적 사업자인 원고가 행한 차별행위의 부당성을 별도로 판단하지 않고, 이를 일반 사업자의 차별취급행위와 동일하게 취급하고 있는데, 이러한 태도는 타당하지 않다. 왜냐하면 어떤 사업자가 관련시장에서 차지하는 지위가 강하면 강할수록 그의 행위가 경쟁을 제한하거나 거래상대방의 이익을 침해할 가능성도 그만큼 커지게 되기 때문에, 원고가 시장지배적 사업자로 온라인 플랫폼시장에서 차지하는 비중이나 경쟁에 미치는 영향에 비추어 볼 때, 원고의 차별행위를 일반 사업자의 차별취급과 동일하게 취급하는 것은 옳지 않기 때문에, 보다 완화된 기준으로 엄격하게 판단할 필요가 있을 것이다. 즉, 그 차별이 사소한 경우에는 이를 문제 삼을 필요가 없지만, 일반 사업자의 차별행위의 경우처럼 그 차별의 정도가 현저할 필요는 없고, 상당하거나 주목할만 하고(appreciable), 또 그렇게 차별하는 것이 부당하면 위법하다고 보는 것이 타당할 것이다. 그럼에도 불구하고 대법원은 이 사건에서 이러한 점들을 면밀히 검토하지 않고, 시장지배적 사업자인 원고의 자사우대행위에 대하여 일반 사업자의 차별행위에 대한 부당성 판단기준을 그대로 적용하여, 그 행위가 다른 사업자의 사업활동 방해행위(법 제 5조 1항 3호) 중 부당한 차별행위에 해당되지 않는다고 판시하고 있는데, 이는 공정거래법이 시장지배적 지위의 남용금지(법

EWG/MUV 642.

¹⁶EuGH v. 13.02.1979-Rs 85/76. Slg 1979.461 Tz.91 -Hoffmann-LaRoche/Kommission= WuW/E EWG/MUV 447.

제 5조)를 불공정거래행위의 금지(법 제 45조)와 별도로 보다 엄격하게 규율하고 있는 제도의 취지를 제대로 고려하지 않은 것으로서 타당하지 않은 것으로 생각된다.

마. 경쟁제한의 의도에 대한 입증

이 판결은 기존의 판례가 제시한 일반법리에 따라, 피고인 공정위가 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려와는 별도로 그에 대한 의도나 목적이 있었다는 점을 입증하도록 요구하고 있을 뿐만 아니라, 원고가 이 사건 행위가 문제되는 기간 동안 수십 차례에 걸쳐 검색 알고리즘을 조정·변경해 왔는데, 피고는 이 중에서 원고에게 유리한 노출 결과를 가져온 5건의 검색 알고리즘 조정·변경만을 선별하여 이 사건 처분사유로 삼고 있는 사실을 지적하면서, 일련의 검색 알고리즘 개선 과정에서 이루어진 행위 중 일부만을 선별하여 이를 근거로 경쟁제한의 의도나 목적을 인정하는 것은 원고의 실제 의도나 목적을 왜곡할 우려가 있다고 판시하고 있다.

그런데 시장지배적 사업자의 지위남용행위의 부당성을 판단함에 있어서, 중요한 것은 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려이고, 행위자의 의도나 목적은 경쟁제한의 효과를 추단하기 위한 보조적 요건사실에 불과하기 때문에,¹⁷ 피고로서는 그러한 의도나 목적이 있었다는 것을 입증하면 그것으로 충분하지, 그것이 전체 행위에서 어느 정도의 비중을 차지하는지까지 입증할 필요는 없을 것이다. 따라서 피고가 일련의 검색 알고리즘 조정·변경 과정에서 원고에게 유리한 노출 결과를 가져온 5건의 검색 알고리즘 조정·변경만을 선별하여 이를 근거로 경쟁제한의 의도나 목적을 인정하는 것이 원고의 실제 의도나 목적을 왜곡할 우려가 있다고 본 것은 타당하지 않은 것으로 보인다.

¹⁷조혜신, 앞의 논문, 331면 참조.

VI. 맺는 말

이상에서 최근 온라인 플랫폼 시장에서 제기되고 있는 온라인 플랫폼사업자의 지위남용행위 중에서, 특히 자사우대 행위에 대하여 대법원에서 내린 판결에 대하여 그 내용과 의미에 대하여 살펴보고, 그 판결의 의의와 평가에 대하여 검토해 보았다.

이 판결은 온라인 플랫폼사업자의 자사우대 행위에 대한 최초의 대법원 판결이라는 점에서 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 그럼에도 불구하고, 이 판결은 온라인 플랫폼시장의 특성과 중개기능을 수행하는 온라인 플랫폼사업자의 이중적 지위와 관문의 역할을 제대로 고려하지 않고, 기존의 판례가 제시한 일반 법리에 따라 위법성 판단의 기준을 오로지 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는지에 두고 있으며, 그 경쟁제한의 효과에 대한 평가도 주로 배제남용을 중심으로 하여 판단하여 방해남용이나 착취남용 또는 잠재적 경쟁의 제한에 미치는 효과를 제대로 고려하지 않고 있다는 아쉬움을 남기고 있다.

그리고 차별행위의 부당성 판단에 관하여 원고가 온라인 플랫폼사업자로서 시장지배적 사업자라는 이유만으로 타사와의 거래조건을 설정할 때 원고가 제공하는 상품 또는 용역과 동등하게 대우하도록 원고에게 요구할 법령상 근거가 있는 것은 아니라는 이유로, 시장지배적 사업자의 차별행위에 대하여 일반 사업자의 차별취급에 대한 부당성 판단기준을 그대로 적용하여, 그 부당성을 부인하는 잘못을 범하고 있다.

한편, 피고가 일련의 검색 알고리즘 조정·변경 과정에서 원고에게 유리한 노출 결과를 가져온 5건의 검색 알고리즘 조정·변경만을 선별하여 이를 근거로 경쟁제한의 의도나 목적을 인정하는 것은 원고의 실제 의도나 목적을 왜곡할 우려가 있다고 판시하고 있는데, 이는 시장지배적 지위남용행위의 부당성을 판단함에 있어서 행위자의 의도나 목적이 가지는 의미를 지나치게 강조한 것으로 타당하지 않는 것으로 보인다.

요컨대 이 판결은 온라인 플랫폼사업자의 자사우대행위에 관한 최초의 대법원 판결로서 대단히 중요한 의미를 가지고 있지만, 온라인 플랫폼시장의 특성과 중개기능을 수행하는 온라인 플랫폼사업자의 이중적 지위와 관문의 역할을 제대로 고려하지 않고, 기존의 판례가 제시한 일반 법리에 따라, 온라인 플랫폼사업자의 자사우대행위가 차별행위에 해당한다는 점은 인정하면서도 그 부당성에 대한 판단을 제대로 하지 않음으로써, 온라인 플랫폼시장에서 자주 발생하고 있는 시장 지배적 사업자의 지위남용행위 중 자사우대행위로 인한 경쟁제한이나 불공정거래의 우려를 해소할 수 있는 기준을 제시하지 못하고 있으며, 이는 결과적으로 온라인 플랫폼시장에서 시장지배적인 플랫폼사업자의 지위남용행위에 대한 과소규제를 초래할 우려가 있다는 비판을 면하기 어려울 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

<저서>

권오승, 『대한민국 경제질서 -자유롭고 공정한 경제질서를 위하여-』, 대한민국 학술원, 2026.

<논문>

강상엽, “플랫폼과 불공정 의심행위: MFN과 알고리즘에 대한 법경제학적 논의” · 디지털 시장의 혁신 생태계 조성을 위한 경쟁법·정책의 방향”, 한국 경쟁법학회·공정거래위원회 하계 공동학술대회 자료, 2026.

권정연, “네이버쇼핑 판결을 통해 살펴본 온라인 플랫폼 자사우대의 경쟁제한성 판단”, 경제법 판례연구회 세미나 발표자료, 2026.

김기영·임건신, “한국 디지털 플랫폼비즈니스의 특성과 전략”, 학술원논문집(인문·사회과학편) 제61집 제1호, 2022.

서정, “2026.6.19. 경쟁법학회 하계학술대회 토론문”, “디지털 시장의 혁신 생태계 조성을 위한 경쟁법·정책의 방향”, 한국경쟁법학회·공정거래위원회 하계 공동학술대회 자료, 2026.

조혜수, “2025년 경쟁법 판례 회고”, 한국경쟁법학회, 경쟁법 판례 회고와 신진 연구의 동향(사단법인 한국경쟁법학회 춘계학술대회 자료집), 2026.

조혜신, “온라인 플랫폼사업자의 자사우대 관련 네이버 쇼핑 사건 및 카카오 모빌리티 사건에 대한 분석”, 경쟁법연구 제53권, 2026.

최은진, “알고리즘 조정·변경행위에 관한 공정거래법상 쟁점과 최근 대법원 판결의 함의: 네이버쇼핑 건을 중심으로”, 경제법연구 제24권 3호, 2025.

<기타>

김윤정, <디지털 경제에서의 공정거래법상 시장지배적 지위남용금지규정에 대한

입법평가>, 한국법제연구원, 2022.

2. 외국어문헌

[독일어]

<저서>

BORGENREUTHER, Manuel, *Selbstbevorzugung auf Plattformmärkten*, Nomos/C.H. Beck (2022).

PODSZUN, Rupprecht, *Digital Markets Act*, Nomos (2024).

초 록

최근 인터넷 경제가 일반화됨에 따라 온라인 플랫폼 시장에서도 여러 가지 경쟁법적 이슈들이 제기되고 있다. 이 글은 이러한 이슈들 중에서, 온라인 플랫폼 사업자의 지위남용행위에 대하여 고찰하되, 특히 자사우대 행위에 초점을 맞추어 검토하되, 최근에 대법원에서 내린 이른바 네이버판결에 대하여 그 내용과 의미에 대하여 자세히 살펴보고, 그 판결의 의의와 평가에 대하여 검토해보기로 하였다.

그런데 이 판결은 온라인 플랫폼사업자의 자사우대 행위에 대한 최초의 대법원 판결이라는 점에서 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 그럼에도 불구하고, 이 판결은 온라인 플랫폼시장의 특성과 중개기능을 수행하는 온라인 플랫폼사업자의 이중적 지위와 관문의 역할을 제대로 고려하지 않고, 기존의 판례가 제시한 일반 법리에 따라 위법성 판단의 기준을 오로지 경쟁제한의 효과가 생길 만한 우려가 있는지에 두고 있으며, 그 경쟁제한의 효과에 대한 평가도 주로 배제남용을 중심으로 하여 판단하여 방해남용이나 착취남용 또는 잠재적 경쟁의 제한에 미치는 효과를 제대로 고려하지 않고 있다는 아쉬움을 남기고 있다.

그리고 차별행위의 부당성 판단에 관하여 원고가 온라인 플랫폼사업자로서 시장지배적 사업자라는 이유만으로 타사와의 거래조건을 설정할 때 원고가 제공하는 상품 또는 용역과 동등하게 대우하도록 원고에게 요구할 법령상 근거가 있는 것은 아니라는 이유로, 시장지배적 사업자의 차별행위에 대하여 일반 사업자의 차별취급에 대한 부당성 판단기준을 그대로 적용하여, 그 부당성을 부인하고 있는데 이는 타당하지 않은 것으로 보인다.

한편, 피고가 일련의 검색 알고리즘 조정·변경 과정에서 원고에게 유리한 노출 결과를 가져온 5건의 검색 알고리즘 조정·변경만을 선별하여 이를 근거로

경쟁제한의 의도나 목적을 인정하는 것은 원고의 실제 의도나 목적을 왜곡할 우려가 있다고 판시하고 있는데, 이는 시장지배적 지위남용행위의 부당성을 판단함에 있어서 행위자의 의도나 목적이 가지는 의미를 지나치게 강조한 것으로서 타당하지 않는 것으로 보인다.

요컨대 이 판결은 온라인 플랫폼사업자의 자사우대행위에 관한 최초의 대법원 판결로서 대단히 중요한 의미를 가지고 있지만, 온라인 플랫폼시장의 특성과 중개기능을 수행하는 온라인 플랫폼사업자의 이중적 지위와 관문의 역할 등을 제대로 고려하지 않고, 기존의 판례가 제시한 일반 법리에 따라, 온라인 플랫폼사업자의 자사우대행위가 차별행위에 해당한다는 점을 인정하면서도 그 부당성에 대한 판단을 제대로 하지 않음으로써, 온라인 플랫폼시장에서 자주 발생하고 있는 시장지배적 사업자의 지위남용행위 중 자사우대행위로 인한 경쟁제한이나 불공정거래의 우려를 해소할 수 있는 적절한 기준을 제시하지 못하고 있으며, 결과적으로 온라인 플랫폼시장에서 시장지배적인 플랫폼사업자의 지위남용행위에 대한 과소규제를 통하여 자유롭고 공정한 온라인 플랫폼 생태계를 조성할 수 있는 기회를 놓칠 우려가 있다는 비판을 면하기 어려울 것으로 보인다.

<주제어> 온라인 플랫폼, 온라인 플랫폼의 특성, 온라인 플랫폼 사업자, 시장지배적 지위남용, 자사우대행위, 차별행위

A b s t r a c t

As the internet economy has recently become pervasive, various competition-law issues have arisen in online platform markets. Among these issues, this Article examines the abuse of market-dominant position by online platform operators, specially focusing on self-preferencing practices. It provides a detailed analysis of the content and significance of the recent so-called Naver decision rendered by the Supreme Court, and further considers the implications and evaluation of that decision.

The decision is highly significant in that it is the first Supreme Court judgment concerning self-preferencing conduct by an online platform operator. Nevertheless, the decision leaves room for criticism. It fails to give adequate consideration to the distinctive characteristics of online platform markets, as well as to the dual position and gatekeeping role of online platform operators that perform intermediary functions. Instead, relying on the general legal principles developed in existing case law, the Court placed the standard for determining illegality solely on whether there was a likelihood of anti-competitive effects. Moreover, its assessment of such anti-competitive effects was conducted primarily from the perspective of exclusionary abuse, without sufficient consideration of obstructive abuse, exploitative abuse, or effects on the restriction of potential competition.

With respect to the assessment of the unfairness of discriminatory conduct, the Court denied unfairness on the ground that, merely because the plaintiff was a market-dominant undertaking as an online platform operator, there was no statutory basis for requiring the plaintiff, when setting terms and conditions of transactions with third parties, to treat those third parties equivalently to the goods or services provided by the plaintiff itself. In doing so, the Court applied, without modification, the standard for assessing the unfairness of discriminatory treatment by general undertakings to discriminatory conduct by a market-dominant undertaking. This approach does not appear to be persuasive.

Meanwhile, the Court held that recognizing an anti-competitive intent or purpose on the basis of only five selected search-algorithm adjustments or modifications-among a series of such adjustments and modifications-that resulted in favorable exposure outcomes for the plaintiff would risk distorting the plaintiff's actual intent or purpose. This reasoning appears to place excessive emphasis on the significance of the actor's intent or purpose in assessing

the illegality of an abuse of market-dominant position, and therefore does not appear to be sound.

In sum, although this decision is of considerable importance as the first Supreme Court judgment concerning self-preferencing by an online platform operator, it does not adequately take into account the distinctive characteristics of online platform markets or the dual position and gatekeeping role of online platform operators that perform intermediary functions. Applying the general legal principles articulated in existing case law, the Court acknowledged that the online platform operator's self-preferencing constituted discriminatory conduct, yet failed to conduct an adequate assessment of its unfairness. As a result, the decision did not provide an appropriate standard capable of addressing concerns over restraints of competition or unfair trade practices arising from self-preferencing, a form of abuse of market-dominant position frequently observed in online platform markets. Ultimately, the decision appears difficult to defend against the criticism that, by false negative on prohibiting abuses of dominance by market-dominant platform operators in online platform markets, it risks forfeiting an opportunity to foster a free and fair online platform ecosystem.

<Keywords> online platform; characteristics of online platforms; online platform operator; abuse of market-dominant position; self-preferencing; discriminatory conduct.

在线平台经营者的地位滥用行为*

——以关于自我优待行为的韩国大法院判决为中心

Abuse of Market-Dominant Position by Online Platform Operators

-Focusing on the Supreme Court Decision on Self-Preference

权五乘（首尔大学法学院名誉教授）

KWON, Oh-Seung(Professor Emeritus, Seoul National University)

陈焰妮（仁荷大学AI数据法学系博士研究生）译

Translator CHEN YANNI (Doctoral Student, Department of Law, Inha University)

- 一、 前言
- 二、 在线平台市场的特性
- 三、 在线平台经营者的地位滥用
 - （一） 在线平台经营者的地位滥用行为
 - 1. 地位滥用行为的意义
 - 2. 地位滥用行为的类型
 - （二） 自我优待行为
- 四、 关于Naver自我优待行为的韩国大法院判决
 - （一） 案件概要
 - （二） 诉讼经过

*本文系对 2026 年 5 月 25 日第 2 届韩中人工智能法制国际学术大会发表论文的修订补充。

（三）大法院的判断

1. 关于作为滥用市场支配地位行为的差别待遇行为之上告理由的判断
2. 关于不当诱引客户行为之上告理由的判断
3. 关于作为不公平交易行为的差别待遇行为之上告理由的判断

五、大法院判决的意义与评价

（一）大法院判决的意义

（二）对大法院判决的评价

1. 未充分考虑在线平台市场特性
2. 既有判例的局限
3. 关于限制竞争效果及其可能的证明
4. 差别待遇行为不当性的判断
5. 对限制竞争意图的证明

六、结语

I. 前言

随着数字经济高度发展，在线平台领域出现了新型限制竞争行为和不公平交易行为。因此，通过对这些行为进行适当规制来确立公平竞争秩序，已成为竞争法上的重要课题。在线平台市场所引发的问题具有有别于一般经营者的特性：在该市场中从事中介功能的在线平台经营者既是竞争参与者，又处于能够决定竞争条件和规则的双重地位；其建立的用户基础及中介功能还可能在与该平台相联结的市场中形成其他竞争者难以拥有的优势。为应对这些问题，各国一方面在现行法框架内努力处理，另一方面也试图就现行法难以解决的问题通过新立法加以应对。韩国亦然。然而，韩国公平交易委员会（以下简称“公平交易委员会”）虽优先尝试适用现行《垄断规制及公平交易法》（以下简称“垄断规制法”或“公平交易法”）解决这些问题，其努力却受到大法院严格法律解释的制约；通过新立法应对又因未能协调有关部门而未获成功，近来还因美国的贸易压力等因素，立法化处境困难。

本文首先简要考察在线平台市场的特性（II），继而概述在线平台市场中提出的各种竞争法问题，尤其是在线平台经营者的地位滥用行为（III），再详细分析大法院最近作出的关于在线平台经营者自我优待行为的判决（IV），随后评析该判决的意义（V），最后得出结论（VI）。

II. 在线平台市场的特性

1. 在线平台的特性

在线平台市场具有双边性或多边性、交叉网络效应、规模经济、数据的重要性以及名义上免费提供服务等特性。在线平台市场具有交叉网络效应，这一特性倾向于促进垄断化。在线平台从生态系统角度形成供给者与需求者相遇的数字网络；参与者数量增加时，价值创造的效应依梅特卡夫定律与连接用户数量的平方成正比。也就是说，当网络聚集到一定数量以上的用户时，用户数量会呈几何级增长，创造的价值也会爆发性增加。

此外，建设在线平台会产生投资和固定成本；但随着用户数量增加，新增用户的边际成本较低，平均成本显著下降的规模经济效应便会扩大。用户规模增大还会扩展相互关系并带来品牌效应；借助积累的客户体验数据，业务范围也可扩展至其他相邻领域。

另一方面，在线平台经营者可通过基于客户和供给者数据的扩张战略不断强化竞争力。在线平台借助数字技术可以转变为其他领域的平台或扩展其领域。但由于将平台模式转换或扩展到其他领域需要相当大的成本，往往固化为特定领域的平台，这可能构成其他平台的进入壁垒。¹

在上述特性中，交叉网络效应和规模经济尤为重要。一个平台一旦成功运

¹金基荣、林建信：《韩国数字平台商业的特性与战略》，《科学院论文集（人文·社会科学篇）》第61辑第1号（2022年），第526—527页。

营，便可能在短期内排除竞争者。其边际成本极低，增加更多用户也不成问题。因此，企业经营战略可能是在承受巨额亏损的情况下迅速扩张规模，以取得垄断地位。这不同于企业总须通过绩效竞争使自己区别于他人的经济模型。若某一市场因高网络效应和规模经济而倾斜到仅有一个平台能够存活，便可能在某些情形获得高额利润，出现所谓“赢家通吃”现象。由此产生的金融能力还使收购潜在竞争者等追加战略成为可能。平台一旦占据近乎垄断的地位，商业用户或消费者就会开始对其产生依赖。权力不对称最明显的例子是数字设备的操作系统：它使运营者能够控制在该设备上或与该设备一起发生的一切。考虑到计算机和智能手机的普及，这是一种极强的机制。其他服务也已成为互联网基础设施的组成部分。例如，法院曾将Google搜索结果页面的性质称为“类似必需设施”，或将Meta社交网络服务的运营称为“提供公共通信框架”。在这种情况下，平台运营者对于在当今经济或社会中维持商业活动或使用核心服务的人而言，成为“守门人（gatekeeper）”。²

因此，对于在具有这些特性的在线平台市场中出现的各种竞争法问题，采用传统方式不仅难以界定相关市场、判断市场支配地位和限制竞争性，而且判断时还必须同时考虑在线平台市场的创新性与动态性。

III. 在线平台经营者的地位滥用

1. 在线平台经营者的地位滥用行为

가. 地位滥用行为的意义

一般而言，竞争法上的地位滥用行为，是指经营者利用其地位限制竞争，或侵害交易相对方或消费者利益的行为；经营者具有市场支配地位时，依《垄断规制法》规制为滥用市场支配地位行为（第5条）；不具有该地位时，

²PODSZUN, Rupprecht, Digital Markets Act. Nomos (2024), 2.

则依该法第45条规制为不公平交易行为中的滥用交易地位行为。

4. 地位滥用行为的类型

在线平台经营者滥用其地位时，行为类型虽多种多样，通常可区分为限制多归属、要求最惠待遇、自我优待和搭售等。

1) 限制多归属

限制多归属（multi-homing）是指在线平台经营者直接或间接限制使用其平台的经营者同时使用竞争平台的行为。

限制多归属可能构成《垄断规制法》第5条第1项第5号前段的排除竞争经营者行为等，或同法第45条第1项第3号或第7号等。

2) 最惠待遇要求

最惠待遇（MFN, most favored nation）要求，是指在线平台经营者要求使用其在线平台的经营者，对在本平台交易的商品或服务之价格等交易条件，适用与其他流通渠道交易的价格等条件相同或更有利的条件。³

最惠待遇要求可能构成《垄断规制法》第5条第1项第3号的妨害其他经营者经营活动行为等，或同法第45条第1项第6号至第8号等。

3) 自我优待

自我优待（self-preferencing）是指在线平台经营者在其在线平台上，相较

³关于最惠待遇（MFN）的详细讨论，参见姜相烨：《平台与不公平可疑行为：MFN与算法的法律经济学讨论》，《为营造数字市场创新生态系统的竞争法·政策方向》（2026年韩国竞争法学会·公平交易委员会夏季联合学术大会资料），第33页以下。

于竞争经营者的商品或服务，对自身商品或服务给予更有利待遇的行为。

自我优待行为可能构成《垄断规制法》第5条第1项第3号妨害其他经营者经营活动行为中的不当差别待遇等，或同法第45条第1项第2号、第4号、第6号至第8号等。

4) 搭售

搭售（tying）是指在线平台经营者使使用在线平台的经营者将在线平台服务与其他商品或服务一并交易的行为。

搭售可能构成《垄断规制法》第5条第1项第3号其他妨害经营活动行为中的不利交易或强制行为，或第5号后段的损害消费者利益行为等，亦可能构成同法第45条第1项第3号、第6号至第8号等。

2. 自我优待行为

本文拟在上述各类地位滥用行为中，尤其考察自我优待行为。自我优待行为既包括在线平台经营者在其在线平台上将自身商品或服务相对于竞争经营者的商品或服务优先展示等直接优待行为，也包括将与自身交易的在线平台使用经营者的商品或服务相较于不与自身交易的使用经营者的商品或服务优先展示等间接优待行为。

但平台诱发自我优待的因素多种多样。简言之，其取决于平台的收益创造概念（Monetarisierungskonzept），而该概念与平台结构密切相连。⁴

只要平台以广告收益融资，它们首先会关心让用户尽可能长时间停留在自己的平台或生态系统中。用户流应尽可能始终在自己的世界内循环而不离

⁴BORGENREUTHER, Manuel, Selbstbevorzugung auf Plattformmärkten. Nomos/C.H. Beck (2022), 146f.

开。其一，停留时间越长，广告消费越多；其二，用户在平台停留更久会对匹配过程产生积极作用。持续使用该平台会提高平台运营者对用户的认识，这些认识以使用数据的形态储存，并用于（优化）营销和总体改善客户体验。

只要平台通过匹配过程融资，自我优待的动机只存在于交易平台而不存于非交易平台。对于交易平台而言，通过优待子公司，可以增加大量销售该企业商品或服务、进而增加营业额的机会。如果销售自有商品所得总收益高于中介竞争商品所获收益，平台就会无论消费者是否使用，受到中介自有商品的激励。

自我优待的另一动机可从平台运营者试图削弱下游市场竞争的关切中找到。为排除更有效率的竞争者，该行为可作为一种手段：在下游市场将自身商品的销售价格降至边际成本水平，同时提高中介更有效率竞争商品的手续费。平台运营者由此能够将自身效率较低的商品成功投入竞争，并在市场封闭后将其价格提高至超竞争水平。下游市场尚处于初期时，具有市场支配地位的经营者实施自我优待，可能占据该市场并由此长期保障其收益。

在通过该平台以获优待条件中介的商品还具有间接网络效应的特殊情况下，优待自身商品也有助于确保其在中介市场的支配地位。这可防止竞争者在下游市场确立支配地位并进一步将其整合到上游市场。例如，可以设想在某一操作系统平台之上，竞争者的应用商店作为另一平台占据支配地位，随后利用其用户基础将自己的操作系统推向市场并使其发挥重要作用的情形。

上述服务于短期和长期经济目标的激励绝非全部，此外还存在众多非金钱利益。例如，通过自我优待，新的商品或服务得以首次供给市场，并能在该平台发挥重要作用。进而，客户对该平台的信赖提高，对该市场的锁定性增强，这会降低转换可能性并形成额外进入壁垒。因此，自我优待可有助于形

成以保护既有平台为核心的生态系统。

IV. 关于 Naver 自我优待行为的韩国大法院判决

（韩国大法院 2025.10.16.宣告 2023 年 32709 判决）

1. 案件概要

原告自2003年起提供在线比价购物服务，2012. 3. 23.招募入驻经营者，开始提供购物中心平台服务；2018. 2.将名称变更为“N Store”，此后一直提供服务。

公平交易委员会（以下简称“被告”）认定，原告运营N购物时，为使N Store入驻经营者的商品在搜索结果中相对靠前展示，数次调整、变更搜索算法（以下简称“本案行为”）。被告认为原告的本案行为构成：①滥用市场支配地位行为中的不当交易条件差别待遇行为；②不公平交易行为中的交易条件差别待遇行为；以及③不当诱引客户行为，因此对原告作出改正命令和缴纳课征金命令。⁵

2. 诉讼经过

原审⁶认为，原告不当地差别对待N Store入驻经营者与竞争开放市场入驻经营者的交易条件，妨害了竞争开放市场入驻经营者和竞争开放市场的经营活动，因而认定构成滥用市场支配地位行为中的不当交易条件差别待遇行为。

其理由概括如下。①原告持续研究搜索算法的调整、变更对N Store商品展

⁵本案因是当时公平交易委员会以违反公平交易法为由，就Naver通过调整、变更平台算法实施“自我优待”予以明示制裁的首例，而受到关注。

⁶韩国首尔高等法院2022.12.14.宣告2021年36129判决。

示的影响；根据本案行为前后形成的原告内部文件等，可认定原告具有限制竞争的意图和目的。即便原告也具有增进多样性的意图，也不能据此否定其支持N Store的意图。②原告的N购物作为进入开放市场的流量渠道发挥极重要作用，原告在比价购物服务市场占据压倒性市场支配地位。原告原本在一般搜索服务市场具有支配地位；它以此获得的大量流量为基础，也在比价购物服务市场确立支配地位，进而扩大了在开放市场的份额。利用一市场的市场支配力在另一市场取得支配地位，或者虽为后进入者仍轻易扩大份额的行为，限制竞争性强，规制必要性也更大。③若因本案行为，原告在市场份额、交易额、入驻经营者数量等方面相对于竞争开放市场呈现较高增长率，即足以认定已发生或可能发生限制竞争效果。不能仅因竞争开放市场的交易额绝对值增加、开放市场整体规模增长、并持续有新经营者增加，就认为不存在发生该限制竞争效果的可能。

原审又认为，本案行为构成对交易条件的显著差别，故也构成不公平交易行为中的差别待遇行为。另一方面，原告违背消费者对N购物会提供最优商品搜索结果的期待，仅因商品为自有Smart Store入驻商品，就将其置于搜索结果前列，并以这种欺瞒方式诱导客户与自己交易，故还构成不当诱引客户行为；因而驳回原告全部请求。

3. 大法院的判断

大法院接受原告的上告，撤销原审判决并发回重审。理由要旨如下。

71. 关于作为滥用市场支配地位行为的差别待遇行为之上告理由的判断

作为市场支配经营者地位滥用行为的差别待遇行为，其成立要件之一“不当性”应依“促进独占（垄断）与寡占市场中的竞争”这一立法目的解释。因此，市场支配经营者对个别交易相对方即特定经营者具有不当意图或目的

而实施差别待遇的所有情形，或者仅因该差别待遇已使或可能使特定经营者经营活动遭遇困难等特定经营者处于不利地位，均不足以认定其不当性。除此之外，只有在其尤其具有维持、强化市场垄断的意图或目的，即意图或目的在于通过限制市场上的自由竞争而人为影响市场秩序，并且从客观上也可评价为可能产生这种限制竞争效果的行为之差别待遇时，方可认定不当性（参见韩国大法院2007.11.22.宣告2002号8626全体会议庭判决等）。

因此，作为主张市场支配经营者的差别待遇构成其地位滥用行为的被告，必须证明该差别待遇系可能产生商品价格上涨、产出减少、阻碍创新、有力竞争经营者数量减少、多样性减少等限制竞争效果，并具有相应意图和目的的行为。若证明差别待遇已实际产生上述效果，则可事实上推定行为当时存在限制竞争的可能及相应意图或目的。否则，应综合考察差别待遇的经过和动机、方式、相关市场特性、交易相对方因差别待遇遭受的不利程度、相关市场价格和产出是否变化、是否阻碍创新和减少多样性等多种情形，判断争议差别待遇是否为可能产生前述限制竞争效果并具有相应意图或目的的行为（参见韩国大法院2007.11.22.宣告2002号8626全体会议庭判决、韩国大法院2023.4.13.宣告2020号31897判决等）。如此，限制竞争的意图和目的须通过与之具有相当关联的相关事实予以判断；也不能仅凭限制竞争的意图和目的立即认定存在限制竞争的可能，故还应综合上述多种情形，判断争议差别待遇是否具有引发限制竞争的具体可能。即使问题在于作为市场支配经营者的在线平台经营者将自身商品或服务相对于竞争经营者的商品或服务给予有利差别待遇的行为，亦同。

进而，市场支配经营者的差别待遇所致限制竞争效果发生争议的相关市场，不仅可以包括市场支配经营者或竞争经营者所处的市场，也可以包括为该市场商品生产供应原材料、零部件、半成品等的市场，或接受该市场生产的商品并生产新商品的市场（参见韩国大法院2007.11.22.宣告2002号8626全

体合议庭判决、韩国大法院2023.4.13.宣告2020号31897判决等）。在这种市场支配经营者行为在其拥有支配地位的市场或行为发生市场以外的另一市场产生限制竞争效果争议的情形中，被告须证明因该行为已在另一市场实际发生限制竞争效果，或者行为当时存在导致限制竞争的可能。

大法院依据上述法理，认为原审对本案行为不当性的判断，误解了作为滥用市场支配地位之差别待遇行为的限制竞争效果以及限制竞争意图和目的的法理，且未尽必要审理，对判决结果造成影响。理由如下。

1) 关于在线平台经营者的平等对待义务

如原审所认定，即使将本案行为的交易相对方视为N Store入驻经营者和本案竞争开放市场入驻经营者，本案行为的实质效果仍波及N Store和竞争开放市场；因此，最终可评价为原告优待其提供的服务而非本案竞争开放市场提供服务的行为。不过，仅因原告作为在线平台经营者具有市场支配地位，并无法律依据要求原告在设定与第三方的交易条件时，必须将第三方提供的商品或服务与原告提供的商品或服务同等对待；因此，要使原告的本案行为构成滥用市场支配地位的差别待遇行为，仍须依前述法理认定其不当性。

2) 关于限制竞争效果发生可能性

除原告N购物作为进入开放市场的流量渠道发挥重要作用外，主张本案行为不当性的被告还须证明，原告的本案行为在存在限制竞争效果争议的开放市场中，具有可能产生限制竞争效果的具体可能。同样，被告须证明原告可能利用其在比价购物服务市场的支配地位，在开放市场导致限制竞争。不能仅因市场支配经营者的行为影响了其拥有支配地位的市场或行为发生市场以外的另一市场，就认为其限制竞争性强。

如原审所认定，在本案行为发生期间，原告N Store在市场份额、交易额和

入驻经营者数量方面，相对于竞争开放市场显示较高增长率。然而，根据原审认定的事实，竞争开放市场全部交易额和交易件数中经由N购物的比例相对较低，而未通过N购物等比价购物服务、直接访问竞争开放市场所发生的交易额和交易件数比例相对较高。此外，本案行为发生期间，竞争开放市场的交易额持续增加，竞争开放市场入驻经营者数量得以维持，也没有证据表明本案行为使竞争开放市场的成本上升。相反，根据原审合法采纳调查的证据可知，尽管存在本案行为，有力的新经营者仍进入开放市场并站稳脚跟，开放市场持续存在有效竞争。

因此，原审本应审理原告市场份额、交易额和入驻经营者数量的增加是否由本案行为所致，还是基于原告市场绩效的竞争即所谓“绩效竞争”的产物，或因相关市场整体扩张所致，并综合考量开放市场的竞争状况，判断本案行为是否为可能产生限制竞争效果的行为。

3) 关于限制竞争的意图

根据原审认定的事实，原告提供的比价购物服务质量受搜索结果所展示商品的适合度、受欢迎程度、可信度、商品多样性等多种因素影响。原告调整、变更反映这些因素的搜索算法，并研究这种调整、变更对搜索结果展示的影响，原则上属于原告正常经营活动；这种努力本身不能成为推断限制竞争意图或目的的因素。另一方面，原审认定为原告意图之一的增进多样性，是提高比价购物服务质量的重要因素；该意图的存在表明本案行为可能是为进行绩效竞争的行为。

此外，根据原审合法采纳调查的证据，原告在本案行为争议期间数十次调整、变更搜索算法；被告从中仅挑选给原告带来有利展示结果的5次搜索算法调整、变更，作为本案处分理由。但搜索算法通常经由试错逐步改进，改进过程中难免出现一定偏向。考虑这一点，从一系列搜索算法改进过程中仅挑

选部分行为，并据此认定存在限制竞争的意图或目的，可能扭曲原告实际的意图或目的。

因此，原审本应综合考量搜索算法调整、变更的属性、既往进行的搜索算法调整、变更的历史所体现的原告意图等多种情形，判断是否可认定原告具有限制竞争的意图。

4. 关于不当诱引客户行为之上告理由的判断

大法院确认了关于不当诱引客户行为的既有判例（韩国大法院2002.12.26.宣告2001号4306判决、韩国大法院2019.10.18.宣告2015号370判决等、韩国大法院2019..26.宣告2014号15047判决等）的法理，并据此认为，即使因本案行为使N Store入驻商品的展示排序相对上升，也难以认为普通消费者对N Store入驻商品产生了其实际品质或相对于竞争经营者商品显著优良或有利的误认，或存在发生该误认的可能。

难以认为经营者对其供应的商品或服务与竞争经营者供应的商品或服务负有同等对待义务，会从比价购物服务的性质中直接导出。经营者可反映自身价值判断和经营战略，设计决定商品信息是否展示及展示排序的搜索算法，且不能认为原告须将此类具体价值判断或经营战略向消费者或外部公告。不过，如该搜索算法构成欺瞒或欺诈行为，可能侵害消费者理性选择商品的权利，或可能损害公平竞争秩序或交易秩序的，仍可在该范围内认定违法性。考虑到这一点，不能仅因原告设计搜索算法，使N购物搜索结果的展示排序随商品是否属于N Store入驻商品而调整，就立即认定其构成欺瞒。

根据原审合法采纳调查的证据可知，原告将争议搜索算法的搜索结果标示为“按N购物排名”，并向消费者说明其排序标准为“对适合度指数、商品受欢迎程度/可信度指数等进行评分后排序”，以及计算各指数时所考虑的多

个因素；原告还另行提供“按低价”“按高价”“按登记日期”“按评论多寡”等其他标准的搜索结果。

通过上述说明，具有一般交易经验和注意力的普通消费者应可知，“按N购物排名”的排序并非仅以商品自身属性为标准，比较商品间优良或有利程度后予以展示。另一方面，另行提供搜索结果的行为似为辅助消费者选择。考虑这些情形等，难以断定本案行为超出依一般商业惯例和诚信原则可允许的程度，并具有影响消费者选择商品或服务的可能性或危险性。

㉔. 关于作为不公平交易行为的差别待遇行为之上告理由的判断

大法院首先提出既有判例认为，为构成不公平交易行为中的交易条件差别待遇，“针对特定经营者的交易条件或交易内容不仅应比针对其他经营者的更有利或更不利，而且这种有利或不利程度须显著，并且此种差别待遇须属不当”（参见韩国大法院2006.5.26.宣告2004号3014判决）。

其后，大法院对原审关于本案的判断作出如下判示。

原审基于其判示理由认为，原告通过本案行为将搜索算法调整为有利于N Store商品，从而差别对待N Store入驻经营者与本案竞争开放市场入驻经营者；并从本案行为所致N Store商品与其他开放市场商品展示占有率的差异等出发，认为该差别程度显著。原审进一步认为，既然原告有意引导优先展示自有N Store商品，则该行为有悖于比价购物服务的存在意义，属于不当；其结果N Store份额增加，开放市场的公平竞争受到妨害，故本案行为具有不当性。

然而，如前所述，并无法律依据要求原告在设定与第三方的交易条件时，将第三方提供的商品或服务与原告提供的商品或服务同等对待。难以认为被告所称因本案行为存在“发生限制竞争效果的具体可能性”已得到充分证

明；仅凭原审判示情形也难以认定差别待遇显著，故不公平交易行为中的差别待遇行为亦不成立。

V. 大法院判决的意义与评价

1. 大法院判决的意义

本判决是关于在线平台经营者地位滥用行为中自我优待行为的首个大法院判决；其在公平交易法关于滥用市场支配地位和不公平交易行为的体系内处理了自我优待的主要争点，并可评价为忠实适用既有判例法理来判断违法性标准的事例。⁷

大法院以这些法理为基础，虽承认差别待遇行为存在，却较为详细地判断不当性难以成立。大法院首先认为，考虑到在本案中限制竞争效果受到争议的开放市场仍持续存在有效竞争，原告的差别待遇可能是为绩效竞争而为；且作为处分对象的算法操纵行为仅有5次等，难以认为已充分证明原告具有限制竞争意图，因此不构成滥用市场支配地位行为。⁸

大法院还判示，因本案行为产生限制竞争效果的具体可能性未获充分证明，且亦难认定差别待遇显著，故不成立不公平交易行为中的差别待遇行为。

2. 对大法院判决的评价

大法院在本判决中判断在线平台经营者的自我优待行为是否违反公平交易

⁷崔恩真：《算法调整、变更行为在公平交易法上的争点与近期大法院判决的含义：以Naver购物案为中心》，《经济法研究》第24卷第3号（2025年），第101页以下，尤其参见第126页。

⁸赵惠洙：《2025年竞争法判例回顾》，韩国竞争法学会，《竞争法判例回顾与新进研究动向》（2026年社团法人韩国竞争法学会春季学术大会资料集），第145页以下，尤其参见第152—158页。

法时，完全未考虑在线平台企业与传统管道型企业的差异，而大体原样适用了关于作为典型传统产业的钢铁公司滥用市场支配地位行为之既有判例（韩国大法院2007.11.22.宣告2002두8626全体合议庭判决）提出的一般法理，留下了未能明确提出在线平台市场中频繁发生的自我优待行为违法性判断标准的遗憾。

가. 未充分考虑在线平台市场特性

首先，在在线平台市场中从事中介功能的在线平台经营者既是竞争参与者，又处于能够决定竞争条件和规则的双重地位，承担所谓“守门人（gatekeeper）”角色；其建立的用户基础和中介功能又可能在与其平台相连的市场中形成其他竞争者难以拥有的优势。因此，在某在线平台市场占据支配地位的在线平台经营者，可能利用该支配力在其他相连市场轻易排除或妨害竞争者，或侵害交易相对方或消费者利益。也就是说，在线平台市场存在间接网络效应、倾斜现象和锁定效应，一旦取得支配地位，该地位会进一步巩固；但限制竞争效果的显现可能需要相当长时间，若须等待依既有判例法理证明限制竞争效果后才实施规制，恐难及时作出适当规制。⁹

尽管如此，本判决对在线平台经营者地位滥用行为有争议的案件，原样适用了关于传统钢铁经营者地位滥用行为的既有判例一般法理，未能提出能反映在线平台经营者特性的标准来判断自我优待行为的违法性。

本判决完全未考虑在线平台市场的特性及在线平台经营者的双重地位，依管道型企业既有判例所提出的法理，将违法性判断标准置于是否存在发生限制竞争效果的可能性。然而，管道型企业与在线平台企业所追求的目标和竞争方式不同。首先，管道型企业所有或控制资源以追求规模经济，而平台企

⁹权正延：《通过Naver购物判决考察在线平台自我优待的限制竞争性判断》，经济法判例研究会研讨会（2026.6.18.）发表资料，第15页。

业通过平台协调参与者资源。其次，管道型企业旨在通过提高企业内部价值链生产过程的效率和最优化创造价值，而平台企业旨在通过促进平台参与者之间的互动创造价值。最后，管道型企业试图最大化价值链末端客户的终身价值，而数字商业企业试图通过网络效应形成良性循环结构，最大化整个平台生态系统的价值。¹⁰然而，本判决完全未考虑这些差异，原样将针对典型管道型企业浦项制铁作出的判决所提出的一般法理适用于在线平台企业Naver，未能恰当考虑在线平台市场的特性。

4. 既有判例的局限

本判决所援引的既有判例，即所谓“浦项制铁判决”，对于市场支配经营者拒绝交易，判示仅凭特定经营者因拒绝交易处于不利地位不足以认定不当性；其不仅否定市场支配地位滥用中剥削性滥用，也否定妨害性滥用，而仅承认排除性滥用。并且，在判断排除性滥用的不当性时，要求公平交易委员会在限制竞争性这一客观要件之外，另行证明行为人意图或目的这一主观要件，因此受到学界批评，认为其不符合关于滥用市场支配地位行为的全球标准。¹¹

但在在线平台市场，占据市场支配地位的平台借助深植于平台生态系统的强大网络效应成长，通过中介终端用户与商业用户之间众多交易、广泛追踪和分析终端用户信息的守门人角色，持续维持稳固地位。这些市场支配平台又以核心平台服务为中心形成企业集团生态系统（conglomerate ecosystems），强化既有进入壁垒，对数字市场产生巨大影响；它们控制进入数字市场的通道，深度渗透数字市场，使众多商业用户依赖守门人，因而可利用其地位限制竞争或从事不公平交易。因此，在数字领域，不公平交易行为的发生

¹⁰金基荣、林建信：前引文，第473页。

¹¹权五乘：《韩国经济秩序——为了自由而公平的经济秩序》，大韩国学研究院，2026年，第80页以下，尤其参见第90页。

或较弱的可竞争性（weak contestability）可能导致价格高、质量低，减少消费者选择并对创新产生负面影响；为保护数字经济中的创新并强化消费者选择权，有必要更迅速、更积极地应对市场支配在线平台经营者的地位滥用行为和不公平交易行为。¹²然而，依既有判例的一般法理，不仅难以规制剥削性滥用或妨害性滥用，排除性滥用也因难以证明发生限制竞争效果的可能性而不能得到有效规制，从而带来执法不足（false negative）的风险。

㉔. 关于限制竞争效果及其可能的证明

本判决承认，在本案行为发生期间，原告N Store在市场份额、交易额和入驻经营者数量方面相对于竞争开放市场呈现较高增长率；但又指出，竞争开放市场全部交易额和交易件数中经由N购物的交易额和交易件数比例相对较低，未经过N购物等比价购物服务而直接访问竞争开放市场发生的交易额和交易件数比例相对较高；竞争开放市场交易额持续增加，竞争开放市场入驻经营者数量得以维持，也无证据表明本案行为导致竞争开放市场成本上升；反而可知，尽管存在本案行为，有力的新经营者仍进入开放市场并立足，开放市场持续存在有效竞争。因此，本应审理原告市场份额、交易额和入驻经营者数量的增加是由本案行为所致，还是基于原告市场绩效的竞争即所谓“绩效竞争”的产物，或因相关市场整体扩张所致，并综合考虑开放市场竞争状况，判断本案行为是否为可能产生限制竞争效果的行为；原审未如此处理，构成错误。

然而，本判决以判断自我优待行为限制竞争性的既有判例标准，即①商品价格上涨、②产出减少、③阻碍创新、④有力竞争经营者数量减少、⑤多样性减少等要素为依据，主要审查传统产业中重视的①、②要素，而未充分审

¹²金允贞：《数字经济中公平交易法上禁止滥用市场支配地位规定的立法评价》，韩国法制研究院，2022年。

查在数字经济中受到强调的③、⑤等非价格、动态要素，令人遗憾。¹³

此外，依既有判例提出的一般法理，对限制竞争效果的判断主要着眼于行为的排除性效果；但在在线平台市场等动态市场中，除排除性效果外，妨害性效果或限制潜在竞争也可能成为问题，能否用这种既有判例的一般法理适当规制在线平台市场出现的各种限制竞争问题，值得怀疑。尤其如本案，在线平台市场中从事中介功能的在线平台经营者也作为卖方参与其所中介的交易；若该经营者凭借压倒性用户基础占据市场支配地位，便承担一种守门人作用。在这种有能力且有动机影响某市场竞争条件的经营者，正通过自我优待这一差别待遇行为将该市场竞争条件改变为有利于自己的情况下，是否确可用既有判例提出的一般法理妥善解决，令人怀疑。¹⁴

另一方面，关于“限制竞争效果发生可能性”的证明，大法院认为，为认定本案行为不当性，必须证明原告本案行为在限制竞争效果发生争议的开放市场中，存在发生限制竞争效果的“具体可能性”；并且须证明原告可能利用其在比价购物服务市场的支配地位，在开放市场导致限制竞争。

2. 差别待遇行为不当性的判断

本判决承认，构成本案行为的搜索算法修改，是在搜索结果展示排序方面优待原告N Store入驻商品而非竞争开放市场入驻商品，属于按交易相对方差别交易条件的行为。但其又判示，不能仅因原告是在线平台经营者且具有市场支配地位，就认为存在法律依据要求原告在设定与第三方的交易条件时，将第三方提供的商品或服务与原告提供的商品或服务同等对待；因此，原告行为要构成滥用市场支配地位的差别待遇行为，必须认定其不当性。这意味

¹³徐贞：2026.6.19.竞争法学会夏季学术大会讨论文，参见前引联合学术大会资料，第136—137页。

¹⁴赵惠信：《关于在线平台经营者自我优待的Naver购物案与Kakao Mobility案之分析》，《竞争法研究》第53卷，2026年3月，第306页以下，尤其参见第328—330页。

着，虽然承认原告自我优待行为属于差别交易条件行为，但其要构成滥用市场支配地位的差别待遇行为，仍必须再根据差别的理由、程度等认定不当性。

但该判示似以前提为：与欧盟不同，大法院在韩国并不承认市场支配经营者有所谓特别义务或特别责任（special responsibility）。然而，这一前提并不妥。因为即使在最先承认市场支配经营者特别责任的欧盟，这一表述也不是因为存在某项法律明文依据，而是欧洲最高法院（ECJ）在说明《欧共同体条约》第82条（现《欧盟运行条约》第102条）规定的禁止滥用市场支配地位制度宗旨时使用的表述。¹⁵也就是说，市场支配经营者因其在市场中的特殊地位，负有维护残余竞争的特别责任。《欧共同体条约》第82条的一般目标，是在某一市场因市场支配经营者的存在而竞争已被削弱的情况下，为维持该市场仍然存在的竞争，对市场支配经营者行为实行控制。¹⁶

另一方面，本判决一面称原告不负平等对待义务，一面未单独判断市场支配经营者原告实施差别待遇的不当性，而将其与一般经营者的差别待遇行为同等对待，此种态度并不妥当。因为经营者在相关市场的地位越强，其行为限制竞争或侵害交易相对方利益的可能性也越大。鉴于原告作为市场支配经营者在在线平台市场所占比重及其对竞争的影响，把原告的差别待遇与一般经营者的差别待遇同等看待并不正确，需要以较为宽松的标准严格判断。也就是说，差别轻微时无须作为问题，但不必如一般经营者差别待遇那样达到显著程度；只要差别达到相当或值得注意（appreciable）的程度且属不当，认定违法更为妥当。尽管如此，大法院在本案没有细致审查这些问题，而是原样将一般经营者差别待遇行为的不当性判断标准适用于作为市场支配经营

¹⁵EuGH v. 09.11.1983-Rs.322/81.Slg.1983.3461 Tz.57 – Michelin/Kommission= WuW/E EWG/MUV 642.

¹⁶EuGH v. 13.02.1979-Rs 85/76. Slg 1979.461 Tz.91 –Hoffmann-LaRoche/Kommission= WuW/E EWG/MUV 447.

者的原告之自我优待行为，判示该行为不属于妨害其他经营者经营活动行为（第5条第1项第3号）中的不当差别待遇；这未能充分考虑公平交易法将禁止滥用市场支配地位（第5条）与禁止不公平交易行为（第45条）分立并作更严格规制的制度宗旨，笔者认为并不妥当。

마. 对限制竞争意图的证明

本判决依既有判例提出的一般法理，不仅要求作为被告的公平交易委员会证明存在发生限制竞争效果的可能性，还另行证明存在相应意图或目的；并指出，原告在本案行为争议期间数十次调整、变更搜索算法，而被告仅从中选取给原告带来有利展示结果的5次算法调整、变更作为本案处分理由，因此，在一系列搜索算法改进过程中只选择部分行为并据以认定限制竞争意图或目的，可能扭曲原告实际的意图或目的。

然而，判断市场支配经营者地位滥用行为的不当性时，重要的是存在发生限制竞争效果的可能性；行为人意图或目的只不过是推断限制竞争效果的辅助性要件事实。¹⁷因此，被告只须证明存在该等意图或目的即可，无须进一步证明其在整体行为中所占比例。故认为被告在一系列搜索算法调整、变更过程中仅选取给原告带来有利展示结果的5次调整、变更，并据以认定限制竞争意图或目的，会扭曲原告实际意图或目的的看法，似不妥当。

VI. 结语

上述已就近来在线平台市场提出的在线平台经营者地位滥用行为，尤其是大法院关于自我优待行为的判决及其内容、意义进行了考察，并检讨了该判决的意义和评价。

¹⁷赵惠信：前引文，第331页。

本判决作为关于在线平台经营者自我优待行为的首个大法院判决，具有极其重要的意义。然而，该判决未能恰当考虑在线平台市场特性、从事中介功能的在线平台经营者的双重地位和守门人作用，依据既有判例所提出的一般法理，将违法性判断标准仅置于是否存在发生限制竞争效果的可能性；对限制竞争效果的评价亦主要围绕排除性滥用，未能充分考虑其对妨害性滥用、剥削性滥用或限制潜在竞争的影响，令人遗憾。

关于差别待遇的不当性判断，该判决以仅因原告作为在线平台经营者具有市场支配地位，不存在法律依据要求原告在设定与第三方的交易条件时，将第三方提供的商品或服务与原告提供的商品或服务同等对待为由，对市场支配经营者的差别待遇原样适用一般经营者差别待遇的不当性判断标准，从而否定不当性，构成错误。

另一方面，判决认为，被告在一系列搜索算法调整、变更过程中，仅选取给原告带来有利展示结果的5次算法调整、变更，并据以认定限制竞争意图或目的，可能扭曲原告实际意图或目的；这似乎过度强调了判断滥用市场支配地位行为不当性时行为人意图或目的的意义，未必妥当。

总之，本判决作为关于在线平台经营者自我优待行为的首个大法院判决，具有极其重要的意义；但其未能恰当考虑在线平台市场特性、从事中介功能的在线平台经营者的双重地位和守门人作用，依据既有判例提出的一般法理，虽承认在线平台经营者自我优待行为属于差别待遇行为，却未能恰当判断其不当性，未能提出消除在线平台市场中经常发生的市场支配经营者地位滥用行为之自我优待所致限制竞争或不公平交易风险的标准。因此，其终难摆脱可能导致对在线平台市场中市场支配平台经营者地位滥用行为规制不足的批评。

参 考 文 献

外文文献

[韩国]

〈著作〉

权五乘：《韩国经济秩序——为了自由而公平的经济秩序》，大韩民国学术院，2026。

〈论文〉

姜相烨：《平台与不公平可疑行为：关于MFN与算法的法律经济学讨论》；《为营造数字市场创新生态系统的竞争法·政策方向》，韩国竞争法学会·公平交易委员会夏季联合学术大会资料，2026。

权正延：《通过Naver购物判决考察在线平台自我优待的限制竞争性判断》，经济法判例研究会研讨会发表资料，2026。

金基荣、林建信：《韩国数字平台商业的特性与战略》，《学术院论文集（人文·社会科学篇）》第61辑第1号，2022。

徐贞：《2026.6.19.竞争法学会夏季学术大会讨论文》，《为营造数字市场创新生态系统的竞争法·政策方向》，韩国竞争法学会·公平交易委员会夏季联合学术大会资料，2026。

赵惠洙：《2025年竞争法判例回顾》，韩国竞争法学会，《竞争法判例回顾与新进研究动向》（社团法人韩国竞争法学会春季学术大会资料集），2026。

赵惠信：《关于在线平台经营者自我优待的Naver购物案与Kakao Mobility案之分析》，《竞争法研究》第53卷，2026。

崔恩真：《算法调整、变更行为在公平交易法上的争点与近期大法院判决的含义：以Naver购物案为中心》，《经济法研究》第24卷第3号，2025。

〈其他〉

金允贞：《数字经济中公平交易法上禁止滥用市场支配地位规定的立法评价》，韩国法制研究院，2022年。

[德文]

〈著作〉

BORGENREUTHER, Manuel, *Selbstbevorzugung auf Plattformmärkten*, Nomos/C.H. Beck (2022).

PODSZUN, *Rupprecht, Digital Markets Act*, Nomos (2024).

摘 要

随着互联网经济日益普及，在线平台市场也提出了多种竞争法问题。本文在这些问题中考察在线平台经营者的地位滥用行为，尤其聚焦自我优待行为；并详细分析大法院近期作出的所谓“Naver判决”的内容与意义，检讨该判决的意义和评价。

本判决作为关于在线平台经营者自我优待行为的首个大法院判决，具有重大意义。然而，判决未能恰当考虑在线平台市场特性、从事中介功能的在线平台经营者的双重地位和守门人作用；它依既有判例提出的一般法理，将违法性判断标准仅置于是否存在发生限制竞争效果的可能性，对限制竞争效果的评价也主要围绕排除性滥用，未能充分考虑妨害性滥用、剥削性滥用或限制潜在竞争的影响，令人遗憾。

关于差别待遇的不当性判断，判决以仅因原告作为在线平台经营者具市场支配地位，不存在法律依据要求其在设定与第三方交易条件时，将第三方提供的商品或服务与原告提供的商品或服务同等对待为由，对市场支配经营者的差别待遇原样适用一般经营者差别待遇的不当性判断标准，进而否定不当性，似不妥当。

另一方面，判决认为，被告在一系列搜索算法调整、变更过程中仅选取给原告带来有利展示结果的5次调整、变更，并据以认定限制竞争意图或目的，可能扭曲原告实际意图或目的；这似乎过度强调了行为人意图或目的在判断滥用市场支配地位行为不当性时的意义，未必妥当。

总之，本判决作为在线平台经营者自我优待行为的首个大法院判决，具有很重要意义；但未恰当考量在线平台市场特性、从事中介功能的在线平台经

营者的双重地位及守门人作用，依既有判例一般法理，虽承认在线平台经营者自我优待属差别待遇行为，却未妥当判断不当性，未能提出消除在线平台市场中市场支配经营者自我优待行为所致限制竞争或不公平交易风险的适当标准；结果恐因对市场支配在线平台经营者地位滥用行为规制不足，而错失营造自由公平在线平台生态系统的机会。

关键词：在线平台、在线平台的特性、在线平台经营者、滥用市场支配地位、自我优待行为、差别待遇行为

Abstract

As the internet economy has recently become pervasive, various competition-law issues have arisen in online platform markets. Among these issues, this Article examines the abuse of market-dominant position by online platform operators, specially focusing on self-preferencing practices. It provides a detailed analysis of the content and significance of the recent so-called Naver decision rendered by the Supreme Court, and further considers the implications and evaluation of that decision.

The decision is highly significant in that it is the first Supreme Court judgment concerning self-preferencing conduct by an online platform operator. Nevertheless, the decision leaves room for criticism. It fails to give adequate consideration to the distinctive characteristics of online platform markets, as well as to the dual position and gatekeeping role of online platform operators that perform intermediary functions. Instead, relying on the general legal principles developed in existing case law, the Court placed the standard for determining illegality solely on whether there was a likelihood of anti-competitive effects. Moreover, its assessment of such anti-competitive effects was conducted primarily from the perspective of exclusionary abuse, without sufficient consideration of obstructive abuse, exploitative abuse, or effects on the restriction of potential competition.

With respect to the assessment of the unfairness of discriminatory conduct, the Court denied unfairness on the ground that, merely because the plaintiff was a market-dominant undertaking as an online platform operator, there was no statutory basis for requiring the plaintiff, when setting terms and conditions of transactions with third parties, to treat those third parties equivalently to the goods or services provided by the plaintiff itself. In doing so, the Court applied, without modification, the standard for assessing the unfairness of discriminatory treatment by general undertakings to discriminatory conduct by a market-dominant undertaking. This approach does not appear to be persuasive.

Meanwhile, the Court held that recognizing an anti-competitive intent or purpose on the basis of only five selected search-algorithm adjustments or modifications-among a series of such adjustments and modifications-that resulted in favorable exposure outcomes for the plaintiff would risk distorting the plaintiff's actual intent or purpose. This reasoning appears

to place excessive emphasis on the significance of the actor's intent or purpose in assessing the illegality of an abuse of market-dominant position, and therefore does not appear to be sound.

In sum, although this decision is of considerable importance as the first Supreme Court judgment concerning self-preferencing by an online platform operator, it does not adequately take into account the distinctive characteristics of online platform markets or the dual position and gatekeeping role of online platform operators that perform intermediary functions. Applying the general legal principles articulated in existing case law, the Court acknowledged that the online platform operator's self-preferencing constituted discriminatory conduct, yet failed to conduct an adequate assessment of its unfairness. As a result, the decision did not provide an appropriate standard capable of addressing concerns over restraints of competition or unfair trade practices arising from self-preferencing, a form of abuse of market-dominant position frequently observed in online platform markets. Ultimately, the decision appears difficult to defend against the criticism that, by false negative on prohibiting abuses of dominance by market-dominant platform operators in online platform markets, it risks forfeiting an opportunity to foster a free and fair online platform ecosystem.

Keywords: online platform; characteristics of online platforms; online platform operator; abuse of market-dominant position; self-preferencing; discriminatory conduct.

个人信息保护： 从个人控制到社会控制*

Protection of Personal Information: From Individual Control to Social Control

高富平(华东政法大学教授、数据法律研究中心主任)

GAO, Fuping(Professor, East China University of Political Science and Law)

目录

- 一、引论
- 二、个人控制论的含义：基本权利视角下的个人信息保护
 - (一) 欧洲个人数据保护理论：基于人的尊严的个人自治
 - (二) 美国的信息隐私理论：基于自由的个人自治
- 三、个人信息的非个人控制性：个人信息的公共属性
 - (一) 个人信息的识别功能
 - (二) 个人信息的公共性
 - (三) 个人信息保护的社会决定性
- 四、个人信息保护模式的转型：社会控制论的提出

* 本文为国家社科基金重大项目“信息服务与信息交易法律制度研究”（项目批准号:13&ZD178）的阶段性成果。

一、引论

伴随信息技术的发展，人类进入到以数据化、网络化和智能化为特征的大数据时代。这个时代最主要的特征是数据化生存，科学研究、商业活动、社会治理等无不依赖数据，数据成为支撑这个时代发展的新资源。在数据资源中，能够识别个人的数据被称为个人数据（亦称个人信息，本文交叉使用）。¹ 个人信息是个人在社会中标识自己、建立联系的工具，也是社会了解和识别每一个体并开展活动的依据。但是，个人信息的不当使用可能侵害个人权益，危害人的尊严和自由，甚至带来人身和财产安全风险。于是，个人信息保护成为个人信息利用的前提，也成为大数据时代的重要法律问题。

2012年12月28日，全国人大常委会通过的《关于加强网络信息保护的決定》宣布：“国家保护能够识别公民个人身份和涉及公民个人隐私的电子信 息”。由此开启了我国个人信息保护立法之路。之后，个人信息保护逐渐成为许多法律的必备条款，尤其成为消费者权益保护法（2013年修订）、网络安全法（2016年11月颁布，2017年6月实施）的重要内容。个人信息保护是否要明确为一种具体人格权，也成为民法总则制定过程中的争议焦点。最终通过的民法总则仅宣布个人信息受法律保护，未采纳“个人信息权”的表述。² 这些法律初步建立起我国的个人信息保护利用规则。

根据我国现行法律，收集和使用个人信息须经被收集人（在国际社会称为“数据主体”或“信息主体”，本文称为“信息主体”）同意。³ 这意味着，未经同意收集和使用个人信息即构成违法行为，应当承担相应的法律责任，其责任形态包括民事侵权责任、行政责任和刑事责任。目前，已经有一些涉及个人信息的工商行政处罚案例，以未经被收集人同意作为行政处罚的理

¹。欧盟立法文本通常采“个人数据”（personal data）的表述，而美国立法文本主要采“个人信息”（personally identifiable information），我国立法采个人信息之表述。因此，本文原则上采个人信息之表述，涉及欧盟法部分时，采个人数据之表述

² 民法总则第111条规定：“自然人的个人信息受法律保护。任何组织和个人需要获取他人个人信息的，应当依法取得并确保信息安全，不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息

³ 例如，消费者权益保护法第29条规定：“经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。” 网络安全法第41条规定：“网络运营者收集、使用个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，公开收集、使用规则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经被收集者同意。”

由。⁴根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》，“违反法律、行政法规、部门规章有关公民个人信息保护的规定的”即为“违反国家有关规定”；

而根据目前的消费者权益保护法、网络安全法等之规定，同意是收集、提供个人信息的必要条件，进而是否获得同意成为判定是否构成侵犯公民个人信息犯罪的重要要素。但是，并没有太多的民事侵权案例支撑“未经同意收集和使用个人信息构成侵权”的判断。⁵依据最高人民法院的解释，公开个人信息致人损害的才构成侵权，仅未经同意的使用尚不充分。⁶由此出现了在是否构成侵权尚不确定或没有定论的前提下，行政和刑事责任先行的现象。

使用个人信息须经信息主体“同意”，暗含着法律认可个人信息由个人支配或控制，个人享有个人信息的使用决定权，包括是否允许他人使用、如何使用。这种个人信息使用的个人控制论源自域外个人数据保护或隐私保护的理论支撑。不过，我国是世界上唯一一个在立法上明示个人信息收集、使用一律须经信息主体的同意从而将同意一般化的国家，⁷

一审法院认为，未经朱烨明示同意收集个人信息，且在默示同意情况下未尽提醒义务，构成侵权；但二审法院认为，cookies 收集的信息不属于个人信息范畴，且默示同意具有合法性，不构成侵权。庞理鹏案中，原告能够证明

⁴ 例如，2015 年 7 月，上海市工商局因炳恒金融信息服务有限公司非法收集、使用消费者个人信息，对其罚款 50 万元。2017 年 6 月，中国人民银行宁波市中心支行针对民生银行宁波分行未经同意查询个人信息的违法行为，对其罚款 53 万元。

⁵ 目前涉个人信息的民事侵权典型案件有朱烨诉百度案，(2014)宁民终字第 5028 号；庞理鹏诉趣拿、东航案，(2015)海民初字第 10634 号等。以朱烨案为例，百度公司利用 cookies 收集朱烨的行为轨迹等上网记录，据此分析其行为偏好并向其浏览的网页上投放广告。案件的主要争议在于，百度公司是否构成侵犯隐私权。美国法上目前并无明文规定收集个人数据必须经过数据主体同意，欧盟最新立法也只是将同意作为收集个人数据的合法性基础之一，并非必须事先征得数据主体的同意。欧洲国家受欧盟立法影响，也均未如此规定。

⁶ 《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(2014 年 6 月) 第 12 条规定：“网络用户或者网络服务提供者利用网络公开自然人基因信息、病历资料、健康检查资料、犯罪记录、家庭住址、私人活动等个人隐私和其他个人信息，造成他人损害，被侵权人请求其承担侵权责任的，人民法院应予支持。”

⁷ 目前只有我国立法如消费者权益保护法、网络安全法等明文要求收集个人信息必须事先获得信息主体的同意。

确实是被告泄露了其个人信息，在收集、使用个人信息的合法性上未作讨论。

而个人控制在世界范围内并没有上升为法律上的权利。那么，个人信息是否应完全由个人控制，非经其同意不得使用？同意能否成为保护个人信息的手段？这是个人信息保护法律制度的核心问题。对此，已经有学者注意到我国一律采同意规则的弊端，建议采取或者依情况采取拒绝规则（又称“选退规则”）来缓和一律同意带来的弊害。⁸这对完善同意规则无疑具有指导意义。本文则旨在从更为宏大的视角出发，重新审视个人信息的个人控制论的源流和内涵，寻找大数据时代个人信息保护的新的理论基础和法律实现方式。

“个人信息使用”是本文的核心术语，个人信息使用是否应当由个人控制是本文讨论的主题。若依据法律，信息主体对个人信息的使用享有同意、拒绝、删除等权利，就意味着信息主体可以控制个人信息的使用，个人信息的使用体现信息主体的意志力，具有赋权效果。为了避免权利性质的讨论（人格权、财产权或其他性质的权利），本文将之笼统地称为“个人信息控制权”。个人信息控制论诞生于互联网（更不用说物联网）还没有普遍应用的上世纪末。随着个人信息多样化、全系统化采集、分析和应用的出现，非直接源自个人的信息收集和再利用成为个人信息使用的主流，建立在过去环境下的制度规则和理论需要反思和重构。

二、个人控制论的含义：个人信息保护控制论有两个理论源头：基本权利视角下的个人信息保护

一是欧洲基于人的尊严保护的个人信息保护理论，另一个是美国基于个人自由保护的隐私理论。尽管两个法域中个人信息保护的理论基础不同，但其结论是相同的，即个人应当有权控制其个人信息的使用，以实现对个人自治（独立人格和自由意志）等基本权利的保护。这两个理论相互配合，共同影响

⁸ 参见任龙龙：《论同意不是个人信息处理的正当性基础》，《政治与法律》2016年第1期，第133页。

了国际社会上世纪 80 年代隐私保护规则的形成，⁹成为当今世界主流的个人
信息保护(隐私保护)的理论支撑。

(一)欧洲个人数据保护理论:基于人的尊严的个人自治

欧洲大陆将个人信息(一般称为个人数据)保护植根于基本权利或人权保护。他们认为,个人数据保护与人格保护有关,而这里的人格是指人的尊严。欧盟及其成员国的个人数据保护立法旨在落实欧洲委员会(Council of Europe)的《个人数据自动化处理中的个人保护公约》(下称《公约》)。¹⁰

《公约》的理论和法律基础是《欧洲人权公约》¹¹中个人应当享有的 17 项基本权利和自由,尤其是其中的第 8 条(尊重私人和家庭生活的权利)。《欧洲人权公约》第 8 条来源于《世界人权宣言》第 12 条,¹²但内容稍窄,且没有使用“隐私”,而直接用“尊重私人和家庭生活”。因此,尊重私人生活是个人数据保护的法律基础和目的。欧盟于 1995 年颁布的《欧盟议会与欧盟理事会关于涉及个人数据处理的个人保护以及此类数据自由流通的第 95 /46

⁹ 上世纪 80 年代初,在国际社会有两部有影响的隐私保护国际文件先后发布,一个是经济合作与发展组织(OECD)于 1980 年发布的《隐私保护与个人数据跨境流通指南》;另一个是欧洲委员会于 1981 年发布的《个人数据自动化处理中的个人保护公约》。这两个国际文件几乎成为之后各国立法的重要参照文件。尤其是前者,虽然不具有国际法效力,但其确立的个人隐私保护八项原则成为各国个人数据保护法或隐私保护的基本原则。

¹⁰ Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (CETS No. 108, Strasbourg, 28 /01 /1981). 2012 年 11 月,欧洲委员会第 29 届全会通过公约修正案,删除了“自动化”,改为《个人数据自动化处理中的个人保护公约》(Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data)。http://www. coe. int /en /web /conventions/full -list /- /conventions/treaty /108, 2015 年 12 月 10 日访问。

¹¹ 该公约由欧洲委员会于 1950 年起草,于 1953 年生效,并据此设立了欧洲人权法院。European Convention on Human Rights, http://www. echr. coe. int /Documents/Convention_ENG. pdf, 2017 年 2 月 10 日访问。

¹² The Universal Declaration of Human Rights, http://www. un. org /en /universal - declaration -human -rights/, 2016 年 4 月 12 日访问。其第 12 条规定:“没有人应受到别人对他的隐私、家庭、住宅或通讯的任意干涉,他的荣誉和名誉也不受侵犯。每个人也有权利对这样的干涉和侵犯请求法律的保护。”

/EC 号指令》(下称《指令》)，¹³对个人数据保护作了相对全面的规范。在这个基础上，2000 年由欧盟主导的《欧盟基本人权宪章》¹⁴明确将个人数据保护作为一项独立的基本权利加以规定。可以说，《公约》影响了整个欧盟的个人数据立法，而后欧盟关于个人数据保护的立法(无论在国家层面还是整个欧盟层面)又反过来影响了欧洲委员会的《公约》，尤其影响之后对《公约》的修订。正是这样的相互关系，我们可以肯定地说，整个欧洲是在公民基本权利层面定位个人数据保护的，将对个人数据的保护视为对基本人权的保护。

《公约》或欧盟层面对个人数据保护的定位也得到了欧洲国家的响应。早在 1983 年，德国法院就在一项开创性的判决中确认了个人信息自决权。¹⁵一些成员国的宪法也明确将数据保护作为一项基本权利。¹⁶现在，所有的欧盟成员国都有个人数据保护方面的法律。

¹³ Directive 95 /46 /EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, in Official Journal L 281, 23 /11 /1995, pp. 0031—0050.

¹⁴ 其第 8 条第 1 款规定：“每个人有权保护涉及他或她的个人数据。”(英文原文为：1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.)《欧盟基本人权宪章》由欧盟主导起草并于 2000 年发布，该宪章吸收了许多宪法传统、国际人权公约文本(其中包括《欧洲人权公约》)

中所规定的公民享有的政治、社会和经济权利，构成欧盟法律的基础。该宪章最初只是政治宣言，2004 年被正式纳入《欧盟宪法条约》，实现了欧盟基本权利的宪法化。后来，《欧盟宪法条约》陷入僵局，宪章再次被并入 2009 年生效的《里斯本条约》(在原《欧盟宪法条约》基础上修改而成，被视为简版的《欧盟宪法条约》)。由此，《欧盟基本人权宪章》正式成为具有法律效力的文件。2000 年文本参见 The Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000 /C364 /01)，http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf，2017 年 2 月 10 日访问。

¹⁵ 参见德国联邦宪法法院 1983 年 12 月 15 日关于“人口普查案”的判决 (Bundsverfassungsgericht. 65BVerGE1)。

1982 年德国联邦政府颁布《人口普查法》，该法计划在全国范围内对公民进行全面的个人信息收集，包括人口、职业和住所等几乎全部个人数据。有人就此提起宪法诉讼，要求宣告《人口普查法》违宪。在该案判决中，德国联邦宪法法院认定该法有违宪情况，以判例形式确立了“信息自决权”(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)作为宪法上的公民权利。

¹⁶ 如比利时宪法、塞浦路斯宪法、法国宪法、葡萄牙宪法、西班牙宪法、瑞典宪法等。转引自 [德] Christopher Kuner:《欧洲数据保护法：公司遵守与管制》，旷野等译，法律出版社 2008 年版，第 20 页，注释 4。

这在一定程度上是落实欧盟《指令》和各国宪法对个人数据的保护。

以上表明，欧盟是在基本权利(人权)意义上规范个人数据保护的；在国家层面，个人数据保护源自于宪法，落实于专门的数据保护立法。在欧洲，人的尊严被视为个人数据保护的根基。在《公约》起草者看来，个人数据保护涉及保障人的尊严问题，因为需要防止个人在个人数据处理中被仅仅视为客体对待。因此，对个人数据处理的决定不能仅仅基于系统自动运行而发生，而没有个人参与其中或考虑其意见。也就是说，数据处理不能忽视数据主体（data subject）¹⁷的意志，否则就是对个人的不尊重。

正因此，在欧盟数据保护法中均有个人不受被动处理决定约束的条款。¹⁸其核心意思是，除法定例外情形(包括数据主体的同意)外，数据主体有权不受仅基于自动化处理行为得出的决定的制约(意味着数据主体有拒绝自动分析的权利)。另外，1995年《指令》和2016年《统一数据保护条例》¹⁹(以下简称《条例》)均赋予个人数据主体很多权利，以保障数据主体了解有关他的什么数据被谁用于何用途，并及时更正错误、删除或拒绝处理，体现对个人的尊重。

在笔者看来，欧洲个人数据保护的逻辑是：个人数据是人的延伸，而人应当独立自主(自治)，因而个人数据亦应当由数据主体掌控，体现个人的意志。建立在人的尊严基础上的个人数据保护理论，内涵着个人数据由个人自主控制的基本论调，而个人数据控制论本源于个人独立和个人自治。这也是康德的“以人作为目的”的观念体现。保障数据主体对个人数据的处理事务的自主、自治、自决，应是个人数据保护的应有之义。

¹⁷ 英文“subject”是哲学意义上的主体(有意识的人)，但data subject强调“数据”与个人相关，是“数据的主体”，而非“属于个人的数据”。因此，不能将该词混同于data owner(数据所有者)，否则将导致个人数据的客体化(成为个人支配的对象)。

¹⁸ 分别参见《指令》第15条“不受自动处理结果约束的权利”和2016年《统一数据保护条例》第22条“自动的个人决定，包括画像”。

¹⁹ Regulation(EU)2016 /679of the European Parliament and of the Council of 27April 2016on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95 /46 /EC(General Data Protection Regulation)。

但是，在基本权利或宪法权利层面个人对个人数据的自决权或控制权，不能理解为个人对个人数据的全面的、绝对的支配权。从《公约》层面讲，《公约》将个人数据受保护的權利表述为个人数据保护权（the right to protection of personal data）而不是个人数据权，該權利的核心内容是“控制某人的个人数据和該数据的处理的權利”（the right to control one's personal data and the processing of such data）。《公约》的宗旨是保护个人尊严和基本人权和基本自由，个人数据保护权只是其中一項權利。对《公约》的“个人保护”的立意必須作全面的理解，必須在保护个人基本權利和自由的意义上理解其目的。不能將《公约》的目的仅仅理解为保护个人数据，而应理解为保护个人所应当享有的所有基本權利和自由。个人数据保护权是保护人的尊严派生出的个人自治（自由）、身份利益（正确识别）、不歧视（平等）利益。个人数据保护权只是对个人基本權利保护的法律表述。

《公约》起草者注意到，个人数据保护“必須就其在社会中的作用来加以考虑，必須与其他人权和基本自由（包括表达自由）相协调”，“考虑公众获取官方文件权”，“有利于信息的自由流通”。²⁰这是因为，保护个人对个人数据的控制权在某种程度上与信息的自由获取和传播（表达自由）存在冲突。

《欧洲人权公约》第10条规定了“表达自由”，包括持有观念、接受和传播观点的自由。²¹表达自由依赖信息自由，即人们可以自由地获取信息和传播信息（信息流动）。如果信息获取受到限制，人们就无从自由地作出判断，形成和表达观点。不仅思想表达，其他的權利和自由也依赖于信息自由，保护信息自由本身成为保护个人基本權利和基本自由的重要内容。这决定了个人数

²⁰ 参见《个人数据处理中的个人保护公约》（2012年11月欧洲委员会第29届全会通过修正）序言。

（21）《欧洲人权公约》第10条：1. 人人享有表达自由的權利。此項權利应当包括持有主張的自由，以及在不受公 共机构干预和不分国界的情况下，接受和传播信息和思想的自由。本条不得阻止各国对广播、电视、电影等 企业规定许可证制度。2.

²¹ 行使上述各项自由，因为负有义务和责任，必須接受法律所规定的和民主社会所必 需的程式、条件、限制或者是惩罚的约束。这些约束是基于对国家安全、领土完整或者公共安全的利益，为了 防止混乱或者犯罪，保护健康或者道德，为了保护他人的名誉或者權利，为了防止秘密收到的情报的泄漏， 或者为了维护司法官员的权威与公正的因素的考虑。

据保护权不能妨碍信息自由、公众知情权等基本权利，欧盟《条例》也正是遵循了这样的立法逻辑，²² 充分印证了个人数据保护不是一项绝对的权利。

同样，在国家法层面，个人数据保护权作为公民一项宪法上的基本权利，也存在与其他基本权利的平衡协调问题。德国司法实践最先确定的“信息自决权”并没有被德国成文法承认为一项独立的权利，它反映的内容正是德国基本法第1条第1项规定的一般人格权，即“人之尊严不可侵犯”。²³ 德国联邦宪法法院在“人口普查案”中也明确表示没有绝对不得限制的个人信息自决权。亦即，个人对其个人信息并没有绝对的支配权，因为，个人是社会团体中的一员，个人人格的自由发展正是仰赖于社会交往，即使是那些与个人事务密切相关的个人信息，实际上也是社会生活的写照，不能排他地属于当事人所有。²⁴ 对此作出专门研究的杨芳得出结论，认为“信息自决权至多只是学说上关于个人信息支配的误导性理论表述，而不是私权体系中的具体权利类型，更不是受侵权行为法保护的民事权利”。〔25〕²⁵ 王泽鉴指出，在“人口普查案”的判决中，德国宪法法院尽管提出了“信息自决权”的概念，承认个人在其个人数据上享有个人自治和自决的法益，但并不认可个人对其个人数据享有绝对的排他支配权，个人数据保护仍然要受比例原则等的限制。²⁶

²² 《条例》鉴于条款第4条：“个人数据的处理应当为人类服务。保护个人数据的权利不是绝对权，必须根据比例原则，考虑其在社会中的作用，并与其他的基本权利相较权衡。本条例尊重所有基本权利，并且遵守《宪章》所承认的载于《条约》中的自由和原则，特别是尊重私人和家庭生活、家庭和通讯、个人数据的保护、思想自由、道德和宗教自由、表达和信息自由、开展生意的自由、有效救济和公平审判的权利，以及文化、宗教和语言的多样性。”该鉴于条款明确指出保护个人数据的权利不是绝对的，应与其他权利进行权衡。

²³ 完整的条文为：“人的尊严不可侵犯。尊重和保护人的尊严是国家所有机构的义务。” See Basic Law, <https://www.bundesregierung.de/Content/EN/StatistischeSeiten/breg/basic-law-content-list.html>, 访问日期:2018年5月6日。

²⁴ BVerfG 65, 1, 43. 转引自杨芳：《个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体》，《比较法研究》2015年第6期，第29页。

²⁵ 同上文，第33页。

²⁶ 参见王泽鉴：《人格权法》，北京大学出版社2013年版，第200页。

因此，在研究和借鉴欧洲个人数据保护制度时，我们必须尊重一个基本事实，即欧洲是在基本权利或宪法权利上规范个人数据保护权的，通过宪法法院、欧洲人权法院来提供保护和救济。虽然该权利内包含了个人对个人数据及其处理的控制权，但是，这种控制权必须受到其他基本权利的限制，必须其他基本权利获得充分保障的框架中才能得以行使。正因如此，欧盟的数据保护法始终坚持将合法性作为个人数据处理的基础，数据主体的同意只是合法性基础之一。根本上，欧盟没有将“同意”上升为一种权利，而是附之以例外或权利限制作为个人数据保护的基本模式。²⁷这样做的根本目的是给法院在提供救济时保留充分的自由裁量空间，从而平衡个人数据保护与其他基本权利保护。也就是说，个人数据保护权本质上体现为一组宽泛的原则和详细的行为规范。²⁸

(二)美国的信息隐私理论:基于自由的个人自治

在美国，并没有与大陆法相对应的人格权理论和制度，而是发展出了发达的隐私权(right to privacy)保护体系。1890年，沃伦与布兰德斯在《哈佛法学评论》发表了一篇名为《论隐私权》的文章，首次提出了“隐私权”的概念，并将其定义为“个人独处的权利”。²⁹显然，支撑独处或避免干扰的

²⁷ 《条例》将数据主体的“同意”作为合法性的六种基础之一(第6条)，而不是作为一种权利出现在第三章“数据主体权利”中。《条例》一方面赋予数据主体维护其权利不受侵害的权利，如知情权、访问权、拒绝权、删除权(被遗忘权)、限制处理权、数据移转权(the right to data portability, 又称“数据便携权”)等；另一方面，对数据控制人(使用人)施加相应的义务，以实现这些权利。《条例》未赋予数据主体对个人数据单一的控制权，然后再限制权利行使，而是直接赋予数据主体一组具体的权利，并给予其司法救济权利，以实现对个人权益的保护。

²⁸) 《公约》修订之际，修订专业委员会曾向公众发布有关《公约》的公开征询函，《计算机法与安全评论》期刊联合国际IT律师协会等机构，组织了几位有影响力的专家，代表学术界对《公约》修订提出基本看法。针对《公约》是否应当对数据保护和隐私权(the right to data protection and privacy)有一个定义的问题，专家们认为在数据保护公约中试图界定隐私权是没有用的。因为隐私权本身是在不同的场景有不同表现方式的一组权益(a set of interests)，有时需要与其他权益进行平衡。将其表达为一组宽泛的原则更适当。存在其他公约(如《欧洲人权公约》)等)

和判例来解释它，采用宽泛的隐私保护表述是适当的，这样可以运用不同机制来实现保护。See Sylvia Kierkegaard, Nigel Waters, Graham Greenleaf, Lee A. Bygrave, Ian Lloyd and Steve Saxby, 30 Years on—The Review of the Council of Europe Data Protection Convention 108, 27(3) Computer Law & Security Review 223—231 (2011).

²⁹ S. Warren and L. Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv. L. Rev. 193—220 (1890).

理念是“个人自由”，隐私权实质上是政治或宪制意义上个人自由在法律上的表述。可以说，美国法中的隐私权产生于公民基本权利，在纳入司法救济体系保护后形成普通法意义上的隐私权。³⁰因此，美国的隐私救济既可以保护宪法上的公民基本权利，也可以用来保护民事权利。1965年，美国联邦最高法院在 *Griswold v. Connecticut* 一案的判决中明确宣布，个人享有宪法性的隐私权，处于对《权利法案》进行扩大解释后创设出的自由领域或边缘地带。³¹其后，美国联邦最高法院又在 *Roe v. Wade* 一案的判决中宣布隐私权“包含一个女人对是否终止其妊娠的决定权”。³²从这个角度考虑，隐私权是指一种免受政府干涉的权利。³³这种隐私权既包含了消极的或防护性的保护，也包含了自治权与自决权（例如决定堕胎的权利）。

20世纪60年代，计算机逐渐开始应用，在给人们带来便捷的同时，也使个人逐渐丧失对个人信息的控制，隐私权逐渐被理解为是一种维持对个人信息的内在领域和对某人身体和能力的一定程度的控制的权利。“控制权”理论的发展，催生了“信息隐私权”的出现。对此作出完整论述的是艾伦·F·威斯汀。他于1967年出版了《隐私与自由》一书，面对计算机带来的严重的隐私问题，提出了“隐私权”的新定义，认为隐私是“个人、群体

³⁰ 主要包括禁止对个人私人事务的侵入、对私事的披露以及对个人形象的使用等。1960年，普罗塞(William Prosser)通过整理美国各州300多个关于隐私权的判决，将隐私侵权行为具体划分为四种类型：(1)侵入独处状况(intrusion upon seclusion)；(2)公开私人事务(public disclosure of private facts)；(3)扭曲他人形象或公开(false light or “publicity”)；(4)为谋利使用他人姓名肖像(appropriation)。该观点被美国《第二次侵权法重述》吸收，侵害隐私被归纳为：侵入私人空间、利用他人形象、公开他人私生活和使某人被公众误解的公开行为。

³¹ *Griswold v. Connecticut*, 381U. S. 479(1965). 具体案情为：原告康涅狄格州计划生育联盟执行董事和医疗董事(持照医师)被起诉向已婚人士提供关于如何避孕的信息和医疗咨询，并在检查之后，开具避孕工具或药物供妻子使用。上诉法院和州最高法院均判决原告有罪。康涅狄格州的一部法律禁止使用任何药物、医疗器械阻止怀孕，否则构成犯罪。原告认为该法律违反了宪法第四修正案。原告上诉至联邦最高法院。联邦最高法院判决：

原告有权为已婚人士主张宪法上的权利；康涅狄格州禁止使用避孕药物的法律侵犯了夫妻隐私权(the right of marital privacy, 显然这里的隐私权就是自由)，而夫妻隐私权在《权利法案》特别赋权的范畴之内。该案判决具有标志性意义。

³² *Roe v. Wade*, 410U. S. 113, 153(1973).

³³ Darien A. McWhirter and Jon D. Bible, *Privacy as a Constitutional Right: Sex, Drugs and the Right to Life*, New York: Quorum Books, 1992, p. 33.

或机构自主决定在何时以何种方式在多大程度上将有关自身的信息披露给他人的权利(claim of individual)”，³⁴由此形成个人信息控制论的源头。³⁵后人将威斯汀的贡献评价为从信息控制视角审视隐私的先驱，提出了一种新型隐私权——“信息隐私权”。³⁶由此，隐私权被认为是对个人追求自由的法律保障，个人自由的保护被视为美国隐私权的理论基础。

1977年，美国联邦最高法院在 *Whalen v. Roe* 一案的判决中主张受宪法保护的“隐私领域”包括了两类不同的利益：一是“作出某些重要决定的独立性”；二是“防止披露个人事务中所体现出的个人利益”。³⁷前者在 *Griswold* 和 *Roe* 两个案件中已经被正式确立下来，即决定隐私权(decision privacy)；而后者所保护的利益被称为“信息隐私的宪法权利”，即所谓的信息隐私权。自此，信息隐私权从理论层面落实到司法实践，作为具有法律效力的私人权利，被正式纳入到了广义隐私权的框架之中。信息隐私权用来保护个人信息处理与流通领域中的个人隐私，是当事人个人信息上相关权利被侵犯时起诉侵权主体的一项合法依据。正因此，在许多场合下，隐私保护与个人信息保护具有相同的含义。

在美国，信息隐私的主导范式是隐私控制论(Privacy-control)，即对个人数据使用的控制权。对此，美国联邦最高法院也有明确的阐述：“普通法和隐私的字面含义均内含个人对有关她或他的信息的控制。”³⁸隐私控制是自由自治原则的产物，该原则置个人于个人信息使用的核心位置，通过个人管理个人数据和个人决定数据使用来实现信息自治(informational

³⁴ Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum, 1967, p. 7.

³⁵ 威斯汀认为隐私权能够实现以下四种功能：(1)实现个人自治，控制自己何时公开个人信息；(2)实现情感释放，保持自己的个性，保有社会或制度规范所允许的个体差异；(3)

实现自我评价，自我反省，树立正确的自我认知；(4)实现有限且受保护的通讯，不受到外界监听或拦截。

³⁶ 从该书的表述来看，威斯汀并未用“information privacy”等词汇来表述他的隐私权概念，他始终坚持用“privacy”一词来涵盖新的隐私权内容。

³⁷ *Whalen v. Roe*, 433U. S. 425, 599—600(1977).

³⁸ *United States Dep't of Justice v. Reporter's Comm.*, 489U. S. 749, 763(1988).

autonomy)。³⁹这里的自治有两层含义。其一，个人有能力创设自己的身份 (identity) 并借此定义自己。⁴⁰允许个人看管个人信息，人们就可以控制他们的身份。尤其是，可以限定和圈定其他人享有的关于自己的个人信息，借此可以影响他人对自己的看法。其二，自治也意味着对自己的事务作出决定，尤其是重要的事务，比如对自己诊疗方案的同意。隐私控制理论支持个人对个人数据使用的选择及其数据使用谈判，以促进个人自治。隐私控制理论还有利于鼓励个人信息商品化 (财产化和合同化)，将个人信息转化为财产并允许人们交易它，签署有约束力的转让合同。在这个意义上，隐私控制范式不仅与自治相联系，而且也与财产和合同联系在一起。

个人信息控制理论肇始于美国，成为美国个人信息保护的理论基础。不过，在美国，个人对个人信息的控制也不是一项绝对权，对于美国个人信息的自由流动也未造成实质上的影响。美国仍然是世界上个人信息保护相对宽松的国家。这主要是因为，美国的隐私保护根基于宪法上自由，由此延伸到个人对个人信息的自主控制，而美国又是一个崇尚和坚守信息自由 (或言论自由) 的国家，个人对信息的控制要受到宪法第一修正案的制约。赋予个人对信息的绝对控制会妨碍信息自由，因而宪法层面的个人信息控制需要与信息自由相平衡。显然不可能基于个人自由而赋予个人对个人信息的绝对意义上的控制权 (这很容易被信息自由所对抗)。但是，法学家一直在此之外寻求赋予个人信息控制权的正当性，而隐私的财产 (经济) 价值为个人信息控制理论提供了论证基础。于是，基于个人自由的隐私控制论被学者 (尤其法经济学者) 演绎成为一个宽泛的财产权，并被置于个人自治的大“帽子”中。但是，这种理论并没有成为现实。这可以从两个方面加以说明。其一，美国的隐私保护依赖普通法救济，这种救济本质上是以个人利益 (包括自由) 受到侵害为前提。

而当事人要证明他人未经其同意利用其信息给个人造成的损害是相当困难的事情，⁴¹而且法院在裁决是否侵犯隐私时需要依据法律 (包括制定法和判例)

³⁹ See Edward J. Janger & Paul M. Schwartz, The Gramm-Leach-Bliley Act, Information Privacy, and the Limits of Default Rules, 86 Minn. L. Rev. 1219, 1247 (2002).

⁴⁰ Robert C. Post, Three Concepts of Privacy, 89 Geo. L. J. 2087, 2092 (2001).

⁴¹ 许多个人数据泄露案件基于原告没有充分证据证明他们因数据曾经被不正当地使用而遭受损害而被法院驳回。

和常识 (common sense) 在具体情形中作出具体判断，其中隐私权保护仍然受到信息自由等宪法原则制约。其二，美国联邦层面制定的有关个人信息保护的特别立法不仅没有将个人控制一般化，而且严格限制个人同意 (尤其是收集使用前同意) 的范围。⁴² 同样，也由于对个人信息法律属性和个人控制程度的意见分歧，致使美国联邦有关个人信息的立法提案一再受阻。⁴³

综上，欧美对于个人数据 (隐私) 保护的出发点不同，但是目标和结论都是人的独立自主或自治，因而均将个人信息归由个人控制，法律保护这种控制即是保护个人自治。虽然个人信息控制论是国际社会个人信息保护的理论基础，但并没有建立起非经同意不得使用个人信息的规则，也没有将个人信息客体化为个人绝对支配的对象。这是因为，个人信息保护的基本目的是保护个人的基本权利不因个人信息的使用而受侵犯，而不是让个人控制其个人信息。国际社会以合法性为基础，建构个人信息使用规则对使用人施加法定义

例如，在 *Hammond v. The Bank of N. Y. Mellon Corp.* 一案中，消费者认为银行在磁带中存储了他的个人信息，而磁带在运输中丢失，因而向法院提起集体起诉，要求损害赔偿。法院认为：“原告诉讼无理，因为其诉讼请求面向未来的、假设且是概念性的，因而不支持或无可争辩。” [No. 08 Civ. 6060 (RMB) (RLE), 2010 WL 2643307, at* 7] (S. D. N. Y. June 25, 2010)]。另外，在 *Reilly v. Ceridian Corp.* (664 F. 3d 38, 40 (3d Cir.

2011)) 一案中，法院认为，仅因为被告公司遭受安全事故导致泄露原告信息而起诉被告，理由不充分。在 *Lambert v. Hartman* (517 F. 3d 433, 437 (6th Cir. 2008)) 案中，法院认定被告在其网站中公布援引交通罚单个人识别信息并不足以构成起诉被告的理由。

⁴² 美国联邦在通信、金融、健康、信用等领域颁布有个人信息保护法律，这些法律并没有将个人控制 (同意决定) 一般化。例如，《格雷姆-里奇-比利雷法》(1999 年，又称《金融服务现代化法》)，其调整对象是个人提供给金融机构的或者其保有的非公开个人信息，该法的核心内容是确立金融机构向非关联第三方披露个人信息的条件，其中一个重要条件是事先通知并有机会选择退出。再如，《健康保险转移与责任法》(1996 年)，主要规范以商业利用为目的的个人健康信息使用和披露行为。该法只是要求健康医疗提供者在将健康信息以电子方式转移给可能市场化利用该信息的卫生保健清算所或健康计划等主体前，须得到个人同意。

⁴³ 在一般的商业领域，在美国联邦层面不存在制定法，各企业根据公正信息准则实行自律。为了确保消费者对敏感个人信息的一定程度的控制，确保公司对个人数据承担清晰的管护责任，白宫于 2011 年和 2015 先后两次向议会提交消费者隐私保护法案：H. R. 1528—Consumer Privacy Protection Act of 2011 [112th Congress (2011—2012)]；S. 1158—Consumer Privacy Protection Act of 2015 [114th Congress (2015—2016)]，均未获通过。

2017 年，Patrick Leahy 等六位参议院又向国会提交了 2017 年消费者隐私保护法 [Consumer Privacy Protection Act of 2017 H. R. 4081—115th Congress (2017—2018)]，同样未有任何结果。

务，维护个人权利不受侵害。根本上，个人信息保护是对人的保护，旨在防止对与个人有联系的信息的滥用而导致对人的尊严、自由、独立、平等带来消极影响或损害。准确地讲，个人对个人信息的控制只是实现保护的手段，根本没有上升为一种排他性的个人权利。不能将在基本权利或宪法意义上使用的个人信息控制权或个人信息保护权直接转化为个人对个人信息的排他、积极的支配权。这不仅是因为基本权利保护具有原则性、抽象性，还因为个人信息也具有公共性，不能为个人所排他控制。

三、个人信息的非个人控制性：个人信息的公共属性

个人信息保护法律规则的形成和实施过程中，一直充斥着信息主体对个人信息收集、使用的控制与数据控制人(即数据使用人)意图最大可能地自由使用个人信息的冲突。国际社会及主要国家在个人信息保护立法时虽然强调个人信息的流通利用目的，但是因为传统个人信息保护或隐私保护理论过分强调个人信息的私人属性并将基本权利上的自治延伸至个人信息，导致个人信息由个人控制成为普遍接受的观念。事实上，个人信息具有公共属性，关涉他人和社会利益，个人信息的使用不应当由个人决定。

(一)个人信息的识别功能

个人信息是指可识别具体个人(仅指自然人)的信息。凡是能够识别特定个人的信息，无论是直接识别到还是间接识别到特定个人的信息，均为个人信息。识别指的是根据与特定人有关的外部信息来认识、辨识或指认该特定个人，所依赖的信息通常是个人特有的或描述个人属性、特征的信息。识别的结果就是认出特定个体，使某个人与其他人区分开来。

作为识别的手段，个人信息是个人标识自己的工具，也是他人识别特定个人的工具。

标识自己和识别个人是社会的必然现象。前者是个人(数据主体)主动利用个人信息的过程，也是向社会提供个人信息的过程；后者则是由社会主体(收集和使用个人数据的主体，称为数据控制人或数据使用人)对来源于个人(主动提供或散落于社会中的)的数据的使用过程。个人需要利用可以识别自己的符号，向社会推介、展示自己，需要利用它开展各种活动，将活动结果归于其本人。在这一过程中，个人信息必然要向外提供，为其他主体所掌握。

一个人要进入社会或参加社会活动，就需要向他人披露、公开身份。封闭个人信息就意味着与世隔绝。从社会的角度出发，社会也需要利用个人提供的个人信息和散落于各处的、可被搜集掌握到的相关个人信息来了解、判断某个人。这两个方面构成个人信息应用的基本场景。工具性质决定了个人信息的社会性、公共性。

社会中存在两类识别。一是识别个体的身份，用来表示你是谁，最直接表示一个人身份的就是姓名及与姓名直接对应的身份标识(如身份证号、指纹等)。⁴⁴实际上，由于姓名没有唯一性，在同一个单位都需要补充额外信息(部门、年龄大小等)进行辨识。我们也可以借助工作单位、职称或职务、性别、年龄等个人属性信息间接识别出一个人的身份(谁)。也就是说，识别一个人的身份既可以通过姓名和身份证等唯一标识符，也可以借助一些个人属性信息识别到具体个人。二是识别个体的个性特征。在社会交往中除了需要知道是谁外，还需要知道他是什么样的人，而且根据不同的目的，需要了解的个人的个性特征也不完全一样。如果是借贷，那么需要了解他有没有偿还能力；如果是招聘，就需要了解他是否适格、诚实、合作等。这些识别需要借助某个人的行为记录、过往经历、行为偏好等信息进行分析。基于网络用户的行为记录形成的用户画像(profiling, 又译“个性档案”), 即属于个性特征识别，它通过搜集用户的各种信息(社会属性、生活习惯和消费行为等)给用户抽象出一个个特征标识，判断某个用户是一个什么样的人。

在过去，我们往往先识别个体身份，然后再识别他有什么特征。现在，我们借助个体特征信息，也能够识别出特定的个人。在大数据环境下，我们可以通过了解一个人的个人属性(如职业、经历等)、网络浏览记录等数据来认识某个人的个性特征，然后将个性特征联系到某个具体个人。个人提供给社会的信息丰富了，不仅能够精确地识别一个人的特征，而且很容易识别一个人的身份。基于此，现在识别个体，甚至不需要识别个体身份(知道你是谁)，而仅仅识别特定的抽象的个体。我们在网络环境中有许多身份标识符，典型的如用户名甚至 IP 地址、硬件识别号(如手机 IMEI 号)，均可以视为一

⁴⁴ 在笔者看来，一个人借助姓名标识其社会身份，使其由一个纯自然人转化为社会可认知的个体。姓名之外的所有个人信息，并不具有这样的直接标识功能，这些个人信息只具有联系功能(与特定人联系起来以描述一个人)和增加可识别度的功能。因此，个人经历、背景、行为信息、心理、生理、习惯等个人信息可以描述一个个体，但是如果没有姓名，仍然无法识别到一个具体的人，除非在一个已经特定化的语境中。

个个体。这样的个体实际上是“人格面具”（persona）。至于这个个体是谁，对应到现实中哪个具体的个人，则需要进行身份识别，即将具有某些特征的个体与具体的个人联系起来。识别并不必然要识别身份，更不必然跟一个人通信或联系。⁴⁵在一些商业应用中，即使不知道用户的姓名，也可以达到认识该用户甚至与他（她）联系的目的。因此，在网络社会中，识别的基本含义就是通过分析关联数据以识别某个用户的个性特征。至于能否识别用户的身份，则取决于所掌握的数据是否匹配到某个人。

大数据给人们提供的巨大便利就是识别个体的便利性、精准性、全面性和及时性。大数据技术背景下，一切能够关联到某个人的或了解某个人个性特征的数据都可以归入个人信息的范畴，因为各种信息可以通过关联、联系、结合识别出具体的个人（此即所谓的间接识别），并且结合的信息越多，识别的结果就越准确和全面。所谓发挥大数据的红利，就是鼓励利用尽可能多的信息进行分析识别，然后用于实现各种社会发展目的。

（二）个人信息的公共性

个人信息保护所面临的核心问题是：这些可识别个人的数据是否归属于个人或者由个人控制，社会主体是否必须经过个人的同意才能对其进行识别？笔者认为，个人信息本身只是一种可以识别某个人的事实或记录，并不当然地应该由个人拥有或控制。个人信息与个人的联结点是：这些信息指向或描述某个人，可以将之概括为该信息与某个人有联系、有关联。但是，纯粹与特定个人有联系不足以使个人对该数据具有支配利益。因为这种关联只在于信息所表达的意义、内涵，而不在于数据本身。

自古以来，信息一直是处于公共领域的公共素材或材料，是任何人均可以使用的资源。⁴⁶在知识产权体系中，著作权、专利权和商标权均没有赋予对信息的支配权，信息并非专有权的对象。例如，专利权是专利权人公开专利信息换取对技术方法的商业上实施的垄断权；著作权法保护的是思想的表达，而

⁴⁵ “识别”与“通信”或“联络”无关。住址、电话、电子邮件、微信账号等在识别中所担任的角色，仍然是识别该用户是谁，识别本身并不导致与该用户通信、联络或对其进行推销甚至实施诈骗。联系被识别的人，不属于识别行为，也不是可识别个人身份的个人信息所导致的必然结果。

⁴⁶ 信息的产生和再生的成本很低，信息本质上不具有排他性，再加上排除他人使用信息的成本过高，因此，应将信息视为公共资源。See J. E. Stiglitz, The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics, 115(4)Q. J. Econ. 1441—1478(2000).

非思想本身，公众对于一切公开的作品均可以接触、学习并合理利用；商标专用权只是在特定类别的商品或服务上使用注册标识的权利，本质上是对因使用而建立的商誉的保护，而不是保护权利人对标识本身的垄断。而之后进入知识产权体系的商业秘密也并不是对秘密商业信息的支配权，而是以事实控制力(保密措施)为基础的财产权(丧失保密控制即丧失权利)，本质上是对抗他人以不正当手段获取、使用和披露商业秘密的权利，而非对特定商业秘密的排他支配权。因此，知识产权制度通过一些精妙的制度安排，在赋予权利主体某种专有权的同时，刻意地将创新成果的内容或信息置于公众可接触的公共领域，由此通过信息的公开、思想成果的自由使用(限于学习研究和继续创作或创新)，推动科学艺术文化的不断进步。那么，个人信息是否应当存在例外，需要将个人信息置于个人的排他控制之下？

就个人信息而言，当信息用来标识、记录、描述某个人时，并不因此而使该信息(数据)归属于该人，这些信息(数据)仍然可以用来标识、记录、描述其他人。数据或信息的公共性、可共享性，决定了个人数据本身的公共性。个人最多可以控制不联系或如何联系，但不能控制信息本身。比如，购买减肥霜的消费记录虽然与个人有关，却并不一定导致该人对该记录享有支配、控制的权力。因此，网络、传感器等记录的与个人有关的活动、浏览记录，只是与特定个人产生了联系从而赋予该信息某种含义，而不足以使该个人对该记录信息拥有排他支配权。

即使可以直接标识个人身份的信息，个人也不享有支配权。以姓名为例，姓名是最直接标识自然人的标识符(文字)，它具有等同于本人或代表本人的功能。虽然法律赋予个人以姓名权，⁴⁷但并不包括对姓名信息(符号)的支配权。姓名权主要保护个人的两种利益：其一，个人有独立命名的自由，不受任何人干涉。它所保护的法益是人格独立和自由，而不是个人对自己姓名的垄断，个人不能阻止别人使用相同的姓名(文字)。⁴⁸其二，个人有使用自己姓名的权利。⁴⁹姓名的功能在于让一个人在社会活动中标识自己，将社会活动的结果归属于其本人，如在作品上署名、取得各种荣誉等。法律保护每个人正当

⁴⁷ 民法通则第99条规定：“公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。”

⁴⁸ 参见刘文杰：《民法上的姓名权》，《法学研究》2010年第6期，第69页。

⁴⁹ 参见程啸：《侵权责任法》，法律出版社2015年版，第138页。

使用自己姓名的人格利益。因此，姓名权本身并不是对特定文字符号的支配权，法律只是保护个人排除他人干涉、冒用、盗用姓名，但不能排除他人使用相同的姓名。简言之，姓名权本质上是对人格利益的保护，而不是对姓名本身的支配权。

在网络化、数据化、智能化的时代，全信息化、多样化的大规模个人数据，不仅成为社会治理、企业管理创新和改善的资源，也成为科学文化艺术创新进步的资源池。处于公共领域的信息或数据仅因为与个人存在联系或具有识别性，即赋予个人对个人数据的排他控制权，使个人信息“私有化”，有失法律正当性，甚至与人类社会进步发展的制度基础相悖。这也是各个国家将数据开放和流通作为推动大数据产业发展、促进经济转型的重要措施的原因。没有丰富的、处于公共领域的“原材料”，是不可能创作和创新成果的。法律之所以不能赋予某个主体对信息的专有权，是因为信息(数据)承载着人类文化遗产和社会运行发展的公共元素。正如荷兰蒂尔堡大学的普林斯教授所说，“目前个人数据在定义上几乎被视为公共领域的组成部分，是可以广泛获得和使用的。无论从实践还是从法律目的上，个人数据均处于公共领域。”⁵⁰美国的扬格和施瓦兹撰文认为：“信息隐私作为一种公共物品，像干净空气或者国防一样发挥着作用，从宪法的角度看，隐私也是一种公共物品。”⁵¹还有学者把隐私看作是经济学的公共物品，由此认为“确切的隐私单元是群体而非个人”，隐私保护需要群体协调(group coordination)，而个人主义的隐私保护的结果是无隐私。⁵²可见，个人信息的公共性或公共物品性已经得到越来越多的学者认可，而这必然进一步地得出个人信息保护的非个人决定性的结论。

(三)个人信息保护的社会决定性

⁵⁰ Corien Prins, Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of Our Identity, 16Information Law Series 223—257(2006).

⁵¹ 前引 39))，Janger&Schwartz 文，第 1253 页以下。

⁵² Joshua A. T. Fairfield&Christoph Engel, Privacy as a Public Good, 65Duke L. J. 385, 456(2015), <http://scholar-ship.law.duke.edu/dlj/vol65/iss3/1>, 2017 年 8 月 22 日访问。

个人信息的公共性、社会性决定了个人信息保护的范围和程度的公共性和社会性。在这个意义上，个人信息不应当完全为个人所控制。

从保护个人信赖或交易安全的角度，一个社会不应当赋予个人控制自己的个人信息的绝对权，或者说法律不应当作出非经本人同意就不能获取其个人信息的规定。因此，一旦人们参加各种社会活动进入到具体社会关系，法律就应当保护公众的“识别权”，而不是拒绝识别或拒绝“曝光”。放任或鼓励人们隐藏身份或个人信息，会妨碍合作甚至鼓励人们从事不负责任的社会行为。我们所讲的个人信息，除了姓名、照片、体征、生物信息等外，大多数是人们社会活动和行为的结果。在计算机网络应用之前，这些信息除了少数被口耳相传得以传播或被档案或传记记载外，基本上不留痕迹，无据可查。而今天，人们的一切行为轨迹几乎都可以被记录下来，成为可以用来查询和分析个人的消费偏好、健康状况、资信状况和信用能力等的依据。这些信息来源于（至少是部分来源于）个人，而一旦被记录下来，则成为社会成员可以获取和利用的数据资源。这些信息资源是否要经个人同意才能为社会成员使用的关键是，一个社会是否承认我们每个人都需要客观、公正、准确地识别社会中的个体。笔者认为，个人的确希望有更多的“隐私”，有时甚至会刻意隐藏、掩饰或美化自己，但也应当保护社会公众（尤其是与之打交道的人）的“识别权”。

在波斯纳看来，隐私成了“不当呈现某人特性的权利”。他认为，人们希望通过选择性地披露有关自己的事实来操控他们周边的世界，而其他人有合法利益揭穿这样的不当呈现。⁵³在波斯纳看来，隐私权并不能被视为完全由个人自主的事情，而应当有所限制。托马斯·汉尼斯指出：“身份（identity）和构筑它的个人信息本质上是不可分的。它是匿名的对立面，我们不能两头都想要：你可以拒绝与其他人打交道而保持匿名，一旦你开始打交道，你必然失去匿名，获取了在他人眼里关于你的身份的认知。在这一点上，你的身份

⁵³ Richard A. Posner, An Economic Theory of Privacy, 2(3) Regulation 17-30(1978), <https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/1978/5/v2n3-4.pdf>, 2017年8月22日访问。

不是也不可能是你的私人控制。”⁵⁴因此，保护和提供救济以使人们对抗个人信息的不当使用不应当与构成个体识别的个人信息集合体的权属混为一谈。

进一步讲，个人信息本身具有社会价值，这是个人信息的使用不能由个人完全决定的深层理由。里根认为，隐私不仅对个人有价值，而且在三个方面对社会整体也具有价值。首先，隐私具有共同价值，因为所有个人对隐私会有某种评价，有某些共同看法。此外，隐私不仅对个人（作为个人或者所有共同体的成员）具有价值，对民主体制也具有价值。最后，隐私具有集体价值（collective value），技术和市场力量正在使个人信息保护相互联系在一起，在所有人没有相同的最低隐私保护水平的前提下，某个人很难享有隐私。⁵⁵在此基础上，她认为隐私并不是个人说了算的，而是反映着社会对哪些个人权益应当给予保护的共同价值观。一个社会应当存在隐私标准（norms of privacy）以指引我们的行为和我们的期待，即使技术和法律上可行，不符合隐私习惯的实践准则也不为社会所接受。如果社会价值观支持人们不当表述自己或提供错误的信息，鼓励人们“伪装”或“撒谎”，就会导致社会中有关个人的信息丧失真实性，不能作为判断个人的依据。因此，对隐私的界定应当反映社会认知或社会标准。⁵⁶

施瓦兹也认为，隐私不应当被看作是封闭的“数据堡垒”。在绝对隐私或绝对公开两端，不可能实现个人数据的最优使用。信息隐私规则应当创设变化的、多维度的数据保护规则，以使个人数据为不同主体作不同观察。构筑隐私就是根据不同的调整界线，形成允许的查阅层级。⁵⁷“信息隐私应当被理解为民主社会的基准。获取和限制访问个人信息有助于构筑我们生存的社

⁵⁴ Thomas Hemmes, The Ownership and Exploitation of Personal Identity in the New Media Age, 12J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 1, 35ff (Fall, 2012).

⁵⁵ Priscilla M. Regan, Legislating Privacy: Technology, Social Values and Public Policy, Chapel Hill, NC:University of North Carolina Press, 1995.

⁵⁶ Priscilla M. Regan, Privacy as a Common Good in the Digital World, 5(3)Information, Communication & Society 382-405 (2002).

⁵⁷ Paul M. Schwartz, Privacy and Democracy in Cyberspace, 52Vand. L. Rev. 1607, 1664-1665 (1999), <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1162>, 2017年9月10日访问。

会性质并塑造我们个人的身份。”⁵⁸隐私信息保护规则本质上就是个人信息收集、使用规则，而这样的规则不是由个体决定的，而应当是由社会共同决定的。这样的规则时常出现在社会习惯中，也可以来自制定法。他最终建议在联邦层面通过立法确立公平的信息隐私规则，以促进网络环境下的民主自由和个人自治。⁵⁹

可见，他人或社会使用个人信息的正当与否不应当由个人决定，而应当由社会决定，由法律决定。个人信息保护和使用规则的制定须识别个人信息保护和使用所涉各方主体的利益，并依此进行利益衡量，实现合理的制度安排。这样的定位符合个人信息本身的特征和在社会中的实际状况，应当成为我国个人信息保护的基础理论。

四、个人信息保护模式的转型：社会控制论的提出

国际社会关于个人信息保护的制度规则和理论是建立在上世纪 70 至 80 年代的社会条件的基础上。这个时期基本上是以个人向特定主体提供个人信息被电子化存储利用为主的时代，个人信息的被动收集还没有大量出现，个人对个人信息还具有一定的控制力。但是，伴随互联网、物联网、大数据等信息通信技术的发展和运用，个人数据的多样化、全息化采集和应用已经成为网络社会的基本生态环境，数据采集、分享、分析和应用已经发生了巨大变化。在个人信息收集和运用环境发生变化的情况下，国际社会一直在反思这样的理论及其上升为法律规则后的弊端。⁶⁰欧美传统的个人数据保护或隐私理论完全建立在个人

⁵⁸ 参见前引〔39〕，Janger&Schwartz 文，第 1221 页。

⁵⁹ 同上文，第 1701 页。

⁶⁰ 例如，OECD 于 2010 年启动 1980 年《隐私保护与个人数据跨境流通指南》的修订工作，并于 2013 年 7 月 11 日通过《关于隐私保护与个人数据跨境流通的指南建议(2013)》。修订采取稳健温和态度，仅通过增加部分原则的具体实施要求以提高原则的可操作性。但是，其他官方组织与社会人士则认为，在大数据时代，原先确立的八项基本原则已经显得过时了，要真正实现大数据的经济与社会价值并且同时保障数据主体的个人利益与自由，需要彻底改革基本原则的内容。这些异议声音中最具代表性的是微软公司。自 2012 年起，微软公司开始广泛号召全世界的专家学者关注数据保护问题，并组建针对 OECD 指南修订的工作组。2012 年 9 月，微软公司在其总部举行了一场全球隐私峰会，邀请来自政府机构、工业领域、公益组织以及学术界的研究隐私与数据保护的 70 多位专家与会。微软工作组在

主义的基础上，这不仅与个人信息本身的法律属性不相吻合，而且无法解决个人信息的个人控制与社会化利用之间的矛盾。本文对个人信息的公共性和个人信息保护的社会性的分析，实质上构成了对个人信息控制理论的反思和批判，提倡个人信息保护的基本理论从个人本位到社会本位的转变或从个人控制到社会控制的转变。

首先，个人信息控制论极易导致个人信息的私权化。个人信息与个人的关联在于识别和联系到特定的个人，这并不足以使个人控制(或所有)个人信息及信息的使用(形成排他支配权)。个人信息是个人进入社会和社会了解个人的必要手段，个人信息的工具性决定了它应当处于可以为人使用的公共领域，而不是私人控制的客体。虽然欧美法律并没有将个人对个人信息的控制上升为一种绝对的私权，但是基本权利意义上的“控制”极易被私法化为一种私人权利，演绎成个人信息支配权。这便是今天将个人信息视为具体人格权(个人信息权)

的根源。实质上，个人信息控制是维护个人自治的手段，而不是让个人控制个人信息(赋权)。在赋权意义上理解个人信息控制与个人信息的公共性相悖。

其次，个人信息控制论导致了个人决定个人信息的使用。在检讨域外个人信息保护的法律文件时，我们发现几乎所有的国际性和国家性法律文件均将个人信息流动或流通使用作为最终的目标，试图在保护个人基本权利的前提下实现个人信息的流通利用。但是在效果上，过度强调了保护，而忽略了流通利用。这是因为，在这些规则的形成年代，个人尊严或个人自由被着重强调，有关个人的信息被作为个人的“东西”，个人信息的使用被作为个人决定的“事务”，于是通过对个人信息控制实现个人自治成为顺理成章的事情。但是，从个人信息具有社会性的角度，个人信息不仅关涉个人利益，也关涉他人利益和社会利益，因而个人信息的使用就不是个人可以决定更不应当是个人决定的事情。个人信息控制论导致个人信息的使用由个人决定，这一规则的泛化和绝对化，导致个人意志过度地渗入到个人信息的使用上。人是一种社会存在，而不是孤立的个体，因而个人信息的使用必然应当由社会

经过一系列的理论研讨与实践调研后整理发表了一份学术报告，即《21 世纪的数据保护原则——修正 1980 年 OECD 〈指南〉》(中译本参见高富平主编：《个人数据保护和利用国际规则：源流和趋势》，法律出版社 2016 年版，第 32 页以下)。

决定，而不是由个人决定；同样，个人信息上哪些利益需要保护，哪些利用行为应当允许，哪些行为应当限制或禁止，也应当由社会决定，而不是由个人决定。

最后，个人信息控制论的社会基础不复存在。个人信息一旦脱离个人就意味着失去控制，因而个人只能通过特定的接受人(控制人)来控制个人信息，个人信息的控制人缺失或者不确定，就无法实现控制。在计算机应用之初，互联网还未出现或普及的时代，所出现的主要问题是，个人提供给政府、企业等的个人信息可能被控制人用于其他目的，这种滥用可能危害个人尊严或自由，因而需要给予个人知情、访问、更正甚至删除等权利。这便是个人信息控制论建立的基础。但是如今，虽然个人提供个人基础信息(尤其是身份信息)

仍然是个人信息的基础，但是绝大多数可识别个人的信息并非由个人提供，而是由信息系统、网络运行、各种传感器等实时记录形成，无处不在、无时不在的网络形成了能够关联到个人或识别个人的数据海洋，而个人却不知道哪些信息被收集和使用，甚至不知道被谁收集和使用。数据的收集人(控制人)对于来源多样的海量数据的用途，也无法事先作出准确的判断，无法在收集时告知被收集人特定目的或用途，也就不能合法地实施告知同意。如果需要告知使用目的或任何目的变化都需要实施告知同意，实质上就等于扼杀大数据红利。如果征得个人同意时不告知使用目的或者只是一般性的概括同意，对个人信息的个人控制就将流于形式，不能实现制度设计的目标，反而成为数据控制人规避法律风险的工具。因而，信息通信技术的发展已经摧毁了个人信息控制论建立和实现的社会基础，个人控制不再具有现实性，个人力量已经不能维护个人尊严和自由。如果法律仍然坚守这样的维权模式，要么无法实现保护个人的目的，要么成为大数据应用的障碍。

笔者认为，对应于过去的个人控制论，可以将社会控制作为大数据时代的个人信息保护和使用的理论基础。个人信息的社会控制论不再把个人信息视为个人的“东西”，也不将个人信息的使用视为完全由个人控制的事情(或成为个人自由的范畴)，而是将个人信息视为社会的共同资源，由社会决定个人信息的使用。笔者认为，在个人信息的社会控制论下，个人信息保护将会产生三个方面的转变：

其一，个人信息的社会控制意味着个人信息的使用由社会习惯或法律确定，而不是由个人意志决定。由于个人信息的使用是社会运行和交往的必然，因而让个人控制其使用有失偏颇或不合正义。当然，社会控制并不否定信息主体对个人信息使用的必要控制。个人信息的社会控制旨在否定个人对于个人信息的绝对的、普遍的控制，尤其否定将其上升为私人控制权。在个人信息的收集和使用环节，要建立“以一般允许为原则，以个人控制(同意决定)为例外”的个人信息使用规则。个人信息非常宽泛，包含许多敏感性信息，蕴含有主体价值，需要给予个人必要的控制。有些信息本身敏感(如个人私生活、财务信息等)，有些信息的使用场景或方式需要控制，否则就会给个人带来隐私或安全风险(比如个人通信方式、基因信息等)。对于这些敏感信息仍然需要个人同意，由信息主体控制其收集和使用。个人信息本身的敏感性和个人信息使用对个人权益的侵害风险，是限定同意范围的两个重要依据。同时，一旦进入到使用过程中，个人是否可以取回并将个人信息移转给他人或要求删除个人信息等，也必须审慎决定，使个人控制建立在正当的法律基础之上。各国应当在对个人权益和个人数据使用涉及的社会公共利益的全面判断的基础上，区分信息种类，结合使用场景和方式作出详细规范。社会控制论需要通过一套复杂的法律规范来实现。

其二，个人信息的社会控制意味着保护个人信息的责任主体由以个人为主转向以社会为主。在个人信息海洋中，个人的控制力非常无力和渺小，个人的同意越来越被证明不能控制个人信息的流向和生命周期，⁶¹不能实现对个人权利的保护；甚至在个人信息与特定服务或交易联系在一起时，默示同意也仍然是流于形式。⁶²取回或删除个人信息只有在不接受服务的情形下才能兑现，而这也意味着个人拒绝网络或数据化生存方式。从欧盟《条例》可以看出，欧盟虽然也强调赋予数据主体许多权利以寻求司法救济，但主要是建立专门的个人数据行政监管体系来实现对个人信息的保护。《条例》共用了两个章节即第六章和第七章对独立的监管机构设立、职责及各监管机构之间的合作

⁶¹ 美国联邦贸易委员会提出了数据生命周期的概念，可分为四个阶段：收集、编译与整合、分析、使用。See Federal Trade Commission, Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion, January 2016, <https://www.ftc.gov/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues-ftc-report>, 2018年3月14日访问。

⁶² 参见王玉林：《默示同意在数据收集中的适用问题研究》，《情报资料工作》2017年第2期，第25页以下。

进行详细规定。此外，相比《指令》，《条例》新增了高额的行政罚款作为其制裁手段。⁶³

其三，个人信息的社会控制还意味着法律规范的重心应从收集行为转向使用行为。重视对个人信息收集的控制变得越来越没有意义。除非个人信息一经使用即会给个人带来人身或财产上危害，否则应当将规范重点放置于如何安全使用上，减少使用给个人带来不必要的风险。正如托马斯·汉尼斯指出的：“如有可能，规制个人可识别信息的潜在滥用行为并给予救济，而不是规制其收集和正当的使用行为。”⁶⁴因此，个人信息控制的重心应当从收集环节转向信息的使用环节。

这些转变并非不保护个人权利或者个人权利保护的减弱，而是保护模式的转变。个人信息保护权本来就是个人信息上的法益保护，而不是对个人信息控制权的保护。三重转变的实现意味着不是依赖简单的赋权和个人维权实现法益保护，而是通过对个人信息控制人(使用人)的行为(义务)规范来实现法益保护，或者按照法律经济学家的观点，是采取责任规则而不是财产规范来保护个人信息。⁶⁵同时，这样的转变，也意味着个人权利和社会整体利益更好地平衡。一旦我们不再将个人信息视为个人可以完全控制的东西，就需要由法律来决定个人信息使用的情形和条件，通过对数据使用人的行为规范来避免个人信息滥用行为对个人权益的侵害，通过对违法行为的惩治来实现对个人权利的保护。

基于个人信息保护模式从个人控制到社会控制的转变，我国个人信息保护规则就不仅需要校正缺陷，而且更要重新定位、全新设计。

我国立法中将“同意”作为收集和使用个人信息的前提条件，是对国际社会个人信息保护理论和制度规则的误读。收集和使用个人信息必须经被收集

⁶³ 参见《条例》第 83 条。

⁶⁴ 前引 54)，Hennes 文，第 32 页。

⁶⁵ 财产规则与责任规则是由卡拉布雷西和梅拉米德两位学者在 1971 年联合发表的论文中提出的。中文译文和介绍参见[美]吉多·卡拉布雷西、道格拉斯·梅拉米德：《财产规则、责任规则与不可让渡性：“大教堂”的一幅景观》，凌斌译，载《法律经济文献精选》，法律出版社 2006 年版；凌斌：《法律救济的规则选择：财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》，《中国法学》2012 年第 6 期，第 9 页以下。

人同意，意味着赋予个人事先决定个人信息是否为公众使用的权利，具有将个人控制上升为一种私权的实际后果。这种在法律移植过程中的错误迫切需要得到校正。

问题不仅在于校正错误或与国际接轨上，还在于如何立足本国国情和大数据时代的需要建立我国的个人信息保护制度。国际社会的个人信息保护理论和制度是在特定时期形成的，与当时的个人信息收集和使用方式相联系，而当今的信息技术已经发展到以大数据为代表的新时期，国际社会的个人信息保护理论和制度规则也面临变革。我们不仅要正确理解和移植国际社会过去已经形成的规则，而且要创设适应大数据时代需要的个人信息保护制度。个人信息保护本身就是源自于对个人基本权利的保护，必须结合本国政治、经济、文化等社会环境，提炼社会的共同认知，形成既保护个人尊严和自由，又能够促进个人信息合法使用的规则。

在国际规则的借鉴方面，我们必须对个人信息保护从个人控制到社会控制的转变有清醒的认识。这是因为，深受个人信息控制论影响的国家，推翻已经延续很长时间的理论和制度规则不仅需要勇气，而且面临艰难的法律修改程序。尤其是在欧盟，刚刚颁布的《统一数据保护条例》全面地完成了个人控制论的法律表达，要在短期内实现这样的转变是难以想象的。而美国对信息隐私主要采取司法救济（普通法保护）模式，由法院最终确定哪些行为构成侵犯隐私权，所以美国的信息隐私保护始终保持规则的灵活性，代表社会控制的隐私理论研究成果能够随时为法院审判所吸收。可以预见，个人信息的社会控制论将首先在美国成为现实。相对来讲，我国个人信息保护制度才刚刚建立，只有分散的几部法律中简单地加入了个人信息保护的内容，对如何保护个人信息还没有一致的看法。⁶⁶甚至可以说，在个人信息保护的理论和制度建设方面，我国还是一张白纸。在这种情形下，我们就可以没有任何负担地率先实现个人信息保护理论和模式的转型。

要实现这样的转型，我们必须抛弃简单移植国外立法的陋习，结合我国国情形成我国的个人信息保护理论，然后在该理论指导下设计符合我国国情和当今社会需要的个人信息保护制度。希冀笔者在借鉴国外理论分析基础上勾

⁶⁶ 民法总则第 111 条未正面规定如何保护个人信息就是重要的证明。

勒的个人信息的社会控制论，成为我国个人信息保护理论和制度重构的重要理论基础。

参 考 文 献

国内文献

<著作>

程啸：《侵权责任法》，法律出版社 2015 年版。

高富平主编：《个人数据保护和利用国际规则：源流和趋势》，法律出版社 2016 年版。

[德] Christopher Kuner：《欧洲数据保护法：公司遵守与管制》，旷野等译，法律出版社 2008 年版。

王泽鉴：《人格权法》，北京大学出版社 2013 年版。

<论文>

[美] 吉多·卡拉布雷西、道格拉斯·梅拉米德：《财产规则、责任规则与不可让渡性：“大教堂”的一幅景观》，凌斌译，载《法律经济学文献精选》，法律出版社 2006 年版。

凌斌：《法律救济的规则选择：财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》，载《中国法学》2012 年第 6 期。

刘文杰：《民法上的姓名权》，载《法学研究》2010 年第 6 期。

任龙龙：《论同意不是个人信息处理的正当性基础》，载《政治与法律》2016 年第 1 期。

王玉林：《默示同意在数据收集中的适用问题研究》，载《情报资料工作》2017 年第 2 期。

杨芳：《个人信息自决权理论及其检讨——兼论个人信息保护法之保护客体》，载《比较法研究》2015 年第 6 期。

<其他>

(OECD)：《隐私保护与个人数据跨境流通指南》，1980 年。

（OECD）：《关于隐私保护与个人数据跨境流通的指南建议（2013）》，2013年7月11日。

外文文献

[英文]

<著作>

Darien A. McWhirter and Jon D. Bible, *Privacy as a Constitutional Right: Sex, Drugs and the Right to Life*, New York: Quorum Books, 1992.

Priscilla M. Regan, *Legislating Privacy: Technology, Social Values and Public Policy*, Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press, 1995.

Alan F. Westin, *Privacy and Freedom*, New York: Atheneum, 1967.

<论文>

Joshua A. T. Fairfield & Christoph Engel, Privacy as a Public Good, 65 *Duke L. J.* 385 (2015).

Thomas Hemnes, The Ownership and Exploitation of Personal Identity in the New Media Age, 12 *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.* 1 (Fall 2012).

Edward J. Janger & Paul M. Schwartz, The Gramm-Leach-Bliley Act, Information Privacy, and the Limits of Default Rules, 86 *Minn. L. Rev.* 1219 (2002).

Sylvia Kierkegaard, Nigel Waters, Graham Greenleaf, Lee A. Bygrave, Ian Lloyd and Steve Saxby, 30 Years on—The Review of the Council of Europe Data Protection Convention 108, 27(3) *Computer Law & Security Review* 223–231 (2011).

Richard A. Posner, An Economic Theory of Privacy, 2(3) *Regulation* 17–30 (1978).

Robert C. Post, Three Concepts of Privacy, 89 *Geo. L. J.* 2087 (2001).

Corien Prins, Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of Our Identity, 16 *Information Law Series* 223–257 (2006).

Priscilla M. Regan, Privacy as a Common Good in the Digital World, 5(3) *Information, Communication & Society* 382–405 (2002).

Paul M. Schwartz, Privacy and Democracy in Cyberspace, 52 *Vand. L. Rev.* 1607 (1999).

J. E. Stiglitz, The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics, 115(4) *Q. J. Econ.* 1441–1478 (2000).

S. Warren and L. Brandeis, The Right to Privacy, 4 *Harv. L. Rev.* 193–220 (1890).

<其他>

Federal Trade Commission, *Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion*, January 2016.

提 要

欧洲基于对人的尊严的保护，美国基于对个人自由的保护，形成了个人信息的个人控制论，以实现个人自治，保护人的基本权利。但个人信息保护权并不是一项全面的、绝对的支配权。个人信息不仅关涉个人利益，而且关涉他人和整个社会利益，个人信息具有公共性和社会性。传统的个人信息个人控制理论是建立在个人主义观念下，忽视了个人信息的社会性、公共性，不仅不能全面反映个人信息的法律属性，而且不能适应大数据时代个人信息利用的新环境和新方式。这预示着个人信息保护应从个人控制走向社会控制。我国应当从个人信息的法律属性出发，以社会控制论指导个人信息保护立法，建立平衡个人利益和社会整体利益的、适应大数据时代的个人信息保护制度。

关键词：个人信息 个人信息保护 隐私保护 个人信息社会控制

A b s t r a c t

The theory of individual control over personal information, which is based on the principle of human dignity in Europe and the principle of personal freedom in the U. S. , aims at protecting the citizen's fundamental rights and personal autonomy. The right to the protection of personal information, however, is not an independent and absolute right, but an institutional arrangement at the level of fundamental rights. Personal information has social and public properties because it concerns not only the interests the individual whose personal information is to be protected, but also the interests of other individuals and the society as a whole. Because of its individualistic foundation and its disregard for the social and public properties of personal information, the traditional theory cannot fully reflect the properties of personal information and adapt to the new situation and methods of the use of personal information in the age of big data. This means that the theory of personal information should undergo a transition from one based on personal control to one based on social control. China should develop a new personal information protection system adapted to the big data era by taking the legal properties of personal information as the starting point and the social control theory as the legislative guidance and striking a balance between individual interests and the interests of the society.

Key Words: personal information, personal information protection, privacy protection, social control of personal information

개인정보 보호: 개인통제(个人控制)에서 사회통제(社会控制)로*

Protection of Personal Information: From Individual Control to Social Control

고부평(高富平)(화동정법대학교 교수) 저

GAO, Fuping(Professor, East China University of Political Science and Law)

정영진(丁莹镇)(인하대학교 AI·데이터법학과 교수) 역

Translator JUNG, Young Jin(Professor, Department of AI & Data Law, Inha University)

목차

I. 서론

II. 개인통제론(个人控制论)의 의미: 기본권의 관점에서 본 개인정보 보호

1. 유럽의 개인데이터 보호이론: 인간의 존엄에 기초한 개인의 자치
2. 미국의 정보 프라이버시(信息隐私) 이론: 자유에 기초한 개인의 자치

III. 개인정보의 비개인 통제성(非个人控制性): 개인정보의 공공적 속성(公共属性)

1. 개인정보의 식별기능(识别功能)
2. 개인정보의 공공성(公共性)
3. 개인정보 보호의 사회적 결정성(社会决定性)

IV. 개인정보 보호모델(保护模式)의 전환: 사회통제론(社会控制论)의 제시

* 본고는 국가사회과학기금 중대과제인 「정보서비스 및 정보거래 법제도 연구」(信息服务与信息交易法律制度研究, 과제 승인번호: 13&ZD178)의 단계적 연구성과(阶段性成果)이다.

I. 서론

정보기술의 발전과 함께 인류는 데이터화(数据化)·네트워크화(网络化)·지능화(智能化)를 특징으로 하는 빅데이터(大数据) 시대에 들어섰다. 이 시대의 가장 주요한 특징은 데이터화된 생존(数据化生存)이다. 과학연구·상업활동·사회 거버넌스(社会治理) 등 어느 것도 데이터에 의존하지 않는 것이 없으며, 데이터는 이 시대의 발전을 뒷받침하는 새로운 자원이 되었다. 데이터 자원(数据资源) 가운데 개인을 식별할 수 있는 데이터를 개인데이터(个人数据)라고 한다[개인정보(个人信息)라고도 하며, 이 글에서는 두 표현을 혼용함].¹ 개인정보는 개인이 사회에서 자신이 누구인지를 나타내고(标识自己) 다른 사람과 관계를 맺는 도구인 동시에, 사회가 각 개인(个体)^{역주 1)}을 이해하고 식별하여(识别) 활동을 전개하는 근거(依据)이다. 그러나 개인정보를 부당하게 이용(使用)하면 개인의 권익을 침해하고 인간의 존엄과 자유를 해칠 수 있으며, 심지어 신체와 재산의 안전에 위험을 초래할 수도 있다. 이에 개인정보 보호는 개인정보 이용의 전제가 되었고, 빅데이터 시대의 중요한 법적 문제가 되었다.

2012년 12월 28일 중국 전국인민대표대회 상무위원회가 채택한 「네트워크 정보 보호 강화에 관한 결정」^{역주 2)}은 “국가는 공민^{역주 3)} 개인의 신원(个人身份)을 식별할 수 있거나 공민 개인의 사생활(个人隐私)에 관련되는 전자정보(电子信息)를 보호한다.”고 선언하였다. 이로써 중국의 개인정보 보호입법이 시작되었다. 이후 개인정보 보호는 여러 법률의 필수적인 규정이 되었고, 특히 2013년에 개정된 「소비자권익보호법」

1 유럽연합의 입법문서는 통상 ‘개인데이터(personal data)’라는 표현을 사용하고, 미국의 입법문서는 주로 ‘개인정보(personally identifiable information)’라는 표현을 사용하며, 중국의 입법은 개인정보라는 표현을 채택하였다. 따라서 이 글에서는 원칙적으로 개인정보라는 표현을 사용하되, 유럽연합법에 관한 부분에서는 개인데이터라는 표현을 사용한다.

역주 1) 个体는 원칙적으로 ‘개체’로 번역하였다. 다만 여기의 “每一个体”는 일반적인 개체를 추상적으로 지칭하는 것이 아니라 사회 구성원인 사람을 각각 가리키므로, ‘각 개인(个体)’으로 번역하였다.

역주 2) 「全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定」(2012년 제정).

역주 3) 중국법상 ‘공민(公民)’은 중국 국적을 가진 사람을 의미하며, 국적과 관계없이 모든 사람을 뜻하는 ‘자연인(自然人)’과 구별된다.

과 2016 년 11 월 공포되어 2017 년 6 월 시행된 「네트워크안전법(网络安全法)」의 중요한 내용이 되었다. 개인정보 보호를 하나의 구체적 인격권(具體人格權)으로 명시적으로 인정할 것인지 여부도 「민법총칙」 제정 과정에서 논쟁의 초점이 되었다. 그러나 최종적으로 통과된 「민법총칙」은 개인정보가 법률의 보호를 받는다고만 선언하고, ‘개인정보권’(個人信息權)이라는 표현은 채택하지 않았다.² 이러한 법률들은 중국에서 개인정보의 보호·이용에 관한 규칙을 초보적으로 확립하였다.

중국 현행법(現行法律)에 따르면 개인정보의 수집·이용은 피수집인(被收集人)(국제사회에서는 ‘데이터주체(數據主體)’ 또는 ‘정보주체(信息主體)’라고 하며, 이 글에

2중국 「민법총칙」 제 111 조: “자연인의 개인정보는 법률의 보호를 받는다. 어떠한 조직이나 개인이 타인의 개인정보를 취득하려면 법에 따라 취득하고 정보안전을 확보하여야 하며, 타인의 개인정보를 불법으로 수집·이용(使用)·가공·전송하거나 불법으로 매매·제공 또는 공개하여서는 아니 된다.” [역주: 「민법총칙」은 2017 년 3 월 15 일 제정되어 같은 해 10 월 1 일부터 시행되었다. 이후 「민법총칙」은 2021 년 1 월 1 일 「민법전」의 시행과 함께 폐지되었다. 「민법전」 제 111 조는 「민법총칙」 제 111 조와 실질적으로 동일한 내용을 규정하고 있다. 한편, 「민법전」 제 4 편 ‘인격권’ 제 6 장 ‘사생활권(隱私權)과 개인정보 보호’ 중 제 1034 조부터 제 1039 조까지는 개인정보의 개념과 처리 원칙, 자연인의 개인정보에 대한 열람·복제 및 정정·삭제 요구권, 개인정보 처리자의 의무 등을 규정함으로써 그 보호 내용을 구체화하고 있다.]

서는 ‘정보주체’라 함)의 동의를 받아야 한다.^{3)역주 4)} 이는 동의 없이 개인정보를 수집·이용하면 위법행위가 되고, 민사상 불법행위책임·행정책임·형사책임 등 상응하는 법적 책임을 부담한다는 의미이다. 실제로 개인정보와 관련된 일부 공상행정처벌(工商行政處罰) 사건에서 피수집인의 동의를 받지 않았다는 점이 행정처벌의 이유가 되었다.^{4)역주 5)} 또한 최고인민법원·최고인민검찰원의 「공민 개인정보 침해 형사사건 처리

3예를 들면, 「소비자권익보호법」 제 29 조는 “사업자가 소비자의 개인정보를 수집·이용(使用)하려면 적법·정당·필요의 원칙을 준수하고, 정보의 수집·이용(使用) 목적·방식·범위를 명시하며, 소비자의 동의를 받아야 한다”고 규정하였다. 「네트워크안전법」 제 41 조는 “네트워크운영자가 개인정보를 수집·이용(使用)하려면 적법·정당·필요의 원칙을 준수하고, 수집·이용(使用) 규칙을 공개하며, 정보의 수집·이용(使用) 목적·방식·범위를 명시하고, 피수집자(被收集者)의 동의를 받아야 한다”고 규정하였다. [역주: 2021 년 11 월 1 일부터 시행된 「개인정보보호법」 제 13 조 제 1 항은 개인정보 처리의 적법근거로 개인의 동의 외에도 개인이 당사자인 계약의 체결·이행에 필요한 경우, 법정 직무 또는 법정 의무의 이행에 필요한 경우 등을 인정하고, 제 2 항은 제 1 항 제 2 호부터 제 7 호까지의 사유에 해당하는 경우에는 개인의 동의를 받을 필요가 없다고 규정한다. 한편 「네트워크안전법」은 2025 년 10 월 28 일 개정되어 2026 년 1 월 1 일부터 시행되었다. 개정법에서 본문이 인용한 종전 제 41 조의 실제적 요건, 즉 적법·정당·필요의 원칙 준수, 수집·이용규칙의 공개, 수집·이용의 목적·방식·범위의 명시 및 피수집자의 동의에 관한 규정은 현행 제 43 조에 대응한다. 개정법 제 42 조 제 2 항은 네트워크운영자가 개인정보를 처리할 때 이 법과 함께 「민법전」·「개인정보보호법」 등 관련 법률·행정법규를 준수하도록 명시한 준거규정으로 신설되었다.]

역주 4) 여기서 ‘현행법’은 이 글이 발표된 2018 년 당시 시행되던 법률을 말한다. 이후 중국에서는 2021 년 11 월 1 일부터 「개인정보보호법」이 시행되어 개인정보 처리에 관한 일반적 규율체계가 마련되었다.

^{4)예컨대} 2015 년 7 월 상하이시 공상행정관리국(工商行政管理局)은 빙형금융정보서비스(炳恒金融信息服务) 유한회사(有限公司)가 소비자의 개인정보를 불법으로 수집·이용하였다는 이유로 50 만 위안의 벌금(罰款)을 부과하였다. 2017 년 6 월 중국인민은행 Ningbo시(宁波市) 중심지행(中心支行)은 민생은행(民生银行) Ningbo분행(宁波分行)이 동의 없이 개인정보를 조회한 행위에 대하여 53 만 위안의 벌금(罰款)을 부과하였다.

역주 5) ‘공상행정처벌(工商行政處罰)’은 종전 중국의 공상행정관리기관이 그 소관 분야의 법령 위반 행위에 대하여 부과하던 행정처벌을 말한다. 2018 년 당시 「행정처벌법」이 행정처벌의 설정과 실시에 관한 일반법으로 적용되었고, 공상행정관리 분야의 구체적인 행정처벌절차에는 「공상행정관리기관 행정처벌절차규정(工商行政管理机关行政处罚程序規定)」이 적용되었다. 2018 년 국무원 기관개편에 따라 국가공상행정관리총국의 직무는 국가시장감독관리총국으로 통합되었고, 국가공상행정관리총국은 폐지되었다. 다만 종전 「공상행정관리기관 행정처벌절차규정」은 기관개편 이후에도 계속 효력을 유지하다가, 2019 년 4 월 1 일 「시장감독관리 행정처벌절차 잠정규정(市場監督管理行政處罰程序暫行規定)」이 시행됨과 동시에 폐지되었다. 위 잠정규정은 2021 년 제 1 차 개정으

에서 법률 적용의 몇 가지 문제에 관한 해석」^{역주 6)}은 “법률·행정법규·부문규장 중 공민 개인정보 보호에 관한 규정을 위반한 경우”를 “국가의 관련 규정을 위반한 경우”로 보았다. 당시 「소비자권익보호법」과 「네트워크안전법」 등에 따르면 동의는 개인정보를 수집하거나 제공하기 위한 필수요건이었으므로, 동의를 받았는지는 공민 개인정보 침해죄(侵犯公民个人信息犯罪)의 성립 여부를 판단하는 중요한 요소가 되었다.^{역주 7)}

그러나 “동의 없이 개인정보를 수집·이용하면 불법행위가 성립한다”는 판단을 뒷받침하는 민사상 불법행위 사례는 많지 않았다.⁵ 최고인민법원의 해석에 따르면 개인

로 명칭에서 ‘잠정’이 삭제되어 「시장감독관리 행정처벌절차규정(市场监督管理行政处罚程序规定)」으로 변경되었으며, 2026 년 현재 시행되는 것은 2022 년 제 2 차 개정을 거친 「시장감독관리 행정처벌절차규정」이다.

역주 6) 「最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释」(2017 년 제정).

역주 7) 「개인정보보호법」이 개인의 동의 외의 적법근거를 인정하는 점은 각주 3 의 [역주] 부분 참조. 따라서 현재는 동의가 없다는 사정만으로 개인정보의 수집·이용(使用)이 곧바로 위법하다고 볼 수 없다. 2022 년 공표된 최고인민법원 지도성사례(指导性案例) 제 192 호와 제 194 호도 개인의 동의 유무뿐 아니라 「개인정보보호법」이 정한 다른 적법한 처리사유의 존재 여부를 함께 고려하고 있다.

5 현재 개인정보와 관련된 대표적인 민사상 불법행위 사건으로는 주예(朱烨) 대 바이두(百度) 사건 [(2014) 닝민종자(宁民终字) 제 5028 호]과 팡리펑(庞理鹏) 대 취나(趣拿)·동방항공(东航) 사건 [(2015) 하이민초자(海民初字第) 제 10634 호] 등이 있다. 주예 사건을 예로 들면, 바이두 회사는 쿠키(cookies)를 이용하여 주예의 행동궤적(行为轨迹) 등 인터넷 이용기록(上网记录)을 수집하고, 이를 근거로 그의 행동성향(行为偏好)을 분석하여 그가 열람하는 웹페이지에 광고를 게재하였다. 이 사건의 주요 쟁점은 바이두회사가 프라이버시권(隐私权)을 침해하였는지 여부였다. 1 심 법원은 주예의 명시적 동의(明示同意)를 받지 않고 개인정보를 수집하였고, 묵시적 동의(默示同意)가 있었다고 하더라도 알림의무(提醒义务)를 다하지 않았으므로 권리침해가 성립한다고 판단하였다. 그러나 2 심 법원은 쿠키로 수집한 정보가 개인정보의 범주(个人信息范畴)에 속하지 않고 묵시적 동의도 적법성(合法性)을 가지므로 권리침해가 성립하지 않는다고 판단하였다. 팡리펑 사건에서는 원고가 실제로 피고가 원고의 개인정보를 유출하였다는 사실을 입증할 수 있었으며, 개인정보 수집·이용의 적법성에 관해서는 논의하지 않았다. [역주: 중국의 사건번호(案号)에서 유형부호(类型代字) ‘초(初)’는 민사 1 심 사건을, ‘종(终)’은 민사 2 심(중심) 사건을 뜻한다. 중국은 2 심 중심제를 취하므로 2 심 판결이 곧 확정판결이 된다. 따라서 주예 사건의 ‘(2014) 닝민종자(宁民终字) 제 5028 호’는 난징시(南京市) 중급인민법원의 2 심 판결이고, 팡리펑 사건의 ‘(2015) 하이민초자(海民初字第) 제 10634 호’

정보를 공개하여 타인에게 손해를 발생시킨 경우에만 불법행위가 성립하고, 단지 동의 없이 이용하였다는 사정만으로는 충분하지 않았다.⁶ 이로써 불법행위의 성립 여부가 불확실하거나 아직 결론이 나지 않은 상황에서 행정책임과 형사책임이 먼저 부과되는 현상이 나타났다.

개인정보의 이용에 정보주체의 ‘동의’를 요구한다는 것은 법이 개인정보를 개인이 지배하거나 통제할 수 있는 것으로 인정하고, 개인에게 개인정보 이용에 관한 결정권(使用決定權), 즉 타인의 이용을 허용할 것인지와 어떠한 방식으로 이용하게 할 것인지를 결정할 권한을 부여한다는 의미를 내포한다. 이러한 개인정보 이용의 개인통제론(個人控制論)은 외국의 개인데이터(個人數據) 보호, 즉 프라이버시(隱私) 보호 이론에서 비롯되었다. 그러나 중국은 개인정보의 수집·이용에 일률적으로 정보주체의 동의를 요구함으로써 동의를 일반화한 세계에서 유일한 국가이다.⁷ 반면 개인통제(個人控制)는 세계적으로 법적 권리의 지위에까지 이르지 않았다.

는 베이징시(北京市) 하이덴구(海澱區) 인민법원의 1심 판결이다. 한편, 각주에서 원고가 실제로 피고의 개인정보 유출 사실을 입증할 수 있었다고 서술하고 있으나, 2심 법원은 원고에게 동방항공 또는 취나가 개인정보를 유출하였다는 사실을 확정적으로 입증하도록 요구할 수 없다고 보았다. 법원은 원고가 제출한 증거와 피고들의 정보 보유·관리 상황을 종합하고 다른 유출 가능성을 배제한 결과, 피고들이 개인정보 보호의무를 다하지 않은 데 과실이 있다고 판단하였다. 또한 각주에서 개인정보 수집·이용의 적법성에 관해서는 논의하지 않았다고 서술하고 있는데, 이 사건은 피고들이 원고의 개인정보를 수집·이용하는 것이 적법하다는 점을 전제로, 피고들이 적법하게 보유하게 된 개인정보를 유출하였는지와 개인정보 보호의무를 다하였는지가 문제된 것이다.]

6 「최고인민법원의 정보네트워크를 통한 인신권익(人身權益) 침해 민사분쟁사건의 심리에서 법률 적용에 관한 몇 가지 문제에 대한 규정」(最高人民法院關於審理利用信息網絡侵害人身權益民事糾紛案件適用法律若干問題的規定) (2014년 제정) 제 12 조는 네트워크 이용자 또는 네트워크서비스제공자가 자연인의 유전정보, 진료기록, 건강검진자료, 범죄기록, 주소, 사적 활동 등 사생활과 그 밖의 개인정보를 인터넷을 통하여 공개하여 손해를 발생시킨 경우 법원이 불법행위책임 청구를 인용하도록 규정하였다. [역주: 각주 6의 사법해석은 2020년 12월 23일 개정되면서, 종전 제 12 조의 개인정보 공개에 관한 규정이 삭제되었다. 현행 민사법상 개인정보 침해 여부는 「민법전」 제 1034 조부터 제 1039 조까지, 「개인정보보호법」 및 관련 사법해석에 따라 판단하여야 한다.]

7 당시 미국법에는 개인데이터의 수집에 정보주체의 동의를 반드시 요구하는 일반규정이 없었다. 유럽연합의 최신 입법도 동의를 개인데이터 수집의 여러 적법한 처리 근거 가운데 하나로 규정할 뿐

그렇다면 개인정보는 전적으로 개인이 통제하여야 하고, 본인의 동의 없이는 이용할 수 없어야 하는가? 동의는 개인정보를 보호하는 수단이 될 수 있는가? 이는 개인정보 보호법제의 핵심문제이다. 중국에서도 일률적인 동의규칙의 폐해에 주목하여, 이를 완화하기 위하여 거부규칙(拒绝规则), 즉 옵트아웃 규칙(选退规则)을 전면적으로 또는 상황에 따라 채택할 것을 제안한 연구가 있었다.⁸ 이러한 제안은 동의규칙을 개선하는 데 분명한 지도적 의미(指导意义)가 있다. 다만 이 글은 더 거시적인 관점에서 개인정보의 개인통제론(个人控制论)의 연원과 내용을 다시 검토하고, 빅데이터 시대의 개인정보 보호를 위한 새로운 이론적 기초와 법적 실현방식(法律实现方式)을 찾는 것을 목적으로 한다.

‘개인정보의 이용’은 이 글의 핵심용어이며, 개인정보 이용을 개인이 통제하여야 하는지가 이 글의 논제이다. 법이 정보주체에게 개인정보 이용에 대한 동의(同意)·거부(拒绝)·삭제(删除) 등의 권리를 부여한다면, 이는 정보주체가 개인정보 이용을 통제할 수 있고 개인정보 이용에 정보주체의 의사가 반영되며 권한부여의 효과가 발생한다는 뜻이다. 이러한 권리의 성질이 인격권인지, 재산권인지 또는 그 밖의 권리인지에 관한 논의를 피하기 위하여, 이 글에서는 이를 포괄적으로 ‘개인정보 통제권’(个人信息控制权)이라고 한다.

개인정보 통제론은 인터넷은 물론 사물인터넷(物联网)도 보편적으로 이용되지 않았던 20 세기 말에 탄생하였다. 그러나 개인정보의 종류가 다양해지고 전방위적인 수집·분석·이용이 이루어지면서, 개인에게서 직접 비롯되지 않은 정보의 수집과 재이용

사전동의를 항상 요구하지 않았다. 유럽 국가들도 유럽연합 입법의 영향 아래 같은 구조를 취하였다. 당시 중국의 「소비자권익보호법」과 「네트워크안전법」 등이 개인정보 수집에 사전동의를 일률적으로 요구하였다.

8 런룽룽(任龙龙), 「동의는 개인정보 처리의 정당성 근거가 아니라는 점에 관하여」(论同意不是个人信息处理的正当性基础), 『정치와 법률(政治与法律)』 2016 년 제 1 기, 133 면 참조.

이 개인정보 이용의 주류가 되었다. 과거의 환경에 기초하여 형성된 제도규칙과 이론은 이제 성찰되고 재구성될 필요가 있다.

II. 개인통제론(個人控制論)의 의미: 기본권의 관점에서 본 개인정보 보호

개인정보 보호 통제론(個人信息保護控制論)에는 두 가지 이론적 연원이 있다. 하나는 인간의 존엄 보호에 기초한 유럽의 개인데이터 보호이론(個人數據保護理論)이고, 다른 하나는 개인의 자유 보호에 기초한 미국의 프라이버시 이론(隱私理論)이다. 두 법역에서 개인정보 보호의 이론적 기초는 다르지만, 그 결론은 동일하다. 즉 개인은 자신의 개인정보 이용을 통제할 권리를 가져야 하며, 이를 통하여 독립된 인격(獨立人格)과 자유의지(自由意志)를 내용으로 하는 개인의 자치(個人自治) 등 기본권을 보호하여야 한다. 두 이론은 함께 작용하여 1980년대 국제사회의 프라이버시 보호 규칙 형성에 공동으로 영향을 미쳤으며,⁹ 오늘날 세계적으로 주류를 이루는 개인정보(個人信息) 보호, 즉 프라이버시(隱私) 보호의 이론적 근거가 되었다.

1. 유럽의 개인데이터 보호이론: 인간의 존엄에 기초한 개인의 자치

유럽 대륙은 개인정보(個人信息)[일반적으로 ‘개인데이터’(個人數據)라고 함]의 보호를 기본권 또는 인권의 보호에 뿌리내리고 있다. 유럽에서는 개인데이터 보호가 인격 보호와 관련되고, 여기서 말하는 인격의 핵심은 인간의 존엄이라고 본다. 유럽 연합과 그 회원국의 개인데이터 보호입법은 유럽평의회의 「개인데이터의 자동화 처

⁹ 1980년대 초 국제적으로 영향력 있는 두 개의 프라이버시 보호(隱私保護) 문서가 발표되었다. 하나는 OECD가 1980년에 발표한 「프라이버시 보호(隱私保護)와 개인데이터의 국경 간 유통에 관한 가이드라인」이고, 다른 하나는 유럽평의회(Council of Europe)가 1981년에 채택한 「개인데이터의 자동화 처리와 관련한 개인의 보호에 관한 협약」이다. 두 문서는 이후 각국 입법의 주요 참고자료가 되었다. 특히 OECD 가이드라인은 국제법적 구속력이 없지만, 그 8개 원칙은 여러 국가의 개인데이터 보호법제와 프라이버시 보호(隱私保護)원칙의 기초가 되었다.

리와 관련한 개인의 보호에 관한 협약」,¹⁰ 즉 “조약 제 108 호”를 구체화하려는 목적을 가진다. 이 협약의 이론적·법적 기초는 「유럽인권협약」¹¹에서 개인이 향유하여야 할 17 개 항목의 기본적 권리와 자유, 특히 제 8 조의 사생활과 가족생활을 존중받을 권

10Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (CETS No. 108, Strasbourg, 28/01/1981). 2012 년 11 월 유럽평의회 제 29 차 전체회의에서 협약 개정안이 통과되면서 ‘자동화’가 삭제되어 「개인데이터 처리와 관련한 개인의 보호를 위한 협약」(Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data)으로 변경되었다. <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108> 참조 (2015. 12. 10. 접속). [역주: 원문에 표기된 “CETS No. 108”은 엄밀히는 “ETS No. 108”이다. ETS 는 European Treaty Series(유럽조약집)의 약자이며, 2004 년부터 Council of Europe Treaty Series(유럽 평의회 조약집, CETS)로 이어졌다. 이 협약에는 ETS No. 108 이 부여되어 통상 “조약 제 108 호”(Convention 108)로 불린다. 원문에 기재된 ‘2012 년 11 월 유럽평의회 제 29 차 전체회의’는 정확히는 “조약 제 108 호” 제 18 조에 따라 설치된 “조약 제 108 호” 자문위원회(Consultative Committee of Convention 108)가 2012 년 11 월 27 일부터 30 일까지 개최한 제 29 차 전체회의를 말한다. 이 회의에서는 “조약 제 108 호”의 현대화를 위한 개정 제안이 채택되었을 뿐, 협약의 개정이나 명칭 변경이 확정된 것은 아니다. 이후 유럽평의회 각료위원회(Committee of Ministers)는 2018 년 5 월 18 일 「개인데이터의 자동처리와 관련한 개인의 보호를 위한 협약 개정의정서」(Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, CETS No. 223)를 채택하였고, 같은 해 10 월 10 일 서명을 위하여 개방하였다. 이 개정의정서에 따라 현대화된 협약은 명칭에서 ‘자동처리’(Automatic Processing)를 삭제하고 적용범위를 개인데이터 처리 일반으로 확대한 것으로, ‘현대화된 조약 제 108 호’(modernised Convention 108) 또는 “조약 제 108 호+”(Convention 108+)로 불린다. 2026 년 7 월 현재 개정의정서는 34 개국이 비준하여 발효요건인 38 개국에 이르지 못하였으므로 아직 발효되지 않았다.]

11유럽인권협약(European Convention on Human Rights)은 유럽평의회(Council of Europe)가 1950 년에 초안을 작성(起草)하였고 1953 년에 발효하였다. 유럽인권협약에 따라 유럽인권재판소가 설치되었다. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf 참조(2017. 2. 10. 접속). [역주: 국제조약의 성립 과정에서는 조약 문안의 작성(drafting)과 채택(adoption), 서명을 위한 개방(opening for signature), 비준(ratification) 및 발효(entry into force)가 서로 구별된다. 유럽인권협약은 1950 년 11 월 4 일 로마에서 유럽평의회 회원국의 서명을 위해 개방되었고, 1953 년 9 월 3 일 발효하였다. 따라서 각주에서 ‘1950 년에 제정(制定)되었다’는 표현은, 이 문맥에서는 유럽인권협약이 1950 년에 회원국의 서명을 위해 개방된 사실을 가리키는 것으로 보인다. 또한 유럽인권재판소는 1959 년에 설치되었으며, 제 11 의정서가 1998 년 11 월 1 일 발효함에 따라 단일 상설재판소(single permanent court) 체제로 개편되었다.]

리이다. 유럽인권협약 제 8 조는 「세계인권선언」 제 12 조¹²에서 유래하였지만 그 내용이 다소 좁고, '프라이버시(隱私)'라는 말을 사용하지 않고 '사생활과 가족생활의 존중'이라는 표현을 직접 사용한다. 따라서 사생활(私人生活)의 존중이 개인데이터 보호의 법적 기초이자 목적이다. 유럽의회(European Parliament)와 유럽연합 이사회(Council of the European Union)는 1995 년 「개인데이터 처리와 관련한 개인의 보호 및 그러한 개인데이터의 자유로운 이동(movement)에 관한 지침 95/46/EC」¹³(이하 “1995 년 지침”이라 함)을 채택하여 개인데이터 보호를 비교적 포괄적으로 규율하였다. 이어 2000 년에는 유럽연합이 주도하여 제정한 「유럽연합 기본권 헌장」¹⁴이 개인데이터 보호를 독립된 기본권으로 명시하였다. “조약 제 108 호”는 유럽연합 전체의 개인데이터 입법에 영향을 미쳤고, 이후 유럽연합과 회원국의 개인데이터 보호입법은 반대로 “조약 제 108 호”의 후속 개정 작업에 영향을 미쳤다. 바로 이러한 상호관계에 비

12「세계인권선언」 제 12 조: “어느 누구도 그의 사생활·가족·주거 또는 통신에 대하여 자의적인 간섭을 받거나 그의 명예와 신용에 대한 공격을 받지 아니한다. 모든 사람은 그러한 간섭이나 공격에 대하여 법의 보호를 받을 권리를 가진다.” <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/> 참조(2016. 4. 12. 접속).

13Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23 Nov. 1995, pp. 31-50. [역주: “1995 년 개인데이터 보호지침”은 GDPR 제 94 조에 따라 2018 년 5 월 25 일 폐지되었고, 현재 유럽연합의 일반적인 개인데이터 처리에는 GDPR 이 적용된다.]

14「유럽연합 기본권 헌장」 제 8 조 제 1 항은 “모든 사람은 자신에 관한 개인데이터를 보호받을 권리를 가진다”고 규정한다. 영문 원문은 다음과 같다. “1. Everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her.” 「유럽연합 기본권 헌장」은 유럽연합의 주도로 기초되어 2000 년에 공표되었으며, 여러 헌법전통과 「유럽인권협약」을 비롯한 국제인권협약 문서에 규정된 시민의 정치적·사회적·경제적 권리를 수용하여 유럽연합법의 기초를 이룬다. 이 헌장은 처음에는 정치적 선언에 불과하였으나, 2004 년 「유럽헌법조약」에 정식으로 편입되어 유럽연합 기본권의 헌법화를 실현하였다. 그 후 「유럽헌법조약」이 교착상태에 빠지자, 헌장은 다시 2009 년에 발효한 「리스본조약」에 편입되었다. 「리스본조약」은 종전의 「유럽헌법조약」을 기초로 수정하여 마련된 것으로, 「유럽헌법조약」의 간소화된 형태로 평가된다. 이로써 「유럽연합 기본권 헌장」은 정식으로 법적 효력을 가지는 문서가 되었다. 2000 년 헌장 원문은 The Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01), http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf 참조(2017. 2. 10. 접속).

추어 볼 때, 유럽 전체가 개인데이터 보호를 시민의 기본권 차원(公民基本權利层面)에서 다루고, 개인데이터 보호를 기본인권(基本人權)을 보호하는 문제로 이해한다는 점은 분명하다.

“조약 제 108 호”와 유럽연합 차원에서 이루어진 개인데이터 보호의 이러한 자리매김은 유럽 각국에서도 호응을 얻었다. 독일 연방헌법재판소는 이미 1983 년의 획기적인 판결에서 개인정보자기결정권(信息自決權)을 인정하였다.¹⁵ 일부 회원국의 헌법도 데이터 보호를 기본권으로 명시하고 있다.¹⁶ 오늘날 모든 유럽연합 회원국은 개인데이터 보호에 관한 법률을 두고 있으며, 이는 어느 정도 “1995 년 지침”과 각국 헌법상의 개인데이터 보호를 구체화한 결과이다.

이처럼 유럽연합은 기본권 또는 인권의 차원에서 개인데이터 보호를 규율한다. 개별 국가에서 개인데이터 보호는 헌법에 기초하고 전문적인 데이터 보호입법(數據保護立法)을 통해 구체화된다. 유럽에서 인간의 존엄(人的尊嚴)은 개인데이터 보호의 근본적 토대이다. “조약 제 108 호”의 입안자들은 개인데이터 처리 과정에서 개인이 단순한 객체(客體)로 취급되지 않도록 하는 것이 인간의 존엄을 보장하는 문제라고 보았다. 따라서 개인데이터 처리에 관한 결정이 시스템의 자동적 작동만으로 이루어져서는 안 되며, 그 과정에서 개인이 참여(個人參與)하거나 개인의 의견(個人意見)이 고려되어야 한다. 다시 말해 데이터 처리는 데이터주체(數據主體)¹⁷의 의사를 무시해서는 안 된다. 그렇지 않으면 개인을 존중하지 않는 결과가 된다.

15독일 연방헌법재판소 1983. 12. 15. 인구조사 판결(BVerfGE 65, 1). 독일 연방정부가 1982 년 제정한 「인구조사법」은 인구·직업·주거 등 광범위한 개인데이터의 수집을 예정하였다. 연방헌법재판소는 일부 규정의 위헌성을 인정하면서 판례를 통하여 개인정보자기결정권(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)을 헌법상 권리로 확립하였다.

16벨기에·키프로스·프랑스·포르투갈·스페인·스웨덴 등의 헌법을 들 수 있다. Christopher Kuner, 『유럽 데이터 보호법: 기업의 준수와 규제(歐洲數據保護法: 公司遵守與管制)』, 광예(光野) 외 역, 법률출판사, 2008, 20 면 주 4 에서 재인용.

17영어 subject 는 철학적 의미의 주체, 즉 의식 있는 사람을 가리킨다. data subject 는 데이터가 개인과 관련되어 있음을 강조하는 용어이지, 데이터가 개인의 소유라는 의미가 아니다. 따라서 이를

이 때문에 유럽연합의 데이터 보호법(數據保護法)에는 개인이 자동화된 처리에만 기초한 결정에 구속되지 않을 권리(不受被動處理決定約束)에 관한 조항(條款)이 공통적으로(均) 마련되어 있다.¹⁸역주 8) 그 핵심적 의미는 다음과 같다. 법정 예외사유(데이터주체의 동의를 포함함)를 제외하고, 데이터주체는 자동화된 처리(自動化處理)만을 기초로 내려진 결정에 구속되지 않을 권리를 가진다(이는 데이터주체가 자동분석을 거부할 권리를 가진다는 뜻함). 역주 9) 또한 “1995 년 지침”과 2016 년의 「일반데이터 보호규정」¹⁹(統一數據保護條例, General Data Protection Regulation, 이하 “GDPR”이라 함)은 데이터주체에게 다양한 권리를 부여하여, 자신에 관한 어떠한 데이터를 누가 어떠한 목적으로 처리하는지를 알 수 있게 하고 오류의 정정, 삭제 또는 처리의 거부를 요구할 수 있게 한다. 이는 개인에 대한 존중을 제도적으로 구현한 것이다.

필자가 보기에 유럽 개인데이터 보호의 논리는 다음과 같다. 개인데이터는 인간의 연장(人的延伸)이며, 인간은 독립적이고 자주적이어야 하므로[獨立自主, 즉 자치(自治)], 개인데이터 역시 데이터주체의 통제(掌控) 아래 놓여 개인의 의사를 반영하여야 한다. 인간의 존엄에 기초한 개인데이터 보호이론에는 개인데이터를 개인이 자주적으로 통제(自主控制)하여야 한다는 기본명제가 포함되어 있다. 개인데이터 통제론

data owner(데이터 소유자)와 혼동하면 개인데이터를 개인의 지배대상인 객체로 잘못 이해하게 된다.

18“1995 년 지침” 제 15 조의 “자동화된 처리결과에 구속되지 않을 권리”와 GDPR 제 22 조의 “프로파일링을 포함한 자동화된 개별 의사결정” 참조.

역주 8) 여기서 ‘유럽연합의 데이터 보호법(歐盟數據保護法)’은 특정한 하나의 법률명이 아니라 유럽연합의 데이터 보호에 관한 법률을 포괄하여 가리키는 표현이다. 따라서 “1995 년 지침”과 2016 년 GDPR 은 모두 앞에서 말한 ‘유럽연합의 데이터 보호법’에 해당하는 구체적인 법령이다.

역주 9) 유럽연합 사법재판소는 2023 년 12 월 7 일 SCHUFA 판결(C-634/21)에서 신용정보기관이 자동으로 산출한 신용평점이 제 3 자의 계약관계 설정·이행·종료에 결정적인 역할을 하는 경우 GDPR 제 22 조 제 1 항의 자동화된 개별 의사결정에 해당할 수 있다고 판시하였다.

19Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

은 개인의 독립(个人独立)과 개인의 자치(个人自治)에 뿌리를 두며, 이는 칸트의 ‘인간을 목적으로 대우한다’는 관념(以人作为目的)의 표현이기도 하다. 데이터주체가 자신의 개인데이터 처리에 관하여 자주·자치·자결을 누리도록 보장하는 것은 개인데이터 보호의 당연한 요청이다.^{역주 10)}

그러나 기본권 또는 헌법상 권리의 차원에서 인정되는 개인데이터에 대한 자기결정권(自决权)이나 통제권을 개인이 개인데이터에 관하여 가지는 포괄적이고 절대적인 지배권으로 이해해서는 안 된다. “조약 제 108 호”는 개인데이터가 보호받을 권리를 ‘개인데이터 보호권’(个人数据保护权)으로 표현하며, 이를 ‘개인데이터권’(个人数据权)이라고 하지 않는다. 이 권리의 핵심 내용은 “자신의 개인데이터 및 그 처리에 대한 통제권”이다. “조약 제 108 호”의 목적은 인간의 존엄, 기본적 인권 및 기본적 자유를 보호하는 것이며, 개인데이터 보호권은 그 가운데 하나의 권리일 뿐이다. “조약 제 108 호”가 말하는 ‘개인의 보호’는 포괄적으로 이해하여야 한다. “조약 제 108 호”의 목적을 단지 개인데이터를 보호하는 것으로만 이해해서는 안 되며, 개인이 향유하여야 할 모든 기본권과 자유를 보호하는 것으로 이해하여야 한다. 개인데이터 보호권은 인간의 존엄을 보호하는 데에서 파생된 개인의 자치(自治, 곧 자유), 신원에 관한 이익[身份利益, 곧 정확한 식별(正确识别)], 차별받지 않을 이익(不歧视, 곧 평등)이다. 개인데이터 보호권은 개인의 기본권 보호를 법적으로 표현한 것일 뿐이다.

“조약 제 108 호”의 입안자들도 개인데이터 보호가 “사회에서의 역할에 비추어 고려되어야 하고, 표현의 자유를 포함한 다른 인권 및 기본적 자유와 조화(协调)를 이루어야 한다”는 점, “공중의 공문서 취득권(公众获取官方文件权)을 고려하여야 한다”는

역주 10) 원문은 自主·自治·自决을 구별하여 사용하므로, 이 번역에서도 각각 ‘자주’, ‘자치’, ‘자결’로 번역하였다. 다만 信息自决权은 독일 연방헌법재판소가 확립한 개인정보자기결정권(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)의 중국어 번역어이므로, 한국에서 통용되는 ‘개인정보자기결정권’으로 번역하였다. 또한 원문이 独立自主(自治)처럼 괄호로 뜻을 덧붙인 곳은 그 표기를 그대로 살렸다.

점, "정보의 자유로운 유통(自由流通)에 기여하여야 한다"는 점에 유의하였다.²⁰ 그 이유는 개인이 개인데이터에 대한 통제권을 가지는 것이 정보의 자유로운 취득과 전달, 즉 표현의 자유와 어느 정도 충돌하기 때문이다.

「유럽인권협약」 제 10 조는 의견을 가질 자유와 정보·사상을 수령하고 전달할 자유를 포함하는 표현의 자유를 규정한다.²¹ 표현의 자유(表達自由)는 정보의 자유(信息

202012 년 11 월 유럽평의회 제 29 차 전체회의에서 채택된 「개인데이터의 자동화 처리와 관련한 개인의 보호에 관한 협약」 (Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data) 개정안 전문 참조. [역주: 여기서 '유럽평의회 제 29 차 전체회의'는 정확히는 "조약 제 108 호" 제 18 조에 따라 설치된 "조약 제 108 호" 자문위원회(Consultative Committee of Convention 108, T-PD)가 2012 년 11 월 27 일부터 30 일까지 개최한 제 29 차 전체회의를 말한다. "조약 제 108 호"는 1981 년 유럽평의회 각료위원회에서 채택되어 같은 해 서명을 위해 개방되었고, 1985 년 발효하였다. "조약 제 108 호" 자문위원회는 2012 년 제 29 차 전체회의에서 "조약 제 108 호"의 현대화를 위한 개정 제안(modernisation proposals)을 채택하여 유럽평의회 각료위원회(Committee of Ministers)에 제출하였다. 이 문서는 자문위원회가 협약의 개정 방향과 내용을 제안한 것으로서, 그 자체가 당사국을 구속하는 최종 개정의정서는 아니었다. 이후 후속 검토와 협상을 거쳐 각료위원회는 2018 년 5 월 18 일 「개인데이터의 자동처리와 관련한 개인의 보호를 위한 협약 개정의정서」 (Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, CETS No. 223)를 채택하였고, 같은 해 10 월 10 일 이를 서명을 위해 개방하였다. 유럽평의회는 2018 년 개정의정서의 개정사항을 기존 "조약 제 108 호"의 본문에 반영한 통합문(consolidated text)을 현대화된 "조약 제 108 호"(Modernised Convention 108)으로 제공하고 있으며, 이와 같이 현대화된 "조약 제 108 호"를 통상 "조약 제 108 호+"(Convention 108+)라고 한다. 이는 별도로 채택된 새로운 협약이 아니라, 기존 "조약 제 108 호"에 2018 년 개정의정서의 개정사항을 반영하여 제시한 형태를 가리킨다. 그러나 2026 년 7 월 현재 34 개 당사국이 개정의정서를 비준하여 발효 요건인 38 개국에 미달하므로, 개정의정서는 아직 발효하지 않았다. 이 개정 작업은 2016 년에 채택·발효되어 2018 년부터 적용된 GDPR 등을 중심으로 한 유럽연합의 데이터 보호법제 개혁과 병행하여 이루어졌으며, 양 법체계의 일관성을 확보하는 방향으로 진행되었다. 다만 GDPR은 유럽연합법상의 규정(Regulation)이고, 위 개정의정서는 유럽평의회 체제의 국제조약이므로 양자는 서로 구별되는 법적 문서이다.]

21 「유럽인권협약」 제 10 조: "1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공권력의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보와 사상을 수령하고 전달할 자유를 포함한다. 이 조는 국가가 방송·텔레비전 또는 영화 사업에 대하여 허가제를 시행하는 것을 방해하지 않는다. 2. 이러한 자유의 행사는 의무와 책임을 수반하므로, 국가안전, 영토보전 또는 공공안전, 무질서 또는 범죄의 방지, 보건 또는 도덕의 보호, 타인의 명예 또는 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보

自由), 즉 사람들이 자유롭게 정보를 취득하고 전달할 수 있는 정보의 유통에 의존한다. 정보에 접근할 수 없다면 자유로운 판단과 의견의 형성·표현도 불가능하다. 사상의 표현뿐 아니라 다른 권리와 자유도 정보의 자유를 전제로 하므로, 정보의 자유 자체를 보호하는 것은 개인의 기본권과 기본적 자유를 보호하는 중요한 내용이 된다. 따라서 개인데이터 보호권은 정보의 자유와 공중의 알 권리(公眾知情權) 등 다른 기본권을 방해해서는 안 된다. GDPR도 이러한 입법논리를 따르며, 개인데이터 보호권이 절대적 권리(絕對權利)가 아니라는 점을 명확히 한다.²²

국가법 차원에서도 헌법상 기본권으로서의 개인데이터 보호권은 다른 기본권과의 조정과 형량을 필요로 한다. 독일 사법실무가 처음 확인한 ‘개인정보자기결정권(信息自決權)’은 독일 성문법상 독립된 권리로 규정되어 있지 않으며, 「독일 기본법」(德國基本法) 제 1 조 제 1 항의 “인간의 존엄은 침해될 수 없다”는 일반적 인격권의 내용을 반영한다.²³ 독일 연방헌법재판소도 인구조사사건(人口普查案)에서 어떠한 제한도 허용되지 않는 절대적인 개인정보자기결정권은 존재하지 않는다고 명시하였다. 개인은 사회공동체의 구성원이고 인격의 자유로운 발전은 사회적 교류에 의존한다.

의 공개 방지, 사법부의 권위와 공정(公正)성 유지를 위하여 법률로 정하고 민주사회에서 필요한 형식·조건·제한 또는 처벌의 적용을 받을 수 있다.”

22GDPR 전문 제 4 항: “개인데이터의 처리는 인류에 봉사하도록 설계되어야 한다. 개인데이터 보호권은 절대적인 권리가 아니며, 사회에서 수행하는 기능을 고려하고 비례원칙에 따라 다른 기본권과 형량되어야 한다. 이 규정은 모든 기본권을 존중하고 조약에 규정되며 헌장이 인정한 자유와 원칙, 특히 사생활과 가족생활·주거와 통신의 존중, 개인데이터 보호, 사상·양심·종교의 자유, 표현과 정보의 자유, 영업의 자유, 효과적인 구제와 공정한 재판(公平裁判)을 받을 권리, 문화·종교·언어의 다양성을 존중한다.” 이 전문은 개인데이터 보호권이 절대적이지 않고 다른 권리와 형량되어야 함을 명시한다.

23독일 기본법 제 1 조 제 1 항의 전문: “인간의 존엄은 침해될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.”

<https://www.bundesregierung.de/Content/EN/StatischeSeiten/breg/basic-law-content-list.html> 참조(2018. 5. 6. 접속).

개인적 사안과 밀접한 개인정보조차 사회생활의 반영이므로 당사자에게 배타적으로 귀속될 수 없다.²⁴

이 문제를 전문적으로 연구한 양팡(楊芳)은 “개인정보자기결정권(信息自決權)은 기껏해야 개인정보 지배에 관한 학설상의 오도적 표현일 뿐, 사권체계에서 독립된 구체적 권리유형이 아니고 불법행위법의 보호를 받는 민사상 권리는 더더욱 아니다”라고 결론지었다.²⁵ 왕쩌젠(王澤鑑)도 독일 연방헌법재판소가 인구조사사건(人口普查案)에서 ‘개인정보자기결정권’이라는 개념을 제시하고 개인의 자치(自治)와 자기결정(自決)에 관한 법익을 인정하였지만, 개인데이터에 대한 절대적·배타적 지배권까지 인정한 것은 아니며 개인데이터 보호는 비례원칙 등의 제한을 받는다고 지적하였다.²⁶(역주 11)

따라서 유럽의 개인데이터 보호제도를 연구하고 수용할 때에는, 유럽이 기본권 또는 헌법상 권리의 차원에서 개인데이터 보호권을 규율하고 헌법재판소와 유럽인권재판소(European Court of Human Rights, ECtHR)를 통하여 보호와 구제를 제공한다는 기본사실을 존중하여야 한다. 이 권리에는 개인이 개인데이터와 그 처리를 통제할 수 있는 권능이 포함되지만, 그러한 통제는 다른 기본권의 제한을 받고 다른 기본권이 충분히 보장되는 틀 안에서 행사되어야 한다.

24BVerfGE 65, 1, 43. 양팡(楊芳), 「개인정보자기결정권 이론 및 그 검토—개인정보 보호법의 보호객체를 검토함(个人信息自決權理論及其檢討——兼論个人信息保護法之保護客體)」, 『비교법연구(比較法研究)』 2015년 제 6기, 29면에서 재인용.

25양팡(楊芳), 전제논문, 33면.

26왕쩌젠(王澤鑑), 『인격권법(人格權法)』, 북경대학교출판사(北京大學出版社), 2013, 200면.

역주 11) 왕쩌젠(王澤鑑)은 타이완의 민법학자로, 독일 유학 후 국립타이완대학 교수와 타이완 사법원 대법관을 역임하였다. 독일 민법학의 방법론을 중국어권에 소개한 대표적 학자로서 그의 저작은 타이완뿐 아니라 중국 대륙의 민법학에도 큰 영향을 미쳤다. 본문에서 인용된 『인격권법』은 인격권 일반이론과 개인정보 보호를 다룬 대표적 저작이다.

바로 이 때문에 유럽연합의 데이터 보호법제는 개인데이터 처리의 기초로 적법성(合法性)^{역주 12)}을 일관되게 요구하고, 데이터주체의 동의를 여러 적법(合法)한 처리근거(處理依據) 가운데 하나로만 인정한다. 근본적으로 유럽연합은 ‘동의’를 하나의 권리로 격상시키지 않았으며, 개인데이터 보호권에 예외 또는 권리 제한을 두는 방식을 개인데이터 보호의 기본모델로 삼았다.²⁷역주 13) 이는 법원이 구제를 제공할 때 충분한 재량을 확보하여 개인데이터 보호와 다른 기본권의 보호를 균형 있게 조정하도록 하기 위한 것이다. 결국 개인데이터 보호권은 본질적으로 폭넓은 원칙과 구체적인 행위규범(行為規範)의 집합으로 나타난다.²⁸

2. 미국의 정보 프라이버시(信息隱私) 이론: 자유에 기초한 개인의 자치

역주 12) 合法性은 GDPR의 영문 표현인 lawfulness에 대응하므로 ‘적법성’으로 번역하였다. 참고로 正当성은 적법성 여부를 넘어 합리적·규범적으로 정당화될 수 있는지까지를 뜻한다. 적법성과 정당성은 상호 대비되는 개념이다.

27GDPR은 동의를 제 6 조의 여섯 가지 적법한 처리근거 가운데 하나로 규정하고, 제 3 장의 “정보주체의 권리”에서 독립된 권리로 규정하지 않는다. GDPR은 정보주체에게 고지받을 권리, 열람권, 처리거부권, 삭제권(잊힐 권리), 처리제한권, 데이터 전송요구권(數據移轉權, the right to data portability) 등 구체적 권리를 부여하고 데이터 통제자(數據控制人)에게 상응하는 의무를 부과한다. 단일한 개인정보 통제권(個人信息控制權)을 먼저 부여한 뒤 제한하는 방식이 아니라, 구체적인 권리와 사법적 구제를 통하여 개인데이터에 관한 권익을 보호한다.

역주 13) 원문의 “예외 또는 권리 제한을 수반한다(附之以例外或權利限制)”는 표현은 예외와 제한의 대상을 명확히 밝히지 않아 다소 모호하다. 전후 문맥에 따르면, 유럽연합(歐盟)은 정보주체의 동의를 독립된 권리로 인정하는 것이 아니라 개인데이터 처리의 여러 적법근거 가운데 하나로 규정하며, 개인데이터 보호권과 정보주체의 개별 권리 모두 다른 기본권 및 공익과의 형량에 따라 예외나 제한을 받을 수 있도록 한다는 의미로 이해할 수 있다. 여기서 개인데이터 보호권은 「유럽연합 기본권헌장」 제 8 조가 정한 기본권을 말하고, 정보주체의 개별 권리는 GDPR이 구체적으로 규정한 열람권·삭제권·처리거부권 등을 말한다.

28“조약 제 108 호” 개정과정에서 전문가들은 데이터 보호협약 안에서 프라이버시권을 단일하게 정의하려는 시도는 유용하지 않다고 보았다. 프라이버시는 상황에 따라 서로 다르게 나타나고 다른 이익과 형량되어야 하는 이익의 집합이므로, 폭넓은 원칙으로 표현하고 다른 협약과 판례를 통해 구체화하는 것이 적절하다는 견해였다.

Sylvia Kierkegaard et al., “30 Years on: The Review of the Council of Europe Data Protection Convention 108,” 27(3) Computer Law & Security Review 223-231 (2011).

미국에는 대륙법계의 인격권 이론과 이에 상응하는 제도가 존재하지 않지만, 대신 발전된 프라이버시권(隱私權) 보호체계가 형성되었다. 1890 년 새뮤얼 워런(Samuel D. Warren)과 루이스 브랜다이스(Louis D. Brandeis)는 『하버드 로 리뷰』(Harvard Law Review)에 「프라이버시권」(The Right to Privacy)이라는 논문을 발표하여 처음으로 프라이버시권 개념을 제시하고 이를 ‘홀로 있을 권리’(個人獨處的權利, the right to be let alone)로 정의하였다.²⁹ 홀로 있거나 간섭을 받지 않을 수 있어야 한다는 이념의 기초는 명백히 ‘개인의 자유’이다. 프라이버시권은 정치적·헌법적 의미의 개인적 자유가 법적으로 표현된 것이라고 할 수 있다.

미국법상 프라이버시권(right to privacy)은 시민의 기본권에서 발생하여 재판상 구제체계의 보호에 편입된 뒤 보통법상 프라이버시권(common-law right to privacy)으로 형성되었다고 할 수 있다.³⁰역주 14) 따라서 미국의 프라이버시에 관한 법적 구제는 헌법상 시민의 기본권을 보호할 수도 있고, 민사상 권리를 보호하는 수단이 될 수도 있다. 1965 년 미국 연방대법원은 Griswold v. Connecticut 판결에서 개인이 헌법상 프라

29S. Warren & L. Brandeis, "The Right to Privacy," 4 Harv. L. Rev. 193-220 (1890).

30보통법상 프라이버시권은 주로 개인의 사적 사안에 대한 침입, 사적 사안의 공개 및 개인 이미지의 이용 등을 금지하는 내용을 포함한다. 윌리엄 프로서(William Prosser)는 1960 년 미국 각주의 프라이버시 판례 300 여 건을 분석하여 프라이버시 침해행위를 ① 독거 상태에 대한 침입(intrusion upon seclusion), ② 사적 사안의 공개(public disclosure of private facts), ③ 타인의 이미지를 왜곡하거나 오해를 일으키는 공개(false light or "publicity"), ④ 영리를 목적으로 타인의 성명·초상을 이용하는 행위(appropriation)의 네 유형으로 구분하였다. 이 견해는 미국 「제 2 차 불법행위법 리스테이트먼트」에 수용되었고, 프라이버시 침해는 사적 공간에 대한 침입, 타인의 이미지 이용, 타인의 사생활 공개 및 특정인을 대중에게 오해하게 만드는 공개행위로 정리되었다.

역주 14) 본문의 서술은 미국 프라이버시권의 역사적 발전 순서와 정확히 부합하지 않는다. 미국에서 프라이버시권은 워런(Samuel D. Warren)과 브랜다이스(Louis D. Brandeis)가 1890 년 발표한 논문 「프라이버시권」에서 ‘홀로 있을 권리’를 제창한 것을 계기로, 우선 사인(私人) 사이의 침해로부터 개인을 보호하는 불법행위법상 권리로 발전하였다. 헌법상 프라이버시권(constitutional right to privacy)은 그보다 훨씬 뒤인 1965 년 연방대법원의 Griswold v. Connecticut 판결에서 인정되었다. 따라서 미국의 프라이버시권이 헌법상 기본권에서 출발하여 보통법상 권리로 형성되었다고 보기는 어렵고, 오히려 보통법상 권리가 먼저 성립한 뒤 그 관념을 계승·변형하여 헌법상 권리가 뒤늦게 형성되었다고 이해하는 것이 정확하다.

이버시권을 향유한다고 명시적으로 선언하였다. 이 프라이버시권은 권리장전(權利法案)을 확대해석함으로써 창설된 자유의 영역(自由領域) 또는 주변부 보호영역(邊緣地帶)에 위치한다.³¹역주 15) 이후 연방대법원은 Roe v. Wade 판결에서 프라이버시권

31Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965). 구체적인 사실관계는 다음과 같다. 원고들은 코네티컷주 가족계획연맹의 사무국장과 의료책임자(면허의사)로서 기혼자들에게 피임 방법에 관한 정보와 의료상담을 제공하고, 진찰 후 아내가 사용할 피임기구나 약품을 처방한 혐의로 기소되었다. 항소법원과 주 대법원은 모두 원고들에게 유죄를 선고하였다. 코네티컷주의 법률은 임신을 방지하기 위한 약품이나 의료기구의 사용을 금지하고 이를 범죄로 규정하였다. 원고들은 이 법률이 수정헌법 제 4 조를 위반한다고 주장하여 연방대법원에 상고하였다. 연방대법원은 원고들이 기혼자들의 헌법상 권리를 주장할 수 있다고 보고, 피임약의 사용을 금지한 코네티컷주 법률이 부부의 프라이버시권(the right of marital privacy; 여기서 프라이버시권은 곧 자유를 뜻함)을 침해하며, 부부의 프라이버시권은 권리장전이 특별히 권한을 부여한 범위 안에 있다고 판시하였다. 이 판결은 획기적인 의미를 가진다.

역주 15) 본문의 '자유'의 영역(自由領域) 또는 주변부 보호영역(邊緣地帶)'은 Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 484-486 (1965) 판결에서 사용된 표현을 원저자가 의역한 것으로 보인다. 중국어 원문의 '自由領域'은 직역하면 '자유'의 영역'이지만, 원저자가 가리킨 것으로 보이는 판결문의 표현은 '프라이버시의 영역'(zones of privacy)이다. '邊緣地帶'는 직역하면 '주변지대'이지만, 판결문의 '반그림자들'(penumbras)을 옮긴 표현으로 보인다. 여기서 penumbras는 물리적 장소가 아니라 헌법에 명시된 개별 권리보장의 주변에 형성되는 묵시적 보호범위를 뜻하므로, 본문에서는 그 법적 의미를 드러내기 위하여 '주변부 보호영역'으로 번역하였다.. 중국어 원문은 '自由領域 또는 邊緣地帶'라고 두 표현을 병렬적으로 제시하고 있으나, 판결문에서 penumbras와 zones of privacy는 서로 구별되는 표현이다. 판결문은 "권리장전에 열거된 구체적 권리보장에는 그러한 보장들로부터 나와 그 보장들이 실질적인 의미와 효력을 갖도록 하는 데 기여하는 발산에 의해 형성된 반그림자들이 있다. 여러 권리보장이 프라이버시의 영역을 형성한다"("specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras, formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. Various guarantees create zones of privacy")고 설명하였다. Penumbras는 헌법에 명시된 개별 권리를 실질적으로 보장하기 위하여 그 명시적 문언의 주변에서 함께 보호되어야 하는 묵시적 권리 또는 보호범위를 가리킨다. 예컨대 제 1 수정헌법은 언론·출판·집회의 자유 등을 명시하지만, 결사의 자유를 명문으로 규정하지는 않는다. 그러나 표현과 집회의 자유를 실질적으로 행사하려면 사람들이 단체를 조직하고 가입할 수 있어야 하며, 경우에 따라서는 단체 가입이나 구성원 관계도 정부의 공개 요구나 간섭으로부터 보호되어야 한다. 연방대법원은 이러한 '결사의 자유와 결사에서의 프라이버시'("freedom to associate and privacy in one's associations")를 제 1 수정헌법의 명시적 권리보장을 실질적으로 의미 있게 만드는 주변적 권리로 보았다. 이처럼 명시된 권리보장의 보호가 그 문언에 직접 규정되지 않은 주변적 권리까지 미치는 범위가 제 1 수정헌법의 penumbra이다. Zones of privacy는 헌법상 권리보장에 의하여 정부의 간섭으로부터 프라이버시가 보호되는 생활

이 “임신을 중단할 것인지에 관한 여성의 결정권”을 포함한다고 선언하였다.³² 이 관점에서 프라이버시권은 정부의 간섭을 받지 않을 권리이다.³³ 따라서 프라이버시권은

관계 또는 보호영역을 가리킨다. 판결문은 제 1 수정헌법의 penumbra 에 포함된 결사의 자유가 프라이버시의 영역 가운데 하나라고 명시하였다 (“The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one”). 따라서 penumbra 와 zone of privacy 는 서로 단절된 두 단계가 아니다. Penumbra 는 명시된 개별 권리보장의 주변에서 인정되는 묵시적 보호범위를 가리키고, zone of privacy 는 그러한 헌법적 권리보장에 의하여 프라이버시가 보호되는 대상이나 생활영역을 가리킨다. 예컨대 결사의 자유와 결사에서 프라이버시는 제 1 수정헌법의 penumbra 에 포함되는 동시에, 정부의 간섭으로부터 보호되는 zone of privacy 의 한 사례가 된다. Griswold 판결은 여러 헌법상 권리보장이 프라이버시의 영역을 형성한다고 설명하고, 혼인관계가 그 보호영역 안에 있다고 판단하였다. 이에 따라 피임기구의 사용을 금지한 코네티컷주 법률이 혼인관계의 프라이버시(right of marital privacy)를 위헌적으로 침해한다고 보았다. 한편 penumbra 는 본래 광원의 일부가 차단될 때 빛이 완전히 차단되는 본그림자(umbra)의 바깥에 형성되는 ‘반그림자’를 뜻한다. 이러한 광학적 비유는 하트 이전부터 미국의 법학과 판례에서 사용되었으나, 그 의미와 기능은 문맥에 따라 달랐다. 예컨대 홈스(Oliver Wendell Holmes)는 법의 적용범위가 명시적인 대상의 외곽으로 확장되는 경우나 헌법상 권리보장의 주변적 범위를 설명하는 데 penumbra 를 사용하였고, 러니드 핸드(Learned Hand)와 카도조(Benjamin N. Cardozo)는 법률문언의 의미나 적용범위가 불확실한 경계영역을 설명하는 데 이 표현을 사용하였다. 특히, 하트(H. L. A. Hart)는 일반적 용어로 구성된 법규칙을 구체적 사안에 적용할 때 나타나는 불확실성을 설명하면서 ‘확실성의 핵심’(core of certainty)과 ‘의문의 반그림자’(penumbra of doubt)를 구별하였다. 법규칙이 명백하게 적용되는 중심적 사례가 있는 반면, 어떤 사안이 그 규칙의 적용범위에 포함되는지가 불분명한 경계사례가 존재하며, 이러한 경계영역이 penumbra of doubt 에 해당한다. 하트는 이를 법언어의 ‘개방적 구조’(open texture)와 관련하여 설명하였다(H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 1994, p. 123 참조). 그러나 하트와 Griswold 판결에서 penumbra 가 의미하는 바는 서로 다르다. 즉, 양자는 모두 중심과 주변이라는 공간적 비유를 사용하지만, 하트의 penumbra 는 법규칙의 해석·적용상 불확실한 경계영역을, Griswold 판결의 penumbras 는 명시된 헌법상 권리보장의 주변에서 파생되는 묵시적 보호범위를 각각 의미한다.

32Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 153 (1973). [역주: 이 글은 Roe 판결이 유효하던 2018 년 당시의 법상 태를 서술한 것이다. 미국 연방대법원은 2022 년 6 월 24 일 Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization, 597 U.S. 215 (2022)에서 연방헌법이 임신중지 권을 보장하지 않는다고 판시하고 Roe v. Wade 와 Planned Parenthood v. Casey 를 폐기하였다.]

33Darien A. McWhirter & Jon D. Bible, *Privacy as a Constitutional Right: Sex, Drugs, and the Right to Life*, New York: Quorum Books, 1992, p. 33.

소극적·방어적 보호뿐 아니라 자치권(自治權)과 자기결정권(自決權), 예컨대 임신중지를 결정할 권리도 포함한다.

1960 년대에 컴퓨터의 이용이 확산되면서 생활의 편의가 향상된 동시에 개인은 자신의 개인정보에 대한 통제력(控制力)을 점차 상실하였다. 이에 따라 프라이버시권은 개인정보에 관한 내적 영역과 자신의 신체·능력에 대한 일정한 통제를 유지할 권리로 이해되기 시작하였다. 이러한 ‘통제권’ 이론은 ‘정보 프라이버시권(信息隱私權)’의 출현을 촉진하였다.

이 문제를 체계적으로 논한 학자는 앨런 F. 웨스틴(Westin)이다. 그는 1967 년 『프라이버시와 자유』(隱私與自由, Privacy and Freedom)를 출간하고, 컴퓨터가 초래한 중대한 프라이버시 문제에 대응하여 프라이버시를 “개인·집단 또는 기관이 자신에 관한 정보를 언제, 어떠한 방식으로, 어느 정도까지 다른 사람에게 전달할 것인지를 스스로 결정할 수 있다는 주장”으로 정의하였다.³⁴ 이로써 개인정보 통제론(個人信息控制論)의 기원이 형성되었다.³⁵ 후대 연구자들은 웨스틴을 정보통제의 관점에서 프라이버시를 고찰한 선구자로 평가하였고, 그가 ‘정보 프라이버시(信息隱私)’라는 새로운 유형의 프라이버시권을 제시하였다고 보았다.³⁶ 이로써 프라이버시권은 개인이 자유를 추구하는 것을 보장하는 법적 장치로 이해되었고, 개인의 자유 보호가 미국 프라이버시권의 이론적 기초가 되었다.

34Alan F. Westin, Privacy and Freedom, New York: Atheneum, 1967, p. 7.

35웨스틴(Alan F. Westin)은 프라이버시권이 다음 네 가지 기능을 수행한다고 보았다. ① 개인이 자신의 정보를 언제 공개할지 통제(控制)함으로써 개인의 자치(自治)를 실현하는 기능, ② 사회적·제도적 규범이 허용하는 개인차를 유지하고 감정을 해소하는 기능, ③ 자기평가와 성찰을 통하여 올바른 자기인식을 형성하는 기능, ④ 외부의 감청이나 차단을 받지 않는 제한적이고 보호된 의사소통을 실현하는 기능이다.

36웨스틴은 『프라이버시와 자유』에서 자신의 개념을 표현할 때 ‘information privacy’ 등의 용어를 사용하지 않고, 새로운 내용의 프라이버시권까지 일관되게 ‘privacy’라는 용어로 포괄하였다.

1977 년 미국 연방대법원은 *Whalen v. Roe* 판결에서 헌법이 보호하는 ‘프라이버시의 영역’에 두 가지 서로 다른 이익이 포함된다고 보았다. 하나는 “일정한 중요한 결정을 독립적으로 내릴 수 있는 이익”이고, 다른 하나는 “개인적 사안의 공개를 방지할 이익”이다.³⁷ 전자는 *Griswold* 판결과 *Roe* 판결에서 확립된 자기결정 프라이버시(決定隱私, decisional privacy)^{역주 16)}이고, 후자는 ‘정보 프라이버시에 관한 헌법상 권리’, 즉 정보 프라이버시권(信息隱私權)이다. 이 판결을 계기로 정보 프라이버시권은 이론적 개념을 넘어 사법실무에서 법적 효력을 가지는 사적 권리로 인정되었고, 넓은 의미의 프라이버시권 체계에 편입되었다. 정보 프라이버시권은 개인정보의 처리와 유통 영역에서 개인의 프라이버시(個人隱私)를 보호하고, 개인정보와 관련된 권리를 침해당한 당사자가 권리침해자를 상대로 소를 제기할 수 있는 법적 근거가 된다. 이 때문에 많은 경우 프라이버시 보호(隱私保護)와 개인정보 보호는 동일한 의미를 가진다.

미국에서 정보 프라이버시(信息隱私)의 지배적인 패러다임은 프라이버시 통제론(隱私控制論, privacy-control), 즉 개인정보 이용에 대한 개인의 통제권이다. 미국 연방대법원도 “보통법과 프라이버시의 문자적 의미에는 모두 자신에 관한 정보를 개인이 통제한다는 뜻이 내포되어 있다”고 판시하였다.³⁸ 프라이버시 통제(隱私控制)는 자

37Whalen v. Roe, 433 U.S. 425, 599-600 (1977). [역주: 각주는 433 U.S. 425 로 표기하고 있으나 정확한 인용은 *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 599-600 (1977)이다. 433 U.S. 425 는 *Nixon v. Administrator of General Services* 의 판례 인용이다.]

역주 16) decisional privacy 는 혼인·피임·임신중지·가족관계의 형성 등 개인의 삶에 관한 중요한 사항을 국가의 간섭 없이 스스로 결정할 수 있는 영역을 보호하는 프라이버시를 말한다. 정보의 흐름을 통제하는 정보 프라이버시(information privacy)와 대비되는 개념으로, 여기에서는 ‘자기결정 프라이버시’로 번역하였다. 한국 학계에서는 ‘결정 프라이버시’, ‘자기결정으로서의 프라이버시’ 등으로도 번역된다.

38United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press, 489 U.S. 749, 763 (1988). [역주: 본문이 인용한 미국 연방대법원 판시는 United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press, 489 U.S. 749, 763 (1989) 판결의 것으로, 바로 아래 원주에 서지사항이 표시되어 있다. 원문 각주는 판결연도를 1988 년으로 표기하였으나 정확한 판결연도는 1989 년이다.]

유와 자치(自治)의 원칙에서 도출된다. 이 원칙은 개인을 개인정보 이용의 중심에 두고, 개인이 개인정보를 관리하고 이용 여부를 결정함으로써 정보자치(信息自治, informational autonomy)를 실현하게 한다.³⁹

여기서 자치(自治)는 두 가지 의미를 가진다. 첫째, 개인은 자신의 정체성(身份, identity)을 형성하고 이를 통하여 자신을 정의할 수 있다. 개인이 자신의 개인정보를 관리할 수 있다면 자신의 정체성도 통제할 수 있다. 특히 타인이 자신에 관하여 어느 범위의 정보를 가질 수 있는지를 제한함으로써, 타인이 자신을 바라보는 방식에도 영향을 줄 수 있다.⁴⁰ 둘째, 자치는 자신의 사안(自己의事務), 특히 중요한 사안에 관하여 결정을 내릴 수 있음을 뜻한다. 예컨대 자신에 대한 진단·치료 방안(診療方案)에 동의할 것인지 여부를 스스로 결정하는 것이 이에 해당한다.

프라이버시 통제론은 개인이 개인정보 이용 여부를 선택하고 그 이용조건을 협상할 수 있어야 한다는 견해를 지지하며, 이를 통해 개인의 자치(個人自治)를 촉진한다. 나아가 이 이론은 개인정보의 상품화, 즉 재산화와 계약화(合同化)를 장려하여 개인정보를 재산으로 전환하고 구속력 있는 양도계약의 대상으로 삼을 가능성도 열어 준다. 이러한 의미에서 프라이버시 통제 패러다임은 자치뿐 아니라 재산 및 계약과도 연결된다.

개인정보 통제론(個人信息控制論)은 미국에서 시작되어 미국 개인정보 보호의 이론적 기초가 되었다. 그러나 미국에서도 개인정보에 대한 개인의 통제는 절대적 권리가 아니며, 개인정보의 자유로운 유통에 실질적인 장애를 초래하지도 않았다. 미국은 여전히 세계적으로 개인정보 보호가 비교적 완화된 국가에 속한다. 그 주된 이유는 미국의 프라이버시 보호(隱私保護)가 헌법상 자유에 뿌리를 두고 개인정보에 대한 자치적 통제로 확장된 반면, 미국은 정보의 자유 또는 표현의 자유를 중시하고 강하게

39 Edward J. Janger & Paul M. Schwartz, "The Gramm-Leach-Bliley Act, Information Privacy, and the Limits of Default Rules," 86 Minn. L. Rev. 1219, 1247 (2002).

40 Robert C. Post, "Three Concepts of Privacy," 89 Geo. L.J. 2087, 2092 (2001).

보호하는 국가이기 때문이다. 개인정보에 대한 개인의 통제는 수정헌법 제 1 조의 제한을 받는다.

개인에게 정보에 대한 절대적인 통제권을 부여하면 정보의 자유를 방해하게 되므로, 헌법 차원의 개인정보 통제는 정보의 자유와 균형을 이루어야 한다. 개인의 자유만을 근거로 개인에게 개인정보에 대한 절대적인 통제권을 부여할 수는 없다. 그러한 절대적 통제권은 정보의 자유와 쉽게 충돌하기 때문이다. 그럼에도 법학자들은 개인의 자유라는 근거 밖에서 개인에게 개인정보 통제권을 부여할 정당성을 계속 모색하였고, 프라이버시의 재산적(경제적) 가치는 개인정보 통제론에 논증의 기초를 제공하였다. 이에 따라 개인의 자유에 기초한 프라이버시 통제론은 학자들, 특히 법경제학자들에 의해 포괄적인 재산권으로 이론적으로 확장되었고, ‘개인의 자치(個人自治)’라는 포괄적인 틀 안에 포섭되었다.

그러나 이러한 이론은 현실의 법으로 정착하지 못하였다. 첫째, 미국의 프라이버시 보호(隱私保護)는 보통법상 구제에 의존하는데, 그러한 구제는 본질적으로 자유를 포함한 개인의 이익이 침해되었음을 전제로 한다. 당사자가 타인이 자신의 동의 없이 개인정보를 이용하여 자신에게 손해를 입혔다는 사실을 입증하기는 매우 어렵다.⁴¹ 또한 법원이 프라이버시 침해 여부를 판단할 때에는 법률(성문법과 판례 포함) 및 상

41 다수의 개인정보 유출사건은 원고가 데이터가 부당하게 이용되어 손해를 입었다는 점을 입증할 충분한 증거를 제시하지 못하였다는 이유로 법원에서 기각되었다. 예컨대 *Hammond v. The Bank of N.Y. Mellon Corp.* 사건에서 소비자는 은행이 자기테이프에 자신의 개인정보를 저장하였는데 그 테이프가 운송 중 분실되자 집단소송을 제기하여 손해배상을 청구하였다. 법원은 “원고의 소송은 이유가 없다. 그 청구는 장래에 관한 것이고 가정적이며 관념적인 것이므로 이를 인정할 수 없고, 다룰 수 있는 현실적 손해도 없다”고 판단하였다. No. 08 Civ. 6060, 2010 WL 2643307 (S.D.N.Y. June 25, 2010). 또한 *Reilly v. Ceridian Corp.*, 664 F.3d 38, 40 (3d Cir. 2011) 사건에서 법원은 피고 회사에 발생한 보안 사고로 원고의 정보가 유출되었다는 사정만으로 피고를 제소할 충분한 이유가 되지 않는다고 보았다. *Lambert v. Hartman*, 517 F.3d 433, 437 (6th Cir. 2008) 사건에서도 법원은 피고가 웹사이트에 교통범칙금 고지서에 기재된 개인식별정보를 게시한 사정만으로는 피고를 제소할 충분한 이유가 되지 않는다고 판단하였다.

식(common sense)에 따라 구체적 사안별로 판단하여야 하고, 그 과정에서도 프라이버시권 보호는 여전히 정보의 자유 등 헌법원칙의 제약을 받는다.

둘째, 미국 연방 차원의 개인정보 보호 특별법은 개인통제(個人控制)를 일반화하지 않았을 뿐 아니라 개인의 동의, 특히 수집·이용 전 동의를 요구하는 범위를 엄격하게 제한하였다.⁴² 개인정보의 법적 속성과 개인이 통제할 수 있는 범위에 대한 견해가 대립하였기 때문에, 미국 연방의 개인정보 관련 입법안은 반복하여 입법에 실패하였다.⁴³

42미국 연방은 통신·금융·보건·신용 등의 분야에 개인정보 보호법률을 제정하였으나, 이러한 법률들은 개인통제, 즉 동의와 결정을 일반화(一般化)하지 않는다. 예컨대 1999 년 「그램-리치-블라일리법」(「금융서비스현대화법」이라고도 함)은 개인이 금융기관에 제공하거나 금융기관이 보유하는 비공개 개인정보를 규율 대상으로 한다. 이 법의 핵심 내용은 금융기관이 비계열 제 3 자에게 개인정보를 공개할 수 있는 조건을 정하는 것이며, 그 중요한 조건 중 하나는 사전에 고지하고 옵트아웃의 기회를 부여하는 것이다. 또 1996 년 「건강보험 이전 및 책임에 관한 법률(HIPAA)」은 주로 상업적 이용을 목적으로 하는 개인 건강정보의 이용과 공개를 규율한다. 이 법은 의료서비스 제공자가 건강정보를 전자적 방식으로, 그 정보를 시장화하여 이용할 수 있는 보건의료정보정산소 또는 건강보험제도 등의 주체에게 이전하기 전에 개인의 동의를 받도록 요구할 뿐이다. [역주: 원문은 HIPAA 가 건강정보를 시장화할 수 있는 주체에게 전자적으로 이전하기 전에 개인의 동의를 요구한다고 설명하지만 정확하지 않다. HIPAA Privacy Rule 은 치료·지급·보건의료 운영을 위한 보호대상 건강정보의 이용·공개에는 원칙적으로 개인의 동의나 서면승인을 요구하지 않고, 그 밖의 특정 목적을 위한 이용·공개에는 별도의 서면승인을 요구하는 구조이다.]

43일반적인 상거래 분야에는 미국 연방 차원의 성문법이 존재하지 않고, 각 기업은 공정정보준칙(公正信息準則)에 따라 자율규제를 실시한다. 소비자가 민감한 개인정보를 어느 정도 통제할 수 있도록 보장하고 기업이 개인정보에 대하여 명확한 관리·보호책임을 부담하도록 하기 위하여, 백악관은 2011 년과 2015 년에 두 차례 의회에 소비자 프라이버시 보호법안을 제출하였다. 「2011 년 소비자 프라이버시 보호법안」(Consumer Privacy Protection Act of 2011, H.R. 1528, 제 112 대 의회[2011-2012])과 「2015 년 소비자 프라이버시 보호법안」(Consumer Privacy Protection Act of 2015, S. 1158, 제 114 대 의회[2015-2016])은 모두 통과되지 않았다. 2017 년 패트릭 리히(Patrick Leahy) 등 6 명의 상원의원은 「2017 년 소비자 프라이버시 보호법안」(Consumer Privacy Protection Act of 2017, H.R. 4081, 제 115 대 의회[2017-2018])을 다시 의회에 제출하였으나, 이 역시 아무런 결과를 얻지 못하였다. [역주: 2026 년 7 월 현재에도 미국에는 연방 차원의 포괄적 개인정보·데이터보안법이 제정되어 있지 않다. 다만 캘리포니아 소비자 프라이버시법 이후 다수의 주가 포괄적 개인정보 보호법을 제정하여, 연방의 분야별 규율과 주법이 병존하는 구조가 형성되었다.]

요컨대 유럽과 미국은 개인데이터 또는 프라이버시 보호(隱私保護)의 출발점은 다르지만, 인간의 독립(獨立)·자주(自主)·자치(自治)를 실현한다는 목표와 결론은 같다. 따라서 두 법역 모두 개인정보를 원칙적으로 개인이 통제하여야 한다고 보며, 법이 이러한 통제를 보호하는 것은 개인의 자치(自治)를 보호하는 것이라고 이해한다.

그러나 개인정보 통제론(個人信息控制論)이 비록 국제사회의 개인정보 보호를 위한 이론적 기반이기는 하지만, 동의 없이는 개인정보를 이용할 수 없다는 규칙이 확립된 것은 아니며, 개인정보를 개인의 절대적 지배 대상으로 객체화한 것도 아니다. 그 이유는 개인정보 보호의 기본목적이 개인정보의 이용으로 인해 개인의 기본권이 침해되지 않도록 하는 데 있는 것이지, 개인이 자신의 개인정보를 통제하도록 하는 데 있는 것이 아니기 때문이다.

국제사회는 적법성(合法性)을 기초로 개인정보 이용규칙(使用規則)을 구성하고, 이용자에게 법정 의무(法定義務)를 부과함으로써 개인의 권리가 침해되지 않도록 보호한다. 근본적으로 개인정보 보호는 사람을 보호하는 것이다. 그 목적은 개인과 관련된 정보가 남용됨으로써 사람의 존엄·자유·독립·평등에 부정적인 영향이나 손해가 초래되는 것을 방지하는 데 있다. 정확히 말하면 개인, 즉 정보주체가 자신의 개인정보를 통제하는 것은 보호를 실현하기 위한 수단일 뿐, 결코 배타적인 개인의 권리로 승격된 것이 아니다. 기본권 또는 헌법적 의미에서 사용되는 개인정보 통제권이나 개인정보 보호권을 개인이 개인정보에 관하여 가지는 배타적·적극적 지배권으로 직접 전환해서는 안 된다. 이는 기본권 보호가 원칙적·추상적 성격을 가지기 때문만이 아니라, 개인정보도 공공성을 지니고 있어서 개인이 이를 배타적으로 통제할 수 없기 때문이다.

III. 개인정보의 비개인 통제성(非個人控制性): 개인정보의 공공적 속성(公共屬性)

개인정보 보호에 관한 법률규칙(法律規則)이 형성되고 시행되는 과정에서는, 정보 주체의 개인정보의 수집·이용에 대한 통제와 데이터 통제자(數據控制人), 즉 데이터 이용자(數據使用人)가 개인정보를 최대한 자유롭게 이용하려는 의도 사이의 충돌이 끊이지 않았다. 국제사회와 주요 국가의 개인정보 보호입법은 개인정보의 유통과 이용을 중요한 목적으로 강조하였다. 그러나 전통적인 개인정보 보호(個人信息保護), 즉 프라이버시 보호(隱私保護) 이론은 개인정보의 사적 속성(私人屬性)을 지나치게 강조하고, 기본권 차원에서의 자치를 개인정보 자체에까지 확장하였다. 그 결과 개인정보는 개인이 통제하여야 한다는 관념이 보편적으로 받아들여지게 되었다. 그러나 사실 개인정보는 공공적 속성(公共屬性)을 지니고 타인과 사회의 이익에도 관계되므로, 개인정보의 이용은 개인이 결정할 사항이 아니다.

1. 개인정보의 식별기능(識別功能)

개인정보란 특정한 개인, 즉 자연인을 식별할 수 있는 정보를 말한다. 특정한 개인을 식별할 수 있는 정보는 직접 식별되는 정보이든 간접적으로 식별되는 정보이든 모두 개인정보에 해당한다. 식별이란 특정 개인과 관련된 외부정보를 바탕으로 그 사람을 알아보거나(認識) 구별(辨識)하거나 지목하는(指認) 것을 말한다. 이때 이용되는 정보는 일반적으로 개인에게 특유(特有)하거나 개인의 속성(屬性)·특성(特征)을 설명하는 정보이다. 식별의 결과는 특정 개인을 알아보고 그 사람을 다른 사람과 구분하는 것이다.

개인정보는 식별의 수단으로서 개인이 자신을 나타내는(標識自己) 도구인 동시에, 타인이 특정 개인을 식별하는(識別特定個人) 도구이다. 자신을 나타내는 것(標識自己)과 개인을 식별하는 것(識別個人)은 사회에서 필연적으로 나타나는 현상이다. 전자는 개인, 즉 정보주체(數據主體)가 능동적으로 개인정보를 이용하는 과정이며, 사회에 개인정보를 제공하는 과정이기도 하다. 후자는 사회적 주체(社會主體), 즉 개인

데이터를 수집·이용하는 주체인 데이터 통제자(數據控制人) 또는 데이터 이용자(數據使用人)가 개인으로부터 유래한 데이터, 곧 개인이 능동적으로 제공하였거나 사회에 흩어져 있는 데이터를 이용하는 과정이다.

개인은 자신을 식별할 수 있게 하는 기호(符號)를 이용하여 사회에 자신을 알리고 드러낼(推介、展示自己) 필요가 있으며, 이를 이용하여 여러 활동을 수행하고 그 활동의 결과를 자신에게 귀속시킬 필요가 있다. 이 과정에서 개인정보는 필연적으로 외부에 제공되고, 다른 주체가 이를 보유하게 된다. 개인이 사회에 들어가거나 사회활동에 참여하려면 타인에게 자신의 신원(身份)을 밝히고 공개해야 한다. 개인정보를 외부로부터 차단(封閉)해 두는 것은 세상과 단절하는 것(與世隔絕)을 의미한다. 사회의 관점에서도 사회는 개인이 제공한 개인정보와 여러 곳에 흩어져 있어 수집·확보할 수 있는 관련 개인정보를 이용하여 그 개인을 이해(了解)하고 판단할 필요가 있다. 이 두 측면이 개인정보가 이용되는 기본적 상황(基本場景)을 구성한다. 개인정보의 도구적 성격(工具性質)은 개인정보의 사회성과 공공성을 결정한다.

사회에는 두 가지 유형의 식별이 존재한다. 첫째는 개체의 신원을 식별하는 것(識別個體的身份)으로, 그 사람이 누구인지를 나타내는 데 사용된다. 개인의 신원을 가장 직접적으로 나타내는 것은 성명과 성명에 직접 대응하는 신원표지(身份標識), 예컨대 신분증번호(身份證號)·지문 등이다.⁴⁴ 그러나 성명에는 유일성(唯一性)이 없기 때문에 동일한 조직 안에서도 부서·연령 등 추가정보(額外信息)를 보충하여 구별할 필요가 있다. 근무기관, 직함 또는 직무, 성별, 연령 등 개인의 속성정보(屬性信息)를 이용하여 한 개인의 신원을 간접적으로 식별할 수도 있다. 다시 말해 한 개인의 신원

44필자는 성명이 개인의 사회적 신원을 직접 표시하여 순수한 자연인을 사회적으로 인식 가능한 개체(社會可認知的個體)로 전환하는 기능을 한다고 본다. 그 밖의 개인정보는 특정 개인과 연결되어 그를 설명하고 식별가능성을 높이는 기능을 한다. 경력·배경·행동·심리·생리·습관 등은 하나의 개체(一個個體)를 설명하지만, 이미 특정된 맥락이 아니라면 성명 없이 현실의 특정인을 식별하기는 어렵다는 견해이다.

은 성명이나 신분증 등의 유일식별자(唯一标识符)를 통해 식별할 수도 있고, 몇 가지 개인속성정보(个人属性信息)를 이용하여 구체적인 개인을 식별할 수도 있다.

둘째는 개체의 개성적 특성을 식별하는 것(识别个体的个性特征)이다. 사회적 교류에서는 그 사람이 누구인지를 아는 것뿐만 아니라 그가 어떠한 사람인지도 알 필요가 있다. 또한 목적에 따라 파악해야 할 개인의 특성도 서로 다르다. 대출의 경우에는 상환능력이 있는지를 파악해야 하고, 채용의 경우에는 적격성(适格)·성실성(诚实)·협력성(合作) 등을 파악해야 한다. 이러한 식별을 위해서는 개인의 행동기록(行为记录)·과거 경험(过往经历)·행동선호(行为偏好) 등의 정보를 이용하여 분석할 필요가 있다. 인터넷 이용자의 행동기록을 바탕으로 형성되는 이용자 프로파일(用户画像, profiling의 번역어로 중국에서는 “个性档案”이라고도 함)은 개인의 특성 식별에 해당한다. 이는 이용자의 다양한 정보, 예컨대 사회적 속성(社会属性)·생활습관·소비행태(消费行为) 등을 수집하여 이용자에 관한 여러 특성표지(特征标识)를 도출하고, 그 이용자가 어떠한 사람인지를 판단하는 것이다.

과거에는 일반적으로 먼저 개체의 신원(个体身份)을 식별한 다음 그 사람이 어떠한 특성을 지니고 있는지를 식별하였다. 그러나 오늘날에는 개체 특성정보(个体特征信息)를 이용하여 특정한 개인을 식별할 수도 있다. 빅데이터 환경에서는 직업·경력 등 개인의 속성(个人属性)과 인터넷 열람기록(网络浏览记录) 등의 데이터를 통하여 개인의 특성(个性特征)을 파악한 뒤, 그 특성을 특정 개인과 연결할 수 있다. 개인이 사회에 제공하는 정보가 풍부해지면서 한 개인의 특성을 정확하게 식별할 수 있을 뿐만 아니라 그 사람의 신원도 쉽게 식별할 수 있게 되었다.

이에 따라 오늘날에는 개체(个体)를 식별할 때 그 개체의 신원(个体身份), 즉 ‘그 사람이 누구인지’까지 식별할 필요 없이 특정한 추상적 개체(特定的抽象的个体)를 식별하는 것만으로도 된다. 네트워크 환경에는 이용자명, 심지어 IP 주소, 하드웨어 식별번호(硬件识别号)—예컨대 휴대전화의 IMEI—등 여러 신원식별자(身份标识符)가

있으며, 이들은 각각 하나의 개체(一個個體)로 볼 수 있다. 이러한 개체(這樣的個體)는 사실상 하나의 ‘인격의 가면’(人格面具), 즉 페르소나(persona)이다.^{역주 17)} 그 개체(這個個體)가 누구인지, 현실의 어느 구체적 개인에 대응하는지를 밝히려면 신원 식별(身份識別), 즉 일정한 특성(特征)을 지닌 개체(個體)를 구체적인 개인(具體個人)과 연결하는 과정이 필요하다.

식별(識別)은 반드시 신원을 식별하는 것(識別身份)을 의미하지 않으며, 더욱이 어떤 개인(某個人)과 통신(通信)하거나 그 사람과 연락(联系)하는 것을 반드시 의미하는 것도 아니다.⁴⁵⁾ 일부 상업적 활용에서는 이용자의 성명을 알지 못하더라도 그 이용자를 파악하고 심지어 그와 연락할 수도 있다. 따라서 네트워크 사회에서 식별의 기본적 의미는 연관 데이터(关联数据)를 분석하여 특정 이용자의 특성(個性特征)을 식별하는 데 있다. 그 이용자의 신원을 식별할 수 있는지는 보유한 데이터가 특정 개인과 연결될 수 있는지에 달려 있다.

빅데이터가 사람들에게 제공하는 커다란 편익은 개체 식별(識別個體)의 용이성(便利性)·정밀성(精確性)·포괄성(全面性)·적시성(及時性)에 있다. 데이터기술을 배경으로, 어떤 개인과 연관(关联)될 수 있거나 개인의 특성(個性特征)을 파악할 수 있는 모든 데이터는 개인정보의 범주(范畴)에 포함될 수 있다. 각종 정보를 연관(关联)·연계(联系)·결합(結合)하면 구체적인 개인(具體的個人)을 식별할 수 있고—이것이 이른바 간접식별(間接識別)이다—결합된 정보가 많을수록 식별 결과(識別的結果)가 더욱 정확(準確)하고 포괄적(全面)이기 때문이다. 이른바 빅데이터의 편익(大數據的紅利)

역주 17) 페르소나(persona)는 본래 고대 연극에서 배우가 쓰던 가면을 뜻하고, 융(C. G. Jung)의 분석심리학에서는 개인이 사회적 요구에 맞추어 외부에 드러내는 인격의 외면을 가리키는 용어로 쓰인다. 중국어 人格面具는 그 번역어이다. 본문에서는 이용자명·IP 주소·단말기 식별번호와 같이 현실의 특정인과 아직 연결되지 않은 채 그 자체로 하나의 개체처럼 취급되는 네트워크상의 식별자를 가리키기 위하여 사용되었다.

45) “식별”은 “통신” 또는 “연락”과 구별된다. 주소·전화번호·이메일·메신저 계정 등도 식별과정에서는 이용자가 누구인지 구분하는 역할을 한다. 식별 자체가 곧 통신·연락·광고 또는 사기행위를 의미하지는 않는다.

을 실현한다는 것은 가능한 한 많은 정보(信息)를 분석·식별에 이용하도록 장려한 다음, 이를 다양한 사회발전의 목적을 실현하는 데 이용한다는 뜻이다.

2. 개인정보의 공공성(公共性)

개인정보 보호가 직면한 핵심문제는 이처럼 개인을 식별할 수 있는 데이터가 개인에게 귀속되거나(归属于個人) 개인이 통제하여야 하는지(由個人控制), 그리고 사회적 주체(社會主體)가 그 개인을 식별하려면 반드시 본인의 동의(個人的同意)를 받아야 하는지이다. 필자는 개인정보 그 자체는 어떤 개인(某個人)을 식별할 수 있는 사실이나 기록에 불과하며, 당연히 개인이 소유하거나 통제하여야 하는 것은 아니라고 본다. 개인정보와 개인의 연결점(聯结点)은 개인정보가 어떤 개인을 가리키거나(指向) 그 개인을 기술한다는(描述) 데 있다. 이러한 연결관계는 개인정보가 어떤 개인과 연계(联系)되거나 연관(关联)되어 있다는 것으로 요약할 수 있다. 그러나 단지 특정 개인(特定個人)과 연계(联系)되어 있다는 것만으로는 그 개인이 해당 데이터에 대한 지배이익(支配利益)을 갖기에 충분하지 않다. 이러한 연관(关联)은 정보가 표현하는 의미(意义)와 내포(內涵)에만 있을 뿐, 데이터 자체에는 있지 않기 때문이다.

예로부터 정보는 공공영역(公共領域)에 존재하는 공공의 소재(素材) 또는 자료(材料)로서, 누구나 이용할 수 있는 자원(資源)이었다.⁴⁶ 지식재산권 체계에서도 저작권·특허권·상표권은 정보에 대한 지배권(對信息的支配權)을 부여하지 않으며, 정보는 전유권(專有權)의 대상이 아니다. 예컨대 특허권은 특허권자가 특허정보(專利信息)를 공개하는 대가로 기술적 방법(技術方法)을 상업적으로 실시할 독점권(商業上實施的壟斷權)을 부여한다. 저작권법은 사상의 표현(思想的表達)을 보호하는 것이지 사

46정보는 생산과 재생산 비용이 낮고 본질적으로 비배타적이며, 타인의 이용(使用)을 배제하는 비용도 높기 때문에 공공자원으로 이해된다.

J. E. Stiglitz, "The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics," 115(4) QJ. Econ. 1441-1478 (2000).

상 자체(思想本身)를 보호하는 것은 아니며, 공중은 공개된 모든 저작물에 접근하여 학습하고 합리적으로 이용할 수 있다. 상표전용권(商標專用權)은 특정 종류의 상품 또는 서비스(特定類別的商品或服務)에 등록표지(注册標識)를 사용할 권리일 뿐이며, 본질적으로 사용을 통하여 형성된 영업상 신용(商譽)을 보호하는 것이지 권리자의 표지 자체(標識本身)에 대한 독점을 보호하는 것은 아니다.

후에 지식재산권 체계에 편입된 영업비밀(商業秘密) 역시 비밀인 영업정보(秘密商業信息) 자체에 대한 지배권(支配權)은 아니다. 영업비밀은 사실상의 통제력(事實控制力), 즉 비밀유지조치(保密措施)에 기초한 재산권(財產權)으로서, 비밀유지에 대한 통제(保密控制)를 상실하면 그에 대한 권리도 상실한다. 그 본질은 타인이 부정한 수단(不正當手段)으로 영업비밀을 취득·이용·공개하는 것(获取、使用和披露商業秘密)에 대항할 권리이지, 특정 영업비밀(特定商業秘密) 자체를 모든 관계에서 배타적으로 지배하는 권리는 아니다.

이처럼 지식재산권 제도는 정교(精妙)한 제도적 장치(制度安排)를 통하여 권리주체에게 어떤 전유권(某種專有權)을 부여하는 동시에, 혁신성과(創新成果)의 내용 또는 정보는 공중이 접근할 수 있는 공공영역(公共領域)에 의도적으로 남겨 둔다. 그 목적은 정보의 공개와 지적 성과(思想成果)의 자유로운 이용을 통하여[그 이용은 학습·연구(學習研究)와 후속 창작 또는 혁신(繼續創作或創新)에 한정된다], 과학·예술·문화의 지속적인 발전을 촉진하는 데 있다. 그렇다면 개인정보만을 예외로 하여 정보 자체를 개인의 배타적 통제(個人排他控制) 아래 둘 필요가 있는가?

정보가 특정 개인(特定個人)을 표시(標識)·기록(記錄)·기술(描述)하는 데 이용된다고 해서, 그 정보 자체가 그 개인에게 귀속되는 것은 아니다. 그 정보 또는 데이터는 다른 사람을 표시·기록·기술하는 데에도 이용될 수 있다. 데이터와 정보의 공공성(公共性) 및 공유가능성(可共享性)은 개인정보 자체에도 공공성이 있음을 의미한다. 개인이 통제할 수 있는 것은 기껏해야 정보를 자신과 연계시키지 않거나 어떻게 연계시

킬 것인지(不联系或如何联系)일 뿐, 정보 자체를 통제할 수는 없다. 예컨대 다이어트 제품을 구입한 소비기록(消費記錄)이 특정 개인과 연관(关联)을 맺는다고 해서, 그 개인이 해당 기록에 대한 지배권(支配權)이나 통제권(控制權)을 당연히 가지는 것은 아니다. 네트워크·센서 등이 기록한 개인과 관련된 활동(活動)이나 열람기록(浏览記錄)은 특정 개인과 연계(联系)되어야 비로소 의미(意义)를 갖지만, 그렇다고 하여 개인에게 해당 기록에 대한 배타적 지배권(排他支配權)이 발생하는 것은 아니다.

개인의 신원(個人身份)을 직접 식별할 수 있는 정보라 하더라도, 개인은 이에 대한 지배권(支配權)을 가지지 않는다. 성명을 예로 들면, 성명은 자연인을 가장 직접적으로 식별하는 식별자(标识符), 즉 문자(文字)로서 본인과 동일(等同)시되거나 본인을 대표(代表)하는 기능(功能)을 한다. 비록 법이 개인에게 성명권(姓名權)을 부여하지만,⁴⁷ 그 권리에는 성명정보(姓名信息), 즉 기호(符号)에 대한 지배권이 포함되지 않는다. 성명권은 주로 개인의 두 가지 이익(兩種利益)을 보호한다.

첫째, 개인은 누구의 간섭도 받지 않고 독립적으로 자신의 성명을 정할(獨立命名) 자유를 가진다. 여기서 보호되는 법익(法益)은 인격의 독립(人格獨立)과 자유(自由)이지, 개인이 자신의 성명을 독점하는 이익은 아니다. 개인은 다른 사람이 동일한 성명(相同的姓名), 즉 동일한 문자(文字)를 사용하는 것을 금지할 수 없다.⁴⁸

둘째, 개인은 자신의 성명을 사용할 권리를 가진다.⁴⁹ 성명의 기능은 개인이 사회활동에서 자신을 표시하고(标识自己), 저작물에 성명을 표시하거나 각종 영예(榮譽)를 얻는 등 사회활동의 결과를 본인에게 귀속(归属)시키는 데 있다. 법은 각 개인이 자신

47당시 중국 「민법통칙」 제 99 조: “공민은 성명권을 가지며, 자신의 성명을 결정·사용하고 규정에 따라 변경할 권리를 가진다. 타인이 이에 간섭하거나 도용·사칭하는 것을 금지한다.” [역주: 「민법통칙」은 2021년 1월 1일 「민법전」 시행과 함께 폐지되었다. 현행 「민법전」 제 1012 조는 자연인의 성명권과 성명의 결정·사용·변경 및 사용허락 권리를, 제 1014 조는 간섭·도용·사칭에 의한 성명권 침해의 금지를 규정한다.]

48류원제(刘文杰), 「민법상 성명권(民法上的姓名權)」, 『법학연구(法學研究)』 2010년 제 6기, 69면.

49정샤오(程嘯), 『불법행위책임법(侵權責任法)』, 법률출판사, 2015, 138면.

의 성명을 정당하게 사용함으로써 얻는 인격적 이익(人格利益)을 보호한다. 따라서 성명권(姓名權) 자체는 특정한 문자기호(特定文字符號)에 대한 지배권(支配權)이 아니다. 법은 타인의 간섭 및 성명 사칭(冒用)·도용(盜用)을 배제할 수 있도록 개인을 보호하지만, 다른 사람이 동일한 성명을 사용하는 것까지 배제할 수 있도록 하지는 않는다. 요컨대 성명권의 본질은 인격적 이익의 보호이지, 성명 자체에 대한 지배권이 아니다.

네트워크화(网络化)·데이터화(数据化)·지능화(智能化) 시대에 전면적·입체적이고(全息化) 다양한 형태의(多样化) 대규모 개인데이터(大規模個人数据)는 사회 거버넌스(社會治理)와 기업관리의 혁신 및 개선(創新和改善)을 위한 자원일 뿐만 아니라, 과학·문화·예술의 혁신과 진보(創新進步)를 위한 자원 풀(資源池, resource pool)이기도 하다. 공공영역(公共領域)에 있는 정보 또는 데이터가 단지 개인과 연계(联系)되어 있거나 식별성(識別性)을 지닌다는 이유만으로 개인에게 개인데이터(個人数据)에 대한 배타적 통제권(排他控制權)을 부여하여 개인정보를 ‘사유화’(私有化)하는 것은 법적 정당성(法律正當性)을 결여하며, 심지어 인간사회의 진보와 발전을 위한 제도적 토대(制度基礎)와도 충돌한다. 각국이 데이터의 개방(開放)과 유통(流通)을 빅데이터 산업의 발전을 추진하고 경제전환(經濟轉型)을 촉진하는 중요한 조치(重要措施)로 삼는 이유도 여기에 있다. 공공영역(公共領域)에 존재하는 풍부한 ‘원재료’(原材料)가 없다면 창작과 혁신의 성과도 있을 수 없다. 법이 어떤 주체(某個主體)에게 정보에 대한 전유권(專有權)을 부여할 수 없는 것은 정보(信息), 즉 데이터(数据)가 인류문화의 전승(傳承)과 사회의 운영(運行) 및 발전(發展)을 위한 공공적 요소(公共元素)를 담고 있기 때문이다.

네덜란드 틸뷔르흐대학교(Tilburg University)의 코리엔 프린스(Corien Prins) 교수는 “현재 개인데이터(個人数据)는 정의상 거의 공공영역의 구성 부분으로 간주되며, 광범위하게 취득하고 이용할 수 있다. 실무(實踐)상으로는 법적 목적(法律目的)상으로

나 개인데이터는 공공영역(公共領域)에 존재한다”고 말한다.⁵⁰ 미국의 에드워드 쟁어(Edward J. Janger)와 폴 슈워츠(Paul M. Schwartz)도 “정보 프라이버시(信息隱私)는 공공재(公共物品)로서 깨끗한 공기나 국방과 같은 기능을 하며, 헌법적 관점에서 보더라도 프라이버시는 하나의 공공재이다”라고 지적하였다.⁵¹ 또 다른 연구는 프라이버시를 경제학적 의미의 공공재(公共物品)로 보고, “프라이버시의 정확한 단위는 개인이 아니라 집단(群體)”이며, 프라이버시 보호(隱私保護)에는 집단적 조정(群體協調, group coordination)이 필요하고 개인주의(個人主義)적 프라이버시 보호(隱私保護)는 결과적으로 프라이버시의 부재(無隱私)를 초래한다고 주장한다.⁵² 이처럼 개인정보의 공공성(公共性) 또는 공공재적 성격(公共物品性)은 점점 더 많은 학자의 인정을 받고 있으며, 이는 필연적으로 개인정보 보호의 비개인 결정성(非個人決定性)이라는 결론으로 이어진다. 역주 18)

3. 개인정보 보호의 사회적 결정성(社會決定性)

개인정보의 공공성(公共性)과 사회성(社會性)은 개인정보 보호의 범위(範圍)와 정도(程度) 역시 공공적·사회적 기준에 따라 결정되어야 함을 의미한다. 이러한 의미에서 개인정보를 전적으로 정보주체 개인의 통제에 맡겨서는 안 된다.

개인의 신뢰(個人信賴) 또는 거래안전(交易安全)을 보호한다는 관점에서, 사회는 개인에게 자신의 개인정보를 통제할 절대적 권리(絕對權)를 부여해서는 안 된다. 다시 말해, 법률(法律)은 본인의 동의 없이는 개인정보를 취득할 수 없다고 규정해서는

50Corien Prins, “Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of Our Identity,” 16 Information Law Series 223-257 (2006).

51Edward J. Janger & Paul M. Schwartz, 전제논문, 1253 면 이하.

52Joshua A. T. Fairfield & Christoph Engel, “Privacy as a Public Good,” 65 Duke L.J. 385, 456 (2015). <http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol65/iss3/1> 참조(2017. 8. 22. 접속).

역주 18) 여기서 비개인 결정성이란 개인정보 보호의 범위와 정도를 개인의 결정에만 맡길 수 없다는 뜻으로, 바로 다음 절의 표제인 사회적 결정성(社會決定性)과 짝을 이룬다.

안 된다. 따라서 일단 사람들이 각종 사회활동에 참여하여 구체적인 사회관계(具体社会关系)에 들어간 이상, 법률(法律)은 공중의 ‘식별권’(公众的“识别权”)을 보호하여야 하며, 개인의 식별 거부(拒绝识别)나 ‘노출’ 거부(拒绝“曝光”)를 보호하여서는 안 된다. 사람들이 자신의 신원(身份)이나 개인정보(个人信息)를 숨기도록 방임하거나 장려하면 협력이 저해된다. 나아가 사람들이 무책임한 사회적 행동(不负责任的社会行为)을 하도록 조장할 수도 있다.

우리가 말하는 개인정보(个人信息)는 성명·사진·신체적 특징(体征)·생체정보(生物信息) 등을 제외하면 대부분 사람들의 사회활동과 행위의 결과이다. 컴퓨터 네트워크(计算机网络)가 이용되기 이전에는 이러한 정보 중 극히 일부가 구전(口耳相传)으로 전파되거나 기록물(档案) 또는 전기(传记)에 기재된 경우를 제외하면 기본적으로 흔적을 남기지 않아 확인할 근거가 없었다. 그러나 오늘날에는 사람들의 모든 행동궤적(行为轨迹)이 거의 다 기록될 수 있고, 개인의 소비선호(消费偏好)·건강상태(健康状态)·자산신용상태(资信状态)·신용능력(信用能力) 등을 조회·분석하는 데 이용될 수 있는 근거가 된다. 이러한 정보는 개인에게서 유래하지만(적어도 부분적으로는 개인에게서 유래함), 일단 기록되면 사회 구성원이 취득·이용할 수 있는 데이터 자원(数据资源)이 된다. 그러한 정보자원(信息资源)을 사회 구성원(社会成员)이 이용하기 위해 반드시 개인의 동의(个人同意)를 거쳐야 하는지 여부의 핵심은, 사회가 우리 각자에게 사회 속의 개인(社会中的个体)^{역주 19)}을 객관적·공정(公正)하고 정확하게 식별(识别)할 필요가 있음을 인정하는지에 있다. 필자는 개인이 실제로 더 많은 ‘프라이버시’(隐私)를 원하고, 때로는 심지어 의도적(刻意)으로 자신을 숨기거나(隐藏) 은폐(掩饰)하거나 미화(美化)하려 한다고 본다. 그러나 일반 공중(社会公众), 특히 그 개인과 교류하거나 관계를 맺는 사람(与之打交道的人)의 ‘식별권’(识别权) 또한 보호되어야 한다.

역주 19) 원문의 “社会中的个体”는 사회의 구성원으로서 살아가는 사람을 가리킨다. 이 문맥에서는 데이터상 추상적 식별단위로서의 ‘개체’가 아니라 사회적 관계 속의 인간을 뜻하므로 ‘사회 속의 개인(社会中的个体)’으로 번역하였다.

포스너(Richard A. Posner)가 보기에 프라이버시(隱私)는 “자신의 특성(某人特性)을 부당하게 제시(不當呈現)할 권리”가 되었다. 그는 사람들이 자신에 관한 사실(有關於自己的事實)을 선택적으로 공개(選擇性地披露)함으로써 자신을 둘러싼 세계(他們周邊的世界)를 조종(操控)하려 하며, 다른 사람에게는 그러한 부당한 자기제시를 폭로할 정당한 이익(揭穿這樣的不當呈現的合法利益)이 있다고 본다.⁵³ 포스너가 보기에 프라이버시권(隱私權)은 전적으로 개인의 자율에 맡겨진 사안(完全由個人自主的事情)으로 볼 수 없으며, 일정한 제한을 받아야 한다.^{역주 20)}

토머스 험니스(Thomas Hemnes)도 다음과 같이 지적한다. “신원(身份, identity)과 그것을 구성하는 개인정보(個人信息)는 본질적으로 분리될 수 없다. 신원은 익명성(匿名)의 반대이다. 우리는 이 두 가지를 모두 가질 수는 없다. 타인과 관계 맺기를 거부함으로써(拒絕與其他人打交道) 익명성을 유지할 수는 있지만, 일단 타인과 관계를 맺기 시작하면 반드시 익명성을 잃게 되고, 타인은 당신의 신원에 관한 인식(關於你的身份的認知)을 형성하게 된다. 이 점에서 당신의 신원은 당신의 사적 통제(私人控制) 아래 있지 않으며, 있을 수도 없다.”⁵⁴ 따라서 개인정보의 부당한 이용으로부터 개인을 보호·구제하는 것과, 개인을 식별하는 개인정보의 집합을 소유권(所有權) 또는 지배권(支配權)의 형태로 개인에게 귀속시키는 것을 혼동해서는 안 된다.

53 Richard A. Posner, “An Economic Theory of Privacy,” 2(3) Regulation 17-30 (1978). <https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/1978/5/v2n3-4.pdf> 참조(2017. 8. 22. 접속).

역주 20) 포스너는 프라이버시를 자신에 관한 불리한 사실을 은닉하여 상대방의 판단을 왜곡할 수 있는 이익으로 파악하고, 그러한 은닉이 거래상대방의 탐색비용을 높이고 자원배분을 왜곡한다는 이유에서 프라이버시 보호에 비판적인 태도를 취하였다. 본문의 “부당하게 제시할 권리”라는 표현은 이러한 비판적 함의를 담은 것으로, 프라이버시를 인격적 가치로 파악하는 유럽의 접근과 대비된다. 다만 포스너의 논의는 개인이 자신에 관한 정보를 은닉하는 국면을 대상으로 한 것이어서, 기업이 대량으로 수집·보유하는 개인정보의 이용 문제에 그대로 적용되지는 않는다.

54Thomas Hemnes, “The Ownership and Exploitation of Personal Identity in the New Media Age,” 12 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 1, 35 ff. (Fall 2012).

더 나아가 개인정보 자체가 사회적 가치(社会价值)를 가진다는 점은 개인정보의 이용을 개인이 전적으로 결정할 수 없는 보다 근본적인 이유(深层理由)이다. 프리실라 리건(Priscilla M. Regan)은 프라이버시가 개인에게만 가치가 있는 것이 아니라 사회 전체에도 세 가지 측면에서 가치가 있다고 보았다.

첫째, 프라이버시는 공동가치(共同价值; common value)를 가진다. 모든 개인은 프라이버시에 관하여 일정한 평가(评价)를 하고 몇 가지 공통된 견해(共同看法)를 가진다. 둘째, 프라이버시는 개인에게 개인으로서뿐만 아니라 공동체의 구성원으로서도 가치가 있으며, 민주적 제도(民主体制)에도 가치가 있다. 셋째, 프라이버시는 집합적 가치(集体价值; collective value)를 가진다. 기술과 시장의 힘(技术和市场力量)은 각 개인의 개인정보 보호를 서로 연계시키고 있으며, 모든 사람이 동일한 최소수준의 프라이버시 보호(相同的最低隐私保护水平)를 누리지 못한다면 어느 한 개인도 프라이버시를 누리기 어렵다.⁵⁵

이를 기초로 리건은 프라이버시가 개인의 의사만으로 정해지는 것이 아니라, 어떠한 개인의 권익(个人权益)을 보호하여야 하는지에 관한 사회의 공동가치관(共同价值观)을 반영한다고 본다. 사회에는 우리의 행동과 기대를 이끄는 프라이버시 규범(隐私标准; norms of privacy)이 존재하여야 한다. 기술적으로나 법적으로 실행할 수 있더라도 프라이버시 관행(隐私习惯)에 부합하지 않는 실천규범(实践准则)은 사회에서 받아들여지지 않는다. 만약 사회의 가치관이 사람들이 자신을 부당하게 표현하거나(不当表述自己) 잘못된 정보(错误的信息)를 제공하는 것을 지지하고, ‘위장’(伪装)과 ‘거짓말’(撒谎)을 장려한다면, 사회에 존재하는 개인 관련 정보(有关个人的信息)는 진실성(真实性)을 상실하여 개인을 판단하는 근거(判断个人的依据)가 될 수 없다. 따

55Priscilla M. Regan, *Legislating Privacy: Technology, Social Values and Public Policy*, Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press, 1995.

라서 프라이버시의 획정(对隐私的界定)은 사회적 인식(社会认知) 또는 사회적 기준(社会标准)을 반영하여야 한다.⁵⁶

폴 슈워츠(Paul M. Schwartz)도 프라이버시를 폐쇄된 ‘데이터 요새’(数据堡垒)로 보아서는 안 된다고 주장한다. 절대적인 프라이버시와 절대적인 공개 가운데 어느 쪽도 개인데이터(个人数据)의 최적 이용(最优使用)을 실현할 수 없다. 정보 프라이버시(信息隐私) 규율(规则)은 가변적(变化的)이고 다차원적(多维度的)인 데이터 보호규칙(保护规则)을 마련하여, 서로 다른 주체(不同主体)가 개인데이터를 서로 다르게 볼 수 있도록(作不同观察) 하여야 한다. 프라이버시를 구축한다는 것(构筑隐私)은 서로 다른 경계에 따라 열람이 허용되는 단계를 형성하는 것이다(根据不同的调整界线, 形成允许的查阅层级).⁵⁷역주 21) 그는 “정보 프라이버시(信息隐私)는 민주사회의 기준(民主社会的基准)으로 이해되어야 한다. 개인정보의 취득(获取)과 개인정보에 대한 접근 제한(限制访问)은 우리가 살아가는 사회의 성격(我们生存的社会性质)을 형성하고 우리 개인의 정체성(我们个人的身份)을 만들어 가는 데 기여한다”고 말한다.⁵⁸역주 22)

56Priscilla M. Regan, "Privacy as a Common Good in the Digital World," 5(3) Information, Communication & Society 382-405 (2002).

57Paul M. Schwartz, "Privacy and Democracy in Cyberspace," 52 Vand. L. Rev. 1607, 1664-1665 (1999). <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1162> 참조(2017. 9. 10. 접속).

역주 21) 여기서 ‘서로 다른 경계’는 정보에 접근하는 주체나 관계에 따라 허용되는 열람의 범위를 달리 구획하는 것을 의미하는 것으로 이해된다.

58Edward J. Janger & Paul M. Schwartz, 전계논문, 1221 면.

역주 22) 여기서 ‘민주사회의 기준’(民主社会的基准)은 민주사회를 평가하는 단순한 척도라기보다 민주사회의 성격과 질서를 구성하는 기본적 규범이라는 의미로 이해된다. 원문의 ‘获取’은 일반적으로 ‘취득’으로 번역할 수 있으므로 본문에서는 중국어 원문에 따라 ‘취득’으로 번역하였다.. 다만 이 문장의 번역 대상인 영문 표현은 ‘개인정보에 대한 접근과 그 제한’(access to personal information and limits on it)이라는 의미이므로, 문장의 실질적 의미는 ‘개인정보에 대한 접근과 그 제한’으로 이해하는 것이 타당하다. 또한 원문의 ‘身份’은 신원 또는 신분을 뜻할 수도 있으나, 여기서는 개인정보에 대한 접근과 그 제한이 개인의 자아와 사회적 정체성을 형성한다는 문맥이므로 ‘정체성’으로 번역하였다..

프라이버시 정보(隱私信息) 보호규칙(保護規則)은 본질적으로 개인정보의 수집·이용에 관한 규칙이며, 그러한 규칙은 개인이 결정하는 것이 아니라 사회가 공동으로 결정하여야 한다. 이러한 규칙은 흔히 사회적 관행(社會習慣) 속에 나타나며, 제정법(制定法)에서 비롯될 수도 있다. 슈워츠는 최종적으로 연방 차원의 입법을 통하여 정보 프라이버시에 관한 공정한 규칙(公平的信息隱私規則)을 확립함으로써, 네트워크 환경(網絡環境)에서의 민주적 자유(民主自由)와 개인의 자치(個人自治)를 촉진하여야 한다고 제안하였다.⁵⁹

결국 타인이나 사회가 개인정보를 이용하는 것이 정당한지는 개인이 아니라 사회가, 곧 법(法律)이 결정하여야 한다. 개인정보의 보호와 이용에 관한 규칙을 제정할 때에는 개인정보의 보호와 이용에 관련된 각 주체의 이익을 확인하고, 이에 기초하여 이익을 형량(利益衡量)함으로써 합리적인 제도 설계(制度安排)를 이루어야 한다. 이러한 관점은 개인정보 자체의 특성과 개인정보가 사회에서 처한 실제 상황에 부합하며, 중국 개인정보 보호의 기초이론(基礎理論)이 되어야 한다.

IV. 개인정보 보호모델(保護模式)의 전환: 사회통제론(社會控制論)의 제시

국제사회의 개인정보 보호에 관한 제도규칙(制度規則)과 이론은 1970 년대와 1980 년대의 사회적 조건을 기초로 형성되었다. 이 시기는 대체로 개인이 특정 주체에게 제공한 개인정보가 전자적으로 저장·이용되는 것이 중심이었던 시대였고, 개인정보의 수동적 수집(被動收集)은 아직 대량으로 나타나지 않았으며, 개인도 개인정보에 대하여 어느 정도 통제력(控制力)을 가지고 있었다.

59상게논문, 1701 면. [역주: 원문은 “同上文”이라고만 하여 바로 앞 각주의 Janger & Schwartz 논문을 가리키는 것처럼 읽히나, 그 논문은 86 Minn. L. Rev. 1219-1261 면에 수록되어 있어 1701 면이 존재하지 않는다. 반면 각주 57 의 Schwartz 단독논문 「Privacy and Democracy in Cyberspace」는 52 Vand. L. Rev. 1607 면에서 시작하며, 1701 면에서 공정한 정보관행을 연방 차원에서 입법함으로써 민주적 속의와 개인의 자기결정을 촉진하여야 한다고 주장한다. 따라서 원문의 “同上文”은 Schwartz 의 위 단독논문의 1701 면을 가리킨다.]

그러나 인터넷(互聯網)·사물인터넷(物聯網)·빅데이터(大數據) 등 정보통신기술의 발전과 응용에 따라 개인데이터를 다양한 형태로(多樣化) 전면적·입체적으로(全息化) 수집·활용하는 것이 네트워크 사회의 기본적 생태환경(基本生態環境)이 되었고, 데이터의 수집(采集)·공유(分享)·분석(分析)·활용(應用)에도 거대한 변화가 일어났다. 개인정보의 수집·이용 환경이 변화함에 따라 국제사회는 이러한 이론 자체와 그 이론이 법률규칙(法律規則)으로 제도화된 뒤 나타난 폐해(弊端)를 계속 성찰해 왔다.⁶⁰ 유럽과 미국의 전통적인 개인데이터 보호이론(個人數據保護理論) 또는 프라이버시 이론(隱私理論)은 전적으로 개인주의(個人主義)에 기초하고 있어, 개인정보 자체의 법적 속성(法律屬性)에 부합하지 않을 뿐만 아니라, 개인정보에 대한 개인의 통제(個人控制)와 사회적 이용(社會利用) 사이의 갈등(衝突)을 해결하기도 어렵다.

이 글이 개인정보의 공공성(公共性)과 개인정보 보호의 사회성(社會性)을 분석한 것은 본질적으로 개인정보 통제론에 대한 성찰과 비판이다. 이 글은 개인정보 보호의

60예컨대 OECD 는 2010 년에 1980 년 「프라이버시 보호와 개인데이터의 국경 간 유통에 관한 가이드라인」의 개정 작업에 착수하였고, 2013 년 7 월 11 일 「프라이버시 보호와 개인데이터의 국경 간 유통에 관한 가이드라인 권고(2013)」를 채택하였다. 이 개정은 신중하고 온건하게 이루어져, 일부 원칙에 구체적인 이행요건을 추가함으로써 그 원칙의 실행 가능성을 높이는 데 그쳤다. 그러나 그 밖의 공적 기관과 사회 각계 인사들은 빅데이터 시대에는 종전에 확립된 여덟 가지 기본원칙이 이미 시대에 뒤떨어졌다고 보았다. 이들은 빅데이터의 경제적·사회적 가치를 실질적으로 실현하는 동시에 데이터주체의 개인적 이익과 자유를 보장하려면 기본원칙의 내용을 근본적으로 개혁하여야 한다고 주장하였다. 이러한 이견 가운데 가장 대표적인 것은 마이크로소프트의 견해였다. 마이크로소프트는 2012 년부터 세계 각국의 전문가와 학자들에게 데이터 보호 문제에 관심을 기울일 것을 널리 촉구하고, OECD 가이드라인의 개정을 위한 작업반을 구성하였다. 2012 년 9 월에는 마이크로소프트 본사에서 글로벌 프라이버시 정상회의를 개최하여 정부기관·산업계·공익단체 및 학계에서 프라이버시와 데이터 보호를 연구하는 70 여 명의 전문가를 초청하였다. 마이크로소프트 작업반은 일련의 이론적 논의와 실무조사를 거친 뒤 「21 세기의 데이터 보호 원칙—1980 년 OECD 가이드라인의 개정」이라는 학술보고서를 정리하여 발표하였다. 중국어 번역본은 가오푸평(高富平) 주편, 『개인데이터 보호와 이용에 관한 국제규칙: 원원과 추세』(個人數據保護和利用國際規則: 源流和趨勢), 법률출판사, 2016 년, 32 면 이하 참조.

기본이론(基礎理論)을 개인 중심에서 사회 중심으로, 개인통제(個人控制)에서 사회통제(社會控制)로 전환할 것을 주장한다.

첫째, 개인정보 통제론(個人信息控制論)은 개인정보를 사권화(私權化)하기 쉽다. 개인정보와 개인의 연관성(關聯性)은 개인정보가 특정 개인(特定個人)을 식별하거나 그 개인과 연계될 수 있다는 데 있지만, 이 사실만으로 개인이 개인정보 또는 그 이용을 소유하거나 배타적으로 지배할 권리를 가지는 것은 아니다. 개인정보는 개인이 사회에 들어가고 사회가 개인을 이해하기 위한 필수적인 도구이다. 이러한 도구적 성격(工具性質)은 개인정보가 사회적으로 이용될 수 있는 공공영역(公共領域)에 있어야 함을 결정하며, 개인정보는 사적 통제의 객체(私人控制的客體)가 아니다.

유럽과 미국의 법은 개인정보에 대한 개인의 통제(控制)를 절대적인 사권(絶對的私權)으로 인정하지 않지만, 기본권 차원의 ‘통제’(基本權利層面的“控制”)는 사법상 권리로 전환되어 개인정보에 대한 지배권으로 확대해석되기 쉽다. 오늘날 개인정보를 구체적인 인격권, 즉 ‘개인정보권’(個人信息權)으로 보려는 견해도 여기에서 비롯된다. 그러나 개인정보에 대한 통제는 개인의 자치(個人自治)를 보호하기 위한 수단이지, 개인정보 자체를 개인에게 귀속시켜 지배하도록 하는 권한부여(賦權)는 아니다. 개인정보 통제를 권한부여의 의미로 이해하는 것은 개인정보의 공공성(公共性)과 충돌한다.

둘째, 개인정보 통제론(個人信息控制論)은 개인정보의 이용을 개인의 결정에 맡긴다. 국제적·국가적 개인정보 보호에 관한 법률문서(法律文件)를 검토하면, 거의 모두 개인정보의 유통(流通)과 이용(利用)을 최종목표(最終目標)로 삼고, 개인의 기본권을 보호하는 범위 안에서 개인정보의 유통과 이용을 실현하려 한다. 그러나 실제 효과에서는 보호를 지나치게 강조한 나머지 유통과 이용을 상대적으로 소홀히 하였다. 이러한 규칙이 형성되던 시기에는 인간의 존엄과 개인의 자유가 특히 강조되었고, 개인에 관한 정보는 개인의 ‘소유물’(個人的“東西”)로 인식되었으며, 개인정보의 이용

은 개인이 결정할 사안으로 간주되었다. 이에 따라 개인정보를 통제함으로써 개인의 자치(個人自治)를 실현한다는 논리가 자연스럽게 받아들여졌다.

그러나 개인정보의 사회성(社會性)에 비추어 보면, 개인정보는 개인의 이익뿐 아니라 타인의 이익 및 사회 전체의 이익(社會整體利益)에도 관계된다. 그러므로 개인정보의 이용은 개인이 독자적으로 결정할 사안이 아니며, 전적으로 개인에게 맡겨서도 안 된다. 개인정보 통제론(個人信息控制論)은 개인정보의 이용을 개인이 결정하도록 한다. 이러한 규칙이 확대 적용되고(泛化) 절대화되면(絶對化) 개인의 의사가 개인정보 이용에 과도하게 개입하게 된다. 인간은 고립된 개인(孤立的個體)^{역주 23)}이 아니라 사회적 존재(社會存在)이므로, 개인정보의 이용은 필연적으로 사회가 결정하여야 하고 개인이 결정할 것이 아니다. 마찬가지로 어떠한 개인정보상의 이익을 보호할 것인지, 어떠한 이용행위를 허용할 것인지, 어떠한 행위를 제한하거나 금지할 것인지도 사회가 결정하여야 하고 개인이 결정할 것이 아니다.

셋째, 개인정보 통제론(個人信息控制論)이 성립한 사회적 기초(社會基礎)는 더 이상 존재하지 않는다. 개인정보가 개인을 벗어나는 순간 개인은 직접적인 통제력(控制力)을 잃는다. 개인은 특정한 수령자(接受人), 즉 데이터 통제자(控制人)를 통하여서만 개인정보를 통제할 수 있다. 데이터 통제자가 존재하지 않거나 명확하지 않다면 이러한 통제도 실현될 수 없다.

컴퓨터(計算機)가 이용되기 시작했으나 인터넷(互聯網)이 아직 등장하지 않았거나 널리 보급(普及)되지 않았던 시기에 주된 문제는 개인이 정부나 기업에 제공한 개인정보를 데이터 통제자(控制人)가 다른 목적으로 이용하는 것이었다. 이러한 남용은 인간의 존엄과 자유를 침해할 수 있었으므로, 개인에게 고지받을 권리(知情權)·열람

역주 23) 원문의 “孤立的個體”는 사회적 관계에서 분리된 인간 개인을 뜻한다. 여기서 個體는 데이터 상 식별되는 추상적 단위나 비인격적 개체를 가리키는 것이 아니므로 ‘고립된 개인(孤立的個體)’으로 번역하였다..

권(查閱權)·정정권(更正權), 나아가 삭제권(刪除權)을 부여할 필요가 있었다. 이것이 개인정보 통제론(個人信息控制論)이 성립한 사회적 기초였다.

그러나 오늘날에도 개인이 기본적인 개인정보, 특히 신원정보(身份信息)를 제공하는 것은 여전히 개인정보의 기초이지만, 개인을 식별할 수 있는 정보의 절대다수는 개인이 제공한 것이 아니라 정보시스템(信息系統)·네트워크 운영(網絡運行)·각종 센서(傳感器) 등이 실시간으로 기록하여 형성한 것이다. 언제 어디서나 존재하는 네트워크(無處不在、無時不在的網絡)는 개인과 연계되거나 개인을 식별할 수 있는 데이터의 바다(數據海洋)를 형성하였지만, 개인은 어떤 정보가 수집·이용되는지, 심지어 누구에 의하여 수집·이용되는지도 알지 못한다.

데이터 수집자(收集人), 즉 통제자(控制人)도 출처가 다양한 대량의 데이터(來源多樣的海量數據)의 용도를 사전에 정확히 판단할 수 없고, 수집할 때 피수집인(被收集人)에게 특정(特定)한 목적이나 용도를 고지할 수도 없으므로, 고지·동의를 적법(合法)하게 실시할 수 없다. 이용목적이나 목적의 어떠한 변경에 대해서도 고지·동의를 요구한다면 실질적으로 빅데이터의 편익(大數據紅利)을 말살(扼殺)하는 것과 같다. 반대로 개인의 동의를 받을 때 이용목적을 고지하지 않거나 일반적·포괄적 동의(一般性的概括同意)만 받는다면, 개인정보에 대한 개인통제는 형식에 그쳐 제도설계의 목적을 실현하지 못하고, 오히려 데이터 통제자(控制人)가 법적 위험을 회피하는 수단이 된다.

따라서 정보통신기술의 발전은 개인정보 통제론(個人信息控制論)이 성립하고 실현될 수 있었던 사회적 기초를 이미 파괴(摧毀)하였다. 개인통제는 더 이상 현실성을 가지지 않으며, 개인의 힘만으로는 개인의 존엄과 자유를 보호할 수 없다. 법이 여전히 이러한 권리보호모델(維權模式)을 고수한다면, 개인 보호의 목적을 달성하지 못하거나 빅데이터의 활용을 가로막게 된다.

필자는 과거의 개인통제론(個人控制論)에 대응하여 사회통제(社會控制)를 빅데이터 시대의 개인정보 보호와 이용을 위한 이론적 기초로 삼을 수 있다고 본다. 개인정보에 대한 사회통제론(個人信息的社會控制論)은 개인정보를 개인의 ‘물건’(個人的 “東西”)으로 보지 않고, 개인정보 이용을 전적으로 개인이 통제할 사안 또는 개인의 자유영역(個人自由的範疇)으로 보지도 않으며, 개인정보를 사회의 공동자원(共同資源)으로 보고 그 이용을 사회가 결정하여야 한다고 본다. 개인정보에 대한 사회통제론 아래에서 개인정보 보호는 다음 세 측면에서 전환된다.

첫째, 개인정보에 대한 사회통제(個人信息的社會控制)는 개인정보의 이용을 개인의 의사가 아니라 사회관행(社會習慣) 또는 법률이 정한다는 뜻이다. 개인정보의 이용은 사회의 운영과 교류에 필연적이므로, 그 이용을 개인이 통제하도록 하는 것은 편향되거나 정의에 부합하지 않는다(有失偏頗或不合正義). 물론 사회통제는 정보주체가 개인정보 이용에 관하여 필요한 통제를 하는 것까지 부정하지 않는다. 개인정보에 대한 사회통제는 개인이 개인정보에 대하여 가지는 절대적·보편적 통제(控制)를 부정하고, 특히 이를 사적 통제권(私人控制權)으로 격상하는 것을 부정한다.

개인정보의 수집·이용 단계에서는 ‘일반적 허용을 원칙(以一般允許為原則)으로 하고 개인통제, 즉 동의에 의한 결정을 예외(以個人控制(同意決定)為例外)로 하는’ 개인정보 이용규칙을 확립하여야 한다. 개인정보의 범위는 매우 넓고, 그 가운데에는 여러 민감정보(敏感性信息)와 정보주체의 가치(主體價值)를 내포한 정보가 포함되므로 개인에게 필요한 통제를 부여하여야 한다. 어떤 정보는 개인의 사생활(個人私生活)이나 재무정보(財務信息)처럼 그 자체로 민감하고, 어떤 정보는 개인의 통신방식(通信方式)이나 유전정보(基因信息)처럼 그 이용상황이나 방식(使用場景或方式)을 통제하지 않으면 개인에게 프라이버시 또는 안전상의 위험을 초래할 수 있다. 이러한 민감성 정보의 수집·이용에는 여전히 개인의 동의가 필요하며, 정보주체가 그 수집·이용을 통제하여야 한다.

개인정보 자체의 민감성(敏感性)과 개인정보 이용이 개인의 권익을 침해할 위험(侵害風險)은 동의의 범위를 한정하는 두 가지 중요한 근거이다. 또한 개인정보가 일단 이용과정에 들어간 뒤 개인이 이를 회수하여 다른 사람에게 이전하거나 삭제를 요구할 수 있는지 등도 신중하게 결정하여, 개인통제가 정당한 법적 기초(法律基礎) 위에 성립하도록 하여야 한다. 각국은 개인의 권익과 개인데이터 이용에 관련된 사회적 공익(社會公共利益)을 전면적으로 판단한 기초 위에서 정보의 종류를 구별하고, 이용상황(使用場景)과 방식(方式)을 결합하여 세부적인 규범을 마련하여야 한다. 사회통제론은 일련의 복잡한 법규범(法律規範)을 통하여 실현되어야 한다.

둘째, 개인정보에 대한 사회통제는 개인정보를 보호할 책임주체(責任主體)가 개인 중심에서 사회 중심으로 전환된다는 뜻이다. 개인정보의 바다(海洋)에서 개인의 통제력은 매우 무력하고 미미하다. 개인의 동의로는 개인정보의 흐름(流向)과 생애주기(生命週期)를 통제할 수 없고 개인의 권리도 보호할 수 없다는 사실이 점점 분명해지고 있다.⁶¹ 개인정보가 특정 서비스 또는 거래와 연계된 경우에는 묵시적 동의(默示同意)도 여전히 형식에 그친다.⁶² 개인정보의 회수 또는 삭제는 서비스를 이용하지 않는 경우에만 실현될 수 있는데, 이는 개인에게 네트워크 또는 데이터화된 생존방식(生存方式)을 거부하라는 것과 같다.

유럽연합의 규정, 즉 GDPR 을 보면, 유럽연합도 정보주체에게 여러 권리를 부여하여 사법적 구제(司法救濟)를 구하도록 하는 점을 강조하지만, 개인정보 보호는 주로 전문적인 개인데이터 행정감독체계(行政監管體系)를 구축함으로써 실현한다. GDPR

61미국 연방거래위원회는 데이터 생애주기를 수집, 편집·통합, 분석, 이용(使用)의 네 단계로 구분하였다.

Federal Trade Commission, Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion, Jan. 2016. <https://www.ftc.gov/reports/big-data-tool-inclusion-or-exclusion-understanding-issues-ftc-report> 참조 (2018. 3. 14. 접속).

62왕위린(王玉林), 「데이터 수집에서 묵시적 동의의 적용문제 연구(默示同意在数据收集中的适用问题研究)」, 『정보자료업무(情报资料工作)』 2017 년 제 2 기, 25 면 이하.

은 제 6 장과 제 7 장에서 독립된 감독기관(獨立的的監管機構)의 설치·직무 및 각 감독기관 사이의 협력을 상세히 규정한다. 또한 종전의 「지침」과 비교하여 고액의 행정벌금(行政罰款)을 새로운 제재수단으로 도입하였다.⁶³

셋째, 개인정보에 대한 사회통제는 법규범의 중심을 수집행위(收集行爲)에서 이용행위(使用行爲)로 옮겨야 한다는 뜻이기도 하다. 개인정보 수집에 대한 통제는 점점 의미를 잃고 있다. 개인정보가 이용되기만 하면 곧바로 개인에게 신체(人身)상 또는 재산상 위해(危害)를 초래하는 경우가 아니라면, 규율의 중심은 어떻게 안전하게 이용하여 개인정보 이용이 개인에게 초래하는 불필요한 위험을 줄일 것인지에 두어야 한다. 토머스 험니스(Thomas Hemnes)가 지적하였듯이, “가능하다면 개인식별정보(個人可識別信息)의 잠재적 남용행위를 규율하고 구제를 제공해야지, 그 수집과 정당한 이용행위를 규율하여서는 안 된다.”⁶⁴ 따라서 개인정보 통제의 중심은 수집단계에서 정보 이용단계로 옮겨야 한다.

이러한 전환은 개인의 권리를 보호하지 않거나 개인의 권리 보호를 약화하는 것이 아니라, 보호모델(保護模式)의 전환이다. 개인정보 보호권은 본래 개인정보에 관한 법익(法益)을 보호하는 것이지 개인정보 통제권(控制權)을 보호하는 것이 아니다. 세 가지 전환을 실현한다는 것은 단순한 권한부여(賦權)와 개인의 권리행사(個人維權)에 의존하여 법익을 보호하는 것이 아니라, 데이터 통제자(控制人), 즉 데이터 이용자(使用人)의 행위, 즉 의무를 규율하여 법익을 보호한다는 뜻이다. 법경제학자의 관점

63GDPR 제 83 조 참조.

64Hemnes, 전제논문, 32 면.

에 따르면, 이는 재산규칙(财产规范)이 아니라 책임규칙(责任规则)을 통하여 개인정보를 보호하는 것이다.⁶⁵역주 24)

이러한 전환은 개인의 권리와 사회 전체의 이익(社会整体利益)을 더 잘 균형시키는 의미도 가진다. 개인정보를 더 이상 개인이 완전히 통제할 수 있는 ‘물건’(个人可以完全控制的东西)으로 보지 않는다면, 법률이 개인정보 이용의 상황과 조건(使用的情形和条件)을 결정하여야 한다. 데이터 이용자(数据使用人)의 행위를 규율하여 개인정보 남용이 개인의 권익을 침해하는 것을 방지하고, 위법행위를 처벌함으로써 개인의 권리를 보호하여야 한다.

개인정보 보호모델(保护模式)이 개인통제(个人控制)에서 사회통제(社会控制)로 전환되어야 한다는 관점에 따르면, 중국의 개인정보 보호규칙은 결함을 바로잡는 데 그칠 것이 아니라, 새롭게 자리매김하고 전면적으로 새로 설계하여야 한다(重新定位、全新设计).

중국 입법에서 ‘동의’(同意)를 개인정보 수집·이용의 전제조건으로 삼은 것은 국제 사회의 개인정보 보호이론과 제도규칙을 오독한 것(误读)이다. 개인정보를 수집·이용할 때 반드시 피수집인(被收集人)의 동의를 받도록 하는 것은 개인에게 개인정보가

65재산규칙과 책임규칙은 Guido Calabresi와 A. Douglas Melamed가 1972년 발표한 논문에서 제시한 개념이다. 귀도 칼라브레시(Guido Calabresi)·더글러스 멜러메드(A. Douglas Melamed), 「재산규칙, 책임규칙과 양도불가능성: 대성당의 한 풍경」, 링빈(凌斌) 역, 『법경제학 문헌선집(法经济学文献精选)』, 법률출판사, 2006; 링빈(凌斌), 「법적 구제의 규칙선택: 재산규칙·책임규칙과 Calabresi-Melamed 틀의 법경제학적 재구성」, 『중국법학(中国法学)』 2012년 제6기, 9면 이하 참조. [역주: 원문은 이 논문의 발표연도를 1971년으로 표기하였으나, 정확한 발표연도는 1972년이다 (85 Harv. L. Rev. 1089 (1972)).]

역주 24) 재산규칙(property rule)과 책임규칙(liability rule)의 구별은 침해에 대한 구제방식의 차이를 가리킨다. 재산규칙에 의한 보호는 권리자의 동의 없이는 권리를 이전할 수 없고 침해에 대하여 금지청구가 인정되는 반면, 책임규칙에 의한 보호는 사후에 객관적으로 산정된 손해배상을 지급하면 족하다. 본문은 개인정보를 개인의 배타적 지배권으로 구성하여 사전 동의를 요구하는 대신, 개인정보 이용자의 행위의무를 규율하고 위반에 대하여 책임을 묻는 방식으로 전환하여야 한다는 취지이다.

공중에 의하여 이용될 수 있는지를 사전에 결정할 권리를 부여하며, 개인통제(個人控制)를 사권(私權)으로 격상하는 실질적 결과를 가져온다. 법률이식(法律移植) 과정에서 발생한 이러한 오류는 시급히 바로잡아야 한다.

문제는 오류를 바로잡거나 국제사회와 보조를 맞추는 것(與國際接軌)에만 있지 않고, 중국의 국정(本國國情)과 빅데이터 시대의 필요에 기초하여 중국의 개인정보 보호제도를 어떻게 구축할 것인지에도 있다. 국제사회의 개인정보 보호이론과 제도는 특정한 시기에 형성되어 당시의 개인정보 수집·이용방식과 연계되어 있다. 그러나 오늘날 정보기술은 빅데이터로 대표되는 새로운 시기(以大數據為代表的新時期)로 발전하였고, 국제사회의 개인정보 보호이론과 제도규칙도 변혁에 직면해 있다.

중국은 국제사회가 과거에 형성한 규칙을 정확히 이해하고 이식하여야 할 뿐만 아니라, 빅데이터 시대의 필요에 적응하는 개인정보 보호제도를 창설하여야 한다. 개인정보 보호는 본래 개인의 기본권 보호에서 비롯된 것이므로, 중국의 정치·경제·문화 등 사회환경(社會環境)과 결합하여 사회의 공동인식(社會的共同認知)을 도출하고, 개인의 존엄과 자유를 보호하면서도 개인정보의 적법한 이용(合法使用)을 촉진할 수 있는 규칙을 형성하여야 한다.

국제규칙을 참고할 때에는 개인정보 보호가 개인통제(個人控制)에서 사회통제(社會控制)로 전환되고 있다는 점을 명확하게 인식하여야 한다. 그 이유는 다음과 같다. 개인정보 통제론(個人信息控制論)의 영향을 깊이 받은 국가가 오랫동안 지속되어 온 이론과 제도규칙을 뒤집기 위해서는 용기가 필요할 뿐 아니라 어려운 법률개정절차(法律修改程序)에도 직면한다. 특히 유럽연합에서는 최근 제정된 GDPR 이 개인정보 통제론의 법적 표현(法律表達)을 전면적으로 완성하였으므로, 단기간에 이러한 전환을 실현하기 어렵다.

이에 비하여 미국은 정보 프라이버시(信息隱私)를 주로 사법적 구제, 즉 보통법(普通法)을 통하여 보호하고, 프라이버시 침해 여부는 최종적으로 법원이 판단한다. 따

라서 미국의 정보 프라이버시(信息隱私) 보호는 항상 규칙의 유연성을 유지하고 있으며, 사회통제론(社會控制論)을 대표하는 프라이버시 이론의 연구성과도 언젠가 법원의 재판에 수용될 수 있다. 개인정보에 대한 사회통제론(社會控制論)은 먼저 미국에서 현실이 될 것으로 예상할 수 있다.

이에 비하여 중국의 개인정보 보호제도는 이제 막 수립되었고, 분산된 몇몇 법률에 개인정보 보호내용이 간단히 추가되어 있을 뿐 개인정보를 어떻게 보호할지에 관하여 일치된 견해도 없다.⁶⁶ 심지어 개인정보 보호의 이론과 제도 구축이라는 측면에서 중국은 여전히 한 장의 백지(白紙)와 같다고까지 말할 수 있다. 이러한 상황에서는 아무런 부담 없이 개인정보 보호이론과 모델의 전환(轉型)을 선도적으로 실현할 수 있다.

이러한 전환을 실현하려면 외국 입법을 단순히 이식(移植)하는 폐습(陋習)을 버리고, 중국의 국정과 결합하여 중국의 개인정보 보호이론을 형성한 다음, 그 이론의 지도 아래 중국의 국정과 오늘날 사회의 필요에 부합하는 개인정보 보호제도를 설계하여야 한다. 필자가 외국 이론을 참고하여 분석한 기초 위에서 개괄한 개인정보에 대한 사회통제론(社會控制論)이 중국 개인정보 보호이론과 제도의 재구성(重構)을 위한 중요한 이론적 기초가 되기를 기대한다.

66중국 「민법총칙」 제 111 조가 개인정보를 어떠한 방식으로 보호할 것인지 정면으로 규정하지 않은 점이 중요한 증거이다. [역주: 이 평가는 이 글이 발표된 2018 년 당시의 법상태를 전제로 한다. 이후 2021 년 1 월 1 일부터 시행된 「민법전」 제 1034 조부터 제 1039 조까지와 2021 년 11 월 1 일부터 시행된 「개인정보보호법」이 개인정보 처리의 원칙, 개인의 권리, 개인정보처리자의 의무, 감독 및 법적 책임을 포괄적으로 규정하였다. 또한 「네트워크데이터 안전관리조례」가 2025 년 1 월 1 일부터 시행되었다. 따라서 2026 년 현재 중국의 개인정보 보호제도를 ‘몇몇 분산된 규정만 존재하는 백지상태’로 평가할 수는 없다.]

초 록

유럽은 인간의 존엄(人的尊嚴)에 대한 보호에 기초하고, 미국은 개인의 자유(個人自由)에 대한 보호에 기초하여, 개인의 자치(個人自治)를 실현하고 인간의 기본권(基本權利)을 보호하기 위하여, 개인정보의 개인통제론(個人控制論)을 형성하였다. 그러나 개인정보 보호권은 전면적이고 절대적인 지배권은 아니다. 개인정보는 개인의 이익뿐만 아니라 타인 및 사회 전체의 이익과도 관련되며, 공공성과 사회성을 가진다. 전통적인 개인정보의 개인통제이론(個人控制理論)은 개인주의 관념에 기초하여 개인정보의 사회성과 공공성을 간과하였다. 그 결과 개인정보의 법적 속성을 전면적으로 반영할 수 없을 뿐만 아니라, 빅데이터(大數據) 시대의 개인정보 이용(使用)에 관한 새로운 환경과 방식에도 적응할 수 없다. 이는 개인정보 보호가 개인통제(個人控制)에서 사회통제(社會控制)로 나아가야 함을 예고한다. 중국은 개인정보의 법적 속성에서 출발하여 사회통제론을 개인정보 보호입법의 지침으로 삼고, 개인의 이익과 사회 전체의 이익(社會整體利益) 사이의 균형을 이루며 빅데이터 시대에 적응하는 개인정보 보호제도를 구축하여야 한다.

<주제어> 개인정보(個人信息), 개인정보 보호(個人信息保護), 프라이버시 보호(隱私保護), 개인정보에 대한 사회통제(個人信息社會控制)

Abstract

The theory of individual control over personal information, which is grounded in the protection of human dignity in Europe and personal freedom in the United States, aims to protect fundamental rights and personal autonomy. However, the right to the protection of personal information is neither an independent nor an absolute right of control; rather, it is an institutional arrangement at the level of fundamental rights. Personal information has social and public characteristics because it concerns not only the interests of the individual whose information is protected, but also the interests of other individuals and society as a whole. Owing to its individualistic foundation and its disregard for the social and public characteristics of personal information, the traditional theory cannot fully reflect the legal nature of personal information or adapt to the new environments and methods of personal-information use in the age of big data. The theory of personal-information protection should therefore shift from individual control to social control. China should develop a personal-information protection system suited to the big-data era by taking the legal characteristics of personal information as its starting point, using the theory of social control as legislative guidance, and striking an appropriate balance between individual interests and the interests of society.

Keywords: personal information; personal information protection; privacy protection; social control of personal information

算法个性化定价的法律与经济学*

The Law and Economics of Personalized Pricing

王晓晔（中国社会科学院法学研究所研究员）

WANG, Xiaoye（The Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences）

目 录

- 一、提出问题
- 二、大数据驱动的个性化定价
- 三、三、规制个性化定价的法律演进
 - （一）2018 年经合组织的圆桌会议
 - （二）2026 年监管趋势
 - 1. 美国
 - 2. 欧盟
 - 3. 中国
- 四、个性化定价的法学与经济学博弈
 - （一）透明度是合法性基础
 - （二）公平和平等是立法基本原则
- 五、规范性法律无法精准复制经济学的差异性观点
- 六、结论

*本文系对2026年5月25日第2届韩中人工智能法制国际学术大会发表论文的修订补充。

一、提出问题

国家市场监管总局2026年1月依据《反垄断法》对携程涉嫌滥用市场支配地位的行为立案调查，主要涉及其干预商家定价的全网最低价、最惠国待遇、平价条款等价格问题，其中也涉及“大数据杀熟”。根据一个民宿老板的说法，他手上10多个民宿品牌均由携程定价或变动价格，他在外面旅游订房时都是使用两部手机比较价格后选择优惠价格下单。¹随着互联网技术和信息技术的发展，现在有越来越多的企业将其产品或者服务的定价决策交给算法，特别在旅游、娱乐、线上零售、数字广告、出行服务等行业。中国法学界关于算法个性化定价的讨论早在2018年就已经出现，并且近年来成为经济法领域的热点问题，发表的学术论文颇多。²有学者认为，算法定价应当透明和公平，大数据杀熟则侵犯了消费者的公平交易权。但也有学者顺应经济学界的主流观点，认为个性化定价是根据消费者的偏好、可支配收入及其个人意愿支付其可以支付的最高价格，这有助于扩大销量，提高社会福利和社会资源分配的公平性，甚至有人认为个性化定价属于企业经营自主权的范围。这里提出的问题是，人们究竟应当如何看待大数据驱动的个性化定价？它的立法趋势是什么？

二、大数据驱动的个性化定价

算法个性化定价首先需要考虑大数据（Big Data）。大数据一般指人们无法在一定时间和一定范围内用常规软件工具进行捕捉、管理和处理的数据。

¹周小铃：《“躺赚”十年后，携程被反垄断调查》，载《南方周末》2026年1月17日。

²如刘继峰：《大数据价格歧视的法律规制》，载《价格理论与实践》2018年第4期；王先林、曹汇：《数字平台个性化定价的反垄断规制》，载《山东大学学报》2022年第4期；许光耀：《大数据杀熟行为的反垄断法调整方法》，载《政治与法律》2024年第4期；焦海涛：《算法个性化定价的反垄断法立场与分析路径》，载《财经法学》2025年第5期。

即大数据不是仅指很多数据，而是指规模极其庞大、生成速度极快且类型非常复杂的数据集合。人们现在一般使用5个“V”打头的英文单词来定义大数据的特征，这包括大量(Volume)、多样性(Variety)、高速度(Velocity)、准确与可信度(Veracity)及其高价值(Value)，即人们可以从海量数据挖掘出的商业价值或科学规律。大数据的运作一般经历3个步骤，包括（1）采集和存储数据；（2）处理与分析数据；（3）应用数据。³

个性化定价明显是企业应用大数据的结果，即它们首先需要收集和存储用户的数据，包括他们的浏览历史、购买记录、社交活动、网络使用习惯等；二是分析用户的数据，包括性别、年龄、地区、搜索词、生活方式及其价格敏感度，并且对数据进行分组；三是评估用户对价格敏感度，目的是精准营销和投放广告，其中一项重要目的是实施个性化定价。数字经济经过30多年的发展，很多互联网平台已经擅长收集用户数据并将其算法提高到精准的水平。

讨论算法个性化定价还应当了解算法定价。算法定价一般指经营者通过一定程序自动设定的产品或服务价格。为了实现特定的目的，算法管理者需要在算法定价系统设制一定的规则和具有约束力的条件，例如随时间变化或者针对不同用户调整价格，目的是实现动态定价或者个性化定价。动态定价和个性化定价都是算法定价的表现形式，但它们是两个不同的概念。动态定价的主要特征是根据实时的市场状况不断调整价格。例如，航空公司可能在不同时段设置不同的价格，即根据乘客流量的客观变化调整价格。个性化定价不等于动态定价，因为这种定价是取决于客户，即商家试图激励每个客户支

³Jules J. Berman, *Principles of Big Data: Preparing, Sharing, and Analyzing Complex Data Sets*, Morgan Kaufmann, 2013, pp. 15-20.

付其可以支付的最高价格（willingness to pay），因此这种价格也称为消费者的保留价格，即其心理上可以承受的最高价格。这说明，在算法个性化定价的条件下，每个客户在其购物页面看到的价格可能与其他客户看到的价格有差别。⁴

算法个性化定价本质上是一级价格歧视。英国经济学家庇古（Pigou）将价格歧视分为三级：一级价格歧视是指商家根据用户的支付意愿收费，这是一种以人为单位实施的价格歧视，理论上可以获取消费者的全部剩余；二级价格歧视是指消费者存在选项，例如购买的数量愈多，价格折扣愈大；三级价格歧视是根据可以识别的消费者特征进行定价，例如学生票可以获得折扣，老年人上公交车可以免费等。⁵其实，个性化定价是美国零售业的早期做法，即商品零售的价格一般是通过销售商与客户之间的博弈。到了19世纪70年代，随着某些商家在其产品上贴上价格标签，零售业就引入了明码标价。⁶算法个性化定价是21世纪互联网技术和信息技术发展的产物，即一方面消费者的互联网购物可以留下个人信息，另一方面商家有条件通过分析客户的偏好、购买行为及其价格敏感度进行个性化定价。互联网领域最早的个性化定价可能是2000年9月亚马逊平台的价格歧视丑闻。即一名消费者发现，当他清除浏览器的Cookie后，一张DVD的报价就会从26.24美元降至22.74美元。亚马逊的CEO贝佐斯随之公开道歉说，这是个“随机价格测试”，并承诺不再使用用户信息设置个性化定价。⁷然而，现在的真实情况是，算法个性化定价

⁴Benjamin R. Shiller, First-Degree Price Discrimination Using Big Data, *Review of Economic Studies*, Issue 1/2022.

⁵Daniel J. Gifford & Robert T. Kudrle, The Law and Economics of Price Discrimination in Modern Economies: Time for Reconciliation? 43 *U.C. Davis L. Rev.* 1235 (2010).

⁶Brian Wallheimer, Are You Ready for Personalized Pricing? Companies are figuring out what individual customers will pay and charging accordingly, *Chicago Booth Review*, Feb. 26, 2018.

⁷Amazon News Press Center, Amazon.com Issues Statement Regarding Random Price Testing, Sept. 27, 2018.

非常普遍。2020年底，南都反壟斷研究課題組曾對互聯網平台進行過線上調查，受訪者反應最強烈的就是個性化定價，其中“個人數據被濫用”和“大數據殺熟”占比高達50%和20%，在線旅遊業尤為普遍。⁸

三、規制個性化定價的法律演進

（一）2018年經合組織的圓桌會議

隨著算法個性化定價成為很多國家政策制定者們越來越關注的問題，經合組織（OECD）競爭委員會2018年11月曾以“數字時代個性化定價”為題召開過一次圓桌會議。主辦方就會議背景指出，“在數字時代，隨著數據分析和定價算法成為普遍的商業實踐，人們越來越擔心企業可能利用這些工具進行個性化定價，即根據消費者支付意願向其收取不同價格一種價格歧視方式。個性化定價雖然可能提高資源配置效率，並使某些原本得不到服務的低收入消費者受益，但也可能導致消費者總體福利下降。如果這種做法採用不透明甚至欺騙性手段，還可能降低市場信任度，造成社會不公平感，抑制消費者參與數字市場。”⁹

然而，根據某些成員方提交的報告，當時大多數國家對規制算法個性化定價持審慎的態度。例如，美國司法部和聯邦貿易委員會在其報告中指出，“反壟斷法和消費者保護法具有相互補充作用，旨在確保市場服務於消費者。反壟斷執法部門是監管不合理限制市場競爭的行為，消費者保護則旨在

000.

⁸《南都發布互聯網反壟斷報告：七成消費者反感“大數據殺熟”》，載《南方都市報》2020年12月22日。

⁹OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era*, Background Note by the Secretariat, DAF/COMP(2018)13, 28 November 2018, p. 2.

消除市场上的欺骗和欺诈行为。个性化定价如果不是必然伴随反竞争、不公平或欺骗行为，它就不应成为这两种法律制度干预的理由，因为这种定价似乎没有妨碍市场运作，而且还有增进社会福利的可能性。鉴于理论上的模糊性且实践中几乎没有评估这种做法的经验，现在还没有令人信服的理由禁止个性化定价。”¹⁰

欧盟委员会的报告指出，“目前尚不清楚不同类型的个性化结合及其实践中的复杂性是否损害消费者在市场上可以获得的最好交易，也不清楚那些有技术和信息灵通的消费者通过个性化服务获得的好处是否惠及其他消费者，或者相反，即导致那些不果断或者不敏感的消费者支付高价。欧盟《通用数据保护条例》赋予人们很多权利包括了解自动化决策的理由、重要性及其可预测的后果，但它不要求企业针对其使用的算法做出复杂的解释或完整的披露。重要的是评估对消费者的定价透明度，以便评估市场是否对企业的定价行为施加了足够大是竞争压力。”¹¹

这些报告说明，2018年参与OECD圆桌会议的代表们一方面不想让算法个性化定价成为剥削消费者的黑箱，另一方面也不想因为禁止个性化定价而扼杀技术创新带来的效率。当时人们对个性化定价持谨慎或犹豫的态度主要是基于以下原因：第一，结合经济学主流观点，个性化定价虽然一方面通过向价格敏感度低的消费者收取高价可以增加利润；但另一方面通过向价格敏感度高的消费者收取低价，这与统一定价的模式相比可以提升产品的销量，从而可以提高经济效率。第二，个性化定价对市场竞争的影响比较复杂，其中

¹⁰OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era* – Note by the United States, 28 November 2018, para. 20.

¹¹OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era* – Note by the European Union, 28 November 2018, para. 49.

一个可能是通过更具竞争力的价格策略，企业可以精准锁定竞争对手的客户群体，由此引发企业间的竞争升级。¹²第三，参会方普遍认为，算法定价和大数据虽然可以使互联网企业具备实施一级价格歧视即榨取消费者全部剩余的技术能力，但实践中大规模的个性化定价并不明显。欧盟委员会的报告就指出，考虑到消费者对个性化定价的不满情绪，企业认识到个性化定价会损害企业声誉，从而对这种做法一般不感兴趣。¹³

（二）2026年监管趋势

与经合组织召开圆桌会议的2018年相比，近几年全球主要经济体对算法个性化定价明显转向高强度监管态势。

1. 美国

联邦贸易委员会根据《联邦贸易委员会法》第5条“禁止不公平或欺骗行为或做法”的规定，近年来针对企业的算法个性化定价采取了很多措施。例如，联邦贸易委员会2024年7月向万事达卡、摩根大通、高盛、麦肯锡等8家提供算法定价技术的企业发出指令，要求提交是否利用消费者数据设置个性化定价。¹⁴它在2025年1月发布的《监测定价初步研究报告》指出，企业正以前所未有的深度挖掘个人信息，不仅包括地理位置、浏览历史和信用记录，甚至包括网页上的鼠标轨迹、购物车未购买的物品、用户使用的操作系统及其购

¹²Alex Schofield, Personalized pricing in the digital era, *Competition Law Journal*, Vol. 18, No. 1/2019.

¹³OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era* – Note by the European Union, 28 November 2018, par as. 34-36.

¹⁴Federal Trade Commission Release, FTC Issues Orders to Eight Companies Seeking Information on Surveillance Pricing – Agency seeks information about products and services that use personal data, including finances and browser history, to set individualized prices for the same goods or services, 23 July 2024.

货时间。¹⁵该报告还提出实施算法定价的企业必须履行的法律义务，包括（1）使用数据的透明度和消费者告知义务；（2）不得使用消费者敏感信息；（3）算法定价的公平性和无歧视；（4）禁止算法共谋和反竞争行为；（5）出现算法定价违法的情况下，能够清晰说明AI训练模型的数据来源，并在不关停整体业务的条件下精准剥离并销毁违法的算法模型，即企业对其算法模型应具备手术刀级别的管控能力。¹⁶考虑到联邦立法的滞后性，纽约州和加利福尼亚州还率先通过了涉及算法定价的法律。纽约州2025年11月生效的《算法定价披露法》是全美第一部直接监管算法定价的法律。据此，设置个性化定价企业必须做出醒目的价格提示：“此价格是由使用您个人数据的算法设置的。”¹⁷

2. 欧盟

欧盟《人工智能法》作为全球第一部规制人工智能的综合性法律制度，虽未直接禁止个性化定价，但规定自动化决策系统存在高风险且需要极高透明度的义务，即企业不仅得允许用户拒绝个性化数据追踪，而且必须披露其算法推荐使用的主要参数。这说明，企业基于自动化决策系统实施的个性化定价，必须明确告知消费者。¹⁸该法第5条还规定，某些极端的算法行为受到禁止：一是操纵潜意识，即禁止使用扭曲人性导致用户本来不会做的决定并由此造成损害的潜意识技术；二是基于年龄、身体或精神残疾等特定群体的弱

¹⁵Federal Trade Commission Release, FTC Surveillance Pricing Study Indicates Wide Range of Personal Data Used to Set Individualized Consumer Prices, 17 January 2025.

¹⁶Federal Trade Commission, Surveillance Pricing: A 6(b) Study, Research Summaries: A Staff Perspective, January 2025.

¹⁷New York General Business Law §349-a (New York Algorithmic Pricing Disclosure Act).

¹⁸EU Artificial Intelligence Act, Art. 50.

点扭曲其经济行为，这些规定强化并补充了现有的消费者保护法和个人信息保护法。这些规定说明，企业的算法个性化定价需要满足三个条件：一是数据合规，即训练算法的数据具有代表性且无偏见；二是关键性定价特别是高风险领域的定价得有人工干预机制（Human Oversight），因为人工干预是确保AI决策不会脱离法律与伦理道德的护栏；三是透明度，即个性化定价必须显著标识“此价格是根据您个人情况进行的调整”。简言之，欧盟《人工智能法》关于个性化定价的监管逻辑与欧盟《消费者权利指令》一样，“你可以个性化定价，但须得透明且公平。”¹⁹

3. 中国

中国法学界虽然有人基于某些经济学理论认为个性化定价在法律上属灰色地带，应当适用合理原则，即具体案件具体分析。但与学术界存在差异化的观点不同，中国政府已经通过反垄断法、个人信息保护法和消费者权益保护法等多种法律制度和多个执法体系对个性化定价制定了严密的监管制度。例如，2021年颁布的《个人信息保护法》第24条规定，“个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策，应当保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销，应当同时提供不针对其个人特征的选项，或者向个人提供便捷的拒绝方式。通过自动化决策方式作出对个人权益有重大影响的决定，个人有权要求个人信息处理者予以说明，并有权拒绝个人信息处理者仅通过自动化决策的方式作出决定。”2022年修订后的《反垄断法》第22条第2款规定，“具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规制”从事滥用市场支配地位的行为。2024年国务院发布的《消费者

¹⁹ Article 6(1)(e) of the EU Consumer Rights Directive (CRD).

权益保护法实施条例》第9条第2款规定,“经营者不得在消费者不知情的情况下,对同一商品或者服务在同等交易条件下设置不同的价格或者收费标准。”2025年12月国家发展和改革委员会、国家市场监管总局和国家网信办联合发布的《互联网平台价格行为规则》第15条再次强调,平台经营者和平台内经营者不得在消费者不知情的情况下,基于支付意愿、支付能力、消费偏好、消费习惯等信息,运用数据和算法、平台规则等手段,对同一商品或者服务在同等交易条件下设置不同的价格或者收费标准。这些法律法规清晰地说明,经营者无论是否占市场支配地位,如果在消费者不知情的情况下实施个性化定价,本质上都是违法行为。

四、个性化定价的法学与经济学博弈

个性化定价从世界各国过去主要采取事后监管即具体案件具体分析的方式,改为现在的“事先防范”,这里除考虑个性化定价性质上属黑箱操作和事后极难取证的事实,更重要的是法学与经济学之间存在着高度博弈。从经济学主流观点看,个性化定价是一级价格歧视在数字经济领域的演进与发展,是互联网时代信息高效流通的反映,并且考虑到价格信号可以迅速和有效地引导资源配置,即从支付能力强的消费者转移到支付能力弱的消费者,这种定价有助于提高效率,增大社会总福利。²⁰然而从法律角度看,个性化定价严重挑战了消费者的“公平交易权”,损害消费者合法权益,总体上应当予以禁止。

(一) 透明度是合法性基础

²⁰Jean-Pierre Dubé & Sanjog Misra, Personalized pricing and consumer welfare, *Journal of Political Economy*, Vol. 131, No. 9/2023, pp. 2305-2345.

在社会经济生活中，二级价格歧视和三级价格歧视一般可以服务于更多消费者，从而整体上增大社会福利。例如，博物馆或公共交通向老年人提供的优惠票价或者教育系统对低收入家庭实行的助学金制度不仅是基于一定的社会政策，而且是透明的，即人们都知道什么人可以得到优惠以及为什么得到优惠，这些差异化的价格在社会上从而被认为是公平的。但是，算法个性化定价的价格信号则是不透明的，人们既不能追踪这种价格歧视的受益者是谁，也不能审查他们为什么受益以及其他如何受益，这种定价从而被称作“黑箱操作”。因为传统上，人们一般认为商品或服务应当有个客观且公平的价格，即除了例外情况，不管任何时候和针对任何人，收取的价格如果高于合理价格，这种价格行为是不合法的。因此，中国《价格法》规定，“经营者定价，应当遵循公平、合法和诚实信用的原则。”“经营者定价的基本依据是生产经营成本和市场供求状况。”“经营者应当努力改进生产经营管理，降低生产经营成本，为消费者提供价格合理的商品和服务，并在市场竞争中获取合法利润。”这些规定同样适用在互联网平台上实施算法个性化定价的经营者。

简言之，合法的价格行为应当具有正当性，正当的价格行为应当具有透明度，合法性和透明度之间存在因果关系。考虑到个性化定价不是基于企业的生产经营成本和合法利润，而是基于其可能从用户手中索取的最大收益，其后果就是人们在互联网平台看到的价格只是你的价格，这个价格与其他用户看到的价格不一样。因为人们无法判断自己被索取的价格是否具有正当性，暗箱操作就会导致人们对市场和互联网购物失去信任。

（二）公平和平等是立法基本原则

有些经济学家认为，个性化定价的基础是消费者愿意支付其可以支付的最

高价格，高收入消费者由此可将其部分福利和部分资源转移至低收入消费者，其结果就是减少社会福利和社会资源的不平等。这说明，个性化定价本质上作为企业追求高额利润的一种商业策略，但在某些人的眼中被视为有益于社会的善行，这就不能不产生很多悖论。前面指出过，个性化定价因为不透明，实践中难以追踪社会福利如何从高收入消费者进入低收入消费者手中，因此被称作“黑箱操作”。另一方面，即便真如某些人所言，社会福利和社会资源由此从高收入消费者进入低收入消费者手中，这种做法也难以实现社会公平，因为这不仅无视消费者与企业之间的平等权利，而且也无视消费者之间的平等权利。

消费者与企业之间的平等权利最重要的是它们之间的公平交易。在市场有效竞争条件下，企业一般会努力降低价格，改善质量，目的是吸引更多的消费者，扩大市场份额，其结果就是消费者与企业之间实现了公平交易。公平交易权相当程度表现为产品的价格，因为价格不仅是企业配置资源的路标，而且也是消费者选择商品的路标。但在个性化定价的条件下，随着企业通过大数据掌握了消费者的保留价格即他们有能力支付的价格，由此不再把公平定价作为配置其资源的外生变量，不再热衷于通过价格机制吸引消费者，而是从市场竞争条件下市场价格的接受者转变为无所不能的价格制定者。这说明，个性化定价是在商家与消费者之间信息不对称和消费者对价格不知情的条件下实施的剥削行为，这种行为与传统经济条件下的一级价格歧视一样，缺乏商业道德。社会的公平和平等无疑还应当表现为消费者之间的平等。即便消费者之间存在经济收入的差异，人们的一般常识仍然是消费者在同一时间、同一地点购买同一产品的价格应当是相同的。即便商品的拍卖和竞标可能存在价格不一致的情况，但竞标者的地位应当是平等的。有些商品销售可能存在限时优惠或数量折扣，但这些优惠条件对所有的消费者应当是平等和

开放的。因此，世界各国的消费者权益保护法普遍规定了消费者的公平交易权。中国《消费者权益保护法》也明确规定，“消费者享有公平交易的权利”，“保护消费者的合法权益是全社会共同的责任”。²¹然而，算法个性化定价不是将消费者视为普遍享有平等地位的市场参与者，而是要求他们对价格完全不知情的情况下支付其可能支付的最高价格，这不仅剥夺了消费者的全部剩余，损害了消费者主权，而且侵犯了消费者之间应当有的平等权利。简言之，个性化定价不是按照产品的成本、质量或者创新来确定价格，而是按照消费者的支付能力操纵价格，这明显损害了消费者在市场上可以获得的实质性好处，严重违背市场经济规律，法律上和道德上不可令人接受。

（三）规范性法律无法精准复制经济学的差异性观点

有经济学家认为，个性化定价虽然可能侵害某些消费者的利益，但也给其他消费者带来好处，因此应当具体案件具体分析。有学者甚至认为，个性化定价虽然增加了厂商利润，但超过60%的消费者可以支付低价，即这种定价可以挖掘出潜在的需求者和向价格敏感型用户提供大幅度折扣。²²然而，这个理论很大程度是空洞的，因为这是运用经济学模型得出的结果，而不是真实的社会实践。另一方面，即便真有60%的消费者支付低价，40%支付高价的消费者也会强烈感受到自己所受的不公平待遇。一个更重要的问题是，经济领域的法律制度虽然应当考虑经济学，但更要考虑社会的公平和正义。经济学理论可以作为分析法律制度的辅助工具，但不应当成为法律的灵魂，特别当它们没有充分考虑社会公平和正义的情况下。其实，价格面前人人平等

²¹ 《中华人民共和国消费者权益保护法》第10条、第6条。

²² Jean-Pierre Dubé & Sanjog Misra, Personalized pricing and consumer welfare, *Journal of Political Economy*, Vol. 131, No. 9/2023, pp. 2305-2345.

是人们长期和固有的并且也是一个普遍接受的理念。作为2017年诺贝尔经济学奖得主和行为经济学的奠基人，芝加哥大学布斯商学院泰勒教授曾指出过个性化定价的负面影响。他说，考虑到人们对价格公平有着强烈的心理偏好，个性化定价即便在经济学模型上看是高效的，现实中也会破坏社会契约和消费者信任，由此导致社会福利的长期损失，而这些损失在经济学模型上无法体现。²³美国联邦最高法院布雷耶（Breyer）大法官也指出过，“技术性的经济学讨论可能有助于阐明反垄断法，但反垄断法无法精确复制经济学家们常常是相互矛盾的观点。”他还说，“法律与经济学不同，法律是规范性的制度（administrative system），因为规则和判例仅当法官或陪审团在法庭上以及律师们为其客户提供咨询加以应用时才能产生影响。”他还说，“试图将经济的各种复杂性和限定条件都纳入规范的做法，可能因执法的不确定性而适得其反，由此削弱其旨在实现的经济目标。”²⁴

五、 结论

消费者主权是现代经济学的核心理念，因为是消费者的市场需求决定生产要素的流向与产出结构。消费者主权也是现代经济法的核心和逻辑基础，因为消费者没有知情权、公平交易权以及安全权等各种权利的情况下，无论经济学还是经济法意义上的“消费者主权”都会成为空话。实现消费者主权得依赖一定市场条件：一是市场上有竞争，因为在垄断性市场条件下，消费者没有选择权，从而也没有消费者主权；二是信息的对称性，即消费者可以了解产品的质量、价格等真实情况，否则也没有条件做出理性的选择；三是完善

²³Richard Thaler, Mental Accounting and Consumer Choice, *Marketing Science*, Vol. 4, Issue 3/1985, pp. 199-214.

²⁴*Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp.*, 724 F. 2d 227, 234 (1st Cir. 1983) (Breyer, J.), cited in Jaro d M. Bona, Loyalty Discounts and the FTC's Lawsuit against Intel, *The Journal of the Antitrust and Unfair Competition Law Section of the State Bar of California*, Vol. 19, No. 1, Spring 2010.

的法律保护，特别是消费者的公平交易权，否则会出现店大欺客，消费者利益受到损害。

在当前数字经济领域越来越多的企业使用算法个性化定价的情况下，世界各国都在努力强化这方面的法律规制，目的是保护消费者。根据中国的经验，这方面可以使用三种法律制度。首先是反垄断，例如中国《反垄断法》第22条第2款规定，具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则，在没有正当理由的情况下对不同用户或不同消费者收取不同的价格。然而，个性化定价并不必然与反垄断法相联系，这一方面因为个性化定价可能难以认定为“掠夺性定价”或“滥用市场支配地位”；另一方面即便企业不占市场支配地位，它们的个性化定价不能说对消费者没有损害。鉴于反垄断法不是规制个性化定价最恰当的法律制度，很多国家包括中国在这方面主要适用消费者权益保护法，即采取直接的监管措施，确保企业不得通过个性化定价剥削消费者。此外，规制个性化定价还应当深度协同个人信息保护法。OECD的2018年报告指出，个性化定价的核心不是竞争法，而是数字公平。²⁵例如，中国网信办2021年发布的《互联网信息服务算法推荐管理规定》就是要打破算法黑箱。根据这个规定，算法个性化定价虽然不是明确予以禁止，但它应当有透明度，定价程序应当有可解释性，定价的基准应当公平合理，即不仅体现经济上的高效率，而且也要体现法律上的公平与正义。

²⁵OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era*, Background Note by the Secretariat, DAF/COMP(2018) 13, 28 November 2018.

参 考 文 献

1. 国内文献

< 论文 >

焦海涛：《算法个性化定价的反垄断法立场与分析路径》，载《财经法学》2025年第5期。

刘继峰：《大数据价格歧视的法律规制》，载《价格理论与实践》2018年第4期。

王先林、曹汇：《数字平台个性化定价的反垄断规制》，载《山东大学学报》2022年第4期。

许光耀：《大数据杀熟行为的反垄断法调整方法》，载《政治与法律》2024年第4期。

周小铃：《“躺赚”十年后，携程被反垄断调查》，载《南方周末》2026年1月17日。

< 其他 >

《南都发布互联网反垄断报告：七成消费者反感“大数据杀熟”》，载《南方都市报》2020年12月22日。

2. 外文文献

[英文]

< 著作 >

Jules J. Berman, *Principles of Big Data: Preparing, Sharing, and Analyzing Complex Data Sets*, Morgan Kaufmann, 2013.

< 论文 >

Jarod M. Bona, Loyalty Discounts and the FTC's Lawsuit against Intel, *The Journal of the Antitrust and Unfair Competition Law Section of the State Bar of California*, Vol. 19, No.

1, 2010.

Jean-Pierre Dubé & Sanjog Misra, Personalized pricing and consumer welfare, *Journal of Political Economy*, Vol. 131, No. 1/2023.

Daniel J. Gifford & Robert T. Kudrle, The Law and Economics of Price Discrimination in Modern Economies: Time for Reconciliation? 43 *U.C. Davis L. Rev.* 1235 (2010).

Alex Schofield, Personalized pricing in the digital era, *Competition Law Journal*, Vol. 18, No. 1/2019.

Benjamin R. Shiller, First-Degree Price Discrimination Using Big Data, *Review of Economic Studies*, Issue 1/2022.

Richard Thaler, Mental Accounting and Consumer Choice, *Marketing Science*, Vol. 4, Issue 3/1985.

Brian Wallheimer, Are You Ready for Personalized Pricing? Companies are figuring out what individual customers will pay and charging accordingly, *Chicago Booth Review*, Feb. 26, 2018.

<其他>

Amazon News Press Center, Amazon.com Issues Statement Regarding Random Price Testing, Sept. 27, 2000.

Federal Trade Commission Release, FTC Issues Orders to Eight Companies Seeking Information on Surveillance Pricing, July 23, 2024.

Federal Trade Commission Release, FTC Surveillance Pricing Study Indicates Wide Range of Personal Data Used to Set Individualized Consumer Prices, Jan. 17, 2025.

Federal Trade Commission, Surveillance Pricing: A 6(b) Study, Research Summaries: A Staff Perspective, Jan. 2025.

OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era*, Background Note by the Secretariat, DAF/COMP(2018)13, 28 November 2018.

OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era* – Note by the European Union, 28 November 2018.

OECD, *Personalised Pricing in the Digital Era* – Note by the United States, 28 November 2018.

摘 要

随着互联网和信息技术的发展，越来越多的企业通过算法个性化定价获取消费者的最大剩余。算法个性化定价存在经济学和法学的高度博弈。有经济学家认为，个性化定价有助于部分社会福利和资源从价格敏感度低的消费者转移给价格敏感度高的消费者，由此提高销量和经济效率。法学界则很多人认为，价格面前人人平等的理念在数字时代没有过时。鉴于算法个性化定价是暗箱操作，国际立法趋势已经从事后监管转变为事先防范，即不透明、欺骗性和违规的算法个性化定价性质上本身违法。

关键词：大数据，算法，个性化定价，透明度，公平与正义

A b s t r a c t

Along with the development of the Internet and information technology, more and more enterprises are using algorithms for personalized pricing in order to obtain the maximum surplus from consumers. The personalized pricing based on algorithms has sparked tremendous disputes between economics and law. Some economists argue that personalized pricing can help transfer some social welfare and resources from consumers with low price sensitivity to those with high price sensitivity, thereby increasing sales and economic efficiency. However, many in the legal field believe that the principle of equality before the price in the digital age has not become outdated. Given that personalized pricing based on algorithms belongs to black box operation, the international legislative trend has shifted from ex post review to ex ante prevention. That means that opaque, deceptive and non-compliant personalized pricing based on algorithms is per se illegal.

<Keywords> big data, algorithm, personalized pricing, transparency, fairness and justice.

알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정의 법학과 경제학*

The Law and Economics of Personalized Pricing

왕효엽(王晓晔)(중국사회과학원 법학연구소 연구원) 저

WANG, Xiaoye(The Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences)

박요셉(변호사, 인하대학교 중국법센터 사무국장) 역

Translated by PARK, Joseph(Attorney at Law(Korea) & Executive Director, China Law Center, INHA University)

목 차

I. 문제의 제기

II. 빅데이터에 기반한 개별 맞춤형 가격 책정

III. 개별 맞춤형 가격 책정 규제의 법적 진화

1. 2018년 경제협력개발기구(OECD) 라운드테이블

2. 2026년의 규제 동향

가. 미국

나. 유럽연합

다. 중국

IV. 개별 맞춤형 가격 책정을 둘러싼 법학과 경제학의 대립

1. 투명성은 합법성의 기초이다

2. 공정과 평등은 입법의 기본 원칙이다

3. 규범적 법률은 경제학의 상이한 관점을 정밀하게 복제할 수 없다

V. 결론

* 이 논문은 2026년 5월 25일 제2회 한중 인공지능 법제 국제학술대회에서 발표한 논문을 수정·보완한 것임.

I. 문제의 제기

국가시장감독관리총국은 2026년 1월 「반독점법」에 근거하여 씨트립(携程)¹이 시장지배적 지위를 남용하여 입점 업체의 가격 결정에 간섭한 행위(전망 최저가, 최혜국 대우, 평등 가격 조항 등 가격 문제)에 대해 조사를 실시하였는데, 여기에는 “단골 고객에 대한 빅데이터 바가지”²에 관한 사항도 포함되었다.³ 한 민박 운영자의 말에 따르면, 그가 보유한 10여 개의 민박 브랜드는 모두 씨트립에 의해 가격이 결정되거나 변경되며, 그는 외지로 여행을 가서 숙소를 예약할 때에는 언제나 두 대의 휴대폰으로 가격을 비교한 후 더 저렴한 가격을 선택해 예약한다고 한다. 인터넷 기술과 정보 기술의 발전에 따라 현재 점점 더 많은 기업이 제품이나 서비스의 가격 결정을 알고리즘에 맡기고 있으며, 특히 관광, 오락, 온라인 소매, 디지털 광고, 모빌리티 서비스 등의 업종에서 더욱 그러하다. 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정에 관한 중국 법학계의 논의는 이미 2018년에 등장하였고 근래에는 경제법 영역의 쟁점으로 부상하여 적지 않은 학술논문이 발표되었다.⁴ 알고리즘 가격 책정은 투명하고 공정해야 하며 단골 고객에 대한 빅데이터 바가지는 소비자의 공정하게 거래할 권리를 침해한다고 보는 학자가 있는가 하면, 경제학계의 주류 관점을 좇아 개별 맞춤형 가격 책정은 소비자의 선호도, 가처분소득 및 개인의 지불 의사에 근거하여 소비자가 지불할 수 있는 최고가를 책정하는 것으로서 판매량을 확대하고 사회 복지와 사회 자원 배분의 공

¹역자 주: 씨트립(Ctrip)은 중국 최대 온라인 여행 플랫폼으로, 동일한 호텔이나 항공권을 검색할 때 기존 회원(충성 고객)에게 신규 회원보다 더 비싼 가격을 제시하거나, 비싼 기기(아이폰 등) 사용자에게 높은 가격을 노출하는 알고리즘을 사용했다는 의혹을 받아온 바 있다. 참고로, 씨트립의 가장 대표적인 플랫폼 브랜드는 Trip.com이다.

²역자 주: 원문은 “살숙(杀熟), 즉 “익숙한 사람(단골)을 잡는다(죽인다)”는 의미이다. “熟”에는 음식 등이 익었다는 의미 외에도 친숙하다는 의미가 있다.

³周小铃: 《“躺赚”十年后, 携程被反垄断调查》, 载《南方周末》2026年1月17日。

⁴如刘继峰: 《大数据价格歧视的法律规制》, 载《价格理论与实践》2018年第4期; 王先林、曹汇: 《数字平台个性化定价的反垄断规制》, 载《山东大学学报》2022年第4期; 许光耀: 《大数据杀熟行为的反垄断法调整方法》, 载《政治与法律》2024年第4期; 焦海涛: 《算法个性化定价的反垄断法立场与分析路径》, 载《财经法学》2025年第5期。

정성을 높이는 데 도움이 된다고 보는 학자도 있으며, 심지어 개별 맞춤형 가격 책정이 기업의 경영자 주권 범위에 속한다고 보는 견해도 있다. 여기서 제기되는 문제는 사람들이 빅데이터에 기반한 개별 맞춤형 가격 책정을 과연 어떻게 바라보아야 하는가, 그리고 그 입법 추세는 무엇인가 하는 점이다.

II. 빅데이터에 기반한 개별 맞춤형 가격 책정

알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정을 논하려면 우선 빅데이터(Big Data)를 살펴보아야 한다. 빅데이터란 일반적으로 일정한 시간과 일정한 범위 내에서 통상적인 소프트웨어 도구로는 포착·관리·처리할 수 없는 데이터를 의미한다. 즉 빅데이터는 단순히 많은 데이터만을 의미하는 것이 아니라, 규모가 매우 방대하고 생성 속도가 매우 빠르며 유형이 매우 복잡한 데이터 집합을 의미한다. 오늘날 일반적으로 빅데이터의 특징을 정의할 때에는 ‘V’로 시작하는 5가지 영어 단어를 사용하는데, 대량(Volume), 다양성(Variety), 속도(Velocity), 정확성과 신뢰도(Veracity) 및 고가치(Value)가 그것이며, 여기서 고가치란 방대한 데이터로부터 상업적 가치나 과학적 법칙을 채굴해 낼 수 있다는 의미이다.⁵ 빅데이터의 운용은 일반적으로 (1) 데이터의 수집 및 저장, (2) 데이터의 처리 및 분석, (3) 데이터의 응용이라는 3단계를 거친다.

개별 맞춤형 가격 책정은 명백히 기업이 빅데이터를 응용한 결과이다. 첫째, 기업은 브라우징 기록, 구매 기록, 사고 활동, 네트워크 사용 습관 등 사용자의 데이터를 수집하고 저장한다. 둘째, 성별, 연령, 지역, 검색어, 생활 방식 및 가격 민감도 등 사용자의 데이터를 분석하고 이를 그룹화한다. 셋째, 사용자의 가격 민감도를 평가한다. 그 목적은 정밀 마케팅과 광고 집행이며 그중 중요한 목적의 하나가 바로 개별 맞춤형 가격 책정의 실시이다. 디지털 경제가 30여 년간 발전을 거치면서 많은 인터넷 플랫폼은 사용자 데이터를 수집하고 그 알고리즘을 정밀한 수준으로 끌어올리는 데 이미 능

⁵Jules J. Berman, *Principles of Big Data: Preparing, Sharing, and Analyzing Complex Data Sets*, Morgan Kaufmann, 2013, pp. 15-20.

속해진 상태이다.

알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정을 논함에 있어서는 알고리즘 가격 책정도 이해할 필요가 있다. 알고리즘 가격 책정이란 일반적으로 경영자가 일정한 프로그램을 통해 자동으로 설정하는 제품이나 서비스의 가격을 말한다. 특정한 목적을 실현하기 위하여 알고리즘 관리자는 알고리즘 가격 책정 시스템에 일정한 규칙과 구속력 있는 조건을 설정하여야 하는데, 예컨대 시간에 따라 또는 서로 다른 사용자에 따라 가격을 조정하는 것으로서 그 목적은 동적 가격 책정이나 개별 맞춤형 가격 책정을 실현하는 데 있다. 동적 가격 책정과 개별 맞춤형 가격 책정은 모두 알고리즘 가격 책정의 발현 형태이지만 양자는 서로 다른 개념이다. 동적 가격 책정의 주된 특징은 실시간 시장 상황에 따라 가격을 끊임없이 조정한다는 점이다. 예를 들어 항공사는 시간대에 따라 서로 다른 가격을 설정할 수 있는데, 이는 승객의 수라는 객관적 변화에 따라 가격을 조정하는 것이다. 개별 맞춤형 가격 책정은 동적 가격 책정과 동일하지 않다. 이러한 가격 책정은 고객에게 달려 있기 때문이다. 즉 판매자는 모든 고객이 각자 지불할 수 있는 최고가(willingness to pay)를 지불하도록 유도하려 하며, 따라서 이러한 가격은 소비자의 유보 가격, 즉 심리적으로 감내할 수 있는 최고 가격이라고도 불린다.⁶ 이는 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정의 조건에서 모든 고객이 자신의 쇼핑 화면에서 보는 가격이 다른 고객이 보는 가격과 다를 수 있음을 의미한다.

알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정은 본질적으로 1급 가격 차별이다. 영국 경제학자 피구(Pigou)는 가격 차별을 3단계로 나누었다. 1급 가격 차별은 판매자가 사용자의 지불 의사에 따라 비용을 청구하는 것으로, 이는 개인 단위로 실시되는 가격 차별이며 이론적으로 소비자의 모든 잉여를 획득할 수 있다.⁷ 2급 가격 차별은 소비자에게 선택

⁶See Benjamin R. Shiller, First-Degree Price Discrimination Using Big Data, Review of Economic Studies, Issue 1/2022.

⁷역자 주: 경제학적 관점에서 "소비자의 모든 잉여(Consumer Surplus)를 획득할 수 있다"는 말은, 다시 말해 기업이 소비자가 특정 상품에 대해 지불할 용의가 있는 최대 금액(유보 가격)을 정확히 파악하여, 그만큼의 가격을 최대한 다 받아냄으로써 소비자에게 남는 이득을 0으로 만

권이 존재하는 것으로, 예를 들어 구매 수량이 많을수록 가격 할인율이 커지는 경우가 이에 속한다. 3급 가격 차별은 식별 가능한 소비자의 특징에 근거하여 가격을 책정하는 것으로, 예를 들어 학생 표 할인이나 노인의 버스 무료 승차 등이 그 예시이다.⁸ 사실 개별 맞춤형 가격 책정은 미국 소매업 초기의 방식, 즉 상품 소매 가격이 일반적으로 판매자와 고객 간의 협상을 통해 결정되던 방식이 그 원형이다. 1870년대에 이르러 일부 상인들이 제품에 가격표를 붙이기 시작하면서 소매업에 정찰제가 도입되었다.⁹ 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정은 21세기 인터넷 기술과 정보 기술 발전의 산물이다. 즉 한편으로는 소비자가 인터넷에서 쇼핑을 하며 개인정보를 남길 수 있게 되었고, 다른 한편으로는 판매자가 고객의 선호도, 구매 행위 및 가격 민감도를 분석하여 개별 맞춤형 가격을 책정할 수 있는 조건을 갖추게 되었다. 인터넷 영역에서 가장 먼저 나타난 개별 맞춤형 가격 책정은 아마도 2000년 9월 아마존 플랫폼의 가격 차별 사건일 것이다. 한 소비자가 자신의 브라우저 쿠키(Cookie)를 삭제한 후 DVD 한 장의 가격이 26.24달러에서 22.74달러로 내려간 것을 발견한 것이다. 아마존의 CEO 베이조스는 이후 공개적으로 사과하며 이것이 “무작위 가격 테스트”였다고 말하고, 더 이상 사용자 정보를 이용하여 개별 맞춤형 가격을 설정하지 않겠다고 약속하였다.¹⁰ 그러나 현재의 실상은 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정이 매우 보편화되어 있다는 것이다. 2020년 말 남도(南都)¹¹ 반독점 연구 과제팀이 인터넷 플랫폼을 대상으로 온라인 조사를 실시한 바 있는데, 응답자들이 가장 강하게 반응한 것이 바로 개별 맞춤형 가

든다는 의미이기도 하다.

⁸See Daniel J. Gifford & Robert T. Kudrle, The Law and Economics of Price Discrimination in Modern Economies: Time for Reconciliation? 43 U.C. Davis L. Rev. 1235 (2010).

⁹See Brian Wallheimer, Are You Ready for Personalized Pricing? Companies are figuring out what individual customers will pay and charging accordingly, Chicago Booth Review, Feb. 26, 2018.

¹⁰Amazon News Press Center, Amazon.com Issues Statement Regarding Random Price Testing, Sept. 27, 2000.

¹¹역자 주: 여기에서 “남도(南都)”란 중국의 언론사인 남방도시보(南方都市報)의 줄임말이다. 남방도시보는 2018년 이후 플랫폼 등에 관한 연구 및 보고서 발간, 세미나 개최 등 플랫폼 및 「반독점법」 분야에 관하여 활발한 활동을 하고 있다.

격 책정이었으며, 그중 “개인 데이터의 남용”과 “단골 고객에 대한 빅데이터 바가지”가 각각 50%와 20%에 이르렀고 이는 특히 온라인 여행업에서 특히 보편적이었다.¹²

III. 개별 맞춤형 가격 책정 규제의 법적 진화

1. 2018년 경제협력개발기구(OECD) 라운드테이블

알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정이 많은 국가의 정책 입안자들이 점점 더 주목하는 쟁점이 됨에 따라, 경제협력개발기구(OECD) 경쟁위원회는 2018년 11월 “디지털 시대의 개별 맞춤형 가격 책정”을 주제로 라운드테이블(Round-table)을 개최한 바 있다. 주최 측은 회의 배경에 대해 다음과 같이 지적하였다. “디지털 시대에 데이터 분석과 가격 책정 알고리즘이 보편적인 비즈니스 관행이 됨에 따라, 기업들이 이러한 도구를 사용하여 개별 맞춤형 가격 책정, 즉 소비자의 지불 의사에 따라 서로 다른 가격을 청구하는 가격 차별 방식을 이용할 수 있다는 우려가 커지고 있다. 개별 맞춤형 가격 책정은 자원 배분 효율성을 높이고 기존에 서비스를 받지 못하던 일부 저소득 소비자에게 혜택을 줄 수도 있지만, 전체적인 소비자 복지 하락을 초래할 수도 있다. 만약 이러한 방식이 불투명하거나 심지어 기만적인 수단을 채택한다면 시장 신뢰도를 떨어뜨리고 사회적 불공정감을 조성하여 소비자의 디지털 시장 참여를 저해할 수도 있다.”¹³

그러나 일부 회원국이 제출한 보고서에 따르면 당시 대부분의 국가는 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정의 규제에 대해 신중한 태도를 유지하고 있었다. 예를 들어 미국 법무부와 연방거래위원회는 그 보고서에서 다음과 같이 지적하였다. “「반독점법」과 소비자보호법은 상호 보완 작용을 가지며 시장이 소비자에게 봉사하도록 확보하는데 그 취지가 있다. 반독점 집행 부문은 시장 경쟁을 불합리하게 제한하는 행위를 규제하고, 소비자 보호는 시장에서의 기만과 사기 행위를 근절하는 것을 목표로 한다.

¹²《南都发布互联网反垄断报告：七成消费者反感“大数据杀熟”》，载《南方都市报》2020年12月22日。

¹³ OECD, Personalised Pricing in the Digital Era, Background Note by the Secretariat, DAF/COMP(2018)13, 28 November 2018, p. 2.

개별 맞춤형 가격 책정이 반드시 반경쟁적·불공정 또는 기만적 행위를 수반하는 것이 아니라면 그것은 이 두 법률 제도가 개입할 이유가 되어서는 안 된다. 이러한 가격 책정은 시장의 작동을 방해하지 않는 것으로 보이며 나아가 사회 복지를 증진할 가능성도 있기 때문이다. 이론적으로 모호하고 실무상 이러한 방식을 평가한 경험이 거의 없다는 점을 고려할 때, 현재로서는 개별 맞춤형 가격 책정을 금지할 합리적 이유가 없다.”¹⁴

유럽위원회의 보고서는 다음과 같이 지적하였다. “서로 다른 유형의 개별화가 결합되는 양상과 그 실무상의 복잡성이 소비자가 시장에서 얻을 수 있는 최선의 거래를 훼손하는지 여부는 현재로서는 분명하지 않으며, 기술을 갖추고 정보에 밝은 소비자가 개별화된 서비스를 통해 얻는 이익이 다른 소비자에게도 미치는지, 아니면 반대로 결단력이 없거나 민감하지 않은 소비자가 높은 가격을 지불하게 되는지도 분명하지 않다. 유럽연합 「일반 데이터 보호 규정(GDPR)」은 자동화된 의사결정의 이유와 중요성 및 예측 가능한 결과를 알 권리를 비롯하여 많은 권리를 부여하고 있으나, 기업이 자신이 사용하는 알고리즘에 대하여 복잡한 설명이나 완전한 공개를 하도록 요구하지는 않는다. 중요한 것은 소비자에 대한 가격의 투명성을 평가하여 시장이 기업의 가격 책정 행위에 충분한 경쟁 압력을 가하고 있는지를 판단하는 일이다.”¹⁵

이러한 보고서들은 2018년 OECD 라운드테이블에 참여한 대표들이 한편으로는 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정이 소비자를 착취하는 블랙박스가 되기를 원하지 않으면서도, 다른 한편으로는 개별 맞춤형 가격 책정을 금지함으로써 기술 혁신이 가져오는 효율성을 질식시키는 것도 원하지 않았음을 보여 준다. 당시 사람들이 개별 맞춤형 가격 책정에 대해 신중하거나 주저하는 태도를 취한 데에는 주로 다음과 같은 이

¹⁴OECD, Personalised Pricing in the Digital Era – Note by the United States, 28 November 2018, para. 20.

¹⁵OECD, Personalized Pricing in the Digital Era – Note by the European Union, 28 November 2018, para. 49.

유가 있었다. 첫째, 경제학의 주류 관점과 결합하여 볼 때 개별 맞춤형 가격 책정은 한편으로 가격 민감도가 낮은 소비자에게 높은 가격을 청구함으로써 이윤을 증가시킬 수 있지만, 다른 한편으로 가격 민감도가 높은 소비자에게 낮은 가격을 청구함으로써 단일 가격 책정 방식과 비교하여 제품의 판매량을 높이고 이를 통해 경제 효율성을 제고할 수 있다. 둘째, 개별 맞춤형 가격 책정이 시장 경쟁에 미치는 영향은 비교적 복잡한데, 그중 하나의 가능성은 보다 경쟁력 있는 가격 전략을 통해 기업이 경쟁 사업자의 고객군을 정밀하게 겨냥할 수 있고 이로 인해 기업 간 경쟁이 격화될 수 있다는 점이다.¹⁶ 셋째, 참가자들은 알고리즘 가격 책정과 빅데이터가 인터넷 기업으로 하여금 1급 가격 차별, 즉 소비자 잉여를 전부 짜낼 수 있는 기술적 능력을 갖추게 할 수는 있으나 실무상 대규모의 개별 맞춤형 가격 책정은 뚜렷하지 않다고 보는 것이 일반적이었다. 유럽 위원회의 보고서 역시 “개별 맞춤형 가격 책정에 대한 소비자의 불만 정서를 고려할 때 기업들은 개별 맞춤형 가격 책정이 기업의 평판을 훼손한다는 점을 인식하고 있어 이러한 방식에 일반적으로 관심을 두지 않는다.”고 지적하였다.¹⁷

2. 2026년의 규제 동향

경제협력개발기구가 라운드테이블을 개최한 2018년과 비교하면, 최근 몇 년 사이 전 세계 주요 경제 주체들은 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정에 대하여 명백히 고강도 규제 태세로 방향을 선회하고 있다.

가. 미국

연방거래위원회(FTC)는 「연방거래위원회법」 제5조의 “불공정하거나 기만적인 행위 또는 관행 금지”에 관한 규정에 근거하여 근래 기업의 알고리즘 개별 맞춤형 가격

¹⁶Alex Schofield, Personalized pricing in the digital era, Competition Law Journal, Vol. 18, No. 1/2019.

¹⁷OECD, Personalised Pricing in the Digital Era – Note by the European Union, 28 November 2018, paras. 34-36.

책정에 대하여 여러 조치를 취하였다. 예를 들어 연방거래위원회는 2024년 7월 마스터카드, JP모건 체이스, 골드만삭스, 맥킨지 등 알고리즘 가격 책정 기술을 제공하는 8개 기업에게 소비자 데이터를 이용한 개별 맞춤형 가격 책정 여부에 관하여 검토 후 결과를 제출하라는 명령을 내렸다.¹⁸ 연방거래위원회가 2025년 1월 발표한 『가격 책정 모니터링 예비 연구 보고서』는 기업들이 지리적 위치, 브라우징 기록, 신용 기록뿐만 아니라 웹페이지에서의 마우스 궤적, 장바구니에 담긴 미구매 물품, 사용자의 운영 체제 및 구매 시간까지 포함하여 전례 없는 정도로 개인 정보를 채굴하고 있다고 지적하였다.¹⁹ 또한 이 보고서는 알고리즘 가격 책정을 실시하는 기업이 이행하여야 할 법적 의무를 제시하였는데, (1) 데이터 사용의 투명성과 소비자 고지 의무, (2) 소비자의 민감 정보 사용 금지, (3) 알고리즘 가격 책정의 공정성과 비차별성, (4) 알고리즘 공모 및 반(反)경쟁 행위 금지, (5) 알고리즘 가격 책정이 위법한 상황이 발생한 경우 AI 훈련 모델의 데이터 출처를 명확히 설명할 수 있어야 하고 전체 사업을 중단하지 않는 조건에서 위법한 알고리즘 모델을 정밀하게 분리하여 파기할 수 있어야 한다는 것, 즉 기업은 자신의 알고리즘 모델에 대하여 수술용 메스와 같은 수준의 통제 능력을 갖추어야 한다는 것이 그것이다.²⁰ 연방 입법의 지체 상황을 감안하여 뉴욕주와 캘리포니아주는 알고리즘 가격 책정에 관한 법률을 선도적으로 통과시키기도 하였다. 뉴욕주에서 2025년 11월 발효된 「알고리즘 가격 책정 공개법」은 미국 전역에서 알고리즘 가격 책정을 직접 규제하는 최초의 법률이다. 이에 따라 개별 맞춤형 가격을 설정하는 기업은 “이 가격은 귀하의 개인 데이터를 사용하는 알고리즘에 의해 설정되

¹⁸Federal Trade Commission Release, FTC Issues Orders to Eight Companies Seeking Information on Surveillance Pricing – Agency seeks information about products and services that use personal data, including finances and browser history, to set individualized prices for the same goods or services, 23 July 2024.

¹⁹Federal Trade Commission Release, FTC Surveillance Pricing Study Indicates Wide Range of Personal Data Used to Set Individualized Consumer Prices, 17 January 2025.

²⁰Federal Trade Commission, Surveillance Pricing: A 6(b) Study, Research Summaries: A Staff Perspective, January 2025.

었습니다”라는 안내를 반드시 눈에 띄게 표시하여야 한다.²¹

나. 유럽연합

유럽연합 「인공지능법」은 인공지능을 규제하는 전 세계 최초의 종합적 법률 제도로써 개별 맞춤형 가격 책정을 직접 금지하지는 않으나, 자동화된 의사결정 시스템에는 고위험성이 존재하며 매우 높은 수준의 투명성 의무가 요구된다고 규정한다. 즉 기업은 사용자가 개별화된 데이터 추적을 거부할 수 있도록 허용하여야 할 뿐만 아니라, 그 알고리즘 추천이 사용하는 주요 척도(parameter)를 공개하여야 한다. 이는 기업이 자동화된 의사결정 시스템에 기초하여 실시하는 개별 맞춤형 가격 책정을 소비자에게 명확히 고지하여야 한다는 것을 의미한다. 동법 제5조는 또한 일부 극단적인 알고리즘 행위를 금지하고 있다. 하나는 잠재의식의 조종으로서, 인간성을 왜곡하여 사용자가 본래 하지 않았을 결정을 하게 하고 이로써 손해를 초래하는 잠재의식 기술의 사용을 금지하는 것이다. 다른 하나는 연령, 신체적 또는 정신적 장애 등 특정 집단의 약점에 기초하여 그들의 경제적 행위를 왜곡하는 것을 금지하는 것이다. 이러한 규정들은 기존의 소비자보호법과 개인정보보호법을 강화하고 보완한다.²² 이러한 규정들은 기업의 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정이 세 가지 조건을 충족하여야 함을 보여 준다. 첫째는 데이터 컴플라이언스로, 알고리즘을 훈련시키는 데이터가 대표성을 가지고 편향이 없어야 한다는 것이다. 둘째는 핵심적인 가격 책정, 특히 고위험 영역의 가격 책정에는 인적 개입장치(human oversight)가 있어야 한다는 것인데, 인적 개입이야말로 AI의 의사결정이 법률과 윤리·도덕의 방호벽에서 이탈하지 않도록 확보하는 장치이기 때문이다. 셋째는 투명성으로서, 개별 맞춤형 가격 책정에는 “이 가격은 귀하의 개인적 사정에 따라 조정된 것입니다”라는 표시를 명확하게 하여야 한다는 것이다. 요컨대 개별 맞춤형 가격 책정에 관한 유럽연합 「인공지능법」의 규제 논리는 유

²¹New York General Business Law §349-a (New York Algorithmic Pricing Disclosure Act).

²²EU Artificial Intelligence Act, Art. 50.

럽연합 「소비자권리지침」과 마찬가지로 “개별 맞춤형 가격을 책정할 수는 있으나 반드시 투명하고 공정하여야 한다”는 것이다.²³

다. 중국

중국 법학계의 일부에서는 경제학 이론에 기초하여 개별 맞춤형 가격 책정이 법률상 회색지대에 속하므로 합리성 원칙을 적용하여 개별 사건별로 구체적으로 분석하여야 한다고 보는 견해도 있다. 그러나 학계의 견해대립과 달리 중국 정부는 이미 「반독점법」, 개인정보보호법, 소비자권익보호법 등 다양한 법률 제도와 복수의 규제 체계를 통하여 개별 맞춤형 가격 책정에 대한 치밀한 규제 제도를 마련하였다. 예를 들어 2021년 제정된 「개인정보보호법」 제24조는 다음과 같이 규정한다. “개인정보 처리자가 개인정보를 이용하여 자동화된 의사결정을 하는 경우 의사결정의 투명성과 결과의 공평·공정을 보장하여야 하며, 거래 가격 등 거래 조건에서 개인에게 불합리한 차별 대우를 하여서는 아니 된다. 자동화된 의사결정 방식으로 개인에게 정보를 전달(push)하거나 상업적 마케팅을 하는 경우에는 그 개인의 특징을 겨냥하지 않은 선택지를 동시에 제공하거나 개인에게 간편한 거부 방식을 제공하여야 한다. 자동화된 의사결정 방식으로 개인의 권익에 중대한 영향을 미치는 결정을 하는 경우 개인은 개인정보 처리자에게 설명을 요구할 권리가 있고, 개인정보 처리자가 오로지 자동화된 의사결정 방식으로만 결정하는 것을 거부할 권리가 있다.” 2022년 개정된 「반독점법」 제22조 제2항은 “시장지배적 지위를 가진 경영자는 데이터와 알고리즘, 기술 및 플랫폼 규칙을 이용하여” 시장지배적 지위를 남용하는 행위를 하여서는 아니 된다고 규정한다. 2024년 국무원이 발표한 「소비자권익보호법 실시조례」 제9조 제2항은 “경영자는 소비자가 모르는 상태에서 동일한 상품 또는 서비스에 대하여 동등한 거래 조건 하에 서로 다른 가격이나 요금 기준을 설정하여서는 아니 된다”라고 규정한다. 2025년 12월 국가발전개혁위원회, 국가시장감독관리총국 및 국가인터넷정보판공실이 공

²³Article 6(1)(e) of the EU Consumer Rights Directive (CRD).

동으로 발표한 「인터넷 플랫폼 가격 행위 규칙」 제15조는 플랫폼 경영자와 플랫폼 내 경영자가 소비자가 모르는 상태에서 지불 의사, 지불 능력, 소비 선호, 소비 습관 등의 정보에 기초하여 데이터와 알고리즘, 플랫폼 규칙 등의 수단을 운용하여 동일한 상품 또는 서비스에 대하여 동등한 거래 조건 하에 서로 다른 가격이나 요금 기준을 설정 하여서는 아니 된다는 점을 다시 한번 강조하였다. 이러한 법률·법규들은 경영자가 시장지배적 지위를 점하는지 여부와 관계없이 소비자가 모르는 상태에서 개별 맞춤형 가격 책정을 실시한다면 그것은 본질적으로 위법한 행위라는 점을 분명히 보여 준다.

IV. 개별 맞춤형 가격 책정을 둘러싼 법학과 경제학의 대립

개별 맞춤형 가격 책정에 대해 과거 세계 각국이 주로 채택했던 사후 규제(개별 사건별 구체적 분석)의 방식에서 현재의 “사전 예방”으로 전환된 데에는, 개별 맞춤형 가격 책정의 성격상 블랙박스 조작에 해당하여 사후 증거 확보가 극히 어렵다는 사실을 고려한 것이기도 하지만, 더 중요한 이유는 법학과 경제학 사이에 고도의 대립이 존재하기 때문이다. 경제학의 주류 관점에서 볼 때 개별 맞춤형 가격 책정은 1급 가격 차별이 디지털 경제 영역에서 진화하고 발전한 것이며 인터넷 시대 정보의 효율적인 유통을 반영하는 것이고, 가격 신호²⁴가 자원 배분을 신속하고 효과적으로 유도할 수 있다는 점, 즉 지불 능력이 강한 소비자로부터 지불 능력이 약한 소비자에게로 이전 될 수 있다는 점을 고려할 때 이러한 가격 책정은 효율성을 높이고 사회 총 복지를 증대시키는 데 도움이 된다. 그러나 법률적 관점에서 볼 때 개별 맞춤형 가격 책정은 소비자의 “공정하게 거래할 권리”를 심각하게 침해하고 소비자의 합법적 권익을 훼손하므로 전격적으로 금지되어야 한다.²⁵

²⁴ 역자 주: 가격 신호(price signal)이란 시장에서 가격이 공급자와 소비자에게 유용한 정보(information)로 작용하여 양자의 가격 균형에 영향을 주는 현상을 의미한다.

²⁵Jean-Pierre Dubé & Sanjog Misra, Personalized pricing and consumer welfare, Journal of Political Economy, Vol. 131, No. 9/2023, pp. 2305-2345.

1. 투명성은 합법성의 기초이다

사회 경제 생활에서 2급 가격 차별과 3급 가격 차별은 일반적으로 더 많은 소비자에게 서비스를 제공함으로써 전체적으로 사회 복지를 증대시킬 수 있다. 예를 들어 박물관이나 대중교통이 노인에게 제공하는 우대 가격이나 교육 시스템이 저소득 가정에 실시하는 보조금 제도는 일정한 사회 정책에 기반할 뿐만 아니라 투명하다. 즉 사람들은 누가 혜택을 받을 수 있는지와 왜 혜택을 받는지 알고 있으며, 이러한 차별화된 가격은 사회적으로 공정하다고 간주된다. 그러나 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정의 가격 신호는 불투명하며, 사람들은 이러한 가격 차별의 수혜자가 누구인지 추적할 수도 없고 왜 그들이 혜택을 받는지 그리고 다른 사람들은 어떻게 혜택을 받는지 심사할 수도 없다. 따라서 이러한 가격 책정은 “블랙박스 조작”이라 불린다. 전통적으로 사람들은 상품이나 서비스가 객관적이고 공정한 가격을 가져야 한다고 생각하며, 즉 예외적인 경우를 제외하고는 언제 어느 누구에게든 청구되는 가격이 합리적 가격보다 높다면 그러한 가격 행위는 합법적이지 않다고 간주하기 때문이다. 따라서 중국 「가격법」²⁶은 다음과 같이 규정하고 있다. “경영자의 가격 책정은 공정, 합법 및 성실 신의의 원칙을 따라야 한다.” “경영자의 가격 책정의 기본 근거는 생산 경영 원가와 시장 수급 상황이다.” “경영자는 생산 경영 관리를 개선하고 생산 경영 원가를 낮추기 위해 노력하여 소비자에게 합리적인 가격의 상품과 서비스를 제공하여야 하며, 시장 경쟁 속에서 합법적인 이윤을 획득하여야 한다.” 이러한 규정은 인터넷 플랫폼에서 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정을 실시하는 경영자에게도 동일하게 적용된다.

간단히 말해 합법적인 가격 행위는 정당성을 가져야 하며 정당한 가격 행위는 투명성을 가져야 한다. 합법성과 투명성 사이에는 인과관계가 존재한다. 개별 맞춤형 가격 책정이 기업의 생산 경영 원가와 합법적 이윤에 기반한 것이 아니라 사용자의 손

²⁶ 역자 주: 중국의 가격법은 1998년 5월 1일부터 시행된 법률로, 한국법상 「물가안정에 관한 법률」과 「공정거래법」의 일부 역할과 유사한 기능을 수행하고 있다.

에서 짜낼 수 있는 최대 수익에 기반한다는 점을 고려할 때, 그 결과는 사람들이 인터넷 플랫폼에서 보는 가격이 단지 ‘당신’의 가격일 뿐이며 이 가격이 다른 사용자가 보는 가격과 다르다는 것이다. 사람들은 자신에게 청구된 가격이 정당성을 갖는지 판단할 수 없기 때문에, 블랙박스 조작은 시장과 인터넷 쇼핑에 대한 대중의 신뢰를 훼손한다.

2. 공정과 평등은 입법의 기본 원칙이다

일부 경제학자들은 개별 맞춤형 가격 책정의 기초가 소비자가 지불할 수 있는 최고 가격을 지불하고자 하는 자유의사이며, 고소득층 소비자가 이를 통해 자신의 복지와 자원의 일부를 저소득층 소비자에게 이전할 수 있고 그 결과 사회 복지와 사회 자원의 불평등을 줄일 수 있다고 생각한다. 이는 개별 맞춤형 가격 책정이 본질적으로 고액의 이윤을 추구하는 기업의 상업적 전략임에도 불구하고 어떤 이들의 눈에는 이러한 전략이 “사회에 유익한 행위”로 간주될 수도 있다는 점에서 많은 모순을 낳지 않을 수 없다. 앞서 지적하였듯이 개별 맞춤형 가격 책정은 불투명하기 때문에 실제 생활에서 사회 복지가 어떻게 고소득 소비자로부터 저소득 소비자의 손으로 들어가는지는 추적하기 어렵고, 따라서 “블랙박스 조작”이라 불리는 것이다. 다른 한편으로 설령 일부 학설과 같이 사회 복지와 사회 자원이 이를 통해 고소득층 소비자로부터 저소득층 소비자에게 이전된다 하더라도 이러한 방식은 사회적 공정을 실현하기 어렵다. 이는 소비자와 기업 사이의 평등한 권리를 무시할 뿐만 아니라 소비자들 사이의 평등한 권리도 무시하기 때문이다.

