

高麗法學

제 98 호

2020. 9.

高麗大學校 法學研究院

간 행 사

高麗法學이 제98호를 발간합니다.

高麗法學은 교수님들을 비롯한 연구자들로부터 옥고를 받아 엄정한 심사를 통해 제작되고 있습니다. 이번 호에는 공법 및 사법의 각 분야에서 총 7편의 논문이 게재되어 있습니다.

올해 초부터 발생한 코로나 바이러스 사태가 진정될 듯 진정될 듯 하다가 다시 기승을 부리고 있습니다. 그럼에도 불구하고 귀중한 논문을 투고해주신 집필자 여러분께 감사의 말씀을 드립니다. 또한 투고된 논문에 대하여 공정하고 객관적인 심사를 해주신 교내외 심사위원 여러분들께도 감사의 말씀을 올립니다. 그리고 심사와 편집과정에 함께 참여해 주신 편집위원님들과 특히 학술지 평가를 위하여 애써주신 김배정 조교에게도 고마운 마음을 전합니다.

감사합니다.

2020년 9월

高麗法學 편집위원장 하 명 호

목 차

■ 연구논문

제20대 국회 개헌특위와 정개특위의 실패 원인.....	장영수 / 1
산별체제 하에서 단체협약 당사자 확정에 관한 연구.....	박종희 / 33
위법수집증거의 의무적 배제를 지지하는 ‘의무적 배제론’에 대한 분석적 고찰 - 김봉수 교수와 이석배 교수의 견해를 중심으로 -.....	권순호 / 67
통신사업자의 불법게시물 유통방지의무 - 이른바 ‘n번방 방지법’과 독일 네트워크단속법(NetzDG)의 비교를 중심으로 -	임석순 / 97
근로기준법상 직장 내 괴롭힘 금지 규정 시행 1년에 대한 평가와 개선방안	이준희 / 133
跨国网络犯罪的国际法规制研究——以国际公约、管辖权、软法规范为视角	马光、钟诗卓 / 163
미국의 자국산구매우선법과 상호국방조달협정에 관한 소고.....	이소영 / 199

제20대 국회 개헌특위와 정개특위의 실패 원인

장 영 수*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|--|--|
| I. 서: 제20대 국회에 대한 평가의
주안점 | 1. 박근혜 전 대통령의 탄핵과 제
왕적 대통령제 극복의 요청 |
| II. 제20대 총선에 대한 평가와 제
20대 국회 구성의 특성 | 2. 2017년 개헌특위의 실패: 대
통령선거에 밀린 개헌 |
| 1. 제20대 총선 전의 전망과 선
거결과 | 3. 개헌 실패의 파급효: 승자독
식 정치구조 속 진영 대립의
극단화 |
| 2. 각 정당별 의석분포 | V. 제20대 국회의 선거제도 개혁
실패의 원인 및 결과 |
| 3. 각 지역별 의석분포 | 1. 제20대 국회의 정치개혁 특위
와 연동형 비례대표제 |
| III. 제20대 국회의 핵심과제로서의
정치개혁: 개헌과 선거제도 개혁 | 2. 연동형 비례대표제에 대한 법
안의 내용 변화, 그 원인 |
| 1. 제20대 국회의 시대적 상황과
핵심과제 | 3. 선거제도 개혁 실패의 결과와
제21대 총선의 결과 |
| 2. 시대적 소명으로서의 개헌 | VI. 맺음: 제20대 국회의 실패에서
배워야 할 것들 |
| 3. 정치의 선진화를 위한 선거제
도의 개혁 | |
| IV. 제20대 국회의 개헌 실패의 원
인 및 파급효 | |

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

I. 서: 제20대 국회에 대한 평가는 어떻게 내려질 것인가?

2020년 4월 15일 치러진 제21대 총선 결과는 많은 사람들에게 충격이었다. 한편으로는 더불어민주당이 180석을 차지하는 거대여당으로 떠오른 것도 예상을 벗어나는 것이었고, 다른 한편으로는 제20대 국회에서 약진을 보였던 소수정당들이 대부분 몰락하여 다당제가 정착되고 있다는 전망을 깨뜨린 것도 그러했다.

그러나 이러한 결과는 어쩌면 충분히 예상할 수 있는 일이었을 뿐만 아니라, 상당 부분은 제20대 국회의 운영에 참여한 정치인들, 정당들이 자초한 것으로 볼 수 있다. 이 글에서는 각 정당의 선거전략을 평가하고자 하는 것은 아니므로 제21대 총선 결과를 자초한 가장 큰 제도적 요인의 하나라고 할 수 있는 제20대 국회의 정치개혁 실패에 대해 초점을 맞추고자 한다.

제20대 국회는 출발점에서부터 많은 곡절을 겪었다. 더불어민주당에서 국민의당이 분리됨으로 인해 새누리당의 압승이 예상되던 선거가 새누리당 내에서의 공천 갈등이 극심해지면서 오히려 민주당이 제1당이 되었으며, 제2당인 새누리당, 제3당인 국민의당, 제4당인 정의당이 각기 원내정당으로 진출함에 따라 정치권의 판도가 새롭게 재편되었다.¹⁾

2016년 최순실 사태가 터지면서 박근혜 대통령의 탄핵 문제가 가장 뜨거운 이슈가 되었고, 제20대 국회에서 탄핵소추를 하는 과정에서 새누리당 내부에서 이른바 친박과 비박이 나뉘면서 비박의 탄핵소추 찬성으로 인해 탄핵소추안이 국회를 통과할 수 있었다. 이후 헌법재판소에서 박근혜 대통령에 대한 탄핵결정이 내려지기까지 국회뿐만 아니라 전 국민이 적지 않은 혼란과 갈등을 겪어야 했다.

국회의 탄핵소추안이 헌법재판소에 제출된 상태에서 제20대 국회는 개헌특위를 구성하였다. 1987년 제9차 개헌 이후 30년 만에 처음 구성된 개헌특위는 최순실 사태를 통해 확인된 제왕적 대통령제를 극복한다는 공감대

1) 당시 각 정당들의 의석수는 아래의 <표 1>에서 보는 바와 같다. 이러한 의석수 분포에서 특히 주목할 점은 양대 정당이 모두 원내 과반의석에 미달하였고, 따라서 제3당이었던 국민의당이 정국에 미치는 영향력이 매우 컸다는 점이었다.

에서 출발한 것이었지만, 결과적으로 성과는 없었다.²⁾ 그 원인으로는 여러 가지가 지적되지만, 무엇보다 2017년 5월 9일 치러진 대통령선거로 인해 정치권의 관심이 개헌을 떠난 탓이 가장 크다고 볼 수 있다.

개헌특위가 성과 없이 끝난 후에 2018년 개헌과 정치개혁을 동시에 추진하기 위한 헌정특위가 구성되었으나 역시 성과를 보이지 못했다. 그리고 다시금 국회 내에 정치개혁을 위한 정개특위가 구성되어 주로 선거법개정을 추진하였다. 그 결과 공직선거법이 개정되고 이른바 (준)연동형 비례대표제가 도입되었으나, 실패한 개혁으로 평가되고 있다.³⁾

이제 제20대 국회가 막을 내리고, 제21대 국회가 출범했다. 과연 제20대 국회에 대한 역사의 평가는 어떻게 내려질까? 다른 점은 시간이 지나면서 점차 뚜렷해질 것이지만, 적어도 정치개혁에 실패했다는 점에 대해서는 이견이 없을 것으로 보인다. 더욱이 IMF 외환위기나 국제금융사태 등과 같은 외부적 요인에 의해 불가피하게 개혁이 실패했던 것이 아니라⁴⁾ 정치권 내부적 요인에 의해 개혁이 실패했다는 점으로 인해 더욱 그러하다.

II. 제20대 총선에 대한 평가와 제20대 국회 구성의 특성

1. 제20대 총선 전의 전망과 선거결과

-
- 2) 2017년 국회 개헌특위는 전국 주요도시에서의 개헌토론회를 개최하는 등의 활동을 벌였지만, 정작 개헌안은 만들지도 못하고 끝났다. 개헌특위 자문위원회에서 보고서를 발간하면서 개헌시안을 제시하였으나, 이는 개헌특위에 의해 검토되어 개헌안으로 정리되지 못했다.
 - 3) 그로 인하여 공직선거법의 재개정이 다시금 논의되고 있다. 이에 관하여는 <http://www.hani.co.kr/arti/politics/assembly/937449.html> (최종방문 2020.7.30.) 참조.
 - 4) 2007년 노무현 대통령의 임기말에 원포인트 개헌이 추진되었으나 반대에 부딪히자 당시 정당 대표들과 차기 국회에서 국회주도의 헌법개정을 하는 것으로 약속하고 원포인트 개헌을 철회한 바 있었다. 이 약속에 따라 2008년 제18대 국회에서 국회의장 산하에 ‘헌법연구자문위원회’를 구성하여 1년여 동안 헌법개정을 위한 준비작업을 하였으나 국제금융위기로 인해 개헌을 추진할 분위기가 아니라는 판단에 따라 개헌특위의 구성으로 이어지지 못했다.

4 제20대 국회 개헌특위와 정개특위의 실패 원인

제20대 총선 전의 전망은 여러 차례 바뀌었다. 처음에는 새누리당과 더불어민주당이 박빙의 승부를 펼칠 것으로 전망되었다가 더불어민주당에서 국민의당이 분리·독립하면서 새누리당의 압승이 예상되는 것으로 바뀌었다. 그런데 새누리당의 공천과정에서 친박·비박의 갈등이 심해지면서 제20대 총선의 전망은 오리무중이 되고 말았다. 그리고 선거결과 근소한 차이로 더불어민주당이 제1당이 되었다.

이러한 총선 전의 전망 및 선거결과가 갖는 의미는 크게 세 가지다.

첫째, 국민들의 특정 정당에 대한 지지도는 매우 유동적이다. 이른바 정당에 대한 충성도가 높지 않으며, 그렇기 때문에 선거 직전에 정당에서 어떤 일이 발생했고, 그것에 대한 국민들의 평가가 어떠했는지에 따라서 선거 결과는 상당히 큰 폭으로 달라질 수 있다.

이러한 현상은 두 가지 요인에서 비롯된다. 하나는 정당에 대한 국민의 신뢰가 높지 않다는 점,⁵⁾ 다른 하나는 - 이와 맞물려 있는 것이지만- 이른바 부동층이 매우 크다는 점이다. 결국 선거 결과는 부동층이 어떻게 움직이느냐에 큰 영향을 받을 수밖에 없다.

둘째, 정당의 공천과정에 대한 국민들의 관심은 매우 높은 편이며, 공천 결과가 불합리하다고 느껴질 때, 해당 선거구 후보자 또는 비례대표 정당명부에 대한 비판이 나올 뿐만 아니라 그 정당의 모든 선거에 악영향을 미치는 것이 뚜렷하다.⁶⁾

셋째, 선거결과 각 정당의 정당득표율과 의석수 사이의 차이가 뚜렷했다.⁷⁾ 물론 정당투표가 그대로 의석수로 전환되는 것에 대해서는 아직도 논란이 적지 않다. 그러나 적어도 제20대 총선에서는 그 문제가 매우 심각한 것으로 느껴졌으며, 그로 인해 선거제도 개혁 논의가 탄력을 받을 수 있었

5) 이는 각 정당의 권리당원 숫자가 크지 않다는 점, 그리고 정치인들에 대한 기부금이 - 세제혜택 등을 통해 부담이 크게 낮아진 이후에도- 많지 않다는 점에서도 확인된다.

6) 유권자들의 투표에 어떤 정당의 공천을 받았는지가 큰 영향을 미친다는 점은 분명하다. 하지만 부동층이 많은 상황에서 공천과정의 문제점은 정당 자체에 대한 부정적 판단으로 이어지며, 근소한 차이로 당락이 바뀔 수 있는 지역구선거에서는 결정적인 영향을 미칠 수 있다.

7) 이는 아래 <표1>에서 확인되는 정당별 득표율과 의석률의 차이에서 확인된다.

다.8)

2. 각 정당별 의석분포

〈표1〉 2016년 제20대 국회의원선거의 각 정당별 득표 및 의석수

	더불어 민주당	새누리당	국민의당	정의당	기타	총계
비례대표 정당별 득표수(득표율%)	6,069,744 (25.54%)	7,960,272 (33.50%)	6,355,572 (26.74%)	1,719,891 (7.23%)	1,655,498 (6.97%)	23,760,977
조정 정당득표율(%)*	27.45%	36.01%	28.75%	7.78%		99.99%
정당별 의석(지역구 + 비례대표) 및 의석률**	123 (110+13) 41.00%	122 (105+17) 40.67%	38 (25+13) 12.67%	6 (2+4) 2.00%	11 (무소속)	300

*: 정당투표 지지율 3% 이상 또는 지역구 5석 이상 정당들만을 대상으로 한 정당득표율

** : 제20대 총선에서 각 정당이 획득한 의석(지역구의석 + 비례대표의석)과 전체 의석(300 석) 중에서 차지한 의석의 비율

제20대 총선의 결과는 <표1>에서 보는 바와 같다. 이러한 선거결과는 세 가지 점에서 과거의 선거와 다른 특징을 뚜렷하게 보여주었다.

첫째, 어느 정당도 원내 의석의 과반을 차지하지 못했을 뿐만 아니라, 거대 양당인 더불어민주당과 새누리당의 의석수 차이가 미미함에 따라 국회 내에서의 세력관계가 매우 복잡하게 되었다. 더욱이 초기에서는 새누리당이 여당 프리미엄을 가지고 있었으나, 2017년 대선 이후에서는 더불어민주당이 여당이 됨에 따라 국회 내에서의 여-야 관계가 더욱 미묘하였다.

둘째, 다당제의 경향이 뚜렷하게 나타났다. 물론 이런 경향이 처음 드러

8) 선거결과와 불비례성 문제는 그 이전부터 학계를 중심으로 많이 지적되었으나, 제20대 국회에서는 그 심각성이 원내의 군소정당을 중심으로 강하게 지적되면서 선거제도 개혁의 필요성이 더욱 부각될 수 있었던 것이다.

난 것은 아니며, 1987년 민주화 이후 3당합당 이전, 그리고 DJP연대가 이루어지던 제15대 국회에서도 다당제의 경향이 뚜렷하게 나타났다.⁹⁾ 그러나 제20대 국회의 정당구도는 더불어민주당과 새누리당이 박빙의 의석수를 차지한 가운데 국민의당이 캐스팅 보트를 갖게 되었다는 점에서 그 의미가 더욱 특별하였다.

셋째, 정당별 득표율과 의석수의 불비례성이 매우 심각하였다. 물론 정당에 대한 지지와 지역구에서의 투표가 항상 같은 방향으로만 움직이는 것은 아니지만,¹⁰⁾ 국민의당은 더불어민주당보다 더 높은 정당득표율을 보였음에도 불구하고 의석수는 더불어민주당의 3분의 1에도 미치지 못했으며, 더불어민주당은 3당 중에서 가장 낮은 정당득표율에도 불구하고 의석수가 가장 많았다는 점은 결코 가볍게 볼 수 있는 것은 아니었다.

더욱이 아래의 <표2>에서 보듯이 지역구선거에서의 각 정당별 득표율과 의석수를 비교해 보더라도 - 비록 비례대표선거 정당득표율의 편차보다는 작지만- 각 정당별 득표율과 의석수 사이의 차이가 뚜렷하게 나타난다.

이러한 총선 결과에서 비롯된 제20대 국회의 의석분포는 결국 민의를 제대로 반영하지 못했다는 비판을 받게 되었고, 정당득표율에 비해 가장 적은 의석을 차지했던 국민의당을 중심으로 선거제도 개혁이 강력하게 주장되는 배경이 되었다.

9) 1988년 제13대 총선에서는 민주정의당 125석, 평화민주당 70석, 통일민주당 59석, 신민주공화당 35석 등으로 다당제가 형성되었고, 1996년 제15대 총선에서는 신한국당 139석, 새정치국민회의 79석, 자유민주연합 50석, 통합민주당 15석 등으로 역시 다당제 정치구도가 형성되었다.

10) 제20대 총선의 지역구선거의 정당별 득표율을 보면, <표2>에서 보는 바와 같이 새누리당 38.33%, 더불어민주당 37.00%, 국민의당 14.85%, 정의당 1.65% 등으로 나온다. 이를 통해 국민의당은 비례대표선거에서의 정당득표율에 비해 지역구선거에서의 득표율이 현저하게 낮은 것으로 나온다. 하지만 새누리당은 지역구선거에서도 더불어민주당에 앞선 득표율을 보였음에도 불구하고 실제 의석수는 적게 나온 것이다.

〈표 2〉 2016년 제20대 국회의원선거 지역구선거의 각 정당별 득표 및
의석수

	더불어 민주당	새누리당	국민의당	정의당	기타	총계
정당별 지역구선거 총득표수	8,881,369	9,200,690	3,565,451	395,357	1,959,553	24,002,420
정당별 지역구선거 득표율	37.00%	38.33%	14.85%	1.65%		
정당별 지역구 의석수 (의석률)	110 (43.48%)	105 (41.50%)	25 (9.88%)	2 (0.79%)	11 (무소속)	253

3. 각 직업별 의석분포

제20대 국회의 정치개혁과 관련하여 국회의원들의 배경에 대해 고려해 볼 필요가 있다. 각 정당별로 국회의원들이 정치개혁에 대해 어떤 입장을 취했는지는 잘 알려져 있지만, 그것과는 별도로 국회의원들의 직업별 분포를 살펴보는 것은 국회의원들의 정치개혁에 대한 전문성의 부족이 제20대 국회의 정치개혁 실패의 원인인지를 판단하기 위해 필요한 것이다.

아래의 <표3>에서 보듯이 50% 이상의 국회의원들이 물갈이되었지만, 압도적인 다수를 차지하는 것은 국회의원과 정치인들이며, 교육자와 변호사가 그 뒤를 잇고 있지만, 비중에서 비교가 되지 않는다. 이렇게 볼 때, 제20대 국회의원들의 정치개혁에 관한 지식과 경험의 부족, 또는 전문성의 부족을 정치개혁 실패의 원인으로 보기 어렵다.

〈표 3〉 2016년 제20대 국회의원 당선자의 직업별 분포

직업 유형	지역구선거	비례대표선거	합계
국회의원	138	0	138
지방의원	0	0	0
교육감	0	0	0
교육의원	0	0	0
정치인	61	21	82
농·축산업	0	1	1
상업	0	1	1
광공업	0	0	0
운수업	0	0	0
수산업	0	0	0
건설업	1	1	2
언론인	0	0	0
금융업	1	1	2
약사·의사	1	1	2
변호사	13	3	16
종교인	0	0	0
회사원	2	1	3
교육자	8	10	18
정보통신업	0	0	0
출판업	2	0	2
공무원	0	0	0
무직	0	0	0
기타	26	7	33
합계	253	47	300

* 출처: 중앙선관위 홈페이지

Ⅲ. 제20대 국회의 핵심과제로서의 정치개혁: 개헌과 선거제도 개혁

1. 제20대 국회의 시대적 상황과 핵심과제

해방 이후 대한민국의 지난 75년 동안은 말 그대로 격동의 세월이었고, 어느 한 해도 다사다난이라는 말이 어울리지 않는 해가 없었다. 특히 국회에서의 정치적 격동은 더욱 심각하였다.

그럼에도 불구하고 제20대 국회에서의 정치적 갈등이 더욱 심각했던 것은 박근혜 전 대통령에 대한 탄핵, 30년만의 개헌특위, 그리고 연동형 비례대표제 도입을 통한 선거제도 개혁 등의 역대 국회에서 보기 힘들었던 굵직한 사안들이 많았기 때문이다.

그러나 결과적으로 제20대 국회에 의한 정치개혁의 성과는 기대에 크게 미치지 못했다. 민주화 이후에도 역대 국회의 정치개혁이 성과를 거두지 못한 경우는 드물지 않다. 그럼에도 불구하고 제20대 국회의 정치개혁에 대한 평가가 더욱 낮은 것은 개헌과 선거제도 개혁이라는 핵심적 과제에서 심각한 문제를 드러냈기 때문이다.

첫째, 정치개혁에 대한 여야 간의 합의가 제대로 이루어지지 못했다. 정치개혁의 필요성에 대한 원론에는 모두가 공감하면서도¹¹⁾ 정작 구체적인 개혁의 내용과 방법에 대한 각론에는 각 정당의 이해관계에 따라 심각한 갈등을 보이고,¹²⁾ 심지어 판을 깨려는 경우조차 있었던 것이다.¹³⁾

둘째, 30년 만의 개헌특위 구성에 대한 국민들의 기대가 컸고, 다양한 개헌에 대한 의견들이 봇물처럼 쏟아져 나왔음에도 불구하고 국회는 대통

11) 이에 따라 연동형 비례대표제 도입에 대해서는 5당 원내대표의 합의가 이루어지기도 했다. 합의문 내용에 관하여는 <https://www.pressian.com/pages/articles/221341> (최종방문 2020.5.30)

12) 이러한 갈등이 정치개혁특위 내에서의 심각한 갈등, 나아가 정치개혁특위에서 마련된 공직선거법 개정안이 본회의에서 대안발의에 의해 교체되는 것으로 이어지기도 했다.

13) 2019년 정치개혁특위를 통한 공직선거법 개정에 대한 찬반 대립이 뜨거워질 당시 제1야당인 자유한국당이 정치개혁특위 내에서 이를 치열하게 다투는 대신에 장외집회에 나섰던 것은 올바른 선택이라고 보기 어렵다.

령선거에 관심을 집중시켰을 뿐, 국민들의 요구를 수렴하는데 소홀하였다. 더욱이 대통령선거 후의 개헌논의가 사실상 공전된 것에 대해서는 여야 모두가 책임을 면할 수 없을 것이다.¹⁴⁾

셋째, 이른바 (준)연동형 비례대표제의 도입을 통한 선거제도 개혁은 개선이 아닌 개악이라는 평가가 나올 정도로 많은 문제를 노출시키고 있다.¹⁵⁾ 그로 인하여 제20대 국회의 정치개혁은 실패라는 평가가 더욱 뚜렷해진 것이다.

2. 시대적 소명으로서의 개헌

1987년 헌법이 역대 최장수헌법으로서 역대 어떤 헌법보다도 국민들의 지지를 많이 받은 것은 사실이지만, 역설적으로 그렇기 때문에 개헌의 필요성이 커졌다. 30년이 넘는 세월 동안 축적된 시대의 변화를 반영해야 할 필요성이 크기 때문이다.

이미 김영삼 정부, 김대중 정부에서도 내각제 개헌론이 수면 하에서 제기된 바 있었지만, 구체적인 개헌 움직임으로 이어지지는 못했다.¹⁶⁾ 본격적인 개헌논의가 부각되었던 것은 2007년 노무현 대통령에 의해 대통령 5년 단임제를 4년 중임제로 변경하는 이른바 원포인트 개헌이 주장되면서였다.¹⁷⁾

14) 이에 관하여는 아래의 「IV. 2. 2017년 개헌특위의 실패: 대통령선거에 밀린 개헌」 참조.

15) 이에 관하여는 장영수, 개정 공직선거법에 따른 연동형 비례대표제의 헌법적 문제점, 공법연구 제48집 제3호(2020.2), 167-192쪽 참조.

16) 그 원인으로는 무엇보다 내각제 개헌에 대한 국민들의 여론이 좋지 않았다는 점이 꼽힌다. 국회 내에서는 내각제 개헌에 대한 선호도가 높았으나, 국민들은 1987년 6월 혁명에 의해 대통령 직선제 개헌을 쟁취한 이후 대통령을 국민의 손으로 뽑는 것에 대한 선호도가 훨씬 높았던 것이다.

17) 2007년 당시의 원포인트 개헌 논의에 관하여는 사회디자인연구소(편), 『원포인트 개헌 어떻게 볼 것인가』, 2007.1.15(토론회 자료집); 혁신과 전진을 위한 의원모임(편), 『개헌·정계개편 어떻게 할 것인가?』, 2007.2.1(토론회 자료집); 김종철, 대통령 4년 연임제 '원 포인트' 개헌론에 대한 비판적 검토, 헌법학연구 제13권 제1호(2007.3), 61-104쪽; 노동일, 『바람직한 개헌의 방향은? 원포인트 개헌의 문제점』, 2007.4.25.(토

그러나 대통령의 임기말 개헌에 대한 비판이 이어졌고, 노무현 대통령은 정당 대표들의 회동을 통해 차기 국회에서 국회 주도의 개헌을 하는 것에 합의하면서 원포인트 개헌을 위한 헌법개정안 발의를 철회하였다. 이후 제18대 국회에서 개헌을 위한 준비작업이 진행되었으나 국제금융위기 등의 경제적 어려움으로 인해 개헌특위의 구성이 불발되었다.¹⁸⁾

이를 전후로 개헌에 대한 학계에서의 논의,¹⁹⁾ 각종 시민단체에서의 움직임²⁰⁾ 등이 활발해지고, 정치권에서도 개헌에 대한 관심은 꾸준히 유지되었다.²¹⁾ 그리고 이러한 개헌에 대한 공감대를 더욱 크게 촉발시켰던 것이 2016년 최순실 사태였다. 제왕적 대통령의 문제를 해소하기 위해서는 개헌이 필요하다는 주장이 공감을 얻게 되었던 것이다.

당시 최순실 사태를 겪으면서 국민들이 가장 놀랐던 것은 대통령의 권력이 사실상 통제 없이 국정 of 모든 분야를 좌지우지 한다는 점하였고, 최순실 사태에 대한 검찰 수사의 미진, 이른바 문화부 블랙리스트에 대한 내부적 통제의 미흡도 결국 대통령의 입김에서 비롯된 것이라는 점이었다.²²⁾

결국 ‘제왕적 대통령’으로 일컬어지는 국가권력의 대통령으로의 집중이 최순실 사태가 가능했던 중요한 원인이라고 인정되었고, 제왕적 대통령을 통해 나타나는 승자독식의 정치문화를 개혁하는 것이 대한민국의 정치발전을 위한 가장 중요한 과제라는 점에 대해 국민적 공감대가 확산되었다.²³⁾

론회 자료집) 참조.

18) 이에 관하여는 장영수, 『권력구조』의 개헌에 관한 제18대 국회 헌법연구자문위원회의 연구, 안암법학 제53호(2017.5), 77-104쪽 참조.

19) 대표적으로 한국공법학회, 『한국공법학회 헌법개정안 연구보고서』, 2006; 한국헌법학회, 『헌법개정연구보고서』, 2006 참조.

20) 대표적으로 대화문화아카데미, 『새로운 헌법 무엇을 담아야 하나』, 2011 참조.

21) 대표적으로 국회 내에서 구성되었던 미래한국헌법연구회의의 활동을 들 수 있다. 이에 관하여는 미래한국헌법연구회(편), 『대한민국헌법의 바람직한 개헌방향에 관한 연구』, 2008; 미래한국헌법연구회(편), 『국민과 함께하는 헌법이야기』, 제1권 & 제2권, 2010 참조.

22) 대통령의 권력이 사정기관에 의한 사정활동에도 큰 영향을 미쳤다는 점이 국민들을 놀라게 하고, 분노케 하였던 것이다.

23) 미국식 대통령제 자체가 승자독식이라는 주장에 대해서는 이준규, 미국의 승자독식 정치와 그 귀결, 서울대 경제논집 제54권 제1호(2015), 1-74쪽 참조.

이러한 상황에서 제20대 국회가 대한민국의 미래를 위해 초점을 맞춰야 할 가장 중요한 과제의 하나가 시대정신에 맞는 헌법의 개정이며, 헌법 개정의 핵심은 제왕적 대통령으로 표상되는 승자독식의 권력구조를 개혁하는 것이라는 점이 널리 인정되었다.²⁴⁾

3. 정치의 선진화를 위한 선거제도의 개혁

헌법개정에 비할 바는 아니지만, 선거제도의 개혁 필요성에 대한 인식도 확산되고 있었다. 특히 2016년 제20대 국회의원선거와 2018년 제7회 지방선거에서 각 정당별 득표율과 의석수 사이의 편차가 매우 심각한 것으로 나타나면서²⁵⁾ 비례성을 강화하는 선거제도 개혁 필요성은 점차 공감대를 확산하였다.

시민단체는 물론 정치권에서도 군소정당을 중심으로 독일식 연동형 비례대표제를 ‘민의 그대로 반영하는 선거제도’라고 지칭하면서 도입 주장이 강해졌다.²⁶⁾ 이미 문재인 대통령이 당대표이던 시절에 더불어민주당에서 독일식 연동형 비례대표제 도입을 강조한 바 있으며,²⁷⁾ 이는 - 비록 새누리당의 반대로 관철되지 못했지만- 더불어민주당의 당론으로 채택된 바 있었다.²⁸⁾ 이에 따라 더불어민주당에서도 이를 정면으로 반대하기 어려운 상황

24) 제10차 개헌의 화두는 ‘분권과 협치’라는 점이 널리 인정되었던 것도 이와 맥락을 같이 한다. 이에 관하여는 장영수, 제10차 개헌의 의미와 방향: 분권과 협치, 공법학연구 제19권 제2호(2018.5), 67-97쪽 참조.

25) 오상택, “비례성”과 “대표성” 재고를 위한 비례대표제 개선방안: 시뮬레이션 분석을 중심으로, 국민대 사회과학연구 제26집 제1호(2013.8), 99-128쪽; 유영국, 국회의원 선거제도의 개선 방향 - 비례대표의석의 대폭 증대, 동의대 법정리뷰 제28집 제1호(2011.6), 39-62쪽; 최용섭, 한국의 국회의원 선거제도 개혁에 관한 연구, 인문사회21, 제6권 제4호(2015.12), 1167-1187쪽 등 참조.

26) 이에 관하여는 <http://www.hani.co.kr/arti/politics/assembly/834352.html>; <http://www.sejongin.co.kr/news/articleView.html?idxno=3540>; <http://www.kgreens.org/commentary> /보도자료-민의-그대로-연동형-비례대표제-도입하라/ (최종방문 2020.5.30.) 참조.

27) 이에 관하여는 <https://www.nocutnews.co.kr/news/5066668> (최종방문 2020.5.30.) 참조.

28) 이에 관하여는 http://www.hani.co.kr/arti/politics/politics_general/872021.html (최

이었다.

선거결과와 비례성을 강화하는 가장 확실한 방안은 스웨덴 등에서 채택하고 있는 순수비례대표제를 도입하는 것이다.²⁹⁾ 하지만 대한민국의 정치여건에 비추어 볼 때, 이를 위해 모든 지역구선거를 폐지하고 정당에 대한 비례대표선거만을 치르는 것은 현실적으로 실현가능성이 매우 낮다. 지역구선거에 대한 기득권을 가지고 있는 정치인들, 정당들뿐만 아니라 지역주민들도 당장 지역구선거를 폐지하는 것에 대해서는 반대가 클 것이기 때문이다.³⁰⁾

이런 상황에서 비례대표제를 적극적으로 도입하되, 지역구선거와 연동시켜서 지역대표성을 살리는 방안으로 가장 적합한 것이 독일식 연동형 비례대표제라고 할 수 있다. 비록 기존의 선거제도와 유사하게 지역구선거를 치르면서도 기존의 병립형과는 달리 순수비례대표제와 거의 같은 정도의 비례성 강화가 가능한 선거제도가 독일식 연동형 비례대표제이기 때문이다.³¹⁾

그러나 독일식 연동형 비례대표제는 세계적으로 이를 도입한 국가가 많지 않으며, 독일과 뉴질랜드 이외의 국가에서는 성공한 사례를 찾기 어렵다는 점에서 그 성공조건에 대한 심사숙고가 필요했다.³²⁾

종방문 2020.5.30.) 참조.

29) 순수비례대표제는 지역구 선거 없이 오로지 정당투표만으로 의석을 배분하는 것이다. 연동형 비례대표는 각 정당의 전체 의석을 정당투표에 의해 결정한다는 점에서 순수비례대표제와 같지만, 그 의석의 일부를 지역구선거에서 우선 결정한다는 점에서 다르다.

30) 다만, 개헌을 통해 지역대표성 상원이 도입된다면 지역구의 폐지 내지 대폭 축소도 고려될 수 있을 것이다. 2017년 개헌특위 자문위원회에서도 이에 대해 적극적으로 검토한 바 있었다. 이에 관하여는 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, 『국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서』, 2018, 271쪽 이하 참조.

31) 독일식 연동형 비례대표제의 기본구조와 특성에 관하여는 장영수, 선거제도 개혁: 연동형 비례대표제 도입의 의미와 성공조건, 공법연구 제47집 제3호(2019.2), 119-146쪽 참조.

32) 그런데 당시 시민단체들이나 정치권에서는 연동형 비례대표제 도입의 성공조건에 대한 충분한 검토가 부족한 가운데 도입 그 자체에 의미를 두었던 것은 - 후술하는 바와 같이 - 이러한 선거제도 개혁을 위한 논의의 한계였다고 볼 수 있을 것이다.

IV. 제20대 국회의 개헌 실패의 원인 및 파급효

1. 박근혜 전 대통령의 탄핵과 제왕적 대통령제 극복의 요청

박근혜 전 대통령에 대한 탄핵을 계기로 제왕적 대통령³³⁾의 문제가 크게 부각되었다. 국정이 그와 같은 난맥상을 보임에도 불구하고 제대로 통제되지 못했던 것은 대통령의 제왕적 권한에 대해 검찰이건 감사원이건 누구도 손댈 수 없었기 때문이라는 점이 확인되었던 것이다.³⁴⁾

엄밀하게 분석하면 ‘제왕적’이라는 형용사와 ‘대통령’이라는 단어를 연결시키는 것은 모순이다. ‘제왕’이란 군주국가를 전제로 하는 것이고, ‘대통령’은 민주국가에서 가능한 것이기 때문에 제왕적 대통령이란 군주국가인 민주국가라는 말처럼 앞뒤가 맞지 않는 것이기 때문이다. 그럼에도 불구하고 ‘제왕적 대통령’이라는 용어가 널리 사용되고 있는 것은 대통령이 마치 군주국가의 제왕처럼 군림하고 있기 때문이며, 이는 민주주의의 본질과 부합하지 않는 것이다.³⁵⁾

그러면 도대체 제왕적 대통령과 그렇지 않은 대통령의 차이는 무엇인가? 왜 제왕적 대통령, 혹은 제왕적 대법원장에 대한 이야기는 나오는데, 제왕적 국회의장이나 제왕적 헌법재판소장이라는 말은 없을까? 이는 대통령이 국가 전체에서, 그리고 대법원장이 법원 조직 내에서 미치는 영향력이 절대적인 것과는 달리 국회의장이 국회 내에서, 헌법재판소장이 헌법재판소 내에서 미치는 영향력은 매우 제한적이기 때문이다.³⁶⁾

33) 제왕적 대통령(Imperial Presidency)이라는 말은 미국 정치계에서 이전부터 많이 사용되고 있었지만, M. 슬레진저 주니어(Arthur M. Schlesinger, Jr.)의 1973년에 출간된 저서 『제왕적 대통령』(The Imperial Presidency)에 의해 범세계적으로 알려졌다.

34) 그로 인하여 문재인 정부가 출범한 직후부터 검찰개혁이 국정 과제 중에서 가장 우선시되기도 했다.

35) 어려서는 동화 속의 왕자와 공주에 대한 환상을 가지면서 성장하고, 성인이 되어서는 각 분야에서 성공한 사람들을 왕으로, 그들의 세계를 왕국으로 표현하는 것에 익숙한 터이라 제왕적 대통령이라는 말에 대한 거부감도 상대적으로 크지 않을 수 있다. 하지만 군주국가를 무너뜨리고 민주국가를 수립한 인류 역사의 발전과정에 비추어 볼 때, 민주국가에서 국민에 의해 선출된 대통령이 마치 군주국가의 왕처럼 군림한다는 것은 민주주의의 퇴행이라는 점은 분명하다.

특히 제왕적 대통령 문제의 본질은 정부 내에서의 제왕적 지위가 아니라 삼권분립을 초월하여 입법부인 국회와 사법부인 법원 및 헌법재판소에 대해서도 상대적 우월성을 갖는다는 점에 있다.³⁷⁾ 비록 국회의 탄핵소추에 의해, 그리고 헌법재판소의 탄핵결정에 의해 박근혜 전 대통령이 파면된 바 있지만, 그것이 대통령이 국회 및 헌법재판소에 대해 상대적 우월성을 갖는다는 점을 부인할 근거는 되지 못한다.³⁸⁾

대통령이 국회에 미치는 영향력은 여당에 대한 정치적 영향력을 통해 나타난다. 대통령은 사실상 여당의 지배자인 경우가 대부분이며, 공천 등에 대한 영향력을 통해 여당을 장악하고 있다. 이는 박근혜 전 대통령의 경우나, 문재인 현 대통령의 경우나 크게 다르지 않다. 이는 미국의 여당인 공화당이 때로는 야당인 민주당과 협력하여 트럼프 대통령의 정책을 무력화시키는 것³⁹⁾과는 달리 우리나라의 여당은 대통령에 대해 반대의 목소리를 낸 적이 없다는 점에서 확인된다.

대통령이 사법부에 미치는 영향력은 무엇보다 인사권을 통해 나타난다. 대통령이 대법원장과 대법관에 대한 임명권을 갖고 있을 뿐만 아니라,⁴⁰⁾ 헌

36) 즉, 대통령은 정부 조직 내에서 절대적인 위상을 가지고 있을 뿐만 아니라, 입법부와 집행부에 대해서도 공천권, 인사권 등을 통해 강력한 영향력을 행사하고 있기 때문에 제왕적 지위에 있는 것으로 평가된다. 대법원장도 법원 조직 내에서 대법관 임명제청권 등을 통해 강력한 지배력을 행사하고 있기 때문에 제왕적 지위에 있는 것으로 평가된다. 반면에 동료 국회의원들에 대한 국회의장의 권한은 매우 제한적이며, 특히 국회의원의 공천 및 선거에 대한 영향력은 거의 없다. 또한 헌법재판소장도 헌법재판관의 임명에 대한 영향력이 없으며, 헌법재판관 중의 1인으로서 활동한다는 점에서 제왕적 지위는 아닌 것으로 인정된다.

37) 제왕적 대통령이라는 용어는 미국에서 먼저 사용되었지만, 이런 점에서 현재 우리나라의 대통령의 권한은 미국의 대통령에 비해 더 크다고 할 수 있다.

38) 국회에서 대통령에 대한 탄핵소추를 위해서는 재적의원 과반수의 발의와 재적의원 3분의 2 이상의 찬성이라는 매우 엄격한 요건을 갖춰야 하며, 노무현 전 대통령과 박근혜 전 대통령에 대해 이런 요건을 갖춰 탄핵소추가 되었다는 점 자체가 이례적이다. 또한 그로 인해 대통령의 여당에 대한 지배력이 약화되었다고 볼 수도 없다. 마찬가지로 헌법재판소장 및 헌법재판관들에 대한 대통령의 임명권이 있는 한, 헌법재판소에 대한 대통령의 상대적 우월성도 여전하다.

39) 예컨대 트럼프 대통령의 무리한 이민정책에 대해 공화당까지 나서서 반대했던 경우처럼 사안에 따라서는 여당이 오히려 대통령을 통제하는데 앞장설 수 있다는 점이 우리의 여당과는 크게 다른 점이다.

법재판소장과 다수의 헌법재판관에 대해서도 마찬가지다.⁴¹⁾ 종신직인 미연방대법관과는 달리 우리나라의 대법관, 헌법재판관은 임기가 6년이기 때문에 대통령이 5년 임기 동안 대부분의 대법관, 헌법재판관을 교체할 수 있다는 점에서 그 파급효는 더욱 크다.

2. 2017년 개헌특위의 실패: 대통령선거에 밀린 개헌

제20대 국회에서는 제왕적 대통령의 극복을 위한 개헌의 필요성에 대한 국민적 공감대가 형성되면서 2017년 개헌특위를 구성하였다. 1987년 제9차 헌법개정 이후 만 30년만에 최초로 구성된 개헌특위였다. 그러나 1년 동안의 개헌특위는 성과 없이 종료되었다.⁴²⁾ 개헌특위 자문위원회의 보고서가 한 권 나온 것⁴³⁾ 이외에 개헌특위를 구성했던 국회의원들은 개헌의 방향과 내용에 대해 확실한 입장 정리도 하지 않은 채 끝나버린 것이다.

외견상 개헌특위의 공전을 가져온 가장 큰 원인은 2017년 5월 9일 시행되었던 대통령선거에서 찾을 수 있다. 정권의 교체를 가져올 수 있는 대통령선거가 정치권의 모든 관심을 빨아들이는 블랙홀이 되어 30년 만의 개헌특위가 오히려 정치권의 관심에서 벗어나게 되었다는 점은 당시 개헌특위가 공전되었던 가장 중요한 원인으로 꼽히고 있다.⁴⁴⁾ 그러나 개헌의 의미와 중요성에 대한 정치권의 인식 부족이 그 바탕에 깔려있었다는 점을 간과해서는 안 될 것이다.⁴⁵⁾

40) 헌법 제104조 제1항, 제2항.

41) 헌법 제111조 제2항~제4항.

42) 2017년 국회 개헌특위는 전국 주요도시에서 개헌토론회를 개최하는 등 나름의 활동을 하였지만, 결과적으로 아무런 성과도 보이지 못했다.

43) 국회 개헌특위 자문위원회의 보고서에서는 6개 분과로 나누어 활동하였던 경과 및 각 분과별 개헌 시안이 담겨져 있다.

44) 이렇게 보면 개헌이 블랙홀이 되어 정상적인 정치과정을 어렵게 만들 위험성보다 대통령선거가 블랙홀이 되어 문제를 야기할 가능성이 더 높은 것이라고 평가할 수 있을 것이다.

45) 대통령선거의 결과에 따라 당장 정권의 향방이 결정된다는 점에서 당시 정치권의 관심이 대통령선거에 집중되었지만, 헌법개정에 의해 국가의 기본틀이 바뀌는 것은 더욱 본질적이고 중요한 문제라는 점을 간과하였던 것이다.

또한 당시 개헌에 대한 시민단체들의 요구가 봇물처럼 쏟아져 나왔을 뿐만 아니라, 일부 급진적인 주장들이 포함되어 있어서⁴⁶⁾ 이를 수용하는 것에 대해 정치권에 부담스러워하고 있었다는 점에도 주목할 필요가 있다. 그리고 일부 쟁점들에 대해서는 시민단체들 간에서 갈등과 충돌이 격렬하게 나타남으로써⁴⁷⁾ 정치권에서 곤란해 했던 점들도 고려될 수 있다. 하지만 개헌특위의 실패에 대한 가장 중요한 원인은 정치권의 소극적 태도에서 찾을 수 있다.

결국 개헌특위가 실패함에 따라 제10차 개헌은 또 다시 미루어졌다. 분명한 것은 이미 30년을 미뤘던 개헌을 앞으로 또 5년 혹은 10년씩 미루는 것은 바람직하지 않다는 점이다. 헌법은 시대정신의 반영이기에, 30년 전에는 현실에 맞던 것도 오늘날의 변화된 시대에 맞지 않는 것들이 많다.⁴⁸⁾ 더욱이 당시 급하게 개정작업이 진행됨으로 인하여 충실하게 검토되고 조정되지 못한 점⁴⁹⁾들도 일부 남아 있는 상황에서 다시 개헌을 미루는 것은 국민들의 요구에 부응하지 못할 뿐만 아니라, 대한민국의 국가경쟁력을 약화시키는 것이 될 것이다.

3. 개헌 실패의 파급효: 승자독식 정치구조 속 진영 대립의 극단화

개헌이 실패한 이후 정치권은 구태의 답습을 벗어나지 못했다. 여전히

46) 예컨대 국민발안, 국민소환 등 직접민주제적인 요소들을 강화하는 개헌에 대해 정치권에서는 대체로 소극적이었으며, 일부 시민단체에서는 그 요건과 효과를 과격하게 주장함으로써 더욱 많은 논란을 야기하기도 했다.

47) 예컨대 지방분권을 강조하는 시민단체에서는 연방제 도입을 강력하게 지지했던 반면에, 일부 시민단체에서는 연방제 도입이 북한식 고려연방제를 수용하기 위한 것이라면서 격렬하게 반대하였다. 그밖에 성적 소수자 보호에 관한 조항의 명문화에 대해서도 날카로운 의견 대립이 있었다.

48) 예컨대 1987년 당시로서는 장기집권 및 독재의 우려로 인하여 대통령 5년단임제에 대해 광범위한 합의가 있었지만, 2020년 현재에는 대통령 4년중임제에 대한 찬성의견이 더 많아지고 있는 것도 시대의 변화를 반영하는 것이라고 볼 수 있다.

49) 대표적인 예로 대법원 1971.6.22. 선고 70다1010 전원합의체 판결에 의해 위헌으로 판시되었던 국가배상법 제2조 제1항 단서를 1972년 유신헌법에 삽입하였던 것이 그대로 존치된 현행헌법 제29조 제2항을 들 수 있다.

대통령 중심의 승자독식 정치구조가 유지되었고, 여당은 무조건 대통령의 정책에 찬성하고, 야당은 무조건 반대하는 악순환의 고리를 깨뜨리지 못했다.⁵⁰⁾

그런 가운데 더욱 상황이 나빠진 것은 대통령 개헌안을 계기로 여야의 갈등이 더욱 심화되었기 때문이다. 2018년 3월 26일 국회에 제출된 대통령 개헌안은 표면상 개헌하겠다는 국민과의 약속을 지키기 위한 것이라고 하지만, 그 속내는 오히려 개헌할 의사가 없었던 것으로 보인다. 국민헌법자문 특위에서 불과 1개월 여에 마련한 개헌안을 야당과의 협의를 전혀 하지 않고, 개헌안의 내용 공개 후 곧바로 국회에 발의하였기 때문이다.

국회에 발의한 이후 개헌안에 대해서는 내용 수정이 불가능하며, 이를 그대로 가결시키거나 부결시키는 것 이외의 방법이 없다. 결국 대통령 개헌안에 대해 야당이 이를 그대로 수용할 가능성이 사실상 없는 상황에서 이런 식의 개헌안 발의는 결국 야당의 부결을 유도한 것으로 볼 수 밖에 없는 것이다. 결국 야4당의 대통령 개헌안에 대한 의결 불참으로 개헌안은 무산되었으며,⁵¹⁾ 이후 정부-여당에서는 야당을 비난하고, 야당은 정부-여당을 비난하는 악순환이 더욱 심화되었다.

뿐만 아니라 여당 주도의 정개특위, 사개특위가 추진되면서 갈등과 대립은 더욱 심화되었다. 제1야당인 자유한국당이 배제된 정개특위, 사개특위는 결국 의도했던 공직선거법 개정, 공수처법 제정 및 검경수사권조정을 위한 형사소송법 및 검찰청법 개정에 성공했으나, 그로 인한 후유증은 더욱 크게 남게 되었다.

50) 그런 가운데 문재인 정부는 임기초부터 이른바 적폐청산을 추진하면서 갈등의 골을 더욱 깊게 만들었다.

51) 이에 관하여는 <http://www.hani.co.kr/arti/politics/assembly/846027.html> (최종방문 2020.7.30.) 참조.

V. 제20대 국회의 선거제도 개혁 실패의 원인 및 결과

1. 제20대 국회의 정치개혁 특위와 연동형 비례대표제

2018년 정개특위에 의한 선거제도 개혁의 출발점은 거창했다. 2017년 국회 개헌특위의 실패를 거울삼아 ‘개헌보다 어려운 선거법개정’을 성공시킴으로써 대한민국의 민주정치를 발전시키고, 나아가 헌법개정을 위한 확고한 기초를 마련한다는 포부까지도 이야기되었다.

선거제도 개혁의 명분도 뚜렷했다. 2016년의 제20대 국회의원 선거, 2018년의 지방선거에서 나타난 과대대표의 문제를 해소하고, 국민의 의사를 제대로 반영할 수 있는 선거제도를 만들자는 것이었고, 그 방향을 과거 더불어민주당에서 당론으로 채택한 바 있었던 독일식 연동형 비례대표제의 도입으로 설정한 것도 명분과 부합하는 것이었다. 그 결과 5당 원내대표의 합의가 이루어진 바도 있었다.⁵²⁾

그러나 선거제도 개혁을 위한 공직선거법 개정은 시작부터 삐걱거렸다. 여당인 더불어민주당은 소극적이었고, 제1야당인 자유한국당은 확고한 반대 입장을 표명하였다. 연동형 비례대표제 도입 논의가 본격화되면서 각 당의 이해관계에 따른 절차의 혼선과 파행이 계속되었다. 제1야당이었던 자유한국당은 선거를 앞둔 상황에서 게임의 룰을 바꾸는 것이 부당하다고 주장하면서 공직선거법 개정에도 강하게 반대하였고,⁵³⁾ 여당인 더불어민주당은 군소정당들과 연합하여 이른바 4+1 체제를 통해 공직선거법 개정을 밀어붙였다.⁵⁴⁾

지역구 의석수를 225개로 축소하고, 비례대표 의석수를 75개로 늘려서

52) 이에 관하여는 <http://news.mtn.co.kr/v/2018121513492799497> (최종방문 2020.7.30.) 참조.

53) 이에 관하여는 <https://news.joins.com/article/23161518> (최종방문 2020.7.30.) 참조.

54) 더불어민주당 내에서도 연동형 비례대표제 도입에 대한 반대 의견이 적지 않았다. 그러나 과거 당대표 시절에 문재인 대통령이 연동형 비례대표제에 대한 소신을 밝혔던 것, 더불어민주당이 연동형 비례대표제를 당론으로 채택했던 것에 따라 연동형 비례대표제에 반대하기 어려운 상황이 전개되자, 군소정당들과 연합하여 연동형 비례대표제를 도입하는데 참여하였던 것이다.

이른바 50%연동형⁵⁵⁾을 도입하는 방안에 대해서 많은 논란이 있었지만, 미흡하나마 적어도 기존의 선거제도에 비해서는 비례성이 강화될 수 있다는 점에 대한 기대가 있었다. 그러나 정개특위에서 발의된 공직선거법 개정안이 법사위를 통과한 후 본회의에서 새롭게 발의된 대안에 의해 대체되어 국회를 통과하였다.

2. 연동형 비례대표제에 대한 법안의 내용 변화, 그 결과

국회본회의에 상정된 공직선거법 개정안에 대해 김관영 의원 등 155인에 의해 제안된 대안의 내용은 국회의원정수를 300인으로 유지할 뿐만 아니라 지역구의석수 253석, 비례대표의석수 47석도 그대로 유지하는 것이었다.⁵⁶⁾ 더욱이 비례대표의석 47석 중에서 30석만 지역구의석과 연동하는 것으로 정함⁵⁷⁾으로써 연동형 비례대표제의 취지는 완전히 상실되는 왜곡이 발생하였다.

연동형 비례대표제는 매우 독특한 선거제도이다. 일반적으로 선거제도의 대표적인 유형으로 소선거구 다수대표제, 중·대선거구 소수대표제, 전국구·광역선거구 비례대표제를 구분하는데, 연동형 비례대표제는 그중에서 비례대표제를 근간으로 하여 지역구선거(대부분 소선거구 다수대표제)를 연동시킨 특수한 형태이기 때문이다.⁵⁸⁾

55) 이를 50% 연동형이라 지칭하였던 것은 전체 300석의 의석을 독일식 연동형 비례대표제의 예에 따라 지역구 의석 150석, 비례대표 의석 150석으로 하는 대신에 비례대표 의석을 75석으로 줄이고, 연동의 비율을 50%로 하는 방안이었기 때문이다. 그러나 초과석 문제에 대한 고려가 없었을 뿐만 아니라, 비례대표 의석을 배분하는 방식에 대해서 비판이 가해지기도 했다. 이에 관하여는 장영수, 50%연동형 비례대표제의 헌법적 쟁점, 공법연구 제48집 제1호(2019.10), 221-251쪽 참조.

56) 개정 공직선거법 제21조 제1항: 국회의 의원정수는 지역구국회의원 253명과 비례대표 국회의원 47명을 합하여 300명으로 한다.

57) 개정 공직선거법 부칙 제4조 제1항에서 2020년 4월 15일 실시되는 비례대표국회의원 선거에서 47석의 비례대표의석 중 30석은 연동형 비례대표제의 방식에 따라, 나머지 17석은 과거의 병립형 비례대표제의 방식에 따라 의석을 배분하도록 규정하였다.

58) 공직선거법 개정 이전의 선거제도는 지역구의석수와 비례대표의석수를 나누어 놓은 가운데 지역구의석은 소선거구 다수대표제에 의해, 비례대표의석은 순수 비례대표의

이러한 연동형 비례대표제는 독일에서 창안되었고, 독일과 뉴질랜드에서 성공적으로 운영되고 있다.⁵⁹⁾ 그러나 이 제도를 나름으로 변형시켜서 받아들였던 헝가리와 루마니아에서는 실패한 것으로 평가된다.⁶⁰⁾ 이는 연동형 비례대표제가 성공하기 위해서는 그 특성에 맞는 전제조건들이 갖추어져야 함을 의미한다. 즉, 연동형 비례대표제는 지역구선거가 아닌 비례대표선거가 중심인 선거제도이며, 연동이 제 기능을 발휘할 수 있으려면 지역구 의석수와 비례대표의석수가 1:1에 가까워야 한다.

그런데 개정 공직선거법에 의해 도입된 연동형 비례대표제는 이러한 성공조건을 갖추지 못했을 뿐만 아니라 내용적으로도 많은 문제점을 드러내고 있다. 그 결과 이른바 (준)연동형 비례대표제를 도입하였음에도 불구하고 아래의 <표4>에서 보듯이 의석수에는 사실상 차이가 거의 발생하지 않는 결과가 나왔다. 이는 (준)연동형 비례대표제를 통한 선거제도 개혁이 사실상 실패했음을 확인시켜주는 것이다.

<표 4> 선거제도 변화에 따른 제21대 국회의원선거 의석배분의 차이

	더불어 민주당 + 더불어시민당	미래통합당 + 미래한국당	정의당	국민의당	열린민주당	총계
각 정당별 지역구 의석수	163	84	1	-	-	248*
각 정당별 비례대표 의석수	17	19	5	3	3	47
각 정당별 비례대표	9,307,112	9,441,520	2,697,956	1,896,719	1,512,763	24,856,070

방식으로 정당득표에 의해 배분하는 이른바 병립형이었으며, 양자의 연동은 없었다.

- 59) 독일의 연동형 비례대표제에 관하여는 신옥주, 선거제도 개선을 통한 국회의원의 대표성·비례성 강화방안 연구 -독일 연방선거법에 대한 비교법적 고찰을 중심으로-, 공법연구 제45집 제3호(2017.02), 1-33쪽; 이부하·장지연, 독일의 연동형 혼합선거제 도입 검토, 제주대 법과정책 제19집 제2호(2013.8), 307-328쪽 참조.

뉴질랜드의 연동형 비례대표제에 관하여는 김형철, 뉴질랜드 선거제도 개혁: 과정, 결과, 한국에 주는 시사점, 비교민주주의연구 제5집 제2호(2010.01) 105-134쪽; 황동혁, 뉴질랜드의 연동형 비례대표제에 관한 비교법적 분석, 공법학연구 제20권 제1호(2019.2), 181-209쪽 참조.

- 60) 이에 관하여는 김한나·박현석, 연동형 비례대표제의 정치적 결과: 헝가리, 루마니아의 선거제도 연구, 유럽연구 제37권 제2호(2019.05), 173-195쪽 참조.

22 제20대 국회 개헌특위와 정개특위의 실패 원인

득표수(득표율%)	(33.35%)	(33.84%)	(9.67%)	(6.79%)	(5.42%)	
정당별 의석수(지역구 + 비례대표) 및 의석률**	180 (163+17) 60%	103 (84+19) 34.33%	6 (1+5) 2.00%	3 1.00%	3 1.00%	
개정전 공직선거법에 따른 각 정당별 지역구 의석수	163	84	1	-	-	248
조정 정당득표율(%)***	37.44%	37.98%	10.85%	7.63%	6.08%	
개정전 공직선거법에 따른 각 정당별 비례대표 의석수****	18 (17.60)	18 (17.85)	5 (5.10)	3 (3.59)	3 (2.86)	47
정당별 의석수(지역구 + 비례대표) 및 의석률	181 (163+18) 60.33%	102 (84+18) 34%	6 (1+5) 2%	3 1.00%	3 1.00%	295
개정 공직선거법에 따른 의석수 변화	-1	+1	0	0	0	

*: 253개 지역구 의석 중에서 5석은 무소속 당선이었음.

** : 제20대 총선에서 각 정당이 획득한 의석(지역구의석 + 비례대표의석)과 전체 의석(300석) 중에 차지한 의석의 비율

***: 정당투표 지지율 3% 이상 또는 지역구 5석 이상 정당들만을 대상으로 한 정당득표율

****: 비례대표의석 47석을 모두 병립형으로 배분한 경우의 의석수

3. 선거제도 개혁 실패의 결과: 제21대 총선의 결과

제21대 총선의 결과는 여당인 더불어민주당의 압승으로 끝났다. 주목할 점은 정작 위성정당을 통해 나타난 정당득표율에서는 더불어민주당과 미래한국당의 득표율에 큰 차이가 없다는 점이다. 결국 정당득표율과 의석수 사이의 불비례성은 제20대 총선에 비해 오히려 더 심화된 것이다.

이러한 결과는 <표4>에서 보는 것처럼 (준)연동형 비례대표제를 도입한 공직선거법 개정에 의해 의석수 배분에 달라진 것이 사실상 없다는 것을 의미할 뿐만 아니라, <표5>에서 보는 것처럼 애초의 정개특위 개정안(심상정안)에 따른 공직선거법 개정이 있었거나, 독일식의 제대로 된 연동형 비례대표제를 도입했을 경우에 어떤 결과가 나왔을 것인지와 비교해 보면 더욱 뚜렷하다.

〈표 5〉 선거제도가 바뀌었을 경우 제21대 국회의원선거 의석수의 차이

	더불어 민주당 + 더불어시민당	미래통합당 + 미래한국당	정의당	국민의 당	열린민주당	총계
각 정당별 지역구 의석수	163	84	1	-	-	248*
각 정당별 비례대표 의석수	17	19	5	3	3	47
각 정당별 비례대표 득표수(득표율%)	9,307,112 (33.35%)	9,441,520 (33.84%)	2,697,956 (9.67%)	1,896,719 (6.79%)	1,512,763 (5.42%)	24,856,070
조정 정당득표율(%)***	37.44%	37.98%	10.85%	7.63%	6.08%	
정당별 의석수(지역구 + 비례대표) 및 의석률	180 (163+17) 60%	103 (84+19) 34.33%	6 (1+5) 2.00%	3 1.00%	3 1.00%	
정개특위 공직선거법 개정안 (심상정안)**에 따른 각 정당별 지역구 의석수	$163 \times 225/253$ = 145 (144.96)	$84 \times 225/253$ = 74 (74.70)	$1 \times 225/253 =$ 1 (0.89)	-	-	220
정개특위 공직선거법 개정안 (심상정안) 제189조 제2항 제1호에 따라 배분되는 의석수	$[(300-5 \times$ 37.44% - 163] $\div 2 =$ -26.28 (초과의석)	$[(300-5 \times$ 37.98% -84] $\div 2 = 14.02$	$[(300-5 \times$ 10.85% -1] $\div$ 2 = 15.50	$[(300-5 \times$ 7.63% -0] $\div$ 2 = 11.25	$[(300-5 \times$ 6.08% -0] $\div$ 2 = 8.97	50
공직선거법 개정안 제189조 제2항 제2호에 따라 배분된 비례대표의석수	$(75-50) \times$ 37.44% = 9.36	$(75-50) \times$ 37.98% = 9.49	$(75-50) \times$ 10.85% = 2.71	$(75-50) \times$ 7.63% = 1.91	$(75-50) \times$ 6.08% = 1.52	25
총의석수 및 선거제도의 차이에 따른 의석수 변화	154 (-26)	97 (-6)	20 (+14)	13 (+10)	11 (+8)	295
독일식 연동형 비례 대표제****에 따른 각 정당별 총의석수	$37.44 \times 295 =$ 110 (110.45)	$37.98 \times 295 =$ 112 (112.04)	$10.85 \times 295 =$ 32 (32.01)	$7.63 \times 295 =$ 23 (22.51)	$6.08 \times 295 =$ 18 (17.94)	295
독일식 연동형 비례 대표제에 따른 각 정당별 지역구 의석수	$163 \times 150/253$ = 97 (96.64)	$84 \times 150/253$ = 50 (49.80)	$1 \times 150/253 =$ 1 (0.59)	-	-	148

24 제20대 국회 개헌특위와 정개특위의 실패 원인

독일식 연동형 비례대표제에 따른 각 정당별 비례대표 의석수	110-97 = 13	112-50 = 62	32-1 = 31	23	18	147
선거제도의 차이에 따른 의석수 변화	-70	+9	+26	+20	+15	

*: 253개 지역구 의석 중에서 5석은 무소속 당선이었음.

**: 정개특위 공직선거법 개정안(심상정안)은 지역구 225석, 비례대표 75석을 연동하는 안이었음.

***: 정당투표 지지율 3% 이상 또는 지역구 5석 이상 정당들만을 대상으로 한 정당득표율

****: 독일식 연동형 비례대표제는 지역구의석과 비례대표의석을 1:1로 하는 것이므로 지역구의석 150석, 비례대표의석 150석으로 하는 안을 말함.

물론 위성정당이 생겼기 때문에 변화된 부분도 있다. 아래의 <표6>에서 보는 것처럼 위성정당이 없었을 경우에는 더불어민주당과 미래통합당의 의석수의 차이가 줄고, 군소정당의 의석수가 늘어나는 변화가 있었을 것이다. 만일 위성정당이 없고, 비례대표의석 47석 전부를 연동형으로 했을 경우에는 <표7>에서 보듯이 그 차이가 더욱 커진다. 하지만 그 차이는 위의 <표4>에서 보듯이 독일식 연동형 비례대표제는 물론, 정개특위의 공직선거법 개정안(심상정안)에도 크게 못 미치는 것이다.

<표 6> 위성정당이 없었을 경우 제21대 국회의원선거 의석수의 차이

	더불어 민주당 + 더불어시민당	미래통합당 + 미래한국당	정의당	국민의 당	열린민주당	총계
각 정당별 지역구 의석수	163	84	1	-	-	248*
각 정당별 비례대표 득표수(득표율%)	9,307,112 (33.35%)	9,441,520 (33.84%)	2,697,956 (9.67%)	1,896,719 (6.79%)	1,512,763 (5.42%)	24,856,070
조정 정당득표율(%)**	37.44%	37.98%	10.85%	7.63%	6.08%	
공선법 부칙 제4조 제1항 제1호 가목에 따른 의석배분	$[(300-5 \times 37.44\% - 163) \div 2 = -26,28$ (초과의석)	$[(300-5 \times 37.98\% - 84) \div 2 = 14.02$	$[(300-5 \times 10.85\% - 1) \div 2 = 15.50$	$[(300-5 \times 7.63\% - 0] \div 2 = 11.25$	$[(300-5 \times 6.08\% - 0] \div 2 = 8.97$	50

공선법 부칙 제4조 제1항 제1호 다목에 따른 의석배분	$30 \times 0 \div 50 = 0$	$30 \times 14 \div 50 = 8(8.4)$	$30 \times 16 \div 50 = 10(9.6)$	$30 \times 11 \div 50 = 7(6.6)$	$30 \times 9 \div 50 = 5(5.4)$	30
잔여 17석에 대한 의석배분	$17 \times 37.44\% = 6(6.36)$	$17 \times 37.98\% = 7(6.46)$	$17 \times 10.85\% = 2(1.84)$	$17 \times 7.63\% = 1(1.30)$	$17 \times 6.08\% = 1(1.03)$	17
각 정당별 총의석	$163 + 0 + 6 = 169$	$84 + 8 + 7 = 99$	$1 + 10 + 2 = 13$	$0 + 7 + 1 = 8$	$0 + 5 + 1 = 6$	295
위성정당이 없었을 경우의 의석수 변화	-11	-4	+7	+5	+3	0

*: 253개 지역구 의석 중에서 5석은 무소속 당선이었음.

**: 정당투표 지지율 3% 이상 또는 지역구 5석 이상 정당들만을 대상으로 한 정당득표율

〈표 7〉 위성정당이 없고, 47석을 연동형으로 했을 경우 공직선거법 제189조에 따른 제21대 국회의원선거 의석수의 차이

	더불어 민주당 + 더불어민주당	미래통합당 + 미래한국당	정의당	국민의 당	열린민주당	총계
각 정당별 지역구 의석수	163	84	1	-	-	248*
각 정당별 비례대표 득표수(득표율%)	9,307,112 (33.35%)	9,441,520 (33.84%)	2,697,956 (9.67%)	1,896,719 (6.79%)	1,512,763 (5.42%)	24,856,070
조정 정당득표율(%)**	37.44%	37.98%	10.85%	7.63%	6.08%	
공선법 부칙 제4조 제1항 제1호 가목에 따른 의석배분	$[(300-5 \times 37.44\% - 163) \div 2 = -26.28$ (초과의석)	$[(300-5 \times 37.98\% - 84) \div 2 = 14.02$	$[(300-5 \times 10.85\% - 1) \div 2 = 15.50$	$[(300-5 \times 7.63\% - 0) \div 2 = 11.25$	$[(300-5 \times 6.08\% - 0) \div 2 = 8.97$	50
공선법 부칙 제4조 제1항 제1호 다목에 따른 의석배분	$47 \times 0 \div 50 = 0$	$47 \times 14 \div 50 = 13$ (13.16)	$47 \times 16 \div 50 = 15$ (15.04)	$47 \times 11 \div 50 = 10$ (10.34)	$47 \times 9 \div 50 = 9(8.46)$	47
각 정당별 총의석	$163 + 0 = 163$	$84 + 13 = 97$	$1 + 15 = 16$	$0 + 10 = 10$	$0 + 9 = 9$	295
의석수 변화	-17	-6	+10	+7	+6	0

*: 253개 지역구 의석 중에서 5석은 무소속 당선이었음.

**: 정당투표 지지율 3% 이상 또는 지역구 5석 이상 정당들만을 대상으로 한 정당득표율

VI. 맺음: 제20대 국회의 실패에서 배워야 할 것들

제20대 국회의 정치개혁이 실패했다는 사실 자체에 대해서는 이론의 여지가 없다. 남은 문제는 그 실패의 원인을 철저히 분석해서 제21대 국회가 같은 실패를 반복하지 않도록 하는 것이다. 이를 위해 다음의 몇 가지 사항에 주목할 필요가 있다.

첫째, 정치개혁은 국민적 공감대 속에서 추진되어야 하되, 국민의 의사를 무조건 따르는 것이 아니라 국민들을 설득하는 어려움을 감수해야 한다. 진정한 개혁이란 시대의 흐름에 앞장서 변화를 주도하는 것이며, 그 필요성을 설득하여 국민들을 이끌 수 있어야 하기 때문이다. 예컨대 국회의원 정수의 확대가 객관적으로 필요한 상황에서 국민들의 부정적 평가를 두려워한다면 올바른 방향의 개혁은 불가능하게 된다.

둘째, 올바른 방향의 개혁임에도 국민들에게 부정적인 평가를 받기 쉬운 경우에는 여야 모두가 앞장서 총대를 메지 않으려고 하는 것을 제20대 국회에서도 확인할 수 있다. 그러나 개혁에 대한 책임감이 있다면, 부담을 나누어지는 것이 필요하다. 즉, 여당과 적어도 제1야당은 노블리즈 오블리주의 정신에 따라 국민들에게 매 맞는 일에도 앞장서야 한다.

셋째, 진영논리에 따른 적대적 대립은 결코 바람직하지 않다. 여당에서 보수궤멸론, 20년 집권구상 등이 공공연하게 이야기되는 것은 물론, 야당에서 연동형 비례대표제를 좌파 독재로 몰아세우는 등의 극단적 태도는 결코 정치발전에 도움이 되지 않는다.

제20대 국회의 실패에서 배워야 할 것은 각 정당마다, 개별 정치인마다 서로 다를 수 있다. 분명한 것은 무엇을 얼마나 제대로 배우느냐에 따라서 제21대 국회가 어떤 성과를 보일 수 있는지, 그리고 제21대 국회가 끝날 무렵에 어떤 평가가 내려질 것인지가 달라질 것이라는 점이다.

제20대 국회 개헌특위와 정개특위의 실패 원인 - 장 영 수	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2020.08.15.	2020.08.25.	2020.09.21.

[참고문헌]

- 국회 헌법개정특별위원회 자문위원회, 『국회 헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서』, 2018.
- 김종철, 대통령 4년 연임제 '원 포인트' 개헌론에 대한 비판적 검토, 헌법학연구 제13권 제1호(2007.3), 61-104쪽.
- 김한나·박현식, 연동형 비례대표제의 정치적 결과: 헝가리, 루마니아의 선거제도 연구, 유럽연구 제37권 제2호(2019.05), 173-195쪽.
- 김형철, 뉴질랜드 선거제도 개혁: 과정, 결과, 한국에 주는 시사점, 비교민주주의연구 제5집 제2호(2010.01) 105-134쪽.
- 노동일, 『바람직한 개헌의 방향은? 원포인트 개헌의 문제점』, 2007.4.25.(토론회 자료집).
- 대화문화아카데미, 『새로운 헌법 무엇을 담아야 하나』, 2011.
- 미래한국헌법연구회(편), 『대한민국헌법의 바람직한 개헌방향에 관한 연구』, 2008.
- , 『국민과 함께하는 헌법이야기』, 제1권 & 제2권, 2010.
- 사회디자인연구소(편), 『원포인트 개헌 어떻게 볼 것인가』, 2007.1.15.(토론회 자료집).
- 신옥주, 선거제도 개선을 통한 국회의원의 대표성·비례성 강화방안 연구 -독일 연방선거법에 대한 비교법적 고찰을 중심으로-, 공법연구 제45집 제3호(2017.02), 1-33쪽.
- 오상택, "비례성"과 "대표성" 재고를 위한 비례대표제 개선방안; 시뮬레이션 분석을 중심으로, 국민대 사회과학연구 제26집 제1호(2013.8), 99-128쪽.
- 유영국, 국회의원 선거제도의 개선 방향 - 비례대표의식의 대폭 증대, 동의대 법정리뷰 제28집 제1호(2011.6), 39-62쪽.
- 이부하·장지연, 독일의 연동형 혼합선거제 도입 검토, 제주대 법과정책 제19집 제2호(2013.8), 307-328쪽.
- 이준구, 미국의 승자독식정치와 그 귀결, 서울대 경제논집 제54권 제1호(2015), 1-74쪽.
- 장영수, 『권력구조』의 개헌에 관한 제18대 국회 헌법연구자문위원회의 연구, 안암법학 제53호(2017.5), 77-104쪽.
- , 제10차 개헌의 의미와 방향: 분권과 협치, 공법학연구 제19권 제2호(2018.5), 67-97쪽.
- , 선거제도 개혁: 연동형 비례대표제 도입의 의미와 성공조건, 공법연구 제47집 제3호(2019.2), 119-146쪽.
- , 50%연동형 비례대표제의 헌법적 쟁점, 공법연구 제48집 제1호(2019.10), 221-251쪽.
- , 개정 공직선거법에 따른 연동형 비례대표제의 헌법적 문제점, 공법연구 제48집 제3호(2020.2), 167-192쪽.
- 최용섭, 한국의 국회의원 선거제도 개혁에 관한 연구, 인문사회21, 제6권 제4호(2015.12), 1167-1187쪽.
- 한국공법학회, 『한국공법학회 헌법개정안 연구보고서』, 2006.
- 한국헌법학회, 『헌법개정연구보고서』, 2006.
- 혁신과 전진을 위한 의원모임(편), 『개헌·정계개편 어떻게 할 것인가?』, 2007.2.1.(토론회 자료집).
- 황동혁, 뉴질랜드의 연동형 비례대표제에 관한 비교법적 분석, 공법학연구 제20권 제1호(2019.2), 181-209쪽.

【국문초록】

제20대 국회는 출발점에서부터 많은 곡절을 겪었다. 더불어민주당에서 국민의당이 분리됨으로 인해 새누리당의 압승이 예상되던 선거가 새누리당 내에서의 공천 갈등이 극심해지면서 오히려 민주당이 제1당이 되었으며, 제2당인 새누리당, 제3당인 국민의당, 제4당인 정의당이 각기 원내정당으로 진출함에 따라 정치권의 판도가 새롭게 재편되었다.

2016년 최순실 사태가 터지면서 박근혜 대통령의 탄핵 문제가 가장 뜨거운 이슈가 되었고, 제20대 국회에서 탄핵소추를 하는 과정에서 새누리당 내부에서 이른바 친박과 비박이 나뉘면서 비박의 탄핵소추 찬성으로 인해 탄핵소추안이 국회를 통과할 수 있었다. 이후 헌법재판소에서 박근혜 대통령에 대한 탄핵결정이 내려지기까지 국회뿐만 아니라 전 국민이 적지 않은 혼란과 갈등을 겪어야 했다.

국회의 탄핵소추안이 헌법재판소에 제출된 상태에서 제20대 국회는 개헌특위를 구성하였다. 1987년 제9차 개헌 이후 30년 만에 처음 구성된 개헌특위는 최순실 사태를 통해 확인된 제왕적 대통령제를 극복한다는 공감대에서 출발한 것이었지만, 결과적으로 성과는 없었다. 그 원인으로는 여러 가지가 지적되지만, 무엇보다 2017년 5월 9일 치러진 대통령선거로 인해 정치권의 관심이 개헌을 떠난 탓이 가장 크다고 볼 수 있다.

개헌특위가 성과 없이 끝난 후에 2018년 개헌과 정치개혁을 동시에 추진하기 위한 헌정특위가 구성되었으나 역시 성과를 보이지 못했다. 그리고 다시금 국회 내에 정치개혁을 위한 정개특위가 구성되어 주로 선거법개정을 추진하였다. 그 결과 공직선거법이 개정되고 이른바 (준)연동형 비례대표제가 도입되었으나, 실패한 개혁으로 평가되고 있다.

왜 제20대 국회의 개헌특위와 정개특위를 통한 정치개혁은 실패했던 것일까? 그 주된 원인으로는 개혁을 위한 치열함의 부족과 더불어 개혁 대상에 대한 충분한 연구의 부족을 들 수 있을 것이다. 즉, 국민적 공감대를 형성하면서 개헌을 성공시키겠다는 치열함의 부족이 개헌의 실패로 나타났으며, 독일식 연동형 비례대표제에 대한 이해의 부족이 공직선거법 개정을

통한 선거제도 개혁의 실패로 이어진 것이다.

이러한 문제들을 조망하는 가운데 제21대 국회가 같은 실패를 반복하지 않도록 하기 위해 필요한 점들을 검토하는 것이 이 논문의 목적이다.

