

高麗法學

제 96 호

2020. 3.

高麗大學校 法學研究院

간 행 사

高麗法學이 제96호를 발간합니다.

高麗法學은 교수님들을 비롯한 연구자들로부터 옥고를 받아 엄정한 심사를 통해 제작되고 있습니다. 이번 호에도 법이론과 공법 및 사법의 각 분야에서 총 9편의 논문이 게재되어 있습니다.

강의와 연구에 바쁘신데도 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 행정업무를 도와주고 있는 김배정 조교에게도 고마운 마음을 전합니다.

감사합니다.

2020년 3월

高麗法學 편집위원장 하 명 호

목 차

■ 연구논문

라캉의 정신분석에서 바라본 법의 욕망.....	박민정 / 001
검찰개혁, 올바른 방향으로 가고 있는가?.....	장영수 / 049
「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」 제27조 제2항의 위헌성 연구 - 재산권 침해 및 평등원칙 위반을 중심으로 -	신호영 / 081
재건축부담금의 위헌성에 대한 검토.....	차진아 / 115
합정수사의 위법성 판단기준에 관한 고찰 - 학설과 판례의 개관 및 객관설의 타당성 논증을 중심으로 -	권순호 / 159
프랑스 형사상 원격화상시스템 분석 및 시사점 검토 - 헌법재판소 2019년 9월 20일 n° 2019-802 결정을 토대로 하여 -	심승범 / 189
사회 내 보안처분으로서 보호관찰의 실효성 제고방안 - 보호관찰 특별준수사항을 중심으로 -	박정일 / 213
공정거래법상 알고리즘 담합 책임의 귀속과 준법사항(compliance)에 관한 연구	박창규 / 257
역사문화환경 보호제도의 재정립 방향 고찰 - 문화재보호법상 역사문화환경 보호제도를 중심으로 -	김지민 / 295

라캉의 정신분석에서 바라본 법의 욕망

박 민 정*

▶ 목 차 ◀

I. 서 론	3. 새로운 법적 인간상으로서 ‘자 율적인 인격’
II. 라캉의 욕망이론과 언어이론을 통해 읽어낸 법의 욕망	4. 법적 분리
1. 욕망, 언어 그리고 주체의 관계	V. 라캉적인 정신분석에서의 포스 트 인권과 법
2. 언어에서 바라본 법의 욕망	1. 정신분석학적 인권
3. 법의 욕망	2. 인정욕망을 통한 윤리의 권 리화의 시작
III. 근원적인 대타자의 기원으로서 법	3. 생성중인 인권 개념으로서 정신분석학적 인권
1. 타자성의 근원	4. 법적 분리를 통한 생성중인 인권에 관한 실천적 의의
2. 근원적 대타자로서 법	VI. 법의 지방어화 과제
IV. 법 언어 속에서의 소외	
1. 법안의 주체와 소외의 의미	
2. 근원적인 대타자로서 법에 의한 소외	

I. 서 론

근대법은 분명 보편적인 자유와 권리라는 역사적인 업적을 이루어왔다. 그러나 여전히 법으로부터 배제되거나 법의 배후로 은폐되어버리는, 그리고 법으로 인하여 고통 받고 있는 사람들이 여전히 존재하고 있다. 만일 법이

* 고려대학교 일반대학원 법학원리 박사과정.

모든 개인들에게 정의를 수행하는 기획이라고 이해될 수 있다면, 법은 소외된 사람들의 얼굴을 외면해서는 안 된다. 그렇다면 법의 현실 속에서 이러한 일들은 왜 일어나고 있는가? 이러한 물음에 답하기 위해서, 의식 중심적인 근대주의에 대한 예리한 비평으로서 라캉의 이론적인 틀을 인용하고자 한다.

이 글의 목적은 네 가지로 구성되어있다. 먼저, 우리는 인류의 세 가지 중요한 요소인 ‘법’, ‘언어’ 그리고 ‘욕망’ 간의 관계에 중점을 두어, 라캉(Lacan)의 정신분석적 통찰력을 근대 법에 어떻게 적절하게 적용할 수 있는지에 대하여 설명할 것이다. 프로이트의 정신분석 이론을 언어 철학적인 관점에서 열정적으로 재해석한 라캉의 분석에 따르면, 법은 욕망을 담고 있을 뿐 아니라 욕망에 대하여 다루고 있으며, 더 나아가 욕망으로부터 그 본원적인 생명의 에너지를 얻기도 한다.¹⁾ 두 번째, 이 글은 법적인 사회화 과정을 통해 개인을 평균적인 일반인이 되도록 강요하는 법이 왜 “근원적(radical)” 대타자로 이해될 수 있는지 설명하고자 하며, 이러한 법의 욕망이 지니는 양가적인 특성과 절대적 타자성(absolute alterity)을 검토하고자 한다. 이와 관련하여 “근원적”이라는 의미는 그 용어의 외연과 내연의 관점에서 철저하게 검토하고자 한다. 셋째, 법 언어의 습득이 법적 주체의 소외로 이어질 때, 우리는 라캉의 분리 이론을 적용하여, 이러한 ‘소외’를 이성법의 한계로 정의하며, 그 소외를 완화하는 새로운 법적 방법을 제안하고자 한다. 특정 기표를 특정 기의에 영구적으로 연결시키는 고착화현상을 해결하고자 시도하는 ‘언어 비판’을 통해, 라캉적인 분리가 잘 이루어질 수 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 또한 법적인 맥락에서 이러한 분리는 5단계로 이루어져야한다고 주장하고자 한다. 마지막으로 이러한 분석을 통한 궁극적인 목적은 인권에 관한 현재의 담론들 이상으로 확장시키는 “포스트 인권”으로서 정신분석적 인권에 대한 비전을 달성하는 것에 있다.

1) Sean Homer, *Jacques Lacan* (London and New York: Routledge, 2005), p. 20.

Ⅱ. 라캉의 욕망이론과 언어이론을 통해 읽어낸 법의 욕망.

1. 욕망, 언어 그리고 주체의 관계

(1) 언어와 욕망

법과 언어 그리고 욕망의 삼자관계를 보다 쉽게 이해하기 위해서, ‘법이 언어로 이루어져있다’는 분명한 명제로부터 시작하고자 한다. 법이 언어로 이루어져 있다는 것은 곧 법은 일반적으로 ‘언어’라는 매체를 통해서 주체들에게 접근할 수 있다는 것을 의미한다. 그리고 라캉에 따르면, 이처럼 법이 언어를 매개로 한다는 점에서 욕망과 법이 연결될 가능성이 열리기 시작한다. 일반적으로 사람들은 법과 언어를 연결시키는 것만큼, 법과 욕망을 연결시키는 것에 익숙하지 않을 수 있다. 그러나 사실 ‘언어’로 이루어져있는 ‘법’은, 욕망을 제한하면서 동시에 추구하는 양가적인 태도를 통해서, 이미 ‘욕망’에 대하여 다루고 있다. 그리고 이처럼 법이 욕망에 접근하는 데 언어가 상당히 중요한 역할을 하는데, 즉 언어는 법과 욕망을 각각 구성하면서, 동시에 주체의 욕망과 법의 욕망을 서로 이어주는 ‘매개체’로서의 역할을 한다. 이처럼 양자 간의 매개로서의 언어는 인간의 욕망을 법에 전달해주기도 하고, 이와 반대로 법이 인정하는 욕망을 인간 주체에게 제시해주기도 하면서, 법의 전반적인 윤곽을 그려준다고 할 수 있다. 그리고 이와 같이 언어는 법에 욕망을 전달해주는 역할을 함으로써, 법이 정체되어 있지 않고 생동적으로 살아 움직이게 하는 생의 에너지를 부여해주는 근원적인 역할을 한다.

법과 언어 그리고 욕망의 관계에서, 지금까지 ‘언어’가 하는 역할을 보았다면, 이제 우리는 보다 핵심적으로 ‘욕망’이라는 기제가 이러한 관계 속에서 하는 역할을 살펴보고자 한다. 이를 살펴보기에 앞서, 우리는 역사적으로 그리고 오늘날 ‘욕망’이라는 기제를 어떻게 정의 내리고, 관계 맺어왔는지에 대하여 논의할 필요가 있다. 먼저 욕망을 바라보는 관점은 역사적으로 매우 다원적인 형태로 존재해왔다. 욕망에 대한 관점은 여러 가지 복잡하고 심각한 사회 문제들도 사실상 알고 보면 인간의 욕망의 구조에서 기원하였다고 보아, 마치 욕망을 모든 사회 문제들의 근본적인 구조를 파악하게 해

주는 보편적인 열쇠(master key)라도 되는 것처럼 바라보는 ‘욕망 만능주의’적 관점²⁾에서부터, 욕망을 무조건 강하게 억압해야하는 ‘절대 악’으로 치부해버리는 ‘욕망 회피주의’적인 입장까지 상당히 넓은 스펙트럼을 가진다. 그러나 반드시 학문적인 입장이 아닌 일반인들의 평균적인 관점은 이러한 양극단에 놓여있는 입장들 사이 어딘가에 존재한다. 그러나 이러한 일반적인 입장은 현대 인간을 사회화된 자화상이라 할 수 있는 ‘이성적인 주체’로 바라보기 때문에, 욕망에 대해 긍정적이기 보다는 부정적인 입장에 가깝다고 보아야 할 것이다.

근대 이성주의 전통에서 욕망은, 철저하게 억압되고 통제되어야하는 금기(taboo)의 대상으로 여겨져 왔다. 왜냐하면 이러한 이성주의 하에서, 모든 대상은 이성주의적인 확실성 안에서 예견가능하고 계산 가능한 것이어야 하는데, 욕망은 그 본질상 이러한 이성주의가 만들어 놓은 ‘이성’의 경계와 근대법이 만들어 놓은 ‘정상성’이라는 울타리 안에만 머무를 수 없는 성질을 지니고 있기 때문이다.

(2) 욕망하는 삶

그러나 인간의 삶이란 그 삶이 다하는 순간까지 셀 수 없이 많은 욕망을 찾아내고, 실현하며, 추구하는 과정이라 할 수 있다. 우리는 상징계를 벗어나 실재계와 같은, 신의 세계에 들어가지 않는 한, 이러한 인간의 운명으로부터 완전히 자유로울 수는 없다. 또한 다원주의와 상대주의가 압도적으로 지배하고 있는 포스트모던 시대에서, 욕망에 대하여 적대적인 관점보다는 친화적인 관점을 발견하는 것이 오히려 더 쉽게 느껴질 수 있다는 것도 사실이다. 그렇기에 욕망은 억압해야만 하는 부정적인 것이 아니라 추구할 수밖에 없고 추구해야만 하는 긍정적인 것으로 바라볼 필요가 있다. 그러나 오늘날 욕망에 대한 관점은 이러한 긍정과 부정의 이분법적인 논리가 아니라, 더욱 복잡다단한 양태를 띄는 것으로 보인다. 최근에 우리는 단지 욕망을 인간이 수행해야하는 숙명적인 과제로서 바라보거나 또는 욕망 친화적

2) 이와 관련하여 자세한 내용은 권광호, 손영삼, “자아의 욕망을 어떻게 해석할 것인가”, 대동철학회, 대동철학제 48집, 1-22쪽 참조.

인 관점에 머무르려 하지 않는다. 오히려 욕망에 대한 열정에 눈이 멀어 죽음의 그림자마저 드리우게 만드는 ‘욕망에 빠진 세계’ 속에 살고 있으며, 다른 한편으로 최근 ‘N포 세대’에서는 사회·경제적인 압박으로 인해 결혼, 직장을 포기하는 것을 넘어 ‘욕망하는 것’마저 포기해버리는 시대가 도래하기도 하였다. 이는 결국 욕망에 대한 긍정과 부정의 관점을 떠나 아예 욕망에 미쳐버리는 광기어린 입장을 택하거나 아예 포기해버리는 입장을 택하는 보다 더 극단적인 관점이 생겨난 것이라고 할 수 있을 것이다. 이처럼 우리는 욕망에 대한 다양한 관점에 따라 우리의 삶의 자세가 달라질 수 있으며, 이러한 욕망에 휘둘리지 않고, 올바르게 욕망을 하기 위해서 욕망의 본질에 대하여 정확하게 이해할 필요가 있다. 이러한 다양한 욕망에 대한 관점에는 사회학적이거나 경제학적인 관점으로 바라보아야 할 측면이 다분함에도 불구하고, 본고에서는 ‘욕망’이라는 테마에 초점을 두어 살펴보고자 한다.

(3) 욕망의 변증법과 욕망하는 주체

1) 욕망의 변증법

따라서 우리는 라캉의 욕망이론을 통해 욕망의 ‘변증적인 관점’에 대하여 고려해보아야 한다. 우리의 삶은 욕망 없이는 유지될 수 없지만, 그렇다고 욕망이 지나치게 커져버리면 고통으로 변질되어버리게 된다. 우리는 욕망을 변증적인 관점³⁾에서 바라볼 필요가 있다. 라캉의 욕망이론은 이러한 변증적인 관점들을 잘 보여준다. 먼저 라캉에게, 욕망이란 인간의 본질⁴⁾이며, 인간이 삶을 살아가는 원동력이자, 문화와 문명의 원천⁵⁾이다. 여기서 우리는 라캉이 욕망을 적극적이고 긍정적인 관점에서 바라보았다는 것을

3) Lacan, “The Subject and the Other: Aphanisis”, “Of the Subject who is Supposed to Know, of the first Dyad and of the Good”, *The Seminar of Jacques Lacan. Book XI. The Four Fundamental Concepts of Psychoanalysis*, 1978, pp. 216-243.

4) Jacques Lacan, Jacques-Alain Miller (ed.), Alan Sheridan (tr.), “In you more than you”, *The Seminar of Jacques Lacan. Book XI. The Four Fundamental Concepts of Psychoanalysis* (New York and London: W. W. Norton & Company, 1998), p. 275.

5) EBS1 통찰 “자크라캉”편에서 발췌함.

알 수 있다. 그러나 라캉은 욕망을 단순히 긍정적인 측면을 넘어서 변증법적 관점에서 바라보았다. 라캉에게 욕망이란 주체를 행복하게 만들어주는 긍정적인 힘이면서 동시에 그러한 (타자) 욕망으로 인해 주체를 소외시켜버리는 이중적인 모습을 띄게 된다. 이처럼 욕망으로부터 소외되어버린 인간은 그 욕망으로부터 거리를 두고, 이로부터 온전히 해방된 존재가 되고자하는 욕망을 지니게 된다. 여기서 욕망의 가장 본원적인 모습으로서 “욕망의 변증법(the dialectic of desire)”⁶⁾적인 측면을 볼 수 있다. 욕망의 변증법이란, 주체를 소외시키는 모든 타자의 영역들 즉, 언어, 지식, 외부에서 ‘나’라는 정체성을 규정짓는 모든 생물학적, 환경적인 패러다임들 그리고 욕망의 관점에서는 ‘타자욕망’들로부터 거리를 두고, 여기서 ‘분리(separation)’되어 나오는 것을 1차적으로 의미한다.⁷⁾ 그리고 이렇게 타자의 영역에서 떨어져 나와, 자신의 고유한 ‘공백(대상a, 無)’의 상태를 드러내어 마주하고, 그 공백의 자리에서 주체의 고유한 욕망과 지식을 생성시키는 가능성을 모색하는 모든 과정을 의미한다.⁸⁾ 즉, 욕망의 변증적 순간이라 할 수 있는 ‘주체화(subjectivation)란, 어떠한 정해진 실체가 아니라, 타자의 영역에서 미끄러지는 그 찰나적인 순간을 의미하는 것이다. 이는 곧 타자의 영향으로부터 자유로울 수 없는 현실 속 인간이 모든 타자의 시선과 목소리가 멈추어지는 자신만의 공간을 발견하려고 끊임없이 애쓰는 과정인 것이다. 그리고 이처럼 기어코 자신만의 고유한 공백의 공간을 대면하려 하는 이유는 바로 주체적으로 다시 욕망하기 위함이다. 즉, 무의 자리로 돌아가 다시 자신의 삶과 욕망의 진정한 ‘주인’이 되고자 하는 것이다.

이와 같이 타자적인 세계에 구속됨이 없이 자신의 인생을 스스로 매 순간 만들어가는 인간 주체의 모습이야말로 사르트르가 말하는 ‘대자’적 존재와 유사하며, 이러한 ‘무’의 상태야말로 인간에게 ‘자유’를 선사하는 중요한 계기가 된

6) ‘욕망의 변증법’에 대한 자세한 내용은 Bruce Fink, *A clinical introduction to Lacanian psychoanalysis : theory and technique*, Cambridge: Harvard University Press, 1997, pp. 50-72참조.

7) Bruce Fink, *A clinical introduction to Lacanian psychoanalysis : theory and technique*, Cambridge: Harvard University Press, 1997, pp 65.

8) Bruce Fink, *ibid*, pp 55.

다.⁹⁾ 즉, 이성법에서 바라보는 자유의지와는 또 다른 실존적 ‘자유의지’가 작동할 수 있는 공간으로서 ‘앙가주망’의 소산이라 할 수 있다. 따라서 이러한 변증적인 욕망의 모습은 ‘앙가주망적인 욕망’이라고도 해석해 볼 수 있다. 여기서 앙가주망적인 욕망이란, 주체가 자신의 ‘현존(Dasein)’으로부터 그리고 타자적인 요소들로부터 끊임없이 거리를 두어 자신을 ‘무화(無化)’시키는 ‘탈존(ex-sistere)’을 이어나가면서, 동시에 미래를 향하여 기획하며 자신을 던져 넣는 ‘기투’ 행위를 반복함으로써, 진정한 자신의 (욕망과) 삶을 만들어가는 ‘앙가주망’적인 실천이자, ‘실존적 자유’를 향한 행위에 다름 아닌 것이다.¹⁰⁾ 따라서 이러한 자기의 고유성을 향한 욕망의 변증적 여정은 곧 인간의 실존적 ‘자유’를 향한 움직임이라 할 수 있으며, 이러한 주체가말로 진정으로 ‘자율적인 인격’을 갖출 준비가 되어있다고 볼 수 있다. 그러나 현재가 곧 과거가 되고, 새로운 것들이 다시 기성적인 것이 되는 운동성으로 인해, 라캉에 따르면, 이러한 진정한 주체화는 늘 찰나적으로만 존재하게 된다. 그렇기 때문에 이러한 욕망의 변증적 과정은 언제나 한 주기의 주체화과정에서 멈추지 않고, 지속적으로 미끄러짐을 반복하면서 순환을 해야 한다.

이러한 욕망의 변증적인 관점을 통해서, 라캉은 근대 이성주의에서 금기시 해왔던 욕망을 인간 존재의 핵심에 위치시키게 된다. ‘생각한다. 고로 나는 존재한다.(cogito, ergo sum)’라고 알려진 데카르트적인 명제에서 알 수 있듯이, 근대 이성주의가 이성의 핵심이라 할 수 있는 ‘사유’로부터 존재의 확실성을 발견하고자 하였다면, 라캉은 그러한 이성주의의 확실성이 오히려 존재에 대한 소외를 가져온다고 보았다.¹¹⁾ 그리고 라캉에게 그러한 이성의 소외로부터 벗어나는 유일한 탈출구는 바로 끊임없이 미끄러지고 다시 “욕망하는 행위”¹²⁾를 통해서만 가능하였다.¹³⁾

9) 최재정, “사르트르(J. P. Sartre)의 “앙가주망(engagement)” 개념이 현대 교육에 주는 시사점”, 한독교육학회, 교육의 이론과 실천 21권1호, 2016, 104쪽.

10) 최재정, “사르트르(J. P. Sartre)의 “앙가주망(engagement)” 개념이 현대 교육에 주는 시사점”, 한독교육학회, 교육의 이론과 실천 21권1호, 2016.

11) 데카르트의 ‘확실성의 주체’에 대한 라캉의 논의에 대하여는, 자크 라캉, 『자크 라캉 세미나 11_정신분석의 네 가지 근본개념』, 새물결, 2008, 340, 430쪽 참조.

12) Lacan, “The Subject and the Other: Aphanisis”, *Ibid.*, pp. 224.

13) 김상환·홍준기 엮음, 라캉의 재탄생, 창작과 비평사, 2003, p.159.

2) 언어 속에서 욕망하는 주체

그러나 이와 같이 욕망의 변증으로서 ‘주체화’를 수행해야 하는 인간 주체는 상징세계에서 살아가는 언어적인 존재이기 때문에, 그가 이러한 현실 속에서 욕망할 수 있는 방법은 필연적으로 ‘언어’를 사용할 수밖에 없음에 주의해야 한다. 욕망하는 주체의 삶은 언어로 구성되어 있고, 언어에 의해 제한되며, 언어를 통해 매개되는 욕망을 전제로 하기 때문에, ‘욕망하는 주체’는 곧 ‘말하는 주체(speaking subject)’가 될 수밖에 없다. 그리고 이러한 주체가 삶을 통해 실현하는 욕망도 역시 비언어적인 경험의 연속을 통해서가 아니라, 언어를 통해 말해지는 한에서만 가능하다. 따라서 언어는 우리의 삶과 욕망을 구성하는 매개체라 할 수 있다. 이처럼 언어적인 삶을 살면서, 타인과 더불어 살아가야 하는 언어·사회적인 동물로서 인간 주체는 타인의 지원을 받거나 그들과 일정한 관계를 맺기 위해서는 언제나 자신의 비언어적인 욕구(needs)를 언어화된 ‘요구(demands)’로 즉, 자기 자신만의 ‘고유한 욕구’를 언어속의 ‘보편화된 요구’로 변환시켜야 한다. 즉, “욕망이 구체화되는 하나의 형태가 바로 언어”¹⁴⁾가 되는 것이다. 그리고 이러한 매개체로서 ‘언어’ 안에는 그 언어가 보여주는 가치세계와 역사적으로 전승되어온 문화적인 유산들이 누적되어 있을 뿐만 아니라, 이러한 역사 속에서 사회적으로 승인되어온 각종 규범들 즉, 타자들의 잣대가 담겨져 있다. 따라서 욕구가 요구로 전환되는 과정에서, 주체의 욕망은 언어가 담고 있는 타자적인 기준에 의해 허용된 삶의 목표와 사회적으로 승인된 가치들로 이루어진 주체 자신만의 것이 된다. 즉, (자기)욕망은 언어화된 (자기)욕망이 된다. 이러한 과정을 통해, 라캉은 언어야말로 욕망을 영원히 지속시키는 전제 조건이 되고¹⁵⁾, 그 결과 인간 주체는 ‘욕망하는 주체(desiring subject)’가 된다고 강조한다.

14) Dragan Milovanovic, “The Postmodernist Turn: Lacan, Psychoanalytic Semiotics, and the Construction of Subjectivity in Law”, 1992, pp. 82.

15) 욕망의 영속화(perpetuation of desire)에 대한 자세한 내용은 Jacques Lacan Bruce Fink (tr.), “The Function and Field of Speech and Language in Psychoanalysis”, *Écrits* (New York and London: W. W. Norton & Company, 2006), p. 262 참조.

2. 언어에서 바라본 법의 욕망

(1) 상징계 속에서의 주체와 욕망의 관계

주체와 언어의 관계에 대하여, 일상적인 관점에서 주체는 언어를 소통의 수단으로서 사용하는 언어의 주인이라 이해되지만, 언어철학적인 관점에서 이 둘의 관계는 정반대의 관점에 놓인다. 즉, 언어야말로 주체를 언어의 세계 속으로 포섭시키는 진정한 주인이라는 것이다. 이러한 관점에 따르면, 언어가 있는 후에야 주체의 성립이 가능하며, 더 나아가 언어가 주체의 성립조건이 된다. 이처럼 인간이 언어를 사용하는 주인이라는 일상적인 관점을 역으로 뒤집은 것이 언어철학적 관점이라면, 라캉의 정신분석은 이러한 언어철학적 관점에 욕망을 도입함으로써 논의를 확장시킨다.

이러한 언어적인 측면을 라캉은 주체와 상징계를 연결시키는 것을 통해 재해석한다. 라캉에게 있어서, 상징계는 일종의 질서이자 영역이며, 각종 언어와 상징들로 구성된 의미들의 세계이다. 유년기 아이들은 그들의 엄마의 언어를 배움으로써, 상징계 속으로 진입하게 되며, 이 때 아이들은 세계에 대한 직접적인 경험을 잃어버리게 된다.¹⁶⁾ 본래 욕망은 무정형이고, 다 기능적인 정신 에너지들로 구성되어있었지만, 상징계라는 언어의 세계 속으로 들어간 주체에게 욕망은 언어(단어)라는 형태를 통해서만 구현될 수 있다. 따라서 “언어는 욕망을 담는 그릇”¹⁷⁾이 된다. 이처럼 상징계에서 살 수 밖에 없는 인간 주체들에게 오직 언어만이 그들의 욕망을 담을 수 있는 그릇이기 때문에, 언어화되지 못하는 여분이 생겨날 수밖에 없다. 따라서 욕구가 언어기호를 통해 표제화될 때, 욕망은 욕구와 요구 사이의 차이, 다시 말해, 전언어적인 욕구(pre-linguistic needs)와 언어적인 욕구(linguistic needs)사이의 차이에서 찌꺼기처럼 남는 여분의 형태로 남게 된다.¹⁸⁾ 이러한 여분의 형태로 남은 욕망이 바로 라캉이 존재의 결핍을 불러일으킨다고 보았던 ‘욕

16) 김석, 『에크리』, 살림, 2015, 190p.

17) Dragan Milovanovic, “The Postmodernist Turn: Lacan, Psychoanalytic Semiotics, and the Construction of Subjectivity in Law”, 1992, pp. 82.

18) 이에 관해 자세히는 김석, “욕망하는 주체와 욕망하는 기계”, 철학과 현상학 연구, Vol.29, 2006, 179쪽 참조.

망의 원인(objet petit a, 대상 a)'이다. 그리고 이는 라캉이 왜 욕망이란 “만족에 대한 갈구도, 사랑에 대한 요구도 아니며, 그것은 요구와 만족에 대한 갈구의 차이로부터 결과하는 차이이자 그것들 사이에서 생기는 분열의 현상 자체”¹⁹⁾ 라고 말한 표현에서 좀 더 분명하게 이해될 수 있다. 이러한 현존재의 균열로서 다가오는 (대상a로서) 욕망이야말로 진정한 자기 욕망을 생성시키는 공백적인 공간으로서 작용한다. 그리고 삶이란 이러한 욕구와 요구간의 차이로부터 나오는 존재에 대한 균열과 공백을 메우기 위해 끊임 없이 노력·하는 과정이다.²⁰⁾

그러나 주체는 이러한 상징계의 본원적인 한계를 알면서도, 언어라는 굴레에 사로잡혀 욕망을 요구의 형태로 되풀이하는 것 외에는 자신의 욕망을 표현해낼 다른 방도를 알지 못하는 역설적인 상황에 놓이게 된다. ‘돈을 내놓을 것인지 아니면 목숨을 내어놓을 것인지’ 라고 묻는 강도에 의한 강요된 선택에 관한 라캉의 비유에서 잘 나타나듯이,²¹⁾ 주체는 그가 상징계 속으로 들어갈지 여부를 선택할 권리를 가지지 않는다. 결국 주체에게 “소외는 운명이다.”²²⁾ 그리하여 상징계의 세계에 들어가지 않는 주체는 어떠한 욕망을 가질 수도 없으며, 그러한 주체에게 내러티브될 수 있는 삶 또한 있을 수 없다. 또한 그렇기 때문에 라캉에게 인간은 ‘언어’라는 외길 속으로 들어감으로써만 주체가 될 수 있다. 그러나 말하는 주체는 그 ‘말함’의 과정을 통해, 이러한 언어속의 구조들을 자연스럽게 내면화시키게 된다. 상징계 속의 주체는 그가 말하는 스타일과 양식, 어휘나 발음, 그리고 수사법이나 논지방식 등, 그가 말하는 언어의 수준에 따라 그의 사회적 지위가 결정된다.

19) Lacan, “The Signification of Phallus”, *Écrits* (New York and London: W. W. Norton & Company, 2006), p. 580.

20) 이에 관해 자세히는 Dragan Milovanovic, “The Postmodernist Turn: Lacan, Psychoanalytic Semiotics, and the Construction of Subjectivity in Law”, 1992, 77쪽.

21) Lacan, “The Subject and the Other: Alienation”, *The Seminar of Jacques Lacan. Book XI. The Four Fundamental Concepts of Psychoanalysis*, p. 212.

22) Colette Soler, “The Subject and the Other (II)”, in Richard Feldstein, Bruce Fink and Maire Jaanus (eds.) *Reading Seminar XI: Lacan's Four Fundamental Concepts of Psychoanalysis* (New York: State University of New York Press, 1995), p. 49.

다시 말해서, 우리가 언어를 말할 때, 우리는 비로소 욕망을 갖게 되며, 그 언어 안에 있는 욕망을 욕망하게 된다. 이와 같이 상징계 속에서 욕망을 하면서 우리는 더욱 타자가 되어간다.

(2) 상징적 법의 자기기만

이러한 타자적인 상징계는 타인만을 속이는 것이 아니라, 자기 자신도 속이는 ‘자기기만(self-deception)’적인 성격을 갖는다. “우리는 말을 하면서부터 거짓말을 하기 시작한다.”²³⁾라는 라캉의 표현에서 알 수 있듯이, 우리는 말을 하는 순간부터 우리 자신을 속이기 시작한다. 이러한 자기기만은 언어에 다 담길 수 없는 비언어적인 요소들로부터 생겨나는 언어의 <소외> 작용이라고 볼 수 있다. 또한 이러한 언어의 작용으로 부터, ‘타자의 욕망’과 ‘자기기만’사이의 일정한 연관성도 유추해볼 수 있다. 즉, 언어화될 수밖에 없는 ‘타자의 욕망’은 아무리 사회적으로 인정받는 성공적인 성취를 이루더라도, 무언가 알 수 없는 공허하고 불행한 느낌을 자아내는 ‘자기기만’이 언제나 뒤따르게 된다는 것이다. 바로 이러한 점에서, 주체의 언어적인 사회적 지위는 무의식에서 자기를 위치지우는 방식과는 전혀 다르다는 것을 알 수 있다. 이처럼 상징계의 ‘언어적 속성’과 ‘타자욕망이 갖는 타자성’으로 인해 주체는 자기기만적인 상태에 빠지게 되며, 이는 주체가 ‘법’을 만나게 되면서 더욱 심화된다.

법은 입법, 사법, 행정기관과 같은 정부기관을 통해서 말해지는 규범이다. 이러한 법의 언어적인 속성으로 인해서, 법 역시 ‘욕망’과 ‘자기기만’의 문제들에 직면하게 된다. 법은 주체의 욕망을 재단하면서, 동시에 그 틀을 형성한다. 이와 같은 양가적인 법의 모습을 좀 더 구체적으로 바라보면, 법은 한편으로는 도덕과 규범에 대한 (언어화된) 욕망을 인정하는 역할을 하지만, 다른 한편으로는 모든 인간이 법적으로 평등한 사회에서 공정하게 자유와 자율을 누릴 수 있도록 하기 위해, 사회적 해악이나 비합리성과 같은

23) Jacques Lacan, Jacques-Alain Miller (ed.), John Forrester (tr.), “The symbolic order”, *The Seminar of Jacques Lacan. Book I. Freud's Papers on Technique* (New York and London: W. W. Norton & Company, 1991), p. 228.

속성을 가진 욕망을 억압하는 역할을 하기도 한다. 다시 말해, 법은 한편으로는 도덕과 규범에 부합하는 (언어화된) 욕망을 허용하면서, 다른 한편으로는 사회적 해악이나 비합리성과 같은 속성을 가진 욕망을 억압하는 역할을 하면서, 모든 인간이 법적으로 평등한 사회에서 공정하게 자유와 자율을 누릴 수 있도록 하는 역할을 해준다고 볼 수 있다. 이와 같이 양가적인 욕망을 지닌 ‘법’ 또한 그것의 언어적인 속성과 타자욕망적인 속성으로 인해서 자기기만적인 성격을 가질 수밖에 없다.

한편 타자적인 법은, 이와 반대로, ‘주체의 욕망’을 통해서도 형성되어질 수 있는데, 이 때 법은 주체의 (자기욕망의) 양면적인 역할에 직면하게 된다. 즉, 법은 주체의 욕망이 유입됨으로써 재구성될 때, 주체의 욕망은 법을 새롭게 변화시킬 수 있는 창구로서의 역할을 하기도 하지만, 한편 그 주체가 속한 특정한 집단의 지나치게 편파적인 욕망들로 인해 법을 오염시킬 잠재적 위험성도 지닌다. 따라서 법이 주체의 자기 욕망을 수용한다는 점을 인정하더라도, 법은 여전히 자기기만적일 수밖에 없다. 만일 이러한 주체의 타자적인 측면이 거의 없는 순수한 자기욕망이 법을 구성하는 경우에도, 그러한 욕망이 법으로 인정되는 순간 이미 법언어적 속성으로 인해 타자화기 때문에, 마찬가지로 법은 자기기만적인 성격을 가진다. 이처럼 <규범화되고 언어화된> 욕망을 추구하면서 동시에, <그렇지 못한> 욕망을 억압하는 제도로서 법은 주체의 욕망과 상호작용을 이어나가면서도 서로를 끊임없이 견제해야하는 상호적인 길항관계에 놓인다. 그러나 어떠한 경우라도 법은 타자의 욕망과 자기기만에서 자유로울 수 없다.