소비자와 기업 사이의 평등한 권리 중 가장 중요한 것은 양자 사이의 공정한 거래이다. 유효한 시장 경쟁이라는 조건하에서 기업은 일반적으로 가격을 낮추고 품질을 개선하기 위해 노력하며, 그 목적은 더 많은 소비자를 유인하고 시장 점유율을 확대하는 것이고, 그 결과 소비자와 기업 사이에 공정한 거래가 실현된다. 공정하게 거래할 권리는 상당 부분 제품의 가격으로 나타난다. 가격은 기업의 자원 배분을 위한 이

정표일 뿐만 아니라 소비자가 상품을 선택하기 위한 이정표이기 때문이다. 그러나 개별 맞춤형 가격 책정의 조건에서 기업이 빅데이터를 통해 소비자의 유보 가격(reservation price), 즉 그들이 지불할 능력이 있는 가격을 파악하게 됨에 따라, 더 이상 공정 가격을 자원 배분의 외부적 변수로 삼지 않고 가격 메커니즘을 통해 소비자를 유인하는 데 열중하지 않으며, 시장 경쟁 조건 하에서의 시장 가격 수용자(price taker)에서 무소불위의 가격 책정자(price setter)로 전환된다. 이는 개별 맞춤형 가격 책정이 판매자와 소비자 사이의 정보 비대칭과 소비자가 가격을 알지 못하는 조건에서 실시되는 착취적²⁷ 행위임을 설명하며, 이러한 행위는 전통적 경제 조건 하의 1급 가격 차별과 마찬가지로 상도덕이 결여된 것이다. 사회의 공정과 평등은 의심할 여지 없이 소비자들 사이의 평등으로도 나타나야 한다. 소비자들 간에 경제적 수입의 차이가 존재하더라도 동일한 시간, 동일한 장소에서 동일한 제품을 구매할 때 가격이 동일하여야 한다는 것이 사람들의 일반적인 상식이다. 상품의 경매와 입찰에서 가격 불일치가 존재할 수 있더라도 입찰자의 지위는 평등하여야 한다. 어떤 상품 판매에 한시적 우대나 수량 할인이 존재할 수 있지만 이러한 우대 조건은 모든 소비자에게 평등하고 개방적이어야 한다. 따라서 세계 각국의 소비자 권익 보호법은 보편적으로 소비자의 공정하게 거래할 권리를 규정하고 있다. 중국 「소비자권익보호법」도 “소비자는 공정 거래의 권리를 향유한다”, “소비자의 합법적 권익을 보호하는 것은 전 사회의 공동 책임이다”라고 명확히 규정하고 있다.²⁸ 그러나 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정은 소비자를 보편적으로 평등한 지위를 누리는 시장 참여자로 간주하는 것이 아니라 그들이 가격을 전혀 모르는 상태에서 자신이 지불할 수 있는 최고 가격을 지불하도록 요구하며, 이는 소비자의 모든 잉여를 박탈하고 소비자의 주권을 훼손할 뿐만 아니라 소비자들 사이에 마땅히 존재하여야 할 평등권을 침해한다. 간단히 말해 개별 맞춤형 가격 책정은 제품의 원가, 품질 또는 혁신에 따라 가격을 결정하는 것이 아니라 소비자

²⁷역자 주: 원문은 박삭(剝削), 즉 겹질을 깎는다는 의미이다. 본 논문에서 해당 용어는 플랫폼 기업체가 소비자 잉여를 착취한다는 취지로 사용된 표현으로 보인다.

²⁸《中华人民共和国消费者权益保护法》第10条、第6条。

의 지불 능력에 따라 가격을 조작하는 것이며, 이는 소비자가 시장에서 얻을 수 있는 실질적인 혜택을 명백히 훼손하고 시장 경제 법칙을 심각하게 위반하며 법률적으로나 도덕적으로 수용할 수 없다.

3. 규범적 법률은 경제학의 상이한 관점을 정밀하게 복제할 수 없다²⁹

어떤 경제학자들은 개별 맞춤형 가격 책정이 일부 소비자의 이익을 침해할 수도 있지만 다른 소비자에게 혜택을 주기도 하므로 개별 사건별로 구체적으로 분석하여야 한다고 생각한다. 어떤 학자들은 개별 맞춤형 가격 책정이 생산자의 이윤을 증가시켰지만 60%를 넘는 소비자가 낮은 가격을 지불할 수 있게 되었으며, 즉 이러한 가격 책정이 잠재적인 수요자를 발굴하고 가격 민감형 사용자에게 대폭적인 할인을 제공할 수 있다고 생각하기도 한다.³⁰ 그러나 이러한 이론은 실제 사회적 실천이 아니라 경제학 모델을 사용하여 얻은 결과이기 때문에 상당 부분 공허하다. 다른 한편으로 설령 정말로 60%의 소비자가 낮은 가격을 지불하였다 하더라도 높은 가격을 지불한 40%의 소비자는 자신이 불공정한 대우를 받았다고 강하게 느낄 것이다. 더 중요한 문제는 경제 영역의 법률 제도가 비록 경제학을 고려하여야 할지언정 그보다 사회의 공정과 정의를 더욱 고려하여야 한다는 점이다. 경제학 이론은 법률 제도를 분석하는 보조 도구로 사용될 수 있지만 법률의 “혼”이 되어서는 안 되며, 특히 경제학 이론이 사회의 공정과 정의를 충분히 고려하지 않는 경우에는 더욱 그러하다. 사실 가격 앞에서 만인이 평등하다는 것은 사람들이 오랫동안 고수해 왔고 보편적으로 받아들여 온 이념이다. 2017년 노벨 경제학상 수상자이자 행동경제학의 창시자인 시카고대학 부스경영대학원의 탈러(Richard Thaler) 교수는 개별 맞춤형 가격 책정의 부정적 영향을 지적한 바 있다. 그는 사람들이 가격 공정에 대해 강한 심리적 선호를 가지고 있다는

²⁹역자 주: 원문은 “복제”이다. 즉, 저자는 법학이 경제학적 관점을 정확하고 동일하게 반영할 수는 없다는 점을 강조하고자 한 것으로 보인다.

³⁰Jean-Pierre Dubé & Sanjog Misra, Personalized pricing and consumer welfare, Journal of Political Economy, Vol. 131, No. 9/2023, pp. 2305-2345.

점을 고려할 때 개별 맞춤형 가격 책정이 경제학 모델상으로는 효율적으로 보일지라도 현실에서는 사회적 계약과 소비자 신뢰를 파괴하고 이로 인해 사회 복지의 장기적 손실을 초래하며 이러한 손실은 경제학 모델로는 나타낼 수 없다고 말하였다.³¹ 미국 연방대법원의 브레이어(Steven Breyer) 대법관 또한 “기술적인 경제학 토론이 「반독점법」을 명확히 하는 데 도움이 될 수는 있지만, 「반독점법」은 경제학자들이 종종 서로 모순되는 관점들을 정밀하게 복제할 수 없다”라고 지적한 바 있다. 그는 또한 “법률은 경제학과 다르다. 법률은 규범적인 제도(administrative system)이다. 규칙과 판례는 오직 판사나 배심원이 법정에서, 그리고 변호사들이 자신의 의뢰인을 위해 상담을 제공할 때 적용될 때에 비로소 영향력을 발휘할 수 있기 때문이다”라고 말하였다. 그는 나아가 “경제의 각종 복잡성과 한계 조건을 모두 규범에 담으려 시도하는 관행은 법 집행의 불확실성으로 인해 오히려 역효과를 낼 수 있으며, 이로써 그것이 실현하고자 하는 경제적 목표를 오히려 약화시킬 수 있다”라고 말하였다.³²

V. 결론

소비자 주권은 현대 경제학의 핵심 이념이다. 소비자의 시장 수요가 생산 요소의 흐름과 산출 구조를 결정하기 때문이다. 소비자 주권은 현대 경제법의 핵심이자 논리적 기초이기도 하다. 소비자가 알 권리, 공정하게 거래할 권리 및 안전권 등 각종 권리를 가지지 못한 상황에서는 경제학의 의미에서든 경제법의 의미에서든 “소비자 주권”이 모두 무의미한 선언이 되어 버리기 때문이다. 소비자 주권을 실현하기 위해서는 일정한 시장 조건에 의존하여야 한다. 첫째, 시장에 경쟁이 존재하여야 한다. 독점적인 시장 조건하에서 소비자는 선택권이 없으며 따라서 소비자 주권도 존재하지 않기 때문

³¹Richard Thaler, Mental Accounting and Consumer Choice, Marketing Science, Vol. 4, Issue 3/1985, pp. 199-214.

³²Barry Wright Corp. v. ITT Grinnell Corp., 724 F. 2d 227, 234 (1st Cir. 1983) (Breyer, J.), cited in Jarod M. Bona, Loyalty Discounts and the FTC's Lawsuit against Intel, The Journal of the Antitrust and Unfair Competition Law Section of the State Bar of California, Vol. 19, No. 1, Spring 2010.

이다. 둘째, 정보의 대칭성이다. 즉 소비자는 제품의 품질, 가격 등 실제 상황을 이해할 수 있어야 하며 그렇지 않으면 합리적 선택을 할 조건이 갖추어지지 않는다. 셋째, 완비된 법적 보호, 특히 소비자의 공정하게 거래할 권리이며 그렇지 않으면 판매자가 손님을 알보는 일이 발생하여 소비자의 이익이 훼손된다.

현재 디지털 경제 영역에서 점점 더 많은 기업이 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정을 사용하는 상황에서 세계 각국은 이 방면의 법적 규제를 강화하기 위해 노력하고 있으며 그 목적은 소비자를 보호하는 데 있다. 중국의 경험에 따르면 이 방면에는 세 가지 법률 제도를 사용할 수 있다. 첫째는 반독점법이다. 예를 들어 중국 「반독점법」 제22조 제2항은 시장지배적 지위를 가진 경영자가 데이터와 알고리즘, 기술 및 플랫폼 규칙을 이용하여 정당한 이유 없이 서로 다른 사용자나 서로 다른 소비자에게 서로 다른 가격을 청구하여서는 아니 된다고 규정하고 있다. 그러나 개별 맞춤형 가격 책정이 반드시 「반독점법」과 연결되는 것은 아니다. 한편으로 개별 맞춤형 가격 책정 자체를 곧바로 “약탈적 가격 책정”이나 “시장지배적 지위 남용”으로 인정하기는 어려울 수 있고, 다른 한편으로 설령 기업이 시장지배적 지위를 점하지 않더라도 그 개별 맞춤형 가격 책정이 소비자에게 손해를 야기하지 않는다고 단정할 수도 없다. 「반독점법」이 개별 맞춤형 가격 책정을 규제하기에 가장 적절한 법률 제도는 아니라는 점을 감안하여, 중국을 포함한 많은 국가들은 이 방면에서 주로 소비자권익보호법을 적용하고 있다. 즉 직접적인 규제 조치를 취하여 기업이 개별 맞춤형 가격 책정을 통해 소비자를 착취하지 못하도록 확보하는 것이다. 이 밖에 개별 맞춤형 가격 책정의 규제는 개인정보보호법과도 협동하여야 한다. OECD의 2018년 보고서는 개별 맞춤형 가격 책정의 핵심이 경쟁법이 아니라 디지털 공정이라고 지적하였다.³³ 예를 들어 중국 망신판³⁴이 2021년 발표한 「인터넷 정보 서비스 알고리즘 추천 관리 규정」이 바로

³³ OECD, Personalised Pricing in the Digital Era, Background Note by the Secretariat, DAF/COMP(2018)13, 28 November 2018.

³⁴역자 주: 망신판(网信办)은 중국의 인터넷 통제와 보안을 총괄하는 핵심 기구인 '국가인터넷정보판공실(国家互联网信息办公室)'의 약칭이다.

알고리즘 블랙박스를 타개하려는 것이다. 이 규정에 따르면 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정이 명시적으로 금지되는 것은 아니지만, 그것은 투명성을 가져야 하고 가격 책정 절차는 설명 가능성을 가져야 하며 가격 책정의 기준은 공정하고 합리적이어야 한다. 즉 경제적 효율성만이 아니라 법률적 공정과 정의도 함께 구현하여야 한다는 것이다.

참 고 문 헌

외국문헌

[중국어]

< 논문 >

焦海涛：《算法个性化定价的反垄断法立场与分析路径》，载《财经法学》2025年第5期。

刘继峰：《大数据价格歧视的法律规制》，载《价格理论与实践》2018年第4期。

王先林、曹汇：《数字平台个性化定价的反垄断规制》，载《山东大学学报》2022年第4期。

许光耀：《大数据杀熟行为的反垄断法调整方法》，载《政治与法律》2024年第4期。

[영어]

< 저서 >

Jules J. Berman, *Principles of Big Data: Preparing, Sharing, and Analyzing Complex Data Sets*, Morgan Kaufmann, 2013.

< 논문 >

Jarod M. Bona, *Loyalty Discounts and the FTC's Lawsuit against Intel*, *The Journal of the Antitrust and Unfair Competition Law Section of the State Bar of California*, Vol. 19, No. 1, Spring 2010.

Jean-Pierre Dubé & Sanjog Misra, *Personalized pricing and consumer welfare*, *Journal of Political Economy*, Vol. 131, No. 9/2023.

Daniel J. Gifford & Robert T. Kudrle, *The Law and Economics of Price Discrimination in Modern Economies: Time for Reconciliation?* 43 *U.C. Davis L. Rev.* 1235 (2010).

Alex Schofield, *Personalized pricing in the digital era*, *Competition Law Journal*, Vol. 18, No. 1/2019.

Benjamin R. Shiller, First-Degree Price Discrimination Using Big Data, Review of Economic Studies, Issue 1/2022.

Richard Thaler, Mental Accounting and Consumer Choice, Marketing Science, Vol. 4, Issue 3/1985.

< 보고서 >

Federal Trade Commission, Surveillance Pricing: A 6(b) Study, Research Summaries: A Staff Perspective, January 2025.

OECD, Personalised Pricing in the Digital Era, Background Note by the Secretariat, DAF/COMP(2018)13, 28 November 2018.

OECD, Personalised Pricing in the Digital Era – Note by the European Union, 28 November 2018.

OECD, Personalised Pricing in the Digital Era – Note by the United States, 28 November 2018.

초 록

인터넷과 정보 기술의 발전에 따라 점점 더 많은 기업이 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정을 통해 소비자잉여를 최대한 획득하고 있다. 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정에는 경제학과 법학 사이에서 고도의 대립이 존재한다. 일부 경제학자는 개별 맞춤형 가격 책정이 사회 복지와 자원의 일부를 가격 민감도가 낮은 소비자로부터 가격 민감도가 높은 소비자에게 이전하는 데 도움이 되며 이를 통해 판매량과 경제적 효율성을 높인다고 본다. 반면 법학계에서는 가격 앞에서 만인이 평등하다는 이념이 디지털 시대에도 여전히 유효하다고 보는 견해가 많다. 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정이 블랙박스 조작이라는 점을 감안하여 국제적인 입법의 추세는 이미 사후 규제에서 사전 예방으로 전환되었다. 즉 불투명하고 기만적이며 위법성을 가진 알고리즘 개별 맞춤형 가격 책정은 성질상 그 자체로 위법하다는 것이다.

주제어 : 빅데이터, 알고리즘, 개별 맞춤형 가격 책정, 투명성, 공정과 정의

A b s t r a c t

Along with the development of the Internet and information technology, more and more enterprises are using algorithms for personalized pricing in order to obtain the maximum surplus from consumers. The personalized pricing based on algorithms has sparked tremendous disputes between economics and law. Some economists argue that personalized pricing can help transfer some social welfare and resources from consumers with low price sensitivity to those with high price sensitivity, thereby increasing sales and economic efficiency. However, many in the legal field believe that the principle of equality before the price in the digital age has not become outdated. Given that personalized pricing based on algorithms belongs to black box operation, the international legislative trend has shifted from ex post review to ex ante prevention. That means that opaque, deceptive and non-compliant personalized pricing based on algorithms is per se illegal.

Keywords : big data, algorithm, personalized pricing, transparency, fairness and justice

Cross-border 전자상거래 플랫폼의 확장과 AI에 의한 ODR*

Expansion of Cross-border E-Commerce Platform and ODR by AI

박요셉(변호사, 인하대학교 중국법센터 사무국장)

PARK, Joseph(Attorney at Law & Executive Director, China Law Center, INHA University)

목 차

I. 서설

II. ODR의 의의, 법률적 근거 및 입법·실무례

1. ODR의 의의 및 법률적 근거

2. ODR에 관한 각국의 입법례

가. 국제기구

나. 한국

다. 중국

3. ODR과 사전중재합의의 문제

III. ODR을 위한 AI의 활용현황과 방안

1. AI와 ODR의 관계

2. AI와 ODR의 주요 사용현황

*본 논문은 2026년 1월 13일 중국 위해시에서 산둥대학교상학원, 법무법인 잉커, 인하대학교 AI 데이터법학과, 법무법인 로앤에이가 공동으로 주최한 제1회 인천-위해 공동학술세미나에서 발표된 내용을 수정·보완한 것임.

가. 사법부 및 정부기관

나. 플랫폼 사업자

IV. 추후 전망 및 제언

1. 추후 전망

2. 제언

V. 결어

I. 서설

국제연합 산하 무역개발회의(United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD)에서 발간한 보고서 “전자상거래 비즈니스와 온라인 플랫폼의 역할 (Business e-commerce sales and the role of online platforms¹)”에 의하면, 2021. 기준, 분석 대상 43개국(전 세계 GDP의 약 75% 차지)의 “디지털 방식으로 주문된 수출 (Digitally ordered exports)”은 약 2.5조 달러(US\$ 2.5 trillion, 한화 3,678조 2,500억 원 상당)에 이르렀으며, 이는 해당 국가들의 전체 상품 및 서비스 수출액(total exports of goods and services)의 약 13%에 해당하는 수치²이다.

한국농수산물유통공사(Korea Agro-Fisheries & Food Trade Corporation) 중국지역 본부 베이징지사는 2024. “중국 온라인 해외직구 시장 현황 조사”라는 보고서³

¹ <https://unctad.org/publication/business-e-commerce-sales-and-role-online-platforms> 에서 열람할 수 있다.

2025. 12. 15. 방문.

² 다만, 해당 보고서에서는 “디지털 거래에 관한 자료량의 한계로 인하여, 이러한 추정치는 불확실할 수 있음(However, as there is limited data on digitally ordered trade, this estimate is relatively uncertain)”이라는 단서를 달아 두고 있다. 전게서 갈무리(Highlight)참고.

³ <https://k-beef.or.kr/web/kor/file/download/uu/9dd390824e3e4b01815a3a5d34cf0b72> 에서 열람할 수 있다. 2025. 12. 15. 방문.

를 발간하였는데, 해당 보고서 15면에서 인용하고 있는 「2023 더우인 수입 파워 보고서」, <2023抖音进口的力量>에 의하면, 중국에서 해외 제품(농산물 등에 한정되지 않음)을 수입하여 본 구매자(B2C) 중 88% 이상이 “온라인 해외직구 플랫폼”을 이용하였다. 이처럼 Cross-border 전자상거래, 즉 Cross-border E-Commerce(이하 ‘CBEC’ 5로 지칭함)에 있어서 Amazon이나 Alibaba등 “플랫폼(Platform)”이 시장을 선도하고 있다는 점에 대하여서는 이견이 없는 상황이다.

CBEC는 전통적인 상거래에 비하여 여러 차이점을 가지고 있으나, 그 중 가장 눈에 띄는 것은 역시 “고정적 사업장⁶”의 존재이다. CBEC는 전통적인 상거래와 달리 인터넷 기반(Web-based)의 플랫폼에서 이루어지는 경우가 많고, 물품 또는 용역의 종류 역시 각종 유체물은 물론 라이선스의 제공이나 데이터의 이전(download 또는 streaming 등) 등 무체물의 사용권 이전 기타 새로운 형태⁷로

4영단어 Cross-border에 적절하게 대응할 수 있는 한국어는 마땅히 특정하기 어려우므로, 본 발표 문에서는 가능한 영단어 Cross-border를 한국어로 번역하지 않은 채 그대로 표시한다.

5구글(<https://Google.com>) 검색 결과 등을 참고할 때 해당 약어(Acronym)는 거의 한국에서만 사용 되는 것으로 보이나, 편의상 해당 약어를 본 논문에서도 사용한다.

6Permanent Establishment. 이는 기본적으로 부가가치세법상의 개념이다. 즉, 사업자는 기본적으로 1개 이상의 고정적 사업장을 운영하고 있으며, 그러한 사업장당 1개의 납세의무를 부담한다. 전통적인 Cross-border 상거래의 경우 최소한 소비지 국가에 1개 이상의 사업소 내지 대리점 등을 개설하는 관행이 있어 이를 기준으로 사업장을 판단할 수 있었으나, CBEC의 경우 웹사이트 등 가상공간을 사업장에 갈음하는 경우가 많아 소비지 국가에서 사업장을 특정하지 못하는 문제가 빈발하고 있다. 김유찬.(2006.), “전자상거래와 부가가치세 과세: 국제적 논의 동향과 향후의 과제”, 3-4면 참고.

7오태현·임유진, “EU의 디지털세(Digital Tax) 주요 내용과 시사점”, 오늘의 세계경제 제18권 13호, 2018. 제5면은 European Commission(2017), “A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market,” COM(2017) 547 final, 5면을 바탕으로 하여 새로운 비즈니스 모델을 다음과 같은 4가지로 정리하였다(저자가 내용과 번역을 일부 수정하였다).① 온라인 유통시장 모델(Online retailer model) - Amazon, Alibaba 등② 소셜 미디어 모델(Social media model) - Facebook,

이루어지는 경우 또한 많다. 따라서 상당 수의 사업자는 고정적 사업장을 가지고 있지 아니한 채 온라인 서버의 한 공간만을 빌린 웹사이트 형태의 가상적 사업장만을 운영하거나, 최소한 국제적 기업체의 본사에만 고정적 사업장을 운영하고 실제 사업활동이 이루어지는 해외 국가(소비지국)에는 고정적 사업장을 설치하지 않는 경우⁸ 또한 매우 많다. 이에 따라 고정적 사업장의 존재를 기반으로 하는 기존 조세법·형사법 기타 여러 법률분야에 있어서 기존의 접근방식을 전면적으로 수정할 필요가 생기고 있다.

한편, 특히 개인이 유형의 재화 – 특히 유체동산을 구매하는 B2C CBEC에서, 소비자는 판매자 및 플랫폼이 제공하는 사진 및 이용후기 등 극히 단편적인 정보만을 근거로 하여 소비에 관한 의사결정에 나아가는 수밖에 없으며, 결제 이후 목적물을 수령할 때까지 통관 기타 여러 물류절차에 시간이 소요되기 때문에, 목적물 수령 이후 반품 등의 민원, 이른바 클레임(claim)이 다수 발생할 수밖에 없다. 그러나 위처럼 소비지국 내에 고정적 사업장을 가지고 있지 아니하고, 상대적으로 물류비용의 부담이 큰 B2C CBEC의 특성상, 이러한 클레임이 기존 민사소송 및 집행법의 법리에 의하여 적절하게 처리되는 경우는 기대하기

Instagram 등③ 구독 모델(Subscription model) - Netflix, Youtube 등④ 공유 플랫폼 모델(Collaborative platform model) - Airbnb, Uber 등

8예컨대, 한국에서 Alibaba의 사용자 수 및 그로 인한 매출의 발생은 상당히 많으나, 한국 내에 Alibaba의 고정적 사업장을 설치할 필요는 없는 것과 같다.

어렵다. 즉, “① 관할법원⁹은 어디로 정할지, ② 준거법¹⁰은 어떠한 법률로 정할지, ③ 당사자에 대한 송달과 출석은 어떻게 해야 할지, ④ 집행권원의 발생 후 구체적으로 어떻게 강제집행을 해야 할지, ⑤ 일반적인 해결책인 반품 및 환불 – 즉 계약해제에 따른 원상회복시 발생하는 물류비용, 그 누적에 따른 사회적 후생손실을 어떻게 최소화할 수 있을지” 등의 문제에 관하여 지금까지의 민사소송법 및 집행법은 뚜렷하고 명쾌한 해답을 제시하여 주기 어렵고, 이는 한국 외에 어느 국가의 법제하에서나 마찬가지이다.

위와 같은 점을 고려할 때, B2C CBEC – 특히 플랫폼을 이용한 CBEC의 경우, 플랫폼이 공정한 제3자의 입장에서 관할지의 사법기관과 같은 역할, 즉 대체적 분쟁해결(Alternative Dispute Resolution, ADR)에 나아가는 방안을 자연스럽게 떠올려 볼 수 있다. 특히 공정성과 신속성, 언어의 장벽, 인력수급에 따르는 비용 등 여러 현실적 문제점을 고려할 때, 그러한 방법이 ODR(Online Dispute Resolution), 특히 AI를 이용한 방식에 의하는 것이 적절하다는 것은 누구나 납득 가능한 발상일 것이다. 본 연구에서는 위와 같은 ① ODR의 의의와 법률적 근거 및 입법 · 실무례, ② ODR에 관한 AI 활용의 구체적 방안, ③ 추후 전망 및 제언에 관하여 살펴보도록 한다.

⁹한국의 경우 최근 국제사법의 개정⁹에 따라 관할법원과 준거법의 문제에 관하여 실질적 관련성의 원칙 및 불편한 법정지(Forum non convinience)의 법리 등 국제적 기준에 발맞춘 절차법적 시스템을 마련하였고, 중국 또한 섭외민사관계법률적용법 및 민사소송법의 개정을 통해 이러한 법리를 갖추고 있기는 하나, 분쟁물의 교환가치가 크지 않은 플랫폼 중심 B2C 거래들에 대하여서 위와 같은 법리에 따라 국제재판관할이나 준거법을 따지는 것 자체가 실무적으로 볼 때 “무잉여검토(민사집행법 제188조 제3항)”일 가능성이 크다.

¹⁰위 각주 참고.

II. ODR의 의의, 법률적 근거 및 입법·실무례

1. ODR의 의의 및 법률적 근거

ODR은 본래 소송, 심판, ADR 등 다양한 분쟁해결절차의 모든 과정 또는 일부 과정을 컴퓨터 등의 매체를 통하여 온라인상에서 수행하는 것을 말한다¹¹. 광의의 ODR은 「민사소송 등에서의 전자문서 이용 등에 관한 법률」에 따른 전자소송 등 본질적으로는 기존 법체계상의 분쟁해결절차와 동일하되 그 형식이나 편의성 등 온라인의 기술적 부분만을 이용하는 형태를 포함하나, 협의의 ODR은 주로 협상, 조정, 중재 등 ADR의 영역만을 의미하는 것으로 이해¹²된다. 이하 서술의 편의상, ODR이라 함은 협의의 개념만을 의미하는 것으로 하며, ADR이라 함은 ODR을 제외한 이른바 오프라인(Off-line)만을 의미하는 것으로 분리한다.

전자상거래에 관련된 분쟁은 그 성격상 ODR에 적합한 경우가 많다¹³. 특히 CBEC의 경우 위에서 언급한 것과 같은 언어나 관할, 준거법, 접근성 등의 문제로 인하여 더욱 ODR의 필요성이 대두될 수밖에 없다.

ODR에 관한 연구들이 대체적으로 언급하는 ODR의 특성은 다음과 같다. ① 효율성과 신속성 : 특히 거리에 따른 이동이나 우편, 대리인 선임 기타 비용과 시간의 감소는 CBEC에 가장 적합한 ODR의 특성이다. ② 비대면성과 서면 중심주의 : 익명성을 중시하는 전자상거래의 특징에 부합하며, 외국어 소통에서 쉽게 발생할 수 있는 비언어적 단서(Non-verbal cues)에 의한 의사소통의 왜곡을

11한삼인·정창보, “ODR의 국내·외 동향과 활성화방안에 관한 연구”, 강원법학 제36권, 2012 413면.

12한설화·최원목, “국제 전자상거래의 온라인 분쟁해결에 관한 연구 - 한-중 FTA 접근방식을 중심으로 -”, 국제거래법연구 제29권 1호, 2020.110면.

13김봉수, “전자상거래의 분쟁조정제도 - 온라인 분쟁해결제도(ODR)를 중심으로 -”, 법학연구 제25권 1호, 2014, 122면.

최소화할 수 있다. ③ 자동화성 : 시스템을 통해 다량의 소규모 분쟁을 효율적으로 처리할 수 있으며, 이러한 특징은 AI와 결합하였을 때 폭발적인 시너지 효과를 발휘한다. ④ 기술 의존성 : ODR은 IT기반이므로 보안 및 개인정보의 위험, 디지털 접근성에 따른 차별 등의 문제를 가지고 있다. ⑤ 약한 집행력 : ODR에 따른 집행권원 자체는 ADR 또는 전통적 분쟁해결절차와 큰 효력의 차이가 없더라도, 주로 전자상거래상에서 이루어지는 ODR의 특성상 강제집행절차에서 난항을 겪는 경우가 많다. 이는 특히 CBEC의 경우 부각되는 단점¹⁴이다.

ODR은 본질적으로 ADR의 일종이므로, 법률적 근거 또한 유사하다. 따라서

협의 및 조정(사적 조정)의 경우 「민법」 제731조 이하, 일부 행정기관 등에 의한 조정의 경우 「소비자기본법」 또는 「전자상거래 등에서의 소비자보호에 관한 법률(이하 “전자상거래법”)」 등의 개별적 법률, 중재의 경우 「중재법」에 따라 그 사법상의 효력을 인정받게 된다. 물론 CBEC의 경우에는 계약상 준거법의 결정에 따라 해당 국가의 법률이 적용될 것이다. 예컨대 중국의 경우, 통일민법전에서 화해계약에 관하여 규정하고는 있지 아니하나 “화해합의(和解协议)”라 하여 이를 비전형계약의 일종으로 인정하고 있으며, 「중화인민공화국 인민조정법(中华人民共和国人民调解法)」을 통해 위와 같은 화해계약에 일정한 요건(인민법원의 사법확인절차¹⁵)을 더한 뒤 집행력을 부여하고 있고, 중재에 관하여서도 한국의 중재법과 유사하게 「중화인민공화국 중재법 (中华人民共和国仲裁法)」을 제정 · 시행하고 있다. 따라서 중국법을 준거법으로 하는 ODR은 위와 같은 각 법률에 근거하여 효력을 가지게 된다.

14 다만, 이러한 단점은 ODR의 문제라기보다 CBEC가 가지는 근본적인 문제점이므로, ODR의 특성이라고 보기는 어렵다.

15 이에 관한 자세한 사항은 아래에서 다시 서술하도록 한다.

2. ODR에 관한 각국의 입법례

가. 국제기구

경제협력개발기구(Organization for Economic Co-operation and Development, OECD)는 1980년대에서부터 전자상거래와 ODR의 간이화 및 활성화에 대하여 논의를 진행¹⁶하여 왔으며, 1999. 12.에는 CBEC 분야에서의 ODR 활성화를 위하여 각국의 법체계를 정비할 것을 권고하는 내용의 「전자상거래분야의 소비자 보호를 위한 가이드라인에 관한 OECD이사회 권고(Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce)」를 발표¹⁷하기도 하였다.

국제연합 국제상거래법위원회(United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL)의 경우, 2010. 6. 21.부터 2010. 7. 9.까지 개최된 제43차 회의에서 CBEC에서 발생하는 분쟁을 ODR로 해결하기 위한 “실무작업 3반(Working Group III, 이하 ”실무작업반“)을 설치하기도 하였다¹⁸. 이후 2016. UNCITRAL 제49차 회의에서는 위와 같은 실무작업반의 연구결과를 반영한 「ODR에 관한 기술지침(Technical Notes on Online Dispute Resolution)」을 채택하였는데, 해당 지침은 ODR에 관하여 12개 장, 53개 조항을 통해 매우 세세한 가이드라인¹⁹을 제시

¹⁶한삼인 and 정창보, 전거서, 417면 참고.

¹⁷김봉수, 전거서, 130면 및 정보통신정책연구원(2000.), “OECD의 전자상거래 소비자보호 가이드라인”, 62면 각 참고.

¹⁸김윤중, “국제 전자상거래 분쟁해결을 위한 절차규칙에서 중재의 특수성과 사전중재합의의 효력”, 사법 제1권 28호, 2014., 341면 및 초록 각 참고. 한편, 실무작업반은 ODR 절차규칙의 초안을 마련하였는데, 이에 따르면 ODR은 자동화된 협상단계 -> 중립적인 제3자를 통한 촉진된 합의단계 -> 중재단계의 3단계로 나뉘어진다. 이 중 특히 사전중재합의(pre-dispute arbitration agreements)의 법적 성질 및 실현가능성이 법리적으로나 실무적으로 쟁점이 되고 있다. 이에 대하여서는 장을 할애하여 후술하도록 한다.

¹⁹다만, “지침(Note)”라는 명칭에도 불구하고 해당 지침이 이미 국제연합에서 공식적으로 채택되

하고 있다.

세계지적재산권기구(World Intellectual Property Organization, WIPO)와 국제인터넷 주소관리기구(Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, ICANN)는 상대적으로 이론적 · 추상적인 검토 및 법제개선의 “권고”에 머무르고 있는 위 국제기구들과는 달리, 이미 ODR을 실무에서 활용하고 있다. 즉, ICANN은 도메인의 등록시 체결이 강제 20 되는 약관에 “통일도메인이름분쟁해결절차(Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, UDRP)”를 포함시키도록 강제하고 있는데, UDRP 내에는 제3자의 도메인 이름에 관한 저작권 침해를 주장하며 ODR에 따른 분쟁해결을 신청하는 경우 상대방은 반드시 WIPO 산하의 중재조정센터(Arbitration and Mediation Center)가 사용하는 ODR 시스템에 따라 분쟁을 해결해야 한다는 내용이 포함되어 있다²¹.

위와 같이, 여러 국제기구들은 이미 ODR을 적극적으로 도입한 상태이다.

나. 한국

한국의 경우 전자소송 등 “광의의 ODR”에 관한 법제는 상당히 진보되어 있으나, 아직까지 ODR에 관하여서는 일반법은 물론, 일본의 「재판외 분쟁해결 절차의 이용 촉진에 관한 법률(裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律,

었다는 점에 비추어 “예비법률” 내지 “법률선도”의 역할을 하고 있으며, 따라서 연성(soft law)으로나마 국제규범으로서의 효력을 가진다는 견해도 있다. 남유선 and 윤민섭. (2016). 온라인 분쟁해결(ODR)에 관한 국제적 합의를 위한 노력과 2016년 UNCITRAL 최종안. 국제거래법연구, 25(2), 207-235., 228-229면 참고.

20 모든 도메인에 대하여 일률적으로 강제할 수 있는 것은 아니나 가비아, 후이즈 등 주요 도메인 등록기관과 ICANN 사이 협약이 이루어져 있으며, 현재 “.com”이나 “.net”등 일반적으로 사용되는 최상위 도메인(Generic Top-Level Domain, gTLD)들을 사용하기 위하여서는 현실적으로 UDRP에 관한 약관에 동의하는 수밖에 없다고 보는 것이 타당하다.

21윤우일, “전자상거래분쟁해결을 위한 ODR 활성화를 위한 연구”, 중양법학 제12권 4호, 2010..

이른바 “ADR법”)과 같이 (광의의)ADR 자체에 관한 일반적 법률조차 마련되지 않은 상태이다. 따라서 ODR에 관하여서는 위와 같은 일반적 법률(민법상의 화해계약 등)에 따르는 수밖에 없다. 한편, 한국 전자상거래법 제33조 제1항 및 동법 시행령 제35조 각호에 따른 한국인터넷진흥원(Korea Internet & Security Agency, KISA) 산하 “전자문서·전자거래분쟁조정위원회” 등²² 및 한국소비자원²³의 “소비자분쟁조정위원회” 등 정부 주도형 ODR이 매우 활발하게 운용되고 있으나, 위와 같은 ODR 시스템들은 대부분 한국 내수에서 발생한 분쟁(domestic arguments)을 주요 대상으로 하며, CBEC에 관하여서는 원활하게 작동하지 않고 있다.

다. 중 국

중국은 2017.경부터 정부의 주도하에 “AI굴기(崛起)”라는 이름에 걸맞는 인공지능 관련 연구성과를 보이고 있으며, 사법부의 인공지능 챗봇 샤오파(小法) 도입, 인터넷 법원(互联网法院)의 설립 등 사법부와 IT의 연결이 매우 활발한 상태이나, 아직까지ODR 자체에 관한 일반적 규범은 존재하지 아니하다. 다만, 다음과 같은 점에서 ODR에 관한 중국의 법제에는 특기할 점이 있다.

① 2018. 8. 31. 신설된 중화인민공화국전자상거래법(中华人民共和国电子商务法) 제63조는 <电子商务平台经营者可以建立争议在线解决机制, 制定并公示争议解决规则, 根据自愿原则, 公平、公正地解决当事人的争议。 - “전자상거래 플랫폼 사업자(平台经营者)는 분쟁에 관한 온라인 해결 시스템(争议在线解决机制 - 즉, ODR)을 구축할 수 있으며, 분쟁 해결에 관한 약관을 제정 및 공시해야 하고,

²²ICT 분쟁조정지원센터(<https://www.ecmc.or.kr/>, 2025. 12. 17. 방문) 웹사이트에 의하면, 전자문서·전자거래분쟁조정위원회 외에도 인터넷주소분쟁조정위원회, 온라인광고분쟁조정위원회, 정보보호산업분쟁조정위원회가 모두 ODR 방식으로 운영되고 있다.

²³<https://www.kca.go.kr/> (2025. 12. 17. 방문).

사적자치의 원칙에 따라 공평하고 공정하게 당사자의 분쟁을 해결해야 한다.”>라고 하여, 플랫폼 사업자에게 ODR의 구축가능성 및 구축시의 가이드라인(약관의 제정 및 공시의무 등)을 제시하고 있다. 통신판매중개자에 대한 신속한 분쟁해결 조치의무만을 담은 한국의 전자상거래법(제20조 제3항)과 달리 법률 자체에서 사적 분쟁해결방법으로서 플랫폼이 주도하는 ODR에 관한 사항을 명시하고 있다는 점에서 주목할 만하다.

② 중화인민공화국 민사소송법(中华人民共和国民事诉讼法) 제205조에 의한 “사법확인(司法确认)” 제도의 활용이다. 위 민사소송법에 의하면 “조정기구의 조정(调解组织调解)”에 관하여 인민법원의 사법확인이 있으면 그로써 집행력이 발생한다. 원칙적으로 플랫폼의 ODR에 따른 개인간의 합의는 조정에 해당하지 않는다. 다만 중화인민공화국인민조정법(中华人民共和国人民调解法) 제8조에서는 기업사업기관(企业事业单位) 역시 인민조정위원회를 설립할 수 있도록 규정하고 있으므로(企业事业单位根据需要设立人民调解委员会。), CBEC 플랫폼 회사는 위와 같은 규정에 따라 조정위원회를 설립한 뒤 ODR에 의한 합의 내지 조정결과에 대하여 “조정기구의 조정”을 내려 줄 수 있으며, 다시 사법확인을 통해 집행력을 부여할 수 있도록 설계되어 있다.

한편 중국의 대표적인 CBEC 플랫폼인 Alibaba 또한 ODR을 적극적으로 운용하고 있다. ①Alibaba 본사 소재지인 항저우 인터넷 법원의 자료²⁴에 의하면, 해당 법원에 접수된 전자상거래 분쟁의 98% 이상이 위와 같은 방식에 의하여 조정절차로 해결되고 있으며, 그에 소요되는 평균적인 기간은 20일 이내이다. ②Alibaba가 운영하는 Taobao의 경우, “저장성 온라인 모순 분쟁 다원화 해결 플랫폼 (浙江在线矛盾纠纷多元化解平台)”을 구축하고 있는데, 이에 따르면 Taobao

24 공식 웹사이트 <https://www.netcourt.gov.cn/>(2025. 12. 26. 방문), 《항저우 인터넷 법원 사법 백서 (2023)》 / 《杭州互联网法院司法白皮书》 각 참고

에서 발생한 전자상거래 분쟁에 관하여 AI를 활용한 ODR 시스템, 이른바 “소조대접(诉调对接²⁵)”이 마련되어 있다. 즉, 타오바오(Taobao) 분쟁 해결 페이지에서 “법적 해결” 버튼을 클릭하면 데이터가 자동으로 저장성 ODR 플랫폼의 “전자상거래 전문 인민조정위원회”로 넘어가고, 나아가 조정원이 온라인 비디오/채팅으로 중재 후 조정서를 발급하면, 이후 사법확인절차로 이어지는 인터페이스가 마련되어 있다.

3. ODR과 사전중재합의의 문제

위에서 살펴 본 것과 같이, ODR은 본질적으로 전통적인 방식의 분쟁해결방식에 비하여 그 구속력이 약할 수밖에 없다. 따라서 이를 보완하기 위한 방법으로, ODR의 여러 법률적 경로(route) 중에서도 특히 중재가 각광받는 것은 당연한 귀결이라 할 것이다.

문제는, ODR을 통한 중재 – 특히 사전중재에 관한 합의의 효력이다. 물론 CBEC에 관한 분쟁이 발생한 뒤 당사자의 합의로 중재에 나아가기로 결정하는 것 역시 충분히 가능한 것이지만, 그보다는 애당초 CBEC 플랫폼의 가입 약관으로서 사전중재에 관한 사항을 산입하고(이른바 부합계약-附合契約), 그러한 약관의 효력에 기초하여 획일적으로 분쟁을 해결하는 것이 CBEC 및 ODR의 기술적 특징에 부합하는 방안임은 자명하다. 다만 그러한 약관이 개인의 소권을 봉쇄하는 것인지는 문제이다.

전통적으로 유럽연합(EU)²⁶에서는 ADR을 통한 분쟁해결을 매우 적극적으로 추진하면서도, 사전적 분쟁합의에 관하여서는 매우 보수적인 입장을 취하여 왔다. 즉, EU 집행위원가 1998. 채택한 “소송외 소비자분쟁 해결담당 기구에 적용 가능한 원칙에 관한 권고”는 “소송외 절차는 소송절차를 대체할 수 없으며,

²⁵소송과 조정을 연결한다는 의미이다.

²⁶이하 2개 문단에 관하여서는 김윤중, 전게서의 내용을 주로 참조하였다.

ADR 절차는 소비자가 충분히 인식한 상태에서 명백하게 동의하는 경우를 제외하고는 오직 분쟁이 구체화된 이후가 아니면 소비자로 하여금 재판받을 권리를 박탈할 수 없다.”고 선언하고 있으며, EU 소비자 ODR 규정 전문 제26조에서는 “ODR 절차는 소송절차를 대신할 수 없고 그것을 목적할 수도 없으며, 소비자 또는 판매자로 하여금 법원에서 구제받을 권리를 박탈할 수 없으므로 이 규정은 당사자의 재판받을 권리를 금지해서는 아니 된다.”라고 정하고 있다.

한편, 이와 달리 미국의 경우 1925. 연방중재법(Federal Arbitration Act, FAA)의 제정 이후 중재합의를 매우 폭넓게 인정하고 있으며, 이에 따라 사전중재합의, 특히 위와 같이 약관에 의하여 체결되는 부합계약으로서의 사전중재합의 또한 매우 활발하게 이루어지고 있고, 법원 역시 그 사법적 효력을 인정하여 주고 있다. 특히 미국 연방법원 판례는 ① 자발적·의식적·인지능력(Voluntary, Knowing, Intelligent)의 법리(VKI Doctrine), ② 부합계약성(Adhesiveness of Consumer Arbitration) 및 실체적·절차적 비양심성(Unconscionability)의 법리, ③ 중재조항의 분리원칙(Doctrine of Separability) 등을 이용하여 위와 같은 사전중재합의의 유효성을 판단하고 있다.

한국의 경우 위와 같은 논의가 활발하게 이루어지고 있는 편은 아니나, 대체로 위와 같은 약관에 관하여 약관의 규제에 관한 법률 제14조(소송 제기의 금지 등)가 적용된다는 점에 대하여서는 이견이 없는 것으로 보인다. 즉, 해당 조문 제1호는 “고객에게 부당하게 불리한 소송 제기 금지 조항 또는 재판관할의 합의 조항”에 대한 무효를 선언하고 있으므로, 만일 위와 같은 사전중재합의가 고객에게 부당하게 불리하다면 당연히 무효가 될 것이다. 다만 “부당하게 불리한”이라는 요건의 해석에는 매우 다양한 가능성이 존재하므로, 결국 한국의 법률시스템은 사전중재합의 자체에 대하여 특별히 부정적인 입장을 취하고 있지는 않다.

결국 사전중재합의에 관한 효력은 약관의 일반적인 적법요건 – 공정성, 명시 및 설명의무의 충실한 이행 등을 중심으로 하여 충분히 인정될 수 있는 것으로 보이며, EU의 태도 역시 위와 같은 요건이 모두 갖추어지는 경우에도 사전중재 합의를 무효로 보겠다는 것은 아닌 것으로 생각된다. 다만 그 구체적 판단기준이 무엇인지에 대하여서는 아직 합치된 의견이 보이지 아니하나, 이는 CBEC 및 ODR의 확장에 따라 추후 판례 등 경험이 축적되면서 이루어질 것으로 기대한다.

III. ODR을 위한 AI의 활용현황과 방안

1. AI와 ODR의 관계

위에서 살핀 것과 같이 ODR의 가장 큰 특징은 “간편함”이다. 그러나 분쟁 해결이라는 행위의 특성상, 분쟁의 사실관계와 관련된 법리, 사회적 가치를 모두 고려하여 최종적인 판단을 내리는 행위는 ODR을 통하더라도 전혀 간편하여지지 아니하며, 오히려 어떠한 면²⁷⁾에서는 전통적인 분쟁해결방법에 비하여 더욱 복잡하기까지 하다. 그런데 이러한 “판단”은 ODR을 포함한 분쟁해결절차에서 절대로 제외하거나 축소시킬 수 없는 본질적인 요소에 해당하므로, 결과적으로 판단의 어려움은 ODR의 어려움이 되고, 판단의 딜레이는 ODR의 딜레이가 될 수밖에 없다.

이러한 문제점에 비추어 볼 때, ODR은 다른 분쟁해결절차에 비하여 유독 AI와의 상성이 좋은 것은 당연하다. 즉, 현재까지의 대규모 언어모델 기반 생성형 AI의 성과 중 실로 인간의 지적 영역을 완전히 초월한 결과물이라는 것은 – 최

²⁷⁾ 예를 들어, 전통적 분쟁해결방식의 대표격인 소송의 경우, 당사자가 변론기일에 출석하여 대면 질의를 하고, 증인 등을 직접 신문하는 등 적극적인 증거조사가 가능하나, ODR은 위와 같은 절차가 없거나 대폭 축소된 상태에서 판단을 내려야 하므로, 그 근거와 논거를 성립시키는 데 더 많은 노력이 들 수 있을 것이다.

소한 법률의 영역에서는 – 생각하기 어려우며, 다만 그 결과물이 산출되는 속도가 어떠한 잘 훈련받은 법률가보다도 빠르다는 점이 그 장점이자 특징이라고 할 것인데, 이러한 “고속 판단”은 ODR의 본질인 “간편성”과 실로 일맥상통하기 때문이다. 즉, ODR에 한정하여 볼 때, 이견의 여지가 없는 명쾌한 판단과 물흐르듯 자연스러운 논리의 흐름, 사회적으로 새로운 이슈를 던져 경각심을 주는 성숙한 인간미 등 기존의 “명 판결”이 지향하는 가치는 아무런 쓸모가 없거나 최소한 그 비용대비 효익이 무시해도 좋을 만큼 적어지고, “빠른 시간 안에 그럴듯한 결론을 내는 것”이 무엇보다 중요한 미덕(virtue)이 된다. 물론, 이러한 미덕은 어디까지나 AI의 결론이 최소한의 타당성을 확보하고 있을 때에만 성립하는 것임은 물론이다. 아무리 빠른 결론을 내리더라도 최소한의 타당성조차 확보하지 않고 있다면 그러한 ODR은 무용지물이기 때문이다.

2. AI와 ODR의 주요 사용현황

가. 사 법 부 및 정 부 기 관²⁸

(1) 미 국

미국 뉴저지주 법원은 지아(Judiciary Information Agent, JIA, - 사법부 정보 에이전트)라는 AI기반 챗봇 시스템을 사용하고 있다. JIA는 분쟁에 관한 당사자의 문의를 자동적으로 분석 및 답변하고 의사소통하고 있으며, 법원 공무원들은 위와 같은 문의를 기반으로 하여 모범답변 리스트 등을 마련하고 있다. 다만 위와 같은 시스템은 어디까지나 기존의 생성형 AI에 법률적 정보에 관한 전문성을 더한 것에 불과하므로, 운영기관이 사법부라는 것 외에 이를 별도의 ODR

28이찬양, “온라인 분쟁해결(ODR)에서 인공지능(AI)의 민사법적 구현 – 온라인 조정절차에서 AI 챗봇-AI 조정인 도입방안을 중심으로 –”, 법조 제74권 1호, 2025, 421-423면(“III. AI 챗봇 기반 ODR에 관한 비교법적 검토”) 참고.

시스템으로 보는 것은 어려울 것이다.

(2) 호주

호주 가정법원은 법률적 분쟁, 구체적으로 이혼시의 재산분할에 관하여 판단하는 시스템인 스플리트업(Split-Up)을 운영하고 있다. 스플리트업 또한 위 JIA와 같이 그 자체로서는 ODR 시스템이라고 보기 어려우나, 재산분할에 관하여서는 상당히 합리적인 결론을 내어 주는 것으로 평가되고 있으므로, ODR, 최소한 ADR의 독려에 관하여서는 도움이 되는 측면이 존재할 것이다.

한편, 위와 같은 제한적 역할에서 나아가 이혼과 관련된 분쟁 전체를 서포트할 수 있는 시스템으로 아미카(amica)가 있다. 아미카는 단순한 정보제공을 넘어, 실제 합의에 도달할 수 있도록 정보의 기록 및 전송 등에 관한 서비스까지 모두 제공하고 있으므로, 이는 보다 ODR의 역할에 접근한 시스템으로 평가될 수 있을 것이다.

(3) 중국

위에서 설명한 것과 같이, 중국은 이른바 AI굴기를 기반으로 하여 사법부를 포함한 모든 공공영역에서 매우 진보적이고 공격적인 변화를 보이고 있다. 중국의 사법부는 각급 법원 내에 이미 100여 개 이상의 AI로봇을 구축²⁹하였으며, 여기에는 각종 특별법의 전문로봇 등이 포함되어 있다. 특히 중국 인민법원 민원실 로비에서 사용되고 있는 샤오파(Xiaofa, 小法)는 방대한 데이터베이스에 기반하여 법적 질의에 대응하는 대표적인 로봇으로 평가되고 있다.

(4) 한국

한국은 대법원 휘하 「사법부 인공지능위원회」를 중심으로 하여 사법AI의 도입을 추진하고 있으나, 이는 어디까지나 법관들의 의사결정에 도움을 주기 위

²⁹이찬양, 상게서, 422면.

한 것이며, ODR, 나아가 일반 소비자들을 대상으로 하는 시스템이라고 보기는 어렵다.

나. 플랫폼 사업자

다수의 CBEC 플랫폼은 자체적인 AI 챗봇을 운영하고 있으며, 이미 “고객센터”를 중심으로 하는 민원(claim)의 접수 및 해결의 형식으로 이미 ODR을 운영하고 있다. 즉, 고객이 상품 하자 등에 관하여 온라인 고객센터에 환불을 신청하고, 고객센터가 다시 판매자에게 연락하여 위와 같은 사항을 전달한 뒤, 양자의 합의결과에 따라 상품의 수거 및 환불조치가 이루어지는 과정은, 이미 그 자체로서 이미 훌륭하게 완성된 ODR 절차³⁰라고 평가할 수 있다.

문제가 되는 것은 위와 같은 합의에 이르지 못하였을 경우이며, 아직까지 그러한 분쟁상황에 대하여 플랫폼 사업자가 ADR 절차의 관점에서 직접적인 판단을 내리고, 그에 대한 구속력을 인정하는 예시는 아직까지 쉽게 찾아보기 어려우며, 다만 매우 예외적으로 위에서 설명한 중국의 사법확인 제도와 같이 기존의 분쟁해결제도와 연결하여 이를 보완하는 시스템이 형성중에 있을 뿐이다.

위와 같은 점을 고려하여, 아래에서는 현재 대표적인 CBEC 기업들 중 보다 적극적으로 ODR 방식과 그에 대한 AI의 개입을 인정하는, 시사점을 내포한 사례들만을 갈무리하도록 한다.

(1) 이베이(eBay): 'Ask eBay to step in and help'

이베이(eBay)의 'Ask eBay to step in and help'은 현행 플랫폼 기반 ODR 시스템 중 가장 대표적인 모델로 평가받고 있다. 해당 모델의 절차를 개관³¹하면 다음

30위 실무작업반의 연구결과에 비추어 볼 때 이는 2. 촉진된 합의단계에 해당할 것이다.

31Google Gemini를 이용하여 정리한 부분이다. 이하 다른 플랫폼 사업자의 ODR 시스템에 관하여 서도 동일하다.

과 같다.

1. Request Help (도움 요청): 구매자 또는 판매자가 'Case Step-in' 버튼을 클릭한다.
2. Case Review (사건 검토): 이베이의 분쟁 해결 팀(또는 고도화된 AI 알고리즘)이 다음 자료를 검토한다.
 - 당사자 간 주고받은 메시지 내역
 - 배송 추적 정보(Tracking number)
 - 상품 설명 페이지의 문구 및 사진
 - 구매자가 제출한 하자 증거 사진/영상
3. Final Decision (최종 결정): 이베이는 48시간 이내에 결정을 내린다. 결과는 보통 세 가지 중 하나이다.
 - 구매자 승소: 즉시 환불 처리 (판매자 자금에서 강제 회수).
 - 판매자 승소: 클레임 기각 및 대금 보호.
 - 플랫폼 부담 환불: 양측 모두 잘못이 없이 단순한 배송 사고인 경우 이베이가 자체 예산으로 환불.

이 모델에서 주목할 만한 점들은 다음과 같다. ① 플랫폼 사업자가 판매자의 동의 없이도 연동된 계좌에서 손해배상금을 직접 인출할 수 있도록 설계되어 있어, 사실적인 관점에서 강제집행력을 일부나마 확보하고 있다. ② 플랫폼 사업자가 직접 분쟁에 개입하기는 하나, 먼저 3영업일동안 합의에 이르지 못할 것을 요건으로 하고, 판매자나 구매자 중 1인이 먼저 개입을 요청해야 하는 등, 기본적으로 사적자치의 원칙을 중요시하는 보충적 해결책으로 작동한다. ③ 30일 이내의 항소 등 소송절차를 모방한 체계를 갖추고 있다. ④ 사실관계의 분석 및 결론에 관하여 AI가 많은 부분을 맡아 처리하고 있다.

이베이는 위와 같은 ODR 절차의 실현을 위하여 회원가입 약관에 ① 이베이의 최종 판단권 (Final Decision), ② 자금 인출 및 강제 집행 권한, ③ 분쟁 해결 방식의 제한 등의 요소들을 배치하고 있다. 특히 ③의 경우, 기본적으로 'Ask eBay to step in and help' 절차에 대하여 이를 사전중재합의로 보는 취지의 내용을 포함하고 있는데, 위에서 살핀 것과 같이 그 효력에 관하여서는 각 국가 내지 관할(Jurisdiction)에 따라 달리 판단할 여지가 존재할 것이다.

(2) 페이팔 (PayPal): 'Purchase Protection'

페이팔은 2002.경부터 이미 Purchase Protection 정책을 시작한 것으로 알려져 있으며, 이는 플랫폼 사업자 주도 ODR의 원형으로 손꼽힙니다.

이 모델의 구체적 작동절차를 정리하면 다음과 같다.

1. Dispute (분쟁 제기): 구매자가 페이팔 'Resolution Center'를 통해 판매자에게 직접 문제를 제기한다. 이 단계에서 페이팔은 중재자(Mediator)로서 대화의 장만 제공한다.
2. Escalation (클레임 격상): 분쟁 제기 후 20일 이내에 합의가 안 될 경우, 구매자는 페이팔에 결정을 요청(Escalate to a Claim)할 수 있다. 이때부터 페이팔은 심판관(Adjudicator)이 된다.
3. Adjudication (페이팔의 판정): 페이팔은 양측의 증거를 검토하여 최종 결정을 내린다. 만약 구매자 승소 판결이 나면, 페이팔은 즉시 환불을 집행한다.

이 모델은 현대적 ODR 모델에 비하여 다소 느슨한 설계를 가지고 있으나, 이미 가입약관을 통하여 분쟁발생 즉시 거래대금을 판매자가 인출할 수 없도록 동결하는 기능 등, 구속력을 가지기 위한 시스템 자체는 이를 충실하게 갖추고 있었다는 점에서 주목할 가치가 있다.

(3) 타오바오: '타오바오 대중평심(淘宝大众评审)'

타오바오의 모델은 전통적 분쟁해결제도의 장점을 ODR에서도 구현하고 있

다는 점에서 주목할 가치가 있다. 해당 모델은 2012.경 도입되었는데, 가장 흥미로운 점은 분쟁해결의 판단과정에서 이용자들의 적극적 참여 - 이른바 크라우드소싱(Crowdsourcing), 나아가 이용자들을 배심원으로 하는 “디지털 배심원제”를 구현하고 있다는 점이다. 해당 절차는 다음과 같다.

1. 배심원 모집 (The Jury): 아무나 참여할 수 있는 것이 아니다. 계정 등급이 높고, 과거 구매/판매 이력이 깨끗하며, 일정 수준의 신뢰 점수를 가진 이용자들 중에서 무작위로 선정되거나 자격을 부여받는다.
2. 안건 회부 (Submission): 양측의 주장이 팽팽히 맞서고, AI나 상담원이 판단하기에 논란의 여지가 큰 사건(예: "이 옷의 디자인이 가품이라고 보기는 애매하지만 질감이 너무 다르다" 등)이 중재단에 회부된다.
3. 심리 및 투표 (Voting): 익명의 배심원(보통 13명~31명 등 홀수)들에게 양측의 주장과 증거가 공개된다. 배심원들은 각자의 판단에 따라 투표하며, 과반수 득표를 얻은 쪽이 승리한다.
4. 결과 집행: 배심원단의 결정이 나오면 ODR 시스템은 이를 최종 판결로 수용하고, 즉시 환불 또는 대금 지급을 강제 집행한다.

이 모델은 ODR에 사용자들의 일반적인 문화 및 법감정을 반영하고, 그 수용성을 보다 높이고 있다는 면에서 매우 혁신적으로 평가할 수 있다. 물론 AI의 판단을 중심으로 하는 상기 ODR 절차들에 비하여서는 다소 시간이 소요된다는 단점이 존재하기는 하나, 현행 국민참여재판제도에 비하면 이는 가히 혁신적인 편의성의 개선이라고 볼 수 있을 것이다. 참고로 Alibaba는 휘하 Aliexpress 및 타오바오를 통해 강력하고 신속한 AI기반 ODR 모델인 “Dispute”를 운용하고 있어, 각 모델의 단점을 상호보완하고 있다.

(4) 아 마 존 : 'A-to-z Guarantee'

A-to-z Guarantee는 “고객 신뢰 구축”의 측면에서 가장 성공적인 모델로 평가받고 있다. 해당 절차의 핵심은 위 각 절차들, 특히 이베이의 'Ask eBay to step in

and help'과 대동소이하다. 다만 이 모델에서 주목할 만한 점은 “사고 예측 및 판정”에 관한 AI 로직인데, 해당 로직의 요소는 다음과 같다.

1. ODR (Order Defect Rate) 관리: AI는 A-to-z 클레임 발생률을 실시간으로 감시한다. 전체 주문의 1%를 넘어서는 셀러는 AI에 의해 자동으로 '계정 정지 (Suspension)' 위기에 처하게 되며, 이는 법적 처벌보다 무서운 경제적 사형선고로 작용한다.
2. 사기 탐지 엔진: 구매자가 보증 제도를 악용(환불 후 물품 미반품 등)하는지 패턴을 분석하여, 악성 구매자의 클레임 권한을 자동으로 제한한다.
3. 보험 연계: 2021년부터는 결함 상품으로 인한 인적/물적 피해(Personal Injury/Property Damage)까지 보증 범위를 확대하여, \$1,000 이하의 정당한 피해 클레임에 대해서는 아마존이 셀러를 대신해 직접 비용을 지불하고 종결하는 수준까지 발전했다.

이 모델의 특징은 다소 편파적일 정도의 고객지향성이라고 할 수 있을 것이다. 즉, 비록 강력한 권한을 가졌더라도 가능하면 그 개입을 최소화하고 있는 Ask eBay to step in and help과 달리, A-to-z Guarantee는 고객 또는 셀러의 요청이 없더라도 플랫폼 사업자가 자동적으로 개입하며, 불명확한 사실관계에 대하여서는 원칙적으로 이를 고객의 이익으로 판단하고, 셀러에게는 클레임 발생 자체 만으로도 패널티를 부여하고, 보험을 통해 지급을 담보하는 등, 매우 적극적으로 이를 운영하고 있다. 한편, Amazon은 위와 같은 모델의 운용을 통하여 고객의 신뢰 및 충성도를 확보하고 나아가 상당한 매출신장을 이룬 것으로 평가되는데, 이는 ODR이 단순히 사법적 정의구현의 관점이 아니라 플랫폼 자체의 상품성 신장이라는 기업이윤적 논리와도 부합한다는 점을 보여 주는 좋은 예시라 할 수 있겠다.

IV. 추후 전망 및 제언

1. 추후 전망

위에서 살핀 것과 같이 AI를 이용한 ODR은 점점 증가하는 경향에 있으며, 이는 CBEC의 폭발적인 증가와 더불어 앞으로 더욱 발전할 것으로 예상된다.

다만, 사전중재합의의 효력 등을 감안할 때, 현재까지 여러 플랫폼 사업자들의 ODR은 어디까지나 사실상의 강제력을 가질 뿐, 전통적 분쟁해결절차를 완전히 대신하고 있지는 못하며, 이 부분에서 분명한 한계점을 가지고 있다. 다만 ODR은 어디까지나 편의성을 핵심적 가치로 하고 있으므로, 반드시 ODR이 전통적 소송절차를 완전히 대체하는 절차로서 자리잡아야 하는 것은 아니며, 그러한 관점에서 볼 때 약관을 활용하여 금융적 강제조치를 규정하고 있는 현대 플랫폼 사업자들의 ODR 시스템들은 개인의 소권(訴權)과 신속한 분쟁해결절차라는 얼핏 대립하는 가치 사이에서 적절한 조화를 이루고 있는 것으로도 평가할 수 있겠다.

한편, 위에서 살핀 것과 같이 현대 ODR에는 이미 AI가 빠질 수 없는 요소로서 활발하게 작동하고 있다. 현재 생성형 AI는 이른바 AI Agent의 시기를 통과하고 있는 것으로 평가되는데, 이후 Agentic AI의 단계에 이른다면, 이를 통해 ODR의 중재자 내지 심판관이라는 입장에서도 법관에 준하는 포괄적인 역할의 수행을 기대할 수 있을 것이다. 시적인 표현이기는 하나, 이러한 관점에 더하여 위에서 언급한 것과 같은 전자상거래 및 ODR의 필연적인 확장을 결합하여 보면, 추후 인간은 일상생활의 상당 부분에서 AI에 의한 법의 지배를 받아야 할 운명에 처하여 있다고 보아도 과언은 아닐 듯하다.

2. 제언

AI와 ODR의 조합에 관한 문제의 본질은 사법서비스의 공공성과 직결되어 있다. 다시 말해, 이미 국가가 헌법에 의하여 국민들에게 무상으로 재판 등 양

질의 사법서비스를 제공하여 주고 있는 이상, 소비자들이 구태여 그러한 서비스를 포기하고 ODR을 선택할 필요가 있는지의 문제이다. 이는 편의성과 정밀성 사이의 딜레마이기도 하며, 추후 AI의 발전으로 인하여 자연스럽게 감소될 문제이기도 하다. 다만 아직까지 그러한 AI 및 ODR 시스템의 구축에 이르지 못한 현 상태에 기반하여 볼 때, 다음과 같은 현실적인 제언을 몇 가지 올려 보고자 한다.

1) 분쟁금액에 따른 차등적 약관 : 예컨대, 분쟁대상인 금액이 100달러 이하인 경우에만 AI에 의한 ODR 절차에 따른다는 취지의 약관이다. ODR이 가장 본령을 발휘할 수 있는 분야는 소규모의 반복적인 분쟁이라는 점에 비추어 볼 때, 이러한 약관은 소비자로 하여금 약관에 의한 소권의 제한의 문제를 현실적으로 상당 부분 해결할 수 있을 것이다. 다시 말해, 현실에서는 소액으로 인하여 소송의 경제성이 없는 사건들을 ODR의 중점적 대상으로 삼고, 분쟁물의 가치가 큰 사건들은 전통적 분쟁해결절차에 따라 엄밀한 판단을 받아 보자는 사고방식이며, 이를 통해 AI 사용 ODR 약관의 수용성을 증가시킬 수 있을 것이다.

2) AI 미사용에 따른 금액의 부담 : ODR의 핵심은 간이성이며, 이는 AI가 판단을 맡을 때 최적화된다는 점은 자명하다. 다만 아직까지 AI 판단의 정밀성 및 합리성이 인간을 따라잡지 못하고 있기에, 많은 소비자들은 AI를 최종적인 중재자 내지 심판자로 인정하고 싶어 하지 않는 것도 사실이다(또는, 이는 AI에게 사법적 지배를 받고 싶어하지 않는 인간의 본성적 반항일지도 모르겠다). 이러한 점을 합리적으로 해결하기 위하여, 플랫폼 사업자는 소비자 또는 판매자 중 AI의 사용을 원하지 않는 측에게 “ODR의 결과를 AI에게 맡기지 않는 경우, 판단에 소요되는 인건비”를 부과하는 방안도 생각해 볼직 하다. 이는 사법서비스가 공공재임에 반하여 플랫폼 주도 ODR은 어디까지나 이익극대화를 위한 기업의 상품성 제고정책에 불과하다는 본질에 부합하는 조건이다.

3) 전통적 분쟁해결절차와의 결합 : 사전중재합의효력에 관한 EU의 보수적인 태도는 일응 기술진보에 따라가지 못하는 것으로도 보이나, EU 또한 약관을 통한 사전중재합의의 효력 자체를 부인하고 있는 것은 아니며, 다만 명시 및 설명의무 등 전통적인 법리에 따라 소비자의 권리를 철저히 보호해야 한다는 점을 다시금 강조한 것으로 생각된다. 현재 다수의 플랫폼 사업자들이 ODR에 중재 등 ADR을 연계하고 있으나, 실제 각국의 사법부에서 이견 없이 그 효력을 인정할 수 있을 정도로 그러한 절차에 대하여 명시 및 설명하고 있지는 않은 것으로 생각한다. 따라서 플랫폼 사업자는 다소 멋지지 않게(uncool) 보일 수 있더라도 ODR 및 사전중재합의 등에 관한 사항을 전면적으로 강조함으로써 준법경영(compliance)을 실현할 필요가 있으며, 경영자들의 통상적인 걱정과 달리 이러한 행위는 오히려 소비자들로 하여금 법률적 분쟁에 관한 신뢰를 심어줌으로서 신뢰도를 증진시킨다는 경제적 장점 또한 가지고 있다. 이는 특히 전통적 분쟁해결이 어려운 CBEC의 환경에서 더욱 중요한 점이다. 사전중재합의 외에도, 각국의 조정 제도, 한국의 집행인낙부공정증서와 같은 기존의 강제집행권원(채무명의) 부여 제도 등 여러 분쟁해결에 관한 제도들과의 연결성을 확보하는 것 또한 중요한 과제일 것이다. 이 점에서 중국의 사법확인제도 활용이 많은 참고가 될 것으로 생각된다.

V. 결어

AI의 활용과 ODR의 확대는 국제화와 물류의 발달, CBEC의 확장 등 이미 범세계적인 추세에 비추어 필연적인 부분이다. 이 점에서 아직 한국의 법조계는 IT기술 강국이라는 타이틀에 걸맞는 성과를 내지는 못하고 있는 것으로 보인다. 특히 이미 Agentic AI로 진화를 마쳤다고 평가되는 인공지능의 급격한 성장을 고려하여 볼 때, AI에 의한 ODR은 법률시장의 기술화, 국제화의 흐름에 비추어 그 자체로서 하나의 산업분야 또는 상품의 관점에서도 매우 큰 의미를 가

질 것으로 보인다. “AI의 지배를 받고 싶지 않다.”라는 감성적 구호만으로는 이러한 흐름에 거스르기 어렵다. 진정한 의미에서의 실질적인 사법국가화와 CBEC 플랫폼, 기업체들의 경쟁력 강화를 위하여서라도, AI에 의한 ODR에 대하여는 지속적인 연구와 개발이 이루어져야 할 것이다.

참고문헌

1. 국내문헌

<논문>

김봉수, “전자상거래의 분쟁조정제도 – 온라인 분쟁해결제도(ODR)를 중심으로 –“, 법학연구 제25권 1호, 2014.

김윤종, “국제 전자상거래 분쟁해결을 위한 절차규칙에서 중재의 특수성과 사전 중재합의의 효력”, 사법 제1권 28호, 2014.

오태현·임유진, “EU의 디지털세(Digital Tax) 주요 내용과 시사점”, 오늘의 세계경제 제18권 13호, 2018.

윤우일, “전자상거래분쟁해결을 위한 ODR 활성화를 위한 연구”, 중앙법학 제12권 4호, 2010.

이찬양, “온라인 분쟁해결(ODR)에서 인공지능(AI)의 민사법적 구현 – 온라인 조정절차에서 AI 챗봇·AI 조정인 도입방안을 중심으로 –“, 법조 제74권 1호, 2025.

한삼인·정창보, “ODR의 국내·외 동향과 활성화방안에 관한 연구”, 강원법학 제36권, 2012.

한설화·최원목, “국제 전자상거래의 온라인 분쟁해결에 관한 연구 – 한-중 FTA 접근방식을 중심으로 –“, 국제거래법연구 제29권 1호, 2020.

<기타>

정보통신정책연구원, <OECD의 전자상거래 소비자보호 가이드라인>, 2000.

한국농수산물유통공사 중국지역본부 베이징지사, <중국 온라인 해외직구 시장 현황 조사>, 2024.

2. 외국어문헌

[영어]

<기타>

UNCTAD, *Business e-commerce sales and the role of online platforms*.

초 록

Cross-border 전자상거래(CBEC)는 온라인 플랫폼을 매개로 급격히 확대되고 있으나, 고정적 사업장의 부재와 관할·준거법의 불확실성, 그리고 소액·다수라는 분쟁의 성격으로 인하여 전통적인 분쟁해결절차만으로는 실효적인 구제를 기대하기 어렵다. 이 글은 이러한 문제상황을 배경으로 온라인 분쟁해결(ODR)의 의의와 법률적 근거를 정리하고, 국제기구와 한국·중국의 입법례를 검토한 다음, ODR의 실효성을 좌우하는 사전중재합의의 효력 문제를 유럽연합과 미국 및 한국의 태도를 비교하여 살펴본다. 이어서 사법부·정부기관과 플랫폼 사업자로 나누어 AI가 실제로 활용되고 있는 현황을 미국·호주·중국·한국의 사례와 이베이·페이팔·타오바오·아마존의 사례를 통하여 분석한다. 결론적으로 이 글은 AI를 이용한 ODR의 확대가 필연적임을 전제로, 사법서비스의 공공성과 플랫폼 주도 분쟁해결의 사적 성격 사이에 존재하는 긴장을 조정하기 위한 방안으로 분쟁금액에 따른 차등적 약관, AI 미사용에 따른 비용의 부담, 그리고 전통적 분쟁해결절차와의 결합이라는 세 가지를 제언한다.

<주제어> Cross-border 전자상거래, 온라인 분쟁해결(ODR), 인공지능, 사전중재합의, 온라인 플랫폼, 약관

A b s t r a c t

Cross-border e-commerce (CBEC) has expanded rapidly through online platforms. Yet the absence of a permanent establishment, the uncertainty surrounding jurisdiction and applicable law, and the small-value, high-volume nature of the resulting disputes make effective redress difficult to obtain through traditional dispute resolution procedures alone. Against this background, this article sets out the meaning and legal basis of online dispute resolution (ODR), reviews the legislative practice of international organizations, Korea and China, and then examines the effectiveness of pre-dispute arbitration agreements — an issue decisive for the practical utility of ODR — by comparing the positions taken in the European Union, the United States and Korea. It goes on to analyse how AI is actually being used, distinguishing courts and public authorities from platform operators, through the examples of the United States, Australia, China and Korea and those of eBay, PayPal, Taobao and Amazon. Concluding that the expansion of AI-assisted ODR is inevitable, the article proposes three measures to reconcile the public character of judicial services with the private nature of platform-led dispute resolution: terms differentiated according to the amount in dispute, allocation of the cost arising where AI is not used, and combination with traditional dispute resolution procedures.

Keywords: cross-border e-commerce; online dispute resolution; artificial intelligence; pre-dispute arbitration agreement; online platform; terms and conditions

跨境电子商务平台的扩张与 人工智能驱动的在线争议解决*

Expansion of Cross-border E-Commerce Platform and ODR by AI

朴约瑟（律师、仁荷大学中国法中心事务局局长）

PARK, Joseph (Attorney at Law & Executive Director, China Law Center, INHA University)

祁艺森（仁荷大学AI数据法学系硕士研究生） 译

Translator QI, Yisen (Master's Student, Dept. of AI and Data Law, Inha University)

目 录

一、序论

二、在线争议解决的含义、法律依据及立法例与实务

（一）在线争议解决的含义及法律依据

（二）各国关于在线争议解决的立法例

1. 国际组织

2. 韩国

3. 中国

（三）在线争议解决与事前仲裁协议问题

三、在线争议解决中人工智能的应用现状与方案

（一）人工智能与在线争议解决的关系

（二）人工智能与在线争议解决的主要应用现状

*本文系对2026年1月13日在中国威海市举行的第一届仁川—威海共同学术研讨会上发表的内容进行修改、补充而成。该研讨会由山东大学商学院、盈科律师事务所、仁荷大学AI数据法学系、Law & A律师事务所共同主办。

1. 司法机关及政府机构

2. 平台经营者

四、展望与建议

（一）未来展望

（二）建议

五、结语

一、序论

根据联合国贸易和发展会议（United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD）发布的《企业电子商务销售与在线平台的作用》（Business e-commerce sales and the role of online platforms）¹，截至2021年，纳入分析的43个国家（约占全球国内生产总值的75%）的“数字化订购出口”（Digitally ordered exports）约达2.5万亿美元（US\$ 2.5 trillion，约合3,678.25万亿韩元），相当于这些国家货物和服务出口总额（total exports of goods and services）的约13%。²

韩国农水产食品流通公社（Korea Agro-Fisheries & Food Trade Corporation）中国地区本部北京代表处于2024年发布了《中国在线海外直购市场现状调查》报告。³该报告第15页援引《2023抖音进口的力量》称，在中国购买过进口商品（不限于农产品）的B2C消费者中，超过88%使用了“在线海外直购

1可访问：<https://unctad.org/publication/business-e-commerce-sales-and-role-online-platforms>（最后访问日期：2025年12月15日）。

2不过，该报告注明：“由于数字化订购贸易的数据有限，这一估算相对不确定（However, as there is limited data on digitally ordered trade, this estimate is relatively uncertain）。”参见前揭报告相关标注（Highlight）。

3可访问：<https://k-beef.or.kr/web/kor/file/download/uu/9dd390824e3e4b01815a3a5d34cf0b72>（最后访问日期：2025年12月15日）。

平台”。由此可见，在跨境（Cross-border）⁴电子商务，即跨境电子商务（Cross-border E-Commerce，以下简称“CBEC”）⁵领域，Amazon、Alibaba等“平台”（Platform）正在引领市场，这一点已无异议。

CBEC与传统商事交易相比存在多方面差异，其中最显著的仍是“常设机构”⁶的存在问题。与传统商事交易不同，CBEC多在基于互联网（Web-based）的平台上进行；其交易标的也不仅包括各种有体物，还经常涉及许可证授予、数据转移（download或streaming等）等无形财产使用权转让及其他新型交易。⁷因此，相当多的经营者并无常设机构，而仅以租用在线服务器空间的网站形式经营虚拟营业场所；或者至少只在跨国企业总部所在地设立常设机构，而不在实际开展经营活动的境外国家（消费地国）设立常设机构。⁸由此，以常设机构存在为基础的既有税法、刑法及其他法律领域，均有必要全面调整原有的处理方式。

另一方面，特别是在个人购买有形财产——尤其是有体动产——的B2C CBEC中，消费者只能依据销售者和平台提供的照片、用户评价等极为有限的信息作出消费决定；付款后至收到标的物之前，报关及其他物流程序又需要一定时间，因此在收货后不可避免地会产生大量退货等投诉，即所谓索赔（c

4难以确定能够准确对应英文Cross-border的韩语词语，因此本文尽可能保留英文Cross-border，不译为韩语。

5参考Google（<https://Google.com>）搜索结果等，该缩写（Acronym）似乎几乎只在韩国使用；但为方便起见，本文仍采用该缩写。

6Permanent Establishment。其基本上属于增值税法上的概念。经营者原则上经营一个以上常设机构，并以每个常设机构为单位承担一项纳税义务。传统跨境商事交易通常会在消费地国至少开设一处营业所或代理店等，可据此判断营业场所；但CBEC经常以网站等虚拟空间替代营业场所，因而在消费地国无法确定营业场所的问题频繁发生。参见 김유찬, “전자상거래와 부가가치세 과세: 국제적 논의 동향과 향후의 과제”, 2006, 第3—4页。

7오태현·임유진, “EU의 디지털세(Digital Tax) 주요 내용과 시사점”, 『오늘의 세계경제』, 2018年4月20日, Vol. 18 No. 13, 第5页；在European Commission (2017), “A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market,” COM(2017) 547 final, p. 5的基础上，将新型商业模式归纳为以下四类（作者对内容与翻译略作修改）：①在线零售市场模式（Online retailer model）——Amazon、Alibaba等；②社交媒体模式（Social media model）——Facebook、Instagram等；③订阅模式（Subscription model）——Netflix、YouTube等；④共享平台模式（Collaborative platform model）——Airbnb、Uber等。

8例如，Alibaba在韩国拥有大量用户并产生相当可观的销售额，但不必在韩国境内设立常设机构。

claim)。然而，B2C CBEC通常在消费地国没有常设机构，且物流成本相对较高，因而很难期待这些索赔能够依据既有民事诉讼法和执行法理论得到妥善处理。也就是说，对于“①应由何地法院管辖，②应适用何种准据法，③如何向当事人送达并使其出庭，④取得执行依据后具体如何强制执行，⑤如何尽量降低作为一般解决方式的退货和退款——即合同解除后恢复原状所产生的物流成本及其累积造成的社会福利损失”等问题，迄今为止的民事诉讼法与执行法难以给出明确而清晰的答案；韩国如此，其他国家法制亦然。

考虑到上述情况，在B2C CBEC——尤其是利用平台进行的CBEC——中，自然可以设想由平台站在公正第三方立场，发挥类似管辖地司法机关的作用，即进行替代性争议解决（ADR，即Alternative Dispute Resolution）。特别是综合考虑公正性、迅速性、语言障碍及人力成本等现实问题，采用在线争议解决（Online Dispute Resolution, ODR），尤其是运用人工智能的方式，应当是一种容易为人接受的构想。本文将依次考察：① ODR的含义、法律依据及立法例与实务；② 人工智能在ODR中的具体应用方案；③ 未来展望与建议。

二、在线争议解决的含义、法律依据及立法例与实务

（一）在线争议解决的含义及法律依据

ODR原本是指通过计算机等媒介，在线完成诉讼、审判、ADR等各种争议解决程序的全部或部分过程。¹¹广义的ODR包括依照韩国《关于民事诉讼等中使用电子文件等的法律》进行的电子诉讼等形式：其本质仍与既有法律体

9韩国近期修订《国际私法》，就管辖法院和准据法问题建立了符合国际标准的程序法体系，例如实质联系原则和不方便法院（Forum non conveniens）法理；中国也通过修订《涉外民事关系法律适用法》与《民事诉讼法》确立了相关规则。然而，对于争议标的交换价值不高、以平台为中心的B2C交易，依据上述法理讨论国际民事管辖或准据法，从实务角度看，很可能属于“无剩余可供执行的审查”（参见韩国《民事执行法》第188条第3款）。

10参见前注。

11한삼인 and 정창보. (2012). ODR의 국내·외 동향과 활성화방안에 관한 연구. 강원법학, 36, 409-439, 参见第413页。

系中的争议解决程序相同，只是利用了在线形式和便利性等技术手段；狭义的ODR则主要仅指谈判、调解、仲裁等ADR领域。¹²为便于下文叙述，本文所称ODR仅指狭义概念；所称ADR则与ODR相区分，仅指所谓线下（Off-line）方式。

与电子商务有关的争议，就其性质而言往往适合通过ODR解决。¹³尤其在CBEC中，由于存在前述语言、管辖、准据法和可及性等问题，ODR的必要性更为突出。

关于ODR的研究通常概括出如下特征。①效率与迅速性：尤其是减少因距离产生的出行、邮寄、委托代理人及其他成本和时间，是最契合CBEC的ODR特征。②非面对面与书面中心主义：符合电子商务重视匿名性的特点，并可最大限度减少外语沟通中容易因非语言线索（Non-verbal cues）造成的沟通扭曲。③自动化：系统能够高效处理大量小额争议；这一特征与人工智能结合时可产生显著协同效应。④技术依赖性：ODR以信息技术为基础，因而存在安全与个人信息风险、因数字可及性造成的差别待遇等问题。⑤执行力较弱：虽然依据ODR取得的执行依据本身与ADR或传统争议解决程序相比，效力未必存在重大差异，但由于ODR主要用于电子商务，其强制执行程序往往面临困难。这一缺点在CBEC中尤其明显。¹⁴

ODR本质上是ADR的一种，因而其法律依据也与ADR相似。因此，

就协商与调解（私人调解）而言，其效力依据韩国《民法》第731条以下规定；就部分行政机关等实施的调解而言，依据韩国《消费者基本法》或《电子商务等消费者保护法》（以下简称《电子商务法》）等单行法律；就仲裁而言，则依韩国《仲裁法》承认其私法效力。当然，在CBEC中，应依据合

12한설화 and 최원목. (2020). 국제 전자상거래의 온라인 분쟁해결에 관한 연구 -한-중 FTA 접근 방식을 중심으로-. 국제거래법연구, 29(1), 109-133, 参见第110页。

13김봉수. (2014). 전자상거래의 분쟁조정제도 - 온라인 분쟁해결제도(ODR)를 중심으로 -. 법학연구, 25(1), 119-158. 参见第122页。

14不过，这一缺点与其说是ODR的问题，不如说是CBEC本身的根本问题，因而难以视为ODR自身的特征。

同准据法的确定适用相应国家的法律。例如，中国《民法典》虽未专门规定和解合同，但以“和解协议”的形式将其承认为一种非典型合同；并通过《中华人民共和国人民调解法》，在为上述和解协议附加一定条件（人民法院司法确认程序¹⁵）后赋予其执行力。对于仲裁，中国亦制定并施行了与韩国《仲裁法》类似的《中华人民共和国仲裁法》。因此，以中国法为准据法的ODR，可依据上述各项法律发生效力。

（二）各国关于在线争议解决的立法例

1. 国际组织

经济合作与发展组织（Organization for Economic Co-operation and Development, OECD）自20世纪80年代起即围绕电子商务与ODR的简化和推广展开讨论，¹⁶并于1999年12月发布《OECD理事会关于电子商务背景下消费者保护指南的建议》（Recommendation of the OECD Council Concerning Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce），建议各国为促进CBEC领域的ODR完善本国法律体系。¹⁷

联合国国际贸易法委员会（United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL）在2010年6月21日至7月9日举行的第四十三届会议上，设立了旨在以ODR解决CBEC争议的第三工作组（Working Group III，以下简称“工作组”）。¹⁸其后，UNCITRAL第四十九届会议于2016年通过了反映该工作组研究成果的《网上争议解决技术指引》（Technical Notes on Online Dispute Resolution）。该指引以12章53段的篇幅，为ODR提出了十分具体

¹⁵相关具体内容将在下文再次说明。

¹⁶한삼인 and 정창보, 前引文, 第417页。

¹⁷김봉수, 前引文, 第130页；另参见정보통신정책연구원（2000），《OECD의 전자상거래소비자보호 가이드라인》，第62页。

¹⁸김윤중. (2014). 국제 전자상거래 분쟁해결을 위한 절차규칙에서 중재의 특수성과 사전중재합의의 효력. 사법, 1(28), 337-375, 参见第341页及摘要。另，工作组拟定了ODR程序规则草案；依该草案，ODR分为自动化谈判阶段、通过中立第三人进行的促进和解阶段以及仲裁阶段，共三个阶段。其中，事前仲裁协议（pre-dispute arbitration agreements）的法律性质与可实现性，在理论和实务上均构成争点。下文将另设章节讨论。

的指南。¹⁹

世界知识产权组织（World Intellectual Property Organization, WIPO）与互联网名称与数字地址分配机构（Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, ICANN），不同于上述主要停留在理论、抽象审查及法制改进“建议”层面的国际组织，已经在实务中运用ODR。具体而言，ICANN要求在注册域名时必须签订的条款²⁰中纳入《统一域名争议解决政策》（Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, UDRP）。UDRP规定，第三人以域名侵犯其著作权为由申请通过ODR解决争议时，相对方必须依照WIP O仲裁与调解中心（Arbitration and Mediation Center）采用的ODR系统解决争议。²¹

如上所述，多个国际组织已经积极引入ODR。

2. 韩国

韩国关于电子诉讼等“广义ODR”的法制已相当先进，但迄今针对ODR不仅没有一般法，甚至尚未制定类似日本《关于促进利用诉讼外争议解决程序的法律》（裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律，所谓“ADR法”）那样规范（广义）ADR本身的一般性法律。因此，ODR只能适用上述一般法律规则，如韩国《民法》上的和解合同等。另一方面，韩国依据《电子商务法》第33条第1款及其施行令第35条各项，正在非常活跃地运行政府主导型ODR，例如韩国互联网振兴院（Korea Internet & Security Agency, KIS

19有观点认为，尽管其名称为“指引（Note）”，但鉴于该指引已经由联合国正式通过，其正在发挥“法律预备”或“法律引领”作用，因而至少作为软法（soft law）具有国际规范效力。남유선 and 윤민섭. (2016). 온라인분쟁해결(ODR)에 관한 국제적 합의를 위한 노력과 2016년 UNCITRAL 최종안. 국제거래법연구, 25(2), 207-235, 参见第228—229页。

20虽然不能对所有域名一概强制适用，但Gabia、Whois等主要域名注册机构已与ICANN签订协议；目前，为使用“.com”或“.net”等常用通用顶级域名（Generic Top-Level Domain, gTLD），在现实中只能同意有关UDRP的条款。

21윤우일. (2010). 전자상거래분쟁해결을 위한 ODR 활성화를 위한 연구. 중앙법학, 12(4), 85-110, 第96—97页；另参见Google Gemini回答（提示词：概述ICANN与WIPO的关系，2025年12月17日）。

A) 所属“电子文件、电子交易争议调解委员会”等²²以及韩国消费者院²³的“消费者争议调解委员会”等。然而，这些ODR系统主要处理韩国内需市场发生的争议（domestic arguments），在CBEC领域尚不能顺畅发挥作用。

3. 中国

自2017年前后起，中国在政府主导下取得了与“人工智能崛起”相称的研究成果；从司法机关引入人工智能聊天机器人“小法”，到设立互联网法院，司法与信息技术的结合十分活跃，但目前尚无关于ODR本身的一般性规范。不过，中国ODR法制在以下方面值得关注。

① 2018年8月31日新制定的《中华人民共和国电子商务法》第六十三条规定：“电子商务平台经营者可以建立争议在线解决机制，制定并公示争议解决规则，根据自愿原则，公平、公正地解决当事人的争议。”该条为平台经营者提供了建立ODR的可能性，并明确了建立时的指引，例如制定并公示争议解决规则等义务。与韩国《电子商务法》仅规定通信销售中介人负有迅速采取争议解决措施的义务（第20条第3款）不同，中国直接在法律中明确规定了作为私人争议解决方式、由平台主导的ODR，因而值得关注。

② 运用《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零五条规定的“司法确认”制度。依该法，经人民法院对“调解组织调解”作出司法确认，即产生执行力。原则上，个人之间依平台ODR达成的合意不属于调解。但是，《中华人民共和国人民调解法》第八条规定，企业事业单位也可以根据需要设立人民调解委员会。因此，CBEC平台公司可以依据该条设立调解委员会，就ODR所形成的协议或调解结果作出“调解组织调解”，再通过司法确认赋予其执行力，整个制度由此形成衔接。

²²根据信息通信技术争议调解支援中心网站（<https://www.ecmc.or.kr/>，最后访问日期：2025年12月17日），除电子文件、电子交易争议调解委员会外，互联网地址争议调解委员会、在线广告争议调解委员会、信息保护产业争议调解委员会也均以ODR方式运行。

²³<https://www.kca.go.kr/>（最后访问日期：2025年12月17日）。

此外，中国具有代表性的CBEC平台Alibaba也在积极运行ODR。^①根据Alibaba总部所在地杭州互联网法院的资料，²⁴该院受理的电子商务争议中，98%以上通过上述方式在调解程序中得到解决，平均用时不超过20日。^②Alibaba运营的淘宝还接入“浙江在线矛盾纠纷多元化解平台”，为淘宝发生的电子商务争议设置了运用人工智能的ODR系统，即所谓“诉调对接”。²⁵在淘宝争议解决页面点击“法律解决”按钮后，数据会自动转送至浙江ODR平台的“电子商务专业人民调解委员会”；调解员通过在线视频或聊天进行调解并出具调解书后，案件还可继续进入司法确认程序。

（三）在线争议解决与事前仲裁协议问题

如前所述，与传统争议解决方式相比，ODR在本质上不可避免地具有较弱的拘束力。因此，为弥补这一不足，在ODR的多种法律路径（route）中，仲裁尤其受到重视，可以说是必然结果。

问题在于通过ODR进行仲裁——尤其是事前仲裁协议——的效力。CBEC争议发生后，当事人当然可以合意将争议提交仲裁；但更符合CBEC及ODR技术特征的方式，是一开始就在CBEC平台的注册条款中纳入事前仲裁事项（即所谓“附合合同”），再根据该条款的效力统一解决争议。不过，这种条款是否会封堵个人的诉权，仍是问题。

传统上，欧洲联盟（EU）²⁶虽积极推动通过ADR解决争议，但对事前争议解决协议一直采取十分保守的立场。欧盟委员会1998年通过的《关于适用于庭外消费者争议解决机构之原则的建议》指出：“庭外程序不能取代诉讼程序；除非消费者在充分知情的情况下明确表示同意，ADR程序只有在争议已经具体化之后，方可使消费者放弃获得审判的权利。”《欧盟消费者ODR条

24参见官方网站：<https://www.netcourt.gov.cn/>（最后访问日期：2025年12月26日）；《杭州互联网法院司法白皮书（2023）》。

25意为将诉讼与调解相衔接。

26以下两段主要参考召윤종의前引文。

例》序言第26项亦规定，ODR程序不能也不应旨在取代诉讼程序，且不得剥夺消费者或经营者向法院寻求救济的权利，因此该条例不得阻碍当事人获得审判的权利。

与此不同，美国自1925年制定《联邦仲裁法》（Federal Arbitration Act, FAA）后，对仲裁协议采取十分宽泛的承认态度。因此，事前仲裁协议，特别是像上述那样以条款形式订立、构成附合合同的事前仲裁协议，在实践中得到广泛运用，法院也承认其司法效力。美国联邦法院判例尤其运用以下法理判断此类事前仲裁协议的有效性：①自愿、知情且具有理解能力（Voluntary, Knowing, Intelligent）的法理（VKI Doctrine）；②消费者仲裁的附合合同属性（Adhesiveness of Consumer Arbitration）及实体与程序上的显失公平（Unconscionability）法理；③仲裁条款可分性原则（Doctrine of Separability）。

韩国对上述问题的讨论尚不活跃，但一般认为，对于这类条款应适用韩国《关于规范格式条款的法律》第14条（禁止提起诉讼等），这一点似无异议。该条第1项宣布“对顾客不当不利的禁止提起诉讼条款或管辖协议条款”无效；因此，如果上述事前仲裁协议对顾客构成不当不利，当然应属无效。不过，“不当不利”这一要件存在多种解释可能，因而韩国法律体系最终并未对事前仲裁协议本身采取特别否定的立场。

综上，事前仲裁协议的效力，只要符合格式条款的一般合法要件——主要是公平性以及充分履行提示、说明义务等——即可获得充分承认；欧盟的立场似乎也并非认为在所有上述要件均已具备时，事前仲裁协议仍然无效。至于具体判断标准，目前尚无一致意见；但随着CBEC与ODR的扩展，预计今后会通过判例等实践积累而逐步形成。

三、在线争议解决中人工智能的应用现状与方案

（一）人工智能与在线争议解决的关系

如前所述，ODR最大的特点是“便捷”。然而，争议解决要求综合考虑争

议事实、相关法理和社会价值并作出最终判断；即使借助ODR，这一判断行为也不会变得简单，甚至在某些方面²⁷可能比传统争议解决方式更加复杂。而“判断”是包括ODR在内的争议解决程序绝不能排除或缩减的本质要素，因此，判断之难就是ODR之难，判断的迟延也必然成为ODR的迟延。

鉴于这一问题，ODR相较其他争议解决程序与人工智能具有格外良好的适配性，是理所当然的。至少在法律领域，很难认为迄今基于大语言模型的生成式人工智能已经产出了完全超越人类智力领域的成果；其优势与特点，主要在于输出速度快于任何训练有素的法律人。而这种“高速判断”与ODR所追求的“便捷性”确实一脉相承。换言之，仅就ODR而言，明确而无可争议的判断、行云流水般自然的逻辑、新颖议题带来的警示以及成熟的人文关怀等既有“优秀裁判”所追求的价值，或者毫无用处，或者其成本收益低到可以忽略；“在短时间内作出貌似合理的结论”反而成为最重要的美德（virtue）。当然，这一美德只有在人工智能的结论至少具备最低限度妥当性时才成立；无论多快，如果连最低限度的妥当性都无法保障，这种ODR也毫无用处。

（二）人工智能与在线争议解决的主要应用现状

1. 司法机关及政府机构²⁸

（1）美国

美国新泽西州法院正在使用名为JIA（Judiciary Information Agent，司法信息代理）的人工智能聊天机器人系统。JIA自动分析并回答当事人关于争议的询问，与其进行沟通；法院工作人员则以这些询问为基础整理示范答案清单等。不过，这一系统归根结底只是为既有生成式人工智能增加了法律信息专

²⁷例如，作为传统争议解决方式代表的诉讼，允许当事人在言词辩论期日出庭、面对面询问并直接询问证人等，能够积极调查证据；而ODR须在没有这些程序或程序大幅缩减的情况下作出判断，因此在确立其依据和论据方面可能需要付出更多努力。

²⁸本部分参考 이찬양. (2025). 온라인 분쟁해결(ODR)에서 인공지능(AI)의 민사법적 구현 - 온라인 조정절차에서 AI 챗봇·AI 조정인 도입방안을 중심으로-. 법조, 74(1), 409-454, 其中第421—423页（“III. AI챗봇기반 ODR에관한비교법적검토”）。

业性，除运营机构为司法机关外，很难将其视为独立的ODR系统。

（2）澳大利亚

澳大利亚家庭法院运行着Split-Up系统，用于判断法律争议，具体而言即离婚时的财产分割。Split-Up与上述JIA一样，本身难以被视为ODR系统；但因其被评价为能够就财产分割给出相当合理的结论，所以在促进ODR、至少促进ADR方面具有一定作用。

在上述有限功能之外，还有能够为离婚相关争议提供整体支持的amica系统。amica不只提供简单信息，还提供信息记录、传输等服务，以帮助当事人实际达成协议，因而可被评价为更接近发挥ODR作用的系统。

（3）中国

如上所述，中国以所谓“人工智能崛起”为基础，在包括司法机关在内的所有公共领域展现出十分先进且积极的变化。中国司法机关已在各级法院部署100多个人工智能机器人，²⁹其中包括各类特别法专业机器人。尤其是在中国人民法院诉讼服务大厅使用的“小法”（Xiaofa）被认为是依托庞大数据库回答法律问题的代表性机器人。

（4）韩国

韩国正以最高法院所属“司法机关人工智能委员会”为中心推动引入司法人工智能，但其目的主要是辅助法官决策，难以视为ODR系统，更不是面向普通消费者的系统。

2. 平台经营者

众多CBEC平台运营着自己的人工智能聊天机器人，并且已经以客户服务中心受理、解决投诉（claim）的形式运行ODR。消费者就商品瑕疵等问题向在线客服服务中心申请退款，客服再联系销售者转达相关事项，随后依据双方协商结果回收商品并办理退款；这一过程本身已可被评价为相当完整的OD

²⁹이찬양, 前引文, 第422页。

R程序。30

问题出现在双方无法达成上述合意时。迄今为止，平台经营者从ADR程序角度对这种争议直接作出判断并承认其拘束力的实例仍不易发现；仅有极少数制度正通过与既有争议解决制度衔接加以补充，例如前述中国司法确认制度。

考虑到上述情况，下文仅选取目前具有代表性的CBEC企业中，更积极承认ODR方式及人工智能介入、具有启示意义的案例加以整理。

(1) eBay: “Ask eBay to step in and help”

eBay的“Ask eBay to step in and help”被视为现行平台型ODR系统中最具代表性的模式。其程序概况如下。31

1. Request Help（请求帮助）：购买者或销售者点击“Case Step-in”按钮。

2. Case Review（案件审查）：eBay争议解决团队（或高级人工智能算法）审查以下资料。

—当事人之间往来的消息记录

—物流追踪信息（Tracking number）

—商品说明页面的文字与照片

—购买者提交的瑕疵证据照片或视频

3. Final Decision（最终决定）：eBay在48小时内作出决定。结果通常分为以下三种。

—购买者胜诉：立即退款（从销售者资金中强制扣回）。

—销售者胜诉：驳回索赔并保护货款。

—平台承担退款：双方均无过错而仅发生物流事故时，由eBay以自有预算退款。

30参照上述工作组研究成果，这相当于第二阶段，即促进和解阶段。

31本部分使用Google Gemini整理。下文关于其他平台经营者ODR系统的内容亦同。

该模式值得关注之处如下。①平台经营者被赋予无需销售者同意即可直接从关联账户扣取损害赔偿金的权限，从事实层面部分保障了强制执行力。②平台经营者虽直接介入争议，但以双方在3个工作日内未能达成协议为条件，且须由销售者或购买者一方先提出介入请求；因此，它基本上仍是重视意思自治原则的补充性解决方案。③设有30日内申诉等模仿诉讼程序的体系。④事实分析与结论作出有相当部分由人工智能处理。

为实现上述ODR程序，eBay在注册条款中设置了以下要素：① eBay的最终判断权（Final Decision）；②资金扣取与强制执行权限；③争议解决方式的限制。尤其就第③项而言，条款基本包含将“Ask eBay to step in and help”程序视为事前仲裁协议的内容。如前所述，其效力仍可能因不同国家或管辖区（Jurisdiction）而有不同判断。

（2）PayPal：“Purchase Protection”

据悉，PayPal早在2002年前后即已推行Purchase Protection政策，该政策被视为平台经营者主导型ODR的原型。

该模式的具体运行程序如下。

1. Dispute（提出争议）：购买者通过PayPal的“Resolution Center”直接向销售者提出问题。在这一阶段，PayPal仅以调解人（Mediator）身份提供对话场所。

2. Escalation（升级为索赔）：提出争议后20日内未能达成协议的，购买者可以请求PayPal作出决定（Escalate to a Claim）。自此阶段起，PayPal成为裁决者（Adjudicator）。

3. Adjudication（PayPal裁决）：PayPal审查双方证据后作出最终决定。若裁决购买者胜诉，PayPal立即执行退款。

与现代ODR模式相比，该模式的设计略显宽松；但值得关注的是，它早已通过注册条款设置了在争议发生后立即冻结交易款项、阻止销售者提取等功

能，因而具备了保障拘束力的完整系统。

（3）淘宝：“淘宝大众评审”

淘宝模式值得关注之处，在于其将传统争议解决制度的优点也落实于ODR。该模式于2012年前后引入，最有意思之处是让用户积极参与争议判断过程，即采用众包（Crowdsourcing），进而形成以用户担任陪审员的“数字陪审团制度”。具体程序如下。

1. 陪审员招募（The Jury）：并非任何人都可参加。参与者从账户等级较高、以往购买或销售记录良好并达到一定信用评分的用户中随机选出，或者经审核取得资格。

2. 案件提交（Submission）：双方主张针锋相对，且人工智能或客服人员认为存在争议空间的案件，例如“虽难认定这件衣服的设计是假货，但质感差异过大”等，被提交陪审团。

3. 审理与投票（Voting）：双方主张与证据向匿名陪审员公开，陪审员人数通常为13至31人等奇数。陪审员依各自判断投票，取得过半数票的一方胜诉。

4. 结果执行：陪审团作出决定后，ODR系统将其作为最终裁决接受，并立即强制执行退款或支付货款。

该模式将用户的一般文化观念与法律感情纳入ODR，并提高其可接受性，因而具有很强的创新性。当然，与以上以人工智能判断为中心的ODR程序相比，该模式存在耗时稍长的缺点；但若与现行国民参与审判制度相比，其便利性的改进堪称革新。作为参考，Alibaba还通过旗下AliExpress和淘宝运行强大、迅速的人工智能ODR模式“Dispute”，以使各模式的不足相互补充。

（4）Amazon：“A-to-z Guarantee”

A-to-z Guarantee被认为是在“建立客户信任”方面最成功的模式。其程序核心与上述各项程序，尤其是eBay的“Ask eBay to step in and help”大体

相同。不过，该模式值得关注之处在于其关于“事故预测与判断”的人工智能逻辑，主要包括以下要素。

1. 订单缺陷率（Order Defect Rate，亦简称ODR）管理：人工智能实时监测A-to-z索赔发生率。发生率超过全部订单1%的销售者，将由人工智能自动判定面临“账户停用（Suspension）”风险；这会形成比法律处罚更严厉的经济性死刑。
2. 欺诈检测引擎：通过分析购买者是否存在滥用保障制度的行为模式，例如退款后不退还商品等，自动限制恶意购买者提出索赔的权限。
3. 保险衔接：自2021年起，保障范围扩展至缺陷商品造成的人身或财产损害（Personal Injury/Property Damage）；对于1,000美元以下的正当损害索赔，Amazon已发展到可代替销售者直接支付费用并终结案件的程度。

该模式的特点可谓近乎偏向消费者的客户导向。与即使拥有强大权限也尽量减少介入的“Ask eBay to step in and help”不同，A-to-z Guarantee即使没有消费者或销售者的请求，平台经营者也会自动介入；对于事实关系不明确的情况，原则上作有利于消费者的判断；仅索赔发生本身就会使销售者受到处罚，并通过保险保障支付，整个制度运行得十分积极。另一方面，Amazon通过运行该模式获得了客户信任与忠诚度，并进一步实现可观的销售增长。这一案例很好地说明，ODR不仅涉及司法正义，也符合通过提高平台本身商品价值实现企业利润的逻辑。

四、展望与建议

（一）未来展望

如前所述，运用人工智能的ODR正在不断增加；伴随CBEC的迅猛增长，预计其今后还会进一步发展。

不过，考虑到事前仲裁协议的效力等问题，目前各平台经营者的ODR终究

只具有事实上的强制力，尚不能完全取代传统争议解决程序，在这一方面存在明显局限。但ODR的核心价值本来就在于便利，并不必然要发展成完全替代传统诉讼程序的程序。从这一角度看，现代平台经营者利用格式条款规定金融性强制措施的ODR系统，也可以被评价为在个人诉权与迅速解决争议这两个看似对立的價值之間实现了适当协调。

另一方面，如前所述，人工智能已经成为现代ODR不可或缺并被广泛运用的要素。目前，生成式人工智能被认为正经历所谓人工智能代理（AI Agent）阶段；此后如果进入代理型人工智能（Agentic AI）阶段，人们可以期待其作为ODR调解人或裁决者承担近似法官的综合性角色。把这一观点与前述电子商务和ODR的必然扩张结合起来看，虽略带诗意，但说人类今后将在日常生活的相当部分受到人工智能所实施的法律支配，似乎也并不为过。

（二）建议

人工智能与ODR结合问题的本质，与司法服务的公共性直接相关。换言之，既然国家已经依据宪法向国民免费提供审判等优质司法服务，消费者是否仍有必要放弃这种服务而选择ODR，便成为问题。这也是便利性与精确性之间的两难，且可能随着人工智能的发展而自然缓解。不过，立足于目前人工智能和ODR系统尚未发展至理想程度的现实，本文拟提出以下几项可行建议。

（1）按争议金额实行差异化条款：例如，仅在争议金额不超过100美元时，适用由人工智能进行的ODR程序。鉴于ODR最能发挥作用的领域是小额、重复性争议，此类条款可以在现实中相当程度地缓解消费者因格式条款而受到诉权限制的问题。换言之，把现实中因金额过小而不具诉讼经济性的案件作为ODR重点对象，对争议标的额较大的案件则依传统争议解决程序接受严格判断；由此可以提高消费者对运用人工智能的ODR条款的接受度。

（2）不使用人工智能时承担费用：ODR的核心是简便，而当人工智能承担判断任务时，这一特性显然可以得到最优发挥。但目前人工智能判断的精

确性与合理性尚未赶上人类，许多消费者并不愿承认人工智能为最终调解人或裁决者，这也是事实（或许这也可能是人类不愿受人工智能司法支配的本能反抗）。为合理解决这一问题，平台经营者可考虑向消费者或销售者中不愿使用人工智能的一方收取“在不把ODR结果交由人工智能判断时所产生的费用”。司法服务属于公共产品，而平台主导的ODR归根结底只是企业为实现利润最大化而提升商品价值的政策；这一条件与后者的本质相符。

（3）与传统争议解决程序相结合：欧盟对事前仲裁协议效力采取的保守态度，乍看之下或许没有跟上技术进步；但欧盟也并未否定通过格式条款订立的事前仲裁协议本身的效力，而只是再次强调必须按照提示、说明义务等传统法理充分保护消费者权利。目前，许多平台经营者虽已将仲裁等ADR与ODR相衔接，但对相关程序的提示、说明似乎尚不足以让各国司法机关毫无异议地承认其效力。因此，即使可能显得不够时髦（uncool），平台经营者仍有必要全面、醒目地提示ODR及事前仲裁协议等事项，以实现合规经营（compliance）。与经营者通常的担心不同，这种做法反而能使消费者对法律争议处理产生信赖，从而具有提高平台可信度的经济优势。在传统争议解决尤为困难的CBEC环境下，这一点更为重要。除事前仲裁协议外，如何与各国调解制度、韩国附执行认诺公证书等既有赋予强制执行依据（债务名义）的制度以及其他争议解决制度建立衔接，也是重要课题。就此而言，中国司法确认制度的运用具有很大参考价值。

五、结语

从全球化、物流发展和CBEC扩张等已成为世界性趋势的现实看，人工智能的运用与ODR的扩大具有必然性。就此而言，韩国法律界似乎尚未取得与其信息技术强国地位相称的成果。特别是考虑到人工智能的迅速发展——其已被评价为完成了向代理型人工智能的演进——人工智能驱动的ODR顺应法律市场技术化、国际化的潮流，无论作为独立产业领域还是作为商品，都具

朴约瑟：跨境电子商务平台的扩张与人工智能驱动的在线争议解决有重大意义。仅凭“不愿受人工智能支配”的感性口号，很难逆转这一潮流。为推进真正意义上的实质性司法国家化，并增强CBEC平台与企业的竞争力，也应当持续研究和开发人工智能驱动的ODR。

参 考 文 献

外文文献

【英文】

<其他>

UNCTAD, Business e-commerce sales and the role of online platforms.

【韩文】

<论文>

김봉수, “전자상거래의 분쟁조정제도 – 온라인 분쟁해결제도(ODR)를 중심으로 –”, 법학연구 제25권 1호, 2014.

김윤종, “국제 전자상거래 분쟁해결을 위한 절차규칙에서 중재의 특수성과 사전 중재합의의 효력”, 사법 제1권 28호, 2014.

오태현·임유진, “EU의 디지털세(Digital Tax) 주요 내용과 시사점”, 오늘의 세계경제 제18권 13호, 2018.

윤우일, “전자상거래분쟁해결을 위한 ODR 활성화를 위한 연구”, 중앙법학 제12권 4호, 2010.

이찬양, “온라인 분쟁해결(ODR)에서 인공지능(AI)의 민사법적 구현 – 온라인 조정절차에서 AI 챗봇·AI 조정인 도입방안을 중심으로 –”, 법조 제74권 1호, 2025.

한삼인·정창보, “ODR의 국내·외 동향과 활성화방안에 관한 연구”, 강원법학 제36권, 2012.

한설화·최원목, “국제 전자상거래의 온라인 분쟁해결에 관한 연구 – 한-중 FTA 접근방식을 중심으로 –”, 국제거래법연구 제29권 1호, 2020.

< 其他 >

정보통신정책연구원, <OECD의 전자상거래 소비자보호 가이드라인>, 2000.

한국농수산물유통공사 중국지역본부 베이징지사, <중국 온라인 해외직구 시장 현황 조사>, 2024.

摘要

跨境电子商务（CBEC）以在线平台为媒介迅速扩张，但由于缺乏常设机构、管辖与准据法存在不确定性，且争议具有小额、多发的特点，仅凭传统争议解决程序很难获得有效救济。本文以上述问题为背景，梳理在线争议解决（ODR）的含义与法律依据，考察国际组织及韩国、中国的立法例，并通过比较欧洲联盟、美国与韩国的立场，分析决定ODR实际效用的事前仲裁协议效力问题。继而，本文区分司法机关、政府机构与平台经营者，通过美国、澳大利亚、中国、韩国以及eBay、PayPal、淘宝、Amazon的案例，分析人工智能在实践中的应用现状。本文以人工智能驱动的ODR必然扩大为前提，最终提出三项建议，以协调司法服务的公共性与平台主导型争议解决的私人属性之间的张力：根据争议金额设置差异化条款，由不使用人工智能的一方承担相应费用，以及与传统争议解决程序相结合。

关键词：跨境电子商务，在线争议解决（ODR），人工智能，事前仲裁协议，在线平台，格式条款

Abstract

Cross-border e-commerce (CBEC) has expanded rapidly through online platforms. Yet the absence of a permanent establishment, the uncertainty surrounding jurisdiction and applicable law, and the small-value, high-volume nature of the resulting disputes make effective redress difficult to obtain through traditional dispute resolution procedures alone. Against this background, this article sets out the meaning and legal basis of online dispute resolution (ODR), reviews the legislative practice of international organizations, Korea and China, and then examines the effectiveness of pre-dispute arbitration agreements — an issue decisive for the practical utility of ODR — by comparing the positions taken in the European Union, the United States and Korea. It goes on to analyse how AI is actually being used, distinguishing courts and public authorities from platform operators, through the examples of the United States, Australia, China and Korea and those of eBay, PayPal, Taobao and Amazon. Concluding that the expansion of AI-assisted ODR is inevitable, the article proposes three measures to reconcile the public character of judicial services with the private nature of platform-led dispute resolution: terms differentiated according to the amount in dispute, allocation of the cost arising where AI is not used, and combination with traditional dispute resolution procedures.

Keywords: cross-border e-commerce; online dispute resolution; artificial intelligence; pre-dispute arbitration agreement; online platform; terms and conditions

중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰

A New Study on the Legal Character of Personal Information under China's Data Governance System

박현지(변호사, 법무법인(유) 지평 국제팀)

PARK, Hyunji(Attorney at Law, JIPYONG LLC International Team)

목차

I. 서론

II. 중국법상 개인정보 및 데이터 정책

1. 민법전상 개인정보 규율
2. 개인정보와 데이터의 구별 및 이중적 지위
3. 중국 사법실무상 개인정보 권익과 전통적 인격권 사례
4. 개인정보보호법(PIPL)과 데이터 거버넌스 정책

III. 개인정보의 법적 성질에 관한 중국 학계의 논쟁

1. 재산권설
2. 인격권설
3. 이원론

IV. 중국 거버넌스 체계 하에서 전통적 인격권 모델이 가진 한계와 새로운 관점

V. 시사점 및 결론

I. 서론

디지털 경제에서 개인정보는 수집과 분석, 결합, 가공을 통하여, 광범위하게 유통, 이용되고 있다. 또한, 빅데이터와 인공지능(Artificial Intelligence, AI) 기술의 급격한 발전에 의해 개인정보의 법적 지위와 위상이 변화되고 있다. 개인정보는 특정 개인의 행위와 일상생활과 밀접한 관련을 가지는 것은 물론, 민간 기업의 서비스 제공과 영업이익이나 수익 창출을 도모하기 위한 핵심 자원 요소로서 기능한다. 특히 중국은 디지털 경제와 인프라가 급격하게 발전하고 있을 뿐 아니라, 개인정보 보호와 데이터 활용이라는 상충된 정책 목표를 동시에 추진하고 있다. 개인정보는 「민법전」과 「개인정보보호법」(个人信息保护法, 이하 “PIPL”)을 통하여 인격권 체계 하에서 두텁게 보호되는 한편, 디지털 경제의 엔진인 데이터 요소시장(数据要素市场)의 육성을 적극 추진하고 있으며, 그 시장 규모도 빠르게 성장하고 있다. 중국은 국가 주도적인 인공지능(AI) 정책 추진을 통하여 기술력과 혁신성을 제고하는 과정에 있으며, 대규모 범용 AI 모델 뿐만 아니라 산업별 특화된 AI 모델 개발에 집중하여 차세대 성장 동력으로 확보하고 있다.¹

여기서 개인정보가 그 법적 성질과 관련하여 인격권 보호의 대상에 불과한지, 아니면 일정한 범위 내에서 독립적인 경제적 객체로 이해될 수 있는지 등에 대한 근본적인 문제 의식이 제기될 수 있다. 아울러, 개인정보보호권과 전통적인 인격권과의 법적 경계를 구분하는 문제는 중국 학계와 실무계의 중요한 과제가 되고 있다.

이에 따라, 본고는 중국의 개인정보 법체계와 개인정보의 법적 성질에 관하여 중국 학계에서 주로 논의되고 있는 재산권설·인격권설·이원론을 소개한다.

¹참조 문헌: 중국의 인공지능(AI) 정책·전략 현황과 변화 방향 - AI 대국으로 도약하기 위해 중국은 어떻게 변화하고 있는가?, NIA 인공지능(AI)정책실 미래전략팀 이정아(2025년 3월)

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰
나아가, 중국 데이터 거버넌스의 구조와 인공지능(AI) 시대에서 개인정보 보호와 활용 방향에 대한 시사점을 도출한다. 이에 덧붙여, 인격물(人格物)이라는 개념을 통하여 개인정보의 이중적 성격에 대한 설명을 제공하는 동시에, 인격권적 보호와 준물권적 배제에 따른 규제 수단으로의 확장 가능성을 탐색해보는 한편, 경제 자원으로의 데이터 전환에 대한 제도적인 수단을 제시한다.

II. 중국법상 개인정보 및 데이터 정책

1. 민법전상 개인정보 규율

중국 「민법전」(中華人民共和國民法典, 2021년 1월 1일부터 시행)은 개인정보와 관련된 인격적 이익(人格利益)을 보호하는 방식으로 규율한다. 이는 개인정보를 인격권의 직접적인 보호 대상이나 독립적인 인격권과 동일시하지 않고 인격적 이익(人格利益)이 반영된 특수한 법익으로 파악하는 입법자의 의도를 반영하고 있다. 또한, 이러한 해석은 개인정보를 독립적인 인격권 보호의 객체를 넘어 특수한 성격을 지닌 법적 대상으로 이해하는 이론적 단서를 제공한다.

한편, 중국 「민법전」은 개인정보를 인격권 편제 안에 규율하는 방식을 채택하고 있다. 동법 인격권편 내 제1034조는 '개인정보'를 자연인의 각종 식별 가능 정보로 정의하고 있으며, 동법 제111조는 자연인의 개인정보는 법의 보호를 받으며, 타인의 개인정보를 불법적으로 수집, 이용, 처리 또는 전송하거나, 불법적으로 매매, 제공 또는 공개해서는 안 된다고 명시한다. 주목할 점은 중국 「민법전」이 개인정보를 생명권·신체권·건강권·성명권·초상권·명예권 등과 같은 독립적인 인격권과 동일한 선상에서 규정하고 있지 않다는 점이다. 바꾸어 말해, 개인정보를 인격권 그 자체보다는 개인정보와 관련된 인격적 이익(人格利益)을 보호하는 규율 방식을 취하고 있다.

2. 개인정보와 데이터의 구별 및 이중적 지위

중국 법체계에 비추어보면, 개인정보와 데이터를 개념적으로 구별하면서 양자간 전환 가능성을 전제로 규율하고 있다. 중국 개인정보보호법(PIPL) 제4조 제1항은 개인정보를 ‘전자적 또는 기타 방법으로 기록된, 식별된 또는 식별 가능한 자연인과 관련된 각종 정보’로 정하면서, 개인정보를 자연인의 식별 가능성과 밀접하게 결부된 인격적 이익으로서 강한 보호 장치를 부여하고 있다.

더불어, 개인정보보호법(PIPL) 제73조 제3호에 따르면, 비식별화(去标识化)를 개인정보가 처리를 거쳐 추가 정보의 도움 없이는 특정 자연인을 식별할 수 없게 되는 과정으로 정의하며, 동조 제4호는 익명화(匿名化)를 개인정보가 처리를 거쳐 특정 자연인을 식별할 수 없고 복원도 불가능한 과정으로 정의한다. 이에 따라 비식별화된 정보는 추가 정보와 결합하면 재식별이 가능하므로 여전히 개인정보로서 보호받는 반면, 익명화된 정보는 식별 불가능성과 복원 불가능성이라는 요건을 모두 충족해야만 개인정보의 범주에서 벗어나게 된다. 이와 같은 개인정보를 비(非)개인정보로 전환하는 익명화 구조를 통하여, 개인정보가 데이터로 전환, 활용될 수 있는 가능성을 규율하고 있다. 결국 개인정보는 그 자체로는 특정 개인 또는 정보주체와의 연결성을 전제로 하는 인격적 법익의 성격을 가지면서도, 적법한 수집·분석·결합·가공 및 익명화 등의 처리 과정을 거치면서 특정 개인과의 직접적 연결성이 약화되거나 제거된 데이터 또는 데이터 상품의 형태로 전환될 수 있다. 이러한 전환을 통하여 개인정보에서 유래한 데이터는 디지털 경제에서 중요한 경제적 가치를 창출하는 자원이자 생산요소로 기능할 수 있으며, 그 이용가치와 재산적 가치도 일정한 범위에서 실현될 수 있다.

더 나아가, 중국 「민법전」은 총칙편 제5장에서 데이터 및 네트워크 가상재산의 보호 가능성을 별도로 언급함으로써, 데이터가 민사법상 보호대상이 될 수

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰
있음을 전제하고 있다. 예컨대, 「민법전」 제127조 내용을 보면, 법률이 데이터
및 네트워크 가상재산의 보호에 관하여 규정을 둔 경우 그 규정에 따른다고 정
하고 있어, 데이터에 대한 독자적 소유권이나 물권성을 직접 인정하는 것은 아
니나 데이터의 객체적·재산적 보호 가능성을 배제하지 않는 입법적 태도를 보
여준다.

3. 중국 사법실무상 개인정보 권익과 전통적 인격권 사례

중국 사법실무상 일련의 사례를 통하여 개인정보 권익과 전통적 인격권 사이
의 경계가 명확히 정립되어 있지 않음을 알 수 있다. 이른바 “주거단지 판결문
게시” 사건은 피고 부동산관리회사가 원고의 패소 판결문을 주거단지 내에 게
시하자, 법원이 해당 행위를 단순한 명예권 또는 프라이버시권 침해로 볼 것인
지 아니면 개인정보 권익 침해로 볼 것인지를 문제 삼은 바 있다.² 개인정보
유출 사건에서도 개인정보 권익과 프라이버시권의 경계 문제가 동일하게 반복
되고 있다. 일례로, 항공권 예약 과정에서 생성된 휴대전화 번호와 항공 일정
정보가 유출되어 전기통신사기 피해로 이어진 사안 및 온라인 항공권 구매 과
정에서 항공사와 온라인 항공권 구매 플랫폼이 시민의 개인정보를 침해한 분쟁
에서 성명·휴대전화 번호·항공 일정이 결합된 정보가 개인정보이자 동시에 사

²참조 판례: 江苏省淮安市经济技术开发区人民法院 (2018) 苏0891民初4725号, 江苏省淮安市中级人
民法院 (2019) 苏08民终1653号

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰
생활 정보로서 보호될 수 있는지에여부가 문제된 사안이 있다.³⁴⁵

중국의 사법 실무에서 개인정보보호권과 전통적 인격권이 빈번하게 중복 적용되는 현상은 양 권리를 가르는 본질적 기준을 충분히 규명하지 못했음을 방증한다. 즉, 개인정보가 전통적인 인격권의 하위 범주로 포섭될 수 있는지, 디지털 환경에서 독자적인 보호 법익으로 파악되어야 하는지에 관한 기준이 명확하게 정립되어 있지 않은 이유로 인하여, 동일한 사실관계 안에서 개인정보 권익, 프라이버시권, 명예권, 인격권이 중첩적으로 적용되거나 심지어는 상이한 결론이 도출되는 경우가 종종 발생하고 있다. 그래서 동일한 이익에 대하여 이중적 보호가 발생할 수 있으며, 다른 한편으로 사법공개나 데이터 유통, 공중의 알 권리 같은 이익과의 균형이 손상될 위험이 상존한다.

물론 전통적 인격권 보호 이론만으로는 관련 법제나 사회적 변화를 충분히 포섭하거나 따라가기 어렵다. 기존에 인격권을 중심으로 한 개인정보 모델이나 법제 같은 경우에는 주로 개인의 사생활이나 명예권, 자기결정권에 대한 보호에 초점을 맞추고 있으므로, 디지털 사회에서 개인정보보호권은 전통적인 인격권의 보호 범위를 확대하는 방식으로 적용해야 한다. 또한, 생성형 인공지능 및 빅데이터 분석이 일반화된 환경 하에서 개인정보는 예측, 분류, 추천, 차별, 감

3

참조

사이트:

mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA3OTEzMjMwNg==&mid=2651959532&idx=1&sn=d83a6cbb92f88ed775ad286f2752bd0d&chksm=845d3311b32aba0747464358acb2ae3ea0e6c94be12bc6d19e4c6ada19f170dee7075641ed3d&scene=27 (방문일자: 2026년 6월 27일)

⁴참조 판례: 申某诉某商旅公司、支付宝公司侵权责任纠纷案, 北京市朝阳区人民法院(2018)京0105民初36658号民事判决书。

⁵참조 판례: 庞理鹏诉中国东方航空股份有限公司、北京趣拿信息技术有限公司隐私权纠纷案, 北京市海淀区人民法院(2015)海民初字第10634号民事判决书。 庞理鹏诉中国东方航空股份有限公司、北京趣拿信息技术有限公司隐私权纠纷案, 北京市第一中级人民法院(2017)京01民终509号民事判决书。(참조 사이트: www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/112611.html, 방문일자: 2026년 6월 30일)

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰
시를 위한 기초적인 자료로 기능할 수 있으며, 데이터 전환 및 분석, 처리 과정을 통해 생성된 가치와 이익이 최종적으로 누구에게 귀속되는지가 문제될 수 있다. 게다가 거대 온라인 플랫폼 기업과 개인 간에 존재하는 정보력 편차와 협상력에 대한 현저한 불균형도 결코 배제할 수 없는 문제이다. 따라서 인공지능(AI) 시대에서 마주하는 개인정보 문제는 데이터 결합을 통해 생성되는 정보와 가치를 어떻게 통제할 것인가라는 문제로 외연이 점차 확장되고 있다.⁶

4. 개인정보보호법(PIPL)과 데이터 거버넌스 정책

중국 개인정보보호법(PIPL)은 개인정보 처리에 대하여 동의, 목적 제한, 최소 필요, 공개·투명성, 안전보호 의무 등 원칙과 개인은 개인정보 처리에 관하여 알 권리와 결정권을 보유하며, 개인정보 처리자는 법정 요건에 따라 개인정보를 처리해야 한다는 내용을 규정한다(동법 제5조~제9조, 제44조~제50조 등). 이는 외견상 유럽연합(EU) 일반개인정보규정(General Data Protection Regulation, GDPR, 2016년 4월 제정, 2018년 5월 25일 시행)과 유사한 구조를 가진다.

그러나 중국 특유의 개인정보 법제와 중국 개인정보보호법(PIPL)은 개인의 자기정보결정권 보호를 중심으로 하는 EU식 모델과는 분명한 차별점이 드러난다. 일단, 중국의 개인정보보호법(PIPL)은 데이터안전법(中华人民共和国数据安全法, 이하 “DSL”), 사이버보안법(中华人民共和国网络安全法, 이하 “CSL”), 국가안전법(中华人民共和国国家安全法, 이하 “NSL”) 등과 같이 국가 중심의 데이터 통제와 체계 안에서 작동하고 있는 법률에 속한다. 다시 말해, 중국 개인정보 법체계는 개인·조직의 합법적 권익에서 비롯하여 국가안보(国家安全) 및 공공이익(公共利益), 데이터주권과도 상당한 관련성을 가진다.

⁶ 「중국의 생성형 AI 법적 규제에 관한 연구」, 장진보·노소우, 중국법연구 제52집, 한중법학회

177면 참조.

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰

또한, 중국에서 데이터는 단순히 정보의 집합체가 아닌 경제 발전의 핵심 동력이자 자원이라는 인식을 기반으로, 산업 유통과 과학기술 혁신, 제조, 인공지능(AI) 모델 학습, 교통 운송, 금융 서비스, 소비자 분석, 스마트 도시와 의료건강 등 전방위적인 분야에서 데이터를 적극적으로 활용되고 있다.

DSL(데이터안전법) 제21조에서 중요데이터에 해당하는지 여부의 판단 기준 자체도 국가안전·공공이익과 결부되어 있는 단적인 예이다. 참고로, 「중요데이터 식별 가이드라인」(工业领域重要数据识别指南, YD/T 4981—2024)은 “중요데이터”의 개념을 별도의 단일 정의 조항으로 규정하기보다는, 산업데이터 처리자가 산업 분야 중요데이터를 식별할 때 준수하여야 할 기본원칙, 절차 및 식별 차원을 제시하는 실무적 지침에 해당한다. 동 지침은 국가안전, 사회안정, 산업경제 운영, 산업생산 안전, 산업 발전 안전 등에 미치는 영향을 중심으로, 데이터가 변조·훼손·유출되거나 불법취득·불법이용될 경우 중대한 영향을 초래할 수 있는지 여부를 기준으로 “중요데이터”에 해당하는지 여부를 판단하도록 하고 있다. 이어서, 일단 데이터가 ‘중요데이터’로 분류되고 나면, 해당 데이터의 처리자는 DSL(데이터안전법) 제30조에 따라 정기적 위험평가 실시 및 관할 부처에 대한 위험평가보고서 제출 의무를 부담하게 되며, 그 내용으로는 처리하는 중요데이터의 종류·수량, 데이터 처리 활동의 현황, 직면한 데이터 안전 위험 및 그 대응조치 등이 포함되어야 한다.⁷ 이에 더하여, 중요데이터의 국외 반출, 즉 데이터 역외이전과 관련하여 별도의 안전평가 절차가 요구된다. DSL(데이터안전법) 제35조와 제36조는 데이터 역외 제공에 대한 국가기관의 통제권을 명시하면서 데이터에 대한 처분권의 최종적 통제자가 데이터 보유자가 아닌 국가라는 점을 분명히 규정하고 있다.

이러한 법 규정과 정책적 기조는 국가 문건에서도 확연하게 나타난다. 데이

⁷참조 사이트: www.zhonglun.com/research/articles/9181.html (방문일자: 2026년 6월 30일)

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰

터는 2020년 공표된 「보다 완비된 생산요소의 시장화 배분 체제·메커니즘 구축에 관한 의견」(关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见)에 따라 토지, 노동, 자본, 기술에 이은 다섯 번째 생산요소로 최초로 명시된 바 있으며, 2022년 「데이터 기초제도를 구축하여 데이터 요소의 역할을 보다 효과적으로 발휘하기 위한 의견」(关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见)에서 소위 ‘데이터 20개조(数据二十条)’를 통하여 데이터 자원의 소유권·가공이용권·경영권을 분리하는 삼권 분치(三权分置) 구조 및 요소시장 육성 방침이 구체화되었다. 이와 같은 일련의 문건을 통하여 중국은 데이터를 국가 경제 발전의 핵심 자원이라는 인식 하에 데이터 자원화의 기반 위에서 산업적 활용의 대상으로 삼고 있다.

무엇보다 중국식 데이터 거버넌스 모델에서 가장 두드러지는 특징은 국가 주도의 규율 체계 안에서 이루어지는 강한 개입과 통제라고 보여진다. 미리 살펴본 바와 같이, 중요 데이터·핵심 데이터·대량 개인정보의 국외 이전은 국가적인 심사 및 관리의 대상이며, 데이터 처리와 이전·보관·국외 제공에 대하여도 국가 안보와 공공이익을 위한 제한 규정이 명시되어 있다. 개인은 개인정보의 보호 주체임에도 불구하고 데이터 거버넌스의 최종 결정권자가 아니라는 점이 부각되며, 기업은 데이터를 활용하여 경제적 가치를 창출하되 국가가 설정한 안보 체계와 법적 규율 안에서 이를 수행한다. 바로 이러한 지점에서 개인정보 보호 및 데이터 요소화 사이에서 긴장이나 충돌 요인이 될 수 있다. 즉, 개인정보보호 법제는 개인정보 보호의 논리에 근거해 개인정보 처리에 제한을 부과하고 있으나, 중국 정부당국의 데이터 요소화 정책은 데이터의 유통과 활용을 최적화하는 과정 중에 있으므로 일견 충돌하는 것처럼 보이기 때문이다.

III. 개인정보의 법적 성질에 관한 중국 학계의 논쟁

중국 학계에서는 개인정보의 법적 성질에 관하여 다음과 같이 재산권설, 인격권설, 인격재산권설(이원론)이 대립하고 있다.

1. 재산권설

먼저, 재산권설은 소비기록·검색기록·위치정보·신용정보 등은 시장에서 일정한 경제적 가치를 지니며, 개인정보는 플랫폼 기업의 수익 창출에 기여하고 일정한 조건 하에서 이전·이용·허락이 가능하다는 점에서 그 재산적 성격에 주목한다. 이러한 견해는 개인정보권이 본질적으로 재산적 이익을 포함하는 개인적 권리이며, 오늘날 개인정보가 무형적인 자산이자 사회적인 가치 창출로 기능한다는 점에서 일견 타당한 측면이 있다. 개인정보에 내재되어 있는 재산적 가치가 본질적이라는 관점은 재산권설이 취하는 근본적인 논리가 된다.

그러나 개인정보는 특정 개인 내지 정보주체와는 완전히 분리될 수 없으며, 자연인의 인격과도 본질적으로 불가분하게 결부되어 있으므로, 이러한 측면을 고려하면 재산권설은 일정한 한계를 가진다. 개인정보를 오로지 재산적 객체로만 파악할 경우, 개인정보 오남용이나 사생활 침해, 명예훼손을 통한 인격권 침해와 관련된 리스크를 통제하기 어렵다. 이에 더하여, 개인정보권은 개인적 특정 이익에 대한 구체적 표현으로서 인격권과 재산권적 가치 및 속성을 양측으로 겸비하고 있으며, 이 중에서도 개인정보의 인격적 이익이라는 속성이 법적으로 우선적인 보호 대상으로 본다면, 이를 재산권으로만 분류하는 것은 상당히 부적절하다는 비판이 제기될 수 있다.

2. 인격권설

인격권설은 개인정보를 자연인의 인격적 존엄성과 존중, 사생활의 비밀, 자기 결정권과 밀접하게 관련된 법익으로 이해한다. 사생활에 대한 보호권은 자연법과 도덕 규범에서 비롯되며, 개인의 존엄성과 존중을 위한 법적 권리를 추구하

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰
는 과정에서 형성된다. 오늘날의 정보화 사회에서 개인정보는 인격적 이익의
본질적 측면을 이룬다. 중국 「민법전」과 개인정보보호법(PIPL)은 개인의 동의·
알 권리·열람권·정정권·삭제권을 보장하며, 이는 개인정보가 자연인의 인격적
이익과 밀접하게 결부되어 있음을 전제로 개인이 자신의 인격적 이익을 보호하
기 위한 권능으로 설명되곤 한다. 이러한 인격권에 의하면, 열람권·정정권·삭제
권은 인격적 이익을 보호하기 위한 권리로 설명된다. 개인정보에 대한 권리를
특정한 인격권, 즉 특정 자연인에 관한 정보를 독립적인 인격권으로 보호하는
것은 빅데이터를 주축으로 하는 시대적 맥락에서 필연적인 추세라고 보여지며,
이에 따라 개인정보권을 독립된 인격권으로 취급하는 것이 더욱 효과적이라는
주장이 제기될 수 있다.

그러나 인격권설 역시 디지털 경제의 현실과 양립하기 어려운 측면과 개인정
보가 갖는 경제적 기능을 충분히 설명하지 못하는 한계가 다분히 명백하다. 디
지탈 플랫폼 경제에서 개인정보는 사생활 보호의 대상에 머무르지 않고, 분석
과 결합을 통하여 광고·추천 알고리즘·신용평가·위치기반 서비스·인공지능(AI)
학습 등 다양한 영역에서 실질적 경제적 가치를 창출하는 자원으로 기능하고
있다. 그러나 개인정보를 순수 인격권으로만 파악한다면 그 일신전속적인 성격
으로 인하여 개인정보의 합법적 이용, 가공, 분석에 대한 이론적인 설명이 어려
워지며, 데이터 자원화 및 활용에 대해서도 정당화가 곤란해지는 측면이 있다.
사생활권 이론만으로는 개인정보의 재산적 속성을 설명하기 어려운 한계와 더
불어, 실제 현실과의 괴리와 격차를 만들어낸다. 개인정보는 사생활과 달리 본
질적인 재산적 속성을 지니고 있으며, 디지털 사회의 사이버 공간에서 수집, 저
장, 처리된 개인정보는 특정한 상업적 필요를 충족할 수 있어 재산적 속성과
가치를 획득하게 된다.⁸ 참고로, 개인정보가 개인의 내면적인 인격적 이익에 불

⁸출처 사이트: https://www.spp.gov.cn/spp/llyj/202109/t20210924_530595.shtml (방문일자: 2026년 6월 29

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰
과하다면, 그 침해에 대한 구제는 정신적 손해배상이나 명예회복에만 머무를
가능성이 높다.

3. 이원론

이원론은 개인정보가 인격적 이익과 재산적 이익을 동시에 내포한다고 파악한다. 즉, 개인정보는 자연인의 존엄과 자율성을 보호해야 하는 인격적 성격을 가지는 동시에, 일정한 범위에서 경제적 활용과 가치 창출의 대상이 될 수 있는 재산적 성격도 지닌다는 입장이다. 이원론에 의하면, 개인정보에 내재된 재산적 가치는 알고리즘(Algorithm) 기술의 적용에서 비롯된 불가분한 속성을 가진다. 그리고 개인정보의 인격적 이익이라는 속성으로 인하여, 법적으로 우선적 보호 대상이나 개인정보에 내재된 재산적 가치가 디지털 사회에서 근본적인 원동력으로 발휘된다. 이와 더불어, 이원론은 중국의 개인정보보호법 체계가 작동하는 방식, 즉 인격권 보호와 데이터 활용이라는 상충된 목표를 동시에 추구하는 데이터 거버넌스 구조를 설명하는 데 유용하게 기능한다. 비록 이원론이 인격권과 재산권의 병존을 인정함에도 불구하고, 양 권리가 서로 충돌할 경우에는 어느 권리를 우선시할 것인가에 관하여 구체적 기준이 모호하다는 한계가 분명히 드러난다.

한편으로, 주류 이론에 근거하면, 시민의 정보권에 내재된 개인정보는 궁극적으로 사생활권이라는 사적 영역에서 출발하여 점차 공적 영역으로 확장됨에 따라 공적 영역과 사적 영역을 전부 아우르는 복합적인 권리 속성을 지닌다. 그러나 국가의 행정권력이 점차 확대됨에 따라 공공 관리 및 공공 서비스 제공에 대한 정부의 필요성, 과학기술 발전과 같은 각종 원인들이 맞물려 개인의 인격권과 결부된 개인정보 통제 능력은 점차 약화되는 추세에 있다. 그러므로 개인정보는 점점 공공기관이나 온라인 플랫폼의 통제 하에 머무르게 되며, 전적으

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰로 개인의 통제에서 점차 사회적, 공적 성격을 띠는 방향으로 이동하고 있다. 더욱이, 빅데이터 시대에서 사적 영역과 공적 영역이 더욱 밀접하게 연결되는 경향에 따라, 순전하게 사법이나 공법에만 기반한 보호 이론으로는 개인정보 보호의 법적 근거를 충분히 설명할 수 없다.⁹

IV. 중국 거버넌스 체계 하에서 전통적 인격권 모델이 가진 한계와 새로운 관점

종래 개인정보 보호에 관한 논의는 주로 특정 정보의 수집, 저장, 제공, 유출을 중심으로 전개되었으며, 개인정보는 사생활의 비밀, 인격과 존엄, 자기결정권과 결부되어 이해되는 경향이 강하게 관찰되었다. 전통적인 인격권 모델은 개인의 사생활·명예·자기결정권 보호에 초점을 맞추고 있다. 개인정보에 관한 법적 논의도 개인의 권리 보호를 중심으로 전개되어 온 측면이 있으며, 유럽연합(EU)의 일반개인정보보호규정(General Data Protection Regulation, 이하 “GDPR”)이나 우리나라(한국)의 개인정보보호법 역시도 이러한 관점을 기초로 삼고 있다.

바야흐로 인공지능(AI) 발전 시대에는 개인정보에 대한 규율이나 법적 성질 문제를 다루기가 더욱 복잡해지고 있다. 생성형 AI와 빅데이터 분석이 일반화된 환경에서는 개별 개인정보 자체보다 다수의 정보가 결합되어 만들어내는 예측과 추론의 가치가 중요해지고 있다. 생성형 AI는 입력된 정보·훈련된 데이터에 기반하여 독자적으로 새롭고 창의적인 콘텐츠를 생성함으로써, 개인정보의 활용 방식을 전통적 인격권 모델이 상정하는 범주를 넘어가고 있다. 위치정보와 구매이력·검색기록·결제정보 등의 데이터는 각기 독립적으로는 제한적인 의미를 띠지만, 결합되면 개인의 소비성향·건강상태·정치적 성향·경제적 능력·생활

⁹출처 사이트: law.gzu.edu.cn/2024/0318/c2879a213755/page.htm (방문일자: 2026년 6월 28일)

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰 패턴을 추론할 수 있게 된다. 이에 따라, 인공지능(AI) 시대의 개인정보 문제는 이미 존재하는 정보를 보호하는 문제를 넘어, 데이터 결합을 통해 새롭게 생성되는 정보와 가치의 통제 문제로 확장되고 있다. 핵심 문제는 데이터 분석을 통해 생성된 가치와 이익이 누구에게 귀속되는가에 달려 있다. 그리고 특정 개인의 개인정보를 어떻게 보호할 것인가라는 좁은 과제에 머무르지 않고, 개인정보로부터 창출된 가치와 이익에 대한 통제권을 어떠한 방식으로 배분할 것인가의 문제로 확장되어야 한다.

전통적 인격권 보호 체계는 주로 인격권 침해 후 손해배상과 정신적 손해에 대한 회복에 집중하고 있다고 분석된다. 하지만 현대 경제 환경에서는 ‘디지털 정체성(Digital Identity)’ 또는 ‘잊혀질 권리(Right to be forgotten)’라는 개념에 대하여 이해할 필요가 있으며, 특정 개인에 대한 개인정보 침해가 발생하면 개인정보가 이미 복제되거나 확산된 후라서 손해배상만으로는 권리 침해를 충분히 구제하기 어렵고 원상회복이 불가능한 경우가 많다. 이로 인하여, 전통적 사후적 구제수단만으로는 개인정보 침해에 효과적으로 대응하기 어려운 측면이 농후하다. 이러한 맥락에서 개인정보보호법(PIPL)상 삭제청구권·처리정지청구권·설명요구권이 단지 사후적 손해배상을 넘어 사전적·예방적 보호 기능을 수행한다는 점은 개인정보 보호수단의 재구성 가능성을 시사한다. 중국 「민법전」 제1167조는 인격권을 침해 당한 자는 침해정지(停止侵害)·방해배제(排除妨礙)·위험제거(消除危險) 등의 민사책임을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 권리구조는 정보주체가 손해 발생 여부와 무관하게 개인정보 처리행위 자체의 중단을 요구할 수 있도록 포함하는 면에서, 인공지능(AI) 시대의 자동적인 개인정보 알고리즘 처리에 대응하는 효과적인 법적 수단이 될 수 있다. 나아가, 이러한 근거에 기반하면, 개인정보를 인격물(人格物)로 이해하는 경우, 민사상 손해배상청구권을 넘어 물권법적 보호방식과 유사한 배타적 청구권(exclusionary claim)의 도입 가능성에 대하여 보다 확장된 방식으로 검토할 수 있다. 달리 말해, 물권

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰

이 특정 객체에 대한 배타적 지배를 전제로 방해배제청구권이나 방해예방청구권, 물권 반환청구권 등을 인정하는 것처럼(중국 「민법전」 제235조 ~ 제237조 참조), 개인정보 또한 특정인의 인격적 이익과 결합된 객체라는 측면에서 침해행위의 중지나 무단 이용 내지 침해 배제 내지 불법으로 획득한 개인정보의 삭제 및 반환을 직접적으로 청구할 수 있는 구조를 상정할 수 있다. 이는 전통적인 채권적 구제수단보다는 오히려 물권적인 청구권에 가까운 성격을 지닌다. 정보주체와 같은 권리자는 손해 발생 여부와 무관하게 개인정보 처리행위 자체의 중단을 요구할 수 있으며, 이는 일정 부분 배타적 지배권의 논리를 반영하고 있다.

결론적으로, 중국식 거버넌스 구조는 개인정보를 독립적인 인격권으로만 바라보는 관점에서는 데이터 자원화와 국가 주도 활용을 정당화하기 어려우며, 재산권으로만 보는 관점으로도 강력한 인격권적 보호와 국가안보적 통제의 필요성을 충분히 설명하기 어렵다. 하지만 개인정보를 인격적 이익을 내포한 특수한 객체, 즉 인격물(人格物)로 이해하면 개인정보의 보호, 활용, 통제로 이어지는 법제적 구조를 일관성 있게 설명할 수 있다.

V. 시사점 및 결론

전통적인 인격권과 자기정보결정권을 중심으로 한 접근 방식은 개인정보의 경제적 가치와 데이터 활용이라는 시대적 현실을 충분히 수용하지 못한다. 또한, 개인정보를 인격적 통제의 대상으로 파악하는 개인정보보호나 활용 법제는 개인정보가 갖는 경제적 가치와 데이터 활용 현실을 설명하는 데에는 일정한 한계를 노출할 수 있다. 개인정보가 AI 개발·플랫폼 산업과 디지털 광고·데이터 거래 등과 같이 다양한 경제활동의 핵심 자원으로 이용되는 현실에서, 개인정보는 데이터가 창출하는 경제적 가치와 밀접한 이해관계를 형성하게 된다. 앞서 언급한 바와 같이, 중국의 인격물(人格物) 이론은 개인정보를 인격적 통제의

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰 대상이자 일정한 경제적 가치를 내포한 특수한 객체로 이해함으로써, 데이터 활용의 현실 및 인격권 보호의 논리를 정합하는 이론적 설명을 제공할 수 있다.

그리고 현행 중국 개인정보 규율 체계는 인격권 보호와 데이터 활용, 국가 통제라는 요소를 통합하는 복합적인 거버넌스 구조를 형성하고 있다. 이는 개인정보가 전통적 인격권 혹은 재산권 중에서 어느 하나만으로는 설명하기 어려운 특수한 법적 대상임을 보여준다.

따라서 본고는 이러한 구조를 설명하기 위하여 중국 학계에서 학술적 용어로 쓰이고 있는 인격물(人格物)이라는 개념을 제시하였다. 본래 중국 민법학에서 논의되는 인격물(人格物)이라는 개념은 본래 유체물에 인격적 이익이 결합된 경우를 설명하기 위한 이론적 개념이나(“인격적 이익이 부착된 물건”이라는 의미),¹⁰ 개인정보가 인격적 이익과 객체적·경제적 가치를 동시에 가진다는 점을 설명하는 데 필요한 범위에서 참조적 의미로 사용하기로 한다. 이에 따라, 개인정보를 인격적 이익을 내포한 특수한 객체라고 파악함으로써, 중국법이 보호와 활용, 통제를 동시에 추구하는 이유를 일관되게 설명할 수 있는 이론적 프레임을 제공한다. 인격물(人格物)이라는 개념은 중국 실정법상 명시적으로 승인된 법개념은 아니지만, 중국이 취하는 데이터 거버넌스의 구조를 해석하고 설명하는 데 상당한 유용성을 지니는 이론적 기반이 될 수 있다. 다만, 인격물(人格物)의 전통적 객체가 유일하고 대체 불가능한 유체물임에 반해, 개인정보는 복제 가능하며 비경합적이라는 본질적인 차이가 있으므로, 이를 독립된 이론 틀로 원용하기보다는 인격권적 보호와 데이터 객체성의 공존이라는 현상을 설명

¹⁰인격물(人格物)은 유골, 유체, 가족사진, 기념물, 편지, 유품처럼 특정인의 인격적·정서적 이익이 강하게 결합된 특수한 유체물을 설명할 때 주로 사용되는 용어이다. (참조 사이트: iolaw.csn.cn/fxyjdt/201906/t20190618_4919420.shtml, 방문일자: 2026년 6월 30일)

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰
하는 참조적인 관점으로만 활용하는 것이 적절할 것이다.¹¹

더 나아가, 인격물(人格物) 이론은 개인정보 보호체계의 방향성에 대해서도 시사점을 제공한다. 사후적인 손해배상을 중심으로 한 구제라는 기존 관점에서 벗어나, 정보주체의 배타적 청구권을 중심으로 한 사전적이고 예방적인 보호체계를 구축하는 근거로 기능한다. 또 인공지능(AI) 시대에서 새롭게 제기되는 데이터 가치의 귀속과 배분 문제에 대응하기 위하여도, 개인정보를 인격권의 객체 또는 재산권의 범주로만 이해하는 이분법적 사고방식을 넘어 인격적 이익과 경제적 가치가 동시에 내재된 특수한 객체로 이해하는 관점의 전환이 필요하다.

다만, 개인정보와 전통적 의미의 인격물(人格物) 사이에 존재하는 본질적인 차이점을 간과할 수는 없다. 개인정보의 객체는 데이터 또는 정보로서 복제 가능성과 유통 가능성을 가지는 반면, 전통적 인격물(人格物)의 객체는 유체물로서 유일성 및 대체 불가능성이 있다. 더욱이, 개인정보의 권익은 인격권의 범주에 속하나, 전통적인 인격물(人格物)은 물권의 범주에 속하면서 인격적 이익이 부착되어 있다. 한편, 개인정보는 통제와 유통의 균형(동의 원칙, 삭제권 등)에 중점을 두고 보호하는 반면, 인격물(人格物)은 특정 물건의 멸실·훼손에 따른 정서적 이익의 구제(정신적 위자료)에 중점을 두고 보호하는 경향이 짙다. 비록 이러한 근본적인 차이점을 인식하면서도, 개인정보를 디지털 시대의 인격적 연장으로 파악하는 인격물(人格物)론은 중국 데이터 거버넌스의 구조를 분석하는데 중요한 이론적 자원과 핵심적인 통찰을 제공하는 도구가 된다.

뿐만 아니라, 개인정보는 물권의 객체와는 동일하게 취급할 수 없다. 개인정보는 복제 가능하고 비경합적(non-rivalrous)이며, 다수의 주체가 동시에 이용할 수 있다는 점에서 전통적 물권법의 객체와는 근본적인 차이가 명백하게 드러난

¹¹중문 참조 문헌: 冷传莉, 论民法中的人格物, 法律出版社(2011년)

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰

다. 이에 따라, 개인정보에 대한 완전한 소유권이나 물권을 인정하는 것은 적절치 않은 논리 전개로 이어질 수 있다. 하지만 개인정보가 인격적 이익을 내포한 특수한 객체라는 점을 전제로 한다면, 침해 예방과 배제를 중심으로 하는 준물권적(準物權的) 보호구조를 모색할 필요성은 충분히 도출될 수 있다. 이와 더불어, 개인정보의 경제적 가치와 생산 요소로서의 역할이 지속적으로 증가하고 있으며, 개인정보 침해 역시 프라이버시 침해를 넘어 데이터 가치의 무단 전유 문제로 확대됨에 따라, 인공지능(AI) 시대에 들어서는 이전과는 다른 새로운 관점이나 법리가 요구되고 있다. 이러한 시대적 배경과 맥락 하에서 개인정보를 인격물(人格物)로 이해하는 접근 방식은 향후 개인정보 보호체계를 손해배상을 중심으로 한 사후적 구제 체계에서 나아가 정보주체의 배타적인 청구권을 중심으로 한 사전적이고 예방적 보호체계로 발전시키는 근거로 기능할 수 있다.

중국 현행 법체계는 개인정보가 정보주체의 인격과 결부된 이익이면서도, 외부 세계에서 독자적으로 유통·보유·처리될 수 있는 일정한 객체성을 가진다는 사고방식과 법철학을 전제로 규정하고 있다. 비록 인격물(人格物)이라는 개념이 중국 실정법상으로 명시적으로 승인되거나 일반적으로 학계에서 통용되는 법개념이라고 보기는 어려우나, 중국 데이터 거버넌스의 구조를 설명하는 데에는 상당한 유용성을 가지는 이론적 기반이 될 수 있다고 판단되며, 개인정보를 인격적 이익과 경제적 가치가 동시에 내재된 특수한 객체, 즉 인격물(人格物)로 이해하는 접근법이 유익하다. 이와 같은 관점은 중국 개인정보법 체계가 보여주는 복합적 구조를 해석하는 중요한 이론적 단서를 제공한다.

결론적으로, 인공지능(AI) 시대의 기술적 발전에 따라 중국 거버넌스 체계는 데이터의 귀속과 배분, 알고리즘 처리에 의한 개인정보 문제가 더욱 복잡해지는 상황에서, 개인정보를 인격적 이익을 보유하면서도 재산적 성격을 지닌 특수한 객체로 이해하는 정교한 개인정보 규율 체계와 이론적 발전이 요청된다.

참고문헌

1. 국내문헌

<논문>

장진보·노소우, “중국의 생성형 AI 법적 규제에 관한 연구,” 중국법연구(한중법학회), 제52집, 2023.

<기타>

이정아, “중국의 인공지능(AI) 정책·전략 현황과 변화 방향: AI 대국으로 도약하기 위해 중국은 어떻게 변화하고 있는가?,” 한국지능정보사회진흥원(NIA) 인공지능(AI)정책실 미래전략팀, 2025. 3.

2. 외국문헌

[중국어]

<저서> 冷传莉: 《论民法中的人格物》, 法律出版社, 2011。

초록

본고는 중국 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격을 재검토하는 것을 목적으로 한다. 디지털 경제와 인공지능 기술의 급속한 발전에 따라 개인정보는 특정 개인의 인격과 밀접하게 결부된 법익인 동시에, 기업의 영업이익과 데이터 산업의 핵심 자원으로 기능하는 이중적 성격을 가지게 되었다. 중국 법체계는 「민법전」 및 「개인정보보호법」을 통하여 개인정보를 인격적 이익(人格利益)의 보호 대상으로 규율하면서도, 동시에 「데이터안전법」, 「사이버보안법」 및 데이터 요소시장 육성 정책 등을 통해 데이터의 산업적 활용과 국가 주도의 통제를 추구하고 있다. 이처럼 이중적 규율 구조 안에서 개인정보는 순수한 인격권이나 재산권 중에서 어느 하나의 객체로 온전히 설명되기 어려운 특수한 지위에 놓여있다. 게다가 중국 사법실무에서는 개인정보 권익과 프라이버시권, 명예권 등 전통적 인격권 사이의 경계가 명확히 정립되지 않은 상황에서, 동일한 사실관계에 대하여 권리가 중복 적용되거나 상이한 결론이 도출되는 사례가 빈번하다.

이러한 문제의식을 바탕으로 개인정보의 법적 성질에 관하여 중국 학계에서 논의되고 있는 재산권설, 인격권설 및 인격재산권설(이원론)을 검토한다. 재산권설은 개인정보의 경제적 가치와 유통 가능성에 주목하나, 개인의 인격과의 불가분성에 대하여 충분한 설명을 제공하지 못하며, 인격권설은 개인의 존엄성과 자기결정권 보호에 충실하지만 디지털 플랫폼 경제에서 개인정보가 창출하는 경제적 가치 및 적법한 이용, 가공의 정당성을 설명함에 있어 일종의 한계를 드러낸다. 이에 따라 본고는 개인정보가 인격적 이익과 경제적 가치를 동시에 내포하는 특수한 법적 대상이라는 점을 논증하는 한편, 그에 대한 이론적 근거로서 인격물(人格物)이라는 개념을 원용한다. 이러한 개념을 통하여 개인정

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰

보를 인격적 이익이 결합된 특수한 객체로 파악함으로써, 개인정보 보호가 더 이상 사후적 손해배상 차원에 머무르지 않고 침해정지청구권, 방해배제청구권, 삭제청구권 등과 같은 준물권적 성격을 가지는 예방적이고 배타적 구제수단으로 확장될 수 있는 이론적 토대를 제시한다. 더 나아가, 본고는 인공지능(AI)과 빅데이터가 보편화된 시대적인 환경 속에서 중국의 데이터 메커니즘에서 인격권 보호, 데이터 활용, 국가 통제라는 요소들의 상호작용을 종합적으로 고려하는 새로운 이론적 프레임이 필요하다는 점을 결론으로 제시하며, 이는 향후 한국의 개인정보보호법제 및 데이터 정책 논의에도 비교법적 시사점을 제공할 수 있을 것으로 기대된다.

<주제어> 중국 데이터 거버넌스, 개인정보, 인격적 이익, 인격물, 준물권적 보호

Abstract

This paper aims to reconsider the legal character of personal information under China's data governance system. With the rapid advancement of the digital economy and artificial intelligence technologies, personal information has acquired a dual character: it remains a legal interest closely bound up with the personality of a specific individual, while at the same time functioning as a core resource for corporate profit-making and for the data industry. China's legal system regulates personal information as an object of protection of personality interests (人格利益) through the Civil Code and the Personal Information Protection Law, while simultaneously pursuing the industrial utilization of data and state-led control over it through the Data Security Law, the Cybersecurity Law, and policies fostering the data factor market. Within this dually structured regulatory framework, personal information occupies a distinctive position that is difficult to fully explain as an object of either pure personality rights or pure property rights alone. Moreover, in Chinese judicial practice the boundary between personal information interests and traditional personality rights such as the right to privacy and the right to reputation has not been clearly established, and as a result, cases in which rights are applied cumulatively or in which inconsistent conclusions are reached on identical facts occur frequently.

On the basis of this problem awareness, the paper examines the property-right theory, the personality-right theory, and the dualistic theory of personality and property rights as discussed within Chinese academia concerning the legal nature of personal information. The property-right theory focuses on the economic value and the transferability of personal information, but fails to offer a sufficient explanation for its inseparability from individual personality, whereas the personality-right theory remains faithful to the protection of individual dignity and the right of self-determination, yet reveals certain limitations in explaining the economic value that personal information generates within the digital platform economy and in justifying the legitimacy of its lawful use and processing. Accordingly, this paper argues that personal information is a special legal object that simultaneously embodies both personality interests and economic value, and invokes the concept of the "personality-embedded object" (人格物) as its theoretical basis. Through this concept, by understanding personal information as a special object combined with personality interests, the paper presents a theoretical foundation on which the protection of personal information may no longer remain confined to ex post compensation for damages but may be expanded into preventive and exclusionary remedies of a quasi-proprietary character, such as the right to demand cessation of infringement, the right to demand removal of interference, and the right to demand deletion. Furthermore, this paper concludes that, within an era in which artificial intelligence and big data have become ubiquitous, China's

박현지 - 중국의 데이터 거버넌스 체계 하에서 개인정보의 법적 성격에 대한 새로운 고찰

data mechanism requires a new theoretical framework that comprehensively considers the interaction among the factors of personality rights protection, data utilization, and state control, and it is expected that this may also offer comparative implications for future discussions of personal information protection legislation and data policy in Korea.

Keywords: China's Data Governance, Personal Information, Personality Interests, Personality-embedded Object, Quasi-proprietary Protection

中国数据治理体系下个人信息法律性质的新思考

A New Study on the Legal Character of Personal Information under China's Data Governance System

朴贤知（法务法人（有限）地平国际组）

PARK, Hyunji(Attorney at Law, JIPYONG LLC International Team)

祁艺森（仁荷大学 AI 数据法学系硕士研究生）译

Translator QI, Yisen(Master's Student, Dept. of AI and Data Law, Inha University)

目 录

一、序论

二、中国法上的个人信息与数据政策

（一）《民法典》对个人信息的规范

（二）个人信息与数据的区分及双重地位

（三）中国司法实践中个人信息权益与传统人格权的相关案例

（四）《个人信息保护法》（PIPL）与数据治理政策

三、中国学界关于个人信息法律性质的争论

（一）财产权说

（二）人格权说

（三）二元论

四、中国治理体系下传统人格权模式的局限与新视角

五、启示与结论

一、序论

在数字经济中，个人信息通过收集、分析、结合与加工而被广泛流通和利用。与此同时，随着大数据和人工智能（Artificial Intelligence, AI）技术的迅速发展，个人信息的法律地位及其定位也在发生变化。个人信息不仅与特定个人的行为和日常生活密切相关，而且作为民营企业提供服务、获取营业利益和创造收益的核心资源要素发挥作用。尤其是，中国在数字经济与基础设施快速发展的同时，正在并行推进个人信息保护与数据利用这两个相互冲突的政策目标。一方面，中国通过《中华人民共和国民法典》和《中华人民共和国个人信息保护法》（以下简称《个人信息保护法》或“PIPL”），在人格权体系下对个人信息予以较为充分的保护；另一方面，中国又积极培育作为数字经济引擎的数据要素市场，其市场规模亦在迅速扩大。中国正在通过国家主导的人工智能政策提升技术能力和创新水平，不仅发展大规模通用人工智能模型，也集中开发各行业的专用人工智能模型，以此培育下一代增长动力。¹

由此产生一个根本问题：就其法律性质而言，个人信息是否仅仅是人格权保护的客体，抑或也可以在一定范围内被理解为独立的经济客体。此外，如何划定个人信息权益与传统人格权之间的法律边界，已成为中国学界和实务界的重要课题。

基于上述问题意识，本文首先介绍中国个人信息法律体系，并梳理中国学界围绕个人信息法律性质主要提出的财产权说、人格权说和二元论。进而，本文考察中国数据治理结构，并归纳人工智能时代个人信息保护与利用方向所带来的启示。此外，本文尝试借助“人格物”这一概念说明个人信息的双

¹参见：이정아, 「중국의 인공지능(AI) 정책·전략 현황과 변화 방향 - AI 대국으로 도약하기 위해 중국은 어떻게 변화하고 있는가?」, 한국지능정보사회진흥원(NIA) 인공지능(AI)정책실 미래전략팀, 2025. 3.

重属性，探讨将救济方式扩展至人格权保护与准物权性排除请求的可能性，并提出使数据转化为经济资源的制度路径。

二、中国法上的个人信息与数据政策

（一）《民法典》对个人信息的规范

中国《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》，自 2021 年 1 月 1 日起施行）采取保护个人信息所涉及的人格利益的规范方式。这体现出立法者并未把个人信息等同于人格权的直接保护对象或一项独立人格权，而是将其视为体现人格利益的特殊法益。此种解释也为突破“个人信息仅是独立人格权保护客体”的理解，将其视为具有特殊性质的法律对象，提供了理论线索。

另一方面，中国《民法典》将个人信息纳入人格权编予以规范。人格权编第一千零三十四条将“个人信息”界定为自然人的各种可识别信息；第一百一十一条则明确规定，自然人的个人信息受法律保护，任何组织或者个人不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息。值得注意的是，《民法典》并未将个人信息与生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权等独立人格权置于同一层次加以规定。换言之，《民法典》采取的并非把个人信息视为人格权本身的方式，而是保护与个人信息相关的人格利益。

（二）个人信息与数据的区分及双重地位

从中国法律体系来看，立法在概念上区分个人信息与数据，同时以二者之间具有相互转化的可能性为前提加以规范。《个人信息保护法》第四条第一款将个人信息界定为“以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息”，由此把个人信息作为与自然人可识别性密切关联的人格利益，并为其设置了较强的保护机制。

此外，《个人信息保护法》第七十三条第三项将“去标识化”定义为个人信息经过处理，使其在不借助额外信息的情况下无法识别特定自然人的过程；同条第四项将“匿名化”定义为个人信息经过处理无法识别特定自然人且不能复原的过程。因此，去标识化信息在与额外信息结合后仍可能重新识别个人，故仍作为个人信息受到保护；匿名化信息只有同时满足不可识别与不可复原两个条件，才能脱离个人信息的范畴。通过这种将个人信息转化为非个人信息的匿名化结构，法律为个人信息转化为数据并得到利用提供了规范空间。归根结底，个人信息本身以其与特定个人或信息主体之间的联系为前提，具有作为人格法益的属性；但经过合法收集、分析、结合、加工与匿名化等处理后，其与特定个人之间的直接联系可能弱化或消除，从而转化为数据或数据产品。经由这种转化，源自个人信息的数据可以在数字经济中作为创造重要经济价值的资源和生产要素发挥作用，其使用价值和财产价值亦可在一定范围内得到实现。

进一步而言，中国《民法典》在总则编第五章中专门提及数据与网络虚拟财产的保护可能性，以数据可以成为民法上的保护对象为前提。例如，《民法典》第一百二十七条规定，法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的，依照其规定。该条虽未直接承认数据具有独立所有权或物权属性，却体现了立法并不排斥对数据进行客体性和财产性保护的态度。

（三）中国司法实践中个人信息权益与传统人格权的相关案例

中国司法实践中的一系列案例表明，个人信息权益与传统人格权之间的边界尚未得到明确确立。在所谓“住宅小区张贴判决书案”中，被告物业管理公司将原告败诉判决书张贴于住宅小区内，法院需要判断该行为究竟仅构成对名誉权或隐私权的侵害，还是构成对个人信息权益的侵害。²在个人信息泄

²参见判例：江苏省淮安市经济技术开发区人民法院（2018）苏0891民初4725号；江苏省淮安市中级人民法院（2019）苏08民终1653号。

露案件中，个人信息权益与隐私权的界限问题也反复出现。³例如，在机票预订过程中生成的手机号码与航班行程信息遭到泄露，进而造成电信诈骗损害的案件⁴，以及航空公司与在线机票购买平台在网络购票过程中侵害公民个人信息的纠纷⁵中，均涉及姓名、手机号码与航班行程组合而成的信息是否既属于个人信息，同时又可作为私生活信息受到保护的问题。

中国司法实践中个人信息权益与传统人格权频繁重叠适用的现象，反映出区分两类权利的本质标准尚未得到充分阐明。由于尚未明确个人信息究竟可以被纳入传统人格权的下位范畴，还是应在数字环境中被视为独立的受保护法益，在同一事实关系中，个人信息权益、隐私权、名誉权和一般人格权往往被重叠适用，甚至可能得出不同结论。这既可能对同一利益形成双重保护，也始终存在损害司法公开、数据流通以及公众知情权等利益平衡的风险。

当然，仅凭传统人格权保护理论，已经难以充分涵盖相关法律制度和社会变化。以人格权为中心的既有个人信息模式或法律制度，主要着眼于保护个人的私生活、名誉权和自我决定权；因此，在数字社会中，有必要以扩展传统人格权保护范围的方式适用个人信息权益保护。同时，在生成式人工智能和大数据分析普遍应用的环境下，个人信息可能成为预测、分类、推荐、歧视与监控的基础材料，由数据转化、分析和处理所产生的价值与利益最终应归属于谁，也会成为问题。此外，巨型网络平台企业与个人之间在信息能力和谈判能力方面存在的显著不均衡，同样不容忽视。因此，人工智能时代的

3参见网站：https://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA3OTEzMjMwNg==&mid=2651959532&idx=1&sn=d83a6cbb92f88ed775ad286f2752bd0d&chksm=845d3311b32aba0747464358acb2ae3ea0e6c94be12bc6d19e4c6ada19f170dee7075641ed3d&scene=27（最后访问日期：2026年6月27日）。

4参见判例：申某诉某商旅公司、支付宝公司侵权责任纠纷案，北京市朝阳区人民法院（2018）京0105民初36658号民事判决书。

5参见判例：庞理鹏诉中国东方航空股份有限公司、北京趣拿信息技术有限公司隐私权纠纷案，北京市海淀区人民法院（2015）海民初字第10634号民事判决书；北京市第一中级人民法院（2017）京01民终509号民事判决书。参见网站：<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/112611.html>（最后访问日期：2026年6月30日）。

个人信息问题，正逐步扩展为如何控制通过数据结合而生成的信息与价值的问题。⁶

（四）《个人信息保护法》（PIPL）与数据治理政策

中国《个人信息保护法》规定了同意、目的限制、最小必要、公开透明以及安全保护义务等个人信息处理原则，并规定个人对个人信息处理享有知情权、决定权等权利，个人信息处理者应当依照法定条件处理个人信息（参见该法第五条至第九条、第四十四条至第五十条等）。从表面上看，这与欧盟《通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation, GDPR; 2016年4月制定，2018年5月25日施行）的结构相似。

然而，中国特有的个人信息法律制度及《个人信息保护法》，与以保护个人信息自决权为中心的欧盟模式存在明显差异。首先，中国《个人信息保护法》属于国家中心的数据控制体系中的一部分法律，与《中华人民共和国数据安全法》（以下简称《数据安全法》或“DSL”）、《中华人民共和国网络安全法》（以下简称《网络安全法》或“CSL”）、《中华人民共和国国家安全法》（以下简称《国家安全法》或“NSL”）等共同发挥作用。换言之，中国个人信息法律体系不仅关系个人和组织的合法权益，也与国家安全、公共利益和数据主权具有密切联系。

此外，中国基于“数据并非单纯的信息集合，而是经济发展的核心动力和资源”这一认识，在产业流通、科技创新、制造业、人工智能模型训练、交通运输、金融服务、消费者分析、智慧城市和医疗健康等各个领域积极利用数据。

《数据安全法》第二十一条关于重要数据认定标准的规定，本身就是与国家安全和公共利益相联系的典型例证。作为参考，《重要数据识别指南》

⁶参见 장진보·노소우, 「중국의 생성형 AI 법적 규제에 관한 연구」, 『중국법연구』 제52집, 한중법학회, 177면.

（工业领域重要数据识别指南，YD/T 4981—2024）并未以单独定义条款界定“重要数据”，而是为工业数据处理者识别工业领域重要数据提供基本原则、程序与识别维度。该指南以数据一旦遭到篡改、破坏、泄露、非法获取或非法利用，是否会对国家安全、社会稳定、工业经济运行、工业生产安全和产业发展安全等造成严重影响，作为判断其是否属于“重要数据”的标准。数据一旦被归类为重要数据，相关处理者即须依照《数据安全法》第三十条，定期开展风险评估并向主管部门报送风险评估报告，报告内容应包括所处理重要数据的种类、数量，数据处理活动情况，面临的数据安全风险及其应对措施等。⁷此外，就重要数据出境即数据跨境传输而言，还须履行另行规定的安全评估程序。《数据安全法》第三十五条、第三十六条明确了国家机关对于数据向境外提供的控制权，并据此表明数据处分权的最终控制者并非数据持有者，而是国家。

上述法律规定和政策基调在国家文件中也有清楚体现。2020 年公布的《中共中央、国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》首次将数据与土地、劳动力、资本和技术并列，明确为第五种生产要素；2022 年《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》又通过所谓“数据二十条”，将数据资源持有权、数据加工使用权与数据产品经营权相分置的“三权分置”结构及培育要素市场的方针具体化。通过这一系列文件，中国以数据是国家经济发展的核心资源为认识基础，在推动数据资源化的同时，将其作为产业利用的对象。

中国式数据治理模式最突出的特征，在于国家主导的规范体系下所进行的强力介入与控制。如前所述，重要数据、核心数据及大量个人信息的出境属于国家审查与管理的对象；法律对于数据的处理、传输、保存和向境外提供，

⁷参见网站：<https://www.zhonglun.com/research/articles/9181.html>（最后访问日期：2026年6月30日）。

也明文设置了基于国家安全和公共利益的限制。尽管个人是个人信息保护的主体，却并非数据治理的最终决定者；企业可以通过利用数据创造经济价值，但必须在国家设定的安全体系和法律规范之内进行。正是在这一点上，个人信息保护与数据要素化之间可能产生紧张或冲突。个人信息保护法律基于保护个人信息的逻辑限制个人信息处理，而中国政府的数据要素化政策则正在优化数据流通与利用，二者因而看似相互冲突。

三、中国学界关于个人信息法律性质的争论

关于个人信息的法律性质，中国学界主要存在财产权说、人格权说以及人格财产权说（二元论）之间的争论。

（一）财产权说

首先，财产权说注意到消费记录、检索记录、位置信息、信用信息等在市场上具有一定经济价值，而且个人信息能够为平台企业创造收益，并可在一定条件下被转让、利用和许可，因而强调个人信息的财产属性。该学说认为，个人信息本质上是一项包含财产利益的个人权利；考虑到个人信息在当今已作为无形资产和创造社会价值的资源发挥作用，这种观点具有一定合理性。个人信息内含的财产价值具有本质意义，构成财产权说的基本逻辑。

然而，个人信息无法与特定个人或信息主体完全分离，并且在本质上与自然人的格不可分割地联系在一起。基于这一点，财产权说具有一定局限。如果仅把个人信息理解为财产客体，就难以控制个人信息被滥用、私生活受到侵害以及因名誉受损而产生的人格权风险。此外，个人信息权作为个人特定利益的具体表现，同时具有作为人格权的价值与财产权属性；如果认为其中的人格利益在法律上应当优先受到保护，那么仅将个人信息归类为财产权，就会受到明显不当的批评。

（二）人格权说

人格权说将个人信息理解为与自然人的尊严、人格尊重、私生活秘密以及自我决定权密切相关的法益。对私生活的保护源于自然法与道德规范，并在追求保障个人尊严与人格尊重的法律权利过程中逐步形成。在当今信息社会中，个人信息构成人格利益的本质部分。中国《民法典》和《个人信息保护法》保障个人的同意权、知情权、查阅权、更正权和删除权；这些权利通常被解释为以个人信息与自然人的利益密切关联为前提，由个人据以保护自身人格利益的权能。依照人格权说，查阅权、更正权和删除权均属于保护人格利益的权利。在以大数据为轴心的时代背景下，将关于特定自然人信息的权利作为一种特定人格权即独立人格权加以保护，似乎已成为必然趋势；据此，也可以提出将个人信息权作为独立人格权处理更为有效的主张。

然而，人格权说同样存在明显局限：它在若干方面难以与数字经济现实相协调，也无法充分说明个人信息的经济功能。在数字平台经济中，个人信息已经不再仅仅是私生活保护的对象，而是通过分析和结合，在广告、推荐算法、信用评价、位置服务及人工智能训练等领域创造实质经济价值的资源。若将个人信息纯粹理解为人格权，其一身专属性将使个人信息的合法利用、加工和分析难以得到理论说明，数据资源化及其利用亦难获得正当化。仅依靠隐私权理论，既难以说明个人信息的财产属性，也会造成理论与现实之间的脱节。个人信息不同于私生活，本身具有财产属性；在数字社会的网络空间中被收集、储存和处理的个人信息能够满足特定商业需要，从而取得财产属性和价值。⁸作为参考，如果个人信息仅被视为个人内在的人格利益，那么对侵害的救济便可能局限于精神损害赔偿或恢复名誉。

⁸来源网站：https://www.spp.gov.cn/spp/llyj/202109/t20210924_530595.shtml（最后访问日期：2026年6月29日）。

（三）二元论

二元论认为，个人信息同时包含人格利益和财产利益。换言之，个人信息一方面具有保护自然人尊严与自主性的人格属性，另一方面又具有在一定范围内可被经济利用并创造价值的财产属性。依二元论，个人信息所内含的财产价值，是算法技术应用所带来的不可分割属性。由于个人信息具有人格利益属性，法律应当优先保护该人格利益；但个人信息所内含的财产价值又是数字社会发挥根本性动力的重要来源。此外，二元论有助于说明中国个人信息保护法律体系的运作方式，即在数据治理结构中同时追求人格权保护与数据利用这两个相互冲突的目标。不过，即便二元论承认人格权和财产权并存，当二者发生冲突时应优先保护何种权利，其具体标准仍然不够明确，这是该理论的明显局限。

另一方面，依据主流理论，公民信息权所包含的个人信息最终以私生活权这一私人领域为起点，并随着其逐步扩展至公共领域而具有兼及公共领域与私人领域的复合权利属性。但是，随着国家行政权力逐渐扩张，政府提供公共管理与公共服务的需要、科技发展等多种因素相互作用，与个人的人格权相结合的个人信息控制能力呈逐步减弱趋势。个人信息因而越来越多地处于公共机构或网络平台的控制之下，并由完全受个人控制逐步转向具有社会性、公共性的方向。尤其是在大数据时代，私人领域与公共领域趋于更加紧密地结合，仅以私法或公法为基础的保护理论，均难以充分说明个人信息保护的法律依据。⁹

四、中国治理体系下传统人格权模式的局限与新视角

以往有关个人信息保护的讨论，主要围绕特定信息的收集、储存、提供和泄露展开，并且明显倾向于将个人信息与私生活秘密、人格尊严以及自我决

⁹来源网站：<https://law.gzu.edu.cn/2024/0318/c2879a213755/page.htm>（最后访问日期：2026年6月28日）。

定权结合起来理解。传统人格权模式着眼于保护个人的私生活、名誉和自我决定权，个人信息相关法律讨论也主要围绕个人权利保护而展开。欧盟《通用数据保护条例》以及韩国《个人信息保护法》同样以此种观点为基础。

进入人工智能发展时代，个人信息的规范方式及其法律性质问题变得更为复杂。在生成式人工智能和大数据分析普遍应用的环境中，相较于个别个人信息本身，多项信息结合后产生的预测和推断价值日益重要。生成式人工智能能够以输入信息和训练数据为基础自主生成新的、具有创造性的内容，使个人信息的利用方式超出传统人格权模式所设想的范围。位置信息、购买记录、检索记录、支付信息等数据各自独立存在时意义有限，但结合之后即可用于推断个人的消费倾向、健康状况、政治倾向、经济能力与生活模式。因此，人工智能时代的个人信息问题，已经超越对既有信息进行保护的问题，扩展至如何控制数据结合后新生成的信息与价值。核心问题在于，通过数据分析生成的价值与利益应当归属于谁。讨论不能仅停留于如何保护特定个人的个人信息这一狭窄课题，还应扩展至以何种方式分配对个人信息所创造价值 and 利益的控制权。

传统人格权保护体系主要着眼于人格权受侵害后的损害赔偿以及精神损害的恢复。然而，在现代经济环境中，有必要理解“数字身份”（Digital Identity）与“被遗忘权”（Right to be Forgotten）等概念。特定个人的个人信息一旦受到侵害，相关信息往往已经被复制或扩散，仅以损害赔偿难以充分救济，甚至无法恢复原状。因此，仅凭传统的事后救济手段，很难有效应对个人信息侵害。在此背景下，《个人信息保护法》规定的删除请求权、停止处理请求权和要求说明权，超越了事后损害赔偿而具有事前、预防性的保护功能，这表明个人信息保护手段存在重新构造的可能。中国《民法典》第一千一百六十七条规定，人格权受到侵害者可以请求承担停止侵害、排除妨碍、消除危险等民事责任。该权利结构允许信息主体不以损害已经发生为前提，

直接要求停止个人信息处理行为，因此可以成为应对人工智能时代自动化个人信息算法处理的有效法律手段。进一步而言，如果据此将个人信息理解为人格物，就可以超越民事损害赔偿请求权，以更加扩展的方式探讨引入类似物权法保护方式的排他性请求权。例如，物权以对特定客体的排他支配为前提，承认排除妨害请求权、消除危险请求权和返还原物请求权等（参见中国《民法典》第二百三十五条至第二百三十七条）；同理，个人信息也可以作为与特定个人的人格利益相结合的客体，构想由信息主体直接请求停止侵害行为、排除未经授权的使用或其他侵害，以及删除、返还违法获取的个人信息。此种请求权与其说属于传统债权性救济，毋宁说更接近物权请求权。信息主体等权利人可以不以损害发生为条件，直接要求停止个人信息处理行为，这在一定程度上反映了排他支配权的逻辑。

总而言之，仅从个人信息属于一项独立人格权的立场出发，难以在中国式治理结构中说明数据资源化及国家主导利用的正当性；仅从财产权角度出发，也无法充分说明强力人格权保护和国家安全控制的必要性。相较之下，如果将个人信息理解为包含人格利益的特殊客体，即人格物，便可以更为一贯地说明个人信息保护、利用与控制相互连接的法律结构。

五、启示与结论

以传统人格权和个人信息自决权为中心的方法，未能充分容纳个人信息的经济价值及数据利用这一时代现实。以个人信息属于人格控制对象为基础的个人信息保护与利用制度，在说明个人信息的经济价值和现实数据利用方面，也可能暴露一定局限。在个人信息已被广泛用作人工智能开发、平台产业、数字广告和数据交易等经济活动的核心资源的现实中，个人信息与数据所创造的经济价值形成了密切利益关系。如前所述，中国的人格物理论将个人信息理解为既受人格控制、又内含一定经济价值的特殊客体，从而能够为协调数据利用现实与人格权保护逻辑提供理论说明。

现行中国个人信息规范体系形成了一种整合人格权保护、数据利用与国家控制的复合治理结构。这表明，个人信息是一种难以单独用传统人格权或财产权解释的特殊法律对象。

因此，为了说明上述结构，本文引入中国学界所使用的学术概念“人格物”。中国民法学中原本讨论的人格物，主要是用于说明人格利益附着于有体物的理论概念，即“附着人格利益的物”。¹⁰本文仅在说明个人信息同时具有人格利益与客体性、经济价值所必需的范围内，以参照意义使用该概念。据此，将个人信息理解为包含人格利益的特殊客体，可以为中国法同时追求保护、利用与控制提供一贯的理论框架。尽管“人格物”并非中国实定法明文承认的法律概念，却可以成为解释中国数据治理结构的有用理论基础。但是，传统人格物是具有唯一性、不可替代性的有体物，而个人信息具有可复制性和非竞争性，二者存在本质差异。因此，不宜将人格物直接援引为一套独立理论体系，而应仅将其作为说明人格权保护与数据客体性并存现象的参照视角。¹¹

进一步而言，人格物理论还能够为个人信息保护体系的发展方向提供启示。它有助于摆脱以事后损害赔偿为中心的传统救济观，成为构建以信息主体排他性请求权为中心的事前、预防性保护体系的依据。为应对人工智能时代新出现的数据价值归属与分配问题，也有必要超越仅将个人信息理解为人格权客体或财产权范畴的二分法，转向把个人信息理解为同时内含人格利益与经济价值的特殊客体。

但是，个人信息与传统意义上的人格物之间存在的本质差异不容忽视。个人信息的客体是数据或信息，具有可复制性和流通可能性；传统人格物的客

10 “人格物”一词主要用于说明遗骨、遗体、家庭照片、纪念物、书信、遗物等与特定个人的人格利益、情感利益紧密结合的特殊有体物。参见：https://iolaw.cssn.cn/fxyjdt/201906/t20190618_4919420.shtml（最后访问日期：2026年6月30日）。

11 中文参考文献：冷传莉：《论民法中的人格物》，法律出版社2011年版。

体则是具有唯一性与不可替代性的有体物。此外，个人信息权益属于人格权范畴；传统人格物本身属于物权客体，只是其上附着了人格利益。个人信息保护着重于控制与流通之间的平衡，例如同意原则、删除权等；人格物保护则更侧重物品毁损、灭失造成的情感利益损害及精神损害赔偿。即使承认这些根本差异，把个人信息理解为数字时代人格延伸的人格物理论，仍可以成为分析中国数据治理结构的重要理论资源和提供核心洞见的工具。

同时，个人信息也不能与物权客体作相同处理。个人信息具有可复制性、非竞争性（non-rivalrous），并可由多个主体同时利用，与传统物权法客体存在根本差异。因此，赋予个人信息完整所有权或物权并不适当。不过，以个人信息属于包含人格利益的特殊客体为前提，仍有充分理由探索以预防侵害和排除侵害为中心的准物权性保护结构。随着个人信息的经济价值及其作为生产要素的作用不断增强，个人信息侵害也已超越隐私侵害，扩展至数据价值被擅自攫取的问题；进入人工智能时代后，因而需要不同于以往的新视角与新法理。在这种时代背景下，将个人信息理解为人格物，有可能成为推动个人信息保护体系超越事后损害赔偿，发展为以信息主体排他性请求权为中心的事前、预防性保护体系的理论依据。

中国现行法律体系以如下思想和法哲学为前提：个人信息既是与信息主体人格相关联的利益，又具有能够在外部世界中独立流通、持有和处理的一定客体性。尽管“人格物”很难被视为中国实定法明文承认、或者中国学界普遍通用的法律概念，但本文认为，它可以成为解释中国数据治理结构的有用理论基础；将个人信息理解为同时内含人格利益与经济价值的特殊客体，即人格物，是一种有益的方法。此种观点为解释中国个人信息法律体系所呈现的复合结构提供了重要理论线索。

总而言之，随着人工智能技术的发展，在数据归属与分配、算法处理个人信息等问题日益复杂的背景下，中国治理体系需要建立更加精细的个人信息

规范体系，并推进相关理论发展，将个人信息理解为既具有人格利益、又具有财产属性的特殊客体。

参 考 文 献

1. 国内文献

<著作>

冷传莉：《论民法中的人格物》，法律出版社，2011年。

2. 外文文献

[韩文]

<论文>

장진보·노소우, “중국의 생성형 AI 법적 규제에 관한 연구”,
중국법연구(한중법학회), 제 52 집, 2023.

<其他>

이정아, <중국의 인공지능(AI) 정책·전략 현황과 변화 방향: AI
대국으로 도약하기 위해 중국은 어떻게 변화하고 있는가?>,
한국지능정보사회진흥원(NIA) 인공지능(AI)정책실 미래전략팀, 2025. 3.

摘 要

本文旨在重新审视中国数据治理体系下个人信息的法律性质。随着数字经济和人工智能技术的迅速发展，个人信息形成了双重属性：一方面，它仍是与特定个人的人格密切相关的法益；另一方面，它又作为企业获取营业利益以及数据产业发展的核心资源发挥作用。中国法律体系通过《民法典》和《个人信息保护法》，将个人信息作为人格利益的保护对象予以规范；同时又通过《数据安全法》《网络安全法》以及培育数据要素市场的政策，推动数据的产业利用和国家主导的控制。在这种双重规范结构中，个人信息具有特殊地位，难以完全被解释为纯粹人格权或纯粹财产权的客体。此外，在中国司法实践中，个人信息权益与隐私权、名誉权等传统人格权之间的边界尚未得到明确确立，因而同一事实关系中频繁出现权利重叠适用或得出不同结论的情形。

基于上述问题意识，本文考察中国学界围绕个人信息法律性质提出的财产权说、人格权说和人格财产权说（二元论）。财产权说关注个人信息的经济价值及流通可能性，却无法充分说明个人信息与个人之人格不可分离的属性；人格权说忠实于对个人尊严和自我决定权的保护，却在说明数字平台经济中个人信息所创造的经济价值，以及说明合法利用、加工个人信息的正当性时暴露出一定局限。为此，本文论证个人信息是同时内含人格利益与经济价值的特殊法律对象，并援引“人格物”概念作为理论依据。通过该概念将个人信息理解为与人格利益相结合的特殊客体，可以为个人信息保护超越事后损害赔偿，扩展至停止侵害请求权、排除妨碍请求权、删除请求权等具有准物权性质的预防性、排他性救济手段提供理论基础。进一步而言，本文认为，在人工智能与大数据普遍应用的时代环境中，需要建立一种综合考察中国数

据机制下人格权保护、数据利用和国家控制相互作用的新理论框架；这一框架亦有望为今后韩国个人信息保护法制与数据政策讨论提供比较法启示。

关键词：中国数据治理，个人信息，人格利益，人格物，准物权性保护

Abstract

This paper aims to reconsider the legal character of personal information under China's data governance system. With the rapid advancement of the digital economy and artificial intelligence technologies, personal information has acquired a dual character: it remains a legal interest closely bound up with the personality of a specific individual, while at the same time functioning as a core resource for corporate profit-making and for the data industry. China's legal system regulates personal information as an object of protection of personality interests (人格利益) through the Civil Code and the Personal Information Protection Law, while simultaneously pursuing the industrial utilization of data and state-led control over it through the Data Security Law, the Cybersecurity Law, and policies fostering the data factor market. Within this dually structured regulatory framework, personal information occupies a distinctive position that is difficult to fully explain as an object of either pure personality rights or pure property rights alone. Moreover, in Chinese judicial practice the boundary between personal information interests and traditional personality rights such as the right to privacy and the right to reputation has not been clearly established, and as a result, cases in which rights are applied cumulatively or in which inconsistent conclusions are reached on identical facts occur frequently.

On the basis of this problem awareness, the paper examines the property-right theory, the personality-right theory, and the dualistic theory of personality and property rights as discussed within Chinese academia concerning the legal nature of personal information. The property-right theory focuses on the economic value and the transferability of personal information, but fails to offer a sufficient explanation for its inseparability from individual personality, whereas the personality-right theory remains faithful to the protection of individual dignity and the right of self-determination, yet reveals certain limitations in explaining the economic value that personal information generates within the digital platform economy and in justifying the legitimacy of its lawful use and processing. Accordingly, this paper argues that personal information is a special legal object that simultaneously embodies both personality interests and economic value, and

invokes the concept of the “personality-embedded object” (人格物) as its theoretical basis. Through this concept, by understanding personal information as a special object combined with personality interests, the paper presents a theoretical foundation on which the protection of personal information may no longer remain confined to ex post compensation for damages but may be expanded into preventive and exclusionary remedies of a quasi-proprietary character, such as the right to demand cessation of infringement, the right to demand removal of interference, and the right to demand deletion. Furthermore, this paper concludes that, within an era in which artificial intelligence and big data have become ubiquitous, China’s data mechanism requires a new theoretical framework that comprehensively considers the interaction among the factors of personal rights protection, data utilization, and state control, and it is expected that this may also offer comparative implications for future discussions of personal information protection legislation and data policy in Korea.

Keywords: China’s Data Governance, Personal Information, Personality Interests, Personality-embedded Object, Quasi-proprietary Protection

생성형 인공지능 결과물과 저작권법적 쟁점에 대한 고찰

A Study on Copyright Issues concerning Generative AI Outputs

정영진(丁瑩鎭)(인하대학교 AI · 데이터법학과 교수)

JUNG, Young Jin(Professor, Department of AI & Data Law, Inha University)

목 차

- I. 서론
- II. 인공지능 결과물의 저작물성
 - 1. 개설
 - 2. 아이디어·표현 이분법
 - 3. 인공지능 결과물에 대한 창작적 기여의 판단 유형
 - 4. 프롬프트 엔지니어링 결과물의 저작물성
 - 5. 소결
- III. 인공지능 결과물의 저작권 침해성
 - 1. 문제제기
 - 2. 2차적저작물작성권 침해의 법률요건-의거성을 중심으로
 - 3. 인공지능 결과물과 의거성
 - 4. 의거성 없는 인공지능 결과물의 공개행위에 대한 평가
 - 5. 의거성 없는 인공지능 결과물의 공개행위에 관한 입법론
- IV. 결론

I. 서론

인공지능은 그 기능과 활용 범위에 따라 크게 범용 AI 모델과 특정 목적형 AI 모델로 나누어 볼 수 있다. 범용 AI 모델(General-Purpose AI Model)은 상당한 일반성을 가지고 광범위하고 다양한 과제를 수행할 수 있으며, 여러 하위 시스템이나 응용 프로그램에 통합될 수 있도록 설계된 대규모 모델을 의미한다. 이는 EU 인공지능법 Article 3(63)에서 정의하는 범용 AI 모델(GPAI Model)에 해당한다. 반면 특정 목적형 AI 모델은 번역, 의료 진단, 이미지 인식, 계약서 검토 등 특정한 업무나 도메인에 특화되어 개발된 모델을 의미한다. 전자가 다양한 용도로 활용될 수 있는 기반 모델로 기능할 수 있다면, 후자는 특정 산업 분야나 업무 영역에서의 성능 최적화를 주된 목적으로 한다. 이 글에서는 범용 AI 모델 가운데 텍스트, 이미지, 음악, 코드 등 새로운 결과물을 생성하는 기능을 가진 범용 생성형 AI 모델을 중심으로 논의를 전개한다.

이러한 생성형 인공지능과 관련한 저작권법적 쟁점은 크게 인공지능의 개발·구축 단계와 인공지능의 이용 단계로 나누어 정리할 수 있다. 여기서 개발·구축 단계란 인공지능 모델을 개발하고, 그 모델을 이용자에게 제공하기 위한 인공지능 시스템을 구축하는 과정을 말한다. 반면 이용 단계란 이용자가 인공지능 시스템을 통하여 결과물을 산출하고 이를 이용하는 과정을 말한다.¹

먼저 인공지능의 개발·구축 단계에서는 두 가지 문제가 제기된다. 첫째,

본 논문은 『IP & Data 法』 제 6 권 제 1 호(2026)에 게재된 논문을 수정·보완한 것이다. 특히 「III. 인공지능 결과물의 저작권 침해성」 부분은 실질적으로 새로 작성한 것으로, 해당 부분을 인용할 때에는 본 논문을 출처로 명시해 주기 바란다.

¹ 김원오(연구책임자), <생성형 AI 프롬프트 기반 창작 시대의 IP 규범 재정립>, 한국법제연구원(2025), 30 면에서는 학습(input) 관련 저작권 쟁점과 산출물(output) 관련 저작권 쟁점으로 대별하고 있다. 이에 추가하여 인공지능 자체의 저작권법상 쟁점을 추가한 견해도 있다. 차상욱, “인공지능 창작물 관련 저작권 침해 쟁점”, 경영법률 제32집 제4호(2022), 46-47면

인공지능 모델의 학습·개발을 위하여 기존 저작물을 수집·복제하여 학습에 이용하는 행위가 저작권 침해에 해당하는지 여부이다.² 둘째, 인공지능 모델 및 인공지능 시스템을 구성하는 각 요소, 예컨대 학습데이터셋, 소스코드, 학습 결과 산출된 파라미터 등이 저작권법상 보호대상에 해당할 수 있는지 여부이다.³

다음으로, 인공지능의 이용 단계에서도 저작권법상 여러 쟁점이 제기될 수 있다. 특히 2022년 11월 ChatGPT가 공개된 이후, 인공지능은 전문가 중심의 기술을 넘어 일반 이용자도 손쉽게 활용할 수 있는 범용적 도구로 확산되었다. 한국에서도 학생들이 학습과제 수행, 자료 조사, 글쓰기 보조 등 다양한 목적으로 인공지능을 활용하는 사례가 늘어나고 있다.

이처럼 인공지능 시스템의 이용이 일반화되면서, 이용자가 인공지능을 통해 산출한 결과물을 저작권법상 어떻게 평가할 것인지가 중요한 쟁점으로 부각되고 있다. 이는 크게 두 가지 측면으로 나누어 볼 수 있다. 첫째,

² 일본과 싱가포르의 인공지능 개발 목적의 저작물 이용에 관하여 저작권을 제한하는 규정을 입법적으로 마련하는 방식을 취하고 있다. 반면 미국과 한국은 공정이용 법리의 해석을 통하여 문제를 해결하고 있다. 그러나 공정이용 법리에 의존하는 경우에는 그 적용 범위와 판단 기준을 둘러싸고 많은 분쟁이 발생할 수밖에 없다. 한국에서도 KBS, MBC, SBS 등 지상파 방송 3사는 2025년 1월 서울중앙지방법원에 네이버를 상대로 소송을 제기하였다. 이들은 네이버가 생성형 인공지능 ‘하이퍼클로바’ 및 ‘하이퍼클로바 X’를 개발·학습하는 과정에서 자사의 뉴스 콘텐츠를 무단으로 대량 이용하였다고 주장하면서, 저작권 침해 및 부정경쟁방지법 위반을 이유로 손해배상과 학습금지 등을 청구하였고, 2026년 6월 11일 제5차 변론기일이 진행되었다. 최승영, 「지상파 AI 저작권 소송... 법원 “네이버 책임자 증인신문”」, 『한국기자협회』, 2026. 6. 11., https://www.journalist.or.kr/m/m_article.html?no=61070, 2026. 6. 20. 방문.

³ 학습데이터셋은 데이터베이스제작자의 권리에 의하여 보호될 수 있고, 그 소재의 선택·배열 또는 구성에 창작성이 인정되는 경우에는 편집저작물로서도 보호될 수 있다. 소스코드는 컴퓨터프로그램저작물로서 저작권법상 보호될 수 있다. 반면 학습 결과로 산출된 파라미터 또는 가중치는 저작권법상 보호대상으로 보기 어렵고, 주로 부정경쟁방지법상 영업비밀로 보호될 수 있는지가 문제된다.

인공지능 결과물 자체가 저작물 또는 그 밖의 저작권법상 보호대상에 해당할 수 있는지 여부이다. 둘째, 인공지능 결과물의 표현이 기존 저작물과 실질적으로 유사한 경우, 그 생성 또는 이용행위가 기존 저작권자의 권리를 침해하는지 여부이다.

이하에서는 인공지능 모델의 개발·구축 단계가 적법하게 이루어졌다는 점을 전제로, 해당 인공지능 시스템을 이용하여 결과물을 산출하고 이를 이용하는 단계에서 발생하는 저작권법적 쟁점을 중심으로 살펴보고자 한다. 그리고 인공지능을 이용하지 아니한 전통적 법리를 서술할 때에는 원고와 피고라는 용어를, 생성형 인공지능을 이용한 국면을 서술할 때에는 저작권자와 이용자라는 용어를 사용하기로 한다.

II. 인공지능 결과물의 저작물성

1. 개설

저작권법에 의한 보호대상 또는 저작권의 권리객체를 저작물(copyright works)이라 한다. ‘저작물’이라고 함은 ‘인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물’이다(저작권법 제 2 조 1 호). 저작권법의 오랜 역사를 보면 과학·기술의 발전에 따라서 저작물 개념이 확대되어 왔다.⁴

카메라를 이용한 사진이나 컴퓨터를 이용한 창작물도 처음부터 당연히 저작물로 인정된 것은 아니었다. 그러나 시간이 지나면서 이러한 기술은 인간의 창작적 표현을 대체하는 독자적 주체가 아니라, 인간의 창작 활동을 보조하는 도구로 기능한다는 점이 받아들여졌다.⁵ 그 결과 인간의 창작적

⁴정상조·박준석, 『지식재산권법』(제 6 판), 홍문사(2024), 262 면.

⁵미국 연방대법원은 1884 년 Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony 사건{Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony, 111 U.S. 53 (1884)} 이후로 사진작가가 카메라를 이용했다고 하더라도 구성, 배열, 조도와 같은 창의적인 요소에 대해 작가가 직접 결정을 내린 경우라면 해당 사진은

개성이 반영된 결과물에 대해서는 저작물성이 인정되게 되었다. 예컨대 미국의 “저작권 신기술 이용 위원회”(Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, 이하 “CONTU”)는 1978 년 최종보고서에서 컴퓨터의 적용 또는 개입으로 만들어진 결과물이 저작권법상 보호될 수 있는지의 문제를 검토하였다. CONTU 는 컴퓨터를 카메라나 타자기와 마찬가지로 인간에 의해 직접 또는 간접적으로 작동되는 도구로 파악하였다. 즉, 컴퓨터는 인간에 의해 작동될 때에도 지시받은 일을 지시받은 방식으로 수행할 뿐이다. 따라서 창작 과정에서 컴퓨터가 사용되었다는 이유만으로 저작권 보호가 부정되는 것은 아니며, 보호대상이 되는 표현에 ‘인간의 최소한의 창작적 노력’(at least minimal human creative effort)이 존재하는지에 따라 저작권 보호 여부가 판단된다고 보았다.⁶ 이러한 관점에 따르면, 워드프로세서를 이용하여 작성한 문서나 포토샵을 이용하여 제작한 그림도 그 표현에 인간의 창작적 개성이 나타나 있다면 저작물로 보호될 수 있다.

인공지능 결과물을 이용자의 저작물로 인정할 수 있는지에 대해서는 논란이 있다. 이 문제는 우선 인공지능 결과물 자체에 저작물성이 인정될 수 있는지, 나아가 저작물성이 인정되는 경우 이를 이용자의 저작물로 볼 수 있는지의 문제로 나누어 검토할 필요가 있다. 인공지능 결과물에 저작물성이 인정되는 경우에도, 이를 곧바로 이용자의 저작물로 볼 수 있는 것은 아니다. 저작권법상 저작자는 저작물을 창작한 자를 의미하므로(저작권법 제 2 조 제 2 호), 인공지능 결과물에 관한 저작자성은 단순히 누가 인공지능을 이용하였는지가 아니라, 누가 최종 인공지능 결과물의 구체적 표현 형성에 창작적 기여를 하였는지에 따라 판단되어야 한다. 여기에서는 전자에 대하여만 살펴보기로 한다.

저작권으로 보호받을 수 있다는 입장을 견지해 오고 있다. 김원오, “프롬프팅에 의한 창작에 대한 저작권법상 재평가”, 『사법 통권』 제 71 호(2025), 50 면.

⁶Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works(CONTU), Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (1978), 44-46.

2. 아이디어·표현 이분법

아이디어·표현 이분법(Idea/Expression Dichotomy)이란 저작권의 보호대상이 저작물의 아이디어가 아니라 그 표현에 한정한다고 원칙을 말한다. 저작권법이 저작물의 창작적인 표현을 보호하되 그 저작물의 아이디어는 보호하지 않음으로써 그러한 아이디어의 전파와 활용에 의하여 학문과 예술이 발전되도록 하고 있다.⁷ 이 원칙은 미국 저작권법에서 명문으로 규정하고 있고,⁸ 한국 저작권법 제 2 조 제 1 호에서 “저작물”을 “인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물”로 정의함으로써 이 원칙을 간접적으로 천명한다. 즉, 인간의 사상이나 감정이 ‘창작적으로 표현’된 것에 한정하여 저작물성을 인정하고 있어, 사상이나 감정 그 자체(아이디어)는 보호 대상에서 제외하고 있다. 대법원도 2 인 이상이 저작물 작성에 관여한 경우, 그중 창작적인 표현형식 자체에 기여한 자만이 저작자가 되고, 아이디어나 소재 또는 필요한 자료를 제공한 자는 저작자가 되지 않는다고 판시한 바 있다.⁹

이러한 아이디어·표현 이분법은 인공지능 결과물의 저작물성 판단에서도 중요한 기준이 된다. 인간이 붓, 악기, 카메라, 워드프로세서 등 전통적인 표현적 도구(expressive tool)를 사용하는 경우에는, 인간이 도구를 이용하여 자신의 사상 또는 감정을 구체적으로 표현한다. 반면 생성형 인공지능의 경우, 이용자가 입력한 프롬프트는 결과물 생성의 방향을 설정하는 기능을 하지만, 최종 결과물의 구체적 표현 요소는 인공지능 시스템이 학습된 데이터의 패턴과 내부 연산 과정을 거쳐 산출된다. 따라서 이용자의 프롬프팅 행위가 결과물 생성에 영향을 미쳤다는 사실만으로는, 그 결과물의 구체적 표현이 이용자의

⁷정상조·박준석, 전거서, 269 면.

⁸Copyright Act of 1976 (17 U.S.C. § 102(b)): In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work.

⁹대법원 2009. 12. 10. 선고 2007 도 7181 판결.

창작적 선택에 의해 형성되었다고 보기 어렵다.¹⁰ 이러한 점에서 현행 저작권법의 해석상 단순한 프롬프트 입력행위는 특별한 사정이 없는 한 결과물 산출을 위한 아이디어 제시 또는 생성 지시의 수준에 머무르는 것으로 평가될 가능성이 높다.¹¹

결국 인공지능 결과물의 저작물성이 인정되기 위해서는, 첫째 이용자의 프롬프팅 행위 또는 선택·수정·편집 행위가 결과물 산출 과정에서 인간의 창작적 기여로 평가될 수 있어야 하고,¹² 둘째 그러한 창작적 기여가 최종 결과물에 창작성 있는 표현으로 실제 반영되어야 한다.¹³ 여기서 창작적 기여란 결과물 산출 과정에서 인간이 구체적 표현의 형성 또는 표현 요소의 선택·배열·수정에 관하여 자신의 독자적인 표현 또는 창조적 개성이 드러날 수 있는 선택을 한 것을 말한다.¹⁴ 따라서 인공지능이 훈련 데이터를 바탕으로

¹⁰ 이해완, “인공지능 생성물에 대한 저작권 보호의 조건으로서의 ‘인간의 창작적 기여’”, 『산업재산권』 제 79 호(한국지식재산학회, 2024), 199 면.

¹¹ 문화체육관광부·한국저작권위원회, 『생성형 AI 저작권안내서』, 2023, 58 면,

¹² 인공지능 결과물의 저작물성 인정요건을 “창작적 기여”와 “창작적 표현으로서의 결과”로 나누어 파악하지 않고, 인간의 창작적 기여라는 하나의 요건 안에서 이를 (i) 창작의도, (ii) 인공지능 결과물 산출 과정에서의 실질적 기여, (iii) 최종 인공지능 결과물에 창작성 있는 표현이 나타났는지 여부라는 3 요소로 세분하여 분석하는 견해도 있다. 이해완, “인공지능 생성물에 대한 저작권 보호의 조건으로서의 ‘인간의 창작적 기여’”, 『산업재산권』 제 79 호(한국지식재산학회, 2024.), 195-196 면.

¹³ 문화체육관광부·한국저작권위원회, 『생성형 AI 저작권안내서』, 2023, 40 면; 이해완, “인공지능 생성물에 대한 저작권 보호의 조건으로서의 ‘인간의 창작적 기여’”, 『산업재산권』 제 79 호(한국지식재산학회, 2024), 183-232 면; 김경숙, “생성형 AI와 저작권 문제 - 저작권 침해와 저작물성의 사례와 분석”, 『계간 저작권』 제 38 권 제 2 호(한국저작권위원회, 2025), 5-54 면; 강기봉, “인공지능이 생성한 콘텐츠의 저작권 보호”, 『IP & Data 法』 제 3 권 제 1 호(인하대학교 법학연구소, 2023), 150 면.

¹⁴ 저작권법상 창작물이라 함은 창작성이 있는 저작물을 말하고 여기서 창작성이라 함은 완전한 의미의 독창성을 요구하는 것은 아니라고 하더라도 적어도 어떠한 작품이 단순히 남의 것을 모방한 것이어서는 안 되고 작자 자신의 독자적인 사상이나 감정의 표현을 담고 있어야 할

자동 생성한 부분은 인간의 창작적 기여에 해당하지 않는다.

한편, 인공지능 기술의 발전에 따라서 인공지능 결과물이 외형상 인간 저작물과 유사한 표현적 완성도를 가질 수 있음은 부정하기 어렵다. 이에 따라 인공지능 결과물에 관하여 결과물 자체에 창작성 있는 표현이 존재한다면 우선 저작물성을 인정할 수 있고, 그 다음 단계에서 알고리즘 설계자, 데이터 학습·훈련 관여자, 이용자 등 중 누구에게 저작자 지위를 귀속시킬 것인지가 문제된다고 보는 견해도 있다.¹⁵ 그러나 저작권법이 저작물에 대하여 저작권을 부여하는 것은 단순히 결과물이 경제적 가치를 가진다는 이유 때문이 아니라, 인간의 창작적 표현을 보호하고 창작활동을 장려하기 위한 데에 그 정당화 근거가 있다. 따라서 인공지능 결과물은, 인간의 창작적 기여가 인정되지 않는 한, 비록 인간 저작물과 유사한 표현적 완성도나 경제적 가치를 가진다 하더라도 현행 저작권법상 저작물로 인정되기 어렵다.

3. 인공지능 결과물에 대한 창작적 기여의 판단 유형

문화체육관광부·한국저작권위원회가 2025 년 공동으로 발간한 『생성형 인공지능 결과물에 의한 저작권 분쟁 예방 안내서』에 따르면, 인공지능

것이므로, 누가 하더라도 같거나 비슷할 수밖에 없는 표현, 즉 저작물 작성자의 창조적 개성이 드러나지 않는 표현을 담고 있는 것은 창작물이라고 할 수 없다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2009 도 291 판결).

¹⁵정상조·박준석, 전거서, 329 면. 이 견해는 인공지능 결과물이 알고리즘의 설계, 데이터 학습 및 훈련, 이용자의 프롬프트 지시 등 여러 단계를 거쳐 생성되므로, 그 과정에서 누가 주된 창작적 기여를 하였는지가 저작자성 판단의 핵심 쟁점이 된다고 본다. 그리고 인공지능의 알고리즘이 거의 기계적으로 산출물을 생성하는 이른바 “알고리즘 창작형”의 경우에는 프로그래머를 저작자로 볼 수 있고, 업무상저작물로 인정되는 경우에는 프로그래머가 소속된 법인을 저작자로 볼 수 있다고 한다. 반면 알고리즘이 인간의 창작 과정에서 보조도구로만 활용되는 “알고리즘 보조형”의 경우에는 이용자를 저작자로 볼 수 있다고 한다.

결과물은 다음과 같은 경우에 인간의 창작적 기여를 인정할 수 있다고 한다.¹⁶ 즉, ① 이용자가 자신의 저작물을 프롬프트로 입력하여 생성된 인공지능 결과물에 그 저작물의 창작성이 나타난 경우, ② 이용자가 인공지능 결과물을 수정·증감 등 '추가 작업'한 부분에 창작성이 있는 경우, ③ 인공지능 결과물을 선택하고 배열 또는 구성한 것에 창작성이 있는 경우이다.

그러나 위 안내서의 유형화는 인간의 창작적 기여가 인정될 수 있는 사례를 예시하는 데 그칠 뿐, 각 유형에서 이용자의 행위가 최종 결과물의 보호 가능한 표현 요소에 실제로 반영되어 창작적 기여로 평가될 수 있는지에 관한 실질적 판단기준을 충분히 제시하지 못한다. 그 결과 구체적 분쟁 상황에서 이용자의 행위가 최종 결과물의 구체적 표현 형성에 대한 창작적 기여로 인정될 수 있는지를 판단하는 데 한계가 있다.¹⁷

이에 본고에서는 이러한 문제의식 아래, 인간의 창작적 기여가 인공지능 결과물에 반영되는 방식을 다음 두 가지 측면으로 나누어 분석하고자 한다. 하나는 인공지능 결과물에 대하여 전통적인 편집 소프트웨어를 사용하거나, 인간이 직접 수정·보완·선택·배열·구성하는 경우이다. 다른 하나는 생성형 인공지능이 산출한 1차 인공지능 결과물에 대하여 이용자가 프롬프트¹⁸를 통해

¹⁶문화체육관광부·한국저작권위원회, 『생성형 인공지능 결과물에 의한 저작권 분쟁 예방 안내서』, 2025, 24 면.

¹⁷차상욱, “인공지능 저작물 관련 저작권 침해 쟁점”, 경영법률 제 32 집 제 4 호(2022), 48-49 면에서는 인공지능 결과물을, (i) 그 최종적인 표현에 인간에게 직접 유래하는 창작적인 표현이 인정되는 경우(제 1 유형)와 (ii) 그 최종적인 표현에 인간에게 직접 유래하는 창작적 표현이 인정되지 않는 경우(제 2 유형)로 유형화한 다음, 제 1 유형의 경우 고성능의 디지털 카메라와 같이 인공지능을 도구로 이용하고 있는 상황이므로, 인간이 직접 조절(조정) 내지 개입하거나 인간으로부터 직접 유래하는 창작적 표현은 저작물성이 인정된다고 한다. 이에 대하여도 유사한 비판이 가능하다.

¹⁸프롬프트는 기존에는 시스템이 다음 명령이나 메시지, 또는 다른 사용자의 행동을 받아들일 준비가 되었음을 사용자에게 알려주는 메시지라는 의미로 사용되었으나, 생성형 AI 와 관련해서는 AI 모델에게 작업을 지시·명령하는 입력값(텍스트, 이미지, 영상 등)을 뜻하는

수정·보완을 지시하고, 중간 결과물을 선택하는 등 일련의 행위(이하 “프롬프트 엔지니어링”이라 한다)를 통하여 최종 인공지능 결과물의 표현에 영향을 미치는 경우이다.

전자의 경우 인공지능 결과물과 이에 대한 인간의 사후적 수정·편집된 부분이 비교적 명확히 구별되므로, 해당 작업을 통해 형성된 창작적 표현에 대해 저작물성을 인정할 수 있다. 반면 후자의 경우에는 프롬프트 엔지니어링을 통해 최종 인공지능 결과물에 인간의 창작적 표현이 부가되었다고 볼 수 있는지에 대하여 논란이 있다.

크리스 카슈타노바(Kris Kashtanova)가 생성형 인공지능인 미드저니(Midjourney)로 생성한 이미지를 활용하여 제작한 그림소설(graphic novel) 『새벽의 자리야(Zarya of the Dawn)』에 대해, 미국 저작권청(U.S. Copyright Office, USCO)은 2023년 2월 미드저니가 생성한 개별 이미지 자체는 저작권 보호대상으로 인정하지 않았다. 다만 카슈타노바가 작성한 텍스트와 인공지능 생성 이미지의 선택(selection), 조정(coordination), 배열(arrangement)에 창작성이 인정되는 부분에 대해서는 저작권 보호를 인정하였다.¹⁹

여기서 핵심은 미국 저작권청이 미드저니를 통한 이미지 생성과, 포토샵(Photoshop), 만화 제작 소프트웨어인 코믹 라이프 3(Comic Life 3) 등 전통적 편집 도구를 사용한 사후적 수정·편집 작업을 구별하였다는 점이다. 즉, 미드저니를 이용한 프롬프트 엔지니어링 방식에서는 이용자가 최종 이미지의 구체적 표현을 예측하거나 통제한다고 보기 어렵다고 보았다. 반면 인공지능 결과물을 포토샵 또는 코믹 라이프 3 등을 사용하여 수정·편집하고, 이를

용어로 통용되고 있다. 문화체육관광부·한국저작권위원회, 『생성형 AI 저작권안내서』, 2023, 12면

¹⁹U.S. Copyright Office, Letter re: Zarya of the Dawn (Registration # VAu001480196), Feb. 21, 2023, pp. 5–12, available at <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>

그림소설 전체 안에서 선택(selection), 배열(arrangement), 조정(coordination)한 부분에 대해서는 저작물성을 인정하였다.

이하에서는 후자의 경우, 즉 프롬프트 엔지니어링 결과물의 저작물성을 살펴보겠다.

4. 프롬프트 엔지니어링 결과물의 저작물성

프롬프트 엔지니어링 결과물의 저작물성을 판단함에 있어서는 창작적 통제와 창작적 기여를 구별할 필요가 있다. 창작적 통제는 표현 형성 과정에 대한 인간의 개입 또는 지배를 의미하는 과정적 기준이고, 창작적 기여는 그러한 통제의 결과가 최종 결과물의 창작성 있는 표현으로 구현되었는지를 묻는 결과적 평가이다. 따라서 창작적 통제가 인정된다는 사정만으로 곧바로 창작적 기여가 인정되는 것은 아니며, 그 통제가 최종 결과물의 보호 가능한 표현 요소에 실질적으로 반영된 경우에 한하여 인간의 창작적 기여가 인정될 수 있다.

미국 저작권청은 『새벽의 자리야(Zarya of the Dawn)』에서 프롬프트 엔지니어링 방식의 결과물에 대하여 저작권 보호를 부여하지 않았지만, 이에 대하여 다양한 반론이 있다. 즉, 인공지능 결과물의 창작성은 프롬프트 엔지니어링의 수준에 따라 크게 달라질 수 있으며, 이에 따라 프롬프트 입력자의 창작적 기여를 평가할 기준 마련이 필요하다는 견해가 대표적이다.²⁰

프롬프트는 이용자의 입력이 최종 인공지능 결과물의 구체적 표현 형성에 미치는 영향과 그 내용이 최종 결과물에 반영되는 정도에 따라 구분할 수

²⁰ 김원오(연구책임자), <생성형 AI 프롬프트 기반 창작 시대의 IP 규범 재정립>, 한국법제연구원(2025), 233 면. 위 보고서에 따르면, 프롬프트 지시 패턴을 크게 단순 지시형(간단한 명령), 설명형(세부 지침 포함), 스타일 지정형(특정 작가나 예술 스타일 반영), 기술적 프롬프트(코딩 및 데이터 생성) 등으로 구분하고 있다. 김원오(연구책임자), <생성형 AI 프롬프트 기반 창작 시대의 IP 규범 재정립>, 한국법제연구원(2025), 38 면.

있다.²¹²² 첫째, 단순 주제 제시형 프롬프트는 주제나 대상을 간단히 제시하는데 그치는 경우이다. 둘째, 스타일 지정형 프롬프트는 특정 장르, 화풍, 문체, 미감 또는 예술적 분위기를 지시하는 경우로서, 결과물의 전체적인 표현 방향을 설정하는 유형이다. 셋째, 상세 표현 지시형 프롬프트는 대상, 배경, 구도, 색채, 문체, 분위기, 장면 구성, 인물의 배치, 사건 전개 등 최종 인공지능 결과물의 표현 요소를 비교적 구체적으로 지시하는 경우이다. 넷째, 반복 조정형 프롬프트는 생성된 중간 결과물을 확인한 후 수정·보완 지시를 반복함으로써 최종 인공지능 결과물의 표현을 점진적으로 조정하는 경우이다. 다섯째, 구조화된 프롬프트 세트형은 여러 개의 프롬프트를 일정한 목적, 순서, 조건 또는 단계에 따라 결합하여 최종 인공지능 결과물의 형성 과정을 체계적으로 유도하는 경우이다.

이와 관련하여, 이용자가 구체적이고 창의적인 지시를 통하여 인공지능 결과물의 표현 형성에 영향을 미친 경우에는 그 행위가 인간의 창작적 기여로 평가될 수 있다는 견해가 있다. 그러나 이러한 견해에 따르더라도, 구체적 지시나 반복적 시도 자체가 곧바로 창작적 기여를 의미하는 것은 아니며, 그 결과가 최종 결과물의 보호 가능한 표현 요소에 실제로 반영되었는지를 별도로 검토하여야 한다. 특히 복잡한 조건 설정, 반복적 시도, 결과물의 선택·편집 등을 통하여 이용자가 최종 인공지능 결과물의 방향과 표현 형성을 주도한 경우에는 저작권법상 창작적 표현행위가 인정될 가능성이 있다고 본다.²³ 이는

²¹ 프롬프트 지시 패턴을 단순 지시형(간단한 명령), 설명형(세부 지침 포함), 스타일 지정형(특정 작가나 예술 스타일 반영), 기술적 프롬프트(코딩 및 데이터 생성) 등으로 구분하는 견해도 있다. 김원오(연구책임자), <생성형 AI 프롬프트 기반 창작 시대의 IP 규범 재정립>, 한국법제연구원(2025), 38 면.

²² 설명형 프롬프트, 지시형 프롬프트, 대화형 프롬프트, 멀티모달 프롬프트, 복합형 프롬프트로 구분하는 견해도 있다. 정윤경, “AI 프롬프트의 저작권 보호 가능성에 관한 소고”, 법학논총 제 42 집 제 2 호(2025), 226-227 면

²³ 김원오(연구책임자), <생성형 AI 프롬프트 기반 창작 시대의 IP 규범 재정립>,

위 분류 중 셋째, 상세 표현 지시형 프롬프트와 넷째, 반복 조정형 프롬프트의 경우 이용자의 창작적 기여를 인정할 수 있다는 입장으로 이해할 수 있다.

“바로크 시대 배경에 맞춰 우울한 분위기의 바이올리니스트가 초현실적 공간에서 연주하는 장면을 묘사해줘. 색감은 어두운 남색 계열로, 고흐의 화풍을 반영해줘.”와 같이 시대적 배경, 감정, 공간, 색감, 미학적 특성 및 특정 예술가의 화풍을 복합적으로 지시하는 프롬프트의 경우, 단순한 주제 제시를 넘어 최종 인공지능 결과물의 표현 방향과 구성 요소를 비교적 구체적으로 설정한 것으로 볼 수 있다는 견해가 있다.²⁴ 이는 위 분류 중 둘째 스타일 지정형 프롬프트와 셋째 상세 표현 지시형 프롬프트가 결합된 경우로 이해할 수 있다.

그러나 동일한 프롬프트를 입력하여도 다양한 결과물이 출력되므로, 반복적인 프롬프트는 단순히 “주사위를 다시 굴리는 것”과 같아 실질적으로 통제력의 수준을 변화시킨다고 볼 수 없어, 결과적으로 인공지능 결과물을 프롬프트를 입력한 이용자에게 전적으로 귀속하기에는 이론상 무리가 있다는 견해가 있다.²⁵

제이슨 앨런(Jason M. Allen)의 「스페이스 오페라 극장(Théâtre D'opéra Spatial)」 사건에서 미국 저작권청 심사위원회는 앨런이 미드저니(Midjourney)를 이용하여 초기 이미지를 생성하기까지 수정과 텍스트 프롬프트를 적어도 624 회 입력하였다는 사실을 인정하였다. 그러나 심사위원회는 앨런의 행위가 미드저니가 생성한 이미지에 대한 저작자성을 인정할 정도의 인간의 창작적 기여에 해당한다고 보지는 않았다. 그 이유는

한국법제연구원(2025), 79 면. 류시원, “생성형 AI 프롬프트 입력에 대한 저작권법상 평가”, 「계간 저작권」 제 37 권 4 호 통권 148 호, 한국저작권위원회, 2024, 102 쪽.

²⁴김원오, “프롬프팅에 의한 창작에 대한 저작권법상 재평가”, 「사법 통권」제 71 호, 2025, 53 쪽.

²⁵전응준, “AI 산출물에 의한 저작권 침해에 관한 연구”, 정보법학 제 29 권 제 1 호(2025), 54-55 면

앨런의 프롬프트가 결과물 생성에 영향을 미쳤더라도, 미드저니가 이를 특정한 표현 결과를 산출하기 위한 직접적 지시로 처리한 것이 아니라, 자체적인 프롬프트 해석과 학습데이터와의 비교를 거쳐 이미지를 생성하였기 때문이다. 따라서 심사위원회는 앨런이 최종 이미지의 구체적 표현에 대하여 궁극적 창작적 통제(ultimate creative control)를 행사하였다고 보기 어렵다고 판단하였다.²⁶

이 사건에서 앨런이 624 회에 걸쳐 프롬프트를 수정·입력하였다는 사정은 그가 상당한 노력을 투입하였음을 보여 주지만, 그 자체로 최종 이미지의 구체적 표현에 대한 인간의 창작적 기여를 의미하지는 않는다. 저작권법은 노동이나 노력의 양이 아니라 인간의 창작적 표현을 보호한다. 이는 Feist 판결이 저작권 보호의 기준을 창작자의 노력(effort)이 아니라 독창성(originality)에 두고, 단순한 노동에 근거한 sweat of the brow 법리를 배척한 취지와도 연결된다.²⁷

생성형 인공지능 기술이 본격화되기 이전인 2016 년의 「넥스트렘브란트(The Next Rembrandt)」 프로젝트는 고도의 인간 개입이 있었던 경우에도 창작적 기여 인정이 불분명할 수 있음을 보여주는 사례이다. 이 프로젝트는 ING Bank 와 J. Walter Thompson Amsterdam 이 Microsoft, TU Delft 등과 협력하여 18 개월간 진행되었으며, 20 명의 데이터 과학자, 개발자, AI 전문가 및 3D 프린팅 전문가로 구성된 팀이 346 개의 렘브란트 작품을 고해상도 3D 스캔으로 분석하여 150GB 규모의 디지털 데이터를 수집하였다.²⁸ 팀은 딥러닝

²⁶U.S. Copyright Office Review Board, Re: Second Request for Reconsideration for Refusal to Register Théâtre D'opéra Spatial, Sept. 5, 2023, pp. 1-4, available at <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/Theatre-Dopera-Spatial.pdf>.

²⁷Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340, 345-364 (1991), available at <https://www.govinfo.gov/app/details/USREPORTS-499/USREPORTS-499-340>. 연방대법원은 “originality, not ‘sweat of the brow,’ is the touchstone of copyright protection in directories and other fact-based works”라고 하여, 단순한 노동에 근거한 sweat of the brow 법리를 명시적으로 배척하였다.

²⁸Microsoft, “The Next Rembrandt: Recreating the work of a master with AI”, Microsoft News (2017. 8. 30.), <https://news.microsoft.com/europe/features/next-rembrandt/>.

알고리즘과 얼굴 인식 기술을 활용하여 렘브란트의 기하학, 구도, 재료 사용을 학습하는 소프트웨어 시스템을 설계하였고, 이를 통해 렘브란트 스타일의 새로운 초상화를 생성하였다.²⁹ 이 프로젝트는 프롬프트 입력 방식의 생성형 AI가 아니라 특정 목적을 위해 전문가 팀이 18개월간 직접 설계하고 학습시킨 맞춤형 머신러닝 시스템이었다는 점에서, 현재의 범용 생성형 AI와는 기술적 성격이 다르다.

그러나 다수의 전문가가 상당한 시간과 비용을 투입하여 AI 시스템을 설계하고 학습시켰다는 사정만으로, 최종 결과물에 대한 인간의 창작적 기여가 곧바로 인정되는 것은 아니다. 저작권법상 중요한 것은 데이터 선정, 알고리즘 설계, 이미지 분석, 출력 조정 등 기술적·기획적 개입이 있었다는 사실 그 자체가 아니라, 그러한 개입이 최종 결과물의 표현 형성에 대한 창작적 통제로 평가될 수 있는지, 그리고 그러한 통제의 결과가 최종 결과물의 보호 가능한 표현 요소에 실제로 반영되어 인간의 창작적 기여로 인정될 수 있는지 여부이다.³⁰

넥스트 렘브란트 프로젝트는 전문가 팀이 특정 결과물을 목표로 18개월간 AI 시스템을 설계·학습시키고 출력 과정을 조정한 사례로서, 인간의 기술적·기획적 관여가 매우 높은 경우에 속한다. 그러나 이처럼 고도의 인간 관여가 있었던 경우에도, 그 관여가 최종 초상화의 보호 가능한 표현 요소 형성에 대한 창작적 통제에 해당하고 그 결과 인간의 창작적 기여로 평가될 수 있는지는 불분명하다. 그렇다면 AI 기술이 고도화되고 범용화될수록 시스템의 자율성은 커지는 반면 개별 이용자가 최종 결과물의 구체적 표현 형성에 미치는 직접적 영향은 제한되므로, 일반적인 범용 생성형 AI 이용에서는 넥스트 렘브란트 사례보다 이용자의 관여를 인간의 창작적 기여로 인정할

²⁹“The Next Rembrandt: Who holds the Copyright in Computer Generated Art”, Art Journal (2020. 9. 29.), <https://journal.atp.art/the-next-rembrandt-who-holds-the-copyright-in-computer-generated-art/>.

³⁰Andrew Winegar, "Protecting 'The Next Rembrandt': Evaluating Artificial Intelligence's Relationship with Copyright Law", Chicago-Kent Journal of Intellectual Property, Vol. 17, No. 2 (2018), pp. 423-445.

가능성이 더욱 낮아질 것이다.

5. 소결

이상에서 살펴본 바와 같이, 현행 저작권법의 해석상 프롬프트 입력행위 자체는 특별한 사정이 없는 한 아이디어 제시 또는 생성 지시의 수준에 머무르는 것으로 평가될 가능성이 높다. 앨런 사건에서 보듯이 624 회에 걸친 반복적 프롬프트 입력도 최종 이미지의 구체적 표현에 대한 궁극적 창작적 통제로 인정되지 않았으며, 넥스트 램브란트 프로젝트에서처럼 전문가 팀의 18 개월간 집중적 개입에도 불구하고 인간의 창작적 기여가 인정되는지 불분명하였다. 이는 AI 기술이 고도화될수록 시스템의 자율성이 증가하고 인간의 직접적 통제가 감소하는 구조적 특성에 기인한다.

한편 인간의 창작적 기여가 인정되지 않는 인공지능의 자동 생성 부분까지 별도의 배타적 권리를 부여하는 것은 신중하여야 한다. 인공지능은 창작 유인을 필요로 하지 않고 매우 짧은 시간에 다수의 결과물을 생성할 수 있으므로, 자동 생성 부분에 대한 광범위한 권리 부여는 인간 창작자의 활동 영역을 제약하고 표현의 자유로운 이용을 과도하게 제한할 우려가 있다.³¹

따라서 이용자의 창작적 기여가 최종 결과물의 보호 가능한 표현 요소에 실질적으로 반영된 경우에는 그 부분에 한하여 저작물성이 인정될 수 있다. 반면 인간의 창작적 기여가 인정되지 않는 자동 생성 부분은 그 자체로는 이용자의 저작물로 보호되지 않는다. 다만 그 부분이 기존 저작물의 보호되는 표현을 재현한 경우에는 해당 기존 저작물에 관한 저작권 침해 여부가 별도로 문제될 수 있으므로, 이를 곧바로 공공영역(public domain)에 속한다고 볼 수는 없다.

III. 인공지능 결과물의 저작권 침해성

³¹이해완, “인공지능 생성물에 대한 저작권 보호의 조건으로서의 ‘인간의 창작적 기여’”, 『산업재산권』 제 79 호(한국지식재산학회, 2024), 190-191 면

1. 문제제기

이용자가 인공지능에 프롬프트를 입력하면, 인공지능은 다양한 디지털 콘텐츠를 생성하게 된다. 이는 개발자가 미리 제작한 구성요소를 이용자가 선택·조합하면 시스템이 이를 표시하는 방식과는 구별된다. 디지털 콘텐츠는 인터넷 할당 번호 관리기관(IANA, Internet Assigned Numbers Authority)³²의 미디어 타입 등록부(Media Types Registry)에 기초하여, 텍스트(text), 이미지(image), 오디오(audio), 비디오(video), 응용 프로그램(application), 모델(model), 폰트(font), 복합 형식(multipart), 메시지(message), 촉각 데이터(haptics) 등 최상위 매체 유형으로 분류할 수 있다.³³ 이러한 분류는 저작권법상 저작물 유형을 정하는 법적 분류가 아니라, 인터넷 환경에서 데이터의 형식과 처리 방식을 식별하기 위한 기술적 분류이다.

문제는 인공지능이 생성한 결과물 중 일부가 기존 저작물과 실질적으로 유사하게 나타날 수 있다는 점이다. 인공지능 결과물 자체가 이용자의 저작물로 보호될 수 있는지와 그 결과물이 타인의 저작권을 침해하는지는 구별하여야 한다. 인공지능 결과물이 이용자의 저작물로 보호되지 않는다는 사정만으로 타인의 저작권 침해 가능성이 배제되는 것은 아니다. 예컨대 원저작물의 표현을 그대로 또는 동일성을 해치지 않는 범위에서 재현한 결과물은 자체 창작성이 없어 별개의 저작물로 보호되지 않더라도 복제권 침해를 구성할 수 있다. 이 경우 창작성의 결여는 원저작물의 표현이

³² IANA, 즉 Internet Assigned Numbers Authority 는 명칭상 ‘Authority’라는 표현을 포함하고 있어 기관명처럼 사용되어 왔으나, 독립된 국제기구나 별도의 법적 규제기관이 아니라 인터넷의 전 세계적 고유 식별자와 프로토콜 파라미터를 조정·관리하는 기능 및 그 수행체계를 의미한다. 이러한 IANA 기능은 초기 인터넷 환경에서 Jon Postel 등이 수행하던 인터넷 식별자 조정 업무에서 발전하였고, 현재 이 기능은 ICANN(Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)의 계열 법인인 Public Technical Identifiers(PTI)가 수행한다.

³³ IANA, "Top-Level Media Types," <https://www.iana.org/assignments/top-level-media-types> (최종 방문일: 2026. 5. 9.).

재현되었다는 판단과 관련될 수 있다. 그러나 새로운 창작성이 부가된 변형적 결과물에서도 원저작물에 대한 의거성과 보호표현의 실질적 유사성이 인정되면 2 차적저작물작성권 침해가 성립할 수 있다. 따라서 결과물의 저작물성과 침해성은 각각의 요건에 따라 판단하여야 하며, 창작성의 결여를 저작권 침해 일반의 근거로 삼아서는 안 된다.³⁴

인공지능과 관련한 저작권 침해 문제는 전술한 바와 같이 개발 단계와 이용 단계로 구별하여 검토할 필요가 있다. 인공지능 개발 단계에서는 학습데이터의 수집, 저장, 전처리 및 학습 과정에서 기존 저작물이 데이터셋이나 서버 등에 저장되는 행위가 문제되므로, 주로 복제권 침해 여부가 쟁점이 된다. 반면 인공지능 이용 단계에서는 이용자가 프롬프트를 입력하여 기존 저작물에 의거한 결과물을 생성하고, 그 결과물이 원저작물과 실질적 유사성을 유지하는지가 문제되므로, 주로 2 차적저작물작성권 침해 여부가 쟁점이 된다. 다만 이용 단계에서도 결과물이 언제나 2 차적저작물작성권 침해의 문제로만 귀결되는 것은 아니다. 타인의 저작물을 원형 그대로 복제하지 않고 다소의 수정·증감이나 변경을 가하였더라도, 새로운 창작성을 더하지 않은 정도에 그친다면 이는 복제에 해당할 수 있다(대법원 2014. 1. 29. 선고 2012 다 73493,

³⁴ 전웅준, “AI 산출물에 의한 저작권 침해에 관한 연구”, 정보법학 제 29 권 제 1 호(2025), 63 면에서는, “사실, AI 산출물에 의한 저작권 침해의 판단기준을 논하기 위해서는 그 전에 AI 산출물에 의해 과연 타인 저작권이 침해될 수 있는지 자체를 검토할 필요가 있다. 특히 AI 모델에 대한 창작적 통제력(creative control) 부재를 이유로 AI 산출물의 저작물 적격성(copyrightability)를 부정하고 관련 프롬프트를 입력한 이용자에게 저작권 부여를 거절하는 견해를 취한다면 침해유발적 프롬프트를 입력한 이용자에게도 유사한 논리로 침해책임을 부정해야 한다는 논리가 이론상 불가능하지는 않다고 보인다”고 설명하고 있다. 그러나 본문의 복제물 사례에서 보듯, 통제력 부재로 인하여 AI 산출물에 별도의 창작적 표현이 보태지지 않았다는 사정은, 그 산출물을 생성한 행위가 원저작물의 표현에 그만큼 더 의거한 행위였음을 보여주는 사정일 수 있고, 이 경우 산출물의 저작물성을 부정하는 근거는 오히려 그 생성행위에 대한 침해를 긍정하는 근거로 작용하므로, 통제력 부재를 이유로 한 저작물성 부정의 논리를 곧바로 이용자의 침해책임 부정으로 연결하는 것에는 의문이 있다.

73509 판결). 따라서 생성된 결과물이 특정 소설의 문단, 시, 가사, 코드 또는 이미지 구성 등 원저작물의 표현을 사실상 그대로 재현한 경우에는 2차적저작물작성권 침해 여부가 아니라 복제권 침해 여부가 쟁점이 된다.

이하에서는 인공지능 개발 단계의 적법성이 충족된 것으로 전제하고, 이용자의 프롬프트 입력에 따라 원저작물을 기초로 한 변형적 결과물이 생성된 경우의 2차적저작물작성권 침해를 중심으로 살펴본다. 다만 의거성은 복제권을 포함한 재현형 침해에 공통되는 요건이므로, 원저작물의 표현이 그대로 또는 거의 동일하게 출력된 경우도 의거성 및 사후 공개행위의 규율을 설명하는 데 필요한 범위에서 함께 검토한다.

2. 2차적저작물작성권 침해의 법률요건 — 의거성을 중심으로

가. 개설

2차적저작물작성권 침해가 성립하기 위해서는, 첫째 원고가 주장하는 선행 저작물이 저작권법상 보호되는 저작물이어야 하고, 원고에게 그 저작물에 관한 2차적저작물작성권이 귀속되어 있어야 한다. 따라서 후행 AI 결과물이 원고가 주장하는 선행 저작물을 기초로 작성되었다고 하더라도, 그 선행 저작물이 저작권법상 보호되는 저작물에 해당하지 않거나 원고에게 해당 2차적저작물작성권이 귀속되어 있지 않다면 2차적저작물작성권 침해는 성립하지 않는다. 한편 저작재산권의 전부를 양도하는 경우 특약이 없는 때에는 2차적저작물작성권은 포함되지 않는 것으로 추정되므로(저작권법 제 45 조 제 2 항 본문),³⁵ 원저작물의 저작재산권 일부가 양도되었다는 사정만으로 양수인에게 당연히 2차적저작물작성권까지 귀속된다고 볼 수는 없다.

저작권법상 보호되는 것은 원저작물에 담긴 아이디어, 소재, 주제, 기능, 기법,

³⁵ 다만 컴퓨터프로그램저작물의 경우에는 특약이 없으면 2차적저작물작성권도 함께 양도된 것으로 추정한다(제 45 조 제 2 항 단서).

추상적인 작품·문체·스타일 그 자체가 아니라, 창작적 표현이다(저작권법 제 2 조 제 1 호). 따라서 후행 AI 결과물이 기존 저작물과 일정한 유사성을 가진다고 하더라도, 그 유사성이 보호받지 못하는 아이디어나 소재, 장르적 관습, 통상적인 표현방식에 머무르는 경우에는 2 차적저작물작성권 침해가 성립하기 어렵다.

둘째, 후행 AI 결과물이 원고의 원저작물에 의거하여 작성되었고, 양자 사이에 저작권법상 보호되는 표현상의 실질적 유사성이 인정되어야 한다. 전자를 의거성 또는 의거관계라고 하고, 후자를 실질적 유사성이라고 한다.³⁶ 특히 2 차적저작물작성권 침해가 문제되는 경우에는, 단순히 아이디어·소재·주제나 장르적 관습이 유사한 것만으로는 부족하고, 후행 AI 결과물에 담긴 표현으로부터 원저작물의 표현상 본질적 특징을 직접 느껴서 알 수 있을 정도의 유사성이 인정되어야 한다(대법원 2004. 7. 8. 선고 2004 다 18736 판결).

한편, 둘째 요건에서 본 실질적 유사성이 인정되더라도, 원저작물을 기초로 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정·증감이 가해져 새로운 창작성이 부가된 경우에 비로소 2 차적저작물작성권 침해가 문제된다. 이에 반하여 후행 AI 결과물이 원저작물과 완전히 동일하거나, 수정·증감이 있더라도 그 동일성을 손상하지 않는 정도에 그쳐 새로운 창작성의 부가를 인정할 수 없다면, 이는 2 차적저작물작성권 침해가 아니라 저작권법 제 16 조의 복제권 침해가 문제된다. 한편, 후행 AI 결과물에 새로운 창작성이 부가되었더라도 원저작물의 표현상 본질적 특징이 더 이상 감득되지 않을 정도라면 원저작물과 실질적 유사성이 없는 별개의 독립저작물로 보아야 한다.

한편 저작권 침해의 성립요건과 손해배상책임의 성립요건은 구별된다.

³⁶박성호, “생성형 AI 관련 저작권 침해소송에서 주장·증명책임에 관한 고찰”, 『서울대학교 법학』 제 66 권 제 1 호(2025), 170 면

저작권 침해가 인정되기 위해서는 피침해 저작물의 저작물성, 의거성, 실질적 유사성 및 침해자의 고의 또는 과실이 모두 인정되어야 한다는 견해가 있으나,³⁷ 저작권법 제 123 조 제 1 항에 따른 침해정지·예방청구권의 경우 침해자의 고의 또는 과실은 요구되지 않는다.³⁸ 반면 손해배상청구의 경우에는 침해행위 외에 침해자의 고의 또는 과실, 손해 및 인과관계가 추가적으로 인정되어야 한다.

나. 의거성

의거성은 실질적 유사성과 구별되는 2 차적저작물작성권 침해의 독립적 성립요건으로서, 2 차적저작물작성권 침해는 단순히 두 표현물이 실질적으로 유사하다는 사실만으로 충족되는 것은 아니다. 특허법에서는 선출원주의 원칙상 동일한 발명에 대하여 복수의 출원이 경합하는 경우 먼저 출원한 자에게 특허를 받을 수 있는 지위가 인정되고, 등록·심사를 거쳐 공시된 권리범위에 배타적 효력이 부여된다. 그러므로 특허권 침해에서는 원칙적으로³⁹ 특허권의 권리범위에 속하는 실시행위가 있는지가 문제될 뿐, 그 실시행위가 특허발명에 의거한 것인지 여부는 침해 성립의 요건이 되지 않는다. 반면 저작권은 창작과 동시에 발생하는 무방식주의를 취하며, 기존 저작물과 동일하거나 실질적으로 유사한 표현에 이르렀더라도 그것이 기존 저작물에 의거하지 않고 독립적으로 창작된 것이라면 별개의 저작물로 보호될 수 있다.⁴⁰ 따라서 2 차적저작물작성권 침해가 성립하기 위해서는 대상 저작물이 기존 저작물에 의거하여 작성되었다는 점이 인정되어야 한다. 의거성 요건은

³⁷전웅준, “AI 산출물에 의한 저작권 침해에 관한 연구”, 정보법학 제 29 권 제 1 호(2025), 63 면.

³⁸문화체육관광부·한국저작권위원회, 『생성형 AI 저작권안내서』, 2023, 65 면.

³⁹특허법은 선사용에 의한 통상실시권을 규정하고 있다. 즉, 특허출원 시에 그 특허출원된 발명의 내용을 알지 못하고 그 발명을 하거나 그 발명을 한 사람으로부터 알게 되어 국내에서 그 발명의 실시사업을 하거나 이를 준비하고 있는 자는 그 실시하거나 준비하고 있는 발명 및 사업목적의 범위에서 그 특허출원된 발명의 특허권에 대하여 통상실시권을 가진다(제 103 조).

⁴⁰윤태식, 『저작권법』(제 2 판), 박영사(2021), 452 면.

문제되는 표현이 기존 저작물로부터 유래한 것인지를 확인하고, 우연한 일치나 독립창작의 결과물을 저작권 침해의 범위에서 배제하는 기능을 한다.

의거성은 저작권 침해가 성립하기 위한 법률요건이다. 이 요건을 충족시키는 주요사실은 (i) 피고가 원고의 기존 저작물을 인식하고, (ii) 그러한 인식이 대상 저작물의 표현 형성에 작용하였다는 사실이다.⁴¹ 기존 저작물에 대한 인식은 내부적 용태 중 관념적 용태에 해당하지만, 의거성은 그 인식의 존부에 그치지 않고 그 인식이 표현 형성에 작용하였는지까지 문제 삼는다는 점에서 단순한 주관적 요소로만 볼 수 없다.⁴²

이러한 주요사실은 피고의 인식 및 그 인식의 표현 형성에의 작용에 관한 것이므로 직접 증명하기 어려운 경우가 많다. 이에 판례는 기존 저작물에 대한 접근가능성과 대상 저작물과 기존 저작물 사이의 유사성이라는 객관적 간접사실을 통하여 의거관계를 추정하고 있다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2005 다 35707 판결 참조). 특히 대상 저작물과 기존 저작물이 독립적으로 작성되어 같은 결과에 이르렀을 가능성을 배제할 수 있을 정도의 현저한 유사성이 인정되는 경우, 그러한 사정에 의하여 의거관계를 추정할 수 있다(대법원 2014. 5. 16. 선고 2012 다 55068 판결).

두 저작물 사이에 의거관계가 인정되는지 여부와 실질적 유사성이 있는지 여부는 서로 별개의 판단으로서, 전자의 판단에는 후자의 판단과 달리 저작권법에 의하여 보호받는 표현뿐만 아니라 저작권법에 의하여 보호받지 못하는 표현 등이 유사한지 여부도 함께 참작될 수 있다(대법원 2014. 5. 16.

⁴¹ 권영준·조정욱, 『저작권침해 판단론』(제 2 판), 박영사(2023), 27 면.

⁴² 오승종, 『저작권법』(제 5 판), 박영사(2020), 1250 면에서는 의거요건을, (i) 기존 저작물에 대한 표현내용을 인식하고, (ii) 그것을 이용한다는 의사를 가지고, (iii) 실제로 그것을 이용하는 행위로 분석하면서, (iii)이 주관적 요소가 아니라는 것을 긍정하면서 전제로서 저작권 침해의 주관적 요건으로 설명하고 있다. 그러나 판례에서는 “(ii) 그것을 사용하려는 의사”를 명확하게 요구하고 있지 않다.

선고 2012 다 55068 판결).

다. 실질적 유사성

2 차적저작물작성권 침해가 성립하기 위해서는 대상 결과물이 원저작물에 의거하여 작성되었을 뿐만 아니라, 원저작물과 문제된 결과물 사이에 실질적 유사성이 인정되어야 한다. 실질적 유사성이란 양자 사이에 저작권법상 보호되는 표현상의 유사성이 존재하는지를 의미한다. 따라서 양자가 전체적으로 유사한 인상을 준다고 하더라도, 그 유사성이 아이디어·소재·주제·기능·기법·장르적 관습 또는 통상적 표현 등 보호받지 못하는 요소에 그치는 경우에는 실질적 유사성이 인정되지 않는다.

저작권법 제 5 조 제 1 항은 2 차적저작물을 원저작물을 번역·편곡·변형·각색·영상제작 그 밖의 방법으로 작성한 창작물로 규정한다. 판례도 2 차적저작물로 보호받기 위해서는 원저작물을 기초로 하되 원저작물과 실질적 유사성을 유지하면서, 사회통념상 새로운 저작물이 될 수 있을 정도의 수정·증감을 가하여 새로운 창작성이 부가되어야 한다고 본다(대법원 2002. 1. 25. 선고 99 도 863 판결). 이러한 법리에 비추어 보면, 2 차적저작물작성권 침해가 전형적으로 문제되는 경우는 원저작물의 표현을 그대로 재현한 경우가 아니라, 원저작물에 일정한 변형이 가해졌음에도 그 보호받는 표현상 특징이 후행 결과물에 남아 있는 경우이다. 반면 원저작물의 표현을 사실상 그대로 재현하여 새로운 창작적 표현을 더하지 않은 경우에는 2 차적저작물작성권 침해가 아니라 복제권 침해의 문제가 된다.

3. 인공지능 결과물과 의거성

가. 개설

생성형 인공지능 결과물의 경우에도 실질적 유사성의 판단은 전통적인

저작권 침해의 판단 구조와 크게 다르지 않다.⁴³ 결과물과 기존 저작물 사이에 저작권법상 보호되는 표현의 실질적 유사성이 있는지를 살피면 된다.

그러나 의거성은 별도로 검토할 필요가 있다. 전통적인 의거성 판단은 원저작물에 대한 접근과 후행 결과물의 작성이 통상 동일한 행위주체 안에서 연결되는 경우를 전제로 형성되었다. 반면 생성형 인공지능에서는 원저작물이 학습데이터로 이용되는 단계와 이용자가 프롬프트를 입력하여 결과물을 생성하는 단계가 분리될 수 있다. 원저작물의 표현은 인공지능 개발자⁴⁴가 수행한 학습을 통해 모델에 반영될 수 있으므로, 이용자는 원저작물에 직접 접근하지 않고도 그 표현과 유사한 결과물을 얻을 수 있다. 따라서 전통적인 의거성 판단 기준을 이용자에게 그대로 적용하기는 어렵다.

생성형 인공지능을 이용한 결과물의 의거성 문제는 원저작물의 학습데이터 포함 여부와 별도로, 이용자가 프롬프트를 입력할 당시 원저작물의 표현 내용을 인식하고 있었는지에 따라 다음 두 유형으로 구분할 수 있다. ① 이용자가 원저작물의 표현 내용을 인식한 상태에서 그 표현을 재현하거나 변형한 결과물을 얻기 위하여 프롬프트를 입력하거나 원저작물을 직접 입력·업로드한 경우이다. ② 이용자가 원저작물을 인식하지 못한 채 프롬프트를 입력하였으나 결과적으로 그 저작물과 실질적으로 유사한 결과물이 산출된 경우이다. 유형 ②에서는 원저작물이 학습데이터에 포함되어 모델에 암기되고 출력에 반영된 경우가 주로 문제된다.⁴⁵

⁴³전웅준, “AI 산출물에 의한 저작권 침해에 관한 연구”, 정보법학 제 29 권 제 1 호(2025), 62 면.

⁴⁴「인공지능 발전과 신뢰 기반 조성 등에 관한 기본법」(이하 ‘인공지능기본법’) 제 2 조 제 7 호는 인공지능사업자를 인공지능개발사업자(인공지능을 개발하여 제공하는 자)와 인공지능이용사업자(인공지능개발사업자가 제공한 인공지능을 이용하여 인공지능제품 또는 인공지능서비스를 제공하는 자)로 구분한다. 이 글에서는 인공지능개발사업자를 “개발자”라 한다.

⁴⁵ 김원오(연구책임자), <생성형 AI 프롬프트 기반 창작 시대의 IP 규범 재정립>,

이러한 유형 구분은 생성형 인공지능에서 학습데이터에 포함된 표현이 출력되는 양상과도 일정 부분 관련된다. ① 추출(extraction)은 이용자가 프롬프트를 통하여 모델로 하여금 학습데이터와 동일하거나 거의 동일한 사본을 출력하도록 의도적으로 유도하고 실제로 그러한 출력을 얻은 경우를 말한다.⁴⁶ 이때 이용자가 해당 내용이 실제로 학습데이터에 포함되어 있다는 사실을 알고 있어야 하는 것은 아니다. 원저작물의 앞부분을 프롬프트로 제시하고 모델로 하여금 프롬프트에 포함되지 않은 나머지 부분을 이어서 출력하도록 유도하는 것이 추출을 확인하는 대표적인 방법이다.⁴⁷ 반면 ② 재현(regurgitation)은 이용자의 의도와 관계없이 모델이 학습데이터에 포함된 특정 저작물의 전부 또는 상당 부분과 동일하거나 거의 동일한 표현을 출력하는 현상을 말한다.⁴⁸

두 경우 모두 학습데이터와 동일하거나 거의 동일한 출력이 생성되지만, 추출은 이용자가 그러한 출력을 유도하여 얻어내는 행위를 가리키는 반면, 재현은 모델이 그러한 결과를 출력하는 현상을 가리킨다.

그러나 추출과 재현을 이용자의 인식 여부에 따라 구분한 유형 ①과 유형 ②에 각각 동일시할 수는 없다. 유형 ①은 원저작물에 대한 이용자의 인식을 기준으로 하므로, 이용자가 원저작물을 인식하였다는 사실만으로 추출이 성립하는 것은 아니다. 특히 이용자가 타인의 저작물 전부 또는 일부를 프롬프트에 직접 입력하거나 업로드하고 모델이 그 표현을 그대로 또는 거의 동일하게 출력한 경우, 그 출력은 프롬프트에 제공된 내용을 반복한 것일 수

한국법제연구원(2025), 125-132 면도 “이용자의 인식”을 기준으로, 이용자가 피침해 저작물을 인식한 경우와 인식하지 못한 경우를 구별하여 설명하고 있다.

⁴⁶A. Feder Cooper and James Grimmelmman, “The Files Are in the Computer: On Copyright, Memorization, and Generative AI,” 100 Chicago-Kent Law Review (2025), 159 & n.63.

⁴⁷Cooper and Grimmelmman, *supra* note 46, at 173–174; Nicholas Carlini, Daphne Ippolito, Matthew Jagielski, Katherine Lee, Florian Tramèr and Chiyuan Zhang, “Quantifying Memorization Across Neural Language Models,” International Conference on Learning Representations (2023), 2–3.

⁴⁸Cooper and Grimmelmman, *supra* note 46, at 159, 165.

있다. 따라서 프롬프트에 이미 포함된 표현이 출력되었다는 사실만으로는 그 표현이 학습데이터로부터 추출되었다고 볼 수 없다. 추출로 인정되기 위해서는 적어도 프롬프트에 포함되지 않은 학습데이터의 표현이 출력되어야 한다.⁴⁹

유형 ②는 이용자가 원저작물을 인식하지 못한 상태에서 프롬프트를 입력하였으나 결과적으로 그 원저작물과 실질적으로 유사한 결과물이 산출된 경우이다. 이 경우 모델이 학습데이터에 포함된 해당 원저작물의 전부 또는 상당 부분과 동일하거나 거의 동일한 표현을 출력하였다면 재현이 문제될 수 있다. 다만 재현은 이용자의 인식 여부가 아니라 출력된 결과와 학습데이터의 관계에 관한 개념이므로, 재현 자체를 유형 ②와 동일시해서는 안 된다. 결국 추출과 재현 자체를 유형 ①과 유형 ②의 구분 기준으로 삼아서는 안 된다.

나. 유형 ①과 유형 ②의 의거성

1) 유형 ①의 의거성 — 이용자가 원저작물을 인식한 경우

전술한 바와 같이 의거성의 주요사실은 (i) 피고가 원고의 기존 저작물의 표현 내용을 인식하였고, (ii) 그 인식에 기초한 행위가 대상 저작물의 표현 형성에 작용하였다는 사실이다. 유형 ①의 경우 이용자가 원저작물의 표현 내용을 인식한 상태에서 그 표현을 결과물에 반영하려는 취지로 프롬프트를 입력하고, 실제 결과물에 이에 대응하는 표현이 나타났다면, (i) 요건뿐만 아니라 그 입력행위가 결과물의 표현 형성에 작용하였다는 (ii) 요건도 인정될 수 있다. 따라서 이 경우 결과물은 원저작물에 의거하여 작성된 것으로 볼 수 있다.

이때 의거성 판단의 초점은 이용자가 해당 저작물이 인공지능의 학습용 데이터에 포함되어 있다는 사실을 인식하였는지에 있는 것이 아니라, 이용자가 원저작물의 표현 내용을 인식하고 이를 기초로 그 창작적 표현을 재현하거나 변형한 결과물이 생성되도록 프롬프트를 입력하였는지에 있다. 따라서 이러한 경우에는 이용자가 사용한 인공지능이 개발 과정에서 원저작물을 학습에

⁴⁹Cooper and Grimmelmann, *supra* note 46, at 163–164, 168–170, 172–174.

활용하였다는 사실을 별도로 증명하지 않더라도 의거성이 인정될 수 있다.

한편 이용자가 특정 원저작물의 구체적 표현 내용을 인식하고 이를 결과물의 표현 형성에 이용하였다면, 결과적으로 저작권의 보호를 받지 않는 화풍이나 분위기만 유사하게 나타난 경우에도 의거성 자체는 인정될 수 있다. 다만 원저작물의 보호되는 표현과 실질적 유사성이 인정되지 않으면 저작권 침해는 성립하지 않는다.

2) 유형 ②의 의거성 — 이용자가 원저작물을 인식하지 못한 경우

유형 ②의 경우에는 이용자가 원저작물을 인식하지 못하였으므로, 이용자의 인식을 매개로 한 의거성을 인정하기 어렵다. 예컨대 이용자가 원저작물을 인식하지 못한 채 그 저작물을 특정하거나 그 표현의 출력을 유도하지 않는 프롬프트를 입력하였음에도, 모델에 암기(memorization)된 원저작물의 전부 또는 상당 부분과 정확하거나 거의 동일한 표현이 결과물에서 재현(regurgitation)된 경우가 이에 해당한다. 기술적으로 재현이 발생하면 해당 표현이 모델에 암기되어 있었음을 알 수 있지만, 모델에 암기된 표현이 언제나 재현되는 것은 아니다.⁵⁰

다. 적용상의 한계

의거성은 침해를 주장하는 저작권자가 그 증명책임을 부담하는 요건이다. 이상의 유형 구분은 이용자가 원저작물을 인식하고 있었는지를 기준으로 하는데, 문제는 이러한 이용자의 인식을 증명하기 어렵다는 데 있다. 이용자의 인식은 그 프롬프트 입력행위를 통하여 드러나지만, 프롬프트 입력행위는 이용자의 지배영역에 존재하므로 저작권자가 그 내용을 객관적으로 증명하기

⁵⁰A. Feder Cooper and James Grimmelmann, *supra* note 46, at 159–160, 168, 176–177.

어렵기 때문이다.

저작권자가 프롬프트 입력행위를 직접 증명하기 어려운 이상, 남는 것은 결과물과 원저작물 사이의 유사성이라는 객관적 사정뿐이다. 물론 저작권 침해가 성립하기 위해서는 의거성 외에도 산출된 결과물이 원저작물의 창작적 표현과 실질적으로 유사하여야 하고, 양자의 유사성이 현저한 경우에는 그 유사성이 의거의 존재를 추정하는 간접사실이 될 수 있다. 그러나 그 경우에도 유사성은 결과물이 유형 ①과 같이 이용자의 프롬프트 입력행위에서 비롯된 것인지, 아니면 유형 ②와 같이 학습이라는 사정에서 비롯된 것인지까지 특정해 주지는 못한다.

결국 저작권자가 이용자의 프롬프트, 참조자료 또는 생성기록을 확보하지 못한 경우에는 어느 사안이 유형 ①과 유형 ② 중 어디에 해당하는지를 객관적으로 구별하기 어렵다. 따라서 이 유형 구분은 실제 소송에서 의거성을 증명하는 수단으로서는 실익이 제한될 수 있다. 다만 두 유형은 의거성의 성립 여부와 판단 근거가 다르므로, 법적 구조를 설명하기 위한 구분으로서는 유효하다. 이하에서는 이러한 범위에서 두 유형의 구분을 사용한다.

이처럼 이용자의 주관적 인식을 증명하기 어렵다는 점에 착안하여, 해당 생성형 인공지능의 개발·학습에 사용된 데이터셋에 원저작물이 포함되어 있었던 경우에는 이용자의 주관적 인식이 없더라도 의거성을 인정할 수 있다는 견해가 제기된다. 이는 인식이라는 주관적 요건 대신 학습이라는 객관적 사정을 의거성의 근거로 삼으려는 것이다. 이러한 견해가 타당한지는 일본 문화청 문화심의회 저작권분과회 법제도소위원회의 논의를 중심으로 항을 바꾸어 검토한다.

라. 일본 문화청의 객관적 접근

1) 소위원회의 견해

일본 문화청 문화심의회 저작권분과회 법제도소위원회는 생성형 인공지능을 이용한 결과물의 의거성을 이용자의 인식 유무에 따라 구분하여 설명한다. 먼저 이용자가 기존 저작물의 표현 내용을 인식한 상태에서 생성형 인공지능을 이용하여 그 창작적 표현과 동일하거나 유사한 표현을 가진 결과물을 생성한 경우에는 의거성이 인정될 수 있고, 그 결과물과 원저작물 사이에 실질적 유사성이 인정되면 이용자의 저작권 침해가 성립할 수 있다고 본다. 이는 앞서 본 유형 ①에 대응한다.

다음으로 소위원회는 이용자가 기존 저작물을 인식하지 못하였더라도 해당 생성형 인공지능의 개발·학습 단계에서 그 저작물이 학습데이터에 포함된 경우에는 원저작물에 대한 객관적 접근이 인정될 수 있고, 이를 기초로 이용자의 주관적 인식이 없는 경우에도 의거성이 추인될 수 있다고 설명한다.⁵¹ 여기서 객관적 접근이란 이용자가 원저작물에 접근하였다는 의미가 아니라, 생성형 인공지능의 개발·학습 과정에서 원저작물이 학습되었다는 사실을 말한다.

소위원회 보고서 본문은 객관적 접근이 인정되더라도, 해당 생성형 인공지능의 구조상 학습에 사용된 저작물의 창작적 표현이 생성·이용 단계에서 출력되지 않도록 설계되어 있거나 출력 단계에서 필터링 등 기술적 조치가 취해져 있는 경우에는 의거성의 추인이 반복될 수 있다고 본다.⁵² 반면 보고서의 각주에는 개발·학습 단계에서 해당 저작물이 이미 학습된 이상 그러한 기술적 조치가 취해졌더라도 의거성 자체가 부정되는 것은 아니며, 기술적 조치를 강구하였다는 사정은 손해배상책임의 성립요건인 이용자의 고의·과실을 판단할 때 고려될 수 있을 뿐이라는 별도의 의견이 소개되어 있다.⁵³ 이하에서는 객관적 접근만으로 이용자의 주관적 인식이 없는 경우에도

⁵¹文化審議口著作口分科口法制度小委員口, 전계 보고서, 34 頁.

⁵²文化審議口著作口分科口法制度小委員口, 전계 보고서, 34 頁 및 같은 면 주 45.

⁵³文化審議口著作口分科口法制度小委員口, 전계 보고서, 34 頁 및 같은 면 주 46 에서, “개발·학습

의거성을 추인할 수 있다는 견해가 타당한지를 검토한다

2) 검토

위와 같이 객관적 접근만으로 이용자의 주관적 인식이 없는 경우에도 의거성을 인정할 수 있다는 견해는 다음과 같은 점에서 받아들이기 어렵다.

첫째, 모델이 학습 과정에서 특정 원저작물에 접근하였다는 사실만으로 이용자가 그 저작물을 인식하였다고 추인할 수 없다. 이용자가 생성형 인공지능을 이용하였다는 사실은 모델의 생성 기능을 활용하려 하였다는 점을 보여줄 뿐, 학습에 이용된 특정 원저작물을 인식하거나 이를 이용하려 하였다는 점까지 보여주는 것은 아니다. 이용자가 실제로 특정 원저작물을 인식하고 이를 결과물의 생성에 이용하려 하였는지는 프롬프트의 내용, 참조자료의 제공 또는 선택 여부 등 별도의 사정에 따라 판단하여야 한다.

전통적인 의거성 판단에서 원저작물에 대한 접근이 의거성을 추인하는 간접사실이 되는 것은 그 접근을 통하여 후행 작성자의 원저작물에 대한 인식을 추인할 수 있기 때문이다. 그러나 생성형 인공지능에서는 개발·학습 단계에서 이루어진 원저작물에 대한 접근과 이용자의 결과물 생성행위가 서로 다른 단계에서 이루어진다. 따라서 모델이 특정 원저작물을 학습하였다는 사실만으로 이용자가 그 저작물을 인식하였다고 볼 수 없으며, 이러한 객관적 접근만으로 이용자의 의거성을 인정할 수는 없다.

둘째, 모델의 암기·재현이나 결과물과 원저작물 사이의 현저한 유사성도 그 자체만으로 이용자의 의거성을 뒷받침하지 못한다. 생성형 인공지능의 학습은 방대한 학습데이터에 나타난 통계적 규칙성을 모델의 파라미터에 반영하는

단계에서 학습에 사용된 저작물을 AI가 과거에 학습한 이상, 이러한 조치가 취해져도 의거성은 부정되지 않고, AI 이용자의 과실이 부정되는 것에 그친다”는 견해를 소개하고 있다. 이 글에서는 위 견해를 저작권 침해의 성립요건인 의거성과 손해배상책임의 성립요건인 고의·과실이 별개라는 관점에서 재구성하였다.

과정이다. 이용자가 프롬프트를 입력하면 모델은 일반적으로 학습데이터 중 특정 자료를 검색하여 그대로 제시하는 것이 아니라, 학습을 통하여 형성된 파라미터와 입력된 프롬프트를 기초로 결과물을 생성한다.⁵⁴

다만 일부 학습데이터는 모델에 암기(memorization)되어 그 표현이 생성 단계에서 정확하거나 거의 동일하게 재현(regurgitation)될 수 있다. 그러나 암기와 재현은 모델의 학습 및 출력에 관한 사정이지, 이용자가 원저작물을 인식하거나 그 인식에 기초하여 결과물의 생성을 유도하였다는 것을 의미하지 않는다. 오히려 암기와 재현은 이용자가 원저작물을 인식하지 못한 경우에도 원저작물과 현저히 유사한 결과물이 생성될 수 있음을 보여준다.

전통적인 의거성 판단에서 현저한 유사성이 원저작물에 대한 인식을 추인하는 간접사실로 고려되는 것은 그러한 유사성이 독립적인 창작만으로는 쉽게 설명되기 어렵다는 경험칙에 기초한다. 그러나 생성형 인공지능을 이용한 결과물에서는 이용자의 인식과 무관하게 모델의 암기와 재현으로 현저한 유사성이 나타날 수 있다. 따라서 결과물과 원저작물 사이의 현저한 유사성만으로 이용자가 원저작물을 인식하고 그 인식에 기초하여 결과물의 생성을 유도하였다고 추인하는 것은 타당하지 않다.

셋째, 객관적 접근을 기초로 의거성을 추인하는 견해는 이용자에게 현실적으로 감당하기 어려운 조사 및 반박 부담을 지운다. 앞서 본 보고서 본문의 견해에 따르면 이용자가 의거성의 추인을 다투기 위해서는 원저작물이 해당 생성형 인공지능의 학습데이터에 포함되지 않았다는 사실이나, 학습된 저작물의 표현이 출력되지 않도록 하는 기술적 조치가 존재한다는 사실을 주장하여야 한다.⁵⁵ 그러나 학습데이터의 구성, 모델의 내부 구조 및 필터링 등 기술적 조치의 존부와 작동 여부는 개발자나 서비스 제공자의 지배영역에

⁵⁴A. Feder Cooper and James Grimmelmann, *supra* note 46, at 142-143, 179-180.

⁵⁵文化審議委員會分科法制度小委員, 전계 보고서, 33-34 면

속하므로 일반 이용자가 이를 확인하기 어렵다. 이용자가 접근하기 어려운 정보를 근거로 의거성을 추인하고 그 반박 부담을 이용자에게 지우는 것은 타당하지 않다.

이러한 이유에서 원저작물이 생성형 인공지능의 학습데이터에 포함되었다는 사실만으로 원저작물을 인식하지 못한 이용자의 의거성을 인정하는 견해는 받아들이기 어렵다.

마. 소결

결국 생성형 인공지능을 이용한 결과물의 의거성은 이용자가 원저작물을 인식하였는지와 그 인식에 기초한 행위가 결과물의 표현 형성에 작용하였는지를 중심으로 판단하여야 한다.

유형 ①의 경우에는 이용자가 원저작물의 표현을 인식하고 그에 기초하여 프롬프트를 입력하였으며, 그 입력행위가 실제 결과물의 표현 형성에 작용한 경우 의거성이 인정될 수 있다. 다만 이용자가 입력한 프롬프트는 이용자의 지배영역에 있어 저작권자가 그 내용을 증명하기 어려우므로, 의거성이 실체적으로 성립하는 경우에도 저작권자가 이를 소송상 증명하기는 어려울 수 있다. 반면 유형 ②의 경우에는 이용자가 원저작물을 인식하지 못하였고, 그 표현이 프롬프트, 참조 이미지, 검색증강생성 자료 등을 통하여 생성 과정에 유입되었다고 볼 사정도 없다면, 원저작물이 학습데이터에 포함되었다는 사실만으로는 생성 단계에서 이용자의 의거성을 인정하기 어렵다.

이처럼 유형 ①에서는 의거성이 성립할 수 있으나 그 증명이 곤란할 수 있고, 유형 ②에서는 원칙적으로 이용자의 의거성 자체를 인정하기 어렵다. 이때 이용자가 결과물의 생성 이후 원저작물과의 실질적 유사성을 구체적으로 인식하고도 그 결과물을 계속 공개하거나 이용한다면, 생성 단계의 의거성과 별도로 이용 단계의 책임을 어떻게 평가할 것인지가 문제된다. 이하에서는 이 가운데 이용자의 원저작물 인식과 그 인식에 기초한 생성행위가 인정되지 않아

의거성이 부정되는 경우를 중심으로, 그 결과물을 사후적으로 공개한 행위를 어떻게 평가할 것인지 검토한다. 유형 ①에 해당하지만 단지 증거가 부족한 경우는 원칙적으로 현행 저작권법상 침해의 문제에 속한다.

4. 의거성 없는 인공지능 결과물의 공개행위에 대한 평가

가. 개설

앞서 살펴본 바와 같이, 이용자가 원저작물을 인식하지 못한 상태에서 인공지능을 이용하여 결과물을 생성한 경우에는 그 결과물과 원저작물 사이에 실질적 유사성이 있더라도 이용자의 의거성을 인정하기 어려우므로 저작권 침해가 성립하지 않는다.

그러나 이용자에게 의거성이 인정되지 않아 생성행위가 저작권 침해에 해당하지 않더라도, 이용자가 결과물과 원저작물 사이의 실질적 유사성을 인식한 상태에서 그 결과물을 온라인에서 공중이 접근할 수 있는 상태에 두는 행위(이하 “공개행위”라 한다)까지 아무런 규율의 대상이 되지 않는지는 별도로 검토할 필요가 있다. 공개행위는 생성행위와 구별되는 별개의 행위이므로, 이에 대하여 저작권법상 책임이 성립하는지, 나아가 저작권법 외의 법리에 따라 규율할 수 있는지는 생성행위의 저작권 침해 여부와 구별하여 검토하여야 한다.

이하에서는 원저작물을 학습데이터로 이용한 행위가 적법하게 이루어졌고, 인공지능 결과물이 원저작물에 대한 저작권 침해물에 해당하지 않는다는 전제에서, 공개행위가 원저작물에 대한 전송권 침해에 해당하는지를 먼저 검토하고(나.), 부정경쟁방지법 및 민법에 따른 구제 가능성과 그 한계를 살펴본 후(다.), 공개행위를 현행법으로 규율하는 데 따르는 한계를 검토한다(라.).

나. 공개행위와 전송권 침해의 성부

앞서 정의한 공개행위는 인공지능 결과물을 인터넷에 업로드·게시하는 등 정보통신망을 통하여 공중이 접근할 수 있는 상태에 두는 행위를 말한다. 이는 결과물을 유형물의 형태로 배포하는 것이 아니라 정보통신망을 통하여 공중이

접근할 수 있도록 제공하는 행위이므로, 저작권법상 공중송신, 그중에서도 전송에 해당하는지 여부를 검토할 필요가 있다.

저작권법상 "전송"은 공중송신 중 공중의 구성원이 개별적으로 선택한 시간과 장소에서 접근할 수 있도록 저작물등을 이용에 제공하는 것을 말하며, 그에 따라 이루어지는 송신을 포함한다(제 2 조 제 10 호). 전송의 대상은 저작물등이므로, 원저작물에 대한 전송권 침해가 성립하려면 공개되는 대상이 원저작물을 이용에 제공하는 것으로 평가되는 저작물등, 즉 원저작자의 저작권이 미치는 저작물등이어야 한다. 그런데 여기에서는 인공지능 결과물이 원저작물에 대한 저작권 침해물에 해당하지 않는다는 전제에서 논의하고 있으므로, 공개되는 인공지능 결과물은 원저작자의 저작권이 미치는 저작물등에 해당하지 않는다. 따라서 이러한 결과물을 공개하는 행위는 원저작물의 전송에 해당하지 않으며, 원저작물에 대한 전송권 침해도 성립하지 않는다.

이러한 결론은 이용자가 결과물과 원저작물 사이의 실질적 유사성을 인식한 상태에서 해당 결과물을 공개하는 경우에도 달라지지 않는다. 결과물이 원저작물을 이용하여 작성된 것으로 평가할 수 있는지는 그 결과물이 작성된 시점을 기준으로 판단되므로, 결과물이 생성된 후 이용자가 원저작물의 존재나 양자 사이의 유사성을 알게 되더라도 그러한 사후적 인식만으로 이미 생성된 결과물이 소급하여 원저작물을 이용한 것으로 평가되지는 않는다. 대법원도 복제권이나 2 차적저작물작성권의 침해가 성립하려면 대상 저작물이 기존 저작물에 의거하여 작성되었다는 점이 인정되어야 한다고 판시함으로써, 의거관계를 대상 저작물의 작성행위에 결부되는 요건으로 파악하고 있다.⁵⁶

결국 인공지능 결과물이 원저작자의 저작권이 미치는 저작물등에 해당하지 않는 이상, 그 공개행위는 원저작물의 전송에 해당하지 않으며, 이에 따라

⁵⁶대법원 2014. 7. 24. 선고 2013 다 8984 판결.

원저작물에 대한 전송권 침해가 성립되지 않는다.

다. 공개행위에 대한 저작권법 외의 구제수단

1) 개설

의거성이 부정되어 저작권 침해가 성립하지 않는다는 것은 저작권법이 요구하는 침해요건이 충족되지 않았다는 의미일 뿐이다. 인공지능 결과물의 공개행위가 「부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률」(이하 “부정경쟁방지법”이라 함)의 부정경쟁행위나 민법상 불법행위를 구성하는지는 각 법률이 정한 요건에 따라 판단하여야 한다.

2) 부정경쟁방지법 위반 여부

부정경쟁방지법 제 2 조 제 1 호 (파)목은 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과 등을 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 방법으로 자신의 영업을 위하여 무단으로 사용함으로써 타인의 경제적 이익을 침해하는 행위를 부정경쟁행위로 규정한다. 이는 새롭게 등장하는 경제적 가치를 지닌 무형의 성과를 보호하고 새로운 유형의 부정경쟁행위를 규율하기 위한 보충적 일반조항이다. 이에 해당하면 영업상 이익이 침해되거나 침해될 우려가 있는 자는 같은 법 제 4조에 따라 부정경쟁행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있고, 같은 법 제 5 조에 따라 고의 또는 과실로 부정경쟁행위를 한 자에게 손해배상을 청구할 수 있다.

인공지능 결과물이 원저작물의 표현과 실질적으로 유사하지만 의거성이 인정되지 않아 저작권 침해가 성립하지 않는 경우에도, 그 결과물을 자신의 영업을 위하여 사용한 행위가 (파)목의 부정경쟁행위에 해당하는지는 별도로 검토할 수 있다. (파)목의 보호대상인 ‘성과 등’에 해당하는지는 그 결과물이 가진 명성이나 경제적 가치, 결과물에 화체된 고객흡인력, 해당 산업 분야에서 차지하는 비중과 경쟁력 등을 종합적으로 고려하여 판단한다. 또한 그 성과가 상당한 투자나 노력으로 만들어졌는지는 투입된 투자나 노력의 내용과 정도를

해당 산업 분야의 관행이나 실태에 비추어 구체적으로 판단하여야 한다.

성과의 사용이 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는지는 권리자와 이용자가 경쟁관계에 있거나 가까운 장래에 경쟁관계에 놓일 가능성이 있는지, 해당 산업 분야의 상거래 관행이나 경쟁질서가 어떠한지, 이용자의 상품이나 서비스가 권리자의 성과를 시장에서 대체할 수 있는지, 해당 성과가 수요자나 거래자에게 어느 정도 알려졌는지 및 혼동 가능성이 있는지 등을 종합적으로 고려하여 판단한다(대법원 2020. 3. 26. 선고 2016 다 276467 판결 참조). 따라서 인공지능 결과물이 원저작물의 표현과 유사하다는 사실만으로 (파)목이 적용되는 것은 아니다. 이용자가 이를 자신의 영업을 위하여 사용하고, 그 사용이 타인의 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과에 편승하여 경제적 이익을 침해하는 행위로서 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반한다고 인정되어야 한다.

이와 같은 요건을 충족하는 영업적 이용에 대해서는 (파)목에 따른 구제가 가능하다. 그러나 개인적 게시나 비영리적 공유는 '자신의 영업을 위하여' 사용한 경우에 해당하지 않으므로 원칙적으로 (파)목의 적용대상이 되지 않는다. 영업적 이용이라도 상당한 투자나 노력으로 만들어진 성과의 무단사용이나 공정한 상거래 관행 또는 경쟁질서에 반하는 사용방법이 인정되지 않으면 마찬가지로 (파)목을 적용할 수 없다.

3) 민법 불법행위책임 성립 여부

민법 제 750 조에 따른 일반불법행위책임은 고의 또는 과실에 의한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 경우에 성립한다. 대법원은 경쟁자가 상당한 노력과 투자로 구축한 성과물을 상도덕이나 공정한 경쟁질서에 반하여 자신의 영업을 위하여 무단으로 이용하고, 그 노력과 투자에 편승하여 부당한 이익을 얻음으로써 경쟁자의 법률상 보호할 가치가 있는 이익을 침해한 경우에는

민법상 불법행위가 성립한다고 본다.⁵⁷ 이에 따르면 의거성이 부정되어 저작권 침해가 성립하지 않더라도, 인공지능 결과물을 이용한 구체적인 행위가 저작권 침해와 구별되는 위법행위에 해당하고 그로 인하여 손해가 발생하였다면 민법상 불법행위책임이 성립할 수 있다.

그러나 민법상 일반불법행위책임을 저작권법에 따라 보호되지 않는 이익을 일반적으로 보충하는 수단으로 넓게 인정할 수는 없다. 특히 저작권 침해가 부정되는 이유가 의거성의 부재라면, 결과물과 원저작물 사이의 표현상 유사성 그 자체를 다시 민법상 위법성의 근거로 삼아서는 안 된다. 단순한 유사성이나 결과물의 이용 사실만으로 불법행위책임을 인정하면, 의거성 요건을 충족하지 않은 행위까지 사실상 저작권 침해와 동일하게 규율하는 결과가 되기 때문이다. 불법행위책임을 인정하려면 타인의 성과에 대한 부당한 편승이나 성과의 출처에 관한 기망, 현저히 불공정한 경쟁수단의 사용 등 저작권 침해와 구별되는 위법성이 인정되어야 한다. 또한 민법 제 750 조는 손해배상을 규정하고 있으므로, 부정경쟁방지법 제 4 조와 달리, 원칙적으로 인공지능 결과물의 공개나 이용에 대한 금지 또는 예방을 청구하는 근거로 삼기 어렵다.⁵⁸

4) 소결

결국 부정경쟁방지법 제 2 조 제 1 호 (파)목과 민법상 일반불법행위책임은 의거성이 부정되어 저작권 침해가 성립하지 않는 경우에도 보충적인

⁵⁷대법원 2010. 8. 25.자 2008 마 1541 결정 참조

⁵⁸ 대법원은 이른바 네이버 대체광고 사건에서, 경쟁자의 노력과 투자에 편승하여 부당하게 이익을 얻는 행위가 법적으로 보호할 가치가 있는 이익을 침해하는 위법한 행위에 해당하는 경우, 그 침해가 계속되어 금전배상만으로는 손해 전보의 실효성을 기대하기 어렵고 금지로 보호되는 이익과 그로 인한 불이익을 비교·형량하여 금지청구를 인정할 필요가 있는 때에는, 손해배상청구와 별도로 침해행위의 금지 또는 예방을 청구할 수 있다고 판시하였습니다(대법원 2010. 8. 25.자 2008 마 1541 결정).

구제수단이 될 수 있다. 그러나 (파)목은 자신의 영업을 위한 사용과 공정한 상거래 관행이나 경쟁질서에 반하는 사용방법을 요구하고, 일반불법행위책임은 저작권 침해와 구별되는 위법성을 요구한다. 그러므로 개인적·비영리적 공개행위는 원칙적으로 (파)목의 적용대상이 되지 않고, 부당한 편승이나 현저히 불공정한 경쟁수단의 사용 등이 인정되지 않으면 민법상 불법행위책임도 성립하기 어렵다. 이처럼 두 법리는 의거성이 인정되지 않는 인공지능 결과물의 공개행위 전반을 규율하는 수단으로는 한계가 있다.

5. 의거성 없는 인공지능 결과물의 공개행위에 관한 입법론

가. 특별규정의 정당화 근거

앞 절에서 본 바와 같이, 여기서 검토하는 것은 이용자가 원저작물의 표현 내용을 인식하지 못하여 의거성 자체가 부정되는 경우이다. 이용자가 원저작물을 인식하고 이를 결과물의 표현 형성에 이용하였으나 그 사실의 증거가 부족한 경우는 원칙적으로 현행 저작권법상 침해의 문제에 속한다. 의거성이 부정되는 인공지능 결과물의 공개행위는 현행 저작권법상 원저작물에 대한 전송권 침해를 구성하지 않고, 부정경쟁방지법이나 민법상 불법행위에 의한 규율도 영업성 또는 저작권 침해와 구별되는 위법성 등의 요건 때문에 제한적이다.

그러나 원저작물이 적법하게 학습에 이용되었더라도, 그 학습에 기초하여 원저작물의 보호되는 표현이 실질적으로 재현된 결과물이 온라인에서 공중에게 제공되면 원저작물의 정상적 이용이나 적법한 이용허락 시장을 대체할 위험이 발생할 수 있다. 학습 이용의 적법성은 학습 과정에서 이루어진 저작물 이용의 적법성을 의미할 뿐, 그 결과물에 나타난 보호표현을 공중에게 제공하는 행위의 적법성까지 당연히 보장하지 않는다. 더욱이 디지털 데이터는 일단 공개되면 거의 비용 없이 동일한 품질로 반복하여 복제·전송될 수 있고, 최초 게시물을 삭제하더라도 이미 복제·재유통된 데이터까지 회수하기 어렵다. 따라서 공개로 인한 손해는 사후의 금전배상만으로 충분히 회복하기 어려울 수

있다.

이러한 위험은 생성형 인공지능의 구조적 특성으로 확대될 수 있다. 인공지능 모델은 이용자의 의도나 인식 없이도 학습데이터에 포함된 기존 저작물의 보호표현을 결과물에 반영할 수 있고, 동일하거나 유사한 표현을 낮은 비용으로 반복하여 생성할 수 있다. 다수의 이용자가 이러한 결과물을 동시에 생성·공개하면 개별 공개행위를 사후적으로 발견·추적하여 대응하기도 어렵다. 반면 결과물의 생성·보유 또는 공중에 대한 제공이 없는 이용은 이러한 확산위험을 발생시키지 않는다. 따라서 별도의 규율은 결과물의 생성이나 비공개 이용이 아니라 공개행위에 한정하여야 한다.

이하에서는 의거성 의제가 아닌 특별규정의 채택, 특별규정의 입법 형식, 적용요건과 증명구조 및 책임주체, 통지 및 협력절차, 구제수단을 차례로 검토한다.

나. 의거성 의제가 아닌 특별규정의 채택

공개행위를 저작권법의 틀 안에서 규율하는 방안으로는, 원저작물이 학습데이터에 포함되어 있고 그 보호표현과 실질적으로 유사한 결과물이 공중에게 제공된 경우 공개행위자에게 의거성이 있는 것으로 의제하여 기존의 저작권 침해규정을 적용하는 방안과, 이용자의 의거성은 부정된다는 전제를 유지하면서 공개행위에 관한 별도의 특별규정을 두는 방안을 생각할 수 있다.

그러나 의거성을 의제하는 방안은 타당하지 않다. 의거성은 결과물의 표현이 원저작물의 표현에 기초하여 형성되었는지를 이용자의 인식과 그 인식에 기초한 행위를 중심으로 판단하는 요건이다. 원저작물의 학습데이터 포함, 결과물의 실질적 유사성 및 공개라는 객관적 사정만으로 공개행위자의 의거성을 의제하면 생성 단계의 의거성 판단과 공개 단계에서 발생하는 위험을 혼동하게 된다. 또한 의거성은 복제권 등 원저작물의 표현을 재현하는 침해 전반에 공통되는 요건이므로, 공개행위에 관하여만 그 의미를 변경하면 기존

저작권 침해체계의 경계가 불명확해질 수 있다.

이에 비하여 공개행위에 관한 특별규정을 신설하면 이용자의 의거성을 인정하지 않으면서도, 원저작물의 학습 이용과 결과물에 나타난 보호표현 사이의 모델을 매개로 한 기술적·사실적 연계 및 공개로 인한 위험을 독립된 요건으로 규율할 수 있다. 특별규정은 결과물의 생성·보유 및 공중에 대한 제공이 없는 이용을 적용대상에서 제외하고, 객관적 적용요건과 증명구조, 책임주체, 통지와 이의제기 절차, 공개 중단·예방청구 및 손해배상의 요건을 인공지능의 특성에 맞게 정할 수 있다. 따라서 의거성을 의제하기보다 공개행위에 한정된 특별규정을 두는 것이 타당하다.

다. 특별규정의 입법 형식

의거성 없는 인공지능 결과물의 공개행위를 규율하는 입법 형식으로는 다음 두 가지 방안을 생각할 수 있다. ① 첫째는 민법 또는 별도의 민사특별법에 특수불법행위책임에 관한 규정을 두는 방안이다. ② 둘째는 저작권법 안에 기존의 저작권 침해책임과 구별되는 독자적인 특별책임에 관한 규정을 두는 방안이다.

두 방안은 모두 해당 공개행위를 기존 저작권 침해로 의제하거나 저작권 침해의 성립요건을 변경하지 않고, 별도의 법정책임으로 규율하려는 점에서는 공통된다. 또한 그 책임은 계약상 의무의 위반을 전제로 하지 않고, 위법한 공개행위로 인하여 발생하는 위험을 제거하고 손해를 전보하는 것을 목적으로 한다는 점에서 불법행위법적 성격을 가진다. 다만 두 방안은 이러한 책임을 어느 법률의 체계 안에 규정할 것인지에서 차이가 있다.

먼저 민법 또는 민사특별법에 특수불법행위책임을 규정하는 방안은, 의거성이 없어 기존 저작권 침해가 성립하지 않는 경우에도 일정한 요건 아래 인공지능 결과물의 공개행위 자체를 독자적인 위법행위로 평가하는 방식이다. 이 방안은 저작권 침해의 성립요건을 변경하지 않으면서 새로운 공개행위의

위법성을 별도로 규율할 수 있다는 장점이 있다.

그러나 이를 민법 또는 민사특별법의 특수불법행위책임으로 구성하면, 보호되는 표현의 범위, 실질적 유사성, 보호기간, 권리귀속 및 저작권 제한사유와 같은 저작권법 고유의 판단기준을 별도로 다시 규정하거나 저작권법의 관련 규정을 광범위하게 준용하여야 한다. 특히 기존 저작권 침해가 성립하지 않는다는 사정에도 불구하고 일반적인 불법행위법의 위법성 판단을 통하여 책임을 넓게 인정하면, 저작권법이 의거성, 보호범위 및 권리제한 규정을 통하여 설정한 보호체계를 우회하고 독립창작과 표현의 자유를 위축시킬 위험이 있다.

이에 비하여 저작권법 안에 독자적인 특별책임을 규정하는 방안은 해당 공개행위를 기존 저작권 침해로 보지는 않으면서도, 그 보호법익과 판단기준을 저작권법의 개념체계 안에서 명확하게 한정하는 방식이다. 이 특별책임이 보호하려는 이익은 인공지능 결과물 자체에 관한 이익이 아니라 원저작물의 보호되는 표현과 그 정상적인 이용에 관한 저작재산권자의 이익이다. 따라서 그 적용 여부는 원저작물이 해당 모델의 학습데이터에 포함되었는지, 그 학습 이용과 결과물에 나타난 보호표현 사이에 기술적·사실적 연계가 인정되는지, 원저작물의 보호되는 표현이 결과물에 실질적으로 유사하게 나타나는지, 결과물의 공개가 원저작물이나 그 적법한 이용물의 수요를 실질적으로 대체하는지, 공개의 목적과 성격이 무엇인지, 인용·비평·패러디·공정이용 등 저작권 제한사유에 상응하는 정당화 사유가 인정되는지를 중심으로 판단할 필요가 있다.

결국 의거성 없는 인공지능 결과물의 공개행위에 대한 책임은 실질적으로 불법행위법적 성격을 가지지만, 그 보호법익과 구체적인 판단기준이 저작권법의 보호체계와 밀접하게 결부되어 있다. 따라서 저작권법에서 별도의 적용요건과 법적 효과를 명시하여 창설하는 독자적인 법정 특별책임으로 구성하는 것이 바람직하다.

라. 특별규정의 적용요건과 책임주체

1) 객관적 적용요건

특별규정은 다음의 객관적 요건을 갖춘 경우에 적용되어야 한다. 첫째, 원저작물이 저작권법상 보호되는 저작물이고 그 저작재산권이 존속하고 있어야 한다. 둘째, 원저작물이 문제된 결과물을 생성한 인공지능 모델의 학습데이터에 포함되어 있어야 한다. 셋째, 원저작물의 학습 이용이 모델을 매개로 결과물에 나타난 보호표현의 형성에 인과적으로 기여하였다고 인정되어야 한다. 넷째, 결과물에 원저작물의 보호되는 창작적 표현과 실질적으로 유사한 표현이 포함되어 있어야 한다. 다섯째, 그 결과물이 공중이 접근할 수 있는 상태에 제공되어야 한다. 여섯째, 그 공개가 원저작물의 정상적 이용이나 적법한 이용허락 시장을 실질적으로 대체하거나 저작재산권자의 정당한 이익을 부당하게 해칠 상당한 위험을 발생시켜야 한다. 일곱째, 해당 공개에 인용·비평·패러디·공정이용 등 저작권 제한사유에 상응하는 정당화 사유가 인정되지 않아야 한다.

학습 이용의 인과적 기여는 이용자의 의거성을 의미하지 않는다. 이는 원저작물의 보호표현이 해당 모델의 학습 과정에 이용되었고, 그 학습의 결과가 문제된 결과물의 보호표현 형성에 작용하였다는 객관적 연계를 말한다. 단지 같은 아이디어·사실·소재·화풍·기법·관용적 표현 또는 공통의 표현관행이 나타났다는 사정만으로는 이를 인정할 수 없다. 실질적 유사성 역시 기술적 의미의 재현(regurgitation)에 한정되지 않지만, 판단대상은 어디까지나 원저작물의 보호되는 표현이어야 한다. 원저작물의 문언이나 형상이 그대로 출력된 경우뿐만 아니라 보호되는 표현의 본질적 특징이 변형된 형태로 나타난 경우도 포함될 수 있다. 실질적 유사성은 기존 저작권 침해판단에서 축적된 기준을 활용하되, 특별규정에서는 이용자의 의거성을 별도로 요구하지 않는다는 점에서 차이가 있다.

특별규정은 이용자의 의거성을 요구하지 않지만, 원저작물의 학습 이용과

결과물의 표현 형성 사이의 객관적 연계는 요구한다. 따라서 결과물이 원저작물과 무관하게 독립적으로 생성되었거나 유사성이 우연히 발생한 경우에는 특별규정이 적용되지 않는다. 이 점에서 특별규정은 의거성 없는 모든 유사한 결과물을 규율하는 것이 아니라, 학습 이용과 결과물의 보호표현 사이에 모델을 매개로 한 기술적·사실적 연계가 인정되는 경우를 대상으로 한다.

다만 학습데이터의 구성과 모델의 내부정보는 통상 인공지능사업자의 지배영역에 있으므로, 권리행사자에게 학습 이용의 인과적 기여를 직접 증명하도록만 하면 특별규정의 실효성이 약화될 수 있다. 권리행사자가 원저작물의 학습데이터 포함 가능성, 결과물에 나타난 보호표현의 구체적 유사성 및 그 밖의 객관적 사정을 소명한 경우에는 법원이 관련 사업자에게 필요한 범위의 자료제출을 명할 수 있도록 하고, 정당한 이유 없이 이를 거부하거나 제출하지 않은 경우에는 해당 사실을 추정할 수 있도록 하는 방안을 검토할 필요가 있다. 관련 사업자는 원저작물이 학습데이터에 포함되지 않았거나 학습 이용이 결과물의 표현 형성에 기여하지 않았다는 점을 반증할 수 있어야 한다.

2) 책임주체

특별규정에 따른 직접책임의 주체는 인공지능 결과물의 공개 여부를 결정하여 이를 공중이 접근할 수 있는 상태에 둔 자로 하여야 한다.

이용자가 자신의 웹사이트나 온라인 플랫폼에 인공지능 결과물을 게시한 경우에는 그 이용자가 공개행위자가 된다. 인공지능서비스가 제공하는 게시 또는 공유 기능을 이용하여 결과물을 공개한 경우에도, 이용자가 공개 여부를 결정하고 해당 기능을 사용하였다면 그 공개행위의 주체는 이용자이다.

인공지능 모델이나 생성도구를 제공하였다는 사정만으로 인공지능사업자에게 이용자가 한 공개행위에 대한 직접책임을 부담시켜서는 안 된다.

인공지능사업자가 이용자의 지시에 따라 결과물을 생성하거나 게시·공유에 필요한 기능을 제공한 행위는 이용자가 결과물을 공개한 행위와 구별되어야 한다.

결과물이 제 3 의 온라인 플랫폼에 게시된 경우에도, 플랫폼이 이용자의 요청에 따라 해당 결과물을 저장·전달하는 데 그친다면 원칙적으로 특별규정상 공개행위자가 되지 않는다. 플랫폼의 방조에 따른 공동불법행위책임은 별도로 판단하여야 하며, 법률이 플랫폼에 협력의무를 부과한 경우에는 그 의무 위반에 따른 책임도 이용자의 공개행위에 대한 직접책임과 구별하여야 한다.

마. 통지 및 협력절차

1) 통지와 공개행위자의 귀책

공개행위자에게 인공지능 결과물을 공개하기 전에 모든 기존 저작물과의 유사성이나 원저작물의 학습데이터 포함 여부를 조사할 일반적인 의무를 부과하여서는 안 된다. 인공지능 결과물의 수와 비교할 수 있는 기존 저작물의 범위, 학습데이터에 관한 정보가 통상 공개행위자의 지배영역 밖에 있다는 점을 고려하면 이러한 조사는 현실적으로 이행하기 어렵다. 또한 이러한 의무를 인정하면 공개행위자의 고의 또는 과실을 요건으로 하는 손해배상책임의 범위가 지나치게 확대될 수 있다.

공개행위자의 고의 또는 과실은 결과물에 특정 원저작물의 보호되는 표현과 실질적으로 유사한 표현이 포함되어 있고 그 공개가 저작재산권자의 정당한 이익에 상당한 위험을 발생시킨다는 점을 알고 있었는지, 저작재산권자 등 적법한 권리행사자(이하 '권리행사자'라 한다)로부터 구체적인 통지를 받은 후 합리적인 확인과 공개 중단 등 필요한 조치를 하였는지 등을 기준으로 판단하여야 한다. 다만 통지를 받았다는 사실만으로 손해배상책임이 성립하는 것은 아니며, 원저작물의 학습데이터 포함과 학습 이용의 인과적 기여를 비롯한 특별규정의 객관적 성립요건, 손해 및 인과관계가 별도로 인정되어야

한다.

2) 권리행사자의 통지와 비공개조치

저작권법 제 103 조 제 1 항은 권리주장자가 권리침해 사실을 소명하여 온라인서비스제공자에게 복제·전송의 중단을 요구할 수 있도록 하고, 같은 조 제 2 항은 온라인에 게시된 자료를 저장·관리하는 제 102 조 제 1 항 제 3 호의 온라인서비스제공자가 그 요구를 받으면 즉시 복제·전송을 중단하고 그 사실을 권리주장자와 복제·전송자에게 통보하도록 규정한다. 이 절차는 법원의 종국적인 침해 판단이 이루어지기 전에 온라인상의 복제·전송이 계속되어 손해가 확대되는 것을 우선 방지하는 한편, 온라인서비스제공자가 침해 여부를 스스로 종국적으로 판단하지 않고 권리주장자의 통지와 소명에 따라 잠정적인 조치를 취하도록 하는 기능을 한다.

인공지능 결과물의 공개에 관한 특별규정에서도 이와 같은 잠정적 조치로서 비공개조치를 도입할 필요가 있다. 구체적으로 권리행사자는 자신이 저작재산권자이거나 해당 권리를 행사할 권한이 있다는 점, 원저작물과 그중 보호를 주장하는 표현, 문제되는 결과물과 그 공개 위치를 특정하여야 한다. 인공지능 결과물의 공개에 관한 특별규정에서도 이와 같은 잠정적 조치를 도입할 필요가 있다. 구체적으로 권리행사자는 자신이 저작재산권자이거나 해당 권리를 행사할 권한이 있다는 점, 원저작물과 그중 보호를 주장하는 표현, 문제되는 결과물과 그 공개 위치를 특정하여 신청하여야 한다. 이러한 법정 통지사항을 갖춘 신청을 받은 경우 온라인서비스제공자는 임시조치로서 문제된 결과물에 대한 비공개조치를 하고, 그 사실과 통지 내용을 공개행위자에게 알리며 이의를 제기할 기회를 부여하여야 한다.

권리행사자의 통지사항 중 일부가 누락된 경우에는 해당 통지를 곧바로 배제할 것인지, 권리행사자에게 이를 보완할 기회를 부여할 것인지가 문제된다. 이와 관련하여 미국 저작권법 제 512 조(c)(3)(B)(ii)는 통지가 같은 조

제 512 조(c)(3)(A)의 모든 요건을 실질적으로 충족하지 못하더라도 필수요건을 갖춘 경우,⁵⁹ 온라인서비스제공자는 통지자에게 신속히 연락하거나, 통지자가 법정 요건을 실질적으로 충족하는 통지를 하도록 지원하기 위한 그 밖의 합리적인 조치를 취하도록 규정하고 있다. 특별규정에서도 핵심적인 대상과 근거가 특정되어 있고 일부 사항만 누락된 경우에는 권리행사자에게 이를 보완할 기회를 부여하는 절차를 도입할 필요가 있다.

3) 이의제기와 접근제한의 해제

비공개조치는 권리행사자의 일방적인 통지와 소명에 기초하여 법원의 판단 전에 이루어지므로, 통지 내용이 잘못되었거나 해당 공개에 정당화 사유가 인정되는 경우에도 특별규정에 위반되지 않는 공개가 제한될 수 있다. 이에 공개행위자는 권리행사자가 보호되는 표현이라고 주장한 부분이 실제로는 저작권의 보호대상에 해당하지 않는다는 점, 결과물에 원저작물의 보호되는 표현과 실질적으로 유사한 표현이 포함되어 있지 않다는 점 또는 해당 공개에 인용·비평·패러디·공정이용 등 정당화 사유가 인정된다는 점 등을 소명하여

⁵⁹ 미국 저작권법 제 512 조(c)(3)(A)는 유효한 침해통지의 요건으로 □ 침해되었다고 주장되는 배타적 권리의 소유자를 대리할 권한이 있는 자의 물리적 또는 전자적 서명, □ 침해되었다고 주장하는 저작물의 특정 또는 하나의 온라인 사이트에 있는 여러 저작물에 관한 대표 목록, □ 삭제 또는 접근차단을 요구하는 자료의 특정과 온라인서비스제공자가 이를 찾기에 합리적으로 충분한 정보, □ 통지자의 주소·전화번호 및 가능한 경우 이메일 주소 등 연락에 합리적으로 충분한 정보, □ 해당 자료의 이용이 저작권자, 그 대리인 또는 법률에 의하여 허용되지 않았다고 선의로 믿는다는 진술, □ 통지 내용이 정확하고 통지자가 침해되었다고 주장되는 배타적 권리의 소유자를 대리할 권한이 있다는 점에 관한 위증죄의 제재 아래 이루어진 진술을 요구한다. 다만 같은 조 제 512 조(c)(3)(B)(ii)는 통지가 위 요건을 모두 실질적으로 충족하지 못하더라도, □ 침해되었다고 주장하는 저작물의 특정, □ 삭제 또는 접근차단의 대상이 되는 자료의 특정과 그 위치에 관한 정보 및 □ 통지자의 연락처에 관한 요건을 실질적으로 충족한 경우에는 온라인서비스제공자가 통지자에게 신속히 연락하거나 그 밖의 합리적인 조치를 취하여 적법한 통지를 받을 수 있도록 하여야 한다고 규정한다.

비공개조치의 해제를 요구할 수 있어야 한다.

공개행위자가 이의사유를 소명하면 해당 공개가 특별규정의 적용대상에 해당하는지에 관하여 당사자 사이에 실질적인 다툼이 발생하므로, 비공개조치를 계속할 것인지는 법원의 판단을 통하여 결정하도록 하는 것이 타당하다. 이에 따라 온라인서비스제공자는 공개행위자의 비공개조치 해제요구 사실과 해제예정일을 권리행사자에게 통지하고, 권리행사자가 그 예정일 전에 해당 공개행위에 관하여 소를 제기한 사실을 온라인서비스제공자에게 알리지 않으면 위 해제예정일에 비공개조치를 해제하여야 한다. 현행 저작권법도 이와 유사한 재개절차를 두고 있다. 저작권법 제 103 조 제 3 항은 복제·전송자가 자신의 복제·전송이 정당한 권리에 의한 것임을 소명하여 재개를 요구하면 온라인서비스제공자가 그 사실과 재개예정일을 권리주장자에게 통지하고, 권리주장자가 그 예정일 전에 소를 제기한 사실을 알리지 않으면 복제·전송을 재개하도록 규정한다.

또한 저작권법 제 103 조 제 5 항은 같은 조에 따른 복제·전송의 중단과 재개에 관하여 온라인서비스제공자의 책임을 일정한 범위에서 면제한다. 특별규정에서도 온라인서비스제공자가 법률이 정한 요건과 절차에 따라 비공개조치를 하거나 이를 해제한 경우에는 그 조치로 인하여 공개행위자 또는 권리행사자에게 발생한 손해에 대한 책임을 그 범위에서 면제할 필요가 있다.

4) 인공지능기본법상 표시의무와의 관계

인공지능기본법 제 31 조 제 2 항은 인공지능사업자가 생성형 인공지능 또는 이를 이용한 제품·서비스를 제공하는 경우 그 결과물이 생성형 인공지능에 의하여 생성되었다는 사실을 표시하도록 규정한다. 이 표시의무의 수범자는 인공지능사업자이다. 반면 특별규정은 인공지능 결과물을 공중이 접근할 수 있는 상태에 둔 공개행위를 규율하며, 그 책임주체는 공개행위자이다. 따라서 인공지능기본법상 표시의무와 특별규정상 책임은 수범자와 규율대상이 서로

다르다.

인공지능사업자와 온라인서비스제공자의 지위도 반드시 일치하는 것은 아니다. 생성형 인공지능 서비스를 제공하면서 결과물의 게시·공유 공간까지 운영하는 사업자는 두 지위를 함께 가질 수 있다. 그러나 이용자가 인공지능 결과물을 별도의 온라인 플랫폼에 게시한 경우에는 인공지능사업자와 해당 플랫폼을 운영하는 온라인서비스제공자가 서로 다를 수 있다. 따라서 온라인서비스제공자가 인공지능기본법상 표시의무를 부담한다는 전제에서 특별규정의 절차를 구성해서는 안 된다.

인공지능기본법에 따른 표시가 결과물에 유지되어 있는 경우에는 권리행사자가 해당 결과물이 생성형 인공지능에 의하여 생성된 것인지를 확인하고 통지대상을 특정하는 자료로 활용할 수 있다. 그러나 표시가 없다는 이유만으로 해당 결과물이 특별규정의 적용대상에서 제외되는 것은 아니다. 표시의무가 이행되지 않았거나 결과물이 다른 공간에 다시 게시되는 과정에서 표시가 제거되었더라도, 그 결과물이 생성형 인공지능에 의하여 생성되었다는 사실이 다른 자료를 통하여 확인될 수 있기 때문이다.

반대로 표시가 있다는 사실만으로 공개행위자에게 특별규정상 책임이 발생하는 것도 아니다. 해당 표시는 결과물이 생성형 인공지능에 의하여 생성되었다는 사실만을 나타낼 뿐, 원저작물이 학습데이터에 포함되었는지, 그 학습 이용이 결과물의 표현 형성에 기여하였는지 또는 결과물에 원저작물의 보호되는 표현과 실질적으로 유사한 표현이 포함되어 있는지를 나타내지 않는다. 온라인서비스제공자의 비공개조치 의무 역시 표시의 유무가 아니라 권리행사자가 법정 통지사항을 갖춘 통지를 하였는지에 따라 발생하여야 한다.

따라서 인공지능기본법에 따른 표시는 권리행사자가 통지대상을 확인하고 특정하는 데 활용할 수 있는 자료일 뿐, 공개행위자의 책임이나 온라인서비스제공자의 비공개조치 의무를 발생시키는 근거는 아니다.

바. 구제수단

1) 공개 중단·예방청구

특별규정의 핵심적 구제수단은 공개의 중단과 예방이어야 한다. 원저작물의 보호되는 표현과 실질적으로 유사한 결과물이 온라인에서 공개되면 반복적인 복제·전송을 통하여 신속하게 확산될 수 있고, 사후의 금전배상만으로 공개 전의 상태를 회복하기 어렵기 때문이다. 현행 저작권법 제 123 조는 저작권 침해가 계속되거나 침해의 우려가 있는 경우 권리자가 그 침해의 정지 또는 예방을 청구할 수 있도록 한다. 이러한 청구권은 손해가 발생한 뒤 이를 금전으로 전보하는 데 그치지 않고, 현재의 침해상태나 임박한 침해위험을 직접 제거한다는 기능을 가진다. 의거성이 없는 인공지능 결과물의 공개에서도 온라인 확산으로 인한 회복하기 어려운 손해를 막으려면 이와 같은 사전적·현재적 구제기능이 필요하다.

다만 의거성이 없는 인공지능 결과물의 공개는 기존 저작권 침해에 해당하지 않으므로, 저작권법 제 123 조를 해석상 확장하여 적용할 수는 없다. 따라서 특별규정은 권리행사자에게 객관적 적용요건을 충족한 결과물의 공개를 중단하거나 구체적으로 예정된 공개를 예방할 수 있는 독자적인 법정청구권을 부여하여야 한다. 이 청구권은 공개행위자의 생성과정에 대한 비난 가능성을 판단하기 위한 것이 아니라, 학습 이용과 기술적·사실적으로 연계된 보호표현이 실질적으로 유사한 형태로 공개됨으로써 발생하는 위험을 제거하기 위한 것이다. 그러므로 공개행위자의 고의 또는 과실이나 사전 통지를 요건으로 하지 않는 것이 타당하다. 다만 결과물이 원저작물과 무관하게 독립적으로 생성되었거나 유사성이 우연히 발생한 경우에는 학습 이용의 인과적 기여가 인정되지 않으므로 중단·예방청구의 대상이 되지 않는다.

권리행사자는 원저작물의 학습데이터 포함과 학습 이용의 인과적 기여, 보호되는 표현의 실질적 유사성, 공개 상태 및 저작재산권자의 정당한 이익에 대한 상당한 위험을 구체적으로 소명하여야 한다. 예방청구는 공개가

구체적으로 예정되어 있거나 반복 공개의 위험이 임박한 경우에만 인정하고, 중단조치는 문제되는 결과물이나 유사한 부분에 대한 접근제한 등 필요한 범위로 한정하여야 한다. 인공지능 모델이나 서비스 전체의 제공을 중단하거나 포괄적인 사전필터링을 명하는 조치는 특별한 사정이 없는 한 허용하여서는 안 된다. 또한 인용·비평·패러디·공정이용 등 정당화 사유와 표현의 자유를 충분히 고려하여 비례성을 확보하여야 한다.

2) 손해배상

손해배상책임은 공개행위자의 고의 또는 과실을 요건으로 하여야 한다. 특별규정의 객관적 요건이 충족되더라도, 공개행위자는 원저작물이 해당 모델의 학습데이터에 포함되어 있는지 또는 그 학습 이용이 결과물의 표현 형성에 기여하였는지를 알기 어려울 수 있다. 이용자의 의거성을 요구하지 않는다는 이유만으로 이러한 사정을 알지 못한 공개행위자에게 이미 발생한 손해까지 부담시키는 것은 과도하다. 따라서 결과물이 특정 원저작물의 보호되는 표현과 실질적으로 유사하고 그 공개가 상당한 위험을 발생시킨다는 사실을 실제로 알면서 공개한 경우, 또는 권리행사자의 구체적인 통지를 받고도 합리적인 확인이나 공개 중단 등 필요한 조치를 하지 않은 경우에 한하여 고의 또는 과실을 인정하는 것이 타당하다.

손해배상은 특별규정의 객관적 요건 외에도 실제 손해와 공개행위 사이의 인과관계가 인정되는 범위에서 이루어져야 한다. 단순한 통지의 존재나 공개 사실만으로 고의·과실 또는 손해를 추정하여서는 안 된다. 공개행위자가 결과물과 원저작물 사이의 유사성과 공개로 인한 위험을 실제로 인식하였는지, 통지의 내용이 구체적이었는지, 관련 사실을 확인할 현실적인 가능성이 있었는지, 통지 후 공개를 얼마나 지속하였는지, 공개 중단 등 필요한 조치를 신속하게 하였는지 등을 종합하여 고의·과실과 책임범위를 판단하여야 한다. 기존 저작권 침해에 적용되는 손해액 추정규정을 특별규정에 어느 범위에서

준용할지는 별도로 명시하여야 하며, 의거성이 없는 행위에 침해와 동일한 손해액 추정이 자동으로 적용되도록 하여서는 안 된다.

사. 소결

의거성이 없는 인공지능 결과물의 공개를 규율하는 특별규정은 학습 이용 자체의 적법성을 다시 판단하기 위한 규정이 아니다. 다만 독립적 생성이나 우연한 유사성과 특별규정의 적용대상을 구별하기 위해서는 원저작물이 문제된 모델의 학습데이터에 포함되었고, 그 학습 이용이 모델을 매개로 결과물에 나타난 보호표현의 형성에 인과적으로 기여하였다는 점이 인정되어야 한다. 그 대상은 이러한 객관적 연계가 존재하고, 원저작물의 보호되는 표현과 실질적으로 유사한 결과물의 공개가 저작재산권자의 정당한 이익에 상당한 위험을 발생시키는 경우이다.

이러한 규정은 민법상 일반불법행위에 맡기기보다 저작권법 안에 독자적인 특별책임으로 두는 것이 타당하다. 다만 해당 공개행위를 기존 저작권 침해로 의제하지 않고, 저작권법상 보호대상과 제한사유를 적용하면서 필요한 법적 효과만을 개별적으로 정하여야 한다. 구체적으로는 객관적 적용요건에 관한 권리행사자의 소명, 관련 사업자의 자료제출, 추정과 반증의 구조, 고의 또는 과실과 무관한 공개 중단·예방청구, 고의 또는 과실을 요건으로 하는 손해배상, 구체적인 통지와 이의제기 및 접근재개 절차, 결과물이 게시되는 공간을 운영하고 해당 결과물을 저장·관리하는 인공지능이용사업자와 온라인서비스제공자의 관리 범위에 한정된 절차적 협력의무를 명시하는 방식이 체계정합성과 비례성을 함께 확보할 수 있다.

IV. 결론

생성형 인공지능 결과물에 대한 저작권법적 평가는 저작물성과 침해성을

구별하여 이루어져야 한다. 먼저 저작물성의 경우, 현행 저작권법상 저작물은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물이므로 인공지능이 자동적으로 산출한 결과물 자체를 곧바로 저작물로 인정하기는 어렵다. 단순한 프롬프트 입력행위도 특별한 사정이 없는 한 아이디어 제시 또는 생성 지시에 머무른다. 다만 이용자가 최종 결과물의 보호 가능한 표현 요소 형성에 창작적으로 개입하고, 그 결과가 최종 결과물에 창작성 있는 표현으로 실질적으로 반영된 경우에는 그 표현 부분에 한하여 저작물성이 인정될 수 있다. 따라서 프롬프트 엔지니어링 결과물의 저작물성은 창작적 통제와 창작적 기여를 구별하여 판단하여야 한다.

다음으로 침해성의 경우, 인공지능 결과물이 기존 저작물과 실질적으로 유사하다는 사정만으로 곧바로 저작권 침해가 성립하는 것은 아니다. 저작권 침해가 성립하기 위해서는 원저작물의 보호되는 표현과의 실질적 유사성뿐만 아니라, 그 결과물의 표현이 원저작물의 표현에 기초하여 형성되었다는 의거성이 인정되어야 한다. 이용자가 원저작물의 표현 내용을 인식한 상태에서 이를 재현하거나 변형하기 위하여 인공지능을 도구로 사용한 경우에는 의거성이 인정될 수 있다. 반면 이용자가 원저작물을 인식하지 못한 상태에서 모델의 암기와 재현으로 유사한 결과물이 산출된 경우에는 생성 단계에서 이용자의 의거성을 인정하기 어렵다.

특히 원저작물의 학습 이용과 결과물에 나타난 보호표현 사이에 모델을 매개로 한 기술적·사실적 연계가 존재하더라도 이를 이용자의 의거성으로 환원하여서는 안 된다. 이용자가 생성 후 원저작물과의 실질적 유사성을 인식하였다는 사정만으로 생성 당시 존재하지 않았던 의거성이 소급하여 인정되는 것도 아니다. 따라서 의거성이 없는 결과물을 사후적으로 이용하거나 전송하였다는 사정만으로 저작권법상 전송권 침해가 새로 발생한다고 볼 수는 없다. 다만 인공지능 모델은 이용자의 의도나 인식 없이 기존 저작물의

보호표현을 결과물에 반영할 가능성을 구조적으로 내포하므로, 그 결과물의 사후 공개행위에 대한 별도의 규율 필요성은 검토되어야 한다.

이와 관련하여 본고는 개인적·교육적 비공개 이용과 공개행위를 구별할 필요가 있음을 보았다. 결과물을 개인적으로 이용하거나 가정 및 이에 준하는 한정된 범위에서 이용하는 경우와, 교사와 학습자 등 한정된 참여자 사이에서 외부 공개 없이 교육적으로 이용하는 경우에는 원저작물의 시장이나 가치에 대한 위험이 공중에게 확산되지 않고, 이용자에게 기존 저작물과의 유사성을 조사할 의무를 부과하기도 어렵다. 따라서 이러한 이용은 특별한 사정이 없는 한 민법상 불법행위책임의 대상에서 제외하는 것이 타당하다. 다만 영업적·조직적 내부 이용은 구체적 사정에 따라 별도로 판단하여야 한다.

반면 원저작물의 보호되는 표현이 인공지능 결과물에 실질적으로 반영되어 공중에게 제공되면, 그 결과물은 디지털 데이터로 반복적으로 복제·전송되고 재유통되어 원저작물의 정상적 이용이나 적법한 이용허락 시장을 대체할 위험이 있다. 그러나 이용자의 의거성이 부정되는 결과물은 현행법상 원저작물의 복제물 또는 2 차적저작물이라고 보기 어려우므로, 이를 공개하였다는 사정만으로 전송권 침해나 저작권법 제 123 조의 침해정지·예방청구를 인정하기는 어렵다. 부정경쟁방지법과 민법상 불법행위에 의한 구제도 영업성, 독자적 위법성 및 금지청구의 법적 근거라는 한계가 있다.

따라서 의거성이 없는 인공지능 결과물의 공개행위에 대해서는 의거성 개념을 해석론적으로 확장하거나 의제하기보다, 공개행위에 한정된 특별규정을 마련하는 것이 타당하다. 특별규정의 정당화 근거는 원저작물의 학습 이용과 결과물에 나타난 보호표현 사이에 모델을 매개로 한 기술적·사실적 연계가 존재할 수 있다는 점과, 학습 이용의 적법성이 그 보호표현을 공중에 제공하는 행위의 적법성까지 보장하지는 않는다는 점에 있다. 특별규정은 원저작물의

학습데이터 포함, 학습 이용의 인과적 기여, 보호되는 창작적 표현의 실질적 재현, 공중에 대한 제공, 정상적 이용이나 적법한 이용허락 시장을 대체하거나 저작권자의 정당한 이익을 부당하게 해칠 상당한 위험을 객관적 요건으로 하여야 한다. 또한 권리자의 소명, 자료제출, 추정과 반증, 통지와 이의제기 절차 및 관련 사업자의 협력의무를 함께 설계하고, 고의·과실과 무관한 공개 중단·예방청구와 고의·과실을 요건으로 하는 손해배상책임을 구별하여야 한다.

결국 생성형 인공지능 결과물에 대한 저작권법적 평가는 인간의 창작적 기여, 이용자의 의거성, 보호표현의 실질적 유사성 및 사후 이용행위의 성격을 단계적으로 구별하여 이루어져야 한다. 원저작물의 학습 이용과 결과물에 나타난 보호표현 사이에 모델을 매개로 한 연계가 존재하고, 그 결과물의 공개가 원저작물의 정상적 이용이나 적법한 이용허락 시장을 실질적으로 대체하거나 저작권자의 정당한 이익을 부당하게 해칠 상당한 위험을 발생시키는 경우에는 공개행위에 한정된 입법적 보호가 정당화될 수 있다. 이러한 접근은 인공지능의 일반적·교육적 이용을 과도하게 위축시키지 않으면서도 원저작물의 보호표현이 디지털 데이터로 반복적으로 공개·확산되는 위험에 대응할 수 있다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

<저서>

권영준·조정욱, 『저작권침해 판단론』(제 2 판), 박영사, 2023.

오승종, 『저작권법』(제 5 판), 박영사, 2020.

윤택식, 『저작권법』(제 2 판), 박영사, 2021.

정상조·박준석, 『지식재산권법』(제 6 판), 홍문사, 2024.

<논문>

강기봉, “인공지능이 생성한 콘텐츠의 저작권 보호”, 「IP & Data 法」 제 3 권 제 1 호, 인하대학교 법학연구소, 2023.

김경숙, “생성형 AI 와 저작권 문제: 저작권 침해와 저작물성의 사례와 분석”, 「계간 저작권」 제 38 권 제 2 호, 한국저작권위원회, 2025.

김원오, “프롬프팅에 의한 창작에 대한 저작권법상 재평가”, 「사법」 통권 제 71 호, 사법발전재단, 2025.

류시원, “생성형 AI 프롬프트 입력에 대한 저작권법상 평가”, 「계간 저작권」 제 37 권 제 4 호, 한국저작권위원회, 2024.

박성호, “생성형 AI 관련 저작권 침해소송에서 주장·증명책임에 관한 고찰”, 「서울대학교 법학」 제 66 권 제 1 호, 2025.

이해완, “인공지능 생성물에 대한 저작권 보호의 조건으로서의 ‘인간의 창작적 기여’”, 「산업재산권」 제 79 호, 한국지식재산학회, 2024.

정윤경, “AI 프롬프트의 저작권 보호 가능성에 관한 소고”, 「법학논총」 제 42 권 제 2 호, 한양대학교 법학연구소, 2025.

정영진: 생성형 인공지능 결과물과 저작권법적 쟁점에 대한 고찰

전응준, “AI 산출물에 의한 저작권 침해에 관한 연구”, 『정보법학』 제 29 권 제 1 호, 2025.

차상육, “인공지능 창작물 관련 저작권 침해 쟁점”, 『경영법률』 제 32 권 제 4 호, 한국경영법률학회, 2022.

<기타>

김원오(연구책임자), <생성형 AI 프롬프트 기반 창작 시대의 IP 규범 재정립>, 한국법제연구원, 2025.

문화체육관광부 · 한국저작권위원회, <생성형 AI 저작권안내서>, 한국저작권위원회, 2023.

문화체육관광부 · 한국저작권위원회, <생성형 인공지능 결과물에 의한 저작권 분쟁 예방 안내서>, 한국저작권위원회, 2025.

2. 외국어문헌

[영어]

<논문>

Carlini, Nicholas, Daphne Ippolito, Matthew Jagielski, Katherine Lee, Florian Tramèr & Chiyuan Zhang, “Quantifying Memorization Across Neural Language Models”, *The Eleventh International Conference on Learning Representations (ICLR 2023)*, 2023.

Cooper, A. Feder & James Grimmelmman, “The Files Are in the Computer: On Copyright, Memorization, and Generative AI”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 100, 2025, pp. 141–219.

Winegar, Andrew, “Protecting ‘The Next Rembrandt’: Evaluating Artificial Intelligence’s Relationship with Copyright Law”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, Vol. 17, No. 2, 2018, pp. 423–445.

<기타>

정영진: 생성형 인공지능 결과물과 저작권법적 쟁점에 대한 고찰

Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, *Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works*, 1978.

U.S. Copyright Office, *Letter re: Zarya of the Dawn* (Registration No. VAu001480196), Feb. 21, 2023.

U.S. Copyright Office Review Board, *Re: Second Request for Reconsideration for Refusal to Register Théâtre D’opéra Spatial*, Sept. 5, 2023.

[일본어]

<기타>

文化審議會著作権分科会法制度小委員会, <AI と著作権に関する考え方について>, 文化庁, 2024 年 3 月 15 日.

초 록

이 글은 생성형 인공지능을 통하여 산출된 인공지능 결과물의 저작권법적 쟁점을 저작물성과 저작권 침해성의 두 측면에서 검토한다. 먼저 저작물성에 관하여, 현행 저작권법상 저작물은 인간의 사상 또는 감정을 표현한 창작물이므로 인공지능이 자동적으로 산출한 결과물 자체를 곧바로 저작물로 인정하기는 어렵다. 특히 프롬프트 엔지니어링의 경우에는 이용자가 결과물의 표현 형성과정을 창작적으로 통제하였는지와 그러한 통제가 최종 결과물의 보호 가능한 표현 요소에 실제로 반영되어 인간의 창작적 기여로 평가될 수 있는지를 구별하여야 한다.

저작권 침해성에 관하여는 생성형 인공지능에서 원저작물에 접근한 주체, 결과물을 산출한 시스템 및 이를 이용하는 사람이 구조적으로 분리된다는 점에 주목한다. 이에 이용자가 원저작물의 표현 내용을 인식하고 이를 재현하거나 변형하기 위하여 인공지능을 이용한 경우와, 이용자가 원저작물을 인식하지 못한 경우를 구분한다. 전자의 경우에는 전통적 의거성 법리로 상당 부분 설명할 수 있으나, 후자의 경우에는 이용자에게 원저작물에 대한 의거성을 인정하기 어렵고, 결과물이 원저작물과 실질적으로 유사하더라도 현행법상 원저작물의 복제물 또는 2 차적저작물에 해당한다고 보기 어렵다. 원저작물의 학습 이용과 결과물에 나타난 보호표현 사이에 모델을 매개로 한 기술적·사실적 연계가 존재하더라도 이를 이용자의 의거성으로 환원하여서는 안 된다.

다만 원저작물의 보호되는 표현이 인공지능 결과물에 실질적으로 반영되어 공중에게 제공되고, 그 공개가 원저작물의 정상적 이용이나 적법한 이용허락 시장을 실질적으로 대체하거나 저작권자의 정당한 이익을 부당하게 해칠 상당한 위험이 있는 경우에는 별도의 입법적 규율이 필요하다. 그 규율은 결과물의 생성·보유 및 공중에 대한 제공이 없는 이용을 적용 대상에서

제외하고 공개행위에 한정하여야 한다. 다만 개인적·교육적 비공개 이용에 대한 불법행위책임의 원칙적 배제와 기업 등의 영업적 내부 이용에 대한 평가는 구별할 필요가 있다. 또한 권리자의 소명, 자료제출, 추정과 반증, 통지와 이의제기 절차, 공개 중단·예방청구 및 고의·과실을 전제로 한 손해배상책임을 단계적으로 설계하여야 한다. 이러한 접근은 전통적 의거성 개념을 유지하면서도 인공지능 결과물의 반복적 공개·확산으로 인한 권리침해 위험에 대응할 수 있다.

<주제어> 생성형 인공지능, 인공지능 결과물, 저작물성, 창작적 기여, 의거성, 공개행위

A b s t r a c t

This article examines copyright issues arising from outputs produced by generative artificial intelligence from two perspectives: copyrightability and copyright infringement. Under the current Copyright Act, a work is a creative expression of human thoughts or emotions; an output automatically generated by artificial intelligence therefore cannot readily be recognized, in itself, as a copyrightable work. In the case of prompt engineering, it is necessary to distinguish whether the user creatively controlled the process by which the expression of the output was formed from whether that control was actually reflected in the protectable expressive elements of the final output and can be evaluated as a human creative contribution.

With respect to copyright infringement, this article focuses on the structural separation among the actor who accessed the preexisting work, the system that generated the output, and the person who uses the system. It distinguishes cases in which the user was aware of the expressive content of a preexisting work and used the AI system to reproduce or transform that expression from cases in which the user lacked such awareness. The former can, to a considerable extent, be addressed under the traditional doctrine of factual copying. In the latter, it is difficult to attribute factual copying of the preexisting work to the user; even if the output is substantially similar to that work, it is difficult under current law to characterize the output as a reproduction or derivative work of the preexisting work. A technical and factual connection, mediated by the model, between the training use of a preexisting work and the protected expression appearing in an output should not be converted into factual copying by the user.

Nevertheless, separate legislative regulation is warranted where protected expression from a preexisting work is substantially reflected in an AI-generated output and publicly disclosed,

and where the disclosure creates a substantial risk of substituting for the normal exploitation of the work or its legitimate licensing market, or otherwise unreasonably prejudicing the right holder's legitimate interests. Such regulation should be confined to public disclosure and should exclude generation, possession, and uses that do not make the output available to the public. The presumptive exclusion of tort liability for personal, household, and closed educational uses should be distinguished from the assessment of commercial internal uses under other applicable law. The regulation should provide for substantiation by the right holder, production of relevant information, presumptions and rebuttal, notice and objection procedures, claims for cessation or prevention of public disclosure, and damages based on intent or negligence. This approach preserves the traditional concept of factual copying while addressing the risks created by the repeated public dissemination of AI-generated outputs.

Keywords: Generative Artificial Intelligence, AI-Generated Outputs, Copyrightability, Creative Contribution, Factual Copying, Public Disclosure

生成式人工智能成果与著作权法议题的考察

A Study on Copyright Issues concerning Generative AI Outputs

丁莹镇（仁荷大学 AI 数据法学系教授）

JUNG, Young Jin(Professor, Department of AI & Data Law, Inha University)

陈奥（仁荷大学一般大学院法学系博士研究生）、

祁艺森（仁荷大学 AI 数据法学系硕士研究生） 合译

Co-translators CHEN, Ao(Doctoral Student, Dept. of Law, Graduate School, Inha University),

QI, Yisen(Master's Student, Dept. of AI and Data Law, Inha University)

目 录

一、序论

二、人工智能产出物的作品性

（一）概述

（二）思想—表达二分法

（三）人工智能产出物中创作性贡献的判断类型

（四）提示词工程产出物的作品性

（五）小结

三、人工智能产出物的著作权侵害问题

（一）问题的提出

（二）侵害二次作品著作权的法律要件——以依据性为中心

（三）人工智能产出物与依据性

（四）对无依据性人工智能产出物公开行为的评价

（五）关于无依据性人工智能产出物公开行为的立法论

四、结论

一、序论

按照功能与适用范围，人工智能大体可以分为通用人工智能模型与特定目的人工智能模型。通用人工智能模型（General-Purpose AI Model）是指具有相当程度的通用性，能够执行广泛而多样的任务，并被设计为可以集成至多个子系统或应用程序的大规模模型。这相当于《欧盟人工智能法》第 3 条第 63 项所定义的通用人工智能模型（GPAI Model）。与此相对，特定目的人工智能模型是指为翻译、医疗诊断、图像识别、合同审查等特定任务或领域而专门开发的模型。前者可以作为供多种用途使用的基础模型，后者则以优化特定产业领域或业务范围内的性能为主要目的。本文将围绕通用人工智能模型中具有生成文本、图像、音乐、代码等新产出物功能的通用生成式人工智能模型展开讨论。

与生成式人工智能相关的著作权法问题，大体可以分为人工智能的开发、构建阶段与人工智能的使用阶段。所谓开发、构建阶段，是指开发人工智能模型并构建向用户提供该模型的人工智能系统之过程；而使用阶段，则是指用户通过人工智能系统生成并利用产出物的过程。¹

首先，在人工智能的开发、构建阶段会产生两个问题。第一，为了训练、开发人工智能模型而收集、复制既有作品并将其用于训练的行为，是否构成著作权侵权。²第二，构成人工智能模型及人工智能系统的各项要素，例如训

本文是在发表于《IP & Data 法》第 6 卷第 1 期（2026 年）的论文基础上修改、补充而成。尤其是“第三、人工智能产出物的著作权侵害问题”部分，实质上属于重新撰写；引用该部分时，请将本文明确标注为出处。

1

김원오(연구책임자), <생성형 AI 프롬프트 기반 창작 시대의 IP 규범 재정립>, 한국법제연구원(2025),

此外，还有观点将人工智能本身在著作权法上的争点另列一类。차상욱, “인공지능 창작물 관련 저작권 침해 쟁점”, 경영법률 제 32 집 제 4 호(2022), 46-47 면.

²日本和新加坡采取制定限制著作权规定的方式，规制为人工智能开发目的使用作品。相较之下，美国 and 韩国通过解释合理使用法理解决问题。然而，依赖合理使用法理，必然会围绕其适用范围和判断标

训练数据集、源代码以及训练形成的参数等，是否可能成为著作权法上的保护客体。³

其次，在人工智能的使用阶段，也可能出现多项著作权法问题。特别是自 ChatGPT 于 2022 年 11 月公开以来，人工智能已经超出主要由专家使用的技术范畴，扩展为普通用户也可以轻易使用的通用工具。在韩国，学生出于完成学习任务、调查资料、辅助写作等多种目的使用人工智能的情况也在增加。

随着人工智能系统的使用日益普遍，如何从著作权法上评价用户借助人工智能产生的产出物，已经成为重要问题。这可以分为两个方面。第一，人工智能产出物本身是否可能构成作品或其他著作权法上的保护客体。第二，当人工智能产出物的表达与既有作品构成实质性相似时，其生成或利用行为是否侵害既有著作权人的权利。

下文将以人工智能模型的开发、构建阶段合法为前提，重点考察使用该人工智能系统生成并利用产出物的阶段所发生的著作权法问题。此外，在论述未使用人工智能的传统法理时，本文使用“原告”与“被告”；在论述使用生成式人工智能的情形时，则使用“著作权人”与“用户”。

二、人工智能产出物的作品性

（一）概述

准产生大量争议。韩国 KBS、MBC、SBS 三家地面电视台也于 2025 年 1 月向首尔中央地方法院起诉未经许可大量使用其新闻内容，并以侵害著作权、违反《反不正当竞争法》为由，请求损害赔偿、禁止训练等；

训练数据集可能受到数据库制作者权利保护；其素材的选择、编排或构成具有独创性时，也可作为汇编作品受到保护。源代码可以作为计算机程序作品受到著作权法保护。相较之下，训练结果所产生的参数或权重难以视为著作权法保护对象，主要涉及能否作为《反不正当竞争法》上的商业秘密受到保护。

著作权法的保护客体，或者说著作权的权利客体，称为作品（copyright works）。所谓“作品”，是指“表达人的思想或感情的创作物”（韩国《著作权法》第 2 条第 1 项）。纵观著作权法的长期历史，作品概念一直随着科学技术的发展而扩展。⁴

借助照相机拍摄的照片或使用计算机创作的成果，并非从一开始就当然被认定为作品。然而，随着时间推移，人们逐渐接受了这样一点：这些技术并不是取代人类创作性表达的独立主体，而是辅助人类创作活动的工具。⁵因此，反映人类创作个性的产出物得以被认定具有作品性。例如，美国“著作权作品新技术利用委员会”（Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works，以下简称“CONTU”）在 1978 年最终报告中，考察了因计算机的应用或介入而产生的产出物能否受著作权法保护的问题。CONTU 将计算机理解为与照相机或打字机相同、由人直接或间接操作的工具。也就是说，即使由人操作，计算机也只是按照指令完成被要求的工作。因此，不能仅仅因为创作过程中使用了计算机就否定著作权保护；是否给予著作权保护，取决于受保护表达中是否存在“人类最低限度的创作性努力”（at least minimal human creative effort）。⁶依此观点，使用文字处理软件编写的文档或使用 Photoshop 制作的图画，只要其表达体现了人的创作个性，也可以作为作品受到保护。

人工智能产出物能否被认定为用户的作品，尚存在争议。对此，首先需要区分两个问题：人工智能产出物本身能否被认定具有作品性；在其具有作品性的情况下，能否进一步将其视为用户的作品。即使人工智能产出物被认定

⁴정상조·박준석, 『지식재산권법』(제 6 판), 홍문사(2024), 262 면.

⁵自 1884 年 Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony 案[Burrow-Giles Lithographic Company v. Sarony, 111 U.S. 53 (1884)]以来，美国联邦最高法院一直认为，即使摄影者使用相机，只要其对构图、编排、照明等创作性要素直接作出决定，相关照片即可受到著作权保护。김원오, “프롬프팅에 의한 창작에 대한 저작권법상 재평가”, 『사법 통권』 제 71 호(2025), 50 면.

⁶Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (CONTU), Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works (1978), 44–46.

具有作品性，也不能据此直接将其视为用户的作品。著作权法上的作者是创作作品之人（韩国《著作权法》第2条第2项），因此，人工智能产出物的作者资格并不取决于谁使用了人工智能，而应根据谁对最终人工智能产出物具体表达的形成作出了创造性贡献加以判断。此处仅考察前一个问题。

（二）思想—表达二分法

思想—表达二分法（Idea/Expression Dichotomy），是指著作权的保护客体仅限于作品的表达，而不包括作品的思想。著作权法保护作品中具有创造性的表达，但不保护该作品的思想，从而使学术与艺术能够通过思想的传播和利用得到发展。⁷美国著作权法对此原则作出了明文规定；⁸韩国《著作权法》第2条第1项则将“作品”定义为“表达人的思想或感情的创作物”，由此间接宣示了该原则。也就是说，只有人的思想或感情被“创作性地表达”时，才承认其作品性；思想或感情本身（即思想）被排除在保护对象之外。韩国大法院也曾判示，在两人以上参与作品制作的情况下，只有对具有创造性的表达形式本身作出贡献的人才是作者，而仅提供思想、素材或必要资料的人并非作者。⁹

思想—表达二分法在判断人工智能产出物的作品性时同样构成重要标准。人使用画笔、乐器、照相机、文字处理软件等传统表达工具（expressive tool）时，是借助工具具体表达自己的思想或感情。与此不同，在生成式人工智能中，用户输入的提示词虽然具有设定产出物生成方向的功能，但最终产出物的具体表达要素，是人工智能系统依据训练数据的模式和内部运算过程生成

⁷정상조·박준석, 전거서, 269 면.

⁸美国 1976 年《版权法》（17 U.S.C. § 102(b)）规定：在任何情况下，对原创作品的著作权保护均不延及思想、程序、过程、系统、操作方法、概念、原理或发现，无论其在作品中以何种形式被描述、说明、图示或体现。

⁹대법원 2009. 12. 10. 선고 2007 도 7181 판결.

的。因此，仅凭用户的提示行为对产出物生成产生了影响这一事实，难以认定该产出物的具体表达是由用户的创造性选择形成的。¹⁰据此，按照现行著作权法的解释，在没有特别情形时，单纯输入提示词的行为很可能仅被评价为提出用于生成产出物的思想或发出生成指令。¹¹

因此，要认定人工智能产出物具有作品性，第一，用户的提示行为或者选择、修改、编辑行为必须能够在产出物生成过程中被评价为人的创造性贡献；¹²第二，该创造性贡献必须实际反映为最终产出物中具有独创性的表达。¹³这里所说的创造性贡献，是指人在产出物生成过程中，就具体表达的形成或者表达要素的选择、编排、修改，作出能够体现其独自表达或创作个性的选择。¹⁴因此，人工智能依据训练数据自动生成的部分不属于人的创造性贡献。

另一方面，随着人工智能技术发展，人工智能产出物可能在外观上具有与人类作品相似的表达完成度，这一点难以否认。因此，也有观点认为，只要人工智能产出物本身存在具有独创性的表达，即可先承认其作品性，再在下

¹⁰ 이해완, “인공지능 생성물에 대한 저작권 보호의 조건으로서의 ‘인간의 창작적 기여’”, 『산업재산권』 제 79 호(한국지식재산학회, 2024), 199 면.

¹¹ 문화체육관광부 · 한국저작권위원회, 『생성형 AI 저작권안내서』, 2023, 58 면.

¹²另有观点不将人工智能产出物的作品性成立要件区分为“创造性贡献”与“作为创造性表达的结果”，而是在人的创造性贡献这一要件内，将其细分为三个要素：(i) 创作意图；(ii) 在人工智能产出物生成过程中的实质性贡献；(iii) 最终人工智能产出物中是否出现具有独创性的表达。이해완, “인공지능 생성물에 대한 저작권 보호의 조건으로서의 ‘인간의 창작적 기여’”, 『산업재산권』 제 79 호(한국지식재산학회, 2024), 195-196 면.

¹³문화체육관광부 · 한국저작권위원회, 『생성형 AI 저작권안내서』, 2023, 40 면；이해완, “인공지능 생성물에 대한 저작권 보호의 조건으로서의 ‘인간의 창작적 기여’”, 『산업재산권』 제 79 호(한국지식재산학회, 2024), 183-232 면；김경숙, “생성형 AI와 저작권 문제 - 저작권 침해와 저작물성의 사례와 분석”, 『계간 저작권』 제 38 권 제 2 호(한국저작권위원회, 2025), 5-면；강기봉, “인공지능이 생성한 콘텐츠의 저작권 보호”, 『IP & Data 法』 제 3 권 제 1 호(인하대학교 법학연구소, 2023), 150 면.

¹⁴著作权法上的创作成果，是指具有独创性的作品。这里的独创性即使不要求达到完全原创的程度，至少也要求作品不是简单模仿他人之作，并且包含作者自己独立思想或情感的表达。因此，不论由谁完成都只能相同或近似的表达，即不能体现作品作者创作个性的表达，不能称为创作成果（대법원 2011. 2. 10. 선고 2009 도 291 판결）。

一阶段判断应当将作者地位归属于算法设计者、数据学习与训练参与者或用户中的何者。¹⁵然而，著作权法之所以赋予作品著作权，并不只是因为产出物具有经济价值，其正当化依据在于保护人的创作性表达并鼓励创作活动。因此，只要无法认定人的创作性贡献，即使人工智能产出物具有与人类作品相似的表达完成度或经济价值，也难以在现行著作权法下被认定为作品。

（三）人工智能产出物中创作性贡献的判断类型

根据韩国文化体育观光部与韩国著作权委员会于 2025 年共同发布的《生成式人工智能产出物著作权纠纷预防指南》，在下列情形中，可以认定人工智能产出物包含人的创作性贡献。¹⁶即：□用户将自己的作品作为提示输入，生成的人工智能产出物中体现了该作品的独创性；□用户对人工智能产出物实施修改、增减等“追加作业”的部分具有独创性；□对人工智能产出物的选择、编排或构成具有独创性。

但是，上述指南的类型化仅列举了可能认定人的创作性贡献的事例，并未充分提出实质性判断标准，以判断各类型中用户的行为是否实际反映于最终产出物中可受保护的表达要素，从而能够被评价为创作性贡献。因此，在具体纠纷中，判断用户的行为能否被认定为对最终产出物具体表达形成的创作性贡献，仍然存在局限。¹⁷

¹⁵

정상조·박준석,

전게서,

면.该观点认为，人工智能产出物历经算法设计、数据学习与训练、用户提示指令等多个阶段生成，因而判断谁在此过程中作出主要创作性贡献，是认定作者资格的核心争点。在算法几乎机械地生成产出物的所谓“算法创作型”中，可以将程序员视为作者；构成职务作品时，可以将程序员所属法人视为作者。相较之下，算法只在人类创作过程中作为辅助工具使用的“算法辅助型”中，则可以将用户视为作者。

¹⁶ 문화체육관광부·한국저작권위원회, 『생성형 인공지능 결과물에 의한 저작권 분쟁 예방 안내서』, 2025, 24 면.

¹⁷ 차상욱, “인공지능 창작물 관련 저작권 침해 쟁점”, 경영법률 제 32 집 제 4 호(2022), 48-

基于上述问题意识，本文拟从以下两个方面分析人的创作性贡献反映于人工智能产出物的方式。一是使用传统编辑软件对人工智能产出物进行处理，或者由人直接予以修改、补充、选择、编排或构成。二是针对生成式人工智能生成的初次人工智能产出物，由用户通过提示词¹⁸发出修改、补充指令，并选择中间产出物等，通过一系列行为（下称“提示词工程”）影响最终人工智能产出物的表达。

在前一种情形中，人工智能产出物与人对其事后修改、编辑的部分相对容易区分，因而可以通过该作业形成的创作性表达承认作品性。相较之下，在后一种情形中，能否认为通过提示词工程向最终人工智能产出物加入了人的创作性表达，尚存争议。

克里斯·卡什塔诺娃（Kris Kashtanova）使用生成式人工智能 Midjourney 生成的图像制作了图像小说《黎明的扎莉娅》（Zarya of the Dawn）。2023 年 2 月，美国版权局（U.S. Copyright Office, USCO）未将 Midjourney 生成的单幅图像本身认定为著作权保护对象，但对卡什塔诺娃撰写的文字以及其对人工智能生成图像进行选择（selection）、协调（coordination）和编排（arrangement）而具有独创性的部分，承认了著作权保护。¹⁹

将人工智能产出物分为：（i）最终表达中可以认定直接源自人的创作性表达（第一类）；（ii）最终表达中不能认定直接源自人的创作性表达（第二类）。该文认为，在第一类中，人工智能如同高性能数码相机一样作为工具使用，因此，人直接调节、调整或介入的部分，或者直接源自人的创作性表达，可以承认作品性。对此也可作出类似批评。

¹⁸“prompt”此前用于指向用户显示系统已准备接收下一项命令、消息或其他用户行为的消息；在生成式人工智能语境中，已经通称为向人工智能模型指示、命令任务的输入值（文本、图像、视频等）。문화체육관광부·한국저작권위원회, 『생성형 AI 저작권안내서』, 2023, 12 면.

¹⁹U.S. Copyright Office, Letter re: Zarya of the Dawn (Registration No. VAu001480196), Feb. 21, 2023, pp. 5–12, available at <https://www.copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>.

这里的关键在于，美国版权局区分了使用 Midjourney 生成图像与使用 Photoshop、漫画制作软件 Comic Life 3 等传统编辑工具实施的事后修改、编辑。换言之，在使用 Midjourney 的提示词工程方式下，难以认为用户能够预见或控制最终图像的具体表达；反之，对使用 Photoshop 或 Comic Life 3 等工具修改、编辑人工智能产出物，并在整部图像小说中对其进行选择（selection）、编排（arrangement）与协调（coordination）的部分，则承认其作品性。

下文考察后一种情形，即提示词工程产出物的作品性。

（四）提示词工程产出物的作品性

判断提示词工程产出物的作品性时，有必要区分创作性控制与创作性贡献。创作性控制是指人对表达形成过程的介入或支配，属于过程性标准；创作性贡献则是结果性评价，旨在判断这种控制的结果是否落实为最终产出物中具有独创性的表达。因此，仅凭存在创作性控制，并不能直接认定存在创作性贡献；只有该控制实质性反映于最终产出物中可受保护的表达要素时，方可认定人的创作性贡献。

美国版权局在《黎明的扎莉娅》（Zarya of the Dawn）案中未对提示词工程方式生成的产出物给予著作权保护，但对此存在多种反对意见。具有代表性的观点认为，人工智能产出物的独创性可能随提示词工程水平而产生显著差异，因此有必要制定评价提示词输入者创作性贡献的标准。²⁰

²⁰ 김원오(연구책임자), <생성형 AI 프롬프트 기반 창작 시대의 IP 규범 재정립>, 한국법제연구원(2025),

면.该报告将提示指令模式大体分为简单指示型（简短命令）、说明型（包含详细指南）、风格指定型（体现特定作者或艺术风格）、技术提示型（编码与数据生成）等。김원오(연구책임자), <생성형 AI 프롬프트 기반 창작 시대의 IP 규범 재정립>, 한국법제연구원(2025), 38 면.

根据用户输入对最终人工智能产出物具体表达形成的影响，以及输入内容反映于最终产出物的程度，可以对提示词作如下分类。²¹²²第一，简单主题提示型，即仅简要提出主题或对象。第二，风格指定型，即指定特定体裁、画风、文体、审美或艺术氛围，以设定产出物整体的表达方向。第三，详细表达指示型，即对对象、背景、构图、色彩、文体、氛围、场景构成、人物配置、事件展开等最终人工智能产出物的表达要素作出较为具体的指示。第四，反复调整型，即查看已经生成的中间产出物后，反复发出修改、补充指令，逐步调整最终人工智能产出物的表达。第五，结构化提示词组型，即按照一定目的、顺序、条件或阶段组合多个提示词，系统性地引导最终人工智能产出物的形成过程。

与此相关，有观点认为，用户通过具体且富有创意的指示影响人工智能产出物之表达形成时，该行为可以被评价为人的创作性贡献。不过，即便依此观点，具体指示或反复尝试本身也不当然意味着创作性贡献，仍须另行审查其结果是否实际反映于最终产出物中可受保护的表达要素。尤其是在用户通过设定复杂条件、反复尝试以及选择、编辑产出物等方式，主导最终人工智能产出物的方向和表达形成时，可能认定其实施了著作权法上的创作性表达行为。²³这一观点可以理解为：在上述分类的第三类详细表达指示型提示词和第四类反复调整型提示词中，可以认定用户的创作性贡献。

²¹另有观点将提示指令模式分为简单指示型（简短命令）、说明型（包含详细指南）、风格指定型（体现特定作者或艺术风格）、技术提示型（编码与数据生成）等。김원오(연구책임자), <생성형 AI 프롬프트 기반 창작 시대의 IP 규범 재정립>, 한국법제연구원(2025), 38 면.