【Zusammenfassung】

Ursachen für Reformversagen der Sonderausschüsse
für Verfassungsänderung und für Politische Reform der 20.
National Assembly der Republik Korea

Young-Soo Chang

(Professor, Korea University Law School)

Die 20. National Assembly hat vom Ausgangspunkt an viele Wendungen erfahren. Als die People Partei von der Demokratische Partei abgesondert, wurde ein grosser Sieg von Saenuri Partei erwrtet. Aber Nominierungskonflikt verschärft sich in Saenuri Partei, und die Demokratische Partei wurde die 1. Partei. die Saenuri-Partei war 2. Partei, die People Partei 3. Partei, die Gerechtigkeit Partei 4. Parte. Damit wurde die politische Machverhältnisse reorganisiert.

Im 2016 wurde mit Choi Soon-Sil Fall Amtsenthebung von Präsidentin Park Geun-hye die heißesten Probleme in Korea. Während des Anklageverfahrens für Amtsenthebung in der 20. National Assembly wurden die sogenannten Pro-Park und die Nicht-Park innerhalb der Saenuri-Partei aufgeteilt, und die Amtsenthebungsklage konnte aufgrund der Zustimmung der Nicht-Park die Schwelle der National Assembly überschreiten. Seitdem, bis die Amtsenthebungsentscheidung gegen Präsidentin Park Geun-hye vom koreanischen Verfassungsgericht getroffen wurde, mussten nicht nur die National Assembly sondern auch das gesamte Volk unter großer Verwirrung und Konflikten leiden.

Die 20. National Assembly stellte Sonderausschuss für Verfassungsänderung,

indem vorgeschlagenen Amtsenthebung der Präsidentin Park Geun-hye dem Verfassungsgericht vorgelegt wurde. Der Sonderausschuss für Verfassungsänderung, der erstmals 30 Jahre nach der neunten Verfassung im Jahr 1987 gegründet wurde, entstand aus dem Konsens, dass es die kaiserliche Präsidentschaft überwinden würde, was durch den Choi Soon-Sil Fall bestätigt wurde, aber infolgedessen gab es kein Ergebnis. Dafür gibt es viele Gründe, aber vor allem ist es sehr aufmerksamswert, dass die politischen Interessen den Verfassungsänderung wegen der am 9. Mai 2017 abgehaltenen Präsidentschaftswahlen verlassen haben.

Nachdem die Sonderausschuss für Verfassungsänderung ohne Erfolg endete, wurde 2018 ein Sonderausschuss für Verfassungsänderung und politische Reform gebildet, die jedoch keine Ergebnisse zeigte. Und wieder wurde in der National Assembly ein Sonderausschuss für politische Reformen gebildet und vor allem die Revision des öffentlichen Wahlgesetzes gefördert. Infolgedessen wurde das Wahlgesetz überarbeitet und das sogenannte (quasi) personalisierte Verhältniswahlssystem eingeführt, das jedoch als gescheiterte Reform bewertet wurde.

Warum hat die 20. National Assembly keine politischen Reformen durch Sonderausschüsse für Verfassungsänderung und für Politische Reform durchgeführt? Die Hauptursachen können der Mangel an Leidenschaft für Reformen und der Mangel an ausreichender Forschung zum Thema Reform sein. Mit anderen Worten, der Mangel an Entschlossenheit, Verfassungsänderung erfolgreich durchzuführen, und gleichzeitig einen nationalen Konsens zu erzielen, war ein wichtiger Grund von Misserfolg der Verfassungsänderung, und das mangelnde Verständnis des mit deutschen personalisierte Verhältniswahlssystem führte zu einem Misserfolg der Reform des Wahlsystems durch die Revision des Wahlgesetzes.

In Anbetracht dieser Fragen soll in diesem Beitrag untersucht werden, was erforderlich ist, um sicherzustellen, dass die 21. National Assembly nicht denselben Fehler wiederholt.

주제어(Stichwörter) : 개헌특위(Sonderausschuss für Verfassungsänderung), 정개특위(Sonderausschuss für Politische Reform), 정치개혁(Politische Reform), 개헌(Verfassungsänderung), 공직선거법 개정(Revision des Wahlgesetzes)

산별체제 하에서 단체협약 당사자 확정에 관한 연구

박 중 희*

▶ 목 차 ◀

I. 들어가는 말	IV. 교섭권한 위임의 법리와 단체 협약 당사자 확정
II. 교섭권한 위임의 의미와 관련 한 사례	1. 교섭권한 위임의 법리
1. 사실관계	2. 단체교섭권한 위임에 따라 단체협약이 체결된 경우 그 적용관계
2. 노동위원회의 판단	3. B지부와 乙사업조합에 대한 교섭권한 위임의 의미와 합 의서의 효력
3. 법원의 판단	4. 위 사안에 관한 종합 검토
III. 단체교섭 및 단체협약체결 당 사자의 확정 문제	V. 나아가는 말
1. B지부와 乙사업조합의 법적 지위	
2. 합의서의 체결 주체와 법적 효력	
3. 소결	

I. 들어가는 말

복수노조 체제와 더불어 노동조합 조직형태도 초기업별노조로 많이 변
모되었다. 종래 교섭체제하에서는 초기업별 노조 형태라 하더라도 주로 특
정 노동단체가 노동조합의 지위를 갖는지 여부가 문제되었지 교섭당사자를

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

확정하는 문제는 크게 쟁점화되지 않았다. 초기업별노조와 산하 지부¹⁾간에 각각 독자적인 단체교섭권이 인정되는 때에는 특정노조(지부)가 단체교섭을 진행하여 협약을 체결하는 경우, 협약 당사자가 명확하게 확정되기 때문이다. 다만 초기업별 노조에서 교섭을 하다가 지부 차원으로 교섭을 넘기는 (위임하는) 경우 혹은 그 반대의 경우가 문제 될 수 있기는 하지만, 실제 쟁점화된 사례가 거의 없었다. 이는 모든 노조(지부)가 독자적인 단체교섭 및 협약체결권을 가지는 상황에서 ‘교섭대표노조’(이하에서는 교대노조로 약함)란 개념이 대두되기 전이었기 때문이다. 그러나 복수노조 전면 허용과 더불어 도입된 교섭창구단일화 체제하에서는 다른 양상이 전개될 수 있게 되었다. 즉 교섭단위가 사업 혹은 사업장 단위로 법정된 상황²⁾에서 초기업별노조와 지부가 각기 노동조합의 지위를 가지는 경우에는 둘 다 교섭창구단일화에 참가할 자격을 가질 수 있다. 이에 덧붙여 노동단체의 조직이 중층적으로 복잡하게 구성되어 있는 경우에는 각 층위별 조직들이 노동조합으로서의 지위를 갖는지 여부도 연계되면서 문제가 복잡한 양상을 띄게 되었다. 뿐만 아니라, 교섭과정에서 교섭권한을 위임하는 상황이 연계될 수 있는데, 이 경우 교섭권의 위임의 의미와 범위 등에 관한 부분도 함께 쟁점이 될 수도 있다.

이런 문제 의식 하에서 이하에서는 산별체제 하에서 단체협약 당사자를 확정하는 문제를 살펴보고자 한다. 이에 대한 검토 시, 노동조합 지위의 확정 문제와 교섭권한 위임의 문제가 연계될 수도 있는 바, 관련 사례를 통해 보기로 한다. 또한 교섭창구단일화제도 하에서의 교섭권한 위임의 의미

-
- 1) 이하 본고에서 단순히 ‘지부’라고 명기한 때에는 노동조합의 지위를 갖는 지부를 의미하며, 이는 실제 초기업별노조 지부이지만 노동조합의 지위를 갖지 못하는 비노조 지부(혹은 비법인 사단 지부)와는 구별된다.
 - 2) 교섭창구단일화절차는 논리적으로 본다면 교섭단위가 먼저 확정된 연후에 그 교섭단위 내에 복수의 노조가 병존하는 경우, 교섭대표노조를 결정하는 순서로 진행되어야 한다. 그러나 현행 노동조합 및 노동관계조정법(이하 ‘노조법’으로 약함)은 제29조의2에서 창구단일화절차를 먼저 규정하고 난 뒤 동법 제29조의3에서 교섭단위 결정의 표제하에 사업장 단위로 교섭단위 법정과 교섭단위 분리 규정을 제2항에서 두고 있어, 입법자가 사업 혹은 사업장 단위로 교섭단위를 법정화하고 이를 기초로 창구단일화절차가 개시되도록 하고, 동법 제29조의3에서는 법정화된 교섭단위에서 예외로 분리를 인정하려는 데에 취지를 두고 있는 것으로 볼 수 있다.

에 대해서도 검토가 함께 필요하다. 이하 검토대상인 사례는 교섭창구단일화 절차에서 교대노조의 지위를 확정받은 기업별노동조합과 동 조합이 가입한 지부(명칭과 달리 실제로는 지역본부의 성격을 가짐) 사이에 이루어진 교섭권한의 위임의 의미 등과 관련하여 문제가 제기된 사안이다.

Ⅱ. 교섭권한 위임의 의미와 관련한 사례

1. 사실관계

A노조는 충남지역에 있는 甲운수사업체 종사자들을 조직대상으로 설립한 기업별노동조합으로, 상급단체로 한국노총 산하 전국자동차노동조합 연맹(이하 ‘전자노련’으로 약함) 산하 충남지부 소속으로 조직되어 있었다. 그리고 甲회사에는 A노조 외에도 전국민주노동조합총연맹 산하 전국공공운수사회서비스노조 지역지부 분회도 함께 병존하고 있었다. A노조와 甲회사는 2013.2.1.부터 2015.1.31.까지 유효한 단체협약(이하 ‘2013년 단체협약’으로 약함)을 체결하였는데, 2013년도 단체협약에는 근로자들의 정년을 57세로 규정하였다.³⁾ 그 후 A노조는 2014.11.5. 교섭창구단일화과정에서 과반 수노조로 교대노조의 지위가 결정되었다. 그리고 2015년도 단체협약 체결과 관련하여 A노조는 전자노련 충남지부(이하 B지부로 약함)에, 甲회사는 충청남도버스운송사업조합(이하 乙사업조합로 약함)에 각각 단체교섭을 위임하였다. 그런데 이들이 위임함에 있어서는 내용에서 차이가 있었는데, A노조는 “노조법 제29조 제2항⁴⁾에 의거 2015년도 단체협약 갱신체결을 위한 단체교섭 권한을 위 수임 단체의 교섭위원에게 위임함”으로 명기하여 B지부에게 위임한 반면, 甲회사는 “본인은 운전직 근로자에 대한 2015년도 임

3) 정확하게는 “정년은 57세가 되는 달의 마지막 날을 원칙으로 하되 노사간 합의하에 3년간 연장근로를 할 수 있다”로 규정되어 있다.

4) 아마도 제29조 제3항의 오키로 보인다. 2010년 개정 이전(교섭창구단일화제도가 도입되기 이전)에는 제29조 제3항이 제2항에 위치하였었다.

금협의 및 단체협약에 관한 권한 일체를 乙 이사장에게 위임합니다”라고 명기하여 乙사업조합에게 위임하였다. 이들 B지부와 乙사업조합은 2015.4.7.에 B지부와 乙사업조합의 대표자 명의로 그 산하 일부 노조 위원장들(A노조 위원장은 포함되어 있지 않음)들이 함께 ‘합의서’를 작성하였고, 이 합의서 내에는 조합원의 정년을 57세에서 60세로 연장하는 내용을 담고 있었다.⁵⁾ 합의서 체결 직후 乙사업조합은 甲회사를 비롯한 참여 버스회사에 합의서를 송부하면서 “2015년도 운전직 근로자의 임금이 원만히 합의되어 합의서를 첨부와 같이 송부하오니 업무에 참고하시고 회사별로 임금협정서를 체결하여 주시기 바랍니다”라는 공문을 보냈다.

그런데 합의서가 송부된 이후인 2015.7.22. A노조는 甲회사에게 “귀사와 2015년도 임금협상 및 단체교섭회의를 체결하고자 노조법 시행령 제14조의2에 의거하여 다음과 같이 임금협상 및 단체협약 체결을 위한 교섭을 요구합니다”라는 공문을 발송하였고, 그 후 같은 해 8.7. 교섭을 하였으나 결렬되었다. 그러는 가운데 甲회사는 근로자 X를 2015.8.31. 만57세를 이유로 정년퇴직 처리하였다. A노조와 甲회사는 2015.10.30. 2015년 임금협약 및 단체협약을 체결하였는데, 정년과 관련해서는 합의서와 다르게 만 57세로 규정하였고, 임금 인상액도 합의서와는 다르게 정하였다.

근로자 X는 자신의 정년은 B지부와 乙사업조합이 체결한 합의서에 의거 만60세이며, 따라서 만57세를 이유로 한 2015.8.31.부로 정년퇴직 처리는 부당해고라고 주장하며 노동위원회에 구제를 신청하였다.⁶⁾

2. 노동위원회의 판단

충남지방법노동위원회⁷⁾는 ① A노조는 교대노조 지위를 확정된 후 2015

5) 합의서에는 정년 외에도 임금에 관한 내용도 포함하고 있었으며, 시행은 본 합의일로부터 시행하고 유효기간은 2015.2.1.부터 2017.1.31.까지로 한다고 규정하고 있었다.

6) 구제신청 후 합의서 효력에 관하여 A노조와 甲회사가 B지부와 乙사업조합에게 각각 질의하였으나, B지부와 乙사업조합 모두 ‘합의는 하였으나 최종체결권은 각 회사와 노동조합 간에 결정하여야 할 사항’으로 회신하였다.

7) 충남지노위 2015.12.8. 충남2015부해397, 415 병합.

년 단체협약 체결을 위해 B지부에게 교섭권한만을 위임하고 단체협약 체결권은 위임하지 않았으므로 B지부는 노조법 제29조 제3항에 의거하여 위임받은 범위 안에서만 권한을 행사할 수 있을 뿐이며, 乙사업조합의 경우도 B지부와 합의 합의 내용을 참고사항으로 통지한 점, ② 2015년 합의서가 작성되었음에도 불구하고 근로자 X의 정년퇴직이 있기 전에 A노조와 甲회사가 개별교섭을 하고 결렬된 사실에서 합의서가 단체협약으로 효력을 발생하지 않은 것으로 볼 수 있는 점, 따라서 ③ A노조와 甲회사는 새로운 단체협약을 체결하기 위한 교섭 과정에 있었던 것으로 볼 수 있으므로 기존 2013년 단체협약이 새로운 단체협약이 체결될 때까지 계속 효력을 가진다는 자동연장조항에 의거하여 만57세가 계속 효력을 가지는 것으로 볼 수 있는 점 등을 고려할 때, 이 사건 근로자의 2015.8.31. 정년퇴직은 정당한 것으로 부당해고가 아니라고 판단하였다.

이에 근로자는 재심신청을 하였고, 중앙노동위원회⁸⁾는 다음과 같은 이유에서 초심 판정을 취소하고 부당해고로 판정하였다. ① 노조법 제29조 제1항 본문에서 노조로부터 위임받은 자는 단체협약 체결 기타의 사항에 관하여 교섭할 권한이 있다고 규정하고 있는 점, ② 단체교섭 권한만을 부여할 경우 대표자 또는 수임자의 단체협약 체결권한을 전면적·포괄적으로 제한함으로써 사실상 단체협약 체결권한을 사문화하여 명목에 불과한 것으로 만들어 제29조 제1항의 취지에 맞지 않는 점, ③ 실제로 B지부와 乙사업조합은 2015.4.7. 합의서에 서명날인 함으로써 단체협약 체결권까지 행사한 것이며, 합의서라는 명칭과 관계없이 형식과 실질에 있어 단체협약으로서 효력을 갖는다고 할 것인 점, ④ 2015.10.30.에 체결한 단체협약을 동년 2.1.부로 소급적용한다 하더라도 이미 이전에 퇴직한 근로자들에게는 적용되지 않는다는 점, ⑤ 적법하게 교섭권을 위임받아 단체협약을 체결한 이후 사업장 단위 노사가 별도의 새로운 단체협약을 체결한 경우에는 그 내용의 일부가 상급단체에서 체결한 내용과 충돌한다면 상급단체에서 체결한 단체협약에 별도의 특별한 규정이 없는 한, 상급단체에서 체결한 단체협약보다 유리

8) 중노위 2016.4.5. 중앙2016부해38.

한 내용인 단체협약의 효력이 인정되고 불리한 내용의 효력은 제한되는 것으로 판단되는 점 등에서 근로자 X의 정년은 2015.10.30. 단체협약에 따른 57세가 아니라 2015.4.7. 단체협약에서 정한 60세가 정년으로 된다고 판단하여 부당한 해고로 보았다.

3. 법원의 판단

중노위 재심판정에 대해 사용자측이 소송을 제기하였고, 이에 대해 1심 법원⁹⁾은 재심판정을 취소하는 판결을 하였다. 법원은 A노조가 B지부에 위임한 것은 단체교섭권한만 위임한 것일 뿐 단체협약 체결권한까지 위임하지 아니한 것으로 봄이 상당하므로 B지부와 乙사업조합이 체결한 합의서는 A노조와 甲회사 사이에는 단체협약으로서의 효력이 없는 것으로 판단하였다. 그 이유로 A노조가 B지부에게 작성한 위임장에는 단체교섭에 관한 사항만을 위임한다고 분명하게 적시하고 있는 점, 합의서 작성 후 乙사업조합은 甲회사를 비롯하여 각 회사별로 단체협약을 체결하라고 통보하였고 이러한 형태는 이전에도 있었으며, 개별 사업장에서 별개 단체협약이 체결되지 않았을 경우에는 합의서가 적용되기보다는 기존 개별사업장의 단체협약이 적용하였던 점, 추후 B지부와 乙사업조합 모두가 교섭권한만 위임받아 합의하였고 단체협약에 관한 최종 체결권은 각 회사와 노조에게 있다고 회신하여 단체협약으로 합의서를 작성한 것이 아니라 차후 개별 사업장에서 단체협약 등을 체결 시 참고사항을 작성한 것으로 보이는 점, B지부와 乙사업조합이 합의서를 작성할 당시 A노조 위원장은 교섭위원으로 참석하지 않은 점 등을 고려할 때 합의서는 단체협약으로 볼 수 없다는 것이다. 따라서 문제가 된 근로자 X의 정년은 자동연장조항에 따라 2015.10.29.까지 효력을 가진 기존의 단체협약(2013년 단체협약)이 적용되는 까닭에 만 57세 정년 규정이 적용되므로 부당한 해고가 아닌 것으로 보아 재심판정을 취소하였다.

9) 서울행법 2017.2.17. 선고 2016구합63774 판결.

이러한 1심의 판결에 대해 항소심¹⁰⁾과 상고심¹¹⁾ 모두 1심의 판시내용을 인용하였다.

Ⅲ. 단체교섭 및 단체협약체결 당사자의 확정 문제

위 사안에서 핵심쟁점은 2015.8.31.에 근로자 X에게 어느 단체협약이 적용되는 것인가이다. 다시 말하면 2015.5.7.에 B지부와 乙사업조합이 체결한 합의서가 적용되는 것인지, 아니면 당해 합의서는 단체협약이 아니어서 자동연장조항에 따라 2015.10.29.까지 효력을 갖게 되는 2013년 단체협약이 적용되는지의 문제이다. 이를 판단하기 위해서는 합의서 체결주체인 B지부와 乙사업조합의 법적 지위가 먼저 규명되어야 한다.

이에 덧붙여 B지부와 乙사업조합은 각각 A노조와 甲회사로부터 단체교섭을 위임받아 합의서를 체결하였다. 이때 단체교섭의 위임을 어떻게 해석할 것인가도 중요한 쟁점을 이룬다. 왜냐하면 B지부와 乙사업조합이 각각 노동조합 및 사용자단체로서의 지위를 갖는지 또는 갖지 않는지에 따라 A노조 혹은 甲회사로부터 교섭권한을 위임받았다는 사실을 어떻게 이해해야 하며, 각 경우 단체교섭 및 단체협약체결 당사자는 누가 되는지 등이 문제되고, 이에 따라 합의서의 법적 성격이 결정되기 때문이다.

이하에서는 먼저 B지부와 乙사업조합의 법적 지위에 관하여 살펴보고, 단체교섭과정에서의 위임관계와 내용과 그 효과에 관해서는 항을 바꾸어 검토해 보고자 한다.

1. B지부와 乙사업조합의 법적 지위

(1) 중층적 노동단체 조직에서 각 층위 노동단체의 법적 지위

노동단체 조직은 중층적으로 구성되어 있는 경우가 대부분이다. 현재

10) 서울고법 2017.10.11. 선고 2017누40176 판결.

11) 대법원 2018.2.28. 선고 2017두68080 판결(심리불속행).

우리나라에는 두 개의 전국단위 노동조합총연합단체가 존재하며, 이들 산하에는 여러 산별노조와 산업별연합단체들이 조직되어 있고, 이들 산별조직 이외에도 지역별 조직들이 ‘지역본부’¹²⁾라는 이름으로 함께 존재하고 있다. 그리고 산별노조 산하에는 지부 혹은 분회 형태로 하부조직이 구성되어 있으며, 산업별연합단체의 경우에는 산하에 기업별노조들이 조직되어 있는 경우가 일반적이다. 때로는 이들 양자의 중간적인 형태를 취하거나 양자를 혼합한 형태로 조직하고 있는 등 다양한 유형들이 있다.

일반적으로 ‘산업별노동조합’이라는 명칭을 사용할 때에는 단위노동조합이라는 조직상의 특징을 가진다. 즉 개별근로자들이 가업·탈퇴의 주체를 이루는 조직형태를 취하고 있으며, 노동조합으로서의 지위를 갖기 위한 주체성¹³⁾과 자주성,¹⁴⁾ 단체성¹⁵⁾ 그리고 목적성¹⁶⁾을 갖추고 있음을 전제한다.

12) 예컨대 한국노동조합총연맹 산하의 지역본부들의 경우도 독자적인 의결기관으로 대의원회를 두며 집행기관으로 의장 등의 대표자를 두고 있다. 구성원인 회원조직은 산업별노동조합연맹 혹은 산업별노동조합의 시도단위 지역조직과 일반조직의 지역조직 그리고 한국노총의 지역지부들로서, 지역 내 노동자의 공통된 권익을 증진시키고 한국노총 운동방향을 구현하기 위한 활동을 목적으로 하고 있으나 스스로 단체교섭 및 단체협약 체결을 목적활동으로 설정하고 있지는 않으므로, 노동조합의 지위를 갖지 못한다(시도지역본부 조직운영규정 제4조).

13) 적어도 노동조합의 지위를 갖기 위해서는 근로자들이 모여서 만든 단체, 즉 근로자의 주체성을 갖추어야 한다(노조법 제2조 제4호). 이는 헌법 제33조 제1항에서 요구되는 기본조건이기도 하다. 이때 근로자의 의미 혹은 개념과 관련하여, 개별법인 근로기준법과는 달리 노조법이 갖는 목적과 성격에 비추어 그 의미와 외연이 달리 설정된다. 예컨대 학습지교사, 골프장 캐디 등에 대하여 노조법상 근로자 지위를 인정한 경우가 이에 해당한다(대법원 2019.6.13. 선고 2019두33712 판결; 대법원 2019.2.14. 선고 2016두41361 판결; 대법원 2018.10.12. 선고 2015두38092 판결; 대법원 2018.6.15. 선고 2014두12598, 2014두12604 판결; 대법원 2014.02.13. 선고 2011다78804 판결).

14) 자주성은 노동조합으로서의 역할과 기능 수행을 위해 당연히 요구되는 조건이다. 노사 간에 형성되는 근로조건에 대해서는 집단적 자치를 통해 결정될 것을 헌법제정권자가 특별히 결단하였고, 그에 따라 집단적 자치의 주체인 노동조합의 지위는 대내적으로는 상대방 사용자로부터 자주성을 확보하여야 할 뿐만 아니라, 대외적으로도 집단적 자치 당사자 이외의 다른 세력으로부터 자주성을 갖출 것이 함께 요청된다. 이 경우 자주성의 의미는 엄격한 정치적 중립이나 종교적 또는 세계관적 관점에서의 중립성을 뜻하는 것이 아니라, 사실적인 측면에서의 조직상의 독립과 법적 측면에서의 의사결정구조상 자주성을 의미하는 것이다(헌재결 1999.11.25. 95헌바154).

15) 단체성은 적정한 근로조건을 형성하기 위해서는 근로자 개인의 힘이 아니라 근로자 집단의 힘을 토대로 할 때 비로소 사용자와 대등한 세력을 형성할 수 있고, 이러한

다.¹⁷⁾ 이에 반해 연합단체는 그 자체가 단위노동조합이 아니라 단위노동조합들이 모여서 만든 단체로서의 특징을 지니고 있다. 이들 산업별연합단체가 노동조합으로서의 요건을 갖춘다면 노동조합의 지위가 인정될 수도 있지만, 노동조합의 요건을 갖추지 못한다면 노동조합의 지위는 갖지 못하고 단지 근로자단체로서의 성격과 지위만 가질 뿐이다.¹⁸⁾ 이러한 판단은 총연합단체나 연합단체 그리고 총연합단체 혹은 연합단체의 산하조직인 지역본

조건을 갖추었을 때 자율적으로 근로조건을 형성할 수 있는 주체로서의 지위가 인정된다는 점에 근거하고 있다. 그렇기 때문에 단체협약 체결을 위한 집단적 자치는 근로자 개인이 주체로 등장할 수 없고, 노동조합이라는 근로자단체만이 주체로 등장할 수 있는 것이다.

- 16) 목적성은 노동조합이 근로조건 향상을(혹은 유지 개선)이라는 목적을 위해 조직하고 활동을 하여야 한다는 당위성에서 요청되는 기본요건이다. 이때 근로조건 향상을 도모하기 위한 방법으로는 단체협약 체결을 핵심 목적활동으로 해야 한다. 단체협약 체결의 목적활동을 노조법 관련규정에서는 명시하고 있지 않지만, 노조법 전체 체계는 단체협약 체결을 중심으로 구성되어 있으므로 주체인 노동조합은 당연히 단체협약을 통한 근로조건 향상을 기하는 것을 전제로 한다. 뿐만 아니라 단체의 목적활동으로 단체협약 체결을 명시하고 있는 경우에만, 조합원이 그 단체에 가입하는 행위를 통하여 향후 체결되는 단체협약의 규범력에 구속되는 정당성의 근거로 해석할 수 있다. 그러므로 추상적·일반적인 근로조건 유지·개선이 아니라, 구체적으로 단체협약 체결 자체를 목적활동으로 규약에 명시하고 있는 경우에만 노동조합으로서의 지위가 인정될 수 있다.
- 17) 김형배, 『노동법』 (제26판), 박영사, 2018, 912면; 임종률, 『노동법』 (제18판), 박영사, 2020, 51-55면; 하갑래, 『집단적 노동관계법』 (진정4판), 중앙경제, 2016, 88면 이하; 박종희, “노동조합의 개념과 협약능력”, 『노동법에 있어서 권리와 책임』 (김형배교수화갑기념논문집), 1994, 354면 이하; 박종희, “단체교섭 당사자 확정 법리 - 자율성과 효율성, 특히 단위노동조합 하부조직인 지부분회와 연합단체의 단체교섭 당사자 적격성을 중심으로 -”, 『노동법학』 제17호, 2003, 158면 이하.
- 18) 가장 대표적인 경우로 전국단위의 노동조합총연합단체가 그러하다. 한국노동조합총연맹은 산업별노동조합연맹과 산업별노동조합 등을 조직구성원으로 하면서(제5조), 노동기본권의 확보 및 임금·노동조건 유지·개선과 노동자의 경제적·사회적·정치적 지위향상 등을 목적으로 삼고 있지만(규약 제4조 제1호, 제2호), 한국노총 스스로가 직접 단체교섭 및 단체협약을 체결할 수 있는 권한을 갖고 있지 않아 목적성의 결여로써 노동조합으로서의 지위가 인정되지 않는다. 전국민주노동조합총연맹의 경우도 산업별노동조합(혹은 연합단체)를 조직구성원으로 하며 노동자의 정치·경제·사회적 지위향상 등을 목적으로 하고는 있으나, 단체교섭과 단체협약 체결을 목적 활동으로 명시하고 있지 않기 때문에 노동조합의 지위는 갖지 못한다(규약 제4조, 제5조). 그러나 근로자단체로서의 지위는 가지므로 헌법 제33조 제1항에 의거한 보호는 받을 수 있다.

부나 지부에 대해서도 마찬가지이다. 지역본부나 지부 등이 주체성, 자주성 그리고 단체성 요건을 갖추었더라도 목적성 관점에서 요구되는 단체협약 체결을 규약에 명시하고 있지 않다면, 노동조합으로서의 지위는 인정되지 않는다. 왜냐하면 노동조합은 단체교섭과 단체협약 체결을 목적으로 하는 근로자단체에게만 그 지위가 부여되는 것이므로¹⁹⁾ 규약에 단체협약 체결을 목적활동으로 명시하고 있는 경우에만²⁰⁾ 체결된 단체협약을 그 단체에 가입한 근로자에게 규범력을 가지고 적용될 수 있는 법적 기초로서 설명할 수 있기 때문이다.

위 사례에서 B지부는 산업별연합단체 산하 지역본부에 해당하며,²¹⁾ A노조는 여기에 속해있다. 그런데 이와 같은 조직체계상의 구분에서 법적인 지위를 판단하기 위해서는 B가 독립한 단체로서의 성격을 갖추고 있는지, 나아가 단체로서의 성격이 인정될 때에도 노동조합으로서의 요건까지 갖추고 있는지가 규명되어야 한다. 위 판정과 판결에서는 이에 관하여 자세한 규명 없이, 교섭권한 위임의 의미에 대해서만 판단하였다.

-
- 19) 현행 노조법은 단체협약 체결을 본질적인 활동으로 명시하거나 단체협약 체결을 하지 않는 경우를 해산사유로 규정하고 있지는 않다. 그러나 법정 해산사유(노조법 제29조 제1항)에는 해당하지 않는다 하더라도 단체협약을 체결할 수 있지만 제반 여건상 하지 않는 경우와 조직원리상 할 지위에 있지 않는 것과는 구별되어야 하며, 후자의 경우는 조직의 본질적 성상을 달리하는 것으로 판단하여야 할 것이다(제13조 제1항).
- 20) 필히 규약상 목적 규정에 명시되어야 하는 것은 아니고 규약 전체 규정 내에서 인정할 수 있는 경우에도 긍정된다. 예컨대 목적에서는 추상적인 표현만을 사용하였더라도 총회 혹은 대표자의 지위 내지 권한에 관한 규정에서 단체교섭 및 단체협약 체결을 명시하고 있는 경우에도 충분히 인정된다.
- 21) 위 사안이 제기되었을 당시에는 전자노련 충남지부로 존재하였으나, 그 후 2018년 전자노련 충남·세종지역자동차노동조합으로 조직명을 변경하고 그에 따라 규약을 정비함으로써 단위노조 형태로의 모습을 더욱 갖추게 되었다. 충남지부일 때에는 버스운송 및 관련 회사에 종사하는 근로자 중 분회 및 노동조합에 가입한 조합원으로 구성함을 규정하였으나, 충남세종지역자동차노동조합으로 변모한 이후에도 여전히 자동차운송 및 관련 회사에 종사하는 근로자 중 노동조합에 가입한 조합원으로 구성한다고 규정함으로써 개별근로자를 가입·탈퇴의 주체로 인정하고는 있으나, 실제 노조 가입은 충남지부의 경우 분회 혹은 단위노동조합(현재는 지부라는 명칭을 사용)에 먼저 가입하고 이들이 지부에 가입원서를 제출함으로써 가입이 확정되는 절차로 규정하여 종전과 큰 차이는 없다. 다만 충남세종자동차노동조합의 경우, 지부가 없다면 예외적으로 직접 가입할 수 있도록 병행 규정하고 있는 점이 다르다.

전자노련은 산업별연합단체이고 산하조직 및 단위사업장노동조합을 조직대상으로 하고 있다(전자노련 규약 제10조, 제14조 제1항). 전자노련은 광역시·도별로 조직된 지역별노동조합 및 업종별노동조합, 직할노동조합을 산하조직으로 설치하며(제57조),²²⁾ 산하조직은 단위사업장노동조합을 그 산하기구로 설치한다(제64조). 또한 산하기구인 단위노조의 규약 등은 당해 지역본부 등의 규약 등에 따르도록 하고 있다(제65조). 그리고 산하조직은 전자노련의 통제하에서 위임된 단체교섭 및 단체협약의 체결에 관한 사항을 수행하며(제59조 제3호), 단체협약 체결에 관한 사항을 노련에 보고하여야 하고(제15조 제5호), 산하조직 대표자가 단체협약체결권을 갖는 것으로 규정하고 있다(제60조). 다만 전자노련 대의원회의 기능 중에 단체교섭 및 쟁의행위에 관한 사항을 두고 있고(제28조 제13호, 제14호), 중앙위원회의 기능으로는 단체협약에 관한 사항을 규정하고 있지만(제31조 제5호), 이를 전자노련 스스로가 구체적인 단체교섭을 한다거나 단체협약을 체결한다는 의미로 보기보다는, 전자노련 차원에서의 교섭전략 내지 방향 그리고 지부 등에서의 단체협약에 관한 보고가 있을 때 이를 처리하는 권한을 의미하는 것으로 봄이 상당하다(제34조 제6호 참조). 이렇게 본다면 전자노련은 후술하는 바와 같이 아직까지 노동조합으로서의 지위는 갖추지 못한 것으로 판단된다.

전자노련 규약에 맞추어 B지부도 지부규약²³⁾에서 전자노련을 소속 상급단체로 규정하면서(제4조), 단위노동조합이 전자노련에 가입하기 위해서는 지부에 가입 하도록 하는 가입연계조항을 두고 있으면서(제8조 제2호, 제9조), 개별근로자가 지부의 조합원 지위를 갖기 위해서는 단위노조를 거쳐 가입하도록 하여, 조합원은 B지부와 단위노조 양자 모두에 조합원 관계를 형성하게 하는 이중조합원관계²⁴⁾를 취하고 있다. 그리고 B지부 규약만 두고 본다면, B지부는 혼합조직형태²⁵⁾를 취하고 있는 것으로 볼 수도 있다.

22) 종전에는 지역본부에 해당하는 지부 명칭으로 조직되었으나, 지부들이 지역노동조합이라는 조직으로 개편된 이후 2020년에 개정된 규약 내용으로 보인다.

23) 여기서 말하는 지부규약이란, 2018년 전부개정 이전의 충남지부 당시의 규약을 말한다.

24) 이중 조합원관계란 개별근로자가 단위노조 조합원이자 지부 조합원 지위를 함께 가지는 경우를 말한다.

25) 지부와와의 조합원관계를 개별근로자뿐만 아니라 단위노동조합도 함께 형성하고 있는

왜냐하면 단위노동조합 뿐만 아니라 개별근로자도 조합원 지위, 즉 가입 탈퇴의 주체가 될 수 있는 형식을 취하고 있기 때문이다. B지부는 최고의사결정기관으로 총회에 해당하는 대의원회를 두고 있으며(제19조), 지부를 대표하는 자로 지부장을 대의원회에서 직접·비밀·무기명 투표로 선출한다(제39조, 제40조 제1호, 제41조). 그리고 지부규약에는 지부의 목적활동 중의 하나로 위임된 단체협약 체결 및 쟁의에 관한 사항을 명시하고 있으며(제6조 제9호), 지부차원의 단체협약에 관해서는 대의원회가 심의·결정하도록 하고 있다(제25조 제7호, 제51조).²⁶⁾

이와 같은 제 규정 관계를 종합해 보면, 전자노련은 형식으로는 근로자도 조합원으로 직접 가입할 수 있는 혼합단체인 것처럼 규정하고는 있으나(전자노련 규약 제8조), 실제 조직관계는 산하 노조 혹은 지부 등으로 조직되어 있는 연합단체일 뿐이다. 그리고 단체교섭 및 단체협약 체결과 관련해서도 전자노련 차원에서 통제·관리할 수 있는 체계를 지향하려는 의도를 갖고는 있지만 현실적으로 산하조직을 통제·관리하는 수준에는 이르지 못하고 있는 것으로 판단된다. 그러므로 실제에서 전자노련은 노동조합의 지위를 갖지 못하는 것으로 평가된다. 이에 반해 B 지부는 노동조합의 지위를 갖는 것으로 평가된다. 지부규약에서 단체교섭 및 단체협약 체결을 목적활동으로 규정하고 있으며, 비록 B지부에 근로자가 직접 조합원으로 가입한 경우는 없다 하더라도 노동조합으로서의 연합단체의 지위를 인정할 수 있다. 엄밀하게 표현하자면 명실상부한 단위노동조합으로서의 지위를 갖기 위하여 조직체계를 지부 단위로 집중시키는 과정이 필요하지만, 개별근로자들을 지부 조합원으로 직접 가입할 수 있는 조직체계를 만들어내지는 못하고 있는 상황에서 실제로는 혼합조직이 아닌 연합단체로서의 지위를 가질 뿐이다. 이에 반해 지부는 연합단체이면서도 노동조합의 제 요건을 갖추었으므로 단위노조와 마찬가지로 독자적인 단체교섭권 및 협약체결권을 행사할

경우를 말한다.

- 26) 특히 제51조는 단체교섭 및 단체협약이란 표제어 하에 “지부는 단체교섭 및 단체협약에 관한 체결권한을 가지며, 단체협약 체결은 사전에 노련위원장의 승인을 득한 후 체결하여야 하며 소속된 분회 및 노동조합은 필요에 따라 단체협약 체결 권한을 지부에 위임할 수도 있다”고 규정하여 위 사안에서처럼 교섭권한 위임이 이루어지고 있었다.

수 있는 지위를 갖는 것으로 평가된다. 즉 노동조합의 지위를 갖는 지부도, 지부의 산하조직인 단위사업장노동조합도 각각 독자적인 단체교섭 및 단체협약 체결권을 가진다. 그러므로 누가 교섭에 나서고 협약을 체결할 것인지는 조직 내부에서 조정할 문제이다. 하지만 교섭창구단일화가 적용될 경우에는 다른 예외적인 상황이 발생하는데, 이에 대해서는 후술하기로 한다.

(2) 乙사업조합의 법적 지위

사용자들도 사용자단체를 결성할 수 있다. 사용자단체가 조직될 경우 사용자단체는 구성원인 각 사용자를 위하여 자신의 이름으로 단체교섭을 하고 단체협약을 체결할 수 있다. 물론 사용자단체에 속하고 있더라도 개별 사용자는 여전히 독자적인 단체교섭권한 및 협약체결권을 가진다. 그러므로 개별사용자들이 단체교섭권한을 행사하지 않고 사용자단체가 행사하며 그 결과에 따르도록 하는 것은 어디까지나 조직 내부의 문제이고 사용자단체의 사실상의 조직장악력의 문제일 뿐이지 법적으로 강제할 수 있는 성질의 것은 아니다. 현행 노조법 제2조 제3호는 “노동관계에 관하여 그 구성원인 사용자에게 대하여 조정 또는 규제할 수 있는 권한을 가진 사용자의 단체”로 정의하고 있다. 이 의미에 관하여 일반적으로는 단체협약을 체결하는 것을 목적으로 하고 그 구성원인 각 사용자에게 대하여 통제력이 있어야 하는 것으로 설명하고 있다.²⁷⁾ 사용자단체가 구성원에게 행사하는 통제력이란 법적인 의미에서 구성원에게 가지는 통제권의 의미로 이해하면 충분하다. 사실 노동조합과 사용자단체 모두 집단적 노사관계의 주체이다. 그러므로 노조법 제2장에서 노동조합의 설립, 관리(운영) 등에 관하여 규정하고 있는 내용은 사용자단체에게도 동일하게 적용되는 것으로 볼 수 있다. 다시 말해, 노동조합과 사용자단체는 동전의 양면이라 할 수 있으므로, 노동조합의 정의규정은 사용자단체에게도 동일하게 적용되는 것으로 봄이 상당하다. 그러므로 사용자단체로서 그 지위를 인정받기 위해서는 주체성, 자주성, 단체성, 목적성 등을 모두 갖추어야 한다.²⁸⁾ 구성원을 통제할 수 있느냐의 여부는 단체

27) 대법원 1999.06.22. 선고 98두137 판결 참조.

28) 그렇기 때문에 현재 일반적으로 사용자단체로 활동하는 한국경영자총협회나 대한상

성의 내용일 뿐 그것 자체가 유일한 요건이라고는 볼 수 없다. 그리고 모든 단체는 단체 내부조직을 규율하기 위하여 통제권을 가진다. 법적 의미에서 구성원을 통제한다는 것은 이러한 통제권 행사가 가능한지의 여부로 판단하면 충분하다.

이러한 일반론을 토대로 乙사업조합의 법적 지위에 관하여 살펴보면 다음과 같다. 乙사업조합은 여객자동차운송사업법에 의거하여 운수사업의 건전한 발전과 운수사업자의 지위 향상을 위하여 설립되는 임의단체이다(제53조). 그러므로 동법에 의거하여 설립한 사업조합이라 하더라도 사용자 단체로서의 지위를 갖는지 여부는 각 사업조합의 정관을 통하여 규명되어야 한다. 乙사업조합은 그 목적을 충청남도버스자동차운송사업에 관한 시책에 협력하며 위탁행정업무를 책임수행하고 자동차운송사업의 건전한 발전과 운영의 합리화를 도모하며 이를 위한 사업 추진과 조합원 상호 간의 친목도모를 목적으로 하고 있다(제1조). 그리고 이러한 목적을 달성하기 위하여 운송사업에 관한 건의 협력, 지도 및 연구조사, 통할조절 등과 같은 운송사업을 위하여 공동으로 협력할 필요가 있는 제반 사업과 공제사업, 위탁행정업무 및 취업 관리업무 수행, 기타 필요한 사업 등을 목적활동으로 규정하고 있다(제5조). 사업조합은 충청남도와 세종시 내에 사업을 영위하는 여객자동차운송사업자를 조합원으로 한다. 이러한 목적 및 그에 수반하는 구체적인 사업 내용에 의거하면, 乙사업조합은 구성원인 운송사업자들을 위한 단체교섭 및 단체협약 체결을 목적활동으로 규정하고 있지는 않다.²⁹⁾ 즉 乙사업조합은 여객운송사업주들을 구성원으로, 대 근로자 관점에서 자주성을

공회의소 그리고 전국경제인연합회 등은 단체교섭 및 단체협약 체결을 목적으로 하고 있지 않으므로 그 한도 내에서는 회원사를 통제할 수 있는 법적 지위가 매개되지 않기 때문에 사용자단체가 아닌 것이다.

- 29) 이와 비교해 볼 수 있는 사안으로 동일한 여객자동차운송사업법에 의거하여 설립·운영 중인 서울시버스운송사업조합의 경우에는 사용자단체의 성격을 지닌 것으로 볼 수 있다. 서울시버스운송사업조합 정관을 살펴보면 ‘단체협약과 임금협정의 교섭 체결 및 이에 관한 조정 중재에 관한 사항’을 사업의 종목 중의 하나로, 즉 목적활동 중의 하나로 명시하고 있다. 그러므로 서울시버스운송사업조합은 구성원이 버스운송사업주들이 모여서 만든 사용자단체로서의 지위도 함께 가진다. 이 지위에서 서울시버스노동조합과 단체협약을 체결하고 있다(사용자단체로서의 지위에 관하여 대법원 2019.4.23. 선고 2016두42654 판결 참조).

갖추고 있으며, 단체라는 조직성도 갖추고 있지만, 목적성에서 사용자단체로서의 지위가 인정되지 않는다. 다시 말하면 乙사업조합은 자기 이름으로 단체교섭을 하고 단체협약을 체결하며, 그 협약 규범력을 구성원인 운송사업주에게 미치게 하는 사용자단체로서의 지위는 갖지 못하는 것이고 단지 운송사업주들의 결사체에 불과하다.³⁰⁾

2. 합의서의 체결 주체와 법적 효력

B지부와 乙사업조합이 체결한 합의서에는 정년과 같은 근로조건에 관한 내용을 담고 있다. 그런데 이 합의서가 단체협약으로 인정되기 위해서는 협약능력이 있는 양 당사자 간의 합의로서 서면으로 작성하고 서명날인이 되었어야 한다. 위 합의서의 경우 서면 작성과 서명날인의 형식은 갖추고 있다. 그러므로 B지부 대표자와 乙사업조합 대표자가 각기 협약능력을 갖추고 있는 단체의 대표자인지가 문제될 뿐이다. 그런데 위에서 살펴본 바와 같이 B지부는 노동조합으로서의 지위를 갖추고 있는 것으로 판단되지만, 乙사업조합은 사용자단체로서의 지위가 인정되지 않는다. 그렇다면 일방당사자는 협약능력에 기초하여 근로조건에 관하여 합의를 하였더라도, 상대방이 구성원의 법률관계를 형성할 수 있는 지위에 있지 않음에 따라 자신의 고유한 지위에서 단체협약에 관한 합의를 할 수 있는 능력이 없다면, 양 당사자 간 합의에 단체협약으로서의 효력을 인정하기는 어렵다. 따라서 이 사안에서의 합의서는 B지부와 乙사업조합 간에 체결되기는 했지만 ‘단체협약’은 아니다. 다만, 乙사업조합이 사용자단체의 지위를 갖지는 못하지만, 운송사업주로부터 교섭권한을 위임받아 행하는 경우라면 합의서가 단체협약으로 인정될 가능성이 있다. 이에 관해서는 항을 바꾸어 교섭권한 위임과 관련하여 살펴보기로 한다.

30) 노동단체의 경우 노동조합 지위가 인정되지 않더라도 단결체로서의 지위가 인정되는 중간단계가 있고, 단결체의 지위마저도 인정되지 않는 결사체의 지위를 갖는 단체로 인정될 수 있는 3단계 구조를 이루고 있으나, 사용자에 대해서는 단결체 보장의 반사적 지위에서 사용자단체가 인정될 뿐 그렇지 않을 경우에는 결사체로서의 지위만을 갖는 이원적 체계를 가질 뿐이다.

3. 소결

이상에서 살펴본 바를 종합하면, B지부는 실제적으로는 단위노동조합을 구성원으로 한 연합단체이지만, 지부규약 및 B지부가 가입하고 있는 전자노련 규약을 검토해 볼 때 근로자 주체성과 자주성 그리고 단체성을 갖춘 것으로 평가될 뿐만 아니라 단체교섭 및 단체협약 체결을 목적활동으로 명시하고 있는 것으로 보아 노동조합으로서의 지위가 인정된다. 이에 반해 乙사업조합은 주체성과 자주성 그리고 단체성의 요건을 모두 갖추었으나, 단체교섭 및 단체협약 체결을 사업조합의 목적으로 명시하고 있지 않아 사용자단체로서의 지위가 인정되지 않는다. 그렇다면 B지부와 乙사업조합이 작성한 합의서는 집단적 자치의 당사자의 지위에서 체결한 단체협약으로는 인정할 수 없다.

IV. 교섭권한 위임의 법리와 단체협약 당사자 확정

1. 교섭권한 위임의 법리

(1) 교섭권한 위임에 대한 일반 위임 법리의 적용

노조법 제29조 제3항은 노동조합과 사용자(사용자단체)로부터 교섭 또는 단체협약의 체결에 관한 권한을 위임받은 자는 그 노동조합과 사용자(사용자단체)를 위하여 위임받은 범위 안에서 그 권한을 행사할 수 있다고 규정하고 있으며, 동조 제4항은 권한을 위임한 때에는 그 사실을 상대방에게 통보할 것을, 그리고 동법 시행령 제14조 제2항은 통보할 경우에 교섭사항과 권한범위 등 위임의 내용을 포함할 것을 각각 규정하고 있다. 이에 근거하여 단체교섭(협약체결)당사자는 교섭권한 등을 제3자에게 위임할 수 있다. 이때 교섭권한 위임을 어떤 의미로 이해할 것인가에 대한 문제가 제기될 수 있다. 구체적으로, 민법에서 말하는 위임법리가 적용되는 것인지, 아니면 집

단적 노사관계에 특유한 위임의 법리를 인정할 수 있는지가 쟁점이다.

이에 대한 쟁점을 다룬 판결이 있었다.³¹⁾ 병원노련이 산하 구성원인 원자력병원노조로부터 교섭을 위임받아 사용자와 교섭하여 단체협약을 체결하였으며, 그 후 협약 유효기간 내에 원자력병원노조가 다시 사용자와 추가적인 단체협약을 체결하였고, 두 단체협약이 유효한 기간 도중에 퇴직한 근로자에게 적용되는 단체협약이 어느 것인지가 쟁점이 되었던 사례였다.³²⁾ 이때 1심과 2심³³⁾은 단위노동조합이 상급단체인 연맹체에 교섭권한을 위임하면 단위노조 스스로는 더 이상 교섭할 권한을 잃게 되고, 따라서 상급단체가 체결한 단체협약만이 유효하게 성립할 뿐 그 협약의 존속기간 중에 단위노조가 체결한 단체협약은 효력이 없는 것으로 판단하였다. 즉 교섭권한의 위임이란, 집단적 노사관계라는 특수성을 전제로 일반 위임과는 다른 의미를 갖는 것으로 파악한 것이었다. 이에 반하여 대법원³⁴⁾은 교섭권한의 위임이라 하여 노조법상 특수한 위임 법리가 별도로 존재하는 것이 아니라 민법상 위임의 법리가 동일하게 적용되는 것이며, 따라서 단위노조가 상급단체에 교섭권한을 위임하였다 하더라도 스스로의 교섭권한은 여전히 가지는 것으로 보아, 후에 독자적으로 단체협약을 체결할 수 있는 것으로 보았다. 즉 집단적 노사관계라고 해서 교섭권한의 위임의 의미를 특별하게 파악할 필요도 근거도 없다는 것이다.

(2) 상급단체의 법적 지위와 교섭권한 위임의 효과

상급노동단체라 하여 소속 단위노조와 일체의 관계를 형성하는 것은 아니다. 독자적인 조직체를 형성하고 있는 한, 독립적인 법률 주체로서의 지

31) 이에 관한 자세한 평석으로는 박종회, “단체교섭권한을 상급단체에 위임한 단위노동조합의 교섭능력 - 서울민지판 1997.8.21, 96가합64494 부당이득금 반환청구사건 -”, 『안암법학』 제6권, 1997, 171면 이하 참고.

32) 먼저 체결한 단체협약에서는 퇴직금 관련 규정을 일응 합의하고 추후 재교섭하기로 하였다. 이에 따라 새로이 체결된 단체협약은 누진율에서 근로자들에게 유리하게 합의되었고, 이 협약에 의거하여 퇴직금을 지급한 후 종전 퇴직금 규정에 따라 계산한 퇴직금을 제한 나머지를 부당이득으로 반환 청구한 사례였다.

33) 서울고법 1998.4.9. 선고 97나45725 판결.

34) 대법원 1998.11.13. 선고 98다20790 판결.

위를 가지며, 단위노조는 연합단체의 구성원으로서 일정한 권리와 의무를 부담할 뿐이다. 예컨대 연합단체와 소속 단위노조가 각자 독자적인 교섭권한을 가지고 있다면 각자가 독립적으로 그 교섭권한을 행사할 수 있다. 이 경우에는 교섭권한이 중첩적으로 형성되는 경우가 있을 수는 있지만, 그렇다고 하여 어느 한쪽의 교섭권한이 다른 쪽의 교섭권한 자체를 배제하거나 무력화시킬 수 있는 것은 아니다.³⁵⁾ 각각의 단체교섭권한에 기하여 단체협약이 체결된다면, 단지 단체협약이 병존하여 협약 적용에서 경합관계에 서게 되고 그에 따라 특정 협약이 우선 적용될 뿐이다, 이에 반해 연합단체가 독자적인 교섭권한을 갖지 않고 있을 때는 교섭권한을 갖는 단위노조로부터 교섭권을 위임받아 행사할 수 있다. 이 경우 연합단체는 단체교섭과 관련하여서는 아무런 권원이 없는 완전한 제3자에 해당하며, 제3자로서 단위노조의 교섭권한을 위임받아 단위노조를 위하여 단체교섭 및 단체협약을 체결하는 것이다. 어느 경우이든 간에 교섭권한을 위임한 단위노조는 수임받은 제3자(예컨대 상급단체)와 함께 교섭에 참여하는 것도 가능하며, 이때에는 체결된 단체협약이 누구의 명의로 되어 있느냐에 따라 단체협약이든 아니든 또는 단체협약 당사자가 누구인지 등 그 효력이 결정될 것이다.³⁶⁾

(3) 교섭권한 위임의 방식과 절차

교섭권한의 위임은 민법상 위임의 법리와 다를 바가 없으므로 위임된 단체교섭권의 행사에서도 쌍방대리 혹은 자기대리의 금지법리는 동일하게 적용된다.³⁷⁾ 이외에도 노사관계의 특성에 따른 추가적인 위임 행사의 제한

35) 연합단체와 단위노조 사이가 아니라 단위노조와 그 산하 지부 사이에는 교섭권한이 배제되는 것으로 보는 입장이 있다(김형배, 『노동법』, 박영사, 2018, 924면; 이승욱, “산별노동조합의 노동법상 쟁점과 과제, 『노동법연구』 제12호, 2002, 173면). 그러나 산하조직인 지부(혹은 분회)가 독립한 노동조합의 지위를 가질 것인지 아니면 산별노조 중앙으로 권한을 집중할 것인지 여부는 노조 내부에서 자율적으로 결정할 내용이 지 외부에서 개입하여 판단할 대상은 전혀 아니다.

36) 위 원자력병원노동조합 사건에서도 병원노련이 교섭권한을 위임받아 단체협약을 체결할 때 병원노련뿐만 아니라 원자력병원노동조합 위원장도 함께 서명·날인하였으므로, 수임인의 지위를 검토할 필요도 없이 이미 원자력병원노조와 사용자 간 체결된 단체협약으로 인정될 수 있다.

37) 사법관계 질서의 기본은 대등한 당사자 간의 자율적인 의사결정과 그에 따른 책임의

이 인정될 여지도 있다.³⁸⁾ 예컨대 노동조합이 교섭권한을 경쟁기업의 노조 간부에게 위임하는 경우와 같이 상대방 사용자 입장에서는 기업경영상의 비밀 누설 가능성과 경쟁관계로 인한 합리적인 교섭결과를 기대할 수 없는 경우가 예상된다면 이를 이유로 수입인의 교섭을 거부할 수 있을 것이다. 즉 이러한 교섭거부는 정당한 이유가 있는 교섭거부로 부당노동행위를 성립시키지 않는다.

민법상 위임에는 형식과 절차에 특별한 제한이 없다. 반면에 노조법은 집단적 노사관계의 특성에서 교섭권한 위임의 방식과 절차에 관하여 제한 규정을 두고 있다. 현행 노조법 제29조 제3항의 문언에 의하면 교섭권한 전부의 위임뿐만 아니라 일부에 대한 위임도 가능하다. 실제 단체교섭이라면 사실상 교섭행위뿐만 아니라 단체협약 체결이라는 법률행위까지도 포함하는 광의로 이해하므로, 그 전체를 위임하는 것도 가능하며 이중 사실상 교섭행위만을 위임하는 경우³⁹⁾도 가능하다.⁴⁰⁾ 나아가 단체교섭 대상과 관련

귀속에 기초하고 있다. 적어도 당사자 간의 이해관계의 대립구조가 유지되어야 자율적 조정을 거쳐 합의를 이끌어 낼 수 있는 것이다. 그런데 자기대리와 쌍방대리는 대리하는 대립적 이해관계의 자율적 조정 기능을 담보할 수 없다. 따라서 원칙적으로 금지하되 본인이 허용하거나 대립적 이해관계의 조정이 요하지 않는 채무변제와 같은 경우에는 예외적으로 허용되는 것이다(이영준, 『민법총칙』, 1995, 507면 이하 참고; 김형배·김규완·김명숙, 『민법학 강의』, 제11판, 2012, 266면).

38) 현행 노조법에는 더 이상 없지만 1997년 개정 노조법 제40조에 노사관계 지원 등에 관한 규정이 있었다. 동 규정은 1980년대 이래로 집단적 노사관계를 대표적으로 제약했던 제3자 개입금지 조항(당시 노동조합법 제12조의2, 노동쟁의조정법 제13조의2, 노사협의회법 제27조)이 완전 삭제되지 않고 변형된 모습으로 남아 있었던 잔재규정이라 할 수 있다. 노사관계지원 규정의 적용과 관련하여 당시 제기되었던 교섭권한 위임의 쟁점들이 참고될 수 있을 것이다. 이에 관해서는 박종회, “노사관계지원과 교섭권한위임에 관한 해석가능성 및 그 기본방향에 관한 제언”, 『경영법률』 제8호, 1998, 727면 이하 참조.

39) 법률행위가 수반하지 않는 사실행위의 위임만 있는 경우에는 위임관계는 존재하지만 대리관계는 없는 것이다(김형배·김규완·김명숙, 『민법학 강의』, 1494면 참조).

40) 이 부분에서 위 사례에 관한 중노위 판단에는 오류가 있다. 즉 중노위의 판단은 제29조 제1항에 관한 종래의 논쟁에 위임의 경우까지 포함되는 것으로 오해한 것이다. 그러나 제29조 제1항은 노조 대표자에게 부여된 권한에 관한 것으로 비록 1997년 이전 노동조합법 제33조 제1항이 “...교섭할 권한이 있다”로만 규정하고 있다 하더라도 대표의 법리에 따라 노조 대표자가 단체협약 체결권까지도 당연히 갖는다는 의미일뿐(대법원 1993.4.27. 선고 91누12257 판결), 이러한 논의가 노조가 다른 제3자에게 교섭권한

하여서도 위임 범위를 제한할 수도 있다. 민법에 따르면, 위임의 범위를 내부적으로 제한하였다 하더라도 상대방이 그에 관하여 알지 못하고 법률행위를 하였을 경우에는 무권대리의 법리에 따라 판단하면 될 것이다(민법 제125조, 제126조, 제129조). 그러나 노조법은 노사관계 안정성을 도모하기 위하여 애당초 단체교섭권한을 제3자에게 위임하고자 할 때에는 위임의 범위와 내용을 수임인의 이름 등을 명시하여 상대방에게 통지할 것을 규정하고 있다. 이를 위반하였을 때 무효가 되는 것은 아니지만, 적어도 노사관계 안정성을 위하여 법률에서 설정한 보호이익을 당사자 스스로가 포기한 것으로 보아 위임의 방식을 갖추지 않은 자가 그 위험을 부담하는 것으로 보편될 것이다. 따라서 단체교섭권을 위임할 경우 위임의 범위를 명시하여 상대방에게 제시하지 않은 경우라면, 원칙적으로 단체교섭 전반에 관해서뿐만 아니라 단체협약 체결권까지 위임한 것으로 봄이 상당하다.⁴¹⁾

2. 단체교섭권한 위임에 따라 단체협약이 체결된 경우 그 적용 관계

단위노조가 자신의 교섭권한을 상급연합단체에 위임하였는데, 그 상급연합단체도 자신의 고유한 단체교섭권을 가지고 있는 상태에서 단체협약을 체결한 경우이거나 또는 상급연합단체가 고유한 단체교섭권을 가지지 않은 상태에서 단체협약을 체결한 경우에 각 협약의 적용법리가 어떻게 될 것인지가 검토될 필요가 있다. 위 원자력병원노조 사례에서 법원은 상급연합단체인 병원노련이 노동조합으로서의 지위를 가지는지에 관해서는 검토한 바가 없었다. 만약 상급연합단체인 병원노련이 노동조합의 지위를 가지고 있었다면 설사 교섭권한을 위임하였다고 하더라도 이를 단위노조의 교섭권한에 기초하여 사용자와 협약을 체결한 것으로 봐야 할 것인지 아니면 위임이라는 형식에 구애됨이 없이 자신의 단체교섭권에 기초하여 사용자와 협약

을 위임하는 경우에 대해서까지 적용되는 것은 아니다.

41) 판례도 같은 입장을 취하고 있다(서울행법 2017.2.17. 선고 2016구합63774 판결).

을 체결한 것으로 보아야 할 것인지가 문제될 수 있다. 만약 전자라면 단체협약 당사자는 위임한 단위노조가 될 것이지만, 후자라면 상급연합단체 자신이 될 것이기 때문이다. 이와 관련하여, 상급연합단체에 노조 지위가 인정된다면 상급연합단체 스스로가 가진 단체교섭권한에 기인하여 단체협약을 체결한 것으로 봄이 타당하다. 왜냐하면 상급연합단체가 노동조합의 지위를 갖는다면 단위노조가 갖는 교섭권한의 권원을 상급단체 스스로도 가지고 있으므로 동일한 권원을 대상으로 한 위임이란 법리는 적용될 여지가 없는 것으로 봄이 타당하기 때문이다. 설사 단위노조가 상급연합단체인 노동조합에게 교섭권한을 위임하였다 하더라도 이는 실제 교섭진행을 상급연합단체가 맡아 하는 것으로 내부적으로 정리한 의미에서 ‘위임’으로 표현하였을 뿐이고, 상급연합단체 스스로가 가지는 교섭권한에 근거하여 교섭하고 협약을 체결한 것으로 보아야 한다.⁴²⁾ 이에 따르면 이후 단위노조가 사용자와 추가로 단체협약을 체결하더라도 체결당사자를 달리하는 두 개의 단체협약이 성립한 것이 된다. 즉 상급단체와 사용자 간에 체결된 단체협약과, 단위노조와 사용자 간에 체결된 단체협약이 그것이다. 그러나 두 개의 단체협약의 인적 적용범위는 동일하므로 동일한 근로관계에 대해 두 개의 단체협약은 경합관계에 서게 되며, 이 경우 법일반원칙인 ‘특별 우선의 원칙’에 의하여 단위노조가 체결한 단체협약이 우선적으로 적용되는 것으로 봄이 타당하다.⁴³⁾

이와 달리 상급연합단체가 노동조합으로서의 지위를 가지지 않았다면, 상급연합단체는 자신의 이름으로 교섭하고 단체협약을 체결할 수 있는 권한이 없다. 교섭하고 협약을 체결한 것은 구성원인 단위노조의 교섭권한을 수임받아 행한 것이 될 것이다. 그 결과 위의 경우와는 달리 상급연합단체

42) 물론 단체협약을 체결할 때 상급연합단체와 단위노조가 함께 서명날인하는 경우(공동교섭의 경우)에는 단위노조와 사용자 사이에 단체협약이 체결된 것으로 보면 된다. 위 원자력병원 사안에서 교섭권한을 위임받은 병원노련이 사용자와 단체협약을 체결할 당시, 원자력병원노조 위원장도 함께 서명날인을 하였다.

43) 박종회, “단체교섭권한을 상급단체에 위임한 단위노동조합의 교섭능력”, 『안암법학』 제7권, 1998, 189면 이하 참조.

가 체결한 단체협약도 단위노조의 수임인의 지위에서 체결한 것이므로 협약 당사자는 단위노조와 사용자이며, 그 후에 체결한 협약도 단위노조와 사용자가 체결한 것이 된다. 즉 원자력병원노조와 사용자는 이미 체결하였던 기존 단체협약을 합의해지하고 새로운 단체협약을 체결한 결과가 되므로 근로자 퇴직시 존재하는 단체협약은 후에 체결한 단체협약 하나뿐이어서 이 협약만 적용받는 것이 된다.

그러므로 교섭권한의 위임, 특히 그것이 상급단체와의 관계에서 행해질 경우, 단체교섭 및 단체협약 체결 당사자가 누구인지를 확정하는 것은 대단히 중요한 문제가 된다.

3. B지부와 乙사업조합에 대한 교섭권한 위임의 의미와 합의서의 효력

(1) B지부와 A노조 간의 교섭권한 위임에 대한 판단

위에서 살펴본 바를 기초로 위 사안을 판단해 보면 다음과 같다. 우선 A노조가 단위노조로서 스스로 독자적인 단체교섭 및 단체협약 체결권한을 가진 B지부에게 교섭권한을 위임한 경우를 상정해 보기로 한다. 이 경우에는 B지부도 노동조합의 지위를 가지므로, A노조가 갖는 교섭권한의 권원과 B지부의 그것은 중첩적으로 성립한다.⁴⁴⁾ 만약 甲회사의 근로자이면서 A노조에 가입하지 않고 B지부에 직접 가입한 자가 있다면 A노조의 교섭권원과 B지부의 그것은 일치하지 않을 것이다.⁴⁵⁾ 하지만 위 사안에서 B지부는 실

44) 만약 甲사의 근로자이면서 A노조에 가입하지 않고 B지부에 직접 가입한 자가 있다면 A노조의 교섭권원과 B지부의 그것이 일치하지는 않을 것이다. 하지만 위 사안의 경우 B지부는 실제로 개별근로자의 가입을 허용하지 않고 단위노조만을 구성원으로 조직한 상태이므로 이러한 상황은 발생하지 않는다.

45) 예컨대 사용자의 사업장에 지역별 노동조합(①)과 그 산하 지부(②), 다른 산업별 노조의 지회(③), 그리고 기업별노조(④)가 조직되어 있는 상황에서 교섭창구단일화 절차에는 ①③④만 참여하였다. 이때 ①은 창구단일화 절차 개시 이전에 ②로부터 교섭권한을 위임받았고 그 사실을 사용자에게만 구두로 통지하였다. 그러나 이를 서면으로 작성하여 제출하거나 또는 교섭요구를 할 당시 위임사실을 다른 노조에게 공지한 바가 없이 ②의 조합원 수를 합산하여 교섭요구 노조 조합원 수로 제시하였고

제적으로 개별근로자의 가입을 허용하지 않고 단위노조만을 구성원으로 조직한 상태이므로 이러한 상황은 발생하지 않는다. 그렇다면 B지부 스스로가 갖는 고유한 단체교섭 및 단체협약 체결권의 권원과 A노조의 그것은 일치한다. 따라서 A노조가 B지부에게 교섭권한을 위임한다는 것은 법적인 관점에서의 위임이 아니라 교섭권 행사주체를 누구로 할 것인지에 관한 내부적 정리의 의미로 볼 수 있다. 이것이 일반적인 교섭권 위임의 경우이다.

그런데 위 사안에는 다른 중요한 요소가 있다. 교대노조의 지위가 매개되어 있다는 점이다. 2011.7.1.부터 복수노조를 전제로 교섭창구단일화제도가 시행되었다. 이에 따라, 교대노조가 결정되게 되면 교대노조는 교섭창구단일화 절차에 참여한 모든 노동조합과 조합원을 대표하는 지위에서 단체협약을 체결하게 되고, 체결된 단체협약은 이들 모두에게 적용된다. 즉 교대노조의 지위를 가지게 된 과반수노조는 자신의 조합원을 위해서뿐만 아니라 자신의 조합원이 아닌 참여 소수노조 조합원을 위하여 근로조건 개선을

그에 따라 ①노조가 과반수 노조로 결정되었다. 그러나 ①노조가 ②로부터의 교섭권한 위임받은 사실이 사전에 공지되지 않았던 점을 이유로 ②의 조합원 수를 배제한 ①노조 소속 조합원 수만을 기초로 교대노조를 결정하여야 한다고 본 사례이다. 이 사안에서 ①노조 조합원 수는 37명, ②지부 조합원 수는 106명, ③ 지회는 50명, ④ 기업별노조는 38명이었다. 이에 관하여 노동위원회는 ②지부에 대해 노동조합의 지위를 인정하면서 ①과 ②는 별개의 노동조합으로 판단하였고 ②가 ①에게 교섭권한을 위임하였다고 볼 수 없다는 이유에서(인천지노위 2012.6.21. 인천2012교섭14), 혹은 교섭창구단일화 절차 참여 이전에 교섭권한을 위임하는 것은 효력이 없다는 점에서(중노위 2012.8.2. 중앙2012교섭19) 각각 ② 지부의 조합원 수를 ①노조 조합원 수에 산입하는 것은 맞지않다고 보고 ①의 과반수노조로 결정한 것에는 잘못된 것으로 판단하였다. 이에 대하여 서울행정법원은 결론은 같이 하면서도 교섭창구단일화절차 이전에도 교섭권한 위임은 할 수 있지만 이를 교섭창구단일화 절차에서 유효하게 주장하기 위해서는 단일화 절차 이전에 어떠한 노동조합이 다른 노동조합에게 단체교섭에 관한 권한이나 교섭창구 단일화 절차에 참여할 권한을 위임하였다는 사실을 단일화절차에 참여한 또 다른 노동조합이 명백하게 알 수 있도록 하는 것이 반드시 필요하고, 그러한 절차를 취하지 못한 권한위임은 그 효력을 인정할 수 없는 것으로 보았다(서울행법 2013.3.29. 선고 2012구합29653 판결). 이 사안에서 특히 주목할 부분은 사용자 회사에 종사하는 근로자 중 ①노조 조합원과 ②지부 조합원의 수가 일치하지 않고 많은 수는 ②지부에만 가입하고 있었다는 점이다. 이러한 경우를 예방하고 중앙으로 권한을 집중하기 위한 차원에서 행하는 조치가 위 사안에서와 같이 가입연계조항을 두는 것이다. 이렇게 하면 초기기업별노조와 기업단위 지부의 조합원 수는 일치하게 된다.

위해 교섭권한을 행사하게 되는 것이다. 그렇다면, 위 사안에서 교섭창구단 일화 절차에 A노조만 교섭을 요구할 수 있는지 아니면 B지부도 교섭을 요구할 수 있는지가 문제가 된다. 왜냐하면 두 노조 모두 자신의 고유한 교섭 권한에 기초하여 교섭을 요구할 지위에 서기 때문이다. 이 경우 A노조와 B지부 모두 고유한 단체협약체결권에 기하여 甲회사에 근로하는 조합원(B지부의 경우는 조합원인 A노조의 조합원)에 대한 교섭권을 행사할 수 있다.⁴⁶⁾ 그렇지만 상호 간 조율을 통해 하나의 노조만 교섭을 요구하는 것이 일반적일 것이다. 그렇지 않고 두 노조 모두가 교섭창구단일화에 참여하는 경우라면 교섭대표노조를 결정하는 과정에서 하나를 배제하도록 하거나 아니면 동일한 근로자를 조합원으로 하고 있는 관계로 조합원 수 산정시에 중복 처리하는 방법을 적용할 수도 있을 것이다.⁴⁷⁾ 그러나 위 사안의 경우, A노조만 교섭요구를 하였고 B지부는 요구하지 않았다. 그리고 A노조가 과반수노조로 甲회사 사업장에서 교대노조로 결정되었다. A노조는 교대노조의 지위가 결정된 이후에 단체교섭권을 B지부에게 위임한 것이므로 이때 위임된 교섭권의 범위는 소수노조 조합원까지 포함하고 있어 B가 가지고 있는 고유한 교섭권한의 범위와는 다르다. 그 결과 위의 원자력병원노조 사례와 같은 분석 법리가 동일하게 적용될 수는 없다.⁴⁸⁾

따라서 A노조가 B지부에게 위임한 교섭권한은 B지부가 가진 교섭권한

46) 위 각주 43)의 경우 참조.

47) 이 경우 동일한 조합원을 두 개의 노조로 나뉘어지므로 결과적으로는 두 개 노조 모두에게 불리하게 작용된다. 따라서 자연스럽게 하나의 노조로 교섭요구노조를 통일시킬 수 있을 것이다.

48) B지부는 A노조 조합원뿐만 아니라 다른 운수회사에 종사하는 운전직근로자인 조합원들을 위해서도 고유한 교섭권한을 가지므로 처음부터 A노조와 B지부는 동일한 차원에 놓여져 충돌관계에 서지 않는다는 지적도 가능할 수 있을 것이다. 그러나 현행 법은 교섭단위를 사업 혹은 사업장 단위를 전제하므로 초기업별 단위에서 교섭이 이루어지기 위해서는 B지부가 각 사업장별 교섭창구단일화과정에 참여하여 교대노조의 지위를 획득한 다음 통일적·집단적으로 교섭하거나 아니면 위 사안처럼 지부가 아닌 단위노조가 교대노조 지위를 획득한 다음 B지부에 교섭권한을 위임하여 집단적으로 교섭을 진행하는 방안이 있을 수 있다. 현행법상 사업 혹은 사업장 단위를 뛰어넘어 초기업별 조직단위 전체를 하나의 교섭단위로 삼을 수 있을 것인가에 대하여 일정한 조건 하에서 가능할 수 있다는 해석론도 있다(이정현, “교섭단위의 결정법리와 교섭단위의 확대”, 『노동법포럼』 제27호, 2019, 22면 이하 참조).

과는 다른 권한이므로 통상의 위임관계가 성립한 것으로 볼 수 있다. 노조법 제29조 제3항에 따라 A노조가 교대노조 지위에서 B지부에게 교섭권한을 위임함에 있어서는 위임의 범위를 정하여야 하며, 특정하지 않은 경우에는 단체교섭 및 단체협약 체결권까지 모두 포함하여 위임한 것으로 봄이 상당하다. 그런데 위 사안에서 A노조는 B지부에 교섭과 관련한 위임의 범위를 “... 단체협약 갱신체결을 위한 단체교섭 권한을 위 수임 단체의 교섭위원에게 위임함”으로 기재하였다. 이때 ‘단체교섭 권한’의 의미가 무엇을 뜻하는지가 분명하지 않다. 다만 종전의 관례, 합의 과정 내지 합의서 체결 후에 합의의 의사를 표명한 당사자측의 의사 등을 통해 진의를 추론해 보면,⁴⁹⁾ 사실상의 교섭만을 진행하는 권한만 위임한 것일 뿐 단체협약 체결권한까지 위임한 것은 아닌 것으로 해석된다. 그리하여 체결된 합의서는 그 자체가 단체협약으로서가 아니라 각 단위사업장에서 단체협약을 별도로 체결함에 있어서 참고자료로서 활용될 수 있는 가이드라인에 불과한 것이다.

(2) 甲회사의 乙사업조합에 대한 교섭권한 위임에 대한 판단

이에 반해 乙사업조합은 위에서 살펴 본 바와 같이 사용자단체로서의 지위를 가지지 못한다. 사용자단체가 아닌 이상 甲회사가 乙사업조합에 교섭권한을 위임한 경우, 그 위임은 전혀 별개 법적 조직인 제3자에게 교섭권한을 위임하는 것과 다를 바가 없다. 그렇다면 乙사업조합은 수임인의 지위에서 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 위임받은 교섭권한 범위 내에서 甲회사를 위하여 교섭을 행하여야 한다. A노조의 B지부에 대한 위임과는 달리 甲회사 대표자는 乙사업조합에게 “본인은 운전직 근로자에 대한 2015년도 임금협의 및 단체협약에 관한 권한 일체를 충남버스운송사업조합 이 00 이사장에게 위임합니다”라는 내용을 위임장에 기재하였다. 이때 일체의

49) 위 II. 1.과 3.에서 기술된 사실관계 내용 참조. 서울행정법원은 위임장의 기재만으로 형식적으로 판단할 것이 아니라 수임인의 지위, 위임하게 된 경위, 협약체결 전후의 사정, 단체교섭의 원활과 효율적인 운영 및 노사관계안정이라는 관점에 비추어 단체교섭권을 체결권으로부터 분리하여 위임할 합리적인 필요성이 있었는지 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다고 보았다(서울행법 2017.2.17. 선고 2016구합63774 판결).