3. 법의 욕망

욕망과 법에 대한 라캉의 관점은 위의 관점과 유사하다고 할 수 있다. 라캉에 대한 카우딜(Caudill)의 해석에 따르면, 이러한 언어의 과정이 진행되는 것을 통해, 한편으로는 언어의 기호학적인 경계 안에서 기능하는 ‘법적인 틀’을 정신적으로 형성하고, 다른 한편으로는 본래 언어 이전에 존재하는 ‘정신의 모양’을 만들어낸다는 양가적인 측면에서, 라캉은 법과 정신분석의

유사점을 발견하였다.²⁴⁾ 라캉은 법을 준수하는 주체가 타자 욕망을 나타내는 법 언어의 형태로 된 가치와 규범에 의해 사회적 지위를 부여받는다는 점을 지적하였다. 이성법의 욕망은 라캉의 욕망 이론에 따르면, ‘법적으로 승인된 욕구(legally approved need)’에 해당한다. 라캉에 따르면, 욕구는 법적 언어로 표현되거나 법적 규범 질서를 준수해야 한다는 조건 하에서만, 타인에게 (정당한) “요구”로 승인을 받을 수 있지만, 실제 주체의 욕망은 법적으로 승인된 요구로 제한될 수 없다. 라캉의 욕망 개념은 주체의 고유한 욕구 즉, 법에서 다루는 욕구들의 목록에 기재될 수 없는 주체만의 비법적 욕구(non-legal need)와 법적 욕구(legal needs)간의 차이에서 만들어진다.²⁵⁾

이러한 라캉적인 욕망 개념을 따르게 된다면, 법은 불가피하게 모순상태에 놓이게 된다. 법을 준수하는 모든 주체가 법에 의해 승인된 것 이외의 다른 욕구를 추구하지 않는다면, 즉 “만일 모든 사람들이 ‘이성적으로 올바른 행동’만을 한다면”²⁶⁾, 법은 실제로 그 효용성을 잃어버리게 되거나 더 이상 권위를 갖지 못할 수도 있으며, 심지어 아예 법이라는 제도 자체가 존재하지 못하게 될 가능성마저 있다. 라캉의 욕망 이론에 따르면, 법 이전의(pre-legal) 또는 아직 합법화되지 않았거나(not-yet-legalized) 심지어 불법적인(illegal) 주체의 욕구가 남아있는 한, 역설적으로 법은 유효하다. 우리는 이러한 맥락에서 비로소 ‘법의 욕망’이라는 용어를 논할 수 있다. 여기서 법의 욕망은 또한 합법적인 삶이 무의식에서 진정한 ‘자기 위치지움(self-positioning)’을 오히려 방해할 수 있다는 역설에 열려있는 개념이다. 즉, 법은 자신을 준수하기를 원하면서도 다른 한편에서는 위반되기를 원한다.

24) David S. Caudill, *Lacan and the Subject of Law: Toward a Psychoanalytic Critical Legal Theory* (New York: Humanities Press, 1997), pp. 60-61.

25) Judy Illes, Barbara J. Sahakian, *Oxford Handbook of Neuroethics*, 663쪽.

26) Judy Illes, Barbara J. Sahakian, *Ibid.*, 663쪽.

Ⅲ. 근원적인 대타자의 기원으로서 법

1. 타자성의 근원

법적으로 승인되어진 욕망, 언어화된 타자의 욕망을 만족시키는 것만으로는 주체만이 가지는 고유한 욕구들을 충족시켜주지는 못한다. 주체는 타자를 자기 자신 안에 새겨 넣고, 외부의 대상을 자기 안으로 내투사하면서, 점차 타자를 주체 내부로 체내화시키면서, 주체 스스로도 타자들의 세계 속으로 통합되어 들어가게 된다.²⁷⁾ 결국 고유한 존재로서 주체는 이러한 과정을 통해 타자화된 주체 즉, 타자가 되어간다. 그리고 이와 같은 주체 내에 존재하는 타자성(alterity) 다시 말해, ‘주체의 타자성’ 외에도, 법 안에 존재하는 타자성 즉, ‘법의 타자성’도 존재하는데, 이는 서로 연결되어있으며 상호적인 작용을 한다. 그리고 법의 타자성은 ‘법의 욕망’이라는 테마에서 더욱 두각을 드러내는데, 무엇보다 법의 욕망이 갖는 타자성을 잘 이해하기 위해서는 그 안에 내재해있는 정신분석적인 토대들을 라캉의 욕망 이론을 통해서 설명될 필요가 있다. 법적인 타자성을 보기에 앞서 주체의 타자성이 어떻게 형성되는지를 보도록 하자.

(1) 상상계의 절대적인 타자성

1) 배타적 이자 관계에서 시작되는 타자성

라캉에 따르면, 주체는 욕망을 최초로 가지기 시작할 때부터 타자의 욕망에 전적으로 의존한다. 이는 라캉의 ‘상상계’라고 명명한 시기의, 엄마와 아이의 단 둘의 (배타적) 관계에서 잘 드러난다. 라캉이 만든 용어인 상상계는 보통 6개월에서 18개월 사이의 어머니와 유아의 관계를 의미한다. 이 시기의 유아는 자신과 자신의 어머니를 매우 강력한 생물학적 유대(감)에 기초하여 마치 하나의 존재인 것처럼 착각한다. 즉, 이러한 상상계 시기의 아이가 엄마와 동일시하는 것은 사실상 타자적인 존재임을 인지하지 못한 채

27) 이에 관해 자세히는 정혜옥, “소외의 주체와 타자의 주체화”, 한국영미어문학회, 영미어문학 제102호, 2012, 98쪽.

하는 동일시이기 때문에, 엄마(타자)가 곧 ‘나’라고 여기게 되는 합일관계를 의미한다. 따라서 이 시기의 아이는 욕망 또한 자기의 욕망이 존재하기 보다는 철저하게 엄마(타자)의 욕망만이 존재하게 된다. 그로 인해 아이는 철저하게 펠러스를 향하고 있는 엄마의 욕망에 종속되게 되는데, “그 결과 엄마의 욕망의 대상이라고 간주된 남근을 자신과 동일시”²⁸⁾하게 된다. 그리고 이와 같이 타자에 절대적으로 의존하는 시기가 바로 주체의 타자성이 시작되는 발원적 시점이다. 따라서 라캉에 따르면, 이 시기의 주체는 “근본적으로 자기 자신을 인식하는 것과 자신의 존재에 대해 느끼는 것조차 타자 속에서 가능하다”²⁹⁾고 보았다. 이러한 시기에 아이는 혼자서는 아무것도 할 수 없는 자신의 무력감(helplessness)과 엄마의 욕망을 충족시켜줄 수 없다는 무능력(impotence)을 인지하게 되면서, 점점 엄마의 욕망에 더욱 민감하게 반응하고, 그러한 타자 욕망을 만족시키고자 노력하게 된다. 이러한 과정에서 아이는 자신의 (실질적인) 존재 자체를 점차 상실하게 되고, 존재의 결핍 속으로 가라앉게 되어, 결국 더 강력한 불안감에 휩싸이게 된다. 이처럼 이자관계의 구조는 아무 흠도 없는 완전한 것처럼 보이지만, 사실상 불완전하거나 흠결이 존재하는 관계이기 때문에, 타자(엄마)의 욕망 안에 완전하게 동일시하며 살던 아이는 이러한 관계 속에 영원히 머무를 수 없게 된다. 이것이 라캉의 상상적 거울단계에서 주체가 최초의 타자로서 엄마와 형성하게 되는 배타적인 이자관계의 모습이다.

이처럼 라캉은 상상계적인 일정한 시기를 ‘거울단계’라고도 불렀는데, 시기적으로는 유아기가 끝나면서 거울 단계도 함께 종결된다는 점은 의심의 여지가 없지만, 그렇다고 이 시기에 형성된 상상계가 사라지는 것은 아니다. 특정시기의 정신적인 현상만을 일컫는 ‘거울 단계’와 달리, 상상계는 인간의 정신을 구성하는 3가지 구조(I-S-R) 중 하나를 의미하기 때문에, 이는 성인기에도 사라지지 않고 지속될 수 있다. 따라서 성인이 되어서도 주체의 타자성은 여전히 남아 상황에 따라 다양한 방식과 정도로 작동하게 된다. 예를 들어, 여전히 상상계 속에서 살고 있는 성인의 정신적 구조는 영화,

28) 박민정, 위의 논문, 8쪽.

29) Lacan, “Presentation on Psychological Causality”, *Écrits*, p. 148.

문학, 춤 등의 유명한 작품에 대한 비평을 하기 위한 방법론적인 틀로도 널리 활용되곤 하였다.

2) 거울단계의 이미지로 인해 형성되는 타자성

이러한 거울단계의 시기에서 주목해야할 부분은 바로 자아의 형성과정에서 생겨나는 ‘이미지의 타자성’이다. 아이에게 “자아가 생성되는 과정은 자기 의지대로 움직이지 못하고 마치 조각된 몸을 가진 불완전한 ‘내’가 거울에 비친 자신의 완전한 이미지를 응시하면서 거기에 동일시하는 과정”이다.³⁰⁾ 그러나 거울에 비친 내 모습은 실제로는 존재하지도 않으며, 순전히 ‘나’의 겉모습만을 보여주는 대상일 뿐이기 때문에, 허구적이다. 그리고 이는 일시적으로 나를 총체적이고 통일된 몸으로 보여주는 이상적인 이미지일 뿐이기 때문에 또한 타자적이다.³¹⁾ 그러므로 이러한 이미지에 대한 동일시를 통해 형성된 자아 역시 타자가 될 수밖에 없다.³²⁾ 이러한 거울 이미지에의 동일시를 라캉은 “상상적 동일시”라고 불렀는데, 이러한 동일시는 자아라고 상상한 이미지가 사실은 타자의 이미지이며, 이를 뒤집어 말하면 타자 또한 자아와 닮은꼴이므로, 또 다른 나임을 보여준다.³³⁾ 결국 진정한 실체가 아닌 이미지에 대한 동일시를 함으로써, 주체는 자신의 내적 정신 구조를 타자의 욕망에 철저하게 종속시키게 되며 이 과정은 주체가 피할 수 없는 운명적인 순간이라고 볼 수 있다.³⁴⁾

(2) 상징계의 근원적 타자성

1) 상징적 아버지의 출현과 이자관계의 붕괴

30) 노상우, 진상덕, 라캉의 정신분석에서 본 주체형성과정과 교육학적 함의, 한독교육학회, <교육의 이론과 실천> 19권1호 (2014), 65-84쪽.

31) Benvenuto & Kennedy, 1986/1999: 64.

32) 이미지적인 자아에의 동일시(identification with imaginary ego)에 대한 자세한 논의는 Bice Benvenuto and Roger Kennedy, *The Work of Jacques Lacan. An Introduction*(New York: St. Martin's Press, 1986), 60-61쪽 참조.

33) 정혜옥, “소외의 주체와 타자의 주체화”, 한국영미어문학회, 영미어문학 제102호, 2012, 99쪽.

34) 김석, 2007: 95 노상우, 진상덕, 라캉의 정신분석에서 본 주체형성과정과 교육학적 함의, 한독교육학회, <교육의 이론과 실천> 19권1호(2014), 65-84쪽.

아이는 ‘아버지의 이름(name of the father)’의 지배하에 놓이게 됨으로써, 엄마와 유아간의 이자관계가 주는 불안감으로부터 빠져나오게 되고, 동시에 ‘상상계적인 동일시’는 깨어지게 된다. 제 3자적 아버지의 출현은 엄마의 배신과 아이의 배신이라는 두 가지 측면에서 이자관계의 붕괴에 기여하게 된다. 아이는 자신과 합일 관계에 놓여있던 엄마의 욕망이 자신의 아버지를 향해있다는 것을 알게 되면서, 엄마로부터 배신감, 괴리감, 소외감과 같은 분리된 감정을 느끼게 되면서 좌절하게 된다.³⁵⁾ 이를 엄마의 배신으로 인한 이자 관계의 좌절이라고 해석해볼 수 있다면, 이와 반대로 아이의 자발적인 배신의 형태도 존재한다. 즉, 아이는 언어를 습득하게 됨에 따라 엄마라는 존재이외에 자신이 선택할 수 있는 제3자의 존재가 있음을 인식하게 되면서, 스스로 배타적 이자관계에서 이탈되어 나오게 된다는 것이다. 아이는 언어를 습득하여, 언어를 말하게 되고, 더 나아가 자신이 말하는 언어를 되가짐(appropriate)하는 과정에서, 실제 자신의 아버지만이 아니라, ‘가부장적인 규범’, ‘근대법’, 그리고 심지어 ‘신’과 같은 ‘상징적인 아버지’라는 존재를 비로소 인식하게 된다. 이는 아이로 하여금 엄마의 욕망에 종속되어있던 상상계적 동일시를 해체할 수 있는 힘을 주게 되고, 아이가 자기 자신만의 고유한 욕망을 가지기 위한 진정한 주체화의 길을 닦을 수 있도록 하는 계기로서 작용한다. 제3자적인 아버지는 이러한 방식으로 욕망의 이자관계에 개입하게 되고, 이로 인해 아이와 엄마의 관계는 재구성하게 된다. 즉, 언어적인 의미들의 세계인 ‘상징계’ 속으로 진입하게 된 주체는 오이디푸스 콤플렉스(Oedipal complex)에서 기원하는 근친상간적인 터부를 비롯한 다양한 상징계 내의 금기사항들로 인해 합일적인 이자관계를 도덕화하게 되면서, 일정한 거리를 가지게 된다. 이처럼 이 시기는 이처럼 상상계속의 욕망이 좌절되면서, 상징계의 언어적 세계 속으로 들어가게 되는 과도기적인 단계라 할 수 있다.

2) 정신분석적 소외의 의미와 근원적 대타자로서 언어

이러한 과도기적인 단계를 거치면서 상징계로 들어가게 된 주체는 타자(엄마)의 욕망에서 거리를 두기 시작하고, 상징적 아버지의 욕망을 추구

35) Homer, *supra* note 1, p. 59.

하기 위한 자신만의 공간을 확보하게 된다. 이러한 거리두기 현상은 정신분석학적으로는 ‘소외’³⁶⁾라고 해석되며, 이러한 소외는 주체가 ‘끝없는 무한 사랑’을 내려놓고, 이러한 사랑으로부터 분리되어 나오는 것으로부터 시작될 수 있다. 결국 이러한 소외는 자신이 동일시하였던 최초의 타자인 엄마로부터 고독스럽게 떨어져 나오는 것을 의미하며, 이로 인해 과거의 자기 자신을 낫설게 느끼기 시작하는 것을 의미한다. 이러한 맥락에서, 아버지라는 존재는 단순히 후견적 지위에서 아이를 훈육하는 권위적 타자일 뿐만 아니라, ‘사회화의 시작’이자, ‘타자의 욕망에 대한 기준’이며, ‘금기의 기원’으로 기표화될 수 있는 일종의 상징이라 할 수 있다. 그리고 아버지를 포함한 모든 권위적인 타자 배후에는 언제나 이들의 훈육적 권위를 제공해주고, 보증해주는 대타자로서 ‘언어’나 기타 ‘확고한 사회 규범적인 지식들’이 존재한다.³⁷⁾ 이러한 대타자로서 언어는 주체의 신체와 근본적인 이질성을 가지며, 주체를 장악하려는 권력적 작용을 수행한다는 측면에서 주체에게 불가피한 ‘소외’를 유발시키는 절대적 타자라고 볼 수 있다. 이런 의미에서 언어는 (비인간적) “근원적 대타자(radical Other)”³⁸⁾라고 할 수 있다. 주체는 언어를 습득함으로써 살아있는 비언어적인 삶을 희생하고 그 대가로 소외를 경험하게 하는 언어적인 주체가 되는 것이므로, 이를 약간 과장하여 표현하자면, 언어 속에서의 “나”는 비존재의 존재로서 살아간다고 할 수 있다.³⁹⁾ 즉, 언어 안에서의 주체는 사실상 죽음 속에서 살아간다는 것이다.⁴⁰⁾ 그리고 ‘법’은 이러한 모든 대타자적인 상징요소들을 생성시키고, 통치하는 대타자의 대타자⁴¹⁾ 즉, 가장 강력한 ‘전형적인 대타자’라 할 수 있다. 또한 이러한 법

36) 또한 라캉은 소외를 상상계로부터의 분리와 상징계로부터의 분리 여부에 따라 1차 소외와 2차 소외라는 두 단계의 소외로 나누어 각자 ‘소외’와 ‘분리’라고 명명한다.

37) 백상현, “실제 정신분석 임상에서 윤리적인 것과 윤리적일 수 있는 것_무의식의 윤리적 구조와 임상의 윤리”, 한국현대정신분석학회 학술발표대회, 2016(12), 40-56쪽.

38) Maire Jaanus, “The Démontage of the Drive”, in *Reading Seminar XI: Lacan's Four Fundamental Concepts of Psychoanalysis*, p. 132

39) 정혜옥, 앞의 논문, 99쪽.

40) 정혜옥, 앞의 논문, 99쪽.

41) 라캉의 후기 작업에 따르면, ‘대타자의 대타자는 없다’라는 명제가 가능한데, 이 때 의미하는 바는 후견적 인물, 언어, 도덕규범, 법 등을 포괄하는 모든 ‘대타자’들을 보증

이 수많은 인공 언어들이 있음에도 불구하고, 대부분은 자연 언어로 구성되어 있다는 점에서, 언어를 습득하는 것은 곧 법을 교육하는 것을 의미하기도 한다. 따라서 자연어를 습득하면서 나오는 결과로서 발생하는 주체의 소외현상은 주체가 법 언어를 습득하게 되면, 더욱 극단적인 형태로 나타나게 된다. 따라서 비록 라캉은 “단순한(just)” 대타자와 “근원적인(radical)”⁴²⁾ 대타자 사이의 엄격한 구별 없이, 불멸의 언어적인 삶(immortal life)을 근원적 대타자라고 불렀지만, 본고에서는 ‘근원적 대타자’라는 단어의 더 넓고 강화된 의미에서, ‘법’을 ‘근원적 대타자’라고 부르려고 한다.

2. 근원적 대타자로서 법

여기서 “근원적(radical)”이라는 말은 그것의 외연과 내연이라는 측면에서 다시 말해, 법의 힘이 미치는 범위와 그러한 법적 힘의 속성에 대한 관점에서 이해해볼 필요가 있다. 외연적으로, 법, 특히 근대법은 존재하는 모든 사람들과 대상들을 규율하는 가장 막대한 권위라 할 수 있다. 즉, 외연적으로 법은 현존하는 모든 대타자적인 요소 중에서 가장 포괄적인 범위의 영역에 힘을 미칠 수 있는 일차적 권력을 지닌 대타자라는 것이다. 다른 형상의 대타자들이 법의 지배의 범위를 제한할지라도, 어느 누구도, 그리고 어느 것도 근원적 대타자에 도달할 수는 없다. 예를 들어, 가부장적인 규범들은 가족이라는 개념으로 묶인 사람들에게만 제한적으로 영향을 미치며, 수많은 종교적인 교리들은 그 종교를 믿는 자들에게만 압도적으로 절대적인 힘을 행사한다.⁴³⁾ 가부장적인 규범들이나 종교적인 도그마들로는 생활세계를 규율하기에는 여러 가지 어려움이 따른다. 그렇기에 오직 ‘법’만이 타자의 욕망을 표준화하는 기능을 하고, 분배적인 역할을 수행하고자 하는 대타자

해주는 ‘또 다른 차원의 대타자’가 존재하지 않는다는 의미로, 본고의 의미와는 다르다는 점을 유념해야 한다. 본고에서 ‘대타자의 대타자’라는 의미는 ‘대타자 중에서도 가장 최상위의 대타자’로서 가장 전형적이라는 의미이다.

42) Jaanus, *supra* note 18, p. 132

43) 생활세계와 사회체계에서의 분리 이론(separation theory of lifeworld and social system)에 대한 자세한 논의는 Jürgen Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns Band 2* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981), 229, 522쪽 참조.

로서 남게 된다. 물론 그럼에도 불구하고, 인간은 법의 불완전함⁴⁴⁾으로 인해 다양한 유형의 불안을 느끼게 되고, 이로 인해 다른 대타자적 존재를 필요로 하게 된다. 어찌되었든 외연적인 근원적 대타자로서 법은 개인들의 ‘생활세계’를 넘어서는, 각종 사회적인 분야들 다시 말해, 개인이나 집단 또는 거대한 사회 조직이 수행하는 모든 작용들이 ‘단일한 사회적 기능’으로 통합되어지는 사회 시스템을 규제하는 역할을 한다. 이러한 사회 시스템적인 기능을 따르는 법은 모든 후기 산업 사회에서 점점 더 차별화되고 전문화되어가고 있다. 한국에서는 이러한 분야를 관리하기 위해 특별히 고안된 법률을 “전문화된 특별법(subject specific law)”⁴⁵⁾이라고 한다. 전문화된 특별법이라는 현상에 따라, 대타자는 전통적인 규범과 종교 윤리, 심지어 의료 시스템, 자본 시장 시스템 그리고 통신 시스템과 같은 사회적인 시스템들까지 포함하여 생활세계 전반에 퍼져 있다.

한편, “근원적”이란 단어의 내연적인 의미에 따르면, 법의 추상화과정을 통한 평균적 일반인이라는 법적 주체의 허구성과 획일적인 욕망의 추구를 강요하는 법의 소외적인 모습을 통해 설명할 수 있다. 법 언어가 보장하는 욕망은 그 법 언어 내에 침전되어있는 가치와 규범들에 의해 표준화된 추상적인 평균적 일반인을 지향한다. 법은 자연 언어에 침전되어있는 대타자의 욕망만으로는 규범적인 척도를 확립할 수 없다. 각 개인의 욕망은 때로는 법에 의해 다루어지기에는 너무나 구체적이고 독창적이어서, 법 언어에 침전되는 욕망이 될 수 없다. 따라서 언어습득을 통한 추상적인 사회화가 필요하다. 언어 습득은 개인이 평균적이고, 추상적이며, 정상화된 사람의 추상적 욕망을 내면화하는 행위이다. 그리고 이러한 추상화는 법을 보편적으로 적용할 수 있도록 만들어주기 때문에 법에서 없어서는 안 될 필수적인 요소이다. 일반적으로 보편적이지 않은 법은 그 권위를 유지할 수 없다. 급진적인 대타자로서 법은 그 법을 따르는 수범자들이 자신이 상정하는 인간상(像)이 되기를 원한다. 이와 같이 법에 상정된 인간상은 실제로 살아있는

44) Salecl, Renata, “The Real of Crime: Psychoanalysis and Infanticide”, *Cardozo Law Review* 24 (2003), pp. 2468.

45) 이상돈, “전문법-이성의 지역화된 실천”, *고려법학* 39 (2002), 113-151쪽.

존재가 아니라 가상의 통계적인 인간이라는 점에서, 민족학적인 의미에서 “사회학적 멍청이”⁴⁶⁾라고 불릴 수 있는 허구적인 주체이다. 법은 또한 개인이 구체적이고 독특한 고유의 욕망을 추구하는 것을 허용하지 않으며, 추상적인 평균적 일반인에게 허락된 욕망에 대한 맹목적인 순종을 강요하고 강화시킬 뿐이다. 이와 같은 법에서의 평균적인 인간(상)은 자신의 고유한 욕망을 지닌 개인을 분별해내어, 이념적으로 법적 보호에서 배제시키고, 결과적으로는 그들에게 소외를 가져오는 대타자라 할 수 있다.

IV. 법 언어 속에서의 소외

1. 법안의 주체와 소외의 의미

여기서는 법이 소외를 가져올 수밖에 없는 필연적인 이유를 ‘법적 주체’와 ‘법의 언어적 속성’이라는 두 가지 측면에서 바라보고자 한다. 먼저, 근원적 대타자로서의 법은 법 언어속의 ‘허구적인 주체(fictitious subject)’를 기반으로 있다. 이러한 허구적인 주체는 쉽게 말해 실존하지 않는 통계적 주체를 의미하는데, 민족학적인 관점에서, 이는 생활세계의 문화적인 전통규범들이나 법적인 규칙들과 원리들을 충실하게 따름으로써, (자신의 고유한 주체적인 사유의 힘을 잃어버린 채,) 법 언어 속으로 철저하게 종속되어버리는 현실 속 인간의 모습을 잘 보여주는 ‘사회학적인 멍청이(sociological fool)’이라고도 부를 수 있다. 즉, 법은 애초에 ‘텅 비어있는 주체’를 전제로 하고 있다는 점에서 처음부터 소외적인 제도로 시작한다고 볼 수 있다. 한편 이러한 법은 초자아와 밀접하게 관련되어있는데, 법과 초자아는 언제나 서로를 구성한다. 법을 통해 형성된 초자아는 ‘초월적인’ 사회적 가치질서와 규범들의 형태로 ‘모든’ 인간을 지배하고 압도해버린다면, 초자아의 영향을

46) 사회학적 멍청이(sociological fool)에 대한 자세한 내용은 Elmar Weingarten und Fritz Sack, “Ethnomethodologie”, Elmar Weingarten, Fritz Sack, und Jim Schenkein (Hrsg.), *Ethnomethodologie* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976), 7-26쪽 참조.

받아 형성되는 법은 ‘언어적인’ 형태의 규범으로 그 법의 구속력이 미치는 ‘수범자’들만을 통제한다. 만일 (앞서 살펴보았듯이,) 근원적 대타자로서 법이 초자아의 규범들과 가치들을 전달하는 다양한 형태의 의미들의 망이라면, ‘법’은 언어적 기호들로 이루어진 “기표의 보고”⁴⁷⁾라고 할 수 있는데, 이와 같은 법의 언어적인 속성이 갖는 본원적인 이질성으로 인해 법은 점차 더 소외적인 제도가 되어간다. 그리고 이러한 법적인 기표들을 이해하고 수행하는 것은 곧 법의 힘 아래에서 살아가는 사람들이 일상적으로 소외를 직면하게 되는 과정이라고 할 수 있다.

라캉이론에서, ‘소외(alienation)’란 이러한 대타자의 욕망과 개인의 자기 욕망간의 불일치 다시 말해, 법과 주체 사이의 불일치를 의미한다. 이러한 소외를 겪게 되면서, 각 개인들은 그들이 지니는 고유한 의미의 자유와 자율을 잃어버리고, 이를 일정한 기표로 고착화시켜버리는, 기표와 기의간의 강요된 결합으로 인해 얻게 되는 ‘평균적 일반인의 보편적인 자유와 자율’만이 존재하게 된다. 이러한 대타자로서 법의 욕망과 자기의 욕망 간의 불일치는 법이 지니는 범주적인(categorical)⁴⁸⁾ 특성을 잘 보여준다. 이러한 법의 범주적인 특성은 곧 일련의 사회화현상으로부터 시작이 된다. 사회화를 법적으로 표현하자면, 주체를 법적 공동체 속으로 통합시키는 것이자, 동시에 법을 준수함으로써 규범을 내면화시키는 과정이라 할 수 있다. 이러한 법적인 사회화과정을 통해서, 개인의 자기 욕망은 지속적으로 억눌려지고 쌓이게 된다. 한편 철학적인 관점에서 ‘사회화’란 주체에게 접근하는 또 다른 방식이라고 이해되는데 예를 들어, 계몽철학의 관점에서는 “주체”를 대상을 인식하고, 이를 예측시키는 힘을 가졌다고 추정되는 사람이자, 더 나아가 자기 자신의 정체성과 자의식을 발견할 능력을 가진 사람으로 바라본다. 따라서 이러한 주체는 진정한 의미의 시민이 되기 위해서, 도덕적인 사고와 법적인 마인드를 내면화시킴으로써, 법적인 질서 속에서 자기 자신을 통제

47) Lacan, “The Subversion of the Subject and the Dialectic of Desire”, *Écrits*, p. 693

48) 여기서 ‘범주적’이라는 의미는, 루만의 ‘체계’나 법의 ‘범주’적인 의미가 아니라, 법이 자신의 체계 안에 존재하는 의미 범주 속으로 주체를 위치지우는 것을 의미한다고 볼 수 있다.

할 능력을 갖추어야만 한다. 여기서 주체란 다양한 교육을 통해서 자극을 받고, 계몽된 이성을 지녀 사회적인 발전에 기여할 수 있는 (능력을 지닌) ‘적극적인 참여자’로 이해된다. 그리고 이러한 인간에 대한 이해를 기반으로 하는 사회에서, ‘보편적인 가치’란 모든 인간에게 신경증을 가져올 수 있는 ‘평균적인 일반인’으로 축약시켜버린다는 점에서, ‘획일화된 표준화’에 따라 작동되는 일종의 억압이라 할 수 있다. 라캉적으로 바라볼 때, 이러한 인간의 신경증은 주체의 모든 생물학적인 결함이나, 프로이트적인 리비도의 범람과 같은 다른 측면들이 그 주된 원인이기 보다는, ‘주체의 무질서(disorder)’⁴⁹⁾ 상태가 가장 주된 원인이라 할 것이다. 즉, 라캉은 신경증을 주체의 문제로 바라본다. 이러한 주체의 문제를 분리적인 형태로 극복하는 것을 통해, 인간은 (진정한) 자기가 될 수 있으며, 이것이 바로 영구적인 기표와 기의의 법적 결함에 반대하는 ‘주체화’로 나아가는 길이라 할 수 있다. 이와 같이 정신분석은 법을 개인의 자기 욕망을 억누르는 사회화의 구조로 바라본다.

그러나 여기서 중요한 점은, 정신분석은 개인이 평균적인 일반인의 추상적인 욕망 안에서만 살도록 의무지우거나, 심지어 그러한 욕망을 무의식에까지 새겨 넣어 보편화시키려는 법의 시도들을 통해서, 결코 개인의 (고유한) 자기 욕망이 사라질 수 없다고 보았다는 점이다. 흥미롭게도, 레딩(Redding)은 의식적인 차원의 재현모델(representational model)과 무의식적인 차원의 감각 모델(sensorimotor model)이라는 개념을 통해 이를 좀 더 실증적으로 설명하였다.⁵⁰⁾ 예를 들어, 자신의 욕망의 만족을 위해서 반사회적이거나 불법적인 행동을 저지르는 자녀에게 엄마가 신체적인 훈육으로서 매질을 하는 경우를 생각해볼 수 있다. 레딩은 이러한 매질이 의식적인 차원에서는 아이를 올바르게 교육시키고자 하는 좋은 훈육의 과정으로 합리

49) 여기서 ‘disorder’는 정신적인 ‘장애’, ‘질병’ 등으로 번역가능하나, 이러한 각종 ‘정신적 무질서 상태’를 포괄하는 의미에서 ‘무질서’라고 번역하였으며, 그런 의미에서 영문을 병기하였음.

50) Richard E. Redding, “Socialization by the Legal System: The Scientific Validity of a Lacanian Socio-Legal Psychoanalysis”, *Oregon Law Review* 75 (1996), pp. 781-810.

화될 수 있지만, 무의식적으로는 고통스러운 감각적 경험으로 남아 쌓이게 된다는 단순한 사실에 착안하였다. 그러나 이처럼 단순해 보이는 사실은 매우 중요한 문제를 보여주었는데, 그것은 이와 같이 어린 시절에 생겨버린 무의식이 성인이 되어서도 자기를 이해하는 과정에서 반복적으로 상기되어 주체를 괴롭힌다는 점이었다. 그리고 이러한 사실은 주체가 도저히 의식적으로 ‘타자화시킬 수 없는 영역’ 다시 말해, 각종 규범이나 문화, 타인에 대한 감정 등으로 합리화시키고, 보편화시킬 수 없는 ‘고유한 자기만의 영역’이 존재할 수 있다는 가능성을 보여주었다. 그리고 여기서 자기 영역의 ‘존재’ 여부보다 더 중요한 것은 바로 이러한 영역이 프로이트적인 ‘무의식’의 형태를 띠든, 아니면 라캉적인 ‘자기욕망’의 모습으로 나타나든지 여부와 상관없이, ‘그것은 사라지지 않고, 반복적으로 재현된다’는 것이다. 즉, 그것은 계속해서 나타남과 사라짐을 반복하면서 결국은 ‘출현’을 한다. 이와 같이 끊임없이 자신의 ‘드러남’을 시도하는 자기의 ‘고유성’을 담고 있는 정신적 위상을 정신분석은 ‘무의식’이라고 보았다. 그리고 무의식은, 프로이트적인 관점에서는 초기 영아에서의 여러 경험들과 외상성 기억의 흔적이 혼재되어 있는 상태라 할 수 있다면,⁵¹⁾ 라캉의 의미에서의 무의식은 “존재도 아니고, 비존재도 아닌, 그저 아직 실현되지 않은” 무엇을 의미하는 메커니즘이라 할 수 있다.⁵²⁾ 정신분석적으로 어린 시절의 고통스러운 감각적 경험과 외상적인 기억들을 어떻게 정의내리든지 간에, 그리고 자기의 영역을 무엇으로 정의하든지 간에, 이는 근대법에서 아직 포착하지 못하는 의식 이상의 메커니즘이라고 할 수 있다. 그리고 이것은 법적 소외에 뿌리를 둔 ‘이성적인 법의 한계’이다.