²²也有观点将其分为说明型提示词、指示型提示词、对话型提示词、多模态提示词与复合型提示词。정윤경, "AI 프롬프트의 저작권 보호 가능성에 관한 소고", 법학논총 제 42 집 제 2 호(2025), 226-면.

²³ 김원오(연구책임자), <생성형 AI 프롬프트 기반 창작 시대의 IP 규범 재정립>, 한국법제연구원(2025), 79 면. 류시원, "생성형 AI 프롬프트 입력에 대한 저작권법상 평가", 『계간 저작권』 제 37 권 4 호 통권 148 호, 한국저작권위원회, 2024, 102 쪽.

例如，有提示词提出：“请描绘一名神情忧郁的小提琴手在超现实空间中演奏的场景，背景应符合巴洛克时代；色调采用深暗的藏蓝色系，并体现梵高的画风。”有观点认为，这种提示词综合指定了时代背景、情感、空间、色彩、审美特征以及特定艺术家的画风，已经超出简单提出主题的范围，对最终人工智能产出物的表达方向和构成要素作出了较为具体的设定。²⁴这可以理解为上述第二类风格指定型提示词与第三类详细表达指示型提示词的结合。

然而，也有观点指出，即使输入同一提示词，也会输出不同的产出物；反复输入提示词不过如同“重新掷骰子”，不能认为其在实质上改变了用户的控制程度。因此，从理论上说，将人工智能产出物完全归属于输入提示词的用户，仍显勉强。²⁵

在杰森·艾伦（Jason M. Allen）的《太空歌剧院》（Théâtre D’opéra Spatial）案中，美国版权局复审委员会确认，艾伦在使用 Midjourney 生成初始图像之前，至少进行了 624 次修改并输入文字提示词。但复审委员会并不认为，艾伦的行为构成了足以承认其对 Midjourney 生成图像具有作者资格的人的创作性贡献。其理由是，即使艾伦的提示词影响了产出物的生成，Midjourney 也并非将其处理为用于产生特定表达结果的直接指令，而是在自行解释提示词并与训练数据进行比较后生成图像。因此，复审委员会认定，难以认为艾伦对最终图像的具体表达行使了终极创作性控制（ultimate creative control）。²⁶

²⁴김원오, “프롬프팅에 의한 창작에 대한 저작권법상 재평가”, 「사법 통권」제 71 호, 2025, 53 쪽.

²⁵전응준, “AI 산출물에 의한 저작권 침해에 관한 연구”, 정보법학 제 29 권 제 1 호(2025), 54-55 면

²⁶U.S. Copyright Office Review Board, Re: Second Request for Reconsideration for Refusal to Register Théâtre D’opéra Spatial, Sept. 5, 2023, pp. 1–4, available at <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/Theatre-Dopera-Spatial.pdf>. https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/Theatre-Dopera-Spatial.pdf?utm_source=chatgpt.com

本案中，艾伦先后 624 次修改、输入提示词这一事实，固然表明其投入了大量努力，但这本身并不意味着他对最终图像的具体表达作出了人的创造性贡献。著作权法保护的不是劳动或努力的数量，而是人的创造性表达。这也与 Feist 案判决的宗旨相一致：著作权保护的标准在于独创性（originality），而非创作者投入的努力（effort），并排斥单纯以劳动为依据的“额头出汗”原则（sweat of the brow）。²⁷

在生成式人工智能技术全面兴起之前，2016 年的“下一个伦勃朗”（The Next Rembrandt）项目表明，即使存在高度的人工介入，能否认定创造性贡献仍可能并不明确。该项目由 ING 银行与 J. Walter Thompson Amsterdam 同 Microsoft、代尔夫特理工大学等合作，历时 18 个月完成。由 20 名数据科学家、开发者、人工智能专家和 3D 打印专家组成的团队，通过高分辨率 3D 扫描分析伦勃朗的 346 幅作品，收集了约 150GB 的数字数据。²⁸该团队运用深度学习算法和人脸识别技术，设计出学习伦勃朗几何结构、构图与材料运用的软件系统，并据此生成一幅伦勃朗风格的新肖像。²⁹该项目并非采用提示词输入方式的生成式人工智能，而是专家团队为特定目的，历时

²⁷Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., 499 U.S. 340, 345–364 (1991), available at <https://www.govinfo.gov/app/details/USREPORTS-499/USREPORTS-499-340>. 美国联邦最高法院明确指出，目录及其他事实型作品的著作权保护以独创性而非“额头出汗”为基准，从而排斥了单纯以劳动为依据的 sweat of the brow 理论。 https://www.govinfo.gov/app/details/USREPORTS-499/USREPORTS-499-340?utm_source=chatgpt.com

²⁸Microsoft, “The Next Rembrandt: Recreating the Work of a Master with AI,” Microsoft News (2017. 8. 30.), <https://news.microsoft.com/europe/features/next-rembrandt/>, <https://news.microsoft.com/europe/features/next-rembrandt/>

²⁹“The Next Rembrandt: Who Holds the Copyright in Computer Generated Art,” Art Journal (2020. 9. 29.), <https://journal.atp.art/the-next-rembrandt-who-holds-the-copyright-in-computer-generated-art/>, <https://journal.atp.art/the-next-rembrandt-who-holds-the-copyright-in-computer-generated-art/>

18 个月直接设计、训练的定制化机器学习系统；就此而言，它与当下通用生成式人工智能在技术性质上有所不同。

然而，仅凭多名专家投入大量时间和费用设计、训练人工智能系统，并不能当然认定其对最终产出物作出了人的创作性贡献。著作权法上重要的并非存在数据选择、算法设计、图像分析、输出调整等技术性、规划性介入这一事实本身，而是这些介入能否被评价为对最终产出物表达形成的创作性控制，以及这种控制的结果是否实际反映于最终产出物中可受保护的表达要素，从而构成人的创作性贡献。³⁰

“下一个伦勃朗”项目中，专家团队以特定产出物为目标，历时 18 个月设计、训练人工智能系统并调整输出过程，属于人的技术性、规划性参与程度极高的情形。然而，即使存在如此高度的人工参与，该参与是否构成对最终肖像中可受保护表达要素形成的创作性控制，进而能否被评价为人的创作性贡献，仍不明确。由此而言，人工智能技术越趋高度化和通用化，系统自主性越强，而个别用户对最终产出物具体表达形成的直接影响越有限；在一般通用生成式人工智能的使用中，将用户参与认定为人的创作性贡献的可能性，甚至会低于“下一个伦勃朗”项目。

（五）小结

如前所述，按照现行著作权法的解释，除非存在特别情形，提示词输入行为本身很可能仅被评价为提出思想或发出生成指示。正如艾伦案所示，连续 624 次输入提示词，也未被认定为对最终图像具体表达的终极创作性控制；“下一个伦勃朗”项目中，尽管专家团队连续 18 个月集中参与，能否认定人的

³⁰ Andrew Winegar, "Protecting 'The Next Rembrandt': Evaluating Artificial Intelligence's Relationship with Copyright Law," *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, Vol. 17, No. 2 (2018), pp. 423-445.

创作性贡献仍不明确。这源于人工智能技术越趋高度化，系统自主性越强而人的直接控制越弱这一结构性特征。

另一方面，对于无法认定人的创作性贡献的人工智能自动生成部分，是否另行赋予排他性权利，应当慎重。人工智能无须创作激励，并可在极短时间内生成大量产出物；若对自动生成部分广泛赋权，可能压缩人类创作者的活动空间，并过度限制表达的自由利用。³¹

因此，用户的创作性贡献实质性反映于最终产出物中可受保护的表达要素时，仅可就该部分承认作品性；反之，无法认定人的创作性贡献的自动生成部分，其本身不作为用户的作品受到保护。但该部分若再现了既有作品中受保护的表达，则仍可能另行涉及对该既有作品的著作权侵害，故不能径直认为其属于公有领域（public domain）。

三、人工智能产出物的著作权侵害问题

（一）问题的提出

用户向人工智能输入提示词后，人工智能会生成多种数字内容。这不同于由开发者预先制作构成要素，再由用户选择、组合后通过系统加以显示的方式。根据互联网号码分配机构（Internet Assigned Numbers Authority, IANA）³²的媒体类型注册表（Media Types Registry），数字内容可分为文本（text）、图像（image）、音频（audio）、视频（video）、应用程序（application）、模型（model）、字体（font）、复合格式（multipart）、消息（message）、

³¹ 이해완, “인공지능 생성물에 대한 저작권 보호의 조건으로서의 ‘인간의 창작적 기여’”, 『산업재산권』 제 79 호(한국지식재산학회, 2024), 190-191 면

³²IANA 即 Internet Assigned Numbers Authority。其名称虽含“Authority”一词，长期以来看似机构名称，但它并非独立国际组织或另设的法律监管机构，而是指协调、管理全球互联网唯一标识符与协议参数的职能及其执行体系。IANA 职能源自在早期互联网环境中由 Jon Postel 等实施的互联网标识符协调工作，目前由 ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) 的关联法人 (PTI) 履行。

触觉数据（haptics）等顶级媒体类型。³³这一分类并非用于确定著作权法上作品类型的法律分类，而是为了识别互联网环境中数据格式和处理方式所作的技术分类。

问题在于，人工智能生成的部分产出物可能与既有作品构成实质性相似。人工智能产出物本身能否作为用户的作品受到保护，与该产出物是否侵害他人著作权，应当分别判断。人工智能产出物不能作为用户的作品受到保护，并不当然排除其侵害他人著作权的可能。例如，原样再现原作品表达，或者在不损害其同一性的范围内予以再现的产出物，即使因自身不具独创性而不能作为另一作品受到保护，仍可能构成对复制权的侵害。此时，欠缺独创性可能与认定原作品表达已被再现有关。但是，对加入新独创性的变形产出物，若可认定其对原作品具有依据性³⁴，且受保护表达构成实质性相似，仍可能构成对二次作品著作权的侵害。因此，产出物的作品性与侵害性应依各自要件分别判断，不能将欠缺独创性作为认定著作权侵害的一般依据。³⁵

³³IANA, "Top-Level Media Types," <https://www.iana.org/assignments/top-level-media-types> (最后访问日期：2026 年 5 月 9 日)。<https://www.iana.org/assignments/top-level-media-types>

³⁴ 译者注：“依据性”（의거성）是韩国著作权侵权判断中的要件事实，指被诉作品系依据原作品创作而成。“接触”（접근）仅是据以推认依据性的间接事实，二者并非同一概念；中国现行著作权法中没有与之完全对应的独立概念。

³⁵ 전응준, “AI 산출물에 의한 저작권 침해에 관한 연구”, 정보법학 제 29 권 제 1 호(2025), 면에서는,

“事实上，在讨论人工智能产出物著作权侵害的判断标准之前，有必要先审查人工智能产出物本身是否可能侵害他人著作权。尤其是，如果因缺乏对人工智能模型的创作性控制（creative control）而否定人工智能产出物的作品资格（copyrightability），并拒绝向输入相关提示词的用户赋予著作权，那么在理论上并非不可能依据类似逻辑，对输入诱发侵害提示词的用户也否定侵害责任。”但是，正如正文所举复制物案例，因缺乏控制而未向人工智能产出物加入独立创作性表达，可能反而表明生成该产出物的行为更大程度上依据原作品表达。在这种情况下，否定产出物作品性的依据，反会成为肯定生成行为构成侵害的根据。因此，因缺乏控制而否定作品性的逻辑，能否直接导向否定用户侵害责任，仍有疑问。

如前所述，与人工智能有关的著作权侵害问题，有必要区分开发阶段与使用阶段加以考察。在人工智能开发阶段，既有作品可能在训练数据的收集、存储、预处理和训练过程中被存储于数据集、服务器等，因而主要涉及是否侵害复制权。相较之下，在人工智能使用阶段，问题在于用户输入提示词后生成了依据既有作品的产出物，以及该产出物是否与原作品保持实质性相似，因而主要涉及是否侵害二次作品著作权。不过，即使在使用阶段，也并非一概只涉及二次作品著作权。即便未按原样复制他人作品，而是作出一定修改、增减或变更，如果尚未达到加入新独创性的程度，仍可能属于复制（韩国大法院 2014 年 1 月 29 日判决（2012 가 73493、2012 가 73509））。因此，生成产出物若事实上原样再现某一小说段落、诗歌、歌词、代码或图像构成等原作品表达，争点将不是二次作品著作权，而是复制权是否受到侵害。

下文以人工智能开发阶段已满足合法性要求为前提，重点考察用户输入提示词后生成以原作品为基础的变形产出物时，对二次作品著作权的侵害问题。不过，依据性是包括复制权在内的再现型侵害所共有的要件，因此，对于原作品表达被原样或近乎同一地输出的情形，也将在说明依据性及事后公开行为规制所必要的范围内一并讨论。

（二）侵害二次作品著作权的法律要件——以依据性为中心

1. 概述

构成对二次作品著作权的侵害，第一，原告主张的在先作品应当属于著作权法保护的作品，且有关该作品的二次作品著作权应归属于原告。因此，即使后续人工智能产出物以原告主张的在先作品为基础制作，如果该在先作品不属于著作权法保护的作品，或者相关二次作品著作权不归属于原告，也不构成对二次作品著作权的侵害。另一方面，转让全部著作财产权时，如无特

别约定，推定不包括二次作品著作权（韩国《著作权法》第 45 条第 2 款本文），³⁶故不能仅因原作品的部分著作财产权已经转让，就当然认为受让人同时取得了二次作品著作权。

著作权法保护的并非原作品中的思想、素材、主题、功能、技法或者抽象的作风、文体与风格本身，而是创作性表达（韩国《著作权法》第 2 条第 1 项）。因此，即使后续人工智能产出物与既有作品存在一定相似性，如果相似之处仅限于不受保护的思想或素材、体裁惯例或通常表达方式，也难以构成对二次作品著作权的侵害。

第二，后续人工智能产出物应当依据原告的原作品制作，且二者之间应当存在著作权法所保护表达上的实质性相似。前者称为依据性或依据关系，后者称为实质性相似。

³⁷ 尤其在涉及二次作品著作权侵害时，仅有思想、素材、主题或体裁惯例相似尚不足够；必须达到能够从后续人工智能产出物的表达中，直接感知原作品表达上本质特征的相似程度（韩国大法院 2004 年 7 月 8 日判决（2004 가 1 8736））。

另一方面，即使第二项要件中的实质性相似成立，也只有在以原作品为基础作出足以依社会通常观念构成新作品的修改、增减，并由此加入新的独创性时，才涉及二次作品著作权侵害。反之，后续人工智能产出物与原作品完全相同，或者虽有修改、增减，却仅限于不损害其同一性的程度，因而不能认定加入了新的独创性时，所涉及的不是二次作品著作权，而是韩国《著作权法》第 16 条规定的复制权。再者，即使后续人工智能产出物加入了新的独

³⁶不过，就计算机程序作品而言，如无特别约定，推定二次作品著作权也一并转让（第 45 条第 2 款但书）。

³⁷박성호, "생성형 AI 관련 저작권 침해소송에서 주장·증명책임에 관한 고찰", 『서울대학교 법학』 제 66 권 제 1 호(2025), 170 면

创性，如果已经无法感知原作品表达上的本质特征，也应当视为与原作品不构成实质性相似的独立作品。

此外，著作权侵害的成立要件与损害赔偿责任的成立要件应当区分。有观点认为，认定著作权侵害须同时具备被侵害对象的作品性、依据性、实质性相似以及侵害人的故意或过失；³⁸但就韩国《著作权法》第123条第1款规定的停止侵害、预防侵害请求权而言，并不要求侵害人具有故意或过失。³⁹相较之下，损害赔偿请求除侵害行为外，还须认定侵害人的故意或过失、损害以及因果关系。

2. 依据性

依据性是独立于实质性相似的二次作品著作权侵害成立要件，不能仅凭两个表达对象实质性相似即认为满足。专利法依据先申请原则，在相同发明出现多个申请相互竞争时，首先提出申请者取得获得专利的地位，并经注册、审查、公示后对权利范围赋予排他效力。因此，在专利权侵害中，原则上⁴⁰只需判断是否存在落入专利权利范围的实施行为，该实施行为是否依据专利发明，并非侵害成立要件。相较之下，著作权采取创作完成即发生、无须履行手续的自动保护原则；即使某种表达与既有作品相同或实质性相似，只要并非依据既有作品，而是独立创作完成，仍可作为另一作品受到保护。⁴¹因此，成立二次作品著作权侵害，必须认定对象作品是依据既有作品制作。依据性要件旨在确认争议表达是否源自既有作品，并将偶然一致或独立创作的产出物排除在著作权侵害范围之外。

³⁸전응준, "AI 산출물에 의한 저작권 침해에 관한 연구", 정보법학 제 29 권 제 1 호(2025), 63 면.

³⁹문화체육관광부 · 한국저작권위원회, 『생성형 AI 저작권안내서』, 2023, 65 면.

⁴⁰韩国《专利法》规定先用权产生的普通实施权。即在专利申请时，不知申请专利之发明内容而自行完成该发明，或者从完成该发明者处知悉该发明，并已在韩国境内实施该发明的事业或进行实施准备者，就其已经实施或准备实施的发明及事业目的范围，对申请专利之发明享有普通实施权（第103条）。

⁴¹윤태식, 『저작권법』(제 2 판), 박영사(2021), 452 면.

依据性是著作权侵害成立的法律要件。满足这一要件的主要事实为：（i）被告认识原告既有作品的表达内容；以及（ii）这种认识作用于对象作品的表达形成。⁴²对既有作品的认识属于内部状态中的观念状态，但依据性不只审查是否存在这种认识，还要判断该认识是否作用于表达形成，因而不能将其仅仅视为主观要素。⁴³

上述主要事实涉及被告的认识，以及该认识对表达形成所产生的作用，往往难以直接证明。为此，判例通过接触可能性，以及对象作品与既有作品之间的相似性等客观间接事实，推定二者存在依据关系（参见韩国大法院 2007 年 12 月 13 日判决（2005 가 35707））。尤其是对象作品与既有作品之间存在显著相似，足以排除二者独立完成却得出相同结果的可能性时，可以据此推定存在依据关系（韩国大法院 2014 年 5 月 16 日判决（2012 가 55068））。<https://casenote.kr/%EB%8C%80%EB%B2%95%EC%9B%90/2005%EB%8B%A435707>

两个作品之间是否存在依据关系，与二者是否构成实质性相似，属于彼此独立的判断。判断前者时，不同于实质性相似的判断，不仅可以考虑著作权法保护的表达是否相似，也可以一并考虑不受著作权法保护的表达等是否相似（韩国大法院 2014 年 5 月 16 日判决（2012 가 55068））。

3. 实质性相似

成立二次作品著作权侵害，不仅要求对象产出物依据原作品制作，还要求原作品与争议产出物之间构成实质性相似。所谓实质性相似，是指二者之间

⁴² 권영준 · 조정옥, 『저작권침해 판단론』(제 2 판), 박영사(2023), 27 면.

⁴³ 오승중, 『저작권법』(제 5 판), 박영사(2020), 1250 면에서는 의거요건을 다음과 같이 분석한다: (i) 认识既有作品的表达内容; (ii) 具有使用该内容的意思; (iii) 实际使用该内容的行为。该书一方面肯定 (iii) 不属于主观要素, 另一方面又将整体解释为著作权侵害的主观要件。但是, 判例并未明确要求“(ii) 意图使用该内容”。

在著作权法保护的表达上存在相似性。因此，即使二者整体上给人相似印象，如果相似之处仅限于思想、素材、主题、功能、技法、体裁惯例或通常表达等不受保护的要素，也不能认定实质性相似。

韩国《著作权法》第 5 条第 1 款将二次作品规定为以翻译、编曲、变形、改编、摄制影视作品或其他方式，利用原作品创作的作品。判例也认为，作为二次作品受到保护，须以原作品为基础并保持与原作品的实质性相似，同时作出足以依社会通常观念构成新作品的修改、增减，由此加入新的独创性（韩国大法院 2002 年 1 月 25 日判决（99 가 863））。依此法理，典型涉及二次作品创作权侵害的，并非原样再现原作品表达的情形，而是虽对原作品作出一定变形，其受保护的表达特征仍残留于后续产出物的情形。反之，事实上原样再现原作品表达而未加入新的创作性表达时，所涉及的不是二次作品创作权，而是复制权侵害。

（三）人工智能产出物与依据性

1. 概述

对于生成式人工智能产出物，实质性相似的判断与传统著作权侵害的判断结构并无显著不同。⁴⁴只需审查产出物与既有作品之间，在著作权法保护的表达上是否存在实质性相似。

但是，依据性需要另行考察。传统的依据性判断，是以对原作品的接触与后续产出物的制作通常在同一行为主体内部相互衔接为前提而形成。相较之下，在生成式人工智能中，原作品被用作训练数据的阶段，可能与用户输入提示词生成产出物的阶段相分离。原作品的表达可能经人工智能开发者⁴⁵实

⁴⁴전응준, "AI 산출물에 의한 저작권 침해에 관한 연구", 정보법학 제 29 권 제 1 호(2025), 62 면.

⁴⁵韩国《关于人工智能发展与构建信赖基础等的基本法》（下称《人工智能基本法》）第 2 条第 7 项，将人工智能经营者区分为人工智能开发经营者（开发并提供人工智能者）与人工智能使用经营者（使用

施的训练反映于模型之中，用户即使没有直接接触原作品，也可能获得与其表达相似的产出物。因此，难以将传统的依据性判断标准原样适用于用户。

生成式人工智能产出物的依据性问题，可以不以原作品是否包含于训练数据为标准，而根据用户输入提示词时是否认识原作品的表达内容，分为以下两类。□用户在认识原作品表达内容的状态下，为获得再现或变形该表达的产出物，输入提示词或者直接输入、上传原作品。□用户在不认识原作品的状态下输入提示词，结果却生成了与该作品实质性相似的产出物。第□类主要涉及原作品包含于训练数据，被模型记忆并反映于输出的情形。⁴⁶

这一分类在一定程度上也与生成式人工智能输出训练数据中所含表达的方式有关。□提取（**extraction**），是指用户通过提示词，有意诱导模型输出与训练数据相同或近乎相同的副本，并实际获得这种输出。⁴⁷此时，用户不必知道相关内容事实上已经包含于训练数据。将原作品的前半部分作为提示词，诱导模型继续输出提示词中未包含的其余部分，是确认提取的典型方法。⁴⁸相较之下，□再现（**regurgitation**），是指无论用户意图如何，模型输出与训练数据中特定作品的全部或相当部分相同或近乎相同表达的现象。⁴⁹

两种情形都会生成与训练数据相同或近乎相同的输出，但提取是指用户诱导并取得这种输出的行为，再现则是指模型输出这种结果的现象。

人工智能开发经营者提供的人工智能，提供人工智能产品或人工智能服务者）。本文将人工智能开发经营者简称为“开发者”。

⁴⁶ 김원오(연구책임자), <생성형 AI 프롬프트 기반 창작 시대의 IP 규범 재정립>, 한국법제연구원(2025), 125-132 면.

该报告也以“用户的认识”为标准，区分用户认识被侵害作品与不认识被侵害作品两种情形加以说明。

⁴⁷COOPER, A. Feder & GRIMMELMANN, James, “The Files Are in the Computer: On Copyright, Memorization, and Generative AI,” 100 Chicago-Kent Law Review (2025), 159 & n.63.

⁴⁸COOPER, A. Feder & GRIMMELMANN, James, art. cit., 173–174; CARLINI, Nicholas, IPPOLITO, Daphne, JAGIELSKI, Matthew, LEE, Katherine, TRAMÈR, Florian & ZHANG, Chiyuan, “Quantifying Memorization Across Neural Language Models,” International Conference on Learning Representations (2023), 2–3.

⁴⁹COOPER, A. Feder & GRIMMELMANN, James, art. cit., 159, 165.

不过，不能将提取与再现分别等同于依用户认识与否划分的第□类与第□类。第□类以用户是否认识原作品为标准，因此，仅凭用户认识原作品并不成立提取。尤其是在用户将他人作品的全部或一部分直接输入提示词或者上传，模型原样或近乎同一地输出其表达时，这一输出可能只是重复了提示词中提供的内容。因此，不能仅凭提示词中已有的表达出现在输出中，就认为该表达是从训练数据提取的。认定提取，至少应当有提示词中未包含的训练数据表达被输出。⁵⁰

第□类是用户在不认识原作品的状态下输入提示词，结果却生成了与该原作品实质性相似的产出物。此时，如果模型输出了与训练数据中所含该原作品的全部或相当部分相同或近乎相同的表达，就可能涉及再现。但是，再现所描述的是输出结果与训练数据之间的关系，而非用户是否认识原作品，故不能将再现本身等同于第□类。归根结底，不能以提取与再现本身作为区分第□类与第□类的标准。

2. 第□类与第□类中的依据性

（1）第□类中的依据性——用户认识原作品的情形

如前所述，依据性的主要事实为：（i）被告认识原告既有作品的表达内容；以及（ii）基于这种认识实施的行为作用于对象作品的表达形成。在第□类情形中，用户在认识原作品表达内容的状态下，为将该表达反映于产出物而输入提示词，并且实际产出物中出现了与之相对应的表达，则不仅可以认定（i）项要件，还可以认定该输入行为作用于产出物表达形成的（ii）项要件。因此，此时可以认为产出物是依据原作品制作。

此时，依据性判断的重点不在于用户是否知道该作品已经被纳入人工智能训练数据，而在于用户是否认识原作品的表达内容，并以此为基础输入提示

⁵⁰COOPER, A. Feder & GRIMMELMANN, James, art. cit., 163–164, 168–170, 172–174.

词，令系统生成再现或变形该创作性表达的产出物。因此，在此类情形下，即使不另行证明用户所使用的人工智能曾在开发过程中利用原作品进行训练，也可以认定依据性。

另一方面，如果用户认识某一原作品的具体表达内容，并将其用于形成产出物的表达，那么即使结果仅表现为不受著作权保护的画风或氛围相似，依据性本身仍可能成立。不过，若原作品受保护的表达与产出物之间不构成实质性相似，仍不成立著作权侵害。

（2）第□类中的依据性——用户不认识原作品的情形

在第□类情形中，由于用户不认识原作品，难以通过用户的认识认定依据性。例如，用户在不认识原作品的情况下，输入既未指明该作品也未诱导输出其表达的提示词，但模型却在产出物中再现（regurgitation）了其所记忆（memorization）的原作品全部或相当部分中相同或近乎相同的表达。技术上发生再现，即可得知该表达已被模型记忆；但模型记忆的表达并非总会被再现。⁵¹

3. 适用上的局限

依据性属于主张侵害的著作权人负有证明责任的要件。上述类型以用户是否认识原作品为区分标准，但问题恰在于难以证明用户的这种认识。用户的认识会通过提示词输入行为表现出来，然而提示词输入行为处于用户的控制领域，著作权人难以客观证明其内容。

既然著作权人难以直接证明提示词输入行为，所余客观情形便只有产出物与原作品之间的相似性。当然，成立著作权侵害，除依据性之外，生成的产出物还必须与原作品的创作性表达构成实质性相似；二者相似程度显著时，

⁵¹COOPER, A. Feder & GRIMMELMANN, James, art. cit., 159–160, 168, 176–177.

这种相似性也可作为推定存在依据关系的间接事实。不过，即使如此，相似性仍无法进一步确定，产出物究竟如第□类那样源自用户的提示词输入行为，还是如第□类那样源于训练这一情形。

最终，如果著作权人无法取得用户的提示词、参考资料或生成记录，客观上便难以区分个案属于第□类还是第□类。因此，该类型划分作为实际诉讼中证明依据性的手段，其实际利益可能有限。但因两类情形的依据性是否成立及其判断根据并不相同，作为说明法律结构的分类仍属有效。下文将在这一范围内使用该类型划分。

鉴于难以证明用户的主观认识，有观点提出，只要该生成式人工智能开发、训练所使用的数据集中包含原作品，即使用户没有主观认识，也可以认定依据性。这一观点试图以训练这一客观情形代替认识这一主观要件，作为依据性的根据。该观点是否妥当，将以日本文化厅文化审议会著作权分科会法律制度小委员会的讨论为中心，另节考察。

4. 日本文化厅的客观进路

（1）小委员会的观点

日本文化厅文化审议会著作权分科会法律制度小委员会，根据用户是否认识既有作品，对生成式人工智能产出物的依据性作出区分说明。首先，用户在认识既有作品表达内容的状态下，使用生成式人工智能生成与其创作性表达相同或相似的产出物时，可以认定依据性；产出物与原作品构成实质性相似时，用户可能构成著作权侵害。这与前述第□类相对应。

其次，小委员会认为，即使用户不认识既有作品，如果在相关生成式人工智能的开发、训练阶段，该作品已经包含于训练数据，也可认定存在对原作品的客观接触，并可据此在用户没有主观认识时推认依据性。⁵²这里所说的

⁵²文化審議會著作権分科会法律制度小委員会,〈AIと著作権に関する考え方について〉,文化庁(2024年月15日),第34页。

客观接触，并非指用户接触了原作品，而是指原作品曾在生成式人工智能开发、训练过程中被用于训练这一事实。

小委员会报告正文认为，即使认定客观接触，如果相关生成式人工智能在结构上被设计为不在生成、使用阶段输出训练所用作品的创作性表达，或者在输出阶段采取了过滤等技术措施，仍可推翻对依据性的推认。⁵³不过，报告脚注另行介绍了一种意见：既然相关作品已在开发、训练阶段被用于训练，即使采取上述技术措施，也不否定依据性本身；采取技术措施这一情形，只能在判断用户是否具有作为损害赔偿 responsibility 成立要件的故意或过失时予以考虑。⁵⁴下文将考察，仅凭客观接触，在用户没有主观认识时也可推认依据性的观点是否妥当。

（2）评析

上述仅凭客观接触，即在用户没有主观认识时也认定依据性的观点，基于以下理由难以接受。

第一，不能仅凭模型在训练过程中接触某一原作品，就推认用户认识该作品。用户使用生成式人工智能这一事实，只能说明其意图利用模型的生成功能，并不能进一步说明其认识训练所用的某一特定原作品，或者意图利用该作品。用户事实上是否认识某一原作品并意图将其用于生成产出物，应当根据提示词内容、是否提供或选择参考资料等其他情形判断。

传统依据性判断中，接触原作品之所以成为推认依据性的间接事实，是因为可由这种接触推认后续作者对原作品的认识。但是，在生成式人工智能中，

⁵³文化審議會著作権分科会法制度小委員会, 〈AIと著作権に関する考え方について〉, 文化庁（2024年月15日）, 第34页及该页注45。

⁵⁴文化審議會著作権分科会法制度小委員会, 〈AIと著作権に関する考え方について〉, 文化庁（2024年月15日）, 第34页及该页注46, 介绍了如下观点：“既然开发、训练阶段用于训练的作品已经被人工智能在过去训练，即使采取上述措施，也不否定依据性，只是否定人工智能用户的过失。”本文基于作为著作权侵害成立要件的依据性，与作为损害赔偿 responsibility 成立要件的故意、过失相互独立的观点，对上述见解作了重新构成。

开发、训练阶段对原作品的接触，与用户生成产出物的行为发生于不同阶段。因此，不能仅凭模型训练过某一原作品，就认为用户认识该作品，也不能仅凭这种客观接触认定用户的依据性。

第二，模型的记忆、再现，或者产出物与原作品之间的显著相似，本身也不足以支持用户的依据性。生成式人工智能训练，是将海量训练数据所呈现的统计规律反映于模型参数的过程。用户输入提示词后，模型通常不是从训练数据中检索某一特定资料并原样提供，而是以训练形成的参数和输入的提示词为基础生成产出物。⁵⁵

不过，部分训练数据可能被模型记忆（memorization），其表达在生成阶段可能被准确或近乎同一地再现（regurgitation）。但是，记忆和再现属于模型训练与输出层面的情形，并不意味着用户认识原作品，或者基于这种认识诱导生成产出物。相反，记忆和再现恰恰说明，即使用户不认识原作品，也可能生成与原作品显著相似的产出物。

传统依据性判断中，显著相似之所以被作为推认对原作品认识的间接事实，是基于这种相似难以仅由独立创作解释的经验法则。但是，使用生成式人工智能的产出物可能因模型的记忆和再现而表现出显著相似，与用户的认识无关。因此，仅凭产出物与原作品之间显著相似，就推认用户认识原作品并基于这种认识诱导生成产出物，并不妥当。

第三，以客观接触为基础推认依据性的观点，会使用户承担现实中难以承受的调查与反驳负担。依前述报告正文的观点，用户如欲争议依据性的推认，须主张原作品未包含于相关生成式人工智能的训练数据，或者存在防止输出受训作品表达的技术措施。⁵⁶然而，训练数据的构成、模型内部结构以及过滤等技术措施是否存在、如何运行，均属于开发者或服务提供者的控制领域，

⁵⁵COOPER, A. Feder & GRIMMELMANN, James, art. cit., 142–143, 179–180.

⁵⁶文化審議會著作権分科会法制度小委員会, 〈AIと著作権に関する考え方について〉, 文化庁（2024年月15日）, 第33—34页。

一般用户难以确认。以用户难以接触的信息为根据推认依据性，再由用户承担反驳负担，并不妥当。

基于上述理由，不能接受仅凭原作品包含于生成式人工智能的训练数据，便对不认识原作品的用户认定依据性的观点。

5. 小结

归根结底，生成式人工智能产出物的依据性，应以用户是否认识原作品，以及基于这种认识实施的行为是否作用于产出物的表达形成为中心判断。

在第□类情形中，用户认识原作品的表达并以此为基础输入提示词，且该输入行为实际作用于产出物的表达形成时，可以认定依据性。但用户输入的提示词处于用户的控制领域，著作权人难以证明其内容，故即使依据性在实体上成立，著作权人仍可能难以在诉讼中完成证明。相较之下，在第□类情形中，用户不认识原作品，也不存在其表达通过提示词、参考图像、检索增强生成资料等流入生成过程的情形，则不能仅凭原作品包含于训练数据，认定生成阶段用户具有依据性。

由此，第□类可能成立依据性，却可能难以证明；第□类原则上难以认定用户本身具有依据性。此时，如果用户在产出物生成后，已具体认识其与原作品构成实质性相似，却仍继续公开或使用该产出物，就产生了如何在生成阶段的依据性之外评价使用阶段责任的问题。下文将主要考察这样一种情形：用户既不认识原作品，也无法认定其基于这种认识实施了生成行为，因而依据性不成立时，应如何评价事后公开该产出物的行为。属于第□类但只是证明不足的情形，原则上仍属于现行著作权法下的侵害问题。

（四）对无依据性人工智能产出物公开行为的评价

1. 概述

如前所述，用户在不认识原作品的状态下使用人工智能生成产出物时，即使产出物与原作品之间构成实质性相似，也难以认定用户具有依据性，因而不成立著作权侵害。

但是，即使因无法认定用户具有依据性而使生成行为不构成著作权侵害，用户在认识产出物与原作品构成实质性相似的状态下，将该产出物置于公众可在网络上接触的状态（下称“公开行为”），是否也完全不受规制，仍须另行考察。公开行为是区别于生成行为的另一行为，因此，是否对其成立著作权法上的责任，乃至能否依据著作权法之外的法理加以规制，应当与生成行为是否构成著作权侵害分别判断。

下文以利用原作品作为训练数据的行为合法，且人工智能产出物不属于侵害原作品著作权的产出物为前提，首先考察公开行为是否侵害原作品的传送权（二）；继而分析依据《反不正当竞争和商业秘密保护法》和民法获得救济的可能性及其局限（三）；最后考察以现行法规制公开行为所面临的局限（四）。

2. 公开行为是否侵害传送权

前文定义的公开行为，是指将人工智能产出物上传、发布至互联网等，通过信息通信网络置于公众可接触状态的行为。该行为并非以有形物形式发行产出物，而是经由信息通信网络向公众提供接触机会，因而有必要判断其是否属于著作权法上的公众传播，特别是其中的传送。

韩国《著作权法》所称“传送”，是指公众传播中，将作品等提供公众使用，使公众成员可在各自选择的时间和地点接触，并包括依此实施的传输（第2条第10项）。传送的对象是作品等，因此，成立对原作品传送权的侵害，公开对象必须属于可被评价为提供原作品使用的作品等，也就是处于原作者著作权效力范围内的作品等。然而，本部分是在人工智能产出物不属于侵害原作品著作权之产出物的前提下展开讨论，因此，被公开的人工智能产出物不

属于原作者著作权效力所及的作品等。据此，公开该产出物不属于传送原创作品，也不成立对原创作品传送权的侵害。

即使用户在认识产出物与原作品构成实质性相似的状态下公开该产出物，上述结论也不改变。产出物能否被评价为利用原作品制作，应以该产出物制作完成之时为判断基准；即使用户在产出物生成后才知道原作品的存在或二者之间的相似性，仅凭这种事后认识，也不能溯及既往地将已生成产出物评价为利用原作品制作。韩国大法院也判示，成立复制权或二次作品著作权侵害，须认定对象作品依据既有作品制作，从而将依据关系理解为与对象作品制作行为相联系的要件。⁵⁷

归根结底，只要人工智能产出物不属于原作者著作权效力所及的作品等，其公开行为就不构成对原作品的传送，因而不成立对原创作品传送权的侵害。

3. 公开行为的著作权法外救济手段

（1）概述

因依据性不成立而不构成著作权侵害，只意味着未满足著作权法要求的侵害要件。人工智能产出物的公开行为是否构成《反不正当竞争和商业秘密保护法》（下称《反不正当竞争法》）上的不正当竞争行为，或者民法上的侵权行为，应依各法律规定的要件判断。

（2）是否违反《反不正当竞争法》

《反不正当竞争法》第 2 条第 1 项（가）目，将下列行为规定为不正当竞争行为：以违反公平商业交易惯例或竞争秩序的方式，为自身营业擅自使用他人投入大量投资或努力形成的成果等，从而侵害他人经济利益。该款属于补充性一般条款，旨在保护新近出现、具有经济价值的无形成果，并规制新

⁵⁷대법원 2014. 7. 24. 선고 2013 다 8984 판결.

型不正当竞争行为。符合该款时，营业利益受到侵害或存在受侵害之虞者，可以依同法第 4 条请求禁止或预防不正当竞争行为，并可依同法第 5 条向故意或过失实施不正当竞争行为者请求损害赔偿。

即使人工智能产出物与原作品表达构成实质性相似，却因依据性不成立而不构成著作权侵害，仍可另行考察，为自身营业使用该产出物是否属于（가）目规定的不正当竞争行为。是否属于该款保护的“成果等”，应综合考虑该产出物的声誉或经济价值、蕴含于其中的吸引顾客能力、在相关产业领域的比重与竞争力等。该成果是否投入大量投资或努力形成，则应结合相关产业的惯例或实际情况，具体判断所投入投资或努力的内容与程度。

判断成果的使用是否违反公平商业交易惯例或竞争秩序，应综合考虑权利人与使用人是否存在竞争关系或在不久将来可能形成竞争关系，相关产业的商业交易惯例或竞争秩序如何，使用人的商品或服务能否在市场上替代权利人的成果，该成果在消费者或交易者中的知名程度，以及是否存在混淆可能等（参见韩国大法院 2020 年 3 月 26 日判决（2016 가 276467））。因此，不能仅凭人工智能产出物与原作品表达相似，就适用（가）目；必须认定用户为自身营业使用该产出物，且该使用属于攀附他人投入大量投资或努力形成的成果、侵害其经济利益，并违反公平商业交易惯例或竞争秩序的行为。

符合上述要件的营业性使用，可以依（가）目获得救济。但是，个人发布或非营利性分享不属于“为自身营业”使用，原则上不适用（가）目。即使属于营业性使用，如不能认定存在擅自使用投入大量投资或努力形成的成果，或者使用方式违反公平商业交易惯例或竞争秩序，同样不能适用（가）目。

（3）民法侵权责任是否成立

韩国《民法》第 750 条规定的一般侵权责任，在因故意或过失实施违法行为而使他人遭受损害时成立。韩国大法院认为，行为人违反商业道德或公平竞争秩序，为自身营业擅自使用竞争者投入大量努力与投资形成的成果，攀

附其努力和投资获取不当利益，从而侵害竞争者在法律上值得保护的利益时，构成民法上的侵权行为。⁵⁸据此，即使因依据性不成立而不构成著作权侵害，如果使用人工智能产出物的具体行为构成区别于著作权侵害的违法行为，并由此造成损害，仍可成立民法上的侵权责任。

但是，不能将民法一般侵权责任广泛承认为普遍补充著作权法不予保护利益的手段。尤其是因欠缺依据性而不成立著作权侵害时，不能再次以产出物与原作品之间的表达相似本身，作为民法上违法性的根据。若仅凭简单相似或使用产出物这一事实认定侵权责任，将导致未满足依据性要件的行为，事实上受到与著作权侵害相同的规制。认定侵权责任，必须存在攀附他人成果、欺骗成果来源、使用显著不公平的竞争手段等区别于著作权侵害的违法性。此外，韩国《民法》第 750 条规定的是损害赔偿，故不同于《反不正当竞争法》第 4 条，原则上难以将其作为请求禁止或预防公开、使用人工智能产出物的依据。⁵⁹

（4）小结

归根结底，《反不正当竞争法》第 2 条第 1 项（가）目和民法一般侵权责任，即使在依据性不成立、因而不构成著作权侵害时，也可成为补充性救济手段。但是，（가）目要求为自身营业而使用，并且使用方式违反公平商业交易惯例或竞争秩序；一般侵权责任则要求存在区别于著作权侵害的违法性。因此，个人性、非营利性公开行为原则上不适用（가）目；如果不存在攀附他人成果、使用显著不公平竞争手段等，也难以成立民法侵权责任。由此

⁵⁸대법원 2010. 8. 25.자 2008 마 1541 결정 참조

⁵⁹韩国大法院在所谓 Naver 替代广告案中判示：攀附竞争者的努力与投资获取不当利益的行为，构成侵害法律上值得保护利益的违法行为；该侵害持续，单纯金钱赔偿难以实现有效损害填补，且比较、衡量禁止所保护的利益与由此造成的不利益后，确有必要承认禁止请求时，除损害赔偿请求外，还可请求禁止或预防侵害行为（대법원 2010. 8. 25.자 2008 마 1541 결정）。

可见，这两项法理作为规制无依据性人工智能产出物全部公开行为的手段，仍有局限。

（五）关于无依据性人工智能产出物公开行为的立法论

1. 特别规定的正当化根据

如前节所述，本部分考察的是用户不认识原作品的表达内容，因而依据性本身不成立的情形。用户认识原作品并将其用于产出物的表达形成，却只是因证明不足而不能认定时，原则上仍属于现行著作权法上的侵害问题。无依据性人工智能产出物的公开行为，在现行著作权法下不构成对原作品传送权的侵害；以《反不正当竞争法》或民法侵权加以规制，也因营业性或区别于著作权侵害的违法性等要件而受到限制。

但是，即使原作品被合法用于训练，以该训练为基础实质性再现原作品受保护表达的产出物一旦在线向公众提供，仍可能产生替代原作品正常使用或合法许可市场的风险。训练使用的合法性，只意味着训练过程中使用作品的行为合法，并不当然保证向公众提供产出物所呈现受保护表达的行为也合法。再者，数字数据一经公开，即可几乎零成本地以相同质量反复复制、传送；即使删除最初发布内容，也难以收回已经复制、再流通的数据。因此，公开造成的损害可能难以仅靠事后金钱赔偿充分恢复。

这种风险可能因生成式人工智能的结构性特征而进一步扩大。人工智能模型即使没有用户的意图或认识，也可能将训练数据中既有作品的受保护表达反映于产出物，并可以低成本反复生成相同或相似的表达。多个用户同时生成、公开该产出物后，也难以在事后发现、追踪并应对每次公开行为。相较之下，仅生成、持有产出物或者并未向公众提供的行为，不会产生上述扩散风险。因此，特别规制应限于公开行为，而非产出物的生成或非公开使用。

下文依次考察：采用并非拟制依据性的特别规定；特别规定的立法形式；适用要件、证明结构与责任主体；通知与协作程序；以及救济手段。

2. 采用特别规定而非拟制依据性

在著作权法框架内规制公开行为，可以考虑两种方案：一是原作品已经包含于训练数据，且与其受保护表达实质性相似的产出物被向公众提供时，拟制公开行为人具有依据性，从而适用既有著作权侵害规定；二是在维持用户不具有依据性这一前提的同时，另设关于公开行为的特别规定。

但是，拟制依据性的方案并不妥当。依据性要件以用户的认识及其基于这种认识实施的行为为中心，判断产出物的表达是否以原作品表达为基础形成。仅凭原作品包含于训练数据、产出物构成实质性相似以及发生公开等客观情形，就拟制公开行为人具有依据性，会混淆生成阶段的依据性判断与公开阶段发生的风险。再者，依据性是包括复制权在内、再现原作品表达的各类侵害所共有的要件，如果只在公开行为上改变其含义，既有著作权侵害体系的边界可能变得不清晰。

相较之下，新设关于公开行为的特别规定，可以在不认定用户具有依据性的同时，将原作品的训练使用与产出物中受保护表达之间、以模型为媒介的技术性和事实性联系，以及公开造成的风险，规定为独立要件。特别规定可以排除产出物的生成、持有和未向公众提供的使用，并根据人工智能的特征，对客观适用要件、证明结构、责任主体、通知与异议程序、停止或预防公开请求以及损害赔偿要件作出规定。因此，与其拟制依据性，不如设置仅适用于公开行为的特别规定。

3. 特别规定的立法形式

规制无依据性人工智能产出物公开行为的立法形式，可以考虑以下两种方案。□第一，在民法或另行制定的民事特别法中规定特殊侵权责任。□第二，在著作权法内规定区别于既有著作权侵害责任的独立特别责任。

两种方案的共同点在于，均不将该公开行为拟制为既有著作权侵害，也不改变著作权侵害的成立要件，而以另行规定的法定责任加以规制。该责任不以违反合同义务为前提，以消除违法公开行为造成的风险、填补损害为目的，因而具有侵权法性质。不过，两种方案在应将该责任置于何种法律体系中有有所不同。

首先，在民法或民事特别法中规定特殊侵权责任的方案，是在因欠缺依据性而不构成既有著作权侵害时，仍在一定要件下将公开人工智能产出物本身评价为独立违法行为。该方案的优点，是无需改变著作权侵害成立要件，即可另行规制新型公开行为的违法性。

但是，如将其构成为民法或民事特别法上的特殊侵权责任，就必须另行重复规定著作权法特有的判断标准，例如受保护表达的范围、实质性相似、保护期、权利归属以及著作权限制事由，或者广泛准用著作权法相关规定。尤其是在既有著作权侵害并不成立的情况下，却通过一般侵权法的违法性判断广泛认定责任，可能绕过著作权法借由依据性、保护范围和权利限制规定设定的保护体系，压缩独立创作与表达自由。

相较之下，在著作权法内规定独立特别责任的方案，并不将该公开行为视为既有著作权侵害，却能在著作权法的概念体系中明确限定其保护法益和判断标准。该特别责任所保护的，并非关于人工智能产出物本身的利益，而是著作财产权人就原作品受保护表达及其正常使用享有的利益。因此，是否适用，应着重判断：原作品是否包含于相关模型的训练数据；训练使用与产出物中受保护表达之间是否存在技术性、事实性联系；原作品受保护表达是否在产出物中呈现实质性相似；公开产出物是否实质性替代原作品或其合法使

用物的需求；公开的目的和性质；以及是否存在相当于引用、评论、戏仿、合理使用等著作权限制事由的正当化事由。

归根结底，对无依据性人工智能产出物公开行为设置的责任，实质上具有侵权法性质，但其保护法益和具体判断标准与著作权法保护体系密切关联。因此，宜在著作权法中明确另行规定适用要件与法律效果，将其构成为独立的法定特别责任。

4. 特别规定的适用要件与责任主体

（1）客观适用要件

特别规定应在具备下列客观要件时适用。第一，原作品属于著作权法保护的作品，且其著作财产权仍在存续。第二，原作品包含于生成争议产出物的人工智能模型训练数据。第三，应当认定原作品的训练使用，以模型为媒介，对产出物中受保护表达的形成作出因果贡献。第四，产出物中包含与原作品受保护的创作性表达实质性相似的表达。第五，该产出物被置于公众可接触状态。第六，该公开产生实质性替代原作品正常使用或合法许可市场，或者不当损害著作财产权人正当利益的相当风险。第七，该公开不存在相当于引用、评论、戏仿、合理使用等著作权限制事由的正当化事由。

训练使用的因果贡献并非指用户具有依据性，而是指原作品的受保护表达被用于相关模型训练，且训练结果作用于争议产出物中受保护表达的形成这一客观联系。仅仅出现相同思想、事实、素材、画风、技法、惯用表达或共同表达惯例，尚不足以认定。实质性相似也不限于技术意义上的再现（regurgitation），但判断对象始终应当是原作品受保护的表达。除原作品文字或形象被原样输出外，受保护表达的本质特征以变形形式呈现的，也可包含在内。实质性相似可以援用既有著作权侵害判断中积累的标准，但特别规定不另行要求用户具有依据性，二者在此有所不同。

特别规定虽不要求用户具有依据性，却要求原作品的训练使用与产出物表达形成之间存在客观联系。因此，产出物与原作品无关而独立生成，或者相似性纯属偶然时，不适用特别规定。就此而言，特别规定并不规制所有无依据性的相似产出物，而只针对训练使用与产出物受保护表达之间，存在以模型为媒介的技术性、事实性联系的情形。

不过，训练数据的构成与模型内部信息通常处于人工智能经营者的控制领域，如果仅令权利行使人直接证明训练使用的因果贡献，特别规定的实效可能被削弱。权利行使人初步证明原作品可能包含于训练数据、产出物中受保护表达的具体相似性以及其他客观情形时，可以考虑允许法院命令相关经营者在必要范围内提交资料；无正当理由拒绝或不提交时，可以推定相关事实。相关经营者则应可通过证明原作品未包含于训练数据，或者训练使用未对产出物表达形成作出贡献，予以反证。

（2）责任主体

特别规定下直接责任的主体，应当是决定是否公开人工智能产出物，并将其置于公众可接触状态的人。

用户在自己的网站或在线平台发布人工智能产出物时，该用户即为公开行为人。即使用户使用人工智能服务提供的发布或分享功能公开产出物，只要由用户决定是否公开并使用相关功能，公开行为的主体仍为用户。

不能仅因人工智能经营者提供了人工智能模型或生成工具，就令其对用户实施的公开行为承担直接责任。人工智能经营者依用户指示生成产出物，或者提供发布、分享所需功能的行为，应与用户公开产出物的行为相区分。

即使产出物发布于第三方在线平台，如果平台只是依用户请求存储、传递该产出物，原则上也不属于特别规定下的公开行为人。平台因帮助行为承担的共同侵权责任应另行判断；法律对平台规定协作义务时，其违反该义务所生责任，也应与用户对公开行为承担的直接责任相区分。

5. 通知与协作程序

（1）通知与公开行为人的归责

不应要求公开行为人在公开人工智能产出物之前，承担调查其与所有既有作品是否相似、原作品是否包含于训练数据的一般义务。考虑到人工智能产出物的数量、可供比对的既有作品范围，以及训练数据相关信息通常均处于公开行为人的控制领域之外，这类调查在现实中难以实施。承认这种义务，也可能过度扩张以公开行为人故意或过失为要件的损害赔偿 responsibility 范围。

判断公开行为人是否具有故意或过失，应考虑其是否知道产出物中包含与某一原作品受保护表达实质性相似的表达，且公开会对著作财产权人的正当利益造成相当风险；在收到著作财产权人等合法权利行使人（下称“权利行使人”）的具体通知后，是否实施了合理核实、停止公开等必要措施。不过，不能仅凭收到通知这一事实成立损害赔偿 responsibility，还须另行认定特别规定的客观成立要件，包括原作品包含于训练数据、训练使用的因果贡献，以及损害与因果关系。

（2）权利行使人的通知与屏蔽措施

韩国《著作权法》第 103 条第 1 款允许权利主张人初步证明权利受侵害事实，请求在线服务提供者停止复制、传送；同条第 2 款规定，存储、管理在线发布资料的第 102 条第 1 款第 3 项在线服务提供者接到请求后，应立即停止复制、传送，并将该事实通知权利主张人和复制、传送人。该程序一方面在法院对侵害作出终局判断之前，先防止在线复制、传送持续进行而扩大损害；另一方面使在线服务提供者无须自行对是否侵害作出终局判断，而依权利主张人的通知和初步证明采取临时措施。

关于公开人工智能产出物的特别规定，也有必要引入屏蔽措施作为同类临时措施。具体而言，权利行使人应说明自己是著作财产权人或者有权行使相

关权利，并具体指出原作品及其中主张保护的表达、争议产出物及其公开位置。关于公开人工智能产出物的特别规定，也有必要引入同类临时措施。具体而言，权利行使人应说明自己是著作财产权人或者有权行使相关权利，并具体指出原作品及其中主张保护的表达、争议产出物及其公开位置后提出申请。在线服务提供者接到具备上述法定通知事项的申请后，应将争议产出物作为临时措施予以屏蔽，将该事实与通知内容告知公开行为人，并给予其提出异议的机会。

权利行使人的通知遗漏部分事项时，是直接排除该通知，还是给予补正机会，亦成问题。对此，美国《版权法》第 512 条(c)(3)(B)(ii)规定，即使通知未实质性满足第 512 条(c)(3)(A)的全部要件，只要具备必要要件，⁶⁰在线服务提供者即应迅速联系通知人，或者采取其他合理措施，协助通知人发出实质性满足法定要件的通知。特别规定也有必要引入补正程序：核心对象与根据已经具体确定，只遗漏部分事项时，应给予权利行使人补正机会。

（3）异议与解除访问限制

屏蔽措施依据权利行使人的单方通知和初步证明，在法院判断之前实施，因此，即使通知内容有误，或者相关公开具有正当化事由，也可能限制并不违反特别规定的公开。为此，公开行为人应可通过初步证明下列事项，请求解除屏蔽措施：权利行使人主张属于受保护表达的部分，事实上并非著作权

⁶⁰美国《版权法》第 512 条(c)(3)(A)规定，有效侵权通知应当具备：①有权代理被主张受侵害排他性权利所有人的人员之手写或电子签名；②具体确定被主张侵害的作品，或者列出同一在线网站内多部作品的代表性清单；③具体确定要求删除或屏蔽访问的材料，并提供足以使在线服务提供者合理找到该材料的信息；④提供足以合理联系通知人的地址、电话号码及在可能情况下的电子邮件地址；⑤声明通知人善意相信相关材料的使用未经著作权人、其代理人或法律授权；⑥在伪证罪处罚之下声明通知内容准确，且通知人有权代理被主张受侵害排他性权利的所有人。不过，第 512 条(c)(3)(B)(ii)规定，即使通知未实质满足上述全部要件，只要实质满足第②项被主张侵害作品的具体确定、第③项删除或屏蔽对象及其位置的具体确定、第④项通知人联系方式等要件，在线服务提供者即应迅速联系通知人，或者采取其他合理措施，以取得合法通知。

保护对象；产出物不包含与原作品受保护表达实质性相似的表达；或者相关公开具有引用、评论、戏仿、合理使用等正当化事由。

公开行为人初步证明异议事由后，当事人之间将就相关公开是否属于特别规定适用对象产生实质争议，是否继续维持屏蔽措施，宜由法院判断决定。据此，在线服务提供者应将公开行为人请求解除屏蔽及拟定解除日期通知权利行使人；权利行使人如未在该日期前告知在线服务提供者其已就相关公开行为提起诉讼，在线服务提供者应在拟定日期解除屏蔽。现行韩国《著作权法》也设有类似的恢复程序。该法第 103 条第 3 款规定，复制、传送人初步证明其复制、传送基于正当权利并请求恢复时，在线服务提供者应将该事实及拟定恢复日期通知权利主张人；权利主张人如未在该日期前告知其已提起诉讼，即应恢复复制、传送。

此外，韩国《著作权法》第 103 条第 5 款在一定范围内免除在线服务提供者因依该条停止和恢复复制、传送所负责任。特别规定也有必要明确：在线服务提供者依法律规定的要件和程序实施或解除屏蔽措施时，应在相应范围内免除其因该措施给公开行为人或权利行使人造成损害的责任。

（4）与《人工智能基本法》标识义务的关系

韩国《人工智能基本法》第 31 条第 2 款规定，人工智能经营者提供生成式人工智能或者使用该技术的產品、服务时，应标识其产出物由生成式人工智能生成这一事实。该标识义务的义务主体是人工智能经营者。相较之下，特别规定规制的是将人工智能产出物置于公众可接触状态的公开行为，责任主体是公开行为人。因此，《人工智能基本法》的标识义务与特别规定下的责任，在义务主体和规制对象上均不相同。

人工智能经营者与在线服务提供者的地位也不必然一致。经营者提供生成式人工智能服务，同时运营产出物发布、分享空间时，可以兼具两种地位。但是，用户将人工智能产出物发布于另一在线平台时，人工智能经营者与运

营该平台的在线服务提供者可能并非同一主体。因此，不能以在线服务提供者承担《人工智能基本法》标识义务为前提，设计特别规定的程序。

产出物中保留依《人工智能基本法》添加的标识时，权利行使人可以将其作为确认产出物是否由生成式人工智能生成、具体确定通知对象的资料。但是，不能仅因没有标识，就将产出物排除在特别规定适用对象之外。即使标识义务未获履行，或者产出物被再次发布到其他空间时标识遭到删除，仍可能通过其他资料确认其由生成式人工智能生成。

反之，也不能仅凭存在标识，就令公开行为人承担特别规定下的责任。该标识只表明产出物由生成式人工智能生成，并不表明原作品是否包含于训练数据、训练使用是否对产出物表达形成作出贡献，或者产出物是否包含与原作品受保护表达实质性相似的表达。在线服务提供者的屏蔽义务，也应取决于权利行使人是否发出了具备法定通知事项的通知，而非是否存在标识。

因此，《人工智能基本法》规定的标识，只是权利行使人可用于确认并具体确定通知对象的资料，并非产生公开行为人责任或在线服务提供者屏蔽义务根据。

6. 救济手段

（1）停止、预防公开请求

特别规定的核心救济手段应当是停止与预防公开。与原作品受保护表达实质性相似的产出物一经在线公开，可能通过反复复制、传送迅速扩散，事后金钱赔偿难以恢复至公开前状态。现行韩国《著作权法》第 123 条允许权利人在著作权侵害持续或者存在侵害之虞时，请求停止或预防侵害。该请求权不只是在损害发生后用金钱予以填补，还具有直接消除当前侵害状态或迫近侵害风险的功能。对于无依据性人工智能产出物的公开，也需要这种事前性、现实性救济功能，以防止在线扩散造成难以恢复的损害。

不过，公开无依据性人工智能产出物不属于既有著作权侵害，故不能通过解释扩张适用韩国《著作权法》第 123 条。因此，特别规定应赋予权利行使人独立的法定请求权，使其能够停止公开满足客观适用要件的产出物，或者预防已经具体预定的公开。该请求权并非为了判断公开行为人的生成过程是否具有可非难性，而是为了消除因与训练使用存在技术性、事实性联系的受保护表达，以实质性相似形式公开而产生的风险。因此，不宜以公开行为人的故意、过失或事前通知为要件。但是，产出物与原作品无关而独立生成，或者相似性纯属偶然时，不能认定训练使用作出因果贡献，故不属于停止、预防公开请求的对象。

权利行使人应具体初步证明：原作品包含于训练数据及训练使用的因果贡献；受保护表达构成实质性相似；公开状态；以及对著作财产权人正当利益造成的相当风险。预防请求只应在公开已被具体安排或反复公开的危险迫近时承认；停止措施应限于对争议产出物或其中相似部分实施访问限制等必要范围。除非存在特别情形，不应允许停止提供整个人工智能模型或服务，也不应命令实施全面事前过滤。此外，还应充分考虑引用、评论、戏仿、合理使用等正当化事由以及表达自由，确保比例性。

（2）损害赔偿

损害赔偿责任应以公开行为人的故意或过失为要件。即使满足特别规定的客观要件，公开行为人也可能难以知道原作品是否包含于相关模型的训练数据，或者训练使用是否对产出物表达形成作出贡献。不能仅因特别规定不要求用户具有依据性，就令不知上述情形的公开行为人承担已经发生的损害，这样过于严苛。因此，只有在行为人实际知道产出物与某一原作品受保护表达实质性相似，且公开会产生相当风险而仍予公开，或者在收到权利行使人的具体通知后，仍未采取合理核实、停止公开等必要措施时，方宜认定故意或过失。

除特别规定的客观要件外，损害赔偿还应限于能够认定实际损害与公开行为之间存在因果关系的范围。不能仅凭存在通知或发生公开这一事实，就推定故意、过失或损害。应综合考虑公开行为人是否实际认识产出物与原作品之间的相似性及公开造成的风险，通知内容是否具体，是否有现实可能核实相关事实，通知后继续公开了多长时间，以及是否迅速采取停止公开等必要措施，从而判断故意、过失与责任范围。既有著作权侵害所适用的损害额推定规定，能在何种范围内准用于特别规定，应另行明确；不得对无依据性行为自动适用与侵害相同的损害额推定。

7. 小结

规制无依据性人工智能产出物公开行为的特别规定，并非用于重新判断训练使用本身是否合法。但是，为区分独立生成、偶然相似与特别规定的适用对象，必须认定原作品包含于争议模型的训练数据，且训练使用以模型为媒介，对产出物中受保护表达的形成作出因果贡献。特别规定针对的是存在这种客观联系，且公开与原作品受保护表达实质性相似的产出物，会对著作权人的正当利益造成相当风险的情形。

与其将这类规定交由民法一般侵权处理，不如在著作权法内设置为独立特别责任。不过，不应将该公开行为拟制为既有著作权侵害，而应适用著作权法规定的保护对象和限制事由，只对必要的法律效果逐项作出规定。具体而言，明确权利行使人对客观适用要件的初步证明、相关经营者提交资料、推定与反证的结构、不论故意过失均可主张的停止或预防公开请求、以故意或过失为要件的损害赔偿、具体通知、异议和恢复访问程序，以及在运营产出物发布空间并存储、管理相关产出物的人工智能使用经营者与在线服务提供者管理范围内设置程序性协作义务，可以兼顾体系融贯性与比例性。

四、结论

对生成式人工智能产出物作著作权法评价，应当区分作品性与侵害性。就作品性而言，现行著作权法上的作品是表达人的思想或情感的创作物，因此，难以径直将人工智能自动生成的产出物本身认定为作品。除非存在特别情形，简单输入提示词也只停留在提出思想或发出生成指示的层面。但是，用户创造性地介入最终产出物中可受保护表达要素的形成，且其结果实质性反映为最终产出物中具有独创性的表达时，可以只就该表达部分承认作品性。因此，判断提示词工程产出物的作品性，应当区分创作性控制与创作性贡献。

就侵害性而言，不能仅凭人工智能产出物与既有作品实质性相似，即认定著作权侵害。成立著作权侵害，除须与原作品受保护表达构成实质性相似外，还须认定产出物的表达以原作品表达为基础形成，即具有依据性。用户在认识原作品表达内容的状态下，为再现或变形该表达而将人工智能作为工具使用时，可以认定依据性。反之，用户不认识原作品，而因模型记忆、再现生成相似产出物时，难以在生成阶段认定用户具有依据性。

尤其是，即使原作品的训练使用与产出物中受保护表达之间存在以模型为媒介的技术性、事实性联系，也不能将其还原为用户的依据性。用户在生成后才认识产出物与原作品构成实质性相似，也不会使生成时并不存在的依据性溯及成立。因此，不能仅凭无依据性产出物在事后被使用或传送，就认为新发生了著作权法上的传送权侵害。不过，人工智能模型在结构上可能在没有用户意图或认识的情况下，将既有作品的受保护表达反映于产出物，因此，有必要考察是否应另行规制其事后公开行为。

与此相关，本文认为有必要区分个人性、教育性非公开使用与公开行为。个人使用产出物，或者在家庭及类似的有限范围内使用，以及在教师与学习者等有限参与者之间不向外公开地用于教育时，对原作品市场或价值的风险不会向公众扩散，也难以要求用户调查其与既有作品是否相似。因此，除非

存在特别情形，宜将这类使用排除在民法侵权责任之外。不过，营业性、组织性内部使用应依具体情形另行判断。

相较之下，原作品受保护表达实质性反映于人工智能产出物并向公众提供时，该产出物可能作为数字数据被反复复制、传送和再流通，从而产生替代原作品正常使用或合法许可市场的风险。但是，在现行法下，用户不具有依据性的产出物难以被视为原作品的复制件或二次作品，故不能仅凭公开该产出物就承认传送权侵害，或者依据韩国《著作权法》第 123 条请求停止、预防侵害。依据《反不正当竞争法》和民法侵权获得救济，也受制于营业性、独立违法性以及禁止请求的法律依据等局限。

因此，对于无依据性人工智能产出物的公开行为，与其在解释论上扩张或拟制依据性概念，不如制定只适用于公开行为的特别规定。特别规定的正当化根据在于：原作品的训练使用与产出物中受保护表达之间可能存在以模型为媒介的技术性、事实性联系；训练使用的合法性并不保证向公众提供该受保护表达的行为也合法。特别规定应将原作品包含于训练数据、训练使用的因果贡献、受保护创作性表达的实质性再现、向公众提供，以及对正常使用或合法许可市场造成替代、或者不当损害著作权人正当利益的相当风险，规定为客观要件。还应一并设计权利人初步证明、资料提交、推定与反证、通知与异议程序以及相关经营者的协作义务，并区分不以故意过失为要件的停止或预防公开请求，与以故意或过失为要件的损害赔偿赔偿责任。

总之，对生成式人工智能产出物作著作权法评价，应当分阶段区分人的创作性贡献、用户的依据性、受保护表达的实质性相似以及事后使用行为的性质。当原作品的训练使用与产出物中受保护表达之间存在以模型为媒介的联系，且公开产出物会产生实质性替代原作品正常使用或合法许可市场、或者不当损害著作权人正当利益的相当风险时，可以正当化只针对公开行为的立法保护。这一进路既不会过度抑制人工智能的一般性、教育性使用，也能应对原作品受保护表达作为数字数据被反复公开、扩散的风险。

参 考 文 献

外文文献

【英文】

<论文>

Carlini, Nicholas, Daphne Ippolito, Matthew Jagielski, Katherine Lee, Florian Tramèr & Chiyuan Zhang, “Quantifying Memorization Across Neural Language Models”, *The Eleventh International Conference on Learning Representations (ICLR 2023)*, 2023.

Cooper, A. Feder & James Grimmelmman, “The Files Are in the Computer: On Copyright, Memorization, and Generative AI”, *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 100, 2025, pp. 141–219.

Winegar, Andrew, “Protecting ‘The Next Rembrandt’: Evaluating Artificial Intelligence’s Relationship with Copyright Law”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, Vol. 17, No. 2, 2018, pp. 423–445.

<其他>

Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works, *Final Report of the National Commission on New Technological Uses of Copyrighted Works*, 1978.

U.S. Copyright Office, *Letter re: Zarya of the Dawn* (Registration No. VAu001480196), Feb. 21, 2023.

U.S. Copyright Office Review Board, *Re: Second Request for Reconsideration for Refusal to Register Théâtre D’opéra Spatial*, Sept. 5, 2023.

【日文】

<其他>

文化審議会著作権分科会法制度小委員会, <AIと著作権に関する考え方について>, 文化庁, 2024年3月15日.

【韩文】

<著作>

권영준·조정욱, 『저작권침해 판단론』(제 2 판), 박영사, 2023.

오승중, 『저작권법』(제 5 판), 박영사, 2020.

윤탈식, 『저작권법』(제 2 판), 박영사, 2021.

정상조·박준석, 『지식재산권법』(제 6 판), 홍문사, 2024.

<论文>

강기봉, “인공지능이 생성한 콘텐츠의 저작권 보호”, 「IP & Data 法」 제 3 권 제 1 호, 인하대학교 법학연구소, 2023.

김경숙, “생성형 AI 와 저작권 문제: 저작권 침해와 저작물성의 사례와 분석”, 「계간 저작권」 제 38 권 제 2 호, 한국저작권위원회, 2025.

김원오, “프롬프팅에 의한 창작에 대한 저작권법상 재평가”, 「사법」 통권 제 71 호, 사법발전재단, 2025.

류시원, “생성형 AI 프롬프트 입력에 대한 저작권법상 평가”, 「계간 저작권」 제 37 권 제 4 호, 한국저작권위원회, 2024.

박성호, “생성형 AI 관련 저작권 침해소송에서 주장·증명책임에 관한 고찰”, 「서울대학교 법학」 제 66 권 제 1 호, 2025.

이해완, “인공지능 생성물에 대한 저작권 보호의 조건으로서의 ‘인간의 창작적 기여’”, 「산업재산권」 제 79 호, 한국지식재산학회, 2024.

정윤경, “AI 프롬프트의 저작권 보호 가능성에 관한 소고”, 「법학논총」 제 42 권 제 2 호, 한양대학교 법학연구소, 2025.

전응준, “AI 산출물에 의한 저작권 침해에 관한 연구”, 「정보법학」 제 29 권 제 1 호, 2025.

차상육, “인공지능 창작물 관련 저작권 침해 쟁점”, 「경영법률」 제 32 권 제 4 호, 한국경영법률학회, 2022.

<其他>

김원오(연구책임자), <생성형 AI 프롬프트 기반 창작 시대의 IP 규범 재정립>, 한국법제연구원, 2025.

문화체육관광부 · 한국저작권위원회, <생성형 AI 저작권안내서>, 한국저작권위원회, 2023.

문화체육관광부 · 한국저작권위원회, <생성형 인공지능 결과물에 의한 저작권 분쟁 예방 안내서>, 한국저작권위원회, 2025.

摘 要

本文从作品性与著作权侵权性两个方面，考察通过生成式人工智能产生的人工智能产出物所涉及的著作权法问题。首先，就作品性而言，现行著作权法上的作品是表达人的思想或感情的创作物，因而难以将人工智能自动产生的产出物本身直接认定为作品。尤其是在提示词工程中，应当区分用户是否对产出物的表达形成过程实施了创作性控制，以及该控制是否实际反映于最终产出物中可受保护的表达要素，从而能够被评价为人的创作性贡献。

关于著作权侵权性，本文着重指出，在生成式人工智能的场景中，接触原作品的主体、生成产出物的系统以及使用该系统的人在结构上彼此分离。据此，应当区分两种情形：一是用户认识到原作品的表达内容，并为了再现或变形该内容而使用人工智能；二是用户并未认识到原作品。前一种情形在相当程度上可以通过传统的依据性理论加以说明；但在后一种情形中，难以认定用户对原作品具有依据性，即使产出物与原作品构成实质性相似，也难以依现行法将其视为原作品的复制件或二次作品（演绎作品）。即使“原作品被用于训练”与“受保护表达出现在产出物中”这两个事实之间存在以模型为媒介的技术性、事实性联系，也不应将这种联系还原为用户的依据性。

但是，如果原作品中受保护的表达实质性地反映于人工智能产出物并被提供给公众，而且该公开行为存在实质性替代原作品正常使用或合法许可市场，或者不当损害著作权人正当利益的重大风险，则有必要另行作出立法规制。该规制应当排除仅生成、持有产出物而未向公众提供的使用，并将适用对象限定于公开行为。同时，还应区分原则上排除个人、教育性非公开使用的侵权责任，与对企业等主体营业性内部使用所作的评价。此外，应当分阶段设计权利人的初步证明、资料提交、推定与反证、通知与异议程序、停止公开与预防请求，以及以故意或过失为前提的损害赔偿责任。此种路径既能维持

传统的依据性概念，也能应对人工智能产出物反复公开、扩散所带来的权利侵害风险。

关键词：生成式人工智能，人工智能产出物，作品性，创作性贡献，依据性，公开行为

A b s t r a c t

This article examines copyright issues arising from outputs produced by generative artificial intelligence from two perspectives: copyrightability and copyright infringement. Under the current Copyright Act, a work is a creative expression of human thoughts or emotions; an output automatically generated by artificial intelligence therefore cannot readily be recognized, in itself, as a copyrightable work. In the case of prompt engineering, it is necessary to distinguish whether the user creatively controlled the process by which the expression of the output was formed from whether that control was actually reflected in the protectable expressive elements of the final output and can be evaluated as a human creative contribution.

With respect to copyright infringement, this article focuses on the structural separation among the actor who accessed the preexisting work, the system that generated the output, and the person who uses the system. It distinguishes cases in which the user was aware of the expressive content of a preexisting work and used the AI system to reproduce or transform that expression from cases in which the user lacked such awareness. The former can, to a considerable extent, be addressed under the traditional doctrine of factual copying. In the latter, it is difficult to attribute factual copying of the preexisting work to the user; even if the output is substantially similar to that work, it is difficult under current law to characterize the output as a reproduction or derivative work of the preexisting work. A technical and factual connection, mediated by the model, between the training use of a preexisting work and the protected expression appearing in an output should not be converted into factual copying by

the user.

Nevertheless, separate legislative regulation is warranted where protected expression from a preexisting work is substantially reflected in an AI-generated output and publicly disclosed, and where the disclosure creates a substantial risk of substituting for the normal exploitation of the work or its legitimate licensing market, or otherwise unreasonably prejudicing the right holder's legitimate interests. Such regulation should be confined to public disclosure and should exclude generation, possession, and uses that do not make the output available to the public. The presumptive exclusion of tort liability for personal, household, and closed educational uses should be distinguished from the assessment of commercial internal uses under other applicable law. The regulation should provide for substantiation by the right holder, production of relevant information, presumptions and rebuttal, notice and objection procedures, claims for cessation or prevention of public disclosure, and damages based on intent or negligence. This approach preserves the traditional concept of factual copying while addressing the risks created by the repeated public dissemination of AI-generated outputs.

Keywords: Generative Artificial Intelligence, AI-Generated Outputs, Copyrightability, Creative Contribution, Factual Copying, Public Disclosure

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구

「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의

사법적 적용 개선에 관한 연구

- 출자기한 기준의 구체화를 중심으로

A Study on Improving the Judicial Application of the Liability Rules for the Transfer of Equity with Unpaid Capital Contributions under Article 88 of the Company Law: Focusing on Concretizing the Capital Contribution Term Standard

진오(陈奥)(인하대학교 법학과 박사생)

CHEN, Ao(Doctoral Student, Dept. of Law, Graduate School, INHA University)

목 차

I. 문제의 제기

II. 「회사법」 제 88 조의 규범구조 및 제도적 기능

III. 출자기한 기준의 합리성 및 그 적용 한계

IV. 수차례 양도 상황은 출자기한 기준 구체화의 전형적 장면

V. 사법해석을 통한 제 88 조 적용 개선의 구체적 제안

1. 출자기한 기준은 단지 기초적 분류 기준에 불과함을 명확히 하여야 한다
2. 양도인의 합리적 주의의무를 명확히 하여야 한다
3. 양수인의 심사의무를 명확히 하여야 한다
4. 수차례 양도에서의 책임 순위를 명확히 하여야 한다
5. 보충책임의 절차적 적용 한계를 명확히 하여야 한다

VI. 결론

I. 문제의 제기

중국 회사자본제도가 실납제에서 인수제로 전환된 이후, 사원은 회사 설립 시 반드시 출자를 일시에 완납할 필요가 없게 되었으며, 회사정관의 약정에 따라 일정 기간 내에 분할하여 출자의무를 이행할 수 있게 되었다. 인수제는 회사 설립과 투자 진입의 문턱을 낮추어 투자 장려와 시장 활력 제고에 유리한 제도이다. 그러나 동시에 인수제는 새로운 제도적 위험도 가져왔다. 즉, 사원은 이미 주주자격을 취득하고 지분상 이익을 향유하고 있음에도 불구하고, 그 인수 출자는 아직 실제로 납입되지 않았을 수 있으며, 회사자본 또한 사실상 완전히 충실되지 않았을 가능성이 존재한다. 이때 사원이 자신의 지분을 타인에게 양도하는 경우, 하나의 중요한 문제가 발생하게 된다. 즉, 지분 양도 이후 아직 납입되지 않은 출자의무는 과연 누구에게 귀속되어 부담되어야 하는가 하는 문제이다.

구 「회사법」 체계 하에서 해당 문제는 장기간 주로 사법해석과 개별 사건 재판에 의존하여 처리되어 왔다. 출자기한이 이미 도래하였음에도 출자의무를 이행하지 않은 상태에서의 지분 양도에 대하여는, 구 「회사법 사법해석 (三) 」 제 18 조¹가 이미 비교적 명확한 규칙을 두고 있었다. 즉, 양도인이 출자의무를 이행하지 않았거나

¹「중국 회사법 사법해석 (三) 」 제 18 조:유한책임회사의 사원이 출자의무를 이행하지 않았거나 또는 완전하게 이행하지 않은 상태에서 지분을 양도하였고, 양수인이 이에 대하여 알았거나 알 수 있었던 경우, 회사가 해당 주주에게 출자의무의 이행을 청구하고, 양수인에게 이에 대한 연대책임의 부담을 청구하는 경우, 인민법원은 이를 지지하여야 한다. 회사채권자가 본 규정 제 13 조 제 2 항에 따라 해당 주주를 상대로 소송을 제기함과 동시에 전술한 양수인에게 이에 대한 연대책임 부담을 청구하는 경우에도, 인민법원은 이를 지지하여야 한다. 양수인이 전항의 규정에 따라 책임을 부담한 후, 출자의무를 이행하지 않았거나 또는 완전하게 이행하지 않은 해당 주주에게 구상권을 행사하는 경우, 인민법원은 이를 지지하여야 한다. 다만, 당사자 사이에 별도의 약정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구

완전하게 이행하지 않은 상태에서 지분을 양도하였고, 양수인이 이를 알았거나 알 수 있었던 경우, 회사 또는 채권자는 양도인에게 출자의무의 이행을 청구할 수 있으며, 동시에 양수인에게 연대책임을 부담하도록 요구할 수 있다는 것이다. 그러나 출자기한이 아직 도래하지 않은 상태에서의 지분 양도에 대해서는 구법상 명문의 규정이 존재하지 않았다. 실무에서는 일부 재판례가 주주의 기한이익을 강조하여, 출자기한이 도래하지 않은 상태에서의 지분 양도는 원칙적으로 당연히 양도인의 책임을 추궁하여서는 안 된다고 보았다. 반면, 또 다른 재판례는 채권자 보호와 악의적인 출자의무 회피 방지를 출발점으로 하여 양도인에게 상응하는 책임을 부담시켜야 한다고 판단하였다. 이로 인해 사법적 판단기준은 완전히 통일되지 못하였고, 당사자들 역시 지분거래 과정에서 위험에 대한 예측을 안정적으로 형성하기 어려웠다.

2023 년 신 「회사법」 제 88 조²⁾는 이에 대하여 명확한 규정을 두고 있다. 동 조 제 1 항은 사원이 이미 인수하였으나 아직 출자기한이 도래하지 않은 지분을 양도한 경우, 해당 출자를 납입할 의무는 양수인이 부담한다고 규정하고 있다. 또한 양수인이 기한 내에 출자를 전액 납입하지 않은 경우, 양도인은 양수인이 기한 내에 납입하지 않은 출자에 대하여 보충책임을 부담한다고 규정하고 있다. 동 조 제 2 항은

²⁾「중국 회사법」 제 88 조:사원이 이미 인수하였으나 아직 출자기한이 도래하지 않은 지분을 양도한 경우에는, 양수인이 해당 출자를 납입할 의무를 부담한다. 양수인이 기한에 따라 출자를 전액 납입하지 않은 경우에는, 양도인이 양수인이 기한에 따라 납입하지 않은 출자에 대하여 보충책임을 부담한다. 회사정관에서 규정한 출자기일에 따라 출자를 납입하지 않았거나 또는 출자로 제공한 비화폐 재산의 실제 가치가 인수한 출자액보다 현저히 낮은 사원이 지분을 양도한 경우에는, 양도인과 양수인이 출자 부족 범위 내에서 연대책임을 부담한다. 다만, 양수인이 상술한 사정을 알지 못하였고 또한 알 수 없었던 경우에는, 양도인이 책임을 부담한다.

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
회사정관에서 정한 출자기일에 따라 출자를 납입하지 않았거나, 또는 출자로 제공한
비화폐 재산의 실제 가치가 인수한 출자액보다 현저히 낮은 사원이 지분을 양도한
경우, 양도인과 양수인은 출자 부족 범위 내에서 연대책임을 부담한다고 규정하고
있다. 다만, 양수인이 상술한 사정을 알지 못하였고 또한 알 수 없었던 경우에는
양도인이 책임을 부담한다.

이로부터 알 수 있듯이, 제 88 조는 “출자기한의 도래 여부”를 중심으로 하는 책임
구분 구조를 확립하고 있다.³ 즉, 출자기한이 아직 도래하지 않은 경우에는 법률이
원칙적으로 지분 유통과 양수인이 주주지위를 취득한 이후의 출자의무 승계관계를
존중하여, 양수인을 제 1 순위의 출자의무 부담주체로 하고, 양도인은 양수인이 기한
내에 출자를 전액 이행하지 않은 경우에 한하여 보충책임을 부담하도록 하고 있다.
반면, 출자기한이 이미 도래하였거나 또는 비화폐 출자가 현저히 부족한 경우에는,
법률은 출자 하자가 이미 현실적으로 발생하였다고 보아 양도인과 양수인의 책임을
가중시키고, 이를 연대책임으로 구성하고 있다.

이러한 규정은 명백한 제도적 진보의 의의를 가진다. 이는 구법이 출자기한이
도래하지 않은 지분 양도의 책임 규칙에 관하여 가지고 있던 공백을 메웠을 뿐만
아니라,⁴ 인민법원이 관련 분쟁을 처리함에 있어서 보다 직접적인 재판 근거를
제공하였다는 점에서도 의미가 있다. 중국 회사법상의 인수제는 단순히 사원이
무기한으로 출자를 하지 않아도 되도록 허용하는 제도가 아니라, 회사정관상 약정된

³张素华、李凯：《新〈公司法〉第 88 条第 1 款溯及适用的是与非》，载《河北法学》2025 年第 6 期，第 27 - 45 页。

⁴彭真明：《论资本认缴制下的股东出资责任——兼评“上海香通公司诉昊跃公司等股权转让纠纷案”》，载《法商研究》2018 年第 6 期，第 93 页。

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
기한, 5 년 완납 규칙, 이사회에 출자 최고, 사원의 실권, 출자의 기한이익 상실 및
지분양도 책임 등의 제도가 상호 결합되어 형성된 자본구속체계이다. 제 88 조는 바로
이러한 체계 속의 중요한 구성부분으로서, 그 목적은 지분 유통을 제한하는 데 있는
것이 아니라, 지분 유통 이후에도 계속하여 회사 자본의 충실과 채권자 이익을
보장하는 데 있다.

그러나 규칙이 명확해졌다고 하여 적용상의 모든 문제가 이미 해결되었다고 볼
수는 없다. 제 88 조는 출자기한을 책임 구분의 기준으로 삼고 있으나, 이는 형식적인
명확성은 가지고 있을지라도 여전히 추가적인 해석이 필요하다.⁵ 왜냐하면 현실의
거래에서 미출자 지분 양도는 항상 단순히 “기한이 도래한 상태” 또는 “기한이
도래하지 않은 상태”라는 두 가지 형태로만 나타나는 것이 아니기 때문이다. 사원은
회사가 이미 채무위기에 빠진 상황에서 아직 출자기한이 도래하지 않은 지분을
양도할 수도 있고, 현저히 불합리한 저가로 이행능력이 없는 자에게 지분을 양도할
수도 있다. 또한 여러 차례의 양도, 특수관계인 거래 또는 명의상 양도의 방식을
통하여 출자책임의 부담주체를 불분명하게 만들 가능성도 존재한다. 만약 법원이
단지 “기한 도래 여부”라는 기준만을 기계적으로 적용한다면, 책임 부담과 위험 통제
사이에 불일치가 발생할 가능성이 있다.

따라서 본문이 논의하고자 하는 핵심 문제는 제 88 조 자체가 부정되어야 하는지
여부가 아니라, 제 88 조의 제도적 합리성을 인정하는 전제 아래에서 어떻게
사법해석을 통하여 출자기한 기준을 더욱 구체화함으로써, 규칙의 확정성을

⁵刘敏：《论未实缴出资股权转让后的出资责任》，载《法商研究》2019年第6期，第95页。

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
유지하는 동시에 기계적 적용으로 인한 개별 사건의 불공정을 방지할 수 있는가 하는
점이다.

기존 연구는 출자의무의 법정채무성, 자본충실원칙 및 인수 사원의 유한책임
실현 등의 관점에서 출발하여, 제 88 조가 출자기한의 도래 여부를 기준으로 서로 다른
책임 형태를 배치한 것은 법리적 근거가 부족하다고 보고 있다. 제 88 조 제 1 항이
전체적으로 부정되어서는 안 되며, 미도래 기한과 기도래 기한의 책임을 구분한 그
입법적 선택은 일정한 합리성을 가진다. 진정으로 해결되어야 하는 문제는, 사법적용
과정에서 출자기한 기준을 절대화하는 것을 어떻게 방지할 것인가에 있다.

II. 「회사법」 제 88 조의 규범구조 및 제도적 기능

제 88 조를 이해하기 위해서는 우선 이를 신 「회사법」 자본제도의 전체 구조 속에
위치시켜 살펴볼 필요가 있다. 2023 년 신 「회사법」은 인수제를 완전히 포기한 것이
아니라, 인수제를 유지하는 기초 위에서 자본 구속을 명확하게 강화하였다.
유한책임회사의 전체 사원이 인수한 출자금은 원칙적으로 회사 성립일로부터 5 년
이내에 완납되어야 하며, 회사 성립 이후 이사회는 사원의 출자 상황을 심사하고
출자를 최고할 의무를 부담한다. 사원이 최고를 받고도 여전히 출자의무를 이행하지
않는 경우에는 실권의 결과에 직면할 수 있다.⁶ 또한 회사가 만기 도래 채무를 변제할
수 없는 경우에는, 회사 또는 이미 변제기가 도래한 채권의 채권자가 아직 출자기한이
도래하지 않은 사원에게 출자를 조기 납입할 것을 요구할 수 있다. 이로부터 알 수
있듯이, 신법은 단순히 사원 자치를 방임하는 것이 아니라, 인수제 아래에서 다시

⁶李志刚：《认缴资本制语境下的股权转让与出资责任》，载《人民司法·应用》2017年第13期，第105页。

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
자본충실과 채권자 보호를 강화하고 있다.

제 88 조는 바로 이러한 배경 아래에서 지분 양도와 출자책임 사이의 관계를 규율하고 있다. 지분은 하나의 재산권으로서 원칙적으로 양도 가능성을 가진다. 유한책임회사에 있어서 지분 양도는 투자 회수의 중요한 방식일 뿐만 아니라, 회사 지배구조의 조정과 자본 유통의 중요한 수단이기도 하다. 만약 법률이 미출자 지분 양도를 과도하게 제한한다면, 지분 유통 기능이 약화될 뿐만 아니라 기업의 자금조달과 사원의 정상적인 투자 회수에도 장애를 초래할 수 있다.⁷ 따라서 제 88 조는 미출자 지분 양도 자체를 금지하지 않고, 그 양도가 가능하다는 전제 아래에서 양도 이후의 출자책임을 재구성하고 있다.⁸

조문 구조의 측면에서 보면, 제 88 조는 실제로 두 가지 서로 다른 유형의 미출자 지분을 구분하고 있다.

1. 출자기한이 도래하지 않은 지분

이 경우 사원은 아직 실제로 출자를 납입하지 않았으나, 형식적으로 보았을 때 그 출자기한이 아직 만료되지 않았으므로, 사원은 아직 정관에서 약정한 출자의무를 위반한 상태에 해당하지 않는다. 이러한 상황에서 사원이 지분을 양도하는 경우, 신법은 양수인이 해당 출자를 납입할 의무를 부담하도록 하고, 양도인은 보충책임을 부담하도록 규정하고 있다. 이러한 구조는 지분 유통과 거래 안전에 대한 존중을 반영하고 있다. 왜냐하면 양수인은 지분을 취득한 이후 새로운 사원이 되어 사원권을

⁷赵旭东：《资本制度变革下的资本法律责任——公司法修改的理性解读》，载《法学研究》2014年第5期，第18-31页。

⁸陈甦：《公司设立者的出资违约责任与资本充实责任》，载《法学研究》2015年第4期，第45-51页。

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
향유하게 되므로, 출자기한이 도래하였을 때 이에 상응하는 출자의무를 이행하여야
하기 때문이다.⁹ 동시에 법률은 양도인의 책임을 완전히 면제하지 않고, 보충책임의
방식을 통하여 일정한 위험 부담을 유지하도록 함으로써, 양도인이 이행능력이 없는
자에게 미출자 지분을 임의로 양도하는 것을 방지하고 있다.¹⁰

2. 출자기한이 이미 도래하였음에도 출자를 하지 않았거나, 또는 비화폐 출자가 현저히 부족한 지분

이 경우 출자 하자는 이미 현실적으로 발생하였으며, 원래의 사원은 이미
출자의무를 위반한 상태에 있다. 만약 이러한 상황에서 다시 지분을 타인에게
양도한다면, 이는 단순한 정상적인 지분 유통의 문제가 아니라, 출자 하자 책임의
이전과 위험의 외부화 문제를 수반할 가능성이 있다. 따라서 제 88 조 제 2 항은 보다
엄격한 책임 규칙을 채택하여, 양도인과 양수인이 출자 부족 범위 내에서 연대책임을
부담하도록 하고 있다. 다만, 양수인이 상술한 사정을 알지 못하였고 또한 알 수
없었던 경우에만, 양도인이 단독으로 책임을 부담하도록 하고 있다.

이러한 구분은 일정한 제도적 합리성을 가진다. 출자기한이 도래하지 않은
경우에는 출자의무가 아직 현실적으로 위반된 상태가 아니므로, 법률은 정상적인
지분거래를 위한 공간을 보장할 필요가 있다. 반면, 출자기한이 이미 도래한 경우에는
출자의무가 이미 위반된 상태이므로, 법률은 회사 자본의 충실과 채권자 보호를 더욱

⁹吴金水、刘金勃：《论股权受让人履行资本充实义务后的追偿规则》，载《法学》2019年第5期，第148页。

¹⁰梁上上：《有限公司股权对外转让的自由与限制——以利益位阶理论为视角展开》，载《清华法学》2022年第2期，第105页。

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
중시하여야 한다. 따라서 제 88 조가 출자기한을 초기적인 구분 기준으로 삼고 있는
것은 전혀 근거 없는 것이 아니다. 이는 적어도 다음의 세 가지 측면에서 제도적
기능을 가진다.

첫째, 규칙의 예측가능성을 강화한다. 구법 시기에는 출자기한이 도래하지 않은
지분 양도 이후의 책임 부담이 종종 개별 사건의 사실관계를 종합하여 판단되어야
했고, 재판 기준 또한 완전히 통일되지 못하였다. 제 88 조는 미도래 기한과 기도래
기한을 명확히 구분함으로써, 당사자들이 거래 이전에 책임의 결과를 대체로 예측할
수 있도록 하여 거래비용을 감소시키고 있다.¹¹

둘째, 거래 안전과 채권자 보호를 동시에 고려하고 있다. 만약 일률적으로
양도인에게 계속하여 주요한 출자의무를 부담하도록 요구한다면, 지분 유통에
불리하게 작용할 수 있다. 반대로 일률적으로 양도인의 책임을 면제한다면, 지분
양도를 통하여 출자의무를 회피하는 행위를 유발할 가능성이 있다. 제 88 조 제 1 항이
“양수인 주된 책임, 양도인 보충책임”이라는 구조를 채택한 것은 바로 이 양자
사이에서 절충을 시도한 것이다.

셋째, 출자책임 규칙을 신법상의 다른 자본제도와 상호 연계시키고 있다.
제 88 조는 고립적으로 존재하는 규정이 아니라, 5 년 완납 규칙, 출자 최고, 실권,
기한이익 상실 등의 규칙과 함께 자본충실체계를 구성하고 있다. 제 88 조를 통하여
지분 양도는 더 이상 출자책임을 단절시키는 수단이 되지 않게 되었으며, 회사의 자본

¹¹丁勇：《股东出资期限对抗的矫正与规制》，载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2023 年第 6 期，第 151 - 161 页。

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
기반은 지분 유통 이후에도 여전히 일정한 보장을 받을 수 있게 되었다.¹²

그러나 바로 제 88 조가 이와 같은 다층적인 제도적 기능을 부담하고 있기 때문에, 그 적용은 조문 문언에 대한 기계적인 조작 수준에 머물러서는 안 된다. 출자기한 기준은 책임 판단의 출발점으로 기능할 수는 있으나, 다른 요소들을 배제하는 유일한 기준이 되어서는 안 된다. 그렇지 않을 경우, 일부 복잡한 사건에서는 형식적으로는 명확한 규칙이 오히려 실질적으로 불공정한 결과를 초래할 가능성이 있다.

III. 출자기한 기준의 합리성 및 그 적용 한계

제 88 조가 출자기한의 도래 여부를 책임 구분의 기준으로 삼고 있는 가장 직접적인 장점은 책임주체를 매우 명확하게 확정할 수 있다는 점에 있다.¹³출자기한은 통상 회사정관에 기재되어 있으며, 회사 등기, 공시자료, 지분양도계약 등의 문서를 통하여 확인할 수 있다. 법원은 지분 양도 시점에 출자기한이 이미 도래하였는지 여부만 판단하면, 우선적으로 제 1 항을 적용할 것인지 또는 제 2 항을 적용할 것인지 결정할 수 있다. 이러한 기준은 비교적 강한 객관성을 가지므로, 재판의 난이도를 낮추는 데 도움이 될 뿐만 아니라, 당사자들이 사전에 거래구조를 설계하는 데에도 유리하다.¹⁴

그러나 책임주체 확정의 명확성이 곧 그것만으로 모든 책임 판단을 독립적으로 완성할 수 있음을 의미하는 것은 아니다. 그 이유는 회사법상 출자책임은 단순한

¹²高永周：《论抽逃出资的公司法构造》，载《安徽师范大学学报(社会科学版)》2025年第4期，第127-135页。

¹³袁碧华：《“认”与“缴”二分视角下公司催缴出资制度研究》，载《中国法学》2023年第2期，第205页。

¹⁴何欢：《公司分配视角下的股东身份从属债权劣后受偿》，载《法学研究》2024年第1期，第114页。

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
시간의 문제가 아니라, 위험 배분의 문제이기도 하기 때문이다. 사원이 출자기한이 도래하기 전에 지분을 양도하는 경우, 형식적으로는 아직 출자의무를 위반한 상태가 아니라고 할 수 있으나, 그렇다고 하여 그 양도행위가 어떠한 경우에도 위험성을 가지지 않는다고 볼 수는 없다. 만약 회사가 양도 시점에 이미 명백하게 채무위기에 빠져 있었거나, 또는 양도인이 양수인에게 출자능력이 없다는 사실을 알면서도 여전히 현저히 낮은 가격으로 지분을 양도하였다면, 해당 양도는 비록 출자기한 만료 이전에 이루어진 것이라 하더라도 이미 출자책임을 회피하려는 실질적 위험성을 가지게 된다.

따라서 출자기한 기준은 “입구적 의미”를 가질 수는 있으나, “종국적 의미”까지 가져서는 안 된다. 이른바 입구적 의미란, 법원이 우선 출자기한을 기준으로 사건의 유형을 판단할 수 있다는 것을 의미한다. 즉, 양도 시점에 출자기한이 아직 도래하지 않은 경우에는 원칙적으로 제 88 조 제 1 항의 적용 틀로 들어가고, 양도 시점에 출자기한이 이미 도래하였거나 또는 출자가 현저히 부족한 경우에는 원칙적으로 제 88 조 제 2 항의 적용 틀로 들어가게 된다.¹⁵ 이른바 종국적 의미를 가지지 않는다는 것은, 제 1 항의 적용 틀에 들어간 이후에도 법원이 여전히 해당 양도행위가 정상적인 상거래에 해당하는지 여부, 양도인에게 명백한 과실이 존재하는지 여부, 양수인이 이행능력을 갖추고 있는지 여부, 그리고 해당 거래가 회사 자본의 위험을 부당하게 외부화하는 결과를 초래하였는지 여부 등을 추가적으로 판단하여야 함을 의미한다.¹⁶

¹⁵前注 11, 第 54 页。

¹⁶邢海宝、安晨曦：《论公司法出资期限规则的更新——以股东与债权人利益的平衡为视角》，载《河北法学》2025 年第 4 期，第 38 - 61 页。

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
특히 주의하여야 할 점은, 출자기한이 도래하지 않았다는 사실이 곧 출자 위험이 존재하지 않는다는 것을 의미하지는 않는다는 점이다. 신 「회사법」 제 54 조¹⁷는 회사가 만기 도래 채무를 변제할 수 없는 경우, 회사 또는 이미 변제기가 도래한 채권의 채권자는 이미 출자를 인수하였으나 아직 출자기한이 도래하지 않은 사원에게 출자를 조기 납입할 것을 요구할 권리를 가진다고 규정하고 있다. 이는 사원의 기한이익이 절대적인 것이 아님을 보여준다. 회사가 정상적으로 경영되고 있으며 채무 위험이 아직 현실화되지 않은 경우에는, 사원은 기한이익을 향유할 수 있다. 그러나 회사가 이미 만기 도래 채무를 변제할 수 없는 상태에 이른 경우에는, 기한이익은 기한이익 상실 제도에 의하여 돌파될 수 있다. 그렇다면 미도래 기한 지분 양도의 책임을 판단함에 있어서도 단순히 정관상 출자일자만을 기준으로 삼아서는 안 되며, 지분 양도 시점에 회사가 이미 채무를 변제할 수 없는 상태에 근접하였거나 또는 이미 그러한 상태에 진입하였는지 여부에 주목하여야 한다.

예를 들어, 갑회사의 사원 A 가 1,000 만 위안의 출자를 인수하였고, 출자기한은 2028 년이라고 가정하자. 2026 년에 A 는 자신의 지분을 B 에게 양도하였다. 만약 양도 시점에 회사의 경영상태가 정상적이었고, B 가 상응하는 자력을 갖추고 있었으며, 양도가격도 합리적이고, 지분 및 회사 자료 또한 진실하게 인계되었다면, 이후 B 가 기한 내에 출자를 이행하지 않았다고 하더라도 원칙적으로는 제 88 조 제 1 항에 따라 처리할 수 있으며, B 가 제 1 순위의 출자의무를 부담하고 A 는 보충책임을 부담하게

¹⁷「중국 회사법」 제 54 조 : 회사가 만기 도래 채무를 변제할 수 없는 경우, 회사 또는 이미 변제기가 도래한 채권의 채권자는 이미 출자를 인수하였으나 아직 출자기한이 도래하지 않은 사원에게 출자를 조기 납입할 것을 요구할 권리를 가진다.

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
된다. 이 경우 A 의 양도행위는 정상적인 상업적 투자 회수에 해당하므로, 그 책임을
과도하게 가중시키는 것은 바람직하지 않다.

그러나 만약 A 가 양도 시점에 이미 회사가 대량의 만기 도래 채무를 변제할 수
없다는 사실을 명백히 알고 있었고, 아무런 대가 없이 지분을 명백히 재산과 수입
능력이 없는 B 에게 양도하였으며, 회사 인감, 증서, 경영자료 또한 실제로 인계되지
않았다면, 형식적으로는 출자기한이 아직 도래하지 않았다고 하더라도 A 의 행위는
실질적으로 이미 출자책임을 회피하려는 명백한 성격을 가지게 된다. 이러한
상황에서 여전히 단지 “출자기한이 도래하지 않았다”는 이유만으로 A 의 책임을
일반적인 보충책임으로만 이해한다면, 책임 회피를 효과적으로 방지하기 어려울
가능성이 있다.

이로부터 알 수 있듯이, 제 88 조 제 1 항상의 보충책임 역시 추가적인 유형화가
필요하다. 모든 미도래 기한 양도인의 책임이 동일한 강도에 놓여 있어야 하는 것은
아니다. 정상적인 거래에서의 양도인에 대하여는 그 보충책임이 비교적 제한된 범위
내에 유지되어야 한다. 반면, 명백한 악의 또는 중대한 과실이 존재하는 양도인에
대하여는 사법해석을 통하여 그 책임 가중의 요건을 명확히 할 수 있다. 이와 같이
한다면 제 88 조 자체를 부정하지 않으면서도, 동시에 그 규정이 기계적으로 적용되는
것을 방지할 수 있다.

향후 사법해석은 다음과 같은 요소들을 중심으로 제 88 조 제 1 항의 적용을
구체화할 수 있을 것이다.

첫째, 양도 시점에서 회사의 변제능력이다. 지분 양도 시점에 회사의 경영상태가

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
정상적이고, 명백하게 만기 도래 채무를 변제할 수 없는 상황이 존재하지 않는 경우에는, 원칙적으로 지분 양도의 거래 구조를 존중하여야 한다. 반면, 회사가 이미 다수의 소송에 제기되어 있거나 집행절차에 들어갔거나, 또는 명백하게 만기 도래 채무를 변제할 능력이 없는 경우에는, 양도인의 주관적 상태에 대한 심사를 강화하여야 한다.

둘째, 양수인의 출자능력이다. 양도인은 양수인이 장래에 반드시 출자를 이행할 수 있는지 여부에 대하여 보증책임까지 부담할 필요는 없지만, 미출자 지분을 양도하는 경우 양수인이 명백하게 이행능력을 갖추고 있는지 여부에 대하여 기본적인 주의의무를 부담하여야 한다. 만약 양수인이 명백하게 자산도 없고, 수입도 없으며, 경영능력도 없는 상태이거나, 심지어 명목상의 “바지 인수인”에 불과함에도 불구하고 양도인이 여전히 그에게 지분을 양도하였다면, 해당 양도행위는 높은 위험성을 가진 것으로 인정되어야 한다.

셋째, 지분 양도의 대가가 합리적인지 여부이다. 정상적인 지분 양도는 회사의 경영상태에 따라 가격이 서로 다를 수 있다. 그러나 무상 양도, 현저한 저가 양도, 특수관계인 사이의 저가 양도 등의 상황이 존재하는 경우에는, 출자의무 또는 채무를 회피하려는 목적이 존재하는지 여부를 추가적으로 심사하여야 한다.

넷째, 지분 및 회사 지배 관련 자료가 실제로 인계되었는지 여부이다. 만약 지분 양도 이후에도 회사 인감, 영업허가증, 재무자료 및 경영 지배권이 여전히 원래의 사원에게 장악되어 있다면, 이른바 지분 양도는 단지 형식적인 구조에 불과할 가능성이 있다. 이러한 경우에는 양도인이 명의상 양도를 이용하여 책임을 회피하는 것을 방지하여야 한다.

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
다섯째, 채권 형성 시점과 지분 양도 시점 사이의 관계이다. 비록 단순히 채권 형성 시점만으로 책임 부담을 결정할 수는 없지만, 만약 지분 양도가 회사의 중대한 채무가 이미 형성된 이후에 이루어졌고, 양도인이 이에 대하여 알았거나 또는 알 수 있었던 경우라면, 그 책임에 대한 평가는 채무 위험이 아직 현실화되지 않은 시점에서의 정상적인 양도와는 달라져야 한다.

상술한 요소들을 통하여 제 88 조 제 1 항은 “출자기한 기준 + 위험 교정 요소”라는 복합적 규칙으로 해석될 수 있다. 출자기한은 기본적인 적용 틀을 결정하고, 위험 교정 요소는 책임의 강도를 결정한다. 이와 같이 한다면 조문 자체의 명확성을 유지할 수 있을 뿐만 아니라, 개별 사건 처리의 공정성 또한 강화할 수 있다.

IV. 수차례 양도 상황은 출자기한 기준 구체화의 전형적 장면

비록 본문의 핵심 문제는 출자기한 기준을 어떻게 구체화할 것인가에 있지만, 다수차례 양도 상황은 바로 이 문제의 중요성을 가장 잘 드러내는 사례라고 할 수 있다. 따라서 다수차례 양도는 본문의 또 다른 독립적인 문제로 전개되어서는 안 되며, 오히려 제 88 조의 적용 기준이 충분한지를 검증하는 전형적 장면으로서 논의되어야 한다.

단일 지분 양도의 경우에는 제 88 조의 적용이 비교적 용이하다. 예를 들어, A 가 출자기한이 도래하지 않은 지분을 B 에게 양도하고, 이후 출자기한이 도래하였음에도 B 가 기한 내에 출자를 이행하지 않은 경우, 이때 B 는 양수인이고 A 는 양도인이므로, B 가 출자의무를 부담하고 A 가 보충책임을 부담하게 된다. 그러나 지분이 여러 차례 양도된 경우에는 문제가 복잡해지게 된다.

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구

예를 들어, A 가 1,000 만 위안의 출자를 인수하였고 출자기한은 2028 년이라고 가정하자. 2025 년에 A 는 지분을 B 에게 양도하였고, 2026 년에 B 는 다시 지분을 C 에게 양도하였다. 이후 2028 년에 C 가 기한 내에 출자를 납입하지 않았다. 이 경우 제 88 조 제 1 항에 따르면, C 는 최종 양수인이자 기한 도래 시점의 현 사원으로서 제 1 순위의 출자의무를 부담하여야 하며, 이에 대해서는 큰 다툼이 없다. 그러나 문제는 A 와 B 가 모두 제 88 조 제 1 항상의 “양도인”에 해당하는지 여부이다. 만약 C 가 출자를 할 수 없는 경우, 오직 B 만이 보충책임을 부담하는 것인지, 아니면 A 와 B 모두가 보충책임을 부담하여야 하는지 문제가 된다. 또한 A 가 양도할 당시에는 회사의 경영상태가 정상이었으나, B 가 양도할 당시에는 회사가 이미 명백하게 채무초과 상태에 있었다면, A 와 B 가 여전히 동일한 책임을 부담하여야 하는지 여부도 문제된다.

이러한 문제들은 제 88 조가 비록 “양도인”과 “양수인”의 책임 구조를 명확히 하고 있기는 하지만, 그 조문 자체는 주로 단일 양도 관계를 전제로 설계되었음을 보여준다. 지분이 연속적으로 유통되는 경우, 사법해석을 통하여 책임의 순위를 명확히 하지 않는다면 두 가지 극단적인 결과가 발생할 수 있다.

하나의 극단은 모든 전 양도인을 외부적 책임주체로 보고, 채권자가 이들에 대하여 직접 동시에 책임을 추궁할 수 있도록 하는 것이다. 이러한 방식은 채권자 보호에는 유리할 수 있으나, 전 양도인의 책임을 과도하게 확대할 가능성이 있으며, 특히 초기 단계에서 정상적으로 투자 회수를 하였고 악의도 존재하지 않았던 사원에게는 공평하지 않을 수 있다. 다른 하나의 극단은 최종 양수인의 직접 전 양도인만이 보충책임을 부담하도록 하고, 그 이전 단계의 양도인은 완전히 책임 범위

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
밖에 두는 것이다. 이러한 방식은 거래 안전에는 유리할 수 있으나, 악의적인 연속
양도를 위한 공간을 남겨둘 가능성이 있다. 사원은 수차례 양도, 특수관계인 양도 또는
명의상 양도의 방식을 통하여 미출자 책임을 단계적으로 희석시킬 수 있기 때문이다.

따라서 수차례 양도 상황에서 보다 합리적인 해석 경로는 “최종 양수인의 주된
책임, 전 양도인의 순위적 보충책임, 비정상 거래의 예외적 책임 가중”이라는 책임
구조를 확립하는 것이다.

우선, 최종 양수인은 제 1 순위의 출자의무를 부담하여야 한다. 왜냐하면 그는
출자기한 도래 시점에 지분을 보유하고 있으며, 사원 지위와 사원권을 향유하고 있을
뿐만 아니라, 해당 지분에 대응하는 장래의 출자의무 역시 가장 직접적으로
승계하였기 때문이다. 제 88 조 제 1 항은 “양수인이 해당 출자를 납입할 의무를
부담한다”고 규정하고 있는데, 수차례 양도 상황에서는 우선적으로 기한 도래 시점의
현 사원 또는 최종 양수인을 지칭하는 것으로 이해하여야 한다.

다음으로, 최종 양수인의 직접 전 양도인은 제 1 차 보충책임을 부담하여야 한다.
왜냐하면 직접 전 양도인은 지분을 최종 양수인에게 양도한 주체로서, 최종 양수인의
선택, 거래 조건, 양수인의 이행능력 등에 대하여 비교적 직접적인 통제 및 판단
능력을 가지고 있기 때문이다. 만약 최종 양수인이 기한 내에 출자를 이행하지 못한
경우, 직접 전 양도인이 보충책임을 부담하도록 하는 것은 제 88 조 제 1 항의 기본
구조에도 부합한다.

다시 말해, 그보다 이전 단계의 양도인이 책임을 부담하는지 여부는 그
양도행위와 출자 위험 사이의 관련 정도에 따라 판단되어야 하며, 당연히 일률적으로

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구

책임을 부담시키거나 또는 일률적으로 면제하여서는 안 된다. 만약 더 이전 단계의 양도인이 양도 당시 회사의 경영상태가 정상이었고, 양수인 역시 상응하는 이행능력을 갖추고 있었으며, 거래 가격도 합리적이었고, 채무 회피 또는 출자의무 회피의 정황이 존재하지 않았다면, 이후 수차례 양도 과정에서 발생한 위험 변화로 인하여 그에게 과도한 책임을 부담시키는 것은 바람직하지 않다. 반대로, 더 이전 단계의 양도인이 양도 당시 이미 회사에 중대한 채무 위험이 존재한다는 사실을 명백히 알고 있었거나, 또는 그 자신이 연속 양도 구조, 특수관계인 거래 구조 또는 명의상 양도 구조에 참여하였다면, 그에게 순위상 계속하여 보충책임을 부담하도록 요구할 수 있으며, 특수한 상황에서는 더욱 엄격한 책임 평가를 적용할 수도 있다.

마지막으로, 명백하게 비정상적인 수차례 양도에 대하여는 일반적인 순위 제한을 돌파할 수 있도록 하여야 한다. 예를 들어, A·B·C 사이에 특수관계가 존재하고, A가 먼저 지분을 B에게 양도한 후 B가 다시 신속하게 이를 C에게 양도하였으며, C에게 명백히 출자능력이 없고 전체 거래에도 진정한 대가 지급이나 실제 인계가 존재하지 않는 경우에는, 단순히 A가 이전 양도를 하였다는 이유만으로 이미 책임에서 멀어졌다고 기계적으로 판단하여서는 안 된다. 이 경우에는 거래 전체 구조를 기준으로 그것이 출자책임을 회피하기 위한 구조에 해당하는지 여부를 판단하여야 하며, 이에 따라 관련 주체의 책임도 가중되어야 한다.

V. 사법해석을 통한 제 88 조 적용 개선의 구체적 제안

이상의 분석을 바탕으로, 본문은 제 88 조의 개선이 조문 자체를 부정하거나 즉각적인 법률 개정을 주장하는 방식으로 이루어져서는 안 된다고 본다. 이제 막

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
시행된 새로운 규칙에 대하여 보다 안정적이고 현실적인 경로는, 사법해석, 지도성
사례 또는 회의기요 등의 방식을 통하여 그 적용 요건과 책임 단계 구조를 세분화하는
것이다. 구체적으로는 다음과 같은 측면에서 전개할 수 있다.

1. 출자기한 기준은 단지 기초적 분류 기준에 불과함을 명확히 하여야 한다.

사법해석은 다음과 같이 명확히 할 수 있다. 즉, 인민법원이 제 88 조를 적용할 때에는 우선 지분 양도 시점에 출자기한이 이미 도래하였는지 여부에 따라 제 1 항 또는 제 2 항의 적용 여부를 결정하여야 한다. 그러나 제 1 항을 적용함에 있어서는 단지 출자기한이 아직 도래하지 않았다는 이유만으로 당연히 양도인의 책임을 경감하거나 면제하여서는 안 되며, 양도 시점의 회사 경영상태, 양수인의 출자능력, 거래 대가, 지분 인계 상황 등의 요소를 종합적으로 고려하여 양도인에게 출자의무 회피 또는 채권자 이익 침해의 상황이 존재하는지 여부를 판단하여야 한다.

이러한 해석은 제 88 조의 기본 구조를 변경하는 것이 아니다. 이는 단지 출자기한이 분류 기준일 뿐, 배타적인 기준은 아니라는 점을 설명하는 것이다. 이와 같이 한다면 입법 문언을 존중하는 동시에, 기계적 적용 또한 방지할 수 있다.

2. 양도인의 합리적 주의의무를 명확히 하여야 한다.

출자기한이 도래하지 않은 지분 양도에 대하여, 사법해석은 양도인이 기본적인 합리적 주의의무를 부담한다는 점을 규정할 수 있다. 해당 의무는 양도인에게 양수인이 장래에 반드시 출자를 이행할 수 있는지 여부에 대한 보증책임까지 요구하는 것은 아니며, 단지 양도인이 양수인에게 명백히 이행능력이 없다는 사실을 알았거나 또는 알 수 있었음에도 여전히 지분을 양도하여서는 안 된다는 점을

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
요구하는 것이다.

구체적으로 다음과 같은 상황은 양도인에게 과실이 존재함을 인정하는 중요한 요소로 활용될 수 있다. 첫째, 지분 양도의 대가가 명백히 불합리한 경우, 특히 무상 양도 또는 현저한 저가 양도의 경우이다. 둘째, 양수인에게 명백히 재산이 없고, 경영능력도 없으며, 안정적인 수입원 또한 존재하지 않는 경우이다. 셋째, 양도인과 양수인 사이에 특수관계가 존재함에도 거래의 합리성을 설명할 수 없는 경우이다. 넷째, 회사에 이미 다수의 만기 도래 미변제 채무가 존재하거나 현재 소송 또는 집행절차가 진행 중인 경우이다. 다섯째, 지분 양도 이후에도 회사의 증서, 인감, 재무자료 및 경영 지배권이 실제로 인계되지 않은 경우이다.

만약 상술한 상황이 존재하는 경우, 인민법원은 양도인의 보충책임이 엄격하게 적용되어야 한다고 인정할 수 있다. 반대로, 양도인이 양도 시점에 이미 합리적으로 양수인의 능력을 심사하였고, 거래 가격도 합리적이었으며, 회사의 경영상태 또한 정상적이었고, 지분 역시 실제로 인계되었다는 점을 증명할 수 있다면, 그 책임은 과도하게 확대되어서는 안 된다.

3. 양수인의 심사의무를 명확히 하여야 한다.

제 88 조 제 1 항은 양수인이 출자의무를 부담한다고 규정하고 있으며, 이는 양수인이 미출자 지분을 양수함에 있어서 완전히 수동적인 지위에 머물러서는 안 된다는 것을 의미한다. 양수인은 대상 회사의 정관, 사원명부, 인수 출자액, 출자기한, 회사의 채무 상태 및 기한이익 상실 위험의 존재 여부 등을 심사하여야 한다. 상사 주체에게 있어서 미출자 지분을 양수하는 행위 자체는 장래의 출자 부담을 함께

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
양수하는 것을 의미한다. 만약 양수인이 기본적인 심사를 진행하지 않았다면, 사후적으로 단순히 자신이 출자의무의 존재를 알지 못하였다고 주장할 수는 없다.

따라서 사법해석은 다음과 같은 점을 추가적으로 명확히 할 수 있다. 즉, 양수인이 미도래 기한의 출자의무 또는 출자기한 구조에 대하여 알지 못하였다고 주장하는 경우에는, 원칙적으로 이를 인정하지 아니한다. 다만, 양도인이 고의로 회사의 중대한 채무를 은폐하거나, 회사의 경영상태를 허위로 조작하거나, 또는 출자 정보를 위조한 경우에는, 내부 구상 또는 책임 분배 과정에서 양수인의 신뢰이익을 고려할 수 있다.

4. 수차례 양도에서의 책임 순위를 명확히 하여야 한다.

수차례 양도 상황에 대하여, 사법해석은 비교적 명확한 순위 규칙을 확립할 수 있다. 구체적으로 말하면, 지분이 여러 차례 양도된 이후 출자기한이 도래하였음에도 최종 양수인이 기한 내에 출자를 전액 납입하지 않은 경우에는, 출자기한 도래 시점에 지분을 보유하고 있는 사원이 출자 납입의무를 부담하여야 한다. 해당 사원이 이를 이행하지 못하는 경우에는, 그의 직접 전 양도인이 미납 출자 범위 내에서 보충책임을 부담한다. 그보다 이전 단계의 양도인은, 자신의 양도행위에 출자의무 회피, 악의적 통모, 명백히 비정상적인 저가 양도, 명백히 이행능력이 없는 주체에 대한 양도 등의 상황이 존재하는 경우에 한하여, 그 과실 정도와 위험 관련성에 따라 상응하는 보충책임을 부담한다.

이러한 규칙의 장점은, 모든 전 양도인에게 당연히 책임을 부담시키지도 않고, 동시에 악의적인 전 양도인이 쉽게 책임에서 벗어나는 것도 방지할 수 있다는 점에 있다. 이는 책임의 소급 구조를 “순위”와 “귀책가능성” 위에 구축함으로써,

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
보충책임이 사실상의 무한 연대책임으로 변질되는 것을 방지할 수 있게 한다.

5. 보충책임의 절차적 적용 한계를 명확히 하여야 한다.

보충책임은 연대책임과 다르다. 연대책임의 경우, 채권자는 원칙적으로 어느 한 연대책임자에게 전체 책임의 이행을 청구할 수 있다. 반면, 보충책임은 순위성을 가지므로, 통상적으로 먼저 주채무자에게 이행을 청구하고, 그가 이행할 수 없거나 또는 불충분하게 이행하는 경우에 비로소 보충책임자에게 책임 부담을 청구하여야 한다. 따라서 제 88 조 제 1 항에서 양도인의 보충책임은 양수인과 병렬적인 제 1 순위 책임으로 해석되어서는 안 된다.

사법해석은 다음과 같은 점을 명확히 하여야 한다. 즉, 회사 또는 채권자가 양도인에게 보충책임의 부담을 청구하는 경우에는, 양수인이 기한 내에 출자를 전액 납입하지 않았으며, 또한 최고, 집행 또는 기타 합리적인 방식에도 불구하고 출자의무가 완전히 실현될 수 없었다는 점을 증명하여야 한다. 물론 양수인에게 명백히 이행능력이 없거나, 이미 연락 두절 상태에 있거나, 말소되었거나, 영업허가가 취소되었거나, 또는 집행 가능한 재산이 존재하지 않는 경우에는, 채권자의 증명 부담을 적절히 완화할 수 있다.

이와 같이 한다면 채권자를 보호할 수 있을 뿐만 아니라, 동시에 보충책임 자체의 단계적 구조 또한 유지할 수 있다.

VI. 결론

신 「회사법」 제 88 조는 중국 회사 자본제도 개혁에서의 중요한 규칙이다. 이는 최초로 명문의 형식으로 미출자 지분 양도 이후의 책임 부담 문제를 규율하였으며,

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
특히 출자기한이 도래하지 않은 지분 양도에 대하여 “양수인이 출자의무를 부담하고, 양도인이 보충책임을 부담한다”는 구조를 마련하였다. 이러한 규정은 인수제 아래에서 지분 유통과 자본충실 사이에 존재하는 현실적 충돌에 대응한 것으로서, 재판 기준의 명확화, 거래 예측의 안정 및 채권자 보호에 적극적인 의의를 가진다.

그러나 제 88 조의 적용은 단순히 “출자기한의 도래 여부”에 대한 형식적 판단에 머물러서는 안 된다. 출자기한은 책임 구분의 기초적 기준으로 기능할 수는 있으나, 거래 위험과 주관적 상태에 대한 심사를 완전히 대체할 수는 없다. 미도래 기한 지분 양도에 있어서도, 법원은 여전히 양도 시점에 회사가 이미 만기 도래 채무를 변제할 수 없는 상태에 있었는지 여부, 양수인이 출자능력을 갖추고 있는지 여부, 거래 가격이 합리적인지 여부, 지분 및 회사 지배 관련 자료가 실제로 인계되었는지 여부, 그리고 특수관계인 거래, 명의상 양도 또는 악의적인 출자의무 회피 등의 상황이 존재하는지 여부에 주목하여야 한다.

따라서 본문은 제 88 조의 향후 개선 방향이 해당 규정을 단순히 비판하거나 부정하는 데 있어서는 안 되며, 오히려 사법해석을 통하여 그 적용 기준을 더욱 구체화하는 데 있어야 한다고 본다. 구체적으로 말하면, 제 88 조 제 1 항은 “출자기한 기준 + 위험 교정 요소”라는 복합 규칙으로 해석되어야 한다. 즉, 출자기한을 통하여 기본적인 적용 틀을 판단하고, 주관적 상태, 거래 배경, 양수인의 이행능력 및 위험 통제능력을 통하여 책임의 강도를 교정하여야 한다. 수차례 양도 상황에서는 “최종 양수인의 주된 책임, 직접 전 양도인의 보충책임, 더 이전 단계 양도인에 대한 제한적 소급, 비정상 거래의 책임 가중”이라는 책임 순위를 확립하여야 한다.

이와 같이 처리한다면, 제 88 조의 기본 구조를 흔들지 않는 전제 아래에서 그

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
사법적용의 정밀성과 공정성을 강화할 수 있다. 이는 사원이 미도래 기한 지분 양도를
통하여 출자책임을 회피하는 것을 방지할 수 있을 뿐만 아니라, 정상적인 상업적 투자
회수와 지분 유통에 대한 과도한 제한 또한 방지할 수 있다. 중국 회사법에 있어서
이러한 해석 경로는 인수제, 자본충실, 거래 안전 및 채권자 보호 사이의 균형을
실현하는 데 도움이 될 것이다.

참고문헌

외국어문헌

[중국어]

<논문>

陈甦：《公司设立者的出资违约责任与资本充实责任》，载《法学研究》2015年第4期。

丁勇：《股东出资期限对抗的矫正与规制》，载《北京大学学报(哲学社会科学版)》2023年第6期。

高永周：《论抽逃出资的公司法构造》，载《安徽师范大学学报(社会科学版)》2025年第4期。

何欢：《公司分配视角下的股东身份从属债权劣后受偿》，载《法学研究》2024年第1期。

李志刚：《认缴资本制语境下的股权转让与出资责任》，载《人民司法·应用》2017年第13期。

梁上上：《有限公司股权对外转让的自由与限制——以利益位阶理论为视角展开》，载《清华法学》2022年第2期。

林一英：《未缴纳出资股权转让的责任规则构建》，载《环球法律评论》2024年第1期。

刘敏：《论未实缴出资股权转让后的出资责任》，载《法商研究》2019年第6期。

彭真明：《论资本认缴制下的股东出资责任——兼评“上海香通公司诉昊跃公司等股权转让纠纷案”》，载《法商研究》2018年第6期。

吴金水、刘金娟：《论股权受让人履行资本充实义务后的追偿规则》，载《法学》2019年第5期。

邢海宝、安晨曦：《论公司法出资期限规则的更新——以股东与债权人利益的平衡为视角》，载《河北法学》2025年第4期。

袁碧华：《“认”与“缴”二分视角下公司催缴出资制度研究》，载《中国法学》2023年第

진오-「회사법」제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
2 期。

张素华、李凯：《新〈公司法〉第 88 条第 1 款溯及适用的是与非》，载《河北法学》2025
年第 6 期。

赵旭东：《资本制度变革下的资本法律责任——公司法修改的理性解读》，载《法学
研究》2014 年第 5 期。

초 록

2024 년 개정된 「중화인민공화국 회사법」 제 88 조는 최초로 명문의 방식으로 미출자 지분 양도 이후의 출자책임 부담규칙을 규정하였다. 동 조항은 출자기한의 도래 여부를 기본 기준으로 하여 미출자 지분 양도를 출자기한이 도래하지 않은 지분 양도와 이미 출자기한이 도래한 하자출자 지분 양도로 구분하고, 각각에 대해 양수인의 출자의무, 양도인의 보충책임 및 양도인과 양수인의 연대책임을 배치하고 있다. 이러한 규칙의 확립은 인수제(认缴制) 하에서 지분 유통과 자본충실 사이에 장기간 존재해 온 제도적 긴장관계에 대응한 것으로서, 재판규칙의 명확화, 거래예측의 안정 및 회사채권자 보호에 적극적인 의의를 가진다.

그러나 제 88 조는 미출자 지분 양도에 관한 책임 부담의 기본 규칙 문제를 해결하였음에도 불구하고, 해당 규칙이 구체적 사건에서 어떻게 적용되어야 하는지에 관한 문제까지 완전히 해결한 것은 아니다. 특히 출자기한이 도래하지 않은 지분 양도의 경우, 단순히 출자기한의 도래 여부만을 책임 구분의 기준으로 삼는 것은 형식적인 명확성은 갖추고 있으나, 여전히 적용상 어려움에 직면할 가능성이 있다. 예를 들어, 양도인에게 출자의무를 회피하려는 주관적 악의가 존재하는지 여부, 양수인이 실제 출자능력을 갖추고 있는지 여부, 지분양도 가격이 현저히 비정상적인지 여부, 양도 당시 회사가 이미 채무를 변제할 수 없는 상태에 있었는지 여부, 그리고 지분이 여러 차례 양도된 경우 책임주체가 어떠한 순서로 책임을 부담하여야 하는지 등의 문제는 모두 추가적인 해석이 필요하다. 이에 대하여 본문은 제 88 조가 출자기한을 기준으로 책임을 구분한 입법적 선택 자체를 근본적으로

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
부정하는 것은 바람직하지 않으며, 오히려 해당 조문의 제도적 합리성을 인정하는
기초 위에서 사법해석을 통하여 그 적용기준을 더욱 구체화하여야 한다고 본다.
구체적으로 말하면, 출자기한 기준은 책임 판단의 출발점으로 이해되어야 할 뿐, 책임
판단의 전부로 이해되어서는 안 된다. 사법적용 과정에서는 주관적 상태, 거래 배경,
양수인의 이행능력 및 위험통제능력 등을 종합적으로 고려하여 책임 부담에 대해
실질적 판단을 내려야 한다. 이와 같이 하여야만 지분거래 안전의 유지, 인수 출자기한
이익에 대한 존중 및 회사 자본충실의 보호 사이에서 보다 균형적인 제도구조를
형성할 수 있다.

<주제어> 회사법 제 88 조, 미출자 지분양도, 인수제, 출자기한, 보충책임, 사법해석

Abstract

Article 88 of the Company Law of the People's Republic of China, as amended in 2024, for the first time expressly provides the rules governing capital-contribution liability following the transfer of equity on which capital contributions remain unpaid. Taking the arrival of the capital-contribution term as the basic criterion, the provision divides such transfers into the transfer of equity whose contribution term has not yet arrived and the transfer of defectively contributed equity whose term has already arrived, assigning to each, respectively, the transferee's contribution obligation, the transferor's supplementary liability, and the joint and several liability of the transferor and the transferee. The establishment of these rules responds to the institutional tension that has long existed between equity circulation and capital adequacy under the subscription-based capital system (认缴制), and carries positive significance for clarifying adjudicatory rules, stabilizing transactional expectations, and protecting corporate creditors.

However, although Article 88 settles the question of the basic rules of liability for the transfer of equity with unpaid contributions, it does not fully settle the question of how those rules should be applied in concrete cases. In particular, with respect to the transfer of equity whose contribution term has not yet arrived, relying solely on whether the term has arrived as the criterion for allocating liability, while formally clear, may still encounter difficulties in application. For instance, whether the transferor harbors a subjective intent to evade the contribution obligation, whether the transferee actually possesses the capacity to make the contribution, whether the transfer price is markedly abnormal, whether the company was already unable to pay its debts at the time of transfer, and, where equity has been transferred

진오-「회사법」 제 88 조 미출자 지분양도 책임규칙의 사법적 적용 개선에 관한 연구
several times, in what order the liable parties should bear responsibility—all of these require further interpretation. In this regard, this paper argues that it is undesirable to fundamentally reject the legislative choice in Article 88 of distinguishing liability on the basis of the contribution term; rather, on the basis of recognizing the institutional reasonableness of the provision, its criteria for application should be further concretized through judicial interpretation. Specifically, the contribution-term standard should be understood only as the starting point of the liability determination, not as its entirety. In the course of judicial application, courts should comprehensively consider the parties' subjective state, the transactional background, the transferee's performance capacity, and the capacity for risk control, so as to reach a substantive judgment on the allocation of liability. Only in this way can a more balanced institutional structure be formed among maintaining the security of equity transactions, respecting the benefit of the subscribed contribution term, and protecting the company's capital adequacy.

Keywords: Article 88 of the Company Law, Transfer of Equity with Unpaid Capital Contribution, Subscription-based Capital System (认缴制), Capital Contribution Term, Supplementary Liability, Judicial Interpretation

중국 라이브 스트리밍 전자상거래에서의 주체 식별 및 책임 배분

—소비자 권리 보호를 중심으로

Subject Identification and Responsibility Allocation of Live-streaming E-commerce in China

-Focusing on the consumer's rights

진염니(陈焰妮)(인하대학교 법학과 박사생)

CHEN YANNI (Doctoral Student, Department of Law, Inha University)

목 차

I. 서론

II. 라이브 이커머스 법적 분쟁이 왜 우선적으로 주체 식별 문제로 나타나는가

1. 복합형 경영 활동으로서의 라이브 이커머스

2. 거래 외관의 일체화와 책임 주체의 파편화

III. 라이브 커머스에서의 주체 식별: 누가 판매자인가, 누가 광고 주체인가

1. 실제 판매자의 식별

2. 라이브 방송 운영자의 판매자 책임 편입 가능성

3. 방송인의 광고법상 책임

4. 라이브 마케팅 인력 서비스 기관의 보조적 관리 책임

IV. 라이브 커머스에서의 책임 배분

1. 실제 판매자의 제 1 차 책임
2. 라이브 방송 운영자의 강화된 책임
3. 방송인의 기능별 광고 책임
4. 플랫폼의 관리 보장 책임

V. 결론

I. 서론

최근 몇 년간 라이브 커머스는 일반적인 온라인 마케팅 방식에서 점차 안정적인 온라인 거래 형태로 진화해 왔다. 전통적인 온라인 쇼핑과 달리, 라이브 커머스는 단순히 상품 페이지, 텍스트 및 이미지 설명, 주문 절차를 통해 거래를 완료하는 것이 아니라, “실시간 전시—즉시 상호작용—주문 유도”의 과정에서 상품 판매, 상업적 홍보 및 플랫폼의 조직 기능을 하나의 장면 속에 압축하고 있다. 중국의 해당 분야에 대한 규제도 『온라인 라이브 마케팅 관리 방법(시행)』에서 『라이브 이커머스 감독 관리 방법』으로 진화해 왔다. 전자는 라이브 마케팅 플랫폼, 라이브 방송 운영자, 라이브 마케팅 담당자 등의 주체를 초보적으로 구분했으며¹, 후자는 라이브 이커머스 플랫폼 운영자, 라이브 방송 운영자, 라이브 마케팅 담당자 및 라이브 마케팅 담당자 서비스 기관을 보다 완전한 규제 구조에 포함시켰다². 이는 라이브 이커머스가 더 이상 일반 전자상거래의 부수적 현상으로만 이해되어서는 안 되며,

1《网络直播营销管理办法(试行)》第6条、第7条、第8条, 2021年4月23日发布, 2021年5月25日起施行。

2《直播电商监督管理办法》第2条, 国家市场监督管理总局、国家互联网信息办公室令第117号, 2025年12月18日公布, 2026年2月1日起施行。

독립적인 법적 문제 의식을 지닌 새로운 유형의 거래 영역으로 간주되어야 함을 의미한다.

그러나 규범의 점진적인 완비가 실무상의 책임 분쟁을 자동으로 해소한 것은 아니다. 라이브 이커머스의 가장 두드러진 제도적 난제는 동일한 라이브 방송에서 종종 세 가지 관계가 동시에 존재한다는 점에 있다. 즉, 누가 진정으로 상품이나 서비스를 제공하는 사람인지, 누가 거래 성사를 목표로 하는 상업적 홍보를 수행하는지, 그리고 누가 거래 환경을 조직하고 통제하는가 하는 문제이다. 2024 년 <중화인민공화국 소비자권익보호법 시행조례>는 사업자가 인터넷, 영상 화면, 음성, 상품 카탈로그 등의 방식으로 상품 또는 서비스를 제공하는 경우, 명확한 방식으로 실제 명칭과 표지를 표시해야 한다고 규정하고 있다. 또한 다른 사업자가 실제로 상품 또는 서비스를 제공하는 경우, 해당 실제 사업자의 명칭, 영업 주소 및 연락처를 공개해야 한다³. 동 조례는 또한 소비 분쟁 발생 시, 라이브 마케팅 플랫폼 사업자가 소비자의 요청에 따라 라이브 방송 운영자, 라이브 마케팅 담당자 관련 정보 및 관련 경영 활동 기록 등 필요한 정보를 제공해야 한다고 규정하고 있다⁴. 입법의 초점은 이미 명확하다. 라이브 이커머스에서 최우선 과제는 배상액을 먼저 논의하는 것이 아니라, 책임 주체를 먼저 규명하는 것이다.

이 문제는 사법 및 광고 규제 차원에서 더욱 부각된다. 최고 인민법원은 네트워크 소비 분쟁에 관한 사법해석을 발표하면서, 라이브 방송 운영자가 소비자가 식별할 수 있을 만큼 명확하게 자신이 판매자가 아니며 실제 판매자를 표시했다는 사실을

3《中华人民共和国消费者权益保护法实施条例》第 13 条第 2 款、第 3 款，国务院令 第 778 号，2024 年 3 月 15 日公布，2024 年 7 月 1 日起施行。

4《中华人民共和国消费者权益保护法实施条例》第 14 条第 3 款。

입증하지 못할 경우, 소비자는 해당 운영자가 상품 판매자로서의 책임을 지도록 주장할 수 있다고 명시했다⁵. 한편, <인터넷 광고 관리 방법>은 라이브 방송 환경 내의 광고주, 광고 운영자, 광고 게시자 및 광고 모델(연예인)을 구분하고 있다⁶. 따라서 라이브 커머스의 핵심 법적 문제는 “규칙이 있는가 없는가”가 아니라, 여러 규정이 동시에 적용될 때 발생하는 주체 신분의 불일치와 책임의 연계 문제이다. 이 문제를 둘러싸고 기존 연구들은 주로 네트워크 라이브 마케팅 광고 규제, 플랫폼 신뢰 메커니즘 및 라이브 커머스 허위 광고 규제 등의 경로를 통해 논의를 전개해 왔다⁷. 그러나 소비자 권리 보호의 관점에서 볼 때, 여전히 “실제 판매자—라이브 방송 운영자—방송인—플랫폼”을 동일한 거래 사슬 속에 다시 위치시켜 그 책임 순위를 재검토할 필요가 있다.

이에 본 논문은 라이브 이커머스의 모든 법적 문제를 나열하기보다는, 연구의 초점을 “주체 식별과 책임 배분”이라는 주된 흐름에 맞추고자 한다. 본 논문은 다음 네 가지 질문에 답하고자 한다. 첫째, 라이브 거래에서 실제 판매자는 누구인가; 둘째, 라이브 방송 운영자는 언제 판매자 책임 구조에 포함되는가; 셋째, 방송인은 언제 광고법상 책임 체계에 포함되는가; 넷째, 플랫폼은 어떤 상황에서 더이상 기술 중립성을 이유로 책임을 면제받을 수 없는가. 본 논문은 “누가 판매하고, 누가

5《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第11条。

6《互联网广告管理办法》第19条，国家市场监督管理总局令 第72号，2023年2月25日公布，2023年5月1日起施行。

7赵玲：《网络直播营销广告的监管原则设定与规则完善》，载《行政法学研究》第2期(2025)，第52-64页；刘晓春：《平台信任机制构建中的调控型治理转向——以直播带货与〈广告法〉适用冲突为视角》，载《行政法学研究》第2期(2025)，第65-79页；刘雅婷、李楠：《直播电商虚假宣传的法律规制》，载《知识产权》第5期(2021)，第68-82页。

말하며, 누가 관리하는가”에 대한 답을 먼저 찾아야만, 이후 소비자 구제 및 책임 부담에 관한 논의가 안정적인 토대를 갖출 수 있다고 본다.

II. 라이브 이커머스 법적 분쟁이 왜 우선적으로 주체 식별 문제로 나타나는가

1. 복합형 경영 활동으로서의 라이브 이커머스

라이브 커머스 책임이 복잡한 근본적인 이유는 이것이 전통적인 의미의 단일 매매 관계가 아니라, 거래 행위, 상업적 홍보 및 플랫폼의 조직적 행위가 서로 중첩된 복합형 경영 활동이기 때문이다. 2026 년 <라이브 이커머스 감독 관리 방법>제 2 조는 라이브 이커머스를 인터넷 사이트, 애플리케이션 등을 통해 영상 생중계, 음성 생중계 또는 여러 생중계를 결합한 형태로 상품을 판매하거나 서비스를 제공하는 경영 활동으로 명확히 정의하고 있으며, 나아가 라이브 이커머스 플랫폼 운영자, 라이브 방송 운영자, 라이브 마케팅 담당자 및 라이브 마케팅 담당자 서비스 기관 등 4 가지 주체를 구분하고 있다⁸. 즉, 입법자는 라이브 커머스를 단순한 ‘판매자-소비자’ 양자 거래로 이해하지 않고, 다원적 주체가 공동으로 참여하여 거래 결과에 공동으로 영향을 미치는 경영 사슬로 간주하고 있다.

규범적 구조 측면에서 볼 때, 라이브 이커머스에는 적어도 세 가지 법적 요소가 동시에 내재되어 있다. 첫째, 이는 거래 행위이므로, 소비자권익보호법 시행조례는 사업자가 네트워크, 영상 화면 등에 실명과 표지를 명확히 표시하고, 타인이 실제로 상품이나 서비스를 제공할 경우 실제 사업자 정보를 명시할 것을 요구한다⁹. 둘째, 이는 상업 광고를 구성할 수도 있으므로, <인터넷 광고 관리 방법> 제 19 조는 라이브

8《直播电商监督管理办法》第2条第2款至第6款。

9《中华人民共和国消费者权益保护法实施条例》第13条第2款、第3款、第14条第3款。

스트리밍이 상업 광고를 구성할 경우 광고주, 광고 사업자, 광고 게시자 및 광고 모델 등을 각각 식별할 것을 요구한다¹⁰. 셋째, 이는 플랫폼 조직 하의 경영 활동이기도 하므로, 『라이브 이커머스 감독 관리 방법』은 신원 확인, 정보공시, 거래 기록, 분쟁 지원에서 필요한 조치에 이르기까지 플랫폼 거버넌스 의무를 체계적으로 규정하고 있다¹¹. 라이브 이커머스가 법적으로 특히 복잡해 보이는 이유는 그 ‘신규성’ 때문이 아니라, 원래 거래법, 광고법, 플랫폼 거버넌스에 분산 되어 있던 다중 관계를 하나의 라이브 방송 안에 압축해 놓았기 때문이다.

2. 거래 외관의 일체화와 책임 주체의 파편화

더 중요한 점은, 소비자가 마주하는 것은 대개 통일된 거래 외관이지, 명확하게 드러난 내부 협력 구조가 아니라는 것이다. 소비자는 대개 방송인의 추천, 라이브 방송실 명칭, 상품 링크, 결제 창구, 고객센터 응답 및 사후 서비스 약속을 바탕으로 전체적인 신뢰를 형성하며, 주문 전에 누가 실제 판매자인지, 누가 라이브 방송실 운영자인지, 누가 단지 위탁 홍보자인지, 또 누가 단지 플랫폼인지 적극적으로 구분하지 않는다. 또한 소비자의 신뢰 대상이 외관상 일체화되어 있기 때문에, 일단 내부 주체의 역할 분담이 충분히 공개되지 않으면 책임 추궁이 쉽게 흐려지기 쉽다. 그 결과, 실무에서는 판매자가 “내가 홍보한 게 아니다”, 방송인이 “내가 상품을 파는 게 아니다”, 라이브 방송실이 “상품은 내가 제공한 게 아니다”, 플랫폼이 “나는 단지 기술 서비스를 제공하는 것뿐이다”라고 강조하며 서로 책임을 전가하는 상황이 빈번하게 발생한다. 중국 최고 인민법원이 사법해석에 라이브 방송실 운영자의 책임

10《互联网广告管理办法》第 19 条。

11《直播电商监督管理办法》第 8 条、第 15 条、第 16 条、第 17 条。

규정을 별도로 마련한 것은 바로 이러한 “거래 외관 일체화—책임 주체 파편화”라는 실무적 난제를 해결하기 위함이다.

따라서 라이브 이커머스에서의 책임 배분은 우선 “책임의 경중” 문제가 아니라 “책임의 진입점” 문제이며, 이 진입점이란 바로 주체 신원에 대한 정확한 식별이다. “누가 판매하고, 누가 말하며, 누가 거래를 조직하는가”를 먼저 확정해야만, 후속적인 계약 책임, 광고 책임 및 플랫폼 책임이 정확하게 배분될 수 있다.

III. 라이브 커머스에서의 주체 식별: 누가 판매자인가, 누가 광고 주체인가

1. 실제 판매자의 식별

소비자 권리 보호의 논리에 따르면, 실제 판매자는 제 1 순위 책임 주체로 간주되어야 한다. 이른바 실제 판매자란 라이브 방송에서 가장 활발하고 눈에 띄는 사람을 의미하는 것이 아니라, 실제로 상품이나 서비스를 제공하고 상품 인도, 대금수취, 사후 처리 및 책임 부담에 대해 실질적인 통제력을 가진 사업자를 말한다. 소비자권익보호법 시행조례는 웹 페이지, 영상 화면 등에 실제 명칭과 표시를 명확히 표기할 것을 요구할 뿐만 아니라, 다른 사업자가 실제로 상품이나 서비스를 제공하는 경우 소비자에게 해당 사업자의 명칭, 영업 주소 및 연락처를 제공해야 한다고 명시하고 있다. 또한, 사업자가 상업적 홍보, 제품 추천, 실물 전시 등의 방식을 통해 상품이나 서비스의 수량, 품질, 가격, 사후 서비스, 책임 부담 등에 대해 한 약속도 소비자에게 이행해야 한다. 따라서 실제 판매자의 식별은 “누가 실제로 계약을 이행하는지, 누가 실제로 약속을 하는지, 누가 실제로 사후 관리를 통제하는지”를 핵심으로 해야 한다.

2. 라이브 방송 운영자의 판매자 책임 편입 가능성

실제 판매자와 비교할 때, 라이브 방송 운영자는 라이브 이커머스에서 신원 혼동을 가장 쉽게 유발하는 주체이다. 『라이브 이커머스 감독 관리 방법』에 따르면, 라이브 방송 운영자는 플랫폼에 계정을 등록하거나 자체 구축한 웹사이트, 기타 네트워크 서비스를 통해 라이브 방송실을 개설하여 라이브 이커머스 활동을 영위하는 주체를 말하며, 타인의 라이브 방송실을 실제로 운영하는 경우에도 라이브 방송 운영자의 의무를 이행해야 한다¹². 비록 라이브 방송 운영자가 당연히 판매자와 동일시되는 것은 아니지만, 계정, 페이지 표시 및 거래 상황을 통제하기 때문에 소비자의 인식상 판매자와 혼동되기 쉽다. 바로 이러한 이유로, 중국 최고인민법원은 다음과 같이 명확히 지적했다. 라이브 방송 운영자가 소비자가 식별할 수 있을 만큼 충분히 자신이 판매자가 아니며 실제 판매자가 누구인지를 명시하지 못했다는 사실을 입증하지 못할 경우, 소비자는 해당 운영자가 상품 판매자로서의 책임을 지도록 주장할 수 있다. 표시가 되어 있다 하더라도, 인민법원은 여전히 거래 외관, 협력 모델, 거래 과정 및 소비자 인식 등의 요소를 종합적으로 고려하여 판단해야 한다¹³. 다시 말해, 라이브 방송 운영자가 판매자 책임 구조에 포함되는지 여부는 그 자체의 자의적 위치에 있는 것이 아니라, 소비자가 자신을 판매자로 믿을 수 있을 만큼의 거래 외관을 조성했는지에 달려 있다.

2026년 <라이브 스트리밍 전자상거래 감독 관리 방법>은 라이브 방송 운영자의 사전 의무를 한층 강화했다. 이 관리방안은 라이브 방송 운영자가 계정 홈페이지의

12《直播电商监督管理办法》第2条第3款。

13《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定(一)》第11条, 2022年3月2日公布。

눈에 잘 띄는 위치에 법에 따라 진실하고 유효한 정보를 공시할 것을 요구하며¹⁴, 라이브 방송 페이지에 실제 상품을 판매하거나 서비스를 제공하는 사업자의 명칭, 실제 영업 주소 및 연락처를 지속적으로 표시해야 하며¹⁵, 실제 상품을 판매하거나 서비스를 제공하는 사업자의 정보를 검증하고, 라이브 방송 상품 선정 및 마케팅 문구 등에 대한 심사를 강화하며, 관련 기록을 3년 이상 보존해야 한다고 규정하고 있다¹⁶. 이와 동시에, 라이브 방송 운영자는 라이브 마케팅 담당자의 신원을 확인하고, 사전 규정 준수 심사 메커니즘 및 시정 메커니즘을 구축해야 한다¹⁷. 이러한 규정들은 라이브 방송 운영자가 단순한 정보 전달 채널이 아니라, 거래의 외관, 상품 선정 및 마케팅 표현에 대해 조직 및 통제 기능을 가진주체임을 보여준다. 또한 그 통제력이 더 강하기 때문에, 법률은 더 높은 정보 공개 의무와 더 무거운 책임 위험을 그들에게 부과하고 있다.

3. 방송인의 광고법상 책임

라이브 방송 운영자에 비해 방송인의 법적 지위는 더 유동적이다. 『라이브 이커머스 감독 관리 방법』에 따르면, 라이브 마케팅 인력은 라이브 이커머스 활동에서 직접 일반 대중을 대상으로 상품 또는 서비스 홍보·추천 활동을 전개하는 자연인을 말한다. 이는 방송인이 우선적으로 홍보·추천자이며, 당연히 거래 상대방이나판매자는 아니라는 것을 의미한다. 그러나 이것이 방송인이 본질적으로 면책된다는 뜻은 아니다. 현행 규정은 스트리머가 광고 책임 구조에 포함되는 조건을 비교적 명확히 규정하고 있다. 한편, <인터넷 광고 관리 방법> 제 19 조는

14《直播电商监督管理办法》第 25 条。

15《直播电商监督管理办法》第 26 条。

16《直播电商监督管理办法》第 27 条。

17《直播电商监督管理办法》第 28 条、第 30 条、第 31 条。

라이브 마케팅 담당자가 자신의 명이나 이미지를 사용하여 상품, 서비스를 추천·증명함으로써 광고 모델에 해당하는 경우, 광고 모델의 책임과 의무를 부담해야 한다고 규정하고 있다¹⁸; 다른 한편, 『라이브 이커머스 감독 관리 방법』 제 35 조는 상품 경영자 또는 서비스 제공자 이외에 일정한 영향력을 가진 자연인이 라이브 이커머스 활동에서 자신의 명이나 이미지를 통해 상품 또는 서비스를 추천·증명하는 경우, 일반적으로 상업 광고를 구성한다고 규정하고 있다. 따라서 스트리머의 법적 지위는 기능적으로 구분되어야 한다. 만약 그가 단순히 판매 보조자일 뿐이라면, 당연히 그에게 제 1 차 거래 책임을 지운다고 추정해서는 안 된다. 만약 그가 이미 개인 명의, 이미지 및 영향력을 동원하여 독립적으로 추천 및 증명을 했다면, 광고법상의 책임 체계에 포함되어야 한다.

4. 라이브 마케팅 인력 서비스 기관의 보조적 관리 책임

또한, 라이브 마케팅 인력 서비스 기관은 일선 거래 주체는 아니지만, 완전히 중립적인 것도 아니다. 2026 년 <라이브 이커머스 감독 관리 방법>은 별도의 장을 두어 그 의무를 규정하고 있으며, 내부 관리 체계를 수립하고, 라이브 마케팅 인력의 신원을 확인하며, 라이브 마케팅 인력과 계약을 체결할 때 법적으로 부담해야 할 책임을 경감하거나 면제해서는 안 되며, 교육과 일상 관리를 강화하고, 라이브 방송 운영자와 협력하여 상업 활동을 전개할 때 상대방의 정보를 확인하도록 요구하고 있다¹⁹. 따라서 주체 식별 구조의 관점에서 볼 때, 서비스 기관은 일반적으로 소비자와 직접 대면하여 거래를 완료하지는 않지만, 이미 라이브 이커머스 책임 사슬 내에서 보조적 관리 주체를 구성하고 있다.

18《互联网广告管理办法》第 19 条；《直播电商监督管理办法》第 35 条。

19《直播电商监督管理办法》第 37 条、第 38 条、第 39 条、第 40 条。

종합하면, 라이브 이커머스에서의 주체 식별은 거래에서 홍보로 이어지는 순서에 따라 전개되어야 한다. 먼저 실제 판매자를 식별하여 이를 소비자의 청구권의 제 1 순위 부담자로 확정하고, 다음으로 라이브 방송 운영자가 표시 의무를 다하지 않았거나 거래 외관을 형성함으로써 판매자 책임 구조에 포함되는지 판단하며, 마지막으로 방송인이 홍보 방식 및 개인적 추천 기능으로 인해 광고법 책임 체계에 포함되는지 식별해야 한다. 이러한 단계별 식별을 완료해야만 책임 배분에 명확한 법리적 근거가 마련된다.

IV. 라이브 커머스에서의 책임 배분: 제 1 차 책임, 강화된 책임 및 거버넌스 보장 책임

1. 실제 판매자의 제 1 차 책임

라이브 커머스 분쟁에서 책임 배분은 우선 거래법의 기본 논리로 돌아가야 한다. 즉, 누가 실제로 상품이나 서비스를 제공하는지에 따라, 그 주체가 소비자에게 우선적으로 책임을 진다. 소비자권익보호법 시행조례는 실명 명시를 요구하고, 실제경영자 정보를 공개하며, 경영자가 홍보, 추천, 전시 등의 방식으로 한 약속을 이행하도록 요구함으로써, 법이 “누가 카메라 앞에서 가장 활발히 활동하는가”를 책임의 출발점으로 삼지 않고, “누가 실제로 거래를 이행하고, 누가 실제로 상품이나 서비스를 제공하는가”를 책임의 진입점으로 삼고 있음을 분명히 하고 있다²⁰. 따라서 실제 판매자는 라이브 커머스에서 제 1 순위 책임을 지며, 상품 또는 서비스의 품질, 안전, 인도, 반품 및 교환, 사후 보증에 대해 우선적으로 책임을 져야한다.

2. 라이브 방송 운영자의 강화된 책임

20《中华人民共和国消费者权益保护法实施条例》第 12 条、第 13 条。

실제 판매자와 비교할 때, 라이브 방송 운영자가 부담하는 것은 일종의 강화된 책임이다. 이는 일반적인 중개자와 달리 계정, 페이지, 상품 선정, 마케팅 표현 및 거래 장면을 통제함으로써 소비자의 거래 대상에 대한 인식을 직접 형성한다는 점에 있다. 최고 인민법원의 규정에 따르면, 라이브 방송 운영자가 소비자가 식별할 수 있도록 충분히 표시할 의무를 다하지 않은 경우, 판매자 책임 구조에 직접 포함될 수 있다; 제 17 조에 따르면, 라이브 방송 운영자가 사업자가 제공하는 상품이 인신·재산 안전 보장 요건을 충족하지 못하거나 기타 소비자의 합법적 권익을 침해하는 행위를 알고 있거나 알았어야 함에도 불구하고 이를 홍보하여 소비자에게 손해를 입힌 경우, 소비자는 해당 상품 제공 사업자와 함께 연대 책임을 지도록 주장할 수 있다²¹. 이와 동시에, <라이브 이커머스 감독 관리 방법>은 실제 판매자 정보 확인, 상품 선정 및 마케팅 문구에 대한 심사 강화, 사전 규정 준수 심사 메커니즘 및 시정 메커니즘 구축을 요구하고 있다²². 이는 라이브 방송 운영자가 책임 체계 내에서 차지하는 위치가 단순히 “상품을 판매했는지 여부”에 그치는 것이 아니라, 거래의 외관을 형성했거나 명백한 위험을 방치한 경우, 거래 조직자에서 직접 책임자 또는 공동 책임자로 격상될 수 있음을 의미한다.

3. 방송인의 기능별 광고 책임

라이브 이커머스에서 방송인은 일반적으로 소비자의 청구권 우선순위 1 순위로 당연히 배치되어서는 안 된다. 그 이유는 방송인이 대부분의 경우 거래 이행 기능보다는 홍보 및 추천 기능에 더 가깝기 때문이다. 그 책임의 중심은 주로 광고법 체계 내에 두어야 하며, 실제 판매자를 직접 대체하여 모든 거래 책임을 지는 것은

21《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定（一）》第17条。

22《直播电商监督管理办法》第27条、第30条、第31条。

아니다. 물론, 이것이 방송인의 책임이 가볍다는 것을 의미하지는 않는다. 반대로, 방송인이 자신의 명이나 이미지를 통해 상품이나 서비스를 추천·보증하고, 이것이 상업 광고에 해당한다면, 법에 따라 상응하는 광고법상 책임을 져야 한다²³. 여기서 핵심은 방송인이 광고비나 수수료를 받았는지 여부가 아니라, 개인의 신용과 영향력을 바탕으로 상품에 대한 추천·보증에 참여했는지 여부이다. 스트리머를 일률적으로 판매자로 간주하는 것은 거래 책임과 광고 책임의 경계를 모호하게 할 뿐만 아니라, 책임 체계 내부의 계층 구조를 명확히 하는 데에도 도움이 되지 않는다.

4. 플랫폼의 관리 보장 책임

실제 판매자가 제 1 차 책임을, 라이브 방송 운영자가 강화된 책임을 진다고 한다면, 플랫폼이 지는 것은 일종의 관리 보장 책임이다. 『라이브 이커머스 감독 관리 방법』에 따르면, 플랫폼은 신원 확인 및 등록, 6개월마다 한 번씩 확인 및 갱신, 매년 1 월과 7 월에 신원 정보를 제출하고, 교육 체계를 구축하며, 등급별·유형별관리 체계를 수립하고, 위법 행위 처리 체계를 구축하고, 위험 식별 체계를 구축하고, 거래 정보를 3 년 이상 보존하며, 소비자 권리 보호 체계와 민원 처리 체계를 구축하고, 분쟁 발생 시 라이브 방송 운영자 및 라이브 마케팅 담당자의 관련정보와 거래 기록을 제공하며, 소비자의 합법적 권익을 침해하는 행위를 알게 되거나 알았어야 할 경우 법에 따라 필요한 조치를 취하는 등 일련의 거버넌스 의무를 부담한다²⁴. 이로부터 알 수 있듯이, 플랫폼은 라이브 이커머스 분야에서 더이상 단순한 기술적 통로가 아니라 전형적인 관리 주체이다.

23《互联网广告管理办法》第 19 条。

24《直播电商监督管理办法》第 6 条、第 8 条、第 9 条、第 10 条、第 16 条、第 17 条、第 18 条、第 20 条。

사법해석이 플랫폼의 책임을 이해하는 방식은 이와 완전히 일치한다. 최고 인민법원은 발표 설명에서 라이브 마케팅 플랫폼에 대해 사법해석이 네 가지 유형의전형적인 책임 규칙을 설정했다고 명확히 지적했는데, 여기에는 플랫폼 자체 영업 책임, 라이브 방송 운영자의 실명 정보를 제공할 수 없을 때의 선지급 책임, 식품 영업 자격 심사 의무를 다하지 않았을 때의 연대 책임, 그리고 불법 행위를 알고 있거나 알았어야 할 경우의 책임이 포함된다. 즉, 플랫폼의 책임은 일률적으로 동일하지 않으며, 개입 정도와 의무 위반 정도에 따라 판매자 책임, 배상 책임또는 연대 책임으로 나타날 수 있다. 플랫폼은 일반적으로 소비자의 청구권에서 제 1 순위에 위치하지는 않지만, 전체 책임 체계 내에서 제도적 지주 역할을 하는 데 있어 매우 중요하다.

따라서 라이브 이커머스에서의 책임 배분은 “트래픽이 많은 쪽이 책임을 진다”고 이해해서는 안 되며, 명확한 계층적 구조를 형성해야 한다: 실제 판매자는 제 1 순위 책임을, 라이브 방송 운영자는 강화된 책임을, 방송인은 주로 자신의 기능에 상응하는 광고법상 책임을, 플랫폼은 관리 및 보장 책임을 진다. 이 중 실제 판매자는 거래 이행과 사후 구제 책임을, 라이브 방송 운영자는 거래 외관 형성 및홍보 위험을, 방송인은 홍보 및 추천 관련 위험을, 플랫폼은 신원 확인, 거래 기록 보존, 분쟁 지원 및 필요한 조치를 담당한다. 이러한 주체들을 동일한 책임 사슬에 위치시켜 계층적으로 이해할 때만 라이브 커머스 내 소비자 보호 규정이 진정한 실행 가능성을 갖게 된다.

V. 결론

라이브 커머스가 일반적인 온라인 마케팅 방식에서 점차 안정적인 온라인 거래 형태로 발전함에 따라, 중국은 이미 소비자권익보호법 시행조례, 최고 인민법원 네트워크 소비 분쟁 사법해석, 인터넷 광고 관리 방법 및 라이브 커머스 감독관리 방법을 핵심으로 하는 규범 체계를 형성했다. 문제는 더 이상 “준거법이 있는가”가 아니라, 여러 규범이 교차 적용되는 상황에서 주체를 정확히 식별하고 책임을 합리적으로 배분하는 방법이다.

본문의 기본 결론은 다음과 같다. 라이브 커머스 내의 법적 난제는 본질적으로 다원적 주체가 동일한 거래 상황에서 신분이 중첩되는 문제이다. 이에 대해 “먼저판매자를 식별하고, 다음으로 광고 주체를 식별하며, 마지막으로 플랫폼의 관리 의무를 검토한다”는 분석 경로를 따라야 한다. 즉, 실제 판매자를 소비자 청구권의 제 1 순위 부담자로 확정하고, 라이브 방송 운영자의 외관 형성 위험을 강화된 책임 구조에 포함시키며, 방송인의 구체적인 추천 기능을 광고법 책임 체계에 편입하고, 플랫폼을 검증·기록·협조 및 필요 조치 의무를 지닌 관리 주체로 규정해야한다. 주체 식별을 출발점으로, 책임 우선순위를 핵심으로 삼아야만 라이브 이커머스 분야의 소비자 보호 규정이 진정으로 실행 가능성을 갖게 된다.

참고문헌

외국어문헌

[중국어]

<논문>

赵玲：《网络直播营销广告的监管原则设定与规则完善》，载《行政法学研究》，第 2 期, 2025.

刘晓春：《平台信任机制构建中的调控型治理转向—直播带货与〈广告法〉适用冲突为视角》，载《行政法学研究》，第 2 期, 2025.

刘雅婷·李楠，《直播电商虚假宣传的法律规制》，载《知识产权》，第 5 期, 2021.

초 록

라이브 스트리밍 전자상거래는 단순한 매매 행위가 아니라, 거래 행위, 상업적 홍보 및 플랫폼 관리 행위가 교차하고 중첩된 복합형 경영 활동이다. 이에 따라 라이브 스트리밍 전자상거래의 핵심 법적 문제는 개별적인 무질서 현상 그 자체가 아니라, 실제 판매자, 라이브 방송 운영자, 방송인 및 플랫폼 등 다원적 주체가 동일한 거래 상황에서 신분이 중첩됨으로써 소비자가 피해를 입었을 때 책임 주체를 식별하기 어렵다는 점에 있다. 중국의 현행 규범은 이미 『중화인민공화국 소비자권익보호법 시행조례』, 최고 인민법원의 네트워크 소비 분쟁에 관한 사법해석, 『인터넷 광고 관리 방법』 및 『라이브 이커머스 감독 관리 방법』을 핵심으로 하는 규칙 체계를 초보적으로 형성했다. 본 논문은 라이브 커머스 분쟁을 처리함에 있어 “ 먼저 판매자를 식별하고, 다음으로 광고 주체를 식별하며, 마지막으로 플랫폼의 관리 의무를 심사”하는 분석 경로를 따를 것을 제안한다. 책임 배분 측면에서는 “실제 판매자가 제 1 순위 책임을, 라이브 방송 운영자가 강화된 책임을, 플랫폼이 관리 보장 책임을 ” 지는 기본 구조를 형성함으로써, 소비자 보호와 라이브커머스 사업 모델 발전 사이에서 비교적 합리적인 균형을 실현해야 한다고 본다.

<주제어> 라이브 커머스; 주체 식별; 책임 배분; 소비자 권리 보호; 플랫폼 관리

A b s t r a c t

Live streaming e-commerce is not just a trading activity, but a complex management activity that intersects and overlaps transaction behavior, commercial promotion, and platform management behavior. As a result, the core legal issue of live streaming e-commerce is not an individual disorder phenomenon itself, but it is difficult to identify the responsible entity when consumers are damaged by overlapping multiple entities such as actual sellers, live broadcast operators, broadcasters, and platforms in the same transaction situation. China's current norms have already formed a rule system that focuses on the Enforcement Ordinance of the People's Republic of China's Consumer Rights Protection Act, judicial interpretation of network consumption disputes by the Supreme People's Court, Internet Advertising Management Method, and Live E-Commerce Supervision Management Method. In dealing with live commerce disputes, this paper proposes to follow an analysis path that "first identifies sellers, then identifies advertising subjects, and finally examines the platform's management obligations." In terms of responsibility allocation, we believe that a relatively reasonable balance should be achieved between consumer protection and the development of the live commerce business model by forming a basic structure in which "actual sellers take the first priority responsibility, live broadcast operators take the strengthened responsibility, and platforms take the responsibility of management guarantee."

Keywords: Live commerce; Subject identification; Responsibility allocation; Consumer rights protection; Platform management

강소월- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 — 사법판례를 중심으로
하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구

-사법판례를 중심으로

A Study on the Effectiveness of Corporate Acts
-Based on Defective Resolutions: Focusing on Judicial Precedents

강소월(康晓月) (인하대학교 법학과 박사생)

KANG, Soyue(Doctoral Student, Dept. of Law, Graduate School, INHA University)

목 차

- I. 서론
- II. 회사 하자결의에 관한 개관
 - 1. 개념
 - 2. 회사 하자결의의 유형
 - 3. 하자결의에 기초한 행위의 분류
- III. 사법실무에서의 효력 인정 곤란
 - 1. 내부행위: 사법재판에서 행위 효력에 대한 회피
 - 2. 외부행위: 선의의 상대방 규칙 적용의 불통일
- IV. 개선 경로
 - 1. 내부행위 효력의 개선
 - 2. 외부행위 효력의 개선
- V. 결론

I. 서론

경제의 급속한 발전을 배경으로 회사 규모가 지속적으로 확대됨에 따라 입법의 가치 지향에도 중대한 변화가 나타나고 있다. 초기에는 현대적 기업제도의 구축에 초점이 맞추어졌으나, 최근에는 점차 회사 지배구조의 개선으로 그 관심이 이동하고 있다. 회사결의 제도는 법인의 의사를 형성하는 핵심적 매개체로서, 단순히 내부 의사결정의 법정 절차를 구성할 뿐만 아니라, 지배구조의 효율성을 제고하는 데 있어 중요한 제도적 기반을 형성한다. 2017 년 「회사법 사법해석(4)」은 회사결의의 하자 유형을 한층 보완하여 '결의 불성립'이라는 새로운 유형을 도입하였다. 이후 신 「회사법」 제 27 조는 이를 법률상 명시하였고, 제 28 조에서는 불성립 결의에 기초하여 회사가 상대방과 행한 행위의 효력에 관한 규정을 신설하였다. 이로써 결의 불성립, 결의 취소가능, 결의 무효로 구성되는 이른바 "삼분법" 체계가 정식으로 확립되었다.

그러나 회사 지배구조 실무에서는 여전히 다양한 법적 문제가 제기되고 있다. 예컨대 회사가 경영 의사결정이나 임원 변경과 같은 경영관리행위를 내용으로 하는 내부결의를 하였으나, 해당 결의가 무효로 판단된 경우, 그에 기초하여 이루어진 행위의 효력을 어떻게 평가할 것인가가 문제된다. 또한 증자나 감자와 같은 조직변경행위에 있어서 결의에 하자가 존재하는 경우, 해당 행위의 효력은 회사 내부의 권리관계뿐만 아니라 외부 거래상대방의 이익에도 영향을 미친다. 이러한 경우에도 선의의 상대방 보호 규칙을 동일하게 적용할 수 있는지에 대해서는 여전히 논란이 존재한다. 사법실무 차원에서는 결의 하자가 후속 행위에 미치는 영향 범위가 명확하지 않으며, 다수의 법원이 행위의 효력 판단을 회피하는 경향을 보이고 있어 분쟁을 종국적으로 해결하지 못하는 문제가 발생하고 있다. 나아가 하자결의에 기초한 외부행위의 효력 판단에 있어서 상대방이 어떠한 경우에 심사의무를 부담하는지에 대해서도 통일된 기준이 형성되지 못하고 있다. 특히 회사결의가 법정 제한에

강소월- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 — 사법판례를 중심으로
 해당하는지 또는 정관상 제한에 해당하는지에 따라 상대방의 선의 판단 기준과
 심사의무의 범위가 달라질 수 있음에도 불구하고, 현행 규범은 이에 대해
 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다. 또한 거래 상대방의 주관적 상태는 행위
 효력 판단의 핵심 요소로 기능한다. 상대방이 합리적인 주의의무를 다하지
 못하고 회사결의를 적절히 심사하지 않은 경우, 해당 행위는 회사에 대하여
 효력을 발생하지 않는다. 그러나 현행 법체계에서는 주의의무의 판단 기준이
 명확하지 않으며, 특히 '합리적인 주의의무'의 경계가 불분명하여 사법실무에서
 선의 요건의 판단에 혼선이 발생하고 있다.

이와 같은 문제들로 인해 회사 하자결의에 기초한 행위의 효력 인정에 있어
 사법재판 결과에 상당한 차이가 발생하고 있으며, 이는 판결의 신뢰성과
 예측가능성을 저해하는 요인으로 작용한다. 따라서 이러한 배경에서 회사
 하자결의에 기초한 행위의 효력 및 그 구제제도에 대한 체계적인 연구는
 중요한 이론적·실무적 의의를 가진다.

II. 회사 하자결의에 관한 개관

1. 개념

회사 하자결의란 회사가 회의 소집 절차나 의결 방식에서 법률, 행정법규
 또는 회사 정관을 위반하거나, 결의 내용이 회사 정관에 위반되는 경우에
 이루어진 결의를 의미한다. 이러한 하자는 크게 절차적 하자과 내용적 하자의
 두 가지 유형으로 구분된다. 학계에서는 하자결의에 대한 이해가 대체로
 일치하며, 본 논문은 중국 「회사법」 및 관련 사법해석에 근거하여 광의의
 개념을 채택한다. 광의의 하자결의란 결의의 실질적 또는 형식적 요건이
 결여되어 그 효력에 영향을 미치는 경우를 의미하며, 결의의 불성립, 무효 및
 취소가능의 상황을 포함한다. 결의행위는 계약행위와 그 효력 구조가 상이하다.
 결의행위가 독립된 법률행위로 인정되는 이유는 그 형성 방식, 효력 범위 및
 기본 원리가 계약행위와 본질적으로 다르기 때문이다. 결의의 효력은 결의에

강소월- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 — 사법판례를 중심으로

찬성한 자뿐만 아니라 반대한 자 및 기권한 자에게도 동일하게 미친다. 반면 사법 영역에서 계약행위는 원칙적으로 계약 당사자 사이에서만 효력이 발생하며, 제 3 자는 원칙적으로 구속되지 않는다. 하자결의는 이와 같은 특성으로 인해 법적 정당성이 일정 정도 훼손될 수 있으며, 그 하자는 결의 내용뿐만 아니라 결의 형성과정에서도 발생할 수 있다. 어떠한 유형의 하자이든 결의의 정당성에 영향을 미치고, 나아가 주주의 이익을 침해할 가능성이 있다¹. 대부분의 경우 결의의 부당성으로 인해 일부 주체는 하자결의의 구속을 받음으로써 권리가 침해될 수 있으며, 이에 대하여 법은 주주대표소송, 반대주주의 주식매수청구권 등 다양한 구제수단을 마련하고 있다.

2. 회사 하자결의의 유형

학계에서는 일반적으로 결의행위를 하나의 통일된 법률행위 유형으로 파악하고, 법률행위 효력 판단의 일반 규칙을 적용하여 결의의 효력을 평가한다. 동시에 절차적 하자과 같은 결의행위의 특수한 문제에 대해서는 별도의 논의를 진행한다². 중국에서는 회사 하자결의의 효력 유형을 무효, 취소가능 및 불성립의 세 가지로 구분한다. 구체적으로, 결의 내용이 법률 또는 행정법규에 위반되는 경우에는 무효로 본다. 결의의 소집 절차나 의결 방식이 법률, 행정법규 또는 회사 정관에 위반되거나, 결의 내용이 회사 정관에 위반되는 경우에는 취소가능한 결의로 본다. 또한 회사가 회의를 개최하지 않았거나, 결의 사항에 대하여 표결이 이루어지지 않았거나, 회의 출석 인원이 법률 또는 정관의 규정에 부합하지 않거나, 표결 결과가 법률 또는 정관이 정한 통과 비율에 도달하지 못한 경우에는 결의가 성립하지 않은 것으로 본다.

¹徐银波：《法人依瑕疵决议所为行为之效力》，载《法学研究》第42卷第2期(2020)，第151页。

²王滢：《公司决议行为的双阶构造及其效力评价模式》，载《当代法学》第35卷第5期(2021)，第140页。

3. 하자결의에 기초한 행위의 분류

결의 하자의 유형을 명확히 한 이후에는, 해당 결의에 기초하여 회사가 수행한 행위를 유형화할 필요가 있다. 본 논문은 행위가 회사 외부 이해관계자에게 영향을 미치는지 여부를 기준으로 이를 내부행위와 외부행위로 구분한다. 먼저, 내부행위는 회사 조직 내부에서 발생하여 회사 내부 법률관계를 조정하는 행위를 의미한다. 이러한 행위는 다시 두 가지 유형으로 구분할 수 있다. 첫째는 경영관리행위로서, 이익배분, 고위 경영진의 선임 및 해임, 일상적 경영 의사결정 등을 포함한다. 둘째는 조직변경행위로서, 회사의 합병·분할, 자본의 증감, 조직형태의 변경, 해산 및 청산 등 회사 조직구조에 근본적인 변화를 초래하는 행위를 포함한다³. 이러한 행위는 주로 회사 내부 지배구조에 관한 것으로, 원칙적으로 외부 제 3 자와 직접적인 관련을 가지지 않는다. 다음으로, 회사가 하자결의에 기초하여 수행하는 외부행위는 결의 내용이 회사 외부 제 3 자의 권익과 관련되는 행위를 의미한다. 회사 하자결의가 회사 내부뿐만 아니라 제 3 자에게도 영향을 미치는 경우, 일부 학자들은 이를 결의의 “외부적 파급효과”로 설명한다⁴. 외부행위는 회사가 결의에 기초하여 외부 주체와 법률관계를 형성하는 행위를 의미하며, 대표적으로 대외 담보 제공 및 지분 양도 등이 이에 해당한다. 이러한 행위는 거래 상대방 또는 제 3 자의 이익과 직접적으로 관련되며, 그 법적 효력은 회사 내부 관계뿐만 아니라 거래 안전 및 신뢰 보호 문제와도 밀접하게 연관된다. 이와 같은 유형화는 후속 논의에서 서로 다른 유형의 행위에 대하여 차별화된 효력 인정 기준을 설정하는 데 기초를 제공하며, 모든 경우에 동일한 기준을 적용함으로써 발생할 수 있는 불합리한 결과를 방지하는 데 기여한다.

³丁勇：《公司决议瑕疵立法的范式转换与体系重构》，载《法学研究》第 42 卷第 3 期(2020)，第 85 页。

⁴梁上上：《公司担保合同的相对人审查义务》，载《法学》第 3 期(2013)，第 26 页。

III. 사법실무에서의 효력 인정 곤란

1. 내부행위: 사법재판에서 행위 효력에 대한 회피

사법실무에서 회사 하자결의에 기초하여 이루어진 경영관리행위를 마주할 때, 법원은 종종 결의의 하자 유형에 초점을 맞춘다. 예를 들어, 베이징시 제 1 중급인민법원이 사건을 심리할 때⁵, 회사 이사회가 권한 범위를 초과하여 결의를 하였고, 법원은 결의 내용 및 절차가 법률 및 회사 정관에 부합하는지 여부를 상세히 심사하였으며, 최종적으로 해당 결의 내용이 정관에 위반된다는 이유로 결의를 취소가능한 하자로 판단하였다. 그러나 이와 같은 하자결의에 근거하여 이루어진 경영관리행위의 법적 효력, 예컨대 「자산경영위탁계약」의 효력에 대하여 법원은, 해당 계약이 해제 조건을 갖추었는지 여부는 계약 분쟁 해결 메커니즘에서 해결되어야 하며, 본 사건의 이사회 결의를 통하여 위 계약의 효력 인정 및 이행 등에 관한 분쟁을 근본적으로 해결할 수 없다고 보았다. 또한 본 사건의 소송 결과 역시 객관적으로 해당 계약의 계속 이행 또는 해제를 확인하는 효력을 달성하기 어렵다고 판단하여, 법원은 최종적으로 회피하는 태도를 선택하였다. 이러한 회피 태도의 발생은 한편으로는 경영관리행위가 통상 다수의 복잡한 거래 절차와 제 3 자의 이익을 포함하고 있기 때문이며, 만약 행위 효력을 쉽게 판단할 경우 연쇄적인 반응을 초래하여 거래 질서의 안정에 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 다른 한편으로는, 법률이 이와 같은 행위의 효력에 대하여 충분히 명확한 규정을 두고 있지 않기 때문에 법원이 재판 시 우려를 가지게 된다. 이러한 현상은 비교적 보편적이며, 다수의 유사한 사례가 이 문제에 대한 법원의 신중한 태도를 보여준다. 그러나 이러한 재판은 경영관리행위의 효력을 일종의 불확정 상태에 놓이게 한다.

회사 조직변경행위에 있어서도 법원은 동일하게 효력 인정에 대한 회피 문제에 직면한다. 이러한 회피 현상은 회사 조직구조의 안정성에 부정적인

⁵北京市第一中级人民法院(2024)京 01 民终 8901 号民事判决书。

강소월- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 — 사법판례를 중심으로
영향을 미친다. 회사 조직변경은 회사의 경영 범위, 존속 기간 및 등록 자본 등 여러 측면을 포함하고 있으며, 효력의 불확정성은 관련 업무의 정체를 초래하고 회사의 정상적인 운영에 영향을 미친다. 또한 관련 이해관계자의 권익에도 손해를 초래한다. 예를 들어, 직원은 조직변경의 불확정성으로 인해 직무 변동의 위험에 직면할 수 있으며, 채권자는 채권 실현에 대한 우려를 가지게 된다. 어떤 회사는 조직변경 결의의 하자로 인해 직원들이 동요하고 업무가 저해되었으며, 채권자 또한 조기 변제를 요구하여 회사에 큰 압박을 가하였다. 이는 법원이 조직변경행위의 효력 인정에서 회피하는 것이 회사와 관련 이해관계자에게 여러 불리한 영향을 초래함을 충분히 보여준다. 회사 하자결의에 기초한 조직변경행위 중 공상등기 사항과 관련된 행위에 대해서는, 법원은 일반적으로 하자결의로 인해 이루어진 공상등기 변경을 무효로 본다. 예를 들어, 이모와 유모 등의 회사결의 효력 확인 분쟁 사건에서⁶, 법원은 감자행위가 무효인 경우 유모와 하모는 원래의 지분등기를 회복해야 하며, 갑 회사는 감자 이전의 등록자본으로 회복해야 한다고 판단하였다. 따라서 이모가 갑 회사, 유모 및 하모에게 감자 및 지분변경등기의 회복을 요구한 소송청구를 법원은 지지하였고, 하자결의에 기초하여 이루어진 회사 감자 및 지분변경등기를 취소하도록 판결하였다. 또 다른 사건에서⁷, 법원은 법정대표자 및 경영자 변경과 경영기간 연장을 내용으로 하는 결의가 성립하지 않았다고 인정하고, 해당 회사가 법정대표자 및 경영자 변경등기를 특정 인물로 변경하는 데 협조하도록 판결하였다. 법원의 재판 논리는, 공상등기 행위는 회사 내부 결의를 외부에 공시하는 행위이며, 만약 결의 자체에 중대한 하자가 존재하는 경우, 해당 결의에 기초한 공상등기 행위는 당연히 합법적인 기초를 결여한다는 데 있다. 고려 요소는 주로 법의 엄정성과 시장 거래의 안전을

⁶北京市大兴区人民法院(2024)京 0115 民初 5694 号民事判决。

⁷北京市第二中级人民法院(2024)京 02 民终 5147 号民事判决书。

강소월- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 — 사법판례를 중심으로
유지하고, 회사 등기 사항의 합법성과 진실성을 확보하며, 하자결의로 인해 발생하는 비규범적 등기 행위가 시장 질서와 제 3 자의 이익을 침해하는 것을 방지하는 데 있다. 법원은 공상등기 사항과 관련된 경우 결의 하자에 대한 심사를 비교적 엄격하게 진행하며, 결의에 중대한 하자가 있다고 판단되는 경우 그 영향을 공상등기 행위에까지 확장하여 이를 무효로 판단한다.

사법재판에서 행위 효력 인정이 명확하게 언급되는 사례는 극히 소수이며, 대부분의 사건은 행위 효력에 대해 응답하지 않고 결의의 불성립, 취소가능 또는 무효 여부의 판단에 머무른다. 내부행위 영역에서 사법기관은 “결의 효력”과 “행위 효력”을 분리하여 처리하는 경향을 보이며, 직접적으로 행위 효력에 대한 판단을 회피함으로써 일정한 정도에서 행위 효력 문제에 대한 “회피”를 형성하고 있다.

2. 외부행위: 선의의 상대방 규칙 적용의 불통일

회사 하자결의에 기초하여 이루어진 외부행위와 관련된 사건에서, 사법재판은 통상 상대방의 주관적 상태를 행위 효력 인정의 중요한 기준으로 삼는다. 즉, 상대방이 선의인지 여부를 판단함으로써 해당 행위가 회사에 대하여 효력을 발생하는지를 결정한다. 구체적인 적용 과정에서는 여전히 비교적 뚜렷한 불통일 현상이 존재한다.

첫째, 서로 다른 사건에서 “선의의 상대방”에 대한 인정 기준에 차이가 존재한다. 민법에서의 선의는 소극적 선의, 단순한 선의, 추정된 선의로 이해된다⁸. 그러나 상법 영역에서는 당사 주체가 법률행위를 수행할 때 그 구조가 더욱 복잡하다. 법률행위의 내용에 따라 회사결의가 필요한지 여부가 결정되고, 나아가 결의 사항에 따라 주주총회 또는 이사회가 이를 소집·주재하게 되며, 절차 또한 매우 복잡하다. 따라서 회사의 진정한 의사는

⁸李建伟：《公司决议的外部效力研究——〈民法典〉第 85 条法教义学分析》，载《法学评论》第 38 卷第 4 期(2020)，第 29 页。

강소월- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 — 사법판례를 중심으로
쉽게 오류가 발생할 수 있다. 이와 같은 상황에서 민법상의 소극적·단순적·추정적 선의 기준을 그대로 상법상 주체에 적용하는 것은 타당하지 않다. 따라서 민법과 비교할 때 상법에서의 선의 인정 기준은 더욱 엄격하여야 하며, 상대방이 자신이 선의임을 입증하기 위해서는 일정한 심사의무를 이행하여야 한다.

둘째, 상대방이 심사의무를 부담하는지 여부 및 그 심사의무의 범위에 관하여 사법실무에서는 아직 통일된 기준이 형성되지 않았다. 일부 법원은 형식적 심사의무를 기준으로 판단한다. 예컨대 이모동과 면조회사 사이의 보증계약 분쟁 사건에서⁹, 법원은 원고 이모동이 채권자로서 피고 면조회사의 담보를 수령할 때 선의의 상대방으로서 형식적 심사의무를 다하지 못하였으므로 해당 담보계약은 무효라고 판단하였다. 반면 일부 법원은 주의의무를 기준으로 판단한다. 예컨대 회모회사, 희모돈회사 등 사이의 계약효력 확인 분쟁 사건에서¹⁰, 법원은 본 사건이 회사가 회사 주주를 위하여 담보를 제공한 사안으로서, 피담보 주주가 주주총회 결의에 서명한 것은 명백한 하자에 해당한다고 보았다. 따라서 상대방인 회통회사는 자신이 부담하여야 할 충분하고 신중한 주의의무를 명백히 소홀히 하였으며, 선의의 제 3 자에 해당하지 않는다고 판단하였다. 그 결과 회통회사는 선의의 제 3 자로서 희모양회사에 보증책임을 요구할 수 없으며, 희모양회사의 담보행위는 무효로 인정되었다.

셋째, 결의 내용이 법정 제한에 해당하는지 또는 회사 정관상의 제한에 해당하는지에 대하여 재판에서 명확히 구분하지 않는 경우가 많으며, 이로 인해 외부행위 효력 인정에 혼란이 발생한다. 법정 결의에서의 심사의무에 관하여 「구민기요」 제 18 조는 채권자의 심사의무가 일반적으로 형식심사에

⁹上海市浦东新区人民法院(2022)沪 0115 民初 57756 号民事判决书。

¹⁰甘肃省酒泉市(地区)中级人民法院(2022)甘 09 民终 1634 号民事判决书。

강소월- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 — 사법판례를 중심으로 한정되며, 필요한 주의의무만을 이행하면 되고 과도하게 엄격할 필요는 없다고 명시하고 있다. 한편 2023 년 최고인민법원의 「중화인민공화국 민법전 계약편 총칙에 관한 몇 가지 문제의 해석」(이하 “계약편 해석”) 제 20 조는 상대방의 심사의무 적용 범위를 확대하여, 대표권에 법정 제한이 존재하는 모든 경우에 상대방은 합리적인 심사의무를 이행하여야 한다고 규정하였다. 비록 상대방 심사의무의 적용 범위는 확대되었으나, 그 경계와 범위는 여전히 명확하지 않다. 의정 제한에 해당하는 결의의 경우, 상대방에게 법정 제한과 동일한 수준의 심사의무를 요구하는 것은 다소 과도하며, 거래의 효율성과 편의성을 저해할 수 있다. 「계약편 해석」 제 20 조 제 1 항은 법정 제한이 존재하는 경우 상대방이 합리적인 심사의무를 부담한다고 규정하고, 제 2 항은 의정 제한의 경우 상대방이 심사의무를 부담하지 않는다고 규정한다. 다만 회사가 상대방이 선의가 아님을 입증하는 경우에는 해당 행위는 회사에 대하여 효력을 발생하지 않는다. 그러나 상대방이 의정 제한에 대하여 심사의무를 부담하는지 여부에 관하여는 민법학자와 상법학자 사이에 여전히 견해의 대립이 존재한다. 상법학자들은 상대방에게 회사 정관에 대한 심사를 요구하는 것이 거래 부담을 크게 증가시키는 것은 아니며, 오히려 거래의 안전성을 크게 보장할 수 있다고 본다. 법률은 정관의 비치와 일정한 공개성을 인정하고 있으므로, 상대방이 정관을 조회하는 비용은 제한적이며, 이는 현실적으로 가능하고 실행 가능성이 있다고 평가된다¹¹.

IV. 개선 경로

1. 내부행위 효력의 개선

회사 하자결의에 기초하여 이루어진 내부행위 효력에 관한 규범이 충분하지 않다는 문제에 대하여, 한편으로는 회사 하자결의에 기초한 “경영관리행위”의

¹¹刘贵祥：《担保制度一般规则的新发展及其适用——以民法典担保制度解释为中心》，载《比较法研究》

第5期(2021)，第59页。

강소월- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 — 사법판례를 중심으로

효력 체계를 구축할 때, 우선 결의 사항의 영향 정도에 따라 판단하고, 다음으로 행위의 회복 가능성을 판단하며, 최종적으로 회사 지배구조 질서 유지의 필요성을 종합적으로 고려하여야 한다. 회사결의의 본질에 따라 결의 내용은 자산 권익 사항과 조직 지배 사항으로 구분할 수 있다. 전자와 관련된 재산 처분행위, 예컨대 이익 배분의 경우, 그 근거가 되는 결의에 효력상의 하자가 존재하는 것이 발견되면 관련 재산 처분행위는 무효로 보아야 하며, 이 경우 신 「회사법」 제 211 조에 근거하여 주주에게 재산 반환을 요구할 수 있다. 이는 실무에서 비교적 높은 집행 가능성을 가진다. 후자는 회사 정관의 수정, 지배기구 구성원의 변경 등 회사 조직구조 조정과 관련된 사항을 포함한다. 이러한 경우 하자결의에 기초한 행위의 효력을 인정함에 있어 두 가지 차원을 중점적으로 고려하여야 한다. 첫째, 기존 지배질서에 미치는 영향 정도이며, 둘째, 법률관계의 회복 가능성에 대한 판단이다. 전자는 상업 실무를 통하여 직관적으로 판단할 수 있으나, 후자는 구체적 상황에 따라 복잡하게 판단하여야 한다. 예를 들어, 회사가 법에 따라 주주 통지 의무를 이행하지 아니한 채 변경 결의를 형성하고, 해당 결의가 지분 구조 조정 및 고급관리인의 변경 등의 사항을 포함하며, 이미 공상등기기관에서 변경 등록이 완료되었으나 이후 결의가 불성립으로 확인된 경우를 들 수 있다. 이때 주주가 원래의 권리 상태로의 회복을 주장하는 경우, 등기 변경이 다수 이해관계자의 권리 조정과 관련되고, 또한 기존에 등기된 법정대표자가 이미 사망하여 사실 상태가 되돌릴 수 없는 경우에는 사법기관이 원상회복을 인정하는 소송청구를 지지하기 어렵다. 이와 같은 하자결의에 기초한 행위의 효력을 심사함에 있어서는 회사 지배구조의 안정성 요구, 결의 절차의 적법성 기준 및 시효적 요소를 종합적으로 고려하여, 다차원적 가치 균형을 통하여 회사의 정상적 운영과 법질서 유지라는 이중적 목표를 달성하여야 한다.

다른 한편으로, 회사가 행한 조직변경형 결의에 대하여는 이미 변경등기가

강소월- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 — 사법판례를 중심으로 이루어진 경우와 이루어지지 않은 경우를 구분하여 처리하여야 한다. 하자결의에 기초하여 이미 변경등기가 완료된 조직변경행위, 예컨대 증자, 감자, 합병, 분할 등의 경우, 결의가 부정된 이후 회사는 회사 등기기관에 신청하여 변경등기를 취소하고 회사 상태를 변경 이전 상태로 회복하여야 한다는 점을 명확히 하여야 한다. 거래 안전을 유지하고 선의의 제 3 자의 이익을 보호하기 위하여, 특정 기간 내 회사와 거래를 한 선의의 제 3 자가 등기 정보에 대한 신뢰를 기초로 수행한 거래행위는 여전히 법적 효력을 가진다고 설정할 수 있다. 예컨대 회사의 증자 결의가 법원에 의해 취소되었으나, 이미 해당 하자결의에 기초하여 공상등기가 이루어진 경우, 그 기간 동안 회사와 선의의 채권자 사이에 형성된 채권채무 관계는 여전히 유효하다¹². 변경등기가 이루어지지 않은 조직변경행위, 예컨대 이사회 구성원의 선임 등의 경우에는 결의가 부정된 후 해당 조직변경행위는 처음부터 무효가 되며, 회사는 결의 이전 상태로 회복되어야 한다. 관련 행위의 법적 결과는 회사 또는 관련 책임자가 부담하며, 예컨대 이사, 감사 및 고급관리인의 충실의무와 근면의무를 결합하여 과실이 존재하는 경우 이에 상응하는 손해배상 책임을 부담하도록 할 수 있다.

동시에 사법적 인정 기준을 통일하여, 구체적 사건에서 명확한 근거 부족으로 인하여 판결 결과가 일치하지 않는 상황을 방지함으로써 사법재판의 안정성과 예측 가능성을 제고하여야 한다.

2. 외부행위 효력의 개선

회사 하자결의에 기초하여 이루어진 외부행위에 있어서는, 우선 법정 제한 결의와 의정 제한 결의의 외부적 차이를 구분하여야 한다. 그 차이는 주로 다음과 같이 나타난다. 첫째, 법정 결의와 의정 결의는 표현 형식과 효력에 있어 차이가 존재한다. 법정 결의는 법률 조문을 통하여 직접적으로 나타나며,

¹²徐银波：《法人依瑕疵决议所为行为之效力》，载《法学研究》第42卷第2期(2020)，第167页。

강소월- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 — 사법판례를 중심으로

그 효력은 법률의 강행규정에서 비롯되어 보편적 구속력을 가지며, 제 3 자는 통상 이를 알고 있거나 알아야 하는 것으로 추정된다. 반면 의정 결의는 회사 내부의 약정에서 비롯된다. 둘째, 법정 결의와 의정 결의는 상대방의 심사의무에 있어서 차이가 존재한다. 법정 결의는 공시성이 강하기 때문에 상대방에게 더 높은 수준의 심사의무를 요구하며, 상대방은 관련 법률을 적극적으로 이해하여야 한다. 반면 의정 결의는 공시성이 약하여 상대방이 회사 내부의 약정을 전면적으로 파악하기 어려우므로, 그 심사의무는 상대적으로 경감된다. 셋째, 법정 결의와 의정 결의는 법률적 효과에 있어서도 차이가 존재한다. 법정 결의를 위반하는 경우에는 행위가 무효로 될 수 있다. 예컨대 회사가 결의를 거치지 않고 대외 담보를 제공하여 신 「회사법」 제 15 조를 위반한 경우, 해당 담보행위는 회사에 대하여 효력을 발생하지 않는다¹³. 반면 의정 결의를 위반하는 경우에는 내부적 책임 추궁이 발생할 수 있으나, 대외행위는 여전히 유효하다. 예컨대 상하이시 푸둥신구 인민법원은 회사 정관에 규정된 의사결정 규칙은 주주 내부의 약정에 해당한다고 보아, 회사가 정관 규정을 위반하여 대외적으로 회사 재산을 처분하는 의사표시를 하였더라도, 회사는 지분양도계약에 따라 대가를 취득할 권리를 가지므로 단순히 회사에 부담만을 발생시키는 보증계약과는 구별되며, 따라서 해당 지분양도계약은 회사에 대하여 구속력을 가진다고 판시하였다¹⁴.

회사결의가 법정 제한을 위반하여 하자가 존재하는 경우에도, 이를 이유로 해당 결의에 기초하여 대외적으로 이루어진 법률행위(예컨대 담보 제공, 지분 양도)의 효력을 직접 부정할 수는 없으며, 상대방이 “선의”인지 여부를 행위 효력 판단의 핵심 기준으로 삼아야 한다. 이러한 규칙은 합리성을 가진다. 의정 제한을 위반한 결의에 기초하여 이루어진 외부행위의 효력은 상황에 따라

¹³最高人民法院(2021)最高法民再 232 号民事判决书。

¹⁴上海市浦东新区人民法院(2023)沪 0115 民初 9877 号民事判决书。

강소월- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 — 사법판례를 중심으로
판단되어야 한다. 회사의 의정 제한의 공시 상태는 일관되지 않다. 예컨대
중국에서 회사 정관은 단순한 비치 사항에 해당하며, 등기 여부에 대한 강제적
요구는 존재하지 않는다¹⁵. 회사의 의정 제한이 공시되지 않은 경우, 상대방은
회사가 특정 사항에 대하여 내부적 제한을 가지고 있다는 사실을 알기 어렵다.
따라서 「민법전」 제 171 조의 권한 초과 대표 제도를 원용할 수 있으며, 회사가
의정 제한을 위반한 결의에 기초하여 수행한 외부행위에 대하여는
법정대표자가 상응하는 권한을 가진 것으로 추정되며, 해당 행위는 회사에
대하여 효력을 발생한다. 반대로 회사가 의정 제한을 등기하여 공시함으로써
법정 공시효력을 가지는 경우, 예컨대 회사의 명칭, 등록자본 및 경영범위와
같은 사항은 모든 시장 주체가 공개된 경로를 통하여 확인할 수 있다. 거래
상대방이 회사에 의정 제한이 존재함을 알고 있음에도 불구하고 해당 행위를
수행한 경우, 그 행위는 회사에 대하여 효력을 발생하지 않는다.

다음으로, 선의의 상대방의 심사의무 범위를 한층 명확히 할 필요가 있으며,
해당 행위가 법정 제한에 해당하는지 또는 의정 제한에 해당하는지를
구분하여야 한다. 회사결의 사항에 법정 제한이 존재하는 경우, 상대방은
합리적인 심사의무를 부담하여야 한다. 이러한 심사의무는 형식적 심사와
실질적 심사 사이에 위치하는 것으로, 단순히 표면적 서류만을 확인하는
형식적 심사와는 구별되며, 또한 엄격한 실질적 심사처럼 심층적인 검증을
요구하는 것도 아니고, 상대방이 합리적인 범위 내에서 결의의 진실성과
적법성을 확인하는 것을 강조하는 것이다. 구체적인 운영에 있어서 상대방은
법률 및 행정법규에서 규정한 절차와 조건을 심사하는 것 외에도, 회사가
공시한 정관 및 관련 결의 문서를 열람하여야 하며, 회사 정관 중 거래 사항과
관련된 조항에 주의를 기울여야 한다. 이와 같이 함으로써 거래 질서를 유지할

¹⁵刘斌、张昕惠：《商事主体登记与备案之辨——兼评〈商事主体登记管理条例（草案）〉》，载《经贸法律评论》第2期(2021)，第116页。

강소월- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 — 사법판례를 중심으로
수 있을 뿐만 아니라, 상대방에게 과도한 심사 비용을 부담시키는 것을
방지하여 법적 보호와 자치의 균형을 실현할 수 있다.

회사결의에 의정 제한이 존재하는 경우, 즉 회사 정관 또는 내부 지배
문서가 특정 사항에 대하여 제한을 두고 있는 경우, 상대방이 심사의무를
부담하는지 여부는 해당 의정 제한의 공시 상태를 결합하여 종합적으로
판단하여야 한다. 회사의 의정 제한이 이미 등기된 경우에는 상대방은
합리적인 심사의무를 부담한다. 거래 활동에서 상대방은 행위 주체가 권리
외관을 가지는지 여부를 중점적으로 심사하여야 하며, 행위자가 객관적으로
권리 외관을 가지고 있는 경우, 예컨대 직무상의 지위, 수권 문서 또는 기타
선의의 제 3 자로 하여금 합리적인 신뢰를 형성하게 하는 권한의 외관이
존재하는 경우에는, 상사 외관주의 원칙에 근거하여 해당 행위는
표현대표(대리)에 해당한다고 인정할 수 있으며, 거래 행위는 회사에 대하여
효력을 발생한다. 회사 의정 제한이 등기되지 않은 경우에는 상대방은
심사의무를 부담하지 않으며, 회사 내부의 제한은 공시성을 가지지 않으므로
상대방은 이를 확인할 수 없다.

V. 결론

본 논문은 회사 하자결의로 인하여 발생하는 행위 효력 인정 문제를
중심으로 연구를 전개하였으며, 우리나라 회사결의 제도가 “이분법”에서
“삼분법”으로 전환된 제도적 배경을 정리하는 기초 위에서, 하자결의에 기초한
행위 효력 인정의 곤란을 체계적으로 분석하였다. 사법실무에 대한 고찰을
통하여 볼 때, 현재의 재판에서는 회사결의의 효력과 행위의 효력을 분리하여
처리하는 현상이 보편적으로 존재하며, 특히 내부행위 영역에서는 법원이
결의의 불성립, 취소가능 또는 무효 여부의 판단에 머무르고, 해당 결의에
기초하여 이루어진 행위의 효력에 대해서는 충분한 판단을 제시하지 아니하여,
관련 법률관계가 장기간 불확정 상태에 놓이게 되는 문제가 존재한다.

강소월- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 — 사법판례를 중심으로
외부행위 영역에서는 사법재판이 일반적으로 선의의 상대방 규칙을 도입하고 있음에도 불구하고, 구체적인 적용에 있어 인정 기준의 불통일, 심사의무 범위의 불명확성 및 법정 제한과 의정 제한의 구분 부족 등의 문제가 여전히 존재하며, 이는 재판 결과의 불안정성을 더욱 심화시키고 있다.

이와 같은 점을 기초로, 본 논문은 회사가 하자결의에 기초하여 수행한 행위의 효력 인정에 있어 유형화된 처리가 필요하다고 본다. 내부행위에 있어서는 회사 자치와 지배구조 질서의 안정성을 핵심으로 하여, 결의 사항의 영향 정도 및 법률관계의 회복 가능성을 고려하는 전제 하에 행위 효력을 합리적으로 인정하여야 하며, 조직변경 사항에 있어서는 변경등기의 완료 여부에 따라 서로 다른 처리 경로를 적용하여야 한다. 외부행위에 있어서는 거래 안전의 보호와 선의의 상대방 보호를 기본 방향으로 하여, 법정 제한과 의정 제한을 구분하는 전제 하에 상대방의 심사의무 범위를 합리적으로 확정하여야 한다. 즉, 법정 제한의 경우에는 상대방에게 합리적인 심사의무를 부담시키고, 공시되지 아니한 의정 제한의 경우에는 상대방에게 과도한 심사의무를 부과하지 아니함으로써 거래 효율을 유지하여야 한다.

종합하면, 내부행위와 외부행위를 구분하는 효력 인정 기준을 구축하고, 선의의 상대방 심사의무에 관한 판단 기준을 통일함으로써, 현행 규범의 부족을 보완하고 사법재판의 안정성과 예측가능성을 제고할 수 있으며, 궁극적으로 회사 지배구조 질서와 거래 안전 간의 균형을 실현할 수 있다.

참고문헌

외국어문헌

[중국어]

<논문>

丁勇：《公司决议瑕疵立法的范式转换与体系重构》，载《法学研究》第 42 卷第 3 期，2020。

梁上上：《公司担保合同的相对人审查义务》，载《法学》第 3 期，2013。

李建伟：《公司决议的外部效力研究——〈民法典〉第 85 条法教义学分析》，载《法学评论》第 38 卷第 4 期，2020。

刘斌、张昕惠：《商事主体登记与备案之辨——兼评〈商事主体登记管理条例（草案）〉》，载《经贸法律评论》第 2 期，2021。

刘贵祥：《担保制度一般规则的新发展及其适用——以民法典担保制度解释为中心》，载《比较法研究》第 5 期，2021。

王滢：《公司决议行为的双阶构造及其效力评价模式》，载《当代法学》第 35 卷第 5 期，2021。

徐银波：《法人依瑕疵决议所为行为之效力》，载《法学研究》第 42 卷第 2 期，2020。

초 록

중국 회사법 체계에서 회사 하자결의에 관한 규범은 전통적인 유효와 무효의 이분법에서 불성립, 취소가능 및 무효의 삼분법으로 발전하여 왔다. 이러한 제도적 변화는 사법실무에 지속적인 이론적 기반과 규범적 지침을 제공해 왔다. 그러나 사법재판 경험이 축적됨에 따라 하자결의에 기초한 행위의 효력 인정 문제는 점차 중요한 쟁점으로 부각되고 있다.

현행 사법실무에서는 회사결의의 하자 여부에 대한 판단과 그에 기초한 행위의 효력 판단이 통합적으로 이루어지지 못하고 있다. 그 결과, 동일한 분쟁이 반복적으로 제기되어 사법절차가 공전되고, 사법자원이 낭비되며, 분쟁의 실질적 해결이 지연되는 문제가 발생하고 있다. 특히 현행 법제는 「민법전」 제 85 조, 「중화인민공화국 회사법(2023 년 개정)」(이하 “신 회사법”이라 한다) 제28조 및 최고인민법원의 「회사법 사법해석(4)」 제6조에서 거래 상대방의 주관적 상태를 기준으로 행위의 효력을 판단하는 규정을 두고 있을 뿐, 비거래적 회사결의에 기초한 행위의 효력에 대해서는 명확한 법적 근거를 제시하지 못하고 있다. 더 나아가, 회사가 하자결의에 기초하여 수행하는 행위는 대외 담보 제공이나 지분 양도와 같은 외부행위뿐만 아니라 조직구조 조정 및 내부 지배구조 변경과 같은 내부행위도 포함한다. 이러한 내부행위와 외부행위는 효력 평가의 기준과 기능에 있어 본질적인 차이를 가지므로, 동일한 판단 기준을 적용하는 것은 타당하지 않다.

이에 본 연구는 회사 하자결의에 기초한 행위를 내부행위와 외부행위로 구분하고, 이를 바탕으로 차별화된 효력 인정 기준을 제시하고자 한다. 연구 결과, 내부행위에 대해서는 회사자치 원칙을 우선적으로 고려하여야 하며, 외부행위에 대해서는 거래 안전을 확보하기 위하여 선의의 상대방 보호를 중심으로 판단하여야 한다. 또한 법정 제한과 정관상 제한을 구분하여

강소월- 하자결의에 기초한 회사행위 효력 연구 — 사법판례를 중심으로
상대방의 심사의무 범위를 명확히 설정할 필요가 있다.

<주제어> 하자결의, 결의 유형, 행위 효력, 회사법, 법정 제한, 의정 제한

Abstract

In the Chinese company law system, the rules on defective corporate resolutions have developed from the traditional dichotomy of validity and invalidity into a tripartite framework consisting of non-existence, revocability, and invalidity. This institutional shift has provided an important theoretical basis and normative guidance for judicial practice. However, as judicial experience has accumulated, the issue of determining the effectiveness of corporate acts based on defective resolutions has become increasingly important.

Current judicial practice has not fully integrated the determination of defects in corporate resolutions with the determination of the effectiveness of subsequent corporate acts. As a result, similar disputes are repeatedly brought before courts, judicial resources are wasted, and substantive dispute resolution is delayed. Existing legislation mainly evaluates the effectiveness of acts with reference to the subjective state of the transaction counterparty, while providing insufficient guidance for non-transactional internal acts based on defective resolutions.

This study distinguishes between internal acts and external acts performed by a company on the basis of defective resolutions and proposes differentiated standards for determining their effectiveness. It argues that internal acts should be evaluated primarily in light of corporate autonomy and the stability of governance order, whereas external acts should be assessed with an emphasis on transaction security and the protection of bona fide counterparties. It is also necessary to distinguish statutory limitations from limitations based on the articles of association and to clarify the scope of the counterparty's duty of review.

Keywords: defective resolution, types of resolutions, effectiveness of corporate acts, company law, statutory limitations, articles-based limitations

파산 직전 우선변제 행위와 이사의 개인책임에 관한 연구

—— 중국 기업파산법을 중심으로 한 분석

A Study on Preferential Payment Actions Imminently before
Bankruptcy and Directors' Personal Liability
— An Analysis Centered on the Chinese Enterprise Bankruptcy Law

유광치(刘光智)(인하대학교 법학과 박사생)

LIU, GUANGZHI(Inha University, Department of Law)

목 차

I. 서 론

1. 연구의 배경과 목적
2. 연구의 범위와 방법
3. 논문의 구성

II. 우선변제 행위의 이론적 기초

1. 채권자 평등원칙의 규범적 함의
2. 우선변제 행위의 개념 요소와 유형
3. 파산 임계기의 법적 기능과 의의

III. 중국 파산법상 취소권 제도의 구조와 한계

1. 취소권의 법률 조문 분석과 규범 체계
2. 취소권의 구성 요건과 적용 범위
3. 정상적 상업활동 예외의 법적 해석과 논쟁
4. 현행 취소권 제도의 구조적 결함

IV. 파산 임계 상태에서 이사의 의무와 개인 책임

1. 재무 곤경 속 이사 의무의 전환과 확장
2. 이사 개인책임의 법적 근거와 구성 요건
3. 특수관계인 우선변제와 이사책임의 인정
4. 경영판단원칙의 적용 가능성과 한계

V. 비교법적 고찰: 독일·미국·대만의 규제 모델

1. 독일법의 단계적 취소구조와 이사 의무
2. 미국법의 객관적 취소제도와 채권자 이익론
3. 비교법적 시사점과 중국법에의 함의

VI. 현행 제도의 결함과 개선 방안

1. 규범 체계의 미비점 종합 평가
2. 취소권 제도의 해석과 적용에 관한 개선
3. 이사 개인책임 규범의 체계화 방안
4. 예방적 규제 메커니즘의 도입 검토

VII. 결 론**I. 서 론****1. 연구의 배경과 목적**

기업 파산은 시장경제 운영에서 불가피한 법률현상이다. 기업이 채무초과 또는 심각한 유동성 위기에 빠졌을 때, 그 전체 재산은 법에 따라 파산재단을 구성하여 전체 채권자 사이에서 청구권 순위 및 비례 규칙에 따라 공평하게 배분되어야 한다.¹ 그러나 파산신청이 제기되기 전의 단계에서, 기업은 흔히 법률 감독이 상대적으로 취약한 공백 속에서 전체 채권자의 이익을 해치는 일련의 행위를

¹왕신신(王欣新): 《파산法》(제 4 판), 중국인민대학출판사 2019 년판, 2-5 면.

실시한다. 그중에서도 우선변제 행위가 가장 광범위하게 나타나며, 그 법적 논쟁 또한 가장 심각하다.²

중국은 2007 년 《기업파산법》을 정식으로 시행하면서 파산취소권 제도를 도입하였고, 2013 년 최고인민법원의 사법해석을 통해 그 적용 범위를 확장하였다. 그러나 법률 조문의 간명함과 사법 적용의 복잡성 사이에는 상당한 긴장이 존재한다. 파산신청 수리 전 6 개월의 소급기간이 충분히 합리적인지, 정상적 상업활동과 편파적 변제 사이의 구분 기준이 명확한지 등은 제도 실효성 검증의 핵심 논제이다. 특히 우선변제 행위의 이면에는 흔히 회사 이사의 의사결정이 관여한다는 점에서, 이사가 재무적 곤경 시점에 어떠한 특별 의무를 부담하는지, 그리고 우선변제 행위를 승인하거나 지시한 경우 어떠한 개인책임을 부담해야 하는지의 문제는 회사법과 파산법 양 영역을 가로지르는 복합적 논제로서 충분히 논구되지 않은 상태이다.³

본 연구의 목적은 우선변제 행위에 대한 이론적 기초를 명확히 하고, 중국 《기업파산법》상 취소권 제도의 규범 구조와 적용 실태를 체계적으로 분석하며, 나아가 우선변제 행위와 이사의 개인책임 간의 연결 메커니즘을 규명하는 데 있다. 이를 통해 현행 제도의 미비점을 비판적으로 검토하고, 비교법적 경험을 참조하여 구체적이고 실현 가능한 제도 개선 방안을 제시하고자 한다.

2. 연구의 범위와 방법

본고의 연구 범위는 시간적·내용적·비교법적 측면에서 다음과 같이 한정된다. 시간적 측면에서는 중국 《기업파산법》(2007 년 시행)과 2023 년 개정 《회사법》을 주요 분석 대상으로 하되, 관련 사법해석 및 최근 판례 동향을 포함하여 현행 규범

²Roy Goode, Principles of Corporate Insolvency Law (4th edn, Sweet & Maxwell 2011) p.464.

³심귀명(沈貴明): 《회사法》(제 3 판), 북경대학출판사 2022 년판, 378 면.

체계의 운영 실태를 종합적으로 검토한다. 내용적 측면에서는 우선변제 행위의 개념 정의와 법적 성질, 파산취소권의 구성 요건과 적용 범위, 파산 임계 상태에서 이사의 충실의무 및 근면의무의 내용과 개인책임의 인정 기준을 중점적으로 다룬다. 비교법적 측면에서는 독일 《지급불능절차법》(Insolvenzordnung)과 미국 《연방파산법》(Bankruptcy Code) 제 11 편, 그리고 대만 《파산법》을 주요 비교 대상으로 삼아, 각 법역의 규제 모델과 주요 논점을 검토한다.⁴

연구 방법으로는 문헌연구 방법, 비교법학적 방법, 규범 분석 방법, 사례 분석 방법을 종합적으로 활용한다. 이러한 다각적 연구방법론의 종합적 활용은 우선변제 행위와 이사책임이라는 복합적 법률 문제에 대한 입체적 이해를 가능하게 할 것이다.

3. 논문의 구성

본고의 구성은 다음과 같다. 제 2 장에서는 우선변제 행위의 이론적 기초를 정리한다. 채권자 평등원칙의 규범적 함의를 검토하고, 우선변제 행위의 개념 요소와 유형을 체계적으로 분석하며, 파산 임계기의 법적 기능과 의의를 고찰한다. 제 3 장에서는 중국 《기업파산법》상 취소권 제도의 구조와 한계를 심층 분석한다. 제 4 장에서는 파산 임계 상태에서 이사의 의무와 개인책임을 집중적으로 분석한다. 제 5 장에서는 비교법적 관점에서 독일·미국·대만의 관련 제도를 검토한다. 제 6 장에서는 앞선 분석을 토대로 현행 제도의 결함을 종합 평가하고 구체적인 개선 방안을 제시한다. 제 7 장에서는 본고의 연구 결과를 요약하고 향후 과제를 제시한다.

II. 우선변제 행위의 이론적 기초

1. 평등원칙의 규범적 함의

⁴대만 《파산法》(2009 년 개정).

채권자 평등원칙(*pari passu principle*)은 파산법의 가장 핵심적인 가치적 기반 중 하나이다. 그 기본 명제는, 동일 순위의 채권자는 채권 비율에 따라 평등하게 변제받아야 하며, 누구든 채무자와의 특수 관계를 이유로 다른 채권자가 인지하지 못한 상태에서 추가적인 변제 이익을 취득해서는 안 된다는 것이다.⁵ 이 원칙의 철학적 기초는 교정적 정의에 있다. 즉, 기업이 파산을 선고받는 순간, 전체 채권자의 채권 권리는 사실상 '공동 위기' 상태에 놓이며, 파산절차가 창설하는 집단적 프레임워크는 개별 채권자의 경쟁적 추심을 방지하여 '이해공동부담'의 규범적 목표를 실현하고자 한다.⁶

그러나 채권자 평등원칙은 절대적인 것이 아니다. 《기업파산법》 제 113 조는 파산청산의 법정 순위를 명확히 규정하고 있다. 즉, 담보채권, 파산비용, 공익채무, 근로자채권, 세금채권, 그리고 최후의 일반채권 순이다.⁷ 이러한 법정 순위의 존재는, 평등원칙이 서로 다른 채권 종류 사이에는 적용되지 않으며, 그 사정거리가 동일 순위의 채권자 간에만 미침을 의미한다. 나아가 평등원칙은 형식적 평등이 아닌 실질적 평등을 지향한다는 점에서, 담보권자의 우선변제권이나 법정 우선순위의 인정은 원칙에 대한 예외라기보다 원칙의 구체화로 이해되어야 할 것이다.

파산법학계에서는 채권자 평등원칙의 규범적 근거를 계약론적 관점과 공공정책적 관점으로 구분하여 설명하기도 한다. 계약론적 관점에서는 채권자들이 사전에 파산 시의 배분 규칙에 합의하였다고 간주함으로써 평등원칙의 정당성을 도출한다. 공공정책적 관점에서는 채권자 간의 경쟁적

⁵Vanessa Finch & David Milman, *Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles* (3rd edn, Cambridge University Press 2017) p.217.

⁶허덕봉(許德峰): 「파산法상의 채권자 평등원칙」, 《중국법학》 2011 년 제 4 호, 116-128 면.

⁷《중화인민공화국 기업파산法》(2007 년) 제 113 조.

주심이 초래하는 사회적 비용을 방지하고, 기업 구조조정의 효율성을 제고하며, 채무자의 도덕적 해이를 억제하는 기능적 측면에서 평등원칙의 필요성을 주장한다.⁸

중국법의 맥락에서 채권자 평등원칙은 《기업파산法》 제 1 조의 입법 목적 조항에 '채권자 이익의 공평한 보호'라는 표현으로 명시되어 있으며, 이는 파산절차 전반에 걸친 해석 원리로 기능한다.⁹ 그러나 이 원칙이 구체적 규칙으로 전환되는 과정에서 발생하는 해석의 간극, 특히 파산 전 단계의 행위에 대한 규제 기준의 모호성은 제도적 완비를 요구하는 핵심 과제로 남아 있다.

2. 우선변제 행위의 개념 요소와 유형

비교법적 시각에서, 우선변제 행위(preferential payment)는 통상 다음의 핵심 요소를 포함한다. 첫째, 주체 요건으로서 채무자(또는 그 대리인)가 특정 변제행위를 실시했을 것. 둘째, 시간 요건으로서 해당 행위가 법정 소급기간 내에 발생했을 것. 셋째, 재무 상태 요건으로서 행위 실시 시 채무자가 이미 지급불능 또는 채무초과 상태에 있었을 것. 넷째, 결과 요건으로서 해당 행위가 특정 채권자로 하여금 다른 채권자에 비해 보다 유리한 지위를 획득하게 했을 것이다.¹⁰

주목할 것은, 중국 《기업파산법》 제 32 조가 채택한 '개별 변제'의 표현이 영미법의 '우선변제' 개념에 비해 구성 요건상 보다 간결하며, 주관적 의도나 불성실성을 명확히 요구하지 않는다는 점이다. 이러한 입법적 선택은 객관주의적 입장을 반영하는 것으로, 초기 영미법이 취한 주관주의적 노선과 구별된다.¹¹

⁸Ian F Fletcher, *The Law of Insolvency* (5th edn, Sweet & Maxwell 2017) pp.368-370.

⁹《중화인민공화국 기업파산法》(2007 년) 제 1 조.

¹⁰David Milman, "Curbing the Phoenix Syndrome" (1997) 18 *The Company Lawyer* 224, 225.

¹¹원벽화(袁碧華): 「중국 파산취소권 제도의 이론적 기초와 제도 구축」, 《법률과학》 2015 년 제 3 호, 94-103 면.

객관주의적 접근은 채무자의 의도 입증의 어려움을 회피하고 규제의 실효성을 제고한다는 장점이 있으나, 정상적 상업거래까지 과도하게 규제할 위험을 내포한다.

우선변제 행위는 그 형태에 따라 다음과 같이 유형화할 수 있다. 첫째, 기한 전 변제(early payment)로서, 아직 이행기가 도래하지 않은 채무를 미리 변제하는 경우이다. 둘째, 기한 도래 채무에 대한 편파적 변제로서, 이미 변제기가 도래한 채무이더라도 변제 시기나 금액이 현저히 불균형한 경우를 포함한다. 셋째, 담보 제공 또는 담보 강화 행위로서, 기존 무담보 채권자에게 담보를 제공하거나 기존 담보의 범위를 확대함으로써 해당 채권자의 변제 지위를 인위적으로 상승시키는 행위이다. 넷째, 관련 당사자에 대한 우선변제로서, 채무자의 이사, 주주, 또는 그 특수관계인이 채권자인 경우에 이루어지는 편파적 변제를 의미한다.¹²

이러한 유형화는 각 행위 유형별로 규제의 강도와 입증 책임의 배분을 달리 설정해야 할 필요성을 시사한다. 특히 관련 당사자에 대한 우선변제는 내부자 거래의 위험이 크고 정보 비대칭성이 현저하므로, 보다 엄격한 규제와 입증 책임의 전환이 정당화될 수 있다.

3. 파산 임계기의 법적 기능과 의의

파산 임계기(hardening period / suspect period) 제도의 핵심 기능은, 파산신청 제기 전의 특정 기간 내에 채무자가 이미 파산에 임박한 상태에 있다고 추정함으로써, 취소권 행사를 위한 시간적 좌표를 제공하는 데 있다.¹³ 이 기간의 설정은 법적 안정성(legal certainty)과 채권자 보호라는 두 가지 상충되는 가치 사이의 절충을 반영한다. 임계기가 너무 짧으면 채무자의 도피적 행위를

¹²Charles J Tabb, The Law of Bankruptcy (3rd edn, Foundation Press 2014) pp.529-533.

¹³¹² Fletcher (n 7) p.371.

효과적으로 규제할 수 없고, 너무 길면 정상적 상업거래의 안정성을 훼손할 우려가 있다.

독일 《지급불능절차법》(InsO) 제 130 조는 지급불능 발생 후 3 개월 내 또는 신청일 전 3 개월 이내의 변제행위에 대해 파산관재인이 취소할 수 있다고 규정한다.¹⁴ 미국 《연방파산法》 제 547 조는 파산신청 전 90 일 이내(관련 당사자에 대해서는 1 년으로 연장)의 우선변제 행위를 수탁자가 취소할 수 있다고 규정한다.¹⁵ 이에 비해 중국 《기업파산법》 제 32 조가 규정하는 6 개월 기간은 국제 비교에서 중간 수준에 해당한다. 그러나 단순한 기간의 장단 비교를 넘어, 각 법역이 임계기와 결합하는 다른 구성 요건을 종합적으로 고려할 필요가 있다.

파산 임계기의 법적 기능은 시간적 기준 설정에 그치지 않고, 채무자의 재무 상태에 관한 법적 추정의 기능도 수행한다. 즉, 임계기 내에 이루어진 특정 행위는 채무자가 이미 지급불능 상태에 있었던 것으로 추정함으로써, 관재인의 입증 부담을 경감시키는 효과를 가진다. 다만 중국법은 이러한 추정 규정을 명시적으로 두고 있지 않아, 관재인이 개별 사안에서 지급불능 상태를 독자적으로 입증해야 하는 부담을 안고 있다.¹⁶

또한 임계기의 기산점에 관한 해석도 중요한 실무적 의의를 갖는다. 중국 《기업파산법》 제 32 조는 기산점을 '파산신청 수리일'로 규정하고 있는바, 이는

¹⁴Insolvenzordnung (InsO), §130 (Germany). 정욱(鄭域): 「독일 파산취소제도 연구」, 《비교법연구》 2016 년 제 5 호, 130-148 면.

¹⁵11 U.S.C. § 547(b)(4) (2018).

¹⁶장선빈(張善斌): 「파산절차에서 지급불능 인정의 거증책임」, 《중국법률평론》 2020 년 제 1 호, 89-97 면.

파산선고일이나 파산신청 제출일이 아닌 점에서 채무자의 신청 지연을 통한 취소권 회피를 방지하는 기능을 한다.¹⁷

III. 중국 파산법상 취소권 제도의 구조와 한계

1. 취소권의 법률 조문 분석과 규범 체계

《기업파산법》 제 32 조는 다음과 같이 규정한다. '인민법원이 파산신청을 수리하기 전 6 개월 이내에 채무자 재산에 관한 다음 각 행위에 대해 관재인은 인민법원에 취소를 청구할 수 있다. (1) 무상으로 재산을 이전하는 행위, (2) 현저히 불합리한 가격으로 거래하는 행위, (3) 담보 없는 채무에 재산 담보를 제공하는 행위, (4) 기한이 도래하지 않은 채무를 사전에 변제하는 행위, (5) 채권을 포기하는 행위.¹⁸

제 32 조 제 1 항 제 4 호에 규정된 '기한 전 변제'는 본고에서 논의하는 우선변제 행위의 핵심 형태 중 하나이다. 그러나 이 조항이 기한 전 변제를 '기한이 도래하지 않은 채무'와 연결하고 있어, 이미 이행기가 도래한 채무에 대한 편파적 변제가 동일하게 규제되는지에 대해 법조문의 문언은 명확한 답변을 제시하지 못하고 있다.¹⁹

이에 대해 최고인민법원의 《기업파산法 적용에 관한 약간의 문제에 대한 규정(二)》 제 14 조는 취소권의 적용 범위에 관한 확장적 해석을 제시하였다. 즉, 파산신청 수리 전 6 개월 이내에 채무자가 이미 지급불능 상태에 있었음에도 특정 채권자에게 변제를 이행한 경우, 관재인은 기업파산법 제 32 조에 근거하여 취소를 청구할 수 있다고 명확히 밝혔다.²⁰ 이 사법해석은 기한 도래 채무에 대한

¹⁷왕건문(王建文): 「파산취소권 행사기간의 기산점」, 《법학평론》 2019 년 제 2 호, 112-119 면.

¹⁸《중화인민공화국 기업파산法》(2007 년) 제 32 조.

¹⁹왕세호(汪世虎): 《기업파산法 해석론》, 법률출판사 2018 년판, 189-194 면.

²⁰최고인민법원: 《기업파산法 적용에 관한 약간의 문제에 대한 규정(二)》(2013 년) 제 14 조.

편파적 변제도 취소권의 대상이 될 수 있음을 확인함으로써 제 32 조의 적용 범위를 실질적으로 확장하였다.

취소권 제도의 규범 체계는 제 32 조 외에도 제 31 조(사해행위 취소), 제 33 조(무효 행위), 제 34 조(취소·무효의 효과) 등이 유기적으로 결합하여 구성된다. 제 31 조는 파산신청 수리 전 1 년 이내의 사해행위를 규율하는 반면, 제 32 조는 6 개월의 단기간을 규율함으로써, 행위의 성질에 따라 차별화된 소급기간을 설정하고 있다.²¹

2. 취소권의 구성 요건과 적용 범위

《기업파산法》 제 32 조 및 관련 사법해석을 종합하면, 우선변제 취소권의 구성 요건은 다음과 같이 귀납할 수 있다.

첫째, 시간 요건이다. 변제행위는 파산신청 수리 전 6 개월 이내에 발생해야 한다. 이 기간의 기산점은 파산선고일이 아닌 파산신청 수리일이며, 파산신청 제출일도 아니다.²² 이러한 입법적 선택은 중요한 실무적 의의를 갖는다. 만약 파산신청 제출일을 기산점으로 삼는다면, 채무자는 신청 지연을 통해 취소권의 적용 범위를 회피할 수 있을 것이기 때문이다.

둘째, 재무 상태 요건이다. 채무자는 변제행위 실시 시 이미 지급불능(insolvent) 상태에 있었어야 한다. 지급불능이란 《기업파산法》 제 2 조의 규정에 따라 '만기 채무를 변제할 수 없고, 자산이 전체 채무를 변제하기에 부족하거나 명확히 변제 능력이 결여된' 상태를 의미한다.²³

²¹왕신신(王欣新): 《파산관재인제도연구》, 법률출판사 2016 년판, 215-227 면.

²²왕건문(王建文): (n 16) 112-119 면.

²³《중화인민공화국 기업파산法》(2007 년) 제 2 조.

거증책임의 배분에 있어서, 《기업파산法》은 지급불능의 추정을 채택하지 않고, 관재인으로 하여금 지급불능 상태의 존재에 관한 거증책임을 부담하게 하고 있다. 이는 실무상 상당한 거증 장애를 구성한다.²⁴ 특히 파산 직전의 재무 정보는 채무자 측이 장악하고 있는 경우가 많아, 관재인이 관련 증거를 취득하는 데 상당한 어려움이 따른다.

셋째, 행위 요건이다. 변제행위는 법조문에 열거된 유형에 속해야 하며, 무상 이전, 불합리한 가격 거래, 무담보 채무를 위한 담보 제공, 기한 전 변제, 채권 포기 등을 포함한다.²⁵

넷째, 손해 요건이다. 해당 변제행위는 전체 채권자의 공평한 변제 이익에 손해를 초래해야 한다. 이 요건은 법문에 명시되어 있지 않으나, 취소권 제도의 규범 목적에서 출발하여 체계적으로 해석되어야 한다.²⁶ 다만 손해 요건을 엄격히 요구할 경우 취소권의 실효성이 크게 훼손될 우려가 있어, 통상적으로는 변제행위 자체로 손해 발생이 추정되는 것으로 이해된다.

3. 정상적 상업활동 예외의 법적 해석과 논쟁

영미법상의 '통상적 영업 과정 항변'(ordinary course of business defense)과 유사하게, 중국 파산법의 실무와 학리에서도 정당한 상업활동에 대한 일정한 보호를 인정하고 있다. 문제는 이 예외가 《기업파산法》의 조문에 명문으로 규정된 방식으로 나타나지 않고, 사법해석과 개별 판결을 통해 점차 형성되어 왔다는 것이다.²⁷

²⁴장선빈(張善斌): (n 15) 89-97 면.

²⁵이영군(李永軍): 《파산법률제도연구》, 중국법제출판사 2000 년판, 143-157 면.

²⁶허덕봉(許德峰): 「파산취소소송의 제도 논리」, 《청화법학》 2017 년 제 4 호, 68-84 면.

²⁷진영종(陳榮宗): 《파산法》(수정판), 대만 삼민서국 2010 년판, 312 면.

비교법적 관점에서, 미국 《연방파산法》 제 547 조 (c)항은 취소권에 대한 몇 가지 명확한 항변 사유를 열거하고 있다. 그중 제(2)호의 '정상적 영업' 항변은, 피고가 관련 지급이 통상적 영업 과정에서 또는 보편적으로 수용되는 상관행에 따라 이루어졌음을 증명할 수 있다면 수탁자의 취소권이 행사될 수 없다고 규정한다.²⁸ 독일 《지급불능절차法》 제 142 조는 이른바 '현금 거래'(Bargeschäft) 예외를 규정하여, 즉시 결제되는 등가 교환은 취소 대상에서 제외된다.²⁹

중국 파산법학계에서는 유사한 명문 예외 규정을 도입해야 하는지에 대한 논쟁이 존재한다. 찬성론은 파산 임계기 내에 발생한 모든 변제를 일률적으로 취소 범위에 포함시키면 기업의 정상적 경영활동을 심각하게 저해하고, 은행 등 주요 채권자의 자금 지원도 기대하기 어렵게 될 것이라고 주장한다.³⁰ 반대론은 정상적 상업활동의 판단 기준 자체가 고도의 탄력성을 가지므로, 취소권 회피에 남용될 위험이 있다고 지적한다.³¹

이러한 논쟁을 종합하면, 정상적 상업활동 예외의 도입 여부보다는 그 구체적 기준과 적용 범위에 관한 보다 정교한 입법 설계가 필요함을 알 수 있다. 예를 들어, 일정 금액 이하의 소액 거래, 정기적·반복적 거래, 시장 통상 가격에 따른 거래 등에 대해 안전항(safe harbor)을 설정하는 방식이 고려될 수 있다.

4. 현행 취소권 제도의 구조적 결함

²⁸11 U.S.C. § 547(c)(2) (2018).

²⁹InsO § 142 (Germany). Reinhard Bork, Introduction to German Insolvency Law (Mohr Siebeck 2012) p.88.

³⁰유우상(劉宇翔): 「기업파산취소권의 적용범위」, 《법학》 2018 년 제 9 호, 156-166 면.

³¹양정정(梁晶晶): 「통상적 영업활동 면제조항의 법률분석」, 《정치와 법률》 2021 년 제 6 호, 78-88 면.

전술한 분석을 종합하면, 현행 취소권 제도는 다음과 같은 구조적 결함을 가지고 있다.

첫째, 구성 요건의 해석상 모호성이다. 《기업파산法》 제 32 조의 '개별 변제'에 대한 열거는 기한 미도래 채무의 기한 전 변제를 중심으로 하고 있어, 이미 이행기가 도래한 채무에 대한 편파적 변제의 규제 근거가 불명확하다. 사법해석이 일정한 보완을 하였으나, 보완 조항 자체에도 적용 한계가 불명확한 문제가 있다.³²

둘째, 거증책임 배분의 불합리성이다. 현행 제도에서 관재인은 지급불능 상태의 존재에 관한 거증책임을 부담하나, 파산 직전의 재무 정보는 채무자 측이 장악하고 있는 경우가 많아 관재인이 관련 증거를 취득하는 데 상당한 어려움이 따른다.

셋째, 관련 당사자에 대한 특별 규제의 결여이다. 중국법은 관련 당사자(insider)에 대한 우선변제에 관해 독일법 및 미국법에서와 같은 소급기간 연장에 관한 특별 규정을 두고 있지 않다. 이는 관련 당사자가 광범위하게 존재하고 내부 이익이전 문제가 두드러진 중국 상업 관행에서 제도상의 중대한 허점을 구성한다.³³

넷째, 정상적 상업활동 예외의 불명확성이다. 법문에 명시적 근거가 없음에도 실무에서 일정한 예외가 인정되고 있으나, 그 적용 기준이 불명확하여 법적 불확실성과 재판의 비일관성을 초래할 수 있다.

IV. 파산 임계 상태에서 이사의 의무와 개인책임

³²왕세호(汪世虎): (n 18) 189-194 면.

³³허덕봉(許德峰): (n 5) 116-128 면.

1. 재무 곤경 속 이사 의무의 전환과 확장

기업의 정상 경영 상태에서 이사는 《중화인민공화국 회사法》 제 147 조에 따라 회사에 대한 충실의무(duty of loyalty)와 근면의무(duty of care)를 부담한다.³⁴ 충실의무는 이사가 회사의 이익을 최우선으로 하고, 자신 또는 제 3 자의 이익을 위해 회사의 기회나 재산을 유용하지 않을 의무를 의미하며, 근면의무는 이사가 합리적으로 기대되는 주의와 능력을 다하여 직무를 수행할 의무를 의미한다.

그러나 회사가 재무 곤경에 빠져 파산에 임박하는 임계 상태에 이를 때, 이사 의무의 지향이 변화하는지의 문제는 근년에 비교회사法 연구의 핵심 논제 중 하나가 되어 있다.³⁵ 이러한 의무 전환의 필요성은 파산 임계 상태에서 회사의 이해관계 구조가 근본적으로 변화한다는 점에 기인한다. 정상 상태에서는 주주가 잔여 청구권자로서 회사의 위험을 부담하나, 지급불능 상태에서는 채권자가 사실상 위험을 부담하게 되어 주주와 채권자의 이해가 상충하게 된다.

영국法상 저명한 West Mercia Safetywear Ltd v Dodd [1988] 사건은 '채권자 이익론'을 확립하였다. 이 판결은 회사가 채무초과 상태에 있거나 이에 임박한 때에는 이사의 수탁의무가 채권자에 대해서도 확장되기 시작하며, 이사는 채권자 전체의 이익을 희생시키면서 주주 이익을 추구해서는 안 된다고 판시하였다.³⁶ 미국 델라웨어주 법원도 Credit Lyonnais 사건에서 유사한 입장을 취하며, '파산의 그림자 하에서' 이사는 주주의 단순한 이익보다 회사의 전체 이익을 우선해야 하며 채권자에 대해 일정한 의무를 부담한다고 판시하였다.³⁷

³⁴《중화인민공화국 회사法》(2023 년 개정) 제 180 조.

³⁵Andrew Keay, "Directors' Duties to Creditors: Contractarian Concerns Relating to Efficiency and the Avoidance of Conflicts" (2003) 66 Modern Law Review 665.

³⁶West Mercia Safetywear Ltd v Dodd [1988] BCLC 250 (CA).

³⁷Credit Lyonnais Bank Nederland NV v Pathe Communications Corp (Del Ch, Dec 30, 1991).

중국법의 틀에서, 현행 《회사法》은 재무 곤경 상태에서 이사 의무의 특별한 내용에 관한 전문 규정을 두고 있지 않다. 2023 년 개정된 《회사法》 제 180 조 내지 제 182 조는 충실의무와 근면의무의 구체적 요건을 보다 명확히 하였으나, 파산 임계 단계의 특별 의무체계에 대해서는 여전히 명문 규정이 없다.³⁸ 이러한 입법의 공백은 우선변제 사안에서 이사의 개인책임 인정에 직접적인 규범적 근거가 결여됨을 의미한다.

2. 이사 개인책임의 법적 근거와 구성 요건

전문 규정의 부재에도 불구하고, 현행 법률 체계 내에서 체계적 해석을 통해 우선변제 사안에서 이사 개인책임의 구성 요건을 귀납할 수 있다. 《회사法》 제 190 조, 《기업파산法》 제 129 조, 《민법전》 불법행위책임편의 관련 규정을 종합하면, 이사가 개인 손해배상책임을 부담하기 위해서는 다음 요건이 충족되어야 한다.³⁹

첫째, 위법 또는 부당행위의 존재이다. 이사의 행위가 법률 규정을 위반하거나 그 직책 의무에 대한 배반을 구성해야 한다. 우선변제의 경우, 이사가 회사가 이미 지급불능 상태에 있음을 알면서도 편파적 변제를 결정하였다면 충실의무 위반을 구성할 수 있다.⁴⁰

둘째, 주관적 과실 요건이다. 《기업파산法》 제 129 조에 따르면, 이사가 파산에 대해 과실이 있는 경우 법에 따라 민사책임을 부담해야 한다. 소위 '과실'은 통상 고의(intentional wrongdoing)와 중대한 과실(gross negligence) 두 가지 형태를 포함하며, 일반 과실이 책임 근거로 충분한지에 대해서는 사법 실무에서 여전히

³⁸《중화인민공화국 회사法》(2023 년 개정) 제 180 조 내지 제 182 조. 조욱동(趙旭東):

《회사法》(제 5 판), 고등교육출판사 2023 년판, 389-410 면.

³⁹《중화인민공화국 민법전》(2021 년).

⁴⁰풍과(馮果): 《회사法》, 무한대학출판사 2021 년판, 321 면.

이견이 있다.⁴¹ 학설상으로는 파산 임계 상태에서의 이사의 결정에 대해 일반 과실까지 책임을 묻는 것은 경영판단원칙의 취지에 반할 우려가 있으므로, 중대한 과실 이상을 요구하는 것이 타당하다는 견해가 유력하다.

셋째, 손해 결과 및 인과관계이다. 실제 손해가 발생해야 하고, 그 손해와 이사의 위법행위 사이에 상당인과관계(adequate causation)가 존재해야 한다. 우선변제의 경우 주장 가능한 손해는 통상 사전 변제로 인한 파산재단의 감소와 그로 인한 전체 채권자의 변제비율 저하이다.⁴² 그러나 개별 채권자가 아닌 전체 채권자에 대한 손해의 개념과 그 산정 방식에 관해서는 아직 확립된 이론이나 실무 기준이 부재하다.

3. 특수관계인 우선변제와 이사책임의 인정

특수관계인(related party)에 대한 우선변제는 일반 채권자에 대한 우선변제와 비교하여 이사책임 인정의 측면에서 몇 가지 특수한 고려사항이 존재한다.

첫째, 특수관계인에 대한 우선변제는 충실의무 위반의 추정이 강화된다. 이사가 자신, 직계 친족이 지배하는 기업, 또는 기타 중대한 이해관계가 있는 채권자에게 우선변제하기로 결정한 경우, 해당 행위는 동시에 충실의무 위반을 구성하여 이사 개인책임 성립의 가능성이 상당히 높다.⁴³

둘째, 거증책임의 전환 문제이다. 특수관계인 거래의 경우 정보 비대칭성이 현저하고 내부 통제가 사실상 작동하기 어려우므로, 입법 정책적으로 거증책임을 전환하여 이사 스스로 행위의 공정성과 필요성을 증명하게 하는 것이 타당하다.⁴⁴

⁴¹《중화인민공화국 기업파산法》(2007 년) 제 129 조. 왕세호(汪世虎): (n 18) 472 면.

⁴²엽림(葉林): 《회사法》, 중국인민대학출판사 2022 년판, 268-270 면.

⁴³Andrew Keay, The Duty to Promote the Success of the Company: Under the Companies Act 2006 (Bloomsbury Professional 2014) p.281.

⁴⁴왕이명(王利明): 《민法》(제 8 판), 중국인민대학출판사 2020 년판, 불법행위책임편 부분.

셋째, 관련 당사자에 대한 소급기간의 연장 문제이다. 중국法은 현재 관련 당사자 우선변제에 대해 별도의 소급기간을 규정하지 않고 있어, 일반 채권자와 동일한 6개월의 소급기간이 적용된다. 그러나 특수관계인의 내부적 지위와 정보 접근성을 고려할 때, 이들은 일반 채권자보다 더 이른 시점에 채무자의 재무 위기를 인지할 수 있으므로, 보다 장기의 소급기간을 적용하는 것이 합리적이다.⁴⁵

넷째, 이사의 개인적 이익과 회사 이익의 충돌 문제이다. 특수관계인에 대한 우선변제는 이사가 개인적 이익을 위해 회사의 의사결정 권한을 남용한 경우가 많으므로, 충실의무 위반의 정도가 중하다고 평가된다.

4. 경영판단원칙의 적용 가능성과 한계

이사책임을 논의할 때 경영판단원칙(business judgment rule)의 적용은 불가피하게 검토되어야 한다. 이 원칙에 따르면, 정상적인 경영 조건 하에서 법원은 이사의 상업적 결정에 대한 사법 심사를 절제해야 하며, 이사가 충분한 정보를 바탕으로 선의로써 회사의 최대 이익에 부합한다고 믿고 결정을 내렸다면, 설령 그 결정이 부정적 결과를 초래하더라도 가볍게 책임을 인정해서는 안 된다.⁴⁶

그러나 경영판단원칙은 파산 임계 상태에서의 적용 공간이 제한되어야 한다. 첫째, 회사가 이미 지급불능 상태에 있을 때 '회사 최대 이익'의 인정은 전체 채권자의 이익을 아울러야 하므로, 주주 이익만을 중심으로 한 판단 기준은 더 이상 적용될 수 없다. 둘째, 이사의 결정이 자신 또는 관련 당사자의 이익을 도모하기 위한 것이라면, 경영판단원칙이 전제하는 '선의와 무사심'의 기초가 이미 존재하지 않으므로, 해당 원칙은 당연히 적용 근거를 상실한다.⁴⁷ 셋째, 파산 임계

⁴⁵정옥(鄭彧): (n 13) 130-148 면.

⁴⁶Smith v Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del 1985). 이건위(李建偉): 「경영판단원칙의 도입과 적용」, 《중국법률평론》 2016 년 제 3 호, 55-68 면.

⁴⁷Keay (n 34) 665-690.

상태에서의 이사 결정은 그 특성상 정상 경영 상태의 결정보다 더 높은 수준의 주의와 정보 수집을 요구하므로, 경영판단원칙의 보호 범위가 축소되어야 한다.

중국法の 맥락에서 경영판단원칙은 아직 명문의 법규정으로 도입되지 않았으나, 학계의 논의와 일부 판례에서 그 개념이 원용되고 있다.⁴⁸ 그러나 파산 임계 상태에서의 적용에 관해서는 더욱 신중한 접근이 필요하다.

V. 비교법적 고찰: 독일·미국·대만의 규제 모델

1. 독일법의 단계적 취소구조와 이사 의무

독일 《지급불능절차법》(Insolvenzordnung, InsO)의 우선변제 및 이사책임 규제는 가장 완비된 입법 규범 사례 중 하나로 평가받는다. 취소권 측면에서, InsO 제 130 조 내지 제 133 조는 서로 다른 시간적 범위와 주관적 요건을 포괄하는 취소제도의 단계적 구조를 구축하고 있다. 제 130 조는 지급불능 상태 발생 후 3 개월 이내의 담보 또는 변제행위를 규율하고(객관적 요건만으로 취소 가능), 제 131 조는 지급불능 전 비관련 당사자에게 이루어진 편파적 담보 또는 변제행위(3 개월 이내)를 규율하며, 제 132 조는 지급불능 발생 후 3 개월을 초과한 행위에 대해 주관적 요건을 추가로 요구하고, 제 133 조는 채권자 손해를 의도한 행위(10 년 이내)를 규율한다.⁴⁹

이러한 단계적 구조는 행위의 시간적 거리와 주관적 악의의 정도에 따라 차등화된 규제를 가능하게 하여, 규제의 정밀성과 비례성을 동시에 확보하고 있다. 특히 제 130 조의 객관적 요건만으로 취소가 가능한 규정은 거증 부담을 획기적으로 경감시켜 취소권의 실효성을 제고하는 효과를 가진다.

⁴⁸이건위(李建偉): (n 44) 55-68 면.

⁴⁹InsO §§ 130-133. Bork (n 28) pp.75-89.

이사책임 측면에서, 독일 《주식회사法》(AktG) 제 93 조 제 2 항은 이사의 손해배상책임을 확립하고 있으며, 특히 제 3 항은 특정 행위 유형에 대해 책임 추정(거증책임 전환)을 규정하고 있다.⁵⁰ 파산의 경우, 《지급불능절차法》 제 15a 조는 이사의 적시 파산신청 의무(Insolvenzantragspflicht)를 규정하고 있어, 이 의무를 위반한 이사는 신청 지연으로 인한 채권자 손해에 대해 배상책임을 부담해야 한다. 이 규정은 상당한 예방 효과를 갖는다.⁵¹

독일法の 특징은 취소제도와 이사책임 제도가 유기적으로 결합되어, 파산 전 단계에서의 부당행위에 대해 사후적 취소(재산 환수)와 개인적 제재(손해배상)의 이중적 규제 메커니즘을 제공한다는 점이다. 이는 중국法이 취소권 제도에 상대적으로 치중하고 이사책임 측면에서 규제가 미약한 것과 대비된다.

2. 미국법의 객관적 취소제도와 채권자 이익론

미국 《연방파산法》 제 11 편 제 547 조에 의해 확립된 우선변제 취소제도는 실무상 비교적 풍부한 사법 발전을 거쳐 왔다. 이 제도의 핵심 특징은 구성 요건이 비교적 객관화되어 채무자의 주관적 의도 증명이 불필요하다는 점이며, 동시에 몇 가지 명확한 항변 사유를 열거함으로써 정당한 상업활동에 대해 비교적 충분한 보호를 제공한다는 점이다.⁵²

제 547 조(b)항은 우선변제 취소의 요건으로 (i) 채권자에 대한 변제 또는 담보 제공 행위, (ii) 채무자의 지급불능 상태(파산신청 시점에 추정됨), (iii) 파산신청 전 90 일 이내(관련 당사자의 경우 1 년 이내)에 이루어진 행위, (iv) 해당 행위가

⁵⁰Aktiengesetz (AktG), § 93(2) (Germany).

⁵¹InsO § 15a. 정욱(鄭域): 「독일 이사의 파산신청의무」, 《비교법연구》 2018 년 제 1 호, 155-170 면.

⁵²Tabb (n 11) pp.521-560.

없었다면 파산절차에서 채권자가 수령하였을 금액보다 많은 금액을 수령하게 한 행위, (v) 기존 채무에 대한 변제일 것 등을 규정한다.⁵³

특히 (iv)의 '더 많은 금액'(more than) 요건은, 우선변제가 실제로 채권자의 변제 지위를 상승시켰는지를 객관적 기준으로 판단하게 함으로써, 주관적 요건의 입증 문제를 회피하고 있다. 또한 제 547 조(c)항은 (1) 동시 교환, (2) 정상적 영업 과정, (3) 담보권의 설정 또는 완성 등 여러 항변 사유를 명시적으로 규정하고 있어, 취소권의 적용 범위를 합리적으로 한정하고 있다.⁵⁴

이사책임 영역에서 미국법은 주법 주도의 규범 경로를 취하고 있다. 델라웨어주는 일련의 판례를 통해 재무 곤경 상태에서 이사 의무의 '채권자 이익론'을 점진적으로 확립하였다. Credit Lyonnais Bank Nederland NV v Pathe Communications Corp 사건(1991)에서 델라웨어주 법원은 '파산의 그림자 하에서' 이사가 주주에 대한 의무와 채권자에 대한 의무 사이에서 균형을 잡아야 한다고 판시하였다.⁵⁵ 그러나 2006 년의 Trenwick America Litigation Trust v Ernst & Young 사건은 이 이론을 수정하여, 오직 회사가 실질적으로 지급불능(actually insolvent) 상태에 있을 때에 한하여 채권자가 이사에 대한 직접청구권을 취득한다고 강조하였다.⁵⁶

3. 비교법적 시사점과 중국法에의 함의

이상의 비교법적 고찰을 통해 중국法에 대해 다음과 같은 시사점을 도출할 수 있다.

⁵³11 U.S.C. § 547(b) (2018).

⁵⁴11 U.S.C. § 547(c) (2018).

⁵⁵Credit Lyonnais Bank Nederland NV v Pathe Communications Corp (Del Ch, Dec 30, 1991).

⁵⁶Trenwick America Litigation Trust v Ernst & Young LLP, 906 A.2d 168 (Del Ch 2006).

첫째, 취소권 제도의 단계적 구성에 관한 시사점이다. 독일 InsO 의 단계적 취소구조는 행위의 시간적 거리와 주관적 악의 정도에 따라 차별화된 규제를 가능하게 한다. 중국法도 현행의 단일적 6 개월 기간을 넘어, 행위 유형과 관련 당사자 여부에 따라 차별화된 소급기간과 구성 요건을 설정하는 방안을 고려할 수 있다.

둘째, 정상적 상업활동 예외의 명문화에 관한 시사점이다. 미국法の 통상적 영업 과정 항변과 독일法の 현금 거래 예외는 모두 정상적 상업거래를 취소권의 적용 범위에서 합리적으로 배제함으로써, 거래 안전성과 기업의 계속적 경영활동을 보호하고 있다. 중국法도 이러한 예외 규정을 명문화하여 법적 불확실성을 해소할 필요가 있다.⁵⁷

셋째, 이사책임 규범의 체계화에 관한 시사점이다. 독일 AktG 제 93 조의 이사책임 추정 규정과 InsO 제 15a 조의 파산신청 의무 규정, 그리고 미국 델라웨어주 판례법의 '채권자 이익론'은 모두 파산 임계 상태에서 이사의 행위 기준을 구체화하고 그 책임을 명확히 하는 기능을 한다.

넷째, 예방적 규제 메커니즘의 도입에 관한 시사점이다. 영국法の 불당계속경영(wrongful trading) 제도와 독일法の 파산신청 의무 규정은 모두 사후적 취소와 배상만으로는 부족한 파산 전 단계의 규제 공백을 메우는 기능을 한다. 중국法도 이러한 예방적 메커니즘의 도입을 적극 검토할 필요가 있다.⁵⁸

VI. 현행 제도의 결함과 개선 방안

1. 규범 체계의 미비점 종합 평가

⁵⁷Tabb (n 11) pp.535-540.

⁵⁸Finch & Milman (n 4) pp.235-260.

전술한 논의를 종합하면, 중국의 현행 우선변제 규제 체계는 다음과 같은 종합적 미비점을 가지고 있는 것으로 평가된다.

첫째, 취소권 제도의 규범적 정밀성 부족이다. 《기업파산法》 제 32 조의 구성 요건이 지나치게 간략하여, 특히 '기한 전 변제'에 초점을 맞추므로써 기한 도래 채무에 대한 편파적 변제의 규제 근거가 불명확하다.⁵⁹

둘째, 이사책임 규범의 체계적 부재이다. 파산 임계 상태에서 이사의 의무와 책임에 관한 전문 규정이 전무하여, 이사의 행위 기준이 불명확하고 책임 추궁의 법적 근거가 취약하다.

셋째, 규제 메커니즘의 단일성이다. 현행 제도는 사후적 취소와 배상에 전적으로 의존하고 있어, 파산 임계 상태에서의 부당행위를 예방적으로 억제하는 장치가 결여되어 있다.

넷째, 거증책임 배분의 불합리성이다. 관재인(또는 채권자)이 지급불능 상태와 인과관계 등을 입증해야 하는 현행 체계는, 정보 접근성에서 우위에 있는 채무자 측에 사실상 유리하게 작용한다.⁶⁰

다섯째, 관련 당사자 규제의 미비이다. 특수관계인에 대한 우선변제에 관해 별도의 규정이 없어, 내부자 거래의 위험이 큰 이 영역에서 규제의 공백이 발생하고 있다.

2. 취소권 제도의 해석과 적용에 관한 개선

첫째, 취소권 구성 요건의 명확화가 필요하다. 입법상 《기업파산法》 제 32 조가 규제하는 '개별 변제'는 기한 미도래 채무의 기한 전 변제에 한정되지 않고, 이미 이행기가 도래한 채무이더라도 금액이나 시기가 현저히 균형을 잃은 변제행위도

⁵⁹왕세호(汪世虎): (n 18) 189-194 면.

⁶⁰장선빈(張善斌): (n 15) 89-97 면.

포괄함을 명확히 할 것을 건의한다. 이는 사법해석 제 14 조의 내용을 입법적으로 승인함으로써 법적 근거를 강화하는 방안이다.

구체적으로, 제 32 조를 다음과 같이 개정하는 방안을 고려할 수 있다. '인민법원이 파산신청을 수리하기 전 6 개월 이내에 채무자가 이미 지급불능 상태에 있었음에도 불구하고 특정 채권자에게 변제를 이행하거나 담보를 제공하여 해당 채권자가 다른 채권자에 비해 유리한 변제 지위를 획득하게 한 경우, 관재인은 인민법원에 취소를 청구할 수 있다. 다만, 해당 변제가 정상적 상업활동의 범위 내에 속하고 채무자의 계속적 경영에 필요 불가결한 경우에는 그러하지 아니하다.'

둘째, 거증책임 배분의 최적화이다. 임계기 내에 관련 당사자 또는 대규모 채권자에 대해 이루어진 변제행위에 대해서는 반증 가능한 지급불능 추정을 확립하고, 거증책임을 상대방에게 전환하여 그가 해당 변제가 정상적 상업활동에 해당함을 증명하게 해야 한다.⁶¹

구체적으로, 《기업파산法》에 다음과 같은 추정 조항을 신설할 수 있다. '파산신청 수리 전 6 개월 이내에 이루어진 변제 또는 담보 제공 행위에 대해서는, 채무자가 해당 행위 시 지급불능 상태에 있었던 것으로 추정한다. 다만, 상대방이 그 반증을 제기할 수 있다. 관련 당사자에 대한 변제 또는 담보 제공 행위에 대해서는 그 소급기간을 1 년으로 한다.'

셋째, 관련 당사자 규제에 관한 특별 규정의 도입이다. 주요 법역의 성숙한 경험을 참조하여, 관련 당사자 우선변제에 대해 1 년을 기준으로 한 연장된 소급기간을 설정하고, 거증책임 전환 및 독립적 거래 조건(*arm's length terms*) 심사 요건을 보조 장치로 두어, 내부 이익이전에 특화된 규제 메커니즘을 형성할 것을 건의한다.

⁶¹Bork (n 28) pp.75-89.

3. 이사 개인책임 규범의 체계화 방안

첫째, 이사의 재무 곤경 의무에 관한 전문 규범의 구축이다. 《회사法》 또는 《기업파산法》에 명확한 조항을 추가하여, 회사가 채무초과 상태에 있거나 채무초과에 임박한 때에는 이사가 단순히 주주만이 아닌 전체 채권자에 대한 수탁의무를 부담함을 규정하고, 이 경우 경영판단원칙의 보호 범위를 상응하여 축소하며, 관련 당사자 우선변제에 대해 거증책임 전환을 적용할 것을 건의한다.⁶²

구체적으로, 《회사法》에 다음과 같은 조항을 신설하는 방안을 고려할 수 있다. '회사가 지급불능 또는 채무초과 상태에 이르렀을 때에는 이사는 전체 채권자의 이익을 고려하여 직무를 수행하여야 하며, 주주 또는 자신의 이익을 위해 채권자의 집단적 이익을 해치는 행위를 하여서는 아니 된다. 이사가 이에 위반하여 채권자에게 손해를 발생하게 한 경우, 채권자는 이사에 대해 손해배상을 청구할 수 있다.'

둘째, 이사책임의 구체적 구성 요건과 손해 배상 범위에 관한 기준 마련이다. 이사의 개인책임이 인정되기 위해서는 (i) 회사의 지급불능 상태, (ii) 이사의 위법 또는 의무 위반 행위, (iii) 채권자에게 발생한 손해, (iv) 위반 행위와 손해 사이의 인과관계가 입증되어야 함을 명시하고, 특히 관련 당사자 거래의 경우 이사가 행위의 공정성을 입증할 책임을 부담하도록 하는 규정을 도입할 필요가 있다.

셋째, 이사책임의 소멸시효에 관한 특칙 마련이다. 일반 민사책임의 소멸시효(3년)와 달리, 파산절차의 특수성을 고려하여 파산관재인이 이사책임을 추궁할 수 있는 기간에 관한 특칙을 마련할 필요가 있다.

4. 예방적 규제 메커니즘의 도입 검토

⁶²임인광(林仁光): 「회사 파산 직전 이사책임 연구」, 《대만대학 법학논총》 2014년 제 43권 제 1호, 1-58면.

첫째, 불당계속경영(wrongful trading) 제도의 도입 검토이다. 영국 《1986 년 파산法》 제 214 조 및 독일 《지급불능절차法》 제 15a 조의 입법 경험을 참조하여, 중국法에 유사한 불당계속경영 제도의 도입을 연구하고, 이사로 하여금 회사가 불가피한 파산 상태에 빠졌을 때 적시에 파산신청을 할 의무를 부담하게 하되, 이 의무를 위반한 자는 관련 채권자의 손실액에 대해 배상책임을 지도록 할 것을 건의한다.⁶³

구체적으로, 《기업파산法》에 다음과 같은 조항을 신설하는 방안을 고려할 수 있다. '이사는 회사가 지급불능 또는 채무초과 상태에 있음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 지체 없이 파산신청을 제기하거나 회생절차 개시를 청구하여야 한다. 이사가 정당한 사유 없이 이 의무를 위반하여 채권자에게 손해를 발생하게 한 경우, 채권자는 이사에 대해 손해배상을 청구할 수 있다. 이 경우 이사는 자신이 회사의 계속적 경영이 채권자에게 이익이 된다고 합리적으로 믿었음을 증명하는 경우에 한하여 책임이 면제될 수 있다.'

둘째, 파산 임계 상태에서의 이사 보고 의무 도입이다. 이사가 회사의 재무 상태가 악화됨을 인지한 때에는 이사회 또는 감사에게 보고하고, 필요한 경우 전문가의 조언을 구할 의무를 규정하는 방안을 고려할 수 있다.

셋째, 임시관재인 제도의 활용 확대이다. 파산신청이 제기되었으나 아직 수리 여부가 결정되지 않은 기간 동안, 법원이 필요하다고 인정하는 경우 임시관재인을 선임하여 채무자의 재산을 보전하고 부당행위를 방지하도록 하는 제도적 장치를 마련할 필요가 있다.⁶⁴

VII. 결 론

⁶³Insolvency Act 1986, s 214 (UK). Finch & Milman (n 4) pp.245-260.

⁶⁴왕신신(王欣新): (n 20) 230-240 면.

우선변제 행위는 파산法과 회사法의 교차점에 위치하는 중요한 논제로서, 중국 시장경제가 심화 발전하고 파산 실무가 날로 활발해지는 배경 하에서, 이론적 연구와 실무적 지도 모두에 있어 중요한 가치를 지닌다. 본고는 우선변제 행위의 이론적 기초, 《기업파산法》의 취소권제도, 이사의 개인책임 메커니즘, 그리고 해외 비교법 제도에 대한 체계적 정리를 통해 다음과 같은 주요 결론을 도출한다.

첫째, 중국 《기업파산法》은 우선변제 행위에 대한 기본적인 취소권 규제 체계를 확립하였으며, 채권자 평등원칙이 입법 차원에서 원칙적으로 확인되어 있다. 그러나 구성 요건의 명확성, 거증책임의 합리적 배분, 관련 당사자 규제 등의 측면에서는 여전히 추가적인 완비가 필요하다. 특히 관련 당사자에 대한 우선변제는 내부자 거래의 위험이 크고 정보 비대칭성이 현저하므로, 일반 채권자에 대한 우선변제와 차별화된 규제 체계의 구축이 시급하다.

둘째, 이사의 개인책임 측면에서, 중국法은 파산 임계 상태에 특화된 이사 의무 규범을 결여하고 있다. 현행 법률의 체계 통합 경로는 실행 가능성이 있으나, 그 명확성과 예측 가능한 실행 가능성은 이상적이지 못하여 행위 지도와 억지 기능을 효과적으로 발휘하기 어렵다. 이사가 재무 곤경 상태에서 부담하여야 할 특별 의무(채권자에 대한 수탁의무, 적시 파산신청 의무, 재산 보존 의무 등)를 명시적으로 규정하는 입법적 조치가 필요하다.

셋째, 비교법적 시각의 도입은 중국 제도와 국제 주류 규칙 간의 몇 가지 현저한 격차를 드러냈으며, 그중 관련 당사자 규제의 미비와 예방적 메커니즘의 결여가 가장 두드러진다. 독일法의 단계적 취소구조와 파산신청 의무 규정, 미국法의 객관적 취소제도와 정상적 영업 항변은 모두 중국法의 개선에 중요한 시사점을 제공한다.

넷째, 본고가 제시한 제도 개선 제안은 규칙 경계의 명확화, 거증책임 배분의 최적화, 관련 당사자 규제 강화, 전문 의무 규범 구축, 예방 메커니즘 탐색을

주축으로 하여, 중국 상업 실무의 현실적 필요에 입각하고 해외 성숙한 경험을 참조함으로써 제도 개선의 실행 가능성과 타겟성의 통일을 도모하고자 하였다.

법률 제도의 완비는 점진적인 시스템 공정으로 하루아침에 이루어질 수 없다. 기업의 정상적인 경영 공간을 보장하는 것과 전체 채권자의 집단적 이익을 보호하는 것 사이에서 최적 균형을 어떻게 찾아낼 것인가는 항상 입법과 사법이 직면하는 핵심 과제이다. 본고의 논의가 이 과제에 대한 학계의 심화된 논의와 실무의 개선 방안 모색에 기여할 수 있기를 기대한다.

참 고 문 헌

외국어 문헌

[중국어]

<저서>

왕신신(王欣新), 《파산법》(제 4 판), 중국인민대학출판사 2019 년판.

왕신신(王欣新), 《파산관재인제도연구》, 법률출판사 2016 년판.

이수광(李曙光), 《기업파산법: 제도설계와 법률해석》, 법률출판사 2014 년판.

왕세호(汪世虎), 《기업파산법 해석론》, 법률출판사 2018 년판.

이영군(李永軍), 《파산법률제도연구》, 중국법제출판사 2000 년판.

심귀명(沈貴明), 《회사法》(제 3 판), 북경대학출판사 2022 년판.

조옥동(趙旭東), 《회사法》(제 5 판), 고등교육출판사 2023 년판.

풍과(馮果), 《회사法》, 무한대학출판사 2021 년판.

엽림(葉林), 《회사法》, 중국인민대학출판사 2022 년판.

왕이명(王利明), 《민法》(제 8 판), 중국인민대학출판사 2020 년판.

나배신(羅培新), 《회사法의 계약해석》, 북경대학출판사 2004 년판.

진영종(陳榮宗), 《파산法》(수정판), 대만 삼민서국 2010 년판.

<논문>

허덕봉(許德峰), 「파산法상의 채권자 평등원칙」, 《중국법학》 2011 년 제 4 호.

허덕봉(許德峰), 「파산취소소송의 제도 논리」, 《청화법학》 2017 년 제 4 호.

원벽화(袁碧華), 「중국 파산취소권 제도의 이론적 기초와 제도 구축」,
《법률과학》 2015 년 제 3 호.

정욱(鄭彥), 「독일 파산취소제도 연구」, 《비교법연구》 2016 년 제 5 호.

정욱(鄭彥), 「독일 이사의 파산신청의무」, 《비교법연구》 2018 년 제 1 호.

왕건문(王建文), 「파산취소권 행사기간의 기산점」, 《법학평론》 2019 년 제 2 호.

장선빈(張善斌), 「파산절차에서 지급불능 인정의 거증책임」, 《중국법률평론》
2020 년 제 1 호.

유우상(劉宇翔), 「기업파산취소권의 적용범위」, 《법학》 2018 년 제 9 호.

양정정(梁晶晶), 「통상적 영업활동 면제조항의 법률분석」, 《정치와 법률》
2021 년 제 6 호.

이건위(李建偉), 「경영판단원칙의 도입과 적용」, 《중국법률평론》 2016 년
제 3 호.

임인광(林仁光), 「회사 파산 직전 이사책임 연구」, 《대만대학 법학논총》
2014 년 제 43 권 제 1 호.

[영문]

<저서>

Bork R, Introduction to German Insolvency Law (Mohr Siebeck 2012).

Finch V and Milman D, Corporate Insolvency Law: Perspectives and Principles (3rd edn, Cambridge University Press 2017).

Fletcher IF, The Law of Insolvency (5th edn, Sweet & Maxwell 2017).

Goode R, Principles of Corporate Insolvency Law (4th edn, Sweet & Maxwell 2011).

Keay A, The Duty to Promote the Success of the Company: Under the Companies Act 2006 (Bloomsbury Professional 2014).

Tabb CJ, The Law of Bankruptcy (3rd edn, Foundation Press 2014).

<논문>

Keay A, "Directors' Duties to Creditors: Contractarian Concerns Relating to Efficiency and the Avoidance of Conflicts" (2003) 66 Modern Law Review 665.

Milman D, "Curbing the Phoenix Syndrome" (1997) 18 The Company Lawyer 224.

초 록

기업이 파산에 임박하는 임계 단계에서는 특정 채권자에게 우선적으로 변제하는 행위가 빈번히 발생한다. 이러한 행위는 표면상 합법적인 채무이행의 외관을 갖추고 있으나, 파산법의 시각에서는 채권자 평등원칙에 대한 중대한 침해를 구성할 수 있다. 본고는 중국 《기업파산법》을 주된 분석 틀로 삼아, 비교법학·회사법·민사책임이론 등의 연구방법론을 종합적으로 활용하여, 우선변제 행위의 개념 정의·법적 성질·규범적 기초를 체계적으로 검토하고, 중국법상 취소권제도를 심층 분석하며, 나아가 우선변제 행위와 이사의 개인책임 간의 연결 메커니즘을 규명하고자 한다. 연구 결과, 중국법은 취소권제도 측면에서 비교적 완결된 규범체계를 구축하고 있으나, 이사책임 인정 기준, 거증책임 배분, 특수관계인 거래 규제 등의 측면에서는 여전히 상당한 미비점이 존재하는 것으로 나타났다. 본고는 현행 제도에 대한 비판적 분석을 토대로, 독일·미국·대만 지역의 비교법적 경험을 참조하여, 정상적 기업활동 보장과 채권자 집단이익 보호 사이의 최적 균형을 모색하는 구체적인 제도 개선 방안을 제시한다.

<주제어> 우선변제; 파산취소권; 채권자 평등; 이사의 충실의무; 파산법

A b s t r a c t

In the critical stage when a company is on the verge of bankruptcy, actions of making preferential payments to specific creditors occur frequently. Although such actions bear the outward appearance of lawful debt performance, from the perspective of bankruptcy law they may constitute a serious infringement of the principle of creditor equality. Taking the Chinese Enterprise Bankruptcy Law as the primary analytical framework, and comprehensively employing research methodologies from comparative law, company law, and civil liability theory, this paper systematically examines the conceptual definition, legal nature, and normative foundations of preferential payment actions, undertakes an in-depth analysis of the avoidance regime under Chinese law, and further seeks to clarify the connection mechanism between preferential payment actions and directors' personal liability. The findings reveal that while Chinese law has established a relatively complete normative system with respect to the avoidance regime, considerable deficiencies remain in areas such as the criteria for establishing directors' liability, the allocation of the burden of proof, and the regulation of related-party transactions. On the basis of a critical analysis of the current system, and with reference to comparative law experiences from Germany, the United States, and the Taiwan region, this paper proposes specific institutional improvement measures aimed at achieving an optimal balance between safeguarding normal business activities and protecting the collective interests of creditors.

Keywords: Preferential payment; Right of avoidance in bankruptcy; Creditor equality; Directors' fiduciary duty; Bankruptcy law

소수주주 열람권의 한계와 남용방지에 관한 한·중 비교연구

A Comparative Study on the Limits and Prevention of Abuse of Minority Shareholders' Inspection Rights in Korea and China

유소천(刘昭天)(인하대학교 법학과 박사과정)

LIU, Zhaotian(Ph.D. Student, Department of Law, Inha University)

목 차

- I. 소수주주 열람권의 제도적 기능과 이론적 기초
- II. 중국 회사법상 소수주주 열람권의 확대와 한계
- III. 소수주주 열람권 남용의 주요 유형
- IV. 한국 상법상 소수주주 열람권 제도의 경험
- V. 중국 소수주주 열람권 제도의 개선 방향
- VI. 결론

I. 소수주주 열람권의 제도적 기능과 이론적 기초

소수주주의 열람권은 회사법이 주주에게 부여하는 공익권적 성격을 가지는 중요한 권리이다. 그 핵심 기능은 주주가 회사의 경영·재무 및 지배구조 관련 정보를 취득할 수 있도록 보장함으로써 회사 경영활동에 대한 실질적인 감독을

가능하게 하는 데 있다. 현대 회사에서는 지배주주와 경영진이 회사의 핵심 정보를 장악하는 반면, 소수주주는 경영 참여의 한계로 인해 정보 접근에서 구조적으로 불리한 지위에 놓이기 쉽다. 따라서 열람권 제도는 소수주주가 지배주주 및 경영진을 견제할 수 있도록 하는 중요한 법적 수단으로 기능한다.¹

중국 회사법은 일반적으로 “중소주주”라는 개념을 사용하고 있으나, 그 실질적 기능은 한국 상법상 “소수주주(소수주주권)” 제도와 유사하다. 양 제도 모두 회사 내부에서 상대적으로 취약한 지위에 있는 주주의 이익을 보호하고, 지배주주 또는 경영진의 권한 남용을 방지하는 데 목적이 있다. 특히 폐쇄회사, 가족회사 및 지분집중도가 높은 유한책임회사에서는 소수주주가 회사의 실제 경영상황을 파악하기 어렵다. 이러한 상황에서 실효성 있는 열람권 보장이 결여된다면, 지배주주는 특수관계인 거래, 이익 이전, 이익 은폐 등의 방식으로 중소주주의 이익을 침해할 가능성이 높다.²

따라서 열람권은 단순한 정보취득권에 그치지 않는다. 이는 경영감독, 내부자 지배 통제, 투자수익 실현 보장이라는 복합적 기능을 가진다. 기업지배구조의 관점에서 보면, 열람권 제도는 회사 내부의 정보비대칭을 완화하고, 대리인 비용을 감소시키며, 지배주주와 이사의 책임을 강화하는 기능을 수행한다. 또한 열람권은 단순히 개인 주주의 이익만을 보호하는 것이 아니라, 회사 전체의 투명성과 건전한 지배구조 형성에도 기여한다는 점에서 공익적 의미를 가진다.

1赵旭东：《公司法》，高等教育出版社(2023).

2刘俊海：《现代公司法》，法律出版社(2022).

다만 열람권은 절대적인 권리가 아니다. 회사의 재무자료, 고객정보, 거래망 구조, 거래조건 및 핵심 경영전략 등은 모두 영업비밀에 해당할 가능성이 있다. 만약 열람권 행사에 아무런 제한이 없다면, 일부 주주는 이를 이용하여 경쟁정보를 취득하거나 회사 경영활동을 방해할 수 있다. 따라서 현대 회사법상 중요한 과제는 주주의 감독권과 회사의 영업비밀 보호 사이에서 합리적인 균형을 형성하는 데 있다.³

II. 중국 회사법상 소수주주 열람권의 확대와 한계

중국 회사법은 오랫동안 주주 열람권에 대하여 비교적 제한적인 보호모델을 취하여 왔다. 과거 실무에서는 주주가 회사 정관, 주주회 회의록, 이사회 결의 및 재무회계보고서 등을 열람할 수 있는 수준에 머무는 경우가 많았고, 회계장부 및 원시증빙자료에 대한 열람은 상당한 제한을 받았다. 특히 유한책임회사에서는 지배주주 또는 경영진이 “영업비밀 보호”를 이유로 중소주주의 장부 열람을 거부하는 사례가 빈번하였다. 그 결과 열람권이 실질적인 감독수단으로 기능하지 못하는 문제가 발생하였다.⁴

2023 년 개정 「중화인민공화국 회사법」 제 57 조는 주주의 열람권 범위를 확대하였다. 동 조항은 주주가 회사 정관, 주주명부, 주주회 회의록, 이사회 결의, 감사회 결의 및 재무회계보고서를 열람·복사할 수 있도록 규정한다. 또한 주주는 회사의 회계장부와 회계증빙자료의 열람을 요구할 수 있으며, 이를 위해서는 회사에 서면으로 청구하고 그 목적을 설명하여야 한다. 회사가 주주의 열람

3王保树：《中国公司法论》，社会科学文献出版社(2021).

4李建伟：《公司法学》，中国人民大学出版社(2023).

청구에 부정한 목적이 있고 회사의 합법적 이익을 해할 우려가 있다고 판단할 합리적 근거가 있는 경우에는 열람 제공을 거부할 수 있으나, 이 경우에도 회사는 주주의 서면 청구일로부터 15 일 이내에 서면으로 답변하고 그 이유를 설명하여야 한다. 회사가 열람을 거부하는 경우 주주는 인민법원에 소를 제기할 수 있다.⁵

또한 개정 회사법은 주주가 회계사무소·변호사사무소 등 중개기관에 위임하여 열람을 진행할 수 있도록 허용하고 있으며, 열람 과정에서 국가비밀, 영업비밀 및 개인정보 보호 관련 법령을 준수하여야 한다는 점도 강조하고 있다. 이는 열람권 보장을 확대하는 동시에 회사의 정당한 이익 보호 역시 고려하고 있음을 보여준다.

특히 회계증빙자료가 명시적으로 열람 대상에 포함된 점은 중요한 제도적 의미를 가진다. 회계증빙자료는 회계장부 작성의 기초가 되는 원시 자료이므로, 장부만 열람할 수 있고 증빙자료 열람이 허용되지 않는다면 주주는 장부의 진실성을 실질적으로 검증하기 어렵다. 따라서 개정 회사법은 열람 범위를 확대함으로써 중소주주의 재무감독 기능을 강화하고자 한 것으로 평가할 수 있다.

그러나 열람권 범위의 확대는 동시에 주주의 감독권과 회사 영업비밀 보호 사이의 충돌을 심화시키고 있다. 특히 최근 중국 사법실무에서는 단순히 “영업비밀”이라는 추상적 이유만으로 주주의 열람청구를 거부하는 것은 허용되지 않는다는 입장이 점차 강화되고 있다. 일부 법원은 회계증빙자료가 회계장부의 진실성을 검증하기 위한 핵심 자료라는 점을 강조하면서, 회사가 장기간 배당을 실시하지 않거나 정상적인 이사회 운영을 하지 않은 경우에는 소수주주의 감독 필요성이 더욱 강화된다고 보았다. 따라서 회사가 단순한 추상적 위험만을 이유로

5「중화인민공화국 회사법」(2023 개정) 제 57 조.

열람 자체를 거부하는 것은 소수주주의 정당한 감독권을 과도하게 제한할 우려가 있다고 판단하였다.

예컨대 일부 사건에서 회사는 회계자료와 거래기록에 고객명단, 거래단가 및 공급업체 정보 등이 포함되어 있으므로, 이를 열람하게 될 경우 회사의 핵심 영업비밀이 외부로 유출될 위험이 있다고 주장하였다. 그러나 법원은 단순히 영업비밀이 포함되어 있다는 사정만으로 곧바로 열람을 거부할 수는 없으며, 회사는 해당 자료가 어떠한 방식으로 회사의 경쟁상 이익과 직접적으로 관련되는지 구체적으로 입증하여야 한다고 판시하였다. 특히 회사가 장기간 정상적인 경영활동을 하지 않거나, 이사회 개최 및 배당 실시가 장기간 이루어지지 않은 경우에는 주주의 정보 접근 필요성이 더욱 크다고 보았다.

또한 일부 판례에서는 회사가 소수주주의 열람권 행사를 지나치게 제한할 경우, 지배주주 또는 경영진에 대한 내부통제가 사실상 불가능하게 될 우려가 있다고 지적하였다. 회사 내부의 재무자료와 거래정보가 모두 지배주주와 경영진에게 집중되어 있는 상황에서, 소수주주가 회계장부 및 증빙자료에 접근하지 못한다면 회사 운영의 적법성과 재무상태를 실질적으로 검증하기 어렵기 때문이다.

반면 다른 일부 판례에서는 주주가 경쟁업종에 종사하고 있거나, 과거 회사와 지속적인 경영분쟁을 겪어 왔으며, 열람 대상 자료가 회사의 핵심 고객정보 및 장기거래전략과 밀접하게 관련되어 있는 경우에는 회사의 영업비밀 보호 필요성을 더욱 중시하였다. 이러한 사건에서 법원은 열람 범위를 제한하거나, 특정 자료에 대한 복사를 허용하지 않는 방식으로 회사의 영업비밀을 보호하려는 태도를 보였다.

이처럼 현재 중국 사법실무는 소수주주의 감독권 보장과 회사의 영업비밀 보호 사이에서 구체적 사안에 따라 다양한 이익형량을 시도하고 있다. 그러나 아직까지 “부정한 목적” 판단기준과 열람 범위 제한 기준이 충분히 통일되어 있다고 보기는 어렵다. 이에 따라 동일·유사한 사건에서도 법원에 따라 상이한 결론이 도출되는 경우가 존재하며, 이는 열람권 제도의 예측가능성을 저하시킬 수 있다.

이러한 점에서 한국 상법상 회계장부열람·등사권 제도는 일정한 참고가치를 가진다. 한국 사법실무는 단순히 열람을 허용하거나 전면적으로 배척하는 이분법적 구조에서 벗어나, 열람 목적의 정당성, 경쟁관계 존재 여부, 영업비밀 침해 가능성, 회사의 경영상태 및 소수주주의 감독 필요성 등을 종합적으로 고려하는 경향을 보이고 있다. 특히 열람은 허용하되 복사를 제한하거나, 일정 장소에서만 열람하도록 하는 절차적 제한방식을 활용함으로써 소수주주의 감독권과 회사의 경영자율성 사이의 균형을 도모하고 있다는 점은 중국 회사법에도 중요한 시사점을 제공한다.

III. 소수주주 열람권 남용의 주요 유형

열람권 범위가 확대됨에 따라 일부 주주는 열람권을 본래의 감독 목적이 아닌 다른 목적을 위하여 활용하기도 한다. 이러한 현상은 열람권의 남용 문제를 야기한다.

첫째, 일부 주주는 회계장부, 거래기록 및 고객자료 등을 열람함으로써 회사의 영업비밀을 취득하고 이를 경쟁활동에 이용한다. 예컨대 경쟁관계에 있는 기업이 소량의 지분을 취득한 후 주주 자격으로 회사의 재무자료, 공급망 정보 및

고객자원에 대한 열람을 신청하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 행위는 정당한 감독권의 범위를 넘어서는 것으로서, 열람권 제도의 본래 취지에 반한다.⁶

실무상 회사는 고객명단, 거래단가, 공급업체 정보, 원가구조 및 장기거래계약 등이 모두 핵심적인 영업비밀에 해당한다고 주장하는 경우가 많다. 특히 경쟁관계가 존재하는 상황에서는 주주의 열람행위가 단순한 감독 목적이 아니라 경쟁정보 취득을 위한 수단으로 이용될 가능성이 존재한다. 따라서 법원은 열람 대상 자료의 민감성과 경쟁관계 존재 여부를 보다 신중하게 검토할 필요가 있다.

둘째, 일부 주주는 반복적인 장부 열람, 자료 복사 요청 및 소송 제기를 통하여 회사의 정상적인 경영활동을 방해한다. 폐쇄회사에서는 주주 사이의 인적 신뢰관계가 중요한 의미를 가지므로, 지배권 분쟁이 발생하면 열람권 소송이 내부 권력투쟁의 수단으로 변질될 가능성이 있다. 일부 소수주주는 지속적인 장부 열람 요구를 통해 경영진에게 압박을 가하고, 이를 지분매수, 이익교환 또는 경영진 교체를 위한 협상수단으로 활용하기도 한다.

예컨대 일부 회사에서는 소수주주가 수개월에 걸쳐 반복적으로 회계자료 제출을 요구하거나, 열람 과정에서 회사의 정상적인 회계 및 행정업무를 방해하는 사례도 보고되고 있다. 이러한 경우 열람권은 본래의 감독기능을 넘어 회사에 대한 압박수단으로 기능하게 된다.

셋째, 일부 주주는 열람권 소송을 악의적 소송수단으로 이용한다. 열람권 사건은 대량의 재무자료와 내부자료를 수반하는 경우가 많으므로, 회사는 소송

6牛丹：《股东知情权的边界与滥用防控机制》，载《职工法律天地》第10期(2025)。

대응 과정에서 상당한 시간과 비용을 부담하게 된다. 이러한 점을 이용하여 일부 주주는 열람권 소송 자체를 회사에 대한 압박수단으로 활용할 수 있다.⁷

또한 일부 사례에서는 주주가 열람을 통하여 확보한 내부정보를 외부 경쟁기업에 제공하거나, 이를 이용하여 회사와 별도의 경제적 협상을 진행하는 경우도 존재한다. 이러한 행위는 회사의 정상적인 경영질서를 훼손할 뿐만 아니라, 다른 주주의 이익에도 부정적 영향을 미칠 수 있다.

이와 같이 열람권 제도는 중요한 감독 기능을 가지지만, 적절한 제한 장치가 결여될 경우 회사의 정상적인 경영질서를 해칠 위험도 존재한다. 따라서 열람권 남용을 방지하기 위한 제도적 장치의 마련은 현대 회사법상 중요한 과제로 평가된다.

IV. 한국 상법상 소수주주 열람권 제도의 경험

중국법과 비교할 때, 한국 상법은 소수주주 보호와 관련하여 비교적 성숙한 제도 체계를 형성하고 있다. 한국 회사법은 독일법과 일본법의 영향을 받아 발전해 왔으며, 특히 소수주주권 제도를 통하여 지배주주와 경영진에 대한 견제수단을 마련해 왔다.⁸

한국 「상법」 제 466 조 제 1 항은 “발행주식의 총수의 100 분의 3 이상에 해당하는 주식을 가진 주주는 이유를 붙인 서면으로 회계의 장부와 서류의 열람 또는 등사를 청구할 수 있다”고 규정한다. 또한 같은 조 제 2 항은 회사가 그

7刘斌：《股东知情权滥用问题研究》，载《法律科学》第3期(2022).

8정찬형, 『상법강의』, 박영사(2023).

청구가 부당함을 증명하지 아니하면 이를 거부하지 못한다고 규정한다. 이에 따라 일정한 지분요건을 충족한 주주는 회계장부 및 관련 서류에 대한 열람·등사를 청구할 수 있고, 회사는 그 청구가 부당하다는 점을 증명하여야만 이를 거부할 수 있다.⁹

한국법상 회계장부열람·등사권은 소수주주가 회사 경영을 감독하기 위한 중요한 수단으로 기능한다. 특히 회사 내부정보가 지배주주 또는 경영진에게 집중되어 있는 상황에서, 회계장부열람·등사권은 소수주주가 회사의 재무상태, 거래관계 및 경영성과를 확인할 수 있도록 하는 핵심적 제도이다.

한국 판례와 사법실무상으로도 회계장부열람·등사권은 소수주주의 경영감독을 위한 중요한 권리로 이해되고 있다. 다만 열람 목적이 부당하거나 영업비밀 침해 가능성이 현저한 경우에는 일정한 제한이 가능하다고 본다. 이는 주주의 감독권 보호와 회사의 영업비밀 보호를 동시에 고려하려는 한국 실무의 특징을 보여준다.

그러나 한국법 역시 주주의 열람권을 무제한적으로 인정하지 않는다. 신의성실의 원칙 및 권리남용금지 원칙에 따라, 주주의 열람청구가 영업비밀 취득, 부정경쟁, 악의적 경영방해 또는 회사에 대한 부당한 압박을 목적으로 하는 경우에는 제한될 수 있다. 한국 사법실무는 열람청구의 목적, 주주의 지분비율, 회사의 경영상태, 열람 대상 자료의 민감성, 영업비밀 침해 가능성 및 경쟁관계 존재 여부 등을 종합적으로 고려하여 열람 허용 여부를 판단한다.¹⁰

9 「대한민국 상법」 제 466 조.

10 권재열, “소수주주의 회계장부열람권에 관한 연구,” 상사법연구(한국상사법학회), 제 39 권 제 2 호(2020).

또한 한국 실무는 열람권을 전면적으로 허용하거나 전면적으로 배척하는 방식에 그치지 않고, 절차적 제한수단을 활용한다. 예컨대 열람은 허용하되 복사를 제한하거나, 특정 자료에 한하여 열람을 허용하거나, 지정된 장소와 시간에 열람하도록 하거나, 비밀유지약정 체결을 요구하는 방식 등이 가능하다. 이러한 방식은 소수주주의 감독권을 보장하면서도 회사의 영업비밀과 경영자율성을 보호하는 데 유용하다.

한국의 제도 경험은 소수주주의 열람권 보호가 회사정보의 무제한적 공개를 의미하는 것은 아니라는 점을 보여준다. 열람권은 회사 경영에 대한 감시수단으로서 보호되어야 하지만, 동시에 회사의 정당한 이익과 영업비밀을 침해하지 않는 범위에서 행사되어야 한다.

V. 중국 소수주주 열람권 제도의 개선 방향

중국의 현행 열람권 제도는 2023 년 회사법 개정을 통해 주주 보호를 강화하는 방향으로 발전하였다. 그러나 권리의 한계와 남용 방지 측면에서는 여전히 개선의 여지가 있다.

첫째, “부정한 목적”의 판단기준을 보다 명확히 할 필요가 있다. 현행 「회사법」 제 57 조는 회사가 합리적 근거에 따라 주주의 열람청구에 부정한 목적이 있고 회사의 합법적 이익을 해할 우려가 있다고 판단하는 경우 열람을 거부할 수 있도록 규정한다. 그러나 부정한 목적의 구체적 판단기준은 여전히 추상적이다. 따라서 향후 사법해석 또는 지도사례를 통해 경쟁관계의 인정 기준, 악의적 열람의 판단요소, 영업비밀의 범위, 권리남용의 구성요건 등을 구체화할 필요가 있다.

둘째, 비례원칙에 기초한 심사구조를 구축하여야 한다. 법원은 열람청구 사건을 단순히 인용 또는 기각이라는 이분법적 방식으로 처리하기보다는, 주주의 지분비율, 열람의 필요성, 회사의 경영상태, 자료의 민감성 및 영업비밀 침해 가능성을 종합적으로 고려하여 이익형량을 수행하여야 한다.¹¹⁾

특히 회사의 핵심 영업비밀과 밀접하게 관련되는 자료에 대해서는, 열람 자체를 전면적으로 거부하기보다는 제한적 열람을 허용하는 방식이 보다 합리적일 수 있다. 예컨대 일정한 시간과 장소를 지정하여 열람을 허용하거나, 복사를 제한하거나, 전문기관 입회를 허용하는 방식 등을 고려할 수 있다.

셋째, 한국법상 절차적 보호수단을 참고할 필요가 있다. 예컨대 비밀유지명령, 복사 제한, 지정장소 열람, 열람시간 제한, 전문가 입회, 비밀유지약정 체결 등의 방식을 통해 주주의 감독권과 회사의 영업비밀 보호를 조화시킬 수 있다.

넷째, 열람권 남용에 대한 책임체계를 강화하여야 한다. 주주가 열람권을 이용하여 영업비밀을 취득하거나 부정경쟁행위를 하거나 악의적으로 소송을 제기한 경우에는 손해배상책임을 명확히 인정할 필요가 있다. 이를 통해 열람권이 회사 감독을 위한 제도가 아니라 회사 압박이나 경쟁정보 취득을 위한 수단으로 변질되는 것을 방지할 수 있다.

마지막으로, 향후 중국 회사법은 열람권 보장과 영업비밀 보호 사이의 균형을 보다 정교하게 조정할 필요가 있다. 열람권은 중소주주의 감독수단으로서 중요한 의미를 가지지만, 동시에 회사의 정상적인 경영질서와 경영자율성을 침해하지

11이철송, 『회사법강의』, 박영사(2022).

않는 범위 내에서 행사되어야 한다. 따라서 권리보호와 권리제한이 조화를 이루는 방향으로 제도 발전이 이루어져야 한다.

VI. 결론

소수주주의 열람권은 현대 기업지배구조 체계에서 핵심적인 제도이다. 이는 주주의 감독권 실현뿐만 아니라 회사 지배구조의 투명성과 공정성 확보에도 직접적으로 기여한다. 중국 회사법은 2023 년 개정을 통해 중소주주의 열람권을 확대하였으며, 특히 회계증빙자료를 열람 대상에 포함시킴으로써 주주의 재무감독 기능을 강화하였다. 그러나 열람권의 확대는 동시에 영업비밀 보호 및 권리남용 문제를 심화시킬 수 있다.

한국 상법은 소수주주권 보호와 권리 제한 측면에서 비교적 성숙한 제도 경험을 축적하고 있다. 특히 회계장부열람·등사권에 관하여 지분요건, 서면청구, 회사의 부당성 입증책임, 신의성실의 원칙 및 권리남용금지 원칙을 통해 주주 감독권과 회사 경영자율성 사이의 균형을 도모하고 있다.

향후 중국은 중소주주의 열람권 보호를 강화하는 동시에, “부정한 목적”의 판단기준 및 영업비밀 보호 메커니즘을 보다 정교하게 정비하여야 한다. 이를 위해 한국법상 이익형량 방식과 절차적 제한수단을 참고할 필요가 있다. 궁극적으로 중국 회사법은 열람권 확대와 남용 방지 사이의 균형을 통해 보다 합리적이고 안정적인 기업지배구조를 구축하여야 할 것이다.

참고문헌

국내문헌

<저서>

이철송, 『회사법강의』, 박영사, 2022.

정찬형, 『상법강의』, 박영사, 2023.

<논문>

권재열, "소수주주의 회계장부열람권에 관한 연구," 상사법연구(한국상사법학회), 제 39 권 제 2 호, 2020.

외국문헌

[중국어]

<저서>

刘俊海: 《现代公司法》, 法律出版社, 2022.

李建伟: 《公司法学》, 中国人民大学出版社, 2023.

王保树: 《中国公司法论》, 社会科学文献出版社, 2021.

赵旭东: 《公司法学》, 高等教育出版社, 2023.

<논문>

刘斌: 《股东知情权滥用问题研究》, 载《法律科学》第 3 期, 2022.

牛丹: 《股东知情权的边界与滥用防控机制》, 载《职工法律天地》第 10 期, 2025.

张民安: 《股东知情权研究》, 载《法学评论》第 4 期, 2021.

초 록

소수주주의 열람권은 현대 기업지배구조 체계에서 핵심적인 제도 중 하나이다. 이는 단순히 주주의 감독권 실현에 그치는 것이 아니라, 회사 지배구조의 투명성·공정성 및 경영효율성과도 밀접한 관련이 있다. 특히 지배주주의 지분집중도가 높은 회사 구조에서는 소수주주가 정보 접근의 한계로 인해 구조적으로 불리한 지위에 놓이는 경우가 많다. 따라서 열람권 제도는 소수주주의 투자이익을 보호하고 지배권 남용을 방지하기 위한 중요한 법적 장치로 기능한다.

2023 년 개정되어 2024 년 7 월 1 일부터 시행된 「중화인민공화국 회사법」은 주주의 열람권 범위를 확대하여 회계증빙자료를 열람 대상에 포함시켰다. 이는 중국 회사법이 중소주주 보호를 강화하는 방향으로 발전하고 있음을 보여준다. 그러나 열람권의 범위가 확대됨에 따라 일부 주주가 이를 이용하여 회사의 영업비밀을 취득하거나 회사의 정상적인 경영활동을 방해하고, 나아가 부정경쟁행위를 수행하는 사례도 증가하고 있다. 이로 인해 주주 열람권 보호와 회사 영업비밀 보호 사이의 충돌 문제가 중요한 회사법적 쟁점으로 부상하고 있다.

이에 비하여 한국 상법은 소수주주 보호와 관련하여 비교적 성숙한 제도 체계를 형성하고 있다. 특히 「상법」 제 466 조의 회계장부열람·등사권, 소수주주 감독수단 및 권리남용 제한 법리는 회사의 투명성과 경영자율성 사이의 균형을 도모하는 데 중요한 역할을 하고 있다. 본 논문은 중국 회사법을 중심으로 하되, 한국 상법상 회계장부열람·등사권 및 관련 사법실무를 비교·검토함으로써 소수주주 열람권의 한계, 남용 유형 및 방지 장치를 분석하고, 이를 바탕으로 중국 회사법상 열람권 제도의 개선 방향을 제시하고자 한다.

<주제어> 소수주주, 열람권, 회계장부열람·등사권, 영업비밀, 기업지배구조, 한·중 비교

A b s t r a c t

The inspection right of minority shareholders is one of the core institutions in modern corporate governance. It is closely related not only to the realization of shareholders' supervisory rights, but also to the transparency, fairness, and managerial efficiency of corporate governance. In companies with highly concentrated ownership, minority shareholders are often structurally disadvantaged because of limited access to information. Therefore, the inspection right functions as an important legal mechanism for protecting the investment interests of minority shareholders and preventing abuse of controlling power.

The Company Law of the People's Republic of China, amended in 2023 and effective from July 1, 2024, expanded the scope of shareholders' inspection rights by including accounting vouchers among the materials subject to inspection. This reflects the development of Chinese company law toward stronger protection of minority shareholders. However, as the scope of inspection rights expands, cases have also increased in which some shareholders use such rights to obtain trade secrets, interfere with normal business operations, or engage in unfair competition. As a result, the conflict between the protection of shareholders' inspection rights and the protection of corporate trade secrets has emerged as an important issue in company law.

By comparison, Korean commercial law has developed a relatively mature institutional framework for protecting minority shareholders. In particular, Article 466 of the Korean Commercial Act, which provides for the right to inspect and copy accounting books, together with related minority shareholder remedies and doctrines limiting abuse of rights, plays an important role in balancing corporate transparency and managerial autonomy. This article focuses on Chinese company law while comparatively examining the Korean system and judicial practice concerning the inspection and copying of accounting books. Based on this comparison, it analyzes the limits of minority shareholders' inspection rights, the major types of abuse, and preventive mechanisms, and suggests directions for improving the inspection right system under Chinese company law.

Keywords: minority shareholders, inspection right, right to inspect and copy accounting books, trade secrets, corporate governance, Korea-China comparison

중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구

— 베이징우의병원과 암스테르담대학교 의학센터의

공동연구 프로젝트를 분석대상으로 —

A Study on the Regulation of Cross-Border Transfer of Medical Data in China: An Analysis of the Collaborative Research Project between Beijing Friendship Hospital and Amsterdam UMC

마봉초(马鹏超)(인하대학교 법학과 박사생)

MA, Pengchao (Doctoral Student, Dept. of Law, Graduate School, Inha University)

목 차

I. 서론

1. 연구대상
2. 연구범위
3. 의료데이터의 개념 확정
4. 논문의 구성

II. 사건의 사실관계

1. 사건 식별과 신고 경로
2. 당사자
3. 관련 공동연구 프로젝트
4. 사건의 핵심 시간선
5. 관련 데이터
6. 데이터 흐름

7. 신고 및 심사 절차

8. 피험자 동의 문제

9. 공개자료상 확인되지 않는 사항

III. 법원(法源)

1. 법률

2. 행정법규

3. 부문규장

4. 지방성법규와 규범성 문건

IV. 데이터 분류등급 보호제도의 본 사건에서의 적용과 전개

1. 데이터 분류등급 보호제도의 규범적 기초

2. 본 사건 심사 시점에 적용된 분류등급 프레임워크

3. 본 사건 분류등급 판정의 관찰 가능한 사실: 병원 내부 3 단계

4. GB/T 43697-2024 「데이터안전기술 데이터 분류등급 규칙」의 체계적 해석

5. 본 사건과 관련된 그 밖의 데이터안전 기술표준

6. GB/T 43697-2024 방법에 따른 본 사건 데이터의 단계별 식별

7. 본 사건 심사 후 신설된 분류등급 규칙과 컴플라이언스 지속 단계

8. 분류등급과 네트워크안전등급보호의 본 사건에서의 연계

9. 소결: 규범 미완성 — 사실 선행

V. 네트워크안전등급보호제도에 의한 본 사건의 국내 시스템 보장

1. 네트워크안전등급보호제도의 규범적 기초

2. 네트워크안전등급보호제도 2.0 표준의 내용

3. 의료기관의 등급보호제도 시행과 본 사건 베이징우의병원의 등급보호 현황

4. 등급보호제도 2.0 과 본 사건 데이터 국외이전 신고의 연계관계

5. 등급보호제도와 그 밖의 규범의 병행적용 관계

VI. 의료데이터 전(全)생애주기 컴플라이언스의 매트릭스 집성

1. 전생애주기 관리의 규범적 기초

2. 본 사건에 적용되는 8 개 단계

3. 국외이전 단계와 상류 단계의 의존관계

4. 8 개 단계의 적용규범 매트릭스

VII. 본 사건 데이터 국외이전의 관할과 법적 책임

1. 중국 측의 규제관할과 법적 책임

2. EU·네덜란드 측의 규제관할

3. 두 관할체계의 교착과 충돌

4. 본 사건 규제관할의 전체상

VIII. 결론과 전망

1. 연구의 회고와 본 사건의 표본가치

2. 본 사건의 사실 제시가 도출하는 핵심 발견

3. 향후 연구방향

I. 서론

1. 연구대상

본 연구는 수도의과대학 부속 베이징우의병원(이하 ‘베이징우의병원’)과 네덜란드 암스테르담대학교 의학센터(Amsterdam University Medical Center, 이하 ‘Amsterdam UMC’) 사이의 국제 다기관 임상연구 협력 프로젝트를 연구대상으로 한다. 이 프로젝트는 2023 년 1 월 베이징시 인터넷정보판공실의 공시를 거쳐 공시번호 20220001 을 부여받았으며, 「데이터 국외이전 안전평가 방법」(2022 년 9 월 1 일 시행) 시행 이래 전국 최초로 데이터 국외이전

안전평가를 통과한 사례가 되었다.¹

이 협력 프로젝트는 실제로는 두 개의 독립된 국제 다기관 임상연구를 포함한다.

첫째, COLOR III 연구(‘중·하부 직장암에 대한 경향문 전직장간막절제술과 복강경 전직장간막절제술의 다기관 무작위 임상대조연구’, ClinicalTrials.gov 등록번호 NCT02736942)이다. 이 연구의 의뢰자(sponsor)는 Amsterdam UMC(구체적 등록주체는 Amsterdam UMC, location VUmc)이고, 등록번호는 2015.449이며, 2016년 12월부터 수행되었다.² 베이징우의병원 일반외과센터는 2018년 7월 초청을 받아 이 연구에 참여하였다.³ 2022년 4월 기준 베이징우의병원은 COLOR III 연구에서 전 세계 최초로 100례 등록을 돌파한 연구센터가 되었다.⁴

둘째, COLOR IV 연구(‘복강경 우측 결장암 절제술 후 복강내 문합과 복강외 문합을 비교하는 전향적·다기관·무작위 대조 임상연구’, ClinicalTrials.gov 등록번호 NCT05493033)이다. 이 연구의 의뢰자는 베이징우의병원으로(COLOR III와는 반대이다), 베이징우의병원 부원장 겸 일반외과센터 주임인 장중타오(张忠涛) 교수와 Amsterdam UMC 일반외과 H. Jaap Bonjer 교수가 공동으로 책임연구자(PI)를 맡았다. 연구계획서는 2025년 2월 Surgical Endoscopy 지에 정식 게재되었으며, 재원에는 중국 국가중점연구개발계획 2017YFC0110904(2017년 과제 선정) 등이 포함된다.⁵ 이 연구는 참여기관

¹北京市卫生健康委员会：《全国首个获批数据出境安全评估案例落地北京友谊医院》，2023年2月2日，
https://wjw.beijing.gov.cn/xwzx_20031/jcdt/202302/t20230202_2910980.html。

²ClinicalTrials.gov, NCT02736942, "COLOR III Trial: Transanal vs Laparoscopic TME", Sponsor: Amsterdam UMC, location VUmc, Org Study ID 2015.449, Start Date: 2016-12-02.
<https://clinicaltrials.gov/study/NCT02736942>

³北京市卫生健康委员会：《全国首个获批数据出境安全评估案例落地北京友谊医院》，2023年2月2日，
https://wjw.beijing.gov.cn/xwzx_20031/jcdt/202302/t20230202_2910980.html。

⁴北京市卫生健康委员会：《全国首个获批数据出境安全评估案例落地北京友谊医院》，2023年2月2日，
https://wjw.beijing.gov.cn/xwzx_20031/jcdt/202302/t20230202_2910980.html。

⁵Wu S, Wei P, Gao J, Shu W, Zhao H, Bonjer H, Tuynman J, Yao H, Zhang Z; COLOR IV study group. COLOR

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구 30~50 개소를 예정하고, 연구계획상 1,158 레의 환자를 등록할 계획이며(공개 보도에는 약 1,200 레라는 개괄적 표현도 있다), 2030 년까지 지속될 예정이다.

두 연구의 구조는 동일하다. 모두 베이징우의병원이 중국 내 제공자이고 Amsterdam UMC 가 국외 수령자이며, 데이터의 흐름도 일치한다. COLOR IV 연구는 번호 20220001 로 신고·평가된 데이터 국외이전 사안과 중국 내 제공자 및 국외 수령자가 동일하고, 그 등록 및 개시 시점 역시 해당 신고 시점과 매우 밀접하게 중첩된다. 감독기관이 해당 평가대상의 구체적 범위를 문서로 공표하지는 않았으나, 신고 책임자의 공개 설명에 따르면 본 신고·평가의 대상은 양 기관이 공동으로 구축한 데이터 국외이전 플랫폼, 즉 양 기관 협력 전체에 봉사하는 데이터 국외이전 체계이며, 두 연구는 모두 그 안에 포함된다.⁶ 본 연구는 두 연구의 주체와 데이터 흐름의 동일성에 근거하여 COLOR III 를 본 사건의 핵심 사실기반으로 삼고, COLOR IV 를 본 사건의 컴플라이언스 지속 시나리오로서 함께 분석에 포함한다.

2. 연구범위

본 연구는 본 사건과 관련된 중국법 적용 문제만을 정리한다. 본 연구는 ‘사실을 먼저, 규범을 나중에’라는 분석순서를 취한다. 즉 먼저 본 사건의 객관적 사실을 제시한 다음, 본 사건 각 단계에 적용되는 중국법 규범을 정리한다. 시간적 범위는 2017 년(COLOR IV 의 중국 측 재원이 의존하는 국가중점연구개발계획 과제가 선정된 해이며, 그 시험 자체는 2022 년에 임상시험 등록을 마치고 2025 년에 계획서가 정식 간행되었다)부터 현

IV: a multicenter randomized clinical trial comparing intracorporeal and extracorporeal ileocolic anastomosis after laparoscopic right colectomy for colon cancer. Surg Endosc. 2025 Feb;39(2):1182-1190. doi: 10.1007/s00464-024-11412-7. Epub 2024 Dec 28. PMID: 39733171; PMCID: PMC11794397.

⁶姚宏伟:《北京友谊医院数据出境安全评估案例申报经验分享与落地实践》(2023 年中欧数字领域二轨对话会议专题发言, 2023 年 3 月 24 日), 载澎湃新闻, 2023 年 4 月 3 日。해당 발표는 신고 대상이 베이징우의병원과 Amsterdam UMC 가 공동으로 구축한 데이터 국외이전 플랫폼임을 밝히고, "신고한 프로젝트는 전국 00001 호이고, 승인된 것도 00001 호"라고 명시하였다.

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구 단계까지이다. 이 기간은 중국 데이터 거버넌스 입법체계가 무(无)에서 유(有)로, 점진적으로 정비되어 온 전 과정을 포괄하므로, 본 사건의 컴플라이언스 과정은 실제로 서로 다른 여러 시기의 규범상태를 거쳤다. 본 연구가 단일 사건을 연구대상으로 삼는 방법론적 기초는 본 사건의 삼중의 대표성에 있다. 첫째, 본 사건은 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 시행 이래 전국 최초로 데이터 국외이전 안전평가를 통과한 사건으로서 제도 운용의 기점이라는 표본적 의의를 가진다. 둘째, 본 사건은 법원(法源)·분류등급·등급보호·전생애주기·국경 간 관할의 각 규범 차원을 가로지르므로, 의료데이터 국외이전 규제의 전체 구조를 온전히 드러내기에 충분하다. 셋째, 본 사건의 시간적 범위가 마침 중국 데이터 거버넌스 입법의 체계화 과정과 겹치므로 ‘언제 어떤 법이 적용되는가’라는 시간축 분석이 가능해진다. 단일 사건의 심층기술(深层记述)만으로도 규제구조에 대한 전체적 관찰을 담아내기에 충분한 이유가 여기에 있다.

3. 의료데이터의 개념 확정

본 연구는 ‘의료데이터 국외이전 규제’를 연구대상으로 한다. 그러나 ‘의료데이터’는 중국 현행법상 단일하고 통일된 법정 개념이 아니라, 개인정보보호·데이터안전·인류유전자원관리 등 위계와 주관부처가 서로 다른 여러 규범에 흩어져 있어 규범을 가로질러 재구성하여야 하는 분석적 개념이다. 이에 본 절에서는 먼저 일반적 의미에서 의료데이터의 내포와 다중적 법적 속성을 확정하고, 이를 토대로 본 사건(공시번호 20220001)이 관련된 데이터를 구체적으로 자리매김한다. 이 확정은 이후 규범적용의 논리적 출발점이자, ‘조합적용’과 ‘높은 기준에 따른 엄격 적용(就高从严)’이 성립하기 위한 전제이기도 하다.

가. 광의의 개념

중국의 현행 법률·행정법규·부문규장·국가표준은 모두 ‘의료데이터’를

명칭으로 하는 통일된 정의 조항을 두고 있지 않으며, 관련 개념은 서로 다른 규범에 흩어져 있고 각각의 규범목적과 보호강도도 일치하지 않는다. 각 규범 층위를 종합하면, 의료데이터는 중국법상 적어도 다음의 속성을 동시에 가질 수 있다. 즉 민감개인정보로서의 속성(「개인정보보호법」(이하 ‘PIPL’) 제 28 조는 ‘의료건강’을 민감개인정보로 열거한다)⁷, 건강의료데이터로서의 속성(GB/T 39725-2020 「정보안전기술 건강의료데이터 안전지침」은 특정 자연인을 식별하거나 그 생리적·심리적 건강상태를 반영할 수 있는 전자데이터와 그 파생데이터로 정의한다)⁸, 국가의 중요한 기초적 전략자원으로 자리매김되는 건강의료빅데이터로서의 속성(「국가 건강의료빅데이터 표준·안전·서비스 관리방법(시행)」)⁹, 인류유전자원정보로서의 속성(「인류유전자원관리조례」. 2023 년 「실시세칙」은 이를 유전자·게놈 데이터로 한정하고 임상·영상·단백질·대사 데이터를 제외하였다)¹⁰, 그리고 분류등급 체계하에서 중요데이터 또는 국가핵심데이터로 식별될 수 있는 속성(「데이터안전법」(이하 ‘DSL’) 제 21 조, 「네트워크데이터 안전관리조례」 제 62 조, GB/T 43697-2024 부록

⁷「중화인민공화국 개인정보보호법」 제 28 조 제 1 항은 ‘의료건강’을 생체인식, 종교신앙, 특정신분, 금융계좌, 행적정보 등과 나란히 민감개인정보로 열거한다. 민감개인정보의 판단기준에 관하여는 王利明:《敏感个人信息保护的基本问题——以〈民法典〉和〈个人信息保护法〉的解释为背景》, 载《当代法学》2022 年第 1 期 참조.

⁸「정보안전기술 건강의료데이터 안전지침」(GB/T 39725-2020) 제 3 장 ‘용어와 정의’는 ‘개인 건강의료데이터’를 단독으로 또는 다른 정보와 결합하여 특정 자연인을 식별할 수 있거나 특정 자연인의 생리적·심리적 건강을 반영하는 전자데이터로, ‘건강의료데이터’를 개인 건강의료데이터 및 이를 가공·처리하여 얻은 건강의료 관련 전자데이터를 포함하는 것으로 정의한다.

⁹《国务院办公厅关于促进和规范健康医疗大数据应用发展的指导意见》(国办发[2016]47 号)은 서두에서 “건강의료빅데이터는 국가의 중요한 기초적 전략자원”임을 명확히 하였고, 《国家健康医疗大数据标准、安全和服务管理办法(试行)》(国卫规划发[2018]23 号) 제 1 조는 이 자리매김을 이어받아 “건강의료빅데이터의 국가 중요 기초 전략자원으로서의 역할을 충분히 발휘”하는 것을 입법목적으로 한다.

¹⁰「인류유전자원관리조례」(국무원령 제 717 호, 2019 년 7 월 1 일 시행) 제 2 조; 「인류유전자원관리조례 실시세칙」(2023 년 7 월 1 일 시행) 제 2 조 제 3 항은 임상데이터, 영상데이터, 단백질데이터와 대사데이터를 인류유전자원정보에서 명문으로 제외한다.

G「중요데이터 식별지침」이 그것이다¹¹. 각 층위 속성의 구체적 규범요건은 후술하는 관련 장에서 상세히 다룬다.

이에 따라 본 연구에서 말하는 ‘의료데이터’란, 의료·보건 및 건강 관련 활동에서 생성되어 단독으로 또는 다른 정보와 결합하여 특정 자연인을 식별하거나 그 생리적·심리적 건강상태를 반영할 수 있는 전자데이터와 그 파생데이터를 가리킨다.¹² 다만 강조할 점은, 이것이 단일 속성의 객체가 아니라 민감개인정보, 건강의료(빅)데이터, 인류유전자원정보, 그리고 중요데이터 또는 국가핵심데이터 등 다중적 속성을 동시에 가질 수 있는 복합적 객체라는 것이다. 동일한 데이터가 서로 겹치는 여러 규범적 평가 아래 동시에 놓이는 경우가 흔하다.

나. 본 사건이 관련된 구체적 자리매김

위 속성을 본 사건에 포섭하면 다음과 같다. 베이징우의병원과 암스테르담대학교 의학센터(Amsterdam UMC)가 공동으로 수행한 COLOR III·COLOR IV 국제 다기관 임상연구(COLOR III 는 베이징우의병원 단일기관 기준으로 본 사건 공시 시점까지 약 170 레 등록, COLOR IV 는 전 세계적으로 1,158 레 등록 계획)는 결장·직장암 환자의 진료 및 추적관찰 정보를 핵심으로 하여 특정 자연인을 식별하고 그 건강상태를 반영할 수 있으므로, 민감개인정보와 건강의료데이터에 해당함이 확실하며, 이것이 본 사건 데이터의 가장 확실한 속성 층위이다. 인류유전자원에 관하여 보면, 두 협약의

¹¹ 「중화인민공화국 데이터안전법」 제 21 조는 데이터 분류등급 보호제도를 확립하고 국가핵심데이터를 확정하며, 「네트워크데이터 안전관리조례」(2025 년 1 월 1 일 시행) 제 62 조는 ‘중요데이터’의 정의를 규정하고, 「데이터안전기술 데이터 분류등급 규칙」(GB/T 43697-2024) 부록 G ‘중요데이터 식별지침’은 동 표준의 규범성 부록으로서 중요데이터 식별의 방법론을 제공한다.

¹²이 획정은 GB/T 39725-2020 제 3 장의 ‘개인 건강의료데이터’와 ‘건강의료데이터’ 정의를 기초로 「개인정보보호법」 제 28 조 제 1 항의 민감개인정보 요소를 결합하여 구성한 것으로서, 분석의 편의를 위하여 본 연구가 채택한 작업적 정의이며 현행법상의 통일된 법정 개념이 아니다.

공개내용에 따를 때 본 사건의 연구데이터는 주로 임상 표현형, 영상의학적 평가, 수술 과정, 병리 평가, 수술 후 회복 및 추적관찰 데이터로서 유전자 시퀀싱이나 게놈 데이터의 수집을 명시적으로 포함하지 않는다. 「인류유전자원관리조례 실시세칙」(2023 년 7 월 1 일 시행)이 임상·영상·단백질·대사 데이터를 인류유전자원정보에서 제외한 점과 결합하면, 본 사건은 인류유전자원정보를 구성하지 않을 개연성이 크고 그에 따른 절차도 직접 발동되지 않는다(이는 2023 년 세칙을 사후적 참조로 삼은 추론이며, 심사 시점의 규범상태는 제 4 장에서 상술한다). 다만 연구에서 생물학적 시료(병리 표본 포함)의 국외제공이 있었는지는 추가 확인이 필요하다. 중요데이터 해당 여부는 단계를 나누어 관찰하여야 한다. 본 사건 심사 시점에는 중요데이터 목록과 의약산업 네거티브리스트가 모두 제정되기 전이었고, 본 사건이 중요데이터로 신고되었다는 기록도 공개자료에 없다. 컴플라이언스 지속 단계에서는 GB/T 43697-2024 부록 G 의 식별방법에 따르면 본 사건의 집적된 집단 진료데이터가 중요데이터로 식별될 여지가 있으나, 주관부처의 고지 또는 공개발표로 중요데이터로 지정되지 않은 한 「네트워크데이터 안전관리조례」상 중요데이터로 신고할 필요는 아직 없다. 시간축의 관점에서는, 본 사건의 COLOR III 참여가 2018 년 7 월, 데이터 국외이전 신고 개시가 2022 년 9 월, COLOR IV 는 2030 년까지 지속되므로, 각 단계에 적용되는 규범이 일치하지 않아 ‘언제 어떤 법이 적용되는가’에 따라 개별적으로 판단하여야 한다.

종합하면 본 사건 데이터는 다음과 같이 확정할 수 있다. 즉 결장·직장암 환자의 진료 및 추적관찰 정보를 핵심으로 하여 민감개인정보와 건강의료데이터에 해당함이 확실하고, 인류유전자원정보를 구성하지 않을 개연성이 크며, 주관부처의 고지 또는 공개발표로 중요데이터로 지정되지 않은 한 아직 중요데이터로 신고할 필요가 없는 복합적 데이터 집합이다. 그 속성은 사실관계와 시점에 따라 층층이 변동하며, 바로 이 점이 본 사건을

‘의료데이터의 다중적 속성이 구체적 국외이전 시나리오에서 어떻게 조합적용되는가’를 관찰하는 전형적 표본으로 만든다. 위 각 층위의 속성은 이후의 각 장과 하나하나 대응한다. 민감개인정보·건강의료데이터로서의 성질 결정은 제 4 장의 분류등급 식별 및 제 3 장의 국외이전 경로 선택에 대응하고, 중요데이터로서의 가능성은 제 4 장 컴플라이언스 지속 단계의 재판단에 대응하며, 인류유전자원정보의 배제는 제 7 장 규제관할 경계의 획정에 대응한다. 개념 획정은 이로써 이후 규범분석의 색인이 된다. 이른바 ‘조합적용’이란 동일한 데이터 집합이 다중적 속성에 동시에 포섭됨으로써 각 속성 아래의 규범의무를 중첩적으로 부담하고, 그 의무의 강도는 ‘높은 기준에 따른 엄격 적용’으로 확정되는 것을 말한다. 본 사건이 드러내는 난제는 주로 규범 간의 직접적 충돌이 아니라 규범 사이의 연계 공백이므로, 충돌규칙(상위법 우선, 특별법 우선)을 동원할 필요는 아직 없다. 이 판단은 제 6 장의 매트릭스에서 구체적으로 제시될 것이다.

4. 논문의 구성

본 연구를 일관하는 물음은 다음과 같다. 전국 최초로 데이터 국외이전 안전평가를 통과한 사건으로서, 본 사건은 장기 국제 임상연구라는 상황에서 중국 의료데이터 국외이전 규제의 실제 운용구조를 어떻게 보여주며, 그 안에 응답을 요하는 어떤 규범적 문제가 존재하는가. 이에 대한 본 연구의 핵심 논지는 다음과 같다. 본 사건은 ‘규범 구축이 앞서고 사실인정 규칙이 뒤처지는’ 구조적 긴장을 드러낸다. 즉 분류등급과 중요데이터 식별규칙이 아직 완비되지 않은 시기에 처리자의 내부 거버넌스가 사실상 규범 공백기의 식별 기능을 담당하였고(제 4 장에서 정리하는 ‘규범 미완성 — 사실 선행’이 그것이다), 동시에 2~3 년을 기한으로 하는 평가 유효기간과 10 년 단위로 헤아리는 국제 임상연구 주기 사이에 제도적 어긋남이 존재하여, ‘평가 통과’와 ‘지속적 컴플라이언스’가 각각 별도로 고찰하여야 할 두 개의 문제로 분리된다. 이후의

모든 사실 정리와 규범 분석은 이 논지의 검증과 전개에 봉사한다. 이 물음을 중심으로, 위의 연구대상·범위·개념 확정에 기초하여 본 연구는 ‘사실을 먼저, 규범을 나중에’의 순서로 전개하며, 본 사건의 핵심 절차인 데이터 국외이전 안전평가를 조직의 축으로 삼는다. 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 5 조와 제 8 조에 열거된 평가사항이 바로 본 연구 각 장의 분석 차원을 구성한다. 제 2 장은 본 사건의 사실관계를 온전히 제시하여 모든 규범분석에 사실기반을 제공한다. 제 3 장은 위계에 따라 본 사건에 적용되는 법원(法源) 체계를 정리하며, 이는 국외이전의 적법성·정당성·필요성이라는 심사 차원에 대응한다. 제 4 장은 데이터 분류등급 보호제도를 본 사건에 적용하고 GB/T 43697-2024 를 진화 이후의 규범 참조계로 도입하며, 이는 국외이전 데이터의 종류·규모·민감정도라는 심사 차원에 대응한다. 제 5 장은 네트워크안전등급보호제도가 본 사건에 제공하는 국내 시스템 보장을 제시하며, 이는 데이터 처리자의 안전보장 능력이라는 심사 차원에 대응한다. 제 6 장은 ‘8 개 단계 적용규범 매트릭스’로 각 규범을 본 사건 데이터의 전생애주기에 집성하여 투영하며, 이는 국외이전 중·국외이전 후 위험이라는 심사 차원에 대응한다. 제 7 장은 중국과 EU 두 규제체계의 관할과 법적 책임으로 확장하며, 이는 국외 수령자 소재 법역의 법률환경이라는 심사 차원에 대응한다. 제 8 장은 본 사건의 표본가치와 핵심 발견을 정리한다. 바꾸어 말하면 각 장은 병렬적인 제도 나열이 아니라, 동일한 데이터 국외이전 안전평가의 법정 심사 차원을 항목별로 해부한 것이다. 덧붙여 ‘사실을 먼저, 규범을 나중에’는 사실 인정과 규범 평가의 선후 순서에 관한 것임을 밝혀 둔다. 공개자료가 밝히지 않은 사항은 모두 추론으로 표기하였으며, 평가의 법정 심사 차원으로 장을 조직한 것은 서술 틀의 선택일 뿐 각 차원 아래의 규범적 결론을 예단하지 않는다.

II. 사건의 사실관계

‘사실을 먼저, 규범을 나중에’의 분석순서에 따라, 본 장에서는 먼저 본

사건의 객관적 사실 — 사건 식별, 당사자, 협력 프로젝트, 핵심 시간선, 관련 데이터, 데이터 흐름과 신고 절차 — 을 온전히 제시하여 이후 각 장의 규범분석에 사실기반을 제공한다.

1. 사건 식별과 신고 경로

가. 사건번호와 공시

본 사건의 공식 공시번호는 20220001 로, 베이징시 인터넷정보판공실(이하 ‘베이징시 인터넷정보판공실’)이 부여하였다. 본 사건은 「데이터 국외이전 안전평가 방법」(2022 년 9 월 1 일 시행) 시행 이래 전국 최초로 데이터 국외이전 안전평가를 통과한 사례이다. 공시 시점은 2023 년 1 월 말부터 2 월 초이다.

나. 신고 경로

본 사건에 적용된 국외이전 경로는 「개인정보보호법」 제 38 조 제 1 호와 제 40 조가 규정한 국외이전 안전평가 경로이며, 그 근거는 「데이터 국외이전 안전평가 방법」이다. 수리기관은 베이징시 인터넷정보판공실(지방 인터넷정보 부서), 평가기관은 국가인터넷정보판공실(CAC)이다. 베이징시 인터넷정보판공실은 본 프로젝트를 ‘베이징시 선행시범(先行先试) 프로젝트’로 지정하였다.

다. 심사 통과 시점

심사 통과와 구체적 일자 는 공개 경로에서 직접 밝혀지지 않았다. 《재경(财经)》의 2023 년 2 월 보도는 “2022 년 9 월 베이징시 인터넷정보판공실이

..... 심사를 완료하였다”고 언급하나¹³, 이 표현은 ‘2022 년 9 월 1 일 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 정식 시행’ 시점과 지나치게 근접하여 기술상의 오차 가능성이 있다.

2. 당사자

가. 중국 측 주체(데이터 처리자)

기관명칭	수도의과대학 부속 베이징우의병원
기관성격	사업단위(事业单位) ¹⁴
기관등급	3 급 갑등(三级甲等) 종합병원 ¹⁵
소속 분야	의료·보건 분야
주관부처	베이징시 보건위생위원회
업종 주관기관	국가보건위생위원회, 베이징시 보건위생위원회

본 연구에 대한 의의: 병원이 사업단위라는 법적 지위는 PIPL 상 ‘개인정보 처리자’의 식별에 영향을 미치고, ‘기업’을 적용주체로 하는 자유무역시험구 네거티브리스트의 범위에 포섭되는지와도 관련된다(제 3 장에서 상술). 또한 3 급

¹³《财经》:《数据合规出境倒计时:企业如何确定优先事项》, 2023 年 3 月 22 日。https://www.mycaijin.com/article/detail/486209?source_id=40。

¹⁴ 中央编办关于批转《事业单位登记管理暂行条例实施细则》《事业单位法人年度报告公示办法(试行)》的通知 참조: “사업단위란 국가가 사회공익의 목적을 위하여 국가기관이 설립하거나 그 밖의 조직이 국유자산을 이용하여 설립한, 교육, 과학연구, 문화, 위생, 체육, 신문출판, 라디오·텔레비전, 사회복지, 구조·재해경감, 통계조사, 기술보급·실험, 공용시설관리, 물자비축, 관측, 탐사·측량, 측회(测绘), 검사·검측·감정, 법률서비스, 자원관리 사무, 품질기술 감독 사무, 경제 감독 사무, 지식재산권 사무, 공증·인증, 정보·컨설팅, 인재교류, 취업서비스, 기관 후생서비스 등 활동에 종사하는 사회서비스 조직을 말한다.”

¹⁵ 3 급 갑등(三级甲等) 병원은 약칭 ‘삼갑병원’으로, 중국이 「병원 등급관리방법」에 따라 시행하는 ‘3 급 6 등(三级六等)’ 등급구분 중 최고 등급의 병원이다.

갑등 종합병원이라는 규모는 실제 진료량이 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 4 조 제 2 호의 ‘100 만 명 이상 개인정보’ 기준을 크게 초과할 수 있음을 의미한다.

나. 국외 수령자

기관명칭	네덜란드 암스테르담대학교 의학센터(Amsterdam University Medical Center)
기관 소재지	네덜란드 암스테르담
적용되는 국외 개인정보보호제도 ¹⁶ 이행입법	EU 「일반개인정보보호규정」(GDPR) 및 네덜란드 국내

본 연구에 대한 의의: 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 8 조 제 2 호에 따라 CAC 는 평가 시 “국외 수령자가 소재한 국가 또는 지역의 데이터안전 보호 정책·법규 및 네트워크안전 환경”을 고려하여야 한다. 네덜란드에 GDPR 이 적용된다는 사실은 본 사건 안전평가의 통과 과정에서 이미 평가 고려요소에 반영되었을 것이나, 구체적인 평가 고려내용은 공개자료에 밝혀져 있지 않다.

¹⁶GDPR 적정성 결정 문제에 관한 설명: 지적하여 둘 것은, GDPR 제 45 조가 규정하는 ‘적정성 결정’(adequacy decision)은 EU 에서 제 3 국으로의 데이터 이전에 적용되며, 본 연구 작성 시점까지 EU 집행위원회는 중국에 대하여 적정성 결정을 내린 바 없다는 점이다. 본 사건의 기본 흐름은 ‘중국에서 EU 로’이므로 적정성 결정의 부재가 본 사건 데이터의 네덜란드 유입의 적법성에 직접 영향을 미치지 않는으나, EU 측에서 중국으로의 회송 또는 재이전이 발생하는 경우에는 표준계약조항(SCC) 등 GDPR 제 46 조 소정의 적절한 보호조치로 연계하여야 한다. 장래 본 사건 COLOR III/IV 의 후속 연구에서 네덜란드 측 데이터가 중국 측으로 역방향 전송되는 경우(다기관 합동분석 결과의 회송, 유럽 코호트 환자데이터의 회송 등)에는 EU 에서 중국으로의 데이터 이전이 성립하여, GDPR 제 5 장의 국경 간 이전 규칙에 따라 표준계약조항(SCC) 등 적절한 보호조치를 갖추어야 한다.

3. 관련 공동연구 프로젝트

본 사건은 두 개의 국제 다기관 임상연구를 합하여 다루며, 두 연구 모두 주체는 베이징우의병원과 Amsterdam UMC로서 동일 사건의 두 연구 하위항목을 구성한다.

가. COLOR III 연구

의뢰자	Amsterdam UMC(즉 국외 수령자)
베이징우의병원의 역할	참여기관(연구센터)
참여 시점	2018 년 7 월
본 사건 공시 시점까지의170 레(베이징우의병원은 전 세계 최다 등록 연구센터)	등록 수

나. COLOR IV 연구

의뢰자	베이징우의병원(즉 국내 측, COLOR III 와 반대)
공동 발기기관	Amsterdam UMC(즉 국외 수령자)
재원(중국 측)	국가중점연구개발계획 2017YFC0110904(2017 년 선정), 수도의과대학 결장직장암 임상센터 프로젝트 1192070313, 베이징시 병원관리국 임상의학발전 전문사업 ZLRK202302 등
준비 개시	2018 년부터
등록 예정	1,158 레(약 1,200 레, 3~5 년 내)
지속 기간	2030 년까지
참여기관(연구센터)	30~50 개소 예정

다. 두 연구의 본 사건에서의 병합 처리

두 연구의 국내 측은 모두 베이징우의병원, 해외 측은 모두 Amsterdam UMC 이며, 모두 중국 측 환자데이터의 네덜란드 측 전송을 수반한다. 본 연구는 주체와 데이터 흐름의 동일성에 근거하여 COLOR III 를 핵심 사실기반으로, COLOR IV 를 컴플라이언스 지속 시나리오로 함께 분석에 포함한다.

COLOR IV 의 중국 측 재원은 2017 년에 과제로 선정되었는데, 이때는 PIPL 과 「데이터안전법」이 아직 제정되지 않았고 「데이터 국외이전 안전평가 방법」도 공포되기 전이었다. 이 시점은 ‘각 시기별 적용법규’ 분석에 핵심적 의의를 가진다. 베이징우의병원의 COLOR III 참여는 2018 년 7 월로, 역시 PIPL 과 「데이터안전법」 제정 이전이다. 데이터 국외이전 신고는 2022 년 9 월에 개시되었는데, 「데이터 국외이전 안전평가 방법」이 막 시행된 직후였다. 이는 본 사건의 컴플라이언스 과정이 중국 데이터 국외이전 규제체계가 무에서 유로 구축되어 온 전 과정을 가로질렀음을 의미한다.

4. 사건의 핵심 시간선

아래 표는 본 사건의 핵심 분기점을 시간순으로 정리한 것이다.

시점	사건 경과 및 규범 시행
2017 년	COLOR IV 중국 측 재원 선정(국가중점연구개발계획 2017YFC0110904)
2017.6.1.	「네트워크안전법」 시행(네트워크안전등급보호제도, 제 37 조 CIIO 현지화 포함)
2018.7.	베이징우의병원, COLOR III 연구 참여
2018.9.13.	국가보건위생위, 「국가 건강의료빅데이터 표준·안전·서비스 관리방법(시행)」 발표
2019.7.1.	「인류유전자원관리조례」 시행(국무원령 제 717 호)
GB/T 22239-2019	GB/T 22239-2019 ¹⁷ 네트워크안전등급보호제도 2.0 시행(등급보호 1.0 대체)
2020 년	GB/T 35273-2020 시행(10.1.) ¹⁸ ; GB/T 39725-2020 ¹⁹ , GB/T 39335-2020 ²⁰ 발표(12.14., 11.19.)
2021.6.1./7.1.	GB/T 39335-2020, GB/T 39725-2020 순차 시행
2021.4.15.	「생물안전법」 시행
2021.9.1.	「데이터안전법」 시행; 「핵심정보인프라 안전보호조례」 시행
2021.11.1.	「개인정보보호법」 시행
2022.4.	베이징우의병원, COLOR III 전 세계 최초 100 레 등록 연구센터 달성
2022.7.22.	COLOR IV, ClinicalTrials.gov 등록
2022.8.29.	「의료보건기관 네트워크안전 관리방법」 인쇄·시행 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 정식 시행; 베이징시
2022.9.1.	인터넷정보판공실, 전국 최초의 지방 신고수리 전용창구 개통; 베이징우의병원 신고 개시

¹⁷《信息安全技术 网络安全等级保护基本要求》(GB/T 22239-2019) , 国家市场监督管理总局、国家

标准化管理委员会，2019年5月10日发布，2019年12月1日实施。

¹⁸《信息安全技术 个人信息安全规范》（GB/T 35273-2020），国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会，2020年3月6日发布，2020年10月1日实施。

¹⁹《信息安全技术 健康医疗数据安全指南》（GB/T 39725-2020），国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会，2020年12月14日发布，2021年7月1日实施。

²⁰《信息安全技术 个人信息安全影响评估指南》（GB/T 39335-2020），国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会，2020年11月19日发布，2021年6月1日实施。

시점	사건 경과 및 규범 시행
2022.9.	《재경》 보도에 따르면 베이징 인터넷정보판공실 심사 완료(구체적 일자 미공개)
2023.1.말~2.초	베이징시 인터넷정보판공실, 본 사건을 공시번호 20220001 전국 최초 통과 사례로 공시; 국가보건위생위 홈페이지 전재
2023.2.18.	「인간 대상 생명과학 및 의학연구 윤리심사 방법」(国卫科教发[2023]4 号) 발표
2023.6.1.	「개인정보 국외이전 표준계약 방법」 시행(본 사건 심사 후)
2023.7.1.	「인류유전자원관리조례 실시세칙」 시행(본 사건 심사 후)
2024.3.22.	「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」 발표·시행(본 사건 심사 후)
2024.8.30.	베이징 자유무역시험구 데이터 국외이전 관리 네거티브리스트(2024 년판) 발표, 의약산업 포함(본 사건 심사 후)
2024.9.(추론)	본 사건 평가 유효기간 만료(「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 14 조의 원래 2 년 규칙에 따르면 이 시점에 만료; 2024 년 「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」 제 9 조의 3 년 신규칙에 따르면 2025 년 9 월 만료로 연장)
2024 年 10 月 1 日	GB/T 43697-2024 「데이터안전기술 데이터 분류등급 규칙」 시행 ²¹ (본 사건 심사 후)
2025.1.1.	「네트워크데이터 안전관리조례」 시행(본 사건 심사 후)
2025.2.	COLOR IV 협약, Surgical Endoscopy 지에 정식 게재
2025.5.30.	GB/T 22239-2019 재심사 결과 계속 유효 확인(본 사건 컴플라이언스 지속 단계의 등급보호 기술근거 불변) ²²
2026.3.	COLOR III 단기 결과 공개 보도(1,103 례 무작위 등록)

시점	사건 경과 및 규범 시행
2026.5.11.	베이징 ‘양구(兩區)’ 데이터 국외이전 네거티브리스트(2025 년판) 및 관리방법 발표, 적용범위가 베이징시 전역으로 확대되고 9 개 산업분야 포함(본 사건 심사 후)

본 사건의 시간적 범위는 2017 년부터 2030 년(COLOR IV 완료 예정)까지 이어지며, 그 사이 중국 데이터 국외이전 규제체계는 근본적인 구축을 겪었다. 본 사건의 심사는 2022 년 9 월부터 2023 년 초에 완료되었는데, 이는 PIPL 시행 후 1 년 미만, 「데이터안전법」 시행 후 약 1 년, 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 시행 후 0~4 개월에 불과한 시점으로, 본 사건은 규제체계가 막 수립된 초창기에 심사가 완료된 것이다.

5. 관련 데이터

가. 데이터의 유형과 범위

COLOR III·COLOR IV 협약의 공개내용에 따르면, 본 사건이 관련된 데이터 차원에는 개인식별정보, 병력정보, 임상진단정보, 영상의학 데이터, 수술 및 수술 전후 데이터, 병리 평가 데이터, 수술 후 추적관찰 데이터가 포함된다. 다만 위는 병원이 연구 과정에서 관여·처리하는 데이터 차원을 가리키며, 그중 성명·입원번호 등 직접 식별 필드는 임상연구 실무상 통상 연구번호 등의 방식으로 코드화 처리되므로, 그것이 직접 식별 가능한 형태로 실제 국외이전되었는지는 공개자료에 밝혀져 있지 않다.

데이터 범주	구체적 내용(예시)
개인식별정보	환자 성명, 생년월일, 성별, 입원번호, 연구번호

²¹《数据安全技術 數據分類分級規則》，國家市場監督管理總局、中國國家標準化管理委員會，2024 年 3 月 15 日发布，2024 年 10 月 1 日实施。

²²《信息安全技術 网络安全等級保護基本要求》（GB/T 22239-2019），國家市場監督管理總局、國家標準化管理委員會，2025 年 5 月 30 日复审确认继续有效。

데이터 범주	구체적 내용(예시)
병력정보	기왕력, 가족력, 알레르기력, 투약력
임상진단정보	병리 생검 결과, 종양 위치와 병기, TNM 병기, 수술 전 평가
영상의학 데이터	MRI, CT(COLOR III 협약은 중양화 MRI 재판독을 명문으로 요구)
수술 및 수술 전후 데이터	수술방식, 수술 중 데이터, 합병증, 수술 후 재원기간
병리 평가 데이터	중양화 병리 재판독
수술 후 추적관찰 데이터	1 차 평가변수, 2 차 평가변수, 3~5 년 추적관찰(EQ-5D-5L, EORTC-QLQ-C30, EORTC-QLQ-CR29 등 3 종의 삶의 질 척도 포함)

또한 COLOR IV 협약의 명문 규정에 따르면, 본 사건에서 국외이전되는 데이터에는 수술 동영상(unedited operative videos, CAT 점수에 의한 학습곡선 평가용), 중대한 이상반응 보고(SAE report form, 사건 인지 후 2 주 내에 조정센터로 전자 제출), 그리고 재발 보고(recurrence report form, 역시 2 주 내 제출)도 포함된다.

나. 데이터 민감도 분류

본 사건 데이터를 여러 규범의 관점에서 민감도 분류·식별한 결과를 아래 표로 정리한다.

규범의 관점	식별 결과
PIPL 제 28 조	민감개인정보(‘의료건강’류) — 진료기록, 검사, 영상, 수술, 추적관찰 등 전부 이에 해당
GB/T 39725-2020	건강의료데이터 4 등급 민감도(비교적 높음)

규범의 관점	식별 결과
「데이터안전법」 제 21 조 / GB/T 43697- 2024	‘중요데이터’ 해당 여부는 본 사건 심사 시점에 규범상 불명확; 2024 년 베이징 자유무역시험구 네거티브리스트는 ‘일정 규모 이상의 집단 진료’를 중요데이터로 열거
「인류유전자원관리조례」 제 2 조	인류유전자원정보를 구성하지 않을 개연성이 큼 — 협약 공개내용에 유전자 데이터 수집 언급 없음; 실시세칙(2023.7.1. 시행) 제 2 조 제 3 항은 ‘임상데이터, 영상데이터, 단백질데이터, 대사데이터’를 명문으로 제외

다. 데이터 규모

공개된 프로젝트 규모를 보면, COLOR III 연구에서 베이징우의병원 단일기관은 본 사건 공시 시점까지 약 170 레를 등록하였고(해당 연구의 전 세계 최다 등록 연구센터), 동 연구는 최종적으로 전 세계 28 개 센터에서 총 1,103 레를 무작위 등록하였다. COLOR IV 연구계획서는 전 세계 30~50 개 참여센터에서 합계 1,158 레(약 1,200 레)를 등록할 계획이다. 베이징우의병원 단일기관이 실제로 생성·국외이전한 데이터의 규모는 공개자료에 정확히 밝혀져 있지 않다.

국외이전 수량 자체로 판단하면, 두 연구의 전 세계 규모 합계(1,103 레와 1,158 레, 합계 약 2,300 레)를 본 사건 국외이전량의 상한으로 보더라도 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 4 조 제 3 호가 규정하는 ‘1 만 명 민감개인정보’ 기준에 크게 미치지 못하며, 베이징우의병원 단일기관의 실제 국외이전량은 그보다 더 적을 수밖에 없으므로 위 상한 관찰은 보수적 추정에 해당한다. 공개된 데이터 규모로부터 추론하면, 본 사건이 안전평가를 촉발한 근거는

제 2 호일 가능성이 더 크다. 규범 자체의 논리에 따르면 “100 만 명 이상의 개인정보를 처리하는 데이터 처리자가 국외로 개인정보를 제공하는 경우, 단 한 건의 개인정보만 국외이전하더라도 데이터 국외이전 안전평가를 신고하여야 한다.” 즉 제 2 호는 처리자 주체 자체의 처리규모를 기준으로 하며 구체적인 국외이전 수량과는 무관하다. 베이징우의병원은 대형 3 급 갑등 종합병원으로서 장기간 다량의 환자 개인정보, 의료건강정보와 민감개인정보를 처리하여 왔으므로 ‘100 만 명 이상의 개인정보를 처리하는 데이터 처리자’로 평가될 가능성이 있다. 다만 병원이 동시에 CHIO 에 해당하는지, 어떤 방식으로 제 2 호 해당이 인정되었는지의 구체적 사실은 공개자료에 밝혀져 있지 않다.

6. 데이터 흐름

COLOR III: 베이징우의병원(국내 측) → Amsterdam UMC(국외 수령자)

COLOR IV: 베이징우의병원(국내 측/의뢰자) → Amsterdam UMC(국외 수령자; 그 밖에 전 세계 30~50 개 참여기관이 있으며, 이들이 중국 측 피험자의 개인 수준 데이터에 접근할 수 있는지는 공개자료에 밝혀져 있지 않음)

COLOR III 와 COLOR IV 는 주체의 위상이 서로 바뀌어 있다. COLOR III 는 ‘국외 측 주도·중국 측 참여’, COLOR IV 는 ‘중국 측 주도·국외 측 공동발기’이다. 그러나 두 연구 모두 중국 측 환자데이터의 네덜란드 측 전송을 수반하므로 모두 중국 데이터 국외이전 규제의 범위에 포섭된다. 따라서 국경 간 시나리오의 컴플라이언스 판단은 누가 의뢰자인지가 아니라 데이터의 물리적 흐름을 기준으로 한다.

COLOR IV 협약의 명문 규정에 따르면, 본 사건 데이터는 “COLOR IV secure digital case record form”이라는 중앙화 디지털 증례기록 시스템을 통하여 전송된다. CT 영상, 병리 보고 등 임상데이터는 이 시스템에서 집중적으로 평가되고, 수술 후 1 년과 2 년의 복부·골반 CT 영상은 “중앙화 재판독에

업로드”되어야 하며, 중대한 이상반응과 재발 보고는 사건 인지 후 2 주 내에 조정센터로 전자 제출되어야 한다. 다만 이 시스템의 구체적 기술 형태(암호화 방식, 데이터센터의 물리적 위치, 접근통제, 전송 프로토콜 등), 수령자의 국외 저장 위치와 2 차 이전에 관하여는 공개자료에 밝혀져 있지 않다.

7. 신고 및 심사 절차

베이징시 보건위생위 공식 보도자료 원문에 따르면, 본 사건의 내부 심사 절차는 다음 네 단계로 구성된다.²³

제 1 단계는 병원 과학기술처의 내부 평가이다. 병원 과학기술처는 이 임상연구 프로젝트의 그간의 수행 상황, 과학적 의의와 산출 가치, 인류유전자원 등 측면의 상황을 심층 평가하고, 데이터 국외이전과 프로젝트 수행·산출 사이의 관계를 분석하여 데이터 국외이전의 필요성과 과학적 의의를 확인하였다. 이 단계는 사실상 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 8 조 제 1 호의 ‘데이터 국외이전의 목적·범위·방식 등의 적법성·정당성·필요성’에 대한 사전 내부 논증을 완성하는 동시에, 프로젝트의 인류유전자원 관련 여부에 대한 분류 식별도 완료하였다.

제 2 단계는 병원 정보센터의 네트워크안전 평가이다. 병원 정보센터는 본 사건의 데이터 국외이전 신고에 앞서 병원의 네트워크안전·데이터안전을 다시 평가하여, 병원의 네트워크안전 제도가 완비되고 실효성 있게 이행되고 있으며 안전방어 기술능력이 등급보호 등 표준규범에 부합함을 확인하였다. 이 단계는 본 사건 데이터 국외이전 신고에서 국내 측의 안전보호 능력에 관한 컴플라이언스의 사전 기초를 제공한 것으로, 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 8 조 제 5 호의 ‘본 방법이 규정한 절차 이행의 적법성, 중국의

²³北京市卫生健康委员会:《全国首个获批数据出境安全评估案例落地北京友谊医院》, 2023 年 2 月 2 日, https://wjw.beijing.gov.cn/xwzx_20031/jcdt/202302/t20230202_2910980.html 참조.

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구
 법률·행정법규·부문규장 규정예의 부합 여부' 요건에 대응한다.

제 3 단계는 병원 내부 제도의 구축이다. 베이징우의병원은 병원 내부의 「데이터 국외이전 안전관리방법」을 제정하였는데, 공식 보도자료 원문의 표현에 따르면 동 방법의 내용은 “중요데이터 국외이전의 심사 메커니즘, 평가 메커니즘, 감독 메커니즘의 수립”을 포함하며, 사전 심사·안전평가·지속적 감독을 결합하는 원칙을 따른다. 이 단계는 데이터 처리자로서의 병원의 내부 컴플라이언스 제도 구축을 완성하였다.

제 4 단계는 베이징시 인터넷정보판공실에 대한 신고와 국가인터넷정보판공실의 평가 통과이다. 베이징우의병원은 최초 신고기관 중 하나로서 베이징시 인터넷정보판공실을 통하여 국가인터넷정보판공실에 데이터 국외이전 안전평가를 신고하였다. 본 프로젝트는 베이징시 인터넷정보판공실에 의하여 ‘베이징시 선행시범 프로젝트’로 지정되었고, 최종적으로 평가를 통과하여 공시번호 20220001 사건이 되었다.

위 네 단계 외에, 국가보건위생위원회가 업종 주관부처로서 본 사건 심사·평가에 병행 참여하였다. 공식 보도에 따르면 국가보건위생위는 본 사건 심사·평가에서 “관련 지도와 위탁 조사연구 업무를 수행”하였다. 베이징우의병원은 국가보건위생위의 위탁을 받아, 향후 의료데이터의 국경 간 수집·이용에 관한 안전관리방법의 기초(起草)를 위한 조사연구를 수행하기로 하였다.

8. 피험자 동의 문제

COLOR III 협약 원문에 따르면,²⁴ 동의서의 구체적 요건은 각 참여센터의

²⁴원

문: “Informed consent will be obtained from all eligible patients in accordance with the requirements of the local ethical committees.” Deijen CL, Velthuis S, Tsai A, et al. COLOR III: a multicentre randomised clinical trial comparing transanal TME versus laparoscopic TME for mid and low rectal cancer. Surg Endosc. 2016 Aug;30(8):3210-5 참조.

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구

현지 윤리위원회가 정하도록 명시되어 있다. 베이징우의병원의 경우 중국 피험자의 동의서 내용은 베이징우의병원 자체 윤리위원회가 심사·승인한다. COLOR IV 협약 원문에 따르면,²⁵ COLOR III 보다 표현이 한 걸음 더 나아가, 현지 윤리위원회의 요구뿐만 아니라 현지 법규에도 부합할 것을 요구한다. 중국 측 피험자에 관하여 ‘현지 법규’는 PIPL 제 29 조(민감개인정보 단독 동의)와 제 39 조(국외 수령자 고지 후 단독 동의)를 포함하는 것으로 해석되어야 한다. 이 표현은 사실상 협약 차원에서 PIPL 적용의 규범적 접점을 열어 놓은 것이다. 협약 원문은 또한 두 가지 동의 요건을 명확히 구분한다. 즉 시험 개시 전 품질보증 단계(3 레의 수술 동영상)에는 별도의 동의가 요구되지 않으나, 시험 단계(정식 등록되는 모든 환자)에서는 반드시 충분한 설명에 근거한 동의를 취득하여야 한다.