권한이라 함은 교섭사항에 대한 제한도 없이, 그리고 단체협약 체결권까지 모두 위임한 것으로 해석된다. 그렇다면 乙사업조합은 甲회사를 위한 포괄적인 교섭권한을 행사할 수 있는 수임인의 지위에 서게 된다.⁵⁰⁾ 다만 수임인의 지위에 선다는 것은 어디까지나 甲회사를 위하여 교섭하고 협약을 체결하는 것을 의미하는 것이므로 甲회사의 이름으로 단체협약이 체결되는 현명(顯名)이 이루어져야 한다. 만약에 합의서 작성시에 수임인인 乙사업조합과 더불어 甲회사도 교섭위원으로 함께 자리하여 서명·날인하였다면, 그 자체로서 B지부와 甲회사 사이에 단체협약이 체결된 것으로 인정할 수도 있을 것이다. 그러나 합의서 작성 당시 甲회사는 교섭위원으로 참석도, 서명도 함께 하지 않았으며, 乙사업조합도 甲회사의 이름으로 합의서에 서명·날인하지도 않았다. 사정이 이러하다면 합의서는 甲회사를 구속하는 단체협약으로 성립된 것이 아니다. 따라서 합의서는 단지 乙사업조합과 B지부간의 단순한 약정에 불과하다.⁵¹⁾ 그렇기 때문에 이들은 각 회원사별로 단체교섭 및 단체협약을 체결할 때 참고자료로 활용하도록 권고한 것도 충분히 이해될 수 있다.

4. 위 사안에 관한 종합 검토

이상의 내용을 종합적으로 고려하면, 위 사안에서 B지부는 노동조합의 지위를 가지나 乙사업조합은 사용자단체의 지위를 갖지 못하므로 양자 간에는 고유한 협약체결능력에 기초하여 단체협약을 체결할 수 있는 지위가 인정되지 않는다. 그런데 甲회사에서 진행된 교섭창구단일화절차에 A노조가 참여하여 과반수노조로서 교대노조의 지위가 결정된 바, 이때 B지부가

50) 물론 위임서에서는 乙사업조합 이사장 이OO에게 위임한다고 기재되어 乙사업조합이 아닌 자연인 이OO에게 위임한 것으로 볼 여지도 있지만, 그간의 관행이나 교섭과정의 진행 등에 비추어 볼 때 乙사업조합 대표자에게 교섭권한을 위임한다는 의미로 보는 것이 타당하며 이는 곧 乙사업조합에게 교섭권한을 위임한 것이다.

51) B지부와 乙사업조합이 합의서를 작성할 때 교섭위원으로 참여한 다른 단위노조 위원장이 자신의 명의를 부가하여 함께 서명·날인하였다면, 이는 개별사업주와 단위노조 사이에 단체협약이 체결된 것으로 볼 수 있다.

갖는 고유한 교섭 및 협약체결권한은 교대노조인 A노조가 갖는 그것과는 서로 다르며, 교대노조인 A노조의 교섭권한 위임은 통상의 교섭권한 위임으로 볼 수 있다. 그런데 이때 위임의 범위 등과 관련해서는 협약체결권까지 일체의 권한을 위임한 것이 아니라 사실상 교섭을 행하는 것만을 위임한 것으로 봄이 당사자 진의에 부합한다. 더욱이 B지부는 합의서를 체결할 때 A노조를 현명하지도 않았다.

이와 별개로 乙사업조합은 사용자단체로서의 지위는 갖지 않지만, 甲회사로부터 일체의 교섭권한을 위임받았다. 그러므로 甲회사에 대한 수임인의 지위에서 甲회사를 위하여 단체협약을 체결할 수도 있다. 그런데 B지부의 경우와 마찬가지로 乙사업조합이 합의서를 체결할 때 甲회사를 현명하지 않았다. 사실관계가 이러하다면, B지부와 乙사업조합 간에 성립한 합의서는 단체협약이 아닌, 단순한 B지부와 乙사업조합 간의 합의에 불과하다. 그렇다면 2015.8.31. 당시에는 합의서가 단체협약이 아니고 2015년 단체협약도 체결되기 이전이므로 종전 2013년 단체협약서에 규정된 자동연장조항에 의거하여 정년이 57세로 규율되는 상태라고 할 수 있다. 따라서 2015.8.31. 근로자 X에 대한 정년퇴직은 유효한 협약규정에 의거하여 이루어진 것으로 근로관계가 정당하게 종료한 것이 된다. 결국 법원 판결과는 결론에서는 동일할지라도 단체교섭 및 단체협약 당사자가 누구인지를 확정하는 부분, 교섭권한 위임관계, 특히 교대노조로서 교섭권한을 위임한 경우의 특수성 등을 분석 제시함이 없이 판단한 부분에 대해서는 아쉬움이 크다.

V. 나아가는 말

노동단체의 중층적 구조에서 실무에서는 산업별연합단체와 산하 단위노조 중 누가 단체교섭 및 단체협약 체결당사자의 지위를 갖는지가 문제되며, 특히 산업별연합단체가 산별노조를 지향하는 조직전략을 추진하고 있을 경우에는 더더욱 복잡한 문제를 야기할 수 있다. 연합단체가 단위노조인 산별노조의 조직형태를 취하지 못하는 것은 산하 단위노조가 갖는 독자적인

권한(단체교섭 및 단체협약 체결권한)을 상급단체로 이양하지 않기 때문이며, 그 상태에서 상급단체와 단위노조 간의 의견이 일치하지 않거나 혹은 상대방 사용자 내지 사용자단체와의 관계가 제대로 정리되지 않을 경우에는 단체교섭당사자 및 단체협약체결 당사자가 누구인지를 확정해야 하는 문제가 계속 제기될 수 있다. 이러한 문제는 산별노조 하에서도 발생할 수 있다. 즉 단위노조의 지위를 가진 산별노조는 독립적이고 고유한 단체교섭 및 단체협약 체결권한을 가진다. 반면에 산하조직인 지부(혹은 분회)의 경우, 독립한 단체로서 독자적인 교섭권한 및 협약체결권한을 보유하고 있는지에 따라 지부 스스로가 노동조합의 지위에 등장할 수도 하지 않을 수도 있게 된다.⁵²⁾ 산별노조 지부가 노동조합의 지위를 가질 경우 산별노조는 단위노조로서 강력한 중앙집권적인 지위를 가질 수 없게 된다. 반면 지부가 독자적인 단체교섭 및 단체협약 체결능력(노동조합의 지위)을 갖지 못하는 비법인사단인 근로자단체로서만 머문다면 교섭당사자 지위가 중첩되는 경우는 발생하지 않는다. 결국 노동단체 내부조직을 어떻게 정비하고 이끌어가고 있는냐에 따라 교섭질서와 교섭주체가 정리되게 된다.

위 사례에서는 노동단체의 중층적 구조 하에서 누가 교섭당사자의 지위를 갖는지의 문제를 교섭창구단일화절차가 진행되었을 때 교섭권한 위임의 의미 내지 범위와 연계하여 당사자를 확정하여야 하는 좋은 사례로 제시될 수 있다. 이를 통해 단체의 조직 내부관계에 적용되는 법리 안에서 노동조합의 지위와 교섭권한의 위임 법리가 함께 고려되면서 그 적용관계가 조율되어야 함에 유의할 필요가 있다.

산별체제 하에서 단체협약 당사자 확정에 관한 연구 - 박 중 회	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.08.10.	2020.08.31.	2020.09.21.

52) 예컨대 민주노총 금속노조와 그 산하의 지부와와의 관계와 한국노총 금융노조가 그 산하 지부와 형성하고 있는 관계를 비교해 보면 잘 드러난다. 전자의 경우 금속노조만 노동조합의 지위를 갖는 반면, 후자의 경우에는 양자 모두에게 노동조합의 지위가 인정된다.

[참고문헌]

- 김형배, 『노동법』, 제26판, 박영사, 2018.
- 김형배·김규완·김명숙, 『민법학 강의』, 제11판, 신조사, 2012.
- 박종희, “노동조합의 개념과 협약능력”, 『노동법에 있어서 권리와 책임』 (김형배교수화갑기념논문집), 박영사, 1994.
- 박종희, “단체교섭권한을 상급단체에 위임한 단위노동조합의 교섭능력 - 서울민지판 1997.8.21, 96가합64494 부당이득금 반환청구사건 -”, 『안암법학』 제6권, 안암법학회, 1997.
- 박종희, “노사관계지원과 교섭권한위임에 관한 해석가능성 및 그 기본방향에 관한 제언”, 『경영법률』 제8호, 한국경영법률학회, 1998.
- 박종희, “단체교섭 당사자 확정의 법리 - 자율성과 효율성, 특히 단위노동조합 하부조직인 지부분회와 연합단체의 단체교섭 당사자 적격성을 중심으로 -”, 『노동법학』 제17호, 한국노동법학회, 2003.
- 이승욱, “산별노동조합의 노동법상 쟁점과 과제”, 『노동법연구』 제12호, 서울대학교노동법연구회, 2002.
- 이영준, 『민법총칙』, 박영사, 1995.
- 이정현, “교섭단위의 결정법리와 교섭단위의 확대”, 『노동법포럼』 제27호, 노동법이론실무학회, 2019.
- 임종률, 『노동법』, 제18판, 박영사, 2020.
- 하갑래, 『집단적 노동관계법』, (전정4판), 중앙경제, 2016.

【국문초록】

복수노조 체제와 더불어 노동조합 조직형태도 초기업별노조로 많이 변모되었다. 종래 교섭체제하에서는 초기업별 노조 형태가 되더라도 교섭당사자를 확정하는 문제가 그리 쟁점화 되지는 않았다. 초기업별노조와 산하 지부간에 각각 독자적인 단체교섭권이 인정되는 경우라 하더라도 특정노조(지부)가 단체교섭을 진행하여 협약을 체결하는 경우 협약 당사자가 명확하게 확정될 수 있기 때문이다. 그러나 복수노조 전면 허용과 더불어 도입된 교섭창구단일화 체제 하에서는 다른 양상이 전개될 수도 있다. 이는 중층적으로 조직된 노동단체의 조직에서 산별연합단체가 산별노조 조직형태를 지향하는 중간과정에서는 각 층위별 노동단체가 노동조합으로서의 지위를 갖는지, 그리하여 누가 단체협약 당사자가 되는지 등의 문제가 검토되어야 하기 때문이다. 특히 교섭창구단일화절차가 사업장 단위로 전개되는 까닭에 교대노조의 지위를 가진 단위사업장노조(기업별노조)가 교섭권한을 상급단체로 위임하는 경우 단체협약 체결 당사자를 확정하는 문제는 교섭권한의 위임과 관련된 부분이 함께 연계되어 쟁점이 된다.

이런 문제 의식하에서 본고에서는 각 노동단체가 노동조합으로서의 지위를 갖는지 여부는 명칭이나 중층적 조직체계 내에서 어떤 위치에 있는지를 불문하고 주체성, 자주성, 단체성 및 목적성의 요건을 갖추었는지 여부로 판단하면 되는 것으로 보았다. 이를 바탕으로 상급단체와 하부조직 각각에 노동조합의 지위가 인정되는 경우 하부조직이 교섭권한을 상급단체에 위임하고 이를 토대로 상급단체가 협약을 체결하면 이는 원칙적으로 상급단체가 자신의 교섭권한에서 단체협약을 체결한 것으로 보았다. 그러나 이러한 결론도 교섭창구단일화절차가 개입되는 경우에는 달라지는데, 교섭대표노조의 지위를 가진 하부조직의 교섭권한은 상급단체의 그것과 달라 설사 상급단체가 하부조직으로부터 위임받아 단체협약을 체결하였다 하더라도 이는 자신의 교섭권한으로 체결한 것이 아니라 위임받은 교섭권한으로 단체협약을 체결한 것이 된다. 즉 단체협약 당사자가 달라진다. 나아가 상급단체가 노동조합의 지위를 가지고 있고 상대방 사용자측 단체가 사용자단체로서의 지위를

갖지 못하지만 교섭권한을 사용자로부터 위임받아 합의서를 체결한 경우에는 교섭권한 위임의 범위에 따라 합의서의 법적 효력이 달라질 수 밖에 없다. 그러므로 구체적 사안에서는 노동단체 및 사용자측 단체의 규약이나 정관 그리고 사실관계 등의 엄밀한 분석이 이루어진 후에 단체교섭 당사자로서의 지위가 인정되는지, 위임의 범위에 따라 그 지위가 어떻게 달라지는지 등이 검토되어야 한다. 본문에서 소개한 법원 판결의 결론에는 동의하지만 그런 결론을 도출하는 과정에는 여러 가지 미흡한 점들이 지적될 수 있다.

【Abstract】

A study on the confirmation of the parties to the collective agreement under industrial trade union system

Jong-Hee Park

(Professor, Korea University Law School)

Recently, the organization of trade union has changed a lot to industrial trade union' level. So far, it has not been difficult to confirm parties to collective bargaining in charge even if it takes the form of industrial union. Even if industrial trade union or subordinate organization of industrial trade union enters into a collective agreement, it is clear who is the party. However, different aspects can be developed under the single bargaining unit system. When labor organizations are in the process between industrial federation of trade unions and subordinate organization of industrial union, the issue is whether they have trade union status at each stage. In accordance with the procedure for the single bargaining unit, if a trade union with a status of bargaining representative union delegates the negotiating authority to a higher organization to sign a collective agreement, the issue of determining who is a party to the agreement is raised.

In this paper, it was determined whether each labor organization had a status as a trade union or not by meeting the requirements of self-reliance, independence, organization and purpose. If a higher organization and a lower organization have the status of a trade union, the lower organization delegates the negotiating authority to the higher

organization, and even if the higher organization concludes a collective agreement, the higher organization has signed a collective agreement in its own negotiating authority. However, it will be different if the procedure for the single bargaining unit is involved. The negotiating authority of the subordinate organization, which is the bargaining representative union, is different from the authority of the higher-level organization, so the higher-level organization has entered into a collective agreement under the status of the person in charge. That is, in this case, the party to the collective agreement shall be the subordinate organization which is the bargaining representative union. Furthermore, If an agreement has been made with an entity that simply has been delegated the negotiating authority by the employer (without having the status of the employer's organization), the effect of the agreement will also depend on the content of the delegation.

In each case, there should be a thorough analysis of the regulations, articles of association and facts of each organization. Then, who is the party to collective bargaining should be reviewed and how the status varies according to the law of delegation. I agree with the conclusion of the Court ruling introduced in the paper, but I think there is something lacking in the process in which the Court draws such a conclusion.

주제어(Keyword) : 노동조합(trade union), 단위노조(unit of trade union), 연합단체(federation of trade unions), 단체교섭 당사자(parties to collective bargaining), 단체협약 체결능력(ability to conclude collective agreements), 노동조합 요건으로 목적성(purpose of requirement for trade unions), 교섭권한의 위임(delegation of right to collective bargaining), 교섭대표노조의 교섭권한 위임(delegation of right to collective bargaining of bargaining representative union)

위법수집증거의 의무적 배제를 지지하는 ‘의무적 배제론’에 대한 분석적 고찰*

- 김봉수 교수와 이석배 교수의 견해를 중심으로 -

권 순 호**

▶ 목 차 ◀

I. 들어가는 말	III. 이석배 교수의 의무적 배제론 분석
II. 김봉수 교수의 의무적 배제론 분석	1. ‘실체적 진실 규명’의 이념에 대한 비판
1. 판례의 태도에 대한 비판	2. 조문의 형식을 근거로 의무적 배제를 주장하는 논증
2. 재량적 배제론이 조문의 해석을 통해 도출될 수 없음을 지적하는 논증	3. 의무적 배제의 구체적인 결론
3. 소결	4. 소결
	IV. 나오며

I. 들어가는 말

본 연구는 위법수집증거의 증거배제에 관한 학계의 견해 중에서, 롤즈가 그의 저서 ‘정의론’에서 찾고자 한 것처럼 무엇이 “최선의 접근방식”이

* 본 연구논문은 필자의 석사과정 지도교수이신 경찰대학 류부곤 교수님의 도움을 통해 완성도를 높일 수 있었다. 난잡한 초고를 살펴보신 후 세심한 조언을 해 주신 교수님의 인품과 뛰어난 식견에 지면을 빌어 깊은 감사의 인사를 올린다.

** 경찰대학 치안대학원 석사과정(수사법제전공)

될 수 있는지 파악하는 것을 연구의 목표로 한다.¹⁾ 따라서 본 연구의 내용이 타당한 것으로 수용된다면, 우리는 위법수집증거의 증거배제에 관한 견해 중 어느 것이 보다 우선적으로 고려되어야 하고 또 어느 것이 고려의 대상에서 일단 배제되어야 하는지 판단할 수 있다. 이것이 바로 롤즈가 말한 “진정한 문제”이자, 본 연구의 목표이다.

보다 구체적으로는, 지난 연구에서 학계의 재량적 배제론 네 가지를 논리적으로 분석한 후 최선의 접근방식으로서 하태영 교수의 견해를 도출한 것처럼,²⁾ 본 연구에서는 위법수집증거의 의무적 배제를 지지하는 견해 중에서 김봉수 교수의 견해를 “최선의 접근방식”으로서 제안하고자 한다. 이를 위해, 학계에서 드물게 위법수집증거의 의무적 배제를 주장하며 논증을 풍부하게 전개하는 김봉수 교수, 이석배 교수의 견해를 분석대상으로 선별했다. 아래에서는 각각의 논증을 상세히 검토하고, 결론으로서 김봉수 교수의 견해가 의무적 배제론 중 최선의 접근방식임을 증명할 것이다.

이를 위한 방법론으로 필자는 분석적 검토의 방법을 채택했다. 여기서 말하는 ‘분석적’ 검토란, 각 견해의 논증을 엄밀하게 재구성한 후 개별 논거의 적절성을 일일이 따져 적절한 논거는 인용하고 부적절한 논거는 기각하였음을 의미한다.³⁾ 그리고 이러한 방법론의 타당성은 직관적으로 받아들여진다. 왜냐하면 특정한 쟁점에 관해 어떤 학설이 나름의 주장을 할 때, 논지를 뒷받침하는 논거가 적절하지 않다면 그 견해는 받아들이기 어려울 것이기 때문이다.

-
- 1) “모든 이론은 어딘가 미흡한 점을 가졌다고 생각된다. 언제나 진정한 문제란 이미 제시된 입장들 중에 어느 것이 대체로 최선의 접근방식인가를 아는 일이다.”(존 롤즈/황경식 역, 「정의론」, 이학사, 2003, 94면).
 - 2) 필자는 직전의 연구에서 학계의 의무적 배제론과 대립하는 ‘재량적 배제론’에 관해 연구하면서, 조국 교수·하태영 교수·안성수 검사·이완규 변호사의 견해를 분석한 바 있다. 그리고 그 가운데 최선의 접근방식으로서 하태영 교수의 견해를 도출했다. 이에 대해서는 권순호, “위법수집증거의 재량적 배제를 지지하는 이론바 ‘재량적 배제론’에 대한 분석적 고찰”, 범죄수사학연구, 경찰대학 범죄수사연구원, 통권 제10호, 2020, 77-100면.
 - 3) 본 연구에서 지향하는 ‘분석적’ 방법이란, 현대 영미철학을 분석철학이라고 지칭할 때의 ‘분석’을 의미한다. 분석철학에서의 ‘분석’이라 함은 논증을 엄밀하게 분석·분해하는 태도나 신념을 가리킨다(스티븐 P. 슈워츠/한상기 역, 「분석철학의 역사: 러셀에서 롤즈까지」, 서광사, 2017, 25면).

II. 김봉수 교수의 의무적 배제론⁴⁾ 분석

위법수집증거의 의무적 배제를 지지하는 김봉수 교수의 논증은 그의 글에서 크게 세 부분으로 나뉜다. 첫 번째는 재량적 배제의 입장을 취하는 판례의 태도가 내포하는 문제점을 다양하게 지적하는 부분이고,⁵⁾ 두 번째는 재량적 배제론이 조문의 해석을 통해 도출될 수 없음을 논증하는 부분이다.⁶⁾ 그리고 이러한 논의를 바탕으로 하여, 그가 제안하는 의무적 배제론이 구체적으로 설명되는 것이 마지막 부분이다.⁷⁾ 이 중에서 첫 번째 부분이 면수로 보아 7면의 분량을 차지하고, 두 번째가 3면의 분량을 차지한다.

논증이 차지하는 분량에서 알 수 있듯이, 위법수집증거의 의무적 배제를 지지하는 김봉수 교수의 주된 논증은 판례의 재량적 배제론에 대한 비판이 된다. 따라서 그의 견해를 엄밀하게 파악하기 위해서는 이에 대해 먼저 상세히 살펴보아야 한다. 그러므로 아래에서는 판례에 대한 김봉수 교수의 비판을 여러 방면에서 분석하고, 뒤이어 재량적 배제론이 조문의 해석을 통해 도출될 수 없음을 논증하는 부분을 검토하겠다.

1. 판례의 태도에 대한 비판

김봉수 교수는 위법수집증거배제법칙의 해석지침 역할을 수행하는⁸⁾ 대

4) 김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰 - 왜 유독 ‘비진술증거’에 대해서만 ‘재량적 배제’를 인정하려 하는가? -”, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회, 제11권 제2호, 2009, 189-212면

5) 김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰”, 194-200면

6) 김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰”, 205-207면

7) 김봉수 교수는 기본권과 관련성이 있는 헌법상의 적법절차 규정뿐만 아니라 증거수집과 관련성을 갖는 형법 및 형사소송법상의 절차규정까지도 포함하여 이 규정들을 위반했을 때 예외없이 의무적으로 증거능력이 배제되어야 한다는 입장이다. 다만, 효력규정을 제외한 훈시규정의 경우에는 공정성을 담보하고 있는 절차에 대해 피의자나 피고인이 가지고 있는 신뢰나 기대가 반영되어 있지 않으므로 이것을 절차위반으로 보아서 증거능력을 배제할 필요가 없다고 덧붙이고 있다(김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰”, 202-205면).

8) “…… 2007년 ‘김태환 제주지사 사건’ 판결은 제308조의2의 해석지침으로 작동하게

법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061판결이, 비진술증거(물적 증거)에 대해서만 위반의 정도를 문제 삼아 증거배제 여부를 재량적·형량적으로 판단하고 있다고 지적한다.⁹⁾ 그리고 이러한 판례의 태도가 내포하는 문제점으로 아래와 같이 대략 다섯 가지를 언급한다.¹⁰⁾

첫째, 재량적 배제에 의해 위법수집증거를 사용하는 것은 형벌권의 정당성을 담보할 수 없게 한다. 둘째, 위법수집증거배제법칙의 도입에는 이미 실체적 진실 규명의 희생이 전제되어 있으므로 제도의 적용 영역에서 다시 실체적 진실 추구를 언급하는 것은 논리모순이다. 셋째, 위법수집증거배제법칙은 실체적 진실을 규명해 나가는 과정에서 적용되는 증거법상 원칙이므로 실체적 진실 규명의 가치보다 우선되어야 한다. 넷째, 비진술증거의 경우에만 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하고 진술증거의 경우에 그렇게 하지 않는 것은 비일관적인 태도이다. 마지막으로, 판례의 재량적 배제론은 폐기된 ‘성질·형상 불변론’을 극복하지 못했다.

필자는 위와 같은 김봉수 교수의 지적이 판례의 재량적 배제론이 내포할 수밖에 없는 문제점을 여러 면에서 적절히 꼬집고 있다고 생각한다. 하지만 이에 대해서는 판례를 옹호하고자 하는 재량적 배제론자의 입장에서 도 어느 정도 반박이 제기될 수 있어 보인다.

그래서 아래에서는 김봉수 교수의 비판에 재량적 배제론자가 가할 반박으로 어떤 것들이 있고, 또 이러한 반박을 그의 논증이 성공적으로 이겨낼 수 있는지 상세히 살펴보겠다. 결과적으로는, 김봉수 교수의 비판적 논증이 판례를 옹호하는 재량적 배제론자를 논쟁의 차원에서 결정적으로 물리칠 수 있음을 증명할 것이다.

되었다.”(조국, “2007년 이후 대물적 강제처분 분야에서의 위법수집증거배제”, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회, 제19권 제1호, 2017, 234면)

9) 김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰”, 195면

10) 김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰”, 196-197면

가. 재량적 배제에 의해 위법수집증거를 사용하는 것은 형벌권의 정당성을 담보할 수 없게 한다는 김봉수 교수의 주장

김봉수 교수는 판례의 재량적 배제론에 대해, ‘형사절차에서 위법수집 증거를 재량적으로 배제하는 것은 형벌권의 정당성을 담보할 수 없게 한다’고 먼저 비판한다.

그런데 이러한 주장을 맞닥뜨린다면, 재량적 배제론자는 이와 동일한 가치를 지니는 반대 명제를 나란히 세우는 등치(isostheneia)의 방법을 사용할 것이다.¹¹⁾ 예를 들어, 조국 교수는 그의 2004년도 논문에서 “위법수집 증거의 자동적이고 의무적인 증거배제는 …… 형사정의와 형사사법체제에 대한 불신을 조장한다.”고 이야기한다.¹²⁾ 재량적 배제론자는 이것을 김봉수 교수의 주장과 나란히 세우고는, 대립하는 두 명제 중 무엇이 옳은지 단정 지을 수 없다거나 혹은 조국 교수의 주장만이 유일하게 옳다고 주장할 수 있다.

이때, 재량적 배제론자의 반박이 조국 교수의 주장만 옳고 김봉수 교수의 주장은 그르다는 취지가 아니라, 단지 김봉수 교수와 조국 교수의 주장 중 무엇이 옳은지 단정할 수 없다는 ‘판단유보’(epoche)¹³⁾의 수준에 머무른다면, 이것은 어느 정도 타당한 면이 있다. 왜냐하면 김봉수 교수가 말하는 형벌권의 정당성과 조국 교수가 말하는 형사정의·형사사법체제에 대한 신뢰가 엄격하게 구분되는 개념인지 분명치 않은데, 김봉수 교수와 조국 교수 모두 자신의 주장이 옳고 대립하는 주장이 그르다는 사실에 관해서는 충분히 논증하지 않기 때문이다.

달리 말해, 동등한 수준에서 대립하는 명제 중 어느 하나를 수용하고

11) 하나의 주장과 대립하는 다른 주장을 맞서 세움으로써, 기존의 독단적인 주장을 비판하는 등치(isostheneia)의 방법론에 대해서는 황철중, 「고대 회의주의와 근대 철학」, 철학과현실사, 2019, 42면.

12) 조국, “재량적 위법수집증거배제의 필요성, 근거 및 기준”, 서울대학교 법학, 서울대학교 법학연구소, 제45권 제2호, 2004, 51면. 이에 대한 상세한 비판은 권순호, “위법수집증거의 재량적 배제를 지지하는 이른바 ‘재량적 배제론’에 대한 분석적 고찰”, 82-83면.

13) 어느 하나를 긍정하거나 다른 하나를 부정하지 않은 채 진리 탐구를 계속적으로 수행하는 판단유보(epoche)의 방법론에 대해서는 황철중, 「고대 회의주의와 근대 철학」, 철학과현실사, 2019, 43면

다른 하나를 배제하는 것을 일종의 차별적 판단이라 할 수 있다면, 이것이 공정하기 위해서는 마땅히 차별적 판단에 ‘정당한 이유’가 존재해야 한다. 하지만 김봉수 교수와 조국 교수는 각자 자신의 주장이 옳다는 점만 짧게 언급할 뿐, 다른 주장이 그르다는 것까지 상세히 논증하지는 않는다. 그렇기 때문에 우리는 ‘정당한 이유’ 혹은 추가적인 논거가 제시될 때까지, 김봉수 교수와 조국 교수의 주장 중 무엇이 옳고 무엇이 그른지에 대한 판단을 잠시 유보할 필요가 있다.

정리하면, 재량적 배제론자는 김봉수 교수의 판례에 대한 비판이 ‘정당한 이유’ 없이 대립하는 명제 중 어느 하나를 옳은 것으로 수용하는 성급한 판단이라고 반박할 수 있다. 이렇게 김봉수 교수의 비판이 성급할 수 있음을 이야기한 후, 재량적 배제론자는 추가적인 논거가 제시될 때까지 대립하는 명제에 대한 참·거짓의 진리판단이 유보될 필요가 있음을 주장할 것이다.

결론적으로, 재량적 배제론자는 등치(isostheneia)와 판단유보(epoche)의 방법을 통해 판례에 대한 김봉수 교수의 첫 번째 비판을 넉넉히 피해갈 것이다.

나. 위법수집증거배제법칙의 적용 영역에서 다시 실체적 진실 추구를 언급하는 것은 논리모순이라는 김봉수 교수의 주장

‘위법수집증거배제법칙의 적용 영역에서 다시 실체적 진실 추구를 언급하는 것은 논리모순’이라는 김봉수 교수의 주장에 대해, 우선 재량적 배제론자는 김봉수 교수가 말하는 논리모순이 무엇을 지칭하는지 확실하지 않다는 점을 지적할 것이다. 왜냐하면 김봉수 교수가 말하는 ‘논리모순’은 논리학에서의 모순을 말하는 것으로 볼 수도 없고, 논증에서 발생할 수 있는 일상적인 의미에서의 오류나 잘못으로 해석될 수도 없기 때문이다. 따라서 재량적 배제론자는 김봉수 교수가 말하는 ‘논리모순’이 애매한 언어사용이라고 지적하면서, 그의 주장이 명료하게 전달될 수 없음을 비판할 수 있다.

그렇다면 먼저 김봉수 교수가 이야기하는 ‘논리모순’이 논리학에서의 모순을 의미하는 것으로 볼 수 없는지 살펴보자. 논리학에서의 설명에 따르

면, 모순이란 한 명제가 참인 진리값을 가질 때 다른 하나는 거짓인 진리값을 가지고 한 명제가 거짓인 진리값을 가질 때 다른 하나는 참인 진리값을 가지는 것을 의미한다.¹⁴⁾ 달리 말해, 논리학에서의 모순이란 “어떤 명제와 그 명제의 부정이 연언으로 결합된 명제로 $B \ \& \ \sim B$ 형태의 명제”를 가리킨다.¹⁵⁾ 그렇다면 김봉수 교수가 이야기하는 ‘논리모순’이 논리학에서 말하는 모순이 아닌 것은 얼핏 분명해 보인다. 왜냐하면 김봉수 교수가 지적하는 판례의 ‘논리모순’에는, (명시적으로나 묵시적으로나) 명제와 그 명제의 부정이 결합한다거나 또는 참·거짓의 진리값을 가지는 명제를 찾아볼 수 없기 때문이다.

그렇다면 김봉수 교수의 ‘논리모순’을 단순히 논증에서 발생할 수 있는 일상적인 의미에서 오류나 잘못을 가리키는 것으로는 볼 수 있는가? 그렇지도 않아 보인다. 왜냐하면 논증에서의 오류는 세 유형이 있는데,¹⁶⁾ 논증에서 전제가 수용될 수 없는 경우에 발생하는 오류인 수용불가능성의 오류가 첫 번째 유형이고 논증에서 전제가 결론과 관련이 없는 경우에 발생하는 오류인 무관련성의 오류가 두 번째 유형이며, 논증에서 전제가 결론을 충분히 지지하지 못하는 경우에 발생하는 불충분성의 오류가 세 번째 유형이다. 그런데 위법수집증거배제법칙의 적용 영역에서 다시 실체적 진실 추구를 언급하는 것이 위 세 유형 중 하나에 해당하지 않는다는 점은 명확하다. 따라서 김봉수 교수의 ‘논리모순’을 논증에서의 오류나 잘못으로 해석할 수도 없다.

그렇지만 재량적 배제론자가 위와 같이 ‘논리모순’이 애매한 언어사용이라고 지적한다면, 이것은 김봉수 교수의 논증을 제대로 이해하지 못한 것이다. 왜냐하면 김봉수 교수는 애초 실체적 진실 규명을 크게 희생시키기로 입법자가 작성한 것을 다시 그 적용 영역에서 재고(再考)하는 듯한 태도를 비판한 것이기 때문이다. 그리고 이렇게 이해할 경우, 김봉수 교수의 판례에 대한 비판은 상당히 설득력 있다. 비유하자면 김봉수 교수는 마치 ‘유통기한 지난 것은 전량폐기’라는 원칙을 세워두고는 막상 폐기하려니 아까워하는

14) 손병홍, 「논리로 보는 패러독스 패러독스로 배우는 논리」, 새문사, 2016, 31면.

15) 최원배, 「논리적 사고의 기초」, 서광사, 2019, 98면

16) 비판적사고 교재연구회, 「논리 그리고 비판적 사고」, 글고운, 2019, 167면

태도나, 혹은 ‘오염된 음식은 먹지말자’고 결단을 내려놓고는 맛있어 보인다는 생각에 조금이나마 먹어보려는 태도를 비판하고 있다.

이처럼 판례의 불합리한 태도에 대한 김봉수 교수의 지적이 꽤 설득력 있음에도 불구하고, 재량적 배제론자는 애초에 우리가 ‘유통기한 지난 것은 전량폐기’라는 원칙 또는 ‘오염된 음식은 먹지말자’는 원칙을 세워두거나 하였나면서 끈질기게 저항할 수 있다. 즉, 재량적 배제론자는 우리가 당초 ‘유통기한 지난 것은 전량폐기’나 ‘오염된 음식은 먹지 말자’는 원칙 자체를 세운 적이 없다고 주장할 수 있다. 나아가, 재량적 배제론자는 법무부¹⁷⁾나 법원행정처¹⁸⁾의 해설내용을 근거로 하여 제308조의2의 입법이 처음부터 ‘유통기한이 지났다 하더라도 음식물의 상태를 따져보고 폐기하자’ 또는 ‘오염된 음식이라도 그 상태를 따져보고 먹을지 말지 판단하자’를 의도한 것이라고 주장할 수 있다.

결론적으로, 재량적 배제론자는 김봉수 교수의 ‘논리모순’이라는 지적을 끝내 피해갈 수 있을 것이다.

다. 물적증거의 경우에만 재량적 배제론을 취하는 것은 비일관적인 태도라는 김봉수 교수의 주장

김봉수 교수는 비진술증거(물적증거)와 진술증거를 구분하여 비진술증

17) “증거수집절차의 적법성을 제고하기 위해서는 위법하게 수집된 증거를 배제하는 원칙을 선언하는 명문 규정을 둘 필요가 있다. 다만, 모든 절차상의 위법을 이유로 증거물의 증거능력을 자동적·의무적으로 배제할 경우 수사기관의 경미한 위법행위로 범죄인이 누리는 혜택이 너무 커지는 경우가 생길 수 있어 형사정의와 형사사법체계에 대한 불신이 조장된다는 점을 고려하여 증거배제의 범위를 적절히 조절할 필요성이 있다. …… 앞으로 구체적인 사안에서 어떠한 경우가 적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거에 해당될 것인지에 관하여는 위법의 내용 및 정도, 위법한 행위에 의하여 침해되는 권리의 성질, 실체적 진실발견의 필요성 등에 대한 종합적인 비교형량을 통하여 해석 기준이 정립될 것이다.”(법무부, 「개정형사소송법」, 2008, 225-226면)

18) “…… 개정법은 이러한 논의를 토대로 ‘적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.’는 위법수집증거의 배제 원칙을 선언하였다. 여기서 ‘위법하게 수집한 증거’가 아니라 ‘적법한 절차에 의하지 아니하고 수집한 증거’라고 규정함으로써 위법수집 증거의 배제의 범위에 관하여 법원의 판단 여지를 두고 있는데, 향후 법원이 비진술증거인 증거물에 관하여 이 원칙을 어떻게 해석하여 적용해 나갈 것인지 주목된다고 하겠다.”(법원행정처, 「형사소송법 개정법률 해설」, 2007, 124-125면)

거의 경우에만 “적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모”하는 판례의 태도는 비일관성으로 귀결된다고 지적한다.¹⁹⁾

이러한 지적에 대해, 재량적 배제론자는 비진술증거에만 재량적 배제의 입장을 취하는 태도가 일관성을 유지하는 것으로 해석될 수 있다고 선뜻 반박할 수 있다. 예를 들어, 조국 교수는 2017년도 자신의 연구논문에서 김봉수 교수의 위와 같은 비판에 두 가지 해명을 제시한다.²⁰⁾ 첫째, 불법한 대물적 강제처분으로 침해되는 주거의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 재산권 등이 중요한 헌법상의 기본권임은 분명하지만 자백배제법칙상의 여러 사유에 의해 침해되는 인간의 존엄과 가치보다 하위에 있다. 둘째, 헌법 제12조 제7항과 형사소송법 제309조가 규정하는 것이 그 자체로 헌법위반의 위법이라면 대물적 강제처분에서 발생하는 위법은 사안에 따라 헌법위반, 법률 위반, 규칙 위반 등으로 나뉘어 있으므로 이를 다르게 취급하는 것이 적절하다. 그렇기 때문에, 비진술증거의 경우에만 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화를 도모하는 판례의 태도는 일관적인 것으로 이해될 수 있다는 것이다.

판례의 비일관성에 대한 조국 교수의 두 가지 해명 중, 그의 두 번째 해명에 대해서는 주목할 필요가 있다.²¹⁾ 여기서 조국 교수의 요지는, 김봉수 교수가 예로 든 본 연구 각주 19번 [사례 1]의 자백배제법칙 위반의 경우는 반드시 인간의 존엄과 가치 등을 직접적이고 심대하게 침해하지만, 각주 19

19) “…… 이에 대한 이해의 선명도를 높이기 위해 간단한 예를 들어 보자. [사례 1] 잠을 재우지 않고 받아낸 결정적인 자백, [사례 2] 압수영장의 제시 없이 가져온 유죄입증에 결정적인 물적 증거. 위 전원합의체 판결에서 [다수의견]의 논리에 따르면, 위 2가지 사례 모두 해당 증거의 배제가 “형사 사법 정의를 실현하려 한 취지에 반하는 결과를 초래하는 것으로 평가되는 예외적인 경우”에 해당한다고 할 수 있고, 따라서 적법절차원칙과 실체적 진실규명간의 조화를 도모해야 하는 경우라고 볼 수 있다. 하지만 판례나 학설(소위 ‘재량적 배제설’) 모두 진술증거가 문제되는 [사례1]의 경우에는 이와 같이 형량 혹은 절충을 거론하지 않고 당연히 증거능력배제를 인정하면서, 유독 비진술증거(물적증거)에 대해서만 재량적 기준을 통한 예외인정을 주장하는 것은 쉽게 납득하기 어렵다.”(김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰”, 197면)

20) 조국, “2007년 이후 대물적 강제처분 분야에서의 위법수집증거배제”, 242-243면

21) 기본권 서열이론을 이야기하는 조국 교수의 첫 번째 해명에 대한 상세한 비판은 권순호, “위법수집증거의 재량적 배제를 지지하는 이른바 ‘재량적 배제론’에 대한 분석적 고찰”, 80-81면

번 [사례 2]의 위법한 대물적 강제처분의 경우에는 그것이 사안별로 헌법 위반, 법률 위반, 규칙 위반으로 나뉘어지기 때문에 진술증거와 비진술증거의 경우를 동일하게 취급할 수는 없다는 것이다. 따라서 조국 교수는 비진술증거의 경우에만 위법수집증거의 재량적 배제를 취하는 판례의 태도가 정당화 될 수 있다고 주장한다. 그리고 재량적 배제론자는 위와 같은 조국 교수의 논증을 들이대면서, 비진술증거의 경우에만 적법절차의 원칙과 실제적 진실 규명의 조화를 위해 재량적 배제의 입장을 취하는 태도가 일관된 것이라고 해명할 것이다.

하지만 재량적 배제론자의 해명에도 불구하고, 판례의 비일관성에 대한 김봉수 교수의 비판은 재량적 배제론자를 논쟁에서 결정적으로 물리치게 된다. 왜냐하면 김봉수 교수는 “비진술증거의 경우에 위법이 헌법 위반, 법률 위반, 규칙 위반으로 나뉘어진다고 하더라도, 헌법 위반인 비진술증거를 왜 헌법위반인 진술증거와 달리 취급해야 하는지 납득할 수 없다.”라며 재차 반박을 제기할 것이기 때문이다.

달리 말해, 김봉수 교수는 판례의 재량적 배제론이 일관적인 태도이기 위해서는 적어도 헌법위반인 비진술증거에 대해서는 진술증거의 경우와 동일한 태도를 취해야 하고, 따라서 재량적 배제라거나 비교형량 따위를 일체 고려하지 않아야 함을 지적할 수 있다. 이렇게 김봉수 교수가 재량적 배제론자에게 재반박할 경우, 재량적 배제론자가 취할 수 있는 유일한 대응은 “비진술증거와 진술증거는 질적으로 다르다.”는 궁색한 논변뿐이다. 그리고 그렇게 되면, 김봉수 교수는 “판례가 폐기한 성질·형상 불변론을 고수하는 것이나 다름없다.”면서 재량적 배제론자에게 치명적인 비판을 가할 것이다.

결론적으로, 판례의 비일관성을 지적하는 김봉수 교수의 비판에 재량적 배제론자가 어떤 합리적인 해명을 내놓을 수 있을지 상상하기란 쉽지 않다. 왜냐하면 판례의 비일관성을 해명하는 재량적 배제론자의 논증이 귀결되는 지점은, 바로 비진술증거와 진술증거가 질적으로 다르다는 논변, 즉 판례가 폐기한 성질·형상 불변론을 고수하는 것과 같기 때문이다.

그러므로, 판례의 비일관성에 대한 김봉수 교수의 지적은 판례를 옹호하고자 하는 재량적 배제론자를 논쟁에서 완전히 물리칠 수 있다.

라. 판례가 성질·형상 불변론을 여전히 고수하고 있다는 김봉수 교수의 비판

계속해서, 판례의 태도가 “여전히 극복되지 않은 ‘성질·형상 불변론’의 그림자에서 벗어나지 못한 것”이라는 김봉수 교수의 비판에 대해 재량적 배제론자는 아래의 반박을 제기할 수 있다.

재량적 배제론자가 제기할 반박의 내용은, 김봉수 교수는 그의 글에서 조국 교수와 이완규 변호사의 재량적 배제론이 모두 성질·형상불변론을 그 논거로 내포하고 있다는 듯이 해석하는데, 이것이 각각의 견해에 대한 부당한 평가일 수 있다는 점이다. 이에 대해 구체적으로 이야기하면, 김봉수 교수는 조국 교수와 이완규 변호사의 재량적 배제론의 논거를 한데 묶어 이들이 모두 “증거의 성질상 근본적으로 차이가 있다는 논변”으로 귀결된다는 듯 서술하고 있다.²²⁾

하지만 명시적으로 성질·형상불변론의 타당성을 언급하는 이완규 변호사와는 달리,²³⁾ 적어도 조국 교수는 자신에 대한 김봉수 교수의 평가에 동의하지 않을 것이다. 왜냐하면 조국 교수는 성질·형상불변론을 직접 언급한 사실이 전혀 없고, 단지 침해되는 기본권 사이에는 정도의 차이가 있으며 이들에 대한 법의 보호가 같을 수 없음을 주장할 뿐이기 때문이다.

물론 위법수집된 비진술증거와 위법수집된 진술증거를 달리 취급하는 것이 타당하다는 식의 논증은, 상술한 것처럼 의무적 배제론자의 반박을 마주하게 되면 결국 판례가 폐기한 성질·형상불변론의 유효함을 주장하는 것으로 귀결될 수밖에 없다. 따라서 조국 교수의 재량적 배제론도 폐기된 성질·형상 불변론을 고수하는 것과 같다는 김봉수 교수의 지적은 지극히 타당한 면이 있다.²⁴⁾

그럼에도 불구하고, 재량적 배제론자는 조국 교수가 성질·형상불변론을

22) 김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰”, 197-200면

23) 이완규, “사개추위안의 위법수집증거배제원칙에 대한 검토”, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회, 제8권 제1호, 2006, 609면

24) 김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰”, 197면

명시적으로 언급한 사실이 없다면 자신들의 재량적 배제론은 성질·형상 불변론과 완전히 별개의 것이라고 항변을 계속할 것이다. 그렇기 때문에, 의무적 배제론자가 재량적 배제론을 확실히 물리치고자 한다면 재량적 배제론이 내세우는 개별 논거를 하나하나 꼬집어 비판할 필요가 있다.

2. 재량적 배제론이 조문의 해석을 통해 도출될 수 없음을 지적하는 논증

위법수집증거의 의무적 배제론을 지지하는 김봉수 교수의 논증을 크게 세 부분으로 나눌 수 있음은 서두에 상술한 것과 같다. 이 중에서 판례에 대한 김봉수 교수의 비판에 대해서는 위에서 구체적으로 살펴보았다. 아래에서는 재량적 배제의 근거가 조문의 해석을 통해서 도출될 수 없음을 논증하는 부분을 분석하겠다.

여기서 주로 언급할 수 있는 것은 아래 인용문에 관한 것이다. 아래에서 김봉수 교수는 위법수집증거의 재량적 배제를 지지하는 해석론 세 가지를 다음과 같이 비판한다.

…… [1]에서는 ‘적법한 절차에…’라는 표현이 그 ‘추상성과 모호성’을 내포한 개념이기 때문에 비교형량이 가능하다는 점에서 바람직하다고 본 반면, [2]에서는 오히려 ‘위법하게’라는 표현이 너무 추상적이고 애매모호하기 때문에 ‘적법한 절차에…’라는 표현이 법원에게 판단을 위한 가이드라인을 제공해 줄 수 있다는 측면에서 타당하다고 설명하고 있기 때문이다. 서로 정반대되는 이유에 근거해서 ‘적법한 절차에…’라는 표현에 의미를 부여하고 있는 것 자체가 이미 모순될 뿐만 아니라, 이에 더잡아 ‘재량적’ 내지 ‘형량적’ 판단의 당위성을 도출하는 논리 역시도 그리 설득력이 있어 보이지 않는다.

또한 해석론 [3]은 제308조의2에서 ‘적법한 절차에…’라는 표현을 사용한 입법 취지가 마치 법원에게 판단여지를 부여하기 위한 것처럼 서술하고 있는데, 이 역시도 명확한 근거가 있어 보이지 않는다. 왜냐하면, 사법제도개혁추진위원회 안의 논의 및 성안과정에서 현재의 ‘적법한 절차에…’라는 표현을 제안한 신동운 교수조차도 이를 ‘위법하게’라는 표현과 특별히 구별하지 않았고, 오히려 병렬적으로 사용할 것을 제안하기도 하였으며, 박상기 교수는 양자를 동어반복으로까지 보았다는 사실 등에 비추어 볼 때도, 위 해석론 [1], [2], [3] 이 주장하는

것과 같은 구체적인 고민의 흔적이나 섬세한 입법적 의도를 이 문구로부터 도출해내는 것은 무리가 있어 보이기 때문이다.²⁵⁾

위에서 언급되는 해석론 [1]은 하태영 교수의 견해이고 해석론 [2]는 조국 교수의 언급 내용이며, 해석론 [3]은 법무부의 입장이다. 이처럼 김봉수 교수는 위법수집증거의 재량적 배제를 지지하는 해석론 세 가지를 모두 비판하고, 이를 통해 조문의 해석을 통해서도 재량적 배제론이 도출될 수 없음을 논증하고자 한다.

아래에서는, 각각의 해석론에 대한 김봉수 교수의 비판이 재량적 배제론자가 가할 반박을 이겨낼 수 있을지 살펴보겠다.

가. 해석론 [1]에 대한 김봉수 교수의 비판

김봉수 교수는 해석론 [1]을 비판하는 과정에서, 하태영 교수가 제308조의2 본문의 ‘적법한 절차’를 추상성과 모호성을 내포한 것이어서 바람직하다고 평가한 뜻이 이야기한다. 그리고 이와 마찬가지로 견해가 학계에 일부 존재한다.²⁶⁾

그런데 하태영 교수는 자신의 견해에 대한 김봉수 교수의 평가에 동의하지 않을 것이다. 왜냐하면 하태영 교수는 제308조의2 본문의 ‘적법한 절차’가 헌법 제12조 제2항의 적법절차를 의미하는 것이라면 이것은 형사소송법이 응용된 헌법이라는 근본정신을 무시한 것이고, 심지어 전혀 불필요한 입법이며 나아가 입법의 오류라고까지 강하게 비판하기 때문이다.²⁷⁾ 하태영 교수는 제308조의2에서 말하는 위법수집증거로서 배제될 때의 위법이란,

25) 김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰”, 206-207면

26) 이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거의 증거사용의 한계 - 형사소송법 제308조의2 새로운 도그마틱 -”, 법학논총, 단국대학교 법학연구소, 제36권 제2호, 2012, 393면 각주 13; 하태영, “형사소송법 제308조의2(위법수집증거배제법칙)의 해석”, 형사정책연구, 한국형사정책연구원, 제25권 제4호, 2014, 284면 각주 3.

27) 하태영, “개정 형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위”, 164-165면 및 168면. 이러한 하태영 교수의 견해에 대한 변종필 교수의 비판으로는 변종필, “적법한 절차’를 위반한 사법경찰관 작성 피의자 신문조서의 증거능력”, 형사법연구, 한국형사법학회, 제25권 제4호, 2013, 329면

본문의 ‘적법한 절차에 따르지 않는 것’을 의미하고 이 ‘적법한 절차에 따르지 않는 것’은 헌법상 적법절차 원칙만을 의미하는 것이 아니라 증거수집의 절차를 위반한 모든 것으로 이해하는 것이 타당하다고 보고 있다. 그리고 이렇게 증거수집의 절차를 위반해 수집된 증거는 일차적으로 범영역이론에 따라 판단되어야 하고, 위법의 정도가 경미한 ‘절차 위반이 단속과실인 경우’에만 보호목적이론과 이익형량이론에 따라 종합적인 비교형량을 통해 증거능력을 평가해야 한다고 주장한다.²⁸⁾

따라서 하태영 교수는 김봉수 교수가 평가한 것처럼 제308조의2 본문의 ‘적법한 절차’를 추상성과 모호성을 내포한 것이어서 바람직하다는 듯 해석한 바 없다. 오히려 하태영 교수는 조문의 ‘적법한 절차’가 증거수집의 절차를 위반한 모든 것으로 이해되어야 한다고 주장한다.

결과적으로, 재량적 배제론자는 해석론 [1]에 대한 김봉수 교수의 평가에 오류가 존재한다고 반박할 것이다.

나. 해석론 [1]과 [2]가 서로 정반대되는 이유에 근거해서 조문을 해석하고 있음을 이야기하는 부분

김봉수 교수는 위 해석론 [1], [2]이 서로 정반대되는 이유에 근거하여 조문의 “적법한 절차에…”라는 표현에 의미를 부여하고 있고, 이렇게 정반대되는 이유에 근거하여 의미를 부여하기 때문에 해석론 [1]과 [2]이 모두 수용될 수 없다고 논증한다.²⁹⁾

하지만 재량적 배제론자는, 서로 정반대되는 이유에 근거해서 조문을 해석하고 있다는 사실만으로 각각의 학설이 부당하다고 결론짓는 것은 개별 학설에 대한 공정한 대우가 아니라고 반박할 것이다. 왜냐하면 개별 학설이 서로 같은 범주(재량적 배제론)로 분류될 수 있다 하더라도 상호 독립적인 학설 간에는 얼마든지 모순된 해석이 일부 존재할 수 있고, 서로 정반대되는 이유에 근거해서 어떤 의미를 부여하고 있는 사실 자체가 각각의 학

28) 하태영, “개정 형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위”, 185-186면.

29) 김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰”, 206-207면

설이 부당하다는 점을 뒷받침할 수 없기 때문이다.

따라서 각각의 재량적 배제론이 상충하는 해석론을 통해 재량적 배제의 결론을 도출한다 하더라도, 재량적 배제론자는 그러한 사실만으로는 해당 재량적 배제론이 모두 부당하다는 결론이 추론될 수 없다고 반박할 것이다.

다. 해석론 [3]에 대한 김봉수 교수의 논증

마지막으로, 김봉수 교수는 해석론 [3]과 같이 제308조의2 본문의 “적법한 절차”를 마치 법원에게 판단여지를 부여할 수 있는 것처럼 해석하는 것은 ‘섬세한 해석’이고 또 잘못된 해석이라고 비판한다. 그리고 그 근거로 신동운 교수와 박상기 교수의 언급을 들고 있다. 즉, 신동운 교수와 박상기 교수가 언급한 것처럼 제308조의2의 입법은 섬세한 의도에서 이루어진 것이 아니기 때문에, 이렇게 섬세하게 제정되지 못한 조문을 섬세히 해석하는 것은 옳지 않다는 것이다.

여기서 김봉수 교수의 논증은 자비의 원리(principle of charity)³⁰⁾에 따라 아래와 같이 재구성될 수 있다.

전제 (1) 제308조의2 본문 “적법한 절차”의 입법은 섬세한 입법 의도에서 이루어진 것이 아니다.

전제 (2) 섬세한 입법 의도는 섬세한 법률 해석의 필요조건이다. 즉, 조문에 섬세한 입법 의도가 없다면 이를 섬세하게 해석해선 안 된다.

전제 (3) 법무부에서는 제308조의2 본문의 “적법한 절차”를 마치 법원에게 판단여지를 부여할 수 있는 것처럼 ‘섬세한 해석’을 하고 있다.

결론 : 제308조의2 본문의 “적법한 절차”를 마치 법원에게 판단여지를 부여할 수 있다고 보는 ‘섬세한 해석’은 허용될 수 없는 해석이다.

여기서 재량적 배제론자는, 위 논증의 전제 (1)과 전제 (2)이 결합할 경우 화용론적(pragmatic)³¹⁾ 모순이 도출되고, 이로 인해 해석론 [3]에 대한

30) 자비의 원리(principle of charity)란, 논증을 재구성할 때 상대방의 논의를 긍정적으로 해석하는 태도로서, 논증을 가장 그럴듯하게(유리하게) 해석하는 것을 뜻한다(김희정·박은진, 「비판적 사고를 위한 논리」, 아카넷, 2008, 116-117면)

김봉수 교수의 비판은 스스로를 공격하는 자기파괴적 논증이 된다고 반박할 수 있다. 왜냐하면 김봉수 교수는 연구논문의 4면에 걸쳐 조문의 “적법한 절차”에 대한 상세한 해석을 전개하기 때문이다.³²⁾ 즉, 김봉수 교수는 섬세한 입법 의도가 없이 제정된 제308조의2 본문의 “적법한 절차”를 섬세하게 해석하고 있다. 그러므로, 재량적 배제론자는 조문의 섬세한 해석을 비판하는 김봉수 교수의 논증은 자기자신을 향한 공격이 된다고 비판할 것이다.

논증이 내포하는 화용론적 모순에 대한 재량적 배제론자의 반박은 어느 정도 타당한 면이 있다. 그리고 이러한 비판이 정당한 것이라면, 남은 선택지는 세 가지로 압축된다. 전제 (1)과 전제 (2)이 결합하여 모순을 낳기 때문에 전제 (1)이 그르고 전제 (2)만 옳다고 보거나, 전제 (1)이 옳고 전제 (2)만 그르다고 보거나, 혹은 둘 다 그른 세 가지 경우 중에서 하나를 참으로 받아들여야 한다. 결론적으로, 논증의 전제 중 적어도 하나가 옳지 않은 것으로 증명되기 때문에 해석론 [3]을 부당한 것으로 기각하는 김봉수 교수의 결론은 논리적으로 수용되기 어려워 보인다.

3. 소결

판례에 대한 김봉수 교수의 비판은 판례의 재량적 배제론이 내포하는 여러 가지 문제점을 적절히 짚어내고 있다. 특히, 형사소송에서의 진실개념은 절차적 진실로 이해되어야 한다는 비판과 함께 비진술증거의 경우에만 재량적 배제론을 취하는 것은 비일관적인 태도라는 비판은, 판례를 옹호하고자 하는 재량적 배제론자를 논쟁의 차원에서 결정적으로 물리칠 수 있다.

하지만 판례에 대한 김봉수 교수의 나머지 비판에 대해서는 다시 재량적 배제론의 입장에서 어느 정도 반박이 제기될 수 있어 보인다. 첫째, 재량

31) 의미론(semantics)이 언어를 화자에게서 독립적인 것으로 보아 추상적으로 분석하는 것이라면, 화용론(pragmatics)은 구체적 발화 상황 속에 있는 화자와의 관계에서 언어를 검토하는 것을 가리킨다(콜린 맥킨/박채연·이승택 역, 『언어철학』, 도서출판b, 2015, 119면, 273면). 본문에서의 화용론적 모순이란, 이처럼 ‘문장 화자와의 관계에서 언어를 검토했을 때 파악되는 논리적인 모순’을 의미하는 것으로 사용되었다.

32) 김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰”, 202-205면.

적 배제론자는 재량적 배제에 의해 위법수집증거를 사용하는 것이 과연 형벌권의 정당성을 담보할 수 없게 하는지 단정할 수 없다면서 판단유보(epoche)를 주장할 것이다. 둘째, 재량적 배제론자는 판례의 재량적 배제론이 ‘논리모순’이 아니라고 항변할 수 있다. 셋째, 재량적 배제론자는 조국 교수의 재량적 배제론을 마치 성질·형상불변론에 포섭되는 것으로 평가하는 것은 부당하다고 반박할 것이다.

또한 재량적 배제의 해석이 조문을 통해 도출될 수 없음을 지적하는 논증에 재량적 배제론자가 제기할 수 있는 반박은 세 가지이다. 첫째, 김봉수 교수의 논증은 조문의 ‘적법한 절차’에 대한 하태영 교수의 평가를 잘못 이해한 부분이 있다. 둘째, 서로 정반대되는 이유에 근거해서 표현에 의미를 부여하는 것 자체가 각각의 학설이 모두 부당하다는 점을 입증할 수 없다. 셋째, 법무부 입장인 해석론 [3]에 대한 김봉수 교수의 지적은 스스로를 공격하게 되는 자기모순을 낳는다.

Ⅲ. 이석배 교수의 의무적 배제론³³⁾ 분석

이석배 교수는 글의 서두에서 연구목표를 다음과 같이 밝히고 있다. “외국의 사례를 가지고 논의하는 것보다는 형사소송법 제308조의2 도그마틱이 절실히 필요한 시기라고 판단된다. …… 형사소송법 제308조의2 해석과 적용에 관하여 …… 이론적·실천적인 하나의 방향을 제시하고자 한다”.

이처럼 조문의 해석과 적용에 관한 하나의 방향을 제시하고자 하는 이석배 교수의 논증은 그의 글 내에서 크게 세 부분으로 나뉜다. 첫 번째 부분은 판례와 학계의 재량적 배제론이 취하고 있는 주요 논거인 ‘실체적 진실 규명’의 이념에 관한 비판이다.³⁴⁾ 두 번째 부분은 제308조의2의 문언 자체가 의무적 배제를 의미하는 것으로 해석되어야 한다는 논증이다.³⁵⁾ 그리고

33) 이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거의 증거사용의 한계 - 형사소송법 제308조의2 새로운 도그마틱 -”, 법학논총, 단국대학교 법학연구소, 제36권 제2호, 2012, 387-417면.

34) 이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거의 증거사용의 한계, 397-398면

이러한 논의를 바탕으로 의무적 배제의 결론이 구체적으로 설명되는 것이 마지막 부분이다.³⁶⁾

아래에서는 각각에 대해 구체적으로 살펴보겠다.

1. ‘실체적 진실 규명’의 이념에 대한 비판

이석배 교수는 먼저 관례를 비롯해 위법수집증거의 증거배제를 이익형량을 통해 해결하자는 입장은 모두 ‘실체적 진실’의 개념에 대한 잘못된 이해에 바탕을 둔 것이어서 적절하지 않다고 비판한다.

여기서 이석배 교수가 말하는 ‘실체적 진실’의 잘못된 이해란, 형사소송에서의 실체적 진실은 소송 과정을 통해 나타난 사실을 토대로 납득할 만한 과거의 사실관계를 재구성하는 것일 뿐인데, 재량적 배제론은 모두 과거에 발생했던 실제 사실을 우리가 알 수 있는 것처럼 전제한다는 것을 의미한다. 즉, 이석배 교수는 인간이 과거에 발생했던 실제 사실 그대로를 파악하는 것이 불가능하기 때문에, 위법수집증거의 재량적 배제를 주장하는 견해들은 모두 잘못된 것이라고 결론내린다.³⁷⁾

위와 같은 ‘실체적 진실’의 잘못된 이해에 대한 이석배 교수의 비판은 상당히 타당한 면이 있다. 다만 아쉬운 점은, 재량적 배제론자들이 자신들의 논거가 ‘실체적 진실’의 잘못된 이해에만 의지하는 것은 아니라면서 그의 비

35) 이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거의 증거사용의 한계, 398-399면

36) 이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거의 증거사용의 한계, 399-402면

37) “위에서 언급한 대부분의 견해는 결국 실체적 진실을 발견할 수 있는 경우 중대하지 않은 적법절차 위반의 경우에는 증거배제를 부정하는 것이다. 이것을 적법절차의 원칙과 실체적 진실 규명의 조화로 이해하는 듯하다. …… 하지만 형사소송에서 실체적 진실이라는 개념이 “神만이 알고 있는 과거에 발생했던 사실 그대로”, 즉 절대적 진실을 의미하는 것은 아니다. 만약 절대적 진실로 이해한다면 인간이 도달할 수 없는 영역을 향해 바벨탑을 쌓는 것과 다를 바 없다. 결국 형사소송에서 의미하는 실체적 진실은 과거에 존재했던 사실을 그대로 밝히는 것이 아니라, 소송과정을 통해서 나타난 객관적 사실을 최대한 수집하여 납득할만한 과거의 정보를 기초로 법관이 새롭게 만들어 낸 있을 법한 사실일 뿐이며 확인할 수 있을 뿐 확인할 수는 없는 것이다. 따라서 법관은 진실을 재구성할 뿐이지 발견하는 것은 아니다.”(이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거의 증거사용의 한계, 397면)

판을 피해갈 수 있다는 것이다. 예를 들어, 조국 교수는 자신이 재량적 배제론을 주장하는 근거로 세 가지 논거를 내세우고 이완규 변호사는 네 가지 논거를 제시한다.

먼저 조국 교수의 재량적 배제론의 세 가지 논거는 다음과 같다.³⁸⁾ 첫째, 불법한 대물적 강제처분으로 침해되는 주거의 자유, 사생활의 비밀과 자유, 재산권 등이 중요한 기본권임은 분명하지만 자백배제법칙상의 사유에 의해 침해되는 인간의 존엄과 가치, 신체의 자유 등 보다는 하위에 있는 기본권이다. 따라서 양자에 대한 법의 보호는 같을 수 없다. 둘째, 미국식의 위법수집증거의 자동적이고 의무적인 증거배제는 예견가능성과 확실성을 보장하지만 형사정의와 형사사법체제에 대한 불신이 조장될 수 있다. 따라서 위법수집증거의 의무적 배제는 바람직하지 않다. 셋째, 헌법 제12조 제7항과 형사소송법 제309조가 규정하는 위법자백배제법칙 위반은 그 자체로 헌법위반의 위법이라면 대물적 강제처분에서 발생하는 위법은 사안에 따라 헌법위반, 법률 위반, 규칙 위반 등으로 나뉘어 있다. 따라서 위법수집된 비진술증거와 진술증거를 다르게 취급하는 것이 적절하다.

이완규 변호사의 재량적 배제론의 논거는 다음과 같다.³⁹⁾ 첫째, 실체적 진실규명이 형사소송의 유일한 목적은 아니지만 그것이 가지는 무게를 합부로 경시해선 안 된다. 따라서 위법수집증거를 배제함에 있어서도 마땅히 적정절차의 보장과 실체적 진실규명의 가치를 형량해야 한다. 둘째, 비진술증거는 증거수집 절차의 위법이 증거의 성질, 형상 등에 변경을 가져오지 않아 증거의 실질적 가치에 영향이 없다. 증거의 실질적 가치에 영향이 없음에도 불구하고 이것을 위법하게 수집되었단 이유로 배제하는 것은 실체적 진실규명의 목적을 부당하게 희생시키는 것이다. 셋째, 진술증거와 비진

38) 조국, “재량적 위법수집증거배제의 필요성, 근거 및 기준”, 49-52면; 조국, ““2007년 이후 대물적 강제처분 분야에서의 위법수집증거배제”, 242-243면. 조국 교수의 재량적 배제론을 뒷받침하는 논거에 대한 상세한 검토와 비판으로 권순호, “위법수집증거의 재량적 배제를 지지하는 이른바 ‘재량적 배제론’에 대한 분석적 고찰”, 80-84면.

39) 이완규, “사개추위안의 위법수집증거배제원칙에 대한 검토”, 608-611면. 이에 대한 상세한 검토와 비판으로는 권순호, “위법수집증거의 재량적 배제를 지지하는 이른바 ‘재량적 배제론’에 대한 분석적 고찰”, 92-96면.

술증거는 증거수집 절차상의 위법으로 침해되는 법익의 중요성에 차이가 있다. 진술증거 수집에서의 위법함은 인간의 존엄함에 대한 침해와 직결되는 것임에 반해, 비진술증거의 위법수집은 주거의 자유나 사생활의 비밀의 자유와 같은 것이 대부분이어서 절대적으로 보호되어야 할 기본권이 아니다. 넷째, 피해자 있는 범죄의 경우 수사기관의 절차상 위법으로 인해 범죄인은 무죄 방면되지만 그 범죄로 인한 피해자는 법이 보호하지 못하게 되어 부당한 결과를 초래한다.

이상과 같은 재량적 배제론의 주요 논거 중에서, 이완규 변호사의 첫 번째 논거는 명백히 이석배 교수가 비판하고자 하는 잘못된 ‘실체적 진실’을 언급하고 있고, 둘째 논거인 ‘성질·형상 불변론’ 역시 잘못된 ‘실체적 진실’의 이해와 직접적으로 관련된다. 따라서 이완규 변호사의 재량적 배제론이 이석배 교수의 비판에 의해 크게 위축되는 것은 틀림없는 사실이다.

하지만 조국 교수는 자신이 기본권에 서열이 있어 중요한 기본권에 대한 법의 보호와 덜 중요한 기본권에 대한 법의 보호가 같을 수 없음을 이야기 했을 뿐이라거나, 혹은 위법수집된 비진술증거와 위법수집된 진술증거는 그 위법의 성질이 다르기 때문에 법적으로 달리 취급하는 것이 바람직하다는 점을 피력했을 뿐이라고 해명할 수 있다. 따라서 실체적 진실에 대한 언급만으로는, 의무적 배제론자가 재량적 배제론자를 논쟁에서 완전히 물리치기엔 부족하게 된다.

정리하면, ‘실체적 진실’의 잘못된 이해에 대한 이석배 교수의 비판이 명시적으로 겨냥할 수 있는 것은 이완규 변호사의 첫 번째 논거와 두 번째 논거가 유이(唯二)하다. 따라서 재량적 배제론자들은 자신들의 논거가 잘못된 ‘실체적 진실’의 이해와 별개의 것이라면서 이석배 교수의 비판을 피해가려 할 것이다. 그렇기 때문에, 이석배 교수의 비판이 아무리 타당하다 하더라도 의무적 배제론자가 논쟁에서 재량적 배제론을 확실하게 물리치기 위해서는, 재량적 배제론자들이 주장하는 개별 논거를 보다 구체적으로 따질 필요가 있다.

2. 조문의 형식을 근거로 의무적 배제를 주장하는 논증

이석배 교수는 제308조의2의 문언 자체에 주목하여 의무적 배제의 근거를 이끌어낸다. 즉, 조문이 적법한 절차에 따르지 않고 수집한 증거는 “…… 증거로 할 수 없다.”고 규정하고 있으므로, 이는 형식상 예외 없는 의무적·절대적 증거배제를 의미하는 것이고 따라서 재량적 배제의 해석론은 문언에 반한다는 것이다.⁴⁰⁾ 또한 이석배 교수는 제308조의2가 의무적 배제로 해석되어야 하는 근거로 통신비밀보호법 제4조에 관한 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도9016판결도 제시한다.⁴¹⁾

하지만 재량적 배제론자는 위와 같은 이석배 교수의 논증에 동의하지 않을 것이다. 왜냐하면 대법원 2010. 10. 14. 선고 2010도9016판결은 통신비밀보호법 제4조의 형식에 근거해서 조문을 의무적·절대적 배제로 해석하는 것이 아니기 때문이다. 단지 위 판결은 헌법상 영장주의에 직접 반하는 불법감청이므로 증거능력이 배제된다는 취지일 뿐,⁴²⁾ 조문의 형식으로 인하여 통신비밀보호법 제4조에 반하여 수집된 증거가 절대적으로 배제된다고 전혀 언급하지 않는다.⁴³⁾

40) “…… 또한 학설들을 살펴보면 일반적인 위법수집증거배제의 법칙에 대한 설명일지는 모르지만 우리 형사소송법 제308조의2에 대한 해석은 아니다. 왜냐하면 우리 형사소송법 제308조의2는 ‘적법한 절차에 따르지 아니하고 수집한 증거는 증거로 할 수 없다.’고 규정하고 있으므로, …… 적법한 절차를 지키지 않았다고 보면서 예외적으로 증거를 사용할 수 있다고 해석하면, 이는 문언에 반하는 해석이다. 따라서 대법원이 ‘형식적으로 보아 정해진 절차에 따르지 아니하고 수집된 증거라는 이유만을 내세워 확립적으로 그 증거의 증거능력을 부정하는 것 역시 헌법과 형사소송법이 형사소송에 관한 절차 조항을 마련한 취지에 맞는다고 볼 수 없다.’는 논거는 문언의 한계를 넘어서는 유추해석이다.”(이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거의 증거사용의 한계”, 398-399면)

41) “…… 만약 예외적으로 적법절차에 위반된 증거로 사용할 수 있다고 한다면 통신비밀보호법 제4조의 ‘…… 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.’는 법원의 재량없이 당연배제로 해석하고 피고인의 동의가 있어도 증거로 사용할 수 없다고 해석하면서, 형사소송법 제308조의2 ‘…… 증거로 사용할 수 없다.’는 왜 예외가 인정되는지에 대하여 대담하여야 할 것이다.”(이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거의 증거사용의 한계”, 399면)

42) 김용배, “위법수집증거배제법적상 1, 2차적 증거의 개념 및 증거능력 인정요건 - 인과관계의 단절 내지 회색을 중심으로 -”, 법조, 법조협회, 제63권 제4호, 2014, 177-178면.

심지어, 재량적 배제론자는 통신비밀보호법 제4조를 의무적 배제가 아니라 재량적 배제로 명백히 해석하는 판결을 가지고 올 수도 있다. 통신비밀보호법 제4조를 재량적 배제로 이해하는 판결은 공직선거법위반에 관한 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244판결인데, 판결이유의 일부를 인용하면 아래와 같다.

…… (통신비밀보호법) 제4조는 “제3조의 규정에 위반하여 불법검열에 의하여 취득한 우편물이나 그 내용 및 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다.”고 규정하고 있다. …… 법원으로서의 효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 그 허용여부를 결정하여야 한다. 이때 법원이 그 비교형량을 함에 있어서는 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 즉, 사생활 내지 인격적 이익을 보호하여야 할 필요성 여부 및 그 정도, 증거수집 과정에서 사생활 기타 인격적 이익을 침해하게 된 경위와 그 침해의 내용 및 정도, 형사소추의 대상이 되는 범죄의 경중 및 성격, 피고인의 증거동의 여부 등을 전체적·종합적으로 고려하여야 하고, ……

판결이유에서 명백히 드러나듯이, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244판결은 통신비밀보호법 제4조를 “효과적인 형사소추 및 형사소송에서의 진실발견이라는 공익과 개인의 인격적 이익 등의 보호이익을 비교형량하여 그 허용여부를 결정하여야” 하는 재량적 배제로 이해하고 있다. 그리고 “비교형량을 함에 있어서는 증거수집 절차와 관련된 모든 사정 ……을 전체적·종합적으로 고려하여야” 함을 이야기한다.

따라서 재량적 배제론자는 공직선거법위반에 관한 대법원 2013. 11. 28.

43) “통신비밀보호법(이하 ‘법’이라고만 한다) …… 제4조는 제3조의 규정에 위반하여, 불법감청에 의하여 지득 또는 채록된 전기통신의 내용은 재판 또는 징계절차에서 증거로 사용할 수 없다고 규정하고 있다. …… 이와 같이 법 제3조 제1항에 위반한 불법감청에 의하여 녹음된 전화통화의 내용은 법 제4조에 의하여 증거능력이 없다. 그리고 사생활 및 통신의 불가침을 국민의 기본권의 하나로 선언하고 있는 …… 취지에 비추어 볼 때 피고인이나 변호인이 이를 증거로 함에 동의하였다고 하더라도 달리 볼 것은 아니다(대법원 2009. 12. 24. 선고 2009도11401판결 판결이유 중).

선고 2010도12244판결을 들어, 통신비밀보호법 제4조는 이석배 교수가 생각하는 것처럼 의무적 배제론을 지지하는 논거가 될 수 없고 오히려 재량적 배제의 해석론을 지지하는 논거라고 반박할 것이다.

3. 의무적 배제의 구체적인 결론

이상의 논의를 바탕으로 하여, 이석배 교수는 그의 의무적 배제론의 결론을 전개한다.⁴⁴⁾ 본 연구 각주 44번의 내용에서 잘 드러나는 것처럼, 이석배 교수의 해석론은 “원칙적으로 훈시규정의 위반도 적법절차위반이라고 보아야” 하고 적법절차위반이면 예외없이 의무적으로 배제되어야 하며, 법원의 재량은 단지 “훈시규정이 기본권 관련 규정인지에 대하여”만 존재한다는 점에서 철저한 의무적 배제론으로 이해될 수 있다.

그런데 이석배 교수는 그의 결론을 도출하는 과정에서, 의무적으로 증거능력이 배제되는 범위에 관해 학계 대부분의 견해가 일치하는 지점이 있다고 언급한다.⁴⁵⁾ 그리고 이렇게 일치된 견해를 제시하는 학자들로 김재윤 교수, 손동권 교수, 신동운 교수, 안성수 검사, 이재방 교수, 이완규 변호사, 이재상 교수, 임동규 교수, 하태영 교수, 김봉수 교수를 각주에서 나열한다.

하지만 이러한 이석배 교수의 평가에 관하여, 재량적 배제론자는 당장 그 반례로서 안성수 검사와 이완규 변호사의 견해를 들어 반박할 것이다. 아래에서는 안성수 검사와 이완규 변호사의 견해가 어떻게 이석배 교수의

44) “…… 이러한 관점에서 본다면, ‘헌법의 구체화 규범’으로서 성격을 가진 거의 모든 형사소송절차 속에 헌법상의 적법절차원리가 투영되어 있다고 보아야 하고, 적법절차의 적용대상은 효력규정은 물론 원칙적으로 훈시규정의 위반도 적법절차위반이라고 보아야 할 것이다. 사소한 절차의 위반이나 훈시규정 등을 위반으로도 헌법상 보장된 개인의 기본권이 침해되는 사례는 나타날 수 있기 때문이다. 다만, 헌법상 보장된 개인의 기본권과 무관한 훈시규정의 위반은 적법절차위반이 아니라고 보아도 무방할 것이다. 법원은 훈시규정이 기본권관련 규정인지에 대하여는 판단의 재량을 갖는다.”(이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거의 증거사용의 한계”, 401면)

45) “…… 형사소송법의 증거수집과 관련된 절차규정을 위반한 경우에는 법원의 재량을 인정할 수 없다는 점에는 위법의 중대성과 사소함을 기준으로 하든, 사법적 정의를 기준으로 하든, 공익과 사익을 형량하든 이익형량론을 취하는 입장에서든 대체로 동의하는 것으로 보인다.”(이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거의 증거사용의 한계, 399-400면)

논증에 반례가 될 수 있는지 살펴보겠다.