2. 근원적인 대타자로서 법에 의한 소외

근원적인 대타자로서 법에 의한 소외를 요약하자면, 법적으로 승인되고

51) Homer, *supra* note 1, pp. 66

52) Lacan, “Of the Subject of Certainty”, *The Seminar of Jacques Lacan. Book XI. The Four Fundamental Concepts of Psychoanalysis*, pp. 30.

보장되는 평균적 일반인의 추상적인 욕망과 개인의 자기 욕망간의 불일치라고 재해석할 수 있을 것이다. 그렇다면, 법적인 소외는 이러한 부정적인 역효과를 어떻게 완화시킬 수 있을까? 의식적인 수준에서 자기 욕망조차 법적으로 검열/감시되어지고 있는 사람을 라캉의 언어로 표현하자면, “중심적인 주체(centered subject)”라 부를 수 있으며, 이를 (법철학적 관점에서) 달리 말해, 독자적인 이성적 사고와 행위를 하는 ‘이성 중심적인 주체(reason-centered subject)’라고 부를 수 있다. 법과 불일치하는 자기 욕망을 법적으로 감시하고 억압하게 되면, “자신만의 삶의 일대기를 살아온 고유한 존재로서 주체는 그러한 자신의 삶의 경험을 그 만의 특유한 방식으로 표현해내지”⁵³⁾ 못하는 ‘말하는 주체(speaking subject)’의 시련에 숙명적으로 마주하게 된다. 따라서 라캉의 욕망이론에 있어서, 자신의 삶과 욕망을 타자의 영역에 정확하게 일치시킬 수 있는 주체는 있을 수 없다. 사실상, 라캉에게 주체는 의식적이고 이성적으로만 행위를 하는 것이 아니라, 무의식적이고 감정적으로도 행위를 하는 “분산된 주체(decentered subject)”인 것이다. 그리고 만일 내가 라캉이 말하는 ‘분산된 주체’라면, 나는 더 이상 내가 생각하는 곳에 존재하지 않고, 내가 생각하지 않는 곳에서 존재하게 될 것이다. 즉, 라캉의 분산적 주체는 무의식에 도달하는 길을 찾으려 하고, 또한 그 길을 개척하고자 할 것이며, 마침내 무의식을 삶의 진정한 토대로서 자리매김하게 될 것이다.⁵⁴⁾ 이러한 분산된 주체가 자신만의 고유한 욕망을 쫓는 삶을 살아가는 데에 있어서, 과학에서 발견되고, 각종 산업에서 적용되며, 시장에서 상업화되는, 그리고 더 나아가 이러한 타자화된 여러 과정을 통해 마침내 욕망을 재구성하게 만드는 - ‘객관적인 지식’이란 것을 반드시 가질 필요는 없다. 오히려 순수한 자기욕망을 대면하기 위해서 주체는 이러한 타자적인 언어와 지식들, 기타 타자욕망적인 요소들로부터 거리를 두려는 라캉적 분리의 노력들이 필요하다. 그리고 이러한 자기욕망의 진원지로서 무의식은

53) Milovanovic, *supra* note 5, pp. 79.

54) 무의식과 주체의 관계(the relationship between the unconscious and the subject)에 대한 자세한 내용은 Lacan, “The Instance of the Letter in the Unconscious, or Reason since Freud”, *Écrits*, 412-441쪽 참조.

프로이트가 잘 설명한 바와 같이⁵⁵⁾, 꿈속에서 자신의 의미를 얻고자 언어로 해석되기를 원하는, 일련의 움직임은 ‘이미지들’의 형상으로만 나타나기 때문에, 현실에서는 프로이트적인 말실수(the slip of the tongue)를 통해서만 그 모습을 드러낸다. 따라서 주체는 아직 상징화되지 못하는 무의식적인 욕망을 대면하기 위해서도 상징화되어있는 지식들에 대한 반성적인 고찰이 필요하다. 그러나 이것이 지식의 선험적인 조건으로서 ‘언어’가 이러한 분산된 주체에게 전혀 쓸모가 없다는 것을 의미하지는 않는다. 또한 법의 언어는 의식적으로는 타자의 욕망을 담고 있으면서, 무의식적으로는 자기 욕망에 접근하기 위한 역설적인 매체이다. 따라서 분산적 주체가 근원적 대타자로부터 느끼는 소외는 의식과 무의식, 타인의 욕망과 자기의 욕망, 텍스트로서의 현실과 움직임은 이미지로서의 꿈 사이에서 일어나게 된다.

그리고 이러한 법적 소외를 완화하는 것과 관련하여 라캉의 분리 이론을 주목할 필요가 있다. 분리(seperation)란, 의식적으로는 대타자의 욕망으로부터 거리를 두는 욕망을 추구하는 것이며, 무의식적으로는 대타자의 욕망에서 미끄러지는 욕망을 추구하는 것을 의미한다. 즉, 의식적으로 상징화되어있는 모든 타자적인 지식들과 욕망들로부터 끊임없이 거리를 두려는 노력을 하면서, 동시에 무의식적으로는 아직 상징화되지 못한 미끄러진 욕망들을 찾아내어 추구하려는 노력을 병행하는 것이다. 이는 개인의 자기 욕망을 이행할 수 있도록 도와준다. 법적 소외를 완화시키는 과정으로서 법의 욕망으로부터 거리를 두는 것은, 달리 말하면, 평균적인 정상적 일반인의 욕망에서 미끄러진 욕망을 갖는 것이다. 법의 욕망은 곧 허구적인 인간인 평균적인 일반인의 욕망이기 때문에, 법에서 미끄러지는 욕망은 가장 극적인 형태의 자기 욕망이 될 수 있다. 이처럼 법에서 미끄러지는 자기 욕망을 따르는 개인은, 라캉이 말하는 “왜 나는 당신이 말하는 사람이어야 하는가?”⁵⁶⁾라는 (히스테리적인) 질문을 제기한다. 이는 다른 말로, “왜 나는 내가

55) Sigmund Freud, James Strachey (tr.), *The Psychopathology of Everyday Life. The Complete Psychological Works of Sigmund Freud. Volume VI.* (London: Vintage, 2001), pp. 209-216

56) Slavoj Žižek, “Che Vuoi?”, *The Sublime Object of Ideology 2nd Edition* (London and New York: Verso, 2009), p. 126.

동일시하고자 하는 이상적인 자아(이어야 하는 가) 즉, 나를 지도하는 인물이어야 하며, 법적으로는 ‘평균적인 일반인’이 되어야 하는가?”이다. 지젝의 견해로 바라보면, 이러한 히스테릭한 질문을 던짐에 따라, 개인은 더욱 더 성숙하고, 자신만의 스타일을 갖게 되어, 마침내 자기 자신과 동일시를 하게 되면서, 더 이상 동일시할 외부적인 참조 대상을 필요로 하지 않게 된다. 이와 같은 주체화의 과정으로, 주체는 진정한 주체가 되어가면서, 동시에 자율적인 인격(autonomous personality)이 되어간다.⁵⁷⁾

3. 새로운 법적 인간상으로서 ‘자율적인 인격’

여기서 ‘자율적인 인격’이란, 언뜻 보기에는 근대법에서의 “인간 또는 인격”이라는 전통적인 용어 외에 아무것도 아닌 것으로 보인다. 자율성에 대한 견해는 매우 다양하지만, 일반적으로 “자율성이란, 자신의 삶에 대한 통제 가능성이라 할 수 있는, 개인의 자치 및 자기 지배(self-governance)라고 흔히 이해된다.⁵⁸⁾ 즉, 인간은 다른 사람이나 외부요인의 간섭으로 인하여 통제받지 아니하고, 개인 내부적인 심리적 제한도 없는, 자기에 대하여 자유로운 상태이다.⁵⁹⁾ 그러므로 자율성의 두 가지 기본 조건을 다음과 같이 요약하기도 하는데, ① (외부적인 통제 요인과 무관할 수 있는) 자유(liberty)와 ② (고의적인 행위 능력자로서) 행위주체이다. 그러나 이러한 조건을 분석하는 방법과 추가 조건이 필요한지 여부에 대해서는 의견이 일치하지 않는다.”⁶⁰⁾ 또한 다양한 “자율성 이론들 중에서 생명 유지 치료에 대한 선택을 제한하는 결정에 관하여 자율성 개념을 고찰하고자 시도한 줄리안 사울레스쿠(Julian Savulescu)의 연구에서, 이와 유사한 견해를 찾아 볼 수 있다. 그는 자신의 설명을 개발하면서 도덕적으로 정당한 결과를 얻기 위해 올바른 방법으로 자율성의 조건을 설정해야한다고 보아, ‘단순한 욕망’

57) Zizek, *Ibid.*, p. 122.

58) Sneddon, Andrew, *Autonomy*, London: Bloomsbury, 2013, pp 3.

59) Sneddon, Andrew, *Ibid.*, pp 3.

60) Beauchamp, Tom L., “Standing on Principles : Collected Essays”, 2010, 79, 80쪽.

과 ‘합리적인 욕망(rational desire)’ 사이의 구별을 하고, 이러한 구분에 따라 ‘자율적인 행동’과 ‘비 자율적인 행동’을 매칭시킴으로써 양자를 분명하게 구분 짓는다. 이러한 분석에 따르면, ‘자율적인 행동’은 곧 ‘합리적 욕망’에서 수행되는 행동을 의미하게 되며,⁶¹⁾ 이러한 자율성의 선제조건으로서 합리적인 욕망은 의식적인 욕망을 전제한다. 그리고 이와 같이 자율성을 자기 통제라는 의식적인 관점에서만 바라보는 것이 오늘날의 법의 태도이기도 하다.

그러나 정신분석적인 관점에 따르면, 이러한 자기에 대한 의식적인 관점만으로는 진정한 주체를 알지 못하며, 반드시 무의식적인 관점에 대한 성찰이 필요하다. 일반적으로 근대 법에서의 ‘자율적인 인간상’에 대하여 “중심적인 주체(centered subject)” 또는 “통합된 자아(united self)”를 떠올릴 수 있다. 그러나 여기서 라캉의 주체화이론을 통해서 말하고자하는 자율적인 인간상은 이러한 “중심적인 주체” 나 “통합된 자아”가 아니라, 라캉의 “분산된 주체(de-centered subject)” 또는 마이어(Meyer)의 “분산된 자기(divided self)”⁶²⁾라는 개념에 그 근거를 둔다고 할 수 있다. 우리는 이미 삶의 실제 경험들을 통해서 이와 같이 정신의 비일관성⁶³⁾을 인정할 수밖에 없음을 알고 있으며, 이러한 통일되지 않은 정신을 지닌 개인을 마이어는 ‘분산된 자기’라고 부른 것이다. 마이어에 따르면, “자기는 통일된 자아에 맞지 않는 어긋난 방식으로, 주체가 지닌 사회 관계적 또는 분열된 측면들로부터 소외를 느낀다.”⁶⁴⁾ 즉 이러한 소외를 통해 알게 되는 분열된 자아가 바로 라캉의 분산된 주체에서 이야기하는 무의식적인 주체라 할 수 있다.

비네트(Vignette) 또한 마이어의 “분산된 자기”에 대하여 다음과 같이 말하였다. 여기서 “분산이란, 자기의 정체성이 지니는 의식적인 측면과 무의식적인 측면을 의미한다.”⁶⁵⁾ 이는 각종 자율성 개념과 관련된 사례들에서

61) Sneddon, Andrew, *Ibid.*, pp. 10.

62) Sneddon, Andrew, *Ibid.*, pp. 10.

63) Sneddon, Andrew, *Ibid.*, pp. 21.

64) Sneddon, Andrew, *Ibid.*, pp. 21.

65) Sneddon, Andrew, *Ibid.*, pp. 21.

특히 동기의 측면에서 더욱 중요하게 활용된다. 자기의 규율(‘self’ rule)을 의식적인 규율에 연결시키는 것이 자연스러워 보이지만 무의식적인 동기는 반드시 이러한 의식적인 통제의 범위를 벗어난다.⁶⁶⁾ 또한 “통일된 자아는 우리의 삶을 통제할 힘을 가졌다면, 자기의 다른 분산된 측면들은 그렇지 않다.”⁶⁷⁾

그리고 이러한 정신분석적인 통찰에 따르면, 법적인 주체는 앞으로 ‘자율적인 인격(autonomous personality)’이라는 용어로 표현되는 미래의 새로운 법적 인간상을 찾아야한다. 이러한 법적인 주체는 한편으로는 근원적인 대타자로서 법에 통합되는 주체이자 다른 한편으로는 지젝의 관점에서는 큰 대타자(big Other)로서 법안에서 권위가 인정되는 주체이다.⁶⁸⁾ 즉, 근원적 대타자로서의 법에 통합되는 주체가 철저하게 ‘의식적인 이성적 주체’ 즉, 실정법의 수범자로서 ‘평균적 일반인’이라면, 이와 달리 더 넓은 의미에서의 지젝의 대타자로 인해 권위를 인정받는 주체란 이러한 의식적 주체를 넘어서는 무의식적인 주체를 포함한다. 따라서 진정한 ‘자율적 인격’이라는 법적 인간상을 형성하기 위해서는 의식과 무의식적인 주체가 동시에 포함될 수 있는 진정한 주체를 향해 나아가야 한다. 이러한 진정한 자율적 인간상을 만들기 위해서 라캉의 분리이론은 법적인 과정을 거칠 필요가 있다.

앞서 자율성에 대한 여러 다양한 견해들 속에서 보았듯이, 일반적으로, 자율성은 외부의 개입 또는 내부적인 개입으로부터의 자유를 통해, 자신의 삶에 대한 통제가 가능해야 한다고 정의 내려지고 있다. 외부의 개입에서 자유로워야 한다는 측면에서 ‘타자의 욕망으로부터 분리’ 그리고 자기 자신의 내부적 제약으로부터도 자유로워야 한다는 점에서 (이후에 설명하게 될) 자발적으로 형성한 욕망이라고 생각되는 자기 욕망에 대한 (법적인 방법에 의한) 이데올로기 비판을 통한 진정한 자기 욕망 찾기로서 ‘주체화 과정’이 여기에 해당한다고 할 것이다. 또한 이러한 자기 통제 및 자치를 위해서는 주로 2가지 하부구성 요소가 필요한데, 자기에 대한 지식적인 측면을 제대

66) Sneddon, Andrew, *Ibid.*, pp. 30.

67) Sneddon, Andrew, *Ibid.*, pp. 30.

68) Zizek, *Ibid.*, pp. 122.

로 알고 있는 ‘자기-앎(self - knowledge)’과 함께, 자기를 구성하는 ‘자기-형성(self-shaping)’이 요구된다.⁶⁹⁾ 여기서 자기 앎이란 자기가 누구인지를 아는 것으로 지식적인 차원의 앎을 의미하기 때문에 의식적인 차원을 전제로 하지만, 이러한 자기 이해를 제대로 수행하기 위해서는 모든 타자 욕망적인 요소들로부터 거리를 두어 진정한 자기의 모습을 성찰해보는 라캉적인 분리의 단계까지 수행하는 진정한 주체화(subjectivation)의 과정이 필요하다. 그리고 이러한 성찰된 과정을 통해서 자신을 더 많이 알게 될수록 우리는 더 진정한 우리를 알게 되고, 이는 자기를 제어하는 능력을 더 높게 된다는 측면에서 자율성의 개념으로 연결된다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 주체가 타자 욕망과의 끊임없는 거리두기를 하면서 섬광처럼 나타나는 자기를 발견하는 ‘주체화’의 과정은,⁷⁰⁾ 나를 적극적인 측면에서 매순간 새롭게 생성시킬 수 있는 능력을 의미하는 ‘자기 형성’이라는 측면에서도 자율성을 높이는 방법으로 유용하다고 볼 수 있다.

4. 법적 분리

(1) 법적 분리의 5단계

여기서 라캉적인 의미의 분리를 수행할 수 있는 어떤 법적인 방법들이 있는지에 대한 문제가 제기될 수 있다. 이러한 방법들에는 다양한 이론들과 방식들이 존재할 수 있지만, 가장 중요한 방법은 다음과 같다. 첫째, 주체가 종교에 의해 압력을 받는 동성애에 대한 욕구와 같이, 외부의 압력으로부터 미끄러지는 자기 자신에 대한 욕망을 가지고 있는 경우, 그러한 욕망은 평균적인 일반인의 욕망과는 명백하게 구별되기 때문에, 더 쉽게 자기 욕망이

69) Sneddon, Andrew, *Ibid.*, pp. 20.

70) 이는 라캉의 주체개념과 연관된다. “라캉은 주체가 나타나는 지점을 정확히 명시한 적이 없는데, 주체가 마침내 안정되고 완전한 총체로서 나타났다고 말할 수 있는 시점은 결코 존재하지 않기 때문이다. 라캉은 주체를 언제나 지금 도착하고 있거나 막 도착한 것으로서 정의한다. 주체는 시간의 특정 순간이라기보다는 끊임없는 주체화와 정-소외와 분리-을 통해 단지 섬광같이 나타날 뿐이다.” 이와 관련한 자세한 내용은 손호머 지음, 김서영 옮김, 『라캉읽기』, 은행나무, 2014, 118쪽 참조.

라고 부를 수 있다. 여기서의 분리는 언뜻 보기에 두 가지 유형의 욕망 사이의 구분이라고 이해되기 쉽지만, 라캉적인 의미에서의 분리에 대한 법적인(분리) 방법으로는 더욱 세부화된 추론 구조들이 존재한다. 즉, ① 구별하기, ② 거리두기, ③ 주체화, ④ 말하기 그리고 ⑤ 입법화라는 5가지 단계로 나뉘어져 있다. 법적 주체의 입장에 관하여 법적인 분리를 수행하기 위해서, 주체는 무엇보다도 자기의 욕망을 평균적인 일반인의 욕망과 ‘구별(distinguishing)’해야 한다. 그런 다음 주체는 지속적으로, 근원적 대타자로서의 법에 의한 법적 또는 윤리적 평가에서 ‘거리 두기(distancing)’를 하고, 그 이후에 자신만의 삶에서 반드시 필요한 요소로서 자기 욕망을 가져야 한다. 이러한 거리두기를 통해 자기 욕망을 만나는 것을 라캉의 ‘주체화(subjectivation)’라고 할 수 있을 것이다. 이와 같이 주체화된 주체는 이제 자기만의(특유의) 고유한 이력을 가진 사람이 되어, 자기 욕망을 공개적으로 말할 수 있는 ‘말하기(speaking)’ 단계로 나아가게 된다. 이러한 말하는 행위는 그 욕망을 합법화하기 위하여 공론의 장에서 경쟁을 함으로써, 마침내 법에서 받아들여지게 된다. 이를 마지막 단계인 ‘입법화’라 할 수 있다. 이러한 단계에서는 법적 주체의 입장에 대하여, 법은 더 많은 주의를 기울여야 하고, 이와 같은 공론의 경쟁을 할 수 있는 공간을 확보하여야 한다.

(2) 진정한 자기욕망의 문제

‘법적 분리(legal separation)’의 첫 번째 단계와 관련하여, 욕망의 타자성에 대한 통찰은 용이하지 않고, 또한 매우 모호하다는 점에 상당한 주의가 요구된다. 법적으로 억압된 욕망이라고 해서 모두 자기 욕망으로 드러나는 것은 아니다. 왜냐하면 법적으로 억압이 되어있다고 할지라도 그러한 욕망은 교육된 것이거나 사회적으로 이미 패터화된 것 또는 유행에 의한 것으로 판명될 수 있기 때문이다. 즉, 자기 욕망을 판가름하는 데 있어서, 법적으로 억압되어있다는 사실은 필요조건이지만, 필요충분조건은 아니다.

여기에는 중요한 문제가 남아있는데. 바로 ‘실제로 자기 욕망은 과연 무엇인가?’하는 점이다. 예를 들어, 성형 수술에 대한 자발적인 욕망은 자기의 욕망일 뿐만 아니라 타자의 욕망에도 속한다. 그러한 욕망은 자아 내부에서

자발적으로 생성된 것이면서, 동시에 사회에서 형성되고, 교육되며, 패턴화된 것일 수 있다. 즉, 주체가 자발적으로 대타자의 욕망을 원했을 경우, 외부로부터 압박을 받거나 또는 강요되지 않았다면, 그것이 분명하게 대타자의 욕망이라고 말하기 어렵다. 그렇다면 이와 같이 두 가지 욕망의 성격을 모두 가지고 있는 욕망에 관하여, 법적인 분리 방법에는 무엇이 있을까? 우선, 자기 욕망을 타인의 욕망과 구별하기 위해서는 그 욕망이 지니는 상징, 언어 사용법, 미적 평가 또는 그와 관련된 산업 등에 숨겨진 이데올로기에 대한 비판이 없이는 불가능하다. 그리고 욕망이란, 대타자의 욕망으로부터 승인되고, 정상적인 것으로서 내면화된 것이긴 하지만, 동시에 정치적 당파성이나 재화의 불공정한 분배와 같은 그 시대의 사회적인 요소들이나 또는 주체가 개인적으로 가지는 편견이나 고정관념들, 현실에 대한 왜곡된 이미지들에 구속되기 때문에, 이데올로기는 그 욕망이 가지는 상징, 언어 그리고 미의식에 대한 계보를 역 추적해보는 것을 통해서만 그 모습을 드러낸다.⁷¹⁾ 이것은 법적 주체가 자신의 욕망의 보이지 않는 얼굴을 대면하고 인정하는 순간이다. 따라서 법적으로 금지된 욕망이 반드시 자기 욕망이 아닐 수도 있다는 점과 자기 욕망이라고 생각했던 욕망이 실제로 진정한 자기 욕망이 아닐 수도 있다는 또 다른 문제가 남게 된다. 이러한 문제는 ‘분리’의 어려움과 ‘구별’의 중요성을 보여준다. 라캉의 이론에서, 분리의 핵심으로서의 구별은 보통 언어 비판의 형태로 실행된다.

(3) 증상을 통한 소외의 감지와 이데올로기 비판을 통한 분리의 실현

여기에는 좀 더 복잡한 문제가 있다. 먼저, 주체가 (어떠한 욕망을) 자발적으로 준수하는 경우에는, 이데올로기적 욕망(ideological desire)을 발굴하는 것이 쉽지 않다는 점이다. 주체는 특정한 이데올로기 내에서 훈육을 받아왔기 때문에, 법적인 주체로서 평균적인 일반인은 일상생활에서 이데올로기적인 욕망으로부터 자신이 소외되고 있음을 인식하지 못할 수 있다. 그

71) 미의식에 대한 계보의 역추적의 방식(method of historicization)에 대한 논의는 Frederic Jameson, *The Political Unconscious* (New York: Cornell University Press, 1981), 10쪽 참조.

러나 정신분석가들은 - 주체의 무의식중에 떠다니는 기표가 특별한 기의와 일시적으로 껴메어지는 - 라캉이 “point de capiton”⁷²⁾라 불렀던 - 누빔점 (nodal point)의 상태를 넘어서, 영구적으로 특정 기의에 결합되거나 “누벼지는” 비정상적인 ‘증상’이라는 현상을 통해서 소외를 감지할 수 있다고 주장한다.⁷³⁾ 즉, 주체가 스스로 인지하지 못하였지만, 이와 같은 증상적인 요소들이 발견되는 곳으로 부터 우리는 소외의 가능성을 추측해 볼 수 있다는 것이다. 여기서 ‘증상’은, 법적으로 승인된 욕망을 내면화하는 ‘사회화’의 과정에서, 주체가 감당할 수 있는 ‘억압’의 수준을 넘어서는 강제가 체험될 때 등장한다. 이 때 강제로 그리고 영구적으로 결합되어버린 ‘기표와 기의’간의 연결로 인해, 주체는 의사소통의 어려움이나 사회적 접촉으로부터의 격리 그리고 새로운 차원의 삶으로의 차단과 영구적으로 연결될 수 있다. 증상은 저항하지 않고 법적 규범들의 강요된 내면화를 수용하기에는, 너무 많은 생의 에너지를 가진 주체들의 삶의 모습을 잘 보여준다. 그리고 라캉은 이러한 증상을 부정적으로 바라보지 않는다. 즉, 이러한 증상을 제거해야할 질병으로 바라보는 정신의학적 관점이나 비정상적인 마음의 오작동 상태로 바라보는 기존 심리학의 부정적 태도와 달리, 라캉은 이러한 증상을 제거할 수도 없고, 제거되어서도 안 되는 진리의 장소로 바라본다.⁷⁴⁾ 즉, 라캉에게 이러한 증상은 본원적으로 이질적인 상징적 세계 속에서 크고 작은 불일치를 겪으며 살아가야하는 인간 주체가 일상적으로 경험할 수 있는 자연스러운 현상일 뿐이다. 그리고 그에 따르면, 이러한 증상은 타자욕망으로부터의 불일치로서 ‘소외’를 알려주는 동시에 자기욕망을 생성시킬 수 있는 빈 공간으로서 ‘대상a’의 출현을 암시해주는 중요한 지표이다.⁷⁵⁾

그러나 근대법에서는 이러한 증상을 가진 주체들을 치유하거나 제대로 관리할 수 없다. 따라서 근대법은 언어의 의미에 대한 비판에 개방적이어야

72) Zizek, *Ibid.*, p. 105, 122, 113.

73) Zizek, *Ibid.*, p. 122.

74) 백상현, “실제 정신분석 임상에서 윤리적인 것과 윤리적일 수 있는 것-무의식의 윤리적 구조와 임상의 윤리”, 한국현대정신분석학회 학술발표대회, 2016(12), 40-56쪽.

75) 이와 관련된 ‘소외’와 ‘분리’에 관련된 자세한 내용은 자크 라캉, 『자크 라캉 세미나 11_정신분석의 네 가지 근본개념』, 새물결, 2008, 314, 330, 331쪽 참조.

할 필요가 있다. 이는 그 언어가 갖는 의미들을 추적하여, 떠다니는 기의들을 특정한 기표에 영구적으로 결합시키는 고착화 과정을 해체하는 것, 그리고 그 결과 이와 관련된 법적인 가치들을 재설정하고, 궁극적으로는 법적 규범들을 재정하는 것에 이르게 되는 것을 의미한다. 이것이 바로 ‘언어 비판’을 통한 ‘이데올로기 비판’이라 할 수 있다. 이러한 법적인 비판을 통해서, 소외를 완화시키는 라캉의 ‘분리’개념의 본질적인 의미에 도달할 수 있을 것이다. 이러한 법 언어 비판은 한 번에 잘 수행될 수 있는 일이 아니라, 법을 따르는 모든 수범자들에게 놓여있는 지속적인 과제이므로, 인간 사회의 역사에서 단지 한시대로 끝나는 것이 아니라, 지속적으로 수행해 나가야하는 과정이다. 따라서 이를 완수할 것으로 예상되는 주체는 데카르트적인 코기토 보다는 라캉의 주체화 과정에 놓여있는 고유한 주체들이라 할 것이다.

V. 라캉적인 정신분석에서의 포스트 인권과 법

1. 정신분석학적 인권

라캉의 분리 이론을 법언어적인 비판을 통해 법에 적용함으로써, 우리는 현행법으로부터 소외된 사람들을 돌보면서 통제할 수 있는 새로운 차원의 인권으로 나아가는 길을 모색할 수 있게 되었다. 먼저 우리는 ‘자기욕망을 끝까지 추구하라’는 정신분석학적 윤리가 곧 ‘자기가 되는 것(becoming self)’을 의미한다는 점에 착안하여, 이러한 ‘자기되기’의 입법화 가능성을 법언어 비판을 통해 살펴보았다. 또한 ‘자기욕망을 끝까지 추구하라’는 라캉의 정신분석적인 윤리에 기초하여, 개인적 차원의 정신분석적 명령이었던 ‘자기되기’가 법적인 차원의 ‘자기가 될 권리’로 되는 비전도 볼 수 있게 되었다. 이러한 비전은 문명화된 국가의 대부분에서 아직 실정법적인 단계를 벗어나지 못하고 있지만, 점점 더 많은 주목을 받고 있으며, 최신 유행하는 “포스트 인권”에도 부응하고 있다. ‘삶이 끝날 때까지 자기 욕망을 추구하라’는 공식적인 라캉의 명제에서 알 수 있듯이, 정신분석적인 윤리의 명령은 철저하게 고유성의 영역에 남아 진정한 자기욕망을 발굴하라는 극단적인

의미로 해석될 수도 있지만, (보편의 영역에 놓인) 인권의 관점에서는 주체의 ‘자율적인 상태’와 ‘진정한 자기’의 의미에 대한 진지한 고민을 해볼 수 있는 기회를 제공하고, 미래에 보편화될 수 있는 고유성을 끊임없이 생성시키는 기능을 한다. 이러한 의미에서 정신분석적 윤리는 다음과 같이 해석해 볼 필요가 있다.:

“‘무엇’에 고정되지 않고, ‘그저 살고 싶은 것’이 진정으로 고유한 나의 욕망일 수 있다. 자기 자신이 되는 것은 최종적으로 실현해야 할 모습이 이미 정해져 있는 것이 아니며, 나 자신을 끊임없이 새롭게 창조(self-fashioning)하는 것이다. 나의 무의식은 그 어떤 고정되거나 안정된 정체성도 해체하고 뒤흔들며, 나 스스로 인식조차 하지 못했던 새로운 욕망들을 계속 나에게 던진다. 그렇기에 ‘자기 자신’은 계속 연기되고 차연된다.”⁷⁶⁾

이처럼 지속적으로 연기되고 차연되는 ‘자기’ 또는 ‘자기 욕망’으로 인해서, 우리는 ‘나’라는 사람이 누구이며, 무엇이 될 것인지를 스스로 조차도 알지 못하는 불확정적인 상태에 놓이게 된다.⁷⁷⁾ 이처럼 언제나 미래로 차연되어 있는 자기를 만나고자 하는 ‘주체화’ 과정은 끊임없는 이데올로기 비판을 통한 ‘대안적 자기해석’을 필요로 한다.⁷⁸⁾ 따라서 정신분석적 윤리를 통한 ‘자기되기’란 어떠한 굴레에도 종속됨이 없이 그저 자기 자신으로서 살아가는 것을 의미하며, 또한 지속적인 이데올로기 비판을 통해 그러한 매순간 유예되어있는 진정한 자기를 찾아, 더욱 진실하고 고유하게 욕망하는 것을 의미하게 된다.⁷⁹⁾

그리고 법은 이러한 ‘자기되기’를 ‘자기 자신이 될 권리’로서 승인해주어야 한다.⁸⁰⁾ 물론 이러한 권리는 실정법적인 권리가 아니라 그 타당성을 사회적으로 인정받는 ‘인권’의 수준에 머무를 수도 있고, 단지 그러한 인권을 ‘주장’하는 단계에 머무를 수도 있다.⁸¹⁾ 그러나 권리의 성격과 무관하게, 개

76) 이상돈·민윤영, 『법정신분석학입문: 한국영화와 법의 정신분석학적 이해』, 법문사, 2010, 106쪽.

77) 이상돈, 『법의 깊이』, 법문사, 2018, 874쪽.

78) 이상돈, 앞의 책, 834쪽.

79) 이상돈, 앞의 책, 835쪽.

80) 이상돈, 앞의 책, 874쪽.

별성과 고유성의 범주에 놓여있는 정신분석학적인 윤리가 보편성의 범주에 놓인 법적 권리로 발전하게 되는 것은 라캉의 ‘사회적 인정욕망’임에 주목할 필요가 있다.

2. 인정욕망을 통한 윤리의 권리화의 시작

“모든 욕망은 타자 욕망이다”라는 라캉의 슬로건이 의미하듯이, 모든 자기 욕망의 시작이 타자의 영역에서 기인하였으며, 어떠한 극단적인 자기 욕망도 결국에는 타자욕망의 고리에서 완전히 벗어날 수 없다. 다시 말해, 모든 자기욕망은 궁극적으로 타자의 욕망으로 귀환하게 된다는 것이다. 그러나 이러한 점을 인정하더라도, 모든 형상의 자기 욕망이 완전하게 타자의 욕망으로 되돌아가지는 않으며, 그리 되어서도 안 된다. 그렇다면 이러한 슬로건을 통해 라캉이 진정으로 의미하는 것, 그리고 우리가 여기서 주목해야 하는 것은 바로 ‘인정(recognition) 욕망’과 관련된 것이라 할 수 있다. 라캉에게 있어 인정욕망이란 오롯이 주체 개인에게만 귀속되는 욕망이 아니라 대타자에 속하는 것으로, 자신의 고유성이 대타자에 의해 욕망되기를 원하는 것이다.⁸²⁾ 이는 자신만의 고유성을 보편성의 영역으로 끌어다놓고자 하는 주체의 의지적인 경향으로, 고유성과 보편성 사이에 다리를 놓는 매개 역할을 하는 주체 내적 요소이다. 이러한 사회적 인정을 전혀 받지 못한 자기 욕망은 주체로 하여금 정신병에 빠지게 만들 위험이 있다는 점에서 이러한 인정욕구는 필연적인 것이기도 하다. 즉, 라캉에게 ‘자기 욕망’은 반드시 ‘사회적 인정에 대한 욕망’으로 확장될 수밖에 없다는 것이다. 이로 인해, 자기 욕망은 ‘대타자’에 의해서, 그리고 더 나아가 근원적 대타자로서 ‘법’에 의해 욕망되기를 원하게 된다. 주체는 자신의 욕망을 스스로 욕망하는 것으로 만족하지 못하고, 언제나 그러한 자기욕망을 타인에게 인정받기를 원하며, 더 나아가 사회와 법적인 제도로 부터 인정받기를 원하게 된다는 것이다.