베이징우의병원 자체 윤리위원회가 승인한 실제 동의서의 내용, 동의서가 PIPL 제 29 조와 제 39 조의 구체적 요건을 포괄하는지 여부, 사망 피험자 데이터의 처리, 동의 철회와 재동의 메커니즘 등 핵심 사항은 공개 경로에 밝혀져 있지 않다. 동의 철회 메커니즘에 관하여는, COLOR III 협약의 공개 문헌(Deijen 등이 2015 년 Surgical Endoscopy 에 발표한 프로토콜 논문)에 따르면 협약 차원에서 “환자는 연구의 어느 단계에서든 조건 없이 탈퇴할 수 있으며, 이미 수집된 데이터는 환자가 명시적으로 요구하지 않는 한 보존되어 분석에 포함된다”고 명시적으로 규정한다. 이러한 철회 메커니즘의 협약 차원 규정은 철회권 고지에 관한 ICH-GCP E6(R2) 제 4.8.10(m)항의 요건에 부합하고, PIPL 제 15 조가 규정하는 동의 철회권에도 부합한다. 다만 본 사건의 구체적 집행 차원 — 베이징우의병원 자체 윤리위원회의 해당 조항에 대한 현지화 처리,

²⁵ 원문 1: “All patients ... must provide informed consent in accordance with local regulations.” 원문 2: “The operative videos of the quality assessment phase will be evaluated ...” Wu S, Wei P, Gao J, Shu W, Zhao H, Bonjer H, Tuynman J, Yao H, Zhang Z; COLOR IV study group. COLOR IV: a multicenter randomized clinical trial comparing intracorporeal and extracorporeal anastomosis after laparoscopic right colectomy for right colon cancer. Surg Endosc. 2025 Feb;39(2):1182-1190 참조.

중국 측 피험자의 실제 철회 사례 유무, 철회 후 이미 국외이전된 데이터에 대한 소급 삭제 메커니즘의 가동 여부 등 — 은 모두 공개 경로에 밝혀져 있지 않다.

피험자 동의 단계에는 네 가지 규범 체계의 병행적용이 동시에 관련된다. 첫째, PIPL 제 29 조에 따라 민감개인정보(의료건강류)의 처리에는 단독 동의가 필요하다. 둘째, PIPL 제 39 조에 따라 국외로 개인정보를 제공하는 경우 국외 수령자의 명칭, 연락처, 처리목적, 처리방식, 개인정보의 종류 및 권리행사의 방식과 절차를 고지하고 단독 동의를 취득하여야 한다. 셋째, 인간 대상 연구의 윤리심사 규범으로서, 위계위(卫计委) 11 호령(2016)과 国卫科教发[2023]4 号 방법이 동의서에 대하여 실질적 요건을 정한다. 넷째, 국제 다기관 임상연구 협약으로서, COLOR IV 협약은 ‘현지 법규에 따라’ 동의를 취득할 것을 요구하는데, 이는 사실상 협약 차원에서 PIPL 제 29 조와 제 39 조를 승계한 것이다. 네 규범 체계의 동의 요건은 일부는 중첩되고 일부는 각각 독립적이며, 처리자는 그 전부를 동시에 충족하여야 비로소 컴플라이언스가 성립한다. 본 사건은 이러한 ‘조합적용’이 실무에서 구체적으로 어떻게 작동하는지를 관찰하는 전형적 표본이다.

9. 공개자료상 확인되지 않는 사항

앞에서 사실의 유형별로 본 사건의 객관적 사실을 정리하였으나, 공개자료의 한계로 인하여 일부 사실은 아직 규명되지 않았다. 본 연구의 사실기반을 투명하게 검증 가능하도록 하기 위하여, 본 절에서는 이들 미확인 사항을 그 소속 단계별로 전체적으로 설명하고 후속 연구의 확인 경로를 제시한다. 본 연구의 핵심 미확인 사항은 우선순위에 따라 세 층으로 정리할 수 있다. 제 1 층(가장 핵심적이며 컴플라이언스 판단을 좌우)은 동의 문제의 구체적

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구
컴플라이언스 설계이고, 제 2 층은 심사의 구체적 시점과 촉발 사유이며, 제 3 층은 기술적 세부사항이다.

규제 측면에서, 공개자료는 본 사건 심사 통과와 구체적 일자, 데이터 국외이전 안전평가를 촉발한 구체적 사유(즉 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 4 조의 몇 호가 적용되었는지), 평가의 구체적 개시·종료일, 그리고 2024 년 9 월 평가 유효기간 만료 후의 처리 상황을 직접 밝히지 않았다. 베이징시 인터넷정보판공실의 본 사건에 대한 원(原) 통보 문건도 공개 경로에 직접 제시된 바 없으며, 본 연구가 인용하는 사실은 주로 베이징시 보건위생위원회 공식 홈페이지와 주요 매체의 전제 기사에 의한 것이다. 이러한 사실의 공백으로 인하여, 본 사건이 ‘핵심정보인프라 운영자의 국외이전 + 100 만 명 이상 규모 처리자의 국외이전’에 동시에 해당하는지에 대한 본 연구의 판단은 결론이 아닌 추론에 머무를 수밖에 없다.

병원 측면에서, 본 사건의 데이터 처리자인 베이징우의병원이 내부적으로 제정한 「데이터 국외이전 안전관리방법」의 전문, 병원이 보건위생 주관부처에 의하여 핵심정보인프라 운영자로 정식 인정되었는지 여부, 병원 각 정보시스템의 구체적인 네트워크안전등급보호 등급 결정 결과, PIPL 제 55 조가 요구하는 개인정보보호 영향평가 문서, 그리고 자체 윤리위원회의 COLOR III·COLOR IV 에 대한 심사 결정은 모두 공개 경로에 제시된 바 없다. 그중 병원 자체의 등급보호 등급 결정과 윤리심사 결정 두 가지가 특히 핵심적이다. 전자는 본 사건에 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 4 조의 촉발 사유를 적용하는 판단 기초와 관련되고, 후자는 본 사건 피험자 동의 취득의 컴플라이언스 판단 기초와 관련된다.

프로젝트 측면에서, 미확인 사항은 다시 두 부류로 나눌 수 있다. 첫째 부류는 피험자 동의의 구체적 컴플라이언스 설계로서, 이는 개인정보 국외이전 컴플라이언스의 실무 운용상 가장 핵심적인 단계 중 하나이다. 베이징우의병원

자체 윤리위원회가 승인한 실제 동의서의 내용, 동의서가 PIPL 제 29 조의 단독 동의와 제 39 조의 국외이전 고지 후 단독 동의 요건을 포괄하는지, 사망 피험자 데이터 처리, 동의 철회와 재동의 메커니즘의 본 사건에서의 구체적 설계는 공개 경로에 밝혀져 있지 않다.

둘째 부류는 데이터 전송의 기술적 세부사항이다. COLOR IV 협약은 중앙화 디지털 증례기록 시스템으로서 “secure digital case record form”을 명문으로 언급하나, 동 시스템의 암호화 방식, 데이터센터의 물리적 위치, 접근통제와 전송 프로토콜, 국외 수령 측의 저장 위치와 2 차 이전 등 기술적 세부사항은 공개자료에 밝혀져 있지 않다.

이로써 본 사건의 사실관계는 온전히 제시되었다. 이하에서는 규범 차원으로 전환한다. 제 3 장부터는 ‘사실을 먼저, 규범을 나중에’라는 기정 순서에 따라, 위 각 단계의 사실에 적용되는 중국법 규범을 층위별로 확정한다.

III. 법원(法源)

본 장에서는 규범의 위계 순서에 따라 본 사건에 적용되는 중국법 규범을 정리한다. 본 사건의 시간적 범위가 2017 년부터 현재까지 이어지고 COLOR IV 연구에 따라 2030 년까지 지속될 것이며, 그 사이 중국 데이터 거버넌스 입법이 근본적인 체계 구축을 겪었으므로, 본 장은 각 규범을 소개할 때 그 발포일·시행일 및 본 사건 각 단계와의 시점 대응관계를 명확히 표기한다.

1. 법률

가. 「네트워크안전법」

본 사건 COLOR IV 연구의 중국 측 재원은 2017 년에 선정되었고(국가중점연구개발계획 2017YFC0110904), 베이징우의병원의 COLOR

III 연구 참여는 2018 년 7 월이다. 두 시점 모두 본 법은 이미 시행 중이었다.

본 사건 관련 조문	관련성
제 21 조 국가는 네트워크안전등급보호제도를 시행한다. 네트워크 운영자는 네트워크안전등급보호제도의 요구에 따라 다음의 안전보호 의무를 이행하여 네트워크가 간섭·파괴되거나 무단으로 접근되지 않도록 보장하고 네트워크 데이터의 유출 또는 절취·변조를 방지하여야 한다. (1) 내부 안전관리제도와 운영규정을 제정하고 네트워크안전 책임자를 확정하며 네트워크안전 보호책임을 이행할 것, (2) 컴퓨터 바이러스와 네트워크 공격, 네트워크 침입 등 네트워크안전을 해치는 행위를 방지하는 기술조치를 취할 것, (3) 네트워크 운영상태와 네트워크안전 사건을 감시·기록하는 기술조치를 취하고 규정에 따라 관련 네트워크 로그를 6 개월 이상 보존할 것, (4) 데이터 분류, 중요데이터 백업 및 암호화 등의 조치를 취할 것, (5) 법률·행정법규가 규정하는 그 밖의 의무.	제 21 조가 확립한 네트워크안전등급보호제도는, 본 사건 데이터 국외이전 신고에서 “병원 정보센터가 네트워크안전·데이터안전을 다시 평가하여 병원의 네트워크안전 제도가 완비되고 실효성 있게 이행되며 안전방어 기술능력이 등급보호 등 표준규범에 부합함을 확인”한 것의 법률적 기초이다.

본 사건 관련 조문	관련성
	제 37 조가 확립한
제 37 조 핵심정보인프라의 운영자가 중화인민공화국 역내에서 운영 중 수집·생성한 개인정보와 중요데이터는 역내에 저장하여야 한다. 업무상 필요로 국외에 제공할 필요가 확실히 있는 경우에는 국가 인터넷정보 부서가 국무원 관련 부서와 함께 제정한 방법에 따라 안전평가를 실시하여야 한다. 법률·행정법규에 달리 규정이 있는 경우에는 그 규정에 따른다.	‘핵심정보인프라 운영자 데이터 현지화 원칙 + 예외적 안전평가’ 메커니즘은 본 사건 데이터 국외이전 신고의 가장 이른 법률적 기초이다. 다만 베이징우의병원이 핵심정보인프라 운영자로 인정되었는지는 공개자료에 명확히 나타나 있지 않다.

나. 「데이터안전법」

본 사건의 데이터 국외이전 신고는 2022 년 9 월에 개시되었고, 이때 본 법은 시행된 지 약 1 년이 경과한 상태였다.

본 사건 관련 조문	관련성
제 21 조 국가는 데이터 분류등급 보호제도를 수립하여, 데이터가 경제·사회 발전에서 가지는 중요도와 그것이 변조·파괴·유출되거나 불법으로 취득·이용될 경우 국가안전, 공공이익 또는 개인·조직의 적법한 권익에 초래할 위해의 정도에 따라 데이터를 분류등급하여 보호한다. 국가 데이터안전업무 조정기구	제 21 조가 확립한 ‘데이터 분류등급 보호제도’는 본 사건의 데이터 차원에서의 규제의 출발점이다.

본 사건 관련 조문	관련성
부서를 총괄·조정하여 중요데이터 목록을 제정하고 중요데이터에 대한 보호를 강화한다. 국가안전, 국민경제의 명맥, 중요한 민생, 중대한 공공이익 등과 관련되는 데이터는 국가핵심데이터로서 더욱 엄격한 관리제도를 시행한다. 각 지역·각 부서는 데이터 분류등급 보호제도에 따라 해당 지역·해당 부서 및 관련 업종·분야의 중요데이터 구체적 목록을 확정하고, 목록에 포함된 데이터를 중점적으로 보호하여야 한다.	제 31 조는 ‘중요데이터 국외이전’을 독립된 규제대상으로 삼는다. 본 사건이 관련된 의료데이터에 중요데이터가 존재한다면(2024 년 베이징 자유무역시험구 네거티브리스트의 의약산업 인정기준에 따르면 집단 진료, 특정 의약품 실험 데이터, 대규모 생체특징 데이터 등이 중요데이터에 해당한다 ²⁶⁾), PIPL 제 38 조의 개인정보 국외이전 경로와는 별도로

²⁶《中国（北京）自由贸易试验区数据出境管理清单（负面清单）（2024 版）》，北京市互联网信息办公室、北京市商务局、北京市政务服务和数据管理局联合发布，2024 年 8 月 30 日，<https://www.beijing.gov.cn/zhengce/zhengcefagui/202409/W020240902597001758234.pdf>.

본 사건 관련 조문**관련성**

「데이터안전법」 제 31 조의 중요데이터 국외이전 관리를 독립적으로 적용하여야 한다. 다만 본 사건의 심사는 2022 년 9 월에 완료되었고, 위 인정기준은 본 사건 심사 이후(2024 년 8 월)에 발표되었다.

다. 「개인정보보호법」

본 사건의 데이터 국외이전 신고는 2022 년 9 월에 개시되었고, 이때 본 법은 시행된 지 약 10 개월이 경과한 상태였다.

본 사건 관련 조문

제 28 조 민감개인정보란 일단 유출되거나 불법으로 사용되면 자연인의 인격존엄이 침해되거나 신체·재산의 안전이 위해를 받기 쉬운 개인정보로서, 생체인식, 종교신앙, 특정신분, 의료건강, 금융계좌, 행적정보 등의 정보 및 14 세 미만 미성년자의 개인정보를 포함한다. 개인정보 처리자는 특정한 목적과 충분한 필요성이 있고 엄격한 보호조치를 취하는 경우에 한하여 민감개인정보를 처리할 수 있다.

제 29 조 민감개인정보를 처리하는 경우에는 개인의 단독 동의를 취득하여야 한다. 법률·행정법규가 민감개인정보의 처리에 서면 동의를 취득하도록 규정한 경우에는 그 규정에 따른다.

제 38 조 개인정보 처리자가 업무 등의 필요로 중화인민공화국 역외에 개인정보를 제공할 필요가 확실히 있는 경우에는 다음 중 하나의 요건을 갖추어야 한다. (1) 본 법 제 40 조의 규정에 따라 국가 인터넷정보 부서가 조직하는 안전평가를 통과할 것, (2) 국가 인터넷정보 부서의 규정에 따라

전문기관의 개인정보보호 인증을 받을 것, (3) 국가 인터넷정보 부서가 제정한 표준계약에 따라 국외 수령자와 계약을 체결하여 쌍방의 권리와 의무를 약정할 것, (4) 법률·행정법규 또는 국가 인터넷정보 부서가 규정하는 그 밖의 요건.

제 39 조 개인정보 처리자가 중화인민공화국 역외에 개인정보를 제공하는 경우에는 국외 수령자의 명칭 또는 성명, 연락처, 처리목적, 처리방식, 개인정보의 종류 및 개인이 국외 수령자에 대하여 본 법이 규정하는 권리를 행사하는 방식과 절차 등의 사항을 개인에게 고지하고 개인의 단독 동의를 취득하여야 한다.

제 40 조 핵심정보인프라 운영자 및 국가 인터넷정보 부서가 규정하는 수량에 달하는 개인정보를 처리하는 개인정보 처리자는 중화인민공화국 역내에서 수집·생성한 개인정보를 역내에 저장하여야 한다. 국외에 제공할 필요가 확실히 있는 경우에는 국가 인터넷정보 부서가 조직하는 안전평가를 통과하여야 한다. 법률·행정법규 및 국가 인터넷정보 부서가 안전평가를 실시하지 아니할 수 있다고 규정한 경우에는 그 규정에 따른다.

제 55 조 다음 중 하나에 해당하는 경우, 개인정보 처리자는 사전에 개인정보보호 영향평가를 실시하고 처리 상황을 기록하여야 한다. (1) 민감개인정보를 처리하는 경우, (2) 개인정보를 이용하여 자동화된 의사결정을 하는 경우, (3) 개인정보의 처리를 위탁하거나 다른 개인정보 처리자에게 개인정보를 제공하거나 개인정보를 공개하는 경우, (4) 국외에 개인정보를 제공하는 경우, (5) 그 밖에 개인의 권익에 중대한 영향을 미치는 개인정보 처리활동.

본 사건과의 관련성: 첫째, 본 사건이 관련된 의료데이터에는 진료기록, 검사, 영상, 수술 후 추적관찰 등의 내용이 포함되며, 제 28 조에 따라 민감개인정보(‘의료건강’류)에 해당한다. 둘째, 제 29 조에 따라 민감개인정보의

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구

처리에는 개인의 단독 동의가 필요하고, 제 39 조에 따라 국외에 개인정보를 제공하는 경우에도 개인의 단독 동의를 취득하여야 한다. 본 사건에서 피험자 동의의 취득 방식, 범위, 형식 등 구체적 세부사항은 공개 경로에 밝혀져 있지 않아 추가 확인이 필요하다. 셋째, 본 사건은 제 38 조 제 1 호의 ‘국외이전 안전평가’ 경로를 선택하였다. 구체적으로 어느 사유가 촉발되었는지(CIIO 지위, 100 만 명 이상 규모, 누적 1 만 명 이상 민감개인정보)는 공개자료에 밝혀져 있지 않다. 넷째, 제 55 조에 따라 본 사건은 개인정보보호 영향평가를 이미 완료하였을 것이나, 그 평가 문서는 공개되지 않았다.

라. 「생물안전법」

본 사건의 데이터 국외이전 신고는 2022 년 9 월에 개시되었고, 이때 본 법은 시행된 지 약 1 년 반이 경과한 상태였다.

본 사건 관련 조문

제 53 조 국가는 우리나라 인류유전자원과 생물자원에 대한 보호를 강화한다.

국가는 우리나라 인류유전자원과 생물자원에 대하여 주권을 가진다.

제 55 조 우리나라 인류유전자원의 채집·보존·이용·국외제공은 윤리원칙에 부합하여야 하며, 공중보건, 국가안전과 사회공공이익을 해쳐서는 아니 된다.

본 사건과의 관련성: 본 법은 「인류유전자원관리조례」의 상위법적 근거이다. 본 사건이 인류유전자원(즉 유전자/게놈 데이터)과 관련되는지를 현재의 공개자료로 판단하면 다음과 같다. COLOR III·COLOR IV 협약의 공개내용에 따르면 연구데이터는 주로 임상 표현형, 영상의학적 평가(CT, MRI), 수술 과정 데이터, 병리 평가, 수술 후 회복 지표, 추적관찰 데이터를 포함한다.²⁷ 두

²⁷Wu S, Wei P, Gao J, Shu W, Zhao H, Bonjer H, Tuynman J, Yao H, Zhang Z; COLOR IV study group. COLOR IV: a multicenter randomized clinical trial comparing intracorporeal and extracorporeal anastomosis after laparoscopic right colectomy for right colon cancer. Surg Endosc. 2025 Feb;39(2):1182-1190 참조.

협약의 공개 문서에는 유전자 시퀀싱이나 게놈 데이터의 수집이 명시적으로 언급되어 있지 않다. 「인류유전자원관리조례 실시세칙」 제2조 제3항의 제외적 획정(후술)에 따르면 임상데이터, 영상데이터, 단백질데이터와 대사데이터는 인류유전자원정보에 속하지 않는다. 따라서 본 사건은 「생물안전법」과 「인류유전자원관리조례」의 절차를 직접 촉발하지 않을 개연성이 크다. 다만 최종 판단을 위하여는 연구에서 생물학적 시료(병리 표본 포함)의 국외제공이 있었는지를 추가로 확인할 필요가 있다.

2. 행정법규

가. 「인류유전자원관리조례」

본 사건의 COLOR III 참여 시점(2018 년 7 월)에는 본 조례가 아직 시행되기 전이었고, 데이터 국외이전 신고 개시 시점(2022 년 9 월)에는 시행된 지 약 3 년이 경과한 상태였다.

본 사건 관련 조문

제 2 조 중화인민공화국 역내에서 중국 인류유전자원의 채집·보존·이용·국외제공 활동에 종사하는 경우 본 조례를 적용한다. 본 조례에서 말하는

인류유전자원은 인류유전자원 재료와 인류유전자원 정보를 포함한다.

인류유전자원 재료란 인체 게놈·유전자 등 유전물질을 함유한 장기·조직·세포 등의 유전 재료를 말한다. 인류유전자원 정보란 인류유전자원 재료를 이용하여 생성된 인류 유전자·게놈 데이터 등의 정보자료를 말한다.(주: 여기서 ‘인류 유전자·게놈 데이터’라는 한정은 2023 년 7 월 1 일 시행된

「인류유전자원관리조례 실시세칙」의 기준에 따른 것이며, 2019 년 조례 원문의 표현은 ‘인류유전자원 재료를 이용하여 생성된 데이터 등 정보자료’이다.)

제 7 조 외국의 조직·개인 및 그가 설립하거나 실질적으로 지배하는 기관은 우리나라 역내에서 우리나라 인류유전자원을 채집·보존하여서는 아니 되며,

우리나라 인류유전자원을 국외에 제공하여서는 아니 된다.

제 21 조 우리나라 인류유전자원 재료를 운송·우송·휴대하여 출국시키는 경우에는 다음의 요건에 부합하여야 하며 국무원 과학기술 행정부서의 허가를 받아야 한다. (1) 우리나라 공중보건, 국가안전과 사회공공이익을 해치지 아니할 것, (2) 법인 자격을 가질 것, (3) 명확한 국외 협력 상대방과 합리적인 출국 용도가 있을 것, (4) 인류유전자원 재료의 채집이 적법할 것, (5) 윤리심사를 통과할 것. 우리나라 인류유전자원 정보를 국외의 조직·개인 및 그가 설립하거나 실질적으로 지배하는 기관에 제공하거나 개방하여 사용하게 하는 경우에는 국무원 과학기술 행정부서에 사전에 보고하고 정보의 사본을 제출하여야 한다.

본 사건과의 관련성: 본 조례의 인류유전자원 규제는 인터넷정보 부서가 주도하는 데이터 국외이전 규제와는 독립적이다. 베이징시 보건위생위 공식 홈페이지의 보도자료 원문은 본 사건 심사에서 “병원 과학기술처가 이 임상연구 프로젝트의 그간의 수행 상황, 과학적 의의와 산출 가치, 인류유전자원 등 측면의 상황을 심층 평가하였다”고 명시적으로 언급한다. 이 표현은 병원이 내부 심사 단계에서 인류유전자원 관련 상황을 심사하였음을 보여준다. 다만 그 심사 결론이 인류유전자원관리조례 제 21 조의 과기부 허가 절차를 발동시켰는지는 공개자료에 밝혀져 있지 않다.

나. 「핵심정보인프라 안전보호조례」

본 사건의 데이터 국외이전 신고 개시 시점(2022 년 9 월)에 본 조례는 시행된 지 만 1 년이 경과한 상태였다.

본 사건 관련 조문

제 2 조 본 조례에서 말하는 핵심정보인프라란 공공통신과 정보서비스, 에너지, 교통, 수리(水利), 금융, 공공서비스, 전자정부, 국방과학기술공업 등 중요 업종·분야의, 그리고 그 밖에 일단 파괴되거나 기능을 상실하거나 데이터가 유출될 경우 국가안전, 국민경제와 민생, 공공이익을 중대하게 해칠 수 있는 중요 네트워크 시설, 정보시스템 등을 말한다.

제 8 조 본 조례가 규정하는 중요 업종·분야의 주관부서·감독관리부서는 핵심정보인프라 안전보호 업무를 담당하는 부서(이하 ‘보호업무부서’)이다.

본 사건과의 관련성: 본 사건에서 베이징우의병원이 핵심정보인프라 운영자로 인정되었는지는 공개자료에 명확히 나타나 있지 않다. 베이징우의병원은 대형 3 급 갑등 병원이자 국가소화기질환 임상의학연구센터의 수행기관으로서 의료 분야에서 상당한 규모를 가지나, 구체적으로 CIO 인정이 완료되었는지와 그 인정 시점은 추가 확인이 필요하다.

다. 「네트워크데이터 안전관리조례」

본 조례는 본 사건의 2022~2023 년 최초 심사에는 직접 적용되지 않으나, 2025 년 1 월 이후의 컴플라이언스 지속에 대하여 규범적 의의를 가진다. 아래 조문은 본 사건의 후속 컴플라이언스 지속 단계(2025 년 1 월 1 일 이후)와 구체적으로 관련된다.

본 사건 관련 조문

관련성

제 12 조 네트워크데이터 처리자가 본 조는 제공자와 수령자 사이의 계약 다른 네트워크데이터 처리자에게 약정, 수령자의 의무 이행에 대한 감독, 개인정보와 중요데이터를 제공하거나 그리고 처리기록 3 년 보존 의무를

본 사건 관련 조문	관련성
그 처리를 위탁하는 경우에는 계약 등을 통하여 네트워크데이터 수령자와 처리목적·방식·범위 및 안전보호 의무 등을 약정하고, 네트워크데이터 수령자의 의무 이행	행정법규 차원에서 처음으로 명확히 규정하였다. 본 사건의 베이징우의병원과 Amsterdam UMC 사이의 협력 협약은 2025 년 이후 본 조의 요건에 부합하여야 한다.
상황을 감독하여야 한다. 다른 네트워크데이터 처리자에게 개인정보와 중요데이터를 제공하거나 그 처리를 위탁한 처리 상황의 기록은 3 년 이상 보존하여야 한다.	
네트워크데이터 수령자는 네트워크데이터 안전보호 의무를 이행하여야 하며, 약정된 목적·방식·범위 등에 따라 개인정보와 중요데이터를 처리하여야 한다.	
제 22 조 네트워크데이터 처리자가 개인의 동의에 기초하여 개인정보를 처리하는 경우에는 다음의 규정을 준수하여야 한다. (1) 개인정보의 수집은 제품 또는 서비스의 제공에 필요한 범위로 한정하고, 범위를 초과하여 개인정보를 수집하지 아니하며, 오도·사기·강박 등의 방식으로 개인의 동의를 취득하지	본 조 제 2 호는 ‘의료건강’류 민감개인정보의 처리에 단독 동의를 필요함을 재확인하여 PIPL 제 29 조를 행정법규 차원에서 승계한다. 본 조 제 6 호는 처리목적·방식·종류가 변경되는 경우 동의를 다시 취득하도록 규정하여, 본 사건 컴플라이언스 지속 단계(예컨대 국외이전 데이터의 범위 또는 종류가 변경되는 경우)의 ‘재동의’ 의무를 명확히

본 사건 관련 조문	관련성
아니할 것, (2) 생체인식, 종교신앙, 규정한다. 특정신분, 의료건강, 금융계좌, 행정정보 등 민감개인정보를 처리하는 경우에는 개인의 단독 동의를 취득할 것, (3) 14 세 미만 미성년자의 개인정보를 처리하는 경우에는 미성년자의 부모 또는 그 밖의 후견인의 동의를 취득할 것, (4) 개인이 동의한 개인정보의 처리목적·방식·종류·보존기간을 초과하여 개인정보를 처리하지 아니할 것, (5) 개인이 자신의 개인정보 처리에 동의하지 아니함을 명확히 표시한 후 빈번하게 동의를 구하지 아니할 것, (6) 개인정보의 처리목적·방식·종류가 변경되는 경우에는 개인의 동의를 다시 취득할 것.	
제 27 조 네트워크데이터 처리자는 본 조는 개인정보 처리자에게 정기적 정기적으로 스스로 또는 전문기관에 컴플라이언스 감사 의무를 신설하였다. 위탁하여 개인정보 처리의 법률·행정법규 준수 상황에 대한 컴플라이언스 감사를 실시하여야 한다.	본 사건의 데이터 국외이전은 지속적이므로(COLOR IV 는 2030 년까지 지속 예정), 베이징우의병원은 2025 년 이후 본 조에 따라 정기적 컴플라이언스

본 사건 관련 조문	관련성
제 28 조 1,000 만 명 이상의 개인정보를 처리하는 네트워크데이터 편입시킨다. 베이징우의병원이 대형 3 급 처리자는 본 조례 제 30 조, 제 32 조가 갑등 종합병원으로서 1,000 만 명 기준에 중요데이터를 처리하는 네트워크데이터 처리자(이하 ‘중요데이터 처리자’)에 대하여 규정한 사항도 준수하여야 한다. 제 35 조 다음 중 하나의 요건에 부합하는 경우, 네트워크데이터 처리자는 국외에 개인정보를 제공할 수 있다. (1) 국가 인터넷정보 부서가 조직하는 데이터 국외이전 안전평가를 통과한 경우, (2) 국가 인터넷정보 부서의 규정에 따라 전문기관의 개인정보보호 인증을 받은 경우, (3) 국가 인터넷정보 부서가 제정한 개인정보 국외이전 표준계약에 관한 규정에 부합하는 경우, (4) 개인이 일방 당사자인	감사 의무를 이행하여야 한다. 본 조는 ‘1,000 만 명 이상의 개인정보를 처리하는 네트워크데이터 처리자’를 중요데이터 처리자의 의무체계에 도달하는지는 공개자료에 밝혀져 있지 않으나, 도달한다면 중요데이터 처리자에 준하여 제 30 조(안전책임자, 안전관리기구)와 제 32 조(합병·분할·해산·파산 시 보고의무)의 규정을 부담하여야 한다.
본 조는 PIPL 제 38 조가 규정한 세 가지 경로를 여덟 가지 컴플라이언스 사유로 확장한다. 본 사건은 본래 제 1 호의 국외이전 안전평가 경로를 적용하였으나, 2024 년 9 월 평가 유효기간 만료 후의 컴플라이언스 지속에서는 본 조에 기초하여 다른 경로(표준계약, 인증, 또는 제 6 호의 법정 직책 경로 등)의 적용을 선택할 수 있다.	

본 사건 관련 조문

관련성

계약의 체결·이행을 위하여 국외에
개인정보를 제공할 필요가 확실히
있는 경우, (5) 법에 따라 제정된
노동규칙제도와 법에 따라 체결된
단체협약에 따라 국경 간 인적자원
관리를 실시하기 위하여 국외에
근로자의 개인정보를 제공할 필요가
확실히 있는 경우, (6) 법정 직책 또는
법정 의무의 이행을 위하여 국외에
개인정보를 제공할 필요가 확실히
있는 경우, (7) 긴급상황에서 자연인의
생명·건강과 재산의 안전을 보호하기
위하여 국외에 개인정보를 제공할
필요가 확실히 있는 경우, (8)
법률·행정법규 또는 국가 인터넷정보
부서가 규정하는 그 밖의 요건.

제 37 조 네트워크데이터 처리자가 본 조는 ‘중요데이터 국외이전 신고’에
중화인민공화국 역내에서 운영 중 관하여 ‘사전 공표·고지’ 원칙을
수집·생성한 중요데이터를 국외에 채택한다. 즉 관련 주관부처로부터
제공할 필요가 확실히 있는 경우에는 고지받거나 공개발표로 중요데이터로
국가 인터넷정보 부서가 조직하는 지정되지 않은 경우에는 중요데이터로
데이터 국외이전 안전평가를 신고할 필요가 없다. 본 사건 심사
통과하여야 한다. 네트워크데이터 시(2022 년)에는 ‘중요데이터 관련
처리자는 국가의 관련 규정에 따라 여부’의 판단이 규범 차원에서

본 사건 관련 조문	관련성
중요데이터를 식별·신고하되, 관련 지역·부서로부터 중요데이터로 고지받거나 공개발표되지 아니한 경우에는 이를 중요데이터로 하여 데이터 국외이전 안전평가를 신고할 필요가 없다.	불명확하였으나, 본 조는 2025 년 이후 이 문제에 명확한 판단규칙을 제공한다. 즉 주관부처가 사전에 고지하거나 공개적으로 공표하지 않는 한 본 사건 데이터는 ‘중요데이터’를 구성하지 않으며, 중요데이터 신고 경로를 밟을 필요가 없다.
제 38 조 데이터 국외이전 안전평가를 통과한 후, 네트워크데이터 처리자가 국외에 개인정보와 중요데이터를 제공하는 경우에는 평가 시 명확히 한 데이터 국외이전의 목적·방식·범위와 종류·규모 등을 초과하여서는 아니 된다.	본 사건의 원 심사는 2022 년에 이루어졌고, 그 시점에 COLOR III 는 베이징우의병원 단일기관 170 례 등록, COLOR IV 는 전 세계 1,158 례 등록 계획이었다. 본 사건에서 2025 년 이후 실제 국외이전의 목적·방식·범위, 데이터의 종류 또는 규모가 2022 년 원 평가의 범위를 초과하는 경우에는 데이터 국외이전 안전평가를 다시 신고하여야 한다.

3. 부문규장

가. 「국가 건강의료빅데이터 표준·안전·서비스 관리방법(시행)」

본 사건의 COLOR III 참여 시점(2018 년 7 월)에는 본 방법이 아직 발표되기 전이었고, COLOR IV 의 준비 및 신고 시점(2022 년)에는 이미 시행 중이었다.

본 사건 관련 조문

제 16 조 건강의료빅데이터 안전관리란 데이터의 채집·저장·발굴·응용·운영·전송

등 여러 단계에서의 안전과 관리를 말하며, 국가전략 안전, 인민 생명 안전, 개인정보 안전에 관한 권한·책임 관리 업무를 포함한다.

제 17 조 책임단위는 관련 안전관리제도·운영규정과 기술규범을 수립·정비하고, ‘최고책임자’ 책임제를 이행하며, 안전보장체계의 구축을 강화하고, 총괄관리와 조정·감독을 강화하여 건강의료빅데이터의 안전을 보장하여야 한다.

본 방법은 의료데이터 전생애주기 관리의 가장 이른 완결적 표현이다. 본 방법 제 16 조에 열거된 ‘채집·저장·발굴·응용·운영·전송’의 여섯 단계는 이후 중국 의료데이터 거버넌스 체계의 기초 골격이 되었다. 본 방법은 본 사건 각 단계의 의료데이터 처리활동에 직접적인 규범력을 가진다.

나. 「의료보건기관 네트워크안전 관리방법」

본 방법은 본 사건의 데이터 국외이전 신고 개시(2022년 9월 1일) 불과 며칠 전에 시행되었다. 본 사건의 베이징우의병원은 의료보건기관 주체로서 본 방법에 따라 업종상의 의무를 이행하여야 한다.

본 사건 관련 조문	관련성
제 2 조 네트워크안전은 인민을 위한 것이고 인민에 의거한다는 원칙을 견지하고, 네트워크안전 교육·기술·산업의 융합 발전을 견지하며, 발전 촉진과 법에 따른 관리의 통일을 견지하고, 안전·통제가능성과 개방·혁신의 병행을 견지한다.	본 조는 의료보건기관 네트워크안전의 중점 보호대상 — CIIO, 네트워크안전등급보호 제 3 급 이상의 네트워크, 중요데이터와 개인정보의 네 부류 — 를 명확히 한다.
등급별 보호와 중점의 부각을	베이징우의병원은 대형 3 급 갑등 종합병원이자 국가급 임상의학연구센터의 수행기관으로서, 그 핵심 정보시스템은 업계 관행상 제 3 급

본 사건 관련 조문	관련성
견지한다. 핵심정보인프라, 네트워크안전등급보호 제 3 급(이하 ‘제 3 급’) 이상의 네트워크 및 중요데이터와 개인정보의 안전을 중점적으로 보장한다. 제 5 조 각 의료보건기관은 네트워크안전·정보화 업무 영도소조를 구성하고, 기관의 주요 책임자가 영도소조 조장을 맡으며, 매년 1 회 이상 네트워크안전 업무회의를 개최하여 안전 중점업무를 배치하고, 「핵심정보인프라 안전보호조례」와 네트워크안전등급보호제도의 요구를 이행하여야 한다. 제 2 급 이상의 네트워크를 보유한 의료보건기관은 네트워크안전 관리업무를 담당하는 직능부서를 명확히 하고, 안전 주관자·안전 관리자 등의 직책을 담당하는 직위를 명확히 하며, 네트워크안전 관리제도 체계를 수립하고 네트워크안전 방어를 강화하며 비상대응을 강화하고, 그 기초 위에서 핵심정보인프라에 대하여 중점 보호를 실시하여 네트워크안전	이상으로 등급이 결정되어 본 방법의 중점 보호를 받아야 할 것이다. 본 조는 의료보건기관에 전문적인 네트워크안전 거버넌스 조직의 설치를 요구한다. 베이징우의병원의 본 사건 데이터 국외이전 신고에서는 ‘병원 정보센터’가 네트워크안전·데이터안전의 재평가를 담당하였는데, 이 업무 조직이 곧 본 조에서 말하는 직능부서에 해당할 것이다.

본 사건 관련 조문

사건의 발생을 방지하여야 한다.

제 6 조 각 의료보건기관은 ‘주관하는 자가 책임지고, 운영하는 자가 책임지며, 사용하는 자가 책임진다’는 원칙에 따라 네트워크 구축 과정에서 해당 기관 각 네트워크의 주관부서·운영부서·정보화부서·사용부서 등의 관리책임을 명확히 하고, 해당 기관 운영범위 내의 네트워크에 대하여 등급보호 등급

결정·비안(备案)·측정평가·안전구축 시정 등의 업무를 수행하여야 한다.

(4) 각 의료보건기관은 이미 등급이 결정되어 비안된 네트워크의 안전성에 대하여 검측·평가를 실시한다. 제 3 급 또는 제 4 급의 네트워크는 등급보호 측정평가기관에 위탁하여 매년 1 회 이상 네트워크안전 등급측정평가를 실시하여야 한다. 제 2 급의 네트워크는 등급보호 측정평가기관에 위탁하여 정기적으로 네트워크안전 등급측정평가를 실시하되, 그중 10 만 명 이상의 개인정보가 관련되는 네트워크는 3 년에 1 회 이상, 그 밖의

관련성

본 조는 의료기관의 네트워크안전등급보호 등급 결정과 측정평가 주기에 대하여 구체적인 요구를 정한다. 베이징우의병원은 본 사건 데이터 국외이전 신고 전에 네트워크안전등급보호 컴플라이언스 재평가를 완료하였는데, 그 평가는 본 조의 요구에 따라 수행되었을 것이다. 본 사건에 관한 베이징시 보건위생위 공식 보도자료 원문에 따르면 병원 정보센터는 “안전방어 기술능력이 등급보호 등 표준규범에 부합”함을 확인하였는데, 이 표현은 사실상 본 조가 규정하는 ‘등급측정평가’ 의무에 대응한다. 베이징우의병원 각 정보시스템의 구체적인 등급 결정과 측정평가 결과는 공개자료에 밝혀져 있지 않다.

본 사건 관련 조문

관련성

네트워크는 5 년에 1 회 이상
네트워크안전 등급측정평가를
실시하여야 한다.

본 조는 의료보건기관의 데이터
분류등급에 대하여 강행적 요구 —

제 20 조 각 의료보건기관은 매년 데이터 자산을 전면적으로 정리하고, 네트워크안전등급보호제도의 이행을 기초로 데이터의 중요도와 파괴 시의 위해 정도에 따라 해당 기관의 데이터 분류등급 기준을 수립하여야 한다. 데이터 분류등급은 적법·준법 원칙, 실행가능성 원칙, 시효성 원칙, 자율성 원칙, 차등성 원칙 및 객관성 원칙을 따라야 한다.

매년 정리 + 자체 등급기준 수립 — 를 정한다. 베이징우의병원이 본 사건 심사에서 식별한 의료데이터 민감도(GB/T 39725-2020 의 4 등급 민감도 기준)와 ‘중요데이터’ 판정은 사실상 본 조를 업종규범상의 근거로 한다. 본 사건 데이터의 ‘중요데이터’ 관련 여부는 공개자료에 밝혀져 있지 않으나, 본 조가 병원 스스로 분류등급 기준을 수립하도록 요구하므로 그 판단은 병원 내부에서 이미 완료되었을 것이다.

제 21 조 각 의료보건기관은 데이터 안전관리제도·운영규정 및 기술규범을 수립·정비하고, 관련 관리제도를 매년 1 회 이상 개정하며, 관련 인원이 매년 비밀유지협약을 체결할 것을 권장한다. 매년 해당 기관의 데이터에 대하여 데이터안전 위험평가를 실시하여

본 조는 의료기관에 매년 데이터안전 위험평가의 실시를 요구한다. 본 사건의 COLOR IV 는 2030 년까지 지속되므로, 병원은 본 조에 따라 매년 데이터안전 상태를 평가하여야 한다.

본 사건 관련 조문

관련성

데이터안전 상태를 적시에 파악한다.

데이터안전 교육·훈련을 강화하고
안전의식 교육과 데이터 안전관리제도
홍보·훈련을 조직한다. 해당 기관의
실정에 맞추어 데이터 사용 신청 및
승인 절차를 수립·정비하고, ‘주관하는
자가 심사한다’는 원칙과 사전
신청·승인, 과정 중 감독, 사후 심사의
원칙을 따르며, 업무관리부서의 동의와
의료보건기관 책임자의 승인이라는
업무절차를 엄격히 집행하여 데이터
활동 절차의 컴플라이언스를 지도한다.

제 22 조 각 의료보건기관은 데이터의
수집·저장·전송·처리·사용·교환·파기
전생애주기 안전관리 업무를
강화하여야 하고, 데이터 전생애주기
활동은 역내에서 수행하여야 하며,
업무상 국외에 제공할 필요가 확실히
있는 경우에는 관련 법령 및 관련
요구에 따라 안전평가 또는 심사를
실시하여야 하고, 국가안전에 영향을
미치거나 미칠 수 있는 데이터
처리활동에 대하여는 국가안전심사에
회부하여 데이터안전 사건의 발생을

본 조는 본 방법 가운데 본 사건과
가장 직접 관련되는 조문이다. 본 조는
두 가지 규칙을 명문으로 확립한다.
첫째, 의료보건기관의 데이터
전생애주기 활동은 역내에서
수행하여야 한다는 것으로, 이는
의료업종 차원에서 ‘데이터 현지화’
원칙을 명문화한 표현이다. 둘째,
업무상 국외에 제공할 필요가 확실히
있는 경우에는 관련 법령 및 관련
요구에 따라 안전평가 또는 심사를
실시하여야 한다는 것으로, 본 사건의

본 사건 관련 조문

관련성

방지하여야 한다.

데이터 국외이전은 바로 본 조가

(1) 각 의료보건기관은 데이터 수집의 적법성 관리를 강화하고, 데이터 수집의 적법성에 관한 업무부서와 관리부서의 주체적 책임을 명확히 하여야 한다. 데이터 마스킹, 데이터 암호화, 링크 암호화 등의 통제조치를 취하여 데이터 수집 과정에서의 데이터 유출을 방지한다.

지시하는 ‘안전평가’ 경로(즉 「데이터 국외이전 안전평가 방법」)에 따라 신고가 개시된 것이다.

(2) 데이터 분류등급의 기초 위에서 서로 다른 안전등급 데이터의 암호화 전송 요건을 더욱 명확히 한다. 전송 과정의 인터페이스 안전통제를 강화하여 인터페이스를 통한 전송 시의 안전성을 확보하고 데이터의 절취를 방지한다.

(3) 각 의료보건기관은 관련 법규·표준에 따라 적합한 데이터 저장 아키텍처와 매체를 선택하여 역내에 저장하고, 백업·암호화 등의 조치로 데이터의 저장 안전을 강화하여야 한다. 클라우드 저장이 관련되는 경우에는 초래될 수 있는 안전위험을 평가하여야 한다. 데이터 저장기간은

본 사건 관련 조문

관련성

데이터 사용규칙이 정한 보존기간을
초과하여서는 아니 된다. 저장 과정의
접근통제 안전, 데이터 사본 안전,
데이터 아카이브 안전 관리를
강화한다.

(4) 각 의료보건기관은 인원별 권한을
엄격히 정하고, 데이터 사용 과정의
신청·승인 절차 관리를 강화하여
데이터가 통제 가능한 범위에서
사용되도록 하며, 로그 보존·관리
업무를 강화하고 로그의 변조·삭제
현상을 근절하여 데이터의 월권 사용을
방지하여야 한다. 각 데이터
사용부서와 사용자는 신청서에 기재된
용도와 범위에 따라 엄격히 데이터를
사용하여야 하며 데이터의 안전에
책임을 진다. 승인 없이는 어떠한
부서·개인도 대외에 공개되지 아니한
정보·데이터를 부서 밖으로
전달하여서는 아니 되며, 어떠한
방식으로도 이를 유출하여서는 아니
된다.

(5) 각 의료보건기관은 데이터를
공표·공유할 때 초래될 수 있는

본 사건 관련 조문

관련성

안전위험을 평가하고 필요한 안전통제 조치를 취하여야 한다. 데이터 상부 보고가 관련되는 경우에는 보고 제기 측이 보고 요구의 해석을 담당하고 보고 범위와 보고 규칙을 확정하여 데이터 보고의 안전·통제가능성을 확보한다.

(6) 각 의료보건기관이 안면인식 또는 안면식별을 실시하는 경우에는 비(非)안면인식 신원확인 방식을 함께 제공하여야 하며, 정보주체가 안면인식 데이터의 수집에 동의하지 아니한다는 이유로 정보주체의 기본 업무기능 사용을 거부하여서는 아니 되고, 안면인식 데이터는 신원확인 이외의 목적 — 정보주체의 업무성과, 경제상황, 건강상태, 선호, 관심 등에 대한 평가 또는 예측을 포함하되 이에 한하지 아니한다 — 에 사용하여서는 아니 된다. 각 의료보건기관은 안면인식 데이터의 저장·전송에 안전조치를 취하여야 하며, 여기에는 안면인식 데이터의 암호화 저장·전송, 안면인식 데이터와 개인 신원정보의

본 사건 관련 조문**관련성**

물리적 또는 논리적 분리 저장 등이

포함되되 이에 한하지 아니한다.

(7) 데이터를 파기할 때에는 데이터의

복원이 불가능함을 보장하는 파기

방식을 채택하여야 하며, 데이터 잔존

위험과 데이터 백업 위험에 중점적으로

주의한다.

다. 「데이터 국외이전 안전평가 방법」

본 방법은 본 사건의 직접적인 신고 근거이다. 본 사건의 신고 개시 시점(2022 년 9 월)은 본 방법의 시행 시점과 완전히 겹친다.

본 사건 관련 조문

제 4 조 데이터 처리자가 국외에 데이터를 제공하는 경우로서 다음 중 하나에 해당하는 때에는 소재지 성급 인터넷정보 부서를 통하여 국가 인터넷정보 부서에 데이터 국외이전 안전평가를 신고하여야 한다. (1) 데이터 처리자가 국외에 중요데이터를 제공하는 경우, (2) 핵심정보인프라 운영자 및 100 만 명 이상의 개인정보를 처리하는 데이터 처리자가 국외에 개인정보를 제공하는 경우, (3) 전년 1 월 1 일부터 누적하여 10 만 명의 개인정보 또는 1 만 명의 민감개인정보를 국외에 제공한 데이터 처리자가 국외에 개인정보를 제공하는 경우, (4) 국가 인터넷정보 부서가 규정하는 그 밖에 데이터 국외이전 안전평가의 신고가 필요한 경우.

제 8 조 데이터 국외이전 안전평가는 데이터 국외이전 활동이 국가안전, 공공이익, 개인 또는 조직의 적법한 권익에 초래할 수 있는 위험을 중점적으로 평가하며, 주로 다음의 사항을 포함한다. (1) 데이터 국외이전의 목적·범위·방식

등의 적법성·정당성·필요성, (2) 국외 수령자가 소재한 국가 또는 지역의 데이터안전 보호 정책·법규와 네트워크안전 환경이 전송되는 데이터의 안전에 미치는 영향, 국외 수령자의 안전보호 수준이 중화인민공화국 법률·행정법규의 규정과 강제성 국가표준의 요구에 도달하는지 여부, (3) 국외이전 데이터의 규모·범위·종류·민감정도, 데이터의 국외이전 중 및 국외이전 후의 변조·파괴·유출·분실·이전 또는 불법 취득·불법 이용 등의 위험, (4) 데이터 처리자와 국외 수령자가 체결하는 법률문서에 데이터안전 보호의 책임·의무가 충분히 약정되어 있는지 여부, (5) 본 방법이 규정한 절차 이행의 적법성, 중국의 법률·행정법규·부문규장 규정예의 부합 여부, (6) 그 밖에 데이터 국외이전의 안전에 영향을 미칠 수 있는 사항.

제 14 조 데이터 국외이전 안전평가 결과의 유효기간은 2 년으로 하며, 평가 결과가 나온 날부터 기산한다.

본 방법은 본 사건 신고의 법정 근거이다. 본 사건이 어느 사유(제 4 조의 몇 호)를 촉발하였는지는 공개자료에 명확히 밝혀져 있지 않다. 베이징우의병원은 핵심정보인프라 운영자 지위와 ‘100 만 명 이상 개인정보’ 규모 기준에 동시에 해당할 가능성이 있으나, 이는 외부 관찰에 의한 추론일 뿐 규제기관이 공개한 사실이 아니다.

본 사건의 평가 유효기간은 2 년이며 평가 결과가 나온 날부터 기산한다. 본 사건이 2022 년 9 월에 승인되고 2023 년 1 월에 공시된 점을 고려하면, 본 방법 제 14 조의 유효기간 규칙에 따라 평가의 유효기간은 늦어도 2024 년 9 월에 만료되며, 그 시점에 본 사건은 이미 재신고를 하였거나 유효기간 연장을 받았어야 한다. 그 연장 또는 재신고 상황은 공개 경로에 밝혀져 있지 않아 추가 확인이 필요하다.

라. 「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」

본 규정은 데이터 국외이전 규제에 여러 정책적 조정을 가하였고, 자유무역시험구가 데이터 국외이전 네거티브리스트를 제정할 수 있도록 수권하였다(이는 2024 년 8 월 베이징 자유무역시험구 네거티브리스트의 정책적 수권 근거이다). 본 규정의 시행 시점(2024 년 3 월 22 일)에 본 사건의 원 심사는 이미 약 1 년 반 전에 통과되었으므로, 본 규정은 본 사건의 원 심사에 소급 적용되지 않는다. 다만 본 사건의 컴플라이언스가 2024 년 3 월 22 일 이후의 컴플라이언스 지속 단계에 들어선 뒤에는 본 규정이 본 사건에 적용되는 핵심 규범이 된다.

본 사건 관련 조문	관련성
제 2 조 데이터 처리자는 관련 규정에 따라 중요데이터를 식별·신고하여야 한다. 관련 부서·지역으로부터 중요데이터로 고지받거나 공개발표되지 아니한 경우, 데이터 처리자는 이를 중요데이터로 하여 데이터 국외이전 안전평가를 신고할 필요가 없다.	본 사건 심사 시(2022 년)에는 ‘중요데이터 관련 여부’의 판단이 불명확하였다. 본 조는 2024 년에, 주관부처가 사전에 고지하거나 공개적으로 공표하지 않는 한 중요데이터 신고 경로를 밟을 필요가 없음을 명확히 하였다. 본 사건의 컴플라이언스 지속 단계에는 본 조가 적용된다.
제 6 조 자유무역시험구는 국가 데이터 분류등급 보호제도의 틀 안에서, 구역 내에서 데이터 국외이전 안전평가, 개인정보 국외이전 표준계약, 개인정보보호 인증의 관리범위에 포함시킬 필요가 있는 데이터 목록(이하 ‘네거티브리스트’)을	본 조는 2024 년 8 월 베이징 자유무역시험구 네거티브리스트의 정책적 수권 근거이다. 베이징우의병원이 사업단위로서 베이징 자유무역시험구의 적용범위에 포섭되는지는 확인이 필요하다. 적용된다면 본 사건의 2024 년 8 월

본 사건 관련 조문

관련성

자체적으로 제정할 수 있으며, 성급 네트워크안전·정보화위원회의 기준을 거쳐 국가 인터넷정보 부서, 국가 데이터관리 부서에 비안한다.

자유무역시험구 내의 데이터 처리자가 네거티브리스트 외의 데이터를 국외에 제공하는 경우에는 데이터 국외이전 안전평가의 신고, 개인정보 국외이전 표준계약의 체결, 개인정보보호 인증의 통과를 면제받을 수 있다.

이후의 컴플라이언스 지속은 본 조가 제공하는 간소화 경로의 혜택을 받을 수 있다.

제 7 조 데이터 처리자가 국외에 데이터를 제공하는 경우로서 다음 중 하나의 요건에 해당하는 때에는 소재지 성급 인터넷정보 부서를 통하여 국가 인터넷정보 부서에 데이터 국외이전 안전평가를 신고하여야 한다. (1) 핵심정보인프라 운영자가 국외에 개인정보 또는 중요데이터를 제공하는 경우, (2) 핵심정보인프라 운영자 이외의 데이터 처리자가 국외에 중요데이터를 제공하거나, 당해 연도 1 월 1 일부터 누적하여 100 만 명 이상의 개인정보(민감개인정보 제외) 또는 1 만 명 이상의 민감개인정보를

본 조는 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 4 조에 중요한 조정을 가하여, ‘100 만 명 이상 개인정보 처리자’ 기준을 ‘주체 요건’(국외이전량을 불문하고 병원의 총 처리규모 기준)에서 ‘당해 연도 1 월 1 일부터 누적하여 100 만 명 이상을 국외에 제공’(실제 국외이전량 기준)으로 변경하였다. 본 사건 심사 시(2022 년)에는 구(舊)기준이 적용되었고, 2024 년 3 월 이후의 갱신 신고에는 신(新)기준이 적용된다.

신규칙에 따르면, 관련 연구의 전 세계 규모 합계(합계 약 2,300 례)를 상한으로 추정하더라도 본 사건의 누적

본 사건 관련 조문	관련성
국외에 제공하는 경우.	국외이전량은 ‘누적 100 만 명 이상 개인정보’ 기준에 크게 미치지 못하고 ‘1 만 명 이상 민감개인정보’ 누적 기준에도 이르지 못하므로, 본 사건의 컴플라이언스 지속 단계에서 여전히 국외이전 안전평가가 촉발되는지는 신규칙에 따라 다시 판단할 필요가 있다.
제 8 조 핵심정보인프라 운영자 이외의 데이터 처리자가 당해 연도 1 월 1 일부터 누적하여 10 만 명 이상 100 만 명 미만의 개인정보(민감개인정보 제외) 또는 1 만 명 미만의 민감개인정보를 국외에 제공하는 경우에는 법에 따라 국외 수령자와 개인정보 국외이전 표준계약을 체결하거나 개인정보보호 인증을 통과하여야 한다.	본 사건의 컴플라이언스 지속 단계에서 실제 누적 국외이전량이 제 7 조의 안전평가 기준에 이르지 못하는 경우에는 본 조에 따라 표준계약 또는 인증 경로를 선택하여야 하며, 더 이상 국외이전 안전평가를 계속할 것이 아니다. 본 사건에서 누적 국외이전된 민감개인정보(전 세계 규모 합계 약 2,300 레를 상한으로 추정)는 바로 본 조의 ‘1 만 명 미만 민감개인정보’ 구간에 해당하므로, 규범 차원에서 본 사건의 컴플라이언스 지속 단계는 안전평가 경로에서 표준계약 또는 인증 경로로 하향 전환될 가능성이 있다.
제 9 조 데이터 국외이전 안전평가를 통과한 결과의 유효기간은 3 년으로	본 조는 본 사건의 컴플라이언스 지속과 직접 관련된다. 본 사건은

본 사건 관련 조문

관련성

하며, 평가 결과가 나온 날부터
 기산한다. 유효기간이 만료되어 데이터
 국외이전 활동을 계속할 필요가 있고
 데이터 국외이전 안전평가를 다시
 신고하여야 할 사유가 발생하지 아니한 2년에서 3년으로 연장되었다. 다만 본
 경우, 데이터 처리자는 유효기간 만료
 60 근무일 전까지 소재지 성급
 인터넷정보 부서를 통하여 국가
 인터넷정보 부서에 평가 결과
 유효기간의 연장 신청을 제출할 수
 있다. 국가 인터넷정보 부서의 비준을
 거쳐 평가 결과의 유효기간을 3년
 연장할 수 있다.

2022년 9월에 2년의 유효기간으로
 승인되었으므로 본래 2024년 9월에
 만료되어야 한다. 본 규정이 2024년
 3월 22일 시행된 후 평가 유효기간은
 2년에서 3년으로 연장되었다. 다만 본
 규정 시행 전에 이미 승인되어 당시
 유효기간 내에 있던 기존 평가 결과에
 대하여 유효기간을 당연히 3년으로
 다시 계산할 수 있는지는 규범 문언에
 명시되어 있지 않다.
 국가인터넷정보판공실의 기자문답도
 “이미 데이터 국외이전 안전평가를
 통과한 데이터 국외이전 활동은 데이터
 처리자가 신고사항에 따라 계속 수행할
 수 있다”고 확인하였을 뿐²⁸, 기존
 결과의 유효기간 환산에는 미치지
 않는다. 신규칙이 본 사건에 적용될 수
 있다는 전제하에 2022년 9월의 승인
 시점을 기준으로 추산하면 본 사건의
 유효기간은 약 2025년 9월에 만료되며,
 평가 결과가 나온 날이 공개되지
 않았으므로 실제 만료 시점은 그만큼

²⁸국가인터넷정보판공실 관계자의 「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」 기자문답, 2024년 3월 22일, 中国网信网 게재. 그중 “이미 데이터 국외이전 안전평가를 통과한 데이터 국외이전 활동은 데이터 처리자가 신고사항에 따라 계속 수행할 수 있다”고 명시한다.

본 사건 관련 조문

관련성

늦추어질 수 있다. 이러한 기간 연장은
컴플라이언스 논리상의 추론이지
규제의 소급효에 대한 사실 인정이
아니다. 본 연구 작성 시점(2026 년
5 월)까지 어느 규칙에 의하더라도 본
사건의 유효기간은 이미 만료되었으며,
현재의 컴플라이언스 지속 상태(연장
신청 완료 / 재신고 완료 / 경로 변경
완료 / 미연장)는 공개자료에 밝혀져
있지 않다. 국가인터넷정보판공실과
베이징시 인터넷정보판공실의 공개
경로를 검색한 결과, 본 연구 작성
시점까지 본 사건에 관한 후속 공시는
확인되지 않았다.

제 10 조 데이터 처리자가 국외에 개인정보를 제공하는 경우에는 법률·행정법규의 규정에 따라 고지, 개인의 단독 동의 취득, 개인정보보호 영향평가의 실시 등의 의무를 이행하여야 한다.	본 조는 PIPL 제 39 조(고지 + 단독 동의)와 제 55 조(개인정보보호 영향평가)의 의무를 재확인하는 것으로, 본 사건 피험자 동의 단계의 컴플라이언스 요건에 대하여 지속적인 규범적 의의를 가진다.
---	---

마. 「인류유전자원관리조례 실시세칙」

본 세칙은 본 사건의 심사 통과 후 약 반년 뒤에 시행되었다. 본 사건의
심사 시점에 본 세칙은 아직 공포되지 않았다.

본 사건 관련 조문

제 2 조 우리나라 인류유전자원의 채집·보존·이용·국외제공은 본 실시세칙을 준수하여야 한다. 「조례」 제 2 조에서 말하는 인류유전자원 정보는 인류유전자원 재료를 이용하여 생성된 인류 유전자·게놈 데이터 등의 정보자료를 포함한다. 전항에서 말하는 인류유전자원 정보에는 임상데이터, 영상데이터, 단백질데이터와 대사데이터가 포함되지 아니한다.

제 2 조 제 3 항의 제외적 획정은 본 사건에 대하여 해석상의 의의를 가진다. COLOR III/IV 협약의 공개자료에 기술된 연구데이터는 주로 임상 표현형, 영상 평가, 병리 평가, 수술 후 추적관찰 등을 포함하는데, 본 항의 제외적 획정에 따르면 이들 데이터는 인류유전자원정보에 속하지 않으므로 본 사건은 인류유전자원관리조례 제 21 조의 과기부 심사 절차를 밟을 필요가 없을 개연성이 크다. 다만 이 제외적 획정은 본 사건의 심사 통과 이후에 비로소 부문규장의 형식으로 정식 확립된 것이며, 그 전의 2019 년 조례 자체의 인류유전자원정보 정의는 임상·영상·단백질·대사 데이터를 명시적으로 제외하지 않았다. 이는 본 사건 심사 시점(2022 년 9 월)에 ‘인류유전자원정보 해당 여부’의 판단이 규범 차원에서 일정한 불확실성을 안고 있었음을 의미하며, 병원 과학기술처의 ‘심층 평가’가 사실상 이 획정 기능을 담당한 것이다.

4. 지방성법규와 규범성 문건

가. 본 사건 심사 기간(2022~2023 년) 베이징시의 상황

본 사건의 심사 통과 시점(2023 년 초)까지 베이징시 차원에서 데이터 국외이전을 전문적으로 규율하는 지방성법규 또는 규범성 문건은 존재하지 않았다. 베이징시 인터넷정보판공실은 본 사건의 추진을 위하여 ‘전국 최초의 지방 신고수리 상담 전용창구’를 개통하였으나, 이는 행정서비스 조치이지

지방입법이 아니다.

나. 베이징 자유무역시험구 데이터 국외이전 관리

네거티브리스트(2024 년판)

이 리스트는 본 사건의 심사 통과 후 약 1 년 반 뒤에 발표되었다. 이 리스트는 전국 최초의 ‘시나리오화·필드 수준’ 데이터 국외이전 네거티브리스트로서, 1 차로 자동차, 의약, 소매, 민간항공, 인공지능의 5 개 분야를 포괄하고 23 개 업무 시나리오, 198 개 구체적 필드를 명시한다²⁹. 그중 의약산업 부분은 ‘의약데이터’를 명확히 정의한다. 즉 의약품 연구개발, 의약품 안전성 감시, 의약제조업 기업의 일상 생산·경영 등 과정에 관련되는 개인정보 데이터와 중요데이터가 이에 포함된다.

리스트는 다음 세 부류의 의약산업 데이터를 중요데이터로 열거한다. (i) 일정 규모 이상의 집단 진료, 건강·생리 상태, 의료구호 보장 데이터, 특정 의약품 실험 데이터 등, (ii) 일정 규모 이상의 특정 분야·특정 집단·특정 지역의 생체특징 데이터, 의료자원 데이터, (iii) 수출통제 또는 기술수출 관리사항에 포함되는 데이터.

이 리스트는 베이징 자유무역시험구 내에 등기·등록된 기업에 적용된다. 베이징우의병원이 사업단위로서 이 리스트의 적용범위에 포섭되는지는 확인이 필요하다. 이 리스트는 본 사건의 심사 통과 이후에 발표되었으나, 본 사건의 컴플라이언스 지속(평가 유효기간 만료 후의 갱신 신고)에 대하여 참조적 의의를 가진다. 2026 년 5 월 11 일 베이징시 인터넷정보판공실 등 3 개 부서는 나아가 ‘양구(兩區)’ 데이터 국외이전 네거티브리스트(2025 년판) 및 부속 관리방법(시행)을 발표하여, 네거티브리스트 관리 메커니즘을 자유무역시험구에서 국가 서비스업 확대개방 종합시험구(즉 베이징시 전역)로

²⁹北京市互联网信息办公室等:《中国(北京)自由贸易试验区数据出境管理清单(负面清单)(2024版)》, 2024年8月30日.

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구 확대하고, 적용 분야를 5 개에서 9 개로 확대하였으며, 기존 의약 분야 리스트는 그대로 이관되었다.³⁰ 적용범위가 베이징시 전역으로 확대됨에 따라, 베이징시 역내에 소재한 베이징우의병원이 컴플라이언스 지속 단계에서 리스트의 적용범위에 포섭될 가능성은 현저히 높아졌다.

다. 「베이징시 디지털경제 촉진조례」

본 조례의 시행 시점은 본 사건의 공시 시점과 거의 겹친다.

본 사건 관련 조문	관련성
제 56 조 디지털경제 분야의 국제협력 확대를 장려하고, 국제규칙·표준·협정의 제정 참여를 지원하며, 국제 전시·포럼·통상·경기·연수 등 협력 플랫폼을 구축하고, 데이터의 국경 간 이동, 디지털서비스 시장 개방, 디지털제품 안전인증 등의 분야에서 호혜·상생과 협력·공영을 실현한다.	본 조는 산업정책의 방향을 제시하는 조문으로서 ‘데이터의 국경 간 이동’이 베이징시가 장려하는 국제협력 분야의 하나임을 긍정한다. 전국 최초의 데이터 컴플라이언스 국외이전 사례가 베이징에서 실현된 본 사건은 본 조가 구현하는 정책 방향과 일치한다. 다만 본 조가 본 사건의 구체적 컴플라이언스 의무의 근거를 구성하는 것은 아니다.

라. 「베이징시 의학윤리심사 상호인정연맹 업무규칙(2020 년판)」³¹ 및

2023 년 심화조치³²

³⁰ 北京市互联网信息办公室、北京市商务局、北京市政务服务和数据管理局：《关于印发中国（北京）自由贸易试验区、国家服务业扩大开放综合示范区数据出境负面清单（2025 版）及管理暂行办法的通知》，2026 年 5 月 11 日发布，载首都之窗（www.beijing.gov.cn）。

³¹ 《北京市卫生健康委员会关于进一步加强医学伦理管理和审查能力建设的通知》，北京市卫健委，2020 年 11 月 27 日。<https://wjw.beijing.gov.cn> 참조.

³² 《北京市卫生健康委员会关于印发北京市深化医学伦理审查结果互认有关工作的若干措施的通知》，北京卫健委，2023 年 10 月 31 日。<https://wjw.beijing.gov.cn> 참조.

본 규칙은 본 사건의 심사 통과 2 년여 전에 발표·시행되었다. 본 사건의 심사 시점에 본 규칙은 이미 안정적으로 운영되고 있었다.

2020 년 12 월 1 일 베이징시 보건위생위원회의 제창에 따라 베이징 지역 의료보건기관들이 발기하여 ‘베이징시 의학윤리심사 상호인정연맹’(이하 ‘상호인정연맹’)을 결성하였고, 같은 날 「베이징시 의학윤리심사 상호인정연맹 업무규칙(2020 년판)」을 내놓았다. 상호인정연맹 업무규칙 제 4 조에 따르면, 동일한 연구계획에 따라 둘 이상의 연맹 회원기관에서 다기관 임상연구를 수행하는 경우 연맹 회원기관은 본 규칙에 따라 윤리심사를 상호인정하며, 다기관 임상연구에는 의약품·의료기기 임상시험과 연구자 주도 임상연구가 포함된다.

베이징우의병원은 상호인정연맹의 회원기관 중 하나이다(베이징우의병원 공식 홈페이지의 연맹 업무규칙 공개 게재에 따르면 동 병원은 상호인정 메커니즘에 편입되어 있다). 본 사건의 COLOR III/IV 는 국제 다기관 임상연구이므로, 베이징우의병원의 중국 국내 협력기관이 역시 상호인정연맹의 회원이라면 국내 구간의 윤리심사에 상호인정 메커니즘을 적용할 수 있다.

본 사건과의 관련성: 상호인정연맹 업무규칙은 국내 다기관 연구의 윤리심사 상호인정만을 규율할 뿐 국경 간 데이터 국외이전의 윤리심사에는 미치지 않는다. 즉 본 사건이 국내 구간에서 상호인정 메커니즘을 적용하더라도, 국외에 데이터를 제공하는 것과 관련된 윤리심사는 여전히 베이징우의병원 자체 윤리위원회가 독립적으로 수행하여야 한다. 상호인정연맹 업무규칙과 본 사건의 데이터 국외이전 컴플라이언스 사이에는 ‘국내 구간 간소화, 국외이전 구간 독립’이라는 병행관계가 성립한다. 본 사건에서 상호인정 메커니즘이 실제로 가동되었는지, 가동되었다면 상호인정의 범위와 국경 간 데이터 국외이전 구간이 어떻게 구분되었는지는 공개 경로에 밝혀져 있지 않다. 지적하여 둘 것은, 이러한 구분은 상호인정 규칙의 문언이 국경 간 시나리오에

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구
 대하여 아무런 언급을 하지 않은 데에서 비롯한 것으로, 규범이 미치지 않은
 것이지 명문으로 배제한 것이 아니라는 점이다. 국경 간 다기관 연구의 경우
 국내 구간의 윤리 간소화가 국외이전 구간으로 당연히 전이되는 것은 아니므로,
 양자는 별도로 설계되어야 한다.

2023년 10월 31일 베이징시 보건위생위원회는 「베이징시 의학윤리심사 결과
 상호인정 심화에 관한 약간의 조치 인쇄·발포에 관한 통지」를 발표하여, 2020년
 업무규칙을 기초로 다기관 임상연구 윤리심사의 질적 제고와 효율화를 한층
 추진하였다. 이 조치는 본 사건의 심사 통과 후 약 9개월 뒤에 발표되어 본
 사건의 최초 심사에는 직접적인 영향이 없으나, 본 사건의 컴플라이언스 지속
 단계에서 관련될 수 있는 국내 다기관 구간의 윤리심사에 대하여 규범적
 의의를 가진다.

본 장에서 위계에 따라 정리한 각 규범은 본 사건에 적용되는 규범 좌표계를
 구성한다. 그중 본 사건과 가장 직접 관련되는 데이터 분류등급 보호제도(그
 기술표준 체계 포함)와 네트워크안전등급보호제도는 각각 제 4장과 제 5장에서
 구체적으로 전개한다.

IV. 데이터 분류등급 보호제도의 본 사건에서의 적용과 전개

데이터 분류등급은 중국 데이터 거버넌스 체계의 기초적 제도이자 본 사건
 데이터 국외이전 컴플라이언스 사슬의 출발점이다. 국외이전 경로의 선택,
 안전평가의 촉발 여부, 보호조치의 강도는 모두 데이터가 어떤 범주로
 식별되고 어떤 등급으로 판정되는지를 전제로 한다. 평가의 구조에서 본 장이
 대응하는 것은 평가사항 중 국외이전 데이터의 종류·규모·민감정도에 대한
 심사 차원이다. 본 장의 전개 순서는 다음과 같다. 먼저 이 제도의 규범적
 기초와 본 사건 심사 시점의 분류등급 프레임워크를 제시하고, 이어서 병원
 내부 3단계라는 관찰 가능한 사실을 복원한다. 그 위에서 GB/T 43697-2024 와

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구

관련 기술표준을 진화 이후의 규범 참조계로 도입하여 그 방법에 따라 본 사건 데이터를 단계별로 식별하고, 나아가 심사 후 신설된 규칙 아래에서 컴플라이언스 지속 단계의 재정성(再定性)을 다루며, 분류등급과 등급보호의 연계로써 다음 장으로 넘어간 뒤 마지막으로 본 장을 소결한다. 구체적 식별 결과와 관련하여 공개자료에 밝혀지지 않은 것은 모두 추론으로 표기하며 본 연구의 사실적 결론을 구성하지 않는다.

1. 데이터 분류등급 보호제도의 규범적 기초

데이터 분류등급 보호제도가 중국 데이터 거버넌스 체계에서 가지는 규범적 기초는 법률·행정법규·부문규장·국가표준의 네 층위를 관통한다.

법률 차원에서 「데이터안전법」 제 21 조는 국가가 데이터 분류등급 보호제도를 수립하여, 데이터가 경제·사회 발전에서 가지는 중요도와 그것이 변조·파괴·유출되거나 불법으로 취득·이용될 경우 국가안전, 공공이익 또는 개인·조직의 적법한 권익에 초래할 위해의 정도에 따라 데이터를 분류등급하여 보호하도록 규정하고, ‘국가핵심데이터·중요데이터·일반데이터’의 3 등급 분급 프레임워크를 확립하였다.³³ 「개인정보보호법」 제 28 조는 개인정보의 차원 안에서 일반개인정보와 민감개인정보를 더 구분하고 ‘민감개인정보’를 열거적으로 확정하는데, 그중 ‘의료건강’과 ‘생체인식’의 두 부류가 본 사건과 가장 관련된다. 두 규범은 각각 ‘데이터’와 ‘개인정보’라는 두 차원에서 본 사건 분류등급 판단의 법률 층위 기초를 구성한다.

행정법규 차원에서 「인류유전자원관리조례」는 인류유전자원 재료와 인류유전자원 정보에 대하여 개인정보 체계와는 독립적인 분류관리를 정한다. 2023 년 7 월 1 일 시행된 「인류유전자원관리조례 실시세칙」 제 2 조 제 3 항은 나아가 인류유전자원정보를 제외적으로 확정하여 임상데이터, 영상데이터, 단백질데이터와 대사데이터가 인류유전자원정보에 속하지 않음을 명확히

³³洪延青：《国家安全视野中的数据分类分级保护》，载《中国法律评论》2021年第5期 참조.

하였다. 이 제외적 획정은 본 사건의 분류 판단에 직접적인 의의를 가진다.

부문규장 차원에서, 국가보건위생위원회·국가중의약관리국·국가질병예방통제국이 2022 년 8 월 29 일 공동으로 인쇄·발포한 「의료보건기관 네트워크안전 관리방법」 제 20 조는 의료보건기관이 매년 데이터 자산을 전면적으로 정리하고, 네트워크안전등급보호제도의 이행을 기초로 데이터의 중요도와 파괴 시의 위해 정도에 따라 해당 기관의 데이터 분류등급 기준을 수립하도록 명확히 요구한다. 동 방법의 시행 시점은 본 사건 데이터 국외이전 신고 개시 시점(2022 년 9 월 1 일)과 거의 겹치며, 이는 본 사건의 신고 개시 시점에 의료기관의 데이터 분류등급 의무가 막 행정규범으로 구체화되었음을 의미한다.

국가표준 차원에서, 통용 방법론은 GB/T 43697-2024 「데이터안전기술 데이터 분류등급 규칙」(2024 년 10 월 1 일 시행)이 확립하고, 의료업종의 세부화는 GB/T 39725-2020 「정보안전기술 건강의료데이터 안전지침」(2021 년 7 월 1 일 시행)이 제공하며, 개인정보 차원의 통용 표준은 GB/T 35273-2020 「정보안전기술 개인정보 안전규범」(2020 년 10 월 1 일 시행)이다. 세 층위의 표준은 시간적으로 앞뒤로 연결된다. 본 사건의 심사 시(2022~2023 년)에는 뒤의 둘이 적용되었고, 본 사건의 컴플라이언스 지속 단계(2024 년 10 월 이후)에는 GB/T 43697-2024 가 추가로 적용된다.

2. 본 사건 심사 시점에 적용된 분류등급 프레임워크

본 사건의 심사는 2022 년 9 월부터 2023 년 초 사이에 완료되었다. 심사 시점에 적용된 분류등급 프레임워크는 법률 층위, 업종규장 층위, 국가표준 층위의 세 층으로 구성되며, 세 층은 본 사건의 구체적 식별에서 중첩적용 관계를 형성한다.

법률 층위의 프레임워크에서 보면, PIPL 제 28 조와 「데이터안전법」 제 21 조가 두 차원에서 본 사건 데이터를 식별한다. 개인정보 차원에서, 본 사건이 관련된 환자 성명·입원번호·연락처 등은 일반개인정보에 속하고, 주민신분증번호는 PIPL 제 28 조에 열거된 ‘특정신분’ 및 신분증번호에 대한 국가표준의 특별취급 규칙에 따라 민감개인정보에 속하며, 진료기록·검사·영상·수술 후 추적관찰 등의 데이터는 ‘의료건강’류 민감개인정보에 속한다. 학계의 통설은 ‘민감개인정보’의 식별은 ‘인격존엄의 침해 또는 신체·재산 안전의 위해를 초래할 수 있는지’를 실질적 판단기준으로 하여야 한다고 보며, 의료건강정보는 개인의 신체상태, 생명상태, 질병이력 등 깊은 사적 영역을 직접 반영하므로 민감개인정보의 전형적 유형을 구성한다.³⁴

데이터 차원에서, 개별 환자의 임상데이터는 일반데이터에 속한다. 대규모·다기관·국경 간 전송되는 임상데이터가 ‘중요데이터’를 구성하는지는 본 사건 심사 시점에 규범 차원에서 명확하지 않았다. ‘중요데이터’ 식별의 구체적 업종기준은 2024 년 8 월 베이징 자유무역시험구 네거티브리스트가 나온 뒤에야 체계화되었다.

업종규장 층위의 프레임워크에서 보면, 본 사건의 데이터 국외이전 신고 개시 시점에 「의료보건기관 네트워크안전 관리방법」이 막 시행되었다(2022 년 8 월 29 일). 동 방법 제 20 조는 의료보건기관이 매년 데이터 자산을 전면적으로 정리하고 자체 데이터 분류등급 기준을 수립하도록 요구한다. 베이징시 보건위생위원회 공식 홈페이지가 공개한 본 사건 정보에 따르면, 베이징우의병원은 본 사건 심사 과정에서 내부 「데이터 국외이전

34

王利明：《敏感个人信息保护的基本问题——

以〈民法典〉和〈个人信息保护法〉的解释为背景》，载《当代法学》2022年第1期 참조. 왕리밍(王利明) 교수는 「개인정보보호법」 제 28 조에 따른 민감개인정보의 판단은 자연인의 인격존엄이 침해되기 쉬운지 여부와 개인의 신체·재산 안전이 위해를 받는지 여부라는 두 기준에 따라야 한다고 지적한다.

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구
안전관리방법」을 제정하였고, 동 방법은 “중요데이터 국외이전의 심사
메커니즘, 평가 메커니즘, 감독 메커니즘”의 수립을 명확히 하였다. 이 병원
내부 방법의 제정은 사실 차원에서 병원 단위의 데이터 분류등급 내부 식별
프레임워크 구축을 완성한 것이다.

국가표준 층위의 프레임워크에서 보면, 본 사건 심사 시점에는 GB/T 39725-2020 이 적용되어 건강의료데이터의 6 대 분류(개인속성데이터, 건강상태데이터, 의료응용데이터, 의료지불데이터, 위생자원데이터, 공공위생데이터)와 5 등급 민감도 구분(1 급~5 급)에 따라 구체적 식별이 이루어졌다. 제 2 장 제 5 절에서 확인한 데이터 필드 범위에 따르면, 본 사건 데이터는 주로 대분류 (1) 개인속성데이터, (2) 건강상태데이터, (3) 의료응용데이터에 해당하고, 5 등급 민감도 구분상 주로 4 급(비교적 높은 민감도)에 해당하며, 주민신분증번호도 민감개인정보 규범에 따라 4 급에 속한다. 본 사건에는 5 급(최고 민감도) 데이터가 관련되지 않는데, COLOR III 와 COLOR IV 협약의 공개내용 모두 유전자 데이터, 생체인식 데이터의 수집을 언급하지 않기 때문이다.

3. 본 사건 분류등급 판정의 관찰 가능한 사실: 병원 내부 3 단계

베이징시 보건위생위원회 공식 홈페이지가 공개한 본 사건 정보에 따르면, 본 사건의 분류등급 판정은 병원 내부의 세 단계를 통하여 사실상 완성되었다.³⁵

제 1 단계는 병원 과학기술처에 의한 인류유전자원의 식별이다. 과학기술처는 프로젝트의 “그간의 수행 상황, 과학적 의의와 산출 가치, 인류유전자원 등

³⁵ 본 사건 병원 내부 3 단계의 사실은
北京市卫生健康委员会：《全国首个获批数据出境安全评估案例落地北京友谊医院》，2023 年 2 月 2 日，https://wjw.beijing.gov.cn/xwzx_20031/jcdt/202302/t20230202_2910980.html 의 공개내용에 따라 정리한 것이다. 이하 같다.

측면의 상황을 심층 평가”하였는데, 그 실질적 기능은 본 사건이 인류유전자원과 관련되는지를 판단하는 것이다. COLOR III·COLOR IV 협약의 공개내용에 유전자 데이터 수집이 언급되지 않은 사실에, 그 후 2023 년 7 월 1 일 시행된 「인류유전자원관리조례 실시세칙」 제 2 조 제 3 항의 제외적 획정을 결합하면 평가 결론은 ‘관련되지 않음’이었을 것이다. 다만 지적할 점은, 본 사건 심사 시(2022 년 9 월)에는 이 제외적 획정이 아직 부문규장으로 정식 확립되지 않았고 2019 년 「인류유전자원관리조례」 자체의 인류유전자원정보 정의도 임상데이터·영상데이터 등을 명시적으로 제외하지 않았다는 것이다. 이는 병원 과학기술처의 ‘심층 평가’가 규범이 불확실한 상황에서 분류 식별의 기능을 실제로 담당하였음을 의미한다.

제 2 단계는 병원 정보센터에 의한 네트워크안전 보호능력의 식별이다. 정보센터는 “네트워크안전·데이터안전을 다시 평가하여 병원의 네트워크안전 제도가 완비되고 실효성 있게 이행되며 안전방어 기술능력이 등급보호 등 표준규범에 부합함을 확인”하였는데, 그 실질적 기능은 병원의 네트워크안전등급보호 등급과 네트워크안전 능력이 본 사건 데이터 국외이전이 요구하는 보호수준에 부합함을 확인하는 것이다. 이 단계의 규범적 기초는 본 사건의 네트워크안전등급보호제도 적용과 연계되며, 제 5 장에서 상술한다.

제 3 단계는 병원에 의한 내부 「데이터 국외이전 안전관리방법」의 제정이다. 동 방법은 “중요데이터 국외이전의 심사 메커니즘, 평가 메커니즘, 감독 메커니즘”을 수립하여, 사실 차원에서 병원 단위의 중요데이터 식별 메커니즘 구축을 완성하였다. 다만 그 구체적인 식별 기준과 식별 결과는 공개자료에 밝혀져 있지 않다.

4. GB/T 43697-2024 「데이터안전기술 데이터 분류등급 규칙」의 체계적 해석

미리 밝혀 둘 것은, 본 절이 GB/T 43697-2024 를 도입하는 것은 2022 년

심사의 당부를 평가하기 위함이 아니라는 점이다. 본 사건 심사 시에는 동 표준이 아직 나오지 않았고, 당시 의료데이터 분급의 주된 기술적 근거는 GB/T 39725-2020 이었다. 본 절은 동 표준을 진화 이후의 규범 참조계로 삼아, 본 사건이 컴플라이언스 지속 단계에서 직면할 수 있는 재정성을 추론하기 위한 것이다.

국가표준 차원에서, 통용 방법론은 GB/T 43697-2024 「데이터안전기술 데이터 분류등급 규칙」(2024 년 10 월 1 일 시행)이 확립하고, 의료업종의 세부화는 GB/T 39725-2020 「정보안전기술 건강의료데이터 안전지침」(2021 년 7 월 1 일 시행)이 제공하며, 개인정보 차원의 통용 표준은 GB/T 35273-2020 「정보안전기술 개인정보 안전규범」(2020 년 10 월 1 일 시행)이고, 개인정보보호 영향평가의 기술지침은 GB/T 39335-2020 「정보안전기술 개인정보 안전영향평가 지침」(2021 년 6 월 1 일 시행)이 제공한다. 네 표준은 시간적으로 앞뒤로 연결된다. 본 사건의 심사 시(2022~2023 년)에는 뒤의 셋이 적용되었고, 컴플라이언스 지속 단계(2024 년 10 월 이후)에는 GB/T 43697-2024 가 추가로 적용된다.

		심사 시점		컴플라이언스 지속	
국가표준	기능적 위상	시행일	(2022.9.~2023.초)	단계	(2024.9. 이후)
GB/T 43697-2024 데이터 분류등급 규칙	통용 분류등급 방법론(산업영역+업무속성 분류, 3 등급 분급, 중요데이터 식별)	2024-10-01	미시행, 적용되지 않음	적용, 재신고/평가 연장의 분류등급 근거	
GB/T 39725-2020 건강의료데이터 안전지침	의료업종 세부화(6 대 분류, 5 등급 민감도, 전생애주기 안전요구)	2020-11-19	적용, 심사 시의 주된 기술적 근거	계속 적용, 43697 과 연계	
GB/T 35273-2020 개인정보 안전규범	개인정보 차원 통용 표준(개인민감정보 획정, PIPL 제 28 조와 상호 확인)	2020-10-01	적용	계속 적용	
GB/T 39335-2020 개인정보 안전영향평가 지침	PIPL 제 55 조 영향평가의 기술지침	2021-06-01	적용(실시되었 을 것이나 문서 미공개)	계속 적용	

GB/T 43697-2024(이하 본 절에서 「규칙」)는 전국네트워크안전표준화기술위원회가 명칭 변경 후 발표한 최초의 ‘데이터안전기술’ 명칭 국가표준으로서, 이후 각 업종·각 지역 데이터 분류등급 업무의 통용 방법론을 확립하였고, 본 사건 분류등급 판단을 이해하는 방법론적 모체를 구성한다. 「규칙」은 본 사건의 심사 이후에 비로소 시행되었으나, 본 사건 컴플라이언스 지속 단계의 재신고 또는 평가 연장은 이를 근거로 하여야 하므로 본 사건에 대하여 전망적인 규범적 의의를 가진다. 본 절은 「규칙」 본문 조항과 그 규범성 부록을 근거로 핵심 정의 부분에서는 원문을 짧게 인용하고 조항을 표기하며, 나머지는 분석적 서술로 제시한다.

가. 제정 배경, 법적 근거와 문서의 위상

「규칙」은 국가시장감독관리총국·국가표준화관리위원회가 2024 년 3 월 15 일 발표하고 2024 년 10 월 1 일 시행하였으며, 표준번호는 GB/T 43697-2024, 소관기관은 전국네트워크안전표준화기술위원회이다.³⁶ 일부 업계 해설 기사는 발표일을 2024 년 3 월 21 일로 기재하나, 이는 네트워크안전표준위가 대외 공고한 날로서 국가표준 전문공개시스템에 기재된 발표일(3 월 15 일)과 다르며, 본 연구는 국가표준 전문공개시스템에 기재된 일자를 기준으로 한다.

법적 근거의 측면에서 「규칙」은 「데이터안전법」 제 21 조의 ‘국가는 데이터 분류등급 보호제도를 수립한다’는 요구를 직접 이행하여, 동 조의 제도 선언을 조작 가능하고 점검 가능한 기술적 과정으로 전환한다. 「규칙」이 나오기 전 「네트워크안전법」과 「데이터안전법」은 중요데이터·핵심데이터의 개념을 확립하였으나 그 식별에 관한 통일된 기술적 기준을 제시하지 않아 ‘중요데이터’는 장기간 ‘개념은 섰으되 기준은 미정’인 상태에 놓여 있었다.

³⁶ 국가표준 전문공개시스템: GB/T 43697-2024《数据安全技术 数据分类分级规则》, 표준번호 GB/T 43697-2024, 발표일 2024-03-15, 시행일 2024-10-01, 소관기관 전국네트워크안전표준화기술위원회.

「규칙」의 의의는 바로 원칙에서 조작으로 가는 이 공백을 메우는 데 있다.³⁷

문서의 연혁 측면에서 「규칙」은 무에서 창설된 것이 아니라 두 건의 선행 의견수렴안을 병합·흡수한 것이다. 하나는 네트워크안전표준위가 2022 년 9 월 14 일 발표한 「정보안전기술 네트워크데이터 분류등급 요구(의견수렴안)」이고, 다른 하나는 「정보안전기술 중요데이터 식별규칙(의견수렴안)」이다. 「규칙」은 본문 부분에서 전자의 분류등급 원칙·프레임워크·방법에 관한 내용을 기본적으로 이어받는 동시에 후자의 ‘중요데이터 식별지침’을 규범성 부록 G로 편입하여, 데이터 분류등급·중요데이터 식별·국가핵심데이터 식별을 아우르는 완결적 체계를 형성하였다. 이 연혁을 정리하는 것은 본 사건 심사 시(2022~2023 년)의 규범상태를 이해하는 데 도움이 된다. 당시 위 내용은 의견수렴안 단계에 머물러 정식 국가표준으로 승격되지 않았으며, 이것이 바로 본 사건의 ‘규범 미완성 — 사실 선행’ 특징의 표준 층위에서의 원인이다.

나. 적용범위와 기본원칙

「규칙」 제 1 장은 적용범위를 확정하고 제 4 장은 다섯 가지 기본원칙을 확립한다.

표준 원문(제 1 장, 제 4 장)	해석과 본 사건에의 적용
제 1 장 범위: 본 문서는 데이터 분류등급의 원칙·프레임워크·방법과 절차를 규정하고 중요데이터 식별지침을 제시한다. 본 문서는 산업영역 주관(감독)부서가 해당 업종·분야의 데이터 분류등급 표준규범을 제정할 때 참고하는 데	「규칙」은 세 부류의 적용주체 — 산업 주관부서, 각 지역·각 부서, 데이터 처리자 — 를 설정한다. 베이징우의병원은 세 번째 부류인 ‘데이터 처리자’에 속한다. 보건위생 산업 주관부서가 업종 세칙을 발표하기 전에는 처리자가 「규칙」을 참조하여

³⁷ 중요데이터 식별이 장기간 미해결 상태에 있던 문제에 대한 분석으로는 洪延青:《国家安全视野中的数据分类分级保护》, 载《中国法律评论》2021 年第 5 期 참조.

표준 원문(제 1 장, 제 4 장)

해석과 본 사건에의 적용

적용되고, 각 지역·각 부서가 데이터 분류등급을 먼저 수행하고, 업종 목록
분류등급 업무를 수행하는 데에도 또는 식별규범이 발표된 후에 다시
적용되며, 아울러 데이터 처리자의 연계할 수 있다. 본 사건 데이터는
데이터 분류등급에 참고를 제공한다. 국가비밀·군사데이터와 무관하므로
본 문서는 국가비밀에 관련되는 제외범위에 속하지 않는다.
데이터와 군사데이터에는 적용되지
아니한다.

4 기본원칙 a) 과학·실용 원칙: 다섯 원칙 중 c) 상향 엄격적용과 d) 데이터의 관리·사용에 편리한 점·면 결합이 본 사건에 결정적 의의를 관점에서 흔하고 안정적인 속성 또는 가진다. 상향 엄격적용은, 본 사건 특징을 데이터 분류의 근거로 데이터의 어느 한 요소(예컨대 집단 과학적으로 선택하고, 실제 필요에 규모)만 중요데이터 기준에 도달하여도 맞추어 데이터를 세분화한다. b) 경계 중요데이터로 등급이 결정됨을 의미한다. 명확 원칙: 데이터 등급의 각 등급 점·면 결합은 본 사건의 다기관 데이터 경계를 명확히 하고, 서로 다른 집적 상황을 직접 겨냥한다. 개별 등급의 데이터에 상응하는 보호조치를 진료기록은 일반데이터일 수 있으나 취한다. c) 상향 엄격적용(就高从严) 다기관 집적·융합 후에는 안전 영향을 원칙: 높은 쪽을 따르고 낮은 쪽을 다시 평가하여 종합적으로 등급을 따르지 않는 원칙으로 데이터 등급을 결정하여야 하며, 이것이 바로 본 사건의 확정하며, 여러 요소가 데이터 등급에 ‘집단 진료 규모 데이터’가 개별 영향을 미칠 수 있는 경우에는 각 데이터와 구별되는 규범적 근거이다. e) 영향대상에 미칠 수 있는 최고의 영향동태 갱신 원칙은 본 사건의 COLOR 정도에 따라 데이터 등급을 확정한다. IV 가 2030 년까지 지속되는 반면 평가 d) 점·면 결합(点面结合) 원칙: 데이터 유효기간은 2~3 년에 불과하다는

표준 원문(제 1 장, 제 4 장)**해석과 본 사건에의 적용**

분급은 개별 데이터의 분급을 장기성에 대응하여, 업무와 규모의 고려하는 동시에 여러 분야·집단 또는 변화에 따라 등급을 심사·갱신할 것을 지역의 데이터가 집적·융합된 후의 요구한다.

안전 영향을 충분히 고려하여 데이터 등급을 종합적으로 확정한다. e) 동태

갱신 원칙: 데이터의 업무속성, 중요도와 초래할 수 있는 위해 정도의 변화에 따라 데이터 분류등급, 중요데이터 목록 등을 정기적으로 심사·갱신한다.

다. 용어체계: 핵심데이터, 중요데이터, 일반데이터와 공공데이터, 파생데이터

「규칙」 제 3 장이 획정하는 용어 중 3 등급 데이터의 정의가 분급의 논리적 출발점을 구성한다.

표준 원문(제 3 장 용어와 정의)**해석과 본 사건에의 적용**

3.2 중요데이터: 특정 분야, 특정 집단, 특정 지역의 것이거나 일정한 정밀도와 규모에 도달'이 본 사건 집단 정밀도와 규모에 달한 것으로서, 일단 진료데이터 등급 결정의 핵심 척도이며, 유출되거나 변조·훼손되면 국가안전, '공중의 건강과 안전'이 바로 본 사건 경제운영, 사회 안정, 공중의 건강과 안전을 직접 위해할 수 있는 데이터. 대상이다. '주'가 정한 '개인에게만 영향을 주: 조직 자체 또는 공민 개인에게만 미치는 데이터는 일반적으로 영향을 미치는 데이터는 일반적으로 중요데이터로 하지 않는다'는 한정은

표준 원문(제 3 장 용어와 정의)	해석과 본 사건에의 적용
중요데이터로 하지 아니한다.	개별 환자의 임상데이터가 중요데이터를 구성하지 않는다고 판단하는 직접적 근거로서, 본 사건에 ‘개인 — 집단’의 층위별 판단 구조를 형성시킨다.
3.3 핵심데이터: 분야·집단·지역에 대하여 비교적 높은 포괄도를 가지거나 비교적 높은 정밀도, 비교적 핵심데이터는 ‘정치안전에 직접 영향’을 큰 규모, 일정한 심도에 달한 것으로서, 일단 불법으로 사용되거나 공유되면 정치안전에 직접 영향을 미칠 수 있는 중요데이터. 주: 핵심데이터는 주로 국가안전 중점 분야에 관련되는 데이터, 국민경제의 명맥·중요한 민생·중대한 공공이익에 관련되는 데이터, 국가 관련 부서의 평가로 확정된 그 밖의 데이터를 포함한다.	문턱으로 하므로 그 기준은 본 사건 의료데이터가 도달할 수 있는 범위를 훨씬 넘는다. 본 사건 데이터는 정치안전, 국민경제의 명맥과 무관하므로 핵심데이터의 적용을 배제할 수 있으며, 본 사건의 분급 판단은 ‘중요데이터/일반데이터’ 사이에 집중된다.
3.4 일반데이터: 핵심데이터, 중요데이터 이외의 그 밖의 데이터.	일반데이터는 보충적 범주이다. 본 사건에서 개인 차원의 임상데이터는 중요데이터의 문턱에 이르지 못하는 한 일반데이터로 귀속되며, 더 세분화할 필요가 있으면 자료성 부록 Ⅱ를 참고할 수 있다.
3.8 공공데이터: 각급 정부부서,	베이징우의병원은 공립 의료기관으로서

표준 원문(제 3 장 용어와 정의)**해석과 본 사건에의 적용**

공공관리·서비스 직능을 가진 조직과 그 기술지원 단위가 법에 따라 공공사무 관리직책을 이행하거나 공공서비스를 제공하는 과정에서 수집·생성한 데이터.

진료활동에서 생성한 데이터가 동시에 ‘공공데이터’로 식별되는지가 데이터 거버넌스 의무의 중첩에 영향을 미칠 수 있다. 본 사건의 공개자료는 이에 관하여 인정한 바 없으므로, 여기서는 그러한 식별 차원의 존재만을 지적하고 결론은 내리지 않는다.

3.10 파생데이터: 통계, 연계, 마이닝, 집계, 비식별화 등 가공활동을 거쳐 생성된 데이터.

본 사건 COLOR III 협약이 요구하는 중앙화 병리 재판독, 중앙화 MRI 재판독, 그리고 다기관 데이터 병합 후 형성되는 집단 차원의 통계 결과는 모두 파생데이터에 속한다. 그 분급은 §6.6 f)에 따라 원본 데이터 등급을 기초로 가공 후의 ‘심도’ 등 요소를 종합적으로 고려하여 확정하여야 하는데, 이 점은 심사 시점의 구(旧)프레임워크에서는 명확하지 않았다.

라. 분류규칙: 산업영역 우선, 업무속성 후속

「규칙」 제 5 장은 ‘먼저 산업영역으로 분류하고, 다음에 업무속성으로 분류한다’는 사고를 확립한다.

표준 원문(제 5 장 데이터 분류규칙)**해석과 본 사건에의 적용**

5.1 데이터 분류 프레임워크: 데이터는 제 1 단계 산업영역 분류: 본 사건

먼저 산업영역으로 분류하고 다음에 데이터는 진료와 임상연구 활동에서

표준 원문(제 5 장 데이터 분류규칙)**해석과 본 사건에의 적용**

업무속성으로 분류하는 사고에 따라 생성되었으므로 ‘보건의료데이터’에

분류한다. a) 산업영역에 따라 귀속된다. 제 2 단계 업무속성 분류: 아홉
데이터를 공업데이터, 전신데이터, 가지 업무속성 차원 중 본 사건은
금융데이터, 에너지데이터, ‘데이터 용도’(임상연구데이터와
교통운수데이터, 자연자원데이터, 의료서비스데이터의 구분), ‘기술 대상’
보건의료데이터, 교육데이터, 등의 차원으로 세분화하기에 적합하다.

과학데이터 등으로 분류한다. b) 각 c)항의 ‘법령에 특별한 관리 요구가 있는
업종·각 분야 주관(감독)부서는 해당 데이터 범주’는 본 사건에서
업종·분야의 업무속성에 따라 해당 민감개인정보(PIPL 제 28 조)의 중첩
업종·분야의 데이터를 세분화하여 식별과 인류유전자원정보 배제 판단의
분류한다. 흔한 업무속성에는 기준 근거로서, 제 4 절의 제 3 단계에
업무영역, 책임부서, 기술(記述)대상, 대응한다.

절차 단계, 데이터 주체, 내용 주제,

데이터 용도, 데이터 처리, 데이터

출처 등이 포함되되 이에 한하지

아니한다. c) 법령에 특별한 관리

요구가 있는 데이터 범주(개인정보

등)가 관련되는 경우에는 관련 규정과

표준에 따라 식별·분류하여야 한다.

5.2 데이터 분류방법: a) 데이터 범위의이 4 단계 방법은 처리자 측의 분류 조작
명확화, b) 업무 분류의 세분화(부서별 경로이다. 본 사건은 이에 따라

직책 분담에 맞추어 업무 라인 분류를 ‘보건의료 — 임상연구 — COLOR III/IV

명확히 하고, — 중앙화 재판독 데이터/추적관찰

업무범위·운영모델·업무절차에 따라 데이터’ 등으로 단계별 표지를 부여할 수

표준 원문(제 5 장 데이터 분류규칙)**해석과 본 사건에의 적용**

핵심업무 분류를 세분화), c) 업무속성 있다. 「규칙」은 처리자가 자신의 데이터 분류(적합한 업무속성을 선택하여 특성에 맞추어 업무속성을 유연하게 핵심업무의 데이터를 세분화하여 선택하도록 허용하므로, 본 사건의 2 차 분류), d) 분류규칙의 확정(‘업무 라인 분류에는 합리적인 탄력의 여지가 있다. — 핵심업무 — 업무속성 분류’의 방식으로 데이터 분류규칙을 제시할 수 있다).

마. 등급규칙: 3 등급 프레임워크, 등급 절차, 등급 요소와 영향 분석

「규칙」 제 6 장은 데이터 등급규칙을 확립한다.

표준 원문(제 6 장 데이터 분급규칙)	해석과 본 사건에의 적용
6.1 데이터 분급 프레임워크: 데이터가 경제·사회 발전에서 가지는 중요도와 그것이 일단 유출·변조·훼손되거나 불법으로 취득·사용·공유될 경우 국가안전, 경제운영, 사회질서, 공공이익, 조직권익, 개인권익에 초래하는 위해의 정도에 따라, 데이터를 높은 것부터 낮은 것까지 핵심데이터, 중요데이터, 일반데이터의 세 등급으로 나눈다.	3 등급 분급의 판단구조는 ‘중요도 + 위해 정도’이다. 본 사건 의료데이터의 위해 정도 판단은 ‘공공이익’, ‘공중의 건강과 안전’, ‘개인권익’의 세 영향대상 사이에 집중되며, 데이터가 개인 차원인지 집단 차원인지에 따라 달라진다.
6.2 데이터 분급방법: a) 분급대상의 확정(데이터 항목, 데이터셋, 파생데이터, 산업영역을 넘는 데이터 등. 주: 데이터 항목은 통상 데이터베이스 테이블의 한 열 필드로 나타나고, 데이터셋은 여러 데이터 레코드로 구성된 집합으로서 데이터베이스 테이블, 데이터베이스의 한 행 또는 여러 행의 레코드 집합, 데이터 파일 등이 그 예이다), b) 분급 요소의 식별, c) 데이터 영향 분석, d) 등급의 종합적 확정.	a) 분급대상의 확정은 본 사건에서 건너뛴 수 없는 관건이다. 개별 환자의 임상데이터 항목(데이터셋 안의 필드/단건 레코드)과 다기관 집적된 집단 진료 데이터셋은 서로 다른 분급대상에 속하므로 각각 판단하여야 하며 서로 다른 등급에 이를 수 있다. 본 사건에 대한 제 4 절의 단계별 식별은 바로 이 4 단계를 엄격히 따라 전개된다.

표준 원문(제 6 장 데이터 분급규칙)**해석과 본 사건에의 적용**

6.3 데이터 분급 요소: 데이터 분급에 영향을 미치는 요소에는 데이터의 분야, 집단, 지역, 정밀도, 규모, 심도, 포괄도, 중요성 등이 포함된다. 그중 분야, 집단, 지역, 중요성은 통상 정성적으로 기술되는 분급 요소이고, 정밀도, 규모, 포괄도는 정량적으로 기술되는 분급 요소이며, 심도는 통상 파생데이터의 분급 요소가 된다.

6.4.1 영향대상: 통상 국가안전, 경제운영, 사회질서, 공공이익, 조직권익, 개인권익을 포함한다. 그중 공공이익이란 사회 공중의 공공서비스·공공시설·공공자원 이용에 영향을 미치거나 공중의 건강·안전 등에 영향을 미치는 공공이익을 말하고, 개인권익이란 자연인의 인신권, 재산권, 프라이버시권, 개인정보 권익 등 개인의 권익에 영향을 미치는 것을 말한다.

본 사건의 집단 진료 데이터셋에 관련되는 요소는 다음과 같다.

집단(결장·직장암 환자라는 특정 질환 집단), 규모(COLOR IV 계획상 1,158 레 등록이며 전 세계 다기관 합계 규모), 포괄도(30~50 개 기관, 다기관·복수 지역), 심도(중앙화 통계 재판독으로 형성되는 파생데이터). 이들 요소의 중첩이 그것이 중요데이터의 문턱에 도달한다고 추론하는 사실적 기초이다.

본 사건의 영향대상 판단은 ‘개인권익’과 ‘공공이익/공중의 건강·안전’ 사이에서 층위가 나뉜다. 단건 임상데이터의 유출은 주로 개인권익(프라이버시권, 개인정보 권익)에 영향을 미치고, 집단 진료데이터는 공중의 건강과 안전에 영향을 미칠 수 있어 영향대상의 층위가 위로 이동한다.

표준 원문(제 6 장 데이터 분급규칙)

해석과 본 사건에의 적용

6.4.2 영향 정도: 높은 것부터 낮은 것까지

특히 중대한 위해, 중대한 위해, 일반적
 위해로 나뉜다. 영향대상이 국가안전,
 경제운영, 사회질서 또는 공공이익인
 경우에는 국가·사회 또는 업종·분야의
 전체 이익을 판단기준으로 하고, 조직
 또는 개인의 권익에 불과한 경우에는
 조직 또는 공민 개인의 권익을
 판단기준으로 한다. 영향대상이 개인 또는
 조직의 권익인 경우, 대규모의 개인 또는
 조직의 권익에 영향을 미친다면 국가안전,
 경제운영, 사회질서 또는 공공이익에
 영향을 미치는지 여부와 그 영향 정도를
 함께 검토하여야 한다.

끝 문장은 본 사건에 극히 중요하다.
 개인권익이 ‘대규모로’ 영향을 받는
 경우에는 공공이익에 대한 영향으로
 상승하는지를 추가로 검토하여야
 한다. 본 사건의 다기관·대규모
 환자데이터 집적은 바로 ‘대규모
 개인권익’의 상황에 해당하므로 이
 규칙에 따라 공공이익의 층위에서
 검토되어야 하며, 이로써 집단
 데이터의 등급 상향 이동이라는
 추론이 뒷받침된다.

표준 원문(제 6 장 데이터 분급규칙)

해석과 본 사건에의 적용

6.5 등급 확정규칙 b)(중요데이터): 다음

중 어느 하나의 조건을 충족하면

중요데이터로 식별한다. 1) 데이터가 일단

유출·변조·훼손되거나 불법으로

취득·사용·공유되면 국가안전에 일반적
위해를 직접 초래하는 경우, 2) 경제운영에

중대한 위해를 직접 초래하는 경우, 3)

사회질서에 중대한 위해를 직접 초래하는

경우(사회 안정에 영향 등), 4) 공공이익에

중대한 위해를 직접 초래하는 경우(공중의

건강과 안전에 대한 위해 등), 5) 데이터가

국가안전, 경제운영, 사회 안정, 공중의

건강과 안전에 직접 관련되는 특정 분야,

특정 집단 또는 특정 지역의 것인 경우, 6)

데이터가 일정한 정밀도·규모·심도 또는

중요성에 달하여 국가안전, 경제운영,

사회 안정, 공중의 건강과 안전에 직접

영향을 미치는 경우, 7) 업종·분야

주관(감독)부서의 평가로 확정된

중요데이터.

b)4), 5), 6)의 세 항이 본 사건과 직접

대응한다. 본 사건의 집단

진료데이터는 ‘공중의 건강과

안전’에 관련되고 ‘특정

집단’(결장·직장암 환자)을 포함하며

‘일정한 규모에 도달’하여

중요데이터의 식별조건에 부합한다.

b)7)은 최종 인정 권한이 보건위생

산업 주관부서에 있음을 시사하며,

본 사건의 확정적 결론은 업종

목록이 마련되기를 기다려야 한다.

표준 원문(제 6 장 데이터 분급규칙)**해석과 본 사건에의 적용**

6.6 등급의 종합적 확정: a) 6.5 에 따라 핵심데이터·중요데이터·일반데이터를 식별한다. b) 중요데이터의 식별은 6.5 b)에 부합하는 것을 기초로 부록 G 에 따라 집행하여야 한다. c) 여러 요소, 여러 영향대상 또는 영향 정도가 관련되는 경우에는 상향 엄격적용 원칙에 따라 등급을 확정한다. d) 데이터셋의 등급은 데이터 항목 등급을 기초로 상향 엄격적용 원칙에 따라 데이터셋에 포함된 데이터 항목의 최고 등급을 데이터셋의 기본 등급으로 할 수 있되, 분급 요소(데이터 규모 등)의 변화로 등급을 높일 필요가 있는지도 함께 고려하여야 한다. f) 파생데이터의 등급은 상향 엄격적용 원칙에 따라 원본 데이터 등급을 기초로 가공 후의 데이터 심도 등 분급 요소를 종합적으로 고려하여 확정할 수 있다.

b)항은 본문과 부록 G 를 연결하는 중추이다. 중요데이터의 식별은 6.5 b)의 조건을 충족하는 동시에 부록 G 에 따라 집행되어야 한다(다음 항에서 상술). d)항은 본 사건의 ‘데이터셋 상향’을 확인한다. 다기관 데이터셋의 등급은 그에 포함된 데이터 항목의 최고 등급을 취하며 규모 증대에 따라 더 높아질 수 있는데, 이것이 집단 데이터의 등급이 단건 데이터보다 높은 규범적 근거이다. f)항은 본 사건의 중앙화 재판독 등 파생데이터의 등급 결정에 경로를 제공한다.

바. 규범성 부록 G ‘중요데이터 식별지침’

부록 G 는 「규칙」의 유일한 규범성 부록으로서 그 효력은 본문과 동일하다. GB/T 1.1-2020 에 따르면 규범성 부록은 표준이 반드시 집행하여야 하는 기술요소로서, 참고용에 그치는 자료성 부록(부록 A~F, H~J)과 구별된다.

표준 원문(부록 G, 규범성)	해석과 본 사건에의 적용
부록 G 중요데이터 식별지침(서두 부분): 중요데이터의 식별은 6.5 b)에 부합하는 것을 기초로 다음의 요소를 고려하여야 한다. 위 요소 중 하나를 갖춘 데이터는 중요데이터로 식별될 수 있다.	부록 G의 식별 메커니즘은 ‘6.5 b)의 기초조건 + 부록 G의 열거 요소, 그중 하나를 갖추면 식별 가능’이다. 부록 G는 a)부터 q)까지 17개 요소를 열거하며 국토·군사, 경제운영, 문화, 핵심정보인프라, 과학기술, 수출통제, 생태자원, 핵 안전, 해외 이익, 생물안전, 금융산업, 공중보건 등의 차원을 포괄한다. 본 사건의 판단은 의료와 직접 관련되는 제 o)항에 집중된다.
부록 G 제 o)항: 국가 또는 지역의 집단 건강·생리 상태를 반영하거나, 질병의 전파·방역과 관련되거나, 식품·의약품 안전과 관련되는 것으로서, 예컨대 건강의료자원, 대량 인구의 진료와 건강관리, 질병통제·방역, 건강구호 보장, 특정 의약품 실험, 식품안전 이력추적에 관련되는 데이터.	제 o)항은 본 사건 등급 결정의 가장 직접적인 규범 근거이다. 본 사건 COLOR III/IV 연구의 다기관·집단 차원 결장·직장암 진료 및 추적관찰 데이터는 바로 ‘대량 인구의 진료와 건강관리’가 기술하는 범주에 해당한다(COLOR III·COLOR IV는 모두 외과 수술방식 비교 연구로서 ‘특정 의약품 실험’에는 속하지 않는다). 이에 따라 부록 G의 ‘하나를 갖추면 중요데이터로 식별 가능’ 규칙상, 본 사건의 집적된 집단 진료 규모 데이터는 방법론상 중요데이터의 실질적 특징을 갖춘다. 다만 그것이 최종적으로 중요데이터를 구성하는지는 여전히 주관부처의 고지 또는 목록·리스트의 공표를 기준으로 한다.

표준 원문(부록 G, 규범성)	해석과 본 사건에의 적용
부록 G 제 n)항: 전국적 또는 중점 분야의 경제운영·금융활동 상황을 반영하거나, 산업경쟁력과 관련되거나, 공공안전 사고를 초래하거나 국민의 생명안전에 영향을 미칠 수 있거나, 집단적 활동을 유발하거나 집단의 감정·인식에 영향을 미칠 수 있는 것으로서, 예컨대 미공개 통계데이터, 중점기업의 영업비밀.	제 n)항은 주변부에서 의료 분야와 관련되나(‘국민의 생명안전에 영향을 미치는’ 통계데이터 등), 본 사건과의 관련 정도는 제 o)항에 분명히 미치지 못하므로 본 사건은 이를 주된 근거로 하지 않는다. 대조를 위하여 열거한 것은 부록 G 요소들 사이의 경계를 보이기 위함일 뿐이다.

사. 데이터 분류등급 절차: 산업 측과 처리자 측

「규칙」 제 7 장은 산업영역 주관(감독)부서와 데이터 처리자라는 두 역할의 절차를 구분한다.

표준 원문(제 7 장 데이터 분류등급 절차)	해석과 본 사건에의 적용
7.1 산업영역 데이터 분류등급 절차: 산업 측 절차는 보건위생 주관부서의 a) 업종 표준규범의 제정(업종 직책에 대응한다. 본 연구 작성 시점까지 데이터 분류 세칙의 명확화; 분급 보건의료 업종의 중요데이터 식별 세칙은 요소를 분석하여 중요데이터 식별 순차적으로 제정되고 있으며, 이미 세칙을 명확히 하고 어떤 데이터가 단체표준 T/GDWJ 024-2024 「건강의료정보 중요데이터로 확정될 수 있는지 중요데이터 식별 및 관리지침」이 각 확정; 핵심데이터 식별 세칙의 기관에 중요데이터 목록의 작성을 명확화; 일반데이터 범위의 명확화), 요구하고 등급 확정은 GB/T 43697-2024	

표준 원문(제 7 장 데이터 분류등급
절차)

해석과 본 사건에의 적용

b) 데이터 분류등급의 수행(해당 업종·분야의 데이터 처리자를 조직하여 업무를 수행하고, 중요데이터와 핵심데이터 목록 정보를 정확히 식별하고 적시에 보고하도록 지도).	제 6.5 조를 참조할 수 있다고 규정한다. 본 사건 데이터의 최종 등급은 업종 중요데이터 목록이 마련된 뒤에 확정되어야 한다(6.5 b)7)과 호응).
7.2 처리자 데이터 분류등급 절차: a) 처리자 측의 5 단계 방법(동태 갱신 데이터 자산 정리, b) 내부 규칙의 제정, c) 데이터 분류의 실시(공공데이터, 개인정보 등 특수 정보센터 평가를 통하여 a) 자산 정리와 범주 데이터의 식별과 분류), d) 데이터 등급의 실시(핵심데이터, 중요데이터와 일반데이터의 범위 확정), e) 목록의 심사·보고(데이터 분류등급 리스트, 중요데이터·핵심데이터 목록을 작성하여 절차에 따라 보고), f) 동태적 갱신 관리.	포함)은 베이징우의병원의 실제 업무에 대응한다. 병원은 과학기술처 평가와 초보적 식별을 완성하였고, 내부 「데이터 국외이전 안전관리방법」을 통하여 b) 내부 규칙 제정과 d) 중요데이터 식별 메커니즘 구축을 완성하였다. 이는 처리자 측 절차가 의료 실무에 적용된 초기 표본을 구성하나, e) 목록 보고와 f) 동태 갱신의 구체적 집행은 공개자료에 밝혀져 있지 않다.

위 여섯 개의 표를 종합하면, 「규칙」은 본 사건에 조작 가능한 분류등급 방법론 일습을 제공한다. 제 1 장 범위와 제 4 장 원칙으로 위상을 정하고, 제 3 장 용어에 따라 3 등급 프레임워크를 확정하며, 제 5 장에 따라 분류를, 제 6 장에 따라 등급을 완성하고, 중요데이터 식별에서는 제 6.6 b)가 규범성 부록 G 를

지시한다. 제 7 장의 양측 절차는 위 방법을 산업 주관부서와 처리자라는 두 주체에 배분하여 집행하게 한다. 그중 제 4 장의 ‘상향 엄격적용’, ‘점·면 결합’ 원칙, 제 6.4.2 조의 ‘대규모 개인정보의 공공이익 영향을 검토하여야 한다’는 규칙, 그리고 부록 G 제 o)항이 함께, 본 사건의 집단 진료 규모 데이터가 중요데이터로 식별되어야 한다는 규범적 사슬을 구성한다. 또한 제 6.6 d)의 ‘데이터셋 상향’과 f)의 ‘파생데이터 상향’은 집단 데이터셋의 등급이 그에 포함된 단건 데이터보다 높은 이유를 설명한다.

GB/T 43697-2024 가 제공하는 것은 업종을 가로지르는 통용 방법론이다. 밝혀 둘 것은, 동 표준은 권고성 국가표준에 속하고 그 부록 G 가 표준 문서 내에서는 규범성 부록이지만 당연히 행정법상의 강제적 효력을 가지는 것은 아니며, 본 사건에서 그 의의는 데이터 분류등급과 중요데이터 식별에 방법론적 참조를 제공하고 규제 신고 실무를 거쳐 사실상의 컴플라이언스 기준으로 전화되는 데 있다는 점이다. 본 사건의 구체적 적용에서는 의료업종의 세부화 표준과 개인정보 차원의 통용 표준이 추가로 중첩 적용되어야 한다.

5. 본 사건과 관련된 그 밖의 데이터안전 기술표준

GB/T 39725-2020 은 2020 년 12 월 14 일 발표되어 2021 년 7 월 1 일 시행되었으며, 본 사건 심사보다 1 년여 앞서 시행되어 본 사건 심사 시 의료데이터 분류등급의 주된 기술적 근거였다. 동 표준은 건강의료데이터를 6 대 분류와 5 등급 민감도로 구분하고, 데이터 전생애주기 각 단계에 기술적 안전통제 요건을 제시한다.

6 대 분류에서 동 표준은 건강의료데이터를 개인속성데이터, 건강상태데이터, 의료응용데이터, 의료지불데이터, 위생자원데이터, 공공위생데이터로 나눈다.

5 등급 민감도 구분에서는 낮은 것부터 높은 것까지 1 급에서 5 급으로 나누며, 각 등급은 서로 다른 안전통제 요건에 대응한다.³⁸

가. GB/T 35273-2020 「정보안전기술 개인정보 안전규범」

GB/T 35273-2020 은 2020 년 10 월 1 일 시행된 개인정보 안전 분야의 핵심 통용 기술표준이다. 동 표준의 ‘개인민감정보’ 획정은 PIPL 제 28 조와 상호 확인된다. 표준은 ‘개인 건강생리정보’, ‘유전자’, ‘개인 생체인식정보’ 등을 개인민감정보로 명시적으로 열거한다. 본 사건의 데이터 범위에 따르면 진료기록, 검사, 영상, 수술 후 추적관찰 등의 데이터는 표준에서 말하는 ‘개인 건강생리정보’에 속하여 개인민감정보를 구성하며, 이는 PIPL 제 28 조의 ‘의료건강’류 민감개인정보 인정과 일치한다.

민감개인정보의 실질적 판단기준에 관하여 학계의 통설은 ‘자연인의 인격존엄이 침해되기 쉬운지 여부와 개인의 신체·재산 안전을 위해하는지 여부’를 판단기준으로 하여야 한다고 보며, 의료건강정보는 개인의 신체상태, 생명상태, 질병이력 등 깊은 사적 영역을 직접 반영하므로 민감개인정보의 전형적 유형을 구성한다.³⁹ 이러한 실질적 판단은 GB/T 35273-2020 의 열거식 획정과 상호 보완하여, 본 사건에서 임상데이터를 민감개인정보로 식별하는 결론을 함께 뒷받침한다.

나. GB/T 39335-2020 「정보안전기술 개인정보 안전영향평가 지침」

GB/T 39335-2020 은 2021 년 6 월 1 일 시행되었으며, PIPL 제 55 조 ‘개인정보보호 영향평가’의 구체적 기술지침이다. PIPL 제 55 조 제 1 호(민감개인정보의 처리)와 제 4 호(국외에 개인정보 제공)에 따라 본 사건은 개인정보보호 영향평가 요건을 이중으로 촉발한다.

³⁸GB/T 39725-2020 의 건강의료데이터 6 대 분류(개인속성데이터, 건강상태데이터, 의료응용데이터, 의료지불데이터, 위생자원데이터, 공공위생데이터)와 5 등급 민감도 구분에 관한 규정.

³⁹王利明:《敏感个人信息保护的基本问题——以〈民法典〉和〈个人信息保护法〉的解释为背景》,载《当代法学》2022年第1期 참조.

동 표준의 영향평가 프레임워크에 따르면 본 사건은 다음을 평가하여야 한다. 처리목적의 적법성·정당성·필요성, 처리활동이 개인의 적법한 권익에 초래할 수 있는 위험(데이터 유출, 남용, 2차 이용 등), 이미 취한 안전보호 조치의 유효성, 개인의 처리활동에 대한 통제 가능 정도. 본 사건의 개인정보보호 영향평가 문서는 공개 경로에 밝혀져 있지 않으며, 여전히 미규명 사항에 속한다.

다. 네 표준의 본 사건에서의 분담관계

종합하면 네 국가표준은 본 사건에서 층위가 분명한 분담을 형성한다. GB/T 43697-2024 는 통용 분류등급 방법론을 제공하고(방법론 층위), GB/T 39725-2020 은 의료업종의 6대 분류·5등급 세부화를 제공하며(업종 세부화 층위), GB/T 35273-2020 은 개인정보 차원의 민감정보 식별을 제공하고(개인정보 층위), GB/T 39335-2020 은 영향평가의 기술지침을 제공한다(영향평가 층위). 아래 표는 그 분담과 본 사건에서의 역할을 표시한다.

층위	표준	본 사건에서의 역할	대응 법률조항
방법론 층위	GB/T 43697-2024	산업영역+업무속성 분류, 3 등급 데이터안전법 분급, 중요데이터 식별(부록 G) 제 21 조	
업종 세부화 층위	GB/T 39725-2020	건강의료데이터 6 대 분류, 5 등급 민감도, 전생애주기 안전요구	데이터안전법 제 21 조(업종 구체화)
개인정보 층위	GB/T 35273-2020	개인민감정보 식별(건강생리정보, 유전자, 생체인식)	개인정보보호법 제 28 조
영향평가 층위	GB/T 39335-2020	개인정보보호 영향평가의 기술 프레임워크	개인정보보호법 제 55 조

위 표준들은 본 사건 분류등급 판단의 방법론과 근거를 구성한다. 이하의 두 절에서는 이 표준 방법을 본 사건 데이터에 적용한다. 먼저 GB/T 43697-2024 에 따라 본 사건 데이터를 단계별로 식별하고, 다음으로 컴플라이언스 지속 단계에서 규범 변화로 생기는 차이를 다룬다.

6. GB/T 43697-2024 방법에 따른 본 사건 데이터의 단계별 식별

이하에서는 본 장 제 4 절에서 서술한 GB/T 43697-2024 의 ‘산업영역 우선, 업무속성 후속’이라는 분류 사고와 ‘분급대상 — 요소 식별 — 영향 분석 — 등급의 종합적 확정’이라는 분급 절차에 따라 본 사건 데이터를 단계별로 식별한다. 밝혀 둘 것은, 공개자료는 본 사건 컴플라이언스 지속 단계의 실제 식별 결과를 공개하지 않았으므로 아래 각 단계의 결론은 모두 추론이며 사실적 결론을 구성하지 않는다는 점이다.

제 1 단계, 산업영역 분류. 베이징우의병원은 의료보건기관이고 본 사건 데이터는 진료와 임상연구 활동에서 생성되었으므로, 산업영역 분류상 ‘보건의료’ 업종에 귀속된다. 이 단계는 정성적 귀류로서 결론이 비교적 확실하다.

제 2 단계, 업무속성 분류. ‘보건의료’ 산업영역 아래에서 업무속성 차원 중 ‘데이터 용도’, ‘기술 대상’에 따라 세분화한다. 본 사건 데이터는 용도에 따라 ‘임상연구데이터’(COLOR III/IV 연구 전용의 중앙화 재판독, 추적관찰, 통계 데이터)와 ‘의료서비스데이터’(진료활동에서 생성된 진료기록, 검사, 영상 등)의 두 부류로 더 나눌 수 있다.

제 3 단계, 특수 범주 식별의 중첩. 분류 과정에서 두 가지 식별을 중첩한다. 첫째, 「개인정보보호법」 제 28 조와 GB/T 35273-2020 에 따라 ‘민감개인정보’ 속성을 식별한다. 본 사건의 진료기록, 검사, 영상, 수술 후 추적관찰 등의

데이터는 ‘의료건강’류 민감개인정보에 속하고, 주민신분증번호는 ‘특정신분’류 민감개인정보에 속한다. 둘째, 「인류유전자원관리조례 실시세칙」 제 2 조 제 3 항에 따라 인류유전자원정보 해당 여부를 판단한다. 본 사건 협약의 공개내용에 유전자 데이터 수집이 언급되지 않았고 임상데이터·영상데이터 등이 동 항에 의하여 인류유전자원정보에서 명시적으로 제외되므로, 본 사건은 인류유전자원정보를 구성하지 않는다고 추론된다. 이 단계의 의의는, 민감개인정보 속성이 ‘상향 엄격적용’ 원칙을 통하여 이후의 분급에 영향을 미치고, 인류유전자원정보의 배제가 본 사건을 인류유전자원관리조례 아래의 더 엄격한 심사 궤도에 들어가지 않도록 한다는 데 있다.

제4단계, 분급. 이 단계는 분급 절차에 따라 항목별로 전개되어야 한다. 첫째, 분급대상의 확정. 본 사건 데이터에는 분급상 적어도 두 부류의 서로 다른 분급대상이 존재한다. 하나는 개별 환자의 임상데이터 항목 또는 단건 진료기록이고, 다른 하나는 다기관 집적 후의 집단 진료 규모 데이터셋과 중앙화 재판독으로 형성되는 파생데이터이다. 양자는 서로 다른 분급대상에 속하므로 각각 판단하여야 한다. 둘째, 분급 요소의 식별. 개별 환자 데이터 항목은 규모·포괄도가 모두 낮다. 집단 진료 규모 데이터셋에 대하여는 ‘규모’(COLOR IV 계획상 1,158 레 등록, 참여기관 30~50 개소, 전 세계 다기관 합계 규모), ‘집단’(결장·직장암 환자라는 특정 질환 집단), ‘포괄도’(다기관·복수 지역) 등의 요소를 고려하여야 하고, 중앙화 통계 재판독이 관련되므로 파생데이터의 ‘심도’ 요소도 고려하여야 한다.

셋째, 데이터 영향 분석. 개별 환자 데이터는 일단 유출되더라도 영향대상이 주로 개인권익이고 영향 정도는 개인 차원에 그친다. 집단 진료 규모 데이터셋에 대하여는, 부록 G 제 o)항에 따라 ‘국가 또는 지역의 집단 건강·생리 상태를 반영’하고 ‘대량 인구의 진료와 건강관리’, ‘특정 의약품 실험’에 관련되는 데이터가 중요데이터로 명시적으로 열거되어 있다. 본 사건의

다기관 집적된 결장·직장암 집단 진료 및 추적관찰 데이터는 성질상 동 항의 기술에 대응하므로 그 영향대상은 ‘개인권익’에서 ‘공중의 건강과 안전’으로 상승할 수 있고, 영향 정도도 그에 따라 높아진다. 넷째, ‘상향 엄격적용’에 따른 등급의 종합적 확정. 개별 환자 데이터 항목은 중요데이터 정의 중 ‘공민 개인에게만 영향을 미치는 데이터는 일반적으로 중요데이터로 하지 않는다’는 획정에 따라 일반데이터로 정하여야 한다. 집단 진료 규모 데이터셋은 부록 G 제 6)항에 열거된 데이터 유형에 대응하고 일정한 규모에 도달하므로, 부록 G의 ‘열거 요소 중 하나를 갖추면 중요데이터로 식별 가능’ 규칙과 ‘상향 엄격적용’ 원칙을 결합하면 방법론상 중요데이터로 식별되어야 한다.

이상을 종합하여 추론하면, 본 사건 데이터의 등급은 ‘층위별 결론’을 보인다. 개인 차원의 임상데이터는 일반데이터이고(그중 민감개인정보 부분은 비교적 높은 세부 등급에 속한다), 다기관 집적된 집단 진료 규모 데이터는 방법론상 중요데이터의 특징을 갖춘다. 이 결론의 최종 확인은 여전히 업종 중요데이터 목록과 주관부처의 ‘일정 규모’ 임계치에 대한 구체적 인정에 달려 있으며, 본 사건 컴플라이언스 지속 단계의 실제 식별 결과는 공개자료에 밝혀져 있지 않다.

7. 본 사건 심사 후 신설된 분류등급 규칙과 컴플라이언스 지속 단계

본 사건의 심사 통과 후 순차적으로 나온 분류등급 규칙은 본 사건의 최초 심사에는 소급 적용되지 않으나, 본 사건의 컴플라이언스 지속 단계(평가 유효기간 만료 후의 갱신 신고)에 대하여 규범적 의의를 가진다. 본 사건의 안전평가 유효기간은 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 14 조에 따라 2 년으로서 2024 년 9 월에 만료된다. 2024 년 3 월 22 일 시행된 「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」 제 9 조는 이 유효기간을 3 년으로 연장하였는데,

2022 년 9 월의 승인을 기준으로 추산하면 신규칙에 따른 본 사건의 유효기간은 약 2025 년 9 월에 만료된다(평가 결과가 나온 날이 공개되지 않았으므로 실제 만료 시점은 그만큼 늦추어질 수 있다). 구규칙과 신규칙 중 어느 것을 적용하더라도 본 연구 작성 시점(2026 년 5 월)까지 본 사건의 원 평가 유효기간은 이미 만료되었으며, 그 컴플라이언스 지속 상태는 공개 경로에 밝혀져 있지 않다.⁴⁰

본 사건이 컴플라이언스 지속 단계에서 재신고 또는 평가 연장을 개시한다면, 심사 시점과 비교하여 적어도 세 가지 규범 차원에서 서로 다른 판단 틀을 마주하게 된다. 첫째, GB/T 43697-2024 가 통일된 분류 방법론과 3 등급 분급체계를 확립하고 규범성 부록 G 로 중요데이터 식별 요소를 세분화하였으므로, 본 사건이 재분급을 하게 되면 동 표준(부록 G 포함)에 따라 앞서 본 4 단계 식별을 다시 수행하여야 한다. 둘째, 「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」이 데이터 국외이전 규제에 일련의 조정 — 평가 유효기간의 3 년 연장, 국외이전 안전평가 촉발 사유의 계산방식 조정 등 — 을 가하여, 본 사건 컴플라이언스 지속 단계의 경로 선택과 기준 판단에 직접 관련된다.

셋째, 「중국(베이징)자유무역시험구 데이터 국외이전 관리 리스트(네거티브리스트)(2024 년판)」(2024 년 8 월 30 일 발표)은 의약산업의 ‘중요데이터’를 필드 수준에서 구체화하여, 일정 규모 이상의 집단 진료, 건강·생리 상태, 의료구호 보장 데이터, 특정 의약품 실험 데이터 등을 중요데이터로 열거하였다. 이 리스트의 표현은 부록 G 제 o)항과 고도로 대응한다. ‘집단 진료’, ‘건강·생리 상태’, ‘특정 의약품 실험’은 부록 G 제 o)항과 거의 축자적으로 호응하므로, 부록 G 제 o)항의 지방 차원 필드 수준 세분화로

⁴⁰ 丁晓东：《数据跨境流动的法理反思与制度重构——兼评〈数据出境安全评估办法〉》，载《行政法学研究》2023 年第 1 期，第 62—77 页 참조.

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구
볼 수 있으며, 앞서 본 사건의 집단 진료 규모 데이터가 중요데이터로 식별되어야 한다는 추론을 한층 확인하여 준다. 본 사건의 베이징우의병원이 사업단위로서 베이징 자유무역시험구 리스트의 적용범위에 포섭되는지는 확인이 필요하다. 자유무역시험구 리스트가 적용되지 않는다면 국가 차원의 통일 규칙에 따라 처리되며, 결론의 방향은 일치한다.⁴¹

주목할 점은, 본 사건의 심사 시점(2022~2023 년)부터 본 연구 작성 시점(2026 년 5 월)까지 분류등급 규칙이 국가 차원에서 ‘원칙적 프레임워크’로부터 ‘조작적 세부화’로 실질적 변화를 겪었다는 것이다. 이러한 규범 차원의 동태적 변화는 본 사건 컴플라이언스 지속 단계가 직면하는 분류등급 판단이 원 심사 시점과 이미 다르다는 것을 결정짓고, 본 사건을 이 제도의 진화를 관찰하는 종단적 표본으로 만든다.

8. 분류등급과 네트워크안전등급보호의 본 사건에서의 연계

본 사건의 분류등급 판단과 네트워크안전등급보호제도는 사실 차원에서 서로 연계된다. 앞서 본 병원 정보센터의 네트워크안전·데이터안전 재평가(병원 내부 3 단계 중 제 2 단계)의 실질은 곧 병원의 네트워크안전등급보호 등급과 방어능력이 본 사건 데이터 국외이전이 요구하는 보호수준에 부합함을 확인하는 것이다. 바꾸어 말하면, 분류등급은 ‘데이터가 어떤 등급이고 어떤 강도의 보호가 필요한가’의 문제를 해결하고, 등급보호는 ‘데이터를 담는 네트워크와 정보시스템이 상응하는 방어능력을 갖추었는가’의 문제를 해결한다. 전자는 데이터 차원, 후자는 시스템 차원으로서 본 사건에서 함께 데이터 국외이전의 국내 안전기반을 구성한다. 네트워크안전등급보호제도 2.0 의 본 사건에 대한 구체적 적용은 제 5 장에서 상술한다.

⁴¹ 동 네거티브리스트의 의약산업 중요데이터에 대한 필드 수준 획정은 GB/T 43697-2024 부록 G(규범성) 제 o)항 ‘중요데이터 식별지침’에 열거된 고려요소와 고도로 대응한다.

9. 소결: 규범 미완성 — 사실 선행

본 장의 사실 제시와 규범 분석을 종합하면, 본 사건을 관통하는 하나의 특징을 관찰할 수 있다. 즉 분류등급 차원에서 본 사건의 컴플라이언스 과정은 ‘규범 미완성 — 사실 선행’의 양상을 보인다. ‘규범 미완성’이란 본 사건 심사 시(2022~2023 년) 국가 차원의 통일된 분류등급 방법론이 아직 의견수렴안 단계에 머물러 있었고, 중요데이터 식별지침과 자유무역시험구 네거티브리스트의 필드 수준 획정이 모두 나오기 전이었으며, 의료기관의 데이터 분류등급 의무가 「의료보건기관 네트워크안전 관리방법」에 의하여 막 명확해진, 규범 공급이 무에서 유로 가는 구축기에 있었음을 가리킨다. ‘사실 선행’이란 이러한 배경에서 본 사건의 처리자인 베이징우의병원이 내부 조직(과학기술처, 정보센터)과 내부 방법(「데이터 국외이전 안전관리방법」)을 통하여 인류유전자원 식별, 네트워크안전 등급 식별, 중요데이터 식별 메커니즘 구축이라는 분류등급 판단 업무를 사실상 완성하였음을 가리킨다.

이 ‘사실 선행’형 컴플라이언스 모델은 이중적 의의를 가진다. 실증의 차원에서, 그것은 제도 구축기에 처리자의 내부 거버넌스 능력이 규범 공백기의 식별 기능을 실제로 담당하였음을 보여 주며, 의료데이터 국경 간 컴플라이언스의 선행시범 표본을 구성한다. 규범의 차원에서, 그것은 하나의 구조적 문제를 드러낸다. 즉 최초 심사가 근거한 분류등급 프레임워크와 컴플라이언스 지속 단계에 적용되는 새 프레임워크 사이에 실질적 차이가 존재할 때, 장기 임상연구의 데이터 국외이전 컴플라이언스는 ‘동일한 데이터, 서로 다른 시점, 서로 다를 수 있는 등급’이라는 긴장에 직면한다. 본 사건의 COLOR IV 가 2030 년까지 지속되는 반면 평가 유효기간은 2~3 년에 불과하다는 사정이 바로 이 긴장을 본 사건이 장기간 마주하여야 할 현실 문제로 만든다. 나아가 본 사건에 관하여 말하면, ‘규범의 완성’은 적어도 세 가지 요건의 구비를 요구한다. 즉 보편적 구속력을 가지는 데이터 분류등급 규칙, 효력이

마붕초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구

발생한 중요데이터 목록, 그리고 인류유전자원정보 경계의 명확한 획정이 그것인데, 심사 시점에 첫째 것은 권고성 업종표준(GB/T 39725-2020)만이 참조 가능하였고 뒤의 둘은 결여되어 있었다. ‘사실 선행’은 따라서 이중의 의미를 가진다. 인정의 순서에서는 처리자의 사실적 식별이 규범적 확인에 앞섰고, 제도의 생성에서는 이러한 개별 사안이 드러낸 식별의 곤란과 그 후 규범의 체계화 과정(GB/T 43697-2024, 네거티브리스트와 인류유전자원 실시세칙의 순차적 등장)이 시간적으로 앞뒤로 이어졌다. 본 연구는 시간 순서의 관찰에 그치며 인과의 단언은 하지 않는다. 이러한 양상은 의료데이터 분야에 고유한 것은 아니나, 규범 밀도와 데이터 민감도가 모두 높은 의료 분야에서 가장 집중적으로 나타난다.

V. 네트워크안전등급보호제도에 의한 본 사건의 국내 시스템 보장

앞 장에서 본 바와 같이, 데이터 분류등급과 네트워크안전등급보호는 본 사건에서 서로 연계된다. 전자는 데이터 차원에, 후자는 시스템 차원에 작용한다. 본 장에서는 네트워크안전등급보호제도의 규범적 기초와 본 사건에 대한 구체적 적용을 제시한다. 평가의 구조에서 이 제도는 국내 데이터 처리자의 안전보장 능력 심사에 대한 사실적 기초를 구성한다.

1. 네트워크안전등급보호제도의 규범적 기초

네트워크안전등급보호제도가 중국 법체계에서 가지는 규범적 기초는 법률 층위, 행정법규 층위, 국가표준 층위의 세 층을 포함한다.

법률 층위의 기초는 「네트워크안전법」 제 21 조와 제 31 조로 구성된다. 「네트워크안전법」 제 21 조는 국가가 네트워크안전등급보호제도를 시행함을 규정하고, 네트워크 운영자에게 등급보호제도의 요구에 따라 다섯 가지

안전보호 의무 — 내부 안전관리제도의 제정, 컴퓨터 바이러스·네트워크 공격을 방지하는 기술조치, 네트워크 운영상태를 감시·기록하는 기술조치와 6 개월 이상의 네트워크 로그 보존, 데이터 분류와 중요데이터 백업·암호화 조치, 그리고 법률·행정법규가 정하는 그 밖의 의무 — 를 이행하도록 요구한다. 「네트워크안전법」 제 31 조는 등급보호제도를 기초로 핵심정보인프라에 대하여 중점 보호를 시행한다.

행정법규 층위에서는,公安부가 주도하여 기초한 「네트워크안전등급보호조례」가 본 연구 작성 시점까지 여전히 의견수렴안 단계에 있어 정식 공포되지 않았으며, 동 조례가 정식으로 나오기 전까지 등급보호제도의 구체적 시행은 주로 국가표준을 매개로 이루어진다. 2021 년 9 월 1 일 시행된 「핵심정보인프라 안전보호조례」는 핵심정보인프라에 대한 중점 보호를 시행하여 등급보호제도와 연계를 형성한다.

국가표준 층위에서는,公安부가 주도하여 네트워크안전등급보호제도 2.0 표준체계를 제정하였으며, 그 핵심은 GB/T 22239-2019 「정보안전기술 네트워크안전등급보호 기본요구」(2019 년 5 월 10 일 발표, 2019 년 12 월 1 일 시행)이다. 부속 표준에는 GB/T 22240-2020 등급결정지침, GB/T 25058-2020 실시지침, GB/T 25070-2019 안전설계 기술요구, GB/T 28448-2019 측정평가요구, GB/T 28449-2018 측정평가과정지침, 그리고 상위 준칙인 GB 17859-1999 「컴퓨터정보시스템 안전보호 등급구분 준칙」이 포함된다. GB/T 22239-2019 는 2025 년 5 월 30 일 전국정보안전표준화기술위원회의 재심사를 거쳐 ‘계속 유효’로 결론지어졌으며, 이는 동 표준이 중·단기적으로 안정성을 유지함을 의미한다.

업종 층위에서는, 「의료보건기관 네트워크안전 관리방법」 제 5 조, 제 6 조, 제 9 조, 제 10 조가 의료보건기관의 등급보호 업무를 업종에 맞게 세부화한다. 동 방법 제 6 조 제 4 호는 의료보건기관이 이미 등급이 결정되어 비안된 네트워크의

안전성을 검측·평가하도록 명확히 요구한다. 즉 제 3 급 또는 제 4 급의 네트워크는 등급보호 측정평가기관에 위탁하여 매년 1 회 이상 네트워크안전 등급측정평가를 실시하고, 제 2 급의 네트워크 중 10 만 명 이상의 개인정보가 관련되는 것은 3 년에 1 회 이상, 그 밖의 것은 5 년에 1 회 이상 실시하여야 한다.

2. 네트워크안전등급보호제도 2.0 표준의 내용

GB/T 22239-2019 는 ‘1+5’ 모델을 채택한다. 즉 1 개의 안전 통용요구에 클라우드컴퓨팅, 모바일인터넷, 사물인터넷, 산업제어, 빅데이터의 5 대 신기술·신응용 분야 안전 확장요구를 더한 것이다. 안전요구는 2 대 부류 10 대 항목으로 나뉜다. 기술요구에는 안전 물리환경, 안전 통신네트워크, 안전 구역경계, 안전 컴퓨팅환경, 안전 관리센터의 다섯 항목이, 관리요구에는 안전 관리제도, 안전 관리기구, 안전 관리인원, 안전 구축관리, 안전 운영유지관리의 다섯 항목이 포함된다.

등급보호의 대상은 침해 시 초래할 수 있는 영향의 정도에 따라 5 등급으로 나뉜다. 제 1 급 ‘자주보호급’은 일반 네트워크에 적용되고, 제 2 급 ‘지도보호급’은 침해 시 공민·법인의 적법한 권익을 해치는 네트워크에 적용되며, 제 3 급 ‘감독보호급’은 침해 시 사회질서·공공이익을 해치는 네트워크에 적용되어 매년 1 회 이상의 등급보호 측정평가가 요구되고, 제 4 급 ‘강제보호급’은 침해 시 사회질서·공공이익을 중대하게 해치거나 국가안전을 해치는 네트워크에 적용되어 반년에 1 회 이상의 측정평가가 요구되며, 제 5 급 ‘전문통제보호급’은 침해 시 국가안전을 중대하게 해치는 네트워크에 적용된다. 등급보호 2.0 은 2008 년의 등급보호 1.0 에 비하여 표준 명칭(‘정보시스템’에서 ‘네트워크’로), 분류의 조정, 신뢰성 검증의 강화 등에서 실질적 변화를 보였다.

3. 의료기관의 등급보호제도 시행과 본 사건 베이징우의병원의 등급보호 현황

의료기관의 통상적 등급 결정에 관한 업계 관행에 따르면, 2급 이상 종합병원, 3급 병원, 지역 보건의료 정보플랫폼, 의료보험 정보시스템, 전자진료기록 시스템 등은 통상 제 3급으로, 국가급 의학데이터센터, 국가급 인류유전자원 표본은행, 국가 건강의료빅데이터센터 등은 제 4급으로 결정되며, 일반 외래관리시스템, 기초 재무시스템 등 비핵심 시스템은 제 2급으로 결정될 수 있다.

본 사건의 실제 사실로는, 베이징시 보건위생위원회 공식 홈페이지가 “병원 정보센터가 네트워크안전·데이터안전을 다시 평가하여 병원의 네트워크안전 제도가 완비되고 실효성 있게 이행되며 안전방어 기술능력이 등급보호 등 표준규범에 부합함을 확인하였다”고 공개하였다. 이 표현은 베이징우의병원이 본 사건 신고 전에 네트워크안전등급보호 컴플라이언스 재평가를 완료하였음을 명확히 보여준다.

의료기관의 통상적 등급 결정에 따른 추론으로는(본 연구의 사실적 결론을 구성하지 않는다), 대형 3급 갑등 종합병원이자 국가소화기질환 임상의학연구센터 수행기관, 소화건강 전국중점실험실 수행기관인 베이징우의병원의 핵심 의료정보시스템은 제 3급 이상으로 결정되어야 할 것이다. 다만 베이징우의병원 각 정보시스템의 구체적 등급 결정 결과, 등급보호 측정평가기관의 신원, 측정평가 보고서의 내용, 부적합 사항의 시정 상황, 측정평가의 유효기간, 그리고 등급보호 컴플라이언스 재평가의 구체적 시점은 모두 공개자료에 밝혀져 있지 않다.

4. 등급보호제도 2.0 과 본 사건 데이터 국외이전 신고의 연계관계

본 사건의 실제 절차 순서는 등급보호 컴플라이언스가 사실상 데이터 국외이전 신고의 선행 조건을 구성함을 보여준다. 규명된 사실에 따르면 본 사건의 전체 절차 순서는 세 국면으로 정리할 수 있다. 제 1 국면은 병원 과학기술처가 프로젝트의 과학적 의의, 산출 가치, 인류유전자원 상황을 내부 평가한 것이고, 제 2 국면은 병원 정보센터가 네트워크안전·데이터안전을 다시 평가하여 등급보호 등 표준규범에 부합함을 확인한 것이며, 제 3 국면은 베이징시 인터넷정보판공실에 데이터 국외이전 신고를 제출하여 국가인터넷정보판공실의 평가를 통과한 것이다. 등급보호 컴플라이언스는 제 2 국면에 위치하며, 제 3 국면 안전평가 신고의 사실상의 선행 조건이다.

규범 차원에서 보면, 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 8 조 제 5 호는 안전평가가 “본 방법이 규정한 절차 이행의 적법성, 중국의 법률·행정법규·부문규장 규정예의 부합 여부”를 평가하도록 규정한다. 등급보호 컴플라이언스는 「네트워크안전법」 제 21 조가 규정하는 법정 의무로서 데이터 처리자의 일반적 컴플라이언스 의무의 구성 부분이다. 따라서 안전평가에서 국내 측 안전수준에 대한 평가는 사실상 등급보호 컴플라이언스를 선행 조건으로 한다. 이러한 ‘등급보호 컴플라이언스 — 국외이전 안전평가’의 사실적 승계관계가 본 사건에서 온전히 드러난다.

5. 등급보호제도와 그 밖의 규범의 병행적용 관계

본 사건에서 등급보호제도 2.0 과 그 밖의 규범의 병행적용 관계는 분명한 분업을 보인다. 등급보호 2.0 은 병원 정보센터 평가의 점검 근거이자 안전평가의 사실상의 선행 조건이고, 데이터 분류등급(GB/T 39725-2020)은 병원 데이터 거버넌스의 분류 근거이며, 개인정보 영향평가(GB/T 39335-2020)는 PIPL

제 55 조의 기술지침이고, 인류유전자원 관리(인류유전자원관리조례)는 병원 과학기술처 평가의 판정 근거 중 하나이며, PIRL 제 38 조와 「데이터 국외이전 안전평가 방법」은 본 사건의 핵심 적용규범이다.

각 규범은 본 사건에서 병행하는 컴플라이언스 요구로서 각자의 범위에서 적용된다. 절차의 순서에서 보면, 등급보호 컴플라이언스는 데이터 국외이전 신고의 사전 기초이고, 분류등급은 병원 데이터 거버넌스의 기초 도구이며, 개인정보 영향평가는 이미 실시되었을 것이고, 인류유전자원 식별은 병원 과학기술처가 완료하였다. 규범들 사이에 주종관계나 선후관계는 존재하지 않으나, 등급보호 컴플라이언스는 네트워크안전의 기초적 의무로서 사실상 본 사건 컴플라이언스의 ‘기저’ 기초를 구성한다.

종합하면, 본 장이 제시한 사실은 다음을 보여준다. 등급보호제도 2.0 은 본 사건에서 독립한 컴플라이언스 의무인 동시에(「네트워크안전법」 제 21 조의 직접 요구), 데이터 국외이전 신고의 사실상의 선행 조건이기도 하다(「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 8 조 제 5 호의 간접 요구). 베이징우의병원이 본 사건 신고 전에 등급보호 컴플라이언스 재평가를 완료한 사실은 이러한 ‘이중적 위상’이 실무에서 구체적으로 작동하는 모습을 반영한다. 다만 본 사건에서 등급보호 컴플라이언스의 구체적 세부사항(등급 결정 결과, 측정평가기관, 측정평가 보고서 등)은 공개 경로에 밝혀져 있지 않으며, 본 연구의 미확인 사항 중 하나를 구성한다.

이로써 법원(法源), 데이터 분류등급(그 기술표준 체계 포함), 네트워크안전등급보호의 각 제도가 본 사건에 적용되는 모습이 각각 제시되었다. 다음 장에서는 위 규범들을 본 사건 데이터의 전생애주기에 집성하여 투영하고, ‘8 개 단계 적용규범 매트릭스’로써 규범과 사실의 총대조를 완성한다.

VI. 의료데이터 전생애주기 컴플라이언스의 매트릭스 집성

데이터 전생애주기 관리는 중국 데이터 거버넌스 체계의 핵심 작동 메커니즘으로서, 데이터의 수집부터 삭제까지의 전 단계를 포괄한다. 본 장에서는 먼저 본 사건의 국외이전 단계와 상류 각 단계 사이의 의존관계를 정리하고, 이어 ‘8 개 단계 적용규범 매트릭스’로 본 사건 데이터의 전생애주기 각 단계에서의 규범 배치를 체계적으로 제시한다. 이 매트릭스가 응답하는 것은 평가사항 중 ‘국외이전 중과 국외이전 후’ 전 과정 위험의 심사 차원이다. 그중 가공 단계(코드화·비식별화된 데이터도 여전히 개인정보에 속하므로 평가의 틀 안에 남아야 한다는 점)와 삭제 단계(개인의 삭제청구권과 임상연구 보존의무 사이의, 규범을 가로지르는 긴장)에서 추출되는 의료 특유의 규칙은, 의료 임상연구라는 상황이 일반 데이터 컴플라이언스 규칙을 수정·구체화하는 모습을 집약적으로 보여준다.

1. 전생애주기 관리의 규범적 기초

데이터 전생애주기 관리가 중국 규범체계에서 처음으로 체계적으로 표현된 것은 국가보건위생위원회가 2018 년 9 월 13 일 발표한 「국가 건강의료빅데이터 표준·안전·서비스 관리방법(시행)」 제 16 조이다. 동 조는 건강의료빅데이터 안전관리란 데이터의 채집·저장·발굴·응용·운영·전송 등 여러 단계에서의 안전과 관리를 말한다고 규정한다. 동 조에 열거된 여섯 단계가 의료데이터 전생애주기 관리의 기초 골격을 구성한다.

「개인정보보호법」 제 2 장 제 1 절 ‘개인정보 처리규칙’은 개인정보 처리의 전생애주기를 더욱 완결적으로 규범화한다. 수집 국면은 제 13 조(적법한 처리 근거), 제 14 조~제 17 조(고지의무, 최소필요 원칙) 및 제 29 조(민감개인정보 단독 동의)에, 저장 국면은 제 19 조(최단 보존기간)에, 사용·가공 국면은

제 21 조(위탁처리), 제 22 조(개인정보의 이전)와 제 73 조(익명화·비식별화의 정의)에, 제공·공개 국면(국외이전 포함)은 제 23 조(타인에의 제공), 제 25 조(공개 처리)와 제 38 조~제 43 조(국외이전 경로와 컴플라이언스 요건)에, 삭제 국면은 제 47 조(삭제권과 처리자의 능동적 삭제의무)에 대응한다.

「데이터안전법」 제 3 장 ‘데이터안전 제도’는 ‘데이터 처리활동’의 관점에서 전생애주기에 대한 보충 규정을 두며, 동 법상 ‘데이터 처리’는 데이터의 수집, 저장, 사용, 가공, 전송, 제공, 공개 등을 포함한다.

의료업종 차원에서는 「의료보건기관 네트워크안전 관리방법」 제 22 조가 의료보건기관 데이터의 전생애주기 관리를 업종에 맞게 세부화하여, 의료데이터의 채집·저장·사용·전송·제공·공개·삭제 등 각 단계에서 안전보호 책임을 이행하도록 요구한다.

임상연구 분야의 특별 규범은 두 규장으로 구성된다. 하나는 「약물 임상시험 품질관리규범」(GCP, 2020 년 7 월 1 일 시행)으로 국가약품감독관리국과 국가보건위생위원회가 공동으로 공포하였다. 동 규범의 직접 적용대상은 약물 임상시험이고 본 사건의 COLOR III·COLOR IV 는 외과 수술 연구이므로 GCP 가 직접 적용되지는 않으나, 충분한 설명에 근거한 동의, 데이터 무결성, 원본기록 보존, 모니터링과 점검에 관한 GCP 의 방법론은 국내 임상연구 실무에서 널리 참조·적용되므로 본 연구는 이를 참조적용 규범으로 분류한다. 다른 하나는 「인간 대상 생물의학연구 윤리심사방법」(위계위 11 호령, 2016)으로서 본 사건 심사 시 적용된 윤리심사 규범이며, 2023 년 2 월 18 일 발표·시행된 「인간 대상 생명과학 및 의학연구 윤리심사 방법」(国卫科教发[2023]4 号)과 병행하여 존재한다.

2. 본 사건에 적용되는 8 개 단계

위 규범들을 종합하면, 본 사건에 적용되는 의료데이터 전생애주기는 수집, 저장, 사용, 가공, 전송, 제공(국외이전 포함), 공개, 삭제의 8 개 단계로 정리할 수 있다. 이하에서 각 단계에서의 본 사건의 사실 상황과 규범 적용관계를 기술한다.

수집 단계. 베이징우의병원 일반외과센터는 COLOR III 연구에서 중국 환자데이터의 수집을 담당하였으며 본 사건 공시 시점까지 170 레를 등록하였고, COLOR IV 연구계획은 1,158 레(전 세계 다기관 합계 규모)의 등록을 계획한다. COLOR III 협약은 병리학적으로 확진된 I~III 기 직장암을 등록 기준으로 명문화하고, COLOR IV 협약은 18~80 세의 병리학적 또는 세포학적으로 확진된 우측 결장암 환자를 요구한다. 본 단계에는 PIPL 제 13 조, 제 14 조~제 17 조, 제 29 조 및 윤리심사 관련 규범과 약물 임상시험 품질관리규범이 적용된다. 본 사건에서 피험자 동의 취득의 구체적 방식(서면 동의서의 내용, 단독 동의의 범위, 데이터 국외이전 고지의 포괄 범위, 국외 수령자의 고지, 사망 피험자의 처리, 동의 철회 메커니즘 등)은 공개 경로에 밝혀져 있지 않으며, 제 II 장 제 8 절의 동의 문제 부분에서 상술하였다.

저장 단계. 베이징시 보건위생위원회의 공식 공개에 따르면, 병원 정보센터는 “네트워크안전·데이터안전을 다시 평가하여 병원의 네트워크안전 제도가 완비되고 실효성 있게 이행되며 안전방어 기술능력이 등급보호 등 표준규범에 부합함을 확인”하였다. 본 단계에는 PIPL 제 19 조(최단 보존기간), PIPL 제 40 조(CMO 와 100 만 명 이상 규모 처리자의 현지화), 「네트워크안전법」 제 37 조, 「데이터안전법」 제 27 조(데이터 안전관리제도의 수립), 등급보호 2.0 및 「의료보건기관 네트워크안전 관리방법」이 적용된다. 구체적인 저장 위치, 암호화 조치, 접근통제, 보존기간 등 기술적 세부사항은 공개 경로에 밝혀져 있지 않다.

사용 단계. 본 사건 데이터는 COLOR III 연구의 직장암 환주절제연(CRM)

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구
침범률과 5 년 생존율 평가, 그리고 COLOR IV 연구의 30 일 문합부 누출률과 3 년 무병생존율 평가에 사용된다. 본 단계에는 PIPL 제 6 조(처리목적의 명확·합리)와 제 14 조 제 2 항(목적·방식 변경 시 재동의)이 적용된다. 본 사건의 데이터 사용 목적은 위 두 연구의 임상 평가변수 평가로 명확히 한정되어 있으며, 수집 시 고지한 목적과 일치하여야 한다.

가공 단계. 본 사건의 가공에는 임상데이터의 통계분석, 데이터 클리닝, 중앙화 재판독(COLOR III 협약이 명문으로 요구하는 중앙화 MRI 재판독과 중앙화 병리 재판독), 다기관 데이터의 병합, 그리고 비식별화 처리가 포함된다. 본 단계에는 PIPL 제 73 조의 ‘익명화’와 ‘비식별화’에 대한 법정 구분이 적용된다. PIPL 제 73 조에 따르면 비식별화된 데이터는 여전히 개인정보의 범주에 속하여 PIPL 의 모든 구속을 받으며, 진정한 ‘익명화’ 데이터(복원이 불가능한 것)만이 더 이상 PIPL 의 관할을 받지 않는다. 본 사건에 관하여 말하면, 국제 다기관 연구가 중앙화 재판독과 학술 발표를 위하여 행하는 코드화·비식별화 처리는 이 구분에 따라 여전히 개인정보 처리에 해당하므로, 해당 데이터의 국외이전은 ‘이미 비식별화되었다’는 이유로 규제에서 벗어나는 것이 아니라 여전히 안전평가의 틀에 편입되어야 한다. 이것이 의료 임상연구 상황의 특유 규칙 중 하나이다. 본 사건에서 가공 후 데이터의 재연계 가능성 키의 보관 위치, 비식별화와 익명화의 구체적 경계는 공개 경로에 밝혀져 있지 않다.⁴²

전송 단계(국내). 본 사건은 병원 내부 각 정보시스템 사이, 병원과 연구협력 플랫폼 사이의 국내 데이터 전송을 수반한다. 본 단계에는 등급보호 2.0 의 전송 안전에 대한 기술요구(암호화, 무결성 검증, 신원인증)와 「의료보건기관 네트워크안전 관리방법」이 적용된다. 공식 공개에 따르면 병원의 안전방어 기술능력은 등급보호 등 표준규범에 부합하며, 이는 전송 단계가 등급보호

⁴²夏庆锋：《个人信息匿名化制度的反思与改进》，载《财经法学》2024 年第 5 期，第 41—58 页 참조.

2.0의 기술요구를 충족함을 의미한다.

제공 단계(국내+국외). 본 단계는 본 사건의 핵심 단계이다. 국내 제공자는 베이징우의병원이고, 국외 수령자는 COLOR III에서는 Amsterdam UMC이며, COLOR IV에서는 비교적 명확한 것이 Amsterdam UMC와 중앙화 데이터시스템 관리자이고, 그 밖의 국제 참여기관이 중국 측 피험자의 개인 수준 데이터에 접근할 수 있는지는 공개자료에 밝혀져 있지 않다. 국내 제공에는 PIPL 제 23조(타인에게 개인정보를 제공하는 경우 수령자를 고지하고 단독 동의를 취득)가 적용된다. 국외 제공에는 PIPL 제 38조~제 43조, 「데이터 국외이전 안전평가 방법」, 「네트워크안전법」 제 37조 및 「데이터안전법」 제 31조가 적용된다. 본 사건은 PIPL 제 38조 제 1호의 국외이전 안전평가 경로를 적용하여 베이징시 인터넷정보판공실이 접수하고 국가인터넷정보판공실이 평가하였으며, 최종적으로 공시번호 20220001 사건으로 승인되었다. 본 사건의 구체적인 촉발 사유(「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 4조의 몇 호가 적용되었는지)와 평가 유효기간 만료 후의 처리 상황(원 규칙에 따르면 2024년 9월 만료, 2024년 3월 22일 시행된 「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」 제 9조의 신규칙에 따르면 2025년 9월 만료이며, 본 연구 작성 시점인 2026년 5월 기준 어느 쪽이든 이미 만료)은 공개자료에 밝혀져 있지 않다.

공개 단계. 연구 결과는 학술논문의 형식으로 공개된다. COLOR III의 단기 결과는 2026년 3월 The Lancet Gastroenterology & Hepatology에 정식 게재되었고(OncoDaily 등 학술 매체가 동시 보도), 전 세계 28개 센터에서 총 1,103명의 환자가 무작위 등록되었다.⁴³ COLOR IV의 연구 협약은 2025년 2월 Surgical Endoscopy지에 정식 게재되었다. 본 단계에는 PIPL 제 25조(처리자는

⁴³Tuynman JB, Yao H, Moolenaar LR, et al. Transanal total mesorectal excision versus laparoscopic total mesorectal excision for mid and low rectal cancer (COLOR III): short-term outcomes of an international, multicentre, phase 3, randomised, controlled, non-inferiority trial. Lancet Gastroenterol Hepatol. 2026 참조. 동 연구는 전 세계 28개 병원에서 수행되었다.

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구

처리하는 개인정보를 공개하여서는 아니 되나, 개인의 단독 동의를 취득한 경우는 예외)가 적용된다. 학술 발표의 통상적 관행에 따라 본 사건 데이터는 집계 통계와 비식별화된 증례의 형식으로 제시되며 개인 신원정보를 직접 공개하지 않는다.

삭제 단계. 본 사건의 데이터 삭제 메커니즘은 공개자료에 밝혀져 있지 않다. 본 단계에는 PIPL 제 47 조(삭제 의무의 다섯 가지 사유)와 임상연구 분야의 특별 보존기간 규칙이 적용된다. 「약물 임상시험 품질관리규범」 제 80 조에 따르면 임상연구의 필수문서는 시험약물의 시판 승인 후 5 년 또는 임상시험 종료 후 5 년까지 보존하여야 하며, 다기관·복수 법역에 걸친 장기 연구에서는 서로 다른 법역의 요건을 중첩적으로 충족하여야 하므로 규제 점검과 과학적 재검증에 대비하여 실제 보존기간이 연구 종료 후 10 년 이상으로 연장되는 경우가 많다. 이로부터 의료 상황 특유의, 규범을 가로지르는 긴장이 형성된다. 즉 피험자가 PIPL 에 따라 가지는 동의 철회권·삭제청구권과 임상연구 규범의 장기 보존의무가 적용상 교차하는 것인데, 그 연계 경로는 PIPL 제 47 조 제2항에 있다. 법정 또는 규범상의 보존기간이 만료되지 않은 때에는 처리자는 즉시 삭제할 것이 아니라 저장과 필요한 안전보호 조치 이외의 처리를 중지하여야 한다.⁴⁴

3. 국외이전 단계와 상류 단계의 의존관계

⁴⁴ 「약물 임상시험 품질관리규범」(2020 년) 제 80 조는, 의약품 등록 신청에 사용되는 임상시험의 필수문서는 시험약물의 시판 승인 후 적어도 5 년까지, 등록 신청에 사용되지 아니한 임상시험의 필수문서는 시험 종료 후 적어도 5 년까지 보존하도록 규정한다. ICH-GCP E6(R2) §5.5.11 도 의뢰자에게 필수문서를 해당 지역에서 시험약물이 시판 승인된 후 적어도 2 년 또는 임상개발의 공식 종료 후 적어도 2 년까지 보존할 것을 요구한다. 다기관·복수 법역에 걸친 장기 임상연구는 서로 다른 법역의 최장 보존요건을 동시에 충족하여야 하므로, 실무상 보존기간이 연구 종료 후 10 년 이상으로 연장되는 경우가 많다.

본 사건의 국외이전 행위는 ‘제공 단계’의 특수한 형태에 속한다. 그러나 국외이전 단계의 컴플라이언스 의무 이행은 상류 단계의 컴플라이언스 품질에 의존한다. 수집 단계에서 유효한 동의를 취득하지 못하면 국외이전 단계에서 이를 보완할 수 없고, 저장 단계에서 역내 저장과 안전보호를 실현하지 못하면 국외이전 안전평가를 통과하기 어려우며, 가공 단계에서 진정한 익명화를 실현하지 못하면 국외이전 데이터는 여전히 PIPL 의 모든 구속을 받는다. 이러한 ‘상류 컴플라이언스가 하류 컴플라이언스를 결정하는’ 사슬형 의존관계는, 국외이전 안전평가가 사실상 국외이전 자체만이 아니라 처리자 전체의 컴플라이언스 수준을 간접적으로 평가하는 것임을 결정짓는다.⁴⁵

베이징시 보건위생위원회 공식 홈페이지가 공개한 병원의 신고 준비 업무(병원 과학기술처 평가, 병원 정보센터 평가, 병원 내부 「데이터 국외이전 안전관리방법」의 제정)는 실제로 전생애주기 상류 단계 컴플라이언스 품질에 대한 사전 보장이다. 이러한 ‘먼저 내부 심사, 다음에 외부 신고’의 절차 모델이 본 사건 컴플라이언스 설계의 핵심 특징을 구성한다.

4.8 개 단계의 적용규범 매트릭스

	수집	저장	사용	가공	전송	제공(국외이 전 포함)	공개	삭제
PIPL	☐	☐	☐	☐	☐	☐ (핵심)	☐	☐
「데이터안전법」	☐	☐	☐	☐	☐	☐ (핵심)	☐	☐
「네트워크안전법」/등급보 호제도	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐	☐

⁴⁵刘权：《论个人信息保护影响评估——以〈个人信息保护法〉第55、56条为中心》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2022年第5期，第39—50页 참조.

	수집	저장	사용	가공	전송	제공(국외이 전 포함)	공개	삭제
건강의료빅데이터 방법	□	□	□	□	□	□	□	□
의료보건기관	□	□	□	□	□	□	□	□
네트워크안전 관리방법								
데이터 국외이전						□(핵심)		
안전평가 방법								
윤리심사방법(11 호령/2023 년 방법)	□	○	□	□	○	□	□	□
약물 임상시험	○	○	○	○	○	○	○	○
품질관리규범(참조적용)								
인류유전자원관리조례	□	□	□	□	□	□	○	○

주: □는 직접 적용, ○는 간접 적용을 표시한다.

본 표는 본 사건의 전생애주기 컴플라이언스가 적어도 아홉 층위 규범의 병행적용을 수반함을 보여준다. 규범 층수에서 보면 제공(국외이전 포함) 단계에 적용되는 규범이 가장 많아 법률 층위, 행정법규 층위, 부문규장 층위, 국가표준 층위, 업종규장 층위와 임상연구 특별규장을 아우른다. 핵심 단계에서 보면 제공(국외이전 포함) 단계가 본 사건 컴플라이언스의 핵심을 구성하나, 동시에 수집 단계가 피험자 동의 문제와 관련되어 컴플라이언스 품질의 원천이 된다.

VII. 본 사건 데이터 국외이전의 관할과 법적 책임

앞의 각 장에서는 본 사건 데이터가 어떻게 분류등급되고, 병원이 어떻게 내부 식별을 이행하며, 각 제도가 등급보호와 전생애주기의 차원에서 어떻게

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구

전개되는지를 분석하였다. 그러나 제도의 실효성은 결국 하나의 물음에 달려 있다. 즉 데이터 국외이전 단계에서 위법이 발생하면 누가, 어떤 규범에 의하여, 어떤 책임을 부과하는가이다. 본 사건의 데이터는 베이징우의병원에서 암스테르담 UMC 로 이전되어 중국과 EU 의 두 법역을 가로지르므로, 규제관할은 단일 국가 내부의 문제가 아니라 중국과 EU 두 규제체계의 교차 문제가 된다. 본 장에서는 먼저 중국 측의 규제관할과 법적 책임을 정리하고, 다음으로 EU·네덜란드 측의 국외 수령자에 대한 관할을 분석하며, 마지막으로 두 관할체계의 교차와 충돌의 핵심 문제 — 특히 데이터 주권을 배경으로 한 국경 간 사법적 데이터 제출요구의 충돌 — 에 초점을 맞춘다. 평가의 구조에서 본 장은 평가사항 중 국외 수령자 소재 법역의 법률환경에 대한 심사 차원에 대응한다.

1. 중국 측의 규제관할과 법적 책임

중국 측의 규제관할은 국내 데이터 이전 주체(즉 베이징우의병원)를 대상으로 하며, ‘인터넷정보 부서의 총괄, 산업 주관부서의 분담’이라는 다원적 구조를 보이고, 위법행위의 성질에 따라 서로 다른 주관기관과 벌칙이 대응한다.

첫째, 데이터 국외이전 안전평가 의무 위반은 인터넷정보 부서가 관할한다. 본 사건의 데이터 국외이전은 베이징시 인터넷정보판공실에 안전평가를 신고하였으며, 지방 인터넷정보 부서가 제 1 선 규제기관이고 국가 인터넷정보 부서가 총괄·조정을 담당한다. 데이터 처리자가 평가 없이 국외이전하거나 평가의 범위를 넘어 국외이전하는 경우에는 「데이터안전법」, 「개인정보보호법」 및 「데이터 국외이전 안전평가 방법」에 따라 책임을 진다.

둘째, 데이터안전 보호의무·중요데이터 관리의무 위반은 관련 주관부서가 관할한다. 「데이터안전법」 제 45 조에 따르면, 데이터 처리활동을 수행하는 조직·개인이 동 법 제27조, 제29조, 제30조가 규정하는 데이터안전 보호의무를

이행하지 아니하는 경우 관련 주관부서가 시정을 명하고 경고하며 5 만 위안 이상 50 만 위안 이하의 벌금을 병과할 수 있고, 시정을 거부하거나 대량의 데이터 유출 등 중대한 결과를 초래한 경우에는 50 만 위안 이상 200 만 위안 이하의 벌금에 처하며, 관련 업무의 정지, 영업정지·정돈, 관련 업무허가증 또는 영업집조의 취소를 명할 수 있다.⁴⁶ 의료업종에 관하여는 보건위생 주관부서가 해당 업종 내에서 데이터안전 규제 직책을 담당하며, 이는 제4장·제5장에서 본 ‘산업 측’ 분류등급 절차와 연계된다. 즉 분류등급의 산업 주관부서가 동시에 상응하는 집행 주관부서이기도 하다.

셋째, 개인정보 보호의무 위반은 개인정보보호 직책을 이행하는 부서가 관할한다. 「개인정보보호법」 제 60 조에 따르면 국가 인터넷정보 부서가 개인정보보호 업무의 총괄·조정을 담당하고, 국무원 관련 부서가 각자의 직책 범위에서 감독관리를 담당하며, 현급 이상 지방인민정부의 관련 부서는 국가의 규정에 따라 직책을 확정하는데, 이 셋을 합하여 ‘개인정보보호 직책을 이행하는 부서’라 한다. 벌칙에 관하여는 동 법 제 66 조에 따라, 위법하게 개인정보를 처리하거나 보호의무를 이행하지 아니한 경우 개인정보보호 직책을 이행하는 부서가 시정 명령, 경고, 위법소득의 몰수를 하고 시정을 거부하면 100 만 위안 이하의 벌금을 병과하며, 정상이 중한 경우에는 성급 이상 부서가 시정을 명하고 위법소득을 몰수하며 5,000 만 위안 이하 또는 전년도 매출액 100 분의 5 이하의 벌금에 처하고, 관련 업무의 정지·영업정지 정돈·허가 또는 영업집조의 취소를 명할 수 있으며, 직접 책임이 있는 주관자에게는 10 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 벌금에 처하고 일정 기간의 취업제한을 결정할 수 있다. 본 사건은 민감개인정보를 처리하고 국외에 제공하므로 제 66 조의 규율

⁴⁶ 「데이터안전법」 제 45 조 제 1 항. 국가핵심데이터 관리제도를 위반하여 국가의 주권·안전과 발전이익을 위해한 경우에는 동 조 제 2 항에 따라 200 만 위안 이상 1,000 만 위안 이하의 벌금에 처하고, 상황에 따라 영업정지·정돈, 관련 업무허가증 또는 영업집조의 취소를 명하며, 범죄를 구성하는 경우 법에 따라 형사책임을 추궁한다.

범위에 속한다.

넷째, 인류유전자원이 관련되는 경우에는 과학기술 주관부서가 관할한다. 「인류유전자원관리조례」에 따르면 인류유전자원의 채집·보존·이용·국외제공은 국가 과학기술 주관부서가 심사·규제한다. 다만 제 4 장에서 본 바와 같이 본 사건 데이터는 식별 결과 인류유전자원정보를 구성하지 않으므로 본 사건은 과학기술 주관부서의 인류유전자원 심사·처벌 궤도에 들어가지 않는다. 이러한 관할의 배제는 바로 제 4 장의 인류유전자원정보 배제 판단이 집행 차원으로 연장된 것이다.

종합하면, 중국 측의 규제관할은 ‘총괄 더하기 분담’의 구조적 특징을 보인다. 인터넷정보 부서가 데이터 국외이전과 개인정보보호를 총괄하고, 보건위생 주관부서가 업종별 분담에 따라 규제하며, 과학기술 주관부서가 인류유전자원을 전담한다. 이 구조는 본 사건 분류등급의 ‘산업 측/처리자 측’ 이중 절차와 서로 호응한다. 데이터 등급을 식별하는 주체가 흔히 상응하는 집행 주체이기도 한 것이다. 그 공통된 특징은, 중국 측 규제관할의 대상이 언제나 국내 이전 주체인 베이징우의병원이고, 규제 수단은 사전 안전평가, 국외이전 계약상 의무의 설정, 그리고 사후 이전 주체에 대한 책임 추궁이라는 점이다.

2. EU·네덜란드 측의 규제관할

데이터가 암스테르담 UMC 로 이전된 후에는 곧 EU 「일반개인정보보호규정」(GDPR)의 관할 범위에 들어간다. 본 사건의 국외 수령자인 UMC 는 네덜란드에 소재하며, 그 관할은 다음의 특징을 보인다.

관할기관의 측면에서, 네덜란드 데이터보호청(Autoriteit Persoonsgegevens, AP)이 네덜란드 역내의 주관 감독기관이다. 데이터 처리가 복수의 회원국에 관련되는 경우에는 주도 감독기관을 중심으로 하는 일관성

메커니즘(유럽데이터보호이사회 EDPB 가 조정)이 추가로 존재하여 GDPR 의 EU 역내 통일적 적용을 보장한다.

관할 근거의 측면에서, GDPR 제 3 조는 속지주의와 표적지향을 결합한 적용범위를 확립한다. EU 역내에 설립된 컨트롤러 또는 프로세서가 처리활동을 수행하는 한, 처리행위가 어디에서 이루어지는지를 불문하고 GDPR 이 적용된다.⁴⁷ 암스테르담 UMC 는 네덜란드에 설립된 기관으로서 본 사건 데이터에 대한 그 처리는 GDPR 의 관할을 직접 받는다.

벌칙의 측면에서, GDPR 제 83 조는 2 단계 행정 과징금 체계를 둔다. 비교적 가벼운 위반에는 최고 1,000 만 유로 또는 직전 회계연도 전 세계 매출액의 2%(둘 중 높은 금액)까지, 비교적 무거운 위반(처리의 기본원칙, 정보주체의 권리, 제 3 국 이전 규정의 위반 등)에는 최고 2,000 만 유로 또는 전 세계 매출액의 4%(둘 중 높은 금액)까지 부과할 수 있다.⁴⁸ 이에 따라 UMC 가 EU 역내에서 행하는 본 사건 데이터의 처리(처리의 적법성 근거, 정보주체 권리의 보장, 재이전 제한 등 포함)는 GDPR 의 요건을 독립적으로 충족하여야 하며, 그렇지 못하면 네덜란드 AP 의 제재에 직면한다.

강조할 점은, GDPR 의 UMC 에 대한 관할과 중국 측의 데이터 국외이전 안전평가는 서로 독립된 두 갈래의 컴플라이언스 심사라는 것이다. 중국 측은 데이터가 ‘국외로 나갈 수 있는지, 어떤 조건으로 나가는지’를 심사하고, EU 측은 데이터가 들어온 후 ‘수령자의 처리가 적법한지’를 심사한다. 동일한 데이터 이동이 이로써 이전지와 수령지의 두 규범체계에 동시에 구속되며, 양자는 기준이 다르고 서로 독립적이며 서로를 대체하지 않는다.

⁴⁷GDPR Article 3 (Territorial scope). EU 역내에 설립된 컨트롤러·프로세서의 처리활동에는 처리가 EU 역내에서 이루어지는지를 불문하고 동 규정이 적용된다.

⁴⁸GDPR Article 83(4)(5). 2 단계 과징금: 상한은 각각 1,000 만 유로 또는 전 세계 연간 매출액의 2%, 2,000 만 유로 또는 전 세계 연간 매출액의 4% 중 높은 금액이다.

3. 두 관할체계의 교착과 충돌

본 사건의 데이터 국외이전은 중국과 EU 의 두 법역을 가로지르며, 두 규제관할은 단순히 포개지는 것이 아니라 연결 지점에서 교착과 잠재적 충돌을 낳는다.

첫째, 이중 컴플라이언스와 상호 불승인. 앞서 본 바와 같이 중국 측의 데이터 국외이전 안전평가와 EU 측의 GDPR 컴플라이언스는 서로 독립된 두 심사이므로, 중국 측 평가의 통과가 EU 측 의무를 면제하지 않으며 그 역도 마찬가지이다. 베이징우의병원과 암스테르담 UMC 의 협력은 실제로 양쪽의 요건을 동시에 충족하여야 하며, 이는 국경 간 의료데이터 협력의 이중 컴플라이언스 부담을 구성한다.

둘째, 관할의 ‘중첩’이 아닌 ‘릴레이’. 중국 측의 규제관할은 데이터의 국외이전 시점까지 미치며 그 대상은 국내 이전 주체이고, EU 측의 관할은 데이터의 역내 유입 시점부터 시작되며 그 대상은 국외 수령자이다. 두 구간의 관할을 잇는 것은 데이터 국외이전 계약(개인정보 국외이전 표준계약 등)으로서, 데이터보호 의무를 이전 주체로부터 수령자에게 ‘릴레이’식으로 전달한다. 중국 규제기관은 네덜란드에 소재한 UMC 에 대하여 직접적인 집행 능력을 가지지 못하며, 계약상 약정된 의무와 국내 이전 주체에 대한 책임 추궁을 통하여 국외 처리 단계에 대한 관할을 간접적으로 실현할 수 있을 뿐이다. 이것이 데이터 국경 간 규제의 구조적 한계이다.

셋째, 방향성의 구분 — GDPR 국경 간 이전 규칙의 본 사건에서의 적용 한계. GDPR 제 45 조의 적정성 결정과 제 46 조의 표준계약조항(SCC) 등 적절한 보호조치는 EU 에서 제 3 국으로의 데이터 이전을 규율한다. 본 사건의 ‘중국에서 EU 로’라는 기본 흐름에 관하여 보면, UMC 가 본 사건 데이터를 수령하여 EU 역내에서 처리하는 데 따른 의무는 주로 GDPR 의 일반 처리규칙과 특수 범주 데이터 처리에 관한 규정(적법한 처리 근거, 과학연구

예외, 정보주체의 권리와 안전 의무 등)에서 나오며, GDPR 제 5 장의 국경 간 이전 수단에서 나오는 것이 아니다. 다만 UMC 가 본 사건 데이터를 중국으로 회송하거나 다른 비 EU 법역으로 재이전하는 경우에는 GDPR 제 5 장의 국경 간 이전 규칙이 별도로 촉발되며, 그때에는 EU 와 중국 사이에 적정성 결정이 존재하지 않으므로 SCC 등 적절한 보호조치로 연계하여야 하고 컴플라이언스 비용과 불확실성이 그만큼 높아진다.⁴⁹

넷째, 국경 간 사법적 데이터 제출요구의 충돌 — 데이터 주권을 배경으로 한 두 관할의 정면 충돌. 이는 두 관할체계의 교차 중 가장 첨예한 문제로서 상세히 분석할 필요가 있다. 한편으로 「데이터안전법」 제 36 조는, 중화인민공화국의 주관기관은 관련 법률과 체결·가입한 국제조약·협정에 따라, 또는 평등호혜의 원칙에 따라 외국 사법기관 또는 집행기관의 데이터 제공 요청을 처리하며, 중화인민공화국 주관기관의 비준 없이 역내의 조직·개인은 외국 사법기관 또는 집행기관에 중화인민공화국 역내에 저장된 데이터를 제공하여서는 아니 된다고 규정한다. 「개인정보보호법」 제 41 조는 평행 규정을 두어 개인정보 분야의 대응 차단조항을 구성한다. 이 두 조항은 중국의 ‘차단조항(Blocking Provision)’이라 불리는데, 그 입법 의도는 일부 국가가 국제사법공조를 우회하여 국내법으로 자국 기관에 국외 데이터를 강제로 취득할 권한을 부여하는 것에 대응하여, 사전 기준을 설정함으로써 타국의 역외관할을 차단하는 데 있다.⁵⁰

⁴⁹본 연구 작성 시점까지 EU 집행위원회는 중국에 대하여 GDPR 제 45 조 의미의 적정성 결정을 내린 바 없다. 동 결정과 제 46 조의 적절한 보호조치는 EU 에서 제 3 국으로의 데이터 이전을 대상으로 한다. 따라서 EU 측에서 중국으로의 회송 또는 재이전이 발생하는 경우에만 표준계약조항(SCC) 등 제 46 조 소정의 적절한 보호조치에 의한 연계가 필요하며, 본 사건의 ‘중국에서 EU 로’라는 기본 흐름은 이를 국외이전의 근거로 하지 않는다.

⁵⁰中伦律师事务所:《数据安全, 国之重器——〈数据安全法〉第三十六条的适用与合规应对》, 2022 年 참조. 「개인정보보호법」 제 41 조는 평행 규정을 두며, 양자를 합하여 ‘차단조항(Blocking Provision)’이라 부른다.

이 차단조항 위반의 법적 책임은 명확하다. 「데이터안전법」 제 48 조 제 2 항에 따르면, 제 36 조를 위반하여 주관기관의 비준 없이 외국 사법기관 또는 집행기관에 데이터를 제공한 경우 관련 주관부서가 경고하고 10 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 벌금을 병과할 수 있으며, 중대한 결과를 초래한 경우에는 100 만 위안 이상 500 만 위안 이하의 벌금에 처하고 관련 업무의 정지, 영업정지·정돈, 관련 업무허가증 또는 영업집조의 취소를 명할 수 있다.

다른 한편으로 EU 측에는 거울상의 규정이 존재한다. GDPR 제 48 조는, 제 3 국의 법원 또는 행정기관이 컨트롤러 또는 프로세서에게 개인데이터의 이전 또는 공개를 요구하는 판결·결정은 그것이 요청국과 EU 또는 회원국 사이의 국제협정(사법공조조약 등)에 기초하는 경우에 한하여 승인되거나 집행될 수 있다고 규정한다. 바꾸어 말하면 EU 도 국제협정의 틀을 거치지 않은 외국(중국 포함)의 직접적인 제출요구를 승인하지 않는다. 이로써 중국과 EU 양측은 각각 ‘자기 측의 비준 또는 국제협정 없이는 상대방 사법·집행기관에 데이터를 제공할 수 없다’는 규칙을 두어 데이터 주권 차원의 쌍방향 차단을 형성한다.

이 충돌의 현실적 의의는 다음과 같다. 어느 한쪽의 사법기관 또는 집행기관이 본 사건 데이터의 제출을 요구하는데 그 데이터가 상대방 역내에 저장되어 있는 경우, 데이터 보유자는 ‘한쪽은 제공을 요구하고 다른 쪽은 제공을 금지하는’ 법적 곤경에 동시에 직면하게 된다. 본 사건의 베이징우의병원과 암스테르담 UMC 의 장기 임상연구 협력에서는 데이터가 중국과 EU 양쪽에 분산되어 있으므로, 어느 한쪽에서 소송, 규제 조사 또는 집행 절차가 발생하여 상대방 역내의 데이터 제출이 필요해지면 위 충돌이 촉발될 수 있다. 본 사건의 공개자료에는 그러한 상황이 발생하였다는 기록이 없으나, 국경 간 의료데이터 협력의 구조적 위험으로서 그것은 두 규제관할이 데이터 주권 차원에서 피할 수 없는 잠재적 충돌 지점을 구성한다.

4. 본 사건 규제관할의 전체상

위 분석을 종합하면, 본 사건 베이징우의병원과 암스테르담 UMC 의 데이터 국외이전은 ‘중국 측은 국외이전을 관할하고, EU 측은 유입을 관할하며, 계약이 릴레이하고, 사법적 제출요구의 충돌은 미해결로 유보된’ 관할 상태에 놓여 있다. 중국 측은 인터넷정보 부서의 총괄과 보건위생 주관부서의 분담이라는 구조로 국내 이전 주체인 베이징우의병원에 대하여 사전 평가와 사후 책임 추궁을 시행하고, EU 측은 네덜란드 AP 를 주관기관으로 하여 GDPR 에 따라 국외 수령자 UMC 의 유입 후 처리를 규제하며, 두 구간의 관할은 데이터 국외이전 계약으로 연결되나, 적정성 결정이 없고 쌍방향 차단조항이 존재하는 상황에서 그 연결 지점에는 이중 컴플라이언스 부담과 잠재적인 사법적 제출요구 충돌이 상존한다.

이 관할의 전체상은 본 연구가 거듭 드러내 온 특징을 확인하여 준다. 의료데이터 국경 간 이전이라는 신흥 영역에서 규범 공급은 날로 완비되어 가나, 법역을 가로지르는 관할 조정 메커니즘은 여전히 성숙하지 못하였다. 본 사건 데이터 국외이전의 컴플라이언스는 분류등급, 안전평가 등 실체 제도의 적용 문제일 뿐만 아니라, 통일된 조정 틀이 없는 가운데 두 독립된 규제관할이 병행하여 작동하는 문제이기도 하다. 이 구조적 특징이 본 연구가 결론 부분에서 더 논의할 기초를 구성한다.

VIII. 결론과 전망

1. 연구의 회고와 본 사건의 표본가치

본 연구는 베이징우의병원과 Amsterdam UMC 가 협력한 국제 다기관 임상연구(COLOR III, COLOR IV)를 분석대상으로 하여, 공시번호 20220001 사건을 둘러싸고 ‘사실을 먼저, 규범을 나중에’라는 체계적 정리를 수행하였다. 본 사건의 사실 층위는 2017 년 COLOR IV 중국 측 재원의 과제 선정부터

2030 년 COLOR IV 의 완료 예정까지 13 년의 시간 폭에 걸치며, 중국 데이터 거버넌스 체계가 무에서 유로 구축된 전 기간을 가로지른다. 본 사건의 규범 층위는 법률, 행정법규, 부문규장, 국가표준과 지방규범의 다섯 규범 층위에 걸치며, 각 시기에 적용되는 규범의 차이가 본 사건 컴플라이언스 판단의 핵심 난점을 구성한다.

본 사건은 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 시행 이래 전국 최초로 데이터 국외이전 안전평가를 통과한 사례로서 규칙 구축기의 표본가치를 가진다. 본 사건의 ‘컴플라이언스 통과’는 이 제도가 의료 분야에서 처음으로 실무 운용된 것이자, 이후 동종 사건의 컴플라이언스 판단에 사실적 참조를 제공한다. 본 연구가 지금까지 수행한 작업은 본 사건의 사실과 규범을 온전히 정리하는 것으로서, 컴플라이언스 판단도 위법 판단도 정책 제언도 하지 않는다. 다만 사실 층위의 제시는 자연스럽게 몇 가지 이론적 문제를 도출하므로, 본 장에서는 사실의 기초 위에서 초보적 분석을 하고 다음 단계의 연구 방향을 밝힌다.

2. 본 사건의 사실 제시가 도출하는 핵심 발견

이하의 다섯 발견은 ‘사실 관찰(발견 1, 2) — 제도 문제(발견 3, 4) — 이론적 구분(발견 5)’의 층위로 점층하며, 서론에서 제시한 핵심 논지를 함께 뒷받침한다. 첫째, 본 사건은 ‘병원 내부 선행 심사, 규제 외부 최종 평가’라는 실무 컴플라이언스 모델을 보여준다(제 2 장과 제 4 장에서 상술). 본 연구 제 2 장에서 규명한 사실에 따르면, 베이징우의병원은 베이징시 인터넷정보판공실에 신고하기 전에 세 국면의 병원 내부 심사를 완료하였다. 즉 병원 과학기술처가 프로젝트의 과학적 의의와 인류유전자원 상황을 내부 평가하였고, 병원 정보센터가 네트워크안전·데이터안전을 다시 평가하여

마봉초- 중국 의료데이터 국외이전 규제에 관한 연구

등급보호 등 표준규범에 부합함을 확인하였으며, 병원이 내부 「데이터 국외이전 안전관리방법」을 제정하고 “중요데이터 국외이전의 심사 메커니즘, 평가 메커니즘, 감독 메커니즘”의 수립을 명확히 하였다. 이 ‘3 국면 내부 심사’는 사실 차원에서 데이터 국외이전 안전평가의 선행적 품질보장을 구성한다. 최초 사례로서 본 사건의 내부 심사 모델은 이후 동종 신고에 관찰 가능한 실무 참조를 제공한다. 그러나 이러한 ‘실무 선행형’ 컴플라이언스 모델은 구조적 의존성을 가진다. 규제의 최종 평가가 실질적으로 병원 내부 심사의 컴플라이언스 품질에 의존하는 것이다. 병원 내부 심사의 구체적 내용, 심사 결론, 부적합 사항의 시정 상황이 모두 공개 경로에 밝혀져 있지 않은 상황에서, 규제의 국내 측 안전수준 평가가 구체적으로 어떻게 작동하는지는 아직 충분히 관찰되지 못한 컴플라이언스 문제로 남는다.

둘째, 본 사건은 ‘개인정보 유형 × 국외이전 시나리오 × 조합적용 논리’의 실무 작동 양상을 구체적으로 보여준다(제4장과 제6장에서 상술). 정보 유형의 축에서, 본 사건 데이터는 일반개인정보(환자의 기본 신원정보), 민감개인정보(PIPL 제 28 조에 따른 의료건강류와 주민신분증번호), 그리고 데이터 차원에서 ‘중요데이터’ 해당 여부가 식별 대기 중인 상황을 포괄한다. 국경 간 시나리오의 축에서, 본 사건은 COLOR III 의 ‘국외 의뢰자 주도·중국 측 참여’와 COLOR IV 의 ‘중국 측 의뢰자 주도·국외 참여’라는 상반된 두 시나리오 구조를 보여주는데, 양자 모두 중국 데이터 국외이전 규제의 범위에 포섭된다. 이는 본 사건의 국경 간 시나리오 판단이 의뢰자의 신원이 아니라 ‘데이터가 실제로 국경을 넘어 전송되는가’를 기준으로 함을 보여준다. 조합적용의 논리에서, 본 사건은 개인정보 차원의 컴플라이언스 근거(PIPL 제 38 조·제 39 조, 윤리심사방법, 상호인정연맹 규칙)와 데이터 차원의 컴플라이언스 근거(DSL 제 21 조, 안전평가방법 제 4 조 제 2 호, 베이징 자유무역시험구 네거티브리스트)가 병행하는 두 판단 틀을 구성하고, 양자가

‘의료건강류 민감개인정보’라는 교집합 필드에서 중첩적용 관계를 넣음을 보여준다. 이러한 ‘두 축 병행·교집합 중첩’의 조합 판단 구조는 본 사건의 사실 층위가 객관적으로 드러내는 실무 양상이자, 의료데이터 국외이전 규제가 현행 규범체계에서 구체적으로 전개되는 형식이다.

셋째, 본 사건은 평가 유효기간 메커니즘과 장기 임상연구 사이의 구조적 긴장을 드러낸다. 「데이터 국외이전 안전평가 방법」 제 14 조에 따라 평가 유효기간은 본래 2 년이었고, 2024 년 3 월 22 일 시행된 「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」 제 9 조에 따라 유효기간은 3 년으로 연장되었다. 본 사건의 COLOR IV 는 2030 년까지 지속될 예정이고 COLOR III 의 장기 생존율 추적관찰도 여러 해 계속된다. 그런데 본 사건의 심사는 2022 년 9 월부터 2023 년 초에 통과되었으므로, 원래의 2 년 규칙에 따르면 평가 유효기간은 2024 년 9 월에 이미 만료되었고(약 1 년 8 개월 경과), 새로운 3 년 규칙으로 추산하더라도 약 2025 년 9 월에 만료되었다(승인 시점 기준, 약 8 개월 경과). 2026 년 5 월 시점에 본 사건의 컴플라이언스 지속 상태는 공개 경로에 밝혀져 있지 않다. 임상연구의 실제 주기(ICH-GCP 의 통상 실무에 따르면 데이터 보존기간은 연구 종료 후 10~15 년)와 규제 평가의 유효기간(2~3 년) 사이에는 몇 배에서 수십 배에 이르는 시간적 차이가 존재한다. 이러한 구조적 긴장은, 장기 임상연구가 평가 유효기간 만료 후 필연적으로 재신고 또는 평가 연장의 컴플라이언스 의무에 직면하며, 그 시점에 적용되는 규범상태가 이미 실질적으로 변화하였을 수 있음(본 사건 심사 시에는 존재하지 않았던 2024 년 베이징 자유무역시험구 의약산업 중요데이터 네거티브리스트, GB/T 43697-2024 데이터 분류등급 규칙 등)을 의미한다. 본 사건의 컴플라이언스 지속 문제는 이로써 평가제도 자체가 장기 임상연구라는 상황에서 응답하여야 할 실무적·이론적 문제가 된다.

넷째, 본 사건은 다중 규범의 병행적용 속 연계 공백을 보여준다. 본 사건은

적어도 아홉 층위 규범의 병행적용을 수반한다(제 6 장의 8 개 단계 적용규범 매트릭스에서 상술). 인간 대상 연구의 윤리심사 차원에서는 11 호령(심사 시 적용)과 国教科教发[2023]4 号 방법(컴플라이언스 지속 단계 적용)이 병존하고, 병원 네트워크안전 차원에서는 등급보호 2.0(GB/T 22239-2019)과 「의료보건기관 네트워크안전 관리방법」이 병존하며, 데이터 국외이전 차원에서는 안전평가방법(첫 번째 경로)과 「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」, 베이징 자유무역시험구 네거티브리스트가 병존한다. 각 규범은 각자의 범위에서 전개되나, 규범들 사이의 연계 관계 — 윤리심사의 ‘상호인정’ 메커니즘과 국경 간 데이터 국외이전의 ‘독립 심사’를 어떻게 구분할 것인지, 병원 등급보호 컴플라이언스와 데이터 국외이전 안전평가의 사실적 승계, 병원 내부 방법과 규제 외부 평가의 효력 관계 — 는 아직 규범 차원에서 명확히 처리되지 않았다. 본 사건의 실무 운용은 사실상 병원과 규제기관의 구체적 상호작용을 통하여 이러한 연계 공백을 메운 것이나, 그 메움의 구체적 경로는 공개되지 않았다.

다섯째, 본 사건은 ‘컴플라이언스 통과’와 ‘지속적 컴플라이언스’의 경계, ‘미공개’와 ‘위법’의 경계라는 두 핵심 이론 문제를 도출한다. 본 사건이 국가인터넷정보판공실의 평가를 통과한 것은 확정된 사실이다. 그러나 평가 통과는 평가 시점의 컴플라이언스 수준에만 미치며, 평가 유효기간 내 컴플라이언스의 지속적 품질에는 미치지 않고, 평가 유효기간 만료 후의 컴플라이언스 상태에는 더더욱 미치지 않는다. 본 연구가 지적한 여러 ‘공개 경로에 밝혀지지 않은’ 사항 — 동의서의 구체적 내용, 병원 내부 방법의 전문, 등급보호 등급 결정 결과, 개인정보보호 영향평가 문서, 심사 통과의 정확한 시점, 컴플라이언스 지속 상태 등 — 은 본 연구 사실기반의 미지(未知) 부분을 구성하나, 미지 자체는 위법의 인정도 컴플라이언스의 인정도 구성하지 않는다. 본 사건은 이러한 이론적 구분에 구체적인 사실 소재를 제공한다. 평가

통과라는 ‘컴플라이언스 통과’를 미공개 사항이라는 ‘사실의 미지’와 어떻게 구분할 것인지, 평가 유효기간 만료 후의 ‘재평가 대기’ 상태를 ‘위법 운영’ 상태와 어떻게 구분할 것인지 — 이러한 구분은 평가 메커니즘 자체의 효력 범위에 대한 정밀한 이론 분석에 의존하며, 본 연구 다음 단계의 핵심 이론 문제이다. 허가의 시간적 효력에서 관찰하면, 평가 통과는 유효기간이 붙은 컴플라이언스 판정이다. 그 효력의 종기는 행정관리의 주기가 결정하는 반면 임상연구의 데이터 처리활동은 지속성을 가지므로, 양자의 시간 구조는 본래부터 어긋나 있다. 장기 국제 임상연구에 관하여 이는, 컴플라이언스 설계가 처음부터 ‘연장 — 재신고’를 연구 전 주기의 계획에 편입하여야 하며 평가 통과를 일회성 통관으로 보아서는 안 됨을 의미한다.

3. 향후 연구방향

본 연구가 취한 ‘사실을 먼저, 규범을 나중에’의 제시 방식은 방법론적 의의를 가진다. 중국의 데이터 국외이전 제도는 2021 년부터 2026 년 5 월까지 5 년 사이에 규칙의 구축에서 규칙의 세부화로 이어지는 밀도 높은 변동을 겪었으며, 그 과정에서 구체적 사건에 대한 사실의 제시를 규범에 대한 이론적 평가보다 앞세우는 것은 이론이 선입견의 틀로 사실 판단을 왜곡하는 것을 피하기 위한 필수적 경로이다. 본 연구가 지금까지 수행한 작업은 주로 사실의 제시에 속하며, 이론적 평가는 사실이 충분히 완전해진 기초 위에서 자연스럽게 떠올라야 한다. 최초 사례로서 본 사건의 표본가치는 바로 그 사실 제시가 이후 동종 사건의 이론 구축에 경험적 기초를 제공할 수 있다는 데 있다. 인정하여야 할 것은, 본 연구의 사실 층위에는 여전히 공개 경로에 밝혀지지 않은 몇 가지 핵심 사항이 남아 있다는 점이다. 이러한 미확인 사항이 본 연구의 객관적 한계를 구성한다.

본 사건의 사실 제시와 초보적 발견에 기초하여, 본 연구는 다음의 방향을 다음 단계의 연구 내용으로 확정한다.

첫째는 본 사건 핵심 사실의 확인 방향이다. 구체적으로는 베이징우의병원 자체 윤리위원회의 COLOR III·COLOR IV 심사에서의 실제 동의서 내용, 본 사건 심사 통과와 구체적 일자와 촉발 사유, 평가 유효기간 만료 후의 처리 상태, 병원 내부 「데이터 국외이전 안전관리방법」의 전문과 작동 메커니즘이 포함된다.

둘째는 국경 간 시나리오 유형화의 이론 구축 방향이다. 본 사건은 ‘두 축 병행·교집합 중첩’의 조합 판단 구조를 보여주었으나, 중국 데이터 국외이전 규제의 현행 규범체계는 아직 명확한 ‘정보 유형 × 국외이전 시나리오’의 2 차원 판단 매트릭스를 형성하지 못하였다. 다음 단계에서는 본 사건과 동종 사건의 사실 기초 위에서 의료데이터 국경 간 이전의 컴플라이언스 규칙을 추출하여 유형화 분석을 하여야 한다. 이는 의료데이터 국외이전 연구가 이론 구축의 차원에서 전개될 방향이다.

셋째는 한중 비교법의 전개 방향이다. 다음 단계에서는 중국법의 사실 기초가 충분히 완전해진 뒤에 한국 「개인정보 보호법」(PIPA)상의 의료데이터 국경 간 이전 규칙을 도입하여, ‘민감개인정보의 식별’, ‘국외이전 평가 메커니즘’, ‘윤리심사와 데이터 컴플라이언스의 연계’ 등 구체적 차원에서 양국을 체계적으로 비교하여야 한다. 한중 비교법의 전개가 본 연구 다음 단계의 핵심 방향이다.

참고문헌

외국어문헌

[중국어]

〈논문〉

丁晓东：《数据跨境流动的法理反思与制度重构——兼评〈数据出境安全评估办法〉》，载《行政法学研究》2023 年第 1 期。

洪延青：《国家安全视野中的数据分类分级保护》，载《中国法律评论》2021 年第 5 期。

刘权：《论个人信息保护影响评估——以〈个人信息保护法〉第 55、56 条为中心》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 5 期。

王利明：《敏感个人信息保护的基本问题——以〈民法典〉和〈个人信息保护法〉的解
释为背景》，载《当代法学》2022 年第 1 期。

夏庆锋：《个人信息匿名化制度的反思与改进》，载《财经法学》2024 年第 5 期。

【영어】

〈논문〉

DEIJEN, C.L., et al., “COLOR III: a multicentre randomised clinical trial comparing transanal TME versus laparoscopic TME for mid and low rectal cancer,” 30 *Surgical Endoscopy*, 2016.

TUYNMAN, J.B., et al., “Transanal total mesorectal excision versus laparoscopic total mesorectal excision for mid and low rectal cancer (COLOR III): short-term outcomes of an international, multicentre, phase 3, randomised, controlled, non-inferiority trial,” *Lancet Gastroenterology & Hepatology*, 2026.

WU, S., et al., “COLOR IV: a multicenter randomized clinical trial comparing intracorporeal and extracorporeal ileocolic anastomosis after laparoscopic right colectomy for colon cancer,” 39 *Surgical Endoscopy*, 2025.

초 록

본 연구는 「데이터 국외이전 안전평가 방법」(2022 년 9 월 1 일 시행) 시행 이래 전국 최초로 데이터 국외이전 안전평가를 통과한 사건인 공시번호 20220001 사건을 분석대상으로 한다. 본 사건은 수도의과대학 부속 베이징우의병원과 네덜란드 암스테르담대학교 의학센터(Amsterdam UMC)의 국제 다기관 임상연구(COLOR III·COLOR IV)를 내용으로 한다. 본 연구는 “사실을 먼저, 규범을 나중에”라는 분석순서에 따라, 2017 년부터 2030 년에 이르는 본 사건의 객관적 사실관계를 먼저 정리한 후, 각 단계에 적용되는 중국법 규범을 법률·행정법규·부문규장·국가표준·지방성 규범의 5 개 위계에 따라 체계적으로 정리한다. 본 연구는 다음을 확인한다. 첫째, 본 사건은 “병원 내부 선행 심사, 규제 외부 최종 평가”라는 실무적 컴플라이언스 모델을 보여준다. 둘째, 평가 유효기간 메커니즘과 장기 임상연구 사이의 구조적 긴장, 다중 규범 병행적용에서의 연계 공백, 그리고 “컴플라이언스 통과와 지속적 컴플라이언스” 및 “미공개와 위법”의 경계라는 이론적 문제가 도출된다. 본 연구는 위법 판단이나 정책 제언을 내리지 않고 사실과 규범의 완전한 정리에 집중함으로써, 후속 동종 사례 및 한중 비교법 연구의 사실적 기반을 마련한다.

<주제어> 데이터 국외이전, 의료데이터, 개인정보 보호, 데이터 분류·등급, 데이터 국외이전 안전평가

摘 要

本文以公示编号 20220001 案件为分析对象。该案系首都医科大学附属北京友谊医院与荷兰阿姆斯特丹大学医学中心(Amsterdam UMC)合作开展的国际多中心临床研究(COLOR III、COLOR IV)，是《数据出境安全评估办法》(2022 年 9 月 1 日施行)实施以来全国首例通过数据出境安全评估的案件。本文采用“事实先行、规范在后”的分析顺序，先梳理本案自 2017 年至 2030 年的客观事实，再依法律、行政法规、部门规章、国家标准与地方性规范五个位阶，系统整理各阶段适用的中国法规范。研究发现：其一，本案呈现“医院内部前置审查、监管外部最终评估”的实务合规模式；其二，本案揭示了评估有效期机制与长期临床研究之间的结构性张力、多重规范并行适用中的衔接空白，以及“通过评估与持续合规”“未披露与违法”之边界等理论问题。本文不作违法判断，亦不提政策建议，而着力于事实与规范的完整梳理，为后续同类案件及中韩比较法研究奠定事实基础。

关键词：数据出境，医疗数据，个人信息保护，数据分类分级，数据出境安全评估

디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의

경쟁법적 평가에 관한 연구

왕문선(王文宣)(인하대학교 일반대학원 법학과 박사생)

WANG, Wenxuan(Doctoral Student, Dept. of Law, Graduate School, INHA University)

목 차

I. 문제의 제기: 가격 경쟁에서 가시성 경쟁으로

1. 디지털 플랫폼 경쟁 중심의 전환
2. 트래픽 배분은 플랫폼 내부 경쟁질서의 중요한 메커니즘이 되었다
3. 본문의 연구문제: 트래픽 배분행위의 유형화 평가

II. 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 개념 정립

1. 주의력, 가시성, 노출, 트래픽 및 거래기회
2. 트래픽 배분 메커니즘, 트래픽 배분행위 및 트래픽 제한의 구분
3. 트래픽 배분의 이중적 속성: 정당한 운영 메커니즘과 경쟁 통제 도구

III. 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 유형화

1. 트래픽형 자기우대: 자영업무 또는 계열업무의 우선 노출
2. 배타적 트래픽 통제: 트래픽 보상·제재와 “양자택일”의 실행
3. 변형된 거래거절: 트래픽 및 주문 획득 제한을 통한 거래기회 봉쇄
4. 트래픽 차별취급: 동종 사업자 경쟁조건의 불평등한 배치

5. 트래픽 압력하의 끼워팔기 또는 불합리한 거래조건 부과

IV. 중국 현행 경쟁법상 트래픽 배분 행위 평가의 적용상 한계

1. 행위 성격 규명의 어려움: 트래픽 배분은 독립된 위법 유형이 아님
2. 경쟁손해 입증의 어려움: 손해가 반드시 가격 인상으로 나타나는 것은 아님
3. 알고리즘 블랙박스로 인한 입증상 불균형
4. 정상적인 플랫폼 거버넌스와 반경쟁적 트래픽 통제 사이의 경계 불명확성

V. 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 규제 방향

1. 능력—행위—효과—정당한 사유 평가 틀의 구축
2. 제한적 순위 투명성 의무의 도입
3. 비차별 의무와 정당한 사유 설명의무의 강화
4. 입증책임 조정과 알고리즘 감사 메커니즘의 보완
5. 자연 트래픽, 유료 트래픽 및 징벌적 트래픽 제한의 구별

VI. 결론

I. 문제의 제기: 가격경쟁에서 가시성 경쟁으로

1. 디지털 플랫폼 경쟁 중심의 전환

디지털 경제가 발전함에 따라 디지털 플랫폼은 사업자와 소비자를 연결하는 중요한 기반시설로 자리 잡고 있다. 전통적 시장에서 사업자들이 주로 가격, 품질, 생산량 및 유통경로를 중심으로 경쟁하였던 것과 달리, 플랫폼 경제의 맥락에서는 사업자가 소비자에게 효과적으로 접근할 수 있는지 여부가 우선적으로

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

플랫폼이 배분하는 노출 기회, 검색순위, 추천 노출 및 판촉활동 참여 경로를 확보할 수 있는지에 의해 좌우되는 경우가 많다. 다시 말해, 디지털 플랫폼 내부의 경쟁은 항상 가격의 높고 낮음으로 직접 나타나는 것이 아니라, 점차 이용자의 주의력, 알고리즘상 가시성 및 거래기회를 둘러싼 비가격 경쟁의 형태로 나타나고 있다.

디지털 플랫폼에서 이른바 트래픽이란 이용자의 주의력(attention) 자원을 내포하며, 이는 이용자의 주의력이 플랫폼 시스템 내에서 데이터화되어 나타난 결과물이다.¹ 이용자의 열람, 클릭, 체류, 저장, 댓글, 공유, 구매 등 행위는 플랫폼에 의해 기록되고 알고리즘을 통해 처리된 후, 플랫폼이 식별·계산·재배분할 수 있는 트래픽 자원으로 형성된다. 플랫폼 내 사업자에게 트래픽은 소비자에게 발견되고, 비교되며, 선택될 수 있는지 여부와 직접적으로 관련된다. 이러한 정의의 의의는 다음과 같다. 트래픽의 희소성은 물리적 한계에서 비롯되는 것이 아니라, 이용자 주의력 자체의 유한성에서 비롯된다. 허버트 사이먼은 정보가 풍부한 환경에서 진정으로 희소한 것은 정보를 수용하는 자의 주의력이며, 정보의 풍부함은 필연적으로 주의력의 분산과 배분 문제를 초래한다고 지적한 바 있다.² 플랫폼은 바로 이러한 배분 메커니즘을 장악함으로써 정보 공급자와 소

1 刘晓春, 「数字平台自我优待的法律规制」, 『法律科学(西北政法大学学报)』, 2023年第1期, 74면.

2 Herbert A. Simon, "Designing Organizations for an Information-Rich World", in Martin Greenberger ed., Computers, Communications, and the Public Interest, Johns Hopkins Press, 1971. 사이먼은 정보가 풍부한 환경에서 진정으로 희소한 것은 정보 그 자체가 아니라 수용자의 주의력이며, 정보의 풍부함은 주의력 배분의 문제를 초래한다고 지적하였다.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

비자 사이의 구조적 매개자가 되고, 이를 통해 사업자의 가시성과 거래기회를 결정할 수 있는 권한을 획득한다. 마이클 골드haber 역시 인터넷 환경에서 주의력이 경제적 가치를 지닌 희소 자원으로 변화하였으며, 주의력을 둘러싼 경쟁이 물질적 상품을 둘러싼 경쟁을 대체하고 있다고 지적하였다.³

따라서 디지털 플랫폼 경쟁의 중심은 단순한 가격경쟁에서 점차 가시성 자원과 거래기회를 둘러싼 구조적 경쟁으로 이동하고 있다.⁴ 플랫폼은 검색순위, 추천 알고리즘, 광고 시스템 및 화면 표시 등의 메커니즘을 통해 방대한 상품, 서비스 및 콘텐츠를 조직, 선별 및 제시한다. 이러한 조직 및 선별 권한은 동시에 플랫폼이 사업자의 가시성과 거래기회를 결정할 수 있는 구조적 능력을 구성하며, 이를 통해 트래픽 기반 경쟁통제의 기초가 형성된다.

2. 트래픽 배분은 플랫폼 내부 경쟁질서의 중요한 메커니즘이 되었다

이른바 트래픽 배분이란 플랫폼이 검색순위, 추천 알고리즘, 판촉활동 자원, 광고 집행, 화면 표시, 주문 배정, 계정 가중치 및 상품 등록·게시 규칙 등의 방식을 통해 플랫폼 내 사업자, 상품, 서비스 또는 콘텐츠가 이용자의 주의력과 거래기회를 획득하는 과정을 배치하는 것을 의미한다.⁵ 물론 트래픽 배분 그 자

3 Michael H. Goldhaber, "The Attention Economy and the Net", 1997. 골드haber는 인터넷 환경에서 주의력을 분석하면서, 주의력이 점차 네트워크 경제에서 중요한 희소 자원으로 자리 잡고 있다고 보았다.

4 디지털 플랫폼 경쟁의 중심이 가격경쟁에서 주의력, 가시성 및 거래기회를 둘러싼 경쟁으로 전환되고 있다는 분석에 관하여는 Tim Wu, The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside Our Heads, Knopf, 2016; 쉬신위·양둥, 「트래픽 독점의 이론적 틀과 규제 경로」, 중국인민대학교 금융과학기술연구소 웹사이트, 2023년 3월 23일 참조.

5 본문의 "트래픽 배분"에 대한 조작적 정의는 국가시장감독관리총국의 「인터넷 플랫폼 반독점

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

체가 당연히 위법성을 갖는 것은 아니다. 플랫폼은 정보 매칭의 효율성을 제고하고, 이용자 경험을 최적화하며, 거래의 안전성을 보장하고, 허위거래와 저품질 콘텐츠를 억제하기 위하여 플랫폼 내 상품, 서비스 및 콘텐츠를 선별, 정렬 및 추천할 필요가 있다.⁶ 따라서 경쟁법은 플랫폼의 트래픽 배분 자체의 정당성을 부정해서는 안 되며, 사업자의 노출량 감소를 곧바로 독점행위로 이해해서도 안 된다.

그러나 플랫폼이 상당한 시장력을 보유하고 핵심적인 이용자 접근 경로를 장악하고 있는 경우, 트래픽 배분은 독립적인 운영관리 메커니즘에서 경쟁을 배제하거나 제한하는 수단으로 전환될 수 있다. 플랫폼은 검색순위 강등, 추천 제한, 판촉활동 자원 축소, 주문 배정 제한, 알고리즘 가중치의 상향 또는 하향 조정 등의 방식을 통해 특정 사업자의 가시성과 거래기회에 영향을 미칠 수 있다. 스토어 차단, 벌금 부과, 협력 종료 등 명시적인 조치와 비교할 때, 트래픽 제한은 더욱 강한 은폐성과 기술성을 가진다. 사업자는 형식상 여전히 플랫폼 내에 남아 영업을 계속할 수 있지만, 그 상품이 검색되기 어렵거나, 콘텐츠가

컴플라이언스 지침」에서 사용된 “트래픽 배분 메커니즘”, “트래픽 배분”, “트래픽 배분 알고리즘”, “트래픽 획득 제한”, “트래픽 제한” 등의 규범적 표현을 종합하고, 트래픽을 디지털 공간에서 거래기회의 표현 형태로 보는 학계의 견해를 결합하여 제시한 것이다. 국가시장감독관리총국, 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」, 제6조, 제12조, 제13조, 제26조, 제27조; 徐信予、杨东, 《流量垄断的理论框架与规制路径》, 중국인민대학교 금융과학기술연구소 웹사이트, 2023. 3. 23. 참조.

6플랫폼의 순위 산정, 추천 및 화면 표시는 그 자체로 정보 매칭, 검색비용 절감 및 거래 효율성 제고의 기능을 가진다. 유럽연합 P2B 규칙 역시 플랫폼의 순위 산정 메커니즘 자체를 부정하는 것이 아니라, 순위를 결정하는 주요 매개변수와 그 상대적 중요성의 이유를 설명할 것을 요구한다. Regulation (EU) 2019/1150, Article 5 참조.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구
추천 피드에 진입하지 못하거나, 스토어가 판촉활동 참여 경로를 상실하거나,
주문기회가 현저히 축소되는 경우, 실질적으로는 소비자에게 효과적으로 접근
하고 경쟁에 참여할 수 있는 능력을 이미 상실하였다고 볼 수 있다.⁷

중국의 플랫폼 반독점 규범 역시 이러한 문제에 주목하고 있다. 『국무원 반
독점위원회의 플랫폼 경제 분야 반독점 지침』은 “스토어 차단, 검색순위 강등,
트래픽 제한, 기술적 장벽” 등을 플랫폼이 거래제한을 실시할 때 취할 수 있는
징벌적 조치로 열거하고 있다.⁸ 『인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침』 또
한 “트래픽 배분 메커니즘”, “트래픽 배분”, “트래픽 획득 제한”, “트래픽 제한”
등의 표현을 여러 차례 사용하고 있으며, 이를 각각 수평적 독점협정, 수직적
독점협정, 거래거절, 거래제한, 끼워팔기 또는 불합리한 거래조건 부과 등의 위
험 상황 속에서 규율하고 있다.⁹ 이는 트래픽 배분이 더 이상 단순한 플랫폼 내
부 운영관리 문제가 아니라, 플랫폼 반독점 위험 식별 체계 안으로 편입되었음
을 보여준다.

7 트래픽 제한이 사업자의 가시성과 거래기회에 미치는 영향에 관해서는 국가시장감독관리총국, 「행정처벌 결정서」(국시감처[2021]28호), 2021. 4. 10. 참조. 해당 결정서는 검색순위 강등으로 인해 플랫폼 내 사업자의 상품이 플랫폼 검색결과에서 후순위로 밀리거나 심지어 검색되지 않게 되어 상품 판매에 중대한 영향을 받을 수 있다고 지적하였다.

8 국무원 반독점위원회, 『플랫폼 경제 분야에 관한 반독점 지침』 제15조. 해당 조항은 스토어 차단, 검색순위 강등, 트래픽 제한, 기술적 장벽 등을 플랫폼이 거래제한을 실시할 때 취할 수 있는 징벌적 조치로 열거하고 있다.

9 국가시장감독관리총국, 『인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침』 제6조, 제7조, 제12조, 제13조, 제14조. 해당 지침은 “트래픽 배분 메커니즘”, “트래픽 배분”, “트래픽 획득 제한”, “트래픽 제한” 등의 표현을 여러 차례 사용하고 있으며, 이를 각각 독점협정, 거래거절, 거래제한, 끼워팔기 또는 불합리한 거래조건 부과 등 위험 상황 속에 위치시키고 있다.

실무상 트래픽 배분은 플랫폼이 배타적 거래약정 또는 자기우대를 실행하는 수단이 될 수도 있다. 알리바바의 “양자택일” 사건에서 법집행기관은 플랫폼이 트래픽 지원 등 유인적 조치를 통해 플랫폼 내 사업자로 하여금 배타적 요구를 이행하도록 유도하였으며, 동시에 판촉활동 자원 지원 축소, 판촉활동 참여 자격 취소, 검색순위 강등 등 징벌적 조치를 통해 해당 요구를 이행하지 않은 사업자에게 압력을 행사하였다고 판단하였다.¹⁰ 유럽연합의 Google Shopping 사건에서도 검색순위와 화면 표시는 경쟁법상 핵심 쟁점이 되었다. 그 쟁점은 시장력을 가진 검색 플랫폼이 순위 산정 및 표시 메커니즘을 통해 자신의 서비스를 우대하고, 경쟁 서비스의 가시성을 낮추었는지 여부에 있었다.¹¹ 유럽연합 「디지털시장법」은 나아가 게이트키퍼가 순위 산정, 색인 및 크롤링 과정에서 자신의 제품 또는 서비스에 대하여 제3자의 유사한 제품 또는 서비스보다 유리한 대우를 부여해서는 안 되며, 관련 순위 산정에는 투명하고 공정하며 비차별적인 조건이 적용되어야 한다고 규정하고 있다.¹² 이러한 사례와 규범은 동일한

10 국가시장감독관리총국, 『행정처벌 결정서』(국시감처[2021]28호), 2021년 4월 10일. 해당 결정서는 플랫폼이 트래픽 지원 등 유인적 조치를 통해 플랫폼 내 사업자로 하여금 배타적 요구를 이행하도록 유도하였으며, 동시에 판촉활동 자원 지원 축소, 판촉활동 참여 자격 취소, 검색순위 강등 등 징벌적 조치를 통해 관련 요구를 이행하지 않은 플랫폼 내 사업자에게 압력을 행사하였다고 인정하였다.

11European Commission, Google Search (Shopping), Case AT.39740, Commission Decision of 27 June 2017; General Court, Case T-612/17, Google and Alphabet v Commission, Judgment of 10 November 2021. Google Shopping 사건은 검색 플랫폼이 순위 산정 및 화면 표시 메커니즘을 통해 자신의 비교쇼핑 서비스를 우대하고, 경쟁 비교쇼핑 서비스의 가시성을 낮추었는지 여부와 관련된다.

12Regulation (EU) 2022/1925, Digital Markets Act, Article 6(5). 해당 조항은 게이트키퍼가 순위 산정 및 관련 색인·크롤링 과정에서 자신의 제품 또는 서비스에 대하여 제3자의 유사한 제품

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

트래픽 배분행위라 하더라도, 서로 다른 사실구조 속에서는 각각 거래제한, 자기우대, 거래거절, 차별취급 또는 불합리한 거래조건 부과 등 서로 다른 경쟁법상 문제로 기능할 수 있음을 보여준다.

3. 본문의 연구문제: 트래픽 배분행위의 유형화 평가

이상에서 볼 수 있듯이, 디지털 플랫폼 내부의 트래픽 배분행위에 대한 경쟁법적 평가는 플랫폼이 트래픽 배분을 수행하는지 여부에 달려 있는 것이 아니라, 플랫폼이 트래픽 배분 메커니즘을 어떻게 사용하는지, 그리고 해당 메커니즘이 구체적인 거래구조 속에서 어떠한 경쟁 기능을 수행하는지에 달려 있다. “트래픽 독점”을 대표로 하는 기존 연구는 디지털 플랫폼 경쟁에서 트래픽 경쟁의 본질이 거래기회를 둘러싼 경쟁이며, 플랫폼, 데이터 및 알고리즘의 결합이 플랫폼의 트래픽 진입 경로와 거래기회 배분에 대한 통제력을 고착화할 수 있다고 지적하였다.¹³ 플랫폼 자기우대에 관한 연구 역시 이중적 역할을 수행하는 플랫폼이 순위 산정, 화면 표시, 자원 배분, 데이터 이용 및 알고리즘 추천 등의 방식을 통해 자영업주 또는 계열 업무를 우대할 수 있음을 밝히고 있다.¹⁴ 이러한 연구들은 플랫폼의 트래픽 통제가 갖는 경쟁법상 위험을 이해하는 데

또는 서비스보다 유리한 대우를 부여해서는 안 되며, 투명하고 공정하며 비차별적인 조건을 적용하여야 한다고 규정한다.

13 徐信予、杨东：《流量垄断的理论框架与规制路径》，中国民人대학교 금융과학기술연구소 웹사이트，2023년 3월 23일. 해당 글은 트래픽 경쟁의 본질이 거래기회를 둘러싼 경쟁이라고 지적하고, “플랫폼 - 데이터 - 알고리즘” 패러다임을 통해 플랫폼의 트래픽 통제능력이 형성되는 메커니즘을 설명한다.

14 刘晓春：《数字平台自我优待的反垄断法规制》，《法律科学（西北政法大学学报）》2023年第1期，73면.

중요한 기초를 제공한다.

다만 기존 연구는 대체로 트래픽 독점, 자기우대, 데이터 경쟁 또는 알고리즘 거버넌스 등의 관점에서 각각 논의를 전개해 왔으며, 현행 규범 역시 “검색순위 강등”, “트래픽 제한”, “트래픽 획득 제한” 등의 행위를 거래제한, 거래거절, 끼워팔기 또는 불합리한 거래조건 부과 등 서로 다른 장면 속에 분산하여 규율하고 있다. 이로 인해 발생하는 문제는 트래픽 배분행위를 단순히 “정상”과 “위법”으로 구분할 수 있는지 여부가 아니다. 오히려 더 나아가 설명되어야 할 것은, 플랫폼 내부의 트래픽 배분이 하나의 공통된 메커니즘으로서 서로 다른 사실구조 아래에서 어떻게 자기우대, 거래제한, 변형된 거래거절, 차별취급 및 불합리한 거래조건 부과 등 경쟁법상 유형 속에 각각 편입되는지이다. 동시에 경쟁법은 플랫폼의 정상적인 정렬, 추천 및 상업적 판촉의 정당성을 인정하는 기초 위에서, 그것이 경쟁을 배제하거나 제한하는 수단으로 전환되는 구체적 조건을 어떻게 식별할 것인지도 검토해야 한다.

본고는 디지털 플랫폼 내부의 트래픽 배분행위가 법률상 독립된 위법유형이 아니라, 여러 반독점 위법구조 속에 편입될 수 있는 실행 메커니즘이라고 본다. 트래픽 배분은 우선 플랫폼이 주의력, 가시성 및 거래기회를 배치하는 기초적 메커니즘으로서, 그 자체로 정보 매칭의 효율성을 높이고 이용자 경험을 최적화하는 정당한 기능을 가진다. 경쟁법상 평가가 진정으로 필요한 부분은 상당한 시장력을 가진 플랫폼이 해당 메커니즘을 이용하여 사업자의 가시성과 거래 기회에 영향을 미치고, 나아가 그것을 자기우대, 거래제한, 변형된 거래거절, 차

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

별취급 또는 불합리한 거래조건 부과 등 경쟁제한적 목적을 위해 활용하는지 여부이다. 이에 기초하여 본고는 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분행위의 개념 정의, 경쟁법상 유형화, 현행법 적용상의 난점 및 규제 방안을 중심으로 분석을 전개하고자 한다.

II. 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분행위의 개념 정의

1. 주의력, 가시성, 노출, 트래픽 및 거래기회

디지털 플랫폼 내부의 트래픽 배분행위에 대하여 경쟁법적 평가를 수행하기 위해서는 먼저 “주의력”, “가시성”, “노출”, “트래픽” 및 “거래기회” 등의 개념을 명확히 할 필요가 있다. 위 개념들은 동일한 경쟁 사슬의 서로 다른 단계에 위치한다. 즉, 주의력은 기초적인 희소 자원이고, 가시성은 이용자에게 보이는 상태이며, 노출은 가시성을 측정하는 중요한 정량적 지표 중 하나이다. 트래픽은 이용자 주의력의 데이터화된 형태이고, 거래기회는 트래픽이 경쟁법상 가지는 결과라고 할 수 있다.

주의력은 디지털 플랫폼 경쟁에서 기초적인 희소 자원이다. 플랫폼은 인터페이스 설계, 검색순위 및 추천 알고리즘을 통해 이용자가 제한된 주의력을 어떻게 배분하는지에 영향을 미친다.¹⁵ 가시성은 주의력 배분 이후 형성되는 결과적 상태를 의미한다. 즉, 플랫폼 내 사업자, 상품, 서비스 또는 콘텐츠가 이용자에게 보일 수 있는지, 그리고 어떠한 위치, 빈도 및 방식으로 이용자에게 보이는

15플랫폼 인터페이스 설계, 순위 산정 메커니즘과 주의력 배분 사이의 관계에 관하여는 Tim Wu, *The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside Our Heads*, Knopf, 2016 ; Nathan O. Hodas & Kristina Lerman, “Attention and Visibility in an Information Rich World”, 2013 참조.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

지를 뜻한다. 기존 연구는 플랫폼의 가시성 규칙과 사용자 인터페이스 설계가 정보 확산 효과에 영향을 미친다고 지적하였다.¹⁶ 플랫폼 거래의 맥락에서 이는 검색결과, 추천 위치 및 표시 진입 경로의 배치가 사업자가 이용자의 주의력과 거래기회를 획득할 가능성에 직접적인 영향을 미친다는 것을 의미한다.

노출은 가시성을 측정하는 중요한 정량적 지표 중 하나로서, 상품, 서비스 또는 콘텐츠가 플랫폼에 의해 이용자에게 표시되는 횟수 또는 기회를 강조한다. 디지털 광고와 플랫폼 콘텐츠 배분의 맥락에서 노출은 일반적으로 광고, 상품 또는 콘텐츠가 이용자에게 표시된 횟수를 기록하는 데 사용된다. 한편 가시 노출은 더 나아가 관련 콘텐츠가 이용자의 가시적 인터페이스에 진입하고 일정한 표시 조건을 충족할 것을 요구한다.¹⁷ 따라서 노출이 곧 클릭을 의미하는 것은 아니며, 또한 곧바로 거래를 의미하는 것도 아니다. 그러나 노출은 이용자가 이후 클릭, 체류, 문의 및 구매를 진행하기 위한 전제가 된다.

트래픽은 이용자 주의력이 플랫폼 시스템 내에서 데이터화되어 나타난 형태이다. 전통적 의미의 traffic은 주로 네트워크 방문량, 페이지 조회 수 또는 데이

16Nathan O. Hodas & Kristina Lerman, "Attention and Visibility in an Information Rich World", 2013. 해당 논문은 플랫폼의 가시성 규칙과 사용자 인터페이스 설계가 이용자의 제한된 주의력 배분에 영향을 미치고, 나아가 정보 확산 효과에도 영향을 미친다고 지적한다.

17노출, 표시 횟수 및 가시 노출의 관계에 관하여는 MMA 중국무선마케팅연맹, 『모바일 인터넷 광고 가시성 검증 표준 V.1.2』, 2020년 참조. 해당 표준은 광고 집행 수량 측정과 가시성 노출 검증을 구분하고, 서로 다른 시간 구간 및 서로 다른 가시 상태에서의 노출을 광고가치 평가의 세분화 지표로 삼고 있다. 또한 Gharibshah et al., "User Response Prediction in Online Advertising", 2021 참조. 해당 논문은 온라인 광고 맥락에서 한 번의 impression을 이용자에게 광고가 표시되는 하나의 사건으로 설명한다.

터 전송량을 의미하였다. 그러나 디지털 플랫폼 경쟁의 맥락에서 트래픽은 이미 단순한 기술적 지표를 넘어선다. 이용자의 열람, 클릭, 체류, 저장, 댓글, 공유, 스토어 방문, 사적 메시지, 구매 등 행위는 플랫폼에 의해 기록, 계산 및 알고리즘 처리된 후, 플랫폼이 식별, 순위 산정, 추천 및 재배포할 수 있는 데이터 자원으로 형성된다. 기존 연구 역시 트래픽을 디지털 공간에서 거래기회의 표현 형태로 이해하고 있으며, 트래픽 경쟁의 본질은 거래기회를 둘러싼 경쟁에 있다고 지적한다.¹⁸

따라서 거래기회는 트래픽이 경쟁법상 가지는 핵심적 의미이다. 트래픽 그 자체가 곧 거래를 의미하는 것은 아니지만, 트래픽은 거래가 발생할 가능성을 담고 있다. 플랫폼이 사업자에게 노출과 추천을 배분하고, 이용자가 이를 바탕으로 클릭, 열람, 문의 및 구매 행위를 하게 될 때, 비로소 사업자는 실제 거래를 획득할 수 있다. 검색순위와 거래기회 사이의 관계에 관하여, 殷继国은 디지털 플랫폼 자기우대 행위를 분석하면서 인터넷 시장에서 진정한 문제는 단순히 이용자가 클릭하는지 여부가 아니라, 이용자가 어디에서 클릭할 수 있는지 및 어떤 상품 또는 서비스가 클릭될 수 있는지에 있다고 지적하였다. Google Shopping 사건의 관련 데이터 역시 검색결과에서 상위에 위치한 링크가 대부분의 클릭을 획득하며, 하위에 위치한 경쟁자는 이용자와 거래할 기회를 현저히

18 徐信予、杨东：《流量垄断的理论框架与规制路径》，人大金融科技研究所网站，2023年3月23日。 해당 글은 트래픽 경쟁의 본질이 거래기회를 둘러싼 경쟁이라고 지적하고, 플랫폼, 데이터 및 알고리즘의 결합이라는 관점에서 플랫폼의 트래픽 통제능력이 형성되는 과정을 설명한다.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구
상실할 수 있음을 보여준다.¹⁹

2. 트래픽 배분 메커니즘, 트래픽 배분행위 및 트래픽 제한의 구분

위 개념들을 명확히 한 후에는 “트래픽 배분 메커니즘”, “트래픽 배분행위” 및 “트래픽 제한”을 추가적으로 구분할 필요가 있다. 세 개념은 모두 플랫폼 트래픽을 둘러싸고 전개되지만, 각각 규칙 시스템, 구체적 행위 및 제한적 결과에 대응한다.

첫째, 트래픽 배분 메커니즘은 플랫폼이 트래픽을 배치하는 규칙 시스템으로서, 주로 검색순위 규칙, 추천 알고리즘 규칙, 광고 입찰 규칙, 판촉활동 자원 배분 규칙, 상품 게시 규칙, 계정 가중치 규칙, 스토어 평점 규칙, 주문 배정 규칙, 그리고 플랫폼이 자연 트래픽과 유료 트래픽의 관계를 어떻게 설정하는지에 관한 규칙을 포함한다.²⁰ 간단히 말하면, 트래픽 배분 메커니즘은 플랫폼이 어떠한 기준에 따라 누가 표시, 추천, 순위, 판촉활동 진입 경로 또는 주문기회를 획득할지를 결정하는가라는 문제에 답하는 것이다. 「인터넷 플랫폼 반독점

19 殷继国：《数字平台自我优待行为的反垄断法规制》，《法商研究》2024年第5期，第81页。 해당 논문은 인터넷 시장에서 진정한 문제는 이용자가 클릭하는지 여부가 아니라 이용자가 어디에서 클릭할 수 있는지, 그리고 어떤 상품 또는 서비스가 클릭되는지에 있다고 지적한다. 또한 Google Shopping 사건을 결합하여, 검색결과 순위의 차이가 클릭 분포와 경쟁자의 거래기회에 중대한 영향을 미친다고 설명한다.

20 본문의 “트래픽 배분 메커니즘”에 대한 정의는 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」에서 사용된 “트래픽 배분 메커니즘”, “트래픽 배분 규칙”, “추천 시스템”, “순위 산정 논리”, “광고 집행 전략” 등의 표현을 종합하여 제시한 조작적 개괄이다. 국가시장감독관리총국, 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」, 제6조 제2호, 제26조, 제27조 참조. 제26조는 “트래픽 배분 규칙”을 플랫폼 규칙 심사 대상으로 규정하고 있으며, 제27조는 “추천 시스템, 순위 산정 논리, 광고 집행 전략” 등을 핵심 알고리즘 모델 점검 대상으로 규정하고 있다.

컴플라이언스 지침」 제6조는 “트래픽 배분 메커니즘”을 가격결정 방식, 수수료 비율, 우대정책, 고객 명단 등과 병렬적으로 규정하고, 이를 플랫폼 사업자가 수집하거나 교환하는 것을 피해야 하는 경쟁상 민감한 정보 중 하나로 제시하고 있다. 이는 트래픽 배분 메커니즘이 이미 규범 차원에서 플랫폼 경쟁질서에 영향을 미칠 수 있는 중요한 규칙 정보로 인식되고 있음을 보여준다.²¹

둘째, 트래픽 배분행위는 플랫폼이 위와 같은 메커니즘에 따라 실제로 트래픽을 배치하는 과정과 결과를 의미한다.²² “메커니즘”과 비교할 때, “행위”는 플랫폼이 구체적 장면에서 서로 다른 사업자에게 노출, 추천 및 주문기회를 어떻게 배분하는지를 더욱 강조한다. 예컨대 플랫폼이 특정 유형의 상품을 검색결과 상위에 배치하거나, 특정 사업자를 판촉활동 행사장에 포함시키거나, 특정 콘텐츠를 이용자 정보 피드에 노출시키거나, 사업자 평점, 위반 기록, 광고 집행 등의 요소에 따라 표시 가중치를 조정하는 경우는 모두 트래픽 배분행위에 해당한다. 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」 제6조는 나아가 데이터, 알고리즘, 기술, 플랫폼 규칙 등을 이용하여 이용자 분류, 동적 가격결정, 트래

21 국가시장감독관리총국, 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」, 제6조 제2호. 해당 항목은 “트래픽 배분 메커니즘”을 가격결정 방식, 수수료 비율, 우대정책, 고객 명단 등과 병렬적으로 규정하고, 이를 플랫폼 사업자가 수집하거나 교환하는 것을 피해야 하는 경쟁상 민감한 정보 중 하나로 제시하고 있다.

22 본문의 “트래픽 배분행위”에 대한 정의는 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」 제6조 제3호에서 “데이터, 알고리즘, 기술, 플랫폼 규칙 등을 이용하여 이용자 분류, 동적 가격결정, 트래픽 배분, 상품순위 등에서 조율된 일치행위를 실현하는 행위”라고 표현한 부분을 참고하고, 플랫폼이 검색순위, 추천 표시, 판촉활동 자원, 광고 집행 및 주문 배정을 통해 실제로 노출, 추천 및 거래기회를 배치하는 실무를 결합하여 제시한 것이다.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

픽 배분, 상품순위 등에서 조율된 일치행위를 실현하는 것을 수평적 독점협정 위험으로 규정하고 있다. 이는 트래픽 배분행위 자체도 플랫폼 사업자들 사이에서 경쟁행위를 조율하는 대상이 될 수 있음을 보여준다.²³

셋째, 트래픽 제한은 트래픽 배분행위 중 제한적 형태로서, 플랫폼이 알고리즘, 규칙, 추천 시스템, 표시 메커니즘, 판촉활동 진입 경로 또는 주문 배정 메커니즘을 통해 특정 사업자, 상품, 콘텐츠 또는 서비스에 대한 노출, 추천, 클릭, 전환 또는 주문기회의 배분을 감소, 하향 조정, 동결, 상한 설정 또는 중단하는 행위를 의미한다.²⁴ “스토어 차단”과 비교할 때, 트래픽 제한은 반드시 사업자를 플랫폼에서 완전히 퇴출시키는 것은 아니다. “검색순위 강등”과 비교할 때, 트래픽 제한은 이용자의 능동적 검색 장면에만 국한되지 않고, 추천 정보 피드, 메인 페이지 채널, 판촉활동 자원, 라이브 방송 진입 경로, 플랫폼 내 푸시 및 주문 배정 등 다양한 장면에서 발생할 수 있다. 요컨대, 스토어 차단은 사업자를 플랫폼에서 “사라지게” 하는 것이고, 검색순위 강등은 사업자를 검색 결과에서 “뒤로 밀리게” 하는 것이며, 트래픽 제한은 사업자가 형식상으로는

23국가시장감독관리총국, 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」, 제6조 제3호. 해당 항목은 데이터, 알고리즘, 기술, 플랫폼 규칙 등을 이용하여 이용자 분류, 동적 가격결정, 트래픽 배분, 상품순위 등에서 조율된 일치행위를 실현하는 것을 수평적 독점협정 위험으로 규정하고 있다.

24 본문의 “트래픽 제한”에 대한 정의는 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」 제12조 제3호의 “트래픽 배분 알고리즘, 상품 게시 규칙 등을 이용하여 트래픽 획득과 주문 접수를 제한한다”는 표현, 제13조와 제14조의 “검색순위 강등, 트래픽 제한” 등 징벌적 조치에 관한 표현, 그리고 「플랫폼 경제 분야에 관한 반독점 지침」 제15조의 “스토어 차단, 검색순위 강등, 트래픽 제한, 기술적 장벽” 등 거래제한의 징벌적 조치에 관한 규정을 결합하여 제시한 유형화 해석이다.

여전히 존재하더라도 이용자에게 효과적으로 보이기 어렵게 만드는 것이다.

중국의 현행 플랫폼 반독점 규칙은 이미 서로 다른 맥락에서 위 개념들을 사용하고 있다. 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」 제12조는 거래거절 부분에서, 시장지배적 지위를 가진 플랫폼 사업자가 “트래픽 배분 알고리즘, 상품 게시 규칙 등을 이용하여 트래픽 획득과 주문 접수를 제한하고, 거래상대방과의 거래수량을 실질적으로 감소시키는 행위”를 피해야 한다고 명시하고 있다. 제13조는 거래제한 부분에서 “검색순위 강등, 트래픽 제한” 등을 징벌적 조치로 열거하고 있으며, 제14조 역시 “검색순위 강등, 트래픽 제한” 등을 플랫폼 내 사업자와 소비자로 하여금 기타 상품을 수용하도록 강제하는 징벌적 조치로 규정하고 있다.²⁵ 이는 트래픽 제한이 단순한 운영관리 용어가 아니라, 이미 규제 규칙에 의해 거래거절, 거래제한, 끼워팔기 또는 불합리한 거래조건 부과 등 반독점 위험 장면 속에 편입되었음을 보여준다.

3. 트래픽 배분의 이중적 속성: 정당한 운영 메커니즘과 경쟁 통제 도구

트래픽 배분은 이중적 속성을 가진다. 한편으로 트래픽 배분은 플랫폼의 정상적인 운영에 필요한 자원 배분 메커니즘이다. 디지털 플랫폼에는 상품, 서비스, 콘텐츠 및 사업자가 대량으로 분산되어 존재하므로, 플랫폼이 검색 순위, 추천 선별 및 이벤트 자원 배분을 수행하지 않는다면 이용자는 방대한 정보 속에서 효과적인 선택을 하기 어렵고, 플랫폼의 거래 중개 및 정보 매칭 기능도

25 국가시장감독관리총국, 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」, 제12조 제3호, 제13조 제3호, 제14조 제2호; 국무원 반독점위원회, 「플랫폼 경제 분야에 관한 반독점 지침」, 제15조 참조.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

실현되기 어렵다. 따라서 플랫폼이 관련성, 콘텐츠 품질, 거래 안전, 이용자 평가, 이행 능력, 부정행위 방지 필요성 및 소비자 선호 등을 기준으로 트래픽을 배분하는 것은 매칭 효율을 높이고, 이용자 경험을 개선하며, 플랫폼 질서를 유지하는 정당성을 가진다. EU P2B 규칙도 플랫폼의 순위 메커니즘 자체를 금지하는 것이 아니라, 투명성 의무를 통하여 이를 규율하고 있으며, 플랫폼이 상업 이용자에게 순위를 결정하는 주요 매개변수와 그 상대적 중요성의 이유를 설명하도록 요구하고 있다.²⁶

다른 한편으로 트래픽 배분은 플랫폼에 의해 경쟁 통제 도구로 전환될 수도 있다. 특히 강한 시장력을 가진 플랫폼은 일반적으로 이용자 진입로, 거래 규칙, 데이터 자원 및 알고리즘 시스템을 동시에 장악하고 있다. 플랫폼은 사업자가 플랫폼에 접근할 수 있는지 여부를 결정할 뿐만 아니라, 사업자가 플랫폼에 진입한 이후 소비자에게 보일 수 있는지 여부도 상당한 정도로 결정한다. 이 경우 트래픽 배분은 단순한 정보 매칭 메커니즘에서 거래 기회 통제 메커니즘으로 전환될 수 있다. 플랫폼은 순위 가중치를 상향 또는 하향 조정하거나, 추천 규칙을 변경하거나, 이벤트 자원을 배치하거나, 주문 배정을 제한하는 방식으로 플랫폼 내 사업자의 경쟁상 지위에 영향을 미칠 수 있다. OECD의 알고리

26 Regulation (EU) 2019/1150, Article 5(1). 이 조항은 온라인 중개서비스 제공자가 약관에서 순위를 결정하는 주요 매개변수와 그 상대적 중요성의 이유를 설명해야 한다고 규정한다. 이 규칙은 플랫폼 순위 자체를 금지하는 것이 아니라, 상업 이용자의 온라인 가시성에 영향을 미치는 주요 순위 요소에 관하여 제한적 투명성 의무를 부과하는 데 그 의의가 있다.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구
증 경쟁에 관한 보고서는 알고리즘이 자기우대, 끼워팔기, 배타적 약정 등 단독
의 반경쟁 행위를 실행하는 데 사용될 수 있으므로, 플랫폼 경쟁에서 알고리즘
의 실제 작동 효과에 주목할 필요가 있다고 지적한다.²⁷

구체적으로 트래픽 배분은 서로 다른 경쟁법적 구조 안에서 기능할 수 있다.
플랫폼은 자영업주 또는 계열업주를 우선적으로 노출함으로써 트래픽형 자기우
대를 형성할 수 있고, 트래픽 자원 지원 또는 트래픽 제재를 사업자가 독점 협
력이나 “양자택일” 요구를 수용하는지 여부와 연결시켜 트래픽 배분을 거래제
한의 집행 도구로 만들 수도 있다. 또한 플랫폼은 사업자를 직접 퇴출하지 않
더라도, 지속적인 트래픽 제한, 추천 축소 또는 주문 삭감을 통하여 사업자가
실질적으로 거래 기회를 얻기 어렵게 함으로써 변형된 거래거절을 형성할 수도
있다. 플랫폼 자기우대에 관한 기존 연구는 이를 대상 요소에 따라 트래픽, 데
이터, 지식재산권에 대한 자기우대로 구분하고 있으며, 플랫폼 규칙과 알고리즘
메커니즘이 자기우대의 중요한 실행 방식이 될 수 있음을 지적하고 있다.²⁸

따라서 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위에 대한 경쟁법적 평가는 “플랫
폼이 트래픽을 배분하였는지”라는 차원에 머물러서는 안 되며, 해당 행위가 정
상적인 운영·관리 범위를 넘어섰는지, 배타적 목적, 차별적 목적, 자기우대 또는

27 OECD, Algorithmic Competition, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No.296, 2023. 이 보고서는 알고리즘이 가격 조정뿐 아니라 자기우대, 끼워팔기, 배타적 약정 등 단독의 반경쟁 행위에도 사용될 수 있음을 지적하며, 디지털 플랫폼 경쟁에서 알고리즘의 실제 작동 효과를 검토할 필요가 있음을 강조한다.

28 刘晓春, 「数字平台自我优待的法律规制」[「디지털 플랫폼 자기우대의 법적 규제」], 『法律科学(西北政法大学学报)』, 2023年第1期, 74면.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

강제적 거래安排에 기여하는지, 사업자의 가시성 저하, 거래 기회 감소 및 소비자 선택 범위 축소를 초래하는지를 추가적으로 검토해야 한다. 다시 말해, 트래픽 배분의 위법성은 트래픽 배치 그 자체에서 발생하는 것이 아니라, 플랫폼이 해당 메커니즘을 이용하여 경쟁을 배제·제한하려는 목적, 구조 및 효과에서 비롯된다. 따라서 경쟁법은 플랫폼의 트래픽 배분이 가지는 정당성을 인정하는 기초 위에서, 위법한 트래픽 통제 행위에 대한 유형화된 평가 틀을 구축할 필요가 있다.

III. 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 유형화

디지털 플랫폼 내부의 트래픽 배분 행위 그 자체는 독립적인 독점행위 유형이 아니라, 서로 다른 반독점 위법 구조 속에 편입될 수 있는 실행 메커니즘이다. 즉 동일한 검색 강등, 추천 제한 또는 트래픽 편향이라 하더라도, 구체적인 사실관계에 따라 각각 자기우대, 거래제한, 변형된 거래거절, 차별대우 또는 불합리한 거래조건 부과에 해당할 수 있다. 따라서 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위에 대한 경쟁법적 평가는 단순히 “플랫폼이 트래픽을 감소시켰는지”만을 기준으로 해서는 안 되며, 플랫폼의 시장력, 행위 목적, 실행 방식, 경쟁 효과 및 정당한 사유를 종합적으로 고려하여 유형화된 분석을 수행해야 한다.²⁹

29플랫폼 트래픽 배분 행위는 독립된 위법 유형이라기보다, 구체적인 사실구조에 따라 자기우대, 거래제한, 거래거절, 차별대우 또는 불합리한 거래조건 부과 등 서로 다른 반독점 위법 구조에 편입될 수 있다. 유사한 분석 틀로는 OECD, Algorithmic Competition, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No.296, 2023; OECD, Competition Policy in Digital Markets: The Combined Effect of Ex Ante and Ex Post Instruments in G7 Jurisdictions, OECD Publishing, 2024 참조.

1. 트래픽형 자기우대: 자영업무 또는 계열업무의 우선 노출

트래픽형 자기우대란 플랫폼 사업자가 플랫폼 조직자와 플랫폼 내 사업자라는 이중적 지위를 동시에 가지는 경우, 검색 순위, 추천 노출, 화면 진입로, 이벤트 자원 또는 알고리즘 가중치 등을 통하여 자신의 상품, 서비스, 콘텐츠 또는 계열업무에 더 유리한 트래픽 대우를 부여하고, 그 결과 제3자 사업자의 가시성과 거래 기회를 감소시키는 행위를 말한다.³⁰ 전통적인 자기우대와 비교할 때, 트래픽형 자기우대의 특징은 플랫폼이 반드시 경쟁자의 플랫폼 진입을 직접 거절하거나 가격 수단을 통하여 경쟁자를 배제하는 것이 아니라, 순위, 추천 및 노출 기회를 통제함으로써 이용자의 주의력을 자신의 업무로 유도한다는 데 있다.³¹

Google Shopping 사건은 트래픽형 자기우대를 이해하는 대표적인 사례이다. 이 사건에서 EU 집행위원회는 Google이 일반 검색 서비스 시장에서의 시장 지배적 지위를 이용하여 검색 결과 페이지에서 자신의 비교쇼핑 서비스에 더 유리한 노출을 부여하고, 동시에 경쟁 비교쇼핑 서비스는 낮은 가시성 위치에 놓이게 함으로써 경쟁자가 트래픽과 이용자 클릭을 획득할 수 있는 능력을 약화

30 刘晓春, 「数字平台自我优待的法律规制」[「디지털 플랫폼 자기우대의 법적 규제」], 『法律科学(西北政法大学学报)』, 2023年第1期, 74면 참조.

31 디지털 플랫폼 자기우대의 반경쟁 효과가 반드시 경쟁자의 시장진입을 직접적으로 배제하는 방식으로 나타나는 것은 아니며, 검색·추천·노출 메커니즘을 통하여 각 사업자의 가시성 분포를 변화시키는 방식으로 나타날 수 있다는 점에 관하여는 Lukas Jürgensmeier & Bernd Skiera, "Measuring Self-Preferencing on Digital Platforms", 2023 참조.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

시켰다고 보았다.³² 이후 EU 일반법원도 이러한 행위가 시장지배적 지위 남용의 의미에서 자기우대에 해당할 수 있음을 대체로 확인하였다.³³ 이 사건은 디지털 플랫폼 환경에서 검색 순위와 화면 노출 그 자체가 경쟁법적 평가의 대상이 될 수 있음을 보여준다. 경쟁손해는 반드시 직접적인 가격 인상으로 나타나는 것이 아니라, 경쟁자의 가시성 저하, 트래픽 감소 및 거래 기회 상실로 나타날 수 있다.³⁴

다만 트래픽형 자기우대의 인정은 단순히 “플랫폼 자영업무의 순위가 높으면 곧바로 위법하다”는 방식으로 이루어져서는 안 된다. 플랫폼은 관련성, 품질, 판매량, 이용자 평가, 이행 효율 또는 소비자 선호 등을 기준으로 순위를 정할 수 있으며, 자영업무가 높은 순위를 획득하였다는 사실만으로 당연히 반경쟁성을 가진다고 볼 수는 없다.³⁵ 플랫폼이 강한 시장력을 가지고 있고, 그 트래픽

32European Commission, Google Search (Shopping), Case AT.39740, Commission Decision of 27 June 2017. EU 집행위원회는 이 사건에서 Google이 일반 검색 서비스 시장에서의 시장지배적 지위를 남용하여 자신의 비교쇼핑 서비스에 더 유리한 노출을 부여하고 경쟁 비교쇼핑 서비스의 가시성을 낮추었다고 판단하였다.

33General Court, Case T-612/17, Google and Alphabet v Commission, Judgment of 10 November 2021; Court of Justice, Case C-48/22 P, Google and Alphabet v Commission, Judgment of 10 September 2024.

34검색 순위와 가시성의 관계에 관하여 Jürgensmeier와 Skiera는 검색 결과에서의 추천을 개별 검색에서의 단일 순위가 아니라, 플랫폼 전체 범위에서 상품 또는 서비스가 가지는 검색 가시성 수준으로 이해한다. 이러한 관점은 자기우대 판단에서 개별 키워드 검색 결과만이 아니라 플랫폼 전체의 가시성 배분을 함께 고려할 필요가 있음을 보여준다. Lukas Jürgensmeier & Bernd Skiera, “Measuring Self-Preferencing on Digital Platforms”, 2023 참조.

35플랫폼의 자영업무 또는 계열업무가 높은 순위를 얻는 것은 품질, 관련성, 가격, 이행 능력, 소비자 선호 등 정당한 사유에 기초할 수 있다. 따라서 자기우대 규제의 핵심은 플랫폼 자영업무의 노출 자체를 금지하는 데 있지 않고, 플랫폼이 플랫폼 조직자로서의 지위를 이용하여

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

배분이 관련성, 품질 및 이용자 이익 등 정상적인 순위 기준에서 명백히 벗어나 자영업무 또는 계열업무에 불합리한 우위를 부여하며, 그 결과 제3자 사업자의 경쟁 기회가 침해되는 경우에 비로소 반독점법적 평가의 대상이 될 수 있다. EU 「디지털시장법」 제6조 제5항은 게이트키퍼가 순위 및 관련 색인·크롤링 과정에서 자신의 상품 또는 서비스에 대하여 제3자의 유사 상품 또는 서비스보다 더 유리한 대우를 해서는 안 된다고 규정하고, 관련 순위에 투명하고 공정하며 비차별적인 조건을 적용할 것을 요구한다. 이는 대형 플랫폼의 트래픽형 자기우대에 대한 사전규제적 접근을 보여준다.³⁶

2. 배타적 트래픽 통제: 트래픽 보상·제재와 “양자택일”의 실행

배타적 트래픽 통제란 플랫폼이 트래픽 자원 지원 또는 트래픽 제한을 플랫폼 내 사업자가 독점적 협력, “양자택일”, 최저가 약속, 크로스 플랫폼 영업 제한 등의 요구를 수용하는지 여부와 결부시킴으로써, 사업자가 거래상대방 또는 거래조건을 자율적으로 선택하는 것을 제한하는 행위를 의미한다.³⁷ 트래픽형 자기우대와 비교할 때, 이러한 유형의 행위에서 핵심은 플랫폼이 자신의 사업을 우대하는 데 있는 것이 아니라, 플랫폼이 트래픽 보상·제재 메커니즘을 통해

자신의 업무에 불합리한 우위를 부여하였는지를 판단하는 데 있다. Nicolas Petit, Big Tech and the Digital Economy: The Moligopoly Scenario, Oxford University Press, 2020 참조.

36Regulation (EU) 2022/1925, Digital Markets Act, Article 6(5).

37 본문의 “배타적 트래픽 통제”에 대한 정의는 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」 제13조의 거래제한 관련 규정, 특히 플랫폼 사업자가 검색순위 강등, 트래픽 제한, 판촉활동 참여 자격 취소, 평점 등급 하향 등 징벌적 조치 또는 보조금, 할인, 우대, 트래픽 자원 지원 등 유인적 조치를 통해 거래상대방의 거래 선택을 제한할 수 있다는 규범 구조를 종합하여 제시한 것이다. 국가시장감독관리총국, 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」, 제13조 참조.

플랫폼 내 사업자의 거래 선택을 통제하는 데 있다.

알리바바 “양자택일” 사건은 이러한 구조를 집중적으로 보여준다. 국가시장감독관리총국은 처벌 결정서에서 플랫폼이 한편으로는 트래픽 지원 등 유인적 조치를 통해 플랫폼 내 사업자로 하여금 배타적 요구를 이행하도록 유도하였고, 다른 한편으로는 판촉활동 자원 지원 축소, 판촉활동 참여 자격 취소, 검색순위 강등 등 징벌적 조치를 통해 관련 요구를 이행하지 않은 플랫폼 내 사업자에게 압력을 행사하였다고 지적하였다.³⁸ 이러한 구조에서 트래픽 배분은 더 이상 플랫폼이 상품 품질, 이용자 선호 또는 거래 실적에 따라 수행하는 정상적인 운영상 배치에 그치지 않고, 플랫폼이 배타적 거래약정을 실행하는 수단이 된다. 플랫폼 내 사업자는 검색순위, 판촉활동 자원 및 추천 노출을 상실하지 않기 위해 다른 경쟁 플랫폼에서의 영업 또는 다른 플랫폼의 판촉활동 참여를 포기하도록 사실상 강제될 수 있다.³⁹

중국의 「플랫폼 경제 분야에 관한 반독점 지침」은 이미 스토어 차단, 검색순위 강등, 트래픽 제한, 기술적 장벽 등을 플랫폼이 거래제한을 실시할 때 취할

38 국가시장감독관리총국, 「행정처벌 결정서」(국시감처[2021]28호), 2021. 4. 10. 해당 결정서는 알리바바가 트래픽 지원 등 유인적 조치를 통해 플랫폼 내 사업자로 하여금 배타적 요구를 이행하도록 유도하고, 판촉활동 자원 지원 축소, 판촉활동 참여 자격 취소, 검색순위 강등 등 징벌적 조치를 통해 관련 요구를 이행하지 않은 플랫폼 내 사업자에게 압력을 행사하였다고 인정하였다.

39 국가시장감독관리총국, 「행정처벌 결정서」(국시감처[2021]28호), 2021. 4. 10. 해당 결정서는 알리바바가 플랫폼 내 사업자에게 경쟁 플랫폼에 입점하지 않거나 경쟁 플랫폼의 판촉활동에 참여하지 않도록 요구함으로써, 플랫폼 내 사업자의 거래 선택을 제한하고 관련 시장의 경쟁을 배제·제한하였다고 보았다.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

수 있는 징벌적 조치로 열거하고 있다.⁴⁰ 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」 제13조 역시 검색순위 강등, 트래픽 제한, 판촉활동 참여 자격 취소, 평점 등급 하향 등을 거래제한에서의 징벌적 조치로 열거하는 한편, 보조금, 할인, 우대, 트래픽 자원 지원 등을 제한을 변형적으로 실행하는 유인적 조치로 규정하고 있다.⁴¹ 이는 트래픽이 징벌적 수단으로 기능할 수도 있고 유인적 수단으로 기능할 수도 있음을 보여준다. 그 위법성은 플랫폼이 트래픽을 부여하거나 축소하는 행위 자체에 있는 것이 아니라, 플랫폼이 트래픽 배치를 배타적 조건과 결부시켜 플랫폼 내 사업자가 거래상대방과 거래 플랫폼을 자유롭게 선택할 수 있는 능력을 제한하는지 여부에 있다.⁴²

3. 변형된 거래거절: 트래픽 및 주문 획득 제한을 통한 거래기회 봉쇄

플랫폼 경제에서 거래거절은 반드시 직접적인 협력 종료, 계정 차단 또는 상품 삭제의 형태로만 나타나는 것은 아니다. 플랫폼은 트래픽 배분 알고리즘, 상품 게시 규칙, 주문 배정 메커니즘 등을 통해 거래상대방이 노출, 추천 또는 주

40 국무원 반독점위원회, 「플랫폼 경제 분야에 관한 반독점 지침」, 제15조. 해당 조항은 스토어 차단, 검색순위 강등, 트래픽 제한, 기술적 장벽 등을 플랫폼이 거래제한을 실시할 때 취할 수 있는 징벌적 조치로 열거하고 있다.

41 국가시장감독관리총국, 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」, 제13조. 해당 조항은 검색순위 강등, 트래픽 제한, 판촉활동 참여 자격 취소, 평점 등급 하향 등을 거래제한에서의 징벌적 조치로 열거하고, 보조금, 할인, 우대, 트래픽 자원 지원 등을 제한을 변형적으로 실행하는 유인적 조치로 규정하고 있다.

42 국무원 반독점위원회, 「플랫폼 경제 분야에 관한 반독점 지침」, 제15조; 국가시장감독관리총국, 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」, 제13조 참조. 위 규정들은 플랫폼의 트래픽 배치가 단순한 운영관리 차원을 넘어 배타적 조건과 결합될 경우, 거래상대방의 자유로운 거래 선택을 제한하는 거래제한의 실행 수단이 될 수 있음을 보여준다.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구
문을 획득하기 어렵게 만들고, 나아가 사실상 거래수량을 감소시킬 수도 있다.⁴³ 이러한 경우는 트래픽 제한으로 나타나는 변형된 거래거절이라고 할 수 있으며, 보다 구체적으로는 “거래기회 봉쇄”라고 부를 수 있다.⁴⁴

전통적인 거래거절과 비교할 때, 변형된 거래거절은 더 강한 은폐성을 가진다. 플랫폼은 사업자의 플랫폼 진입을 명시적으로 거절하지 않고, 반드시 스토어를 직접 폐쇄하거나 상품을 삭제하지도 않는다. 그러나 추천 가중치를 지속적으로 낮추거나, 자연 트래픽 풀에 대한 진입을 제한하거나, 검색 가시성을 낮추거나, 주문 배정을 줄이거나, 불합리한 상품 게시 규칙을 설정함으로써, 사업자가 형식상으로는 여전히 플랫폼 내에 존재하더라도 소비자에게 효과적으로 접근하기 어렵게 만들 수 있다. 만약 사업자가 해당 플랫폼에 높은 의존성을 가지고 있고 현실적으로 대체 가능한 거래 경로가 부족하다면, 이러한 트래픽 제한은 거래거절과 유사한 배제 효과를 발생시킬 수 있다.

「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」 제12조는 거래거절 부분에서 시장지배적 지위를 가진 플랫폼 사업자가 “트래픽 배분 알고리즘, 상품 게시 규

43 국가시장감독관리총국, 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」, 제12조 제3호 참조. 해당 조항은 시장지배적 지위를 가진 플랫폼 사업자가 트래픽 배분 알고리즘, 상품 게시 규칙 등을 이용하여 트래픽 획득과 주문 접수를 제한하고, 거래상대방과의 거래수량을 실질적으로 감소시키는 행위를 피해야 한다고 규정한다.

44 본문의 “거래기회 봉쇄”는 현행법상 독립된 법정 개념이 아니라, 플랫폼이 연결관계를 형식상 유지하면서도 트래픽 및 주문기회를 실질적으로 제한함으로써 거래상대방의 유효한 영업가능성을 약화시키는 현상을 설명하기 위한 조작적 개념이다. 이는 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」 제12조 제3호의 규범 구조를 바탕으로 제시한 것이다.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

칙 등을 이용하여 트래픽 획득과 주문 접수를 제한하고, 거래상대방과의 거래 수량을 실질적으로 감소시키는 행위”를 피해야 한다고 명확히 규정하고 있다.⁴⁵ 이 규정은 감독 규칙이 이미 플랫폼이 “연결을 끊지 않으면서 거래기회를 약화시키는” 방식으로 사실상의 거래거절을 실행할 수 있다는 점에 주목하고 있음을 보여준다. 이러한 행위에 대한 평가는 플랫폼이 시장지배적 지위를 가지고 있는지, 트래픽 제한에 정당한 이유가 결여되어 있는지, 거래상대방의 거래수량이 실질적으로 감소하였는지, 그리고 거래상대방이 이로 인해 효과적인 영업을 수행하기 어려워졌는지를 중점적으로 검토해야 한다.

주의할 점은 모든 트래픽 감소가 거래거절을 구성하는 것은 아니라는 점이다. 플랫폼이 위반행위에 대한 제재, 부정행위 방지, 상품 품질, 서비스 평가, 이행능력 또는 소비자 안전 등의 요소에 근거하여 특정 사업자의 트래픽을 낮추는 경우에는 정당성이 인정될 수 있다.⁴⁶ 플랫폼이 합리적 근거 없이 알고리즘과 규칙을 이용하여 거래상대방의 가시성과 주문기회를 지속적으로 약화시키고, 그 약화가 거래수량과 경쟁능력에 실질적 영향을 미치는 정도에 이른 경우에만 거래거절에 관한 경쟁법적 평가의 대상이 될 수 있다.

4. 트래픽 차별취급: 동종 사업자 경쟁조건의 불평등한 배치

45 국가시장감독관리총국, 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」, 제12조 제3호.

46 국무원 반독점위원회, 「플랫폼 경제 분야에 관한 반독점 지침」, 제14조 참조. 해당 조항은 거래거절의 정당한 이유와 관련하여 객관적 사유, 거래 안전, 거래상대방이 공정하고 합리적이며 비차별적인 플랫폼 규칙을 준수하지 않는 경우, 그 밖에 행위의 정당성을 입증할 수 있는 사유 등을 고려할 수 있음을 제시하고 있다.

트래픽 차별취급이란 플랫폼이 정당한 이유 없이 조건이 동일하거나 유사한 플랫폼 내 사업자에게 서로 다른 순위 가중치, 추천 규칙, 판촉활동 자원, 광고 비용, 주문 배정 또는 트래픽 진입 경로를 적용함으로써, 일부 사업자에게는 불공정한 경쟁우위를 부여하고 다른 사업자에게는 불리한 경쟁상 지위를 초래하는 행위를 의미한다.

디지털 플랫폼의 트래픽 배분은 본질적으로 차별화된 성격을 가진다. 플랫폼이 상품 관련성, 콘텐츠 품질, 이용자 평가, 이행 속도, 가격, 서비스 역량 등의 요소에 따라 트래픽을 차등적으로 배분하는 것은 그 자체로 당연히 차별취급을 구성하지 않는다. 문제는 플랫폼이 플랫폼과의 관계, 협력 정도, 특정 플랫폼 서비스 구매 여부, 플랫폼이 제시한 특정 거래조건의 수용 여부 등 경쟁 성과와 무관한 요소에 근거하여 트래픽 차이를 설정하는 경우이다. 이 경우 동종 사업자는 불공정한 경쟁조건에 놓일 수 있다.

반독점법의 틀에서 트래픽 차별취급은 플랫폼이 시장지배적 지위를 이용하여 거래조건을 불합리하게 차별적으로 배치하는 새로운 표현 형태로 이해할 수 있다. 전통적인 차별취급은 주로 가격, 수수료, 서비스 비용, 정산 주기 등 거래조건의 차이로 나타난다. 그러나 플랫폼 경제에서는 검색순위 위치, 추천 빈도, 판촉활동 진입 경로 및 주문기회 역시 사업자의 경쟁능력에 영향을 미치는 중요한 거래조건이 될 수 있다.⁴⁷ 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」은

47 국무원 반독점위원회, 「플랫폼 경제 분야에 관한 반독점 지침」, 제17조 참조. 해당 조항은 시장지배적 지위를 가진 플랫폼 경제 분야 사업자가 정당한 이유 없이 거래조건이 동일한

여러 조항에서 트래픽 배분, 상품순위, 트래픽 제한을 플랫폼 규칙, 알고리즘 및 기술과 병렬적으로 규정하고 있다. 이는 플랫폼의 트래픽 배치가 거래조건과 유사한 경쟁법적 의미를 가질 수 있음을 보여준다.⁴⁸ 따라서 트래픽 차별취급에 대한 평가는 플랫폼이 서로 다른 가격을 부과하였는지만을 비교하는 데 그쳐서는 안 되며, 플랫폼이 동종 사업자에게 불합리한 가시성 차이와 거래 기회 차이를 설정하였는지도 함께 검토해야 한다.

트래픽 차별취급 판단의 핵심은 “동종 사업자가 정당한 이유 없이 서로 다르게 취급되었는지”에 있다. 플랫폼이 차별화된 트래픽 배분이 품질, 신용도, 이용자 평가, 컴플라이언스 이행, 부정행위 방지 필요성 또는 소비자 이익에 근거한 것임을 입증할 수 있다면, 이를 곧바로 위법하다고 보기는 어렵다. 반대로 플랫폼이 합리적 근거를 설명하지 못하거나, 트래픽 차이가 명백히 플랫폼 자신의 이익, 계열 사업의 이익 또는 배타적 약정에 기여하는 경우에는 시장지배적 지위 남용 중 차별취급에 해당할 수 있다.

5. 트래픽 압력하의 끼워팔기 또는 불합리한 거래조건 부과

플랫폼은 또한 트래픽 배분 메커니즘을 통해 플랫폼 내 사업자에게 광고·홍

거래상대방에게 차별취급을 하는 경우를 규율하며, 차별적인 기준, 규칙, 알고리즘, 결제조건 및 거래방식 등을 고려 요소로 제시하고 있다.

48 국가시장감독관리총국, 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」, 제6조, 제12조, 제13조, 제14조 참조. 위 조항들은 트래픽 배분, 상품순위, 트래픽 제한 등을 플랫폼 규칙, 알고리즘, 기술 등과 결합하여 규정하고 있어, 플랫폼의 트래픽 배치가 사업자의 경쟁조건에 영향을 미치는 규칙적 요소임을 보여준다.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

보 서비스 구매, 판촉활동 참여, 지정 도구 사용, 특정 거래 규칙 수용 또는 추가 비용 부담을 강제할 수 있다. 이러한 행위는 반드시 전통적 의미의 강제적 끼워팔기로 나타나는 것은 아니며, 트래픽 압력하의 변형된 강제로 나타날 수 있다. 즉, 사업자가 플랫폼의 광고·홍보 서비스를 구매하지 않거나, 지정된 활동에 참여하지 않거나, 플랫폼이 부과한 부가조건을 수용하지 않는 경우, 자연 트래픽 감소, 검색순위 하락, 추천기회 축소 또는 주문 배정 제한에 직면할 수 있다.

물론 플랫폼이 광고 집행, 홍보 도구 및 부가가치 서비스를 제공하는 것 자체가 당연히 위법한 것은 아니다. 유료 트래픽은 플랫폼 상업화 운영의 중요한 방식이며, 사업자 역시 유료 홍보를 통해 노출과 전환 효율을 높일 수 있다.⁴⁹ 문제는 플랫폼이 자신의 트래픽 배분권을 이용하여 자연 트래픽과 유료 트래픽의 경계를 모호하게 만들거나, 불투명한 규칙을 통해 사업자로 하여금 “비용을 지불하지 않으면 기본적인 가시성조차 확보하기 어렵다”는 의존관계를 형성하게 하는지 여부이다.⁵⁰ 시장력을 가진 플랫폼이 자연 트래픽을 제한하거나, 순위 가중치를 낮추거나, 판촉활동 자원을 축소함으로써 사업자에게 본래 필요하

49 Regulation (EU) 2019/1150, Article 5 참조. 해당 조항은 순위에 영향을 미치는 주요 매개변수를 설명하도록 요구하면서, 보상이 순위에 영향을 미칠 가능성도 설명 대상으로 삼고 있어, 유료 요소가 플랫폼 순위와 노출에 영향을 미칠 수 있음을 전제로 한다.

50European Commission, “Commission Notice: Guidelines on ranking transparency pursuant to Regulation (EU) 2019/1150”, 2020/C 424/01 참조. 해당 지침은 직접 또는 간접적인 보상이 순위에 영향을 미칠 수 있는 경우, 플랫폼이 그러한 가능성과 설계 방식을 사업자에게 의미 있게 설명할 필요가 있음을 제시한다.

지 않은 서비스를 구매하도록 강제하는 경우, 이는 끼워팔기 또는 불합리한 거래조건 부과를 구성할 수 있다.

「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」 제14조는 “검색순위 강등, 트래픽 제한, 기술적 장벽, 서비스 중단, 권한 취소 등 징벌적 조치를 취함으로써 플랫폼 내 사업자, 소비자 등에게 기타 상품을 수용하도록 강제하는 행위”를 끼워팔기 또는 불합리한 거래조건 부과의 위험 유형으로 규정하고 있다. 동시에 플랫폼 내 사업자에게 홍보, 판촉, 할인 활동에 참여하도록 강제하거나 변형적으로 강제하는 행위, 또는 명확히 공시되지 않은 기술서비스비, 트래픽 홍보비 등을 부과하는 행위 역시 위험 유형으로 열거하고 있다.⁵¹ 이 규정은 트래픽 압력이 플랫폼의 강제거래를 실행하는 중요한 방식이 될 수 있음을 보여준다.

따라서 이러한 행위에 대한 경쟁법적 평가는 정상적인 상업적 홍보와 강제적인 트래픽 결합을 구분하는 데 중점을 두어야 한다. 정상적인 상업적 홍보는 사업자의 자율적 선택을 전제로 하며, 플랫폼은 광고 표시와 자연 순위를 명확히 구분하고, 유료 요소가 순위와 추천에 미치는 영향을 설명하여야 한다. 유럽 연합 P2B 규칙 제5조 역시 보상이 순위에 영향을 미칠 가능성이 있는 경우, 플랫폼이 그러한 가능성과 그 영향을 설명할 것을 요구한다.⁵² 반대로 플랫폼이

51 국가시장감독관리총국, 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」, 제14조 제2호, 제3호, 제5호 참조. 해당 조항은 검색순위 강등, 트래픽 제한, 기술적 장벽, 서비스 중단, 권한 취소 등 징벌적 조치를 통한 기타 상품 수용 강제, 홍보·판촉·할인 활동 참여의 강제 또는 변형된 강제, 명확히 공시되지 않은 기술서비스비·트래픽 홍보비 등의 부과를 위험 유형으로 규정하고 있다.

52 Regulation (EU) 2019/1150, Article 5(3) 참조.

불투명한 트래픽 규칙을 이용하여 사업자가 실질적인 선택의 여지 없이 광고·홍보 서비스를 구매하거나 기타 부가조건을 수용하도록 강제한다면, 이는 반독점법 심사의 범위에 포함되어야 한다.

전체적으로 볼 때, 디지털 플랫폼 내부의 트래픽 배분행위는 당연히 어느 하나의 단일한 위법 유형에 대응하는 것은 아니다. 그 경쟁법적 속성은 플랫폼이 트래픽 배분 메커니즘을 어떻게 사용하는지, 그리고 해당 메커니즘이 어떠한 경쟁 목적에 기여하는지에 따라 달라진다. 트래픽 배분행위에 대한 규제는 플랫폼의 정상적인 순위 산정, 추천 및 상업적 홍보 기능을 인정하는 기초 위에서, 그것이 자기우대, 거래제한, 변형된 거래거절, 차별취급 또는 불합리한 거래조건 부과에 이용되는지를 추가적으로 식별하여야 한다. 동시에 트래픽 배분이 알고리즘 시스템과 플랫폼 내부 데이터에 고도로 의존한다는 점을 고려할 때, 향후 알고리즘 감사, 순위 결과 추적 및 입증책임 조정 등의 메커니즘을 활용하여 이러한 행위의 식별 가능성과 규제 가능성을 높일 필요가 있다.⁵³

IV. 중국 현행 경쟁법상 트래픽 배분 행위 평가의 적용상 한계

앞서 살펴본 바와 같이, 디지털 플랫폼 내부의 트래픽 배분 행위는 자기우대, 거래제한, 변형된 거래거절, 차별대우 및 불합리한 거래조건 부과 등 서로 다른 반독점 위법 구조 속에 편입될 수 있다. 중국의 현행 규칙 역시 “트래픽 배분

53알고리즘 시스템에 기반한 플랫폼 행위의 식별과 규제 가능성을 높이기 위한 방안에 관하여는 Regulation (EU) 2022/2065, Digital Services Act, Article 27; OECD, Algorithmic Competition, 2023 참조. 전자는 추천 시스템의 주요 매개변수에 관한 투명성을 요구하고, 후자는 경쟁법 집행에서 알고리즘 감사와 설명가능한 인공지능을 활용할 가능성을 검토하고 있다.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

메커니즘”, “트래픽 배분”, “트래픽 획득 제한”, “트래픽 제한”, “검색 강등” 등의 문제에 주목하고 있으며, 이를 플랫폼 반독점 컴플라이언스 위험 상황 속에 포함시키고 있다.⁵⁴ 그러나 규칙 적용의 관점에서 보면, 현행 경쟁법은 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위를 평가하는 데 여전히 어려움을 안고 있다. 이는 주로 행위 성격 규명의 불안정성, 경쟁손해 입증의 어려움, 알고리즘 블랙박스로 인한 입증상 불균형, 그리고 정상적인 플랫폼 거버넌스와 반경쟁적 트래픽 통제 사이의 경계 불명확성으로 나타난다.

1. 행위 성격 규명의 어려움: 트래픽 배분은 독립된 위법 유형이 아님

우선, 트래픽 배분 행위는 현행 반독점법상 독립된 위법 유형이 아니라, 기술적·규칙적·자원배분적 수단으로서 서로 다른 독점행위 구조 속에 편입된다. 플랫폼이 검색 강등, 추천 제한, 주문 삭감 또는 이벤트 자원 취소를 실시하였다고 하더라도, 행위의 외관만으로 그 위법성을 곧바로 판단할 수는 없다. 동일한 “트래픽 제한” 행위라 하더라도, 그 목적이 “양자택일” 요구를 수용하지 않은 상인을 제재하는 데 있다면 거래제한에 해당할 수 있고, 그 효과가 거래상대방으로 하여금 주문을 얻기 어렵게 하여 거래 수량을 실질적으로 감소시키는 것이라면 거래거절에 해당할 수 있다. 또한 그 목적이 사업자에게 광고·홍보 서비스를 구매하게 하거나 다른 상품을 수용하도록 강제하는 데 있다면 끼워팔기 또는 불합리한 거래조건 부과에 해당할 수 있으며, 플랫폼 자영업무의 우선 노

54 国家市场监督管理总局, 「互联网平台反垄断合规指引」[「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」], 제6조, 제7조, 제12조, 제13조, 제14조.

출에 기여한다면 자기우대 또는 차별대우에 해당할 수 있다.⁵⁵

현행 규범은 이미 여러 차례 트래픽 제한을 언급하고 있으나, 주로 기존 위법 유형의 표현 형태로 이를 다루고 있다. 예컨대 「플랫폼 경제 분야에 관한 반독점 지침」은 거래제한 부분에서 점포 차단, 검색 강등, 트래픽 제한 등을 징벌적 조치로 열거하고 있으며, 「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」은 거래거절, 거래제한, 끼워팔기 또는 불합리한 거래조건 부과 조항에서 각각 “트래픽 배분 알고리즘”, “트래픽 획득 제한”, “트래픽 제한” 등의 표현을 사용하고 있다.⁵⁶ 이러한 규정 방식은 현실적 합리성을 가진다. 트래픽 배분은 실제로 독립된 독점행위가 아니기 때문이다. 다만 그 한계는 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위에 특화된 판단 기준이 아직 형성되어 있지 않다는 데 있다. 예컨대 검색 강등이 거래제한에서의 징벌적 조치인지, 아니면 거래거절에서의 거래 기회 봉쇄인지, 추천 제한이 어느 정도에 이르러야 “거래 수량의 실질적 감소”로 평가될 수 있는지, 트래픽 편향이 자기우대인지 정상적인 순위 조정인지에 대해서는 여전히 더 세밀한 기준이 필요하다.

2. 경쟁손해 입증의 어려움: 손해가 반드시 가격 인상으로 나타나는 것은 아님

55 OECD, Algorithmic Competition, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No.296, 2023

56 国务院反垄断委员会, 「关于平台经济领域的反垄断指南」[「플랫폼 경제 분야에 관한 반독점 지침」], 제15조; 国家市场监督管理总局, 「互联网平台反垄断合规指引」[「인터넷 플랫폼 반독점 컴플라이언스 지침」], 제12조, 제13조, 제14조.

플랫폼 내부 트래픽 배분 행위가 초래하는 경쟁손해는 반드시 가격 인상으로 나타나는 것이 아니라, 사업자의 가시성 저하, 노출 기회 감소, 주문 수량 감소, 거래 기회 침해 및 소비자 선택 범위 축소로 나타나는 경우가 많다. 전통적인 반독점 분석은 가격, 생산량, 시장점유율 및 소비자후생 등의 지표를 중시하는 경향이 있으나, 영가격 시장 또는 가격 경쟁이 약한 시장에서는 가격 지표만으로 플랫폼의 통제력과 경쟁손해를 충분히 드러내기 어렵다.⁵⁷ 많은 플랫폼 내 사업자에게 실제 경쟁상 지위를 결정하는 것은 플랫폼이 직접 가격을 인상하였는지가 아니라, 자신의 상품, 서비스 또는 콘텐츠가 이용자에게 보일 수 있는지 여부이다.

알리바바 “양자택일” 사건에서 법집행기관은 검색 강등이 플랫폼 내 사업자의 상품을 뒤쪽 순위에 배치되게 하거나 심지어 검색되지 않도록 만들어 상품 판매에 중대한 영향을 미칠 수 있다고 지적하였다.⁵⁸ Google Shopping 사건 역시 검색 결과의 노출 위치와 가시성 변화가 경쟁 서비스의 트래픽 획득 능력에 영향을 미치고, 나아가 시장 경쟁 구조에도 영향을 줄 수 있음을 보여준다.⁵⁹ 이러한 사건들은 플랫폼의 트래픽 통제가 초래하는 손해가 반드시 가격 변화로

57 徐信予·杨东, 「流量垄断的理论框架与规制路径」[「트래픽 독점의 이론적 틀과 규제 경로」], 人大金融科技研究所, 2023.3.23.

58 国家市场监督管理总局, 「行政处罚决定书」[「행정처벌결정서」], 国市监处[2021]28号, 2021.4.10.

59 European Commission, Google Search (Shopping), Case AT.39740, Commission Decision of 27 June 2017; General Court, Case T-612/17, Google and Alphabet v Commission, Judgment of 10 November 2021; Court of Justice, Case C-48/22 P, Google and Alphabet v Commission, Judgment of 10 September 2024.

나타나는 것이 아니라, 거래 기회의 약화로 나타날 수 있음을 보여준다.

문제는 사업자의 가시성 저하와 거래 기회 감소 자체를 안정적으로 측정하기 어렵다는 점이다. 검색 순위, 추천 노출, 화면 표시, 이벤트 진입로 및 주문 배정은 이용자 선호, 콘텐츠 품질, 가격, 판매량, 이행 능력, 평가, 광고 집행, 위반 기록 및 알고리즘 업데이트 등 다양한 요소의 영향을 받는다. 사업자가 노출, 클릭 또는 주문 감소를 입증하더라도, 그 감소가 플랫폼의 반경쟁적 트래픽 통제 때문인지, 아니면 시장 수요 변화, 사업자 자신의 경영 성과 하락 또는 플랫폼의 정상적인 알고리즘 조정 때문인지를 입증하기는 쉽지 않다. 따라서 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁손해 입증은 전통적인 가격 담합 사건보다 장기 데이터, 대조 분석 및 알고리즘 작동 결과의 관찰에 더 많이 의존한다.⁶⁰

3. 알고리즘 블랙박스로 인한 입증상 불균형

플랫폼 내부의 트래픽 배분은 알고리즘 시스템과 플랫폼 내부 데이터에 크게 의존하므로, 사업자와 플랫폼 사이에 현저한 정보 비대칭이 발생한다. 플랫폼은 검색 순위 규칙, 추천 모델, 트래픽 풀 배분 논리, 광고 입찰 규칙, 이용자 프로필 데이터, 주문 배정 메커니즘 및 알고리즘 조정 기록을 보유하고 있다. 반면 플랫폼 내 사업자는 통상 노출 감소, 클릭 감소, 주문 감소 또는 검색 순위 변화와 같은 외부 결과만을 관찰할 수 있을 뿐, 트래픽 변화의 실제 원인을 알기 어렵다.

60 검색 순위와 가시성 분포를 장기적으로 관찰하여 플랫폼 자기우대 여부를 측정하려는 방법론에 관해서는 Lukas Jürgensmeier & Bernd Skiera, "Measuring Self-Preferencing on Digital Platforms", 2023 참조.

실무상 플랫폼은 트래픽 변화를 콘텐츠 품질 저하, 이용자 관심 변화, 거래 안전, 부정행위 방지, 광고 입찰, 알고리즘 최적화 또는 이용자 경험 조정으로 설명할 수 있다. 이러한 이유들은 실제로 정당할 수도 있지만, 배타적 트래픽 제한, 자기우대 또는 차별대우를 은폐하는 수단으로 사용될 수도 있다. 알고리즘 블랙박스 상태에서는 사업자가 독점 협력 거절, 광고·홍보 서비스 구매 중단 또는 플랫폼과의 분쟁 이후 자신의 트래픽이 현저히 감소하였다는 사실을 발견 하더라도, 양자 사이에 법적 의미의 인과관계가 존재한다는 점을 입증하기 어렵다.

이러한 입증상 어려움은 중국법에만 고유한 문제가 아니다. EU P2B 규칙 제5 조가 플랫폼으로 하여금 순위를 결정하는 주요 매개변수와 그 상대적 중요성의 이유를 설명하도록 요구하는 것도, 플랫폼 순위 메커니즘이 상업 이용자의 온라인 가시성에 중대한 영향을 미치기 때문이다.⁶¹ EU 집행위원회의 순위 투명성 지침 역시 플랫폼이 순위 결정의 핵심 알고리즘 매개변수를 식별하고 관련 정보를 상업 이용자에게 전달해야 한다고 강조하면서도, 완전한 알고리즘 공개나 영업비밀 침해를 요구하지는 않는다.⁶²

이는 플랫폼 트래픽 배분 규제의 핵심 난점이 알고리즘의 완전한 공개 여부가 아니라, 영업비밀 보호와 알고리즘 조작 방지 사이에서 사업자에게 필요한 설명, 이의제기 및 심사 메커니즘을 제공하는 데 있음을 보여준다. 최근 알고리

61Regulation (EU) 2019/1150, Article 5(1).

62 European Commission, "Guidelines on Ranking Transparency Pursuant to Regulation (EU) 2019/1150", 2020.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구
증 감사 연구 역시 외부 관찰, 입력·출력 비교 및 장기적인 순위 결과 추적 등
을 통하여 플랫폼 순위 및 추천 메커니즘에 체계적 편향이 존재하는지를 식별
하려는 시도를 보여준다.⁶³

4. 정상적인 플랫폼 거버넌스와 반경쟁적 트래픽 통제 사이의 경계 불명확성

마지막으로, 플랫폼 트래픽 배분 행위의 평가는 정상적인 플랫폼 거버넌스와
반경쟁적 트래픽 통제를 어떻게 구별할 것인가라는 근본적 문제에 직면한다.
플랫폼은 공공 트래픽 풀도 아니며, 모든 사업자에게 트래픽을 평균적으로 배
분할 의무를 부담하지도 않는다. 오히려 플랫폼은 매칭 효율과 이용자 경험을
높이기 위해 관련성, 품질, 가격, 판매량, 평가, 이행 능력, 콘텐츠 적법성, 부정
행위 방지 및 소비자 선호 등을 기준으로 순위와 추천을 결정해야 한다. 플랫
폼이 저품질 상품, 허위 거래, 위법 콘텐츠, 허위 트래픽 조작 또는 서비스 품
질이 낮은 사업자의 트래픽을 낮추는 것은 일반적으로 정당성을 가진다.

따라서 경쟁법은 사업자의 트래픽 하락을 곧바로 위법으로 추정해서는 안 되
며, 플랫폼에게 모든 사업자에 대한 동일한 노출을 요구해서도 안 된다. 진정으
로 심사해야 할 것은 플랫폼이 강한 시장력을 바탕으로 트래픽 배분 메커니즘
을 이용하여 배타적 목적, 차별적 목적, 자기우대 또는 강제적 거래 목적을 실
현하였는지, 그리고 그 결과 사업자의 거래 기회가 침해되고 소비자 선택 범위
가 축소되었는지 여부이다. 다시 말해, 트래픽 배분의 위법성은 “차등적 배분”
그 자체에서 비롯되는 것이 아니라, 차등적 배분이 정당한 이유를 결여하였는

63Ankita Dash et al., “Antitrust, Amazon, and Algorithmic Auditing”, 2024.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구
지, 경쟁 배제·제한 목적에 기여하였는지, 실질적인 경쟁손해를 발생시켰는지에
달려 있다.⁶⁴

현행 규칙은 검색 강등, 트래픽 제한, 트래픽 자원 지원 등의 위험 행위를 이미 열거하고 있으나, “정상적인 순위 조정”과 “징벌적 강등”, “상업적 홍보”와 “강제적 트래픽 구매”, “이용자 경험 최적화”와 “자기우대”, “플랫폼 자치”와 “거래 기회 봉쇄” 사이의 경계에 대해서는 여전히 더 세밀한 판단 방법이 부족하다. EU P2B 규칙이 취하는 제한적 투명성 경로와 EU 「디지털시장법」의 게이트키퍼 자기우대에 대한 사전규제는 모두 플랫폼 순위 및 추천 메커니즘이 규제 불가능한 영역이 아님을 보여준다. 다만 규제 방식은 두 극단을 피해야 한다. 한편으로는 플랫폼이 알고리즘 블랙박스를 이용하여 배타적 통제를 은폐하도록 방치해서는 안 되며, 다른 한편으로는 플랫폼의 정상적인 정보 매칭과 비즈니스 모델을 과도하게 간섭해서도 안 된다.⁶⁵

V. 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 규제 방향

디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위에 대한 규제는 두 가지 극단을 피해야 한다. 한편으로는 플랫폼의 순위 조정, 추천 및 광고 집행이 운영상 정당성을 가진다는 이유만으로 플랫폼이 알고리즘 규칙을 이용하여 배타적 행위, 차별

64 플랫폼의 차등적 트래픽 배분은 그 자체로 위법한 것이 아니며, 정당한 이유의 결여, 경쟁 배제·제한 목적 및 실질적 경쟁손해가 결합될 때 경쟁법적 평가 대상이 된다. 유사한 관점으로 Regulation (EU) 2019/1150, Article 5; Regulation (EU) 2022/1925, Digital Markets Act, Article 6(5) 참조.

65 Regulation (EU) 2019/1150, Article 5; Regulation (EU) 2022/1925, Digital Markets Act, Article 6(5).

또는 자기우대를 은폐하도록 방치해서는 안 된다. 다른 한편으로는 사업자의 트래픽 하락을 곧바로 위법으로 추정하여 플랫폼의 정상적인 정보 매칭과 상업적 운영을 과도하게 간섭해서도 안 된다. 이에 따라 플랫폼의 트래픽 배분이 가지는 정당성을 인정하는 기초 위에서, “능력—행위—효과—정당한 사유”를 중심으로 경쟁법적 평가 틀을 구축하고, 제한적 순위 투명성, 비차별 의무, 입증 책임 조정 및 알고리즘 감사 메커니즘을 보완할 필요가 있다.

1. 능력—행위—효과—정당한 사유 평가 틀의 구축

우선, 플랫폼이 트래픽 통제를 실시할 능력을 보유하고 있는지를 검토해야 한다. 이러한 능력은 단순히 시장점유율만으로 판단해서는 안 되며, 플랫폼이 핵심 이용자 진입로를 장악하고 있는지, 검색 순위, 추천 알고리즘, 이벤트 자원, 광고 시스템 및 주문 배정 규칙을 통제하는지, 플랫폼 내 사업자가 해당 플랫폼의 트래픽에 강하게 의존하는지, 현실적으로 대체 가능한 거래 경로가 존재하는지 등을 종합적으로 고려하여 판단해야 한다.⁶⁶

다음으로, 트래픽 조정이 특정 경쟁 목적 또는 거래조건과 연결되어 있는지를 검토해야 한다. 예컨대 플랫폼이 사업자의 독점 협력 거절, 경쟁 플랫폼 행사 참여, 광고·홍보 서비스 구매 중단 또는 플랫폼 자영업무와의 경쟁을 이유로 검색 강등, 추천 제한, 이벤트 자원 축소 또는 주문 배정 제한을 실시하였는지

66 国务院反垄断委员会, 「关于平台经济领域的反垄断指南」[「플랫폼 경제 분야에 관한 반독점 지침」], 제11조.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구가 문제된다.⁶⁷

또한 해당 행위가 실질적인 경쟁손해를 초래하였는지를 검토해야 한다. 이러한 손해는 반드시 가격 인상으로 나타나는 것이 아니라, 검색 순위 하락, 추천 노출 감소, 주문 수량 감소, 거래 기회 침해 또는 소비자가 경쟁 상품과 서비스에 접근하기 어려워지는 현상으로 나타날 수 있다.⁶⁸

마지막으로, 플랫폼에 정당한 사유가 있는지를 심사해야 한다. 플랫폼이 콘텐츠 품질, 이용자 평가, 거래 안전, 부정행위 방지, 이행 능력, 소비자 보호 또는 법령 준수 등을 이유로 트래픽을 조정하는 것은 원칙적으로 정당성을 가진다. 다만 플랫폼은 조정 근거, 적용 규칙 및 기본 이유를 설명할 수 있어야 하며, 동종 사업자 사이에 규칙이 일관되게 적용되었음을 입증할 수 있어야 한다.

2. 제한적 순위 투명성 의무의 도입

트래픽 배분은 알고리즘 시스템에 크게 의존하므로, 플랫폼이 순위와 추천 규칙을 전혀 설명하지 않는다면 사업자는 트래픽 하락이 정상적인 운영 조정에서 비롯된 것인지, 배타적 트래픽 제한, 차별대우 또는 자기우대에서 비롯된 것인지 판단하기 어렵다. 따라서 제한적 순위 투명성 의무를 도입할 필요가 있다. 여기서 제한적 투명성이란 플랫폼에게 완전한 알고리즘, 소스코드 또는 모든

67 国家市场监督管理总局, 「行政处罚决定书」[「행정처벌결정서」], 国市监处[2021]28号, 2021.4.10. 알리바바 “양자택일” 사건에서 법집행기관은 플랫폼이 트래픽 지원 등 유인적 조치와 검색 강등 등 징벌적 조치를 결합하여 배타적 요구를 실행하였다고 판단하였다.

68 徐信予·杨东, 「流量垄断的理论框架与规制路径」[「트래픽 독점의 이론적 틀과 규제 경로」], 人大金融科技研究所, 2023.3.23.

가중치 매개변수를 공개하도록 요구하는 것이 아니라, 순위, 추천 및 노출에 영향을 미치는 주요 요소와 그 대략적인 작동 방식을 설명하도록 요구하는 것을 의미한다.⁶⁹ EU P2B 규칙 제5조는 온라인 중개서비스 제공자가 순위를 결정하는 주요 매개변수와 그 상대적 중요성의 이유를 설명하도록 요구하며, 유료 요소가 순위에 영향을 미칠 수 있는 경우 그 가능성과 효과도 설명하도록 요구한다.⁷⁰ 중국법의 맥락에서도 강한 시장력을 가진 플랫폼이 검색 강등, 트래픽 제한, 이벤트 자원 취소, 주문 배정 제한 등 불리한 조치를 취하는 경우, 사업자에게 기본 이유, 적용 규칙, 이의제기 경로 및 회복 조건을 설명하도록 요구할 수 있다.

3. 비차별 의무와 정당한 사유 설명의무의 강화

강한 시장력을 가진 플랫폼의 경우, 트래픽 배분 규칙은 기본적인 비차별 요구를 따라야 한다. 플랫폼은 품질, 가격, 판매량, 이행 능력, 소비자 평가, 콘텐츠 적법성 및 거래 안전 등을 기준으로 차등적 순위 조정을 할 수 있다. 그러나 정당한 사유 없이 동종 사업자에게 서로 다른 트래픽 규칙을 적용하거나, 순위, 추천 및 이벤트 진입로를 이용하여 자영업무 또는 계열업무를 우대해서는 안 된다.⁷¹ EU 「디지털시장법」 제6조 제5항은 게이트키퍼가 순위, 색인 및 크롤링 과정에서 자신의 상품 또는 서비스에 더 유리한 대우를 해서는 안 되

69 European Commission, "Guidelines on Ranking Transparency Pursuant to Regulation (EU) 2019/1150", 2020.

70 Regulation (EU) 2019/1150, Article 5(1), 5(3).

71 刘晓春, 「数字平台自我优待的法律规制」, 『法律科学(西北政法大学学报)』, 2023年第1期, 78면.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

며, 관련 순위에 투명하고 공정하며 비차별적인 조건을 적용해야 한다고 규정한다.⁷² 중국이 반드시 게이트키퍼 제도를 직접 이식할 필요는 없지만, 개별 사건 집행과 플랫폼 컴플라이언스에서 비차별 심사를 강화할 수 있다. 또한 플랫폼이 트래픽 제한, 검색 강등 등의 조치를 취하는 경우, 해당 조치가 위반행위, 품질 평가, 소비자 보호 또는 플랫폼 안전과 어떠한 관련성을 가지는지, 그리고 그 필요성과 비례성이 인정되는지를 설명하도록 요구할 필요가 있다.⁷³

4. 입증책임 조정과 알고리즘 감사 메커니즘의 보완

트래픽 배분 행위의 핵심 증거는 통상 플랫폼 측에 집중되어 있다. 사업자가 관찰할 수 있는 것은 대부분 노출 감소, 순위 변화 및 주문 감소와 같은 외부 결과일 뿐, 알고리즘 규칙, 가중치 조정 및 내부 운영 기록을 확보하기는 어렵다. 따라서 사업자 또는 법집행기관이 플랫폼에 비정상적인 트래픽 변화가 존재한다는 점, 특정 경쟁 사건과 트래픽 하락 사이에 시간적 관련성이 있다는 점, 또는 동종 사업자 사이에 현저한 트래픽 차이가 존재한다는 점에 관한 초보적 증거를 제시하는 경우, 플랫폼에게 트래픽 조정의 정당한 사유, 규칙상 근거 및 적용의 일관성에 대해 설명하도록 요구할 수 있다.⁷⁴ 동시에 알고리즘 감사를 보조적 도구로 활용할 수 있다. 알고리즘 감사는 장기 데이터 관찰, 검색

72Regulation (EU) 2022/1925, Digital Markets Act, Article 6(5).

73Regulation (EU) 2019/1150은 온라인 중개서비스 제공자의 약관 투명성, 순위 투명성 및 내부 불만처리 시스템 등을 규정함으로써 상업 이용자에게 일정한 절차적 보호를 제공한다. Regulation (EU) 2019/1150, Articles 3, 5, 11 참조.

74검색 순위 결과와 가시성 분포를 통하여 플랫폼 자기우대 여부를 측정하려는 시도로는 Lukas Jürgensmeier & Bernd Skiera, "Measuring Self-Preferencing on Digital Platforms", 2023 참조.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구
결과 테스트, 입력·출력 비교 및 순위 변화 추적 등을 통하여 플랫폼 트래픽 배
분에 체계적 편향이나 비정상적 차이가 존재하는지를 식별하는 방식이다.⁷⁵

5. 자연 트래픽, 유료 트래픽 및 징벌적 트래픽 제한의 구별

마지막으로, 자연 트래픽, 유료 트래픽 및 징벌적 트래픽 제한을 구별할 필요
가 있다. 자연 트래픽은 주로 관련성, 품질, 평가, 이용자 선호 및 플랫폼 규칙
에 따라 형성되며, 유료 트래픽은 광고 집행, 입찰 순위 또는 홍보 서비스를 통
해 형성된다. 유료 트래픽 그 자체가 당연히 위법한 것은 아니며, 플랫폼이 광
고와 홍보 서비스를 통해 상업화를 실현하는 것은 합리성을 가진다. 문제는 플
랫폼이 자연 순위와 광고 노출을 명확히 구별하는지, 유료 요소가 순위와 추천
에 미치는 영향을 설명하는지, 그리고 자연 트래픽을 낮추는 방식으로 사업자
에게 홍보 서비스를 구매하도록 강제하는지에 있다. 징벌적 트래픽 제한의 경
우, 플랫폼은 구체적 근거, 적용 규칙, 지속 기간 및 구제 방식을 설명해야 한
다. 플랫폼이 정당한 사유 없이 자연 트래픽을 낮추거나, 이벤트 자원을 제한하
거나, 검색 순위를 낮추는 방식으로 사업자에게 홍보 서비스를 구매하게 하거
나, 부가 조건을 수용하게 하거나, 경쟁 플랫폼에서의 거래를 포기하게 한다면,
이를 끼워팔기, 불합리한 거래조건 부과 또는 거래제한의 심사 범위에 포함시
켜야 한다.

VI. 결론

디지털 플랫폼 내부의 트래픽 배분 행위는 플랫폼이 정보를 조직하고, 거래

75Ankita Dash et al., "Antitrust, Amazon, and Algorithmic Auditing", 2024.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구를 매칭하며, 운영 질서를 유지하기 위한 중요한 메커니즘으로서 그 자체가 당연히 위법성을 가지는 것은 아니다. 플랫폼이 관련성, 콘텐츠 품질, 이용자 평가, 이행 능력, 거래 안전 및 소비자 선호 등을 기준으로 검색 순위, 추천 노출 및 이벤트 자원을 배분하는 것은 거래 효율을 높이고 이용자 경험을 개선하는 정당한 기능을 가진다. 따라서 경쟁법은 사업자의 노출량 감소나 트래픽 감소를 곧바로 독점행위로 보아서는 안 되며, 플랫폼 내 사업자에게 고정된 트래픽이나 특정 순위에 대한 청구권을 부여해서도 안 된다.

그러나 플랫폼이 강한 시장력을 가지고 핵심 이용자 진입로를 통제하는 경우, 트래픽 배분은 경쟁을 배제·제한하는 도구로 전환될 수 있다. 플랫폼은 검색 강등, 추천 제한, 이벤트 자원 축소, 주문 배정 제한 또는 알고리즘 가중치 조정을 통하여 특정 사업자의 가시성과 거래 기회를 감소시킬 수 있으며, 이를 자기우대, 거래제한, 변형된 거래거절, 차별대우 또는 불합리한 거래조건 부과에 이용할 수 있다. 이 경우 경쟁손해는 반드시 가격 인상으로 나타나는 것이 아니라, 거래 기회 감소, 소비자 선택 범위 축소 및 플랫폼 내부 경쟁질서의 왜곡으로 나타날 수 있다.

따라서 “능력—행위—효과—정당한 사유”를 중심으로 경쟁법적 평가 틀을 구축할 필요가 있다. 먼저 플랫폼이 트래픽 통제 능력을 보유하고 있는지를 판단하고, 다음으로 트래픽 조정이 배타적 목적, 자기우대 또는 강제적 거래 목적과 연결되어 있는지를 검토해야 한다. 나아가 해당 행위가 가시성 저하, 거래 기회 감소 및 경쟁질서 침해를 초래하였는지를 분석하고, 마지막으로 플랫폼이 콘텐

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

츠 품질, 거래 안전, 부정행위 방지 또는 소비자 보호 등 정당한 사유를 제시할 수 있는지를 심사해야 한다. 향후 규제의 핵심은 플랫폼의 순위 조정, 추천 및 상업적 홍보 메커니즘 자체를 부정하는 데 있지 않고, 제한적 순위 투명성, 차별 의무, 정당한 사유 설명, 입증책임 조정 및 알고리즘 감사 등을 통하여 시장력을 가진 플랫폼이 트래픽 배분권을 경쟁 통제권으로 전환하는 것을 방지하는 데 있다.

참고문헌

외국어문헌

[중국어]

<논문>

刘晓春:《数字平台自我优待的法律规制》,载《法律科学》(西北政法大学学报),2023年第1期.

殷继国:《数字平台自我优待行为的反垄断法规制》,载《法商研究》,2024年第5期.

徐信予·杨东:《流量垄断的理论框架与规制路径》,载《人大金融科技研究所》,2023. 3. 23.

<기타>

MMA中国无线营销联盟,《移动互联网广告可见性验证标准V.1.2》,2020.

[영어]

<저서>

Petit, Nicolas, *Big Tech and the Digital Economy: The Moligopoly Scenario*, Oxford University Press, 2020.

Wu, Tim, *The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside Our Heads*, Knopf, 2016.

<논문>

Dash, Ankita et al., “Antitrust, Amazon, and Algorithmic Auditing”, 2024.

Gharibshah, Zhabiz et al., “User Response Prediction in Online Advertising”, 2021.

왕문선- 디지털 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위의 경쟁법적 평가에 관한 연구

Goldhaber, Michael H., “The Attention Economy and the Net”, 1997.

Hodas, Nathan O. & Lerman, Kristina, “Attention and Visibility in an Information Rich World”, 2013.

Jürgensmeier, Lukas & Skiera, Bernd, “Measuring Self-Preferencing on Digital Platforms”, 2023.

Simon, Herbert A., “Designing Organizations for an Information-Rich World”, in Martin Greenberger ed., Computers, Communications, and the Public Interest, Johns Hopkins Press, 1971.

<보고서>

OECD, Algorithmic Competition, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No.296, 2023.

OECD, Competition Policy in Digital Markets: The Combined Effect of Ex Ante and Ex Post Instruments in G7 Jurisdictions, OECD Publishing, 2024.

<기타>

European Commission, Guidelines on Ranking Transparency Pursuant to Regulation (EU) 2019/1150, 2020.

초 록

디지털 플랫폼은 검색 순위, 추천 알고리즘, 이벤트 자원, 광고 집행 및 주문 배정 등을 통하여 플랫폼 내부의 트래픽을 배분하고, 이를 통해 플랫폼 내 사업자의 가시성과 거래 기회에 영향을 미친다. 트래픽 배분은 정보 매칭 효율을 높이고, 이용자 경험을 개선하며, 플랫폼 질서를 유지하는 정당한 기능을 가지므로 그 자체가 곧바로 독점행위에 해당하는 것은 아니다. 그러나 플랫폼이 강한 시장력을 가지고 핵심 이용자 진입로를 통제하는 경우, 트래픽 배분은 중립적인 운영 메커니즘에서 경쟁을 배제·제한하는 도구로 전환될 수 있다. 구체적으로는 트래픽형 자기우대, 배타적 트래픽 통제, 변형된 거래거절, 트래픽 차별 대우 및 트래픽 압력을 통한 끼워팔기 또는 불합리한 거래조건 부과 등으로 나타날 수 있다. 중국의 현행 플랫폼 반독점 규범은 검색 강등, 트래픽 제한, 트래픽 획득 제한 등의 문제를 이미 규율 대상으로 삼고 있으나, 행위 성격 규명, 경쟁손해 입증, 알고리즘 블랙박스로 인한 입증상 불균형, 정상적인 플랫폼 거래버넌스와 반경쟁적 트래픽 통제의 경계 설정에서 여전히 한계를 가진다. 이에 따라 본 논문은 플랫폼 내부 트래픽 배분 행위에 대하여 “능력—행위—효과—정당한 사유”를 중심으로 한 경쟁법적 평가 틀을 제시하고, 제한적 순위 투명성, 비차별 의무, 정당한 사유 설명, 입증책임 조정 및 알고리즘 감사 등을 통한 규제 방향을 제안한다.

<주제어> 디지털 플랫폼, 트래픽 배분, 가시성, 거래 기회, 반독점법

Abstract

Digital platforms allocate internal traffic through search rankings, recommendation algorithms, promotional event resources, advertising placement, and order assignment, thereby affecting the visibility and transaction opportunities of businesses operating on the platform. Traffic allocation serves legitimate functions such as improving information-matching efficiency, enhancing user experience, and maintaining platform order; as such, it does not in itself constitute monopolistic conduct. However, when a platform possesses substantial market power and controls key user access points, traffic allocation can transform from a neutral operational mechanism into a tool for excluding or restricting competition. Specifically, this may manifest as traffic-based self-preferencing, exclusive traffic control, disguised refusal to deal, discriminatory traffic treatment, and tying arrangements or imposition of unreasonable trading conditions through traffic pressure. China's current platform antitrust regulations already address issues such as search demotion, traffic restrictions, and impeded traffic acquisition, yet limitations remain in identifying the nature of conduct, proving competitive harm, addressing evidentiary imbalances caused by algorithmic black boxes, and delineating the boundary between legitimate platform governance and anticompetitive traffic control. Accordingly, this paper proposes a competition law assessment framework for internal platform traffic allocation conduct centered on "capability—conduct—effects—legitimate justifications," and suggests regulatory directions including limited ranking transparency, non-discrimination obligations, explanation of legitimate justifications, adjustment of evidentiary burdens, and algorithmic audits.

Keywords: Digital Platform, Traffic Allocation, Visibility, Transaction Opportunities, Antitrust Law

신 「회사법」상 “수평적 법인격 부인”의 적용 경계에 관한 연구

— 책임재산의 위험화와 “각 회사” 범위의 제한을 중심으로 —

A Study on the Scope of Application of Horizontal Piercing of the Corporate Veil under the New Company Law: Focusing on the Endangerment of Liability Assets and the Restrictive Interpretation of “Each Company”

장진호(张振浩)(인하대학교 일반대학원 법학과 박사생)

Zhang Jinhao(Ph.D. Candidate, Department of Law, Graduate School, Inha University)

목 차

I. 서론

1. 연구 배경과 문제 제기
2. 선행연구 현황과 한계
3. 연구문제, 연구방법 및 논문의 구성

II. 제 23 조 제 2 항의 규범구조와 해석 쟁점

1. 수평적 법인격 부인의 규범적 위치
2. “전항의 규정된 행위 실시”의 해석: 책임재산 위험화의 규범적 위치
3. 책임재산 위험화의 판단 틀
4. “각 회사”의 목적론적 축소해석
5. 증명책임의 분배

III. 전형적 사례 검토: 혼동 인정에서 책임 경계까지

1. 지도사례 제 15 호: 수평적 법인격 부인의 독자적 적용과 논증의 한계
2. 절용안: 재무혼동에서 변제 기초 훼손을 보여주는 참조 사례

3. 추림안: 관련회사 법인격 혼동을 신중하게 인정한 반대 경계 사례
4. 신법 이후 재판례 관찰: (2024) 민 04 민종 760 호 사건의 반대 사례적 의미
5. 네 사건의 대조: 재판 논리의 예비적 관찰

IV. 한국법의 참조: “동일성”에서 “개별 인정”으로

1. 한국법 관점에서 본 수평적 법인격 부인: 왜 참조할 가치가 있는가
2. 2002 다 66892 판결: 신설회사형 채무회피
3. 2017 다 271643 판결: 제 3 자 구조를 관통한 책임 확장 및 2010 다 94472 판결의 선행 확인
4. 2020 다 259704 판결: 동일 브랜드·주소·인원만으로는 당연히 성립하지 않음
5. 중국법이 참고할 수 있는 점과 참고해서는 안 되는 점

V. 결론과 제도적 제언

1. 연구결론
2. 해석론상 보완 방향
3. 제도 조정상의 제언

I. 서론

1. 연구 배경과 문제 제기

회사는 자신의 재산으로 대외적 책임을 부담하고, 주주는 출자액을 한도로 위험을 부담한다. 이는 현대 회사제도의 기본 전제이다. 그러나 유한책임은 본래 채무회피를 위한 통로로 마련된 것이 아니다. 주주가 법인의 외피를 채무 차단 및 자산 이전의 수단으로 이용하는 경우, 법인격 부인은 예외적 남용이 아니라 남용행위에 대한 필요한 교정이다.

종래 중국의 법인격 부인 규칙은 주로 수직적으로 전개되었다. 즉 주주가 자신이 지배하는 회사의 독립 법인격을 남용하는 경우, 주주가 회사채무에 대하여 연대책임을 부담하는 구조였다. 2005 년 「회사법」 제 20 조 제 3 항은 바로 이러한 사고방식의 성문법적 표현이다. 이에 비해 수평적 법인격 부인이 직면하는 구조는 훨씬 복잡하다. 동일한 지배자가 여러 회사를 지배하고, 채무는 그중 한 회사에 남아 있지만 자산, 거래기회 또는 영업수익은 다른 관련회사로 흘러갈 수 있다. 이러한 경우 지배주주만을 추궁하는 것으로는 이미 이전되었거나 관련회사에 섞여 들어간 책임자산을 충분히 포착하지 못할 수 있다.¹²

신 「회사법」 제 23 조 제 2 항은 바로 이러한 배경에서 등장하였다. 이 조항은 “주주가 그가 지배하는 둘 이상의 회사를 이용하여 전항의 규정된 행위를 실시한 경우, 각 회사는 어느 한 회사의 채무에 대하여 연대책임을 부담한다”고 규정한다. 이는 수평적 법인격 부인의 규범적 지위를 높였고, 다수회사 구조 남용 사건에서 채권자에게 보다 직접적인 청구 근거를 제공하였다.³⁴

조문이 입법되었다고 해서 해석 문제가 곧바로 사라지는 것은 아니다. 오히려 과거 판례가 개별 사안의 재량으로 우회할 수 있었던 부분이 이제는 정면으로

¹¹「중화인민공화국 회사법」(2005 년 개정) 제 20 조 제 3 항은 “회사 주주가 회사 법인독립 지위와 주주의 유한책임을 남용하여 채무를 회피하고 회사 채권자의 이익을 중대하게 해한 경우, 회사채무에 대하여 연대책임을 부담한다”고 규정한다. 이 조항은 통상 중국법상 수직적 회사 법인격 부인 규칙의 성문법적 기초로 이해된다.

¹²李建伟：《关联公司法人人格否认的实证研究——以 144 例民事判决书的类型化分析为基础》，载《法商研究》第 6 期(2021)，第 103—115 页；黄辉：《公司集团背景下的法人人格否认：一个实证研究》，载《中外法学》第 2 期(2020)，第 494—513 页。

³³「중화인민공화국 회사법」(2023 년 개정) 제 23 조 제 2 항: “주주가 그가 지배하는 둘 이상의 회사를 이용하여 전항의 규정된 행위를 실시한 경우, 각 회사는 어느 한 회사의 채무에 대하여 연대책임을 부담한다.” 이 법은 2024 년 7 월 1 일부터 시행되었다.

³⁴본문은 주로 명의주주 또는 실제지배자가 다수회사 구조를 통하여 남용행위를 실시하는 경우를 논의한다. 비주주 실제지배자(예컨대 계약상 배열로 실제 지배하지만 명의상 지분을 보유하지 않는 자)가 제 23 조 제 2 항의 유추적용 대상이 될 수 있는지는 “주주” 개념의 확장해석 허용 여부와 관련되므로 본문에서는 전개하지 않는다. 관련 논의는 「중화인민공화국 회사법」(2023 년 개정) 제 22 조의 실제지배자 정의 및 제 23 조 제 1 항의 “주주” 적용 논리를 참조할 수 있다.

답해야 할 문제가 되었다. 관련회사 사이에 법인격 혼동이 존재하면 연대책임은 당연히 발생하는가? 그렇지 않다면 법원은 어떤 기준으로 연대책임의 발동 여부와 그 범위에 포함될 회사를 결정해야 하는가?

본문은 수평적 법인격 부인의 채권자 보호 기능을 부정하는 것이 아니다. 그 필요성을 인정하면서도 적용 경계를 중점적으로 논의하려는 것이다. “각 회사”를 지배주주 명의 아래의 모든 회사로 읽고, “어느 한 회사의 채무”를 그룹 내부 채무의 일반적 상호보증으로 읽는다면, 제 23 조 제 2 항은 법인격 부인의 예외적 위치를 벗어나 그룹 구성회사 사이의 연대보증으로 변질될 수 있다. 따라서 본문은 어떠한 조건에서 혼동 사실이 연대책임을 발생시키기에 충분한지, 그리고 어떤 관련회사가 “각 회사”의 범위에 들어가는지를 밝히고자 한다.⁵

2. 선행연구 현황과 한계

기존 연구는 여러 각도에서 수평적 법인격 부인에 대한 이해를 진전시켜 왔다. 리젠웨이(李建伟)의 실증연구는 144 건의 민사판결을 표본으로 삼아 관련회사 법인격 부인 재판에서 인용률이 높고, 적용 요건이 통일되어 있지 않으며, 인용 근거가 혼란스럽다는 규칙적 문제를 드러냈다. 황후이(黄辉)의 회사그룹 배경에서의 법인격 부인 사건 312 건에 대한 실증분석은 혼동이 가장 자주 사용되는 법인격 부인의 이유이지만 법원이 통일된 기준을 세우지 못했음을 더 보여준다. 또한 그룹 배경에서 채권자 보호를 위하여 법인격 부인에 과도하게 의존하면 정상적인 그룹 조직의 효율성도 해칠 수 있다. 스이펑(石一峰)은 동태적 판단의 관점에서 인적·업무·재무 혼동 요소를 정태적으로 열거하는 데 만족해서는 안 되고, 행위·목적·결과를 종합적으로 고찰해야 한다고 지적하였다. 왕쑤난(王森南)은 신 「회사법」의 수평적 베일 관통 제도가 공동지배 기준 불명확, 수평적·수직적 관통의 적용 순위 불명확, 각 회사의 책임 범위 미전개 등 과제에

⁵王森南：《新〈公司法〉横向刺破公司面纱制度的挑战与对策》，载《金融法苑》第3期（总第113辑）（2024），第173—191页。

직면하고 있으며, 사법실무에서 원래 대리나 불법행위로 해결되어야 할 영역에 수평적 관통을 적용할 위험이 있다고 지적하였다.⁶

그러나 기존 연구에는 여전히 두 가지 한계가 있다. 첫째, 많은 연구가 “법인격 혼동을 어떻게 인정할 것인가”에 집중하고 있으며, 혼동 성립 후 연대책임을 어떻게 발동할 것인지에 관한 논의는 아직 충분하지 않다. 취샤오통(曲晓童)의 연구는 이미 재판에서 인과관계 요건의 논증이 거칠고 손해결과 기준이 넓고 불일치한다는 문제를 주목하였지만, “법인격 혼동”과 “회사 채권자의 이익을 중대하게 해함” 사이에 조작 가능한 중간 판단을 어떻게 세울 것인지에 대해서는 아직 합의가 형성되지 않았다. 둘째, 제 23 조 제 2 항의 “각 회사” 책임 범위에 관하여 다수 연구는 확장 위험을 지적하였지만, 조작 가능한 책임주체 축소 기준은 아직 충분히 형성되지 않았다. 왕썬난은 자매회사 이해관계자의 공평한 대우 문제를 지적하였으나, “각 회사”의 해석 방안은 더 전개될 여지가 있다.

실무에서 이 문제의 긴급성은 신 「회사법」 시행으로 더욱 두드러졌다. 제 23 조 제 2 항은 수평적 법인격 부인을 명문화하였고, 법원은 개별 사건에서 제 1 단계인 “법인격 혼동의 성립 여부”와 제 2 단계인 “연대책임의 발동 여부” 사이의 관계를 처리하기 시작하였다. 기존 재판례 관찰에 따르면, 관련관계와

⁶선행연구의 대표적 성과는 네 유형으로 정리할 수 있다.

첫째, 실증연구:李建伟:《关联公司法人人格否认的实证研究——以 144 例民事判决书的类型化分析为基础》,《法商研究》2021 年第 6 期,第 103—115 页;黄辉:《公司集团背景下的法人格否认:一个实证研究》,《中外法学》2020 年第 2 期,第 494—513 页。

둘째, 동태적 판단과 경계 통제:石一峰:《关联公司人格否认动态判断体系的构建》,《环球法律评论》2022 年第 3 期,第 147—162 页;王森南:《新〈公司法〉横向刺破公司面纱制度的挑战与对策》,《金融法苑》2024 年第 3 期(总第 113 辑),第 173—191 页。

셋째, 일반화와 제한 연구:曲晓童:《公司法人格否认规则的适用泛化及其限缩》,《北京理工大学学报(社会科学版)》2026 年第 1 期,第 30 页以下。

넷째, 비교법과 한국 판례:최정식,「채무면탈 목적으로 다른 회사의 법인격을 남용하는 경우 법인격 부인의 요건 — 대법원 2019. 12. 13. 선고 2017 다 271643 판결」,『법학논총』 제 47 권, 2020, 931—955 면。

인적 교차는 책임재산 상태에 대한 실질적 심사를 당연히 대체할 수 없다. 피추급 회사가 혼동에 참여하였는지, 그로부터 이익을 얻었는지, 책임재산을 승계하였는지는 여전히 개별 사안에서 설명되어야 한다. 이러한 실무상 필요에 조작 가능한 해석 틀을 제공하는 것이 본문의 출발점이다.

3. 연구문제, 연구방법 및 논문의 구성

본문의 핵심은 “법인격 혼동”과 “연대책임” 사이에 “책임재산의 위험화”라는 중간 판단을 도입하고, “책임주체의 개별 대응”을 통하여 “각 회사”의 범위를 축소하는 데 있다. 다시 말해 본문은 법인격 혼동 요소의 목록을 확대하려는 것이 아니라, 혼동 성립 후 책임이 발동될 수 있는지 및 책임이 어떤 회사로 확장되는지를 해결하려는 것이다. “책임재산의 위험화”는 「회사법」 제 23 조 밖에 별도의 독립 요건을 새로 세우는 것이 아니라, “채무회피”와 “회사 채권자의 이익에 대한 중대한 침해”를 해석적으로 전개한 것이다. 그 목적은 “법인격 혼동”과 “연대책임” 사이의 중간 판단을 보충하여, 법원이 인적·업무·재무 교차만을 이유로 곧바로 관련회사에 연대책임을 명하는 것을 피하게 하는 데 있다.

본문은 주로 세 가지 문제를 다룬다. 첫째, 관련회사 사이에 인적·업무 또는 재무상의 교차가 존재할 때 연대책임을 당연히 추론할 수 있는가. 본문의 답은 부정적이다. 혼동 사실은 회사의 독립성이 약화되었음을 설명할 수 있을 뿐, 채권자의 변제 기초가 이미 영향을 받았음을 직접 설명하지는 못한다. 법원은 사건 관련 혼동행위가 어떻게 채무자 회사의 재산을 불명확, 감소 또는 이전의 상태에 놓이게 하였는지를 더 설명해야 한다.

둘째, 제 23 조 제 2 항의 “각 회사”가 지배주주 명의 아래의 모든 회사를 포함하는가. 본문은 이를 제한해야 한다고 본다. 사건 관련 남용행위와 구체적 관련성이 있는 회사, 즉 참여·수익 또는 책임재산 승계를 한 회사만이 여기의 “각 회사”에 해당한다.

셋째, 한국 판례법은 어떠한 참조를 제공할 수 있는가. 본문은 한국법의 비교적 높은 주관적 의도 증명 문턱을 이식하자고 주장하지 않는다. 다만 책임

확장 시 각 회사의 책임 기초를 하나씩 심사하는 한국 판례의 사고방식을 참고하여, 중국법상 “각 회사” 범위 제한에 비교법적 근거를 제공하고자 한다.

연구방법상 본문은 제 23 조 제 1 항과 제 2 항 사이의 체계적 해석을 기초로 하며, 지도사례 제 15 호, 절용안, 추림안 및 한국 대법원 관련 판례를 결합하여 수평적 법인격 부인의 발동 문턱과 책임 범위를 논의한다.

II. 제 23 조 제 2 항의 규범구조와 해석 쟁점

1. 수평적 법인격 부인의 규범적 위치

수평적 법인격 부인과 수직적 법인격 부인은 모두 유한책임의 남용을 방지하는 데 목적이 있다. 그러나 양자가 직면하는 위험구조는 같지 않다. 수직적 법인격 부인은 일반적으로 주주가 회사를 채무회피의 도구로 삼는 문제를 처리하며, 책임의 방향은 주주가 회사채무에 대하여 책임지는 것이다. 수평적 법인격 부인은 더 복잡하다. 채무는 여전히 어느 한 회사 명의 아래 남아 있지만, 자산·수익·업무기회 또는 변제능력은 다른 관련회사로 이전될 수 있다. 채권자가 재산을 추급하지 못하는 것은 어떤 주주 개인이 도피했기 때문이 아니라, 재산이 여러 회사 사이를 이동한 뒤 귀속이 모호해졌기 때문이다.⁷

따라서 제 23 조 제 2 항은 단순히 “관련회사 상호 책임”으로 이해되어서는 안 된다. 조문에서 진정으로 결정적인 것은 “둘 이상의 회사를 지배한다”는 사실이 아니라, 지배주주가 다수회사 구조를 이용하여 제 1 항이 말하는 남용행위를 하였는지 여부이다. 즉 그룹 지배관계는 적용 장면일 뿐이고, 채무회피와 채권자 이익 침해가 책임의 기초이다.⁸

⁷ 수직적 법인격 부인과 수평적 법인격 부인의 구조적 차이에 관하여는 朱慈蘊: 《公司人格否认法理与实践》, 人民法院出版社(2009); 李建伟: 《关联公司法人人格否认的实证研究》, 载《法商研究》第 6 期(2021), 第 103—115 页 참조. 신 「회사법」 제 23 조 제 2 항의 규범적 위치에 관하여는 赵旭东主编、刘斌副主编: 《新公司法条文释解》, 法律出版社(2024), 제 23 조 해설(第 113—114 页) 참조.

⁸ 赵旭东主编、刘斌副主编: 《新公司法条文释解》, 法律出版社(2024), 제 23 조 해설 부분(第 113—114 页). 해당 해설은 제 23 조 제 2 항의 적용이 지배주주가 “전항의 규정된 행위”를 실시하는 것을 전제로 하며, 관련관계만으로 당연히 연대책임이 발생하지 않는다고 명확히 지적한다.

2. “전항의 규정된 행위 실시”의 해석: 책임재산 위험화의 규범적 위치

제 23 조 제 2 항에서 가장 해석이 필요한 부분은 “전항의 규정된 행위를 실시한다”는 것이 무엇을 포함하는가이다. 제 1 항은 단지 “회사 법인독립 지위를 남용한다”고만 말하지 않고, 동시에 “채무를 회피”하고 “회사 채권자의 이익을 중대하게 해한다”는 요건도 요구한다. 따라서 수평적 장면에서 인적·재무·업무 혼동 등 사실은 많아야 법인의 독립성이 훼손되었음을 설명할 뿐이다. 그것이 이미 채무회피를 구성하는지, 채권자 이익을 중대하게 해하였는지는 계속 논증되어야 한다.

이러한 관계가 바로 “책임재산의 위험화”라는 분석 도구가 포착하려는 부분이다. 이는 법 밖의 조건을 추가하는 것이 아니라, 법원이 “채무회피”와 “회사 채권자의 이익에 대한 중대한 침해”를 구체적으로 말하도록 요구하는 것이다. 즉 사건 관련 혼동행위가 채무자의 책임재산에 어떠한 영향을 미쳤고, 왜 해당 채권자의 변제를 어렵게 만들었는지를 설명해야 한다.⁹¹⁰

따라서 수평적 법인격 부인은 적어도 두 단계로 나누어야 한다. 첫째, 회사의 독립성을 훼손할 정도의 혼동 사실이 존재하는지를 확인한다. 둘째, 이러한 혼동이 책임재산의 위험화를 초래하였는지를 심사한다. 그 전형적 모습으로는 무상 또는 저가 자산 이전, 대금의 관련회사 계좌 유입, 장기간 계좌 공동사용, 회계장부 미분리, 자산 귀속 식별 불능, 거래수익의 실제 관련회사 귀속 등이 있다.

⁹본문은 “책임재산의 위험화”를 “채무회피”와 “회사 채권자의 이익에 대한 중대한 침해”의 해석적 전개로 위치시키며, 회사법 제 23 조 밖에 별도 구성요건을 창설하려는 것이 아니다. 법인격 부인의 예외성과 검역성에 관하여는 朱慈蘊：《公司人格否认法理与实践》，人民法院出版社(2009)；赵旭东主编、刘斌副主编：《新公司法条文释解》，法律出版社(2024)，제 23 조 해설(第 113—114 页)；武胜男：《法人人格否认制度的司法适用》，《金融法苑》2025 年第 2 期，第 77—96 页 참조.

¹⁰재판에서 인과관계 요건의 논증이 거칠고 손해결과 기준이 넓고 불일치한다는 문제에 관하여는 曲晓童：《公司法人格否认规则的适用泛化及其限缩》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》第 1 期(2026)，第 30 页以下；石一峰：《关联公司人格否认动态判断体系的构建》，载《环球法律评论》第 3 期(2022)，第 147—162 页 참조. 이 문제가 바로 책임재산 위험화라는 중간 판단을 도입하는 현실적 동기이다.

본문에서 말하는 “책임재산의 위험화”란 관련회사 사이의 법인격 혼동 또는 자산유통 배열로 인하여 채무자 회사의 책임재산이 귀속 불명, 수량 감소, 지배권 이전 또는 변제능력의 실질적 약화 상태에 놓이고, 그 결과 특정 채권자의 변제위험이 현저히 증가하는 상태를 말한다.¹¹⁾

“책임재산의 위험화”라는 개념을 사용하는 이유는 문제를 지나치게 좁게 말하지 않기 위해서이다. 많은 사건에서 특정 자산 한 건이 직접 빠져나갔음을 정확히 증명할 수 있는 것은 아니다. 진정한 문제는 여러 회사가 장기간 계좌와 자산을 혼용하여 외부인이 어떤 회사가 재산을 보유하고, 어떤 회사가 채무를 부담하며, 어떤 회사가 거래수익을 가져갔는지 전혀 판단할 수 없게 되는 데 있을 수 있다. 책임재산은 반드시 단일 지점의 감소로만 나타나는 것이 아니며, 경계의 모호성 자체가 이미 위험상태를 구성한다.

“책임재산의 위험화”와 몇 가지 인접 개념 사이의 구별도 필요하다. “재산혼동”은 여러 주체 사이의 재산 경계가 불분명한 객관적 상태를 묘사하는 사실 차원의 판단이다. 반면 “책임재산의 위험화”는 이러한 혼동 상태가 특정 채무자 회사의 변제 기초를 식별 가능한 위험 속에 놓이게 하였는지를 더 묻는다. 전자는 후자의 전제조건이지만 후자와 동일하지 않다. “자산감소”는 통상 특정 자산량의 감소를 말하며, 구체적 이전 경로와 가치 손실의 증명을 요구한다. 그러나 “책임재산의 위험화”의 외연은 더 넓다. 특정 자산이 구체적으로 빠져나갔음을 증명하는 것이 반드시 필요하지 않으며, 자산 귀속을 식별할 수 없고 변제주체를 확정할 수 없는 상태 역시 책임재산의 위험상태를 구성한다. “채권 변제불능”은 손해결과로서 책임재산 위험화의 하류에 있다. “책임재산의 위험화”는 중간 층위로서 “재산혼동”보다 손해결과에 더 가깝고 “채권

¹¹⁾ 이 정의는 「전국법원 민상사재판업무회의 기요」(法[2019]254 号) 제 11 조(관련회사 법인격 혼동의 일반적 모습, 예컨대 모자회사 사이의 이익 이전, 원회사 자금을 빼내어 별도 회사를 설립하여 채무를 회피하는 경우 등)의 재판 논리를 참조하고, “법인격 혼동”과 “채권 변제불능” 사이에 중간 층위의 조작적 판단을 보충한 것이다. 武胜男: 《法入人格否认制度的司法适用》, 载《金融法苑》第 2 期(总第 115 辑)(2025), 第 77—96 页。

변제불능”보다 더 이른 단계에서 나타난다. 그러므로 채권자가 아직 완전히 변제받지 못하는 상태에 이르기 전에도 개입의 근거를 제공할 수 있다. 이 개념의 도입 목적은 조문 밖에 새로운 요건을 세우려는 것이 아니라, “채무회피”와 “회사 채권자의 이익에 대한 중대한 침해”에 조작 가능한 중간 판단기준을 제공하는 것이다.¹²

보충할 점은 “책임재산의 위험화”가 본문이 제시하는 학술적 분석 도구이지, 법원이 판결문에서 반드시 이 다섯 글자를 사용해야 한다는 뜻은 아니라는 점이다. 진정한 요구는 법원이 제 23 조 제 2 항을 적용할 때 “혼동 사실 → 변제 기초의 영향 → 채권자 변제위험 증가”라는 논증 사슬을 실제로 완성해야 한다는 것이다. 단순히 “혼동 발견—연대책임 명령”이라는 생략된 도약에 머물러서는 안 된다. 개념의 학술적 표현과 재판상 조작화는 같은 층위의 문제가 아니다. 이른바 책임재산의 위험화는 실질적으로 현행 조문의 “채무회피”와 “회사 채권자의 이익에 대한 중대한 침해”라는 두 실질요건을 조작화한 것이며, 별도의 난관을 설정하는 것이 아니다.¹³

가능한 반론은 책임재산 위험화를 지나치게 강조하면 채권자의 증명 부담이 높아져 오히려 제 23 조 제 2 항의 채권자 보호 기능이 약화된다는 것이다. 그러나 본문은 책임재산 위험화가 채권자에게 모든 자산의 최종 귀속을 정밀하게 증명하라고 요구하는 것이 아니라고 본다. 오히려 비정상적 자금흐름, 자산 승계, 장부 미분리, 거래주체 불일치 등 사실을 통하여 종합적으로 추정하는 것을 허용한다. 이는 증명의 정밀도 요구를 낮추는 것이지, 변제 기초의 훼손에 대한

¹²법인격 혼동과 재산혼동의 인정 기준에 관하여는 钱玉林：《公司人格混同的认定及其法律后果》，载《法学》第4期(2007)，第117—126页；《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法[2019]254号）第11条；朱慈蕴：《公司人格否认法理与实践》，人民法院出版社(2009)，제2—3장 참조.

¹³ 《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法[2019]254号）第10条(회사 법인격 부인의 적용 원칙: 예외성, 검역성, 개별사안성). 「구민기요」는 법인격 부인이 “ 전면적·철저한·영구적 부인”이 아니라고 명확히 강조하는데, 이는 본문이 책임재산 위험화를 “해석적 전개이지 별도 요건이 아님”으로 위치시키는 입장과 부합한다.

실질 판단을 없애는 것이 아니다. 이러한 판단을 완전히 생략하면 “각 회사”의 경계는 정할 수 없게 되고, 제 23 조 제 2 항은 오히려 과도한 확장 때문에 공허해질 수 있다.

3. 책임재산 위험화의 판단 틀

책임재산 위험화의 판단은 다음 몇 가지 측면에서 출발할 수 있다.

우선 책임재산의 기초가 실질적으로 영향을 받았는지를 보아야 한다. 전형적인 경우에는 채무자가 대금을 받은 뒤 곧바로 관련회사 계좌로 이전하였지만 진정한 거래 근거가 없는 경우, 채무자의 주요 자산이 무상 또는 저가로 양도된 경우, 여러 회사가 장기간 계좌를 공동 사용하면서 자금을 임의로 조달하고 자산 귀속을 구분할 수 없는 경우, 채무자 회사가 대외적으로 계약을 체결하고 의무를 부담하였지만 거래수익은 실제로 다른 관련회사에 들어간 경우 등이 있다. 핵심은 채무 부담과 재산수익이 인위적으로 분리되었는지, 그리고 그 분리가 채무자 회사의 변제 기초를 약화시켰는지를 판단하는 데 있다.¹⁴

시간 요소는 판단에서 실제적 의미를 가진다. 혼동행위가 채권 형성, 채무 변제기 도래 또는 소송 발생 시점에 가까울수록 그것과 변제위험 사이의 관련성을 설명하기 쉽다. 특히 채무가 이미 드러났거나 변제 압력이 나타난 뒤에도 채무자가 자금, 자산 또는 영업기회를 관련회사로 이전하였다면, 이를 더 이상 보통의 그룹 내부 배열로 설명하기는 어렵다. 물론 시간 요소를 기계화해서는 안 된다. 어떤 관련거래가 채권 형성 전에 발생하였더라도 그 상태가 상대방의 거래주체 식별 또는 변제능력 판단에 지속적으로 영향을 미친다면 여전히 사실기초가 될 수 있다. 반대로 이미 종료되었고 책임재산 식별에 지속적 영향을 미치지 않는 과거 배열은 단독으로 연대책임의 근거가 되기 어렵다. 핵심은

¹⁴ 《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254号)第11条(관련회사 법인격 혼동의 일반적 경우: 모자회사 사이의 이익 이전, 원회사 자금을 빼낸 뒤 별도 회사를 설립하여 채무를 회피하는 경우 등); 王森南:《新〈公司法〉横向刺破公司面纱制度的挑战与对策》,载《金融法苑》第3期(总第113辑)(2024),第173—191页。

언제나 해당 배열이 사건 관련 채권관계에서 채권자의 변제위험을 실제로 증가시켰는지에 있다.

다음으로 피추급 회사와 사건 관련 행위 사이의 관계를 보아야 한다. 어떤 관련회사가 연대책임을 부담하는지는 그것이 같은 그룹에 속한다는 사실만으로 판단할 수 없다. 그것이 책임재산 위험화를 초래한 배열에 참여하였는지, 그로부터 이익을 얻었는지, 또는 원래 채무자 회사에 귀속되어야 할 자산·업무·수익을 승계하였는지를 보아야 한다. 어떤 회사가 단지 같은 지배를 받지만 사건 관련 자금흐름, 자산 승계 또는 주체 혼용에 참여하지 않았다면, 그룹관계만으로 연대책임을 부담하게 해서는 안 된다.

이 기초 위에서 “책임재산 위험화를 구성하는 경우”와 “재산혼동은 있으나 아직 책임재산 위험화에는 이르지 않은 경우”를 더 구별할 필요가 있다. 전자의 전형적 표지는 채무자 회사의 책임재산 식별 가능성이 실질적으로 상실되었거나, 구체적인 자금·자산 또는 업무수익이 채무자에게서 유출되었지만 합리적 대가가 되돌아오지 않은 사실이 있는 경우이다. 후자는 두 회사 사이에 임원 겸직, 장소 공동사용, 대외 홍보상 혼용 등 형식적 교차가 있으나 채무자 자신의 자산 경계는 여전히 명확하고, 그 책임재산의 수량·귀속·변제가능성이 이로 인해 식별 가능한 영향을 받지 않은 경우이다. 첫 번째 경우에는 혼동 사실이 책임재산 위험화의 범주에 들어가 연대책임 발동을 뒷받침할 수 있다. 두 번째 경우에는 혼동 사실이 아직 재산혼동이라는 사실 차원에 머물 뿐 연대책임을 발생시키기에는 부족하다. 이 구별이 바로 책임재산 위험화 개념이 단순한 “재산혼동” 인정에 비하여 갖는 독자적 조작 가치이다.

현실에서는 상당수 사건이 위 두 전형적 경우에 들어맞지 않고, 재산 경계는 이미 모호하지만 구체적 이전 경로를 증명할 수 없는 중간상태를 보인다. 이러한 사건에서 법원이 반드시 특정 자산의 정확한 행방을 증명해야 하는 것은 아니다. 혼동 상태의 지속 기간, 피고가 소송 중 장부 설명을 거부하거나 정당한 이유 없이 재무조사에 협조하지 않은 사정, 자금거래의 빈도와 규칙성이 정상적인 상업논리에 부합하는지, 채무자 회사의 대외적 변제능력 표시가 실제 자산상태와

심각하게 배치되는지 등을 종합하여 판단할 수 있다. 이러한 종합판단 경로는 제 5 절의 증명구조에서 “중간 강도의 단서가 피고의 설명의무를 개시할 수 있다”는 배열과 서로 호응한다. 이는 채권자가 초기 단계에서 증명을 모두 소진해야 한다는 뜻이 아니라, 피고가 설명을 거부한 뒤에는 모호한 상태 자체를 책임재산 위험화의 인정에 포함시킬 수 있다는 뜻이다.

책임재산 위험화와 책임주체 범위는 서로 다른 두 층위의 문제이다. 전자는 연대책임이 발동될 수 있는지를 해결하고, 후자는 연대책임이 어떤 회사에까지 미치는지를 해결한다. 전자는 채무자 회사의 책임재산이 위험화되었는지를 보고, 후자는 각 피추급 회사와 사건 관련 혼동행위 사이에 개별 대응관계가 있는지를 본다.

4. “각 회사”의 목적론적 축소해석

제 23 조 제 2 항에서 가장 넓게 읽히기 쉬운 단어는 “각 회사”이다. 문언만 보면 “각 회사는 어느 한 회사의 채무에 대하여 연대책임을 부담한다”는 표현은 지배주주 명의 아래 모든 회사 사이의 상호 연대로 이해될 수 있다. 그러나 이렇게 이해하면 제 23 조 제 2 항은 법인격 부인 제도의 예외적 성격에서 벗어난다.

회사 법인격 부인은 그룹 채무보증제도가 아니다. 그것이 정당한 이유는 법원이 구체적 남용행위를 교정해야 하기 때문이지, 그룹 구성원 지위 자체가 책임 기초를 갖기 때문이 아니다. 통상적으로 그룹 내부의 각 회사는 여전히 독립된 법인이고, 채권자가 어느 회사와 거래할지를 선택하였다면 원칙적으로 그 회사에 대해서만 책임을 요구할 수 있다. 다수회사 구조가 채무를 회피하는 데 이용되고, 관련 회사가 참여·수익 또는 책임재산 승계를 하였을 때에만 법인독립을 돌파할 필요가 있다.¹⁵

¹⁵회사 법인격 부인의 예외성과 겸역성에 관하여는 朱慈蘊：《公司人格否认法理与实践》，人民法院出版社(2009)；《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第10条；钱玉林：《公司人格混同的认定及其法律后果》，载《法学》第4期(2007)，第117—126页 참조.

“각 회사”의 제한 해석은 문언·체계·목적 세 층위에서 전개될 수 있다. 문언상 “각 회사”는 고립된 책임주체 개념이 아니라, “주주가 그가 지배하는 둘 이상의 회사를 이용하여 전항의 규정된 행위를 실시한 경우”라는 행위 요건에 의해 제한되는 결과적 표현이다. 조문이 설정하는 것은 특정 남용행위 배경에서의 연대책임이지, 그룹 구성원 지위에 근거한 일반적 상호보증이 아니다. 체계상 제 2 항은 제 1 항에서 분리되어 독립적으로 적용될 수 없다. 제 1 항은 회사 법인독립 지위 남용, 채무회피, 회사 채권자 이익의 중대한 침해라는 세 요건을 동시에 요구한다. 제 2 항의 “각 회사” 범위도 이러한 요건의 구속을 받아야 하며, 사건 관련 혼동행위와 무관한 지배주주 명의 아래 모든 회사로 읽어서는 안 된다. 목적상 제 23 조 제 2 항은 다수회사 구조에서의 구체적 채무회피 배열을 교정하려는 것이지, 그룹 구성회사 사이의 일반 연대책임을 수립하려는 것이 아니다. 그렇지 않으면 이 조항은 법인격 부인 규칙에서 그룹 내부 채무 상호보증 규칙으로 변질되어 유한책임 원칙의 기본 논리와 배치된다.¹⁶

그러므로 “각 회사”는 목적론적으로 축소해석되어야 한다. 여기의 “각 회사”는 사건 관련 남용행위와 실질적 관련이 있는 각 회사로 이해되어야 하며, 지배주주 명의 아래 모든 회사를 의미하지 않는다. 구체적으로는 세 유형을 포함할 수 있다. 첫째, 자금혼동·계좌 공동사용·자산이전 또는 업무주체 혼용에 직접 참여한 회사. 둘째, 혼동행위에서 재산상 이익 또는 영업상 이익을 취득한 회사. 셋째, 채무자의 핵심 자산, 업무기회 또는 거래수익을 승계한 회사이다.¹⁷

¹⁶“각 회사” 책임 범위의 해석 위험에 관하여는 王森南：《新〈公司法〉横向刺破公司面纱制度的挑战与对策》，载《金融法苑》第3期（总第113辑）（2024），第173—191页；汇仲律师事务所：《姐妹不教孰之过？横向人格否认六大难题详解》，<https://www.huizhonglaw.com/Content/2024/01-10/1801004754.html>（访问日期：2026年4月24日） 참조.

¹⁷목적론적 축소해석의 기본 이유는 회사 법인격 부인이 유한책임 원칙의 예외이며, 일반적 그룹 연대책임으로 확장되어서는 안 된다는 데 있다. 朱慈蕴：《公司人格否认法理与实践》，人民法院出版社（2009）；钱玉林：《公司人格混同的认定及其法律后果》，《法学》2007年第4期，第117—126页；王帆、石冠彬：《论关联公司法人人格的否认》，《商业经济与管理》2023年第8期，第94—105页；另参见《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法〔2019〕254号）第10条、第11条。

“어느 한 회사의 채무” 역시 사건 관련 남용행위와 분리하여 이해해서는 안 된다. 그것은 다수회사 구조가 남용되어 책임재산 위험화가 발생한 채무로 한정되어야 하며, 그룹 내 모든 구성회사가 대외적으로 부담하는 모든 채무를 의미해서는 안 된다. 그렇지 않으면 “각 회사가 어느 한 회사의 채무에 대하여 연대책임을 부담한다”는 표현은 그룹 구성회사 사이의 전면적 교차보증으로 읽히게 되고, 법인격 부인 제도의 예외적 위치와 배치된다.¹⁸

5. 증명책임의 분배

수평적 법인격 부인 사건에서 증거는 통상 채권자 수중에 있지 않다. 채권자가 확보할 수 있는 것은 대부분 계약서, 지급증명, 공상등기, 대외 연락기록 등 외부 자료이다. 자금흐름, 내부 장부, 관련거래 근거 및 자산 귀속을 설명할 수 있는 진정한 자료는 대개 피고와 그 관련회사들이 보유한다. 여전히 채권자에게 혼동과 책임재산 위험화의 전 과정을 완전하게 증명하도록 요구한다면, 규칙은 종이 위의 구제에 그칠 가능성이 높다.