먼저 안성수 검사의 견해를 간략히 검토하면, 안성수 검사는 위법수집 증거배제법칙을 규정한 제308조의2에 대해 매우 비판적인 입장이다.⁴⁶⁾ 예를 들어 안성수 검사는 ‘범죄자는 형사절차를 방해하더라도 큰 책임을 지지 않는데 수사기관이 위법하게 수집한 증거물은 배제시키는 것은 불합리하다’면서, 이것을 조문 자체에 대한 문제점이라는 듯이 지적하고 있다.⁴⁷⁾ 뿐만 아니라, 그는 위반된 조항이 무엇이냐는 것만을 기준으로 하여 증거능력 배제를 결정할 것이 아니라 개개의 구체적인 사건에서 위반되는 행위와 그 위법성의 정도, 위반행위가 벌어진 경위, 위반의 동기, 증거배제로 인한 영향, 사회적 반응, 증거배제에 의해 달성될 수 있을 억제효 등을 종합적으로 고려하여야 하고, 이를 통해 증거가 배제되는 불가피한 상황은 최소한에 머물러야 함을 주장한다.⁴⁸⁾ 그렇다면, 안성수 검사가 형사소송법의 증거수집과 관련된 절차규정을 위반한 경우에 법원의 재량을 인정할 수 없다고 주장하지 않는다는 사실은 명백해 보인다. 왜냐하면 안성수 검사는 오히려 법원이 폭넓게 재량을 발휘하여 사정을 종합적으로 고려함으로써, 위법수집증거의 증거배제(즉, 그의 표현대로라면 ‘불가피한 상황’)을 최소화 해야 함을 말하고 있기 때문이다.

이완규 변호사의 견해는 어떠한가? 이완규 변호사는 헌법상의 기본권이나 적정절차조항에 비추어 볼 때 개인의 고도의 사적 영역을 침해한 경우에는 절대적으로 증거능력이 배제되어야 하지만, 그 이외의 영역이 침해된 경우에는 위반된 법규정의 보호목적, 위법의 중대성, 수사기관의 고의성, 침해법익의 정도, 범죄의 중대성 등을 비교형량 하여 종합적으로 판단하는 것이 옳다고 이야기하고 있다.⁴⁹⁾ 그런데 법원의 재량이 없다면 비교형량을 통

46) 안성수, “각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상 수용방안”, 저스티스, 한국법학원, 제 96호, 2007, 232면 이하; 안성수, 「형사소송법」, 박영사, 2009, 309면 이하. 안성수 검사의 견해에 대한 상세한 검토와 비판으로 권순호, “위법수집증거의 재량적 배제를 지지하는 이른바 ‘재량적 배제론’에 대한 분석적 고찰”, 87-91면.

47) 안성수, “각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상 수용방안”, 236면

48) 안성수, “각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상 수용방안”, 234면

49) 이완규, “사개추위안의 위법수집증거배제원칙에 대한 검토”, 611면. 이완규 변호사의 견해

한 종합적인 고려가 불가능하리라는 점에서, 그의 견해가 법원의 넓은 재량을 암묵적인 전제 조건으로 하고 있음은 분명해 보인다. 따라서 이완규 변호사 또한 형사소송법의 증거수집과 관련된 절차규정을 위반한 경우에 법원의 재량을 인정할 수 없음을 이야기하지 않는다는 점도 분명하다.

결론적으로, 재량적 배제론자는 안성수 검사와 이완규 변호사의 견해를 반례로 들어, “형사소송법의 증거수집과 관련된 절차규정을 위반한 경우에는 법원의 재량을 인정할 수 없다는 점에는 …… 대체로 동의”한다는 이석배 교수의 평가가 잘못된 것이라고 반박할 것이다.

4. 소결

재량적 배제론이 추구하는 ‘실체적 진실 규명’의 이념에 대한 이석배 교수의 비판은 타당한 면이 있다. 아쉬운 것은 이러한 비판에도 불구하고, 재량적 배제론자들이 자신들의 논거가 이석배 교수가 비판하는 것과는 별개의 논거라면서 이를 무리하게 피해갈 수 있다는 점이다.

또한 문언의 형식에 의해 의무적 배제의 해석을 이끌어내면서 이석배 교수가 근거로 든 통신비밀보호법 제4조에 대해서는, 재량적 배제론자들은 이를 재량적 배제로 이해하는 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도12244판결을 들어 이석배 교수의 해석론에 반박할 수 있다.

마지막으로, 학계 대다수의 견해가 ‘형사소송법의 증거수집과 관련된 절차규정을 위반’한 경우에 법원의 재량을 인정하지 않는다고 본다는 이석배 교수의 평가에 대해서는, 재량적 배제론자는 안성수 검사와 이완규 변호사의 견해를 반례로 들어 그것이 잘못된 평가라고 주장할 것이다.

에 대한 상세한 검토와 비판으로 권순호, “위법수집증거의 재량적 배제를 지지하는 이른바 ‘재량적 배제론’에 대한 분석적 고찰”, 91-96면.

IV. 나오며

본 연구는 위법수집증거의 증거배제에 관한 견해들 중에서 롤즈가 찾고자 한 것처럼 무엇이 “최선의 접근방식”인지 파악하는 것을 목표로 한다. 이를 위해 학계에서 드물게 의무적 배제론을 주장하는 김봉수 교수, 이석배 교수의 견해를 분석해 보았다.

먼저 김봉수 교수의 의무적 배제론을 살펴보면, 그의 글에서 위법수집증거의 의무적 배제를 지지하는 논증은 세 부분으로 나뉜다. 첫 번째는 재량적 배제의 입장을 취하는 판례의 태도가 내포하는 문제점을 다양하게 지적하는 부분이고, 두 번째는 재량적 배제론이 조문의 해석을 통해 도출될 수 없음을 논증하는 부분이다. 그리고 이러한 논의를 바탕으로 하여, 그가 제안하는 의무적 배제론이 구체적으로 설명되는 것이 마지막 부분이다.

이 중에서 판례에 대한 김봉수 교수의 비판은 판례의 재량적 배제론이 내포하는 여러 가지 문제점을 적절히 짚어내고 있다. 특히, 형사소송에서의 진실개념은 절차적 진실로 이해되어야 한다는 비판과 함께 비진실증거의 경우에만 재량적 배제론을 취하는 것은 비일관적인 태도라는 비판은, 판례를 옹호하고자 하는 재량적 배제론자를 논쟁의 차원에서 결정적으로 물리칠 수 있다.

뒤이어 이석배 교수의 의무적 배제론을 살펴보면, 위법수집증거의 의무적 배제를 주장하는 그의 논증도 세 부분으로 나뉜다. 첫 번째 부분은 판례와 학계의 재량적 배제론이 취하고 있는 주요 논거인 ‘실체적 진실 규명’의 이념에 대한 비판이다. 두 번째 부분은 제308조의2의 문언 자체가 의무적 배제를 의미하는 것으로 해석되어야 한다는 논증이다. 그리고 이러한 논의를 바탕으로 의무적 배제의 결론이 구체적으로 설명되는 것이 마지막 부분이다.

이러한 이석배 교수의 논증에서, 잘못된 ‘실체적 진실 규명’ 이념의 추구에 대한 이석배 교수의 비판은 타당한 면이 있다. 하지만 이석배 교수의 비판에도 불구하고, 재량적 배제론자들은 자신들의 논거가 그것과 별개라면서 비판을 피해갈 수 있다. 또 이석배 교수가 의무적 배제의 해석론의 근거

로 든 통신비밀보호법 제4조에 대해서는, 대법원 2013. 11. 28. 선고 2010도 12244판결이 이를 재량적 배제로 이해하고 있다는 점에서 재량적 배제론자의 반박을 피하기 어렵다. 마지막으로, 학계 대다수가 형사소송법의 증거수집과 관련된 절차규정을 위반한 경우에 법원의 재량을 인정하지 않는다고 본다는 식의 평가에 대해서는, 재량적 배제론자는 그 반례로서 안성수 검사와 이완규 변호사의 견해를 제시할 수 있다.

결론적으로, 위법수집증거의 재량적 배제를 지지하는 재량적 배제론자를 논쟁에서 완전히 물리칠 수 있다는 점에서, 그리고 훈시규정을 제외한 절차규정까지 포함하여 이를 위반할 경우에 의무적으로 증거능력이 배제되어야 한다고 보기 때문에 국민의 기본권 보호에 철저할 수 있다는 점에서, 의무적 배제론 중 가장 “최선의 접근방식”은 김봉수 교수의 견해로 꼽을 수 있어 보인다.

위법수집증거의 의무적 배제를 지지하는 ‘의무적 배제론’에 대한 분석적 고찰	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2020.08.14.	2020.08.26.	2020.09.21..

- 권 순 호

[참고문헌]

1. 단행본

- 김희정·박은진, 「비판적 사고를 위한 논리」, 아카넷, 2008
 비판적 사고 교재연구회, 「논리 그리고 비판적 사고」, 글고운, 2019,
 손병홍, 「논리로 보는 패러독스 패러독스로 배우는 논리」, 새문사, 2016
 안성수, 「형사소송법」, 박영사, 2009
 최원배, 「논리적 사고의 기초」, 서광사, 2019
 존 롤즈/황경식 역, 「정의론」, 이학사, 2003
 콜린 맥킨/박채연·이승택 역, 「언어철학」, 도서출판b, 2015
 황설중, 「고대 회의주의와 근대 철학」, 철학과현실사, 2019

2. 논문

- 권순호, “위법수집증거의 재량적 배제를 지지하는 이른바 ‘재량적 배제론’에 대한 분석적 고찰”, 범죄수사학연구, 경찰대학 범죄수사연구원, 통권 제10호, 2020, 77-100면
 김봉수, “‘재량적’ 위법수집증거배제(론)에 대한 비판적 고찰 - 왜 유독 ‘비진술증거’에 대해서만 ‘재량적 배제’를 인정하려 하는가? -”, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회, 제11권 제2호, 2009, 189-212면
 김용배, “위법수집증거배제법칙상 1, 2차적 증거의 개념 및 증거능력 인정요건 - 인과관계의 단절 내지 회색을 중심으로 -”, 법조, 법조협회, 제63권 제4호, 2014, 162-222면
 변종필, “형사소송이념과 범죄투쟁, 그리고 인권” 비교형사법연구, 한국비교형사법학회, 제5권 제2-1호, 2003, 929-950면
 안성수, “각국의 위법수집증거배제법칙과 우리법상 수용방안”, 저스티스, 한국법학원, 제96호, 2007, 187-236면
 이완규, “사채추위안의 위법수집증거배제원칙에 대한 검토”, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회, 제8권 제1호, 2006, 595-616면
 이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거의 증거사용의 한계 - 형사소송법 제308조의2 새로운 도그마틱 -”, 법학논총, 단국대학교 법학연구소, 제36권 제2호, 2012, 387-417면
 조 국, “재량적 위법수집증거배제의 필요성, 근거 및 기준”, 서울대학교 법학, 서울대학교 법학연구소, 제45권 제2호, 2004, 43-66면
 _____, “위법수집증거배제법칙 재론”, 사법, 사법발전재단, 제1권 제3호, 2008, 197-221면
 _____, “2007년 이후 대물적 강제처분 분야에서의 위법수집증거배제”, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회, 제19권 제1호, 2017, 233-256면
 하태영, “개정 형사소송법 제308조의2 위법수집증거배제법칙의 법적 의미와 적용범위”, 형사법연구, 한국형사법학회, 제19권 제4호, 2007, 157-198면
 하태인, “형사소송법 제308조의2(위법수집증거배제법칙)의 해석”, 형사정책연구, 한국형사정책연구원, 제25권 제4호, 2014, 283-304면

3. 기타

- 법원행정처, 「형사소송법 개정법률 해설」, 법원행정처 2007
 법무부, 「개정 형사소송법」, 법무부, 2008

【국문초록】

본 연구는 위법수집증거의 증거배제에 관한 견해들 중, 물즈가 찾고자한 것처럼 “최선의 접근방식”이 무엇인지 파악하는 것을 목표로 한다. 이를 위해 학계에서 의무적 배제론을 주장하는 김봉수 교수, 이석배 교수의 견해를 상세히 분석하였다.

먼저 김봉수 교수의 의무적 배제론을 살펴보면, 그의 글에서 위법수집증거의 의무적 배제를 지지하는 논증은 크게 세 부분으로 나뉜다. 판례의 재량적 배제론에 대한 비판, 재량적 배제의 근거가 조문의 해석을 통해서 도출될 수 없음을 지적하는 부분, 그리고 이러한 논의를 바탕으로 의무적 배제의 결론이 구체적으로 설명되는 것이 그것이다. 이 중에서 판례에 대한 김봉수 교수의 비판은 지극히 타당한 면이 있다. 특히, 형사소송에서의 진실 개념은 절차적 진실로 이해되어야 한다는 언급이나 비진실증거의 경우에만 재량적 배제론을 취하는 것은 비일관적인 태도라는 비판은 재량적 배제론자를 논쟁에서 결정적으로 물리칠 수 있다.

뒤이어 이석배 교수의 의무적 배제론을 살펴보면, 제308조의2 해석과 적용에 관하여 의무적 배제의 해석론을 제시하는 그의 논증도 세 부분으로 나뉜다. 첫 번째 부분은 판례와 학계의 재량적 배제론이 취하고 있는 주요 논거인 ‘실체적 진실 규명’의 이념에 대한 비판이다. 두 번째 부분은 제308조의2의 문언이 그 자체의 형식에 의해 의무적 배제를 의미하는 것으로 해석된다는 이석배 교수의 해석론이다. 그리고 이러한 논의를 바탕으로 하여, 이석배 교수가 생각하는 구체적인 의무적 배제론이 설명되는 것이 마지막 부분이다.

결론적으로, 위법수집증거의 재량적 배제를 지지하는 재량적 배제론자를 논쟁에서 완전히 물리칠 수 있다는 점에서, 그리고 훈시규정을 제외한 절차규정까지도 포함하여 위반 시 의무적으로 증거능력이 배제되어야 한다고 본다는 점에서, 의무적 배제론 중 국민의 기본권 보호를 위한 가장 최선의 접근방식으로 김봉수 교수의 견해를 꼽을 수 있을 것이다.

【Abstract】

An Analytical Review on the Mandatoy Exclusion Theories
- Focusing on the Discussions of Professor
Kim Bong-su, Professor Lee Seok-bae -

Kweon, Soonho

(Graduate student, Graduate School of Police Studies,
Korea National Police University)

The National Assembly Revised the Criminal Procedure Law to stipulate Article 308-2 in 2007, which had been providing the exclusionary rule of illegally obtained evidence. This paper analytically reviews the discussions of Professor Kim Bong-su and Professor Lee Seok-bae who suggested the mandatory exclusion theories.

주제어(Keyword) : 형사소송법(Criminal Procedure Law), 제308조의2(Article 308-2),
위법수집증거배제법칙(Exclusionary Rule), 위법수집증거(Illegally Obtained Evidence),
의무적 배제(Mandatory Exclusion)

통신사업자의 불법게시물 유통방지의무

- 이른바 ‘n번방 방지법’과 독일 네트워크단속법(NetzDG)의 비교를 중심으로 -

임 석 순*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|----------------------------------|---------------------------------------|
| I. 여는 글 | 4. 국외사업자의 국내송달대리인 지정 |
| II. 통신사업자의 불법촬영물 등 유통방지 등 의무 | 5. 소결 : ‘n번방 방지법’과의 유사점 및 차이점 |
| 1. 의무의 주체 : 부가통신사업자와 정보통신서비스 제공자 | IV. 통신사업자의 불법게시물 유통방지의무 등에 관한 규정의 문제점 |
| 2. 불법촬영물 등 유통방지의무 | 1. 적용대상의 한계 |
| 3. 통신사업자의 투명성 보고서 제출의무 | 2. 표현의 자유에 대한 현저한 제약 가능성 |
| 4. 해외사업자의 국내대리인 지정의무 | 3. 사기업에게 사법적 판단권 부여 |
| III. 독일 네트워크단속법의 주요 내용과의 비교 | 4. 관리부실행위에 대한 형사제재의 타당성 |
| 1. 네트워크단속법의 적용대상 | V. 맺는 글 |
| 2. 보고서 제출의무 | |
| 3. 정보통신서비스 제공자의 위법콘텐츠 유통방지의무 | |

* 국립한경대학교 법경영학부 조교수, 법학박사(Dr. jur.).

I. 여는 글

메신저 앱 텔레그램 등을 이용한 성착취 촬영물 유통사건이라 할 수 있는 ‘n번방 사건’은 2019년 하반기에서 2020년 상반기 뉴스 사회면을 뜨겁게 달구었다.¹⁾ 이 사건을 계기로 이른바 ‘n번방 방지법’이 발의되었고, 그 결과 「형법」과 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 성폭력처벌법)」을 비롯하여 「전기통신사업법」과 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(이하 정보통신망법)」의 몇몇 규정이 개정되었다.

먼저 「형법」에서는 미성년자 의제강간의 연령기준이 16세로 상향(제305조 제2항)되었고, 강간 등 예비·음모죄가 신설(제305조의3)되었다. 성폭력처벌법에서는 특수강도강간, 특수강간 등 주요 범죄행위에 대한 법정형이 상향되었으며 불법 성적촬영물 소지 등 죄(제14조 제4항), 불법 성적촬영물을 이용한 협박·강요죄(제14조의3), 특수강도강간 등 예비·음모죄(제15조의2)가 신설되었다.

다음으로 정보통신망법은 첫째로 국외에서 이루어진 행위라도 국내 시장 또는 이용자에게 영향을 미치는 경우 본 법을 적용할 수 있도록 하였다(제5조의2).²⁾ 둘째로는 일정한 요건을 갖춘 정보통신서비스제공자는 반드시 불법촬영물 등의 유통방지를 위한 책임자를 지정하도록 하고, 책임자는 전기통신사업법 제22조의5 제1항에 따른 불법촬영물 등의 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 조치 업무를 수행하도록 하였다(제44조의9). 그리고 이러한 책임자를 지정하지 않은 정보통신서비스제공자에게는 2천만원 이하의 과태료를 부과하도록 하였다(제76조 제2항 제4호의4). 셋째로는 일정한 요건을 갖춘 정보통신서비스 제공자는 자신이 제공하는 정보통신서비스를 통해 유통되는 불법촬영물 등의 처리에 관한 보고서(투명성 보고서)를 매년

1) n번방 사건에 대한 최초의 보도로는 전자신문, “[기자수첩]뽕간방과 노예방, 그리고 텔레그램”, 2019.8.12., <https://www.etnews.com/20190812000504>, 2020.6.22. 최종방문; 그리고 보다 상세한 탐사보도로는 한겨레, “성착취 가해자 추적 보도 시작되자 ‘비밀방’에선 “기레기 잡아라””, 2019.11.28., http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/918793.html, 2020.6.22. 최종방문.

2) 이는 현행 전기통신사업법 제2조의2와 동일한 내용이다.

방송통신위원회에 제출하도록 하였다(제64조의5). 이처럼 정보통신망법의 개정내용은 해외사업자에 대한 역외적용규정 도입, 유통방지막업자 지정, 불법촬영물 등 처리에 관한 보고서 제출 등 불법촬영물 등 유통방지에 필요한 간접적 또는 부수적 사항에 관한 것들이라 할 수 있다.

「전기통신사업법」은 통신사업자의 불법촬영물 등 유통방지의무에 관한 핵심사항을 규정하고 있다. 그 주요 골자는 인터넷서비스를 제공하는 사업자에게 불법촬영물 등을 삭제하거나 차단하는 등의 유통방지막업자 기술적·관리적 조치를 할 의무(제22조의5 및 제22조의6)를 부과하고, 해외사업자에게는 국내대리인을 지정해야 할 의무(제22조의8)를 부과하는 것이다.³⁾ 국내사업자이든 해외사업자이든 불문하고 인터넷서비스를 제공하는 통신사업자는 불법촬영물 등을 인식한 경우 그 촬영물 등을 자체적으로 삭제하거나 그에 대한 접속을 차단하는 등의 조치를 취하도록 함으로써 ‘n번방 사건’과 같이 이른바 성착취 촬영물 등이 텔레그램 등 메시지를 통해 유포·확산되지 못하도록 한 것이다.

그런데 ‘n번방 방지법’의 정확한 범위 또는 목록에 대해서는 상이한 시각이 존재한다. 「형법」과 성폭력처벌법의 개정내용을 ‘n번방 방지법’의 범주에 포함시키는 시각⁴⁾이 있는가 하면, 「전기통신사업법」과 정보통신망법의 개정내용만을 ‘n번방 방지법’에 포함시키는 또 다른 시각⁵⁾도 있다. 이는 “네트워크를 이용한 범죄”에 초점을 맞출 것이냐, “성범죄”에 초점을 맞출 것이냐에 따른 시각의 차이에서 기인한다. 물론 사건의 법적 구성요건은 형법 및 성폭력처벌법에 해당하며, 「형법」과 성폭력처벌법 개정법률안의

3) 본 개정은 여러 개정안들을 종합한 대안(의안번호 제2024959호)으로 의결된 것이다. 이 대안이 반영됨으로써 폐기된 의안은 정부안을 포함해 총 13개(의안번호 제2000464호, 제2021332호, 제2019297호, 제2010235호, 제2015471호, 제2019280호, 제2024924호, 제2019680호, 제2016058호, 제2014517호, 제2023352호, 제2012060호, 제2011399호)이며, 그 가운데 불법촬영물 등 유통방지막업 등 에 관한 주요 사항은 이원욱의원이 대표 발의한 개정법률안(의안번호 제2024924호)이다.

4) 한국일보, “n번방 방지법과 표현의 자유”, 2020.5.27., <https://www.hankookilbo.com/News/Read/202005261428021826?did=DA&dtype=&dtypecode=&prnewsid=>, 2020.6.4. 최종방문.

5) 세계일보, “n번방 빠진 n번방 방지법?... 텔레그램 규제 어떻게”, 2020.5.20., <http://www.segye.com/newsView/20200520521416?OutUrl=daum>, 2020.6.4. 최종방문.

개정이유⁶⁾에 따르면 적어도 ‘n번방 사건’이 본 법률들의 개정에 상당한 동기가 되었음은 미루어 짐작할 수 있다. 다만 본 글에서는 “네트워크를 이용한 범죄”의 예방에 초점을 맞추어 통신사업자의 불법촬영물 등 유통방지의무 확립에 보다 중점을 두고, 그렇다면 오로지 전기통신사업법과 정보통신망법, 그리고 그 중에서도 특히 「전기통신사업법」 제22조의5 및 제22조의6의 내용을 중점적으로 살펴보고자 한다.

한편 「전기통신사업법」 및 정보통신망법의 개정 내용들은 통신사업자의 불법촬영물 등 유통방지의무를 규정하고 이를 위반할 경우 행정제재뿐만 아니라 형사처벌까지도 가능하도록 한 점, 이들 통신사업자에게 불법촬영물 등에 대한 조치내역을 기술한 보고서를 제출하도록 한 점, 그리고 해외사업자에게 국내대리인을 두도록 한 점 등에서 2017년에 제정된 독일의 「소셜 네트워크에서 법집행 개선을 위한 법률(Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken)」, 약칭 네트워크단속법(Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG)⁷⁾과 매우 유사한 모습을 보이고 있다.⁸⁾ 그리고 독일의 네트워크단속법은 제정되기 전부터 통신사업자에게

6) 형법 일부개정법률안(법제사법위원장 제안, 의안번호 제2024882호), 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 일부개정법률안(법제사법위원장 제안, 의안번호 제2024883호).

7) 본 법률의 명칭을 “소셜네트워크상의 법집행 개선을 위한 법률”로 번역하는 데에는 큰 이견이 없는 것으로 보인다. 다만 약칭은 “네트워크법집행법”(박신욱, “온라인서비스제공자의 책임 및 그 확장과 관련된 독일 네트워크 법집행법(NetzDG) 연구”, 인하대 법학연구 제21집 제2호, 2018, 269면 이하), “사회관계망법집행법”(안수길, “가짜뉴스에 맞서는 독일 ‘사회관계망법집행법’의 내용과 쟁점”, 한양대 법학논총 제36집 제1호, 2019, 121면 이하), “망집행법”(황태희, “인터넷 게시물의 규제와 이용자보호: 독일 망집행법을 중심으로”, 중앙대 법학논문집 제42집 제2호, 2018, 225면 이하) “네트워크윤용법”(이정념, “인터넷 가짜뉴스(Fake News)의 규율에 관한 법적 쟁점”, 법조 제67권 제5호, 2018, 392면 이하), “SNS 대책법”(김성화, “독일의 SNS규제와 표현의 자유, 인권법평론 제22호, 2019, 3면 이하) 등 꽤나 다양하게 번역되고 있다. 법제처는 “네트워크시행법”으로 번역하고 있다(세계법제정보센터, http://world.moleg.go.kr/web/wli/lgsInfoReadPage.do?CTS_SEQ=48407&AST_SEQ=69&ETC=0, 2020.6.16. 최종방문). 그러나 네트워크를 시행한다는 말의 의미가 정확히 무엇인지 알기 어려우며, 정보통신서비스 제공자로 하여금 이른바 위법콘텐츠를 임의로 색출, 차단 등의 조치를 하도록 하기 위한 것이라는 본 법률의 근본 목적을 고려한다면 약칭으로서는 “네트워크단속법”이 가장 적절해 보인다.

8) 독일의 네트워크단속법과 정보통신망법을 비교연구한 것으로는 황태희, 앞의 글, 특히

사실상 사법적 검열권한을 부여하게 될 것이라는 등의 비판이 제기되어 왔다. 이러한 점에 착안하여 본 글에서는 ‘n번방 사건’으로 촉발되어 신설된 「전기통신사업법」 및 정보통신망법상 통신사업자의 불법촬영물 등 유통방지의무에 관한 주요 내용을 살펴보고, 독일의 네트워크단속법과의 비교를 통해 통신사업자의 불법촬영물 등 유통방지의무에 관한 규정들의 문제점을 살펴보도록 하겠다.

Ⅱ. 통신사업자의 불법촬영물 등 유통방지 등 의무

1. 의무의 주체 : 부가통신사업자와 정보통신서비스 제공자

개정 「전기통신사업법」에 따르면 불법촬영물 등의 유통방지 의무를 지는 자는 부가통신사업자 및 「저작권법」 제104조에 따른 특수한 유형의 온라인서비스제공자의 부가통신역무를 제공하는 특수유형부가통신사업자이다(제22조의5 제1항).

부가통신사업자란 부가통신역무를 제공하는 사업자를 말하고(제5조 제3항), 부가통신역무란 기간통신역무 외의 전기통신역무를 말한다(제2조 제12호). 기간통신역무란 전화·인터넷접속 등과 같이 음성·데이터·영상 등을 그 내용이나 형태의 변경 없이 송신 또는 수신하게 하는 전기통신역무 및 음성·데이터·영상 등의 송신 또는 수신이 가능하도록 전기통신회선설비를 임대하는 전기통신역무를 말한다(제2조 제11호).⁹⁾ 기간통신사업자란 SK텔레콤, KT, LG유플러스와 같이 전기통신 회선설비를 설치하고, 이를 이용하여 전신·전화·전기 통신 회선을 임대하거나 주파수를 할당받아 제공하는 서비스 등의 전기 통신 역무를 불특정 다수의 공중에게 차별 없이 제공하기

245면의 표 참조. 다만 이는 「전기통신사업법」이 개정되어 통신사업자에게 불법촬영물 등 유통방지의무가 부여되기 전의 논문이다.

9) 다만, 과학기술정보통신부장관이 정하여 고시하는 전기통신서비스(제6호의 전기통신역무의 세부적인 개별 서비스를 말한다. 이하 같다)는 제외한다(같은 호 단서).

위하여 정부의 허가를 받은 사업자를 말한다.¹⁰⁾ 그리고 부가통신사업자란 기간통신사업자에게 전기통신 회선설비를 임차하여 기간 통신 역무 이외의 전기 통신 역무를 제공하기 위해 방송통신위원회 위원장에게 신고하고 사업을 영위하는 자로서, 전송이라는 기본적인 통신 서비스에 컴퓨터 기능을 결합하여 회선 교환, 부호 변환, 통신 속도 변환, 정보의 축적·전송, 매체 변환, 계산 처리, 데이터베이스의 제공 등 향상된 통신 서비스를 제공한다.¹¹⁾ 즉 부가통신사업자란 (주)카카오와 같이 기간통신사업자가 설치한 통신설비를 이용하여 통신서비스를 제공하는 사업자라 할 수 있다. 그리고 여기에는 모든 인터넷 플랫폼 서비스 사업과 대부분의 인터넷 콘텐츠 서비스 사업을 비롯한 인터넷 기반 서비스 사업이 포함된다.¹²⁾

특수유형부가통신사업자란 공중이 저작물 등을 공유할 수 있도록 하는 웹사이트 또는 프로그램을 제공하는 자로서 (1) 개인 또는 법인(단체 포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 공중이 이용할 수 있도록 업로드 한 자에게 상업적 이익 또는 이용편의를 제공하는 온라인서비스제공자, (2) 개인 또는 법인(단체 포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 공중이 다운로드 할 수 있도록 기능을 제공하고 다운로드 받는 자가 비용을 지불하는 형태로 사업을 하는 온라인서비스제공자, (3) P2P 기술을 기반으로 개인 또는 법인(단체 포함)의 컴퓨터 등에 저장된 저작물 등을 업로드 하거나 다운로드 할 수 있는 기능을 제공하여 상업적 이익을 얻는 온라인서비스제공자를 말한다.¹³⁾ 예컨대 P2P 서비스 또는 웹하드 서비스 제공자가 여기에 해당한다.¹⁴⁾ 이 가운데 전기통신사업법상 불법촬영물 등 유통방지의무를 지는 특수유형 부가통신사업자는 다른 사람들 상호 간에 컴퓨터를 이용하여 저작물 등을

10) TTA 정보통신용어사전, 다음 국어사전.

11) TTA 정보통신용어사전.

12) 홍대식, “개정 전기통신사업법의 부가통신사업 실태조사 근거 규정에 대한 검토”, KISO Journal Vol. 34, 2019, 40면.

13) 「저작권법」 제104조, 「특수한 유형의 온라인서비스제공자의 범위」(문화체육관광부 고시 제2017-6호)

14) 한지연 외, 특수유형부가통신사업자의 불법정보 유통방지를 위한 개선방안 연구, 방통융합정책연구, 2015, 1면.

전송하도록 하는 것을 주된 목적으로 온라인서비스를 제공하는 자를 말한다(제22조의5 제1항, 제2조 제14호 가목 및 저작권법 제104조).

한편 부가통신사업을 경영하려는 기간통신사업자는 과학기술정보통신부장관에게 별도로 부가통신사업 신고를 하지 않더라도 부가통신사업을 신고한 것으로 본다(제22조 제4항 제1호). 따라서 기존의 기간통신사업자가 부가통신역무를 제공하는 경우, 그리고 반대로 부가통신사업자가 기간통신사업으로 그 사업영역을 확장하려고 하는 경우 모두 해당 사업자는 기간통신사업자이면서 동시에 부가통신사업자로 보아야 한다. 그리고 제22조의5 제1항은 행위주체 가운데 부가통신사업자를 “제22조 제1항에 따라 부가통신사업을 신고한 자”와 함께 제22조 제4항 각 호의 어느 하나에 해당하는 자도 포함하는 것으로 규정하고 있다. 따라서 부가통신사업자로 ‘신고’되어 있지 않은 기간통신사업자라 하더라도 부가통신역무를 제공하는 경우에는 제22조의5에 따른 불법촬영물 등 유통방지의무의 주체가 된다.

정보통신망법은 일일 평균 이용자의 수, 매출액, 사업의 종류 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 정보통신서비스 제공 사업자에게는 불법촬영물 등 유통방지 책임자를 두도록 했다(법 제44조의9). 본 법률에 따르면 정보통신서비스란 「전기통신사업법」 제2조 제6호에 따른 전기통신역무와 이를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 것을 말한다(제2조 제2호). 이는 기간통신역무와 부가통신역무를 모두 포함한다. 그리고 정보통신서비스 제공자란 「전기통신사업법」 제2조 제8호에 따른 전기통신사업자와 영리를 목적으로 전기통신사업자의 전기통신역무를 이용하여 정보를 제공하거나 정보의 제공을 매개하는 자를 말한다. 즉 정보통신서비스 제공자는 기간통신사업자와 부가통신사업자뿐만 아니라 이들의 전기통신역무를 이용하여 단순히 정보를 제공하거나 정보제공을 매개하는 자도 포함하는 넓은 개념으로 이해할 수 있다.

요컨대 n번방 사건의 매개체였던 텔레그램을 비롯하여 페이스북, 카카오톡, 다음, 네이버 등 인터넷 회선을 통해 정보통신서비스를 제공하는 인터넷서비스 제공 사업자들은 전기통신사업법상 불법촬영물 등 유통방지의무 및 정보통신망법상 불법촬영물 등 유통방지 책임자 지정의무를 지는 부가

통신사업자이자 정보통신서비스 제공자에 해당한다.

2. 불법촬영물 등 유통방지의무

가. 불법촬영물 등의 범위

개정 「전기통신사업법」은 불법촬영물 등의 범위를 일반에게 공개되어 유통되는 정보 가운데 (1) 성폭력처벌법 제14조에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물 포함), (2) 성폭력처벌법 제14조의2에 따른 편집물·합성물·가공물 또는 복제물(복제물의 복제물 포함), (3) 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 청소년성보호법)」 제2조 제5호에 따른 아동·청소년 성착취물로 제한하고 있다(제22조의5 제1항).¹⁵⁾ 통신사업자는 이러한 게시물이 유통되는 사정을 신고, 삭제요청 또는 대통령령으로 정하는 기관이나 단체의 요청 등에 의하여 인식하게 된 경우에는 지체 없이 해당 정보의 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 조치를 취하여야 한다. 개정 정보통신망법상 유통방지책임자의 관리대상 또한 위와 동일하다(제44조의9 제1항). 즉 성적 욕망이나 수치심을 유발할 수 있는 촬영물 내지 편집물 등, 이른바 성착취 촬영물¹⁶⁾만이 유통방지의무의 대상이다. 그 밖에 사생활침해나 명예훼손 등 타인의 권리를 침해한다고 인정되면 삭제나 임시차단 등의 조치를 할 수 있을 뿐이다(제44조의2, 제44조의3).

나. 유통방지에 필요한 조치의 내용

통신사업자의 불법촬영물 등 유통방지의무는 ‘n번방 방지법’에 의해 비로소 도입된 내용은 아니다. 구 전기통신사업법도 통신사업자의 불법게시물 유통방지의무를 두고 있었다. 그에 따르면 부가통신사업자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망을 통하여 일반에게 공개되어 유통되는 정보 중 성폭

15) 2020년 6월 11일 발의된 개정안은 여기에 더해 ‘아동·청소년 대상 성적 유인·권유행위에 관한 정보’를 추가하였다(전기통신사업법 일부개정법률안, 권인숙의원 대표발의, 의안번호 제2100358호).

16) 사진촬영뿐만 아니라 동영상 촬영, 음성녹음을 포함한다.

력처벌법 제14조에 따른 촬영물 또는 복제물(복제물의 복제물을 포함한다)이 유통되는 사정을 신고, 삭제요청 등을 통하여 명백히 인식한 경우에는 지체 없이 해당 정보의 삭제, 접속차단 등 유통방지에 필요한 조치를 취하여야 한다(제22조의5 제1항). 즉 통신사업자는 어떠한 경로이든 불법촬영물의 유통을 인지하였으면 즉각 삭제나 접속차단 등 해당 정보의 유통을 방지하기 위한 조치를 취해야 한다.

그런데 개정된 내용에 따르면 불법촬영물 등의 유통사실을 신고나 삭제요청 등으로 인지하게 된 경우뿐만 아니라 대통령령으로 정하는 기관이나 단체의 요청 등에 의해 비로소 알게 된 경우에도 통신사업자는 해당 게시물의 유통방지를 위한 조치를 취해야 한다. 아직 이에 상응하는 내용이 대통령령에 반영되지는 않았으나, 불법촬영물 등의 유통사실을 신고하거나 삭제요청하는 것은 대체로 피해자측이고 불법게시물의 범주가 이른바 성착취 촬영물로 제한되어 있다는 점에 비추어 보면, 인터넷망을 통해 성착취 촬영물이 유통되는지를 모니터링하고 있거나 할 수 있는 유관행정부처나 그 밖의 공익단체가 될 것으로 보인다.

한편 구법은 불법촬영물 등의 유통사실을 “명백히” 인지한 경우에 한해 통신사업자의 유통방지의무가 발생하였는데, 개정법에 따르면 인식의 명백성은 더 이상 요건이 아니다. 즉 통신사업자가 어떠한 게시물이 성착취 촬영물 등에 해당할지도 모른다는 최소한의 미필적 인식만 있어도 유통방지의무가 발생하는 것으로 볼 수 있다.

그 밖에 개정법에 따르면 전기통신역무의 종류, 사업규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 조치의무사업자는 불법촬영물 등의 유통을 방지하기 위하여 대통령령으로 정하는 기술적·관리적 조치를 하여야 한다(제22조의5 제2항). 대통령령으로 정하는 기술적·관리적 조치의 구체적 내용에 대해서는 아직 상세한 규정이 마련되지 않았다. 다만 본법 시행령 제30조의3 제1항에서 규정하고 있는 “불법음란정보의 유통방지를 위한 기술적 조치 등”¹⁷⁾에 비추어 보면, 기술적 조치는 불법촬영물임을 인식할 수 있는 조치

17) 1. 법 제22조제2항에 따라 특수한 유형의 부가통신사업을 등록한 자 중 법 제2조제13호 가목에 해당하는 역무를 제공하는 자(이하 이 조에서 “사업자”라 한다)가 정보의

와 해당 촬영물을 이용자가 검색하거나 송·수신하는 것을 제한하는 조치, 게시자에게 불법촬영물의 유통금지 등에 관한 경고문구를 발송하는 조치 등이 될 것으로 보이며, 관리적 조치는 불법촬영물 등의 유통방지의무 책임자의 자격요건 및 지정에 관한 사항, 유통방지의무 책임자의 역할 및 책임에 관한 사항 등 이른바 내부관리계획의 수립에 관한 사항¹⁸⁾들이 규정될 것으로 보인다.

다. 불법촬영물 등 유통방지 책임자 지정

개정된 정보통신망법은 일정한 정보통신서비스 제공자에게 유통방지 책임자 지정의무를 부과하고 있다. 제44조의9에 따르면 정보통신서비스 제공자 중 일일 평균 이용자의 수, 매출액, 사업의 종류 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자는 자신이 운영·관리하는 정보통신망을 통해 일반인에게 공개되어 유통되는 정보 중 이른바 불법촬영물 등¹⁹⁾을 지정하고(제1항), 유통방지 책임자는 불법촬영물 등의 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 조치업무를 수행해야 한다(제2항).

라. 유통방지의무 등 위반에 대한 제재

구 전기통신사업법에 따르면 통신사업자의 불법촬영물 등 유통방지의무 위반에 대해서는 과학기술정보통신부장관이나 방송통신위원회가 그 시

제목, 특징 등을 비교하여 해당 정보가 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제44조의7제1항 제1호에 따른 불법정보(이하 “불법음란정보”라 한다)임을 인식할 수 있는 조치

2. 사업자가 제1호에 따라 인식한 불법음란정보의 유통을 방지하기 위하여 해당 정보를 이용자가 검색하거나 송수신하는 것을 제한하는 조치

3. 사업자가 제1호의 조치에도 불구하고 불법음란정보를 인식하지 못하여 해당 정보가 유통되는 것을 발견하는 경우 해당 정보를 이용자가 검색하거나 송수신하는 것을 제한하는 조치

4. 사업자가 불법음란정보 전송자에게 불법음란정보의 유통 금지 등에 관한 경고문구를 발송하는 조치

18) 「개인정보의 기술적·관리적 보호조치 기준」(방송통신위원회고시 제2019-13호) 제3조 참조.

19) 이는 앞의 전기통신사업법상 불법촬영물 등과 동일하다.

정을 명할 수 있었다(제92조 제1항 제1호). 이와 더불어 불법촬영물 등의 유통방지에 필요한 조치를 취하지 아니한 자에게는 2천만원 이하의 과태료를 부과하도록 하였다(제104조 제3항 제1호의2). 이 정도에 불과했던 제재규정은 이번 법개정으로 크게 달라졌다. 의무위반에 대한 시정명령은 여전히 유효하고, 종전의 과태료는 5천만원으로 상향되었다(제104조 제1항 제3호). 그 밖에 과징금 부과규정과 사업장폐쇄 또는 영업정지명령에 관한 규정이 신설되었고, 형사처벌도 상당히 무겁게 규정하고 있다.

보다 자세히 살펴보면, 먼저 개정 「전기통신사업법」 제22조의6 제1항은 제22조의5 제1항의 필요조치를 의도적으로 취하지 않은 경우 매출액의 3%에 해당하는 과징금을 부과하도록 하였으며, 매출액을 산정하기 곤란한 경우에는 10억원 이하의 과징금을 부과하도록 하였다(같은 조 제2항 단서). 또한 통신사업자가 불법촬영물 등의 유통방지에 필요한 조치를 하지 아니하여 방송통신위원회가 요청한 경우(제27조 제1항 제3호의4) 또는 제22조의5 제2항에 따른 기술적·관리적 조치를 취하지 아니하여 방송통신위원회가 요청한 경우(같은 항 제3호의5) 사업의 전부 또는 일부의 폐지를 명하거나 1년 이내의 기간을 정하여 사업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다.

이와 더불어 불법촬영물 등의 유통방지에 필요한 조치를 하지 아니한 자(제95조의2 제1호의2) 또는 제22조의5 제2항에 따른 기술적·관리적 조치를 하지 아니한 자(제1호의3)는 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하도록 하였다. 물론 불법촬영물 등을 인식한 경우 지체 없이 해당 정보의 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 조치를 취하기 위하여 상당한 주의를 게을리하지 아니하였거나 해당 정보의 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 조치가 기술적으로 현저히 곤란한 경우(제1호의2 단서), 그리고 제22조의5 제2항에 따른 기술적·관리적 조치를 하기 위하여 상당한 주의를 게을리하지 아니하였거나 제22조의5 제2항에 따른 기술적·관리적 조치가 기술적으로 현저히 곤란한 경우에는 처벌받지 않을 여지를 열어두고 있다. 다만 형법상 사실적시 명예훼손죄의 위법성조각사유(제310조)의 입증책임에 관한 대법원 판례의 입장²⁰⁾에 비추어 볼 때, 위와 같은 사유가 있었음은 통신사업자가 입증해야 할 것이라는 점에서는 본 단서규정의 실효성이 크게 기

대되지는 않는다.

이처럼 통신사업자의 불법촬영물 등 유통방지의무 위반에 대해서는 형사처벌과 과징금, 그리고 과태료와 사업장폐쇄 및 영업정지라는 행정제재가 모두 가능하다. 이 가운데 과태료와 과징금, 형사처벌은 하나의 행위에 대해 동시에 부과될 수 있다는 의미로 받아들이기 보다는 불법성의 정도를 고려해 비교적 가벼운 과태료에서부터 가장 무거운 형벌까지 가능성을 넓게 열어둔 것으로 보아야 한다. 한편 양벌규정에 따라 유통방지 책임자 외에 법인도 벌금형에 처해질 수 있는데(제103조), 이러한 경우 법인의 관리감독책임이 묵과할 수 없을 정도로 크다면 사업장폐쇄나 영업정지의 제재도 함께 부과되어야 할 것이다.

그 밖에 불법촬영물 등 유통방지 책임자를 지정하지 아니한 자에게는 2천만원 이하의 과태료가 부과된다(정보통신망법 제76조 제2항 제4호의4).

3. 통신사업자의 투명성 보고서 제출의무

정보통신망법에는 일정한 정보통신서비스 제공자에게 ‘투명성 보고서 제출의무’가 신설되었다. 제65조의5에 따르면 정보통신서비스 제공자 중 일일 평균 이용자의 수, 매출액, 사업의 종류 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자는 매년 자신이 제공하는 정보통신서비스를 통하여 유통되는 불법촬영물 등의 처리에 관하여 (1) 불법촬영물 등의 유통방지를 위하여 기울인 일반적인 노력에 관한 사항과 (2) 불법촬영물 등의 신고, 삭제요청 등의 횟수, 내용, 처리기준, 검토결과 및 처리결과에 관한 사항, (3) 불법촬영물 등의 삭제·접속차단 등 유통방지에 필요한 절차의 마련 및 운영에 관한 사항을 포함한 보고서를 매년 작성하여 다음 해 1월 31일까지 방송통신위원회에 제출해야 한다(제1항). 만일 이를 위반하여 투명성 보고서를 제출하지 않으면 1천만원 이하의 과태료에 처하게 된다(제76조 제3항 제25호). 방송통신위원회는 이러한 투명성 보고서를 자신이 운영·관리하는 정보통신

20) 대법원 1996.10.25. 선고 95도1473 판결; 2004.5.28. 선고 2004도1497 판결.

망을 통해 공개해야 하며(제64조의5 제2항), 투명성 보고서의 사실을 확인하거나 제출된 자료의 진위를 확인하기 위해 정보통신서비스 제공자에게 자료의 제출을 요구할 수도 있다(같은 조 제3항).

4. 해외사업자의 국내대리인 지정의무

페이스북이나 ‘n번방 사건’의 매체가 되었던 텔레그램의 운영주체는 모두 해외사업자이다. 인터넷서비스 제공에 국경은 별다른 제약이 되지 못하며, 국내 사업자의 해외 서비스 제공뿐만 아니라 해외 사업자의 국내 서비스 제공은 별다른 물리적·지리적 장벽 없이 이루어지고 있다. 이에 그간 「전기통신사업법」은 국외에서 이루어진 행위라도 국내시장 또는 이용자에게 영향을 미치는 경우에는 본법을 적용하도록 하고 있었다(제2조의2). 그러나 이 규정만으로는 해외 사업자에 대한 본법의 실질적 효력을 담보하기 어렵다고 판단되어, 개정 전기통신사업법은 국내에 주소 또는 영업소가 없는 부가통신사업자 가운데 이용자 수, 트래픽 양 등이 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자는 제32조 제1항에 따른 이용자 보호업무와 제32조 제2항 후단에 따른 자료제출명령의 이행을 대리하는 자, 즉 국내대리인을 서면으로 지정하도록 하였다(제22조의8 제1항). 그리고 국내대리인이 이용자 보호업무와 자료제출명령을 이행하지 아니한 경우에는 해당 국내대리인을 지정한 부가통신사업자가 그 행위를 한 것으로 간주한다(같은 조 제3항). 국내대리인을 지정해야 하는 부가통신사업자가 이를 위반하여 국내대리인을 지정하지 아니한 경우에는 2천만원 이하의 과태료에 처한다(제104조 제3항 제1호의3).

이는 2018년 8월에 신설된 정보통신망법 제32조의5 국내대리인 지정 규정과 유사한 듯 하나, 자세히 살펴보면 그 내용이 조금 다르다. 정보통신망법 제32조의5에 따르면 국내에 주소 또는 영업소가 없는 정보통신서비스 제공자 가운데 이용자 수, 매출액 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 자는 제64조 제1항에 따른 물품·서류 등²¹⁾의 제출을 대리하는 자를 지정해야 한다. 여기에서 국내대리인 지정 대상자는 (1) 전년도 또는

전 사업연도 매출액이 1조원 이상이거나, (2) 정보통신서비스 부문 전년도 또는 사업연도 매출액이 100억원 이상, (3) 전년도 말 기준 직전 3개월간 그 개인정보가 저장·관리되고 있는 이용자 수가 일일평균 100만명 이상, 또는 그 밖에 (4) 정보통신망법을 위반하여 개인정보 침해 사건·사고가 발생하였거나 발생할 가능성이 있는 경우로서 법 제64조제1항에 따라 방송통신위원회로부터 관계 물품·서류 등을 제출하도록 요구받은 자를 말한다(정보통신망법 시행령 제19조 제1항). 이때 매출액은 전년도 또는 전 사업연도 평균환율을 적용하여 원화로 환산한 금액을 기준으로 한다(같은 조 제2항).

요컨대 개정 전기통신사업법은 정보통신망법과는 달리 사업자의 매출액보다는 트래픽 양을 보다 중요하게 고려하고 있다. 그리고 국내대리인의 업무영역도 정보통신망법의 물품·서류 등 제출업무보다는 넓게 이용자 보호업무와 자료제출명령의 이행업무로 규정하고 있다. 그 외의 사항은 정보통신망법상 국내대리인과 본질적인 차이가 있다고 보기 어렵다. 따라서 전기통신사업법상 국내대리인 지정 대상자도 정보통신망법 시행령의 규정과 대동소이할 것으로 보이며, 다만 제1호의 매출액에 관한 내용은 트래픽에 관한 내용으로 대체될 것으로 보인다.

Ⅲ. 독일 네트워크단속법의 주요 내용과의 비교

1. 네트워크단속법의 적용대상

독일의 네트워크단속법은 “이용자가 임의의 콘텐츠를 다른 이용자와 공유하거나 공중이 이용할 수 있도록 인터넷에 플랫폼을 만들어 이를 영리 목적으로 운영하는 정보통신서비스 제공자(Telemediendiensteanbieter)”, 이

21) (1) 이 법에 위반되는 사항을 발견하거나 혐의가 있음을 알게 된 경우나 (2) 이 법의 위반에 대한 신고를 받거나 민원이 접수된 경우, (3) 이용자 정보의 안전성과 신뢰성 확보를 현저히 해치는 사건·사고 등이 발생하였거나 발생할 가능성이 있는 경우, (4) 그 밖에 이용자 보호를 위하여 필요한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우 관계 물품 또는 서류 등

른바 소셜 네트워크 운영자에게 적용된다(제1항 제1문). 다만 본 법률이 모든 정보통신서비스 제공자에게 동일하게 적용되는 것은 아니다. “서비스 제공자 자신의 책임으로 제공하는 언론보도 형식의 플랫폼은 본 법률상의 소셜 네트워크에 해당하지 않으며, 개인간 통신이나 특정 콘텐츠의 배포만을 위한 플랫폼도 마찬가지로 본 법률의 적용대상에서 제외된다(같은 항 제2문 및 제3문).” 따라서 예컨대 언론사의 뉴스보도 페이지나 두 사람만이 비공개적으로 대화를 진행할 수 있는 페이스북 메신저(Facebook Messenger)는 본 법률의 적용대상에서 제외된다.²²⁾²³⁾ 독일 국내에서 등록된 이용자 수가 200만 명 미만인 정보통신서비스 제공자도 제2조의 보고의무와 제3조의 불만처리의무로부터 면제된다(제1조 제2항).

본 규정은 규제하고자 하는 매체가 실제로 제1조에서 정의하고 있는 “소셜 네트워크”에 해당하는지 여부를 판단하기 위한 기준을 충분히 제시하지 못하고 있다.²⁴⁾ 어떠한 것이 “소셜 네트워크”에 포함되는지 법률안 단계에서부터 의견이 대립되어왔다. 법률안 제안 초기에는 메신저 서비스를 비롯해 온라인숍 등도 이용자가 임의의 콘텐츠를 자유롭게 교환하거나 공개할 수 있기만 하면 본 법률의 적용대상이 된다고 보았다.²⁵⁾ 그러나 추후 여

22) LG Frankfurt a.M., Beschluss vom 30.4.2018 - 2-03/O 430/17, BeckRS 2018, 9632. 다만 본 판례는 개인대화창이나 집단대화창이 모두 facebook.com에서 제공하는 플랫폼 내에서 운용되고, 이용자 입장에서는 이를 명확히 구분하기 어려우므로 여전히 본 법률의 적용대상이 되는 집단통신(Massenkommunikation)과 개인간 통신(Individualkommunikation)은 명확히 구분되지 않는다고 판시하였다. 같은 견해로 Spindler, GRUR 2018, 367.

23) 이와 달리 개인간 통신서비스를 제공하는 정보통신서비스 제공자에게는 네트워크단속법이 적용되지 않는다는 견해로 박신욱, 앞의 글, 282면. 그러나 이는 제1조 제1항 제3문의 의미를 오역한 데에 기인하는 것으로 보인다. 제3문은 “개인간 통신이나 특정 콘텐츠의 배포만을 위한 플랫폼에 대해서도 동일하다.(Das Gleiche gilt für Plattformen, die zur Individualkommunikation oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind)”라고 규정하고 있으며, 여기에서 “Das Gleiche(동일함)”는 바로 앞의 문장, 즉 “서비스 제공자 자신의 책임 아래에서 제공하는 언론보도 형식의 플랫폼은 본 법률에서 말하는 소셜 네트워크에 포함되지 않는다”는 제2문을 의미하는 것이고, 따라서 개인간 통신서비스를 제공하는 사업자도 마찬가지로 본 법률에서 말하는 소셜 네트워크에 해당하지 않는다는 의미로 보아야 한다. 같은 취지로 안수길, 앞의 글, 126면.

24) Nolte, ZUM 2017, 555.

25) Nolte, ZUM 2017, 555. 독일의 디지털 사업자연합인 비트콤(Bundesverband Informat

론의 강력한 비판을 받은 후 이메일 서비스와 메신저 서비스를 비롯해 직무상 활용되는 인트라넷 등 이른바 사내 폐쇄네트워크와 전문포털, 온라인게임, 아마존(Amazon)과 같은 온라인숍 등은 규제대상에서 제외하는 것으로 확정되었다.²⁶⁾ 다만 법규정 내용상으로는 이러한 해석의 변화가 명확히 드러나지는 않는다.²⁷⁾ 본 법률의 적용범위에 관한 첫 판례인 프랑크푸르트 지방법원(LG Frankfurt am Main)의 결정도 네트워크단속법 제1조의 적용범위는 “불분명하여 해석이 필요하다(unklar und daher auslegungsbedürftig)”고 하였다.²⁸⁾

그런데 다른 한편으로는 기존의 방송이나 언론, 인터넷뉴스 포털을 제외하는 것은 이들 매체의 과급력에 비추어 봤을 때, 형평성에 맞지 않는다는 지적도 가능하다.²⁹⁾ 그리고 제1조의 규정 자체만으로 규제대상이 되는 정보통신서비스 제공자의 범위를 인터넷의 탈국경적 속성을 고려하지 않고 단지 독일 국내 가입자 수만으로 판가름하는 것이 타당한지도 의문이다.³⁰⁾ 본 규정은 이용자가 주로 어디에서 활동하는지 보다는 어디에 거주하는지만을 기준으로 삼고 있는데,³¹⁾ 유튜브(Youtube)와 같이 별도의 등록 없이 서비스를 이용할 수 있는 경우 본 법률의 규제대상에서 벗어날 여지가 있으며, 가상 IP를 활용하는 경우에는 국내 이용자인지 해외 이용자인지를 판단하기가 어렵기 때문이다.³²⁾

ionswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien, Bitkom)도 본 법률(안)의 적용범위가 지나치게 넓다고 하면서, 메신저 서비스와 온라인숍 등도 본 법률의 적용범위에 포섭된다고 비판하고 있다(Bitkom, Stellungnahme zum Referentenentwurf des NetzDG, 30.03.2017, S. 4).

26) Guggenberger, NJW 2017, 2577-2578. 기본적으로 본 법률(안)에 대해 비판적 입장을 취하고 있는 국경 없는 기자회견(Reporters sans frontières)은 본 법률(안)의 적용범위에 이메일 서비스 제공자와 메신저 서비스 제공자 등을 포함시키지 않는 것은 법적 안정성 측면에서 타당하지 않다는 견해를 보이고 있다(Reporters sans frontières, Stellungnahme zum Regierungsentwurf des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, 19.04.2017, S. 4).

27) Holznagel, ZUM 2017, 620.

28) LG Frankfurt a.M., Beschluss vom 30.4.2018 - 2-03/O 430/17, BeckRS 2018, 9632.

29) Liesching, MMR 2018, 28.

30) Spindler, GRUR 2018, 368.

31) Kalscheuer/Hornung, NVwZ 2017, 1722.

2. 보고서 제출의무

네트워크단속법 제2조는 정보통신서비스 제공자의 보고서 제출의무를 규정하고 있다. 우선 제1항에 따르면 정보통신서비스 제공자가 연간 100건 이상의 위법콘텐츠 신고를 접수받은 경우, 반기별로 자신의 플랫폼에 위법 콘텐츠 신고에 대한 처리내역에 관하여 독일어로 된 보고서를 작성해야 한다. 그리고 각 반기가 종료된 후 한 달 이내에, 즉 7월 31일과 1월 31일까지 그 보고서를 연방관보 및 자신의 홈페이지에 공개해야 한다.³²⁾

정보통신서비스 제공자는 이러한 보고서를 작성할 때 적어도 (1) 정보통신서비스 제공자가 자신의 플랫폼 내에서 범죄행위를 저지하기 위해 어떠한 노력을 하고 있는지에 대한 일반사항,³⁴⁾ (2) 위법콘텐츠에 대한 불만 접수 방식 및 위법콘텐츠를 삭제하거나 차단하기 위한 판단기준에 대한 설명, (3) 불만신고센터와 이용자 및 불만근거에 따라 분류한, 보고기간 내에 제기된 위법콘텐츠에 대한 불만접수 건수, (4) 불만처리를 담당하는 부서의 조직과 인적구성, 전문지식 및 언어능력과 불만처리를 담당하는 직원에 대한 교육 및 관리에 관한 사항, (5) 정보통신서비스 제공자 자신의 협회내 회원자격 및 그 협회에 불만신고센터가 설치되어 있는지 여부, (6) 삭제나 차단 등의 결정을 준비하기 위해 외부기관의 자문을 구한 불만사항의 건수, (7) 보고기간 내에 불만신고로 콘텐츠의 삭제나 차단이 이루어진 불만사항의 건수, (8) 불만접수에서 위법콘텐츠의 삭제나 차단까지 소요된 시간, (9) 불만신고자 및 신고된 콘텐츠를 게시한 이용자에게 결정을 고지하기 위한 조치사항을 적시해야 한다(제2조 제2항). 보고서에 이와 같은 내용을 적시하도록 함으로써 정보통신서비스 제공자가 본 법률상의 의무를 충실히 이행하고 있는지 누구나 알 수 있도록 하여, 간접적으로 본 법률상의 의무이행을 강제하는 효과를 도모하고 있는 것이다.³⁵⁾

32) 박신욱, 앞의 글, 283면.

33) 이 규정에 따른 최초 보고서는 2018년도 상반기에 작성 및 공개하도록 하고 있다(제6조 제1항).

34) 다만 아래 제3조와의 관계를 고려할 때, 이 사항이 정보통신서비스 제공자의 감시·감독의무 내지 이른바 검열권을 규정한 것이라고 보기는 어렵다.

3. 정보통신서비스 제공자의 위법콘텐츠 유통방지의무

가. 위법콘텐츠의 범위

본 법률의 규제대상인 위법콘텐츠는 독일형법 제86조(위헌조직선전물 반포), 제86조a(위헌조직의 표시사용), 제89조a(중대한 국가위해적 폭력행위 예비), 제91조(중대한 국가위해적 폭력행위 지시), 제100조a(간첩목적 위조), 제111조(공연한 범죄선동), 제126조(범죄위협을 통한 공공평온 교란), 제129조부터 제129조b(범죄단체조직 등), 제130조(국민선동), 제131조(폭력물 반포), 제140조(범죄의 대가지급 및 찬양), 제166조(신앙, 종교단체, 세계관단체 모욕), 제184조b(아동음란물 반포, 취득, 소지), 제184조d(방송·통신을 이용한 음란물 공개), 제185조부터 제187조(모욕 등), 제201조a(사진촬영을 통한 가장 개인적인 생활영역 침해), 제241조(협박), 제269조(증거가치 있는 정보의 조작)이며, 정당화사유가 없는 경우에 한한다(제1조 제3항).

나. 위법콘텐츠 유통방지를 위한 조치

위법콘텐츠 처리에 관한 네트워크단속법 제3조는 본 법률의 핵심내용이라 할 수 있다.³⁵⁾ 제1항에 따르면 정보통신서비스 제공자는 위법콘텐츠 처리를 위한 효과적이고 투명한 절차를 마련해야 한다(제1문). 그리고 이용자에게는 위법콘텐츠에 대한 불만을 접수하기 위해 알아보기 쉽고, 쉽게 접근할 수 있는 상시적인 절차를 제공해야 한다(제2문).

같은 조 제2항은 정보통신서비스 제공자가 이러한 절차에서 반드시 이행해야 할 기본의무들을 규정하고 있다. 그에 따르면 우선 정보통신서비스 제공자는 (1) 불만신고를 즉시 인지하고 신고된 콘텐츠가 위법한지 그리고 삭제하거나 차단해야 할 것인지를 심사해야 한다. 그리고 (2) 명백히 위법한 콘텐츠는 불만신고가 접수된 후 24시간 이내에 삭제하거나 차단해야 한다.

35) Spindler, GRUR 2018, 369; 신상현, “위법한 명예훼손 게시물의 삭제 및 차단 의무에 관한 소셜네트워크 운영자의 형법적 책임 - NetzDG에 대한 비판적 검토 -”, 인하대학교 법학연구 제20집 제3호, 2017, 71면.

36) Holznapel, MMR 2018, 21; Spindler, GRUR 2018, 365.

다만 관할 형사소추기관과 합의하여 24시간이 지난 후에 삭제하거나 차단할 수 있다. (3) 위법콘텐츠는 지체 없이, 원칙적으로 신고가 접수된 이후 7일 이내에 삭제하거나 차단해야 한다. 다만 a) 콘텐츠의 위법성에 대한 판단이 주장된 사실의 허위성이나 다른 객관적 정황에 따라 달라질 수 있는 경우(이때 정보통신서비스 제공자는 이용자에게 불만사항에 대한 자신의 의견을 표명할 기회를 제공할 수 있다), b) 정보통신서비스 제공자가 불만접수 후 7일 내에 제6항 내지 제8항에 따라 승인된 자율규제기관에 위법성 판단을 의뢰하고 그 판단에 따른 경우에는 7일을 초과하여 삭제하거나 차단할 수 있다. 그 밖에 정보통신서비스 제공자는 (4) 콘텐츠를 삭제하는 경우, 그 콘텐츠는 증거로 보존하고 유럽전자상거래지침(2000/31/EG) 및 유럽시청각미디어서비스지침(2010/13/EU)이 적용되는 영역에서는 10주간 해당 콘텐츠를 저장해야 하며, (5) 불만신고자와 이용자에게 모든 결정을 즉시 통지하고 그들에게 이러한 결정의 이유를 알려야 한다.

요컨대 정보통신서비스 제공자는 위법콘텐츠의 삭제 또는 차단을 위한 상세한 절차를 마련해야 하나, 이는 오로지 일정한 콘텐츠가 위법한 것으로 신고된 경우에 한해 적용된다. 다시 말해 정보통신서비스 제공자 스스로 위법콘텐츠를 찾아내거나 감시할 의무까지 부과하고 있지는 않다. 물론 정보통신서비스 제공자의 자율적 규제마저도 차단하는 것은 아니다. 본 법률이 적용되기에 앞서 정보통신서비스 제공자가 일반이용약관 등에 규정된 기준과 절차에 따라 위법하거나 위법성이 의심되는 콘텐츠에 일정한 조치를 취하는 것은 얼마든지 가능하다.³⁷⁾

그런데 “위법한(rechtswidrig)” 콘텐츠와 “명백히 위법한(offensichtlich rechtswidrig)” 콘텐츠를 어떠한 기준에 따라 판단해야 하는지는 여전히 불분명하다.³⁸⁾ 본 법률의 입법이유에 따르면 본 법률 제1조 제3항의 위법성 확인에 “심도 있는 심사가 필요하지 않은(keine vertiefte Prüfung erforderlich)” 경우 명백한 위법성이 인정된다.³⁹⁾ 그러나 그 판단기준의 모호성이 이로써

37) Löber/Roßnagel, MMR 2019, 71.

38) Holztagel, ZUM 2017, 623; Spindler, GRUR 2018, 369.

39) BT-Drucks. 18/12356, 22.

완전히 해소되었다고 보기는 어렵다. “명백한 위법성”의 존재 여부는 일반적으로 복잡한 사실적·법률적 평가를 전제한다.⁴⁰⁾ 뿐만 아니라 형법에서 ‘위법성’은 고의나 과실로 행해진 ‘행위(Tathandlung)’이지, 어떠한 ‘내용(Inhalte)’일 수 없다.⁴¹⁾ 그런데 본 법률은 어디에서도 (명백한) 위법성에 대한 판단기준을 제공하고 있지는 않다.

뿐만 아니라 본 법률은 정보통신서비스 제공자 판단결과에 대한 이용자의 항변권을 비롯해 이용자의 권리나 권한에 대해 아무런 내용도 규정하고 있지 않다.⁴²⁾ 단지 콘텐츠의 위법성에 대한 판단이 주장된 사실의 허위 여부나 다른 객관적 정황에 따라 달라질 수 있는 경우에 한해 정보통신서비스 제공자로 하여금 이용자에게 의견표명의 기회를 제공할 수 있도록 하고 있을 뿐이다(제3조 제2항 제3호 a목). 본 법률 제3조 제2항 제3호에 따르면 자율규제기관에 의뢰한 경우를 제외하면, 정보통신서비스 제공자가 스스로 콘텐츠의 위법성 여부를 심사하고 판단하도록 하고 있다. 그러나 사기업에 불과한 정보통신서비스 제공자가 해석상 다툼의 여지가 있는 콘텐츠의 형법적 위법성 여부를 심사·결정하도록 하는 것은 적절치 않다.⁴³⁾

그 밖에 막대한 액수의 과태료를 피하기 위해, 그리고 그에 앞서 ‘피곤한 다툼’을 피하기 위해 정보통신서비스 제공자는 분쟁의 여지가 있는 콘텐츠를 임의로 삭제하여 궁극적으로는 이용자의 표현의 자유와 정보의 자유를 광범위하게 침해하게 될 가능성도 배제할 수 없다.⁴⁴⁾ 다만 이에 대해서

40) Gersdorf, MMR 2017, 446; Nolte, ZUM 2017, 556.

41) Liesching, MMR 2018, 26.

42) Gersdorf, MMR 2017, 446.

43) Eifert, NJW 2017, 1451-1452; Guggenberger, NJW 2017, 2582; Holznagel, ZUM 2017, 620; Nolte, ZUM 2017, 555; Frankfurter Allgemeine, “Facebook wehrt sich gegen Maas’ Anti-Hass-Gesetz”, 2017.5.29.(<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwerkwirtschaft/der-facebook-boersengang/facebook-wehrt-sich-gegen-netzwerkdurchsetzungsgesetz-15037014.html>, 2017.11.2. 최종방문).

44) Gersdorf, MMR 2017, 446; Holznagel, ZUM 2017, 621; Kalscheuer/Hornung, NVwZ 2017, 1723; Liesching, MMR 2018, 27; Nolte, ZUM 2017, 556 및 558-559; 정보통신망을 통한 혐오표현과 가짜뉴스를 규제하려는 움직임은 환영하나 본 법률(안)은 규제의 필요성을 넘어 인격권과 표현의 자유를 침해할 여지가 있다는 지적으로는 Neue Richtervereinigung, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der

는 본 법률이 시행된 이후 제출된 첫 번째 보고서에 따르면 이러한 우려가 실제로 현실화되지는 않았다는 평가도 있다.⁴⁵⁾ 유튜브의 경우 신고된 214,827건 중 58,297건(27.14%)이 삭제 또는 차단되었고, 트위터는 신고된 264,818건 중 28,625건(10.28%)이, 페이스북은 신고된 1,704건 중 362건만 (21.24%)이 삭제 또는 차단되었을 뿐이라고 한다.⁴⁶⁾

다. 콘텐츠의 위법성 심사를 위한 자율규제기관 설립

독일 네트워크단속법 제3조 제6항부터 제9항까지는 자율규제기관에 관한 규정이다. 자율규제기관은 신고된 콘텐츠의 위법성을 심사·판단할 수 있다. 이러한 자율규제기관은 연방사법청(Bundesamt für Justiz)의 승인을 받아야 한다(제3조 제7항 및 제4조 제4항 참조). 자율규제기관으로서 승인을 받기 위한 요건은 다음과 같다(제3조 제6항). 우선 (1) 심사관의 독립성과 전문성이 보장되고, (2) 객관적인 기구의 설치와 7일 이내의 신속한 심사가 가능해야 한다. 그리고 (3) 심사의 범위와 진행 및 관련 정보통신서비스 제공자의 제출의무를 규정하고 결정에 대한 재심가능성을 예정한 절차규정이 존재해야 하며, (4) 불만신고센터가 설치되어 있어야 한다. 끝으로 (5) 기관은 객관적 기구를 보장하는 다수의 정보통신서비스 제공자 또는 기구에 의해 설립되어야 하며, 이는 다른 정보통신서비스 제공자의 가입을 허용하여야 한다.

한편 승인을 위한 요건이 사후적으로 결여된 경우, 연방사법청의 승인은 전부 또는 일부 철회될 수 있으며 일정한 조건이 부과될 수도 있다(제3조 제8항).

Justiz und für Verbraucherschutz: Entwurf eines Gesetzes zur besseren Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, 29.03.2017, S. 1.

45) Löber/Roßnagel, MMR 2019, 73.

46) Facebook, NetzDG-Transparenzbericht, S. 3 ff., https://fbnewsroomus.files.wordpress.com/2018/07/facebook_netzdg_juli_2018_deutsch-1.pdf; Twitter, Netzwerkdurchsetzungsgesetzbericht, S. 7, <https://cdn.cmstwdigitalassets.com/content/dam/transparency-twitter/data/download-netzdgreport/netzdg-jan-jun-2018.pdf>; YouTube, Transparenzbericht, S. 7, <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube>.

라. 유통방지의무 등 위반에 대한 제재

정보통신서비스 제공자가 고의나 과실로 제2조에서 규정한 보고서를 전혀 작성하지 않거나, 올바르게 작성하지 않거나, 불완전하게 작성하거나 적시에 작성하지 않은 경우, 또는 공개하지 않거나 올바르게 공개하지 않거나, 규정된 방식에 따라 공개하지 않거나 적시에 공개하지 않은 경우에는 질서위반행위로서 500만 유로 이하의 과태료에 처한다(제4조 제1항 제1호 및 제2항 제1문 후단). 제3조에 따른 불만신고의 처리에 관한 사항을 위반한 경우도 마찬가지로 500만 유로 이하의 과태료에 처한다(같은 조 제1항 제2호부터 제6호 및 제2항 제1문 후단). 이때 질서위반법 제30조 제2항 제3문도 함께 적용되는데(같은 조 제2항 제2문), 그에 따르면 과태료는 법정 과태료의 10배에 해당하는 최대 5000만 유로까지 부과할 수 있다.⁴⁷⁾ 그리고 이러한 행위가 독일 국내에서 발생한 것이 아니라 하더라도, 본 규정이 적용된다(같은 조 제3항). 이와 같은 과태료 규정에 대해서는 과태료의 액수가 지나치게 높다는 지적이 있다.⁴⁸⁾ 위법콘텐츠 방치행위 자체가 아니라 행정명령 불이행에 대해서만 과태료를 부과하는 것도 타당하지 않다는 지적⁴⁹⁾도 제기되고 있다.

한편 연방사법청이 삭제 또는 차단되지 않은 콘텐츠가 본 법률 제1조 제3항에 따른 위법콘텐츠라는 것을 이유로 정보통신서비스 제공자에 대해 과태료 부과결정을 하고자 하는 경우, 연방사법청은 그 위법성에 대해 미리 법원의 결정을 청구하여야 한다(같은 조 제5항 제1문). 법원의 이러한 사전 결정에 대해서는 다룰 수 없으며, 연방사법청은 여기에 구속된다(같은 항 제5문).

47) 다만 아직까지는 본 법률 위반으로 과태료가 부과된 사례는 없다고 한다 : Löber/Roßnagel, MMR 2019, 71.

48) Facebook, Stellungnahme zum Entwurf des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, 24.05.2017, S. 10; Frankfurter Allgemeine, "Facebook wehrt sich gegen Maas' Anti-Hass-Gesetz", 2017.5.29. (<http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/netzwirtschaft/der-facebook-boersengang/facebook-wehrt-sich-gegen-netzwerkdurchsetzungsgesetz-15037014.html>, 2017.11.2. 최종방문).

49) Guggenberger, NJW 2017, 2580.

4. 국외사업자의 국내송달대리인 지정

정보통신서비스 제공자는 독일 국내에 송달대리인을 임명하고 자신의 플랫폼에 송달대리인이 누구인지 알기 쉽고 직접 접촉할 수 있는 방법으로 명시해야 한다(제5조 제1항 제1문). 이는 페이스북이나 트위터와 같이 독일에 본사를 두고 있지 않은 다국적 정보통신서비스 제공자를 염두에 둔 규정이라 할 수 있다. 이 송달대리인에게는 제4조에 따른 절차 또는 위법콘텐츠의 유포를 이유로 한 독일법원의 절차에서 관련 서류 등의 송달이 이루어진다(같은 항 제2문). 또한 정보통신서비스 제공자는 독일 국내 형사소추기관의 자료제출요청을 위한 수신인을 임명해야 한다(같은 조 제2항 제1문). 이 수신인은 자료요청을 받은 후 48시간 이내에 응답해야 할 의무가 있다(같은 항 제2문).

이러한 의무를 위반하여 국내 송달대리인을 임명하지 않거나 자료요청 의사표시에 대한 수령권자로서 자료요청에 응하지 않은 경우에는 50만 유로 이하의 과태료에 처한다(제4조 제1항 제7호 및 제8호, 제2항 제1문 전단). 과태료를 10배 가중하여 부과할 수 있는 질서위반법 제30조 제2항 제3문은 본 규정에도 함께 적용된다.

5. 소결 : ‘n번방 방지법’과의 유사점 및 차이점

우리나라에서는 독일 네트워크단속법을 주로 가짜뉴스를 규제하기 위한 법으로 소개하고 있다.⁵⁰⁾ 그러나 이 법의 본래 지향점은 혐오표현(Hassrede) 내지 혐오범죄(Hasskriminalität)의 규제이다.⁵¹⁾ 가짜뉴스는 사회적 혐오 또는 갈등을 조장하기 위한 하나의 수단이라 할 수 있다. 다만 이 법은 혐오표현행위 그 자체, 또는 가짜뉴스의 제작이나 유포행위 자체를 처벌하는 것에 앞서, 인터넷을 통해 혐오표현이나 가짜뉴스가 쉽게 확산되지 않도록, 기술적·제도적으로 미리 방지하는 것을 목적으로 한다. 그리고 이러한 목적의

50) 박신욱, 앞의 글, 안수길, 앞의 글; 이정념, 앞의 글 등.