81) 박민정, 앞의 논문, 18쪽.

82) 인정욕망에 관한 라캉적 해석에 대한 자세한 설명은 김석, 『에크리』, 살림, 2015, 192, 193쪽 참조.

이러한 인정욕망을 지렛대로 삼아, 주체는 자기욕망을 개인의 윤리적 차원을 넘어 권리의 위치로 승격시키게 된다. 따라서 자기욕망을 끝까지 추구하라는 정신분석학적 윤리는 ‘자기 자신이 될 권리(Right to become oneself)’가 되고, 이는 곧 새로운 차원의 인권으로서 ‘정신분석학적 인권’ 개념이 된다.⁸³⁾ 이와 같이 인정욕망을 시작으로 자기욕망은 보편화의 단계로 나아가기 시작한다. 그러나 인정욕망은 말 그대로 한 개인의 욕망이며, 이것은 고유한 주체가 보편적인 세계의 문을 두드리는데 수준에 불과할 뿐이다. 이제 중요한 것은 자기 욕망을 법적 권리로 만들 수 있는 가능성을 ‘인권의 성격’을 통해 살펴보는 것이다.

3. 생성중인 인권 개념으로서 정신분석학적 인권

앞서 보았듯이, 정신분석학적인 윤리적 명령은 새로운 차원의 인권에 대한 토대이자, 욕망을 법의 발전으로 이끄는 마음 속 매개수단이라 할 수 있다. 이는 곧 주체의 마음속 고유한 욕망들을 끊임없이 끌어내는 ‘정신분석적 윤리’라는 기제와 이러한 고유성을 타자의 세계에 향하게 만드는 ‘인정욕망’이라는 기제를 통해 법의 발전으로 이끌어 줄 수 있다는 의미로 해석해 볼 수 있다. 따라서 고유한 자기 욕망을 타자와 법이라는 보편성의 세계로 이끄는 매개자 역할을 하는 것이 바로 ‘인정욕망’과 ‘정신분석적인 윤리’이라는 것이다. 그러나 이는 고유성의 영역이 보편성에 닿기 위해 노력하는 과정이라면, 이제는 법적인 보편성의 차원에서 고유성을 만나기 위한 노력이 요구된다. 그리고 그러한 노력의 일환으로 “생성중인 인권”개념을 볼 수 있다. 생성중인 인권은 다음과 같다.

“근대적 인권과 달리 현대사회의 인권은 국가 이전에 존재하거나 주권(행사)과 무관하게 존재하는 실체(고정된 크기의 이익이나 권리)가 아니라 개인적인 권리주장(인권주장)이 인권담론을 통해 인권으로 생성되어가고, 공론장에서 비판과 토론의 대화적 과정 속에서 공론경쟁력을 통해 (다툼의 여지를 남겨둔) 보편성을 지닌 인권이 되면, 마침내 민주적 입법절차를 통해 실정

83) 박민정, 앞의 논문, 18쪽.

법적 권리가 된다는 것이다. 그러므로 그에 의하면 현대사회의 인권은 <① 인권주장 → ② 생성중인 인권 → ③ 보편적 인권 → ④ 실정법적인 권리>로 발전하게 된다. 이렇게 볼 때 여기서 말하는 정신분석학적 인권은 보편성 있는 인권은 아니지만, 그렇다고 단순히 정신분석학과 그 분야 학자들만의 인권이 아니라 적어도 ‘생성중인 인권’에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.”⁸⁴⁾

바로 이러한 생성중인 인권개념을 통해서, ‘자기가 될 권리’라는 정신분석학적 권리가 새로운 ‘인권’이 될 수 있다. 이러한 정신분석학적 인권은 그 개념의 생성부터가 이미 소외의 극복을 위하여 기획되었으며, 정신분석학적 인권 개념은 단지 인권침해를 추정하는 소극적인 기능을 넘어선다. 즉, 소외되었다는 것 자체가 이미 인권의 침해이며, 법언어적인 이데올로기 비판을 통한 이러한 소외를 극복함으로써, 주체는 인권을 실현할 수 있게 된다. 또한 이러한 인권의 실현과정으로서 정신분석학적 인권은 공론의 영역에서 인정을 통해 입법되거나 합법화되는 ‘실정법’화의 길을 갈 수 있는 가능성을 가진다. 그러나 이처럼 자기 욕망이 사회적으로나 법적으로 인정을 받아, 마침내 실정법적인 권리로서 인정받을 수 있도록 하기 위해서는 많은 시간과 노력들이 필요하다. 인권에 대한 정신분석학적 이론은 만일 어떤 권리적인 성격을 띄는 욕망이 아직 사회적으로 인정받지도 못하고, 따라서 법에 대한 실정법적인 권리가 되지도 않았다면, 바로 그 만큼의, 그 정도의 유효성을 주장할 수 있게 된다.⁸⁵⁾ 이제부터는 이러한 생성중인 인권에 대한 논의를 조금 더 심화시켜서 그러한 인권의 실천적 측면을 바라볼 필요가 있다.

4. 법적 분리를 통한 생성중인 인권에 관한 실천적 의의

오늘날 인권개념의 역사적·철학적인 바탕은 자연법론과 사회계약론에 있다고 할 수 있을 것이다.⁸⁶⁾ 이러한 기존의 인권 담론에서, 흔히 인권은 보

84) 박민정, 앞의 논문, 68쪽.

85) 라캉적인 주체에 관련하여 Homer, *supra* note 1, p. 74 참조.

86) 헌법재판소, 헌법재판연구(제6권) : 기본권의 개념과 범위에 관한 연구, 헌법재판소, 1995, 13쪽.

편적인 권리이며, 절대불가침의 천부인권적인 권리로 이해된다. 이처럼 자연법론에 의해 천부적 권리로서 발전하기 시작한 “인권은 프랑스, 영국, 미국 등의 인권선언과 권리장전을 거치며 각국의 헌법에 구현되기 시작”⁸⁷⁾하였는데, 이를 통해 인권을 헌법상의 기본권으로 바라보는 관점이 생겨났다. 그러나 이와 같이 인권을 국가나 법에 앞서 이미 주어져 있는 전국가적인 실체로 보거나 또는 헌법상의 기본권이나 그로부터 파생되어 나온 다양한 권리들로서 제도화된 것이라고만 보는 것은 이미 제도화되어있는 인권의 일면만을 바라보게 되어, 인권의 전체적인 생성메커니즘을 바라보지 못할 우려가 있다. 이러한 인권의 한계를 해결하기 위해서는 인권을 그것에 대해 말하는 모든 사람들 사이의 절차주의적인 대화과정 속에서 비로소 형성된다고 보는 관점이 필요하다.⁸⁸⁾ 그리고 이러한 관점에서 바라볼 때 비로소 아직 보편화되지 못한 ‘고유성’을 법의 위치에 가져다 놓을 수 있는 기회를 엿볼 수 있게 된다.

라캉의 ‘정신분석학적인 윤리’는 고유성을 끌어내는 썸의 역할을 하면서, 동시에 ‘인정욕망’이라는 심적 기제를 통해 인권의 문을 두드리며, 소외되어온 자신의 고유성을 인정해달라고 법에 요구한다. 인권이 권리로써 인정되어온 역사 이래 다양한 인권의 발전사 속에서, 이러한 요구를 받아들일 수 있는 법적인 개념은 바로 ‘생성중인 인권’이라는 점은 앞서 살펴보았다. 이러한 절차주의적인 인권 개념 하에서, ‘생성중인 인권’은 인권이 대화적으로 재구성되는 절차주의적 과정 속에서 겪게 되는 하나의 필연적 과정이며, 무엇보다 전통적인 인권을 처분하고 새로운 인권을 재생산해내는 핵심적인 과정이다. 이하에서는 ‘법적 분리’의 과정을 인권실현의 과정에 대입시켜봄으로써, ‘생성중인 인권’을 라캉의 관점에서 바라보는 것이 어떠한 실천적 의미를 지니는지를 간략하게 살펴보려고 하였다.

인간 주체는 현재의 자기 모습에 영구적으로 머무르거나 타자의 세계 속으로 완전히 환원되어 들어갈 수 없는 ‘고유한 자유성’을 지닌 자율적인

87) 김소연, “주권과 인권의 역사적 발전과정과 글로벌시대의 새로운 관계 정립”, 고려대학교 대학원, 2016, 10쪽.

88) 이상돈, 『기초법학』, 법문사, 2010, 186쪽,

주체이다. 따라서 언제나 미래를 향해 기투를 실현하며, 다양한 타자의 욕망들로부터 각 주체마다 고유한 소외를 경험하면서 라캉의 분리와 같은 주체화를 끊임없이 이어나가야만 하는 운명의 존재인 것이다. 그러나 이러한 운명의 주체는 또한 사회 속에서 살아가야하는 사회적인 동물이며, 사회적인 본성을 지닌 존재라는 점을 간과해서는 안 된다. 따라서 이러한 극단적인 고유성의 추구는 현실에서 온전히 수용되기 어렵다. 만일 모든 사람이 자신의 고유한 욕구와 욕망을 무제한으로 주장한다면, 세상에 도덕은 존재하기 어려우며, 각 사회구성원들은 흠스의 자연 상태와 같이 무질서한 모습으로 퇴행하는 위태로운 결론에 이를 수 있다. 따라서 이러한 주체화를 통해 얻은 고유한 자기 욕망은 반드시 ‘법적 분리’의 과정을 통해서 타자와의 대화적인 토론 과정을 거쳐, 어느 정도 ‘사회에서 승인되는 욕망’으로 승화시키는 작업이 필요하다.

따라서 먼저 주체는 자신의 고유한 소외의 장소에서, ‘자신의 욕망을 끝까지 추구하라’는 라캉의 정신분석적 윤리의 명령에 따라, 충실히 고유성을 길어내는 작업을 이어나감으로써, 자신의 고유한 욕망을 마주해야 한다. 이것은 바로 법적 분리에서 1, 2, 3단계에 해당한다고 볼 수 있다. 즉, 증상을 통해 소외를 감지하는 지점에서, 자신의 욕망을 타자의 욕망과 구분 짓게 되는 ① 구별하기의 단계, 그리고 이러한 고유한 자신의 욕망을 보편적인 평균적 일반인의 욕망과 거리를 두는 ② 거리두기의 단계, 다음으로 이테올로기 비판을 통해 분리를 실현하는 ③ 주체화의 단계라는 3가지 단계에 해당한다. 이와 같은 과정을 통해 길어낸 자신의 고유성은 이제 사회에서 승인되어질 필요가 있다. 따라서 이제 자신의 욕망을 대외적으로 말하는 사회적 행위로서 ④ 말하기 단계가 행해진다. 그리고 이러한 말하기 단계는 인권이 형성되는 과정에 대입해보면, 인권실현을 위한 첫 단계로서 각 개인이 자신의 인권에 대해 말하기 시작하는 ‘인권주장’의 단계이자, 동시에 ‘생성중인 인권’으로 인정되기 시작하는 단계라고 할 수 있다.⁸⁹⁾ 먼저 인권주장이란 공론의 영역에 들어가기 전에 수사학적인 호소를 통해 기존의 법에서 보

89) 이상돈, 앞의 책, 193쪽.

장받지 못한 채 소외되어 있던 고유성에 대해 다른 사람들의 관심을 끌어내기 위한 사회적인 행위의 시작이라고 할 수 있다.⁹⁰⁾ 그리고 이러한 말하기의 과정으로 타자의 영역에 나타나기 시작한 특수한 고유성은 이제 ‘공감(empathy)’이라는 감정의 기제를 통해 다른 사람으로부터 공유되기 시작하면, 설령 그러한 타자들이 극소수일지라도 보편성의 영역에서 최소한의 ‘인정욕망’을 충족하게 된다. 그리고 여기서 더 나아가 이처럼 개인의 인권주장에 공감하는 사람들이 시민사회에서 점점 늘어나게 되면, 그와 관련된 타자들 간의 ‘대화적 토론’이 시작된다. 이러한 토론의 시작은 아직 조직화된 공론의 영역에서의 공론 경쟁력을 충족하지는 못할지라도, 보편의 영역에서 고유성을 인정하고 수용하려는 움직임으로서 그 자체로 소중한 단계이다. 이처럼 타자의 대화의 대상으로 수용되었지만, 아직 공론경쟁력을 갖추지 못한 과도기적인 단계에서, 주체 자신의 고유성을 보편적 인권으로 인정받고자 노력하는 과정을 ‘생성중인 인권’의 한 모습이라고 할 수 있다.

위에서 논의한 ‘법적 분리’에서는 이러한 과정을 거친 후 진정한 법의 인정을 받는 실정법의 단계로 나아가는 ‘입법화’를 마지막 단계로 제시하고 있지만, 찰나적인 주체화를 중시하는 라캉적인 의미에서는 사실 가장 중요한 단계이자 진정한 최종 단계는 바로 이러한 과도기적인 단계라 할 수 있다. 그러나 생성중인 인권만으로 그친다면, 그것은 마치 ‘양꼬 없는 찌뽕’과 같이 미완성 작품처럼 느껴질 수 있으나, 바로 이러한 고유성과 보편성의 경계선 위에서 아슬아슬하게 줄타기를 하는 과정이야말로 진정으로 라캉적인 주체화의 모습이라고 할 수 있다. 그리고 이러한 과정을 중시함으로써, 생성중인 인권이 더욱 풍부해지는 것이야말로, 고유성과 보편성을 지속적으로 순환시키고자 하였던 라캉적인 관점에 충실한 해석이라고 할 것이며, 또한 이러한 인권의 성장이야말로 근대법 체계에서 여전히 소외의 고통을 겪고 있는 사람들을 구원하는 한줄기 빛이 되어줄 수 있을 것이라 희망한다.

90) 이상돈, 앞의 책, 193쪽.

VI. 법의 지방어화 과제

지금까지 라캉의 분리이론과 언어이론을 통해 바라본 법의 욕망들을 살펴보고, 더불어 라캉의 분석을 활용하여 ‘정신분석학적 인권’으로서 ‘자기 자신이 될 권리’를 생성 중인 인권으로 제안해보았다. 다만 이러한 ‘자기 자신이 될 권리’는 반드시 정신분석학적 인권에만 한정할 수 있는 것이 아니라, 이에 관해 다양한 이론적 지평과 논의가 존재한다는 점에서 추후 연구가 요구된다. 또한 정신분석적인 인권은 이처럼 고유성에서 보편성으로 나아가는 일 방향에서 그치는 것이 아니라 언제나 고유성과 보편성 사이를 상호적으로 순환하여야 한다는 점은 라캉이 바라보는 법의 욕망에서 중요한 부분이라 할 수 있다. 왜냐하면 자기 욕망은 근본적인 대타자로서 법의 한 부분이 되고나면, 모순적이게도 타인의 욕망에서 미끄러짐의 형태로만 형성되어야 하는 욕망의 힘을 잃어버리게 되기 때문이다. 즉, 자기 욕망이 법으로서 제정이 되거나 합법적인 형태를 갖추는 방식으로 법의 인정을 받는 형태가 되고나면, 이는 이미 진정한 의미의 자기 욕망이 아니게 될 수 있고, 이러한 고유성의 정체는 법의 정체를 가져올 수 있기 때문이다. 따라서 이와 같은 흐름 속에서, 정신분석학적 윤리의 명령이 인권 운동과 부합할 수 있게 되는 지점은 자기 욕망이 합법화되기 이전까지라고 볼 수 있다. 정신분석학적 윤리는 모순적이게도 인권 운동과 일치하는 ‘욕망의 보편화’를 추구하지 않는다. 그러나 욕망이 인권적인 성격을 갖게 되면 욕망의 고유성만을 추구할 수도 없게 된다. 따라서 정신분석학적 인권은 보편성과 고유성 사이에 놓이게 된다. 그리고 정신분석학적 윤리의 명령 아래 있는 개인은 대타자, 특히 근본적인 대타자로서의 법으로부터 해방되면서도, 다른 한편으로는 그 법으로 통합되어 들어간다. 이는 법 언어 비평으로서 5단계의 법적인 분리를 수행함으로써 가능해질 수 있다. 그리고 법은 바로 이러한 모습의 인간을 대타자의 기호와 규범을 따르는 ‘기본적인 인간상(象)’으로 삼아야 할 것이다. 그리고 이러한 법적 분리 과정을 통해서 생성 중인 인권을 더욱 풍부하게 만들 수 있다는 점에서 실천적인 측면이 있을 수 있다. 그런데 법은 한편으로는 의미론적으로 언어를 통해서, 다른 한편으로는 그러한

언어를 정신분석학적으로 비판해야한다는 점에서, ‘자기 욕망의 역설’과 유사한 모순적 상황에 빠지게 될 수 있다. 이러한 모순을 해결하기 위해 법률은 개인이 자신의 욕망과 자신만의 스타일대로 사는 지역화, 하위 문화화(subculturalized) 및 특수화된 생활의 세부적인 면모들을 발굴할 수 있는 새로운 언어를 가져와야한다. 민족 방법론적 용어로 표현하면, 이는 법 언어로 “지방어화(vernacularization)”⁹¹⁾라고 할 수 있다.

라캉의 정신분석에서 바라본 법의 욕망 - 박 민 정	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.03.01.	2020.03.09.	2020.03.26.

91) 법에서의 지방어화(vernacularization in law)에 관한 자세한 논의는 Sally Engle Merry, “Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle”, *American Anthropologist*, 108(1), 2006, 39쪽 참조.

[참고문헌]

(1) 외국문헌

저서

- Benvenuto, Bice, and Kennedy, Roger, *The Work of Jacques Lacan: An Introduction* (New York: St. Martin's Press, 1986)
- Bruce Fink, *A clinical introduction to Lacanian psychoanalysis : theory and technique*(Cambridge: Harvard University Press, 1997)
- Caudill, David S., *Lacan and the Subject of Law: Toward a Psychoanalytic Critical Legal Theory* (New York: Humanities Press, 1997)
- Freud, Sigmund, James Strachey (tr.), *The Psychopathology of Everyday Life. The Complete Psychological Works of Sigmund Freud. Volume VI.* (London: Vintage, 2001)
- Sneddon, Andrew, *Autonomy*, (London: Bloomsbury, 2013).
- Habermas, Jürgen, *Theorie des Kommunikativen Handelns Band 2* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981)
- Homer, Sean, *Jacques Lacan* (London and New York: Routledge, 2005)
- Jameson, Frederic, *The Political Unconscious* (New York: Cornell University Press, 1981)
- Lacan, Jacques, Jacques-Alain Miller (ed.), John Forrester (tr.), *The Seminar of Jacques Lacan. Book I. Freud's Papers on Technique* (New York and London: W. W. Norton & Company, 1991)
- Lacan, Jacques, Jacques-Alain Miller (ed.), Dennis Porter (tr.), *The Seminar of Jacques Lacan. Book VII. The Ethics of Psychoanalysis* (New York and London: W. W. Norton & Company, 1997)
- Lacan, Jacques, Jacques-Alain Miller (ed.), Alan Sheridan (tr.), *The Seminar of Jacques Lacan. Book XI. The Four Fundamental Concepts of Psychoanalysis* (New York and London: W. W. Norton & Company, 1998)
- Lacan, Jacques, Bruce Fink (tr.), *Écrits* (New York and London: W. W. Norton & Company, 2006)
- Zizek, Slavoj, *The Sublime Object of Ideology* 2nd Edition (London and New York: Verso, 2009)

논문

- Soler, Colette, "The Subject and the Other (II)", in Richard Feldstein, Bruce Fink and Maire Jaanus (eds.) *Reading Seminar XI: Lacan's Four Fundamental Concepts of Psychoanalysis* (New York: State University of New York Press, 1995)
- Jaanus, Maire, "The Démontage of the Drive", in Richard Feldstein, Bruce Fink and Maire Jaanus (eds.) *Reading Seminar XI: Lacan's Four Fundamental Concepts*

- of Psychoanalysis (New York: State University of New York Press, 1995)
- Weingarten, Elmar und Sack, Fritz, “Ethnomethodologie”, in Elmar Weingarten, Fritz Sack, und Jim Schenkein (Hrsg.), Ethnomethodologie (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976)
- Merry, Sally Engle, “Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle”, American Anthropologist 108(1) (2006)
- Milovanovic, Dragan, “The Postmodernist Turn: Lacan, psychoanalytic semiotics, and the construction of subjectivity in law”, Emory International Law Review 8 (1994)
- Redding, Richard E., “Socialization by the Legal System: The Scientific Validity of a Lacanian Socio-Legal Psychoanalysis”, Oregon Law Review 75 (1996)
- Salecl, Renata, “The Real of Crime: Psychoanalysis and Infanticide”, Cardozo Law Review 24 (2003)

(2) 한글문헌

저서

- 이상돈, 『법의 깊이』, 법문사, 2018.
- 이상돈, 『기초법학』, 법문사, 2010,
- 이상돈, 민윤영, 『법정신분석학』, 법문사, 2010.
- 김 석, 『무의식의 초대』, 김영사, 2010.
- , 『에크리, 라캉으로 이끄는 마법의 문자들』, 살림, 2007.
- 자크 라캉, 『자크 라캉 세미나 11_정신분석의 네 가지 근본개념』, 새물결, 2008.

논문

- 김 석, “라캉과 지젝- 주체화 윤리와 공동선을 향한 혁명-”, 시대와 철학, 25권 2호, 2014.
- “선의 윤리와 순수 욕망의 윤리”, 미학 예술학 연구, 38권 0호, 2013.
- , “욕망하는 주체와 욕망하는 기계- 라캉과 들뢰즈의 욕망이론”, 철학과 현상학 연구 제29집, 2006.
- 노상우, 진상덕, “라캉의 정신분석에서 본 주체형성과정과 교육학적 함의”, 한독교육학회, 교육의 이론과 실천, 19권1호, 2014.
- 민윤영, “학제적 법학으로서 법정신분석학의 과거, 현재 그리고 미래”, 단국대학교 법학연구소, 법학논총, Vol.38 No.4, 2014.
- 박민정, 라캉의 욕망이론과 정신분석학적 인권, 고려대학교 법학석사학위논문, 2017.
- 백상현, “실제 정신분석 임상에서 윤리적인 것과 윤리적일 수 있는 것_무의식의 윤리적 구조와 임상의 윤리”, 한국현대정신분석학회 학술발표대회, 2016(12), 40-56쪽.
- 이상돈, “전문법-이성의 지역화된 실천”, 고려법학 39 (2002)
- 정혜옥, “소외의 주체와 타자의 무대화: 드릴로의 『바디 아티스트』를 중심으로”, 한국영미어 문학회, 영미어문학 No.102, 2012.
- 최재정, “사르트르(J. P. Sartre)의 “앙가주망(engagement)” 개념이 현대 교육에 주는 시사점”, 한독교육학회, 교육의 이론과 실천 21권1호, 2016,

【국문초록】

언어로 구성되는 법은 개인의 욕망들과 서로 상호작용을 한 결과, 법은 의식적으로 법을 준수하고 자 하는 욕망과 무의식적으로는 법을 위반하고자 하는 욕망이라는 모순성을 띄는 양가적인 욕망을 지닌다. 라캉의 관점에 따르면, 법은 곧 근본적인 대타자이며, 따라서 법은 인간을 ‘추상적인 평균적 일반인’이라는 (합)법적인 패러다임 속으로 사회화시키면서 동시에 모순적이게도 이러한 패러다임으로 부터 소외시켜버린다. 그리고 이러한 과정은 필연적으로 각 개인의 주체화를 위한 핵심적인 조건들을 제공해준다. 라캉의 분리이론을 법에 적용하여 재해석해보면, 법은 의미론적으로 법적 기호들 속에 누적되어있는 소외들을 줄이고, 끊임없이 자기가 되어가는 과정으로 여겨진다. 라캉적인 분리의 법적인 방법은 정신분석적인 포스트인권이라는 인권의 새로운 차원으로 작용할 수 있을 것이다. 특정 기표를 특정 기의에 영구적으로 연결시키는 고착화현상을 해결하고자 시도하는 ‘언어 비판’을 통해, 라캉적인 분리가 잘 이루어질 수 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 또한 법적인 맥락에서 이러한 분리는 5단계로 이루어져야한다고 주장하고자 한다. 마지막으로, 보다 구체적인 설명을 제공하기 위해 우리는 한국에서 잘 알려진 범죄 사건을 분석하고, 지금까지 논의된 이론을 적용하고자 한다. 이러한 분석을 통한 궁극적인 목적은 인권에 관한 현재의 담론들 이상으로 확장시키는 “포스트 인권”으로서 정신분석적 인권에 대한 비전을 달성하는 것에 있다.

【Abstract】

LAW'S DESIRE FROM LACANIAN PSYCHOANALYSIS

Park MinJung

(Ph.D. student., Korea University School of Law)

Law which is made up of language, interacts with desires of individuals mutually, with a result that law has a paradoxical desire to be followed consciously and to be violated unconsciously. Law is the radical Other in Lacanian sense, which socializes and ambivalently alienates individuals in the legal paradigm of the average, abstracted, and normalized person, and inevitably provides a key condition for their subjectivation. In the application and refinement of Lacan's separation theory, law should semiotically be criticized endlessly in the direction of becoming self and alleviating the alienation sedimented in legal semiotics. The legal method of separation could achieve a new dimension of human rights as psychoanalytic posthuman rights. Lacanian separation can be achieved through 'language criticism', which attempts to solve a fixed phenomenon that permanently links certain languages with certain symbols. It also argues that in the legal context this separation should be done in five stages. Finally, The ultimate goal of this analysis is to go beyond the current human rights discourse and achieve the vision of psychoanalytical human rights as a "post human rights".

주제어(Keyword) : 라캉의 정신분석(Lacanian psychoanalysis), 욕망(Desire), 소외(alienation), 분리(separation), 근원적 대타자(the radical Other), 이데올로기 비판(Ideological criticism)

검찰개혁, 올바른 방향으로 가고 있는가?

장 영 수*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---|--------------------------------------|
| I. 서: 왜 검찰개혁인가? | 1. 검찰개혁의 책임자, 그 판단 기준 |
| II. 검찰개혁의 목표는 무엇인가? | 2. 조국의 검찰개혁 - 왜 조국은 실패할 수밖에 없었나? |
| 1. 지향하는 검찰의 모습은 무엇인가? | 3. 조국에 대한 검찰수사는 검찰개혁에 대한 조직적 반발이었나? |
| 2. 본래 모습을 회복하기 위한 개혁인가? 새로운 역할을 부여하기 위한 개혁인가? | V. 진정 국민을 위한 검찰개혁인가? |
| 3. 공수처 도입과 검경수사권조정
정의 모순성 | 1. 국민을 위한 개혁은 무엇인가? |
| III. 검찰개혁의 기본방향 | 2. 국민을 위한 개혁인지의 여부는 어떻게 판단하는가? |
| 1. 검찰의 정치적 중립성 확보 | 3. 향후 국민을 위한 검찰개혁은 어떻게 진행되어야 하는가? |
| 2. 검찰총장 임기제와 인사청문제도의 개선 | VI. 결: 이제 검찰개혁을 넘어서 개혁을 다시 생각할 시점이다. |
| 3. 인사권을 통한 검찰개혁의 문제점 | |
| IV. 검찰개혁, 누가 어떻게 추진해야 하나? | |

I. 서: 왜 검찰개혁인가?

대한민국이 탄생한 이래 지금까지 검찰개혁에 관심이 집중된 적은 없을 것이다. 2016년 최순실 사태를 수사하는 과정에서 검찰의 늑장수사, 봐주

* 고려대학교 법학전문대학원 교수.

기수사가 문제된 후¹⁾ 검찰개혁에 대한 요구가 매우 높아졌으며, 2017년 문재인 대통령은 취임 직후 검찰개혁에 대한 강한 의지를 밝히기도 했다.²⁾

여기서 분명하게 짚고 넘어가야 할 점은 검찰개혁이 논의되는 이유는 검사들의 개인비리를 막기 위한 것이 아니라는 것이다. 검사들의 개인비리가 없다는 것은 아니지만, 어떤 공적 조직에서도 개인비리가 전혀 없을 수는 없다. 그런데 검찰개혁이 다른 기관들의 개혁보다 우선시되는 것은 검찰 조직 자체가 ‘정권의 시녀’ 노릇을 했다는 국민들의 인식에서 비롯된 것이며, 결국 검찰조직 자체의 성격을 바꾸고 검찰수사의 객관성과 공정성을 제고하기 위해 검찰개혁이 필요하다는 것이다.

그런데 지난 2년 반 동안 검찰을 앞세운 적폐청산을 추진하면서 검찰개혁은 지지부진했다. 이에 대한 비판이 높아지면서 정부-여당에서 사법개혁특위를 통해 공수처³⁾법안,⁴⁾ 검경수사권조정법안(형사소송법, 검찰청법 등 개정안)⁵⁾을 국회에 상정하는 과정에서 찬반논란이 뜨거워지면서 검찰개혁에 대한 관심이 다시금 치솟았다.

1) <http://www.nocutnews.co.kr/news/4699812>; http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/769245.html(최종방문 2020. 2. 10.). 이후 최순실의 태블릿 PC가 검찰이 아닌 기자에 의해 발견되어 국민들에게 최순실 사건의 일각을 알리게 되면서 검찰에 대한 국민들의 불신은 극에 달했다.

2) 이에 관하여는 <http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20170520000023> (최종방문 2020. 2. 10.) 참조.

3) ‘공수처’이라는 약칭은 그동안 고위공직자비리수사처, 고위공직자비리조사처, 고위공직자범죄수사처 등 다양한 명칭으로 법안들이 발의되면서 이들에 대해 공통적으로 사용되었다. 이하에서는 ‘고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률’을 주된 대상으로 검토하며, 따라서 공수처는 이 법률에 의한 고위공직자범죄수사처를 가리킨다.

4) 이 법안은 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률안」이라는 명칭으로 2019. 4. 26. 발의되었고, 사법개혁특위가 해체됨에 따라 2019. 9. 2. 법사위에 회부되었다. 그러나 이 법안은 2019. 4. 30. 신속처리대상안건으로 지정(심사기간: 2019. 10. 28까지) 되었음에도 불구하고 180일이 경과하기 전에 사법개혁특위가 해체됨으로 인해 그 후속 처리에 논란이 있었다.

5) 검경수사권조정에 대해서는 이미 오래전부터 많은 논의가 있었다. 과거의 논의에 관하여는 수사권조정자문위원회, 『검·경 수사권조정에 관한 공청회』(2005.4.11.); 경찰청, 『합리적인 수사권 조정방향 - 경찰의 수사 주체성 인정 및 검·경간 상호협력관계 설정-』, 2005; 대검찰청, 『검·경 수사권조정자문위원회 활동경과에 대한 보고 및 의견서』, 2005; 더불어민주당 정책위원회 민주주의회복 TF, 『검경개혁과 수사권 조정, 공수처 설치 방안 토론회』(2016.8.10.) 등 참조.

그런 가운데 검찰개혁을 명분으로 조국 전 민정수석을 법무부 장관으로 임명하면서 검찰개혁 문제가 더욱 논란의 대상이 되었다.⁶⁾ 조국 일가에 대한 검찰의 수사가 진행 중인 상황에서 피의자인 조국이 법무부 장관이 되어 검찰개혁을 추진하는 것에 대해 한편의 강한 반대와 다른 한편의 열렬한 지지가 날카롭게 대립하였던 것이다.⁷⁾

2019년 10월 14일 조국 전 장관의 사퇴, 그리고 후임 추미에 법무부 장관의 임명으로 상황은 새로운 국면으로 접어들었다. 또한 국회에서는 「고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률」(이하 공수처법)과 검경수사권 조정법(형사소송법 개정안 및 검찰청법 개정안)이 통과되었다. 그러나 검찰개혁에 대한 비판은 계속되고 있다. 한편으로는 공수처법 등 이른바 검찰개혁법에 대해, 다른 한편으로는 추미에 장관에 의해 주도되고 있는 이른바 ‘인사권을 통한 검찰개혁’⁸⁾에 대해 논란이 더욱 뜨거워지고 있는 것이다.

과연 현재의 검찰개혁은 올바른 방향으로 가고 있는가? 검찰개혁의 의미는 무엇이며, 올바른 개혁인지 여부를 평가할 기준은 무엇인가? 검찰개혁이 성공하기 위해서는 진영논리에 따른 무조건적인 찬성 또는 반대가 아니라 합리적인 논거와 객관적인 기준에 따라 올바른 검찰개혁이 무엇인지, 누가 어떻게 검찰개혁을 추진해야 하는지에 대한 공통분모를 만들어가야 할 것이다.

6) 조국이 법무부 장관 후보자로 지명된 8월 9일부터 시작된 논란은 9월 9일 조국의 법무부 장관 임명으로 거리 시위로 번졌으며, 10월 14일 조국의 장관직 사퇴로 일단 막을 내렸다. 그 과정에서 조국 장관과 검찰개혁 문제는 대한민국의 가장 뜨거운 이슈로 떠올라 66일간 지속되었다.