따라서 증명구조는 세 단계로 처리할 수 있다. 첫째, 채권자가 초기 증거를 제출한다. 구체적으로 세 강도 단계로 나눌 수 있다. 낮은 강도의 단서는 공동 지배자, 임원 겸직, 동일 주소 또는 연락처를 포함한다. 중간 강도의 단서는 계좌 공동사용, 대금의 관련회사 유입, 계약주체와 이행주체의 장기간 불일치를 포함한다. 높은 강도의 단서는 무상 또는 저가 자산 이전, 핵심업무 승계, 채무를 변제능력 없는 주체에 남겨두는 경우를 포함한다. 채권자가 적어도 중간 강도 이상의 단서를 제출해야 두 번째 단계인 피고의 설명의무가 개시될 수 있다. 둘째, 피고 관련회사는 합리적 설명을 하고 독립장부, 거래계약, 지급근거, 가격산정 근거, 회사 결의 등 자료를 제출한다. 셋째, 피고가 핵심증거를 보유하고도 제출을

¹⁸ 赵旭东主编、刘斌副主编：《新公司法条文释解》，法律出版社(2024)，제 23 조 해설(第 113—114 页). 그룹 채무 상호보증의 위험에 관하여도 王森南：《新〈公司法〉横向刺破公司面纱制度的挑战与对策》，载《金融法苑》第 3 期（总第 113 辑）(2024)，第 173—191 页 참조.

거부하거나 제출한 자료가 비정상적 자금흐름을 설명하지 못하는 경우, 법원은 증명방해 규칙에 따라 불리한 추정을 할 수 있다.¹⁹

위 증명구조는 본문이 해석론 차원에서 제시하는 제안이며 현행 규칙에 대한 실증적 귀납은 아니다. 현행 법률과 사법해석은 수평적 법인격 부인 사건의 초기 증명 강도를 명확히 구분하지 않는다. 「전국법원 민상사재판업무회의 기요」 제 10 조는 종합고려 경로를 취할 뿐 강도 단계는 설정하지 않았다. 본문의 세 강도 구분은 법원이 「구민기요」에 따라 종합판단을 하는 공간을 배제하려는 것이 아니라, 종합판단 틀 안에서 “피고 설명의무의 개시 문턱”을 식별하기 위한 보다 조작 가능한 참조를 제공하려는 것이다. 그 목적은 채권자가 극히 낮은 강도의 단서만으로 피고에게 설명의무를 부담시키는 것을 막아 증명규칙의 실제 구속력을 유지하는 데 있다. 이 구분은 종합판단 틀을 대체하는 것이 아니라 세분화하려는 것이다.

그러나 증명방해는 무조건적인 증명책임 전환으로 이해되어서는 안 된다. 채권자는 여전히 합리적 의심을 불러일으킬 수 있는 기초사실을 먼저 제출해야 한다. 피고가 핵심증거를 보유하면서 설명을 거부하는 경우에만 추정이 개시될 여지가 있다. 추정의 대상도 구별해야 한다. 먼저 법인격 혼동 성립을 추정할 수 있고, 이미 비정상적 자금흐름, 자산 승계 또는 업무 이전 등 초기 증거가 존재하는 경우에 다시 책임재산 위험화 성립을 추정할 수 있다.

III. 전형적 사례 검토: 혼동 인정에서 책임 경계까지

1. 지도사례 제 15 호: 수평적 법인격 부인의 독자적 적용과 논증의 한계

지도사례 제 15 호 “서공그룹공정기계주식유한회사 대 성도천교공무유한책임회사 등 매매계약 분쟁 사건”은 중국 수평적 법인격 부인 영역에서 피할 수 없는 사례이다. 서공주식은 천교공무에 대하여 매매계약채권을

¹⁹ 증명방해와 문서제출명령 관련 규칙에 관하여는 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(2019 年修正) 第 48 条(문서제출명령), 第 95 条(증거지배 추정); 张卫平: 《民事诉讼法》(第五版), 法律出版社 2022 年版, 第 259—265 页(제 15 장 제 9 절 “증명방해의 대책”) 참조.

가지고 있었으나 천교공무는 이를 변제하지 않았다. 서공주식은 이에 천교공무의 관련회사인 루이루회사와 천교기계를 함께 피고로 삼아, 세 회사의 법인격이 혼동되었으므로 사건 관련 채무에 대하여 연대책임을 부담해야 한다고 주장하였다.²⁰

법원은 세 회사가 인적·재무·업무 측면에서 뚜렷하게 교차되어 있음을 확인하였다. 관리인원이 중복되고, 재무인원과 공상절차 담당자가 동일하였으며, 자금왕래가 빈번하고 공동계좌를 사용하였다. 또한 대외영업에서도 주체 혼용이 존재하여 거래상대방이 구체적 거래주체를 정확히 식별하기 어려웠다. 법원은 최종적으로 세 회사의 독립 법인격이 실질적으로 상실되었다고 인정하고, 사건 관련 채무에 대하여 연대책임을 부담시켰다.²¹

이 사건의 기여는 수평적 법인격 부인을 독자적 구제 경로로 확인하였다는 데 있다. 채권자는 지배주주 추궁으로 우회할 필요가 없으며, 관련회사의 독립성이 실질적으로 상실된 경우 관련회사에 직접 연대책임을 주장할 수 있다. 제 23 조 제 2 항의 입법은 상당 부분 이러한 재판 경험을 흡수한 것이다.²²

지도사례 제 15 호는 그 시대적 배경에서 수평적 법인격 부인의 규칙 확인 기능을 수행하였다. 그러나 당시에는 제 23 조 제 2 항과 같은 성문규칙이 없었기 때문에 그 논증의 중심은 주로 법인격 혼동의 인정에 놓였다. 대체로 “세 회사에 인적·재무·업무 혼동이 존재하므로 법인격 혼동을 구성한다. 법인격 혼동은 채권자

²⁰最高人民法院指导案例 15 号：徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案，最高人民法院审判委员会讨论通过，2013 年 1 月 31 日发布。最高人民法院官网页面：<https://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-13321.html>，访问日期：2026 年 4 月 24 日。

²¹江苏省徐州市中级人民法院（2009）徐民二初字第 0065 号民事判决书；江苏省高级人民法院（2011）苏商终字第 0107 号民事判决书。지도사례 제 15 호 공식 페이지도 해당 사건의 재판결과와 재판 이유를 기재한다. <https://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-13321.html>，访问日期：2026 年 4 月 24 日。

²²지도사례 제 15 호가 수평적 법인격 부인의 독자적 적용 경로를 확립한 의미에 관하여는 王帆、石冠彬：《论关联公司法人人格的否认：裁判反思和应然立场》，载《商业经济与管理》第 8 期(2023)，第 94—105 页；石一峰：《关联公司人格否认动态判断体系的构建》，载《环球法律评论》第 3 期(2022)，第 147—162 页 참조.

이익을 중대하게 침해하므로 세 회사가 연대책임을 부담한다”는 경로로 전개되었다. 혼동 사실이 채권자의 변제위험에 어떻게 더 연결되는지, 그리고 각 관련회사의 책임 범위가 왜 그렇게 정해지는지에 대해서는 아직 충분히 전개되지 않았다.²³

제 23 조 제 2 항이 입법된 이후에는 이러한 논증 방식이 더 세분화될 필요가 있다. 판결은 적어도 혼동행위가 어떻게 책임재산을 위험화하였는지, 그리고 피추급되는 각 회사가 왜 “각 회사”의 범위에 들어가는지를 설명해야 한다. 그렇지 않으면 조문상의 “각 회사”는 사실상 백지위임이 된다.

2. 절용안: 재무혼동에서 변제 기초 훼손을 보여주는 참조 사례

엄밀히 말하면 절용안은 전형적인 수평적 관련회사 법인격 부인 사건은 아니다. 이 사건의 책임구조는 주주와 회사 사이의 재무혼동, 즉 수직적 법인격 부인 문제에 더 가깝다. 그럼에도 본문이 이를 논의에 포함하는 것은 그것을 제 23 조 제 2 항의 직접적 적용 사례로 삼기 위해서가 아니라, 이 사건이 법원이 자금흐름을 통하여 채무자의 변제 기초가 흔들렸는지를 어떻게 판단하는지를 분명히 보여주기 때문이다.

이 사건에서 타이화닝보가 중커쉬능에 대금을 지급한 뒤, 관련 금액 중 소부분만 진정한 공급자에게 이전되었고 대부분은 곧바로 주주인 커위안플라스틱 계좌로 들어갔다. 커위안플라스틱은 진정한 공급주체도 아니었고, 해당 자금 이전에 진정한 거래 기초가 있음을 설명하지 못했다. 법원이 회사의 독립 법인격을 부인한 이유는 양자 사이에 주주관계가 존재한다는 점이 아니라,

²³ 最高人民法院案例指导工作办公室：《指导案例 15 号〈徐工集团工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案〉的理解与参照》，载《人民司法》2013 年第 15 期。本文主要依据最高人民法院官方发布页面：<https://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-13321.html>（访问日期：2026 年 4 月 24 日）。

채무자가 취득한 거래자금이 합리적 근거 없이 주주 계좌로 흘러가 채무자의 변제 기초가 실질적으로 영향을 받았기 때문이다.²⁴

법원은 최종적으로 중커쉬능과 커위안플라스틱 사이에 재무혼동이 성립한다고 인정하고, 커위안플라스틱이 중커쉬능의 채무에 대하여 연대책임을 부담하게 하였다. 이 사건의 핵심은 두 회사 사이에 관련관계가 있다는 데 있지 않고, 채무자가 받은 대금이 합리적 거래 근거 없이 주주 계좌로 유입되어 변제 기초가 침식되었다는 데 있다. 법원은 “책임재산의 위험화”라는 용어를 사용하지 않았지만, 그 논증의 실질은 “비정상적 자금흐름 → 채무자 변제 기초의 동요”라는 사슬을 따른 것이다. 수평적 법인격 부인에 대하여 이 판단방식의 참조 가치는 다음에 있다. 관련관계만을 볼 것이 아니라, 자금·자산 또는 업무수익이 채무자 회사에서 다른 관련회사로 흘러갔는지를 물어야 한다. 이러한 재산 이동 또는 재산 경계 불명 사실이 없다면, 인적 교차나 영업상 관련성만으로는 여전히 연대책임을 뒷받침하기 어렵다.²⁵

3. 추림안: 관련회사 법인격 혼동을 신중하게 인정한 반대 경계 사례

지도사례 제 15 호가 수평적 법인격 부인의 성립 측면을 보여준다면, 흑룡강보웨이상업발전유한회사와 하얼빈추림그룹주식유한회사 및 하얼빈추림빌딩유한회사 사이의 부동산매매계약 분쟁 사건은 다른 측면을 제시한다. 법원은 기업 사이에 인원 중복 또는 관련 외관이 있다는 이유만으로

²⁴ 宁波市中级人民法院 (2015) 浙甬商外初字第 70 号民事判决书; 浙江省高级人民法院 (2016) 浙民终 599 号民事判决书. 본문의 사실과 재판이유 정리는 공개 판결문 및 관련 실무 자료에 근거한다. 판결은 타이화닝보의 지급 후 중커쉬능이 받은 대금 중 소액만 진정한 공급자에게 이전되고 나머지는 당일 또는 다음 영업일에 주주 커위안플라스틱 계좌로 이전되었으며, 커위안플라스틱이 진정한 거래 근거를 제공하지 못하였다고 인정하였다. 법원은 이에 따라 중커쉬능과 커위안플라스틱 사이에 재무혼동이 성립하고, 커위안플라스틱이 연대책임을 부담한다고 보았다.

²⁵ 절용안이 보여주는 “비정상적 자금흐름—변제 기초 동요” 판단방식은 법인격 부인의 검역성 연구의 기본 틀과 부합한다. 石一峰: 《关联公司人格否认动态判断体系的构建》, 载《环球法律评论》第 3 期(2022), 第 147—162 页; 王帆、石冠彬: 《论关联公司法人人格的否认: 裁判反思和应然立场》, 载《商业经济与管理》第 8 期(2023), 第 94—105 页.

법인격 혼동을 당연히 인정하지 않는다. 이 사건은 최고인민법원 제 2 순회법원이 동북 노공업기지 진흥 지원 전형사례로 선정한 사건이며, 재판요지에서는 인적·업무·재무 등 측면을 종합적으로 판단하고 관련회사 법인격 혼동을 신중하게 인정해야 한다고 특별히 강조하였다.²⁶

이 사건에서 보웨이상업회사와 추림주식회사 및 추림빌딩회사는 건물 및 토지사용권 양도를 둘러싸고 분쟁을 벌였다. 소송 중 어떤 당사자는 보웨이상업회사와 사건 외 메이다회사 사이에 법인격 혼동이 있다고 주장하였다. 법원은 보웨이상업회사의 총경리와 부총경리가 동시에 메이다회사의 법정대표자 및 주주라는 점에 주목하였지만, 이를 근거로 두 회사의 혼동을 직접 인정하지 않았다. 법원은 기존 증거만으로 법인격 혼동을 증명하기에 부족하다고 보고, 보웨이상업회사와 메이다회사가 각각 자신의 계약관계에 따라 의무를 부담해야 한다고 보았다.

추림안의 가치는 수평적 법인격 부인을 부정하는 데 있지 않고, 추론이 거기에서 멈추어서는 안 된다는 점을 설명하는 데 있다. 인원 중복, 주소 근접, 업무 관련성은 그룹 경영에서 드물지 않다. 재무 경계 불명, 자산 귀속 불명, 거래주체 혼용 등 더 나아간 사실이 없다면, 이러한 형식적 교차만으로 법인독립을 부인하는 것은 회사제도가 허용하는 조직상의 탄력성을 압박하게 된다.²⁷

4. 신법 이후 재판례 관찰: (2024) 민 04 민중 760 호 사건의 반대 사례적 의미

²⁶最高人民法院第二巡回法庭：《关于东北三省法院服务东北老工业基地振兴典型案例（2017）》，“黑龙江博瑞商业发展有限公司与哈尔滨秋林集团股份有限公司、哈尔滨秋林大厦有限公司房屋买卖合同纠纷案”。最高人民法院第二巡回法庭官网页面：<https://www.court.gov.cn/xunhui2/xiangqin-g-83142.html>，访问日期：2026年4月24日。

²⁷추림안이 종합판단과 관련회사 법인격 혼동의 신중한 인정을 강조한 점은, 「전국법원 민상사재판 업무회의 기요」(法[2019]254号) 제 11 조가 법인격 혼동 인정에서 “재산혼동”을 기초와 근본으로 삼는 입장과 일치한다. 黄辉：《公司集团背景下的法人格否认：一个实证研究》，载《中外法学》第 2 期(2020)，第 494—513 页。

현재 공개된 실무 관찰에서 정리된 재판례 표본을 보면, (2024) 민 04 민종 760 호 사건은 제 23 조 제 2 항 적용 경계의 반대 사례로 볼 수 있다. 이 사건에서 원고는 피고 관련회사와 채무자 회사 사이에 법인격 혼동이 존재한다고 주장하면서, 제 23 조 제 2 항에 따라 피고에게 연대책임을 명할 것을 요구하였다. 이 사건은 푸젠성 산밍시 중급인민법원이 2024 년에 종국판결을 한 사건이며, 최종적으로 원고의 연대책임 주장을 배척하였다.²⁸

사건 사실을 보면, 원고가 제출한 증거는 주로 동일 실제지배자, 관리인원의 상호 겸직, 사무장소 공동사용 및 대외 홍보상 주체 혼용 등에 관한 것이었다. 이를 근거로 원고는 두 회사가 이미 “법인격 혼동”을 구성하였다고 주장하고, 피고 관련회사에 연대책임을 명할 것을 청구하였다.

공개 실무 관찰에 따르면, 법원은 설시에서 원고가 제출한 증거는 두 회사 사이의 관련관계와 인적 교차를 설명할 수 있을 뿐, 위 혼동 배열로 인하여 채무자 회사의 책임재산이 실질적으로 영향을 받았음을 증명하기에는 부족하다고 보았다. 즉 혼동행위가 채무자의 변제 기초를 불명확하게 하였는지, 감소시켰는지 또는 이전시켰는지, 피고가 그로부터 대응되는 재산상 이익을 취득하였는지를 증명하지 못한 것이다. 책임재산 위험화 요건이 증명되지 않은 상황에서 법원은 원고의 연대책임 주장을 배척하였다.

이 사건의 재판 논리는 본문 제 2 장에서 제시한 두 단계 판단 틀과 부합한다. 첫 단계에서 법원은 관련관계와 인적 교차의 존재를 확인하였지만, 그것이 심사 개시의 전제조건일 뿐 연대책임의 충분한 근거가 아니라는 점을 명확히 하였다.

²⁸공개 실무자료에 따르면, 福建省三明市中级人民法院 (2024) 闽 04 民终 760 号民事判决书는 제 23 조 제 2 항 수평적 법인격 부인 적용 문제를 다룬다. 공개 자료는 원고가 주로 동일 실제지배자, 인원 교차, 대외 홍보상 주체 혼용 등을 근거로 관련회사 연대책임을 주장하였으나 법원이 이를 받아들이지 않았다고 설명한다. 본문의 분석은 주로 康达律师事务所 실무 글의 재판요지에 근거하며, 구체적인 사실과 재판이유는 판결문 원문에 따라야 한다. 康达律师事务所: 《新公司法一周年争议解决实务回顾》, 2025 年, <https://www.kangdalaw.com/zh/insights/article/20250702> (访问日期: 2026 年 4 月 24 日)。

두 번째 단계에서 법원은 원고에게 책임재산 위험화, 즉 혼동행위가 실제로 채무자의 변제 기초에 영향을 미쳤는지를 더 증명할 것을 요구하였다. 원고가 이 증명을 완성하지 못했기 때문에 청구가 배척되었다. 이는 신 「회사법」 시행 이후에도 “혼동 발견 즉시 연대책임”이라는 재판 논리가 법원에 의해 받아들여지지 않았고, 책임재산 상태에 대한 실질 심사가 여전히 넘어갈 수 없는 단계임을 보여준다.

(2024) 민 04 민종 760 호 사건의 제도적 의미는 신법 시행 후 수평적 법인격 부인이 “성립하지 않은” 재판례 표본을 제공한다는 데 있다. 이는 지도사례 제 15 호의 “성립 표본”과 대조를 이룬다. 어느 정도까지는 법인격 혼동의 인정이 수평적 법인격 부인의 필요조건이지 충분조건이 아니며, “각 회사”의 연대책임은 책임재산 위험화에 대한 추가 증명 위에 세워져야 함을 보여준다. 증명규칙의 관점에서도 이 사건은 주목할 만한 실무 문제를 제시한다. 채권자가 수평적 연대를 주장할 때에는 인적 교차와 관련관계 등 외부 증거 제출에 그쳐서는 안 되고, 자금흐름, 내부 장부, 자산 귀속 등 책임재산 상태를 설명할 수 있는 핵심 증거를 적극적으로 수집해야 한다. 그렇지 않으면 관련관계가 명백하더라도 연대청구는 인정되기 어렵다.

종합하면, (2024) 민 04 민종 760 호 사건은 적어도 하나의 경향을 시사한다. 신법 시행 후 쟁점의 중심은 “수평적 법인격 부인을 적용할 수 있는가”에서 “책임재산 위험화를 어떻게 증명할 것인가” 및 “어떤 회사가 연대범위에 들어가는가”라는 두 조작적 층위로 이동하였다. 본문이 제시하는 두 단계 판단 틀은 바로 이러한 실무상 수요에 응답하여 재판자에게 조작 가능한 설시구조를 제공하기 위한 것이다.

이 점은 집행절차에서도 의미가 있다. 수평적 법인격 부인으로 발생하는 연대책임은 일반적으로 여전히 실체재판절차를 통하여 확인되어야 하며, 집행단계에서 관련회사를 직접 추가할 수 없다.²⁹

5. 네 사건의 대조: 재판 논리의 예비적 관찰

네 사건을 비교하면, 재판 논리가 대체로 “혼동을 입구로, 책임재산 위험화를 문턱으로” 하는 방향으로 나아가는 경향을 볼 수 있다. 다만 개별 사건의 차이는 여전히 존재한다. 지도사례 제 15 호에서 “각 회사”의 실제 범위가 왜 세 회사에 한정되고 더 많은 관련자로 확장되지 않았는지에 대하여, 본문의 틀은 해석적 관점을 제공할 수 있다. 그러나 “각 회사”의 경계를 정밀하게 식별하는 조작적 세부 사항은 신법 이후 재판례 표본이 더 축적되어야 한다. 이러한 의미에서 본문이 제시하는 두 단계 판단 틀은 이미 성숙한 재판규칙이라기보다는 검증을 기다리는 해석 방안에 더 가깝다.

IV. 한국법의 참조: “동일성”에서 “개별 인정”으로

1. 한국법 관점에서 본 수평적 법인격 부인: 왜 참조할 가치가 있는가

비교법적 참조의 전제를 먼저 설명할 필요가 있다. 중국과 한국의 수평적 법인격 부인의 규범 기초는 같지 않다. 중국법은 이미 제 23 조 제 2 항이라는 명문의 청구권 기초를 가지고 있는 반면, 한국법은 주로 판례를 통하여 신의성실의 원칙 및 권리남용금지 원칙의 틀 안에서 점진적으로 전개되어 왔으며 아직 성문조항은 없다. 본문에서 말하는 한국법상의 “수평적” 법인격 부인은

²⁹채권자가 집행절차에서 직접 관련회사를 피집행인으로 추가하려는 청구는 법정 추가사유를 넘는다는 이유로 대부분 배척된다. 「최고인민법원의 민사집행 중 당사자 변경·추가에 관한 약간 문제의 규정」(法释[2016]21 号, 2020 年修正)은 집행추가 법정주의를 취하며, 제 14 조부터 제 22 조까지 열거된 경우(회사 합병·분할, 주주의 출자부실, 1 인회사 책임전환 등)에는 「회사법」 제 23 조 제 2 항의 수평적 법인격 부인이 포함되지 않는다. 따라서 채권자가 관련회사의 연대책임을 주장하더라도 실체재판절차를 통하여 확인해야 하며, 집행단계에서 곧바로 추가할 수 없다. 康达律师事务所: 《新公司法一周年争议解决实务回顾》, 2025 年,

<https://www.kangdalaw.com/zh/insights/article/20250702>, 访问日期: 2026 年 4 月 24 日。

한국법에 중국 제 23 조 제 2 항과 완전히 대응하는 성문제도가 존재한다는 의미가 아니다. 이는 한국 판례에서 채권자가 채무자 이외의 관련회사에 책임을 추급하는 채무회피형 장면을 가리키며, 그 구조가 제 23 조 제 2 항이 처리하는 문제와 기능적으로 유사하다는 뜻이다. 따라서 본문의 비교는 구성요건 차원의 규범 이식 비교가 아니라 책임 확장 통제 방법의 비교이다. 한국 판례의 참조 가치는 중국법에 직접 적용할 수 있는 구성요건을 제공하는 데 있지 않고, 책임 확장 시 피추급 회사와 채무회피행위 사이의 실질적 관련성을 어떻게 하나씩 설명하는지를 보여주는 데 있다.

진정으로 참고할 만한 것은 한국 판례가 책임 확장 시 취하는 신중한 태도이다. 여러 회사가 명칭, 인원, 영업내용에서 매우 가까운 경우에도 법원은 자산이 이전되었는지, 영업이 승계되었는지, 기존 회사의 변제 기초가 비워졌는지를 더 심사한다. 단순한 관련관계, 외관상 유사성 또는 영업상 연관성은 한국 판례에서도 법인격 부인의 직접 근거가 되기에 부족하다.

다시 말해 한국법이 제공하는 것은 “법인격을 부인할 수 있는가”라는 답이 아니라 “책임의 과도한 확장을 어떻게 막을 것인가”라는 방법이다. 이 방법은 중국 제 23 조 제 2 항의 “각 회사”가 지나치게 넓게 해석될 수 있다는 문제에 정확히 대응할 수 있다. 한국법은 주로 판례에 의하여 법인격 부인 규칙을 발전시켜 왔지만, 책임 확장 시에는 여전히 자산흐름, 영업승계 및 변제 기초의 변화와 같은 실질 요소를 강조한다. 이를 통하여 중국 제 23 조 제 2 항을 되돌아보면, 이미 성문법상 근거가 있는 상황일수록 인적 교차, 외관상 유사성 등 사실을 연대책임의 기초와 직접 동일시하는 것을 피해야 한다.³⁰

2. 2002 다 66892 판결: 신설회사형 채무회피

³⁰한국 법인격 부인의 비교법적 의미에 관하여는 최정식, 「채무면탈 목적으로 다른 회사의 법인격을 남용하는 경우 법인격부인의 요건」, 『법학논총』 제 47 권(2020), 931—955 면 ; 권영애, 「채무면탈 목적으로 설립된 대체회사의 법인격 부인」, 『상사판례연구』 제 18 권 제 1 호(2005), 3—33 면 참조.

한국 대법원 2002 다 66892 판결은 일반적으로 수평적 법인격 부인의 중요한 판례로 이해된다. 이 사건의 기본 사고방식은 기존 회사가 채무를 회피하기 위하여 기업 형태와 내용이 실질적으로 동일한 신설회사를 별도로 설립한 경우, 신설회사의 설립은 회사제도의 남용을 구성한다는 것이다. 이러한 경우 신·구 회사는 기존 회사의 채권자에게 상호 독립성을 주장할 수 없고, 채권자는 두 회사 중 어느 쪽에 대해서도 이행을 청구할 수 있다.³¹

이 사건을 단순히 “두 회사가 유사하므로 서로 책임진다”로 읽어서는 안 된다. 형태의 유사성은 사실기초일 뿐이고, 법인격 부인의 정당성은 지배자가 신설회사를 통하여 영업, 자산 또는 이행능력을 이전시켜 기존 회사 채권자가 채권을 실현할 수 없게 만들었다는 데서 나온다. 채무회피의 목적이 책임 확장의 핵심이다.

중국 제 23 조 제 2 항과 대조하면, 조문의 “둘 이상의 회사를 지배한다”는 것은 책임 기초가 아니며 “전항의 규정된 행위를 실시한다”는 것이 책임 기초이다. 수평적 법인격 부인은 두 회사가 유사한지 또는 동일한 지배를 받는지만 물어서는 안 된다. 다수회사 구조가 채무회피에 이용되었는지, 채무자의 책임재산이 그로 인해 위험화되었는지, 피추급 회사가 원래 채무자에게 속한 자산·영업 또는 수익을 승계하였는지를 계속 물어야 한다.

3. 2017 다 271643 판결: 제 3 자 구조를 관통한 책임 확장 및 2010 다 94472 판결의 선행 확인

2002 다 66892 판결 이후 한국 대법원은 채무회피형 법인격 부인의 적용 장면을 계속 확장하였다. 2010 다 94472 판결은 이 법리가 채무회피를 위한 신설회사 사안뿐 아니라 기존 회사를 이용하여 채무를 회피하는 사안에도 적용될

³¹대법원 2004. 11. 12. 선고 2002 다 66892 판결. 이 판결은 통상 채무회피형 법인격 부인 법리의 중요한 출발점으로 이해된다. 관련 평석으로는 권영애, 「채무면탈 목적으로 설립된 대체회사의 법인격 부인」, 『상사판례연구』 제 18 권 제 1 호, 2005, 3—33 면 참조. 판결 원문은 한국 국가법령정보센터 (<https://www.law.go.kr>)에서 사건번호로 검색 가능하다.

수 있음을 보여준다. 핵심은 이용된 회사가 신설회사인지 기존회사인지에 있지 않고, 그것이 자산·영업 또는 책임재산 기초를 이전하는 데 이용되었는지에 있다.³²

2017 다 271643 판결은 더 복잡한 삼자 구조를 처리하였고, 본문의 비교법적 의미에 특히 직접적이다. 이 사건의 기본 사실은 기존 회사(A)의 핵심 영업자산이 피고 신설회사(B)에 직접 이전된 것이 아니라, 제 3의 관련회사(C)를 중간 고리로 거쳐 최종적으로 B 에 들어갔다는 것이다. 원심법원은 자산 이전이 직접적이지 않으므로 B 가 반드시 법인격 남용을 구성한다고 볼 수 없다고 판단하였다. 그러나 한국 대법원은 이 판단을 파기하였다. 그 이유는 핵심이 자산이 몇 단계 이전되었는지가 아니라, B 가 자산을 취득할 때 정당한 대가를 지급하였는지, 그리고 A 가 이전 과정에서 기존 채무를 변제할 수 있는 자산 기초를 상실하였는지에 있기 때문이다. 중간 경로의 실질이 A 의 자산을 B 로 이전하면서 A 에게 보상하지 않는 것이라면, 형식상의 삼자 구조는 책임을 끊는 방패가 될 수 없다. 대법원은 이에 원심에 A 가 여전히 영업 중인지, 자산이 실제로 B 에 유입되었는지, B 가 정당한 대가로 취득하였는지 등 핵심 사실을 더 심리할 것을 요구하며 사건을 환송하였다. 이 판결의 요지는 본문의 “수평적 법인격 부인은 자산의 형식적 경로가 아니라 실제 유동 방향을 본다”는 주장과 높은 수준으로 부합하며, “피추급 회사는 사건 관련 자산유통과 구체적 대응관계를 가져야 한다”는 책임주체 판단기준도 확인한다.^{33,34}

³²대법원 2011. 5. 13. 선고 2010 다 94472 판결. 이 판결은 통상 채무회피형 법인격 부인 법리를 신설회사 유형에서 기존회사 이용 유형으로 확장한 것으로 이해된다. 판결 원문은 한국 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr>) 또는 대법원 종합법률정보(<https://glaw.scourt.go.kr>)에서 사건번호로 검색 가능하다.

³³대법원 2019. 12. 13. 선고 2017 다 271643 판결.

³⁴최정식, 「채무면탈 목적으로 다른 회사의 법인격을 남용하는 경우 법인격부인의 요건 — 대법원 2019. 12. 13. 선고 2017 다 271643 판결」, 『법학논총』 제 47 권, 2020, 931—955 면. DOI: 10.35867/ssulri.2020.47..029 ; KCI 页面: <https://www.kci.go.kr/kciportal/ci/sereArticleSearch/ciSereArtiView.kci?sereArticleSearchBean.artild=ART002593664>.

이 판례군의 시사점은 수평적 법인격 부인이 형식상의 회사관계가 아니라 자산·영업·책임재산의 실제 유동 방향을 본다는 데 있다. 중간에 제 3 자가 개입하더라도 경로를 관통하여 채무자 책임재산이 최종적으로 빠져나갔는지를 보아야 한다. 책임 확장은 구체적인 회사에 귀착되어야 한다. 누가 자산을 승계하였는지, 누가 이익을 취득하였는지, 누가 채무회피 배열에 참여하였는지가 확인되어야 그 회사가 연대범위에 들어간다.

한국법의 “개별 인정”은 채권자를 보호할 수 없을 정도로 보수적인 것이 아니다. 이는 법원이 책임을 확장할 때 각 피추급 회사의 책임 기초를 분명히 설명하도록 요구하는 것이다. 바로 이것이 중국법이 “각 회사”를 해석할 때 가장 필요로 하는 제약이다.

4. 2020 다 259704 판결: 동일 브랜드·주소·인원만으로는 당연히 성립하지 않음

2020 다 259704 판결은 특히 주목할 만하다. 이 사건에서 신설회사는 명칭, 표지, 웹사이트, 홍보자료 및 핵심인원 측면에서 모두 기존 회사와 매우 가까웠고, 외부 고객도 양자를 동일한 영업체로 이해하기 쉬웠다. 직관적으로 보면 이러한 사실은 신·구 회사 사이의 영업 연속성을 설명하기에 충분해 보인다. 원심법원은 이를 근거로 채무회피형 법인격 남용이 성립한다고 인정하였다.³⁵

그러나 한국 대법원은 외관상 유사성에 머물지 않고 몇 가지 더 핵심적인 문제를 계속 확인할 것을 요구하였다. 기존 회사가 신설회사 설립 시营业을 이미 중단하였거나 채무초과 상태에 있었는지, 기존 회사의 자금·설비·고객자원 또는 기타 영업자산이 실제로 신설회사로 유입되었는지, 신설회사가 관련 자산을 취득할 때 합리적 대가를 지급하였는지를 심리해야 한다는 것이다. 원심이 이러한

³⁵대법원 2022. 9. 29. 선고 2020 다 259704 판결, 판결요지 참조. 이 판결에서 대법원은 기업의 상호·표지·웹사이트·홍보자료·핵심인원 등 외관의 연속성만으로는 채무면탈 목적의 법인격 남용을 인정할 수 없고, 기존 회사의 영업 상황 및 자산 현황, 신설 회사로의 자산 이전 여부, 정당한 대가 지급 여부 등을 추가로 심리해야 한다고 판시하였다. 판결 원문은 국가법령정보센터(<https://www.law.go.kr>)에서 사건번호로 검색 가능하다.

사실을 충분히 심리하지 않았기 때문에 대법원은 원판결을 취소하고 환송하였다. 이 사건의 초점은 “시장 외관상의 동일성”과 “책임재산상의 승계관계”를 구별하는데 있다. 명칭·표지·인원 등 외관요소는 두 회사가 시장에서 혼동되기 쉽다는 점을 설명할 수 있지만, 법인격 부인이 진정으로 해결하려는 것은 기존 회사의 변제 기초가 이전되었거나 비워졌는지이다.

자산 이동, 영업 승계 또는 무대가 취득 등 추가 사실이 없다면 외관상의 연속성만으로 채무회피를 인정하는 논증은 여전히 부족하다. 이는 중국의 추림안과 법역을 넘는 호응을 이룬다. 두 사건 모두 외관상 유사성이 책임 확장의 충분한 이유가 아니며, 수평적 법인격 부인은 반드시 변제 기초가 침식되었는지라는 실질 문제로 돌아가야 함을 보여준다.³⁶

5. 중국법이 참고할 수 있는 점과 참고해서는 안 되는 점

참고할 수 있는 것은 책임 범위 통제의 방법론이다. 한국 판례는 개별 판단과 개별 인정을 강조하며, 각 피추급 회사와 채무회피행위 사이의 구체적 관련성을 법원이 설명할 것을 요구한다. 이 방법은 수평적 법인격 부인이 그룹 전체 책임으로 미끄러지는 것을 막는 데 적합하다. 한국 판례와 결합하여 보면 보다 안정적인 해석은 다음과 같다. 자산을 승계하거나, 이익을 취득하거나, 자금 유용에 참여하거나, 영업을 연속하거나, 또는 다른 방식으로 채무자 회사 변제 기초의 약화에서 직접 이익을 얻은 관련회사만이 추급의 정당성을 가진다.

기계적으로 이식해서는 안 되는 것은 비교적 높은 주관적 의도 증명 문턱이다. 중국의 관련회사 사건에서 자금거래 내역, 장부자료, 관련거래 계약, 이사회 결의 등 핵심 자료는 통상 피고 측이 보유한다. 채권자에게 지배주주 또는 관련회사의 채무회피 의도를 직접 증명하도록 요구하면, 많은 사건은 증명불능의 곤경에 빠질

³⁶추림안과 한국 대법원 2020 다 259704 판결은 모두 외관상 유사성만으로 채무회피를 당연히 구성하지 않는다고 강조하며, 비교법 차원에서 서로 호응한다. 曲晓童:《公司法人格否认规则的适用泛化及其限缩》, 载《北京理工大学学报(社会科学版)》第1期(2026), 第30页以下; 최정식, 「채무면탈 목적으로 다른 회사의 법인격을 남용하는 경우 법인격부인의 요건」, 『법학논총』 제47권(2020), 931—955면.

수 있다. 따라서 중국법은 객관적 사실 추정과 증명방해 규칙을 결합하는 경로를 취하는 것이 더 적절하다. 채권자에게 피고의 주관적 의도를 완전하게 증명하도록 요구해서는 안 되지만, 적어도 합리적 의심을 불러일으킬 수 있는 기초사실, 예컨대 대금의 관련회사 계좌 유입, 채무자 자산의 비정상적 감소, 관련회사의 핵심업무 승계, 계약주체와 이행주체의 장기간 불일치 등을 제시해야 한다. 그 기초 위에서 피고가 자금흐름, 거래기초 또는 자산취득의 합리적 원인을 설명하지 못하면 법원은 그에 상응하는 불리한 추정을 할 수 있다. 이렇게 처리해야 제 23 조 제 2 항이 채권자의 추심 편의수단으로 변질되지 않으면서도, 증명 문턱이 지나치게 높아 수평적 법인격 부인이 실제 기능을 잃는 것도 막을 수 있다.

특히 지적해야 할 것은 본문 제 3 장에서 소개한 추림안과 본장에서 분석한 2020 다 259704 판결이 재판 입장에서 매우 일치한다는 점이다. 두 사건의 공통점은 명칭 유사, 브랜드 공동사용, 인원 중복, 주소 동일과 같은 외관적 요소가 변제 기초의 실질적 훼손 여부에 대한 심사를 대체할 수 없다는 것이다. “외관은 실질과 같지 않다”는 판단방식은 한국법만의 것이 아니라 중국법도 스스로 도달한 입장이다. 추림안과 2020 다 259704 판결의 상호 확인은 비교법이 이 지점에서 진정한 대화에 들어갔음을 보여준다. 이는 역외 규칙을 중국에 도입하는 것이 아니라, 한중 양국 판례가 독립적으로 동일한 해석 입장에 도달하였음을 발견하는 것이다.

따라서 한국법이 본문에 갖는 의미는 직접 이식할 수 있는 구성요건을 제공하는 데 있지 않고, 책임 확장을 통제하는 하나의 방법을 제공하는 데 있다. 2002 다 66892 판결에서의 신·구 회사 사이 영업 승계이든, 2020 다 259704 판결에서 대법원이 자산흐름과 대가관계를 추궁한 것이든, 그 공통점은 책임 확장이 구체적인 회사와 채무회피행위 사이의 실질적 관련성 위에 세워져야 한다는 것이다. 중국 제 23 조 제 2 항에 대하여 이러한 사고방식은 두 가지 해석 요구로 전환될 수 있다. 첫째, 혼동 사실은 반드시 채무자 변제 기초의 훼손과 더 연결되어야 한다. 둘째, “각 회사”는 반드시 참여·수익 또는 책임재산 승계를 한 관련회사로 제한되어야 한다.

V. 결론과 제도적 제언

1. 연구결론

전문을 종합하면, 본문은 다음 세 가지 규범명제를 형성한다.

명제 1: 제 23 조 제 2 항은 그룹 채무보증 조항이 아니라, 다수회사 구조가 남용된 경우의 예외적 책임 확장 규칙이다. 그 발동은 구체적 남용행위를 기초로 해야 하며, 그룹 지배관계 또는 형식상의 법인격 혼동 때문에 당연히 연대책임이 발생해서는 안 된다.

명제 2: 수평적 법인격 부인의 발동은 인적·업무·재무 혼동 등 외관상 사실에 그쳐서는 안 되고, 혼동행위로 인하여 채무자의 변제 기초가 불명확·감소 또는 이전의 상태에 놓였는지를 더 심사해야 한다. “책임재산의 위험화”는 법 밖의 새로운 요건이 아니라, 제 1 항의 “채무회피” 및 “회사 채권자의 이익에 대한 중대한 침해”를 해석적으로 조작화한 것이다. 이는 혼동 인정과 연대책임 사이의 중간 판단을 보충하려는 데 목적이 있다.

명제 3: “각 회사”는 사건 관련 남용행위와 실질적 관련성이 있는 관련회사, 구체적으로는 혼동에 참여하였거나 그로부터 이익을 얻었거나 채무자의 책임재산을 승계한 회사로 한정되어야 하며, 지배주주 명의 아래 모든 회사로 확장되어서는 안 된다. 그래야만 제 23 조 제 2 항은 법인격 부인의 예외적 위치를 유지할 수 있고, 그룹 구성회사 사이의 일반적 연대보증으로 변질되지 않는다.

2. 해석론상 보완 방향

해석론상 법원이 제 23 조 제 2 항을 적용할 때에는 판결문에서 “혼동 사실 → 변제 기초의 영향 → 채권자 변제위험 증가”라는 논증 사슬을 실제로 완성해야 한다. 단순히 “법인격 혼동을 구성하므로 연대책임을 부담한다”고만 써서는 안 된다. “각 회사”의 범위는 개별 사건에서 하나씩 심사되어야 하며, 혼동행위에 참여하였거나 혼동에서 이익을 얻었거나 채무자의 책임재산을 승계한 회사만이 연대책임을 부담해야 하는 “각 회사”에 해당한다. 증명규칙상 채권자가 중간 강도 이상의 초기 증명을 완성한 뒤에는, 피고 관련회사가 자금흐름, 거래기초 및 재산

독립성에 대하여 합리적 설명의무를 부담해야 한다. 피고가 정당한 이유 없이 핵심증거 제출을 거부한다면, 법원은 증명방해 규칙에 따라 관련 사실의 성립을 추정할 수 있다.

또한 수평적 법인격 부인과 수직적 법인격 부인의 구별도 재판에서 주의할 가치가 있다. 지배주주의 책임과 관련회사의 책임은 병렬적으로 주장될 수 있으나 그 구성 기초는 서로 다르며, 서로 대체되어서는 안 된다.

3. 제도 조정상의 제언

수평적 법인격 부인은 본질적으로 사후 구제의 문제만을 해결할 수 있다. 상장회사, 국유기업그룹 및 플랫폼형 기업그룹에 대하여 제 23 조 제 2 항은 관련거래 공시제도, 자금점유 감독규칙, 지배주주 및 실제지배자의 책임 등 전단계 거버넌스 메커니즘을 대체해서는 안 된다. 개별 사건 재판에서의 책임 확장은 그룹 내부 관련거래 규범의 체계적 배열을 근본적으로 대체하기 어렵다.³⁷

재판에서는 두 방향의 편차를 경계해야 한다. 한편으로 지배주주가 다수회사 구조를 이용하여 채무를 회피하는 것을 방임하는 것이 하나의 편차이다. 다른 한편으로 그룹회사를 일률적으로 공동채무자로 처리하는 것도 또 다른 편차이다. 제 23 조 제 2 항이 정상적으로 기능하려면 조문 자체의 강도보다 법원이 개별 사건에서 변제 기초가 훼손되었는지와 책임주체가 개별적으로 대응하는지를 분명히 설명하는 것이 중요하다. 본문은 이것이 현재 이 조항에서 해석론상 가장 보충되어야 할 부분이라고 본다.³⁸

³⁷ 「중화인민공화국 회사법」(2023 년 개정) 제 21 조(관련거래의 정보공시와 의사결정절차 요구), 제 22 조(실제지배자의 행위규범과 책임), 제 23 조(회사 법인격 부인, 수직·수평 두 항 포함). 위 조항들은 회사 거버넌스에서 관련자 행위를 규율하는 법적 체계를 함께 구성하며, 수평적 법인격 부인은 그 체계 내의 사후적 사법구제 단계로서 제 21 조와 제 22 조의 사전 거버넌스 메커니즘을 대체할 수 없다.

³⁸ 赵旭东主编、刘斌副主编：《新公司法条文释解》，法律出版社(2024)，第 23 条 해설(第 113—114 页)；《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法[2019]254 号) 第 10 条(법인격 부인의 예외성).

참고문헌

1. 국내문헌

<논문>

권영애, "채무면탈 목적으로 설립된 대체회사의 법인격 부인", 『상사판례연구』 제 18 권 제 1 호, 2005.

최정식, "채무면탈 목적으로 다른 회사의 법인격을 남용하는 경우 법인격부인의 요건 — 대법원 2019. 12. 13. 선고 2017 다 271643 판결", 『법학논총』 제 47 권, 2020..

2. 외국어문헌

[중국어]

<저서>

朱慈蘊：《公司人格否认法理与实践》，人民法院出版社，2009。

赵旭东主编、刘斌副主编：《新公司法条文释解》，法律出版社，2024。

<논문>

黄辉：《公司集团背景下的法人格否认：一个实证研究》，载《中外法学》第 2 期，2020，第 494—513 页。

李建伟：《关联公司法人人格否认的实证研究——以 144 例民事判决书的类型化分析为基础》，载《法商研究》第 6 期，2021，第 103—115 页。

钱玉林：《公司人格混同的认定及其法律后果》，载《法学》第 4 期，2007，第 117—126 页。

曲晓童：《公司法人格否认规则的适用泛化及其限缩》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》第 1 期，2026，第 30 页以下。

石一峰：《关联公司人格否认动态判断体系的构建》，载《环球法律评论》第 3 期，2022，第 147—162 页。

王帆、石冠彬：《论关联公司法人人格的否认：裁判反思和应然立场》，载《商业经济与管理》第8期，2023，第94—105页。

王森南：《新〈公司法〉横向刺破公司面纱制度的挑战与对策》，载《金融法苑》第3期（总第113辑），2024，第173页以下。

武胜男：《法人人格否认制度的司法适用——基于〈公司法〉与〈九民纪要〉的双重审视》，载《金融法苑》第2期（总第115辑），2025，第77—96页。

초 록

신 「회사법」 제 23 조 제 2 항은 수평적 법인격 부인을 명문으로 규정하였다. 이는 이번 회사법 개정에서 채권자 보호 규칙에 관한 중요한 변화이다. 이 조항은 "각 회사", "어느 한 회사의 채무"라는 강한 표현을 사용하고 있으므로, 문언을 그대로 넓게 해석하면 수평적 법인격 부인은 쉽게 그룹 구성회사 사이의 상호보증으로 읽힐 수 있다. 본문은 제 23 조 제 2 항의 적용이 인적 교차, 업무상 관련성 또는 재무거래와 같은 외관상 사실에 머물러서는 안 된다고 본다. 법원은 오히려 다수회사 구조가 이미 채무자 회사의 변제 기초를 불명확하게 하였는지, 감소시켰는지, 또는 이전시켰는지를 물어야 한다. 분석의 편의를 위하여 본문은 이러한 상태를 "책임재산의 위험화"로 개념화한다. 책임 범위와 관련하여 "각 회사"는 목적론적으로 축소해석되어야 하며, 혼동행위에 참여하였거나 그로부터 이익을 얻었거나 또는 사건 관련 책임재산을 승계한 관련회사로 한정되어야 한다.

본문은 지도사례 제 15 호, 절용안(浙甬案), 추림안(秋林案) 및 신법 시행 후 제한적으로 공개된 재판례 관찰을 분석 대상으로 삼고, 한국 대법원 관련 판례를 함께 검토한다. 이를 통하여 수평적 법인격 부인의 책임 기초는 추상적인 그룹 구성원 지위가 아니라 자산 유용, 채무회피 및 책임주체 사이의 구체적 대응관계에 있음을 논증한다.

<주제어> 수평적 법인격 부인; 제 23 조 제 2 항; 책임재산의 위험화; "각 회사" 범위의 제한; 한중 비교법

A b s t r a c t

Article 23(2) of the new Chinese Company Law expressly codifies horizontal piercing of the corporate veil. While this provision strengthens creditor protection in multi-company abuse cases, its broad wording—“each company” and “the debt of any one company”—may easily be misunderstood as creating mutual guarantees among all companies under common control. This article argues that the application of Article 23(2) should not stop at external indicators such as overlapping personnel, business connections, or financial dealings. Courts should further examine whether the multi-company structure has rendered the debtor company’s liability assets unclear, diminished, or transferred. This article conceptualizes that intermediate state as the “endangerment of liability assets.” As to the scope of liable entities, “each company” should be restrictively interpreted to include only affiliated companies that participated in the commingling, benefited from it, or received the relevant liability assets.

By analyzing Guiding Case No. 15, the Zheyong case, the Qiulin case, limited post-amendment judicial observations, and relevant Korean Supreme Court precedents, this article argues that the basis of horizontal piercing liability should not be abstract group membership, but the concrete correspondence among asset diversion, debt evasion, and the responsible entities.

Keywords: horizontal piercing of the corporate veil; Article 23(2); endangerment of liability assets; restrictive interpretation of “each company”; China-Korea comparative law

한중 보험계약 청약철회기간 제도 비교 연구

A Comparative Study on the Cooling-off Period System of Insurance Contracts between Korea and China

자시니마(扎西尼瑪)(인하대학교 법학과 박사생)

ZHAXI. Nímǎ (Doctoral Student, Dept. of Law, Graduate School, INHA University)

목 차

I. 서론

1. 연구배경
2. 연구의 의의
3. 선행연구 검토
4. 연구방법

II. 보험계약 청약철회기간 제도의 기본이론

1. 개념과 용어
2. 법적 성질
3. 법리적 기초
4. 기능적 위치

III. 중국 보험계약 청약철회기간 제도

1. 입법연혁
2. 현행 법규
3. 적용범위

4. 기간의 길이

5. 행사방식과 법적 효과

6. 문제점

IV. 한국 보험계약 청약철회기간 제도

1. 입법연혁

2. 현행 법규체계

3. 적용범위

4. 기간의 길이와 기산

5. 행사방식

6. 법적 효과

7. 제도적 특징

V. 한중 청약철회기간 제도의 비교분석

1. 입법체계

2. 적용범위

3. 기간

4. 행사방식

5. 법적 효과

6. 판매오도 구제와의 연결

7. 정보공시 의무

8. 사법실무 및 판례

VI. 중국 제도 개선에 대한 시사점

VII. 결론

I. 서론

1. 연구배경

21 세기에 들어 보험은 — 특히 장기납입형 생명보험, 배당형 보험, 변액보험, 변액유니버설보험 등 복잡한 금융상품 — 일반 가계의 자산배분에 광범위하게 편입되어 왔다. 전통적인 손해보험과 달리 이러한 상품들은 보험기간이 장기이고, 약관이 복잡하며, 위험과 수익 구조가 일반 소비자에게 이해되기 어려운 특성을 지닌다. 더욱이 보험판매가 오랫동안 모집인의 대면 모집 방식에 의존해 왔던 까닭에, 판매오도(銷售誤導)·과장설명·일면적 진술 등 불완전판매 문제가 빈번하게 발생해 왔다¹. 보험계약자는 계약 체결 시점에 정보 열위와 판단 시간 부족 상태에 놓이는 경우가 많고, 사후적 구제 비용은 매우 크다. 이러한 구조적 불균형을 완화하기 위하여, 다수의 현대 국가는 보험입법에 청약철회기간(cooling-off period, 중국법상 “猶豫期”) 제도를 도입하여 보험계약자에게 계약 성립 후 일정 기간 내에 무조건적으로 계약을 해소할 수 있는 법정 권리를 부여하고, 소비자에게 “재고(再考)할 시간”을 제도적으로 확보해 주고 있다².

한국과 중국은 모두 금융소비자 보호 입법이 분산입법으로부터 체계화 입법으로 진화해 온 공통된 경로를 거쳐왔다. 중국 『보험법』은 1995 년 제정 이후 수차례 개정³을 거치며 청약철회 관련 규범을 점진적으로 정비해 왔고, 한국은 2020 년에

¹樊启荣：《保险合同法论》，中国法制出版社(2017)。

²영국법상 cooling-off period 는 소비자 보험계약의 핵심적 보호장치로서 학설과 판례의 오랜 관심대상이 되어 왔다. See BIRDS, John & LYNCH, Ben et al., MacGillivray on Insurance Law (15th ed). Sweet & Maxwell (2022).

³중국 『보험법』(中华人民共和国保險法)은 1995 년 6 월 30 일 제정된 이래 2002 년, 2009 년, 2014 년, 2015 년에 각각 개정되었다.

『금융소비자 보호에 관한 법률』⁴(이하 『금소법』)을 제정하여 2021 년 3 월부터 시행함으로써 청약철회권을 금융소비자의 핵심권리로 체계화하였다. 양국 제도의 연혁과 규범체계, 구체적 규정이 모두 의미 있는 차이를 보이고 있어, 비교법적 검토의 이론적·실무적 가치가 매우 크다.

2. 연구의 의의

첫째, 이론적 측면에서 청약철회기간 제도는 계약자유와 소비자보호의 가치 형량, 일방적 해지권과 신의성실 원칙의 관계, 정보공시의무와 계약체결상 과실책임의 연결 등 다양한 법리적 쟁점을 내포하므로, 비교 검토를 통해 보험계약의 특수성에 대한 이해를 심화할 수 있다. 둘째, 실무적 측면에서 중국의 인보험 분쟁에서 “판매오도”는 장기간 민원의 최상위 항목으로 자리잡고 있어, 청약철회기간 제도의 합리적 설계가 금융소비자 권익 보장에 직결된다. 셋째, 비교법적 시각에서 한국의 입법 경험은 중국에 의미 있는 참고 모델을 제공한다.

3. 선행연구 검토

중국 학계의 청약철회기간 연구는 다음 몇 갈래로 정리될 수 있다. 温世扬 교수는 『保险法』 저서에서 청약철회권을 보험계약자에게 부여된 법정 단독 해지권으로 규정하면서 일반 임의해지권과의 차이를 강조하였다⁵; 樊启荣 교수는 청약철회권의 기능적 위치와 적용 경계를 상세히 분석하였고⁶; 邹海林 연구원은 소비자보호

⁴한국 『금융소비자 보호에 관한 법률』(법률 제 17112 호)은 2020 년 3 월 24 일 제정되어 2021 년 3 월 25 일 시행되었다.

⁵温世扬 : 《保险法》(第 3 版), 法律出版社(2016)。

⁶樊启荣 : 《保险合同法论》, 中国法制出版社(2017)。

시각에서 청약철회권과 고지의무·설명 의무의 법리적 연결을 다루었다⁷. 한국 학계의 경우, 양승규·박세민·김성태 등의 보험법 교과서가 청약철회권을 체계적으로 논의하고, 본 제도가 강행규정으로서 당사자 합의로 배제할 수 없다는 점에 대체로 의견이 일치한다⁸. 한·중 양국을 비교 시각에서 다룬 연구는 이미 일정한 축적이 있으나, 특히 2020 년 한국 『금소법』 제정 이후 새로 형성된 규범체계와 그 시행 약 4 년의 운용 경험을 반영한 종합적 비교 검토는 상대적으로 부족하다. 본고는 기존 비교 연구의 분석 범위를 갱신하고 그 깊이를 보완하고자 한다.

4. 연구방법

본고는 다음의 방법을 채택한다. 첫째, 규범분석(規範分析): 양국의 현행 법령·하위규정을 텍스트 단위로 해석한다. 둘째, 비교법학적 방법: 입법체계·규범내용·운용기제의 각 차원에서 대조한다. 셋째, 역사적 방법: 양국 제도의 연혁을 추적한다. 넷째, 기능주의적 접근: 실무에서의 운용효과에 주목한다.

II. 보험계약 청약철회기간 제도의 기본이론

1. 개념과 용어

청약철회기간은 “냉각기간”(cooling-off period)으로도 불리며, 한국법에서는 “청약철회기간”으로 명명된다. 그 기본 의미는, 보험계약자가 보험계약 성립 후 일정 기간 내에 사유를 설명할 필요 없이, 그리고 위약책임을 부담하지 아니하면서 일방적으로 계약을 해소할 수 있는 법정 권리를 보유한다는 점이다.

⁷ 邹海林 : 《保险法》, 社会科学文献出版社(2017).

⁸ 양승규, 『보험법』, 삼지원(2005); 김성태, 『보험법강론』, 법문사(2001).

한·중 양국이 사용하는 용어에는 미묘한 차이가 있다. 중국 본토에서는 “猶豫期(유예기)”라는 표현을 통해 보험계약자가 “재고”하는 과정을 강조하지만, 한국 법문은 “청약철회”라는 표현을 사용하여 문언상 “신청 취소권”에 더 가까운 어감을 갖는다⁹. 이러한 용어상의 차이는 단순한 언어관용의 문제에 그치지 않고, 동 제도의 법적 성질에 대한 시각 차를 함축한다. 즉, 중국법상의 청약철회권은 “법정 해지권”에 가깝지만, 한국법상의 청약철회권은 “취소”와 “해지”의 이중적 성격을 띤다¹⁰.

2. 법적 성질

청약철회권의 법적 성질에 관하여는 다음과 같은 학설이 대립한다.

가. 법정 해지권설 — 중국 학계의 다수설. 청약철회권은 법률이 보험계약자에게 부여한 법정 단독 해지권으로서, 보험자의 동의를 요하지 아니하며, 일반 해지권의 요건을 충족할 필요도 없다¹¹. 온스이양(溫世揚) 교수는 그 행사가 “무인(無因) 해지”로서 법정 단독 해지권의 전형적 형태에 해당한다고 본다.

나. 형성권설 — 보험계약자의 일방적 해지의 의사표시가 보험자에게 도달하는 즉시 법적 효력이 발생하고, 보험자의 응답이나 동의가 필요하지 않다는 점에서 형성권의 전형적 특징을 갖는다는 견해이다.

다. 철회권설 — 한국 학계의 다수설. 청약철회권은 “신청 철회권”(withdrawal right)으로서, 보험계약자가 최초의 청약(신청)을 철회함으로써 계약관계를

⁹한국법에서 “청약”은 “요약/신청”, “철회”는 “취소/철회”에 해당하며, 양자가 결합되어 “보험계약 신청의 철회”라는 의미를 형성한다. 한기정, 『보험법』(제 4 판), 박영사(2025) 참조.

¹⁰영미법상 소비자 보험계약의 철회권(withdrawal right / right of cancellation)의 법적 성질에 관한 논의는 CLARKE, Malcolm A., The Law of Insurance Contracts (6th ed). Informa Law (2009) 참조.

¹¹溫世揚 : 《保險法》(第 3 版), 法律出版社(2016).

소급적으로 소멸시키는 권리라는 견해이다¹². 박세민 교수는 본 권리의 행사는 계약 성립 시점으로 소급하여 효력이 발생하므로, 장래에 대해서만 효력이 미치는 일반적 계약 해지와 법적 효과가 다르다고 본다.

라. 임의해지권설 — 청약철회권을 법률이 명문으로 인정한 임의해지권의 일종으로 보는 소수설로서, 『민법전』상의 임의해지 조항에 유사하다고 본다.

본고는 청약철회권이 철회권적 성격과 형성권적 성격을 겸유한다고 본다. 행사방식 측면에서는 일방적 의사표시만으로 계약을 소멸시킨다는 점에서 형성권에 해당하고, 법적 효과 측면에서는 계약을 소급적으로 무효화하고 보험자가 보험료를 전액 반환한다는 점에서 철회권에 가깝다.

3. 법리적 기초

청약철회기간 제도의 정당화 근거는 다음과 같이 정리될 수 있다. 첫째, 정보 비대칭의 시정. 보험계약은 위험전가 서비스를 목적으로 하므로 기술성·전문성이 높고, 일반 소비자가 약관의 실질적 의미를 충분히 이해하기는 곤란하다. 청약철회기간은 보험계약자에게 사후적 숙고 기회를 제공함으로써 정보 비대칭에 대한 제도적 보정 기능을 수행한다¹³. 둘째, 교섭력의 균형. 전문 금융기관인 보험자와 비전문 소비자인 보험계약자 사이에는 현저한 교섭력 격차가 존재하므로, 청약철회기간은 보험계약자에게 “재고권”을 부여함으로써 양 당사자의 실질적 평등을 회복시킨다. 셋째, 판매오도의 사전 억지. 모집인에 대한 수수료 인센티브 구조는 과장설명·일면적 진술·위험 은닉의 유인을 내포하므로, 청약철회기간은 보험계약자가 사후적으로 정보의 정확성을 검증할 수 있는 제도적 통로를 제공한다.

¹²박세민, 『보험법』(제 8 판), 박영사(2025).

¹³江朝国, 『保險法基礎理論』, 中国政法大学出版社(2002) 참조.

넷째, 소비자 주권의 실현. 현대 소비자보호법의 핵심 이념은 소비자의 “선택의 자유”를 인정·보장하는 것이며, 청약철회기간은 그 자유를 구현하는 구체적 제도적 수단이다¹⁴.

4. 기능적 위치

청약철회기간 제도는 사전 예방기능과 사후 구제기능의 이중 역할을 수행한다. 사전 예방기능은 모집인이 청약철회권의 존재를 의식하여 설명의무를 보다 신중히 이행하도록 유도하는 효과로 나타난다. 사후 구제기능은 판매오도가 실제로 발생한 경우에 보험계약자가 어떠한 불이익도 부담하지 아니하고 계약관계에서 이탈할 수 있도록 보장한다.

III. 중국 보험계약 청약철회기간 제도

1. 입법연혁

중국의 보험계약 청약철회기간 제도는 업계 자율 → 행정규범 → 법령적 확인이라는 점진적 발전 과정을 거쳐 왔다.

가. 태동기(1999-2009 년). 1999 년 전후 中国人寿(China Life)·平安人寿 등 대형 생명보험사들이 장기 생명보험상품에 “10 일 청약철회” 약정을 자체적으로 도입하였으며, 주로 홍콩 및 영국의 사례를 참고하였다¹⁵. 이 시기 청약철회는 회사 자율 규제 성격이 강하고 통일적 법령 근거가 결여되어 있었다.

¹⁴미국법상 보험소비자 보호기능에 관한 체계적 논의는 JERRY II, Robert H. & RICHMOND, Douglas R., Understanding Insurance Law (6th ed). Carolina Academic Press (2018) 참조.

¹⁵梁鵬：《保险法热点问题讲座》，中国法制出版社(2008)。

나. 행정규범기(2009-2014 년). 2009 년 舊 중국보험감독관리위원회(中国保监会)는 『인신보험 신형 상품 정보공시 관리방법』¹⁶을 제정하여 부령 차원에서 인신보험 신형 상품의 청약철회기간을 10 일로 통일적으로 규정하였다. 이어 2014 년 舊 보감회와 舊 은감회는 공동으로 『상업은행 보험대리업무 판매행위 추가 규제에 관한 통지』¹⁷를 발표하여, 상업은행 창구에서 발생하는 “예금이 보험으로 둔갑”하는 등의 판매오도 문제에 대응하기 위해, 은행대리(이른바 ‘방카슈랑스’) 채널 판매 상품의 청약철회기간을 15 일 이상으로 의무화하였다.

다. 체계화기(2015 년-현재). 2015 년 舊 보감회의 『인신보험회사 보험약관 및 보험요율 관리방법』은 청약철회 설정에 관한 보다 구체적인 규정을 두었고, 2019 년 舊 은보감회가 개정한 『건강보험 관리방법』¹⁸은 장기 건강보험상품(중대질병보험·장기의료보험 등)의 청약철회기간을 15 일 이상으로 규정하였다. 같은 해 공포된 『상업은행 보험대리업무 관리방법』¹⁹은 기존 규정을 흡수·통합하여 은행대리 채널의 15 일 기준을 재확인하였다. 2022 년 舊 은보감회는 『은행보험기관 소비자권익보호 관리방법』²⁰을 공포하여, 소비자 권익보호의 통일적 시각에서 청약철회기간을 포함한 금융소비자의 권리를 체계화하고, 보험계약자가 청약철회기간 내에 계약을 해소한 경우 보험자가 약관에 따라 보험료 전액을 반환하도록 명문화하였다.

¹⁶중국보험감독관리위원회령[2009]제 3 호 『人身保險新型產品信息披露管理辦法』.

¹⁷保監發[2014]第 3 号 『關於進一步規範商業銀行代理保險業務銷售行為的通知』.

¹⁸중국은행보험감독관리위원회령[2019]제 3 호 『健康保險管理辦法』 제 25 조.

¹⁹銀保監辦發[2019]179 号 『商業銀行代理保險業務管理辦法』.

²⁰중국은행보험감독관리위원회령[2022]제 9 호 『銀行保險機構消費者權益保護管理辦法』.

특기할 점은, 현재까지 중국『보험법』본법은 청약철회기간에 관한 직접적 규정을 두지 아니하고 있으며, 청약철회기간 제도의 법원(法源)은 국무원 금융감독기관이 제정한 부령·통지에 주로 의존하고 있다는 점이다. 이로 인해 법규의 위계가 비교적 낮다.

라. NAFR 출범 이후 단계(2023 년-현재). 2023 년 5 월 중국 정부의 금융감독체계 개편에 따라 舊 은보감회의 보험감독 기능은 신설된 국가금융감독관리총국(國家金融監督管理總局, NAFR)으로 이관되었다²¹. NAFR 은 출범 이후 「보험판매행위 관리방법(保險銷售行為管理辦法)」(2024) 등 후속 규정을 통하여 청약철회권 안내 및 기록보존 의무를 보다 구체화하는 등, 부령·규범성 문서 차원의 정비를 지속하고 있다. 다만 본법 차원의 명문화는 여전히 입법 과제로 남아 있다.

2. 현행 법규

중국 청약철회기간 제도의 현행 규범체계는 다음과 같다.

가. 법률 차원. 『보험법』(2015 년 개정)은 청약철회기간을 직접 규율하지 않지만, 제 116 조의 보험회사의 사기금지 규정 및 제 131 조의 보험대리인 금지행위 규정²²이 청약철회기간 제도의 상위법적 기반을 이룬다.

²¹2023 년 5 월 18 일 중국 국가금융감독관리총국(國家金融監督管理總局, National Administration of Financial Regulation, NAFR)이 정식 출범하여 舊 은보감회의 보험감독 기능을 흡수하였다. 동 기관은 출범 후 「보험판매행위 관리방법(保險銷售行為管理辦法)」(국가금융감독관리총국령[2023]제 2 호, 2023 년 9 월 공포, 2024 년 3 월 시행) 등 후속 규정을 통하여 청약철회권 안내·기록보존 의무를 보다 구체화하고 있다.

²²『中華人民共和國保險法』(2015 년 개정) 제 116 조, 제 131 조.

나. 부령 차원. 『인신보험회사 보험약관 및 보험요율 관리방법』, 『인신보험 상품 정보공시 관리방법』, 『보험대리인 감독관리규정』, 『보험판매행위 추적가능 관리 잠정방법』 등이 포함된다.

다. 규범성 문서 차원. 舊 은보감회 및 그 전신인 보감회가 발표한 각종 통지·지침·창구지도 의견 등이 이에 해당한다.

3. 적용범위

중국 청약철회기간 제도는 주로 다음 상품에 적용된다.

가. 보험기간 1 년 이상의 인신보험계약. 가장 핵심적인 적용범위로서, 일반 생명보험·건강보험·연금보험·배당형 보험·변액유니버설·변액보험 등이 포괄된다.

나. 은행대리 채널 판매 상품. 2014 년 규정 이래 상업은행을 통하여 대리 판매되는 보험기간 1 년 이상의 인신보험상품은 청약철회기간이 15 일 이상이어야 한다.

다. 일부 재산보험상품. 이론적으로 1 년 이상 재산보험(일부 공사보험·신용보증보험 등)에 대해서도 적용될 수 있으나, 실무상으로는 드물다.

주의할 점은, 단기 상해보험·1 년 이하 건강보험에는 원칙적으로 청약철회기간이 적용되지 아니한다는 점이다. 이는 단기·장기 상품의 위험 차이에 대한 입법자의 차등 고려를 반영한 것이다²³.

4. 기간의 길이

중국 청약철회기간은 “보편적 10 일”에서 “보편적 15 일”로의 이행기에 놓여 있으며, 현재 두 기간이 병존하면서 판매채널과 상품유형에 따라 차등 적용된다.

²³武亦文：《保险消费者保护法律制度研究》，法律出版社(2018)。

가. 15 일 청약철회 적용(현행 주류): (i) 은행대리(방카슈랑스) 채널 — 2014 년 保监发[2014]3 호 시행 이래 상업은행을 통해 대리 판매되는 보험상품은 청약철회기간을 15 일 이상으로 설정하여야 한다. (ii) 장기 건강보험 — 『건강보험 관리방법』(은보감회령[2019]제 3 호)에 따라 중대질병보험·장기의료보험 등의 청약철회기간은 15 일 이상이어야 한다. (iii) 시장 자율 통일 — 소비자 보호 수준 향상 및 채널 간 규제 통일을 위해, 최근 다수 보험사는 전통적 모집인 채널 및 인터넷 채널 판매 장기 인신보험에 대해서도 자발적으로 청약철회기간을 15 일로 통일하였다.

나. 10 일 청약철회 적용(전통적 기준): 舊 보감회 『인신보험 신형 상품 정보공시 관리방법』(보감회령[2009]제 3 호)이 정한 기본 청약철회기간은 “보험계약자가 보험증권을 받고 서면으로 수령확인한 날부터 10 일”이다. 현재에도 은행 채널을 거치지 않고 보험사가 자율적으로 기간을 연장하지 않은 일부 전통적 종신보험·연금보험 등에서는 10 일 기준이 여전히 적용될 수 있으나, 최근 신상품에서는 점차 드물어지고 있다.

다. 기산 시점. 청약철회기간은 통상 보험계약자가 보험증권을 받고 서면으로 수령확인한 다음날부터 기산된다. 이러한 “실제 수령주의”의 기산 방식은 보험계약자에게 상대적으로 유리하며, 구체적 기간은 보험계약 약관에 명시된 바에 따른다²⁴.

5. 행사방식과 법적 효과

²⁴실무상 보험계약자가 가장 안전한 확인 방법은 보험계약 첫 페이지의 “청약철회기간(冷靜期)” 조항을 직접 확인하는 것이며, 약관에 기재된 구체적 기간이 법률효력의 기준이 된다.

가. 행사방식. 보험계약자는 청약철회기간 내에 보험자에게 서면으로 신청서를 제출하되, 보험증권 원본, 본인 신분증명, 해약신청서 등을 첨부하여야 한다. 최근 일부 보험사가 전자적 해약 채널을 개설하였으나, 전자적 방식의 법적 효력에 관하여는 여전히 모호한 측면이 있다.

나. 법적 효과. 현행 규정에 따르면, 보험계약자가 청약철회기간 내에 계약을 해소한 경우 보험자는 10 원(元)을 초과하지 아니하는 사무수수료(工本費)를 공제한 후 수령한 보험료 전액을 반환하여야 한다²⁵. 다만, 전자보험증권이 보편화됨에 따라 제작비용이 사실상 영(零)에 가까워졌으므로, 다수의 보험사는 사무수수료의 공제권을 자발적으로 포기하고 전액 반환을 채택하고 있다. 그러나 보험계약자가 명시적으로 종이 보험계약서의 우편 송부를 요청한 경우에는 보험사가 규정에 따라 해당 사무수수료를 공제할 수 있다. 또한 보험사가 청약 전에 보험계약자에 대한 건강검진을 실시한 경우, 청약철회기간 내 해약시 실제로 발생한 검진비용도 규정에 따라 공제할 수 있다. 계약은 해소 시점으로 소급하여 효력을 상실하며, 보험자는 어떠한 보험책임도 부담하지 아니한다.

다. 판매오도 시의 특별 보호. 보험사가 청약철회권을 규정대로 안내하지 아니하였거나 모집인이 사기·오도행위를 한 경우, 보험계약자는 『보험법』 제 116 조 및 『소비자권익보호법』 등 관련 규정에 따라 권리주장이 가능하며, 청약철회기간이 후발적으로 기산되거나 기간 제한을 초과하여 행사될 수 있다.

6. 문제점

²⁵중국 舊 은보감회 『이성적 보험가입을 위한 다섯 가지 주의사항』 등 다수의 공식 소비자 위험 안내문은 “보험계약자가 청약철회기간 내에 계약을 해소할 경우, 보험회사는 10 원을 초과하지 아니하는 사무수수료를 제외하고 보험료 전액을 반환한다”라고 명시하고 있다.

첫째, 법규의 위계가 낮다. 청약철회기간 제도가 부령·규범성 문서에 분산되어 있고 『보험법』 차원의 명문 규정이 결여되어 규범효력이 상대적으로 취약하다. 둘째, 적용범위가 제한적이다. 원칙적으로 1년 이하 상품에는 청약철회기간이 적용되지 않으나, 단기 상해보험·건강보험 영역에서도 판매오도 문제는 두드러지게 발생한다. 셋째, 행사방식이 경직되어 있다. 서면 수령확인 등 절차적 요건이 디지털 금융 발전 추세에 부합하지 않는다. 넷째, 정보공시 요건이 충분히 구체화되어 있지 않다. 일부 보험사는 약관에서 청약철회기간 관련 정보를 소형 활자나 전문용어로 제시하여 소비자의 알 권리를 저해한다. 다섯째, 청약철회·해약·계약취소·계약해지 등 여러 구제 수단 간의 연결 관계에 대한 체계적 정리가 미흡하다. 이러한 문제 인식은 입법계 내에서도 광범위하게 공유되고 있으며, 2025년 중국 양회(两会) 회기 중 전국인민대표대회 대표 정공성(郑功成)은 『보험법』 개정 추진의 가속화와 인신보험 猶豫期 조항의 본법 명문화 등을 공식 제언한 바 있어, 청약철회기간 제도의 입법위계 격상이 가까운 장래의 입법과제로 부상하고 있음을 시사한다²⁶.

IV. 한국 보험계약 청약철회기간 제도

1. 입법연혁

한국의 청약철회기간 제도 발전 경로는 중국과 유사한 면이 있으나, 입법화 과정이 더 철저하게 이루어졌다는 특징이 있다.

²⁶2025년 3월 양회(两会) 회기 중 전국인민대표대회 대표 정공성(郑功成)은 『보험법』 개정 추진의 가속화와 인신보험 猶豫期 조항의 본법 명문화 등을 공식 제언하였다. 『中国消费者报』 2025년 3월 6일자 보도 참조.

가. 업계관행기(1990년대). 1990년대 후반 한국의 주요 생명보험사는 장기 생명보험상품에 약정 방식으로 15일 청약철회기간을 도입하였으며, 일본과 영국의 사례를 참고하였다²⁷.

나. 감독입법기(2003-2020년). 2003년 한국 『보험업법』 및 시행령은 청약철회 관련 규정을 도입하였고, 舊 『보험업법』 제 102조의 4는 보험계약 청약의 철회권에 관한 별도 규정을 두고 있었다²⁸. 다만 당시의 규범은 분산되어 있었으며, 그 후 금융감독원의 『보험업감독업무시행세칙』이 구체적 운용규칙을 보완하였다.

다. 체계화 입법기(2020년-현재). 2020년 3월 한국 국회는 『금융소비자 보호에 관한 법률』을 의결하여 2021년 3월 25일 시행하였다. 동법은 청약철회권을 금융소비자의 핵심 권리 가운데 하나로 명문화하고²⁹, 그 적용범위·행사방식·법적 효과 등 주요 규율을 통합적으로 정비함으로써, 종전 각 금융업법에 산재되어 있던 철회권 규정을 하나의 법적 틀로 정리하였다.

『금소법』의 제정은 아시아 금융소비자 보호 입법사에서 중요한 사건으로 평가받는다. 보험·은행·금융투자·여신 등 서로 다른 금융업태의 소비자보호 규정을 통일적으로 규율한 것은 영국 『금융서비스시장법(FSMA)』과 EU 『금융상품시장지침(MiFID)』의 토착화 산물이라는 평가가 있다³⁰.

²⁷장덕조, 『보험법』(제 7 판), 법문사(2025).

²⁸舊 한국 『보험업법』 제 102조의 4(청약의 철회 등). 다만 『금융소비자 보호에 관한 법률』의 2021년 3월 25일 시행에 따라 동 조항은 삭제되었고, 관련 규율은 『금소법』 제 46조로 통합되었다.

²⁹한국 『금융소비자 보호에 관한 법률』 제 46조.

³⁰국제적 차원에서 OECD와 G20가 공동 발표한 금융소비자보호 고위급 원칙은 철회권을 포함한 소비자 보호 기준에 관한 중요한 참고문헌이다. See OECD, G20/OECD High-Level Principles on Financial Consumer Protection. OECD Publishing (2011), 특히 Principle 4 (Disclosure and Transparency) 및 Principle 6 (Responsible Business Conduct) 참조.

2. 현행 법규체계

한국 청약철회기간 제도의 법원(法源)은 다음과 같다.

가. 법률 차원. 『금소법』 제 46 조가 청약철회권을 직접 규정하는 가장 중요한 법적 근거이며, 『보험업법』·『상법』 제 4 편(보험) 등도 일부 관련 조항을 두고 있다.

나. 대통령령 차원. 『금융소비자 보호에 관한 법률 시행령』이 청약철회권의 구체적 적용 상품 범위·행사방식·산정방식 등을 보완 규정한다.

다. 총리령 및 감독규정 차원. 금융위원회 및 금융감독원이 발표한 『금융소비자보호 감독규정』, 『보험업감독업무시행세칙』 등이 포함된다.³¹

이러한 “법률 — 시행령 — 시행세칙 — 감독규정”의 다층적 규범구조는 일본 및 독일 금융법체계와 유사하며, 비교적 정치(精緻)한 규범망을 형성한다.

3. 적용범위

『금소법』 제 46 조 및 시행령에 따르면 청약철회권은 다음 상품에 적용된다.

가. 보장성 상품: 생명보험·건강보험·상해보험 등 보장성 상품 대부분이 적용 대상이다.

나. 저축성·투자성 상품: 원칙적으로 청약철회가 적용되나, 변액보험 등 투자성격이 강한 상품의 경우 적용요건에 일정한 제한이 있다. 특히 변액보험은 보장성 상품의 성격과 투자성 상품의 성격을 동시에 보유하므로, 『금소법』 제 46 조 제 1 항 제 2 호의 투자성 상품 청약철회 규율(원칙적으로 계약체결일부터 7 일

31 금융위원회, 『금융소비자보호 감독규정』, 2021.

이내)이 함께 문제될 수 있다. 다만 실무상 다수의 보험사는 변액보험에도 보장성 상품 기준인 “15 일/30 일”을 적용하여 소비자 보호 수준을 유지하고 있다³².

다. 제외사유: 다음 상품은 적용에서 제외된다 — 보험기간 90 일 미만의 단기 보험, 법인인 보험계약자가 체결한 일부 보험계약, 법령에 명문으로 제외된 기타 사유(특정 단체보험 등)³³.

중국과 비교할 때, 한국의 적용범위는 “1 년 이상”의 장기상품에 국한되지 아니하고 보다 넓게 설정되어 있어, 보다 강한 금융소비자 보호 지향을 반영한다.

4. 기간의 길이와 기산

한국 청약철회기간은 “이중 기산”방식을 채택하고 있는 것이 제도적 특징이다. 『금소법』 제 46 조 제 1 항 제 1 호에 따르면, 보장성 상품의 철회 가능 기간은 “보험계약자가 『상법』 제 640 조에 따른 보험증권을 받은 날부터 15 일과 청약을 한 날부터 30 일 중 먼저 도래하는 기간 이내”이다³⁴.

다만, 만 65 세 이상의 일반금융소비자가 전화를 이용하여 체결한 보험계약에 대하여는 위 30 일 기간이 45 일로 연장된다³⁵. 이는 고령자에 대한 추가적 재고 시간

³² 변액보험은 『자본시장과 금융투자업에 관한 법률』상 투자성 상품의 성격을 검유하므로 『금융소비자 보호에 관한 법률』 제 46 조 제 1 항 제 2 호의 투자성 상품 청약철회 규율(원칙적으로 계약체결일부터 7 일 이내)이 함께 문제될 수 있다. 다만 실무상 보장성 상품 기준이 중첩 적용되는 경우가 많다. 한기정, 『보험법』(제 4 판), 박영사(2025) 참조.

³³ 한국 『금융소비자 보호에 관한 법률 시행령』 제 37 조.

³⁴ 한국 『금융소비자 보호에 관한 법률』 제 46 조 제 1 항 제 1 호 원문: “보장성 상품: 일반금융소비자가 「상법」 제 640 조에 따른 보험증권을 받은 날부터 15 일과 청약을 한 날부터 30 일 중 먼저 도래하는 기간”.

³⁵ 한국 『금융소비자 보호에 관한 법률』 제 46 조 제 1 항 제 1 호 단서 및 동법 시행령 제 37 조 참조. 또한 박세민, 『보험법』(제 8 판), 박영사(2025) 참조.

보장이라는 입법 취지를 반영한 것으로, 한국법이 청약방식 및 계약자 속성에 따라 한층 더 세분화된 소비자보호 장치를 갖추고 있다는 점을 보여준다.

이러한 이중 기산방식은 “실제 수령주의”와 “권리남용 방지”의 양 원칙을 조화하고자 한다. (i) 외측의 “30 일” 제척기간은, 보험사가 정당한 사유 없이 보험증권 교부를 지체하거나 보험계약자가 “수령하지 않았다”고 다투는 경우 철회권 기간이 무한정 연장될 위험을 차단함으로써 계약법률관계의 안정성을 도모한다. (ii) 내측의 “15 일” 기간은 보험사가 가능한 한 신속히(통상 15 일 내) 보험증권을 송부하도록 압박하는 기능을 가지며, 그렇지 않을 경우 보험계약자에게 30 일 내 언제든지 철회권을 행사할 수 있는 위험을 안기게 된다.

특히 유의할 점은, 통신판매(전화·인터넷 등)에 의한 보험계약의 경우, 한국 『금소법』 시행령 제 37 조³⁶가 청약철회권의 구체적 행사 기간·효력 발생 시점·금전 반환 산정방식 등을 추가로 보완 규정하여, 원격 계약체결 환경에서의 소비자 재고권을 충실히 보장하고 있다는 점이다.

5. 행사방식

한국법상 청약철회권의 행사방식은 비교적 유연하다.

가. 서면 방식: 우편·팩스 등 전통적 서면 통지가 포함된다.

나. 전자적 방식: 전자우편, 보험사 공식 웹사이트, 모바일 앱 등의 전자적 수단도 서면 방식과 동등한 법적 효력을 갖는다. 이는 중국법에서는 아직 명문으로 완전히 인정되지 못한 부분이다³⁷.

³⁶한국 『금융소비자 보호에 관한 법률 시행령』 제 37 조(청약의 철회 등).

³⁷박세민, 『보험법』(제 8 판), 박영사(2025).

다. 구두 방식의 제한: 단순 구두 의사표시는 사후 입증 곤란을 이유로 원칙적으로 허용되지 않으나, 통화 녹음 등은 구두 표시의 매체로 활용될 수 있으며 법정 방식 요건을 충족하여야 한다.

라. 도달주의 v. 발신주의: 『금소법』은 발신주의를 채택하여, 보험계약자가 철회 통지를 발송한 시점에 효력이 발생하며 보험사의 실제 수령을 요건으로 하지 아니한다. 이는 소비자에게 보다 유리하나, 입증책임 배분의 문제는 별도로 다루어져야 한다.

6. 법적 효과

가. 전액 반환 원칙. 보험계약자가 청약철회권을 행사한 후, 보험사는 수령한 보험료 전액을 반환하여야 하며 어떠한 수수료·위약금도 청구할 수 없다.

나. 이자 계산. 보험사가 보험료 반환을 지체할 경우, 법정이율(한국 민법상 일반적으로 연 5%)에 따라 이자를 가산하여 지급하여야 한다. 다만, 보험계약은 상법상 상행위(상법 제 46 조)에 해당하므로, 보험회사가 보험료를 반환할 때 적용될 법정이율이 민법 제 379 조의 연 5%인지 상법 제 54 조의 상사법정이율 연 6%인지에 관하여는 보험료 반환 채권의 법적 성질(부당이득반환인지 상사채권의 반환인지)을 둘러싸고 학설적 다툼이 존재한다³⁸.

³⁸한국 민법 제 379 조는 연 5%의 법정이율을 규정하나, 보험계약은 상행위에 해당하므로 상법 제 54 조의 상사법정이율(연 6%) 적용 여부에 관하여는 보험료 반환 채권의 법적 성질(부당이득 반환인지 상사채권의 반환인지)을 둘러싸고 학설상 다툼이 있다. 박세민, 『보험법』(제 8 판), 박영사(2025) 참조.

다. 보험금이 지급된 경우의 처리. 청약철회기간 내에 보험사고가 이미 발생하고 보험사가 보험금을 지급한 경우, 보험계약자는 철회권 행사 후 수령한 보험금을 반환하여야 한다.

라. 판매자의 책임. 보험사 및 모집인은 부당한 판매행위로 인하여 보험계약자에게 발생한 손해에 대하여 손해배상책임을 부담하며, 이는 청약철회권 행사와 병존할 수 있다.

7. 제도적 특징

첫째, 입법체계의 일원화. 『금소법』을 통하여 서로 다른 금융상품의 소비자보호 규정을 통합적으로 규율함으로써 규범 단편화를 방지하였다. 둘째, 권리행사의 편의성. 전자적 행사방식의 법적 효력을 명문화하고 발신주의를 채택하여 소비자의 권리실현 비용을 최대한 절감하였다. 셋째, 기간 산정의 이중 보장. “15 일/30 일 중 먼저 도래”라는 이중 기산방식은 공평성과 운용가능성을 양립시켰다. 넷째, 설명의무와의 긴밀한 연결. 보험사가 설명의무를 위반한 경우 보험계약자는 청약철회권 외에도 계약 무효 주장 또는 손해배상 청구 등 복수의 구제수단을 행사할 수 있다.

V. 한중 청약철회기간 제도의 비교분석

1. 입법체계 비교

입법체계 측면에서 한·중 양국은 뚜렷한 차이를 보인다. 한국은 『금소법』을 통하여 금융업태 전반의 소비자보호 규정을 통일하고 “기본법 — 시행령 — 감독규정”의 3층 규범구조를 구축한 반면, 중국은 관련 규정이 부령·규범성 문서에

산재해 있고 『보험법』 본법은 청약철회기간을 명문으로 규정하지 않아 입법 위계가 상대적으로 낮다.

구분	중국	한국
최상위 법적 근거	『보험법』(간접 규율)	『금융소비자 보호에 관한 법률』(직접 규율)
부령·시행령	舊 은보감회 부령	금융위원회 시행령·총리령
업계 자율	중국 보험업협회 자율규범	한국 보험협회 자율규범
체계화 정도	낮음, 규범 분산	높음, 통일적 틀

2. 적용범위 비교

중국 청약철회기간은 원칙적으로 “1 년 이상의 인신보험상품”에 한정되어 적용되며 단기 상품에는 적용되지 아니한다. 한국은 “원칙적 적용, 예외 제외” 방식을 채택하여 보장성·저축성·투자성 보험을 모두 포섭하고, 90 일 미만 단기 보험·일부 단체보험 등만을 명문으로 제외한다.

이러한 차이는 양국의 제도 기능에 대한 인식 차이를 반영한다. 중국 입법자는 장기 계약의 잠재적 위험을 더 강조하는 반면, 한국 입법자는 금융소비 전반의 보호 필요성을 우선시한다.

3. 기간의 길이 및 기산 비교

중국은 “10 일(전통)/15 일(은행·장기건강 등)”의 단일 기산 방식을 채택하여 보험계약자가 보험증권을 받은 날부터 기산한다. 한국은 “15 일/30 일 중 먼저 도래”의 이중 기산방식을 채택한다.

한국 방식의 강점은 다음과 같다. 첫째, 보험사가 보험증권 교부를 지체함으로 인하여 발생하는 청약철회기간의 불확정성을 방지한다. 둘째, 원격 판매 환경에서 소비자의 실질적 재고권을 보장한다. 셋째, 현대 전자상거래의 “7 일 무사유 반품” 등 소비자 권리와 기간 설계 논리에서 정합성을 갖는다³⁹. 이에 비해 중국의 단일 기산 방식은 단순하기는 하나, 보험사가 보험증권을 적시에 송달하지 않는 경우 청약철회기간이 사실상 무한정 연장될 가능성이 있어 법률관계의 안정성에 영향을 줄 수 있다.

4. 행사방식 비교

중국 실무에서 청약철회권의 행사는 여전히 서면 방식 중심이며, 일부 보험사가 전자 채널을 개설하였으나 법적 효력에 관한 명문 규정이 결여되어 있다. 한국 『금소법』은 전자적 방식의 법적 효력을 명문으로 인정하고 발신주의를 채택함으로써 소비자의 권리실현 비용을 낮추었다.

5. 법적 효과 비교

양국의 법적 효과는 대체로 유사하다. 즉, 보험계약자가 청약철회권을 행사하면 계약은 소급하여 효력을 상실하고 보험사가 보험료 전액을 반환한다. 다만 세부에서 차이가 있다.

³⁹중국 『소비자권익보호법』(2013 년 개정) 제 25 조의 “7 일 무사유 반품” 규정과 비교.

가. 중국은 “사무수수료”(약 10 원 한도) 공제를 허용하나, 한국은 어떠한 비용 공제도 원칙적으로 허용하지 아니한다.

나. 중국은 보험사의 반환 지체에 대한 법적 책임 규정이 다소 불분명하나, 한국은 법정이율에 따른 지연이자를 명문화하고 있다.

다. 청약철회기간 내 보험사고가 이미 발생한 경우의 처리 규정에 있어 한국이 더 상세하다.

이러한 차이의 실무적 효과는 분쟁해결 단계에서 두드러진다. 한국 금융감독원 금융분쟁조정위원회의 청약철회 관련 조정사례는 보험사의 보험증권 교부의무·청약철회권 안내의무 위반을 폭넓게 인정하여 철회권 행사를 허용하고 지연이자 가산을 명한 사례가 상당수 축적되어 있는 반면, 중국 측에서는 사무수수료의 적정성·전자적 해약 신청의 효력 등에 관한 통일적 분쟁조정 기준이 명문화되어 있지 아니하여, 분쟁의 실제 처리 결과가 보험사별·법원별로 일관되지 못한 경향이 있다⁴⁰.

6. 판매오도 구제와의 연결 비교

중국 『보험법』 제 116 조의 사기금지 조항, 『소비자권익보호법』 제 55 조의 징벌적 손해배상 조항이 청약철회기간 제도와 병존하나, 양자 간의 연결 관계에 관한 명문 규정은 부족하다. 보험계약자는 판매오도에 직면할 경우 여러 구제 경로 중에서 선택하여야 하고, 입증책임 배분도 복잡하다.

⁴⁰ 한국 금융감독원 금융분쟁조정위원회의 청약철회 관련 조정사례는 주로 보험사의 보험증권 교부의무·청약철회권 안내의무 위반을 인정하여 철회권 행사를 폭넓게 허용하는 경향을 보인다. 금융감독원, 『금융분쟁조정사례집』 각 연도판 참조.

한국 『금소법』은 통일적 금융소비자 권리체계를 통하여 청약철회권·손해배상청구권·계약 무효 주장 등 구제수단을 통합하고, 설명의무 위반에 대한 손해배상책임을 명문화하여 청약철회권과의 병행 행사를 인정한다.

7. 정보공시 의무 비교

중국 『인신보험 상품 정보공시 관리방법』은 보험사로 하여금 약관의 잘 보이는 위치에 청약철회기간 내용을 명시하고 판매 과정에서 명확히 안내하도록 요구한다. 한국 『금소법』 및 시행령은 한 걸음 더 나아가, 중요사항설명서에 표준양식으로 청약철회권 및 그 행사방법을 부각 표시하고, 소비자의 서명 확인을 요구한다.

한국의 정보공시 규정은 보다 세밀하고 운용 가능성이 높아, “소비자의 실질적 이해를 목표로 하는” 입법 사상을 반영한다.

중국 측에서도 2017 년 『보험판매행위 추적가능 관리 잠정방법(保险销售行为可回溯管理暂行办法)』(이른바 “쌍록(双录)” 제도)을 통하여 일정 규모 이상의 보험판매 과정을 녹음·녹화로 보존하도록 의무화함으로써 정보공시 위반에 대한 사후적 확인 가능성을 제고하였다⁴¹. 그러나 청약철회권 안내사항의 표준양식·시각적 강조·소비자 별도 서명 확인 등 사전적 정보공시 의무 그 자체에 관한 명문 규정은 한국에 비해 상대적으로 간략한 수준에 머물고 있어, 사후적 “회복적 통제”와 사전적 “예방적 통제” 간의 비중에 차이가 있다고 평가된다.

8. 사법실무 및 판례 비교

⁴¹ 中国保监会 『保险销售行为可回溯管理暂行办法』(2017 年). 일정 규모 이상의 보험판매 과정에서 모집 단계의 녹음·녹화 기록 보존(이른바 “双录”)을 의무화한 제도이다.

사법실무는 청약철회기간 제도의 운용 실태를 관찰하는 중요한 창(窓)이다. 양국 모두 일정한 재판 규칙을 형성하였으나 그 형성 방식에 차이가 있다.

가. 중국. 통일적 재판 규칙은 주로 최고인민법원의 사법해석에 의존한다.

최고인민법원은 『〈중화인민공화국 보험법〉 적용상 약간의 문제에 관한 해석(1)』(법석[2009]12 호), 같은 해석(2)⁴², 같은 해석(3)⁴³, 같은 해석(4)⁴⁴를 차례로 공포하여 보험계약 분쟁의 주요 쟁점에 관한 통일적 재판 규칙을 마련하였다. 그 가운데 『보험법 사법해석(3)』은 주로 인신보험계약 분쟁의 재판 규칙을 다루어 청약철회기간 관련 분쟁의 처리에 중요한 지침을 제공한다.

공개된 재판문서에서 청약철회기간과 관련한 전형적 분쟁은 다음과 같이 정리될 수 있다.

1) 청약철회 조항의 안내·설명 의무 위반. 보험사가 청약철회 조항의 안내·설명 의무를 다하지 아니하였다는 이유로 보험계약자가 계약 무효 또는 기간 도과 후 해약을 주장하는 사건이 다수 발견된다. 법원은 『보험법』 제 17 조 면책조항 설명 의무 법리를 기초로, 판매 추적 가능 녹음·녹화(이른바 “쌍록(双录)”) 등 증거를 종합적으로 심사한다.

2) 판매오도와 청약철회권의 연결. 보험계약자가 청약철회기간 도과 후 모집인의 사기·오도행위를 알게 되어 『보험법』 제 116 조 및 『소비자권익보호법』에 따라

⁴²中国最高人民法院 『关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(二)』(法释[2013]第 14 号), 2013. 5. 31. 공포, 2013. 6. 8. 시행.

⁴³中国最高人民法院 『关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(三)』(法释[2015]第 21 号), 2015. 11. 25. 공포, 2015. 12. 1. 시행. 동 해석은 주로 인신보험계약 분쟁의 재판 규칙을 다룬다.

⁴⁴中国最高人民法院 『关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释(四)』(法释[2018]第 13 号), 2018. 5. 14. 통과, 2018. 7. 31. 공포, 2018. 9. 1. 시행.

구제를 청구하는 사건도 적지 않다. 법원은 통상 판매오도의 입증책임을 보험계약자에게 분배하지만, “쌍륙” 증거가 보강될 경우 입증부담이 완화될 수 있다.

3) 청약철회기간 내 해약의 법적 효과. 보험계약자의 해약 신청에 대하여 보험사가 처리를 지체하거나 부적정한 공제를 한 경우 분쟁이 발생한다. 법원은 약관에 따라 공제 가능 비용(사무수수료·검진비 등)의 정당성을 판단하고, 초과 공제분에 대하여는 시정 명령을 내린다.

4) 전자적 행사 방식의 효력. 보험판매의 온라인화에 따라 보험계약자가 보험사 공식 앱·공식 위챗·전자우편 등을 통하여 해약 신청을 한 후 보험사가 “실제 수령하지 못하였다”고 주장하여 분쟁이 발생하는 사건이 늘고 있다. 법원은 전자통신 기록·타임스탬프·보험사 시스템 기록 등 증거를 종합적으로 심사하는 “실질심사” 입장을 취한다.

나. 한국. 한국 대법원은 『금소법』 시행 전후를 통하여 청약철회권의 행사방식·효력 발생 시점·설명 의무 위반의 법적 효과 등에 관한 판례를 형성하여 동 제도의 구체적 적용에 관한 비교적 체계적인 사법기준을 마련해 왔다. 동시에 금융감독원은 분류별 지도 및 창구지도 의견을 통하여 실무상 빈번한 철회권 분쟁에 대한 통일적 처리기준을 제시한다.

다. 비교적 시사점. 첫째, 중국은 통일 재판 규칙의 형성이 최고인민법원 사법해석에 더 많이 의존하는 반면, 한국은 대법원 판례와 금융감독원 감독지도에 더 의존한다. 둘째, 양국 법원 모두 판매오도와 청약철회권의 연결 지점에서 소비자 친화적 입장을 취하지만, 입증책임 배분의 구체적 규칙은 동일하지 아니하다. 셋째, 전자적 행사방식은 양국 실무에서 점차 인정되고 있으나, 중국은 통일적 성문규범이 결여되어 있어 입법적 명문화가 시급하다.

VI. 중국 제도 개선에 대한 시사점

1. 입법 위계의 격상: 청약철회기간 제도의 『보험법』 편입

현행 중국 청약철회기간 제도의 법적 근거는 주로 부령·규범성 문서에 의존하고 있어 입법 위계가 낮다. 향후 『보험법』 개정 시 청약철회기간에 관한 조문을 신설하여 (i) 제도의 기본 개념과 법적 성질, (ii) 적용상품 범위, (iii) 기간의 길이와 기산 규칙, (iv) 행사방식과 법적 효과, (v) 보험사의 안내의무 및 위반 시 법적 효과를 명문화할 필요가 있다.

『보험법』 차원의 명문 규정을 통하여 제도의 규범효력을 격상시키고, 하위규정의 세부화에 명확한 상위법적 근거를 제공할 수 있다. 이는 한국 『금소법』 제 46 조의 규범화 경로와 정합적이다.

2. 적용범위의 합리적 확대

청약철회기간의 적용범위를 “1 년 이상 인신보험상품”의 단일 기준에서 벗어나 합리적으로 확대할 필요가 있다. 한국 『금소법』의 사례를 참고하여 (i) 보험기간 90 일 이상의 모든 보험상품, (ii) 전화·인터넷 등 원격 판매 보험상품(보험기간이 짧더라도), (iii) 은행대리 채널 판매 모든 보험상품, (iv) 단체보험 중 보장성 부분 등으로 확대하는 것이 바람직하다.

동시에 보험기간이 극히 짧은 여행보험·즉시 효력 발생 손해보험(자동차 책임보험 등) 등 제외사유도 명확히 규정하여야 한다.

3. 기간 기산방식의 최적화

한국의 “이중 기산” 방식을 참고하여 청약철회기간을 “보험증권을 받은 날부터 15 일 또는 계약체결일부터 30 일 중 먼저 도래하는 기간”으로 규정할 것을 제안한다.

이를 통하여 (i) 보험사가 보험증권을 지체 송달함으로써 청약철회기간을 부당하게 연장할 위험을 차단하고, (ii) 원격 계약환경에서의 실질적 재고권을 보장하며, (iii) 법률관계의 안정성과 예측가능성을 제고할 수 있다.

4. 전자적 행사방식의 명문화

디지털 금융의 발전에 발맞추어 입법을 통하여 전자적 청약철회 행사방식의 법적 효력을 명문화할 필요가 있다. (i) 보험사 공식 웹사이트·모바일 앱·전자우편 등을 통한 해약 신청의 법적 효력 인정, (ii) 한국의 발신주의를 참고하여 보험계약자가 통지를 발송한 시점에 효력 발생, (iii) 전자증거의 인정규칙과 입증책임 배분에 관한 보완 규정 등이 필요하다.

5. 정보공시 의무의 강화

보험사의 청약철회기간 관련 정보공시 의무를 보다 세분화할 필요가 있다. (i) 약관의 잘 보이는 위치에 굵은 글씨와 별도 단락으로 청약철회기간 관련 내용을 부각 표시, (ii) 청약서·계약확인서에 청약철회기간 관련 내용에 대해 별도의 서명 확인 요구, (iii) 판매 과정에서 모집인의 청약철회권 안내 사실에 관한 녹음·녹화 보존 요구, (iv) 보험사가 안내의무를 위반한 경우 청약철회기간의 연장 또는 기간 제한 적용 배제 등이다.

6. 판매오도 방지 기제의 정비

청약철회기간 제도의 실효적 운용은 판매 단계의 규제 적합성에 의존한다. (i) 보험모집인 자격관리 및 지속적 교육의 강화, (ii) 판매행위 추적가능 관리제도의 정비 및 녹음·녹화(이른바 “쌍록”)의 전면 시행, (iii) 판매오도행위에 대한 행정처분

및 민사배상의 강도 제고, (iv) 모집인 “블랙리스트” 제도 도입 및 부적격자의 타사 이직 제한 등이 필요하다.

7. 금융소비자 보호 입법의 통합

중장기적으로는 한국 『금소법』의 입법 경험을 참고하여, 별도의 『금융소비자보호법』 제정 또는 『소비자권익보호법』 내 금융소비자보호 전용 장(章)의 신설을 검토하여 보험·은행·금융투자 등 서로 다른 금융업태의 소비자보호 규정을 통합하는 것이 바람직하다⁴⁵. 이러한 체계화 통합은 규범 단편화를 방지하는 동시에 금융소비자에게 보다 명확하고 안정적인 권리보장을 제공할 것이다.

VII. 결론

보험계약 청약철회기간 제도는 현대 금융소비자 보호체계의 핵심 장치 가운데 하나로서, 소비자에게 법정 일방적 해지권을 부여함으로써 보험거래의 구조적 불균형을 시정하고 실질적 평등과 사적 자치의 유기적 통합을 실현하는 데 그 본질이 있다. 한·중 양국은 모두 청약철회기간 제도를 운영하고 있으나, 입법체계·적용범위·기간의 길이·행사방식·정보공시 등 여러 측면에서 의미 있는 차이를 보인다.

한국은 2020년 제정한 『금소법』을 통하여 종전 분산되어 있던 청약철회 규정을 통일적 금융소비자보호 체계로 정비하고, “15일/30일 중 먼저 도래” 이중 기산방식의 도입, 전자적 행사방식의 법적 효력 인정, 판매오도 구제와 청약철회권의 연결 명문화 등을 통하여 입법의 체계화와 현대화 추세를 보여주었다.

⁴⁵ 国务院办公厅『关于加强金融消费者权益保护工作的指导意见』(国办发[2015]第 81 号)는 이러한 통합 입법의 윤곽을 일정 정도 제시하고 있다.

중국은 이미 부령 차원에서 비교적 완비된 청약철회기간 제도를 갖추었으나, 입법 위계가 낮고 적용범위가 좁으며 행사방식이 경직되어 있고 다른 구제수단과의 연결이 미흡하다는 문제가 여전히 존재한다. 향후 『보험법』 개정 및 금융소비자 보호 입법체계 구축 과정에서 한국의 입법경험을 적절히 참고하여 (i) 『보험법』 차원에서 청약철회기간 제도의 명문화, (ii) 적용범위의 확대, (iii) 기간 기산 규칙의 최적화, (iv) 전자적 행사방식의 법적 효력 명문화, (v) 정보공시 의무의 강화, (vi) 판매오도 방지 기제의 정비, (vii) 금융소비자 보호 입법의 점진적 통합 등을 추진할 필요가 있다.

비교법 연구를 통하여 한·중 양국 청약철회기간 제도의 차이뿐만 아니라 금융소비자 보호 입법의 공통된 추세도 발견된다. 금융기술의 급속한 발전과 금융상품의 복잡화라는 시대적 배경에서 청약철회기간 제도의 한 차원 높은 정비는 소비자 권익의 실효적 보장, 금융시장 질서의 유지, 그리고 보험산업의 지속가능한 발전이라는 측면에서 매우 중요한 의의를 갖는다.

참고문헌

1. 국내문헌

<저서>

김성태, 『보험법강론』, 법문사, 2001.

박세민, 『보험법』(제 8 판), 박영사, 2025.

양승규, 『보험법』, 삼지원, 2005.

장덕조, 『보험법』(제 7 판), 법문사, 2025.

한기정, 『보험법』(제 4 판), 박영사, 2025.

2. 외국어문헌

[중국어]

<저서>

樊启荣：《保险合同法论》，中国法制出版社，2017。

江朝国：《保险法基础理论》，中国政法大学出版社，2002。

梁鹏：《保险法热点问题讲座》，中国法制出版社，2008。

任以顺：《保险法学》，北京大学出版社，2014。

温世扬：《保险法》(第 3 版)，法律出版社，2016。

武亦文：《保险消费者保护法律制度研究》，法律出版社，2018。

邹海林：《保险法》，社会科学文献出版社，2017。

[영어]

<저서>

BIRDS, John & LYNCH, Ben et al., *MacGillivray on Insurance Law* (15th ed). Sweet & Maxwell, 2022.

CLARKE, Malcolm A., *The Law of Insurance Contracts* (6th ed). Informa Law, 2009.

JERRY II, Robert H. & RICHMOND, Douglas R., *Understanding Insurance Law* (6th ed). Carolina Academic Press, 2018.

<보고서>

OECD, G20/OECD High-Level Principles on Financial Consumer Protection. OECD Publishing, 2011.

초 록

보험계약 청약철회기간(猶豫期, cooling-off period) 제도는 금융소비자 보호법체계의 핵심적인 장치 가운데 하나로서, 보험계약자에게 일정 기간 내에 일방적으로 계약을 해소할 수 있는 법정 권리를 부여함으로써 보험거래 양 당사자 사이의 정보 비대칭과 교섭력 격차라는 구조적 불균형을 시정하고자 한다⁴⁶. 한국과 중국은 동아시아 법문화권에 속하면서 대륙법계의 전통을 공유하면서도, 각자의 금융시장 발전단계 차이에 따라 청약철회기간 제도의 구체적 설계에서 상이한 길을 걸어왔다. 본 연구는 입법연혁, 법적 성질, 적용범위, 행사방식, 법적 효과 및 소비자보호 기제 등 여러 차원에서 한·중 양국 청약철회기간 제도를 비교한다. 검토 결과, 한국은 2020 년에 제정·2021 년 3 월 시행된 『금융소비자 보호에 관한 법률』(이하 『금소법』)을 통해 종전 『보험업법』에 산재되어 있던 청약철회 규정을 통합적인 금융소비자보호 체계로 정비하고, “보험증권을 받은 날부터 15 일과 청약을 한 날부터 30 일 중 먼저 도래하는 기간”이라는 이중 기산 방식을 명문화하였다. 반면 중국은 『보험법(保險法)』과 금융감독기관(舊 보험감독관리위원회, 現 국가금융감독관리총국)의 부령(部令)·통지(通知) 등을 통해 청약철회기간 제도를 운영하고 있으나, 법체계의 위계가 비교적 낮고 적용범위가 좁으며 행사 요건이 명확하지 못한 측면이 있다. 본고는 이러한 비교 검토를 바탕으로 중국에 대하여 (i) 『보험법』 차원에서 청약철회기간 제도의 입법위계 격상, (ii) 적용범위의 합리적 확대, (iii) 전자적 행사방식의 명문화, (iv) 판매오도(銷售誤導) 방지와 정보공시의무 강화 등을 제안한다.

<주제어> 보험계약, 청약철회기간, 냉각기간(Cooling-off Period), 금융소비자 보호, 한중 비교법

⁴⁶양승규, 『보험법』, 삼지원(2005) 참조.

摘 要

保险合同犹豫期制度 (cooling-off period) 是金融消费者保护法律体系中的重要环节,旨在通过赋予投保人在一定期间内单方解除合同的权利,矫正保险交易双方信息不对称、议价能力悬殊的结构性缺陷。中韩两国同属东亚法系,保险立法在继受大陆法系传统的同时,又因金融市场发展阶段不同而形成各具特色的制度安排。本文从立法沿革、法律性质、适用范围、行使方式、法律后果及消费者保护机制等多个维度,对中韩两国保险合同犹豫期制度进行比较。研究表明,韩国通过 2020 年制定的《金融消费者保护法》,将分散于《保险业法》中的犹豫期规则整合至统一的金融消费者保护框架,确立“收到保单之日起 15 日与缔约之日起 30 日孰先到期”的双重起算方式;而中国虽然在《保险法》及金融监管部门规范性文件中已建立犹豫期制度,但立法位阶较低、适用范围较窄。基于比较,本文建议中国在《保险法》层面提升立法位阶,扩大适用范围,明确电子化行使方式,强化销售误导防控与信息披露义务。

关键词: 保险合同; 犹豫期; 冷静期; 金融消费者保护; 中韩比较法

刑事诉讼中的专家辅助人制度研究

Research on the Expert Assistant System in Criminal Litigation

迟晓华(中国青岛科技大学法学院硕士研究生)、

刘璐(韩国庆尚国立大学法科大学博士课程在读生, 交信作者)合着

Co-authors CHI, Xiaohua

(Master's Student, School of Law, Qingdao University of Science and Technology),

LIU, Lu(Ph.D. Student, College of Law, Gyeongsang National University)

目 录

- 一、引言
- 二、问题的提出
- 三、刑事诉讼专家辅助人制度基础理论
 - (一) 专家辅助人的诉讼地位
 - (二) 专家辅助人意见的证据属性
 - (三) 专家辅助人的准入标准
 - (四) 专家辅助人的参与机制
 - (五) 专家辅助人的权利义务
- 四、中国刑事诉讼专家辅助人制度的完善对策
 - (一) 明晰专家辅助人的诉讼地位
 - (二) 界定专家辅助人意见的功能与效力
 - (三) 健全专家辅助人参与诉讼的程序机制
 - (四) 完善专家辅助人的权利义务体系
- 五、结语

一、引言

在科技迅速发展与犯罪形态不断演变的背景下，刑事案件中的专门性问题日益凸显，传统以法官经验判断为基础的事实认定模式正逐步让位于以专业知识为支撑的证据审查机制。鉴定意见因此在刑事诉讼中占据愈发关键的地位，但其在实践中呈现出的高度权威性与相对封闭性，也使证据审查结构趋于单向化，进而引发控辩失衡与裁判风险累积等问题。如何在保障专业判断有效性的同时，引入必要的外部制约机制，已成为刑事诉讼制度发展中的重要议题。

专家辅助人制度正是在此背景下被引入中国刑事诉讼体系，其制度意旨在于通过构建专业对抗机制，打破鉴定意见的单向支配格局，强化庭审中的实质性质证功能。然而，从规范结构与运行实践来看，该制度仍停留于原则性确认阶段，在诉讼地位、意见属性、准入标准及程序保障等方面存在明显制度供给不足，致使其难以嵌入既有诉讼结构并发挥应有功能。由此，专家辅助人制度呈现出“制度设立与制度运行相分离”的现实困境。

基于上述问题意识，本文以专家辅助人制度的结构性困境为分析起点，首先从制度生成逻辑出发，梳理其立法背景并揭示问题根源；继而结合实践运行状况，对其在诉讼结构中的功能错位进行理论展开；在此基础上，借鉴相关制度经验，围绕诉讼地位的重构、意见效力的界定、权利义务的配置以及程序机制的完善等方面提出系统性改进路径。本文旨在通过对专家辅助人制度的体系化反思，推动其由形式性存在转向实质性运行，从而为实现刑事裁判的理性化与公正性提供制度支撑。

二、问题的提出

随着高科技犯罪的不断涌现，刑事案件中涉及的专门性问题日益复杂，传统以法律知识为核心的裁判模式正面临严峻挑战。大量案件涉及法医学、信息技

术、环境科学等专业领域，已明显超出法官一般认知范围。在此背景下，司法实践对鉴定意见的依赖程度不断加深，但现行鉴定制度在运行中逐渐暴露出制度缺陷，进而引发控辩失衡与裁判风险的双重困境。专家辅助人制度正是在这一现实需求推动下被引入刑事诉讼体系，试图通过引入专业对抗机制，维护抗辩平衡。

首先，从制度动因来看，专业问题裁判能力不足与控辩结构失衡构成了制度生成的直接背景。一方面，控辩关系失衡是中国刑事诉讼的重要结构性问题。中国刑事鉴定程序长期由公检法机关依职权主导启动，当事人在鉴定事项的选择、鉴定机构的确定以及鉴定过程的参与方面均缺乏实质性话语权。¹ 即便法律历经多次修订，当事人对鉴定程序的介入仍主要停留在事后申请补充或重新鉴定层面，难以对既有鉴定意见形成有效制约。² 这种结构性安排使鉴定意见在实践中往往具有接近“终局性”的证明效力，控辩双方在专业证据领域呈现出明显的不对等状态。另一方面，尽管司法鉴定改革逐步推动鉴定职能的社会化，但侦查机关仍在相当程度上掌握主要鉴定资源，鉴定意见的形成与审查仍依赖于内部运行机制，缺乏外部独立力量的有效监督。在缺少中立第三方与辩方专业参与的情况下，鉴定程序中的方法瑕疵、结论偏倚等问题难以及时发现和纠正，从而对案件公正裁判产生潜在影响。

正是在上述背景下，专家辅助人制度被正式纳入立法视野。2012 年《中华人民共和国刑事诉讼法》修改后明确规定，公诉人、当事人及其辩护人、诉讼代理人可以申请具有专门知识的人出庭，就鉴定意见提出意见。该条款从基本法层面确认了专家辅助人制度的存在，也标志着中国刑事诉讼开始尝试引入“专业对抗”的审查机制。所谓专家辅助人，是指由控辩双方聘请，具备特定领

¹刘玫、韩瀚：《刑事诉讼中“有专门知识的人”的诉讼地位、证据效力及质证范围》，载《中国政法大学学报》第2期（2016），第100页。

²吴洪淇：《刑事诉讼中的专家辅助人：制度变革与优化路径》，载《中国刑事杂志》第5期（2018）。

域专业知识或实践经验，在庭审中就专门性问题提供解释、分析并对鉴定意见进行质证的人员。其制度功能在于，通过引入与鉴定人相对立的专业主体，打破单一鉴定意见的垄断地位，强化庭审中的实质化质证，进而实现控辩双方在专业问题上的相对平衡，辅助法官形成更加全面、客观的事实认知。

但从制度运行现状来看，专家辅助人制度虽已确立，但整体上仍停留在原则确认层面，制度供给明显不足。现行法律仅以单一条款对其做出概括性规定，缺乏关于诉讼地位、权利义务、程序规则及法律效力的系统设计，导致制度在实践中面临诸多不确定性。例如，专家辅助人究竟应被定位为何种诉讼参与主体，其意见是否具有证据属性，专家资格如何认定，申请出庭的标准与程序为何，能否在庭前介入案件以及是否有权接触原始检材等关键问题，均缺乏明确规范。这种规范缺位直接导致司法适用中的标准分化。一方面，法院在是否准许专家辅助人出庭问题上拥有较大自由裁量空间，甚至可能因程序控制需要而限制其参与；另一方面，专家意见在裁判中的采信标准不统一，整体采纳率偏低，难以充分发挥其应有功能。

进一步来看，制度供给不足还具体表现为参与权受限与运行机制失衡。其一，在制度启动层面，尽管法律赋予控辩双方申请权，但是否准许出庭最终取决于法院裁量，而缺乏明确的审查标准与救济机制，容易削弱当事人的程序参与权。³其二，在参与阶段上，专家辅助人被严格限制于庭审环节，难以及时介入鉴定过程或接触原始证据材料，往往只能基于间接信息发表意见，这在客观上削弱了其意见的科学性与说服力，也影响法院对其意见的信赖程度。其三，在资格认定方面，法律未设定统一标准，导致各地司法实践中对“有专门知识的人”的理解差异较大。标准过高可能排除具备实践经验的专业人士，标准过低则可能引入不具备相应能力的人员，均不利于制度功能的实现。

³吴洪淇：《刑事诉讼中的专家辅助人：制度变革与优化路径》，载《中国刑事杂志》第5期（2018）。

三、 刑事诉讼专家辅助人制度基础理论

中国刑事诉讼专家辅助人制度的运行障碍并非孤立存在,而是深层嵌入于现行诉讼结构与证据规则体系之中。结合既有规范与理论观点,相关问题主要集中于诉讼地位、意见属性、资格标准以及程序参与机制等方面,其背后反映出制度设计与运行逻辑之间的系统性张力。现行制度供给不足,使相关制度难以嵌入既有诉讼结构,从而加剧控辩不平衡。⁴

（一）专家辅助人的诉讼地位

在刑事诉讼中,专家辅助人的法律角色并未得到《中华人民共和国刑事诉讼法》的具体规定,这引发了学术界广泛的讨论和不同的看法。主要的观点包括将专家辅助人视为诉讼代理人、证人、附属性诉讼参与人或独立诉讼参与人等不同角色。⁵这种认知分裂直接削弱了制度的稳定性,使专家辅助人在庭审中的发言权、质证权及程序保障均依赖法官个案裁量,难以形成统一规范。更深层次看,该问题源于中国以职权主义为主导的诉讼结构与专家辅助人制度所蕴含的对抗逻辑之间的不协调。专家辅助人制度本质上引入了一种“专业对抗机制”,但在缺乏制度配套的情况下,难以与既有体系实现有效融合,进而被边缘化为“可有可无”的辅助工具。

因此,有学者倾向于认为专家辅助人应当被赋予独立诉讼参与人的地位,⁶这样的定位有助于提升其专业意见的权威性,并能更有效地参与到诉讼过程中,充分发挥其专业价值。也有学者进一步指出,专家辅助人应被理解为一种“特殊的诉讼参与人”,其地位具有依附性与独立性的双重特征,即以鉴定意见为

⁴冀祥德：《从控辩关系看我国刑事诉讼制度的演进发展》，载《中国刑事法杂志》第1期（2022）。

⁵刘玫、韩瀚：《刑事诉讼中“有专门知识的人”的诉讼地位、证据效力及质证范围》，载《中国政法大学学报》第2期（2016）。

⁶黄敏：《建立我国刑事司法鉴定“专家辅助人制度”》，载《政治与法律》第1期（2024）。

存在前提，同时又通过专业判断影响证据采信。⁷这种观点的基础在于，尽管专家辅助人是由当事人聘请参与诉讼，但他们运用自身的专业知识独立地对案件中的鉴定意见和专业问题提出看法，这与传统诉讼参与者的职能存在本质的差异。承认专家辅助人的独立诉讼参与人的地位是实现对抗机制、保障抗辩平衡的关键所在。

由此可见，立法规定的模糊导致了学界对专家辅助人角色的多种解释，这种不一致反映在司法实践中，可能会导致专家辅助人制度的执行出现混乱，影响其与整体诉讼制度的有效衔接和进一步发展。因此，为了促进专家辅助人制度的健康发展和融入诉讼体系，有必要在立法和实践中对其进行更为明确和统一的界定。

（二）专家辅助人意见的证据属性

在现行法律框架下，中国允许具备特定专业知识的人士在法庭上对鉴定意见提出质疑或强化，但对于这些专家意见的法律效力并未有明确的法律条文。对此，学界主要存在两种不同的看法。一种观点认为，专家辅助人在法庭上的作用主要是对鉴定意见提供第三方的专业分析和评价，以帮助法官更准确地了解案件事实。在这种理解中，专家辅助人的意见被视为辅助性的，其目的在于协助法官而非直接作为判决的依据，不应具有证据效力。另一种观点则认为，专家辅助人在庭审中提出的质疑和辩驳具有一定的证据价值。尽管专家辅助人不归类为传统意义上的证人，但他们的发言对于证明案件中的专门性事实是不可或缺的，应当被赋予一定的证据效力。

近年来，专家辅助人意见在多起轰动社会的刑事案件中起到关键的转折性作用。引起社会广泛关注的福建“念斌案”历经八年 10 次开庭审理最终宣告无罪。这其中重大的转折点即为辩方邀请的专家辅助人提出的专家意见动摇了鉴定

⁷左宁：《我国刑事专家辅助人制度基本问题论略》，载《法学杂志》第 12 期（2012）。

意见的根基，控方无充足证据证明两名死者因氟乙酸盐鼠药中毒而亡。⁸ 本案中专家意见虽未作为单独定案的依据，但对案件审理产生了实质性影响。这一实践表明，在涉及高度专业性问题的刑事案件中，专家辅助人能够通过对鉴定意见的审查与质证，有效弥补传统诉讼结构中专业审查机制的不足，肯定专家辅助人意见效力在实践中显得越发重要。

实践中，虽部分法院在无明确规则指导下赋予专家辅助人意见较强影响力，大部分法院仍将专家辅助人意见视为纯粹的辩护意见而忽视其专业价值。这种规范层面的不确定性，使专家辅助人意见在证明体系中处于“事实影响显著但规范地位缺失”的尴尬状态。进一步而言，这一问题反映出中国证据制度长期对鉴定意见形成路径的依赖。鉴定意见因其专业性而被赋予较高证明力，而缺乏与之相匹配的对抗机制。专家辅助人制度虽试图弥补这一缺陷，但由于证据属性未被明确，其对鉴定意见的制衡作用难以制度化实现。根本原因是立法对专家辅助人制度及其证据属性、效力模糊笼统的规定。

（三）专家辅助人的准入标准

中国刑事诉讼法中并未对“有专门知识的人”设置一个门槛高度，也并未对专家辅助人的准入资格进行明确的规定。从目前的实践中看，专家辅助人选任资格的模糊导致各地法院对专家辅助人的选任标准不同，很难有效发挥专家辅助人的作用及优势。若准入资格过高，如专家辅助人应该和鉴定人的选人标准保持一致，⁹则将会导致实践中很多具有丰富实践经验的专家无法具有资格，不仅影响该制度原有的诉讼职能，也违背立法者抗辩平等的初心意图。¹⁰ 但若

⁸吴洪淇：《刑事诉讼中的专家辅助人：制度变革与优化路径》，载《中国刑事杂志》，第5期（2018）。

⁹孙长永：《论刑事证据法规范体系及其合理构建——评刑事诉讼法修正案关于证据制度的修改》，载《政法论坛》第5期（2012）。

¹⁰王尚新、李寿伟：《〈关于修改刑事诉讼法的决定〉释解与适用》，人民法院出版社（2012），第191页。

准入资格过低，容易造成专家辅助人制度的滥用，更多错误的专家意见涌入法庭影响法官对案件事实的判断，导致诉讼拖延司法资源浪费，更甚导致错案的发生。

从理论分析看，专家辅助人的资质不必完全等同于鉴定人，但应当具备足以对鉴定意见进行系统分析与科学论证的能力。其资格可以“参照鉴定人标准但不受登记制度限制”，以在专业性与灵活性之间实现平衡。这一思路试图避免两种极端，一是标准过高导致制度空置，二是标准过低引发制度滥用。¹¹不过，在缺乏统一规范的情况下，这种平衡在实践中难以实现。不同地区法院对“有专门知识的人”的理解差异显著，有的侧重形式资质，有的强调实践经验，甚至完全依赖法官自由裁量。这不仅削弱制度的可预期性，也可能导致程序不公。资源优势一方更易聘请高水平专家，从而在专业对抗中占据优势，反而加剧控辩不平衡。因此，准入标准问题不仅是技术性规则问题，更涉及程序正义与实质公平之间的制度协调。

（四）专家辅助人的参与机制

专家辅助人制度在程序运行中的局限，主要表现为启动机制与参与阶段两个方面，其本质是程序结构对专业对抗机制的抑制。

首先，根据中国《中华人民共和国刑事诉讼法》规定，控辩双方有权在对鉴定意见有异议时，申请委托专家辅助人对鉴定意见进行质证。在启动程序上，虽然控辩双方享有申请权，但是否准许专家辅助人出庭完全取决于法院裁量。这一并列条件不当地限制了当事人的诉讼权利，尤其是限制了当事人针对案件专门性问题对鉴定意见进行质证的能力与途径。理论上，法院应综合考虑鉴定意见是否存在疑点、专家资质以及对审理效率的影响等因素作出判断，但这些

¹¹左宁：《我国刑事专家辅助人制度基本问题论略》，载《法学杂志》第12期（2012）。

标准并未被明确规范，导致实践中裁量权缺乏边界。当法院基于效率或控制庭审的考虑限制专家出庭时，当事人的质证权便受到实质削弱。

其次，在参与阶段上，《中华人民共和国刑事诉讼法》第 192 条明确规定专家辅助人参与诉讼活动的时间只能是在庭审过程中。现行制度将专家辅助人的作用严格限定于庭审环节，使其无法在鉴定形成过程中发挥作用。由于无法接触原始检材或参与庭前准备，其意见往往建立在间接材料基础之上，难以达到充分、客观的证明标准。¹²这种“事后介入”的制度设计，使专家辅助人难以对鉴定程序本身进行有效监督，也削弱了其意见的说服力。

再次，从对抗结构看，专家辅助人制度虽旨在构建专业对抗，但在实践中往往难以形成实质性对抗。一方面，鉴定意见仍具有较高权威性；另一方面，专家辅助人意见缺乏制度支撑，难以与之形成平等竞争关系。这种结构性不对称，使制度功能被明显压缩。

（五）专家辅助人的权利义务

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 192 条，对于专家辅助人参与诉讼的具体权利、义务和责任，法律并没有提供明确的指导规则，而是通常参照鉴定人的相关权利和义务来进行操作。就出庭的权利与义务而言，一旦鉴定人接到法院的通知，他们有义务在法庭上对其所提供的鉴定意见进行阐释。如果鉴定人经法院通知选择不出庭，那么他们的意见一般不会被法庭采纳作为断案的依据。为此有观点认为专家辅助人有义务出庭对专家意见进行解释说明，拒不出庭时应不采纳专家辅助人意见，当事人可以申请补充鉴定。但在具体实践中因对专家辅助人的出庭权利义务未得到具体规定，法官有大量自由裁量权对专家辅助人不出庭的情况予以处理，极有可能拒绝当事人再次申请补充鉴定，削弱辩方对控方鉴定意见的质证力度，难以保证当事人的诉讼权利。

¹²周长春，“刑事诉讼中的专家辅助人制度”，载《中国司法鉴定》第 4 期（2008）。

四、中国刑事诉讼专家辅助人制度的完善对策

在对制度生成背景及运行困境的分析基础上可以看出，专家辅助人制度的问题并非局部缺陷，而是制度定位、证据规则与程序设计整体失衡的结果。因此，其完善亦应当围绕“明确定位—理顺功能—优化程序—保障权利”的逻辑展开，以实现制度价值与诉讼结构之间的有效衔接。

（一）明晰专家辅助人的诉讼地位

针对专家副主任“功能存在而身份缺位”的问题，首要任务在于从立法层面明确专家辅助人的法律定位。结合其制度功能与运行方式，宜将其界定为具有独立地位的特殊诉讼参与人，而非简单附属于辩护人或诉讼代理人。这一定位的核心意义在于，其一，能够为专家辅助人参与诉讼提供稳定的权利基础，避免其在实践中完全依赖法官裁量；其二，有助于突出其在专业性问题审查中的独立价值，使其能够围绕鉴定意见开展实质性对抗；其三，有利于实现与鉴定人、辩护人等主体之间的合理分工，形成更加完整的诉讼结构。同时需要注意的是，赋予其独立地位并不意味着其完全脱离当事人，而是在保持其服务委托方功能的基础上，强化其专业判断的独立性与规范性，从而在对抗与公正之间形成制度平衡。

（二）界定专家辅助人意见的功能与效力

针对证据属性模糊问题，有必要对专家辅助人意见的法律性质进行分层界定，以避免实践中的适用混乱。总体而言，专家辅助人意见不宜被简单认定为独立证据，而应主要定位为对鉴定意见进行审查与验证的专业性意见，其核心功能在于影响鉴定意见的证明力。在此基础上，可区分不同情形加以规范。一方面，当专家辅助人仅针对既有鉴定意见提出质疑或评价时，其意见应作为辅助性材料，服务于对鉴定意见真实性与可靠性的审查，不直接作为定案依据；另一方

面，在特定情况下，专家辅助人基于充分材料对案件中的专门性问题进行独立分析并形成系统性意见时，其意见可作为补充性证明资料，供法庭综合判断。

通过这种分层处理，可以在不打破既有证据体系的前提下，合理吸纳专家辅助人意见的证明功能，既避免其被完全边缘化，也防止其被过度扩张为“变相鉴定意见”。

（三）健全专家辅助人参与诉讼的程序机制

1. 建立合理的准入标准

针对准入标准失衡问题，应在专业性与开放性之间构建分层标准。一般而言，可采取相对宽松的准入原则，将具备相关领域专业知识或实践经验的人员纳入制度范围，以保障当事人的制度使用能力。同时，对于法医鉴定、物证分析等高度专业领域，应适当提高准入要求，如强调职业资质与从业经验，以确保意见质量。通过分类设定标准，可以避免“一刀切”的制度弊端，使专家辅助人既具备专业支撑，又保持制度活力。

2. 规范参与程序与庭审规则

针对启动程序与参与阶段受限的问题，有必要构建较为明确的操作规则。在启动环节，应明确申请条件与审查标准，要求申请方对鉴定意见存在合理疑点作出初步说明，同时建立必要的救济机制，以限制法院裁量权的随意扩张；在庭审过程中，应确立专家辅助人与鉴定人之间的对质与询问机制，允许其就专业问题展开实质性交叉质证，从而提升庭审实质化程度；在程序安排上，可限定其主要参与质证环节，以避免对审理效率造成过度影响。

3. 适度前移参与阶段

针对专家辅助人“事后介入”的局限，可在制度上适度前移其参与时间。例如，在鉴定形成过程中引入专家辅助人监督机制，允许其对鉴定程序提出意见，

从源头上提升鉴定质量。这种做法既有助于弥补鉴定程序缺乏外部制约的问题，也能提升后续庭审质证的有效性。

（四）完善专家辅助人的权利义务体系

1. 明确出庭义务与责任机制

专家辅助人制度的核心在于庭审质证，因此其出庭具有基础性意义。在接受委托后，专家辅助人原则上应履行出庭义务，对其专业意见进行说明与答辩。无正当理由拒不出庭的，应对其意见采纳作出限制，以维护庭审程序的严肃性。同时，应根据其行为性质建立相应责任机制，防止其滥用专业意见。

2. 保障接触鉴定材料的权利

针对前文指出的信息不对称问题，应赋予专家辅助人必要的阅卷与接触检材的权利，使其能够基于完整资料形成专业判断。这不仅有助于提高其意见的科学性与说服力，也能够强化其对鉴定活动的监督功能。在具体制度设计上，可在保障证据安全的前提下，对其查阅范围与方式作出规范。

3. 规范权利行使边界

在赋予权利的同时，应明确专家辅助人的行为边界。例如，其意见应基于科学方法与客观数据，不得故意歪曲事实；其参与范围应限于专业问题，不得替代辩护人进行法律评价。通过权利与义务的对称设计，可以在保障制度功能的同时防范其滥用。

五、结语

随着刑事案件中专业性问题的不断增加，传统以法官为中心的事实认定模式正面临前所未有的挑战。鉴定意见在弥补专业认知不足的同时，也因其高度依赖性与相对封闭性，逐渐演化为影响裁判的重要甚至关键因素。在此背景下，

专家辅助人制度的引入，标志着中国刑事诉讼在专业性证据审查机制上的重要转型，其核心价值在于通过引入专业对抗力量，打破鉴定意见的单向支配地位，推动庭审质证向实质化发展。

本文从制度生成背景出发，指出专家辅助人制度源于专业裁判困境与控辩失衡的现实需求，但在制度供给不足的情况下，其在实践中呈现出“有制度之形而无运行之实”的状态。进一步分析表明，当前制度运行中存在的诸多问题，包括诉讼地位模糊、证据属性不清、准入标准失衡、参与机制受限以及权利义务不明。本质上反映出制度设计与既有诉讼结构之间的深层不协调，这些问题相互叠加，使专家辅助人难以真正发挥其应有的专业功能与制度价值。

基于此，本文提出应从体系化视角对专家辅助人制度加以完善。在定位上，明确其作为特殊诉讼参与人的独立地位；在功能上，合理界定其意见的辅助性与补充性证明作用；在程序上，构建规范统一的准入标准与参与机制，并适度前移其介入阶段；在权利义务上，实现权利保障与责任约束的协调统一。通过上述路径，有助于推动专家辅助人制度由原则性规定走向规范化运行。

需要指出的是，专家辅助人制度的完善，并非单一制度层面的技术修补，而是刑事诉讼结构向更加开放、多元与理性方向发展的体现。其最终目标，不仅在于提升鉴定意见的审查质量，更在于通过强化专业对抗与程序保障，促进裁判结果的公正性与可接受性。未来，随着相关立法与司法实践的不断发展，专家辅助人制度有望在中国刑事诉讼体系中逐步发挥更加重要的作用，为实现以审判为中心的诉讼制度改革提供有力支撑。

参 考 文 献

国内文献

<著作>

王尚新、李寿伟：《关于修改刑事诉讼法的决定》，人民法院出版社，2012。

<论文>

陈邦达：《美国法庭聘请专家证人的实践与启示》，载《证据科学》第6期，2017。

黄敏：《建立我国刑事司法鉴定“专家辅助人制度”》，载《政治与法律》第1期2004。

冀祥德：《从控辩关系看我国刑事诉讼制度的演进发展》，载《中国刑事法杂志》第1期2022。

刘玫、韩瀚：《刑事诉讼中“有专门知识的人”的诉讼地位、证据效力及质证范围》，载《中国政法大学学报》第2期2016。

潘溪：《回顾与展望：我国司法鉴定制度变迁与实践》，载《中国司法鉴定》第2期2020。

孙长永：《论刑事证据法规范体系及其合理构建—评刑事诉讼法修正案关于证据制度的修改》，载《政法论坛》第5期2012。

王跃：《专家辅助人制度基本问题研究—以《中华人民共和国刑事诉讼法》第192条规定为切入点》，载《西南政法大学学报》第1期2014。

吴洪淇：《刑事诉讼中的专家辅助人：制度变革与优化路径》，载《中国刑事法杂志》，第5期2018。

章礼明：《意大利“技术顾问”制度及其对我国的启示》，载《中国司法鉴定》第1期2017。

贾治辉，孔令勇：《刑事诉讼专家辅助人的倾向性及界限》，载《中国司法鉴定》，第1期2014。

左宁：《我国刑事专家辅助人制度基本问题论略》，载《法学杂志》第33期2012。

周长春：《刑事诉讼中的专家辅助人制度》，载《中国司法鉴定》第4期2008。

摘要

随着科技发展,刑事案件中专门性问题日益复杂,司法对鉴定意见的依赖不断加深,但其权威性过强与制约机制不足,易引发控辩失衡并影响裁判公正。为此,《中华人民共和国刑事诉讼法》确立专家辅助人制度,旨在通过引入专业对抗机制强化鉴定意见审查。然而,该制度目前仍停留于原则性规定层面,在诉讼地位、意见属性、准入标准及参与程序等方面存在明显不足,制约其功能发挥。文章结合中国当前以审判为中心的诉讼制度改革背景,进一步指出专家辅助人制度不仅具有弥补法官专业认知不足、强化鉴定意见审查的现实功能,也承担着推动控辩平衡、保障程序正义的重要价值。通过构建更加科学、规范的专家辅助人制度,有助于提升刑事诉讼中专业性证据的审查质量,增强司法裁判的透明性、合理性与社会公信力。同时,本文在梳理制度生成背景的基础上,分析其运行困境,并从明确诉讼地位、界定意见功能、完善准入标准与程序机制等方面提出完善路径,以促进专业证据审查的实质化与裁判公正的实现。

关键词：鉴定意见；专家辅助人；专业对抗；抗辩平衡；程序正义

A b s t r a c t

With the rapid development of technology, specialized issues in criminal cases are becoming increasingly complex, leading to a deepening judicial reliance on forensic evaluation opinions. However, the excessive authority often attributed to these opinions, coupled with insufficient restriction mechanisms, easily disrupts the balance between the prosecution and the defense, thereby undermining judicial fairness. In response, the Criminal Procedure Law of the People's Republic of China established the expert assistant system, aiming to strengthen the scrutiny of forensic evaluation opinions by introducing a mechanism for professional adversarial review. Nevertheless, this system currently remains at the level of principled provisions. Significant deficiencies exist regarding the litigation status of expert assistants, the legal attributes of their opinions, admission standards, and procedural participation, all of which constrain the system's intended functions. Contextualized within China's ongoing trial-centered criminal procedure reform, this article asserts that the expert assistant system not only serves the practical functions of bridging the gap in judges' specialized knowledge and reinforcing the review of forensic opinions, but also holds significant value in promoting the balance of power between the prosecution and the defense and safeguarding procedural justice. By constructing a more scientific and standardized expert assistant system, the quality of reviewing specialized evidence in criminal litigation can be elevated, thereby enhancing the transparency, rationality, and social credibility of judicial decisions. Accordingly, by tracing the background of the system's inception, this paper analyzes its current operational dilemmas and proposes comprehensive pathways for improvement—specifically through clarifying their litigation status, defining the legal function of their opinions, and refining admission standards and procedural mechanisms. Ultimately, these proposals seek to promote the substantive review of specialized evidence and ensure the realization of adjudicative fairness.

Keywords: Forensic Evaluation Opinions; Expert Assistant; Professional Adversarial Mechanism; Balance between Prosecution and Defense; Procedural Justice

형사소송에서의 전문가보조인 제도 연구

Research on the Expert Assistant System in Criminal Litigation

지효화(迟晓华)(청도과학기술대학 법학전문대학원 석사생),

유로(刘璐)(한국 경상국립대학교 법과대학 박사생) 공저

Co-authors CHI, Xiaohua(Master's Student, School of Law, Qingdao University of Science and Technology),

LIU, Lu(Ph.D. Student, College of Law, Gyeongsang National University)

기예삼(祁艺森)(인하대학교 AI데이터법학과 석사생),

박요셉(변호사, 인하대학교 중국법센터 사무국장) 공역

Co-translators QI, Yisen(Master's Student, Dept. of Law, Inha University),

PARK, Joseph(Attorney at Law & Executive Director, China Law Center, Inha University)

목 차

I. 서론

II. 문제의 제기

III. 형사소송 전문가보조인 제도의 기초이론

1. 전문가보조인의 소송상 지위
2. 전문가보조인 의견의 증거법적 성질
3. 전문가보조인의 자격기준
4. 전문가보조인의 참여방식
5. 전문가보조인의 권리·의무

IV. 중국 형사소송 전문가보조인 제도의 완비 방안

1. 전문가보조인의 소송상 지위 명확화
2. 전문가보조인 의견의 기능과 효력 확정
3. 전문가보조인의 소송 참여 절차 정비
4. 전문가보조인의 권리·의무 체계의 완비

V. 결어

I. 서론

과학기술의 급속한 발전과 범죄 형태의 끊임없는 변화라는 배경 속에서 형사사건 속의 전문성 문제는 날로 두드러지고 있으며, 법관의 경험적 판단에 기초하던 전통적 사실인정 방식은 점차 전문지식에 의해 뒷받침되는 증거심사라는 방식에 의하여 대체되고 있다. 이에 따라 감정의견은 형사소송에서 갈수록 핵심적 지위를 차지하게 되었으나, 실무에서 드러나는 권위와 상대적 폐쇄성은 증거심사의 구조를 편면화하여 검사 측과 피고인 측¹ 사이 힘의 불균형과 재판의 위험 누적 등의 문제를 야기한다. 전문적 판단의 유효성을 담보하는 동시에 필요한 외부 제약이라는 시스템을 어떻게 도입할 것인가는 이미 형사소송 제도 발전에서 중요한 과제가 되었다.

전문가보조인 제도는 바로 이러한 배경에서 중국 형사소송 법제에 도입되었으며, 그 제도적 취지는 전문적인 견제구조를 구축하여 감정의견의 일방적 지배구도를 타파하고 공판에서의 실질적 증거조사² 기능을 강화하는 데 있다. 그러나 규범의 구조

¹역자 주: 원문은 공변(控辯)인데, 이는 검사의 공격과 피고인의 방어권 사이의 균형을 의미한다. 이에 관하여서는 원문에서 다시 항변평형(抗辯平衡 - 한국 형사소송법에서 말하는 무기평등의 원칙에 유사)이라는 개념으로 보다 구체화되고 있다.

²역자 주: 원문은 증거조사(质证)로서, 법정에서 제출된 증거의 진실성·합법성·관련성 등을 둘러싸고 신문, 질문, 논박, 변론하는 절차를 말한다. 이는 한국 형사소송법에 일의적으로 대응하지는 아니하나, 대부분의 경우 “증거조사”에 대응하므로, 이를 가능한 증거조사로 번역하였다.

지효화- 형사소송에서의 전문가보조인 제도 연구
와 운영의 실무를 보면 이 제도는 여전히 확인 단계에 머물러 있고, 소송상 지위·의견의 증거법적 성질·자격기준·절차보장 등 제도로써 뚜렷한 부족함을 보여, 기존의 소송시스템에 편입되어 제 기능을 발휘하기는 어렵다. 그리하여 전문가보조인 제도는 ‘제도의 설립과 제도의 운영이 서로 분리되는’ 현실적 어려움을 드러낸다.

이러한 문제의식에 기초하여 본고는 전문가보조인 제도의 구조적 어려움을 분석의 출발점으로 삼아, 먼저 제도의 생성 논리에서 출발하여 그 입법 배경을 정리하고 문제의 근원을 밝히며, 이어 실무 운영 상황과 결합하여 소송구조 속에서의 기능적 문제를 이론적으로 설명한다. 그 후 관련 제도의 역사를 참고하여 소송상 지위의 재구성, 의견 효력의 확정, 권리·의무의 배치 및 절차적 시스템 완비 등을 중심으로 체계적 개선 방안을 제시한다. 본고는 전문가보조인 제도에 대한 체계적 성찰을 통해 이 제도가 형식적 존재에서 실질적 운영으로 전환되도록 촉진하고, 나아가 형사재판의 합리화와 공정성 실현을 위한 제도적 뒷받침을 제공하는 것을 목적으로 한다.

II. 문제의 제기

첨단기술 범죄가 끊임없이 출현함에 따라 형사사건에 관련된 전문적 문제는 날로 복잡해지고, 법률지식을 핵심으로 하던 전통적 재판 방식은 심각한 도전에 직면해 있다. 상당수 사건이 법의학·정보기술·환경과학 등 전문 영역과 관련되어 이미 법관의 일반적 인지 범위를 뚜렷이 넘어서고 있다. 이러한 배경에서 감정의견에 대한 의존도는 끊임없이 심화되었으나, 현행 감정제도는 운영 과정에서 점차 제도적 결함을 드러내어 검사 측과 피고인 측의 불균형과 재판 위험이라는 이중의 어려움을 야기한다. 전문가보조인 제도는 바로 이러한 현실적 수요에 힘입어 형사소송 체계에 도입되었으며, 전문적 견제장치의 도입을 통해 검사 측과 피고인 측의 균형(抗辯平衡)을 유지하고자 한다.

먼저 제도적 동인을 보면, 전문적 문제에 대한 재판 능력의 부족과 검사 측과 피고인 측 구조의 불균형이 제도 생성의 직접적 배경을 이룬다. 한편으로 검사 측과 피고

지효화- 형사소송에서의 전문가보조인 제도 연구

인 측 관계의 불균형은 중국 형사소송의 중요한 구조적 문제이다. 중국의 형사감정 절차는 오랫동안公安·검찰·법원 기관이 직권으로 개시를 주도해 왔고, 당사자는 감정 사항의 선택, 감정기관의 결정, 감정과정의 참여에서 실질적 발언권을 결여하였다.³ 법률이 여러 차례 개정되었음에도 당사자의 감정절차 개입은 여전히 주로 사후에 보충감정이나 재감정을 신청하는 수준에 머물러, 기존 감정의견에 대하여 유효한 견제를 형성하기 어렵다.⁴ 이러한 구조적 배치로 인하여 감정의견은 실무에서 종종 ‘종국’에 가까운 증명력을 가지며, 검사 측과 피고인 측 양측은 전문증거 영역에서 뚜렷한 비대칭 상태에 놓인다. 다른 한편으로 사법감정 개혁이 감정기능의 사회화를 점진적으로 추진하였음에도 수사기관은 여전히 상당 부분 주요 감정자원을 장악하고 있고, 감정의견의 형성과 심사는 여전히 내부 운용에 의존하여 독립한 외부인에 의하여서는 유효한 감독이 이루어지지 않는다. 중립적 제3자와 변호인 측 전문가의 참여가 결여된 상황에서 감정절차의 방법상 흠결이나 결론의 편향 등 문제는 적시에 발견·시정되기 어렵고, 이는 사건의 공정한 재판에 잠재적 영향을 미친다.

바로 이러한 배경에서 전문가보조인 제도가 정식으로 입법되었다. 2012년 개정된 《중화인민공화국 형사소송법》은 공소인, 당사자 및 그 변호인·소송대리인이 전문지식을 가진 자의 출석을 신청하여 감정의견에 관하여 의견을 제출할 수 있다고 명확히 규정하였다. 이 조항은 기본법 차원에서 전문가보조인 제도의 존재를 확인하였으며, 중국 형사소송이 ‘전문적 대항’ 심사제도의 도입을 시도하기 시작했음을 보여준다. 이른바 전문가보조인이란 검사 측과 피고인 측 양측이 신청하며 특정 영역의 전문지식이나 실무경험을 갖추고 공판에서 전문적 문제에 관하여 해석·분석하고 감정의견을 제출하는 자를 말한다. 그 제도적 기능은 감정인과 대립하는 전문 주체를 도입하여 단일한 감정의견의 독점적 지위를 타파하고 공판에서의 실질적 증거조사를 강화

³刘玫、韩瀚：《刑事诉讼中“有专门知识的人”的诉讼地位、证据效力及质证范围》，载《中国政法大学学报》2016年第2期，第100页。

⁴吴洪淇：《刑事诉讼中的专家辅助人：制度变革与优化路径》，载《中国刑事法杂志》2018年第5期。

지효화- 형사소송에서의 전문가보조인 제도 연구
 하며, 나아가 전문적 문제에서 검사 측과 피고인 측 양측의 상대적 균형을 실현하고
 법관이 더욱 전면적이고 객관적인 사실 인식을 형성하도록 보조하는 데 있다.

그러나 제도 운영의 현황을 보면, 전문가보조인 제도는 이미 확립되었음에도 전체적으로는 여전히 원칙적 확인 수준에 머물러 제도가 정비되어 있지 않다. 현행 법률은 단일 조항으로 개괄적 규정만을 두고 있어 소송상 지위·권리의무·절차 규칙·법적 효력에 관한 체계적 설계가 부족하며, 이로 인하여 실무에서 많은 불확실성에 직면한다. 예컨대 전문가보조인을 어떤 소송 참여 주체로 정리할 것인지, 그 의견이 증거법적 성질을 갖는지, 전문가 자격을 어떻게 인정할 것인지, 출석 신청의 기준과 절차는 무엇인지, 공판 전에 사건에 개입할 수 있는지, 원감정자료⁵에 접근할 권리가 있는지 등 중요한 사항에 관하여 법적 규정이 명확하지 않다. 이러한 규범의 공백은 곧바로 뚜렷한 적용기준을 형성하기 어렵게 한다. 한편으로 법원은 전문가보조인의 출석 허가 여부에 관하여 비교적 큰 재량을 가지며, 심지어 절차 통제의 필요를 이유로 그 참여를 제한할 수도 있다. 다른 한편으로 전문가 의견의 재판상 채택 기준이 통일되지 않아 전체적으로 채택 비율이 낮으며, 그 본래의 기능을 충분히 발휘하기 어렵다.

나아가 제도의 정비 부족은 구체적으로 참여권의 제한과 운영상의 불균형으로 나타난다. 첫째, 제도 개시 차원에서 법률이 검사 측과 피고인 측 양측에 신청권을 부여하였음에도 출석 허가 여부는 결국 법원의 재량에 달려 있고 명확한 심사기준과 불복 절차가 결여되어 당사자의 절차 참여권을 약화시키기 쉽다.⁶ 둘째, 참여 단계에서 전문가보조인은 공판 절차에 엄격히 한정되어 감정과정에 적시에 개입하거나 원시 증거자료에 접근하기 어렵고, 대개 간접적 정보에 근거하여 의견을 낼 수밖에 없어 객관적으로 그 의견의 과학적 근거와 설득력이 약화되며 이는 법원의 신뢰도에도 영향을 미친다. 셋째, 자격 인정 측면에서 법률이 통일된 기준을 설정하지 않아 각지 사법

⁵역자 주: 원문은 원시검재(原始檢材)로서, 수치화·2차 가공·추출을 거치기 전, 사건 현장이나 초기 상태 그대로 수거된 ‘최초의 원본 증거자료(물리적 하드디스크나 혈액 등)’를 의미한다.

⁶吳洪淇: 《刑事诉讼中的专家辅助人: 制度变革与优化路径》, 载《中国刑事法杂志》2018年第5期。

지효화- 형사소송에서의 전문가보조인 제도 연구
 실무에서 '전문지식을 가진 자'에 대한 이해의 편차가 크다. 기준이 지나치게 높으면 실무경험을 갖춘 전문 인사를 배제할 수 있고, 기준이 지나치게 낮으면 상응하는 능력을 갖추지 못한 인력에 의하여 절차가 진행될 수 있어 모두 제도 기능의 실현에 부적절하다.

III. 형사소송 전문가보조인 제도의 기초이론

중국 형사소송 전문가보조인 제도의 운영상의 장애는 독립적으로 존재하는 것이 아니라 현행 소송구조와 증거규칙 체계에 깊이 연관되어 있다. 기존 규범과 이론을 종합하면 관련 문제는 주로 소송상 지위·의견의 증거법적 성질·자격 기준 및 절차적 참여에 관한 제도 등에 집중되며, 그 배후에는 제도 설계와 운영 논리 사이의 체계적 긴장이 반영되어 있다. 현행 제도의 정비 부족은 관련 제도가 기존 소송구조에 편입되기 어렵게 하여 검사 측과 피고인 측 불균형을 가중시킨다.⁷

1. 전문가보조인의 소송상 지위

형사소송에서 전문가보조인의 법적 역할은 《중화인민공화국 형사소송법》에 구체적으로 새겨지지 못하였고, 이는 학계의 폭넓은 논의와 상이한 견해를 불러일으켰다. 주요 견해로는 전문가보조인을 소송대리인, 증인, 부수적 소송참여인 또는 독립적 소송참여인 등 서로 다른 역할로 보는 입장이 있다.⁸ 이러한 견해의 대립은 곧바로 제도의 안정성을 약화시켜, 공판에서 전문가보조인의 발언권·증거조사권 및 절차 보장이 모두 법관의 개별 재량에 의존하게 하여 통일된 규범을 형성하기 어렵게 한다. 더 깊이 보면 이 문제는 직권주의를 위주로 하는 중국의 소송구조와 전문가보조인 제도가 내포하는 대항 논리 사이의 부조화에서 비롯된다. 전문가보조인 제도는 본질적으로 일종의 '전문적 견제장치'를 도입하였으나, 제도적 뒷받침이 결여된 상황에서는 기존

⁷冀祥德：《从控辩关系看我国刑事诉讼制度的演进发展》，载《中国刑事法杂志》2022年第1期。

⁸刘玫、韩瀚：《刑事诉讼中“有专门知识的人”的诉讼地位、证据效力及质证范围》，载《中国政法大学学报》2016年第2期。

지효화- 형사소송에서의 전문가보조인 제도 연구 체계와 유효하게 융합되기 어려워 ‘있어도 그만 없어도 그만’인 보조 도구가 될 뿐이다.

따라서 일부 학자는 전문가보조인에게 독립적 소송참여인의 지위를 부여하여야 한다고 본다.⁹ 이로써 전문가보조인이 내는 의견의 권위를 높이고 소송과정에 더욱 효과적으로 참여하여 전문적 가치를 충분히 발휘하도록 하는 데 도움이 된다는 것이다. 또한 일부 학자는 전문가보조인을 일종의 ‘특수한 소송참여인’으로 이해하여야 한다고 지적하는데, 그 지위는 종속성과 독립성이라는 이중적 특징을 지닌다고 한다. 즉 감정의견을 존재의 전제로 하면서도 전문적 판단을 통하여 증거의 채택에 영향을 미친다는 것이다.¹⁰ 이러한 견해의 근거는, 전문가보조인이 당사자에 의해 초빙되어 소송에 참여하더라도 자신의 전문지식을 활용하여 사건 속 감정의견과 전문적 문제에 관하여 독립적으로 견해를 제시한다는 점에서 전통적 소송참여인의 기능과는 본질적으로 다르다는 데 있다. 이에 따르면 전문가보조인의 독립적 소송참여인 지위를 인정하는 것은 사법부에 대한 견제라는 제도의 본지 실현과 검사 측과 피고인 측의 균형 보장을 위한 관건이 된다.

이로써 알 수 있듯이 입법 규정의 모호성은 전문가보조인의 역할에 대한 학계의 다양한 해석을 초래하였고, 이러한 학설의 대립은 곧바로 사법실무에 반영되어 전문가보조인 제도의 집행에 혼란을 야기하고 전체 소송제도와의 유효한 연계 및 발전에 영향을 미칠 수 있다. 따라서 전문가보조인 제도의 건전한 발전과 소송체계로의 편입을 촉진하기 위하여 입법과 실무에서 이를 더욱 명확하고 통일적으로 확정할 필요가 있다.

2. 전문가보조인 의견의 증거법적 성질

현행 법률체계에서 중국은 특정 전문지식을 갖춘 인사가 법정에서 감정의견에 대

⁹黄敏: 《建立我国刑事司法鉴定“专家辅助人制度”》, 载《政治与法律》2024年第1期。

¹⁰左宁: 《我国刑事专家辅助人制度基本问题论略》, 载《法学杂志》2012年第12期。

지효화- 형사소송에서의 전문가보조인 제도 연구

하여 이의를 제기하거나 이를 보강하는 것을 허용하면서도, 이러한 전문가 의견의 법적 효력에 대하여는 명확한 법조문을 두고 있지 않다는 것이다. 이에 대하여 학계에서는 주로 두 가지 상이한 견해가 대립한다. 첫 번째 견해는 전문가보조인이 법정에서 하는 역할은 주로 감정의견에 대하여 제3자의 전문적 분석과 평가를 제공하여 법관이 사실관계를 더 정확히 이해하도록 돕는 데 있으며, 이러한 이해에서 전문가보조인의 의견은 보조적인 것으로서 법관을 조력하는 데 목적이 있을 뿐 직접 판결의 근거가 되어서는 아니 되고 증거로서의 효력을 가져서도 아니 된다는 것이다. 다른 견해는 전문가보조인이 공판에서 제기하는 이의와 반박이 일정한 증거로서의 효력을 가진다고 본다. 전문가보조인이 전통적 의미의 증인으로 분류되지는 않더라도 그 발언은 사건 속 전문적 사실을 증명하는 데 필수불가결하므로 일정한 증거로서의 효력을 부여해야 한다는 것이다.

최근 전문가보조인의 의견은 사회적으로 큰 반향을 일으킨 여러 형사사건에서 관건적인 전환의 역할을 하였다. 사회의 광범위한 주목을 받은 복건(福建) ‘염빈(念斌) 사건’¹¹⁾은 8년에 걸쳐 10차례 공판 심리를 거쳐 최종적으로 무죄가 선고되었다. 그 중 대한 전환점은 바로 변호인 측이 초빙한 전문가보조인이 제출한 전문가 의견이 감정의견의 근거를 흔들며, 검사 측이 두 사망자가 플루오로아세트산염(氟乙酸鹽) 쥐약 중독으로 사망하였음을 증명할 충분한 증거를 갖지 못하게 된 데 있었다.¹²⁾ 이 사건에서 전문가 의견은 비록 단독으로 증거가 되지는 않았으나 사건 심리에 실질적 영향을 미쳤다. 이러한 실무는 고도의 전문성이 요구되는 형사사건에서 전문가보조인이 감정의견의 심사와 증거조사를 통하여 전통적 소송구조의 전문 심사기제 부족을 효과적으로 보완할 수 있음을 보여주며, 전문가보조인 의견의 효력을 인정하는 것이 실무

¹¹⁾역자 주: 복건 염빈 사건은 2006 년, 독극물 살인 누명을 쓴 피고인 염빈이 고문에 의한 자백 기타 조작된 증거에 의하여 4 차례 사형의 선고를 받았다가, 피고인의 가족 및 인권변호사들의 노력에 의하여 8 년만에 무죄판결을 받고 석방된 유명 사건이다.

¹²⁾吴洪淇: 《刑事诉讼中的专家辅助人: 制度变革与优化路径》, 载《中国刑事法杂志》2018年第5期。

지효화- 형사소송에서의 전문가보조인 제도 연구
에서 갈수록 중요해지고 있음을 말해 준다.

실무에서는 일부 법원이 명확한 규칙의 지도 없이 전문가보조인 의견에 비교적 강한 영향력을 부여하기도 하지만, 대다수 법원은 여전히 전문가보조인 의견을 순수한 “변호”로 보아 그 전문적 가치를 간과한다. 이러한 규범적 불확실성은 전문가보조인 의견을 증거법에서 ‘사실상의 영향은 뚜렷하나 규범상 지위는 결여된’ 곤혹스러운 상태에 놓이게 한다. 나아가 이 문제는 감정의견의 형성에 되머람 중국 증거법 제도의 오랜 관성을 반영한다. 감정의견은 그 전문성으로 인하여 비교적 높은 증명력을 부여 받았으나 이에 상응하는 견제장치가 결여되어 있었다. 전문가보조인 제도는 이러한 결함을 보완하고자 하였으나 증거법적 성질이 명확히 규정되지 않아 감정의견에 대한 균형·견제 작용을 제도적으로 실현하기 어려운 상태이다. 근본적 문제는 형사소송법이 전문가보조인 제도 및 그 증거법적 성질·효력을 모호하고 개괄적으로 규정한 데 있다.

3. 전문가보조인의 자격기준

중국 형사소송법은 ‘전문지식을 가진 자’에 대하여 문턱 높이를 설정하지 않았고 전문가보조인의 자격요건도 명확히 규정하지 않았다. 현재의 실무를 보면 전문가보조인 선임 자격의 모호성으로 인하여 각지 법원의 선임 기준이 서로 달라 전문가보조인의 작용과 강점을 효과적으로 발휘하기 어렵다. 자격요건이 지나치게 높아 예컨대 전문가보조인이 감정인의 선임 기준과 동일하여야 한다면,¹³ 실무에서 풍부한 실무 경험을 갖춘 많은 전문가가 자격을 얻지 못하게 되어 이 제도 본래의 소송 직능에 영향을 줄 뿐만 아니라 검사 측과 피고인 측 평등이라는 입법자의 본래 의도에도 반한다.¹⁴ 그러나 자격요건이 지나치게 낮으면 전문가보조인 제도의 남용을 초래하기 쉬

¹³孙长永：《论刑事证据法规范体系及其合理构建——评刑事诉讼法修正案关于证据制度的修改》，载《政法论坛》2012年第5期。

¹⁴王尚新、李寿伟：《〈关于修改刑事诉讼法的决定〉释解与适用》，人民法院出版社2012年版，第191页。

지효화- 형사소송에서의 전문가보조인 제도 연구
 위, 더 많은 잘못된 전문가 의견이 법정에 유입되어 법관의 사건 사실 판단에 영향을 미치고 소송 지연과 사법자원 낭비를 야기하며 심지어 오판을 초래할 수도 있다.

이론적으로 분석하면 전문가보조인의 자질이 감정인과 완전히 동일할 필요는 없으나, 감정의견에 대하여 체계적 분석과 과학적 논증을 할 수 있는 능력은 갖추어야 한다. 그 자격을 ‘감정인 기준을 참조하되 등록제도의 제약을 받지 않는’ 방식으로 한다면 전문성과 유연성 사이의 균형을 실현할 수 있다. 이러한 접근을 통해 기준이 지나치게 높아 제도가 형해화되는 것과 기준이 지나치게 낮아 제도가 남용되는 것이라는 양극단을 피할 수 있다.¹⁵ 다만 통일된 규범이 결여된 상황에서는 실무에서 이런 균형이 실현되기 어렵다. 지역별 법원의 ‘전문지식을 가진 자’에 대한 이해 차이가 뚜렷하여, 어떤 곳은 형식적 자질을 중시하고 어떤 곳은 실무경험을 강조하며 심지어 전적으로 법관의 재량에 의존하기도 한다. 이는 제도의 예측가능성을 약화시킬 뿐만 아니라 절차의 불공정을 초래할 수 있다. 자원상 우위에 있는 측이 더 쉽게 높은 수준의 전문가를 초빙하여 전문적 대항관계에서 우위를 점하게 되어 오히려 검사 측과 피고인 측 불균형을 가중시킨다. 따라서 자격기준 문제는 단지 기술적 규칙의 문제가 아니라 절차적 정의와 실질적 공평 사이의 제도적 조율에 관한 문제이기도 하다.

4. 전문가보조인의 참여방식

전문가보조인 제도의 절차 운영상 한계는 주로 개시와 참여의 두 단계에서 나타나며, 그 본질은 현재의 절차적 구조가 전문적 견제장치를 억제한다는 데 있다.

첫째, 《중화인민공화국 형사소송법》에 따르면 검사 측과 피고인 측 양측은 감정의견에 이의가 있을 때 전문가보조인에게 감정의견의 증거조사를 위탁할 것을 신청할 권리가 있다. 개시 절차에서 검사 측과 피고인 측 양측이 신청권을 가지더라도 전문가보조인의 출석 허가 여부는 전적으로 법원의 재량에 달려 있다. 이러한 요건은 당사자의 소송상 권리, 특히 사건의 전문적 문제에 관하여 감정의견을 증거조사할 당사

¹⁵左宁：《我国刑事专家辅助人制度基本问题论略》，载《法学杂志》2012年第12期。

지효화- 형사소송에서의 전문가보조인 제도 연구

자의 기회를 부당하게 제한한다. 이론적으로 법원은 감정의견에 의문이 있는지, 전문가의 자질, 심리 효율에 대한 영향 등 요소를 종합적으로 고려하여 판단하여야 하나, 이러한 기준이 명확히 규범화되지 않아 실무에서 재량권이 남용될 수 있다. 법원이 효율이나 공판 통제의 고려에 근거하여 전문가의 출석을 제한할 때 당사자의 증거조사권은 실질적으로 무력화된다.

둘째, 참여단계에서 《중화인민공화국 형사소송법》 제192조는 전문가보조인이 소송절차에 참여하는 시기를 공판으로만 한정하고 있다. 현행 제도는 전문가보조인의 작용을 공판 단계로 엄격히 한정하여 감정에서는 역할을 하지 못하게 한다. 원감정자료에 접근하거나 공판준비절차에는 참여할 수 없다 보니 그 의견은 간접자료에 기초하게 되어 충분하고 객관적인 증명에 이르기 어렵다.¹⁶ 이러한 ‘사후 개입’적 제도 설계는 전문가보조인으로 하여금 감정절차 자체를 효과적으로 감독하기 어렵게 하고 그 의견의 설득력 또한 약화시킨다.

셋째, 대항적 구조의 관점에서 전문가보조인 제도는 전문적 대항의 구축을 취지로 하나 실무에서는 실질적 대항을 형성하기 어려운 경우가 많다. 한편으로 감정의견은 여전히 비교적 높은 권위를 가지며, 다른 한편으로 전문가보조인의 의견은 제도적 뒷받침이 결여되어 그것과 대등한 경쟁관계를 형성하기 어렵다. 이러한 구조적 비대칭은 제도의 기능을 명백하게 제한한다.

5. 전문가보조인의 권리·의무

《중화인민공화국 형사소송법》 제192조에 따르면 전문가보조인의 소송 참여에 관한 구체적 권리·의무와 책임에 대하여 법률은 명확한 지침을 제공하지 않고, 통상 감정인의 관련 권리·의무를 참고하여 운용하게 되어 있다. 우선 출석의 권리·의무에 관하여 본다. 감정인은 법원의 통지를 받으면 법정에서 자신이 제출한 감정의견을 설명할 의무가 있다. 감정인이 법원의 통지를 받고도 출석하지 않으면 그 의견은 일반적

¹⁶周长春: 《刑事诉讼中的专家辅助人制度》, 载《中国司法鉴定》2008年第4期。

지효화- 형사소송에서의 전문가보조인 제도 연구

으로 재판의 근거로 채택되지 않는다. 이에 관하여 전문가보조인 또한 감정인과 같이 법정에서 출석하여 전문가 의견을 설명할 의무가 있고 출석을 거부할 경우 전문가보조인의 의견을 채택하지 아니하며 당사자는 보충적 감정을 신청할 수 있다는 견해가 있다. 그러나 실무에서는 전문가보조인의 출석 권리·의무가 명확히 규정되지 않아 전문가보조인의 불출석시 법원이 상황을 처리함에 있어 상당한 재량을 가지며, 당사자의 보충적 감정신청을 거부할 가능성이 크다. 이는 변호인 측의 검사 측 감정의견에 대한 증거조사의 강도를 약화시키고 당사자의 소송상 권리를 보장하기 어렵게 한다.

IV. 중국 형사소송 전문가보조인 제도의 완비 방안

제도 생성 배경과 운영상 어려움에 대한 위의 분석에 기초할 때, 전문가보조인 제도의 문제는 단순히 국부적 결함이 아니라 제도적 위상, 증거규칙, 절차 설계 전체의 불균형에서 비롯된 결과임을 알 수 있다. 따라서 그 완비 역시 ‘제도적 위상의 명확화 - 제도의 기능적 정리 - 절차의 최적화 - 권리 보장’이라는 논리를 중심으로 전개하여 제도적 가치와 소송구조 사이의 유효한 연계를 실현하여야 한다.

1. 전문가보조인의 소송상 지위 명확화

전문가보조인의 ‘기능은 존재하나 신분은 결여된’ 문제에 대하여, 우선적 과제는 입법 차원에서 전문가보조인의 법적 위상을 명확히 하는 것이다. 그 제도적 기능과 운영 방식을 결합할 때, 전문가보조인을 변호인이나 소송대리인에 단순히 부속되는 존재가 아니라 독립적 지위를 가진 특수한 소송참여인으로 획정하는 것이 마땅하다. 이러한 자리매김의 핵심적 의의는 다음과 같다. 첫째, 전문가보조인의 소송 참여에 안정적 권리 기초를 제공하여 실무에서 법관의 재량에 전적으로 의존하지 않도록 한다. 둘째, 전문적 문제 심사의견에 독립적 가치를 부각하여 감정의견에 대하여 실질적인 견제를 수행할 수 있게 한다. 셋째, 감정인·변호인 등 주체와의 합리적 분업을 실현하여 더욱 완전한 소송구조를 형성하도록 한다. 동시에 유의할 점은, 독립적 지위를 부여한다고 하여 전문가보조인이 당사자로부터 완전히 독립하는 것을 의미하는 것은

아니며, ‘위임인을 위하여 일한다’는 기초 위에서 그 전문적 판단의 독립성과 규범성을 강화하여 견제와 공정 사이에 제도적 균형을 형성하는 것이다.

2. 전문가보조인 의견의 기능과 효력 확정

증거법적 성질의 모호성 문제에 대하여, 실무의 적용상 혼란을 피하기 위하여 전문가보조인 의견의 법적 성질을 체계적으로 확정할 필요가 있다. 총체적으로 전문가보조인 의견은 단순히 독립적 증거로 인정되기보다는 주로 감정의견을 심사·검증하는 전문적 의견으로 자리매김하는 것이 마땅하며, 그 핵심 기능은 감정의견의 증명력에 영향을 미치는 데 있다. 이를 기초로 여러 경우의 수를 구분하여 규율할 수 있다. 한편으로 전문가보조인이 기존 감정의견에 대하여 이의나 평가를 제기하는 데 그치는 경우 그 의견은 보조적 자료로서 감정의견의 진실성·신뢰성 심사에 봉사할 뿐 직접 재판의 근거가 되지 아니한다. 다른 한편으로 특정한 경우 전문가보조인이 충분한 자료에 근거하여 사건 속 전문적 문제를 독립적으로 분석하고 체계적 의견을 형성한 때에는 그 의견을 보충적 증명자료로 하여 법관의 판단에 활용될 수도 있다.

이러한 체계적 처리를 통하여 기존 증거법 체계를 깨뜨리지 않는 전제 위에서 전문가보조인 의견의 증명 기능을 합리적으로 수용할 수 있으며, 제도의 형해화를 피하는 동시에 ‘변형된 감정의견’으로 과도하게 확장되는 것도 방지할 수 있다.

3. 전문가보조인의 소송 참여 절차 정비

가. 합리적 자격기준의 확립

자격기준의 불균형 문제에 대하여 전문성과 개방성 사이에서 층위별 기준을 구축하여야 한다. 우선 상대적으로 완화된 자격 원칙을 채택하여 관련 영역의 전문지식이나 실무경험을 갖춘 인원을 제도의 범위에 포함시켜 당사자의 제도 이용 능력을 보장한다. 동시에 법의학 감정, 물증 분석 등 고도의 전문 영역에 대하여는 직업 자질과 실무경험을 중시하여 자격 요건을 적절히 높이고 의견의 질을 담보한다. 유형별로 기준을 설정함으로써 ‘일률적’ 제도의 폐단을 피하고, 전문가보조인이 전문적 뒷받침을

갖추는 동시에 제도의 활력도 유지하도록 할 수 있다.

나. 참여 절차와 공판 규칙의 규범화

개시 절차와 참여 단계가 제한되는 문제에 대하여 비교적 명확한 운용 규칙을 구축할 필요가 있다. 개시 단계에서는 신청 요건과 심사기준을 명확히 하여 신청 측이 감정의견에 합리적 의문이 있음을 기초적으로 설명하도록 요구하는 동시에, 법원의 재량권 남용을 제한하기 위한 필요한 불복절차를 마련하여야 한다. 공판 과정에서는 전문가보조인과 감정인 사이의 대질·신문 절차를 확립하여 전문적 문제에 관하여 실질적 교차신문을 전개할 수 있도록 함으로써 실질적 공판주의를 실현해야 한다. 절차 배치에서는 심리 효율에 대한 과도한 영향을 피하기 위하여 그 참여를 주로 증거조사 단계로 한정할 수도 있다.

다. 참여 단계의 적절한 변경

전문가보조인의 ‘사후 개입’이라는 한계에 대하여 제도상 그 참여 시기를 적절히 앞당길 수 있다. 예컨대 감정의견의 형성 과정에 전문가보조인의 감독적 역할을 도입하여 감정절차에 대하여 의견을 제출할 수 있도록 함으로써 감정의 질을 근본적으로 높일 수 있다. 이러한 방식은 감정절차가 견제 없이 이루어지는 문제를 보완하는 데 도움이 될 뿐만 아니라 후속 공판 증거조사 또한 원활하게 이루어지도록 한다.

4. 전문가보조인의 권리·의무 체계 완비

가. 출석 의무와 책임의 명확화

전문가보조인 제도의 핵심은 공판에서의 증거조사에 있으므로 그 출석은 중요한 의의를 가진다. 위임을 수락한 후 전문가보조인은 원칙적으로 출석 의무를 이행하여 자신의 전문적 의견을 설명하고 답변하여야 한다. 정당한 이유 없이 출석을 거부하는 경우 그 의견의 채택을 제한하여 공판절차의 엄격함을 유지하여야 한다. 동시에 그 행위의 성질에 따라 상응하는 책임소재를 마련하여 전문적 의견의 남용을 방지하여야

한다.

나. 감정자료 접근권의 보장

앞서 지적한 정보 비대칭 문제에 대하여 전문가보조인에게 필요한 열람권과 감정자료 접근권을 부여하여 완전한 자료에 근거하여 전문적 판단을 형성할 수 있도록 하여야 한다. 이는 그 의견의 과학적 근거와 설득력을 높이는 데 도움이 될 뿐만 아니라 감정절차에 대한 감독이라는 기능도 강화한다. 구체적 제도 설계에서는 증거의 안전을 담보하는 전제 위에서 그 열람 범위와 방식을 규범화할 수 있다.

다. 권리 행사 경계의 규범화

권리를 부여하는 동시에 전문가보조인의 행위 경계를 명확히 하여야 한다. 예컨대 그 의견은 과학적 방법과 객관적 데이터에 기초하여야 하고 고의로 사실을 왜곡하여서는 아니 되며, 그 참여 범위는 전문적 문제에 한정되어 변호인을 대신하여 법적 평가를 하여서는 아니 된다. 권리와 의무의 대칭적 설계를 통하여 제도 기능을 보장하는 동시에 그 남용을 방지할 수 있다.

V. 결어

형사사건에서 전문적 문제가 끊임없이 증가함에 따라 법관을 중심으로 하던 전통적 사실인정 방식은 전례 없는 도전에 직면해 있다. 감정의견은 전문적 인지의 부족을 보완하는 동시에 그 높은 의존성과 상대적 폐쇄성으로 인하여 점차 재판에 영향을 미치는 중요한, 나아가 관건적인 요소로 변모하였다. 이러한 배경에서 전문가보조인 제도의 도입은 중국 형사소송이 전문적 증거심리제도에서 이론 중요한 혁신을 의미하며, 그 핵심적 가치는 전문적 견제장치의 도입을 통하여 감정의견의 일방적 지위를 타파하고 공판의 증거조사절차의 실질을 강화하는 데 있다.

본고는 제도 생성 배경에서 출발하여 전문가보조인 제도가 전문적 재판의 어려움과 검사 측과 피고인 측 불균형이라는 현실적 수요에서 비롯되었으나 제도가 정비되

지 않은 상황에서 실무상 ‘제도의 형식은 있으나 운영의 실질은 없는’ 상태를 보인다고 지적하였다. 나아가 현행 제도 운영에 존재하는 여러 문제, 즉 소송상 지위의 모호성, 증거법적 성질의 불명확, 자격 기준의 불균형, 참여 절차의 제한 및 권리·의무의 불명확 등의 문제가 본질적으로 제도 설계와 기존 소송구조 사이의 깊은 역사적 부조화를 반영하며, 이러한 문제들이 서로 중첩되어 전문가보조인이 본래의 전문적 기능과 제도적 가치를 진정으로 발휘하기 어렵게 하고 있음을 밝혔다.

이에 기초하여 본고는 체계적 관점에서 전문가보조인 제도를 완비하여야 한다고 제안한다. 위상 면에서는 특수한 소송참여인으로서의 독립적 지위를 명확히 하고, 기능 면에서는 그 의견의 보조적·보충적 증명이라는 효력을 합리적으로 확정하며, 절차 면에서는 규범적이고 통일된 자격기준과 참여제도를 구축하고 그 개입 시점을 적절히 앞당기며, 권리·의무 면에서는 권리 보장과 책임 제약의 조화·통일을 실현하여야 한다. 이러한 방법을 통하여 전문가보조인 제도가 원칙적 규정에서 규범적 운영으로 나아가도록 촉진할 수 있다.

나아가 지적할 점은, 전문가보조인 제도의 완비는 단일 제도 차원의 기술적 보수에 그치는 것이 아니라 형사소송 구조가 더욱 개방적·다원적·합리적 방향으로 발전하고 있다는 상징적 의미를 가진다는 것이다. 그 궁극적 목표는 감정의견의 심사에 관한 질을 높이는 데 그치지 않고, 전문적 견제와 절차 보장의 강화를 통하여 재판 결과의 공정성과 수용가능성을 촉진하는 데 있다. 앞으로 관련 입법과 사법실무의 지속적 발전에 따라 전문가보조인 제도는 중국 형사소송 체계에서 점차 더욱 중요한 역할을 발휘하여, 재판중심주의 소송제도 개혁의 실현에 유력한 뒷받침을 제공할 것으로 기대한다.

참 고 문 헌

외국어문헌

[중국어]

<저서>

王尚新、李寿伟：《〈关于修改刑事诉讼法的决定〉释解与适用》，人民法院出版社2012年版。

<논문>

陈邦达：《美国法庭聘请专家证人的实践与启示》，载《证据科学》2017年第6期。

黄敏：《建立我国刑事司法鉴定“专家辅助人制度”》，载《政治与法律》2004年第1期。

冀祥德：《从控辩关系看我国刑事诉讼制度的演进发展》，载《中国刑事法杂志》2022年第1期。

贾治辉、孔令勇：《刑事诉讼专家辅助人的倾向性及界限》，载《中国司法鉴定》2014年第1期。

刘玫、韩瀚：《刑事诉讼中“有专门知识的人”的诉讼地位、证据效力及质证范围》，载《中国政法大学学报》2016年第2期。

潘溪：《回顾与展望：我国司法鉴定制度变迁与实践》，载《中国司法鉴定》2020年第2期。

孙长永：《论刑事证据法规范体系及其合理构建——评刑事诉讼法修正案关于证据制度的修改》，载《政法论坛》2012年第5期。

王跃：《专家辅助人制度基本问题研究——以〈中华人民共和国刑事诉讼法〉第192条规定为切入点》，载《西南政法大学学报》2014年第1期。

吴洪淇：《刑事诉讼中的专家辅助人：制度变革与优化路径》，载《中国刑事法杂志》2018年第5期。

章礼明：《意大利“技术顾问”制度及其对我国的启示》，载《中国司法鉴定》2017年第1期。

周长春：《刑事诉讼中的专家辅助人制度》，载《中国司法鉴定》2008年第4期。

左宁：《我国刑事专家辅助人制度基本问题论略》，载《法学杂志》2012年第12期。

초 록

과학기술의 발전에 따라 형사사건 속 전문적 문제가 날로 복잡해지고 사법의 감정 의견에 대한 의존이 끊임없이 심화되었으나, 그 지나친 권위와 견제장치의 부족은 검사 측과 피고인 측의 불균형을 야기하고 재판의 공정성에 영향을 미치기 쉽다. 이에 《중화인민공화국 형사소송법》은 전문가보조인 제도를 확립하여 전문적 견제장치의 도입을 통해 감정의견 심사를 강화하고자 하였다. 그러나 이 제도는 현재 여전히 원칙적 규정 수준에 머물러 있어 소송상 지위·의견의 증거법적 성질·자격기준 및 참여 절차 등에서 뚜렷한 부족함을 보이며 그 기능의 발휘가 제약되고 있다. 본고는 공판중심주의 형사소송제도의 개혁이라는 중국의 현재 배경과 결합하여, 전문가보조인 제도가 법관의 전문적 인지 부족을 보완하고 감정의견에 대한 심사를 강화하는 현실적 기능뿐만 아니라 검사 측과 피고인 측 균형의 촉진과 절차적 정의의 보장이라는 중요한 가치도 담당함을 지적한다. 보다 과학적이고 규범적인 전문가보조인 제도를 구축함으로써 형사소송에서 전문적 증거의 심사 질을 높이고 사법재판의 투명성·합리성 및 사회적 공신력을 강화하는 데 도움이 될 수 있다. 아울러 본고는 제도 생성의 배경을 정리한 뒤 그러한 기초 위에서 실무운용상의 어려움을 분석하고, 소송상 지위의 명확화, 의견의 법률적 효력 확정, 자격기준과 절차적 시스템의 완비 등의 측면에서 개선 방안을 제시함으로써 전문적 증거심사의 실질화와 재판 공정의 실현을 촉진하고자 한다.

주제어: 감정의견, 전문가보조인, 전문적 견제, 항변평형(抗辯平衡), 절차적 정의

Abstract

With the advancement of science and technology, the specialized issues involved in criminal cases have become increasingly complex, and the judiciary's reliance on forensic expert opinions has continued to deepen. However, the excessive authority of such opinions and the insufficiency of countervailing mechanisms readily give rise to an imbalance between the prosecution and the defense and undermine the fairness of adjudication. Against this backdrop, the Criminal Procedure Law of the People's Republic of China established the expert assistant system, aiming to strengthen the scrutiny of forensic opinions by introducing a mechanism of professional confrontation.

Nevertheless, this system currently remains at the level of principled provisions, exhibiting evident deficiencies in the litigation status of the expert assistant, the evidentiary nature of the opinion, the admission criteria, and the participatory procedure, all of which constrain the realization of its functions. Situating the discussion within China's ongoing trial-centered procedural reform, this paper argues that the expert assistant system not only serves the practical function of remedying judges' insufficient professional cognition and reinforcing the review of forensic opinions, but also bears the significant value of promoting the balance between prosecution and defense and safeguarding procedural justice. By constructing a more scientific and well-regulated expert assistant system, it becomes possible to enhance the quality of review of specialized evidence in criminal proceedings and to strengthen the transparency, rationality, and public credibility of judicial adjudication.

On the basis of examining the institutional origins and operational dilemmas of the system, this paper proposes improvement paths from the perspectives of clarifying the litigation status, defining the function and effect of the opinion, and refining the admission criteria and procedural mechanisms, so as to advance the substantive review of expert evidence and the realization of fair adjudication.

Keywords: Forensic Expert Opinion, Expert Assistant, Professional Confrontation, Balance between Prosecution and Defense, Procedural Justice

中国多元化纠纷解决机制的实践困境与完善路径——以法院调解与执行和解为核心

China's Diversified Dispute Resolution Mechanism: Practical Dilemmas and Optimization Paths—Focusing on Judicial Mediation and Execution Settlement

罗可成（中国青岛大学法学院硕士课程在读生，中日韩法学研究中心研究助理）、李佳童（法学博士，山东工商学院教师，交信作者）合着

Co-authors Luo Kecheng(Master's Student, School of Law, Qingdao University, Research Assistant, China-Japan-Korea Law Research Center)

Li Jiatong(Ph.D. in Law; Faculty Member, Shandong Technology and Business University)

目 录

- 一、引言
- 二、多元纠纷解决机制的含义与发展方向
 - （一）多元纠纷解决机制的核心含义
 - （二）多元纠纷解决机制的发展方向
- 三、法院调解制度的实际运行情况与难题
 - （一）法院调解制度的发展与实际运行情况
 - （二）法院调解制度面临的现实难题
- 四、执行和解制度的实际运行情况、难题与改进路径
 - （一）执行和解制度的含义与实际运行情况
 - （二）执行和解制度面临的现实难题
 - （三）执行和解制度的改进路径
- 五、结论

一、引言

社会转型带来了深刻的变化，人与人之间的利益关系愈发复杂，民事纠纷的种类也不断增多，从传统的婚姻家庭、邻里矛盾，拓展到了金融借贷、知识产权、大规模侵权等新类型，纠纷的专业程度、跨区域特点变得更加明显。面对数量快速增长的纠纷案件，法院“案多人少”的矛盾越来越突出，2024年全国法院民事一审案件收案量已经突破1600万件，法官经过员额制改革后，只占到法院工作人员的一半左右，有限的司法资源，难以满足社会对多样化解纷方式的需求。¹同时，诉讼程序本身流程严格、耗时久、成本高，部分纠纷通过诉讼处理后，很难真正做到“案结事了”，甚至会加深当事人之间的矛盾，影响社会关系的修复。

在这样的背景下，多元纠纷解决机制逐渐形成并推广，这种机制强调诉讼与非诉讼解纷方式的配合协作，整合民间、行政、司法等各类解纷资源，为当事人提供更便捷、高效、灵活的纠纷处理渠道。法院调解兼具司法与非诉讼的解纷属性，和执行和解制度一起，构成了中国多元纠纷解决机制的重要内容，二者分别在诉讼过程中与执行阶段，起到了分流案件、化解矛盾的关键作用。从实际运行情况来看，法院调解近几年的调解率一直在下降，2024年民事一审案件调解率只有22.0%，和2012年41.7%的峰值相比下降了将近一半，调解协议需要进入强制执行程序的比例超过40%，部分地区甚至高于65%；执行和解制度则出现了“高和解率”与“高违约率”并存的情况，部分地区法院执行和解率一度超过40%，但不履行和解协议的比例大概在50%，这不仅影响当事人合法权益的实现，也浪费了宝贵的司法资源，限制了多元纠纷解决机

¹孙哲：《完善多元化纠纷解决机制：从经验提炼到短板突破的治理路径》，载《人民调解》2025年第11期，35-40页。

制整体效果的发挥。²

因此，深入分析法院调解与执行和解制度的现实难题和形成原因，借鉴国外相关制度的成熟经验，探索适合中国国情的改进路径，对完善多元纠纷解决机制、缓解司法压力、提高纠纷处理质量与效率，有着重要的理论与实践意义。本文会以这两项制度为核心，结合现有的研究成果，系统探讨中国多元纠纷解决机制的优化方向，为相关制度的改革与完善提供思路。

二、多元纠纷解决机制的含义与发展方向

（一）多元纠纷解决机制的核心含义

多元纠纷解决机制，是指一个社会里各类纠纷处理方式、流程或制度共同存在、相互配合形成的有机整体，核心是打破单一诉讼模式的主导地位，整合诉讼与非诉讼两类解纷方式，为当事人提供多样的选择。非诉讼纠纷解决方式，也就是替代性纠纷解决方式（ADR），起源于美国，最初指代替诉讼的各类纠纷处理方式，现在已经成为世界各国非诉讼纠纷处理流程或机制的通用名称，包含调解、仲裁、行政和解、申诉等多种形式。³中国的多元纠纷解决机制，不是传统解纷方式的简单延续，也不是盲目模仿西方 ADR 发展趋势，而是立足中国实际情况，融合了中国崇尚和谐的传统理念与当代世界协商共赢的文化理念，和综合治理政策的思路保持一致。它的目标是形成民间、行政、司法机制并行，诉讼与非诉讼流程相互配合的制度体系，让当事人能根据纠纷的类型、性质、复杂程度等因素，自主选择最合适的解纷方式，高效、公正地化解

²张榕、陈胜铭：《中国法院调解制度的发展进路》，载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2024 年 74 卷 5 期，51-61 页。

³陈杭平：《论民事“执行和解”制度以“复杂性”化简为视角》，载《中外法学》2018 年 30 卷 5 期，1222-1236 页。

纠纷，同时减轻司法机关的办案压力，节约司法资源。

（二）多元纠纷解决机制的发展方向

从全球范围来看，ADR 从 20 世纪后半期兴起之后，经历了从允许、鼓励到有条件强制使用的发展阶段，它的合法性与法律地位不断提高，已经成为全球纠纷解决机制发展的重要趋势。在现代法治社会里，ADR 不再被看作法治的对立面，反而被纳入“法治指数”的评价体系，成为衡量一个国家法治水平的重要标准，这也标志着法治理念，从崇尚国家主导、诉讼万能，转向了尊重多元文化、追求高效治理、鼓励社会参与。⁴

具体来说，多元纠纷解决机制的发展呈现出这些特点：一是 ADR 的适用范围持续扩大，从传统民事纠纷延伸到行政纠纷、刑事案件，甚至公共领域与决策活动中，在线纠纷解决机制（ODR）等新形式快速发展，在环境污染、产品责任、医疗纠纷等新型纠纷处理中起到了独特作用；二是 ADR 的法治化与规范程度不断提升，各国通过立法推动、鼓励并保障 ADR 的使用，同时加强对调解组织、人员资质、准入管理等方面的规范，保证 ADR 公正、高效地运行；三是 ADR 与诉讼程序的衔接更加紧密，很多国家把调解作为部分民事纠纷的诉讼前置流程，法院也积极推进司法委托调解，把部分案件转移到非诉讼流程处理，实现诉讼与非诉讼的优势互补；四是 ADR 的功能不断拓展，除了化解已经发生的纠纷，它在预防纠纷、形成规则、维护公共道德、提升社会治理能力等方面的作用，也越来越受到重视。⁵在中国，多元纠纷解决机制已经被正式确定为国家发展目标，十八届四中全会相关决定明确提出，要健全社会

⁴范愉：《当代世界多元化纠纷解决机制的发展与启示》，载《中国应用法学》2017 年第 3 期，48-64 页。

⁵曾令健：《纠纷解决合作主义：法院调解社会化的解释框架》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2020 年 38 卷 4 期，66-72 页。

矛盾纠纷预防化解机制，完善调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等有机衔接、相互协调的多元纠纷解决机制。这一背景为法院调解与执行和解制度的完善提供了重要的政策支持，也要求顺应时代趋势，积极探索适合中国实际的制度优化路径。

三、法院调解制度的实际运行情况与难题

（一）法院调解制度的发展与实际运行情况

法院调解是中国民事诉讼中极具特色的解纷方式，它的历史可以追溯到革命根据地时期的“马锡五审判方式”，核心是通过调解化解纠纷、维护社会秩序。新中国成立之后，法院调解制度得到了立法与司法层面的高度重视，经历了从“着重调解”“自愿合法调解”到“调判结合、调解优先”的发展阶段，成为化解民事纠纷的重要手段。在“着重调解”阶段（1982-1990年），法院民事一审案件的调解率都在65%以上，1985年达到了75.3%的最高值；进入“自愿合法调解”阶段（1991-2003年），随着民事诉讼立法的完善与审判方式改革的推进，调解率开始逐步下降，2003年降到29.94%；2004年以来，国家提出建设和谐社会并强化调解的作用，最高人民法院强调“调判结合、调解优先”，调解率有所回升，2012年达到41.7%的峰值，之后又逐年下降，2022年降到22.0%，创下近年最低值。⁶从实际效果来看，法院调解虽然在一定程度上分流了案件，但也存在很多问题：一是调解率持续下滑，和“调解优先”的司法政策初衷不符，没能充分发挥分流案件、缓解司法压力的作用；二是调解协议的自动履行比例偏低，大量调解结案的案件进入强制执行程序，部分地区比例超过65%，违背了调解“案结事了”的核心价值；三是调解过程中存在变

⁶刘法杞：《中华传统伦理作用于法院调解的运作机制与完善路径》，载《行政与法》2025年11期，93-104页。

相强制调解的情况，司法实践中部分法院把调解率作为绩效考核的重要指标，导致法官为了提高调解率，对当事人进行变相强制，影响了调解的自愿性与公正性；四是调解技巧相对落后，部分法官缺少专业的调解方法，过度依靠职权施压或道德劝说促成调解，很难真正化解当事人之间的矛盾。

（二）法院调解制度面临的现实难题

1.案多人少矛盾导致法官调解积极性不足

2015 年立案登记制改革实施后，全国法院受理案件数量大幅增长，2015-2021 年全国法院受案数从 1765 万余件增加到 3153 万余件，年均增长幅度在 12%左右，员额制改革后，入额法官人数只有原来法官人数的 57%左右，减少了四成以上，法院“案多人少”的矛盾愈发突出。在这样的情况下，法官需要承担繁重的审判工作，调解工作通常要花费比判决更多的时间与精力，需要法官和当事人反复沟通、协商，设计合理的解决方案，这和法院对法官结案率、审理期限等绩效考核要求产生了冲突。因此，很多法官为了尽快办结案件，更愿意选择流程相对简单、耗时更短的判决方式，对调解工作缺少足够的动力与积极性。

2.调解协议效力保障不足，降低了当事人的信任度

调解协议的效力问题，是影响法院调解作用发挥的关键因素。按照中国法律规定，调解协议生效之后，当事人应当主动履行，若一方当事人不履行，另一方只能向法院申请强制执行，调解协议本身不具备和判决书一样的强制执行力。⁷实践中，部分债务人利用调解程序拖延履行债务，达成调解协议后拒不

⁷于浩：《人民调解法制化：可能及限度》，载《法学论坛》2020 年 35 卷 6 期，140-147 页。

履行，导致债权人需要再次申请强制执行，既增加了债权人的维权成本，也削弱了当事人对调解制度的信任。此外，调解协议的反悔规则不够完善，当事人达成调解协议后反悔的成本很低，也在一定程度上影响了调解协议的稳定性与权威性。

3.强制调解范围不清晰，与自愿原则产生冲突

中国法律一直强调法院调解的自愿性原则，实践中因为缺少明确的强制调解范围规定，部分法院为了提高调解率，对一些不适合调解的案件也强行调解，导致调解自愿原则和实际运行情况脱节。⁸同时，法律没有明确规定哪些案件应当实行调解前置、哪些案件可以由当事人自主选择调解，法院在案件分流时缺少统一标准，既影响了调解的针对性与实际效果，也可能不当限制当事人的诉讼权利。

4.调解技巧与绩效考核机制不够完善

目前中国法院调解工作在技巧层面有明显不足，部分法官缺少专业的调解方法，不擅长用沟通、协商、疏导的方式化解当事人矛盾，往往依靠职权优势进行压服式调解，很难真正实现当事人之间的利益平衡。此外，法院的绩效考核机制过度看重调解率，忽略了调解的质量与效果，导致部分法官为了完成考核指标，只追求形式上的调解成功，不关注调解协议的履行情况与当事人的真实意愿，让调解工作陷入“重数量、轻质量”的误区。

四、执行和解制度的实际运行情况、难题与改进路径

⁸张云涛：《强制性诉前调解制度研究》，载《中国价格监管与反垄断》2026年2期，118-120页。

（一）执行和解制度的含义与实际运行情况

执行和解是中国民事强制执行制度中具有自身特色的一项制度，指在执行过程中，双方当事人自行协商达成协议，更改执行文书确定的权利义务关系，或约定履行方式、履行期限等内容，进而中止或终结执行程序的制度。作为破解“执行难”的重要手段，执行和解制度在司法实践中被广泛使用，部分地区法院的执行和解案件一度占到执行结案量的四分之一以上，对减轻执行压力、清理执行积案、化解执行矛盾起到了重要作用。

但和“高和解率”同时出现的，是“高违约率”与“高不履行率”，执行和解制度在实践中遇到了很多难题。据统计，2009-2013年湖南省执行和解未履行率从30.88%上升到37.63%，部分地方法院未自动履行率甚至在42.5%-62.2%之间，未完全履行率在43.6%-56.5%之间。大量执行和解协议没有得到实际履行，当事人不得不申请恢复原生效法律文书的执行，这既增加了当事人的维权成本，也浪费了司法资源，影响了执行程序的效率与权威性。⁹此外，执行和解制度还存在效力模糊、救济渠道单一、法院角色定位不清晰等问题，限制了制度功能的充分发挥。

（二）执行和解制度面临的现实难题

1. 执行和解协议法律效力不清晰

执行和解协议的效力问题，是执行和解制度的核心问题，也是实践中争议最多的问题。按照中国法律规定，执行和解协议达成后，当事人可以申请中止执行，一方当事人不履行和解协议的，另一方可以申请恢复原生效法律文书的

⁹王聪：《调判分离还是调判结合：再论法院调解的中国图景——为“调判结合”辩护》，载《河北法学》2019年37卷9期，184-200页。

执行。这一规定让执行和解协议的效力处于模糊状态：一方面，执行和解协议作为当事人之间的约定，没有独立的强制执行力，不能直接作为执行依据；另一方面，恢复原生效法律文书的执行，又否定了执行和解协议的约束力，让当事人达成和解协议的意义大打折扣。这种效力模糊的状态，让当事人缺少履行和解协议的动力，部分债务人甚至把执行和解当作拖延履行债务的手段，影响了执行程序的顺利推进。

2.救济渠道单一，缺少针对性

中国现行法律对执行和解协议不履行的救济方式，主要是恢复原生效法律文书的执行，这种单一的救济模式，很难应对实践中复杂的情况。比如执行和解协议里新增的违约金、担保条款等内容，恢复原生效法律文书的执行无法提供救济；当事人因受欺诈、胁迫达成的和解协议，法律虽规定可以申请恢复执行，但实践中举证难度较大，当事人的合法权益很难得到有效保障。此外，救济渠道单一，也让当事人在和解协议不履行时缺少有效的救济方式，进一步加重了“高违约率”的问题。

3.法院角色定位不明确

在执行和解制度中，法院的角色定位一直存在争议。一方面，法律规定执行和解是当事人自行协商达成的协议，法院只负责把协议内容记入笔录，看似强调当事人的自主意愿；另一方面，实践中很多执行和解协议，是在执行人员的主持、协调甚至强制下达成的，法院在执行和解过程中起到了主导作用。这种角色定位的模糊，让法院在执行和解中既缺少有效的审查与监督，又可能过度干预当事人的自主意愿，出现变相强制和解的情况。¹⁰同时，法院促成执行

¹⁰陈慰星：《法院调解悖论及其化解——一种历时性大数据的分析进路》，载《法律科学(西北政法大

和解之后，通常对协议的履行情况缺少有效的跟踪与监督，当事人反悔或不履行协议时，无法及时采取应对措施。

4.制度设计存在结构性缺陷

执行和解制度“半结构化、规范化程度低”的特点，是它面临诸多难题的根本原因。现行制度对执行和解的成立条件、生效条件、效力范围、履行保障等内容的规定不够完善，缺少明确的操作标准。比如法律对执行和解协议的成立是否需要记入笔录、当事人签名盖章存在争议；对执行和解协议履行过程中当事人的权利义务缺少明确规定；对执行和解与其他执行制度的衔接缺少具体安排等。¹¹这些结构性缺陷，让执行和解制度在实践中难以操作，容易引发新的纠纷，影响了制度功能的发挥。

（三）执行和解制度的改进路径

1.明确执行和解协议的法律效力

借鉴国外执行契约相关理论，明确执行和解协议可以同时具备实体法与诉讼法的双重效力。在实体法层面，执行和解协议是当事人就权利义务关系达成的新约定，对双方当事人具有约束力，当事人应当按照协议约定履行义务；在诉讼法层面，执行和解协议达成后，会产生中止执行的效力，当事人履行完毕后，执行程序终结。对符合法定条件的执行和解协议，比如经过法院审查确认、内容清晰合法、当事人自愿达成等，赋予其强制执行力，一方当事人不履行的，另一方可以直接申请强制执行和解协议，不用恢复原生效法律文书的执行。¹²

学学报》2018年36卷2期，123-130页。

¹¹黄滢：《中卫两级法院做实先行调解定分止争》载《宁夏法治报》2025年第2期。

¹²王家乐：《民事执行和解协议可诉性研究》，贵州大学毕业论文，2025年。

同时，明确执行和解协议与原生效法律文书的关系，执行和解协议是对原生效法律文书确定权利义务的更改或补充，而非替代，执行和解协议未履行时，当事人可以选择申请恢复原生效法律文书的执行，或申请强制执行和解协议。

2.搭建多样化的救济模式

针对不同类型的执行和解协议与违约情况，搭建多样化的救济模式。对一般执行和解协议，也就是当事人仅更改原生效法律文书确定权利义务的协议，一方当事人不履行的，另一方可以选择申请恢复原生效法律文书的执行，或就和解协议的履行提起诉讼；对特殊执行和解协议，也就是当事人约定了违约金、担保条款等新增内容的协议，赋予当事人申请强制执行和解协议的权利，保证新增权利能得到有效救济。此外，完善当事人因受欺诈、胁迫达成和解协议的救济方式，降低当事人的举证难度，明确法院对和解协议的审查标准与流程，保障当事人的合法权益。

3.规范法院在执行和解中的角色定位

法院在执行和解中，应当承担审查者、监督者与辅助者的角色，而非主导者。一方面，法院应当审查执行和解协议的合法性、自愿性、清晰性，对违反法律规定、损害国家利益、集体利益或第三人合法权益的和解协议，不予认可；对存在欺诈、胁迫等情形的和解协议，允许当事人申请撤销。另一方面，法院应当加强对执行和解协议履行过程的监督，建立和解协议履行跟踪机制，及时掌握协议履行情况，对当事人不履行协议的行为，及时提醒并督促其履行。¹³同时，法院可以为当事人达成执行和解提供必要的辅助，比如解释法律规定、

¹³唐东楚、谭正午、陈柳钦：《论执行和解协议不宜赋予强制执行力》，载《南都学坛》2025年45卷4期，83-93页。

提供和解协议范本、协调当事人沟通等，但不能强制当事人达成和解协议，充分保障当事人的自主意愿。

4.完善制度设计与流程衔接

细化执行和解制度的相关规定，明确执行和解的成立条件、生效条件、履行期限、违约责任等内容，为实践操作提供清晰的依据。比如明确执行和解协议的成立，需要当事人自愿达成、内容清晰合法，并由执行员记入笔录，双方当事人签名盖章；规定执行和解协议的履行期限，当事人逾期不履行的，应当承担违约责任；完善执行和解与财产保全、担保等制度的衔接，当事人达成执行和解协议后，可以申请法院采取财产保全措施，防止债务人转移财产，保障和解协议的履行。¹⁴此外，借鉴民事诉讼法中调解协议司法确认制度的经验，建立执行和解协议司法确认流程，当事人可以向法院申请对和解协议进行司法确认，经确认有效的和解协议具备强制执行力，进一步提升执行和解协议的稳定性与权威性。

五、结论

搭建并完善多元纠纷解决机制，是中国法治建设的重要内容，也是应对日益复杂的社会纠纷、缓解司法压力、维护社会和谐稳定的必然要求。法院调解与执行和解作为多元纠纷解决机制的核心部分，在实践中发挥了重要作用，也面临着诸多难题，比如法院调解率下降、协议履行比例偏低，执行和解协议效力模糊、违约率高等问题，这些问题限制了多元纠纷解决机制整体效果的发挥。想要完善中国多元纠纷解决机制，需要从制度设计、流程优化、文化培育等多

¹⁴郑维炜：《中国“智慧法院”在线调解机制研究》，载《当代法学》2020年34卷6期，141-148页。

个角度入手。法院调解制度方面，应搭建法院主导的附设调解机构，建立强制调解制度并明确适用案件范围，强化调解协议的效力保障与流程配套，借鉴国外经验完善制度规划；执行和解制度方面，应明确执行和解协议的效力，搭建多样化的救济模式，规范法院在执行和解中的角色定位，完善制度设计与流程衔接；同时，加强各类解纷方式之间的协同配合，培养理性协商、互利共赢的新型解纷文化。从总体来看，完善多元纠纷解决机制是一项系统工程，需要立法机关、司法机关、社会组织以及社会公众的共同努力。通过持续优化制度设计、提升流程效率、培养解纷文化，中国的多元纠纷解决机制会更加完善，能够为当事人提供更便捷、高效、公正的纠纷处理渠道，更好地服务于法治中国建设与社会治理现代化。

参 考 文 献

国内文献

<论文>

陈杭平：《论民事“执行和解”制度以“复杂性”化简为视角》，载《中外法学》2018年第30卷第5期。

陈慰星：《法院调解悖论及其化解——一种历时性大数据的分析进路》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2018年第36卷第2期。

范愉：《当代世界多元化纠纷解决机制的发展与启示》，载《中国应用法学》2017年第3期。

黄滢：《中卫两级法院做实先行调解定分止争》，载《宁夏法治报》2025年12月29日第2版。

刘法杞：《中华传统伦理作用于法院调解的运作机制与完善路径》，载《行政与法》2025年第11期。

孙哲：《完善多元化纠纷解决机制：从经验提炼到短板突破的治理路径》，载《人民调解》2025年第11期。

唐东楚、谭正午、陈柳钦：《论执行和解协议不宜赋予强制执行力》，载《南都学坛》2025年第45卷第4期。

王聪：《调判分离还是调判结合：再论法院调解的中国图景——为“调判结合”辩护》，载《河北法学》2019年第37卷第9期。

王家乐：《民事执行和解协议可诉性研究》，贵州大学学位论文，2025年。

于浩：《人民调解法制化：可能及限度》，载《法学论坛》2020年第35卷第6期。

罗可成、李佳童：中国多元化纠纷解决机制的实践困境与完善路径——以法院调解与执行和解为核心

曾令健：《纠纷解决合作主义:法院调解社会化的解释框架》，载《法律科学》2020年第38卷第4期。

张榕、陈胜铭：《中国法院调解制度的发展进路》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2024年第74卷第5期。

张云涛：《强制性诉前调解制度研究》，载《中国价格监管与反垄断》2026年第2期。

郑维炜：《中国“智慧法院”在线调解机制研究》，载《当代法学》2020年第34卷第6期。

摘 要

随着中国社会经济的快速发展，各类民事纠纷的数量与复杂程度持续提升，纠纷类型不断拓展、专业性与跨区域性明显增强，传统以诉讼为主的纠纷处理模式承受了较大压力，法院案多人少的矛盾持续凸显，有限司法资源难以满足社会对纠纷解决的多元需求，搭建并完善多元纠纷解决机制，已经成为法治建设的重要任务。法院调解是中国纠纷处理体系里的关键部分，曾经凭借“案结事了”的独特优势发挥了重要作用，近几年却遇到了调解率持续降低、调解协议自动履行比例不高、部分调解违背自愿原则等实际问题；执行和解制度是破解“执行难”的重要办法，也因为违约比例高、协议效力模糊、救济渠道单一、法院角色定位不清等问题，没能充分发挥制度本身的作用。当前法院调解呈现调解率持续下滑、自动履行率偏低状况，执行和解则陷入高和解率与高反悔率并存的困境，既直接影响当事人合法权益的顺利实现，也造成司法资源的重复消耗与浪费，进一步加剧了司法负担，降低了纠纷解决的整体效率。本文以多元纠纷解决机制的发展方向为背景，重点分析法院调解与执行和解的实际运行情况、深层成因与现实困境，结合国外相关制度的成熟经验，从制度规划、流程优化、社会氛围培养等角度提出改进方向，健全诉讼与非诉讼衔接机制、强化协议效力保障、规范司法参与角色、培育协商解纷理念，希望能为中国多元纠纷解决机制的完善提供参考，更高效、公正地化解纠纷，提升社会治理现代化水平，维护社会的和谐与稳定。

关键词：多元纠纷解决机制；法院调解；执行和解；现实难题；改进路径

A b s t r a c t

With China's rapid socioeconomic development, civil disputes have escalated in both volume and complexity, exhibiting expanding typologies alongside enhanced specialization and cross-regional characteristics. Consequently, the traditional litigation-centric dispute resolution model faces substantial pressure, exacerbating the systemic imbalance between a surging caseload and limited judicial personnel. As scarce judicial resources struggle to satisfy the public's pluralistic demands for dispute resolution, establishing and optimizing a diversified dispute resolution mechanism has become an imperative task for the rule of law.

As a pivotal component of China's dispute resolution framework, judicial mediation historically functioned effectively due to its efficacy in final dispute resolution ("resolving cases and settling disputes"). In recent years, however, it has encountered practical bottlenecks, including a continuous decline in mediation rates, low rates of voluntary performance of mediation agreements, and occasional infringements on the principle of voluntariness. Similarly, the execution settlement system, designed as a critical instrument to alleviate enforcement difficulties, has underperformed due to high default rates, ambiguous legal effects of agreements, restrictive remedy channels, and the ill-defined role of the judiciary. At present, judicial mediation suffers from declining mediation rates and suboptimal voluntary performance, while execution settlement is trapped in a dilemma of high settlement rates coexisting with high repudiation rates. These deficiencies not only impede the realization of litigants' legitimate rights but also induce redundant consumption and waste of judicial resources, thereby exacerbating the judicial burden and diminishing overall dispute resolution efficiency.

Against the backdrop of advancing diversified dispute resolution, this paper analyzes the operational realities, underlying causes, and practical dilemmas of judicial mediation and execution settlement. Drawing upon mature international experiences, it proposes optimization strategies across institutional planning, procedural refinement, and social environment cultivation. Specifically, it advocates for strengthening the interface between litigation and alternative dispute resolution (ADR), securing the legal efficacy of agreements, standardizing judicial intervention, and fostering a collaborative culture of dispute resolution. This research aims to provide a reference for refining China's diversified dispute resolution mechanism, facilitating efficient and equitable dispute resolution, advancing the modernization of social governance, and maintaining social harmony and stability.

Keywords: Diversified Dispute Resolution Mechanism; Judicial Mediation; Execution Settlement; Practical Dilemmas; Optimization Paths

중국 다원화 분쟁해결제도의 실무적 어려움과 보완 방안

— 법원 조정과 집행화해를 중심으로 —

China's Diversified Dispute Resolution Mechanism: Practical Dilemmas and
Optimization Paths — Focusing on Judicial Mediation and Execution Settlement

나가성(罗可成)(청도대학교 법학원 석사과정생, 한중일 법학연구센터 연구조교),

이가동(李佳童)(산둥공상학원 교원) 공저

Co-authors LUO, Kecheng(Master's Student, School of Law, Qingdao University &
Research Assistant, China-Japan-Korea Law Research Center),

LI, Jiatong(Ph.D. in Law; Faculty Member, Shandong Technology and Business University)

기예삼(祁艺森)(인하대학교 AI데이터법학과 석사생),

박요셉(변호사, 인하대학교 중국법센터 사무국장) 공역

Co-translators QI, Yisen(Master's Student, Dept. of Law, Inha University),

PARK, Joseph(Attorney at Law & Executive Director, China Law Center, Inha University)

목 차

I. 서론

II. 다원화 분쟁해결제도의 의미와 발전 방향

1. 다원화 분쟁해결제도의 핵심 개념
2. 다원화 분쟁해결제도의 발전 방향

III. 법원 조정제도의 실제 운영 현황과 난제

1. 법원 조정제도의 발전과 실제 운영 현황
2. 법원 조정제도가 직면한 현실적 난제

IV. 집행화해제도의 실제 운영 현황·난제와 개선 방안

1. 집행화해제도의 의미와 실제 운영 현황
2. 집행화해제도가 직면한 현실적 난제
3. 집행화해제도의 개선 방안

V. 결론

I. 서론

사회의 전환은 깊은 변화를 가져왔고, 사람 사이의 이익관계는 갈수록 복잡해지고 있으며, 민사분쟁의 종류 또한 끊임없이 늘어나고 있다. 전통적인 혼인·가족, 이웃 간 갈등에서 금융 대차, 지식재산권, 대규모 불법행위 등 새로운 유형으로까지 확대되면서 분쟁의 전문성과 전국적 특성이 더욱 뚜렷해지고 있다. 빠르게 증가하는 분쟁 사건에 직면하여 법원의 ‘사건은 많고 인력은 적은(案多人少)’ 문제는 갈수록 두드러지는데, 2024년 전국 법원의 민사 제1심 사건 접수량은 이미 1,600만 건을 돌파하였고, 법관은 법관정원제(員額制)¹ 개혁을 거친 뒤 법원 근무자는 기존의 절반 가량으로 그 수가 제한되어, 한정된 사법자원으로는 다양한 분쟁해결 방식에 대한 사회의 수요를 충족하기 어렵게 되었다.² 동시에 소송절차는 그 자체로 절차가 엄격하고 시간이 오래 걸리며 비용이 높아, 일부 분쟁은 소송을 통해 처리된 뒤에도 엄격한 의미에서 ‘사건이 종결되고 다툼이 해소되는(案結事了)’ 상태에 이르는 어렵고, 심지어 당사자 사이의 갈등을 심화시켜 사회의 회복에 악영향을 미치기도 한다.

이러한 배경에서 다원적³ 분쟁해결제도가 점차 형성·확산되었다. 이 제도는 소송과 소송 외 분쟁해결 방식의 협력을 강조하고 민간·행정·사법 등 각종 분쟁해결 자원을 통합하여, 당사자에게 보다 편리하고 효율적이며 유연한 분쟁처리 경로를 제공한

¹역자 주: 중국의 2014년 법관정원제는 엄밀히 말하면 기존 법관의 수를 감축한 것이라기보다는, 기존에 법관이라는 명칭으로 통칭되던, 법관에 준하는 자들(법관의 보조원 등 - 한국의 재판연구원과 유사한 지위)과 협의의 법관을 엄격하게 분리한 것이 그 본질이라고 할 수 있다. 다만, 결과적으로는 사법실무에 직접 관여할 수 있는 법관의 수가 현저히 줄어들었으므로 본고에서 말하는 것과 같은 인력난이 발생하게 되었다.

² 孙哲: 《完善多元化纠纷解决机制: 从经验提炼到短板突破的治理路径》, 载《人民调解》2025年第11期, 35-40면.

³ 역자 주: 본고에서 말하는 다원화(多元化) 분쟁해결제도는 아래에서 검토하는 것과 같이 대체적(Alternative) 분쟁해결제도와도 유사하기는 하나 그보다 넓은 개념을 포괄적으로 의미한다. 따라서 이를 별도의 개념으로 대체하지 않고 그대로 번역하였다.

나가성·이가동 - 중국 다원화 분쟁해결제도의 실무적 어려움과 보완 방안
다. 법원 조정은 사법적 속성과 소송 외적 속성을 함께 지니며, 집행화해제도와 더불어 중국 다원화 분쟁해결제도의 중요한 내용을 구성한다. 양자는 각각 소송 과정과 집행 단계에서 사건을 분류·분산하고 갈등을 해소하는 핵심적 역할을 한다. 실제 운영을 보면, 법원 조정의 조정률은 최근 몇 년간 계속 하락하여 2024년 민사 제1심 사건의 조정성립률은 22.0%에 그쳤는데, 이는 2012년 41.7%의 정점과 비교하면 거의 절반으로 떨어진 수치이며, 조정 합의가 강제집행 절차로 넘어가야 하는 비율은 40%를 넘고 일부 지역은 심지어 65%를 웃돈다. 집행화해제도의 경우 ‘높은 화해율’과 ‘높은 불이행률’이 병존하는 현상이 나타나, 일부 지역 법원의 집행화해율은 한때 40%를 넘었으나 화해 합의를 이행하지 않는 비율은 약 50%에 달하였다. 이는 당사자의 정당한 권의 실현에 지장을 줄 뿐만 아니라 귀중한 사법자원을 낭비하고 다원화 분쟁해결제도 전체의 발전을 제약한다.⁴

따라서 법원 조정과 집행화해제도의 현실적 난제 및 그 형성 원인을 깊이 분석하고, 외국 관련 제도의 성숙한 경험을 참고하여 중국의 실정에 맞는 개선 방안을 모색하는 것은, 다원화 분쟁해결제도를 보완하고 사법적 부담을 완화하며 분쟁처리의 질과 효율을 높이는 데 중요한 이론적·실천적 의의를 지닌다. 본고는 이 두 제도를 중심으로 기존 연구성과를 결합하여 중국 다원화 분쟁해결제도의 최적화 방향을 체계적으로 검토하고, 관련 제도의 개혁과 보완을 위한 방향을 제시하고자 한다.

II. 다원화 분쟁해결제도의 의미와 발전 방향

1. 다원화 분쟁해결제도의 핵심 개념

다원화 분쟁해결제도란, 한 사회 안에서 각종 분쟁처리 방식·절차·제도가 공존하고 상호 협력하여 형성되는 유기적 총체를 가리킨다. 그 핵심은 단일한 소송모델의 주도적 지위를 타파하고 소송과 소송 외 두 유형의 분쟁해결 방식을 통합하여 당사자에게

⁴ 张榕、陈胜铭：《中国法院调解制度的发展进路》，载《厦门大学学报（哲学社会科学版）》2024年第74卷第5期，51-61면。

나가성·이가동 - 중국 다원화 분쟁해결제도의 실무적 어려움과 보완 방안

다양한 선택지를 제공하는 데 있다. 소송 외 분쟁해결 방식, 즉 대체적 분쟁해결(ADR)은 미국에서 기원하였으며, 처음에는 소송을 대체하는 각종 분쟁처리 방식을 지칭하였으나 오늘날에는 세계 각국의 소송 외 분쟁처리 절차 내지 제도를 아우르는 통용 명칭이 되어 조정·중재·화해·신소(申訴)⁵ 등 여러 형태를 포함한다.⁶ 중국의 다원화 분쟁해결제도는 전통적 분쟁해결 방식의 단순한 연장도 아니고 서구 ADR 발전 추세의 맹목적 모방도 아니며, 중국 사회의 실정에 입각하여 화합을 숭상하는 중국의 전통 이념과 협상·상생을 지향하는 현대 세계의 문화 이념을 융합하고 종합적 사회관리 정책의 기초와 궤를 같이한다. 그 목표는 민간·행정·사법 제도가 병행하고 소송과 소송 외 절차가 상호 협력하는 제도와 체계를 형성하여, 당사자가 분쟁의 유형·성질·복잡성 등 요소에 따라 가장 적합한 분쟁해결 방식을 자율적으로 선택함으로써 효율적이고 공정하게 분쟁을 해소하는 동시에 사법기관의 사건처리 부담을 줄이고 사법자원을 절약하는 데 있다.

2. 다원화 분쟁해결제도의 발전 방향

전 세계적으로 볼 때, ADR은 20세기 후반에 등장한 이후 허용에서 장려, 나아가 조건부 강제 사용에 이르는 발전 단계를 거치며 그 합법성과 법적 지위가 꾸준히 높아졌고, 이미 세계 분쟁해결제도 발전의 중요한 추세가 되었다. 현대 법치사회에서 ADR은 더 이상 법치의 대립물로 여겨지지 않고 오히려 ‘법치지수’ 평가체계에 편입되어 한 국가의 법치 수준을 가늠하는 중요한 기준이 되었으며, 이는 곧 법치이념이 국가 주도·소송 만능주의를 숭상하던 시절에서 벗어나 대체적 문화의 존중, 효율적 거버넌

⁵역자 주: 신소(申訴)란, 중국법에서 이미 확정된 사건에 관하여 특별한 요건하에 불복할 수 있도록 하는 것으로 한국법상의 재심과 유사하다. 다만, 사법부 내에서 처리되는 한국법의 재심절차와는 달리 중국법상의 신소절차는 소송절차에 따르지 않고 사법부 기타 관련기관들이 개입하여 합의를 도출하는 경우가 많으며, 법원의 재판 외에 행정청의 처분에 관하여서도 제기가 가능하므로, 이를 전통적인 송사의 일환으로 보기보다는 ADR의 일종으로 보는 견해가 주류이다.

⁶ 陈杭平：《论民事“执行和解”制度以“复杂性”化简为视角》，载《中外法学》2018年第30卷第5期，1222-1236면。

나가성·이가동 - 중국 다원화 분쟁해결제도의 실무적 어려움과 보완 방안
스의 추구, 사회참여의 장려로 전환되었음을 보여준다.⁷

구체적으로 다원화 분쟁해결제도의 발전은 다음과 같은 특징을 보인다. 첫째, ADR의 적용범위가 지속적으로 확대되어 전통적 민사분쟁에서 행정분쟁·형사사건, 나아가 공공영역과 정책결정 활동에까지 미치고 있으며, 온라인 분쟁해결(ODR) 등 새로운 형태가 빠르게 발전하여 환경오염·제조물책임·의료분쟁 등 신종 분쟁의 처리에서 독자적 역할을 하고 있다. 둘째, ADR의 법치화·규범화 정도가 끊임없이 높아져, 각국은 입법을 통해 ADR의 사용을 촉진·장려·보장하는 한편 조정기구·인력 자격·진입 관리 등에 대한 규율을 강화하여 ADR의 공정하고 효율적인 운영을 담보하고 있다. 셋째, ADR과 소송절차의 연계가 더욱 긴밀해져, 많은 국가가 조정을 일부 민사분쟁의 소송 전치절차로 삼고 있으며 법원 역시 사법위탁조정을 적극 추진하여 일부 사건을 소송 외 절차로 이관함으로써 소송과 소송 외의 상호 보완을 실현하고 있다. 넷째, ADR의 기능이 끊임없이 확장되어, 이미 발생한 분쟁의 해소를 넘어 분쟁의 예방, 규칙의 형성, 공공도덕의 유지, 사회관리 역량의 제고 등에서 하는 역할이 갈수록 중시되고 있다.⁸ 중국에서 다원화 분쟁해결제도는 이미 국가 발전목표로 공식 확정되었다. 제18기 4중전회의의 관련 결정은 사회모순·분쟁의 예방·해소 제도를 건전하게 하고, 조정·중재·행정재결·행정심판·소송 등이 유기적으로 연계·상호 조율되는 다원화 분쟁해결제도를 보완할 것을 명확히 제시하였다. 이러한 배경은 법원 조정과 집행화해제도의 보완에 중요한 정책적 뒷받침을 제공하는 동시에, 시대적 추세에 순응하여 중국 실정에 맞는 제도 최적화 방안을 적극적으로 모색할 것을 요구한다.

III. 법원 조정제도의 실제 운영 현황과 난제

1. 법원 조정제도의 발전과 실제 운영 현황

⁷ 范愉：《当代世界多元化纠纷解决机制的发展与启示》，载《中国应用法学》2017年第3期，48-64면。

⁸ 曾令健：《纠纷解决合作主义：法院调解社会化的解释框架》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020年第38卷第4期，66-72면。

나가성·이가동 - 중국 다원화 분쟁해결제도의 실무적 어려움과 보완 방안

법원 조정은 중국 민사소송에서 매우 특색 있는 분쟁해결 방식으로, 그 역사는 혁명근거지 시기의 ‘마석오(馬錫五) 재판방식’으로까지 거슬러 올라가는바, 그 핵심은 조정을 통해 분쟁을 해소하고 사회질서를 유지하는 데 있다. 신중국 성립 이후 법원 조정제도는 입법과 사법 차원에서 크게 중시되어 ‘조정 중시’, ‘자발적·합법적 조정’에서 ‘조정과 판결의 결합, 조정 우선’에 이르는 발전 단계를 거치며 민사분쟁 해결의 중요한 수단이 되었다. ‘조정 중시’ 단계(1982~1990년)에서 법원 민사 제1심 사건의 조정률은 모두 65% 이상이었고 1985년에는 75.3%로 최고치에 이르렀다. ‘자발적·합법적 조정’ 단계(1991~2003년)에 들어서면서 민사소송 입법의 정비와 재판방식 개혁의 추진에 따라 조정률은 점차 하락하여 2003년에는 29.94%까지 떨어졌다. 2004년 이후 국가가 조화로운 사회 건설을 제시하고 조정의 역할을 강화하며 최고인민법원이 ‘조정과 판결의 결합, 조정 우선’을 강조하면서 조정률은 다소 회복되어 2012년 41.7%의 정점에 이르렀으나, 이후 다시 해마다 하락하여 2022년에는 22.0%로 근래의 최저치를 기록하였다.⁹ 실제 효과를 보면 법원 조정은 어느 정도 사건을 분산시키기는 하였으나 많은 문제점을 안고 있다. 첫째, 조정률이 지속적으로 하락하여 ‘조정 우선’의 사법정책 취지에 부합하지 않으며 사건 분산과 사법 부담 완화의 역할을 충분히 발휘하지 못하고 있다. 둘째, 조정 합의의 자발적 이행 비율이 낮아 조정으로 종결된 사건 상당수가 강제집행 절차로 넘어가고 일부 지역은 그 비율이 65%를 넘어, 조정의 ‘사건 종결·다툼 해소’라는 핵심 가치에 반하고 있다. 셋째, 조정 과정에서 변형된 강제조정이 존재하는데, 사법실무에서 일부 법원이 조정률을 성과평가의 중요 지표로 삼는 탓에 법관이 조정률을 높이기 위해 당사자에게 합의를 강제함으로써 조정의 자발성과 공정성을 해치고 있다. 넷째, 조정 기법이 상대적으로 낙후되어, 일부 법관이 전문적 조정방법을 갖추지 못한 채 직권에 의한 압박이나 도덕적 설득에 지나치게 의존한 상태로 조정을 성사시키려 하므로 당사자 사이의 갈등을 제대로 해결하기 어렵다.

⁹ 刘法杞：《中华传统伦理作用于法院调解的运作机制与完善路径》，载《行政与法》2025年第11期，93-104면。

2. 법원 조정제도가 직면한 현실적 난제

가. 사건 폭주·인력 부족의 모순으로 인한 법원의 조정 유인 부족

2015년 소송접수등록제(立案登記制) 개혁이 시행된 뒤 전국 법원의 수리 사건 수가 대폭 증가하여, 2015~2021년 전국 법원의 수리 건수는 1,765만여 건에서 3,153만여 건으로 늘어 연평균 약 12%의 증가폭을 보였다. 법관정원제 개혁 이후 정원법관 수는 종전 법관 수의 약 57%에 불과하여 4할 이상 줄었고, 법원의 ‘사건은 많고 인력은 적은’ 모순은 더욱 심화되었다. 이러한 상황에서 법관은 과중한 재판업무를 부담해야 하는데, 조정업무는 통상 판결보다 더 많은 시간과 노력을 들여 법관과 당사자가 거듭 소통·협상하며 합리적 해결방안을 설계해야 하므로, 법원이 법관에게 부과하는 사건종결률·심리기간 등 성과평가 요구와 충돌한다. 그 결과 많은 법관이 사건을 신속히 처리하기 위해 절차가 비교적 간단하고 시간이 덜 드는 판결 방식을 선호하게 되어, 조정업무에 대한 충분한 유인과 적극성을 갖지 못한다.

나. 조정 합의의 효력 보장 미흡으로 인한 당사자 신뢰도 저하

조정 합의의 효력 문제는 법원 조정의 역할 발휘를 좌우하는 핵심 요소이다. 중국 법률에 따르면 조정 합의가 효력을 발생한 뒤 당사자는 자발적으로 이행하여야 하고, 일방 당사자가 이행하지 않으면 상대방은 법원에 강제집행을 신청할 수밖에 없으며, 조정 합의 자체는 판결서와 같은 강제집행력을 갖지 못한다.¹⁰¹¹ 실무에서는 일부 채무자가 조정절차를 이용하여 채무이행을 지연하고 조정 합의를 성립시킨 뒤 이행을 거부하여 채권자가 다시 강제집행을 신청해야 하는 경우가 있는데, 이는 채권자의 권

¹⁰于浩：《人民调解法制化：可能及限度》，载《法学论坛》2020年第35卷第6期，140-147면。

¹¹역자 주: 중국 《민사소송법》상 법원에서 성립된 조정조서(法院調解書)는 확정판결과 동일하게 직접적인 강제집행력을 갖는 집행권원이 된다. 본문에서 "조정 합의 자체는 판결서와 같은 강제집행력을 갖지 못한다.(원문: 調解協議本身不具備和判決書一樣的強制執行力。)"라고 기술한 것은, 저자가 법원 조정서의 효력을 민법상 일반 화해계약(또는 인민조정)과 오인하였거나, 조정 성립 후에도 자발적 이행률이 낮아 결국 강제집행 절차를 다시 신청해야 하는 현실적 한계를 비유적으로 표현한 것으로 생각된다.

나가성·이가동 - 중국 다원화 분쟁해결제도의 실무적 어려움과 보완 방안
리구제 비용을 늘리고 조정제도에 대한 당사자의 신뢰를 약화시킨다. 또한 조정 합의의 반복 규율이 충분히 정비되지 않아 당사자가 조정 합의 성립 후 이를 반복하는 데 드는 비용이 매우 낮으며, 이 또한 조정 합의의 안정성과 권위를 어느 정도 저해한다.

다. 강제조정 범위의 불명확과 자발성 원칙과의 충돌

중국 법률은 줄곧 법원 조정의 자발성 원칙을 강조해 왔으나, 실무에서는 명확한 강제조정 범위 규정이 없어 일부 법원이 조정률을 높이기 위해 조정에 적합하지 않은 사건까지 강행 조정함으로써 조정의 자발성 원칙과 실제 운영의 괴리가 발생하고 있다.¹² 아울러 법률이 어떤 사건에 조정 전치를 실시하여야 하고 어떤 사건을 당사자의 자율적 선택에 맡길 수 있는지를 명확히 규정하지 않아, 법원이 사건을 분류할 때 통일된 기준이 존재하지 않고 있다. 이는 조정의 적정성과 실제 효과에 영향을 줄 뿐만 아니라 당사자의 소송상 권리를 부당하게 제한할 우려도 있다.

라. 조정 기법과 성과평가 제도의 미비

현재 중국 법원의 조정업무는 기법의 측면에서 뚜렷한 부족을 보인다. 일부 법관은 전문적 조정경험을 갖추지 못하여 소통·협상·설득의 방식으로 당사자의 갈등을 해소하는 데 능하지 못하고, 흔히 직권상의 우위에 기대어 억누르는 방식의 조정을 함으로써 당사자 사이의 이익 균형을 진정으로 실현하기 어렵다. 또한 법원의 성과평가 제도가 조정률을 지나치게 중시하고 조정의 질과 효과를 소홀히 하는 탓에, 일부 법관이 평가지표 달성을 위해 형식적 조정 성립만을 추구하고 조정 합의의 이행 상황과 당사자의 진정한 의사에는 관심을 두지 않아, 조정업무가 ‘수량의 중시·품질의 경시’라는 함정에 빠지게 된다.

IV. 집행화해제도의 실제 운영 현황·난제와 개선 방안

1. 집행화해제도의 의미와 실제 운영 현황

¹²张云涛：《强制性诉前调解制度研究》，载《中国价格监管与反垄断》2026年第2期，118-120면。

나가성·이가동 - 중국 다원화 분쟁해결제도의 실무적 어려움과 보완 방안

집행화해는 중국 민사강제집행 제도에서 독자적 특색을 보이는 제도로서, 집행 과정에서 양 당사자가 스스로 협상하여 합의에 이르러 집행권원이 확정된 권리의무 관계를 변경하거나 이행방식·이행기간 등을 약정함으로써 집행절차를 중지 또는 종결하는 제도를 말한다. ‘집행난(執行難)’을 타개하는 중요한 수단으로서 집행화해제도는 사법실무에서 널리 활용되어, 일부 지역 법원의 집행화해 사건은 한때 집행사건 종결 건수의 4분의 1 이상을 차지하였고 집행 부담의 경감, 집행 적체 사건의 정리, 집행 갈등의 해소에 중요한 역할을 하였다.

그러나 ‘높은 화해율’과 함께 나타난 것은 ‘높은 위약률’과 ‘높은 불이행률’이며, 이에 따라 집행화해제도는 실무에서 많은 난제에 부딪혔다. 통계에 따르면 2009~2013년 후난성(湖南省)의 집행화해 불이행률은 30.88%에서 37.63%로 상승하였고, 일부 지방·시 법원의 자발적 미이행률은 심지어 42.5%~62.2%에, 불완전 이행률은 43.6%~56.5%에 이르렀다. 많은 집행화해 합의가 실제로 이행되지 않아 당사자가 부득이 종전의 집행권원에 의한 집행을 재개를 신청해야 했는데, 이는 당사자의 권리구제 비용을 늘리고 사법자원을 낭비하며 집행절차의 효율과 권위를 훼손한다.¹³ 이 밖에도 집행화해제도는 효력의 모호성, 구제경로의 단일성, 법원 역할 설정의 불명확 등 문제를 안고 있어 제도 기능이 충분히 발휘되지 못하고 있다.

2. 집행화해제도가 직면한 현실적 난제

가. 집행화해 합의의 법적 효력 불명확

집행화해 합의의 효력 문제는 집행화해제도의 핵심 문제이자 실무에서 가장 다툼이 많은 문제이다. 중국 법률에 따르면 집행화해 합의가 성립한 뒤 당사자는 집행을 중지를 신청할 수 있고, 일방 당사자가 화해 합의를 이행하지 않으면 상대방은 종전의 집행권원의 집행 재개를 신청할 수 있다. 이러한 규정은 집행화해 합의의 효력을

¹³ 王聰：《調判分離還是調判結合：再論法院調解的中國圖景——為“調判結合”辯護》，載《河北法學》2019年第37卷第9期，184-200면。

나가성·이가동 - 중국 다원화 분쟁해결제도의 실무적 어려움과 보완 방안
모호한 상태에 놓이게 한다. 한편으로 집행화해 합의는 당사자 사이의 약정으로서 독자적 강제집행력이 없어 곧바로 집행권원이 될 수 없고, 다른 한편으로 종전의 집행권원의 집행 재개는 다시 집행화해 합의의 구속력을 부정하여 당사자가 화해 합의를 성립시킨 의미를 크게 반감시킨다. 이러한 효력의 모호성은 당사자로 하여금 화해 합의를 이행할 유인을 잃게 하며, 일부 채무자는 심지어 집행화해를 채무이행 지연의 수단으로 삼아 집행절차의 원활한 진행을 저해한다.

나. 구제경로의 단일성과 대응성 부족

집행화해 합의의 불이행에 대한 중국 현행법의 구제방식은 주로 종전의 집행권원의 집행 재개인데, 이러한 단일한 구제모델로는 실무의 복잡한 상황에 대응하기 어렵다. 예컨대 집행화해 합의에 새로 추가된 위약금·담보 조항 등에 대하여는 종전의 집행권원의 집행 재개를 통해서는 만족을 얻을 수 없고, 당사자가 기망·강박에 의하여 성립시킨 화해 합의에 대하여는 법률상 집행 재개를 신청할 수 있다고 규정하고 있으나 실무에서 입증의 난도가 높아 당사자의 정당한 권익이 효과적으로 보장되기 어렵다. 또한 구제경로의 단일성은 화해 합의 불이행 시 당사자에게 유효한 구제방식을 제공하지 못하여 ‘높은 위약률’ 문제를 한층 가중시킨다.

다. 법원 역할 설정의 불명확

집행화해제도에서 법원의 역할 설정은 줄곧 다툼의 대상이었다. 한편으로 법률은 집행화해를 당사자가 스스로 협상하여 성립시킨 합의로 규정하고 법원은 합의 내용을 조서에 기재하는 역할만을 담당하도록 하여 당사자의 자율적 의사를 강조하는 듯 보인다. 다른 한편으로 실무에서는 많은 집행화해 합의가 집행담당자의 주재·조율, 심지어 강요하에 성립되어 법원이 집행화해 과정에서 주도적 역할을 하고 있다. 이러한 역할 설정의 모호성으로 인하여 법원은 집행화해에서 유효한 심사와 감독을 결여하는 한편 당사자의 자율적 의사를 과도하게 간섭하여 변형된 강제적 화해가 나타날

나가성·이가동 - 중국 다원화 분쟁해결제도의 실무적 어려움과 보완 방안
수 있다.¹⁴ 아울러 법원은 집행화해를 성사시킨 뒤 통상 합의의 이행 상황에 대한 효과적 추적·감독을 하지 않아, 당사자가 합의를 번복하거나 이행하지 않을 때 즉시 대응하지 못한다.

라. 제도 설계의 구조적 결함

집행화해제도의 ‘반구조화·저규범화’라는 특성은 이 제도가 여러 난제에 직면하는 근본 원인이다. 현행 제도는 집행화해의 성립요건·효력발생요건·효력범위·이행보장 등에 관한 규정이 충분히 정비되지 않아 명확한 운용 기준을 결여하고 있다. 예컨대 집행화해 합의의 성립에 조서 기재나 당사자의 서명·날인이 필요한지에 대하여 다툼이 있고, 집행화해 합의의 이행 과정에서 당사자의 권리의무에 대한 명확한 규정이 없으며, 집행화해와 여타 집행제도 사이의 연계에 대한 구체적 안배가 없다.¹⁵ 이러한 구조적 결함으로 인하여 집행화해제도는 실무에서 운용이 어렵고 새로운 분쟁을 유발하기 쉬워 제도 기능의 발휘에 지장을 준다.

3. 집행화해제도의 개선 방안

가. 집행화해 합의의 법적 효력 명확화

외국의 집행계약(執行契約) 관련 이론을 참고하여, 집행화해 합의가 실체법과 소송법의 이중 효력을 동시에 갖출 수 있음을 명확히 하여야 한다. 실체법 차원에서 집행화해 합의는 당사자가 권리의무 관계에 관하여 성립시킨 새로운 약정으로서 양 당사자에게 구속력을 가지므로 당사자는 합의 약정에 따라 의무를 이행하여야 한다. 소송법 차원에서 집행화해 합의가 성립하면 집행 중지의 효력이 발생하고, 당사자가 이행을 마치면 집행절차가 종결된다. 법정 요건을 갖춘 집행화해 합의, 예컨대 법원의 심사·확인을 거치고 내용이 명확·합법하며 당사자가 자발적으로 성립시킨 합의에 대하

¹⁴陈慰星：《法院调解悖论及其化解——一种历时性大数据的分析进路》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2018年第36卷第2期，123-130면。

¹⁵黄滢：《中卫两级法院做实先行调解定分止争》，载《宁夏法治报》2025年12月29日第2版。

나가성·이가동 - 중국 다원화 분쟁해결제도의 실무적 어려움과 보완 방안
여는 강제집행력을 부여하여, 일방 당사자가 이행하지 않으면 상대방이 종전의 집행권원의 집행을 재개할 필요 없이 곧바로 집행화해 합의의 강제집행을 신청할 수 있도록 하여야 한다.¹⁶ 아울러 집행화해 합의와 종전의 집행권원의 관계를 명확히 하여야 한다. 집행화해 합의는 종전의 집행권원이 확정된 권리의무에 대한 변경 내지 보충이지 대체가 아니므로, 집행화해 합의가 이행되지 않을 때 당사자는 종전의 집행권원의 집행 재개를 신청하거나 집행화해 합의의 강제집행을 신청하는 것 중에서 선택할 수 있다.

나. 다양한 구제모델의 구축

서로 다른 유형의 집행화해 합의와 위약 상황에 대응하여 다양한 구제모델을 구축하여야 한다. 일반 집행화해 합의, 즉 당사자가 종전의 집행권원이 확정된 권리의무만을 변경한 합의의 경우, 일방 당사자가 이행하지 않으면 상대방은 종전의 집행권원의 집행 재개를 신청하거나 화해 합의의 이행에 관하여 소를 제기하는 것 중에서 선택할 수 있도록 하는 것이다. 특수 집행화해 합의, 즉 당사자가 위약금·담보 조항 등 새로운 내용을 약정한 합의의 경우, 당사자에게 집행화해 합의의 강제집행을 신청할 권리를 부여하여 새로 추가된 권리가 효과적으로 구제될 수 있도록 보장한다. 이 밖에 당사자가 기망·강박에 의하여 성립시킨 화해 합의에 대한 구제방식을 정비하여 당사자의 입증책임을 낮추고, 법원의 화해 합의 심사기준과 절차를 명확히 하여 당사자의 정당한 권익을 보장한다.

다. 집행화해에서 법원 역할 설정의 규범화

법원은 집행화해에서 주도자가 아니라 심사자·감독자·조력자의 역할을 담당하여야 한다. 한편으로 법원은 집행화해 합의의 합법성·자발성·명확성을 심사하여, 법률규정에 반하거나 국가·집단 또는 제3자의 정당한 권익을 해치는 화해 합의는 승인하지 아니하고, 기망·강박 등 사정이 있는 화해 합의에 대하여는 당사자가 취소를 신청

¹⁶王家乐: 《民事执行和解协议可诉性研究》, 贵州大学学位论文, 2025年.

나가성·이가동 - 중국 다원화 분쟁해결제도의 실무적 어려움과 보완 방안
할 수 있도록 하여야 한다. 다른 한편으로 법원은 집행화해 합의의 이행 과정에 대한 감독을 강화하여 화해 합의 이행 추적제도를 마련하고 합의의 이행 상황을 적시에 파악하며, 당사자의 불이행 행위에 대하여는 즉시 이행을 촉구·독려하여야 한다.¹⁷ 아울러 법원은 당사자의 집행화해 성립을 위하여 법률규정의 설명, 화해 합의 표준양식의 제공, 당사자 간 소통의 조율 등 필요한 조력을 제공할 수 있으나, 당사자에게 화해 합의를 강제하여서는 아니 되며 당사자의 자율적 의사를 충분히 보장하여야 한다.

라. 제도 설계와 절차 연계의 정비

집행화해제도의 관련 규정을 세분화하여 집행화해의 성립요건·효력발생요건·이행기간·위약책임 등을 명확히 함으로써 실무 운용에 명확한 근거를 제공하여야 한다. 예컨대 집행화해 합의의 성립에는 당사자의 자발적 합의, 명확·합법한 내용, 집행당당자에 의한 조서 기재 및 양 당사자의 서명·날인이 필요함을 명확히 하고, 집행화해 합의의 이행기간을 규정하여 당사자가 기간을 넘겨 이행하지 않으면 위약책임을 지도록 하며, 집행화해와 재산보전·담보 등 제도의 연계를 정비하여 당사자가 집행화해 합의를 성립시킨 뒤 법원에 재산보전 조치를 신청함으로써 채무자의 재산 이전을 방지하고 화해 합의의 이행을 보장할 수 있도록 하여야 한다.¹⁸ 이 밖에 민사소송법의 조정 합의 사법확인 제도의 경험을 참고하여 집행화해 합의 사법확인 절차를 마련하여, 당사자가 법원에 화해 합의의 사법확인을 신청할 수 있고 확인을 거쳐 유효한 화해 합의는 강제집행력을 갖추도록 함으로써 집행화해 합의의 안정성과 권위를 한층 높여야 한다.

V. 결론

다원화 분쟁해결제도를 구축·보완하는 것은 중국 법치건설의 중요한 내용이자, 날

¹⁷ 唐东楚、谭正午、陈柳钦：《论执行和解协议不宜赋予强制执行力》，载《南都学坛》2025年第45卷第4期，83-93면。

¹⁸ 郑维炜：《中国“智慧法院”在线调解机制研究》，载《当代法学》2020年第34卷第6期，141-148면。

나가성·이가동 - 중국 다원화 분쟁해결제도의 실무적 어려움과 보완 방안
로 복잡해지는 사회분쟁에 대응하고 사법 부담을 완화하며 사회의 조화와 안정을 유지하기 위한 필연적 요구이다. 다원화 분쟁해결제도의 핵심 부분인 법원 조정과 집행화해는 실무에서 중요한 역할을 해 왔으나, 법원 조정률의 하락과 합의 이행 비율의 저조, 집행화해 합의 효력의 모호성과 높은 위약률 등 많은 난제에도 직면해 있으며, 이러한 문제들은 다원화 분쟁해결제도 전체의 효과 발휘를 제약한다. 중국의 다원화 분쟁해결제도를 보완하려면 제도 설계, 절차 최적화, 문화 육성 등 여러 측면에서 접근하여야 한다. 법원 조정제도 측면에서는 법원 부설 조정기구를 구축하고 강제조정 제도를 마련하되 적용 사건의 범위를 명확히 하며, 조정 합의의 효력 보장과 절차적 뒷받침을 강화하고 외국의 경험을 참고하여 제도 설계를 정비하여야 한다. 집행화해 제도 측면에서는 집행화해 합의의 효력을 명확히 하고 다양한 구제모형을 구축하며 집행화해에서 법원의 역할 설정을 규범화하고 제도 설계와 절차 연계를 정비하여야 한다. 아울러 각종 분쟁해결 방식 사이의 협력을 강화하고 이성적 협상과 상생을 지향하는 새로운 분쟁해결 문화를 육성하여야 한다. 전체적으로 다원화 분쟁해결제도의 보완은 하나의 체계적 과제로서 입법기관·사법기관·사회조직 및 사회 공중의 공동 노력을 필요로 한다. 제도 설계의 지속적 최적화, 절차 효율의 제고, 분쟁해결 문화의 육성을 통해 중국의 다원화 분쟁해결제도는 더욱 보완되어 당사자에게 보다 편리하고 효율적이며 공정한 분쟁처리 경로를 제공하고, 중국의 사법국가화와 사회 거버넌스의 현대화에 더 잘 기여할 수 있을 것이다.

참 고 문 헌

1. 외국어문헌

[중국어]

<논문>

陈杭平: 《论民事“执行和解”制度以“复杂性”化简为视角》, 载《中外法学》2018年第30卷第5期。

陈慰星: 《法院调解悖论及其化解——一种历时性大数据的分析进路》, 载《法律科学(西北政法大學學報)》2018年第36卷第2期。

范愉: 《当代世界多元化纠纷解决机制的发展与启示》, 载《中国应用法学》2017年第3期。

黄滢: 《中卫两级法院做实先行调解定分止争》, 载《宁夏法治报》2025年12月29日第2版。

刘法杞: 《中华传统伦理作用于法院调解的运作机制与完善路径》, 载《行政与法》2025年第11期。

孙哲: 《完善多元化纠纷解决机制: 从经验提炼到短板突破的治理路径》, 载《人民调解》2025年第11期。

唐东楚、谭正午、陈柳钦: 《论执行和解协议不宜赋予强制执行力》, 载《南都学坛》2025年第45卷第4期。

王聪: 《调判分离还是调判结合: 再论法院调解的中国图景——为“调判结合”辩护》, 载《河北法学》2019年第37卷第9期。

于浩: 《人民调解法制化: 可能及限度》, 载《法学论坛》2020年第35卷第6期。

曾令健: 《纠纷解决合作主义: 法院调解社会化的解释框架》, 载《法律科学(西北政法大學學報)》2020年第38卷第4期。

张榕、陈胜铭: 《中国法院调解制度的发展进路》, 载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2024年第74卷第5期。

张云涛: 《强制性诉前调解制度研究》, 载《中国价格监管与反垄断》2026年第2期。

郑维炜: 《中国“智慧法院”在线调解机制研究》, 载《当代法学》2020年第34卷第6期。

<기타>

王家乐: 《民事执行和解协议可诉性研究》, 贵州大学学位论文, 2025年。

초 록

중국 사회경제의 급속한 발전에 따라 각종 민사분쟁의 수량과 복잡성이 지속적으로 높아지고 분쟁 유형이 끊임없이 확대되며 전문성과 지역횡단성이 뚜렷이 강화되면서, 소송을 위주로 하던 전통적 분쟁처리 모델은 상당한 압박을 받고 법원의 사건 폭주·인력 부족 모순이 계속 두드러지고 있다. 한정된 사법자원으로는 분쟁해결에 대한 사회의 대체적 수요를 충족하기 어려워, 다원화 분쟁해결제도를 구축·보완하는 것은 이미 법치주의 실현의 중요한 과제가 되었다. 법원 조정은 중국 분쟁처리 체계의 핵심 부분으로 일찍이 ‘사건 종결·다툼 해소’라는 독자적 강점으로 중요한 역할을 하였으나, 근년에는 조정률의 지속적 하락, 조정 합의의 낮은 자발적 이행 비율, 일부 조정의 자발성 원칙 위배 등 현실적 문제에 부딪혔다. 집행화해제도는 ‘집행난’을 타개하는 중요한 정책이나 높은 위약률, 합의 효력의 모호성, 구제방식의 단일성, 법원 역할 설정의 불명확 등 문제로 제도 본래의 역할을 충분히 발휘하지 못하고 있다. 현재 법원 조정은 조정률의 지속적 하락과 낮은 자발적 이행률의 양상을 보이고 집행화해는 높은 화해율과 높은 반복률이 병존하는 어려움에 빠져 있는데, 이는 당사자의 정당한 권익 실현에 직접적 영향을 줄 뿐만 아니라 사법자원의 중복 소모와 낭비를 초래하여 사법 부담을 가중시키고 분쟁해결의 전체 효율을 떨어뜨린다. 본고는 다원화 분쟁해결제도의 발전 방향을 배경으로 법원 조정과 집행화해의 실제 운영 현황·심층 원인·현실적 어려움을 중점적으로 분석하고, 외국 관련 제도의 성숙한 경험을 결합하여 제도 설계·절차 최적화·사회 분위기 육성 등의 관점에서 개선 방향을 제시한다. 즉 소송과 소송 외의 연계제도를 건전하게 하고 합의의 효력 보장을 강화하며 사법 참여의 역할을 규범화하고 협상적 분쟁해결 이념을 육성함으로써, 중국 다원화 분쟁해결제도의 보완에 참고를 제공하고 보다 효율적이고 공정하게 분쟁을 해소하며 사회 거버넌스의 현대화 수준을 높이고 사회의 조화와 안정을 유지하고자 한다.

주제어: 다원화 분쟁해결제도, 법원 조정, 집행화해, 현실적 난제, 개선 방안

Abstract

With China's rapid socioeconomic development, civil disputes have escalated in both volume and complexity, exhibiting expanding typologies alongside enhanced specialization and cross-regional characteristics. Consequently, the traditional litigation-centric dispute resolution model faces substantial pressure, exacerbating the systemic imbalance between a surging caseload and limited judicial personnel. As scarce judicial resources struggle to satisfy the public's pluralistic demands for dispute resolution, establishing and optimizing a diversified dispute resolution mechanism has become an imperative task for the rule of law.

As a pivotal component of China's dispute resolution framework, judicial mediation historically functioned effectively due to its efficacy in final dispute resolution ("resolving cases and settling disputes"). In recent years, however, it has encountered practical bottlenecks, including a continuous decline in mediation rates, low rates of voluntary performance of mediation agreements, and occasional infringements on the principle of voluntariness. Similarly, the execution settlement system, designed as a critical instrument to alleviate enforcement difficulties, has underperformed due to high default rates, ambiguous legal effects of agreements, restrictive remedy channels, and the ill-defined role of the judiciary. At present, judicial mediation suffers from declining mediation rates and suboptimal voluntary performance, while execution settlement is trapped in a dilemma of high settlement rates coexisting with high repudiation rates. These deficiencies not only impede the realization of litigants' legitimate rights but also induce redundant consumption and waste of judicial resources, thereby exacerbating the judicial burden and diminishing overall dispute resolution efficiency.

Against the backdrop of advancing diversified dispute resolution, this paper analyzes the operational realities, underlying causes, and practical dilemmas of judicial mediation and execution settlement. Drawing upon mature international experiences, it proposes optimization strategies across institutional planning, procedural refinement, and social environment cultivation. Specifically, it advocates for strengthening the interface between litigation and alternative dispute resolution (ADR), securing the legal efficacy of agreements, standardizing judicial intervention, and fostering a collaborative culture of dispute resolution. This research aims to provide a reference for refining China's diversified dispute resolution mechanism, facilitating efficient and equitable dispute resolution, advancing the modernization of social governance, and maintaining social harmony and stability.

Keywords: Diversified Dispute Resolution Mechanism, Judicial Mediation, Execution Settlement, Practical Dilemmas, Optimization Paths

AI 智能体应用中公共数据资源开发利用的法律规制

Legal Regulation of Public Data Resource Development and Utilization in AI Agent Applications

陆金芳（深圳大学创新发展法治研究院，副研究员、博士生）
LU Jinfang (Research Associate and Doctoral Student,
Institute for Innovation and Development of Rule of Law, Shenzhen University)

目 录

绪论

一、AI 智能体调用公共数据资源的规制难题

（一）公共数据利用从人工操作转向智能体自主调用

（二）调用方式从单次开放转向持续调用

（三）多重风险取代单一的数据泄露风险

二、现行公共数据资源开发利用制度的适配局限

（一）分类分级制度难以识别调用系统的能力差异

（二）授权运营制度难以约束智能体应用中的授权目的偏离

（三）静态审查难以覆盖智能体持续运行风险

（四）调用链损害中的责任主体难以认定

三、公共数据资源场景化准入与持续控制机制的制度建构

（一）以智能体类型、任务目的与应用场景为准入审查要素

（二）从概括授权转向用途限定授权

（三）持续风险的全过程监管

（四）调用链责任的认定与分配

四、结语

绪论

公共数据资源开发利用是数据基础制度建设的重要环节。自《数据二十条》提出建立公共数据确权授权使用机制以来，我国公共数据治理已从政务信息共享、公共数据开放，逐步扩展至公共数据资源登记、授权运营与信息披露等更为系统的制度安排。¹在这一过程中，公共数据不再只是行政机关履职中形成的管理记录，也不再仅是面向社会开放的可查询信息，而逐渐转化为可加工、可计算、可服务化供给的数据要素资源；其制度功能亦由提升政府透明度，进一步延伸至激活数据要素、培育数字经济与支撑公共治理现代化。²

公共数据利用方式亦随之发生变化。传统开发利用多表现为人工查询、接口调用、数据产品服务或运营机构组织开发；随着生成式人工智能向 AI 智能体演进，公共数据开发利用出现新的技术形态：智能体能够围绕特定任务目标，自主规划步骤、调用工具、检索数据并反馈结果，必要时还可发起外部操作。³在政务辅助、公共服务与产业分析等场景中，智能体已具备嵌入数据处理流程、参与生成决策辅助结果的现实可能。

这一变化不能仅从效率提升加以理解。AI 智能体虽非法律主体，但其运行具有目标导向、连续调用与工具交互等特征，能够实际影响数据的调用对

¹参见《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》(2022)；《中共中央办公厅 国务院办公厅关于加快公共数据资源开发利用的意见》(2024)；国家发展改革委、国家数据局：《公共数据资源登记管理暂行办法》(发改数据规〔2025〕26号)；国家发展改革委、国家数据局：《公共数据资源授权运营实施规范（试行）》(发改数据规〔2025〕27号)；国家发展改革委、国家数据局：《关于建立公共数据资源授权运营价格形成机制的通知》(发改价格〔2025〕65号)；国家数据局综合司：《关于做好公共数据资源授权运营信息披露工作的通知》(2026)；支振锋：《公共数据资源开发利用促进及其体系化制度构建》，载《行政法学研究》第4期(2025)。

²参见冯洋：《公共数据资源化的理论构造与制度展开》，载《东方法学》第2期(2026)；叶明、商潇元：《从行政资源到竞争工具：公共数据的功能演进与反垄断回应》，载《科技与法律（中英文）》第3期(2026)。

³参见 WANG, Lei et al., “A Survey on Large Language Model based Autonomous Agents,” arXiv (2023), 1；何炼红、朱曦青：《论人工智能数据公共领域深度共享机制的构建》，载《中南大学学报（社会科学版）》第6期(2024)。

象、范围与频率。由此，智能体不再只是被动执行指令的技术工具，而成为公共数据开发利用中具有实质影响的实际调用节点。公共数据治理的重心也相应发生转移：问题不再只是公共数据能否开放、由谁运营、如何定价，而是何种智能体可以基于何种任务、在何种场景下、以何种权限持续调用公共数据。

我国现行制度已为公共数据开发利用提供了基本框架。《数据安全法》确立数据分类分级保护原则，《个人信息保护法》就自动化决策与个人信息处理提出要求，《网络数据安全条例》进一步强化网络数据处理活动中的安全义务；公共数据授权运营制度则就授权主体、授权范围、运营期限与安全管理责任等作出安排。⁴这些制度对于破解公共数据“不敢用”“不能用”“低效用”具有重要意义，也为公共数据进入人工智能应用场景奠定了制度基础。⁵

智能体应用由此使既有制度的规制对象和控制时点发生错位。现行制度主要围绕数据资源与授权主体展开，其基本思路是以二者为中心配置开发利用规则。智能体应用中的风险并不完全取决于数据本身，还取决于模型能力、工具权限与部署场景等因素。同一类公共数据，在政务问答、信用评价、医疗或执法辅助等不同场景下，其风险等级与法律后果并不相同。⁶若仍主要依赖入口审查、静态授权与事后追责，便难以覆盖智能体持续运行中的授权目的偏离、越权调用与责任断裂等问题。

⁴参见《中华人民共和国数据安全法》(2021)；《中华人民共和国个人信息保护法》(2021)；《网络数据安全条例》(2024)；国家发展改革委、国家数据局：《公共数据资源授权运营实施规范（试行）》(发改数据规〔2025〕27号)。

⁵参见马颜昕：《公共数据授权运营的类型构建与制度展开》，载《中外法学》第2期(2023)。

⁶参见雷刚、周栩蓉：《论公共数据流通利用风险的场景化规制》，载《征信》第3期(2026)。

既有研究构成本文的讨论基础，但对智能体场景下公共数据持续调用的制度后果仍论及不足。其一，公共数据授权运营研究已从法律性质、行政特许、国家担保责任与垄断风险等角度展开，揭示了主体准入、竞争秩序与公平利用等核心问题；⁷其二，数据界权研究提示，数据治理不宜局限于所有权归属，而应转向围绕数据流通利用所形成的多元法律关系配置；⁸其三，面向公共数据流通利用风险，已有研究主张引入场景化理论，对风险进行分级分类的动态规制。⁹但既有成果仍较少将 AI 智能体作为公共数据开发利用中的特殊应用形态加以处理，也较少从持续调用的角度阐明授权运营制度在智能体场景中的适配限度。

据此，本文围绕三个问题展开：在 AI 智能体应用中，公共数据开发利用为何不能继续停留于静态授权与一般安全审查？现行制度在哪些方面难以回应智能体调用系统的能力差异、授权目的偏离、持续运行与调用链条中的损害？又应如何在既有授权运营制度基础上构建场景化准入与持续控制机制，以实现公共数据的安全可控与有效利用？需要说明的是，本文所称“场景化准入与持续控制”，并非新增普遍性行政许可，而是在授权运营框架内引入持续性、场景化与比例化的条件控制。

一、AI 智能体调用公共数据资源的规制难题

⁷参见王年：《公共数据授权运营的法律性质与制度构建》，载《江汉论坛》第5期(2025)；张帅宇：《公共数据授权运营的行政程序分配》，载《交大法学》第3期(2026)；赵舒捷：《公共数据授权运营的国家担保责任重构》，载《东方法学》第5期(2025)；张涛：《公共数据授权运营中的国家担保责任及其调控面向》，载《清华法学》第2期(2024)；钟颖：《公共数据授权运营的反垄断规制》，载《比较法研究》第6期(2025)；王锡铤、黄智杰：《公平利用权：公共数据开放制度建构的权利基础》，载《华东政法大学学报》第2期(2022)。

⁸参见戴昕：《数据界权的关系进阶》，载《中外法学》第6期(2021)；包晓丽：《公共数据权属配置的再结构化》，载《环球法律评论》第1期(2025)。

⁹参见韩世鹏：《特许经营权视角下公共数据授权运营的实践困境与纾解路径》，载《金融发展研究》第4期(2025)；郭如愿：《论公共数据的合规授权运营》，载《行政法学研究》第4期(2026)。

智能体调用公共数据资源所引发的规制难题，并非既有数据安全问题的数量累积，而是利用结构发生变化后的制度适配问题。调用主体、调用过程和风险形态的变化，使公共数据开发利用不再能够完全依赖既有的静态授权结构予以处理。

（一）公共数据利用从人工操作转向智能体自主调用

传统公共数据开发利用，无论表现为自然人查询、企业申请还是运营机构组织开发，其共同特征都是利用行为可以归属于明确的法律主体：利用者提出申请、接受授权、承担约定义务，制度也据此把授权、审查与责任锚定于相应主体。这一安排的隐含前提，是利用行为与法律主体之间存在相对稳定而直接的对应关系。

智能体的介入松动了这一对应关系。与执行预设单一指令的一般算法工具不同，AI 智能体通常以任务目标为导向，能够在运行中自主规划步骤、选择工具并检索数据，动态调整调用路径。¹⁰就公共数据利用而言，具体调用路径可能由智能体依据预设目标与策略生成，而非由自然人逐项即时决定，智能体由此成为实际的数据调用节点。需要强调的是，主张智能体是实际调用节点，并非主张其具有法律人格或责任主体地位；法律评价最终仍应落到其背后的开发者、部署者、运营机构与使用者身上。¹¹

由此产生的规范问题在于，访问决策的技术形成过程与法律责任的配置结构并不完全重合：制度所审查、所授权的对象，通常是数据利用主体、运营机构或应用项目；而运行中具体发起调用、调整路径、组合数据的，则可

¹⁰参见 MASTERMAN, Tula et al., “The Landscape of Emerging AI Agent Architectures for Reasoning, Planning, and Tool Calling: A Survey,” arXiv (2024), 2。

¹¹参见陈天昊：《端侧智能体的监管定位、风险结构与规范构建》，载《东方法学》第1期(2026)。

能是一个自动化、持续化、可迁移的智能体系统。这一变化构成后续制度分析的起点。

（二）调用方式从单次开放转向持续调用

调用结构变化同时改变了公共数据利用的时间结构。在传统制度想象中，数据利用较易被抽象为申请、审批、获取、使用等相对离散的环节；公共数据开放与授权运营制度也在相当程度上体现出入口控制与静态授权的治理取向，即通过数据目录、主体资质、授权协议与安全承诺，在利用入口处一次性确定可用范围与合规义务。¹²

智能体运行则呈现为持续的、动态的调用流。为完成一项任务，智能体可能反复调用同一接口以获取更新数据，可能根据中间结果动态决定下一步调取哪些数据，也可能跨越多个数据库组合不同来源的数据以支撑推断。调用不再只是任务开始时的一次动作，而是贯穿任务全过程的一种状态。¹³

这一转变至少产生两方面制度后果。其一，授权时所审查的利用情形，与运行中实际发生的利用情形可能并不一致——审查针对的是任务起点的静态状态，而风险产生于其后持续展开的动态过程。其二，单次调用看似均在授权范围之内，但持续、高频、跨库的累积调用，可能在整体上超出授权目的所能容纳的限度，形成“分步合规、整体越界”的局面。持续调用使利用行为的边界，由一个清晰的时点，变为一段需要被持续观测与动态校验的过程。

（三）多重风险取代单一的数据泄露风险

¹²参见张帅宇：《公共数据授权运营的行政程序分配》，载《交大法学》第3期(2026)；郭如愿：《论公共数据的合规授权运营》，载《行政法学研究》第4期(2026)。

¹³参见 YEUNG, Karen, “Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation,” 12 *Regulation & Governance* (2018), 505。

调用主体和调用过程的变化，进一步改变了公共数据利用的风险形态。在传统公共数据开放场景下，核心风险较多表现为数据泄露、再识别与个人信息保护问题，制度防范重心也相应落在数据安全、个人信息保护与脱敏处理之上。¹⁴这类风险并未因智能体介入而消失，但已不足以涵盖智能体调用所引发的风险全貌。

智能体调用公共数据资源的风险，至少可归为三个层次。在个人权益层面，智能体对多源数据的自动化组合，使原本分散、脱敏或低敏感度的公共数据可能被重新关联，再识别与个体画像风险显著放大。在数据安全层面，持续、高频调用本身即构成对接口、平台与系统的压力，越权调用、调用范围逾越授权边界等情形更易发生，也更难即时察觉。在决策与公共利益层面，智能体往往不止于提供数据，还据以生成判断、建议乃至触发后续行动；一旦数据存在偏差或推断逻辑存在缺陷，错误便会经由自动化处理结果被放大，并可能影响不特定多数人。¹⁵

上述风险在具体任务中往往交织发生。一次跨库组合，既可能侵害个人权益，又可能因推断错误导致公共治理决策失当。风险由单一、可定位的数据泄露事件，转变为多层、交织、随运行过程动态生成的复合形态。这正是现行制度出现适配困难的重要原因。可见，公共数据自动化利用的主要风险往往不是单一泄露，而是数据汇聚、模型推断与行政后果相互叠加。荷兰 SyRI 案中，政府为识别社会保障欺诈风险而整合多部门数据，海牙地区法院

¹⁴参见张玫瑰、张琪梦：《人工智能时代公共空间数据个人信息保护机制研究》，载《情报科学》第8期(2025)。

¹⁵参见张玫瑰、张琪梦：《人工智能时代公共空间数据个人信息保护机制研究》，载《情报科学》第8期(2025)；王正超：《公共数据开发利用中大模型应用的安全风险与治理路径》，载《情报杂志》第6期(2026)，第159-167页；苏宇：《公共数据污染的法律治理》，载《交大法学》第2期(2025)；马方、陈云志：《公共数据的国家安全风险及其应对：一项情报学视角的分析》，载《情报杂志》第3期(2026)；BAROCAS, Solon and SELBST, Andrew D., “Big Data’s Disparate Impact,” 104 California Law Review (2016), 671; MITTELSTADT, Brent Daniel et al., “The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate,” 3 Big Data & Society (2016), 1。

认为有关制度未能以充分透明和比例控制说明大规模数据处理的必要性，与《欧洲人权公约》第 8 条保护的私人生活权不相容。¹⁶澳大利亚 Robodebt 事件则表明，当福利债务追缴过度依赖收入平均化和自动化匹配时，错误数据处理会沿行政链条转化为大规模实体损害；皇家委员会最终将其归结为法律审查、行政执行与政治问责的系统性失败。¹⁷上述案例虽发生于不同法域，但其共同指向在于：公共部门以数据组合和自动化推断辅助治理时，风险并不止于数据安全事件，而可能表现为数据处理、程序保障与实体后果的复合失衡。

二、现行公共数据资源开发利用制度的适配局限

如前所述，智能体调用在访问结构、利用过程与风险形态三个层面改变了公共数据利用的结构。我国现行制度并非对此全无回应，已形成以分类分级、授权运营与信息披露等为主要内容的制度体系。¹⁸但这一体系仍较多围绕数据属性、数据资源范围、授权主体与运营机构展开，对智能体能力、任务目标与持续运行过程的识别和控制仍显不足。

（一）分类分级制度难以识别调用系统的能力差异

数据分类分级是现行数据治理的基础性制度。《数据安全法》确立按数据重要程度实行分类分级保护的原则，GB/T 43697—2024《数据安全技术 数据分类分级规则》进一步从影响对象、影响程度、数据类别等方面提供了分

¹⁶参见 Rechtbank Den Haag, 5 February 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1878; BEKKUM, Marvin van and BORGESIU, Frederik Zuiderveen, “Digital Welfare Fraud Detection and the Dutch SyRI Judgment,” 23 *European Journal of Social Security* (2021), 323.

¹⁷参见 ROYAL COMMISSION INTO THE ROBODEBT SCHEME, *Report of the Royal Commission into the Robodebt Scheme* (2023).

¹⁸参见冯洋：《公共数据资源登记的二阶结构与制度构造》，载《法治研究》第 3 期(2026)。

类分级方法。¹⁹这一制度的内在逻辑，是以数据自身属性作为风险判断的重要标尺，据以匹配差异化的保护与利用要求。

该逻辑在一般利用场景下具有合理性，因为风险判断较多围绕“被利用的是什么数据”展开。但在智能体应用场景下，风险来源不再仅是数据属性，还取决于“由什么样的智能体来利用”。同一批公共数据，交由一个仅执行只读查询的检索型智能体，与交由一个能够跨库组合、自主推断并触发外部行动的智能体，所对应的风险强度明显不同：后者即便调用的是低敏感度数据，也可能因强大的组合、推断与行动能力，放大再识别、错误决策或外部损害风险。

智能体的模型能力、工具权限、调用范围与外部行动能力，会独立影响公共数据利用的风险强度。此类风险并不单纯附着于数据本身，而与调用系统的能力结构相关，因而难以完全通过数据分类分级加以识别和度量。²⁰换言之，分类分级制度能够回答“什么数据具有何种敏感性”，却难以单独回答“不同智能体的调用能力对应何种风险强度”。当风险变量从数据一侧扩展到调用系统一侧，仅以数据属性为中心的分级便出现识别盲区。

（二）授权运营制度难以约束智能体应用中的授权目的偏离

¹⁹参见《中华人民共和国数据安全法》第21条；GB/T 43697—2024《数据安全技术 数据分类分级规则》；刘崇瑞：《整体性治理视域下公共数据分类分级的治理框架与实现路径》，载《情报科学》第3期(2025)；张运昊：《公共数据的动态体系化识别》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》第4期(2025)。

²⁰参见 WANG, Lei et al., “A Survey on Large Language Model based Autonomous Agents,” arXiv (2023), 1; MASTERMAN, Tula et al., “The Landscape of Emerging AI Agent Architectures for Reasoning, Planning, and Tool Calling: A Survey,” arXiv (2024), 2; PASQUALE, Frank, The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information, Harvard University Press (2015), 8。

公共数据资源授权运营制度重在明确授权主体、数据资源范围、运营期限与安全管理责任等事项，通过授权将公共数据开发利用纳入可控轨道。²¹既有研究已从行政特许、公共资产运营、国家担保责任、公益性与营利性协调等角度对授权运营作出解释，说明其是我国公共数据供给的重要制度创新。

22

授权运营发挥约束作用的前提，是授权时设定的目的与范围能够框定此后的利用行为。智能体应用却具有显著的任务扩展与场景迁移特征。一方面，授权目的若表述过于宽泛，如“用于公共服务优化”“用于产业分析”或“用于技术测试”，智能体在运行中便可能将同一批数据进一步用于模型训练、商业分析、个体画像或第三方服务等并未被明确纳入授权范围的活动。另一方面，智能体常被部署于可叠加、可衔接的任务链中，一项任务的输出会成为下一项任务的输入，利用目的可能随任务链延展而偏离原授权范围。

上述情形实质上属于授权目的偏离。目的表述过于概括的授权对此约束有限：它能够在授权时点划定一个大致边界，却不一定具备在运行过程中持续校验当前利用是否仍在原任务目的之内的机制。授权运营所擅长回答的是获得授权的主体可以利用哪些公共数据，而智能体应用进一步提出获得授权之后，任务目的会否在持续运行中发生实质扩张的问题。事实上，数据超授权使用已被视为授权运营的首要安全风险，智能体的持续、自主调用只会使这一风险更难在入口处一次性锁定。²³

（三）静态审查难以覆盖智能体持续运行风险

²¹参见国家发展改革委、国家数据局：《公共数据资源授权运营实施规范（试行）》（发改数据规〔2025〕27号）。

²²参见汪庆华、杨璐璐：《公共数据授权运营的理论逻辑与制度激励》，载《中国法律评论》第3期（2026），第111-124页。

²³参见王东方：《公共数据授权运营中的数据安全风险及其体系化治理》，载《图书馆》第9期（2025）；郭如愿：《论公共数据的合规授权运营》，载《行政法学研究》第4期（2026）。

与授权相配套，现行制度仍较多依赖入口审查、主体资质与授权协议控制。在公共数据开放、共享与授权运营的入口处，制度通常要求审查数据资源范围、申请主体资质与安全保障能力等。²⁴这种入口把关式安排，与离散、一次性的人工利用图景具有较高适配性。

智能体的持续运行打破了这一匹配。智能体调用是持续展开的动态过程，风险并不集中于任务起点，而是在其后的反复调用、动态组合与跨库推断中持续生成。静态审查所核验的是任务起点的状态，真正需要被监控的却是起点之后难以预先穷尽的运行过程。这就造成监管时点与风险时点的错位：审查发生在风险尚未充分展开之时，风险却生成于审查完成之后。²⁵

更重要的是，智能体运行的具体路径往往不可事前完全预见。它可能根据中间结果自主决定后续调用，进而改变调用频率、组合方式与输出结果。纵使入口审查较为严格，也只能审定一个起点，而无法完整跟随一个过程。缺乏运行过程中的持续监测、记录、预警与权限调整机制，因而成为现行监管需要补足的环节。

（四）调用链损害中的责任主体难以认定

智能体调用公共数据资源，通常牵涉数据管理机构、实施与运营机构、模型开发者、应用部署者及平台服务提供者等多方主体。现行责任安排总体上仍沿用按主体分割的思路：各主体在各自环节内承担与其角色相对应的责任——数据管理机构承担统筹管理与监督责任，实施机构与运营机构承担接

²⁴参见国家发展改革委、国家数据局：《公共数据资源授权运营实施规范（试行）》（发改数据规〔2025〕27号）；张帅宇：《公共数据授权运营的行政程序分配》，载《交大法学》第3期（2026）。

²⁵参见 KROLL, Joshua A. et al., “Accountable Algorithms,” 165 University of Pennsylvania Law Review (2017), 633; YEUNG, Karen, “Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation,” 12 Regulation & Governance (2018), 505。

口管理、服务供给与安全保障责任，应用部署者与使用者承担相应的使用责任。²⁶

智能体调用使各环节行为高度交织，难以清晰切割。一项损害的发生，可能是数据本身存在偏差、模型推断逻辑存在缺陷、部署环节缺乏人工复核等多重因素叠加的结果，而这些因素分布在调用链的不同环节、归属于不同主体。当损害是链条整体运行的产物，按主体分割的责任规则便面临两重困难：其一，难以将交织生成的损害结果准确归因于某一孤立环节；其二，各主体均可主张损害源于他方环节，从而出现人人有关联、却无人承担充分责任的空隙。

智能体的自动化调用进一步加剧这一困难。当部分判断由智能体依据目标与策略生成，而非由任何自然人逐项直接指令时，谁的行为导致了损害这一传统归责起点本身便变得模糊。责任规则若仍仅着眼于分割好的各个主体各自做了什么，便难以回应贯穿各主体的整条调用链如何共同导致损害的问题。²⁷

三、公共数据资源场景化准入与持续控制机制的制度建构

针对前述局限，公共数据治理有必要在既有授权运营框架内引入场景化准入与持续控制。这一思路并非另设普遍性行政许可，而是在分类分级和授权运营制度内部调整审查对象、授权边界、监管时点和责任分配：准入审查对象由数据与主体扩展至智能体类型、任务目的与应用场景；授权效力由概括授权收束为用途限定；监管由入口审查延伸为运行全过程控制；责任由按

²⁶参见刘丽娜：《公共数据资源利用的政府责任与义务的法律边界》，载《行政论坛》第4期(2025)；郭文涛：《公共数据共享法律责任的理论逻辑和实践价值》，载《东方法学》第2期(2026)。

²⁷参见 HILDEBRANDT, Mireille, “Algorithmic Regulation and the Rule of Law,” 376 *Philosophical Transactions of the Royal Society A* (2018), 20170355; KROLL, Joshua A. et al., “Accountable Algorithms,” 165 *University of Pennsylvania Law Review* (2017), 633。

主体分割转为依调用链认定。其目的在于使公共数据利用规则能够覆盖智能体调用的主要风险环节。

（一）以智能体类型、任务目的与应用场景为准入审查要素

分类分级以数据属性为重要标尺，难以充分识别由调用系统能力差异引发的风险。相应的准入审查不宜限于数据属性，而应扩展至调用系统和应用场景：在利用的是什么数据之外，进一步审查由什么样的智能体、为何种任务、在什么场景下利用。智能体类型用于识别模型能力、工具权限以及是否具备跨库组合与外部行动能力；任务目的对应利用的正当性、必要性与比例性；应用场景对应损害一旦发生所波及的范围与严重程度。三者并非取代数据分级，而是与数据分级共同决定准入条件。²⁸

上述要素可以共同用于判断智能体应用的风险水平，并据此配置差异化准入条件。对于仅执行只读查询、不具备外部行动能力、应用于低敏感场景的低风险智能体，可探索备案、负面清单或简化程序；对于具备跨库组合、自主推断能力，并应用于个人重大权益、公共治理决策或公共安全场景的中高风险智能体，则应设置更高准入门槛，并叠加后续运行监管。

域外立法经验可以为这一判断提供参照。欧盟《人工智能法案》并非仅按数据敏感程度识别风险，而是将系统用途和应用场景纳入高风险判断；附录三将基本公共服务、执法、移民与司法程序等领域中的特定 AI 系统列为高风险，并配置风险管理、数据治理、日志记录与人为监督等义务。²⁹加拿大联邦《自动化决策指令》亦采取影响等级思路，通过算法影响评估工具综合

²⁸参见 MANTELERO, Alessandro, “AI and Big Data: A Blueprint for a Human Rights, Social and Ethical Impact Assessment,” 34 Computer Law & Security Review (2018), 754.

²⁹参见 EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL, Regulation (EU) 2024/1689 of 13 June 2024 Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) (2024), arts. 6, 9-15 and Annex III.

考量系统设计、决策类型、影响程度与数据因素，并按等级配置告知、解释、人工干预和应急计划等要求。³⁰这些制度经验表明，自动化系统的风险判断不能止于数据类型，而应同时考察系统能力、使用目的、影响对象和运行场景。

在鼓励数据要素流通的背景下，场景化准入与持续控制不应演化为普遍加码。其正当性基础在于风险分级与比例控制：绝大多数低风险应用所受约束不应增加，审查资源应集中投向能力较强、影响范围较大的应用；准入条件应与智能体能力及其潜在影响相称，不得超出防范相应风险的必要限度。就此，可借鉴以“能力优先、竞争主导”为基础、仅在安全与利用优先的特殊情形下例外适用直接授权的思路，避免因新增审查而不合理地抬高市场进入成本。³¹³²

（二）从概括授权转向用途限定授权

针对授权运营难以约束授权目的偏离的问题，应将授权边界进一步具体化为用途限定。所谓用途限定授权，是指授权效力不仅系于获得授权的主体，也应系于被授权的数据利用目的和任务类型。授权文件应明确智能体可调用的数据范围、利用目的、调用方式、输出形式与禁止用途等，使授权边界与特定任务类型相对应；超出授权任务类型且实质改变利用目的的，应触发补充授权或重新审查。³³

³⁰参见 GOVERNMENT OF CANADA, Directive on Automated Decision-Making (2025); GOVERNMENT OF CANADA, Algorithmic Impact Assessment Tool (2025)。

³¹参见房绍坤、王耕：《〈民营经济促进法〉视角下公共数据授权运营违反竞争中立的问题与法治应对》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》第1期(2026)。

³²参见汪庆华、杨璐璐：《公共数据授权运营的理论逻辑与制度激励》，载《中国法律评论》第3期(2026)，第111-124页。

³³参见国家发展改革委、国家数据局：《公共数据资源授权运营实施规范（试行）》（发改数据规〔2025〕27号）；郭如愿：《论公共数据的合规授权运营》，载《行政法学研究》第4期(2026)。

用途限定授权主要针对两类授权目的偏离情形。对于因目的表述宽泛而发生的用途偏离，应通过具体化授权目的、列举禁止用途等方式压缩解释空间：例如，未经另行授权，不得将原本用于公共服务优化的数据进一步用于模型训练、商业画像、歧视性定价或第三方营销服务。³⁴对于因任务链延展而发生的用途偏离，应确立重大任务变更触发补充审查的规则：任务链中新增的衔接任务若实质改变数据利用目的，应触发补充授权，而非自动沿用既有授权。

用途限定授权可能增加授权颗粒度，因而应与类型化授权相结合。对于同类、低风险、重复性任务，可设置任务类型授权；对于高风险任务，则应要求更细致的用途说明、输出控制与运行记录。其重点不在于对每一次调用重新审批，而在于使授权边界能够随利用目的的实质变化进行校正。

（三）持续风险的全过程监管

静态审查只能控制利用入口，难以覆盖运行过程。对于中高风险智能体应用，应将监管节点从入口处延展至运行中与运行后，形成事前准入、事中监测和事后追责相衔接的机制。我国公共数据授权运营信息披露制度已开始强化授权、运营与服务清单的透明化管理，后续可进一步与运行日志、接口权限及异常调用处置机制相衔接。³⁵

在具体机制上，事中监测可依托日志留痕与接口限流实现：应要求中高风险智能体对调用行为予以完整记录，使每一次调用的时间、对象、范围与输出结果均可追溯；同时通过对调用频率、调用范围与接口权限的限制，防

³⁴参见钟颖：《公共数据授权运营的反垄断规制》，载《比较法研究》第6期(2025)。

³⁵参见国家数据局综合司：《关于做好公共数据资源授权运营信息披露工作的通知》(2026)。

范持续高频调用累积成的越界与系统压力。³⁶数据沙箱、可信执行环境等技术机制，可将智能体的调用与组合限定于受控环境，实现数据“可用不可见”；监管沙箱则可用于受监督的创新测试，与包容审慎监管理念相衔接。³⁷

对于可能影响个人重大权益、公共治理决策或公共安全的环节，应嵌入人工复核，使关键判断在外化为现实后果之前保留人的把关。事后则以算法审计核验智能体的调用逻辑、决策过程与输出结果是否符合授权要求，并配置权限撤回机制：一旦发现越权调用、授权目的偏离或重大安全风险，即时中止或降级其调用权限。上述安排可以将授权运营监管由一次性入口控制，推进为运行过程中的持续观测和必要干预，从而缓解监管时点与风险时点的错位。³⁸

（四）调用链责任的认定与分配

针对调用链条中的损害归责困难，应以调用链为线索认定和分配责任。这并非否定既有主体责任，而是在多主体协作、损害交织生成的场景中，根据各主体的实际控制力、收益归属、风险贡献和合规义务违反程度确定责任。

39

调用链责任的认定以调用过程可追溯为前提，因而需要日志留痕、算法审计与信息披露的制度支撑。只有保存运行全过程记录，事后才能回溯各主

³⁶参见 KROLL, Joshua A. et al., “Accountable Algorithms,” 165 University of Pennsylvania Law Review (2017), 633; WACHTER, Sandra, MITTELSTADT, Brent and RUSSELL, Chris, “Counterfactual Explanations without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR,” 31 Harvard Journal of Law & Technology (2018), 841; ARRIETA, Alejandro Barredo et al., “Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI,” 58 Information Fusion (2020), 82。

³⁷参见《中共中央办公厅 国务院办公厅关于加快公共数据资源开发利用的意见》(2024)。

³⁸参见 YEUNG, Karen, “Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation,” 12 Regulation & Governance (2018), 517。

³⁹参见凌斌：《法律救济的规则选择：财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》，载《中国法学》第6期(2012)。

体在损害形成中的具体作用。在此基础上，责任分配应综合考量控制力、收益归属、风险贡献与义务违反程度。对相关环节具有更强控制力、从数据利用中获得主要收益、对风险形成贡献更大，或者违反安全保障、审查、复核、告知等义务的主体，应承担相应更重的责任。

据此，数据管理机构承担统筹管理与监督责任，实施机构与运营机构承担授权边界、接口管理与安全保障责任，模型开发者承担调用控制、技术安全与可解释性支持责任，应用部署者承担场景适配、风险评估与人工复核责任，平台服务提供者则承担公平接入、防止排他性利用与不当自我优待的义务。⁴⁰⁴¹这种责任配置并非回到单一主体归责，而是依据个案中各主体对损害的实际贡献，在调用链条中确定责任来源，并为多因交织的损害保留按比例分担的空间。

四、结语

AI 智能体对公共数据资源开发利用的影响，不限于工具效率层面，而在于改变了访问结构、利用过程与风险形态：访问结构由人工主导转向智能体参与，利用过程由离散的单次开放转向持续的动态调用，风险由单一的数据泄露转向多层交织的复合形态。面对这一转变，以数据开放与授权运营为中心、以数据资源和授权主体为主要抓手的静态制度，显出适配上的局限。据此，公共数据治理需要在静态授权基础上引入场景化准入与持续控制。只有使准入、授权、监管与责任规则之间形成可检验的制度衔接，公共数据的智能化利用才可能兼顾安全控制与价值释放。

⁴⁰参见刘丽娜：《公共数据资源利用的政府责任与义务的法律边界》，载《行政论坛》第4期(2025)。

⁴¹参见叶明、商潇元：《从行政资源到竞争工具：公共数据的功能演进与反垄断回应》，载《科技与法律（中英文）》第3期(2026)。

参考文献

1. 国内文献

<论文>

包晓丽：《公共数据权属配置的再结构化》，载《环球法律评论》第1期，2025。

陈天昊：《端侧智能体的监管定位、风险结构与规范构建》，载《东方法学》第1期，2026。

戴昕：《数据界权的关系进路》，载《中外法学》第6期，2021。

房绍坤、王耕：《〈民营经济促进法〉视角下公共数据授权运营违反竞争中立的问题与法治应对》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》第1期，2026。

冯洋：《公共数据资源登记的二阶结构与制度构造》，载《法治研究》第3期，2026。

冯洋：《公共数据资源化的理论构造与制度展开》，载《东方法学》第2期，2026。

郭如愿：《论公共数据的合规授权运营》，载《行政法学研究》第4期，2026。

郭文涛：《公共数据共享法律责任的理论逻辑和实践价值》，载《东方法学》第2期，2026。

韩世鹏：《特许经营权视角下公共数据授权运营的实践困境与纾解路径》，载《金融发展研究》第4期，2025。

何炼红、朱曦青：《论人工智能数据公共领域深度共享机制的构建》，载《中南大学学报（社会科学版）》第6期，2024。

雷刚、周栩蓉：《论公共数据流通利用风险的场景化规制》，载《征信》第3期，2026。

凌斌：《法律救济的规则选择：财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》，载《中国法学》第6期，2012。

刘崇瑞：《整体性治理视域下公共数据分类分级的治理框架与实现路径》，载《情报科学》第3期，2025。

刘丽娜：《公共数据资源利用的政府责任与义务的法律边界》，载《行政论坛》第4期，2025。

马方、陈云志：《公共数据的国家安全风险及其应对：一项情报学视角的分析》，载《情报杂志》第3期，2026。

马颜昕：《公共数据授权运营的类型构建与制度展开》，载《中外法学》第2期，2023。

苏宇：《公共数据污染的法律治理》，载《交大法学》第2期，2025。

王东方：《公共数据授权运营中的数据安全风险及其体系化治理》，载《图书馆》第9期，2025。

王年：《公共数据授权运营的法律性质与制度构建》，载《江汉论坛》第5期，2025。

汪庆华、杨璐璐：《公共数据授权运营的理论逻辑与制度激励》，载《中国法律评论》第3期，2026。

王锡铎、黄智杰：《公平利用权：公共数据开放制度建构的权利基础》，载《华东政法大学学报》第2期，2022。

王正超：《公共数据开发利用中大模型应用的安全风险与治理路径》，载《情报杂志》第6期，2026。

魏昌东、郑淑珺：《数字时代公共数据滥用的刑法规制》，载《新文科教育研究》第1期，2026。

叶明、商潇元：《从行政资源到竞争工具：公共数据的功能演进与反垄断回应》，载《科技与法律（中英文）》第3期，2026。

张玫瑰、张琪梦：《人工智能时代公共空间数据个人信息保护机制研究》，载《情报科学》第8期，2025。

张帅宇：《公共数据授权运营的行政程序分配》，载《交大法学》第3期，2026。

张涛：《公共数据授权运营中的国家担保责任及其调控面向》，载《清华法学》第2期，2024。

张运昊：《公共数据的动态体系化识别》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》第4期，2025。

赵舒捷：《公共数据授权运营的国家担保责任重构》，载《东方法学》第5期，2025。

支振锋：《公共数据资源开发利用促进及其体系化制度构建》，载《行政法学研究》第4期，2025。

钟颖：《公共数据授权运营的反垄断规制》，载《比较法研究》第6期，2025。

2. 外文文献

[英文]

<著作>

PASQUALE, Frank, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015.

<论文>

ARRIETA, Alejandro Barredo et al., “Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI,” 58 *Information Fusion*, 2020.

BAROCAS, Solon and SELBST, Andrew D., “Big Data’ s Disparate Impact,” 104 *California Law Review*, 2016.

BEKKUM, Marvin van and BORGESIOUS, Frederik Zuiderveen, “Digital Welfare Fraud Detection and the Dutch SyRI Judgment,” 23 *European Journal of Social Security*, 2021.

HILDEBRANDT, Mireille, “Algorithmic Regulation and the Rule of Law,” 376 *Philosophical Transactions of the Royal Society A*, 2018.

KROLL, Joshua A. et al., “Accountable Algorithms,” 165 *University of Pennsylvania Law Review*, 2017.

MANTELERO, Alessandro, “AI and Big Data: A Blueprint for a Human Rights, Social and Ethical Impact Assessment,” 34 *Computer Law & Security Review*, 2018.

MASTERMAN, Tula et al., “The Landscape of Emerging AI Agent Architectures for Reasoning, Planning, and Tool Calling: A Survey,” *arXiv*, 2024.

MITTELSTADT, Brent Daniel et al., “The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate,” 3 *Big Data & Society*, 2016.

WACHTER, Sandra, MITTELSTADT, Brent and RUSSELL, Chris, “Counterfactual Explanations without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR,” 31 *Harvard Journal of Law & Technology*, 2018.

WANG, Lei et al., “A Survey on Large Language Model based Autonomous Agents,” *arXiv*, 2023.

YEUNG, Karen, “Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation,” 12 *Regulation & Governance*, 2018.

<其他>

NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY, *Artificial Intelligence Risk Management Framework (AI RMF 1.0)*, 2023.

ROYAL COMMISSION INTO THE ROBODEBT SCHEME, *Report of the Royal Commission into the Robodebt Scheme*, 2023.

摘要

公共数据资源开发利用正从人工查询、接口服务与静态授权，转向 AI 智能体在预设目标与权限范围内的自动化调用、持续运行与跨场景组合。AI 智能体虽非独立法律主体，却能够实际影响公共数据调用对象、范围与频率，因而使现行授权运营制度面临新的适配压力。我国已形成以分类分级、授权运营与信息披露等为主要内容的制度框架，能够回应一般开发利用问题，但对调用系统的能力差异、授权目的偏离与多主体责任分散等问题的控制仍显不足。其症结不在于制度整体失灵，而在于既有规则仍以数据资源、授权主体与入口审查为主要抓手，对运行过程中的风险变化缺乏持续控制。对此，应在既有授权运营框架内引入场景化准入与持续控制机制：以智能体类型、任务目的与应用场景共同确定准入条件，以用途限定授权约束目的扩张，以全过程监管控制持续风险，并以调用链责任弥合主体分割所留的责任空隙。由此，公共数据智能化利用才可能在安全可控、公益优先与公平利用之间取得制度均衡。

关键词：公共数据资源；AI 智能体；场景化准入；用途限定授权；调用链责任

A b s t r a c t

The development and utilization of public data resources are shifting from manual queries, interface-based services and static authorization toward automated invocation, continuous operation and cross-scenario combination by AI agents acting within preset objectives and permission boundaries. Although AI agents are not independent legal subjects, their operation may affect the object, scope and frequency of public data invocation, thereby placing new pressure on the existing authorized-operation regime. China has developed a framework centered on data classification and grading, registration, openness and sharing, authorized operation, price formation and information disclosure. This framework can address ordinary data utilization, but it does not fully control risks arising from model capability, tool permission, deviation from authorized purposes, continuous invocation and dispersed liability among multiple actors. The difficulty does not lie in wholesale institutional failure, but in the continued reliance of existing rules on data resources, authorized subjects and entry review, with insufficient control over risk changes during operation. Public data governance should therefore introduce scenario-based access control and continuous supervision within the existing authorized-operation framework: access conditions jointly determined by agent type, task purpose and application scenario; purpose-limited authorization to constrain purpose expansion; whole-process supervision to control continuous risks; and chain-based liability to close responsibility gaps left by subject-based division. In this way, intelligent utilization of public data may achieve an institutional balance among security, public interest and fair use.

Keywords: public data resources; AI agents; scenario-based access control; purpose-limited authorization; chain-based liability

AI 지능체 응용에서의

공공데이터 자원 개발·이용에 대한 법적 규제

Legal Regulation of Public Data Resource Development and Utilization in AI Agent Applications

육금방(陆金芳)(심천대학교 혁신발전법치연구원 부연구원·박사과정생)

LU, Jinfang (Research Associate and Doctoral Student, Institute for Innovation and
Development of Rule of Law, Shenzhen University)

기예삼(祁艺森)(인하대학교 AI데이터법학과 석사생),

박요셉(변호사, 인하대학교 중국법센터 사무국장) 공역

Co-translators QI, Yisen(Master's Student, Dept of Law, INHA University),

PARK, Joseph (Attorney at Law & Executive Director, China Law Center, INHA University)

목 차

서론

I. AI 지능체의 공공데이터 자원 호출에서 나타나는 규제상의 어려움

1. 공공데이터 이용이 수작업에서 지능체의 자율적 호출로 전환되고 있다
2. 호출 방식이 일회적 개방에서 지속적 호출로 전환되고 있다
3. 다중적 위험이 단일한 데이터 유출 위험을 대체하고 있다

II. 현행 공공데이터 자원 개발·이용 제도의 적합성 한계

1. 분류·등급 구분 제도는 호출 시스템의 능력 차이를 식별하기 어렵다
2. 수권운영 제도는 지능체의 응용에서 나타나는 수권 목적의 이탈을 제약하기 어렵다
3. 정적 심사로써 지능체의 지속적 운영에서 생기는 위험을 포괄하기 어렵다
4. 호출 연쇄에서 발생한 피해의 책임주체를 인정하기 어렵다

III. 공공데이터 자원의 상황별 진입심사와 지속적 통제 장치의 제도적 구축

1. 지능체의 유형, 임무의 목적 및 응용의 상황을 진입심사의 요소로 삼는다
2. 포괄적 수권에서 용도한정 수권으로의 전환
3. 지속적 위험에 대한 전 과정의 감독
4. 호출 연쇄 책임의 인정과 배분

IV. 결어

서론

공공데이터 자원의 개발과 이용은 데이터 기초제도 구축의 중요한 한 부분이다. 「데이터 20조」가 공공데이터의 확권 및 수권 이용 제도를 수립할 것을 제시한 이래, 중국의 공공데이터 거버넌스는 정무정보의 공유와 공공데이터의 개방에서 출발하여 공공데이터 자원의 등록, 수권운영, 정보공시 등 보다 체계적

인 제도적 장치로 점차 확대되어 왔다.¹ 이 과정에서 공공데이터는 더 이상 행정기관이 직무를 수행하면서 형성한 관리기록에 그치지 않고, 사회를 향하여 개방되는 조회 가능한 정보에만 머무르지도 않으며, 가공이 가능하고 계산이 가능하며 서비스화하여 공급할 수 있는 데이터 요소 자원으로 점차 전환되고 있다. 그 제도적 기능 또한 정부의 투명성을 높이는 데에서 나아가 데이터 요소의 활성화, 디지털 경제의 육성, 공공 거버넌스 현대화의 뒷받침으로까지 확장되고 있다.²

공공데이터의 이용 방식 역시 이에 따라 변화하고 있다. 전통적인 개발과 이용은 주로 수작업에 의한 조회, 인터페이스의 호출, 데이터 상품 서비스 또는 운영기관에 의한 조직적 개발의 형태로 나타났다. 그런데 생성형 인공지능이 AI 지능체³로 진화함에 따라 공공데이터의 개발과 이용에는 새로운 기술적 형태가 나타나고 있다. 지능체는 특정한 과업 목표를 중심으로 스스로 단계를 계획하고 도구를 호출하며 데이터를 검색하여 그 결과를 회신할 수 있고, 필요한 경우 외부의 조작을 개시할 수도 있다.⁴ 정무 보조, 공공서비스, 산업 분석 등의

¹ 参见《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》(2022)；《中共中央办公厅 国务院办公厅关于加快公共数据资源开发利用的意见》(2024)；国家发展改革委、国家数据局：《公共数据资源登记管理暂行办法》(发改数据规[2025]26号)；国家发展改革委、国家数据局：《公共数据资源授权运营实施规范（试行）》(发改数据规[2025]27号)；国家发展改革委、国家数据局：《关于建立公共数据资源授权运营价格形成机制的通知》(发改价格[2025]65号)；国家数据局综合司：《关于做好公共数据资源授权运营信息披露工作的通知》(2026)；支振锋：《公共数据资源开发利用促进及其体系化制度构建》，载《行政法学研究》第4期(2025)。

² 参见冯洋：《公共数据资源化的理论构造与制度展开》，载《东方法学》第2期(2026)；叶明、商满元：《从行政资源到竞争工具：公共数据的功能演进与反垄断回应》，载《科技与法律（中英文）》第3期(2026)。

³ 역자 주: 중국어 '지능체(智能体)'는 영어의 'AI Agent'를 말하며, 단순한 소프트웨어를 넘어 독자적인 판단력을 가진 주체적 존재를 의미한다. 다만, 지능체와 AI Agent는 그 어감과 내포하는 의미에서 차이가 있으므로, 본고에서는 이를 "지능체"라고 번역하였다.

⁴ 参见 WANG, Lei et al., "A Survey on Large Language Model based Autonomous Agents," arXiv (2023), 1；何炼红、朱曦青：《论人工智能数据公共领域深度共享机制的构建》，载《中南大学学报（社会科学版）》第6期(2024)。

상황에서 지능체는 이미 데이터 처리의 절차에 삽입되어 의사결정 보조 결과의 생성에 관여할 현실적 가능성을 갖추고 있다.

이러한 변화는 순히 효율의 향상이라는 측면에서만 이해될 수 있는 것이 아니다. AI 지능체는 권리의무의 주체가 아니지만, 그 운행은 목표의 지향, 연속적인 호출, 도구와의 상호작용이라는 특징을 가지며, 데이터 호출의 대상과 범위 및 빈도에 실제로 영향을 미칠 수 있다. 이로써 지능체는 더 이상 지시를 수동적으로 집행하는 기술적 도구에 그치지 않고, 공공데이터의 개발과 이용에서 실질적인 영향력을 가지는 실제 호출 노드⁵가 되고 있다. 공공데이터 거버넌스의 중심 역시 이에 상응하여 이동하고 있다. 문제는 더 이상 공공데이터를 개방할 수 있는지, 누가 운영할 것인지, 어떻게 가격을 정할 것인지에만 있지 않고, 어떠한 지능체가 어떠한 과업에 기초하여 어떠한 상황에서 어떠한 권한으로 공공데이터를 지속적으로 호출할 수 있는지에 있다.

중국의 현행 제도는 이미 공공데이터의 개발과 이용에 관한 기본적인 틀을 제공하고 있다. 「데이터안전법」은 데이터의 분류·등급 구분 보호 원칙을 확립하였고, 「개인정보보호법」은 자동화된 의사결정과 개인정보의 처리에 관하여 요구를 제시하였으며, 「네트워크데이터안전관리조례」는 네트워크 데이터 처리 활동에서의 안전 의무를 한층 강화하였다. 그리고 공공데이터 수권운영 제도는 수권의 주체, 수권의 범위, 운영의 기간, 안전관리의 책임 등에 관하여 규율하고 있다.⁶ 이러한 제도들은 공공데이터를 '감히 쓰지 못하거나', '쓸 수 없거나', '

⁵ 역자 주: "호출 노드(调用节点)" 는 영문 "calling node" 를 번역한 것이다. 종래 국내 학술 논의에서는 데이터를 "call" 하는 행위 및 그 단말(node) 에 대하여 표준적으로 정립된 용어가 없는 것으로 보인다. 이를 일상적 표현인 "정보 호출자" 나 "데이터 요구자" 로 옮길 경우, "call"과 "node"가 각각 지니는 기술적·구조적 의미를 충분히 살리기 어렵다고 판단하였다. 이에 본고에서는 원문의 의미를 최대한 보존하고자 이를 "호출 노드" 로 번역하였다.

⁶ 参见《中华人民共和国数据安全法》(2021) ; 《中华人民共和国个人信息保护法》(2021) ; 《网络数据安全管理条例》(2024) ; 国家发展改革委、国家数据局 : 《公共数据资源授权运营实施规范 (试行) 》 (发改数据规〔2025〕27号)。

효용이 낮은' 상태를 타개하기 위하여 중요한 의의를 가지며, 인공지능의 응용이라는 새로운 환경에서 공공데이터가 사용되기위한 제도적 기초를 마련하였다.⁷

지능체의 응용은 이로써 기존 제도의 규제 대상과 통제 시점에 괴리를 발생시키고 있다. 현행 제도는 주로 데이터 자원과 수권 주체를 중심으로 전개되며, 그 기본적인 사고는 이 둘을 중심으로 개발과 이용에 관한 규칙을 배치한다는 것이다. 그러나 지능체의 응용에서 발생하는 위험은 데이터 그 자체에 의해서만 결정되는 것이 아니라, 모델의 능력, 도구의 권한, 배포되는 상황 등의 요소에 의해서도 좌우된다. 동일한 종류의 공공데이터라 하더라도 정치적 문답, 신용 평가, 의료 또는 규제 보조 등 서로 다른 상황에서는 그 위험의 등급과 법적 효과가 동일하지 않다.⁸ 옛날과 같이 데이터 이용 전 심사⁹, 정태적 수권, 사후적 책임추궁에 주로 의존한다면, 지능체가 지속적으로 운행하는 과정에서 나타나는 수권 목적의 이탈, 권한을 넘어선 호출, 책임의 단절과 같은 문제를 해결하기 어렵다.

기존의 연구는 본고의 논의의 기초를 이루지만, 지능체라는 새로운 상황에서 이루어지는 공공데이터의 지속적 호출이 낳는 제도적 결과에 관하여는 여전히 충분히 논의하지 못하고 있다. 첫째, 공공데이터 수권운영에 관한 연구는 법적 성질, 행정특허, 국가담보책임, 독점의 위험 등의 관점에서 주로 전개되어 왔으

⁷ 参见马颜昕：《公共数据授权运营的类型构建与制度展开》，载《中外法学》第2期(2023)。

⁸ 参见雷刚、周栩蓉：《论公共数据流通利用风险的场景化规制》，载《征信》第3期(2026)。

⁹ 역자 주: 원문은 入口审查, 즉 “입구에서의 심사”이다. 이는 데이터 이용이 시작되기 전(진입 단계)에 이용 주체, 데이터 범위, 안전 보장 능력 등을 심사하여 허가 여부를 결정하는 통제 방식을 의미한다.

며, 자격심사,¹⁰ 경쟁질서, 공평이용¹¹ 등의 핵심적 문제를 드러내었다.¹² 둘째, 데이터 권리 획정에 관한 연구는 데이터 거버넌스가 소유권의 귀속에 국한되어서는 안 되고, 데이터의 유통과 이용을 둘러싸고 형성되는 여러 법률관계의 조화로 전환되어야 한다는 점을 시사한다.¹³ 셋째, 공공데이터의 유통과 이용에서 발생하는 위험에 대응하여, 상황화 이론을 도입하여 위험에 대한 등급·분류에 따른 동태적 규제를 하여야 한다고 주장하는 연구도 이미 존재한다.¹⁴ 그러나 기존의 성과는 AI 지능체를 공공데이터의 개발과 이용에서 나타나는 특수한 응용 형태로 다루는 경우가 여전히 많지 않고, 지속적 호출의 관점에서 수권운영 제도가 지능체 상황에서 가지는 적합성의 한계를 밝힌 경우도 많지 않다.

이에 본고는 세 가지 문제를 중심으로 논의를 전개한다. AI 지능체의 응용에서 공공데이터의 개발과 이용이 정태적 수권과 일반적인 안전 심사에 계속 머무르면 안 되는 이유는 무엇인가? 현행 제도는 어떠한 측면에서 지능체 호출 시스템의 능력 차이, 수권 목적의 이탈, 지속적인 운행, 그리고 호출 연쇄에서 발생하는 손해에 대응하기 어려운가? 또한 기존의 수권운영 제도를 기초로 상

¹⁰ 역자 주: 원문은 主体准入, 즉 “주체의 진입”이다. 이는 공공데이터를 이용하려는 주체(법인·기관·운영자 등)가 자격을 갖추고 허가를 받아 공공데이터의 이용 체계에 진입(참여)하는 상황에서 일어나는 법적 쟁점을 의미하므로, 이를 보다 단순화하여 “자격심사”로 번역하였다.

¹¹ 역자 주: 공평이용(公平利用)은 지식재산권에 관한 영미법의 ‘공정이용(Fair Use)’과는 다른 개념이며, 인공지능 시대에 공공데이터가 특정 거대 플랫폼에 의해 독점되는 것을 막기 위한 ‘데이터 자원에 대한 평등한 접근권’을 의미한다.

¹² 参见王年:《公共数据授权运营的法律性质与制度构建》,载《江汉论坛》第5期(2025);张帅宇:《公共数据授权运营的行政程序分配》,载《交大法学》第3期(2026);赵舒捷:《公共数据授权运营的国家担保责任重构》,载《东方法学》第5期(2025);张涛:《公共数据授权运营中的国家担保责任及其调控面向》,载《清华法学》第2期(2024);钟颖:《公共数据授权运营的反垄断规制》,载《比较法研究》第6期(2025);王锡锌、黄智杰:《公平利用权:公共数据开放制度建构的权利基础》,载《华东政法大学学报》第2期(2022)。

¹³ 参见戴昕:《数据界权的关系进路》,载《中外法学》第6期(2021);包晓丽:《公共数据权属配置的再结构化》,载《环球法律评论》第1期(2025)。

¹⁴ 参见韩世鹏:《特许经营权视角下公共数据授权运营的实践困境与纾解路径》,载《金融发展研究》第4期(2025);郭如愿:《论公共数据的合规授权运营》,载《行政法学研究》第4期(2026)。

항별 진입심사와 지속적 통제의 제도를 어떻게 구축하여 공공데이터의 안전과 통제 가능성 및 효과적인 이용을 실현할 것인가? 미리 밝혀 둘 점은, 본고에서 말하는 '상황별 진입심사와 지속적 통제'란 보편적인 행정허가를 새로이 두자는 것이 아니라, 수권운영의 틀 안에서 지속성과 상황성 및 비례성을 갖춘 조건 통제를 도입하자는 취지라는 점이다.

I. AI 지능체의 공공데이터 자원 호출에서 나타나는 규제상의 어려움

지능체의 공공데이터 자원 호출이 야기하는 규제상의 어려움은 기존 데이터 안전 문제가 양적으로 누적된 것이 아니라, 이용의 구조가 변화한 뒤에 나타나는 제도의 적합성 문제이다. 호출의 주체와 호출의 과정 및 위험의 형태가 변화함에 따라, 공공데이터의 개발과 이용은 더 이상 기존의 정태적 수권 구조에 전적으로 의존하여서는 처리될 수 없게 되고 있다.

1. 공공데이터 이용이 수작업에서 지능체의 자율적 호출로 전환되고 있다

전통적인 공공데이터의 개발과 이용은 자연인의 조회, 기업의 신청, 운영기관에 의한 조직적 개발 가운데 어떠한 형태로 나타나든, 공통적으로 이용행위에 관한 법적 책임을 명확한 권리의무주체에 귀속시킬 수 있었다. 이용자가 신청을 제기하고 수권을 받으며 약정된 의무를 부담하고, 제도 역시 이에 따라 수권과 심사 및 책임을 그에 상응하는 주체에 고정시켜 왔다. 이러한 배치에 함축된 전제는 이용행위와 권리의무주체 사이에 상대적으로 안정적이고 직접적인 대응관계가 존재한다는 것이다.

지능체의 개입은 이러한 대응관계를 느슨하게 만들고 있다. 미리 설정된 단일한 지시를 집행하는 일반적인 알고리즘 도구와 달리, AI 지능체는 통상 과업의 목표를 지향하며, 운행하는 과정에서 스스로 단계를 계획하고 도구를 선택

하며 데이터를 검색하여 호출의 경로를 동태적으로 조정할 수 있다.¹⁵ 공공데이터의 이용에 관하여 보면, 구체적인 호출의 경로는 자연인이 항목마다 그때그때 결정하는 것이 아니라 지능체가 미리 설정된 목표와 전략에 따라 생성하는 것일 수 있으며, 지능체는 이로써 실제의 데이터 호출 노드가 된다. 강조할 점은, 지능체가 실제의 호출 노드라고 보는 것이 곧 그것이 법인격이나 책임주체의 지위를 가진다고 보는 것은 아니라는 점이다. 법적 평가는 최종적으로는 여전히 그 배후에 있는 개발자, 배포자, 운영기관, 이용자에게 귀속되어야 한다.¹⁶

이로부터 발생하는 규범적 문제는, 접근에 관한 결정이 기술적으로 형성되는 과정과 법적 책임이 배치되는 구조가 완전히 겹치지는 않는다는 것이다. 제도가 심사하고 수권하는 대상은 통상 데이터 이용 주체나 운영기관 또는 응용 사업이다. 그러나 이를 운용하는 과정에서 구체적으로 호출을 개시하고 경로를 조정하며 데이터를 조합하는 것은 자동화되고 지속화되며 이전이 가능한 지능체 시스템일 수 있다. 이러한 변화가 아래에서 논하는 것과 같은 제도 분석의 출발점이 된다.

2. 호출 방식이 일회적 개방에서 지속적 호출로 전환되고 있다

호출 구조의 변화는 공공데이터 이용의 시간적 구조 또한 변화시키고 있다. 전통적인 제도적 속에서 데이터의 이용은 신청, 심사·비준, 취득, 사용 등 상대적으로 이산적 단계¹⁷로 추상화되기가 비교적 쉬웠다. 공공데이터의 개방 제도와 수권운영 제도 또한 상당한 정도로 입구에서의 통제와 정태적 수권이라는

¹⁵ 参见 MASTERMAN, Tula et al., "The Landscape of Emerging AI Agent Architectures for Reasoning, Planning, and Tool Calling: A Survey," arXiv (2024), 2.

¹⁶ 参见陈天昊：《端侧智能体的监管定位、风险结构与规范构建》，载《东方法学》第1期(2026)。

¹⁷ 역자 주: 원문은 离散의环节이다. 이산(離散)이란 수학적 관점에서 연속적(continuous)이 아닌, 분리되어 있고 비연속적으로 존재하는(discrete) 상태를 의미한다. 본고에서는 종래의 공공데이터 이용이 이산적이었다고 주장하기보다, 최근의 공공데이터 이용이 점점 연속적으로 변화한다는 점을 강조하기 위하여 그 반대개념인 이산적 단계를 끌어온 것으로 보인다.

거버넌스의 지향점을 드러내고 있다. 즉 데이터 목록, 주체의 자격, 수권 협약, 안전 확약을 통하여 이용의 입구에서 이용 가능한 범위와 컴플라이언스 의무를 일회적으로 확정하는 것이다.¹⁸

이에 비해 지능체의 운영은 연속적이고 동적인 호출의 흐름으로 나타난다. 하나의 과제를 완수하기 위하여 지능체는 갱신된 데이터를 얻고자 동일한 인터페이스를 반복적으로 호출할 수도 있고, 중간의 결과에 따라 다음 단계에서 어떤 데이터를 가져올 것인지를 동적으로 결정할 수도 있으며, 여러 데이터베이스를 넘나들며 서로 다른 출처의 데이터를 결합하여 추론을 뒷받침할 수도 있다. 호출은 더 이상 과제가 시작되는 시점의 일회적 행위에 그치지 않고, 과제의 전 과정을 관통하는 하나의 상태가 되고 있다.¹⁹

이러한 전환은 적어도 두 가지 측면의 제도적 결과를 낳는다. 첫째, 수권 당시에 심사한 이용의 상황과 운영 과정에서 실제로 발생하는 이용의 상황이 일치하지 않을 수 있다. 심사가 대상으로 삼는 것은 과제의 출발점에서의 정적인 상태인 데 비하여, 위험은 그 이후 지속적으로 전개되는 동적인 과정에서 발생하기 때문이다. 둘째, 개별 호출은 비록 외적으로는 모두 수권의 범위 안에 있는 것처럼 보이더라도, 지속적이고 고빈도로 데이터베이스를 넘나들며 누적되는 호출의 단계에서는 전체적으로 수권의 목적을 넘어설 수 있고, 이로써 "단계별로는 컴플라이언스에 부합하나 전체적으로는 범위를 벗어나는" 상황이 형성된다. 지속적 호출은 이용행위의 경계를 “명확한 하나의 시점”에서 “지속적으로 관측되고 동적으로 검증되어야 하는 하나의 과정”으로 변화시키고 있다.

3. 다중적 위험이 단일한 데이터 유출 위험을 대체하고 있다

¹⁸ 参见张帅宇：《公共数据授权运营的行政程序分配》，载《交大法学》第3期(2026)；郭如愿：《论公共数据的合规授权运营》，载《行政法学研究》第4期(2026)。

¹⁹ 参见 YEUNG, Karen, "Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation," 12 Regulation & Governance (2018), 505.

호출의 주체와 호출의 과정에서 나타난 변화는 공공데이터 이용의 위험 형태를 한층 더 바꾸어 놓고 있다. 전통적인 공공데이터 개방의 상황에서 핵심적 위험은 대체로 데이터의 유출, 재식별과 개인정보 보호의 문제로 나타났고, 제도적 방지의 중점도 이에 상응하여 데이터 안전, 개인정보 보호와 비식별화 처리에 놓여 있었다.²⁰ 이러한 유형의 위험이 지능체의 개입으로 인하여 사라진 것은 아니지만, 이제는 지능체의 호출이 야기하는 위험의 전모를 포섭하기에 충분하지 않다.

지능체가 공공데이터 자원을 호출함으로써 발생하는 위험은 적어도 세 가지 차원으로 나눌 수 있다. 개인의 권익 차원에서는, 지능체가 여러 출처의 데이터를 자동으로 결합함으로써 본래 분산되어 있거나 비식별화되었거나 민감도가 낮았던 공공데이터가 다시 연결될 수 있고, 이로 인해 재식별과 개인 프로파일링의 위험이 현저히 확대된다. 데이터 안전의 차원에서는, 지속적이고 고빈도로 이루어지는 호출 그 자체가 인터페이스와 플랫폼 및 시스템에 대한 부담을 구성하며, 권한을 넘어선 호출이나 호출의 범위가 수권의 경계를 벗어나는 상황이 더 쉽게 발생하고 이를 즉시 감지하기도 더 어렵게 된다. 의사결정과 공공이익의 차원에서는, 지능체가 데이터를 제공하는 데 그치지 않고 이를 근거로 판단과 제안을 생성하며 나아가 후속 행동을 촉발하는 경우가 발생하게 된다. 데이터에 편차가 있거나 추론의 논리에 결함이 있으면, 그 오류는 자동화된 처리의 결과를 통하여 확대되고 불특정 다수에게 영향을 미칠 수 있다.²¹

²⁰ 参见张玫瑰、张琪梦：《人工智能时代公共空间数据个人信息保护机制研究》，载《情报科学》第8期（2025）。

²¹ 参见张玫瑰、张琪梦：《人工智能时代公共空间数据个人信息保护机制研究》，载《情报科学》第8期（2025）；王正超：《公共数据开发利用中大模型应用的安全风险与治理路径》，载《情报杂志》第6期（2026），第159-167页；苏宇：《公共数据污染的法律治理》，载《交大法学》第2期（2025）；马方、陈云志：《公共数据的国家安全风险及其应对：一项情报学视角的分析》，载《情报杂志》第3期（2026）；BAROCAS, Solon and SELBST, Andrew D., "Big Data's Disparate Impact," 104 California Law Review (2016), 671 ; MITTELSTADT, Brent Daniel et al., "The Ethics of Algorithms: Mapping the

위에서 살펴본 위험은 구체적인 사건에서는 서로 얹혀 발생하는 경우가 많다. 한 차례의 데이터베이스 횡단적 결합은 개인의 권익을 침해할 수도 있고, 추론의 오류로 인하여 공공 거버넌스의 의사결정을 부당하게 만들 수도 있다. 위험은 단일하고 특정 가능한 데이터 유출의 사건에서, 다층적이고 서로 얹혀 있으며 운영의 과정에 따라 동적으로 생성되는 복합적 형태로 전환되고 있다. 이것이 바로 현행 제도가 이에 적합하게 대응하는 데 어려움이 나타나는 중요한 원인이다. 이로부터 알 수 있듯이, 공공데이터의 자동화된 이용에서 나타나는 주된 위험은 단일한 유출이 아니라, 데이터의 집적과 모델의 추론 및 행정적 결과가 서로 중첩되는 데 있는 경우가 많다. 네덜란드 SyRI 사건에서 정부는 사회보장의 사기 위험을 식별하기 위하여 여러 부처의 데이터를 통합하였는데, 헤이그 지방법원(Hague District Court)은 해당 제도가 충분한 투명성과 비례적 통제으로써 대규모 데이터 처리의 필요성을 설명하지 못하였고, 이는 「유럽인권협약」 제8조가 보호하는 사생활의 권리와 양립하지 않는다고 보았다.²² 한편 호주의 Robodebt 사건은, 복지 채무의 추징이 소득의 평균화와 자동화된 대조에 지나치게 의존할 때 잘못된 데이터 처리가 행정의 사슬을 따라 대규모의 실제적 피해로 전화된다는 점을 보여 준다. 왕립위원회(Royal Commission)는 최종적으로 이를 법적 심사와 행정의 집행 및 정치적 책임추궁의 체계적 실패로 귀결시켰다.²³ 위의 사례들은 서로 다른 법역(法域)에서 발생하였으나, 다음과 같은 점에서 공통점을 가진다. 즉, 공공부문이 데이터의 결합과 자동화된 추론을 이용하여 거버넌스를 보조하는 경우, 그로 인한 위험은 데이터 보안에만 그치지 않고, 데이터의 처리와 절차적 보장 및 실제적 결과가 복합적으로 균형을

Debate," 3 Big Data & Society (2016), 1.

²² 参见 Rechtbank Den Haag, 5 February 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1878 ; BEKKUM, Marvin van and BORGESIU, Frederik Zuiderveen, "Digital Welfare Fraud Detection and the Dutch SyRI Judgment," 23 European Journal of Social Security (2021), 323.

²³ 参见 ROYAL COMMISSION INTO THE ROBODEBT SCHEME, Report of the Royal Commission into the Robodebt Scheme (2023).

않게 된다는, 보다 복합적인 모습으로 현출될 수 있다는 것이다.

II. 현행 공공데이터 자원 개발·이용 제도의 적합성 한계

앞에서 살펴본 바와 같이, 지능체의 호출은 접근의 구조와 이용의 과정 및 위험의 형태라는 세 가지 차원에서 공공데이터 이용의 구조를 바꾸어 놓았다. 중국의 현행 제도가 이에 대하여 전혀 대응하고 있지 않은 것은 아니며, 분류·등급 구분과 수권운영 및 정보공시 등을 주된 내용으로 하는 제도의 체계가 이미 형성되어 있다.²⁴ 그러나 이 체계는 여전히 데이터의 속성, 데이터 자원의 범위, 수권의 주체와 운영기관을 중심으로 전개되고 있어, 지능체의 능력과 과제의 목표 및 지속적인 운영의 과정을 식별하고 통제하는 데에는 아직 충분하지 않다.

1. 분류·등급 구분 제도는 호출 시스템의 능력 차이를 식별하기 어렵다

데이터의 분류·등급 구분은 현행 데이터 거버넌스의 기초적 제도이다. 「데이터안전법」은 데이터의 중요 정도에 따라 분류·등급 구분에 의한 보호를 시행한다는 원칙을 확립하였고, GB/T 43697—2024 「데이터 안전 기술 데이터 분류·등급 구분 규칙」은 나아가 영향을 받는 대상, 영향의 정도, 데이터의 유형 등의 측면에서 분류·등급 구분의 방법을 제시하였다.²⁵ 이 제도의 내재적 논리는 데이터 자체의 속성을 위험 판단의 중요한 척도로 삼고, 이에 따라 차등화된 보호와 이용의 요구를 대응시키는 데 있다.

이러한 논리는 일반적인 이용의 상황에서는 합리성을 가진다. 위험의 판단이 대체로 "이용되는 것이 어떤 데이터인가"를 중심으로 이루어지기 때문이다. 그

²⁴ 参见冯洋：《公共数据资源登记的二阶结构与制度构造》，载《法治研究》第3期(2026)。

²⁵ 参见《中华人民共和国数据安全法》第21条；GB/T 43697—2024《数据安全技术 数据分类分级规则》；刘崇瑞：《整体性治理视域下公共数据分类分级的治理框架与实现路径》，载《情报科学》第3期(2025)；张运昊：《公共数据的动态体系化识别》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》第4期(2025)。

러나 지능체가 응용되는 상황에서 위험의 근본은 더 이상 데이터의 속성에만 있지 않고, "어떠한 지능체가 이용하는가"에도 좌우된다. 동일한 공공데이터를 읽기 전용의 조회만을 수행하는 검색형 지능체에 맡기는 경우와, 데이터베이스를 넘나들며 결합하고 자율적으로 추론하며 외부의 행동까지 촉발할 수 있는 지능체에 맡기는 경우는, 그에 대응하는 위험의 강도가 뚜렷이 다르다. 후자는 설령 호출하는 것이 민감도가 낮은 데이터라 하더라도, 강력한 결합·추론·행동의 능력으로 인하여 재식별이나 잘못된 의사결정 또는 외부에 대한 피해와 위험을 확대시킬 수 있다.

지능체의 모델 능력, 도구에 대한 권한, 호출의 범위와 외부 행동의 능력은 공공데이터 이용의 위험 강도에 독립적으로 영향을 미친다. 이러한 유형의 위험은 데이터 자체에만 결부되는 것이 아니라 호출 시스템의 능력 구조와 관련되어 있고, 따라서 데이터의 분류·등급 구분만으로는 이를 온전히 식별하고 측정하기 어렵다.²⁶ 달리 말하면, 분류·등급 구분 제도는 "어떠한 데이터가 어떠한 민감성을 가지는가"에는 답할 수 있으나, "서로 다른 지능체의 호출 능력이 어떠한 위험 강도에 대응하는가"에는 답하기 어렵다. 위험의 변수가 데이터의 측면에서 호출 시스템의 측면으로 확대될 때, 데이터의 속성만을 중심으로 하는 등급 구분에는 식별의 사각지대가 나타난다.

2. 수권운영 제도는 지능체의 응용에서 나타나는 수권 목적의 이탈을 제약하기 어렵다

공공데이터 자원의 수권운영 제도는 수권의 주체, 데이터 자원의 범위, 운영의 기간과 안전관리의 책임 등의 사항을 명확히 하는 데 중점을 두며, 수권을

²⁶ 参见 WANG, Lei et al., "A Survey on Large Language Model based Autonomous Agents," arXiv (2023), 1 ; MASTERMAN, Tula et al., "The Landscape of Emerging AI Agent Architectures for Reasoning, Planning, and Tool Calling: A Survey," arXiv (2024), 2 ; PASQUALE, Frank, The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information, Harvard University Press (2015), 8.

통하여 공공데이터의 개발·이용을 통제가 가능한 궤도 안으로 편입시킨다.²⁷ 기존의 연구는 이미 행정특허, 공공자산의 운영, 국가담보책임, 공익성과 영리성의 조화 등의 관점에서 수권운영을 설명해 왔고, 이것이 중국의 공공데이터 공급에서 중요한 제도적 혁신이라고 한다.²⁸

수권운영이 제약의 작용을 발휘하기 위한 전제는, 수권 당시에 설정된 목적과 범위가 그 이후의 이용행위를 규정지을 수 있다는 데 있다. 그러나 지능체의 응용은 과제의 확장과 상황의 이전이라는 특징을 뚜렷하게 가지고 있다. 한편으로, 수권의 목적이 "공공서비스의 최적화에 사용", "산업의 분석에 사용" 또는 "기술의 시험에 사용"과 같이 지나치게 광범위하게 표현되어 있으면, 지능체는 운영 과정에서 동일한 데이터를 모델의 훈련, 상업적 분석, 개인 프로파일링 또는 제3자 서비스 등 수권의 범위에 명확히 포함되지 않은 활동에 나아가 사용할 수 있다. 다른 한편으로, 지능체는 중첩과 연결이 가능한 과제의 연쇄에 배치되는 경우가 많은데, 하나의 과제의 산출이 다음 과제의 투입이 되고, 이용의 목적이 과제 연쇄의 연장에 따라 원래의 수권 범위에서 이탈할 수 있다.

위와 같은 상황은 실질적으로 수권 목적의 이탈에 해당한다. 목적의 표현이 지나치게 포괄적인 수권은 이에 대한 구속력이 제한적이다. 그러한 수권은 수권 시점에서 대략적인 경계를 그을 수는 있으나, 운영 과정에서 현재의 이용이 여전히 원래의 임무 목적 안에 있는지를 지속적으로 검증하는 장치를 갖추고 있다고 보장할 수는 없다. 수권운영이 잘 답할 수 있는 것은 수권을 받은 주체가 어떠한 공공데이터를 이용할 수 있는가라는 물음이다. 그런데 지능체의 응용은 여기서 더 나아가, 수권을 받은 이후에 임무의 목적이 지속적인 운영 과정에서 실질적으로 확장되지 않는가라는 문제를 제기한다. 실제로 수권 범위

²⁷ 参见国家发展改革委、国家数据局：《公共数据资源授权运营实施规范（试行）》（发改数据规〔2025〕27号）。

²⁸ 参见汪庆华、杨璐璐：《公共数据授权运营的理论逻辑与制度激励》，载《中国法律评论》第3期（2026），第111-124页。

를 넘어선 데이터의 사용은 이미 수권운영의 가장 중요한 안전상 위험으로 여겨지고 있으며, 지능체의 지속적이고 자율적인 호출은 이 위험을 자격심사 단계에서 한 번에 확정하기 더욱 어렵게 만들 뿐이다.²⁹

3. 정적 심사로써는 지능체의 지속적 운영에서 생기는 위험을 포괄하기 어렵다

수권과 짝을 이루어, 현행 제도는 여전히 진입심사, 주체의 자격 및 수권 협약에 의한 통제에 비교적 많이 의존하고 있다. 공공데이터의 개방과 공유 및 수권운영의 입구에서 제도는 통상 데이터 자원의 범위, 신청 주체의 자격 및 안전보장의 능력 등을 심사하도록 요구한다.³⁰ 이와 같이 입구에서 관문을 지키는 방식의 제도 설계는 산발적이고 일회적인 수작업 이용의 양상에는 비교적 잘 부합한다.

지능체의 지속적 운영은 이러한 부합성을 깨뜨리고 있다. 지능체의 호출은 지속적으로 전개되는 동태적 과정이며, 위험은 임무의 출발점에 집중되어 있지 않고 그 이후의 반복적인 호출, 동태적인 결합 및 데이터베이스 간 추론 속에서 계속 생성된다. 정적 심사가 핵심³¹하는 것은 임무 출발점의 상태이지만, 정작 감시되어야 할 것은 출발점 이후의, 미리 남김없이 예측하기 어려운 운영의 과정이다. 이로 인해 규제와 위험의 시점 사이에 어긋남이 생긴다. 심사는 위험이 아직 충분히 전개되지 않은 때에 이루어지지만, 위험은 오히려 심사가 끝난 뒤에 생성되는 것이다.³²

²⁹ 参见王东方：《公共数据授权运营中的数据安全风险及其体系化治理》，载《图书馆》第9期(2025)；郭如愿：《论公共数据的合规授权运营》，载《行政法学研究》第4期(2026)。

³⁰ 参见国家发展改革委、国家数据局：《公共数据资源授权运营实施规范（试行）》（发改数据规〔2025〕27号）；张帅宇：《公共数据授权运营的行政程序分配》，载《交大法学》第3期(2026)。

³¹ 역자 주: 핵험(核验)은 중국의 법학 및 행정 용어로, '데이터나 정보의 진위 여부를 대조하여 검증하고 확인하는 행위'를 의미한다.

³² 参见 KROLL, Joshua A. et al., "Accountable Algorithms," 165 University of Pennsylvania Law Review (2017), 633 ; YEUNG, Karen, "Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation," 12 Regulation & Governance (2018), 505.

더 중요한 것은 지능체가 운영되는 구체적인 경로를 사전에 완전히 예견할 수 없는 경우가 많다는 점이다. 지능체는 중간 결과에 따라 후속 호출을 자율적으로 결정하고, 나아가 호출의 빈도와 결합의 방식 및 산출의 결과를 바꿀 수 있다. 설령 진입심사가 비교적 엄격하더라도 그것은 하나의 출발점을 심사하여 확정할 수 있을 뿐이며, 하나의 과정을 온전히 따라갈 수는 없다. 이러한 점에서, 현행 규제가 아직까지 운영의 과정에서 이루어지는 지속적인 모니터링, 기록, 사전경보 및 권한 조정의 장치를 갖추지 못하고 있다는 문제가 주된 보완점으로 제시되고 있다.

4. 호출 연쇄에서 발생한 피해의 책임주체를 인정하기 어렵다

지능체가 공공데이터 자원을 호출하는 데에는 통상 데이터 관리기관, 실시기관과 운영기관, 모델 개발자, 응용 배포자 및 플랫폼 서비스 제공자 등 여러 주체가 관련되어 있다. 현행의 책임 배분은 전체적으로 여전히 주체별로 분할하는 사고방식을 따르고 있다. 즉 각 주체는 자신이 맡은 단계 안에서 그 역할에 대응하는 책임을 진다. 데이터 관리기관은 총괄적인 관리와 감독의 책임을 지고, 실시기관과 운영기관은 인터페이스의 관리, 서비스의 공급 및 안전보장의 책임을 지며, 응용 배포자와 이용자는 그에 상응하는 이용상의 책임을 진다.³³

지능체의 호출은 각 단계의 행위를 고도로 뒤얹히게 하여 명확하게 잘라내기 어렵게 만든다. 하나의 피해가 발생하는 것은 데이터 자체에 편차가 있거나, 모델의 추론 논리에 결함이 있거나, 배포 단계에서 사람에 의한 재검토가 이루어지지 않는 등 여러 요인이 겹쳐진 결과일 수 있는데, 이러한 요인들은 호출 연쇄의 서로 다른 단계에 분포하고 서로 다른 주체에 귀속된다. 피해가 연쇄 전체의 운영에서 나온 산물일 때, 주체별로 분할하는 책임 규칙은 두 가지 어려

³³ 参见刘丽娜：《公共数据资源利用的政府责任与义务的法律边界》，载《行政论坛》第4期(2025)；郭文涛：《公共数据共享法律责任的理论逻辑和实践价值》，载《东方法学》第2期(2026)。

움에 직면한다. 첫째, 뒤엎힌 채로 생성된 피해의 결과를 어느 하나의 고립된 단계에 정확하게 귀속시키기 어렵다. 둘째, 각 주체가 모두 피해는 상대방의 단계에서 비롯되었다고 주장할 수 있어, 모두가 관련되어 있으면서도 누구도 충분한 책임을 지지 않는 모순이 생긴다.

지능체의 자동화된 호출은 이러한 어려움을 한층 더 심화시키고 있다. 판단의 일부가 어떤 자연인의 개별적이고 직접적인 지시에 의해서가 아니라 지능체가 목표와 전략에 따라 스스로 생성하는 것일 때, 누구의 행위가 피해를 야기하였는가라는 전통적인 책임추궁의 출발점 자체가 모호해진다. 책임 규칙이 여전히 잘 분할된 각 주체가 각자 무엇을 하였는가에만 주목한다면, 여러 주체를 관통하는 호출 연쇄 전체가 어떻게 함께 피해를 야기하였는가라는 문제에는 답하기 어렵다.³⁴

Ⅲ. 공공데이터 자원의 상황별 진입심사와 지속적 통제 장치의 제도적 구축

앞에서 본 한계에 대응하기 위하여, 공공데이터의 거버넌스는 기존의 수권운영이라는 틀 안에서 상황별 진입심사와 지속적 통제를 도입할 필요가 있다. 이러한 구상은 일반적인 행정허가를 따로 두자는 것이 아니라, 분류·등급 구분과 수권운영의 제도 내부에서 심사의 대상, 수권의 경계, 규제 시점 및 책임의 배분을 조정하자는 것이다. 진입심사의 대상은 데이터와 주체에서 지능체의 유형, 임무의 목적 및 응용이라는 상황으로 확장된다. 수권의 효력은 포괄적인 수권에서 용도의 한정으로 좁혀진다. 규제는 입구에서의 심사에서 운영 전 과정에 대한 통제로 확장된다. 책임은 주체별 분할에서 호출 연쇄에 따른 인정으로 전환된다. 그 목적은 공공데이터 이용의 규칙이 지능체 호출의 주요한 위험을 단계적으로 포섭할 수 있도록 하는 데 있다.

³⁴ 参见 HILDEBRANDT, Mireille, "Algorithmic Regulation and the Rule of Law," 376 Philosophical Transactions of the Royal Society A (2018), 20170355 ; KROLL, Joshua A. et al., "Accountable Algorithms," 165 University of Pennsylvania Law Review (2017), 633.

1. 지능체의 유형, 임무의 목적 및 응용의 상황을 진입심사의 요소로 삼는다

분류·등급 구분은 데이터의 속성을 중요한 잣대로 삼기 때문에, 호출하는 시스템의 능력 차이에서 비롯되는 위험을 충분히 식별하기 어렵다. 이에 상응하여 진입심사도 데이터의 속성에 한정되어서는 안 되고, 호출 시스템과 응용의 상황에까지 확장되어야 한다. 어떤 데이터를 이용하는가에 더하여, 어떠한 지능체가 어떠한 임무를 위하여 어떠한 상황에서 이용하는가를 한 걸음 더 나아가 심사하는 것이다. 지능체의 유형은 모델의 능력, 도구에 대한 권한 및 데이터베이스 간 결합과 외부 행위의 능력을 갖추고 있는지를 식별하는 데 쓰인다. 임무의 목적은 이용의 정당성, 필요성 및 비례성에 대응한다. 응용의 상황은 피해가 일단 발생하였을 때 미치는 범위와 그 심각성의 정도에 대응한다. 이 세 가지는 데이터의 등급 구분을 대체하는 것이 아니라, 데이터의 등급 구분과 함께 진입의 조건을 결정한다.³⁵

위의 요소들은 지능체 응용의 위험 수준을 판단하는 데 함께 쓰일 수 있고, 이에 근거하여 차등화된 진입 조건을 배치할 수 있다. 조회과정에서 데이터를 수정하지 않고 외부적으로 어떠한 행위를 할 능력이 없으며 민감도가 낮은 상황에 사용되는 저위험 지능체에 대해서는 신고, 네거티브 리스트 또는 간소화된 절차를 생각할 수 있다. 데이터베이스 간 결합과 자율적 추론의 능력을 갖추고 개인의 중대한 권익, 공공 거버넌스의 의사결정 또는 공공안전의 상황에 응용되는 중·고위험 지능체에 대해서는 더 높은 진입의 문턱을 설정하고, 그 위에 이후 운영에 대한 규제를 덧붙여야 한다.

국외의 입법 경험은 이러한 판단에 참고가 될 수 있다. 유럽연합의 「인공지능법」은 데이터의 민감한 정도에 따라서만 위험을 식별하는 것이 아니라, 시스

³⁵ 参见 MANTELERO, Alessandro, "AI and Big Data: A Blueprint for a Human Rights, Social and Ethical Impact Assessment," 34 Computer Law & Security Review (2018), 754.

템의 용도와 응용의 상황을 고위험 여부의 판단에 포함시키고 있다. 부속서 3은 기본적 공공서비스, 법집행, 이민 및 사법절차 등의 영역에서의 특정 AI 시스템을 고위험으로 열거하고, 위험관리, 데이터 거버넌스, 로그 기록 및 사람에 의한 감독 등의 의무를 배치하고 있다.³⁶ 캐나다 연방의 「자동화된 의사결정에 관한 지침」 역시 영향의 등급이라는 사고방식을 취하여, 알고리즘 영향평가 도구를 통해 시스템의 설계, 의사결정의 유형, 영향의 정도 및 데이터 요인을 종합적으로 고려하고, 등급에 따라 고지, 설명, 사람에 의한 개입 및 비상계획 등의 요구를 설정하고 있다.³⁷ 이러한 제도적 경험은 자동화 시스템의 위험을 판단할 때 데이터의 유형에 그쳐서는 안 되고, 시스템의 능력, 사용의 목적, 영향을 받는 대상 및 운영의 상황을 함께 살펴야 한다는 점을 보여 주고 있다.

데이터 요소의 유통을 장려하는 배경 아래에서, 상황별 진입심사와 지속적 통제가 일률적인 규제 강화로 변질되어서는 안 된다. 그 정당성의 기초는 위험의 등급 구분과 비례적 통제에 있다. 즉 대다수의 저위험 응용이 받는 제약이 늘어나서는 안 되고, 심사의 자원은 능력이 비교적 강하고 영향의 범위가 비교적 큰 응용에 집중적으로 투입되어야 한다. 또한 진입의 조건은 지능체의 능력 및 그 잠재적 영향에 상응하여야 하며, 그에 대응하는 위험을 방지하는 데 필요한 한도를 넘어서는 안 된다. 이와 관련하여 '능력 우선, 경쟁 주도'를 기초로 하면서 안전과 이용이 우선되는 특수한 경우에 한하여 예외적으로 직접 수권을 적용하는 사고방식을 참고할 수 있으며, 이를 통하여 새로 추가되는 심사로 인

³⁶ 参见 EUROPEAN PARLIAMENT AND COUNCIL, Regulation (EU) 2024/1689 of 13 June 2024 Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) (2024), arts. 6, 9-15 and Annex III.

³⁷ 参见 GOVERNMENT OF CANADA, Directive on Automated Decision-Making (2025); GOVERNMENT OF CANADA, Algorithmic Impact Assessment Tool (2025).

하여 시장 진입의 비용이 불합리하게 높아지는 문제를 회피할 수 있다.³⁸³⁹

2. 포괄적 수권에서 용도한정 수권으로의 전환

수권운영이 수권 목적의 이탈을 규율하기 어렵다는 문제에 대해서는, 수권의 경계를 한층 더 용도의 한정으로 구체화하여야 한다. 이른바 용도한정 수권이란, 수권의 효력이 수권을 받은 주체에만 결부되는 것이 아니라 수권된 데이터 이용의 목적과 임무의 유형에도 결부되어야 한다는 것을 말한다. 수권 문서는 지능체가 호출할 수 있는 데이터의 범위, 이용의 목적, 호출의 방식, 산출의 형식과 금지되는 용도 등을 명확히 하여, 수권의 경계가 특정한 임무의 유형과 대응하도록 하여야 한다. 수권된 임무의 유형을 넘어서면서 이용의 목적을 실질적으로 변경하는 경우에는 보충적 수권이나 재심사가 이루어질 수 있도록 하여야 한다.⁴⁰

용도한정 수권은 주로 두 가지 유형의 수권 목적 이탈 상황을 대상으로 한다. 목적의 표현이 광범위하여 발생하는 용도의 이탈에 대해서는, 수권의 목적을 구체화하고 금지되는 용도를 열거하는 등의 방식으로 해석의 여지를 축소하여야 한다. 예컨대 별도의 수권을 받지 아니하고서는, 본래 공공서비스의 개선에 사용되던 데이터를 나아가 모델 학습, 상업적 프로파일링, 차별적 가격 책정 또는 제3자 마케팅 서비스에 사용해서는 안 된다.⁴¹ 임무 연쇄의 연장으로 인하여 발생하는 용도의 이탈에 대해서는, 중대한 임무의 변경이 보충적 심사를 촉발한다는 규칙을 확립하여야 한다. 즉 임무 연쇄에 새로 추가된 임무가 데이터

³⁸ 参见房绍坤、王耕：《〈民营经济促进法〉视角下公共数据授权运营违反竞争中立的问题与法治应对》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》第1期(2026)。

³⁹ 参见汪庆华、杨璐璐：《公共数据授权运营的理论逻辑与制度激励》，载《中国法律评论》第3期(2026)，第111-124页。

⁴⁰ 参见国家发展改革委、国家数据局：《公共数据资源授权运营实施规范（试行）》（发改数据规〔2025〕27号）；郭如愿：《论公共数据的合规授权运营》，载《行政法学研究》第4期(2026)。

⁴¹ 参见钟颖：《公共数据授权运营的反垄断规制》，载《比较法研究》第6期(2025)。

이용의 목적을 실질적으로 변경하는 경우에는, 기존의 수권을 자동으로 원용할 것이 아니라 보충적 수권을 요구하여야 한다.

용도한정 수권은 수권의 세분화 정도를 높일 수 있으므로, 유형화된 수권과 결합되어야 한다. 동종, 저위험, 반복적 임무에 대해서는 임무 유형별 수권을 설정할 수 있고, 고위험의 임무에 대해서는 보다 세밀한 용도의 설명과 산출의 통제 및 작동의 기록을 요구하여야 한다. 그 중점은 매 호출마다 다시 심사와 승인을 받도록 하는 데 있는 것이 아니라, 수권의 경계가 이용 목적의 실질적 변화에 따라 교정될 수 있도록 하는 데 있다.

3. 지속적 위험에 대한 전 과정의 감독

정태적 심사는 이용의 입구만을 통제할 수 있을 뿐, 작동 과정을 포섭하기는 어렵다. 중·고위험의 지능체 응용에 대해서는 감독의 접점을 입구에서 작동 중과 작동 후로까지 확장하여, 사전의 진입심사와 사중의 모니터링 및 사후의 책임추궁이 서로 연결되는 구조를 형성하여야 한다. 중국의 공공데이터 수권운영 정보공시 제도는 이미 수권과 운영 및 서비스 목록의 투명한 관리를 강화하기 시작하였으며, 앞으로는 작동 로그, 인터페이스 권한 및 이상 호출에 대한 처리 장치와 보다 연결될 수 있다.⁴²

구체적인 방식에서 사중⁴³ 모니터링은 로그의 기록과 인터페이스의 유량 제한에 의거하여 실현될 수 있다. 즉 중·고위험의 지능체에 대하여 호출의 행위를 완전하게 기록하도록 요구함으로써 매 호출의 시간과 대상, 범위와 산출 결과를 모두 추적할 수 있게 하여야 하고, 동시에 호출의 빈도와 호출의 범위 및

⁴² 参见国家数据局综合司：《关于做好公共数据资源授权运营信息披露工作的通知》(2026)。

⁴³ 역자 주: 사중(事中) 모니터링은 지능체가 데이터를 호출한 뒤에도 계속하여 데이터의 이용에 대하여 감시하여야 한다는 의미로, "입구"에서의 통제 및 사후적 손해배상에 대비되는 개념이다. 따라서 이를 단순히 "데이터 운용 중 감시"로 번역하기보다는, 위와 같은 대비를 살리기 위하여 원문 그대로 "사중"으로 번역한다.

인터페이스 권한에 대한 제한을 통하여 지속적인 고빈도의 호출이 누적되어 형성되는 경계 이탈과 시스템의 부하를 방지하여야 한다.⁴⁴ 데이터 샌드박스와 신뢰실행환경 등의 기술적 장치는 지능체의 호출과 조합을 통제된 환경에 한정함으로써, 데이터가 '사용될 수는 있으나 보이지는 않는' 상태⁴⁵를 실현할 수 있다. 규제 샌드박스는 감독을 받는 혁신의 시험에 사용될 수 있으며, 포용적·신중한 감독의 이념과 연결된다.⁴⁶

개인의 중대한 권익이나 공공 거버넌스의 의사결정 또는 공공의 안전에 영향을 미칠 수 있는 부분에 대해서는 사람에 의한 재검토를 삽입하여, 핵심적인 판단이 현실의 결과로 외화되기 전에 사람이 점검하는 관문을 남겨 두어야 한다. 사후에는 알고리즘 감사를 통하여 지능체의 호출 논리와 의사결정의 과정 및 산출의 결과가 수권의 요구에 부합하는지를 핵험하고, 아울러 권한의 회수 장치를 마련하여야 한다. 즉 권한을 넘어선 호출이나 수권 목적의 이탈 또는 중대한 안전상의 위험이 발견되면, 즉시 그 호출의 권한을 중지하거나 낮추어야 한다. 위와 같은 조치는 수권운영에 대한 감독을 일회적인 입구의 통제에서 작동 과정에서의 지속적인 관찰과 필요한 개입으로 진전시킬 수 있고, 이를 통

⁴⁴ 参见 KROLL, Joshua A. et al., "Accountable Algorithms," 165 University of Pennsylvania Law Review (2017), 633 ; WACHTER, Sandra, MITTELSTADT, Brent and RUSSELL, Chris, "Counterfactual Explanations without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR," 31 Harvard Journal of Law & Technology (2018), 841 ; ARRIETA, Alejandro Barredo et al., "Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI," 58 Information Fusion (2020), 82.