51) BT-Drucks. 18/12356, S. 1.

달성을 위한 수단은 정보통신서비스 제공자의 관리책임을 부각시켜 이들을 “압박”하는 것이라 할 수 있다. 이는 개정 「전기통신사업법」의 취지와도 같다. 이러한 기본취지 외에도 독일 네트워크단속법과 개정 「전기통신사업법」은 (1) 인터넷서비스 제공자를 수범자로 규정하고 있다는 점, 그리고 (2) 이들에게 자신이 운영하는 인터넷서비스에 이른바 위법한 게시물이 유통되지 못하도록 일정한 조치를 취하도록 강제하고 있다는 점, (3) 해외사업자에게도 국내대리인을 지정토록 하여 국내법 적용의 실효성 제고를 도모하고 있다는 점, (4) 위법콘텐츠 또는 불법촬영물 등의 유통방지를 위한 조치내역, 신고된 내용에 대한 처리내역, 처리기준 등에 대한 보고서를 정기적으로 제출하도록 하고 있다는 점에서 유사점을 보여주고 있다. 다만 양자의 차이점도 적지 않다. 첫째로 독일 네트워크집행법은 일정규모 이상의 인터넷서비스 제공자에게만 본 법률을 적용하도록 하면서도 개인간 통신서비스만을 제공하는 사업자에게는 적용되지 않도록 한 반면, 「전기통신사업법」은 모든 부가통신사업자를 수범자로 규정하면서, 단지 정보통신망법상 유통방지책임자 지정의무만은 일정규모 이상의 부가통신사업자에게 부여하고 있다. 둘째로 무엇보다도 독일 네트워크단속법은 제재대상이 되는 위법행위의 유형을 매우 광범위하게 열거하고 있는 데에 반해, 「전기통신사업법」은 오로지 이른바 성착취 촬영물 등에 국한하고 있다. 셋째로는 독일 네트워크단속법은 위법콘텐츠 유통방지의무 등 위반에 대한 제재로 과태료만을 규정하고 있으나, 「전기통신사업법」에 따르면 이러한 유통방지의무 등 위반에는 과태료뿐만 아니라 영업정지와 사업장폐쇄 등 행정명령, 과징금, 그리고 징역과 벌금의 형사처벌까지도 가능하다.

IV. 통신사업자의 불법게시물 유통방지의무 등에 관한 규정의 문제점

혐오표현이나 가짜뉴스(독일 네트워크단속법) 또는 성착취 촬영물 등(전기통신사업법)의 유해성 및 규제필요성에 대해서는 상당히 폭넓은 공감

대가 형성되어 있는 것으로 보인다. 다만 이러한 규제방식은 다음과 같은 문제점을 노정하고 있다.

1. 적용대상의 한계

독일 네트워크단속법은 카카오톡이나 텔레그램처럼 개인간 통신서비스를 제공하는 사업자에게는 적용되지 않는다. 즉 ‘n번방 사건’에 네트워크단속법은 무용지물이라 할 수 있다. 「전기통신사업법」은 네트워크단속법과 같은 적용제한 규정이 없어 개인간 통신서비스를 제공하는 사업자도 모두 본 법률상 불법촬영물 등 유통방지의무를 진다. 다만 이러한 규정에도 불구하고 실제로 텔레그램과 같은 국외사업자에게 개정 「전기통신사업법」상 불법촬영물 등 유통방지의무를 강제할 수 있을지는 의문이다. 이는 형법의 적용범위에 관한 일반적 한계에 관한 논의와도 맥락을 같이 한다. 사법공조에 관한 양국간 또는 다국간의 협정에 따라 즉각적이고 실효성 있는 협조가 이루어질 수 없는 한, 국외사업자에게 불법촬영물 등 유통방지의무를 강제하는 것은 사실상 불가능해 보인다. 텔레그램이 국내에 아무런 사업적 준거점을 두고 있지 않은 것처럼, 인터넷서비스의 탈국경적 속성상 해외사업자가 반드시 국내에 영업소를 두어야 할 의무가 있는 것은 아니기 때문이다.⁵²⁾ 이러한 점으로 인해 불법촬영물 등 유통방지의무에 관한 내용은 오히려 규범을 잘 준수하고 있던 국내 사업자에게는 또 하나의 재갈이 채워지는 데에 반해, 해외사업자에게는 사실상 아무런 영향을 미치지 않는 역차별 규정이 될 소지도 있다.

설령 유통방지의무 불이행이나 국내대리인 미지정 등을 이유로 예컨대 텔레그램에 대한 국내IP의 접속을 차단하는 등의 조치를 통해 영업정지나 사업폐지조치 등이 가능하다 하더라도, 이는 해당 사업자의 영업을 제한하

52) 신설된 국내대리인 지정의무 규정이 국내에 주소나 영업소를 두지 않은 해외사업자를 규제하기 위해 도입된 것이라고 하나(전기통신사업법 일부개정법률안, 박선숙의원 대표발의, 의안번호 제2019680호), 이 또한 해외사업자의 국내영업소 등록을 필수요건으로 규정한 것으로 보이지는 않아 이 규정으로 해외사업자 규제의 실효성을 얼마나 담보할 수 있을지는 다소 의문이다.

는 조치라는 수준을 넘어 국내 이용자의 인터넷 이용에 대한 권리를 심각하게 제한하는 결과를 초래할 수 있으므로 단지 행정제재 차원의 영업정지 내지 사업폐지조치라고 보기는 어렵다. 무고한 다수의 이용자에게 피해가 발생하게 될 가능성을 배제하기도 어렵다.

2. 표현의 자유에 대한 현저한 제약 가능성

네트워크단속법에 대해 보다 강력하게 제기되는 비판은 본 법률로 인해 인터넷 공간에서 표현의 자유와 정보의 자유 등 헌법적 기본권이 현저히 제약될 수 있다는 것이다. 즉 전술한 지적과 같이 정보통신서비스 제공자는 천문학적인 액수의 과태료를 피하기 위해 분쟁의 여지가 있는 수많은 콘텐츠를 임의로 삭제함으로써, 이용자의 표현의 자유와 정보의 자유를 광범위하게 침해할 여지가 있다. 위법콘텐츠가 아님에도 부당하게 자신의 게시물 이 삭제되거나 차단된 경우, 이에 대한 개별 이용자의 회복방법은 통상의 민사절차에 의할 수밖에 없다. 본 법률에는 부당한 침해를 받은 이용자의 권리구제에 관한 별도의 내용을 규정하고 있지 않기 때문이다.⁵³⁾

「전기통신사업법」상 불법촬영물 등 유통방지의무에도 같은 지적이 가능하다. 다만 제재대상인 불법게시물을 이른바 성착취 촬영물 등으로 제한하고 있다는 점에서는 독일 네트워크단속법 보다 표현의 자유에 대한 부당한 침해 가능성은 비교적 낮다고 볼 여지는 있다. 다만 그 가능성이 전혀 없다고 단정할 수는 없으므로, 이용자의 권리구제에 관한 지적은 「전기통신사업법」에도 그대로 유효하다고 볼 수 있다. 따라서 정보통신서비스 제공자의 부당한 콘텐츠 삭제 또는 차단에 대해서는 이용자가 효과적으로 이의를 제기하고 방어할 수 있는 방안⁵⁴⁾을 마련할 필요가 있다.

53) Schiff, MMR 2018, 368.

54) netzpolitik.org, “Ab heute gilt das NetzDG - und das sind die Gefahren für die Meinungsfreiheit”. 2017.10.1.(<https://netzpolitik.org/2017/ab-heute-gilt-das-netzd-g-und-das-sind-die-gefahren-fuer-die-meinungsfreiheit/>, 2017.10.31. 최종방문).

3. 사기업에게 사법적 판단권 부여

네트워크단속법은 ‘위법성’ 내지 ‘명백한 위법성’의 판단기준을 오롯이 해석에 맡겨두고 있다. 그리고 그 해석권한은 사실상 정보통신서비스 제공자에게 맡겨져 있다. 이러한 측면에서 위법콘텐츠의 유통방지조치는 궁극적으로 사기업에게 위법성에 관한 형법적 판단권을 부여한 것으로 볼 수밖에 없다. 이는 결국 사적 검열에 해당하며,⁵⁵⁾ 다른 한편으로는 국가의 의무를 사기업에 전가시킨 것⁵⁶⁾이라는 비판에서 자유로울 수 없다.

이와 달리 「전기통신사업법」은 불법촬영물 등의 범위를 (1) 성폭력처벌법 제14조의 촬영물, 복제물, 또는 복제물의 복제물, (2) 성폭력처벌법 제14조의2에 따른 편집물·합성물·가공물, 복제물 또는 복제물의 복제물, (3) 청소년보호법 제2조 제5호에 따른 아동·청소년성착취물로 명시하고 있다. 이러한 측면에서는 「전기통신사업법」이 사기업에 불과한 정보통신서비스 제공자에게 사법적 판단권을 부여했다는 비판은 네트워크단속법에 대한 것에 비해 다소 누그러질 수는 있을 것으로 보인다.

그러나 어떠한 게시물이 이른바 성착취 촬영물 등에 해당하는지를 판단하는 것도 마찬가지로 구성요건해당성과 위법성이라는 형법적 판단영역이다. 그리고 정보통신서비스 제공자가 사법기관의 판단 없이 임의로 어떠한 게시물을 성착취 촬영물 등이라고 판단하고 삭제나 접근차단 등의 조치를 취할 수 있는 한, 이는 결국 사적 검열에 해당할 수밖에 없다. 물론 사법기관의 판단을 거친 후에야 비로소 해당 게시물을 삭제하거나 접근차단을 할 수 있게 된다면, 인터넷의 확산성을 고려했을 때 소 잃고 외양간 고치기가 될 가능성이 높다. 따라서 사법적 판단 이전의 임시조치는 어쩌면 불가피한 차선택이라 할 수 있다. 다만 그러한 조치가 최소한의 합리성을 전제할 수 있도록 게시물의 위법성에 대한 평가를 법률전문가와 정부관계자, 비정부 시민단체와 소셜 네트워크 이용자 등이 함께 참여할 수 있는 외부의 독립적 전문가집단에게 위임할 필요가 있다.⁵⁷⁾ 그리고 이러한 평가가 중국

55) 노동일·정완, “소셜미디어 중개자의 법적 책임”, 경희법학 제55권 제1호, 2020, 20면.

56) 안수길, 앞의 글, 136면.

적 판단이 되어서는 안 되며, 해당 이용자로 하여금 충분히 의견제시를 할 수 있는 기회를 보장해야 한다.

4. 관리부실행위에 대한 형사제재의 타당성

소셜 네트워크 운영자가 상당한 사회적 영향력을 갖고 있으며, 소셜 네트워크를 운영함으로써 막대한 경제적 이익을 취득하고 있다는 이유만으로, 이른바 관리부실행위에 대해 형사책임을 묻는 것이 타당한지도 의문이다. 불법촬영물 등의 유통을 완벽하게 차단하지 못한 정보통신서비스 제공자에게는 이들이 고의로 그러한 촬영물 등이 퍼져나가도록 방치하였고, 그러한 방치행위가 예컨대 불법촬영물 등을 용이하게 게시할 수 있는 우회경로를 적극적으로 알려주는 등의 작위행위와 동등한 가치를 가지는 경우에 한해⁵⁸⁾ 성폭력처벌법 제14조나 제14조의2 위반죄, 또는 청소년성보호법 제11조 위반죄의 방조에 대한 죄책을 물을 수 있을 뿐이다. 그러나 현실적으로 정보통신서비스 제공자가 우회경로를 적극적으로 알려주는 등의 행위와 같은 가치를 갖는 방치행위를 하는 경우를 생각하기는 쉽지 않다.

이처럼 성폭력처벌법 제14조나 제14조의2 위반죄, 또는 청소년성보호법 제11조 위반죄의 방조의 죄책을 물을 수 있는 경우를 제외하고 정보통신서비스 제공자에게 물을 수 있는 과책은 불법촬영물 등이 유통되지 못하도록 기술적·관리적 조치를 제대로 취하지 못한 것 정도이다. 그런데 이로 인해 피해자의 인격권과 성적 자기결정권 등 기본권이 직접 침해되었다고 보기는 어렵다. 기술적·관리적 조치 불이행은 행정지침 또는 행정기준 위반에 불과하다고 볼 수 있다. 따라서 이러한 관리부실 정도의 과책에 대해서는 과태료 등의 행정조치로도 충분하며, 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하도록 한 것은 지나치게 가혹한 처벌이라 할 수 있다.

57) 노동일·정완, 앞의 글, 26면.

58) 임석순, “부작위에 의한 중범의 보증인지위 발생근거 - 혐오표현물을 방치한 정보통신서비스 제공자의 형사책임을 중심으로 -”, 형사법연구 제30권 제4호, 2018, 129면.

V. 맺는 글

혐오표현이나 성착취 촬영물은 그 정도나 범위, 방향성에는 다소 차이가 있으나 반드시 규제되어야 할 것이라는 데에는 별다른 이견이 없는 것 같다.⁵⁹⁾ 이러한 콘텐츠의 유통경로가 되고 있는 인터넷서비스 사업자의 사회적 책임도 갈수록 커지고 있다는 데에도 이견을 달기는 어려워 보인다. 「전기통신사업법」과 독일의 네트워크단속법은 이러한 공감대에 바탕을 두고 개정 및 제정된 것이라 할 수 있다. 그리고 양자는 정보통신서비스 제공자를 수범자로 하여, 이들에게 자신이 운영하는 인터넷서비스에 이른바 위법한 게시물이 유통되지 못하도록 일정한 관리책임, 즉 불법게시물 유통방지의무를 부여하고, 그 의무위반에 대해서는 일정한 제재를 가한다는 점에서 상당히 유사하다. 그에 비해 법의 적용대상인 정보통신서비스 제공자의 범위(모든 정보통신서비스 제공자 vs 일정규모 이상의 정보통신서비스 제공자), 제재대상인 위법행위(불법촬영물 등 vs 위법콘텐츠)의 범위, 그리고 제재유형(과태료, 행정명령, 과징금, 형벌 vs 과태료)에서 차이를 보이고 있다.

다만 인터넷의 탈국경적 속성으로 인해 각국의 규범은 효과적인 국제공조가 전제되지 않는 한 두 법률은 결국 적용상의 한계를 가질 수밖에 없다. 이는 이른바 해외사업자에게 국내대리인지정을 강제한다 하더라도 크게 달라지지는 않을 것이다. 오히려 기왕의 규범을 잘 준수하고 있던 국내 사업자에게 더 가혹한 법이 될 소지마저도 있다. 이러한 현실적 한계와 더불어 불법게시물 유통방지의무는 사실상 ‘위법성’에 대한 사법적 판단을 사기업에 불과한 정보통신서비스 제공자에게 위임한 꼴이 되고, 그 결과 다툼을 회피하려는 정보통신서비스 제공자는 손쉽게 이용자의 콘텐츠를 임의로 삭제하거나 차단하여 이용자의 표현의 자유 및 정보의 자유 등을 현저히 제한하게 될 가능성이 있다. 물론 인터넷의 확산성을 고려한다면 위법성에 대한

59) 이와 달리 가짜뉴스에 대해서는 충분한 공감대가 형성되어 있는 것으로 보이지는 않는다.

사법부의 종국적 판단을 기다리는 것은 현실적으로 어렵다. 따라서 그에 대한 판단은 보다 객관적인 제3의 기구에게 위임할 필요가 있으며, 이때에도 해당 이용자에게 충분히 의견제시를 할 수 있는 기회를 보장해야 한다.

한편 사실상 사회적 영향력이 막강하다는 이유 하나로 인터넷서비스 제공자의 관리부실행위에 형사책임을 묻는 것은 타당하지 않다. 이들의 사회적 영향력이 점차 강해지고 있으며, “타인에 대한 비밀상적이고 허용되지 않는 위협을 야기할 수 있는 위치”에 있다는 이유⁶⁰⁾만으로 이들에게 형사책임을 물어서는 안 된다.⁶¹⁾ 불법촬영물 등을 유통시킨 작위행위와 동등한 가치를 갖는 부작위가 인정되지 않는 한, 이들의 관리부실행위에 대한 제재는 과태료 등 행정조치로도 충분하다. 불법촬영물 등이 유통되지 못하도록 기술적·관리적 조치를 하지 못한 것이 피해자의 인격권과 성적 자기결정권 등 기본권을 직접 침해한 행위라고 보기는 어렵기 때문이다.

통신사업자의 불법게시물 유통방지의무 - 임 석 순	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.08.04.	2020.08.31.	2020.09.21.

60) 김영기, “사이버 공간 범죄와 온라인서비스제공자(OSP)의 형사책임”, 형사판례연구 제20권, 2012, 340면; 서보학, “인터넷상의 정보유포와 형사책임”, 형사정책연구 제12권 제3호, 2001., 29면; 박수희, “사이버 명예훼손에 대한 형사법적 규제 및 개선방안”, 한양법학 제27권 제1집, 2016, 160면; 오경식·황태정·이정훈, “명예훼손과 온라인서비스제공자의 형사책임”, 형사정책 제22권 제1호, 2010, 281-282면.

61) 임석순, 앞의 글, 129면.

[참고문헌]

- 김성화, 독일의 SNS규제와 표현의 자유, 인권법평론 22, 전남대 법학연구소 공익인권법센터, 2019.
- 김영기, “사이버 공간 범죄와 온라인서비스제공자(OSP)의 형사책임”, 형사판례연구 제20권, 박영사, 2012.
- 노동일·정완, “소셜미디어 중개자의 법적 책임”, 경희법학 제55권 제1호, 경희법학연구소, 2020.
- 박수희, “사이버 명예훼손에 대한 형사법적 규제 및 개선방안”, 한양법학 제27권 제1집, 한양대학교 법학연구소, 2016.
- 박신욱, “온라인서비스제공자의 책임 및 그 확장과 관련된 독일 네트워크 법집행법(NetzDG) 연구”, 인하대학교 법학연구 제21집 제2호, 인하대학교 법학연구소, 2018.
- 서보학, “인터넷상의 정보유포와 형사책임”, 형사정책연구 제12권 제3호, 한국형사정책연구원, 2001.
- 신상현, “위법한 명예훼손 게시물의 삭제 및 차단 의무에 관한 소셜네트워크 운영자의 형법적 책임 - NetzDG에 대한 비판적 검토 -”, 인하대학교 법학연구 제20집 제3호, 인하대학교 법학연구소, 2017.
- 안수길, “가짜뉴스에 맞서는 독일 ‘사회관계망법집행법’의 내용과 쟁점”, 한양대학교 법학논총 제26집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2019.
- 오경식·황태정·이정훈, “명예훼손과 온라인서비스제공자의 형사책임”, 형사정책 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010.
- 이정념, “인터넷 가짜뉴스(Fake News)의 규율에 관한 법적 쟁점”, 법조 제67권 제5호, 법조협회, 2018.
- 임석순, “부작위에 의한 중범의 보증인지위 발생근거 - 혐오표현물을 방치한 정보통신서비스 제공자의 형사책임을 중심으로 -”, 형사법연구 제30권 제4호, 한국형사법학회, 2018.
- 한지연·지경준·김래봉·곽정원, 특수유형부가통신사업자의 불법정보 유통방지를 위한 개선방안 연구, 방통융합정책연구 KCC-2015-24, 방통송신위원회, 2015.
- 홍대식, “개정 전기통신사업법의 부가통신사업 실태조사 근거 규정에 대한 검토”, KISO Journal Vol. 34, 한국인터넷자율정책기구, 2019.
- 황태희, “인터넷 게시물의 규제와 이용자보호: 독일 망 집행법을 중심으로”, 중앙대학교 법학논문집 제42집 제2호, 중앙대학교 법학연구원, 2018.
- Eifert, Martin, “Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen. Zur Veränderung des Umgangs von Recht und Politik mit dem Internet”, NJW 2017.
- Gersdorf, Hubertus, “Hate Speech in sozialen Netzwerken. Verfassungswidrigkeit des NetzDG-Entwurfs und grundrechtliche Einordnung der Anbieter sozialer Netzwerke”, MMR 2017.
- Guggenberger, Nikolas, “Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung”, NJW 2017.
- Holznagel, Bernd, “Das Compliance-System des Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes. Eine kritische Bestandsaufnahme aus internationaler

Sicht”, ZUM 2017.

Holznagel, Bernd, “Phänomen „Fake news“ – Was ist zu tun? Ausmaß und Durchschlagskraft von Desinformationskampagnen”, MMR 2018.

Höld, Florian, “Das Vorabentscheidungsverfahren nach dem neuen NetzDG. Rechtliches Neuland bei der Bekämpfung von Kriminalität in sozialen Netzwerken”, MMR 2017.

Kalscheuer, Fiete / Hornung, Cristian, “Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Ein verfassungswidriger Schnellschuss”, NVwZ 2017.

Liesching, Marc, “Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG. Überblick über die wesentlichen Kritikpunkte”, MMR 2018.

Löber, Isabell / Roßnagel, Alexander, “Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung. Bilanz nach den ersten Transparenzberichten”, MMR 2019.

Nolte, Georg, “Hate-Speech, Fake-News, das »Netzwerkdurchsetzungsgesetz« und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen”, ZUM 2017.

Schiff, Alexander, “Neinungsfreiheit in mediatisierten digitalen Räumen. Das NetzDG auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts”, MMR 2018.

Spindler, Gerald, “Rechtsdurchsetzung von Persönlichkeitsrechten. Bußgelder gegen Provider als Enforcement?”, GRUR 2018.

【국문초록】

이른바 ‘n번방 방지법’에 따라 「전기통신사업법」에 인터넷서비스를 제공하는 통신사업자에게 불법촬영물 등 유통방지의무를 부과하는 규정이 신설되었다. 그에 따르면 인터넷서비스 제공 통신사업자는 불법촬영물 등을 삭제하거나 차단하는 등의 유통방지조치나 기술적·관리적 조치를 해야 하고, 이를 위반한 때에는 과태료나 과징금 등의 행정제재뿐만 아니라 형사처벌 등의 제재가 뒤따른다. 이와 아울러 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률(정보통신망법)」은 일정규모 이상의 정보통신서비스 제공자에게 자신이 제공하는 정보통신서비스를 통해 유통되는 불법촬영물 등의 처리에 관한 보고서를 매년 방송통신위원회에 제출하도록 하였다. 이러한 규정들은 2017년에 제정된 독일의 「소셜 네트워크에서 법집행 개선을 위한 법률(Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken)」과 상당히 흡사하다.

인터넷의 탈국경적 속성으로 인해 각국의 규범은 효과적인 국제공조가 전제되지 않는 한 두 법률은 결국 적용상의 한계를 가질 수밖에 없다. 이와 더불어 이러한 규정은 사실상 ‘위법성’에 대한 사법적 판단을 사기업에 불과한 정보통신서비스 제공자에게 위임하게 되고, 그 결과 다툼을 회피하려는 정보통신서비스 제공자는 손쉽게 이용자의 콘텐츠를 임의로 삭제하거나 차단하여 이용자의 표현의 자유 및 정보의 자유 등을 현저히 제한하게 될 가능성이 있다. 물론 인터넷의 확산성을 고려한다면 위법성에 대한 사법부의 종국적 판단을 기다리는 것은 현실적으로 어렵다. 따라서 그에 대한 판단은 보다 객관적인 제3의 기구에게 위임할 필요가 있으며, 이때에도 해당 이용자에게 충분히 의견제시를 할 수 있는 기회를 보장해야 한다.

한편 사실상 사회적 영향력이 막강하다는 이유 하나로 인터넷서비스 제공자의 관리부실행위에 형사책임을 묻는 것은 타당하지 않다. 불법촬영물 등을 유통시킨 작위행위와 동등한 가치를 갖는 부작위가 인정되지 않는 한, 이들의 관리부실행위에 대한 제재는 과태료 등 행정조치로도 충분하다. 불법촬영물 등이 유통되지 못하도록 기술적·관리적 조치를 하지 못한 것이 피

해자의 인격권과 성적 자기결정권 등 기본권을 직접 침해한 행위라고 보기는 어렵기 때문이다.

【Abstract】

Pflicht der Telemediendiensteanbieters zur
Verhinderung der Verbreitung rechtswidrigen Inhalten
– Fokussierung auf den Vergleich des sog. „N-tes Zimmer
Präventionsgesetzes“ mit dem NetzDG –

Im, Seok Soon

(Assistant Professor(Dr. jur.), School of Law & Business
Administration, Hankyong National University)

Nach dem sog. „N-tes Zimmer Präventionsgesetz“ wurde eine neue Bestimmung im Gesetz über das Telekommunikationsgeschäft geschaffen, Telemediendiensteanbieter zur Verhinderung der Verbreitung rechtswidriger Aufzeichnung etc. zu verpflichten. Ihm zufolge muss der Telemediendiensteanbieter Maßnahmen ergreifen, um die Verbreitung der rechtswidrigen Aufzeichnung etc. zu verhindern und technische bzw. administrative Maßnahmen ergreifen. Bei der Verletzung dieser Pflichten folgen nicht nur administrative Sanktionen wie Geldbüße sondern auch strafrechtliche Sanktionen wie Freiheits- und Geldstrafe. Darüber hinaus verpflichtet das neue Regelung im Gesetz über das Telekommunikationsnetz die Telemediendiensteanbieter zur Verteilung eines jährlichen Berichtes über den Umgang mit der rechtswidrigen Aufzeichnung etc. Diese Regelungen sind dem im Jahr 2017 erlassenen Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken sehr ähnlich.

Über die Anwendungsbegrenzung der Gesetze wegen der Grenzenlosigkeit

des Internets hinaus delegieren jedoch diese Vorschriften die gerichtliche Beurteilung über die „Rechtswidrigkeit“ tatsächlich an den Telemediendiensteanbietern, die nur private Unternehmen sind. Infolgedessen können die Anbieter die Inhalte des Benutzers leicht willkürlich löschen oder Kontakt dazu blockieren. Damit können die Meinungs- und Informationsfreiheit erheblich eingeschränkt werden. Angesichts der Verbreitungsnatur des Internet ist es natürlich realistisch schwierig, auf das endgültige Urteil der Justiz über die Rechtswidrigkeit zu warten. Daher ist es notwendig, das Urteil an eine objektivere Drittorganisation zu delegieren, und dabei muss dem Benutzer die ausreichende Chance zur Abgabe seiner Meinung sichergestellt werden.

Überdies ist es nicht angemessen, die strafrechtliche Verantwortung für das Missmanagement von Telemediendiensteanbietern aus nur einem Grund von ihrem starken sozialen Einfluss zu fordern. Sofern den Anbietern kein Unterlassen anerkannt wird, das den gleichen Wert mit der aktiven Verbreitung rechtswidriger Aufzeichnung etc. haben, sind auch allein Verwaltungsmaßnahmen wie Geldbußen für Sanktionen ausreichend. Das liegt daran, dass es schwierig zu betrachten ist, die Grundrechte des Opfers auf Persönlichkeit und sexuelle Selbstbestimmung direkt durch Versäumnis von den technischen bzw. administrativen Maßnahmen verletzt werden.

주제어(Keyword) : n번방 방지법(N-tes Zimmer Präventionsgesetz, Nth-room Prevention Act), 성착취 촬영물(Aufzeichnung sexueller Ausbeutung, Record of sexual exploitation), 불법촬영물 등 유통방지의무(Pflicht zur Verhinderung der rechtswidrigen Aufzeichnung etc., Obligation to prevent illegal recording etc.), 불법촬영물 등 삭제·차단조치(Löschungs- bzw. Blockierungsmaßnahme der rechtswidrigen Aufzeichnung etc., Deletion or blocking measure of the illegal recording etc.), 정보통신서비스 제공자의 관리책임(Managementverantwortung des Telemediendiensteanbieters, Management responsibility of the telemedia service provider)

근로기준법상 직장 내 괴롭힘 금지 규정 시행 1년에 대한 평가와 개선방안

이 준 희*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|--|--|
| I. 논의를 시작하며 | 3. 근로기준법상 직장 내 괴롭힘
금지조항의 문제점 |
| II. 개정 근로기준법 시행 1년에 대
한 평가 | III. 직장 내 괴롭힘 금지 제도의 실
효성 확보를 위한 개선방안 |
| 1. 근로기준법 개정 경과와 평가 | 1. 현행 규정 운용상의 개선방안 |
| 2. 근로기준법상 직장 내 괴롭힘
금지조항 시행 결과에 대한
평가 | 2. 입법적 개선방안 |
| | IV. 맺음말 |

I. 논의를 시작하며

직장에서 발생하는 괴롭힘과 관련하여 우리나라는 이를 규율하는 “법률”을 가지고 있다고 평가하기는 아직은 어렵다. 단지 근로계약관계나 근로자파견관계가 있는 당사자 사이에서 사용자가 괴롭힘 피해를 호소하는 근로자를 보호하고, 진상을 파악하여 조치하도록 하는 의무를 부과하는 근로기준법상 두 개의 조문이 있고, 법원 판례의 결론¹⁾을 수용해서 직장에서 발

* 한국경영자총협회 노사관계법제팀장, 고려대학교 노동대학원 강사. 법학박사
(ljunny@kef.or.kr).

1) 서울행정법원 2002. 8. 14 선고 2000구34224 판결; 대법원 2006. 10. 27 선고 2006두11743

생하는 괴롭힘으로 인해 발생하는 질병, 부상, 사망 등에 대해서 업무상 재해로 인정하는 산업재해보상보험법 조문 등 몇 개의 조문이 마련되어 있을 뿐이다.²⁾ 하지만, 우리나라에 직장에서 발생하는 괴롭힘을 금지하고 피해자를 구제하는 법률이 제정되어 있다고 믿는 많은 사람들과 조직들, 소위 전문가들이 있다. 그리고, “괴롭힘”이라는 용어에 대한 이해가 부족하여 형법상 폭행죄, 모욕죄, 명예훼손죄, 상해죄 등으로 다투어야 할 문제들도 근로기준법 제76조의2와 제76조의3에 의존하여 해결하고자 하는 사람들도 다수 있다.³⁾ 직장에서 동료나 상급자에게 폭행을 당하거나 모욕을 당한 피해자에게 직접 사법기관에 대한 고소나 고발을 통해 가해자의 행위를 범죄로 규정하여 단죄받도록 하는 절차를 진행할 것을 기대하기는 매우 어려운 것이 현실이다. 그리고 그 어려움을 고려할 때 피해자가 근로기준법상 직장 내 괴롭힘 해결 절차에 기대어 문제를 해결하고자 하는 선택을 하게 과정을 이해하지 못할 것은 아니다. 문제는 그러한 결단을 통해서조차 제대로 구제받기는 어렵다는 데에 있다. 결국, 우리 근로기준법의 직장 내 괴롭힘 금지조항에 대한 과신 내지는 확대해석은 오히려 해당 조항의 실효성에 대하여 피해 근로자들이 회의와 불만을 품게 되는 원인이 된다. 이와 같은 회의와 불만, 더욱 근본적으로는 그 원인이 된 현행법의 규정 범위 및 내용에 대한 오해를 초래하게 된 근본적인 원인은 근로기준법 개정을 통한 성급한 법제화를 선택한 정부와 국회에 있다.

아래에서는 우리나라의 직장 내 괴롭힘 관련 입법 중 근로기준법 조문에 집중하여, 개정 경과와 시행 1년을 정리, 평가하고, 그 과정에서 드러난 문제점을 바로잡기 위한 개선방안을 제시하고자 한다. 개선방안은 현재와

판결; 2016. 1. 28 선고 2014두5262 판결 등.

- 2) 따라서 현행 근로기준법 중 직장 내 괴롭힘 금지규정을 해설하면서 이를 “직장 내 괴롭힘 금지법”이라고 지칭하는 견해(고용노동부(근로기준정책과), ‘보도자료’, 2019. 7. 17; 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 III」, 박영사, 2020, 547쪽 이하; 신권철, ‘직장 내 괴롭힘의 법적 개념과 요건’, 「노동법학(제69호)」 2019, 246쪽 이하 등)에는 동의하기 어렵다.
- 3) 직장에서의 괴롭힘 문제를 해결하고 피해 근로자들을 돕기 위해 가장 열심히 일하는 민간 조직인 「직장갑질119」에서 제시하는 상담 사례의 상당 부분에서도 이와 같은 오해의 결과를 발견할 수 있다(<https://blog.naver.com/gabjil119/221632310967>).

같이 근로기준법을 통한 규율체계를 유지하면서 고려할 수 있는 단기 개선 방안과 완전히 새로운 입법을 한다는 것을 전제로 한 장기 개선방안으로 나누어 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 개정 근로기준법 시행 1년에 대한 평가

1. 근로기준법 개정 경과와 평가

제20대 국회 임기 동안 제출되었던 괴롭힘과 관련한 7건의 근로기준법 일부개정법률안⁴⁾과 2건의 직장에서의 괴롭힘에 관한 단행법률 제정안⁵⁾이 폐기되고 대안으로 작성된 근로기준법 일부개정법률안⁶⁾이 2018년 9월 12일 국회 환경노동위원회에서 통과되었고, 직장에서의 괴롭힘과 관련된 산업재해보상보험법 일부개정법률안과 함께 2018년 12월 21일 국회 법제사법위원회에서 의결되었다. 산업안전보건법 전부개정법률안은 환경노동위원회에 계류되어 있던 다른 산업안전보건법 개정안들과 함께 대안으로 상정되어, 산업안전보건법 전부개정안으로 2018년 12월 27일에 환경노동위원회와 법제사법위원회를 통과하였다.⁷⁾ 같은 날인 2018년 12월 27일, 국회 본회의에서 근로기준법 개정안, 산업재해보상보험법 개정안, 산업안전보건법 전부개정안이 함께 의결되었고, 통과된 법률은 2019년 1월 15일 공포되었다. 놀라운 것은 고용노동부가 직장 내 괴롭힘 입법이 없던 상태에서 판단 및 대응

4) 2016년 6월 17일 이인영 의원, 2016년 7월 20일 이용득 의원, 2016년 10월 18일 한정애 의원, 2018년 2월 27일 김관영 의원, 2018년 4월 27일 강병원 의원, 2018년 5월 17일 이찬열 의원, 2018년 8월 28일 임이자 의원이 대표발의 한 「근로기준법 일부개정법률안」 등

5) 2018년 3월 2일 이정미 의원이 대표발의 한 「직장 내 괴롭힘 예방 및 피해근로자 보호에 관한 법률안」, 2018년 4월 27일 강병원 의원이 대표발의 한 「직장 내 괴롭힘 방지 및 피해근로자 보호 등에 관한 법률안」 등

6) 환경노동위원장 대안(의안번호 2017767)

7) 이준희, 「직장에서의 괴롭힘 관련 법규에 대한 해석론과 실무상 쟁점」, 『노동법논총(제46집)』, 2019, 79쪽 이하 참조.

매뉴얼 개발을 위해 연구용역을 진행한 시기가 2018년 4월부터 9월까지라는 점이다.⁸⁾ 직장에서의 괴롭힘이 사회문제로 대두되고 그에 대한 사법부의 판례를 통한 대응이 시작되면서 입법의 필요성이 제기된 것은 이미 오래전의 일이었다.⁹⁾ 그러나 정부가 적극적인 입법 준비에 착수한 것이 2018년 4월인데 정부에서 의도한 방향대로¹⁰⁾ 환경노동위원회 대안으로 근로기준법의 내용이 작성되고, 그야말로 일사천리로 입법이 진행되어 8개월여 만인 2018년 12월 27일에 국회에서 통과된 것은 통상의 입법 절차와 비교할 때 유례없이 신속한 입법이라고 평가할 수 있을 것이다. 유례없이 신속하게 입법이 이루어졌다는 것은 정부가 100대 국정과제 중 노동존중사회 실현의 일환으로 “직장 내 괴롭힘 등으로부터 근로자 권익 구제 강화”를 표방했다는 점¹¹⁾을 고려해도 마찬가지이다.

직장 내 괴롭힘 금지 규정을 근로기준법에 규정하는 것에 대해서는 2018년 입법 추진 과정에서부터 수많은 지적과 반대, 우려하는 의견이 제기되었다. 하지만, 정부는 입법의 시급성을 이유로 일단 근로기준법에 규정하는 것이 최선의 방안이며 이후에 진행되는 상황을 보면서 특별법 제정이 필요한지 논의하자는 견해를 고수했고¹²⁾, 결국, 국회에서 근로기준법 중 일부로 포함시키는 것으로 의결되어 공포되었다. 직장에서의¹³⁾ 괴롭힘으로 인

8) 고용노동부, 「직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼」, 2019. 2, 2쪽.

9) 과거의 주요 판결과 사건, 입법 시도 연혁에 관한 자세한 내용은 이준희, ‘직장에서의 괴롭힘 관련 법규에 대한 해석론과 실무상 쟁점’, 「노동법논총(제46집)」, 2019, 72쪽 이하 참조.

10) 국회사무처, ‘제364회 환경노동위원회회의록(고용노동소위원회)’, 제1호, 2018. 9. 11, 11쪽 이하 참조. 당시 고용노동부 이성기 차관은 전문위원 검토보고에 대해 “기본적으로 수석전문위원님과 같이 말씀을, 정부하고 의견을 나누면서 정리했다.”라고 밝히고 있다.

11) 대한민국정부, ‘100대 국정과제’, 2017, 80쪽.

12) 국회사무처, ‘제364회 환경노동위원회회의록(고용노동소위원회)’, 제2호, 2018. 9. 12, 2쪽 이하 참조.

13) 이 글에서는 직장에서의 괴롭힘에 관한 필자의 다른 글들과 마찬가지로, “직장에서의 괴롭힘”과 “직장 내 괴롭힘”을 나누어 사용하고자 한다. 개정 근로기준법상 “직장 내 괴롭힘”은 사업 또는 사업장 내에서 근로계약관계가 있는 사용자와 근로자 사이에 금지의무가 부여되는 괴롭힘 행위를 지칭하는 것으로서 사업장 구성원 이외의 제3자에 의한 괴롭힘을 개념상 포괄하지 못하기 때문이다. 양 용어의 쓰임에 대한 판단을

한 피해사례의 증가, 관련 사건에 대한 법원 판결의 누적, 학계의 연구의 축적 등 직장에서의 괴롭힘 문제를 직접 규율할 수 있는 입법적 조치가 필요하다는 점에 대한 사회적 공감대가 상당히 형성되고 있었다는 점에서 입법의 시의성을 부인할 수는 없다. 또한, 직장에서 일하는 사람들이 겪게 되는 많은 고충(grievance) 중 일부에 해당하는 행위 유형이 실정법에 따라 금지되고, 사용자가 의무적으로 이 문제 해결을 위해 여러 가지 조치를 해야 한다는 것이 명시되었다는 것¹⁴⁾, 괴롭힘 행위의 핵심적인 구성요건을 확립하여 직장 내 괴롭힘의 사실관계 인정 등에 명확한 기준을 정립할 수 있었다는 것¹⁵⁾만으로도 분명 매우 중요한 진전이라고 할 수 있다. 하지만 근로기준법에 성급하게 몇 가지 조문만을 담는 방식으로 직장 내 괴롭힘에 대한 입법적 대응을 일단락한 것이 오히려 직장에서의 괴롭힘에 대해 체계적이고 포괄적으로 대응할 수 있는 단행의 특별법률 제정 가능성을 더욱 희박하게 만든 것은 아닌지에 대한 반성적 검토가 필요하다고 생각된다.

2. 근로기준법상 직장 내 괴롭힘 금지조항 시행 결과에 대한 평가

2020년 4월 27일 고용노동부는 2020년 3월 말 현재 기준으로 근로기준법상 직장 내 괴롭힘 금지 규정이 시행된 2019년 7월 16일 이후에 직장 내 괴롭힘 사건 중 고용노동부에 진정사건으로 접수되고 처리된 현황을 공개했다.¹⁶⁾ 근로기준법상 관련 조항 시행 이후 약 8개월여 만에 고용노동부에 접수된 괴롭힘 진정사건이 총 3,347건이고, 이 중 행정 종결된 것이 2,739건, 처리 중인 사건이 608건이라는 것이 주된 내용이었다. 시민단체와 언론은 총 3,347건에 이르는 직장 내 괴롭힘 진정 사건 중 검찰에 송치된 건수가 22

명확하게 하기 어려운 경우에는 일부 혼용했다.

- 14) 이준희, '직장 내 괴롭힘 금지 1년, 법규정은 D, 적용과 운용은 A+', 『월간노동법률 (Vol.350)』, 2020, 35쪽; 박수경, '직장내 괴롭힘에 대한 근로자 보호방안-직장내 괴롭힘의 법적 쟁점과 개선방안-', 『사회법연구(제38호)』, 2019, 94쪽 등
- 15) 박수경, '직장내 괴롭힘에 대한 근로자 보호방안-직장내 괴롭힘의 법적 쟁점과 개선방안-', 『사회법연구(제38호)』, 2019, 92쪽; 신권철, '직장 내 괴롭힘의 법적 개념과 요건', 『노동법학(제69호)』 2019, 247쪽 등.
- 16) 고용노동부(근로기준정책과), '보도자료', 2020. 4. 27.

건에 불과하다는 점과 진정사건으로 접수된 직장 내 괴롭힘 전체 유형 중 폭언이 48.9%인 1,638건으로 가장 많았다는 점 등이 주로 다루어졌다. 그중에서도 특히 검찰 송치 사건 수가 22건에 불과하다는 점에 많은 비판이 집중되었다. 하지만 이것은 앞에서 언급한 바와 같이 해당 근로기준법 규정에 대한 물이해에서 비롯된 비판이다.

근로기준법 제76조의2와 제76조의3에 규정된 직장 내 괴롭힘 관련 규정은 사업장 내에서 발생하는 근로자 사이의 또는 사용자의 근로자에 대한 괴롭힘 가해행위에 대하여 사용자가 책임을 지고 자율적으로 해결하는 방향으로 설계되어 있다.¹⁷⁾ 따라서 조문의 체계적 구조만 놓고 보면 고용노동부가 개입할 여지가 거의 없으며, 사업장 내에서 사용자가 자신의 권한에 따라 책임을 지고 근로자에 대한 괴롭힘 발생에 대응하고 해결하도록 규정되어 있다.¹⁸⁾ 사용자는 “직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해 근로자 등에게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다.”라고 규정되어 있는 제76조의3을 위반한 경우에 대해서만 근로기준법 제109조 제1항이 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하는 형벌을 규정하고 있고, 그 위반사건에 대해서만 근로감독관이 개입할 여지가 있는 것이다. 4월 27일 고용노동부 보도자료에 기재된 바와 같이 직장 내 괴롭힘 사건 중 검찰에 송치된 사건이 22건이라는 것은 사용자가 피해근로자 등에게 불리한 처우를 한 사안인 것이다. 그렇다면 검찰 송치 사건이 22건이라는 수치를 가지고 고용노동부가 직장 내 괴롭힘 사건처리에 소극적이었다고 단정해서는 안 된다. 오히려 고용노동부는 행정관청의 개입 권한을 인정하지 않는 근로기준법 규정의 제한 아래에서 직장 내 괴롭힘 진정 사건을 다루기 위해 다양한 노력을 기울여왔다.

현행 근로기준법상 직장 내 괴롭힘 금지 규정은 근로감독관이 개입할 여지가 거의 없게 되어 있다. 그러나 해당 조항 시행 이후 지난 1년여간 정

17) 고용노동부(근로기준정책과), ‘보도자료’, 2019. 7. 17. 10쪽; 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 III」, 박영사, 2020, 555쪽 이하; 이준희, ‘직장에서의 괴롭힘 관련 법규에 대한 해석론과 실무상 쟁점’, 「노동법논총(제46집)」, 2019, 80쪽 이하 등.

18) 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 III」, 박영사, 2020, 550쪽.

부는 직장 내 괴롭힘 관련 사건을 합리적으로 다루고 해결하기 위해 최선을 다한 것으로 보인다.¹⁹⁾ 고용노동부는 관련 법률의 시행을 앞둔 2019년 2월부터 다양한 버전의 매뉴얼을 발간하여 보급해왔다.²⁰⁾ 이는 비록 내용의 일부 오류와 한계가 분명하지만²¹⁾, 괴롭힘의 의미의 추상성, 신고 및 처리절차의 불명확성 등을 둘러싼 문제 제기와 비판이 꾸준히 제기되고 있는 상황에서 비교적 적절한 대처였다고 평가할 수 있다. 고용노동부는 내부적으로도 「직장 내 괴롭힘 신고사건 처리 지침」²²⁾을 만들어 괴롭힘 해당 여부 판단 및 통보, 사용자에게 대한 개선 요구, 개선 요구 불이행 시 근로감독 등 현행법의 한도 내에서 고용노동부가 구사할 수 있는 최대한의 행정기법을 마련하여 내부적으로 공유하여 시행했다. 그리고, 고용노동부 근로감독관에게 직장 내 괴롭힘 행위 자체에 대한 직접적인 감독과 수사권한이 없다는 한계를 극복하기 위해, 비록 실효성 측면에서 만족스럽다고 할 수는 없지만, 직장 내 괴롭힘이 발생하여 진정이 제기된 사업장의 사용자 또는 위임받은 대리인에 대한 감독관청 출석 요구, 진술서 등 조서 작성, 직장 내 괴롭힘 해당 통보 등의 행정수단들이 일선 기업 사용자들이 직장 내 괴롭힘 문제 해결에 착수하도록 강요하는 예상외로 강력한 효과를 발휘하고 있다.

실제 근로자들도 직장 내 괴롭힘을 금지하는 근로기준법 제76조의2, 제76조의3 등이 시행된 이후 직장 구성원들이 직장 내 괴롭힘에 대하여 새롭게 인지하게 되고 과거에 당연시되던 괴롭힘 행동들을 수정할 수 있는 계기가 되었다고 평가하고 있다는 것을 보여주는 연구결과도 있다.²³⁾ 2020년에

19) 자세한 평가는 이준희, ‘직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회 토론편’, 「직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)」, 2020. 7. 15, 128쪽 이하 참조.

20) 고용노동부가 발간한 「직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼」은 2019년 2월 22일 발간판, 5월 14일 발간판 두 가지가 있으며, 영문 매뉴얼도 발간했다.

21) 고용노동부 매뉴얼의 문제점과 개선방안에 대해서는 이준희, ‘고용노동부 『직장 내 괴롭힘 대응·예방 매뉴얼』의 문제점과 개선방안’, 「강원법학(제58권)」, 2019, 183쪽 이하 참조.

22) 근로기준정책과-3652, 2019. 7. 3. 이 지침은 시행 이후 보완 작업을 거쳤다.

23) 설전선, 김수연, ‘직장 내 세대갈등 해결을 위한 사내 커뮤니케이션과 직장 내 괴롭힘 금지법의 역할은 무엇일까?: XY세대 직장인들과의 질적 인터뷰를 통한 탐색적 연구’, 「사회과학연구(제59집 1호)」, 2020, 276쪽 이하. 이상희, ‘직장 내 괴롭힘 금지제도의

직장갑질119에서 조사한 결과에서도 직장인의 53.5%가 괴롭힘이 줄어들었다고 답하고 있는 것을 발견할 수 있다.²⁴⁾ 직장 내 괴롭힘 금지조항의 시행과 정부의 노력은 분명 근로기준법의 적용 대상 사업 또는 사업장 구성원들의 직장 내 괴롭힘 문제에 대한 인식을 새롭게 하고, 괴롭힘 가해행위가 금지되는 행위라는 사실에 대한 인식을 확산하는 계기가 되었다고 할 수 있다.

마지막으로 고용노동부의 직장 내 괴롭힘 관련 진정사건 처리 결과를 평가하면서 주목해야 하는 것은 직장 안에서 발생하는 모든 괴로운 일이 근로기준법상 직장 내 괴롭힘으로 수렴되는 것을 잘 차단하고 있다는 점이다. 모두에 밝힌 바와 같은 근로기준법 제76조의2, 제76조의3에 대한 오해와 과도한 기대는 보통 사람들이 소위 “갑질”이라고 일컬어지는, 다른 사람을 불편하게 하고, 괴롭게 하고, 손해를 보게 하는 모든 행위가 직장 내 괴롭힘에 해당하고 현행 근로기준법 규정이 그것을 해결해 줄 것이라고 믿게 만들기 쉽다. 따라서 형법상 다른 범죄행위에 해당하는지를 먼저 살펴보아야 하는 행동, 상급자와 하급자 사이의 일회적인 다툼이나 언쟁, 회사의 정당한 징계권 행사 등도 모두 직장 내 괴롭힘이라고 믿고 사용자에게 신고했다가 만족하지 못하고 고용노동부에 다시 진정하는 경우가 많다. 그러나 근로기준법상 직장 내 괴롭힘 금지 규정과 처리절차 규정이 모든 개인 사이의 불편한 관계에 확대 적용되어서는 안 된다.

예를 들어보자. 사원 A는 근로계약서에 명시된 자신의 업무 이외에 공용비용으로 사무실 비품함에 사탕과 커피, 종이컵 등을 채워 넣는 업무를 맡았다. 관행상 사무실에서 연차가 가장 적은 직원이 맡아왔던 업무였다. A는 단지 연차가 적다는 이유로 이러한 잡무를 시키는 것은 부당하다고 생각했다. 그러던 중 팀 선배인 모 과장에게 비품 구매업무의 부당함을 호소했다. 그러나 그 과장은 A에게 도리어 충고를 하려 들었고, A와 과장은 언쟁을 하다가 서로 감정이 격해진 끝에 과장은 A사원의 뺨을 때렸다. 그 후 서

현황과 과제’, 「직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)」, 2020. 7. 15, 52쪽 이하와 같이 큰 개선효과는 없었던 것으로 평가하는 조사 결과도 있다.

24) 박집규, ‘제보 사례와 설문조사를 통해 본 직장 내 괴롭힘 현황’, 「직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)」, 2020. 7. 15, 62쪽 이하.

로 감정이 상해서 인사도 안 하고 업무상 대화도 나누지 않게 됐다. 그 과장의 행동이 직장 내 괴롭힘이라고 할 수 있을까? 이 사례에서 모 과장의 행위는 근로기준법 제8조 폭행금지 위반에 해당되어 동법 제107조에 따라 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금이 부과되거나, 형법 제260조의 폭행죄에 해당하여 2년 이하의 징역, 500만 원 이하의 벌금, 구류 또는 과료가 부과될 수 있을 것이다. 하지만 모 과장의 행위에 반복성, 지속성이 인정될 수 없기 때문에 이를 근로기준법이 금지하는 직장 내 괴롭힘에 해당한다고 보아서는 안 된다.

구성요건이 엄격하게 구성되어 있지 않고 폭넓게 적용될 여지가 있는 근로기준법의 괴롭힘 금지 규정에 모든 괴로운 상황들을 포섭시켜버리는 것은 일견 매우 쉽고 편리한 해법이라고 보일 수 있으나, 시간이 지날수록 해당 규정의 과용이 오히려 법령의 체계적 운용 시스템을 무너뜨리게 될 위험이 크다.²⁵⁾ 가장 강력하고 효과적 통제수단이 될 수 있는 타 법률의 규정들이 사문화되는 것은 물론이고, 과용된 규정의 광범성이 오히려 구체적 타당성이 있는 합리적인 해석체계 정립을 불가능하게 할 수 있기 때문이다. 현행 근로기준법으로 해결할 수 있는 범주가 너무 좁다면, 주어진 규정은 주어진 대로 잘 운용하고, 장기적인 관점으로 입법적 개선방안을 고민하는 것이 바람직한 해법이라고 생각한다.

3. 근로기준법상 직장 내 괴롭힘 금지조항의 문제점

현행 근로기준법 제76조의2와 제76조의3이 시행된 이후에 직장 내 괴롭힘에 대한 인식이 확산되고 피해 근로자들이 피해의 구제를 신청하는 법제도적 절차가 신설되었다는 점에서는 매우 긍정적이지만, 동시에 여러 가지 문제점들이 지적되고 있다. 현행 금지규정의 문제점과 보완 필요 사항으로 지적되고 있는 사항 중 중요한 내용은 다음과 같다.

25) 이준희, '직장 내 괴롭힘 금지 1년, 법규정은 D, 적용과 운용은 A+', 『월간노동법률 (Vol.350)』, 2020, 37쪽.

(1) 금지되는 괴롭힘 행위의 개념 보완 필요성

개정 근로기준법 제76조의2는 직장 내 괴롭힘을 “사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(이하 “직장 내 괴롭힘”이라 한다)를 하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다. 이와 같은 정의조항이 갖고 있는 모호성과 개념의 미비는 입법 과정에서 지적되었지만, 애초의 개정안대로 통과되었다.²⁶⁾ 괴롭힘 행위에 해당하는 행위인지 아닌지 판단할 때 반드시 고려되어야 하는 요소는 괴롭힘 가해자의 집단성, 괴롭힘 가해행위의 반복성과 지속성, 일방성 등이 있다.²⁷⁾ 현행 근로기준법 제76조의2에는 이와 같은 개념들이 포함되어 있지 않다. 반복성과 지속성, 일방성 등이 직접 나타나지는 않았지만, 반복성과 지속성 등이 있을 개연성이 매우 큰 경우도 괴롭힘의 개념에 포함시켜야 한다는 점에서 현행 근로기준법 제76조의2가 선택한 규정 방법의 타당성을 완전히 부인하기는 어렵다. 하지만, 위의 세 가지 요소를 제거함으로 인해 현행법상의 정의가 지나치게 넓어지고 있으며, 괴롭힘에 해당하는 행위와 해당하지 않는 행위를 구별하는 기준을 제시하는 기능을 제대로 수행할 수 없다는 문제가 있다.

(2) 제3자의 괴롭힘을 포괄하지 못하는 문제

근로기준법 제76조의2는 금지되는 직장 내 괴롭힘의 가해행위 주체를 “사용자 또는 근로자”로 한정하고 있다. 괴롭힘 가해 행위자로 고객, 거래처 직원 등 제3자가 명시되지 않은 것은, 직장 내 괴롭힘 금지 규정을 사용자가 근로계약관계가 있는 근로자에 대하여 보장해주어야 하는 근로조건의 기준을 정하는 것을 목적으로 하는 근로기준법에 두는 한계로 인한 것으로 보인다.

26) 개정 과정에서의 논의에 대한 자세한 사항은 이준희, 「직장에서의 괴롭힘」, 신조사, 2019, 6쪽 이하, 243쪽 이하; 국회사무처, ‘제364회 환경노동위원회회의록(고용노동소위원회)’, 제1호, 2018. 9. 11; 국회사무처, ‘제364회 환경노동위원회회의록(고용노동소위원회)’, 제2호, 2018. 9. 12; 국회사무처, ‘제365회 법제사법위원회회의록(법안심사제2소위원회)’, 제1호, 2018. 12. 21 등 참조.

27) 이준희, 「직장에서의 괴롭힘 관련 법규에 대한 해석론과 실무상 쟁점」, 『노동법논총(제46집)』, 2019, 85쪽.

다.²⁸⁾ 하지만, 근로기준법에 규정한다고 해서 체계상 제3자에 의한 괴롭힘을 규율할 수 없다고 보는 것이 타당한지는 의문이다. 제3자로부터 괴롭힘 가해행위가 행해졌을 때에도 사용자가 자신과 근로계약관계가 있는 피해 근로자에 대한 보호조치를 하도록 규정할 수 있기 때문이다. “원청업체의 근로자가 행위 주체인 경우도 일정한 조건 하에서 직장 내 괴롭힘 규정의 적용을 받는다고 볼 것”이라고 보는 견해도²⁹⁾ 같은 취지인 것으로 이해된다. 같은 문제의식 하에 현행 근로기준법 제76조의2를 개정해서 제3자의 괴롭힘을 포함시켜야 한다는 견해가 있다.³⁰⁾ 물론 사용자가 가해 행위자에 대한 직접적인 징계 등의 조치를 할 수 없다는 한계가 있기 때문에 근로기준법에 직장 내 괴롭힘 규정을 두는 입법방식을 취하는 한 충분한 입법적 개선방안이라고 하기는 어렵다. 이에 대한 대안으로 제3자의 직장 내 괴롭힘 행위에 대해서 사업장 출입 금지 등의 제재를 신설하여 부과하는 방안을 모색할 필요가 있고, 민사책임으로 징벌적 손해배상제도를 근로기준법 상에 명시하여 도입할 필요가 있다는 견해가 있다.³¹⁾

(3) 사업주와 직접 근로계약관계가 없는 근로자에 대한 보호 문제

앞에서 검토한 것과 같은 이유로, 현행 근로기준법 제76조의2에 따르면 사용자와 직접 근로계약관계가 없는, 즉 해당 사업 또는 사업장에 소속된 근로자가 아니면서 같은 사업장 내에서 근로하는 근로자들에 대한 보호가 어렵다는 것도 중요한 문제점으로 지적되어야 한다. 하도급업체 소속 근로자가 괴롭힘을 당했을 경우 현행법 하에서는 원도급업체 사용자에게는 어떠한 의무도 부과되지 않는 것이 대표적인 사례이다.³²⁾ 파견근로자의 경우

28) 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 III」, 박영사, 2020, 558쪽; 이준희, ‘직장에서의 괴롭힘 관련 법규에 대한 해석론과 실무상 쟁점’, 「노동법논총(제46집)」, 2019, 81쪽 등.

29) 신권철, ‘직장 내 괴롭힘의 법적 개념과 요건’, 「노동법학(제69호)」, 2019, 235쪽 이하.

30) 김진영, ‘캐나다 퀘벡 주의 정신적 괴롭힘 금지법의 시사점’, 「법학연구(제20권 제1호)」, 2020, 297쪽; 박수경, ‘직장내 괴롭힘에 대한 근로자 보호방안-직장내 괴롭힘의 법적 쟁점과 개선방안-’, 「사회법연구(제38호)」, 2019, 91쪽 등.

31) 권혁, ‘직장 내 괴롭힘 관련 규율체계에 관한 노동법적 검토’, 「직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)」, 2020. 7. 15, 93쪽.

32) 권오성, “직장 내 괴롭힘 관련 개정법(안)에 대한 평가와 향후의 과제”, 「노동법포럼

에는 괴롭힘 금지 의무가 근로기준법에 규정되어 있어도 파견사업주와의 근로자파견계약 관계에 기초해서 파견사업주의 의무가 사용사업주의 의무로 병존적으로 이전하게 된다는 이론구성이 가능하고³³⁾, 고용노동부도 같은 취지를 매뉴얼에 밝히고 있다.

(4) 근로자의 괴롭힘으로부터의 사용자 보호 문제

현행 근로기준법 하에서는 사용자에 대한 근로자 또는 근로자 집단의 괴롭힘을 규율할 수 없다.³⁴⁾ 근로자가 사용자에게 괴롭힘 가해행위를 하여서는 안 된다는 규정을 근로기준법에 규정하는 것이 입법취지와 법체계의 정합성을 고려할 때 적당하지 않고 단정하는 것은 옳지 않다. 근로기준법은 근로조건의 최저기준을 정하는 법률인 동시에 근로자 보호를 위한 법률이고, 근로계약관계를 규율하는 기본법률이기도 하기 때문이다. 근로자는 근로계약관계의 당사자로서 근로제공의무 이외에 계속적 채권관계에서 발생하는 부수적 의무로서 사용자의 정당한 이익을 침해하여서는 안 되는 충실 의무 또는 성실 배려의무를 부담하기 때문에³⁵⁾ 근로자도 사용자에 대하여 가해행위를 하여서는 안 된다는 내용 근로기준법에 규정할 수 없다고 보아야 할 이유는 없다.

(5) 5명 미만 소규모 사업장의 적용 배제 문제

현행 근로기준법 시행령 별표 1은 근로기준법 제7조에 따라 상시 4명 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 적용하는 법 규정으로 제76

(제25호)», 2018, 100쪽 이하; 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 III」, 박영사, 2020, 557쪽; 박수경, 「직장내 괴롭힘에 대한 근로자 보호방안-직장내 괴롭힘의 법적 쟁점과 개선방안-」, 「사회법연구(제38호)」, 2019, 94쪽; 이준희, 「직장에서의 괴롭힘 관련 법규에 대한 해석론과 실무상 쟁점」, 「노동법논총(제46집)」, 2019, 90쪽 등.

33) 고용노동부, 「직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼」, 2019. 2. 8쪽; 이준희, 「직장에서의 괴롭힘 관련 법규에 대한 해석론과 실무상 쟁점」, 「노동법논총(제46집)」, 2019, 90쪽.

34) 이준희, 「직장에서의 괴롭힘 관련 법규에 대한 해석론과 실무상 쟁점」, 「노동법논총(제46집)」, 2019, 81쪽.

35) 김형배, 「노동법」, 박영사, 2018, 327쪽.

조의2와 제76조의3을 명시하고 있지 않다. 따라서 현행 근로기준법상 직장 내 괴롭힘 금지조항은 4명 이하 소규모 사업장에 대하여는 적용되지 않는다. 이에 대하여 적용범위를 확대하여 직장 내 괴롭힘 금지 규정을 4명 이하 사업장에도 적용할 수 있도록 시행령을 개정해야 한다는 견해가 있다.³⁶⁾

(6) 신고 접수 및 조사 주체 문제

근로기준법 제76조의3 제1항은 “누구든지 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 알게 된 경우 그 사실을 사용자에게 신고할 수 있다.”라고 하여 직장 내 괴롭힘 피해 근로자 또는 제3자인 신고자가 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고할 수 있는 상대방, 즉 신고 접수 주체를 사용자로 한정하고 있다. 직장 내 괴롭힘 가해자와 사용자 사이에 특별한 관계가 존재하는지 여부를 알 수 없으며, 사용자가 직접 괴롭힘 가해자가 되는 경우도 있다는 점에서 신고 접수 주체를 사용자로 제한된 것은 심각한 문제가 아닐 수 없다.³⁷⁾ 괴롭힘 피해 근로자가 신고를 포기하도록 만드는 원인이 될 수 있기 때문이고, 신고한다 하더라도 객관적인 조사 등 적절한 조치를 기대하기 어려운 경우가 많기 때문이다.

신고를 접수한 사용자가 직장 내 괴롭힘 해당성 여부를 적절하게 조사하고 정당한 조치를 취하리라고 기대하기 어렵다는 문제점을 보완하기 위하여, 현행 차별구제제도와 마찬가지로 피해 근로자 등이 노동위원회에 시정을 신청하면 노동위원회가 이를 조사하여 판단하고 구제명령을 내릴 수 있는 권한을 부여해야 한다는 견해³⁸⁾, 사용자 이외에 고용노동부가 신고를 접수할 수 있도록 해야 한다는 견해 등이 입법론으로 제시되고 있다.³⁹⁾ 현

36) 권혁, ‘직장 내 괴롭힘 관련 규율체계에 관한 노동법적 검토’, 『직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)』, 2020. 7. 15, 94쪽; 박수경, ‘직장내 괴롭힘에 대한 근로자 보호방안-직장내 괴롭힘의 법적 쟁점과 개선방안-’, 『사회법연구(제38호)』, 2019, 94쪽 등.

37) 권혁, ‘직장 내 괴롭힘 관련 규율체계에 관한 노동법적 검토’, 『직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)』, 2020. 7. 15, 98쪽; 이준희, 『직장에서의 괴롭힘』, 신조사, 2019, 249쪽 등.

38) 권혁, ‘직장 내 괴롭힘 관련 규율체계에 관한 노동법적 검토’, 『직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)』, 2020. 7. 15, 99쪽, 102쪽.

행 근로기준법 제76조의2 등을 추가하는 개정 과정에서 대안 채택을 이유로 환경노동위원회에서 폐기된, 강병원 의원이 대표발의한 「직장 내 괴롭힘 방지 및 피해근로자 보호 등에 관한 법률안」 제14조는⁴⁰⁾ 노동위원회에 대한 시정신청제도를 규정하고 있었다. 근로기준법 제76조의3이 강행규정이라는 점을 고려하면, 사용자의 강행규정 위반행위에 대해서는 근로감독관 등 사법경찰관에 대한 신고(진정)도 가능하다고 보아야 하므로⁴¹⁾ 현행 규정체계를 유지한다 하더라도 근로감독관 등에게 진정을 제기하는 것이 허용되지 않는 것은 아니다. 하지만, 처리 권한이 명시되어있지 않기 때문에 직장 내 괴롭힘 해당 여부에 관한 판단 이외에 고용노동부 근로감독관이 권한을 실효적으로 행사할 수 없다는 점은 여전히 미비점으로 남아있다. 현행 근로기준법 개정 시 대안 채택을 이유로 환경노동위원회에서 폐기된, 이정미 의원이 대표발의한 「직장 내 괴롭힘 예방 및 피해근로자 보호에 관한 법률안」⁴²⁾은 현행 근로기준법 제76조의3 제1항과 같이 신고 접수 주체를 사용자로 규정하고 있었지만, 동 개정안 제12조는 직장 내 괴롭힘 피해 근로자가 신고를 접수한 사업주의 조사 결과나 조치에 이의가 있는 경우에는 고용노동부장관에게 직장 내 괴롭힘의 조사를 요청할 수 있도록 하여, 사용자를 신고 접수 주체로 한정하여 발생하는 문제점을 보완하고 있었다.

(7) 괴롭힘 행위자 또는 사용자에 대한 처벌

근로기준법 제76조의2, 제76조의3은 위반자나 괴롭힘 가해 행위자에 대한 처벌을 규정하고 있지 않다. 다만, 제76조의3 제6항의 “사용자는 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해 근로자 등에게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다.”라는 규정을 위반한 경우에만 동법 제109조의 규정에 따라 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도

39) 박수경, ‘직장내 괴롭힘에 대한 근로자 보호방안-직장내 괴롭힘의 법적 쟁점과 개선방안-’, 『사회법연구(제38호)』, 2019, 94쪽.

40) 의안번호 2013290, 2018. 4. 27.

41) 이준희, ‘직장에서의 괴롭힘 관련 법규에 대한 해석론과 실무상 쟁점’, 『노동법논총(제46집)』, 2019, 87쪽.

42) 의안번호 2012272, 2018. 3. 2.

록 하고 있을 뿐이다. “괴롭힘”이라는 행위유형이 형법 구성요건에 해당하는 행위로 직접 형법 및 형사특별법에 규정되어 있는 범죄행위들과 같이 형사처벌의 대상으로 곧바로 포섭하기는 어려운 행위라고 보기 때문이며, 직장 내의 문제에 대해 지나치게 국가법률이 개입하는 것이 오히려 노사 모두에게 부담이 될 수 있다는 지적을 염두에 둔 것이다.⁴³⁾ 하지만 직장 내 괴롭힘 금지 규정의 실효성을 고려할 때 직장 내 괴롭힘에 따른 법적 효과는 가해 근로자에 대한 징계 등 제재조치에 국한되어서는 아니되며 형사처벌이 필요하다고 보는 견해가 있다.⁴⁴⁾ 이 견해는 특히 괴롭힘이 시작된 동기가 해당 근로자의 공적 신고나 정당한 권리의 행사에 대한 사용자나 동료 근로자의 보복이나 반감 등에 있었다면 이러한 직장 내 괴롭힘은 특히 공적 제재의 대상으로 삼아야 한다고 한다. 한편 더욱 적극적으로 직장 내 괴롭힘 가해 행위자 등에 대한 처벌규정 신설이 필요하다고 보는 견해도 있다.⁴⁵⁾ 형사처벌 이외에 직장 내 괴롭힘 예방교육, 직장 내 괴롭힘 자료 게시의무 등을 의무로 지정하고 벌칙조항을 적용할 수 있으며 과태료 규정을 신설하는 방법도 생각해 보아야 한다는 견해도 있다.⁴⁶⁾ 각각의 견해들이 제재의 종류와 제재가 가해져야 하는 대상 행위에 대해서는 조금씩 차이가 있지만, 분명한 것은 직장 내 괴롭힘 금지규정의 실효성을 확보하기 위하여 그것이 과태료 등 행정벌이 되었던, 형사처벌이 되었던 공적 제재의 대상이 되어야 한다고 보는 데에는 일치하는 것으로 보인다.

그러나 직장 내 괴롭힘 행위의 금지와 해결 절차를 근로기준법에 규정하는 한 괴롭힘 행위를 한 근로자에 대한 처벌 규정을 신설하는 것은 근로기준법의 목적과 체계에 부합하지 않는다. 근로기준법의 목적을 더욱 넓게

43) 권혁, ‘직장 내 괴롭힘 관련 규율체계에 관한 노동법적 검토’, 『직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)』, 2020. 7. 15, 99쪽.

44) 권혁, ‘직장 내 괴롭힘 관련 규율체계에 관한 노동법적 검토’, 『직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)』, 2020. 7. 15, 100쪽.

45) 박수경, ‘직장내 괴롭힘에 대한 근로자 보호방안-직장내 괴롭힘의 법적 쟁점과 개선방안-’, 『사회법연구(제38호)』, 2019, 95쪽

46) 이재현, “직장 내 괴롭힘 금지’제도 평가 및 개선방안’, 『사회법연구(제39호)』, 2019, 207쪽.

이해하고 적극적으로 이해하여야 한다는 견해가 있을 수 있다. 그러나 현행 근로기준법에 근로자에 대한 근로자의 의무를 규정하는 것은 상정하기 어렵다. 사업장 내에서 괴롭힘을 예방하고 방지하기 위한 적절한 조치를 해야 한다는 의무를 사용자에게 부과하고, 피해 근로자에 대한 적극적인 보호장치를 마련하는 방식을 채용한 현행 근로기준법 입법자의 선택이 최선이었다고 생각된다.

근로기준법이 아니라 별도의 단행 법률로 직장에서의 괴롭힘을 규율하는 경우에도, 직장에서의 괴롭힘 가해 행위자에 대한 형사처벌을 부과하는 방안을 택할 것인지 여부는 매우 신중하게 판단하여야 한다. 위법성과 명확성의 정도에 있어서 기존 형법상 범죄구성요건에 해당하는 행위들과는 분명한 차이가 있으며⁴⁷⁾, 이를 범죄구성요건으로 규정할 경우 오히려 금지의 대상이 되는 괴롭힘 행위의 범위를 엄격하게 해석하려는 경향이 초래될 수 있기 때문이다.⁴⁸⁾ 직장에서의 괴롭힘 행위 중 형사처벌 필요성이 큰 특정 행위 유형에 대하여 개별적인 처벌규정을 신설하는 것은 충분히 고려할 수 있다고 본다.⁴⁹⁾ 형벌을 선택할 경우에도, 해당 괴롭힘 행위가 형법상 강요죄, 폭행죄, 상해죄, 모욕죄 등 직접적인 범죄 구성요건을 충족할 정도에 이르지 않는 본래의 의미의 “괴롭힘”에 해당하는 행위일 경우 자유형보다는 벌금형을 규정하는 것이 타당하다고 판단된다.

(8) 사용자의 조치의무 등 의무 위반에 대한 제재

사용자가 근로기준법 제76조의3에 따라 가해자나 피해자에 대한 적절한 조치를 취하지 아니하는 경우에 대한 강제수단이 없다는 점에 대해 문제를 제기하는 견해가 있다. 신고 이후 직장 내 괴롭힘 발생 사실에 대한 조사를 거부하거나 해태한 사용자에게 대한 벌칙규정 신설이 필요하다고 보면서 과태료, 이행강제금 등 행정질서벌을 부과하는 규정을 마련해야 한다고 보

47) 이준희, 「직장에서의 괴롭힘」, 신조사, 2019, 242쪽.

48) 권오성, “직장 내 괴롭힘’ 관련 개정법(안)에 대한 평가와 향후의 과제”, 「노동법포럼 (제25호)」, 2018, 104쪽 이하.

49) 권오성, “직장 내 괴롭힘’ 관련 개정법(안)에 대한 평가와 향후의 과제”, 「노동법포럼 (제25호)」, 2018, 105쪽의 견해에 동의한다.

는 견해⁵⁰⁾, 사용자가 가해자나 피해자에 대한 적절한 조치를 취하지 아니하는 경우와 개인정보 유출이나 비밀 유지의무 위반에 따른 제재에 대해서도 별도로 규율해야 한다고 보는 견해⁵¹⁾ 등이 그것이다.

(9) 사용자의 예방교육의무 규정

그 외에 직장 내 괴롭힘 발생을 사전에 예방하기 위해 직장 내 괴롭힘 예방교육 실시 의무를 사용자에게 부과해야 한다는 견해가 있다.⁵²⁾ 주로 산업안전보건법 개정을 통한 예방교육 의무가 제안되고 있지만, 특별히 규정 대상 법률을 한정하지 않는 견해도 있다. 단순히 형식적으로 예방교육을 실시한다고 해서 직장 내 괴롭힘 발생을 예방하고 사업장 구성원들의 인식을 바꿀 수 있는 것은 아니다. 예방교육 실시의무를 사용자에게 부과하고자 한다면, 효과적인 예방교육교재의 개발, 교육기법 개발 등 실효성 제고 방안에 대한 진지한 고민도 함께 병행되어야 할 것이다.

Ⅲ. 직장 내 괴롭힘 금지제도의 실효성 확보를 위한 개선방안

1. 현행 규정 운용상의 개선방안

현행 근로기준법 제76조의2, 제76조의3 등 근로기준법 체계 안에 직장 내 괴롭힘 금지 규정을 존치하는 것을 전제로 직장 내 괴롭힘 문제에 효과적으로 대응하기 위한 개선 방안을 제시하고자 한다.

50) 권오성, “직장 내 괴롭힘’ 관련 개정법(안)에 대한 평가와 향후의 과제”, 『노동법포럼 (제25호)』, 2018, 102쪽 이하

51) 권혁, ‘직장 내 괴롭힘 관련 규율체계에 관한 노동법적 검토’, 『직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)』, 2020. 7. 15, 101쪽.

52) 박수경, ‘직장내 괴롭힘에 대한 근로자 보호방안-직장내 괴롭힘의 법적 쟁점과 개선방안-’, 『사회법연구(제38호)』, 2019, 94쪽, 97쪽; 이재현, “직장 내 괴롭힘 금지’제도 평가 및 개선방안’, 『사회법연구(제39호)』, 2019, 203쪽 등.

(1) 현행 근로기준법 하에서의 운용 방식 개선

1) 단체교섭제도와 노동위원회의 기능 활용

현행 노동조합 및 노동관계조정법상 단체교섭의 대상은 임금·근로시간·복지·해고 기타 대우 등 근로조건의 결정에 관한 사항이고, 직장 내 괴롭힘 사건의 해결 절차 개시 및 진행, 조사 촉구 등은 명시적인 단체교섭의 대상이 아니라고 보는 것이 일반적이다. 노동계는 사업장 내에서 직장 내 괴롭힘 사건이 발생했을 때 구제절차에 간여할 수 있는 권한이 없는 것이 현행 제도의 문제점이라고 지속적으로 문제를 제기하면서 노동조합이 개입할 수 있는 권한을 부여해야 한다고 주장한다.⁵³⁾ 그러나 현재의 규정 체계 아래에서도 노동조합이 직장 내에서 발생한 괴롭힘 행위에 대하여 개입하고 영향력을 행사할 수 있는 가능성은 열려있다.