7) 조국 사태의 핵심은 검찰개혁의 필요성 여부가 아니었다. 정말로 조국이 아니면 제대로 검찰개혁을 추진할 수 없는지의 여부였다. 한편에서는 피의자인 조국이 법무부 장관이 되어 검찰개혁을 추진하는 것이 불합리하다고 하고, 다른 한편에서는 조국의 검찰개혁에 대한 검찰의 조직적인 반발이 조국 일가에 대한 무리한 수사로 나타나고 있다고 보는 것이다.

8) 특히 현 정권에 매우 민감한 문제인 울산시장선거에 대한 검찰수사가 진행 중인 상황에서 검찰인사를 통해 수사의 지휘부를 교체한 것에 대해서는 매우 날카로운 비판이 제기되고 있다. 또한 이와 관련하여 변호사 475명이 시국선언을 통해 울산시장선거에 문제인 대통령의 개입이 확인되면 탄핵사유에 해당한다고 주장한 것도 그 심각성을 보여준다. 이에 관하여는 <https://news.join.com/article/23702191> (최종방문 2020. 2. 12.) 참조.

II. 검찰개혁의 목표는 무엇인가?

1. 지향하는 검찰의 모습은 무엇인가?

누구나 검찰개혁을 말하지만, 어떤 것이 올바른 개혁인지에 대해서는 의견차가 크다. 그 원인은 여러 가지가 있지만 가장 먼저 확인해야 할 점은 ‘검찰개혁을 통해 성취하고자 하는 검찰의 상(像)이 무엇인가’일 것이다.

실제로 독일·프랑스의 검찰제도⁹⁾와 영미의 검찰제도¹⁰⁾에는 상당한 차이가 있고, 나름의 장단점이 있는데, 최근 검찰개혁의 방안으로 제시되고 있는 것들을 보면 독일·프랑스식의 검찰제도를 따르고자 한 것이 있는가 하면, 영미식의 검찰제도를 모델로 한 것도 있다.¹¹⁾ 또한 공수처 제도는 영국과 뉴질랜드의 중대비리조사청(SFO: Serious Fraud Office), 홍콩의 엄정공서(廉政公署, ICAC), 대만 엄정서(廉政署, AAC), 싱가포르 부패행위조사국(CPIB) 등을 모델로 한 것¹²⁾이지만, 상당한 변형을 가한 것이라고 볼 수 있다.¹³⁾

9) 대륙법계에 속하는 독일, 프랑스 등의 경우에는 검찰의 경찰에 대한 수사지휘권이 인정되고 있으며, 검찰의 권한이 영미에 비해 강력하다. 이에 관하여는 김영기, 프랑스 검찰의 사법경찰 통제와 그 시사점, 형사소송 이론과 실무 제3권 제2호(2011), 7-50쪽; 박노섭, 독일검찰제도의 탄생과 그 시사점, 한림법학 FORUM 제19권(2008.12), 117-135쪽; 정병대, 『수사구조에 관한 연구』, 2007; Wolf-Rüdiger Schenke(서정범 역): 『독일경찰법론』, 1998 참조.

10) 영미에서는 검찰의 권한이 공소와 매우 한정된 범위의 수사로 한정되어 있으며, 경찰이 수사의 중심적 역할을 하고 있다. 영미의 검찰 및 경찰제도에 관하여는 박창호 외, 『비교수사제도론』, 2004, 392쪽 이하, 494쪽 이하; 신현기 외, 『비교경찰제도론』, 2012, 353쪽 이하; 표성수, 『미국의 검찰과 한국의 검찰』, 2000, 58쪽 참조.

11) 양 모델의 비교 속에서 검찰 수사권의 제한 내지 폐지를 주장하는 견해로는 신동일, 검찰개혁: 체계이론적 분석과 제안, 형사정책연구 제29권 제1호(2018.3), 1-44(32이하)쪽 참조.

12) 외국의 공직자비리조사기구에 관하여는 이정덕·임유석·한경희, 고위공직자비리 수사기구 설치에 관한 다면적 연구, 한국범죄학 제6권 제2호(2012.12), 185-212(201이하)쪽; 전태희, 『주요국 공직자비리수사기구의 현황과 시사점』(국회 입법조사처 현안 보고서 제98호), 2010.11.16., 8쪽 이하 참조.

13) 특히 공수처가 수사권과 기소권을 모두 가질 수 있도록 한 것에 대해서는 중국식 모델을 따른 것이라는 비판도 있다. 이에 관하여는 <https://news.join.com/article/>

이러한 제도들은 각각의 장단점이 있기 때문에 어느 하나의 모델이 절대적인 우위를 갖는 것으로 보기는 어렵다. 특히 최근 논의되고 있는 검경 수사권조정 문제는 사실상 독일·프랑스의 모델을 포기하고 영미식의 모델을 선택한다는 의미를 갖는 것이기 때문에 - 그러한 변화가 바람직하지 않다는 것은 아니지만- 매우 신중해야 하며,¹⁴⁾ 이러한 변화로 인하여 수사 구조 전반에 미치는 파급효를 면밀하게 검토하여 제도 전반의 정합성을 확보해야 한다.

특히 검찰이 계속 수사의 주체로서 인정되는 가운데 추진되는 검찰개혁과 영미식으로 수사와 기소의 분리를 통해 검찰의 수사권은 경찰에 이양하고 검찰은 기소권만 행사하도록 하는 방향의 검찰개혁은 동시에 진행될 수 있는 성질의 것이 아니라 선택적이라는 점에 주목할 필요가 있다. 즉, 검찰에 대한 어떤 상(像), 어떤 모델을 추구하는지에 따라 어떤 개혁방향을 취할 것인지가 달라져야 하는 것이다.

그러면 검찰개혁법이 국회를 통과하는 과정에서, 각자가 지향하는 검찰의 모습에 대해서는 국민들 사이에, 그리고 정치권에서는 어떤 공감대, 어떤 합의가 형성되어 있는가?

23492890 (최종방문 2019. 10. 12.) 참조.

14) 특히 국가정보원의 국내정보파트가 해체되면서 경찰이 정보를 장악한 상태에서 수사권까지 가져가는 것에 대한 우려도 적지 않다. 물론 과거 정보기관이 권력의 중심에 설 경우의 문제도 만만치 않았다. 이에 관하여는 김영진, 국가정보기관권력의 현황과 정치적 중립화를 위한 과제, 법과사회 제44권(2013), 67-95쪽; 한성훈, 권력의 중심에 선 정보기관 - 국군기무사령부와 국가정보원-, 내일을 여는 역사 제53호(2013.12), 109-127쪽 참조. 하지만 경찰이 수사권과 정보력을 결합할 경우에 대해서도 우려의 목소리가 상당히 높은 것이다.

이와 관련하여 일제 강점기 순사에 대한 부정적 인식, 제1공화국 당시 독재정권의 시너 노릇을 했던 경찰에 대한 불신 등이 오늘날과 같이 강력한 검찰권 구성을 정당화하는 근거가 되었다는 점도 간과할 수 없다. 이에 관하여는 김용주, 『사법경찰과 검찰의 관계에 대한 역사적 고찰』, 고려대 박사학위논문, 2012, 144쪽 이하; 이상열, 일제 식민지 시대 하에서의 한국경찰사에 관한 역사적 고찰, 한국행정사학회 제20권(2007), 77-96쪽; 김영택, 친일세력 미 청산의 배경과 원인, 국민대 한국학논총 제31집(2009), 481-539쪽 참조.

2. 본래 모습을 회복하기 위한 개혁인가? 새로운 역할을 부여하기 위한 개혁인가?

사법개혁특위에서 발의되어 법사위와 국회 본회의를 통과한 검찰개혁법은 3개가 있다. 공수처도입에 관한 공수처법과 검경수사권조정에 관한 개정 형사소송법, 개정 검찰청법이 그것이다.

그런데 공수처법은 현재와 같이 검찰이 수사권을 보유하고 있는 것을 전제로 하는 반면에 검경수사권조정에 관한 법안들은 - 비록 점진적이기는 하지만 - 검찰의 수사권을 축소하여 궁극적으로는 경찰이 수사를 담당하고, 검찰은 기소만을 담당하는 것을 지향하고 있다. 과연 이 두 가지를 동시에 추진하는 것이 무엇을 의미하는지가 명확하지 않은 것이다.

검찰을 개혁하려고 할 때, 그것이 검찰기능의 정상화 내지 본래 모습의 회복을 위한 것¹⁵⁾인지, 아니면 기존의 검찰을 바꾸어서 - 조직과 권한의 본질적인 변화를 통해 - 새로운 역할을 부여하기 위한 것¹⁶⁾인지를 먼저 결정해야 한다. 말하자면 공수처법안은 전자를 위한 것인데, 검경수사권조정법안들은 후자를 위한 것이다. 이 두 가지는 양자택일이 되어야 하는데, 동시에 추진되면서 혼란이 야기될 수밖에 없는 것이다.

이러한 혼란의 이면에는 과거의 검찰권 개혁논의와 그 결과에 대한 실망이 깔려 있다. 지난 20여년 동안의 검찰개혁논의를 돌이켜보면, 검찰의 조직과 권한을 근본적으로 바꾸어서 새로운 역할을 부여하기보다는 기존의 조직과 권한에 대해 본질적인 변화를 주지 않는 가운데 검찰 본연의 기능을 회복시키려는데 초점을 맞춰왔다. 그런데 수없이 반복되는 개혁 시도에도 불구하고 가시적인 성과는 별로 없었다는 점으로 인해 결국 공수처의 도입이나 검경수사권조정과 같은 급진적인 개혁방안에 힘이 실리게 된 것이다.¹⁷⁾

15) 검찰의 수사권을 유지하는 가운데 공수처를 도입하여 검찰의 수사에 대한 권한을 견제하는 것은 이에 해당된다.

16) 검찰의 수사권을 경찰로 이양하고 검찰이 기소만을 전담하도록 하는 개혁방안은 이에 해당된다.

17) 이러한 분석에 관하여는 장영수, 검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의

그동안 검찰개혁의 대표적 성과물로 검찰총장 임기제와 검찰총장 임명에 대한 인사청문회 제도의 도입을 들 수 있다. 그러나 지금까지 이를 통해 검찰의 정치적 중립성이 크게 제고되었다고 평가하기는 어렵다. 검찰총장의 임기제는 제도 도입 이후 현재까지 임기를 제대로 채우지 못한 검찰총장이 오히려 더 많으며,¹⁸⁾ 검찰총장의 임명과 관련한 국회의 인사청문회는 대통령의 임명권을 제약하는 구속력이 없기 때문에 그 실효성이 크지 않다¹⁹⁾는 점으로 인하여 유명무실한 것으로 평가절하되고 있는 것이다.²⁰⁾

결국 대다수 국민들은 기존의 검찰개혁 방안에 대한 기대를 버리게 되었고,²¹⁾ 그로 인하여 공수처의 도입이나 검경수사권조정과 같은 훨씬 강력

설치에 관한 검토, 형사정책연구 제28권 제1호(2017 봄), 115-144(122이하)쪽 참조.

- 18) 1988년 검찰총장 임기제가 도입된 이후로 임명된 - 윤석열 현 검찰총장 이전의- 21명의 검찰총장 중에서 2년 임기를 채운 총장은 8명에 불과할 정도이며, 김기춘(1988.12.6.~1990.12.5.), 정구영(1990.12.6.~1992.12.5.), 김도언(1993.9.16.~1995.9.15.), 박순용(1999.5.26.~2001.5.25.), 송광수(2003.4.3.~2005.4.2.), 정상명(2005.11.24.~2007.11.23.), 김진태(2013.12.2.~215.12.1.), 문무일(2017.7.25.~2019.7.24.) 총장이 이에 해당된다.
- 19) 국회의 인사청문회를 통한 대통령의 인사권에 대한 통제는 - 국회의 동의가 헌법상 요구되는 경우를 제외하면- 매우 제한적이다. 국회의 인사청문결과에 불구하고 대통령의 임명이 가능할 뿐만 아니라, 국회 내에서도 여당은 대통령의 인사에 대해 무조건적인 옹호를, 야당은 예외 없는 반대를 앞세우는 경향이 강하기 때문이다. 인사청문회 제도의 문제점 및 개선방안에 관하여는 김용훈, 인사청문회의 헌법적 의의와 제도적 개선 쟁점, 미국헌법연구 제26권 제2호(2015.8), 1-45쪽; 임지봉, 우리나라 국회의 임명동의권과 인사검증시스템, 헌법학연구 제20권 제4호(2014), 1-26쪽; 정시구, 한국의 인사청문회에 대한 연구, 한국공공관리학보 제28권 제4호(2014.12), 91-116쪽 참조.
- 20) 그밖에 검찰개혁의 방안으로 미국과 유사한 방식의 기소배심제도를 도입하는 방안이나, 검찰총장을 비롯한 지청장, 또는 검사장까지를 국민 내지 지역주민들의 선거를 통해 선출하는 방안이 제시되고 있다. 그러나 이에 대한 반대도 만만치 않다. 비전문가로 구성되는 기소배심의 판단이 항상 정당할 것인지, 미국의 경우처럼 기소배심이 검사에 의해 주도될 경우의 문제점 및 절차의 비효율성 등에 대한 우려가 적지 않으며, 고위 검찰간부들에 대한 선거제도의 도입은 오히려 검찰의 정치화를 촉진할 것이라는 점도 문제로 지적되고 있다. 이에 관하여는 장영수, 앞의 글(주 17), 121쪽 이하 참조.
- 21) 그동안 기소배심제도를 도입하는 방안이나, 검찰총장을 비롯한 지청장, 또는 검사장까지를 국민 내지 지역주민들의 선거를 통해 선출하는 방안이 제시된 바 있다. 그러나 비전문가로 구성되는 기소배심의 판단이 적절할 것인지, 미국의 경우처럼 기소배심이 검사에 의해 주도될 경우의 문제점 및 절차의 비효율성 등에 대한 비판도 있고, 고위 검찰간부들에 대한 선거제도의 도입은 오히려 검찰의 정치화를 촉진할 것이라는 비판도 있다. 이에 관하여는 이성기, 검사의 부당한 공소제기를 방지하기 위한 미국 기소대배심제(Grand Jury)의 수정적 도입에 관한 연구, 강원법학 제38권(2013. 2) 463-494

한 개혁수단에 기대를 걸게 된 것도 충분히 이해할 수 있는 일이다.

3. 공수처 도입과 검경수사권조정의 모순성

그런데 문제는 공수처 도입과 검경수사권조정이 동시에 도입되는 가운데 모순이 발생하고 있다는 점에 있다. 두 가지 개혁이 동시에 도입됨으로써 더 강력하고 확실한 검찰개혁이 가능해질 것으로 보는 사람도 있지만,²²⁾ 이는 타당하지 않다. 각각의 제도가 기존의 검찰개혁과는 차원을 달리하는 강력한 개혁이 될 수 있다는 점에 대해서는 이견이 없다. 그러나 양자를 동시에 도입하는 것은 오히려 모순을 낳기 때문이다.

이는 단순히 독일·프랑스식의 검찰 모델과 영미식의 검찰 모델 사이의 간극에서만 비롯되는 것이 아니다. 국회를 통과한 공수처법의 내용 자체가 검경수사권조정을 전혀 고려하지 않은 것이며, 현재의 검찰조직과 권한을 전제한 것이기 때문이다.²³⁾ 더욱이 공수처 도입의 이유로 검찰개혁을 내세우고 있음에도 불구하고 한편으로는 대통령의 인사권으로 인하여 공수처가 제2의 검찰이 될 것이라는 우려가 적지 않고, 다른 한편으로는 그 업무범위와 조직 규모 사이의 모순으로 인하여 과연 공수처가 설치된다 하더라도 제 기능을 수행하기 어려울 것이라는 우려도 크다.

검찰개혁방안으로서 공수처 도입의 핵심은 검찰의 정치적 편향성(검찰

쪽; 장영수, 앞의 글(주 17), 121쪽 이하 참조.

22) 이러한 견해로는 예컨대 김종서, 검찰개혁의 방향: 분산·약화·통제, 전북대 법학연구 제58집(2018.12), 291-351쪽 참조.

23) 공수처 구성의 핵심은 세 가지다.

첫째, 공수처는 고위공직자의 직무관련 부정부패를 독립된 위치에서 엄정수사하고, 판사, 검사, 경무관급 이상 경찰에 대해서는 기소까지 할 수 있는 기관이다.

둘째, 공수처는 처장, 차장을 포함한 25인 이내의 검사, 40인 이내의 수사관으로 구성되며, 추천위원회가 2인의 처장 후보자를 추천하면 대통령이 그중 1인을 지명하고, 인사청문회를 거쳐 임명한다.

셋째, 처장과 차장은 퇴직 후 2년 이내에 헌법재판관, 검찰총장, 국무총리 등에 임명될 수 없으며, 처장과 차장을 포함한 소속 검사는 퇴직 후 2년 이내에 검사로 임용될 수 없다. 수사처검사는 퇴직 후 1년이 지나지 않으면 대통령 비서실에 임용될 수 없다.

이 ‘정권의 시녀’로 전락했다는 불신)을 해소하기 위해 객관적이고 공정한 수사를 할 수 있는 새로운 기관을 둔다는 것이다. 그런데 대통령이 인사권을 행사한다면 - 설령 법개정을 통해 공수처장 임명에 대한 국회의 동의권을 인정한다 하더라도- 결국 대통령의 영향력 하에 있는 공수처가 될 것²⁴⁾이며, 이는 검찰개혁의 취지에 반하는 것이 될 것이다.

또한 공수처법은 공수처가 매우 많은 사건들을 담당하도록 해놓고,²⁵⁾

24) 현행헌법상 대통령의 대법원장 및 대법관의 임명에 대해서는 국회의 동의가 필요하다. 그럼에도 불구하고 행정부의 수장인 대통령이 사법부의 수장인 대법원장과 대법관을 실질적으로 임명할 수 있도록 함으로써 코드 인사가 사법부를 지배하는 것에 대해서는 비판이 높다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 공수처의 경우도 유사한 방식의 코드인사가 지배하게 될 것이라는 우려는 결코 근거 없는 것이 아니다.

25) 공수처법 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “고위공직자”란 다음 각 목의 어느 하나의 직(職)에 재직 중인 사람 또는 그 직에서 퇴직한 사람을 말한다. 다만, 장성급 장교는 현역을 면한 이후도 포함된다.

가. 대통령

나. 국회의장 및 국회의원

다. 대법원장 및 대법관

라. 헌법재판소장 및 헌법재판관

마. 국무총리와 국무총리비서실 소속의 정무직공무원

바. 중앙선거관리위원회의 정무직공무원

사. 「공공감사에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 중앙행정기관의 정무직공무원

아. 대통령비서실·국가안보실·대통령경호처·국가정보원 소속의 3급 이상 공무원

자. 국회사무처, 국회도서관, 국회예산정책처, 국회입법조사처의 정무직공무원

차. 대법원장비서실, 사법정책연구원, 법원공무원교육원, 헌법재판소 사무처의 정무직공무원

카. 검찰총장

타. 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사 및 교육감

파. 판사 및 검사

하. 경무관 이상 경찰공무원

거. 장성급 장교

너. 금융감독원 원장·부원장·감사

더. 감사원·국세청·공정거래위원회·금융위원회 3급 이상 공무원

2. “가족”이란 배우자, 직계존비속을 말한다. 다만, 대통령의 경우에는 배우자와 4촌 이내의 친족을 말한다.

3. “고위공직자범죄”란 고위공직자로 재직 중에 본인 또는 본인의 가족이 범한 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다. 다만, 가족의 경우에는 고위공직자의 직무와 관련하여 범한 죄에 한정한다.

가. 「형법」 제122조부터 제133조까지의 죄(다른 법률에 따라 가중처벌되는 경우를 포함한다)

규모는 검사 25명 이내,²⁶⁾ 수사관 40명 이내²⁷⁾로 한정하고 있다. 최근 중요 사건 하나에도 검사들이 50명 이상 투입되는 것과 비교할 때 이런 규모의 공수처가 제 기능을 수행할 것으로 기대하기 어렵다. 오히려 공수처의 소관 사건들에 대한 검찰이나 경찰의 수사를 막아놓음으로 인해 객관적이고 공정한 수사가 아니라 인력부족으로 인해 부실한 수사가 많아질 우려마저 있는 것이다.

그러므로 공수처법은 검경수사권조정을 고려하여 그 내용이 달라져야 한다. 아니면, 검경수사권조정이 유보되거나. 또한 공수처가 제 기능을 수행할 수 있도록 하기 위해서는 관할사건의 범위를 축소하여 선택과 집중이 가능하도록 수정되어야 할 것이며, 관할사건들의 처리에 필요한 적정 규모의 조직과 인력을 갖추 수 있도록 해야 할 것이다.²⁸⁾

나. 직무와 관련되는 「형법」 제141조, 제225조, 제227조, 제227조의2, 제229조(제225조, 제227조 및 제227조의2의 행사죄에 한정한다), 제355조부터 제357조까지 및 제359조의 죄(다른 법률에 따라 가중처벌되는 경우를 포함한다)

다. 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조의 죄

라. 「변호사법」 제111조의 죄

마. 「정치자금법」 제45조의 죄

바. 「국가정보원법」 제18조, 제19조의 죄

사. 「국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률」 제14조제1항의 죄

아. 가목부터 마목까지의 죄에 해당하는 범죄행위로 인한 「범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률」 제2조제4호의 범죄수익등과 관련된 같은 법 제3조 및 제4조의 죄

4. “관련범죄”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다.

가. 고위공직자와 「형법」 제30조부터 제32조까지의 관계에 있는 자가 범한 제3호 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄

나. 고위공직자를 상대로 한 자의 「형법」 제133조, 제357조제2항의 죄

다. 고위공직자범죄와 관련된 「형법」 제151조제1항, 제152조, 제154조부터 제156조까지의 죄 및 「국회에서의 증언·감정 등에 관한 법률」 제14조제1항의 죄

라. 고위공직자범죄 수사 과정에서 인지한 그 고위공직자범죄와 직접 관련성이 있는 죄로서 해당 고위공직자가 범한 죄

5. “고위공직자범죄등”이란 제3호와 제4호의 죄를 말한다.

26) 공수처법 제8조 제2항: 수사처검사는 특정직공무원으로 보하고, 처장과 차장을 포함하여 25명 이내로 한다.

27) 공수처법안 제10조 제2항: 수사처수사관은 일반직공무원으로 하며, 40명 이내로 한다. 다만, 검찰청으로부터 검찰수사관을 파견받은 경우에는 이를 수사처수사관의 정원에 포함한다.

Ⅲ. 검찰개혁의 기본방향

1. 검찰의 정치적 중립성 확보

앞서 검토한 바와 같이 검찰개혁의 가장 강력한 동인(動因)은 검찰이 더 이상 ‘정권의 시녀’ 노릇을 하지 않고, 중립적이고 독립적인 위치에서 객관적이고 공정한 수사를 할 수 있도록 해야 한다는 것이다.²⁹⁾ 이를 통해서만 법과 정의를 바로 세우는 검찰, 국민들의 인권보장에 충실한 검찰이 가능할 것이기 때문이다.³⁰⁾

이를 위해 가장 중요한 요소는 검찰의 정치적 중립성의 확보다. 공수처 도입 등의 개혁수단이 불필요하다는 것이 아니라 검찰의 정치적 중립성 확보에 초점을 맞춰야 검찰개혁이 본래의 의미에 맞는 바른 개혁이 될 수 있다는 것이다.³¹⁾

그런 의미에서 검찰개혁의 기본방향은 공수처 도입이나 검경수사권조정인 아니라 ‘정치적 중립성’의 확보에 있어야 한다.³²⁾ 준사법기관이라 일컬어지는 검찰이 객관적이고 공정하기 위해서는 인사의 공정성과 수사의 독립을 담보할 수 있는 정치적 중립성이 전제되어야 하기 때문이다.

그러나 검찰총장에 대한 인사청문제도 도입, 임기제 도입 등에도 불구

28) 최근까지 검찰이 관련 사건들을 얼마나 처리했는지, 그리고 그에 필요한 인력이 어느 정도였는지를 충분히 고려해서 공수처의 관할범위 및 조직 규모를 재조정해야 할 것이다.

29) 선진외국 검찰의 정치적 중립에 관하여는 한상훈, 외국의 검찰제도와 한국 검찰 개혁에 대한 시사점, 법과 사회 제37권(2009), 121-149쪽 참조.

30) 최근 일각에서는 검찰개혁을 마치 개혁을 위한 개혁처럼 맹목적으로 주장하는 경우도 있지만, 이는 불합리할 뿐만 아니라 위험한 것이기도 하다. 내용을 따지지 않는 개혁, 도대체 누구를 위한 개혁, 무엇을 위한 개혁인지조차 분명치 않은 개혁이 올바른 개혁일 수 없다. 더욱이 검찰개혁이라는 목적이 이를 명분으로 내세우는 모든 수단을 정당화하는 것은 아니다!

31) 같은 취지로 정웅석, 검찰개혁의 바람직한 방향, 형사법의 신동향 제54호(2017.3), 1-65(5이하)쪽 참조.

32) 즉, 공수처 도입이나 검경수사권조정은 이를 위한 수단이 될 수 있을지언정 그 자체가 목적이 될 수는 없는 것이다.

하고 그 효과는 미진하고, 정치검찰에 대한 비판은 여전하다. 공수처를 도입하거나 수사권을 경찰로 넘긴다고 하더라도 공수처장이나 경찰청장에 대한 대통령의 인사권이 여전하다면 오른손의 칼을 왼손으로 옮기는 것일 뿐이며, 문제의 본질은 해결되지 않는다.

그러므로 진정한 검찰개혁을 위해, 나아가 객관적이고 공정한 검찰권 행사를 위해 가장 먼저 해결되어야 할 것은 검찰총장을 비롯한 검찰 인사의 공정성 및 이를 통한 수사의 독립성을 확보하는 것이다. 그것이 검찰개혁의 분명한 지향점이 되어야 하며, 이를 기준으로 삼아서 올바른 검찰개혁의 방향과 방법을 재검토해야 한다.³³⁾

2. 검찰총장 임기제와 인사청문제도의 개선

검찰의 정치적 중립성과 수사의 객관성 확보를 위해 이미 1988년 검찰총장 임기제가 도입되었고,³⁴⁾ 2003년에는 검찰총장에 대한 인사청문회제도가 도입되었다.³⁵⁾ 그러나 앞서 지적했듯이 그 성과는 미미하다. 그러면 임기제와 인사청문회제도를 유명무실하게 만드는 요인은 무엇이며, 이를 정상화시킬 수 있는 방법은 무엇인가?

검찰총장 임기제의 도입 이후에도 임기를 제대로 채운 총장보다 그렇

33) 이와 관련하여 신의기·이유나·이민호·원소연·임성근, 『한국의 형사사법체계 및 관리에 관한 연구(II)』, 한국형사정책연구원 2017, 600쪽 이하에서는 검찰의 정치적 중립성 확보방안으로 법무부 등 타 정부기관의 탈검찰화를 주장하면서 구체적인 개선 방안으로 ‘검사의 겸직제한’, ‘검찰청의 법무부로부터의 독립’, ‘공직자 임명과 관련한 중립성 강화’(특히 대통령과 검사의 유착관계 단절, 검찰총장 선임에 있어서의 법무부장관의 영향력 약화, 검찰총장 임기연장, 검사의 임용에 대한 대통령과 법무부장관의 영향력 약화 등)를 강조하고 있다.

34) 검찰총장 임기제는 1988년 검찰청법 개정을 통해 도입되었으며, 그 취지는 2년의 임기를 보장하고 중임을 금지함으로써 검찰수사가 정치권력으로부터의 영향력을 최소화시키는 것에 있었다.

35) 2003년 국회법 개정을 통해 국회에서 국가정보원장, 경찰청장, 국세청장과 더불어 검찰총장 후보자에 대해서도 인사청문회를 통한 검증 제도를 도입하였다(국회법 제 65조의2). 이후 국회법 개정에 의해 인사청문회의 대상은 장관 등을 포함하는 것으로 더 확대되었다.

지 못한 총장이 훨씬 많다는 것은 법조항에도 불구하고 정치적 압력에 의해 사퇴한 총장들이 많았음을 의미하는 것이다. 즉, 대통령의 의중에 맞지 않는 방향으로 검찰을 이끌고 있는 총장에 대해 정부-여당은 버티기 어려울 정도의 정치적 압력을 가하며, 그로 인해 중도 하차를 선택하는 총장들이 많았던 것이다.³⁶⁾

더욱이 검찰총장의 임기 중에 정권이 교체된 경우에는 임기를 끝까지 채운 경우가 더욱 드물다. 이는 검찰총장뿐만 아니라 헌법상 국회의 동의를 얻어서 임명되는 감사원장의 경우조차 정권교체와 더불어 자의반 타의반에 의한 사퇴하고 새 감사원장을 임명하는 것이 마치 관례처럼 되고 있다³⁷⁾는 점에서 그 문제의 심각성을 확인할 수 있다.

결국 대통령의 인사권을 존중하는 것에 우선하여 검찰총장의 임기가 존중되어야 한다는 점이 국민들 사이에 폭넓은 공감을 얻어야 하며, 대통령을 비롯한 정치권도 이를 충분히 인식하지 못한다면 검찰총장 임기제는 계속 유명무실한 것이 될 수밖에 없다.³⁸⁾

인사청문제도는 비단 검찰총장뿐 아니라, 헌법상 국회의 동의를 받도록 요구되지 않는 모든 인사청문대상에 대해 그 존재의미를 상실할 지경에 이르렀다. 인사청문과정에서 아무리 심각한 문제가 드러나도, 야당과 국민들이 아무리 강력하게 반대해도 대통령은 인사청문결과에 상관없이 임명을 강행할 수 있다면 도대체 그 인사청문회는 왜 실시하는가?³⁹⁾

중장기적으로는 개헌을 통해 헌법상 인사청문대상을 정함과 동시에 국회의 동의권을 명시하는 것도 필요하지만, 단기적으로는 여야 합의에 의한

36) 박근혜 정부 당시의 채동욱 검찰총장 사태나 최근 윤석열 검찰총장에 대한 정치적 논란은 모두 청와대의 심기를 거스른 총장에 대해 정치권이 어떤 압력을 행사하는지를 보여주는 사례들이다.

37) http://ilyo.co.kr/?ac=article_view&entry_id=205143 (최종방문 2020. 2. 12.) 참조.

38) 대통령의 인사권이 존중되어야 하는 것도 맞지만, 이를 오남용되지 않도록 하는 통제 장치의 중요성은 더욱 크다. 그런데 최고권력자인 대통령의 권한을 존중하는 것에만 무게중심을 두게 되면 제왕적 대통령의 문제는 점점 더 심각해질 수밖에 없다.

39) 인사청문회가 대통령의 인사권을 합리적으로 통제하기 위해서가 아니라 인사청문대상의 개인비리를 밝혀서 망신주기 위한 것이라는 비아냥이 나오는 것도 같은 맥락으로 볼 수 있다.

인사청문회법 개정을 통해 한편으로는 인사청문의 절차와 방법, 기준을 분명히 하고, 다른 한편으로는 국회의 인사청문결과가 대통령의 인사권을 구속할 수 있도록 명시하는 것도 가능할 것으로 보인다.⁴⁰⁾

특히 인사청문과정에서 후보자의 전문성 및 도덕성에 대한 검증의 기준을 분명히 함으로써 같은 비위사실을 범한 사람들 중에서 누구는 되고, 누구는 안 되는 납득할 수 없는 결과가 더 이상 나오지 않도록 해야 하며, 여당의 무조건적인 옹호, 야당의 무조건적인 반대도 극복해야 할 것이다.

3. 인사권을 통한 검찰개혁의 문제점

조국은 과거 교수 시절부터 인사권을 통한 검찰개혁을 강조해 왔다.⁴¹⁾ 비록 수사에 직접 개입하는 것은 바람직하지 않지만 인사권의 적절한 행사를 통해 검찰개혁을 강력하게 추진해야 한다는 것이다.⁴²⁾

이러한 그의 주장은 민정수석 시절에도 되풀이된 바 있으며,⁴³⁾ 국회의 법무부장관후보자에 대한 인사청문회에서 “약속드린 대로 법무·검찰의 개

40) 그동안 행정부 공무원 중에서 헌법상 국회의 동의를 얻도록 되어 있는 것은 국무총리와 감사원장뿐이었고, 이러한 헌법규정에 대한 반대해석을 통해 여타의 행정부 공무원은 인사청문회를 거치더라도 국회의 동의는 필요치 않다는 해석이 지배적이었다. 그러나 이러한 헌법조항들에 대해 무조건 반대해석을 할 것이 아니라, 오히려 국무총리와 감사원장을 제외한 행정부공무원에 대해서는 헌법이 입법자에게 구체적인 규율을 맡기고 있다는 의미로 개방적인 해석을 하는 것도 충분히 가능하다. 이러한 해석에 기초할 때, 국회에서 인사청문회법의 개정을 통해 인사청문결과의 구속력을 명시하는 것도 위헌은 아니다.