⁴⁵ 역자 주: 원문은 "수거(데이터)가용불가견(数据可用不可见)"이다. 이는 중국 데이터 안전 관련 법리의 핵심 원칙 중 하나로, 2022년 12월 발표된 「데이터 20조(数据二十条)」의 내용인 "原始数据不出域、数据可用不可见", 즉 원시데이터는 밖으로 반출하지 않고, 데이터는 활용 가능하나 보이지 않아야 한다."라는 표현을 간략하게 변형한 것이다. 이에 따르면 데이터는 직접 열람·복제하지 않고도 필요한 연산·분석을 수행할 수 있는 상태일 때 가장 안전하면서도 효율성을 유지하는 상태로 이용 가능하다.

⁴⁶ 参见《中共中央办公厅 国务院办公厅关于加快公共数据资源开发利用的意见》(2024)。

하여 감독의 시점과 위험의 시점 사이의 어긋남을 완화할 수 있다.⁴⁷

4. 호출 연쇄 책임의 인정과 배분

호출의 연쇄 속에서 손해에 대한 책임추궁이 어렵다는 문제에 대해서는, 호출 연쇄를 실마리로 삼아 책임을 인정하고 배분할 필요가 있다. 이는 기존의 주체별 책임을 부정하는 것이 아니라, 여러 주체가 협력하고 손해가 서로 얹혀 발생하는 상황에서 각 주체의 실제적인 통제력과 수익의 귀속, 위험에 대한 기여 및 컴플라이언스 의무 위반의 정도에 따라 책임을 확정하는 것이다.⁴⁸

호출 연쇄 책임의 인정은 호출의 과정을 추적할 수 있다는 것을 전제로 하므로, 로그의 기록과 알고리즘 감사 및 정보공시라는 제도적 뒷받침이 필요하다. 작동의 전 과정에 대한 기록을 보존하여야만, 사후적인 손해의 형성 과정에서 각 주체가 한 구체적인 작용을 되짚어 볼 수 있다. 이를 기초로 책임의 배분은 통제력과 수익의 귀속, 위험에 대한 기여와 의무 위반의 정도를 종합적으로 고려하여야 한다. 관련된 부분에 대하여 보다 강한 통제력을 가지거나, 데이터의 이용으로부터 주된 수익을 얻거나, 위험의 형성에 대한 기여가 더 크거나, 또는 안전보장·심사·재검토·고지 등의 의무를 위반한 주체는 그에 상응하여 더 무거운 책임을 부담하여야 한다.

이에 따라 데이터 관리기관은 총괄적 관리와 감독의 책임을 부담하고, 실시기관과 운영기관은 수권의 경계와 인터페이스의 관리 및 안전보장의 책임을 부담하며, 모델 개발자는 호출의 통제와 기술적 안전 및 설명가능성 지원의 책임을 부담하고, 응용 배치자는 상황의 적합화와 위험의 평가 및 사람에 의한 재검토의 책임을 부담하며, 플랫폼 서비스 제공자는 공평한 접근을 보장하고 배

⁴⁷ 参见 YEUNG, Karen, "Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation," 12 Regulation & Governance (2018), 517.

⁴⁸ 参见凌斌：《法律救济的规则选择：财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》，载《中国法学》第6期(2012)。

타적 이용과 부당한 자기우대를 방지할 의무를 부담한다.⁴⁹⁵⁰ 이러한 책임의 배치는 단일한 주체에 대한 책임추궁으로 돌아가는 것이 아니라, 개별 사안에서 각 주체가 손해에 대하여 실제로 기여한 정도에 따라 호출의 연쇄 속에서 책임의 근원을 확정하고, 여러 원인이 얹혀 발생한 손해에 대하여 비례적으로 분담할 수 있는 여지를 남겨 두는 것이다.

IV. 결어

AI 지능체가 공공데이터 자원의 개발과 이용에 미치는 영향은 도구적 효율의 차원에 그치지 않고, 접근의 구조와 이용의 과정 및 위험의 형태를 변화시켰다는 데에 있다. 즉 접근의 구조는 사람이 주도하던 것에서 지능체가 참여하는 것으로 전환되고, 이용의 과정은 이산적인 일회적 개방에서 지속적이고 동태적인 호출로 전환되며, 위험은 단일한 데이터 유출에서 여러 차원이 얹힌 복합적 형태로 전환되고 있다. 이러한 전환에 직면하여, 데이터 개방과 수권운영을 중심으로 하고 데이터 자원과 수권의 주체를 주된 착안점으로 삼는 정태적 제도는 적합성의 측면에서 한계를 드러내고 있다. 이에 따라 공공데이터의 거버넌스는 정태적 수권을 기초로 하면서 상황별 진입심사와 지속적 통제를 도입할 필요가 있다. 진입심사와 수권, 감독 및 책임에 관한 규칙들 사이에 검증 가능한 제도적 연결이 형성되어야만, 공공데이터의 지능화된 이용이 안전의 통제와 가치의 발현을 함께 도모할 수 있을 것이다.

⁴⁹ 参见刘丽娜：《公共数据资源利用的政府责任与义务的法律边界》，载《行政论坛》第4期(2025)。

⁵⁰ 参见叶明、商潇元：《从行政资源到竞争工具：公共数据的功能演进与反垄断回应》，载《科技与法律（中英文）》第3期(2026)。

참 고 문 헌

외국문헌

[중국어]

< 논문 >

包晓丽：《公共数据权属配置的再结构化》，载《环球法律评论》第1期，2025。

陈天昊：《端侧智能体的监管定位、风险结构与规范构建》，载《东方法学》第1期，2026。

戴昕：《数据界权的关系进路》，载《中外法学》第6期，2021。

房绍坤、王耕：《〈民营经济促进法〉视角下公共数据授权运营违反竞争中立的问题与法治应对》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》第1期，2026。

冯洋：《公共数据资源登记的二阶结构与制度构造》，载《法治研究》第3期，2026。

冯洋：《公共数据资源化的理论构造与制度展开》，载《东方法学》第2期，2026。

郭如愿：《论公共数据的合规授权运营》，载《行政法学研究》第4期，2026。

郭文涛：《公共数据共享法律责任的理论逻辑和实践价值》，载《东方法学》第2期，2026。

韩世鹏：《特许经营权视角下公共数据授权运营的实践困境与纾解路径》，载《金融发展研究》第4期，2025。

何炼红、朱曦青：《论人工智能数据公共领域深度共享机制的构建》，载《中南大学学报（社会科学版）》第6期，2024。

雷刚、周栩蓉：《论公共数据流通利用风险的场景化规制》，载《征信》第3期，20

26。

凌斌：《法律救济的规则选择：财产规则、责任规则与卡梅框架的法律经济学重构》，载《中国法学》第6期，2012。

刘崇瑞：《整体性治理视域下公共数据分类分级的治理框架与实现路径》，载《情报科学》第3期，2025。

刘丽娜：《公共数据资源利用的政府责任与义务的法律边界》，载《行政论坛》第4期，2025。

马方、陈云志：《公共数据的国家安全风险及其应对：一项情报学视角的分析》，载《情报杂志》第3期，2026。

马颜昕：《公共数据授权运营的类型构建与制度展开》，载《中外法学》第2期，2023。

苏宇：《公共数据污染的法律治理》，载《交大法学》第2期，2025。

王东方：《公共数据授权运营中的数据安全风险及其体系化治理》，载《图书馆》第9期，2025。

王年：《公共数据授权运营的法律性质与制度构建》，载《江汉论坛》第5期，2025。

汪庆华、杨璐璐：《公共数据授权运营的理论逻辑与制度激励》，载《中国法律评论》第3期，2026。

王锡锌、黄智杰：《公平利用权：公共数据开放制度建构的权利基础》，载《华东政法大学学报》第2期，2022。

王正超：《公共数据开发利用中大模型应用的安全风险与治理路径》，载《情报杂志》第6期，2026。

魏昌东、郑淑珺：《数字时代公共数据滥用的刑法规制》，载《新文科教育研究》

第1期，2026。

叶明、商滿元：《从行政资源到竞争工具：公共数据的功能演进与反垄断回应》，载《科技与法律（中英文）》第3期，2026。

张玫瑰、张琪梦：《人工智能时代公共空间数据个人信息保护机制研究》，载《情报科学》第8期，2025。

张帅宇：《公共数据授权运营的行政程序分配》，载《交大法学》第3期，2026。

张涛：《公共数据授权运营中的国家担保责任及其调控面向》，载《清华法学》第2期，2024。

张运昊：《公共数据的动态体系化识别》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》第4期，2025。

赵舒捷：《公共数据授权运营的国家担保责任重构》，载《东方法学》第5期，2025。

支振锋：《公共数据资源开发利用促进及其体系化制度构建》，载《行政法学研究》第4期，2025。

钟颖：《公共数据授权运营的反垄断规制》，载《比较法研究》第6期，2025。

[영어]

< 저서 >

PASQUALE, Frank, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, 2015.

< 논문 >

ARRIETA, Alejandro Barredo et al., "Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, Taxonomies, Opportunities and Challenges toward Responsible AI," 58 *Information Fusion*, 2020.

BAROCAS, Solon and SELBST, Andrew D., "Big Data's Disparate Impact," 104 *California Law Review*, 2016.

BEKKUM, Marvin van and BORGESIU, Frederik Zuiderveen, "Digital Welfare Fraud Detection and the Dutch SyRI Judgment," 23 *European Journal of Social Security*, 2021.

HILDEBRANDT, Mireille, "Algorithmic Regulation and the Rule of Law," 376 *Philosophical Transactions of the Royal Society A*, 2018.

KROLL, Joshua A. et al., "Accountable Algorithms," 165 *University of Pennsylvania Law Review*, 2017.

MANTELERO, Alessandro, "AI and Big Data: A Blueprint for a Human Rights, Social and Ethical Impact Assessment," 34 *Computer Law & Security Review*, 2018.

MASTERMAN, Tula et al., "The Landscape of Emerging AI Agent Architectures for Reasoning, Planning, and Tool Calling: A Survey," *arXiv*, 2024.

MITTELSTADT, Brent Daniel et al., "The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate," 3 *Big Data & Society*, 2016.

WACHTER, Sandra, MITTELSTADT, Brent and RUSSELL, Chris, "Counterfactual Explanations without Opening the Black Box: Automated Decisions and the GDPR," 31 *Harvard Journal of Law & Technology*, 2018.

WANG, Lei et al., "A Survey on Large Language Model based Autonomous Agents," *arXiv*, 2023.

YEUNG, Karen, "Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation," 12 *Regulation & Governance*, 2018.

< 보고서 >

NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY, *Artificial Intelligence Risk Management Framework (AI RMF 1.0)*, 2023.

ROYAL COMMISSION INTO THE ROBODEBT SCHEME, *Report of the Royal Commission into the Robodebt Scheme*, 2023.

초 록

공공데이터 자원의 개발·이용은 수작업에 의한 조회, 고정된 인터페이스를 이용한 서비스와 정태적 수권에서, AI 지능체가 사전에 설정된 목표와 권한의 범위 안에서 수행하는 자동화된 호출과 지속적 운영 및 상황을 넘나드는 결합이라는 형태로 전환되고 있다. AI 지능체는 독립된 권리의무의 주체는 아니지만 공공데이터 호출의 대상과 범위 및 빈도에 실제로 영향을 미칠 수 있고, 그로 인해 현행 수권운영 제도는 새로운 적응이라는 압박에 직면하고 있다. 중국에서는 이미 분류·등급 구분, 수권운영과 정보공시 등을 주요 내용으로 하는 제도의 틀이 형성되어 있으며 이로써 일반적인 개발이나 이용의 문제에는 대응할 수 있다. 그러나 호출 시스템의 능력 차이, 수권 목적의 이탈과 여러 주체에 걸친 책임의 분산 등의 문제에 대한 통제는 여전히 충분하지 않다. 그 문제의 핵심은 제도 전체가 작동하지 않는다는 데 있는 것이 아니라, 기존의 규칙이 여전히 데이터 자원과 수권 주체 및 진입 단계의 심사를 주된 수단으로 삼고 있어 운영 과정에서 나타나는 위험의 변화에 대한 지속적 통제를 갖추지 못하는 데에 있다. 이에 따라 기존의 수권운영 틀 안에서 상황별 진입심사와 지속적 통제 장치를 도입하여야 한다. 즉 지능체의 유형과 임무의 목적 및 적용 상황을 함께 고려하여 진입의 조건을 정하고, 용도한정 수권으로 목적의 확장을 제약하며, 전 과정 감독으로 지속적 위험을 통제하고, 호출 연쇄 책임으로 주체의 분할이 남긴 책임의 공백을 메워야 한다. 이를 통하여 비로소 공공데이터의 지능화된 이용이 안전과 통제 가능성, 공익 우선과 공평이용 사이에서 제도적 균형을 이룰 수 있다.

<주제어> 공공데이터 자원, AI 지능체, 상황별 진입심사, 용도한정 수권, 호출 연쇄 책임

A b s t r a c t

The development and utilization of public data resources are shifting from manual queries, interface-based services and static authorization toward automated invocation, continuous operation and cross-scenario combination by AI agents acting within preset objectives and permission boundaries. Although AI agents are not independent legal subjects, their operation may affect the object, scope and frequency of public data invocation, thereby placing new pressure on the existing authorized-operation regime. China has developed a framework centered on data classification and grading, registration, openness and sharing, authorized operation, price formation and information disclosure. This framework can address ordinary data utilization, but it does not fully control risks arising from model capability, tool permission, deviation from authorized purposes, continuous invocation and dispersed liability among multiple actors. The difficulty does not lie in wholesale institutional failure, but in the continued reliance of existing rules on data resources, authorized subjects and entry review, with insufficient control over risk changes during operation. Public data governance should therefore introduce scenario-based access control and continuous supervision within the existing authorized-operation framework: access conditions jointly determined by agent type, task purpose and application scenario; purpose-limited authorization to constrain purpose expansion; whole-process supervision to control continuous risks; and chain-based liability to close responsibility gaps left by subject-based division. In this way, intelligent utilization of public data may achieve an institutional balance among security, public interest and fair use.

Keywords: public data resources; AI agents; scenario-based access control; purpose-limited authorization; chain-based liability

数字化协同共治视角下 AI 数字人直播行政监管困境与出路

Administrative Regulatory Dilemmas and Outlets for AI Digital Human Live Streaming from the Perspective of Digital Collaborative Governance

齐彤（中国青岛大学法学院硕士课程在读生，中日韩法学研究中心研究助理）、
王瑜（韩国庆尚国立大学法科大学博士课程在读生）合着

Co-authors Qi Tong (Master's Student, School of Law, Qingdao University;
Research Assistant, China-Japan-South Korea Legal Research Center),
Wang Yu (Ph.D. Student, College of Law, Gyeongsang National University)

目 录

- 一、问题的提出
- 二、AI 数字人直播场景中行政监管的多维失焦
 - （一）违法行为监管标准缺失
 - （二）技术黑箱下的归责困境
 - （三）技术监管手段滞后与能力鸿沟
- 三、数字化协同治理视角下的应对策略
 - （一）数字化协同共治构建必要性分析
 - （二）平台治理与行政监管的高效结合
 - （三）激活多元社会主体的监督治理热情
- 四、AI 数字人直播行政监管进路
 - （一）建立 AI 数字人直播行政规制法律制度
 - （二）发展技术赋能的新型监管工具
 - （三）厘清监管主体间的职权范围
- 五、结语

一、问题的提出

网络直播是现今企业与消费者重要的联通渠道,已然成为流量变现的必经路径。中商产业研究院发布的数据显示,2024 年中国直播电商交易规模达到 5.33 万亿元,¹同时,人工智能(AI)数字人直播正迅速成为网络直播领域的新兴力量,深刻改变着内容生产、分发和消费的传统媒体价值链。AI 数字人直播采用人工智能驱动的虚拟形象作为主播,这些虚拟主播能够通过先进的语音合成(TTS)、自然语言处理(NLP)、计算机视觉(如唇形同步、表情驱动)以及 3D 建模技术来实现自动化或半自动化的播报。中国虚拟主播市场正以年均 33.7%的增速扩张,其中 AI 数字人已为 9000+品牌创造 140 亿增量 GMV,单个数字人直播间的人效堪比 12 名真人主播,成本剪刀差持续扩大。² AI 数字人,作为一种具有类人外观的数字角色,能够自主与消费者互动以实时推广产品。这种技术通过结合 AI、虚拟现实和生成式 AI 的进步,实现了视觉设计和互动能力的提升,从而增强了消费者的参与度。研究表明,AI 驱动的虚拟主播能够有效降低运营成本,并实现内容的规模化生产。³在直播销售中,AI 辅助的直播能够为零售商带来竞争优势。AI 技术在直播电商供应链中扮演着关键角色,AI 虚拟主播可以消除部分不确定性,⁴当真实人类主播(RHS)在直播中发表不当言论时,品牌倾向于使用由人类操控的虚拟主播(HPVS)来减少负面影响并提升消费者对品牌的宽恕度。⁵在酒店预订等领域,AI 驱动

¹参见央视网《“双十一”提前开锣,当心直播带货的这些“坑”》,
<https://mp.weixin.qq.com/s/vKE0y9G2JYPG2GHo8BrY2g>, 2025 年 11 月 20 日,最后访问。

²参见湖北日报《虚拟主播发展情况分析:行业现状与数据洞察》:
https://news.hubeidaily.net/pc/c_4180941.html, 2025 年 11 月 28 日,最后访问。

³Meng Y, “Governing AI virtual anchors in China’s live streaming E-commerce ecosystem: Policy challenges and global Implications”, *Telecommunications Policy* (2025), 2.

⁴Liu S, Xu X, Cheng T C E, “Equilibrium analysis of Live-streaming e-commerce supply chain in the AI Era”, *International Journal of Production Research* (2025), 1–19.

⁵Xie J, Wu H, Liu K, et al, “Is virtual streamer useful? Effect of streamer type on consumer brand forgiveness when streamers make inappropriate Remarks ”, *Journal of Retailing and Consumer Services* (2024), 79.

的直播流甚至能够影响消费者的共同创造意愿和预订决策。深度学习模型如 UIE-ERNIE 被用于挖掘在线评论，以实现 AI 赋能的直播选品，从而提高直播间的吸引力和留存客户的能力。⁶

尽管 AI 数字人直播带来了诸多优势，但其发展也伴随着一系列监管难题。生成式 AI 可以生成高度逼真的文本、图像、音频、视频等合成内容，实现精准定位和个性化攻击，甚至构建自动化的攻击流程，对传统防御手段构成挑战。⁷这也意味着，AI 数字人直播存在被滥用的风险，可能被用于传播虚假信息、实施欺诈等行为，进而影响社会稳定，侵害消费者权益。一种常见的情况是，在未获授权的前提下，利用深度合成技术将名人的形象“换脸”“换声”后制作成数字人主播，借助名人或品牌的影响力骗取粉丝信任，诱导消费以谋取利益。一些直播间里同时出现“演员温峥嵘”的画面，但实际上并非本人，而是通过 AI 合成的虚假直播，或者是对过往内容的盗播、录播。此外，全红婵、孙颖莎、王楚钦等体育运动员的形象也曾在直播中被伪造，用于冒充名人带货。

8

由法学视角观察，既有研究已有不少从宏观角度探讨网络直播监管的规范研究和实证研究。⁹也有研究从私法角度出发，讨论网络直播涉及具体技术规制或用户权利议题的文献早已汗牛充栋，主题遍及虚拟财产、知识产权、直播经纪合约、主播名誉权、消费者权益保护等。¹⁰但是从行政规制的角度，由直

⁶Ma Y, Li J, Li Z, et al, “Mining online reviews by deep Learning-based UIE-ERNIE for AI-empowered live streaming product Selection”, *Journal of Retailing and Consumer Services* (2025), 87.

⁷Schmitt M, Flechais I, “Digital deception: Generative artificial intelligence in social engineering and Phishing”, *Artificial Intelligence Review* (2024), 57.

⁸参见新华日报《知名女演员上央视自曝成受害者！“我现在很难证明我是我”》，<https://mp.weixin.qq.com/s/3aeT33eKtvevJVTyOkbWTQ>，2025 年 11 月 29 日最后访问。

⁹赵玲、周剑平：《电商直播监管的难点与对策创新》，载《中国流通经济》2021 年第 8 期，第 75-76 页。

¹⁰关于网络直播涉及财产法问题的讨论，可见李杨：《电竞赛事直播中的利益配置与法律保护》，载《学习与探索》2020 年第 10 期，第 94-96 页；关于网络直播中经纪合同纠纷解决问题的讨论，可见李欢、李建伟：《论网络直播业主播经纪合约的司法规制——基于 200 份商事裁决书的实证分析》，载《河南

播信息技术的现有发展状态和应用场景出发，探讨当下和未来 AI 数字直播技术对部门法法制对进行监管的研究成果还较为少见。此视角事实上，是在讨论“新技术对传统法律的颠覆性影响，对部门法律和规制事业的相关推理方式的颠覆和替代，以及越来越多的支持乃至取代法律规则的技术工具的出现。”¹¹从国家层面上来说，为了促进人工智能拟人化互动服务健康发展和规范应用，国家亦是起草了《人工智能拟人化互动服务管理暂行办法（征求意见稿）》《直播电商监督管理办法》，推动全国乃至地方立法对人工智能拟人化互动服务进行进一步细致管理。

本文选取行政规制的角度作为切入点，探讨以 AI 数字人直播为代表的人工智能拟人化互动服务对我国行政法监管的影响。从现有的发展态势看，AI 数字人直播技术已经在美团、抖音、快手等商业平台上得到了广泛应用，但实际上还看不到其取代真人直播的可能性。因此，本文的研究重点将以现有的 AI 直播技术应用的综合场景为核心，并在此基础上加以有限且合理的延伸，探讨 AI 数字人直播的保护路径问题。

二、AI 数字人直播场景中行政监管的多维失焦

虚拟现实技术、人工智能技术带来了新的问题。在数字空间里，AI 数字人所生成的内容往往具有很高的逼真度，这让监管部门与平台在识别和阻断虚假信息、有害内容时，面临更大的难度。

（一）违法行为监管标准缺失

师范大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 2 期，第 78-80 页；关于网络直播中对主播名誉权和消费者权益保护问题，可见赖成宇：《名人直播带货的法理与消费者保护》，载《中国政法大学学报》2021 年第 5 期，第 196-200 页。

¹¹罗杰·布朗斯沃德、毛海栋（译）：《法律 3.0：规则、规制和技术》，北京大学出版社（2023），第 8 页。

2026 年 2 月，通过国家法律法规数据库、威科先行与北大法宝三个数据库进行检索，共获取以下直播电商相关规范文本：部门规章 2 部（《互联网直播服务管理规定》《网络直播营销管理办法》），相关法律法规 4 部（包括《互联网文化管理暂行规定》《中华人民共和国消费者权益保护法实施条例》《互联网信息服务深度合成管理规定》《生成式人工智能服务管理暂行办法》等），行业标准 2 项，以及北京、广东、海南、河北、江西、宁夏、山东、上海、四川、浙江等 10 个省级地方人大制定的直播电商地方性立法文本。¹²在顶层设计层面，《电子商务法》《广告法》《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》等上位法为直播电商提供了基础性制度框架。2026 年 2 月施行的《直播电商监督管理办法》（以下简称《办法》）作为首部专门性部门规章，首次系统界定了直播电商平台经营者、直播间运营者、直播营销人员、直播营销人员服务机构四类主体的法律地位与责任边界，填补了行政监管依据不足的“模糊地带”。¹³在地方层面，浙江、广东等 10 余个省级人大相继出台直播电商地方立法，如《浙江省电子商务条例》首创直播内容“谁提供，谁负责”的归责原则。直播电商监管法规的完善，集中体现了数字经济时代社会治理模式向“规范与发展并重”的深刻转型。

然而，面对直播业态的快速演进，现行立法在应对 AI 数字人直播这类新模式时，仍显露出一定的滞后性，相关规则有待进一步补充与完善。这种“中央先行、地方滞后”的格局，既有立法权限层面的原因，即 AI 数字人直播涉及人工智能、数据安全等跨区域监管事项，宜由中央统一立法；也有立法资源分配的考量，地方立法资源有限，往往优先回应传统业态的规范需求。¹⁴此前

¹²参见威科先行网站，<https://law.wkinfo.com.cn/>，2026 年 1 月 15 日最后访问。

¹³参见市场监管总局：《市场监管总局直播电商监管专题新闻发布会实录》，https://www.samr.gov.cn/xw/xwfbt/art/2025/art_1cd07174cfd046c8a973653743e4bd8e.html，2026 年 1 月 15 日最后访问。

¹⁴葛江虬：《论数据立法权的央地分配》，载《法学论坛》2024 年第 5 期，第 88-89 页。

北京、广东、浙江等 10 余个省级地方人大制定的直播电商地方立法文本，大多出台于《办法》之前或同期，因此也普遍存在以下不足：

首先，地方立法的规范对象主要还是传统直播内容，针对 AI 数字人直播的条款几乎处于空白状态。从多地的立法来看，重点集中在真人主播的行为规范、平台责任、消费者权益保护等传统问题上，对 AI 数字人这一新形态缺乏专门的制度设计。以上海市市场监督管理局印发《上海市网络直播营销活动合规指引》（2023 年修订版）为例，采用的是“总一分一附”的结构，下设“总则”“主体合规要求”“商品或者服务合规要求”“直播营销行为合规要求”“附则”五个章节。对比其他 9 部地方性法规的章节设置可以发现，除了“总则”“法律责任”和“附则”基本一致外（部分法规未设章节），在主体合规、商品或服务合规、直播营销行为合规这几块的内容安排上也大体相似，只是顺序略有不同。但绝大多数法规还是围绕传统直播电商展开，很少涉及 AI 数字人直播的相关规定和法律责任。像四川、湖北等省市的地方指引中，就没有专门设置 AI 数字人的相关条款。

其次，即使部分地方立法提及技术应用，也多停留在原则性表述层面，缺乏可操作的具体规则与法律责任的相关规定。由于地方立法普遍早于《办法》的系统出台，未能同步跟进中央立法对 AI 直播的专门规制思路，缺少对中央立法的配套规范体系和操作模式。十部法规颁布时间主要集中于 2020-2024 年，但中央立法层面的《直播电商监督管理办法》直至 2026 年才正式颁布。在标识义务的细化标准、责任认定的具体情形、技术应用的合规指引等方面，地方层面尚未形成与中央立法相衔接的配套规范。例如，山东省市场监督管理局印发《山东省网络直播营销合规指引（试行）》中（十一）中提出，使用他人肖像或 AI 生成形象进行直播营销，须征得权利人同意并对可能引起混淆的 AI 合

成内容作出显著标识。¹⁵浙江省《网络直播营销行为规范指引》¹⁶也明确提出，使用深度合成技术的 AI 数字人应在合理位置、区域持续、显著的进行提示。河北省《网络直播带货广告合规提示》也提出未经授权不得使用“名人数字人”形象进行直播。¹⁷《办法》与部分地方法规中提到应对涉及 AI 数字人直播等相关深度合成技术有关的直播形式或产品，应进行“持续提示”，但提示的标识的位置、大小、频次、时长等均未明确，部分企业将提示标识字体缩至极小、在视频中一闪而过，而非“持续性”显示，消费者依然难以辨别屏幕前的“人”究竟是真人还是 AI。¹⁸名人授权 AI 分身直播但未实际参与时，其是否构成《广告法》下的“广告代言人”，虚假宣传时是否承担连带责任，仍无明确指引。在微信群、企业微信等私域场景中进行的数字人直播，因监管穿透难度大，标识义务往往被完全规避。¹⁹

（二）技术黑箱下的归责困境

AI 数字人直播技术无法现有归责原则更好的映射或关联。AI 数字人直播通过算法驱动的模式更加依赖于联结主义方法，通过大量数据与深度学习进行

¹⁵参见山东省市场监督管理局印发《山东省网络直播营销合规指引（试行）》的通告（鲁市监通告〔2024〕55号）第11条：使用其他人肖像作为虚拟形象从事网络直播营销活动的，应征得肖像权人同意，不得利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权。使用人工智能（AI）技术生成或者深度合成技术制作的直播营销画面，可能导致公众混淆或者误认的，应在合理位置、区域显著标识使用深度合成技术、由 AI 技术生成等提示。

¹⁶参见浙江省市场监督管理局印发《网络直播营销行为规范指引》第20条：使用应用深度合成服务的 AI 数字人可能导致公众混淆或者误认的，应当在合理位置、区域进行持续、显著标识，与自然人名义或者形象进行明显区分，不得采用技术手段删除、篡改、隐匿区分 AI 数字人标识。。

¹⁷参见河北省《网络直播带货广告合规提示》第2条第5款第3项：未经书面授权，不得利用名人明星的名义或形象进行推广宣传，不得使用近似名人的“AI 数字人”进行宣传。例如，某主播在推销产品的时候，谎称“××卫视主持人×××强烈推荐”等内容，或者宣传“明星同款”并同时使用某明星照片，但实际并未取得本人授权。

¹⁸伍月明：《明星分身六个直播间却非本人？全国人大代表钟铮建言 AI 治理》，

<https://m.mp.oeeee.com/a/BAAFRD0000202603051533486.html>，2026年3月25日最后访问。

¹⁹杨召奎：《平台经济迎来两部新规，这些行为被“划红线”》，载《工人日报》2026年01月09日，04版。

模式识别和结果输出，²⁰使其在直播运行中产生的商业行为带有“众创性”和“预设性”。这使得事件中对于行为过错判断上，AI 数字人直播所引发的侵权中对侵权过错的判断更加复杂。“在因果关系上，往往存在涉及算法、数据和用户等多重因素交织的复杂情形。”²¹监管部门与相关平台在多数情形下很难明确识别具体哪个参与主体存在过错，也难以认定其行为与侵权结果之间构成清晰的因果关系。传统的侵权责任认定通常基于主观过错和因果关系的判断。而当 AI 数字人依托大模型自主生成内容时，运营者对直播内容的实际控制力明显下降，原有的责任分配逻辑已不再适用。

一方面，AI 数字人直播个人主义归责适用空间有限。人工智能已完成从古典人工智能进化至联结主义人工智能，即 AI 数字人直播已经进入生成式人工智能时代，大模型基于人工神经网络（ANN）和深度学习，通过大规模数据和计算资源训练模型进行局部直播生态网络的搭建。人工智能内部更加难以确定具体的加害人，大模型在实际运行中可能产生“幻觉”，生成一些未经预设的虚假宣传、不当言论甚至违法内容，进一步模糊了拟数字人制作运营方、AI 数字人技术服务提供者、算力提供商、真人驱动者等主体的行为界限。同时，AI 数字直播技术中的人机交互指使加害人不具有确定性，这种情况下，运营者客观上很难提前预见到违规内容的发生，也很难在出现的那一刻就有效阻断。这种人机交互所产生的侵权结果，难以在事实层面上拆解为若干独立的侵权行为。²²这种错配带来的直接后果是，运营者常常以“算法自动生成、并非我本意”为由进行抗辩，而监管部门在认定责任时，也缺少考量 AI 自主性程度的

²⁰臧雷振、陈浩：《生成式人工智能算法风险及社会治理挑战》，载《中共中央党校(国家行政学院)学报》2025 年第 1 期，第 44 页。

²¹王利明：《再论生成式人工智能的侵权风险及其应对》，载《广东社会科学》2026 年第 1 期，第 249-250 页。

²²陆小华、陆赛赛：《论生成式人工智能侵权的责任主体——以集体主义为视角》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》2024 年第 1 期，第 120-121 页。

法定标准。

另一方面，数字人直播涉及多个不同主体的协同参与，增加了侵权主体识别的困难程度。AI 数字人直播涉及技术提供方、MCN 机构、平台等多个主体，不同的主体在直播场域中作用不同。多元主体的参与使得责任归属在侵权事件发生时变得极为复杂。实践中，监管部门对于该类行为特征与违法手段的了解和认知均需要一段时间的执法经验积累，加之 AI 数字人技术伴着生成式人工智能技术快速发展，违法的隐蔽性和传播范围不断增强和扩大。且侵权事件发生时，各方往往援引不同理由相互推诿。技术提供方在什么情况下需要为算法缺陷导致的侵权负责？人机协同互动所产生的侵权结果应该如何归责？消费者维权时常常面临“找不到人、分不清责”的困境，监管部门在执法时也很难精准锁定责任主体，监管的威慑力因此大打折扣。

（三）技术监管手段滞后与能力鸿沟

考虑到网络平台兼具公共属性与非中立性特征，我国政府依据“谁受益，谁负责”的原则，确立了“以网管网”的监管策略。²³由于政府难以全面掌握网络信息传播的技术、渠道和用户数据，依靠传统手段对网络空间进行直接监管，往往显得力不从心。像行政处罚、行政许可、行政强制这类常见方式，在实际执行中也都存在效能不足的问题。²⁴

首先，监管过程实时性与资源不足。网络直播实时性与广告事前审核的要求是相悖的。传统的广告监管需要“事前审查一事处罚”，发布广告前需要审核，违规发布后可以追责。而数字人直播是海量、高频、24 小时不间断的，

²³解志勇、修青华：《互联网治理视域中的平台责任研究》，载《国家行政学院学报》2017 年第 5 期，第 102-103 页。

²⁴万方：《网络直播营销平台监管权运行的困境及其破解》，载《法商研究》2023 年第 2 期，第 152-153 页。

单个平台每天开播数字人直播间在几万到几十万场次，人工巡查完全失效。监管部门人力有限无法覆盖海量直播内容，更重要的是违规内容是在造成损害之后才被发现的。当消费者已经在虚假宣传下购买时，当不当言论已经蔓延之时，事后处罚具有一定的威慑作用，但无法挽回损害，监管滞后、威慑力不足导致“发现即已损害”。²⁵

其次，穿透式监管的技术障碍。数字人直播本身具有技术低成本批量复制的特点，同一个运营主体可以利用自动化工具同时运营几十个甚至上百个数字人直播间，实现数字人直播平台“千号千面”的运营模式。微信群、企业微信、私密直播间等私域空间进行的数字人直播，监管机构无法有效进入和监测。当某个账号违规被平台封禁后，可以通过切换 ip 地址、虚拟身份、更换注册信息等方式迅速开设新账号，规避封禁。这种“打游击”式的规避模式，使得封禁账号难以奏效。实践中，上海某某数字科技有限公司使用 AI 数字人生成“老专家”“权威人士”等形象，利用竞价排名投放给中老年群体，诱导其购买高价低质的保健品或虚假理财产品。²⁶监管部门在执法过程中需要对“账号—运营主体—算法模型—资金链路”做穿透式监管，才能从源头上打击黑灰产业链。目前的技术还不能满足这种要求。账号真实的运营者往往通过多层壳公司、虚假身份进行掩盖，算法模型本身就是一个黑箱，实际的参数、训练数据、输出逻辑等无法通过外部监管来获取，资金链路可能通过多个第三方支付平台、虚拟货币等方式进行混淆。由于技术上的不可及性，导致违法成本低、规避空间大，黑灰产主体能在监管空间继续牟利。但各平台间的黑名单、违规记录等信息无法进行有效共享，跨平台联动治理机制缺失。跨平台虚假宣传、数据污

²⁵《全红婵等名人成“数字人直播乱象”受害者 触碰多条法律红线谁该担责？》，https://www.dzwww.com/xinwen/shehuixinwen/202603/t20260311_17529629.htm，2026 年 3 月 15 日最后访问。

²⁶上海市场监管：《什么？！在线问诊的老专家，是 AI 合成的？》，<https://shaanxipiyao.cn/20250926/20ea3790683d0d785a9016e02253a23f.html>，2026 年 1 月 15 日最后访问。

染、商业诋毁等行为因为没有信息互通和协同执法机制，难以形成有效治理。

三、数字化协同治理视角下的应对策略

我国在全面贯彻“十五五”时期经济社会发展指导方针的实践要求中提出，在制定地方专项规划、地方规划、区域规划和空间规划过程中，各地区部门应注重协同配合。²⁷AI 数字人作为互联网领域新兴技术社会治理的重要部分，理应贯彻落实协同共治理念，各方积极参与直播生态建设才能更好促进整个行业的健康发展。

（一）数字化协同共治构建必要性分析

20 世纪 70 年代，赫尔曼·哈肯（Hermann Haken）首次提出协同理论，该理论被引入社会治理领域后，强调治理主体之间应加强协商、对话与合作，其核心内涵体现为社会治理主体的多元化及治理系统的协调性。²⁸数字化协同治理则被界定为依托数字平台，构建多个相互依赖的个体或机构共同参与公共决策与管理的制度安排。²⁹尽管 AI 数字人直播本质上仍与网络直播带货相同，是传统网购模式在电子商务领域的延伸，离不开带货产品的质量、价格、广告等多重核心因素的影响，但不可否认的是 AI 数字人直播与传统网络直播相比有着自身独特的运行逻辑和技术模式。监管部门对于 AI 数字人所生成的直播难以实现全时段无缝监测，直播平台虽负有注意义务但也存在监管盲区，单纯依靠被侵权人定点反馈无法形成有效防范机制。从协同治理的视角来看，网络直播带货法律治理的困境主要表现三个方面。

²⁷李强《“十五五”时期经济社会发展的指导方针》，

https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202510/content_7046327.htm，2026 年 4 月 1 日最后访问。

²⁸丁国峰：《协同共治视角下网络直播带货法律治理体系的构建》，载《学术论坛》2024 年第 2 期，第 24 页。

²⁹曾渝、黄璜：《数字化协同治理模式探究》，载《中国行政管理》2021 年第 12 期，第 60 页。

首先，部门职能交叉与监管空白并存。我国长期实行市场监管总局领导下的分散执法体制，网信办、文旅部门、税务机关等均享有相应执法权限，但各部门之间的协调难以有效适应网络直播带货过程中的动态性与复杂性。而 AI 数字人直播突破了传统属地管理模式的传统监管边界，构成了全域性、跨数字空间的协同治理难题。³⁰AI 数字人直播涉及多重法律关系的交织，天然地跨越多个行政部门的监管边界，AI 数字人直播同时也涉及平台内部的监管。面对可以大规模复制、转移的数字人主播，数字人使用的算法模型需向网信部门备，而直播中的宣传话术可能构成广告违法行为，由市场监管部门管辖，数字人从事网络表演活动，又落入文旅部门职责范围。监管部门众多、监管职责分散繁杂，若同一直播同时触发上述多重监管事项，这种分散式的行政监管职权下的执法方式很难产生高效稳定的规制效果。部分监管事项因职责边界模糊，出现“多头管”的局面。制度碎片化以及职权模糊使得各部门之间存在长期的信息壁垒，缺乏有效沟通机制，在实践中的执法极度依赖自身的经验积累和执法习惯。³¹实践中，对于跨部门的新型业态，往往需要经过多轮协调会商才能明确牵头部门，其间监管空窗期使违法主体得以规避监管。

其次，数据与线索共享不畅。部门之间的数据壁垒、信息孤岛现象是协同治理的第二大障碍。监管部门依据不同法律法规组建了不同的监管信息系统，但监管部门之间缺少数据互通的渠道，网信部门的算法备案系统、市场监管部门的广告监测平台、工信部的 ICP 备案数据库、文旅部的网络表演监管平台各自独立运行，并且数据标准不一、接口不兼容，难以实现信息共享。³²当某一

³⁰韩万渠、袁高辉：《构建敏捷治理协同机制 推进政务服务“跨省通办”》，载《中国行政管理》2023 年第 5 期，第 48 页。

³¹丁国峰：《协同共治视角下网络直播带货法律治理体系的构建》，载《学术论坛》2024 年第 2 期，第 25 页。

³²《织密直播电商“监管网”筑牢放心消费“防火墙”——2025 年市场监管部门加强直播带货乱象整治工作综述》，《中国市场监管报》2026 年 03 月 14 日，
<http://pc.cmrnn.com.cn/shtml/zggsb/20260314/142032.html>。

部门在日常监管中发现属于其他部门职责范围的违法线索时，缺乏高效的移交通道。实践中，线索移交往往依赖公文往来，流程繁琐、周期较长，当某一部门的日常监管中发现属于其他部门职责范围的违法线索，缺乏移交渠道，线索移交以公文往来为主，线索移交往往流程繁琐，周期长，例如当一个运用 AI 仿冒名人的直播账号进行虚假宣传时，市场监管部门的广告监测平台既能够识别出涉案广告违法内容，也无法从网信部门的算法备案系统中调取该账号所运用算法的备案信息追溯技术源头。单一部门难以独立完成对整个链条的穿透式打击，而跨部门的联合执法又缺乏常态化的机制，往往需要个案协调。

最后，平台处置措施的裁量空间与执行偏差。目前我国对于网络直播的监管机制主要依赖于以平台作为主要的监管媒介进行事前审查与事后处罚。³³而超大型互联网平台在扮演信息搜索、中介服务提供者甚至是代为行使处罚权的角色同时，自身也从事内容生产、商品销售或商业服务，并在此过程中表现出明显的自我优待倾向。³⁴平台存在较大的裁量空间，其被赋予处置违规直播间的权力，但是没有规定具体的违规程度与处置措施之间的关系。在实践中存在“高举轻放”的执法倾向，平台往往根据直播间的流量大小、收益决定处罚的轻重，对于流量较大的头部直播间，平台往往采用“警示”“限流”等轻微措施。例如主播虚假宣传或兜售“三无”产品、平台延迟退款、平台数据造假甚至包庇平台商家等。³⁵此种偏差往往源于平台的商业利益驱动，平台往往倾向于保护保护违规的头部直播间，以保护平台收益。这种选择性执法不仅破坏了公平竞争环境，也削弱了监管制度的威慑力，使违规主体得以通过流量规模换取“豁免权”。

³³周剑平：《电商直播监管的难点与对策创新》，载《中国流通经济》2021年第8期，第77页。

³⁴丁晓东：《论超大型互联网平台的法律规制》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2025年第1期，第96页。

³⁵李国昊、梅婷、梁永滔：《政府监管下直播带货平台合谋行为的奖惩机制研究》，载《江苏大学学报（社会科学版）》2024年第2期，第101页。

（二）平台治理与行政监管的高效结合

行政监管部门的局限性不仅针对监管机构对其所规制的市场有多少了解，也涉及监管机构能在多大程度上有效纠正市场主体行为。³⁶AI 数字人直播具有技术深度嵌入、主体高度多元、风险快速演变的特点，单一依靠行政监管的“命令—控制”模式已难以实现有效治理。数字化协同治理的核心命题，正在于如何实现平台自治与行政监管的高效结合，形成政府与平台各司其职、优势互补、协同共治的治理新格局。

其一，探索建立“行政+平台”双向信息共享与传导机制。传统的监管模式下，通常由监管部门向涉事平台调取相关主体的违规数据，而此行为往往需要经过大量冗杂的流程，而提升监管效率，则需要构建双向的信息通道。平台在数字人直播治理中，本身就具备技术和信息上的天然优势。作为技术基础设施的运营者和流量分配的主导方，平台能够实时监测直播内容、精准识别违规行为，并迅速采取处置措施。一方面，平台应向监管部门开放必要的监管接口，提供风险预警、违规线索、处置记录等相关数据。必要时，执法部门也可以派驻人员进入平台，直接获取带货直播的相关信息。³⁷另一方面，监管部门也应主动向平台通报违法主体信息、新型风险动态以及最新的监管政策，帮助平台提高风险识别能力。对于平台的监管，如果完全按照平台注册地来划分属地管辖权，会导致监管权在事实上集中在特定地域的监管部门。³⁸执法部门之间也需要打破条块分割，加强信息流通，推动数据在各部门之间的共享与互通。

其二，确立“平台先行处置—行政兜底追责”的递进式责任链条。平台先

³⁶科林·斯科特、安永康（译）：《规制、治理与法律：前沿问题研究》，清华大学出版社（2018），第12页。

³⁷丁国峰：《协同共治视角下网络直播带货法律治理体系的构建》，载《学术论坛》2024年第2期，第29页。

³⁸黄冬娅：《平台监管权的纵向配置与地方分权化监管演进》，载《中国行政管理》2025年第8期，第3页。

行处置不能替代行政监管的底线性保障。当平台处置失效或平台本身存在过错时，行政监管应当介入，实施兜底追责。第一，对平台处置失效的追责。当平台怠于履行注意义务或处置责任，导致违规内容持续传播、损害扩大时，监管部门应对平台实施行政处罚。处罚方式包括警告、罚款、责令暂停相关业务、吊销相关许可等。通过追究平台责任，倒逼平台切实履行第一道防线职责。第二，对违法主体的直接追责。需要先通过赋权与救济机制的协同设计，构建面向多元主体的激励结构。可行的激励机制在于，通过减轻或免除责任，鼓励违法者主动披露自身或他人的违法信息——这在违法行为更具专业性、信息更为隐蔽的领域尤为有效。³⁹对于平台已采取处置措施但仍需追究法律责任的违法主体，监管部门应直接介入，依据《广告法》《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》等法律法规实施行政处罚。监管部门的强制处罚权，是平台处置措施无法替代的刚性约束。

这一结合要求行政监管从“直接干预者”转型为“制度设计者”与“协同组织者”，通过双向信息共享构建责任传导链条，通过裁量基准与司法审查约束平台权力边界。唯有实现这一转型，方能破解数字人直播领域监管失焦的深层困境，形成政府与平台各司其职、优势互补、协同共治的数字化治理新格局。

（三）激活多元社会主体的监督治理热情

自我规制为非政府主体监督规制规范实施的最好范例。⁴⁰行政监管与平台自治虽构成核心治理力量，但二者均存在固有局限，行政监管受限于执法资源与信息不对称，平台自治受困于商业利益驱动下的选择性执行。弥补上述局限，必须激活多元社会主体的监督治理热情，构建行业组织、消费者、媒体、技术

³⁹杨国强：《超级数字平台公共性的激励型法律规制》，载《现代法学》2026年第1期，第50页。

⁴⁰科林-斯科特、安永康（译）：《规制、治理与法律：前沿问题研究》，清华大学出版社（2018），第166页。

社区等广泛参与的协同治理网络。

发挥行业组织的标准制定与自律监督功能。数字人直播行业尚处于快速发展期，技术迭代快于制度演进，单靠行政立法难以覆盖所有风险点。行业组织可发挥贴近市场、了解技术的优势，制定团体标准与自律公约，在行政立法之前填补规则空白。目前对于 AI 数字人直播相关行业标准有国家广播电视总局发布的《数字虚拟人技术要求》⁴¹以及国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会发布的《电子商务直播售货质量管理规范》⁴²，其中两部国家级行业标准中未涉及 AI 数字人直播的相关标准。现今仅存在一部与 AI 数字人直播的团体标准，是由中国图象图形学学会制定发布《情智兼备数字人能力要求》。⁴³相关行业协会也可制定数字人直播标识规范、算法透明指引、数据安全标准，为会员企业提供合规参考。同时，行业组织可建立自律监督机制，对违反公约的会员实施行业惩戒，如公开谴责、取消会员资格等，形成行政监管之外的平行约束力量。行政监管部门应通过购买服务、标准采信、联合发布等方式，赋能行业组织的自律功能，将其纳入协同治理体系。

四、AI 数字人直播行政监管进路

AI 数字人直播的行政监管路径，既要关注法律规则的修改，也要关注相应的技术解决方案。法律规则要符合符合数字时代的目的，对互联网平台以及地方政府设定法定注意义务并厘清职权范围，同时更应探索有效的技术措施，从而让技术本身成为解决方案的一部分，以期提高行政监管的效率与水平。

（一）建立 AI 数字人直播行政规制法律制度

⁴¹参见国家广播电视总局发布《数字虚拟人技术要求》，GY/T 411—2024。

⁴²参见国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会发布《电子商务直播售货质量管理规范》，GB/T41247—2023。

⁴³参见中国图象图形学学会发布《情智兼备数字人能力要求》，T/CSIG 001—2026。

AI 数字人直播的行政监管，既需要技术解决方案，也离不开法治建设。其涉及算法技术、网络内容、广告行为、消费者权益、知识产权等多重法律关系的交织。同时，技术规制措施的运用，也须受到赋予其合法性原则的约束。唯有如此，技术性监管手段与法治体系才能相互配合、协同发力。⁴⁴《办法》虽然已将数字人主播纳入监管，要求商业活动的责任主体对内容真实性负责，“能够避免行为人将侵权责任推卸给人工智能技术自身”⁴⁵。但其只建构了原则性框架，诸多核心概念仍需配套细则加以明确。因此，统一网络直播行政规制法律制度，应从以下层面推进。

1. 强化顶层设计，加快中央立法配套细则出台

针对地方立法普遍早于《直播电商监督管理办法》的现实，应由国家市场监管总局、国家网信办等主管部门牵头，尽快制定《办法》的实施细则或操作指引，为地方提供统一、明确的规则依据。⁴⁶重点明确以下内容：一是细化“持续提示”的技术标准，对标识的位置、大小、频次、时长、呈现方式作出可操作的具体规定，要求标识在直播全程持续显示、位置显著、清晰可辨，禁止以极小字体、一闪而过等方式规避，从源头上遏制“形式合规”现象。二是需对违规行为设置处罚规则。该部分在《标识办法》中尚未具体明确，但《生成式人工智能服务管理暂行办法》第 13 条可为行政处罚提供法律依据。对错误标识进行补救，以恢复 AI 内容生成与传播的正常市场生态。⁴⁷

⁴⁴罗杰·布朗斯沃德、毛海栋（译）：《法律 3.0：规则、规制和技术》，北京大学出版社（2023），第 119 页。

⁴⁵张凌寒、于琳：《生成式人工智能价值链上的侵权责任划分》，载《北京行政学院学报》2025 年第 5 期，第 76 页。

⁴⁶丁国峰：《协同共治视角下网络直播带货法律治理体系的构建》，载《学术论坛》2024 年第 2 期，第 27 页。

⁴⁷杜维娜：《Aigc 标识义务的检视与定位》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2025 年第 1 期，85-89 页。

2. 推动地方立法升级，填补 AI 数字人直播法律规范空白

从立法的社会效果考量，应该合理发挥地方立法的比较优势。“地方立法能够针对本地区的特定情况和需求，制定更加符合当地实际情况的法规，构成对中央立法的有益和必要补充”。⁴⁸对于已经出台相关直播电商地方立法的地区，应进一步结合《办法》的具体规定和地方实际，进一步补充和细化地方法规，推进地方立法的精细化、科学化。对于尚未出台相关立法的地区，应将 AI 数字人直播作为重点规范对象纳入立法计划。AI 数字人直播地方立法应该提高立法质量，以实际立法宗旨的实效为准，应从原则性表述走向精细化规则，明确 AI 数字人直播的准入条件、算法备案要求、内容审核标准、违规处置罚则，增强法规的操作性、可行性，便于实际遵循和衡量。

（二）发展技术赋能的新型监管工具

在协同治理的框架下，协同与数字化互为依托。政务协同、政社协同、政企协同等治理需求，为数字化提供关键驱动力；而数字化则为构建治理网络、优化协同机制提供核心支撑。⁴⁹面对数字人直播海量、实时、隐蔽的特性，传统以人工巡查、事后处罚为核心的监管模式已完全失效。必须推动监管模式从“人力密集型”向“技术密集型”转型，以技术监管技术，发展智慧监管工具。

发展技术赋能的新型监管工具，需要在监管效能与权利保障之间寻求平衡。流量管控措施应当遵循比例原则，避免“一刀切”式关停对合法经营造成不当损害。针对跨平台黑灰产主体利用信息孤岛逃避打击的问题，应建立全国统一的跨平台虚假信息共享数据库。对于生成式人工智能引发的侵权问题，需要综合考虑风险、可预防性以及防范成本，不宜一概要求制造者承担责任，而应根

⁴⁸王怡：《立法社会效果考量的方式及其决策思维》，载《中国法学》2025年第2期。第204页。

⁴⁹娄金炜：《协同治理实践下的职权法定原则：拓展与限度》，载《北方法学》2025年第4期，第105页。

据具体场景来判断是否存在过错。该数据库收录违法主体的身份信息、账号信息、违规记录及处置措施等数据，各平台有义务接入数据库，在账号注册、内容审核等环节进行查询比对。过错责任原则强调的是责任与主观过错相匹配，而算法“幻觉”导致的违规内容，并不是运营者主观意志的体现，也不是其怠于履行注意义务的结果。当服务提供者和用户都存在过错时，可以按过错程度划分责任，避免让服务提供者独自承担全部风险防范成本，严格责任也不应削弱受害者采取合理措施的积极性。⁵⁰如果对所有运营者不加区分地适用严格责任，不仅容易造成实质上的不公平，也会削弱监管本身的正当性和可接受性。对于被多个平台列入黑名单的主体，监管部门可实施联合惩戒，限制其网络接入、支付结算等关键服务。数据库还可向社会开放查询功能，消费者可据此了解直播间运营者的合规记录，辅助消费决策。在推进技术赋能监管的同时，亟需制定配套的技术标准与操作规程，明确各类监管工具的法律性质、适用条件与救济途径，确保技术创新与法治原则协同并进。

（三）厘清监管主体间的职权范围

AI 数字人直播横跨电子商务、网络内容、数据安全、人工智能应用等多个监管领域，天然涉及多个行政部门的职权交叉。现行立法虽然明确了市场监管部门和网信部门作为主要监管机关，但在具体执法实践中，部门间的职责边界仍存在模糊地带，亟待系统厘清。

首先，确立“市场监管为主、网信协同为辅”的基本格局。从 AI 数字人直播的商业本质出发，其核心活动属于电子商务经营行为，应以保障交易安全与消费者权益为首要目标。建议明确市场监管部门作为牵头执法机关，统一负责 AI 直播经营行为的日常监管、投诉处理与行政处罚。网信部门则聚焦内容

⁵⁰王利明：《再论生成式人工智能的侵权风险及其应对》，载《广东社会科学》2026年第1期，250-251页。

安全与算法合规，在发现信息内容违法或算法违规时，将线索移送市场监管部门并协同处置，避免多头执法。

其次，统一技术标准与执法尺度。针对标识义务、算法审计、流量管控等关键环节，应由市场监管总局和网信办联合发布统一的技术标准与执法指引，避免地方或部门各自为政。例如，联合制定《人工智能生成内容直播标识技术规范》，明确标识的位置、形式、持续时间等具体要求，联合出台《AI 直播算法合规审查指引》，统一算法评估的指标体系。

五、结语

毋庸置疑，伴随着生成式人工智能技术飞速发展，越来越多的 AI 技术融入了人们的生活。AI 数字人、用户画像分析等各类算法与电子商务进行了深度的融合，该类技术也越来越多的被私人机构和公共机构使用，对社会治理和消费者的个人生活产生了深远的影响。随着越来越多的强互动式智能技术被用于商业或者被用于规制手段，在维护新兴技术与商业良性运作的同时，如何增强行政规制的实效和提高行政规制效率是现今行政规制环境面对的问题，同时也是完善法律治理需要面对的难题。因此，在对 AI 数字人直播技术此类新兴技术与产业结合的实例进行行政监管时，必须注意多元主体之间的利益协调，善于实用新型技术工具，实现政府和市场的良性互动。

参 考 文 献

1. 国内文献

<著作>

罗杰·布朗斯沃德、毛海栋（译）：《法律 3.0：规则、规制和技术》，北京大学出版社，2023。

科林·斯科特、安永康（译）：《规制、治理与法律：前沿问题研究》，清华大学出版社，2018。

<论文>

丁国峰：《协同共治视角下网络直播带货法律治理体系的构建》，载《学术论坛》2024 年第 2 期。

丁晓东：《论超大型互联网平台的法律规制》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2025 年第 1 期。

杜维娜：《AIGC 标识义务的检视与定位》，载《北京理工大学學報（社會科學版）》2025 年第 1 期。

葛江虬：《论数据立法权的央地分配》，载《法學論壇》2024 年第 5 期。

韩万渠、袁高辉：《构建敏捷治理协同机制，推进政务服务“跨省通办”》，载《中国行政管理》2023 年第 5 期。

黄冬娅：《平台监管权的纵向配置与地方分权化监管演进》，载《中国行政管理》2025 年第 8 期。

赖成宇：《名人直播带货的法理与消费者保护》，载《中国政法大学學報》2021 年第 5 期。

李国昊、梅婷、梁永滔：《政府监管下直播带货平台合谋行为的奖惩机制研究》，载《江苏大學學報（社會科學版）》2024 年第 2 期。

李欢、李建伟：《论网络直播业主播经纪合约的司法规制——基于 200 份商事裁决书的实证分析》，载《河南师范大学學報（哲學社會科學版）》2022 年第 2 期。

李杨：《电竞赛事直播中的利益配置与法律保护》，载《学习与探索》2020 年第 10 期。

娄金炜：《协同治理实践下的职权法定原则：拓展与限度》，载《北方法学》2025 年第 4 期。

陆小华、陆赛赛：《论生成式人工智能侵权的责任主体——以集体主义为视角》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》2024 年第 1 期。

万方：《网络直播营销平台监管权运行的困境及其破解》，载《法商研究》2023 年第 2 期。

王利明：《再论生成式人工智能的侵权风险及其应对》，载《广东社会科学》2026 年第 1 期。

王怡：《立法社会效果考量的方式及其决策思维》，载《中国法学》2025 年第 2 期。

解志勇、修青华：《互联网治理视域中的平台责任研究》，载《国家行政学院学报》2017 年第 5 期。

杨国强：《超级数字平台公共性的激励型法律规制》，载《现代法学》2026 年第 1 期。

臧雷振、陈浩：《生成式人工智能算法风险及社会治理挑战》，载《中共中央党校(国家行政学院)学报》2025 年第 1 期。

曾渝、黄璜：《数字化协同治理模式探究》，载《中国行政管理》2021 年第 12 期。

张凌寒、于琳：《生成式人工智能价值链上的侵权责任划分》，载《北京行政学院学报》2025 年第 5 期。

赵玲、周剑平：《电商直播监管的难点与对策创新》，载《中国流通经济》2021 年第 8 期。

2. 外文文献

< 论文 >

Liu S, Xu X, Cheng T C E., “Equilibrium analysis of Live-streaming e-commerce supply chain in the AI Era”, *International Journal of Production Research*, 2025.

Ma Y, Li J, Li Z, et al., “Mining online reviews by deep Learning-based UIE-ERNIE for AI-empowered live streaming product Selection”, *Journal of Retailing and Consumer Services*, 2025.

Meng Y., “Governing AI virtual anchors in China’s live streaming E-commerce ecosystem: Policy challenges and global Implications”, *Telecommunications Policy*, 2025.

Schmitt M, Flechais I., “Digital deception: Generative artificial intelligence in social engineering and Phishing”, *Artificial Intelligence Review*, 2024.

Xie J, Wu H, Liu K, et al., “Is virtual streamer useful? Effect of streamer type on consumer brand forgiveness when streamers make inappropriate Remarks”, *Journal of Retailing and Consumer Services*, 2024.

摘 要

AI 数字人直播是人工智能技术与电子商务融合所产生的一种新兴业态，正在迅速成为电子商务行业发展的又一新兴力量，AI 数字人技术发展的同时，也伴随着一系列问题，但其本质仍是新兴技术与传统产业融合未能与现阶段行政监管体系充分映射而产生系统性的法律问题。从数字化协同治理的视角来看，现行立法存在规范空白与滞后性，算法“黑箱”导致多元主体责任归属模糊，实时监测与穿透式监管面临技术瓶颈，技术提供方、运营者、平台等多主体相互推诿，消费者维权与执法追责困难重重等问题不断挑战直播场域法律治理体系的权威。人工巡查无法应对海量实时直播，穿透式监管面临技术障碍，跨平台信息孤岛与“打游击”式规避行为严重削弱执法效能。对此，立法层面，要推动地方立法升级，填补 AI 数字人直播规范空白，实现法律规范之间的内部协调；执法层面，明确监管主体间的权责关系，借助技术工具增强监管效能，构建多元协同共治的法律治理体系。同时激活行业组织、消费者与技术社区等多元社会主体的监督功能。

关键词：AI 数字人；网络直播；行政监管；协同治理；地方立法

Abstract

AI digital human live streaming represents an emerging business format derived from the integration of artificial intelligence technology and e-commerce, which is rapidly becoming a novel force in the development of the e-commerce industry. While AI digital human technology advances, it is accompanied by a sequence of concerns. The essence of these issues lies in systemic legal conflicts generated by the failure to fully map the convergence of emerging technologies and traditional industries onto the current administrative regulatory system. From the perspective of digital collaborative governance, the current legislation exhibits regulatory vacuums and lag; the algorithmic "black box" blurs the attribution of liability among diverse entities; and real-time monitoring and piercing regulation encounter severe technical bottlenecks. Consequently, mutual buck-passing among technology providers, operators, and platforms, alongside hurdles in consumer rights protection and law enforcement accountability, constantly challenge the authority of the legal governance system in the live-streaming arena. Manual inspections are incapable of handling massive real-time live streams, and piercing regulation faces technological barriers, while cross-platform information silos and "guerrilla-style" evasion behaviors drastically undermine enforcement efficacy. To address these challenges, at the legislative level, it is essential to advance the upgrading of local legislation to fill the regulatory vacuums of AI digital human live streaming, thereby achieving internal coordination among legal norms. At the enforcement level, the power-responsibility relations among regulatory authorities must be clarified, regulatory efficiency should be enhanced via technical instruments, and a legal governance system based on multi-party collaborative governance should be established. Meanwhile, the supervisory functions of diverse social entities, including industry organizations, consumers, and technical communities, should be activated.

Keywords: AI Digital Human; Live Streaming; Administrative Regulation; Collaborative Governance; Local Legislation

디지털 협동공치(協同共治) 관점에서 본

AI 디지털 휴먼 라이브방송의 행정규제의 어려움과 해결책

Administrative Regulatory Dilemmas and Outlets for AI Digital Human Live Streaming from the Perspective of Digital Collaborative Governance

제동(齊彤)(청도대학교 법학원 석사과정생, 한중일 법학연구센터 연구조교),
왕유(王瑜)(경상국립대학교 법과대학 박사과정생) 공저

Co-authors Qi. Tong (Master's Student, School of Law, Qingdao University &
Research Assistant, China-Japan-Korea Law Research Center),
WANG, Yu (Ph.D. Student, College of Law, Gyeongsang National University)

기예삼(祁芝森)(인하대학교 AI데이터법학과 석사생),
박요셉(변호사, 인하대학교 중국법센터 사무국장) 공역

Co-translators QI, Yisen (Master's Student, Dept. of Law, Inha University),
PARK, Joseph (Attorney at Law & Executive Director, China Law Center, Inha University)

목 차

- I. 문제의 제기
- II. AI 디지털 휴먼 라이브방송 상황에서 행정규제의 다차원적 초점 상실
 - 1. 위법행위 규제기준의 부재
 - 2. 기술 블랙박스 하의 책임귀속 어려움
 - 3. 기술적 규제수단의 낙후와 역량 격차
- III. 디지털 협동공치 관점에서의 대응전략
 - 1. 디지털 협동공치 구축의 필요성 분석
 - 2. 플랫폼 거버넌스와 행정규제의 효율적 결합

3. 여러 사회주체의 감독·거버넌스 열의 활성화

IV. AI 디지털 휴먼 라이브방송 행정규제의 접근 방안

1. AI 디지털 휴먼 라이브방송 행정규제 법률제도의 수립

2. 기술 기반의 신형 규제도구 발전

3. 규제주체 간 직권 범위의 명확화

V. 결어

I. 문제의 제기

인터넷 라이브방송은 오늘날 기업과 소비자를 잇는 중요한 통로로서, 이미 트래픽을 수익으로 전환하는 필수 경로가 되었다. 중상산업연구원(中商産業研究院)¹이 발표한 데이터에 따르면 2024년 중국 라이브커머스 거래 규모는 5.33조 위안에 이르렀으며,² 이와 동시에 인공지능(AI) 디지털 휴먼 라이브방송이 인터넷 라이브방송 영역의 싹을 세력으로 빠르게 부상하여 콘텐츠의 생산·유통·소비라는 전통적 미디어 가치의 사슬을 깊이 변화시키고 있다. AI 디지털 휴먼 라이브방송은 인공지능으로 구동되는 가상 이미지를 스트리머로 활용하며, 이러한 가상 스트리머는 첨단 음성합성(TTS), 자연어처리(NLP), 컴퓨터 비전(입 모양 동기화, 표정 구동 등) 및 3D 모델링 기술을 통해 자동화

¹역자 주: 중상산업연구원은 중국의 대표적인 산업 연구 및 정책 자문기관으로서, 민간기업인 중상산업(中商产业)의 자회사이다. '연구-기획-전략-투자 유치' 등 산업 전반에 대한 컨설팅 서비스를 제공하며, 특히 지방 정부나 산업단지 관리기관을 대상으로 인프라 구축 관련 컨설팅에 강점을 보이는 것으로 알려져 있다.

²参见央视网《“双十一”提前开锣，当心直播带货的这些“坑”》，

<https://mp.weixin.qq.com/s/vKE0y9G2JYPG2GH08BrY2g>, 2025年11月20日最后访问。

또는 반(半) 자동화된 방송을 구현할 수 있다. 중국의 가상 스트리머 시장은 연평균 33.7%의 속도로 확장되고 있으며, 그중 AI 디지털 휴먼은 이미 9,000 개 이상의 브랜드에 140억 위안의 GMV 증가를 창출하였고, 단일 디지털 휴먼 라이브방송룸의 인력효율은 실제 스트리머 12명에 필적하여 격차가 지속적으로 확대되고 있다.³ AI 디지털 휴먼은 사람과 유사한 외관을 지닌 디지털 캐릭터로서, 소비자와 자율적으로 상호작용하며 실시간으로 제품을 홍보할 수 있다. 이 기술은 AI, 가상현실, 생성형 AI의 발전을 결합함으로써 시각 디자인과 상호작용 역량의 향상을 실현하여 소비자의 참여도를 높인다. 연구에 따르면 AI로 구동되는 가상 스트리머는 운영 비용을 효과적으로 낮추고 콘텐츠의 규모화 생산을 실현할 수 있다.⁴ 라이브방송 판매에서 AI 보조 라이브방송은 소매업자에게 경쟁상의 우위를 가져다줄 수 있다. AI 기술은 라이브커머스 공급망에서 핵심적 역할을 하며, AI 가상 스트리머는 일부 불확실성을 제거할 수 있고,⁵ 실제 인간 스트리머(RHS)가 라이브방송에서 부적절한 발언을 하는 경우 브랜드는 인간이 조종하는 가상 스트리머(HPVS)를 사용하여 부정적 영향을 줄이고 브랜드에 대한 소비자의 관용도를 높이는 경향이 있다.⁶

³参见湖北日报《虚拟主播发展情况分析：行业现状与数据洞察》：

https://news.hubeidaily.net/pc/c_4180941.html , 2025年11月28日最后访问。

⁴Meng Y, "Governing AI virtual anchors in China's live streaming E-commerce ecosystem: Policy challenges and global Implications", *Telecommunications Policy* (2025), 2.

⁵Liu S, Xu X, Cheng T C E, "Equilibrium analysis of Live-streaming e-commerce supply chain in the AI Era", *International Journal of Production Research* (2025), 1-19.

⁶Xie J, Wu H, Liu K, et al, "Is virtual streamer useful? Effect of streamer type on consumer

호텔 예약 등의 영역에서 AI로 구동되는 라이브 스트림은 심지어 소비자의 공동창조 의향과 예약 결정에까지 영향을 미칠 수 있다. UIE-ERNIE와 같은 딥러닝 모델은 온라인 리뷰를 마이닝하는 데 사용되어 AI 기반의 라이브방송 상품 선정을 실현함으로써 라이브방송룸의 매력과 고객 유지 능력을 높인다.⁷

AI 디지털 휴먼 라이브방송이 여러 이점을 가져왔음에도 그 발전에는 일련의 규제 난제가 뒤따른다. 생성형 AI는 고도로 정교한 텍스트·이미지·오디오·영상 등 합성 콘텐츠를 생성하여 정밀한 표적 설정과 개인화된 공격을 실현하고, 나아가 자동화된 공격 프로세스까지 구축함으로써 전통적 방어수단에 도전을 제기한다.⁸ 이는 곧 AI 디지털 휴먼 라이브방송이 악용될 위험이 있음을 의미하며, 허위정보 유포나 사기 행위 등에 이용되어 사회 안정에 영향을 미치고 소비자 권익을 침해할 수 있다. 흔한 사례로, 권리자의 허가를 받지 않은 채 딥페이크 기술을 이용하여 유명인의 이미지를 '얼굴 바꾸기'·'목소리 바꾸기' 방식으로 디지털 휴먼 스트리머로 제작하고, 유명인이나 브랜드의 영

brand forgiveness when streamers make inappropriate Remarks", *Journal of Retailing and Consumer Services* (2024), 79.

⁷Ma Y, Li J, Li Z, et al, "Mining online reviews by deep Learning-based UIE-ERNIE for AI-empowered live streaming product Selection", *Journal of Retailing and Consumer Services* (2025), 87.

⁸Schmitt M, Flechais I, "Digital deception: Generative artificial intelligence in social engineering and Phishing", *Artificial Intelligence Review* (2024), 57.

향력을 빌려 팬들의 신뢰를 편취하여 소비를 유도함으로써 이익을 도모하는 경우가 있다. 일부 라이브방송룸에서는 '배우 온쟁영(溫嶢嶢)'의 화면이 동시에 등장하지만 실제로는 본인이 아니라 AI로 합성한 허위 방송이거나 과거 콘텐츠를 도용한 무단 송출·녹화 방송인 경우가 있다. 이 밖에도 전홍선(全紅嬋)·손영사(孫穎莎)·왕초흠(王楚欽) 등 체육 선수의 이미지 역시 라이브방송에서 위조되어 유명인을 사칭한 라이브커머스에 이용된 바 있다.⁹

법학적 관점에서 보면, 기존 연구에는 이미 거시적 관점에서 인터넷 라이브방송 규제를 다룬 규범적 연구와 실증적 연구가 적지 않다.¹⁰ 또한 사법(私法)적 관점에서 출발하여 인터넷 라이브방송과 관련된 구체적 기술규제나 이용자 권리 문제를 논한 문헌도 이미 넘쳐날 만큼 많으며, 그 주제는 가상재산, 지식재산권, 라이브방송 매니지먼트 계약, 스트리머의 명예권, 소비자 권익 보호 등에 두루 걸쳐 있다.¹¹ 그러나 행정규제의 관점에서, 라이브방송 정

⁹参见新华日报《知名女演员上央视自曝成受害者！“我现在很难证明我是我”》，
<https://mp.weixin.qq.com/s/3aeT33eKtvevJVTyOkbWTQ>，2025年11月29日最后访问。

¹⁰赵玲、周剑平：《电商直播监管的难点与对策创新》，载《中国流通经济》2021年第8期，第75-76页。

¹¹关于网络直播涉及财产法问题的讨论，可见李杨：《电竞赛事直播中的利益配置与法律保护》，载《学习与探索》2020年第10期，第94-96页；关于网络直播中经纪合同纠纷解决问题的讨论，可见李欢、李建伟：《论网络直播主播经纪合约的司法规制——基于200份商事裁决书的实证分析》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2022年第2期，第78-80页；关于网络直播中对主播名誉权和消费者权益保护问题，可见赖成宇：《名人直播带货的法理与消费者保护》，载《中国政法大学学报》2021年第5期，第196-200页。

보기술의 현행 발전 상태와 응용 상황에서 출발하여 현재와 미래의 AI 디지털 라이브방송 기술이 부문법(部門法)¹² 법제에 대한 규제에 미치는 영향을 탐구한 연구성과는 아직 비교적 드물다. 이러한 관점은 사실상 '신기술이 전통 법률에 미치는 전복적 영향, 부문법과 규제 사업의 관련 추론 방식에 대한 전복과 대체, 그리고 갈수록 법률규칙을 뒷받침하고 나아가 대체하는 기술도구의 출현'을 논하는 것이다.¹³ 국가 차원에서 보면, 인공지능 의인화(擬人化) 상호작용 서비스의 건전한 발전과 규범적 응용을 촉진하기 위하여 국가는 《인공지능 의인화 상호작용 서비스 관리 잠정방법(의견수렴안)》과 《라이브 커머스 감독관리 방법》을 마련하여, 전국 및 지방 입법이 인공지능 의인화 상호작용 서비스를 한층 세밀하게 관리하도록 추진하였다.

본고는 행정규제의 관점을 진입점으로 삼아, AI 디지털 휴먼 라이브방송으로 대표되는 인공지능 의인화 상호작용 서비스가 중국 행정법 규제에 미치는 영향을 탐구한다. 현재의 발전 추세로 볼 때 AI 디지털 휴먼 라이브방송 기술은 이미 메이똥(美團)·더우인(抖音)·과이서우(快手) 등 상업 플랫폼에서

¹² 역자 주: 중국에서 말하는 부문법(部門法)의 이란 특정한 사회적 관계를 대상으로 삼거나, 특정한 조절 수단을 사용하는 동질적인 법률 규범들의 총체를 말한다. 통상적으로 중국의 법제는 헌법 및 관련법(憲法及相關法), 민상법(民商法), 행정법(行政法), 경제법(經濟法), 사회법(社會法), 형법(刑法), 소송 및 비소송절차법(訴訟與非訴訟程序法)의 7가지 부문법으로 분류하는 경우가 많다.

¹³ 罗杰·布朗斯沃德、毛海栋(译):《法律3.0:规则、规制和技术》,北京大学出版社2023年版,第8页。

폭넓게 활용되고 있으나, 실제로는 실제 인물 라이브방송을 대체할 가능성은 아직 보이지 않는다. 따라서 본고의 연구 중점은 현행 AI 라이브방송 기술 응용의 종합적 상황을 핵심으로 삼되, 이를 바탕으로 제한적이고 합리적인 확장을 가하여 AI 디지털 휴먼 라이브방송의 보호(규율) 경로 문제를 탐구하는데 둔다.

II. AI 디지털 휴먼 라이브방송 상황에서 행정규제의 다차원적 초점 상실

가상현실 기술과 인공지능 기술은 새로운 문제를 가져왔다. 디지털 공간에서 AI 디지털 휴먼이 생성하는 콘텐츠는 흔히 매우 높은 정교함(사실성)을 지니는데, 이는 규제당국과 플랫폼이 허위정보와 유해 콘텐츠를 식별하고 차단하는 데 더 큰 어려움에 직면하게 한다.

1. 위법행위 규제기준의 부재

2026년 2월, 국가 법률법규 데이터베이스, 웨이커셴싱(威科先行)과 베이더파바오(北大法宝) 3개 데이터베이스를 통해 검색한 결과, 다음과 같은 라이브커머스 관련 규범 문서를 획득하였다. 즉 부문 규장(部門規章) 2건(《인터넷 라이브방송 서비스 관리규정》, 《인터넷 라이브방송 마케팅 관리방법》), 관련 법률·법규 4건(《인터넷 문화 관리 잠정규정》, 《중화인민공화국 소비자권익 보호법 실시조례》, 《인터넷 정보서비스 딥페이크 관리규정》, 《생성형 인공지능 서비스 관리 잠정방법》 등 포함), 업계 표준 2항, 그리고 베이징·광둥·하

이난·허베이·장시·닝샤·산둥·상하이·쓰촨·저장 등 10개 성급 지방 인민대표대회가 제정한 라이브커머스 지방입법 문서이다.¹⁴ 최상위 설계(頂層設計) 차원에서는 《전자상거래법》, 《광고법》, 《반부정당경쟁법》, 《소비자권익보호법》 등 상위법이 라이브커머스에 기초적 제도 틀을 제공하고 있다. 2026년 2월 시행된 《라이브커머스 감독관리 방법》(이하 《방법》)은 최초의 전문적 부문 규장으로서, 라이브커머스 플랫폼 사업자, 라이브방송룸 운영자, 라이브방송 마케팅 종사자, 라이브방송 마케팅 종사자 서비스기관이라는 네 유형 주체의 법적 지위와 책임 경계를 처음으로 체계적으로 확정하여, 행정규제 근거의 부족이라는 '회색지대'를 제거했다.¹⁵ 지방 차원에서는 저장·광둥 등 10여 개 성급 인민대표대회가 잇달아 라이브커머스 지방입법을 마련하였는데, 예컨대 《저장성 전자상거래 조례》는 라이브방송 콘텐츠에 대하여 '제공하는 자가 책임진다(誰提供, 誰負責)'는 책임추궁원칙을 최초로 창설하였다. 라이브커머스 규제 법규의 정비는 디지털 경제 시대 사회 거버넌스 모델이 '규범과 발전의 병행의 중시'로 심대하게 전환되었음을 집약적으로 보여준다.

그러나 라이브방송 업태의 빠른 진화에 직면하여, 현행 입법은 AI 디지털 휴먼 라이브방송과 같은 새로운 유형에 대응할 때 여전히 부족함을 드러내

¹⁴参见威科先行网站, <https://law.wkinfo.com.cn/>, 2026年1月15日最后访问。

¹⁵参见市场监管总局:《市场监管总局直播电商监管专题新闻发布会实录》, https://www.samr.gov.cn/xw/xwfbt/art/2025/art_1ed07174cfd046c8a973653743e4bd8e.html, 2026年1月15日最后访问。

고 있고, 관련 규칙은 한층 보충·정비될 필요가 있다. 이러한 '중앙 선행, 지방 지체'의 구도의 이유로는 입법 권한 차원의 원인, 즉 AI 디지털 휴먼 라이브 방송이 인공지능·데이터 안전 등 지역을 넘나드는 규제 사안과 관련되어 중앙이 통일적으로 입법하는 것이 마땅하다는 점이 있고, 입법 자원 배분의 고려, 즉 지방의 입법 자원이 한정되어 흔히 전통 업태의 규범 수요에 우선적으로 대응한다는 점도 있다.¹⁶ 앞서 베이징·광둥·저장 등 10여 개 성급 지방 인민대표대회가 제정한 라이브커머스 지방입법 문서는 대부분 《방법》 이전 또는 같은 시기에 마련되었기 때문에, 다음과 같은 미비점도 보편적이라 할 수 있다.

첫째, 지방입법의 규율 대상은 여전히 주로 전통적 라이브방송 콘텐츠이며, AI 디지털 휴먼 라이브방송을 겨냥한 조항은 거의 공백 상태에 있다. 여러 지역의 입법을 보면 그 중점이 실제 인물 스트리머의 행위 규범, 플랫폼 책임, 소비자 권익 보호 등 전통적 문제에 집중되어 있고, AI 디지털 휴먼이라는 새로운 형태에 대한 전문적 제도 설계가 결여되어 있다. 상하이시 시장감독관리국이 발행한 《상하이시 인터넷 라이브방송 마케팅 활동 컴플라이언스 지침》(2023년 개정판)을 예로 들면, 이는 '총칙-분칙-부칙(總-分-附)'의 구조를 채택하여 그 아래에 '총칙', '주체 컴플라이언스 요구', '상품 또는 서비스 컴플라이언스 요구', '라이브방송 마케팅 행위 컴플라이언스 요구', '부칙'의 다섯

¹⁶葛江虬：《论数据立法权的央地分配》，载《法学论坛》2024年第5期，第88-89页。

개 장을 두고 있다. 다른 9건의 지방성 법규의 장 구성과 대비해 보면, '총칙'·'법적 책임'·'부칙'이 기본적으로 일치하는 것(일부 법규는 장을 두지 않음) 외에도, 주체 컴플라이언스, 상품 또는 서비스 컴플라이언스, 라이브방송 마케팅 행위 컴플라이언스라는 부분의 내용 배치 또한 대체로 유사하며 다만 순서에 약간의 차이가 있을 뿐이다. 그러나 대다수 법규는 여전히 전통적 라이브커머스를 중심으로 전개되어 AI 디지털 휴먼 라이브방송에 관한 규정과 법적 책임을 거의 다루지 않는다. 쓰촨·후베이 등 성·시의 지방 지침에는 AI 디지털 휴먼에 관한 조항을 전문적으로 두고 있지 않다.

둘째, 일부 지방입법이 기술 응용을 언급하더라도 대개 원칙적 표현 수준에 머물러 있어, 실행 가능한 구체적 규칙과 법적 책임에 관한 규정이 결여되어 있다. 지방입법이 대체로 《방법》의 체계적 출범보다 앞섰기 때문에 AI 라이브방송에 대한 중앙입법의 전문적 규제 방향을 동시에 따라가지 못하였고, 중앙입법에 부합하는 후속 세부규범 체계와 운용 방식이 결여되어 있다. 10개 법규의 공포 시기는 주로 2020~2024년에 집중되어 있으나, 중앙입법 차원의 《라이브커머스 감독관리 방법》은 2026년에야 비로소 정식 공포되었다. 표시의무의 세부 기준, 책임 인정의 구체적 사안, 기술 응용의 컴플라이언스 지침 등의 측면에서 지방 차원은 아직 중앙입법과 연계된 후속 세부규범을 형성하지 못하였다. 예컨대 산둥성 시장감독관리국이 발행한 《산둥성 인터넷 라이브방송 마케팅 컴플라이언스 지침(시행)》의 (11)에서는, 타인의 초상이나 AI 생성 이미지를 사용하여 라이브방송 마케팅을 하는 경우 권리자의

동의를 얻어야 하며 혼동을 일으킬 수 있는 AI 합성 콘텐츠에 대하여 현저한 표시를 하여야 한다고 제시하고 있다.¹⁷ 저장성 《인터넷 라이브방송 마케팅 행위 규범 지침》¹⁸도 딥페이크 기술을 사용하는 AI 디지털 휴먼은 합리적 위치·구역에서 지속적·현저하게 고지하여야 한다고 명확히 제시하고 있다. 허베이성 《인터넷 라이브커머스 광고 컴플라이언스 안내》도 권한을 부여받지 않고서는 '유명인 디지털 휴먼' 이미지를 사용하여 라이브방송을 하여서는 아니 된다고 제시한다.¹⁹ 《방법》과 일부 지방 법규는 AI 디지털 휴먼 라이브방송 등 관련 딥페이크 기술과 관련된 라이브방송 형태나 제품에 대하여 '지속적 고지'를 하여야 한다고 언급하고 있으나, 고지 표시의 위치·크기·빈도·지속 시간 등은 모두 명확하지 않아, 일부 기업은 고지 표시의 글자를 극도로 작게 줄이거나 영상 속에서 순식간에 스쳐 지나가게 할 뿐 '지속적'으로 표시하지

¹⁷参见山东省市场监督管理局印发《山东省网络直播营销合规指引（试行）》的通告（鲁市监通告〔2024〕55号）第11条：使用其他人肖像作为虚拟形象从事网络直播营销活动的，应征得肖像权人同意，不利用信息技术手段伪造等方式侵害他人的肖像权。使用人工智能（AI）技术生成或者深度合成技术制作的直播营销画面，可能导致公众混淆或者误认的，应在合理位置、区域显著标识使用深度合成技术、由AI技术生成等提示。

¹⁸参见浙江省市场监督管理局印发《网络直播营销行为规范指引》第20条：使用应用深度合成服务的AI数字人可能导致公众混淆或者误认的，应当在合理位置、区域进行持续、显著标识，与自然人名义或者形象进行明显区分，不得采用技术手段删除、篡改、隐匿区分AI数字人标识。

¹⁹参见河北省《网络直播带货广告合规提示》第2条第5款第3项：未经书面授权，不得利用名人明星的名义或形象进行推广宣传，不得使用近似名人的“AI数字人”进行宣传。例如，某主播在推销产品的时候，谎称“××卫视主持人×××强烈推荐”等内容，或者宣传“明星同款”并同时使用某明星照片，但实际并未取得本人授权。

않으며, 그 결과 소비자는 여전히 화면 앞의 '사람'이 실제 인물인지 AI인지 분간하기 어렵다.²⁰ 유명인이 AI 분신(分身)에게 라이브방송을 허가하였으나 실제로는 참여하지 않은 경우, 그가 《광고법》상의 '광고대언인(廣告代言人)'²¹을 구성하는지, 허위 홍보 시 연대책임을 지는지에 대하여는 여전히 명확한 지침이 없다. 위챗 그룹, 기업 위챗 등 사적 영역(私域) 상황에서 이루어지는 디지털 휴먼 라이브방송은 규제를 견지하기 어려워 표시의무가 흔히 완전히 잠탈된다.²²

2. 기술 블랙박스 하의 책임귀속 어려움

AI 디지털 휴먼 라이브방송 기술은 기존의 책임추궁 원칙과 대응 또는 연결이 원활하지 않다. AI 디지털 휴먼 라이브방송은 알고리즘으로 구동되는 방식을 통해 연결주의(connectionism) 방법에 더욱 의존하며, 대량의 데이터

²⁰伍月明：《明星分身六个直播间却非本人？全国人大代表钟铮建言AI治理》，
<https://m.mp.oeeee.com/a/BAAFRD0000202603051533486.html>，2026年3月25日最后访问。

²¹ 역자 주: 중국 「광고법(广告法)」상 광고대언인(广告代言人)은 광고주가 아닌 자가 자신의 이름이나 이미지로 상품이나 서비스를 추천·증명하는 자를 의미하며, 한국 「표시·광고의 공정화에 관한 법률」상 '추천·보증인'과 유사한 지위를 가진다. 중국 광고법은 광고로 소비자 피해 발생 시, 광고대언인에게 과실이 있는 경우(일반적인 상품)는 물론 생명, 건강 관련 상품에 대하여서는 무과실의 경우에도 광고대언인에게 **광고주와 연대책임**을 부담하도록 하여 이를 매우 강력하게 규제하고 있다.

²²杨召奎：《平台经济迎来两部新规，这些行为被“划红线”》，载《工人日报》2026年01月09日，04版。

와 딥러닝을 통해 패턴을 인식하고 결과를 출력하므로,²³ 라이브방송 운영 과정에서 발생하는 상업적 행위는 '집단창작성(衆創性)'과 '사전설정성(預設性)²⁴'을 띠게 된다. 이로 인해 사건에서 행위의 귀책사유를 판단할 때, AI 디지털 휴먼 라이브방송이 야기한 침해에서 침해 귀책사유를 판단하는 일이 한층 복잡해진다. '인과관계에서는 흔히 알고리즘·데이터·이용자 등 여러 요인이 뒤얽힌 복잡한 상황이 존재한다.'²⁵ 규제당국과 관련 플랫폼은 대다수 상황에서 구체적으로 어느 참여 주체에게 귀책사유가 있는지를 명확히 식별하기 어렵고, 그 행위와 침해 결과 사이에 명확한 인과관계가 성립하는지를 인정하기도 어렵다. 전통적 불법행위책임의 인정은 통상 주관적 귀책사유(고의·과실)와 인과관계의 판단에 기초한다. 그러나 AI 디지털 휴먼이 거대 AI 모델에 기대어 콘텐츠를 자율적으로 생성할 때에는 운영자의 라이브방송 콘텐츠에 대한 실질적 통제력이 뚜렷이 저하되어, 종래의 책임 배분 논리가 더 이상 적용되지 않는다.

한편으로, AI 디지털 휴먼 라이브방송에서는 개인주의적 귀책이 적용될 여

²³臧雷振、陈浩：《生成式人工智能算法风险及社会治理挑战》，载《中共中央党校（国家行政学院）学报》2025年第1期，第44页。

²⁴ 역자 주: 사전설정성(預設性)이란, **AI 시스템이나 디지털 휴먼의 행동·반응·콘텐츠 생성 방식이 인간 운영자에 의해 미리 설계된 틀(알고리즘, 데이터, 규칙) 안에서 작동하는 특징을 의미한다.** 즉, AI는 외견상 자율적으로 창작하는 것처럼 보이지만, 사실은 그 전에 인간이 설정해 놓은 매개변수, 데이터셋, 의사결정 트리(decision tree) 등의 범위를 벗어나지 못한다는 의미이다.

²⁵王利明：《再论生成式人工智能的侵权风险及其应对》，载《广东社会科学》2026年第1期，第249-250页。

지가 제한적이다. 인공지능은 이미 고전적 인공지능에서 연결주의²⁶ 인공지능으로 진화를 완료하였다. 즉 AI 디지털 휴먼 라이브방송은 이미 생성형 인공지능 시대에 진입하였으며, 거대 AI 모델은 인공신경망(ANN)과 딥러닝에 기초하여 대규모 데이터와 컴퓨팅 자원으로 모델을 훈련시켜 국지적 라이브 방송 생태 네트워크를 구축한다. 인공지능 내부에서는 구체적 가해자를 특정하기가 더욱 어렵고, 거대 AI 모델은 실제 운영 과정에서 '환각'을 일으켜 사전에 설정되지 않은 허위 홍보, 부적절한 발언, 나아가 불법 콘텐츠까지 생성할 수 있어, 디지털 휴먼 제작·운영자, AI 디지털 휴먼 기술서비스 제공자, 연산 자원 제공자, 운용자 등 주체의 행위 경계를 한층 모호하게 만든다. 동시에 AI 디지털 라이브방송 기술에서 인간-기계 상호작용은 가해자를 확정할 수 없게 하며, 이러한 상황에서 운영자는 객관적으로 위반 콘텐츠의 발생을 미리 예견하기 어렵고 그것이 나타나는 순간에 효과적으로 차단하기도 어렵다. 이러한 인간-기계 상호작용이 낳는 침해 결과는 사실 차원에서 여러 개의 독립된 불법행위로 분해하기 어렵다.²⁷ 이러한 부정합이 초래하는 직접적 결과로, 운영자는 흔히 '알고리즘이 자동 생성한 것이지 나의 본의가 아니다'라는 이유로 항변하는 반면, 규제당국은 책임을 인정할 때 AI의 자율성 정도

²⁶ 역자 주: 연결주의(联结主义, Connectionist)란, 인간의 뇌 신경망 구조를 모방하여 데이터에서 스스로 패턴을 학습하는 방식을 의미한다. 고전적 인공지능이 '규칙과 논리'를 사람이 직접 프로그래밍하는 것과 달리, 연결주의는 대규모 데이터와 신경망을 통해 지식을 학습하도록 세팅한다.

²⁷陆小华、陆赛赛：《论生成式人工智能侵权的责任主体——以集体主义为视角》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》2024年第1期，第120-121页。

를 고려할 법정 기준을 갖추지 못하고 있다.

다른 한편으로, 디지털 휴먼 라이브방송은 서로 다른 여러 주체의 협동적 참여와 관련되어 침해 주제 식별의 어려움을 가중시킨다. AI 디지털 휴먼 라이브방송은 기술 제공자, MCN 기관, 플랫폼 등 여러 주체와 관련되며, 서로 다른 주체는 라이브방송의 현장에서 각기 다른 역할을 한다. 여러 주체의 참여로 인하여 침해 사건이 발생할 때 책임 귀속이 매우 복잡해진다. 실무에서 규제당국이 이러한 유형의 행위 특징과 위법 수단을 이해·인식하려면 일정 기간의 규제 경험 축적이 필요하며, 게다가 AI 디지털 휴먼 기술이 생성형 인공지능 기술과 더불어 빠르게 발전함에 따라 위법의 은닉성과 전파 범위가 끊임없이 강화·확대되고 있다. 또한 침해 사건이 발생하면 각 당사자는 흔히 서로 다른 이유를 들어 서로에게 책임을 떠넘긴다. 기술 제공자는 어떤 경우에 알고리즘 결함으로 인한 침해에 책임을 져야 하는가? 인간-기계 협동 상호작용이 낳은 침해 결과의 책임을 어떻게 물어야 하는가? 소비자는 권리를 구제받으려 할 때 흔히 '사람을 찾을 수 없고, 책임을 가릴 수 없는' 어려움에 직면하며, 규제당국도 규제현장에서 책임 주체를 정확히 특정하기 어려워 규제의 역지력이 크게 떨어진다.

3. 기술적 규제수단의 낙후와 역량 격차

인터넷 플랫폼이 공공적 속성과 비종립적 특성을 겸비함을 고려하여, 중국 정부는 '수익을 얻는 자가 책임진다(誰受益, 誰負責)'는 원칙에 따라 '인터넷

으로 인터넷을 관리한다(以網管網)'는 규제 전략을 확립하였다.²⁸ 정부가 인터넷 정보 전파의 기술·경로·이용자 데이터를 전면적으로 파악하기 어려운 탓에, 전통적 수단에 의존하여 사이버공간을 직접 규제하는 것은 역부족이다. 행정처벌, 행정허가, 행정강제와 같은 혼한 방식도 실제 집행에서 모두 적절한 효력을 발휘하지 못한다.²⁹

첫째, 규제 과정의 실시간성과 자원 부족의 문제이다. 인터넷 라이브방송의 실시간성은 광고 사전심사의 요구와 상충한다. 전통적 광고규제는 '사전심사-사후처벌'을 요하여, 광고 게재 전에 심사하고 위반하여 게재한 후에는 책임을 물을 수 있다. 그러나 디지털 휴먼 라이브방송은 대량·고빈도로 24시간 끊임없이 이루어지며, 단일 플랫폼에서 매일 개설되는 디지털 휴먼 라이브방송룸은 수만에서 수십만 회에 이르러 인력에 의한 순찰은 완전히 무력화된다. 규제당국은 인력이 한정되어 방대한 라이브방송 콘텐츠를 포괄할 수 없으며, 더 중요한 것은 위반 콘텐츠가 피해를 초래한 뒤에야 비로소 발견된다는 점이다. 소비자가 이미 허위 홍보에 넘어가 구매하였을 때, 부적절한 발언이 이미 확산되었을 때, 사후처벌은 일정한 억제력을 발휘하지만 이미 발생한 피해를 되돌릴 수는 없으니, 규제의 지체와 억지력 부족은 '발견 시점에

²⁸解志勇、修青华：《互联网治理视域中的平台责任研究》，载《国家行政学院学报》2017年第5期，第102-103页。

²⁹万方：《网络直播营销平台监管权运行的困境及其破解》，载《法商研究》2023年第2期，第152-153页。

이미 피해가 발생'하는 결과를 낳는다.³⁰

둘째, 관통형 규제(穿透式監管)³¹의 기술적 장애이다. 디지털 휴먼 라이브 방송은 그 자체로 낮은 기술 비용으로 대량 복제되는 특성을 지녀, 동일한 운영 주체가 자동화 도구를 이용하여 수십 개, 심지어 수백 개의 디지털 휴먼 라이브방송 룸을 동시에 운영함으로써 디지털 휴먼 라이브방송 플랫폼의 '천 개의 계정, 천 개의 얼굴(千號千面)'식 운영 모델을 실현할 수 있다. 위챗 그룹채팅, 기업 위챗, 비공개 라이브방송룸 등 사적 영역 공간에서 이루어지는 디지털 휴먼 라이브방송에는 규제기관이 효과적으로 진입하여 감시할 수 없다. 어떤 계정이 위반으로 플랫폼에서 차단되면, IP 주소 변경, 가상 신원, 등록 정보 교체 등의 방식으로 신속히 새 계정을 개설하여 차단을 회피할 수 있다. 이러한 '게릴라식' 회피 방식은 계정 차단을 실효 없게 만든다. 실무에서 상하이 모 디지털과학기술 유한회사는 AI 디지털 휴먼으로 '시니어 전문가', '권위자' 등의 이미지를 생성하고 키워드 검색광고(경쟁입찰 순위)를 이용하여 중·노년층에게 노출시켜, 이들이 값비싸고 질 낮은 건강기능식품이나 허

³⁰《全红婵等名人成“数字人直播乱象”受害者 触碰多条法律红线谁该担责？》，https://www.dzwww.com/xinwen/shehuixinwen/202603/t20260311_17529629.htm，2026年3月15日最后访问。

³¹ 역자 주: 원문은 “천투식감관(穿透式監管)”으로, 穿은 물리적으로 “뚫는다.”라는 의미이며, 透은 시각적으로 “투과한다.”라는 의미이다. 이는 **사물의 겉모습(형식)을 넘어 본질(실질)을 꿰뚫어 보는 규제 방식**을 의미하는바, “실질적 규제”나 “사실관계 추적 규제”등의 번역도 가능하나, 그 의미를 단순하고 명쾌하게 전달하기에는 “관통형 규제”가 적절하다고 본다.

위 재테크 상품을 구매하도록 유도하였다.³² 규제당국이 규제 과정에서 불법·회색 산업 사슬을 근원에서부터 개선하려면 '계정-운영 주체-알고리즘 모델-자금 흐름'에 대하여 관통형 규제를 하여야 하지만, 현재의 기술로는 아직 이러한 요구를 충족하지 못한다. 계정의 실제 운영자는 흔히 여러 층의 페이지 퍼컴퍼니와 허위 신원으로 자신을 은폐하고, 알고리즘 모델 자체가 하나의 블랙박스여서 실제 파라미터·훈련 데이터·출력 논리 등을 외부 규제로는 획득할 수 없으며, 자금 흐름은 여러 제3자 결제 플랫폼이나 가상화폐 등의 방식으로 뒤섞일 수 있다. 이러한 기술적 접근 불가능성으로 인하여 위법행위의 비용은 낮고 효익은 커서, 불법·회색 산업 주체가 규제의 틈새에서 계속 이익을 취할 수 있게 된다. 그러나 각 플랫폼 간의 블랙리스트, 위반 기록 등 정보는 효과적으로 공유되지 못하고 플랫폼을 넘나드는 연동 거버넌스 체계가 결여되어 있다. 플랫폼을 넘나드는 허위 홍보, 데이터 오염, 영업비방 등의 행위는 정보 상호소통과 협동적 규제 제도가 없는 탓에 효과적으로 다스리기 어렵다.

Ⅲ. 디지털 협동공치³³ 관점에서의 대응전략

³² 上海市场监管：《什么？！在线问诊的老专家，是AI合成的？》，

<https://shaanxipiyao.cn/20250926/20ea3790683d0d785a9016e02253a23f.html>，2026年1月15日最后访问。

³³ 역자 주: 협동공치(協同共治)란 영미법계를 중심으로 논의되는 협력적 거버넌스(Collaborative Governance)의 개념에 기초하여, 이를 중국 정부를 중심으로 하는 여러 주체간의 협력이라는 뉘앙스로 변화시킨 개념을 말한다. 따라서

중국은 '15차 5개년(十五五)' 시기 경제사회 발전 지도방침을 전면적으로 관철하기 위한 실무적 요구에 따라 지방 특별계획, 지방계획, 지역계획, 공간 계획을 수립하는 과정에서 각 지역·부처가 협동과 협력을 중시하여야 한다고 제시하였다.³⁴ AI 디지털 휴먼은 인터넷 영역의 신형기술 사회 거버넌스의 중요한 부분으로서 마땅히 협동공치 이념을 관철·실현하여야 하며, 각 주체가 라이브방송 생태 구축에 적극 참여하여야만 산업 전체의 건전한 발전을 더 잘 촉진할 수 있다.

1. 디지털 협동공치 구축의 필요성 분석

1970년대에 헤르만 하켄(Hermann Haken)이 협동이론(協同理論, synergetics)을 처음으로 제시하였는데, 이 이론이 사회 거버넌스 영역에 도입된 뒤에는 거버넌스 주체 사이의 협상·대화·협력의 강화를 강조하게 되었으며, 그 핵심 내포는 사회 거버넌스 주체의 다원화 및 거버넌스 시스템의 협조성으로 나타난다.³⁵ 디지털 협동공치는 디지털 플랫폼에 기대어 상호 의존

본고에서 이를 협력적 거버넌스로 번역하는 것은 부적절하다고 생각되어, 협동공치라는 표현을 그대로 사용하였다. 또한, 본고의 원문에서는 협동공치 외에 협동치리(協同治理)라는 표현도 혼용하고 있는데, 治理는 일반적으로 거버넌스로 번역되기는 하나, 본고에서는 실질적으로 동일한 의미로 사용되고 있는 것으로 생각되어 이 또한 협동공치로 통일하여 번역하기로 한다.

³⁴李强：《“十五五”时期经济社会发展的指导方针》，

https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202510/content_7046327.htm，2026年4月1日最后访问。

³⁵丁国峰：《协同共治视角下网络直播带货法律治理体系的构建》，载《学术论坛》2024年第2期，第24页。

하는 다수의 개인이나 기관이 공공 의사결정과 관리에 함께 참여하는 제도적 장치로 정의된다.³⁶ AI 디지털 휴먼 라이브방송이 본질적으로는 여전히 인터넷 라이브커머스와 동일하여 전통적 온라인 쇼핑 모델이 전자상거래 영역으로 확장된 것이고 판매 상품의 품질·가격·광고 등 여러 핵심 요소의 영향을 벗어날 수 없다 하더라도, AI 디지털 휴먼 라이브방송이 전통적 인터넷 라이브방송과 비교하여 자체의 독특한 운영 논리와 기술 모델을 지닌다는 점은 부인할 수 없다. 규제당국은 AI 디지털 휴먼이 생성하는 라이브방송에 대하여 전(全) 시간대의 빈틈없는 감시를 실현하기 어렵고, 라이브방송 플랫폼은 주의의무를 지지만 규제 사각지대도 존재하며, 단순히 침해를 당한 자의 특정 시점 신고에만 의존해서는 효과적 예방 시스템을 형성할 수 없다. 협동공치의 관점에서 보면, 인터넷 라이브커머스 법적 거버넌스의 어려움은 주로 세 가지 측면으로 나타난다.

첫째, 부처 기능의 교차와 규제 공백이 병존한다. 중국은 오랫동안 시장감독관리총국의 영도 아래 분산적 규제 체제를 시행하여, 국가인터넷정보판공실(網信辦), 문화관광부처, 세무기관 등이 모두 상응하는 규제 권한을 가지고 있으나, 각 부처 사이의 조율은 인터넷 라이브커머스 과정의 역동성과 복잡성에 효과적으로 대응하기 어렵다. 게다가 AI 디지털 휴먼 라이브방송은 전통적 지역 중심(屬地) 관리 모델의 전통적 규제 경계를 돌파하여 전국적(全域

³⁶曾渝、黃璜：《數字化協同治理模式探究》，載《中國行政管理》2021年第12期，第60頁。

的)이고 디지털 공간을 넘나드는 협동공치에 대하여서는 적용이 어렵다.³⁷ AI 디지털 휴먼 라이브방송은 여러 법률관계의 교착과 관련되어 자연히 다수 행정부처의 규제 경계를 넘나들며, 동시에 플랫폼 내부의 규제와도 관련된다. 대규모로 복제·이전될 수 있는 디지털 휴먼 스트리머를 마주하여, 디지털 휴먼이 사용하는 알고리즘 모델은 인터넷정보부처(網信)에 등록(備案)하여야 하고, 라이브방송 중의 광고기법은은 광고법상의 위법행위를 구성할 수 있어 시장감독관리부처의 관할에 속하며, 디지털 휴먼이 인터넷 공연 활동에 종사하면 다시 문화관광부처의 직무 범위에 속한다. 규제부처가 많고 규제 직무가 분산되어 있으며 복잡하여, 만일 하나의 라이브방송이 위와 같은 여러 규제 사안을 동시에 촉발하면 이러한 분산식 행정규제 직권 아래의 규제 방식으로서는 효율적이고 안정적인 규제 효과를 내기 어렵다. 일부 규제 사안은 직무 경계가 모호하여 '여러 곳에서 동시에 관여하는(多頭管)' 양상이 나타난다. 제도의 파편화와 직권의 모호성으로 인하여 각 부처 사이에 장기적 정보 장벽이 존재하고 효과적 소통 체제가 결여되어, 실무의 규제가 자체의 경험 축적과 집행 관행에 극도로 의존하게 된다.³⁸ 실무에서 부처를 넘나드는 새로운 업태에 대하여는 흔히 여러 차례의 조율 협의를 거쳐야만 주관 부처를 명확히 할 수 있으며, 그 사이에서 발생하는 규제의 공백은 위법행위의 주체가 규

³⁷韩万渠、袁高辉：《构建敏捷治理协同机制，推进政务服务“跨省通办”》，载《中国行政管理》2023年第5期，第48页。

³⁸丁国峰：《协同共治视角下网络直播带货法律治理体系的构建》，载《学术论坛》2024年第2期，第25页。

제를 회피할 수 있게 한다.

둘째, 데이터와 단서의 공유가 원활하지 않다. 부처 사이의 데이터 장벽과 정보 고립 현상은 협동공치의 두 번째 큰 장애이다. 규제부처는 서로 다른 법률·법규에 근거하여 서로 다른 규제 정보시스템을 구축하였으나, 규제부처 사이에는 데이터를 상호 소통시키는 통로가 결여되어 있다. 인터넷정보부처(網信)의 알고리즘 등록 시스템, 시장감독관리부처의 광고 모니터링 플랫폼, 공업정보화부(工信部)의 ICP 등록 데이터베이스, 문화관광부의 인터넷 공연 규제 플랫폼은 각각 독립적으로 운영되고 데이터 표준이 통일되지 않았으며 인터페이스가 호환되지 않아 정보 공유를 실현하기 어렵다.³⁹ 어느 한 부처가 일상적 규제 과정에서 다른 부처의 직무 범위에 속하는 위법 단서를 발견하더라도 효율적인 이관 통로가 결여되어 있다. 실무에서 단서의 이관은 흔히 공문 왕래에 의존하여 절차가 번잡하고 처리 기간이 비교적 길다. 예컨대 AI로 유명인을 사칭한 라이브방송 계정이 허위 홍보를 하는 경우, 시장감독관리부처의 광고 모니터링 플랫폼은 해당 광고의 위법 콘텐츠를 식별할 수 있으나, 인터넷정보부처(網信)의 알고리즘 등록 시스템에서 그 계정이 사용한 알고리즘의 등록 정보를 조회하여 기술적 근원을 추적할 수는 없다. 단일 부처는 사슬 전체에 대한 관통형 규제를 독자적으로 완수하기 어렵고, 부처를

³⁹《织密直播电商“监管网”筑牢放心消费“防火墙”——2025年市场监管部门加强直播带货乱象整治工作综述》，《中国市场监管报》2026年03月14日，
<http://pc.cmrnn.com.cn/shtml/zggsb/20260314/142032.html>。

넘나드는 합동 규제 또한 상시적 시스템이 결여되어 흔히 개별 사안마다 조율이 필요하다.

셋째, 플랫폼 제재조치의 재량 여지와 집행 편차이다. 현재 중국의 인터넷 라이브방송 규제 기제는 주로 플랫폼을 주요 규제 매개로 삼아 사전심사와 사후처벌을 하는 데 의존하고 있다.⁴⁰ 초대형 인터넷 플랫폼은 정보 검색·중개서비스 제공자, 나아가 제재 권한을 대신 행사하는 역할을 담당하는 동시에, 그 자신도 콘텐츠 생산·상품 판매나 상업 서비스에 종사하며 이 과정에서 뚜렷한 자사우대(自我優待) 경향을 보인다.⁴¹ 플랫폼은 비교적 큰 재량 여지를 가지며 위반 라이브방송룸을 처분할 권한을 부여받고 있으나, 구체적 위반 정도와 제재조치 사이의 관계는 규정되어 있지 않다. 실무에서는 '겁만 주고 솜방망이 처벌을 하는(高舉輕放)' 규제 경향이 존재하여, 플랫폼은 흔히 라이브방송룸의 트래픽 규모와 수익에 따라 처벌의 경중을 결정하며, 트래픽이 큰 상위 라이브방송룸에 대하여는 흔히 '경고', '트래픽 제한(限流)' 등 경미한 조치를 취한다. 예를 들어 스트리머가 허위 홍보를 하거나 '삼무(三無) 제품'을 판매하는 경우, 플랫폼이 환불을 지연하는 경우, 플랫폼이 데이터를 조작하거나 심지어 플랫폼 입점 상인을 비호하는 경우 등이 그러하다.⁴² 이러한

⁴⁰赵玲、周剑平：《电商直播监管的难点与对策创新》，载《中国流通经济》2021年第8期，第77页。

⁴¹丁晓东：《论超大型互联网平台的法律规制》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2025年第1期，第96页。

⁴²李国昊、梅婷、梁永滔：《政府监管下直播带货平台合谋行为的奖惩机制研究》，载《江苏大

편차는 흔히 플랫폼의 상업적 이익 추구에서 비롯되며, 플랫폼은 흔히 위반한 상위 라이브방송물을 보호하여 플랫폼 수익을 지키려는 경향이 있다. 이러한 선택적 규제는 공정경쟁 환경을 훼손할 뿐만 아니라 규제 제도의 역지력을 약화시켜, 위반 주체가 트래픽 규모로 '면죄부'를 얻을 수 있게 한다.

2. 플랫폼 거버넌스와 행정규제의 효율적 결합

행정규제 부처의 한계는 규제기관이 자신이 규율하는 시장을 얼마나 이해하는가에 관한 것일 뿐만 아니라, 규제기관이 시장 주체의 행위를 어느 정도로 효과적으로 시정할 수 있는가와도 관련된다.⁴³ AI 디지털 휴먼 라이브방송은 기술이 깊이 내재되고 주체가 고도로 다원적이며 위험이 빠르게 변화하는 특징을 지녀, 오로지 행정규제의 '명령-통제(command-and-control)' 모델에만 의존해서는 효과적 거버넌스를 실현하기 어렵다. 디지털 협동공치의 핵심 명제는 바로 플랫폼 자치와 행정규제의 효율적 결합을 어떻게 실현하여, 정부와 플랫폼이 각자의 역할을 다하고 장점을 상호 보완하며 협동공치하는 거버넌스의 새로운 국면을 형성할 것인가에 있다.

첫째, '행정 + 플랫폼'의 양방향 정보 공유·전달 기제 구축을 모색한다. 전통적 규제 모델에서는 통상 규제부처가 관련 플랫폼으로부터 해당 주체의 위반 데이터를 조회하는데, 이러한 행위에는 흔히 번잡한 절차가 요구된다. 규

学学报(社会科学版)》2024年第2期,第101页。

⁴³科林·斯科特、安永康(译):《规制、治理与法律:前沿问题研究》,清华大学出版社2018年版,第12页。

제 효율을 높이려면 양방향의 정보 통로를 구축하여야 한다. 플랫폼은 디지털 휴먼 라이브방송 거버넌스에서 그 자체로 기술과 정보 측면의 우위를 갖추고 있다. 기술 인프라의 운영자이자 트래픽 배분의 주도자로서, 플랫폼은 라이브방송 콘텐츠를 실시간으로 감시하고 위반 행위를 정확히 식별하여 신속히 제재조치를 취할 수 있다. 한편으로 플랫폼은 규제부처에 필요한 규제 인터페이스를 개방하여 위험 경보, 위반 단서, 처분 기록 등 관련 데이터를 제공하여야 한다. 필요한 경우 규제 부처는 인원을 플랫폼에 파견하여 라이브커머스 방송의 관련 정보를 직접 획득할 수도 있다.⁴⁴ 다른 한편으로 규제 부처도 위법 주체 정보, 신형 위험 동향 및 최신 규제 정책을 플랫폼에 능동적으로 통보하여 플랫폼의 위험 식별 능력 제고를 도와야 한다. 플랫폼에 대한 규제에서 만일 전적으로 플랫폼 등록지에 따라 관할을 나눈다면, 규제권이 사실상 특정 지역의 규제부처에 집중되는 결과를 낳게 된다.⁴⁵ 규제 부처 사이에서도 파편화(條塊分割)을 타파하고 정보 유통을 강화하여 데이터가 각 부처 사이에서 공유·상호 소통되도록 추진하여야 한다.

둘째, '플랫폼의 선행 처분-행정청의 보충적 책임추궁'이라는 단계적 책임 사슬을 확립한다. 플랫폼의 선행 처분이 행정규제의 최후의 보루로서의 위치

⁴⁴丁国峰：《协同共治视角下网络直播带货法律治理体系的构建》，载《学术论坛》2024年第2期，第29页。

⁴⁵黃冬娅：《平台监管权的纵向配置与地方分权化监管演进》，载《中国行政管理》2025年第8期，第3页。

를 대체할 수는 없다. 플랫폼의 처분이 실효를 거두지 못하거나 플랫폼 자체에 귀책사유가 있는 경우에는 행정규제가 개입하여 최종적 책임추궁을 실시하여야 한다. 첫째, 플랫폼 처분 실패에 대한 책임추궁이다. 플랫폼이 주의의무나 처분 책임의 이행을 게을리하여 위반 콘텐츠가 계속 전파되고 피해가 확대되게 한 경우, 규제부처는 플랫폼에 행정처벌을 실시하여야 한다. 처벌 방식으로는 경고, 과태료, 관련 업무의 잠정 중지 명령, 관련 허가의 취소 등이 포함된다. 플랫폼의 책임을 추궁함으로써 플랫폼이 제1차 방어선의 직무를 착실히 이행하도록 압박한다. 둘째, 위법 주체에 대한 직접적 책임추궁이다. 먼저 권한 부여와 규제 기제의 협동적 설계를 통해 여러 주체를 향한 유인 구조를 구축하여야 한다. 실행 가능한 유인 기제는 책임의 경감이나 면제를 통해 위법자가 자신이나 타인의 위법 정보를 자발적으로 공개하도록 장려하는 데 있으며, 이는 위법행위가 더욱 전문적이고 정보가 더욱 은닉된 영역에서 특히 효과적이다.⁴⁶ 플랫폼이 이미 제재조치를 취하였으나 여전히 법적 책임을 추궁하여야 하는 위법 주체에 대하여는, 규제부처가 직접 개입하여 《광고법》, 《반부정당경쟁법》, 《소비자권익보호법》 등 법률·법규에 근거하여 행정처벌을 실시하여야 한다. 규제부처의 강제처벌권은 플랫폼의 제재 조치로는 대체할 수 없는 강제적 구속력을 발휘한다.

이러한 결합은 행정규제가 '직접적 개입자'에서 '제도 설계자'와 '협동 조직

⁴⁶杨国强：《超级数字平台公共性的激励型法律规制》，载《现代法学》2026年第1期，第50页。

자'로 전환하여, 양방향 정보 공유를 통해 책임 전달의 사슬을 구축하고, 재량 기준과 사법심사를 통해 플랫폼 권력의 경계를 제약할 것을 요구한다. 이러한 전환을 실현하여야만 비로소 디지털 휴먼 라이브방송 영역에서 규제의 초점 상실이라는 심층적 어려움을 타개하고, 정부와 플랫폼이 각자의 역할을 다하고 장점을 상호 보완하며 협동공치하는 디지털 거버넌스의 새로운 국면을 형성할 수 있다.

3. 여러 사회주체의 감독·거버넌스 활성화

자율규제는 비정부 주체가 규제규범의 시행을 감독하는 가장 좋은 사례이다.⁴⁷ 행정규제와 플랫폼 자치가 핵심적 거버넌스 역량을 구성하기는 하지만 양자 모두 고유의 한계가 있으니, 행정규제는 규제 자원과 정보 비대칭에 제약을 받고, 플랫폼 자치는 상업적 이익에 이끌린 선택적 집행에 발목이 잡혀 있다. 위와 같은 한계를 보완하려면 반드시 여러 사회주체의 감독·거버넌스 열의를 활성화하여, 업계 조직·소비자·언론·기술 커뮤니티 등이 폭넓게 참여하는 협동공치 네트워크를 구축하여야 한다.

업계 조직의 표준 제정과 자율 감독 기능을 발휘하도록 한다. 디지털 휴먼 라이브방송 산업은 아직 빠른 발전기에 있어 기술의 갱신이 제도의 진화보다 빠르므로, 행정입법만으로는 모든 위험 지점을 포괄하기 어렵다. 업계 조

⁴⁷科林-斯科特、安永康(译):《规制、治理与法律:前沿问题研究》,清华大学出版社2018年版,第166页。

직은 시장에 가깝고 기술을 이해하는 장점을 발휘하여 단체표준과 자율 규약을 제정함으로써 행정입법에 앞서 규칙의 공백을 메울 수 있다. 현재 AI 디지털 휴먼 라이브방송 관련 업계 표준으로는 국가라디오텔레비전총국(國家廣播電視總局)이 발표한 《디지털 가상인간 기술요구》⁴⁸와 국가시장감독관리총국·국가표준화관리위원회가 발표한 《전자상거래 라이브방송 판매 품질관리 규범》⁴⁹이 있으나, 이 두 건의 국가급 업계 표준에는 AI 디지털 휴먼 라이브방송에 관한 표준이 담겨 있지 않다. 현재 AI 디지털 휴먼 라이브방송과 관련된 단체표준은 오직 한 건만 존재하는데, 이는 중국영상그래픽학회(中國圖象圖形學學會)가 제정·발표한 《정서·지능 겸비 디지털 휴먼 역량 요구》이다.⁵⁰ 관련 업계 협회는 디지털 휴먼 라이브방송 표시 규범, 알고리즘 투명성 지침, 데이터 안전 표준을 제정하여 회원 기업에 컴플라이언스 참고를 제공할 수도 있다. 아울러 업계 조직은 자율 감독 기제를 마련하여 규약을 위반한 회원에게 공개 견책, 회원 자격 취소 등 업계 차원의 징계를 실시함으로써 행정규제 외의 병행적 제약 역량을 형성할 수 있다. 행정규제 부처는 서비스 구매, 표준 채택·인용, 공동 발표 등의 방식으로 업계 조직의 자율 기능에 힘을 실어 이를 협동공치 체계에 편입하여야 한다.

⁴⁸参见国家广播电视总局发布《数字虚拟人技术要求》，GY/T 411—2024。

⁴⁹参见国家市场监督管理总局、国家标准化管理委员会发布《电子商务直播售货质量管理规范》，GB/T 41247—2023。

⁵⁰参见中国图象图形学学会发布《情智兼备数字人能力要求》，T/CSIG 001—2026。

IV. AI 디지털 휴먼 라이브방송 행정규제의 접근 방안

AI 디지털 휴먼 라이브방송의 행정규제 경로는 법률규칙의 개정에도 주목하여야 하고 그에 상응하는 기술적 해결방안에도 주목하여야 한다. 법률규칙은 디지털 시대의 목적에 부합하여 인터넷 플랫폼과 지방정부에 법정주의의무를 설정하고 직권 범위를 명확히 하여야 하며, 동시에 효과적인 기술적 조치를 더욱 적극적으로 모색하여 기술 자체가 해결방안의 일부가 되도록 함으로써 행정규제의 효율과 수준을 높여야 한다.

1. AI 디지털 휴먼 라이브방송 행정규제 법률제도의 수립

AI 디지털 휴먼 라이브방송의 행정규제는 기술적 해결방안을 필요로 하는 동시에 법치 건설과도 분리될 수 없다. 이는 알고리즘 기술, 인터넷 콘텐츠, 광고 행위, 소비자 권익, 지식재산권 등 여러 법률관계의 교착과 관련된다. 동시에 기술규제 조치의 운용도 적법성 원칙의 구속을 받아야 한다. 오직 그럴 때에만 기술적 규제수단과 법치 체계가 서로 협력하며 협동적으로 힘을 발휘할 수 있다.⁵¹ 《방법》이 이미 디지털 휴먼 스트리머를 규제 대상에 편입하여 상업 활동의 책임 주체가 콘텐츠의 진실성에 책임지도록 요구함으로써 '행위자가 침해책임을 인공지능 기술 자체에 떠넘기는 것을 방지할 수 있게'⁵² 하였으나, 이는 원칙적 틀만을 구축하였을 뿐 여러 핵심 개념은 여전히 시

⁵¹罗杰·布朗斯沃德、毛海栋（译）：《法律3.0：规则、规制和技术》，北京大学出版社2023年版，第119页。

⁵²张凌寒、于琳：《生成式人工智能价值链上的侵权责任划分》，载《北京行政学院学报》2025

행세칙을 통해 명확히 할 필요가 있다. 따라서 인터넷 라이브방송 행정규제 법률제도를 통일하려면 다음과 같은 차원에서 추진하여야 한다.

가. 최상위 설계 강화 및 중앙입법 시행세칙의 신속한 출범

지방입법이 대체로 《라이브커머스 감독관리 방법》보다 앞섰다는 현실을 고려하여, 국가시장감독관리총국·국가인터넷정보판공실(國家網信辦) 등 주관 부처가 주도하여 《방법》의 시행세칙이나 운용 지침을 조속히 제정함으로써 지방에 통일적이고 명확한 규칙 근거를 제공하여야 한다.⁵³ 다음 내용을 중점적으로 명확히 하여야 한다. 첫째, '지속적 고지'의 기술 기준을 세분화하여 표시의 위치·크기·빈도·지속시간·표출 방식에 대하여 실행 가능한 구체적 규정을 두고, 표시가 라이브방송 전 과정에서 지속적으로 노출되며 위치가 현저하고 명확히 식별 가능하도록 요구하며, 극도로 작은 글자나 순식간에 스쳐 지나가는 방식 등으로 회피하는 것을 금지하여 근원에서부터 '형식적 컴플라이언스' 현상을 억제하여야 한다. 둘째, 위반 행위에 대한 처벌 규칙을 마련하여야 한다. 이 부분은 《표시방법(標識辦法)》에서 아직 구체적으로 명확히 되어 있지 않으나, 《생성형 인공지능 서비스 관리 잠정방법》 제13조가 행정처벌의 법적 근거를 제공할 수 있다. 잘못된 표시에 대하여 시정을 가함

年第5期, 第76页。

⁵³丁国峰:《协同共治视角下网络直播带货法律治理体系的构建》,载《学术论坛》2024年第2期,第27页。

으로써 AI 콘텐츠의 생성과 전파의 정상적 시장 생태를 회복하여야 한다.⁵⁴

나. 지방입법 고도화 추진 및 AI 디지털 휴먼 라이브방송 법률규범 공백의 보완

입법의 사회적 효과를 고려할 때 지방입법의 비교우위를 합리적으로 발휘하여야 한다. '지방입법은 해당 지역의 특정 상황과 수요를 겨냥하여 현지 실정에 더욱 부합하는 법규를 제정할 수 있어 중앙입법에 대한 유익하고 필요한 보충을 구성한다.'⁵⁵ 관련 라이브커머스 지방입법을 이미 마련한 지역은 《방법》의 구체적 규정과 지방 실정을 한층 결합하여 지방 법규를 더욱 보충·세분화함으로써 지방입법의 정교화·과학화를 추진하여야 한다. 관련 입법을 아직 마련하지 않은 지역은 AI 디지털 휴먼 라이브방송을 중점 규율 대상으로 삼아 입법 계획에 편입하여야 한다. AI 디지털 휴먼 라이브방송 지방입법은 입법의 질을 높이고 실제 입법 취지의 실효를 기준으로 삼아 원칙적 표현에서 정교한 규칙으로 나아가야 하며, AI 디지털 휴먼 라이브방송의 진입 요건, 알고리즘 등록 요구, 콘텐츠 심사 기준, 위반시의 불이익을 명확히 하여 법규의 실행성·실행 가능성을 높임으로써 실제로 준수하고 가늠하기 쉽게 하여야 한다.

2. 기술 기반의 신형 규제도구 발전

⁵⁴杜维娜：《AIGC标识义务的检视与定位》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2025年第1期，第85-89页。

⁵⁵王怡：《立法社会效果考量的方式及其决策思维》，载《中国法学》2025年第2期，第204页。

협동공치의 틀 아래에서 협동과 디지털화는 서로 의존한다. 정부 협동, 정부-사회 협동, 정부-기업 협동 등의 거버넌스 수요는 디지털화에 핵심적 추진력을 제공하고, 디지털화는 거버넌스 네트워크의 구축과 협동 체제의 최적화에 핵심적 뒷받침을 제공한다.⁵⁶ 디지털 휴먼 라이브방송의 대량성·실시간성·은닉성이라는 특성을 마주하여, 전통적으로 인력에 의한 순찰과 사후처벌을 핵심으로 하던 규제 모델은 이미 완전히 실효되었다. 규제 모델을 '인력 집약형'에서 '기술 집약형'으로 전환하여, 기술로 기술을 규제하고 스마트 규제도구를 발전시켜야 한다.

기술 기반의 신형 규제도구를 발전시키려면 규제 효능과 권리 보장 사이에서 균형을 찾아야 한다. 트래픽 통제 조치는 비례원칙을 따라야 하며, '일률적(一刀切)' 폐쇄가 합법적 경영에 부당한 손해를 주는 것을 피하여야 한다. 플랫폼을 넘나드는 불법·회색 산업 주체가 정보 사일로를 이용하여 단속을 피하는 문제에 대응하여, 전국 통일의 '플랫폼 간 허위정보 공유 데이터베이스'를 구축하여야 한다. 생성형 인공지능이 야기하는 침해 문제에 대하여는 위험, 예방 가능성 및 예방 비용을 종합적으로 고려하여야 하며, 일률적으로 제작자에게 책임을 지우는 것은 마땅하지 않고 구체적 상황에 따라 귀책사유의 존부를 판단하여야 한다. 이 데이터베이스는 위법 주체의 신원 정보, 계정 정보, 위반 기록 및 제재조치 등의 데이터를 수록하며, 각 플랫폼은 데이

⁵⁶ 姜金炜：《协同治理实践下的职权法定原则：拓展与限度》，载《北方法学》2025年第4期，第105页。

터베이스에 접속하여 계정 등록·콘텐츠 심사 등의 단계에서 조회·대조할 의무를 진다. 과실책임 원칙이 강조하는 것은 책임과 주관적 귀책사유(고의·과실)의 부합인데, 알고리즘 '환각'으로 인한 위반 콘텐츠는 운영자의 주관적 의사의 발현도 아니고 그가 주의의무 이행을 게을리한 결과도 아니다. 서비스 제공자와 이용자 모두에게 귀책사유가 있는 경우에는 귀책사유 정도에 따라 책임을 나눔으로써 서비스 제공자가 홀로 모든 위험 예방 비용을 부담하는 것을 피하여야 하며, 엄격책임 또한 피해자가 합리적 조치를 취할 적극성을 약화시켜서는 아니 된다.⁵⁷ 만일 모든 운영자에게 구별 없이 엄격책임을 적용한다면 실질적 불공정을 초래하기 쉬울 뿐만 아니라 규제 자체의 정당성과 수용 가능성도 약화시킬 것이다. 여러 플랫폼에서 블랙리스트에 오른 주체에 대하여 규제부처는 합동제재를 실시하여 그의 인터넷 접속, 결제·정산 등 핵심 서비스를 제한할 수 있다. 데이터베이스는 사회를 향해 조회 기능을 개방할 수도 있어, 소비자는 이를 통해 라이브방송룸 운영자의 컴플라이언스 기록을 파악하여 소비 결정에 참고할 수 있다. 기술 기반 규제를 추진하는 동시에, 부수적 기술 기준과 운용 규정을 시급히 제정하여 각종 규제도구의 법적 성질·적용 요건·구제 경로를 명확히 함으로써 기술 혁신과 법치 원칙이 협동적으로 나아가도록 보장하여야 한다.

3. 규제주체 간 직권 범위의 명확화

⁵⁷王利明：《再论生成式人工智能的侵权风险及其应对》，载《广东社会科学》2026年第1期，第250-251页。

AI 디지털 휴먼 라이브방송은 전자상거래, 인터넷 콘텐츠, 데이터 안전, 인공지능 응용 등 여러 규제 영역에 걸쳐 있어 자연히 다수 행정부처의 직권 교차와 관련된다. 현행 입법이 시장감독관리부처와 인터넷정보부처(網信)를 주요 규제기관으로 명확히 하기는 하였으나, 구체적 규제 실무에서는 부처 간 직무 경계에 여전히 모호지대가 존재하여 체계적으로 명확히 정리할 필요가 절실하다.

첫째, '시장감독을 주(主)로, 인터넷정보(網信) 협동을 보조로 삼는' 기본 구도를 확립한다. AI 디지털 휴먼 라이브방송의 상업적 본질에서 출발하면 그 핵심 활동은 전자상거래 경영행위에 속하므로, 거래 안전과 소비자 권익의 보장을 최우선 목표로 삼아야 한다. 시장감독관리부처를 주관 규제기관으로 명확히 하여 AI 라이브방송 경영행위의 일상적 규제, 민원 처리, 행정처벌을 통일적으로 담당하도록 할 것을 제안한다. 인터넷정보부처(網信)는 콘텐츠 안전과 알고리즘 컴플라이언스에 집중하여, 정보 콘텐츠의 위법이나 알고리즘 위반을 발견하면 그 단서를 시장감독관리부처에 이송하고 협동하여 처분함으로써 중복적 규제를 피하도록 한다.

둘째, 기술 기준과 규제 기준을 통일한다. 표시의무, 알고리즘 감사, 트래픽 통제 등 핵심 단계에 대하여 시장감독관리총국과 국가인터넷정보판공실(網信辦)이 통일된 기술 기준과 규제 지침을 공동으로 발표하여 지방이나 부처가 제각기 행동하는 것을 피하여야 한다. 예컨대 《인공지능 생성 콘텐츠 라이브방송 표시 기술규범》을 공동으로 제정하여 표시의 위치·형식·지속시간

등 구체적 요구를 명확히 하고, 《AI 라이브방송 알고리즘 컴플라이언스 심사 지침》을 공동으로 마련하여 알고리즘 평가의 지표 체계를 통일하여야 한다.

V. 결어

의심할 여지 없이, 생성형 인공지능 기술의 급속한 발전과 더불어 갈수록 많은 AI 기술이 사람들의 생활에 녹아들고 있다. AI 디지털 휴먼, 이용자 프로파일링 분석 등 각종 알고리즘이 전자상거래와 깊이 융합되었고, 이러한 기술은 갈수록 많이 민간 기관과 공공 기관에 의해 사용되어 사회 거버넌스와 소비자의 개인 생활에 심대한 영향을 미치고 있다. 갈수록 많은 고도 상호작용형 지능기술이 상업에 이용되거나 규제 수단으로 이용됨에 따라, 신기술과 상업의 건전한 운영을 유지하는 동시에 어떻게 행정규제의 실효를 강화하고 행정규제의 효율을 높일 것인가는 오늘날 행정규제 환경이 직면한 문제이자 법적 거버넌스를 정비하기 위해 마주하여야 할 난제이다. 따라서 AI 디지털 휴먼 라이브방송 기술과 같은 신기술과 산업의 결합 사례를 행정규제할 때에는 반드시 여러 주체 사이의 이익 조율에 유의하고 신형 기술도구를 잘 활용하여 정부와 시장의 건전한 상호작용을 실현하여야 한다.

참고문헌

외국어문헌

[중국어]

<著作>

罗杰·布朗斯沃德、毛海栋（译）：《法律3.0：规则、规制和技术》，北京大学出版社2023年版。

科林-斯科特、安永康（译）：《规制、治理与法律：前沿问题研究》，清华大学出版社2018年版。

<论文>

丁国峰：《协同共治视角下网络直播带货法律治理体系的构建》，载《学术论坛》2024年第2期。

丁晓东：《论超大型互联网平台的法律规制》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2025年第1期。

杜维娜：《AIGC标识义务的检视与定位》，载《北京理工大学学报（社会科学版）》2025年第1期。

葛江虬：《论数据立法权的央地分配》，载《法学论坛》2024年第5期。

韩万渠、袁高辉：《构建敏捷治理协同机制，推进政务服务“跨省通办”》，载《中国行政管理》2023年第5期。

黄冬娅：《平台监管权的纵向配置与地方分权化监管演进》，载《中国行政管理》2025年第8期。

赖成宇：《名人直播带货的法理与消费者保护》，载《中国政法大学学报》2021年第5期。

李国昊、梅婷、梁永滔：《政府监管下直播带货平台合谋行为的奖惩机制研究》，载《江苏大学学报（社会科学版）》2024年第2期。

- 李欢、李建伟：《论网络直播业主播经纪合约的司法规制——基于200份商事判决书的实证分析》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2022年第2期。
- 李杨：《电竞赛事直播中的利益配置与法律保护》，载《学习与探索》2020年第10期。
- 娄金炜：《协同治理实践下的职权法定原则：拓展与限度》，载《北方法学》2025年第4期。
- 陆小华、陆赛赛：《论生成式人工智能侵权的责任主体——以集体主义为视角》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》2024年第1期。
- 万方：《网络直播营销平台监管权运行的困境及其破解》，载《法商研究》2023年第2期。
- 王利明：《再论生成式人工智能的侵权风险及其应对》，载《广东社会科学》2026年第1期。
- 王怡：《立法社会效果考量的方式及其决策思维》，载《中国法学》2025年第2期。
- 解志勇、修青华：《互联网治理视域中的平台责任研究》，载《国家行政学院学报》2017年第5期。
- 杨国强：《超级数字平台公共性的激励型法律规制》，载《现代法学》2026年第1期。
- 臧雷振、陈浩：《生成式人工智能算法风险及社会治理挑战》，载《中共中央党校（国家行政学院）学报》2025年第1期。
- 曾渝、黄璜：《数字化协同治理模式探究》，载《中国行政管理》2021年第12期。
- 张凌寒、于琳：《生成式人工智能价值链上的侵权责任划分》，载《北京行政学院学报》2025年第5期。
- 赵玲、周剑平：《电商直播监管的难点与对策创新》，载《中国流通经济》2021年第8期。

[영어]

Liu S, Xu X, Cheng T C E., "Equilibrium analysis of Live-streaming e-commerce supply chain in the AI Era", *International Journal of Production Research*, 2025.

Ma Y, Li J, Li Z, et al., "Mining online reviews by deep Learning-based UIE-ERNIE for AI-empowered live streaming product Selection", *Journal of Retailing and Consumer Services*, 2025.

Meng Y., "Governing AI virtual anchors in China's live streaming E-commerce ecosystem: Policy challenges and global Implications", *Telecommunications Policy*, 2025.

Schmitt M, Flechais I., "Digital deception: Generative artificial intelligence in social engineering and Phishing", *Artificial Intelligence Review*, 2024.

Xie J, Wu H, Liu K, et al., "Is virtual streamer useful? Effect of streamer type on consumer brand forgiveness when streamers make inappropriate Remarks", *Journal of Retailing and Consumer Services*, 2024.

초 록

AI 디지털 휴먼 라이브방송은 인공지능 기술과 전자상거래의 융합으로 생겨난 신형 업태로서 전자상거래 산업 발전의 또 하나의 신형 세력으로 빠르게 부상하고 있다. AI 디지털 휴먼 기술의 발전에는 일련의 문제가 뒤따르지만, 그 본질은 여전히 신형 기술과 전통산업의 융합이 현 단계의 행정규제 체계와 충분히 대응하지 못하여 발생하는 시스템적 법률문제이다. 디지털 협동공치의 관점에서 보면, 현행 입법에는 규범의 공백과 지체가 존재하고, 알고리즘 '블랙박스'로 인하여 여러 주체의 책임 귀속이 모호해지며, 실시간 감시와 관통형 규제는 기술적 병목에 부딪히고, 기술 제공자·운영자·플랫폼 등 여러 주체가 서로 책임을 떠넘기며, 소비자의 권리 구제와 규제상의 책임추궁이 매우 어려운 등의 문제가 있으며, 이로 인해 라이브방송의 법적 거버넌스 체계가 가진 권위는 끊임없이 도전에 직면하고 있다. 인력에 의한 순찰은 방대한 실시간 라이브방송에 대응할 수 없고, 관통형 규제는 기술적 장애에 직면하며, 플랫폼을 넘나드는 정보 사일로와 '게릴라식' 회피 행위는 규제의 효능을 심각하게 약화시킨다. 이에 대하여 입법 차원에서는 지방입법의 고도화를 추진하여 AI 디지털 휴먼 라이브방송 규범의 공백을 메우고 법률규범 사이의 내부 조율을 실현하여야 하며, 규제 차원에서는 규제주체 간의 권한·책임 관계를 명확히 하고 기술의 힘을 빌려 규제 효능을 강화하며 다원적 협동공치의 법적 거버넌스 체계를 구축하여야 한다. 동시에 업계 조직·소비자·기술 커뮤니티 등 여러 주체의 감독 기능을 활성화하여야 한다.

주제어 : AI 디지털 휴먼, 인터넷 라이브방송, 행정규제, 협동공치, 지방입법

A b s t r a c t

AI digital human live streaming represents an emerging business format derived from the integration of artificial intelligence technology and e-commerce, which is rapidly becoming a novel force in the development of the e-commerce industry. While AI digital human technology advances, it is accompanied by a sequence of concerns. The essence of these issues lies in systemic legal conflicts generated by the failure to fully map the convergence of emerging technologies and traditional industries onto the current administrative regulatory system. From the perspective of digital collaborative governance, the current legislation exhibits regulatory vacuums and lag; the algorithmic "black box" blurs the attribution of liability among diverse entities; and real-time monitoring and piercing regulation encounter severe technical bottlenecks. Consequently, mutual buck-passing among technology providers, operators, and platforms, alongside hurdles in consumer rights protection and law enforcement accountability, constantly challenge the authority of the legal governance system in the live-streaming arena. Manual inspections are incapable of handling massive real-time live streams, and piercing regulation faces technological barriers, while cross-platform information silos and "guerrilla-style" evasion behaviors drastically undermine enforcement efficacy. To address these challenges, at the legislative level, it is essential to advance the upgrading of local legislation to fill the regulatory vacuums of AI digital human live streaming, thereby achieving internal coordination among legal norms. At the enforcement level, the power-responsibility relations among regulatory authorities must be clarified, regulatory efficiency should be enhanced via technical instruments, and a legal governance system based on multi-party collaborative governance should be established. Meanwhile, the supervisory functions of diverse social entities, including industry organizations, consumers, and technical communities, should be activated.

Keywords : AI Digital Human, Live Streaming, Administrative Regulation, Collaborative Governance, Local Legislation

2024 至 2025 年韩国与中国个人信息泄露、滥用事件研究

—以 KakaoPay 跨境数据传输事件与林某武等

“网络开盒”侵犯公民个人信息案为例*

(A Study on Personal Information Leaks and Misuse Incidents in South
Korea and China from 2024 to 2025

—Taking the KakaoPay Cross-Border Data Transfer Incident and the
"Online Data Mining" Case Involving Lin Mouwu et al. as Examples)

曹芮涵、蒋逸玟、肖杨一、梁帆、李傲华合着

(仁荷大学 AI 数据法学科 硕士研究生)

Co-Authors Cao Ruihan, Jiang Yiwen, Xiao Yangyi, Liang Fan, Li Aohua

(Master Student in AI & Data Law at INHA University)

目录

引言

(一) 研究背景与意义

(二) 研究目的与问题

(三) 研究方法及路线

一、韩国 KakaoPay 跨境数据传输事件

(一) 事件概述

(二) 法律争议

(三) 处理结果

二、中国林某武等“网络开盒”侵犯公民个人信息案

* 文系在仁荷大学 2026 年夏季 AI 数据法律学科毕业论文大赛中荣获校长奖（一等奖）的论文基础上修改、补充而成。

(一) 事件概述

(二) 法律争议

(三) 处理结果

三、两国案例的比较分析

(一) 法律框架的对比

(二) 处理方式的对比

(三) 未来个人信息保护的趨勢

四、结论

(一) 研究总结

(二) 未来个人信息保护法律与治理的建议

引言

(一) 研究背景与意义

1. 研究背景

在数字平台全面嵌入社会运行的今天，个人信息已经不只是技术系统中的客观记录，而是与人格尊严、生活安宁、交易安全乃至社会治理秩序密切相关的法律利益。移动支付、社交媒体、短视频平台、网约服务和电子商务的发展，使得个人在日常生活中不断留下联系方式、交易记录、位置轨迹、消费偏好、设备标识、住宿行程等数据。平台掌握的信息越来越细，彼此之间的合作链条也越来越长，信息从最初收集到后续分析、共享、传输、建模和再利用，往往经过多个主体和多个环节。正是在这一背景下，个人信息保护问题由过去偏重“数据库安全”和“信息有没有外泄”，逐渐转向“信息在整个处理链条中是否被合法、正当、必要地使用”的问题。

从规范层面看，无论是韩国还是中国，个人信息保护立法都已经不满足于只处理“泄露之后怎么办”的补救问题，而是更强调对处理行为本身进行前端和中端约束。韩国《个人信息保护法》以目的限制、第三方提供限制和个

人信息境外移转规则为重要核心；中国《个人信息保护法》则从一般处理规则、敏感个人信息、跨境提供规则、处理者义务和法律责任等多个层面构建了较完整的制度框架。这说明两国立法都意识到，数字社会中个人信息风险的生成往往不在最后一刻，而是在“似乎合法”的业务合作和“看似高效”的数据流通中逐渐累积。

从实践层面看，近两年最值得注意的变化之一，是个人信息风险呈现出明显的双重化倾向。一方面，平台企业在商业合作、风控评分和跨境运营中可能突破原有的处理边界，把用户原本为某一特定服务而提供的数据延伸到新的处理场景；另一方面，个人信息一旦流入黑灰产业链，则可能被拼接、交易、检索和公开，最终被用于“开盒”“挂人”“人肉搜索”和网络暴力。这两类风险的外观不同，治理路径也不同，但都说明今天的个人信息保护已经不再是单一的技术防护问题，而是贯穿合同关系、平台责任、监管执法和刑事追诉的综合法治问题。

2. 研究意义

本文选取韩国 KakaoPay 跨境数据传输事件与中国林某武等“网络开盒”侵犯公民个人信息案作为研究对象，首先是因为它们分别对应当前个人信息风险的两种典型形态。KakaoPay 案发生在合法经营主体之间，争议集中于平台企业是否可以在跨境合作和算法风控中超出现有服务边界继续利用用户信息；林某武等案则发生在黑灰产业链与网络传播空间之中，争议集中于非法获取、组织化扩散和“开盒”网暴所形成的连锁性伤害。这两类案件在现实中都很常见，但如果只分析其中一种，往往难以完整把握个人信息保护法所面临的全部问题。

其次，从比较法研究的角度看，这两起案件分别体现了不同的制度回应路径。韩国更侧重以行政监管为主，通过个人信息保护委员会的调查、处罚、改正命令乃至模型销毁，来重塑企业的数据治理边界；中国则更强调刑事追诉、行政整治与平台治理的联动，对非法获取、查询服务、信息扩散和网络

暴力形成综合性打击。把两种路径并置分析，有助于观察不同法治体系下个人信息保护的侧重点，也有助于理解“个人信息法”与“网络治理”“刑事治理”“平台治理”之间的关系。

再次，从现实写作和教学讨论的角度看，这两起案件也能帮助我们更具体地理解法律规范在真实社会中的落点。很多时候，关于个人信息保护的讨论容易停留在抽象原则层面，比如“合法、正当、必要”“告知—同意”“最小必要原则”等，但如果缺乏具体个案支撑，这些原则往往显得空泛。通过具体梳理 KakaoPay 案与“开盒”案中的事实、争议和结果，可以更直观地看到这些原则在现实中如何被违反、如何被解释，又如何通过行政决定、检察机关公诉和法院裁判转化为真正的法律后果。

（二）研究目的与问题

本文的基本目的，是在 2024 至 2025 年的时间范围内，通过对一韩一中的两起典型事件进行分析，说明个人信息泄露与滥用在下已经呈现出怎样的新特点，以及法律应当如何回应这些特点。具体来说，本文并不满足于把案件当作新闻材料简单复述，而是试图围绕其中的核心规范问题展开讨论。

围绕韩国 KakaoPay 案，本文主要关注三个问题。第一，平台企业将用户数据传输给境外主体并用于风控评分模型，是否具有充分、明确的合法性基础；第二，相关行为是否符合韩国《个人信息保护法》关于第三方提供和境外移转的特别规定；第三，即便企业在形式上拥有用户协议或隐私政策，其具体处理方式是否已经超出用户能够合理预见的范围，进而构成目的外使用和过度处理。

围绕中国林某武等“网络开盒”案，本文主要关注另外三个问题。第一，个人信息在被非法获取、整合为“社工库”并对外提供查询服务后，应如何纳入《个人信息保护法》的违法处理框架；第二，在刑法上，如何界定侵犯公民个人信息罪中的“提供”“非法获取”和“情节严重”，以及“开盒”型案件为何往往不仅仅是普通的民事侵权；第三，当个人信息的违法处理与网络暴力直

接结合时，法律应当如何在个人信息保护、人格权保护和网络平台治理之间建立衔接。

在此基础上，本文还试图进一步回答一个更大层面的问题，即在数字平台、跨境协作和网络传播高度发达的背景下，个人信息保护制度的重点是否已经发生转移。本文的基本判断是，当前个人信息保护的重点正在从单纯防止“信息被泄露”，逐渐转向对“信息如何被继续流动、分析、建模、扩散和再利用”的全过程控制。

（三）研究方法及路线

从写作技术上说，本文在案例分析中采取“事实—规范—评价—结果”的展开方式。也就是说，先根据官方公开材料还原案件事实，再结合相关法律条文和司法解释判断其违法性，之后讨论行政机关、检察机关或者法院是如何理解这些违法性的，最后再分析这种处理方式背后的制度取向。采用这样的路线，既可以避免论文沦为单纯的新闻复述，也可以避免一上来只讲抽象法理而缺少事实支撑。

本文主要采用规范分析、案例分析与比较分析相结合的方法。所谓规范分析，是指以韩国《个人信息保护法》、中国《个人信息保护法》、中国刑法及相关司法解释为基础，对案件中涉及的关键法律问题进行解释。所谓案例分析，是指以韩国个人信息保护委员会的行政决定、最高人民检察院发布的典型案例、最高人民法院发布的网络暴力典型案例以及网信部门公开发布的整治材料为依据，对案件事实、争议焦点和处理结果进行具体梳理。所谓比较分析，则是在前述工作基础上，对中韩两国在个人信息保护路径上的相同点和差异性进行总结。

在材料选择方面，本文尽量优先使用官方来源和权威公开材料。韩国部分以韩国个人信息保护委员会 2025 年 1 月 23 日的处罚决定和韩国法令公开文本为主；中国部分以最高人民检察院、最高人民法院、中央网信办公开发布的案件和治理材料为主，并辅以中国法官方文本和司法解释文本。这样处

理，一方面是为了保证案件事实和法律依据的可靠性，另一方面也是为了避免单纯依赖新闻报道可能带来的细节偏差。

在文章结构上，本文第一部分为引言，主要交代研究背景、研究意义、研究问题与研究方法。第二部分集中讨论韩国 KakaoPay 跨境数据传输事件，依次梳理事件经过、法律争议和处理结果。第三部分分析中国林某武等“网络开盒”案件，讨论《个人信息保护法》的适用、刑法界定和网络暴力治理。第四部分对两国案例进行比较，分别从法律框架、处理方式和未来趋势进行归纳。第五部分为结论，概括本文所得出的主要认识，并提出若干治理建议。

一、韩国 KakaoPay 跨境数据传输事件

（一）事件概述

KakaoPay 案在 2024 年 8 月由韩国金融监管调查结果进入舆论视野，但真正具有决定意义的公开材料，是韩国个人信息保护委员会于 2025 年 1 月 23 日作出的行政决定。根据该委员会公布的事实，KakaoPay 在与 Apple 服务合作过程中，向 Alipay Singapore 持续提供用户个人信息，以便计算所谓的 NSF score，也就是对用户在 Apple 服务中发生资金不足可能性的风险评分。该委员会认定，涉案信息并非零散、短期提供，而是在很长时间内持续进行，且规模极大。

韩国个人信息保护委员会披露，KakaoPay 最早于 2018 年 4 月至 7 月分三次传输相关数据，此后自 2019 年 6 月 27 日至 2024 年 5 月 21 日期间，又几乎每日传输相关信息，累计传输记录约 542 亿条，去重后涉及约 4000 万名 KakaoPay 用户。就被处理的信息种类而言，不仅包括经哈希处理的手机号码、电子邮箱和内部客户编号，还包括与资金不足概率有关的 24 项数据，例如账户开通时间、余额情况、充值和支付次数等。^①从数据内容看，这些信息已经不再只是基础识别信息，而带有相当明显的行为画像和风险分析色彩。

^①개인정보위, 개인정보 무단 국외 이전한 카카오페이·애플에 총 83억 7,520만 원 과징금·과태료 부과, 2025.1.23, <https://www.pipc.go.kr/np/cop/bbs/selectBoardArticle.do?bbsId=BS074&mCode=C020010000&nttId=10955>.

案件之所以引起强烈关注，还因为其所涉信息主体范围明显大于实际 Apple 服务用户。韩国个人信息保护委员会特别指出，真正将 KakaoPay 注册为 Apple 支付手段的用户比例不足全部 KakaoPay 用户的 20%，但被提供给境外主体的却是更广范围的全体用户数据。这意味着，许多只是日常使用 KakaoPay 一般支付服务的人，也被卷入了另一套与 Apple 服务和境外主体有关的评分与风控流程之中。

从参与主体看，KakaoPay 是最初收集和控制用户信息的平台，Apple 是业务合作的一方，Alipay Singapore 则是实际接收、处理相关数据并服务于评分模型构建的一方。对于普通用户而言，他们直接面对的是 KakaoPay，并不会自然意识到自己的支付相关信息会被传输给境外主体，更不会意识到这些信息将被用于建立一套面向另一平台服务的风险评分模型。也正因为如此，本案虽然外观上属于商业合作，但实质上涉及处理目的、处理范围、接收主体和处理后果的全面扩张。

在韩国媒体和隐私研究领域的讨论中，KakaoPay 案被普遍视为近年来韩国平台企业跨境数据利用领域最具代表性的案件之一。其代表性不只在用户规模巨大，更在于它集中暴露了当前平台合作链条中的一个典型问题：数据原本是在某一服务关系中合法收集的，但一旦进入更复杂的合作、受托、评分和风控体系，信息主体很容易失去对数据流向和用途的现实控制。

（二）法律争议

1. 数据传输是否合法

在这一问题上，还需要区分“形式上的授权”与“实质上的知情”。很多平台在用户注册环节会设置较长的隐私政策和服务协议，并在其中以概括化方式写入“为改进服务可能与合作伙伴共享信息”之类条款。问题在于，这样的概括表述是否足以让普通用户理解到：自己的支付相关信息会被长期传输到境外主体，并用于另一平台体系中的风险评分模型。就个人信息保护法的价值取向而言，真正被保护的并不是企业取得一个形式上的勾选动作，而是信

息主体在重要处理事项上具有现实可理解性和实际决定可能。KakaoPay 案恰恰说明，平台最容易忽略的不是有没有文本，而是文本是否足以支撑实质同意。

韩国《个人信息保护法》以目的限制和第三方提供限制为制度核心之一。该法第 17 条规定，个人信息处理者向第三方提供个人信息时，应当告知接收者、提供目的、提供项目和接收者的保有利用期间等事项，并原则上取得信息主体同意；^①第 18 条则进一步规定，个人信息处理者不得超出法定或约定范围进行目的外利用或向第三方提供个人信息，除非存在法定例外。^②从这一制度设计看，判断 KakaoPay 的数据传输是否合法，首先要看的不是商业合作是否便利，而是用户是否对提供行为本身形成了实质性知情与同意。

如果从普通用户的角度来理解，KakaoPay 作为支付平台，收集手机号、邮箱、账户数据和支付活动信息，本来可以被解释为提供支付服务、账户管理、安全认证等所必需的处理。然而，用户是否会自然预见这些信息还会被提供给境外主体，并被纳入面向 Apple 服务的风险评分模型，则是另一回事。尤其在本案中，被处理的群体远远超出实际 Apple 服务用户，用户与该评分模型之间并不存在直接、明确的服务关系。韩国个人信息保护委员会之所以认定违法，一个重要原因就在于相关提供行为没有建立在符合法律要求的用户同意和明确告知之上。

从法律逻辑上说，企业最容易提出的抗辩往往是“业务合作需要”或者“受托处理安排”。但个人信息保护法的核心并不是给企业预留尽可能大的自由流转空间，而是把信息主体对自己信息流向和用途的控制作为优先价值。即便企业出于风控或提升支付成功率的考虑开展合作，也不意味着用户已经当然同意将自己的数据用于此种合作。合法收集并不自动推出合法再提供，平台

^①『개인정보보호법』, 제 17 조 참고: ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 정보주체의 개인정보를 제 3 자에게 제공(공유를 포함 한다. 이하 같다)할 수 있다. <개정 2020. 2. 4., 2023. 3. 14.>

^②『개인정보보호법』, 제 18 조 참고: ① 개인정보처리자는 개인정보를 제 15 조제 1 항에 따른 범위를 초과하여 이용하거나 제 17 조제 1 항 및 제 28 조의 8 제 1 항에 따른 범위를 초과하여 제 3 자에게 제공하여서는 아니 된다. <개정 2020. 2. 4., 2023. 3. 14.>

业务需要也不能取代具体的合法性基础。

因此，本案中的“数据传输是否合法”并不是单纯事实问题，而是典型的规范判断问题。也就是说，关键不在于企业有没有把数据传走，而在于它在传走之前是否满足了法律要求的信息主体同意、第三方提供说明和处理目的限定。韩国个人信息保护委员会最终给出的答案是否定的，这也奠定了后续全部责任认定的基础。

2. 数据跨境传输是否符合法律规定

此外，跨境传输场景中还存在一个常被忽视的问题，即信息主体的权利救济会因数据离境而进一步弱化。当数据被移转至境外主体后，信息主体即便事后知悉，也往往难以准确判断接收方的处理范围、保存期限、删除机制以及继续提供给其他主体的可能性。也正因为如此，许多法域都把跨境传输视为高风险活动，并对其设置更高的透明度要求。若企业把境外移转包装为普通的技术合作或后台支撑，实际上是在规避法律希望强化的风险提示机制。

除了一般的第三方提供规则外，韩国《个人信息保护法》还对个人信息境外移转作出专门规定。该法第 28 条之 8 是关于境外移转的核心条文，要求处理者在进行个人信息国外转移时满足法定条件；^①《个人信息保护法施行令》也进一步要求在个人信息处理方针中记载与境外移转相关的依据和事项。这说明在韩国法上，跨境传输并不被视为普通、日常的数据使用行为，而是受到特别控制的高风险处理活动。

KakaoPay 案中，被移转的数据并不是偶发性的后台技术日志，而是持续性、规模巨大的用户识别和行为相关数据，并且由境外主体接收后用于风险评估模型。对于这种情形，法律所关注的重点至少包括：接收方是谁；移转到哪里；移转的数据项目具体有哪些；处理目的是什么；移转后如何保有和利用；信息主体是否清楚知道这些内容。若这些问题没有得到明确回答，企

^①『개인정보보호법』, 제 28 조의 8 참고: ① 개인정보처리자는 개인정보를 국외로 제공(조회되는 경우를 포함한다)·처리위탁·보관(이하 이 절에서 “이전”이라 한다)하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 국외로 이전할 수 있다.

业即使在合同链条中安排了合作方或受托方，也不能当然认为已经履行了境外移转义务。

从本案情况看，韩国个人信息保护委员会在处罚决定中并没有把关注点停留在“企业是否有境外合作”这种抽象层面，而是直接审查了移转是否具有相应的用户同意、是否存在对外提供和境外移转的法定依据，以及实际处理是否与所声称的合作关系相匹配。这表明在跨境数据流动问题上，监管机关更看重的是处理实质，而不是合同形式。

值得注意的是，跨境传输问题往往还伴随着责任主体分散和信息主体感知弱化。对一般用户来说，自己只是在韩国本土使用 KakaoPay，但信息实际上可能已流向境外多个主体；而对企业来说，数据传输常常被表述为系统联动、结算对接、风控支持或受托处理，这会弱化用户对风险的感知。也正因此，境外移转规则的意义就在于通过特别告知和特别同意，将这类复杂流动重新纳入法律可见、用户可知的范围之内。本案中相关要求并未得到满足。

因此，若从韩国法上的境外移转规则来判断，KakaoPay 案所暴露的核心问题就在于：企业在事实上形成了一个稳定、持续的大规模跨境数据传输机制，但在法律上并未相应建立足够清晰、充分和可验证的合法性基础。

3. 数据处理是否超出了用户预期

即便暂且不讨论形式上的同意文本，仅从信息主体的合理预期出发，KakaoPay 案中的处理范围也明显存在越界问题。个人信息保护法上的“目的明确、合理”和“最小必要”原则，虽然在不同法域中的具体表达方式有所不同，但都包含一个基本思想：个人在向某一平台提供信息时，应当能够大致预见这些信息会在什么范围内被使用。如果企业后续的处理方式已经明显脱离了这一预期，就需要受到更严格的正当性审查。

在本案中，用户将自己的手机号、邮箱、账户数据和支付活动交给 KakaoPay，通常只会预期这些信息用于支付结算、账户管理、风险防控等与 KakaoPay 本身服务密切相关的事项。可是，涉案处理并不只是 KakaoPay 内

部风控，而是将全体用户的大量数据传输给境外主体，服务于 Apple 体系中的风险评分模型。尤其是大量并未实际使用 Apple 服务的用户数据也被一并纳入，这使得企业很难再以“为了用户体验提升”“为了支付成功率”来合理化全部处理行为。

从最小必要原则来看，如果 Apple 服务确有某种风控需求，那么理论上需要纳入处理的，也应当首先是实际申请、开通或使用相关服务的用户及其必要信息，而不是把全体 KakaoPay 用户的数据都当成潜在样本。韩国个人信息保护委员会特别强调实际 Apple 支付用户比例不足 20%，正是在指出这一必要性判断的明显失衡。^①也就是说，本案不只是“有没有告知”的问题，还包括“即使告知了，这样大范围的处理是否仍然过度”的问题。

从更深一层看，用户预期的边界之所以重要，是因为个人信息保护并不是单纯保护一个抽象的数据对象，而是在保护个人对其社会身份和行为轨迹不被任意重新定义的利益。当平台把原本用于支付服务的信息，进一步用于境外建模和风险画像时，用户实际上已经进入了一个自己未曾明确参与、也难以实际退出的新型决策系统。这种处理方式对个人自主决定权的影响，远远大于传统意义上的信息披露。因此，KakaoPay 案之所以引起较强反响，不只是因为它“传了很多数据”，而是因为它体现了平台经济中用户预期与企业数据利用边界之间的明显张力。

（三）处理结果

从比较视角看，韩国监管机关在本案中采取的模型销毁做法，也折射出当前全球个人信息保护与人工智能治理之间的逐步接轨。过去在许多案件中，违法处理个人信息的后果主要体现为删除数据、停止服务或支付罚款；而随着算法模型和自动化评分系统在商业场景中的作用不断增强，单纯删除原始数据并不足以消除数据被违法利用所形成的结构性优势。模型销毁命令虽然

^①개인정보위, 개인정보 무단 국외 이전한 카카오페이·애플에 총 83억 7,520만 원 과징금·과태료 부과, 2025.1.23, <https://www.pipc.go.kr/np/cop/bbs/selectBoardArticle.do?bbsId=BS074&mCode=C020010000&nttId=10955>.

在实践中执行成本较高，但它至少明确提出了一个标准：由违法数据所支撑的模型成果，并不当然具有继续存在的正当性。

2025 年 1 月 23 日，韩国个人信息保护委员会正式对 KakaoPay 和 Apple 作出处罚决定。根据公开信息，KakaoPay 被处以 59.68 亿韩元罚款，Apple Distribution International 被处以 24.05 亿韩元罚款并加处 220 万韩元过罚金额，合计约 83.752 亿韩元；同时，委员会责令两家公司改正违法的境外移转行为，并在官方网站和应用程序中公开相关违法事实。^①这表明监管机关并未将该案视为一般性程序瑕疵，而是把它认定为情节严重的个人信息违法事件。

本案最引人注意的处理措施，是韩国个人信息保护委员会命令销毁以相关用户信息建立的 NSF score 模型。传统的数据保护案件，常见的处理方式通常是删除原始数据、停止继续传输、补充告知、修订隐私政策或者缴纳罚款。但在 KakaoPay 案中，监管机关进一步触及了基于违法数据形成的模型成果。这意味着在监管逻辑上，个人信息保护已不再止于“数据源头”，而是延伸到“违法数据所生成的分析结果和自动化决策基础是否仍然可以存在”。

从制度意义上看，模型销毁命令体现出一种较为清晰的法理思路：如果上游的数据移转和利用过程不合法，那么下游基于该数据生成的评分模型也无法当然取得正当性。否则，即使企业事后删除了原始数据，仍然可以继续利用模型保留由违法数据带来的利益，个人信息保护就会被实质架空。韩国监管机关在本案中的处理，无疑强化了对算法风控、用户画像和跨境数据合作的审查强度。

对平台企业而言，这一案件带来的影响并不限于一笔罚款。更深远的影响在于，企业未来在设计跨境数据合作、模型训练和第三方技术支持方案时，必须把信息主体的知情与同意、处理目的的限定以及处理范围的必要性，真正前置到业务设计之中。不能再简单认为，只要数据最初是合法收集的，后

^①개인정보위, 개인정보 무단 국외 이전한 카카오페이·애플에 총 83억 7,520 만 원 과징금·과태료 부과, 2025.1.23, <https://www.pipc.go.kr/np/cop/bbs/selectBoardArticle.do?bbsId=BS074&mCode=C020010000&nttId=10955>.

续就可以在合作链条中自由延展。

总体而言，KakaoPay 案的处理结果说明，韩国个人信息保护制度正在从传统的“防泄露”模式向更实质的“控流转”“控建模”模式转变。这一点对后续讨论 AI 模型训练、自动化评分系统以及跨境数据治理，都具有重要启示。

二、中国林某武等“网络开盒”侵犯公民个人信息案

（一）事件概述

与韩国 KakaoPay 案发生在合法经营主体之间不同，中国林某武等“网络开盒”案更典型地展示了个人信息流入黑灰产业链后的恶意利用过程。最高人民检察院于 2026 年 3 月 2 日发布的“持续深化‘检护民生’专项行动典型案例”显示，2023 年至 2025 年间，林某武、王某康、刘某彪、孙某恒等人通过境外加密通讯工具等渠道非法获取海量公民个人信息。其中，林某武非法获取个人信息 6 亿余组，王某康非法获取 3 亿余组，刘某彪 1500 余万组，孙某恒掌握的信息中还包含住宿信息等高度敏感内容。^①

该案的严重性首先体现在信息规模巨大，但更关键的是，涉案人员并没有停留在“掌握信息”这一层，而是进一步将这些信息整合成“社工库”网站并对外提供查询。最高检材料披露，林某武等人于 2025 年间搭建的数据库中含有 1.7 亿余组公民个人信息，并通过网站对外非法提供个人信息 1300 余次，网站访问量达到 10 万余人次。^②这说明个人信息已经从零散黑产数据，转化为具有平台化、商品化特征的查询服务。

与此同时，涉案人员还在境外加密通讯工具中建立群组，在群组内发布侵犯隐私、谩骂侮辱等内容，把个人信息直接转化为网暴材料。最高检随后发布的报道明确将该案概括为依法严惩“社工库”“开盒”等侵犯公民个人信息、煽动网络暴力的案件，并指出检察机关在办理此类案件时，强化了电子数据

^①最高检发布 8 件持续深化件持续深化“检护民生检护民生”专项行动典型案例，2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>。

^②最高检发布 8 件持续深化件持续深化“检护民生检护民生”专项行动典型案例，2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>。

的信息化侦查、实质化审查和数据分类认定。^①这说明司法机关对“开盒”的理解，并不是把它当作简单的网络纠纷，而是把它视为个人信息犯罪和网络暴力相互交织的复杂侵害。

所谓“开盒”，一般是指通过非法渠道获取某个人的姓名、电话、住址、身份证信息、住宿记录、出行记录、社交账号等资料，并在互联网上公开发布或向特定群体扩散，以便发动围攻、骚扰、羞辱甚至现实威胁。它与传统意义上的“信息泄露”最大的不同在于，泄露不一定直接指向具体攻击，而“开盒”几乎总是以攻击、曝光和施压为目的。也正因为如此，这类行为往往同时侵害个人信息权益、隐私权、名誉权以及网络秩序。

在社会效果上，“开盒”案件往往比单纯的数据买卖更具破坏性。个人一旦被“开盒”，不仅可能接到骚扰电话、收到辱骂信息，还可能在工作单位、学校、社区中承受名誉受损和现实威胁。^②最高人民法院 2026 年发布网络暴力典型案例及相关报道时，也专门强调“开盒”与网络暴力之间的紧密联系，指出其给被害人的工作、生活和所在单位都会造成严重不良影响。^③

（二）法律争议

1. 该案件对《个人信息保护法》的适用

就理论上说，《个人信息保护法》常被误解为主要规范大型互联网公司，但实际上该法对“处理个人信息”的定义采取的是功能性标准，只要存在收集、加工、提供、公开等活动，无论行为主体是公司、平台、网站运营者还是个人团伙，都可能进入其规制范围。林某武等案正好可以纠正这一误解：个人信息保护法既要约束明面上的合规主体，也要覆盖地下数据市场和非法查询服务，这样才不至于在最严重的侵害场景中失去适用空间。

中国《个人信息保护法》第 4 条明确规定，个人信息处理包括个人信息

^①最高检发布 8 件持续深化案件持续深化“检护民生检护民生”专项行动典型案例，2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>。

^②刘新源：《向网暴亮剑护网络清风》，人民法院报(2026)，第 2 版。

^③最高人民法院发布依法惩治网络暴力违法犯罪典型案例，2026.3.3, <https://www.pkulaw.com/news/ab5521764d30d2d3bdfb.html>。

的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等活动；^①第 5 条规定处理个人信息应当遵循合法、正当、必要和诚信原则，不得通过误导、欺诈、胁迫等方式处理个人信息；^②第 6 条进一步强调处理目的应当明确、合理，并限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集。^③从这些条文出发，“开盒”类案件当然属于《个人信息保护法》调整的范围，而不是处于该法之外的特殊领域。

林某武等案中，行为人既不是基于合同履行、法定义务或信息主体同意而接触相关信息，也不是为提供正常服务而进行处理，而是通过非法渠道批量获取公民个人信息，再将其整合为查询服务并向外扩散。尤其是住宿信息等高度敏感内容被纳入数据库，说明行为已经明显突破一般个人信息处理的合法边界。按《个人信息保护法》的框架来看，这些行为同时涉及非法收集、非法加工、非法提供和非法公开。

需要注意的是，个人信息保护法并不只适用于大型企业或“正规平台”。从法律文本看，任何组织、个人只要处理个人信息，都受到该法约束。也就是说，即便行为人不是平台公司，而是个人、团伙或地下网站运营者，只要其存在收集、整理、查询、公开和传播个人信息的行为，同样会落入该法的规制范围。林某武等案之所以重要，也在于它提醒我们，《个人信息保护法》的适用对象并不局限于明面上的商业主体，黑灰产业链中的信息操作者同样是个人信息法意义上的违法处理者。

再进一步说，“开盒”行为的违法性并不只体现在信息最初来源不合法，更体现在其处理目的和后果上。从目的角度看，行为人并不是为了实现正当服务，而是为了牟利、羞辱、围攻和制造流量；从后果角度看，个人信息一旦被公开扩散，往往直接导致信息主体遭受现实生活中的持续骚扰和人格损

^① 《中华人民共和国个人信息保护法》，参考第 4 条：个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等。

^② 《中华人民共和国个人信息保护法》，参考第 5 条：处理个人信息应当遵循合法、正当、必要和诚信原则，不得通过误导、欺诈、胁迫等方式处理个人信息。

^③ 《中华人民共和国个人信息保护法》，参考第 6 条：处理个人信息应当具有明确、合理的目的，应当与处理目的直接相关，采取对个人权益影响最小的方式。收集个人信息，应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息。

害。这种从获取到扩散的整套行为，与《个人信息保护法》所试图防止的风险完全重合。

因此，本案对《个人信息保护法》的适用表明，个人信息保护制度并不是只面对“温和”的合规场景，同样适用于“开盒”这种明显带有恶意的极端场景。两者只是违法程度和责任形态不同，而不属于不同的法律世界。

2. 侵犯公民个人信息的法律界定与处罚标准

除了个人信息保护法上的违法处理，本案更直接对应刑法上的侵犯公民个人信息罪。《中华人民共和国刑法》第二百五十三条之一规定，违反国家有关规定，向他人出售或者提供公民个人信息，情节严重的，构成犯罪；窃取或者以其他方法非法获取公民个人信息，情节严重的，同样构成犯罪。为了统一司法适用，最高人民法院、最高人民检察院于 2017 年发布《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》，对“公民个人信息”的范围、“提供”“非法获取”和“情节严重”等概念作了具体说明。

该司法解释的重要意义在于，它并不把“提供公民个人信息”狭义理解为直接出售名单，而是明确将通过信息网络发布公民个人信息、未经被收集者同意向他人提供合法收集的信息等情形都纳入“提供”的范围。同时，对“非法获取”也采取了较宽的理解，购买、收受、交换乃至在履职或提供服务过程中违法收集，都可能构成刑法上的非法获取。因此，在林某武等案中，行为人搭建社工库、提供查询服务和传播“开盒”信息的行为，不会因为采取了间接或技术化的方式，就脱离刑法规制。

关于处罚标准，司法解释采用数量、牟利、用途、信息类型和危害后果相结合的判断方式。若涉及的信息数量巨大、包含行踪轨迹、住宿记录等敏感内容，或者被用于其他违法犯罪活动、造成严重社会影响，通常都足以进入“情节严重”的范围。林某武等案中，涉案数据以亿计，信息中包含住宿信息等敏感项目，且被用于社工库经营和煽动网络暴力，其社会危害性显然远

高于一般的数据买卖案件。^①

此外，本案还涉及非法利用信息网络罪的适用。最高检公开材料显示，北京检察机关于 2025 年 10 月以涉嫌侵犯公民个人信息罪、非法利用信息网络罪，对林某武等 5 人提起公诉。^②这说明在司法机关看来，单纯以“出售数据”或“提供数据”概括其行为已不足以覆盖全部违法性，因为涉案人员不仅非法获取和提供个人信息，还利用信息网络搭建平台、形成群组、组织传播并牟利。

可以说，在“开盒”案件中，个人信息犯罪的特殊之处恰恰在于它不再只是简单的一买一卖，而是向平台化、链条化、传播化发展。刑法上的评价也因此越来越强调信息数量、敏感性、用途及其与其他犯罪行为的结合。林某武等案正是这种新型个人信息犯罪的集中体现。

3. 数据滥用与网络暴力的结合问题

从被害人保护的角度看，“开盒”与普通网络侵权相比还有一个明显差别，即其危害往往具有持续性和不可逆性。辱骂性言论在一定条件下可能随着热度下降而消散，但电话号码、住址、行程记录等一旦被多次转载、镜像保存和跨平台转发，就很难真正回到未披露状态。也就是说，“开盒”之所以被视为网络暴力中的高风险形态，并不只是因为表达内容更恶劣，而是因为其使用的素材本身就具有极强的复制性和现实伤害能力。

“开盒”之所以在近两年成为一个高度敏感的问题，根本原因在于它并不只是数据违法，而是数据违法与网络暴力的直接结合。行为人获取某人的住址、电话、身份证号、住宿记录、出行记录，并不是为了自己保存，而是为了把这些信息变成公共攻击素材。信息一旦被公开扩散，就会迅速引发围观、侮辱、谣言、骚扰电话、人身威胁甚至现实接触风险。也就是说，数据在这里已经被彻底工具化、武器化。

^①最高检发布 8 件持续深化案件持续深化“检护民生检护民生”专项行动典型案例，2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>。

^②最高检发布 8 件持续深化案件持续深化“检护民生检护民生”专项行动典型案例，2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>。

最高人民法院于 2026 年 3 月发布的依法惩治网络暴力违法犯罪典型案例中，专门收录了“吴某某、陈某某等侵犯公民个人信息案”。该案中，被告人为抹黑某中学教师朱某，花费 13150 元购买了包括朱某及相关人员住宿记录、民航和铁路购票记录在内的 1442 条个人信息，随后撰写诋毁帖文并在网上发布，阅读、转发和跟帖回复人数超过 200 万。法院认为，被告人违反国家有关规定，非法获取公民个人信息后用于实施犯罪，可以认定为司法解释所称“其他情节严重的情形”，构成侵犯公民个人信息罪。^①

这一类裁判思路说明，在当前司法实践中，“开盒”并不会因为带有明显的言论攻击外观，就被简单归入普通的名誉侵权或网络口角。相反，司法机关越来越强调其背后的个人信息非法获取和公开扩散属性。也就是说，网络暴力并不是独立于个人信息犯罪之外的现象，而常常是个人信息犯罪的后续表现形式和现实危害放大器。最高法随后发布的评论文章也指出，“开盒”获取隐私信息后发布诋毁内容，往往会对被害人的工作、生活及所在单位造成严重不良影响。^②

这也使平台责任问题变得格外突出。单靠刑事追诉往往只能处理最核心的幕后行为人，但“开盒”真正形成大规模伤害，离不开社交平台、群组工具、搜索传播和内容分发机制。中央网信办于 2025 年 5 月部署进一步加强“开盒”问题整治工作，从阻断信息传播、完善预警机制、加大惩治力度、优化保护措施和加强宣传引导等多个维度明确要求，并依法按程序处罚了 3 家大型网站平台。^③这说明在行政机关看来，“开盒”的治理不能只抓源头黑产，还必须抓传播链条和平台失守。

因此，从法理上说，“开盒”案件揭示了个人信息保护法与网络暴力治理之间的深层连接。前者保护的是个人对自身信息的控制和安全，后者保护的

^①最高人民法院发布依法惩治网络暴力违法犯罪典型案例，2026.3.3, <https://www.pkulaw.com/news/ab5521764d30d2d3bdfb.html>。

^②刘新源：《向网暴亮剑护网络清风》，人民法院报(2026)，第 2 版。

^③中央网信办部署进一步加强“开盒”问题整治工作，2025.5.27, <https://www.news.cn/politics/20250527/2db471d33fc1402d9597a0c9d0b6005f/c.html>。

是人格尊严、生活安宁和网络秩序；在“开盒”场景中，这两类法益往往是在同一行为链条中被同时侵害的。也正因为如此，未来对此类案件的治理，不可能只依靠某一部法律或某一个部门，而必须形成刑法、个人信息保护法、民法人格权保护、行政监管和平台治理之间的联动。

（三）处理结果

值得注意的是，这种综合治理模式对受害人的现实保护也更有针对性。对于遭受“开盒”的个体而言，最紧迫的需求往往不是等待最终判决，而是尽快阻断传播、删除内容、固定证据并恢复正常生活秩序。因此，刑事追诉之外的快速响应机制、平台协助义务和网信部门的整治要求，实际上共同承担了紧急救济功能。这一点也说明，在网络空间中的个人信息侵害案件里，法律反应速度往往与责任认定本身同样重要。

根据最高人民检察院 2026 年 3 月 2 日发布的典型案例，2025 年 10 月，北京检察机关已以涉嫌侵犯公民个人信息罪、非法利用信息网络罪，对林某武等 5 人提起公诉。^①这说明案件已经从侦查和监督阶段进入正式刑事追诉阶段。虽然公开材料尚未披露一审判决结果，但仅从公诉机关和案件公开方式来看，司法机关已经把该案视为具有示范意义的重大个人信息犯罪案件。

除了刑事追诉之外，本案的处理结果还体现在跨部门协同治理上。最高检典型案例和后续报道均提到，办案机关会同公安、网信、工信等部门，对涉案社工库网站及对外提供“开盒”数据的群组进行清理打击，并向境内多家互联网平台转递线索，推动阻断违法信息进一步向境内传播。^②这一处理方式表明，检察机关并未把案件简单理解为若干被告人的孤立犯罪，而是把其放在“社工库—查询服务—群组扩散—网暴攻击”的完整链条中进行处置。

从更宏观的治理背景看，林某武等案并不是单独发生的一次执法行动，而是嵌入到了全国范围内针对“开盒”和网络暴力的整治趋势之中。中央网信

^①最高检发布 8 件持续深化“检护民生”专项行动典型案例，2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>。

^②最高检发布 8 件持续深化“检护民生”专项行动典型案例，2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>。

办 2025 年 5 月发布专项整治通知，要求重点网站平台全面清理各类涉“开盒”违法违规信息、从严处置传播相关内容的账号和群组，并组织重点平台定期发布治理公告、公布典型案例。^①这说明行政机关已经把“开盒”问题视为需要持续治理的网络生态问题，而不是偶发的个体违法。

因此，中国在此类案件中的处理结果，呈现出一种明显的“刑事打击+行政整治+平台治理”并行模式。刑事追诉用于处理非法获取、经营和扩散个人信息的核心主体，行政整治用于阻断扩散机制并督促平台履行责任，典型案例和公开发布则承担了统一裁判思路、强化社会预警和形成治理共识的功能。与传统只处理“信息买卖”的个人信息案件相比，这种综合治理模式更贴近“开盒”问题的现实结构。

从保护效果上说，这种处理方式也比单纯的事后追责更为全面。因为“开盒”所造成的伤害，往往已经不限于财产或一般隐私损失，而会直接影响受害人的工作、生活、人际关系乃至心理健康。只有同时打击幕后黑产、切断传播渠道并强化平台救济机制，个人信息保护才不至于停留在纸面层面。

三、两国案例的比较分析

（一）法律框架的对比

1. 韩国与中国在个人信息保护法中的异同

从立法结构看，韩国与中国都已经形成了以专门个人信息保护法为核心的制度框架。韩国《个人信息保护法》对个人信息收集、利用、第三方提供、目的外利用和境外移转作出统一规定，中国《个人信息保护法》则在一般处理规则的基础上，单设敏感个人信息、国家机关处理规则、跨境提供规则和处理者义务等章节。两者都将个人信息视为受到法律保护的重要法益，而不是单纯由企业自由处分的数据资源。

在基本原则层面，两国制度也存在明显共通之处。无论是韩国法上的目的外利用限制和第三方提供限制，还是中国法上的合法、正当、必要、诚信

^①中央网信办部署进一步加强“开盒”问题整治工作，2025.5.27，<https://www.news.cn/politics/20250527/2db471d33fc1402d9597a0c9d0b6005f/c.html>。

原则与最小必要要求，都体现出同一种立法思路，即个人信息处理必须被限定在特定、明确、可说明的范围内，不能因为技术上能做到，就当然具有法律上的正当性。就此而言，KakaoPay 案和林某武等案虽然场景不同，但都能被归结到“数据处理边界被突破”的问题之下。

不过，两国的重心也并不完全相同。韩国法在 KakaoPay 案中表现出对企业合规、跨境移转和第三方提供的精细控制，更强调信息主体在合作链条中的知情与同意；中国法在“开盒”案中则更突出个人信息保护法与刑法、网暴治理规则的衔接，强调对非法获取、公开扩散和组织化经营个人信息行为的严厉打击。简单说，韩国路径更像是在处理“合法平台如何不越界”，中国路径更像是在处理“非法链条如何被整体打掉”。

这一差异与案件类型本身有关。KakaoPay 案发生在大型平台企业与合作方之间，行为外观上带有合法业务框架，因此法律评价重点在于合规边界和数据流动条件；“开盒”案则从一开始就具有明显违法乃至犯罪属性，因此法律评价重点自然转向犯罪构成、平台传播责任和社会治理。正因为如此，比较两国法律框架时，不能只看法条字面，还要结合案件所揭示的风险类型。

2. 跨境数据传输与数据滥用的法律应对

在跨境数据传输问题上，韩国 KakaoPay 案反映出一种较典型的“前端合规+事后严惩”路径。企业首先需要在境外移转之前满足特别告知和特别同意等要求，一旦事后被发现未履行相应义务，则面临高额罚款、改正命令和相关模型清除的后果。^①这种路径的特点，是把跨境数据流动视为需要被特别审查的高风险活动，并通过行政执法直接影响企业的技术和业务安排。

相较之下，中国在李某武等案中面对的主要不是“跨境合规不足”，而是“非法获取后的数据滥用”。^②这里的法律应对不是去判断某次移转是否完成了

^①개인정보위, 개인정보 무단 국외 이전한 카카오페이·애플에 총 83 억 7,520 만 원 과징금·과태료 부과, 2025.1.23, <https://www.pipc.go.kr/np/cop/bbs/selectBoardArticle.do?bbsId=BS074&mCode=C020010000&nttId=10955>.

^②最高检发布 8 件持续深化案件持续深化“检护民生检护民生”专项行动典型案例, 2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>.

告知程序，而是直接打击整个违法处理链条，包括获取、整合、查询、传播和煽动网暴。因此，刑法、司法解释、平台责任和网信专项整治在中国案中都发挥了比跨境规则更大的作用。

但从更深层看，跨境数据传输与数据滥用并不是彼此孤立的问题。KakaoPay 案说明，数据只要离开原始处理场景并进入更复杂的合作与建模流程，就会出现信息主体失控风险；“开盒”案则说明，数据一旦进入黑灰链条并被大规模传播，就会迅速造成现实伤害。二者共同说明，法律对数据流动的控制不能只盯着“有没有外流”，还要关注“流向哪里”“继续被做了什么”“会不会被再次扩散”。

因此，从法律应对角度看，跨境数据传输规则和数据滥用治理其实共同服务于一个更大的目标：确保个人信息在整个生命周期中不被任意重新定义、重新组合和重新利用。韩国和中国虽然在具体制度工具上不同，但都在朝着这一方向推进。

（二）处理方式的对比

1. 韩国的合规监管与罚款，数据模型销毁

韩国对 KakaoPay 案的处理，典型体现了以行政监管为中心的企业合规治理模式。个人信息保护委员会通过调查查明事实后，直接对企业课以高额罚款，责令其改正违法境外移转行为，并要求公开违法事实。^①这一模式的重点不在刑罚，而在于通过行政处罚改变企业对数据治理边界的理解。

更进一步地，韩国监管机关并没有把治理对象仅仅限定为原始数据库，而是将处理延伸到模型成果本身，命令销毁 NSF score 模型。这种处理方式非常值得注意，因为它意味着监管机关不承认企业可以在上游数据违法的前提下，继续保有下游由这些数据生成的分析能力和商业优势。

这种模式的优点在于回应迅速、针对性强，能够直接对平台企业的制度

^①개인정보위, 개인정보 무단 국외 이전한 카카오페이·애플에 총 83억 7,520만 원 과징금·과태료 부과, 2025.1.23, <https://www.pipc.go.kr/np/cop/bbs/selectBoardArticle.do?bbsId=BS074&mCode=C020010000&nttId=10955>.

和技术安排施加影响。缺点则在于，如果案件同时涉及更广泛的社会危害，例如用户遭受现实损失或出现更复杂的责任链条，单纯的行政处罚可能不足以涵盖全部问题。尽管如此，对平台型数据违法而言，这种处理方式仍然具有较强的现实效率。

2. 中国的刑事追诉与平台治理，网络暴力打击

中国在“开盒”案件中的处理方式，明显表现出多部门、多工具并用的特征。最高检以侵犯公民个人信息罪、非法利用信息网络罪提起公诉，体现的是刑法对黑灰产业链核心行为人的追责；^①最高法通过典型案例明确“开盒”型网暴的裁判导向，体现的是司法政策与裁判规则的公开化；^②中央网信办通过专项整治部署要求平台全面清理相关信息、处置账号和群组，体现的是行政机关对网络生态和平台责任的集中整治。^③

这种模式与韩国的区别在于，它更强调对社会危害结果的整体回应，而不仅是对某一数据处理环节的纠偏。因为“开盒”案件造成的伤害往往不仅是个人信息控制权受损，更包括名誉受损、生活秩序被打乱、工作单位受影响甚至人身安全风险增加。因此，仅处理信息源头并不够，还必须同步处理传播机制和网暴场景。

当然，这种综合治理模式也带来另一种挑战，即不同部门之间的边界和协同问题。刑事追诉强调证据和罪名成立，平台治理强调传播阻断和账号处置，个人信息保护法则更关注信息处理本身的合法性。如何使这三者之间形成稳定、清晰的衔接，而不是临时性运动式配合，是中国未来在“开盒”治理中仍需继续探索的问题。

（三）未来个人信息保护的趋势

从长远看，个人信息保护制度还将面临一个更细致的任务，即如何区分

^①最高检发布 8 件持续深化“检护民生”专项行动典型案例，2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>。

^②最高人民法院发布依法惩治网络暴力违法犯罪典型案例，2026.3.3, <https://www.pkulaw.com/news/ab5521764d30d2d3bdfb.html>。

^③中央网信办部署进一步加强“开盒”问题整治工作，2025.5.27, <https://www.news.cn/politics/20250527/2db471d33fc1402d9597a0c9d0b6005f/c.html>。

不同类型数据流动的风险等级，并据此设置差异化的规范强度。并非所有数据共享都会带来同样程度的权利侵害，也并非所有个人信息一旦外流都会立刻变成“开盒”素材。未来制度设计可能需要更充分地考虑信息类型、处理目的、接收主体、技术后果和社会环境之间的组合效应，从而实现更精确的规制，而不仅是笼统地扩大或缩小平台责任。

从两国案例可以看出，个人信息保护的未來趋势至少有三方面。第一，监管对象将从原始数据不断向数据衍生结果延伸。KakaoPay 案中的模型销毁命令说明，未来法律不会只问“数据是否被非法转移”，还会进一步追问“基于这些数据形成的模型、评分和自动化决策是否仍然可以保留”。这意味着算法治理与个人信息保护的边界将越来越紧密地结合在一起。

第二，治理重点将从静态泄露向动态滥用和扩散转移。林某武等案表明，信息一旦进入黑灰产业链，最危险的环节往往不是最初的泄露，而是随后发生的整合、检索、公开和社会性传播。未来的个人信息保护制度如果只强调数据安全防护而忽视扩散阻断和事后救济，就很难有效回应现实风险。

第三，综合治理将成为常态。无论是企业型数据越界利用，还是“开盒”式个人信息犯罪，单靠某一部法律或者某一个执法机关都难以形成足够完整的治理效果。个人信息保护法、跨境数据规则、刑法、民法人格权保护、网信治理、平台自治规则等机制，未来势必会更频繁地交叉适用。也就是说，个人信息保护越来越像一个综合法领域，而不再只是某一部门法的边缘议题。

与此同时，用户对个人信息控制的期待也会不断提升。随着社会对隐私、数据权利和算法影响的关注加深，公众不会满足于平台仅以长篇隐私政策或抽象授权来解释复杂的数据流转。法律制度要真正有效，就必须让信息主体能够对关键风险形成可理解、可感知、可选择的控制。这一点，无论在韩国的跨境传输案件中，还是在中国的“开盒”治理中，都已经表现得十分明显。

四、结论

（一）研究总结

通过对韩国 KakaoPay 跨境数据传输事件与中国林某武等“网络开盒”侵犯公民个人信息案的分析，可以看到当前个人信息风险已经表现出两种十分清晰的方向。其一，是平台企业在合法业务和跨境合作的外观下，对用户信息进行目的外扩张、过度处理和跨境建模利用；其二，是个人信息一旦流入黑灰产业链，便通过社工库、查询服务和网络暴力机制被快速扩散和武器化。前者更像是“在合规边缘不断外溢”的企业型风险，后者则是“从源头即明显违法”的犯罪型风险。

两类风险虽然表现不同，但本质上都说明个人信息保护的核心问题已经不是信息“有没有离开数据库”，而是信息“在离开原场景后被谁、为了什么、以什么范围继续处理”。KakaoPay 案中，问题并不只是数据去了境外，而是数据被用于建立风险评分模型；林某武等案中，问题并不只是数据被偷走，而是数据被进一步用来实施查询、曝光和网络围攻。换言之，真正需要法律控制的，是数据在整个流转和利用过程中不断累积的风险。

比较两国制度回应方式也可以发现，韩国更偏向于以行政监管重塑企业合规边界，通过罚款、改正和模型销毁等手段直接影响平台业务逻辑；中国则更偏向于通过刑事追诉、典型案例公开和网信专项整治形成综合治理。这两种路径各有侧重，但共同传递出一个信息：个人信息既不能在商业合作中被任意重新组合、重新解释，也不能在网络空间中被当作攻击工具任意扩散。

（二）未来个人信息保护法律与治理的建议

最后，还应当加强公众层面的数字素养和个人信息保护教育。无论是企业越界处理还是“开盒”黑产，之所以能够长期存在，都与普通用户对自身信息风险缺乏足够敏感有关。提高公众对隐私政策、权限授权、信息留存和网暴取证的认识，虽然不能代替法律规制，但能够在前端减少风险暴露，也有助于在侵害发生后更快启动维权和救济。

第一，应进一步强化个人信息处理全过程的透明度与可预见性。对于平台企业而言，用户真正关心的并不是抽象的“已阅读并同意”，而是接收方是谁、信息会去哪里、会被用于什么目的、是否会被继续建模或评分。尤其在跨境数据合作场景中，法律应当继续要求处理者以更明确、更具体的方式履行告知义务，并确保信息主体具有真实有效的选择空间，而不是被动地接受复杂合作链条带来的事实后果。

第二，应完善对模型、画像和自动化决策结果的规制。KakaoPay 案表明，如果只删除违法移转的原始数据而不处理基于其形成的模型，那么企业仍可继续保有由违法数据带来的分析能力。未来个人信息保护法制应更加明确：当模型训练、用户评分和自动化决策以违法处理的个人信息为基础时，相关模型成果本身也应被纳入可审查、可限制乃至可删除的范围。

第三，应持续推进对“开盒”行为的综合治理。刑事追诉固然必要，但如果缺少平台层面的快速拦截、删除、禁言、断链和线索移送，信息一旦扩散往往难以逆转。未来应在立法和平台规则中进一步明确：对明显涉及“开盒”“挂人”或以个人信息为核心的网暴内容，平台负有更积极的预警、处置和救济义务，不能在“中立技术平台”的名义下回避责任。

第四，应加强部门之间的协同以及对受害人的救济支持。无论是企业型跨境数据违法还是“开盒”型个人信息犯罪，受害人往往都面临举证困难、损害难以量化、救济程序分散的问题。未来可以考虑进一步完善行政投诉、民事救济、刑事追诉和平台申诉之间的衔接机制，尤其为遭受大规模网暴和“开盒”的个人提供更快捷的删除、屏蔽、证据保全和心理支持渠道。

总之，个人信息保护的未來不应只停留在技术防护和形式同意层面，而应真正覆盖从信息收集、共享、跨境流转至模型建构、网络扩散的整个链条。只有当法律能够同时面对企业越界利用和黑灰产业滥用这两类风险时，个人信息保护才可能真正回应数字社会中的现实需要。

参考文献

国内文献

<著作>

刘新源：《向网暴亮剑护网络清风》，人民法院报, 2026。

摘要

随着平台经济、跨境数据流动和网络传播机制的发展，个人信息风险已经从传统意义上的信息泄露，扩展为跨境共享、目的外利用、算法建模、网络扩散和暴力化使用等多种形态。本文选取 2024 至 2025 年间两起具有代表性的事件作为研究对象，即韩国 KakaoPay 跨境数据传输事件与中国林某武等“网络开盒”侵犯公民个人信息案，分别从事件概述、法律争议和处理结果三个方面展开分析。韩国案件反映出平台企业在跨境合作和风险评估模型建构过程中，对个人信息处理边界把握不当的问题，争议集中于数据传输是否合法、跨境传输是否符合法律规定以及数据处理是否超出用户合理预期。中国案件则体现出个人信息在被非法获取后，如何借助“社工库”“开盒”和网络暴力机制被进一步扩散和滥用，争议集中于《个人信息保护法》的适用、侵犯公民个人信息的法律界定与处罚标准，以及数据滥用与网络暴力的结合问题。通过比较两案可以发现，韩国更侧重以行政监管和合规审查规范企业的数据处理行为，中国则更强调刑事追诉、行政整治与平台治理的综合运用。两案共同说明，当前个人信息保护的重点已经从单纯防止信息泄露，转向对信息收集、传输、建模、扩散和再利用全过程的法律规制。

关键词：个人信息保护；跨境数据传输；KakaoPay；网络开盒；侵犯公民个人信息；网络暴力

Abstract

With the development of the platform economy, cross-border data flows, and online dissemination mechanisms, risks to personal information have expanded beyond traditional data breaches to encompass various forms, including cross-border sharing, use for purposes other than those for which the data was collected, algorithmic modeling, online dissemination, and malicious use. This paper selects two representative incidents from 2024 to 2025 as its research subjects: the KakaoPay cross-border data transfer incident in South Korea and the “online data mining” case involving Lin Mouwu et al. in China, analyzing them from three perspectives: incident overview, legal disputes, and outcomes. The South Korean case highlights the issue of platform companies failing to properly define the boundaries of personal information processing during cross-border cooperation and the construction of risk scoring models. The dispute centers on whether the data transmission was lawful, whether the cross-border transmission complied with legal regulations, and whether the data processing exceeded users’ reasonable expectations. The Chinese case, meanwhile, illustrates how personal information, once illegally obtained, is further disseminated and abused through mechanisms such as “social engineering databases,” “data mining,” and cyberbullying. The disputes in this case centered on the application of the Personal Information Protection Law, the legal definition of personal information infringement and associated penalties, as well as the interplay between data abuse and cyberbullying. A comparison of the two cases reveals that South Korea places greater emphasis on regulating corporate data processing through administrative oversight and compliance reviews, while China emphasizes the comprehensive application of criminal prosecution, administrative rectification, and platform governance. Both cases demonstrate that the current focus of personal information protection has shifted from merely preventing data breaches to legal regulation of the entire process of information collection, transmission, modeling, dissemination, and reuse.

<**Keywords**> Personal information protection; Cross-border data transfer; KakaoPay; Online "box-opening"; Infringement of citizens’ personal information; Cyberbullying

致谢

本论文的顺利完成离不开主任教授丁莹镇和特聘教授李相佑的悉心指导和严谨教诲。从论文选题、框架搭建到案例分析、内容修改，教授都给予了我们极具针对性的建议，以深厚的学术素养与严谨的治学态度为我们指引了方向。

本文写作过程中，主要参考了韩国个人信息保护委员会、韩国国家法令信息中心、中国最高人民检察院、最高人民法院、中央网信办等机构公开发布的法律文本、行政决定、典型案例、新闻发布材料和治理文件。上述公开资料为本文梳理案件事实和分析法律争议提供了重要基础，在此一并致谢。

限于篇幅和公开资料可得性，本文未对韩国后续可能出现的司法救济程序以及中国林某武等案的一审裁判结果作进一步展开，但这并不影响本文围绕“跨境数据处理边界”和“开盒式个人信息滥用链条”所作的基本判断。若未来相关判决文本陆续公开，围绕企业合规责任、网络平台义务、被害人救济以及模型删除命令的可执行性等问题，仍有进一步细化研究的空间。

同时，本文在写作过程中也更加明显地感受到，个人信息保护法的发展已经不可能脱离平台治理、算法治理和网络生态治理单独讨论。未来相关研究如果能够进一步结合判决书、监管决定原文和平台实践规则，对不同类型个人信息侵害的责任分配作更细致的比较，或许会比单纯停留在概念层面的讨论更有解释力。

2024년부터 2025년까지
한국과 중국의 개인정보 유출 및 오남용 사건 연구
- 카카오페이 해외 데이터 이전 사건과 린모우 등 '온라인 신상털기'
공민 개인정보 침해 사건을 중심으로*

A Study on Personal Information Leaks and Misuse Incidents
in South Korea and China from 2024 to 2025
- Taking the KakaoPay Cross-Border Data Transfer Incident and the Lin
Mouwu et al. Online Doxxing Case as Examples

조예함(曹芮涵), 장일민(蔣逸玟), 초양일(肖楊一), 양범(梁帆), 이오화(李傲華)
(인하대학교 AI데이터법학과 석사과정) 공저

Co-Authors Cao Ruihan, Jiang Yiwen, Xiao Yangyi, Liang Fan, Li Aohua
(Master Student in AI & Data Law at INHA University)

진 염니(陳焰妮)(인하대학교 법학과 박사생) 번역
Translator CHEN YANNI (Doctoral Student, Department of Law, Inha University)

* 본 논문은 인하대학교 2026 년 하계 AI 데이터법학과 졸업논문대회에서 총장상(1 등상)을 받은 논문을 수정, 보완하여 제출한 것임.

I. 서론

1. 연구 배경 및 의의
2. 연구 목적 및 질문
3. 연구 방법 및 경로

II. 한국 카카오페이 해외 데이터 이전 사건

1. 사건 개요
2. 법적 분쟁
3. 처리 결과

III. 중국의 린모우 등 ‘온라인 신상털기’으로 공민 개인정보 침해 사례

1. 사건 개요
2. 법적 분쟁
3. 처리 결과

IV. 양국간 사례의 비교분석

1. 법적 체계의 비교
2. 처리 방법 비교
3. 개인정보 보호의 미래 동향

V. 결론

1. 연구 요약
2. 미래 개인정보 보호법 및 거버넌스에 대한 권고사항

I. 서론

1. 연구 배경 및 의의

가. 연구 배경

오늘날 디지털 플랫폼이 사회 운영 전반에 깊숙이 편입되면서, 개인정보는 더 이상 기술 시스템 안의 객관적 기록에 그치지 않고 인격적 존엄, 사생활의

평온, 거래 안전 및 사회 거버넌스 질서와 밀접하게 연결된 법익이 되었다. 모바일 결제, 소셜미디어, 숏폼 동영상 플랫폼, 온라인 예약 서비스와 전자상거래의 발전은 개인이 일상생활에서 연락처, 거래기록, 위치정보, 소비성향, 기기식별정보 및 숙박·이동 기록 등 다양한 데이터를 지속적으로 남기도록 만들고 있다.

규범적 관점에서 볼 때 한국과 중국의 개인정보 보호 입법은 더 이상 “유출 이후 어떻게 구제할 것인가”에만 머무르지 않고, 개인정보 처리행위 자체에 대한 사전·중간 단계의 규율을 중시하고 있다. 한국 「개인정보 보호법」은 목적 제한, 제 3 자 제공 제한 및 개인정보 해외 이전 규칙을 핵심으로 삼고 있으며, 중국 「개인정보 보호법」은 일반 처리규칙, 민감 개인정보, 해외 제공 규칙, 처리자 의무 및 법적 책임 등을 통해 비교적 완결된 제도적 틀을 구축하고 있다. 이는 디지털 사회에서 개인정보 위험이 마지막 순간에 갑자기 발생하는 것이 아니라, 겉보기에는 합법적인 업무협력과 효율적인 데이터 유통 속에서 점진적으로 축적될 수 있음을 보여준다.

실무적 관점에서 최근 2 년간 가장 주목할 변화 중 하나는 개인정보 위험이 이중화되고 있다는 점이다. 한편으로 플랫폼 기업은 업무협력, 위험평가 및 해외 운영 과정에서 기존 처리 경계를 넘어 특정 서비스 제공을 위해 수집한 데이터를 새로운 처리 장면으로 확장할 수 있다. 다른 한편으로 개인정보가 불법·회색 산업체인으로 유입되면 결합, 거래, 검색 및 공개를 거쳐 신상털기, 신상 공개, 사이버폭력의 도구가 될 수 있다.

나. 연구의 의의

본 논문은 한국의 카카오페이 해외 데이터 이전 사건과 중국 린모우 등 “온라인 신상털기” 공민 개인정보 침해 사건을 연구 대상으로 삼는다. 이는 두 사건이 현재 개인정보 위험의 대표적 두 유형에 각각 대응하기 때문이다.

카카오페이 사건은 합법적 사업자 사이에서 발생하였고, 플랫폼 기업이 해외 협력과 알고리즘 위험관리 과정에서 기존 서비스 경계를 넘어 이용자 정보를 계속 활용할 수 있는지가 핵심 쟁점이었다. 반면 린모우 등 사건은 불법·회색 산업체인과 온라인 전파 공간에서 발생하였고, 불법 취득, 조직적 확산 및 신상털기형 사이버폭력이 초래하는 연쇄적 피해가 쟁점이 되었다.

둘째, 비교법 연구의 관점에서 볼 때 두 사건은 서로 다른 제도적 대응 경로를 보여준다. 한국은 개인정보보호위원회의 조사, 제재, 시정명령 및 모델 삭제를 통해 기업의 데이터 거버넌스 경계를 재구성하는 행정감독 중심의 방식을 취한다. 중국은 불법 취득, 조회서비스, 정보 확산 및 사이버폭력에 대하여 형사추소, 행정징비 및 플랫폼 거버넌스를 결합하는 종합적 대응을 중시한다. 두 경로를 나란히 분석하면 개인정보 보호법과 온라인 거버넌스, 형사 거버넌스 및 플랫폼 거버넌스 사이의 관계를 더 분명히 이해할 수 있다.

셋째, 실제 글쓰기와 수업 토론의 관점에서도 이 두 사건은 법규범이 현실 사회에서 어떻게 작동하는지를 구체적으로 보여준다. 개인정보 보호 논의는 흔히 “합법성, 정당성, 필요성”, “고지-동의”, “최소 필요성 원칙”과 같은 추상 원칙에 머무르기 쉽다. 그러나 구체적 사건의 뒷받침이 없다면 이러한 원칙은 공허하게 보일 수 있다. 카카오페이 사건과 신상털기 사건의 사실관계, 쟁점 및 처리 결과를 분석하면 이러한 원칙이 현실에서 어떻게 위반되고 해석되며 법적 효과로 전환되는지 더 명확히 볼 수 있다.

2. 연구 목적 및 질문

본 논문의 기본 목적은 2024 년부터 2025 년까지 한국과 중국에서 발생한 두 가지 대표적인 사건을 분석하여 현재 개인정보 유출 및 남용이 어떤 새로운 특성을 보이고 있으며, 이러한 특성에 법이 어떻게 대응해야 하는지 설명하는

것이다. 특히, 본 논문은 단순히 사건을 뉴스 자료로 재기술하는 데 만족하지 않고, 관련된 핵심 규범적 문제를 논의하려고 시도한다.

본 논문은 한국의 카카오페이 사례를 중심으로 크게 세 가지 이슈에 초점을 맞추고 있다. 첫째, 플랫폼 기업이 사용자 데이터를 해외 주체에 전송하고 이를 위험관리 점수 모델로 활용하기 위한 충분하고 명확한 법적 근거가 있는지 여부. 둘째, 해당 행위가 대한민국 개인정보 보호법의 제 3 자 제공 및 해외 이전에 관한 특별규정을 준수하는지 여부, 셋째, 회사가 이용약관이나 개인정보 처리방침을 형식화한 경우라도 구체적인 처리방법이 이용자가 합리적으로 예측할 수 있는 범위를 벗어나 목적 외 이용 및 과도한 처리에 해당하는지 여부이다.

본 논문은 중국 린모우 등 “온라인 신상털기” 사건과 관련하여 세 가지 문제에 주목한다. 첫째, 개인정보가 불법적으로 취득되어 “사회공학 데이터베이스”로 통합되고 외부 조회서비스로 제공된 경우 이를 「개인정보 보호법」상 위법 처리 체계에 어떻게 포섭할 것인가. 둘째, 형법상 공민 개인정보 침해죄에서 “제공”, “불법 취득” 및 “정상이 엄중한 경우”를 어떻게 판단할 것인가. 셋째, 개인정보의 위법 처리가 사이버폭력과 결합할 때 개인정보 보호, 인격권 보호 및 플랫폼 거버넌스 사이의 연결을 어떻게 구축할 것인가.

이를 바탕으로 본 논문은 디지털 플랫폼, 해외 협력 및 온라인 전파가 고도로 발달한 배경에서 개인정보 보호제도의 초점이 이동하고 있는지를 더 큰 문제에 답하고자 한다. 본 논문의 기본 판단은 개인정보 보호의 중심이 단순히 “정보 유출 방지”에서 “정보가 어떻게 계속 이동, 분석, 모델링, 확산 및 재이용되는지”에 대한 전 과정 통제로 옮겨가고 있다는 것이다.

3. 연구 방법 및 경로

방법론적으로 본 논문은 사례 분석에서 “사실-규범-평가-결과”의 전개방식을 취한다. 먼저 공식 공개자료를 바탕으로 사건의 사실관계를 복원하고, 관련 법령과 사법해석을 통해 위법성을 판단한 뒤, 행정기관·검찰기관·법원이 그 위법성을 어떻게 이해했는지를 검토한다. 마지막으로 이러한 처리방식의 제도적 지향을 분석함으로써 단순한 뉴스 요약에 그치지 않고, 추상적 법리 논의가 사실적 근거 없이 전개되는 한계를 피하고자 한다.

본 논문에서는 주로 규범분석, 사례분석, 비교분석을 결합하는 방법을 채택한다. 소위 규범적 분석이란 한국의 개인정보보호법, 중국의 개인정보보호법, 중국 형법 및 관련 사법해석을 바탕으로 이번 사건과 관련된 주요 법적 쟁점을 해석하는 것을 말한다. 소위 사건분석이란 한국 개인정보보호위원회의 행정결정, 최고인민검찰원이 공표한 대표적인 사건, 최고인민법원이 공표한 사이버폭력의 대표적인 사건, 사이버공간부가 공개한 정정자료 등을 토대로 사건의 사실관계, 분쟁요점, 처리결과 등을 자세히 검토하는 것을 말한다. 소위 비교 분석은 앞서 언급한 작업을 바탕으로 중국과 한국의 개인정보 보호 경로의 유사점과 차이점을 요약한 것이다.

자료 선택 측면에서 본 논문은 공식 출처와 권위 있는 공개 자료를 우선시하려고 노력한다. 한국어 부분은 주로 2025 년 1 월 23 일 한국 개인정보보호위원회의 제재처분과 한국법령 공개문을 토대로 작성되었다. 중국 부분은 주로 최고인민검찰원, 최고인민법원, 중앙인터넷정보판공실에서 개발 및 발표한 판례 및 거버넌스 자료를 기반으로 하며, 중국 법률 공식 텍스트와 사법해석 텍스트를 보완한다. 이러한 접근 방식은 한편으로는 사건의 사실관계와 법적 근거의 신뢰성을 보장하는 동시에, 다른 한편으로는 뉴스 보도에만 의존함으로써 발생할 수 있는 세부적인 편견을 피하기 위한 것이다.

논문 구성 측면에서 본 논문의 첫 번째 부분은 서론으로, 주로 연구 배경, 연구 의의, 연구 질문 및 연구 방법을 설명한다. 2 부에서는 국내 카카오페이 해외 데이터 이전 사건을 중심으로 사건, 법적 분쟁, 결과를 순서대로 정리했다. 세 번째 부분에서는 중국의 Lin Mouwu 와 같은 '온라인 신상털기' 사례를 분석하고, '개인정보 보호법'의 적용, 형법의 정의 및 사이버폭력의 거버넌스에 대해 논의한다. 4 부에서는 양국의 사례를 비교하고 법적 틀과 처리 방식, 향후 동향 등을 정리했다. 다섯 번째 부분은 결론으로, 본 논문에서 얻은 주요 이해를 요약하고 몇 가지 거버넌스 제안을 제시한다.

II. 한국 카카오페이 해외 데이터 이전 사건

1. 사건 개요

카카오페이 사건은 2024 년 8 월 금융감독 관련 조사 결과를 계기로 사회적 논의에 들어왔으나, 결정적 의미를 갖는 공개자료는 개인정보보호위원회가 2025 년 1 월 23 일 발표한 제재처분이다. 위원회가 공개한 사실에 따르면 카카오페이는 Apple 서비스와의 협력 과정에서 이용자의 개인정보를 Alipay Singapore 에 지속적으로 제공하여 이른바 NSF score, 즉 Apple 서비스에서 자금 부족이 발생할 가능성에 관한 위험점수를 산정하도록 하였다.

개인정보보호위원회에 따르면 카카오페이는 2018 년 4 월부터 7 월까지 세 차례에 걸쳐 관련 데이터를 처음 전송했다고 밝혔다. 이후 2019 년 6 월 27 일부터 2024 년 5 월 21 일까지 거의 매일 관련 정보를 전송해왔고, 중복 제거 후 약 4 천만 명의 카카오페이 이용자가 참여한 총 전송 건수는 약 542 억건에 이른다. 처리하는 정보의 종류로는 해싱된 휴대전화번호, 이메일 주소, 내부 고객번호뿐만 아니라 계좌 개설 시간, 잔액 상태, 충전 및 결제 시간 등 자금 부족 확률과 관련된 24 개 항목의 데이터가 포함된다.¹ 데이터 내용으로 볼 때

¹개인정보위, 개인정보 무단 해외 이전한 카카오페이·애플에 총 83 억 7,520 만 원 과징금·과태료 부과, 2025.1.23,

이 정보는 더 이상 기본적인 식별 정보가 아니라 행동 프로파일링 및 위험 분석 색상이 매우 분명하다.

이번 사건은 관련된 정보주체의 범위가 실제 애플 서비스 이용자보다 훨씬 크다는 점에서 큰 관심을 끌었다. 개인정보보호위원회는 실제 카카오페이를 애플의 결제수단으로 등록한 이용자 비율이 전체 카카오페이 이용자의 20%에도 미치지 못하지만, 전체 이용자 데이터가 해외 주체에 제공되는 범위가 더 넓다는 점을 구체적으로 지적했다. 이는 매일 카카오페이의 일반 결제 서비스를 이용하는 많은 사람들이 Apple 서비스 및 해외 주체와 관련된 또 다른 점수 매기기 및 위험 관리 프로세스에 참여하고 있음을 의미한다.

참여자 입장에서 카카오페이는 초기에 사용자 정보를 수집하고 통제하는 플랫폼이고, 애플은 비즈니스 파트너이며, Alipay Singapore 은 실제로 관련 데이터를 수신하고 처리하며 점수 모델 구축에 도움을 주는 당사자이다. 일반 사용자의 경우 카카오페이를 직접 접하게 되어 자신의 결제 관련 정보가 해외 주체로 전송된다는 사실은 물론, 이 정보가 다른 플랫폼 서비스의 리스크 평가 모델을 구축하는 데 사용된다는 사실도 자연스럽게 인식하지 못할 것이다. 그렇기 때문에 이번 사건은 상업적 협력처럼 보이지만 실제로는 처리 목적, 처리 범위, 대상자, 처리 결과 등을 포괄적으로 확대한 사건이다.

한국 언론과 개인정보 보호 연구 분야에서 카카오페이 사건은 최근 한국 플랫폼 기업의 해외 데이터 활용 분야에서 가장 대표적인 사건 중 하나로 평가된다. 그 대표성은 이용자 규모가 방대하다는 점에 그치지 않고, 특정 서비스 관계에서 적법하게 수집된 데이터가 더 복잡한 협력, 위탁, 평가 및 위험관리 체계로 들어가면 정보주체가 데이터의 흐름과 이용에 대한 현실적 통제력을 쉽게 상실한다는 문제를 집중적으로 드러냈다는 데 있다.

<https://www.pipc.go.kr/np/cop/bbs/selectBoardArticle.do?bbsId=BS074&mCode=C020010000&nttId=1095>

2. 법적 분쟁

가. 데이터 전송이 적법한가

이 문제에 관해서는 “형식적 동의”와 “실질적 고지”를 구별할 필요가 있다. 많은 플랫폼은 이용자 가입 단계에서 긴 개인정보 처리방침과 서비스 약관을 제시하고, 그 안에 “서비스 개선을 위해 협력업체와 정보를 공유할 수 있다”는 식의 포괄적 조항을 둔다. 그러나 이러한 문구만으로 일반 이용자가 자신의 결제 관련 정보가 장기간 해외 주체로 이전되어 다른 플랫폼 시스템의 위험평가 모델에 활용될 것임을 이해했다고 보기 어렵다.

한국의 “개인정보 보호법”은 목적 제한과 제 3 자 제공 제한을 제도의 핵심 중 하나로 간주하고 있다. 법 제 17 조에서는 개인정보처리자가 개인정보를 제 3 자에게 제공하는 경우에는 제공받는 자, 제공목적, 제공항목, 제공받는 자의 보유 및 이용기간 등을 고지하고, 원칙적으로 정보주체의 동의를 받도록 규정하고 있다.² 또한, 제 18 조에서는 개인정보처리자는 법령에 따른 예외가 없는 한 법령 또는 합의한 범위를 넘어 개인정보를 이용하거나 제 3 자에게 제공하지 못한다고 규정하고 있다.³ 본 시스템 설계의 관점에서 카카오페이의 데이터 전송이 적법한지 여부를 가장 먼저 판단하는 것은 업무 협력의 편의성이 아니라, 해당 서비스 제공 자체에 대해 이용자가 상당한 지식과 동의를 갖고 있는지 여부이다.

일반 이용자의 관점에서 보면 카카오페이가 결제 플랫폼으로서 휴대전화번호, 이메일 주소, 계정정보 및 결제활동 정보를 수집하는 것은

²「개인정보보호법」, 제 17 조 참고 : ① 개인정보처리자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 정보주체의 개인정보를 제 3 자에게 제공(공유를 포함 한다. 이하 같다)할 수 있다.
<개정 2020. 2. 4., 2023. 3. 14.>

³「개인정보보호법」, 제 18 조 참고 : ① 개인정보처리자는 개인정보를 제 15 조제 1 항에 따른 범위를 초과하여 이용하거나 제 17 조제 1 항 및 제 28 조의 8 제 1 항에 따른 범위를 초과하여 제 3 자에게 제공하여서는 아니 된다. <개정 2020. 2. 4., 2023. 3. 14.>

결제서비스 제공, 계정관리 및 보안인증 등에 필요한 처리로 이해될 수 있다. 그러나 이러한 정보가 해외 주체에게 제공되고 Apple 서비스의 위험평가 모델에 포함될 것이라고 이용자가 자연스럽게 예견할 수 있는지는 별개의 문제이다. 특히 이 사건에서는 실제 Apple 서비스 이용자를 훨씬 초과하는 범위의 이용자 정보가 처리되었고, 이용자와 해당 점수모델 사이에는 직접적이고 명확한 서비스 관계가 존재하지 않았다.

법적 관점에서 기업이 제기하기 쉬운 항변은 “업무협력의 필요성” 또는 “처리위탁”이다. 그러나 개인정보 보호법의 핵심은 기업에 최대한 넓은 데이터 유통 공간을 보장하는 데 있는 것이 아니라, 정보주체가 자신의 정보 흐름과 이용 목적을 통제할 수 있도록 하는 데 있다. 기업이 위험관리나 결제 성공률 제고를 위해 협력한다고 하더라도, 그것만으로 이용자가 해당 목적의 데이터 이용에 동의했다고 볼 수는 없다. 적법한 수집이 곧 적법한 재제공을 의미하지 않으며, 플랫폼의 업무상 필요가 구체적 법적 근거를 대체할 수도 없다.

따라서 이 경우의 '데이터 전송이 적법한가'는 순전히 사실에 관한 문제가 아니라, 전형적인 규범적 판단의 문제이다. 즉, 회사가 데이터를 이전했는지 여부가 아니라, 데이터를 이전하기 전 정보주체의 동의, 제 3 자의 설명 제공, 처리 목적의 제한 등 법적 요건을 충족했는지 여부가 관건이다. 한국 개인정보보호위원회의 최종 답변은 '아니오'였으며, 이는 이후의 모든 책임 결정의 기초가 되었다.

나. 해외 데이터 이전은 법적 요구 사항을 준수하는가

또한 해외 이전 장면에서 자주 간과되는 문제는 데이터가 해외로 이전될수록 정보주체의 권리구제가 약화될 수 있다는 점이다. 데이터가 해외 주체로 이전된 뒤에는 정보주체가 사후에 이를 알게 되더라도 수령자의 처리 범위, 보유기간, 삭제 방식 및 재제공 가능성을 정확히 파악하기 어렵다. 바로

이러한 이유로 여러 법역은 해외 이전을 고위험 처리행위로 보고 더 높은 수준의 투명성 요건을 부과한다.

한국 「개인정보 보호법」은 일반적인 제 3 자 제공 규칙 외에도 개인정보 해외 이전에 관한 특별 규정을 두고 있다. 제 28 조의 8 은 해외 이전의 핵심 조항으로서, 개인정보처리자가 개인정보를 해외로 제공·처리위탁·보관하는 경우 법정 요건을 충족하도록 요구한다. 또한 「개인정보 보호법 시행령」은 개인정보 처리방침에 해외 이전 관련 근거와 사항을 기재하도록 한다. 이는 한국법상 해외 이전이 일상적 데이터 이용이 아니라 특별한 통제가 필요한 고위험 처리행위로 이해됨을 보여준다.⁴

카카오페이 사례에서 전송된 데이터는 비정기적인 백엔드 기술 로그가 아니라 지속적으로 대규모의 사용자 식별 및 행동 관련 데이터였으며, 이는 해외 주체에서 수신되어 리스크 평가 모델에 사용되었다. 이러한 상황에서 법의 초점은 최소한 다음을 포함한다. 수령인은 누구인가 어디로 이전되었는가 전송되는 특정 데이터 항목은 무엇인가 처리 목적은 무엇인가 양도 후 보관 및 사용방법, 정보주체가 해당 내용을 명확히 알고 있는지 여부 이러한 질문에 대한 명확한 답변이 없으면 기업이 계약 체인에 파트너나 수탁자를 배치하더라도 자동으로 해외 이전 의무를 이행한 것으로 간주할 수 없다.

이번 사건의 정황으로 볼 때 한국 개인정보보호위원회는 벌칙 결정에서 '해외 협력 여부'라는 추상적인 수준에 초점을 맞추지 않았다. 대신 전송에 해당하는 사용자 동의가 있는지, 외부 제공 및 해외 이전에 대한 법적 근거가 있는지, 실제 처리가 주장한 협력 관계와 일치하는지 직접 조사했다. 이는 해외

⁴「개인정보보호법」, 제 28 조의 8 참고 : ① 개인정보처리자는 개인정보를 해외로 제공(조회되는 경우를 포함한다)·처리위탁·보관(이하 이 절에서 “이전”이라 한다)하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 개인정보를 해외로 이전할 수 있다.

데이터 흐름과 관련하여 규제 당국이 계약 형식보다는 거래의 내용에 더 많은 관심을 기울이고 있음을 보여준다.

해외 이전 문제는 책임 주체의 분산과 정보주체에 대한 인식 약화를 동반하는 경우가 많다는 점에 주목할 필요가 있다. 일반 사용자의 경우 한국에서는 카카오페이만 사용하지만 실제로는 정보가 여러 해외 주체로 흘러갈 수 있다. 기업의 경우 데이터 전송은 시스템 연결, 정산 도킹, 위험 통제 지원 또는 위탁 처리로 설명되는 경우가 많으며 이는 위험에 대한 사용자의 인식을 약화시킨다. 이러한 복잡한 흐름을 특별 통지 및 특별 동의를 통해 법적 가시성과 사용자 지식의 범위로 되돌리는 것이 해외 이전 규정의 의의가 바로 이러한 이유이다. 이 경우 관련 요구 사항이 충족되지 않았다.

따라서, 한국법의 해외 이전 규정으로 볼 때, 카카오페이 사건에서 드러난 핵심 문제는 회사가 실제로는 안정적이고 지속적인 대규모 국가 간 데이터 이전 메커니즘을 형성했지만 법적 합법성에 대한 명확하고 충분하며 검증 가능한 근거를 확립하지 못했다는 것이다.

다. 데이터 처리가 사용자 기대치를 초과하는지 여부

당분간 정식 동의문에 대한 논의는 하지 않더라도 정보주체의 합리적 예견가능성에만 근거한 카카오페이 사건의 처리 범위는 명백히 범위를 초과한다. 개인정보 보호법의 "명확하고 합리적인 목적"과 "필요한 최소한의" 원칙에 대한 구체적인 표현은 관할권마다 다르지만, 모두 개인이 특정 플랫폼에 정보를 제공할 때 해당 정보가 사용될 범위를 대략적으로 예측할 수 있어야 한다는 기본 아이디어를 담고 있다. 회사의 후속 처리 방식이 이러한 기대에서 명백히 벗어나는 경우에는 보다 엄격한 적법성 검토를 받아야 할 것이다.

이 경우, 이용자는 자신의 휴대전화번호, 이메일, 계좌 정보, 결제 활동 등을 카카오페이에 넘겨주었으며, 일반적으로 해당 정보는 카카오페이 자체 서비스와 밀접한 결제 정산, 계정 관리, 위험 예방 및 통제 등 기타 업무에만 사용될 것으로 예상했다. 그러나 해당 사건의 처리는 카카오페이 내부 리스크 통제뿐만 아니라 애플 시스템의 리스크 평가 모델을 제공하기 위해 모든 사용자에게 대한 대량의 데이터를 해외 주체로 전송하는 것이었다. 특히 애플 서비스를 실제로 이용하지 않은 사용자 데이터도 대량 포함돼 기업이 '사용자 경험 개선'과 '결제 성공률'을 위한 모든 처리 행위를 합리화하기 어렵다.

최소 필요성 원칙의 관점에서 볼 때, Apple 서비스에 위험 통제 요구 사항이 있는 경우 이론적으로 처리에 포함되어야 할 대상은 모든 카카오페이 사용자의 데이터를 잠재적인 샘플로 취급하는 것이 아니라 실제로 해당 서비스 및 필요한 정보를 신청, 활성화 또는 사용하는 사용자가 먼저 포함되어야 한다. 개인정보보호위원회는 실제 애플 결제 사용자 비율이 20% 미만이라는 점을 구체적으로 강조했는데, 이는 이러한 필요성 판단의 명백한 불균형을 정확하게 지적하고 있다.⁵ 즉 이번 사건은 단지 “신고를 했는지 안 했는지”의 문제가 아니라, “알았다고 해도 이 정도 규모의 처우가 여전히 과도한 것인가?”의 문제이기도 하다.

좀 더 깊이 살펴보면, 사용자 기대의 경계가 중요한 이유는 개인정보 보호가 단순히 추상적인 데이터 객체를 보호하는 것이 아니라, 개인의 사회적 정체성과 행동 궤적을 임의로 재정의하지 않고 개인의 이익을 보호하기 위한 것이기 때문이다. 플랫폼이 원래 결제 서비스에 사용된 정보를 해외 모델링 및 위험 프로파일링에 추가로 사용할 경우 사용자는 실제로 명시적으로 참여하지

⁵개인정보위, 개인정보 무단 해외 이전한 카카오페이·애플에 총 83 억 7,520 만 원 과징금·과태료 부과, 2025.1.23,

<https://www.pipc.go.kr/np/cop/bbs/selectBoardArticle.do?bbsId=BS074&mCode=C020010000&nttId=10955>.

않았으며 실제로 종료하기 어려운 새로운 유형의 의사 결정 시스템에 진입한 것이다. 이러한 유형의 처리는 전통적인 의미의 정보 공개보다 개인의 자기 결정권에 훨씬 더 큰 영향을 미친다. 따라서 카카오페이 사건이 강한 반향을 불러일으킨 이유는 단지 '많은 양의 데이터를 전송했다'는 점 때문이 아니라, 플랫폼 경제에서 사용자 기대와 기업 데이터 활용 경계 사이의 명백한 긴장을 반영하고 있기 때문이다.

3. 처리 결과

비교적 관점에서 볼 때, 이번 사례에서 한국 규제 당국이 채택한 모델 폐기 접근 방식은 현재 글로벌 개인정보 보호와 인공지능 거버넌스의 점진적인 통합을 반영한다. 과거에는 개인정보 불법처리로 인한 결과가 주로 데이터 삭제, 서비스 정지, 벌금 납부 등으로 반영되는 경우가 많았다. 그러나 알고리즘 모델과 자동 채점 시스템이 비즈니스 시나리오에서 점점 더 중요한 역할을 함에 따라 단순히 원본 데이터를 삭제하는 것만으로는 데이터의 불법 사용으로 인한 구조적 이점을 제거하기에 충분하지 않다. 실제로 모델 폐기 명령의 실행 비용은 높지만 최소한 명확하게 기준을 제시한다. 즉, 불법 데이터에 의해 뒷받침되는 모델 결과는 물론 계속해서 존재할 정당성을 갖지 않는다.

2025 년 1 월 23 일 개인정보보호위원회는 카카오페이와 애플에 대한 처벌 결정을 공식적으로 내렸다. 공개된 정보에 따르면 카카오페이는 과태료 59 억 6800 만원, Apple Distribution International(Apple Distribution International)에는 과태료 24 억 5000 만원을 더해 과태료 220 만 원을 더해 총 83 억 7520 만원의 과태료를 부과받았다. 동시에, 위원회는 두 회사에 대해 불법 해외 이전을 시정하고 공식 홈페이지와 애플리케이션을 통해 관련 불법 사실을 공개할 것을

명령했다.⁶ 이는 규제당국이 이번 사건을 일반적인 절차상의 하자로 보지 않고 심각한 개인정보 침해로 간주했다는 점을 보여준다.

이번 사건에서 가장 눈길을 끄는 처리 조치는 개인정보보호위원회가 관련 사용자 정보로 구축된 NSF 점수 모델의 파기를 명령한 것이다. 전통적인 데이터 보호 사례에서 일반적인 처리 방법은 일반적으로 원본 데이터 삭제, 추가 전송 중지, 보충 통지, 개인정보 보호 정책 개정 또는 벌금 지불이다. 그러나 카카오페이의 경우 규제당국은 불법 데이터를 기반으로 한 모델 결과에 대해 추가로 손을 댔다. 이는 규제 논리 측면에서 개인정보 보호가 더 이상 '데이터 소스'에 그치지 않고, '불법 데이터에 의해 생성된 분석 결과 및 자동화된 의사결정 기반이 여전히 존재할 수 있는지 여부'까지 확장된다는 의미이다.

제도적 관점에서 볼 때 모델 파기 명령은 상대적으로 명확한 법적 아이디어를 구현한다. 즉, 업스트림 데이터 전송 및 활용 프로세스가 불법이라면 데이터를 기반으로 생성된 다운스트림 채점 모델은 물론 적법할 수 없다. 그렇지 않으면 회사가 이후에 원본 데이터를 삭제하더라도 불법 데이터로 인한 이익을 계속 유지하기 위해 모델을 사용할 수 있으며 개인정보 보호는 본질적으로 무시된다. 한국 규제 당국이 이 사건을 처리하면서 알고리즘 위험 통제, 사용자 프로파일링, 국경 간 데이터 협력에 대한 조사 강도가 강화되었다는 것은 의심의 여지가 없다.

플랫폼 기업 입장에서 이번 사건의 파장은 벌금형에만 국한되지 않는다. 더욱 광범위한 영향은 기업이 향후 국가 간 데이터 협력, 모델 교육 및 제 3 자 기술 지원 솔루션을 설계할 때 정보주체의 지식과 동의, 처리 목적의 제한,

⁶개인정보위, 개인정보 무단 해외 이전한 카카오페이·애플에 총 83 억 7,520 만 원 과징금·과태료 부과, 2025.1.23,

<https://www.pipc.go.kr/np/cop/bbs/selectBoardArticle.do?bbsId=BS074&mCode=C020010000&nttId=10955>.

처리 범위의 필요성을 비즈니스 설계에 진정으로 통합해야 한다는 것이다. 데이터가 처음에 합법적으로 수집되면 협력 체인에서 자유롭게 확장될 수 있다고 더 이상 단순히 가정할 수 없다.

전반적으로 카카오페이 사례의 결과는 한국의 개인정보 보호 시스템이 전통적인 '유출 방지' 모델에서 보다 실질적인 '흐름 제어' 및 '모델링 제어' 모델로 변화하고 있음을 보여준다. 이 점은 AI 모델 교육, 자동화된 채점 시스템 및 국경 간 데이터 거버넌스에 대한 후속 논의에 중요한 의미를 갖는다.

Ⅲ. 중국의 린모우 등 '온라인 신상털기'으로 공민 개인정보 침해 사례

1. 사건 개요

합법적인 사업자 간에 발생한 한국의 카카오페이 사건과 달리 린모우 사건과 같은 중국의 '온라인 신상털기' 사건은 개인정보가 불법·회색 산업체인으로 유입된 후 이를 악의적으로 이용하는 과정을 더 전형적으로 보여준다. 2026 년 3 월 2 일 최고인민검찰원이 발표한 "민생 보호" 특별 조치를 지속적으로 심화하는 전형적인 사례'에 따르면 2023 년부터 2025 년까지 Lin Mouwu, Wang Moukang, Liu Moubiao, Sun Mouheng 등이 해외 암호화 통신 도구 및 기타 채널을 통해 막대한 양의 시민 개인정보를 불법적으로 취득한 것으로 나타났다. 그 중 Lin Mouwu 는 6 억 개가 넘는 그룹의 개인정보를 불법적으로 취득했고, Wang Moukang 은 3 억 개가 넘는 그룹을 불법적으로 취득했으며, Liu Moubiao 는 1,500 만 개가 넘는 그룹을 불법적으로 취득했다. Sun Mouheng 이 보유한 정보에는 숙박 정보 등 매우 민감한 내용도 포함되어 있었다.⁷

사건의 심각성은 우선 정보의 방대한 규모에서 드러나지만, 더 중요한 점은 행위자들이 단순히 정보를 보유하는 데 그치지 않고 이를 사회공학 데이터베이스 웹사이트에 통합하여 외부 조회서비스로 제공했다는 데 있다.

⁷最高检发布 8 件持续深化案件持续深化“检护民生检护民生”专项行动典型案例, 2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>

최고인민검찰원 자료에 따르면 린모우 등이 구축한 데이터베이스에는 1 억 7 천만 세트가 넘는 공민 개인정보가 포함되어 있었고, 웹사이트를 통한 불법 제공 횟수도 1,300 회를 넘었다.⁸

동시에, 관련자들은 해외 암호화 통신 도구에 그룹을 만들어 그룹 내에 사생활 침해, 욕설, 모욕적인 내용을 게시해 개인정보를 사이버폭력 자료로 직접 전환하기도 했다. 최고인민검찰원은 이후 발표한 보고서에서 이 사건을 '사회공학 데이터베이스', '신상털기' 등 국민의 개인정보를 침해하고 온라인 폭력을 조장하는 사건에 대해 법률에 따라 엄중처벌하는 사건으로 명확히 정리했다. 또 검찰은 이런 사건을 처리할 때 전자자료에 대한 정보기반 수사, 실체심사, 자료분류를 강화했다고 지적했다.⁹ 이는 사법당국이 '신상털기'을 단순한 인터넷 분쟁으로 보지 않고, 개인정보 범죄와 사이버폭력이 얹힌 복합 침해로 간주하고 있음을 보여준다.

이른바 "온라인 신상털기"란 일반적으로 불법 경로를 통해 개인의 이름, 전화번호, 주소, 신분증 정보, 숙박기록, 이동기록 및 사회관계망 계정 등을 취득한 뒤 이를 인터넷에 공개하거나 특정 집단에 유포하여 집단적 공격, 괴롭힘, 모욕 또는 현실적 위협을 유발하는 행위를 말한다. 전통적 의미의 정보 유출과 달리 신상털기는 특정 개인을 공격 대상으로 삼는 경우가 많다는 점에서 더 직접적인 위험성을 가진다.

사회적 효과 측면에서 신상털기 사건은 단순한 데이터 거래보다 더 큰 피해를 야기하는 경우가 많다. 개인이 신상털기를 당하면 괴롭힘 전화와 모욕적 메시지를 받을 뿐 아니라 직장, 학교, 공동체 안에서 평판이 훼손되고

⁸最高检发布 8 件持续深化件持续深化“检护民生检护民生”专项行动典型案例, 2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>

⁹最高检发布 8 件持续深化件持续深化“检护民生检护民生”专项行动典型案例, 2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>

현실적 위협에 노출될 수 있다. 최고인민법원도 사이버폭력 관련 전형사례와 보도에서 신상털기와 사이버폭력의 밀접한 관련성을 강조하였다.¹⁰¹¹

2. 법적 분쟁

가. 이 경우 개인정보 보호법 적용

개인정보보호법은 이론상으로는 인터넷 대기업을 주로 규제하는 것으로 오해되는 경우가 많지만 실제로는 '개인정보의 처리'를 정의하는 기능적 기준을 채택하고 있다. 수집, 처리, 제공, 공개 및 기타 활동이 있는 한 행위자가 회사, 플랫폼, 웹사이트 운영자 또는 개인 그룹인지 여부에 관계없이 규제 범위에 속할 수 있다. Lin Mouwu 및 기타 사례는 이러한 오해를 바로잡을 수 있다. 개인정보 보호법은 표면적으로 규정 준수 주체를 제한할 뿐만 아니라 가장 심각한 침해 시나리오에서 적용 가능한 공간을 잃지 않도록 지하 데이터 시장 및 불법 쿼리 서비스도 포괄해야 한다.

중국 개인정보 보호법 제 4 조에서는 개인정보 처리에는 개인정보의 수집, 저장, 사용, 처리, 전송, 제공, 공개 및 기타 활동이 포함된다고 명시하고 있다.¹² 제 5 조에서는 개인정보를 적법성, 적법성, 필요성 및 신의성실의 원칙에 따라 처리해야 하며, 오인, 사기, 강압 등의 방법으로 개인정보를 처리해서는 안 된다고 규정하고 있다.¹³ 제 6 조에서는 처리 목적이 명확하고 합리적이어야 하며, 처리 목적을 달성하기 위한 최소한의 범위에 국한되어야 하며, 과도한 수집이 허용되어서는 안 된다는 점을 더욱 강조하고 있다.¹⁴ 이러한 조항에

¹⁰刘新源:《向网暴亮剑护网络清风》, 人民法院报(2026), 第2版

¹¹最高人民法院发布依法惩治网络暴力违法犯罪典型案例, 2026.3.3, <https://www.pkulaw.com/news/ab5521764d30d2d3bdfb.html>

¹²《中华人民共和国个人信息保护法》, 参考第4条: 个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息, 不包括匿名化处理后后的信息。个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等

¹³《中华人民共和国个人信息保护法》, 参考第5条: 处理个人信息应当遵循合法、正当、必要和诚信原则, 不得通过误导、欺诈、胁迫等方式处理个人信息

¹⁴《中华人民共和国个人信息保护法》, 参考第6条: 处理个人信息应当具有明确、合理的目的, 并应当与处理目的直接相关, 采取对个人权益影响最小的方式。收集个人信息, 应当限于实现处理目的的

따르면, "개봉" 사건은 법률 외의 특별한 분야가 아니라 확실히 개인정보 보호법의 범위에 속한다.

린모우 등의 경우, 가해자는 계약 이행, 법적 의무, 정보주체의 동의에 근거하여 관련 정보에 접근하거나, 정상적인 서비스 제공을 위한 목적으로 처리하지 않다. 대신 불법적인 경로를 통해 시민들의 개인정보를 일괄적으로 입수해 조회 서비스에 통합해 외부로 확산시켰다. 특히 숙박정보 등 매우 민감한 내용이 데이터베이스에 포함돼 있어 일반적인 개인정보 처리 범위를 명백히 벗어난 행위임을 알 수 있다. 개인정보 보호법의 틀에 따르면 이러한 행위에는 불법 수집, 불법 처리, 불법 제공, 불법 공개가 포함된다.

개인정보보호법은 대기업이나 '공식 플랫폼'에만 적용되는 것이 아니라는 점에 유의해야 한다. 법률 조항에 따르면 개인정보를 취급하는 모든 조직이나 개인은 이 법의 적용을 받는다. 즉, 가해자가 플랫폼 기업이 아니라 개인, 단체, 지하사이트 운영자라 하더라도 개인정보를 수집, 정리, 조회, 공개, 유포하는 한, 이는 여전히 법의 적용을 받는다. 린모우(Lin Mouwu) 등의 사례는 '개인정보 보호법'의 적용 대상이 표면적으로 상업적인 주체에 국한되지 않는다는 점을 상기시켜주기 때문에 중요하다. 블랙앵그레이 산업체인 정보처리자 역시 개인정보법상 불법취급자이다.

더욱이, "신상털기"의 불법성은 정보의 불법적인 출처뿐만 아니라 정보 처리의 목적과 결과에도 반영된다. 목적의 관점에서 볼 때, 가해자는 합법적인 서비스를 제공하려고 하는 것이 아니라 이익을 추구하고, 모욕을 주고, 포위하고, 트래픽을 창출하기 위해 노력한다. 결과의 관점에서 볼 때, 개인정보가 공개적으로 유포되면 정보주체가 실생활에서 지속적인 괴롭힘과 인격 훼손을 직접적으로 겪는 경우가 많다. 이러한 취득부터 전파까지의 일련의 행위는 개인정보 보호법이 예방하려는 위험과 완전히 겹친다.

따라서 이 사건 개인정보보호법의 적용은 개인정보 보호 시스템이 '경미한' 준수 시나리오에 직면할 뿐만 아니라 명백히 악의적인 '신상털기'와 같은 극단적인 시나리오에도 적용 가능함을 보여준다. 둘은 불법의 정도와 책임의 형태만 다를 뿐, 서로 다른 법계에 속하지는 않다.

나. 국민개인정보 침해에 대한 법적 정의 및 처벌기준

이번 사건은 개인정보 보호법상 불법적인 처리에 더해 형법상 공민 개인정보 침해죄에도 직접적으로 해당된다. "중화인민공화국 형법" 제 253-1 조는 관련 국가 규정을 위반하고 공민 개인정보를 타인에게 판매하거나 제공하는 행위, 상황이 엄중한 경우 범죄를 구성한다고 규정하고 있다. 다른 방법으로 공민 개인정보를 훔치거나 불법적으로 취득하는 경우, 사안이 엄중한 경우에도 범죄에 해당한다. 사법 적용을 통일하기 위해 최고인민법원과 최고인민검찰원은 2017 년에 '공민 개인정보 침해 형사사건 처리에 있어 법률 적용에 관한 여러 문제에 관한 해석'을 발표하여 '공민 개인정보', '제공', '불법 취득', '중대한 상황' 및 기타 개념의 범위를 구체적으로 설명했다.

이번 사법해석의 중요한 의의는 '국민의 개인정보 제공'을 '직접 판매 목록'으로 협소하게 해석하는 것이 아니라, 국민의 개인정보를 정보통신망을 통해 공개하고, 합법적으로 수집된 정보를 수집 대상자의 동의 없이 타인에게 제공하는 등의 상황도 명확히 포함하고 있다는 점이다. 동시에 '불법 취득'에 대한 보다 폭넓은 이해가 채택되었다. 직무 수행이나 서비스 제공 중에 구매, 수령, 교환, 불법 수집하는 경우에도 형법상 불법 취득에 해당할 수 있다. 따라서 린모우 등의 경우 사회공학적인 데이터베이스를 구축하고 조회 서비스를 제공하며 '박스 개봉' 정보를 유포하는 가해자의 행위는 간접적이거나 기술적인 방법을 채택했다고 해서 형법의 규제를 벗어나지는 않을 것이다.

형벌기준은 양, 이익, 목적, 정보형태, 유해결과 등을 종합적으로 고려한 판단방식을 채택하고 있다. 정보의 양이 많거나, 소재지, 숙박 기록 등 민감한 내용이 포함되어 있거나, 기타 불법·범죄 행위에 활용되어 심각한 사회적 파장을 일으키는 경우에는 일반적으로 '심각한 상황'에 해당한다. 린모우 등의 경우 관련 데이터는 수억 건에 달하며, 해당 정보에는 숙소 정보 등 민감한 항목이 포함돼 사회공학 데이터베이스를 운영하고 온라인 폭력을 선동하는 데 활용됐다. 일반적인 데이터 거래 사례에 비해 사회적 피해는 분명히 훨씬 높다.¹⁵

아울러 이 사건에는 정보통신망 불법이용죄도 적용된다. 최고인민검찰원이 공개한 자료에 따르면, 베이징검찰원은 2025 년 10 월 린모우(Lin Mouwu) 외 5 명을 시민 개인정보 침해 및 정보 네트워크 불법 이용 혐의로 기소했다.¹⁶ 이는 사법당국이 보기에 단순히 '데이터 판매'나 '데이터 제공'이라고 요약하는 것만으로는 모든 불법행위를 커버하기에는 부족하다는 점을 보여준다. 관계자들은 개인정보를 불법적으로 취득, 제공했을 뿐만 아니라, 정보네트워크를 이용해 플랫폼 구축, 단체 구성, 유포 조직화, 수익 창출 등의 활동을 펼쳤기 때문이다.

'신상털기' 사건의 경우 개인정보 범죄의 특징은 더 이상 단순한 매매가 아닌 플랫폼, 체인, 유포로 발전했다는 점이라고 할 수 있다. 따라서 형법 평가에서는 정보의 양, 민감도, 사용 및 다른 범죄 행위와의 결합을 점점 더 강조하고 있다. 린모우(Lin Mouwu) 등의 사례는 이러한 새로운 유형의 개인정보 범죄가 집중적으로 표현된 사례이다.

다. 데이터 남용과 사이버폭력의 결합

¹⁵最高检发布 8 件持续深化“检护民生”专项行动典型案例, 2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>

¹⁶最高检发布 8 件持续深化“检护民生”专项行动典型案例, 2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>

피해자 보호의 관점에서 신상털기는 일반적인 온라인 침해와도 뚜렷한 차이가 있다. 그 피해는 지속적이고 회복이 어려운 경우가 많다. 모욕적 발언은 일정 시간이 지나면 관심이 줄어들 수 있지만, 전화번호, 주소, 이동기록 등 개인정보는 반복 게시, 복제 저장 및 플랫폼 간 전파를 거치면 사실상 비공개 상태로 되돌리기 어렵다. 따라서 신상털기는 단순히 표현 내용이 악질적이어서가 아니라 피해의 지속성과 확산성 때문에 고위험 사이버폭력으로 평가된다.

지난 2 년간 '신상털기'가 매우 민감한 이슈가 된 근본적인 이유는 단순한 데이터 침해가 아니라 데이터 침해와 사이버폭력이 직접적으로 결합된 것이기 때문이다. 행위자는 타인의 주소, 전화번호, 주민등록번호, 숙박 기록, 여행 기록 등을 획득하여 자신의 보존을 위한 것이 아니라 이를 공개 공격 자료로 활용한다. 정보가 공개적으로 유포되면 구경꾼, 모욕, 소문, 괴롭히는 전화 통화, 개인적인 위협, 심지어 실제 접촉 위험까지 빠르게 촉발할 것이다. 즉, 여기에서는 데이터가 완전히 도구화되고 무기화되었다.

2026 년 3 월 최고인민법원이 공포한 법률에 따라 사이버폭력 범죄를 처벌하는 대표적인 사례에는 '우모모우(吳毛母), 첸모모우(陳毛河) 등이 시민의 개인정보를 침해하는 사건'이 구체적으로 포함됐다. 이 사건에서 피고인은 중학교 교사인 Zhu 를 모독하기 위해 13,150 위안을 들여 Zhu 및 관계자의 숙소 기록, 민간 항공 및 철도 승차권 구매 기록 등 1,442 건의 개인정보를 구입한 후 명예훼손 게시물을 작성하여 온라인에 게시했고, 200 만 명이 넘는 사람들이 해당 게시물을 읽고 전달하고 답글을 달았다. 법원은 피고인이 관련 국가 규정을 위반하고 국민의 개인정보를 불법적으로 취득한 후 범죄를 저지르는 데 사용했으며, 이는 사법해석에 따라 '기타 심각한 상황'으로 판단할 수 있는 공민 개인정보 침해 범죄에 해당한다고 판단했다.¹⁷

¹⁷最高人民法院发布依法惩治网络暴力违法犯罪典型案例, 2026.3.3,

이러한 판단적 사고는 현행 사법 관행에서 '신상털기'가 단순히 공격적인 발언의 외양이 있다고 해서 단순히 일반적인 명예 침해나 온라인 싸움으로 분류되지는 않는다는 것을 보여준다. 오히려 사법당국은 그 이면에 있는 개인정보의 불법 취득과 공개 확산을 점점 강조하고 있다. 즉, 사이버폭력은 개인정보 범죄와 별개의 현상이 아니라, 개인정보 범죄의 후속 발현이자 실제 피해의 증폭인 경우가 많다. 최고인민법원이 발표한 후속 논평 기사에서도 개인정보를 얻기 위해 '상자를 열고' 명예훼손적인 내용을 게시하는 것은 피해자의 일과 생활, 단위에 심각한 악영향을 미치는 경우가 많다고 지적했다.¹⁸

이러한 점은 플랫폼 책임 문제를 특히 두드러지게 만든다. 형사추소만으로는 배후의 핵심 행위자를 처벌할 수 있을 뿐, 신상털기가 대규모 피해로 이어지는 과정에서 작동하는 소셜 플랫폼, 단체채팅 도구, 검색·전파 및 콘텐츠 추천 메커니즘을 충분히 통제하기 어렵다. 따라서 플랫폼의 신속한 삭제, 차단, 계정 제재 및 단서 이송 의무가 함께 논의되어야 한다.¹⁹

따라서 법적인 관점에서 본 '신상털기' 사건은 개인정보보호법과 온라인 폭력 거버넌스의 깊은 연관성을 드러낸다. 전자는 개인의 정보 통제 및 보안을 보호하는 반면, 후자는 개인의 존엄성, 삶의 평화 및 온라인 질서를 보호한다. "신상털기" 시나리오에서는 이러한 두 가지 유형의 법적 이익이 동일한 일련의 행위에서 동시에 침해되는 경우가 많다. 따라서 향후 이러한 사건의 관리는 하나의 법률이나 하나의 부서에만 의존할 수 없으며 형법, 개인정보보호법, 민법의 인격권 보호, 행정감독 및 플랫폼 거버넌스 간의 연계를 형성해야 한다.

<https://www.pkulaw.com/news/ab5521764d30d2d3bdfb.htm>

¹⁸刘新源:《向网暴亮剑护网络清风》,《人民法院报》(2026),第2版

¹⁹中央网信办部署进一步加强“开盒”问题整治工作,2025.5.27,

<https://www.news.cn/politics/20250527/2db471d33fc1402d9597a0c9d0b6005f/c.html>

3. 처리 결과

이러한 포괄적인 관리 모델이 실제 피해자 보호에 더 중점을 두고 있다는 점은 주목할 가치가 있다. '신상털기' 피해를 입은 개인들에게 가장 시급한 일은 최종 판결을 기다리는 것이 아니라, 하루빨리 확산을 중단하고 내용을 삭제하고 증거를 보완해 정상적인 생활 질서를 회복하는 일인 경우가 많다. 따라서 형사소추 외에도 신속 대응 메커니즘, 플랫폼 지원 의무, 인터넷정보 부서의 시정 요구 사항 등이 실제로 긴급 구호 기능을 공동으로 수행한다. 이는 또한 사이버 공간에서의 개인정보 침해 사건의 경우 법적 대응의 속도가 책임 여부의 판단만큼이나 중요한 경우가 많다는 것을 보여준다.

2026 년 3 월 2 일 최고인민검찰원이 발표한 전형적인 사례에 따르면, 베이징검찰원은 2025 년 10 월 린모우(Lin Mouwu) 외 5 명을 시민 개인정보 침해 및 정보네트워크 불법 이용 혐의로 공개 기소했다.²⁰ 이는 사건이 수사감시 단계에서 정식 형사기소 단계로 진입했음을 보여준다. 공개자료에는 1 심 판결 결과가 공개되지 않았지만, 기소 혐의와 사건 공개 방식 등으로 미루어 볼 때, 사법당국은 이 사건을 모범적인 의미를 지닌 주요 개인정보 범죄 사건으로 간주하고 있다.

이번 사건의 결과는 형사소추뿐 아니라 부서 간 협업 거버넌스에도 반영된다. 최고인민검찰원의 전형적인 사례와 후속 보고서에는 사건 처리 기관이 공안부, 사이버 공간, 산업부, 정보기술부서와 함께 사건과 관련된 사회공학 데이터베이스 웹사이트와 '신상털기' 데이터를 외부에 제공하는 단체를 정리 단속하고, 단서를 국내 여러 인터넷 플랫폼에 전달해 국내 불법 정보의 추가 유포를 차단한다고 언급됐다.²¹ 이런 처리방식은 검찰이 해당

²⁰最高检发布 8 件持续深化件持续深化“检护民生检护民生”专项行动典型案例, 2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>

²¹最高检发布 8 件持续深化件持续深化“检护民生检护民生”专项行动典型案例, 2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.htm>

사건을 단순히 여러 피고인의 단독범죄로 이해한 것이 아니라 '사회공학 데이터베이스-질문서비스-집단확산-사이버폭력공격'의 전 과정에 넣어 처리했음을 보여준다.

더 넓은 거버넌스 맥락에서 보면 린모우 등 사건은 단발적 법집행이 아니라 신상털기와 사이버폭력에 대한 전국적 정비 흐름 속에 위치한다. 중앙인터넷정보판공실은 2025 년 5 월 주요 웹사이트 플랫폼에 신상털기 관련 불법·위법 정보를 전면 정리하고, 관련 콘텐츠를 유포하는 계정과 그룹을 엄격히 처리하며, 주요 플랫폼이 정기적으로 거버넌스 공지와 전형사례를 발표하도록 요구하였다.²²

따라서 중국의 이러한 사건 처리는 '범죄 단속 + 행정 교정 + 플랫폼 거버넌스'의 명백한 병행 모델을 제시한다. 개인정보를 불법적으로 취득, 운영, 유포한 핵심주체에 대해서는 형사처벌을 실시하고 있다. 행정적 교정은 확산 메커니즘을 차단하고 플랫폼이 책임을 이행하도록 촉구하는 데 사용된다. 전형적인 사례와 공개 자료는 사법적 사고를 통일하고 사회적 조기 경보를 강화하며 거버넌스 합의를 형성하는 데 도움이 된다. '정보 매매'만을 다루는 전통적인 개인정보 사건과 비교하면, 본 종합 관리 모델은 '신상털기' 문제의 현실적인 구조에 더 가깝다.

보호 효과 측면에서도 이러한 접근 방식은 단순히 사후에 책임을 추궁하는 것보다 더 포괄적이다. '신상털기'으로 인한 피해는 재산 손실이나 일반적인 사생활 침해에 국한되지 않고 피해자의 일, 생활, 대인관계, 심지어 정신 건강에도 직접적인 영향을 미치기 때문이다. 배후에 있는 산업을 단속하고, 소통채널을 차단하고, 플랫폼 구제 메커니즘을 강화해야 개인정보 보호가 종이에만 머물지 않을 수 있다.

²²中央网信办部署进一步加强“开盒”问题整治工作, 2025.5.27,

<https://www.news.cn/politics/20250527/2db471d33fc1402d9597a0c9d0b6005f/c.html>

IV. 양국간 사례의 비교분석

1. 법적 체계의 비교

가. 한국과 중국의 개인정보보호법의 유사점과 차이점

입법구조 측면에서 한국과 중국 모두 개인정보보호 특별법을 핵심으로 하는 제도적 틀을 형성해 왔다. 대한민국의 '개인정보 보호법'은 개인정보의 수집, 활용, 제 3 자 제공, 목적 외 이용, 해외 이전 등에 관한 통일된 규정을 규정하고 있다. 중국의 "개인정보 보호법"은 일반적인 처리 규칙을 기반으로 민감한 개인정보, 국가 기관 처리 규칙, 국경 간 제공 규칙 및 처리 의무에 대해 별도의 장으로 구성되어 있다. 둘 다 개인정보를 단순히 기업이 자유롭게 처분할 수 있는 데이터 자원이 아니라 법으로 보호되는 중요한 법적 이익으로 간주한다.

기본 원칙 수준에서 두 시스템은 명백한 유사점도 가지고 있다. 한국 법률에 따른 목적 외 이용 제한 및 제 3 자 제공 제한이든, 중국 법률에 따른 적법성, 적법성, 필요성, 선의 및 최소 필요성 요건의 원칙이든 모두 동일한 입법적 사고를 반영한다. 즉, 개인정보 처리는 구체적이고 명확하며 설명 가능한 범위로 제한되어야 한다. 기술적으로 가능하다고 해서 법적으로 정당화될 수는 없다. 이에 대해 카카오페이 사건과 린모우 외 사건은 시나리오가 다르지만 모두 '정보처리 경계 침범' 문제에 기인한다고 볼 수 있다.

그러나 두 나라의 우선순위가 정확히 일치하는 것은 아니다. 카카오페이 사건에서 한국법은 기업의 준법감시, 국가 간 이전, 제 3 자 제공에 대해 세밀한 통제를 보여주고, 협력망 내 정보주체의 인지와 동의를 강조하고 있다. 중국법은 '신상털기' 사건에서 개인정보보호법과 형법, 사이버폭력관리규정의 연관성을 강조하며 개인정보 불법취득, 공공확산에 대한 엄중한 단속,

개인정보의 조직적 관리를 강조했다. 간단히 말하면, 한국의 길은 "합법적인 플랫폼이 어떻게 선을 넘지 않는가"를 다루는 것에 가깝고, 중국의 길은 "불법 체인 전체를 제거하는 방법"을 다루는 것에 가깝다.

이 차이는 케이스 자체의 유형과 관련이 있다. 카카오페이 사건은 대형 플랫폼사와 협력사 사이에서 발생한 것으로, 해당 행위에는 법적 사업 틀이 있는 것으로 보인다. 따라서 법적 평가는 규정 준수 경계와 데이터 흐름 조건에 중점을 두었다. '신상털기' 사건은 애초부터 명백한 불법, 심지어 범죄적 속성까지 갖고 있었기 때문에 법적 평가의 초점은 자연스럽게 범죄의 구성, 플랫폼 소통의 책임, 사회 거버넌스로 옮겨갔다. 따라서 양국의 법적 틀을 비교할 때 조항의 문자만 볼 것이 아니라 사건에서 드러난 위험의 유형도 고려해야 한다.

나. 해외 데이터 이전 및 데이터 남용에 대한 법적 대응

해외 데이터 이전 문제에서 한국 카카오페이 사건은 "사전 컴플라이언스 + 사후 엄정 제재"라는 비교적 전형적인 경로를 보여준다. 기업은 해외 이전 전에 특별 고지와 동의 등 요건을 충족해야 하며, 사후에 이러한 의무를 이행하지 않은 사실이 확인되면 고액 과징금, 시정명령 및 관련 모델 삭제 등의 조치를 받게 된다. 이 경로는 해외 데이터 흐름을 특별한 심사가 필요한 고위험 활동으로 보고, 행정집행을 통해 기업의 기술적·사업적 운영 방식에 직접 영향을 미친다는 특징을 가진다.²³

이에 비해 린모우(Lin Mouwu) 사건 등에서 중국이 직면한 문제는 '불충분한 국경 간 규정 준수'가 아니라 '불법 취득 후 데이터

²³개인정보위, 개인정보 무단 해외 이전한 카카오페이·애플에 총 83 억 7,520 만 원 과징금·과태료 부과, 2025.1.23,
<https://www.pipc.go.kr/np/cop/bbs/selectBoardArticle.do?bbsId=BS074&mCode=C020010000&nttId=10955>.

남용'이다.²⁴여기서의 법적 대응은 특정 이체가 통보절차를 완료했는지 판단하는 것이 아니라, 사이버폭력의 취득, 통합, 조회, 유포, 선동 등 불법처리망 전체를 직접적으로 공격하는 것이다. 따라서 형법, 사법해석, 플랫폼 책임, 사이버 공간에 대한 특별 단속은 모두 국경을 넘는 규칙보다 중국 사건에서 더 큰 역할을 한다.

그러나 더 깊이 살펴보면 해외 데이터 이전과 데이터 남용은 서로 별개의 문제가 아니다. 카카오페이 사례는 데이터가 원래의 처리 시나리오를 벗어나 보다 복잡한 협력 및 모델링 프로세스에 들어가는 한 정보주체가 통제력을 상실할 위험이 있음을 보여준다. "신상털기" 사례는 데이터가 블랙 및 그레이 체인에 들어가고 대규모로 전파되면 빠르게 실제 피해를 입힐 것임을 보여준다. 이 둘은 함께 데이터 흐름에 대한 법적 통제가 "유출 여부"에만 초점을 맞추는 것이 아니라 "흐름이 어디로 가는지", "계속 무엇을 할 것인지", "다시 확산될 것인지"에 초점을 맞춰야 함을 보여준다.

따라서 법적 대응의 관점에서 해외 데이터 이전 규칙 및 데이터 남용 거버넌스는 실제로 수명 주기 전반에 걸쳐 개인정보가 임의로 재정의, 재혼합 및 재사용되지 않도록 보장하는 더 큰 목표를 달성한다. 한국과 중국은 구체적인 제도적 수단은 다르지만 둘 다 같은 방향으로 나아가고 있다.

2. 처리방법 비교

가. 한국의 규정 준수 감독 및 벌금, 데이터 모델 파괴

한국의 카카오페이 사건 처리는 행정감독 중심의 기업 컴플라이언스 거버넌스 모델을 전형적으로 보여준다. 개인정보보호위원회는 조사를 통해 사실관계를 확인한 뒤 기업에 고액의 과징금을 부과하고, 위법한 해외 이전 행위의 시정을 명령하며, 위법 사실의 공개를 요구하였다. 이 모델의 초점은

²⁴最高检发布 8 件持续深化案件持续深化“检护民生检护民生”专项行动典型案例, 2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>

형사처벌이 아니라 행정제재를 통해 기업이 데이터 거버넌스의 경계를 재인식하도록 하는 데 있다.²⁵

더욱이 한국 규제 당국은 관리 대상을 원본 데이터베이스에만 국한하지 않고 모델 결과 자체까지 처리 범위를 확대해 NSF 점수 모델을 폐기하라고 명령했다. 이러한 접근 방식은 업스트림 데이터가 불법이라는 전제 하에 기업이 이러한 데이터에서 생성된 다운스트림 분석 역량과 비즈니스 이점을 계속 유지할 수 있다는 사실을 규제 당국이 인식하지 못한다는 점에서 매우 주목할 만하다.

이 모델의 장점은 신속하게 대응하고, 고도로 타겟팅되며, 플랫폼 기업의 제도적, 기술적 배치에 직접적인 영향을 미칠 수 있다는 것이다. 단점은 사건이 사용자가 실제 손실을 입거나 더 복잡한 책임 사슬을 겪는 등 더 광범위한 사회적 피해와 관련된 경우 단순한 행정적 처벌만으로는 모든 문제를 다루기에 충분하지 않을 수 있다는 것이다. 그럼에도 불구하고, 이 처리 방법은 플랫폼 기반 데이터 위반에 대해 여전히 강력한 실제 효율성을 가지고 있다.

나. 중국의 형사 기소, 플랫폼 거버넌스, 사이버폭력 퇴치

중국의 신상털기 사건 처리는 여러 부서와 수단이 병행되는 특징을 보인다. 최고인민검찰원은 공민 개인정보 침해죄와 정보네트워크 불법 이용죄로 공소를 제기하여 불법·회색 산업체인의 핵심 행위자에게 형사책임을 묻고, 최고인민법원은 전형사례를 통해 신상털기형 사이버폭력의 재판 방향을 제시하였다. 중앙인터넷정보판공실의 특별 정비는 플랫폼의 정보 삭제, 계정·그룹 처리 및 전파 차단 책임을 강화하는 행정적 조치로 기능한다.^{26,27,28}

²⁵개인정보위, 개인정보 무단 해외 이전한 카카오페이·애플에 총 83 억 7,520 만 원 과징금·과태료 부과, 2025.1.23,

<https://www.pipc.go.kr/np/cop/bbs/selectBoardArticle.do?bbsId=BS074&mCode=C020010000&nttId=10955>.

²⁶最高检发布 8 件持续深化件持续深化“检护民生检护民生”专项行动典型案例, 2026.3.2, <https://www.pkulaw.com/chl/2e7d6697f9d07907bdfb.html>

이 모델이 한국과 다른 점은 단순히 특정 데이터 처리 링크의 수정보다는 사회적 피해 결과에 대한 전반적인 대응을 강조한다는 점이다. '신상털기' 사건으로 인한 피해는 개인정보에 대한 통제권 상실뿐만 아니라 명예훼손, 생활질서 혼란, 직장에 미치는 영향, 심지어 개인 안전에 대한 위험 증가까지 이어지는 경우가 많기 때문이다. 따라서 정보의 출처만 다루는 것만으로는 충분하지 않고 커뮤니케이션 메커니즘과 사이버폭력 시나리오도 동시에 처리해야 한다.

물론 이 포괄적인 거버넌스 모델은 또 다른 과제, 즉 서로 다른 부서 간의 경계 및 조정 문제를 야기한다. 형사 기소는 증거와 유죄 판결을 강조하고, 플랫폼 거버넌스는 통신 차단과 계정 폐기를 강조하며, 개인정보 보호법은 정보 처리 자체의 적법성에 더 중점을 두고 있다. 일시적이고 역동적인 조율이 아닌 세 가지 사이의 안정적이고 명확한 연결을 어떻게 형성할 것인가는 중국이 미래의 '신상털기' 거버넌스에서 계속 탐구해야 할 문제이다.

3. 개인정보 보호의 미래 동향

장기적으로 개인정보 보호제도는 서로 다른 데이터 흐름의 위험 수준을 구분하고 이에 따라 차등적 규범강도를 설정하는 과제에 직면하게 된다. 모든 데이터 공유가 같은 정도의 권리침해를 초래하는 것은 아니며, 모든 개인정보 유출이 곧바로 신상털기 자료로 전환되는 것도 아니다. 향후 제도 설계는 정보 유형, 처리 목적, 수령자, 기술적 결과 및 사회적 환경의 결합 효과를 더 세밀하게 고려할 필요가 있다.

양국의 사례를 보면 향후 개인정보 보호 동향은 적어도 세 가지 측면을 갖고 있음을 알 수 있다. 첫째, 감독 개체는 원시 데이터에서 데이터 파생

²⁷最高人民法院发布依法惩治网络暴力违法犯罪典型案例, 2026.3.3,

<https://www.pkulaw.com/news/ab5521764d30d2d3bdfb.html>

²⁸中央网信办部署进一步加强“开盒”问题整治工作, 2025.5.27,

<https://www.news.cn/politics/20250527/2db471d33fc1402d9597a0c9d0b6005f/c.html>

결과로 계속 확장된다. 카카오페이 사례의 모델 파기 명령은 앞으로 법이 '데이터가 불법적으로 전송되었는지 여부'뿐만 아니라 '이 데이터를 기반으로 한 모델, 점수 및 자동화된 결정이 여전히 유지될 수 있는지 여부'도 추가로 질문할 것임을 보여준다. 이는 알고리즘 거버넌스와 개인정보 보호의 경계가 점점 더 긴밀하게 통합될 것임을 의미한다.

둘째, 거버넌스의 초점은 정적 유출에서 동적 남용 및 확산으로 전환된다. Lin Mouwu 와 다른 사례는 일단 정보가 불법·회색 산업체인에 들어가면 가장 위험한 연결은 종종 초기 유출이 아니라 후속 통합, 검색, 공개 및 사회적 확산이라는 것을 보여준다. 미래의 개인정보 보호 시스템이 데이터 보안 보호만 강조하고 확산 방지 및 후속 완화를 무시한다면 실제 위험에 효과적으로 대응하기 어려울 것이다.

셋째, 종합 거버넌스가 일반화될 것이다. 기업형 데이터 해외 이전 위법이든 신상털기형 개인정보 범죄이든, 하나의 법률이나 하나의 집행기관만으로 충분한 거버넌스 효과를 달성하기는 어렵다. 개인정보 보호법, 해외 데이터 규칙, 형법, 민법상 인격권 보호, 온라인 거버넌스 및 플랫폼 자율규칙 등은 앞으로 더 빈번하게 교차 적용될 것이다. 개인정보 보호는 점차 종합법 영역의 성격을 띠게 되며, 더 이상 특정 부문법의 주변적 쟁점에 머무르지 않는다.

동시에 개인정보 관리에 대한 이용자들의 기대도 계속해서 높아질 것이다. 사회가 개인정보 보호, 데이터 권리 및 알고리즘의 영향에 대해 점점 더 관심을 갖게 되면서, 대중은 긴 개인정보 보호 정책이나 추상적인 인증으로 복잡한 데이터 흐름을 단순히 설명하는 플랫폼에 만족하지 않게 될 것이다. 법률 시스템이 진정으로 효과적이려면 정보주체가 주요 위험에 대해 이해 가능하고 인지 가능하며 선택 가능한 통제권을 형성할 수 있어야 한다. 이는

한국의 국경간 전파 사례와 중국의 '신상털기' 거버넌스에서 모두 명백히 드러났다.

V. 결론

1. 연구 요약

한국의 카카오페이 해외 데이터 이전 사건과 중국 린모우 등 온라인 신상털기 공민 개인정보 침해 사건을 분석하면, 현재 개인정보 위험은 두 가지 뚜렷한 방향으로 전개되고 있음을 알 수 있다. 첫째, 플랫폼 기업이 합법적 업무와 해외 협력의 외관 아래 이용자 정보를 목적 외로 확장·과잉 처리하고 해외 모델링에 활용하는 기업형 위험이다. 둘째, 개인정보가 불법·회색 산업체인으로 유입된 뒤 사회공학 데이터베이스, 조회서비스 및 사이버폭력 메커니즘을 통해 빠르게 확산되고 무기화되는 범죄형 위험이다.

두 가지 유형의 위험이 다르게 행동하지만 본질적으로 개인정보 보호의 핵심 문제는 더 이상 "정보가 데이터베이스를 떠났는지 여부"가 아니라 "원래 현장을 떠난 후에도 정보가 누구에 의해, 어떤 목적으로, 어느 정도까지 계속 처리되는지"임을 나타낸다. 카카오페이의 경우 문제는 단순히 데이터가 해외로 이전된 것이 아니라, 그 데이터가 위험 평가 모델을 구축하는 데 사용되었다는 점이었다. Lin Mouwu 등의 경우 문제는 데이터가 도난당했을 뿐만 아니라 해당 데이터가 조사, 폭로, 사이버 공격을 수행하는 데 추가로 사용되었다는 것이다. 즉, 실제로 법적 통제가 필요한 것은 데이터 전송 및 활용 과정 전반에 걸쳐 누적되는 리스크이다.

두 국가 시스템의 대응 방법을 비교해 보면, 한국은 행정 감독을 통해 기업 규정 준수 경계를 재형성하고 벌금, 시정, 모델 파괴 등의 수단을 통해 플랫폼의 비즈니스 로직에 직접적인 영향을 미치는 것을 선호한다는 점도 알 수 있다. 중국은 형사 기소, 전형적인 사례 공개, 사이버 공간의 특별 시정을

통해 포괄적인 거버넌스를 형성하는 것을 선호한다. 이 두 경로는 각각 강조점이 있지만 함께 메시지를 전달한다. 개인정보는 비즈니스 협력에서 임의로 재구성되거나 재해석될 수 없으며 사이버 공간에서 공격 도구로 사용되어 임의로 확산될 수 없다.

2. 미래 개인정보 보호법 및 거버넌스에 대한 권고사항

마지막으로 디지털 리터러시와 개인정보 보호에 대한 대국민 교육도 강화되어야 한다. 기업의 해외 처리된 불법 제품의 "포장 풀기"든 오랫동안 존재할 수 있는 이유는 일반 사용자가 자신의 정보 위험에 대한 민감도가 부족하기 때문이다. 개인정보 보호정책, 권한 부여, 정보 보유, 사이버폭력 증거 수집에 대한 대중의 이해를 높이는 것이 법적 규제를 대체할 수는 없지만, 사전에 위험 노출을 줄이고 침해 발생 후 보다 신속하게 권리 보호 및 구제를 시작하는 데 도움이 될 수 있다.

첫째, 개인정보 처리 전 과정의 투명성과 예측가능성이 더욱 강화되어야 한다. 플랫폼 기업들에게 있어 사용자들이 정말로 관심을 두는 것은 추상적인 '읽고 동의한다'가 아니라, 수신자가 누구인지, 정보가 어디로 갈지, 어떤 목적으로 사용될지, 계속해서 모델링되거나 스코어링될지 여부이다. 특히 국경 간 데이터 협력 시나리오에서 법률은 처리자에게 복잡한 협력 체인의 사실적 결과를 수동적으로 받아들이는 대신 보다 명확하고 구체적인 방식으로 통지 의무를 이행하고 정보주체가 실제적이고 효과적인 선택을 할 수 있도록 보장하도록 계속 요구해야 한다.

둘째, 모델 규제, 프로파일링, 자동화된 의사결정 결과를 개선해야 한다. 카카오페이 사례는 이를 기반으로 형성된 모델을 가공하지 않고 불법 전송된 원본 데이터만 삭제한다면 불법 데이터가 가져온 분석 능력은 그대로 유지할 수 있음을 보여준다. 앞으로는 개인정보 보호법이 더욱 명확해져야 한다. 모델

훈련, 사용자 평가, 자동화된 의사결정이 불법적으로 처리된 개인정보를 기반으로 하는 경우, 해당 모델의 결과 자체도 검토, 제한, 심지어 삭제의 범위에 포함되어야 한다.

셋째, '신상털기' 행위에 대한 종합적인 관리를 지속적으로 추진해야 한다. 형사처벌은 당연히 필요하지만, 플랫폼 차원의 신속한 차단, 삭제, 차단, 링크해제, 단서 전달이 이루어지지 않으면 정보가 일단 확산되면 되돌리기 어려운 경우가 많다. 앞으로는 법률과 플랫폼 규칙에서 이를 더욱 명확히 해야 한다. 명백히 '신상털기', '신상 공개' 또는 개인정보가 핵심인 사이버폭력 콘텐츠의 경우 플랫폼은 보다 적극적인 조기 경고, 처리 및 구제 의무를 가지며 '중립 기술 플랫폼'이라는 이름으로 책임을 회피할 수 없다.

넷째, 부처 간 협력과 피해자 구제 지원을 강화해야 한다. 기업형 해외 데이터 위법이든 신상털기형 개인정보 범죄이든 피해자는 증거 확보의 어려움, 손해 산정의 곤란, 구제절차의 분산이라는 문제에 직면한다. 향후에는 행정신고, 민사구제, 형사추소 및 플랫폼 신고 절차 사이의 연계 메커니즘을 정비하고, 대규모 사이버폭력과 신상털기 피해자에게 신속한 삭제, 차단, 증거보전 및 심리적 지원 경로를 제공할 필요가 있다.

요컨대, 개인정보 보호의 미래는 기술적인 보호와 형식적인 동의 수준에 머무르는 것이 아니라 정보 수집, 공유, 국경 간 흐름에서 모델 구축, 네트워크 확산에 이르기까지 전체 체인을 포괄해야 한다. 법률이 기업의 국경 간 활용과 암흑 산업 남용의 위험에 동시에 직면할 수 있어야 개인정보 보호가 디지털 사회의 실제 요구에 진정으로 대응할 수 있다.

참고문헌

1. 국내문헌

<기타>

개인정보보호위원회, <개인정보 무단 해외 이전한 카카오페이·애플에 총 83 억 7,520 만 원 과징금·과태료 부과>, 2025.

2. 외국어문헌

[중국어]

<기타>

中央网信办:《中央网信办部署进一步加强“开盒”问题整治工作》, 2025。

最高人民法院:《最高人民法院发布依法惩治网络暴力违法犯罪典型案例》, 2026。

最高人民检察院:《最高检发布 8 件持续深化“检护民生”专项行动典型案例》, 2026。

刘新源:《向网暴亮剑护网络清风》, 载《人民法院报》第 2 版, 2026。

초 록

플랫폼 경제, 해외 데이터 이전 및 온라인 전파 메커니즘의 발전에 따라 개인정보 위험은 전통적 의미의 정보 유출을 넘어 해외 공유, 목적 외 이용, 알고리즘 모델링, 온라인 확산 및 폭력적 이용 등 다양한 형태로 확대되고 있다. 본 논문은 2024 년부터 2025 년까지 발생한 대표적 사건인 한국의 카카오페이 해외 데이터 이전 사건과 중국 린모우 등 '온라인 신상털기' 공민 개인정보 침해 사건을 연구 대상으로 삼아, 사건 개요, 법적 쟁점 및 처리 결과의 세 측면에서 분석한다. 한국 사건은 플랫폼 기업이 해외 협력 및 위험평가 모델 구축 과정에서 개인정보 처리의 경계를 적절히 관리하지 못한 문제를 보여주며, 쟁점은 데이터 제공의 적법성, 해외 이전 규정 준수 여부, 처리 범위가 이용자의 합리적 예견가능성을 초과했는지에 집중된다. 중국 사건은 개인정보가 불법 취득된 이후 사회공학 데이터베이스, 신상털기 및 사이버폭력 메커니즘을 통해 어떻게 추가로 확산·오남용되는지를 보여준다. 양 사건을 비교하면 한국은 행정감독과 컴플라이언스 심사를 통해 기업의 데이터 처리 행위를 규율하는 데 중점을 두는 반면, 중국은 형사추소, 행정정비 및 플랫폼 거버넌스의 종합적 운용을 강조한다. 두 사건은 오늘날 개인정보 보호의 초점이 단순한 정보 유출 방지에서 정보 수집, 이전, 모델링, 확산 및 재이용의 전 과정에 대한 법적 규율로 이동하고 있음을 보여준다.

<주제어> 개인정보 보호; 해외 데이터 이전; KakaoPay; 온라인 신상털기; 공민 개인정보 침해; 사이버폭력

A b s t r a c t

With the development of the platform economy, cross-border data flows, and online dissemination mechanisms, risks to personal information have expanded beyond traditional data breaches to encompass various forms, including cross-border sharing, use for purposes other than those for which the data was collected, algorithmic modeling, online dissemination, and malicious use. This paper selects two representative incidents from 2024 to 2025 as its research subjects: the KakaoPay cross-border data transfer incident in South Korea and the “online data mining” case involving Lin Mouwu et al. in China, analyzing them from three perspectives: incident overview, legal disputes, and outcomes. The South Korean case highlights the issue of platform companies failing to properly define the boundaries of personal information processing during cross-border cooperation and the construction of risk scoring models. The dispute centers on whether the data transmission was lawful, whether the cross-border transmission complied with legal regulations, and whether the data processing exceeded users’ reasonable expectations. The Chinese case, meanwhile, illustrates how personal information, once illegally obtained, is further disseminated and abused through mechanisms such as “social engineering databases,” “data mining,” and cyberbullying. The disputes in this case centered on the application of the Personal Information Protection Law, the legal definition of personal information infringement and associated penalties, as well as the interplay between data abuse and cyberbullying. A comparison of the two cases reveals that South Korea places greater emphasis on regulating corporate data processing through administrative oversight and compliance reviews, while China emphasizes the comprehensive application of

criminal prosecution, administrative rectification, and platform governance. Both cases demonstrate that the current focus of personal information protection has shifted from merely preventing data breaches to legal regulation of the entire process of information collection, transmission, modeling, dissemination, and reuse.

<Keywords> Personal information protection; Cross-border data transfer; KakaoPay; Online doxxing; Infringement of citizens' personal information; Cyberbullying

감사의 글

본 논문의 완성은 지도교수이신 정영진 주임교수님과 이상우 초빙교수님의 세심한 지도와 엄격한 가르침 덕분이었습니다. 논문 주제 선정, 프레임워크 구축부터 사례 분석, 내용 수정에 이르기까지 교수님들께서는 저희에게 매우 적절하고 구체적인 조언을 아끼지 않으셨으며, 깊은 학문적 소양과 엄격한 학문적 태도로 저희에게 방향을 제시해 주셨습니다.

본문을 작성하는 과정에서 주로 한국 개인정보보호위원회, 한국 국가법령정보센터, 중국 최고인민검찰원, 중국 최고인민법원, 중국 중앙인터넷정보판공실(중앙망신판) 등 기관에서 공개적으로 발표한 법률 텍스트, 행정 결정, 전형적 사례, 뉴스 보도 자료 및 거버넌스 관련 문건을 참고하였습니다. 위 공개 자료들은 본 논문이 사건 사실을 정리하고 법적 쟁점을 분석하는 데 중요한 기초를 제공해 주었으며, 이 자리를 빌려 깊은 감사를 드립니다.

지면의 한계와 공개 자료의 접근성 문제로 인해, 본 논문은 한국에서 추후 진행될 수 있는 사법적 구제 절차 및 중국의 린모우(林某武) 등 사건에 대한 1 심 판결 결과에 대해서는 추가로 다루지 못했습니다. 그러나 이로 인해 본 논문이 '국경 간 데이터 처리의 경계' 및 '정보 공개형(Open-type) 개인정보 악용 체인'에 대해 내린 기본적 판단이 흔들리지는 않습니다. 향후 관련 판결문이 공개된다면, 기업의 규정 준수 책임, 인터넷 플랫폼의 의무, 피해자 구제 및 모델 삭제 명령의 집행 가능성 등에 관한 보다 세부적인 후속 연구가 가능할 것으로 생각합니다.

또한, 본 논문을 작성하면서 개인정보보호법의 발전이 더 이상 플랫폼 거버넌스, 알고리즘 거버넌스, 인터넷 생태계 거버넌스와 분리하여 논의될 수

없는 영역이 되었음을 더욱 분명히 느낄 수 있었습니다. 향후 관련 연구는 판결문, 규제 결정문 원문, 플랫폼 운영 규칙 등을 추가로 결합하여, 다양한 유형의 개인정보 침해에 대한 책임 배분을 더욱 정밀하게 비교 분석한다면, 단순히 개념적 수준에서의 논의에 머무르는 것보다 훨씬 더 설득력 있는 결과를 도출할 수 있을 것입니다.

中韩债权人代位权制度比较研究：以行使效果为中心*

A Comparative Study on the Creditor's Subrogation System in China and South Korea: Focusing on the Legal Effects

罗悦心、姚艺、张朵、张烁合着（仁荷大学 法学科 硕士研究生）合着

LUO Yuexin, YAO Yi, ZHANG Duo, ZHANG Shuo
(Master's Student, Dept of Law, INHA University)

目 录

引言

一、中韩债权人代位权制度的规范基础

（一）中国债权人代位权制度概述

（二）韩国债权人代位权制度概述

二、中韩代位权行使效果之比较分析

（一）债权实现路径之差异

（二）立法价值取向之差异

三、中韩代位权制度差异之原因分析

（一）中韩立法背景之比较分析

（二）中韩执行程序的衔接配合

（三）中韩代位权制度对比总结与制度完善路径

结论

* 文系在仁荷大学 2026 年夏季法律学科毕业论文大赛中荣获校长奖（一等奖）的论文基础上修改、补充而成。

引言

债权人代位权制度作为债权保全的重要机制，旨在防止债务人怠于行使权利而减损责任财产，从而保障债权实现。在大陆法系的发展过程中，该制度虽具有基本共通结构，但在具体制度安排上存在显著差异，尤其体现在行使效果方面。行使效果不仅决定债权实现的路径，也直接影响债权人之间的利益分配，因此成为理解该制度运行逻辑的重要切入点。中国与韩国同受法国法影响，并经由日本法的发展形成各自制度体系，但在行使效果上却存在一定区别，这为比较研究提供了现实基础。

具体而言，中国《民法典》规定，代位权成立时，由次债务人直接向债权人履行义务，从而使债权人得以直接实现债权；而韩国法则原则上采取“入库规则”，即代位所得归入债务人责任财产，再由全体债权人按比例受偿；而次债务人直接向债权人清偿的行为亦可通过“抵消说”解释。这一差异背后体现出中韩两国立法者对于程序公平与清偿效率的取舍。同时，这种差异亦与立法背景以及执行程序的完善程度密切相关。本文旨在从行使效果的视角研究中韩债权人代位权制度，通过分析中韩两国的立法背景以及执行程序衔接，揭示上述差异的成因，最终提出潜在的制度完善路径。

一、中韩债权人代位权制度的规范基础

（一）中国债权人代位权制度概述

债权人代位权是指在债务人怠于行使其对次债务人的权利并影响债权实现时，债权人可以以自己名义，通过诉讼方式代位行使该权利的法定制度，其功能在于防止债务人因消极不作为而减少责任财产，从而保障债权实现。根据

《中华人民共和国民法典》第五百三十五条的规定，债务人怠于行使其债权或者与该债权有关的从权利，影响债权人到期债权实现的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利。作为合同保全的重要手段，该制度通过介入债务人与次债务人之间的法律关系，为债权实现提供补充路径。

从制度发展来看，中国债权人代位权制度由《合同法》第七十三条¹确立，并经相关司法解释不断细化，至《民法典》阶段形成较为完整的规范体系。这一演进体现出制度功能由单纯保全向促进债权实现延伸的趋势。在适用条件上，根据《民法典》第五百三十五条及第五百三十六条的规定，债权人须对债务人享有到期且合法的债权，债务人对次债务人享有合法有效的权利且怠于行使，并已影响债权实现，同时该权利不得属于专属于债务人的权利。在程序上，依据相关司法解释的规定，代位权应通过诉讼方式行使，由债权人提起诉讼，次债务人为被告，债务人作为第三人参加诉讼，²以保障程序公正并防止权利滥用。

在法律效果方面，《民法典》第五百三十七条确立直接受偿规则，即在人民法院认定代位权成立后，由次债务人直接向债权人履行义务，相应范围内债权人与债务人之间以及债务人与次债务人之间的债权债务关系归于消灭。这一规则突破了传统将代位所得归入债务人财产的处理方式，使债权人能够直接取得给付，从而提高债权实现效率。同时，《民法典》第五百三十八条进一步规定了代位权行使的必要费用由债务人负担。在债务人进入执行或破产程序的情

¹参见《中华人民共和国合同法》第七十三条规定：“因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权，但该债权专属于债务人自身的除外。”

代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。”

²参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》第三十七条规定：“债权人以债务人的相对人为被告向人民法院提起代位权诉讼，未将债务人列为第三人的，人民法院应当追加债务人为第三人。”

形下，上述规则仍需与相关程序法规范相协调。总体而言，中国债权人代位权制度在强化效率的同时，也对债权人平等受偿原则形成一定张力，这也为后文比较分析提供了重要切入点。

（二）韩国债权人代位权制度概述

从历史渊源与比较法看，债权人代位权的形成大体经历了由罗马法到法国法的演变。罗马法中通过对债务人全部财产的统一管理与清算，强调债权人整体利益的实现；法国古法则进一步发展出允许个别债权人在债务人怠于行使权利时予以代位行使，但其效果仍归属于债务人财产，由全体债权人共同受益。由此可见，代位权制度虽表现形式有所不同，但始终以保全债务人责任财产、保障债权人整体利益为核心功能。韩国民法上的代位权制度正是在继受法国法的基础上加以发展而形成的。³

韩国债权人代位权制度以《民法》第 404 条、第 405 条为核心规范基础。第 404 条确立代位权的实体要件与行使范围⁴，第 405 条则规定其程序要件与对抗效力规则⁵。根据第 404 条第 1 款，债权人为了保全其债权得行使债务人的权利，但专属于债务人一身的权利除外，体现代位权以保全责任财产为制度目的，并以财产权为客体范围。第 2 款进一步区分债权是否届期：债权未届清偿期前，原则上须经法院许可始得行使，但若属单纯保全行为则无需许可，显示

³一般认为，这是继受了日本民法，而日本民法则吸收了法国民法第 1166 条。参见《민법주해, 채권(2)》，代表编辑곽윤직（김능환撰写部分），박영사，1995 年，第 742 页。

⁴参见《민법》第 404 条规定：“채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다. 그러나 일신에 전속한 권리는 그러하지 아니하다. 채권자는 그 채권의 기한이 도래하기 전에는 법원의 허가없이 전항의 권리를 행사하지 못한다. 그러나 보전행위는 그러하지 아니하다.”

⁵参见《민법》第 405 条规定：“채권자가 전조제 1 항의 규정에 의하여 보전행위 이외의 권리를 행사한 때에는 채무자에게 통지하여야 한다.

채무자가 전항의 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다.”

立法在债权保全必要性与债务人处分自由之间所作的平衡。

第 405 条补充规定代位权行使的通知义务与对抗关系。债权人于实施保全行为以外之权利时，应通知债务人；债务人于受通知后对该权利所为处分，不得对抗代位债权人。该规定强化代位行为的法律安定性，并防止债务人事后处分削弱代位效果。整体而言，韩国法上的债权人代位权具有保全性、补充性与间接性特征，其法律效果原则上仍归属于债务人之一般财产，并不赋予债权人优先受偿地位，而是通过扩大或维持债务人责任财产，实现债权平等原则下的间接保障功能。

二、中韩代位权行使效果之比较分析

（一）债权实现路径之差异

中韩两国债权人代位权制度最核心的差异，体现在债权实现路径的根本性不同。中国法选择了“直接受偿”模式，而韩国法则固守传统的“入库规则”，这两种路径在代位后所得财产的归属、债权人受偿方式等方面存在本质区别。

中国《民法典》第 537 条第 1 句明确规定：“人民法院认定代位权成立的，由债务人的相对人向债权人履行义务，债权人接受履行后，债权人与债务人、债务人与相对人之间相应的权利义务终止。”这一规定意味着，债权人行使代位权后，次债务人并非向债务人履行，而是直接向债权人履行；债权人受领后，无需将所得财产返还给债务人，而是可以在自身债权范围内终局保有该给付。换言之，代位权的行使效果直接归属于行使权利的债权人本人，而非归入债务人的责任财产再由全体债权人分享。

这一制度设计的直接效果是代位受领，间接效果则是双重债权债务关系的终止。“中国法上代位权的行使效果虽没有如担保物权一样的优先受偿性，但亦通过直接效果与间接效果的结合，体现了立法者对代位债权人的倾斜性保护

及实现债权回收功能的立法趣旨。”⁶从制度功能的角度观察，中国法的这一设计使代位权超越了传统意义上的“债权保全”功能，实际上承担了“债权实现”的功能。

与此形成鲜明对比的是，韩国法原则上坚持“入库规则”。所谓入库规则，是指债权人代位行使债务人的权利后，所取得的财产应当归入债务人的责任财产，成为全体债权人的共同担保，而非直接归属于行使代位权的特定债权人。代位权制度的“主要目的是维持债务人的一般责任财产，从而保全所有债权人的债权”。这意味着，原则上即使某一债权人积极行使了代位权，其从次债务人处受领的财产也不能由自己独享，而是必须返还给债务人，再由全体债权人按照债权比例公平受偿。

然而，韩国法的实践并非完全固守这一传统立场。为了兼顾代位权行使的实效性，韩国判例⁷承认债权人的“受领权”，即债权人可代位受领次债务人的给付。具体而言，“判例认为债权人可以使次债务人作为对债务人的债务履行而‘向债权人’直接履行，从而就自己的债权进行追收”。⁸在此基础上，韩国多数学说进一步承认，债权人可以通过行使抵销权的方式，事实上获得优先于其他债权人的受偿地位，即“多数说肯定通过抵销的优先受偿”。⁹具体而言，债权人代位受领次债务人的金钱给付后，其对债务人享有债权，债务人对该债权人亦负有返还所受领财产的债务，二者均属金钱债务，具备抵销适状的条件。通过抵销，债权人可以终局保有从次债务人处受领的财产，从而实现自身债权。这一解释路径既维持了“入库规则”的理论框架，又赋予了债权人事实上的优

⁶魏哲、崔吉子：《中国法上债权人代位权之行使效果》，载《중국법연구》2023年第53期，第164页。

⁷대법원 2005. 4. 15. 선고 2004 다 70024 판결.

⁸정다영. 채권자대위권의 기능 및 행사의 효과. 재산법연구, 34(2), (2017), p3-4.

⁹정다영. 채권자대위권의 기능 및 행사의 효과. 재산법연구, 34(2), (2017), p7.

先受偿效果。

中国的情况则有所不同。根据中国原《合同法》司法解释第 20 条的规定，“债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭”。这一规定直接赋予了债权人从次债务人处获得直接清偿的权利，无需经过“入库—返还—抵消”的复杂构造。因此，中国的债权人代位权制度“与传统代位权原则不同，赋予债权人直接实现债权的功能，是‘典型的中国特色’”。¹⁰

综上所述，中韩两国债权实现路径的差异可概括为：中国法以直接受偿规则实现效率优先，韩国法则以入库规则为基础、通过抵消说在传统框架内兼顾效率。

（二）立法价值取向之差异

中韩两国代位权制度在债权实现路径上的差异，根源在于两国立法者在效率与公平之间的不同价值取舍。中国代位权制度的立法目的明确指向效率优先。中国法上的债权人代位权已不再是单纯的债的保全制度，而具有“实现债权”的功能。¹¹根据原《合同法》司法解释的规定，债权人通过代位权行使“可以从第三人处直接获得清偿，在这一意义上，代位权发挥了实现债权的功能”。¹²这种功能定位决定了中国法在设计上更注重债权实现的便捷性，使代位权成为能够直接满足债权人自身利益的制度工具。

¹⁰이상옥, 진봉영. 중국계약법상의 채권자대위권. 민사법의 이론과 실무, 13(1), (2009), p41-42.

¹¹魏哲、崔吉子：《中国法上债权人代位权之行使效果》，载《중국법연구》2023 年第 53 期，第 162 页。

¹²이상옥, 진봉영. 중국계약법상의 채권자대위권. 민사법의 이론과 실무, 13(1), (2009), p41.

韩国法的价值取向则不同。韩国代位权制度的“主要目的是维持债务人的一般责任财产，从而保全所有债权人的债权”。¹³这意味着，即使某一债权人积极行使了代位权，其所收回的财产原则上也不应归属于自己，而应归入债务人的责任财产，由全体债权人公平受偿。这种设计体现了韩国法对债权人平等原则的坚守。不过，韩国法在实践层面并非完全无视效率，判例承认债权人的直接受领权，多数说亦肯定通过抵销实现事实上的优先受偿。¹⁴

值得注意的是，中国法虽然选择了效率优先的路径，但这种选择也带来了理论上的张力。“代位权中的‘代位’，仅仅是权利行使上之代位，而非权利移转上之代位，代位之效果仍应归属于债务人”。按照这一原理，债权人本不应通过行使代位权直接实现自身债权，这使得“在中国法上，债权人代位权的目的与手段之间存在一种无形的张力”。¹⁵

综上所述，中韩两国代位权制度的立法价值取向差异可概括为：中国法以“效率优先”为导向，通过赋予代位权直接的债权实现功能；韩国法则以“程序公平”为基调，在坚守入库规则的前提下有限度地兼顾效率。

三、中韩代位权制度差异之原因分析

（一）中韩立法背景之比较分析

中国债权人代位权制度呈现出较为明显的实践导向特征。中国立法者对于代位权制度进行了名为“直接受偿”的本土化改造。立法者出现上述考量的现实原因是民事领域长期存在的“执行难”问题以及经济活动中普遍存在的“三角债”现象。在债务人怠于行使其对第三人债权的情况下，传统执行机制难以

¹³정다영. 채권자대위권의 기능 및 행사의 효과. 재산법연구, 34(2), (2017), p25.

¹⁴정다영. 채권자대위권의 기능 및 행사의 효과. 재산법연구, 34(2), (2017), p4.

¹⁵魏哲、崔吉子：《中国法上债权人代位权之行使效果》，载《중국법연구》2023年第53期，第162页。

实现债权人的权利，因而有必要通过制度创新将执行对象扩展至第三人。¹⁶基于此，其制度设计更强调效率价值，注重降低债权实现的程序成本。参与立法编写的学者指出，“直接受偿规则”的出现是为了“调动债权人行使债权的积极性，强化对债权实现的保护力度”，从而达到保全债务人责任财产以及促成债权人债权实现的效果。¹⁷由此可见，中国立法者的本意是为了加速债权债务关系的清结，从而更好地服务于中国特色社会主义市场经济对效率的内在需求。

相比之下，韩国债权人代位权制度则呈现出明显的继受性与功能演变特征，并在实践中逐步形成了与本土执行体系相适应的多元功能导向。债权人代位权制度起源于法国民法典的间接诉权制度，经日本民法典传入韩国民法典。该制度诞生于强制执行制度尚不完善的法国，其初衷是保全债务人的一般担保，弥补强制执行制度的缺陷。韩国《民事执行法》继受德国法，对强制执行和保全程序作出了详细规定。因此，与为保全责任财产而诞生的法国相比，韩国债权人代位权制度作为强制执行的补充手段发挥功能的空间较小。¹⁸目前，韩国法代位权制度不仅发挥 1804 年法国拿破仑民法典所设想的、作为责任财产保全的传统功能，还被频繁用于特定债权保全、事实上的优先受偿即债权回收等功能。¹⁹由于判例广泛承认以保全特定债权为目的的代位权行使，因此，有观点认为，当今债权人代位制度的主要功能在于与金钱债权强制执行无关的特定债权保全。²⁰

（二）中韩执行程序的衔接配合

¹⁶이상옥, 진봉영. (2009). 중국계약법상의 채권자대위권. 민사법의 이론과 실무, 13(1), p28.

¹⁷黄薇：《中华人民共和国民法典合同编解读》，中国法制出版社 2020 年版，第 261 页。

¹⁸곽윤직. (1992). 민법주해 제 9 권: 채권(2). 박영사, p744.
基于这种理由，在日本也存在主张废除债权人代位制度的观点。

¹⁹이준현. 채권자대위권에 관한 연구: A study on the subrogation right of a obligee [학위논문, 송실대학교 대학원], (2013), p3.

²⁰参见《민법주해, 채권(2)》，编辑代表곽윤직（김능환撰写部分），박영사，1995 年，第 745 页。

就中国而言，《民事诉讼法》及其司法解释中规定了“执行到期债务”制度，现行法主要通过债权人代位权制度予以救济，但其与强制执行程序之间的衔接仍显不足。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 499 条，当被执行人不能清偿债务，但对第三人享有到期债权时，人民法院可以依申请执行人的申请或依职权，向第三人发出履行到期债务的通知。中国执行法上虽承认对债务人到期债权的执行（如冻结、划拨等措施），但在制度设计上并未形成类似韩国“取寻命令”^④或“全部命令”^⑤的体系化安排，导致同一债权实现路径在诉讼与执行之间呈现出分散与重叠的状态。有观点认为，中国现行制度在本质上是以另行诉讼的方式弥补执行程序的不足，使得本可在执行阶段解决的债权实现问题被前置为独立的实体争议处理机制。^⑥在此意义上，代位权制度在中国法上具有明显的“执行替代性”功能，即作为执行制度不完善背景下的补充路径而存在。

就韩国而言，对于债权人怠于行使到期债权的情况，韩国法强制执行程序中则规定了相比中国法更为完善的权利救济途径，如取寻命令和全部命令。取寻命令授予债权人代替债务人向第三债务人请求支付的权限，而全部命令则具有债权转让的效力，直接将债权移转给执行债权人。其与代位权制度的竞合在大法院判例 2015 다 236547 中有所体现。本案中，法院指出，一旦债务人知悉债权人行使代位权的事实，其对被代位债权的处分权即受到限制。应当类推适用《民事执行法》第 229 条第 5 项，^⑦对被代位债

^④ 민사집행법 제 229 조 제 2 항 "추심명령이 있는 때에는 압류채권자는 대위절차 없이 압류채권을 추심할 수 있다."

^⑤ 민사집행법 제 229 조 제 3 항 "전부명령이 있는 때에는 압류된 채권은 지급에 갈음하여 압류채권자에게 이전된다."

^⑥ 胡婷：《债权执行程序的反思与修正》，载《华东政法大学学报》2024 年第 27 期，第 159 页。

^⑦ "전부명령이 제 3 채무자에게 송달될 때까지 그 금전채권에 관하여 다른 채권자가 압류, 가압류 또는 배당요구를 한 경우에는 전부명령은 효력을 가지지 아니한다."

权的全部命令，除基于优先受偿权的特殊情形外，均因违反了法律保护代位债权人权利行使的宗旨而无效。^⑤由此可见，代位权制度在执行竞合的环境下依然有较强的实效性。

（三）中韩代位权制度对比总结与制度完善路径

综上所述，中韩两国代位权制度各具优势，亦各有不足。就中国而言，当前学界对于其行使效果的核心争议在于如何在“优先受偿规则”与“入库规则”之间寻求平衡。部分学者认为，基于《民法典》与《合同法》条文间的继受关系，中国代位权诉讼效力仍沿用“优先受偿规则”；相反的观点则对优先受偿的扩张趋势持有审慎的批判立场，认为代位权诉讼判决仅赋予债权人“要求相对人给付的权利”，其债权的最终实现仍取决于执行程序的进程。^⑥针对上述理论僵局，中国法上代位权的行使效果实质上是通过直接效果与间接效果的结合，体现了立法者“对代位债权人的倾斜性保护及实现债权收回功能”的立法趣旨。^⑦因此，未来中国代位权制度的完善路径应尝试从“单一规则”向“分类处理”转型。一方面，借鉴韩国法以“抵消说”来补充解释“入库规则”的做法，为中国法上代位权制度间接效果的发生提供法理支撑；另一方面，在存在多位债权人、金钱债权与特定债权难以抵消等特殊情况下，直接受偿规则难以单独解释，则可吸收“入库规则”，在实务操作中保障债权人的救济效率，并守住债权平等的法治底线。

而就韩国而言，现有的“入库规则”虽能保全全体债权人的共同担保，但

^⑤ 대법원. (2016. 8. 29.). 2015 다 236547 판결.

^⑥

夏璇：《多数债权人代位权诉讼行使效果之省思》，载《西南政法大学学报》2025年第3期，第117页。

^⑦

魏哲、崔吉子：《中国法上债权人代位权之行使效果》，载《중국법연구》2023年第53期，第164页。

亦有学者指出，在韩国法执行程序中已有多种救济途径的前提下，韩国代位权制度与强制执行制度在实务中存在相当程度的竞合，导致代位权被滥用成为规避正式执行程序的工具，因而破坏债权人平等原则。^②针对上述困境，韩国法上代位权制度应从立法层面明确债权人代位权的补充性地位，依据诚实信用原则对以规避执行程序为目的的代位诉讼予以限制。此外，应建立代位诉讼与强制执行程序并行时的程序协调机制，明确二者之优先顺位，以减少司法资源的浪费与裁判冲突。

结论

本论文通过对中韩债权人代位权制度的比较研究，揭示了两国制度在核心行使效果上存在根本差异，并分析了差异成因与未来完善路径。在行使效果与价值取向上，两国制度形成鲜明对比。中国《民法典》确立了“直接受偿”规则，即代位权成立后由次债务人直接向债权人履行，从而使代位权超越了传统保全功能，兼具了债权实现的效率。这一设计体现了中国立法“效率优先”的价值取向，旨在应对执行困难与多方债务关系等现实问题。相反，韩国法原则上坚持“入库规则”，强调代位所得应归入债务人责任财产以供全体债权人平等受偿，其价值根基在于维护“债权人的程序公平”。不过，韩国判例与学说通过承认债权人的直接受领权并以“抵消说（行使抵销权实现优先受偿）”加以解释，在传统框架内实现了事实上的优先受偿，从而在公平基础上兼顾了效率。

造成上述差异的根源主要在于两国的立法背景与执行程序配套不同。中国的制度设计具有鲜明的实践导向和问题驱动特征，代位权在一定程度上承担了

^② 정다영. 채권자대위권의 기능 및 행사의 효과. 재산법연구, 34(2), (2017), p2.

弥补执行程序不足的“执行替代”功能。韩国的制度则呈现明显的法系继受特征，其功能从传统的责任财产保全，演变出债权回收、特定债权保全等多重导向，并与自身较为完善的强制执行程序（如取寻命令、全部命令）并存乃至竞合。

基于比较，未来两国制度的完善可各有侧重。中国法在坚持直接受偿规则以保障效率的同时，面对多债权人情形，可考虑吸收“入库规则”的合理成分，向“分类处理”模式转型，并借助“抵消说”等法理调和与债权人平等原则的张力。韩国法则需进一步明确代位权相对于强制执行程序的补充性地位，依据诚实信用原则限制以规避执行为目的的权利行使，并建立程序竞合时的协调机制，以维护制度体系的和谐与稳定。

参 考 文 献

1. 国内文献

<论文>

黄薇：《中华人民共和国民法典合同编解读》，中国法制出版社 2020 年版。

胡婷：《债权执行程序的反思与修正》，载《华东政法大学学报》2024 年第 27 期。

魏哲、崔吉子：《中国法上债权人代位权之行使效果》，载《중국법연구》2023 年第 53 期。

夏璇：《多数债权人代位权诉讼行使效果之省思》，载《西南政法大学学报》2025 年第 3 期。

2. 外文文献

[한국어]

<著作>

곽윤직. 『민법주해』 제 9 권: 채권(2). 박영사. 1992.

이준현. “채권자대위권에 관한 연구: A study on the subrogation right of a obligee”
학위논문, 송실대학교 대학원, 2013.

이상욱, 진봉영. “중국계약법상의 채권자대위권. 민사법의 이론과 실무”,
제 1 호(13 권), 2009.

정다영. “채권자대위권의 기능 및 행사의 효과”. 재산법연구, 제 2 호(34 권), 2017.

摘 要

债权人代位权作为债权保全制度的重要组成部分，其行使效果直接关系债权实现路径及债权人利益分配。中国与韩国同属大陆法系，均受法国法及日本法影响，但在代位权行使效果上形成了不同制度模式。本文以行使效果为中心，对中韩债权人代位权制度进行比较研究，首先梳理两国代位权的规范基础与制度结构，进而重点分析中国“直接受偿规则”与韩国“入库规则”在债权实现方式、制度功能及价值取向上的差异。研究发现，中国法更强调债权实现效率，赋予代位权一定的债权实现功能；韩国法则坚持责任财产保全与债权人平等原则，并通过判例及学说发展出以抵销实现事实优先受偿的解释路径。上述差异主要源于两国立法背景、执行程序完善程度及制度功能定位的不同。基于比较分析，本文提出中国可在多债权人等特殊情形下适度吸收入库规则的合理因素，韩国则应进一步明确代位权相对于强制执行程序的补充性地位，以实现效率与公平之间的平衡。

关键词：债权人代位权；直接受偿；债权保全；行使效果；比较研究

A b s t r a c t

As an important mechanism for claim preservation, creditor's subrogation directly affects the realization of claims and the distribution of interests among creditors. Although both China and South Korea belong to the civil law tradition, their creditor's subrogation systems differ significantly in legal effects. Focusing on this issue, this paper compares China's rule of direct satisfaction with South Korea's approach of incorporating recovered assets into the debtor's general assets, analyzing their differences in claim realization methods, legislative values, and institutional functions. The study finds that Chinese law emphasizes efficiency in claim realization, while South Korean law prioritizes equality among creditors and preservation of the debtor's general assets. These differences mainly result from distinct legislative backgrounds and enforcement systems. Based on the comparison, this paper discusses possible directions for improving both systems in balancing efficiency and fairness.

Keywords: creditor's subrogation; direct satisfaction; claim preservation; legal effects; comparative study

한·중 채권자대위권 제도 비교연구: 행사의 효과를 중심으로·

A Comparative Study on the Creditor's Subrogation System in China and South Korea: Focusing on the Legal Effects

나열심(罗悦心), 요예(姚艺), 장타(张朵), 장삭(张烁) 공저
(인하대학교 법학과 석사생)

Co-authors LUO YUEXIN, YAO YI, ZHANG DUO, ZHANG SHUO
(Master's Student, Dept of Law, INHA University)

진오(陈奥)(인하대학교 법학과 박사생) 번역
Translator CHEN AO
(Doctoral Student, Dept. of Law, Graduate School, INHA University)

목 차

I. 서론

II. 한·중 채권자대위권 제도의 규범적 기초

1. 중국 채권자대위권 제도 개관

2. 한국 채권자대위권 제도의 개관

* 본 논문은 인하대학교 2026 년 하계 법학과 졸업논문대회에서 총장상(1 등상)을 받은 논문을 수정, 보완하여 제출한 것임.

III. 한·중 대위권 행사 효과의 비교 분석

1. 채권 실현 경로의 차이
2. 입법적 가치 지향의 차이

IV. 한·중 대위권 제도 차이의 원인분석

1. 한·중 입법배경의 비교분석
2. 한·중 집행절차의 연계와 조화
3. 한·중 대위권 제도 비교의 종합 및 제도개선 방안

V. 결론

I. 서론

채권자대위권 제도는 채권 보전을 위한 중요한 법적 수단으로서, 채무자가 권리를 행사하지 아니하여 책임재산이 감소하는 것을 방지함으로써 채권의 실현을 보장하는데 그 목적이 있다. 대륙법계의 발전 과정에서 이 제도는 기본적인 구조에 있어 공통점을 가지지만, 구체적인 제도 설계에 있어서는 현저한 차이를 보이며, 특히 그 행사 효과의 측면에서 두드러진 차이가 나타난다. 행사 효과는 채권 실현의 경로를 결정할 뿐만 아니라 채권자 간 이익 분배에도 직접적인 영향을 미치므로, 해당 제도의 작동 원리를 이해하는 데 있어 중요한 분석의 출발점이 된다. 중국과 한국은 모두 프랑스법의 영향을 받고 일본법을 경유하여 각자의 제도 체계를 형성하였으나, 행사 효과에 있어서는 일정한 차이를 보이고 있으며, 이는 비교법적 연구를 위한 현실적 기반을 제공한다.

구체적으로, 중국 「민법전」은 대위권이 성립한 경우 제 3 채무자가 채권자에게

직접 의무를 이행하도록 규정함으로써 채권자가 직접적으로 채권을 실현할 수 있도록 하고 있다. 이에 반해 한국법은 원칙적으로 이른바 ‘입고 원칙’을 취하여, 대위로 취득한 재산을 채무자의 책임재산에 귀속시키고 이후 전체 채권자가 비례적으로 변제를 받도록 한다. 한편 제 3 채무자가 채권자에게 직접 변제하는 경우도 ‘상계설’을 통해 설명될 수 있다. 이러한 차이는 궁극적으로 절차적 공정성과 변제 효율성 사이에서의 입법적 선택을 반영하는 것으로 이해될 수 있다. 아울러 이러한 차이는 입법적 배경뿐만 아니라 집행절차의 정비 정도와도 밀접하게 관련되어 있다. 이에 본 논문은 행사 효과의 관점에서 중한 채권자대위권 제도를 분석하고, 양국의 입법 배경 및 집행절차와의 연계를 검토함으로써 이러한 차이의 원인을 규명하며, 나아가 제도 개선을 위한 시사점을 제시하고자 한다.

II. 한·중 채권자대위권 제도의 규범적 기초

1. 중국 채권자대위권 제도 개관

채권자대위권이란 채무자가 제 3 채무자에 대한 권리를 행사하지 아니하여 채권 실현에 지장을 초래하는 경우, 채권자가 자기의 명의로 소송을 통하여 해당 권리를 대신 행사할 수 있도록 하는 법정 제도를 말한다. 그 기능은 채무자의 소극적 불행위로 인해 책임재산이 감소하는 것을 방지함으로써 채권 실현을 보장하는 데에 있다. 「중화인민공화국 민법전」 제 535 조에 따르면, 채무자가 자신의 채권 또는 그에 부수하는 권리를 행사하지 아니하여 채권자의 기한 도래 채권 실현에 영향을 미치는 경우, 채권자는 인민법원에 대하여 자기 명의로 채무자가 상대방에 대하여 가지는 권리를 대위 행사할 것을 청구할 수 있다. 이 제도는 계약상 보전수단으로서 채무자와 제 3 채무자 간의 법률관계에 개입함으로써 채권 실현을 위한 보충적 경로를 제공한다.

제도적 발전의 측면에서 보면, 중국의 채권자대위권 제도는 「계약법」 제 73 조에 의해 처음 확립된 이후 관련 사법해석을 통해 지속적으로 구체화되었으며,¹ 「민법전」 단계에 이르러 비교적 완비된 규범 체계를 형성하게 되었다. 이러한 발전 과정은 제도의 기능이 단순한 보전에서 나아가 채권 실현을 촉진하는 방향으로 확장되고 있음을 보여준다. 적용 요건과 관련하여, 「민법전」 제 535 조 및 제 536 조에 따르면, 채권자는 채무자에 대하여 적법하고 변제기가 도래한 채권을 보유하여야 하며, 채무자는 제 3 채무자에 대하여 유효한 권리를 가지고 있음에도 이를 행사하지 아니하고, 그로 인해 채권 실현에 영향을 미쳐야 한다. 또한 해당 권리는 채무자에게 전속하는 권리가 아니어야 한다. 절차적으로는 관련 사법해석에 따라 대위권은 소송을 통하여 행사되어야 하며, 채권자가 원고가 되고 제 3 채무자가 피고가 되며, 채무자는 제 3 자로서 소송에 참가하게 된다. 이는 절차적 공정성을 확보하고 권리 남용을 방지하기 위한 것이다.²

법적 효과의 측면에서, 「민법전」 제 537 조는 직접 변제 원칙을 확립하고 있다. 즉, 인민법원이 대위권의 성립을 인정한 경우, 제 3 채무자가 직접 채권자에게 의무를 이행하게 되며, 그 범위 내에서 채권자와 채무자 간의 채권채무 관계 및 채무자와 제 3 채무자 간의 채권채무 관계가 소멸한다. 이러한 규정은 전통적으로 대위로

¹ 「중화인민공화국 계약법」 제 73 조는 다음과 같이 규정한다. “채무자가 그 이행기가 도래한 채권을 행사하지 아니하여 채권자에게 손해를 가한 경우, 채권자는 인민법원에 대하여 자기의 명의로 채무자의 채권을 대위하여 행사할 것을 청구할 수 있다. 다만, 해당 채권이 채무자에게 전속하는 경우에는 그러하지 아니하다. 대위권의 행사 범위는 채권자의 채권액을 한도로 한다. 채권자가 대위권을 행사하는 데에 필요한 비용은 채무자가 부담한다.” 참조.

² 「중화인민공화국 민법전」 계약편 총칙 적용에 관한 최고인민법원의 약간 문제에 대한 해석 제 37 조는 다음과 같이 규정한다. “채권자가 채무자의 상대방을 피고로 하여 인민법원에 대위권 소송을 제기하면서 채무자를 제 3 자로 열거하지 아니한 경우, 인민법원은 직권으로 채무자를 제 3 자로 추가하여야 한다.” 참조.

취득한 재산을 채무자의 재산에 귀속시키는 방식에서 벗어나, 채권자가 직접 급부를 취득할 수 있도록 함으로써 채권 실현의 효율성을 제고하는 데 기여한다. 또한 「민법전」 제 538 조는 대위권 행사에 필요한 비용은 채무자가 부담하도록 규정하고 있다. 한편 채무자가 집행 또는 파산 절차에 들어간 경우에는, 위와 같은 효과는 관련 절차법 규범과의 조화를 필요로 한다. 종합하면, 중국의 채권자대위권 제도는 효율성을 강화하는 동시에 채권자 평등원칙과의 긴장을 내포하고 있으며, 이는 후속 비교분석의 중요한 출발점이 된다.

2. 한국 채권자대위권 제도의 개관

채권자대위권 제도의 역사적 연원과 비교법적 전개를 살펴보면, 그 형성은 대체로 로마법으로부터 프랑스법에 이르는 발전과정을 거쳐 이루어진 것으로 이해된다. 로마법에서는 채무자의 전재산에 대한 통일적 관리 및 청산을 통하여 채권자 전체의 이익을 도모하는 구조가 형성되었고, 프랑스 고대법에서는 이를 바탕으로 채무자가 권리를 행사하지 아니하는 경우 개별 채권자가 이를 대위하여 행사할 수 있는 제도가 발전하였다. 다만 이 경우에도 그로부터 발생한 이익은 특정 채권자에게 귀속되는 것이 아니라 채무자의 일반재산에 편입되어 궁극적으로 모든 채권자의 공동담보로 기능하게 된다.

이와 같이 볼 때, 채권자대위권은 그 구체적 제도형태에는 차이가 있으나, 채무자의 책임재산을 보전·유지하고 채권자 전체의 이익을 확보한다는 점에서 공통된 기능적 기반을 가진다. 한국 민법상의 채권자대위권 역시 이러한 프랑스법적 전통을 계수·발전시킨 것으로 평가할 수 있다.³

³ 일반적으로 프랑스 민법 제 1166 조를 계수한 일본 민법을 받아들인 것이라고 한다. 곽윤직 편집대표(김능환 집필부분), 『민법주해[IX] 채권(2)』, 박영사(1995), 742 참조.

한국의 채권자대위권 제도는 「민법」 제 404 조 및 제 405 조를 핵심적인 규범적 근거로 한다. 제 404 조는 대위권의 성립요건과 행사범위를 규정하고,⁴ 제 405 조는 그 절차적 요건과 대항효에 관한 사항을 규율함으로써 제도의 기본 구조를 형성한다.⁵

「민법」 제 404 조 제 1 항에 따르면, 채권자는 자기 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있으나, 채무자에게 일신전속적인 권리는 그 대상에서 제외된다. 이는 채권자대위권이 채무자의 책임재산을 유지·확대함으로써 채권을 보전하는 데 그 제도적 목적이 있음을 전제로 하며, 그 객체를 원칙적으로 재산권에 한정하고 있음을 의미한다.

같은 조 제 2 항은 채권의 변제기 도래 여부에 따라 행사요건을 달리 규정한다. 채권이 변제기에 이르기 전에는 원칙적으로 법원의 허가를 받아야 행사할 수 있으나, 단순한 보전행위에 해당하는 경우에는 예외적으로 허가를 요하지 아니한다. 이는 채권보전의 필요성과 채무자의 재산처분의 자유 사이에서 입법자가 도모한 규범적 균형을 반영한 것으로 이해된다.

한편, 제 405 조는 대위권 행사에 따른 통지의무와 대항관계를 보충적으로 규정한다. 채권자가 보전행위 이외의 권리를 행사한 경우에는 채무자에게 이를 통지하여야 하며, 채무자는 그 통지를 받은 이후 해당 권리를 처분하더라도 그 처분으로써 대위채권자에게 대항하지 못한다. 이러한 규정은 대위권 행사의 법적 안정성을

⁴「민법」 제 404 조는 다음과 같이 규정한다. “채권자는 자기의 채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사할 수 있다. 그러나 일신에 전속한 권리는 그러하지 아니하다. 채권자는 그 채권의 기한이 도래하기 전에는 법원의 허가없이 전항의 권리를 행사하지 못한다. 그러나 보전행위는 그러하지 아니하다.” 참조.

⁵「민법」 제 405 조는 다음과 같이 규정한다. “채권자가 전조제 1 항의 규정에 의하여 보전행위 이외의 권리를 행사한 때에는 채무자에게 통지하여야 한다. 채무자가 전항의 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다.” 참조.

확보하고, 채무자의 사후적 처분으로 인하여 대위의 효과가 약화되는 것을 방지하기 위한 제도적 장치로 기능한다.

종합하면, 한국법상 채권자대위권은 책임재산의 보전을 목적으로 하는 보전적·보충적·간접적 권리로서의 성격을 가진다. 그 법률효과는 원칙적으로 채무자의 일반재산에 귀속되며, 채권자에게 개별적 우선변제권을 부여하는 제도는 아니다. 따라서 채권자대위권은 채무자의 책임재산을 유지 또는 회복함으로써 채권자평등의 원칙 아래에서 채권의 실현 가능성을 간접적으로 보장하는 기능을 수행하는 제도라고 평가할 수 있다.

III. 한·중 대위권 행사 효과의 비교 분석

1. 채권 실현 경로의 차이

중국과 한국의 채권자대위권 제도에서 가장 핵심적인 차이는 채권 실현 경로의 근본적 상이함에 있다. 중국법은 ‘직접 변제 수령’ 모델을 선택한 반면, 한국법은 전통적인 ‘책임재산 귀속 구조’를 견지하고 있다. 여기서 ‘책임재산 귀속 구조’(이른바 ‘입고규칙(入庫規則)’)란, 채권자가 대위권을 행사하여 취득한 재산이 채무자의 일반재산에 귀속되어 모든 채권자가 평등하게 변제받는 구조를 의미한다(이하 ‘책임재산 귀속 구조’라 한다). 이 두 가지 경로는 대위권 행사 후 취득한 재산의 귀속 주체, 채권자의 변제 수령 방식 등에 있어 본질적인 차이가 존재한다.

중국 「민법전」 제 537 조 제 1 문은 다음과 같이 명확히 규정하고 있다. “법원이 대위권의 성립을 인정한 경우, 채무자의 상대방은 채권자에게 의무를 이행하여야 하며, 채권자가 이행을 수령한 후에는 채권자와 채무자, 채무자와 상대방 사이의 해당

권리의무는 종료된다.” 이 규정은 채권자가 대위권을 행사한 후, 제 3 채무자가 채무자가 아닌 채권자에게 직접 이행해야 하며, 채권자는 이를 수령한 후 해당 재산을 채무자에게 반환할 필요 없이 자신의 채권 범위 내에서 해당 급부를 종국적으로 보유할 수 있음을 의미한다. 다시 말해, 대위권 행사의 효과는 행사한 채권자 본인에게 직접 귀속되며, 채무자의 책임재산에 귀속되었다가 모든 채권자가 나누어 갖는 구조가 아니다.

이러한 제도 설계의 직접적 효과는 대위에 의한 직접 수령(代位受領)이고, 간접적 효과는 이중적 채권채무관계의 종료이다. “중국법상 대위권의 행사 효과는 담보물권과 같은 우선변제권을 갖지는 않지만, 직접효과와 간접효과의 결합을 통해 대위채권자에 대한 입법자의 우호적 보호 및 채권 회수 기능 실현이라는 입법 취지를 드러낸다.”⁶ 제도적 기능의 관점에서 보면, 중국법의 이러한 설계는 대위권이 전통적인 의미의 ‘채권 보전’ 기능을 넘어 실제로 ‘채권 실현’ 기능을 수행하게 한다.

이와 대조적으로, 한국법은 원칙적으로 책임재산 귀속 구조를 견지한다. 책임재산 귀속 구조란 채권자가 채무자의 권리를 대위하여 행사한 후 취득한 재산은 채무자의 책임재산에 귀속되어 모든 채권자의 공동담보가 되어야 하며, 대위권을 행사한 특정 채권자에게 직접 귀속되지 않는다는 구조이다. 대위권 제도의 “주요 목적은 채무자의 일반 책임재산을 유지하여 모든 채권자의 채권을 보전하는 데 있다.” 이는 특정 채권자가 적극적으로 대위권을 행사하더라도 그가 제 3 채무자로부터 수령한 재산을 자신이 독점할 수 없고, 원칙적으로 채무자에게 반환한 후 모든 채권자가 채권액 비율에 따라 공평하게 변제받아야 함을 의미한다.

⁶魏哲、崔吉子：《中国法上债权人代位权之行使效果》，载《중국법연구》第53期(2023)，第164页。

그러나 한국법의 실무는 이 전통적 입장을 완전히 고수하지는 않는다. 대위권 행사의 실효성을 고려하여, 한국 판례는⁷ 채권자가 제 3 채무자의 급부를 직접 수령할 수 있다고 인정하고 있다. 즉, 판례는 채권자가 제 3 채무자로 하여금 채무자에 대한 채무의 이행으로서 ‘채권자에게’ 직접 이행하게 함으로써 자신의 채권을 추심할 수 있다고 본다. 이를 학리상 ‘수령권’으로 표현하기도 하나, 이는 성문법상의 권리가 아니라 판례와 학설에서 인정하는 설명적 개념이다.⁸ 이에 더해, 한국의 다수설은 채권자가 상계권을 행사함으로써 사실상 다른 채권자보다 우선하여 변제받는 지위를 얻을 수 있다고 본다. 즉 “다수설은 상계를 통한 우선변제를 긍정한다.”⁹ 구체적으로, 채권자가 제 3 채무자의 금전 급부를 대위 수령한 후, 채권자는 채무자에 대해 채권을 가지고, 채무자는 해당 채권자에 대해 수령한 재산을 반환할 채무를 부담하는데, 양자는 모두 금전채무로서 상계적상의 요건을 갖춘다. 상계를 통해 채권자는 제 3 채무자로부터 수령한 재산을 종국적으로 보유함으로써 자신의 채권을 실현할 수 있다. 이 같은 해석 경로는 대위로 얻은 재산이 원칙적으로 채무자에게 귀속되어야 한다는 전통적 원칙을 유지하면서도, 채권자가 사실상 우선하여 변제받는 효과를 누릴 수 있도록 한다.

중국의 경우는 다소 다르다. 중국 구 「계약법」 사법해석 제 20 조에 따르면, “채권자가 제 3 채무자를 상대로 제기한 대위권 소송이 법원의 심리를 거쳐 대위권 성립이 인정된 경우, 제 3 채무자는 채권자에게 변제 의무를 이행하여야 하며, 채권자와 채무자, 채무자와 제 3 채무자 사이의 해당 채권채무관계는 즉시 소멸한다.”

⁷대법원 2005. 4. 15. 선고 2004 다 70024 판결.

⁸정다영, “채권자대위권의 기능 및 행사의 효과”, 재산법연구(한국재산법학회), 제 34 권 제 2 호(2017), 3-4.

⁹정다영, 전제논문, 7.

이 규정은 ‘책임재산 귀속 → 반환 → 상계’라는 복잡한 구조를 거치지 않고, 채권자에게 제 3 채무자로부터 직접 변제를 받을 수 있는 권리를 직접 부여한다. 따라서 중국의 채권자대위권 제도는 “전통적 대위권 원칙과 달리 채권자에게 채권을 직접 실현하는 기능을 부여한 ‘전형적인 중국 특색’”이라고 평가된다.¹⁰

종합하면, 한·중 양국의 채권 실현 경로 차이는 다음과 같이 요약할 수 있다. 중국법은 직접 변제 수령 규칙으로 효율성을 우선시하는 반면, 한국법은 책임재산 귀속 구조를 기초로 하되, 상계권 행사를 통한 사실상의 우선변제 방식을 통해 전통적 틀 내에서 효율성을 함께 고려하고 있다.

2. 입법적 가치 지향의 차이

한·중 양국의 대위권 제도에 나타난 채권 실현 경로의 차이는, 양국 입법자가 효율성과 공평성 사이에서 서로 다른 가치 선택을 했음에 그 원인이 있다. 중국 대위권 제도의 입법 목적은 명확하게 효율성 우선에 있다. 중국법상 채권자대위권은 더 이상 단순한 채권 보전 제도가 아니라 ‘채권 실현’의 기능을 갖는다.¹¹ 구 「계약법」 사법해석에 따르면, 채권자는 대위권 행사를 통해 “제 3 자로부터 직접 변제를 받을 수 있으며, 이러한 의미에서 대위권은 채권 실현 기능을 수행한다.”¹² 이러한 기능적 위치는 중국법이 설계에 있어 채권 실현의 편의성을 더 중시하며, 대위권을 채권자 자신의 이익을 직접 충족시킬 수 있는 제도적 도구로 만든다.

한국법의 가치 지향은 이와 다르다. 한국 대위권 제도의 “주요 목적은 채무자의

¹⁰이상욱·진봉영, “중국계약법상의 채권자대위권”, 민사법의 이론과 실무(민사법의 이론과 실무학회), 제 13 권 제 1 호(2009), 41-42.

¹¹ 魏哲、崔吉子: 《中国法上债权人代位权之行使效果》, 载《중국법연구》第 53 期(2023), 第 162 页。

¹²이상욱·진봉영, 전게논문, 41.

일반 책임재산을 유지하여 모든 채권자의 채권을 보전하는 데 있다.”¹³ 이는 특정 채권자가 적극적으로 대위권을 행사하더라도 그가 회수한 재산은 원칙적으로 자신에게 귀속되지 않고 채무자의 책임재산에 귀속되어 모든 채권자가 공정하게 변제받아야 함을 의미한다. 이러한 설계는 한국법이 채권자평등의 원칙을 견지하고 있음을 보여준다. 다만 한국법은 실무 차원에서 효율성을 완전히 무시하지는 않으며, 판례는 채권자의 직접 수령을 인정하고, 다수설은 상계를 통한 사실상의 우선변제를 긍정한다.¹⁴

주목할 점은, 중국법이 효율성 우선의 경로를 선택했지만, 이러한 선택은 이론적 긴장을 야기한다는 점이다. “대위권에서의 ‘대위’는 단지 권리 행사상의 대위일 뿐, 권리 이전상의 대위가 아니므로, 대위의 효과는 여전히 채무자에게 귀속되어야 한다.” 이 원리에 따르면, 채권자는 대위권을 행사함으로써 자신의 채권을 직접 실현할 수 없어야 하며, 이는 “중국법상 채권자대위권의 목적과 수단 사이에 무형의 긴장이 존재함”을 의미한다.¹⁵

종합하면, 한·중 양국의 대위권 제도에 나타난 입법적 가치 지향의 차이는 다음과 같이 요약할 수 있다. 중국법은 ‘효율성 우선’을 지향하여 대위권에 직접적인 채권 실현 기능을 부여하는 반면, 한국법은 ‘절차적 공정성’을 기본으로 하여 책임재산 귀속 구조를 견지하는 범위 내에서 제한적으로 효율성을 함께 고려하고 있다.

IV. 한·중 대위권 제도 차이의 원인분석

¹³정다영, 전제논문, 25.

¹⁴정다영, 전제논문, 4.

¹⁵ 魏哲、崔吉子：《中国法上债权人代位权之行使效果》，载《中国법연구》第 53 期(2023), 第 162 页。

1. 한·중 입법배경의 비교분석

중국의 채권자대위권 제도는 비교적 뚜렷한 실무지향적 특징을 보인다. 중국 입법자는 대위권 제도를 자국 실정에 맞게 수정하여, 채권자가 제 3 채무자로부터 직접 채무를 변제받을 수 있도록 규정하였다. 이러한 입법적 선택의 배경에는 민사 판결의 강제집행이 원활히 이루어지지 않는 현실적인 문제와 경제 활동 과정에서 발생하는 복잡한 다자간 채무 관계가 자리 잡고 있다. 채무자가 제 3 자에 대한 채권의 행사를 게을리하는 경우, 전통적인 강제집행 메커니즘만으로는 채권자의 권리를 실현하기 어렵기 때문에, 제도적 혁신을 통하여 집행의 대상을 제 3 자에게까지 확장할 필요성이 제기되었다.¹⁶ 이에 따라 해당 제도의 설계는 효율성 가치를 더욱 중시하고, 채권 실현에 소요되는 절차적 비용을 낮추는 데 주안점을 두고 있다. 입법 과정에 참여한 학자들은 채권자가 제 3 채무자로부터 직접 변제를 받을 수 있도록 한 규율이 도입된 것은 채권자의 권리 행사 유인을 제고하고 채권 실현에 대한 보호를 강화하기 위한 것이라고 지적한다. 이를 통하여 채무자의 책임재산을 보전하고 궁극적으로 채권의 만족을 도모하려는 데에 그 목적이 있다.¹⁷ 이로부터 중국 입법자의 본래 의도는 채권·채무 관계의 신속한 정리를 가속화함으로써, 중국 특색의 사회주의 시장경제가 요구하는 효율성에 부응하려는 데 있음을 알 수 있다.

이에 비해 한국의 채권자대위권 제도는 뚜렷한 계수성과 기능적 변용의 특징을 보이며, 실무에서는 자국의 집행 체계에 부합하는 다원적 기능 지향을 점차 형성해 왔다. 대위권 제도는 프랑스 민법전의 간접소권 제도에서 기원하여 일본 민법을 거쳐 한국 민법에 도입되었다. 이 제도는 강제집행 제도가 충분히 정비되지 않았던

¹⁶이상욱·진봉영, 전제논문, 28.

¹⁷黄薇: 《中华人民共和国民法典合同编解读》, 中国法制出版社(2020), 第 261 页。

프랑스에서 탄생하였으며, 본래 채무자의 일반담보를 보전하고 강제집행 제도의 미비를 보완하기 위한 목적을 지녔다. 한국 민사집행법은 독일법을 계수하여 강제집행과 보전절차에 관하여 상세한 규정을 두고 있다. 따라서 책임재산의 보전을 목적으로 이 제도가 탄생한 프랑스와 비교할 때, 한국의 채권자대위권 제도가 강제집행의 보충수단으로서 기능할 여지는 상대적으로 작다.¹⁸ 현재 한국법상 채권자대위권 제도는 1804 년 프랑스 나폴레옹 민법전이 예정하였던 책임재산 보전이라는 전통적 기능뿐만 아니라, 특정채권의 보전, 사실상의 우선변제 내지 채권회수 등의 기능에도 빈번하게 활용되고 있다.¹⁹ 판례가 특정채권의 보전을 위한 대위권 행사를 널리 인정하고 있어서, 오늘날 채권자대위제도의 주된 기능은 금전채권의 강제집행과는 무관한 특정채권 보전에 있다고 한다.²⁰

2. 한·중 집행절차의 연계와 조화

중국의 경우, 「중화인민공화국 민사소송법」 및 그 사법해석에서는 이행기 도래 채권의 집행에 관한 제도를 규정하고 있으나, 현행법은 주로 채권자대위권 제도를 통하여 구제를 도모하고 있어 강제집행절차와의 연계는 여전히 미흡한 상태이다. 「최고인민법원 민사소송법 적용에 관한 해석」 제 499 조에 따르면, 피집행인이 채무를 변제하지 못하면서 제 3 자에 대하여 이행기 도래 채권을 보유하는 경우, 인민법원은 신청집행인의 신청 또는 직권에 따라 제 3 자에게 이행통지를 발할 수 있다. 중국 집행법상 채무자의 이행기 도래 채권에 대한 집행(예컨대 동결, 추심 등

¹⁸ 곽윤직 편집대표(김능환 집필부분), 전게서, 744. 이러한 이유로 일본에서는 채권자대위제도의 폐지를 주장하는 견해도 있다.

¹⁹ 이준현, “채권자대위권에 관한 연구”(학위논문), 송실대학교 대학원(2013), 3.

²⁰ 곽윤직 편집대표(김능환 집필부분), 전게서, 745 참조.

조치)은 인정되고 있으나, 제도 설계상 한국의 “추심명령”²¹ 또는 “전부명령”²²과 같은 체계적 장치는 형성되어 있지 않다. 그 결과 동일한 채권실행 경로가 소송과 집행 사이에서 분산되고 중첩되는 양상을 보인다. 중국의 현행 제도는 본질적으로 별도의 소송을 통하여 집행절차의 한계를 보완하는 구조로서, 본래 집행단계에서 해결될 수 있었던 채권실행 문제가 독립된 실체적 분쟁해결 메커니즘으로 전치된 것으로 이해된다.²³ 이러한 의미에서 중국법상 채권자대위권 제도는 대체적 집행 기능을 가지며, 집행제도의 불완전성을 보완하는 보충적 경로로 기능한다.

한국의 경우, 채권자가 이행기 도래 채권의 행사를 게을리하는 상황에 대하여, 강제집행절차 내에서 중국보다 더욱 정교한 권리구제 수단이 마련되어 있다. 예컨대 “추심명령”은 채권자에게 채무자를 대신하여 제 3채무자에게 지급을 청구할 수 있는 권한을 부여하며, “전부명령”은 채권양도의 효력을 발생시켜 해당 채권을 집행채권자에게 직접 이전한다. 이러한 제도와 채권자대위권의 경합 문제는 대법원 2016. 8. 29. 선고 2015 다 236547 판결에서 잘 드러난다. 이 사건에서 법원은 채무자가 채권자의 대위권 행사 사실을 인지한 경우, 채무자의 피대위채권에 대한 처분권이 제한된다고 보았다. 또한 「민사집행법」 제 229 조 제 5 항²⁴을 유추적용하여, 피대위채권에 대한 전부명령은 우선변제권에 기한 특별한 경우를 제외하고는

²¹ 「민사집행법」 제 229 조 제 2 항은 “추심명령이 있는 때에는 압류채권자는 대위절차 없이 압류채권을 추심할 수 있다.”라고 규정한다.

²² 「민사집행법」 제 229 조 제 3 항은 “전부명령이 있는 때에는 압류된 채권은 지급에 갈음하여 압류채권자에게 이전된다.”라고 규정한다.

²³ 胡婷: 《债权执行程序的反思与修正》, 载《华东政法大学学报》第 27 期(2024), 第 159 页。

²⁴ 「민사집행법」 제 229 조 제 5 항은 “전부명령이 제 3채무자에게 송달될 때까지 그 금전채권에 관하여 다른 채권자가 압류·가압류 또는 배당요구를 한 경우에는 전부명령은 효력을 가지지 아니한다.”라고 규정한다.

대위채권자의 권리행사를 보호하려는 법의 취지에 반하므로 무효라고 판시하였다.²⁵ 이를 통해 알 수 있듯이, 채권자대위권 제도는 집행경합 상황에서도 여전히 강한 실효성을 가진다.

3. 한·중 대위권 제도 비교의 종합 및 제도개선 방안

종합하면, 한·중 양국의 채권자대위권 제도는 각각 장점과 한계를 동시에 지니고 있다. 중국의 경우, 현재 학계에서 그 행사의 효과를 둘러싼 핵심 쟁점은 채권자의 우선변제와 “책임재산 귀속 구조” 사이에서 어떠한 균형을 도모할 것인가에 있다. 일부 학자들은 「중화인민공화국 민법전」과 「중화인민공화국 계약법」 규정 간의 계승관계를 근거로, 중국의 대위권 소송 효력은 여전히 채권자 우선변제설을 따른다고 본다. 이에 반해 다른 견해는 우선변제의 확장 경향에 대해 신중한 비판적 입장을 취하며, 대위권 소송 판결은 채권자에게 단지 “상대방에 대한 급부청구권”만을 부여할 뿐이고, 채권의 최종적 실현은 여전히 집행절차의 진행에 의존한다고 본다.²⁶ 이러한 이론적 교착상태와 관련하여, 중국법상 대위권의 행사 효과는 본질적으로 직접적 효과와 간접적 효과의 결합을 통하여 “대위채권자에 대한 편향적 보호 및 채권회수 기능의 실현”이라는 입법 취지를 구현하는 것으로 이해된다.²⁷ 따라서 향후 중국 대위권 제도의 개선 방향은 “단일 규칙”에서 “유형별 처리”로의 전환을 모색할 필요가 있다. 한편으로는 한국법상 상계권 행사를 통해 우선변제를 실현하는 방식으로 “책임재산 귀속 구조”를 보완하는 입법례를 참조하여,

²⁵ 대법원 2016. 8. 29. 선고 2015 다 236547 판결.

²⁶ 夏璇: 《多数债权人代位权诉讼行使效果之省思》, 载《西南政法大学学报》第 3 期(2025), 第 117 页.

²⁷ 魏哲、崔吉子: 《中国法上债权人代位权之行使效果》, 载《 중국법연구》第 53 期(2023), 第 164 页.

중국법상 대위권의 간접적 효과 발생에 대한 법리적 근거를 마련할 수 있다. 다른 한편으로는 다수 채권자가 존재하거나 금전채권과 특정채권 간 상계가 곤란한 경우 등과 같이 직접수령 규칙만으로는 설명이 어려운 상황에서는 “책임재산 귀속 구조”를 수용하여, 실무상 채권자의 구제 효율을 확보함과 동시에 채권자평등의 법치 원칙을 유지할 필요가 있다.

한국의 경우, 현행 “책임재산 귀속 구조”는 전체 채권자의 공동담보를 보전하는 기능을 가지지만, 한편으로는 한국법상 강제집행절차에 이미 다양한 구제수단이 존재하는 상황에서, 대위권 제도와 강제집행 제도 간에 실무상 상당한 경합이 발생하고 있다는 비판이 제기된다. 그 결과 대위권이 정식 집행절차를 회피하기 위한 수단으로 남용되어 채권자평등의 원칙을 훼손할 우려가 있다.²⁸ 이러한 문제에 대응하기 위하여, 한국법상 대위권 제도는 입법적으로 그 보충적 지위를 명확히 하고, 신의성실의 원칙에 근거하여 집행절차 회피를 목적으로 하는 대위소송을 제한할 필요가 있다. 아울러 대위소송과 강제집행절차가 병행되는 경우의 절차적 조정 메커니즘을 구축하여 양자의 우선순위를 명확히 함으로써, 사법 자원의 낭비와 재판의 충돌을 최소화할 필요가 있다.

V. 결론

본 논문은 중한 양국의 채권자대위권 제도에 대한 비교연구를 통하여, 양국 제도가 핵심적인 행사효과의 측면에서 근본적인 차이를 보이고 있음을 밝히고, 그 차이의 발생 원인과 향후의 개선 방향을 분석하였다.

행사효과와 가치지향의 측면에서 양국 제도는 뚜렷한 대비를 이룬다. 중국

²⁸정다영, 전제논문, 2.

「민법전」은 이른바 ‘직접변제’ 구조를 채택하여, 대위권이 성립한 경우 제 3 채무자가 채권자에게 직접 이행하도록 함으로써, 대위권이 전통적인 보전기능을 넘어 채권실현의 효율성까지 확보하도록 한다. 이는 효율을 중시하는 입법적 가치지향을 반영하는 것으로서, 집행의 곤란 및 복수의 채무관계 등 현실적 문제에 대응하기 위한 제도적 선택으로 이해될 수 있다.

이에 반하여 한국법은 원칙적으로 대위로 인한 급부가 채무자의 책임재산에 귀속되어 모든 채권자에게 평등하게 분배되어야 한다는 이른바 ‘책임재산 귀속’ 구조를 유지한다. 그 가치적 기초는 채권자평등의 원칙과 절차적 공정성의 보장에 있다. 다만, 판례 및 학설은 채권자의 직접 수령을 허용하는 해석을 전개하고, 이를 상계권의 행사를 통하여 사실상 우선적 만족이 가능하다는 논리로 설명함으로써, 전통적 구조를 유지하면서도 효율성을 일정 부분 조화시키고 있다.

이와 같은 차이는 주로 양국의 입법적 배경과 강제집행제도의 정비 정도의 차이에서 비롯된다. 중국의 제도 설계는 실무적 필요와 문제 해결을 중시하는 경향이 강하며, 채권자대위권은 일정 부분 강제집행절차의 한계를 보완하는 기능을 수행해 왔다. 이에 비하여 한국의 제도는 대륙법계 전통의 계수라는 성격을 뚜렷이 가지며, 본래의 책임재산 보전 기능을 기초로 하면서도 채권회수의 촉진이나 특정 채권의 보호라는 방향으로 기능이 확장되어 왔다. 또한 이는 채권압류 및 추심명령, 전부명령 등 비교적 정비된 강제집행수단과 병존하거나, 경우에 따라 경합관계를 형성한다.

비교의 관점에서 볼 때, 향후 양국 제도의 발전은 각기 상이한 방향에서의 정비 가능성을 가진다. 중국법은 직접변제 구조를 유지하여 효율성을 확보하되, 복수 채권자가 존재하는 경우에는 책임재산 귀속 구조의 합리적 요소를 부분적으로 수용하여 유형별 처리 방식으로의 전환을 모색할 수 있을 것이다. 또한 상계권의

행사와 같은 법리를 통하여 채권자평등의 원칙과의 긴장을 완화하는 방안도 검토될 수 있다.

한국법의 경우, 채권자대위권이 강제집행절차에 대하여 가지는 보충적 지위를 보다 명확히 하고, 강제집행을 회피하기 위한 권리행사를 신의성실의 원칙에 따라 제한할 필요가 있다. 아울러 절차가 경합하는 경우의 조정 기준을 정립함으로써, 제도 전반의 체계적 정합성과 안정성을 확보할 필요가 있다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

<저서>

곽윤직 편집대표, 『민법주해[IX] 채권(2)』, 박영사, 1995.

<논문>

이상욱·진봉영, “중국계약법상의 채권자대위권”, 민사법의 이론과 실무(민사법의 이론과 실무학회), 제 13 권 제 1 호, 2009.

정다영, “채권자대위권의 기능 및 행사의 효과”, 재산법연구(한국재산법학회), 제 34 권 제 2 호, 2017.

이준현, “채권자대위권에 관한 연구”(학위논문), 송실대학교 대학원, 2013.

2. 외국어문헌

[중국어]

<저서>

黄薇: 《中华人民共和国民法典合同编解读》, 中国法制出版社, 2020.

<논문>

胡婷: 《债权执行程序的反思与修正》, 载《华东政法大学学报》第 27 期, 2024.

魏哲、崔吉子: 《中国法上债权人代位权之行使效果》, 载《중국법연구》第 53 期, 2023.

夏璇：《多数债权人代位权诉讼行使效果之省思》，载《西南政法大学学报》
第3期, 2025。

초 록

채권자대위권은 채권보전제도의 중요한 구성요소로서, 그 행사 효과는 채권 실현의 경로 및 채권자 간 이익 배분과 직접적으로 관련된다. 중국과 한국은 모두 대륙법계에 속하며 프랑스법 및 일본법의 영향을 받았으나, 채권자대위권의 행사 효과에 있어서는 서로 다른 제도적 모델을 형성하였다. 본 논문은 행사 효과를 중심으로 중·한 채권자대위권 제도를 비교연구하고자 한다. 먼저 양국 대위권 제도의 규범적 기초와 제도 구조를 정리한 후, 중국의 ‘직접수령 규칙’과 한국의 ‘책임재산 귀속 구조’가 채권 실현 방식, 제도 기능 및 가치 지향 측면에서 보이는 차이를 중점적으로 분석하였다. 연구 결과, 중국법은 채권 실현의 효율성을 보다 중시하여 대위권에 일정한 채권 실현 기능을 부여하고 있는 반면, 한국법은 책임재산의 보전과 채권자평등 원칙을 견지하면서 판례와 학설을 통하여 상계를 통한 사실상 우선변제의 해석 경로를 발전시켜 왔음을 확인할 수 있었다. 이러한 차이는 주로 양국의 입법 배경, 집행절차의 완비 정도 및 제도 기능에 대한 위치 설정의 차이에서 비롯된 것이다. 비교법적 분석을 바탕으로, 중국은 다수 채권자가 존재하는 특별한 상황에서 책임재산 귀속 구조의 합리적 요소를 적절히 수용할 필요가 있으며, 한국은 채권자대위권이 강제집행절차에 대하여 가지는 보충적 지위를 보다 명확히 할 필요가 있다고 본다. 이를 통해 효율성과 공평성 사이의 균형을 도모할 수 있을 것이다.

<주제어> 채권자대위권, 직접수령, 채권보전, 행사효과, 비교연구

A b s t r a c t

As an important mechanism for claim preservation, creditor's subrogation directly affects the realization of claims and the distribution of interests among creditors. Although both China and South Korea belong to the civil law tradition, their creditor's subrogation systems differ significantly in legal effects. Focusing on this issue, this paper compares China's rule of direct satisfaction with South Korea's approach of incorporating recovered assets into the debtor's general assets, analyzing their differences in claim realization methods, legislative values, and institutional functions. The study finds that Chinese law emphasizes efficiency in claim realization, while South Korean law prioritizes equality among creditors and preservation of the debtor's general assets. These differences mainly result from distinct legislative backgrounds and enforcement systems. Based on the comparison, this paper discusses possible directions for improving both systems in balancing efficiency and fairness.