대부분의 사업장은 직장 내 괴롭힘 발생 사실에 대한 신고를 접수하고 조사하는 기구로 근로자참여 및 협력증진에 관한 법률에 따른 고충처리위원회를 통해서 하고 있다. 그 외에 별도 사내 기구를 설치하는 경우도 있지만, 고충처리위원회를 통한 고충의 제기 및 해결 절차는 여전히 유효하다. 그리고 노동조합이 조직되어 있는 대부분의 사업장에서는 노동조합 임원이 고충처리위원으로 임명되어 있다. 이와 같은 형식적인 절차 이외에 노동조합이 직접 사용자에게 협의를 요구할 수 있는 권한도 이미 부여되어 있다.

노동조합이 조직되어 있고, 단체협약이 체결되고 있는 사업장의 경우 단체협약에 직장 내 괴롭힘 정의, 처리절차 등을 규정하는 것이 일반적이다. 직장 내 괴롭힘 피해를 주장하는 조합원인 근로자가 근로기준법 제76조의3 제1항에 따라 사용자에게 신고했는데, 사용자가 신고 대상 행위를 직장 내 괴롭힘에 해당하지 않는다고 판단했다면 노동조합이 노동조합 및 노동관계조정법 제34조 제1항에 따라 사용자에게 협의를 요청할 수 있다. 노동조합 및 노동관계조정법 제34조 제1항은 “단체협약의 해석 또는 이행방법에 관하여 관계 당사자 간에 의견의 불일치가 있는 때에는 당사자 쌍방 또는 단체협약에 정하는 바에 의하여 어느 일방이 노동위원회에 그 해석 또는 이행방

53) 박주영, ‘직장내 괴롭힘 제도 도입 1년의 평가와 개선과제’, 『직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)』, 2020. 7. 15, 108쪽.

법에 관한 견해의 제시를 요청할 수 있다.”라고 하여 노동위원회에 대하여 단체협약 규정의 해석과 이행방법에 대한 견해제시를 요청할 수 있는 제도이다. 노동위원회에 대하여 견해제시를 요청하기 위해서는 대상이 된 단체협약 조항의 해석 또는 이행방법에 대한 노동조합과 사용자 사이의 이견이 있어야 한다. 이 이견을 확인하기 위해서는 노동조합과 사용자가 해당 조항에 대한 각각의 의견을 제시하여 이를 조율하려는 자율적 절차가 선행되어야 한다. 사용자가 자율적 조율 절차 제안에 응하지 않을 경우 노동위원회에 견해제시 신청을 하면 된다. 단체협약에 규정된 직장 내 괴롭힘의 정의 및 처리 절차의 해석에 대하여 사용자에게 이의를 제기하면, 신고된 가해행위에 대한 사용자의 직장 내 괴롭힘 해당성 판단의 당부에 대해 노동위원회의 견해를 확인할 수 있는 절차가 이미 마련되어 있는 것이다.

노동조합으로서의 근로기준법 등에 노동조합의 조력을 받을 권리를 명시하는 것이 가장 바람직하다고 판단할 수 있다. 하지만, 현행법의 조문들을 자세히 검토하고 활용 가능한 제도들을 최대한 활용하는 것이 우선이라고 생각된다. 그와 같은 과정을 거쳐서 직장 내 괴롭힘 문제에 대한 노동조합의 개입의 당위성을 확보해 나가고 그것을 입법과 연결시키는 것이 가장 바람직할 것이다.

2) 노동위원회의 판정권 부여

직장 내 괴롭힘이 발생한 많은 사업장에서 해결하기 힘든 쟁점으로 두드러지는 이유는 괴롭힘 가해 행위자와 피해 근로자 등 당사자들의 수용성이 매우 낮기 때문이다. 사용자가 근로기준법에 규정된 대로 공정하게 조사한 후 문제가 된 사건이나 관계가 직장 내 괴롭힘에 해당하지 않는다고 판단하거나 직장 내 괴롭힘이 맞다고 판단한 경우에, 피해자라고 주장하는 사람이나 가해자라고 지목된 사람이 회사의 판단을 믿고 수용하지 않는 경우가 많다. 근로기준법 제76조의3에 따른 사용자의 조사 결과와 판단을 당사자가 수용하지 않기 때문에, 고용노동부에 진정사건으로 신고하고, 법원에 소를 제기하거나, 온라인에 공론화하는 일이 관례처럼 이어지고 있다. 따라서 노동위원회법을 개정하여, 직장 내 괴롭힘 피해 근로자, 신고를 접수한 사용자 등이 노동위원회에 직장 내 괴롭힘에 해당하는지 여부에 대한 견해제

시를 요청할 수 있도록 명시적으로 규정하고, 노동위원회가 그에 대한 판단을 내려 그 결과를 당사자에게 통보하도록 하는 절차를 규정하는 방안을 검토할 필요가 있다. 행정심판기관의 판단의 신뢰성을 고려할 때, 그러한 절차를 마련하는 것만으로도 직장 내 괴롭힘을 둘러싼 분쟁이 신속히 해결되도록 하는 데에 상당히 기여할 수 있다고 판단된다. 노동위원회의 판단 결과 통보에 대하여 조정 또는 중재의 효력을 부여하는 방안도 고려할 수 있을 것이다.

3) 사용자의 적극적 보호조치

앞에서 밝힌 바와 같이, 현행 근로기준법 제76조의2와 제76조의3을 적극적으로 해석하고 근로계약관계에 적용되는 일반원칙 등을 고려하면, 괴롭힘 가해 행위자가 사업장 외의 제3자라 하더라도 피해 근로자의 사용자는 피해 근로자 보호를 위한 조치를 취해야 하고, 가해 근로자와 근로계약관계가 있는 사용자는 가해 근로자가 가해행위를 하지 않도록 조치를 할 권한과 의무를 인정할 수 있다. 근로기준법 제76조의2에 따르면, 사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위를 하여서는 아니 된다. 가해 근로자의 사용자와 피해 근로자의 사용자가 각각 다른 경우 각각의 사용자가 조사절차를 진행하고 보조치를 행하는 것을 부인할 이유는 없기 때문이다. 가해 근로자의 사용자와 피해 근로자의 사용자가 각각 다르기 때문에 유기적이고 효과적인 보호와 격리, 개선조치가 이루어지기는 어려운 한계가 있지만 그러한 문제해결이 불가능하지는 않다는 점에서 사용자의 적극적인 대응 의지가 필요하다.

(2) 현행 근로기준법상 직장 내 괴롭힘 금지 규정의 보완 방안

1) 근로감독관의 개입 권한 명시

정부는 2019년 근로감독관 직무규정을 개정하여 54) 제12조 3호 라목에 직장 내 괴롭힘 등 근로자에 대한 부당한 대우로 사회적 물의를 일으킨 사업장에 대하여 근로감독관이 특별근로감독을 할 수 있는 권한을 부여했다.

54) 근로감독관 직무규정(훈령 제291호), 2019. 9. 1.시행.

그러나 이와 같은 간접적 개입 권한 부여로는 충분하다고 할 수 없다. 근로기준법 제76조의3을 개정하여 직장 내 괴롭힘 피해 근로자가 사용자에게 신고했으나 사용자가 적극적으로 조사 절차를 진행하지 않는 경우, 또는 사용자에게 신고하여 피해 근로자가 구제를 받을 수 없다는 사실이 인정되는 경우 등에는 고용노동부 근로감독관에게 신고할 수 있도록 할 필요가 있다. 근로감독관이 직장 내 괴롭힘 신고를 직접 접수하고 조사 절차를 진행하여 괴롭힘 해당성 여부를 판단할 수 있는 권한을 명시적으로 부여하는 것은, 사용자에게 적극적인 조사와 처리에 임하도록 압박을 가하는 수단이 될 수도 있을 것이다.

2) 근로자대표의 역할 강화

2018년 입법과정에서 현행 근로기준법 제76조의3을 설계하면서 직장 내 괴롭힘 관련 처리 절차에서 근로자대표를 활용하는 방안을 전혀 마련하지 않은 것은 의문이다. 근로기준법은 조직법이 아니라 근로조건의 최저선을 보장하는 기준법이라는 점을 고려하면 직접 노동조합의 개입을 인정하는 것은 자연스럽지는 않다고 생각된다. 그러나 사용자가 근로자대표의 조력을 받도록 하거나, 직장 내 괴롭힘 조사 진행 후 그 결과에 대해 근로자대표의 서면동의를 받도록 하는 등의 절차를 추가하는 것은 충분히 검토할 수 있었을 것이라는 점에서 입법 과정에 대한 아쉬움이 크다. 현행 근로기준법 제24조 제3항에 따르면 과반수 노동조합이라면 근로자대표가 될 수 있다. 직장 내 괴롭힘 신고사건 처리 절차에 근로자대표가 개입할 수 있는 권한을 부여함으로써 자연스럽게 노동조합이 조합원의 권리구제에 개입할 수 있는 통로도 열 수 있었다는 점에서 더욱 그러하다.

2. 입법적 개선방안

(1) 특별법 제정 필요성

근로기준법의 규율대상은 근로자와 사용자 간의 근로관계로서, 근로기준법은 근로자 ‘보호’를 위하여 사용자에게 개개 근로자와 국가에 대한 의무

를 부과하며, 동시에 사용자에게 대한 근로자의 권리를 설정한 것으로 볼 수 있다.⁵⁵⁾ 하지만 직장 내 괴롭힘 금지제도가 제대로 기능하기 위해서는 사용자뿐만 아니라 근로자에게도 ‘의무’를 부과하여야 한다. 근로자가 다른 근로자나 사용자에게 대한 괴롭힘 가해 행위자가 될 수 있기 때문이다. 가해 근로자에게 직접적인 의무를 부과하고 위반 시 책임을 묻는 방식은 ‘근로자 보호’를 위해 제정된 현행 근로기준법 체계에 부합한다고 보기 어렵다. 따라서 근로기준법에서 직장 내 괴롭힘 금지제도를 분리하여 특별법인 단행법률로 입법할 필요성이 있다.⁵⁶⁾

향후 괴롭힘은 영국의 1997년 ‘괴롭힘으로부터의 보호에 관한 법률’과 2010년 ‘평등법’의 경우와 같이, 직장에서의 괴롭힘을 넘어 개인에 대한 사회 전 영역에서의 괴롭힘 일반을 규율하는 방향으로 발전되어 가야 한다. 영국은 단행의 법률로 직장에서의 괴롭힘에 대응하고 있다고 하기는 어렵지만 괴롭힘 일반을 규율하기 위한 상당히 체계적이고 독자적인 규율체계를 가지고 있다고 평가할 수 있다. 또한, 괴롭힘의 원인이 직장에서의 단순한 관계나 직무수행능력의 문제를 벗어나 인종, 성별, 출신 지역 등 더욱 다양하게 확산되어 가는 양상을 보이고 있다는 점⁵⁷⁾에서 직장 내 괴롭힘 금지 및 피해가 구제제도를 근로기준법으로부터 독립시킬 필요성은 더욱 크다고 할 수 있다. 현행과 같이 근로기준법 제76조의2, 제76조의3 등을 통해서서는 앞에서 제기된 수많은 문제점들을 해결할 수 없다. 근로기준법은 근로계약 관계에서 발생하는 사용자의 의무와 헌법 제32조 제3항에 따라 사용자와 근로계약관계에 있는 근로자의 근로조건의 최저기준을 정하는 것을 목적으로 하고 있을 뿐, 노무제공과 관련한 타인으로부터의 인격권 침해에 대응하기 위한 규범으로는 적합하지 않기 때문이다. 스웨덴도 1994년 ‘직장에서의 괴롭힘에 대한 조치에 관한 조례’⁵⁸⁾, 1993년 ‘작업환경에 존재하는 폭력과 협

55) 김형배, 「노동법」, 박영사, 2018, 327쪽.

56) 이재현, “직장 내 괴롭힘 금지’제도 평가 및 개선방안’, 「사회법연구(제39호)」, 2019, 215쪽; 이준희, ‘직장에서의 괴롭힘 관련 법규에 대한 해석론과 실무상 쟁점’, 「노동법논총(제46집)」, 2019, 111쪽 등.

57) 이준희, 「직장에서의 괴롭힘」, 신조사, 2019, 243쪽.

58) www.av.se/globalassets/filer/publikationer/foreskrifter/engelska/victimization-at

박을 방지하기 위한 조치에 관한 조례⁵⁹⁾ 등 직장에서의 괴롭힘에 대응하기 위한 별도의 독자적인 법령체계를 가지고 있으며, 벨기에도 2002년 ‘직장에 있어서 폭력, 정신적 괴롭힘 또는 성적 괴롭힘으로부터의 보호에 관한 법률’을 제정하여 시행하고 있다.⁶⁰⁾

(2) 특별법을 통한 규율체계로 전환할 경우 보완 사항

1) 사용자와 직접 근로계약관계가 없는 근로자에 대한 보호

현행 근로기준법을 통해서도 가해자가 사용자와 근로계약관계가 없는 제3자일 경우 또는 피해 근로자가 사용자와 근로계약관계가 없는 제3자일 경우에 피해 근로자에 대한 보호조치가 전혀 불가능한 것은 아니다. 그러나 직장 내 괴롭힘 금지 규정이 근로기준법에 포함되어 있는 한 제3자가 가해자이거나 피해자일 경우에 대하여 근로기준법 제76조의2와 제76조의3이 효과적으로 기능할 수 있으리라고 기대하기는 어렵다. 하지만, 특별법을 통한 규율체계로 전환한다면 근로계약관계가 없는 제3자에 대한 관계에 대해서도 무리 없이 규율할 수 있게 될 것이다. 영국의 경우 별도의 단행법률 중 하나인 2010년 ‘평등법’ 제41조에 원사업주(principal)가 외주업체 직원(contract worker)을 차별하거나 괴롭혀서는 안 된다고 규정하여 직접채용 근로자 이외의 자까지 괴롭힘으로부터 보호받는 객체에 포섭하고 있다.⁶¹⁾ 직장 내 괴롭힘이 금지되는 영역을 사용자 범위와 관계없이 구체적인 장소적 개념으로의 동일 사업장에서 근로하는 근로자들로, 나아가 추상적인 장소 개념으로서 가상공간까지를 포괄하도록 확대하여 규정할 수 있는 방안을 강구해야 한다.

2) 처벌규정 신설 여부

-work-provisions-1993-17.pdf(최종 검색일 2020. 8. 10).

59) www.av.se/globalassets/filer/publikationer/foreskrifter/engelska/violence-and-menaces-in-the-working-environment-provisions-afs1993-2.pdf(최종 검색일 2020. 8. 10).

60) 이와 같은 해외의 단행법률 제정 및 시행에 대한 자세한 내용은 이준희, 「직장에서의 괴롭힘」, 신조사, 2019, 196쪽 이하 참조.

61) 자세한 내용은 이준희, 「직장에서의 괴롭힘」, 신조사, 2019, 218쪽 이하 참조.

앞에서 살핀 바와 같이, 가해행위자와 조치 의무자에 대한 처벌규정 신설은 매우 신중하게 판단해야 할 문제이다. 단순히 처벌규정이 추가된다고 해서 피해 근로자 구제에 유리하다고 볼 수는 없기 때문이다. 다만 피해 근로자의 피해의 심각성, 보복적 괴롭힘 등 괴롭힘 행위의 동기와 고의의 정도 등을 참작하여 특정한 유형에 대해서는 선별적으로 형사책임을 부과하는 방안을 검토할 필요는 있다고 생각된다.

IV. 맺음말

과거 직장에서의 괴롭힘이 발생했을 경우 피해 근로자는 구제를 신청할 수 있는 마땅한 수단이 없었다. 당연히 있을 수 있는 일로 치부하는 경우도 많았고, 당할만한 이유가 있으니까 괴롭힘을 당한다는 고정관념도 존재했다. 형법 구성요건에 해당하는 명백한 범죄행위의 경우에는 사법절차를 활용할 수 있었지만, 범죄행위임이 명백하지 않은 전형적인 ‘괴롭힘’의 경우는 개인적인 에피소드로 치부되는 경향이 있었다.

하지만 우여곡절 끝에 근로기준법 제76조의2와 제76조의3이 마련되고, 직장 내 괴롭힘으로 인한 질병과 부상 등을 업무상 재해로 인정하는 산업재해보상보험법 규정, 고객으로부터의 괴롭힘에서 근로자를 보호해야 하는 사용자의 조치의무를 규정한 산업안전보건법 규정 등이 마련되면서 비로소 직장 내 괴롭힘 피해 근로자가 괴롭힘으로부터 보호해달라고 요청할 수 있는 근거가 마련되었다. 단지 법제도적 근거가 마련된 것에서 나아가 이러한 규정의 시행으로 인해 직장 내 괴롭힘에 대한 우리 사회의 인식도 많이 달라졌다고 볼 수 있다. 하지만, 직장 내 괴롭힘의 정의와 사용자의 조치 의무가 단지 근로기준법에 두 개의 조문으로 규정되는 것으로 입법이 마무리됨으로 인해 우리나라의 직장 내 괴롭힘 규율은 매우 많은 한계를 지닐 수밖에 없게 되었다.

현행 근로기준법상 직장 내 괴롭힘 금지 규정의 문제점이나 보완이 필요한 사항으로 주로 제기되는 것은 금지되는 괴롭힘 행위 개념의 미완성으

로 인한 보완 필요성, 제3자에 의한 괴롭힘을 포괄하지 못하는 문제, 사업주와 직접 근로계약관계가 없는 근로자에 대한 보호 문제, 근로자의 괴롭힘으로부터의 사용자 보호 문제, 5명 미만 소규모 사업장의 적용 배제 문제, 신고 접수 및 조사 주체의 문제, 처벌규정 미비로 인한 문제, 사용자의 조치의무 등 의무 위반에 대한 제재 수단 미비, 사용자의 예방교육의무 규정 미비 등이다. 이 중에는 현행 조문의 적극적 해석과 운용으로 문제점을 보완할 수 있는 경우도 있지만, 대부분은 근로기준법이 아닌 별도의 특별법을 제정함으로써 해결할 수 있는 입법적 개선사항들이다.

우선 현행 근로기준법 규정을 그대로 유지한 채 운용방안을 개선할 수 있는 것으로는, 노동조합 및 노동관계조정법 제34조에 따른 노동위원회의 단체협약 해석 및 이행 방법에 대한 견해요청권 활용, 제3자로부터 괴롭힘을 당한 근로자에 대한 사용자의 적극적 보호조치 요청제도 활용, 노동위원회의 판정권 부여 등이 있다. 근로기준법상 직장 내 괴롭힘 금지 규정에 대한 부분적 입법을 통한 보완 방안으로는 근로감독관의 개입 권한 명시, 처리 결과에 대한 근로자대표의 동의 권한 인정 등 근로자대표의 역할 강화를 들 수 있다.

그 밖에 가장 타당한 해결 방법인 특별법 제정을 통한 개선방안은, 괴롭힘을 금지하고 피해자를 보호하며, 처리 절차를 명시하는 내용 등을 종합적으로 검토해야 하며, 특별히 사내하도급 근로자 등 사용자와 직접 근로계약관계가 없는 근로자에 대한 보호, 가해 행위자 또는 보호조치를 제대로 이행하지 않는 사용자에 대한 제재규정 신설 여부에 대한 검토도 가능할 것이다. 스웨덴, 벨기에, 프랑스 등은 물론 전통적인 불문법 국가인 영국도 별도의 특별법으로 직장에서의 괴롭힘에 대한 종합적 규율을 시도하고 있다. 우리나라도 근로기준법 등에 일부 규정을 마련한 것에서 멈추지 말고 직장에서의 괴롭힘을 규율할 수 있는 종합적인 규율체계를 별도의 특별법으로 마련할 수 있게 되기를 바란다.

근로기준법상 직장 내 괴롭힘 금지 규정 시행 1년에 대한 평가와 개선방안	수령 날짜	심사개시일	개재결정일
	- 이 준 회 2020.08.15.	2020.08.31.	2020.09.21.

[참고문헌]

- 김형배, 「노동법」, 박영사, 2018
- 노동법실무연구회, 「근로기준법주해 III」, 박영사, 2020
- 이준희, 「직장에서의 괴롭힘」, 신조사, 2019
- 권오성, “직장 내 괴롭힘’ 관련 개정법(안)에 대한 평가와 향후의 과제’, 「노동법포럼(제25호)」, 2018
- 권혁, ‘직장 내 괴롭힘 관련 규율체계에 관한 노동법적 검토’, 「직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)」, 2020. 7. 15
- 김진영, ‘캐나다 켄백 주의 정신적 괴롭힘 금지법의 시사점’, 「법학연구(제20권 제1호)」, 2020
- 박수경, ‘직장내 괴롭힘에 대한 근로자 보호방안-직장내 괴롭힘의 법적 쟁점과 개선방안-’, 「사회법연구(제38호)」, 2019
- 박집규, ‘제보 사례와 설문조사를 통해 본 직장 내 괴롭힘 현황’, 「직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)」, 2020. 7. 15
- 박주영, ‘직장내 괴롭힘 제도 도입 1년의 평가와 개선과제’, 「직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)」, 2020. 7. 15
- 설진선, 김수연, ‘직장 내 세대갈등 해결을 위한 사내 커뮤니케이션과 직장 내 괴롭힘 금지법의 역할은 무엇일까?: XY세대 직장인들과의 질적 인터뷰를 통한 탐색적 연구’, 「사회과학연구(제59집 1호)」, 2020
- 신권철, ‘직장 내 괴롭힘의 법적 개념과 요건’, 「노동법학(제69호)」, 2019
- 이상희, ‘직장 내 괴롭힘 금지제도의 현황과 과제’, 「직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)」, 2020. 7. 15
- 이재현, ‘직장 내 괴롭힘 금지’제도 평가 및 개선방안’, 「사회법연구(제39호)」, 2019, 207쪽.
- 이준희, ‘고용노동부 『직장 내 괴롭힘 대응·예방 매뉴얼』의 문제점과 개선방안’, 「강원법학(제58권)」, 2019
- 이준희, ‘직장 내 괴롭힘 금지 1년, 법규정은 D, 적용과 운용은 A+’, 「월간노동법률(Vol.350)」, 2020
- 이준희, ‘직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회 토론문’, 「직장 내 괴롭힘 금지제도 1주년 토론회(고용노동부 토론회 자료집)」, 2020. 7. 15
- 이준희, ‘직장에서의 괴롭힘 관련 법규에 대한 해석론과 실무상 쟁점’, 「노동법논총(제46집)」, 2019
- 고용노동부(근로기준정책과), ‘보도자료’, 2019. 7. 17
- 고용노동부(근로기준정책과), ‘보도자료’, 2020. 4. 27
- 고용노동부, 「직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼」, 2019. 2,
- 국회사무처, ‘제364회 환경노동위원회회의록(고용노동소위원회)」, 제1호, 2018. 9. 11
- 국회사무처, ‘제364회 환경노동위원회회의록(고용노동소위원회)」, 제2호, 2018. 9. 12
- 국회사무처, ‘제365회 법제사법위원회회의록(법안심사제2소위원회)」, 제1호, 2018. 12. 21
- 근로감독관 직무규정(훈령 제291호), 2019. 9. 1.시행.
- 대한민국정부, ‘100대 국정과제’, 2017

법률안 의안정보 <http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do> (최종검색일 2020. 8. 15)
직장갑질119 <https://blog.naver.com/gabjil119/221632310967> (최종검색일 2020. 8. 15)
판례검색 <https://glaw.scourt.go.kr/wsjo/intsrch/sjo022.do> (최종검색일 2020. 8. 15)
스웨덴 법령 검색
<https://www.av.se/globalassets/filer/publikationer/foreskrifter/engelska/violence-and-menaces-in-the-working-environment-provisions-afs1993-2.pdf>(최종 검색일 2020. 8. 10).
<https://www.av.se/globalassets/filer/publikationer/foreskrifter/engelska/victimization-at-work-provisions-1993-17.pdf>(최종 검색일 2020. 8. 10).

【국문초록】

직장 내 괴롭힘의 정의와 사용자의 신고 접수 및 처리절차를 규정한 근로기준법 제76조의2와 제76조의3이 마련되면서 비로소 직장 내 괴롭힘으로부터 피해 근로자를 보호할 수 있는 최소한의 근거가 마련되었다. 이 규정의 시행 이후 직장 내 괴롭힘에 대한 사회의 인식도 많이 달라졌다. 하지만, 근로기준법을 통한 직장 내 괴롭힘 규율은 매우 많은 한계를 지니고 있다.

현행 근로기준법상 직장 내 괴롭힘 금지 규정의 보완이 필요한 사항은, 직장에서의 괴롭힘 개념의 보완 필요성, 제3자에 의한 괴롭힘을 규율하지 못하는 문제, 사업주와 직접 근로계약관계가 없는 근로자에 대한 보호 문제, 근로자의 괴롭힘으로부터의 사용자 보호 문제, 소규모 사업장의 적용 문제, 신고 접수 및 조사 주체의 문제, 처벌규정 미비로 인한 문제, 예방교육 규정 미비 등이다. 이 문제들을 해결하기 위해서는 스웨덴, 벨기에, 프랑스, 영국 등과 같이 단행의 특별법을 제정하는 것이 가장 바람직하다.

하지만 현행 근로기준법 규정을 그대로 유지하면서도 운용방안을 일부 개선할 수는 있다. 노동조합 및 노동관계조정법 제34조에 따른 노동위원회의 단체협약 해석 및 이행 방법에 대한 견해요청권 활용, 제3자로부터 괴롭힘을 당한 근로자에 대한 사용자의 적극적 보호조치 요청제도 활용, 노동위원회의 판정권 부여 등이 있다. 또한 근로감독관의 개입 권한 명시, 근로자 대표의 권한 인정 등도 필요하다.

【Abstract】

Evaluation and Improvement of the Regulations
on the Prohibition of Workplace Harassment
under the Labor Standards Act for one year

Lee Junheui

(Ph. D, Head of Labor Relations Legal Affairs Team, KEF)

Articles 76-2 and 76-3 of the Labor Standards Act of Korea, which stipulate the definition of workplace harassment and procedures for employers to receive and process reports, provided the minimum basis for protecting victims from workplace harassment. Social awareness of workplace harassment has also changed a lot since the enforcement of the regulation. However, there are many limitations to workplace harassment through the Labor Standards Act.

The current Labor Standards Act of Korea requires supplementation of workplace harassment concepts, discipline bullying by third parties, protection of workers who do not have a direct labor contract relationship with employers, protection of employer who is harassed by workers, protection of employees of small workplaces, the problem of enlarging those who have the authority to receive and investigate reports, the problems with insufficient punishment regulations, and lack of duty to implement preventive education. To solve these problems, it is most desirable to enact special laws, such as those in Sweden, Belgium, France and the United Kingdom.

However, even if the current Labor Standards Act is not revised,

efficiency can be increased. Under Article 34 of Korea's Trade Union and Labor Relations Act, there are ways to use a system to request the Labor Relations Commission to present its views on how to interpret and implement collective agreements, to ask employers to be more active in dealing with workers bullied by third parties, and to give the Labor Relations Commission the right to judge whether they are bullied or not. Others need to strengthen the authority of labor supervisors and give the authority of representatives of workers to intervene.

주제어(Keyword) : 직장에서의 괴롭힘(Workplace Harassment), 괴롭힘(Bullying, Haressment), 근로기준법(Labor Standards Act of Korea), 제3자에 의한 괴롭힘(Bullying by Third Parties), 근로자대표(Representatives of Workers), 노동위원회(Labor Relations Commission), 단체협약의 해석(Interpretation of Collective Agreement)

跨国网络犯罪的国际法规制研究——以国际公约、 管辖权、软法规范为视角^{*}

马光、钟诗卓^{**}

目 次

一、引言	(二) 网络犯罪管辖权规则的完善思路
二、跨国网络犯罪概述	
(一) 跨国网络犯罪的特征	五、使用软法治理跨国网络犯罪
三、跨国网络犯罪的国际规则	(一) 跨国网络犯罪领域适用软法的必要性
(一) 网络犯罪公约的框架与缺陷	(二) 跨国网络犯罪领域适用软法的优越性
(二) 制定网络犯罪国际规则制定的新路径	(三) 跨国网络犯罪领域软法规范的未来发展
四、跨国网络犯罪管辖权规则完善	
(一) 确立跨国网络犯罪管辖权规则的必要性	

一、引言

打击跨国网络犯罪关涉全人类共同利益，“在汹涌而来的跨国网络犯罪面前，任何国家都难以独善其身，仅仅依靠一国治理对网络空间进行法律治理已经力不从心”¹⁾。建立跨国网络犯罪的全球性治理机制已经成为国际社会的共

^{*} 本文系浙江大学“人工智能与法学专项课题”研究成果。

^{**} 马光，浙江大学光华法学院副教授，律师；钟诗卓，通讯作者，浙江大学光华法学院硕士研究生。

识,但是,无论是从网络空间国际立法行为的维度,还是从网络犯罪行为的维度,各国之间的立法和实践各不相同,相关的规则亦不统一,这就导致在构建跨国网络犯罪的全球治理机制面临着重重阻碍。第一、网络空间国际立法进展缓慢,跨国网络犯罪本身就是一个新兴事物,其所涉及的法律问题本身就具有复杂性。且不同国家互联网技术发展实力不同,导致诉求亦不相同,相关问题高度政治化。因此,在硬法层面短期内难有共识。第二、由于各国立法和立案的标准不同,导致管辖权冲突不断,不仅包含积极冲突,还包含消极冲突,这种管辖权的冲突除了造成多个国家争抢管辖权的情况,还可能造成由于彼此消息不畅通,有管辖权的国家都以为其他国家会管辖,但是实际没有任何国家管辖,相互推诿的情况,给了犯罪分子可乘之机,最终造成网络犯罪治理的空白。第三,随着小多边机制的重要性上升,碎片化、圈子化国际立法现象可能仍将持续相当长一段时间,与此同时随着“数字鸿沟”不断缩小,发展中国家能力提高,国际共识可能进一步凝聚,我们要看到软法规范在其中发挥重要作用,或许可以通过发展软法规范走上一条治理跨国网络犯罪的迂回道路。

二、跨国网络犯罪概述

(一) 跨国网络犯罪的特征

跨国网络犯罪是随着互联网技术发展而出现的高科技性犯罪,网络犯罪在诸多方面都与传统的跨国犯罪存在着差异,²⁾研究跨国网络犯罪的特征能为探索跨国网络犯罪的治理方式打下良好的基础。

1、跨界性。互联网的便捷性使得人与人之间的信息交流、资源共享更加便利,通过互联网的连接,网络犯罪可以延伸到世界的任何一个角落。互联网使用者只需要使用计算机设备,借助虚拟的网络信号就可以与世界任何一个地方建立联系。比如,网络开设赌场犯罪就是天然具有“跨界性”的特征,网

1) 于志刚:《缔结和参加网络犯罪国际公约的中国立场》,《政法论坛》2015年第5期。

2) 付晓雅:《论网络犯罪的几个问题》,《刑法论丛》2015年第3期。

络赌场的建立者、管理者和参赌人员，往往在物理空间上相分离，从而使传统开设赌场犯罪网络化、国际化，加大了网络开设赌场犯罪被发现、被侦查的难度。

2、智能性。互联网络的技术本身就具有高科技性，在互联网环境中滋生的网络犯罪也具有了高科技性、高智能性特征。一方面，网络犯罪的手段随着互联网技术的发展不断进行信息技术化革新，呈现多样化、技术化的特点，其次，网络犯罪的主体也呈现年轻化的特点，年轻人作为当代社会创造的主体，其接受能力强，可以较快的学习专业互联网技术，观察近几年国际社会上具有较大影响力的网络犯罪，可发现犯罪嫌疑人总体受教育程度高，具有较为专业的计算机技术，抗打击能力和逃避网络监管能力强。³⁾

3、隐蔽性。网络空间具有天然的虚拟特性、隐蔽性。这种隐蔽性，来源于网络的开放性、不确定性，网络开放度越高，存在于网络空间的犯罪行为就越表现出难以被追查的特点。网络犯罪嫌疑人利用网络空间的高度虚拟性和信息传递的瞬时性，可以实现网络犯罪行为与损害后果的分离，网络犯罪嫌疑人利用网络漏洞，采取较少损失，较多受害人的犯罪方式，盗窃、更改、删除计算机信息，受害人一般很难在较短时间内察觉到网络犯罪，当受害人发现损害后果时，此时往往已经失去了侦破网络犯罪的最佳时机。另一方面，网络犯罪的隐蔽性，还体现在犯罪行为人身身份的虚拟性，行为人在从事网络犯罪时，往往采用的是虚假身份。比如网络开设赌场罪中，网络赌场的建设者、管理者和参赌人员都是采用的虚拟账号，电子交易支付也可以通过伪造身份证明实现，查获虚拟账号并不意味着能够发现犯罪嫌疑人，以上都增加了网络犯罪的隐蔽性。⁴⁾

4、经济性跨国犯罪的动机多样，但是其主要目的还是追求暴利，犯罪分子为了得到巨额利润，不惜铤而走险。传统的跨国犯罪虽然具有鲜明的国际性，但是由于实施传统的跨国犯罪需要大量的犯罪资源，需要犯罪分子前期投

3) 王春林、潘焱莉：《新时期青少年网络犯罪的思考》，《武汉公安干部学院学报》2013年第2期。

4) 吴沈括：《中国打击网络犯罪的实践与国际合作》，《信息安全与通信保密》2018年第1期。

入大量的交通成本和人力成本,同时受到时空的双重限制,因此,传统的跨国犯罪往往会限制在特定的空间和国界之中,其具体种类往往也是固定的。⁵⁾但是在互联网世界,信息可以快速被传播,网上银行、支付宝等金融系统飞速发展,使资金流通更为方便,跨国网络犯罪行为甚至可以将犯罪行为整个过程都置于网络空间中,行为人只需要一台电子设备即可。比如网络开设赌场犯罪,建立小型的赌博网站域名、设备和网站设计费用只要数万元甚至数千元人民币就足够,如果只是作为已经建立的赌博网站的代理,设立代理网站,负责招揽特定区域或者人群参与赌博,代理人不需要投入任何经济成本,只要为被代理的赌场网站发展下线代理或者招揽客源即可。

(二) 跨国网络犯罪的变化趋势

1、“质”的变化。从质上讲,跨国网络犯罪出现了两个方面的变化:其一,通过利用互联网技术,除了类似强奸罪、故意杀人罪等针对人身的犯罪,几乎所有犯罪类型都显示出跨国发展的趋势,同时随着国内的犯罪分子与国外黑恶势力向勾结,跨国网络犯罪逐渐走上了组织化、集团化的道路,尤其在网络诈骗、网络赌博、网络色情等犯罪中,犯罪嫌疑人通过网络信息共享犯罪方法和手段,分工协作、密切配合形成了有人负责犯罪、有人负责销赃,有人负责提供技术支持的严密网络犯罪产业链;其二,传统的贩毒、偷渡、洗钱等跨国犯罪在行为方式、组织结构等方面采用互联网迅速翻新的技术手段,使得犯罪形式日趋多变、隐蔽。这两点质变对于国际社会制定跨国网络犯罪的国际规则产生了深刻的影响,使得国际社会不得不承认:目前国际刑事法律并不能满足当下打击跨国网络犯罪的需要,就目前跨国网络犯罪呈现的变化趋势而言,妄想通过不断修改或扩张现行的国际单行刑法来治理跨国网络犯罪几乎不太可能。⁶⁾

2、“量”的变化。从量上讲,跨国网络犯罪出现了以下3种变化:其一,网

5) 于志刚、栗向霞:《中国公民跨国犯罪实证分析》,《国家检察官学院学报》2014年第1期。

6) 于志刚:《全球化信息环境中的新型跨国犯罪研究》,中国法制出版社2016年版,第289-296页。

络犯罪案件数量激增。互联网方便了联系,减少了沟通成本,使得犯意联系更强和犯罪协作更便捷,于此同时互联网的虚拟性增加了网络犯罪的隐蔽性,跨国犯罪从少数几类典型犯罪行为迅速扩展到几乎所有犯罪行为,犯罪分子实施跨国犯罪的可能呈几何式上升,同时国内外的犯罪分子相互勾结走向组织化,形成了完整的跨国网络犯罪产业链,通过网络全球化来谋取最大化的不法利益。其二,犯罪主体数量激增。随着多媒体技术和移动网络的普及,网络犯罪不再以具有高超互联网技术为门槛,便捷的信息获取渠道使网络犯罪呈现“全民犯罪”“人人皆可犯罪”的趋势。网络犯罪主体开始呈现低龄化的倾向,青少年容易在好奇心和虚荣心的驱使下学习网络技术,同时青少年自控能力较差,容易受到网络不良信息的影响,被网络犯罪分子利用。其三,单一网络犯罪中跨越的国家数量剧增。跨国网络犯罪不再局限于少数几个国家,其危害和影响波及的是整个世界,例如,2017年Notpetya新型勒索软件,让丹麦、英国、俄罗斯、美国纷纷中枪,Notpetya通过远程控制工具在电脑上执行恶意代码,进行无差别攻击,一旦一台电脑受感染,那么这个网络中的所有电脑都会被感染,犯罪的破坏性强和波及面广。换句话说,网络的虚拟性、技术性、交互性与无限延展性突破了传统意义上的国界,同时使得传统的跨国犯罪从跨越两国迅速延伸至跨越世界发展。⁷⁾

(三) 跨国网络犯罪国际法规制现状

根据前述分析,可以发现跨国网络犯罪与传统跨国犯罪相比,有着其自身鲜明的特性,目前各个国家为了有效治理跨国网络犯罪做出很多努力,包括完善本国法律,成立专门的网络安全机构,与其他国家进行国际司法合作等等。但是由于在网络空间中,每个国家基本国情和国际立场存在差异,对于跨国网络犯罪治理提出的主张也不同,很难形成普遍共识,这使得当前网络犯罪国际法规制的现状呈现出“阵营化”“碎片化”的特点。

跨国网络犯罪国际法规制中存在两大利益阵营,在《网络犯罪公约》(Convention on Cybercrime)与《联合国打击网络犯罪合作公约(草案)》

7) 朱峰:《中国特色的国际关系与外交理论创新研究——新议程、新框架、新挑战》,《国际政治研究》2019年第2期。

(Draft United Nations Convention on Cooperation in Combating Information Crimes) (2017年) 中体现的尤为明显。一方是以美国为首的老牌网络国家, 主要为西方发达国家, 其互联网技术起步早, 发展速度快, 各方面发展都较为完善。这些老牌网络国家将网络空间作为宣传其思想价值的重要资源, 倡导互联网自由, 反对其他国家对其建立互联网治理秩序进行干涉, 以期实现对其他国家信息网络资源的控制。另一方则是以俄罗斯和中国为代表的新兴网络国家, 这些国家主要为互联网技术起步晚的发展中国家, 其国内的互联网技术发展与管理与发达国家相比存在较大的落差。新兴网络国家更为关注的是网络资源的分配和数字鸿沟的消除, 因此主张建立新的合理的网络空间治理机制, 各个主权国家能以平等的地位参与到互联网治理的议题讨论中来。两大利益阵营的形成使得跨国网络犯罪国际法规制呈现出碎片化、分散化的特点, 当前国际社会上打击跨国网络犯罪的国际机制众多, 比如, 《上海合作组织成员国保障国际信息安全政府间合作协定》(Agreement on Intergovernmental Cooperation among SCO Member States in Safeguarding International Information Security)、《阿拉伯打击信息技术犯罪公约》(Arab Convention on Combating Information Technology Offences)、《非洲联盟网络安全和个人数据保护公约》(African Union Convention on Cyber Security and Personal Data Protection)等等, 无可否认这些国际机制对于国际社会联合打击网络犯罪和完善各国网络犯罪立法都起到了积极作用, 但是, 观其实质我们会发现这些机制都体现出了利益阵营化下的地缘政治色彩。实现跨国网络犯罪治理的有效性应以达成跨国网络犯罪治理共识为前提, 如果国际社会在网络犯罪治理上形成阵营针锋相对, 在国际层面是难以形成治理高地的。

综上, 为了克服跨国网络犯罪治理的现实困境, 有效打击网络犯罪, 我们要全面整体地看待当前网络犯罪国际规制中存在两大阵营的现状, 认识到依靠当前碎片化、分散化的国际机制是没有足够的力量去应对跨国网络犯罪的, 因此, 笔者以国际公约、管辖权、软法规则三个视角来对跨国网络犯罪国际法规制进行了研究, 提出了相应的建议。首先讨论了《网络犯罪公约》的局限性, 指出《网络犯罪公约》是难以成为跨国网络犯罪治理的国际规则, 在联合国框

架下讨论制定全新的能体现各个国家利益诉求的国际法规则才是大势所趋，除此之外，将管辖权规则作为打击跨国网络犯罪的重要讨论议题，建立跨国网络犯罪管辖权冲突解决机制以解决当前日趋激烈的管辖权冲突。最后，将软法规则作为过渡性解决办法，有效软化两大利益阵营的利益冲突，可以快速最大限度地使国际社会为形成共识而有所作为。

三、跨国网络犯罪的国际规则

(一) 网络犯罪公约的框架与缺陷

1、《网络犯罪公约》的框架

在跨国网络犯罪治理中,建立跨国网络犯罪国际规则是当前国际社会争论的焦点。目前讨论最多的便是《网络犯罪公约》。该公约被看作是第一个控制和打击网络犯罪以及滥用计算机信息系统犯罪的国际公约,曾对国际社会治理网络犯罪和各国网络犯罪国内法的完善具有深远影响。美国、欧盟为主的老牌网络国家主张《网络犯罪公约》应作为打击网络犯罪国际法律文书的范本,欲通过不断扩大缔约国数量,使之成为全球规则。《网络犯罪公约》除引言外,公约共分为四章,第一章涉及术语的使用,对公约中的重要名词加以定义;第二章国家层面上的措施,分为刑事实体法、刑事程序法与管辖权三个部分;第三章涉及国际合作;第四章最后的规定。⁸⁾其中第二章对完善跨国网络犯罪立法具有深远意义,是《网络犯罪公约》的核心内容。《网络犯罪公约》作为第一部针对跨国网络犯罪所指定的国际公约,在内容上有着诸多创新之处,很多国家的网络犯罪立法、区域性网络犯罪国际规范均或多或少地借鉴了该公约,然而,随着互联网不断更新发展,以第一代互联网为背景的《网络犯罪公约》日益显现其不足之处,使其难以成为全球性网络犯罪国际规则的理想文本。

2、《网络犯罪公约》的缺陷

第一,《网络犯罪公约》的规定滞后于跨国网络犯罪的发展变迁,并不能有效治理跨国网络犯罪。无可否认《网络犯罪公约》在成立之初对各国的网络犯罪立法起到了很大的指导作用,但是随着互联网技术的不断发展,各国已将《网络犯罪公约》规定的主要纯粹针对计算机信息系统的跨国网络犯罪写入刑

8) 陈兴良、胡云腾:《中国刑法年会文集(2004年度第二卷:实务问题研究上册)》,中国人民公安大学出版社2004年版,第38—45页。

事立法,并形成了较为完备的刑法制裁体系。《网络犯罪公约》的现实意义不再明显。⁹⁾另一方面,互联网飞速发展已经走过第一代,跨过第二代,进入了移动互联网时代,跨国网络犯罪也随着时代更迭,《网络犯罪公约》成立之初规定的网络犯罪很多都已退出历史舞台,取而代之的是当初未预见的新型网络犯罪,比如,网络诈骗等侵犯财产犯罪,由于网络的介入使得其在行为模式、犯罪结构、法律后果上形成了新的特点,逐渐演化为网络犯罪的核心类型;还有近年来日益猖獗的“天堂圣战”等网络恐怖活动犯罪和网络侵犯个人信息犯罪等,这些亟待国际社会解决的新型跨国网络犯罪问题,公约却只字未提,在其补充协定中也未作规定。随着信息化、网络化环境的深化,《网络犯罪公约》规定的以网络为犯罪对象的技术性犯罪已经脱节于现实的犯罪趋势、犯罪规律和犯罪背景,与当前犯罪网络化的形势不相适应。

这种滞后性也体现在术语的使用上,《网络犯罪公约》为求使用技术中立的语言,在第一条仅对计算机系统、计算机数据、服务提供者、通信数据进行界定,¹⁰⁾但是对于关键信息基础设施、僵尸网络、恶意软件等新类型的重要概念及时做出释义,对各国统一犯罪定罪标准缺少实践操作能力。

公约的滞后性还体现在对管辖权的规定上,《网络犯罪公约》对管辖权规定仅进行了抽象宣言式的规定:采用属人原则和属地原则,由各方通过国际合作适当磋商解决网络犯罪中的管辖权积极冲突。这种抽象的规定在管辖权纠纷中并不具有实践意义,可以说只是一种虚空的口号。《网络犯罪公约》为了吸纳尽可能多的缔约方加入,而将这种技术措施的适用范围留给缔约方国内法来确定,放弃了积极寻求管辖权问题的解决之道,实在可惜。

第二,公平性存疑,带有深深的欧美国家价值传统烙印。《网络犯罪公约》的起草以欧盟国家为主,亚非拉地区的发展中国家并没有参与到《网络犯罪公约》的起草工作中,这种立法程序的局限性,使公约主要反映的是老牌网络国家的利益主张与价值诉求,规定的犯罪类型有明显的倾向性,比如公约用专门的条文对网络儿童色情,侵犯知识产权犯罪等(主要为欧美发达国家最为

9) 郭玉军:《网络社会的国际法律问题研究》,武汉大学出版社2010年版,第42-100页。

10) 皮勇:《〈网络犯罪公约〉中的证据调查制度与我国相关刑事程序法比较》,《中国法学》2003年第4期。

关切的犯罪类型) 进行规定。而公约并没有考虑到绝大多数新兴网络国家的利益和诉求, 比如发展中国家重点关注的网络成人色情、网络赌博等罪行公约只字未提, 各国的社会开放和发展程度存在差异, 价值取向也不同, 这就导致在全球化、多极化的发展环境下, 《网络犯罪公约》日渐暴露出局限性。另外, 《网络犯罪公约》将版权犯罪置于首重, 虽然强化了版权的国际刑事保护, 但是忽略了不同发展状况国家间的差异, 使得公约不具有普适性, 不符合全球性网络犯罪国际规则的需求。¹¹⁾

第三, 《网络犯罪公约》适用的普适性不足。《网络犯罪公约》对犯罪圈的划定范围过于宽泛, 第二章刑事实体法部分, 规定了四类犯罪: 侵犯计算机数据和系统机密性、完整性和可用性的犯罪; 计算机相关犯罪; 内容相关的犯罪; 侵犯著作权及相关权利有关的犯罪。第一类属于纯粹计算机犯罪, 后三类是广义上的网络犯罪, 广义上的网络犯罪其实质就是在传统犯罪中加入了网络因素, 其犯罪本质没有改变, 各国对此类犯罪都有各国自己的规定, 因此, 《网络犯罪公约》对此类犯罪过于死板的规定, 导致问题就转向了各国对于此类普通犯罪的入罪标准的认定和对犯罪的具体评价, 将一些原本属于一般网络越轨行为也纳入到犯罪体系之中, 会使网络犯罪的入罪门槛变低, 界定网络犯罪本身是一件十分困难的事, 过与不及都会影响法律的稳定性, 在日益注重人权的今天尤其是如此, 这也是《网络犯罪公约》难以获得大部分国家支持的原因。¹²⁾此外, 《网络犯罪公约》的具体程序也存在不足。一方面, 其设定了非平等的准入要求, 对非欧洲委员会成员的国家的参与设定了严苛的程序要求, 使其他国家对《网络犯罪公约》望而却步, 阻碍了其成为一个普遍适用的全球性公约。

第四, 《网络犯罪公约》还可能对国家主权和网络安全造成威胁。《网络犯罪公约》要求高度的协作性, 这是基于缔约国对欧盟作为一体化所作的权利让渡, 然而这一要求显然难以为大多数国家所认可。《网络犯罪公约》这一特点与“欧洲一体化”有关, 欧盟成立之初即体现了欧洲国家寻求统一化的历

11) Andrew Ashworth & Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law*, Oxford University Press, 2013, pp.12-18.

12) 史献芝:《新时代网络意识形态安全治理的现实路径》,《探索》2018年第4期。

程,在法律上,欧盟国家也具有趋近甚至趋同的态势,但是其他国家和地区的立法传统各异,对于网络犯罪进行打击的法律模式也不尽相同,如果基于他国法律规定要求本国法律传统改易,显然不符合主权原则的要求,对一国的司法主权产生威胁。

另外,公约在权力的行使和程序的建立、运用时,不能找到保障人权、自由和打击犯罪的最佳平衡点,关键时刻以牺牲公民个人、企业组织为代价。比如《公约》的21条规定的跨境获取电子内容证据的实时截获,该条要求缔约国必须调整国内法使之与条约统一:缔约国可在发生严重犯罪时,若需要收集或者记录在缔约方境内的通过计算机系统传输的特定通信的实时内容数据,可直接采取技术手段在另一缔约国境内收集证据,或者强令服务提供者提供证据。手段分为缔约国直接收集和与有权机关合作并协助有关机关收集,但是并没有区分规定在何种状况下使用哪种手段。目前,很多新兴网络国家拒绝加入公约,反对将《网络犯罪公约》作为打击网络犯罪的全球性规则,很大一部分原因就是认为《公约》解决网络安全问题是以牺牲隐私和其他人权保护为代价的。¹³⁾

(二) 制定网络犯罪国际规则制定的新路径

1、以联合国为平台制定规则。跨国网络犯罪的全球性初始便注定了网络犯罪国际规则必须具有全球性的视角,必须由一个开放性、国际化的平台来主导,由单一某个国家来主导难免会落入维护自身国家利益的狭隘视角。目前中国曾在包括联合国、亚洲—非洲法律协商组织网络空间国际法工作组(亚非法协)、全球网络空间稳定委员会、上合组织等在内的多个国际平台就网络犯罪国际规则的制定发表过自身的主张,综合来看,中国参与网络犯罪国际规则制定的基础和主要平台无疑是联合国,联合国作为当前世界上最具普遍性的政府间国际组织,由它主持制定网络犯罪公约具有无可争议的权威性。

第一、联合国作为最具代表性、权威性的政府间国际组织,其宗旨之一便

13) 王孔祥:《网络安全的治理路径探析》,《教学与研究》2014年第8期。

是作为协调各国行动的中心,对所有国家开放,目的就是能保障地域上的广泛性。在联合国框架下讨论全球性网络犯罪公约的建构,可以最大限度地体现各个地区和国家的利益诉求,寻求打击跨国网络犯罪国际架构的“最大公约数”,改变目前网络犯罪国际规则过度代表某区域利益或某个国家的利益的现状。无论从对网络犯罪治理的法律研究,还是网络犯罪治理经验角度看,联合国都是现代网络犯罪治理体系的中流砥柱,在联合国框架下制定的网络犯罪全球治理规则将具有无可替代的优势。¹⁴⁾

第二、联合国是最早关注网络犯罪国际治理的国际组织,在推动网络犯罪国际规则制定方面已有不少探索和实践。联大一委下设的联合国信息安全政府专家组(UNGGE),自2003年起先后成立了五届专家组,为网络空间国际法规则的制定作出突出贡献,对现行国际法如何适用于网络空间展开了多种议题并进行探讨,对信息安全领域面临的威胁及应对措施进行了研究。并且根据第74届联合国大会通过“打击为犯罪目的使用信息通信技术”(Countering the Use of Information and Communications Technologies for Criminal Purposes)的第247号决议¹⁵⁾,联合国将设立一个代表世界各地的开放式政府间专家委员会,以制定打击网络犯罪全球性公约,打击将信息和通信技术用于犯罪的行为。该专家委员会计划将于今年8月在纽约召开组织会议,这标志着自互联网诞生以来,联合国将首次主持网络问题国际条约谈判。该决议将打开跨国网络犯罪治理的大门,鼓励全球为打击网络犯罪做出努力。

2、网络犯罪国际规则制定的框架建议

观察当今跨国网络犯罪的发展趋势,我们能清楚地看到竭尽全力遏制所有危害网络正常运行的、侵犯网络合作利益的违法行为已经成为国际社会的共识,对于网络犯罪国际规则的制定,笔者在此提出几点框架性建议:

在构建机制上,坚持以联合国作为网络犯罪国际公约的国际合作平台和主体。中国拥有世界上人数最多的网民,深受网络犯罪其害,中国在参与跨国网

14) Clough J, A world of difference: the Budapest Convention on Cybercrime and the challenges of harmonization, Monash University Law Review, 2014, 40(3), pp.600-735.

15) 三亚新闻网,无视美国反对 联合国大会批准俄罗斯这项决议草案

[EB/OL].(2019-12-29)[2020-03-04].

http://www.sanyarb.com.cn/content/2019-12/29/content_470962.htm.

络犯罪国际法律框架讨论时，应当立足于打击跨国网络犯罪的最新国际形势，注重治理跨国网络犯罪的顶层设计，构建联合国框架下的治理网络犯罪的国家战略，¹⁶⁾并依据主权原则、和平原则、民主原则、渐进原则和多边主义等提出代表世界的合理方案，并且明确若干关键性的核心主张，争取中国在网络犯罪国际公约制定中的话语权，确保规则内容的代表性、客观性，赢取大多数国家的理解和支持，积极推进网络安全国际规范的形成。

第二、在公约的实体法内容上，考虑传统跨国犯罪网络化的趋势，制定符合信息化时代发展的网络犯罪国际公约。一部信息化时代的网络犯罪国际公约的定位应当是“网络刑法典”，该公约需要对跨国网络犯罪做出全方位的系统的法律安排。在这种背景下，网络犯罪国际公约应当代表更多国家的利益、凝聚更多的国际共识、更多地反映当前治理网络犯罪的现实需要，再走传统犯罪国际公约的类罪化的老路已经是投资回报率（ROI）非常低的做法。在犯罪类型模式上，改变《网络犯罪公约》以数据为中心的犯罪类型模式，改变为信息为中心的犯罪类型模式，实现信息犯罪与数据犯罪并举的打击模式。在犯罪主体层面，明确网络服务提供者在网络犯罪国际治理中的身份，可赋予网络服务提供者三重身份，即法人网络犯罪的犯罪主体身份、国际合作的义务主体身份、网络犯罪预防的参与主体身份。在犯罪构成条件上，增添当前国际社会上危害最大的几类犯罪，比如侵犯关键信息基础设施、网络洗钱、网络诈骗、网络盗窃、网络恐怖主义等犯罪，对此类犯罪的构成要件进行分析，建立统一的定罪标准。¹⁷⁾

第三、在公约的程序法内容上，应当构建适应信息时代需要，推动不同国家打击网络犯罪的司法协助，提出适宜的管辖权规则。应从联合国的立场出发，最大限度地推动不同国家打击网络犯罪的有效协作，在协作机制上，改变单一化的机制设计，设计一种兼具确定性与灵活性的机制，使不同发展程度的国家都可以有效地参与其中，实现相互协作。同时，注重结合电子证据最新发展，建立科学、具有可操作性的电子证据跨国取证的司法协作机制，使各国的司法协作体系能够跟上网络犯罪的变化发展进程。最后，坚持主权原则，当前

16) 王孔祥：《互联网治理中的国际法》，法律出版社2015年版，第196-246页。

17) 甘雨沛、高格：《国际刑法学新体系》，北京大学出版社2000年版，第22-32页。

西方发达国家主推“网络自由”的观念，究其观点的背后实质上是利用自身互联网技术发展的优势谋求在网络犯罪国际治理领域的霸主地位；倡导以损害国家主权完整性为代价让渡国家主权以求得打击网络犯罪协作一致化的霸王条款。¹⁸⁾

第四、体现发展中国家打击网络犯罪的诉求。与发达国家关切儿童色情与知识产权类犯罪不同，对于广大发展中国家，由于计算机信息技术相对落后，在云计算、数据方面欠缺打击网络犯罪的能力，他们更关注网络资源的分配和数字鸿沟的消除。现如今跨国网络犯罪已渐渐表现出全球性特征，无论是发展中国家还是发达国家都迫切需要针对打击网络犯罪达成全球性的有法律效力的文书作为指导。中国可联合广大发展中国家，通过联合国网络犯罪政府专家组，亚非法协等相关平台加强沟通与交流，在充分尊重各国刑事立法主权的基础上，提出充分代表发展中国家的利益和诉求中国方案，通过在国际社会上实践该中国方案，提高中国方案的扩散广度和深度。

3、网络犯罪国际公约制度设计

若要建立新的网络犯罪国际公约，则该公约必须能有效规划安排打击和防范信息化跨国犯罪的国际合作，且应当吸取《网络犯罪公约》的长处，弥补其不足，进行细致科学的规范建构，使之成为网络犯罪国际规则的优秀范本。基于此，可从以下几个部分开展制度设计：

第一部分为“总则”。本部分条款主要解决两方面的问题：第一，公约的宗旨。主要阐明关于网络犯罪治理的国际理念，在此基础上，对于适用范围、保护网络主权等问题作出规定。第二，关键术语的界定。仅保留《网络犯罪公约》中还具有现实意义的术语，网络恐怖主义、流量劫持、恶意软件等新网络犯罪类型的重要概念进行界定，使公约在界定网络犯罪行为时更具有实用意义，绝对不能一味追求术语的中立性，而避开对网络发展中出现的概念进行阐释。¹⁹⁾

第二部分为“实体法”。本部分条款主要解决网络犯罪行为类型的确定。首

18) 邵沙平：《国际刑法学(第一卷)：经济全球化与国际犯罪的法律控制》，武汉大学出版社2005年版，第68-75页。

19) [日]松本博之：《因特网、信息社会与法——日德研讨会论文集》，信山社2002年版，第34-37页。

要的便是建立一个统一的立法和定罪的标准。轰动世界的爱虫病毒案给20多个国家带来了近百亿美元的损失,但就是因为犯罪嫌疑人是菲律宾公民并且身在菲律宾,而扩散计算机病毒本身在菲律宾不构成犯罪行为,所以导致菲律宾没有办法在菲律宾追究他的法律责任,同时根据双重犯罪原则也不能把他引渡到其他病毒损害的国家接受审判,结果是犯罪嫌疑人至今仍逍遥法外。所以国际社会需要统一的公约来协调各国的立法和定罪,特别是将一些核心的网络犯罪确立为刑事犯罪。那些国内法没将这些行为定为犯罪的国家在加入公约后应修改国内法。其次,根据发展中国家网络犯罪发展的现状,可在公约中体现以下犯罪类型:除了《网络犯罪公约》原有的犯罪类型,还可以增加打击网络恐怖主义等发展中国家关切的犯罪。除此之外还有对网络开设赌场、危害国家安全的网络战等内容都可以有所体现,在实体法方面真正体现出对发展中国家网络安全的关切。²⁰⁾

第三部分为“程序法”。未来的制裁网络犯罪的国际公约,对于其的准确定位应当是治理网络犯罪的司法协助机制,传统犯罪的国际公约,规定的犯罪数量较少、代表性强,易于被各国所接受并转化为国内法,但是跨国网络犯罪不同,其在技术抽象意义上跨越了国界,在本部分条款可特别关注以下三个问题:第一,网络犯罪刑事程序法与刑事实体法范围的一致性;第二,提出有利于国际合作的刑事程序,可以结合广大以中国为代表的新兴网络国家的现实需要,做出打击网络犯罪的特色规定,参考现有打击网络犯罪国际规则进行取舍,提出有利于合作的刑事程序,比如推动信息、技术与培训援助及相互承认、执行司法判决等;第三,完善网络犯罪的管辖权规则,考虑各国技术发展水平的差异,对司法协助、跨境取证等问题做出兼容性规定。第四,建立通报网络违法犯罪的国际情报系统,各国可以通过积极的信息共享,及时通报和交换各国网络犯罪的最新情报。在控制和打击跨国网络犯罪的范围内,情报、信息的及时、快速通报往往可使各国充分掌握网络空间内犯罪的最新动态,提高及时预防犯罪、及时消除犯罪的可能性。

第四部分为“跨国网络犯罪的预防”。网络安全内涵:不仅包含网络的硬

20) Dolinko E B D, The Theoretical and Philosophical Foundations of Criminal Law, 2014, pp.22-23.

件安全,即网络基础设施的安全;还包括网络的内容安全,即网络传播的信息和资讯本身的安全。预防网络犯罪,除了法律上的规制和技术上的控制之外,更重要的途径是网络道德行为准则的建设和可操作性制度的创建。²¹⁾本部分基于预防网络犯罪的趋势和各国的需求做出规定。预防犯罪除了依靠法律手段打击犯罪来威慑犯罪分子之外,更重要的是在意识形态领域,营造健康的国家网络安全文化氛围。

第五部分为“最后条款”。为保障公约可以应对不断更新和异化的网络犯罪,应当为公约规定合理明确的修改程序,既不能规定过于严苛的修订程序影响公约的灵活性,也不能朝令夕改影响公约的稳定性。其次,为了提高公约的普适性,还应当为其设定平等的准入要求,欢迎国际社会上的新成员的加入。另外,由于网络空间的跨国性,公约适用过程中可能面临一些争端,和平解决争端应被特别强调。

四、跨国网络犯罪管辖权规则完善

(一) 确立跨国网络犯罪管辖权规则的必要性

1、跨国网络犯罪的管辖权纠纷。网络犯罪在全球范围内兴起使传统的刑事管辖面临巨大的挑战,犯罪行为在网络空间中的瞬时性、无界性,尤其是煽动型犯罪与信息密切关联,可能只需要一秒钟就能在国际社会产生极其恶劣的影响。²²⁾只有确定了管辖权,才能及时填补打击跨国网络犯罪的空白,避免出现多国争相管辖或者无人管辖的现象而痛失打击网络犯罪的时机,从而真正有效地威慑网络犯罪。

传统的刑事管辖原则包括属地原则、属人原则、保护原则与普遍原则,在

21) 沈逸:《以实力保安全,还是以治理谋安全?——两种网络安全战略与中国的战略选择》,《外交评论(外交学院学报)》2013年第3期。

22) 于志刚、郭旨龙:《网络恐怖活动犯罪与中国法律应对——基于100个随机案例的分析和思考》,《河南大学学报(社会科学版)》2015年第1期。

跨国网络犯罪泛滥之前,各国的管辖权设置尚能满足各国解决管辖权冲突的需要,但是互联网出现后,各种信息数据可以在国与国之间瞬间传输,网络犯罪可以瞬间波及整个世界。因此,就出现了两个以上的国家同时对某一网络犯罪案件主张管辖权的积极冲突;或者出现一国认定是犯罪行为但是没有管辖权,在另一国虽然具有管辖权,但该犯罪行为不构成犯罪构成要件,最终没有国家对该犯罪行为进行管辖的消极冲突。目前国际社会最具争议的便是各国不断扩张自身刑事管辖权而产生的积极冲突,过度扩张的管辖权一方面违背了刑法的谦抑性原则,对犯罪嫌疑人权益的过度侵害,造成司法资源的浪费。²³⁾另一方面,还会造成国内管辖冲突和国际管辖冲突的频发,必然会对传统意义上的国家司法主权带来一系列问题,更为关键的是,如果在网络犯罪的国际化趋势中,世界各国都采用此种扩张模式,将会严重削弱各国公民对自己行为是否构成犯罪的预判能力,产生混乱,实质上违背了罪刑法定的原则。

2、传统刑事管辖权的适用困境

网络空间并不像物理空间那样可以被划分为几个界限清晰的管辖区,直接按照某个确定的管辖权基础(联系因素)确定由哪个国家来管辖。传统管辖原则属地原则、属人原则等并无法像传统的跨国犯罪一样很好地适用于网络空间,并且随着互联网的不断普及,原本的管辖权基础(联系因素)之间的联系变得越来越模糊,这也就导致了传统的管辖权原则在网络犯罪领域越来越无法发挥作用。

第一、属地原则在网络犯罪案件中的适用困境,当前世界各国在刑事管辖方面基本都是以属地原则为主要管辖原则,网络空间作为一种并行于现实空间的虚拟空间,并不包含纯粹意义上的物理因素,因此不属于传统刑法理论属地原则所涵盖的四种空间²⁴⁾。在网络犯罪案件中,犯罪嫌疑人使用的终端工具——计算机、手机等便是物理空间与网络空间的联系,如犯罪嫌疑人通过某一网站发布诈骗信息,被多个国家多个人接受,发生网络诈骗犯罪行为,则该犯

23) Pierre Hauck & Sven Peterke, *International Law and Transnational Organized Crime*, Oxford University Press, 2016, pp.67-87.

24) 传统刑法理论属地原则所涵盖的四种空间:一国领陆、领水、领空以及旗国主义中的拟制空间。

罪的犯罪结果地遍布数个国家，如果适用传统属地管辖原则，有可能出现属地原则滥用问题。

第二、属人原则在网络犯罪案件中的适用困境，属人原则经常作为属地原则的辅助原则，填补属地管辖原则的空白或者限缩属地管辖原则的适用范围，因此以行为人国籍作为管辖权确定因素具有一定的可操作价值，有利于解决刑事管辖权冲突问题。但是仍然存在利用国籍国与犯罪地国的法律规则漏洞进行违法犯罪行为的现象。比如，网络开设赌场犯罪，中国严令禁止以任何形式开设赌场，但是在美国拉斯维加斯、意大利等地区是允许开设赌场的，其中包含了网络开设赌场，若美国人或意大利人在美国或者意大利等允许开设赌场的国家开设赌场，并通过非法网站等形式到中国地区发展代理或者允许中国公民参赌，就会出现犯罪嫌疑人利用国籍国与犯罪地国的犯罪规制漏洞以逃过法律的惩罚的情况。

第三、保护原则在网络犯罪案件中的适用困境。保护原则基本上可以针对上诉属地管辖原则和属人管辖原则的管辖漏洞，避免出现利用国籍国与犯罪地国的法律规则漏洞规避法律的现象。²⁵⁾但是互联网已经将全球连接成为一个人类命运共同体，一个网络犯罪案件中，可以同时多个对国家或国际组织产生严重的损害后果，在这种情形下仍然无法避免多个具有管辖权的国家争相管辖的积极管辖冲突。其次，“双重可罚性”是适用保护原则的必要条件。而世界各国对网络犯罪的定罪标准和法律评价是不统一的，适用保护原则会出现两个极端：要么犯罪嫌疑人利用各国对网络犯罪管理的冲突，所形成的管辖空白，大量实施网络犯罪行为；要么与属地管辖原则、属人管辖原则一样被滥用，进而加剧网络犯罪的管辖权冲突。

第四、普遍原则在网络犯罪案件中的适用困境。在实践中，依据普遍管辖原则，只有该犯罪行为被认为是危害全人类的，并且极为严重，那么该犯罪嫌疑人出现在任何国家，该国都可以对其加以惩罚。²⁶⁾应用普遍原则对跨境网络犯罪进行管辖可以起到很好的打击效果，但是普遍管辖原则主要规制的是网络犯罪国际条约的缔结国与参加国，而且只有部分严重的、危害全世界人们共

25) 刘作俊：《刑法效力范围比较研究》，人民法院出版社2004年版，第87-98页。

26) 任明艳：《互联网背景下国家信息主权问题研究》，《河北法学》2007年第6期。

同利益的网络犯罪行为,各国才对该网络犯罪行为的性质较为容易达成一致意见,将其上升到国际条约层面,因此,普遍管辖原则在面对新型犯罪不断涌现的跨国网络犯罪时规制能力依然有限。

(二) 网络犯罪管辖权规则的完善思路

1、坚持国家主权原则。网络作为人类空间中除了陆地、海洋、天空、外层空间的第五空间,由于互联网协议的开放性和管理方式的非中心性、离散性决定了在互联网平台信息的传递、交流在相当程度上很难受到国家的管束和控制,互联网这种特性全方位显示着其超国家的、全球化的特点,这在一定程度上消解着国家主权的种种传统要素。²⁷⁾因此,有个别较为极端的观点认为:网络无国界,网络空间是全球空间领域,不应受任何国家所管辖、支配,网络空间不应存在主权。其中以美国为代表的发达国家强烈主张该观点。

事实上互联网的发展是无法否认国家主权在国际法与国际关系的角色和地位的,整个世界都被主权所分割占据着,网络主权原则是网络空间国际秩序和国际法的基石。从横向角度看,主权国家依然是提供保护和安全的最主要的政治组织,任何国际组织、跨国公司、个人都不能取代国家在国际社会中最重要主体地位,互联网的确对主权提出了严峻的挑战,但是其无法撼动主权在国际法和国际社会的神圣地位;从纵向角度看,主权的核心——国家独立自主地处理其内外事务的权利并没有发生根本转变,互联网并不是国家的法外之地,它仍然会受到法律的管制。主张网络主权原则在网络空间的适用,并非是赋予各国无限制地管理网络和干预网络的权利,也不是将网络空间划分成几块分裂的碎片,而是将国家主权适用到网络空间,将网络主权作为主权原则的外延予以尊重和维护。各国有权根据主权原则对国内事务进行管理,依照本国的网络发展水平、历史传统、文化语言和风俗习惯等,在充分考虑本国国民民意和适当借鉴国外优秀治理方法的基础上,制定符合本国国情的打击网络犯罪的政策和法律。网络主权的确有其必然性和合理性,明确主权原则在制定网络犯罪国

27) 张雷:《东北大学科技政策博士文库——虚拟技术的政治价值论》,东北大学出版社2004年版。

际秩序中的基础地位,是网络空间国际治理向正确方向迈出的重要一步,必须在倡导网络空间治理的主权性的背景之下确定跨国网络犯罪的管辖权规则。

2、实害管辖原则。网络安全的管辖权规则在本质上就是取得安全与自由两种价值的平衡,笔者认为有限管辖原则²⁸⁾基础上修正而成的实害联系原则可以很好地兼顾二者。实害联系原则认为,除了将发生联系作为条件之一,还需要以实害标准作为判断的标准,两者同时满足才能肯定对具体的某一网络犯罪行为拥有刑事管辖权。其中实害的要求为:一是在客观上的实害,行为必须对本国造成客观上的实质性危害,这种危害应当符合该国刑法中某一具体犯罪的构成要件。该“实害”的要求,事实上将信号只是简单穿越国边境的行为排除在管辖权范围外,同时犯罪受害国可以依据“实害”追诉犯罪嫌疑人;二是在主观上的直接故意,即证明行为人的犯罪行为造成本国实质性危害还不够,还需证明行为人主观上具有希望该损害后果发生在该国国内是直接故意,对于其直接故意认定标准达到高度盖然性即可。²⁹⁾

此时就有学者提出反对意见,认为实害联系原则在司法实践中难以证明行为人的主观心态,很难得到应用。笔者认为行为人的主观心态并非使难以证明,网络犯罪有其独特的特质,即,任何行为都会被数据所记录,尽管行为人会毁坏、删除其犯罪痕迹,但是只要采取一定的技术手段都可以还原,因此只要辅助以相关技术还是可以根据一些客观行为加以辅证:行为人的口供,虽并非是唯一因素和主要因素,但是有参考意义。更多的是要依据客观证据来认定:1、广告宣传。在中国,政府对大多数淫秽网站和赌博网站的IP地址进行以防火墙的形式进行屏蔽,因此非法网站必须经过不断改变IP地址,来逃避防火墙的屏蔽。网民不会无缘无故输入色情网站的网址,一定是通过论坛,邮件的广告宣传才获得的网址,因此广告宣传等足以认定其具有使危害发生在中国境内的直接故意。2、语言。在网络空间,物理距离和国界不再是信息交流和获取的障碍,网民间的真正障碍是语言,如果语言的障碍逐渐消除,网络的无

28) 有限管辖原则认为:属人管辖之外,以犯罪行为对本国国家或者公民的侵害或者影响关联性为标注你来确定刑事管辖权的有无,指犯罪行为对于本国国家或者公民已经形成实际侵害或者影响,即已经与本国或者公民发生了直接联系。

29) 于志刚:《“信息化跨国犯罪”时代与〈网络犯罪公约〉的中国取舍——兼论网络犯罪刑事管辖权的理念重塑和规则重建》,《法学论坛》2013年第2期。

边界性会达到极致。非法网站页面如果没有中文显示,是很难危害到国内大多数民众,毕竟具有一定外文水平的知识份子少数,即便是擅长外文,相比较中文,对外文的网站的浏览和使用也并不方便。³⁰⁾3、点击来源。同语言提高其主观为直接故意的盖然性,点击来源也可作为判定行为人是否具有主观直接故意的重要标准,假使行为人在境外的网站使用的是中文表述,是面向中国的网民运营的,而且网站的主要点击者是中国公民,作为网站的创始者显然有义务去了解自己运营的网站是否违反中国的法律。

虽然实害联系标准在中国受到绝大部分学者支持,但是对于其属于保护管辖还是属地管辖,仍有争议。持保护管辖论者,实害认为是危害了国家利益或者公民利益;持属地管辖论者,将实害认为是犯罪结果,而认定为犯罪结果地就归属于属地管辖的范畴。这虽然是个仁者见仁智者见智的问题,但是解释为保护管辖,根据保护管辖的“双重犯罪”标准,可能出现某一犯罪行为在犯罪嫌疑人所在地国家不属于犯罪时,中国刑法难以追诉的尴尬,另外中国《刑法》规定的是,以属地管辖为主,所以将实害联系原则视为属地管辖的扩张解释会更为稳妥一些。

3、管辖权冲突解决路径。虽然网络犯罪的跨界性、虚拟性为传统的刑事管辖权理论,提出了极大的挑战,但是并不代表传统的刑事管辖权理论在面对跨国网络犯罪时就一无是处。笔者认为在坚持主权原则的基础上,以属地管辖为主,以实害联系原则为辅或可成为跨国网络犯罪案件刑事管辖权冲突的解决办法。³¹⁾

一方面,属地管辖权在国际社会中具有较强适用历史,经常作为各个国家有效考虑选择适用的管辖权原则,将属地管辖原则作为治理跨国网络犯罪主要的管辖权原则,较容易为各个国家接受。另一方面,网络空间虽然是个看不见摸不着的虚拟空间,但是其事实上还是完全依附于物理空间而存在的。不管是犯罪嫌疑人,还是犯罪嫌疑人使用的犯罪工具都具有地域属性,犯罪行为的损害后果也是发生在一定的物理空间内。但是适用属地管辖原则的关键在于确认

30) 李柱石:《网络犯罪刑事管辖权冲突其应用》,《法制博览》2016年第6期。

31) 于志刚:《全球化信息环境中的新型跨国犯罪研究》,中国法制出版社2016年版,第155-187页。

“行为地”。采用属地管辖原则可以在犯罪案件案发后，高效地控制犯罪行为人，保存犯罪证据，从而提高案件处理效率，无论从时间成本还是属地管辖原则都具有适用的优越性。属地管辖原则分为主观属地管辖权和客观属地管辖权，即行为发生地和结果发生地。笔者在此将从网络犯罪行为地和网络犯罪结果地两个角度来分析。

一、网络犯罪行为地。针对跨国网络犯罪，笔者认为网络犯罪行为地应当以网络犯罪行为服务器与终端计算机所在地来确定，因为犯罪行为人利用终端设备实施网络犯罪行为时，其中往来传输的信息数据在服务器以及计算机终端中储存保留，实施网络犯罪的过程中，网络、服务器和终端计算机都是犯罪行为人必不可少的工具。采用属地管辖原则，可以实地收集电子数据证据，有利于网络犯罪侦查，有效打击网络犯罪。³²⁾其次，针对网络犯罪案件中行为人为人通过操控多个国家的服务器或终端设备实施犯罪行为，造成同时存在多个网络犯罪行为地的情形，笔者认为可以以主要犯罪行为实施地为主的原则，分析犯罪嫌疑人主要是利用哪个国家的服务器来完成整个犯罪行为，哪个国家的服务器或者设备是该网络犯罪必不可少的环节，以此来确定网络犯罪的刑事管辖权。

二、网络犯罪结果地指的是，网络犯罪行为在一国的领土内发生，或者网络犯罪行为后果及于一国领土实施，以上就视为结果地。在认定犯罪行为为结果地时，可以辅助以实害联系管辖原则。在跨国网络犯罪案件处理过程中，国际社会管辖冲突不断的原因在于一国在跟案件有关的因素不具备紧密的联系的情况下仍然主张该国对案件具有管辖权，从而引发混乱。针对这种情况，应该以是否满足“实害”的标准，来确定管辖权。如前文所述，“实害”需要满足两个条件：客观上的实害和主观上的直接故意，这两个条件是从网络犯罪行为对一国或一国的国民利益造成的损害进行考量，从而对行为结果地予以限制。按照实害联系管辖原则，在满足“实害”的两个条件之后，就将单纯浏览、访问、传输（抽象越境）等行为排斥在认定管辖连接点之外，因此，单一网络犯罪案件具有管辖权的结果地国家数量必然会锐减。

倘若犯罪行为地国家与犯罪结果地国家都被认定具有管辖权，此时的管辖

32) [美]迈克尔·施密特：《网络行动国际法塔林手册 2.0 版（黄志雄等译）》，社会科学文献出版社2017年版，第104页。

权冲突应当如何解决也是一个值得思考的问题。笔者主张,首先应该由犯罪行为地国家估量,网络犯罪行为对结果地造成的损害后果,同时按照其国内法对案件行使刑事管辖权,依法进行审判。倘若行为地国没有依法行使或者怠于行使刑事管辖权,那么结果地国家可以行使管辖权按照国内法对网络犯罪案件进行依法审判,行为地国对此要予以司法协作和配合。如果这一行为违反了结果地国家的国内法,最终造成结果地国家遭受损害后果,而行为地国认为该网络犯罪行为不符合犯罪构成条件。³³⁾在此情况下,应当适用实害联系原则,以犯罪嫌疑人的客观行为作为判断依据,对犯罪嫌疑人是否具有主观上的直接故意进行判断,具体的判断标准可按照前文所述:犯罪嫌疑人的口供、广告宣传、语言、点击来源等方面综合判断。倘若行为人具有主观上的故意,那么结果地国家基于维护本国国家利益的目的而拥有刑事管辖权;反之,则结果地国家对此无管辖权。当单一跨国网络犯罪涉及多个行为地国加或者多个犯罪结果地国家时,可认定由受犯罪活动具有最密切联系的国家或受到犯罪损害最为严重的国家管辖。

综上,笔者将网络犯罪行为地和网络犯罪结果地作为管辖权行使的连接点,采用以属地管辖权为主,实害联系原则为辅的创新性解决办法,或许能够为有效处理网络犯罪案件的管辖权开辟一条新的道路,但是同时我们也要看到,要实施以上构想,必须构建一部具有普适性的国际公约,在公约中,对管辖权的各方面标准予以细化,比如损害认定标准、犯罪人主观主义的认定标准等等。同时确定系统国际司法协助体系,保障管辖权规则实施。

4、加强国际司法协助。网络犯罪虽然天然地具有跨国性或无国界性,但对于执法者来说,国境线依然现实地存在着。目前国际社会为了治理日益猖獗的跨国网络犯罪,不断完善国内有关管辖权的法律法规,也与其他国家进行一些国际协作,但是国际间的管辖权积极冲突和消极冲突日益显现,仅仅依靠上述国内法和简单国际协议是远远不够的。必须加强国际社会多层面、多角度的合作和协调,在网络犯罪具体司法协助的引渡、电子数据的跨国取证等方面不断加深探索,以期提前解决掉可能会在未来出现的国际协作问题,稳定世界格局。³⁴⁾

33) 范敏:《论网络犯罪发展及防控》,《硅谷》2008年第9期。

34) Stigall D E, International Law and Limitations on the Exercise of Extraterritorial

第一、引渡。引渡是目前国际社会中最正规和高效的追捕途径。但是实践中,由于引渡涉及到国家主权和人权保护,以及“双重犯罪原则”的适用,导致在引渡罪犯时天然就具有障碍,现实中中国成功引渡回国并接受法律制裁的案例寥寥无几。在此笔者通过研究引渡制度中的相关原则以及网络犯罪的特殊性,对如何更好适用引渡制度提出几点小小的建议:第一,主权和人权是引渡制度的基础,在跨国网络犯罪中也同样要注重该点,引渡中的死刑犯不引渡原则、政治犯不引渡原则和本国国民不引渡原则都是其延伸。目前国际上绝大部分的跨国网络犯罪都是侵犯财产权益的犯罪,少有属于国际上严重危害国际和平与安全以及全人类利益的犯罪,若在网络犯罪中适用引渡制度时能够相互尊重对方的主权,保护犯罪嫌疑人的人权,可以使引渡更加顺利地进行。第二、在本国国民不引渡原则中,笔者认为在跨国网络犯罪中,认为本国国民不是绝对的引渡排除对象,因为网络犯罪中,犯罪行为地与犯罪结果地相分离,犯罪分子往往都会利用国际管辖的漏洞逃过处罚,比如前文所述的爱虫案便是如此。笔者也并不是完全否定本国国民不引渡原则,而是认为,仅仅在涉及到跨国网络犯罪的领域中适用该原则时若能够给予特殊规定,或许可以使引渡制度更好地在治理网络犯罪中发挥作用。第三、或引渡或起诉原则或许能为治理跨国网络犯罪提出一条新的道路。该原则给被请求国提供了更多的选择,具有灵活性,不管是引渡还是起诉,都可以给予犯罪嫌疑人法律惩罚,使得网络犯罪侵害的秩序与正义得到维护,笔者认为可以将该原则给予细化规定,或者写入新的打击网络犯罪的国际规则。³⁵⁾

第二、电子证据跨国取证。跨国调查电子数据的现有机制主要有两种:一是传统的国际司法协助和执法合作;二是直接跨国向个人或企业调取电子数据。传统的取证方式固然充分尊重了电子数据所在国的主权,但是程序繁杂浪费时间,导致取证效率低下。直接跨国调取电子证据是指绕开数据存储国直接从企业或个人处获取数据,无可否认此方法方便快捷,曾一度得到欧盟、美国

Jurisdiction in U.S. Domestic Law, Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 2012, 35(8), pp.337-355.