41) 조국은 검찰개혁에 대해 많은 이야기를 했다. 그의 기본적인 생각은 검찰의 권한이 너무 크다는 데 있는 것으로 보인다. 기소권을 독점하고 있는 데다가 수사권에 경찰에 대한 지휘권까지 갖고 있으니 그 권한을 축소하는 것이 필요하다는 것이다. 이를 위한 대안으로 공수처 도입과 검경수사권조정을 강력하게 주장했다. 현재 사법개혁특위를 통해 법사위에 상정되어 있는 공수처법안, 검경수사권조정법안은 조국의 주장이 크게 반영된 것으로 볼 수 있다. 검찰개혁에 관한 조국의 주장은 조국, 현 시기 검찰, 경찰 수사권조정의 원칙과 방향 -형사소송법 제195조, 제196조의 개정을 중심으로-, 서울 대 법학 제46권 제4호(2005.12), 219-241쪽 참조.

42) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20190810041700004> (최종방문 2020. 2. 12.) 참조.

43) 민정수석 당시 조국의 검찰개혁 관련 입장에 관하여는 http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/910305.html (최종방문 2020. 2. 12.); <https://www.hankyung.com/politics/article/2017051124761> (최종방문 2020. 2. 12.) 참조.

혁을 완결하는 것이 제가 받은 과분한 혜택을 국민께 돌려드리는 길이며 저의 책무”라고 말했다. 또한 “혼신의 힘을 다해 어느 정권이 들어와도, 누구도 뒤로 되돌릴 수 없는 개혁을 실천하고자 하는 마음은 더 단단해졌다”고도 말했다.⁴⁴⁾ 그리고 조국의 후임 추미애 장관은 실제 검찰인사를 통해 검찰에 큰 영향력을 행사하고 있다.

그러나 인사권을 통한 검찰개혁에는 몇 가지 문제가 있다.⁴⁵⁾

첫째, 인사권을 통한 검찰개혁은 검찰의 정치적 중립성 확보라는 목표에 역행한다. 검찰이 수사의 객관성과 공정성에 우선하여 인사권자의 눈치를 보게 만드는 것은 결국 인사대상자인 검찰의 독립성과 중립성을 무너뜨리고 말 잘 듣는 검사들만이 살아남고, 출세할 수 있는 풍토를 만들게 될 것이다.⁴⁶⁾ 그것이 올바른 검찰개혁일 수는 없다.⁴⁷⁾

둘째, 인사권을 통한 검찰개혁은 코드 인사를 통한 검찰 장악, 검찰 길들이기와 다르지 않다. 조국이 생각하는 검찰개혁이 정치적 중립성의 확보를 통한 객관성과 공정성의 강화가 아닌, 코드 인사를 통한 ‘내 편 만들기’ 내지 ‘내 사람 심기’로 귀결될 수 있음을 우려할 수밖에 없다.⁴⁸⁾

44) <https://www.yna.co.kr/view/AKR20190906046400004> (최종방문 2020. 2. 12.) 참조.

45) 그리고 조국이 말한 “누구도 뒤로 되돌릴 수 없는 개혁”도 심각한 문제를 안고 있다. 개혁은 혁명이 아니다. 시민혁명으로 군주제를, 공산혁명으로 유산계급을 몰락시킨 것처럼 검찰개혁을 할 수도 없고, 해서도 안 된다. 대한민국헌법상 민주주의는 자유와 평등을 이념으로 하고 있으며, 다양한 의견들이 공존하는 가운데 다수의 의사가 ‘잠정적인 결정권’을 갖는 것이다. 그렇기에 정권이 바뀔 수 있고, 정책이 달라질 수 있다. 조국이 말하는 “누구도 되돌릴 수 없는 개혁”이란 다수결을 부정하는 것이며, 민주주의와 양립할 수 없는 것이다.

46) 바로 그 때문에 과거 검찰개혁의 핵심적 요소로 - 결과적으로 실효성이 높지 않았지만- 검찰총장 임기제와 인사청문제도 도입이 추진되었던 것이다.

47) 검찰에 대한 불신으로 검찰개혁을 강력하게 요구하는 것에는 공감할 수 있다. 그러나 제도개혁의 방향이 사람에 대한 신뢰를 전제해서는 안 된다. 박근혜 전 대통령은 안 되고, 문재인 대통령은 된다는 식의 개혁은 올바른 개혁이 될 수 없다. 누가 대통령이 되더라도 검찰수사의 객관성과 공정성을 확보할 수 있도록 하는 제도적 장치를 마련함으로써 검찰의 정치적 중립성을 확보해야 하는 것이다.

48) 조국 장관은 9월 9일 “법무부의 검찰에 대한 적절한 인사권 행사, 검찰개혁의 법제화, 국민 인권보호를 위한 수사통제 등 검찰에 대한 법무부의 감독기능을 실질화해야 한다”고 말했다. 그러나 그의 인사권 행사는 향후 검찰에 대한 대대적인 물갈이로 인식되었다. 이에 관하여는 <http://issuegate.com/news/view.php?idx=6000> (최종방

셋째, 인사권자가 바뀔 때마다 검찰의 충성 대상이 바뀔 것이며, 이는 국민을 위한 개혁(改革)이 아닌 정권을 위한 개악(改惡)이라는 결과로 나타나게 될 것이다. 이러한 개혁이 국민의 공감과 지지를 얻을 수 없으며, 결코 성공적인 개혁, 깊이 뿌리내려서 오래 가는 개혁이 될 수 없을 것이다.⁴⁹⁾

인사권을 통한 검찰개혁 주장은 ‘검찰개혁’이라는 목적의 정당성을 전제로 이를 위해 ‘인사권’이라는 수단을 사용하는 것은 문제되지 않는다는 생각에 기초한 것이다. 하지만 역사적 경험들을 통해 확인되는 것처럼 목적이 수단을 정당화시키는 것도 아니고, 개혁을 위해 어떤 수단이 동원되어도 된다는 것은 더욱 아니다. 하물며 ‘검찰의 정치적 중립성 강화’라는 검찰개혁의 올바른 지향점에 역행하는 수단인 인사권을 오히려 적극적으로 이용하려는 개혁은 결코 올바른 개혁이 될 수 없다.

IV. 검찰개혁, 누가 어떻게 추진해야 하나?

1. 검찰개혁의 책임자, 그 판단기준

청와대와 그 주변에서는 기득권으로 뚝뚝 뭉친 검찰을 개혁하기 위해서는 법조계 출신이 아닌 개혁적 인사가 필요하며, 조국이야말로 유일한 책임자라고 주장했다. 그러나 국민들의 반대에 결국 조국이 낙마하였고, 이제는 추미애 장관이 그 뒤를 잇고 있다. 하지만 추 장관의 검찰개혁 방식에 대해서도 논란이 계속되고 있다. 이제는 누가 검찰개혁의 책임자이며, 이를 판단하기 위한 기준은 무엇인지에 대해 먼저 살펴볼 필요가 있다.⁵⁰⁾

첫째, 검찰의 업무 및 조직의 속성을 잘 이해하고, 이를 바탕으로 검찰

문 2020. 2. 12.) 참조.

49) 그런 점에서 정권이 바뀌어도 되돌릴 수 없는 개혁을 추진하겠다는 조국의 주장은 매우 불합리할 뿐만 아니라 위험한 생각이기도 하다.

50) 대통령의 신임, 내각 안에서의 위상 내지 역할 등 기본적인 전제는 생략한다. 여기서는 오로지 법무부장관으로서 검찰개혁을 올바른 방향으로 이끌어가기 위한 조건들에 초점을 맞춰서 살펴본 것이다.

조직을 변화시킬 수 있는 역량을 갖춰야 한다. 따라서 정치인으로서의 경력이나 행정에 대한 전문성보다는 법조계에 대한 충분한 지식과 경험이 필요할 것이다. 물론 법무부장관이 꼭 법조인일 필요는 없다. 하지만 검찰개혁을 성공적으로 추진하기 위해서는 지피지기(知彼知己)가 전제되어야 할 것이다.⁵¹⁾

둘째, 개혁의 올바른 방향에 대한 뚜렷한 인식과 의지, 그리고 소명감을 가져야 한다. 평상시에 검찰 및 법무행정을 무난하게 이끌 수 있는 것과 비상시에 개혁을 성공시키는 것은 전혀 다른 문제이다. 때로는 설득을 통해서, 때로는 강력한 리더십과 돌파력을 발휘해서 개혁을 성공하기 위해서는 한편으로는 의지와 소명감이 필요할 것이며, 다른 한편으로는 이러한 개혁의 지가 그릇된 방향으로 나아가지 않기 위해 개혁의 올바른 방향에 대한 뚜렷한 인식이 전제되어야 하는 것이다.⁵²⁾

셋째, 개혁에 대한 공감대를 형성하고 이를 확산시킬 수 있어야 한다. 개혁이 성공하기 위해서는 힘으로 밀어붙이는 개혁이 되어서는 안 된다. 반대자가 전혀 없을 수는 없지만, 다수의 관련자들의 개혁의 필요성과 정당성에 공감할 수 있어야 하며, 특히 개혁의 직접 수혜자라 할 수 있는 국민들의 지지와 공감을 얻지 못하는 개혁은 성공하기 어려운 것이다.⁵³⁾

이러한 조건을 갖춘 인물이 검찰개혁의 책임자라고 볼 때, 조국 전 장관과 추미애 장관은 과연 이러한 조건을 갖춘 것으로 볼 수 있을까?

51) 아무리 개혁에 대한 진정성을 가지고 있더라도 이를 감당할 능력의 첫째 조건은 결국 전문성이다. 전문적인 지식과 정보 없이는 해당 전문분야의 개혁을 성공할 수 없기 때문이다.

52) 개혁을 향한 의지와 소명감 이상으로 중요한 것이 신중하게 올바른 방향을 선택하는 자세라 할 수 있다. 인류 역사에서 개혁의 이름으로, 정의의 이름 하에 얼마나 많은 왜곡과 불의가 행해졌는지를 돌이켜보면, 확신을 갖고 그릇된 방향을 나아가는 것을 통제해야 할 필요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다.

53) 예컨대 민주화 초기인 김영삼 정부에서는 하나회의 해체, 전격적인 금융실명제의 도입 등 수많은 개혁 정책들을 시행했지만, 그 근저에는 이러한 개혁의 필요성에 대한 국민적 공감대와 이를 추진하는 정부에 대한 신뢰가 깔려 있었기에 성공할 수 있었던 것이다.

2. 조국의 검찰개혁 - 왜 조국은 실패할 수밖에 없었나?

조국은 -각종 의혹으로 인해 법무부장관 자격이 있는지에 대한 논란이 커진 것은 논외로 하더라도- 개혁을 성공적으로 추진하기 위한 세 가지 조건들을 갖추고 있다고 보기 어렵다. 조국이 검찰의 업무 및 조직의 속성을 얼마나 잘 이해하고 있는지는 확인하기 어렵지만,⁵⁴⁾ 검찰개혁의 방향성에 대한 인식에 문제가 있으며,⁵⁵⁾ 그로 인해 개혁에 대한 공감대를 형성하고 확산하여 뿌리내리게 하는데 적임자라고 보기 어렵기 때문이다.

법무부장관이 대통령의 권위와 힘을 빌려 압박하는 것으로는 올바른 검찰개혁이 될 수 없다. 검찰개혁에 대한 국민적 공감대가 있다고 하지만 개혁의 내용과 방식을 어떻게 하느냐에 따라 새로운 논란이 언제든지 등장할 수 있다.⁵⁶⁾ 더욱이 각종 비리 의혹에서 벗어나지 못한 조국이 검찰개혁을 주도하는 것에 대해 서초동 집회와 광화문 집회를 통해 찬반이 날카롭게 대립하고 있는 상황에서 검찰개혁이 국민적 공감 속에서 성공적으로 추진되는 것을 기대하는 것은 더욱 어려운 상황이었다.

그런데 왜 조국이 아니면 검찰개혁이 불가능하다고 믿는 사람들이 그렇게 많았는가? 조국이 법무부장관직에서 물러난 이후에 검찰개혁이 또다시 실패하게 된다면 조국이 자리를 지키지 못해서 검찰개혁이 실패한 것이라고 볼 수 있을까? 아니면 조국이 법무부장관이 되었기 때문에 오히려 검찰개혁이 실패한 것이라고 보아야 할까?

여기서 중요한 것은 조국에 의한 검찰개혁을 지지하는 사람들이 더 많은지, 반대하는 사람들이 더 많은지를 따지는 것이 아니다. 법과 정의의 문

54) 조국은 오랜 기간 형사법을 전공한 학자로서 검찰의 권한과 활동에 대한 지식이 부족하지는 않을 것이지만, 검찰조직의 속성 및 업무의 특성을 얼마나 잘 파악하고 있는지는 확인하기 어려우며, 특히 개혁이 필요한 부분과 오히려 앞으로도 잘 육성해야 할 부분을 정확하게 구분하고 있는지는 미지수이다.

55) 그의 평소 소신인 ‘인사권을 통한 검찰개혁’이 특히 그러하다.

56) 앞서 지적한 바와 같이 공수처 도입에 대한 원칙적 찬성과 사법개혁특위의 공수처법안의 내용에 대해 비판하는 것은 별개의 문제인 것처럼, 검찰개혁이라는 대의에는 찬성하지만 검찰개혁의 시기나 방법 등에 대해서는 첨예한 견해 대립이 언제라도 대두될 수 있는 것이다.

제는 다수결로 결정할 것이 아니며, 무엇이 옳은지를 판별하는 것이다. 즉, 그동안 논란되었던 조국에 대한 찬반은 -검찰개혁의 당위성과는 무관하게- 피의자 신분인 조국이 법무부장관이 되어서 검찰개혁을 주도하는 것이 옳으냐의 문제인 것이다.

오래된 법언(法彦)으로 ‘누구도 자기 자신의 재판관이 되지 못한다’는 말이 있다. 공정성을 담보할 수 없기 때문이다. 그로 인해 판사들에 대해서도 제척·기피·회피가 인정되고 있으며, 나아가 고위공직자의 임명과 관련하여 이해충돌의 방지가 강력하게 요청되고 있다. 그런데 검찰의 수사를 받는 당사자가 수사가 진행되고 있는 상황에서 검찰개혁을 주도한다는 것은 옳은 것으로 볼 수 없다.⁵⁷⁾

3. 조국에 대한 검찰수사는 검찰개혁에 대한 조직적 반발인가?

마키아벨리가 주장했듯 정치는 권력을 쥐기 위한 투쟁의 기술이었다. 하지만 국민이 주권자로 인정되는 민주정치는 다르다. 달라야 한다. 정치권력자가 아닌 국민대중을 위한 정치여야 하고, 국민에 의해 선출된 대통령과 국회의원 등은 국민에게 봉사하는 공직자이기 때문이다.

그러나 제왕적 대통령의 독선에 대한 문제제기는 끊이지 않고, 대통령의 조국 장관 임명에 대한 찬반으로 나라가 어지러워졌다. 더욱이 정부-여당이 조국 장관에 대한 검찰수사에 대해 직간접의 압력을 넣으면서 갈등이 더욱 증폭된 바 있다. 조국 장관에 대한 검찰수사를 중단 또는 절제하라는 것⁵⁸⁾이 도대체 무슨 의미인가?

정부와 여당 측에서는 검찰수사는 조국 장관이 주도하는 검찰개혁에

57) 문재인 대통령은 조국을 법무부장관으로 임명하면서 의혹만으로 후보자를 낙마시키는 것은 옳지 않다고 말했다. 하지만 이는 그 의혹이 사실로 밝혀졌을 경우에 더욱 심각한 문제를 낳게 된다는 점을 간과한 것일 뿐만 아니라, 과거 더불어민주당이 야당 시절에 의혹만으로 고위공직후보자들을 낙마시킨 사례들은 또 얼마나 많았는가?

58) 서초동 집회에서는 ‘조국 수사 중단’ 구호가 등장했고(http://www.shinmoongo.net/sub_read.html?uid=131104 최종방문 2020. 2. 12.), 문재인 대통령은 검찰에 대해 ‘절제된 검찰권 행사’를 주문하기도 했다(<http://www.donga.com/news/article/all/20190928/97627106/1> 최종방문 2020. 2. 12.).

대한 검찰의 조직적 방해이기 때문에 중단돼야 한다는 주장도 나왔다.⁵⁹⁾ 그러면 언론이 보도한 사실들, 검찰이 제시한 증거들은 모두 조작된 것이고, 법원에서는 조작된 증거에 속아서 압수·수색영장을 발부했다는 말인가?

과거 최순실 사태에서도 늦장수사, 봐주기수사에 대한 비난이 있었지만, 증거조작이라는 의혹까지는 나오지 않았다. 정말로 검찰이 조직적으로 증거를 조작할 정도라면 검찰개혁이 아니라 검찰폐지가 필요할지도 모른다. 하지만 대한민국 검찰이 그 정도로 타락했다고 보기도 어려우며, 그런 사실이 감춰지기는 더욱 어려운 것이 오늘날의 정보사회 아닌가.⁶⁰⁾

검찰개혁에 대한 반발심리 때문에 검찰수사가 더욱 간간해지는 것일 수는 있다. 하지만 정말로 불법이 있다면 이를 밝혀야지, 검찰개혁을 위해 불법을 덮고 넘어가자는 것이 올바른 개혁일 수는 없다.⁶¹⁾ 더욱이 대규모 집회를 통한 여론정치를 내세워 검찰수사를 압박하는 것은 결코 민주주의도, 법치주의도 아니다.

V. 진정 국민을 위한 검찰개혁인가?

1. 국민을 위한 개혁은 무엇인가?

민주화 이후 수많은 개혁들이 시도되었다. 그중에는 나름의 성과가 있는 것도 있었지만, 그렇지 못한 것이 더 많았다. 하지만 하나같이 국민을 위

59) https://www.ytn.co.kr/_ln/0101_201908290443169450; http://www.pressian.com/news/article/?no=256094&utm_source=naver&utm_medium=search (최종방문 2020. 2. 12.) 참조.

60) 정보사회의 가장 기본적인 특징의 하나는 정보의 소통망이 다차원적으로 촘촘하게 형성되어 있어서 이를 완벽하게 통제하는 것이 사실상 불가능에 가깝다는 것이다. 검찰과 같은 대규모 조직에서 증거조작과 같은 일이 벌어졌을 때, 과연 구성원 전체를 압박하는 것이 가능할지 매우 의문스러운 것이다.

61) 큰 정의를 위해 작은 불의를 묵인하는 것이 정당한가? 어떤 것이 더 큰 정의인지는 누가 판단하는가? 오히려 정의와 불의의 기준조차 흐려지는 것은 아닌가? 이번 조국 사태는 많은 문제를 제기했을 뿐만 아니라, 그에 대한 갈등 속에서 법과 원칙이 흔들렸다는 점이 더욱 심각한 문제를 낳았다.

한 개혁을 내세웠다. 심지어 민주화 이전의 군사독재 시절에도 국민을 위한 정치, 국민을 위한 개혁은 정치권력자들의 단골 메뉴였다. 그러나 그중에 진정한 국민을 위한 개혁이 과연 얼마나 될까?

국민이 주권자인 민주국가에서 개혁의 명분은 항시 ‘국민을 위한 개혁’에서 찾을 수밖에 없다. 그러나 결과를 보면 결코 국민에게 도움이 되지 않는 것들이 너무도 많았던 것을 단지 운이 나빠서, 혹은 개혁에 대한 기득권 세력의 저항이 컸기 때문이라고 보기는 어렵다. 명분은 국민을 위한 개혁으로 내세웠지만, 실제로는 집권자의 이해관계 또는 당리당략에 따른 경우가 결코 적지 않았기 때문이다.

검찰개혁을 앞세워 강행되었던 조국 전 장관의 임명으로 촉발되었던 사태도 국민들의 강력한 반대가 합리적 근거를 갖고 있음에도 불구하고 대통령이 무시한 것에서 촉발되었으며, 이후 서초동 집회와 광화문 집회가 조국 법무부장관에 대한 찬반으로 대립하면서 갈등이 심화되었다.

더욱 우려스러웠던 점은 조국 장관의 퇴진 여부에 대한 합리적 논의나 대화가 전개된 것이 아니라 일방적이고 무조건적인 주장들만 난무하면서 대한민국은 마치 최후, 최대의 종교전쟁이라 일컬어지는 17세기 유럽의 30년전쟁 당시처럼 서로를 부정하면서 적대감을 키웠다는 점이다.⁶²⁾ 이런 것이 국민을 위한 개혁일 수 있는가?

진정으로 국민을 위한 개혁이란 국민의 공감 속에서 추진되는 개혁이어야 하며, 그 결과 또한 국민에게 도움이 되는 것이어야 한다. 국민 다수의 지지를 받으며 추진된 개혁이 포퓰리즘일 수도 있고,⁶³⁾ 국민의 반대 속에 추진된 개혁이 결과적으로 국민에게 도움이 될 수도 있다.⁶⁴⁾ 하지만 국민의 공감을 무시한 독선적 개혁이 성공하기 어렵고, 결과가 국민에게 도움이 되

62) 종교전쟁이 가장 참혹한 전쟁인 것은 자신이 신봉하는 종교만이 옳다는 신념에 따라 상대의 존재가치를 인정하지 않기 때문이며, 설령 자신에게 불리한 상황이어도 합리적 타협보다는 순교를 선택하기 때문이다. 이는 최근 성전을 주장하는 이슬람 테러단체들에 의해서도 확인되고 있다.

63) 중남미 포퓰리즘의 다양한 사례들에 관하여는 Taggart, Paul A.(백영민 옮김), 『포퓰리즘 : 기원과 사례, 그리고 대의민주주의와의 관계』, 한울아카데미, 2017 참조.

64) 예컨대 박정희 정권의 경부고속도로 건설, 노태우 정부의 인천공항 건설이 이에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

지 않는 것을 국민을 위한 개혁이라 볼 수도 없다.⁶⁵⁾

2. 국민을 위한 개혁인지의 여부는 어떻게 판단하는가?

어떤 것이 진정 국민을 위한 개혁인가? 국민 다수가 원하는 개혁이 항상 옳은 것일 수도 없고, 그렇다고 국민의 의사를 무시하고 일방적으로 추진하는 개혁이 옳다고 보기도 어렵다. 가장 바람직한 것은 국민의 의사에 따른 개혁임과 동시에 국민의 이익에도 부합하는 개혁이다. 하지만 국민의 의사가 무엇인지 분명치 않은 경우도 있고, 진정 국민에게 이익이 되는 것이 무엇인지에 대해 이견이 있는 경우도 적지 않다. 더구나 ‘국민의 의사’와 ‘국민의 이익’이 충돌하는 경우에는 누가 어떻게 판단해야 하는가?⁶⁶⁾

직접민주주의를 강조하는 사람들은 국민의 의사에 더 큰 비중을 둘 것이며, 대의제 민주주의에 방점을 두는 사람들은 국민에 의해 선출된 대표가 국민의 이익을 위해 결정할 수 있는 권한을 갖는다는 점에 주목할 것이다. 하지만 어느 쪽도 완벽하지 않기 때문에 민주주의는 항시 미완(未完)이고, 발전과정에 있다고 말하는 것이다. 아무리 직접민주주의를 강조하더라도 모든 중요 국정사안들을 국민이 직접 결정할 수는 없으며, 대의제가 현실적으로 민주주의의 근간을 형성하고 있다 하더라도 직접민주제적 요소들에 의한 보완의 필요성은 항시 강조되고 있는 것도 그 때문이다.⁶⁷⁾

국민을 위한 개혁, 즉 민주적 개혁 또한 마찬가지다. 국민의 의사는 당연히 존중되어야 하지만, 이를 절대시킬 수는 없다. 국민의 이익도 중요하지만 각자의 이익이 다를 수 있을 뿐만 아니라, 무엇이 정당한 이익인지도 따

65) 그동안 대한민국의 대통령들은 말 그대로 제왕적 대통령으로서 강력한 카리스마를 앞세웠고, 국민과 소통하고 설득하려 하기보다는 대통령의 결단에 국민들이 순응하기를 요구하는 경우가 대부분이었다. 민주화 이전의 권위주의 정권에서뿐만 아니라, 민주화 이후의 대통령들도 이런 태도를 버리지 못했기에 역대 대통령들의 불행한 임기말이 반복되었던 것은 아닌지….

66) 민주주의를 국민의, 국민에 의한, 국민을 위한 정부라고 할 때, ‘국민에 의한’과 ‘국민을 위한’이 충돌할 경우에 어느 쪽이 우선되어야 하는가?

67) 대의제와 직접민주제적 요소들의 관계에 관하여는 장영수, 『헌법학』, 2019, 152쪽 이하 참조.

져 봐야 하고, 물질적 이익 이외에 정신적 이익도 고려되어야 하므로 대통령이나 국회가 일방적으로 결정하기 어려운 경우가 적지 않다. 결국 국민의 의사와 국민의 이익을 동시에 최대한 반영할 수 있는 조화점을 어떻게 모색하는지를 계속 고민해 보는 것이 필요하게 된다.

예컨대 1989년 동독정권이 붕괴했던 것처럼 북한정권이 붕괴되어 우리가 원한다면 손쉽게 통일이 가능한 상황이라고 가정해 보자. 국민 다수는 당장 통일을 원하는데, 점진적인 통일이 아닌 즉각적인 통일은 엄청난 통일비용을 발생시켜서 국민들에게 큰 불이익이 될 수 있는 상황이라면, 국민의 의사에 따라 즉각적인 통일을 추진해야 하는가? 국민의 이익을 고려하여 점진적인 통일을 향해 나아가야 하는가?

정답은 양자택일이 아닌 그 중간에 있을 수 있다. 한편으로는 통일비용의 문제를 국민들에게 충분히 알려져 올바른 판단을 내릴 수 있도록 하고, 다른 한편으로는 그럼에도 불구하고 국민들이 즉각적인 통일을 원한다면 그러한 국민의 의사를 수용해야 할 것이다.⁶⁸⁾ 현행헌법 제72조에서 “대통령은 필요하다고 인정할 때에는 외교·국방·통일 기타 국가안위에 관한 중요정책을 국민투표에 붙일 수 있다”고 정하고 있는 것도 이러한 상황을 염두에 둔 것으로 해석하는 것이 온당하다.⁶⁹⁾

3. 향후 국민을 위한 검찰개혁은 어떻게 진행되어야 하는가?

조국 장관이 물러난 이후 검찰개혁에 향방에 대해 논란이 많았다. 이제 검찰개혁은 물 건너간 것 아니냐는 예측도 나오기도 했고,⁷⁰⁾ 오히려 후임 장관에 의해 더욱 강력하게 추진될 것이라는 예측도 있었다. 결과적으로 추

68) 국민들이 통일비용의 부담을 충분히 인식하고도 그런 결정을 내렸다면, 이는 경제적 이익 이상의 정신적 가치를 통일에 두고 있는 것이며, 이러한 국민의 판단을 존중해야 할 것이다.

69) 즉, 정부가 일방적으로 결정할 것이 아니라 국민투표를 통해 국민의 의사를 확인해서 결정하는 것이 바람직하기 때문에 헌법 제72조와 같은 조항이 도입된 것이다.

70) 여당 일각에서의 이러한 위기의식에 관하여는 <http://news1.kr/articles/?3716066> (최종방문 2020. 2. 12.) 참조.

미에 장관의 주도 하에 조국 식의 ‘인사권을 통한 검찰개혁’은 계속 추진되고 있다.

실제 그동안의 국론분열도 검찰개혁 자체의 당위성에 대한 것이 아니라 검찰개혁을 조국 장관이 주도한다는 것에서 비롯되었던 것이기 때문에 조국 장관이 물러났다고 해서 검찰개혁이 끝난 것으로 볼 이유는 없다. 문제의 핵심은 검찰개혁의 필요성 및 당위성이 아니라 개혁의 방향과 내용이다. 올바른 방향으로, 즉 검찰이 더 이상 ‘정권의 시녀’가 아니게 만드는 개혁이어야 하는데 오히려 거꾸로 가는 개악(改惡)이 되어서는 안 되기 때문이다.

민주화 이후 지난 30여 년의 경험을 통해 우리 국민들은 국민에 의해 직접 선출된 대통령이라 하더라도 국민의 이해관계와 대통령의 이해관계가 항상 일치하는 것은 아니라는 점을 확인했다. 정권이 곧 국민의 대표이기 때문에 정권의 시녀가 되는 검찰이 곧 국민을 위한 검찰되는 것은 아니라는 점을 값비싼 수업료를 내고 배운 셈이다. 이러한 국민들의 경험에 비추어 합리적인 내용의 검찰개혁이 진행되어야 비로소 국민을 위한 검찰개혁이라 할 수 있을 것이다.

공수처법이 국회를 통과했지만, 채 설치되기도 전에 공수처법 개정에 대한 이야기가 나오고 있다.⁷¹⁾ 그동안 공수처 도입에 대한 찬성과 반대만을 다투면서 공수처법의 구체적 내용에 대한 신중한 검토를 소홀히 한 탓이 크다. 공수처의 도입이 국민을 위한 검찰개혁으로 평가되기 위해서는 대통령에게 또 하나의 수족을 달아주는 것이 아닌, 대통령으로부터 완전히 독립된 공수처가 되어야 한다.⁷²⁾ 그렇지 않으면 차라리 도입하지 않는 편이 낫다.

또한 공수처의 관할범위와 조직규모를 합리적으로 조정하고, ‘선택과

71) <http://www.donga.com/news/article/all/20200211/99637664/2> (최종방문 2020. 2. 12.) 참조.

72) 공수처의 민주적 정당성을 대통령의 임명으로부터 찾으려는 것은 옳지 않다. 대통령이 관여 없이 추천위원회에서 추천한 후보자에 대해 국회에서 엄밀한 인사청문과정을 거쳐서 임명함으로써 공수처의 독립성과 중립성을 확보하는 것이 더욱 중요할 뿐만 아니라, 국회의 인준과정도 민주적 정당성의 확보에 적합한 것이기 때문이다.

집중'에 따른 효율적인 수사가 가능하도록 만들어야 한다. 나아가 검찰의 수사권을 존속시킬 것이라면 검찰이 공수처에 의한 주된 견제대상이 될 수 있겠지만, 검찰 수사권을 대부분 경찰로 이관할 것이라면 공수처의 주된 견제 대상은 검찰이 아닌 경찰이 되어야 할 것이다. 그리고 5년 또는 10년 후에 공수처가 나름의 독자적인 역할을 인정받을 수 있도록 만들어야 할 것이다. 그런 장기적 플랜 없이 공수처의 도입 자체가 검찰개혁의 성과라고 주장하는 것은 무책임일 뿐이다.

VI. 결: 이제 검찰개혁을 넘어서 개헌을 다시 생각할 시점이다

검찰개혁은 분명 중요한 국가과제의 하나이다. 하지만 대한민국에 산적한 수많은 과제들 중의 하나일 뿐이며, 그 중 가장 중요한 과제라고는 보기 어렵다. 오히려 정치개혁의 문제, 경제성장의 문제, 사회복지의 문제 등이 더욱 중요한 현안일 수 있으며, 이들 모두를 아우르는 국가시스템의 개혁 문제, 즉 개헌 문제야말로 가장 중요한 과제라 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 검찰개혁이 이 모든 과제들에 앞서서 초미의 관심사가 되었던 것은 그 중요성 때문이 아니라 여기서 나타났던 납득할 수 없는 사태에 대한 국민적 의혹과 분노가 증폭되었기 때문이다. 최순실 사태에서 보여준 검찰 태도가 그랬기 때문에 국민들이 검찰개혁을 강력하게 요청하게 되었던 것도, 최근 조국 사태의 진행 경과로 인해 국민들이 거리로 쏟아져 나왔던 것도 그러하다.

조국 장관의 사퇴 이후 검찰개혁이 이제는 진정 '국민을 위한 개혁'이 될 것인지도 지켜보아야 한다. 하지만 그 이상으로 중요한 것이 이러한 모든 문제의 근원이 되는 제왕적 대통령의 문제를 해결할 수 있는 국가시스템의 개혁, 개헌을 통한 국가권력구조의 개편일 것이다. 승자독식의 정치문화를 청산하고 분권과 협치가 실질적으로 가능하도록 하는 권력구조를 도입함으로써 대화와 타협의 민주적 정치문화가 성숙될 때, 정치개혁의 문제뿐만 아니라 검찰개혁의 문제도 순리대로 해결될 수 있을 것이기 때문이다.

74 검찰개혁, 올바른 방향으로 가고 있는가?

대한민국의 수많은 과제들은 서로 연결되어 있으며, 어느 하나만을 고립시켜서 살펴보기 어렵다. 그러나 매듭을 풀기 위해 가장 먼저 해결되어야 할 부분은 결국 분권과 협치를 통한 정치권력의 합리화일 것이다.

검찰개혁, 올바른 방향으로 가고 있는가? - 장 영 수	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2020.02.15.	2020.03.03.	2020.03.26.