Keywords: creditor's subrogation, direct satisfaction, claim preservation, legal effects, comparative study

生成式人工智能数据训练中的著作权合理使用问题研究*

A Study on Fair Use Issues in Copyright Law Concerning Data Training for Generative Artificial Intelligence

王萌 、徐诺（仁荷大学AI数据法学科）合着

Co-authors WANG MENG, XU NUO

(Master's graduate, Inha University Department of AI and Data Law)

目 录

一、绪论 2

（一）研究背景

（二）研究意义

（三）国内外研究现状

二、生成式人工智能训练数据合理使用概述

（一）生成式人工智能的释义和历史变迁

（二）生成式人工智能训练数据的基本原理

（三）生成式人工智能训练数据的核心特征

三、生成式人工智能训练数据的侵权问题分析

（一）数据采集与输入阶段的复制权侵权风险

（二）数据处理与学习阶段的演绎权侵权风险

* 文系在仁荷大学 2025 年冬季 AI 数据法律学科毕业论文大赛中荣获校长奖（一等奖）的论文基础上修改、补充而成。

(三) 数据输出与内容生成阶段的传播权侵权风险

(四) 生成式人工智能训练数据适用合理使用制度的必要性

四、生成式人工智能训练数据合理使用的法律实践和启示

(一) 美国生成式人工智能训练数据合理使用的法律实践

(二) 欧盟生成式人工智能训练数据合理使用的法律实践

(三) 韩国生成式人工智能训练数据合理使用的法律实践

(四) 中国生成式人工智能训练数据合理使用的法律实践

(五) 生成式人工智能训练数据合理使用法律实践的比较和启示

五、生成式人工智能训练数据合理使用的判断方法和合法边界

(一) 生成式人工智能训练数据合理使用的判断方法

(二) 生成式人工智能训练数据合理使用的合法边界

六、生成式人工智能训练数据合理使用制度的完善路径

(一) 明确“三步检验法”为主的综合判定标准

(二) 完善法律规范体系

(三) 优化并确立新的法律适用标准

(四) 构建训练数据使用的权利平衡机制

(五) 建立数据使用的透明化与法律监督制度

七、结语

一、绪论

(一) 研究背景

近年来,生成式人工智能技术取得突破性进展,以 DeepSeek 等为代表的生成式人工智能正在改变人们的生活方式。在国家战略指引下,人工智能正从国家战略层面渗透到民生领域。可见,未来人工智能将成为国家战略和

百姓日常生活中不可或缺的角色。然而，生成式人工智能的发展也为著作权制度带来了挑战。既包括生成式人工智能生成物的可版权性问题，又包括创作中训练数据行为的法律性质的问题即著作权合理使用问题。^[1]生成式人工智能创作中利用大量未经授权的作品，获得所有作品许可不仅十分困难而且使得开发主体面临着高额的成本，此种情形下不利于人工智能技术的发展。因此明确人工智能训练数据行为的法律性质，对于促进人工智能的发展是十分必要的。

（二）研究意义

1. 理论意义

中国《著作权法》属于舶来品，著作权合理使用制度与法定许可制度都是法律移植的产物。由于我们在最初立法阶段只借鉴了别人的法律条文，而没有对立法解释进行充分的学习，导致中国在适用《著作权法》时具有局限性和封闭性，合理使用制度作为调节著作权人利益与市场利益平衡的工具，对于解决问题具有重要的作用。本文通过对中、美、欧盟、韩国不同法域的比较，揭示合理使用制度在不同法律传统下的差异性与趋同性，促进对其共通理念与可借鉴模式的系统认知。这将丰富人工智能法学和知识产权法学的研究体系，为学界关于“生成式人工智能与著作权关系”的讨论提供更具体系化的理论支撑。

2. 实践意义

近现代科学技术的发展与著作权法的演进密不可分，科学技术的创新持续推动着著作权制度的完善。人工智能技术的发展打破了传统的著作权市场秩序，一般情况下，为了保护著作权人的利益会授予著作权人专有权。合理使用制度研究的目的是通过合理的手段对市场进行干预，调整人工智能创

^[1] 焦和平：《人工智能创作中数据获取与利用的著作权风险及化解路径》，载《当代法学》第4期（2022），第128-140页。

作中所产生的不均衡市场关系，保护著作权人的利益促进科技的发展。由于中国缺乏对生成式人工智能创作中的合理使用问题进行系统研究，对人工智能创作中的作品利用行为的法律性质的认定陷入困境。因此，对人工智能创作过程中作品利用行为的法律性质的研究，不仅能够完善合理使用制度，还能为立法和司法实践提供合理的解决方案。

（三）国内外研究现状

1. 国内研究现状

关于生成式人工智能在训练数据使用过程中的著作权侵权认定问题，国内学界已形成较为丰富的讨论。吴汉东（2020）指出，数据的收集、存储与挖掘是人工智能模型训练与生成结果的重要基础环节，若该阶段对作品的使用被认定为侵权，将直接影响生成内容的合法性。他建议借鉴“转换性使用”理论，结合使用目的与市场影响，判断训练数据的使用是否构成侵权。^[2]林秀芹（2021）认为，人工智能在“训练输入阶段”使用作品的行为可纳入合理使用范围，而若生成的模型输出与原作品形成“实质性相似”，则超出合理使用界限。^[3]焦和平（2022）进一步区分了人工智能训练阶段可能涉及的侵权类型，包括复制权、改编权与信息网络传播权等；刘友华认为，若训练过程中通过非法途径获取数据，则即使用于算法学习，也应认定为侵权行为。^[4]赵旭（2024）则主张，从“转换性使用”角度出发，生成式人工智能在学习利用他人作品时，若不直接替代原作品的市场功能，应当被视为合理使用，但若模型刻意模仿特定作者风格，则可能构成实质性相似，从而侵权。在合理使用制度的适用研究方面，吴汉东（2020）认为，若模型训练数据来源于大

^[2] 吴汉东：《人工智能生成作品的著作权法之问》，载《中外法学》第3期（2020），第653-673页。

^[3] 林秀芹：《人工智能时代著作权合理使用制度的重塑》，载《法学研究》第6期（2021），第170-185页。

^[4] 焦和平：《人工智能创作中数据获取与利用的著作权风险及化解路径》，载《当代法学》第4期（2022），第128-140页。

量不同作者，且其学习形成的仅是一般性风格或模式，应认定为合理使用；但若集中学习单一作者作品，则可能导致侵权。刘友华（2019）指出，现行合理使用制度存在“过度保护”问题，不仅难以实现利益平衡，还会抑制创作积极性，因此主张采用法定许可制度以兼顾权利人和研发者利益。^[5]林秀芹（2021）从主体视角出发，认为随着人工智能技术的进步，其在内容生成中的地位不断提升，应当在制度上承认训练数据使用的合理性。与此相对，马忠法（2020）则认为训练数据使用若对原作品的市场价值产生负面影响，不应被纳入合理使用范畴。^[6]

2. 国外研究现状

国外学界对生成式人工智能训练数据合理使用展开了较早研究。James Grimmelmann（2015）提出“机器阅读”（machine reading）概念，认为人工智能对作品的分析与学习类似于人类阅读，属于“非表达性使用”，应被合理使用规则所涵盖。Amanda Levendowski（2018）从算法公正与数据多样性的角度出发，认为允许训练中合理使用受保护作品，有助于避免算法偏见，不会实质损害原作品的市场。^[7]Benjamin L.W. Sobel（2017）则对美国现行合理使用规则持保留态度，他指出，该制度虽可能促进人工智能模型训练，但也存在限制数据利用、阻碍技术创新甚至剥夺生成式人工智能生成创造权的风险。

3. 国内外研究现状述评

通过梳理文献发现，现有研究普遍认同人工智能创作中训练数据行为存在著作权侵权风险，仅个别研究认为不侵权。认为侵权的学者虽采用不同的侵权判定标准，但对具体侵犯哪些著作权尚无定论。关于规制路径的选择，

^[5] 刘友华, 魏远山:《机器学习的著作权侵权问题及其解决》, 载《华东政法大学学报》第2期(2019), 第68-79页。

^[6] 马忠法, 肖宇露:《论人工智能学习创作的合理使用》, 载《山东科技大学学报(社会科学版)》第5期(2020), 第32-38+47页。

^[7] Amanda Levendowski, How Copyright Can Fix Artificial Intelligences Implicit Bias Problem, 93 Washington Law Review 621, 629-615 (2018).

学界形成两种代表性观点，一部分学者认为人工智能生成物会侵占原作品的市场，因此主张通过法定许可制度限制人工智能对作品的使用；另一部分则认为人工智能技术的发展不会实质侵犯著作权人的利益，因此倡导以合理使用制度促进人工智能技术的发展。当前学界的焦点主要集中于人工智能训练数据行为是否会侵犯著作权人的权利，而现行著作权法的目标不仅是保护著作权人的利益，同时也要促进科技的发展，若仅以是否侵犯权利人利益作为合理使用的判定标准，显然违背立法价值平衡原则。因此，应当对著作权人利益与市场发展的利益进行整体分析，才能够得出有效的解决方案。

二、生成式人工智能训练数据合理使用概述

（一）生成式人工智能的释义和历史变迁

生成式人工智能指能够基于已有数据自动生成文本、图像、音乐、视频或代码等新内容的人工智能系统。与传统人工智能注重分类或预测不同，生成式人工智能强调创作能力，其核心在于通过学习大量训练数据捕捉规律与模式，从而生成具有原创性和多样性的输出。从历史发展来看，20 世纪 50–70 年代的符号主义人工智能以规则推理为主，生成能力有限；80–90 年代统计模型和隐马尔可夫模型在文本和语音生成中初现端倪。2014 年，Goodfellow 等提出生成对抗网络（GANs），推动图像和视频生成技术突破。随后，基于 Transformer 架构的大规模语言模型在文本生成领域取得显著成果，并扩展至多模态生成。进入 2020 年代，生成式人工智能技术快速商业化，广泛应用于内容创作、辅助设计、教育和科研等领域，成为人工智能创新的重要方向。

（二）生成式人工智能训练数据的基本原理

生成式人工智能的训练数据原理核心在于通过大量样本，使模型学习数据的分布规律和内在模式，从而生成新的、高度相似或创新内容。训练数据

包括文本、图像、音频或多模态数据，经过清洗、去重和标准化后输入模型。模型通过迭代优化，将数据映射到内部参数空间，捕捉统计特征、语义结构和风格信息。训练通常分为特征提取与模式学习两阶段。特征提取阶段，模型通过嵌入、卷积层或注意力机制将原始数据转化为向量表示，提取关键特征。模式学习阶段，模型通过损失函数和优化算法不断调整参数，使生成内容接近训练数据分布，同时保持多样性和创新性。大规模语言模型或生成对抗网络正是基于这一原理，通过反复迭代实现高质量文本、图像等生成。

总体而言，生成式人工智能训练数据原理在于利用大规模样本进行统计学习，将数据特征内化为模型参数，使模型能够在保留规律的基础上生成新内容，为理解其技术机制及相关版权问题提供基础。

（三）生成式人工智能训练数据的核心特征

生成式人工智能训练数据具有几个核心特征，这些特征直接影响模型的生成能力、质量以及潜在法律风险。首先是规模性，生成式人工智能依赖海量数据进行训练，大规模样本能够帮助模型捕捉语言、图像或多模态内容的多样性和复杂规律，从而生成更自然、丰富和多元的输出。其次是多样性，训练数据通常来源广泛，包括不同类型、风格、领域和语境的文本或图像，以保证模型具备广泛适用性，并能够在不同 `prompt` 下生成高质量内容。第三是结构化与标注性，部分训练数据经过清洗、去噪和标签标注，使模型能够更准确地理解语义、风格或任务指令，从而提升生成精度和可控性。第四是隐性知识性，训练数据不仅承载表层信息，还包含语言模式、语法规律、图像构图原则等潜在知识，模型通过学习内化这些特征，使其具备一定创造性与泛化能力。最后是版权敏感性，训练数据中可能包含受版权保护的内容，模型在生成过程中可能再现或借鉴原作品，这一特征是当前生成式 AI 法律争议的核心所在。

三、生成式人工智能训练数据的侵权问题分析

生成式人工智能的训练过程的核心特征，不可避免地带来了多方面的潜在权利侵害风险。本文将以著作权问题为主要研究对象，分析生成式人工智能在训练各环节中可能涉及的著作权侵权风险。各阶段对应不同的法律风险形态：在数据采集与输入阶段，可能导致复制权侵权风险；在数据处理与学习阶段，模型构建过程可能涉及未经许可的演绎权侵权风险；而在数据输出与内容生成阶段，则可能因算法的复制行为或转化性使用，引发传播权相关的侵权风险。

（一）数据采集与输入阶段的复制权侵权风险

生成式人工智能的训练通常依赖于大量计算资源，实践中多采用云计算技术进行数据处理。该技术的应用涉及将通过各类渠道收集的数据上传并存储于网络服务器，这一行为符合著作权法中对“数字化”复制行为的界定。因此，若训练主体在未获得著作权人明确授权的情况下，将受保护作品用于人工智能训练，则可能构成对复制权的侵害。生成式人工智能获取训练文本的五种主要途径，均在不同程度上涉及复制权侵权风险。首先，就公开数据集的使用来看，尽管公有领域作品不构成侵权，但对仍受版权保护的作品进行使用，则存在侵权可能。即便某些公开数据集通过特定许可协议授权使用，也不意味着著作权被完全放弃。此类协议通常对使用目的、是否商用以及署名要求等设有明确限制。鉴于生成式人工智能多具备商业性质，其使用行为很可能超出协议允许的范围，从而引发复制权侵权风险。其次，机构自主数字化的文献资源，以及借助文本数据挖掘技术从互联网获取的文本，若未经著作权人明确许可，均可能构成对复制权的直接侵害，违反著作权法相关规定。^[8]再者，虽然服务协议中的授权条款或与作者签订的许可协议表面上为

^[8] 李宗辉：《论人工智能应用中的版权合理使用制度》，载《科技与法律》第4期（2020），第44—48页。

使用作品提供了依据，但在实践中仍易产生争议。以《“抖音”用户服务协议》为例，协议虽授权平台可将用户作品用于“研究”目的，但若未将生成式人工智能训练明确纳入“研究”范畴，则相关使用行为仍可能被认定为超出授权范围，进而构成侵权。综上所述，在生成式人工智能训练数据的获取环节，普遍存在复制权侵权风险。需要指出的是，机构自主数字化的文献资源及通过网络文本挖掘获取的素材，在训练中具有重要作用，因其能够提供大规模、多样化的文本数据，而这正是提升模型性能的关键。这两种数据来源所面临的复制权侵权风险，也成为生成式人工智能发展过程中亟待解决的法律问题。

（二）数据处理与学习阶段的演绎权侵权风险

中国《著作权法》第十三条及第五十二条确立了关于演绎作品的权利结构与侵权认定规则，明确演绎作品的作者对其作品享有独立的著作权，但该权利的行使不得侵犯原作品的著作权；未经许可实施改编、翻译等行为，即构成侵权。演绎侵权的认定主要基于两个要件：一是未经授权进行了演绎创作行为，二是该行为不属于合理使用范围。在人工智能模型训练中，演绎权侵权风险覆盖数据处理的全部环节。当生成式人工智能系统对受著作权保护的作品实施实质性修改，或生成与其相关的衍生内容时，若未取得相应授权，则可能构成侵权。相关司法实践已涉及此类问题的认定，例如：“奥特曼案”中，法院认定生成式人工智能输出的美术作品与原作构成实质性相似，分别构成对改编权与复制权的侵害。^[9]“《亚洲史论考》翻译纠纷案”中，未经许可进行跨语言转换的行为被认定为侵犯翻译权。^[10]“《民国报纸总目》案”则认定，未经授权的数据重组行为侵害了汇编权。^[11]上述判决均体现出司法实践中判断侵权的两个核心标准：一是对原作品“独创性表达的实质性利用”，二是是否产生“市场替代效应”。这既反映了现有著作权制度在面对生成式人

^[9] 参见广州互联网法院（2024）粤 0192 民初 113 号民事判决书。

^[10] 参见上海市徐汇区人民法院（2019）沪 0104 民初 3591 号民事判决书。

^[11] 参见北京知识产权法院（2022）京 73 民终 4681 号民事判决书。

人工智能挑战时具有一定的适应能力，同时也凸显出当前法律在“合理使用”范围界定不清、侵权认定标准相对滞后等方面的不足，从而为未来完善版权治理体系提供了重要的实践参考。

（三）数据输出与内容生成阶段的传播权侵权风险

在生成式人工智能的应用中，内容输出环节存在多类侵权风险。若生成内容与原作品构成实质性相似，可能侵犯复制权；如在原作品表达基础上形成新的独创性表达，则可能涉及改编权争议。当前，传播权侵权风险成为焦点，此类侵权虽根源于训练数据的不当使用，但须以具体生成内容为依据进行判定。尽管《暂行办法》规定了数据说明义务，但未强制公开训练数据来源，导致侵权溯源面临困难。其中，信息网络传播权侵权问题尤为显著，一旦生成内容包含受保护作品，其网络传播行为便可能构成侵权。中国司法实践已通过典型案例对生成式人工智能生成内容的著作权保护规则作出探索。在首例生成式人工智能平台侵害信息网络传播权纠纷案中，针对《庆余年》“人工智能一键成片”侵权问题，法院认定服务提供者未尽合理注意义务，不适用“避风港原则”，应承担过错责任，并确立了构建侵权防控体系、审查防控措施合理性等裁判标准。^[12]此外，“《伴心》生成式人工智能绘画侵权案”^[13]与“《一封家书》改编侵权案”^[14]等判决进一步明确：具有独创性的生成式人工智能作品受法律保护；服务提供者须通过算法优化、人工审核等方式履行注意义务；商业使用时需标注创作者身份，否则应承担侵权责任。上述案例为该领域版权保护提供了重要指引，也为平衡技术创新与权益保护确立了法律参照。

^[12] 参见湖南省长沙市中级人民法院（2024）湘 01 民终 18114 号民事判决书。

^[13] 参见江苏省常熟市人民法院（2024）苏 0581 民初 6697 号民事判决书。

^[14] 参见北京海淀法院（2018）京 0108 民初 11116 号民事判决书。

（四）生成式人工智能训练数据适用合理使用制度的必要性

基于上述生成式人工智能训练数据引发的侵权法律争议，本文认为将生成式人工智能训练数据的行为纳入合理使用制度范畴具有必要性与合理性。首先，此举符合利益平衡的内在价值。合理使用能够作为著作权与公共利益之间的“安全阀”，有效化解作品数据的私权属性与公共产品属性之间的冲突，从而在保障数据高效利用、降低平台合规成本的同时，兼顾创作者、使用者、平台及社会公众的利益。其次，这顺应了国家促进科技与文化发展的战略导向。《生成式人工智能服务管理暂行办法》要求提升训练数据质量与多样性，而纳入合理使用范畴，正有利于保障公众对作品的适当使用，促进文化信息交流与产业创新，服务经济社会发展大局。最后，这是应对海量数据使用现实困境的合理选择。生成式人工智能的训练依赖大规模数据，若采取法定许可模式，面临授权成本高昂、操作复杂的难题，可能迫使研发者减少优质数据使用或转嫁成本，阻碍技术创新。合理使用制度无需事先许可与支付报酬，能够更有效地满足其对海量、多样训练数据的现实需求，为人工智能产业的健康发展提供必要的法律空间。

四、生成式人工智能训练数据合理使用的法律实践和启示

对生成式人工智能训练数据的著作权规制进行跨国比较研究时，法域的选择至关重要。本研究选取美国、欧盟、韩国与中国作为核心比较对象，主要基于以下考量：美国作为技术策源地与判例法代表，其制度最具灵活性；欧盟作为大陆法系的集大成者，其规制模式体现出强烈的权利本位与风险预防倾向；韩国作为新兴科技强国，其立法发展迅速，展现了在成文法框架内寻求产业激励与权利平衡的最新尝试；而中国则是全球生成式人工智能领域的重要参与者与巨大的应用市场。通过将这四者进行比较，能够在一定程度上为我们带来相关的法律启示。

（一）美国生成式人工智能训练数据合理使用的法律实践

1. 美国生成式人工智能训练数据合理使用的立法动向

当前，美国对于生成式人工智能训练是否构成版权法上的“合理使用”，主要依托于《美国版权法》第 107 条所确立的“四要素检测法”进行个案判断，呈现出一种“因素主义”的开放模式。然而，随着技术的飞速发展，现有的法律框架面临挑战，立法与司法层面均出现了新的动向。在立法层面聚焦透明度与披露义务：尽管尚未出台专门立法，但美国国会已开始关注此领域。2024 年提出的《生成式人工智能版权披露法案》是标志性提案。该法案的核心并非直接判定训练行为的合法性，而是强制施加披露义务，要求开发者在产品上市前向版权局提交训练所用版权作品的详细清单及数据集来源。同时，法案授权建立公开数据库以供查询。值得注意的是，该法案将披露行为与合理使用的实体判断相分离，表明即使训练行为最终被认定为合理使用，要求训练方履行透明度义务也并不违背该制度的平衡精神。美国版权局于 2025 年发布的《人工智能与版权报告--第三部分生成式 AI 训练》中认为：现有法律框架仍然能够应对生成式人工智能的发展，合理使用的认定需要在所有相关情境下权衡多个法定因素，是否构成合理使用，将取决于所使用的作品类型、数据来源、使用目的以及对输出的控制方式--所有这些因素都会影响市场。美国版权局认为现实情况正在快速演变，从而没有给出明确意见，认为应该继续观察技术、判例和市场的发展动态。

2. 美国生成式人工智能训练数据合理使用的司法实践

美国关于生成式人工智能训练数据的案件逐步展现出合理使用适用的差异化趋势。在 *Anderson v. Stability AI* 案中，法院对原告提出的“压缩复制”理论并不采信，更倾向于认为 Stable Diffusion 的训练过程是对图像特征的数学学习，而非存储原作的可识别复制件。法院由此暗示，若生成式人工智能模型不重现作品表达，训练行为可被视为具有“转换性使用”的属性，为合

理使用提供支持。^[15]与此相反，Thomson Reuters v. Ross Intelligence 案则体现出严格审查，法院认定 Ross 大规模复制 Westlaw 具有编辑性与原创性的 headnotes，构成对核心表达的侵害，且不具备足够的转换性。此外，Ross 的 AI 产品与 Westlaw 的法律检索服务具有直接竞争关系，可能削弱原告市场优势，从而形成实质性市场损害。法院据此否定合理使用，指出在高原创性、强市场替代性的情形下，人工智能训练更难获得豁免。^[16]相比之下，Kadrey v. Meta Platforms 案对合理使用持相对宽松态度。法院认为 Meta 训练 Llama 模型具有一定转换性，原告亦未证明模型可输出替代原作的文本，或人工智能训练许可市场受到实际损害，因此在本案中合理使用得以成立。^[17]然而法院强调，这并不表明生成式人工智能训练当然合法，并特别指出“市场稀释”可能成为未来审查的关键：若模型生成的内容类型与原作高度接近，可能构成对作者市场的间接替代。

综上所述，美国司法实践呈现出在无复制可识别表达、用途具有明显转化性且缺乏市场替代风险的情形下，生成式人工智能训练更易被认定为合理使用；反之，如涉及高原创性内容、大规模复制以及可能威胁原作市场，则合理使用将受到更严格限制。

（二）欧盟生成式人工智能训练数据合理使用的法律实践

1. 欧盟生成式人工智能训练数据合理使用的立法动向

有关生成式人工智能训练数据的合理使用问题，欧盟及其成员国在著作权合理使用制度上采用“封闭式”“规则主义”的立法模式，即通过法律明确规定合理使用的限制与例外，并强调权利人的控制权。这一制度理念体现了“作者中心主义”，将作品视为作者人格与精神的延伸，主张作者对作品享有全面

^[15] Anderson v. Stability AI Ltd., No. 3:23-cv-00201-WHO (N.D. Cal. 2024).

^[16] Thomson Reuters Enter. Ctr. GmbH v. Ross Intelligence Inc., No. 1:20-cv-613-SB (D. Del. Feb. 11, 2025).

^[17] Kadrey v. Meta Platforms, Inc., No. 23-cv-03417-VC (N.D. Cal. Feb. 12, 2025).

的控制权。^[18]欧盟在应对生成式人工智能发展所引发的版权问题，首先通过立法设定明确规则。《数字化单一市场版权指令》是典型代表，其对文本与数据挖掘的例外进行了制度化安排。^[19]一方面，第 3 条允许研究机构和文化遗产机构为科学研究目的进行文本与数据挖掘，而不构成侵权。另一方面，第 4 条则将文本与数据挖掘例外扩展至所有主体，但前提是作品合法获取且权利人未通过技术手段明确保留权利。这一安排在保障科研与技术创新自由的同时，也为权利人提供了退出机制。与此同时《人工智能法案》进一步强调对生成式人工智能提供者的规范要求。法案要求提供者确保训练过程不侵犯版权，并建立包含训练数据类型与来源的技术文件，在必要时向监管机构提交。这一规定不仅强化了训练数据的透明度和可追溯性，也保障了权利人的知情权，同时为技术创新提供了合法合规的路径。

2. 欧盟生成式人工智能训练数据合理使用的司法实践

近年来，欧洲在生成式人工智能训练数据与著作权冲突问题上已出现多项具有代表性的司法判决，呈现出“保护创作者—保障创新”之间的多元平衡路径。其中，德国与英国的三个典型案例尤具代表性。首先，在 *GEMA v. OpenAI* 一案中，法院作出欧洲范围内首个明确认定生成式人工智能训练数据构成侵权的判决。法院认为，OpenAI 的模型对受版权保护歌曲歌词的“记忆”与潜在再现行为构成未经授权的复制，超出了欧盟《数字单一市场指令》所允许的文本与数据挖掘例外范围，生成式人工智能模型运营者应承担版权责任。该案确立了一个重要边界即当模型能够重现受保护表达时，训练即可能被认定为侵权。^[20]与此不同的是，在 *Kneschke v. LAION e.V.* 一案中则采纳了更为宽松的态度。法院认为，非营利组织 LAION 为研究目的建立训练

^[18] 吴汉东：《著作权合理使用问题研究》（第 4 版），中国人民大学出版社（2020），第 23 页。

^[19] 张金平：《人工智能作品合理使用困境及其解决》，载《环球法律评论》第 3 期（2019），第 120—132 页。

^[20] *GEMA v. OpenAI*, No. 42 O 14139/24 (Munich Reg'l Ct. Nov. 11, 2025).

数据集的行为属于 TDM 例外的适用范围，符合欧盟在促进科研创新方面的政策取向。由于训练数据的使用目的限于研究，且未产生可替代市场，法院最终驳回了原告的侵权主张。此案显示，欧盟司法实践对研究型数据挖掘提供了更大制度空间。^[21]第三，在 *Getty Images v. Stability AI* 一案中，法院对图像生成模型的训练行为给出了另一种路径。法院否认 *Stability AI* 构成版权侵权，认为 *Stable Diffusion* 模型并不存储或包含 *Getty* 图像的可识别复制品，故不属于版权法意义上的“复制”，但同时认定模型复制 *Getty* 的水印构成商标侵权。^[22]该案表明，在缺乏对原作直接可识别的再现证据时，版权侵权难以成立。

综上所述，欧盟司法实践呈现出差异化趋势：德国在可识别表达被再现时严格保护权利人；研究型数据挖掘获得豁免空间；英国则强调“模型是否包含可识别复制品”作为判断训练合法性的关键。案例共同反映出欧洲对生成式人工智能训练的审查模式仍处于动态发展阶段，法律边界依赖于具体技术机制、市场影响与例外制度的适用条件。

（三）韩国生成式人工智能训练数据合理使用的法律实践

1. 韩国生成式人工智能训练数据合理使用的立法动向

随着生成式人工智能在韩国快速发展，训练数据的合法使用问题逐渐成为立法重点。近年来韩国立法与监管部门在以下三个方面出现明显动向。首先，讨论是否将模型训练行为纳入合理使用范围。韩国文化体育观光部及专家学者正在评估训练过程中的大规模复制行为是否属于“非表达性使用”，并考虑在合理使用条款之外增设专门的人工智能训练例外。核心争议集中于训练是否对作品市场造成实质性影响，以及是否应建立许可或补偿机制。其次，加强训练数据透明度与责任追溯机制。韩国政策草案提出对训练数据来源、

^[21] *Kneschke v. LAION e.V.*, Hamburg Reg'l Ct., Sept. 2025.

^[22] *Getty Images (US), Inc. v. Stability AI Ltd.*, [2025] EWHC 2863 (Ch).

范围与许可状态进行披露，以确保权利人知悉作品的使用情况，并为潜在纠纷提供可追溯依据。透明性义务被视为放宽数据利用的前提条件。第三，借鉴国外模式，构建分类化的数据利用例外。韩国正参考欧盟的文本数据挖掘例外及日本的宽泛数据使用制度，讨论建立“科研训练例外”与“商业训练例外”的区分模式：前者给予更大豁免，后者可能附加补偿或许可要求，以平衡创新与著作权保护。总体而言，韩国的立法动向呈现出在保护创作者与支持产业发展之间寻求“适度开放”的方向，未来可能通过强化透明性与分类例外的方式构建更明确的生成式人工智能训练数据规则。

2. 韩国生成式人工智能训练数据合理使用的司法实践

韩国当前最具代表性的生成式人工智能训练数据争议案例是多家主流新闻媒体起诉 Naver，指控其在未经授权的情况下使用新闻报道作为大型语言模型训练数据。该案尽管尚无最终判决，但其争议结构已显示韩国司法对生成式人工智能训练数据问题的核心审理逻辑。本案焦点主要集中在三点，首先，媒体与 Naver 之间既有的新闻内容授权协议是否涵盖“生成式人工智能训练”这一新用途；其次，Naver 的训练行为是否属于韩国著作权法意义上的“必要性使用”或可被类推为合理使用；第三，生成式人工智能模型可能产生的新闻摘要与文本输出，是否对媒体的原作品市场构成潜在替代，从而造成市场损害。法院已要求原告提供被侵权的具体新闻作品清单，显示韩国法院强调举证模式，避免抽象化指控。Naver 则主张训练过程仅提取统计特征，并未再现原文内容，同时认为现有的内容合作协议已包括技术性使用场景。本案虽仍在审理，但其潜在意义重大，它呈现了韩国在生成式人工智能训练问题上审慎、严格举证、强调许可解释与市场影响的司法倾向，预计将成为未来韩国在生成式人工智能领域确立法律边界的重要参照。

（四）中国生成式人工智能训练数据合理使用的法律实践

1. 中国生成式人工智能训练数据合理使用的立法动向

中国《著作权法》第二十四条采用“封闭式列举”的合理使用规定，未明确包含生成式人工智能训练行为。这一立法空白在 2023 年施行的《生成式人工智能服务管理暂行办法》中得到初步回应。《暂行办法》第七条规定，服务提供者应当“使用具有合法来源的数据和基础模型”，且不得侵害他人知识产权。这一规定确立了“合法来源”的核心义务，体现了合规导向的监管思路。与美国“因素主义”和欧盟“权利保留”模式不同，中国方案强调通过“负面清单”方式划定行为底线，既为产业发展保留弹性空间，又通过行政监管确保基本秩序。同时，《暂行办法》要求采取有效措施保护训练数据安全，这隐含着对透明度和可问责性的要求，与全球监管趋势形成呼应。

2. 中国生成式人工智能训练数据合理使用的司法实践

当前，中国法院围绕生成式人工智能训练数据的合理使用问题，逐步形成了具有代表性的三类司法判断路径，分别体现为对一般训练行为的认可、对定向侵权训练的否定，以及对平台责任的强化。首先，“奥特曼”案成为国内首次明确肯定生成式人工智能训练行为可能构成合理使用的判决。法院认为，被告利用作品数据进行训练的目的在于学习原作的语言特征与风格，以实现转换性创作，而非再现作品表达。训练过程仅限于机器内部分析处理，未向公众提供，也未不当地损害权利人的市场利益。该案确立了判断生成式人工智能训练合理使用的三个核心要素：转换性目的、非公开性使用以及未造成市场替代。^[23]其次，《斗破苍穹》“美杜莎”案则界定了合理使用的边界。法院指出，用户利用平台微调功能以生成与原角色高度相似的图片，属于以特定侵权为目的的定向训练，与开发通用模型的广泛数据训练存在本质差异。此类行为直接再现作品表达，构成著作权侵权，不能援引合理使用。该案凸

^[23] 参见杭州互联网法院（2024）浙 0192 民初 1587 号民事判决书。

显训练目的与输出结果对合理使用适用的重要性，体现了司法对定向微调滥用的严格规制。再次，《庆余年》一键成片案虽然未直接评价训练行为，但通过强化平台对生成内容的审查义务，间接要求平台确保训练数据来源合法。当生成内容与知名影视作品构成实质性相似时，平台不能以技术中立为由免责。此举从输出端反向推动了训练阶段的合法性建设。

总体而言，案件共同构成了我国司法关于生成式人工智能训练合理使用问题的“三段式”结构：其一，在具有转换性目的、未向公众提供作品且未损害权利人利益的情形下，训练行为可以落入合理使用；其二，当训练目的直接指向再现特定作品表达时，合理使用不予适用；其三，平台需承担更高的输出内容审查义务，从而倒逼训练数据来源的合法性。这一体系展现了我国司法对技术发展与著作权保护之间平衡的动态把握，为未来相关案件的审理奠定了方向与框架。

（五）生成式人工智能训练数据合理使用法律实践的比较和启示

1. 规制路径的差异化特征

生成式人工智能的快速发展使得训练数据合理使用问题成为全球法律界关注的核心议题。美国、欧盟、韩国和中国基于各自的法律传统与产业战略，形成了具有鲜明特色的规制路径，为理解这一问题的法律应对提供了多元化的国际视角

美国遵循司法中心主义，其规制路径呈现出开放平衡的显著特征。基于普通法传统，美国主要依赖《版权法》第 107 条的“四要素检测法”，通过司法判例逐步构建规则体系。法院审查的核心聚焦于使用的“转换性”与“市场影响”，形成了动态调整的裁判标准。在 *Anderson v. Stability AI* 案中，法院认可了具有高度转换性的训练行为；而在 *Thomson Reuters v. Ross Intelligence* 案中，则对构成直接市场替代的行为予以严格限制。美国国会的立法介入相对谨慎，主要通过《生成式人工智能版权披露法案》等提案强化透明度要求，

体现了对司法裁量权的充分尊重。欧盟采取立法中心主义，其规制路径体现了权利优先的核心理念。基于大陆法系传统，欧盟通过《数字化单一市场版权指令》为文本与数据挖掘创设了“封闭式例外+选择退出”机制，既保障了技术创新空间，又维护了权利人的控制权。《人工智能法案》进一步强化了透明度和可追溯性要求，构建了系统化的风险监管框架。司法实践严格遵循立法设定，如在 *GEMA v. OpenAI* 案中，法院对模型“记忆”行为进行了严格认定，体现了欧洲法律体系对作者权利的高度保护。韩国处于立法探索期，其规制路径展现出审慎平衡的特点。韩国积极借鉴欧盟和日本的经验，讨论建立科研训练与商业训练的分类例外模式。在新闻媒体诉 Naver 案中，法院审理聚焦于许可协议解释和潜在市场损害等具体问题，展现了强调举证责任、避免抽象指控的司法倾向。这种立法与司法的互动探索，体现了韩国在成文法框架内寻求适应性解决方案的努力。中国形成协同治理模式，其规制路径具有务实灵活的特色。通过《生成式人工智能服务管理暂行办法》确立“合法来源”的底线要求，同时司法机关在个案中积极探索裁判规则。在“奥特曼”案中，法院形成了转换性目的、非公开性使用和市场替代影响的三段式审查逻辑；在“美杜莎”案中，明确区分了通用训练与定向微调的法律边界。这种行政监管与司法创新协同推进的模式，为技术发展保留了必要的弹性空间。

2. 规制路径差异化的动因分析

各国规制路径的差异源于其法律传统、产业战略与权利文化的深层次影响。在法律传统层面，美国的普通法传统孕育了司法中心的动态平衡模式，欧盟的大陆法传统则强调成文法的确定性和系统性。中国和韩国虽具有成文法传统，但在司法实践中展现出一定的创新性，体现了对法律适应性的追求。在产业战略层面，美国为维持技术领先地位，倾向于提供弹性的法律环境；欧盟出于风险预防和价值观守护，构建了严格的规制体系；中国和韩国作为技术追赶者，需要在创新激励与秩序规范之间寻求平衡。在权利文化层面，

欧洲的个人权利传统使其制度天然偏向创作者保护，美国的自由竞争文化则更注重公共利益，中韩的技术实用主义倾向于在可控范围内实现社会效益最大化。

3. 对中韩两国的启示

对正处于生成式人工智能发展关键期的中国和韩国而言，国际比较研究提供了重要的启示。在立法层面，两国应推动在《著作权法》中增设专门的AI训练例外条款。可借鉴欧盟的结构化设计，建立普遍允许使用合法获取作品的基本规则，同时明确权利人的选择退出机制，并为商业性训练探索合理的补偿安排。立法应为本国优势产业提供适当支持，为中小企业设置过渡性安排。在司法层面，需要发展精细化的裁判标准。应严格区分通用训练与定向微调的法律评价，深化对潜在市场影响的分析，特别关注生成内容对原作市场的稀释效应。同时，通过技术调查官等制度加强技术事实查明，确保裁判建立在准确的技术理解基础上。在治理层面，应构建以透明度为核心的治理框架。通过立法或强制性标准，要求AI开发者记录训练数据来源并建立权利处理机制。透明度建设应与行业自律、标准制定等软法治理相结合，形成多层次治理体系。

生成式人工智能训练数据的合理使用问题，本质上是数字时代技术创新与权利保护关系的重新调适。美国通过司法衡平展现弹性，欧盟通过立法预设彰显严谨，中国和韩国正在探索协同治理的新路径。对中韩而言，建立明确的法律规则、发展精细的裁判标准、构建透明的治理体系，是在促进创新与保障公平之间实现可持续平衡的关键所在。这一过程不仅关乎两国人工智能产业的发展，也将对全球数字治理格局产生深远影响。

五、生成式人工智能训练数据合理使用的判断方法和合法边界

在确立生成式人工智能训练数据适用合理使用原则的基础上，如何构建科学合理的判定标准成为亟待解决的法律议题。这不仅关系到个案中的法律适用，更将直接影响技术发展的路径选择与产业生态的构建。合理使用制度本质上是在著作权保护与公共利益之间寻求平衡，其适用需遵循权利不得滥用与公平原则两大基石。当前国际层面主要存在两种判定路径：以著作权人利益为重、标准严格的“三步检验法”，以及更具弹性、侧重使用行为转换性的“四要素判断法”。两种方法在价值取向和适用逻辑上各具特色，共同为我们构建判定体系提供了多元视角。

（一）生成式人工智能训练数据合理使用的判断方法

1. “三步检验法”的适用性分析

“三步检验法”作为国际著作权领域判断例外与限制的重要标准，已在《伯尔尼公约》《TRIPS 协定》等多项国际条约中确立。其中，《TRIPS 协定》因其与世贸组织争端解决机制相联动，具有更高的普适性与约束力。依据该协定，著作权例外必须满足三项条件：^[24]仅限于“某些特殊情况”；不得与作品的“正常利用”相冲突；不得“不合理地损害权利人的合法利益”。本节即在该框架下讨论生成式人工智能训练行为的合法性。

首先，关于特定情况的认定，各国普遍通过列举式模式规定著作权例外，但面对人工智能、大数据等新技术场景，传统例外框架正面临扩张压力。如德国立法列举 14 种例外情形，新加坡则在 2021 年直接将“计算数据分析”纳入例外，并未区分是否具有商业性质。学界以目的论解释“特定情况”，强调例外应服务于教育、科研、文化发展等公共利益领域，并倾向认为商业主体难以自动满足该要求。然而，数据驱动型经济表明，技术创新本身亦兼具显著公共利益，尤其在公共卫生、气候预测、社会服务优化等领域已展现重大

^[24] Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Article 13.

价值。因此，不应因训练主体多为商业实体即否定其“特定情况”属性，而应从其技术贡献及社会效益进行整体评估。未来我国著作权立法可参考国际趋势，将人工智能训练纳入例外范围，以回应科技发展的公共利益需求。

其次，关于不得与作品“正常使用”相冲突，“正常使用”包含现有市场的实际使用与未来潜在使用两个层次。^[25]在实际使用层面，若例外行为导致作品在现行市场中无法正常销售或授权，则构成冲突；在潜在使用层面，若例外行为阻碍未来可能发展的市场，同样不符合要求。针对人工智能训练，有观点强调其复制行为可能消解潜在授权市场，或导致对原作品具有替代性的内容，从而影响著作权人的利益。但应注意，人工智能训练并非基于作品内容本身，而是基于概率关系进行“非作品性使用”，其目的与作品消费并不一致，难构成与市场利用的直接竞争。此外，训练所需文本来源分散且数量庞大，许可市场难以有效形成，即便强行建立，亦会面临高昂成本和低效率的问题，不宜作为否定例外的依据。至于生成阶段可能出现的模仿、替代效应，应通过对生成内容的规制予以解决，而非否定训练阶段的例外适用。

第三，不得不合理地损害权利人的合法利益，判断是否“不合理”损害著作权人利益，应从整体效果而非技术方式本身进行评价。尽管人工智能训练使用了作品的完整内容，但其属于大规模、多文本的稀疏利用，单个作品的权利受损极为有限，难以认定为对经济利益造成实质危害。然而，训练可能涉及作者署名权、作品完整权等人格权问题，因此在例外之外仍需设计相应保障机制。国际上已有动向提出通过公布训练数据来源与设置“退出机制”方式，以兼顾技术发展与人格权保护。此类机制既能防止对权利人的不合理损害，也可以增强训练过程的透明度与合法性。

^[25] 张曼：《论 TRIPS 协议中“三步检验法”存废之争和解决途径》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》第 11 期（2016），第 103—108 页。

综上，从“三步检验法”的三个维度观察，生成式人工智能训练行为在总体上符合例外适用的法理基础。但在制度层面仍需配套措施，如数据来源公开、退出机制及生成内容规制等，可以在保护著作权人合法利益的同时，为人工智能技术的健康发展保留必要空间。

2. “四要素”判断法的适用性分析

“四要素判断法”源自美国 1976 年《版权法》第 107 条，其核心包括：使用目的和特性；版权作品的性质；使用部分的质与量；使用对潜在市场或价值的影响。^[26]

首先，使用目的和特性偏向非营利或非商业性，而生成式人工智能技术多由企业开发，主要用于商业服务，这与四要素法非商业性倾向存在冲突。例如，OpenAI GPT 系列的训练主要为商业化提供文本生成服务。然而，判例显示，商业性目的并非绝对障碍。The New York Times 诉 OpenAI and Microsoft 案中，法院考虑到训练行为以学习模式和规律为目的，并非直接复制创意表达，同时具有信息处理和技术创新价值，因此未完全否定合理使用。^[27]这表明训练行为的公共利益和创新贡献在评判中具有重要参考价值。

其次，版权作品的性质是判断合理使用的重要因素。未发布作品和高度创意性作品通常享有更强保护，而已出版或事实性作品保护相对较弱。生成式人工智能训练主要依赖已出版作品，这有利于合理使用辩护，但训练数据中含大量创意性作品，如小说、音乐等，增加了合理使用的难度。在纽约时报案中，原告强调训练数据包含其创意性报道，但法院认为训练行为主要为模式学习，非直接使用创意表达，从而支持合理使用的可能性。

第三，所使用部分的质与量考量也存在挑战。生成式人工智能训练具有“黑箱性”，难以精确量化对原作品的使用。案件中，原告尝试通过生成内容反

^[26] See Copyright law of the United States, Article 107.

^[27] The New York Times Company v. Microsoft Corporation, OpenAI, Inc., et al. Dec. 27, 2023, No.1:23-cv-11195。

推训练使用量，但法院指出这种方法无法准确反映训练过程。AI 输出通常为多源数据融合与深度改编，即便与原作相似，也不等同于对精华部分的直接复制。因此，应结合非表达性使用特征和训练目的判断，而非机械量化。

最后，使用对潜在市场或价值的影响在合理使用判定中至关重要。生成式人工智能训练行为主要用于模式学习，而非直接发布原作内容，其对市场影响有限，属于技术创新带来的正常竞争。纽约时报案中，法院认为训练阶段对潜在市场的干扰有限，同时人工智能可能创造新市场机会，因此可认定符合合理使用要求。

综上所述，结合案例分析，生成式人工智能训练在四要素框架下面临商业性和创意性作品使用的挑战，但其非表达性使用特征、算法创造性及公共价值贡献，使训练阶段合理使用具有一定司法可接受性。在我国未来法律实践中，四要素法仍是评估生成式人工智能合理使用的重要工具，但需结合技术特性和公共利益灵活适用。

3. “转换性使用”判断法的适用性分析

“转换性使用”原则由 Leval 教授于 1990 年提出，并在美国司法实践中逐渐成为合理使用判定的核心方法。^[28]其核心观点在于，使用者通过创造性改变作品内容或用途，使其使用目的与原作显著不同，即可构成合理使用。转换性程度越高，对其他因素的要求则越低。1994 年的“Campbell 诉 Acuff-Rose Music”案首次将该理论引入判决，并在随后“Perfect 10 诉 Amazon”等案件中得到广泛应用，强调新用途应具有信息检索、教育或社会价值等功能，与原作品用途明显区分。^[29]

然而，转换性使用原则也存在争议。一方面，过度关注形式或内容变化可能导致判定标准宽松，从而损害权利人合法权益；另一方面，过分强调使

^[28] See Leval, P. N., “Toward a Fair Use Standard”, Harvard Law Review, 103, 5 (1990). pp. 1105-1136.

^[29] Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

用目的和特性，可能忽略对市场影响的考量。2023 年的“Whorl 诉 Goldsmith”案明确指出，仅形式差异或新增含义不足以构成转换性使用，新作品必须具有明显不同用途且不与原作形成竞争，从而显著提高了认定门槛。^[30]这一判例对生成式人工智能合理使用的适用提出了新的挑战，尤其是在商业化训练与生成内容可能形成潜在竞争的情况下。在生成式人工智能训练中，对作品的使用通常符合转换性使用特征：训练目的是学习作品中的模式和规律，而非直接表达或发布原作品内容。人工智能系统主要利用事实性信息和数据结构，而非创造性表达，中间复制行为属于算法训练所必需的步骤，应视为新作品创作过程的一部分。即使训练输出结果与原作相似，也可能是基于广泛学习后的独立创作，而非对特定作品的直接使用。这一非表达性使用特征使训练阶段更容易符合转换性使用标准。然而，判例亦提醒，若人工智能生成物可能与训练作品形成市场竞争，尤其在商业目的下，其合理使用认定可能受限。因此，有学者将生成式人工智能分为表达型与非表达型：表达型生成内容可能与原作竞争，非表达型如人脸识别不涉及版权表达。本文认为，更应区分训练阶段与生成阶段：训练阶段的非表达性使用本质上属于转换性使用，应适用合理使用原则；生成阶段则需综合考虑 AI 公司采取的技术措施及实际效果，包括内容过滤、版权检测等，以降低潜在侵权风险。

综上所述，转换性使用原则在生成式人工智能训练阶段具有明确适用性，有助于支持合理使用的判定，同时应结合实际操作阶段和技术防控手段对生成阶段进行差异化处理，从而在保护版权与促进技术创新之间取得平衡。

（二）生成式人工智能训练数据合理使用的合法边界

1. 使用目的的合法性边界

使用目的的合法性是判断训练行为正当性的首要标准。首先，转换性使用的认定应采取实质性判断方法。训练过程将作品从供人阅读欣赏的客体转

^[30] Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 598 U.S. 508 (2023).

变为机器学习的原材料，实现了使用目的的根本性转变。这种转变不仅体现在功能层面，更体现在价值创造方式上——通过算法模型提取作品的抽象特征，创造出新的智能能力，形成独立的价值增量。其次，商业性使用的边界需突破传统二元思维。即使训练行为由商业主体实施，只要其产生的技术效益具有显著的公共利益属性，就应当承认其合法性。评估指标应包括：技术创新的社会价值、知识传播的促进效果、产业升级的带动作用等。

2. 使用行为的合法性边界

使用行为的合法性边界关注训练过程的具体实施方式。在数据获取环节，应确立“合法来源”的绝对标准。这不仅要求训练数据的获取途径合法，还要求建立完善的数据溯源机制。具体包括：确保数据获取方式的合法性、建立数据来源记录制度、实施数据质量评估标准等。在数据处理环节，需要建立“必要性原则”的具体标准。这一原则应从技术必要性和比例原则两个维度把握：技术必要性要求训练过程中的数据使用应是实现技术目标所必需的；比例原则要求在使用方式上应选择对著作权人利益影响最小的方案，如在训练完成后及时删除原始数据。

3. 使用效果的合法性边界

使用效果的合法性边界是判断训练行为正当性的最终标准。市场替代效应的评估应采取动态、全面的分析方法。要区分直接替代和间接竞争：直接替代是指生成内容与原作品在功能和使用场景上高度重合；间接竞争则是技术发展带来的市场格局变化。只有在构成直接替代的情况下，才应认定存在市场替代效应。利益平衡的实现需要建立多层次保障体系：在技术层面，鼓励采用内容过滤、版权检测等技术措施；在制度层面，建立著作权人选择退出机制；在契约层面，推动行业建立最佳实践准则。

六、生成式人工智能训练数据合理使用制度的完善路径

在当前全球人工智能竞争格局下，构建科学合理的生成式人工智能训练数据著作权治理体系具有重要战略意义。基于前文对判定要素与合法边界的系统分析，本章将提出系统化的制度完善路径。首先是法律制度层面，需要通过构建“三步检验法”为主、转换性使用为辅的判定标准，完善著作权例外条款设计，为技术创新提供明确的法律预期。

（一）明确“三步检验法”为主的综合判定标准

首先，应当确立“三步检验法”在合理使用判定中的核心地位。具体而言：在“特定情形”认定上，建议通过立法明确将符合条件的人工智能训练纳入法定例外情形；在“不影响作品正常使用”判断上，应重点考察训练行为是否实质性地替代了原作品的市场功能；在“不得不合理损害权利人合法权益”审查上，需结合比例原则，综合考虑训练行为对著作权人经济利益与精神权益的影响程度。其次，引入“转换性使用”作为辅助判断标准。当训练行为对作品的使用目的发生实质性转变，即从传统的欣赏、传播转变为机器学习的数据分析，且未与原作品形成直接市场竞争时，应倾向于认定其构成合理使用。这一判断需严格遵循第六章确立的合法性边界，确保转换性使用不会不当损害著作权人的核心利益。

（二）完善法律规范体系

在《著作权法实施条例》中增设专门条款，明确规定：“为生成式人工智能训练目的，对合法获取的已发表作品进行必要的复制和使用，不属于侵犯著作权行为，但不得影响作品的正常使用，也不得不合理地损害著作权人的合法权益。”该条款应明确四个核心要素：适用主体涵盖所有合法开展训练活动的主体；使用客体限定为合法获取的已发表作品；行为边界限于训练所必需的复制和使用；使用目的严格限定于模型训练。同时，立法应当明确界定“

非表达性使用”的法律内涵，强调训练过程中对作品的使用旨在提取数据特征和学习模式规律，而非再现作品的独创性表达，为司法实践提供明确指引。

（三）优化并确立新的法律适用标准

在生成式人工智能的训练阶段，现有著作权合理使用规则在适用上存在边界模糊、可预期性不足的问题，因此有必要通过立法层面对其适用标准进行细化与扩充。首先，应明确训练使用属于“技术性利用”而非“内容性替代”，立法上可将模型训练界定为独立的合理使用类型，从体系内确立其合法地位。其次，应引入兼具技术与法律属性的评估标准，例如数据处理是否具有必要性、是否采用了去标识化或最小化原则、训练结果是否对原作造成市场替代等，以强化对权利人利益的保护。此外，还需建立模型训练过程的透明化义务，通过备案、说明性披露等方式提升监管机关与权利人对算法数据流的可识别性。上述制度的构建，有助于将合理使用从抽象原则具体化为可执行的行为规范，为生成式人工智能的发展提供更加稳定、可预见的法律环境。

（四）构建训练数据使用的权利平衡机制

在传统著作权体系中，“作者权利—公众利益”之间的平衡结构主要通过合理使用、法定许可和权利限制等制度维持。然而生成式人工智能训练具有规模化、自动化、不可逆再生等特性，使这一传统平衡结构面临显著冲击。因此，在法律层面构建更加具备技术适应性的新型权利平衡机制，不仅必要，而且具有结构性价值。

首先，应在立法中明确训练数据使用的“权利划分”逻辑。生成式人工智能训练对作品的利用具有高度的工具性，通常不以“作品再现”或“替代消费”为目的，因此在权利认定上可以引入“功能性利用”概念，将其与传统意义上的复制、传播进行区隔。对于训练阶段仅进行数据模式抽取的情形，可考虑将其纳入不构成侵权的特定利用类型，从制度上降低权利冲突密度。

其次，应在权利保护与创新激励之间建立动态平衡。为避免模型训练对作者经济权益造成潜在侵害，可以在立法中增设补偿机制，例如对使用大量受保护作品的商业训练主体设置“合理补偿金”或“行业公约式补偿池”。这种机制既避免成本过高而阻碍创新，又保障权利人的经济利益不被消解。

再次，为防止生成式人工智能训练导致权利滥用或数据垄断，应当引入竞争法视角，规定大型模型开发者在数据收集、训练规模和市场支配地位情况下的合规义务。例如，有必要明确模型训练数据集的来源透明度要求与反不正当竞争条款，以确保数据不会被用作排他性优势，避免形成事实上的技术壁垒。

最后，构建权利平衡机制还需依托跨部门协调。著作权法、数据法、隐私法与反垄断法之间应形成协同关系，通过制度衔接来确保不同权利主体的利益在“动态平衡”中获得兼顾。通过这样的制度构造，能够在保持技术发展的开放性与活力的前提下，最大限度地保护作者利益并保障社会公众对人工智能创新成果的公平获取与分享。

（五）建立数据使用的透明化与法律监督制度

生成式人工智能训练过程高度技术化、复杂化，缺乏透明机制不仅导致著作权人难以判断其作品是否被使用，也使监管机构难以对训练行为的合法性进行评估。因此，建立具有法律强制力的数据透明化与可监督制度，是确保合理使用框架有效运作的重要前提。

首先，立法应要求模型开发者在训练阶段落实最低程度的“数据来源披露义务”。该义务不必要求公开全部数据集内容，但应披露数据集类型、来源渠道以及权利获取方式等基本信息。

其次，应构建独立的第三方监管与审计机制，用于对训练数据的合规性进行周期性评估。第三方机构可以依据法定标准对企业的数据收集流程、权

利获取方式和合理使用的适用性进行审查，从而弥补权利人个人监督能力不足的问题。

最后，对数据透明与监督制度的执行应当与行政处罚、民事责任和信用体系挂钩，以确保制度具有实质约束力。只有当透明化义务成为模型开发者必须承担的常规合规成本时，合理使用制度才能在人工智能领域真正落地。

七、结语

生成式人工智能的兴起对传统著作权制度提出了前所未有的挑战，也带来了制度创新的重要机遇。本文系统探讨了训练数据使用在合理使用制度下的合法性与合理性，指出当前封闭式列举的合理使用条款难以适应技术发展的现实需求。为此，我们提出应通过立法明确“生成式人工智能训练例外”，构建以“三步检验法”为核心、辅以“转换性使用”理念的综合判断体系，并在行政管理层面建立数据披露、选择退出与补偿金等平衡机制。这些路径不仅有助于化解当前的法律困境，也为中国在人工智能时代的法治建设与产业创新提供了可行方向。未来，应在兼顾国际规则与本土实践的基础上，持续完善著作权制度，使其在保护原创与促进技术发展之间实现动态平衡，助力中韩在全球人工智能治理中赢得制度话语权与发展主动权。

参 考 文 献

1. 国内文献

〈著作〉

吴汉东：《著作权合理使用问题研究》（第 4 版），中国人民大学出版社（2020）。

〈论文〉

焦和平：《人工智能创作中数据获取与利用的著作权风险及化解路径》，载《当代法学》第 4 期（2022）。

吴汉东：《人工智能生成作品的著作权法之问》，载《中外法学》第 3 期（2020）。

林秀芹：《人工智能时代著作权合理使用制度的重塑》，载《法学研究》第 6 期（2021）。

刘友华,魏远山：《机器学习的著作权侵权问题及其解决》，载《华东政法大学学报》第 2 期（2019）。

马忠法,肖宇露：《论人工智能学习创作的合理使用》，载《山东科技大学学报(社会科学版)》第 5 期（2020）。

张曼：《论 TRIPS 协议中“三步检验法”存废之争和解决途径》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》第 11 期（2016）。

李宗辉：《论人工智能应用中的版权合理使用制度》，载《科技与法律》第 4 期（2020）。

张金平：《人工智能作品合理使用困境及其解决》，载《环球法律评论》第 3 期（2019）。

2. 外文文献

【英语】

[Amanda Levendowski, How Copyright Can Fix Artificial Intelligences Implicit Bias Problem, 93 Washington Law Review 621, 629-615 (2018).

Anderson v. Stability AI Ltd., No. 3:23-cv-00201-WHO (N.D. Cal. 2024).

Thomson Reuters Enter. Ctr. GmbH v. Ross Intelligence Inc., No. 1:20-cv-613-SB (D. Del. Feb. 11, 2025).

Kadrey v. Meta Platforms, Inc., No. 23-cv-03417-VC (N.D. Cal. Feb. 12, 2025).

GEMA v. OpenAI, No. 42 O 14139/24 (Munich Reg' l Ct. Nov. 11, 2025).

Kneschke v. LAION e.V., Hamburg Reg' l Ct., Sept. 2025.

Getty Images (US), Inc. v. Stability AI Ltd., [2025] EWHC 2863 (Ch).

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Article 13.

See Copyright law of the United States, Article 107.

The New York Times Company v. Microsoft Corporation, OpenAI, Inc., et al. Dec. 27, 2023, No. 1:23-cv-11195.

See Leval, P. N., "Toward a Fair Use Standard", Harvard Law Review, 103, 5 (1990). pp. 1105-1136.

Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 598 U.S. 508 (2023).

摘要

随着生成式人工智能技术的快速发展，其在训练过程中对海量作品数据的使用引发了复杂的著作权争议。本文聚焦于生成式人工智能训练数据在著作权法中的合理使用问题，系统分析了现行法律框架下训练行为面临的侵权风险与制度困境。通过比较美国、欧盟、韩国及中国的立法与司法实践，提出在坚持“三步检验法”核心地位的基础上，引入“转换性使用”作为辅助判断标准，并构建“主辅结合”的综合判定体系。研究建议通过增设专门例外条款、明确合理使用边界、建立数据披露与选择退出机制等路径，在保障著作权人利益的同时，为人工智能普适提供制度支持，促进法律体系与技术发展的协同演进。

关键词：生成式人工智能；著作权；人工智能训练；数据安全

Abstract

With the rapid advancement of generative artificial intelligence technology, its use of massive amounts of creative works in the training process has sparked complex copyright controversies. This paper focuses on the issue of fair use under copyright law regarding training data for generative AI, systematically analyzing the infringement risks and institutional challenges faced by training activities within the current legal framework. By comparing legislative and judicial practices in the United States, the European Union, South Korea, and China, it proposes incorporating "transformative use" as an auxiliary criterion while upholding the core role of the "three-step test," and constructs a comprehensive "primary-supplementary" evaluation system. The study recommends establishing specific exception clauses, clarifying the boundaries of fair use, and implementing data disclosure and opt-out mechanisms to safeguard the interests of copyright holders while providing institutional support for the development of artificial intelligence, thereby fostering the synergistic evolution of the legal system and technological progress.

Keywords: Generative Artificial Intelligence; Copyright; AI Training; Data Security

생성형 인공지능 학습데이터의 저작권법상

공정이용 문제에 관한 연구*

A Study on Fair Use under Copyright Law for Training Data in Generative Artificial Intelligence

왕맹(王萌), 서낙(徐諾) (인하대학교 AI·데이터법학과 석사생) 공저

Co-author WANG MENG,XU NUO

Master Student, Dept of AI & Data Law, INHA University

번역 마봉초(馬鵬超)(인하대학교 법학과 박사생)

Translator MA PENGCHAO

(doctoral student of law, INHA University)

목 차

I. 서론

1. 연구 배경
2. 연구 의의
 - 가. 이론적 의의
 - 나. 실천적 의의
3. 국내외 연구 현황
 - 가. 국내 연구 현황
 - 나. 해외 연구 현황
 - 다. 국내외 연구 현황에 대한 검토

II. 생성형 인공지능 학습데이터의 공정이용 개관

* 본 논문은 인하대학교 2025 년 동계 AI·데이터법학과 졸업논문대회에서 총장상(1 등상)을 받은
논문을 수정, 보완하여 제출한 것임.

1. 생성형 인공지능의 의의와 역사적 변천
2. 생성형 인공지능 학습데이터의 기본 원리
3. 생성형 인공지능 학습데이터의 핵심 특성

III. 생성형 인공지능 학습데이터의 침해 문제 분석

1. 데이터 수집 및 입력 단계의 복제권 침해 위험
2. 데이터 처리 및 학습 단계의 2차적저작물작성권 침해 위험
3. 데이터 출력 및 콘텐츠 생성 단계의 전송권 침해 위험
4. 생성형 인공지능 학습데이터에 공정이용 제도를 적용할 필요성

IV. 생성형 인공지능 학습데이터 공정이용의 법적 실무와 시사점

1. 미국의 법적 실무
2. 유럽연합의 법적 실무
3. 한국의 법적 실무
4. 중국의 법적 실무
5. 법적 실무의 비교와 시사점

V. 생성형 인공지능 학습데이터 공정이용의 판단방법과 적법한 한계

1. 판단방법
2. 적법한 한계

VI. 생성형 인공지능 학습데이터 공정이용 제도의 개선방안

1. 3 단계 테스트를 중심으로 한 종합 판단기준의 명확화
2. 법규범 체계의 보완
3. 새로운 법적용 기준의 정립
4. 학습데이터 이용의 권리균형 메커니즘 구축
5. 데이터 이용의 투명성과 법적 감독제도 구축

VII. 결론

I. 서론

1. 연구 배경

최근 생성형 인공지능 기술은 획기적인 발전을 이루었으며, DeepSeek 등을 대표로 하는 생성형 인공지능은 사람들의 생활방식을 변화시키고 있다. 국가전략의 지도 아래 인공지능은 국가전략 차원에서 국민생활 영역으로 확대되고 있다. 따라서 앞으로 인공지능은 국가전략과 국민의 일상생활에서 없어서는 안 될 역할을 하게 될 것이다. 그러나 생성형 인공지능의 발전은 저작권 제도에 도전장을 던진다. 여기에는 생성형 인공지능 생성물의 저작권 보호 가능성 문제뿐만 아니라 창작 과정에서 학습데이터를 이용하는 행위의 법적 성질, 즉 저작권법상 공정이용 문제도 포함된다.¹² 생성형 인공지능을 이용한 창작에는 허락받지 않은 다수의 저작물이 이용된다. 모든 저작물에 관하여 이용허락을 받는 것은 매우 어려울 뿐만 아니라 개발 주체에게 막대한 비용을 부담시켜 인공지능 기술의 발전을 저해할 수 있다. 따라서 인공지능 학습데이터 이용행위의 법적 성질을 명확히 하는 것은 인공지능의 발전을 촉진하기 위해 매우 필요하다.

2. 연구 의의

가. 이론적 의의

중국 「저작권법」은 외국에서 도입된 법제이며, 저작권의 공정이용 제도와 법정허락 제도도 모두 법제 이식의 산물이다. 초기 입법 단계에서 외국의 법조문만을 참고하고 그 입법 해석을 충분히 학습하지 못하였기 때문에 중국의 「저작권법」 적용에는 제한성과 폐쇄성이 나타났다. 공정이용 제도는 저작권자의 이익과 시장의 이익 사이의 균형을 조정하는 수단으로서 문제 해결에 중요한 역할을 한다. 본문은

¹¹[역자주] 원문의 “合理使用”은 문맥상 fair use에 해당하므로 본문에서는 “공정이용”으로 통일하였다. 다만 중국 「저작권법」 제 24 조는 열거된 저작권 제한·예외를 중심으로 구성되어 있어 미국법상 개방형 공정이용 조항과 제도 구조가 동일하지는 않다.

¹²焦和平：《人工智能创作中数据获取与利用的著作权风险及化解路径》，载《当代法学》第4期(2022)，第128-140页。

중국, 미국, 유럽연합 및 한국의 서로 다른 법역을 비교하여 각 법 전통 아래에서 공정이용 제도가 보이는 차이와 수렴 현상을 밝히고, 그 공통 이념과 참고 가능한 모델을 체계적으로 인식하고자 한다. 이는 인공지능법학과 지식재산권법학의 연구 체계를 풍부하게 하고, 생성형 인공지능과 저작권의 관계에 관한 학계의 논의에 보다 체계적인 이론적 근거를 제공할 것이다.

나. 실천적 의의

근현대 과학기술의 발전은 저작권법의 발전과 밀접한 관련이 있으며, 과학기술의 혁신은 저작권 제도의 개선을 지속적으로 촉진해 왔다. 인공지능 기술의 발전은 전통적인 저작권 시장질서를 변화시켰다. 일반적으로 저작권자의 이익을 보호하기 위하여 저작권자에게 배타적 권리를 부여한다. 공정이용 제도를 연구하는 목적은 합리적인 방식으로 시장에 개입하고, 인공지능 창작에서 발생한 불균형한 시장관계를 조정하며, 저작권자의 이익을 보호하는 동시에 과학기술의 발전을 촉진하는 데 있다. 중국에서는 생성형 인공지능 창작과 관련한 공정이용 문제에 대한 체계적 연구가 부족하므로, 인공지능 창작 과정에서 저작물을 이용하는 행위의 법적 성질을 인정하는 데 어려움이 있다. 따라서 인공지능 창작 과정의 저작물 이용행위에 대한 법적 성질을 연구하는 것은 공정이용 제도를 보완할 뿐만 아니라 입법과 사법실무에도 합리적인 해결방안을 제공할 수 있다.

3. 국내외 연구 현황

가. 국내 연구 현황

생성형 인공지능이 학습데이터를 이용하는 과정에서 발생하는 저작권 침해의 인정 문제에 관하여 중국 학계에서는 이미 비교적 풍부한 논의가 이루어졌다. 우한둥(吴汉东, 2020)은 데이터의 수집, 저장 및 마이닝이 인공지능 모델의 학습과 결과 생성에 중요한 기초 단계이며, 이 단계에서의 저작물 이용이 침해로 인정되면 생성 콘텐츠의 적법성에 직접적인 영향을 미친다고 보았다. 그는 변형적 이용

이론을 참고하여 이용 목적과 시장에 미치는 영향을 결합해 학습데이터 이용이 침해에 해당하는지를 판단할 것을 제안하였다.³ 린슈친(林秀芹, 2021)은 인공지능이 학습 입력 단계에서 저작물을 이용하는 행위는 공정이용의 범위에 포함될 수 있으나, 모델의 출력이 원저작물과 실질적으로 유사한 경우에는 공정이용의 한계를 벗어난다고 보았다.⁴ 자오허핑(焦和平, 2022)은 인공지능 학습 단계에서 발생할 수 있는 침해 유형을 복제권, 개작권 및 정보네트워크전송권 등으로 구분하였다. 류유화(刘友华)는 학습 과정에서 불법적인 경로로 데이터를 취득하였다면 알고리즘 학습에 사용되었다더라도 침해로 인정해야 한다고 보았다.⁵ 자오쉬(赵旭, 2024)는 변형적 이용의 관점에서 생성형 인공지능이 타인의 저작물을 학습하고 이용하더라도 원저작물의 시장 기능을 직접 대체하지 않는다면 공정이용으로 보아야 한다고 주장하였다. 다만 모델이 특정 저자의 스타일을 의도적으로 모방하면 실질적 유사성이 인정되어 침해가 성립할 수 있다고 보았다. 공정이용 제도의 적용에 관한 연구에서 우한둥(2020)은 모델의 학습데이터가 다수의 서로 다른 저자로부터 비롯되고 학습 결과가 일반적인 스타일이나 패턴에 그친다면 공정이용으로 인정해야 하지만, 한 저자의 저작물만을 집중적으로 학습하면 침해가 발생할 수 있다고 보았다. 류유화(2019)는 현행 공정이용 제도가 과잉보호의 문제를 가지고 있어 이익균형을 실현하기 어렵고 창작의 적극성도 억제할 수 있다고 지적하면서, 권리자와 연구개발자의 이익을 함께 고려하기 위해 법정허락 제도를 채택할 것을 주장하였다.⁶ 린슈친(2021)은 주체의 관점에서 인공지능 기술이 발전할수록 콘텐츠 생성에서 인공지능의 지위가 높아지므로 제도적으로 학습데이터 이용의 합리성을 인정해야 한다고 보았다. 반면 마중파(马忠法, 2020)는 학습데이터의 이용이 원저작물의 시장가치에 부정적 영향을 미친다면 공정이용에

³吴汉东: 《人工智能生成作品的著作权法之问》, 载《中外法学》第3期(2020), 第653-673页。

⁴林秀芹: 《人工智能时代著作权合理使用制度的重塑》, 载《法学研究》第6期(2021), 第170-185页。

⁵焦和平: 《人工智能创作中数据获取与利用的著作权风险及化解路径》, 载《当代法学》第4期(2022), 第128-140页。

⁶刘友华、魏远山: 《机器学习的著作权侵权问题及其解决》, 载《华东政法大学学报》第2期(2019), 第68-79页。

포함해서는 안 된다고 보았다.⁷

나. 국외 연구 현황

국외 학계는 생성형 인공지능 학습데이터의 공정이용에 관하여 비교적 이른 시기부터 연구를 진행하였다. James Grimmelmann(2015)은 기계 읽기(machine reading)라는 개념을 제시하고, 인공지능이 저작물을 분석하고 학습하는 행위는 인간의 독서와 유사하며 비표현적 이용에 해당하므로 공정이용 규칙의 적용범위에 포함되어야 한다고 보았다. Amanda Levendowski(2018)는 알고리즘의 공정성과 데이터의 다양성이라는 관점에서 학습 과정에서 보호받는 저작물의 공정이용을 허용하면 알고리즘 편향을 방지하는 데 도움이 되고 원저작물의 시장을 실질적으로 해치지 않는다고 보았다.⁸ Benjamin L. W. Sobel(2017)은 미국의 현행 공정이용 규칙에 유보적인 태도를 취하였다. 그는 이 제도가 인공지능 모델의 학습을 촉진할 수 있지만, 데이터 이용을 제한하고 기술혁신을 저해하며 나아가 생성형 인공지능의 창작 가능성을 박탈할 위험도 있다고 지적하였다.

다. 국내외 연구 현황에 대한 검토

문헌을 검토한 결과, 기존 연구는 대체로 인공지능 창작에서 학습데이터를 이용하는 행위에 저작권 침해 위험이 존재한다고 보며, 침해가 아니라고 보는 견해는 소수에 그친다. 침해를 인정하는 학자들은 서로 다른 침해 판단기준을 사용하고 있으나 구체적으로 어떠한 저작권이 침해되는지에 대해서는 아직 결론을 내리지 못하고 있다. 규율방식의 선택에 관하여 학계에는 두 가지 대표적인 견해가 형성되어 있다. 일부 학자는 인공지능 생성물이 원저작물의 시장을 잠식하므로 법정허락 제도를 통하여 인공지능의 저작물 이용을 제한해야 한다고 주장한다. 다른 일부는 인공지능

⁷马忠法、肖宇露：《论人工智能学习创作的合理使用》，载《山东科技大学学报(社会科学版)》第5期(2020)，第32-38、47页。

⁸LEVENDOWSKI, Amanda, “How Copyright Law Can Fix Artificial Intelligence’s Implicit Bias Problem,” 93 *Washington Law Review* (2018), 579. [역자주] 원문 각주의 면수 표기(“93 *Washington Law Review* 621, 629-615”)는 오키이므로 원 게재면(93 *Wash. L. Rev.* 579)에 따라 바로잡았다.

기술의 발전이 저작권자의 이익을 실질적으로 침해하지 않으므로 공정이용 제도를 통하여 인공지능 기술의 발전을 촉진해야 한다고 주장한다. 현재 학계의 관심은 주로 인공지능 학습데이터 이용행위가 저작권자의 권리를 침해하는지에 집중되어 있다. 그러나 현행 저작권법의 목적은 저작권자의 이익을 보호하는 것에만 있지 않고 과학기술의 발전도 촉진하는 데 있다. 권리자의 이익이 침해되는지만을 공정이용의 판단기준으로 삼는다면 입법상 가치균형의 원칙에 명백히 반한다. 따라서 저작권자의 이익과 시장발전의 이익을 종합적으로 분석해야 비로소 유효한 해결방안을 도출할 수 있다.

II. 생성형 인공지능 학습데이터의 공정이용 개관

1. 생성형 인공지능의 의의와 역사적 변천

생성형 인공지능은 기존 데이터를 기초로 텍스트, 이미지, 음악, 영상 또는 코드 등 새로운 콘텐츠를 자동으로 생성할 수 있는 인공지능 시스템을 말한다. 분류나 예측에 중점을 두는 전통적 인공지능과 달리 생성형 인공지능은 창작 능력을 강조한다. 그 핵심은 대량의 학습데이터를 학습하여 규칙과 패턴을 포착하고, 이를 바탕으로 독창성과 다양성을 갖춘 결과를 생성하는 데 있다. 역사적 발전을 보면 1950년대부터 1970년대까지의 기호주의 인공지능은 규칙에 따른 추론을 중심으로 하여 생성 능력이 제한적이었다. 1980년대부터 1990년대에는 통계모델과 은닉 마르코프 모델이 텍스트와 음성 생성 분야에서 초기 성과를 보였다. 2014년 Goodfellow 등이 생성적 적대 신경망(GANs)을 제안하면서 이미지와 영상 생성 기술이 크게 발전하였다. 이후 Transformer 구조를 기반으로 한 대규모 언어모델은 텍스트 생성 분야에서 뚜렷한 성과를 거두었고 멀티모달 생성으로 확대되었다. 2020년대에 들어 생성형 인공지능 기술은 빠르게 상용화되어 콘텐츠 창작, 보조설계, 교육 및 연구 등 여러 분야에서 널리 활용되면서 인공지능 혁신의 중요한 방향이 되었다.

2. 생성형 인공지능 학습데이터의 기본 원리

생성형 인공지능의 학습데이터 원리는 대량의 표본을 통하여 모델이 데이터의 분포와 내부 패턴을 학습하도록 하고, 이를 바탕으로 새롭거나 고도로 유사한 콘텐츠 또는 혁신적인 콘텐츠를 생성하게 하는 데 핵심이 있다. 학습데이터에는 텍스트, 이미지, 음성 또는 멀티모달 데이터가 포함되며, 정제, 중복 제거 및 표준화 과정을 거쳐 모델에 입력된다. 모델은 반복적인 최적화를 통하여 데이터를 내부 매개변수 공간에 사상하고 통계적 특성, 의미구조 및 스타일 정보를 포착한다. 학습은 일반적으로 특징 추출과 패턴 학습의 두 단계로 나뉜다. 특징 추출 단계에서 모델은 임베딩, 합성곱층 또는 어텐션 메커니즘을 이용하여 원시 데이터를 벡터 표현으로 변환하고 핵심 특징을 추출한다. 패턴 학습 단계에서 모델은 손실함수와 최적화 알고리즘을 통하여 매개변수를 계속 조정하고 생성 콘텐츠를 학습데이터의 분포에 가깝게 하면서도 다양성과 혁신성을 유지한다. 대규모 언어모델과 생성적 적대 신경망은 바로 이러한 원리에 기초하여 반복 학습을 통하여 고품질의 텍스트와 이미지 등을 생성한다.

종합하면, 생성형 인공지능 학습데이터의 원리는 대규모 표본을 이용하여 통계적 학습을 수행하고 데이터의 특징을 모델 매개변수에 내재화함으로써, 모델이 기존 규칙을 유지하면서 새로운 콘텐츠를 생성할 수 있도록 하는 데 있다. 이는 생성형 인공지능의 기술적 메커니즘과 관련 저작권 문제를 이해하는 기초가 된다.

3. 생성형 인공지능 학습데이터의 핵심 특성

생성형 인공지능 학습데이터에는 몇 가지 핵심 특성이 있으며, 이러한 특성은 모델의 생성 능력과 품질 및 잠재적인 법적 위험에 직접 영향을 미친다. 첫째는 규모성이다. 생성형 인공지능은 방대한 데이터를 바탕으로 학습하며, 대규모 표본은 모델이 언어, 이미지 또는 멀티모달 콘텐츠의 다양성과 복잡한 규칙을 포착하도록 하여 보다 자연스럽고 풍부하며 다양한 결과를 생성하게 한다. 둘째는 다양성이다. 학습데이터는 일반적으로 출처가 광범위하고 서로 다른 유형, 스타일, 분야 및

맥락의 텍스트나 이미지를 포함한다. 이는 모델의 광범위한 적용 가능성을 보장하고 서로 다른 프롬프트(prompt) 아래에서 고품질의 콘텐츠를 생성하게 한다. 셋째는 구조화와 표지성이다. 일부 학습데이터는 정제, 노이즈 제거 및 라벨링을 거치므로 모델은 의미, 스타일 또는 과업 지시를 보다 정확하게 이해하고 생성의 정확성과 통제 가능성을 높일 수 있다. 넷째는 잠재지식성이다. 학습데이터는 표면적 정보뿐만 아니라 언어 패턴, 문법 규칙 및 이미지 구도 원칙 등 잠재적인 지식도 포함한다. 모델은 이러한 특징을 학습하고 내재화하여 일정한 창의성과 일반화 능력을 갖게 된다. 마지막은 저작권 민감성이다. 학습데이터에는 저작권으로 보호되는 콘텐츠가 포함될 수 있고, 모델은 생성 과정에서 원저작물을 재현하거나 참고할 수 있다. 이 특성은 현재 생성형 인공지능을 둘러싼 법적 분쟁의 핵심이다.

III. 생성형 인공지능 학습데이터의 침해 문제 분석

생성형 인공지능 학습과정의 핵심 특성은 불가피하게 여러 측면의 잠재적 권리침해 위험을 가져온다. 본문은 저작권 문제를 주된 연구대상으로 하여 생성형 인공지능의 각 학습 단계에서 발생할 수 있는 저작권 침해 위험을 분석한다. 각 단계에는 서로 다른 법적 위험이 대응한다. 데이터 수집 및 입력 단계에서는 복제권 침해 위험이 발생할 수 있다. 데이터 처리 및 학습 단계에서는 모델 구축 과정에서 허락받지 않은 2 차적저작물작성권 침해 위험이 발생할 수 있다.⁹ 데이터 출력 및 콘텐츠 생성 단계에서는 알고리즘의 복제행위 또는 변형적 이용으로 인하여 전송 관련 권리의 침해 위험이 발생할 수 있다.

1. 데이터 수집 및 입력 단계의 복제권 침해 위험

생성형 인공지능의 학습은 일반적으로 대량의 연산자원에 의존하며, 실무에서는 데이터 처리를 위하여 클라우드 컴퓨팅 기술을 많이 사용한다. 이 기술은 다양한

⁹[역자주] 원문의 “演绎权”은 중국 저작권법상 개작권·번역권·편집권 등 원저작물을 토대로 한 이용권능을 포괄하는 학술적 표현이다. 한국 저작권법의 용어에 맞추어 “2 차적저작물작성권”으로 옮겼다.

경로로 수집한 데이터를 네트워크 서버에 업로드하고 저장하는 과정을 포함하며, 이러한 행위는 저작권법상 디지털 복제행위의 정의에 부합한다. 따라서 학습 주체가 저작권자의 명확한 허락을 받지 않고 보호받는 저작물을 인공지능 학습에 이용하면 복제권을 침해할 수 있다. 생성형 인공지능이 학습용 텍스트를 취득하는 다섯 가지 주요 경로에는 모두 정도의 차이는 있으나 복제권 침해 위험이 존재한다. 먼저 공개 데이터셋을 이용하는 경우, 공유영역에 속한 저작물은 침해가 되지 않지만 아직 저작권으로 보호되는 저작물을 이용하면 침해 가능성이 있다. 일부 공개 데이터셋이 특정 이용허락계약에 따라 이용이 허용되었다고 하더라도 저작권이 완전히 포기되었다는 의미는 아니다. 이러한 계약은 일반적으로 이용 목적, 상업적 이용 여부 및 성명표시 등에 명확한 제한을 둔다. 생성형 인공지능은 대체로 상업적 성격을 가지므로 그 이용행위가 계약이 허용한 범위를 벗어나 복제권 침해 위험을 초래할 가능성이 크다. 다음으로 기관이 자체적으로 디지털화한 문헌자원과 텍스트·데이터 마이닝 기술을 이용하여 인터넷에서 취득한 텍스트는 저작권자의 명확한 허락이 없다면 복제권을 직접 침해하고 저작권법의 관련 규정에 위반될 수 있다.¹⁰ 또한 서비스 이용약관의 허락조항이나 저자와 체결한 이용허락계약은 표면상 저작물 이용의 근거를 제공하지만 실무에서는 여전히 분쟁이 발생하기 쉽다. 예를 들어 「더우인(抖音) 이용자 서비스 약관」은 플랫폼이 이용자의 저작물을 연구 목적으로 이용할 수 있도록 허락하고 있다. 그러나 생성형 인공지능 학습이 연구의 범위에 명확히 포함되어 있지 않다면 관련 이용행위가 허락 범위를 벗어나 침해로 인정될 수 있다. 종합하면, 생성형 인공지능 학습데이터를 취득하는 단계에는 복제권 침해 위험이 보편적으로 존재한다. 기관이 자체적으로 디지털화한 문헌자원과 인터넷 텍스트 마이닝을 통하여 취득한 자료는 대규모의 다양한 텍스트 데이터를 제공하여 모델의 성능을 높이는 데 중요한 역할을 한다. 따라서 이 두 데이터 출처가 직면한 복제권 침해 위험은 생성형 인공지능의 발전 과정에서 시급히

¹⁰李宗輝: 《论人工智能应用中的版权合理使用制度》, 载《科技与法律》第4期(2020), 第44-48页。

해결해야 할 법적 문제가 되었다.

2. 데이터 처리 및 학습 단계의 2 차적저작물작성권 침해 위험

중국 「저작권법」 제 13 조와 제 52 조는 2 차적저작물의 권리구조와 침해 인정규칙을 정하고 있다. 이에 따르면 2 차적저작물의 저작자는 그 저작물에 대하여 독립적인 저작권을 가지지만, 그 권리의 행사는 원저작물의 저작권을 침해해서는 안 된다. 허락 없이 개작이나 번역 등의 행위를 하면 침해가 성립한다. 2 차적저작물작성권 침해는 주로 두 가지 요건을 기초로 인정된다. 하나는 허락 없이 2 차적 창작행위를 하였다는 것이고, 다른 하나는 그 행위가 공정이용의 범위에 속하지 않는다는 것이다. 인공지능 모델의 학습에서 2 차적저작물작성권 침해 위험은 데이터 처리의 모든 단계에 걸쳐 존재한다. 생성형 인공지능 시스템이 저작권으로 보호되는 저작물을 실질적으로 수정하거나 그와 관련된 파생 콘텐츠를 생성하면서 필요한 허락을 받지 않았다면 침해가 성립할 수 있다. 관련 사법실무에서도 이러한 문제가 다루어졌다. 예를 들어 울트라맨 사건에서 법원은 생성형 인공지능이 출력한 미술저작물이 원저작물과 실질적으로 유사하여 각각 개작권과 복제권을 침해하였다고 판단하였다.¹¹ 「아시아사론고(亞洲史論考)」 번역분쟁 사건에서는 허락 없이 언어를 전환한 행위가 번역권을 침해한 것으로 인정되었다.¹² 「민국신문총목(民國報紙總目)」 사건에서는 허락받지 않은 데이터 재구성행위가 편집저작물작성권을 침해한 것으로 인정되었다.¹³ 이상의 판결은 사법실무에서 침해를 판단하는 두 가지 핵심 기준을 보여준다. 첫째는 원저작물의 독창적인 표현을 실질적으로 이용하였는지이고, 둘째는 시장대체효과가 발생하였는지이다. 이는 현행 저작권 제도가 생성형 인공지능의 도전에 일정한 적응능력을 가지고 있음을 보여주는 동시에, 공정이용의 범위가 불명확하고 침해 인정기준이

¹¹广州互联网法院(2024)粤 0192 民初 113 号民事判决书 참조.

¹²上海市徐汇区人民法院(2019)沪 0104 民初 3591 号民事判决书 참조.

¹³北京知识产权法院(2022)京 73 民终 4681 号民事判决书 참조.

상대적으로 뒤쳐져 있다는 현행법의 한계도 드러낸다. 이러한 판결은 향후 저작권 규율체계를 보완하는 데 중요한 실무적 참고가 된다.

3. 데이터 출력 및 콘텐츠 생성 단계의 전송권 침해 위험

생성형 인공지능의 활용에서 콘텐츠 출력 단계에는 여러 유형의 침해 위험이 존재한다. 생성된 콘텐츠가 원저작물과 실질적으로 유사하면 복제권을 침해할 수 있다. 원저작물의 표현을 기초로 새로운 독창적 표현을 형성하면 개작권을 둘러싼 분쟁이 발생할 수 있다. 현재에는 전송권 침해 위험이 중요한 쟁점이 되고 있다. 이러한 침해는 학습데이터의 부적절한 이용에서 비롯되지만 구체적인 생성 콘텐츠를 기준으로 판단해야 한다. 「생성형 인공지능 서비스 관리 잠정방법」이 데이터 설명의무를 규정하고 있으나 학습데이터의 출처 공개를 강제하지 않기 때문에 침해의 경위를 추적하기 어렵다. 그중 정보네트워크전송권 침해 문제가 특히 두드러진다.¹⁴ 생성 콘텐츠에 보호받는 저작물이 포함되면 이를 네트워크로 전송하는 행위가 침해를 구성할 수 있다. 중국 사법실무는 대표적 사건을 통하여 생성형 인공지능 생성 콘텐츠의 저작권 보호규칙을 탐색하였다. 생성형 인공지능 플랫폼의 정보네트워크전송권 침해를 다룬 최초의 사건에서 법원은 「경여년(庆余年)」의 AI 원클릭 영상제작 기능에 관하여 서비스 제공자가 합리적인 주의의무를 다하지 않았으므로 세이프 하버 원칙을 적용할 수 없고 과실책임을 부담한다고 판단하였다. 또한 침해방지 체계를 구축하고 방지조치의 합리성을 심사하는 등의 재판기준을 제시하였다.¹⁵ 이 밖에 「반심(伴心)」 생성형 인공지능 회화 침해사건¹⁶과 「일봉가서(一封家书)」 개작권 침해사건¹⁷ 등의 판결은 독창성을

¹⁴[역자주] “信息网络传播权”은 중국 「저작권법」상의 독자적인 권리명이다. 한국 저작권법상 공중송신권과 기능적으로 유사하지만 범위가 완전히 동일하지 않으므로 “정보네트워크전송권”으로 직역하였다.

¹⁵湖南省长沙市中级人民法院(2024)湘 01 民终 18114 号民事判决书 참조.

¹⁶江苏省常熟市人民法院(2024)苏 0581 民初 6697 号民事判决书 참조.

¹⁷北京市海淀区人民法院(2018)京 0108 民初 11116 号民事判决书 참조.

갖춘 생성형 인공지능 저작물은 법률의 보호를 받고, 서비스 제공자는 알고리즘 최적화와 인적 심사 등의 방식으로 주의의무를 이행해야 하며, 상업적으로 이용할 때 창작자의 신원을 표시하지 않으면 침해책임을 부담한다는 점을 더욱 명확히 하였다. 이상의 사건은 이 분야의 저작권 보호에 중요한 지침을 제공하고 기술혁신과 권익보호의 균형을 위한 법적 기준을 제시하였다.

4. 생성형 인공지능 학습데이터에 공정이용 제도를 적용할 필요성

앞에서 본 생성형 인공지능 학습데이터 관련 침해분쟁을 고려하면, 생성형 인공지능 학습데이터 이용행위를 공정이용 제도의 범위에 포함할 필요성과 합리성이 있다. 첫째, 이는 이익균형의 내재적 가치에 부합한다. 공정이용은 저작권과 공익 사이의 안전판으로 기능하여 저작물 데이터의 사권적 속성과 공공재적 속성 사이의 충돌을 효과적으로 완화할 수 있다. 이에 따라 데이터의 효율적 이용을 보장하고 플랫폼의 준법비용을 낮추면서도 창작자, 이용자, 플랫폼 및 사회 일반의 이익을 함께 고려할 수 있다. 둘째, 이는 과학기술과 문화의 발전을 촉진하려는 국가전략의 방향에 부합한다. 「생성형 인공지능 서비스 관리 잠정방법」은 학습데이터의 품질과 다양성을 높일 것을 요구한다. 이를 공정이용의 범위에 포함하면 대중의 적절한 저작물 이용을 보장하고 문화정보의 교류와 산업혁신을 촉진하여 경제·사회 발전에 기여할 수 있다. 마지막으로 이는 방대한 데이터 이용의 현실적 곤란에 대응하는 합리적인 선택이다. 생성형 인공지능의 학습은 대규모 데이터에 의존한다. 법정허락 방식을 채택하면 허락비용이 높고 절차가 복잡하므로 연구개발자가 양질의 데이터 이용을 줄이거나 비용을 전가하게 되어 기술혁신을 저해할 수 있다. 공정이용 제도는 사전 허락이나 보상금 지급을 요구하지 않기 때문에 방대하고 다양한 학습데이터에 대한 현실적 수요를 보다 효과적으로 충족하고 인공지능 산업의 건전한 발전에 필요한 법적 공간을 제공할 수 있다.

IV. 생성형 인공지능 학습데이터 공정이용의 법적 실무와 시사점

생성형 인공지능 학습데이터에 대한 저작권 규율을 비교법적으로 연구할 때에는 비교대상 법역의 선택이 중요하다. 본 연구는 미국, 유럽연합, 한국 및 중국을 핵심 비교대상으로 선정하였다. 미국은 기술의 발원지이자 판례법 국가로서 제도가 가장 유연하다. 유럽연합은 대륙법계의 대표적인 법질서로서 권리중심적이고 위험예방적인 규율모델을 보여준다. 한국은 신흥 과학기술 강국으로서 입법이 빠르게 발전하고 있으며 성문법 체계 안에서 산업 장려와 권리균형을 함께 모색하는 최신 시도를 보여준다. 중국은 세계 생성형 인공지능 분야의 중요한 참여자이자 거대한 응용시장이다. 이 네 법역을 비교하면 관련 문제에 관한 일정한 법적 시사점을 얻을 수 있다.

1. 미국 생성형 인공지능 학습데이터 공정이용의 법적 실무

가. 입법 동향

현재 미국에서 생성형 인공지능 학습이 저작권법상 공정이용에 해당하는지는 주로 미국 「저작권법」 제 107 조가 정한 4 요소 판단법에 따라 개별 사건에서 판단되며, 요소 중심의 개방형 모델을 보인다. 그러나 기술이 빠르게 발전하면서 기존 법체계는 도전에 직면하였고 입법과 사법의 양 측면에서 새로운 움직임이 나타났다. 입법에서는 투명성과 공개의무에 관심이 집중되고 있다. 아직 전문 입법은 제정되지 않았지만 미국 의회는 이 분야에 주목하기 시작하였다. 2024 년에 발의된 「2024 년 생성형 인공지능 저작권 공개법안」은 대표적인 법안이다. 이 법안의 핵심은 학습행위의 적법성을 직접 판단하는 데 있지 않고 공개의무를 강제로 부과하는 데 있다. 개발자는 제품을 출시하기 전에 학습에 이용한 저작권 보호 저작물의 상세 목록과 데이터셋의 출처를 저작권청에 제출해야 한다. 또한 법안은 조회 가능한 공개 데이터베이스의 구축을 허용한다. 주목할 점은 이 법안이 공개행위와 공정이용의 실체적 판단을 분리한다는 것이다. 이는 학습행위가 최종적으로 공정이용으로 인정되더라도 학습 주체에게 투명성 의무를 이행하도록 요구하는 것이 공정이용 제도의 균형 정신에 반하지 않음을 보여준다. 미국 저작권청은

2025 년에 발표한 「저작권과 인공지능 보고서 제 3 부: 생성형 AI 학습」¹⁸에서 현행 법체계가 여전히 생성형 인공지능의 발전에 대응할 수 있다고 보았다. 공정이용은 모든 관련 상황에서 여러 법정 요소를 형량하여 판단해야 하며, 이용된 저작물의 유형, 데이터의 출처, 이용 목적 및 출력에 대한 통제방식 등에 따라 결론이 달라질 수 있다. 이러한 요소는 모두 시장에 영향을 미친다. 저작권청은 현실이 빠르게 변화하고 있으므로 명확한 결론을 제시하지 않고 기술, 판례 및 시장의 발전을 계속 관찰해야 한다고 보았다.

나. 사법실무

미국의 생성형 인공지능 학습데이터 관련 사건은 공정이용 적용에서 서로 다른 경향을 점차 보여주고 있다. Andersen v. Stability AI 사건에서 법원은 원고가 제시한 압축 복제 이론을 그대로 받아들이지 않았고, Stable Diffusion 의 학습과정이 원저작물의 식별 가능한 복제물을 저장하는 것이 아니라 이미지 특징을 수학적으로 학습하는 과정이라는 설명에 무게를 두었다. 이에 따라 생성형 인공지능 모델이 저작물의 표현을 재현하지 않는 경우 학습행위가 변형적 이용의 성격을 가질 수 있고 공정이용을 뒷받침할 수 있음을 시사하였다.^{19,20} 이와 달리 Thomson Reuters v. Ross Intelligence 사건은 엄격한 심사를 보여준다. 법원은 Ross 가 편집성과 독창성을 가진 Westlaw 의 판례 요지를 대규모로 복제한 행위가 핵심 표현을 침해하였고 충분한 변형성도 갖추지 못하였다고 판단하였다. 또한 Ross 의 AI 제품은 Westlaw 의 법률검색 서비스와 직접 경쟁하여 원고의 시장우위를 약화시키고 실질적인 시장손해를 초래할 수 있었다. 법원은 이에 따라 공정이용을 부정하고, 독창성이

¹⁸[역자주] 원문의 「人工智能与版权报告—第三部分生成式 AI 训练」은 미국 저작권청이 2025 년 5 월 공개한 사전공표본(pre-publication version) Copyright and Artificial Intelligence, Part 3: Generative AI Training 을 가리키므로, 공식 명칭에 따라 옮겼다.

¹⁹[역자주] 2024 년 명령은 청구의 법적 충분성을 심사한 단계의 결정으로, Stable Diffusion 학습행위가 공정이용에 해당한다고 본안에서 확정판결은 아니다. 법원은 원고에게 ‘압축 복제물’ 이론과 모델의 작동 방식에 관한 구체적 사실을 보완하도록 요구하였다. 또한 원문의 사건명 “Anderson”은 “Andersen”의 오타이므로 바로잡았다.

²⁰Andersen v. Stability AI Ltd., 744 F. Supp. 3d 1108 (N.D. Cal. 2024).

높고 시장대체성이 강한 경우에는 인공지능 학습이 면책되기 어렵다고 보았다.²¹ 반면 *Kadrey v. Meta Platforms* 사건은 공정이용을 비교적 폭넓게 인정하였다. 법원은 Meta 의 Llama 모델 학습이 일정한 변형성을 가지고 있으며, 원고가 모델이 원저작물을 대체하는 텍스트를 출력할 수 있다는 점이나 인공지능 학습 허락시장이 실제로 손해를 입었다는 점을 증명하지 못하였으므로 이 사건에서는 공정이용이 성립한다고 판단하였다.^{22,23} 다만 법원은 이러한 결론이 생성형 인공지능 학습이 당연히 적법하다는 의미는 아니라고 강조하였다. 특히 시장희석이 향후 심사의 핵심이 될 수 있다고 지적하였다. 모델이 생성하는 콘텐츠의 유형이 원저작물과 매우 유사하면 저자의 시장을 간접적으로 대체할 수 있기 때문이다.

종합하면 미국 사법실무에서는 식별 가능한 표현의 복제가 없고, 이용이 뚜렷한 변형성을 가지며, 시장대체 위험이 부족한 경우 생성형 인공지능 학습이 공정이용으로 인정되기 쉽다. 반대로 독창성이 높은 콘텐츠를 대규모로 복제하고 원저작물 시장을 위협할 가능성이 있는 경우에는 공정이용이 보다 엄격하게 제한된다.

2. 유럽연합 생성형 인공지능 학습데이터 공정이용의 법적 실무

가. 입법 동향

생성형 인공지능 학습데이터의 공정이용 문제에 관하여 유럽연합과 그 회원국은 저작권 제한과 예외를 법률에 명확히 규정하고 권리자의 통제권을 강조하는 폐쇄형·규칙중심형 입법모델을 채택한다. 이러한 제도이념은 저자 중심주의를 반영한다. 즉 저작물을 저자의 인격과 정신의 연장으로 보고 저자가 저작물에 대하여 전면적인 통제권을 가진다고 본다.²⁴ 유럽연합은 생성형 인공지능의 발전이

²¹Thomson Reuters Enterprise Centre GmbH v. Ross Intelligence Inc., No. 1:20-cv-613-SB (D. Del. Feb. 11, 2025).

²²[역자주] 원문 각주는 2025 년 2 월 12 일로 기재하였으나, 공정이용에 관한 약식판결은 2025 년 6 월 25 일 선고되었다. 본 번역문에서는 해당 일자를 바로잡았다.

²³Kadrey v. Meta Platforms, Inc., No. 23-cv-03417-VC (N.D. Cal. June 25, 2025).

²⁴吴汉东: 《著作权合理使用问题研究》(第4版), 中国人民大学出版社(2020), 第23页。

야기한 저작권 문제에 대응하여 먼저 입법으로 명확한 규칙을 설정하였다. 대표적인 예가 「디지털 단일시장 저작권지침」이며, 이 지침은 텍스트·데이터 마이닝 예외를 제도화하였다.²⁵ 한편으로 제 3 조는 연구기관과 문화유산기관이 과학연구 목적으로 텍스트·데이터 마이닝을 하는 경우 침해가 되지 않도록 한다. 다른 한편으로 제 4 조는 텍스트·데이터 마이닝 예외를 모든 주체로 확대하되, 저작물을 적법하게 취득하고 권리자가 기술적 수단으로 권리를 명확히 유보하지 않았을 것을 전제로 한다. 이러한 구조는 과학연구와 기술혁신의 자유를 보장하면서 권리자에게 옵트아웃 수단을 제공한다. 이와 함께 「인공지능법」은 생성형 인공지능 제공자에 대한 규범적 요구를 더욱 강화하였다. 제공자는 학습과정에서 저작권을 침해하지 않도록 하고 학습데이터의 유형과 출처를 포함한 기술문서를 작성하여 필요한 경우 감독기관에 제출해야 한다. 이 규정은 학습데이터의 투명성과 추적 가능성을 강화하고 권리자의 알권리를 보장하는 동시에 기술혁신을 위한 적법한 준법경로를 제공한다.

나. 사법실무

최근 유럽에서는 생성형 인공지능 학습데이터와 저작권의 충돌에 관하여 여러 대표적인 판결이 나타났으며, 창작자 보호와 혁신 보장 사이에서 다양한 균형방식을 보여주고 있다. 그중 독일과 영국의 세 사건이 특히 대표적이다. 먼저 GEMA v. OpenAI 사건에서 법원은 유럽에서 처음으로 생성형 인공지능 학습데이터 이용이 침해를 구성한다고 명확히 판단하였다. 법원은 OpenAI 모델이 저작권으로 보호되는 노래 가사를 기억하고 잠재적으로 재현하는 행위는 허락받지 않은 복제에 해당하고, 유럽연합 「디지털 단일시장 저작권지침」이 허용하는 텍스트·데이터 마이닝 예외의 범위를 벗어난다고 보았다. 이에 따라 생성형 인공지능 모델 운영자는 저작권 책임을 부담한다. 이 사건은 모델이 보호받는 표현을 재현할 수 있는 경우 학습이

²⁵张金平：《人工智能作品合理使用困境及其解决》，载《环球法律评论》第3期(2019)，第120-132页。

침해로 인정될 수 있다는 중요한 한계를 제시하였다.²⁶ 이와 달리 *Kneschke v. LAION e.V.* 사건은 보다 완화된 태도를 취하였다. 법원은 비영리단체 LAION 이 연구 목적으로 학습데이터셋을 구축한 행위가 텍스트·데이터 마이닝 예외의 적용범위에 포함되고, 과학연구 혁신을 촉진하려는 유럽연합의 정책방향에도 부합한다고 보았다. 학습데이터의 이용 목적이 연구에 한정되고 대체시장을 발생시키지 않았으므로 법원은 원고의 침해 주장을 기각하였다. 이 사건은 유럽연합 사법실무가 연구형 데이터 마이닝에 보다 넓은 제도적 공간을 제공함을 보여준다.²⁷²⁸ 셋째, *Getty Images v. Stability AI* 사건에서 법원은 이미지 생성모델의 학습행위에 관하여 또 다른 접근을 제시하였다. 법원은 Stable Diffusion 모델이 Getty 이미지의 식별 가능한 복제물을 저장하거나 포함하지 않으므로 저작권법상 복제물에 해당하지 않는다고 보아 관련 저작권 주장을 배척하였다. 그러나 모델이 Getty 워터마크를 재현한 일부 행위에 대해서는 상표권 침해를 인정하였다.²⁹³⁰ 이 사건은 원저작물이 직접 식별 가능하게 재현되었다는 증거가 부족한 경우 저작권 침해를 인정하기 어렵다는 점을 보여준다.

종합하면 유럽의 사법실무에는 서로 다른 경향이 나타난다. 독일은 식별 가능한 표현이 재현되는 경우 권리자를 엄격하게 보호한다. 연구형 데이터 마이닝에는 면책의 여지가 인정된다. 영국은 모델에 식별 가능한 복제물이 포함되어 있는지를 학습 적법성 판단의 중요한 기준으로 본다. 이상의 사건은 유럽의 생성형 인공지능 학습 심사모델이 여전히 발전 중이며, 법적 한계는 구체적인 기술구조, 시장에 미치는 영향 및 예외제도의 적용요건에 따라 달라짐을 보여준다.

²⁶LG München I, Urt. v. 11. 11. 2025, 42 O 14139/24 (GEMA v. OpenAI).

²⁷[역자주] 본문이 설명하는 함부르크 지방법원 제 1 심 판결은 2024 년 9 월 27 일 선고되었다. 원문 각주의 “2025 년 9 월”은 정정하였다. 이후 함부르크 고등법원은 2025 년 12 월 10 일 항소를 기각하였다.

²⁸Robert Kneschke v. LAION e.V., LG Hamburg, Urt. v. 27. 9. 2024, 310 O 227/23.

²⁹[역자주] 영국 고등법원 판결에서 학습 자체의 직접 저작권 침해 쟁점은 주로 학습 장소에 관한 입증 문제로 심리 도중 철회되었다. 판결은 잔존한 2 차적 침해 주장과 상표권 주장 등을 판단한 것이므로, 영국법상 AI 학습의 적법성을 일반적으로 확정한 판결로 이해해서는 안 된다.

³⁰Getty Images (US), Inc. v. Stability AI Ltd., [2025] EWHC 2863 (Ch).

3. 한국 생성형 인공지능 학습데이터 공정이용의 법적 실무

가. 입법 동향

한국에서 생성형 인공지능이 빠르게 발전하면서 학습데이터의 적법한 이용 문제가 점차 입법의 중요한 과제가 되었다. 최근 한국의 입법기관과 규제기관에서는 다음 세 가지 측면에서 뚜렷한 움직임이 나타나고 있다. 첫째, 모델 학습행위를 공정이용의 범위에 포함할 것인지가 논의되고 있다. 문화체육관광부와 학계 전문가들은 학습과정의 대규모 복제행위가 비표현적 이용에 해당하는지를 검토하고 있으며, 기존 공정이용 조항과 별도로 인공지능 학습에 관한 특별 예외를 둘 것인지도 논의하고 있다. 핵심 쟁점은 학습이 저작물 시장에 실질적인 영향을 미치는지와 이용허락 또는 보상 메커니즘을 마련해야 하는지에 있다. 둘째, 학습데이터의 투명성과 책임추적 메커니즘을 강화하려는 움직임이 있다. 한국의 정책 초안은 학습데이터의 출처, 범위 및 이용허락 상태를 공개하도록 하여 권리자가 자신의 저작물 이용상황을 알 수 있게 하고 잠재적 분쟁에서 추적 가능한 근거를 제공하려 한다. 투명성 의무는 데이터 이용을 확대하는 전제조건으로 인식된다. 셋째, 외국의 모델을 참고하여 유형별 데이터 이용 예외를 구축하려는 논의가 있다. 한국은 유럽연합의 텍스트·데이터 마이닝 예외와 일본의 폭넓은 데이터 이용제도를 참고하여 연구 목적 학습 예외와 상업적 학습 예외를 구분하는 방안을 검토하고 있다. 전자에는 보다 넓은 면책을 부여하고 후자에는 보상 또는 이용허락 요건을 추가하여 혁신과 저작권 보호의 균형을 도모할 수 있다. 전체적으로 한국의 입법 동향은 창작자 보호와 산업발전 지원 사이에서 적절한 개방을 추구하는 방향을 보이며, 향후 투명성과 유형별 예외를 강화하여 보다 명확한 생성형 인공지능 학습데이터 규칙을 구축할 가능성이 있다.

나. 사법실무

현재 한국에서 가장 대표적인 생성형 인공지능 학습데이터 분쟁은 주요 언론사들이 네이버를 상대로 뉴스 보도를 허락 없이 대규모 언어모델의 학습데이터로

이용하였다고 주장하며 제기한 소송이다. 이 사건에는 아직 최종판결이 없지만, 분쟁구조는 생성형 인공지능 학습데이터 문제에 관한 한국 사법의 핵심 심리방식을 보여준다. 주요 쟁점은 세 가지이다. 첫째, 언론사와 네이버 사이에 이미 체결된 뉴스 콘텐츠 이용허락계약이 생성형 인공지능 학습이라는 새로운 용도를 포함하는지이다. 둘째, 네이버의 학습행위가 한국 저작권법상 필요성에 기초한 이용으로 평가될 수 있는지³¹ 또는 공정이용에 유추될 수 있는지이다. 셋째, 생성형 인공지능 모델이 생성할 수 있는 뉴스 요약과 텍스트 출력이 언론사의 원저작물 시장을 잠재적으로 대체하여 시장손해를 발생시키는지이다. 법원은 원고에게 침해되었다고 주장하는 구체적인 뉴스 저작물 목록을 제출하도록 요구하였다. 이는 한국 법원이 추상적인 주장을 피하고 구체적인 입증을 강조함을 보여준다. 네이버는 학습과정에서 통계적 특징만을 추출하였고 원문을 재현하지 않았으며, 기존 콘텐츠 제휴계약에 기술적 이용상황도 포함되어 있다고 주장한다. 이 사건은 아직 심리 중이지만 잠재적 의미가 크다. 이는 한국 사법이 생성형 인공지능 학습 문제에서 신중한 태도를 취하고 엄격한 입증을 요구하며 이용허락계약의 해석과 시장에 미치는 영향을 중시하는 경향을 보여준다. 향후 한국의 생성형 인공지능 분야에서 법적 한계를 확립하는 중요한 기준이 될 것으로 예상된다.

4. 중국 생성형 인공지능 학습데이터 공정이용의 법적 실무

가. 입법 동향

중국 「저작권법」 제 24 조는 공정이용 사유를 폐쇄적으로 열거하고 있으며 생성형

³¹[역자주] 원문의 “必要性使用”은 한국 저작권법에 대응하는 법정 개념이 없으므로 직역하였다.

한국법상 이 쟁점은 현행 「저작권법」 제 35 조의 5(저작물의 공정한 이용)의 적용 문제로 다루어진다.

정보분석에 관한 개별 면책규정은 2021 년 1 월 15 일 발의된 저작권법 전부개정법률안(의안번호 2107440) 제 43 조(정보분석을 위한 복제·전송)로 제안되었으나, 번역일 현재 입법되지 아니하였다.

인공지능 학습행위를 명확히 포함하지 않는다.³² 이러한 입법 공백은 2023 년에 시행된 「생성형 인공지능 서비스 관리 잠정방법」에서 초보적으로 대응되었다. 이 잠정방법 제 7 조는 서비스 제공자가 적법한 출처를 가진 데이터와 기반모델을 이용하고 타인의 지식재산권을 침해해서는 안 된다고 규정한다. 이 규정은 적법한 출처라는 핵심 의무를 확립하고 준법지향적 규제방식을 보여준다. 미국의 요소중심 모델과 유럽연합의 권리유보 모델과 달리 중국은 네거티브 리스트 방식으로 행위의 최저선을 설정한다. 이는 산업발전을 위하여 일정한 탄력성을 남겨두면서 행정규제를 통하여 기본질서를 확보하려는 것이다. 또한 잠정방법은 학습데이터의 안전을 보호하기 위한 효과적인 조치를 요구한다. 여기에는 투명성과 책임성에 대한 요구가 내포되어 있으며 세계적인 규제 추세와도 호응한다.

나. 사법실무

현재 중국 법원은 생성형 인공지능 학습데이터의 공정이용 문제에 관하여 세 가지 대표적인 판단경로를 점차 형성하고 있다. 이는 일반적인 학습행위의 인정, 특정 침해를 목적으로 한 학습의 부정 및 플랫폼 책임의 강화로 나타난다. 먼저 항저우 울트라맨 사건은 중국에서 생성형 인공지능 학습행위가 공정이용을 구성할 수 있음을 처음으로 명확히 인정한 판결이 되었다. 법원은 피고가 저작물 데이터를 이용하여 학습한 목적이 원저작물의 언어적 특징과 스타일을 학습하여 변형적 창작을 실현하는 데 있고 저작물의 표현을 재현하는 데 있지 않다고 보았다. 학습과정은 기계 내부의 분석과 처리에 한정되었고 대중에게 저작물을 제공하지 않았으며 권리자의 시장이익을 부당하게 해치지도 않았다. 이 사건은 생성형 인공지능 학습의 공정이용을 판단하는 세 가지 핵심요소로 변형적 목적, 비공개적 이용 및 시장대체의 부재를 제시하였다.³³ 다음으로 「투파창궁(斗破苍穹)」의

³²[역자주] 2020 년 개정 「저작권법」 제 24 조 제 1 항은 제 13 호에서 “법률·행정법규가 규정하는 그 밖의 사유”라는 포괄조항을 두고 있으므로, 엄밀히는 완전한 폐쇄형 열거가 아니라 준개방형 구조이다. 원문의 서술은 그대로 옮겼다.

³³杭州互联网法院(2024)浙 0192 民初 1587 号民事判决书 참조.

메두사 사건³⁴은 공정이용의 한계를 제시하였다. 법원은 이용자가 플랫폼의 미세조정 기능을 이용하여 원 캐릭터와 매우 유사한 이미지를 생성한 행위는 특정 침해로 목적으로 한 표적형 학습이며, 범용모델 개발을 위한 광범위한 데이터 학습과 본질적으로 다르다고 보았다. 이러한 행위는 저작물의 표현을 직접 재현하여 저작권 침해를 구성하므로 공정이용을 원용할 수 없다. 이 사건은 학습 목적과 출력 결과가 공정이용 적용에 중요함을 보여주며, 표적형 미세조정의 남용을 엄격하게 규율하는 사법의 태도를 나타낸다. 다시 「경여년」 원클릭 영상제작 사건은 학습행위를 직접 판단하지는 않았으나 플랫폼이 생성 콘텐츠에 대하여 부담하는 심사의무를 강화함으로써 학습데이터의 출처가 적법하도록 간접적으로 요구하였다. 생성 콘텐츠가 유명 영상저작물과 실질적으로 유사하면 플랫폼은 기술중립을 이유로 면책될 수 없다. 이는 출력 단계의 규율을 통하여 학습 단계의 적법성 확보를 촉진한다.

전체적으로 이상의 사건은 중국 사법에서 생성형 인공지능 학습의 공정이용을 판단하는 3 단계 구조를 형성한다. 첫째, 변형적 목적이 있고 저작물을 대중에게 제공하지 않으며 권리자의 이익을 해치지 않는 경우 학습행위는 공정이용에 포함될 수 있다. 둘째, 학습 목적이 특정 저작물의 표현을 재현하는 데 직접 향하는 경우 공정이용은 적용되지 않는다. 셋째, 플랫폼은 출력 콘텐츠에 대하여 보다 높은 심사의무를 부담하여 학습데이터 출처의 적법성을 확보하도록 해야 한다. 이 체계는 중국 사법이 기술발전과 저작권 보호 사이의 균형을 탄력적으로 파악하고 있음을 보여주며, 향후 관련 사건의 심리를 위한 방향과 틀을 제공한다.

5. 생성형 인공지능 학습데이터 공정이용의 법적 실무에 대한 비교와 시사점

가. 규율방식의 차별적 특성

생성형 인공지능의 빠른 발전으로 학습데이터의 공정이용 문제는 세계 법조계의

³⁴[역자주] 중국 작품명은 한국에서 통용되는 정식 명칭이 있는 경우 이를 따르고, 그 밖의 경우에는 한국 한자음으로 표기하되 원문 한자를 병기하였다.

핵심 의제가 되었다. 미국, 유럽연합, 한국 및 중국은 각자의 법 전통과 산업전략을 바탕으로 뚜렷한 특성을 가진 규율방식을 형성하였으며, 이는 이 문제에 대한 법적 대응을 이해하는 다양한 국제적 관점을 제공한다.

미국은 사법중심주의를 따르며 개방성과 균형을 특징으로 하는 규율방식을 보인다. 보통법 전통에 따라 미국은 주로 「저작권법」 제 107 조의 4 요소 판단법에 의존하고 판례를 통하여 규칙체계를 점진적으로 구축한다. 법원의 심사 핵심은 이용의 변형성과 시장에 미치는 영향이며, 이에 따라 탄력적으로 조정되는 재판기준이 형성된다. Andersen v. Stability AI 사건에서는 변형성이 높은 학습행위가 인정되었고, Thomson Reuters v. Ross Intelligence 사건에서는 직접적인 시장대체를 구성하는 행위가 엄격하게 제한되었다. 미국 의회의 입법 개입은 비교적 신중하며 「2024 년 생성형 인공지능 저작권 공개법안」 등의 법안을 통하여 투명성 요구를 강화하는 데 중점을 둔다. 이는 사법재량을 충분히 존중하는 태도를 보여준다. 유럽연합은 입법중심주의를 취하며 권리 우선의 핵심 이념을 반영한다. 대륙법계 전통에 따라 유럽연합은 「디지털 단일시장 저작권지침」을 통하여 텍스트·데이터 마이닝에 폐쇄형 예외와 옵트아웃을 결합한 구조를 마련하였다. 이는 기술혁신의 공간을 보장하면서 권리자의 통제권도 유지한다. 「인공지능법」은 투명성과 추적 가능성에 대한 요구를 더욱 강화하고 체계적인 위험규제의 틀을 구축한다. 사법실무는 입법이 설정한 기준을 엄격하게 따른다. 예를 들어 GEMA v. OpenAI 사건에서 법원은 모델의 기억행위를 엄격하게 판단하여 유럽 법질서가 저자의 권리를 높은 수준으로 보호하고 있음을 보여주었다. 한국은 입법 탐색기에 있으며 신중한 균형을 특징으로 하는 규율방식을 보인다. 한국은 유럽연합과 일본의 경험을 적극적으로 참고하여 연구 목적 학습과 상업적 학습을 구분하는 예외 모델을 논의한다. 언론사들의 네이버 상대 소송에서 법원의 심리는 이용허락계약의 해석과 잠재적 시장손해 등의 구체적 문제에 집중하며, 입증책임을 강조하고 추상적인 주장을 피하는 경향을 보인다. 이러한 입법과 사법의 상호작용은 한국이 성문법 체계 안에서 적응적인 해결방안을 찾으려는 노력을 보여준다. 중국은 협력적 규율 모델을 형성하였으며

실용성과 유연성을 특징으로 한다. 「생성형 인공지능 서비스 관리 잠정방법」을 통하여 적법한 출처라는 최저선 요구를 확립하는 한편, 사법기관은 개별 사건에서 재판규칙을 적극적으로 탐색한다. 항저우 울트라맨 사건에서는 변형적 목적, 비공개적 이용 및 시장대체 영향이라는 3 단계 심사논리가 형성되었다. 메두사 사건에서는 범용 학습과 표적형 미세조정의 법적 한계가 명확히 구분되었다. 이러한 행정규제와 사법혁신의 협력적 추진은 기술발전에 필요한 탄력적 공간을 남긴다.

나. 규율방식 차이의 원인

각국 규율방식의 차이는 법 전통, 산업전략 및 권리문화의 깊은 영향에서 비롯된다. 법 전통의 측면에서 미국의 보통법 전통은 사법을 중심으로 한 탄력적 균형모델을 발전시켰고, 유럽연합의 대륙법 전통은 성문법의 명확성과 체계성을 강조한다. 중국과 한국도 성문법 전통을 가지고 있으나 사법실무에서는 일정한 혁신성을 보여주며 법의 적응성을 추구한다. 산업전략의 측면에서 미국은 기술적 우위를 유지하기 위하여 탄력적인 법적 환경을 제공하려는 경향이 있다. 유럽연합은 위험예방과 가치의 수호를 위하여 엄격한 규제체계를 구축하였다. 중국과 한국은 기술추격국으로서 혁신의 장려와 질서의 규율 사이에서 균형을 찾아야 한다. 권리문화의 측면에서 유럽의 개인권리 전통은 제도를 창작자 보호 쪽으로 기울게 하고, 미국의 자유경쟁 문화는 공익을 더 중시한다. 중국과 한국의 기술실용주의는 통제 가능한 범위 안에서 사회적 효용을 극대화하려는 경향을 보인다.

다. 중국과 한국에 대한 시사점

생성형 인공지능 발전의 중요한 시기에 있는 중국과 한국에는 국제비교 연구가 중요한 시사점을 제공한다. 입법의 측면에서 양국은 「저작권법」에 인공지능 학습에 관한 특별 예외조항을 신설할 필요가 있다. 유럽연합의 구조화된 설계를 참고하여 적법하게 취득한 저작물의 이용을 원칙적으로 허용하는 기본규칙을 마련하고, 권리자의 옵트아웃을 명확히 하며, 상업적 학습에는 합리적인 보상방식을 모색할 수 있다. 입법은 자국의 우위산업을 적절히 지원하고 중소기업에 위한 과도기적 조치도

마련해야 한다. 사법의 측면에서는 정교한 재판기준을 발전시켜야 한다. 범용 학습과 표적형 미세조정을 법적으로 엄격하게 구분하고, 잠재적 시장영향에 대한 분석을 심화하며, 특히 생성 콘텐츠가 원저작물 시장에 미치는 희석효과에 주목해야 한다. 또한 기술조사관 등의 제도를 통하여 기술적 사실의 조사를 강화하고 정확한 기술이해에 기초하여 재판이 이루어지도록 해야 한다. 거버넌스의 측면에서는 투명성을 핵심으로 하는 규율체계를 구축해야 한다. 입법 또는 강제표준을 통하여 인공지능 개발자가 학습데이터의 출처를 기록하고 권리처리 메커니즘을 마련하도록 요구해야 한다. 투명성 확보는 업계 자율규제와 표준제정 등 연성법적 규율과 결합하여 다층적인 규율체계를 형성해야 한다.

생성형 인공지능 학습데이터의 공정이용 문제는 본질적으로 디지털 시대의 기술혁신과 권리보호의 관계를 다시 조정하는 문제이다. 미국은 사법적 형량을 통하여 유연성을 보여주고, 유럽연합은 입법적 사전설계를 통하여 엄격성을 보여준다. 중국과 한국은 협력적 규율의 새로운 경로를 탐색하고 있다. 중국과 한국이 명확한 법규칙을 마련하고 정교한 재판기준을 발전시키며 투명한 규율체계를 구축하는 것은 혁신 촉진과 공정성 보장 사이에서 지속 가능한 균형을 이루는 핵심이다. 이 과정은 양국 인공지능 산업의 발전뿐만 아니라 세계 디지털 거버넌스의 구조에도 깊은 영향을 미칠 것이다.

V. 생성형 인공지능 학습데이터 공정이용의 판단방법과 적법한 한계

생성형 인공지능 학습데이터에 공정이용 원칙을 적용할 수 있다고 인정한 다음에는 과학적이고 합리적인 판단기준을 어떻게 구축할 것인가가 시급한 법적 과제가 된다. 이는 개별 사건의 법 적용뿐만 아니라 기술발전의 경로와 산업생태계의 형성에도 직접 영향을 미친다. 공정이용 제도는 본질적으로 저작권 보호와 공익 사이의 균형을 추구하며, 그 적용은 권리남용금지 원칙과 공평원칙을 두 기초로 삼아야 한다. 현재 국제적으로는 두 가지 주요 판단경로가 존재한다. 하나는 저작권자의 이익을 중시하고 기준이 엄격한 3 단계 테스트이고, 다른 하나는 더 유연하고

이용행위의 변형성에 중점을 두는 4 요소 판단법이다. 두 방법은 가치지향과 적용논리에서 각각 특징을 가지며, 판단체계를 구축하는 데 다양한 관점을 제공한다.

1. 생성형 인공지능 학습데이터 공정이용의 판단방법

가. 3 단계 테스트의 적용 가능성

3 단계 테스트는 국제 저작권법에서 예외와 제한을 판단하는 중요한 기준으로서 「베른협약」과 「무역관련 지식재산권에 관한 협정(TRIPS 협정)」 등 여러 국제조약에 확립되어 있다. 그중 TRIPS 협정은 세계무역기구의 분쟁해결제도와 연결되어 있어 더욱 보편적이고 강한 구속력을 가진다. 이 협정에 따르면 저작권의 예외는 세 가지 조건을 충족해야 한다.³⁵ 즉 일정한 특별한 경우에 한정되어야 하고, 저작물의 정상적인 이용과 충돌하지 않아야 하며, 권리자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 않아야 한다. 이 절에서는 이러한 틀 아래에서 생성형 인공지능 학습행위의 적법성을 논의한다.

첫째, 특별한 경우의 인정과 관련하여 각국은 일반적으로 열거방식으로 저작권 예외를 규정한다. 그러나 인공지능과 빅데이터 등 새로운 기술상황을 맞아 전통적 예외체계에는 확대의 압력이 나타나고 있다. 예를 들어 독일법은 14 가지 예외사유를 열거하고 있고, 싱가포르는 2021 년에 계산적 데이터 분석(computational data analysis)을 예외에 직접 포함하면서 상업적 성격의 유무를 구분하지 않았다. 학계는 목적론적으로 특별한 경우를 해석하여 예외가 교육, 연구 및 문화발전 등의 공익영역에 기여해야 한다고 강조하고, 상업적 주체는 이러한 요건을 당연히 충족하기 어렵다고 보는 경향이 있다. 그러나 데이터 중심 경제에서 기술혁신 자체도 뚜렷한 공익성을 가진다. 특히 공중보건, 기후예측 및 사회서비스 최적화 등의 분야에서는 이미 중요한 가치를 보여주었다. 따라서 학습 주체가 주로 상업적 기업이라는 이유만으로 특별한 경우의 성격을 부정해서는 안 되며, 그 기술적 기여와 사회적 효용을 종합적으로 평가해야 한다. 향후 중국의 저작권 입법은

³⁵Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, art. 13.

국제적 추세를 참고하여 인공지능 학습을 예외의 범위에 포함하고 과학기술 발전의 공익적 요구에 대응할 수 있다.

둘째, 저작물의 정상적인 이용과 충돌하지 않아야 한다는 요건에서 정상적인 이용은 현재 시장에서의 실제 이용과 장래의 잠재적 이용이라는 두 층위를 포함한다.³⁶ 실제 이용의 측면에서 예외행위로 인하여 저작물이 현재 시장에서 정상적으로 판매되거나 이용허락될 수 없다면 충돌이 성립한다. 잠재적 이용의 측면에서 예외행위가 장래에 발전할 수 있는 시장을 방해하는 경우에도 요건을 충족하지 못한다. 인공지능 학습에 관하여 그 복제행위가 잠재적 이용허락시장을 소멸시키거나 원저작물을 대체하는 콘텐츠를 생성하여 저작권자의 이익을 해칠 수 있다는 견해가 있다. 그러나 인공지능 학습은 저작물의 내용 자체에 기초하는 것이 아니라 확률적 관계에 기초하여 이루어지는 비저작물적 이용(非作品性使用)이라는 점을 주의해야 한다. 그 목적은 저작물의 소비와 일치하지 않으므로 시장이용과 직접 경쟁하기 어렵다. 또한 학습에 필요한 텍스트는 출처가 분산되어 있고 수량도 방대하므로 이용허락시장이 효과적으로 형성되기 어렵다. 이를 억지로 구축하더라도 높은 비용과 낮은 효율의 문제가 발생하므로 예외를 부정하는 근거로 삼기 어렵다. 생성 단계에서 발생할 수 있는 모방과 대체효과는 생성 콘텐츠에 대한 규율로 해결해야 하며 학습 단계의 예외 적용 자체를 부정해서는 안 된다.

셋째, 권리자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 않아야 한다. 손해가 부당한지는 기술적 방식 자체가 아니라 전체적인 효과를 기준으로 평가해야 한다. 인공지능 학습이 저작물의 전체 내용을 이용하더라도 대규모·다중 텍스트에 대한 희소한 이용이라는 특성을 가지므로 개별 저작물의 권리가 입는 손해는 매우 제한적이며 경제적 이익에 실질적인 손해를 발생시킨다고 보기 어렵다. 다만 학습은 저자의 성명표시권과 동일성유지권 등 저작인격권 문제를 포함할 수 있으므로 예외

³⁶张曼:《论 TRIPS 协议中“三步检验法”存废之争和解决途径》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》第 11 期(2016),第 103-108 页。

이외에도 대응하는 보호장치를 마련해야 한다. 국제적으로 학습데이터의 출처를 공개하고 옵트아웃을 설정하여 기술발전과 저작인격권 보호를 함께 고려하려는 움직임이 나타나고 있다. 이러한 장치는 권리자에 대한 부당한 손해를 방지하고 학습과정의 투명성과 적법성도 높일 수 있다.

종합하면 3 단계 테스트의 세 차원에서 생성형 인공지능 학습행위는 전체적으로 예외 적용의 법리적 기초를 충족한다. 그러나 제도적으로는 데이터 출처의 공개, 옵트아웃 및 생성 콘텐츠의 규율 등의 보완조치가 필요하다. 이를 통하여 저작권자의 정당한 이익을 보호하면서 인공지능 기술의 건전한 발전에 필요한 공간을 남길 수 있다.

나. 4 요소 판단법의 적용 가능성

4 요소 판단법은 미국의 1976 년 「저작권법」 제 107 조에서 비롯되며, 그 핵심요소는 이용의 목적과 성격, 저작권 보호 저작물의 성질, 이용된 부분의 양과 질, 이용이 잠재적 시장 또는 가치에 미치는 영향이다.³⁷

첫째, 이용의 목적과 성격은 비영리 또는 비상업적 이용에 유리하게 작용하는 경향이 있다. 그러나 생성형 인공지능 기술은 대부분 기업이 개발하고 상업적 서비스에 이용되므로 4 요소 판단법의 비상업성 지향과 충돌한다. 예를 들어 OpenAI 의 GPT 계열 모델은 주로 텍스트 생성서비스의 상용화를 위하여 학습되었다. 다만 판례에 따르면 상업적 목적은 절대적인 장애가 아니다. The New York Times v. OpenAI and Microsoft 사건에서 법원은 학습행위가 창의적 표현을 직접 복제하기 위한 것이 아니라 패턴과 규칙을 학습하기 위한 것이고, 정보처리와 기술혁신의 가치도 가진다는 점을 고려하여 공정이용을 전면적으로 부정하지 않았다.³⁸³⁹ 이는

³⁷17 U.S.C. § 107.

³⁸[역자주] 원문은 The New York Times v. OpenAI 사건에서 법원이 학습행위의 공정이용 가능성을 긍정적인 것처럼 서술한다. 그러나 번역일 현재 공개된 법원 결정은 주로 청구의 존속과 증거개시 절차를 다루고 있으며, 해당 사건에서 학습행위의 공정이용 여부가 본안에서 최종 확정되었다고 보기 어렵다. 이하 관련 서술은 원문을 그대로 옮긴 것이다.

학습행위의 공익성과 혁신에 대한 기여가 평가에서 중요한 참고요소가 됨을 보여준다.

둘째, 저작권 보호 저작물의 성질은 공정이용 판단의 중요한 요소이다. 미공표 저작물과 창작성이 높은 저작물은 일반적으로 더 강한 보호를 받고, 이미 공표된 저작물이나 사실적 저작물은 상대적으로 약한 보호를 받는다. 생성형 인공지능 학습은 주로 이미 공표된 저작물에 의존하므로 공정이용 항변에 유리하다. 그러나 학습데이터에는 소설과 음악 등 창작성이 높은 저작물도 다수 포함되어 있어 공정이용의 인정이 어려워질 수 있다. 뉴욕타임스 사건에서 원고는 학습데이터에 창작성 있는 보도가 포함되어 있다고 강조하였으나, 법원은 학습행위가 주로 패턴 학습을 위한 것이고 창의적 표현을 직접 이용하는 것은 아니라고 보아 공정이용 가능성을 지지하였다.

셋째, 이용된 부분의 양과 질도 판단하기 어렵다. 생성형 인공지능 학습은 블랙박스적 성격을 가지므로 원저작물의 이용량을 정확히 산정하기 어렵다. 사건에서 원고는 생성 콘텐츠를 통하여 학습에 이용된 양을 역으로 추정하려 하였으나, 법원은 이러한 방법이 학습과정을 정확히 반영하지 못한다고 지적하였다. 인공지능 출력은 일반적으로 여러 출처의 데이터를 융합하고 깊게 변형한 결과이므로 원저작물과 유사하더라도 핵심 부분을 직접 복제한 것과 동일하지 않다. 따라서 기계적으로 양을 산정할 것이 아니라 비표현적 이용의 특성과 학습 목적을 함께 고려해야 한다.

마지막으로 이용이 잠재적 시장 또는 가치에 미치는 영향은 공정이용 판단에서 매우 중요하다. 생성형 인공지능 학습행위는 주로 패턴 학습을 위한 것이고 원저작물의 내용을 직접 공개하는 것이 아니므로 시장에 미치는 영향이 제한적이며 기술혁신이 가져오는 정상적인 경쟁에 해당한다. 뉴욕타임스 사건에서 법원은 학습 단계가 잠재적 시장에 미치는 방해가 제한적이고 인공지능이 새로운 시장기회를 창출할

³⁹Complaint, The New York Times Co. v. Microsoft Corp., OpenAI, Inc., et al., No. 1:23-cv-11195 (S.D.N.Y. Dec. 27, 2023).

수도 있으므로 공정이용 요건을 충족할 수 있다고 보았다.

종합하면 생성형 인공지능 학습은 4 요소 체계 아래에서 상업성과 창작성 높은 저작물의 이용이라는 어려움에 직면한다. 그러나 비표현적 이용의 특성, 알고리즘적 창작성 및 공익적 기여로 인하여 학습 단계의 공정이용은 일정한 사법적 수용 가능성을 가진다. 향후 중국의 법실무에서도 4 요소 판단법은 생성형 인공지능의 공정이용을 평가하는 중요한 도구가 될 수 있으나, 기술적 특성과 공익을 고려하여 유연하게 적용해야 한다.

다. 변형적 이용 판단법의 적용 가능성

변형적 이용 원칙은 Leval 교수가 1990 년에 제시하였고 미국 사법실무에서 점차 공정이용 판단의 핵심 방법이 되었다.⁴⁰ 그 핵심은 이용자가 저작물의 내용이나 용도를 창의적으로 변화시켜 이용 목적을 원저작물과 현저히 다르게 만들면 공정이용을 구성할 수 있다는 것이다. 변형의 정도가 높을수록 다른 요소에 대한 요구는 낮아진다. 1994 년 Campbell v. Acuff-Rose Music 사건은 이 이론을 처음 판결에 도입하였고 이후 Perfect 10 v. Amazon 등의 사건에서 널리 적용되었다. 새로운 용도는 정보검색, 교육 또는 사회적 가치 등의 기능을 가져야 하며 원저작물의 용도와 명확히 구분되어야 한다.⁴¹

그러나 변형적 이용 원칙에도 논쟁이 있다. 한편으로 형식이나 내용의 변화에 지나치게 주목하면 판단기준이 느슨해져 권리자의 정당한 권익을 해칠 수 있다. 다른 한편으로 이용의 목적과 성격을 지나치게 강조하면 시장에 미치는 영향이 소홀히 다루어질 수 있다. 2023 년 Andy Warhol Foundation v. Goldsmith 사건은 형식적 차이나 새로운 의미의 추가만으로는 변형적 이용을 구성하기에 부족하며, 새로운 저작물은 현저히 다른 용도를 가지고 원저작물과 경쟁하지 않아야 한다고

⁴⁰LEVAL, Pierre N., "Toward a Fair Use Standard," 103 *Harvard Law Review* (1990), 1105.

⁴¹Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007).

보아 인정기준을 크게 높였다.⁴²⁴³ 이 판례는 생성형 인공지능의 공정이용 적용에 새로운 과제를 제기한다. 특히 상업적 학습과 생성 콘텐츠가 잠재적으로 경쟁관계를 형성할 수 있는 경우에 그러하다. 생성형 인공지능 학습에서 저작물의 이용은 일반적으로 변형적 이용의 특성을 가진다. 학습 목적은 저작물의 패턴과 규칙을 배우는 데 있고 원저작물의 내용을 직접 표현하거나 공개하는 데 있지 않다. 인공지능 시스템은 주로 사실적 정보와 데이터 구조를 이용하며 창의적 표현 자체를 이용하지 않는다. 학습과정의 중간 복제는 알고리즘 학습에 필요한 단계이므로 새로운 저작물을 창작하는 과정의 일부로 보아야 한다. 학습의 출력 결과가 원저작물과 유사하더라도 특정 저작물을 직접 이용한 결과가 아니라 광범위한 학습을 거친 독립적 창작일 수 있다. 이러한 비표현적 이용의 특성으로 학습 단계는 변형적 이용 기준을 충족하기 쉽다. 다만 판례가 보여주듯 인공지능 생성물이 학습에 이용된 저작물과 시장경쟁을 형성할 수 있고 특히 상업적 목적이 있는 경우에는 공정이용 인정이 제한될 수 있다. 이에 일부 학자는 생성형 인공지능을 표현형과 비표현형으로 구분한다. 표현형 생성 콘텐츠는 원저작물과 경쟁할 수 있지만 안면인식과 같은 비표현형 이용은 저작권이 보호하는 표현을 포함하지 않는다. 본문은 이보다 학습 단계와 생성 단계를 구분하는 것이 더 적절하다고 본다. 학습 단계의 비표현적 이용은 본질적으로 변형적 이용에 해당하므로 공정이용 원칙을 적용해야 한다. 생성 단계에서는 콘텐츠 필터링과 저작권 탐지 등 인공지능 기업이 취한 기술조치와 그 실제 효과를 종합적으로 고려하여 잠재적 침해 위험을 낮추어야 한다.

종합하면 변형적 이용 원칙은 생성형 인공지능의 학습 단계에 명확한 적용 가능성을 가지며 공정이용 판단을 뒷받침한다. 동시에 실제 운용 단계와 기술적 예방조치를 고려하여 생성 단계를 달리 처리함으로써 저작권 보호와 기술혁신 촉진 사이의

⁴²[역자주] 원문에는 “Whorl v. Goldsmith”로 기재되어 있으나, 인용 판례와 문맥에 따라 “Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith”로 바로잡았다.

⁴³Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 598 U.S. 508 (2023).

균형을 이루어야 한다.

2. 생성형 인공지능 학습데이터 공정이용의 적법한 한계

가. 이용 목적의 적법한 한계

이용 목적의 적법성은 학습행위의 정당성을 판단하는 첫 번째 기준이다. 먼저 변형적 이용은 실질적으로 판단해야 한다. 학습과정은 사람의 독서와 감상을 위한 객체였던 저작물을 기계학습의 원료로 전환하여 이용 목적을 근본적으로 변화시킨다. 이러한 변화는 기능적 차원뿐만 아니라 가치창출 방식에서도 나타난다. 알고리즘 모델은 저작물의 추상적 특징을 추출하여 새로운 지능적 능력을 창출하고 독립적인 부가가치를 형성한다. 다음으로 상업적 이용의 한계는 전통적인 이분법을 넘어서는 필요가 있다. 학습행위가 상업적 주체에 의해 이루어지더라도 그 기술적 효과가 뚜렷한 공익성을 가진다면 적법성을 인정해야 한다. 평가요소에는 기술혁신의 사회적 가치, 지식전파의 촉진효과 및 산업고도화의 견인효과 등이 포함되어야 한다.

나. 이용행위의 적법한 한계

이용행위의 적법한 한계는 학습과정의 구체적인 실시방식에 주목한다. 데이터 취득 단계에서는 적법한 출처를 절대적 기준으로 확립해야 한다. 이는 학습데이터의 취득경로가 적법해야 한다는 것뿐만 아니라 완전한 데이터 추적체계를 구축해야 한다는 의미이다. 구체적으로 데이터 취득방식의 적법성 확보, 데이터 출처 기록제도의 구축 및 데이터 품질평가기준의 실시 등이 포함된다. 데이터 처리 단계에서는 필요성 원칙의 구체적인 기준을 마련해야 한다. 이 원칙은 기술적 필요성과 비례원칙이라는 두 차원에서 파악해야 한다. 기술적 필요성은 학습과정의 데이터 이용이 기술목표를 실현하는 데 필요한 것이어야 함을 의미한다. 비례원칙은 이용방식에서 저작권자의 이익에 가장 적은 영향을 미치는 방안을 선택할 것을 요구한다. 예를 들어 학습이 끝난 후 원시데이터를 적시에 삭제할 수 있다.

다. 이용효과의 적법한 한계

이용효과의 적법한 한계는 학습행위의 정당성을 판단하는 최종 기준이다. 시장대체효과는 동태적이고 종합적인 방식으로 평가해야 한다. 직접 대체와 간접 경쟁을 구분해야 한다. 직접 대체는 생성 콘텐츠가 원저작물과 기능 및 이용상황에서 매우 중복되는 경우를 말하고, 간접 경쟁은 기술발전으로 시장구조가 변화하는 경우를 말한다. 직접 대체가 성립하는 경우에만 시장대체효과가 존재한다고 인정해야 한다. 이익균형을 실현하려면 다층적인 보장체계를 구축해야 한다. 기술적 측면에서는 콘텐츠 필터링과 저작권 탐지 등의 기술조치를 장려하고, 제도적 측면에서는 저작권자의 옵트아웃을 마련하며, 계약적 측면에서는 업계가 모범실무 지침을 구축하도록 추진해야 한다.

VI. 생성형 인공지능 학습데이터 공정이용 제도의 개선방안

현재의 세계 인공지능 경쟁구도에서 과학적이고 합리적인 생성형 인공지능 학습데이터 저작권 규율체계를 구축하는 것은 중요한 전략적 의미를 가진다. 앞에서 판단요소와 적법한 한계를 체계적으로 분석한 것을 기초로 이 장에서는 제도 개선방안을 제시한다. 먼저 법제도의 차원에서는 3 단계 테스트를 주된 기준으로 하고 변형적 이용을 보조기준으로 하는 판단기준을 구축하며, 저작권 예외조항의 설계를 보완하여 기술혁신에 명확한 법적 예측 가능성을 제공해야 한다.

1. 3 단계 테스트를 중심으로 한 종합 판단기준의 명확화

첫째, 공정이용 판단에서 3 단계 테스트의 핵심적 지위를 확립해야 한다. 구체적으로 특별한 경우를 인정할 때에는 요건을 충족한 인공지능 학습을 법정 예외에 포함하도록 입법으로 명확히 해야 한다. 저작물의 정상적인 이용을 저해하지 않는지 판단할 때에는 학습행위가 원저작물의 시장기능을 실질적으로 대체하는지를 중점적으로 심사해야 한다. 권리자의 정당한 이익을 부당하게 해치지 않는지 심사할 때에는 비례원칙에 따라 학습행위가 저작권자의 경제적 이익과 정신적 권익에

미치는 영향의 정도를 종합적으로 고려해야 한다. 둘째, 변형적 이용을 보조적인 판단기준으로 도입해야 한다. 학습행위가 저작물의 이용 목적을 전통적인 감상과 전파에서 기계학습을 위한 데이터 분석으로 실질적으로 전환하고 원저작물과 직접적인 시장경쟁을 형성하지 않는다면 공정이용을 인정하는 방향으로 판단해야 한다. 이러한 판단은 제 5장에서 확립한 적법한 한계를⁴⁴ 엄격히 따라 변형적 이용이 저작권자의 핵심 이익을 부당하게 해치지 않도록 해야 한다.

2. 법규범 체계의 보완

중국 「저작권법 실시조례」에 특별조항을 신설하여 다음과 같이 명확히 규정할 필요가 있다. “생성형 인공지능 학습을 목적으로 적법하게 취득한 공표 저작물을 필요한 범위에서 복제하고 이용하는 행위는 저작권 침해에 해당하지 아니한다. 다만 저작물의 정상적인 이용을 방해하거나 저작권자의 정당한 이익을 부당하게 해쳐서는 안 된다.” 이 조항은 네 가지 핵심요소를 명확히 해야 한다. 적용주체는 적법하게 학습활동을 수행하는 모든 주체를 포함하고, 이용객체는 적법하게 취득한 공표 저작물로 한정하며, 행위의 한계는 학습에 필요한 복제와 이용으로 제한하고, 이용 목적은 모델 학습으로 엄격히 한정해야 한다. 동시에 입법은 비표현적 이용의 법적 의미를 명확히 하여 학습과정의 저작물 이용은 저작물의 독창적 표현을 재현하려는 것이 아니라 데이터 특징을 추출하고 패턴과 규칙을 학습하기 위한 것임을 강조함으로써 사법실무에 명확한 지침을 제공해야 한다.

3. 새로운 법적용 기준의 정립

생성형 인공지능의 학습 단계에서 현행 저작권 공정이용 규칙은 적용범위가 불명확하고 예측 가능성이 부족하다. 따라서 입법을 통하여 그 적용기준을 세분화하고 확장할 필요가 있다. 먼저 학습을 위한 이용은 콘텐츠의 대체가 아니라 기술적 이용에 해당함을 명확히 해야 한다. 입법은 모델 학습을 독립적인 공정이용

⁴⁴[역자주] 원문은 “第六章”이라고 기재하였으나, 적법한 한계는 제 5 장 제 2 절에서 제시되었으므로 바로잡았다.

유형으로 규정하여 법체계 안에서 그 적법한 지위를 확립할 수 있다. 다음으로 기술적 속성과 법적 속성을 함께 가진 평가기준을 도입해야 한다. 예를 들어 데이터 처리가 필요한지, 비식별화 또는 최소화 원칙을 적용하였는지, 학습 결과가 원저작물에 시장대체를 초래하는지 등을 심사하여 권리자의 이익보호를 강화할 수 있다. 또한 모델 학습과정의 투명성 의무를 마련하고 신고와 설명적 공개 등의 방식으로 감독기관과 권리자가 알고리즘의 데이터 흐름을 식별할 수 있도록 해야 한다. 이러한 제도는 추상적인 공정이용 원칙을 집행 가능한 행위규범으로 구체화하고 생성형 인공지능의 발전에 보다 안정적이고 예측 가능한 법적 환경을 제공한다.

4. 학습데이터 이용의 권리균형 메커니즘 구축

전통적 저작권 체계에서 저자의 권리와 공익 사이의 균형은 주로 공정이용, 법정허락 및 권리제한 등의 제도로 유지된다. 그러나 생성형 인공지능 학습은 규모화, 자동화 및 비가역적 재생산 등의 특성을 가지므로 이러한 전통적 균형구조에 큰 충격을 준다. 따라서 법적 차원에서 기술에 보다 잘 적응하는 새로운 권리균형 메커니즘을 구축하는 것은 필요할 뿐만 아니라 구조적인 가치도 가진다.

먼저 입법에서 학습데이터 이용의 권리 배분 논리를 명확히 해야 한다. 생성형 인공지능 학습에서 저작물을 이용하는 행위는 도구적 성격이 강하고 일반적으로 저작물의 재현이나 대체소비를 목적으로 하지 않는다. 따라서 권리의 인정에서 기능적 이용 개념을 도입하여 전통적인 복제 및 전파와 구분할 수 있다. 학습 단계에서 데이터 패턴만을 추출하는 경우에는 침해를 구성하지 않는 특별한 이용유형에 포함하여 제도적으로 권리충돌을 줄일 수 있다.

다음으로 권리보호와 혁신장려 사이에 동태적 균형을 마련해야 한다. 모델 학습이 저자의 경제적 권익에 잠재적 손해를 주는 것을 방지하기 위하여 입법에 보상 메커니즘을 신설할 수 있다. 예를 들어 대량의 보호받는 저작물을 이용하여 상업적으로 학습하는 주체에게 합리적 보상금을 부과하거나 업계 협약형

보상기금을 마련할 수 있다. 이러한 방식은 과도한 비용으로 혁신을 방해하지 않으면서 권리자의 경제적 이익이 소멸하지 않도록 보장한다.

또한 생성형 인공지능 학습이 권리남용이나 데이터 독점을 초래하는 것을 방지하기 위하여 경쟁법적 관점을 도입해야 한다. 대규모 모델 개발자가 데이터 수집, 학습 규모 및 시장지배적 지위와 관련하여 부담하는 준법의무를 규정할 필요가 있다. 예를 들어 모델 학습데이터셋의 출처에 관한 투명성 요구와 부정경쟁방지 조항을 명확히 하여 데이터가 배타적 우위로 이용되지 않도록 하고 사실상의 기술장벽이 형성되는 것을 방지해야 한다.

마지막으로 권리균형 메커니즘의 구축은 부문 간 협력에 의존해야 한다. 저작권법, 데이터법, 개인정보보호법 및 독점규제법 사이에 협력관계를 형성하고 제도적 연계를 통하여 서로 다른 권리주체의 이익이 동태적 균형 속에서 함께 고려되도록 해야 한다. 이러한 제도설계는 기술발전의 개방성과 활력을 유지하면서 저자의 이익을 최대한 보호하고 사회 일반이 인공지능 혁신의 성과에 공정하게 접근하고 이를 공유하도록 보장할 수 있다.

5. 데이터 이용의 투명성과 법적 감독제도 구축

생성형 인공지능의 학습과정은 고도로 기술적이고 복잡하다. 투명성 메커니즘이 부족하면 저작권자는 자신의 저작물이 이용되었는지 판단하기 어렵고 규제기관도 학습행위의 적법성을 평가하기 어렵다. 따라서 법적 강제력을 가진 데이터 투명성과 감독제도를 구축하는 것은 공정이용 체계가 효과적으로 작동하기 위한 중요한 전제이다.

먼저 입법은 모델 개발자가 학습 단계에서 최소한의 데이터 출처 공개의무를 이행하도록 해야 한다. 이 의무가 데이터셋의 전체 내용을 공개하도록 요구할 필요는 없지만, 데이터셋의 유형, 출처 경로 및 권리취득 방식 등의 기본정보는 공개하도록 해야 한다.

다음으로 학습데이터의 준법성을 주기적으로 평가하는 독립적인 제 3 자 감독 및

감사 메커니즘을 구축해야 한다. 제 3 자 기관은 법정기준에 따라 기업의 데이터 수집절차, 권리취득 방식 및 공정이용 적용 가능성을 심사하여 권리자 개인의 감독능력이 부족한 문제를 보완할 수 있다.

마지막으로 데이터 투명성과 감독제도의 집행은 행정제재, 민사책임 및 신용체계와 연계하여 실질적 구속력을 확보해야 한다. 투명성 의무가 모델 개발자가 부담해야 하는 통상적인 준법비용이 될 때에만 공정이용 제도가 인공지능 분야에서 실제로 정착할 수 있다.

VII. 결론

생성형 인공지능의 등장은 전통적 저작권 제도에 전례 없는 도전을 제기하는 동시에 제도혁신의 중요한 기회도 제공한다. 본문은 학습데이터의 이용이 공정이용 제도 아래에서 가지는 적법성과 합리성을 체계적으로 검토하고, 현재의 폐쇄적 열거방식에 따른 공정이용 조항이 기술발전의 현실적 수요에 적응하기 어렵다고 지적하였다. 이에 따라 입법으로 생성형 인공지능 학습 예외를 명확히 하고, 3 단계 테스트를 핵심으로 하면서 변형적 이용의 이념을 보조적으로 사용하는 종합 판단체계를 구축해야 한다. 또한 행정관리의 차원에서 데이터 공개, 옵트아웃 및 보상금 등의 균형 메커니즘을 마련해야 한다. 이러한 방안은 현재의 법적 곤란을 해소하는 데 도움이 될 뿐만 아니라 인공지능 시대 중국의 법치건설과 산업혁신에도 실행 가능한 방향을 제공한다. 향후 국제규칙과 국내 실무를 함께 고려하면서 저작권 제도를 계속 보완하여 창작의 보호와 기술발전의 촉진 사이에서 동태적 균형을 실현해야 한다. 이를 통하여 중국과 한국이 세계 인공지능 거버넌스에서 제도적 발언권과 발전의 주도권을 확보하는 데 기여할 수 있다.

참 고 문 헌

외국어문헌

[중국어]

<저서>

吴汉东: 《著作权合理使用问题研究》(第 4 版), 中国人民大学出版社, 2020。

<논문>

焦和平: 《人工智能创作中数据获取与利用的著作权风险及化解路径》, 载《当代法学》第 4 期, 2022。

李宗辉: 《论人工智能应用中的版权合理使用制度》, 载《科技与法律》第 4 期, 2020。

林秀芹: 《人工智能时代著作权合理使用制度的重塑》, 载《法学研究》第 6 期, 2021。

刘友华、魏远山: 《机器学习的著作权侵权问题及其解决》, 载《华东政法大学学报》第 2 期, 2019。

马忠法、肖宇露: 《论人工智能学习创作的合理使用》, 载《山东科技大学学报(社会科学版)》第 5 期, 2020。

吴汉东: 《人工智能生成作品的著作权法之问》, 载《中外法学》第 3 期, 2020。

张金平: 《人工智能作品合理使用困境及其解决》, 载《环球法律评论》第 3 期, 2019。

张曼: 《论 TRIPS 协议中“三步检验法”存废之争和解决途径》, 载《暨南学报(哲学社会科学版)》第 11 期, 2016。

[영어]

<논문>

LEVAL, Pierre N., “Toward a Fair Use Standard,” 103 *Harvard Law Review*, 1990.

LEVENDOWSKI, Amanda, “How Copyright Law Can Fix Artificial Intelligence’s Implicit Bias Problem,” 93 *Washington Law Review*, 2018.

초 록

생성형 인공지능 기술이 빠르게 발전하면서 학습과정에서 방대한 저작물 데이터를 이용하는 행위는 복잡한 저작권 분쟁을 야기하고 있다. 본문은 생성형 인공지능 학습데이터의 저작권법상 공정이용 문제에 초점을 두고, 현행 법체계 아래에서 학습행위가 직면한 침해 위험과 제도적 곤란을 체계적으로 분석한다. 미국, 유럽연합, 한국 및 중국의 입법과 사법실무를 비교하여 3 단계 테스트의 핵심적 지위를 유지하면서 변형적 이용을 보조적 판단기준으로 도입하고, 주된 기준과 보조기준을 결합한 종합 판단체계를 구축할 것을 제안한다. 또한 특별 예외조항의 신설, 공정이용 한계의 명확화, 데이터 공개 및 옵트아웃 메커니즘의 구축 등을 통하여 저작권자의 이익을 보호하면서 인공지능의 보편적 활용을 위한 제도적 지원을 제공하고 법체계와 기술발전의 조화로운 발전을 촉진할 것을 제안한다.

<주제어> 생성형 인공지능, 저작권, 인공지능 학습, 데이터 보안

A b s t r a c t

With the rapid advancement of generative artificial intelligence technology, the use of massive amounts of copyrighted works in the training process has generated complex copyright disputes. This paper focuses on fair use under copyright law with respect to training data for generative AI and systematically analyzes the infringement risks and institutional difficulties faced by training activities under the current legal framework. By comparing legislative and judicial practices in the United States, the European Union, South Korea, and China, the paper proposes maintaining the central role of the three-step test while introducing transformative use as a supplementary criterion and establishing a comprehensive framework that combines primary and supplementary standards. It further recommends creating a specific statutory exception, clarifying the boundaries of fair use, and establishing data-disclosure and opt-out mechanisms. These measures would protect the interests of copyright holders while providing institutional support for the broad application of artificial intelligence and promoting the coordinated development of law and technology.

Keywords: Generative Artificial Intelligence, Copyright, AI Training, Data Security

「중화인민공화국 사이버보안법」

《中华人民共和国网络安全法》

모덕승(慕德昇)(중국정법대학교 박사) 번역

Translator MU, Desheng(Ph.D., China University of Political Science and Law)

법령정보

2016. 11. 7. 제정·공포, 2017. 6. 1. 시행

2025. 10. 28. 개정·공포, 2026. 1. 1. 시행

출전: 북대법보(北大法宝) 및 중국 국가법률법규 DB 현행본(2026. 8. 1. 확인).

한중대조번역

中文原文	한국어 번역
第一章 总则	제 1 장 총칙
第一条 为了保障网络安全，维护网络空间主权和国家安全、社会公共利益，保护公民、法人和其他组织的合法权益，促进经济社会信息化健康发展，制定本法。	제 1 조 사이버보안을 ¹ 보장하고 사이버공간의 주권과 국가안전 및 사회의 공공이익을 수호하며, 공민 ² .법인 및 그 밖의 조직의 합법적 권익을 보호하고 경제·사회적 정보화가 건전하게 발전하도록 촉진하기 위하여 이 법을 제정한다.

第二条 在中华人民共和国境内建设、运营、维护和使用网络，以及网络安全的监督管理，适用本法。	제 2 조 중화인민공화국 경내에서 네트워크를 구축·운영·유지·사용하는 행위와 사이버보안에 대한 감독·관리에는 이 법을 적용한다.
第三条 网络安全工作坚持中国共产党的领导，贯彻总体国家安全观，统筹发展和安全，推进网络强国建设。	제 3 조 사이버보안 업무는 중국공산당의 영도를 견지하고 총체적 국가안보관을 관철하며, 발전과 안전을 함께 고려하고 네트워크 강국 건설을 추진한다.
第四条 国家坚持网络安全与信息化发展并重，遵循积极利用、科学发展、依法管理、确保安全的方针，推进网络基础设施建设和互联互通，鼓励网络技术创新和应用，支持培养网络安全人才，建立健全网络安全保障体系，提高网络安全保护能力。	제 4 조 국가는 사이버보안과 정보화 발전을 함께 중시하고 적극적 이용, 과학적 발전, 법에 따른 관리 및 안전 확보의 방침을 따르며, 네트워크 기반시설의 구축과 상호연결을 추진하고 네트워크 기술의 혁신과 활용을 장려하며 사이버보안 인재 양성을 지원하고 사이버보안 보장체계를 구축·정비하여 사이버보안 보호 역량을 높인다.
第五条 国家制定并不断完善网络安全战略，明确保障网络安全的基本要求和主要目标，提出重点领域的网络安全政策、工作任务和措施。	제 5 조 국가는 사이버보안 전략을 수립하고 지속적으로 정비하며, 사이버보안을 보장하기 위한 기본요건과 주요 목표를 명확히 하고 중점 분야의 사이버보안 정책·업무과제 및 조치를 제시한다.
第六条 国家采取措施，监测、防御、处置来源于中华人民共和国境内外的网络安全风险和威胁，保护关键信息基础设施免受攻击、侵入、干扰	제 6 조 국가는 중화인민공화국 경내외에서 비롯되는 사이버보안 위험과 위협을 감시·방어·대응하기 위한 조치를

和破坏，依法惩治网络违法犯罪活动，维护网络空间安全和秩序。	취하고, 주요정보기반시설이 공격·침입·방해·파괴되지 않도록 보호하며, 네트워크 관련 위법·범죄행위를 법에 따라 처벌하고 사이버공간의 안전과 질서를 유지한다.
第七条 国家倡导诚实守信、健康文明的网络行为，推动传播社会主义核心价值观，采取措施提高全社会的网络安全意识和水平，形成全社会共同参与促进网络安全的良好环境。	제 7 조 국가는 성실과 신의를 바탕으로 한 건전하고 문명한 네트워크 이용행위를 장려하고 사회주의 핵심가치관의 전파를 추진하며, 사회 전체의 사이버보안 의식과 수준을 높이기 위한 조치를 취하여 사회 구성원 모두가 사이버보안 증진에 함께 참여하는 건전한 환경을 조성한다.
第八条 国家积极开展网络空间治理、网络技术研发和标准制定、打击网络违法犯罪等方面的国际交流与合作，推动构建和平、安全、开放、合作的网络空间，建立多边、民主、透明的网络治理体系。	제 8 조 국가는 사이버공간 거버넌스, 네트워크 기술의 연구·개발 및 표준 제정, 네트워크 관련 위법·범죄 단속 등의 분야에서 국제교류와 협력을 적극적으로 전개하고, 평화롭고 안전하며 개방적이고 협력적인 사이버공간의 구축을 추진하며, 다자적·민주적·투명한 네트워크 거버넌스 체계를 구축한다.
第九条 国家网信部门负责统筹协调网络安全工作和相关监督管理工作。国务院电信主管部门、公安部门和其他有关机关依照本法和有关法律、行政法规的规定，在各自职责范围内负责网络安全保护和监督管理工作。县级以上地方人民政府有关部门的网络安全保护和监督管理职责，按照国	제 9 조 국가 인터넷정보 주무부서는 ³ 사이버보안 업무와 그 감독·관리 업무를 총괄·조정한다. 국무원 전기통신 주무부서,公安부서 및 그 밖의 관계기관은 이 법 및 관계 법률·행정법규에 따라 각자의 소관

家有关规定确定。	범위에서 사이버보안 보호 및 감독·관리 업무를 담당한다. 현급 이상 지방인민정부 관계 부서의 사이버보안 보호 및 감독·관리 업무는 국가의 관련 규정에 따라 정한다.
第十条 网络运营者开展经营活动和服务活动，必须遵守法律、行政法规，尊重社会公德，遵守商业道德，诚实信用，履行网络安全保护义务，接受政府和社会的监督，承担社会责任。	제 10 조 네트워크 운영자는 ⁴ 경영·서비스 활동을 수행할 때 법률·행정법규를 준수하고 공중도덕을 ⁵ 존중하고 상업윤리를 준수하며 성실과 신의를 지키고, 사이버보안 보호 의무를 이행하며 정부와 사회의 감독을 받고 사회적 책임을 져야 한다.
第十一条 建设、运营网络或者通过网络提供服务，应当依照法律、行政法规的规定和国家标准的强制性要求，采取技术措施和其他必要措施，保障网络安全、稳定运行，有效应对网络安全事件，防范网络违法犯罪活动，维护网络数据的完整性、保密性和可用性。	제 11 조 네트워크를 구축·운영하거나 네트워크를 통하여 서비스를 제공하는 경우에는 법률·행정법규 및 국가표준의 강제요건에 따라 기술적 조치와 그 밖의 필요한 조치를 취하여 네트워크가 안전하고 안정적으로 운영되도록 보장하고, 사이버보안 사건에 효과적으로 대응하며, 네트워크 관련 위법·범죄행위를 예방하고 네트워크 데이터의 무결성·기밀성·가용성을 유지하여야 한다.
第十二条 网络相关行业组织按照章程，加强行业自律，制定网络安全行为规范，指导会员加强网络安全保护，提高网络安全保护水平，促进行业健康发展。	제 12 조 네트워크 관련 업계단체는 정관에 따라 업계의 자율규제를 강화하고 사이버보안 행위규범을 제정하며, 회원이 사이버보안 보호를 강화하도록 지도하고 사이버보안 보호

	수준을 높여 업계의 건전한 발전을 촉진한다.
第十三条 国家保护公民、法人和其他组织依法使用网络的权利，促进网络接入普及，提升网络服务水平，为社会提供安全、便利的网络服务，保障网络信息依法有序自由流动。 任何个人和组织使用网络应当遵守宪法法律，遵守公共秩序，尊重社会公德，不得危害网络安全，不得利用网络从事危害国家安全、荣誉和利益，煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度，煽动分裂国家、破坏国家统一，宣扬恐怖主义、极端主义，宣扬民族仇恨、民族歧视，传播暴力、淫秽色情信息，编造、传播虚假信息扰乱经济秩序和社会秩序，以及侵害他人名誉、隐私、知识产权和其他合法权益等活动。	제 13 조 국가는 공민·법인 및 그 밖의 조직이 법에 따라 네트워크를 사용할 권리를 보호하고 네트워크 접속의 보급을 촉진하며 네트워크 서비스 수준을 높이고, 사회에 안전하고 편리한 네트워크 서비스를 제공하며 네트워크 정보가 법에 따라 질서 있고 자유롭게 유통되도록 보장한다. 모든 개인과 조직은 네트워크를 사용할 때 헌법과 법률을 준수하고 공공질서를 지키며 공중도덕을 존중하여야 하며, 사이버보안을 해쳐서는 아니 되며, 네트워크를 이용하여 국가안전·명예·이익을 해치거나, 국가정권의 전복 또는 사회주의제도의 타도를 선동하거나, 국가분열 또는 국가통일의 파괴를 선동하거나, 테러리즘·극단주의 또는 민족증오·민족차별을 선전하거나, 폭력적이거나 음란한 정보를 전파하거나, 허위정보를 조작·전파하여 경제질서와 사회질서를 교란하거나, 타인의 명예·사생활·지식재산권 및 그 밖의 합법적 권익을 침해하는 등의 활동을 하여서는 아니 된다.
第十四条 国家支持研究开发有利于未成年人健康成长的网络产品和服务	제 14 조 국가는 미성년자의 건전한

务，依法惩治利用网络从事危害未成年人身心健康的活动，为未成年人提供安全、健康的网络环境。	성장에 도움이 되는 네트워크 제품·서비스의 연구·개발을 지원하고, 네트워크를 이용하여 미성년자의 심신 건강을 해치는 활동을 법에 따라 처벌하며, 미성년자에게 안전하고 건전한 네트워크 환경을 제공한다.
第十五条 任何个人和组织有权对危害网络安全的行为向网信、电信、公安等部门举报。收到举报的部门应当及时依法作出处理；不属于本部门职责的，应当及时移送有权处理的部门。 有关部门应当对举报人的相关信息予以保密，保护举报人的合法权益。	제 15 조 모든 개인과 조직은 사이버보안을 해치는 행위를 인터넷정보·전기통신·공안 등의 부서에 신고할 권리가 있다. 신고를 접수한 부서는 지체 없이 법에 따라 처리하여야 하며, 해당 부서의 직무에 속하지 않는 경우에는 처리 권한이 있는 부서로 지체 없이 이송하여야 한다. 관계 부서는 신고인에 관한 정보를 비밀로 유지하고 신고인의 합법적 권익을 보호하여야 한다.
第二章 网络安全支持与促进	제 2 장 사이버보안 지원 및 촉진
第十六条 国家建立和完善网络安全标准体系。国务院标准化行政主管部门和国务院其他有关部门根据各自的职责，组织制定并适时修订有关网络安全管理以及网络产品、服务和运行安全的国家标准、行业标准。 国家支持企业、研究机构、高等学校、网络相关行业组织参与网络安全国家标准、行业标准的制定。	제 16 조 국가는 사이버보안 표준체계를 구축·정비한다. 국무원 표준화 행정 주무부서와 국무원의 그 밖의 관계 부서는 각자의 직무에 따라 사이버보안 관리와 네트워크 제품·서비스 및 운영 안전에 관한 국가표준과 업종별 표준의 제정 업무를 주관하고 필요에 따라 이를 개정한다. 국가는 기업·연구기관·고등교육기관 및 네트워크 관련 업계단체가 사이버보안

	국가표준과 업종별 표준의 제정에 참여하도록 지원한다.
第十七条 国务院和省、自治区、直辖市人民政府应当统筹规划，加大投入，扶持重点网络安全技术产业和项目，支持网络安全技术的研究开发和应用，推广安全可信的网络产品和服务，保护网络技术知识产权，支持企业、研究机构 and 高等学校等参与国家网络安全技术创新项目。	제 17 조 국무원과 성·자치구·직할시 인민정부는 종합계획을 수립하고 투자를 확대하여 중점 사이버보안 기술산업과 사업을 지원하며, 사이버보안 기술의 연구·개발 및 활용을 지원하고 안전하고 신뢰할 수 있는 네트워크 제품·서비스를 보급하며, 네트워크 기술 관련 지식재산권을 보호하고 기업·연구기관·고등교육기관 등이 국가 사이버보안 기술혁신사업에 참여하도록 지원하여야 한다.
第十八条 国家推进网络安全社会化服务体系建设，鼓励有关企业、机构开展网络安全认证、检测和风险评估等安全服务。	제 18 조 국가는 사이버보안 민간 전문서비스 체계의 6 구축을 추진하고 관계 기업·기관이 사이버보안 인증·검사·위험평가 등의 보안서비스를 제공하도록 장려한다.
第十九条 国家鼓励开发网络数据安全保护和利用技术，促进公共数据资源开放，推动技术创新和经济社会发展。	제 19 조 국가는 네트워크 데이터의 안전한 보호와 이용을 위한 기술개발을 장려하고 공공데이터 자원의 개방을 촉진하며 기술혁신과 경제·사회 발전을 추진한다.
第二十条 国家支持人工智能基础理论研究和算法等关键技术研发，推进训练数据资源、算力等基础设施建设，完善人工智能伦理规范，加强风险监测评估和安全监管，促进人工智能应用和健康发展。	제 20 조 국가는 인공지능 기초이론 연구와 알고리즘 등 핵심기술의 연구·개발을 지원하고 학습데이터 자원·연산능력 등 기반시설의 구축을 추진하며, 인공지능 윤리규범을

国家支持创新网络安全管理方式，运用人工智能等新技术，提升网络安全保护水平。	정비하고 위험 감시·평가와 안전 감독·관리를 강화하여 인공지능의 활용과 건전한 발전을 촉진한다. 국가는 사이버보안 관리방식의 혁신을 지원하고 인공지능 등 신기술을 활용하여 사이버보안 보호 수준을 높인다.
第二十一条 各级人民政府及其有关部门应当组织开展经常性的网络安全宣传教育，并指导、督促有关单位做好网络安全宣传教育工作。 大众传播媒介应当有针对性地向社会进行网络安全宣传教育。	제 21 조 각급 인민정부와 관계 부서는 상시적인 사이버보안 홍보·교육을 조직하여 실시하고, 관계 기관·단체가 7 사이버보안 홍보·교육 업무를 충실히 수행하도록 지도하고 독려하여야 한다. 대중매체는 사회를 대상으로 그 특성에 맞는 사이버보안 홍보·교육을 실시하여야 한다.
第二十二条 国家支持企业和高等学校、职业学校等教育培训机构开展网络安全相关教育与培训，采取多种方式培养网络安全人才，促进网络安全人才交流。	제 22 조 국가는 기업과 고등교육기관·직업학교 등 교육훈련기관이 사이버보안 관련 교육·훈련을 실시하도록 지원하고, 다양한 방식으로 사이버보안 인재를 양성하며 사이버보안 인재의 교류를 촉진한다.
第三章 网络运行安全	제 3 장 네트워크 운영 안전
第一节 一般规定	제 1 절 일반 규정
第二十三条 国家实行网络安全等级保护制度。网络运营者应当按照网络安全等级保护制度的要求，履行下列安全保护义务，保障网络免受干扰、破坏或者未经授权的访问，防止网络	제 23 조 국가는 사이버보안 등급보호제도를 8 시행한다. 네트워크 운영자는 사이버보안 등급보호제도의 요건에 따라 다음 각 호의 안전보호

数据泄露或者被窃取、篡改： （一）制定内部安全管理制度和操作规程，确定网络安全负责人，落实网络安全保护责任； （二）采取防范计算机病毒和网络攻击、网络侵入等危害网络安全行为的技术措施； （三）采取监测、记录网络运行状态、网络安全事件的技术措施，并按照规定留存相关的网络日志不少于六个月； （四）采取数据分类、重要数据备份和加密等措施； （五）法律、行政法规规定的其他义务。	의무를 이행하여 네트워크가 방해·파괴되거나 권한 없는 접근을 받지 않도록 하고, 네트워크 데이터의 유출·절취·변조를 방지하여야 한다. (1) 내부 안전관리제도와 운영절차를 제정하고 사이버보안 책임자를 지정하여 사이버보안 보호책임을 이행할 것 (2) 컴퓨터 바이러스, 네트워크 공격·침입 등 사이버보안을 해치는 행위를 예방하기 위한 기술적 조치를 취할 것 (3) 네트워크 운영상태와 사이버보안 사건을 감시·기록하기 위한 기술적 조치를 취하고 관련 네트워크 로그를 규정에 따라 6개월 이상 보존할 것 (4) 데이터 분류, 중요 데이터의 백업·암호화 등의 조치를 취할 것 (5) 법률·행정법규에서 정한 그 밖의 의무를 이행할 것
第二十四条 网络产品、服务应当符合相关国家标准的强制性要求。网络产品、服务的提供者不得设置恶意程序；发现其网络产品、服务存在安全缺陷、漏洞等风险时，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。 网络产品、服务的提供者应当为其产品、服务持续提供安全维护；在规定的或者当事人约定的期限内，不得终止提供安全维护。 网络产品、服务具有收集用户信息功	제 24 조 네트워크 제품·서비스는 관련 국가표준의 강제요건에 부합하여야 한다. 네트워크 제품·서비스 제공자는 악성프로그램을 설치하여서는 아니 되며, 제품·서비스에 보안상 결함·취약점 등의 위험이 있음을 발견한 경우 즉시 보완조치를 취하고 규정에 따라 이용자에게 지체 없이 알리며 관계 주무부서에 보고하여야 한다. 제공자는 제품·서비스에 대하여

能的，其提供者应当向用户明示并取得同意；涉及用户个人信息的，还应当遵守本法和有关法律、行政法规关于个人信息保护的规定。	지속적으로 보안 유지관리를 제공하여야 하며, 관련 규정 또는 당사자가 약정한 기간에는 보안 유지관리의 제공을 중단하여서는 아니 된다. 네트워크 제품·서비스에 이용자 정보 수집 기능이 있는 경우 제공자는 그 사실을 이용자에게 명확히 알리고 동의를 받아야 하며, 이용자의 개인정보와 관련되는 경우에는 이 법 및 관계 법률·행정법규의 개인정보 보호 규정도 준수하여야 한다.
第二十五条 网络关键设备和网络安全专用产品应当按照相关国家标准的强制性要求，由具备资格的机构安全认证合格或者安全检测符合要求后，方可销售或者提供。国家网信部门会同国务院有关部门制定、公布网络关键设备和网络安全专用产品目录，并推动安全认证和安全检测结果互认，避免重复认证、检测。	제 25 조 네트워크 핵심설비와 사이버보안 전용제품은 관련 국가표준의 강제요건에 따라 자격을 갖춘 기관의 안전인증에 합격하거나 안전검사 요건을 충족한 후에만 판매·제공할 수 있다. 국가 인터넷정보 주무부서는 국무원 관계 부서와 함께 네트워크 핵심설비 및 사이버보안 전용제품 목록을 제정·공표하고 안전인증과 안전검사 결과의 상호인정을 추진하여 중복 인증·검사를 방지한다.
第二十六条 网络运营者为用户办理网络接入、域名注册服务，办理固定电话、移动电话等入网手续，或者为用户提供信息发布、即时通讯等服务，在与用户签订协议或者确认提供服务时，应当要求用户提供真实身份信息。用户不提供真实身份信息的，网络运营者不得为其提供相关服务。	제 26 조 네트워크 운영자가 이용자에게 네트워크 접속·도메인 등록 서비스를 제공하거나 유선전화·이동전화 등의 가입절차를 처리하거나 정보게시·인스턴트 메시징 등의 서비스를 제공하는 경우에는

国家实施网络可信身份战略，支持研究开发安全、方便的电子身份认证技术，推动不同电子身份认证之间的互认。	이용자와 계약을 체결하거나 서비스 제공을 확정할 때 실명정보를 제공하도록 요구하여야 한다. 이용자가 실명정보를 제공하지 않는 경우에는 관련 서비스를 제공하여서는 아니 된다. 국가는 신뢰할 수 있는 네트워크 신원체계 구축 전략을 시행하고 안전하고 편리한 전자신원인증 기술의 연구·개발을 지원하며 서로 다른 전자신원인증 간 상호인정을 추진한다.
第二十七条 网络运营者应当制定网络安全事件应急预案，及时处置系统漏洞、计算机病毒、网络攻击、网络侵入等安全风险；在发生危害网络安全的事件时，立即启动应急预案，采取相应的补救措施，并按照规定向有关主管部门报告。	제 27 조 네트워크 운영자는 사이버보안 사건 비상대응계획을 수립하고 시스템 취약점, 컴퓨터 바이러스, 네트워크 공격·침입 등의 보안 위험에 지체 없이 대응하여야 한다. 사이버보안을 해치는 사건이 발생한 경우에는 즉시 비상대응계획을 가동하고 필요한 보완조치를 취하며 규정에 따라 관계 주무부서에 보고하여야 한다.
第二十八条 开展网络安全认证、检测、风险评估等活动，向社会发布系统漏洞、计算机病毒、网络攻击、网络侵入等网络安全信息，应当遵守国家有关规定。	제 28 조 사이버보안 인증·검사·위험평가 등의 활동을 수행하거나 시스템 취약점, 컴퓨터 바이러스, 네트워크 공격·침입 등의 사이버보안 정보를 공표하는 경우에는 국가의 관련 규정을 준수하여야 한다.
第二十九条 任何个人和组织不得从事非法侵入他人网络、干扰他人网络正常功能、窃取网络数据等危害网络安全的活动；不得提供专门用于从事	제 29 조 어떠한 개인이나 조직도 타인의 네트워크에 불법 침입하거나 네트워크의 정상 기능을 방해하거나

侵入网络、干扰网络正常功能及防护措施、窃取网络数据等危害网络安全活动的程序、工具；明知他人从事危害网络安全的活动的，不得为其提供技术支持、广告推广、支付结算等帮助。	네트워크 데이터를 절취하는 등 사이버보안을 해치는 활동을 하여서는 아니 된다. 네트워크 침입, 네트워크의 정상 기능과 보호조치 방해, 네트워크 데이터 절취 등 사이버보안을 해치는 활동에 전용되는 프로그램·도구를 제공하여서는 아니 되며, 타인이 그러한 활동을 한다는 사실을 알면서 기술지원·광고홍보·지급결제 등의 도움을 제공하여서는 아니 된다.
第三十条 网络运营者应当为公安机关、国家安全机关依法维护国家安全和侦查犯罪的活动提供技术支持和协助。	제 30 조 네트워크 운영자는 공안기관·국가안전기관이 법에 따라 국가안전을 수호하고 범죄를 수사하는 활동에 기술지원과 협조를 제공하여야 한다.
第三十一条 国家支持网络运营者之间在网络安全信息收集、分析、通报和应急处置等方面进行合作，提高网络运营者的安全保障能力。 有关行业组织建立健全本行业的网络安全保护规范和协作机制，加强对网络安全风险的分析评估，定期向会员进行风险警示，支持、协助会员应对网络安全风险。	제 31 조 국가는 네트워크 운영자들이 사이버보안 정보의 수집·분석·통보 및 비상대응 등의 분야에서 협력하여 보안 역량을 높이도록 지원한다. 관계 업계단체는 해당 업종의 사이버보안 보호규범과 협력체계를 구축·정비하고 사이버보안 위험에 대한 분석·평가를 강화하며, 회원에게 정기적으로 위험을 경고하고 회원의 사이버보안 위험 대응을 지원·협조한다.
第三十二条 网信部门和有关部门在履行网络安全保护职责中获取的信息，只能用于维护网络安全的需要，不得用于其他用途。	제 32 조 인터넷정보 주무부서와 관계 부서가 사이버보안 보호 업무를 수행하면서 취득한 정보는 사이버보안

	유지에 필요한 용도로만 사용하여야 하며 다른 용도로 사용하여서는 아니 된다.
第二节 关键信息基础设施的运行安全	제 2 절 주요정보기반시설 운영 안전
第三十三条 国家对公共通信和信息服务、能源、交通、水利、金融、公共服务、电子政务等重要行业和领域，以及其他一旦遭到破坏、丧失功能或者数据泄露，可能严重危害国家安全、国计民生、公共利益的关键信息基础设施，在网络安全等级保护制度的基础上，实行重点保护。关键信息基础设施的具体范围和安全保护办法由国务院制定。 国家鼓励关键信息基础设施以外的网络运营者自愿参与关键信息基础设施保护体系。	제 33 조 국가는 공공통신·정보서비스, 에너지, 교통, 수자원·수리시설⁹, 금융, 공공서비스, 전자정부 등의 중요 업종·분야와, 파괴되거나 기능을 상실하거나 데이터가 유출될 경우 국가안전·국민경제·국민생활·공공이익에 중대한 위해를 초래할 수 있는 그 밖의 주요정보기반시설에¹⁰ 대하여 사이버보안 등급보호제도를 기초로 중점보호를 실시한다. 주요정보기반시설의 구체적인 범위와 안전보호 방법은 국무원이 정한다. 국가는 주요정보기반시설 외의 네트워크 운영자가 자발적으로 주요정보기반시설 보호체계에 참여하도록 장려한다.
第三十四条 按照国务院规定的职责分工，负责关键信息基础设施安全保护工作的部门分别编制并组织实施本行业、本领域的关键信息基础设施安全规划，指导和监督关键信息基础设施运行安全保护工作。	제 34 조 국무원이 정한 직무분장에 따라 주요정보기반시설의 안전보호 업무를 담당하는 부서는 해당 업종·분야의 주요정보기반시설 안전계획을 각각 수립하고 그 시행을 조직하며, 주요정보기반시설의 운영 안전보호 업무를 지도·감독한다.
第三十五条 建设关键信息基础设施应当确保其具有支持业务稳定、持续运行的性能，并保证安全技术措施同	제 35 조 주요정보기반시설을 구축할 때에는 업무가 안정적이고 지속적으로

步规划、同步建设、同步使用。	운영되도록 지원하는 성능을 갖추게 하고, 안전기술조치의 계획·구축·운용이 동시에 이루어지도록 보장하여야 한다.
第三十六条 除本法第二十三条的规定外，关键信息基础设施的运营者还应当履行下列安全保护义务： （一）设置专门安全管理机构和安全管理人员，并对该负责人和关键岗位的人员进行安全背景审查； （二）定期对从业人员进行网络安全教育、技术培训和技能考核； （三）对重要系统和数据库进行容灾备份； （四）制定网络安全事件应急预案，并定期进行演练； （五）法律、行政法规规定的其他义务。	제 36 조 이 법 제 23 조에서 정한 의무 외에도 주요정보기반시설 운영자는 다음 각 호의 안전보호 의무를 이행하여야 한다. (1) 전담 안전관리기관과 안전관리책임자를 두고 그 책임자 및 핵심 직무 종사자에 대하여 보안 신원조사를 ¹¹ 실시할 것 (2) 종사자에게 정기적으로 사이버보안 교육·기술훈련 및 기능평가를 실시할 것 (3) 중요 시스템과 데이터베이스에 대하여 재해복구 백업을 실시할 것 (4) 사이버보안 사건 비상대응계획을 수립하고 정기적으로 훈련을 실시할 것 (5) 법률·행정법규에서 정한 그 밖의 의무를 이행할 것
第三十七条 关键信息基础设施的运营者采购网络产品和服务，可能影响国家安全的，应当通过国家网信部门会同国务院有关部门组织的国家安全审查。	제 37 조 주요정보기반시설 운영자가 네트워크 제품·서비스를 조달하여 국가안전에 영향을 미칠 가능성이 있는 경우에는 국가 인터넷정보 주무부서가 국무원 관계 부서와 함께 조직하는 국가안전심사를 통과하여야 한다.
第三十八条 关键信息基础设施的运营者采购网络产品和服务，应当按照规定与提供者签订安全保密协议，明	제 38 조 주요정보기반시설 운영자가 네트워크 제품·서비스를 조달하는 경우에는 규정에 따라 제공자와

确安全和保密义务与责任。	안전·비밀유지 협약을 체결하고 안전 및 비밀유지 의무와 책임을 명확히 하여야 한다.
第三十九条 关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的个人信息和重要数据应当在境内存储。因业务需要，确需向境外提供的，应当按照国家网信部门会同国务院有关部门制定的办法进行安全评估；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。	제 39 조 주요정보기반시설 운영자가 중화인민공화국 경내에서 운영하면서 수집·생성한 개인정보와 중요 데이터는 경내에 저장하여야 한다. 업무상 필요에 따라 국외에 제공할 필요가 있는 경우에는 ¹² 국가 인터넷정보 주무부서가 국무원 관계 부서와 함께 제정한 방법에 따라 안전평가를 실시하여야 한다. 법률·행정법규에 달리 정함이 있는 경우에는 그 규정에 따른다.
第四十条 关键信息基础设施的运营者应当自行或者委托网络安全服务机构对其网络的安全性和可能存在的风险每年至少进行一次检测评估，并将检测评估情况和改进措施报送相关负责关键信息基础设施安全保护工作的部门。	제 40 조 주요정보기반시설 운영자는 직접 또는 사이버보안 서비스기관에 위탁하여 네트워크의 안전성과 잠재위험을 매년 최소 1 회 검사·평가하고, 그 검사·평가 상황과 개선조치를 주요정보기반시설 안전보호 업무 담당 부서에 제출하여야 한다.
第四十一条 国家网信部门应当统筹协调有关部门对关键信息基础设施的安全保护采取下列措施： （一）对关键信息基础设施的安全风险进行抽查检测，提出改进措施，必要时可以委托网络安全服务机构对网络存在的安全风险进行检测评估； （二）定期组织关键信息基础设施的运营者进行网络安全应急演练，提高应对网络安全事件的水平和协同配合	제 41 조 국가 인터넷정보 주무부서는 관계 부서가 주요정보기반시설의 안전보호를 위하여 다음 각 호의 조치를 취하도록 총괄·조정하여야 한다. (1) 주요정보기반시설의 보안 위험을 표본검사하고 개선조치를 제시하며, 필요한 경우 사이버보안 서비스기관에 네트워크의 보안 위험에 대한

能力; (三) 促进有关部门、关键信息基础设施的运营者以及有关研究机构、网络安全服务机构等之间的网络安全信息共享; (四) 对网络安全事件的应急处置与网络功能的恢复等, 提供技术支持和协助。	검사·평가를 위탁하는 조치 (2) 주요정보기반시설 운영자를 대상으로 사이버보안 비상대응훈련을 정기적으로 실시하여 사이버보안 사건에 대한 대응 수준과 협업 역량을 높이는 조치 (3) 관계 부서, 주요정보기반시설 운영자, 관계 연구기관 및 사이버보안 서비스기관 간의 사이버보안 정보 공유를 촉진하는 조치 (4) 사이버보안 사건의 비상대응과 네트워크 기능 복구 등에 기술지원과 협조를 제공하는 조치
第四章 网络信息安全	제 4 장 네트워크 정보보안
第四十二条 网络运营者应当对其收集的用户信息严格保密, 并建立健全用户信息保护制度。 网络运营者处理个人信息, 应当遵守本法和《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国个人信息保护法》等法律、行政法规的规定。	제 42 조 네트워크 운영자는 수집한 이용자 정보에 대하여 엄격히 비밀을 유지하고 이용자 정보 보호제도를 구축·정비하여야 한다. 네트워크 운영자가 개인정보를 처리하는 경우에는 이 법과 「중화인민공화국 민법전」, 「중화인민공화국 개인정보보호법」 등 법률·행정법규를 준수하여야 한다.
第四十三条 网络运营者收集、使用个人信息, 应当遵循合法、正当、必要的原则, 公开收集、使用规则, 明示收集、使用信息的目的、方式和范围, 并经被收集者同意。 网络运营者不得收集与其提供的服务	제 43 조 네트워크 운영자가 개인정보를 수집·사용하는 경우에는 합법성·정당성·필요성의 원칙을 따르고 수집·사용 규칙을 공개하며, 정보 수집·사용의 목적·방식·범위를 명확히

无关的个人信息，不得违反法律、行政法规的规定和双方的约定收集、使用个人信息，并应当依照法律、行政法规的规定和与用户的约定，处理其保存的个人信息。	알리고 정보주체의 ¹³ 동의를 받아야 한다. 네트워크 운영자는 제공하는 서비스와 무관한 개인정보를 수집하여서는 아니 되고, 법률·행정법규 및 양 당사자의 약정을 위반하여 개인정보를 수집·사용하여서는 아니 되며, 법률·행정법규 및 이용자와의 약정에 따라 보존 중인 개인정보를 처리하여야 한다.
第四十四条 网络运营者不得泄露、篡改、毁损其收集的个人信息；未经被收集者同意，不得向他人提供个人信息。但是，经过处理无法识别特定个人且不能复原的除外。 网络运营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保其收集的个人信息安全，防止信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生个人信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。	제 44 조 네트워크 운영자는 수집한 개인정보를 유출·변조·훼손하여서는 아니 되며, 정보주체의 동의 없이 타인에게 제공하여서는 아니 된다. 다만 처리 후 특정 개인을 식별할 수 없고 복원할 수도 없는 경우는 제외한다. 네트워크 운영자는 기술적 조치와 그 밖의 필요한 조치를 취하여 수집한 개인정보의 안전을 확보하고 정보의 유출·훼손·분실을 방지하여야 한다. 개인정보의 유출·훼손·분실이 발생하였거나 발생할 가능성이 있는 경우에는 즉시 보완조치를 취하고 규정에 따라 이용자에게 지체 없이 알리며 관계 주무부서에 보고하여야 한다.
第四十五条 个人发现网络运营者违反法律、行政法规的规定或者双方的约定收集、使用其个人信息的，有权	제 45 조 개인이 네트워크 운영자가 법률·행정법규 또는 양 당사자의 약정을

要求网络运营者删除其个人信息；发现网络运营者收集、存储的其个人信息有错误的，有权要求网络运营者予以更正。网络运营者应当采取措施予以删除或者更正。	위반하여 자신의 개인정보를 수집·사용한 사실을 발견한 경우에는 네트워크 운영자에게 자신의 개인정보 삭제를 요구할 권리가 있다. 네트워크 운영자가 수집·저장한 개인정보에 오류가 있음을 발견한 경우에는 정정을 요구할 권리가 있다. 네트워크 운영자는 조치를 취하여 삭제 또는 정정하여야 한다.
第四十六条 任何个人和组织不得窃取或者以其他非法方式获取个人信息，不得非法出售或者非法向他人提供个人信息。	제 46 조 어떠한 개인이나 조직도 개인정보를 절취하거나 그 밖의 불법적인 방식으로 취득하여서는 아니 되며, 불법으로 판매하거나 타인에게 제공하여서는 아니 된다.
第四十七条 依法负有网络安全监督管理职责的部门及其工作人员，必须对在履行职责中知悉的个人信息、隐私和商业秘密严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。	제 47 조 법에 따라 사이버보안 감독·관리 업무를 담당하는 부서와 그 직원은 업무 수행 중 알게 된 개인정보·사생활·영업비밀을 엄격히 비밀로 하여야 하며 유출·판매하거나 불법으로 타인에게 제공하여서는 아니 된다.
第四十八条 任何个人和组织应当对其使用网络的行为负责，不得设立用于实施诈骗，传授犯罪方法，制作或者销售违禁物品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯群组，不得利用网络发布涉及实施诈骗，制作或者销售违禁物品、管制物品以及其他违法犯罪活动的信息。	제 48 조 모든 개인과 조직은 자신의 네트워크 사용행위에 책임을 져야 하며, 사기 실행, 범죄수법 전수, 금지물품·통제물품의 제조·판매 등 위법·범죄 활동에 사용되는 웹사이트·통신그룹을 개설하거나, 네트워크를 이용하여 사기 실행,

	금지물품·통제물품의 제조·판매 및 그 밖의 위법·범죄 활동에 관한 정보를 게시하여서는 아니 된다.
第四十九条 网络运营者应当加强对其用户发布的信息的管理, 发现法律、行政法规禁止发布或者传输的信息的, 应当立即停止传输该信息, 采取删除等处置措施, 防止信息扩散, 保存有关记录, 并向有关主管部门报告。	제 49 조 네트워크 운영자는 이용자가 게시한 정보에 대한 관리를 강화하여야 한다. 법률·행정법규가 게시 또는 전송을 금지한 정보를 발견한 경우 즉시 그 정보의 전송을 중단하고 삭제 등 필요한 조치를 취하여 확산을 방지하며 관련 기록을 보존하고 관계 주무부서에 보고하여야 한다.
第五十条 任何个人和组织发送的电子信息、提供的应用软件, 不得设置恶意程序, 不得含有法律、行政法规禁止发布或者传输的信息。 电子信息发送服务提供者和应用软件下载服务提供者, 应当履行安全管理义务, 知道其用户有前款规定行为的, 应当停止提供服务, 采取删除等处置措施, 保存有关记录, 并向有关主管部门报告。	제 50 조 어떠한 개인이나 조직이 발송하는 전자정보 또는 제공하는 응용소프트웨어에도 악성프로그램을 설치하거나 법률·행정법규가 게시·전송을 금지한 정보를 포함하여서는 아니 된다. 전자정보 전송서비스 제공자와 응용소프트웨어 다운로드서비스 제공자는 안전관리 의무를 이행하여야 하며, 이용자가 전항의 행위를 한다는 사실을 알게 된 경우 서비스 제공을 중단하고 삭제 등 필요한 조치를 취하며 관련 기록을 보존하고 관계 주무부서에 보고하여야 한다.
第五十一条 网络运营者应当建立网络信息安全投诉、举报制度, 公布投诉、举报方式等信息, 及时受理并处理有关网络信息安全的投诉和举报。	제 51 조 네트워크 운영자는 네트워크 정보보안에 관한 민원 ¹⁴ ·신고제도를 마련하고 민원·신고 방법 등의 정보를

网络运营者对网信部门和有关部门依法实施的监督检查，应当予以配合。	공표하며, 네트워크 정보보안에 관한 민원·신고를 지체 없이 접수·처리하여야 한다. 네트워크 운영자는 인터넷정보 주무부서와 관계 부서가 법에 따라 실시하는 감독·검사에 협조하여야 한다.
第五十二条 国家网信部门和有关部门依法履行网络信息安全监督管理职责，发现法律、行政法规禁止发布或者传输的信息的，应当要求网络运营者停止传输，采取消除等处置措施，保存有关记录；对来源于中华人民共和国境外的上述信息，应当通知有关机构采取技术措施和其他必要措施阻断传播。	제 52 조 국가 인터넷정보 주무부서와 관계 부서는 법에 따라 네트워크 정보보안 감독·관리 업무를 수행하면서 법률·행정법규가 게시·전송을 금지한 정보를 발견한 경우 네트워크 운영자에게 전송 중단, 삭제 등 필요한 조치 및 관련 기록의 보존을 요구하여야 한다. 중화인민공화국 경외에서 비롯된 이러한 정보에 대해서는 관계기관에 기술적 조치와 그 밖의 필요한 조치를 취하여 전파를 차단하도록 통지하여야 한다.
第五章 监测预警与应急处置	제 5 장 감시·조기경보 및 비상대응
第五十三条 国家建立网络安全监测预警和信息通报制度。国家网信部门应当统筹协调有关部门加强网络安全信息收集、分析和通报工作，按照规定统一发布网络安全监测预警信息。	제 53 조 국가는 사이버보안 감시·조기경보 및 정보통보제도를 구축한다. 국가 인터넷정보 주무부서는 관계 부서가 사이버보안 정보의 수집·분석·통보 업무를 강화하도록 총괄·조정하고, 규정에 따라 사이버보안 감시·조기경보 정보를 일원적으로 공표하여야 한다.
第五十四条 负责关键信息基础设施	제 54 조 주요정보기반시설 안전보호

安全保护工作的部门，应当建立健全本行业、本领域的网络安全监测预警和信息通报制度，并按照规定报送网络安全监测预警信息。	업무 담당 부서는 해당 업종·분야의 사이버보안 감시·조기경보 및 정보통보제도를 구축·정비하고 규정에 따라 사이버보안 감시·조기경보 정보를 제출하여야 한다.
第五十五条 国家网信部门协调有关部门建立健全网络安全风险评估和应急工作机制，制定网络安全事件应急预案，并定期组织演练。 负责关键信息基础设施安全保护工作的部门应当制定本行业、本领域的网络安全事件应急预案，并定期组织演练。 网络安全事件应急预案应当按照事件发生后的危害程度、影响范围等因素对网络安全事件进行分级，并规定相应的应急处置措施。	제 55 조 국가 인터넷정보 주무부서는 관계 부서가 사이버보안 위험평가 및 비상대응 업무체계를 구축·정비하고 사이버보안 사건 비상대응계획을 수립하며 정기적으로 훈련을 실시하도록 조정한다. 주요정보기반시설 안전보호 업무 담당 부서는 해당 업종·분야의 사이버보안 사건 비상대응계획을 수립하고 정기적으로 훈련을 실시하여야 한다. 비상대응계획은 사건 발생 시 예상되는 위해 정도와 영향 범위 등의 요소에 따라 사이버보안 사건을 등급별로 구분하고 그에 따른 비상대응조치를 정하여야 한다.
第五十六条 网络安全事件发生的风险增大时，省级以上人民政府有关部门应当按照规定的权限和程序，并根据网络安全风险的特点和可能造成的危害，采取下列措施： （一）要求有关部门、机构和人员及时收集、报告有关信息，加强对网络安全风险的监测； （二）组织有关部门、机构和专业人员，对网络安全风险信息进行分析评	제 56 조 사이버보안 사건의 발생 위험이 높아진 경우 성급 이상 인민정부 관계 부서는 정해진 권한과 절차에 따라 사이버보안 위험의 특성과 예상되는 위해를 고려하여 다음 각 호의 조치를 취하여야 한다. (1) 관계 부서·기관·관계자에게 관련 정보를 지체 없이 수집·보고하도록

估, 预测事件发生的可能性、影响范围和危害程度; (三) 向社会发布网络安全风险预警, 发布避免、减轻危害的措施。	요구하고 사이버보안 위험에 대한 감시를 강화할 것 (2) 관계 부서·기관 및 전문인력을 조직하여 사이버보안 위험정보를 분석·평가하고 사건 발생 가능성·영향 범위·위해 정도를 예측할 것 (3) 사이버보안 위험경보와 위해를 예방·경감하기 위한 조치를 공표할 것
第五十七条 发生网络安全事件, 应当立即启动网络安全事件应急预案, 对网络安全事件进行调查和评估, 要求网络运营者采取技术措施和其他必要措施, 消除安全隐患, 防止危害扩大, 并及时向社会发布与公众有关的警示信息。	제 57 조 사이버보안 사건이 발생한 경우에는 즉시 비상대응계획을 가동하여 사건을 조사·평가하고, 네트워크 운영자에게 기술적 조치와 그 밖의 필요한 조치를 취하여 보안상 위험요인을 제거하고 위해의 확대를 방지하도록 요구하며, 대중에게 필요한 경고정보를 지체 없이 공개하여야 한다.
第五十八条 省级以上人民政府有关部门在履行网络安全监督管理职责中, 发现网络存在较大安全风险或者发生安全事件的, 可以按照规定的权限和程序对该网络的运营者的法定代表人或者主要负责人进行约谈。网络运营者应当按照要求采取措施, 进行整改, 消除隐患。	제 58 조 성급 이상 인민정부 관계 부서가 사이버보안 감독·관리 업무를 수행하면서 네트워크에 비교적 큰 보안 위험이 있거나 사이버보안 사건이 발생한 사실을 발견한 경우에는 정해진 권한과 절차에 따라 해당 네트워크 운영자의 법정대표자 또는 주요 책임자와 면담할 수 있다 ¹⁵. 네트워크 운영자는 요구에 따라 시정조치를 취하여 잠재적 위험을 제거하여야 한다.
第五十九条 因网络安全事件, 发生突发事件或者生产安全事故的, 应当依照《中华人民共和国突发事件应对	제 59 조 사이버보안 사건으로 돌발사건 또는 생산안전사고가 발생한

法》、《中华人民共和国安全生产法》等有关法律、行政法规的规定处置。	경우에는 「중화인민공화국 돌발사건 대응법」, 「중화인민공화국 안전생산법」 등 관련 법률·행정법규에 따라 처리하여야 한다.
第六十条 因维护国家和社会公共秩序, 处置重大突发社会安全事件的需要, 经国务院决定或者批准, 可以在特定区域对网络通信采取限制等临时措施。	제 60 조 국가안전과 사회의 공공질서를 유지하고 중대한 돌발 사회안전사건을 처리할 필요가 있는 경우, 국무원의 결정 또는 승인을 거쳐 특정 지역에서 네트워크 통신을 제한하는 등의 임시조치를 취할 수 있다.
第六章 法律责任	제 6 장 법적 책임
第六十一条 网络运营者不履行本法第二十三条、第二十七条规定的网络安全保护义务的, 由有关主管部门责令改正, 给予警告, 可以处一万元以上五万元以下罚款; 拒不改正或者导致危害网络安全等后果的, 处五万元以上五十万元以下罚款, 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。 关键信息基础设施的运营者不履行本法第三十五条、第三十六条、第三十八条、第四十条规定的网络安全保护义务的, 由有关主管部门责令改正, 给予警告, 可以处五万元以上十万元以下罚款; 拒不改正或者导致危害网络安全等后果的, 处十万元以上一百万元以下罚款, 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。 有前两款行为, 造成大量数据泄露、关键信息基础设施丧失局部功能等严	제 61 조 네트워크 운영자가 이 법 제 23 조·제 27 조에서 정한 사이버보안 보호 의무를 이행하지 아니한 경우, 관계 주무부서는 시정을 명하고 경고하며 1 만 위안 이상 5 만 위안 이하의 행정벌금을 ¹⁶ 부과할 수 있다. 시정을 거부하거나 사이버보안을 해치는 등의 결과를 초래한 경우에는 5 만 위안 이상 50 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 ¹⁷ 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다. 주요정보기반시설 운영자가 이 법 제 35 조·제 36 조·제 38 조·제 40 조의 사이버보안 보호 의무를 이행하지 아니한 경우, 관계 주무부서는 시정을 명하고 경고하며 5 만 위안 이상 10 만

重危害网络安全后果的，由有关主管部门处五十万元以上二百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五万元以上二十万元以下罚款；造成关键信息基础设施丧失主要功能等特别严重危害网络安全后果的，处二百万元以上一千万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处二十万元以上一百万元以下罚款。	위안 이하의 행정벌금을 부과할 수 있다. 시정을 거부하거나 사이버보안을 해치는 등의 결과를 초래한 경우에는 10 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다. 앞의 두 항의 행위로 대량의 데이터 유출, 주요정보기반시설의 일부 기능 상실 등 사이버보안을 중대하게 해치는 결과를 초래한 경우, 관계 주무부서는 50 만 위안 이상 200 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 5 만 위안 이상 20 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다. 주요정보기반시설의 주요 기능 상실 등 사이버보안을 특별히 중대하게 해치는 결과를 초래한 경우에는 200 만 위안 이상 1,000 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 20 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다.
第六十二条 违反本法第二十四条第一款、第二款和第五十条第一款规定，有下列行为之一的，由有关主管部门责令改正，给予警告；拒不改正	제 62 조 이 법 제 24 조제 1 항·제 2 항 및 제 50 조제 1 항을 위반하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우, 관계

或者导致危害网络安全等后果的，处五万元以上五十万元以下罚款，对直接负责的主管人员处一万元以上十万元以下罚款： （一）设置恶意程序的； （二）对其产品、服务存在的安全缺陷、漏洞等风险未立即采取补救措施，或者未按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告的； （三）擅自终止为其产品、服务提供安全维护的。 有前款第一项、第二项行为，造成本法第六十一条第三款规定的后果的，依照该款规定处罚。	주무부서는 시정을 명하고 경고한다. 시정을 거부하거나 사이버보안을 해치는 등의 결과를 초래한 경우에는 5 만 위안 이상 50 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고 직접 책임이 있는 관리책임자에게 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다. (1) 악성프로그램을 설치한 경우 (2) 제품·서비스에 존재하는 보안상 결함·취약점 등의 위험에 즉시 보완조치를 취하지 아니하거나 규정에 따라 이용자에게 지체 없이 알리지 아니하거나 관계 주무부서에 보고하지 아니한 경우 (3) 제품·서비스에 대한 보안 유지관리의 제공을 임의로 중단한 경우 전항 제 1 호·제 2 호의 행위로 이 법 제 61 조제 3 항의 결과를 초래한 경우에는 해당 항에 따라 처벌한다.
第六十三条 违反本法第二十五条规定，销售或者提供未经安全认证、安全检测或者安全认证不合格、安全检测不符合要求的网络关键设备和网络安全专用产品的，由有关主管部门责令停止销售或者提供，给予警告，没收违法所得；没有违法所得或者违法所得不足十万元的，并处二万元以上十万元以下罚款；违法所得十万元以上的，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；情节严重的，并可以责令暂	제 63 조 이 법 제 25 조를 위반하여 안전인증을 받지 않았거나 안전검사를 받지 않았거나 안전인증에 불합격하였거나 안전검사 요건을 충족하지 못한 네트워크 핵심설비 및 사이버보안 전용제품을 판매·제공한 경우, 관계 주무부서는 판매·제공의 중단을 명하고 경고하며 위법소득을 몰수한다. 위법소득이 없거나 10 만 위안

停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。	미만인 경우에는 2 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 병과하고, 위법소득이 10 만 위안 이상인 경우에는 위법소득의 1 배 이상 5 배 이하의 행정벌금을 병과한다. 사안이 중대한 경우에는 관련 업무의 일시 정지, 영업정지 및 시정, 관련 사업허가증 또는 영업등록증¹⁸(营业执照)의 취소를 명할 수 있다. 법률·행정법규에 달리 정함이 있는 경우에는 그 규정에 따른다.
第六十四条 网络运营者违反本法第二十六条第一款规定，未要求用户提供真实身份信息，或者对不提供真实身份信息的用户提供相关服务的，由有关主管部门责令改正；拒不改正或者情节严重的，处五万元以上五十万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站或者应用程序、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。	제 64 조 네트워크 운영자가 이 법 제 26 조제 1 항을 위반하여 이용자에게 실명정보 제공을 요구하지 아니하거나 이를 제공하지 않은 이용자에게 관련 서비스를 제공한 경우, 관계 주무부서는 시정을 명한다. 시정을 거부하거나 사안이 중대한 경우에는 5 만 위안 이상 50 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고 관련 업무의 일시 정지, 영업정지 및 시정, 웹사이트 또는 애플리케이션 폐쇄, 관련 사업허가증 또는 영업등록증(营业执照)의 취소를 명할 수 있으며, 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다.
第六十五条 违反本法第二十八条规定，开展网络安全认证、检测、风险评估等活动，或者向社会发布系统漏洞、计算机病毒、网络攻击、网络侵	제 65 조 이 법 제 28 조를 위반하여 사이버보안 인증·검사·위험평가 등의 활동을 수행하거나 시스템 취약점,

入等网络安全信息的，由有关主管部门责令改正，给予警告，可以处一万元以上十万元以下罚款；拒不改正或者情节严重的，处十万元以上一百万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站或者应用程序、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。 有前款行为，造成本法第六十一条第三款规定的后果的，依照该款规定处罚。	컴퓨터 바이러스, 네트워크 공격·침입 등의 사이버보안 정보를 공표한 경우, 관계 주무부서는 시정을 명하고 경고하며 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 부과할 수 있다. 시정을 거부하거나 사안이 중대한 경우에는 10 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고 관련 업무의 일시 정지, 영업정지 및 시정, 웹사이트 또는 애플리케이션 폐쇄, 관련 사업허가증 또는 영업등록증(营业执照)의 취소를 명할 수 있으며, 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다. 전항의 행위로 이 법 제 61 조제 3 항의 결과를 초래한 경우에는 해당 항에 따라 처벌한다.
第六十六条 违反本法第二十九条规定，从事危害网络安全的活动，或者提供专门用于从事危害网络安全活动的程序、工具，或者为他人从事危害网络安全的活动提供技术支持、广告推广、支付结算等帮助，尚不构成犯罪的，由公安机关没收违法所得，处五日以下拘留，可以并处五万元以上五十万元以下罚款；情节较重的，处五日以上十五日以下拘留，可以并处十万元以上一百万元以下罚款。 单位有前款行为的，由公安机关没收违法所得，处十万元以上一百万元以	제 66 조 이 법 제 29 조를 위반하여 사이버보안을 해치는 활동을 하거나 이에 전용되는 프로그램·도구를 제공하거나 타인의 그러한 활동에 기술지원·광고홍보·지급결제 등의 도움을 제공하였으나 범죄를 구성하지 아니한 경우,公安기관은 위법소득을 몰수하고 5 일 이하의 행정구류에¹⁹ 처하며 5 만 위안 이상 50 만 위안 이하의 행정벌금을 병과할 수 있다. 사안이

下罚款，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照前款规定处罚。 违反本法第二十九条规定，受到治安管理处罚的人员，五年内不得从事网络安全管理和网络运营关键岗位的工作；受到刑事处罚的人员，终身不得从事网络安全管理和网络运营关键岗位的工作。	비교적 중대한 경우에는 5 일 이상 15 일 이하의 행정구류에 처하며 10 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 행정벌금을 병과할 수 있다. 기관·단체가 전항의 행위를 한 경우,公安기관은 위법소득을 몰수하고 10 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하며, 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자를 전항에 따라 처벌한다. 이 법 제 29 조를 위반하여 치안관리처벌을 받은 자는 5 년 동안 사이버보안 관리 및 네트워크 운영 핵심직무에 종사할 수 없고, 형사처벌을 받은 자는 평생 그러한 직무에 종사할 수 없다.
第六十七条 关键信息基础设施的运营者违反本法第三十七条规定，使用未经安全审查或者安全审查未通过的网络产品或者服务的，由有关主管部门责令限期改正、停止使用、消除对国家安全的影响，处采购金额一倍以上十倍以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。	제 67 조 주요정보기반시설 운영자가 이 법 제 37 조를 위반하여 안전심사를 받지 않았거나 안전심사를 통과하지 못한 네트워크 제품·서비스를 사용한 경우, 관계 주무부서는 기한 내 시정, 사용 중단 및 국가안전에 대한 영향 제거를 명하고 조달금액의 1 배 이상 10 배 이하의 행정벌금을 부과하며, 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다.
第六十八条 违反本法第四十八条规定，设立用于实施违法犯罪活动的网	제 68 조 이 법 제 48 조를 위반하여

站、通讯群组，或者利用网络发布涉及实施违法犯罪活动的信息，尚不构成犯罪的，由公安机关处五日以下拘留，可以并处一万元以上十万元以下罚款；情节较重的，处五日以上十五日以下拘留，可以并处五万元以上五十万元以下罚款。关闭用于实施违法犯罪活动的网站、通讯群组。 单位有前款行为的，由公安机关处十万元以上五十万元以下罚款，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照前款规定处罚。	위법·범죄 활동에 사용되는 웹사이트·통신그룹을 개설하거나 네트워크를 이용하여 위법·범죄 활동 관련 정보를 게시하였으나 범죄를 구성하지 아니한 경우,公安기관은 5 일 이하의 행정구류에 처하고 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 병과할 수 있다. 사안이 비교적 중대한 경우에는 5 일 이상 15 일 이하의 행정구류에 처하고 5 만 위안 이상 50 만 위안 이하의 행정벌금을 병과할 수 있다. 위법·범죄 활동에 사용된 웹사이트·통신그룹은 폐쇄한다. 기관·단체가 전항의 행위를 한 경우,公安기관은 10 만 위안 이상 50 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고, 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자를 전항에 따라 처벌한다.
第六十九条 网络运营者违反本法第四十九条规定，对法律、行政法规禁止发布或者传输的信息未停止传输、采取消除等处置措施、保存有关记录、向有关主管部门报告，或者违反本法第五十二条规定，不按照有关部门的要求对法律、行政法规禁止发布或者传输的信息停止传输、采取消除等处置措施、保存有关记录的，由有关主管部门责令改正，给予警告、予以通报，可以处五万元以上五十万元以下罚款；拒不改正或者情节严重的，处五十万元以上二百万元以下罚	제 69 조 네트워크 운영자가 이 법 제 49 조를 위반하여 법률·행정법규가 게시·전송을 금지한 정보의 전송을 중단하지 아니하거나, 삭제 등 필요한 조치를 취하지 아니하거나, 관련 기록을 보존하지 아니하거나, 관계 주무부서에 보고하지 아니한 경우, 또는 이 법 제 52 조를 위반하여 관계 부서의 요구에 따라 금지정보의 전송을 중단하지 아니하거나, 삭제 등 필요한 조치를

款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站或者应用程序、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五万元以上二十万元以下罚款。 有前款行为，造成特别严重影响、特别严重后果的，由有关主管部门处二百万元以上一千万元以下罚款，责令暂停相关业务、停业整顿、关闭网站或者应用程序、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处二十万元以上一百万元以下罚款。 电子信息发送服务提供者、应用软件下载服务提供者，不履行本法第五十条第二款规定的安全管理义务的，依照前两款规定处罚。	취하지 아니하거나, 관련 기록을 보존하지 아니한 경우, 관계 주무부서는 시정을 명하고 경고하고 그 사실을 통보하며 5 만 위안 이상 50 만 위안 이하의 행정벌금을 부과할 수 있다. 시정을 거부하거나 사안이 중대한 경우에는 50 만 위안 이상 200 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고 관련 업무의 일시 정지, 영업정지 및 시정, 웹사이트 또는 애플리케이션 폐쇄, 관련 사업허가증 또는 영업등록증(营业执照)의 취소를 명할 수 있으며, 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 5 만 위안 이상 20 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다. 전항의 행위로 특별히 중대한 영향.결과를 초래한 경우, 관계 주무부서는 200 만 위안 이상 1,000 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고 관련 업무의 일시 정지, 영업정지 및 시정, 웹사이트 또는 애플리케이션 폐쇄, 관련 사업허가증 또는 영업등록증(营业执照)의 취소를 명하며, 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 20 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다. 전자정보 전송서비스 제공자와 응용소프트웨어 다운로드서비스
--	--

	제공자가 이 법 제 50 조제 2 항의 안전관리 의무를 이행하지 아니한 경우에는 앞의 두 항에 따라 처벌한다.
第七十条 网络运营者违反本法规定，有下列行为之一的，由有关主管部门责令改正；拒不改正或者情节严重的，处五万元以上五十万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处一万元以上十万元以下罚款： （一）拒绝、阻碍有关部门依法实施的监督检查的； （二）拒不向公安机关、国家安全机关提供技术支持和协助的。	제 70 조 네트워크 운영자가 이 법을 위반하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우, 관계 주무부서는 시정을 명한다. 시정을 거부하거나 사안이 중대한 경우에는 5 만 위안 이상 50 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다. (1) 관계 부서가 법에 따라 실시하는 감독·검사를 거부·방해한 경우 (2) 공안기관·국가안전기관에 기술지원과 협조를 제공하기를 거부한 경우
第七十一条 有下列行为之一的，依照有关法律、行政法规的规定处理、处罚： （一）发布或者传输本法第十三条第二款和其他法律、行政法规禁止发布或者传输的信息的； （二）违反本法第二十四条第三款、第四十三条至第四十五条规定，侵害个人信息权益的； （三）违反本法第三十九条规定，关键信息基础设施的运营者在境外存储个人信息和重要数据，或者向境外提供个人信息和重要数据的。	제 71 조 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 관련 법률·행정법규에 따라 처리·처벌한다. (1) 이 법 제 13 조제 2 항 및 그 밖의 법률·행정법규가 게시·전송을 금지한 정보를 게시·전송한 경우 (2) 이 법 제 24 조제 3 항 및 제 43 조부터 제 45 조까지를 위반하여 개인정보 권익을 침해한 경우 (3) 이 법 제 39 조를 위반하여 주요정보기반시설 운영자가 개인정보와

违反本法第四十六条规定，窃取或者以其他非法方式获取、非法出售或者非法向他人提供个人信息，尚不构成犯罪的，由公安机关依照有关法律、行政法规的规定处罚。	중요 데이터를 국외에 저장하거나 국외에 제공한 경우 이 법 제 46 조를 위반하여 개인정보를 절취하거나 그 밖의 불법적인 방식으로 취득하거나 불법으로 판매·제공하였으나 범죄를 구성하지 아니한 경우, 공안기관은 관련 법률·행정법규에 따라 처벌한다.
第七十二条 有本法规定的违法行为的，依照有关法律、行政法规的规定记入信用档案，并予以公示。	제 72 조 이 법에서 정한 위법행위가 있는 경우에는 관련 법률·행정법규에 따라 신용기록에 ²⁰ 기재하고 이를 공시한다.
第七十三条 违反本法规定，但具有《中华人民共和国行政处罚法》规定的从轻、减轻或者不予处罚情形的，依照其规定从轻、减轻或者不予处罚。	제 73 조 이 법을 위반하였으나 「중화인민공화국 행정처벌법」에서 가볍게 처벌하거나 처벌을 감경하거나 처벌하지 아니할 사유가 있는 경우에는 그 규정에 따른다.
第七十四条 国家机关政务网络的运营者不履行本法规定的网络安全保护义务的，由其上级机关或者有关机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。	제 74 조 국가기관의 행정업무용 네트워크 운영자가 이 법상의 사이버보안 보호 의무를 이행하지 아니한 경우, 그 상급기관 또는 관계기관은 시정을 명하고 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 법에 따라 징계처분한다.
第七十五条 网信部门和有关部门违反本法第三十二条规定，将在履行网络安全保护职责中获取的信息用于其他用途的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。	제 75 조 인터넷정보 주무부서와 관계 부서가 이 법 제 32 조를 위반하여 사이버보안 보호 업무를 수행하면서 취득한 정보를 다른 용도로 사용한 경우,

网信部门和有关部门的工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊，尚不构成犯罪的，依法给予处分。	직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 법에 따라 징계처분한다²¹. 인터넷정보 주무부서와 관계 부서의 직원이 직무를 태만히 하거나 직권을 남용하거나 사익을 위하여 부정행위를 하였으나 범죄를 구성하지 아니한 경우에는 법에 따라 징계처분한다.
第七十六条 违反本法规定，给他人造成损害的，依法承担民事责任。 违反本法规定，构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	제 76 조 이 법을 위반하여 타인에게 손해를 초래한 경우에는 법에 따라 민사책임을 부담한다. 이 법 위반이 치안관리 위반행위를 구성한 경우에는 법에 따라 치안관리처벌을 하고, 범죄를 구성한 경우에는 법에 따라 형사책임을 묻는다.
第七十七条 境外的机构、组织、个人从事危害中华人民共和国网络安全的活动的，依法追究法律责任；造成严重后果的，国务院公安部门 and 有关部门并可以决定对该机构、组织、个人采取冻结财产或者其他必要的制裁措施。	제 77 조 경외의 기관·단체 또는 개인이 중화인민공화국의 사이버보안을 해치는 활동을 한 경우에는 법에 따라 법적 책임을 묻는다. 중대한 결과를 초래한 경우에는 국무원公安부서와 관계 부서가 해당 기관·단체 또는 개인에 대하여 재산동결 또는 그 밖의 필요한 제재조치를 취하기로 결정할 수 있다.
第七章 附则	제 7 장 부칙
第七十八条 本法下列用语的含义： （一）网络，是指由计算机或者其他信息终端及相关设备组成的按照一定的规则和程序对信息进行收集、存储、传输、交换、处理的系统。	제 78 조 이 법에서 사용하는 다음 용어의 뜻은 다음과 같다. (1) 네트워크란 컴퓨터 또는 그 밖의 정보단말기와 관련 설비로 구성되어

(二) 网络安全, 是指通过采取必要措施, 防范对网络的攻击、侵入、干扰、破坏和非法使用以及意外事故, 使网络处于稳定可靠运行的状态, 以及保障网络数据的完整性、保密性、可用性的能力。 (三) 网络运营者, 是指网络的所有者、管理者和网络服务提供者。 (四) 网络数据, 是指通过网络收集、存储、传输、处理和产生的各种电子数据。 (五) 个人信息, 是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别自然人个人身份的各种信息, 包括但不限于自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、个人生物识别信息、住址、电话号码等。	일정한 규칙과 절차에 따라 정보를 수집·저장·전송·교환·처리하는 시스템을 말한다. (2) 사이버보안이란 필요한 조치를 취하여 네트워크에 대한 공격·침입·방해·파괴·불법사용 및 우발적 사고를 예방하고 네트워크가 안정적이고 신뢰할 수 있는 상태로 운영되도록 하며, 네트워크 데이터의 무결성·기밀성·가용성을 보장할 수 있는 능력을 말한다. (3) 네트워크 운영자란 네트워크의 소유자·관리자 및 네트워크 서비스 제공자를 말한다. (4) 네트워크 데이터란 네트워크를 통하여 수집·저장·전송·처리·생성되는 각종 전자데이터를 말한다. (5) 개인정보란 전자적 방식 또는 그 밖의 방식으로 기록되어 단독으로 또는 다른 정보와 결합하여 자연인의 신원을 식별할 수 있는 각종 정보를 말하며, 자연인의 성명, 생년월일, 신분증 번호, 생체인식정보, 주소, 전화번호 등을 포함하되 이에 한정되지 아니한다.
第七十九条 存储、处理涉及国家秘密信息的网络的运行安全保护, 除应当遵守本法外, 还应当遵守保密法律、行政法规的规定。	제 79 조 국가기밀 관련 정보를 저장·처리하는 네트워크의 운영 안전을 보호할 때에는 이 법 외에도 비밀보호 관련 법률·행정법규를 준수하여야 한다.

第八十条 军事网络的安全保护，由中央军事委员会另行规定。	제 80 조 군사 네트워크의 안전보호는 중앙군사위원회가 별도로 정한다.
第八十一条 本法自 2017 年 6 月 1 日起施行。	제 81 조 이 법은 2017 년 6 월 1 일부터 시행한다.

注释 / 주석

1. 법률명 “网络安全法”은 직역하면 “네트워크안전법”이지만, 한국의 법제·정책 및 정보보호 분야에서 널리 쓰이는 명칭을 고려하여 “사이버보안법”으로 옮겼다. 본문의 “网络安全”도 “사이버보안”으로 통일하였으며, 중국법상 정의는 제 78 조제 2 호에 따른다.
2. “公民”은 중화인민공화국 국적을 가진 시민을 가리키는 중국 헌법·법률상의 용어이다. 한국어의 일상적 “시민”보다 국적과의 연계가 강하므로 직역하여 “국민”으로 두었다.
3. “国家网信部门”은 국가 차원의 인터넷정보·사이버공간 행정을 총괄하는 부문을 뜻한다. 특정한 하나의 한국 행정기관과 일대일로 대응하지 않으므로 “국가 인터넷정보 주무부서”로 번역하였다.
4. “网络运营者”는 제 78 조제 3 호에서 네트워크 소유자·관리자·네트워크 서비스 제공자를 모두 포함하는 개념이다. 한국 「정보통신망법」 등의 특정 “정보통신서비스 제공자”보다 넓어 직역하였다.
5. “社会公德”은 사회공동체의 일반적 도덕규범을 뜻하는 중국 법률용어이다. 한국어의 자연성을 위하여 “공중도덕”으로 옮겼으며, 특정한 한국법상 개념과 동일하다는 뜻은 아니다.
6. “社会化服务体系”는 정부 단독 제공이 아니라 기업·전문기관 등 사회 주체의 참여를 통하여 서비스를 제공하는 중국 정책용어이다. 한국법상 특정 제도와 동일하지 않아 의미를 살려 “민간 전문서비스 체계”로 옮겼다.
7. 중국법의 “单位”는 법인뿐 아니라 기관·사업조직 등 일정한 조직체를 넓게 가리킨다. 한국법의 단일 개념으로 치환하기 어려워 본문에서는 문맥에 따라 “기관·단체”로 풀어 옮겼다.

8. “网络安全等级保护制度”는 중국의 네트워크·정보시스템을 중요도와 위험도에 따라 등급별로 보호하는 제도이다. 한국의 정보보호 관리체계나 주요정보통신기반시설 제도와 동일하지 않으므로 “사이버보안 등급보호제도”로 직역하였다.
9. “水利”는 수자원 개발·이용과 수리시설의 건설·관리를 포괄하는 분야를 뜻한다. 본문에서는 의미 범위를 드러내기 위하여 “수자원·수리시설”로 옮겼으며, 물 자원 자체뿐 아니라 치수·관개 및 수리시설의 건설·관리까지 포함한다.
10. “关键信息基础设施”는 직역하면 “핵심 정보 인프라”이나, 기능상 한국 「정보통신기반 보호법」의 “주요정보통신기반시설”과 가깝다. 한국 법제 용어의 자연성을 고려하여 “주요정보기반시설”로 번역하였으나 양국 제도의 지정범위와 법적 효과가 완전히 같지는 않다.
11. “安全背景审查”는 주요 직무 종사자의 보안상 위험요소를 확인하는 중국의 심사절차이다. 한국의 신원조사 제도와 동일하지 않아 한국어 법률문장에 맞추어 “보안 신원조사”로 옮겼다.
12. 중국법의 “境内·境外”는 중화인민공화국의 법역을 기준으로 하는 개념이다. 장소를 나타낼 때에는 “경내·경외”로 직역하고, 데이터나 개인정보의 이전행위를 나타낼 때에는 문맥에 따라 “국외 제공” 또는 “국외이전”을 사용하였다.
13. “被收集者”는 해당 개인정보가 수집되는 자연인을 가리킨다. 직역하면 “수집대상자”이나, 한국 개인정보 법제에서 통용되는 기능적 대응어인 “정보주체”를 사용하였다. 다만 양국 법률상 권리범위가 완전히 같지는 않다.
14. “投诉”는 권익 침해 등에 대한 이의제기나 고충 제기를 뜻한다. 한국 행정·실무에서 자연스러운 “민원”으로 옮겼으나, 중국법상의 절차와 한국 「민원 처리에 관한 법률」상 민원이 동일한 제도라는 뜻은 아니다.

15. “约谈”은 감독기관이 법정대표자 또는 주요책임자를 불러 시정조치를 요구하는 감독수단이다. 자발적인 상담과 구별되지만 한국법에 완전히 대응하는 단일 용어가 없어 “면담”으로 옮기고 이 주석으로 강제적·감독적 성격을 밝혔다.

16. 원문의 “罰款”은 중국 행정처벌법상의 금전제재로서 형사형인 “罰金”과 구별된다. 한국법상 벌금·과태료·과징금 중 어느 하나와 완전히 일치하지 않으므로, 이 번역에서는 기능적 대응어인 “행정벌금”을 사용하였다.

17. “直接负责的主管人员和其他直接责任人员”은 조직의 위법행위에 대하여 직접 책임을 부담하는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자를 함께 지칭한다. “주관인원”이라는 직역은 한국어 법률문장에 어색하여 “직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자”로 옮겼다.

18. “营业执照”은 중국의 시장주체가 영업자격을 증명하는 문서이다. 한국의 “영업허가증”이나 “사업자등록증” 어느 하나와 완전히 일치하지 않으므로, “영업등록증(营业执照)”으로 옮기고 중국 고유 제도임을 병기하였다.

19. 이 조의 “拘留”는 범죄에 대한 형사구금이 아니라公安기관이 부과하는 치안관리상의 행정구류이다. 한국의 형사 “구류”와 혼동하지 않도록 “행정구류”로 번역하였다.

20. “信用档案”은 위법행위를 사회신용 관련 기록에 편입하여 공시하는 중국 특유의 행정관리 장치이다. 한국의 개인신용정보 또는 신용등급 제도와 동일하지 않다.

21. 국가기관 직원에 대한 “处分”은 일반 행정처분이 아니라 공직상 징계성 제재를 뜻하므로 “징계처분”으로 번역하였다.

편집 원칙: 중국어 법정 원문을 기준으로 하며, 기능적 대응어와 중국 고유 법개념은 최초 사용 지점의 각주에서 설명하였다.

「중화인민공화국 데이터안전법」
《中华人民共和国数据安全法》

모덕승(慕德昇)(중국정법대학교 박사) 번역

Translator MU, Desheng(Ph.D., China University of Political Science and Law)

법령정보

2021. 6. 10. 제정·공포, 2021. 9. 1. 시행

출전: 북대법보(北大法宝) 및 중국 국가법률법규 DB 현행본(2026. 8. 1. 확인).

한중대조번역

中文原文	한국어 번역
第一章 总则	제 1 장 총칙
第一条 为了规范数据处理活动，保障数据安全，促进数据开发利用，保护个人、组织的合法权益，维护国家主权、安全和发展利益，制定本法。	제 1 조 데이터 처리 활동을 규율하고 데이터 안전을 보장하며 데이터의 개발·이용을 촉진하고 개인과 조직의 합법적 권익을 보호하며 국가의 주권·안전 및 발전 이익을 수호하기 위하여 이 법을 제정한다.
第二条 在中华人民共和国境内开展	제 2 조 중화인민공화국 경내에서

数据处理活动及其安全监管，适用本法。 在中华人民共和国境外开展数据处理活动，损害中华人民共和国国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益的，依法追究法律责任。	이루어지는 데이터 처리 활동과 그 안전에 대한 감독·관리에는 이 법을 적용한다. 중화인민공화국 경외에서¹ 데이터 처리 활동을 하여 중화인민공화국의 국가안전·공공이익 또는 공민·조직의 합법적 권익을 침해한 경우에는 법에 따라 법적 책임을 묻는다.
第三条 本法所称数据，是指任何以电子或者其他方式对信息的记录。 数据处理，包括数据的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。 数据安全，是指通过采取必要措施，确保数据处于有效保护和合法利用的状态，以及具备保障持续安全状态的能力。	제 3 조 이 법에서 말하는 데이터란 전자적 방식 또는 그 밖의 방식으로 이루어진 정보의 기록을 말한다. 데이터 처리에는² 데이터의 수집·저장·사용·가공·전송·제공·공개 등이 포함된다. 데이터 안전이란 필요한 조치를 취하여 데이터가 효과적으로 보호되고 합법적으로 이용되는 상태를 확보하고, 그러한 안전 상태를 지속적으로 보장할 수 있는 능력을 갖추는 것을 말한다.
第四条 维护数据安全，应当坚持总体国家安全观，建立健全数据安全治理体系，提高数据安全保障能力。	제 4 조 데이터 안전을 유지하기 위해서는 총체적 국가안보관을 견지하고 데이터 안전 거버넌스 체계를 구축·정비하며 데이터 안전 보장 역량을 높여야 한다.
第五条 中央国家安全领导机构负责国家数据安全工作的决策和议事协调，研究制定、指导实施国家数据安全战略和有关重大方针政策，统筹协调国家数据安全的重大事项和重要工	제 5 조 중앙 국가안전 지도기관은³ 국가 데이터 안전 업무에 관한 의사결정과 심의·조정을 담당하고, 국가 데이터 안전 전략 및 주요 방침과 정책을

作，建立国家数据安全工作协调机制。	연구·수립하여 그 시행을 지도하며, 국가 데이터 안전의 중대 사항과 중요 업무를 총괄·조정하고 국가 데이터 안전 업무 조정체계를 구축한다.
第六条 各地区、各部门对本地区、本部门工作中收集和产生的数据及数据安全负责。 工业、电信、交通、金融、自然资源、卫生健康、教育、科技等主管部门承担本行业、本领域数据安全监管职责。 公安机关、国家安全机关等依照本法和有关法律、行政法规的规定，在各自职责范围内承担数据安全监管职责。 国家网信部门依照本法和有关法律、行政法规的规定，负责统筹协调网络安全数据安全和相关监管工作。	제 6 조 각 지역과 각 부서는 해당 지역·부서의 업무 과정에서 수집·생성된 데이터와 그 데이터의 안전에 대하여 책임을 진다. 공업·전기통신·교통·금융·자연자원·보건·교육·과학기술 등의 주무부서는 해당 업종·분야의 데이터 안전에 대한 감독·관리 업무를 담당한다. 공안기관·국가안전기관 등은 이 법 및 관계 법률·행정법규에 따라 각자의 소관 범위에서 데이터 안전에 대한 감독·관리 업무를 담당한다. 국가 인터넷정보 주무부서는 ⁴ 이 법 및 관계 법률·행정법규에 따라 네트워크 데이터 안전과 그 감독·관리 업무를 총괄·조정한다.
第七条 国家保护个人、组织与数据有关的权益，鼓励数据依法合理有效利用，保障数据依法有序自由流动，促进以数据为关键要素的数字经济发展。	제 7 조 국가는 개인과 조직의 데이터 관련 권익을 보호하고 데이터가 법에 따라 합리적이고 효율적으로 이용되도록 장려하며, 데이터가 법에 따라 질서 있고 자유롭게 유통되도록 보장하고 데이터를 핵심 요소로 하는 디지털경제의 발전을 촉진한다.
第八条 开展数据处理活动，应当遵	제 8 조 데이터 처리 활동을 할 때에는

守法律、法规，尊重社会公德和伦理，遵守商业道德和职业道德，诚实守信，履行数据安全保护义务，承担社会责任，不得危害国家安全、公共利益，不得损害个人、组织的合法权益。	법률·법규를 준수하고 공중도덕과⁵ 윤리를 존중하며 상업윤리와 직업윤리를 준수하고 성실과 신의를 지키며, 데이터 안전 보호 의무를 이행하고 사회적 책임을 져야 한다. 국가안전과 공공이익을 해치거나 개인·조직의 합법적 권익을 침해하여서는 아니 된다.
第九条 国家支持开展数据安全知识宣传普及，提高全社会的数据安全保护意识和水平，推动有关部门、行业组织、科研机构、企业、个人等共同参与数据安全保护工作，形成全社会共同维护数据安全和促进发展的良好环境。	제 9 조 국가는 데이터 안전 지식의 홍보·보급을 지원하고 사회 전체의 데이터 안전 보호 의식과 수준을 높이며, 관계 부서·업계단체·과학연구기관·기업·개인 등이 데이터 안전 보호 업무에 함께 참여하도록 추진하여 사회 각계가 함께 데이터 안전을 지키고 발전을 촉진하는 건전한 환경을 조성한다.
第十条 相关行业组织按照章程，依法制定数据安全行为规范和团体标准，加强行业自律，指导会员加强数据安全保护，提高数据安全保护水平，促进行业健康发展。	제 10 조 관계 업계단체는 정관에 따라 데이터 안전 행위규범과 단체표준을 법에 따라 제정하고 업계의 자율규제를 강화하며, 회원이 데이터 안전 보호를 강화하도록 지도하고 데이터 안전 보호 수준을 높여 업계의 건전한 발전을 촉진한다.
第十一条 国家积极开展数据安全治理、数据开发利用等领域的国际交流与合作，参与数据安全相关国际规则和标准的制定，促进数据跨境安全、自由流动。	제 11 조 국가는 데이터 안전 거버넌스와 데이터 개발·이용 등의 분야에서 국제교류와 협력을 적극적으로 전개하고 데이터 안전 관련 국제규칙과 표준의 제정에 참여하며, 데이터가

	국경을 넘어 안전하고 자유롭게 유통되도록 촉진한다.
第十二条 任何个人、组织都有权对违反本法规定的行为向有关主管部门投诉、举报。收到投诉、举报的部门应当及时依法处理。 有关主管部门应当对投诉、举报人的相关信息予以保密，保护投诉、举报人的合法权益。	제 12 조 모든 개인과 조직은 이 법을 위반한 행위에 대하여 관계 주무부서에 민원을 ⁶ 제기하거나 신고할 권리가 있다. 민원·신고를 접수한 부서는 지체 없이 법에 따라 처리하여야 한다. 관계 주무부서는 민원인·신고인에 관한 정보를 비밀로 유지하고 그 합법적 권익을 보호하여야 한다.
第二章 数据安全与发展	제 2 장 데이터 안전 및 발전
第十三条 国家统筹发展和安全，坚持以数据开发利用和产业发展促进数据安全，以数据安全保障数据开发利用和产业发展。	제 13 조 국가는 발전과 안전을 함께 고려하고, 데이터 개발·이용과 산업 발전을 통하여 데이터 안전을 촉진하며, 데이터 안전을 바탕으로 데이터 개발·이용과 산업 발전을 보장한다.
第十四条 国家实施大数据战略，推进数据基础设施建设，鼓励和支持数据在各行业、各领域的创新应用。 省级以上人民政府应当将数字经济发展纳入本级国民经济和社会发展规划，并根据需要制定数字经济发展规划。	제 14 조 국가는 빅데이터 전략을 시행하고 데이터 기반시설의 구축을 추진하며, 각 업종·분야에서 데이터가 혁신적으로 활용되도록 장려·지원한다. 성급 이상 인민정부는 디지털경제 발전을 해당 급의 국민경제·사회발전계획에 포함하고 필요에 따라 디지털경제 발전계획을 수립하여야 한다.
第十五条 国家支持开发利用数据提升公共服务的智能化水平。提供智能化公共服务，应当充分考虑老年人、残疾人的需求，避免对老年人、残疾	제 15 조 국가는 데이터의 개발·이용을 통하여 공공서비스의 지능화 수준을 높이도록 지원한다. 지능형

人的日常生活造成障碍。	공공서비스를 제공할 때에는 노인과 장애인의 필요를 충분히 고려하여 그들의 일상생활에 장애를 초래하지 않도록 하여야 한다.
第十六条 国家支持数据开发利用和数据安全技术研究，鼓励数据开发利用和数据安全等领域的技术推广和商业创新，培育、发展数据开发利用和数据安全产品、产业体系。	제 16 조 국가는 데이터 개발·이용 및 데이터 안전 기술의 연구를 지원하고, 데이터 개발·이용과 데이터 안전 등의 분야에서 기술 보급과 상업 혁신을 장려하며, 데이터 개발·이용 및 데이터 안전 관련 제품과 산업체계를 육성·발전시킨다.
第十七条 国家推进数据开发利用技术和数据安全标准体系建设。国务院标准化行政主管部门和国务院有关部门根据各自的职责，组织制定并适时修订有关数据开发利用技术、产品和数据安全相关标准。国家支持企业、社会团体和教育、科研机构等参与标准制定。	제 17 조 국가는 데이터 개발·이용 기술과 데이터 안전 표준체계의 구축을 추진한다. 국무원 표준화 행정주무부서와 국무원 관계 부서는 각자의 직무에 따라 데이터 개발·이용 기술·제품 및 데이터 안전에 관한 표준의 제정을 조직하고 필요에 따라 개정한다. 국가는 기업·사회단체·교육기관·과학연구기관 등이 표준 제정에 참여하도록 지원한다.
第十八条 国家促进数据安全检测评估、认证等服务的发展，支持数据安全检测评估、认证等专业机构依法开展服务活动。 国家支持有关部门、行业组织、企业、教育和科研机构、有关专业机构等在数据安全风险评估、防范、处置等方面开展协作。	제 18 조 국가는 데이터 안전 검사·평가·인증 등 서비스의 발전을 촉진하고, 데이터 안전 검사·평가·인증 등의 전문기관이 법에 따라 서비스를 제공하도록 지원한다. 국가는 관계 부서·업계단체·기업·교육기관·과학연구기관 및 관계 전문기관 등이 데이터 보안

	위험의 평가·예방·대응 등의 분야에서 협력하도록 지원한다.
第十九条 国家建立健全数据交易管理制度，规范数据交易行为，培育数据交易市场。	제 19 조 국가는 데이터 거래 관리제도를 구축·정비하고 데이터 거래행위를 규범화하며 데이터 거래시장을 육성한다.
第二十条 国家支持教育、科研机构和企业等开展数据开发利用技术和数据安全相关教育和培训，采取多种方式培养数据开发利用技术和数据安全专业人才，促进人才交流。	제 20 조 국가는 교육기관·과학연구기관·기업 등이 데이터 개발·이용 기술 및 데이터 안전 관련 교육·훈련을 실시하도록 지원하고, 다양한 방식으로 데이터 개발·이용 기술 및 데이터 안전 분야의 전문인력을 양성하며 전문인력의 교류를 촉진한다.
第三章 数据安全制度	제 3 장 데이터 안전 제도
第二十一条 国家建立数据分类分级保护制度，根据数据在经济社会发展中的重要程度，以及一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益造成的危害程度，对数据实行分类分级保护。国家数据安全工作协调机制统筹协调有关部门制定重要数据目录，加强对重要数据的保护。 关系国家安全、国民经济命脉、重要民生、重大公共利益等数据属于国家核心数据，实行更加严格的管理制度。 各地区、各部门应当按照数据分类分级保护制度，确定本地区、本部门以及相关行业、领域的重要数据具体目	제 21 조 국가는 데이터 분류·등급별 보호제도를 ⁷ 수립하고, 데이터가 경제·사회 발전에서 차지하는 중요도와 데이터가 변조·파괴·유출되거나 불법으로 취득·이용될 경우 국가안전·공공이익 또는 개인·조직의 합법적 권익에 미치는 위해 정도에 따라 데이터를 분류하고 등급별로 보호한다. 국가 데이터 안전 업무 조정체계는 관계 부서가 중요 데이터 ⁸ 목록을 제정하도록 총괄·조정하고 중요 데이터에 대한 보호를 강화한다. 국가안전, 국민경제의 생명선, 중요한 민생, 중대한 공공이익 등과 관련된

录，对列入目录的数据进行重点保护。	데이터는 국가 핵심 데이터에 ⁹ 속하며 더욱 엄격한 관리제도를 적용한다. 각 지역과 각 부서는 데이터 분류·등급별 보호제도에 따라 해당 지역·부서와 관계 업종·분야의 중요 데이터 세부 목록을 정하고, 그 목록에 포함된 데이터를 중점적으로 보호하여야 한다.
第二十二条 国家建立集中统一、高效权威的数据安全风险评估、报告、信息共享、监测预警机制。国家数据安全工作协调机制统筹协调有关部门加强数据安全风险信息的获取、分析、研判、预警工作。	제 22 조 국가는 통합적이고 일원화되며 효율적이고 권위 있는 데이터 보안 위험평가·보고·정보 공유·감시·조기경보 체계를 구축한다. 국가 데이터 안전 업무 조정체계는 관계 부서가 데이터 보안 위험정보의 수집·분석·판단·조기경보 업무를 강화하도록 총괄·조정한다.
第二十三条 国家建立数据安全应急处置机制。发生数据安全事件，有关主管部门应当依法启动应急预案，采取相应的应急处置措施，防止危害扩大，消除安全隐患，并及时向社会发布与公众有关的警示信息。	제 23 조 국가는 데이터 안전 비상대응체계를 구축한다. 데이터 안전 사건이 발생한 경우 관계 주무부서는 법에 따라 비상대응계획을 가동하고 상응하는 비상대응조치를 취하여 위해의 확대를 방지하고 안전상 위험요인을 제거하며, 국민에게 필요한 경고정보를 지체 없이 공표하여야 한다.
第二十四条 国家建立数据安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的数据处理活动进行国家安全审查。依法作出的安全审查决定为最终决定。	제 24 조 국가는 데이터 안전 심사제도를 수립하고 국가안전에 영향을 미치거나 영향을 미칠 가능성이 있는 데이터 처리 활동에 대하여 국가안전심사를 ¹⁰ 실시한다.

	법에 따라 내려진 안전심사 결정은 최종 결정이다.
第二十五条 国家对与维护国家安全和利益、履行国际义务相关的属于管制物项的数据依法实施出口管制。	제 25 조 국가는 국가안전과 이익의 수호 및 국제의무의 이행과 관련된 수출통제 대상 품목에 해당하는 데이터에 대하여 법에 따라 수출통제를 ¹¹ 실시한다.
第二十六条 任何国家或者地区在与数据和数据开发利用技术等有关的投资、贸易等方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者地区对等采取措施。	제 26 조 어떠한 국가 또는 지역이 데이터와 데이터 개발·이용 기술 등에 관한 투자·무역 등의 분야에서 중화인민공화국에 차별적인 금지·제한 또는 그 밖의 유사한 조치를 취하는 경우, 중화인민공화국은 구체적인 상황에 따라 해당 국가 또는 지역에 상호주의에 따른 상응 조치를 취할 수 있다. ¹²
第四章 数据安全保护义务	제 4 장 데이터 안전 보호 의무
第二十七条 开展数据处理活动应当依照法律、法规的规定，建立健全全流程数据安全管理制度，组织开展数据安全教育培训，采取相应的技术措施和其他必要措施，保障数据安全。利用互联网等信息网络开展数据处理活动，应当在网络安全等级保护制度的基础上，履行上述数据安全保护义务。 重要数据的处理者应当明确数据安全负责人和管理机构，落实数据安全保护责任。	제 27 조 데이터 처리 활동을 할 때에는 법률·법규에 따라 데이터 처리 전 과정을 아우르는 안전관리제도를 구축·정비하고 데이터 안전 교육·훈련을 실시하며, 상응하는 기술적 조치와 그 밖의 필요한 조치를 취하여 데이터 안전을 보장하여야 한다. 인터넷 등 정보네트워크를 이용하여 데이터 처리 활동을 하는 경우에는 사이버보안 등급보호제도를 기초로 위 데이터 안전 보호 의무를 이행하여야 한다. 중요 데이터 처리자는 데이터 안전

	책임자와 관리기관을 명확히 정하고 데이터 안전 보호책임을 이행하여야 한다. ¹³
第二十八条 开展数据处理活动以及研究开发数据新技术，应当有利于促进经济社会发展，增进人民福祉，符合社会公德和伦理。	제 28 조 데이터 처리 활동과 데이터 신기술의 연구·개발은 경제·사회 발전을 촉진하고 인민의 복지를 증진하는 데 도움이 되어야 하며 공중도덕과 윤리에 부합하여야 한다.
第二十九条 开展数据处理活动应当加强风险监测，发现数据安全缺陷、漏洞等风险时，应当立即采取补救措施；发生数据安全事件时，应当立即采取处置措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告。	제 29 조 데이터 처리 활동을 할 때에는 위험 감시를 강화하여야 한다. 데이터의 보안상 결함·취약점 등의 위험을 발견한 경우에는 즉시 보완조치를 취하여야 하며, 데이터 안전 사건이 발생한 경우에는 즉시 대응조치를 취하고 규정에 따라 이용자에게 지체 없이 알리고 관계 주무부서에 보고하여야 한다.
第三十条 重要数据的处理者应当按照规定对其数据处理活动定期开展风险评估，并向有关主管部门报送风险评估报告。 风险评估报告应当包括处理的重要数据的种类、数量，开展数据处理活动的情况，面临的数据安全风险及其应对措施等。	제 30 조 중요 데이터 처리자는 규정에 따라 자신의 데이터 처리 활동에 대하여 정기적으로 위험평가를 실시하고 관계 주무부서에 위험평가보고서를 제출하여야 한다. 위험평가보고서에는 처리하는 중요 데이터의 종류·수량, 데이터 처리 활동의 현황, 예상되는 데이터 보안 위험 및 그 대응조치 등이 포함되어야 한다.
第三十一条 关键信息基础设施的运营者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管	제 31 조 주요정보기반시설 운영자가 중화인민공화국 경내에서 운영하면서

理, 适用《中华人民共和国网络安全法》的规定; 其他数据处理者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据的出境安全管理办法, 由国家网信部门会同国务院有关部门制定。	수집·생성한 중요 데이터의 국외이전 안전관리에는 「중화인민공화국 사이버보안법」을 적용한다. 그 밖의 데이터 처리자가 중화인민공화국 경내에서 운영하면서 수집·생성한 중요 데이터의 국외이전 안전관리 방법은 국가 인터넷정보 주무부서가 국무원 관계 부서와 함께 제정한다.
第三十二条 任何组织、个人收集数据, 应当采取合法、正当的方式, 不得窃取或者以其他非法方式获取数据。 法律、行政法规对收集、使用数据的目的、范围有规定的, 应当在法律、行政法规规定的目的和范围内收集、使用数据。	제 32 조 모든 조직과 개인은 데이터를 수집할 때 합법적이고 정당한 방식을 취하여야 하며, 절취하거나 그 밖의 불법적인 방식으로 데이터를 취득하여서는 아니 된다. 법률·행정법규가 데이터의 수집·사용 목적과 범위를 규정한 경우에는 그 규정된 목적과 범위 안에서 데이터를 수집·사용하여야 한다.
第三十三条 从事数据交易中介服务的机构提供服务, 应当要求数据提供方说明数据来源, 审核交易双方的身份, 并留存审核、交易记录。	제 33 조 데이터 거래 중개서비스에¹⁴ 종사하는 기관은 서비스를 제공할 때 데이터 제공자에게 데이터의 출처를 밝히도록 요구하고, 거래 당사자 쌍방의 신원을 심사하며, 심사·거래 기록을 보존하여야 한다.
第三十四条 法律、行政法规规定提供数据处理相关服务应当取得行政许可的, 服务提供者应当依法取得许可。	제 34 조 법률·행정법규가 데이터 처리 관련 서비스를 제공하기 위하여 행정허가를 취득하도록 규정한 경우, 서비스 제공자는 법에 따라 허가를 취득하여야 한다.

第三十五条 公安机关、国家安全机关因依法维护国家安全或者侦查犯罪的需要调取数据，应当按照国家有关规定，经过严格的批准手续，依法进行，有关组织、个人应当予以配合。	제 35 조公安기관·국가안전기관이 법에 따라 국가안전을 수호하거나 범죄를 수사하기 위하여 데이터를 제출받는 ¹⁵ 경우에는 국가의 관련 규정에 따라 엄격한 승인절차를 거쳐 법에 따라 실시하여야 하며, 관계 조직과 개인은 이에 협조하여야 한다.
第三十六条 中华人民共和国主管机关根据有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定，或者按照平等互惠原则，处理外国司法或者执法机构关于提供数据的请求。非经中华人民共和国主管机关批准，境内的组织、个人不得向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的数据。	제 36 조 중화인민공화국 주무기관은 관련 법률 및 중화인민공화국이 체결하거나 가입한 국제조약·협정에 따라, 또는 평등·호혜의 원칙에 ¹⁶ 따라 외국 사법기관 또는 법집행기관의 데이터 제공 요청을 처리한다. 중화인민공화국 주무기관의 승인을 받지 아니하고 경내의 조직·개인 중화인민공화국 경내에 저장된 데이터를 외국 사법기관 또는 법집행기관에 제공하여서는 아니 된다.
第五章 政务数据的安全与开放	제 5 장 행정 데이터의 안전과 개방
第三十七条 国家大力推进电子政务建设，提高政务数据的科学性、准确性、时效性，提升运用数据服务经济社会发展的能力。	제 37 조 국가는 전자정부의 구축을 적극적으로 추진하고 행정 데이터의 과학성·정확성·적시성을 높이며, 데이터를 활용하여 경제·사회 발전에 이바지하는 역량을 높인다.
第三十八条 国家机关为履行法定职责的需要收集、使用数据，应当在其履行法定职责的范围内依照法律、行政法规规定的条件和程序进行；对在履行职责中知悉的个人隐私、个人信	제 38 조 국가기관이 법정 직무를 수행하기 위하여 데이터를 수집·사용할 필요가 있는 경우에는 그 법정 직무의 범위 안에서 법률·행정법규가 정한

息、商业秘密、保密商务信息等数据应当依法予以保密，不得泄露或者非法向他人提供。	조건과 절차에 따라야 한다. 업무 수행 중 알게 된 개인의 사생활, 개인정보, 영업비밀, 비밀유지 대상 상업정보 등의 데이터는 법에 따라 비밀로 유지하여야 하며, 이를 유출하거나 불법으로 타인에게 제공하여서는 아니 된다.
第三十九条 国家机关应当依照法律、行政法规的规定，建立健全数据安全管理制度，落实数据安全保护责任，保障政务数据安全。	제 39 조 국가기관은 법률·행정법규에 따라 데이터 안전 관리제도를 구축·정비하고 데이터 안전 보호책임을 이행하여 행정 데이터의 안전을 보장하여야 한다.
第四十条 国家机关委托他人建设、维护电子政务系统，存储、加工政务数据，应当经过严格的批准程序，并应当监督受托方履行相应的数据安全保护义务。受托方应当依照法律、法规的规定和合同约定履行数据安全保护义务，不得擅自留存、使用、泄露或者向他人提供政务数据。	제 40 조 국가기관이 타인에게 전자정부 시스템의 구축·유지 또는 행정 데이터의 ¹⁷ 저장·가공을 위탁하는 경우에는 엄격한 승인절차를 거쳐야 하며, 수탁자가 그에 따른 데이터 안전 보호 의무를 이행하도록 감독하여야 한다. 수탁자는 법률·법규 및 계약의 약정에 따라 데이터 안전 보호 의무를 이행하여야 하며, 행정 데이터를 임의로 보존·사용·유출하거나 타인에게 제공하여서는 아니 된다.
第四十一条 国家机关应当遵循公正、公平、便民的原则，按照规定及时、准确地公开政务数据。依法不予公开的除外。	제 41 조 국가기관은 공정·공평·국민편의의 원칙을 따르고 규정에 따라 행정 데이터를 적시에 정확하게 공개하여야 한다. 다만 법에 따라 공개하지 아니하는 경우는 제외한다.
第四十二条 国家制定政务数据开放目录，构建统一规范、互联互通、安	제 42 조 국가는 행정 데이터

全可控的政务数据开放平台，推动政务数据开放利用。	개방목록을 제정하고, 통일된 기준에 따라 상호 연계되고 안전하게 관리되는 행정 데이터 개방플랫폼을 구축하여 행정 데이터의 개방·이용을 추진한다.
第四十三条 法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织为履行法定职责开展数据处理活动，适用本章规定。	제 43 조 법률·법규에 따라 권한을 부여받아 공공사무 관리기능을 가진 조직이 법정 직무를 수행하기 위하여 데이터 처리 활동을 하는 경우에는 이 장의 규정을 적용한다.
第六章 法律责任	제 6 장 법적 책임
第四十四条 有关主管部门在履行数据安全监管职责中，发现数据处理活动存在较大安全风险的，可以按照规定的权限和程序对有关组织、个人进行约谈，并要求有关组织、个人采取措施进行整改，消除隐患。	제 44 조 관계 주무부서가 데이터 안전 감독·관리 업무를 수행하면서 데이터 처리 활동에 상당한 데이터 보안 위험이 있음을 발견한 경우에는 정해진 권한과 절차에 따라 관계 조직·개인과 면담하고 ¹⁸ , 해당 조직·개인에게 시정조치를 취하여 잠재적 위험을 제거하도록 요구할 수 있다.
第四十五条 开展数据处理活动的组织、个人不履行本法第二十七条、第二十九条、第三十条规定的数据安全保护义务的，由有关主管部门责令改正，给予警告，可以并处五万元以上五十万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处一万元以上十万元以下罚款；拒不改正或者造成大量数据泄露等严重后果的，处五十万元以上二百万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和	제 45 조 데이터 처리 활동을 하는 조직·개인이 이 법 제 27 조·제 29 조·제 30 조에서 정한 데이터 안전 보호 의무를 이행하지 아니한 경우, 관계 주무부서는 시정을 명하고 경고하며, 5 만 위안 이상 50 만 위안 이하의 행정벌금을 ¹⁹ 병과할 수 있다. 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게는 ²⁰ 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 부과할 수 있다. 시정을 거부하거나 대량의 데이터 유출 등 중대한

其他直接责任人员处五万元以上二十万元以下罚款。 违反国家核心数据管理制度，危害国家主权、安全和发展利益的，由有关主管部门处二百万元以上一千万元以下罚款，并根据情况责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	결과를 초래한 경우에는 50 만 위안 이상 200 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고, 관련 업무의 일시 정지, 영업정지 및 시정, 관련 사업허가증 또는 영업등록증²¹(营业执照)의 취소를 명할 수 있으며, 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 5 만 위안 이상 20 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다. 국가 핵심 데이터 관리제도를 위반하여 국가의 주권·안전 및 발전 이익을 해친 경우, 관계 주무부서는 200 만 위안 이상 1,000 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고 상황에 따라 관련 업무의 일시 정지, 영업정지 및 시정, 관련 사업허가증 또는 영업등록증(营业执照)의 취소를 명한다. 범죄를 구성한 경우에는 법에 따라 형사책임을 묻는다.
第四十六条 违反本法第三十一条规定，向境外提供重要数据的，由有关主管部门责令改正，给予警告，可以并处十万元以上一百万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处一万元以上十万元以下罚款；情节严重的，处一百万元以上一千万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款。	제 46 조 이 법 제 31 조를 위반하여 국외에 중요 데이터를 제공한 경우, 관계 주무부서는 시정을 명하고 경고하며, 10 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 행정벌금을 병과할 수 있다. 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게는 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 부과할 수 있다. 사안이 중대한 경우에는 100 만 위안 이상 1,000 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고, 관련 업무의 일시 정지, 영업정지 및 시정, 관련 사업허가증 또는

	영업등록증(营业执照)의 취소를 명할 수 있으며, 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 10 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다.
第四十七条 从事数据交易中介服务的机构未履行本法第三十三条规定的义务的，由有关主管部门责令改正，没收违法所得，处违法所得一倍以上十倍以下罚款，没有违法所得或者违法所得不足十万元的，处十万元以上一百万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。	제 47 조 데이터 거래 중개서비스에 종사하는 기관이 이 법 제 33 조의 의무를 이행하지 아니한 경우, 관계 주무부서는 시정을 명하고 위법소득을 몰수하며 위법소득의 1 배 이상 10 배 이하의 행정벌금을 부과한다. 위법소득이 없거나 위법소득이 10 만 위안 미만인 경우에는 10 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고, 관련 업무의 일시 정지, 영업정지 및 시정, 관련 사업허가증 또는 영업등록증(营业执照)의 취소를 명할 수 있다. 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게는 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다.
第四十八条 违反本法第三十五条规定，拒不配合数据调取的，由有关主管部门责令改正，给予警告，并处五万元以上五十万元以下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。 违反本法第三十六条规定，未经主管机关批准向外国司法或者执法机构提供数据的，由有关主管部门给予警告，可以并处十万元以上一百万元以	제 48 조 이 법 제 35 조를 위반하여 데이터 제출 요구에 협조하지 아니한 경우, 관계 주무부서는 시정을 명하고 경고하며, 5 만 위안 이상 50 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고, 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다.

下罚款，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处一万元以上十万元以下罚款；造成严重后果的，处一百万元以上五百万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处五万元以上五十万元以下罚款。	이 법 제 36 조를 위반하여 주무기관의 승인 없이 외국 사법기관 또는 법집행기관에 데이터를 제공한 경우, 관계 주무부서는 경고하고 10 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 행정벌금을 병과할 수 있으며, 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 부과할 수 있다. 중대한 결과를 초래한 경우에는 100 만 위안 이상 500 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고, 관련 업무의 일시 정지, 영업정지 및 시정, 관련 사업허가증 또는 영업등록증(营业执照)의 취소를 명할 수 있으며, 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 5 만 위안 이상 50 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다.
第四十九条 国家机关不履行本法规定的数据安全保护义务的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。	제 49 조 국가기관이 이 법에서 정한 데이터 안전 보호 의무를 이행하지 아니한 경우에는 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 법에 따라 징계처분한다²².
第五十条 履行数据安全监管职责的国家工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊的，依法给予处分。	제 50 조 데이터 안전 감독·관리 업무를 수행하는 국가업무 종사자가²³ 직무를 태만히 하거나 직권을 남용하거나 사익을 위하여 부정행위를 한 경우에는 법에 따라 징계처분한다.
第五十一条 窃取或者以其他非法方式获取数据，开展数据处理活动排	제 51 조 데이터를 절취하거나 그 밖의

除、限制竞争，或者损害个人、组织合法权益的，依照有关法律、行政法规的规定处罚。	불법적인 방식으로 취득하거나, 데이터 처리 활동을 통하여 경쟁을 배제·제한하거나, 개인·조직의 합법적 권익을 침해한 경우에는 관련 법률·행정법규에 따라 처벌한다.
第五十二条 违反本法规定，给他人造成损害的，依法承担民事责任。 违反本法规定，构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	제 52 조 이 법을 위반하여 타인에게 손해를 초래한 경우에는 법에 따라 민사책임을 부담한다. 이 법 위반이 치안관리 위반행위를 구성한 경우에는 법에 따라 치안관리처벌을 하고, 범죄를 구성한 경우에는 법에 따라 형사책임을 묻는다.
第七章 附则	제 7 장 부칙
第五十三条 开展涉及国家秘密的数据处理活动，适用《中华人民共和国保守国家秘密法》等法律、行政法规的规定。 在统计、档案工作中开展数据处理活动，开展涉及个人信息的数据处理活动，还应当遵守有关法律、行政法规的规定。	제 53 조 국가기밀과 관련된 데이터 처리 활동에는 「중화인민공화국 국가기밀보호법」 등 법률·행정법규를 적용한다. 통계·기록물 업무 중 데이터 처리 활동을 수행하거나 개인정보와 관련된 데이터 처리 활동을 수행하는 경우에는 관련 법률·행정법규도 준수하여야 한다.
第五十四条 军事数据安全保护的办 法，由中央军事委员会依据本法另行 制定。	제 54 조 군사 데이터 안전 보호 방법은 중앙군사위원회가 이 법에 따라 별도로 제정한다.
第五十五条 本法自 2021 年 9 月 1 日起施行。	제 55 조 이 법은 2021 년 9 월 1 일부터 시행한다.

注释 / 주석

1. “境外”는 중국의 법역 밖을 뜻한다. 중국법상 홍콩·마카오·타이완과 관련한 적용관계도 단순한 지리적 국경 개념만으로 설명되지 않으므로 “해외”보다 중립적인 “경외”를 사용하였다.
2. “数据处理”는 이 법 제 3 조에 따라 수집·저장·사용·가공·전송·제공·공개 등을 포괄한다. 한국 개인정보법의 “처리”와 유사하지만 개인정보에 한정되지 않는 더 넓은 개념이다.
3. “中央国家安全领导机构”은 국가 데이터 안전 업무의 의사결정과 조정을 담당하는 중국의 중앙 지도기구를 뜻한다. 특정한 한국 국가기관과 일대일로 대응하지 않으므로 “중앙 국가안전 지도기관”으로 옮겼다.
4. “国家网信部门”은 네트워크 데이터 안전과 관련 감독업무를 총괄·조정하는 중국의 국가 인터넷정보 행정부문을 뜻한다. 특정 한국 기관명으로 치환하지 않았다.
5. “社会公德”은 사회공동체의 일반적 도덕규범을 뜻하는 중국 법률용어이다. 한국어의 자연성을 위하여 “공중도덕”으로 옮겼으며, 특정한 한국법상 개념과 동일하다는 뜻은 아니다.
6. “投诉”는 권익 침해 등에 대한 이의제기나 고충 제기를 뜻한다. 한국 행정·실무에서 자연스러운 “민원”으로 옮겼으나, 중국법상의 절차와 한국 「민원 처리에 관한 법률」상 민원이 동일한 제도라는 뜻은 아니다.
7. “数据分类分级保护制度”는 데이터의 유형과 중요도·위해 정도를 함께 고려하는 중국의 분류·등급별 보호체계이다. 개인정보의 민감도 분류만을 뜻하지 않는다.
8. “重要数据”는 단순히 중요한 모든 데이터가 아니라 관계 부문·지역이 목록으로 식별·관리하는 법정 개념이다. 구체적 범위는 분야별 목록과 하위 법규에 의해 정해진다.

9. “国家核心数据”는 국가안전, 국민경제의 생명선, 중요 민생, 중대한 공공이익 등과 관계되는 데이터로서 “중요 데이터”보다 강화된 관리가 적용되는 별도 범주이다.

10. “国家安全审查”는 데이터 처리 활동이 국가안전에 미치는 영향을 심사하는 중국법상의 절차이다. 행정소송상 불복 가능성 등은 제 24 조제 2 문이 “최종 결정”이라고 정한 점을 함께 보아야 한다.

11. 이 조의 데이터 수출통제는 모든 데이터 국외이전을 뜻하는 것이 아니라 국가안전·국제의무와 관련된 “통제대상 품목”에 속하는 데이터에 대한 수출통제이다.

12. “对等采取措施”는 상대 국가·지역의 차별적 제한에 대응하여 상호주의에 따라 대등한 조치를 취하는 것을 뜻한다. 이를 “상호주의에 따른 대등한 조치”로 번역하였다.

13. “重要数据的处理者”는 중요 데이터를 처리하는 자를 뜻한다. 이 법에는 일반적인 “데이터 처리자”의 독립 정의조항이 없으므로 개인정보보호법의 “개인정보처리자”와 혼동하지 않아야 한다.

14. “数据交易中介服务”는 데이터 거래 당사자 사이에서 출처확인·신원심사·기록보존 등을 수행하는 중개서비스를 말한다. 한국법상 확립된 단일 업종명은 없어 직역하였다.

15. 원문의 “调取数据”는公安·국가안전기관이 법정 절차에 따라 데이터를 요구하여 취득하는 행위를 뜻한다. 단순 열람보다 강한 의미를 가지므로 “데이터를 제출받는”으로 번역하였다.

16. “平等互惠原则”은 외국 사법·법집행기관의 데이터 제공 요청을 처리할 때 적용되는 국가 간 평등과 상호주의의 원칙이다. 민사상 호혜관계와 동일한 의미로 한정되지 않는다.

17. “政务数据”는 국가기관이 공적 업무를 수행하는 과정에서 수집·생성·관리하는 데이터를 뜻한다. 한국의 공공데이터 또는 행정정보와 범위·관리체계가 완전히 같지 않으므로, 본문에서는 “행정 데이터”로 옮겼다.

18. “约谈”은 감독기관이 관련 조직·개인을 불러 위험과 시정사항을 지적하는 감독조치이다. 한국법상 정확히 대응하는 단일 제도가 없어 “면담”으로 옮겼다.

19. “罚款”은 중국 행정처벌법상의 금전제재이며 형사형인 “罚金”과 구별된다. 한국법상 벌금·과태료·과징금 중 어느 하나와 완전히 일치하지 않으므로, 본문에서는 기능적 대응어인 “행정벌금”을 사용하였다.

20. “直接负责的主管人员和其他直接责任人员”은 조직의 위법행위에 대하여 직접 관리책임을 부담하는 자와 그 밖의 직접 책임자를 함께 지칭한다. 한국어 법률문장에 맞추어 “직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자”로 옮겼다.

21. “营业执照”은 중국 시장주체의 영업자격을 증명하는 문서이다. 한국의 “영업허가증”이나 “사업자등록증”과 완전히 일치하지 않으므로, “영업등록증(营业执照)”으로 옮기고 중국 고유 제도임을 병기하였다.

22. 국가기관 직원에 대한 “处分”은 일반 행정처분이 아니라 공직상 징계성 제재를 뜻하므로 “징계처분”으로 번역하였다.

23. “国家工作人员”은 국가기관 공무원뿐 아니라 법에 따라 공무에 종사하는 일정한 인원을 포괄하는 중국법상 개념이므로 “국가 공무에 종사하는 자”로 풀어 옮겼다.

편집 원칙: 중국어 법정 원문을 기준으로 하며, 기능적 대응어와 중국 고유 법개념은 최초 사용 지점의 각주에서 설명하였다.

「중화인민공화국 개인정보보호법」
《中华人民共和国个人信息保护法》

모덕승(慕德昇)(중국정법대학교 박사) 번역

Translator MU, Desheng(Ph.D., China University of Political Science and Law)

법령정보

2021. 8. 20. 제정·공포, 2021. 11. 1. 시행

출전: 북대법보(北大法宝) 및 중국 국가법률법규 DB 현행본(2026. 8. 1. 확인).

한중대조번역

中文原文	한국어 번역
第一章 总则	제 1 장 총칙
第一条 为了保护个人信息权益，规范个人信息处理活动，促进个人信息合理利用，根据宪法，制定本法。	제 1 조 개인정보 권익을 보호하고 개인정보 처리 활동을 규율하며 개인정보의 합리적인 이용을 촉진하기 위하여 헌법에 따라 이 법을 제정한다.
第二条 自然人的个人信息受法律保护，任何组织、个人不得侵害自然人的个人信息权益。	제 2 조 자연인의 개인정보는 법률의 보호를 받으며, 어떠한 조직이나 개인도

	자연인의 개인정보 권익을 침해하여서는 아니 된다.
第三条 在中华人民共和国境内处理自然人个人信息的活动，适用本法。 在中华人民共和国境外处理中华人民共和国境内自然人个人信息的活动，有下列情形之一的，也适用本法： （一）以向境内自然人提供产品或者服务为目的； （二）分析、评估境内自然人的行为； （三）法律、行政法规规定的其他情形。	제 3 조 중화인민공화국 경내에서 자연인의 개인정보를 처리하는 활동에는 이 법을 적용한다. 중화인민공화국 경외에서 ¹ 중화인민공화국 경내 자연인의 개인정보를 처리하는 활동이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에도 이 법을 적용한다. (1) 경내 자연인에게 제품 또는 서비스를 제공하는 것을 목적으로 하는 경우 (2) 경내 자연인의 행위를 분석·평가하는 경우 (3) 법률·행정법규가 정한 그 밖의 경우
第四条 个人信息是以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。 个人信息的处理包括个人信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等。	제 4 조 개인정보란 전자적 방식 또는 그 밖의 방식으로 기록되어 식별되거나 식별 가능한 자연인과 관련된 각종 정보를 말하며, 익명화² 처리된 정보는 포함하지 아니한다. 개인정보 처리에는 개인정보의 수집, 저장, 사용, 가공, 전송, 제공, 공개, 삭제 등이 포함된다.
第五条 处理个人信息应当遵循合法、正当、必要和诚信原则，不得通过误导、欺诈、胁迫等方式处理个人信息。	제 5 조 개인정보를 처리할 때에는 합법성·정당성·필요성 및 신의성실의 원칙을 따라야 하며, 오도·기망·강박 등의 방법으로 개인정보를 처리하여서는 아니 된다.

第六条 处理个人信息应当具有明确、合理的目的，并应当与处理目的直接相关，采取对个人权益影响最小的方式。 收集个人信息，应当限于实现处理目的的最小范围，不得过度收集个人信息。	제 6 조 개인정보 처리는 명확하고 합리적인 목적을 가져야 하고 처리 목적과 직접 관련되어야 하며, 개인의 권익에 미치는 영향을 최소화하는 방식을 취하여야 한다. 개인정보의 수집은 처리 목적을 달성하는 데 필요한 최소 범위로 제한하여야 하며 과도하게 수집하여서는 아니 된다.
第七条 处理个人信息应当遵循公开、透明原则，公开个人信息处理规则，明示处理的目的、方式和范围。	제 7 조 개인정보를 처리할 때에는 공개·투명의 원칙을 따르고 개인정보 처리규칙을 공개하며 처리 목적·방식·범위를 명시하여야 한다.
第八条 处理个人信息应当保证个人信息的质量，避免因个人信息不准确、不完整对个人权益造成不利影响。	제 8 조 개인정보를 처리할 때에는 개인정보의 품질을 보장하여 부정확하거나 불완전한 개인정보로 개인의 권익에 불리한 영향이 발생하지 않도록 하여야 한다.
第九条 个人信息处理者应当对其个人信息处理活动负责，并采取必要措施保障所处理的个人信息的安全。	제 9 조 개인정보처리자는 자신의 개인정보 처리 활동에 책임을 지고 필요한 조치를 취하여 처리하는 개인정보의 안전을 보장하여야 한다.
第十条 任何组织、个人不得非法收集、使用、加工、传输他人个人信息，不得非法买卖、提供或者公开他人个人信息；不得从事危害国家安全、公共利益的个人信息处理活动。	제 10 조 어떠한 조직이나 개인도 타인의 개인정보를 불법으로 수집·사용·가공·전송하거나 불법으로 매매·제공·공개하여서는 아니 되며, 국가안전 또는 공공이익을 해치는

	개인정보 처리 활동을 하여서는 아니 된다.
第十一条 国家建立健全个人信息保护制度，预防和惩治侵害个人信息权益的行为，加强个人信息保护宣传教育，推动形成政府、企业、相关社会组织、公众共同参与个人信息保护的良好环境。	제 11 조 국가는 개인정보 보호제도를 구축·정비하고 개인정보 권익을 침해하는 행위를 예방·처벌하며 개인정보 보호에 관한 홍보·교육을 강화하여 정부·기업·관련 사회단체 및 대중이 함께 개인정보 보호에 참여하는 건전한 환경을 조성한다.
第十二条 国家积极参与个人信息保护国际规则的制定，促进个人信息保护方面的国际交流与合作，推动与其他国家、地区、国际组织之间的个人信息保护规则、标准等互认。	제 12 조 국가는 개인정보 보호 국제규칙의 제정에 적극 참여하고 개인정보 보호 분야의 국제교류와 협력을 촉진하며 다른 국가·지역·국제기구와 개인정보 보호 규칙·표준 등의 상호인정을 추진한다.
第二章 个人信息处理规则	제 2 장 개인정보 처리규칙
第一节 一般规定	제 1 절 일반규정
第十三条 符合下列情形之一的，个人信息处理者方可处理个人信息： （一）取得个人的同意； （二）为订立、履行个人作为一方当事人的合同所必需，或者按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施人力资源管理所必需； （三）为履行法定职责或者法定义务所必需；	제 13 조 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에만 개인정보처리자는 ³ 개인정보를 처리할 수 있다. (1) 개인의 동의를 받은 경우 (2) 개인이 일방 당사자인 계약의 체결·이행에 필요하거나, 법에 따라 제정된 취업규칙 ⁴ 및 법에 따라 체결된 단체협약에 따라 인사관리를 실시하는 데 필요한 경우 (3) 법정 직무 또는 법정 의무를 이행하는 데 필요한 경우

(四) 为应对突发公共卫生事件, 或者紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全所必需; (五) 为公共利益实施新闻报道、舆论监督等行为, 在合理的范围内处理个人信息; (六) 依照本法规定在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信息; (七) 法律、行政法规规定的其他情形。 依照本法其他有关规定, 处理个人信息应当取得个人同意, 但是有前款第二项至第七项规定情形的, 不需取得个人同意。	(4) 공중보건 비상사태에 대응하거나 긴급상황에서 자연인의 생명·건강 및 재산 안전을 보호하는 데 필요한 경우 (5) 공공이익을 위하여 보도·여론에 의한 감시 등의 행위를 하면서 합리적인 범위에서 개인정보를 처리하는 경우 (6) 이 법에 따라 개인이 스스로 공개하였거나 그 밖에 이미 합법적으로 공개된 개인정보를 합리적인 범위에서 처리하는 경우 (7) 법률·행정법규가 정한 그 밖의 경우 이 법의 다른 규정에 따라 개인정보를 처리하려면 개인의 동의를 받아야 한다. 다만 전항 제 2 호부터 제 7 호까지의 경우에는 개인의 동의를 받을 필요가 없다.
第十四条 基于个人同意处理个人信息的, 该同意应当由个人在充分知情的前提下自愿、明确作出。法律、行政法规规定处理个人信息应当取得个人单独同意或者书面同意的, 从其规定。 个人信息的处理目的、处理方式和处理的个人信息种类发生变更的, 应当重新取得个人同意。	제 14 조 개인의 동의에 기초하여 개인정보를 처리하는 경우, 그 동의는 개인이 충분한 정보를 제공받은 상태에서 자발적이고 명확하게 표시한 것이어야 한다. 법률·행정법규에서 개인정보 처리에 개인의 별도 동의 또는 서면 동의를 받도록 정한 경우에는 그 규정에 따른다. 개인정보 처리 목적·방식 또는 처리하는 개인정보의 종류가 변경된 경우에는 개인의 동의를 다시 받아야 한다.
第十五条 基于个人同意处理个人信息的, 个人有权撤回其同意。个	제 15 조 개인의 동의에 기초하여 개인정보를 처리하는 경우, 개인은

人信息处理者应当提供便捷的撤回同意的方式。 个人撤回同意，不影响撤回前基于个人同意已进行的个人信息处理活动的效力。	동의를 철회할 권리가 있다. 개인정보처리자는 편리한 동의 철회방법을 제공하여야 한다. 동의 철회는 철회 전에 개인의 동의에 기초하여 이루어진 개인정보 처리 활동의 효력에 영향을 미치지 아니한다.
第十六条 个人信息处理者不得以个人不同意处理其个人信息或者撤回同意为由，拒绝提供产品或者服务；处理个人信息属于提供产品或者服务所必需的除外。	제 16 조 개인정보처리자는 개인이 개인정보 처리에 동의하지 아니하거나 동의를 철회하였다는 이유로 제품 또는 서비스의 제공을 거부하여서는 아니 된다. 다만 개인정보 처리가 제품 또는 서비스 제공에 필수적인 경우는 제외한다.
第十七条 个人信息处理者在处理个人信息前，应当以显著方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地向个人告知下列事项： （一）个人信息处理者的名称或者姓名和联系方式； （二）个人信息的处理目的、处理方式，处理的个人信息种类、保存期限； （三）个人行使本法规定权利的方式和程序； （四）法律、行政法规规定应当告知的其他事项。 前款规定事项发生变更的，应当将变更部分告知个人。 个人信息处理者通过制定个人信息处理规则的方式告知第一款规定事	제 17 조 개인정보처리자는 개인정보를 처리하기 전에 눈에 잘 띄는 방식으로 명확하고 이해하기 쉬운 표현을 사용하여 다음 각 호의 사항을 개인에게 사실대로 정확하고 완전하게 고지하여야 한다. (1) 개인정보처리자의 명칭 또는 성명과 연락처 (2) 개인정보 처리 목적·방식, 처리하는 개인정보의 종류 및 보존기간 (3) 개인이 이 법에서 정한 권리를 행사하는 방법과 절차 (4) 법률·행정부규가 고지하도록 정한 그 밖의 사항

项的, 处理规则应当公开, 并且便于查阅和保存。	전항의 사항이 변경된 경우에는 변경된 내용을 개인에게 고지하여야 한다. 개인정보처리자가 개인정보처리규칙을 제정하여 제 1 항의 사항을 고지하는 경우, 그 처리규칙을 공개하고 쉽게 열람·보존할 수 있도록 하여야 한다.
第十八条 个人信息处理者处理个人信息, 有法律、行政法规规定应当保密或者不需要告知的情形的, 可以不向个人告知前条第一款规定的事项。 紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全无法及时向个人告知的, 个人信息处理者应当在紧急情况消除后及时告知。	제 18 조 개인정보처리자가 개인정보를 처리할 때 법률·행정법규에서 비밀로 유지하도록 하거나 고지할 필요가 없다고 정한 경우에는 제 17 조제 1 항의 사항을 개인에게 고지하지 않을 수 있다. 긴급상황에서 자연인의 생명·건강 및 재산 안전을 보호하기 위하여 지체 없이 고지할 수 없는 경우, 개인정보처리자는 긴급상황이 해소된 후 지체 없이 고지하여야 한다.
第十九条 除法律、行政法规另有规定外, 个人信息的保存期限应当为实现处理目的所必要的最短时间。	제 19 조 법률·행정법규에 달리 정함이 있는 경우를 제외하고 개인정보보존기간은 처리 목적을 달성하는 데 필요한 최단기간으로 하여야 한다.
第二十条 两个以上的个人信息处理者共同决定个人信息的处理目的和处理方式的, 应当约定各自的权利和义务。但是, 该约定不影响个人向其中任何一个个人信息处理者要求行使本法规定的权利。	제 20 조 둘 이상의 개인정보처리자가 개인정보 처리 목적과 방식을 공동으로 결정하는 경우에는 각자의 권리와 의무를 약정하여야 한다. 다만 그 약정은 개인이 그중 어느 개인정보처리자에게든 이 법상의 권리

个人信息处理者共同处理个人信息，侵害个人信息权益造成损害的，应当依法承担连带责任。	행사를 요구하는 데 영향을 미치지 아니한다. 개인정보처리자가 개인정보를 공동으로 처리하여 ⁵ 개인정보 권익을 침해하고 손해를 초래한 경우에는 법에 따라 연대책임을 부담한다.
第二十一条 个人信息处理者委托处理个人信息的，应当与受托人约定委托处理的目的、期限、处理方式、个人信息的种类、保护措施以及双方的权利和义务等，并对受托人的个人信息处理活动进行监督。 受托人应当按照约定处理个人信息，不得超出约定的处理目的、处理方式等处理个人信息；委托合同不生效、无效、被撤销或者终止的，受托人应当将个人信息返还个人信息处理者或者予以删除，不得保留。 未经个人信息处理者同意，受托人不得转委托他人处理个人信息。	제 21 조 개인정보처리자가 개인정보를 처리를 위탁하는 경우에는 수탁자와 ⁶ 위탁처리의 목적·기간·방식, 개인정보의 종류, 보호조치 및 당사자의 권리·의무 등을 약정하고 수탁자의 개인정보 처리 활동을 감독하여야 한다. 수탁자는 약정에 따라 개인정보를 처리하여야 하며 약정한 처리 목적·방식 등의 범위를 벗어나 개인정보를 처리하여서는 아니 된다. 위탁계약의 효력이 발생하지 않거나 무효가 되거나 취소·종료된 경우, 수탁자는 개인정보를 개인정보처리자에게 반환하거나 삭제하여야 하며 이를 보존하여서는 아니 된다. 개인정보처리자의 동의 없이 수탁자는 타인에게 개인정보를 처리를 재위탁하여서는 아니 된다.
第二十二条 个人信息处理者因合并、分立、解散、被宣告破产等原因需要转移个人信息的，应当向个人告知接收方的名称或者姓名和联	제 22 조 개인정보처리자가 합병·분할·해산·파산선고 등의 사유로 개인정보를 이전할 필요가 있는

系方式。接收方应当继续履行个人信息处理者的义务。接收方变更原先的处理目的、处理方式的，应当依照本法规定重新取得个人同意。	경우에는 개인정보를 이전받는 자의 명칭 또는 성명과 연락처를 개인에게 고지하여야 한다. 개인정보를 이전받은 자는 개인정보처리자의 의무를 계속 이행하여야 한다. 수령자가 종전의 처리 목적·방식을 변경하는 경우에는 이 법에 따라 개인의 동의를 다시 받아야 한다.
第二十三条 个人信息处理者向其他个人信息处理者提供其处理的个人信息的，应当向个人告知接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式和个人信息的种类，并取得个人的单独同意。接收方应当在上述处理目的、处理方式和个人信息的种类等范围内处理个人信息。接收方变更原先的处理目的、处理方式的，应当依照本法规定重新取得个人同意。	제 23 조 개인정보처리자가 자신이 처리한 개인정보를 다른 개인정보처리자에게 제공하는 경우에는 수령자의 명칭 또는 성명, 연락처, 처리 목적·방식 및 개인정보의 종류를 개인에게 고지하고 별도 동의를 받아야 한다. 수령자는 위 처리 목적·방식과 개인정보 종류 등의 범위 안에서 개인정보를 처리하여야 한다. 수령자가 종전의 처리 목적·방식을 변경하는 경우에는 이 법에 따라 개인의 동의를 다시 받아야 한다.
第二十四条 个人信息处理者利用个人信息进行自动化决策，应当保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。 通过自动化决策方式向个人进行信息推送、商业营销，应当同时提供不针对其个人特征的选项，或者向个人提供便捷的拒绝方式。 通过自动化决策方式作出对个人权益有重大影响的决定，个人有权要求个人信息处理者予以说明，并有	제 24 조 개인정보처리자가 개인정보를 이용하여 자동화된 의사결정을 하는 경우에는 의사결정의 투명성과 결과의 공평성·공정성을 보장하고, 거래가격 등 거래조건에서 개인을 불합리하게 차별하여서는 아니 된다. 자동화된 의사결정 방식으로 개인에게 정보를 전송·추천하거나 상업적

权拒绝个人信息处理者仅通过自动化决策的方式作出决定。	마케팅을 하는 경우에는 개인의 특성에 기반하지 않은 선택사항을 함께 제공하거나 개인에게 편리한 거부방법을 제공하여야 한다. 자동화된 의사결정 방식으로 개인의 권익에 중대한 영향을 미치는 결정을 한 경우, 개인은 개인정보처리자에게 설명을 요구할 수 있으며 개인정보처리자가 자동화된 의사결정 방식만으로 결정을 내리는 것을 거부할 권리가 있다.
第二十五条 个人信息处理者不得公开其处理的个人信息，取得个人单独同意的除外。	제 25 조 개인정보처리자는 개인의 별도 동의를 받은 경우를 제외하고 자신이 처리하는 개인정보를 공개하여서는 아니 된다.
第二十六条 在公共场所安装图像采集、个人身份识别设备，应当为维护公共安全所必需，遵守国家有关规定，并设置显著的提示标识。所收集的个人图像、身份识别信息只能用于维护公共安全的目的，不得用于其他目的；取得个人单独同意的除外。	제 26 조 공공장소에 영상정보 수집장치와 개인식별장비를 설치하려면 공공의 안전을 유지하는 데 반드시 필요하여야 하고 국가의 관련 규정을 준수하여야 하며, 눈에 잘 띄는 안내표지를 설치하여야 한다. 수집한 개인 영상과 신원식별정보는 공공의 안전 유지 목적으로만 사용할 수 있으며 다른 목적으로 사용하여서는 아니 된다. 다만 개인의 별도 동의를 받은 경우는 제외한다.
第二十七条 个人信息处理者可以在合理的范围内处理个人自行公开或者其他已经合法公开的个人信	제 27 조 개인정보처리자는 개인이 스스로 공개하였거나 그 밖에 이미

息；个人明确拒绝的除外。个人信息处理者处理已公开的个人信息，对个人权益有重大影响的，应当依照本法规定取得个人同意。	합법적으로 공개된 개인정보를 합리적인 범위에서 처리할 수 있다. 다만 개인이 명확히 거부한 경우는 제외한다. 공개된 개인정보의 처리가 개인의 권익에 중대한 영향을 미치는 경우에는 이 법에 따라 개인의 동의를 받아야 한다.
第二节 敏感个人信息的处理规则	제 2 절 민감 개인정보 처리규칙
第二十八条 敏感个人信息是一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息，包括生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息，以及不满十四周岁未成年人的个人信息。 只有在具有特定的目的和充分的必要性，并采取严格保护措施的情形下，个人信息处理者方可处理敏感个人信息。	제 28 조 민감 개인정보⁸란 유출되거나 불법으로 사용될 경우 자연인의 인격적 존엄이 침해되거나 신체·재산의 안전에 위해가 발생하기 쉬운 개인정보를 말하며, 생체인식·종교신앙·특정 신분·의료·건강·금융계좌·이동경로 등의 정보와 만 14 세 미만 미성년자의 개인정보를 포함한다. 특정한 목적과 충분한 필요성이 있고 엄격한 보호조치를 취한 경우에만 개인정보처리자는 민감 개인정보를 처리할 수 있다.
第二十九条 处理敏感个人信息应当取得个人的单独同意；法律、行政法规规定处理敏感个人信息应当取得书面同意的，从其规定。	제 29 조 민감 개인정보를 처리하려면 개인의 별도 동의를⁹ 받아야 한다. 법률·행정법규가 서면 동의를 받도록 정한 경우에는 그 규정에 따른다.
第三十条 个人信息处理者处理敏感个人信息的，除本法第十七条第一款规定的各项外，还应当向个人告知处理敏感个人信息的必要性以	제 30 조 개인정보처리자가 민감 개인정보를 처리하는 경우에는 이 법 제 17 조제 1 항의 사항 외에도 민감 개인정보 처리의 필요성과 개인의

及对个人权益的影响；依照本法规定可以不向个人告知的除外。	권익에 미치는 영향을 개인에게 고지하여야 한다. 다만 이 법에 따라 고지하지 않을 수 있는 경우는 제외한다.
第三十一条 个人信息处理者处理不满十四周岁未成年人个人信息的，应当取得未成年人的父母或者其他监护人的同意。 个人信息处理者处理不满十四周岁未成年人个人信息的，应当制定专门的个人信息处理规则。	제 31 조 개인정보처리자가 만 14 세 미만 미성년자의 개인정보를 처리하는 경우에는 부모 또는 그 밖의 보호자의 ¹⁰ 동의를 받아야 한다. 개인정보처리자는 만 14 세 미만 미성년자의 개인정보를 처리하기 위한 별도의 개인정보 처리규칙을 제정하여야 한다.
第三十二条 法律、行政法规对处理敏感个人信息规定应当取得相关行政许可或者作出其他限制的，从其规定。	제 32 조 법률·행정부규가 민감 개인정보 처리에 관련 행정허가를 받도록 하거나 그 밖의 제한을 둔 경우에는 그 규정에 따른다.
第三节 国家机关处理个人信息的特别规定	제 3 절 국가기관의 개인정보 처리에 관한 특별규정
第三十三条 国家机关处理个人信息的活动，适用本法；本节有特别规定的，适用本节规定。	제 33 조 국가기관의 개인정보 처리 활동에는 이 법을 적용한다. 이 절에 특별규정이 있는 경우에는 이 절의 규정을 적용한다.
第三十四条 国家机关为履行法定职责处理个人信息，应当依照法律、行政法规规定的权限、程序进行，不得超出履行法定职责所必需的范围和限度。	제 34 조 국가기관이 법정 직무를 수행하기 위하여 개인정보를 처리하는 경우에는 법률·행정부규가 정한 권한과 절차에 따라야 하며, 법정 직무 수행에 필요한 범위와 한도를 초과하여서는 아니 된다.

第三十五条 国家机关为履行法定职责处理个人信息，应当依照本法规定履行告知义务；有本法第十八条第一款规定的情形，或者告知将妨碍国家机关履行法定职责的除外。	제 35 조 국가기관이 법정 직무를 수행하기 위하여 개인정보를 처리하는 경우에는 이 법에 따라 고지의무를 이행하여야 한다. 다만 이 법 제 18 조제 1 항의 경우 또는 고지로 인하여 국가기관의 법정 직무 수행이 방해되는 경우는 제외한다.
第三十六条 国家机关处理的个人信息应当在中华人民共和国境内存储；确需向境外提供的，应当进行安全评估。安全评估可以要求有关部门提供支持协助。	제 36 조 국가기관이 처리하는 개인정보는 중화인민공화국 경내에 저장하여야 한다. 국외 제공이 반드시 필요한 경우에는 안전평가를 실시하여야 하며, 안전평가를 위하여 관계 부서에 지원과 협조를 요구할 수 있다.
第三十七条 法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织为履行法定职责处理个人信息，适用本法关于国家机关处理个人信息的规定。	제 37 조 법률·법규에 따라 권한을 부여받아 공공사무 관리기능을 수행하는 조직이 법정 직무를 수행하기 위하여 개인정보를 처리하는 경우에는 국가기관의 개인정보 처리에 관한 이 법의 규정을 적용한다.
第三章 个人信息跨境提供的规则	제 3 장 개인정보 국외제공 규칙
第三十八条 个人信息处理者因业务等需要，确需向中华人民共和国境外提供个人信息的，应当具备下列条件之一： （一）依照本法第四十条的规定通过国家网信部门组织的安全评估； （二）按照国家网信部门的规定经专业机构进行个人信息保护认证；	제 38 조 개인정보처리자가 업무상 필요 등으로 개인정보를 국외에 제공할 필요가 있는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 요건을 갖추어야 한다. (1) 이 법 제 40 조에 따라 국가 인터넷정보 주무부서가 ¹¹ 조직한 안전평가를 통과할 것

(三) 按照国家网信部门制定的标准合同与境外接收方订立合同，约定双方的权利和义务； (四) 法律、行政法规或者国家网信部门规定的其他条件。 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对向中华人民共和国境外提供个人信息条件等有规定的，可以按照其规定执行。 个人信息处理者应当采取必要措施，保障境外接收方处理个人信息的活动达到本法规定的个人信息保护标准。	(2) 국가 인터넷정보 주무부서의 규정에 따라 전문기관의 개인정보 보호 인증을 받을 것 (3) 국가 인터넷정보 주무부서가 제정한 표준계약에 따라 국외 수령자와 ¹²계약을 체결하고 양 당사자의 권리·의무를 약정할 것 (4) 법률·행정법규 또는 국가 인터넷정보 주무부서가 정한 그 밖의 조건을 갖출 것 중화인민공화국이 체결하거나 가입한 국제조약·협정이 중화인민공화국 경외에 개인정보를 제공하는 조건 등을 정한 경우에는 그 규정에 따라 이행할 수 있다. 개인정보처리자는 필요한 조치를 취하여 국외 수령자의 개인정보 처리 활동이 이 법에서 정한 개인정보 보호기준에 부합하도록 보장하여야 한다.
第三十九条 个人信息处理者向中华人民共和国境外提供个人信息的，应当向个人告知境外接收方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息的种类以及个人向境外接收方行使本法规定权利的方式和程序等事项，并取得个人的单独同意。	제 39 조 개인정보처리자가 개인정보를 국외에 제공하는 경우에는 국외 수령자의 명칭 또는 성명, 연락처, 처리 목적·방식, 개인정보의 종류 및 개인이 국외 수령자에게 이 법상의 권리를 행사하는 방법·절차 등을 개인에게 고지하고 별도 동의를 받아야 한다.

第四十条 关键信息基础设施运营者和处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者，应当将在中华人民共和国境内收集和产生的个人信息存储在境内。确需向境外提供的，应当通过国家网信部门组织的安全评估；法律、行政法规和国家网信部门规定可以不进行安全评估的，从其规定。	제 40 조 주요정보기반시설¹³ 운영자와 국가 인터넷정보 주무부서가 정한 수량 이상의 개인정보를 처리하는 개인정보처리자는 중화인민공화국 경내에서 수집·생성한 개인정보를 경내에 저장하여야 한다. 국외 제공이 반드시 필요한 경우에는 국가 인터넷정보 주무부서가 조직한 안전평가를 통과하여야 한다. 다만 법률·행정법규 또는 국가 인터넷정보 주무부서가 안전평가를 하지 않아도 된다고 정한 경우에는 그 규정에 따른다.
第四十一条 中华人民共和国主管机关根据有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定，或者按照平等互惠原则，处理外国司法或者执法机构关于提供存储于境内个人信息的请求。非经中华人民共和国主管机关批准，个人信息处理者不得向外国司法或者执法机构提供存储于中华人民共和国境内的个人信息。	제 41 조 중화인민공화국 주무기관은 관련 법률 및 중화인민공화국이 체결하거나 가입한 국제조약·협정에 따라, 또는 평등·호혜의 원칙에 따라 외국 사법기관 또는 법집행기관이 제기한 경내 저장 개인정보의 제공 요청을 처리한다. 개인정보처리자는 중화인민공화국 주무기관의 승인을 받지 아니하고는 중화인민공화국 경내에 저장된 개인정보를 외국 사법기관 또는 법집행기관에 제공하여서는 아니 된다.
第四十二条 境外的组织、个人从事侵害中华人民共和国公民的个人信息权益，或者危害中华人民共和国国家安全、公共利益的个人信息处理活动的，国家网信部门可以将其列入限制或者禁止个人信息提供	제 42 조 경외의 조직·개인이 중화인민공화국 국민의 개인정보를 침해하거나 중화인민공화국의 국가안전·공공이익을 해치는 개인정보 처리 활동을 하는 경우, 국가 인터넷정보

清单，予以公告，并采取限制或者禁止向其提供个人信息等措施。	주무부서는 그 조직·개인을 개인정보 제공 제한·금지 명단에 올려 공고하고 그에 대한 개인정보 제공을 제한하거나 금지하는 등의 조치를 취할 수 있다.
第四十三条 任何国家或者地区在个人信息保护方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者地区对等采取措施。	제 43 조 어떠한 국가 또는 지역이 개인정보 보호 분야에서 중화인민공화국에 차별적인 금지·제한 또는 그 밖의 유사한 조치를 취하는 경우, 중화인민공화국은 실제 상황에 따라 해당 국가 또는 지역에 상응하는 조치를 취할 수 있다.
第四章 个人在个人信息处理活动中的权利	제 4 장 개인정보 처리 활동에서 개인의 권리
第四十四条 个人对其个人信息的处理享有知情权、决定权，有权限制或者拒绝他人对其个人信息进行处理；法律、行政法规另有规定的除外。	제 44 조 개인은 자신의 개인정보 처리에 관하여 알 권리와 결정권을 가지며, 타인이 자신의 개인정보를 처리하는 것을 제한하거나 거부할 권리가 있다. 다만 법률·행정법규에 달리 정함이 있는 경우는 제외한다.
第四十五条 个人有权向个人信息处理者查阅、复制其个人信息；有本法第十八条第一款、第三十五条规定情形的除外。 个人请求查阅、复制其个人信息的，个人信息处理者应当及时提供。 个人请求将个人信息转移至其指定的个人信息处理者，符合国家网信部门规定条件的，个人信息处理者应当提供转移的途径。	제 45 조 개인은 개인정보처리자에게 자신의 개인정보를 열람·복제할 권리가 있다. 다만 이 법 제 18 조제 1 항 또는 제 35 조의 경우는 제외한다. 개인이 자신의 개인정보 열람·복제를 요청한 경우 개인정보처리자는 지체 없이 이를 제공하여야 한다. 개인이 자신이 지정한 개인정보처리자에게 개인정보를

	이전하도록 요청하고 국가 인터넷정보 주무부서가 정한 조건에 부합하는 경우, 개인정보처리자는 개인정보를 이전할 수 있는 수단을 제공하여야 한다.
第四十六条 个人发现其个人信息不准确或者不完整的, 有权请求个人信息处理者更正、补充。 个人请求更正、补充其个人信息的, 个人信息处理者应当对其个人信息予以核实, 并及时更正、补充。	제 46 조 개인이 자신의 개인정보가 부정확하거나 불완전함을 발견한 경우에는 개인정보처리자에게 정정·보완을 요청할 권리가 있다. 개인이 개인정보의 정정·보완을 요청한 경우 개인정보처리자는 해당 개인정보를 확인하고 지체 없이 정정·보완하여야 한다.
第四十七条 有下列情形之一的, 个人信息处理者应当主动删除个人信息; 个人信息处理者未删除的, 个人有权请求删除: (一) 处理目的已实现、无法实现或者为实现处理目的不再必要; (二) 个人信息处理者停止提供产品或者服务, 或者保存期限已届满; (三) 个人撤回同意; (四) 个人信息处理者违反法律、行政法规或者违反约定处理个人信息; (五) 法律、行政法规规定的其他情形。 法律、行政法规规定的保存期限未届满, 或者删除个人信息从技术上难以实现的, 个人信息处理者应当	제 47 조 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 개인정보처리자는 개인의 요청이 없어도 개인정보를 삭제하여야 하며, 삭제하지 아니한 경우에는 개인이 삭제를 요청할 권리가 있다. (1) 처리 목적이 이미 달성되었거나 달성할 수 없거나 처리 목적 달성에 더 이상 필요하지 않은 경우 (2) 개인정보처리자가 제품 또는 서비스 제공을 중단하였거나 보존기간이 만료된 경우 (3) 개인이 동의를 철회한 경우 (4) 개인정보처리자가 법률·행정법규 또는 약정을 위반하여 개인정보를 처리한 경우

停止除存储和采取必要的安全保护措施之外的处理。	(5) 법률·행정법규가 정한 그 밖의 경우 법률·행정법규가 정한 보존기간이 만료되지 않았거나 기술적으로 개인정보 삭제가 어려운 경우, 개인정보처리자는 저장 및 필요한 안전보호조치 외의 처리를 중단하여야 한다.
第四十八条 个人有权要求个人信息处理者对其个人信息处理规则进行解释说明。	제 48 조 개인은 개인정보처리자에게 개인정보 처리규칙에 대한 해석·설명을 요구할 권리가 있다.
第四十九条 自然人死亡的，其近亲属为了自身的合法、正当利益，可以对死者的相关个人信息行使本章规定的查阅、复制、更正、删除等权利；死者生前另有安排的除外。	제 49 조 자연인이 사망한 경우 그 가까운 친족은 ¹⁴ 자신의 합법적·정당한 이익을 위하여 사망자의 관련 개인정보에 대하여 이 장에서 정한 열람·복제·정정·삭제 등의 권리를 행사할 수 있다. 다만 사망자가 생전에 달리 정한 경우는 제외한다.
第五十条 个人信息处理者应当建立便捷的个人行使权利的申请受理和处理机制。拒绝个人行使权利的请求的，应当说明理由。 个人信息处理者拒绝个人行使权利的请求的，个人可以依法向人民法院提起诉讼。	제 50 조 개인정보처리자는 개인의 권리행사 신청을 편리하게 접수·처리하는 체계를 구축하여야 한다. 개인의 권리행사 요청을 거부하는 경우에는 그 이유를 설명하여야 한다. 개인정보처리자가 개인의 권리행사 요청을 거부한 경우, 개인은 법에 따라 인민법원에 소송을 제기할 수 있다.
第五章 个人信息处理者的义务	제 5 장 개인정보처리자의 의무
第五十一条 个人信息处理者应当根据个人信息处理目的、处理方式、个人信息的种类以及对个人权	제 51 조 개인정보처리자는 개인정보의 처리 목적·방식·종류,

益的影响、可能存在的安全风险等，采取下列措施确保个人信息处理活动符合法律、行政法规的规定，并防止未经授权的访问以及个人信息泄露、篡改、丢失： （一）制定内部管理制度和操作规程； （二）对个人信息实行分类管理； （三）采取相应的加密、去标识化等安全技术措施； （四）合理确定个人信息处理的操作权限，并定期对从业人员进行安全教育和培训； （五）制定并组织实施个人信息安全事件应急预案； （六）法律、行政法规规定的其他措施。	개인의 권익에 미치는 영향 및 발생 가능한 보안 위험 등에 따라 다음 각 호의 조치를 취하여 개인정보 처리 활동이 법률·행정법규에 부합하도록 하고, 권한 없는 접근과 개인정보의 유출·변조·분실을 방지하여야 한다. (1) 내부 관리제도와 운영절차를 마련할 것 (2) 개인정보를 분류하여 관리할 것 (3) 암호화·비식별화¹⁵ 등 필요한 안전기술조치를 취할 것 (4) 개인정보 처리 권한을 합리적으로 정하고 종사자에게 정기적으로 안전교육·훈련을 실시할 것 (5) 개인정보 보안사고 비상대응계획을 수립하고 그 시행을 조직할 것 (6) 법률·행정법규에서 정한 그 밖의 조치를 취할 것
第五十二条 处理个人信息达到国家网信部门规定数量的个人信息处理者应当指定个人信息保护负责人，负责对个人信息处理活动以及采取的保护措施等进行监督。 个人信息处理者应当公开个人信息保护负责人的联系方式，并将个人信息保护负责人的姓名、联系方式等报送履行个人信息保护职责的部门。	제 52 조 국가 인터넷정보 주무부서가 정한 수량 이상의 개인정보를 처리하는 개인정보처리자는 개인정보 보호책임자를¹⁶ 지정하여 개인정보 처리 활동 및 보호조치 등을 감독하게 하여야 한다. 개인정보처리자는 개인정보 보호책임자의 연락처를 공개하고 그 성명·연락처 등을 개인정보 보호 담당 부서에 제출하여야 한다.

第五十三条 本法第三条第二款规定的中华人民共和国境外的个人信息处理者，应当在中华人民共和国境内设立专门机构或者指定代表，负责处理个人信息保护相关事务，并将有关机构的名称或者代表的姓名、联系方式等报送履行个人信息保护职责的部门。	제 53 조 이 법 제 3 조제 2 항에서 정한 중화인민공화국 경외의 개인정보처리자는 중화인민공화국 경내에 전담기관을 설치하거나 대표자를 지정하여 개인정보 보호 관련 사무를 처리하게 하고, 그 기관의 명칭 또는 대표자의 성명·연락처 등을 개인정보 보호 담당 부서에 제출하여야 한다.
第五十四条 个人信息处理者应当定期对其处理个人信息遵守法律、行政法规的情况进行合规审计。	제 54 조 개인정보처리자는 개인정보 처리에 관한 법률·행정법규의 준수 여부에 대하여 정기적으로 준법감사를 실시하여야 한다.¹⁷
第五十五条 有下列情形之一的，个人信息处理者应当事前进行个人信息保护影响评估，并对处理情况进行记录： （一）处理敏感个人信息； （二）利用个人信息进行自动化决策； （三）委托处理个人信息、向其他个人信息处理者提供个人信息、公开个人信息； （四）向境外提供个人信息； （五）其他对个人权益有重大影响的个人信息处理活动。	제 55 조 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 개인정보처리자는 사전에 개인정보 보호 영향평가를¹⁸ 실시하고 처리상황을 기록하여야 한다. (1) 민감 개인정보를 처리하는 경우 (2) 개인정보를 이용하여 자동화된 의사결정을 하는 경우 (3) 개인정보 처리를 위탁하거나 다른 개인정보처리자에게 개인정보를 제공하거나 개인정보를 공개하는 경우 (4) 개인정보를 국외에 제공하는 경우 (5) 그 밖에 개인의 권익에 중대한 영향을 미치는 개인정보 처리 활동을 하는 경우

第五十六条 个人信息保护影响评估应当包括下列内容： （一）个人信息的处理目的、处理方式等是否合法、正当、必要； （二）对个人权益的影响及安全风险； （三）所采取的保护措施是否合法、有效并与风险程度相适应。 个人信息保护影响评估报告和处理情况记录应当至少保存三年。	제 56 조 개인정보 보호 영향평가에는 다음 사항이 포함되어야 한다. (1) 개인정보 처리 목적·방식 등이 합법적이고 정당하며 필요한지 여부 (2) 개인의 권익에 미치는 영향 및 보안 위험 (3) 취한 보호조치가 합법적·유효하고 위험 정도에 상응하는지 여부 개인정보 보호 영향평가보고서와 처리상황 기록은 최소 3 년간 보존하여야 한다.
第五十七条 发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的，个人信息处理者应当立即采取补救措施，并通知履行个人信息保护职责的部门和个人。通知应当包括下列事项： （一）发生或者可能发生个人信息泄露、篡改、丢失的信息种类、原因和可能造成的危害； （二）个人信息处理者采取的补救措施和个人可以采取的减轻危害的措施； （三）个人信息处理者的联系方式。 个人信息处理者采取措施能够有效避免信息泄露、篡改、丢失造成危害的，个人信息处理者可以不通知个人；履行个人信息保护职责的部门认为可能造成危害的，有权要求个人信息处理者通知个人。	제 57 조 개인정보의 유출·변조·분실이 ¹⁹ 발생하였거나 발생할 가능성이 있는 경우, 개인정보처리자는 즉시 보완조치를 취하고 개인정보 보호 담당 부서와 개인에게 통지하여야 한다. 통지에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다. (1) 유출·변조·분실이 발생하였거나 발생할 가능성이 있는 개인정보의 종류, 원인 및 예상되는 위해 (2) 개인정보처리자가 취한 보완조치 및 개인이 위해를 줄이기 위하여 취할 수 있는 조치 (3) 개인정보처리자의 연락처 개인정보처리자가 조치를 취하여 유출·변조·분실로 인한 위해를 효과적으로 방지할 수 있는 경우에는

	개인에게 통지하지 않을 수 있다. 다만 개인정보 보호 담당 부서가 위해 발생 가능성이 있다고 판단한 경우에는 개인정보처리자에게 해당 개인에게 통지할 것을 요구할 권리가 있다.
第五十八条 提供重要互联网平台服务、用户数量巨大、业务类型复杂的个人信息处理者，应当履行下列义务： （一）按照国家规定建立健全个人信息保护合规制度体系，成立主要由外部成员组成的独立机构对个人信息保护情况进行监督； （二）遵循公开、公平、公正的原则，制定平台规则，明确平台内产品或者服务提供者处理个人信息的规范和保护个人信息的义务； （三）对严重违反法律、行政法规处理个人信息的平台内的产品或者服务提供者，停止提供服务； （四）定期发布个人信息保护社会责任报告，接受社会监督。	제 58 조 중요 인터넷 플랫폼 서비스를 제공하고 이용자 수가 매우 많으며 업무 유형이 복잡한 개인정보처리자는 다음 각 호의 의무를 이행하여야 한다. (1) 국가의 규정에 따라 개인정보 보호 준법체계를 구축·정비하고, 주로 외부 구성원으로 이루어진 독립기관을 설치하여 개인정보 보호 현황을 감독하게 할 것 (2) 공개·공평·공정의 원칙에 따라 플랫폼 규칙을 제정하고, 플랫폼 내 제품·서비스 제공자가 준수하여야 할 개인정보 처리규범과 개인정보 보호 의무를 명확히 할 것 (3) 법률·행정법규를 중대하게 위반하여 개인정보를 처리한 플랫폼 내 제품·서비스 제공자에 대한 서비스 제공을 중단할 것 (4) 개인정보 보호 사회적 책임 보고서를 정기적으로 발표하고 사회의 감독을 받을 것
第五十九条 接受委托处理个人信息的受托人，应当依照本法和有关法律、行政法规的规定，采取必要	제 59 조 개인정보 처리를 위탁받은 수탁자는 이 법과 관련 법률·행정법규에

措施保障所处理的个人信息的安全，并协助个人信息处理者履行本法规定的义务。	따라 필요한 조치를 취하여 처리하는 개인정보의 안전을 보장하고, 개인정보처리자가 이 법상의 의무를 이행하도록 협조하여야 한다.
第六章 履行个人信息保护职责的部门	제 6 장 개인정보 보호 담당 부서
第六十条 国家网信部门负责统筹协调个人信息保护工作和相关监督管理工作。国务院有关部门依照本法和有关法律、行政法规的规定，在各自职责范围内负责个人信息保护和监督管理工作。 县级以上地方人民政府有关部门的个人信息保护和监督管理职责，按照国家有关规定确定。 前两款规定的部门统称为履行个人信息保护职责的部门。	제 60 조 국가 인터넷정보 주무부서는 개인정보 보호 업무와 그 감독·관리 업무를 총괄·조정한다. 국무원 관계 부서는 이 법 및 관계 법률·행정법규에 따라 각자의 소관 범위에서 개인정보 보호 및 감독·관리 업무를 담당한다. 현급 이상 지방인민정부 관계 부서의 개인정보 보호 및 감독·관리 업무는 국가의 관련 규정에 따라 정한다. 앞의 두 항에서 정한 부서를 통틀어 개인정보 보호 담당 부서라 한다.
第六十一条 履行个人信息保护职责的部门履行下列个人信息保护职责： （一）开展个人信息保护宣传教育，指导、监督个人信息处理者开展个人信息保护工作； （二）接受、处理与个人信息保护有关的投诉、举报； （三）组织对应用程序等个人信息保护情况进行测评，并公布测评结果； （四）调查、处理违法个人信息处理活动；	제 61 조 개인정보 보호 담당 부서는 다음 각 호의 개인정보 보호 직무를 수행한다. (1) 개인정보 보호에 관한 홍보·교육을 실시하고 개인정보처리자의 개인정보 보호 업무를 지도·감독할 것 (2) 개인정보 보호에 관한 민원²⁰·신고를 접수·처리할 것 (3) 애플리케이션 등의 개인정보 보호 현황을 평가하도록 하고 그 결과를 공표할 것

(五) 法律、行政法规规定的其他职责。	(4) 위법한 개인정보 처리 활동을 조사·처리할 것 (5) 법률·행정법규에서 정한 그 밖의 직무를 수행할 것
第六十二条 国家网信部门统筹协调有关部门依据本法推进下列个人信息保护工作： (一) 制定个人信息保护具体规则、标准； (二) 针对小型个人信息处理者、处理敏感个人信息以及人脸识别、人工智能等新技术、新应用，制定专门的个人信息保护规则、标准； (三) 支持研究开发和推广应用安全、方便的电子身份认证技术，推进网络身份认证公共服务建设； (四) 推进个人信息保护社会化服务体系建设，支持有关机构开展个人信息保护评估、认证服务； (五) 完善个人信息保护投诉、举报工作机制。	제 62 조 국가 인터넷정보 주무부서는 관계 부서가 이 법에 따라 다음 각 호의 개인정보 보호 업무를 추진하도록 총괄·조정한다. (1) 개인정보 보호 세부규칙·표준을 제정할 것 (2) 소규모 개인정보처리자, 민감 개인정보의 처리 및 얼굴인식·인공지능 등 신기술·신규 응용을 대상으로 하는 별도의 개인정보 보호규칙·표준을 제정할 것 (3) 안전하고 편리한 전자신원인증 기술의 연구·개발과 보급·활용을 지원하고 네트워크 신원인증 공공서비스의 구축을 추진할 것 (4) 개인정보 보호 민간 전문서비스 체계의 ²¹ 구축을 추진하고 관계기관이 개인정보 보호 평가·인증 서비스를 제공하도록 지원할 것 (5) 개인정보 보호 민원·신고 업무체계를 정비할 것
第六十三条 履行个人信息保护职责的部门履行个人信息保护职责，可以采取下列措施：	제 63 조 개인정보 보호 담당 부서는 그 직무를 수행할 때 다음 조치를 취할 수 있다.

(一) 询问有关当事人，调查与个人信息处理活动有关的情况； (二) 查阅、复制当事人与个人信息处理活动有关的合同、记录、账簿以及其他有关资料； (三) 实施现场检查，对涉嫌违法的个人信息处理活动进行调查； (四) 检查与个人信息处理活动有关的设备、物品；对有证据证明是用于违法个人信息处理活动的设备、物品，向本部门主要负责人书面报告并经批准，可以查封或者扣押。 履行个人信息保护职责的部门依法履行职责，当事人应当予以协助、配合，不得拒绝、阻挠。	(1) 관계 당사자에게 질의하여 개인정보 처리 활동과 관련된 상황을 조사하는 것 (2) 당사자의 개인정보 처리 활동 관련 계약·기록·장부 및 그 밖의 자료를 열람·복제하는 것 (3) 현장검사를 실시하고 위법 혐의가 있는 개인정보 처리 활동을 조사하는 것 (4) 개인정보 처리 활동 관련 설비·물품을 검사하고, 위법한 개인정보 처리 활동에 사용되었다는 증거가 있는 설비·물품은 해당 부서 주요 책임자에게 서면으로 보고하여 승인을 받은 후 봉인하거나 압류하는 것 개인정보 보호 담당 부서가 법에 따라 직무를 수행할 때 당사자는 협조하여야 하며 거부·방해하여서는 아니 된다.
第六十四条 履行个人信息保护职责的部门在履行职责中，发现个人信息处理活动存在较大风险或者发生个人信息安全事件的，可以按照规定的权限和程序对该个人信息处理者的法定代表人或者主要负责人进行约谈，或者要求个人信息处理者委托专业机构对其个人信息处理活动进行合规审计。个人信息处理者应当按照要求采取措施，进行整改，消除隐患。 履行个人信息保护职责的部门在履行职责中，发现违法处理个人信息涉嫌犯罪的，应当及时移送公安机关依法处理。	제 64 조 개인정보 보호 담당 부서가 업무를 수행하면서 개인정보 처리 활동에 상당한 위험이 있거나 개인정보 보안사고이 발생한 사실을 발견한 경우에는 정해진 권한과 절차에 따라 해당 개인정보처리자의 법정대표자 또는 주요 책임자와 면담하거나²²⁾, 개인정보처리자에게 전문기관에 위탁하여 개인정보 처리 활동에 대한 준법감사를 실시하도록 요구할 수 있다. 개인정보처리자는 요구에 따라

	시정조치를 취하여 잠재적 위험을 제거하여야 한다. 개인정보 보호 담당 부서가 업무 수행 중 위법한 개인정보 처리에 범죄 혐의가 있음을 발견한 경우에는 지체 없이公安기관에 이송하여 법에 따라 처리하게 하여야 한다.
第六十五条 任何组织、个人有权对违法个人信息处理活动向履行个人信息保护职责的部门进行投诉、举报。收到投诉、举报的部门应当依法及时处理，并将处理结果告知投诉、举报人。 履行个人信息保护职责的部门应当公布接受投诉、举报的联系方式。	제 65 조 모든 조직과 개인은 위법한 개인정보 처리 활동에 대하여 개인정보 보호 담당 부서에 민원을 제기하거나 신고할 권리가 있다. 민원·신고를 접수한 부서는 법에 따라 지체 없이 처리하고 그 결과를 민원인·신고인에게 고지하여야 한다. 개인정보 보호 담당 부서는 민원·신고 접수 연락처를 공표하여야 한다.
第七章 法律责任	제 7 장 법적 책임
第六十六条 违反本法规定处理个人信息，或者处理个人信息未履行本法规定的个人信息保护义务的，由履行个人信息保护职责的部门责令改正，给予警告，没收违法所得，对违法处理个人信息的应用程序，责令暂停或者终止提供服务；拒不改正的，并处一百万元以下罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处一万元以上十万元以下罚款。 有前款规定的违法行为，情节严重的，由省级以上履行个人信息保护职责的部门责令改正，没收违法所	제 66 조 이 법을 위반하여 개인정보를 처리하거나 개인정보를 처리하면서 이 법에서 정한 개인정보 보호 의무를 이행하지 아니한 경우, 개인정보 보호 담당 부서는 시정을 명하고 경고하며 위법소득을 몰수하고, 개인정보를 위법하게 처리한 애플리케이션에 대하여 서비스 제공을 일시 중지하거나 종료하도록 명한다. 시정을 거부한 경우에는 100 만 위안 이하의 행정벌금을²³ 병과하고 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게²⁴

得，并处五千万元以下或者上一年度营业额百分之五以下罚款，并可以责令暂停相关业务或者停业整顿、通报有关主管部门吊销相关业务许可或者吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处十万元以上一百万元以下罚款，并可以决定禁止其在一定期限内担任相关企业的董事、监事、高级管理人员和个人信息保护负责人。	1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 행정벌금을 부과한다. 전항의 위법행위가 중대한 경우, 성급 이상 개인정보 보호 담당 부서는 시정을 명하고 위법소득을 몰수하며 5,000 만 위안 이하 또는 전년도 매출액의 5% 이하의 행정벌금을 부과한다. 또한 관련 업무의 일시 정지 또는 영업정지 및 시정을 명하거나 관계 주무부서에 통보하여 관련 사업허가 또는 영업등록증²⁵(营业执照)를 취소하게 할 수 있다. 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게는 10 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 행정벌금을 부과하고, 일정 기간 관련 기업의 이사·감사·고위관리자 및 개인정보 보호책임자를 맡지 못하도록 할 수 있다.
第六十七条 有本法规定的违法行为的，依照有关法律、行政法规的规定记入信用档案，并予以公示。	제 67 조 이 법에서 정한 위법행위가 있는 경우에는 관련 법률·행정법규에 따라 신용기록에²⁶ 기재하고 이를 공시한다.
第六十八条 国家机关不履行本法规定的个人信息保护义务的，由其上级机关或者履行个人信息保护职责的部门责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。 履行个人信息保护职责的部门的工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊，尚不构成犯罪的，依法给予处分。	제 68 조 국가기관이 이 법에서 정한 개인정보 보호 의무를 이행하지 아니한 경우, 그 상급기관 또는 개인정보 보호 담당 부서는 시정을 명하고 직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자에게 법에 따라 징계처분한다²⁷. 개인정보 보호 담당 부서의 직원이 직무를 태만히 하거나 직권을

	남용하거나 사익을 위하여 부정행위를 하였으나 범죄를 구성하지 아니한 경우에는 법에 따라 징계처분한다.
第六十九条 处理个人信息侵害个人信息权益造成损害，个人信息处理者不能证明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任。 前款规定的损害赔偿 responsibility 按照个人因此受到的损失或者个人信息处理者因此获得的利益确定；个人因此受到的损失和个人信息处理者因此获得的利益难以确定的，根据实际情况确定赔偿数额。	제 69 조 개인정보 처리로 개인정보 권익을 침해하여 손해가 발생하고 개인정보처리자가 자신에게 과실이 없음을 증명하지 못한 경우에는 손해배상 등 불법행위책임을 부담한다. 전항의 손해배상책임은 개인이 입은 손실 또는 개인정보처리자가 얻은 이익에 따라 확정한다. 개인의 손실과 개인정보처리자의 이익을 확정하기 어려운 경우에는 실제 상황에 따라 배상액을 정한다.
第七十条 个人信息处理者违反本法规定处理个人信息，侵害众多个人的权益的，人民检察院、法律规定的消费者组织和由国家网信部门确定的组织可以依法向人民法院提起诉讼。	제 70 조 개인정보처리자가 이 법을 위반하여 개인정보를 처리함으로써 다수 개인의 권익을 침해한 경우, 인민검찰원, 법률에서 정한 소비자단체 및 국가 인터넷정보 주무부서가 지정한 조직은 법에 따라 인민법원에 소송을 제기할 수 있다²⁸.
第七十一条 违反本法规定，构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	제 71 조 이 법 위반이 치안관리 위반행위를 구성한 경우에는 법에 따라 치안관리처벌을 하고, 범죄를 구성한 경우에는 법에 따라 형사책임을 묻는다.
第八章 附则	제 8 장 부칙

第七十二条 自然人因个人或者家庭事务处理个人信息的，不适用本法。 法律对各级人民政府及其有关部门组织实施的统计、档案管理活动中的个人信息处理有规定的，适用其规定。	제 72 조 자연인이 개인적 또는 가정 내 사무를 위하여 개인정보를 처리하는 경우에는 이 법을 적용하지 아니한다. 법률이 각급 인민정부 및 관계 부서가 조직·실시하는 통계·기록물 관리 활동 중 개인정보 처리에 관하여 정한 경우에는 그 규정을 적용한다.
第七十三条 本法下列用语的含义： （一）个人信息处理者，是指在个人信息处理活动中自主决定处理目的、处理方式的组织、个人。 （二）自动化决策，是指通过计算机程序自动分析、评估个人的行为习惯、兴趣爱好或者经济、健康、信用状况等，并进行决策的活动。 （三）去标识化，是指个人信息经过处理，使其在不借助额外信息的情况下无法识别特定自然人的过程。 （四）匿名化，是指个人信息经过处理无法识别特定自然人且不能复原的过程。	제 73 조 이 법에서 사용하는 다음 용어의 뜻은 다음과 같다. (1) 개인정보처리자란 개인정보 처리 활동에서 처리 목적과 방식을 독자적으로 결정하는 조직 또는 개인을 말한다. (2) 자동화된 의사결정이란 컴퓨터 프로그램을 통하여 개인의 행동 습관, 취미·기호 또는 경제·건강·신용 상태 등을 자동으로 분석·평가하고 의사결정을 하는 활동을 말한다. (3) 비식별화란 개인정보를 처리하여 추가 정보의 도움 없이는 특정 자연인을 식별할 수 없게 하는 과정을 말한다. (4) 익명화란 개인정보를 처리하여 특정 자연인을 식별할 수 없고 복원할 수도 없게 하는 과정을 말한다.
第七十四条 本法自 2021 年 11 月 1 日起施行。	제 74 조 이 법은 2021 년 11 월 1 일부터 시행한다.

注释 / 주석

1. “境内·境外”는 중화인민공화국의 법역을 기준으로 한다. 장소는 “경내·경외”, 개인정보 이전행위는 문맥에 따라 “국외 제공”으로 번역하여 구분하였다.
2. “匿名化”는 처리 후 특정 자연인을 식별할 수 없고 복원도 불가능한 상태를 뜻한다. 제 73 조제 4 호의 법정 정의에 따른 것으로, 단순 가명처리 또는 비식별화와 구별된다.
3. “个人信息处理者”는 처리 목적과 처리 방식을 독자적으로 결정하는 조직·개인을 뜻한다(제 73 조제 1 호). 한국 「개인정보 보호법」의 개인정보처리자와 유사하지만 적용범위가 완전히 같지는 않다.
4. 원문의 “劳动规章制度”는 사용자가 법에 따라 제정하는 내부 노무관리 규범이다. 한국 「근로기준법」의 “취업규칙”과 기능적으로 가까워 한국 법제 용어를 사용하였다.
5. 둘 이상의 개인정보처리자가 처리 목적과 방식을 공동으로 결정하는 “共同处理”는 한국·EU 개인정보법의 공동처리자 개념과 유사하다. 다만 책임범위는 이 법 제 20 조의 연대책임 규정에 따른다.
6. “受托人”은 개인정보처리자로부터 처리를 위탁받은 자를 뜻한다. 한국 개인정보법의 수탁자와 기능적으로 가까워 “수탁자”를 사용하였으나 재위탁과 반환·삭제 의무는 중국법 조문을 기준으로 한다.
7. “自动化决策”은 컴퓨터 프로그램으로 개인의 습관·관심·경제·건강·신용상태 등을 자동 분석·평가하여 결정을 내리는 활동이다(제 73 조제 2 호). 단순 자동처리 전체가 아니라 의사결정 기능에 초점이 있다.
8. “敏感个人信息”은 유출·불법이용 시 인격존엄 또는 신체·재산 안전에 위해가 생기기 쉬운 개인정보를 뜻한다. 한국법의 “민감정보”와 범위가 완전히 같지 않아 원문의 구조를 살려 “민감 개인정보”로 번역하였다.

9. “单独同意”는 다른 동의사항과 분리하여 특정 처리행위에 관하여 개별적으로 받는 동의를 뜻한다. 한국 개인정보 법제에서 통용되는 “별도 동의”로 번역하였다.

10. “监护人”은 중국 민사법상 미성년자 등의 감호·대리 책임을 부담하는 자를 뜻한다. 한국의 후견제도와 범위가 완전히 같지 않으므로, 본문에서는 문맥에 맞게 “보호자”로 옮겼다.

11. “国家网信部门”은 국가 차원의 인터넷정보·사이버공간 행정을 총괄하는 중국의 행정부문을 뜻한다. 특정한 하나의 한국 행정기관과 일대일로 대응하지 않으므로 “국가 인터넷정보 주무부서”로 번역하였다.

12. “境外接收方”은 중국 경외에서 개인정보를 수령하는 자를 뜻한다. “해외 사업자”보다 넓으므로 “국외 수령자”로 번역하였다.

13. “关键信息基础设施”는 직역하면 “핵심 정보 인프라”이나 한국 법제 용어와의 기능적 대응을 고려하여 “주요정보기반시설”로 번역하였다. 중국법의 지정범위와 의무는 한국 제도와 동일하지 않다.

14. “近亲属”은 중국법에서 일정한 범위의 가까운 친족을 가리키는 법률용어이다. 한국법상 특정 친족 범위와 동일하지 않으므로 “가까운 친족”으로 번역하였다.

15. “去标识化”는 추가 정보 없이는 특정 자연인을 식별할 수 없도록 처리하는 과정이다. 복원 불가능성을 요구하는 “匿名化(익명화)”와 구별되므로 “비식별화”로 번역하였다.

16. “个人信息保护负责人”은 일정 규모 이상의 개인정보처리자가 지정하여 처리활동과 보호조치를 감독하는 책임자이다. 한국의 개인정보 보호책임자(CPO)와 기능적으로 가까워 같은 용어를 사용하였다.

17. “合规审计”는 개인정보 처리의 법률·행정부규 준수 여부를 정기적으로 점검하는 감사이다. 한국어 법률·기업 실무에서 통용되는 “준법감사”로 번역하였다.

18. “个人信息保护影响评估”는 민감 개인정보, 자동화된 의사결정, 위탁·제공·공개, 국외제공 등 고위험 처리 전에 실시하는 평가이다. 한국법상 공공기관 중심의 “개인정보 영향평가”와 대상·요건이 달라 “보호”를 포함하여 직역하였다.

19. 이 조는 개인정보의 누설·변조·분실이 발생하거나 발생할 가능성이 있는 경우의 통지·보고 의무를 정한다. 한국법의 “개인정보 유출”보다 넓으므로 문맥에 따라 “개인정보 안전사건” 또는 각 행위 자체를 사용하였다.

20. “投诉”는 권익 침해 등에 대한 이의제기나 고충 제기를 뜻한다. 한국 행정·실무에서 자연스러운 “민원”으로 옮겼으나, 중국법상의 절차와 한국 「민원 처리에 관한 법률」상 민원이 동일한 제도라는 뜻은 아니다.

21. “社会化服务体系”는 정부 단독 제공이 아니라 전문기관 등 사회 주체가 참여하여 서비스를 제공하는 중국 정책용어이다. 한국법상 특정 제도와 동일하지 않아 의미를 살려 “민간 전문서비스 체계”로 옮겼다.

22. “约谈”은 감독기관이 법정대표자 또는 주요책임자를 불러 위험을 지적하고 시정을 요구하는 감독수단이다. 한국법상 정확한 단일 대응어가 없어 “면담”으로 번역하였다.

23. 이 조의 “罚款”은 중국 행정처벌법상의 금전제재이며 형사형인 “罚金”과 구별된다. 한국법상 벌금·과태료·과징금 중 어느 하나와 완전히 일치하지 않으므로, 본문에서는 기능적 대응어인 “행정벌금”을 사용하였다.

24. “直接负责的主管人员和其他直接责任人员”은 조직의 위법행위에 대하여 직접 관리책임을 부담하는 자와 그 밖의 직접 책임자를 함께 지칭한다. 한국어 법률문장에 맞추어 “직접 책임이 있는 관리책임자와 그 밖의 직접 책임자”로 옮겼다.

25. “营业执照”은 중국 시장주체의 영업자격을 증명하는 문서이다. 한국의 “영업허가증”이나 “사업자등록증”과 완전히 일치하지 않으므로, “영업등록증(营业执照)”으로 옮기고 중국 고유 제도임을 병기하였다.

26. “信用档案”은 위법행위를 중국의 사회신용 관련 기록에 편입하고 공시하는 제도이다. 한국의 개인신용평가 기록과 동일하지 않다.

27. 국가기관 직원에 대한 “处分”은 일반 행정처분이 아니라 공직상 징계성 제재를 뜻하므로 “징계처분”으로 번역하였다.

28. 제 70 조는 다수 개인의 권익을 침해한 경우 인민검찰원, 법정 소비자단체 또는 국가 인터넷정보 주무부서가 지정한 조직의 소 제기를 인정한다. 한국식 용어로는 공익소송과 유사하지만 중국 민사소송·검찰제도상의 고유 구조를 가진다.

편집 원칙: 중국어 법정 원문을 기준으로 하며, 기능적 대응어와 중국 고유 법개념은 최초 사용 지점의 각주에서 설명하였다.

중국 「개인정보 국외이전 표준계약 방법」

《个人信息出境标准合同办法》

마봉초(马鹏超)(인하대학교 법학과 박사생) 번역

MA, Pengchao(Doctoral Student, Dept. of Law, Inha University)

모덕승(慕德昇)(중국정법대학교 박사) 감수

Reviewer MU, Desheng(Ph.D., China University of Political Science and Law)

법령 정보

- 2023. 2. 3. 국가인터넷정보판공실 2023년 제2차 판공실 사무회의 심의·통과
- 2023. 2. 22. 국가인터넷정보판공실령 제13호로 공포
- 2023. 6. 1. 시행, 공포 후 개정 없음
- 2026. 7. 15. 현재 유효¹

¹ 北大法宝(법보 인용코드 CLI4.5158407)와 국가인터넷정보판공실 현행 부문규장 목록을 2026. 7. 15. 대조한 결과, 이 방법은 폐지되거나 정식으로 개정된 바 없이 현행 유효하다. 다만 「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」 제13조는 2023. 2. 22. 공포된 「개인정보 국외이전 표준계약 방법」(국가인터넷정보판공실령 제13호) 등의 규정이 동 규정과 불일치하는 경우 동 규정을 적용한다고 정하고 있으므로, 특히 제4조의 적용요건은 문언 그대로 현행 적용기준이 되지 않는다.

한 중 대 조 번 역

중국어 원문	한국어 번역
个人信息出境标准合同办法	개인정보 국외이전 표준계약 방법 ²
第一条 为了保护个人信息权益，规范个人信息出境活动，根据《中华人民共和国个人信息保护法》等法律法规，制定本办法。	제1조 개인정보 권익을 보호하고 개인정보 국외이전 활동을 규율하기 위하여 「중화인민공화국 개인정보 보호법」 등 법률·법규에 근거하여 이 방법을 제정한다.
第二条 个人信息处理者通过与境外接收方订立个人信息出境标准合同（以下简称标准合同）的方式向中华人民共和国境外提供个人信息，适用本办法。	제2조 개인정보처리자 ³ 가 국외 수령자 ⁴ 와 개인정보 국외이전 표준계약(이하 '표준계약'이라 한다)을 체결하는 방식으로 중화인민공화국 영역 밖에

2023. 2. 22.는 공포일이고, 판공실 사무회의의 심의·통과일은 2023. 2. 3.이다.

²'出境'은 '출경'으로 직역하지 않고 한국 「개인정보 보호법」 제28조의8 이하가 사용하는 '국외 이전'의 용례에 맞추어 '국외이전'으로 옮겼다. 다만 개별 조문에서 '向境外提供'이 사용된 경우에는 원문의 행위태양을 살려 '국외에 제공'으로 번역하였다. '办法'는 중국 「입법법」상 부문규장(部门规章)의 명칭 형식으로서 한국의 법률·시행령·시행규칙 어느 것에도 대응하지 않으므로, 법원(法源) 형식을 보존하기 위하여 '방법'으로 직역하였다.

³'个人信息处理者'는 한국 「개인정보 보호법」 제2조 제5호의 용어와 통일하기 위하여 '개인정보 처리자'로 번역하였다. 다만 중국 「개인정보 보호법」 제73조 제1호의 개인정보처리자는 처리목적과 방식을 자주적으로 결정하는 조직·개인을 뜻하므로, 그 외연이 한국법상 개인정보처리자와 완전히 일치한다는 의미는 아니다.

⁴'境外接收方'는 중국 영역 밖에서 개인정보를 제공받아 이 방법상의 의무를 부담하는 당사자를 뜻하므로 '국외 수령자'로 번역하였다. 한국법상 '수탁자' 또는 '국외 이전받는 자'와 개념 범위가 동일하지는 않다.

중국어 원문	한국어 번역
	개인정보를 제공하는 경우에는 이 방법을 적용한다.
第三条 通过订立标准合同的方式开展个人信息出境活动，应当坚持自主缔约与备案管理相结合、保护权益与防范风险相结合，保障个人信息跨境安全、自由流动。	제3조 표준계약을 체결하는 방식으로 개인정보 국외이전 활동을 수행하는 경우에는 자주적 계약체결과 신고관리 ⁵ 를 결합하고 권익 보호와 위험예방을 결합한다는 원칙을 견지하여, 개인정보의 안전하고 자유로운 국경간 이동을 보장하여야 한다.
第四条 个人信息处理者通过订立标准合同的方式向境外提供个人信息的，应当同时符合下列情形： （一）非关键信息基础设施运营者；	제4조 ⁶ 개인정보처리자가 표준계약을 체결하는 방식으로 국외에 개인정보를 제공하는 경우에는 다음 각 호의 요건을 모두 충족하여야 한다.

⁵'备案'은 행정기관의 사전 허가나 승인이 아니라, 계약의 효력발생 후 관련 자료를 관할기관에 제출하여 기록·관리하게 하는 절차이므로 '신고'로 번역하였다. 다만 제7조에 따르면 자료의 진실성에 대한 책임이 개인정보처리자에게 있고 성급 인터넷정보 부문의 사후 감독이 예정되어 있어, 한국 행정법상 수리를 요하지 않는 자기완결적 신고와 완전히 같지는 않다. '备案管理'는 이에 맞추어 '신고 관리'로 옮겼다.

⁶이 조의 적용요건은 제정 당시의 것이다. 현행 적용기준은 「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」 제8조로서, 핵심정보기반시설 운영자 외의 데이터처리자가 당해 연도 1월 1일부터 누적하여 10만 명 이상 100만 명 미만의 개인정보(민감 개인정보는 제외한다) 또는 1만 명 미만의 민감 개인정보를 국외에 제공하는 경우에 표준계약을 체결하거나 개인정보 보호 인증을 받아야 한다. 산정 기산점이 '전년도(上年)'에서 '당해 연도(当年)'로 변경되었고, 같은 규정 제3조부터 제6조까지의 면제사유에 해당하면 그 규정이 우선한다. 또한 2026. 1. 1. 시행된 「개인정보 국외이

중국어 원문	한국어 번역
(二) 处理个人信息不满100万人的; (三) 自上年1月1日起累计向境外提供个人信息不满10万人的; (四) 自上年1月1日起累计向境外提供敏感个人信息不满1万人的。法律、行政法规或者国家网信部门另有规定的, 从其规定。 个人信息处理者不得采取数量拆分等手段, 将依法应当通过出境安全评估的个人信息通过订立标准合同的方式向境外提供。	1. 핵심정보기반시설 운영자가 아닐 것 2. 처리하는 개인정보가 100만 명⁷ 미만일 것 3. 전년도 1월 1일부터 누적하여 국외에 제공한 개인정보가 10만 명 미만일 것 4. 전년도 1월 1일부터 누적하여 국외에 제공한 민감 개인정보가 1만 명 미만일 것 법률, 행정법규 또는 국가 인터넷정보 부문⁸에 별도의 규정이 있는 경우에는 그 규정에 따른다. 개인정보처리자는 수량을 분할하는 등의 수단을 사용하여, 법에 따라 국외이전 안전평가를 거쳐야 하는 개인정보를 표준계약을 체결하는 방식으

전 인증 방법」(국가인터넷정보판공실·국가시장감독관리총국령 제20호)에 따라 인증이 표준계약의 선택적 대체수단으로 제도화되었다.

⁷원문의 '不满100万人'은 개인정보의 항목 수가 아니라 그 개인정보에 관계된 자연인의 수, 즉 정보주체의 수를 기준으로 한다. 직역을 유지하되 이 점을 밝혀 둔다. 이하 각 호의 '10만 명', '1만 명'도 같다.

⁸'网信部门'은 특정 기관의 고유명칭이 아니라 인터넷정보 업무를 관장하는 행정기관을 총칭하는 표현이다. 고유명칭인 '国家互联网信息办公室'는 '국가인터넷정보판공실'로, 총칭인 '国家网信部门'과 '省级网信部门'은 각각 '국가 인터넷정보 부문'과 '성급 인터넷정보 부문'으로 구분하여 번역하였다.

중국어 원문	한국어 번역
	로 국외에 제공하여서는 아니 된다.
第五条 个人信息处理者向境外提供个人信息前，应当开展个人信息保护影响评估，重点评估以下内容： （一）个人信息处理者和境外接收方处理个人信息的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性； （二）出境个人信息的规模、范围、种类、敏感程度，个人信息出境可能对个人信息权益带来的风险； （三）境外接收方承诺承担的义务，以及履行义务的管理和技术措施、能力等能否保障出境个人信息的安全； （四）个人信息出境后遭到篡改、破坏、泄露、丢失、非法利用等的风险，个人信息权益维护的渠道是否通畅等； （五）境外接收方所在国家或者地区的个人信息保护政策和法规对标	제5조 개인정보처리자는 국외에 개인정보를 제공하기 전에 개인정보 보호 영향평가⁹를 실시하여야 하며, 다음 각 호의 내용을 중점적으로 평가하여야 한다. 1. 개인정보처리자와 국외 수령자가 개인정보를 처리하는 목적·범위·방식 등의 적법성, 정당성 및 필요성 2. 국외이전 개인정보의 규모·범위·종류·민감도와 개인정보 국외이전이 개인정보 권익에 초래할 수 있는 위험 3. 국외 수령자가 부담하기로 약속한 의무 및 그 의무를 이행하기 위한 관리적·기술적 조치와 역량 등이 국외이전 개인정보의 안전을 보장할 수 있는지 여부 4. 개인정보가 국외로 이전된 후 변

⁹ 중국 「개인정보 보호법」 제55조·제56조의 「个人信息保护影响评估」는 개인정보처리자가 스스로 실시하는 사전 위험평가 및 기록보존 의무를 가리킨다. 한국 「개인정보 보호법」 제33조의 「개인정보 영향평가」는 공공기관을 원칙적 수범자로 하고 평가기관의 관여를 예정한다는 점에서 주체·대상·절차가 다르므로, 원문의 「保护」를 살려 「개인정보 보호 영향평가」로 옮겨 양자를 구별하였다.

중국어 원문	한국어 번역
准合同履行的影响； （六）其他可能影响个人信息出境安全的事项。	조, 훼손, 유출, 분실 또는 불법 이용 등을 당할 위험, 개인정보 권익의 구제 경로가 원활한지 여부 등 5. 국외 수령자가 소재한 국가 또는 지역의 개인정보 보호정책과 법규가 표준계약의 이행에 미치는 영향 6. 그 밖에 개인정보 국외이전의 안전에 영향을 미칠 수 있는 사항
第六条 标准合同应当严格按照本办法附件订立。国家网信部门可以根据实际情况对附件进行调整。 个人信息处理者可以与境外接收方约定其他条款，但不得与标准合同相冲突。 标准合同生效后方可开展个人信息出境活动。	제6조 표준계약은 이 방법의 첨부에 따라 엄격하게 체결하여야 한다. 국가 인터넷정보 부문은 실제 상황에 따라 첨부를 조정할 수 있다. 개인정보처리자는 국외 수령자와 그 밖의 조항을 약정할 수 있으나, 그 조항은 표준계약과 충돌하여서는 아니 된다. 표준계약이 효력을 발생한 후에야 비로소 개인정보 국외이전 활동을 수행할 수 있다.
第七条 个人信息处理者应当在标准合同生效之日起10个工作日内向所在地省级网信部门备案。备案应当提交以下材料： （一）标准合同； （二）个人信息保护影响评估报告。	제7조 개인정보처리자는 표준계약이 효력을 발생한 날부터 10근무일 이내에 소재지 성급 인터넷정보 부문에 신고하여야 한다. 신고할 때에는 다음 각 호의 자료를 제출하여야 한다.

중국어 원문	한국어 번역
个人信息处理者应当对所备案材料的真实性负责。	1. 표준계약 2. 개인정보 보호 영향평가 보고서 개인정보처리자는 신고한 자료의 진실성에 대하여 책임을 진다.
第八条 在标准合同有效期内出现下列情形之一的，个人信息处理者应当重新开展个人信息保护影响评估，补充或者重新订立标准合同，并履行相应备案手续： （一）向境外提供个人信息的目的、范围、种类、敏感程度、方式、保存地点或者境外接收方处理个人信息的用途、方式发生变化，或者延长个人信息境外保存期限的； （二）境外接收方所在国家或者地区的个人信息保护政策和法规发生变化等可能影响个人信息权益的； （三）可能影响个人信息权益的其他情形。	제8조 표준계약의 유효기간 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사정이 발생한 경우 개인정보처리자는 개인정보 보호 영향평가를 다시 실시하고 표준계약을 보완하거나 다시 체결한 후 이에 상응하는 신고절차를 이행하여야 한다. 1. 국외에 개인정보를 제공하는 목적·범위·종류·민감도·방식 또는 보관 장소가 변경되거나, 국외 수령자가 개인정보를 처리하는 용도 또는 방식이 변경되거나, 개인정보의 국외 보관기간을 연장하는 경우 2. 국외 수령자가 소재한 국가 또는 지역의 개인정보 보호정책과 법규가 변경되는 등 개인정보 권익에 영향을 미칠 수 있는 경우 3. 그 밖에 개인정보 권익에 영향을 미칠 수 있는 경우
第九条 网信部门及其工作人员对在履行职责中知悉的个人隐私、个	제9조 인터넷정보 부문과 그 직원은

중국어 원문	한국어 번역
人信息、商业秘密、保密商务信息等应当依法予以保密，不得泄露或者非法向他人提供、非法使用。	직무 수행 중 알게 된 개인의 사생활, 개인정보, 영업비밀, 비밀 상업정보 ¹⁰ 등을 법에 따라 비밀로 유지하여야 하며, 이를 누설하거나 타인에게 불법으로 제공하거나 불법으로 이용하여서는 아니 된다.
第十条 任何组织和个人发现个人信息处理者违反本办法向境外提供个人信息的，可以向省级以上网信部门举报。	제10조 모든 조직과 개인은 개인정보처리자가 이 방법을 위반하여 국외에 개인정보를 제공한 사실을 발견한 경우 성급 이상 인터넷정보 부문에 제보할 수 있다.
第十一条 省级以上网信部门发现个人信息出境活动存在较大风险或者发生个人信息安全事件的，可以依法对个人信息处理者进行约谈。个人信息处理者应当按照要求整改，消除隐患。	제11조 성급 이상 인터넷정보 부문은 개인정보 국외이전 활동에 비교적 큰 위험이 존재하거나 개인정보 안전사고가 발생한 사실을 발견한 경우 법에 따라 개인정보처리자에 대하여 행정면담 ¹¹ 을 실시할 수 있다. 개인정보처리자는 요구에 따라 시정하고 잠

¹⁰원문은 '商业秘密'와 '保密商务信息'를 병렬적으로 열거한다. 전자는 법률상 요건을 갖춘 '영업비밀'이고, 후자는 그 요건을 모두 충족하지 않더라도 비밀로 관리되는 상업·업무 관련 정보를 포함할 수 있으므로, 양자의 구별이 사라지지 않도록 각각 '영업비밀'과 '비밀 상업정보'로 옮겼다.