35) Tsagourias N, Buchan R, Research Handbook on International Law and Cyberspace, Edward Elgar, 2017, pp.30-49.

等国家的推崇，但是随着实践，暴露出数据保护问题，企业法律义务冲突问题，国家主权纠纷，使直接跨国调取电子证据的方法具有天生的缺陷。

笔者认为，若是能有效平衡尊重国家司法主权与打击犯罪的需要，其实直接跨国调取证据或许可以在跨国网络犯罪中发挥作用：第一，从制度构建的层面上来说，跨境电子数据取证的制度探讨最好是在平等、友好协商的基础上进行，在联合国框架下确立各方普遍接受的跨国调取电子数据规则，避免单边立法造成规则“碎片化”，程序复杂，从而使得取证效力低下，在《联合国打击网络犯罪公约》中规定专门的电子数据直接跨境调取条款或为可行之法。³⁶⁾第二，可以适度开放数据主权的绝对限制，确定跨境数据披露的范围。可以通过对披露的数据内容设置限定条件，建立数据分级分类保护制度；对跨境电子进行直接调取时适用的案件性质、范围进行合理的限定，比如只有严重国家安全或者恐怖主义犯罪时，才可以要求服务提供商提供电子证据。以上措施都能有效平衡两国在取证时的法律冲突。同时在国内还可以通过采取罚金等行政手段对跨境的存储服务提供商施加压力，能够有效防范服务提供商肆意披露主权国家境内数据，保障国家数据安全和网络用户的隐私权。

五、使用软法治理跨国网络犯罪

（一）跨国网络犯罪领域适用软法的必要性

1、软法规范可为过渡性解决办法。探求打击跨国网络犯罪的全球性规则，是这数十年来国际社会的重要命题。但一直未能确立，追究其根本原因，在于不同国家之间的网络根本利益错综复杂，网络跨国犯罪的治理理念混乱、治理模式相矛盾。在互联网这样一种高度复杂且敏感的领域，想要签订对各国具有法律约束力的国际条约、协定等国际硬法注定是要通过漫长的多边谈判、局部磋商才能实现的。既然制定关于治理跨国网络犯罪国际条约等“硬法”的议程遥遥无期，网络安全威胁又日趋严重化和复杂化，互联网治理迫切需要秩

36) 宋东：《打击网络犯罪国际合作刑事与展望》，《中国信息安全》2018年第7期。

序的生成。发展不具有强制力的互联网治理的“软法”不失为一个过渡性解决办法，软法于当下治理跨国网络犯罪具有可操作性意义，软法至少可以鼓励各个国家首先达成某类框架性的合意，拉开互联网治理法治化的序幕，为今后可能达成的更加深入更加细致的国际条约打下坚实的基础。³⁷⁾

2、软法规范的实践效果。“软法”是与条约等“硬”法相对应的概念，软法是介于所谓的硬法与纯粹的政治性承诺之间的规则与原则，倾向形成但尚未形成的未确定的规则与原则，或者说是敦促性或纲领性的规定，表现形式主要是“君子协定”或者“行动守则”。它最大的特征就是不具备法律约束力，仅具有一定的指导性，但是不可否认的，它能在当事主体间产生一定的效力。同目前作为新兴领域的网络安全领域软法也大量存在，比如《东南非共同市场示范法草案》、《英联邦示范法》、《国际电联示范法》等，在促使各国参与到跨国网络犯罪问题解决中发挥重要作用。

比较典型的例子是：全球网络空间稳定委员会（简称委员会）提出了八项关于网络空间稳定的软法规范，对于网络犯罪的治理具有较大的影响力。总结其中对打击网络犯罪治理的其实，将对网络犯罪的国际治理将产生重要意义。委员会确定了保护因特网公共核心的规范、保护基础设施的规范、避免篡改的规范、禁止将信通技术设备征用到僵尸网络规范、各国建立脆弱性平等进程的规范、减少和减轻重大脆弱性规范、基本网络卫生作为基础防御的规范、打击非国家行为者攻击网络行动的规范。以上八项关于网络空间的软法规范采用非升级的软法规范方式解决网络空间紧张的局势，以确保互联网技术发展过程中网络空间的稳定性。对于网络犯罪的治理具有创新性借鉴意义。

（二）跨国网络犯罪领域适用软法的优越性

跨国网络犯罪的相关软法规范是经过民主协商以及完成充分的对话之后产生的，是国家作出的理性选择，能够较为容易满足参与各方的治理跨国网络犯罪的需要，相关软法规范也会由于得到各方一致认同而较为顺利的应用于实

37) 张玉凯：《互联网国际治理的软法之维》，《宁夏社会科学》2017年第4期。

践。³⁸⁾ 这些软法规范虽无法律拘束力，但是在应对日渐灵活的跨国网络犯罪时，软法的独特优势反而日渐显现出来：

1、软法规范不具有强制性。软法并不致力于强调国家义务与强行制裁，国际主体可以灵活选择软法的适用。跨国网络犯罪的治理是个全球性议题，这就意味着仅凭借一国之力，远不能建立安全稳定的网络安全环境，安全网络秩序的形成需要国际社会各方力量的参与。因此需要各个国家承担与之相配的义务，这是无可避免的。但是，目前跨国网络犯罪治理尚处于探索阶段，治理模式混乱、不明确的各国治理责任，都意味着此时并不是制定国际公约等硬法规则的最佳时机，轻率使用硬法强行施加义务或者是施以严厉的制裁，会使一国在加入一个新的跨国网络犯罪治理圈时畏首畏尾。而软法恰好相反，软法不需要进行国家利益角逐或者妥协，不是国家之间进行利益的较量最终被动产生的结果。一国不能强制另一国被动或妥协接受；软法也不施加一国严厉的法律约束力，鼓励一国在互联网治理领域试验新的路径，不施以任何外部压力，自觉自愿地参与共同商讨。³⁹⁾ 各个国家互不干涉又相互配合实施协同治理，出于共同维护网络安全国际秩序及其国家利益的共同目的，彼此之间开展合作。

2、软法规范具有更高的开放性。与硬法——国际法的制作主体局限于国际组织和国家不同，软法支持各种非国家行为体参与到网络犯罪治理的讨论中来，任何一方参与主体都可以表达自己的利益诉求。当今世界政治格局，并不存在一个凌驾于各个主权国家之上的世界政府。每一个国家在国际体系中都处于平等地位，这就注定对于跨国网络犯罪的国际治理架构无法适用也不应当适用以命令和服从为特征的单边主义、霸权主义的治理模式。否则以共同享有平等的网络主权、平等的对话地位、平等的意愿表达为根本特征的互联网国际治理体系将不会建立，解决网络侵权、网络犯罪、网络攻击等问题的互联网国际秩序更是难以形成。软法发扬互相信任共享收益的治理理念，为了给跨国网络犯罪治理规则创造更多的利益契合之处，软法规范真正落实协商民主对话精

38) Schmitt M N, Virtual Disenfranchisement: Cyber Election Meddling in the Grey Zones of International Law, Chicago Journal of International Law, 2018, 19(01), pp.32-66.

39) [德]乌尔里希·齐白：《全球风险社会与信息社会中的刑法(周遵友等译)》，中国法制出版社2012年版，第76-79页。

神,建立平等的网络空间对话交流机制,基于各缔约国真实而广泛的合意去推行互联网治理法治化。软法规范创造的国际社会广泛参与的开放合作机制,不仅能使各国共享网络安全合作治理的利益,而且还能调动各国打击跨国网络犯罪的积极性。⁴⁰⁾

3、软法规范投入实践具有迅捷性。软法可以更为迅捷进入网络犯罪治理的实施阶段,其制定与实施成本更低。硬法一般经签署确定后在一国正式实施前,必须要对国际条约的国内法转化,自此该国际公约才能发挥切实有效的作用。对于国际条约的相关立法转化工作,可分为两类,一是宪法型,二是转化型。但无论是哪种方法,都会使参与国耗费大量立法成本,而且还会在国际条约转化过程中,出现与其他同类国际条约发生抵触,导致国际条约的适用处于不确定状态的风险。跨国网络犯罪飞速发展和其展现的异化趋势,都使国际社会面临新型治理问题、治理困境时产生紧迫的现实压力,若只是机械地等待硬法在一国完成相关立法转化工作,可能网络犯罪早已更新换代,现在面临的又是另外一种网络犯罪的严峻形势。但是软法在这方面显示了它与生俱来的优越性。软法是一种无需国家权力机关批准加入,也不需要国内相关立法转化工作的非正式路径,因此无须经过繁琐的谈判和磋商,甚至可以由政府机构自行缔结,由此产生的直接效应便是,政府机构可以直接参与到跨国网络犯罪治理的议题讨论中来,不受干扰地表达出自己治理跨国网络犯罪的实践需求,因此快速达成一致。

4、软法规范自由裁量空间更大。高灵活度的软法规范修改程序能够最大程度适应跨国网络犯罪的实践需要。而实践中跨国网络犯罪的议题是繁琐与复杂的,涉及到各方利益的博弈与拉扯,网络犯罪呈现出快速变化、时刻更新的状态,在面对这样不断变化的跨国网络犯罪领域时,硬法就显得有些死板了。在国际社会实践中,甚至出现缔约各国为了巩固国际条约的签订成果,会刻意国际条约的修改设定严厉的条件现象,硬法的条款一经确定,其中的含义具体、清晰且明确,不可能允许一国单方面的随意或者变通地解释该条款,因此缔约国在面临不可预测的网络犯罪时无法采取前瞻性措施,总是处在一种被

40) 张永和、严冬:《论软法的力量——基于国际人权公约视角的研究》《思想战线》2013年第3期。

动性的局面。但是软法所秉持的理念是在治理跨国网络犯罪的进程中，不强迫将有分歧的不同国家境况机械地纳入一个单一的文本中，为软法规范制定了相对简便且阻力较小的修改程序，赋予各参与国更少的约束并由此带给他们更大的灵活性，使各国在协同治理跨国网络犯罪时必须承担的国家义务适应于他们的特殊国情。因此，软法规范可以根据实际需要及时更新或是进行不同程度的修订以弥补在治理跨国网络犯罪过程中遇到的法律空白。⁴¹⁾

(三) 跨国网络犯罪领域软法规范的未来发展

1、软法规范的为来设想。软法不具有强制力，导致软法就不能通过国际法庭或其他争端解决机制来强制实施，这似乎是其产生之初就存在的内在缺陷。但是，分析国际法治理所秉持的善治目标，我们可以发现善治本就不需要具备强制的约束力作为其实现保障，而软法所引领的网络安全治理体系，核心要旨即为通过推行协商民主的对话机制以达成共识，制定出各方均能普遍接受的治理跨国网络犯罪的国际规范准则。通过保证参与主体之间连续和实时地进行多边的对话与交流，各国能够就跨国网络犯罪的相关争议进行协商并进行民主表决，使参与各方自觉自愿地让渡指定权限，最终多元主体的利益和诉求都被回应并且体现于软法规范中，在该背景下产生的相关软法规范更具理性、更具正当化，自然可以得到各国普遍自愿地有效遵守。这不正是善治的一种体现吗？

在治理跨国网络犯罪的进程中，软法规范可能不会一蹴而就地遏止住网络犯罪的泛滥。其宗旨和目的也许不会在其设立初期就取得成效，但是软法合作的内在动力是旨在建立打击网络犯罪的命运共同体，以便这些参与其中的共同体成员形成最大程度的共识，以一种渐进式的磨合过程不断形成观点，改进观点，在对治理跨国网络犯罪的方式进行大胆尝试的同时，也对构建网络安全的规范的经验进行实时总结，广大参与主体都参与到软法规范的制定中，不仅提高了国际软法的认同度，还使国际软法获得了持续可靠的遵从动力，在国际社会中就营造了打击网络犯罪的健康氛围。这为国际条约和习惯国际法的形成做

41) 石亚莹：《论软法的优势和作用——以国际法为视角》，《法学杂志》2015年第6期。

好充足的前期准备工作，为之后生成具有普适性的一般国际法（硬法）起到积极的引导作用。而且随着软法创造的跨国网络犯罪的治理规范愈加完善，参与的范围愈广，其中的国际合作重要性愈显，软法规范对跨国网络犯罪治理意义愈重大，对国际网络法治的发展影响愈深远。

从软法文件在现今互联网秩序的正常维持中所起的效果来看，国际软法规范并非是完全不具有法律约束力，软法的约束力源于参与各方对已制定规则的自愿遵守由此而给其他参与主体带来的示范作用。软法规范背后所体现的网络安全文化和相关国家道德与义务都构成了跨国网络犯罪治理的逻辑起点，构建了一幅网络犯罪治理的国际法蓝图。不止于此，当软法规范经过一段时期的实践，对国际社会的网络犯罪治理产生较为普遍的影响，形成法律确信，可以通过一定的法律程序使之转化为具有强制力的硬法规范，实现由软法规范向硬法规范的过渡。

3. 软法规范的具体应用。

其一，以联合国为框架，开启跨国网络犯罪的软法之治。之所以选择联合国作为大框架，是因为联合国无论是在跨国网络犯罪学术研究上，还是国际地位上都具有较大的优势，依托联合国广泛的成员基础也能够较好协调各国国家利益。可以依托联合国建立一个开放合作的跨国网络犯罪讨论平台，贯彻开放协调机制，基于联合国各成员国共同关心的网络犯罪议题拟定共同纲领展开讨论，允许各国按照国内网络犯罪的实际发展状况和治理网信息，开展各国网络犯罪治理的比较分析研究，并及时总结各方观点并制定文本，该平台并不强制成员国执行统一的政策，日常主要以指导文件形式指导各个国家网络犯罪的治理工作，鼓励各成员国相互之间交流或者传授治理跨国网络犯罪的经验。通过广泛而多元化的民主协商机制，形成成员国相互分享的良好互动，促进各方在网络犯罪治理领域达成最大的共识。其次，构建跨国网络犯罪国际公约等国际硬法前期法律框架和确定系统地谈判日程，将跨国网络犯罪软法向硬法过渡提前纳入进程，协调软法规范制定平稳推进跨国网络犯罪国际规则的立法活动。通过建立软法规范系统的调整、修改办法，降低软法规范制定、修改、实施方面的成本，将能够反映国际社会普遍一致的国际实践和法律确信，对国际法实践具有指导意义的软法规范，以较为普遍的形式和较为迅捷的形成过程引导软

法规范向国际条约或习惯国际法的转变。综上,一方面通过软法研究使对跨国网络犯罪的研究保持科学的认识,另一方面不落下网络犯罪硬法规则制定的步伐,形成示范文本作为网络犯罪国际条约的先导。⁴²⁾

其二、完善软法规范制定和实施的相关程序。目前,跨国网络犯罪领域中,软法规范存在着透明度不高、民主参与机制不健全、立法考虑不周全、强权政治干预等问题,形成了偏颇软法,阻碍了网络犯罪领域的软法规范研究。网络犯罪中的软法规范具有很大的灵活性,但这并不意味着软法制定没有门槛;缺乏正当的立法程序,可能使软法规范缺失操作规则而失去公信力。制定一个好的规则,正当的程序具有重要意义,建立跨国网络犯罪软法统一、规范、公开、民主、透明的制定程序,使之符合现代善治理念。在制定网络犯罪软法规范的过程中,以民主为基础,汲取多方的经验完善网络犯罪的国际治理策略。充分公开软法规范的草案内容,使规范中设计的利害关系方都能够通过有效的渠道充分表达自己的观点,真正将软法规范的制定焦点转移到提供规则合理性上来。其次,鼓励非国家行为主体充分参与到谈判中来,促使国际网络犯罪治理主体多元化。在网络犯罪软法规范制定过程中,除了传统的国际行为主体,引入不同领域的法律专家、非政府国际组织等非国际行为主体参与到软法规范制定中来。引入非国家行为主体参与到软法规范的制定中来,既可以促进网络犯罪软法规范的发展,突破传统的跨国网络犯罪国际治理模式,还可以在 network 犯罪治理中体现非国家主义的立场,拓展全球治理的路径,促进形成国际网络犯罪软法遵从意识。最后,建立网络犯罪软法规范国际社会舆论和内部定期评价监督制度,软法规范的约束力很大程度上来源于软法规范的内在理性以及国际舆论的影响,对不遵守软法的国家可以通过国际舆论及监督敦促等方式实施一定的制裁,使各行为主体自觉遵循软法规范。⁴³⁾

42) 张永和、严冬:《论软法的力量——基于国际人权公约视角的研究》,《思想战线》2013年第3期。

43) 罗豪才:《软法与公共治理》,北京大学出版社2006年版,第15-88页。

六、结语

对于跨国网络犯罪，我们要认识到相较于传统的跨国犯罪，网络犯罪具有独特的特征：跨界性、隐蔽性、智能性、经济性等。网络犯罪的治理是个全球性议题，单靠某一个国家的力量是很难建立起网络安全秩序。同时我们还要认清跨国网络犯罪已经呈现新的发展趋势，不仅仅是“量”的变化，更体现在“质”的变化。首先，针对构建统一的跨国网络犯罪国际规则，我们要看清以“互联网1.0”为时代背景的《网络犯罪公约》已经滞后于跨国网络犯罪的发展变迁，难以承担国际性网络犯罪治理机制的使命。中国应当以联合国为平台，考虑跨国犯罪和传统公约犯罪的网络化趋势，建立体现发展中国家利益诉求的治理跨国网络犯罪的新规则。

其次，传统的刑事管辖权规则在新型跨国网络犯罪面前显得力不从心，面对国际社会管辖积极冲突和消极冲突频发的现状，为了及时填补打击跨国网络犯罪的空白，各国可以就跨国网络犯罪的刑事管辖权的确定规则首先达成共识，可以在坚持国家主权原则的基础上，采用以属地管辖原则为主，以实害联系管辖原则为辅的管辖权冲突解决机制，并通过加强国际协作以保障全新的刑事管辖权得以实施。其中引渡制度和电子证据跨国取证制度是尤为重要的两种制度，值得学术界重点研究。

最后，网络犯罪日渐猖獗，国际网络秩序亟待法治，但是国际公约难达成共识，耗时长，见效慢。管辖规则涉及国家司法主权，冲突不断。此时可以采用发展软法这一过渡性解决方案，软法虽然不具有强制力，但也正因为这一特性，软法规范有着更的开放性，更强的灵活性，其独特的优越性恰好可以应对同样多变的网络犯罪，各国可以通过设立软法规范，协调治理模式，在跨国网络犯罪领域寻求“最大公约数”，更大限度地凝聚各方参与到民主协商地对话机制和合作机制中。

跨国网络犯罪的国际法规制研究——以国际公约、管辖权、软法规范为视角 — 马光、钟诗卓	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.07.10.	2020.08.26.	2020.09.21.

[参考文献]

- [1] Andrew Ashworth & Jeremy Horder, Principles of Criminal Law, Oxford University Press, 7th. 2013.
- [2] Clough J. A world of difference: the Budapest Convention on Cybercrime and the challenges of harmonisation[J]. Monash University Law Review, 2014, 40(3).
- [3] Dolinko E B D, UCLA School of Law. The Theoretical and Philosophical Foundations of Criminal Law[J]. 2014.
- [4] Pierre Hauck, Sven Peterke. International Law and Transnational Organized Crime, Oxford University Press, 2016.
- [5] Stigall D E. International Law and Limitations on the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction in U.S. Domestic Law[J]. Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 2012, 35(8).
- [6] Tsagourias N, Buchan R. Research Handbook on International Law and Cyberspace[J].© Edward Elgar, 2017.
- [7] Schmitt M N. "Virtual" Disenfranchisement: Cyber Election Meddling in the Grey Zones of International Law[J]. Chicago Journal of International Law, 2018, 19(01).
- [8] 于志刚：《缔结和参加网络犯罪国际公约的中国立场》，《政法论坛》2015年第5期。
- [9] 付晓雅：《论网络犯罪的几个问题》，《刑法论丛》2015年第3期。
- [10] 王春林、潘焱莉：《新时期青少年网络犯罪的思考》，《武汉公安干部学院学报》2013年第2期。
- [11] 吴沈括：《中国打击网络犯罪的实践与国际合作》，《信息安全与通信保密》2018年第1期。
- [12] 于志刚、栗向霞：《中国公民跨国犯罪实证分析》，《国家检察官学院学报》2014年第1期。
- [13] 于志刚：《全球化信息环境中的新型跨国犯罪研究》，中国法制出版社2016年版。
- [14] 朱峰：《中国特色的国际关系与外交理论创新研究——新议程、新框架、新挑战》，《国际政治研究》2019年第2期。
- [15] 陈兴良、胡云腾：《中国刑法年会文集.2004年度.第二卷.实务问题研究.上册》，中国人民公安大学出版社2004年版。
- [16] 郭玉军：《网络社会的国际法律问题研究》，武汉大学出版社2010年版。
- [17] 皮勇：《〈网络犯罪公约〉中的证据调查制度与我国相关刑事程序法比较》，《中国法学》2003年第4期。
- [18] 史献芝：《新时代网络意识形态安全治理的现实路径》，《探索》2018年第4期。
- [19] 王孔祥：《网络安全的治理路径探析》，《教学与研究》2014年第8期。

- [20] 王孔祥：《互联网治理中的国际法》，法律出版社2015年版。
- [21] 甘雨沛、高格：《国际刑法学新体系》，北京大学出版社2000年版。
- [22] 邵沙平：《国际刑法学(第一卷)：经济全球化与国际犯罪的法律控制》，武汉大学出版社2005年版。
- [23] [日]松本博之：《因特网、信息社会与法——日德研讨会论文集》，信山社2002年版。
- [24] 沈逸：《以实力保安全,还是以治理谋安全?——两种网络安全战略与中国的战略选择》，《外交评论(外交学院学报)》2013年第3期。
- [25] 于志刚、郭旨龙：《网络恐怖活动犯罪与中国法律应对——基于100个随机案例的分析和思考》，《河南大学学报(社会科学版)》2015年第1期。
- [26] 钊作俊：《刑法效力范围比较研究》，人民法院出版社2004年版。
- [27] 任明艳：《互联网背景下国家信息主权问题研究》，《河北法学》2007年第6期。
- [28] 张雷：《东北大学科技政策博士文库——虚拟技术的政治价值论》，东北大学出版社2004年版。
- [29] 于志刚：《“信息化跨国犯罪”时代与<网络犯罪公约>的中国取舍——兼论网络犯罪刑事管辖权的理念重塑和规则重建》，《法学论坛》2013年第2期。
- [30] 李柱石：《网络犯罪刑事管辖权冲突其应用》，《法制博览》2016年第6期。
- [31] [美]迈克尔·施密特：《网络行动国际法塔林手册 2.0 版（黄志雄等译）》，社会科学文献出版社2017年版。
- [32] 范敏：《论网络犯罪发展及防控》，《硅谷》2008年第9期。
- [33] 宋东：《打击网络犯罪国际合作刑事与展望》，《中国信息安全》2018年第7期。
- [34] 张玉凯：《互联网国际治理的软法之维》，《宁夏社会科学》2017年第4期。
- [35] [德]乌尔里希·齐白：《全球风险社会与信息社会中的刑法(周遵友等译)》，中国法制出版社2012年版。
- [36] 张永和、严冬：《论软法的力量——基于国际人权公约视角的研究》《思想战线》2013年第3期。
- [37] 石亚莹：《论软法的优势和作用——以国际法为视角》，《法学杂志》2015年第6期。
- [38] 罗豪才：《软法与公共治理》，北京大学出版社2006年版。

【摘要】

当前,随着“互联网+”时代的开启,网络技术日新月异。在线交易、共享经济、网上支付、网络政务等的快速发展,以网络为工具的数字技术正在与社会的方方面面产生融合,这在提高中国生活水平的同时也打开了“潘多拉魔盒”。犯罪分子将传统犯罪和网络这种新事物相结合,利用网络犯罪的跨界性、智能型、隐蔽性、经济性等特点使罪恶之手跨越国境边界,蔓延到世界的各个角落。本文以国际公约、管辖权、软法规则为视角对跨国网络犯罪进行分析研究,并提出相应的治理建议。

【국문초록】

사이버범죄에 대한 국제법 연구 — 국제협약, 관할권, softlaw 규범을 중심으로

인터넷시대의 도래와 함께 사이버기술은 빠르게 발전하고 있다. 온라인 거래, 공유경제, 온라인지불, 온라인정부업무 등의 빠른 발전과 함께 인터넷을 도구로 하는 데이터기술이 사회의 각 측면에서 인류의 생활에 영향을 주고 있다. 이는 세계의 생활수준을 향상시키는 동시에 사이버범죄 문제도 야기하게 된다. 범죄자들은 전통적인 범죄형태와 인터넷을 결부시켜 사이버범죄의 공간적 특성, 지능형 범죄의 특성, 은폐 특성 등을 이용하여 세계 각국에 피해를 주고 있다. 본 논문은 국제협약, 관할권, soft law를 중심으로 사이버범죄에 대해 연구 및 분석하며 이에 대한 대책을 제시하고자 한다.

【Abstract】

Study on the international law regulation of
transnational cybercrime -- from the perspective of
international conventions, jurisdiction, and soft law norms

Ma Guang

(Associate Professor, Guanghua Law School, Zhejiang University)

Zhong Shizhuo

(Master's Research Student, Guanghua Law School, Zhejiang University)

At present, as “Internet +” era begins, network technology is changing with each passing day. With the rapid development of online transaction, sharing economy, online payment and online government affairs, the digital technology based on the Internet is integrating with all aspects of the society, which not only improves the living standard of world, but also opens the “Pandora’s box”. Criminals combine traditional crime and network, which is a new thing, to commit crimes. The characteristics of cross-border, intelligent and covert make network crimes spread to all corners of the world and increase the difficulty of governance. This paper analyzes transnational cybercrime from the perspective of international conventions, jurisdiction, and soft law rules, and puts forward corresponding governance suggestions.

주제어(Keyword) : 跨國網絡犯罪(사이버범죄, Transnational Cybercrime) ; 網絡犯罪公約(사이버범죄협약, Council of Europe Cybercrime Convention) ; 管轄權規則(관할권규제, Rules of Jurisdiction) ; 軟法規範(Soft Law 규범, Soft Law Norm); 網絡主權(사이버주권, Cyber Sovereignty)

미국의 자국산구매우선법과 상호국방조달협정에 관한 소고

이 소 영*

▶ 목 차 ◀

I. 서론	III. 상호국방조달협정(RDP MOU)
II. Buy American Act	1. 개관
1. 법체계 및 주요 규정	2. 주요내용
2. 미국산 제품의 우대	3. BAA와의 관계
3. 적용의 예외	4. 체결현황 및 조달 규모
4. 적용의 면제	5. 효과에 관한 비판
	IV. 결론

I. 서론

방위산업에 있어 해외로의 수출은 필수불가결하다. 이는 방위산업이 다른 여타 산업과 구별되는 다음의 두 가지 특성을 갖기 때문이다. 첫째로, 방위산업은 경제성을 최우선 달성 가치로 두지 않으며, 때론 시장경제에 역행하는 방향으로 추구되기까지 한다. 방위산업은 국가안보와 직결되므로 경제적 효율성만을 최고의 가치로 할 수 없기 때문이다. 예를 들어 생산이 종료된 방산물자의 유희설비를 유지하는 것은 경제적으로 비효율적이거나, 전쟁 등 유사시를 대비한다는 측면에서는 해당 설비를 유지할 필요가 인정될 수

* 방위사업청 주미 국제계약지원단 법무담당관, 육군 법무관, 서울대학교 민법 박사.

있다. 둘째로, 방위산업은 기본적으로 기술 및 자본집약적 산업으로서 기술 개발에 천문학적인 예산이 소요되며 생산준비와 투자회수에 장기간이 소요된다. 때문에 내수시장만을 목표로 할 경우 소요된 비용 대비 적은 수익으로 경제성이 떨어지게 된다. 이와 같은 특성들을 고려할 때, 방위산업을 지속·발전시키기 위해서는 경제성의 제고를 위한 특단의 조치가 필요하며, 그 대표적 방법 중 하나가 바로 해외로의 수출이다.

방산수출에 있어 미국은 매우 중요한 시장에 해당한다. 산업연구원의 분석에 의하면 2014년부터 2016년까지 3년간 한국의 방산수출수주액 1위 국가가는 약 28.4억 달러를 기록한 미국이었으며, 향후에도 한국 무기의 수출이 가장 유망한 국가로 조사되었다.¹⁾ 따라서 방산수출을 촉진시키기 위해서는 적극적으로 미국의 방산 시장을 개척할 필요가 있다.

그러나 미국은 국방조달에 있어 해외에서의 수입을 가로막는 여러 규정들을 마련해놓고 있다. 통상 이러한 규정들을 ‘미국산 우선 정책(Domestic Source Restrictions)’이라 부르는데, 그 중 대표적인 것이 바로 자국산구매우선법(Buy American Act, 이하 ‘BAA’라 한다)이다. BAA는 연방조달에 소요되는 모든 물자와 용역에 있어 미국산을 우선 구매하도록 함으로써 해외 조달을 가로막는다. BAA는 하위규정인 행정명령(Executive Order, E.O.) 제10582조, 연방조달규정(Federal Acquisition Regulation, FAR) 및 국방조달규정(Defense Federal Acquisition Regulation Supplement, DFARS)을 통해 구체화된다. 이러한 규정들은 미 국방부를 비롯한 연방 정부기관들로 하여금 자국산 방산물자를 우선 구매하도록 함으로써 해외 기업들의 미국 방산시장 진입을 어렵게 만들고 있다.

위와 같은 규정들의 적용을 회피하는 방법으로 세계 각 국들은 미국과 상호국방조달협정(Reciprocal Defense Procurement Memoranda of Understanding, RDP MOU)²⁾을 체결하기에 이르렀다. 상호국방조달협정이

1) 안영수·김미정, 「KIET 방산수출 10대 국가」, 산업연구원 정책자료 2017-311, 2018, 96~125면.

2) 본래 MOU(양해각서)는 조약과는 달리 강제구속력이 없으므로, 엄밀한 의미에서 MOU를 조약의 명칭 중 하나인 ‘협정(Agreement)’으로 부르는 것은 적절하지 않을 수 있다. 그러나 RDP MOU는 이미 여러 문헌들에서 ‘상호국방조달협정’으로 번역되어

란 국방조달 시 무역장벽을 제거하도록 하는 양해각서이다. 상호국방조달협정이 체결되면 미 국방부에게는 체결국의 제품과 미국산 제품 사이에 차별을 제거할 의무가 발생하므로, 상호국방조달협정은 BAA의 적용을 받지 않는 예외사유가 된다.

한국은 아직 미국과 상호국방조달협정을 체결하지 않았으나, 일부 방산 기업들로부터 그 필요성이 제기되고 있으며 상호국방조달협정의 체결 효과에 관해서도 논쟁이 일고 있다. 실제로 1998년 한-미 국방차관 회의 시에 상호국방조달협정의 체결 여부에 관한 의제가 제기되어 2007년에는 그 체결의 타당성 및 체결 효과에 관한 연구용역이 이루어졌으며,³⁾ 같은 해 한-미 방위산업협의회(Defense Industry Consultative Committee, DICC) 회의에서 공동의제로 토의되기도 하였다.

상호방위조달협정에 관한 기존의 연구들⁴⁾은 주로 상호국방조달협정의 필요 여부를 판단하기 위해 체결의 타당성 및 체결 효과를 분석하는 방향으로 이루어져 왔다. 정작 상호국방조달협정이 BAA, 행정명령 제10582조, 연방조달규정, 국방조달규정 중 어떤 규정에 의해 어떤 조건으로 예외를 적용받는지에 대한 구체적 분석은 아직까지 이루어지지 않았다. 미국과의 상호국방조달협정 체결을 논하기 위해서는 먼저 미국법에 관한 이해가 선행되어야 할 것이다. 즉, 상호국방조달협정이 BAA의 어떤 조항 및 조건 하에 예외가 되는 것인지에 관한 법체계적 분석이 필요하다. 이에 본 논문은 상호국방조달협정 체결의 당위성 여부에 대해서는 정책 판단의 몫으로 남겨두고, 오로지 관련 법률 및 규정의 분석에 집중해보고자 한다.

널리 통용되고 있으며, 일부 체결 국가들(호주, 핀란드 등)은 MOU 대신 Agreement라는 용어를 사용하고 있다. 이러한 점들을 고려하여 본 논문 역시 RDP MOU를 ‘상호국방조달협정’로 번역하였다.

- 3) 유구열, “한미 상호군수조달협정 체결 타당성 분석 및 대응전략 수립”, 국방대학교 안보연구소, 2007, 6~7면.
- 4) 유구열, 전제논문; 홍영식·김만기(세종대학교), “한국기업의 미국 국방공급망 진출 확대 전략 연구: 한·미 방산조달 협정(상호국방조달양해각서)을 중심으로”, 방위산업진흥회 연구용역보고서, 2017; 홍영식·김만기·손영환, “한·미 국방조달협정(Riciprocal Defense Procurement MOU) 체결의 예상 영향 연구”, 아태연구 제25권 제4호, 2018; 안보경영연구원, “한·미 상호 국방조달협정의 방위산업 영향성 분석”, 방위사업청 연구용역보고서, 2020 등.

본 논문에서는 먼저 한국의 대미 수출을 가로막고 있는 미국의 국산 우선 정책, 그 중에서도 BAA의 구조를 하위법령인 행정명령, 연방조달규정, 국방조달규정을 통해 분석해보고, 또 다른 자국산구매우선법 중 하나인 Berry Amendment와의 비교를 통해 내용상의 차이점을 알아볼 것이다(Ⅱ.1). 또한 BAA의 적용을 받는 ‘미국산 제품’이 무엇인지 여부, 미국산 제품이 외국산 제품과 어떤 측면에서 다르게 취급받는지 여부를 구체적으로 살펴보고(Ⅱ.2.), BAA의 적용 예외사유(Ⅱ.3) 및 적용 면제사유(Ⅱ.4)에 대해 분석해보고자 한다. 다음으로, 상호국방조달협정의 연혁과 성격, 주요내용 등을 통하여 협정을 개괄한 뒤 상호국방조달이 어떻게 BAA의 예외가 되는지에 대하여 상술해보고자 한다(Ⅲ).

Ⅱ. Buy American Act

1. 법체계 및 주요 규정

가. Buy American Act

BAA는 후버(Herbert C. Hoover) 대통령과 루즈벨트(Franklin D. Roosevelt) 대통령의 정권 교체 시기이던 1933년 3월 3일, 대공황에 대응하여 국내 고용·국내 생산 및 국내 제품 사용을 장려하기 위하여 제정되었다. 동법은 1931년 영국에서 시작된 영국산 구매 운동(Buy British)의 자극을 받아 고안된 것으로, 정부조달계약 시 외국인·외국법인보다는 미국인·미국법인과 계약을 체결하도록 하기 위해 만들어졌다. 1929년 시작된 대공황의 여파에서 미국인들의 고용과 산업을 안정시키고자 한 것이다. 특히 당시에는 뉴딜정책의 일환으로 후버 댐(Hoover Dam)이 건설 중이었던바, 독일 등 외국 업체들이 댐 건설을 위한 각종 조달계약에 관심을 보이자 이를 방지하고자 서둘러 동법이 제정되었으며 결국 입찰 마감일인 1933년 3월 10일까지 외국 업체들 모두가 입찰에 응하지 않았다.⁵⁾

동 법은 다음과 같은 내용으로 이루어져 있다.

41 US Code 8302. (a)(1) Allowable Materials. Only unmanufactured articles, materials, and supplies that have been mined or produced in the United States, and only manufactured articles, materials, and supplies that have been manufactured in the United States substantially all from articles, materials, or supplies mined, produced, or manufactured in the United States shall be acquired for public use unless the head of the department or independent establishment concerned determines their acquisition to be inconsistent with the public interest or their cost to be unreasonable.⁶⁾

즉, BAA에 의하면 정부조달에 있어 획득되는 모든 원자재는 미국에서 채굴 또는 생산된 것이어야 하며, 모든 가공물은 미국에서 채굴되거나 생산된 원자재가 상당부분 이상을 구성하고 있는 것으로 미국에서 제조된 것이어야 한다.

동법은 표면적으로는 연방정부에게 외국산 제품을 구매하는 것 자체를 금지하는 것처럼 보이나, 실제로는 행정명령, 연방조달규정, 국방조달규정과 같은 하위 법령들을 통해 계약 단계에서 미국산 제품에 가격우위를 부여하는 방법으로 이행되고 있다. 즉, 계약담당공무원은 외국산이라는 이유만으로 무조건 가장 낮은 가격을 제시한 제안서(offer)를 거절할 수 없으며, 하위 법령에 정해진 절차에 의해 가격 평가를 한 뒤 최종 낙찰 여부를 결정해야 한다. BAA가 실제 어떤 방식으로 작용되고 있는지는 하위 법령들의 구체적 내용 분석을 통해 이후에 살펴보도록 하겠다.

5) Paul H. Gantt·William H. Speck, “Domestic v. Foreign Trade Problems in Federal Government Contracting: Buy American Act and Executive Order”, 7 J. Pub. L. 378(1958).

6) 41 US Code 8302. (a)(1) 행정부의 장 또는 관계기관장이 해당 물건의 획득이 공공의 이익과 일치하지 않는다고거나 해당 물건의 비용이 비합리적이라고 결정하지 않는 한, 오로지 미국에서 채굴되거나 생산된 원자재 및 오로지 미국에서 채굴되거나 생산된 원자재로 상당부분 이상 구성되어 미국에서 제조된 가공품만이 공적 사용을 위해 획득될 수 있다.

나. 행정명령(E.O.) 제10582호, 연방조달규정(FAR), 국방조달규정(DFARS)

BAA는 “행정부의 장 또는 관계기관장이 해당 물건의 획득이 공공의 이익과 일치하지 않는다거나 해당 물건의 비용이 비합리적이라고 결정하지 않는 한 미국산 제품을 구입해야 한다.”고 하여, 행정부의 장에게 법의 적용범위를 결정하도록 위임하고 있다. 이에 아이젠하워(Dwight D. Eisenhower) 대통령은 1954년 12월 17일 행정명령 제10582호를 발령하여 BAA의 주요 용어들을 규명하고, 구체적·통일적인 적용 절차 및 적용 범위를 제시하였다. 미국 대통령의 행정명령 발령 권한은 미국헌법에 명시적으로 규정되어 있는 것은 아니나, 법 집행을 위한 수단으로 관행적으로 인정되어 왔다. 이러한 행정명령에는 의회의 수권 범위 내에서 발하는 입법적 행정명령뿐만 아니라 법률 이외의 사안으로 발하는 비입법적 행정명령까지 포함되며,⁷⁾ 행정명령 제10582호는 BAA에서 위임받은 사항에 관하여 발령하는 입법적 행정명령으로 볼 수 있다.

연방조달규정은 BAA와 행정명령 제10582호를 보다 구체화하는 하위 규정이다. 동 규정은 각 정부기관의 물품·서비스·건설 등의 구매에 적용되며, 정부구매 담당자들이 BAA를 준수할 수 있도록 하는 일관적·통일적 기준을 마련하고 있는 매뉴얼이다. 한편 연방조달규정은 모든 정부조달에 적용되는 규정이므로 각 정부기관의 특성에 따라서는 특정 제한을 강화하거나 절차를 더욱 세부화 하는 것이 필요할 수 있다. 이를 위해 각 기관들은 보충규정(Supplement)을 발행하여 연방조달규정의 내용을 보충할 수 있도록 하고 있으며, 국방조달규정은 국방부에서 발행한 연방조달규정의 보충규정에 해당한다. 즉, 국방조달규정은 군수물자 또는 군수설비의 조달 시에 적용하여야 할 절차에 관한 규정으로 국방조달의 특수성을 반영하기 위하여 마련된 보충규정이다.

행정명령 제10582호의 주된 내용들은 연방조달규정에 반영됨으로써 지

7) 미국의 행정명령에 관한 보다 상세한 내용은 양정윤, “미국 대통령의 행정명령에 대한 소고”, 고려법학 제84호, 2017, 111~145면 참조.

속적인 효력을 유지하고 있다. 그러나 트럼프 대통령은 2019년 7월 15일 행정명령 제13881호를 발령하여 BAA를 보다 강화하여 ①외국산 제품에 가격 가산비율을 높이고 ②철강에 대해서는 국산 구성품의 비율을 높이는 등을 골자로 연방조달규정을 개정할 것을 연방조달규정 위원회에 권고하였으나 아직 규정에 반영되지는 않고 있다.⁸⁾

다. Berry Amendment

Berry Amendment는 미국 군대로 하여금 미국에서 생산된 군복을 입고 미국에서 생산된 음식을 먹도록 하는 규정으로 「1941년 국방지출승인법의 5번째 보충규정(FY 1941 Fifth Supplemental National Defense Appropriations Act, P.L.77-29)」의 일부로써 처음 명문화되었다. 당시 2차 세계대전 중이던 미국은 자국의 방위산업을 유지하고 미국 군대가 외국 공급에 의존하지 않도록 하고자 하였다.⁹⁾ 그러나 1933년 BAA의 제정에도 불구하고 일부 연방 기관들은 아르헨티나로부터 육류를 조달하고, 약 50%에 달하는 양모를 외국산으로 조달하는 등으로 정부의 우려를 불러일으켰고 결국 ‘국방조달 시 미국산 농산물을 구매하여야 한다.’는 내용이 포함된 국방지출승인법의 보충규정이 1941년 4월 5일 제정됨으로써 Berry Amendment가 명문화되었다.¹⁰⁾

본래 국방지출승인법은 당해 연도에만 효력이 있는 것이 원칙인바, Berry Amendment는 1941년 이후에도 몇 번의 국방 예산 관련법을 통해 효력이 지속되어 오다가¹¹⁾ 2001년 12월 13일 「2002년 국방수권법(National

8) Executive Order on Maximizing Use of American-Made Goods, Products, and Materials (July 15, 2019) <<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-maximizing-use-american-made-goods-products-materials/>> (이하 모든 링크는 2020년 8월 10일 접속하여 확인하였다).

9) Valerie Bailey Grasso, “The Berry Amendment: Requiring Defense Procurement to Come from Domestic Sources,” *Congressional Research Service* 7-5700, 11 (2014).

10) Valerie Bailey Grasso, *supra* note 9, 13.

11) Department of Defense Appropriations Act 1993(P.L. 102-396) 제9005조; Department of Defense Appropriations Act 1994 (P.L. 103-139) 제8005조 등

Defense Authorization Act for Fiscal Year 2002, P.L. 103-139)」 제832조에 의해 영구적인 연방법으로 자리매김하였다.¹²⁾

현재 Berry Amendment의 내용은 연방법 제10장 제2533a조에 명문으로 규정되어, 미 국방부로 하여금 식료품·군복·섬유·특정 금속·수공구 등에 대하여 미국 내에서 생산되거나 재배되지 않은 것을 조달하지 못하도록 하고 있다.¹³⁾

Berry Amendment는 미국산 우선 정책의 하나로써 미국의 방위산업 시장을 보호하려는 목적을 갖고 있다는 점에서 BAA와 동일하나, 다음과 같은 점에서 BAA와 차이가 있다. 첫째로, Berry Amendment는 국방부의 조달에만 적용되는 반면, BAA는 모든 연방정부의 조달에 적용된다. 둘째로, Berry Amendment는 농산물·의복 등 특정 물품에만 적용되는 반면, BAA는 모든 조달품에 적용된다. 셋째로, Berry Amendment는 조달이 해외에서 이루어지더라도 적용되는 반면, BAA는 미국 내에서 이루어지는 조달일 경우에만 적용된다. 넷째로, Berry Amendment에서는 100% 미국산일 것을 요하나, BAA는 “상당부분 이상” 미국산이면 된다. 이 때 ‘상당부분 이상 미국산인 경우’는 BAA의 하위법령들에 의해 ‘미국산 구성품이 총 비용의 50%를 초과하는 경우’로 구체화되어 있다. 상세한 내용은 2.가.에서 후술하겠다. 마지막으로, 상호국방조달협정은 BAA에 대해서는 예외사유가 되나 Berry Amendment에서는 예외사유가 되지 않는다. 해당 내용을 표로 요약하면 아래와 같다.

12) Michaela D. Platzer, “Buying America: Protecting U.S. Manufacturing Through the Berry and Kissel Amendments,” *Congressional Research Service* 7-5700, 1 (2017).

13) 10 U.S.Code 2533a.

〈표 1〉 BAA와 Berry Amendment의 차이점

	BAA	Berry Amendment
적용대상	모든 연방기관	국방부
적용물품	모든 조달품	식료품, 의복, 섬유, 수공구 등 일부 품목
지리적 제한	미국 내의 조달	미국 밖의 조달에도 적용됨
국산 함량 정도	미국산 구성품이 총 비용의 50%를 초과해야 함	100% 미국산이어야 함
RDP MOU	예외에 해당함	예외에 해당하지 않음

따라서 이후 살펴볼 BAA의 예외 및 상호국방조달협정에 관한 내용들은 대미 수출 품목이 Berry Amendment에 규정되어 있는 식료품·의복 등이 아닌 경우임을 전제로 한다.

2. 미국산 제품의 우대

가. “미국산 제품”의 의미

BAA 적용에 있어 우선적으로 해결되어야 할 쟁점은 ‘미국산 제품’이 무엇을 의미하는지 여부이다. BAA는 “미국에서 채굴되거나 생산된 원자재로 상당부분 이상 구성되어 미국에서 제조된 가공품”을 미국산 제품으로 본다’고 명시하고 있다.¹⁴⁾

BAA는 비록 미국인들의 고용을 안정시키기 위해 입법되었으나, 정작 “미국에서” 생산되고 제조되었다는 장소적인 제한밖에 두고 있지 않다. 따라서 생산자 또는 제조자의 미국 국적 보유 여부, 생산 또는 제조법인 소유주의 미국 국적 보유 여부 및 미국 소재 여부는 미국산 제품인지를 판단하는데 있어 아무런 관련이 없다.¹⁵⁾

14) 반대로 외국산 제품(foreign end product)에 대해서는 ‘미국산 제품이 아닌 모든 것’으로 포괄적으로 정의하고 있다. 48 C.F.R. §25.003 참조.

15) John W. Chierichella, “The Buy American Act and the Use of Foreign Sources in Federal Procurements-An Issues Analysis”, Public Contract Law Journal Vol.

미국에서 채굴하거나 생산된 원자재로 “상당부분 이상” 구성되어 있다는 것이 무엇을 의미하는지는 하위법령에서 구체화될 필요가 있다. 1954년 이전에는 상당부분에 대한 명확한 기준은 없었으나, 일반적으로 25% 기준이 널리 통용되었다.¹⁶⁾ 즉, 외국산 구성품의 가격이 전체 비용의 25% 이하일 경우에는 해당 제품을 미국산으로 보았다. 그러나 25% 기준에 대해 명확한 근거가 없어 계약담당공무원에 의해 자의적으로 판단될 수 있다는 비판과 함께 자유로운 국제무역을 침해한다는 외국 경쟁사들의 비판이 일자,¹⁷⁾ 아이젠하워 대통령은 1954년 행정명령 제10582호를 통해 명확한 기준을 마련하였다. 동 행정명령 제2조(a)에서는 오히려 기존의 25% 기준을 높여 “외국산 구성품이 가격의 50%를 초과하여 차지하는 물품은 외국산인 것으로 본다.”고 하여 50% 기준을 정립하기에 이른다. 이에 따라 “상당부분 이상”에 관한 통일된 기준이 마련되었으며, “상당부분 이상”이란 비용의 50%를 초과한 경우를 의미하는 것으로 정의하게 되었다. 50% 기준은 연방조달규정에도 반영되어 있다. 연방조달규정 25.101에서는 “미국산 제품(domestic end product)이란 ①제품이 미국 내에서 생산되고 ②비용을 기준으로 미국에서 생산된 구성품(component)이 50%를 초과한 제품”이라고 정의하고 있으며, 이러한 두 가지 기준을 “two-part test”라 명칭하고 있다.¹⁸⁾ 예를 들어 미국에서 제조된 A라는 제품이 a, b라는 부품으로 구성되어 있으며 a는 미국산이고 b는 외국산이라고 가정해보자. 만일 A가 4만 달러, a가 3만 달러, b가 1만 달러라고 하면 연방조달규정에 의할 때 미국산 구성품인 a의 가격이 A 가격의 50%인 2만 달러를 넘으므로 A는 미국산 제품인 것으로 볼 수 있다. 반대로 A가 4만 달러, a가 1만 달러, b가 3만 달러라고 한다면 A를 외국산 제품인 것으로 보게 될 것이다.

9, No. 2, 78 (1977).

16) Armed Services Procurement Regulation(ASPR) §6-103.2(1954) 참조. ASPR은 이후 Defense Acquisition Regulation(DAR)(1978)로 변경되었다가, DAR이 연방조달규정으로 개정되면서 폐지되었다.

17) Laurence A. Kanpp, “The Buy American Act: A Review and Assessment”, 61 Colum. L. Rev., 430, 432-439 (1961).

18) 48 C.F.R. 25.101(a)

또한, 위 연방조달규정에 의하면 ‘제품(end product)’은 반드시 미국에서 생산 또는 제조된 것이어야 하나, ‘구성품(component)’은 외국에서 생산 또는 제조되었어도 총 비용의 최소 50%를 넘지 않을 경우에는 미국산으로 볼 수 있게 된다. 따라서 제품과 구성품의 구별은 BAA의 적용에 있어 매우 중요한 쟁점이 된다. 연방조달규정 25.003에 의하면 “구성품(component)”이란 “제품에 직접 통합된 물품, 재료, 공급품¹⁹⁾”을 의미하나, 이는 매우 추상적인 개념이므로 어떤 물건이 제품에 해당하는지 구성품에 해당하는지에 대해 판단하기란 쉽지 않다. 예를 들어 어떤 기관에서 A라는 모터의 교체를 위해 A에 대해 입찰공고를 낸 경우에는 A를 ‘제품’으로 볼 수 있다. 그러나 그 기관에서 A 모터를 사용하는 배수펌프의 입찰공고를 낸 경우에는 A는 배수펌프라는 제품의 ‘구성품’으로 보아야 한다.²⁰⁾

한 사건에서는 미 회계감사원(Government Accountability Office, GAO)과 연방지방방법원에서 동일한 물건에 대해 서로 다른 결론을 내리기가 하였다. 이 사건은 미 해안경비대(coast guard)의 Short Range Recovery(SRR) 헬리콥터 입찰에 참가하였다가 낙찰 받지 못한 후순위 업체인 Bell Helicopter Division of Textron, Inc.(이하 ‘Bell’이라 한다)이 미 해안경비대와 낙찰자인 Aerospatiale Helicopter Corporation(이하 ‘AHC’라 한다)을 상대로 하여 낙찰결정에 관한 이의제기를 함으로써 시작되었다. 원고 Bell은 이 사건의 제품은 ‘SRR 헬리콥터’이며 해당 헬리콥터가 프랑스에서 제조·조립되었으므로 외국산 제품으로 보아야 한다고 주장하였다. 반면 피고 미 해안경비대와 AHC는 이 사건의 제품은 ‘SRR 헬리콥터 시스템’으로서, 여기에는 항공기(air vehicle), 시스템 테스트와 평가, 엔지니어링, 관리, 데이터, 정보관리가 포함된다고 주장하였다. 회계감사원은 Bell의 주장에 따라 SRR 헬리콥터 시스템은 제품이 아니며, 항공기 자체를 제품으로 보아야 하고 항공기를 구성하는 기체(air frame)는 구성품으로 보아야 한다

19) 48 C.F.R. §25.003 “Components means an article, material, or supply incorporated directly into an end product or construction material.”

20) David Roy Francis, “Domestic Preference Policies in Federal Procurement”, Master’s Thesis, George Washington University, 23 (1990).

고 판단하였다.²¹⁾ 그러나 연방지방법원에서는 미 해안경비대와 AHC의 주장에 따라 SRR 헬리콥터 시스템 자체가 제품이며 항공기는 이를 구성하는 구성품으로 보아야 한다고 판단하였다.²²⁾

이처럼 제품과 구성품의 구별은 구체적 사건에서 쟁점이 되고 있으나 양자의 구별에 관한 명확한 지침이 존재하지 않는다. 다만 미 회계감사원 등의 분쟁해결기관에서는 ‘조달의 목적’을 양자의 주요한 구분 기준으로 삼고 있다.²³⁾

한편, 구성품은 경우에 따라 외국에서 생산 또는 제조되었더라도 국내 산으로 간주될 수도 있다. 즉, 정부기관이 만족스러운 품질로 충분하고 합리적으로 이용할 수 있을 정도의 상업적 양으로 채굴, 생산 또는 제조되지 않는다고 판단될 경우에는 해당 외국 원산의 구성품은 미국산으로 간주된다.²⁴⁾

나. 미국산 제품에 대한 가격 우위 부여

행정명령 제10582호 제2조(c)는 BAA의 적용방법으로써 외국산 제품에 가격차등을 두도록 하고 있다. 즉, 계약담당공무원으로 하여금 외국산 제품에 대해서는 일정비율을 가산하여 가격을 평가하도록 함으로써 미국산 제품에 가격우위가 부여되도록 하고 있다. 동 조에 의하면 외국산 제품에 대해 일반 정부기관 조달 시에는 입찰 가격의 6%, 총 입찰가가 25,000달러 이하인 경우에는 입찰 가격의 12%가 가산된다. 규모에 따라 가산비율을 달리 한 것은 중소기업 또는 소규모 업체에 대한 보호를 강화하기 위함이다.

연방조달규정 25.105(b)는 행정명령 제10582호 제2조(c)를 한층 더 구체화한다. 이에 의하면 만일 미국산 제품의 입찰가가 가장 낮은 금액이 아닐 경우, 계약담당공무원은 ①일반적인 경우에는 외국산 제품에 대하여 6%의 입찰가를 가산하여야 하며 ②가장 낮은 미국산 제품 입찰가가 중소기업으

21) Bell Helicopter Textron, B-192586 (Dec.21, 1979).

22) Textron Inc., Bell Helicopter Textron Div. v. Adams, 493 F.Supp.824 (D.D.C.1980).

23) Kate M. Manuel, “The Buy American Act—Preferences for “Domestic” Supplies: In Brief”, *Congressional Research Service* 7-5700, 3 (2016).

24) 48 C.F.R. §25.003.

로부터 나온 것이라면 외국산 제품에 대해 입찰가의 12%를 가산하여야 한다. 이에 대해 국방조달규정은 225.105(b)에 특칙을 마련하여 국방조달을 위한 가격평가 시에는 대기업, 중소기업을 불문하고 외국산 제품에 대해 입찰가의 50%를 가산하도록 규정하고 있다.

예를 들어 국방부 외의 기관에 의한 정부조달인 경우, 외국산 제품의 입찰가가 50만 달러이고 대기업에서 생산한 미국산 제품의 입찰가가 55만 달러라면 외국산 제품이 낙찰될 것이다. 외국산 제품에 입찰가의 6%를 가산하더라도 53만 달러로 미국산 제품 입찰가에 비해 낮기 때문이다. 만일 위 상황에 더하여 중소기업에서 생산한 미국산 제품 입찰가 54만 달러가 존재하였다고 가정하면, 해당 미국산 제품이 낙찰될 것이다. 외국산 제품은 입찰가의 12%를 가산하여 56만 달러로 평가받게 될 것이므로, 54만 달러의 미국산 중소기업의 제품이 가장 낮은 입찰가로 평가되기 때문이다.

만일 위 상황이 국방조달인 경우라면 미국산 제품이 대기업의 것이든 중소기업의 것이든 불문하고 외국산 제품은 입찰가의 50%를 가산 받게 된다. 따라서 외국산 제품은 75만 달러로 평가받게 되며, 이 경우에는 최저가를 제시한 미국산 제품이 낙찰될 것이다.

3. 적용의 예외

비록 자국의 산업을 보호하기 위해서일지라도, 경우에 따라서는 외국산 제품 조달이 필요한 경우도 있다. 때문에 BAA에서는 아래와 같은 몇 가지 예외를 두어 BAA의 적용을 면제시켜주고 있다. 즉 BAA의 예외사유에 해당되는 경우에는 외국산 제품에 대해서도 입찰가를 가산하지 않고 자국산 제품과 동등하게 경쟁할 수 있도록 하고 있다.

첫 번째로, 최소 규모 이하의 조달에는 BAA가 적용되지 않는다. BAA 및 연방조달규정은 규정의 적용 범위를 “소액거래금액 이상일 경우(the supply contract exceeds the micro-purchase threshold)”로 제한하고 있다.²⁵⁾ 따라서 일정 규모 금액 이상일 경우에만 BAA가 적용되며, 여기서의 최소 규모는 FAR에 의하면 물자의 경우 3,500달러, 건설의 경우 2,000달러,

서비스의 경우 2,500달러이다.²⁶⁾ 다만 「2018년 국방수권법(National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2018, P.L. 115-91)」은 최소규모 물자의 금액을 일반조달은 10,000달러, 국방조달은 5,000달러로 상향하였으며, 국방부는 국방조달규정 202.101에 이를 반영하여 BAA가 5,000달러 이하의 조달에는 적용되지 않음을 명시하고 있다.

두 번째로, BAA는 미국 밖에서 이루어지는 조달에는 적용되지 않는다.²⁷⁾ 여기서 미국이란 50개주(State)와 워싱턴 D.C., 그리고 미국령인 푸에르토리코 등의 외부지역(outlying areas)²⁸⁾을 말한다. 예를 들어 주한미군 기지에서 필요한 물품을 조달할 경우, 이는 국방조달에 해당하나 미국 밖에서의 조달이므로 BAA가 적용되지 않는다.

세 번째로, 미국산 제품을 우대하는 것이 공공의 이익과 일치하지 않을 때에는 BAA가 적용되지 않는다.²⁹⁾ BAA는 “해당 물건의 획득이 공공의 이익과 일치하지 않는다는 결정이 없는 한” 적용된다고 명시하고 있는바, 연방조달규정 25.103(a)는 이를 구체화하여 공공의 이익을 BAA 적용 예외 사유 중 하나로 규정하고 있다. 동 조에서는 행정기관의 장이 국내산 제품을 우대하는 것이 공공의 이익과 합치되지 않는다는 결정을 내릴 수 있다고 명시하고 있다. 이때의 결정은 기관장의 재량행위이므로, 이에 대해서는 사법적 판단이 엄격히 이루어지지 않는다.³⁰⁾ 또한 동 조에서는 ‘해당 예외사유가 연방정부기관이 외국 정부와 BAA에 전반적인 예외(blanket exception)를 두기로 하는 협정을 맺었을 때 적용된다.’고 규정하고 있다. 이와 관련하여 국방조달규정은 225.872.1(a)에 ‘국방부는 유자격국가(qualifying country)와 체결한 양해각서(MOU) 또는 국제 협정이 있는 경우에는 BAA를 적용하

25) 41 U.S.C. §8302(a)(2)(C); 48 C.F.R. §25.100.

26) 48 C.F.R. §2.101.

27) 41 U.S.C. §8302(a)(2)(A); 48 C.F.R. §25.001.(a)(1).

28) ourlying area는 푸에르토 리코, 북마리아나제도, 미국령 사모아, 괌, 버진아일랜드를 포함하고 있다. Federal Register Vol. 66, No.145 (2001).

29) 41 U.S.C. §8302(a)(1).

30) Lear Siegler, Inc., B-218188 (April. 8, 1985), Military Indus., B-211761 (Nov.21, 1983).

는 것이 공공의 이익과 일치하지 않는 것으로 본다.’는 특칙을 마련하였다. 이때의 유자격국가와 체결한 양해각서가 바로 상호국방조달협정이다. 관련된 구체적 내용에 대해서는 제3장 상호국방조달협정 부분에서 살펴보도록 하겠다.

네 번째로, 미국산 제품의 양이나 질이 충분하지 않아 조달이 불가능한 경우에는 BAA가 적용되지 않는다.³¹⁾ 연방조달규정 25.104에서는 조달 불가 결정이 내려진 품목을 열거하고 있는데, 이 같은 결정은 반드시 해당 품목에 대한 국내 공급원이 없다는 것을 의미하는 것은 아니라 국내 공급원이 수요의 50% 이하만을 충족시킬 수 있다는 것을 의미한다.³²⁾ 해당 품목 이외에도 계약담당부서의 장은 해당 제품이 만족스러운 품질과 충분하고 합리적으로 이용할 수 있는 양으로 미국에서 채굴, 생산 또는 제조되지 않는다고 결정할 수 있으며,³³⁾ 이 경우 미국산 제품을 우선시하지 않고 외국산 제품과 동등한 경쟁을 하도록 할 수 있다.

다섯 번째로, 미국산 제품의 가격이 합리적이지 않은 경우이다.³⁴⁾ 계약담당자는 미국산 제품의 가격이 합리적이지 않다고 결정할 수 있는데, 이는 앞서 살펴본 연방조달규정 25.105(b)의 가격 비교법을 통해 시행된다. 즉, 미국산 제품의 가격이 최저가가 아닐 때에는 최저가인 외국산 제품의 가격에 각 상황에 따라 6%, 12% 또는 국방조달의 경우 50%를 가산한 뒤 양 가격을 비교하며, 가격을 가산하여 비교한 후에도 미국산 제품의 가격이 더 비쌀 경우에는 그 가격이 합리적이지 않다고 보아 외국산 제품을 구매할 수 있도록 하는 것이다.

여섯 번째로, commissary 재판매를 위해 외국산 제품을 구입하는 경우이다.³⁵⁾ Commissary란 부대 안에서 음식이나 기본적인 가재도구를 판매하는 상점을 말한다.³⁶⁾ 해당 예외는 BAA의 규정 중 국내산 제품을 “공적 사용

31) 41 U.S.C. §8302(a)(2)(B).

32) 48 C.F.R. §25.103(b)(1).

33) 48 C.F.R. §25.103(b)(2).

34) 41 U.S.C. §8302(a)(1).

35) 48 C.F.R. §25.103(d).

36) Commissary의 의미 및 운영에 관한 기본적인 사항은 국방부 지침(DoD Instruction)

(public use)”을 위해 획득할 때에 BAA가 적용되도록 하고 있는 것과 상응된다. Commissary 재판매는 commissary에서 물건을 구입한 뒤 제3자에게 상업적으로 재판매하기 위함이므로 공적인 사용과는 거리가 멀기 때문이다.³⁷⁾

일곱 번째로, 2004 회계연도 또는 그 이후의 회계연도의 기금을 이용하여 상업 품목(commercial item)인 정보 기술(information technology)을 취득할 때에는 BAA의 적용이 면제된다.³⁸⁾ 이 때 “정보 기술”이란 “기관의 데이터나 정보의 자동 획득, 저장, 분석, 평가, 조작, 관리, 이동, 제어, 표시, 전환, 교환, 전송 또는 수신에 사용되는 장비 또는 장비의 상호 연결된 시스템 또는 하위 시스템”을 의미하며, “상업 품목”이란 “부동산 이외의 것으로, 일반 대중 또는 비정부 기관이 정부 목적 이외의 목적으로 관습적으로 사용하고, (i)일반 대중에게 판매, 임대 또는 면허를 제공하거나, (ii)일반 대중에게 판매, 임대 또는 면허가 제공된 품목 등”을 의미한다.³⁹⁾

4. 적용의 면제

면제는 BAA의 예외사유는 아니나 국가 간 협정을 통해 BAA의 적용을 받지 않도록 하는 경우를 말한다. 대표적으로 1979년의 「무역협정법」(Trade Agreement Act, 이하 ‘TAA’라 한다)은 그 자체로 특정 외국산 제품이 미국산 제품과 동일하게 취급될 수 있도록 함으로써 BAA의 적용에서 면제되도록 한다.⁴⁰⁾ TAA에 의하면 미국과 국제 무역 협정을 체결한 국가나, 최빈개발도상국(a least developed country) 등 특정 기준에 부합하는 국가의 적격 제품(eligible products)에 대해서는 대통령이 미국 법령 및 기타 차별 규정을 포기할 권한을 갖는다.⁴¹⁾ 대통령은 이 면제 권한을 미 통상대

1330.17, June 18, 2014, “DoD Commissary Program”에서 확인할 수 있다.

37) Kate M. Manuel, *supra* note 23, p.8.

38) 48 C.F.R. §25.103(e).

39) 48 C.F.R. §2.101.

40) Kate M. Manuel, *supra* note 23, p.9.

41) 48 C.F.R. §25.402(a)(1).

표부에 위임하였고, 미 통상대표부는 ①WTO 정부조달협정(World Trade Organization Government Procurement Agreements, 이하 ‘WTO GPA’라 한다) 및 ②자유무역협정(Free Trade Agreement, 이하 ‘FTA’라 한다) 가입국의 적격 제품에 대해 BAA 적용을 포기하였다. 여기서의 “적격 제품”이란 일반 조달의 경우 ‘WTO GPA Appendix 1 Annex 1 미국편’의 기관에 조달하는 제품이며, 국방조달의 경우 국방조달규정 225.401-70에 별도로 나열하고 있다.

또한 TAA가 적용되기 위해서는 최소양허금액(dollar thresholds) 이상을 구매하는 경우여야 하는바 현재 WTO GPA의 물자, 서비스에 대한 최소양허금액은 182,000달러로, 한국과의 FTA에 따른 물자, 서비스에 대한 최소양허금액은 100,000달러로 정해져 있다.⁴²⁾ 따라서 최소양허금액 이상인 적격 제품의 조달은 미국산 제품의 조달과 동등한 고려를 받게 된다. 결과적으로, 한국은 ①WTO GPA 또는 ②FTA를 통해 TAA에 의한 BAA의 적용 면제를 주장할 수 있다.

양 협정을 보다 구체적으로 살펴보면, 먼저 WTO GPA는 정부조달시장의 상호개방을 약속하는 무역 협정에 해당한다. 본래 정부조달분야는 시장경제원리와 자유무역이 이루어지는 영역이라기보다는 자국의 정치·경제적 이익 관철을 위한 수단으로 인식해왔기 때문에 보호주의적 성격이 강하였다.⁴³⁾ 그러다 점차 각국에서 차지하는 정부조달 규모가 증가하자 세계무역을 자유화하고 확대하자는 움직임이 확대되었고, 1994년 WTO 설립협정에 부속된 복수국가 간 무역 협정 중 하나로 WTO GPA가 성립되었다. 즉 WTO GPA는 GATT 비차별 원칙에 대한 예외적인 분야로서 세계 무역의 자유화 및 확대를 위해 그간 무역 자유화가 이루어지지 않았던 정부조달 분야에 비차별 원칙을 도입한 협정이다.⁴⁴⁾ 1994년 당시 회원국은 한국, 미국, 일본 등 22개국이었으나, 점차 가입국이 늘어 현재는 47개국이 가입하고 있

42) 48 C.F.R. §25.402(b).

43) 김대식, “GATT/WTO 정부조달협정(GPA) 관련 분쟁사례의 분석 및 평가”, 「서울법학」 제16권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2009, 85면.

44) 안보경영연구원, 전계 연구용역보고서, 50면.

다. WTO GPA는 가입국들의 정부조달에 있어 내국민의 대우, 다른 당사국의 대우와 비교하여 불리하지 않은 대우를 하도록 하고 있으며, 무차별원칙을 적용할 의무를 부여하고, 일반·지명경쟁입찰 절차의 사용을 원칙으로 하여 국제공개경쟁입찰만을 허용하도록 하고 있다.⁴⁵⁾

다만 문제는 WTO GPA는 주요 무기체계 등의 국방조달에는 거의 적용되지 않는다는 점이다. 이는 WTO GPA에 ‘당사국이 국가 안보를 지키기 위해 필요한 여하한 조치를 취하는 것을 방해하지 않는다.’는 예외를 두었으며 대부분의 국방물자 조달이 이 예외에 포섭되기 때문이다. 또한 각국 부속서 부록에서도 국방물자들을 적용 제외로 직접적으로 명시하고 있다. 예를 들어 WTO GPA Appendix 1 Annex 1 미국편에서는 미 국방부를 해당 기관으로 명시하면서도 군급번호(Federal Supply Code)에 분류되어 있는 품목의 조달은 포함하지 않도록 제한하고 있어,⁴⁶⁾ 각종 무기, 미사일, 배, 엔진 등의 방산물자들은 적용에서 제외시키도록 하고 있다.