[참고문헌]

- 경찰청, 『합리적인 수사권 조정방향 - 경찰의 수사 주체성 인정 및 검·경간 상호협력관계 설정-』, 2005.
- 곽병선, 특별수사청 설치의 필요성과 구체적 방안, 법학연구 제48집(2012.11), 1-25쪽.
- 김동혁, 기소배심주의에 대한 고찰, 경찰법연구 제11권 제1호(2013.6), 249-273쪽.
- 김선수, 독립적 고위공직자비리수사·공소기구(약칭 ‘공수처’)법안 검토, 『고위공직자 비리수사처 입법토론회』(민변, 박법계·이용주·노회찬의원 공동주최), 2016.8.30, 4-39쪽.
- 김성룡, 청와대의 ‘수사권 조정안’과 검찰 개혁, 형사정책 제30권 제2호(2018.08), 7-35쪽.
- 김영기, 프랑스 검찰의 사법경찰 통제와 그 시사점, 형사소송 이론과 실무 제3권 제2호(2011), 7-50쪽.
- 김영진, 국가정보기관권력의 현황과 정치적 중립화를 위한 과제, 법과사회 제44권(2013), 67-95쪽.
- 김영택, 친일세력 미 청산의 배경과 원인, 국민대 한국학논총 제31집(2009), 481-539쪽.
- 김용주, 『사법경찰과 검찰의 관계에 대한 역사적 고찰』, 고려대 박사학위논문, 2012.
- 김용훈, 인사청문회의 헌법적 의의와 제도적 개선 쟁점, 미국헌법연구 제26권 제2호(2015.8), 1-45쪽.
- 김인희, 검찰에 대한 불신과 신뢰의 뿌리 - 당사자주의와 직권주의의 재조명-, 형사정책 제25권 제1호(2013), 89-115쪽.
- 김재봉, 기소절차에 대한 시민참여제도로써 기소심사회 도입방안 : 일본 검찰심사회와의 비교·검토를 중심으로, 한양대 법학논총 제29집 제4호(2012.12), 149-174쪽.
- 김종서, 검찰개혁의 방향: 분산·약화·통제, 전북대 법학연구 제58집(2018.12), 291-351쪽.
- 김태명, 검찰시민위원회 및 기소심사회 제도에 대한 비판적 고찰 - 미국의 대배심제도와 일본의 검찰심사회제도를 참고하여-, 형사정책연구 제21권 제4호(2010.12), 149-191쪽.
- 김희수, 검찰 개혁 방안, 『검경개혁과 수사권조정, 공수처 설치 방안 토론회』(더불어민주당 정책위원회 민주주의회복 TF), 2016.8.10., 17-30쪽.
- 노명선, 검사의 객관주의와 검찰개혁의 바람직한 방향, 성균관법학 제26권 제4호(2014.12), 117-139쪽.
- 대검찰청, 『검·경 수사권조정자문위원회 활동경과에 대한 보고 및 의견서』, 2005.
- 더불어민주당 정책위원회 민주주의회복 TF, 『검경개혁과 수사권 조정, 공수처 설치 방안 토론회 자료집』(2016.8.10.).
- 명제진, 헌법문제로서의 검찰개혁, 헌법학연구 제17권 제4호(2011.12), 53-89쪽.
- 박노섭, 독일검찰제도의 탄생과 그 시사점, 한림법학 FORUM 제19권(2008.12), 117-135쪽.
- 박창호 외, 『비교수사제도론』, 2004.
- 승재현, 경찰과 검찰의 합리적 수사권 조정에 관한 쟁점과 논의, 한국경찰학회보 제11권 제2호(2009.5), 165-199쪽.
- 신동일, 검찰개혁 : 체계이론적 분석과 제안, 형사정책연구 제29권 제1호(2018.3), 1-44쪽.

- 신의기 · 이유나 · 이민호 · 원소연 · 임성근, 『한국의 형사사법체계 및 관리에 관한 연구 (II)』, 한국형사정책연구원 2017.
- 신현기 외, 『비교경찰제도론』, 2012.
- 오경식, 미국의 기소대배심운영과 한국의 도입방안, 형사법의 신동향 제28호(2010.10), 1-30쪽.
- 오병두, 독립적 특별수사기구의 도입방안에 관한 연구 -‘고위공직자비리수사처’법안들을 중심으로-, 형사정책 제24권 제2호(2012.8), 31-56쪽.
- 오정용, 일본의 검찰심사회제도를 통해 본 또 하나의 시민의 사법참여, 형사법연구 제23권 제3호(2011.9), 337-368쪽.
- 오정용 · 송광섭, 의회에 의한 검찰견제 유형과 바람직한 검찰권 실현을 위한 통제방안, 법학연구 제52호(2013.12), 229-255쪽.
- 윤동호, 고위공직자비리수사처 신설의 정당성과 필요성, 형사정책연구 제22권 제1호(2011.3), 65-84쪽.
- 윤영철, 검찰개혁방안(2010.6)의 문제점과 개선방향에 관한 소고, 조선대 법학논총 제17집 제2호(2010), 79-107.
- , 검찰개혁과 독립된 특별수사기관의 신설에 관한 소고, 홍익법학 제13권 제1호(2012), 49-73쪽.
- 이상열, 일제 식민지 시대 하에서의 한국경찰사에 관한 역사적 고찰, 한국행정사학지 제20권(2007), 77-96쪽.
- 이성기, 검사의 부당한 공소제기를 방지하기 위한 미국 기소대배심제(Grand Jury)의 수정적 도입에 관한 연구, 강원법학 제38권(2013. 2) 463-494쪽.
- 이정덕 · 임유석 · 한경희, 고위공직자비리 수사기구 설치에 관한 다면적 연구, 한국범죄학 제6권 제2호(2012.12), 185-212(201이하)쪽.
- 이헌환, 검찰개혁 - 원인과 처방, 헌법학연구 제16권 제1호(2010.3), 75-99쪽.
- 이호중, 검찰에 대한 민주적 통제와 검찰개혁의 과제, 서강법학 제9권 제2호(2007.12), 43-79쪽.
- , 검찰개혁의 방향, 과제, 전망 : 박근혜 정부의 검찰개혁논의에 부쳐, 법과사회 제44호(2013.6), 33-65쪽.
- 임지봉, 우리나라 국회의 임명동의권과 인사검증시스템, 헌법학연구 제20권 제4호(2014), 1-26쪽.
- 장영수, 검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자비리수사처)의 설치에 관한 검토, 형사정책연구 제28권 제1호(2017.3), 115-144쪽.
- , 『헌법학』, 2019.
- 전태희, 『주요국 공직자비리수사기구의 현황과 시사점』(국회 입법조사처 현안보고서 제98호), 2010.11.16.
- 정병대, 『수사구조에 관한 연구』, 2007.
- 정시구, 한국의 인사청문회에 대한 연구, 한국공공관리학보 제28권 제4호(2014.12), 91-116쪽.
- 정웅석, 검찰개혁의 바람직한 방향, 형사법의 신동향 제54호(2017.3), 1-65쪽.
- 조국, 현 시기 검찰, 경찰 수사권조정의 원칙과 방향 -형사소송법 제195조, 제196조의 개정을 중심으로-, 서울대 법학 제46권 제4호(2005.12), 219-241쪽.
- 표성수, 『미국의 검찰과 한국의 검찰』, 2000.
- 한상훈, 외국의 검찰제도와 한국검찰 개혁에 대한 시사점, 법과사회 제37호(2009.12), 121-149쪽.

한성훈, 권력의 중심에 선 정보기관 - 국군기무사령부와 국가정보원-, 내일을 여는 역사 제53호(2013.12), 109-127쪽.

Taggart, Paul A.(백영민 옮김), 『포폴리즘 : 기원과 사례, 그리고 대의민주주의와의 관계』, 한울아카데미, 2017.

Wolf-Rüdiger Schenke(서정범 역): 『독일경찰법론』, 1998.

【국문초록】

조국 법무부장관의 사퇴 이후 검찰개혁에 대한 논의가 새로운 국면에 접어들었다. 정부-여당의 주도로 사법개혁법률안들(공수처법안, 형사소송법 개정안, 검찰청법개정안)이 국회를 통과했지만, 논란은 계속되고 있다.

논란의 핵심은 검찰개혁의 당위성이 아니다. 조국 반대가 검찰개혁의 반대였던 것도 아니고, 조국이 물러났기 때문에 검찰개혁 또한 막을 내린 것도 아니다. 오히려 남은 과제는 진정으로 국민을 위한 검찰개혁이 무엇이며, 이를 위해 어떤 방향과 내용으로 검찰개혁이 진행되어야 하느냐에 대한 국민적 공감대의 형성 및 이에 기반한 정치적 합의일 것이다.

그동안 조국 장관의 임명과 함께 형사피의자가 법무부장관이 되어 검찰개혁을 주도하는 것이 정당한가를 둘러싸고, 국민적 갈등이 컸지만, 이제 는 과연 검찰개혁의 내용이 진정 국민을 위한 개혁인지의 여부를 면밀하게 검토해 봐야 할 것이다. 명목은 개혁이지만, 그 내용은 오히려 개악인 경우도 적지 않기 때문이다.

특히 공수처법은 매우 심각한 문제를 안고 있다. 검찰이 더 이상 ‘정권의 시녀’ 노릇을 하지 않고 객관적이고 공정한 수사를 통해 국민의 인권에 기여할 수 있도록 하는 것이 목표가 되어야 하는데, 대통령의 인사권을 통해 공수처가 대통령의 새로운 수족이 될 우려가 매우 크기 때문이다. 그런 공수처라면 차라리 도입하지 않는 편이 낫다.

또한 공수처는 검사 25인 이내, 수사관 40인 이내의 슬림한 조직으로 설계되어 있는데, 담당하는 사건의 범위는 매우 방대하다. 검찰과 경찰은 관찰권이 없고, 공수처는 인력이 부족한 상황에서 도대체 어느 기관이 그 사건들을 처리한다는 것인가. 나아가 검경수사권조정의 결과 여하에 따라 공수처의 역할 또한 달라져야 할 것인데, 이를 동시에 추진하는 것도 모순이다.

이런 여러 가지 문제점을 보완해서 진정으로 국민을 위한 공수처, 국민을 위한 검찰개혁이 될 수 있도록 해야 한다. 그리고 이런 문제들에 대한 근본적 해결을 위해서는 국가시스템의 개혁, 헌법개정까지도 다시 생각해 봐야 한다.

【Abstract】

Prosecution Reform, What is the Right Reform?

Young-Soo Chang

(Professor, Korea University Law School)

With the resignation of Cho-Kuk, the Minister of Justice, the debate over prosecution reform has entered a new phase. At the initiative of the government and ruling party, judicial reform legislation(the Independent Investigative Agency Act, the Criminal Procedure Act, and the Prosecutors' Office Act), passed the National Assembly, but controversy continues.

At the heart of the debate is not the justification for prosecution reform. The opposition against Cho-Kuk was not the opposite of the prosecution reform, nor did it end because of his retreat. Rather, the remaining task will be the formation of public and political consensus on what prosecution reform is really for the people, and in what direction and content the prosecution reform should proceed.

With the appointment of Cho-Kuk as the Minister of Justice, there has been a great national conflict over whether it is justifiable for a criminal suspect to become the Minister of Justice and lead the prosecution reform. Now, it is necessary to examine closely whether the contents of the prosecution reform are truly reforms for the people. For nominality is reformation, but the content is in many cases deformed.

In particular, the Independent Investigative Agency Act has serious problems. The goal of the prosecution reform should be to ensure that the prosecution is no longer the "maid of the regime," but contributes to the human rights of the people through objective and fair investigation. However, there is a high possibility that the Independent Investigative Agency will become a new limb of the president through the president's authority over human resources. It is better not to introduce such an organ.

In addition, the Independent Investigative Agency is designed to be a slim organization with less than 25 prosecutors and less than 40 investigators. But the range of cases in charge is vast. The prosecution and the police have no jurisdiction, and the agency has no manpower. What kind of organization handles the cases? Furthermore, the role of the agency's authorities should also vary according to the outcome of the adjustment of the prosecution and police investigation. It is also contradictory to push it at the same time.

It is necessary to make up for these problems so that they can be truly a public organ for the people and prosecution reform for the people. In order to fundamentally solve these problems, it is necessary to rethink national system reforms and constitutional revision.

주제어(Keyword) : 검찰개혁(prosecution reform), 공수처(the Independent Investigative Agency), 검경수사권조정(the adjustment of the prosecution and police investigation), 대통령의 인사권(President's power to appoint), 헌법개정(constitutional revision)

「체육시설의 설치·이용에 관한 법률」

제27조 제2항의 위헌성 연구

- 재산권 침해 및 평등원칙 위반을 중심으로 -*

신 호 영**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---|---------------------------------------|
| I. 서론 | 3. 저당권 등의 본질적 내용 침해 |
| II. 체육시설법 제27조에 따른 회원의 지위와 담보물권자 등의 이익 제한 | IV. 체육시설법 제27조 제2항의 평등원칙 위반 |
| 1. 체육시설법 제27조 제2항에 따른 회원권 의 법적 성격과 회원의 지위 | 1. 헌법상 평등원칙 위반 여부 심사기준 |
| 2. 회원의 지위 보장에 의한 담보물권자 등 이익의 제한 | 2. 체육시설법 제27조 제2항에 의한 채권자 차별 취급의 비합리성 |
| III. 체육시설법 제27조 제2항의 재산권 침해 | 3. 우선특권에 대한 체육시설업 회원권 우선의 부당성 |
| 1. 헌법상 재산권의 보장 | 4. 소결 |
| 2. 과잉금지원칙에 반한 재산권 침해 | V. 결론 |

* 이 논문 작성에 귀중한 의견을 주신 윤재왕 교수님과 여러 도움을 주신 권진숙 변호사께 감사드린다.

** 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사.

I. 서론

공정과 정의 요구가 거세다. 롤스(J. Rawls)는 사회적 가치의 공정한 배분에 관하여 말한다. 롤스는 모든 사람은 가지고 태어난 능력과 신분에 따른 불평등을 배제한 상태에서 기본적 자유를 최대한 누려야 하고 (제1원칙), 사회적 가치는 사회적 약자에게 최대의 이익이 되도록 분배되어야 하고 사회 경제적 불평등의 원인이 되는 직위와 직책은 모든 사람에게 개방되어야 한다(제2원칙)고 주장한다.¹⁾ 롤스의 정의원칙에 따르면 모든 사람은 계약자유에 기초한 자유로운 활동에 의해서 자신의 이익을 보호할 것이다. 차별적인 이익 보호제도는 사회적 약자의 상황을 개선한다는 전제에서만 허용된다.

「체육시설 설치·이용에 관한 법률」(이하 ‘체육시설법’이라 한다) 제27조 제2항은 「민사집행법」에 따른 경매, 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 의한 환가, 「국세징수법」 등에 따른 압류 재산의 매각, 그 밖에 이에 준하는 절차에 따라 체육필수시설을 인수한 자(이하 ‘체육시설 경락인 등’이라고 한다.)가 체육시설업 회원(이하 ‘회원’이라고 한다.)에 대한 의무를 당연 승계하도록 하여 회원의 이익을 강하게 보호하고, 대신에 체육시설업자의 채권자 등의 권익을 제한한다. 회원을 사회적 약자라고 할 수 없으므로 정의원칙에 비추어 이처럼 다른 국민의 권익을 제한하는 방법으로 회원의 이익을 보호하는 것을 이해하기 어렵다. 특히 골프장 회원을 우리 사회의 통념에 비추어 약자로 볼 수 없으므로 골프장 회원을 다른 채권자나 사회·경제적 약자의 이익을 제한하는 방법으로 보호하는 것은 정의관념에 정면으로 반한다고 할 수밖에 없다.

법이나 제도가 효율적이고 정당한 것일지라도 그것이 정당하지 못하면 개혁되거나 폐기되어야 마땅하다.²⁾ 그런데 체육시설법 제27조 제2항은 정의에 반할 뿐만 아니라, 많은 다툼과 거래의 불안정을 초래하고, 자원배분도 왜곡한다. 체육시설법 제27조 제2항은 담보권자의 이익을 침해하고, 그에 따라 체육시설업 자금조달을 어렵게 하고, 체육시설업자가 부실에 빠지는

1) John Rawls, *A Theory of Justice*, Havard University Press, 1971, pp11-17.

2) *ibid*, p3.

경우 회생이나 환가도 어렵게 하여 도산절차에서의 합리적이고 신속한 구조조정을 방해하는 것이다.³⁾ 따라서 체육시설법 제27조 제2항은 개척되거나 폐기되어야 한다.

종래 체육시설법 제27조의 부당성에 대한 지적이 있다.⁴⁾ 나아가 체육시설법 제27조가 헌법에 반한다는 주장도 있었다.⁵⁾ 그러나 체육시설법 제27조 제2항의 위헌성에 대한 구체적인 논증은 없었다. 체육시설법 제27조 제2항은 위헌성이 짙다. ‘체육시설 경락인 등이 체육시설업자가 부담하는 회원에 대한 의무를 당연히 승계’(이하 ‘경락인 등의 회원에 대한 의무 당연승계’라고 한다.)하도록 하는 체육시설법 제27조 제2항은 저당권자 등의 재산권을 침해하고, 평등의 원칙에도 반한다. 이하 체육시설법 제27조 제2항의 위헌성을 살핀다. 먼저 체육시설법 제27조에 따른 회원의 지위와 담보권자 이익의 제한에 대해서 본다. 다음 체육시설법 제27조 제2항의 위헌성을 논증한다.

II. 체육시설법 제27조에 따른 회원의 지위와 담보물권자 등의 이익 제한

1. 체육시설법 제27조 제2항에 따른 회원권의 법적 성격과 회원의 지위

-
- 3) 천경훈, “골프장 부지의 양도와 회원권의 승계 - 대법원 2006. 11. 23 선고, 2005다5389 판결을 중심으로”, 「민사재판의 문제」 제22권, 민사실무연구회, 2013.12, 227-228면; 대법원 2018. 10. 18 선고, 2016다220143 판결 반대의견 부분.
 - 4) 이철송, “체육시설의 양도와 회원권 승계의 법리 - 관련 판례의 소개를 중심으로”, 「인권과 정의」 제372호, 대한변호사협회, 2007.08, 103-104, 111면; 천경훈, 앞의 논문, 223-228면; 정병덕, “체육시설의 승계와 관련된 판례의 쟁점 연구”, 「강원법학」 제57권, 강원대학교 비교법학연구소, 2019.06, 179-180면.
 - 5) 이철송, 앞의 논문, 11면은 체육시설법 제27조 제2항은 경매에 응하는 행위에 재단성의 부담을 지우는 것을 정당화할 논리가 있을 리 없으므로 위헌임이 명백하다고 하고, 3항은 기업의 자유와 재산권을 침해한다고 볼 소지가 있다고 한다. 천경훈, 앞의 논문, 229-232면은 체육시설법 제27조의 합헌성에 큰 의문을 표하지만, 위헌성을 구체적으로 논증하지는 않는다.

체육시설 회원권은 체육시설업자로 하여금 체육시설을 회원의 이용에 제공하게 하는 채권이다. 우리나라 골프장의 대부분은 예탁금제 골프장 형태로 모집 운용되고 있다고 한다.⁶⁾ 예탁금 회원제 체육시설업의 경우 회원은 체육시설이용권과 예탁금반환청구권을 가진다.⁷⁾

체육시설법 제27조에 따른 회원권의 법적 성격에 대하여 회원권의 설정시기 선후에도 불구하고 어떤 담보물권에도 우선할 뿐만 아니라 어떠한 처분이나 집행에도 불구하고, 토지에 존속하는 부담, 즉 마치 인역권과도 흡사한 용익권에다가 대항력있는 금전채권이 결합된 권리로 인정한 것이라고 한다.⁸⁾ 또한 회원권이 체육시설(골프장)을 이용할 수 있는 용익물권에 유사한 권리로서 대물적 권리에 가깝다고 하기도 한다.⁹⁾ 회원권을 ‘인역권에 흡사한 용익권’ 또는 ‘용익물권에 유사한 권리로서 대물적 권리’라고 하는 것은 회원권이 채권임에도 체육시설법 제27조에 의하여 회원이 소유주체의 변동에도 불구하고 체육시설을 계속 이용할 수 있는 점을 적절하게 지정한 것이다.

담보신탁된 체육시설을 공매절차(수의계약 방식 포함)에 의하여 인수한 자도 회원에 대한 의무를 승계하므로 회원은 담보신탁의 우선수익자보다 우선하는 지위에 선다.¹⁰⁾ 이러한 체육시설법 제27조 제2항의 해석에 따

6) 체육시설법 제27조와 관련된 분쟁도 대부분 예탁금제 회원의 예탁금반환청구 또는 회원권 양도와 관련하여 발생하고 있다고 한다(박영만, “예탁금제 골프회원권자의 회칙과 관련된 법률분쟁”, 「스포츠와 법」 제11권, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2008.08, 118면).

7) 이계정, “골프장 시설에 대한 담보신탁에 대한 공매와 입회보증금반환의무의 승계-대법원 2018. 10. 18 선고, 2016다220143 전원합의체 판결”, 「민사법학」 제19-12호, 한국민사법학회, 2019.12, 132면.

8) 천경훈, 앞의 논문, 203-204면.

9) 김용철, “체육시설(골프장)의 영업양도와 회원권의 지위”, 「자유와 책임 그리고 동행」(안대희 대법관 재임기념 논문집), 사법발전재단, 2012, 89면.

10) 대법원 2018. 10. 18 선고, 2016다220143 판결에 따른 결과이다. 대법원은 체육시설법 제27조 제2항 제4호의 해석상 체육시설에 관한 담보신탁계약이 체결된 다음, 계약에서 정한 공매나 수의계약으로 체육시설을 이전받은 자는 회원에 대한 의무도 승계한다고 판결하였다. 대법원은 담보신탁에 의한 공매절차에 의하여 체육시설이 이전된 경우에 회원의 의무를 승계하도록 해석하는 것이 회원의 권익을 보호하려는 규정의 목적에 부합하고, 담보신탁의 실질에 비추어 공평한 해결방안이라고 한다. 체육시설법 제27조 제2항 제4호의 문언이 포괄적이어서 그 범위 안에 담보신탁에 따른 공매나

르면 저당권 행사에 따른 경매, 담보신탁에 의한 공매에도 불구하고 회원권이 소멸하지 않으므로 회원권의 토지 등 체육시설을 지배하는 권리로서의 성격은 더욱 강해진다. 현재 체육시설법 제27조 제2항에 따라 회원은 체육시설업자의 도산위험으로부터 차단되어 체육시설을 특별재산으로 하여 그 사용가치와 교환가치 모두를 누릴 수 있다. 이처럼 체육시설법 제27조 제2항에 따라 회원은 체육시설업자의 도산에도 불구하고 경락인 등의 소유가 된 토지 등 체육시설의 사용가치와 교환가치를 모두 누릴 수 있으므로 회원은 체육시설을 신탁재산으로 하는 신탁의 우선수익자와 같은 지위에 선다고 할 수 있다.

2. 회원의 지위 보장에 의한 담보물권자 등 이익의 제한

(1) 체육시설법 제27조 제2항의 체육시설 입찰가액 책정에 대한 영향

체육시설법 제27조 제2항에 따라서 경매 등에 의하여 체육시설을 인수하려는 자는 회원에 대한 의무를 승계함으로 인하여 받는 자신의 부담을 평가하여 그 평가액을 공제하고 남은 금액 이하로 체육시설의 입찰가액을 정할 것이다. 체육시설업자의 회원에 대한 의무에는 입회금반환의무와 체육시설제공의무가 있다. 따라서 경매 등에 의하여 체육시설을 인수하려는 자는 입회금반환의무와 체육시설제공의무를 승계하는 것을 전제로 체육시설 입찰가액을 정할 것이다. 입회금반환의무는 주는 급부를 내용으로 하는 것으로서 회원이 확정되면 그 의무액 확정은 어렵지 않다. 그러나 회원에 대한 체육시설제공의무는 ‘하는 의무’로서 금전으로 평가하기가 쉽지 않다. 따라서 경매 등에 의하여 체육시설을 인수하려는 자는 넉넉하게 체육시설제공의무를 평가한 다음 평가액을 공제하여 입찰가액을 정할 것이다. 체육시설 경락인 등이 무기한 회원을 포함하여 전체 회원에 대한 의무를 승계하는 것을 고려하면 체육시설 입찰가액은 체육시설 본래의 가치에 비하여 적은 금액이 될 것이다.

수의계약을 포함하는 데 문제가 없다고 한다.

체육시설을 경락받으면 인가 등 다른 절차 없이 체육시설업자의 지위를 승계하는 점을 고려하여 경락인이 회원에 대한 의무액을 공제한 것 보다 입찰가액을 높게 설정할 수도 있다. 그러나 승계되는 의무는 현재 부담하는 것이나 영업에 따른 이익은 미래에 발생하는 기대이익에 그치므로 의무의 승계에 따른 입찰가액의 감소분을 모두 상쇄시키지 못할 것이다. 나아가 영업을 제대로 하지 않아 경매 등 절차가 진행되는 것이므로 회원제 체육시설업을 재개한다고 하여도 통상의 영업이익을 기대하기 어렵고, 따라서 기대영업이익을 감안한 입찰가액의 증가폭은 더욱 작을 것이다. 특히 근래의 회원제 골프장업과 같이 높은 영업이익을 기대하기 어렵고 도산이 자주 일어나는 경우에는 미래의 영업이익을 감안하여 입찰가액을 증가시키기는 더욱 어렵다. 결국, 체육시설업자의 지위를 자동승계하는 점을 고려하여도 회원제 체육시설업의 체육시설 입찰가액은 당초의 가치에 비하여 적을 것이라고 추측할 수 있다.¹¹⁾

(2) 저당권자 등의 이익 제한

체육시설법 제27조 제2항이 회원을 체육시설을 신탁재산으로 하는 신탁의 우선수익자와 같이 보호함에 따라 체육시설업자에 대한 담보채권자 등의 이익이 광범위하게 제한된다. 체육시설법 제27조 제2항에서 규정하고 있는 경매 등의 절차는 채무초과상태에서 채무자의 임의변제를 기대할 수 없는 경우에 진행된다. 채권자는 체육시설의 매각대금에서 변제받지 못하면 채권 만족을 기대할 수 없다. 그런데 체육시설의 입찰가액이나 경락가액 등은 체육시설 경락인 등이 회원에 대한 의무를 승계해야 한다는 점을 반영하므로 본래의 가치에 비하여 미미한 금액이 되고, 저당권자 등도 미미한 금액에서 변제를 구할 수밖에 없다. 저당권자 등의 변제우선순위는 유지되지만 회원에 대한 의무의 당연승계 규정에 의하여 저당권자 등이 변제받을 수 있는 매각금액 규모가 줄어들기 때문에 결과적으로 저당권자 등이 그 채권을 만족할 수 없게 된다. 저당권자 등이 파이에서 차지하는 비율은 같으나

11) 물론 체육시설업 이외에 다른 목적으로 사용하기 위해서 토지 등을 경락받으려 하는 자는 체육시설업의 기대이익을 고려하여 입찰가액을 증가시킬 이유는 없다.

체육시설법 제27조에 의하여 전체 파이가 작아짐에 따라 저당권자 등이 차지하는 파이 부분의 크기가 작아지게 된다.

대법원 2016다220143판결에 따르면 담보신탁된 체육시설을 공매절차에 의하여 인수한 자도 회원에 대한 의무 등을 승계하므로 체육시설에 대한 담보신탁의 우선수익자도 회원에 대한 의무의 가액이 공제되고 남은 금액에서 채권의 만족을 구할 수밖에 없다. 따라서 담보신탁의 우선수익자의 이익도 회원의 권리 보호를 위해서 제한된다.

Ⅲ. 체육시설법 제27조 제2항의 재산권 침해

1. 헌법상 재산권의 보장

헌법 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”라고 규정한다. 헌법 제23조의 재산권 보장의 성격에 대해서 개인이 누리고 있는 재산권을 개인의 기본권으로 보장하면서 개인이 재산권을 향유할 수 있는 법제도로서의 사유재산제도를 보장한 것으로 보는 것이 일반적이다.¹²⁾ 헌법 제23조 제1항 제1문에 의하여 개별 재산권자가 가진 구체적 권리의 존속을 보장하고, 존속보장은 재산권의 사적 유용성과 개인의 재산에 대한 원칙적인 처분권을 특징으로 한다.¹³⁾ 헌법 제23조 제1항 제2문은 재산권의 내용과 한계는 법률로 정한다고 규정하므로 재산권은 그 내용이 법률로 구체화될 때 권리로서 인정된다. 헌법 제23조 제1항 제2문에 따라 재산권의 내용과 한계를 정하는 법률을 제정하면 그것은 재산권을 형성하는 의미와 기존 재산권을 제한하는 의미도 같이 가지게 된다.¹⁴⁾ 따라서 입법자는 재산권의 내용과 한계를 정함에 있어서 헌법상의 재산권

12) 허완중, “헌법 제23조 제1항과 제3항의 구별”, 「재산권 보장과 위헌심사」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2012, 71면; 이동식, 조세법과 헌법, 준커뮤니케이션즈, 2012, 165면; 헌재 1993. 7. 29. 92헌바20 결정.

13) 허완중, 앞의 논문, 72면.

14) 노회범, “기본권의 제한과 형성”, 「헌법논총」 제18집, 헌법재판소, 2007, 159-160면.

보장과 재산권의 제한을 요청하는 공익 등을 고려하여야 하고,¹⁵⁾ 헌법 제37조 제2항에 의거한 기본권의 본질적 내용 침해금지 원칙 및 비례원칙 등을 준수해야 한다.¹⁶⁾

2. 과잉금지원칙에 반한 재산권 침해

(1) 과잉금지원칙의 내용

과잉금지원칙은 기본권 제한 입법의 위헌심사기준으로 확고하게 자리잡았다. 헌법상 과잉금지원칙은 기본권을 제한하는 국가의 수단은 기본권 제한의 목적과의 관계에서 적정할 것을 요구한다. 과잉금지원칙은 기본권 제한 입법목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 요구한다.¹⁷⁾

체육시설법 제27조 제2항은 체육시설업 회원의 이익을 보호하기 위하여 앞서 본 것과 같이 담보권자 등의 재산권을 제한한다. 이러한 제한 입법은 과잉금지원칙에 따른 심사기준을 충족하여야 한다. 만연히 입법부가 광범위한 입법재량이 있다는 이유로 그 법률의 합헌성을 추정할 수는 없다.

(2) 목적의 정당성

국민의 기본권을 제한하려는 입법은 그 목적이 헌법 및 법률 체계상 정당성이 인정되어야 한다. 목적의 정당성을 과잉금지원칙의 전제로 심사하는 것을 긍정하면서도 일반적이고 추상적으로 규정되어 있는 법의 목적이 다의적이고 추상적인 헌법상 기본권 제한의 목적에 위배될 가능성은 거의 없어 목적의 정당성을 이유로 위헌 결정을 할 수 있는 경우는 예외적인 경우에 한정될 것이라고 보기도 한다.¹⁸⁾ 체육시설법의 입법목적은 국민의 건강

15) 헌재 1998. 12. 24. 89헌마214 결정.

16) 허완중, 앞의 논문, 76-79면.

17) 헌재 2006. 7. 27. 2004헌가13 결정.

18) 김종보, “기본권 침해 심사기준에 대한 소고- 과잉금지원칙의 적용영역에 대한 비판적 고찰을 중심으로”, 「공법학연구」 제10권 제3호, 한국비교공법학회, 2009.01, 175면.

증진과 여가선용에 이바지하는 것이다.¹⁹⁾ 건강증진과 여가선용에 이바지라는 목적이 다른 국민의 기본권의 제한근거가 되는 공공복리에 해당하여야 하므로, 체육시설법에 의해서 달성하고자 하는 것은 일부 국민의 건강증진과 여가선용에 이바지하는 것을 넘어서 전체 국민이 건강증진과 여가선용에 이바지하는 것이다. 이러한 국민의 건강증진과 여가선용에 이바지한다는 목적의 정당성을 인정할 수 있다.

(3) 방법의 적절성

1) 방법의 적절성의 내용

과잉금지원칙은 입법 수단이 목적을 달성하는 데에 필요하고 효과적일 것을 요구한다.²⁰⁾ 어떤 방법을 취하면 목적이 달성될 수 있을 때 그 수단은 목적 달성에 적절한 수단이라고 말할 수 있다.²¹⁾ 적절한 수단이란 최적의 수단을 의미하는 것은 아니며 입법목적달성에 유효한 수단이면 족하다고 한다.²²⁾ 입법자는 입법을 통하여 한 가지 목적만을 추구하는 것이 아니라 다양한 목적을 추구할 수 있으므로 어떤 수단이 다양한 목적 중의 한 가지 목적에는 적절한 것이면 된다고도 한다. 그리하여 취해진 수단이 명백히 부적절하지만 않으면 그 방법이 적절한 것으로 판단되므로 적절성 심사의 역할은 크지 않다고 한다.²³⁾

그런데 이처럼 부분적 적절성만을 갖추면 된다고나 명백히 부적절하지만 않으면 적절성이 인정된다는 판정기준에 의한다 할지라도 체육시설법 제27조 제2항은 방법의 적절성 요건을 갖추지 못한다고 판정할 수밖에 없다.

2) 체육시설법 제27조 제2항에 의한 국민의 건강증진과 여가선용 이바지에 이르는 과정

체육시설법 제27조 제2항에 의하여 국민의 건강증진과 여가선용에 이

19) 대법원 2006. 11. 23 선고, 2005다5379 판결; 헌재 2010. 7. 29. 2009헌바197 결정.

20) 헌재 1989. 12. 22. 88헌가13 결정.