¹¹'约谈'은 감독기관이 규제대상자를 불러 위험이나 위반사항을 지적하고 시정을 요구하는 중국 특유의 행정감독 수단이다. 그 자체가 곧바로 행정처분에 해당하지는 않으나 시정요구가 수반된다는 점에서 단순한 '면담'과 구별되므로, 기능을 드러내기 위하여 '행정면담'으로 번역하였다.

중국어 원문	한국어 번역
	재적 위험요인을 제거하여야 한다.
第十二条 违反本办法规定的，依据《中华人民共和国个人信息保护法》等法律法规处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	제12조 이 방법의 규정을 위반한 경우에는 「중화인민공화국 개인정보 보호법」 등 법률·법규에 따라 처리한다. 범죄를 구성하는 경우에는 법에 따라 형사책임을 추궁한다.
第十三条 本办法自2023年6月1日起施行。本办法施行前已经开展的个人信息出境活动，不符合本办法规定的，应当自本办法施行之日起6个月内完成整改。	제13조 이 방법은 2023년 6월 1일부터 시행한다. 이 방법의 시행 전에 이미 수행하고 있던 개인정보 국외이전 활동이 이 방법의 규정에 부합하지 아니하는 경우에는 이 방법의 시행일부터 6개월 이내에 시정을 완료하여야 한다.
附件： 个人信息出境标准合同 国家互联网信息办公室 制定	첨부： ¹² 개인정보 국외이전 표준계약 국가인터넷정보판공실 제정

¹²이 첨부는 이 방법 제6조에 따라 국가인터넷정보판공실이 제정한 표준계약서 양식으로서, 당사자가 임의로 수정하거나 삭제할 수 없고 본문과 충돌하지 아니하는 범위에서 부록 2에 다른 조항을 추가할 수 있을 뿐이다(이 방법 제6조 제1항·제2항). 원문의 계층구조는 '条-项-目' 이므로 이 번역에서는 각각 '조', '호(1., 2., ...)', '목(1), 2), ...)'으로 옮겼고, 목의 하위 항목인 '(1)'은 '㉠'로 표기하였다. 원문에 있는 빈칸(기재란)은 그대로 두었다.

중국어 원문	한국어 번역
为了确保境外接收方处理个人信息的活动达到中华人民共和国相关法律法规规定的个人信息保护标准，明确个人信息处理者和境外接收方个人信息保护的權利和义务，经双方协商一致，订立本合同。 个人信息处理者：_____ 地址：_____ 联系方式：_____ 联系人：_____ 职务：_____ _____ 境外接收方：_____ 地址：_____ 联系方式：_____ 联系人：_____ 职务：_____ _____	국외 수령자의 개인정보 처리활동이 중화인민공화국 관련 법률·법규가 정한 개인정보 보호수준에 이르도록 보장하고 개인정보처리자와 국외 수령자의 개인정보 보호에 관한 권리와 의무를 명확히 하기 위하여, 양 당사자는 협의를 거쳐 이 계약을 체결한다. 개인정보처리자: _ _ _ _ 주소: _ _ _ _ 연락처: _ _ _ _ 담당자: _ _ _ _ 직위: _ _ _ _ 국외 수령자: _ _ _ _ 주소: _ _ _ _ 연락처: _ _ _ _ 담당자: _ _ _ _ 직위: _ _ _ _

중국어 원문	한국어 번역
个人信息处理者与境外接收方依据本合同约定开展个人信息出境活动，与此活动相关的商业行为，双方【已】/【约定】于 年 月 日订立（商业合同，如有）。 本合同正文根据《个人信息出境标准合同办法》的要求拟定，在不与本合同正文内容相冲突的前提下，双方如有其他约定可在附录二中详述，附录构成本合同的组成部分。	개인정보처리자와 국외 수령자는 이 계약의 약정에 따라 개인정보 국외이전 활동을 수행하며, 이 활동과 관련된 상업적 행위에 관하여 양 당사자는 _ _ 년 _ _ 월 _ _ 일에 _ _ _ _ (상업계약이 있는 경우)을 【이미 체결하였다】/【체결하기로 약정한다】. 이 계약의 본문은 「개인정보 국외이전 표준계약 방법」의 요구에 따라 작성되었다. 이 계약 본문의 내용과 충돌하지 아니하는 것을 전제로, 양 당사자에게 그 밖의 약정이 있는 경우에는 부록 2에 이를 상세히 기재할 수 있으며, 부록은 이 계약의 구성부분을 이룬다.

중국어 원문	한국어 번역
第一条 定义 在本合同中，除上下文另有规定外： （一）“个人信息处理者”是指在个人信息处理活动中自主决定处理目的、处理方式的，向中华人民共和国境外提供个人信息的组织、个人。 （二）“境外接收方”是指在中华人民共和国境外自个人信息处理者处接收个人信息的组织、个人。 （三）个人信息处理者或者境外接收方单称“一方”，合称“双方”。 （四）“个人信息主体”是指个人信息所识别或者关联的自然人。 （五）“个人信息”是指以电子或者其他方式记录的与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息，不包括匿名化处理后的信息。 （六）“敏感个人信息”是指一旦泄露或者非法使用，容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害的个人信息，包括生物识别、宗教信仰、特定身份、医疗健康、金融账户、行踪轨迹等信息，以及不满十四周岁未成年人的个人信息。 （七）“监管机构”是指中华人民	제1조 정의 이 계약에서 문맥상 달리 정하는 경우를 제외하고는 다음과 같이 정의한다. 1. '개인정보처리자'란 개인정보 처리 활동에서 처리목적과 처리방식을 자주적으로 결정하여 중화인민공화국 영역 밖에 개인정보를 제공하는 조직 또는 개인을 말한다. 2. '국외 수령자'란 중화인민공화국 영역 밖에서 개인정보처리자로부터 개인정보를 제공받는 조직 또는 개인을 말한다. 3. 개인정보처리자 또는 국외 수령자를 단독으로 지칭할 때에는 '일방'이라 하고, 함께 지칭할 때에는 '양 당사자'라 한다. 4. '개인정보주체'란 개인정보에 의하여 식별되거나 개인정보와 관련되는 자연인을 말한다. 5. '개인정보'란 전자적 방식이나 그 밖의 방식으로 기록된, 이미 식별되었거나 식별할 수 있는 자연인과 관련된 각종 정보를 말하며, 익명화¹³

¹³'匿名化'와 '去标识化'는 중국 「개인정보 보호법」 제73조 제3호·제4호에 정의된 별개의 개념이다. 후자는 추가정보를 사용하면 특정 자연인을 다시 식별할 수 있는 상태를 뜻하므로 한국 「개

중국어 원문	한국어 번역
共和国省级以上网信部门。 (八) “相关法律法规”是指《中华人民共和国网络安全法》《中华人民共和国数据安全法》《中华人民共和国个人信息保护法》《中华人民共和国民法典》《中华人民共和国民事诉讼法》《个人信息出境标准合同办法》等中华人民共和国法律法规。 (九) 本合同其他未定义术语的含义与相关法律法规规定的含义一致。	처리된 정보는 포함하지 아니한다. 6. '민감 개인정보'란 일단 유출되거나 불법적으로 이용되는 경우 자연인의 인격존엄이 침해되거나 신체·재산의 안전이 위태롭게 되기 쉬운 개인정보로서, 생체식별, 종교신앙, 특정신분, 의료건강, 금융계좌, 행적정보 등의 정보 및 만 14세 미만 미성년자의 개인정보를 포함한다. 7. '감독기관'¹⁴이란 중화인민공화국 성급 이상 인터넷정보 부문을 말한다. 8. '관련 법률·법규'란 「중화인민공화국 네트워크안전법」, 「중화인민공화국 데이터안전법」, 「중화인민공화국 개인정보 보호법」, 「중화인민공화국 민법전」, 「중화인민공화국 민사소송법」, 「개인정보 국외이전 표준계약 방법」 등 중화인민공화국의 법률·법규를 말한다. 9. 이 계약에서 따로 정의하지 아니한 용어의 의미는 관련 법률·법규가

인정보 보호법」 제2조 제1호의2의 '가명처리'에 가깝고, 전자는 같은 법 제58조의2가 적용을 배제하는 익명정보에 대응한다. 원문의 구별을 유지하기 위하여 각각 '익명화'와 '비식별화'로 직역하되, 한국법상의 대응개념을 여기에 밝혀 둔다.

¹⁴'监管机构'는 이 계약 제1조 제7호의 정의에 따라 중화인민공화국 성급 이상 인터넷정보 부문을 가리키므로, 특정 한국 행정기관의 명칭으로 치환하지 아니하고 '감독기관'으로 옮겼다.

중국어 원문	한국어 번역
	정한 의미와 같다.
第二条 个人信息处理者的义务 个人信息处理者应当履行下列义务： （一）按照相关法律法规规定处理个人信息，向境外提供的个人信息仅限于实现处理目的所需的最小范围。 （二）向个人信息主体告知境外接收方的名称或者姓名、联系方式、附录一“个人信息出境说明”中处	제2조 개인정보처리자의 의무 개인정보처리자는 다음 각 호의 의무를 이행하여야 한다. 1. 관련 법률·법규의 규정에 따라 개인정보를 처리하고, 국외에 제공하는 개인정보는 처리목적의 실현에 필요한 최소한의 범위로 한정한다. 2. 개인정보주체에게 국외 수령자의

중국어 원문	한국어 번역
理目的、处理方式、个人信息的种类、保存期限，以及行使个人信息主体权利的方式和程序等事项。向境外提供敏感个人信息的，还应当向个人信息主体告知提供敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响。但是法律、行政法规规定不需要告知的除外。 （三）基于个人同意向境外提供个人信息的，应当取得个人信息主体的单独同意。涉及不满十四周岁未成年人个人信息的，应当取得未成年人的父母或者其他监护人的单独同意。法律、行政法规规定应当取得书面同意的，应当取得书面同意。 （四）向个人信息主体告知其与境外接收方通过本合同约定个人信息主体为第三方受益人，如个人信息主体未在30日内明确拒绝，则可以依据本合同享有第三方受益人的权利。 （五）尽合理地努力确保境外接收方采取如下技术和管理措施（综合考虑个人信息处理目的、个人信息的种类、规模、范围及敏感程度、传输的数量和频率、个人信息传输及境外接收方的保存期限等可能带来的个人信息安全风险），以履行本合同约定的义务：	명칭 또는 성명, 연락처와 부록 1 '개인정보 국외이전 설명'에 기재된 처리 목적, 처리방식, 개인정보의 종류, 보관기간 및 개인정보주체의 권리를 행사하는 방식과 절차 등의 사항을 고지한다. 민감 개인정보를 국외에 제공하는 경우에는 민감 개인정보를 제공할 필요성과 그것이 개인의 권익에 미치는 영향도 개인정보주체에게 고지하여야 한다. 다만, 법률 또는 행정법규가 고지를 요구하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다. 3. 개인의 동의에 근거하여 국외에 개인정보를 제공하는 경우에는 개인정보주체의 별도 동의를 받아야 한다. 만 14세 미만 미성년자의 개인정보가 관련되는 경우에는 그 미성년자의 부모 또는 그 밖의 후견인의 별도 동의를 받아야 한다. 법률 또는 행정법규가 서면동의를 받도록 정한 경우에는 서면동의를 받아야 한다. 4. 개인정보주체에게, 개인정보처리자가 국외 수령자와 이 계약으로 개인정보주체를 제3자 수익자로 약정하였다는 사실과,¹⁵ 개인정보주체가 30일

¹⁵'第三方受益人'은 한국 민법 제539조의 '제3자를 위한 계약'에서의 수익자에 해당하므로 '제3자

중국어 원문	한국어 번역
(如加密、匿名化、去标识化、访问控制等技术和措施) (六) 根据境外接收方的要求向境外接收方提供相关法律规定和技术标准的副本。 (七) 答复监管机构关于境外接收方的个人信息处理活动的询问。 (八) 按照相关法律法规对拟向境外接收方提供个人信息的活动开展个人信息保护影响评估。重点评估以下内容： 1.个人信息处理者和境外接收方处理个人信息的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性。 2.出境个人信息的规模、范围、种类、敏感程度，个人信息出境可能对个人信息权益带来的风险。 3.境外接收方承诺承担的义务，以及履行义务的管理和技术措施、能力等能否保障出境个人信息的安全。 4.个人信息出境后遭到篡改、破坏、泄露、丢失、非法利用等的风险，个人信息权益维护的渠道是否通畅等。 5.按照本合同第四条评估当地个人信息保护政策和法规对合同履行的影	이내에 명시적으로 거절하지 아니하면 이 계약에 따라 제3자 수익자의 권리를 가지게 된다는 사실을 고지한다. 5. 이 계약에서 약정한 의무를 이행하기 위하여, 국외 수령자가 다음의 기술적·관리적 조치를 취하도록 합리적인 노력을 다한다(개인정보의 처리목적, 개인정보의 종류·규모·범위 및 민감도, 이전의 수량과 빈도, 개인정보의 이전 및 국외 수령자의 보관기간 등이 초래할 수 있는 개인정보 안전위험을 종합적으로 고려한다). (암호화, 익명화, 비식별화, 접근통제 등의 기술적·관리적 조치) 6. 국외 수령자의 요구에 따라 국외 수령자에게 관련 법률 규정과 기술표준의 사본을 제공한다. 7. 국외 수령자의 개인정보 처리활동에 관한 감독기관의 질의에 답변한다.

수익자로 번역하였다. 다만 이 표준계약은 개인정보처리자가 개인정보주체에게 그 지위를 고지한 후 개인정보주체가 30일 이내에 명시적으로 거절하지 아니하면 수익자의 권리를 가진다고 정하여(제2조 제4호), 수익자의 수익의 의사표시가 있는 때에 권리가 생긴다고 규정한 한국 민법 제539조 제2항과 구조가 다르다. 이른바 '이의를 제기하지 아니하면 동의한 것으로 본다(opt-out)'는 방식이다.

중국어 원문	한국어 번역
响。 6.其他可能影响个人信息出境安全的事项。 保存个人信息保护影响评估报告至少3年。 （九）根据个人信息主体的要求向个人信息主体提供本合同的副本。如涉及商业秘密或者保密商务信息，在不影响个人信息主体理解的前提下，可对本合同副本相关内容进行适当处理。 （十）对本合同义务的履行承担举证责任。 （十一）根据相关法律法规要求，向监管机构提供本合同第三条第十一项所述的信息，包括所有合规审计结果。	8. 관련 법률·법규에 따라 국외 수령자에게 개인정보를 제공하려는 활동에 대하여 개인정보 보호 영향평가를 실시하며, 다음 각 목의 내용을 중점적으로 평가한다. 1) 개인정보처리자와 국외 수령자가 개인정보를 처리하는 목적·범위·방식 등의 적법성, 정당성 및 필요성 2) 국외이전 개인정보의 규모·범위·종류·민감도와 개인정보 국외이전이 개인정보 권익에 초래할 수 있는 위험 3) 국외 수령자가 부담하기로 약속한 의무 및 그 의무를 이행하기 위한 관리적·기술적 조치와 역량 등이 국외이전 개인정보의 안전을 보장할 수 있는지 여부 4) 개인정보가 국외로 이전된 후 변조, 훼손, 유출, 분실 또는 불법 이용 등을 당할 위험, 개인정보 권익의 구제 경로가 원활한지 여부 등 5) 이 계약 제4조에 따른, 현지의 개인정보 보호정책과 법규가 계약의 이행에 미치는 영향에 대한 평가 6) 그 밖에 개인정보 국외이전의 안전에 영향을 미칠 수 있는 사항 개인정보 보호 영향평가 보고서는 최

중국어 원문	한국어 번역
	소 3년간 보관한다. 9. 개인정보주체의 요구에 따라 개인정보주체에게 이 계약의 사본을 제공한다. 영업비밀 또는 비밀 상업정보가 관련되는 경우에는 개인정보주체의 이해를 방해하지 아니하는 것을 전제로 계약 사본의 해당 내용을 적절히 처리할 수 있다. 10. 이 계약상 의무의 이행에 관하여 입증책임¹⁶을 부담한다. 11. 관련 법률·법규의 요구에 따라 감독기관에 이 계약 제3조 제11호에서 정한 정보(모든 컴플라이언스 감사 결과를 포함한다)를 제공한다.

¹⁶‘举证责任’은 종래 강학상 용례에 따라 ‘입증책임’으로 번역하였다. 표준계약은 계약상 의무의 이행에 관한 입증책임을 개인정보처리자에게 부담시켜, 개인정보주체가 사실상 입증곤란에 처하지 아니하도록 하고 있다.

중국어 원문	한국어 번역
第三条 境外接收方的义务 境外接收方应当履行下列义务： （一）按照附录一“个人信息出境说明”所列约定处理个人信息。如超出约定的处理目的、处理方式和处理的个人信息种类，基于个人同意处理个人信息的，应当事先取得个人信息主体的单独同意；涉及不满十四周岁未成年人个人信息的，应当取得未成年人的父母或者其他监护人的单独同意。 （二）受个人信息处理者委托处理个人信息的，应当按照与个人信息处理者的约定处理个人信息，不得超出与个人信息处理者约定的处理目的、处理方式等处理个人信息。 （三）根据个人信息主体的要求向个人信息主体提供本合同的副本。如涉及商业秘密或者保密商务信息，在不影响个人信息主体理解的前提下，可对本合同副本相关内容进行适当处理。 （四）采取对个人权益影响最小的方式处理个人信息。 （五）个人信息的保存期限为实现处理目的所必要的最短时间，保存期限届满的，应当删除个人信息（包括所有备份）。受个人信息处理者委托处理个人信息，委托合同未生效、无效、被撤销或者终止的，应当将个人信息返还个人信息处理者或者予以删除，并向个人信	제3조 국외 수령자의 의무 국외 수령자는 다음 각 호의 의무를 이행하여야 한다. 1. 부록 1 '개인정보 국외이전 설명'에 열거된 약정에 따라 개인정보를 처리한다. 약정된 처리목적, 처리방식 및 처리하는 개인정보의 종류를 초과하는 경우로서 개인의 동의에 근거하여 개인정보를 처리하는 때에는 사전에 개인정보주체의 별도 동의를 받아야 하고, 만 14세 미만 미성년자의 개인정보가 관련되는 때에는 그 미성년자의 부모 또는 그 밖의 후견인의 별도 동의를 받아야 한다. 2. 개인정보처리자의 위탁을 받아 개인정보를 처리하는 경우에는 개인정보처리자와의 약정에 따라 개인정보를 처리하여야 하며, 개인정보처리자와 약정한 처리목적·처리방식 등을 초과하여 개인정보를 처리하여서는 아니 된다. 3. 개인정보주체의 요구에 따라 개인정보주체에게 이 계약의 사본을 제공한다. 영업비밀 또는 비밀 상업정보가 관련되는 경우에는 개인정보주체의 이해를 방해하지 아니하는 것을

중국어 원문	한국어 번역
息处理者提供书面说明。删除个人信息从技术上难以实现的,应当停止除存储和采取必要的安全保护措施之外的处理。 (六) 按下列方式保障个人信息处理安全: 1.采取包括但不限于本合同第二条第五项的技术和管理措施,并定期进行检查,确保个人信息安全。 2.确保授权处理个人信息的人员履行保密义务,并建立最小授权的访问控制权限。 (七) 如处理的个人信息发生或者可能发生篡改、破坏、泄露、丢失、非法利用、未经授权提供或者访问,应当开展下列工作: 1.及时采取适当补救措施,减轻对个人信息主体造成的不利影响。 2.立即通知个人信息处理者,并根据相关法律法规要求报告监管机构。通知应当包含下列事项: (1) 发生或者可能发生篡改、破坏、泄露、丢失、非法利用、未经授权提供或者访问的个人信息种类、原因和可能造成的危害。 (2) 已采取的补救措施。 (3) 个人信息主体可以采取的减轻危害的措施。 (4) 负责处理相关情况的负责人或者负责团队的联系方式。 3.相关法律法规要求通知个人信息主	전제로 계약 사본의 해당 내용을 적절히 처리할 수 있다. 4. 개인의 권익에 미치는 영향이 가장 적은 방식으로 개인정보를 처리한다. 5. 개인정보의 보관기간은 처리목적의 실현에 필요한 최단기간으로 하며, 보관기간이 만료된 경우에는 개인정보(모든 백업을 포함한다)를 삭제하여야 한다. 개인정보처리자의 위탁을 받아 개인정보를 처리하는 경우로서 위탁계약이 효력을 발생하지 아니하였거나 무효이거나 취소되거나 종료된 때에는, 개인정보를 개인정보처리자에게 반환하거나 삭제하고 개인정보처리자에게 서면으로 설명하여야 한다. 개인정보의 삭제가 기술적으로 곤란한 경우에는 저장과 필요한 안전보호조치를 제외한 처리를 중지하여야 한다. 6. 다음 각 목의 방식으로 개인정보 처리의 안전을 보장한다. 1) 이 계약 제2조 제5호의 기술적·관리적 조치를 포함하되 이에 한정되지 아니하는 조치를 취하고 정기적으로 점검하여 개인정보의 안전을 확보한

중국어 원문	한국어 번역
体的, 通知的内容包含本项第2目的事项。受个人信息处理者委托处理个人信息的, 由个人信息处理者通知个人信息主体。 4.记录并留存所有与发生或者可能发生篡改、破坏、泄露、丢失、非法利用、未经授权提供或者访问有关的情况, 包括采取的所有补救措施。 (八)同时符合下列条件的, 方可向中华人民共和国境外的第三方提供个人信息: 1.确有业务需要。 2.已告知个人信息主体该第三方的名称或者姓名、联系方式、处理目的、处理方式、个人信息种类、保存期限以及行使个人信息主体权利的方式和程序等事项。向第三方提供敏感个人信息的, 还应当向个人信息主体告知提供敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响。但是法律、行政法规规定不需要告知的除外。 3.基于个人同意处理个人信息的, 应当取得个人信息主体的单独同意。涉及不满十四周岁未成年人个人信息的, 应当取得未成年人的父母或者其他监护人的单独同意。法律、行政法规规定应当取得书面同意的, 应当取得书面同意。 4.与第三方达成书面协议, 确保第三方的个人信息处理活动达到中华人	다. 2) 개인정보 처리 권한을 부여받은 인력이 비밀유지 의무를 이행하도록 하고, 최소권한 원칙에 따른 접근통제 권한을 설정한다. 7. 처리하는 개인정보에 변조, 훼손, 유출, 분실, 불법 이용, 무단 제공 또는 무단 접근이 발생하였거나 발생할 우려가 있는 경우에는 다음 각 목의 조치를 하여야 한다. 1) 지체 없이 적절한 구제조치를 취하여 개인정보주체에게 발생하는 불리한 영향을 경감한다. 2) 즉시 개인정보처리자에게 통지하고, 관련 법률·법규의 요구에 따라 감독기관에 보고한다. 통지에는 다음 사항이 포함되어야 한다. ① 변조, 훼손, 유출, 분실, 불법 이용, 무단 제공 또는 무단 접근이 발생하였거나 발생할 우려가 있는 개인정보의 종류, 그 원인 및 초래될 수 있는 위해 ② 이미 취한 구제조치 ③ 개인정보주체가 취할 수 있는 위해 경감조치 ④ 해당 사안을 처리하는 책임자 또

중국어 원문	한국어 번역
民共和国相关法律法规规定的个人信息保护标准，并承担因向中华人民共和国境外的第三方提供个人信息而侵害个人信息主体享有权利的法律責任。 5.根据个人信息主体的要求向个人信息主体提供该书面协议的副本。如涉及商业秘密或者保密商务信息，在不影响个人信息主体理解的前提下，可对该书面协议相关内容进行适当处理。 （九）受个人信息处理者委托处理个人信息，转委托第三方处理的，应当事先征得个人信息处理者同意，要求该第三方不得超出本合同附录一“个人信息出境说明”中约定的处理目的、处理方式等处理个人信息，并对该第三方的个人信息处理活动进行监督。 （十）利用个人信息进行自动化决策的，应当保证决策的透明度和结果公平、公正，不得对个人信息主体在交易价格等交易条件上实行不合理的差别待遇。通过自动化决策方式向个人信息主体进行信息推送、商业营销的，应当同时提供不针对其个人特征的选项，或者向个人信息主体提供便捷的拒绝方式。 （十一）承诺向个人信息处理者提供已遵守本合同义务所需的必要信息，允许个人信息处理者对必要数据文件和文档进行查阅，或者对本	는 책임팀의 연락처 3) 관련 법률·법규가 개인정보주체에게 통지하도록 요구하는 경우, 그 통지의 내용에는 이 호 2)목의 사항이 포함된다. 개인정보처리자의 위탁을 받아 개인정보를 처리하는 경우에는 개인정보처리자가 개인정보주체에게 통지한다. 4) 변조, 훼손, 유출, 분실, 불법 이용, 무단 제공 또는 무단 접근의 발생 또는 발생 우려와 관련된 모든 상황(취한 모든 구제조치를 포함한다)을 기록하고 보존한다. 8. 다음 각 목의 조건을 모두 충족하는 경우에만 중화인민공화국 영역 밖의 제3자에게 개인정보를 제공할 수 있다. 1) 실제로 업무상 필요가 있을 것 2) 개인정보주체에게 그 제3자의 명칭 또는 성명, 연락처, 처리목적, 처리방식, 개인정보의 종류, 보관기간 및 개인정보주체의 권리를 행사하는 방식과 절차 등의 사항을 이미 고지하였을 것. 제3자에게 민감 개인정보를 제공하는 경우에는 민감 개인정보를 제공할 필요성과 그것이 개인의

중국어 원문	한국어 번역
合同涵盖的处理活动进行合规审计, 并为个人信息处理者开展合规审计提供便利。 (十二) 对开展的个人信息处理活动进行客观记录, 保存记录至少3年, 并按照相关法律法规要求直接或者通过个人信息处理者向监管机构提供相关记录文件。 (十三) 同意在监督本合同实施的相关程序中接受监管机构的监督管理, 包括但不限于答复监管机构询问、配合监管机构检查、服从监管机构采取的措施或者作出的决定、提供已采取必要行动的书面证明等。	권익에 미치는 영향도 개인정보주체에게 고지하여야 한다. 다만, 법률 또는 행정법규가 고지를 요구하지 아니하는 경우에는 그러하지 아니하다. 3) 개인의 동의에 근거하여 개인정보를 처리하는 경우에는 개인정보주체의 별도 동의를 받을 것. 만 14세 미만 미성년자의 개인정보가 관련되는 경우에는 그 미성년자의 부모 또는 그 밖의 후견인의 별도 동의를 받아야 한다. 법률 또는 행정법규가 서면 동의를 받도록 정한 경우에는 서면 동의를 받아야 한다. 4) 제3자와 서면합의를 체결하여 그 제3자의 개인정보 처리활동이 중화인민공화국 관련 법률·법규가 정한 개인정보 보호수준에 이르도록 보장하고, 중화인민공화국 영역 밖의 제3자에게 개인정보를 제공함으로써 개인정보주체가 가지는 권리를 침해한 데 대한 법적 책임을 부담할 것 5) 개인정보주체의 요구에 따라 개인정보주체에게 그 서면합의의 사본을 제공할 것. 영업비밀 또는 비밀 상업정보가 관련되는 경우에는 개인정보주체의 이해를 방해하지 아니하는 것

중국어 원문	한국어 번역
	을 전제로 그 서면합의의 해당 내용을 적절히 처리할 수 있다. 9. 개인정보처리자의 위탁을 받아 개인정보를 처리하는 경우로서 제3자에게 재위탁하여 처리하게 하는 때에는 사전에 개인정보처리자의 동의를 받아야 하고, 그 제3자가 이 계약 부록 1 '개인정보 국외이전 설명'에서 약정한 처리목적·처리방식 등을 초과하여 개인정보를 처리하지 아니하도록 요구하며, 그 제3자의 개인정보 처리활동을 감독하여야 한다. 10. 개인정보를 이용하여 자동화된 의사결정을 하는 경우에는 의사결정의 투명성과 결과의 공평·공정을 보장하여야 하며, 거래가격 등 거래조건에서 개인정보주체를 불합리하게 차별하여서는 아니 된다. 자동화된 의사결정의 방식으로 개인정보주체에게 정보를 추천하거나 상업적 마케팅을 하는 경우에는 그의 개인적 특성을 겨냥하지 아니한 선택지를 함께 제공하거나 개인정보주체에게 간편한 거부 방법을 제공하여야 한다. 11. 이 계약상 의무를 준수하였음을 확인하는 데 필요한 정보를 개인정보

중국어 원문	한국어 번역
	처리자에게 제공하고, 개인정보처리자가 필요한 데이터 파일과 문서를 열람하거나 이 계약이 적용되는 처리 활동에 대하여 컴플라이언스 감사¹⁷를 실시하는 것을 허용하며, 개인정보처리자의 컴플라이언스 감사에 편의를 제공할 것을 약속한다. 12. 수행한 개인정보 처리활동을 객관적으로 기록하고 그 기록을 최소 3년간 보관하며, 관련 법률·법규의 요구에 따라 직접 또는 개인정보처리자를 통하여 감독기관에 관련 기록문서를 제공한다. 13. 이 계약의 이행을 감독하는 관련 절차에서 감독기관의 감독·관리를 받는 데 동의한다. 여기에는 감독기관의 질의에 대한 답변, 감독기관의 검사에 대한 협조, 감독기관이 취한 조치나 내린 결정에 대한 복종, 필요한 조치를 이미 취하였다는 서면 증명의 제출 등이 포함되나 이에 한정되지 아니한다.

¹⁷'合规审计'는 중국 「개인정보 보호법」 제54조가 정한 개인정보 처리활동의 정기적 준법감사를 가리키므로 '컴플라이언스 감사'로 옮겼다.

중국어 원문	한국어 번역
第四条 境外接收方所在国家或者地区个人信息保护政策和法规对合同履行的影响 (一) 双方应当保证在本合同订立时已尽到合理注意义务,未发现境外接收方所在国家或者地区的个人信息保护政策和法规(包括任何提供个人信息的要求或者授权公共机关访问个人信息的规定)影响境外接收方履行本合同约定的义务。 (二) 双方声明,在作出本条第一项的保证时,已经结合下列情形进行评估: 1.出境的具体情况,包括个人信息处理目的、传输个人信息的种类、规模、范围及敏感程度、传输的规模和频率、个人信息传输及境外接收方的保存期限、境外接收方此前类似的个人信息跨境传输和处理相关经验、境外接收方是否曾发生个人信息安全相关事件及是否进行了及时有效地处置、境外接收方是否曾收到其所在国家或者地区公共机关要求其提供个人信息的请求及境外接收方应对的情况。 2.境外接收方所在国家或者地区的个人信息保护政策和法规,包括下列	제4조 국외 수령자가 소재한 국가 또는 지역의 개인정보 보호정책과 법규가 계약의 이행에 미치는 영향¹⁸⁾ 1. 양 당사자는, 이 계약의 체결 시에 합리적 주의의무를 다하였고 국외 수령자가 소재한 국가 또는 지역의 개인정보 보호정책과 법규(개인정보의 제공을 요구하는 규정이나 공공기관의 개인정보 접근을 허용하는 규정을 포함한다)가 국외 수령자의 이 계약상 의무 이행에 영향을 미친다는 사실을 발견하지 못하였음을 보증하여야 한다. 2. 양 당사자는 이 조 제1호의 보증을 함에 있어 다음 각 목의 사정을 종합하여 평가하였음을 선언한다. 1) 국외이전의 구체적 상황. 여기에는 개인정보의 처리목적, 이전하는 개인정보의 종류·규모·범위 및 민감도, 이전의 규모와 빈도, 개인정보의 이전 및 국외 수령자의 보관기간, 국외 수령자의 종래 유사한 개인정보 국경

¹⁸⁾ 이 조는 국외 수령자가 소재한 국가·지역의 법제가 계약 이행에 미치는 영향을 계약 체결 시점에 당사자가 스스로 평가하고 그 과정과 결과를 기록하도록 하는 조항으로서, 유럽연합 표준계약조항(SCC)의 전송영향평가(transfer impact assessment)에 대응하는 중국법상의 장치이다. 한국 「개인정보 보호법」 제28조의8 이하에는 이에 직접 대응하는 계약상 의무가 없다.

중국어 원문	한국어 번역
要素: (1) 该国家或者地区现行的个人信息保护法律法规及普遍适用的标准。 (2) 该国家或者地区加入的区域性或者全球性的个人信息保护方面的组织, 以及所作出的具有约束力的国际承诺。 (3) 该国家或者地区落实个人信息保护的机制, 如是否具备个人信息保护的监督执法机构和相关司法机构等。 3.境外接收方安全管理制度和技术手段保障能力。 (三) 境外接收方保证, 在根据本条第二项进行评估时, 已尽最大努力为个人信息处理者提供了必要的相关信息。 (四) 双方应当记录根据本条第二项进行评估的过程和结果。 (五) 因境外接收方所在国家或者地区的个人信息保护政策和法规发生变化(包括境外接收方所在国家或者地区更改法律, 或者采取强制性措施)导致境外接收方无法履行本合同的, 境外接收方应当在知道该变化后立即通知个人信息处理者。 (六) 境外接收方接到所在国家或者地区的政府部门、司法机构关于提供本合同项下的个人信息要求的, 应当立即通知个人信息处理	간 이전 및 처리 경험, 국외 수령자에게 개인정보 안전 관련 사고가 발생한 적이 있는지 및 이를 적시에 효과적으로 처리하였는지, 국외 수령자가 소재 국가 또는 지역의 공공기관으로부터 개인정보 제공을 요구받은 적이 있는지 및 그에 대한 대응 상황이 포함된다. 2) 국외 수령자가 소재한 국가 또는 지역의 개인정보 보호정책과 법규. 여기에는 다음의 요소가 포함된다. ① 그 국가 또는 지역의 현행 개인정보 보호 법률·법규 및 일반적으로 적용되는 표준 ② 그 국가 또는 지역이 가입한 지역적 또는 전 세계적 개인정보 보호 관련 기구 및 그가 한 구속력 있는 국제적 약속 ③ 그 국가 또는 지역이 개인정보 보호를 실현하는 체계. 예컨대 개인정보 보호를 위한 감독·집행 기관과 관련 사법기관을 갖추고 있는지 여부 등 3) 국외 수령자의 안전관리 제도 및 기술적 수단에 의한 보장 역량 3. 국외 수령자는 이 조 제2호에 따

중국어 원문	한국어 번역
者。	른 평가를 함에 있어 개인정보처리자에게 필요한 관련 정보를 제공하기 위하여 최선의 노력을 다하였음을 보증한다. 4. 양 당사자는 이 조 제2호에 따른 평가의 과정과 결과를 기록하여야 한다. 5. 국외 수령자가 소재한 국가 또는 지역의 개인정보 보호정책과 법규의 변화(그 국가 또는 지역이 법률을 개정하거나 강제적 조치를 취하는 것을 포함한다)로 인하여 국외 수령자가 이 계약을 이행할 수 없게 된 경우, 국외 수령자는 그 변화를 안 후 즉시 개인정보처리자에게 통지하여야 한다. 6. 국외 수령자가 소재 국가 또는 지역의 정부부처나 사법기관으로부터 이 계약에 따른 개인정보의 제공을 요구받은 경우에는 즉시 개인정보처리자에게 통지하여야 한다.

중국어 원문	한국어 번역
第五条 个人信息主体的权利 双方约定个人信息主体作为本合同第三方受益人享有以下权利: (一) 个人信息主体依据相关法律法规, 对其个人信息的处理享有知情权、决定权, 有权限制或者拒绝他人对其个人信息进行处理, 有权要求查阅、复制、更正、补充、删除其个人信息, 有权要求对其个人信息处理规则进行解释说明。 (二) 当个人信息主体要求对已经出境的个人信息行使上述权利时, 个人信息主体可以请求个人信息处理者采取适当措施实现, 或者直接向境外接收方提出请求。个人信息处理者无法实现的, 应当通知并要求境外接收方协助实现。 (三) 境外接收方应当按照个人信息处理者的通知, 或者根据个人信息主体的请求, 在合理期限内实现个人信息主体依照相关法律法规所享有的权利。 境外接收方应当以显著的方式、清晰易懂的语言真实、准确、完整地告知个人信息主体相关信息。 (四) 境外接收方拒绝个人信息主体的请求的, 应当告知个人信息主体其拒绝的原因, 以及个人信息主体向相关监管机构提出投诉和寻求司法救济的途径。 (五) 个人信息主体作为本合同第三方受益人有权根据本合同条款向	제5조 개인정보주체의 권리 양 당사자는 개인정보주체가 이 계약의 제3자 수익자로서 다음 각 호의 권리를 가진다고 약정한다. 1. 개인정보주체는 관련 법률·법규에 따라 자신의 개인정보 처리에 대하여 알권리와 결정권을 가지고, 타인이 자신의 개인정보를 처리하는 것을 제한하거나 거부할 권리를 가지며, 자신의 개인정보의 열람·사본 제공·정정·보완·삭제를 요구할 권리와 자신의 개인정보 처리규칙에 대한 설명을 요구할 권리를 가진다. 2. 개인정보주체가 이미 국외로 이전된 개인정보에 대하여 위 권리를 행사하려는 경우, 개인정보주체는 개인정보처리자에게 적절한 조치를 취하여 이를 실현할 것을 청구하거나 국외 수령자에게 직접 청구할 수 있다. 개인정보처리자가 이를 실현할 수 없는 경우에는 국외 수령자에게 통지하여 그 실현에 협조할 것을 요구하여야 한다. 3. 국외 수령자는 개인정보처리자의 통지에 따라 또는 개인정보주체의 청구에 따라 합리적인 기간 내에 개인

중국어 원문	한국어 번역
个人信息处理者和境外接收方的一方或者双方主张并要求履行本合同项下与个人信息主体权利相关的下列条款: 1. 第二条, 但第二条第五项、第六项、第七项、第十一项除外。 2. 第三条, 但第三条第七项第2目和第4目、第九项、第十一项、第十二项、第十三项除外。 3. 第四条, 但第四条第五项、第六项除外。 4. 第五条。 5. 第六条。 6. 第八条第二项、第三项。 7. 第九条第五项。 上述约定不影响个人信息主体依据《中华人民共和国个人信息保护法》享有的权益。	정보주체가 관련 법률·법규에 따라 가지는 권리를 실현하여야 한다. 국외 수령자는 명확한 방식과 이해하기 쉬운 언어로 개인정보주체에게 관련 정보를 진실하고 정확하게 완전하게 고지하여야 한다. 4. 국외 수령자가 개인정보주체의 청구를 거부하는 경우에는 개인정보주체에게 거부의 이유와 개인정보주체가 관련 감독기관에 민원을 제기하거나 사법적 구제를 구할 수 있는 경로를 고지하여야 한다. 5. 개인정보주체는 이 계약의 제3자 수익자로서, 이 계약의 조항에 따라 개인정보처리자와 국외 수령자의 일방 또는 양방에 대하여 이 계약상 개인정보주체의 권리와 관련된 다음 각 목의 조항을 주장하고 그 이행을 요구할 권리를 가진다. 1) 제2조. 다만, 제2조 제5호·제6호·제7호·제11호는 제외한다. 2) 제3조. 다만, 제3조 제7호 2)목 및 4)목, 제9호·제11호·제12호·제13호는 제외한다. 3) 제4조. 다만, 제4조 제5호·제6호는 제외한다.

중국어 원문	한국어 번역
	4) 제5조 5) 제6조 6) 제8조 제2호·제3호 7) 제9조 제5호 위 약정은 개인정보주체가 「중화인민공화국 개인정보 보호법」에 따라 가지는 권익에 영향을 미치지 아니한다.
第六条 救济 (一) 境外接收方应当确定一个联系人, 授权其答复有关个人信息处理的询问或者投诉, 并应当及时处理个人信息主体的询问或者投诉。境外接收方应当将联系人信息告知个人信息处理者, 并以简洁易懂的方式, 通过单独通知或者在其网站公告, 告知个人信息主体该联系人信息, 具体为: 联系人及联系方式(办公电话或电子邮箱) _____ (二) 一方因履行本合同与个人信息主体发生争议的, 应当通知另一方, 双方应当合作解决争议。 (三) 争议未能友好解决, 个人信息主体根据第五条行使第三方受益	제6조 구제 1. 국외 수령자는 연락담당자 1인을 정하여 개인정보 처리에 관한 질의 또는 민원에 답변할 권한을 부여하여야 하며, 개인정보주체의 질의 또는 민원을 지체 없이 처리하여야 한다. 국외 수령자는 연락담당자의 정보를 개인정보처리자에게 고지하고, 간결하고 이해하기 쉬운 방식으로 개별 통지 또는 자신의 웹사이트 공고를 통하여 개인정보주체에게 그 연락담당자의 정보를 고지하여야 한다. 구체적인 내용은 다음과 같다. 연락담당자 및 연락처(사무실 전화

중국어 원문	한국어 번역
人的权利的, 境外接收方接受个人信息主体通过下列形式维护权利: 1. 向监管机构投诉。 2. 向本条第五项约定的法院提起诉讼。 (四) 双方同意个人信息主体就本合同争议行使第三方受益人权利, 个人信息主体选择适用中华人民共和国相关法律法规的, 从其选择。 (五) 双方同意个人信息主体就本合同争议行使第三方受益人权利的, 个人信息主体可以依据《中华人民共和国民事诉讼法》向有管辖权的人民法院提起诉讼。 (六) 双方同意个人信息主体所作的维权选择不会减损个人信息主体根据其他法律法规寻求救济的权利。	또는 전자우편): _ _ _ _ 2. 일방이 이 계약의 이행으로 인하여 개인정보주체와 분쟁이 발생한 경우에는 타방에게 통지하여야 하며, 양 당사자는 협력하여 그 분쟁을 해결하여야 한다. 3. 분쟁이 원만하게 해결되지 아니하여 개인정보주체가 제5조에 따라 제3자 수익자의 권리를 행사하는 경우, 국외 수령자는 개인정보주체가 다음 각 목의 방식으로 권리를 주장하는 것을 수용한다. 1) 감독기관에 대한 민원 제기 2) 이 조 제5호에서 약정한 법원에 대한 소 제기 4. 양 당사자는 개인정보주체가 이 계약에 관한 분쟁에서 제3자 수익자의 권리를 행사하는 데 동의하며, 개인정보주체가 중화인민공화국의 관련 법률·법규를 적용할 것을 선택하는 경우에는 그 선택에 따른다. 5. 양 당사자는, 개인정보주체가 이 계약에 관한 분쟁에서 제3자 수익자의 권리를 행사하는 경우 「중화인민공화국 민사소송법」에 따라 관할권이 있는 인민법원에 소를 제기할 수 있

중국어 원문	한국어 번역
	다는 데 동의한다. 6. 양 당사자는 개인정보주체가 한 권리구제 방법의 선택이 개인정보주체가 그 밖의 법률·법규에 따라 구제를 구할 권리를 감축하지 아니한다는 데 동의한다.

중국어 원문	한국어 번역
第七条 合同解除 (一) 境外接收方违反本合同约定的义务, 或者境外接收方所在国家或者地区的个人信息保护政策和法规发生变化(包括境外接收方所在国家或者地区更改法律, 或者采取强制性措施)导致境外接收方无法履行本合同的, 个人信息处理者可以暂停向境外接收方提供个人信息, 直到违约行为被改正或者合同被解除。 (二) 有下列情形之一的, 个人信息处理者有权解除本合同, 并在必要时通知监管机构: 1. 个人信息处理者根据本条第一项的规定暂停向境外接收方提供个人信息的时间超过1个月。 2. 境外接收方遵守本合同将违反其所在国家或者地区的法律规定。 3. 境外接收方严重或者持续违反本合同约定的义务。 4. 根据境外接收方的主管法院或者监管机构作出的终局决定, 境外接收方或者个人信息处理者违反了本合同约定的义务。 在本项第1目、第2目、第4目的情况下, 境外接收方可以解除本合同。 (三) 经双方同意解除本合同的, 合同解除不免除其在个人信息处理过程中的个人信息保护义务。 (四) 合同解除时, 境外接收方应当及时返还或者删除其根据本合同	제7조 계약의 해지 1. 국외 수령자가 이 계약에서 약정한 의무를 위반하거나, 국외 수령자가 소재한 국가 또는 지역의 개인정보 보호정책과 법규의 변화(그 국가 또는 지역이 법률을 개정하거나 강제적 조치를 취하는 것을 포함한다)로 인하여 국외 수령자가 이 계약을 이행할 수 없게 된 경우, 개인정보처리자는 위반행위가 시정되거나 계약이 해지될 때까지 국외 수령자에 대한 개인정보의 제공을 정지할 수 있다. 2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우 개인정보처리자는 이 계약을 해지할 권리를 가지며, 필요한 경우 감독기관에 통지한다. 1) 개인정보처리자가 이 조 제1호의 규정에 따라 국외 수령자에 대한 개인정보의 제공을 정지한 기간이 1개월을 초과한 경우 2) 국외 수령자가 이 계약을 준수하면 그가 소재한 국가 또는 지역의 법률 규정을 위반하게 되는 경우 3) 국외 수령자가 이 계약에서 약정한 의무를 중대하게 또는 지속적으로 위반한 경우

중국어 원문	한국어 번역
所接收到的个人信息（包括所有备份），并向个人信息处理者提供书面说明。删除个人信息从技术上难以实现的，应当停止除存储和采取必要的安全保护措施之外的处理。	4) 국외 수령자의 관할 법원 또는 감독기관이 내린 중국적 결정에 따라 국외 수령자 또는 개인정보처리자가 이 계약에서 약정한 의무를 위반한 것으로 인정된 경우 이 호 1)목, 2)목 및 4)목의 경우에는 국외 수령자도 이 계약을 해지할 수 있다. 3. 양 당사자의 합의로 이 계약을 해지하는 경우, 계약의 해지는 개인정보 처리과정에서 부담하는 개인정보 보호의무를 면제하지 아니한다. 4. 계약이 해지되는 때에 국외 수령자는 이 계약에 따라 제공받은 개인정보(모든 백업을 포함한다)를 지체 없이 반환하거나 삭제하고 개인정보처리자에게 서면으로 설명하여야 한다. 개인정보의 삭제가 기술적으로 곤란한 경우에는 저장과 필요한 안전 보호조치를 제외한 처리를 중지하여야 한다.

중국어 원문	한국어 번역
第八条 违约责任 (一) 双方应就其违反本合同而给对方造成的损失承担责任。 (二) 任何一方因违反本合同而侵害个人信息主体享有的权利,应当对个人信息主体承担民事法律责任,且不影响相关法律法规规定个人信息处理者应当承担的行政、刑事等法律责任。 (三) 双方依法承担连带责任的,个人信息主体有权请求任何一方或者双方承担责任。一方承担的责任超过其应当承担的责任份额时,有权向另一方追偿。	제8조 위약책임 1. 양 당사자는 이 계약을 위반하여 상대방에게 발생시킨 손해에 대하여 책임을 부담하여야 한다. 2. 일방이 이 계약을 위반하여 개인 정보주체가 가지는 권리를 침해한 경우에는 개인정보주체에 대하여 민사상 법적 책임을 부담하여야 하며, 이는 관련 법률·법규가 정한 개인정보 처리자의 행정적·형사적 법적 책임에 영향을 미치지 아니한다. 3. 양 당사자가 법에 따라 연대책임을 부담하는 경우 개인정보주체는 일방 또는 양방에게 책임을 부담할 것을 청구할 권리를 가진다. 일방이 부담한 책임이 자기가 부담하여야 할 책임의 부분을 초과하는 경우에는 타방에게 구상¹⁹할 권리를 가진다.

¹⁹‘追償’은 연대책임을 부담한 당사자가 자기의 부담부분을 초과하여 변제한 경우 다른 당사자에게 그 초과분의 상환을 구하는 것으로서, 한국 민법 제425조의 구상권 행사에 해당하므로 ‘구상’으로 번역하였다.

중국어 원문	한국어 번역
第九条 其他 (一) 如本合同与双方订立的任何其他法律文件发生冲突, 本合同的条款优先适用。 (二) 本合同的成立、效力、履行、解释、因本合同引起的双方间的任何争议, 适用中华人民共和国相关法律法规。 (三) 发出的通知应当以电子邮件、电报、电传、传真(以航空信件寄送确认副本)或者航空挂号信发往(具体地址)_____或者书面通知取代该地址的其它地址。如以航空挂号信寄出本合同项下的通知, 在邮戳日期后的____天应当视为收讫; 如以电子邮件、电报、电传或者传真发出, 在发出以后的____个工作日应当视为收讫。 (四) 双方因本合同产生的争议以及任何一方因先行赔偿个人信息主体损害赔偿 responsibility 而向另一方的追偿, 双方应当协商解决; 协商不成, 任何一方可以采取下列第____种方式加以解决(如选择仲裁, 请勾选仲裁机构): 1. 仲裁。将该争议提交 ☐ 中国国际经济贸易仲裁委员会 ☐ 中国海事仲裁委员会 ☐ 北京仲裁委员会(北京国际仲裁中心) ☐ 上海国际仲裁中心	제9조 그 밖의 사항 1. 이 계약이 양 당사자가 체결한 그 밖의 법률문서와 충돌하는 경우에는 이 계약의 조항이 우선하여 적용된다. 2. 이 계약의 성립·효력·이행·해석 및 이 계약으로 인하여 양 당사자 사이에 발생하는 모든 분쟁에 대하여는 중화인민공화국의 관련 법률·법규를 적용한다. 3. 발송하는 통지는 전자우편, 전보, 텔렉스, 팩스(항공우편으로 확인 사본을 송부한다) 또는 항공등기우편으로(구체적 주소) _ _ _ _ 또는 서면 통지로서 그 주소를 대체한 다른 주소로 발송하여야 한다. 이 계약에 따른 통지를 항공등기우편으로 발송한 경우에는 소인일자 후 _ _ 일에 도달한 것으로 보고, 전자우편·전보·텔렉스 또는 팩스로 발송한 경우에는 발송 후 _ _ 근무일에 도달한 것으로 본다. 4. 이 계약으로 인하여 양 당사자 사이에 발생한 분쟁 및 일방이 개인정보주체에게 손해배상책임을 선이행함으로써 인하여 타방에게 하는 구상에

중국어 원문	한국어 번역
□其他《承认及执行外国仲裁裁决公约》成员的仲裁机构 按其届时有效的仲裁规则在____ (仲裁地点)进行仲裁; 2.诉讼。依法向中华人民共和国有管辖权的人民法院提起诉讼。 (五)本合同应当按照相关法律法规的规定进行解释,不得以与相关法律法规规定的权利、义务相抵触的方式解释本合同。 (六)本合同正本一式____份,双方各执____份,其法律效力相同。 本合同在(地点)_____签订 个人信息处理者: _____ 年 月 日 境外接收方: _____ 年 月 日	대하여 양 당사자는 협의로 해결하여야 한다. 협의로 해결되지 아니하는 경우 일방은 다음 각 목 중 제 _ _ 목의 방식으로 이를 해결할 수 있다(중재를 선택하는 경우 중재기관을 선택하여 표시한다). 1) 중재. 그 분쟁을 다음의 기관에 회부한다. ☐ 중국국제경제무역중재위원회 ☐ 중국해사중재위원회 ☐ 베이징중재위원회(베이징국제중재센터) ☐ 상하이국제중재센터 ☐ 그 밖에 「외국중재판정의 승인 및 집행에 관한 협약」 체결국의 중재기관 회부 당시 유효한 중재규칙에 따라 _ _ (중재지)에서 중재를 진행한다. 2) 소송. 법에 따라 중화인민공화국의 관할권 있는 인민법원에 소를 제기한다. 5. 이 계약은 관련 법률·법규의 규정에 따라 해석하여야 하며, 관련 법률·법규가 정한 권리·의무에 저촉되는 방식으로 해석하여서는 아니 된다. 6. 이 계약의 정본은 _ _ 부를 작성

중국어 원문	한국어 번역
	하고 양 당사자가 각 _ _ 부씩 보유하며, 그 법적 효력은 동일하다. 이 계약은 (장소) _ _ _ _ 에서 체결한다. 개인정보처리자: 년 월 일 국외 수령자: 년 월 일

중국어 원문	한국어 번역
附录一 个人信息出境说明 根据本合同向境外提供个人信息的详情约定如下： （一）处理目的： （二）处理方式： （三）出境个人信息的规模： （四）出境个人信息种类（参考GB/T 35273《信息安全技术 个人信息安全规范》和相关标准）： （五）出境敏感个人信息种类（如适用，参考GB/T 35273《信息安全技术 个人信息安全规范》和相关标准）： （六）境外接收方只向以下中华人民共和国境外第三方提供个人信息（如适用）： （七）传输方式： （八）出境后保存期限：（ 年 月 日至 年 月 日） （九）出境后保存地点： （十）其他事项（视情况填写）：	부록 1 개인정보 국외이전 설명 이 계약에 따라 국외에 제공하는 개인정보의 세부사항을 다음과 같이 약정한다. 1. 처리목적: 2. 처리방식: 3. 국외이전 개인정보의 규모: 4. 국외이전 개인정보의 종류(GB/T 35273 「정보안전기술 개인정보 안전규범」²⁰ 및 관련 표준을 참조한다): 5. 국외이전 민감 개인정보의 종류(해당하는 경우, GB/T 35273 「정보안전기술 개인정보 안전규범」 및 관련 표준을 참조한다): 6. 국외 수령자는 다음의 중화인민공화국 영역 밖 제3자에게만 개인정보를 제공한다(해당하는 경우): 7. 이전방식: 8. 국외이전 후 보관기간: (年 월 일부터 年 월 일까지) 9. 국외이전 후 보관장소: 10. 그 밖의 사항(상황에 따라 기재한

²⁰GB/T 35273 「정보안전기술 개인정보 안전규범」은 개인정보의 종류를 분류하는 중국의 권고성 국가표준이다. 표준계약의 부록 1은 이 표준을 참조하여 국외이전 개인정보의 종류를 특정하도록 요구하고 있으며, 이 부록의 기재사항이 신고(备案) 심사의 실질적 중심을 이룬다.

중국어 원문	한국어 번역
	다):
附录二 双方约定的其他条款（如需要）	부록 2 양 당사자가 약정한 그 밖의 조항(필요한 경우)

중국 「개인정보 국외이전 인증 방법」

《个人信息出境认证办法》

마봉초(马鹏超)(인하대학교 법학과 박사생) 번역

MA, Pengchao(Doctoral Student, Dept. of Law, Inha University)

모덕승(慕德昇)(중국정법대학교 박사) 감수

Reviewer MU, Desheng(Ph.D., China University of Political Science and Law)

법령 정보

- ♦ 2025. 7. 21. 국가인터넷정보판공실 2025년 제17차 판공실 사무회의 심의·통과 및 국가시장감독관리총국 동의
- ♦ 2025. 10. 14. 국가인터넷정보판공실·국가시장감독관리총국령 제20호로 공포
- ♦ 2026. 1. 1. 시행, 공포 후 개정 없음
- ♦ 2026. 7. 12. 현재 유효¹

한중대조번역

¹北大法宝(법보 인용코드 CLI.4.5320971)와 국가인터넷정보판공실 현행 부문규장 목록을 2026. 7. 12. 대조한 결과, 이 방법은 2025 년 10 월 14 일 공포되어 2026 년 1 월 1 일부터 시행 중이며, 개정 또는 폐지된 기록이 확인되지 않는 현행 유효한 법령이다. 이 방법은 「개인정보 국외이전 표준계약 방법」(2023 년 국가인터넷정보판공실령 제 13 호), 「데이터 국외이전 안전평가 방법」(2022 년 국가인터넷정보판공실령 제 11 호)과 함께 중국 「개인정보 보호법」 제 38 조 제 1 항이 정한 세 가지 국외이전 경로를 구성한다.

중국어 원문	한국어 번역
个人信息出境认证办法	개인정보 국외이전 인증 방법 ²
第一条 为了保护个人信息权益，规范个人信息出境认证活动，促进个人信息高效安全跨境流动，根据《中华人民共和国个人信息保护法》、《网络安全管理条例》、《中华人民共和国认证认可条例》等法律法规，制定本办法。	제 1 조 개인정보 권익을 보호하고, 개인정보 국외이전 인증활동을 규율하며, 개인정보의 효율적이고 안전한 국경 간 이동을 촉진하기 위하여 「중화인민공화국 개인정보 보호법」, 「네트워크 데이터 안전관리조례」, 「중화인민공화국 인증·인정조례」 등 법률·법규³에 근거하여 이 방법을 제정한다.
第二条 个人信息处理者通过个人信息保护认证的方式向中华人民共和国境外提供个人信息，适用本办法。	제 2 조 개인정보처리자가 개인정보 보호 인증의 방식으로 중화인민공화국 영역 밖에 개인정보를 제공하는 경우에는 이 방법을 적용한다.
第三条 本办法所称个人信息出境认证，是指按照《中华人民共和国个人信息保护法》第三十八条第一款第二项规定，由依法取得个人信	제 3 조 이 방법에서 개인정보 국외이전 인증이란 「중화인민공화국 개인정보 보호법」 제 38 조 제 1 항

² '出境'은 '출경'으로 직역하지 않고 한국 「개인정보 보호법」 제 28 조의 8 이하가 사용하는 '국외 이전'의 용례에 맞추어 '국외이전'으로 옮겼다. 다만 개별 조문에서 '向境外提供'이 사용된 경우에는 원문의 행위태양을 살려 '국외에 제공'으로 번역하였다. '办法'는 중국 「입법법」상 부문규장(部门规章)의 명칭 형식으로서 한국의 법률·시행령·시행규칙 어느 것에도 대응하지 않으므로, 법원(法源) 형식을 보존하기 위하여 '방법'으로 직역하였다.

³ '认证认可'는 적합성평가 분야에서 certification과 accreditation을 아울러 가리키는 용어이다. 한국 표준·인증 법제의 용례(예: 「국가표준기본법」의 '인증'과 '인정')를 고려하여 '인증·인정'으로 구분하여 번역하였다. '法律法规'는 법률과 그 밖의 법규범을 포괄하므로 '법률·법규'로 옮겼다.

중국어 원문	한국어 번역
息保护认证资质的专业认证机构，证明个人信息处理者向中华人民共和国境外提供个人信息等个人信息处理活动符合相关法律、行政法规、部门规章、标准、技术规范合格评定活动。	제 2 호에 따라 적법하게 개인정보 보호 인증 자격을 취득한 전문인증기관이, 개인정보처리자가 중화인민공화국 영역 밖에 개인정보를 제공하는 등의 개인정보 처리활동이 관련 법률·행정법규·부문규장·표준·기술규범에 부합함을 증명하는 적합성평가 활동⁴을 말한다.
第四条 国家网信部门会同国家数据管理部门和其他有关部门制定个人信息出境认证相关标准、技术规范。国家市场监督管理总局会同国家网信部门制定个人信息保护认证规则、统一认证证书及标志。	제 4 조 국가 인터넷정보 부문은 국가 데이터관리 부문 및 그 밖의 관계 부문과 공동으로 개인정보 국외이전 인증 관련 표준과 기술규범을 제정한다. 국가 시장감독관리 부문은 국가 인터넷정보 부문과 공동으로 개인정보 보호 인증규칙 및 통일된 인증서와 인증표지를 제정한다.
第五条 个人信息处理者通过个人信息出境认证的方式向境外提供个人信息的，应当同时符合下列情形： （一）非关键信息基础设施运营者；	제 5 조 개인정보처리자가 개인정보 국외이전 인증의 방식으로 국외에 개인정보를 제공하는 경우에는 다음 각 호의 요건을 모두 충족하여야 한다. 1. 핵심정보기반시설 운영자가 아닐 것⁵

⁴‘部门规章’은 중국 「입법법」상 국무원 각 부문 등이 제정하는 독자적인 법원(法源) 형식으로서 한국의 부령과 완전히 대응하지 않으므로, 중국법 연구에서 통용되는 ‘부문규장’을 그대로 사용하였다. ‘合格评定’은 제품·서비스·절차 등이 정해진 요건에 부합하는지를 확인하는 conformity assessment 의 중국어 법률용어이므로, 한국 표준·인증 분야의 용어인 ‘적합성평가’로 번역하였다.

⁵‘非关键信息基础设施运营者’를 명사형으로 ‘비핵심정보기반시설 운영자’라고 옮기면 별도의 사업자 유형이 존재하는 것처럼 읽힐 수 있다. 이 호는 인증 방식을 이용할 수 있기 위한 소극적 요건을 정한

중국어 원문	한국어 번역
(二) 自当年1月1日起累计向境外提供10万人以上、不满100万人个人信息(不含敏感个人信息)或者不满1万人敏感个人信息。 前款所称向境外提供的个人信息,不包括重要数据。 法律、行政法规或者国家网信部门另有规定的,从其规定。 个人信息处理者不得采取数量拆分等手段,将依法应当通过出境安全评估的个人信息通过个人信息出境认证的方式向境外提供。	2. 해당 연도 1 월 1 일부터 누적하여 국외에 제공한 개인정보(민감 개인정보는 제외한다)가 10 만 명 이상 100 만 명 미만이거나, 민감 개인정보가 1 만 명 미만일 것 전항에서 말하는 국외에 제공하는 개인정보에는 중요 데이터가 포함되지 아니한다. 법률, 행정법규 또는 국가 인터넷정보 부문에 별도의 규정이 있는 경우에는 그 규정에 따른다. 개인정보처리자는 수량을 분할하는 등의 수단을 사용하여, 법에 따라 국외이전 안전평가를 거쳐야 하는 개인정보를 개인정보 국외이전 인증의 방식으로 국외에 제공하여서는 아니 된다.
第六条 个人信息处理者在申请认证向境外提供个人信息前,应当按照法律、行政法规的规定履行告知、取得个人单独同意、进行个人信息保护影响评估等义务。个人信息保护影响评估重点评估以下内容:	제 6 조 개인정보처리자는 인증을 신청하여 국외에 개인정보를 제공하기 전에 법률 및 행정법규의 규정에 따라 고지, 개인의 별도 동의 취득, 개인정보 보호 영향평가의 실시 등의 의무를 이행하여야 한다. ⁶ 개인정보 보호

것이므로 '핵심정보기반시설 운영자가 아닐 것'으로 풀어 번역하였다.

'单独同意'는 다른 사항에 대한 동의와 분리하여 별도로 받아야 하는 동의를 뜻하므로, 한국 개인정보 보호법제의 용례에 맞추어 '별도 동의'로 번역하였다. '个人信息保护影响评估'는 한국 「개인정보 보호법」 제 33 조의 '개인정보 영향평가'와 주체·대상·절차가 동일하지 아니하므로, 원문의 '保护'를

중국어 원문	한국어 번역
(一) 个人信息处理者和境外接收方处理个人信息的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性; (二) 出境个人信息的规模、范围、种类、敏感程度, 个人信息出境可能对国家安全、公共利益、个人信息权益带来的风险; (三) 境外接收方承诺承担的义务, 以及履行义务的管理和技术措施、能力等能否保障出境个人信息的安全; (四) 个人信息出境后遭到篡改、破坏、泄露、丢失、非法利用等的风险, 个人信息权益维护的渠道是否通畅等; (五) 境外接收方所在国家或者地区的个人信息保护政策和法规对出境个人信息安全和个人信息权益的影响; (六) 其他可能影响个人信息出境安全的事项。	영향평가에서는 다음 각 호의 내용을 중점적으로 평가한다. 1. 개인정보처리자와 국외 수령자⁷가 개인정보를 처리하는 목적·범위·방식 등의 적법성, 정당성 및 필요성 2. 국외이전 개인정보의 규모·범위·종류·민감도와 개인정보 국외이전이 국가안전, 공공이익 및 개인정보 권익에 초래할 수 있는 위험 3. 국외 수령자가 부담하기로 약속한 의무 및 그 의무를 이행하기 위한 관리적·기술적 조치와 역량 등이 국외이전 개인정보의 안전을 보장할 수 있는지 여부 4. 개인정보가 국외로 이전된 후 변조, 훼손, 유출, 분실 또는 불법 이용 등을 당할 위험, 개인정보 권익의 구제 경로가 원활한지 여부 등 5. 국외 수령자가 소재한 국가 또는 지역의 개인정보 보호정책과 법규가 국외이전 개인정보의 안전과 개인정보 권익에 미치는 영향 6. 그 밖에 개인정보 국외이전의 안전에 영향을 미칠 수 있는 사항

살려 '개인정보 보호 영향평가'로 옮겨 양자를 구별하였다.

⁷'境外接收方'는 중국 영역 밖에서 개인정보를 제공받아 이 방법상의 의무를 부담하는 당사자를 뜻하므로 '국외 수령자로' 번역하였다. 단순한 기술적 수신자를 가리키는 것이 아니다.

중국어 원문	한국어 번역
第七条 个人信息处理者通过认证方式向境外提供个人信息的,应当向专业认证机构申请个人信息出境认证。 中华人民共和国境外的个人信息处理者申请个人信息出境认证的,应当由其在境内设立的专门机构或者指定代表协助进行申请。	제 7 조 개인정보처리자가 인증의 방식으로 국외에 개인정보를 제공하는 경우에는 전문인증기관에 개인정보 국외이전 인증을 신청하여야 한다. 중화인민공화국 영역 밖의 개인정보처리자가 개인정보 국외이전 인증을 신청하는 경우에는 그가 중화인민공화국 영역 안에⁸ 설립한 전담기구 또는 지정대표가 신청을 지원하여야 한다.
第八条 专业认证机构应当按照认证基本规范、个人信息保护认证规则开展个人信息出境认证活动。符合认证要求的,专业认证机构应当及时出具认证证书。 认证证书的有效期为3年。证书到期需继续使用的,个人信息处理者应当在有效期届满前6个月提出认证申请。	제 8 조 전문인증기관은 인증 기본규범 및 개인정보 보호 인증규칙⁹에 따라 개인정보 국외이전 인증활동을 수행하여야 한다. 인증요건에 부합하는 경우 전문인증기관은 지체 없이 인증서를 발급하여야 한다. 인증서의 유효기간은 3 년이다. 인증서의 유효기간 만료 후에도 계속 사용할 필요가 있는 경우¹⁰

⁸ 【수정 역주】 원역의 '중국 영역 안'을 같은 항 앞 문장의 '중화인민공화국 영역 밖'과 용어를 통일하여 '중화인민공화국 영역 안'으로 수정하였다.

⁹ '认证基本规范' 과 '个人信息保护认证规则' 의 구체적 내용은 하위 규범에 위임되어 있다.

국가시장감독관리총국과 국가인터넷정보판공실은 2025. 12. 25. 공고를 통하여, 「개인정보 보호 인증 실시규칙」 중 국경 간 처리활동에 관한 인증의 근거표준을 GB/T 35273 및 GB/T 46068 「데이터 안전기술 개인정보 국경 간 처리활동 안전인증 요구사항」으로 변경하였다. 이 조를 해석할 때에는 위 공고와 해당 국가표준을 함께 확인하여야 한다.

¹⁰ 【수정 역주】 원역 '인증서가 기간만료에 이르렀으나 계속 사용할 필요가 있는 경우'를 수정하였다. '이르렀으나'는 만료가 이미 도래한 것으로 읽혀 같은 문장의 '유효기간 만료 6 개월 전 신청'과 문면상

중국어 원문	한국어 번역
	개인정보처리자는 유효기간 만료 6개월 전에 인증을 신청하여야 한다.
第九条 专业认证机构应当在出具认证证书或者认证证书状态发生变化后5个工作日内, 向全国认证认可信息公共服务平台报送个人信息出境认证证书相关信息, 包括认证证书编号、获证个人信息处理者名称、认证范围以及证书状态变化信息等。 国家市场监督管理总局与国家网信部门建立认证信息共享机制。	제 9 조 전문인증기관은 인증서를 발급하거나 인증서의 상태가 변경된 후 5 근무일 이내에 전국 인증·인정 정보 공공서비스 플랫폼에 개인정보 국외이전 인증서 관련 정보를 보고하여야 한다. 그 정보에는 인증서 번호, 인증을 받은 개인정보처리자의 명칭, 인증범위 및 인증서 상태 변경정보 등이 포함된다. 국가 시장감독관리 부문과 국가 인터넷정보 부문은 인증정보 공유체계를 구축한다.
第十条 专业认证机构发现获证个人信息处理者存在个人信息出境情况与认证范围不一致等情形, 不再符合认证要求的, 应当暂停其使用直至撤销相关认证证书。 国家网信部门和有关部门在个人信息保护监督管理工作中发现获证个人信息处理者存在前款情形的, 专业认证机构应当配合暂停其使用直至撤销相关认证证书。	제 10 조 전문인증기관은 인증을 받은 개인정보처리자에게 개인정보 국외이전의 실제 상황이 인증범위와 일치하지 아니하는 등의 사정이 있어 더 이상 인증요건에 부합하지 아니함을 발견한 경우, 관련 인증서에 대하여 사용정지 내지 취소의 조치를 하여야 한다.¹¹

충돌하기 때문이다.

¹¹‘暂停其使用直至撤销’은 인증서 사용의 정지에서 취소에 이르는 단계적 제재를 나타낸다. ‘취소할 때까지 사용을 정지한다’로 직역하면 취소가 반드시 예정된 것처럼 읽힐 수 있으므로, 제재의 단계적 관계를 살려 ‘사용정지 내지 취소’로 옮겼다. 취소는 사용정지의 상한(上限)에 해당하며, 반드시 취소에 이르러야 한다는 뜻은 아니다.

중국어 원문	한국어 번역
至撤销相关认证证书。 前两款规定的情形，应当通过全国认证认可信息公共服务平台予以公布。	국가 인터넷정보 부문 및 관계 부문이 개인정보 보호 감독·관리 업무 중에 인증을 받은 개인정보처리자에게 전항의 사정이 있음을 발견한 경우, 전문인증기관은 이에 협조하여 관련 인증서에 대하여 사용정지 내지 취소의 조치를 하여야 한다.¹² 전 2 항에서 정한 사정은 전국 인증·인정 정보 공공서비스 플랫폼을 통하여 공표하여야 한다.
第十一条 专业认证机构在开展认证活动中，发现个人信息出境活动违反法律、行政法规和国家有关规定的，应当及时向国家网信部门和有关部门报告。	제 11 조 전문인증기관은 인증활동을 수행하는 과정에서 개인정보 국외이전 활동이 법률, 행정법규 또는 국가의 관련 규정을 위반하였음을 발견한 경우 지체 없이 국가 인터넷정보 부문 및 관계 부문에 보고하여야 한다.
第十二条 开展个人信息出境认证的专业认证机构应当自国家市场监督管理总局批准取得个人信息保护认证资质之日起 10 个工作日内向国家网信部门办理备案手续。办理备案时，应当提交下列材料： （一）取得的个人信息保护领域的认证资质情况；	제 12 조 개인정보 국외이전 인증을 수행하는 전문인증기관은 국가 시장감독관리 부문으로부터 개인정보 보호 인증 자격을 승인받아 취득한 날부터 10 근무일 이내에 국가 인터넷정보 부문에 신고절차를 밟아야

¹² 【수정 역주】 원역 '전문인증기관은 관련 인증서의 사용정지 내지 취소에 협조하여야 한다'를 수정하였다. 원문 '配合暫停其使用直至撤销'에서 사용정지·취소의 행위주체는 인증서 처분권을 가진 전문인증기관이고 '配合'는 감독기관과의 협동관계를 수식할 뿐이므로, 행위주체가 드러나도록 바로잡았다.

중국어 원문	한국어 번역
(二) 近3年从事数据安全、个人信息保护领域专业工作情况; (三) 专业认证机构人员安全背景审查材料; (四) 个人信息保护认证实施细则及工作计划; (五) 个人信息安全风险防范机制; (六) 对获证个人信息处理者进行的个人信息出境活动符合认证标准情况的持续监督机制; (七) 投诉受理和争议解决机制; (八) 其他需要提交的材料。 专业认证机构应当对所备案材料的真实性负责。 国家网信部门收到专业认证机构提交的备案材料后, 会同国家数据管理部门对备案材料进行审核。材料齐全的, 应当在 30 个工作日内予以备案并进行公示; 材料不齐全的, 不予备案, 应当在 30 个工作日内通知专业认证机构并说明理由。	한다.¹³ 신고할 때에는 다음 각 호의 자료를 제출하여야 한다. 1. 취득한 개인정보 보호 분야 인증 자격의 현황 2. 최근 3 년간 데이터 안전 및 개인정보 보호 분야에서 수행한 전문업무의 현황 3. 전문인증기관 인력에 대한 보안 신원조사 자료 4. 개인정보 보호 인증 시행세칙 및 업무계획 5. 개인정보 안전위험 예방체계 6. 인증을 받은 개인정보처리자의 개인정보 국외이전 활동이 인증표준에 부합하는지에 대한 지속적 감독체계 7. 민원 접수 및 분쟁해결 체계 8. 그 밖에 제출하여야 하는 자료 전문인증기관은 신고한 자료의 진실성에 대하여 책임을 진다. 국가 인터넷정보 부문은 전문인증기관이 제출한 신고자료를 받은 후 국가 데이터관리 부문과 공동으로 그 자료를 심사한다. 자료가 완비된 경우에는 30 근무일 이내에

¹³‘备案’은 자료를 관할기관에 제출하여 기록·관리하게 하는 절차이므로 허가와 구별하여 ‘신고’로 번역하였다. 다만 이 조 제 3 항은 자료의 완비 여부에 대한 심사와 수리·불수리를 규정하고 있어 한국 행정법상 수리를 요하지 않는 자기완결적 신고와 완전히 같지는 않다. 이에 따라 본문에서는 ‘신고절차’, ‘신고를 수리한다’라는 표현을 사용하였다.

중국어 원문	한국어 번역
	신고를 수리하고 공시하여야 한다. 자료가 완비되지 아니한 경우에는 신고를 수리하지 아니하며, 30 근무일 이내에 전문인증기관에 통지하고 그 이유를 설명하여야 한다.
第十三条 国家市场监督管理总局和国家网信部门对个人信息出境认证活动进行监督,开展定期或者不定期的检查,对认证过程和认证结果进行抽查,对专业认证机构进行抽查和评价。	제 13 조 국가 시장감독관리 부문과 국가 인터넷정보 부문은 개인정보 국외이전 인증활동을 감독하고 정기 또는 수시로 검사를 실시하며, 인증과정과 인증결과를 표본점검 ¹⁴ 하고 전문인증기관을 표본점검·평가한다.
第十四条 国家机关、专业认证机构等从事认证活动的机构及其工作人员对在履行职责中知悉的个人隐私、个人信息、商业秘密、保密商务信息等应当依法予以保密,不得泄露或者非法向他人提供、非法使用。	제 14 조 국가기관, 전문인증기관 등 인증활동에 종사하는 기관과 그 직원은 직무 수행 중 알게 된 개인의 사생활, 개인정보, 영업비밀, 비밀 상업정보 ¹⁵ 등을 법에 따라 비밀로 유지하여야 하며, 이를 누설하거나 타인에게 불법으로 제공하거나 불법으로 이용하여서는 아니 된다.
第十五条 任何组织和个人发现获证个人信息处理者违反本办法规定向境外提供个人信息的,可以向专	제 15 조 모든 조직과 개인은 인증을 받은 개인정보처리자가 이 방법의

¹⁴‘抽查’는 전체 대상 중 일부를 선정하여 검사하는 감독방식이다. 단순히 ‘추출검사’라고 하면 행정감독으로서의 성격이 드러나지 않으므로 ‘표본점검’으로 번역하였다.

¹⁵원문은 ‘商业秘密’와 ‘保密商务信息’를 병렬적으로 열거한다. 전자는 법률상 요건을 갖춘 ‘영업비밀’이고, 후자는 그 요건을 모두 충족하지 않더라도 비밀로 관리되는 상업·업무 관련 정보를 포함할 수 있으므로, 양자의 구별이 사라지지 않도록 각각 ‘영업비밀’과 ‘비밀 상업정보’로 옮겼다.

중국어 원문	한국어 번역
业认证机构、网信部门和有关部门投诉、举报。	규정을 위반하여 국외에 개인정보를 제공한 사실을 발견한 경우 전문인증기관, 인터넷정보 부문 및 관계 부문에 민원을 제기하거나 제보할 수 있다. ¹⁶
第十六条 省级以上网信部门和有关部门发现获证个人信息处理者个人信息出境活动存在较大风险或者发生个人信息安全事件的，可以依法对获证个人信息处理者进行约谈。获证个人信息处理者应当按照要求整改，消除隐患。	제 16 조 성급 이상 인터넷정보 부문 및 관계 부문은 인증을 받은 개인정보처리자의 개인정보 국외이전 활동에 비교적 큰 위험이 존재하거나 개인정보 안전사고가 발생한 사실을 발견한 경우 법에 따라 그 개인정보처리자에 대하여 행정면담 ¹⁷ 을 실시할 수 있다. 인증을 받은 개인정보처리자는 요구에 따라 시정하고 잠재적 위험요인을 제거하여야 한다.
第十七条 违反本办法规定的，依据《中华人民共和国个人信息保护法》、《网络安全管理条例》、《中华人民共和国认证认可条例》等法律法规处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	제 17 조 이 방법의 규정을 위반한 경우에는 「중화인민공화국 개인정보 보호법」, 「네트워크 데이터 안전관리조례」, 「중화인민공화국 인증·인정조례」 등 법률·법규에 따라 처리한다. 범죄를 구성하는 경우에는

¹⁶ '投诉' 와 '举报' 는 구별되는 개념이다. 전자는 자신의 권익 침해를 이유로 시정을 구하는 것이고, 후자는 위법사실을 관계기관에 알리는 것이므로 각각 '민원 제기'와 '제보'로 옮겼다.

¹⁷ '约谈' 은 감독기관이 규제대상자를 불러 위험이나 위반사항을 지적하고 시정을 요구하는 중국 특유의 행정감독 수단이다. 그 자체가 곧바로 행정처분에 해당하지는 않으나 시정요구가 수반된다는 점에서 단순한 '면담'과 구별되므로, 기능을 드러내기 위하여 '행정면담'으로 번역하였다.

중국어 원문	한국어 번역
	법에 따라 형사책임을 추궁한다.
第十八条 本办法施行前制定的关于个人信息出境认证的相关规定与本办法不一致的，按照本办法执行。	제 18 조 이 방법의 시행 전에 제정된 개인정보 국외이전 인증에 관한 관련 규정이 이 방법과 일치하지 아니하는 경우에는 이 방법을 적용한다. ¹⁸
第十九条 本办法自 2026 年 1 月 1 日起施行。	제 19 조 이 방법은 2026 년 1 월 1 일부터 시행한다.

¹⁸ 【수정 역주】 원역 '이 방법에 따라 집행한다'를 수정하였다. 본조는 규범충돌 시의 적용순위를 정하는 조항이므로 '이 방법을 적용한다'가 적확하다.

중국 「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」

《促进和规范数据跨境流动规定¹》

진오(陈奥) (인하대학교 법학과 박사생) 번역

Translator CHEN, Ao(Doctoral Student, Dept. of Law, Graduate School, INHA University)

모덕승(慕德昇)(중국정법대학교 박사) 감수

Reviewer MU, Desheng(Ph.D., China University of Political Science and Law)

법령 정보

- 국가인터넷정보판공실령 제 16 호.
- 2023 년 11 월 28 일 국가인터넷정보판공실 2023 년도 제 26 차 판공실 업무회의 심의·의결
- 2024 년 3 월 22 일 공포·시행.
- 2026. 7. 14. 현재 현행 유효, 개정 이력 없음²

한 중 대 조 번 역

¹ 중국의 “规定”은 국무원 각 부문이 제정하는 부문규장(部门规章)의 명칭 가운데 하나로, 「입법법」상 국무원이 제정하는 행정법규(条例)보다 효력순위가 낮다. 한편 제목의 “规范”은 규율·규범화를 뜻하는 동사이므로 “규범화”로 옮겼다.

² 이 규정은 2023 년 11 월 28 일 국가인터넷정보판공실(中国网信办) 2023 년도 제 26 차 판공실 업무회의(室务会议)에서 심의·의결되어 2024 년 3 월 22 일 국가인터넷정보판공실령 제 16 호로 공포되었고, 공포한 날부터 시행되었다. 본 번역은 북대법보(北大法宝) 법보인증코드 CLI. 4. 5190270 수록본과 국가인터넷정보판공실에 게재된 공포문 원문을 대조하여 확인하였으며, 2026 년 7 월 14 일 현재 개정 또는 폐지 이력 없이 유효하다.

(중국어) 원문	(한국어) 번역
促进和规范数据跨境流动规定	데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정
第一条 为了保障数据安全, 保护个人信息权益, 促进数据依法有序自由流动, 根据《中华人民共和国网络安全法》、《中华人民共和国数据安全法》、《中华人民共和国个人信息保护法》等法律法规, 对于数据出境安全评估、个人信息出境标准合同、个人信息保护认证等数据出境制度的施行, 制定本规定。	제 1 조 데이터 안전을 보장하고 개인정보 권익을 보호하며 데이터가 법에 따라 질서 있고 자유롭게 이동하도록 촉진하기 위하여, 「중화인민공화국 네트워크안전법」, 「중화인민공화국 데이터안전법」, 「중화인민공화국 개인정보보호법」 등 법률·법규에 근거하여 데이터 국외이전³ 안전평가, 개인정보 국외이전 표준계약, 개인정보 보호 인증 등 데이터 국외이전 제도의 시행에 관하여 이 규정을 제정한다.
第二条 数据处理者应当按照相关规定识别、申报重要数据。未被相关部门、地区告知或者公开发布为重要数据的, 数据处理者不需要作为重要数据申报数据出境安全评估。	제 2 조 데이터 처리자⁴는 관련 규정에 따라 중요 데이터⁵를 식별하고 신고하여야 한다. 관련 부문 또는 지역으로부터 중요 데이터라고 통지받거나 중요 데이터로 공개 발표된 바 없는 경우, 데이터 처리자는 이를 중요 데이터로 보아

³ 이 규정의 제목은 “跨境流动”(국경 간 이동)이라는 넓은 표현을 쓰지만, 본문의 규율대상은 모두 “出境”, 즉 경내에서 경외로의 이전이다. 跨境은 입경(入境)을 포함하는 상위 개념이므로 “국경 간”으로, 出境은 한국 법제에서 통용되는 “국외이전”으로 각각 구분하여 번역하였다.

⁴ “数据处理者”에 관한 정의규정은 이 규정에 없고 「중화인민공화국 데이터안전법」과 「중화인민공화국 개인정보보호법」의 개념을 원용한다. 「네트워크 데이터 안전관리조례」 제 62 조제 3 호는 이를 “처리 목적과 처리 방식을 독자적으로 결정하는 개인·조직”으로 정의한다. 한국 「개인정보 보호법」상 “개인정보처리자”보다 대상 범위가 넓으므로 “데이터 처리자”로 직역하였다.

⁵ “重要数据” 역시 이 규정에 정의가 없다. 「중화인민공화국 데이터안전법」 제 21 조의 분류·등급별 보호제도를 전제로 하며, 「네트워크 데이터 안전관리조례」 제 62 조제 4 호가 “특정 분야·특정 집단·특정 지역에 관한 데이터이거나 일정한 정밀도와 규모에 이른 데이터로서, 변조·훼손·유출 등의 경우 국가안전, 경제운영, 사회안전, 공중보건과 안전을 직접 해칠 가능성이 있는 데이터”로 정의한다. 일반적 의미의 “중요한 데이터”가 아니라 법정 개념이므로 문서 전체에서 같은 용어를 사용하였다.

(중국어) 원문	(한국어) 번역
	데이터 국외이전 안전평가를 신청할 필요가 없다. ⁶
第三条 国际贸易、跨境运输、学术合作、跨国生产制造和市场营销等活动中收集和产生的数据向境外提供，不包含个人信息或者重要数据的，免于申报数据出境安全评估、订立个人信息出境标准合同、通过个人信息保护认证。	제 3 조 국제무역, 국경 간 운송, 학술협력, 다국적 생산·제조 및 마케팅 등의 활동에서 수집·생성한 데이터를 국외에 제공 ⁷ 하는 경우, 해당 데이터에 개인정보 또는 중요 데이터가 포함되지 않으면 데이터 국외이전 안전평가 신청, 개인정보 국외이전 표준계약 체결 및 개인정보 보호 인증 취득이 면제된다.
第四条 数据处理者在境外收集和产生的个人信息传输至境内处理后向境外提供，处理过程中没有引入境内个人信息或者重要数据的，免于申报数据出境安全评估、订立个人信息出境标准合同、通过个人信息保护认证。	제 4 조 데이터 처리자가 국외에서 수집·생성한 개인정보를 경내로 전송하여 처리한 후 다시 국외에 제공하는 경우, 그 처리 과정에서 경내의 개인정보 또는 중요 데이터가 유입되지 않으면 데이터 국외이전 안전평가 신청, 개인정보 국외이전 표준계약 체결 및 개인정보 보호 인증 취득이 면제된다.
第五条 数据处理者向境外提供个人信息，符合下列条件之一的，免于申报数据出境安全评估、订立个人信息出境标准合同、通过个人信息保护认证：	제 5 조 데이터 처리자가 개인정보를 국외에 제공하는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 데이터 국외이전 안전평가 신청, 개인정보 국외이전 표준계약 체결 및 개인정보 보호 인증 취득이 면제된다.

⁶ 원문은 “申报”를 두 가지 의미로 사용한다. 앞의 “申报重要数据”는 식별한 중요 데이터를 관계 부문에 알리는 신고이고, 뒤의 “申报数据出境安全评估”는 성급 인터넷정보 부문을 거쳐 국가 인터넷정보 부문에 안전평가 절차의 개시를 구하는 신청이다. 의미의 차이를 드러내기 위하여 각각 “신고”와 “신청”으로 구분하여 번역하였으며, 이 원칙을 이 규정 전체에 일관되게 적용하였다.

⁷ 중국 데이터법제에서 “境内”와 “境外”는 홍콩특별행정구·마카오특별행정구·타이완 지역을 제외한 중국 대륙을 기준으로 하는 개념이다. 따라서 “境外提供”은 지리적 국경 이전이 아니라 이 법역(法域) 밖으로의 제공을 뜻한다. 본 번역에서는 행위를 가리키는 “向境外提供”은 “국외에 제공”으로, 장소를 가리키는 “境内·境外”는 “경내·경외”로 옮겼다.

(중국어) 원문	(한국어) 번역
(一) 为订立、履行个人作为一方当事人的合同，如跨境购物、跨境寄递、跨境汇款、跨境支付、跨境开户、机票酒店预订、签证办理、考试服务等，确需向境外提供个人信息的；	1. 개인이 일방 당사자인 계약을 체결하거나 이행하기 위하여, 예를 들어 국경 간 쇼핑, 국경 간 배송, 국경 간 송금, 국경 간 결제, 국경 간 계좌 개설, 항공권·호텔 예약, 비자 신청, 시험 서비스 등의 경우 개인정보를 국외에 제공할 필요가 있는 경우
(二) 按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施跨境人力资源管理的，确需向境外提供员工个人信息的；	2. 법에 따라 제정된 취업규칙 ⁸ 과 법에 따라 체결된 단체협약에 근거하여 국경 간 인적자원관리를 실시하기 위하여 직원의 개인정보를 국외에 제공할 필요가 있는 경우
(三) 紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全，确需向境外提供个人信息的；	3. 긴급한 상황에서 자연인의 생명·건강 및 재산의 안전을 보호하기 위하여 개인정보를 국외에 제공할 필요가 있는 경우
(四) 关键信息基础设施运营者以外的数据处理者自当年 1 月 1 日起累计向境外提供不满 10 万人个人信息（不含敏感个人信息）的。	4. 주요정보기반시설 ⁹ 운영자 외의 데이터 처리자가 해당 연도 1 월 1 일부터 누적하여 10 만 명 미만의 개인에 관한 개인정보(민감 개인정보 ¹⁰ 제외)를 국외에 제공하는 경우

⁸ “劳动规章制度”는 사용자가 법에 따라 제정하는 사업장 내부의 노무관리 규범으로서 한국 「근로기준법」 제 93 조의 “취업규칙”에 대응한다. 한국법상 통용 용어를 사용하되 원문 용어를 이 각주에 밝혀 둔다.

⁹ “关键信息基础设施”는 「중화인민공화국 네트워크안전법」 제 31 조 및 「주요정보기반시설 안전보호조례(关键信息基础设施安全保护条例)」가 규정하는 개념으로, 공공통신·정보서비스, 에너지, 교통, 금융 등 중요 업종에서 훼손 시 국가안전 등에 심각한 위협을 줄 수 있는 시설을 말한다. 한국 「정보통신기반 보호법」의 “주요정보통신기반시설”에 기능적으로 대응하므로 “주요정보기반시설”로 번역하였다.

¹⁰ “敏感个人信息”은 「중화인민공화국 개인정보보호법」 제 28 조가 “유출되거나 불법적으로 이용될 경우 자연인의 인격존엄이 침해되거나 신체·재산의 안전이 위태롭게 되기 쉬운 개인정보”로 정의하는 개념으로, 생체식별정보·종교신앙·특정신분·의료건강·금융계좌·이동경로 및 14 세 미만 미성년자의 개인정보를 포함한다. 한국 「개인정보 보호법」 제 23 조의 “민감정보”와 포섭 범위가 완전히 일치하지 아니하므로 원문에 따라 “민감 개인정보”로 직역하였다.

(중국어) 원문	(한국어) 번역
前款所称向境外提供的个人信息，不包括重要数据。	전항에서 말하는 국외 제공 개인정보에는 중요 데이터가 포함되지 않는다.
第六条 自由贸易试验区在国家数据分类分级保护制度框架下，可以自行制定区内需要纳入数据出境安全评估、个人信息出境标准合同、个人信息保护认证管理范围的数据清单（以下简称负面清单），经省级网络安全和信息化委员会批准后，报国家网信部门、国家数据管理部门备案。	제 6 조 자유무역시험구 ¹¹ 는 국가 데이터 분류·등급별 보호제도의 틀 안에서 시험구 내에서 데이터 국외이전 안전평가, 개인정보 국외이전 표준계약 및 개인정보 보호 인증의 관리범위에 포함할 데이터 목록(이하 ‘네거티브 리스트’ ¹²)라 한다)을 자율적으로 제정할 수 있다. 이 목록은 성급 네트워크안전·정보화위원회 ¹³ 의 승인을 받은 후 국가 인터넷정보 부문과 국가 데이터관리부문에 등록하여야 한다. ¹⁴
自由贸易试验区内数据处理者向境外提供负面清单外的数据，可以免于申报数据出境安全评估、订立个人信息出境标准合同、通过个人信息保护认证。	자유무역시험구 내 데이터 처리자가 네거티브 리스트에 포함되지 않은 데이터를 국외에 제공하는 경우, 데이터 국외이전 안전평가 신청, 개인정보 국외이전 표준계약 체결 및 개인정보 보호 인증 취득이 면제될 수 있다.

¹¹ “自由贸易试验区”는 국무원이 지정하여 제도·정책 실험을 허용하는 구역으로, 한국 「자유무역지역의 지정 및 운영에 관한 법률」상 관세 중심의 “자유무역지역”과는 성격이 다르다. 이 조는 데이터 국외이전 규제에 관한 지역적 실험권한을 인정한 것으로, 자유무역시험구가 자체 목록을 정할 수 있도록 한 점에 이 규정의 특색이 있다.

¹² “负面清单”은 목록에 열거된 것만 규제하고 그 밖의 것은 원칙적으로 허용하는 규율방식을 말한다. 이 조에서는 목록에 포함된 데이터만 안전평가·표준계약·보호인증의 대상이 되고, 목록 밖의 데이터는 국외제공이 면제될 수 있다.

¹³ “省级网络安全和信息化委员会”는 각 성·자치구·직할시의 당·정 합동 의사조정기구로서, 행정기관인 인터넷정보 부문(网信办)과는 구별된다. 목록의 승인권이 행정부문이 아니라 이 위원회에 있다는 점이 이 조의 특징이다.

¹⁴ “备案”은 감독기관에 자료를 제출하여 기록·보존하게 하는 절차로서, 실질심사를 거쳐 효력을 부여하는 허가·승인과 구별된다. 한국법상 완전히 대응하는 개념이 없어 “등록”으로 옮겼으나, 그 실질은 사후적 신고·기록에 가깝다. 이 조에서는 성급 위원회의 “批准”(승인)과 국가 부문에 대한 “备案”(등록)이 단계적으로 구분되어 있다.

(중국어) 원문	(한국어) 번역
第七条 数据处理者向境外提供数据，符合下列条件之一的，应当通过所在地省级网信部门向国家网信部门申报数据出境安全评估：	제 7 조 데이터 처리자가 데이터를 국외에 제공하는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 소재지 성급 인터넷정보 부문을 통하여 국가 인터넷정보 부문에 데이터 국외이전 안전평가를 신청하여야 한다.
(一) 关键信息基础设施运营者向境外提供个人信息或者重要数据；	1. 주요정보기반시설 운영자가 개인정보 또는 중요 데이터를 국외에 제공하는 경우
(二) 关键信息基础设施运营者以外的数据处理者向境外提供重要数据，或者自当年 1 月 1 日起累计向境外提供 100 万人以上个人信息（不含敏感个人信息）或者 1 万人以上敏感个人信息。	2. 주요정보기반시설 운영자 외의 데이터 처리자가 중요 데이터를 국외에 제공하거나, 해당 연도 1 월 1 일부터 누적하여 100 만 명 이상의 개인에 관한 개인정보(민감 개인정보 제외) 또는 1 만 명 이상의 개인에 관한 민감 개인정보를 국외에 제공하는 경우
属于本规定第三条、第四条、第五条、第六条规定情形的，从其规定。	이 규정 제 3 조, 제 4 조, 제 5 조 또는 제 6 조에서 정한 사유에 해당하는 경우에는 해당 조항에 따른다.
第八条 关键信息基础设施运营者以外的数据处理者自当年 1 月 1 日起累计向境外提供 10 万人以上、不满 100 万人个人信息（不含敏感个人信息）或者不满 1 万人敏感个人信息的，应当依法与境外接收方订立个人信息出境标准合同或者通过个人信息保护认证。	제 8 조 주요정보기반시설 운영자 외의 데이터 처리자가 해당 연도 1 월 1 일부터 누적하여 10 만 명 이상 100 만 명 미만의 개인에 관한 개인정보(민감 개인정보 제외) 또는 1 만 명 미만의 개인에 관한 민감 개인정보를 국외에 제공하는 경우에는, 법에 따라 국외 수령자와 개인정보 국외이전 표준계약을 체결하거나 개인정보 보호 인증을 받아야 한다.
属于本规定第三条、第四条、第五条、第六条规定情形的，从其规定。	이 규정 제 3 조, 제 4 조, 제 5 조 또는 제 6 조에서 정한 사유에 해당하는

(중국어) 원문	(한국어) 번역
	경우에는 해당 조항에 따른다.
第九条 通过数据出境安全评估的结果有效期为3年,自评估结果出具之日起计算。有效期届满,需要继续开展数据出境活动且未发生需要重新申报数据出境安全评估情形的,数据处理者可以在有效期届满前60个工作日内通过所在地省级网信部门向国家网信部门提出延长评估结果有效期申请。经国家网信部门批准,可以延长评估结果有效期3年。	제9조 데이터 국외이전 안전평가의 통과 결과는 3년간 유효하며, 평가 결과가 발급된 날부터 계산한다. 유효기간 만료 후에도 데이터 국외이전 활동을 계속할 필요가 있고 데이터 국외이전 안전평가를 다시 신청하여야 하는 사유가 발생하지 않은 경우, 데이터 처리자는 유효기간 만료 전 60 근무일¹⁵ 이내에 소재지 성급 인터넷정보 부문을 통하여 국가 인터넷정보 부문에 평가 결과 유효기간의 연장을 신청할 수 있다. 국가 인터넷정보 부문의 승인을 받으면 평가 결과의 유효기간을 3년 연장할 수 있다.
第十条 数据处理者向境外提供个人信息的,应当按照法律、行政法规的规定履行告知、取得个人单独同意、进行个人信息保护影响评估等义务。	제10조 데이터 처리자가 개인정보를 국외에 제공하는 경우에는 법률 및 행정법규의 규정에 따라 고지, 개인의 별도 동의¹⁶ 획득, 개인정보 보호 영향평가¹⁷ 실시 등의 의무를 이행하여야 한다.
第十一条 数据处理者向境外提供数据的,应当遵守法律、法规的规定,履行数据安全保护义务,采取技术措	제11조 데이터 처리자가 데이터를 국외에 제공하는 경우에는 법률·법규의 규정을 준수하고

¹⁵ “工作日”는 법정공휴일과 휴일을 제외한 근무일을 말한다. 역일(曆日)과 구별되므로 “근무일”로 번역하였다. 안전평가 결과의 유효기간을 3년으로 정하고 연장을 허용한 이 조는 「데이터 국외이전 안전평가방법」(2022년)의 2년 유효기간을 변경한 것이다.

¹⁶ “单独同意”는 다른 동의사항과 구분하여 특정한 처리에 관하여 개별적으로 받는 동의를 말한다(「네트워크 데이터 안전관리조례」 제62조제7호). 한국 개인정보 법제에서 통용되는 “별도 동의”로 번역하였다.

¹⁷ “个人信息保护影响评估”는 「중화인민공화국 개인정보보호법」 제55조·제56조가 정한 사전 평가절차로, 민감 개인정보 처리·자동화 의사결정·국외제공 등의 경우에 의무화된다. 한국 「개인정보 보호법」 제33조의 “개인정보 영향평가”가 공공기관의 일정 규모 개인정보파일을 대상으로 하는 것과 달리 처리자 일반에게 적용되므로, 제도의 차이를 드러내기 위하여 원문에 따라 직역하였다.

(중국어) 원문	(한국어) 번역
施和其他必要措施，保障数据出境安全。发生或者可能发生数据安全事件的，应当采取补救措施，及时向省级以上网信部门和其他有关主管部门报告。	데이터 안전보호 의무를 이행하며, 기술적 조치 및 그 밖의 필요한 조치를 취하여 데이터 국외이전의 안전을 보장하여야 한다. 데이터 안전사건이 발생하거나 발생할 가능성이 있는 경우에는 구제조치를 취하고 성급 이상 인터넷정보 부문 및 그 밖의 관계 주관부문에 지체 없이 보고하여야 한다.
第十二条 各地网信部门应当加强对数据处理者数据出境活动的指导监督，健全完善数据出境安全评估制度，优化评估流程；强化事前事中事后全链条全领域监管，发现数据出境活动存在较大风险或者发生数据安全事件的，要求数据处理者进行整改，消除隐患；对拒不改正或者造成严重后果的，依法追究法律责任。	제 12 조 각 지역 인터넷정보 부문은 데이터 처리자의 데이터 국외이전 활동에 대한 지도·감독을 강화하고, 데이터 국외이전 안전평가 제도를 정비·완비하며, 평가절차를 최적화하여야 한다. 또한 사전·진행 중·사후의 전 과정 및 전 영역에 대한 감독관리를 강화하고, 데이터 국외이전 활동에 비교적 큰 위험이 있거나 데이터 안전사건이 발생한 사실을 발견한 경우 데이터 처리자에게 시정을 요구하여 잠재 위험을 제거하게 하여야 한다. 시정을 거부하거나 중대한 결과를 초래한 경우에는 법에 따라 법적 책임을 추궁한다.
第十三条 2022 年 7 月 7 日公布的《数据出境安全评估办法》（国家互联网信息办公室令第 11 号）、2023 年 2 月 22 日公布的《个人信息出境标准合同办法》（国家互联网信息办	제 13 조 2022 년 7 월 7 일 공포된 「데이터 국외이전 안전평가방법」 ¹⁸ (국가인터넷정보관공실령 제 11 호), 2023 년 2 월 22 일 공포된 「개인정보 국외이전 표준계약방법」(국가인터넷정보관공

¹⁸ “办法”는 부문규장의 명칭 가운데 하나로 “방법”으로 옮겼다. 이 조는 동일한 효력등급의 선행 부문규장인 「데이터 국외이전 안전평가방법」(2022 년 국가인터넷정보관공실령 제 11 호)과 「개인정보 국외이전 표준계약방법」(2023 년 동 관공실령 제 13 호)에 대하여 이 규정을 우선 적용하도록 한 것으로, 신법 우선의 원칙을 명문화한 것이다.

(중국어) 원문	(한국어) 번역
公室令第 13 号) 等相关规定与本规定不一致的, 适用本规定。	실령 제 13 호) 등 관련 규정이 이 규정과 일치하지 않는 경우에는 이 규정을 적용한다. ¹⁹
第十四条 本规定自公布之日起施行。	제 14 조 이 규정은 공포한 날부터 시행한다.

¹⁹ 이 규정 이후인 2024 년 9 월 24 일 공포되어 2025 년 1 월 1 일 시행된 행정법규 「네트워크 데이터 안전관리조례」 제 5 장은 네트워크 데이터의 국경 간 안전관리를 규율하면서 이 규정의 면제사유(개인정보 국외제공 요건)를 사실상 흡수하였다. 다만 위 조례는 안전평가 결과의 유효기간(제 9 조)이나 자유무역시험구 네거티브 리스트(제 6 조)와 같은 구체적 사항을 규정하지 아니하므로, 이 규정은 상위법규와 저촉되지 아니하는 범위에서 여전히 적용된다.

중국 「네트워크 데이터 안전관리조례¹」

《网络安全安全管理条例》

진오(陈奥) (인하대학교 법학과 박사생) 번역

Translator CHEN, Ao(Doctoral Student, Dept. of Law, Graduate School, INHA University)

모덕승(慕德昇)(중국정법대학교 박사) 감수

Reviewer MU, Desheng(Ph.D., China University of Political Science and Law)

법령 정보

- ◆ 중화인민공화국 국무원령 제 790 호.
- ◆ 2024 년 8 월 30 일 국무원 제 40 차 상무회의 통과
- ◆ 2024 년 9 월 24 일 공포
- ◆ 2025 년 1 월 1 일 시행
- ◆ 2026. 7. 14. 현재 현행 유효, 개정 이력 없음
- ◆ 북대법보(北大法宝) 법보인증코드 CLI.2.5232484 의 2026 년 7 월 14 일 수록본을 저본으로 하고, 중국정부망(中国政府网)에 게재된 국무원령 제 790 호 원문과 대조하였다.

¹ 중국의 “条例”는 국무원이 제정하는 행정법규의 명칭이다. 한국 지방자치단체의 자치법규인 “조례”와는 제정주체와 법적성격이 다르나, 중국 법령명에 관한 관행적 직역을 유지하여 “조례”로 번역하였다.

한 중 대 조 번 역

중국어(원문)	한국어(번역)
网络数据安全条例	네트워크 데이터 안전관리조례
第一章 总 则	제 1 장 총칙
第一条 为了规范网络数据处理活动，保障网络数据安全，促进网络数据依法合理有效利用，保护个人、组织的合法权益，维护国家安全和公共利益，根据《中华人民共和国网络安全法》、《中华人民共和国数据安全法》、《中华人民共和国个人信息保护法》等法律，制定本条例。	제 1 조 네트워크 데이터 처리활동을 규율하고, 네트워크 데이터의 안전을 보장하며, 네트워크 데이터의 합법적이고 합리적이며 효과적인 이용을 촉진하고, 개인과 조직의 합법적 권익을 보호하며, 국가안전과 공공이익을 수호하기 위하여 「중화인민공화국 네트워크안전법」, 「중화인민공화국 데이터안전법」, 「중화인민공화국 개인정보보호법」 등 법률에 따라 이 조례를 제정한다.
第二条 在中华人民共和国境内开展网络数据处理活动及其安全监督管理，适用本条例。	제 2 조 중화인민공화국 경내에서 네트워크 데이터 ² 처리활동과 그 안전에 관한 감독·관리를 하는 경우 이 조례를 적용한다.
在中华人民共和国境外处理中华人民共和国境内自然人个人信息的活动，符合《中华人民共和国个人信息保护法》第三条第二款规定情形的，也适用本条例。	중화인민공화국 경외에서 중화인민공화국 경내 자연인의 개인정보를 처리하는 활동이 「중화인민공화국 개인정보보호법」 제 3 조제 2 항에서 정한 경우에 해당하는 때에도 이 조례를 적용한다.

² “网络数据”는 제 62 조제 1 호가 “네트워크를 통하여 처리되고 생성되는 각종 전자 데이터”로 정의한다. “온라인 데이터”로 축소하지 아니하고 원문의 개념 범위를 보존하기 위하여 “네트워크 데이터”로 직역하였다.

중국어(원문)	한국어(번역)
在中华人民共和国境外开展网络数据处理活动，损害中华人民共和国国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益的，依法追究法律责任。	중화인민공화국 경외에서 네트워크 데이터 처리활동을 하여 중화인민공화국의 국가안전, 공공이익 또는 공민·조직의 합법적 권익을 침해한 경우에는 법에 따라 법적 책임을 추궁한다.
第三条 网络数据安全管理工作坚持中国共产党的领导，贯彻总体国家安全观，统筹促进网络数据开发利用与保障网络数据安全。	제 3 조 네트워크 데이터 안전관리 업무는 중국공산당의 영도를 견지하고, 총체적 국가안전관을 관철하며, 네트워크 데이터의 개발·이용 촉진과 네트워크 데이터 안전의 보장을 총괄한다.
第四条 国家鼓励网络数据在各行业、各领域的创新应用，加强网络数据安全防护能力建设，支持网络数据相关技术、产品、服务创新，开展网络数据安全宣传教育和人才培养，促进网络数据开发利用和产业发展。	제 4 조 국가는 각 업종과 각 분야에서 네트워크 데이터의 혁신적 응용을 장려하고, 네트워크 데이터 안전보호 역량의 구축을 강화하며, 네트워크 데이터 관련 기술·제품·서비스의 혁신을 지원하고, 네트워크 데이터 안전에 관한 홍보·교육과 인재 양성을 실시하여 네트워크 데이터의 개발·이용과 산업 발전을 촉진한다.
第五条 国家根据网络数据在经济社会发展中的重要程度，以及一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益造成的危害程度，对网络数据实行分类分级保护。	제 5 조 국가는 네트워크 데이터가 경제·사회 발전에서 가지는 중요도와 네트워크 데이터가 변조·훼손·유출되거나 불법적으로 취득·이용되는 경우 국가안전, 공공이익 또는 개인·조직의 합법적 권익에 미치는 위해의 정도에 따라 네트워크 데이터에 대하여

중국어(원문)	한국어(번역)
	분류·등급별 보호 ³ 를 실시한다.
第六条 国家积极参与网络数据安全相关国际规则和标准的制定, 促进国际交流与合作。	제 6 조 국가는 네트워크 데이터 안전 관련 국제규칙과 표준의 제정에 적극 참여하고 국제교류와 협력을 촉진한다.
第七条 国家支持相关行业组织按照章程, 制定网络数据安全行为规范, 加强行业自律, 指导会员加强网络数据安全保护, 提高网络数据安全保护水平, 促进行业健康发展。	제 7 조 국가는 관련 업종조직이 정관에 따라 네트워크 데이터 안전행위 규범을 제정하고 업종의 자율규제를 강화하며, 회원이 네트워크 데이터 안전보호를 강화하도록 지도하고, 네트워크 데이터 안전보호 수준을 높여 업종의 건전한 발전을 촉진하는 것을 지원한다.
第二章 一般规定	제 2 장 일반 규정
第八条 任何个人、组织不得利用网络数据从事非法活动, 不得从事窃取或者以其他非法方式获取网络数据、非法出售或者非法向他人提供网络数据等非法网络数据处理活动。	제 8 조 어떠한 개인이나 조직도 네트워크 데이터를 이용하여 불법활동을 하여서는 아니 되며, 네트워크 데이터를 절취하거나 그 밖의 불법적인 방식으로 취득하거나 불법적으로 판매하거나 타인에게 불법적으로 제공하는 등 불법적인 네트워크 데이터 처리활동을 하여서는 아니 된다.
任何个人、组织不得提供专门用于从事前款非法活动的程序、工具; 明知他人从事前款非法活动的, 不得为其提供互	어떠한 개인이나 조직도 전항의 불법활동에 전문적으로 사용되는 프로그램이나 도구를 제공하여서는 아니 된다. 타인이 전항의 불법활동을 한다는 사실을 알면서 인터넷

³ “分类分级”은 데이터의 유형별 분류(分类)와 중요도·위험도에 따른 등급화(分级)를 함께 가리킨다. 두 요소를 모두 드러내기 위하여 “분류·등급별”로 번역하였다.

중국어(원문)	한국어(번역)
联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助。	접속, 서버 호스팅, 네트워크 저장, 통신 전송 등의 기술지원을 제공하거나 광고 홍보, 지급결제 등의 도움을 제공하여서는 아니 된다.
第九条 网络数据处理者应当依照法律、行政法规的规定和国家标准的强制性要求，在网络安全等级保护的基础上，加强网络数据安全防护，建立健全网络数据安全管理制度，采取加密、备份、访问控制、安全认证等技术措施和其他必要措施，保护网络数据免遭篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用，处置网络数据安全事件，防范针对和利用网络数据实施的违法犯罪活动，并对所处理网络数据的安全承担主体责任。	제 9 조 네트워크 데이터 처리자 ⁴ 는 법률·행정법규의 규정과 국가표준의 강제적 요구에 따라 네트워크 안전 등급보호 ⁵ 를 기초로 네트워크 데이터 안전보호를 강화하고, 네트워크 데이터 안전관리제도를 수립·정비하며, 암호화·백업·접근통제·안전인증 등의 기술적 조치와 그 밖의 필요한 조치를 취하여야 한다. 또한 네트워크 데이터가 변조·훼손·유출되거나 불법적으로 취득·이용되지 않도록 보호하고, 네트워크 데이터 안전사건을 처리하며, 네트워크 데이터를 대상으로 하거나 이용하여 실시되는 위법·범죄활동을 방지하고, 자신이 처리하는 네트워크 데이터의 안전에 대하여 주체로서의 책임을 부담하여야 한다.
第十条 网络数据处理者提供	제 10 조 네트워크 데이터 처리자가 제공하는

⁴ “网络数据处理者”는 개인정보뿐 아니라 중요 데이터를 포함한 네트워크 데이터 전반에 관하여 처리 목적과 방식을 독자적으로 결정하는 자를 말한다(제 62 조제 3 호). 한국 「개인정보 보호법」상 “개인정보처리자”보다 대상 범위가 넓으므로 “네트워크 데이터 처리자”로 번역하였다.

⁵ “网络安全等级保护”는 「중화인민공화국 네트워크안전법」 제 21 조에 근거한 중국 고유의 등급보호제도(이른바 等保)로서, 정보시스템을 중요도에 따라 등급화하여 차등적 보호의무를 부과한다. 한국의 정보보호 관리체계 인증(ISMS)과 동일한 제도가 아니므로 제도명을 직역하였다.

중국어(원문)	한국어(번역)
的网络产品、服务应当符合相关国家标准的强制性要求；发现网络产品、服务存在安全缺陷、漏洞等风险时，应当立即采取补救措施，按照规定及时告知用户并向有关主管部门报告；涉及危害国家安全、公共利益的，网络数据处理者还应当在 24 小时内向有关主管部门报告。	네트워크 제품과 서비스는 관련 국가표준의 강제적 요구에 부합하여야 한다. 네트워크 제품이나 서비스에 안전상 결함, 취약점 등의 위험이 있음을 발견한 때에는 즉시 보완조치를 취하고, 규정에 따라 적시에 이용자에게 알리며 관계 주관부문에 보고하여야 한다. 국가안전·공공이익에 대한 위해와 관련되는 경우 네트워크 데이터 처리자는 24 시간 이내에 관계 주관부문에 보고하여야 한다.
第十一条 网络数据处理者应当建立健全网络数据安全事件应急预案，发生网络数据安全事件时，应当立即启动预案，采取措施防止危害扩大，消除安全隐患，并按照规定向有关主管部门报告。	제 11 조 네트워크 데이터 처리자는 네트워크 데이터 안전사건 비상대응계획을 수립·정비하여야 한다. 네트워크 데이터 안전사건이 발생한 때에는 즉시 비상대응계획을 가동하고, 위해의 확대를 방지하며 안전상 위험을 제거하기 위한 조치를 취하고, 규정에 따라 관계 주관부문에 보고하여야 한다.
网络数据安全事件对个人、组织合法权益造成危害的，网络数据处理者应当及时将安全事件和风险情况、危害后果、已经采取的补救措施等，以电话、短信、即时通信工具、电子邮件或者公告等方式通知利害关系人；法律、行政法规规定可以不通知的，从其规定。网络数据处理者在处置网络数	네트워크 데이터 안전사건으로 개인이나 조직의 합법적 권익에 위해가 발생한 경우 네트워크 데이터 처리자는 안전사건과 위험의 상황, 위해의 결과 및 이미 취한 보완조치 등을 전화, 문자메시지, 실시간 통신수단, 전자우편 또는 공고 등의 방식으로 이해관계인에게 적시에 통지하여야 한다. 법률 또는 행정법규에서 통지하지 아니할 수

중국어(원문)	한국어(번역)
据安全事件过程中发现涉嫌违法犯罪线索的,应当按规定向公安机关、国家安全机关报案,并配合开展侦查、调查和处置工作。	있다고 정한 경우에는 그 규정에 따른다. 네트워크 데이터 처리자가 네트워크 데이터 안전사건을 처리하는 과정에서 위법·범죄 혐의의 단서를 발견한 경우에는 규정에 따라 공안기관 또는 국가안전기관에 신고하고, 수사·조사 및 처리 업무에 협조하여야 한다.
第十二条 网络数据处理者向其他网络数据处理者提供、委托处理个人信息和重要数据的,应当通过合同等与网络数据接收方约定处理目的、方式、范围以及安全保护义务等,并对网络数据接收方履行义务的情况进行监督。向其他网络数据处理者提供、委托处理个人信息和重要数据的处理情况记录,应当至少保存3年。	제 12 조 네트워크 데이터 처리자가 다른 네트워크 데이터 처리자에게 개인정보와 중요 데이터를 제공하거나 그 처리를 위탁하는 경우에는 계약 등을 통하여 네트워크 데이터 수령자와 처리 목적·방식·범위 및 안전보호 의무 등을 약정하고, 네트워크 데이터 수령자의 의무 이행 상황을 감독하여야 한다. 다른 네트워크 데이터 처리자에게 개인정보와 중요 데이터를 제공하거나 그 처리를 위탁한 상황에 관한 기록은 최소 3 년간 보존하여야 한다.
网络数据接收方应当履行网络数据安全保护义务,并按照约定的目的、方式、范围等处理个人信息和重要数据。	네트워크 데이터 수령자는 네트워크 데이터 안전보호 의무를 이행하고, 약정한 목적·방식·범위 등에 따라 개인정보와 중요 데이터를 처리하여야 한다.
两个以上的网络数据处理者共同决定个人信息和重要数据的处理目的和处理方式的,应当约定各自的权利和义务。	둘 이상의 네트워크 데이터 처리자가 개인정보와 중요 데이터의 처리 목적과 처리 방식을 공동으로 결정하는 경우에는 각자의 권리와 의무를 약정하여야 한다.

중국어(원문)	한국어(번역)
第十三条 网络数据处理者开展网络数据处理活动，影响或者可能影响国家安全的，应当按照国家有关规定进行国家安全审查。	제 13 조 네트워크 데이터 처리자가 국가안전에 영향을 미치거나 영향을 미칠 가능성이 있는 네트워크 데이터 처리활동을 하는 경우에는 국가의 관련 규정에 따라 국가안전심사 ⁶ 를 받아야 한다.
第十四条 网络数据处理者因合并、分立、解散、破产等原因需要转移网络数据的，网络数据接收方应当继续履行网络数据安全保护义务。	제 14 조 네트워크 데이터 처리자가 합병·분할·해산·파산 등의 사유로 네트워크 데이터를 이전하여야 하는 경우 네트워크 데이터 수령자는 네트워크 데이터 안전보호 의무를 계속 이행하여야 한다.
第十五条 国家机关委托他人建设、运行、维护电子政务系统，存储、加工政务数据，应当按照国家有关规定经过严格的批准程序，明确受托方的网络数据处理权限、保护责任等，监督受托方履行网络数据安全保护义务。	제 15 조 국가기관이 타인에게 전자정부시스템의 구축·운영·유지 및 정무 데이터 ⁷ 의 저장·가공을 위탁하는 경우에는 국가의 관련 규정에 따라 엄격한 승인절차를 거치고, 수탁자의 네트워크 데이터 처리 권한과 보호책임 등을 명확히 하며, 수탁자가 네트워크 데이터 안전보호 의무를 이행하도록 감독하여야 한다.
第十六条 网络数据处理者为国家机关、关键信息基础设施	제 16 조 네트워크 데이터 처리자가 국가기관 또는 주요정보기반시설 ⁸ 운영자에게

⁶ “国家安全审查”는 「중화인민공화국 국가안전법」 제 59 조, 「중화인민공화국 데이터안전법」 제 24 조 및 「네트워크안전심사방법(网络安全审查办法)」에 근거한 심사를 말한다. 한국법상 대응 제도가 없으므로 직역하였다.

⁷ “政务数据”는 국가기관이 직무 수행 과정에서 수집·생성한 데이터를 말한다. 한국의 “공공데이터”가 주로 개방·이용 촉진의 맥락에서 사용되는 것과 달리 이 조례에서는 보호대상으로서의 성격이 강하므로 “정무 데이터”로 직역하였다.

⁸ “关键信息基础设施”는 「중화인민공화국 네트워크안전법」 제 31 조 및 「주요정보기반시설

중국어(원문)	한국어(번역)
运营者提供服务, 或者参与其他公共基础设施、公共服务系统建设、运行、维护的, 应当依照法律、法规的规定和合同约定履行网络数据安全保护义务, 提供安全、稳定、持续的服务。	서비스를 제공하거나 그 밖의 공공기반시설 또는 공공서비스시스템의 구축·운영·유지에 참여하는 경우에는 법률·법규의 규정과 계약의 약정에 따라 네트워크 데이터 안전보호 의무를 이행하고 안전하고 안정적이며 지속적인 서비스를 제공하여야 한다.
前款规定的网络数据处理者未经委托方同意, 不得访问、获取、留存、使用、泄露或者向他人提供网络数据, 不得对网络数据进行关联分析。	전항의 네트워크 데이터 처리자는 위탁자의 동의 없이 네트워크 데이터에 접근하거나 이를 취득·보유·사용·유출하거나 타인에게 제공하여서는 아니 되며, 네트워크 데이터에 대하여 연관분석 ⁹ 을 하여서도 아니 된다.
第十七条 为国家机关提供服务的信息系统应当参照电子政务系统的管理要求加强网络数据安全管理, 保障网络数据安全。	제 17 조 국가기관에 서비스를 제공하는 정보시스템은 전자정부시스템의 관리요구를 참조하여 네트워크 데이터 안전관리를 강화하고 네트워크 데이터의 안전을 보장하여야 한다.
第十八条 网络数据处理者使用自动化工具访问、收集网络数据, 应当评估对网络服务带来的影响, 不得非法侵入他人网络, 不得干扰网络服务正常	제 18 조 네트워크 데이터 처리자가 자동화 도구를 사용하여 네트워크 데이터에 접근하거나 이를 수집하는 경우에는 네트워크 서비스에 미치는 영향을

안전보호조례(关键信息基础设施安全保护条例)」가 규정하는 개념으로, 한국 「정보통신기반 보호법」의 “주요정보통신기반시설”에 기능적으로 대응하므로 “주요정보기반시설”로 번역하였다.

제 63 조의 “核心数据”는 이와 구별되는 별개의 개념이므로 “핵심 데이터”로 구분하여 번역하였다.

⁹ “关联分析”는 서로 다른 데이터를 결합하여 상관관계를 도출하는 분석기법을 말한다. 데이터 분야에서 통용되는 용어인 “연관분석”으로 번역하였다.

중국어(원문)	한국어(번역)
运行。	평가하여야 하며, 타인의 네트워크에 불법으로 침입하거나 네트워크 서비스의 정상적인 운영을 방해하여서는 아니 된다.
第十九条 提供生成式人工智能服务的网络数据处理者应当加强对训练数据和训练数据处理活动的安全管理,采取有效措施防范和处置网络数据安全风险。	제 19 조 생성형 인공지능 서비스를 제공하는 네트워크 데이터 처리자는 학습 데이터 ¹⁰ 와 학습 데이터 처리활동에 대한 안전관리를 강화하고, 네트워크 데이터 안전위험을 방지하고 처리하기 위한 효과적인 조치를 취하여야 한다.
第二十条 面向社会提供产品、服务的网络数据处理者应当接受社会监督,建立便捷的网络安全投诉、举报渠道,公布投诉、举报方式等信息,及时受理并处理网络安全投诉、举报。	제 20 조 사회에 제품이나 서비스를 제공하는 네트워크 데이터 처리자는 사회의 감독을 받아야 하며, 편리한 네트워크 데이터 안전 관련 민원·신고 ¹¹ 통로를 구축하고, 민원·신고 방식 등의 정보를 공개하며, 네트워크 데이터 안전 관련 민원과 신고를 적시에 접수하고 처리하여야 한다.
第三章 个人信息保护	제 3 장 개인정보 보호
第二十一条 网络数据处理者在处理个人信息前,通过制定个人信息处理规则的方式依法向个人告知的,个人信息处理规则应当集中公开展示、易于	제 21 조 네트워크 데이터 처리자가 개인정보를 처리하기 전에 개인정보 처리규칙을 제정하는 방식으로 법에 따라 개인에게 고지하는 경우 개인정보

¹⁰ “训练数据”는 인공지능 모델의 학습에 사용되는 데이터를 말한다. 한국 「인공지능 발전과 신뢰 기반 조성 등에 관한 기본법」이 “학습용데이터”라는 용어를 사용하는 점을 고려하여 “학습 데이터”로 번역하였다.

¹¹ “投诉”는 이용자가 사업자에게 제기하는 불만·고충을, “举报”는 위법사실의 신고를 뜻한다. 한국법상 “이의제기”는 통상 “異議”에 대응하므로 이와 구별하여 “민원·신고”로 번역하였다.

중국어(원문)	한국어(번역)
访问并置于醒目位置，内容明确具体、清晰易懂，包括但不限于下列内容：	처리규칙은 한곳에 모아 공개적으로 표시하고, 쉽게 접근할 수 있도록 하며, 눈에 잘 띄는 위치에 두어야 한다. 그 내용은 명확하고 구체적이며 분명하고 이해하기 쉬워야 하고, 다음 각 호의 내용을 포함하되 이에 한정되지 아니한다.
(一) 网络数据处理者的名称或者姓名和联系方式；	1. 네트워크 데이터 처리자의 명칭 또는 성명과 연락처
(二) 处理个人信息的目的、方式、种类，处理敏感个人信息的必要性以及对个人权益的影响；	2. 개인정보 처리의 목적·방식·종류, 민감 개인정보를 처리할 필요성 및 개인의 권익에 미치는 영향
(三) 个人信息保存期限和到期后的处理方式，保存期限难以确定的，应当明确保存期限的确定方法；	3. 개인정보의 보존기간과 기간 만료 후의 처리 방식. 보존기간을 확정하기 어려운 경우에는 보존기간의 확정 방법을 명확히 하여야 한다.
(四) 个人查阅、复制、转移、更正、补充、删除、限制处理个人信息以及注销账号、撤回同意的方法和途径等。	4. 개인이 개인정보를 열람·복제·전송 ¹² ·정정·보충·삭제하거나 개인정보의 처리를 제한하고, 계정을 해지하며, 동의를 철회하는 방법과 경로 등
网络数据处理者按照前款规定向个人告知收集和向其他网络	네트워크 데이터 처리자가 전항에 따라 개인정보의 수집 및 다른 네트워크 데이터

¹² 제 25 조와 함께 읽으면 이 “转移”는 사업자 간의 일반적인 제공이나 국외이전이 아니라, 정보주체가 지정한 다른 처리자에게 자신의 개인정보를 옮기도록 요구하는 권리, 즉 개인정보 이동권의 내용이다. 한국 「개인정보 보호법」 제 35 조의 2 가 정한 “개인정보의 전송요구권”에 대응하므로 “전송”으로 번역하였다.

중국어(원문)	한국어(번역)
数据处理者提供个人信息的目 的、方式、种类以及网络数据 接收方信息的，应当以清单等 形式予以列明。网络数据处 理者处理不满十四周岁未成年 人个人信息的，还应当制定专 门的个人信息处理规则。	처리자에 대한 제공의 목적·방식·종류와 네트워크 데이터 수령자의 정보를 개인에게 고지하는 경우에는 목록 등의 형식으로 열거하여야 한다. 네트워크 데이터 처리자가 14 세 미만 미성년자의 개인정보를 처리하는 경우에는 별도의 개인정보 처리규칙도 제정하여야 한다.
第二十二条 网络数据处理者 基于个人同意处理个人信息 的，应当遵守下列规定：	제 22 조 네트워크 데이터 처리자가 개인의 동의를 근거로 개인정보를 처리하는 경우에는 다음 각 호의 규정을 준수하여야 한다.
(一) 收集个人信息为提供产 品或者服务所必需，不得超范 围收集个人信息，不得通过误 导、欺诈、胁迫等方式取得个 人同意；	1. 개인정보의 수집은 제품 또는 서비스의 제공에 필요한 것이어야 하며, 범위를 초과하여 개인정보를 수집하여서는 아니 되고, 오도·기망·강요 등의 방식으로 개인의 동의를 받아서는 아니 된다.
(二) 处理生物识别、宗教信 仰、特定身份、医疗健康、金 融账户、行踪轨迹等敏感个人 信息的，应当取得个人的单独 同意；	2. 생체인식 ¹³ , 종교적 신앙, 특정 신분, 의료건강, 금융계좌, 이동경로 ¹⁴ 등 민감 개인정보를 처리하는 경우에는 개인의 별도 동의 ¹⁵ 를 받아야 한다.

¹³ “生物识别”은 지문·홍채·얼굴 등 신체적·행동적 특징에 관한 정보를 말한다. 한국 「개인정보 보호법 시행령」 제 18 조가 “생체인식정보”라는 용어를 사용하므로 이에 맞추어 “생체인식”으로 번역하였다.

¹⁴ “行踪轨迹”는 개인의 이동 경로에 관한 정보를 말한다. 한국 「개인정보 보호법」에는 대응 개념이 없고 「위치정보의 보호 및 이용 등에 관한 법률」상 “개인위치정보”가 이에 근접하나 완전히 일치하지 아니하므로, 원문의 의미를 살려 “이동경로”로 번역하였다.

¹⁵ “单独同意”는 다른 동의사항과 구분하여 특정한 처리에 관하여 개별적으로 받는 동의를 말한다(제 62 조제 7 호). 한국 개인정보 법제에서 통용되는 “별도 동의”로 번역하였다.

중국어(원문)	한국어(번역)
(三) 处理不满十四周岁未成年人个人信息的, 应当取得未成年人的父母或者其他监护人的同意;	3. 14 세 미만 미성년자의 개인정보를 처리하는 경우에는 미성년자의 부모 또는 그 밖의 보호자의 동의를 받아야 한다.
(四) 不得超出个人同意的个人信息处理目的、方式、种类、保存期限处理个人信息;	4. 개인이 동의한 개인정보 처리의 목적·방식·종류·보존기간을 초과하여 개인정보를 처리하여서는 아니 된다.
(五) 不得在个人明确表示不同意处理其个人信息后, 频繁征求同意;	5. 개인이 자신의 개인정보 처리에 동의하지 아니한다는 의사를 명확히 표시한 후에는 동의를 빈번하게 요구하여서는 아니 된다.
(六) 个人信息的处理目的、方式、种类发生变更的, 应当重新取得个人同意。	6. 개인정보 처리의 목적·방식·종류가 변경된 경우에는 개인의 동의를 다시 받아야 한다.
法律、行政法规规定处理敏感个人信息应当取得书面同意的, 从其规定。	법률 또는 행정법규에서 민감 개인정보를 처리할 때 서면동의를 받도록 정한 경우에는 그 규정에 따른다.
第二十三条 个人请求查阅、复制、更正、补充、删除、限制处理其个人信息, 或者个人注销账号、撤回同意的, 网络数据处理者应当及时受理, 并提供便捷的支持个人行使权利的方法和途径, 不得设置不合理条件限制个人的合理请求。	제 23 조 개인이 자신의 개인정보에 대한 열람·복제·정정·보충·삭제·처리 제한을 요구하거나, 계정 해지 또는 동의 철회를 요구하는 경우 네트워크 데이터 처리자는 이를 적시에 접수하고, 개인이 권리를 행사할 수 있도록 편리한 방법과 경로를 제공하여야 하며, 개인의 합리적인 요구를 제한하는 불합리한 조건을 설정하여서는 아니 된다.
第二十四条 因使用自动化采集技术等无法避免采集到非必	제 24 조 자동화 수집기술 등을 사용하여 불필요한 개인정보 또는 법에 따라 개인의

중국어(원문)	한국어(번역)
要个人信息或者未依法取得个人同意的个人信息，以及个人注销账号的，网络数据处理者应当删除个人信息或者进行匿名化处理。法律、行政法规规定的保存期限未届满，或者删除、匿名化处理个人信息从技术上难以实现的，网络数据处理者应当停止除存储和采取必要的安全保护措施之外的处理。	동의를 받지 아니한 개인정보의 수집을 피할 수 없었던 경우와 개인이 계정을 해지한 경우 네트워크 데이터 처리자는 개인정보를 삭제하거나 익명처리하여야 한다. 법률 또는 행정법규에서 정한 보존기간이 만료되지 아니하였거나 개인정보의 삭제 또는 익명처리를 기술적으로 실현하기 어려운 경우 네트워크 데이터 처리자는 저장 및 필요한 안전보호 조치를 제외한 처리를 중단하여야 한다.
第二十五条 对符合下列条件的个人信息转移请求，网络数据处理者应当为个人指定的其他网络数据处理者访问、获取有关个人信息提供途径：	제 25 조 다음 각 호의 조건에 부합하는 개인정보 전송 요구에 대하여 네트워크 데이터 처리자는 개인이 지정한 다른 네트워크 데이터 처리자가 관련 개인정보에 접근하고 이를 취득할 수 있는 경로를 제공하여야 한다.
(一) 能够验证请求人的真实身份；	1. 요구자의 실제 신원을 확인할 수 있을 것
(二) 请求转移的是本人同意提供的或者基于合同收集的个人信息；	2. 전송을 요구하는 개인정보가 본인의 동의를 받아 제공된 개인정보이거나 계약에 근거하여 수집된 개인정보일 것
(三) 转移个人信息具备技术可行性；	3. 개인정보의 전송이 기술적으로 가능할 것
(四) 转移个人信息不损害他人合法权益。	4. 개인정보의 전송이 타인의 합법적 권익을 침해하지 아닐 것

중국어(원문)	한국어(번역)
请求转移个人信息次数等明显超出合理范围的,网络数据处理器可以根据转移个人信息的成本收取必要费用。	개인정보 전송 요구의 횟수 등이 합리적인 범위를 명백히 초과하는 경우 네트워크 데이터 처리자는 개인정보 전송에 드는 비용에 따라 필요한 비용을 받을 수 있다.
第二十六条 中华人民共和国境外网络数据处理器处理境内自然人个人信息,依照《中华人民共和国个人信息保护法》第五十三条规定在境内设立专门机构或者指定代表的,应当将有关机构的名称或者代表的姓名、联系方式等报送所在地设区的市级网信部门;网信部门应当及时通报同级有关主管部门。	제 26 조 중화인민공화국 경외의 네트워크 데이터 처리자가 경내 자연인의 개인정보를 처리하면서 「중화인민공화국 개인정보보호법」 제 53 조에 따라 경내에 전담기관을 설치하거나 대표자를 지정하는 경우에는 해당 기관의 명칭 또는 대표자의 성명·연락처 등을 그 소재지의 구(區)를 설치한 시(市)급 ¹⁶ 인터넷정보 부문 ¹⁷ 에 제출하여야 한다. 인터넷정보 부문은 동급의 관계 주관부문에 적시에 통보하여야 한다.
第二十七条 网络数据处理器应当定期自行或者委托专业机构对其处理个人信息遵守法律、行政法规的情况进行合规审计。	제 27 조 네트워크 데이터 처리자는 정기적으로 직접 또는 전문기관에 위탁하여 개인정보 처리의 법률·행정법규 준수 상황에 대한 준법감사 ¹⁸ 를 실시하여야 한다.
第二十八条 网络数据处理器	제 28 조 네트워크 데이터 처리자가 1,000 만

¹⁶ “设区的市”는 관할구역에 구(區)를 두는 시, 즉 통상 지급시(地级市)를 가리키며 현급시(县级市)와 구별된다. 한국의 행정계층과 대응하지 아니하므로 직역하고 이 각주로 보충한다.

¹⁷ “网信部门”은 인터넷정보 관리를 담당하는 행정계통 전반을 가리키는 표현으로, 특정 기관명인 “국가인터넷정보판공실(国家互联网信息办公室)”과는 구별된다. 일반적 행정주체를 지칭하는 표현임을 드러내기 위하여 “인터넷정보 부문”으로 번역하였다.

¹⁸ “合规审计”는 법률·행정법규의 준수 여부를 정기적으로 점검하는 감사를 말하며 회계감사에 한정되지 아니한다. 한국법상 ‘준법’ 용례(상법 제 542 조의 13의 준법통제기준·준법지원인 제도 등)를 고려하여 “준법감사”로 번역하였다.

중국어(원문)	한국어(번역)
处理 1000 万人以上个人信息的，还应当遵守本条例第三十条、第三十二条对处理重要数据的网络数据处理者（以下简称重要数据的处理者）作出的规定。	명 이상의 개인정보를 처리하는 경우에는 이 조례 제 30 조와 제 32 조에서 중요 데이터를 처리하는 네트워크 데이터 처리자(이하 중요 데이터 처리자라 한다)에 관하여 정한 규정도 준수하여야 한다.
第四章 重要数据安全	제 4 장 중요 데이터의 안전
第二十九条 国家数据安全工作协调机制统筹协调有关部门制定重要数据目录，加强对重要数据的保护。各地区、各部门应当按照数据分类分级保护制度，确定本地区、本部门以及相关行业、领域的重要数据具体目录，对列入目录的网络数据进行重点保护。	제 29 조 국가 데이터안전업무 조정기제 ¹⁹ 는 관계 부문이 중요 데이터 목록을 제정하도록 총괄·조정하고, 중요 데이터에 대한 보호를 강화한다. 각 지역과 각 부문은 데이터 분류·등급별 보호제도에 따라 해당 지역·부문 및 관련 업종·분야의 구체적인 중요 데이터 목록을 확정하고, 목록에 포함된 네트워크 데이터를 중점적으로 보호하여야 한다.
网络数据处理者应当按照国家有关规定识别、申报重要数据。对确认为重要数据的，相关地区、部门应当及时向网络数据处理者告知或者公开发布。网络数据处理者应当履行网络数据安全保护责任。	네트워크 데이터 처리자는 국가의 관련 규정에 따라 중요 데이터를 식별하고 신고하여야 한다. 중요 데이터로 확인된 경우 관련 지역과 부문은 네트워크 데이터 처리자에게 적시에 고지하거나 공개적으로 발표하여야 한다. 네트워크 데이터 처리자는 네트워크 데이터 안전보호 책임을 이행하여야 한다.

¹⁹ “机制”는 특정 사무를 위하여 복수의 부문이 참여하여 구성하는 상설 협의·조정 체계를 가리키며, 독립된 행정기관이 아니다. 한국 행정법상 정확히 대응하는 개념이 없으므로 “조정기제”로 직역하되, 실질은 관계 부처 협의체에 가깝다는 점을 밝혀 둔다.

중국어(원문)	한국어(번역)
国家鼓励网络数据处理者使用数据标签标识等技术和产品，提高重要数据安全水平。	국가는 네트워크 데이터 처리자가 데이터 태그·표시 등의 기술과 제품을 사용하여 중요 데이터 안전관리 수준을 높이는 것을 장려한다.
第三十条 重要数据的处理者应当明确网络数据安全负责人和网络数据安全机构。网络数据安全机构应当履行下列网络数据安全保护责任：	제 30 조 중요 데이터 처리자는 네트워크 데이터 안전책임자와 네트워크 데이터 안전관리기구를 명확히 지정하여야 한다. 네트워크 데이터 안전관리기구는 다음 각 호의 네트워크 데이터 안전보호 책임을 이행하여야 한다.
(一) 制定实施网络数据安全管理制度、操作规程和网络数据安全事件应急预案；	1. 네트워크 데이터 안전관리제도, 운영규정 및 네트워크 데이터 안전사건 비상대응계획을 제정하고 시행할 것
(二) 定期组织开展网络数据安全风险监测、风险评估、应急演练、宣传教育培训等活动，及时处置网络数据安全风险和事件；	2. 네트워크 데이터 안전위험의 모니터링, 위험평가, 비상대응훈련, 홍보·교육·훈련 등의 활동을 정기적으로 조직·실시하고, 네트워크 데이터 안전위험과 안전사건을 적시에 처리할 것
(三) 受理并处理网络数据安全投诉、举报。	3. 네트워크 데이터 안전 관련 민원과 신고를 접수하고 처리할 것
网络数据安全负责人应当具备网络数据安全专业知识和相关管理工作经历，由网络数据处理者管理层成员担任，有权直接向有关主管部门报告网络安全情况。	네트워크 데이터 안전책임자는 네트워크 데이터 안전에 관한 전문지식과 관련 관리업무 경력을 갖추어야 하고, 네트워크 데이터 처리자의 경영진 구성원이 담당하며, 관계 주관부문에 네트워크 데이터 안전

중국어(원문)	한국어(번역)
	상황을 직접 보고할 권한을 가진다.
掌握有关主管部门规定的特定种类、规模的重要数据的网络数据处理者，应当对网络安全负责人和关键岗位的人员进行安全背景审查，加强相关人员培训。审查时，可以申请公安机关、国家安全机关协助。	관계 주관부문이 정한 특정 종류와 규모의 중요 데이터를 보유한 네트워크 데이터 처리자는 네트워크 데이터 안전책임자와 핵심직위의 인원에 대하여 안전배경심사를 실시하고 관련 인원에 대한 교육을 강화하여야 한다. 심사 시公安机关 또는 국가안전기관에 협조를 신청할 수 있다.
第三十一条 重要数据的处理者提供、委托处理、共同处理重要数据前，应当进行风险评估，但是属于履行法定职责或者法定义务的除外。	제 31 조 중요 데이터 처리자는 중요 데이터를 제공하거나 그 처리를 위탁하거나 공동으로 처리하기 전에 위험평가를 실시하여야 한다. 다만, 법정 직책 또는 법정 의무를 이행하는 경우는 제외한다.
风险评估应当重点评估下列内容：	위험평가에서는 다음 각 호의 내용을 중점적으로 평가하여야 한다.
(一) 提供、委托处理、共同处理网络数据，以及网络数据接收方处理网络数据的目的、方式、范围等是否合法、正当、必要；	1. 네트워크 데이터의 제공·처리위탁·공동처리와 네트워크 데이터 수령자의 네트워크 데이터 처리 목적·방식·범위 등이 합법적이고 정당하며 필요한지 여부
(二) 提供、委托处理、共同处理的网络数据遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用的风险，以及对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益带来的风险；	2. 제공·처리위탁·공동처리되는 네트워크 데이터가 변조·훼손·유출되거나 불법적으로 취득·이용될 위험 및 국가안전, 공공이익 또는 개인·조직의 합법적 권익에 초래할 위험

중국어(원문)	한국어(번역)
(三) 网络数据接收方的诚信、守法等情况;	3. 네트워크 데이터 수령자의 신용과 법 준수 상황 등
(四) 与网络数据接收方订立或者拟订立的相关合同中关于网络数据安全的要 求能否有效约束网络数据接收方履行网络数据安全保护义务;	4. 네트워크 데이터 수령자와 체결하였거나 체결하려는 관련 계약의 네트워크 데이터 안전에 관한 요구가 네트워크 데이터 수령자의 네트워크 데이터 안전보호 의무 이행을 효과적으로 구속할 수 있는지 여부
(五) 采取或者拟采取的技术和管理措施等能否有效防范网络数据遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用等风险;	5. 취하였거나 취하려는 기술적·관리적 조치 등이 네트워크 데이터의 변조·훼손·유출 또는 불법적인 취득·이용 등의 위험을 효과적으로 방지할 수 있는지 여부
(六) 有关主管部门规定的其他评估内容。	6. 관계 주관부문이 정한 그 밖의 평가 내용
第三十二条 重要数据的处理者因合并、分立、解散、破产等可能影响重要数据安全的，应当采取措施保障网络安全，并向省级以上有关主管部门报告重要数据处置方案、接收方的名称或者姓名和联系方式等；主管部门不明确的，应当向省级以上数据安全工作协调机制报告。	제 32 조 중요 데이터 처리자가 합병·분할·해산·파산 등으로 중요 데이터의 안전에 영향을 미칠 가능성이 있는 경우에는 네트워크 데이터의 안전을 보장하기 위한 조치를 취하고, 중요 데이터 처분방안과 수령자의 명칭 또는 성명·연락처 등을 성급 이상 관계 주관부문에 보고하여야 한다. 주관부문이 명확하지 아니한 경우에는 성급 이상 데이터안전업무 조정기제에 보고하여야 한다.
第三十三条 重要数据的处理者应当每年度对其网络数据处理活动开展风险评估，并向省	제 33 조 중요 데이터 처리자는 매년 자신의 네트워크 데이터 처리활동에 대하여

중국어(원문)	한국어(번역)
级以上有关主管部门报送风险评估报告，有关主管部门应当及时通报同级网信部门、公安机关。	위험평가를 실시하고, 성급 이상 관계 주관부문에 위험평가보고서를 제출하여야 한다. 관계 주관부문은 동급의 인터넷정보 부문과公安기관에 적시에 통보하여야 한다.
风险评估报告应当包括下列内容：	위험평가보고서에는 다음 각 호의 내용이 포함되어야 한다.
（一）网络数据处理者基本信息、网络数据安全管理机构信息、网络数据安全负责人姓名和联系方式等；	1. 네트워크 데이터 처리자의 기본정보, 네트워크 데이터 안전관리기구의 정보, 네트워크 데이터 안전책임자의 성명과 연락처 등
（二）处理重要数据的目的、种类、数量、方式、范围、存储期限、存储地点等，开展网络数据处理活动的情况，不包括网络数据内容本身；	2. 중요 데이터 처리의 목적·종류·수량·방식·범위·저장기간·저장장소 등과 네트워크 데이터 처리활동의 실시 상황. 다만, 네트워크 데이터의 내용 자체는 포함하지 아니한다.
（三）网络数据安全管理制度及实施情况，加密、备份、标签标识、访问控制、安全认证等技术措施和其他必要措施及其有效性；	3. 네트워크 데이터 안전관리제도와 그 시행 상황, 암호화·백업·태그표시·접근통제·안전인증 등의 기술적 조치 및 그 밖의 필요한 조치와 그 효과
（四）发现的网络数据安全风险，发生的网络数据安全事件及处置情况；	4. 발견된 네트워크 데이터 안전위험, 발생한 네트워크 데이터 안전사건 및 그 처리 상황
（五）提供、委托处理、共同处理重要数据的风险评估情	5. 중요 데이터의 제공·처리위탁·공동처리에 관한 위험평가 상황

중국어(원문)	한국어(번역)
况;	
(六) 网络数据出境情况;	6. 네트워크 데이터의 국외이전 ²⁰ 상황
(七) 有关主管部门规定的其他报告内容。	7. 관계 주관부문이 정한 그 밖의 보고 내용
处理重要数据的大型网络平台服务提供者报送的风险评估报告，除包括前款规定的内容外，还应当充分说明关键业务和供应链网络数据安全等情况。	중요 데이터를 처리하는 대형 네트워크 플랫폼 서비스 제공자가 제출하는 위험평가보고서는 전항에서 정한 내용 외에도 핵심업무와 공급망의 네트워크 데이터 안전 등의 상황을 충분히 설명하여야 한다.
重要数据的处理者存在可能危害国家安全的重要数据处理活动的，省级以上有关主管部门应当责令其采取整改或者停止处理重要数据等措施。重要数据的处理者应当按照有关要求立即采取措施。	중요 데이터 처리자가 국가안전을 해칠 가능성이 있는 중요 데이터 처리활동을 하는 경우 성급 이상 관계 주관부문은 그 처리자에게 시정조치를 취하거나 중요 데이터 처리를 중단하는 등의 조치를 명하여야 한다. 중요 데이터 처리자는 관련 요구에 따라 즉시 조치를 취하여야 한다.
第五章 网络数据跨境安全管理	제 5 장 네트워크 데이터의 국경 간 ²¹ 안전관리
第三十四条 国家网信部门统	제 34 조 국가 인터넷정보 부문은 관계 부문을

²⁰ “出境”은 데이터가 중국 경내에서 경외로 이전되는 것만을 가리키므로, 한국 법제에서 통용되는 “국외이전”으로 번역하였다. 이 조례는 “出境”(제 34 조부터 제 38 조까지)과 “跨境”(제 5 장 제목, 제 39 조, 제 45 조)을 의식적으로 구분하여 사용하므로 본 번역에서도 양자를 구분하였다.

²¹ “跨境”은 국경을 넘는 데이터 이동 일반을 가리키며 경외에서 경내로의 이전(入境)도 포괄하므로 “出境”보다 범위가 넓다. 이를 “국외이전”으로 옮기면 원문의 개념 구분이 소멸하므로 “국경 간”으로 구분하여 번역하였다.

중국어(원문)	한국어(번역)
筹协调有关部门建立国家数据出境安全管理专项工作机制，研究制定国家网络数据出境安全管理相关政策，协调处理网络数据出境安全重大事项。	총괄·조정하여 국가 데이터 국외이전 안전관리 특별업무기제를 구축하고, 국가 네트워크 데이터 국외이전 안전관리 관련 정책을 연구·제정하며, 네트워크 데이터 국외이전 안전에 관한 중대한 사안을 조정·처리한다.
第三十五条 符合下列条件之一的，网络数据处理者可以向境外提供个人信息：	제 35 조 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 네트워크 데이터 처리자는 개인정보를 국외에 제공할 수 있다.
(一) 通过国家网信部门组织的数据出境安全评估；	1. 국가 인터넷정보 부문이 조직한 데이터 국외이전 안전평가를 통과한 경우
(二) 按照国家网信部门的规定经专业机构进行个人信息保护认证；	2. 국가 인터넷정보 부문의 규정에 따라 전문기관의 개인정보 보호 인증을 받은 경우
(三) 符合国家网信部门制定的关于个人信息出境标准合同的规定；	3. 국가 인터넷정보 부문이 제정한 개인정보 국외이전 표준계약에 관한 규정에 부합하는 경우
(四) 为订立、履行个人作为一方当事人的合同，确需向境外提供个人信息；	4. 개인이 일방 당사자인 계약을 체결하거나 이행하기 위하여 개인정보를 국외에 제공할 필요가 있는 경우
(五) 按照依法制定的劳动规章制度和依法签订的集体合同实施跨境人力资源管理，确需	5. 법에 따라 제정된 취업규칙 ²² 과 법에 따라 체결된 단체협약에 근거하여 국경 간

²² “劳动规章制度”는 사용자가 법에 따라 제정하는 사업장 내부의 노무관리 규범으로서 한국 「근로기준법」 제 93 조의 “취업규칙”에 대응한다. 한국법상 통용 용어를 사용하되 원문 용어를 이 각주에 밝혀 둔다.

중국어(원문)	한국어(번역)
向境外提供员工个人信息;	인적자원관리를 실시하기 위하여 직원의 개인정보를 국외에 제공할 필요가 있는 경우
(六) 为履行法定职责或者法定义务, 确需向境外提供个人信息;	6. 법정 직책 또는 법정 의무를 이행하기 위하여 개인정보를 국외에 제공할 필요가 있는 경우
(七) 紧急情况下为保护自然人的生命健康和财产安全, 确需向境外提供个人信息;	7. 긴급한 상황에서 자연인의 생명·건강과 재산의 안전을 보호하기 위하여 개인정보를 국외에 제공할 필요가 있는 경우
(八) 法律、行政法规或者国家网信部门规定的其他条件。	8. 법률·행정법규 또는 국가 인터넷정보 부문이 정한 그 밖의 조건에 해당하는 경우
第三十六条 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定对向中华人民共和国境外提供个人信息的条件等有规定的, 可以按照其规定执行。	제 36 조 중화인민공화국이 체결하거나 가입한 국제조약 또는 협정에서 중화인민공화국 경외로 개인정보를 제공하는 조건 등에 관하여 규정한 경우에는 그 규정에 따를 수 있다.
第三十七条 网络数据处理者在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据确需向境外提供的, 应当通过国家网信部门组织的数据出境安全评估。网络数据处理者按照国家有关规定识别、申报重要数据, 但未被相关地区、部门告知或者公开发布为重要数据的, 不需要将其作为重要数据申报数据出境安全评估。	제 37 조 네트워크 데이터 처리자가 중화인민공화국 경내에서 운영하면서 수집·생성한 중요 데이터를 국외에 제공할 필요가 있는 경우에는 국가 인터넷정보 부문이 조직한 데이터 국외이전 안전평가를 통과하여야 한다. 네트워크 데이터 처리자가 국가의 관련 규정에 따라 중요 데이터를 식별·신고하였으나 관련 지역이나 부문으로부터 중요 데이터라는 고지를 받지 아니하였고 공개 발표도 되지 아니한

중국어(원문)	한국어(번역)
	경우에는 이를 중요 데이터로 보아 데이터 국외이전 안전평가를 신청할 필요가 없다 ²³ .
第三十八条 通过数据出境安全评估后,网络数据处理者向境外提供个人信息和重要数据的,不得超出评估时明确的数据出境目的、方式、范围和种类、规模等。	제 38 조 데이터 국외이전 안전평가를 통과한 후 네트워크 데이터 처리자가 개인정보와 중요 데이터를 국외에 제공하는 경우에는 평가 시 명확히 한 데이터 국외이전의 목적·방식·범위·종류·규모 등을 초과하여서는 아니 된다.
第三十九条 国家采取措施,防范、处置网络数据跨境安全风险 and 威胁。任何个人、组织不得提供专门用于破坏、避开技术措施的程序、工具等;明知他人从事破坏、避开技术措施等活动的,不得为其提供技术支持或者帮助。	제 39 조 국가는 네트워크 데이터의 국경 간 안전위험과 위협을 방지하고 처리하기 위한 조치를 취한다. 어떠한 개인이나 조직도 기술적 조치를 파괴하거나 우회하는 데 전문적으로 사용되는 프로그램이나 도구 등을 제공하여서는 아니 된다. 타인이 기술적 조치의 파괴 또는 우회 등의 활동을 한다는 사실을 알면서 기술지원이나 도움을 제공하여서는 아니 된다.
第六章 网络平台服务提供者义务	제 6 장 네트워크 플랫폼 서비스 제공자의 의무
第四十条 网络平台服务提供者应当通过平台规则或者合同等明确接入其平台的第三方产品和服务提供者的网络数据安	제 40 조 네트워크 플랫폼 서비스 제공자는 플랫폼 규칙 또는 계약 등을 통하여 자신의 플랫폼에 접속하는 제 3 자 제품·서비스

²³ 이 조문에서 “申报”는 두 가지 의미로 사용된다. 앞의 “申报重要数据”는 중요 데이터의 식별 결과를 관계 부문에 알리는 신고이고, 뒤의 “申报数据出境安全评估”는 안전평가 절차의 개시를 구하는 신청이다. 의미의 차이를 드러내기 위하여 각각 “신고”와 “신청”으로 구분하여 번역하였다.

중국어(원문)	한국어(번역)
全保护义务，督促第三方产品和服务提供者加强网络数据安全	제공자의 네트워크 데이터 안전보호 의무를 명확히 하고, 제 3 자 제품·서비스 제공자가 네트워크 데이터 안전관리를 강화하도록 독촉하여야 한다.
管理。	
预装应用程序的智能终端等设备生产者，适用前款规定。	응용프로그램이 사전 설치된 스마트 단말기 등 장비의 생산자에게도 전항의 규정을 적용한다.
第三方产品和服务提供者违反法律、行政法规的规定或者平台规则、合同约定开展网络数据处理活动，对用户造成损害的，网络平台服务提供者、第三方产品和服务提供者、预装应用程序的智能终端等设备生产者应当依法承担相应责任。	제 3 자 제품·서비스 제공자가 법률·행정법규의 규정 또는 플랫폼 규칙·계약의 약정을 위반하여 네트워크 데이터 처리활동을 함으로써 이용자에게 손해를 입힌 경우 네트워크 플랫폼 서비스 제공자, 제 3 자 제품·서비스 제공자 및 응용프로그램이 사전 설치된 스마트 단말기 등 장비의 생산자는 법에 따라 상응하는 책임을 부담하여야 한다.
国家鼓励保险公司开发网络数据损害赔偿责任险种，鼓励网络平台服务提供者、预装应用程序的智能终端等设备生产者投保。	국가는 보험회사가 네트워크 데이터 손해배상책임보험 상품을 개발하는 것을 장려하고, 네트워크 플랫폼 서비스 제공자와 응용프로그램이 사전 설치된 스마트 단말기 등 장비의 생산자가 보험에 가입하는 것을 장려한다.
第四十一条 提供应用程序分发服务的网络平台服务提供者，应当建立应用程序核验规则并开展网络数据安全相关核	제 41 조 응용프로그램 배포서비스를 제공하는 네트워크 플랫폼 서비스 제공자는 응용프로그램 검증규칙을 수립하고

중국어(원문)	한국어(번역)
验。发现待分发或者已分发的应用程序不符合法律、行政法规的规定或者国家标准的强制性要求的，应当采取警示、不予分发、暂停分发或者终止分发等措施。	네트워크 데이터 안전 관련 검증을 실시하여야 한다. 배포 예정이거나 이미 배포된 응용프로그램이 법률·행정법규의 규정 또는 국가표준의 강제적 요구에 부합하지 아니함을 발견한 경우에는 경고, 배포 거부, 배포 일시정지 또는 배포 종료 등의 조치를 취하여야 한다.
第四十二条 网络平台服务提供者通过自动化决策方式向个人进行信息推送的，应当设置易于理解、便于访问和操作的个性化推荐关闭选项，为用户提供拒绝接收推送信息、删除针对其个人特征的用户标签等功能。	제 42 조 네트워크 플랫폼 서비스 제공자가 자동화된 의사결정 방식으로 개인에게 정보를 푸시하는 경우에는 이해하기 쉽고 접근과 조작이 편리한 개인 맞춤형 추천의 해제 선택항목을 마련하고, 이용자가 푸시정보의 수신을 거부하거나 자신의 개인적 특성을 대상으로 한 이용자 태그를 삭제할 수 있는 기능을 제공하여야 한다.
第四十三条 国家推进网络身份认证公共服务建设，按照政府引导、用户自愿原则进行推广应用。	제 43 조 국가는 네트워크 신원인증 공공서비스의 구축을 추진하고, 정부의 지도와 이용자의 자발성을 원칙으로 보급·응용한다.
鼓励网络平台服务提供者支持用户使用国家网络身份认证公共服务登记、核验真实身份信息。	네트워크 플랫폼 서비스 제공자가 이용자의 국가 네트워크 신원인증 공공서비스를 이용한 실제 신원정보의 등록과 검증을 지원하도록 장려한다.
第四十四条 大型网络平台服务提供者应当每年度发布个人信息保护社会责任报告，报告	제 44 조 대형 네트워크 플랫폼 서비스 제공자는 매년 개인정보 보호 사회적 책임

중국어(원문)	한국어(번역)
内容包括但不限于个人信息保护措施和成效、个人行使权利的 申请受理情况、主要由外部 成员组成的个人信息保护监督 机构履行职责情况等。	보고서를 공개하여야 한다. 보고서에는 개인정보 보호 조치와 성과, 개인의 권리행사 신청 접수 상황, 주로 외부 구성원으로 구성된 개인정보 보호 감독기구의 직책 이행 상황 등을 포함하되 이에 한정되지 아니한다.
第四十五条 大型网络平台服务提供者跨境提供网络数据， 应当遵守国家数据跨境安全管理 要求，健全相关技术和管理 措施，防范网络数据跨境安全 风险。	제 45 조 대형 네트워크 플랫폼 서비스 제공자가 네트워크 데이터를 국경을 넘어 제공하는 경우에는 국가의 데이터 국경 간 안전관리 요구를 준수하고 관련 기술적·관리적 조치를 정비하여 네트워크 데이터의 국경 간 안전위험을 방지하여야 한다.
第四十六条 大型网络平台服务提供者不得利用网络数据、 算法以及平台规则等从事下列 活动：	제 46 조 대형 네트워크 플랫폼 서비스 제공자는 네트워크 데이터, 알고리즘 및 플랫폼 규칙 등을 이용하여 다음 각 호의 활동을 하여서는 아니 된다.
(一) 通过误导、欺诈、胁迫 等方式处理用户在平台上产生的 网络数据；	1. 오도·기망·강요 등의 방식으로 이용자가 플랫폼에서 생성한 네트워크 데이터를 처리하는 행위
(二) 无正当理由限制用户访 问、使用其在平台上产生的网 络数据；	2. 정당한 이유 없이 이용자가 플랫폼에서 생성한 네트워크 데이터에 접근하거나 이를 사용하는 것을 제한하는 행위
(三) 对用户实施不合理的差 别待遇，损害用户合法权益；	3. 이용자에게 불합리한 차별대우를 실시하여 이용자의 합법적 권익을 침해하는 행위

중국어(원문)	한국어(번역)
(四) 法律、行政法规禁止的其他活动。	4. 법률 또는 행정법규가 금지하는 그 밖의 행위
第七章 监督管理	제 7 장 감독관리
第四十七条 国家网信部门负责统筹协调网络安全和相关监督管理工作。	제 47 조 국가 인터넷정보 부문은 네트워크 데이터 안전과 관련 감독관리 업무를 총괄·조정할 책임을 진다.
公安机关、国家安全机关依照有关法律、行政法规和本条例的规定，在各自职责范围内承担网络安全监督管理职责，依法防范和打击危害网络数据安全的违法犯罪活动。	공안기관과 국가안전기관은 관련 법률·행정법규 및 이 조례의 규정에 따라 각자의 직책 범위에서 네트워크 데이터 안전에 관한 감독관리 직책을 부담하고, 네트워크 데이터 안전을 해치는 위법·범죄활동을 법에 따라 방지하고 단속한다.
国家数据管理部门在具体承担数据管理工作中履行相应的网络安全职责。	국가 데이터관리부문은 구체적으로 데이터관리 업무를 담당하면서 상응하는 네트워크 데이터 안전 직책을 이행한다.
各地区、各部门对本地区、本部门工作中收集和产生的网络数据及网络安全负责。	각 지역과 각 부문은 해당 지역과 부문의 업무 과정에서 수집·생성된 네트워크 데이터와 네트워크 데이터의 안전에 대하여 책임을 진다.
第四十八条 各有关主管部门承担本行业、本领域网络安全监督管理职责，应当明确本行业、本领域网络安全保护工作机构，统筹制定并组	제 48 조 각 관계 주관부문은 해당 업종과 분야의 네트워크 데이터 안전에 관한 감독관리 직책을 부담하고, 해당 업종과 분야의 네트워크 데이터 안전보호

중국어(원문)	한국어(번역)
织实施本行业、本领域网络安全事件应急预案，定期组织开展本行业、本领域网络安全风险评估，对网络数据处理者履行网络数据安全保护义务情况进行监督检查，指导督促网络数据处理者及时对存在的风险隐患进行整改。	업무기구를 명확히 하며, 해당 업종과 분야의 네트워크 데이터 안전사건 비상대응계획을 총괄하여 제정하고 시행하여야 한다. 또한 해당 업종과 분야의 네트워크 데이터 안전위험평가를 정기적으로 조직·실시하고, 네트워크 데이터 처리자의 네트워크 데이터 안전보호 의무 이행 상황을 감독·검사하며, 네트워크 데이터 처리자가 존재하는 위험요인을 적시에 시정하도록 지도·독촉하여야 한다.
第四十九条 国家网信部门统筹协调有关主管部门及时汇总、研判、共享、发布网络安全风险相关信息，加强网络安全信息共享、网络安全风险和威胁监测预警以及网络安全事件应急处置工作。	제 49 조 국가 인터넷정보 부문은 관계 주관부문을 총괄·조정하여 네트워크 데이터 안전위험 관련 정보를 적시에 취합·분석판단·공유·발표하고, 네트워크 데이터 안전정보의 공유, 네트워크 데이터 안전위험과 위협의 모니터링·조기경보 및 네트워크 데이터 안전사건의 비상처리 업무를 강화한다.
第五十条 有关主管部门可以采取下列措施对网络数据安全进行监督检查：	제 50 조 관계 주관부문은 네트워크 데이터 안전을 감독·검사하기 위하여 다음 각 호의 조치를 취할 수 있다.
（一）要求网络数据处理者及其相关人员就监督检查事项作出说明；	1. 네트워크 데이터 처리자와 그 관련 인원에게 감독·검사 사항에 관하여 설명하도록 요구하는 것
（二）查阅、复制与网络数据	2. 네트워크 데이터 안전과 관련된 문서와

중국어(원문)	한국어(번역)
安全有关的文件、记录;	기록의 열람·복제
(三) 检查网络数据安全措施运行情况;	3. 네트워크 데이터 안전조치의 운영 상황에 대한 검사
(四) 检查与网络数据处理活动有关的设备、物品;	4. 네트워크 데이터 처리활동과 관련된 설비와 물품에 대한 검사
(五) 法律、行政法规规定的其他必要措施。	5. 법률 또는 행정법규에서 정한 그 밖의 필요한 조치
网络数据处理者应当对有关主管部门依法开展的网络安全监督检查予以配合。	네트워크 데이터 처리자는 관계 주관부문이 법에 따라 실시하는 네트워크 데이터 안전 감독·검사에 협조하여야 한다.
第五十一条 有关主管部门开展网络安全监督检查,应当客观公正,不得向被检查单位收取费用。	제 51 조 관계 주관부문이 네트워크 데이터 안전 감독·검사를 실시하는 경우에는 객관적이고 공정하여야 하며, 피검사기관으로부터 비용을 받아서는 아니 된다.
有关主管部门在网络安全监督检查中不得访问、收集与网络安全无关的业务信息,获取的信息只能用于维护网络数据安全的需要,不得用于其他用途。	관계 주관부문은 네트워크 데이터 안전 감독·검사 중 네트워크 데이터 안전과 무관한 업무정보에 접근하거나 이를 수집하여서는 아니 된다. 취득한 정보는 네트워크 데이터 안전을 유지하기 위한 필요에만 사용할 수 있으며, 다른 용도로 사용하여서는 아니 된다.
有关主管部门发现网络数据处理者的网络数据处理活动存在	관계 주관부문은 네트워크 데이터 처리자의 네트워크 데이터 처리활동에 비교적 큰

중국어(원문)	한국어(번역)
较大安全风险的, 可以按照规定权限和程序要求网络数据处理者暂停相关服务、修改平台规则、完善技术措施等, 消除网络数据安全隐患。	안전위험이 있음을 발견한 경우 규정된 권한과 절차에 따라 네트워크 데이터 처리자에게 관련 서비스의 일시정지, 플랫폼 규칙의 수정, 기술적 조치의 보완 등을 요구하여 네트워크 데이터 안전위험을 제거할 수 있다.
第五十二条 有关主管部门在开展网络数据安全监督检查时, 应当加强协同配合、信息沟通, 合理确定检查频次和检查方式, 避免不必要的检查和交叉重复检查。	제 52 조 관계 주관부문은 네트워크 데이터 안전 감독·검사를 실시할 때 협력과 정보소통을 강화하고, 검사 빈도와 방식을 합리적으로 정하여 불필요한 검사와 교차·중복검사를 피하여야 한다.
个人信息保护合规审计、重要数据风险评估、重要数据出境安全评估等应当加强衔接, 避免重复评估、审计。重要数据风险评估和网络安全等级测评的内容重合的, 相关结果可以互相采信。	개인정보 보호 준법감사, 중요 데이터 위험평가, 중요 데이터 국외이전 안전평가 등은 상호 연계를 강화하여 중복 평가와 감사를 피하여야 한다. 중요 데이터 위험평가와 네트워크 안전 등급평가의 내용이 중복되는 경우 관련 결과를 상호 인정할 수 있다.
第五十三条 有关主管部门及其工作人员对在履行职责中知悉的个人隐私、个人信息、商业秘密、保密商务信息等网络数据应当依法予以保密, 不得泄露或者非法向他人提供。	제 53 조 관계 주관부문과 그 직원은 직책을 이행하는 과정에서 알게 된 개인의 사생활, 개인정보, 영업비밀, 기밀 상업정보 등의 네트워크 데이터를 법에 따라 비밀로 유지하여야 하며, 이를 유출하거나 타인에게 불법적으로 제공하여서는 아니 된다.
第五十四条 境外的组织、个	제 54 조 경외의 조직 또는 개인이

중국어(원문)	한국어(번역)
人从事危害中华人民共和国国家安全、公共利益，或者侵害中华人民共和国公民的个人信息权益的网络数据处理活动的，国家网信部门会同有关主管部门可以依法采取相应的必要措施。	중화인민공화국의 국가안전이나 공공이익을 해치거나 중화인민공화국 국민의 개인정보 권익을 침해하는 네트워크 데이터 처리활동을 하는 경우 국가 인터넷정보 부문은 관계 주관부문과 함께 법에 따라 상응하는 필요한 조치를 취할 수 있다.
第八章 法律责任	제 8 장 법적 책임
第五十五条 违反本条例第十二条、第十六条至第二十条、第二十二条、第四十条第一款和第二款、第四十一条、第四十二条规定的，由网信、电信、公安等主管部门依据各自职责责令改正，给予警告，没收违法所得；拒不改正或者情节严重的，处 100 万元以下罚款，并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处 1 万元以上 10 万元以下罚款。	제 55 조 이 조례 제 12 조, 제 16 조부터 제 20 조까지, 제 22 조, 제 40 조 제 1 항·제 2 항, 제 41 조 및 제 42 조를 위반한 경우 인터넷정보·전기통신·공안 등 주관부문은 각자의 직책에 따라 시정을 명하고 경고하며 위법소득을 몰수한다. 시정을 거부하거나 사안이 중대한 경우에는 100 만 위안 이하의 과태료 ²⁴ 를 부과하고, 관련 업무의 일시정지, 영업정지 및 시정, 관련 업무허가증의 취소 또는 영업허가증의 취소를 명할 수 있으며, 직접 책임이 있는 주관자와 그 밖의 직접 책임자에게 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 과태료를 부과할 수 있다.
第五十六条 违反本条例第十	제 56 조 이 조례 제 13 조를 위반한 경우

²⁴ “罰款”은 중국 「행정처벌법」 제 9 조가 정한 행정처벌의 한 유형으로서 제재적 성격을 가진다.

질서벌인 한국의 “과태료”와 법적 성격이 완전히 일치하지는 아니하고 부과 목적과 절차의 면에서는 오히려 “과징금”에 가까운 측면도 있으나, 금전적 제재라는 점과 한국 문헌의 관행적 용례를 고려하여 “과태료”로 번역하였다.

중국어(원문)	한국어(번역)
三条规定的, 由网信、电信、公安、国家安全等主管部门依据各自职责责令改正, 给予警告, 可以并处 10 万元以上 100 万元以下罚款, 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处 1 万元以上 10 万元以下罚款; 拒不改正或者情节严重的, 处 100 万元以上 1000 万元以下罚款, 并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照, 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处 10 万元以上 100 万元以下罚款。	인터넷정보·전기통신·공안·국가안전 등 주관부문은 각자의 직책에 따라 시정을 명하고 경고하며, 10 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 과태료를 병과할 수 있고, 직접 책임이 있는 주관자와 그 밖의 직접 책임자에게 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 과태료를 부과할 수 있다. 시정을 거부하거나 사안이 중대한 경우에는 100 만 위안 이상 1,000 만 위안 이하의 과태료를 부과하고, 관련 업무의 일시정지, 영업정지 및 시정, 관련 업무허가증의 취소 또는 영업허가증의 취소를 명할 수 있으며, 직접 책임이 있는 주관자와 그 밖의 직접 책임자에게 10 만 위안 이상 100 만 위안 이하의 과태료를 부과한다.
第五十七条 违反本条例第二十九条第二款、第三十条第二款和第三款、第三十一条、第三十二条规定的, 由网信、电信、公安等主管部门依据各自职责责令改正, 给予警告, 可以并处 5 万元以上 50 万元以下罚款, 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以处 1 万元以上 10 万元以下罚款; 拒不改正或者造成大量数据泄露等严重后果的, 处 50 万元以上 200 万元以下罚款, 并可以责令暂停相关业务、停业整顿、吊销相关业务许可证或者吊销营	제 57 조 이 조례 제 29 조제 2 항, 제 30 조제 2 항·제 3 항, 제 31 조 및 제 32 조를 위반한 경우 인터넷정보·전기통신·공안 등 주관부문은 각자의 직책에 따라 시정을 명하고 경고하며, 5 만 위안 이상 50 만 위안 이하의 과태료를 병과할 수 있고, 직접 책임이 있는 주관자와 그 밖의 직접 책임자에게 1 만 위안 이상 10 만 위안 이하의 과태료를 부과할 수 있다. 시정을 거부하거나 대량의 데이터 유출 등 중대한 결과를 초래한 경우에는 50 만 위안 이상 200 만 위안 이하의 과태료를 부과하고, 관련 업무의 일시정지,

중국어(원문)	한국어(번역)
业执照，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处5万元以上20万元以下罚款。	영업정지 및 시정, 관련 업무허가증의 취소 또는 영업허가증의 취소를 명할 수 있으며, 직접 책임이 있는 주관자와 그 밖의 직접 책임자에게 5 만 위안 이상 20 만 위안 이하의 과태료를 부과한다.
第五十八条 违反本条例其他有关规定的，由有关主管部门依照《中华人民共和国网络安全法》、《中华人民共和国数据安全法》、《中华人民共和国个人信息保护法》等法律的有关规定追究法律责任。	제 58 조 이 조례의 그 밖의 관련 규정을 위반한 경우 관계 주관부문은 「중화인민공화국 네트워크안전법」, 「중화인민공화국 데이터안전법」, 「중화인민공화국 개인정보보호법」 등 법률의 관련 규정에 따라 법적 책임을 추궁한다.
第五十九条 网络数据处理者存在主动消除或者减轻违法行为危害后果、违法行为轻微并及时改正且没有造成危害后果或者初次违法且危害后果轻微并及时改正等情形的，依照《中华人民共和国行政处罚法》的规定从轻、减轻或者不予行政处罚。	제 59 조 네트워크 데이터 처리자에게 위법행위의 위해 결과를 자발적으로 제거하거나 경감한 경우, 위법행위가 경미하고 적시에 시정하여 위해 결과가 발생하지 아니한 경우 또는 최초의 위법행위이고 위해 결과가 경미하며 적시에 시정한 경우 등이 있는 때에는 「중화인민공화국 행정처벌법」의 규정에 따라 행정처벌을 가볍게 하거나 감경하거나 부과하지 아니한다 ²⁵ .
第六十条 国家机关不履行本	제 60 조 국가기관이 이 조례에서 정한

²⁵ 중국 「행정처벌법」 제 32 조 제 33 조상 “从轻”은 법정 처벌범위 안에서 가벼운 처벌을 선택하는 것을, “减轻”은 법정 최저한도를 밑도는 처벌을 하는 것을 각각 의미하며 양자는 엄격히 구별된다. 이 구별을 드러내기 위하여 “가볍게 하거나”와 “감경하거나”로 나누어 번역하였다.

중국어(원문)	한국어(번역)
条例规定的网络安全保护义务的，由其上级机关或者有关主管部门责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。	네트워크 데이터 안전보호 의무를 이행하지 아니한 경우 그 상급기관 또는 관계주관부문은 시정을 명하고, 직접 책임이 있는 주관자와 그 밖의 직접 책임자에게 법에 따라 처분을 한다.
第六十一条 违反本条例规定，给他人造成损害的，依法承担民事责任；构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	제 61 조 이 조례를 위반하여 타인에게 손해를 입힌 경우에는 법에 따라 민사책임을 부담한다. 치안관리 위반행위에 해당하는 경우에는 법에 따라 치안관리처벌을 하고, 범죄를 구성하는 경우에는 법에 따라 형사책임을 추궁한다.
第九章 附 则	제 9 장 부칙
第六十二条 本条例下列用语的含义：	제 62 조 이 조례에서 사용하는 다음 각 호의 용어의 뜻은 다음과 같다.
(一) 网络数据，是指通过网络处理和产生的各种电子数据。	1. 네트워크 데이터란 네트워크를 통하여 처리되고 생성되는 각종 전자 데이터를 말한다.
(二) 网络数据处理活动，是指网络数据的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开、删除等活动。	2. 네트워크 데이터 처리활동이란 네트워크 데이터의 수집·저장·사용·가공·전송·제공·공개·삭제 등의 활동을 말한다.
(三) 网络数据处理者，是指在网络数据处理活动中自主决定处理目的和处理方式的个人、组织。	3. 네트워크 데이터 처리자란 네트워크 데이터 처리활동에서 처리 목적과 처리 방식을 독자적으로 결정하는 개인 또는

중국어(원문)	한국어(번역)
	조직을 말한다.
(四) 重要数据, 是指特定领域、特定群体、特定区域或者达到一定精度和规模, 一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用, 可能直接危害国家安全、经济运行、社会稳定、公共健康和安全的数据。	4. 중요 데이터 ²⁶ 란 특정 분야·특정 집단·특정 지역에 관한 데이터이거나 일정한 정밀도와 규모에 이르는 데이터로서, 변조·훼손·유출되거나 불법적으로 취득·이용되는 경우 국가안전, 경제운영, 사회안정, 공중보건과 안전을 직접 해칠 가능성이 있는 데이터를 말한다.
(五) 委托处理, 是指网络数据处理者委托个人、组织按照约定的目的和方式开展的网络数据处理活动。	5. 처리위탁이란 네트워크 데이터 처리자가 개인 또는 조직에게 약정한 목적과 방식에 따라 네트워크 데이터 처리활동을 하도록 위탁하는 것을 말한다.
(六) 共同处理, 是指两个以上的网络数据处理者共同决定网络数据的处理目的和处理方式的网络数据处理活动。	6. 공동처리란 둘 이상의 네트워크 데이터 처리자가 네트워크 데이터의 처리 목적과 처리 방식을 공동으로 결정하는 네트워크 데이터 처리활동을 말한다.
(七) 单独同意, 是指个人针对其个人信息进行特定处理而专门作出具体、明确的同意。	7. 별도 동의란 개인이 자신의 개인정보에 대한 특정한 처리에 관하여 별도로 구체적이고 명확하게 하는 동의를 말한다.
(八) 大型网络平台, 是指注册用户 5000 万以上或者月活跃	8. 대형 네트워크 플랫폼 ²⁷ 이란 등록

²⁶ “重要数据”는 일반적 의미의 중요한 데이터가 아니라 이 호가 정의하는 중국 데이터안전법제의 법정 개념이다. 이를 드러내기 위하여 문서 전체에서 “중요 데이터”라는 동일한 용어를 사용하였다.

²⁷ “大型网络平台”은 등록 이용자 수, 월간 활성 이용자 수, 업무의 복잡성 및 국가적 영향 등을 기준으로 이 호가 정의하는 법정 개념이다. 한국의 “온라인 플랫폼” 관련 논의와 동일한 개념이 아니므로 직역하였다.

중국어(원문)	한국어(번역)
用户 1000 万以上，业务类型复杂，网络数据处理活动对国家安全、经济运行、国计民生等具有重要影响的网络平台。	이용자가 5,000 만 명 이상이거나 월간 활성 이용자가 1,000 만 명 이상이고, 업무 유형이 복잡하며, 네트워크 데이터 처리활동이 국가안전, 경제운영, 국가경제와 국민생활 등에 중요한 영향을 미치는 네트워크 플랫폼을 말한다.
第六十三条 开展核心数据的网络数据处理活动，按照国家有关规定执行。	제 63 조 핵심 데이터에 관한 네트워크 데이터 처리활동은 국가의 관련 규정에 따라 실시한다.
自然人因个人或者家庭事务处理个人信息的，不适用本条例。	자연인이 개인 또는 가정의 사무를 위하여 개인정보를 처리하는 경우에는 이 조례를 적용하지 아니한다.
开展涉及国家秘密、工作秘密的网络数据处理活动，适用《中华人民共和国保守国家秘密法》等法律、行政法规的规定。	국가비밀 또는 업무비밀 ²⁸ 과 관련된 네트워크 데이터 처리활동에는 「중화인민공화국 국가비밀보호법」 등 법률·행정법규의 규정을 적용한다.
第六十四条 本条例自 2025 年 1 月 1 日起施行。	제 64 조 이 조례는 2025 년 1 월 1 일부터 시행한다.

²⁸ “工作秘密”는 국가기관이 직무 수행 중 생성·취득한 정보 가운데 국가비밀에는 이르지 아니하나 공개될 경우 업무 수행이나 국가안전·공공이익에 불리한 영향을 줄 수 있는 정보를 가리키는 중국법상 개념이다. “商业秘密”(영업비밀)과 구별하기 위하여 “업무비밀”로 번역하였다.

중국 「데이터 국외이전 안전평가 방법」

《数据出境安全评估办法》

마봉초(马鹏超)(인하대학교 법학과 박사생) 번역

MA, Pengchao(Doctoral Student, Dept. of Law, Inha University)

모덕승(慕德昇)(중국정법대학교 박사) 감수

Reviewer MU, Desheng(Ph.D., China University of Political Science and Law)

법령 정보

- ♦ 2022. 5. 19. 국가인터넷정보판공실 2022 년 제 10 차 판공실 사무회의
심의·통과
- ♦ 2022. 7. 7. 국가인터넷정보판공실령 제 11 호로 공포
- ♦ 2022. 9. 1. 시행, 공포 후 개정 없음
- ♦ 2026. 7. 12. 현재 유효¹

¹北大法宝(법보 인용코드 CLI.4.5129107)와 국가인터넷정보판공실 현행 부문규장 목록을 2026. 7. 12. 대조한 결과, 이 방법은 폐지되거나 정식으로 개정된 바 없이 현행 유효하다. 다만 「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」 제 13 조는 2022. 7. 7. 공포된 「데이터 국외이전 안전평가 방법」(국가인터넷정보판공실령 제 11 호) 등의 규정이 동 규정과 불일치하는 경우 동 규정을 적용한다고 정하고 있다. 따라서 이 방법은 형식적으로 유효하나, 특히 제 4 조의 신고기준과 제 14 조의 유효기간은 문언 그대로 현행 적용기준이 되지 않는다.

한 중 대 조 번 역

중국어 원문	한국어 번역
数据出境安全评估办法	데이터 국외이전 안전평가 방법 ²
第一条 为了规范数据出境活动，保护个人信息权益，维护国家安全和公共利益，促进数据跨境安全、自由流动，根据《中华人民共和国网络安全法》、《中华人民共和国数据安全法》、《中华人民共和国个人信息保护法》等法律法规，制定本办法。	제 1 조 데이터 국외이전 활동을 규율하고, 개인정보 권익을 보호하며, 국가안전과 사회공공이익을 수호하고, 데이터의 안전하고 자유로운 국경 간 이동을 촉진하기 위하여 「중화인민공화국 네트워크안전법」, 「중화인민공화국 데이터안전법」, 「중화인민공화국 개인정보 보호법」 등 법률·법규에 근거하여 이 방법을 제정한다.
第二条 数据处理者向境外提供在中华人民共和国境内运营中收集和产生的重要数据和个人信息的安全评估，适用本办法。法律、行政法规另有规定的，依照其规定。	제 2 조 데이터처리자가 중화인민공화국 영역 안에서의 운영 중에 수집·생성한 중요 데이터와 개인정보를 국외에 제공하는 경우의 안전평가에 대하여는 이 방법을 적용한다. 법률 또는 행정법규에 별도의 규정이 있는 경우에는 그 규정에 따른다.

² '出境'은 '출경'으로 직역하지 않고 한국 「개인정보 보호법」 제 28 조의 8 이하가 사용하는 '국외 이전'의 용례에 맞추어 '국외이전'으로 옮겼다. 다만 개별 조문에서 '向境外提供'이 사용된 경우에는 원문의 행위태양을 살려 '국외에 제공'으로 번역하였다. '办法'는 중국 「입법법」상 부문규장(部门规章)의 명칭 형식으로서 한국의 법률·시행령·시행규칙 어느 것에도 대응하지 않으므로, 법원(法源) 형식을 보존하기 위하여 '방법'으로 직역하였다.

중국어 원문	한국어 번역
第三条 数据出境安全评估坚持事前评估和持续监督相结合、风险自评估与安全评估相结合，防范数据出境安全风险，保障数据依法有序自由流动。	제 3 조 데이터 국외이전 안전평가는 사전평가와 지속적 감독을 결합하고 위험 자체평가와 안전평가를 결합한다는 원칙을 견지하여, 데이터 국외이전의 안전위험을 방지하고 데이터가 법에 따라 질서 있고 자유롭게 이동하도록 보장한다.
第四条 数据处理者向境外提供数据，有下列情形之一的，应当通过所在地省级网信部门向国家网信部门申报数据出境安全评估： （一）数据处理者向境外提供重要数据； （二）关键信息基础设施运营者和处理100万人以上个人信息的数据处	제 4 조³ 데이터처리자가 데이터를 국외에 제공하는 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 소재지 성급 인터넷정보 부문⁴을 통하여 국가 인터넷정보 부문에 데이터 국외이전 안전평가를 신고⁵하여야 한다. 1. 데이터처리자가 중요 데이터를

³이 조의 신고기준은 제정 당시의 것이다. 현행 적용기준은 「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」 제 7 조로서, ① 핵심정보기반시설 운영자가 개인정보 또는 중요 데이터를 국외에 제공하는 경우, ② 핵심정보기반시설 운영자 외의 데이터처리자가 중요 데이터를 국외에 제공하거나 당해 연도 1 월 1일부터 누적하여 100 만 명 이상의 개인정보(민감 개인정보는 제외한다) 또는 1 만 명 이상의 민감 개인정보를 국외에 제공하는 경우에 한하여 안전평가를 신고한다. 산정 기산점이 '전년도(上年)' 에서 '당해 연도(当年)' 로 변경되었고, 같은 규정 제 3 조부터 제 6 조까지의 면제사유에 해당하는 경우에는 그 규정이 우선한다.

⁴'网信部门'은 특정 기관의 고유명칭이 아니라 인터넷정보 업무를 관장하는 행정기관을 총칭하는 표현이다. 고유명칭인 '国家互联网信息办公室'는 '국가인터넷정보판공실'로, 총칭인 '国家网信部门'과 '省级网信部门'은 각각 '국가 인터넷정보 부문'과 '성급 인터넷정보 부문'으로 구분하여 번역하였다. '성급'은 성·자치구·직할시를 포괄하는 중국의 제 1 급 행정구역 단위를 가리킨다.

⁵'申报'는 관할기관에 자료를 제출하여 심사를 받는 절차이므로 직역하여 '신고'로 옮겼다. 다만 이 절차는 성급 인터넷정보 부문의 완비성 검사(제 7 조 제 1 항), 국가 인터넷정보 부문의 수리 여부 결정(제 7 조 제 2 항), 안전평가의 실시(제 10 조) 및 통과·불통과 결정(제 11 조·제 12 조)을 수반하므로, 한국 행정법상 수리를 요하지 않는 자기완결적 신고와 성질이 다르고 실질적으로는 사전 심사·승인에 가깝다는 점에 유의하여야 한다.

중국어 원문	한국어 번역
理者向境外提供个人信息； （三）自上年1月1日起累计向境外提供10万人个人信息或者1万人敏感个人信息的数据处理者向境外提供个人信息； （四）国家网信部门规定的其他需要申报数据出境安全评估的情形。	국외에 제공하는 경우 2. 핵심정보기반시설 운영자 및 100만 명 이상의 개인정보를 처리하는 데이터처리자가 개인정보를 국외에 제공하는 경우 3. 전년도 1월 1일부터 누적하여 10만 명의 개인정보 또는 1만 명의 민감 개인정보를 국외에 제공한 데이터처리자가 개인정보를 국외에 제공하는 경우 4. 국가 인터넷정보 부문이 정하는 그 밖에 데이터 국외이전 안전평가를 신고하여야 하는 경우
第五条 数据处理者在申报数据出境安全评估前，应当开展数据出境风险自评估，重点评估以下事项： （一）数据出境和境外接收方处理数据的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性； （二）出境数据的规模、范围、种类、敏感程度，数据出境可能对国家安全、公共利益、个人或者组织合法权益带来的风险； （三）境外接收方承诺承担的责任义务，以及履行责任义务的管理和技术措施、能力等能否保障出境数据的安全； （四）数据出境中和出境后遭到篡改、破坏、泄露、丢失、转移或者	제 5 조 데이터처리자는 데이터 국외이전 안전평가를 신고하기 전에 데이터 국외이전 위험 자체평가를 실시하여야 하며, 다음 각 호의 사항을 중점적으로 평가하여야 한다. 1. 데이터 국외이전 및 국외 수령자의 데이터 처리 목적·범위·방식 등의 적법성, 정당성 및 필요성 2. 국외이전 데이터의 규모·범위·종류·민감도와 데이터 국외이전이 국가안전, 공공이익, 개인 또는 조직의 합법적 권익에 초래할 수 있는 위험

중국어 원문	한국어 번역
被非法获取、非法利用等的风险，个人信息权益维护的渠道是否通畅等； （五）与境外接收方拟订立的数据出境相关合同或者其他具有法律效力的文件等（以下统称法律文件）是否充分约定了数据安全保护责任义务； （六）其他可能影响数据出境安全的事项。	3. 국외 수령자가 부담하기로 약속한 책임과 의무 및 그 책임과 의무를 이행하기 위한 관리적·기술적 조치와 역량 등이 국외이전 데이터의 안전을 보장할 수 있는지 여부 4. 데이터 국외이전 중 및 국외이전 후에 데이터가 변조, 훼손, 유출, 분실 또는 무단으로 이동되거나 불법적으로 취득·이용될 위험, 개인정보 권익의 구제 경로가 원활한지 여부 등 5. 국외 수령자와 체결하려는 데이터 국외이전 관련 계약 또는 그 밖에 법적 효력이 있는 문서 등(이하 '법률문서'라 총칭한다)⁶에 데이터 안전보호에 관한 책임과 의무가 충분히 약정되어 있는지 여부 6. 그 밖에 데이터 국외이전의 안전에 영향을 미칠 수 있는 사항
第六条 申报数据出境安全评估，应当提交以下材料： （一）申报书； （二）数据出境风险自评估报告； （三）数据处理者与境外接收方拟订立的法律文件； （四）安全评估工作需要的其他材	제 6 조 데이터 국외이전 안전평가를 신고할 때에는 다음 각 호의 자료를 제출하여야 한다. 1. 신고서 2. 데이터 국외이전 위험 자체평가

⁶원문은 계약과 그 밖에 법적 효력이 있는 문서를 묶어 '法律文件' 이라는 정의된 용어로 사용한다. 한국법에서 '법률문서'는 법률 그 자체를 뜻하는 것으로 오해될 수 있으나, 원문이 스스로 정의한 용어이므로 정의규정과 함께 '법률문서'로 직역하였다.

중국어 원문	한국어 번역
料。	보고서 3. 데이터처리자와 국외 수령자가 체결하려는 법률문서 4. 안전평가 업무에 필요한 그 밖의 자료
第七条 省级网信部门应当自收到申报材料之日起5个工作日内完成完备性查验。申报材料齐全的,将申报材料报送国家网信部门;申报材料不齐全的,应当退回数据处理者并一次性告知需要补充的材料。 国家网信部门应当自收到申报材料之日起7个工作日内,确定是否受理并书面通知数据处理者。	제 7 조 성급 인터넷정보 부문은 신고자료를 받은 날부터 5 근무일 이내에 완비성 검사⁷⁾를 완료하여야 한다. 신고자료가 완비된 경우에는 그 자료를 국가 인터넷정보 부문에 송부하고, 신고자료가 완비되지 아니한 경우에는 데이터처리자에게 반환하면서 보완이 필요한 자료를 한번에 알려야 한다. 국가 인터넷정보 부문은 신고자료를 받은 날부터 7 근무일 이내에 수리 여부를 결정하고 데이터처리자에게 서면으로 통지하여야 한다.
第八条 数据出境安全评估重点评估数据出境活动可能对国家安全、公共利益、个人或者组织合法权益带来的风险,主要包括以下事项: (一) 数据出境的目的、范围、方式等的合法性、正当性、必要性; (二) 境外接收方所在国家或者地	제 8 조 데이터 국외이전 안전평가는 데이터 국외이전 활동이 국가안전, 공공이익, 개인 또는 조직의 합법적 권익에 초래할 수 있는 위험을 중점적으로 평가하며, 주로 다음 각

⁷⁾‘完备性查验’은 신고자료의 실제적 타당성을 심사하는 절차가 아니라 제출서류가 빠짐없이 갖추어졌는지를 확인하는 절차이므로 ‘완비성 검사’로 번역하였다. ‘受理’는 단순한 문서의 수령이 아니라 행정기관이 사건을 정식 심사대상으로 받아들이는 행위이므로 한국 행정법의 용례에 따라 ‘수리’로 번역하였다.

중국어 원문	한국어 번역
区的数据安全保护政策法规和网络安全环境对出境数据安全的影响；境外接收方的数据保护水平是否达到中华人民共和国法律、行政法规的规定和强制性国家标准的要求； （三）出境数据的规模、范围、种类、敏感程度，出境中和出境后遭到篡改、破坏、泄露、丢失、转移或者被非法获取、非法利用等的风险； （四）数据安全和个人信息权益是否能够得到充分有效保障； （五）数据处理者与境外接收方拟订立的法律文件中是否充分约定了数据安全保护责任义务； （六）遵守中国法律、行政法规、部门规章情况； （七）国家网信部门认为需要评估的其他事项。	호의 사항을 포함한다. 1. 데이터 국외이전의 목적·범위·방식 등의 적법성, 정당성 및 필요성 2. 국외 수령자가 소재한 국가 또는 지역의 데이터 안전보호 정책·법규와 네트워크안전 환경이 국외이전 데이터의 안전에 미치는 영향, 국외 수령자의 데이터 보호수준이 중화인민공화국 법률·행정부규의 규정과 강제성 국가표준의 요구에 도달하는지 여부 3. 국외이전 데이터의 규모·범위·종류·민감도, 국외이전 중 및 국외이전 후에 데이터가 변조, 훼손, 유출, 분실 또는 무단으로 이동되거나 불법적으로 취득·이용될 위험 4. 데이터 안전과 개인정보 권익이 충분하고 효과적으로 보장될 수 있는지 여부 5. 데이터처리자와 국외 수령자가 체결하려는 법률문서에 데이터 안전보호에 관한 책임과 의무가 충분히 약정되어 있는지 여부 6. 중국의 법률, 행정법규 및 부문규장⁸⁾의 준수 상황

⁸⁾‘部门规章’은 중국 「입법법」상 국무원 각 부문 등이 제정하는 독자적인 법원(法源) 형식이다. 한국의 부령과 완전히 대응하지 않으므로 중국법 연구에서 통용되는 '부문규장'을 그대로 사용하였다.

중국어 원문	한국어 번역
	7. 국가 인터넷정보 부문이 평가할 필요가 있다고 인정하는 그 밖의 사항
第九条 数据处理者应当在与境外接收方订立的法律文件中明确约定数据安全保护责任义务，至少包括以下内容： （一）数据出境的目的、方式和数据范围，境外接收方处理数据的用途、方式等； （二）数据在境外保存地点、期限，以及达到保存期限、完成约定目的或者法律文件终止后出境数据的处理措施； （三）对于境外接收方将出境数据再转移给其他组织、个人的约束性要求； （四）境外接收方在实际控制权或者经营范围发生实质性变化，或者所在国家、地区数据安全保护政策法规和网络安全环境发生变化以及发生其他不可抗力情形导致难以保障数据安全时，应当采取的安全措施； （五）违反法律文件约定的数据安全保护义务的补救措施、违约责任和争议解决方式； （六）出境数据遭到篡改、破坏、泄露、丢失、转移或者被非法获取、非法利用等风险时，妥善开展应急处置的要求和保障个人维护其个人信息权益的途径和方式。	제9조 데이터처리자는 국외 수령자와 체결하는 법률문서에 데이터 안전보호에 관한 책임과 의무를 명확히 약정하여야 하며, 적어도 다음 각 호의 내용을 포함하여야 한다. 1. 데이터 국외이전의 목적·방식과 데이터의 범위, 국외 수령자의 데이터 처리 용도·방식 등 2. 데이터의 국외 보관 장소와 보관기간 및 보관기간이 만료되거나 약정한 목적을 달성하거나 법률문서가 종료된 후 국외이전 데이터에 대한 처리조치 3. 국외 수령자가 국외이전 데이터를 다른 조직 또는 개인에게 재이전하는 것에 대한 구속력 있는 요구사항 4. 국외 수령자의 실질적 지배권 또는 경영범위에 실질적 변화가 발생하거나, 소재 국가·지역의 데이터 안전보호 정책·법규와 네트워크안전 환경이 변화하거나, 그 밖의 불가항력 사유가 발생하여 데이터 안전을 보장하기 어려운 경우에 취하여야 할 안전조치 5. 법률문서에서 약정한 데이터 안전보호 의무를 위반한 경우의

중국어 원문	한국어 번역
	구제조치, 위약책임 및 분쟁해결 방식 6. 국외이전 데이터가 변조, 훼손, 유출, 분실 또는 무단으로 이동되거나 불법적으로 취득·이용될 위험이 발생한 경우 긴급대응을 적절히 실시하기 위한 요구사항과 개인이 자신의 개인정보 권익을 보호할 수 있는 경로 및 방식
第十条 国家网信部门受理申报后, 根据申报情况组织国务院有关部门、省级网信部门、专门机构等进行安全评估。	제 10 조 국가 인터넷정보 부문은 신고를 수리한 후 신고 상황에 따라 국무원의 관계 부문, 성급 인터넷정보 부문, 전문기관 등을 조직하여 안전평가를 실시한다.
第十一条 安全评估过程中, 发现数据处理者提交的申报材料不符合要求的, 国家网信部门可以要求其补充或者更正。数据处理者无正当理由不补充或者更正的, 国家网信部门可以终止安全评估。 数据处理者对所提交材料的真实性负责, 故意提交虚假材料的, 按照评估不通过处理, 并依法追究相应法律责任。	제 11 조 안전평가 과정에서 데이터처리자가 제출한 신고자료가 요구에 부합하지 아니함을 발견한 경우 국가 인터넷정보 부문은 그 보완 또는 정정을 요구할 수 있다. 데이터처리자가 정당한 이유 없이 보완하거나 정정하지 아니하는 경우 국가 인터넷정보 부문은 안전평가를 종료할 수 있다. 데이터처리자는 제출한 자료의 진실성에 대하여 책임을 진다. 고의로 허위 자료를 제출한 경우에는 평가 불통과로 처리하고, 법에 따라 상응하는 법적 책임을 추궁한다.
第十二条 国家网信部门应当自向	제 12 조 국가 인터넷정보 부문은

중국어 원문	한국어 번역
数据处理者发出书面受理通知书之日起 45 个工作日内完成数据出境安全评估；情况复杂或者需要补充、更正材料的，可以适当延长并告知数据处理者预计延长的时间。 评估结果应当书面通知数据处理者。	데이터처리자에게 서면 수리통지서를 발송한 날부터 45 근무일 이내에 데이터 국외이전 안전평가를 완료하여야 한다. 상황이 복잡하거나 자료의 보완·정정이 필요한 경우에는 기간을 적절히 연장할 수 있으며, 예상 연장기간을 데이터처리자에게 알려야 한다. 평가 결과는 데이터처리자에게 서면으로 통지하여야 한다.
第十三条 数据处理者对评估结果有异议的，可以在收到评估结果 15 个工作日内向国家网信部门申请复评，复评结果为最终结论。	제 13 조 데이터처리자가 평가 결과에 이의가 있는 경우에는 평가 결과를 받은 날부터 15 근무일 이내에 국가 인터넷정보 부문에 재평가를 신청할 수 있으며, 재평가 결과를 최종 결론으로 한다.
第十四条 通过数据出境安全评估的结果有效期为2年，自评估结果出具之日起计算。在有效期内出现以下情形之一的，数据处理者应当重新申报评估： （一）向境外提供数据的目的、方式、范围、种类和境外接收方处理	제 14 조 데이터 국외이전 안전평가를 통과한 결과의 유효기간은 2 년⁹⁾이며, 평가 결과가 발급된 날부터 기산한다. 유효기간 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우 데이터처리자는 평가를 다시

⁹⁾이 조의 유효기간은 「데이터 국경 간 이동 촉진 및 규범화 규정」 제 9 조에 의하여 3 년으로 연장되었다. 또한 같은 조에 따르면 유효기간이 만료되어 데이터 국외이전 활동을 계속하려는 경우로서 안전평가를 다시 신고하여야 할 사유가 발생하지 아니한 때에는, 데이터처리자는 유효기간 만료 전 60 근무일 이내에 소재지 성급 인터넷정보 부문을 통하여 국가 인터넷정보 부문에 유효기간 연장을 신청할 수 있고, 국가 인터넷정보 부문의 승인을 받으면 3 년이 연장된다. 따라서 이 조 제 1 항의 '2 년'과 제 2 항의 재신고 의무는 현행 적용기준이 아니다.

중국어 원문	한국어 번역
数据的用途、方式发生变化影响出境数据安全的，或者延长个人信息和重要数据境外保存期限的； （二）境外接收方所在国家或者地区数据安全保护政策法规和网络安全环境发生变化以及发生其他不可抗力情形、数据处理者或者境外接收方实际控制权发生变化、数据处理者与境外接收方法律文件变更等影响出境数据安全的； （三）出现影响出境数据安全的其他情形。 有效期届满，需要继续开展数据出境活动的，数据处理者应当在有效期届满 60 个工作日内重新申报评估。	신고하여야 한다. 1. 국외에 데이터를 제공하는 목적·방식·범위·종류 또는 국외 수령자의 데이터 처리 용도·방식이 변경되어 국외이전 데이터의 안전에 영향을 미치는 경우, 또는 개인정보와 중요 데이터의 국외 보관기간을 연장하는 경우 2. 국외 수령자가 소재한 국가 또는 지역의 데이터 안전보호 정책·법규와 네트워크안전 환경이 변화하거나 그 밖의 불가항력 사유가 발생한 경우, 데이터처리자 또는 국외 수령자의 실질적 지배권이 변경된 경우, 데이터처리자와 국외 수령자 간의 법률문서가 변경된 경우 등 국외이전 데이터의 안전에 영향을 미치는 경우 3. 그 밖에 국외이전 데이터의 안전에 영향을 미치는 사유가 발생한 경우 유효기간이 만료된 후에도 데이터 국외이전 활동을 계속할 필요가 있는 경우 데이터처리자는 유효기간 만료 60 근무일 전에 평가를 다시 신고하여야 한다.
第十五条 参与安全评估工作的相关机构和人员对在履行职责中知悉的国家秘密、个人隐私、个人信	제 15 조 안전평가 업무에 참여하는 관계 기관과 인원은 직무 수행 중 알게

중국어 원문	한국어 번역
息、商业秘密、保密商务信息等数据应当依法予以保密，不得泄露或者非法向他人提供、非法使用。	된 국가비밀, 개인의 사생활, 개인정보, 영업비밀, 비밀 상업정보 ¹⁰ 등의 데이터에 대하여 법에 따라 비밀을 유지하여야 하며, 이를 누설하거나 타인에게 불법으로 제공하거나 불법으로 이용하여서는 아니 된다.
第十六条 任何组织和个人发现数据处理者违反本办法向境外提供数据的，可以向省级以上网信部门举报。	제 16 조 모든 조직과 개인은 데이터처리자가 이 방법을 위반하여 데이터를 국외에 제공한 사실을 발견한 경우 성급 이상 인터넷정보 부문에 제보할 수 있다.
第十七条 国家网信部门发现已经通过评估的数据出境活动在实际处理过程中不再符合数据出境安全管理要求的，应当书面通知数据处理者终止数据出境活动。数据处理者需要继续开展数据出境活动的，应当按照要求整改，整改完成后重新申报评估。	제 17 조 국가 인터넷정보 부문은 이미 평가를 통과한 데이터 국외이전 활동이 실제 처리과정에서 더 이상 데이터 국외이전 안전관리 요구에 부합하지 아니함을 발견한 경우 데이터처리자에게 데이터 국외이전 활동을 종료할 것을 서면으로 통지하여야 한다. 데이터처리자가 데이터 국외이전 활동을 계속할 필요가 있는 경우에는 요구에 따라 시정하고, 시정을 완료한 후 평가를 다시 신고하여야 한다.

¹⁰원문은 '商业秘密'와 '保密商务信息'를 병렬적으로 열거한다. 전자는 법률상 요건을 갖춘 '영업비밀'이고, 후자는 그 요건을 모두 충족하지 않더라도 비밀로 관리되는 상업·업무 관련 정보를 포함할 수 있으므로, 양자의 구별이 사라지지 않도록 각각 '영업비밀'과 '비밀 상업정보'로 옮겼다.

중국어 원문	한국어 번역
第十八条 违反本办法规定的，依据《中华人民共和国网络安全法》、《中华人民共和国数据安全法》、《中华人民共和国个人信息保护法》等法律法规处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	제 18 조 이 방법의 규정을 위반한 경우에는 「중화인민공화국 네트워크안전법」, 「중화인민공화국 데이터안전법」, 「중화인민공화국 개인정보 보호법」 등 법률·법규에 따라 처리한다. 범죄를 구성하는 경우에는 법에 따라 형사책임을 추궁한다.
第十九条 本办法所称重要数据，是指一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取、非法利用等，可能危害国家安全、经济运行、社会稳定、公共健康和安全等的数据。	제 19 조 이 방법에서 말하는 중요 데이터란 일단 변조, 훼손, 유출되거나 불법적으로 취득·이용되는 등의 경우 국가안전, 경제운영, 사회안정, 공중보건 및 안전 등을 해칠 우려가 있는 데이터를 말한다. ¹¹
第二十条 本办法自 2022 年 9 月 1 日起施行。本办法施行前已经开展的数据出境活动，不符合本办法规定的，应当自本办法施行之日起 6 个月内完成整改。	제 20 조 이 방법은 2022 년 9 월 1 일부터 시행한다. 이 방법의 시행 전에 이미 수행하고 있던 데이터 국외이전 활동이 이 방법의 규정에 부합하지 아니하는 경우에는 이 방법의 시행일부터 6 개월 이내에 시정을 완료하여야 한다.

¹¹중요 데이터의 개념은 이 조에서 일반적으로만 정의되어 있다. 2025. 1. 1. 시행된 「네트워크 데이터 안전관리조례」(网络数据安全管理条例) 제 62 조가 이를 특정 분야·집단·지역에 관련되거나 일정한 정밀도와 규모에 이르는 데이터로서 침해 시 국가안전 등에 직접 위해를 줄 수 있는 것으로 구체화하였으므로, 현행 해석에서는 동 조례 및 GB/T 43697-2024 「데이터 안전기술 데이터 분류·등급화 규칙」을 함께 확인하여야 한다.

중국 「생성형 인공지능 서비스 관리 잠정방법」

《生成式人工智能服务管理暂行办法》

진염니(陈焰妮)(인하대학교 법학과 박사생) 번역

Translator CHEN YANNI (Doctoral Student, Department of Law, Inha University)

모덕승(慕德昇)(중국정법대학교 박사) 감수

Reviewer MU, Desheng(Ph.D., China University of Political Science and Law)

법령 정보 및 효력 확인

항목	내용
공포기관	국가인터넷정보판공실, 국가발전개혁위원회, 교육부, 과학기술부, 공업정보화부,公安部, 국가라디오텔레비전총국
문서번호	국가인터넷정보판공실 등 7개 부처 명령 제 15호
심의·통과	2023년 5월 23일 국가인터넷정보판공실 2023년 제 12차 판공실 사무회의(室务会会议)
공포일	령 서명·공포: 2023년 7월 10일. 중국 왕신왕(中国网信网, 국가인터넷정보판공실 홈페이지) 게재: 2023년 7월 13일
시행일	2023년 8월 15일
공식 원문	중앙인터넷안전정보화위원회판공실/국가인터넷정보판공실: https://www.cac.gov.cn/2023-07/13/c_1690898327029107.htm

한 중 대 조 번 역

중국어 원문	한국어 번역
生成式人工智能服务管理暂行办法	생성형 인공지능 서비스 관리 잠정방법 ¹²
国家互联网信息办公室 ³ 中华人民共和国国家发展和改革委员会 中华人民共和国教育部 中华人民共和国科学技术部 中华人民共和国工业和信息化部 中华人民共和国公安部 国家广播电视总局 令 第 15 号	국가 인터넷 정보 판공실 중화인민공화국 국가발전개혁 위원회 중화인민공화국 교육부 중화인민공화국 과학기술부 중화인민공화국 공업정보화부 중화인민공화국公安부 국가 라디오 텔레비전총국 명령 제 15 호
《生成式人工智能服务管理暂行办法》已经 2023 年 5 月 23 日国家互联网信息办公室 2023 年第 12 次室务会议审议通过，并经国家发展和改革委员会、教育部、科学技术部、工业和信息化部、公安部、国家广播电视总局同意，现予公布，自 2023 年 8 月 15 日起施行。	「생성형 인공지능 서비스 관리 잠정방법」은 2023 년 5 월 23 일 국가인터넷정보판공실 2023 년 제 12 차 판공실 사무회의(室务会会议)에서 심의·통과되었고, 국가발전개혁위원회, 교육부, 과학기술부, 공업정보화부,公安부, 국가라디오텔레비전총국의 동의를 거쳐 이에 공포하며, 2023 년 8 월

¹ 「生成式人工智能服务管理暂行办法」의 “办法”는 중국 행정입법에서 부문규장 또는 규범성 문건의 명칭으로 자주 쓰인다. 한국어로는 문맥에 따라 “방법”, “관리방법”, “잠정방법” 등으로 번역할 수 있으나, 본 번역문에서는 중국 법령명 구조를 살리기 위하여 “생성형 인공지능 서비스 관리 잠정방법”으로 번역하였다.

² “生成式人工智能”은 한국 법·정책 문헌에서 일반적으로 “생성형 인공지능”으로 사용되므로 이를 채택하였다.

³ “网信”은 “인터넷정보”로 직역하였다. 기관명 “国家互联网信息办公室”는 한국어 설명상 “국가인터넷정보판공실”로 번역하였다.

	15일부터 시행한다.
国家互联网信息办公室主任 庄荣文 国家发展和改革委员会主任 郑栅洁 教育部部长 怀进鹏 科学技术部部长 王志刚 工业和信息化部部长 金壮龙 公安部部长 王小洪 国家广播电视总局局长 曹淑敏 2023年7月10日	국가인터넷정보판공실 주임 창룡원 국가발전개혁위원회 주임 정산제 교육부 부장 화이진평 과학기술부 부장 왕즈강 공업정보화부 부장 진장룽 公安部 부장 왕샤오홍 국가라디오텔레비전총국 국장 차오수민 2023년 7월 10일
第一章 总则	제 1 장 총칙
第一条 为了促进生成式人工智能健康发展和规范应用，维护国家安全和 社会公共利益，保护公民、法人和其 他组织的合法权益，根据《中华人民 共和国网络安全法》、《中华人民共 和国数据安全法》、《中华人民共和 国个人信息保护法》、《中华人民共 和国科学技术进步法》等法律、行政 法规，制定本办法。	제 1 조 생성형 인공지능의 건전한 발전과 규범적 응용을 촉진하고, 국가안전과 사회공공이익을 수호하며, 공민, 법인 및 기타 조직의 합법적 권익을 보호하기 위하여, 「중화인민공화국 네트워크안전법」, 「중화인민공화국 데이터안전법」, 「중화인민공화국 개인정보보호법」, 「중화인민공화국 과학기술진보법」 등 법률 및 행정법규에 근거하여 이 방법을 제정한다.
第二条 利用生成式人工智能技术向 中华人民共和国境内公众提供生成文 本、图片、音频、视频等服务 （以下称生成式人工智能服务），适 用 本 办 法 。 国家对利用生成式人工智能服务从事 新闻出版、影视制作、文艺创作等活 动另有规定的，从其规定。 行业组织、企业、教育和科研机构、 公共文化机构、有关专业机构等研 发、应用生成式人工智能技术，未向	제 2 조 생성형 인공지능 기술을 이용하여 중화인민공화국 경내의 공중에게 텍스트, 이미지, 오디오, 비디오 등의 콘텐츠를 생성하는 서비스(이하 "생성형 인공지능 서비스"라 한다)를 제공하는 경우 이 방법을 적용한다. 국가가 생성형 인공지능 서비스를 이용하여 신문출판, 영화·텔레비전 제작, 문예창작 등 활동을 하는 것에 대하여

境内公众提供生成式人工智能服务的，不适用本办法的规定。	별도로 규정한 경우에는 그 규정에 따른다. 업계단체, 기업, 교육·과학연구기관, 공공문화기관, 관련 전문기관 등이 생성형 인공지능 기술을 연구개발·응용하되 경내의 공중에게 생성형 인공지능 서비스를 제공하지 않는 경우에는 이 방법의 규정을 적용하지 않는다.
第三条 国家坚持发展和安全并重、促进创新和依法治理相结合的原则，采取有效措施鼓励生成式人工智能创新发展，对生成式人工智能服务实行包容审慎和分类分级监管。	제 3 조 국가는 발전과 안전을 함께 중시하고, 혁신 촉진과 법에 따른 거버넌스를 결합하는 원칙을 견지하며, 효과적인 조치를 취하여 생성형 인공지능의 혁신적 발전을 장려하고, 생성형 인공지능 서비스에 대하여 포용·신중의 감독관리와 분류·등급별 감독관리를 실시한다.
第四条 提供和使用生成式人工智能服务，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德和伦理道德，遵守以下规定： （一）坚持社会主义核心价值观，不得生成煽动颠覆国家政权、推翻社会主义制度，危害国家安全和利益、损害国家形象，煽动分裂国家、破坏国家统一和社会稳定，宣扬恐怖主义、极端主义，宣扬民族仇恨、民族歧视，暴力、淫秽色情，以及虚假有害信息等法律、行政法规禁止的内容； （二）在算法设计、训练数据选择、模型生成和优化、提供服务等过程中，采取有效措施防止产生民族、信	제 4 조 생성형 인공지능 서비스를 제공하고 사용하는 경우 법률 및 행정법규를 준수하고, 사회공덕과 윤리도덕을 존중하며, 다음 각 호의 규정을 준수하여야 한다. 1. 사회주의 핵심가치관을 견지하여야 하며, 국가정권 전복·사회주의 제도 타도의 선동, 국가안전과 이익에 대한 위해, 국가 이미지 훼손, 국가분열 선동, 국가통일 및 사회안정 파괴, 테러리즘·극단주의 선전, 민족증오·민족차별 선전, 폭력, 음란·색정

仰、国别、地域、性别、年龄、职业、健康等歧视； （三）尊重知识产权、商业道德，保守商业秘密，不得利用算法、数据、平台等优势，实施垄断和不正当竞争行为； （四）尊重他人合法权益，不得危害他人身心健康，不得侵害他人肖像权、名誉权、荣誉权、隐私权和个人信息权益； （五）基于服务类型特点，采取有效措施，提升生成式人工智能服务的透明度，提高生成内容的准确性和可靠性。	및 허위·유해 정보 등 법률 및 행정법규가 금지하는 내용을 생성하여서는 아니 된다. 2. 알고리즘 설계, 훈련데이터 선택, 모델 생성 및 최적화, 서비스 제공 등의 과정에서 효과적인 조치를 취하여 민족, 신앙, 국별, 지역, 성별, 연령, 직업, 건강 등에 관한 차별이 발생하지 않도록 방지하여야 한다. 3. 지식재산권과 상업도덕을 존중하고, 영업비밀을 보호하여야 하며, 알고리즘, 데이터, 플랫폼 등의 우위를 이용하여 독점 및 부정경쟁 행위를 하여서는 아니 된다. 4. 타인의 합법적 권익을 존중하여야 하며, 타인의 심신 건강에 위해를 가하거나, 타인의 초상권, 명예권, 영예권, 사생활권 및 개인정보 권익을 침해하여서는 아니 된다. 5. 서비스 유형의 특성에 기초하여 효과적인 조치를 취하고, 생성형 인공지능 서비스의 투명성을 제고하며, 생성 콘텐츠의 정확성과 신뢰성을 향상시켜야 한다.
第二章 技术发展与治理	제 2 장 기술 발전과 거버넌스
第五条 鼓励生成式人工智能技术在各行业、各领域的创新应用，生成积极健康、向上向善的优质内容，探索优化应用场景，构建应用生态体系。支持行业组织、企业、教育和科研机构	제 5 조 생성형 인공지능 기술이 각 업종과 각 분야에서 혁신적으로 응용되어 적극적이고 건전하며 향상(向上)과 선(善)을 지향하는 양질의

构、公共文化机构、有关专业机构等在生成式人工智能技术创新、数据资源建设、转化应用、风险防范等方面开展协作。	콘텐츠를 생성하도록 장려하고, 응용 시나리오의 최적화를 모색하며, 응용 생태계를 구축한다. 업계단체, 기업, 교육·과학연구기관, 공공문화기관, 관련 전문기관 등이 생성형 인공지능 기술 혁신, 데이터 자원 구축, 전환 응용, 위험 방지 등의 방면에서 협력하는 것을 지원한다.
第六条 鼓励生成式人工智能算法、框架、芯片及配套软件平台等基础技术的自主创新，平等互利开展国际交流与合作，参与生成式人工智能相关国际规则制定。推动生成式人工智能基础设施和公共训练数据资源平台建设。促进算力资源协同共享，提升算力资源利用效能。推动公共数据分类分级有序开放，扩展高质量的公共训练数据资源。鼓励采用安全可信的芯片、软件、工具、算力和数据资源。	제 6 조 생성형 인공지능 알고리즘, 프레임워크, 칩 및 이에 부수되는 소프트웨어 플랫폼 등 기초기술의 자주적 혁신을 장려하고, 평등·호혜의 원칙에 따라 국제교류와 협력을 전개하며, 생성형 인공지능 관련 국제규칙 제정에 참여한다. 생성형 인공지능 인프라와 공공 훈련데이터 자원 플랫폼의 구축을 추진한다. 컴퓨팅 파워 자원의 협동적 공유를 촉진하고, 컴퓨팅 파워 자원의 이용 효율을 제고한다. 공공데이터의 분류·등급별 질서 있는 개방을 추진하고, 고품질 공공 훈련데이터 자원을 확충한다. 안전하고 신뢰할 수 있는 칩, 소프트웨어, 도구, 컴퓨팅 파워 및 데이터 자원의 채택을 장려한다.
第七条 生成式人工智能服务提供者（以下称提供者）应当依法开展预训练、优化训练等训练数据处理活动，遵守以下规定： （一）使用具有合法来源的数据和基	제 7 조 생성형 인공지능 서비스 제공자(이하 “제공자”라 한다)는 법에 따라 사전훈련, 최적화훈련 등 훈련데이터 처리활동을 전개하여야

基础模型； （二）涉及知识产权的，不得侵害他人依法享有的知识产权； （三）涉及个人信息的，应当取得个人同意或者符合法律、行政法规规定的其他情形； （四）采取有效措施提高训练数据质量，增强训练数据的真实性、准确性、客观性、多样性； （五）《中华人民共和国网络安全法》、《中华人民共和国数据安全法》、《中华人民共和国个人信息保护法》等法律、行政法规的其他有关规定和有关主管部门的相关监管要求。	하며, 다음 각 호의 규정을 준수하여야 한다. 1. 합법적 출처를 가진 데이터와 기초모델을 사용하여야 한다. 2. 지식재산권과 관련되는 경우 타인이 법에 따라 향유하는 지식재산권을 침해하여서는 아니 된다. 3. 개인정보와 관련되는 경우 개인의 동의를 받거나 법률 및 행정법규가 정한 그 밖의 사유에 부합하여야 한다. 4. 효과적인 조치를 취하여 훈련데이터의 품질을 제고하고, 훈련데이터의 진실성, 정확성, 객관성 및 다양성을 강화하여야 한다. 5. 「중화인민공화국 네트워크안전법」, 「중화인민공화국 데이터안전법」, 「중화인민공화국 개인정보보호법」 등 법률 및 행정법규의 그 밖의 관련 규정과 관련 주무부문의 감독관리 요구를 준수하여야 한다.
第八条 在生成式人工智能技术研发过程中进行数据标注的，提供者应当制定符合本办法要求的清晰、具体、可操作的标注规则；开展数据标注质量评估，抽样核验标注内容的准确性；对标注人员进行必要培训，提升尊法守法意识，监督指导标注人员规范开展标注工作。	제 8 조 생성형 인공지능 기술 연구개발 과정에서 데이터 라벨링을 실시하는 경우, 제공자는 이 방법의 요구에 부합하는 명확하고 구체적이며 실행 가능한 라벨링 규칙을 제정하여야 한다. 또한 데이터 라벨링 품질평가를 실시하고, 표본추출 방식으로 라벨링 내용의 정확성을 검증하여야 하며, 라벨링 담당자에 대하여 필요한

	교육훈련을 실시하여 법 존중 및 준법 의식을 제고하고, 라벨링 담당자가 규범적으로 라벨링 업무를 수행하도록 감독·지도하여야 한다.
第三章 服务规范	제 3 장 서비스 규범
第九条 提供者应当依法承担网络信息内容生产者责任，履行网络信息安全义务。涉及个人信息的，依法承担个人信息处理者责任，履行个人信息保护义务。提供者应当与注册其服务的生成式人工智能服务使用者（以下称使用者）签订服务协议，明确双方权利义务。	제 9 조 제공자는 법에 따라 네트워크 정보 콘텐츠 생산자의 책임을 부담하고, 네트워크 정보안전 의무를 이행하여야 한다. 개인정보와 관련되는 경우에는 법에 따라 개인정보 처리자의 책임을 부담하고, 개인정보 보호 의무를 이행하여야 한다. 제공자는 그 서비스에 등록한 생성형 인공지능 서비스 이용자(이하 "이용자"라 한다)와 서비스 계약을 체결하여 쌍방의 권리와 의무를 명확히 하여야 한다.
第十条 提供者应当明确并公开其服务的适用人群、场合、用途，指导使用者科学理性认识和依法使用生成式人工智能技术，采取有效措施防范未成年人用户过度依赖或者沉迷生成式人工智能服务。	제 10 조 제공자는 그 서비스의 적용 대상자, 상황 및 용도를 명확히 하고 이를 공개하여야 하며, 이용자가 생성형 인공지능 기술을 과학적·이성적으로 인식하고 법에 따라 사용하도록 지도하여야 한다. 또한 효과적인 조치를 취하여 미성년 이용자가 생성형 인공지능 서비스에 과도하게 의존하거나 탐닉하는 것을 방지하여야 한다.
第十一条 提供者对使用者的输入信息和使用记录应当依法履行保护义务，不得收集非必要个人信息，不得	제 11 조 제공자는 이용자의 입력정보와 사용기록에 대하여 법에 따라 보호의무를 이행하여야 하며, 불필요한

非法留存能够识别使用者身份的输入信息和使用记录，不得非法向他人提供使用者的输入信息和使用记录。提供者应当依法及时受理和处理个人关于查阅、复制、更正、补充、删除其个人信息等的请求。	개인정보를 수집하여서는 아니 되고, 이용자의 신원을 식별할 수 있는 입력정보와 사용기록을 불법으로 보관하여서는 아니 되며, 이용자의 입력정보와 사용기록을 타인에게 불법으로 제공하여서는 아니 된다. 제공자는 개인이 자신의 개인정보에 관하여 열람, 복제, 정정, 보충, 삭제 등을 요청하는 경우 법에 따라 지체 없이 이를 접수·처리하여야 한다.
第十二条 提供者应当按照《互联网信息服务深度合成管理规定》对图片、视频等生成内容进行标识。	제 12 조 제공자는 「인터넷정보서비스 심층합성 관리규정」에 따라 이미지, 비디오 등 생성 콘텐츠에 대하여 표시를 하여야 한다.
第十三条 提供者应当在其服务过程中，提供安全、稳定、持续的服务，保障用户正常使用。	제 13 조 제공자는 그 서비스 과정에서 안전하고 안정적이며 지속적인 서비스를 제공하여 이용자의 정상적인 사용을 보장하여야 한다.
第十四条 提供者发现违法内容的，应当及时采取停止生成、停止传输、消除等处置措施，采取模型优化训练等措施进行整改，并向有关主管部门报告。 提供者发现使用者利用生成式人工智能服务从事违法活动的，应当依法依规采取警示、限制功能、暂停或者终止向其提供服务等处置措施，保存有关记录，并向有关主管部门报告。	제 14 조 제공자가 위법한 내용을 발견한 경우에는 즉시 생성 중지, 전송 중지, 제거 등 처리조치를 취하고, 모델 최적화훈련 등 조치를 통해 시정하여야 하며, 관련 주무부문에 보고하여야 한다. 제공자가 이용자가 생성형 인공지능 서비스를 이용하여 위법 활동을 하는 것을 발견한 경우에는 법과 약정에 따라 경고, 기능 제한, 서비스 제공의 일시정지 또는 종료 등 처리조치를 취하고, 관련 기록을 보존하며, 관련 주무부문에

	보고하여야 한다.
第十五条 提供者应当建立健全投诉、举报机制，设置便捷的投诉、举报入口，公布处理流程和反馈时限，及时受理、处理公众投诉举报并反馈处理结果。	제 15 조 제공자는 민원·신고 메커니즘을 수립·완비하고, 편리한 민원·신고 창구를 설치하며, 처리 절차와 회신 기한을 공개하여야 한다. 또한 공중의 민원과 신고를 지체 없이 접수·처리하고 처리 결과를 회신하여야 한다.
第四章 监督检查和法律责任	제 4 장 감독검사와 법률책임
第十六条 网信、发展改革、教育、科技、工业和信息化、公安、广播电视、新闻出版等部门，依据各自职责依法加强对生成式人工智能服务的管理。 国家有关主管部门针对生成式人工智能技术特点及其在有关行业和领域的服务应用，完善与创新发展相适应的科学监管方式，制定相应的分类分级监管规则或者指引。	제 16 조 인터넷정보, 발전개혁, 교육, 과학기술, 공업정보화,公安, 라디오텔레비전, 신문출판 등 부문은 각자의 직책에 따라 법에 의거하여 생성형 인공지능 서비스에 대한 관리를 강화한다. 국가 관련 주무부문은 생성형 인공지능 기술의 특징 및 관련 업종과 분야에서의 서비스 응용을 대상으로, 혁신적 발전에 부합하는 과학적 감독관리 방식을 완비하고, 상응하는 분류·등급별 감독관리 규칙 또는 지침을 제정한다.
第十七条 提供具有舆论属性或者社会动员能力 ⁴ 的生成式人工智能服务的，应当按照国家有关规定开展安全	제 17 조 여론 속성 또는 사회동원 능력을 가진 생성형 인공지능 서비스를 제공하는 경우, 국가의 관련 규정에 따라

⁴ 舆论属性或者社会动员能力 : 중국 인터넷 규제에서 반복적으로 사용되는 표현이다. 직역하면 “여론 속성 또는 사회동원 능력”이며, 대중 여론 형성 또는 사회적 동원에 영향을 줄 수 있는 서비스라는 의미이다.

评估, 并按照《互联网信息服务算法推荐管理规定》履行算法备案⁵和变更、注销备案手续。	안전평가를 실시하여야 하며, 「인터넷정보서비스 알고리즘 추천 관리규정」에 따라 알고리즘 등록, 변경 및 말소 등록 절차를 이행하여야 한다.
第十八条 使用者发现生成式人工智能服务不符合法律、行政法规和本办法规定的, 有权向有关主管部门投诉、举报。	제 18 조 이용자는 생성형 인공지능 서비스가 법률, 행정법규 및 이 방법의 규정에 부합하지 않음을 발견한 경우 관련 주무부문에 민원 또는 신고를 제기할 권리가 있다.
第十九条 有关主管部门依据职责对生成式人工智能服务开展监督检查, 提供者应当依法予以配合, 按要求对训练数据来源、规模、类型、标注规则、算法机制机理等予以说明, 并提供必要的技术、数据等支持和协助。参与生成式人工智能服务安全评估和监督检查的相关机构和人员对在履行职责中知悉的国家秘密、商业秘密、个人隐私和个人信息应当依法予以保密, 不得泄露或者非法向他人提供。	제 19 조 관련 주무부문은 직책에 따라 생성형 인공지능 서비스에 대하여 감독검사를 실시하고, 제공자는 법에 따라 이에 협조하여야 하며, 요구에 따라 훈련데이터의 출처, 규모, 유형, 라벨링 규칙, 알고리즘 메커니즘 및 원리 등에 대하여 설명하고, 필요한 기술·데이터 등 지원과 협조를 제공하여야 한다. 생성형 인공지능 서비스 안전평가와 감독검사에 참여하는 관련 기관 및 인원은 직무 수행 중 알게 된 국가비밀, 영업비밀, 개인 사생활 및 개인정보에 대하여 법에 따라 비밀을 유지하여야 하며, 이를 누설하거나 타인에게 불법으로 제공하여서는 아니 된다.
第二十条 对来源于中华人民共和国境外向境内提供生成式人工智能服务不符合法律、行政法规和本办法规定	제 20 조 중화인민공화국 경외에서 경내로 제공되는 생성형 인공지능 서비스가 법률, 행정법규 및 이 방법의

⁵ “备案”은 한국 행정법의 “신고”와 완전히 동일하지 않고, 중국 인터넷 규제상 행정기관에 관련 정보를 등록·비치하는 절차를 의미한다. 본문에서는 “알고리즘 등록”으로 번역하였다.

的，国家网信部门应当通知有关机构采取技术措施和其他必要措施予以处置。	규정에 부합하지 않는 경우, 국가 인터넷정보부문은 관련 기관에 통지하여 기술적 조치 및 그 밖의 필요한 조치를 취해 이를 처리하도록 하여야 한다.
第二十一条 提供者违反本办法规定的，由有关主管部门依照《中华人民共和国网络安全法》、《中华人民共和国数据安全法》、《中华人民共和国个人信息保护法》、《中华人民共和国科学技术进步法》等法律、行政法规的规定予以处罚；法律、行政法规没有规定的，由有关主管部门依据职责予以警告、通报批评，责令限期改正；拒不改正或者情节严重的，责令暂停提供相关服务。构成违反治安管理行为的，依法给予治安管理处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。	제 21 조 제공자가 이 방법의 규정을 위반한 경우, 관련 주무부문은 「중화인민공화국 네트워크안전법」, 「중화인민공화국 데이터안전법」, 「중화인민공화국 개인정보보호법」, 「중화인민공화국 과학기술진보법」 등 법률 및 행정법규의 규정에 따라 처벌한다. 법률 및 행정법규에 규정이 없는 경우에는 관련 주무부문이 직책에 따라 경고, 통보비판, 기한부 시정을 명하고, 시정을 거부하거나 사안이 중대한 경우 관련 서비스 제공의 일시정지를 명한다. 치안관리 위반행위를 구성하는 경우에는 법에 따라 치안관리처벌을 부과하고, 범죄를 구성하는 경우에는 법에 따라 형사책임을 추궁한다.
第五章 附则	제 5 장 부칙
第二十二条 本办法下列用语的含义是： （一）生成式人工智能技术，是指具有文本、图片、音频、视频等内容生成能力的模型及相关技术。 （二）生成式人工智能服务提供者，是指利用生成式人工智能技术提供生成式人工智能服务（包括通过提供可	제 22 조 이 방법에서 다음 용어의 의미는 다음 각 호와 같다. 1. “생성형 인공지능 기술”이란 텍스트, 이미지, 오디오, 비디오 등 콘텐츠 생성 능력을 가진 모델 및 관련 기술을 말한다. 2. “생성형 인공지능 서비스 제공자”란 생성형 인공지능 기술을 이용하여

编程接口等方式提供生成式人工智能服务)的组织、个人。 (三)生成式人工智能服务使用者,是指使用生成式人工智能服务生成内容的组织、个人。	생성형 인공지능 서비스(프로그래밍 가능 인터페이스 등을 제공하는 방식으로 생성형 인공지능 서비스를 제공하는 경우를 포함한다)를 제공하는 조직 또는 개인을 말한다. 3. "생성형 인공지능 서비스 이용자"란 생성형 인공지능 서비스를 사용하여 콘텐츠를 생성하는 조직 또는 개인을 말한다.
第二十三条 法律、行政法规规定提供生成式人工智能服务应当取得相关行政许可的,提供者应当依法取得许可。 外商投资生成式人工智能服务,应当符合外商投资相关法律、行政法规的规定。	제 23 조 법률 또는 행정법규가 생성형 인공지능 서비스를 제공하기 위하여 관련 행정허가를 취득하여야 한다고 규정한 경우, 제공자는 법에 따라 허가를 취득하여야 한다. 외국인투자자가 생성형 인공지능 서비스에 투자하는 경우에는 외국인투자 관련 법률 및 행정법규의 규정에 부합하여야 한다.
第二十四条 本办法自 2023 年 8 月 15 日起施行。	제 24 조 이 방법은 2023 년 8 월 15 일부터 시행한다.

附 錄

「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」	부록(1)
「한중법학」 투고 및 원고 작성 규정	부록(33)
『한중법학』 연구윤리규정	부록(56)
인하대학교 「중국법센터」 임원진	부록(64)
『한중법학』 편집위원회	부록(66)

「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」

2026년 5월 25일 제정

제1장 총칙

제1조(목적)

이 규정은 인하대학교 중국법센터(이하 "본 센터"라 한다)의 학술지 『한중법학』(이하 "본 학술지"라 한다)의 편집위원회 및 편집국의 구성과 운영, 논문 심사 및 게재에 관한 기본사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조(정의)

이 규정에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. "원고"란 본 학술지에 게재하기 위하여 투고되거나 게재 대상으로 선정된 논문 또는 논문 외 원고를 말한다.
2. "논문"이란 원고 중 연구논문, 기획논문 및 석학논문을 말한다.
3. "논문 외 원고"란 원고 중 논문에 해당하지 아니하는 번역자료, 서평 및 기타자료를 말한다.
4. "투고원고"란 본 학술지에 게재해 줄 것을 신청하기 위하여 제출된 원고를 말한다.
5. "투고논문"이란 투고원고 중 논문에 해당하는 것을 말한다.
6. "투고자"란 투고원고의 저자를 말하며, 공동저자가 있는 경우에는 공동저자 전원을 포함한다.
7. "연구논문"이란 저자가 독자적인 연구성과를 제시하기 위하여 작성한 논문을 말하며, 판례평석을 포함한다.
8. "기획논문"이란 편집위원회가 정한 주제에 관하여 공개적으로 투고받거나, 편집위원장이 해당 주제에 관하여 전문성을 갖춘 연구자 또는 실무자에게

투고를 요청하여 제출받은 논문을 말한다.

9. "석학논문"이란 해당 분야에서 탁월한 연구성과를 축적한 국내외 연구자의 논문으로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 논문을 말한다.

가. 편집위원장이 해당 연구자에게 집필 또는 투고를 요청하여 본 학술지에 정식으로 제출받은 논문

나. 해당 연구자가 이미 공표하거나 다른 학술지 등에 게재한 논문 중 편집위원장이 본 학술지의 게재 대상으로 선정한 논문

가목에 따른 석학논문은 투고논문에 해당하고, 나목에 따른 석학논문은 투고논문에 해당하지 아니한다.

10. "번역본"이란 본 학술지에 투고되거나 게재 대상으로 선정된 원고를 원문과 다른 언어로 번역하여 해당 원고와 함께 게재하는 저작물을 말한다. 번역본은 원고의 종류와 편수를 산정할 때에는 해당 원고에 부수되는 것으로 보며, 이 규정 중 해당 원고의 게재·간행·정정·연구윤리 및 저작권에 관한 규정은 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 번역본에도 적용한다.

11. "번역자료"란 본 학술지 외에서 작성되거나 공표된 학술적 저작물, 판결·결정, 법령 또는 그 밖의 문서나 자료를 본 학술지에 소개하기 위하여 원문과 다른 언어로 번역한 논문 외 원고를 말한다. 제10호에 따른 번역본은 번역자료에 포함하지 아니한다.

12. "학술번역자료"란 번역자료 중 논문, 판례평석, 연구보고서, 학술대회 발표문, 강연원고 또는 그 밖의 학술적 저작물을 번역한 자료를 말한다.

13. "법제번역자료"란 번역자료 중 판결·결정, 법령, 행정규칙, 지침 또는 그 밖의 법률 원자료를 번역한 자료를 말한다.

14. "기타번역자료"란 번역자료 중 학술번역자료와 법제번역자료에 해당하지 아니하는 자료를 말한다.

15. "기타자료"란 논문 외 원고 중 번역자료와 서평에 해당하지 아니하는 자

료를 말한다.

16. “동의서”란 원고 또는 번역본의 저작재산권자가 그 게재와 저작재산권의 양도·이용에 관하여 본 센터에 제출하는 「저작재산권 무상 양도 및 저작물 이용 동의서」를 말한다.

제3조(학술지의 명칭, 발간 및 권호)

- ① 학술지의 명칭은 다음 각 호와 같다.
1. 한글: 한중법학
 2. 영어: Korea-China Law Journal(KCL)
 3. 중국어: 韩中法学
- ② 본 학술지는 매년 1월 31일과 7월 31일에 발간하는 것을 원칙으로 한다.
- ③ 본 학술지는 편집위원회의 의결에 따라 기념논문집으로 간행할 수 있다.
- ④ 본 학술지의 권은 발간연도를 기준으로 부여하고, 호는 해당 연도의 발간순서에 따라 부여한다. 다만, 창간호는 제1권 제1호로 한다.

제2장 편집위원회의 운영

제4조(편집위원회의 설치 및 업무 및 운영)

- ① 투고논문의 심사 및 게재와 본 학술지의 편집 및 간행에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 편집위원회를 둔다. 편집위원회와 편집위원장은 개별 원고의 심사·검토 및 게재 여부에 관하여 이 규정과 다른 규정이 정하는 바에 따라 그 직무를 독립하여 수행하며, 누구도 이에 부당하게 관여하여서는 아니 된다.
- ② 편집위원회는 다음 각 호의 업무를 수행한다.
1. 본 학술지의 편집 및 간행에 관한 기본방침의 수립
 2. 「한중법학 투고 및 원고 작성 규정」의 제정 및 개정
 3. 「한중법학 연구윤리규정」의 제정 및 개정

4. 투고논문의 게재 여부 결정
 5. 연구윤리 위반행위의 조사·심의·판정 및 제재조치
 6. 기획논문의 주제, 투고기한·방법 및 그 밖에 투고에 필요한 사항의 결정
 7. 그 밖에 이 규정 또는 다른 규정에서 편집위원회의 심의·의결 사항으로 정한 사항
- ③ 편집위원회는 대면회의, 서면, 전자우편, 온라인 회의 또는 그 밖의 전자적 방식으로 회의하거나 의결할 수 있다.
- ④ 편집위원회의 의결은 이 규정에 특별한 정함이 없는 한 재적위원(편집위원장과 편집위원을 말함. 이하 같음) 과반수의 출석과 출석위원 과반수의 찬성으로 한다. 가부동수인 경우에는 부결된 것으로 본다.

제5조(편집위원회의 구성)

- ① 편집위원회는 편집위원장 1인 또는 2인과 편집위원 4인 이상 8인 이내로 구성한다.
- ② 편집위원장이 2인인 경우에는 공동편집위원장이라 하며, 공동편집위원장은 상호 협의하여 편집위원장의 직무를 수행한다.
- ③ 본 센터의 센터장은 편집위원장을 선임하거나 해임한다. 편집위원장이 1인인 경우에는 편집위원장이 편집위원을 선임하거나 해임하고, 공동편집위원장이인 경우에는 공동편집위원장이 상호 협의하여 편집위원을 선임하거나 해임한다.
- ④ 편집위원장 및 편집위원의 임기는 편집위원회의 구성일부터 2년으로 하며, 연임할 수 있다. 임기 중 새로 선임된 편집위원장 또는 편집위원의 임기는 해당 편집위원회의 임기 만료일까지로 한다.
- ⑤ 편집위원장이 부득이한 사유로 그 직무를 수행할 수 없는 경우의 직무 수행은 다음 각 호에 따른다.
1. 공동편집위원장 중 1인이 직무를 수행할 수 없는 경우에는 다른 공동편집위원장이 단독으로 편집위원장의 직무를 수행한다.

2. 편집위원장이 1인인 경우 또는 공동편집위원장 모두가 직무를 수행할 수 없는 경우에는 편집위원 과반수의 동의로 편집위원 중에서 직무대행자를 선임한다.

⑥ 편집위원은 특정 기관에 소속된 사람이 재적위원의 3분의 1을 초과하지 아니하도록 구성하는 것을 원칙으로 한다. 편집위원회는 국내외 연구자가 고루 참여하도록 노력한다.

제6조(편집위원장의 직무)

① 편집위원장은 본 학술지의 편집 및 간행에 관한 사무를 총괄하며, 편집위원회를 대표한다.

② 편집위원장은 편집위원회를 소집하고 그 회의를 주재하며, 편집위원회에 부의할 안건을 정한다. 편집위원장이 1인인 경우에는 편집위원장이 편집위원회의 의장이 되고, 공동편집위원장인 경우에는 공동편집위원장이 상호 협의하여 의장을 정한다.

③ 편집위원장은 다음 각 호의 직무를 수행한다.

1. **인사에 관한 사항:** 제5조 제3항에 따른 편집위원의 선임·해임, 제7조 제3항에 따른 편집국장의 선임·해임 및 편집간사 선임·해임의 승인, 제9조 제1항, 제13조 제4항·제5항 및 제19조 제4항 후단에 따른 심사위원 및 재심사위원의 선정·위촉

2. **투고원고의 수리에 관한 사항:** 제8조 제3항·제4항·제6항, 제8항부터 제10항까지 및 제11항(같은 항 중 편집위원회의 의결 취소는 제외함)에 따른 검토·결정 및 조치, 「한중법학 투고 및 원고 작성 규정」 제5조 제2항에 따른 투고 자격의 인정 및 같은 규정 제6조 제3항 제3호에 따른 투고논문의 범위 포함 결정

3. **논문 심사의 진행에 관한 사항**

가. 제12조 제4항에 따른 심사 결과와 심사의견의 통보

나. 제13조 제3항에 따른 수정논문과 「심사의견 반영표」의 확인 및 보완

요구

다. 제13조 제4항·제6항 및 제9항에 따른 재심사의 의뢰, 수정논문 등의 송부 및 재심사 결과의 통보

라. 제15조 제6항에 따른 기한의 연장

마. 제19조 제3항에 따른 이의신청에 관한 의결 결과의 통보

4. 기획논문의 모집, 석학논문 및 논문 외 원고에 관한 사항

가. 제10조 제1항에 따른 기획논문의 공개모집 및 연구자 또는 실무가에 대한 투고 요청

나. 제10조 제2항에 따른 석학논문의 필자 또는 게재 대상 논문의 선정과 석학논문의 제출기한·방법의 결정

다. 제10조 제6항에 따른 석학논문의 게재 여부 의결 안건 부의

라. 제10조 제7항에 따른 석학논문의 원출처 및 권리관계 확인, 같은 조 제8항 및 제9항에 따른 논문 외 원고의 게재 대상 선정과 작성·번역·제공에 관한 사항의 결정 및 같은 조 제11항·제12항에 따른 석학논문·논문 외 원고와 번역본의 게재 여부 결정

5. 게재 및 간행에 관한 사항

가. 제14조 제2항·제4항 및 제5항에 따른 통보와 정정

나. 제10조 제18항 또는 제20조에 따라 게재가 확정된 원고 또는 번역본의 수록 권호의 확인

다. 제21조에 따른 증명서의 발급

라. 제22조에 따른 간행 및 수록에 관한 사무

마. 제10조 제12항에 따른 원고의 번역본 제공 요청 및 번역자의 선정·위촉

바. 동의서 제출의 요청·확인

6. 그 밖에 이 규정 또는 다른 규정에서 편집위원장의 직무로 정한 사항

④ 편집위원장은 제3항 제2호 및 제4호에 따른 결정을 한 경우 그 내용과 사

유를 지체 없이 편집위원회에 보고하여야 하며, 그 보고 내용은 편집위원회의 회의록에 기재한다.

- ⑤ 편집위원장은 제3항 각 호의 직무 중 일부를 편집국장으로 하여금 처리하게 할 수 있다. 다만, 제1호·제2호 및 제4호의 직무는 그러하지 아니하다.

제7조(편집국)

- ① 본 학술지의 편집 및 간행에 관한 실무를 처리하기 위하여 편집국을 둔다.
- ② 편집국에는 편집국장 1인과 5인 이내의 편집간사를 둔다.
- ③ 편집위원장이 편집국장을 선임하거나 해임한다. 공동편집위원장인 경우에는 공동편집위원장이 상호 협의하여 편집국장을 선임하거나 해임한다. 편집국장은 편집위원장의 승인을 받아 편집간사를 선임하거나 해임한다. 공동편집위원장인 경우에는 공동편집위원장 모두의 승인을 받아야 한다.
- ④ 편집국장은 편집위원장의 지휘를 받아 편집국의 업무를 총괄한다. 편집위원장은 편집국장을 겸임할 수 있으며, 공동편집위원장인 경우에는 그중 1인이 편집국장을 겸임할 수 있다.
- ⑤ 편집국은 다음 각 호의 업무를 수행한다.
 1. 투고원고의 접수 및 관리
 2. 논문 심사 절차의 진행에 관한 사무
 3. 원고의 편집·교정 및 번역의 진행·관리에 관한 사무
 4. 학술지의 간행 및 배포에 관한 사무
 5. 편집위원회 회의 및 의결에 관한 기록의 작성·관리
 6. 그 밖에 편집위원장 또는 편집국장이 필요하다고 인정하는 업무
- ⑥ 편집간사는 편집국장의 지휘를 받아 제5항 각 호의 업무를 처리한다.

제3장 논문 심사 및 게재

제8조(투고논문의 기본요건 검토 및 검토 결과의 처리)

- ① 편집국은 투고자가 「한중법학 투고 및 원고 작성 규정」에서 정한 투고 자격을 갖추었는지, 투고원고가 같은 규정에서 정한 투고 기한 및 방법, 작성 언어와 투고 파일 형식을 준수하였는지, 투고논문이 같은 규정 제6조에 따른 주제 및 미게재 조건과 같은 규정 제10조부터 제17조까지의 논문 작성 기준에 부합하는지(이하 이를 합하여 “기본요건”이라 한다)를 검토한다.
- ② 편집국은 기본요건 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 사실을 지체 없이 편집위원장에게 보고하여야 한다.
 1. 「한중법학 투고 및 원고 작성 규정」 제5조 제3항 또는 제6항에 해당하는 경우를 제외하고, 투고자가 같은 조 제1항에 따른 투고 자격을 갖추지 못한 경우
 2. 투고논문이 같은 규정 제6조에 따른 주제 범위에 부합하지 아니하거나 미게재 조건을 충족하지 아니한다고 판단할 만한 사유가 있는 경우
 3. 투고원고가 같은 규정 제7조에 따른 투고 기한을 준수하지 아니하거나 같은 규정 제8조 제1항에 따른 작성 언어로 작성되지 아니한 경우
- ③ 편집위원장은 제2항에 따른 보고를 받은 날부터 3일 이내에 다음 각 호의 구분에 따라 해당 사유를 검토하여야 한다.
 1. **제2항 제1호에 해당하는 경우:** 「한중법학 투고 및 원고 작성 규정」 제5조 제2항에 따른 투고 자격의 인정 여부를 결정한다.
 2. 제2항 제2호에 해당하는 경우: 「한중법학 투고 및 원고 작성 규정」 제6조에 따른 주제 범위 부합 여부와 미게재 조건 충족 여부를 결정한다.
 3. **제2항 제3호에 해당하는 경우:** 투고 기한 또는 작성 언어의 준수 여부를 확인한다.
- ④ 편집위원장은 제3항에 따른 검토 결과 투고 자격을 인정하지 아니하거나,

해당 논문이 「한중법학 투고 및 원고 작성 규정」 제6조에 따른 주제 범위에 부합하지 아니하거나 미게재 요건을 충족하지 아니한다고 결정하거나, 투고 원고가 투고 기한 또는 작성 언어를 준수하지 아니한 것으로 확인한 경우에는 해당 투고원고의 게재 절차를 진행하지 아니하기로 결정하여야 한다. 편집위원장은 그 결정일부터 3일 이내에 그 사유와 결과를 투고자에게 통지하여야 한다.

⑤ 편집국은 기본요건 중 투고원고가 「한중법학 투고 및 원고 작성 규정」 제7조에 따른 투고 방법을 준수하지 아니하거나, 같은 규정 제8조 제2항에 따른 투고 파일 형식에 맞지 아니하거나, 투고논문이 같은 규정 제10조부터 제17조까지의 논문 작성 기준을 준수하지 아니한 경우에는 투고원고를 접수한 날부터 3일 이내에 5일 이내의 보완기간을 정하여 투고자에게 보완을 요구하여야 한다.

⑥ 투고자가 제5항에 따라 정한 보완기간 내에 투고원고를 보완하지 아니하거나, 보완한 투고원고가 같은 항에 따른 요건을 충족하지 못한 경우에는 편집국은 그 사실을 지체 없이 편집위원장에게 보고하여야 한다. 편집위원장은 보고를 받은 날부터 3일 이내에 해당 투고원고의 게재 절차를 진행하지 아니하기로 결정하고, 그 결정일부터 3일 이내에 그 사유와 결과를 투고자에게 통지하여야 한다.

⑦ 제1항부터 제6항까지의 절차를 거쳐 해당 투고논문이 기본요건을 모두 충족한 것으로 확인된 경우에는 다음 각 호의 구분에 따라 처리한다.

1. 제2조 제9호 가목에 따른 석학논문의 경우: 제10조 제6항에 따라 편집위원회의 게재 여부 의결 안건으로 부의한다.

2. 제1호의 석학논문을 제외한 투고논문의 경우: 편집위원장이 제9조 제1항 및 제15조 제1항에 따라 심사위원을 선정·위촉하고, 편집국은 제9조 제5항에 따라 심사용 투고논문에서 저자를 식별할 수 있는 사항을 삭제한 후 심사위원에게 송부한다.

⑧ 제7항에 따른 절차가 개시된 후 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유

가 발견된 경우에는 편집국은 그 사실을 지체 없이 편집위원장에게 보고하여야 한다. 편집위원장은 보고를 받은 후 지체 없이 다음 각 호의 구분에 따라 필요한 조치를 하고, 보고를 받은 날부터 3일 이내에 제3항에 따라 해당 사유를 검토하여야 한다.

1. **심사용 투고논문을 심사위원에게 송부하기 전인 경우:** 그 송부를 보류한다.
2. **심사위원에게 송부하였으나 「논문심사보고서」가 제출되기 전인 경우:** 편집국으로 하여금 해당 심사위원에게 심사의 중단과 제15조 제2항에 따른 「논문심사보고서」 제출기간의 진행 정지를 통보하게 한다.
3. **제12조 제4항에 따른 심사 결과와 심사의견을 투고자에게 통보하기 전인 경우:** 그 통보를 보류한다.
4. **제13조 제1항에 따른 수정논문과 「심사의견 반영표」의 제출기간 또는 같은 조 제3항에 따라 편집위원장이 정한 보완 기한이 진행 중인 경우:** 그 기간의 진행을 정지하고, 편집국으로 하여금 그 사실과 정지 사유를 투고자에게 통지하게 한다. 이 경우 정지된 기간에 대하여는 제13조 제2항 및 제3항 후단을 적용하지 아니한다.
5. **제13조 제3항에 따른 편집위원장의 확인이 진행 중인 경우:** 그 확인을 보류한다.
6. **제13조 제4항 또는 제5항에 따른 재심사위원의 선정·위촉 및 같은 조 제6항에 따른 송부와 관련하여 다음 각 목의 구분에 따라 조치한다.**
 - 가. 재심사위원의 선정·위촉 또는 수정논문 등의 송부 전인 경우: 그 선정·위촉 또는 송부를 보류한다.
 - 나. 재심사위원에게 수정논문 등을 송부하였으나 「논문심사보고서」가 제출되기 전인 경우: 편집국으로 하여금 해당 재심사위원에게 재심사의 중단과 제15조 제3항에 따른 「논문심사보고서」 제출기간의 진행 정지를 통보하게 한다.

다. 「논문심사보고서」가 제출되었으나 제13조 제9항에 따른 재심사 결과가 투고자에게 통보되기 전인 경우: 그 통보를 보류한다.

7. 투고논문을 편집위원회의 게재 여부 의결 안건으로 부의하기 전이면 그 부의를 보류하고, 이미 부의한 경우에는 그 의결을 보류한다.

⑨ 편집위원장은 제8항에 따라 제3항의 검토를 한 결과 투고 자격을 인정하지 아니하거나, 해당 논문이 「한중법학 투고 및 원고 작성 규정」 제6조에 따른 주제 범위에 부합하지 아니하거나 미게재 요건을 충족하지 아니한다고 결정하거나, 투고원고가 투고 기한 또는 작성 언어를 준수하지 아니한 것으로 확인한 경우에는 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.

1. 해당 투고원고의 게재 절차를 더 이상 진행하지 아니하기로 결정할 것
2. 제1호의 결정일부터 3일 이내에 그 사유와 결과를 투고자에게 통지할 것
3. 편집국으로 하여금 제8항 제2호 또는 제6호에 따라 심사 또는 재심사의 중단을 통보한 심사위원 또는 재심사위원에게 절차의 종료 사실을 통보하고, 송부한 자료의 폐기를 요청하게 할 것

⑩ 편집위원장은 제8항에 따라 제3항의 검토를 한 결과 투고 자격을 인정하거나, 해당 논문이 「한중법학 투고 및 원고 작성 규정」 제6조에 따른 주제 범위에 부합하고 미게재 요건을 충족한다고 결정하거나, 투고원고가 투고 기한 및 작성 언어를 준수한 것으로 확인한 경우에는 제8항 각 호에 따라 보류하거나 정지한 절차를 다음 각 호의 구분에 따라 지체 없이 재개하여야 한다.

1. **제8항 제1호에 따라 송부를 보류한 경우:** 편집국으로 하여금 제9조 제5항에 따라 심사용 투고논문을 해당 심사위원에게 송부하게 한다.
2. **제8항 제2호에 따라 심사의 중단을 통보한 경우:** 정지 당시 남아 있던 일수만큼의 기간을 새로 부여하되, 그 일수가 3일 미만인 경우에는 3일의 기간을 부여하고, 편집국으로 하여금 해당 심사위원에게 심사의 재개와 새로

정한 제출기한을 통보하게 한다.

3. **제8항 제3호에 따라 통보를 보류한 경우:** 제12조 제4항에 따라 심사 결과와 심사의견을 투고자에게 통보한다.

4. **제8항 제4호에 따라 기간의 진행을 정지한 경우:** 정지 당시 남아 있던 일수만큼의 기간을 새로 부여하되, 그 일수가 3일 미만인 경우에는 3일의 기간을 부여하고, 편집국으로 하여금 새로 정한 제출기한 또는 보완 기한을 투고자에게 통지하게 한다.

5. **제8항 제5호에 따라 확인을 보류한 경우:** 제13조 제3항에 따라 수정논문과 「심사의견 반영표」를 확인하고, 심사의견의 반영이 미흡하다고 인정되는 경우에는 기한을 정하여 보완을 요구한다.

6. **제8항 제6호에 따른 조치를 한 경우:** 다음 각 목의 구분에 따라 처리한다.

가. **재심사위원의 선정·위촉 또는 송부를 보류한 경우:** 제13조 제4항 또는 제5항에 따라 재심사위원을 선정·위촉하고, 같은 조 제6항에 따라 수정논문, 「심사의견 반영표」 및 심사위원을 식별할 수 있는 사항을 삭제한 당초 2인의 심사 결과와 심사의견을 송부하여 재심사를 의뢰한다.

나. **재심사의 종단을 통보한 경우:** 정지 당시 남아 있던 일수만큼의 기간을 새로 부여하되, 그 일수가 3일 미만인 경우에는 3일의 기간을 부여하고, 편집국으로 하여금 해당 재심사위원에게 재심사의 재개와 새로 정한 제출기한을 통보하게 한다.

다. **재심사 결과의 통보를 보류한 경우:** 제13조 제9항에 따라 그 결과를 투고자에게 통보한다.

7. **제8항 제7호에 따라 부의 또는 의결을 보류한 경우:** 해당 투고논문을 편집위원회의 게재 여부 의결 안건으로 부의하거나 편집위원회가 그 게재 여부를 의결하도록 한다.

⑪ 제20조에 따라 투고논문의 게재가 확정된 후 해당 투고논문이 게재되기 전

에 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발견된 경우에는 편집국은 그 사실을 지체 없이 편집위원장에게 보고하여야 한다. 편집위원장은 게재확정 취소 여부가 결정될 때까지 해당 논문의 게재 또는 간행 절차를 보류하고, 다음 각 호의 구분에 따라 처리하여야 한다.

1. **발견된 사유가 연구윤리 위반행위에 해당한다고 의심할 만한 경우:** 「한중법학 연구윤리규정」에 따라 처리한다.

2. **그 밖의 경우:** 다음 각 목에 따라 처리한다.

가. 편집위원장은 투고자에게 발견된 사유를 통지하고, 7일 이내의 기간을 정하여 의견을 제출할 기회를 주어야 한다.

나. 편집위원장은 가목에 따른 기간이 지난 후 해당 사유의 인정 여부를 결정하여야 한다.

다. 해당 사유가 인정되는 경우 편집위원회는 해당 투고논문을 게재하기로 한 의결을 취소할 수 있다.

라. 편집위원장은 나목 및 다목에 따른 처리 결과와 이유를 지체 없이 투고자에게 통지하여야 한다.

⑫ 해당 투고논문이 이미 게재된 후 제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발견된 경우에는 그 사유만을 이유로 해당 논문을 철회하거나 그 게시를 중단하지 아니한다. 다만, 발견된 사유가 연구윤리 위반행위에 해당한다고 의심할 만한 경우에는 「한중법학 연구윤리규정」에 따라 처리한다.

제9조(심사위원의 선정·위촉 및 익명심사)

① 편집위원장은 투고논문의 주제와 전공 분야를 고려하여 해당 분야의 전문성을 갖춘 2인의 심사위원을 선정·위촉한다.

② 편집위원장은 심사위원 후보의 추천을 편집위원 또는 편집국장에게 요청할 수 있다.

③ 심사위원은 원칙적으로 해당 투고논문의 저자와 동일한 기관에 소속되지 아니한 사람으로 선정한다. 다만, 해당 분야의 전문성 등을 고려하여 부득이한

사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

- ④ 논문 심사는 저자와 심사위원의 인적 사항을 상호 공개하지 아니하는 방식으로 한다.
- ⑤ 편집국은 심사용 투고논문에서 저자를 식별할 수 있는 사항을 삭제한 후 심사위원에게 송부한다.
- ⑥ 저자는 심사용 투고논문에 자신의 신원이 드러날 수 있는 내용을 기재하지 아니하도록 유의하여야 한다.
- ⑦ 편집위원회는 심사위원에게 심사료를 지급할 수 있다.

제10조(기획논문, 석학논문 및 논문 외 원고)

- ① 편집위원회는 기획논문의 주제, 투고기한·방법 및 그 밖에 투고에 필요한 사항을 정한다. 편집위원장은 편집위원회의 결정에 따라 기획논문을 공개적으로 모집하거나, 해당 주제에 관하여 전문성을 갖춘 연구자 또는 실무자에게 투고를 요청할 수 있다.
- ② 편집위원장은 본 학술지의 목적과 편집 방향을 고려하여 제2조 제9호 가목에 따른 석학논문의 필자 또는 같은 호 나목에 따른 게재 대상 논문을 선정하고, 가목에 따른 석학논문의 제출기한 및 방법을 정한다.
- ③ 한 호에 수록할 석학논문의 편수는 편집위원장이 정한다.
- ④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람을 제2항에 따른 석학논문의 필자로 선정하거나 그 사람이 저자인 논문을 석학논문의 게재 대상으로 선정하려는 경우에는 해당 편집위원장을 제외한 편집위원회의 의결로 선정한다.
 - 1. 해당 편집위원장
 - 2. 해당 편집위원장과 친족관계에 있는 사람
 - 3. 해당 석학논문의 작성 또는 그 기초가 된 연구를 해당 편집위원장과 공동으로 수행한 사람
 - 4. 그 밖에 해당 편집위원장과 직접적인 이해관계가 있는 사람

- ⑤ 제4항에 따라 편집위원회가 선정하는 경우에는 제5조 제5항에 따른 자가 해당 안건에 관한 회의를 소집하고 주재한다.
- ⑥ 제2조 제9호 가목에 따른 석학논문에 대해서는 제9조 및 제11조부터 제13조까지와 제15조 제1항부터 제4항까지를 적용하지 아니한다. 편집위원장은 제8조에 따른 기본요건 검토가 완료된 후 해당 석학논문을 편집위원회의 게재 여부 의결 안건으로 부의하고, 편집위원회는 그 학술적 가치와 본 학술지의 목적 및 편집 방향에의 적합성 등을 고려하여 게재 여부를 의결한다.
- ⑦ 제2조 제9호 나목에 따른 석학논문은 투고논문으로 보지 아니하며, 논문 심사의 대상에서 제외한다. 편집위원장은 해당 논문을 게재하기로 결정하기 전에 종전 공표 또는 게재 사실과 그 출처가 해당 논문에 명시되도록 하고, 재수록 및 필요한 경우 번역에 필요한 저작권자의 허락과 동의서의 제출 여부를 확인하여야 한다.
- ⑧ 번역자료는 투고를 요하지 아니하며, 편집위원장이 본 학술지의 목적과 편집 방향을 고려하여 번역 대상을 선정하고 그 번역을 요청하거나 위촉한다. 학술번역자료의 번역 대상을 선정할 때에는 해당 저작물의 학술적 가치와 한 중 양국 학계 상호 간에 소개할 필요성을 고려하여야 한다.
- ⑨ 서평 및 기타자료는 투고를 요하지 아니하며, 편집위원장은 그 게재 대상을 선정하거나 작성 또는 제공을 요청할 수 있고, 작성·제공의 방법과 기한 및 그 밖에 필요한 사항을 정한다.
- ⑩ 제7항에 따른 석학논문, 제8항 또는 제9항에 따른 논문 외 원고 및 제2조 제10호에 따른 번역본은 논문 심사의 대상에서 제외한다.
- ⑪ 편집위원장은 제7항에 따른 석학논문과 제8항 또는 제9항에 따른 논문 외 원고의 게재 여부를 결정한다. 해당 원고를 게재하기로 결정하려는 경우에는 동의서의 제출이 확인되어야 한다.
- ⑫ 번역본은 투고를 요하지 아니한다. 편집위원장은 본 학술지에 투고되거나 게재 대상으로 선정된 원고의 번역 여부, 번역 언어 및 번역본의 게재 여부를 결정하고, 원고의 저자에게 번역본의 제공을 요청하거나 번역자를 선정·위촉할 수 있다. 번역본을 게재하기로 결정하려는 경우에는 동의서의 제출이

확인되어야 한다.

- ⑬ 편집위원장은 제7항에 따른 석학논문, 제8항 또는 제9항에 따른 논문 외 원고 또는 제12항에 따른 번역본의 내용, 번역 또는 형식의 정확성이나 적정성을 확인하기 위하여 필요한 경우 해당 분야 전문가의 의견을 들을 수 있다. 전문가의 의견은 편집위원장의 게재 여부 결정을 구속하지 아니한다.
- ⑭ 편집위원장 또는 제13항에 따른 전문가가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 원고 또는 번역본의 게재 대상 선정, 게재 여부 결정 또는 의견 제시에서 제척된다.
1. 해당 원고의 저자 또는 번역자인 경우
 2. 해당 원고의 저자 또는 번역자와 친족관계에 있는 경우
 3. 해당 원고의 작성·번역 또는 그 기초가 된 작업을 그 저자 또는 번역자와 공동으로 수행한 경우
 4. 그 밖에 해당 원고의 저자 또는 번역자와 직접적인 이해관계가 있어 공정한 선정·결정 또는 의견 제시를 기대하기 어려운 경우
- ⑮ 편집위원장 또는 제13항에 따른 전문가는 공정성을 해칠 우려가 있는 경우 스스로 회피하여야 한다.
- ⑯ 편집위원장이 제척되거나 회피한 경우에는 제5조 제5항에 따른 자가 해당 원고 또는 번역본에 관한 편집위원장의 직무를 대행한다.
- ⑰ 편집위원장 또는 제16항에 따른 직무대행자는 제11항 또는 제12항에 따라 게재 여부를 결정한 경우 그 결과를 지체 없이 해당 원고의 저자 또는 번역자에게 전자우편으로 통지하여야 한다.
- ⑱ 제11항 또는 제12항에 따라 해당 원고 또는 번역본을 게재하기로 결정한 때에 그 게재가 확정된다.

제11조(심사 결과의 구분)

심사위원은 다음 각 호의 어느 하나로 심사 결과를 판정한다.

1. 게재 가능
2. 수정 후 게재
3. 수정 후 재심사
4. 게재 불가

제12조(심사 결과의 종합 및 통보)

- ① 심사위원은 별지 제1호 서식의 「논문심사보고서」를 작성하여 편집위원장에게 제출하여야 한다. 심사위원은 '수정 후 게재' 또는 '수정 후 재심사'로 판정한 경우에는 수정이 필요한 사항을, '게재 불가'로 판정한 경우에는 그 사유를 구체적으로 기재하여야 한다.
- ② 2인의 심사 결과가 일치하는 경우에는 그 심사 결과에 따라 처리한다.
- ③ 2인의 심사 결과가 서로 다른 경우에는 다음 각 호의 기준에 따라 처리한다.
 1. '게재 가능'과 '수정 후 게재'인 경우: 수정 후 게재
 2. '게재 가능'과 '수정 후 재심사' 또는 '수정 후 게재'와 '수정 후 재심사'인 경우: 수정 후 재심사.
 3. '게재 가능'과 '게재 불가' 또는 '수정 후 게재'와 '게재 불가'인 경우: 수정 후 재심사.
 4. '수정 후 재심사'와 '게재 불가'인 경우: 게재 불가
- ④ 편집위원장은 제2항 또는 제3항에 따른 심사 결과와 심사의견을 지체 없이 투고자에게 통보하여야 한다. 이 경우 심사위원을 식별할 수 있는 사항은 삭제하여야 한다.
- ⑤ 제4항에 따라 통보하는 심사 결과가 '게재 가능' 또는 '수정 후 게재'인 경우 편집위원장은 그 통보와 함께 동의서의 제출을 요청하여야 한다.

제13조(수정논문의 제출 및 재심사)

- ① 제12조 제4항에 따라 '수정 후 게재' 또는 '수정 후 재심사'의 심사 결과를 통보받은 투고자는 제15조 제4항에 따른 기한까지 수정한 투고논문(이하 "수

정논문"이라 한다)과 별지 제2호 서식의 「심사의견 반영표」를 제출하여야 한다.

② 제1항의 기한까지 수정논문과 「심사의견 반영표」를 제출하지 아니한 경우에는 게재 불가로 처리한다.

③ '수정 후 게재'의 경우 편집위원장은 제1항에 따라 제출된 수정논문과 「심사의견 반영표」를 확인하여야 하며, 심사의견의 반영이 미흡하다고 인정되는 경우에는 기한을 정하여 보완을 요구할 수 있다. 투고자가 그 기한까지 보완하지 아니한 경우에는 게재 불가로 처리한다.

④ '수정 후 재심사'의 경우 편집위원장은 제1항에 따라 제출된 수정논문과 「심사의견 반영표」를 다음 각 호의 구분에 따른 재심사위원에게 의뢰하여 재심사하게 한다.

1. 당초 심사위원 중 '수정 후 재심사'로 판정한 심사위원이 있는 경우: 그 심사위원 1인. 다만, 2인 모두 '수정 후 재심사'로 판정한 경우에는 편집위원장이 그중 1인을 정한다.

2. 제1호에 해당하는 심사위원이 없는 경우: 편집위원장이 새로 위촉한 제3의 심사위원

⑤ 제4항 제1호에 따른 재심사위원이 재심사를 수행할 수 없는 부득이한 사유가 있는 경우에는 같은 항 제2호를 준용한다.

⑥ 편집위원장은 제4항 또는 제5항에 따른 재심사위원에게 수정논문, 「심사의견 반영표」 및 심사위원을 식별할 수 있는 사항을 삭제한 당초 2인의 심사결과와 심사의견을 송부하여야 한다.

⑦ 재심사위원은 재심사 결과를 '게재 가능' 또는 '게재 불가'로만 판정하고, 별지 제1호 서식의 「논문심사보고서」를 작성하여 편집위원장에게 제출하여야 한다.

⑧ 제7항에 따른 재심사 결과는 재심사위원의 판정에 따라 처리한다.

⑨ 편집위원장은 제7항에 따른 재심사 결과를 지체 없이 투고자에게 통보하여

야 한다. 재심사 결과가 '게재 가능'인 경우에는 그 통보와 함께 동의서의 제출을 요청하여야 한다.

제14조(게재 여부의 의결, 통보 및 정정)

- ① 편집위원회는 제2조 제9호 가목에 따른 석학논문에 대해서는 제10조 제6항에 따른 절차가 종료된 후, 그 밖의 투고논문에 대해서는 제12조 제2항부터 제4항까지 및 제13조에 따른 절차 중 해당하는 절차가 종료된 후 지체 없이 그 게재 여부를 의결한다. 다만, 해당 투고논문을 게재하기로 의결하려는 경우에는 동의서의 제출이 확인되어야 한다.
- ② 편집위원장은 제1항에 따른 의결 결과를 지체 없이 투고자에게 통보한다.
- ③ 제2항에 따른 통보의 내용에 오기·누락 또는 그 밖의 명백한 오류가 있는 경우 투고자는 통보를 받은 날부터 7일 이내에 편집위원장에게 정정을 요청할 수 있다.
- ④ 편집위원장은 제3항에 따른 요청을 받은 날부터 3일 이내에 편집위원회의 실제 의결 내용에 맞게 통보의 내용을 정정하여 투고자에게 다시 통보하여야 한다. 정정할 오류가 없다고 인정하는 경우에는 같은 기간 내에 그 사유를 투고자에게 통지하여야 한다.
- ⑤ 편집위원장은 제3항에 따른 요청이 없는 경우에도 제2항에 따른 통보의 내용에 제3항에 따른 오류가 있음을 발견한 때에는 지체 없이 편집위원회의 실제 의결 내용에 맞게 이를 정정하여 투고자에게 다시 통보하여야 한다.
- ⑥ 제3항부터 제5항까지에 따른 정정으로 제1항에 따른 의결의 내용 자체를 변경할 수 없다.
- ⑦ 제4항 또는 제5항에 따라 정정하여 다시 통보한 실제 의결 내용이 해당 투고논문을 게재하지 아니하기로 한 것인 경우에는 제19조 제1항을 적용할 때 정정된 내용이 투고자에게 통보된 때를 기준으로 한다. 다만, 정정된 사항이 심사 결과, 심사의견 또는 게재 여부에 관한 것이 아님이 명백한 경우에는 최초의 통보를 기준으로 한다.
- ⑧ 제7항 본문에도 불구하고 투고자가 이미 이의를 신청한 경우에는 다음 각

호의 구분에 따른다.

1. 제19조 제3항에 따른 의결이 이루어지지 아니한 경우: 투고자는 정정된 내용을 통보받은 날부터 7일 이내에 종전 이의신청의 이유를 보완하거나 변경할 수 있다. 이 경우 이를 새로운 이의신청으로 보지 아니하며, 제15조 제5항에 따른 기간은 이 호에 따른 보완·변경 기간이 만료된 날부터 새로 진행한다.
2. 제19조 제3항 제1호에 따라 이의신청을 기각하는 의결이 이루어진 경우: 투고자는 같은 조 제6항에도 불구하고 정정된 내용을 통보받은 날부터 7일 이내에 다시 이의를 신청할 수 있다. 이 경우 종전의 기각 의결은 효력을 잃는다.

제15조(심사 및 수정 기한)

- ① 편집위원장은 제8조에 따른 기본요건 검토가 완료된 날부터 3일 이내에 심사위원을 위촉하는 것을 원칙으로 한다.
- ② 심사위원은 심사를 의뢰받은 날부터 10일 이내에 「논문심사보고서」를 제출하는 것을 원칙으로 한다.
- ③ 재심사위원은 재심사를 의뢰받은 날부터 5일 이내에 「논문심사보고서」를 제출하는 것을 원칙으로 한다.
- ④ 제13조 제1항에 따른 투고자는 심사 결과를 통보받은 날부터 5일 이내에 수정논문과 「심사의견 반영표」를 제출하여야 한다.
- ⑤ 편집위원회는 제19조 제1항에 따른 이의신청을 받은 날부터 7일 이내에 같은 조 제3항에 따른 의결을 하는 것을 원칙으로 한다.
- ⑥ 편집위원장은 투고자의 신청이 있거나 부득이한 사유가 있는 경우 제4항의 기한을 연장할 수 있다.

제16조(제척 및 회피)

- ① 편집위원장, 편집위원, 편집국장, 편집간사 또는 심사위원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 투고논문의 심사·의결 또는 관련 사무

에서 제척된다.

1. 투고논문의 저자 또는 공동저자인 경우
 2. 투고자와 친족관계에 있는 경우
 3. 해당 투고논문의 기초가 된 연구를 투고자와 공동으로 수행한 경우
 4. 그 밖에 투고자와 직접적인 이해관계가 있어 공정한 심사를 기대하기 어려운 경우
- ② 편집위원장, 편집위원, 편집국장, 편집간사 또는 심사위원은 심사·의결 또는 관련 사무의 공정성을 해칠 우려가 있는 경우 스스로 회피하여야 한다.
- ③ 제척되거나 회피한 편집위원장 또는 편집위원은 해당 투고논문에 관한 편집위원회의 출석 및 의결정족수에 산입하지 아니한다.
- ④ 편집위원장이 제척되거나 회피한 경우에는 제5조 제5항에 따른 자가 해당 투고논문에 관한 편집위원장의 직무를 대행한다.

제17조(비밀 유지)

- ① 편집위원장, 편집위원, 편집국장, 편집간사, 심사위원 및 제10조 제13항에 따른 전문가는 원고의 투고·선정·검토·심사 및 게재 과정에서 알게 된 저자, 번역자, 심사위원, 심사 또는 의견의 내용 및 그 밖의 비공개 정보를 정당한 사유 없이 공개하거나 누설하여서는 아니 된다.
- ② 제1항의 자는 심사용 투고논문, 검토 대상 원고 및 관련 정보를 생성형 인공지능 서비스에 입력하는 등 외부에 유출될 수 있는 방법으로 처리하여서는 아니 된다.

제18조(연구윤리 위반 의심사항의 처리 및 절차의 잠정적 중단)

- ① 심사위원은 심사 과정에서 표절, 중복게재, 부당한 저자 표시 또는 그 밖의 연구윤리 위반이 의심되는 경우 그 내용과 근거를 편집위원장에게 통보하여야 한다. 편집국은 원고의 접수·검토, 심사 절차의 진행, 게재·간행 과정 또는 원고가 게재된 후 연구윤리 위반이 의심되는 사항을 발견한 경우 그 내용과 근거를 편집위원장에게 보고하여야 한다.

- ② 제1항에 따른 연구윤리 위반 의심사항은 「한중법학 연구윤리규정」에 따라 처리한다.
- ③ 「한중법학 연구윤리규정」 제15조 제11항에 따라 원고의 검토·심사·게재 또는 간행 절차가 잠정적으로 중단된 경우에는 다음 각 호에 따른다.
1. 심사위원 및 재심사위원의 「논문심사보고서」 제출기간과 투고자에게 부여된 수정 또는 보완을 위한 기간의 진행을 정지한다.
 2. 편집위원장은 편집국으로 하여금 잠정적 중단 사실과 제1호에 따른 기간의 진행이 정지된다는 사실을 해당 심사위원, 재심사위원 또는 투고자에게 지체 없이 통지하게 한다.
 3. 제10조 제13항에 따라 전문가에게 의견을 요청한 경우에는 편집위원장은 편집국으로 하여금 해당 전문가에게 의견 제시의 중단을 요청하게 한다.
- ④ 편집위원장은 「한중법학 연구윤리규정」 제15조 제12항에 따라 중단이 해제된 경우 또는 같은 조 제9항에 따라 판정이 확정된 후 해당 원고의 절차를 계속하는 경우에는 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.
1. 정지 당시 남아 있던 일수만큼의 기간을 새로 부여할 것. 다만, 남아 있던 일수가 3일 미만인 경우에는 3일의 기간을 부여한다.
 2. 편집국으로 하여금 제1호에 따라 새로 정한 기한을 해당 심사위원, 재심사위원 또는 투고자에게 통지하게 할 것
 3. 제10조 제13항에 따른 전문가의 의견 제시가 중단된 경우에는 편집국으로 하여금 해당 전문가에게 의견 제시의 재개를 요청하게 할 것
- ⑤ 「한중법학 연구윤리규정」 제16조 제1항 제1호 또는 제2호에 따른 제재조치가 확정되어 해당 원고의 게재 절차를 계속하지 아니하게 된 경우 편집위원장은 다음 각 호의 조치를 하여야 한다.
1. 편집국으로 하여금 절차의 종료 사실을 해당 심사위원, 재심사위원, 전

문가 및 투고자에게 통지하게 할 것

2. 편집국으로 하여금 심사위원, 재심사위원 및 전문가에게 송부한 자료의 폐기를 요청하게 할 것

제19조(이의신청)

- ① 투고자는 심사 절차의 중대한 하자, 명백한 사실오인 또는 심사의 공정성을 의심할 만한 사유가 있는 경우 제14조 제2항에 따라 해당 투고논문을 게재하지 아니하기로 한 의결 결과를 통보받은 날부터 7일 이내에 그 사유를 구체적으로 밝혀 서면으로 이의를 신청할 수 있다.
- ② 단순한 학술적 견해의 차이는 이의신청 사유로 하지 아니한다.
- ③ 편집위원회는 이의신청을 심의하여 다음 각 호의 어느 하나로 의결하고, 편집위원장은 그 결과를 지체 없이 투고자에게 통보한다.
 1. 기각: 이의신청 사유가 인정되지 아니하는 경우
 2. 인용: 이의신청 사유가 인정되는 경우
- ④ 제3항 제2호에 따라 이의신청을 인용하는 경우 편집위원회는 종전의 심사와 해당 투고논문을 게재하지 아니하기로 한 의결을 취소하고, 제9조, 제11조부터 제14조까지, 제15조 제2항부터 제4항까지 및 제6항과 제16조에 따라 심사를 다시 실시한다. 이 경우 편집위원장은 이의신청을 인용한 날부터 3일 이내에 심사위원을 위촉하는 것을 원칙으로 한다.
- ⑤ 제4항에 따른 심사위원은 종전의 심사 또는 재심사에 참여하지 아니한 사람으로 선정한다.
- ⑥ 이의신청은 한 차례만 할 수 있으며, 제3항에 따른 의결과 제4항에 따라 다시 실시한 심사에 따른 게재 여부의 의결에 대해서는 다시 이의를 신청할 수 없다.

제20조(게재 여부의 확정)

- ① 제14조 제1항에 따라 편집위원회가 투고논문을 게재하기로 의결한 때에 그

논문의 게재가 확정된다.

- ② 편집위원회가 투고논문을 게재하지 아니하기로 한 의결은 제19조 제1항에 따른 기간 내에 이의신청이 없거나, 같은 조 제3항 제1호에 따른 기각 의결이 있을 때에 확정된다.
- ③ 제19조 제3항 제2호에 따라 새로운 심사절차가 진행되는 경우에는 그 절차를 거쳐 편집위원회가 게재 여부를 새로 의결한 때에 그 의결에 따라 게재 여부가 확정된다.

제4장 증명서, 간행 및 배포

제21조(증명서의 발급)

- ① 편집위원장은 제10조 제18항 또는 제20조에 따라 원고 또는 번역본의 게재가 확정된 경우 저자 또는 번역자의 요청에 따라 다음 각 호의 구분에 따른 증명서를 발급할 수 있다.
 - 1. 해당 원고 또는 번역본이 게재될 호가 발간되기 전: 게재확정증명서
 - 2. 해당 원고 또는 번역본이 게재된 호가 발간된 후: 게재증명서
- ② 제1항 제1호의 게재확정증명서에는 게재 확정일과 수록 권호를 기재하고, 발간예정일이 정해진 경우에는 그 예정일을 함께 기재할 수 있다.
- ③ 제1항 제2호의 게재증명서에는 수록 권호와 해당 호의 발간일을 기재한다. 제22조 제3항에 따라 해당 호에 추가로 수록된 원고의 경우에도 같다.
- ④ 증명서의 발급 절차와 그 밖의 기재사항은 편집위원장이 정한다.

제22조(간행 및 수록)

- ① 본 학술지는 전자파일 형태로 간행하는 것을 원칙으로 한다.
- ② 편집위원장은 본 학술지를 간행한 후 게재된 원고의 저자 또는 번역본의 번역자에게 해당 호 또는 해당 원고·번역본의 전자파일을 제공하여야 한다.

- ③ 제10조 제18항 또는 제20조에 따른 원고 또는 번역본의 게재 확정이 그 원고 또는 번역본이 수록될 예정이었던 호의 발간일 후에 이루어진 경우 편집위원장은 게재가 확정된 후 지체 없이 그 원고 또는 번역본을 해당 호에 추가로 수록하여야 한다.
- ④ 제3항에 따라 원고 또는 번역본을 해당 호에 추가로 수록한 경우 그 원고 또는 번역본의 게재일은 해당 호의 발간일로 본다.
- ⑤ 게재 후 저자 또는 번역자의 요청 등에 따라 오탈자, 표현 또는 서지사항 등 원고 또는 번역본의 본질적 내용을 변경하지 아니하는 범위에서 그 일부를 수정한 경우에도 게재일은 변경되지 아니한다.
- ⑥ 편집위원장은 제3항에 따른 실제 추가 수록일 또는 제5항에 따른 수정일과 그 사유를 해당 원고 또는 번역본에 표시하고, 그에 관한 기록을 보존하여야 한다.
- ⑦ 편집위원장은 제3항에 따라 원고 또는 번역본을 추가로 수록한 경우 제2항에 따라 전자파일을 제공받은 저자 또는 번역자에게 그 사실을 알리고, 추가 수록이 반영된 전자파일을 제공하여야 한다.
- ⑧ 본 학술지의 목차는 제2조 각 호에 따른 원고의 종류에 따라 구성한다. 목차의 표제는 수록된 자료의 성격을 고려하여 편집위원장이 정한다.

제5장 기타

제23조(기간의 계산)

- ① 이 규정에서 기간을 일수로 정한 경우에는 초일을 산입하지 아니한다.
- ② 편집국, 편집위원장 또는 편집위원회의 업무처리기간에는 토요일·일요일 및 공휴일을 산입하지 아니한다.
- ③ 제2항에 따른 업무처리기간 외의 기간에는 토요일·일요일 및 공휴일을 산입

한다.

- ④ 이 규정에 따른 날짜와 시각은 대한민국 표준시를 기준으로 한다.

제24조(통보의 방법 및 효력)

- ① 이 규정에 따른 투고자에 대한 통보는 투고원고를 제출받은 전자우편 주소로 발송하는 방법으로 한다.
- ② 제1항에 따른 통보는 발송한 때에 투고자에게 도달한 것으로 본다.
- ③ 편집국은 제1항에 따른 발송의 일시와 내용에 관한 기록을 보존하여야 한다.

제25조(학술지 운영자료의 작성 및 보존)

- ① 편집위원장은 다음 각 호의 학술지 운영자료를 작성·관리하여야 한다.
1. 학술지의 발간 실적
 2. 투고·심사·게재 현황 및 게재율
 3. 편집위원회의 구성 및 회의 개최 현황
 4. 연구윤리 위반행위의 처리 내역
 5. 그 밖에 학술지 평가 및 운영에 필요한 사항
- ② 편집국은 원고의 투고 또는 게재 대상 선정, 기본요건 검토, 심사 또는 전문가 의견, 게재 여부의 결정 및 이의신청에 관한 기록을 해당 원고에 관한 절차가 종료된 날부터 5년간 보존하여야 한다.
- ③ 편집위원장은 제1항, 제2항 및 제4항에 따른 자료와 기록이 정확하게 작성·관리 및 보존되도록 하고, 개인정보와 비공개 정보가 누설되지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다.
- ④ 제2항에도 불구하고 편집국은 게재가 확정된 원고 또는 번역본에 관하여 제출된 동의서와 전자적 동의에 관한 기록을 해당 저작권자의 존속기간 동안 보존하여야 한다.

제26조(규정의 개정)

- ① 이 규정은 편집위원회의 의결로 개정한다.
- ② 다음 각 호의 개정은 본 센터의 센터장의 승인을 받아야 한다.
 - 1. 제3조(학술지의 명칭, 발간 및 권호)
 - 2. 제5조(편집위원회의 구성) 및 제6조(편집위원장의 직무)
 - 3. 제7조(편집국)
 - 4. 제10조(기획논문, 석학논문 및 논문 외 원고)
- ③ 「한중법학 투고 및 원고 작성 규정」 제6조 제1항 및 제18조의 개정도 제2항과 같다.

부칙

제1조(시행일)

이 규정은 2026년 5월 25일부터 시행한다.

[별지 제1호 서식]

『한중법학』 「논문심사보고서」

1. 논문 정보

구분	내용
논문 제목	
심사위원	
심사일자	

2. 연구윤리 위반 의심 여부

☐없음 ☐있음 ()

※ '있음'으로 표시한 경우 의심되는 내용과 그 근거를 기재하여 주십시오.

3. 심사 결과

☐ 게재 가능 ☐ 수정 후 게재 ☐ 수정 후 재심사 ☐ 게재 불가

※ 재심사의 경우에는 '게재 가능' 또는 '게재 불가' 중 하나만 선택합니다.

4. 항목별 평가

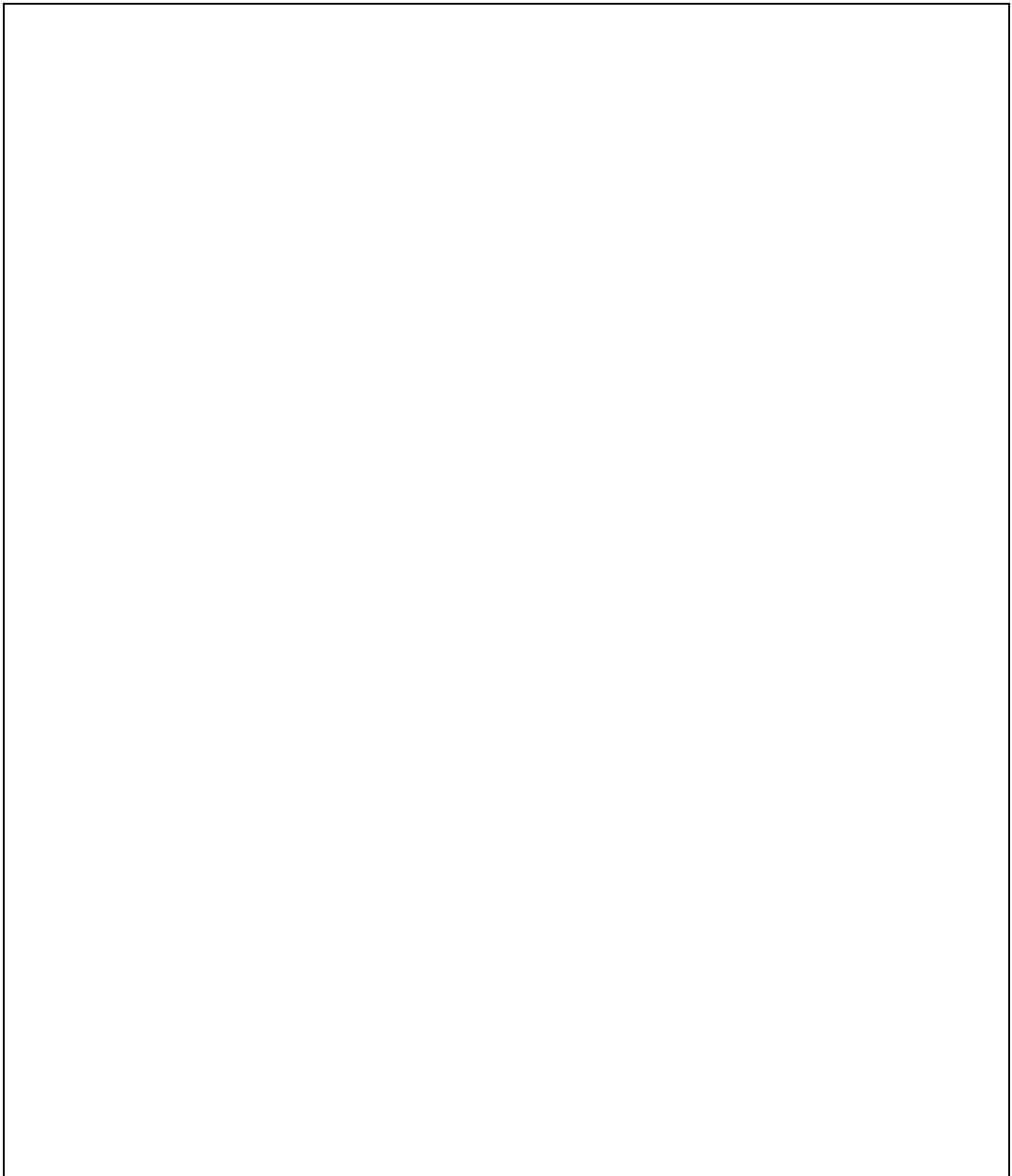
평가 항목	우수	보통	미흡
주제의 적합성과 연구의 독창성	☐	☐	☐
논리 전개 및 연구방법의 타당성	☐	☐	☐
선행연구 및 자료 활용의 충실성	☐	☐	☐

학술적·실무적 기여도	☐	☐	☐
-------------	--------------------------	--------------------------	--------------------------

※ 비교법적 연구의 경우에는 비교대상의 선정, 비교기준의 적절성 및 비교법적 분석의 충실성을 함께 고려하여 주십시오.

5. 구체적 심사의견

‘수정 후 게재’ 또는 ‘수정 후 재심사’로 판정한 경우에는 수정이 필요한 사항을, ‘게재 불가’로 판정한 경우에는 그 사유를 구체적으로 기재하여 주십시오. 기재할 사항이 없는 경우에는 ‘해당 없음’으로 기재할 수 있습니다.



심사위원 성명 또는 전자확인: _____

[별지 제2호 서식]

『한중법학』 「심사의견 반영표」

1. 논문 정보(편집위원장 작성)

논문제목	
심사결과	☐ 수정 후 게재 ☐ 수정 후 재심사
통보일	

2. 심사의견 반영 내역(투고자 작성)

심사 위원	심사의견	반영내용	반영의 경우 해당 쪽 일부반영 · 미반영의 경우 사유
A		☐ 반영 ☐ 일부 반영 ☐ 미반영	
		☐ 반영 ☐ 일부 반영 ☐ 미반영	
		☐ 반영 ☐ 일부 반영 ☐ 미반영	
		☐ 반영 ☐ 일부 반영 ☐ 미반영	
B		☐ 반영 ☐ 일부 반영 ☐ 미반영	
		☐ 반영 ☐ 일부 반영 ☐ 미반영	
		☐ 반영 ☐ 일부 반영 ☐ 미반영	
		☐ 반영 ☐ 일부 반영 ☐ 미반영	

※ 작성방법

1. 심사위원별 심사의견을 항목별로 빠짐없이 기재한다.
2. 심사의견을 반영한 경우에는 수정논문을 기준으로 해당 쪽을 표시한다.
3. 심사의견을 일부만 반영하거나 반영하지 아니한 경우에는 그 사유를 구체적으로 기재한다.

「한중법학 투고 및 원고 작성 규정」

2026년 5월 25일 제정

제1장 총칙

제1조(목적)

이 규정은 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제4조 제2항 제2호에 따라 인하대학교 중국법센터(이하 "본 센터"라 한다)의 학술지 『한중법학』(이하 "본 학술지"라 한다)에 게재할 원고의 종류, 투고 자격, 투고원고의 투고 기한·방법 및 파일 형식, 투고논문의 범위, 논문 작성 기준, 번역, 저작권의 귀속 및 저작재산권의 양도·이용에 관한 사항을 정함을 목적으로 한다.

제2조(원고의 종류 및 정의)

① 본 학술지에 게재할 수 있는 원고의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 연구논문(판례평석을 포함한다)
2. 기획논문
3. 석학논문
4. 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제2조 제3호에 따른 논문 외 원고

② 이 규정에서 사용하는 "원고", "논문", "논문 외 원고", "투고원고", "투고논문", "투고자", "연구논문", "기획논문", "석학논문", "번역본", "번역자료", "학술번역자료", "법제번역자료", "기타번역자료", "기타자료" 및 "동의서"의 뜻은 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제2조에 따른다.

제3조(게재료 등)

편집위원회는 투고자에게 투고료, 심사료, 게재료 등을 청구하지 아니한다.

제4조(연구윤리의 준수)

원고의 저자와 번역자는 「한중법학 연구윤리규정」을 준수하여야 한다.

제2장 투고 자격, 투고논문의 범위 및 투고 방법

제5조(투고 자격)

- ① 투고일 현재 변호사 자격을 보유하거나 법학박사 학위를 취득한 자는 본 학술지에 투고할 수 있다.
- ② 편집위원장은 제1항에 해당하지 아니하는 자에 대하여도 투고 자격을 인정할 수 있고, 그 사실을 지체 없이 편집위원회에 보고하여야 한다.
- ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 논문을 투고하는 경우에는 그 투고자에게 제1항을 적용하지 아니한다.
 1. 인하대학교 창의글로벌대학원 AI·데이터법학과 또는 법학과의 석사과정생: 해당 학과가 주관한 논문발표대회에서 수상한 자가 그 수상논문을 수정·보완한 논문
 2. 인하대학교 법학전문대학원 재학생·졸업생 또는 일반대학원 법학전공 석사과정생·석사학위 취득자·박사과정생: 본 센터가 주관한 논문발표행사에서 논문·발표문을 발표한 자가 해당 논문·발표문을 수정·보완한 논문
- ④ 제3항에 따라 투고하는 사람은 투고 시 논문발표대회 또는 논문발표행사의 명칭과 개최일 및 논문 또는 발표문의 제목을 편집국에 알려야 한다. 수상 내역이 있는 경우에는 그 내역도 함께 알려야 한다. 다만, 다른 학술지에 투고되어 심사 중이거나 이미 게재된 논문은 제3항에 따라 투고할 수 없다.
- ⑤ 제3항에 따른 투고논문의 게재가 확정된 경우 저자는 해당 논문이 제3항 각 호에 따른 논문 또는 발표문을 수정·보완한 것이라는 사실과 해당 행사의 명칭 및 개최일을 논문에 명시하여야 한다. 수상 내역이 있는 경우에는 그 내역도 함께 명시하여야 한다. 편집국은 해당 논문을 간행하기 전에 그 게재 여부를 확인하여야 한다.

- ⑥ 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제2조 제9호 가목에 따른 석학논문을 투고하는 경우에는 제1항 및 제2항을 적용하지 아니한다.

제6조(투고논문의 범위)

- ① 투고논문은 중국법, 한중 법제 또는 인공지능·데이터 법제에 관한 것이어야 한다.
- ② 투고논문은 기존 학술지에 게재되지 아니한 것이어야 한다.
- ③ 다음 각 호의 논문은 제1항에 따른 투고논문의 범위에 포함된다.
1. 중국법과 밀접한 관련이 있는 비교법 연구
 2. 중국법, 한중 법제 또는 인공지능·데이터 법제와 관련된 학술대회 발표문을 수정·보완한 논문
 3. 그 밖에 편집위원장이 본 학술지의 목적에 부합하고 학술적 가치가 있다고 판단하여 투고논문의 범위에 포함하기로 결정한 논문
- ④ 편집위원장은 제3항 제3호에 따라 해당 논문을 투고논문의 범위에 포함하기로 결정한 경우에는 그 결정 사실과 사유를 지체 없이 편집위원회에 보고하여야 한다.
- ⑤ 제2항은 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제2조 제9호 나목에 따른 석학논문에는 적용하지 아니한다.
- ⑥ 제5항에 따른 석학논문을 게재하는 경우에는 재수록 및 번역에 필요한 저작권자의 허락을 받고, 종전 공표 또는 게재 사실과 그 출처를 해당 논문에 명시하여야 한다.
- ⑦ 기획논문의 주제, 투고기한·방법, 공개모집 또는 투고 요청 및 그 밖에 투고에 필요한 사항은 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제10조 제1항에 따른다.

제7조(투고 기한 및 방법)

- ① 연구논문, 기획논문 및 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제2

조 제9호 가목에 따른 석학논문은 다음 각 호의 구분에 따른 투고 마감일까지 전용 전자우편 주소(edit@chinalaw.kr)로 제출하여야 한다. 투고 마감일은 대한민국 표준시를 기준으로 한다. 다만, 기획논문의 투고기한 및 방법은 같은 규정 제10조 제1항에 따라 편집위원회가 따로 정하고, 석학논문의 제출기한 및 방법은 같은 조 제2항에 따라 편집위원장이 따로 정한다.

1. 1월 31일 발간호: 전년도 12월 15일

2. 7월 31일 발간호: 해당 연도 6월 15일

- ② 기한 내 접수된 투고논문에 한하여 논문 심사의 대상으로 한다. 다만, 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제2조 제9호 가목에 따른 석학논문은 같은 규정 제10조 제6항에 따라 논문 심사를 생략한다.

제8조(작성 언어 및 투고 파일 형식)

- ① 투고원고는 한국어 또는 중국어로 작성한다. 다만, 이 규정에서 영어로 기재하거나 작성하도록 정한 부분은 그러하지 아니하다.
- ② 투고원고는 한글(.hwp) 또는 워드(.docx) 파일 형식으로 제출한다.
- ③ 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제2조 제9호 나목에 따른 석학논문, 논문 외 원고 및 번역본의 작성 언어는 편집위원장이 정한다.

제9조(편집국의 기본요건 검토 및 그 결과의 처리)

편집국의 투고원고에 대한 기본요건 검토 및 그 검토 결과의 처리는 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제8조에 따른다.

제3장 논문 작성 기준

제10조(논문의 구성)

논문은 [별지 1]의 「논문 작성 형식」에 따라 다음 각 호의 구성을 갖추어야 한다.

1. 제목
2. 저자의 성명과 소속
3. 목차
4. 본문과 각주
5. 참고문헌
6. 초록과 키워드

제11조(제목)

논문의 제목은 작성 언어와 영어로 각각 기재한다.

제12조(저자의 성명과 소속)

- ① 저자의 성명은 작성 언어와 영어로 각각 기재한다. 한국어 성명의 경우 한자를 병기할 수 있다.
- ② 저자가 2인 이상인 경우에는 주저자, 공동저자, 교신저자 등으로 구분하여 표시할 수 있다.
- ③ 저자의 소속과 직책은 성명 다음에 괄호 안에 표기한다.
- ④ 최종학위는 저자가 원하는 경우에 한하여 기재할 수 있다. 박사과정 재학 중인 학생은 최종학위 대신 박사과정에 재학 중인 사실을 “박사생”으로 표기할 수 있다.

제13조(목차)

- ① 목차는 [별지 1]의 「논문 작성 형식」에 따라 저자의 성명과 소속 다음, 본문 앞에 배치하고, 테두리로 구분된 박스 안에 작성한다.
- ② 목차는 본문의 제목 단계 중 최소한 제2단계 항목까지 포함하여 작성한다.

제14조(초록과 키워드)

- ① 초록과 키워드는 [별지 1]의 「논문 작성 형식」에 따라 본문 및 참고문헌 뒤에 배치한다.

- ② 초록은 논문 작성 언어와 영어로 각각 작성한다.
- ③ 초록은 논문의 요지를 각 언어별로 2쪽 이내의 분량으로 요약하여 작성한다.
- ④ 각 초록의 하단에는 4개 이상 7개 이하의 주제어를 해당 초록의 작성 언어로 기재한다.

제15조(본문의 서식)

본문의 편집용지, 글꼴, 글자 크기, 문단 모양, 제목 단계 등 세부적인 서식 사항은 [별지 2]의 「원고 작성 기준」에 따른다.

제16조(인용 및 각주)

- ① 저자는 문헌, 판례, 법령, 보고서, 인터넷 자료 등을 인용하거나 참고한 경우 그 출처를 명확히 표시하여야 한다.
- ② 인용 방식과 각주의 세부 서식 사항은 [별지 2]의 「원고 작성 기준」에 따른다.

제17조(참고문헌)

참고문헌의 작성 방식은 [별지 2]의 「원고 작성 기준」에 따른다.

제4장 번역 및 저작권

제18조(저작권의 귀속 및 저작재산권의 양도·이용)

- ① 제2조 제1항 각 호에 따른 원고에 저작권이 성립하는 경우 그 저작권은 해당 원고의 저작자에게 있고, 제2항에 따른 번역본의 저작권은 원저작자의 권리를 해하지 아니하는 범위에서 번역자에게 있다. 다만, 제6항에 따라 본 센터에 양도된 저작재산권은 본 센터에 귀속된다.
- ② 편집위원장은 필요하다고 인정하는 경우 원고의 저작자에게 번역본의 제출을 요청하거나 해당 언어 및 분야의 전문성을 갖춘 번역자에게 번역을 위촉할 수 있다. 이 경우 한국어로 작성된 원고는 중국어로, 중국어로 작성된 원고는 한국어로 번역하는 것을 원칙으로 한다.

- ③ 투고원고의 저작자는 해당 원고를 제출함으로써 제2항에 따른 번역 및 그 번역본의 게재를 허락한 것으로 본다. 투고되지 아니하고 게재 대상으로 선정된 원고에 대해서는 해당 원고의 저작자로부터 번역 및 그 번역본의 게재에 관한 허락을 받아야 한다.
- ④ 편집위원장은 원고 또는 번역본을 게재하기로 의결하거나 결정하기 전에 해당 원고의 저작재산권자 또는 해당 번역본의 번역자에게 별지 제3호 서식의 동의서를 본 센터에 제출하도록 요청하고, 그 제출 여부를 확인하여야 한다. 공동저작물인 경우에는 저작재산권자 전원이 각각 동의서를 제출하여야 한다. 전자문서 또는 투고·심사 시스템을 통한 동의는 동의서의 제출로 본다.
- ⑤ 제4항에 따른 동의서가 제출되지 아니한 원고 또는 번역본은 게재하기로 의결하거나 결정할 수 없다. 편집위원장은 동의서가 제출되지 아니한 경우 다음 각 호의 순서에 따라 조치하여야 한다.
 - 1. 5일 이내의 기간을 정하여 동의서의 제출을 요청할 것
 - 2. 제1호의 기간까지 동의서가 제출되지 아니한 경우에는 해당 원고의 저작재산권자 또는 해당 번역본의 번역자가 게재를 원하지 아니하는 것으로 보아 해당 원고 또는 번역본의 게재 절차를 더 이상 진행하지 아니하기로 결정할 것
 - 3. 제2호의 결정 후 지체 없이 그 사유와 결과를 해당 원고의 저작재산권자 또는 해당 번역본의 번역자에게 통지할 것
- ⑥ 원고 또는 번역본의 게재가 확정된 때에는 제4항에 따른 동의서에 따라 해당 원고의 저작재산권자 또는 해당 번역본의 번역자가 그 원고 또는 번역본의 저작재산권 중 복제권, 배포권, 공중송신권 및 2차적저작물작성권을 본 센터에 무상으로 양도한 것으로 한다.
- ⑦ 본 센터는 학술지의 발간·배포·보존, 데이터베이스 수록, 홈페이지 게시·운영 및 인공지능의 개발·학습·검증·성능 개선을 위하여 제6항에 따라 양도받은 권리를 직접 행사할 수 있다. 이 경우 본 센터는 필요한 범위에서 해당 원고

또는 번역본을 복제·요약·분석·변환하거나 데이터로 가공하고, 그 이용을 제3자에게 허락할 수 있다.

- ⑧ 편집위원장은 번역자료를 게재하기로 결정하기 전에 원자료의 저작권보호 여부를 확인하고, 그 보호 대상인 경우에는 번역 및 게재에 필요한 저작권자의 허락이 있었는지를 확인하여야 한다.
- ⑨ 번역자료에는 원자료의 제목, 작성자 또는 공표기관, 공표지·공표일 및 그 밖에 출처를 확인하는 데 필요한 사항을 명시하여야 한다.

제5장 기타

제19조(기간의 계산 및 통보)

- ① 이 규정에 따른 기간의 계산에 관하여는 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제23조를 준용한다.
- ② 이 규정에 따른 투고자, 해당 원고의 저작권자 또는 해당 번역본의 번역자에 대한 통보 또는 통지의 방법 및 효력에 관하여는 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제24조를 준용한다. 이 경우 같은 조 중 “투고원고를 제출받은 전자우편 주소”는 “투고·번역 또는 동의 절차에서 확인된 전자우편 주소”로 본다.

제20조(규정의 개정)

이 규정은 편집위원회의 의결로 개정한다. 다만, 제6조 제1항 및 제18조의 개정은 본 센터의 센터장의 승인을 받아야 한다.

부칙

제1조(시행일)

이 규정은 2026년 5월 25일부터 시행한다

[별지 제1호 서식]

『한중법학』 「논문 작성 형식」

논문제목(작성언어) / 论文题目(论文撰写语种)

논문제목(영어) / 论文题目(英语)

저자 성명(소속)(작성언어) / 作者姓名(工作单位)(按论文撰写语种)

저자 성명(소속)(영어) / 作者姓名(工作单位)(英语)

목차(작성언어) / 目录 (按论文撰写语种)

I.

1.

본문(작성언어) / 正文 (按论文撰写语种)

I.

1.

가.

참고문헌 / 参考文献

1. 국내문헌 / 国内文献

<저서> / <著作>

<논문> / <论文>

<기타> / <其他>

1. 외국어문헌 / 外文文献

[중국어] / 【中文】

<저서> / <著作>

<논문> / <论文>

<기타> / <其他>

[영어] / 【英文】

<저서> / <著作>

<논문> / <論文>

<기타> / <其他>

[일본어] / 【日文】

<저서> / <著作>

<논문> / <論文>

<기타> / <其他>

[한국어] / 【韩文】

<저서> / <著作>

<논문> / <論文>

<기타> / <其他>

초록(기재언어)/ 摘要(按论文撰写语种)

키워드(기재언어) / 关键词(按论文撰写语种)

초록(영어 또는 외국어) / 摘要(英文或其他外语)

키워드(기재언어) / 关键词(英文或其他外语)

[별지 제2호 서식]

『한중법학』 「원고 작성 기준」

I. 논문은 다음과 같은 구성을 갖추어야 한다.

1. **제목:** 논문의 작성 언어로 작성하되, 괄호 안에 영문 제목을 병기한다.

2. **저자의 성명과 소속**

가. **성명**

- 1) 논문의 작성 언어로 기재하되, 괄호 안에 영문명을 병기한다. 한국어로 된 이름인 경우 한자를 병기할 수 있다.
- 2) 저자가 2인 이상인 경우에는 주저자, 공동저자, 교신저자 등으로 구분하여, 이름 사이에 쉼표(,)를 넣어 구분한다. 단, 중국 저자가 2인 이상인 경우에는 이름 사이에 모점(顿号)[、]을 넣어 구분한다.

나. **소속 및 직책, 최종학위**

- 1) 저자의 소속과 직책은 성명 다음에 괄호 안에 표기한다.
- 2) 소속은 가능한 해당기관의 부서까지 기재한다. 예를 들면, 인하대학교 AI데이터법학과, 삼성전자 시스템반도체 부서 등
- 3) 직책은 명확하게 기재한다. 예를 들면, 교수, 부교수, 객원교수, 초빙교수, 특임연구원 등
- 4) 최종학위는 저자가 원하는 경우에 한하여 기재할 수 있다. 다만 박사과정 재학 중인 학생의 경우 석사학위 대신 "박사생"으로 표기할 수 있다.

3. **목차:** 목차 기재용 박스에 기재하는 목차는 본문의 제목 단계 중 최소한 제 2단계 항목까지 포함한다.

4. **본문과 각주 :** 하기 <본문의 서식> 및 <각주의 서식> 참고

5. 참고문헌

가. 본문 뒤에 참고문헌을 기재한다.

나. 참고문헌은 본문 각주를 표기형식을 기준으로 작성하되, 각주 내에서 연도가 괄호 안에 표시된 경우는 괄호를 삭제하고 [연도]로 표기한다.

다. <참고문헌 연도표기 예시>

각주	<저서> 이창희, 『세법강의』(제 11 판), 박영사(2013), 25. 王利明：《民法总则研究》(第 2 版), 中国人民大学出版社 2018 年版, 第 25 页。 王利明：《民法总则研究》(第 2 版), 中国人民大学出版社(2018), 第 25 页 <논문> 김인숙, “WTO 체제상의 TRIMs 규제제도의 문제,” 통상법률(법무부), 제 59 호(2004), 54. 张新宝：《个人信息保护法的基本问题》，载《中国法学》2001年第 5 期，第18页。 张新宝：《个人信息保护法的基本问题》，载《中国法学》第 5 期 (2001), 第 18 页。
참고문헌	<저서> 이창희, 『세법강의』(제 11 판), 박영사, 2013. <논문> 김인숙, “WTO 체제상의 TRIMs 규제제도의 문제,” 통상법률(법무부), 제 59 호, 2004. 王利明：《民法总则研究》(第2版), 中国人民大学出版社2018年版。 王利明：《民法总则研究》(第2版), 中国人民大学出版社, 2018。 张新宝：《个人信息保护法的基本问题》，载《中国法学》2001年第 5 期。 张新宝：《个人信息保护法的基本问题》，载《中国法学》第 5 期, 2001。

라. 참고문헌은 논문 작성언어 문헌과 외국어 문헌으로 구분하여 표기한다.
외국어 문헌은 중국어(Chinese), 영어(English), 일본어(Japanese),
한국어(Korean) 등의 순으로 배열한다.

마. 각 언어별 참고문헌은 저서, 논문, 기타의 순으로 분류하여 표시한다.

- 1) 논문은 학술논문을 먼저 배열하고, 그 다음 학위논문을 배열하되, 별도로 <학술논문> 또는 <학위논문>이라는 표제는 붙이지 않는다.
- 2) 기타 문헌은 보고서 등 쪽수가 표시된 자료에 한하여 표시하고, 판례와 인터넷 게시물 링크 등은 참고문헌에 표시하지 않는다. 다만 판례와 인터넷 게시물 링크 등은 각주에 표시할 수 있다.

바. 각 세부 분류 내에서는 저자 성의 표기를 기준으로 배열한다. 이때
학술논문과 학위논문은 각각 독립된 세부 분류로 본다. 예컨대 중국어
문헌은 저자 성의 병음(拼音) 알파벳순, 영어 문헌은 저자 성의
알파벳순, 일본어 문헌은 저자 성의 오십음도(五十音図)순, 한국어
문헌은 저자 성의 가나다순으로 배열한다.

6. 초록과 키워드

가. 초록

- 1) 초록은 두 가지 언어로 작성한다. 하나는 논문 작성언어로 하고, 다른 하나는 영어 또는 그 밖의 외국어로 한다.
- 2) 초록은 논문의 요지를 2쪽 이내의 분량으로 요약하여 작성한다.

나. 키워드

각 초록의 하단에는 4개 내지 7개의 주제어(Keywords)를 해당 초록의
작성언어로 기재한다.

II. 본문의 서식

1. 프로그램 기본설정: 별도의 정함이 없는 경우, 작성에 사용하는 문서작성 프로그램의 기본 설정을 따른다.

2. 편집용지

가. 용지종류 : A4

나. 용지방향 : 좁게(보통)

3. 글자모양: 제목의 3단계까지는 굵게(Bold) 표시한다.

구분	글자체	장평	자간	크기
한국어	맑은고딕	100(기본값)	0(기본값)	11
중문	송체 宋体 (SimSun)	100(기본값)	0(기본값)	12(小四号)
영문	Times New Roman	100(기본값)	0(기본값)	11

4. 문단모양

가. 원칙적으로 기본값으로 설정한다.

나. 정렬방식: 한글의 경우 양쪽 정렬로 한다. 다만 워드에서는 양쪽 맞춤으로 설정한다.

다. 들여쓰기: 1단계는 0으로, 각 단계가 내려갈 때마다 5mm씩 들여쓰기를 주는 방식으로 한다.

<작성 예시>

국문	
1수준	I. 들여쓰기 없음
2수준	1. 들여쓰기 5mm
3수준	가. 들여쓰기 10mm
4수준	1) 들여쓰기 15mm
중문	
1수준	一、 들여쓰기 없음(第一级不缩进)
2수준	(一) 들여쓰기 5mm(第二级缩进0.5厘米)
3수준	1. 들여쓰기 10mm(第三级缩进1厘米)
4수준	(1) 들여쓰기 15mm(第四级缩进1.5厘米)

III. 각주의 서식

1. 공통원칙

가. 각주 표기방식

1) 각주의 작성에 사용되는 문서작성 프로그램의 기본에 따른다.

○ 한글: 1)각주내용
○ 워드: 1각주내용

2) 각주번호 뒤에는 공백(SPACE)을 두지 않는다.

나. 글자 모양

- 3) 국문: 맑은고딕, 장평과 자간은 기본값, 크기: 9p
- 4) 중문: 송체 宋体(SimSun), 장평과 자간은 기본값, 크기: 9p(小五号)
- 5) 영문: Times New Roman, 장평과 자간은 기본값, 크기: 9p)

2. 한국어 문헌의 인용서식

가. 원칙

- 1) 저서, 논문, 보고서는 제1저자 성의 표기의 가나다 순으로 정렬한다.
- 2) () 앞에 SPACE를 두지 않는다.
- 3) 복수저자의 경우 인명 사이에 [·]을 추가한다.
 - 김건식·노혁준·천경훈, 『회사법』(제10판), 박영사(2025), 25.
- 4) 저자가 기관인 경우에는 출판사를 기재하지 않을 수 있다.
 - 사법연수원, 『비송·과태료』(2024년 개정판), 2024, 12.

나. 저서 인용서식: 『책 제목』

형식	저자명, 『제목』(개정판 정보), 출판사(출판연도), 인용 면.
최초	이창희, 『세법강의』(제11판), 박영사(2013), 25.
재인용	이창희, 전거서, 25.

2권이상	이창희, 『세법강의』(제11판), 박영사(2013), 25. 이창희, 『세법입문』, 박영사(2012), 12. 이창희, 『세법강의』(제11판), 전게서, 30. 이창희, 『세법입문』, 전게서, 15.
------	--

다. 논문 인용서식: “논문 제목”

형식	저자명, “논문 제목”, 간행물명(발행기관), 제#호(권) (출판연도), 인용 면.
최초	김인숙, “WTO 체제상의 TRIMs 규제제도의 문제,” 통상법률(법무부), 제59호(2004), 54.
재인용	김인숙, 전계논문, 25.
2권이상	홍길동, “인공지능 기본법의 법적 성격”(이하 ‘전계논문1’이라 함), 공법연구(한국공법학회), 제52권 제1호(2024), 1. 홍길동, “데이터 거버넌스와 개인정보보호”(이하 ‘전계논문2’라 함), 법조(법조협회), 제73권(2024), 50. 홍길동, 전계논문2, 14.

라. 보고서 인용서식: <보고서 제목>

형식	저자, <보고서 제목>, 발행기관(출판연도), 인용 면.
최초	권미경, <육아존중문화로의 패러다임 전환과 긍정적 육아문화 조성 방안 연구(I): 육아문화 분석과 과제>, 육아정책연구소(2019), 21.
재인용	권미경, 전계보고서, 25.
2권이상	위 논문과 같은 요령으로 한다.

마. 판례 인용서식(최초, 재인용 모두 동일)

형식	법원명 연도. 월. 일. 선고 사건번호 (전원합의체) 판결(또는 결정 등)
예시	대법원 2026. 1. 22. 선고 2023다285162 전원합의체 판결

3. 중국어 문헌의 인용서식

가. 원칙

- 1) 저서, 논문, 보고서는 제1저자 성의 표기를 병음(拼音)순으로 정렬한다.
- 2) () 앞에 SPACE를 두지 않는다.
- 3) 복수저자의 경우 인명 사이에 모점(顿号)[、]을 추가한다.
 - 罗豪才、袁曙宏、李文栋：《现代行政法的理论基础》，载《中国法学》第1期(1993)。

나. 저서 인용서식: 《책 제목》

- 1) 연도는 출판사 뒤에 괄호 안에 표기할 수 있다. 예시는 다음과 같다.
 - 王利明：《民法总则研究》(第2版)，中国人民大学出版社2018年版，第25页。
 - 王利明：《民法总则研究》(第2版)，中国人民大学出版社(2018)，第25页。
- 2) 이하에서는 연도를 괄호 안에 표기하는 방식을 기준으로 예시한다.

형식	저자명：《제목》(개정판 정보)，출판사(출판연도)，第「인용 면」页。
최초	王利明：《民法总则研究》(第2版)，中国人民大学出版社(2018)，第25页。
재인용 (반복)	王利明：《民法总则研究》(第2版)，中国人民大学出版社(2018)，第78页。
2권이상 (반복)	王利明：《民法总则研究》(第2版)，中国人民大学出版社(2018)，第25页。 王利明：《合同法通则》，北京大学出版社(2022)，第230页。 王利明：《民法总则研究》(第2版)，中国人民大学出版社(2018)，第73页。 王利明：《合同法通则》，北京大学出版社(2022)，第67页。

다. 논문 인용서식: 《논문 제목》

- 1) 연도는 간행물명의 권호 표시 귀에 괄호 안에 표기할 수 있다. 예시는 다음과 같다.
 - 张新宝：《个人信息保护法的基本问题》，载《中国法学》2001年第5期，第18页。

- 张新宝：《个人信息保护法的基本问题》，载《中国法学》第5期(2001)，第18页。

2) 이하에서는 연도를 괄호 안에 표기하는 방식을 기준으로 예시한다.

형식	저자명：《논문 제목》，载《간행물명》제○기 또는 제○권제○기(출판연도)，第「인용 면」页。
최초	张新宝：《个人信息保护法的基本问题》，载《中国法学》第5期(2001)，第18页。
재인용 (반복)	张新宝：《个人信息保护法的基本问题》，载《中国法学》第5期(2001)，第56页。
2권이 상 (반복)	张新宝：《个人信息保护法的基本问题》，载《中国法学》第5期(2001)，第18页。 张新宝：《从隐私到个人信息：利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》第3期(2015)，第42页。 张新宝：《个人信息保护法的基本问题》，载《中国法学》第5期(2001)，第87页。 张新宝：《从隐私到个人信息：利益再衡量的理论与制度安排》，载《中国法学》第3期(2015)，第11页。

라. 보고서 인용서식: 《보고서 제목》

1) 연도는 발행기관 뒤에 괄호 안에 표기할 수 있다. 예시는 다음과 같다.

- 中国信息通信研究院：《中国数字经济发展报告》，2024年，第12页。
○ 中国信息通信研究院：《中国数字经济发展报告》(2024)，第12页。

2) 이하에서는 연도를 괄호 안에 표기하는 방식을 기준으로 예시한다.

형식	저자명 또는 기관명：《보고서 제목》，발행기관(출판연도)，第「인용 면」页。 / 기관명과 발행기관이 동일하면 후자는 생략 가능함.
최초	中国信息通信研究院：《中国数字经济发展报告》(2024)，第12页。
재인용 (반복)	中国信息通信研究院：《中国数字经济发展报告》(2024)，第87页。
2권이상	위 논문과 같은 요령으로 한다.

마. 판례 인용서식(최초, 재인용 모두 동일)

- 1) 사건명은 저자의 판단에 따라 생략할 수 있다.
- 2) 일반 판례

형식	사건명, 법원명 (접수연도) · 사건번호 · 문서유형(판결서 등)
예시	包郑照诉苍南县人民政府强制拆除房屋案, 浙江省高级人民法院(1988)浙法民上字7号民事判决书。

- 3) 《最高人民法院公报》에 수록된 판례

형식	사건명, 《最高人民法院公报》발행연도年 · 第기수期。
예시	陆红霞诉南通市发改委政府信息公开案, 《最高人民法院公报》2015年第11期。

4. 영어 문헌의 인용서식

가. 원칙

- 1) 저서, 논문, 보고서는 저자의 성(Surname)의 표기를 Alphabet 순으로 정렬한다.
- 2) 저자명은 성, 이름(Family Name, First Name) 순으로 표기하되, 성은 모두 대문자로, 이름은 첫 글자만 대문자로 표기한다.
- 3) () 앞에 SPACE를 한 칸 둔다.

나. 저서 인용서식: 책 제목(이탤릭체)

형식	저자명, 제목 (개정판 정보). 출판사 (출판연도), 인용면.
최초	TRIBE, Laurence H., <i>American Constitutional Law</i> (2d ed). Princeton University Press (1988), 125.
재인용	TRIBE, Laurence H., op. cit., 130.
2권이상	TRIBE, Laurence H., <i>American Constitutional Law</i> (2d ed). Princeton University Press (1988), 125. TRIBE, Laurence H., <i>Channeling Grace</i> , Yale University Press (2008),

	50. TRIBE, <i>American Constitutional Law</i> , op. cit., 140. TRIBE, <i>Channeling Grace</i> , op. cit., 11.
--	---

다. 논문 인용서식: “논문 제목”

형식	저자명, “논문 제목”, 권수 <i>간행물명(이탤릭체)</i> (출판연도), 인용면.
최초	CHARLES, Guy-Uriel E., “Sovereignty, Voting Rights, and the Rehnquist Court,” 99 <i>Mich. L. Rev.</i> (2000), 80.
재인용	CHARLES, Guy-Uriel E., art. cit., 85.
2권이 상	CHARLES, Guy-Uriel E., “Sovereignty, Voting Rights, and the Rehnquist Court”(hereinafter “art. cit. 1”), 99 <i>Mich. L. Rev.</i> (2000), 80. CHARLES, Guy-Uriel E., “Colored Party”(hereinafter “art. cit. 2”), 120 <i>Harv. L. Rev.</i> (2006), 12. CHARLES, Guy-Uriel E., art. cit. 1, 82. CHARLES, Guy-Uriel E., art. cit. 2, 14.

라. 보고서 인용서식: *보고서 제목(이탤릭체)*

형식	저자 또는 기관명, <i>보고서 제목</i> (발행기관 출판연도), 인용면.
최초	U.S. DEP’T OF COMMERCE, <i>The Digital Economy</i> (2024), 12.
재인용	U.S. DEP’T OF COMMERCE, op. cit., 15.
2권이 상	위 논문과 같은 요령으로 한다.

마. 판례 인용서식(최초, 재인용 모두 동일)

형식	<i>사건명(이탤릭체)</i> , 권수 판례집 면수 (법원 연도).
예시	<i>Natural Res. Def. Council v. Gorsuch</i> , 65 F.2d 718 (D.C. Cir. 1982)

5. 일본어 문헌의 인용서식

가. 원칙

- 1) 저서, 논문, 보고서는 제1저자 성의 표기를 오십음도(五十音図)순으로 정렬한다.
- 2) () 앞에 SPACE를 두지 않는다.
- 3) 복수저자의 경우 인명 사이에 [·]을 추가한다.
- 4) 일본어 저자명의 경우 [성(SPACE 없음)이름] 순으로 표기하며, 필요시 성명 뒤에 소괄호[]를 넣고 요미가나(SPACE 있음)를 병기할 수 있다.
○ 我妻栄(わがつま さかえ), 『民法講義I』(新訂増補版), 岩波書店(1963), 125.

나. 저서 인용서식: 『책 제목』

형식	저자명, 『제목』(개정판 정보), 출판사(출판연도), 인용 면。
최초	我妻栄, 『民法講義I』(新訂増補版), 岩波書店(1963), 125。
재인용	我妻栄, 前掲書, 130。
2권이상	我妻栄, 『民法講義I』(新訂増補版), 岩波書店(1963), 125。 我妻栄, 『事務管理・不当利得・不法行為』, 岩波書店(1962), 50。我妻栄, 『民法講義I』(新訂増補版), 前掲書, 140。 我妻栄, 『事務管理・不当利得・不法行為』, 前掲書, 60。

다. 논문 인용서식: 「논문 제목」

형식	저자명, 「논문 제목」, 간행물명(발행기관) 제○권제○호(출판연도), 인용 면。
최초	星野英巳, 「民法附則二条の解釈について」, 法学協会雑誌(法学協会) 第70巻第2号(1953), 15。
재인용	星野英巳, 前掲論文, 20。
2권이상	星野英巳, 「民法附則二条の解釈について」(以下 “前掲論文1”), 法学協会雑誌(法学協会) 第70巻第2号(1953), 15。 星野英巳, 「時効規定の適用範囲」(以下 “前掲論文2”), 法制史研究(法制史学会) 第3号(1953), 42。

	星野英已, 前掲論文1, 18。 星野英已, 前掲論文2, 62。
--	--------------------------------------

라. 보고서 인용서식: <보고서 제목>

형식	저자 또는 기관명, <보고서 제목>, 발행기관(출판연도), 인용 면。
최초	日本弁護士連合会, <民法改正案に関する意見書>, 日本弁護士連合会 (2014), 10。
재인용	日本弁護士連合会, 前掲報告書, 15。
2권이상	위 논문과 같은 요령으로 한다。

마. 판례 인용서식(최초, 재인용 모두 동일, 띄어쓰기 없음.)

형식	재판소명 연호 연도 월일 재판부 판례집 명칭 권호면 (※最大判과 같이 재판소명, 재판부를 합쳐서 일반적으로 사용하는 축약을 허용함)
예시	最高裁判所令和22年1月20日大法院判決民集64卷1号1頁 最大判平成22年1月20日民集64卷1号1頁

[별지 제3호 서식]

『한중법학』 「저작권재산권 무상 양도 및 저작물 이용 동의서」

1. 원고 및 동의자

원고 제목 (국문 또는 중문)	
동의자 구분	☐ 주저자 ☐ 공동저자 ☐ 교신저자 ☐ 번역자

2. 동의 및 약정 사항

본인은 위 원고 또는 번역본의 게재가 확정되는 경우 복제권, 배포권, 공중송신권 및 2차적저작물작성권을 인하대학교 중국법센터에 무상으로 양도하는 데 동의합니다.

본인은 인하대학교 중국법센터가 학술지의 발간·배포·보존, 데이터베이스 수록, 홈페이지 게시·운영 및 인공지능의 개발·학습·검증·성능 개선을 위하여 위 권리를 직접 행사하거나 그 이용을 제3자에게 허락하는 데 동의합니다. 본인은 위 이용 과정에서 원고의 본질적 내용을 변경하지 아니하는 범위에서 이루어지는 편집·요약·형식 변환에 대하여 저작인격권을 행사하지 아니합니다.

원고의 저자인 경우, 인하대학교 중국법센터가 해당 원고를 번역하거나 번역을 위촉하고 그 번역본을 학술지에 게재·이용하는 것을 허락합니다.

원고의 저자인 경우, 해당 원고가 타인의 저작권을 침해하지 아니하고 「한중법학 연구윤리규정」을 준수하였음을 확인합니다. 번역자인 경우, 해당 번역본이 타인의 저작권을 침해하지 아니함을 확인합니다.

3. 최종 확약 및 서명

☐ 본인은 상기 저작권재산권 무상 양도 및 학술지·AI 이용 동의 사항을 충분히 숙지하였으며, 이에 동의합니다.

2026년 7월 00일

동의자: _____ (서명 또는 인)

인하대학교 중국법센터 귀중

「한중법학 연구윤리규정」

2026년 5월 25일 제정

제1장 총칙

제1조(목적)

이 규정은 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제4조 제2항 제3호에 따라 인하대학교 중국법센터(이하 "본 센터"라 한다)의 학술지 『한중법학』(이하 "본 학술지"라 한다)의 연구윤리를 확립하고 연구의 진실성을 확보하기 위하여 저자, 편집 관계자 및 심사위원이 준수하여야 할 윤리 원칙과 연구윤리 위반행위의 조사 및 처리 절차를 정함을 목적으로 한다.

제2조(적용 대상)

- ① 이 규정은 본 학술지에 투고원고를 제출한 투고자, 본 학술지에 게재된 원고의 저자, 편집위원장, 편집위원, 편집국장, 편집간사, 심사위원 및 연구윤리 조사에 관여하는 자에게 적용한다.
- ② 이 규정에서 사용하는 "원고", "논문", "투고원고", "투고논문" 및 "투고자"의 뜻은 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제2조에 따른다.

제3조(정의)

- ① "연구윤리 위반행위"란 다음 각 호의 행위를 말한다.
 1. 위조: 존재하지 않는 자료 또는 연구 결과를 허위로 만들어 내는 행위
 2. 변조: 연구 과정이나 자료를 조작하거나 임의로 변형·삭제하여 연구 내용 또는 연구 결과를 왜곡하는 행위
 3. 표절: 타인의 아이디어, 연구 내용, 연구 결과 등을 **적절한 출처 표시 또는 인용 없이 사용하는 행위**
 4. 부당한 저자 표시: 연구에 실질적으로 기여하지 아니한 자를 저자로 포함하거나, 실질적으로 기여한 자를 정당한 이유 없이 저자에서 제외하는 행위

5. 중복게재·이중투고: 이미 출판된 자신의 연구를 출처 표시 없이 새로운 연구인 것처럼 투고하거나 게재하거나, 동일하거나 실질적으로 유사한 원고를 동시에 둘 이상의 학술지에 투고하는 행위
 6. 조사 방해: 자신 또는 타인의 연구윤리 위반행위에 대한 조사를 고의로 방해하거나 제보자에게 위해를 가하는 행위
 7. 그 밖에 학계에서 통상적으로 용인되는 범위를 현저히 벗어난 행위
- ② "제보자"란 연구윤리 위반행위를 편집위원회에 알린 자를 말한다.
 - ③ "피조사자"란 제보 또는 편집위원회의 인지에 따라 조사 대상이 된 자를 말한다.

제2장 저자의 연구윤리

제4조(연구윤리 위반행위의 금지)

저자는 제3조 제1항의 연구윤리 위반행위를 하여서는 아니 된다.

제5조(저자의 책임)

- ① 저자는 자신의 연구 내용과 연구 결과에 대하여 책임을 진다.
- ② 저자는 연구에 실질적으로 기여한 사람만을 저자로 표시하여야 한다.
- ③ 저자는 공동저자가 있는 경우 저자 표시의 순서와 역할에 관하여 공동저자 사이의 합의가 이루어지도록 하여야 한다.

제6조(인용 및 출처 표시)

- ① 저자는 타인의 연구, 자료, 문장, 아이디어 등을 인용하거나 참고하는 경우 그 출처를 명확히 표시하여야 한다.
- ② 저자는 자기의 기존 연구를 활용하는 경우에도 그 출처를 표시하여야 한다.

제7조(중복게재 및 이중투고의 금지)

- ① 저자는 이미 출판된 자신의 연구를 출처 표시 없이 새로운 연구인 것처럼 투고하여서는 아니 된다.

- ② 저자는 동일하거나 실질적으로 유사한 원고를 동시에 다른 학술지에 투고하여서는 아니 된다.
- ③ 저자는 학위논문, 연구보고서, 학술대회 발표문 등의 일부 또는 전부를 수정·보완하여 활용하는 경우 투고 시 그 사실과 원출처를 편집국에 알려야 한다.

제8조(생성형 인공지능의 이용)

- ① 생성형 인공지능은 저자로 표시할 수 없다.
- ② 생성형 인공지능을 이용하여 작성된 부분을 포함하여 원고의 내용에 대한 책임은 저자가 진다.

제9조(투고 시 제출서류)

편집위원장은 필요한 경우 투고자에게 연구윤리 준수 확인서, 이해상충 고지서, 중복게재·이중투고 방지 확인서 등의 제출을 요구할 수 있다.

제3장 편집 관계자 및 심사위원의 윤리

제10조(편집 관계자의 의무)

- ① 편집위원장과 편집위원은 투고원고를 학문적 수준과 연구윤리에 따라 공정하게 판단하여야 한다.
- ② 편집위원장과 편집위원은 저자의 인적 사항, 소속, 사적 친분, 이해관계 등에 영향을 받아서는 아니 된다.
- ③ 편집위원장, 편집위원, 편집국장 및 편집간사는 투고원고의 내용과 심사 관련 정보를 정당한 사유 없이 외부에 공개하거나 이용하여서는 아니 된다.

제11조(심사위원의 의무)

- ① 심사위원은 투고논문을 공정하고 객관적으로 심사하여야 한다.
- ② 심사위원은 심사 과정에서 연구윤리 위반행위가 의심되는 사정을 발견한 경우 그 내용과 근거를 편집위원장에게 통보하여야 한다.
- ③ 심사위원은 심사용 투고논문의 내용을 비밀로 하며, 게재 전에 이를 인용하

거나 활용하여서는 아니 된다.

- ④ 심사위원은 제척 또는 회피 사유가 있는 경우 지체 없이 편집위원장에게 알려야 한다. 제척과 회피의 사유 및 절차에 관하여는 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제16조에 따른다.

제4장 연구윤리 위반행위의 조사 및 처리

제12조(제척 및 회피)

- ① 연구윤리 위반행위 사건에 관한 편집위원장 및 편집위원의 제척과 회피에 관하여는 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제16조 제1항부터 제3항까지를 준용한다. 이 경우 같은 조 제1항 각 호 외의 부분의 “해당 투고논문의 심사·의결 또는 관련 사무”는 “해당 사건의 조사·심의 및 의결”로, 같은 항 제1호의 “투고논문의 저자 또는 공동저자”는 “피조사자 또는 제보자”로, 같은 항 제2호부터 제5호까지의 “투고자”는 “피조사자 또는 제보자”로, 같은 조 제2항의 “심사·의결 또는 관련 사무의 공정성”은 “해당 사건의 조사·심의 및 의결의 공정성”으로, 같은 조 제3항의 “해당 투고논문”은 “해당 사건”으로 본다.
- ② 조사위원이 피조사자 또는 제보자이거나 그 밖에 해당 사건과 직접적인 이해관계가 있는 경우에는 그 사건의 조사에서 제척된다.
- ③ 조사위원은 조사의 공정성을 해칠 우려가 있는 경우 스스로 회피하여야 한다.
- ④ 조사위원이 제척되거나 회피하여 조사위원이 3인 미만이 된 경우 편집위원회는 조사위원을 추가로 지정하여야 한다.
- ⑤ 편집위원장이 제척되거나 회피한 경우에는 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제5조 제5항에 따른 자가 그 직무를 대행한다.

제13조(제보)

- ① 연구윤리 위반행위를 인지한 자는 편집위원회에 제보할 수 있다.
- ② 제보는 실명으로 하는 것을 원칙으로 한다. 다만, 익명의 제보라도 연구윤리

위반행위의 내용과 증거가 구체적으로 제시된 경우에는 실명 제보에 준하여 처리할 수 있다.

- ③ 편집위원회는 제보자의 신원을 보호하여야 한다.
- ④ 누구든지 제보를 이유로 제보자에게 불이익을 주어서는 아니 된다.

제14조(조사)

- ① 편집위원회는 제보를 접수하거나 연구윤리 위반 의심사항을 인지한 경우 조사 실시 여부를 결정한다.
- ② 조사가 필요한 경우 편집위원회는 피조사자 및 제보자와 직접적인 이해관계가 없는 3인 이상의 조사위원을 지정하여 조사하게 한다.
- ③ 편집위원회는 제보자와 피조사자에게 조사 대상인 사실에 관하여 의견을 진술할 기회를 주어야 한다. 이 경우 피조사자에게는 위반행위의 내용과 정도, 고의 또는 과실의 정도 및 그 밖에 제15조 제2항에 따른 제재조치의 의결에 영향을 미칠 수 있는 사정에 관하여도 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.
- ④ 조사는 조사위원의 선임이 완료된 후 20일 이내에 완료하는 것을 원칙으로 한다. 다만, 부득이한 사유가 있는 경우 편집위원회는 그 기간을 연장할 수 있다.
- ⑤ 편집위원회는 연구윤리 위반 여부가 판정되기 전까지 피조사자의 명예가 훼손되지 아니하도록 유의하여야 한다.

제15조(판정, 제재조치의 의결 및 통지)

- ① 편집위원회는 조사위원의 조사 결과를 받은 날부터 7일 이내에 피조사자의 연구윤리 위반 여부를 판정하여야 한다.
- ② 편집위원회는 연구윤리 위반으로 판정하는 경우 위반행위의 내용과 정도, 고의 또는 과실의 정도, 해당 원고의 검토·심사·게재 또는 간행 단계 및 그 밖의 사정을 고려하여 제재조치가 필요하다고 인정하면 제16조 제1항에 따른 제재조치를 판정과 함께 의결한다.
- ③ 편집위원장은 제1항 및 제2항에 따른 의결 결과를 지체 없이 제보자와 피

조사자에게 통지하여야 한다. 피조사자에 대한 통지에는 다음 각 호의 사항을 포함하여야 한다.

1. 연구윤리 위반 여부에 관한 판정의 내용과 이유
 2. 제재조치가 의결된 경우 그 내용과 이유
 3. 재심의 요청의 방법과 기간
- ④ 피조사자는 제3항에 따른 통지를 받은 날부터 10일 이내에 판정 또는 제재조치의 전부 또는 일부에 대하여 그 사유를 구체적으로 밝혀 편집위원회에 재심의 요청할 수 있다. 이 경우 피조사자는 재심의 요청의 사유를 뒷받침하는 자료를 함께 제출하여야 한다.
- ⑤ 동일한 사안에 대한 재심의 요청은 한 차례만 할 수 있다.
- ⑥ 편집위원회는 제4항에 따른 재심의 요청을 받은 날부터 20일 이내에 필요한 범위에서 추가 조사 또는 심의를 거쳐 원래의 판정 또는 제재조치를 유지·변경하거나 취소하여야 한다. 다만, 부득이한 사유가 있는 경우에는 그 기간을 10일의 범위에서 한 차례 연장할 수 있으며, 이 경우 그 사유와 연장기간을 피조사자에게 통지하여야 한다.
- ⑦ 편집위원회는 제6항에 따른 재심의에서 원래의 제재조치보다 무거운 제재조치를 의결할 수 없다.
- ⑧ 편집위원장은 제6항에 따른 재심의 결과와 그 이유를 지체 없이 제보자와 피조사자에게 통지하여야 한다.
- ⑨ 제1항에 따른 판정과 제2항에 따라 의결된 제재조치는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에 확정된다.
1. 제4항에 따른 기간 내에 재심의 요청이 없는 경우: 그 기간이 만료된 때
 2. 제4항에 따른 재심의 요청이 있는 경우: 제8항에 따른 재심의 결과가 피조사자에게 통지된 때
- ⑩ 제2항에 따라 의결된 제재조치는 제9항에 따라 확정된 후 집행한다. 다만, 편집위원회는 해당 원고가 게재 또는 간행되는 것을 방지하기 위하여 필요한

경우에는 제14조 제1항에 따라 조사를 실시하기로 결정한 때부터 제9항에 따라 판정이 확정될 때까지 해당 원고의 검토·심사·게재 또는 간행 절차를 잠정적으로 중단할 수 있다. 편집위원회는 중단의 사유가 소멸한 경우에는 판정이 확정되기 전이라도 그 중단을 해제하여야 한다.

제16조(제재조치의 종류)

① 제15조 제2항에 따른 제재조치는 다음 각 호와 같으며, 편집위원회는 그 전부 또는 일부를 의결할 수 있다.

1. 검토·심사 또는 게재 절차 중인 투고원고의 게재 불가
2. 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제10조 제8항 또는 제20조에 따라 게재가 확정되었으나 아직 게재되지 아니한 원고의 게재확정 취소
3. 이미 게재된 원고의 철회
4. 5년 이하의 기간 동안 투고 제한
5. 피조사자의 소속기관에 대한 연구윤리 위반 사실의 통보
6. 연구윤리 위반 사실의 공표
7. 그 밖에 연구윤리 확립과 학술지의 신뢰성 확보를 위하여 필요하다고 인정하는 조치

② 제1항 제3호에 따라 원고를 철회하는 경우 편집위원회는 본 센터가 운영하는 홈페이지에 수록된 해당 원고에 철회 사실과 그 사유를 표시하고, 필요한 경우 해당 원고의 게시를 중단하는 등 적절한 조치를 하여야 한다.

제17조(비밀 유지)

① 연구윤리 위반행위의 조사 및 처리에 관여한 자는 직무상 알게 된 제보자, 피조사자, 조사 내용 및 그 밖의 비공개 정보를 외부에 누설하여서는 아니 된다.

- ② 제1항에도 불구하고 편집위원회가 연구윤리 확립, 제재조치의 이행 또는 공익상 필요가 있다고 인정하는 경우에는 필요한 범위에서 관련 정보를 공개할 수 있다. 다만, 제보자를 식별할 수 있는 정보는 공개하여서는 아니 된다.
- ③ 연구윤리 위반행위의 조사 및 처리에 관한 기록은 제15조에 따른 판정이 확정된 날부터 5년간 보존한다.

제5장 기타

제18조(기간의 계산 및 통지의 방법·효력)

- ① 이 규정에 따른 기간의 계산에 관하여는 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제23조를 준용한다. 이 경우 조사위원의 조사기간은 편집위원회의 업무처리기간으로 본다.
- ② 이 규정에 따른 제보자 또는 피조사자에 대한 통지의 방법 및 효력에 관하여는 「한중법학 편집위원회 운영 및 논문심사 규정」 제24조를 준용한다. 이 경우 같은 조 중 “투고자”는 “제보자 또는 피조사자”로, “투고원고를 제출받은 전자우편 주소”는 “제보 또는 조사 과정에서 확인된 전자우편 주소”로 본다.

제19조(규정의 개정)

이 규정은 편집위원회의 의결로 개정한다.

부칙

제1조(시행일)

이 규정은 2026년 5월 25일부터 시행한다.

인하대학교 「중국법센터」 임원진 목록

2026년 7월 31일 기준(제 1대)

센 터 장

정영진(丁莹镇), 인하대학교 교수

사무국장

박요셉(朴约瑟), 법률사무소 BizWin 대표변호사

운영위원회

김자영(金子永), 인하대학교 교수

박요셉(朴约瑟), 법률사무소 BizWin 대표변호사

정영진(丁莹镇), 인하대학교 교수

정태욱(鄭泰旭), 인하대학교 교수

특임연구원

모덕승(慕德昇), 중국정법대학교 박사

오용수(吳容守), 과학기술정보통신부 전 국장

이성남(李星男), 국립목포대학교 교수

객원연구원

김봉(金鵬), 중국변호사

손효명(孫曉鳴), 화동정법대학교 교수

장지화(張智華), 중국변호사

장요(張堯), 화동정법대학교 박사

연구원

한국인

- 김성호(金成浩), 법무법인 Law&A 대표변호사
- 김자영(金子永), 인하대학교 교수
- 박요셉(朴约瑟), 법률사무소 BizWin 대표변호사
- 배은비(裴殷妃), 중국정법대학교 박사
- 양태정(梁台桢), 법무법인 광야 대표변호사
- 이수호(李洙昊), 검사
- 이형재(李煥宰), 법무법인 세종 변호사
- 임한결(任韓結), 네이버웹툰 유한회사 팀장
- 전혜지(田惠智), 법무법인 시우 변호사
- 정영진(丁瑩鎭), 인하대학교 교수
- 정유진(鄭有珍), 북경사범대학교 박사
- 정태욱(鄭泰旭), 인하대학교 교수
- 조동선(趙東鮮), 조앤리 법률사무소 대표변호사

중국인

- 류의덕(劉懿德), 인하대학교 박사
- 이아남(李亞楠), 인하대학교 박사

『한중법학』 편집위원회 목록

2026년 7월 31일 기준(제 1대)

편집위원장

김자영(金子永), 인하대학교 교수

박요셉(朴約瑟), 법률사무소 BizWin 대표변호사

편집위원

남옥매(南玉梅), 우한대학교 교수

정영진(丁瑩鎭), 인하대학교 교수

정태욱(鄭泰旭), 인하대학교 교수

채영호(蔡英浩), 연변대학교 교수

최길자(崔吉子), 화동정법대학교 교수

황보명국(皇甫明國), 청도대학교 교수

편집간사

진오(陳奧), 인하대학교 법학과 박사생

진염니(陳焰妮), 인하대학교 법학과 박사생

기예삼(祁藝森), 인하대학교 AI · 데이터법학과 석사생

『한중법학』 창간호

발 행 일: 2026 년 7 월 31 일

발 행 처: 인하대학교 중국법센터

발 행 인: 정영진

이 메 일: edit@chinalaw.com

홈페이지: www.chinalaw.kr

Korea-China Law Journal

First Edition

July 2026

Inha University
China Law Center

WWW.CHINALAW.KR