한편 한-미 FTA는 무역 및 투자에 대한 장벽의 축소 또는 철폐를 위하여 2007년 체결되어 2012년 3월 15일 발효된 양국 간의 자유무역협정이다. 정부조달과 관련해서는 제17장에서 다루어지고 있는데, 부속서 17-가 역시 국방조달 중 일정 군급번호로 분류된 품목들을 적용에서 제외하고 있다.

45) 2016년 1월 발효된 WTO 개정 GPA 제4조.

46) 다만 Notes 4.d.에 나열된 품목들에 대해서는 미 정부의 결정 하에 협정의 적용을 받도록 하고 있다.

〈표 2〉 부속서 17-가 중 미합중국 양허표에 대한 주석 4. 국방부

가. 이 장은 다음에 기재된 군급번호 분류에 기술된 어떠한 상품의 조달도 적용 대상으로 하지 아니한다.	
군급번호 19	함선, 소형선, 폰툰 및 부선거(해군 선박이나 선체 또는 이의 상부 구조의 주요 구성품으로 정의된 이 분류의 일부)
군급번호 20	함선 및 해상장비(해군 선박이나 선체 또는 이의 상부 구조의 주요 구성품으로 정의된 이 분류의 일부)
군급번호 2310	여객자동차(버스만)
군급번호 51	수공구
군급번호 52	측정공구
군급번호 83	직물류, 피혁류, 모피류, 의복 및 구두, 텐트 및 깃발류(핀, 바늘, 재봉도구, 깃대, 깃대도르래 이외의 모든 요소)
군급번호 84	피복, 개인장구 및 기장(하위 등급인 8460-수화물 이외의 모든 요소)
군급번호 89	식료품(하위 등급인 8975-담배상품 이외의 모든 요소)
나. 이 장은 특수금속이나 하나 이상의 특수금속을 포함한 어떠한 상품의 조달도 적용 대상으로 하지 아니한다. 특수금속이라 함은 다음을 말한다.	
1) 최대 합금 함량이 다음 수준의 하나 이상을 초과하는 강철 : 망간 1.65 퍼센트, 실리콘 0.60 퍼센트, 또는 구리 0.60 퍼센트	
2) 다음 중 어떠한 요소라도 0.25 퍼센트를 초과하여 포함하는 강철 : 알루미늄, 크롬, 코발트, 컬럼븀, 몰리브덴, 니켈, 티타늄, 텅스텐, 또는 바나듐	
3) 니켈, 철-니켈, 또는 그 밖의 합금 금속(철 제외)을 총 10퍼센트를 초과하여 포함하는 코발트 주재료 합금으로 구성된 금속 합금	
4) 티타늄 또는 티타늄 합금, 또는	
5) 지르코늄 또는 지르코늄 주재료 합금	
다. 이 장은 정부조달협정 제23조제1항의 적용으로 인하여 다음 군급번호 분류에 기재된 어떠한 상품의 조달도 일반적으로 적용 대상으로 하지 아니한다.	
군급번호 10	무기
군급번호 11	핵병기
군급번호 12	사격통제장비탄약 및 폭발물
군급번호 13	탄약 및 폭발물

군급번호 14	유도탄
군급번호 15	항공기 및 항공기 기체 구성품
군급번호 16	항공기 구성품 및 부수품
군급번호 17	항공기 발사, 착륙 및 지상취급용 장비
군급번호 18	우주비행체
군급번호 19	함선, 소형선, 폰툰, 부선거
군급번호 20	함선 및 해상장비
군급번호 2350	레도식 전투, 공격 및 전술용 차량
군급번호 28	엔진, 터빈 및 구성품
군급번호 31	배어링
군급번호 58	통신, 탐지 및 방사능 간섭 장비
군급번호 59	전기 및 전자장비 구성품
군급번호 60	광섬유 재료, 구성품, 조립품 및 부수품
군급번호 8140	탄약 및 핵병기 상자, 포장 및 특수용기
군급번호 95	금속봉, 금속판 및 형재류

종합하여 보면, 비록 BAA가 TAA를 면제사유로 하고 있다고는 하나 WTO GPA 및 FTA에서 주요 무기체계, 핵심부품 등에 관한 국방조달의 대부분을 적용에서 제외하고 있으므로 방산물자 수·출입의 대부분은 위 규정들에 따른 자유무역이 이루어지지 못한다. 방산물자는 전략물자(strategic items)로써 특정국가에게 전략적 우위를 부여하거나 전쟁 및 테러의 위협을 증대시킬 수 있으므로, 자유로운 통상을 위한 WTO GPA 및 FTA의 적용에서 제외시키고 자국의 국가안보를 고려하여 수출을 금지하거나 통제할 수 있도록 하는 것이다.⁴⁷⁾

더불어 연방조달규정 자체에서도 무기, 탄약, 전쟁물자의 취득 또는 국가안보 및 국방 목적상 필수불가결한 구매에는 TAA가 적용되지 않는다고 명시하고 있어⁴⁸⁾ 국방조달 대부분이 TAA의 적용을 받지 못하고 BAA의 적용을 받고 있는 실정이다.

47) 최승환, 「국제경제법」(제4판), 법영사, 2014, 549면.

48) 48 C.F.R. §25.401(a)(2).

결국 대미 방산수출에 있어 WTO GPA나 FTA에 근거한 BAA의 면제는 기대하기 어려우며, BAA가 적용을 회피하기 위해서는 BAA의 예외사유에 해당하는 경우여야 한다. 이에 세계 각 국들은 상호국방조달협정을 체결하여 BAA의 예외 해당성을 넓히고 있다. 미국에서도 위와 같은 WTO GPA 및 FTA의 예외 조항들에서 면제시키고자 우리 정부에 상호국방조달협정의 체결을 요청한 바 있다.⁴⁹⁾

Ⅲ. 상호국방조달협정(RDP MOU)

1. 개관

가. 연혁과 목적

상호국방조달협정은 냉전시대에 시작되었다. 당시 미국은 공산체제에 효과적으로 대응하기 위해 동맹국과의 국방 협력 관계를 증진시키고자 하였고, NATO 국가들의 대미 방산무역의 극심한 역조현상에 대한 불만을 해소하고 정치적 유대관계를 계속 유지하고자 하였다.⁵⁰⁾ 이에 미 국방부는 1970년대 후반 13개의 Independent European Program Group(IEPG) 국가들⁵¹⁾ 중 그리스를 제외한⁵²⁾ 12개의 국가들과 상호국방조달협정을 맺는 것으로 협정의 체결을 시작하였다. 상호국방조달협정의 목적은 상호간 군 장

49) 미 연방정부조달 관련 기본 법규, KOTRA 해외시장뉴스 (2013. 2. 16.) <<http://news.kotra.or.kr/user/globalBbs/kotranews/5/globalBbsDataView.do?setIdx=244&dataIdx=119273>>

50) 김종열, “대미 방산 수출의 제도적 장벽에 관한 연구”, 「정보·보안논문지」 제13권 제5호, 한국융합보안학회, 2013, 32면.

51) IEPG란 1976년 유럽의 군비협력을 위해 설치된 포럼으로 벨기에, 프랑스, 독일, 그리스, 이탈리아, 룩셈부르크, 네덜란드, 포르투갈, 스페인, 영국으로 구성되어 있다. Establishment of the Independent European Programme Group (1976. 2. 2.) <https://www.nato.int/cps/en/SID-711B4BAD-4BE09177/natolive/news_26935.htm>

52) 그리스와는 1986년이 되어서 상호국방조달협정을 체결하였다. GAO, “European Einitatives: Implications for U.S. Defense Trade and Cooperation”, GAO/NSIAD-91-167, 36 (1991).

비를 표준화하고 국방조달의 합리성과 상호운용성을 제고하여 군사대비태세를 강화하는 것이다.⁵³⁾ 각 상호국방조달협정에서는 이러한 내용을 포함하는 목적 규정을 두고 있는데, 각 협정 간의 세부적 표현은 조금씩 다르나 전반적·공통적으로 다음과 같은 내용을 포함하고 있다.⁵⁴⁾

“국방 자원을 가장 비용 효율적이고 합리적으로 이용하고... 표준장비 또는 상호운용가능한 장비의 가장 광범위한 사용을 촉진하며... 동맹의 첨단 기술력을 개발하고 유지하고...”

위와 같은 목적 달성을 위해 상호국방조달협정은 체결국 간에는 자유로운 경쟁을 보장하고 국내법이나 관세 등의 장벽을 제거하도록 하였다. 때문에 상호국방조달협정은 이론적으로는 미국과 상대국이 서로의 방산 시장에 쌍방향으로 동등하게 진입할 수 있도록 만들기 위한 것처럼 보였으나 실질적으로는 미국 방산시장을 유럽에 개방하도록 하는 한쪽 방향으로 기능하였다.⁵⁵⁾ 이는 상호국방조달협정을 고안한 배경이 유럽 시장에 대한 미국의 일방적인 수출 기조에서 벗어나 미국 시장과 유럽 시장 양쪽 모두에게 활발한 수출입이 이루어지도록 하려는 데 있었기 때문이다.⁵⁶⁾

1970년대 당시 미국의 유럽 NATO 국가들에 대한 방산수출액은 해당 국가들로부터의 방산수입액보다 현저히 높았으며, 미 국방부는 당시의 수출 대 수입 비율이 8:1에 이르는 것으로 추산한 바 있다.⁵⁷⁾ 상호국방조달협정은 체결국 간 반드시 동등하게 대우할 것을 의무지우는 협정은 아니었기 때문에 협정 체결국 중 일부 국가는 미국으로부터 수입하는 국방물자에 대해

53) GAO, “International Procurement: Nato Allies’ Implementation of Reciprocal Defense Agreements”, GAO/NSIAD-92-126, 2 (1992).

54) Drew B. Miller, “Is It Time To Reform Reciprocal Defense Procurement Agreements?”, *Public Contract Law Journal* Vol.39, No.1, America Bar Association, 96 (2009).

55) Luke R.A. Butler, *Transatlantic Defence Procurement. In Transatlantic Defence Procurement: EU and US Defence Procurement Regulation in the Transatlantic Defence Market*, Cambridge University Press, 357 (2017).

56) Ibid.

57) GAO, *supra* note 52, p.36.

추가관세를 매기고, 미국기업으로부터의 입찰가격 평가 시에 추가관세를 고려하기도 하였다.⁵⁸⁾ 이에 상호국방조달협정 체결 후 미국의 유럽 방산시장에서의 무역이익은 현저히 감소하였다. 미 국방부에 의하면 1986년까지 미국의 수출 대 수입 비율은 2:1 정도까지 줄어들었으며, 1983년 당시 미국의 수출액이 수입액보다 60억 달러 이상 많은 것으로 평가되었던 것과 비교할 때 1986년에는 수출액과 수입액의 차이가 25억 달러, 1987년에는 23억 달러까지 줄어들게 되었다.⁵⁹⁾

나. 성격

상호국방조달협정은 체결국 간 방산물자 조달에 있어 비차별적 자유무역이 이루어진다는 점에서 방산분야의 FTA라고도 불리고 있다. 그러나 본래 상호국방조달협정은 국가안보를 증진시키려는 목적에서 행해진 협정이며, 다른 자유무역협정과는 달리 당사국의 평등 처우를 보장하기 위한 절차적인 규정이 부족하고 체결 방식도 법규에 따라 국무부 및 상무부와 협의 후 국방부 장관급에서 서명한 후 발효하는 것이므로 무역협정은 아니라는 견해도 있다.⁶⁰⁾ 다만 몇몇 유럽 체결국들은 상호국방조달협정이 미국으로 하여금 BAA의 적용을 배제시키도록 한다는 측면에서 무역과 경제에 미치는 효과를 강조하기 시작하였고, 프랑스에서는 상호국방조달협정을 ‘무역협정’이라고 묘사한 바 있다.⁶¹⁾

다. 유형

RDP MOU는 방식에 따라 다음의 두 가지 유형으로 구분해 볼 수 있다. 먼저, 포괄적 상호조달협정 방식(Blanket Public Interest Exception, BPIE)은 체결국과의 모든 구매에 관하여 포괄적으로 RDP MOU를 적용하는 것으로, 미 국방부장관이 일괄적으로 BAA의 적용을 포기를 결정하게 되며 별도

58) Ibid.

59) GAO, supra note 53, p.15.

60) 유구열, 전제논문, 31면; 홍영식 외 2인, 전제논문, 6면.

61) GAO, supra note 53, p.3.

의 문서처리나 결심이 요구되지 않는다.⁶²⁾ 미국과 RDP MOU를 체결한 대부분의 나라들이 이 방식을 채택하고 있다. 다음으로 구매건별 예외 적용 방식(Purchase-by-Purchase Exception Required, PPR)은 개별 물자마다 미 정부가 BAA의 예외 해당 여부를 별도로 판단하는 방식이며, 조달담당기관은 필요한 문서처리절차 등을 수행하여야 한다.⁶³⁾ 오스트리아와 핀란드가 이러한 방식의 RDP MOU를 체결한 바 있다.

2. 주요내용

상호국방조달협정은 대부분 다음과 같은 내용으로 이루어져 있다. 먼저 협정의 적용범위는 대부분 제1장에 규정되어 있는데, 협정에 포함되는 품목과 제외되는 품목을 나열한다. 예를 들어 오스트리아와 미국 간의 상호국방조달협정은 25,000달러 이상 금액의 제품 및 연구개발을 대상으로 하되 건설 및 건축자재는 제외하고 있으며,⁶⁴⁾ 일본과 미국 간의 상호국방조달협정은 금액 제한 없이 연구개발, 제품, 서비스를 포함하되 건설 및 건축자재는 제외하고 있다.⁶⁵⁾

62) 안보경영연구원, 전계 연구용역보고서, 44면; 홍영식·김만기, 전계 연구용역보고서, 141면.

63) 안보경영연구원, 전계 연구용역보고서, 44면; 홍영식·김만기, 전계 연구용역보고서, 141면.

64) **Article I . Applicability** This MOU covers procurements above \$25,000, or equivalent, by the U.S. Department of Defense and the Defense Ministry of Austria of

1. Supplies

2. Research and Development

subject to exceptions required by law and regulations, and international obligations of both Governments.

This MOU does not cover:

1. Construction

2. Construction materials.

65) **Section 1. Applicability**

1. This MOU covers the acquisition of defense capability by the Department of Defense of the United States of America and the Ministry of Defense of Japan through:

제2장에서는 주로 협정의 적용 원칙(Principles)에 대해 열거하고 있는데, 타국의 계약자들이 불공정한 차별 없이 미국 내 기업과 동일한 경쟁체제로 국방조달 시장에 참여할 수 있도록 허락하는 것을 내용으로 한다.⁶⁶⁾ 즉, 상호간 자국산구매법을 포기하고 상대방 국가의 방산업체가 차별 없이 자국의 방산 시장에 진출하도록 한다. 이를 위해 제2장에는 “자국산구매법을 포기한다.”, “자국산 제품과의 가격차별을 포기한다.”, “국방조달 시장의 접근을 차단하는 장벽을 제거한다.”는 등의 명시적인 문구가 포함되어 있는 경우가 많다.⁶⁷⁾ 예를 들어 핀란드와 미국 간의 상호국방조달협정 제2장 D조 2항은 “상대방 국가에서 생산되거나 본국과 공동 생산된 제품이나 상대방 국가의 공급원에 의한 서비스에 대해서는 조달의 장벽을 제거한다. 이는 자국산 제품이나 서비스에 대한 제품을 상대방 국가의 제품이나 서비스에 비해 우위에 두지 않는 것을 포함하며, 상대방 국가가 자국산구매우선조건이 적용되는 조달에 대해 가장 낮은 제안서를 제출한 경우에 양 당사자는 자국산구매우선조건을 포기하기로 동의한다.”라고 명시하고 있다.⁶⁸⁾

다만 대부분의 상호국방조달협정은 체결국의 “국내법, 정책, 국제적 의무와 합치하는 범위 내에서(consistent with its national laws, regulations,

-
- a. Research and Development
 - b. Procurements of supplies, including defense articles; and
 - c. Procurements of services, in support of defense articles.
 - 2. This MOU does not cover either:
 - a. Construction; or
 - b. Construction material supplied under construction contracts.

66) 김종열, 전제논문, 32면.

67) Miller, *supra* note 54, p.96.

68) **Article II .PrinciplesGoverningMutualDefenseCooperation**

D. 2. Remove barriers to procurement or co-production of supplies produced in the other country or services performed by sources(herein referred to as “industrial enterprises”) established in the other country. This includes providing to industrial enterprises of the other country treatment no less favorable than that accorded to domestic industrial enterprises. When an industrial enterprises of the other country submits an offer that would be the low responsive and responsible offer but for the application of any buy-national requirements, both Participants will waive the buy-national requirement.

policies, and international obligations)”라는 단서를 두고 있어, 자국산구매법을 포기하는 것이 국내법과 상충될 경우에는 포기하지 않을 수 있도록 여지를 남겨두고 있다. 예를 들어 미 의회는 국방수권법 및 국방세출승인법 등의 예산법안을 통해 외국으로부터의 수입 제한 품목을 별도로 나열하는 등으로 상호국방조달협정 적용의 예외를 규정하여 왔다. 또한 「1990~1991년 국방수권법(National Defense Authorization Act For Fiscal Years 1990 and 1991, P.L. 101-189)」 제823조는 “국방부장관은 미국 무역대표부(United States Trade Representative)와 상의를 거쳐 상호국방조달협정 체결국이 미국산 제품을 차별함으로써 협정 조항을 위반했다고 판단할 수 있으며, 이 경우 국방부장관 해당국가의 제품에 상호국방조달협정을 적용하여 BAA 적용의 예외로 하였던 것을 취소해야 한다.”고 규정함으로써 상호국방조달협정이 적용되지 않는 경우를 명시한 바 있다.

제4장에서는 주로 관세 의무를 삭감하거나, 체결국으로 하여금 자국 법령에 따른 관세를 고려하지 않은 채로 상대국 제품의 입찰가를 평가하도록 하는 내용을 담고 있다. 예를 들어 라트비아와 미국 간의 상호국방조달협정 제4장에서는 “각 당사국의 국내법규, 국제법적 의무 등이 허용하는 범위 내에서, 상대국 업체의 제안서 평가 시 관세 및 세금은 포함시키지 않기로 하며 이 협정이 적용되는 조달에 대해서는 관세와 세금을 포기할 것을 약정한다.”라고 규정하고 있다.⁶⁹⁾

이외에도 상호방위조달협정 각 장에서는 절충교역(offset), 조달의 절차, 보안, 정보의 공개, 이행, 발효일자·기간 등에 대하여 규정하고 있다. 이러한 내용들은 BAA와 관련 있는 내용이 아니므로 본 논문에서는 상세설명을 생략하나, 참고를 위하여 가장 최근 체결된 미-라트비아 상호국방조달협정의 주요 내용을 간략히 소개하면 아래와 같다.

69) Article IV. Customs, Taxes, and Duties

When allowed under national laws, regulations, and international obligations of the Parties, the Parties agree that, on a reciprocal basis, they shall not include customs, taxes, and duties in the evaluation of offers, and shall waive their charges for customs and duties for procurements to which this Agreement applies.

〈표 3〉 미국-라트비아 상호국방조달협정(A Reciprocal Defense Procurement Agreement Between the Government of The United States of America and the Government of the Republic of Latvia)

전문(Preamble) - 양국의 기대사항 - 합리화, 표준화, 상호운용성 및 상호군수지원 확대 - 우호적인 관계 성립 및 강화 - 상대국의 국방조달시장에 참여할 수 있는 공정하고 동등한 기회 제공 - 양국 산업기지의 강화 - 양국의 정책과 부합하는 범위 내에서 국방기술의 교환 촉진 - 국방에 할당된 자원의 합리적·경제적 이용 - 양국의 법규와 국제적 의무에 부합하는 범위 내에서 상대국 기업이 자국 국방조달시장에 차별 없이 진입할 수 있도록 장벽 제거
제1장 적용범위(Applicability) - 적용되는 범위: 연구개발, 국방물자를 포함한 제품, 국방물자를 위한 서비스 - 적용에서 제외되는 범위 : 건설, 건설자재
제2장 원칙(Principles Governing Mutual Defense Procurement Cooperation) - 공정한 경쟁과 동등한 대우를 보장 - 자국산구매우선법을 포기 - 조달절차에 관한 충분한 정보 제공 및 상대국 회사의 제안서 제출에 대한 충분한 시간 제공 - 기술정보 및 국방물자는 입찰 등 본 협정에 기재된 목적 이외의 다른 목적으로 사용되지 않을 것임을 보장 - 민감정보, 수출통제정보, 기밀정보 등에 관한 보호 - 관련법, 이행 규정, 정책, 행정절차에 대한 정보 교환 - 양국 회사에 수주되는 국방조달 규모에 관한 정보 매년 교환
제3장 절충교역(Offsets) - 본 협정은 절충교역에 관해 규정하지 않으며, 절충교역의 양국 방위산업 기반에 미치는 부정적 영향을 토의할 것에 동의함
제4장 관세 및 제세(Customs, Taxes, and Duties) - 상호간 본 협정이 적용되는 품목에 관한 관세 및 제세 부과를 면제함
제5장 절차(Procurement Procedures)

- 상대국에게 입찰 목적, 시간, 제안서 수신처 등 입찰정보 및 입찰조건에 관한 정보가 공고되어야 함 - 요청이 있을 경우 제안요청서 사본을 제공해야 하며, 제안요청서에는 조달 목적물, 수량, 조달 방법, 업체선정방법, 운송 스케줄, 제안서를 제출할 장소 및 시간, 담당자의 연락처 등이 포함되어야 함 - 상대국 회사의 입찰 참가가 제한될 경우 이유를 고지해야 함 - 수신된 제안서의 총 숫자, 계약금액 등을 포함하여 탈락업체에 통지하고 결과를 설명해야 함 - 항의, 이의제기를 위한 절차가 공고되어야 함
제6장 업체참여(Industry Participation) - 양국은 자국 기업에게 본 협정의 존재를 알려야 할 책임이 있으나, 사업 기회를 발견하는 것은 각 기업의 책임임
제7장 보안, 정보공개, 방문(Security, Release of Information, and Visits) - 기밀정보 또는 기밀이 적용된 제품은 1998년 미국-라트비아간 안보보안협정에 따라 이용되어야 함 - 협정에 따라 교환된 정보가 상대국이 동의 없이 노출될 경우 법적인 조치를 취해야 함 - 적합한 보안 인가가 있는 한 양국의 기관, 실험실, 산업시설 등에 대한 방문을 허용
제8장 이행 및 행정(Implementation and Administration) - 미국의 이행책임기관은 국방부 차관부(획득, 기술, 군수)이며, 라트비아의 이행책임기관은 군수차관부임 - 양국은 연락담당자를 지정하여야 함 - 담당자는 정기적으로 만나 이행 프로세스를 검토해야 함
제9장 부록 및 수정(Annexes and Amendments) - 본 협정에는 부록이 추가될 수 있으며, 부록과 협정의 내용이 상충될 경우 협정이 우선 효력을 가짐 - 본 협약 및 부록은 양국의 합의에 따라 서면으로 수정될 수 있음
제10장 발효, 효력기간 및 종료(Entry into Force, Duration, and Termination) - 본 협정은 양국이 서명함으로써 발효하며, 5년간 유효하고 자동으로 갱신됨 - 본 협정의 종료는 유효기간 내에 체결된 계약의 효력에 영향을 미치지 않음

3. BAA와의 관계

상호국방조달협정 체결국 간에는 자국산구매법의 적용을 포기해야 하므로, 미국 역시 BAA의 적용을 포기하여야 한다. BAA의 구조상 법 적용이 배제되기 위해서는 상호국방조달협정이 BAA의 예외 또는 면제 사유에 해당하여야 한다. 상호방위조달협정은 앞서 살펴본 BAA의 예외 사유 중 “공공의 이익(public interest)” 항목에 포섭된다. 즉, 상호국방조달협정 체결국의 제품에 대해서는 가격을 가산하여 미국산 제품을 우대하는 것이 공공의 이익에 반한다고 본다.⁷⁰⁾ 국방조달협정 225.003에서는 상호국방조달협정 체결국을 유자격 국가(qualifying country)로 지칭하며, 미국과 유자격국가 사이에 MOU를 체결한 경우에는 BAA가 적용되지 않도록 하고 있다.

상호국방조달협정이 BAA의 적용 예외 사유라는 것은 상호국방조달협정 체결국이 다음의 두 가지 이익을 누릴 수 있게 된다는 것을 의미한다. 첫 번째로, 본래 미국산 제품으로 인정받기 위해서는 제품 가격의 50% 이상이 미국산 구성품으로 이루어져야 하는데, 국방조달규정 252.225.7001(a)는 이와 더불어 “유자격국가(qualifying country)”의 구성품이 50% 이상일 경우에도 미국산 제품으로 보고 있다. 즉 유자격 국가인 상호국방조달협정 체결국의 구성품이 총 제품 가격의 50%를 초과하면 그 제품은 미국산 제품으로 볼 수 있게 된다. 예를 들어 미국에서 제조된 10만 달러의 A라는 제품이 호주산 부품 a, 한국산 부품 b, 미국산 부품 c로 구성되어 있다고 가정하자. 만일 a, b, c가 각 4만 달러, 3만 달러, 3만 달러라고 하면, 비록 미국산 부품 c의 가격이 A 가격의 50%인 5만 달러를 초과하지 않는다고 하여도, 상호국방조달협정 체결국인 호주산 부품 a와 미국산 부품 c의 합계가 7만 달러로 A 가격의 50%인 5만 달러를 초과하게 되므로 A를 미국산 제품으로 볼 수 있게 된다.

두 번째로, 상호국방조달협정 체결국의 제품은 국방조달규정 225.872-1에 의해 미국산 제품과 가격차별을 받지 않으므로, 국방조달규정 225.105(b)

70) 48 C.F.R. §225.872-1.

에 의해 입찰가의 50%를 가산 받지 않는다. 예를 들어 한국산 제품의 입찰가는 3만 달러, 호주산 제품의 입찰가는 4만 달러, 미국산 제품의 입찰가는 5만 달러라고 가정하자. 한국은 유자격국가가 아니므로 50%의 가산규정이 적용되는바, 입찰가가 4.5만 달러로 평가된다. 호주는 상호국방조달협정 체결국으로 유자격국가이므로, 가산규정을 적용받지 않아 4만 달러 그대로 가격을 평가받는다. 결국 이 경우에는 최저가인 호주산 제품이 낙찰을 받게 된다.

이와 같이 BAA를 회피하는 효과는 영국, 독일 등 수많은 국가들로부터 상호국방조달협정의 가장 큰 이익으로 여겨져 왔으며,⁷¹⁾ 우리나라 방산기업들이 상호국방조달협정의 체결 필요성을 주장하는 것 역시 이 때문이다.

4. 체결현황 및 조달 규모

현재 미국과 상호국방조달협정을 체결한 국가는 총 27개국이며, 아래 표와 같다.⁷²⁾

〈표 4〉 RDP MOU 체결국가

*abc 순

	체결 국가		체결 국가
1	호주	15	일본
2	오스트리아	16	라트비아
3	벨기에	17	룩셈부르크
4	캐나다	18	네덜란드
5	체코	19	노르웨이

71) 이는 영국 등 유럽 국가들에게 BAA같은 자국산 구매 우선법이 없었기 때문인 것으로 보인다. 즉 어차피 자국 시장은 미국에 개방되어 있으므로, RDP MOU 체결을 통해 미국의 시장 역시 개방시킴으로써 미국 기업과 동등한 경쟁 기반을 확보한다는 이점을 챙길 수 있게 된다.

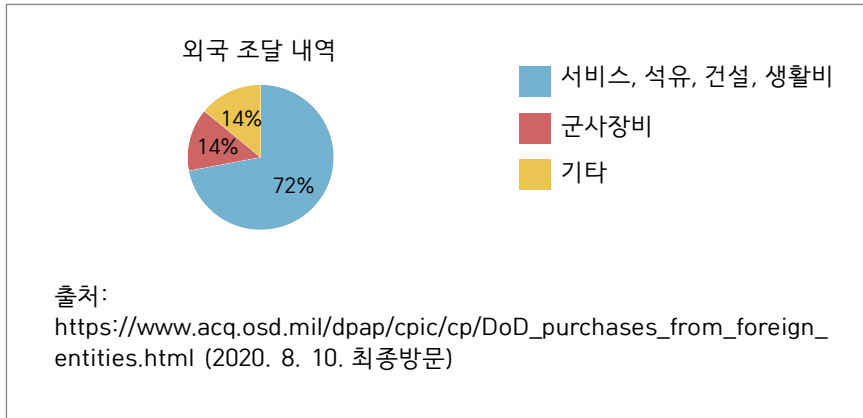
72) 48 C.F.R. §225.872-1.

6	덴마크	20	폴란드
7	이집트	21	포르투갈
8	에스토니아	22	슬로베니아
9	독일	23	스페인
10	핀란드	24	스웨덴
11	프랑스	25	스위스
12	그리스	26	터키
13	이스라엘	27	영국
14	이탈리아		

한편, 미 국방부 획득차관실의 2019년 보고서에 의하면 2018년 미국의 국방조달 계약규모 총 3,590억불 중 119억불이 외국으로부터 수입을 위해 사용된 금액이다.⁷³⁾ 수입 품목을 구체적으로 살펴보면, 서비스·석유·건설·식량 등이 72%를, 군사 설비가 14%를 차지한다.

73) DoD Purchases from Foreign Entities, DoD Fiscal Year 2018 Purchases from Foreign Entities <https://www.acq.osd.mil/dpap/cpic/cp/DoD_purchases_from_foreign_entities.html>.

〈그림 2〉 미 국방부의 외국으로부터의 조달내역 항목별 백분율



위 119억불 중 59억불 규모의 계약이 BAA의 예외 또는 면제로서 BAA의 적용을 받지 않고 이루어졌는데, 그 중 상호국방조달협정에 의해 BAA의 예외가 된 계약건수는 총 42,983건에 해당한다. 이는 BAA 비적용 사유들 중 가장 많은 계약건수에 해당할 뿐만 아니라, 계약 규모에 있어서도 약 27억 불로써 전체 규모의 절반가량에 달하는 비율을 차지하였다.⁷⁴⁾

74) Ibid.

〈표 5〉 2018년 BAA의 적용을 받지 않은 외국으로부터의 조달
구매건수와 구매규모

예외 또는 면제 사유	구매건수	규모	백분율
미국 밖의 조달	19,101	\$2,928,401,440	49.49%
RDP MOU	42,983	\$2,683,251,527	45.35%
WTO GPA / FTA	1,908	\$84,740,341	1.43%
미국 내 조달 불가 결정	2,714	\$135,721,001	2.29%
상업적 정보통신기술	691	\$63,293,959	1.07%
재판매	100	\$2,561,772	0.04%
불합리한 비용	3,743	\$18,487,114	0.31%
공공의 이익 예외	15	\$540,050	0.01%
총계	71,255	\$5,916,997,204	100.0%

출처: https://www.acq.osd.mil/dpap/cpic/cp/DoD_purchases_from_foreign_entities.html
(2020. 8. 10. 최종방문)

위 자료에 의하면, 미 국방조달시장에의 진출에 있어 상호국방조달협정이 상당한 역할을 담당하고 있음을 알 수 있다. 특히 상호국방조달협정에 의한 수입 규모가 약 27억불인 점에 비추어 볼 때, 외국 수입 국방조달의 14%(약 16.7억불)에 달하는 주요 군사장비, 부속품 등의 수입은 대부분 상호국방조달협정에 의해 이루어진 것으로 추측해볼 수 있다.

5. 효과에 관한 비판

상호국방조달협정이 상대국 제품과의 동등한 대우를 보장하는 것은 아니라는 점은 유의할 필요가 있다. 국방조달이 경쟁 입찰이 아닌 수의계약으로 진행된다면 상호국방조달협정이 적용될 여지조차 없게 된다. 미국은 대규모 사업에 대하여 국내고용 창출 등의 정치적 측면을 고려하여 경쟁 입찰

이 아닌 단일 기업에 의한 공급 계약을 다수 체결하고 있다.⁷⁵⁾ 이렇듯 경쟁 입찰에 의하지 않을 경우 상호국방조달협정은 무용하게 되며, 얼마든지 협정을 우회하고 자국산 제품을 우대할 수 있는 것이다.

뿐만 아니라 비록 조달이 경쟁 입찰을 통해 진행되고 상호국방조달협정을 체결하여 BAA가 적용되지 않는다고 하더라도, 미국은 여러 가지 다른 형태의 제한 또는 지원을 통해 자국 내 기업과 외국 기업 간에 차별을 가할 수 있으며 이는 상대국도 마찬가지이다. 1991년 미 국방부가 발행한 백서(white paper)에 의하면 영국, 프랑스, 독일과 같은 몇몇 상호국방조달협정 체결국들은 자국 업체에 보조금을 지급하거나, 수의계약을 맺는 등으로 자국 내 국방 산업을 지원한 바 있다.⁷⁶⁾

이러한 점 때문에 미국 내에서는 상호국방조달협정의 효과를 부정적으로 바라보는 시각이 많다. 상호국방조달협정의 동등한 대우 원칙이 완벽히 상호적으로 적용되지 않고 오히려 상대국가, 특히 유럽 국가들에게 미국 방산 시장을 개방하는 측면으로만 유리하게 작용되고 있으며 이는 미국의 국제 무역 전략과 맞지 않으므로 상호국방조달협정의 전면적 재검토가 필요하다는 것이다.⁷⁷⁾ 본래 미국에서 상호국방조달협정이 체결되기 시작된 것도 무역 등 경제적인 측면을 고려하였다기보다는, 냉전 시대에 동맹국들과 상호 효과적으로 방위한다는 안보 측면에 주목하였기 때문이었다.⁷⁸⁾ 이후 냉전이 종식되자 미국에서는 상호국방조달협정의 비경제적 측면에 대한 비판이 지속적으로 제기되고 있는 것이다. 이와 더불어, 상호국방조달협정의 목적은 상대국의 방산업체가 자국의 방산업체와 비차별적으로 조달에 참여할 수 있도록 하는 것임에도 불구하고 비차별성을 담보하기 위한 ‘투명성(transparency)’이 결여되어 있다는 비판도 있다.⁷⁹⁾ WTO GPA, NAFTA

75) 홍영식·김만기, 전계 연구용역보고서, 7면; GAO, “Government Procurement: United States Reported Opening More Opportunities to Foreign Firm Than Other Countries, but Better Data Are Needed”, GAO-17-168, 57 (2017).

76) GAO, supra note 53, p.5.

77) GAO, supra note 52, p.43.

78) 홍영식·김만기, 전계 연구용역보고서, 19면.

79) Drew B. Miller, supra note 54, 102.

등 다른 협정들과 비교할 때 상호국방조달협정은 입찰공고 시에 최소한의 정보만 제시할 수 있도록 하는 등 절차적 투명성이 부족하여 협정 체결국일 지라도 상대국 방산시장에의 진입이 어렵다는 것이다.⁸⁰⁾

이러한 기조 하에서 최근 트럼프 행정부는 BAA의 엄격한 적용을 강조하며 BAA의 예외 및 면제사유를 제한하도록 행정명령을 발령한 바 있다.⁸¹⁾ 이는 미 회계감사원의 2018년 보고서와 무관하지 않은데, 이 보고서에서 미 회계감사원은 외국산 제품의 수입이 BAA의 자국산 구매 원칙에 합치되는 선에서 이루어져야 하며 BAA의 예외 및 면제는 정확한 근거에 기초하여 엄격히 적용되어야 함을 강조하였다.⁸²⁾ 이에 따라 미 국방부는 직원들에 대한 BAA의 예외 및 면제사유 교육을 강화하였으며, BAA의 예외 사유 중 하나인 상호국방조달협정의 체결에 관해서도 유보적인 태도를 보이고 있다.

반대로 우리나라에서는 상호국방조달협정에 따른 국내 방산업체의 미국시장 진출 효과보다, 미국업체의 국내 방산시장 진입에 따른 국내 방위산업분야의 실업 증대 및 대미의존도 심화로 인한 대미종속 등 상호국방조달협정 체결에 따른 부정적 측면을 우려하고 있다.⁸³⁾ 상호국방조달협정은 상호주의에 따라 미국시장 뿐만 아니라 한국시장도 개방하도록 하므로, 우리나라 방산 시장이 미국에게 잠식될 수 있다는 염려가 제기되고 있는 것이다. 미국은 전 세계 무기 수출국 1위로써 전체 수출 물량의 약 33%를 점유하고 있으며,⁸⁴⁾ 세계에서 가장 규모가 크고 기술적으로 가장 첨단화된 방위산업 기반과 역량을 보유하고 있으므로 이러한 우려는 결코 과하지 않다. 국내 방산업체를 상대로 한 설문조사에서도 상호국방조달협정이 자사 및

80) Ibid.

81) Executive Order on Strengthening Buy-American Preferences for Infrastructure Projects, <<https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-strengthening-buy-american-preferences-infrastructure-projects/>>.

82) GAO, “Buy American Act: Actions Needed to Improve Exception and Waiver Reporting and Selected Agency Guidance”, GAO-19-17, 30 (2018).

83) 유구열, 전제논문, 68면.

84) 국방기술품질원, 「2019 세계 방산시장 연감」, 2019, 96면.

국내 방산시장에 미칠 영향을 우려하는 의견이 많은 것으로 조사되었다.⁸⁵⁾

IV. 결론

방위산업에 있어 한국의 내수시장은 그 규모가 너무 작기 때문에 방산물자의 해외 수출은 한국 방위산업의 지속 및 유지를 위해 필수불가결하다. 한국의 방위산업은 초창기인 1970~80년까지는 방산물량의 급증으로 내수물량만으로도 어느 정도 가동률의 보장이 가능했으나, 1990년대 후반부터 기본 병기류에 대한 군 수요가 충족되어 국내 방산물량이 급격히 감소하게 되면서 방산업체의 방산물자 생산설비가 유향화 되기 시작하였다.⁸⁶⁾ 2017년을 기준으로 방산업체의 평균 가동률은 69.2%, 영업이익률은 0.5%에 불과하여 제조업체의 평균 가동률인 72.6%, 영업이익률 7.6%와 비교할 때 현저히 저조하다.⁸⁷⁾ 이 때 수출이 활성화된다면 생산설비를 최대한 가동하고 이를 통해 평균생산비용을 감소시킬 수 있게 되며, 개발비용을 회수할 수 있게 되어 규모의 경제성 확보가 가능해진다.

미국은 놓칠 수 없는 세계 최대 규모의 방위산업 시장이다. 2019년 기준 미국의 국방비 지출은 7,320억 달러로 꾸준히 세계 최대였으며,⁸⁸⁾ 그 중 군사장비 획득비가 무려 1,481억 달러에 이르렀다.⁸⁹⁾ 이에 방위사업청을 비롯한 정부기관들 및 방산업체들은 미국으로의 방산 수출을 증대시키기 위한 여러 방안을 강구하여 왔으나, BAA를 비롯한 미국산 구매 우선 정책은 대미 수출의 진입장벽으로 작용하고 있다.

85) 유구열, 전계논문, 56~57면; 홍영식·김만기, 전계논문, 47~48면; 안보경영연구원, 전계연구용역보고서, 100면.

86) 백철, “한국 방위산업의 미국시장 진출전략 연구”, 관동대학교 박사학위 논문, 2007, 10면.

87) 방위사업청, 「2019년도 방위산업 통계연보」, 2019, 206면.

88) The 15 countries with the highest military spending worldwide in 2019 <<https://www.statista.com/statistics/262742/countries-with-the-highest-military-spending>>.

89) 국방기술품질원, 전계서, 87면.

BAA는 1933년 대공황 당시 제정된 법으로, 자국의 산업과 고용을 보호하기 위하여 연방조달에 있어 미국산 제품을 구매하도록 한다. 다만 동법이 연방정부에게 외국산 제품의 구입을 아예 금지하도록 하는 것은 아니며, 하위법령인 행정명령 제10582호, 연방조달규정, 국방조달규정을 통하여 미국산 제품에 가격 우위를 부여하는 방법으로 미국산 제품을 우선적으로 구매하도록 하고 있다. BAA 및 동법을 구체화하는 하위규정들은 외국산 제품에 대해 일정 비율에 따라 입찰 가격을 가산하도록 하고 있으며, 이를 통해 외국산 제품의 가격경쟁력을 낮추어 외국산 제품의 수입을 사실상 제한하고 있다. 다만, BAA는 해외 조달이 필요한 경우가 있음을 감안하여 각종 예외 및 면제사유를 마련해놓고 있다. 그 중 우리나라는 ①WTO GPA의 가입국이며 ②미국과 FTA를 체결하였으므로, 최소양허금액 이상 조달시 BAA의 면제를 받게 될 수 있다. 그러나 국방조달을 위한 방산물자의 대부분은 WTO GPA와 FTA를 통한 BAA 면제 품목에서 제외되어 있다.

따라서 BAA의 적용에서 벗어나기 위해서는 상호국방조달협정의 체결이 우선적으로 고려된다. 상호국방조달협정은 상호간 자국산구매우선법을 포기하도록 하는 것을 주요 내용으로 하는 협정으로써, BAA에 명시된 적용 예외 사유 중 ‘공공의 이익에 반하는 경우’에 해당되어 BAA의 적용 예외 사유가 된다. 즉, 상호국방조달협정 체결국의 제품에 대해 차별하는 것은 공공의 이익에 반하는 것으로 간주됨으로써 BAA의 적용에서 벗어날 수 있게 된다.

다만 최근 미국에서는 BAA의 엄격한 적용을 강조하며 BAA의 예외 및 면제사유를 제한하려고 하고 있으며, 우리나라 역시 상호국방조달협정의 부정적 효과에 주목하며 한-미간 상호국방조달협정 체결 노력은 잠정 중단되어 있는 상태이다. 최근에 실시한 설문조사에 따르면 다수의 방산업체 및 일반업체들은 상호국방조달협정을 체결하여도 기술 및 가격경쟁력 등의 이유로 미 국방조달시장에의 진출에 별로 또는 전혀 도움이 안 된다고 생각하는 것으로 나타났다.⁹⁰⁾

90) 안보경영연구원, 전개 연구용역보고서, 97~100면.

본 논문은 상호국방조달협정 체결의 효과나 당위성 여부를 판단하고자 한 것이 아니므로 이에 대한 판단은 정책 판단의 몫으로 남겨둔다. 다만 1998년부터 한-미간 상호국방조달협정의 체결 여부가 논의되어 왔으며, 대미 방산수출을 증진시키려는 현 기조 아래에서 상호국방조달협정을 법체계적으로 분석해 보는 것은 분명 의의가 있다. 한국 방산업체는 미 국방조달 시장 진출의 애로사항으로 BAA 등 관련 법규에 관한 정보의 미비를 지적한 바 있다. 따라서 BAA를 비롯한 미국의 수입통제 관련 법령과 그 예외사항을 분석하고 숙지하는 것은 필수불가결한 일일 것이다.

본 논문은 그야말로 BAA의 관련 내용에 대하여 개괄적으로 소개한 데 불과한바, 앞으로 한-미간 상호국방조달협정의 체결이 가시화된다면 구체적인 체결 방법, 한국법상 제한사항, 구체적 문구 및 유보조항 필요 여부 등에 대한 추가적인 연구가 필요할 것으로 보인다.

미국의 자국산구매우선법과 상호국방조달협정에 관한 소고 - 이 소 영	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.08.13.	2020.08.24.	2020.09.21.

[참고문헌]

- 국방기술품질원, 「2019 세계 방산시장 연감」, 2019
- 김대식, “GATT/WTO 정부조달협정(GPA) 관련 분쟁사례의 분석 및 평가”, 「서울법학」, 제16권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2009
- 김종열, “대미 방산 수출의 제도적 장벽에 관한 연구”, 「정보·보안논문지」 제13권 제5호, 한국융합보안학회, 2013
- 방위사업청, 「2019년도 방위산업 통계연보」, 2019
- 백철, “한국 방위산업의 미국시장 진출전략 연구”, 관동대학교 박사학위 논문, 2007
- 안영수·김미정, 「KIET 방산수출 10대 국가」, 산업연구원 정책자료 2017-311, 2018
- 양정운, “미국 대통령의 행정명령에 대한 소고”, 고려법학 제84호, 2017
- 유구열, “한미 상호군수조달협정 체결 타당성 분석 및 대응전략 수립”, 국방대학교 안보연구소, 2007
- 최승환, 「국제경제법」(제4판), 법영사, 2014
- 홍영식·김만기(세종대학교), “한국기업의 미국 국방공급망 진출 확대전략 연구: 한·미 방산조달 협정(상호국방조달양해각서)을 중심으로”, 방위산업진흥회 연구용역보고서, 2017
- 홍영식·김만기·손영환, “한·미 국방조달협정(Riciprocal Defense Procurement MOU) 체결의 예상 영향 연구”, 아태연구 제25권 제4호, 2018
- David Roy Francis, “Domestic Preference Policies in Federal Procurement”, Master’s Thesis, George Washington University (1990).
- Drew B. Miller, “Is It Time To Reform Reciprocal Defense Procurement Agreements?”, Public Contract Law Journal Vol.39, No.1, America Bar Association (2009)
- GAO, “Buy American Act: Actions Needed to Improve Exception and Waiver Reporting and Selected Agency Guidance”, GAO-19-17 (2018)
- , “European Initiatives: Implications for U.S. Defense Trade and Cooperation”, GAO/NSIAD-91-167 (1991)
- , “Government Procurement: United States Reported Opening More Opportunities to Foreign Firm Than Other Countries, but Better Data Are Needed”, GAO-17-168, (2017)
- , “International Procurement: Nato Allies’ Implementation of Reciprocal Defense Agreements”, GAO/NSIAD-92-126 (1992)
- John W. Chierichella, “The Buy American Act and the Use of Foreign Sources in Federal Procurements—An Issues Analysis”, Public Contract Law Journal Vol. 9, No. 2 (1977)
- Kate M. Manuel, “The Buy American Act—Preferences for “Domestic” Supplies: In Brief”, Congressional Research Service 7-5700 (2016)
- Laurence A. Kanpp, “The Buy American Act: A Review and Assessment”, 61 Colum. L. Rev., 430, 432-439 (1961)
- Luke R.A.Butler, 「Transatlantic Defence Procurement. In Transatlantic Defence Procurement: EU and US Defence Procurement Regulation in the Transatlantic

Defence Market」, Cambridge University Press (2017)

Michaela D. Platzer, “Buying America: Protecting U.S. Manufacturing Through the Berry and Kissel Amendments”, Congressional Research Service 7-5700 (2017)

Paul H. Gantt·William H. Speck, “Domestic v. Foreign Trade Problems in Federal Government Contracting: Buy American Act and Executive Order”, 7 J. Pub. L. 378 (1958)

Valerie Bailey Grasso, “The Berry Amendment: Requiring Defense Procurement to Come from Domestic Sources,” *Congressional Research Service* 7-5700 (2014)

【국문초록】

미국은 세계 최대 규모의 매력적인 방산시장을 보유하고 있으나, 미국산 우선 정책을 통해 해외로부터의 시장 진입을 가로막는 여러 규정들을 만들어놓고 있다. 그 중 특히 자국산구매우선법(Buy American Act, BAA)은 연방조달에 소요되는 모든 물자와 용역에 있어 미국산을 우선 구매하도록 하여 미국의 산업과 고용을 보호하고 있는바, BAA의 적용을 회피하기 위한 상호방위조달협정의 체결 여부가 초미의 관심사로 떠오르고 있다.

상호국방조달협정이란 국방조달 시 무역장벽을 제거하도록 하는 협정으로 BAA의 적용 예외 사유 중 하나로 명시되어 있다. 상호국방조달협정은 상호간 자국산구매우선법을 포기하도록 하므로, 상호국방조달협정 체결국의 제품은 BAA에도 불구하고 미국산 제품과 차별을 받지 않게 된다.

상호방위조달협정에 관해서는 2007년부터 연구가 계속되어 왔으나 주로 협정의 필요성, 체결의 타당성 및 체결 효과를 분석하였을 뿐이며 정작 상호국방조달협정이 어떤 규정에 의해 어떤 조건으로 예외를 적용받는지에 대한 구조적 분석은 이루어지지 않았다.

이에 본 논문에서는 BAA 및 하위규정인 행정명령 제10582조, 연방조달규정 및 국방조달규정의 관련 내용을 살펴보았다. 구체적으로는 BAA의 적용을 받는 ‘미국산 제품’의 정의 및 외국산 제품이 미국산 제품에 비해 어떤 차별을 받는지 여부를 검토하였으며, 상호국방조달협정의 연혁과 성격, 주요내용 등을 통하여 협정을 개괄한 뒤 상호국방조달이 어떻게 BAA의 예외가 되는지에 대하여 상술하였다.

【Abstract】

Analysis of Buy American Act & Reciprocal Defense
Procurement Agreement

Lee, So Young

(Judge Advocate Officer, Seoul Natioanl University, PH.D.)

The Buy American Act is the major domestic preference statute governing procurement by the federal government. Essentially, it attempts to protect domestic businesses and labor by establishing a price preference for domestic end products in government purchases. Specifically, the provisions of the Federal Acquisition Regulation and the Defense Federal Acquisition Regulation Supplement implementing the Buy American Act require that, when a domestic offer is not the lowest offer, the procuring agency must add a certain percentage of the foreign offer's price before determining which offer is the lowest priced for the government.

However, the Buy American Act can be waived pursuant to the Reciprocal Defense Procurement Memorandum of Understanding(RDP MOU). The RDP MOU calls for the waiver of buy-national restrictions and duties to allow the signatories' contractors to participate competitively in the defense procurements of the other country. Thus, offers of signatories' contractors end products are evaluated without applying the price differentials otherwise required by the Buy American Act.

This article seeks to examine the specifics of the Buy American Act

such as the meaning of “domestic end product” and explores the legal significance of RDP MOU related to the Buy American Act.

주제어(Stichwörter) : 미국산구매우선법(Buy American Act), 상호국방조달협정(RDP MOU), 미국산 우선 정책(Domestic Source Restrictions), 행정명령 제10582조(E.O. 10582), 연방조달규정(FAR), 국방조달규정(DFARS), 미국산 제품(Domestic End Product)

高麗法學 논문투고 및 논문작성에 관한 규정

2012.08.13. 개정

제 1 조(목적) 이 규정은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 『高麗法學』에 게재할 논문의 작성요령 및 게재신청 등을 정함을 목적으로 한다.

제 2 조(제출기일) ① 『高麗法學』은 원칙적으로 매년 3월 30일, 6월 30일, 9월 30일, 12월 30일 연 4회 발간하며, 『高麗法學』에 논문을 게재하고자 하는 자는 원고를 각각 발간일 45일 전까지 원고파일을 법학연구원 홈페이지에 지정한 공식 e-mail로 법학연구원에 제출하여야 한다. 단, 논문제출 마감일이 공휴일인 경우에는 원고제출은 그 다음날까지 할 수 있다.

② 법학연구원장은 논문제출 마감일까지 제출된 논문의 수가 상당히 적은 경우에는 논문제출 기일을 연장할 수 있다. 단, 이 기일의 연장은 법학연구원 홈페이지에 공지하여야 한다.

제 3 조(논문작성요령) ① 본 학술지에 게재될 논문은 특집논문, 일반논문, 판례평석, 연구논문, 학술발표문 및 특별강연문으로 구분된다.

② 원고의 표지에는 논문제목(국문 및 영문), 필자성명(국문 및 영문), 소속과 직위, 학위, 주소, 전화번호(사무실, 자택, 이동전화), 팩스번호 및 e-mail 주소를 기재하여야 한다.

③ 논문의 분량은 200자 원고지 200매(A4용지 25매) 내외를 원칙으로 하며, 300매를 초과할 수 없다.

④ 논문의 본문 및 각주의 작성방법은 본 규정 [별첨 1]의 원고작성방법에 따라야 한다.

⑤ 제출하는 논문에는 본문 뒤에 반드시 참고문헌, 외국어 초록(외국어 논문인 경우에는 국문초록), 국문 및 외국어를 병기한 5개 이상의 주제어를 첨부하여야 한다.

제 4 조(논문게재안내) 매 학술지 말미에는 이 규정에 근거하여 다음 호에 게재할 논문의 투고 및 작성요령을 안내한다.

제 5 조(저작권) 채택된 원고의 저작권은 채택과 동시에 고려대학교 법학 연구원에 귀속된다.

부 칙

제1조 이 규정은 2012년 8월 13일부터 시행한다.

[별첨 1]

高麗法學 원고 작성방법

1. 편집용지(A4)의 여백주기(호글에서 F7 키를 누름)

- 위쪽 : 23, 아래쪽 : 23, 왼쪽 : 28, 오른쪽 : 28, 머리말 : 11, 꼬리말 : 11.

2. 글자모양

- 서체 : 신명조, 자간 : -5, 장평 : 100, 크기 : 10.

3. 문단모양

- 왼쪽 : 0, 오른쪽 : 0, 들여쓰기 : 2, 줄간격 : 160, 문단 위 : 0,
문단 아래 : 0, 낱말간격 : 0, 정렬방식 : 혼합.

4. 목차의 순서

- I (‘큰제목’으로 설정)
- 1. (‘중간제목’으로 설정)
- (1) (‘작은제목’으로 설정)
- 1) (‘아주작은제목’으로 설정)
- (가) (‘바탕글’로 설정)
- 가) (‘바탕글’로 설정)
- i) (‘바탕글’로 설정)

5. 각주의 표기

- 저서의 인용 : 저자명, 서명, 출판사, 출판년도, 인용면수.

- 정기간행물의 인용 : 저자명, “논문제목”, 『잡지명』 제○권 ○호, 출판
년도, 인용면수.
- 대법원 판결의 인용 : 대법원 20○○.○○.○○ 선고, ○○다○○ 판결.
또는 대판 20○○.○○.○○, ○○다○○.
- 헌법재판소 판결의 인용 : 헌재 20○○.○○.○○. 20○○헌마○ 결정.

6. 저자의 표기

- 논문의 제목 아래에 저자를 표기하고 오른쪽에 * 표를 하여 각주란
에 인적사항을 표기한다.
- 공동연구논문의 경우에는 주저자(책임연구자)와 공동저자를 구분하고,
주저자/공동저자의 순서로 표기한다.

7. 참고문헌의 표기

- 논문의 본문 뒤에 중요한 참고문헌의 서지사항을 목록으로 첨부하여
야 한다.

8. 논문초록의 표기

- 논문의 본문 뒤에 외국어(영어·독어·불어 중 택1)로 작성한 논문
초록을 첨부하여야 한다.
- 논문초록에는 초록작성 언어로 논문명과 필자명, 소속이 함께 표기되
어야 한다.
- 논문의 내용을 적절한 표현으로 전체적으로 전달하되 분량은 20줄 내외
로 한다.

9. 주제어의 표기

- 논문초록의 뒤에는 주제어(Keyword)를 국문과 외국어를 병기하여 5개
이상을 첨부하여야 한다.

高麗法學 제99호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제99호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2020년 10월 12일 ~ 2020년 11월 15일 (12월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식

- 1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외
- 2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

- ※ 한국연구재단 등재지로서 기일 준수 및 교정이 완료된 원고만 송부 가능함.
- ※ 논문 투고자에게는 편집위원회의 결정에 따라 일정액의 논문게재료가 부과될 수 있음.
- ※ 저자정보(소속, 직위)를 명확하게 표기해야 함.

3. 원고 제출방법

- 고려대학교 법학연구원 온라인논문투고시스템 : klr.jams.or.kr

- ※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있으며, 기존의 온라인논문투고시스템 홈페이지가 변경되었음을 알려드립니다.
- ※ 기존 온라인논문투고시스템(klr.korea.ac.kr)을 한국연구재단 JAMS로 변경함에 따라 「고려법학」 제99호(2020.12)부터는 klr.jams.or.kr 에서만 논문투고가 가능하오니 투고자분들의 많은 양해를 부탁드립니다. 자세한 사항은 고려대학교 법학연구원 홈페이지 [공지사항]을 참조 바랍니다.
- ※ 홈페이지 참조 : <http://kulri.korea.ac.kr/kulri/index.do>

4. 심사결과 후 게재판정기준

총 투고 논문 수의 60% 이내에 해당하는 수의 논문을 3인의 심사위원의 심사결과와 점수를 합산한 총점의 순위에 따라 결정함.

- ※ 기타 문의사항은 법학연구원 고려법학 이메일(lab004@korea.ac.kr) 또는 편집실(02.3290.1630/2914)로 연락주시기 바랍니다.

高麗法學 연구윤리지침

2016.06.09. 개정

제 1 장 총 칙

제 1 조 (목적) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구의 연구윤리를 확보하고 연구부정행위를 방지하며 연구 부정행위 여부를 공정하게 검증할 수 있는 기준을 제시하는 데 그 목적이 있다.

제 2 조 (적용대상) 이 지침은 고려대학교 법학연구원과 관련된 연구에 종사하는 사람 및 고려대학교 법학연구원이 발행하는 학술지와 관련된 연구에 종사하는 사람에 적용한다.

제 3 조 (적용범위) 특정 연구 분야의 연구윤리 및 진실성에 관하여 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 지침에 의한다. 이 지침을 적용하기 어려운 분야의 특수한 사정이 있는 경우에는 이를 고려하여 적용할 수 있다.

제 4 조(서약) ① 고려법학에 게재를 희망하는 투고자와 논문 심사위원은 본 지침을 준수 할 것을 서약해야 한다.

② 논문 투고자와 논문 심사위원은 별첨 1, 2의 서약서를 작성하여 제출하여야 한다. <본조신설 2016. 6. 9>

제 2 장 연구의 진실성과 사회적 책임

제 5 조 (연구의 진실성) ① 연구자는 모든 연구 행위(연구의 제안, 연구의 수행, 연구결과의 보고 및 발표, 연구심사·평가행위 등)를 정직하고 진실하게 수행하여야 한다.

② 연구자는 연구 내용과 그 중요성에 관해 객관적이고 정확하게 기술해야 하고, 연구결과를 임의로 삭제하거나 추가하지 말아야 한다.

③ 연구자는 모든 연구행위가 편견과 예단 없이 이루어지도록 하여야 한다.

제 6 조 (연구정보 기록, 보존, 보고 및 공개의무) 모든 연구정보는 정확히 보고되어야 하고 해석 및 확인이 가능하도록 명확하고 정확하게 기록, 처리 및 보존되어야 한다.

제 7 조 (연구결과의 사회적 기여) 연구자는 연구를 통해 사회적 이익을 증진시키고 공익의 기준에 부합하도록 노력해야 하며, 자신의 연구가 사회에 미칠 영향을 자각하고 전문가로서 책임을 다하여야 한다.

제 8 조 (연구결과 활용 시 주의사항) 연구자는 연구결과를 공표하고 활용할 때 자신의 학문적 양심에 부합하도록 해야 한다. 특히 외부의 평판 제고나 연구비 확보 등을 위해 연구결과를 왜곡하거나 과장하지 말아야 한다.

제 9 조 (관련 법규 준수의무) 연구자는 특허나 저작권과 같은 지적 재산권을 존중하고 연구관련 법규를 준수해야 한다.

제 3 장 연구자 상호관계의 공정성

제 1 절 저자의 책임과 의무

제 10 조 (공동연구) 연구자는 다른 연구자와 공동연구를 수행할 경우에 역할과 상호관계를 분명히 하고 그에 따른 책임을 다해야 한다.

연구 착수에 앞서 연구과제의 목표와 기대 결과, 협력관계에서 각자의 역할, 데이터수집·저장·공유의 방법, 저자결정과 순위기준, 연구책임자 선정, 지적 재산권 및 소유권 문제 등에 대하여 상호 합의와 이해가 이루어져야 한다.

제11조 (저자의 책임과 의무) 저자들은 법학연구원 또는 외부 기관이 자신의 기여도에 대한 증명을 요구할 경우 이에 따라야 한다.

제 2 절 저자결정 기준 및 저자표시

제12조 (저자결정 기준) ① 저자는 연구내용 또는 결과에 대한 학술적·기술적 기여도에 따라 정한다. 학술적·기술적 기여도의 예는 다음과 같다.

1. 연구의 착상 및 설계
2. 데이터 수집 및 해석
3. 초고 작성
4. 최종 원고의 승인 등

② 연구내용 또는 결과에 학술적·기술적 기여를 하지 않은 사람을 감사의 표시 또는 예우 등의 이유로 저자에 포함시켜서는 안 된다. 다만 데이터 수집 또는 입력이나 다른 언어로의 번역 등 기타 기여의 내용에 관하여는 사사를 표하는 주에 그 내용을 적시할 수 있다.

제13조 (저자표시 순서결정) 저자표시 순서는 모든 저자들 간의 협의에 따라 연구 기여도를 반영하여 공정하게 결정하여야 한다.

제14조 (논문 저자의 소속 표시) 논문 저자의 소속은 실험 및 집필 등 연구를 수행할 당시의 소속으로 표시하는 것이 원칙이다. 다만 이와는 다른 관행이 통용되는 분야에서는 그 관행을 따를 수 있다.

제 4 장 연구 부정행위 및 기타 비윤리적 연구행위

제 1 절 인용방법 및 원칙

제15조 (인용방법 및 원칙) ① 저자는 자신의 저작물에 소개, 참조, 논평 등의 방법으로 타인의 저작물의 일부를 원문 그대로 또는 번역하여 인용할 수 있다.

② 저자는 출처 표시와 참고문헌 목록 작성의 정확성을 기하여야 한다. 저자는 인용의 모든 요소(저자명, 학술지의 권·호수, 페이지, 출간년도 등)를 2차 출처에 의존하지 말고 원 논문에서 직접 확인해야 하며, 다만 불가피한 경우에는 재인용을 밝히고 인용할 수 있다.

③ 저자는 피인용저작물이 인용저작물과 명확히 구별될 수 있도록 신의 성실의 원칙에 입각하여 합리적인 방식으로 인용하여야 한다.

④ 저자는 원칙적으로 공표된 저작물을 인용하여야 하며, 공개되지 아니한 학술 자료를 논문심사나 연구제안서 심사 또는 사적 접촉을 통하여 획득한 경우에는 반드시 해당 연구자의 동의를 얻어 인용하여야 한다.

⑤ 저자는 타인이 이미 발표한 논문에 담긴 이론이나 아이디어를 번안해서 자신의 저작물에 소개할 때에는 그 출처를 명시해야 한다.

⑥ 저자는 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하는 경우 어떤 아이디어가 자신의 것이고 어떤 아이디어가 참조된 출처로부터 왔는지를 독자들이 명확하게 알 수 있도록 집필해야 한다.

⑦ 저자는 연구의 방향을 결정하는 데에 중대한 영향을 주었거나 독자가 연구 내용을 이해하는 데에 도움이 될 수 있는 중요한 공개된 문헌이라면 관련 연구자가 이론적·경험적으로 알 수 있는 경우를 제외하고는 모두 참고문헌에 포함시켜야 한다.

⑧ 선행연구 리뷰에서 초록을 사용했으면서도 참고문헌 목록에는 학술지 논문을 인용하거나, 논문의 출간 버전을 인용하면서 실제로는 학술회의 발표논문집에 출간된 초기 버전 또는 예비 버전을 사용하는 것을 피해야 한다.

제16조 (일반 지식의 인용방법) ① 타인의 아이디어 또는 그가 제공한 사실에 관한 정보를 사용할 때에는 누구의 것인지 출처를 밝혀야 하지만, 그것이 일반적으로 공지된 지식이거나 독자들이 인지하고 있는 자료인 경우에는 예외로 한다.

② 어떤 개념 또는 사실이 일반 지식인지 의문이 드는 경우에는 인용하는 것이 바람직하다.

제 2 절 연구부정행위

제17조 (연구부정행위의 정의) “연구부정행위”라 함은 전 연구과정(연구의 제안, 연구의 수행 및 연구결과와 보고 및 발표, 연구심사·평가 행위 등)에서 발생하는 위조 및 변조행위, 표절행위, 부당한 논문저자 표시 행위, 중복게재 행위 등을 말한다.

1. “위조”는 존재하지 않는 데이터 또는 연구결과 등을 허위로 만들어 내는 행위를 말한다.
2. “변조”는 연구 재료·장비·과정 등을 인위적으로 조작하거나 데이터를 임의로 변형·삭제함으로써 연구 내용 또는 결과를 왜곡하는 행위를 말한다. (여기서 “삭제”라 함은 기대하는 연구결과와 도출에 방해되는 데이터를 고의로 배제하고 유리한 데이터만을 선택하여 사용하는 행위를 말한다.)

3. “표절”은 저작권법상 보호되는 타인의 저작, 연구 착상 및 아이디어나 가설, 이론 등 연구결과 등을 정당한 승인 또는 인용 없이 사용하는 행위를 말한다.
4. “부당한 논문저자 표시”는 연구내용 또는 결과에 대하여 학술적 기여를 한 사람에게 정당한 이유 없이 논문저자 자격을 부여하지 않거나, 학술적 기여가 없는 자에게 논문저자 자격을 부여하는 행위를 말한다.
5. “중복게재”는 편집인이나 독자에게 이미 출간된 본인 논문의 존재를 알리지 않고 이미 출간된 본인 논문과 완전히 동일하거나 거의 동일한 텍스트의 본인 논문을 다른 학술지에 다시 제출하여 출간하는 것을 말한다.

제18조 (아이디어 표절) ① “아이디어 표절”이라 함은 창시자의 공적을 인정하지 않고 전체나 일부분을 그대로 또는 피상적으로 수정해서 그의 아이디어(설명, 이론, 결론, 가설, 은유 등)를 도용하는 행위를 말한다.

② 저자는 통상 각주 또는 참고인용의 형태를 통해 아이디어의 출처를 밝힐 윤리적 책무가 있다.

③ 저자는 타인의 연구제안서 및 기고 원고에 대한 동료 심사 등을 통해 알게 된 타인의 아이디어를 적절한 출처와 인용 없이 도용해서는 안 된다.

제19조 (텍스트 표절) “텍스트 표절”이라 함은 저자를 밝히지 않고 타인 저술의 텍스트 일부를 복사하는 행위를 말한다.

제20조 (모자이크 표절) “모자이크 표절”이라 함은 타인 저술의 텍스트 일부를 조합하거나, 단어를 추가 또는 삽입하거나, 단어를 동의어로 대체하여 사용하면서 원저자와 출처를 밝히지 않는 행위를 말한다.

제21조 (중복게재) ① 이미 출간된 본인 논문과 주된 내용이 동일하다면 후에 출간된 본인 논문의 본문이 다소 다른 시각이나 관점을 보여주는 텍스트를 사용하거나 이미 출간된 동일한 데이터에 대한 다소 다른 분

석을 포함하더라도 중복에 해당한다.

② 이미 출간된 논문을 인지할 수 없는 다른 독자군을 위하여 중복게재를 하는 경우에는 두 학술지의 편집인이 중복게재에 대해 동의해야 하고, 저자는 학술지의 독자들에게 동일 논문이 다른 학술지에 출간되었다는 사실을 밝혀야 한다. 한 언어로 출간된 논문을 다른 언어로 번역하여 다른 학술지에 출간하는 경우도 마찬가지이다.

③ 동일논문을 서로 다른 학회지에 복수로 기고하는 것은 금지되며, 하나의 학술지에 게재거부가 결정된 후에 다른 학술지에 기고하는 것이 원칙이다.

제22조(연구부정행위의 사후조치) ① 연구부정행위 의혹이 제기되면 편집위원회가 부정행위 조사를 실시한 후 과반수 투표로 최종 결정한다. ② 연구윤리를 위반한 투고자는 향후 고려법학 투고가 금지된다. <본조신설 2016. 6. 9>

제23조 (연구부정행위와 저작권침해 유의) ① 논문이 학술지에 게재되면 통상적으로 저작권은 학술지 발행인에게 이전된다. 따라서 저자는 학술지에 게재된 논문을 다른 형태로 출간하거나 재사용할 때에는 저작권 침해의 우려가 있음을 유의하여야 한다.

② 중복게재는 저작권침해의 우려가 있으므로 유의하여야 한다.

③ 저작권이 보호된 출처로부터 광범하게 텍스트를 인용하는 경우에 인용 부호를 적절하게 사용하거나, 제대로 환문하였다 하더라도 저작권이 침해될 수 있음을 유의하여야 한다.

제 3 절 비윤리적 연구행위

제24조 (심사과정의 비윤리적 연구행위) ① 심사자는 연구제안서 또는 논문심사 과정에서 알게 된 특정정보를 원저자의 동의 없이 심사자가 직간접으로 관련된 연구에 유용해서는 안 된다.

② 다음 각 호의 행위는 심사과정의 비윤리적 연구행위에 해당할 수 있으므로 삼가야 한다.

1. 자신이 의뢰받은 논문심사를 학생이나 제3자에게 부탁하는 행위
2. 심사 중인 연구제안서나 논문의 내용을 학과나 학회 동료들과 논의하는 행위
3. 심사종료 후 심사물의 사본을 반납하거나 분쇄하지 않고 이를 보유하는 행위

제25조 (비윤리적 연구행위) 다음의 행위는 윤리적으로 부적절한 연구행위에 해당할 수 있다.

1. 공동연구의 사실을 적절한 방식으로 알리지 않고 학회나 세미나에서 발표하는 행위
2. 연구계획이 해당분야에 상당히 기여할 것이라는 확신을 주어 연구비를 지원받으려고 기대효과에 관한 진실을 왜곡하는 행위
3. 제출된 논문을 심사하는 과정에서 명예를 손상시키는 언명이나 인신공격을 하는 행위
4. 금전적 이익을 얻기 위해 연구결과를 과대평가하는 행위
5. 논문을 읽지 않고 심사·평가하는 행위
6. 연구비 유용행위
7. 연구업적 및 결과를 허위로 진술하거나 보고하는 행위

제 4 절 부적절한 집필행위

제26조 (부적절한 집필행위) 다음의 행위는 부적절한 집필행위에 해당한다.

1. 부적절한 출처인용
2. 참고문헌 왜곡
3. 출간논문을 인용하면서 초록 등에 의존하는 행위
4. 읽지 않거나 이해하지 못한 저술의 출처인용

5. 하나의 출처로부터 집중적으로 차용하면서 부분적으로만 출처를 밝히는 행위
6. 텍스트의 재활용 행위
7. 연구업적을 부풀릴 의도로 하나의 논문으로 게재되었어야 할 연구결과를 수 개의 논문으로 분할하여 게재하는 행위

제27조 (참고문헌의 왜곡금지) ① 참고문헌은 논문의 내용과 직접적으로 관련이 있는 문헌만 포함시켜야 한다. 학술지나 논문의 인용지수를 조작할 목적으로 또는 논문의 게재 가능성을 높일 목적으로 관련성에 의문이 있는 문헌을 의도적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 된다.

② 자신의 데이터 또는 이론에 유리한 문헌만을 편파적으로 참고문헌에 포함시켜서는 안 되며, 자신의 관점과 모순될 수 있는 문헌도 인용할 윤리적 책무가 있다.

제28조 (텍스트의 재활용) ① “텍스트의 재활용”이라 함은 저자가 자신의 다른 저술에서 이미 사용했던 텍스트의 일부를 재사용하는 것을 말한다.

② 텍스트 재활용은 윤리적 집필정신에 어긋나므로 이미 출간된 텍스트를 재활용하는 것을 피해야 하며, 불가피하게 재활용하는 경우에는 인용부호를 표시하거나 적절한 환문을 하는 등 표준적 인용관행에 따라야 하며, 저작권 침해가 발생하지 않도록 하여야 한다.

부 칙

이 규정은 2007년 3월 1일부터 시행한다.

투고 논문	제 목							
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문

본인은 ‘高麗法學’ 제 호에 게재를 희망하는 자로서 고려대학교 법학연구원 ‘高麗法學’ 연구윤리지침을 준수하고 그 위반으로 인해 발생하는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

본인은 위 저작물이 장래 법학 발전에 기여할 수 있도록, 아래와 같이 고려대학교 법학연구원이 위 저작물을 이용하는데 동의합니다.

- 다 음 -

1. 고려대학교 법학연구원이 운영하는 DB구축과 인터넷 등 정보통신망을 통한 서비스와 보존을 위하여, 본 저작물의 내용 변경을 제외한 필요 범위 내에서 편집 및 형식상 변경을 허락하고, 필요한 범위의 복제, 기억장치에의 저장, 전송 등을 허락함.
2. 저작물을 이미지DB(PDF)로 구축하여 인터넷을 포함한 정보통신망 등에 공개하여 저작물 일부 또는 전부의 복제·배포 및 전송에 관한 일체를 제공하는데 동의함.
3. 저작물에 대한 이용기간은 5년으로 하고 이용 기간 종료 3개월 이내에 별도의 의사표시가 없을 때에는 저작물의 이용기간을 계속 연장함.
4. 저자가 저작물의 저작권을 타인에게 양도하거나 또는 출판 허락을 하였을 경우에는 1개월 이내에 편집위원장에게 이를 통보함.
5. 고려대학교 법학연구원은 저작권자의 저작물 이용 동의를 받기 이전에, 해당 저작물로 인하여 발생되었거나 발생될 타인에 의한 권리 침해에 대하여 일체의 법적 책임을 지지 않음.

20 년 월 일

논문 투고자 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

[별첨 2]

高麗法學 논문 심사위원 서약서

투고 논문	제 목								
	종 류	특집 논문		연구 논문		판례 평석		학술발표문 및 특별강연문	

본인은 ‘高麗法學’ 제 호에 게재 논문의 심사위원으로서 고려대학교 법학연구원 ‘高麗法學’ 게재 논문 심사규정’ 제4조 (심사판정과 이의제기)와 제7조 (비밀유지의무)를 준수하고 그 위반으로 인해 발생하는 문제에 대해 전적으로 책임질 것을 서약합니다.

20 년 월 일

심사위원 : (서명 또는 인)

고려대학교 법학연구원 高麗法學 편집위원장 귀하

편집위원장 : 하명호 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

편집위원 : 김경욱 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

이희정 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

차진아 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

신호영 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

김상중 (고려대학교 법학전문대학원 교수)

김성은 (강원대학교 법학전문대학원 교수)

윤은경 (제주대학교 법학전문대학원 교수)

박찬호 (부산대학교 법학전문대학원 교수)

김서기 (상명대학교 공공인재학과 교수)

전윤구 (경기대학교 법학과 교수)

「高麗法學」은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 법학학술지입니다.

문의나 건의사항이 있으신 분은 아래로 연락주시기 바랍니다.

서울특별시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학연구원

lab004@korea.ac.kr

TEL : (02)3290-1630 / FAX : (02)922-4013

高麗法學 (제98호)

2020年 9月 20日 印刷

2020年 9月 30日 發行

發行人 池 元 林

發行處 高麗大學校 法學研究院

서울특별시 성북구 안암로 145

고려대학교 법학연구원

TEL : (02) 3290-2914

FAX : (02) 922-4013

製作處 (주)한신아트

TEL : (02) 2277-2271

값 30,000원

* 이 책의 무단전재 또는 복제행위를 금합니다.

ISSN 1598-1584 (Print)

ISSN 2672-0736 (Online)