21) 성정엽, “비례원칙과 기본권”, 「저스티스」 통권136호, 한국법학원, 2013.01, 12면.

22) 헌재 2008. 4. 24. 2007헌마1456 결정.

23) 성정엽, 위의 논문, 13면.

바지하는 것은 ① 입회금반환채무 등의 면탈을 방지하여 회원을 일반채권자보다 두텁게 보호하면 자금조달이 쉽게 되고 체육시설업이 활성화되어 ② 국민의 건강증진과 여가선용에 보탬이 된다는 뜻이다. 그런데 체육시설법 제27조 제2항에 의하여 회원을 보호한다고 하여도 체육시설업 활성화가 되지 않고, 체육시설업 활성화가 된다고 하여 국민 전체의 건강증진과 여가선용에 보탬이 되지 못한다.

3) 체육시설법 제27조 제2항에 의한 체육시설업 활성화 달성 불가 (회원 보호 ⇒ 체육시설업 활성화)

① 체육시설법 제27조 제2항에 의한 자금조달의 차단

체육시설 경락인 등이 회원에 대한 의무를 승계하도록 강제해서는 체육시설 설치를 활성화할 수 없다. 따라서 체육시설 경락인 등이 회원에 대한 의무를 승계하도록 하면 체육시설법의 목적인 국민의 건강증진 등을 달성하는데 보탬이 될 수 없다. 오히려 그 목적 달성을 방해할 뿐이다.

회원의 입회금을 통해서 체육시설업자는 자금을 조달할 수 있다. 그런데 체육시설업자의 자금조달방법에 회원의 입회금만이 있는 것이 아니다. 금융기관으로부터 대출하는 등 여러 방법이 있다. 체육시설공사의 30% 이상 진행된 이후이거나 신고를 한 이후에 회원의 모집을 할 수 있으므로,²⁴⁾ 토지 매입 등에 필요한 대규모 자금은 금융기관으로부터 융통하게 된다. 그런데 체육시설법 제27조 제2항은 금융기관으로부터 자금융통을 곤란하게 한다. 체육시설법 제27조 제2항은 체육시설 경락인 등이 승계하는 의무의 범위를 저당권 설정 이전에 가입한 회원에 대한 것이나 제대로 공시된 회원에 대한 것으로 제한하지 않으므로,²⁵⁾ 체육시설법 제27조 제2항에 따라 체

24) 「체육시설법 시행령」 제17조 제1호.

25) 대법원 2009. 7. 6 선고, 2008다49844 판결에서 대법원은 공사대금채권자가 대물변제 합의에 따라 공사대금채권을 입회금에 갈음하는 방법으로 회원증을 교부받은 경우에도 체육시설법 제27조에 의하여 보호되는 회원이라고 하였다. 사안은 행정청에 제출한 모집계획서상 내용과 다른 방법으로 회원권을 발행하고, 회원권 발행 후에도 행정청에게 모집회원이 없다고 보고하다가 체육시설업 영업양수도 계약을 체결한 직후 회원모집결과를 보고하고, 결산보고서에도 공사대금채무 감소 또는 입회보증금 증가를 기재하지 않은 사안에 관한 것이다. 대법원은 회원모집계획서를 제출하고 그에

육시설 경락인 등은 저당권 설정 당시 공시되지 않는 회원에 대한 의무, 저당권 설정 후에 가입한 회원에 대한 의무를 승계하는 것을 감안하여 체육시설 본래의 가치에 비하여 매우 낮게 입찰가액을 정할 수 밖에 없고, 따라서 금융기관 등은 저당권 등을 설정하여도 체육시설의 매각대금으로부터 자금회수를 담보할 수 없기 때문이다. 이처럼 저당권 등 담보물권에도 불구하고 체육시설의 매각대금으로부터 자금회수를 담보할 수 없으므로 체육시설업자가 다른 담보목적물을 제공하지 않으면 금융기관은 자금대여를 꺼릴 수 밖에 없다.²⁶⁾

설령 금융기관이 체육시설업자에게 체육시설을 담보로 자금을 대여한다 할지라도 체육시설법 제27조 제2항의 영향을 감안하여 체육시설의 가액에서 장래에 발생할 수 있는 회원에 대한 의무의 가액까지 뺀 금액보다 적은 금액만을 대여할 것이다. 그 결과 모집가능회원이 많을수록 금융기관 등으로부터 조달하는 자금은 더 큰 폭으로 줄 수밖에 없다. 장래 모집가능회원은 현실로 자금조달에 기여하지 않으면서 금융기관으로부터의 자금조달 규모를 줄이는 것이다. 나아가 체육시설제공의무의 가액은 측정하기 어렵고 회원의 의사에 따라 체육시설 경락인 등이 영구적으로 그 의무를 부담할 수도 있으므로, 금융기관은 체육시설제공의무가 크게 평가될 것까지 감안하여 체육시설을 담보로 하는 자금대여규모를 줄인다. 이처럼 체육시설법 제27조 제2항은 회원으로부터 받은 입회금 보다 금융기관으로부터의 자금조달의 규모를 크게 줄이고 체육시설 본래의 교환가치에 비하여 매우 적은 자금의 조달만을 가능하게 하여 체육시설업자의 자금조달을 방해한다. 나아가 체육시설의 활성화를 억제하며, 체육시설에 의한 건강증진과 여가선용에 반하는 결과를 가져온다.²⁷⁾

따라 회원을 모집하면서도 그 모집방법을 달리하거나 모집상황을 관할 행정청에 보고하지 아니하였다고 하더라도 체육시설업자와 회원 사이에 체결된 회원계약의 효력에는 영향이 없다는 점 등을 보호 대상 회원권의 인정 이유로 든다.

26) 이계정, 앞의 논문, 152-157면.

27) 회원제 골프장이 2015년 이후에 설립되지 않고(<https://news.joins.com/article/23227777> (2020. 2. 27. 방문)), 회원제 골프장에 대한 근저당권 설정이 미미한 현상이 체육시설법 제27조 제2항에 의하여 회원가입에 의한 자금조달이 금융기관으로부터 자금조달을 대폭 줄인다는 점을 시사한다. 회원제 골프장의 감소 현상의 원인으로 회원제 골프

근래에 금융기관이 체육시설업자에게 자금을 대여할 때 체육시설에 대하여 저당권을 설정하지 않고, 담보신탁을 설정하였다. 대법원(대법원2016다220143판결)이 지적하였듯이 체육시설법 제27조 제2항에 따라 저당권을 설정하는 경우 대여자금 회수가 어려울 것이 명백하므로 그 체육시설법 제27조 제2항의 적용을 회피하려는 시도이었다. 대법원 판결(대법원2016다220143판결)에 따라 담보신탁에 의한 공매로 체육시설을 취득한 자도 회원에 대한 의무를 승계하도록 강제한다면 체육시설에 저당권을 설정하든 체육시설을 담보신탁재산으로 하든 모든 채권은 사실상 회원권의 후순위가 되고, 모든 채권자는 체육시설업자의 도산으로부터 자신의 채권회수를 담보할 수단을 마련할 수 없게 된다. 체육시설 경락인 등의 회원에 대한 의무 승계에 의하여 금융기관이 체육시설을 담보목적물로 해서는 채권회수가 불가능하게 되고, 채권회수 불가능에 따라 체육시설 담보제공에 의한 금융기관으로부터의 자금조달은 봉쇄된다. 자금조달을 위한 경락인 등의 회원에 대한 의무의 승계제도가 오히려 기업금융으로부터 회원제 체육시설업을 차단할 것이고, 체육시설 설치 및 이용의 활성화와 그 체육시설에 의한 건강증진과 여가선용은 이를 수 없게 될 것이다.

② 퇴직금 채권과의 비교

구 근로기준법²⁸⁾ 제30조의2 제2항 및 근로기준법²⁹⁾ 제37조 제2항은 퇴직금에 대하여 아무런 범위나 한도의 제한 없이 질권자나 저당권자를 배제하고 사용자의 총재산에 대하여 우선변제를 받을 수 있다고 규정하였다. 헌법재판소는 퇴직금에 관하여 아무런 범위나 한도의 제한 없이 질권이나 저당권에 우선하여 그 변제를 받을 수 있다고 규정하고 있으므로, 자금의 융통이 필요한 기업일수록 금융기관 등은 자금회수의 예측불가능성으로 기업

장에 대한 중과세와 이로 인한 이용료의 상승과 영업이익의 감소를 드나, 이것만으로 회원제 골프장의 신설이 전혀 없는 점을 설명할 수는 없다. 오래전에도 회원제 골프장에 대해서 중과세하였기 때문이다. 골프장의 경쟁 격화와 함께 회원제 골프장 신설을 위한 자금조달의 어려움이 회원제 골프장의 축소의 주된 요인일 것이다.

28) 1953.05.10. 법률 제286호로 제정되고 1989.03.29. 법률 제4099호로 개정되어 1997.03.13. 법률 제5305호로 폐지된 것.

29) 1997.03.13. 법률 제5309호로 제정된 것.

에 자금을 제공하는 것을 꺼리게 되고 결국 기업은 담보목적물이 있더라도 자금의 융통을 받지 못하여 도산을 하게 하여 궁극적으로 근로자의 생활보장이나 복지에도 좋은 결과를 낳지 못하다고 지적하고, 근로자의 생활보장을 위해서는 기업금융을 훼손하지 않고, 기업금융제도를 창출할 수 있는 퇴직보험제도의 개선, 기업연금제도 도입 등을 하는 것이 적절할 것이라고 하였다. 헌법재판소는 근로자의 생활목적이라는 입법목적의 정당성을 앞세워 담보물권제도의 근간을 흔들고 기업금융의 길을 폐쇄하는 것으로 방법의 적정성과 침해의 최소성 법익의 균형성 요청에 저촉된다고 결정하였다.³⁰⁾

범위와 제한이 없이 모든 퇴직금에 대하여 최우선변제권을 부여하는 것이 방법의 적절성 요건을 충족하지 못한 것이라면, 언제 회원이 되었는지 관계없이, 그리고 회원에 대한 의무의 존재를 예측할 수 있는 기회가 있는 것과도 상관없이 회원에 대한 의무를 채육시설 경락인 등이 당연승계하도록 함으로써 채육시설을 회원의 채권 만족을 위한 특별재산으로 만들고, 불확정적인 회원의 채권에 대해서 최우선의 권리를 인정하는 것은 담보물권제도, 담보신탁제도의 근간을 흔들고 기업금융의 길을 폐쇄하는 것으로 더욱 적절한 방법이라고 할 수 없다.

4) 채육시설활성화에 의한 국민의 건강증진과 여가선용달성 불가 (채육시설업 활성화 $\Rightarrow$ 국민의 건강증진과 여가선용)

채육시설법 제27조 제2항에 의해서 채육시설 활성화가 된다고 해도 국민의 건강증진과 여가선용에 이바지하지 못한다. 채육시설법 제27조 제2항에 의한 달성되는 건강증진과 여가선용은 국가나 지역사회 구성원 전체의 것이 아니기 때문이다. 회원의 이익을 보호하여 채육시설 설치가 활성화된다고 해도 그 활성화된 채육시설은 회원 및 이용료를 낼 수 있는 사람만이 다른 사회구성원을 배제하고 이용하게 된다. 즉 채육시설업을 활성화하면 공중이 채육시설에 접근을 차단하는 형태에 의해서 일부 이용자가 건강증진 등 이익을 얻게 되는 것이다. 이처럼 회원과 대가를 지급하는 사람만의 이용을 위해서 공중의 접근을 막고 실비변상적 금액보다 많은 대가를 받고

30) 헌재 1997. 8. 21. 94헌바19, 94헌바34, 97헌가11 결정.

시설을 이용하게 하는 방법에 의해서는 사회구성원 전체의 공공복리로서 건강증진과 여가선용에 이를 수 없다.

국민의 건강권을 공익으로 삼아 의료인이 아닌 자의 의료행위를 금지한 것을 헌법적으로 정당하다고 한 헌법재판소 결정이 있다.³¹⁾ 의료인에 의해서만 의료행위를 하게 하면 모든 국민이 의료인에게 의료행위를 받게 하므로 국민 전체의 건강에 보탬이 될 수 있다. 따라서 의료인만이 의료행위를 하도록 하는 것이 직접적으로는 의료인의 사익에 보탬이 되지만, 간접적으로는 공익 또는 공공복리인 건강권을 달성에 보탬이 되는 것으로 이해할 수 있다. 이와 달리 체육시설법 제27조 제2항에 의해서 달성할 수 있는 최대한은 국민이나 지역공동체 구성원의 건강증진과 여가선용이 아니다. 회원 등 일부 계층의 건강증진과 여가선용에 그친다. 그리고 그 일부계층의 이익은 다른 사회구성원의 접근을 차단함으로써 얻는 것이다. 이점에 비추어 보아도 체육시설법 제27조 제2항은 국민의 건강증진과 여가선용에 이바지하는데 있어 적절한 수단이 되지 못한다는 것을 알 수 있다.

(4) 침해의 최소성

1) 침해의 최소성 판단구조

과잉금지원칙은 입법목적을 실현하기에 적합한 수단 중에서 되도록 국민의 기본권을 가장 존중하고 최소로 침해하는 방법을 선택할 것을 요구한다.³²⁾ 침해의 최소성 원칙은 입법대안이 심판대상조항과 똑같이 효율적으로 입법목적을 달성하는지를 검토하고, 입법대안이 심판대상조항보다 더 적게 기본권을 제한하는지 비교하여, 입법목적을 달성하기에 똑같이 효율적인 입법대안이 심판대상조항 보다 기본권을 덜 제한하면 심판대상조항은 침해의 최소성 원칙에 어긋나고 위헌이라는 결론에 이른다.³³⁾

법률조항이 입법목적이 정당하고, 입법목적을 달성하는데 적절한 수단

31) 헌재 1996. 10. 31. 94헌가7 결정.

32) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5 결정.

33) 이재홍, “과잉금지원칙의 논증구조 - 침해의 최소성 원칙을 중심으로-”, 「저스티스」 통권제163호, 한국법학원, 2017.12, 81-93면.

이 인정된 후에 비로소 침해의 최소성이나 법익균형성 판단에 이른다.³⁴⁾ 체육시설법 제27조 제2항은 수단의 적절성 요건을 갖추지 못하므로 나아가 침해의 최소성 원칙을 심사할 필요가 없을 것이다. 그러나 입법대안의 존재와 체육시설법 제27조 제2항의 위헌성을 명확히 하기 위해서 침해의 최소성 여부를 본다.

2) 회원의 이익 보호와 체육시설업 자금조달을 위한 대안의 존재

기업금융을 훼손하지 않고, 회원의 이익을 보호하여 회원제 체육시설 설치를 활성화하는 방법이 없는 것도 아니다. 체육시설의 회원, 특히 골프장 회원보다 많은 채권자를 보호하기 위한 제도로 시장에 소개되어 광범위하게 사용되는 제도가 있다.

공동주택 분양사업의 경우 사업자는 다중으로부터 사업자금을 조달하고 토지 등 부동산이 이러한 다중의 채권에 대한 책임재산이 된다는 점에서 체육시설업자가 회원으로부터 사업자금을 조달하고, 그 체육시설이 채권에 대한 책임재산이 되는 것과 유사하다. 다중의 채권자를 위협으로부터 보호할 필요가 있다는 점도 유사하다. 주택의 사용은 인간 생존의 기본조건이므로 인간다운 생활 보장이나 사회의 안정을 위하여 주택의 공급이 체육시설, 특히 골프장의 공급보다 중요하다.³⁵⁾ 수분양자가 되는 자는 체육시설의 회원, 특히 골프장 회원에 비하여 낮은 경제적 지위에 있는 무주택 세대주가 대부분이므로 이러한 국민을 보다 강하게 보호할 필요가 있다.

그럼에도 공동주택 수분양자 보호를 위하여 토지 등의 경락인 등이 공동주택업자의 수분양자에 대한 의무를 승계하도록 하지는 않는다. 공동주택을 건축하여 분양하는 사업자(사업주체)가 파산 등의 사유로 분양계획을 이행할 수 없는 경우에 주택분양의 이행 또는 납부한 계약금 및 중도금의 환

34) 이재홍, 앞의 논문, 98면.

35) 체육시설 회원권은 생필품적 재화가 아니다(이철송, 앞의 논문, 111-112면; 이계정, 앞의 논문, 151면). 국민의 건강증진과 여가선용의 보호가치가 주거안정에 비해서 낮은 가치라고 평가하기 힘들다는 견해도 있다(이상규, “체육시설의 신탁공매에 따른 소유권이전과 체육시설업자의 권리 의무의 승계여부”, 「건설법무」 제2권, 한국건설법무학회, 2016.06, 82면}.

급을 책임지는 보증을 받아야 비로소 입주자를 모집할 수 있도록 규율하고 있을 뿐이다.³⁶⁾ 이러한 분양보증이 없으면 공동주택 공급업자는 주택을 선분양할 수 없으므로 분양보증을 얻거나 아니면 스스로의 자금 등에 의해서 건축한 다음 후분양할 수밖에 없다. 이 과정에서 선분양시 입주자의 주택분양의 이행청구권 등은 주택보증보험에 의해서 보장된다. 보증보험제도 아래에서 금융기관은 담보물권이나 담보신탁 제도 등을 통해서 대여금 회수를 기대할 수 있다. 결국 주택공급업자에게는 수분양자로부터의 자금조달, 금융기관 등으로부터 자금조달을 모두 할 수 있는 유리함이 있다. 광범위한 자금조달의 수단을 갖는 것이다. 체육시설업 회원을 보호하기 위해서 오래 전부터 널리 사용되는 보험제도를 이용하면 회원의 입회금에 의한 자금조달과 별도로 금융기관 등으로부터의 자금조달의 기회를 가질 수 있다. 이러한 방법이 체육시설 설치 및 이용을 활성화할 수 있는 효율적인 제도가 될 것이다.

3) 기본권 침해 정도

보증보험제도를 이용하면 보험료를 체육시설업자가 부담하게 되고, 체육시설업자는 그 보험료의 전부 또는 일부를 회원권의 발행가액 및 이용료 등을 통해 회원 및 이용자에게 전가할 것이어서 회원의 보호를 위한 부담을 체육시설업에서 이익을 얻는 체육시설업자와 그 회원, 이용자가 나눠 부담하게 된다. 이러한 방법은 이익의 귀속주체와 부담의 귀속주체가 일치되도록 하는 것이고, 이익의 귀속주체가 아닌 다른 국민의 권익을 제한하는 문제를 발생시키지 않는다. 즉, 저당권자 등 다른 채권자의 이익을 전혀 제한하지 않는 것이다.

체육시설법에는 제정 당시부터 체육시설업자로 하여금 일정한 피해를 배상하기 위해서 보험에 가입하도록 강제하는 규정이 있었으므로³⁷⁾ 입법자가 보험제도를 알지 못했다고 할 수도 없다. 결국 입법자는 보험제도에 의

36) 「주택도시기금법 시행령」 제21조.

37) 체육시설법은 제정당시부터 체육시설과 관련하여 피해에 대한 보상을 위하여 보험가입의무를 부여하고 있다(구 체육시설법(1989. 03. 31. 법률 제4106호로 제정) 제17조).

해서 수익자에게 부담을 지울 수 있는 제도를 알면서도 그 수익자에게 체육 시설의 설치 및 이용에 대한 부담을 주지 않고, 아무런 책임의 귀속근거가 없는 다른 국민의 자유와 권리를 제한하는 방법을 택한 것이다. 따라서 체육시설법 제27조 제2항은 침해의 최소성 요구에도 위반하여 헌법에 반한다고 할 수 밖에 없다.

4) 소결

당초 체육시설 경락인 등이 회원에 대한 의무를 승계하는 것은 경락인 등이 그대로 체육시설업을 하면서 회원에 대한 의무를 승계하지 않아 다수의 소비자로서 회원이 피해당하는 것을 막기 위한 고려에서 입법된 것으로 보인다. 다중의 소비주체로서 회원을 보호할 필요가 있으면 회원에 대한 의무의 승계를 영업의 허가조건으로 삼거나, 체육시설업자의 부담을 크게 하는 방법으로 문제를 해결할 것이며, 회원의 피해발생에 적극 가담한 경락인 등에게 책임을 묻는 방법 등으로 해결하면 된다.³⁸⁾ 그리하면 다른 국민의 자유나 권리를 침해하는 문제는 발생하지 않는다. 다른 국민의 권리를 제한하지 않으면서 체육시설을 활성화할 수 있는 방법이 있음에도 다른 국민의 권리를 제한하는 방법이 피해의 최소성 원칙에 따른 것이라 할 수 없다.

(5) 법익의 균형성

1) 법익 형량의 대상

기본권을 통해서 얻고자 하는 이익과 기본권 제한으로 침해되는 이익을 비교형량하였을 때 전자가 우위에 있어야 한다. 이익 사이의 형량은 구체적인 상황에서 상대적인 중요성에 의해서 결정될 수밖에 없다. 형량은 이익 전체의 상호비교가 아니라 구체적인 상황에서 관련된 이익 간의 비교로

38) 국세기본법 제41조는 대통령령으로 정하는 사업양수인에게 제2차 납세의무를 부담하도록 한다. 2018. 12. 개정 국세기본법 시행령 제41조 제1항은 제2차납세의무를 지는 사업양수인을 사업양도인과 특수관계인인 자와 양도인의 조세회피를 목적으로 사업을 양수한 자로 한정하고 있다. 회원의 권리 보호와 영업양수인 등의 권익 보호에 균형을 기하기 위하여 체육시설업자의 회원에 대한 의무를 승계하는 범위를 이런 입법을 참조하여 한정하는 것도 고려할 수 있을 것이다.

이루어지므로 형량 과정에서 선불리 특정한 기본권의 일반적 우위나 혹은 거꾸로 공익의 일반적 우위를 주장할 수 없다.³⁹⁾

체육시설법 제27조 제2항에 의해서 회원의 이익을 보호하는 것이 자금조달을 원활히 하여 궁극적으로는 국민 건강증진 및 여가선용에 이바지한다고 말할 수 있다면, 그 회원의 이익을 위해서 제한되는 대표적인 이익인 담보권자나 담보신탁의 우선수익자의 이익도 그를 보장함으로써 자금조달을 원활하게 하고 체육시설 설치를 활성화하고 결국 건강증진과 여가선용에 이바지한다고 말할 수 있다. 체육시설법 제27조의 위헌성 심사를 하면서 건강증진과 여가선용을 비교 대상으로 삼는 것은 일반적으로 사익으로 인정되는 것을 추상화하여 공익으로 삼아 비교하는 것으로서, 구체적 논증을 어렵게 하는 것에 불과하다. 따라서 회원권의 보호 이익과 이로써 제한되는 이익을 구체적으로 비교해야 한다.

2) 형량

회원의 채권 만족을 다른 국민의 채권 만족보다 더 큰 가치라고 볼 수는 없다. 한편, 조세는 강한 공공성을 가지고 회원의 이익이 조세에 의해서 확보되는 공공의 이익보다 중하다고 할 수도 없다. 체육시설법 제27조 제2항은 체육시설 회원의 이익을 최우선 보호함으로써 책임을 질 이유가 없는 다수 채권자의 이익을 제한하고, 조세에 의해서 확보되는 공익까지 희생시키는데 체육시설법 제27조 제2항이 법익균형성을 갖추었다고 할 수 없다.

(6) 소결

체육시설법 제27조 제2항은 과잉금지원칙의 여러 하위원칙을 충족하지도 못하는 방법으로 다른 국민의 재산권과 직업의 자유를 제한한다. 체육시설법 제27조 제2항은 과잉금지원칙에 반한다.

3. 저당권 등의 본질적 내용 침해

39) 김종보, 앞의 논문, 177면.

(1) 저당권 등의 본질적 내용 침해

헌법재판소는 헌법 제23조가 주관적 공권으로서 재산권을 보장하고, 법제도로써 사유재산제도를 보장하는 것이므로, 재산권의 본질적인 내용을 침해하는 경우라고 하는 것은 그 침해로 사유재산권이 유명무실해지고 사유재산제도가 형해화되어 헌법이 재산권을 보장하는 궁극적인 목적을 달성할 수 없게 되는 지경에 이르는 경우라고 한다.⁴⁰⁾ 헌법 제23조에 따라 입법자가 비례원칙을 지킨다면 이러한 재산권의 본질적 내용 침해의 문제가 발생하지 않기 때문에 본질적 내용 침해 금지원칙의 입법자에 대한 의미는 크지 않다고 한다.⁴¹⁾ 그러나 법률이 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것을 살피는 것은 그 법률의 위헌성을 명백히 드러내는 과정으로서 의미가 있다.

저당권 등에 의하여 담보되는 채권의 변제기가 도래하였음에도 불구하고 채무자가 그 채무를 변제하지 않는 경우에는, 채권자는 저당권의 목적물을 일정한 절차를 밟아서 매각·환가하고, 그 대금으로부터 다른 채권자에 우선해서 자기의 채권의 만족을 구할 수 있다. 이러한 우선변제권은 저당권 등의 본질적인 내용을 이루고,⁴²⁾ 이 때문에 담보물권은 엄격하게 공시된다. 이러한 저당권 등이 그 본래의 취지대로 담보기능을 수행하지 못하여 담보채권의 실현에 기여하지 못한다면 담보물권은 물론 나아가 사유재산제도의 본질적 내용의 침해가 있다 할 수 있다.⁴³⁾

체육시설 회원의 모집은 앞서 본 것과 같이 체육시설 설치공사의 공정이 30% 이상 진행된 이후이거나 신고된 이후에 하여야 할 뿐, 중기에 제한은 없다. 따라서 체육시설업자는 저당권이 설정된 이후에도 회원을 모집할 수 있다. 사실 대규모 자금을 조달하여 체육시설을 설치해야 하는 경우, 회원의 모집 이전에 자금조달이 이루어지고 대여자금의 담보를 위하여 저당권 설정이 이루어진다. 그런데 체육시설법 제27조 제2항은 체육시설 경락인

40) 헌재 2003. 4. 24. 99헌바110 결정; 헌재 1989. 12. 22. 89헌가13 결정.

41) 허완중, 앞의 논문, 78면.

42) 헌재 1997. 8. 21. 94헌바19, 94헌바34, 97헌가11 결정.

43) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95 결정.

등이 승계하는 회원에 대한 의무의 범위를 저당권 설정 이전에 가입한 회원에 대한 것으로 제한하지 않으므로, 체육시설 경락인 등은 저당권 설정 이후에 가입한 회원에 대한 의무도 승계해야 한다. 따라서 경매 등 절차에 참여하는 자들은 저당권 설정 이후에 체결된 계약에 의한 회원에 대한 의무의 가액까지 공제하고 매수가액을 설정할 수밖에 없다. 이에 따라 체육시설의 매각대금은 당초 저당권 설정 당시 예측했던 것보다 크게 줄어들 수밖에 없고, 저당권은 그 설정할 때 존재하지도 않았던 회원권에 의해서 그 권리가 제한되게 된다. 설정 당시 예측할 수 없는 사유에 의해서 담보물권 등의 우선변제적 효력이 제한되는 것이고 따라서 담보물권의 본질적 권능이 박탈되는 것이다.⁴⁴⁾

44) 현재 2010. 7. 29. 2009헌바197 결정은 근저당권이 먼저 설정된 다음 회원이 가입하여 그에 대한 입회금반환채무가 발생하더라도 회원이 납입한 입회금으로 시설의 가치가 증가하므로 새로운 입회금반환채무를 부담하더라도 근저당권 가치가 줄어드는 것으로 보기 어렵고, 경락인이 기존 회원에 대한 의무를 승계한다고 해서 근저당권의 본질인 우선변제적 효력이 제한된다고 할 수 없다는 이유로, 회원에 대한 의무의 당연승계에 따라 근저당권의 담보가치가 감소한다거나 근저당권자가 불측의 손해를 보게 된다고 단정할 수 없다고 한다.

담보권의 목적물은 채무자의 총체적 재산이 아니고 특정재산이다. 부채금액이 모두 담보권의 목적물에 투입되어 그 담보 목적물의 현실적 가치를 증가시키지 않으므로, 입회금으로 시설의 가치가 증가하므로 근저당권의 가치가 줄어드는 것으로 볼 수 없다는 논리를 수긍하기 어렵다. 더욱이 대법원은 2009. 7. 6 선고, 2008다49844 판결 등에서 다른 채권의 대물변제로써 발행한 회원권도 체육시설법 제27조의 보호대상으로서 인정한다. 이러한 판결에 의하면 채권은 체육시설의 설치와 관련성이 부인된다. 현실에서는 퇴직금 변제를 위해 발행되거나 경영주에 대한 개인 채권자 등에게 발행한 회원권까지 있다고 한다. 대법원은 위 판결에서 이러한 회원권도 보호대상으로서 인정하였다. 이와 같은 현실 등에 비추어 보면 회원권의 가액이 체육시설에 투입되므로 회원권을 발행하였다고 하여 근저당권 가치가 줄어든다고 보기 어렵다는 논의는 설득력을 갖기는 어렵다.

경락인이 회원에 대한 의무를 승계하더라도 담보권의 우선변제적 효력은 제한되지 않는다는 이유 역시 이해할 수 없다. 체육시설 경매의 경우 그 경매에 참여하는 자는 회원에 대한 의무의 가액을 공제하고 입찰가액을 정할 것이므로, 결국, 담보물권자는 체육필수시설의 본래의 가치에 비하여 매우 낮은 가액에서 변제받을 수밖에 없다. 즉, 근저당권 등을 설정하여 우선순위를 확보하더라도, 이후에 가입한 회원에 대한 의무가 경락자에게 승계됨으로써 근저당권자가 배분받을 가액이 줄어들게 되는 것이므로, 회원에 대한 의무승계로 인하여 담보물권의 우선변제적 효력이 제한된다. 다른 채권에 대해서 우선변제의 효력을 인정하면 담보물권의 우선변제적 효력을 직접적으로 제한하고, 경락인 등에게 채무를 승계하도록 하면 경매물건의 매각금액 자체를 줄이는 과정을 통해 담보물권의 우선변제적 효력을 간접적으로 제한한다. 담보물권의 우선순위에 변동이 없다는 이유로 우선변제적 효력이 제한되지 않는다고 본다면

한편, 회원권 발행사실이 은닉된 경우에도 체육시설 경락인 등이 그 회원에 대한 의무를 승계하는데,⁴⁵⁾ 이 또한 담보권 설정 당시 예측할 수 없는 사유로서 저당권 등의 우선변제력을 사실상 제한하는 것이므로 저당권 등의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 수 있다.

헌법재판소는 담보물권이 설정된 후에 성립한 조세채권에 의해서 담보물권이 배제되는 경우에 담보물권 내지 사유재산권의 본질적 내용의 침해가 있다고 하여 1990. 12. 개정 전 구 국세기본법 제35조 제1항 제3호에 대해서 위헌을 선언하였다.⁴⁶⁾ 조세채권은 고도의 공공성을 가진다. 담보물권 설정 이후에 성립한 조세채권에 대해서 우선변제적 효력을 인정하는 것이 담보물권의 본질적 내용을 침해한다면, 공공성도 없는 회원의 권리에 의해서 먼저 설정된 담보물권의 우선변제적 효력이 제한되는 것이 담보물권 내지 사유재산권의 본질적 내용을 침해한다고 하지 않을 수 없다.

(2) 우선특권의 본질적 내용 침해

체육시설법 제27조 제2항에 의하여 법정담보물권인 우선특권의 본질적 내용도 침해된다. 임대차보증금이나 퇴직금채권은 재산권으로서의 성격을 가진다. 그런데 회원에 대한 의무의 당연승계 규정에 의하여 우선특권이 성립한 이후에 발행한 회원권에 의해서 저당권과 마찬가지로의 과정을 통해 우선특권의 우선변제적 효력이 제한된다. 따라서 체육시설법 제27조 제2항은 우선특권의 본질적 내용 또한 침해하는 것이라고 할 수 있다.

(3) 담보신탁 우선수익권의 본질적 내용 침해

토지 등 체육시설에 담보신탁을 설정하여 금융기관 등 채권자가 우선 수익자로서 담보신탁재산의 환가대금에서 변제받는 것은 신탁재산의 도산 격리 효과를 이용하여 사실상 근저당권 설정의 대안으로서 채권을 담보하

담보물권의 우선순위에는 변동은 가하지 않는 담보신탁이 광범위하게 채권 담보를 위해 설정되고, 그러한 신탁이 있기 전에 성립한 담보물권 등이 위 수탁자에게 대항할 수 있는 이유 등을 설명할 수 없을 것이다.

45) 대법원 2009. 7. 6 선고, 2008다49844 판결.

46) 헌재 1990. 9. 3. 89헌가95 결정.

는 것이다. 체육시설법 제27조 제2항 제4호에 의하여 담보신탁계약 체결 이후 가입한 회원에 대한 의무와 가입사실이 은닉된 회원에 대한 의무까지 담보신탁에 의한 공매절차를 통하여 체육시설을 인수한 자가 승계함으로써,⁴⁷⁾ 담보신탁 우선수익자가 예측할 수 없는 사유로 그 채권을 만족할 수 없게 한다. 담보신탁은 담보권의 대안기능을 하는 것이므로 담보신탁에 의한 채권만족을 예측불가능한 사유로 방해하는 것은 담보신탁의 우선수익자의 권리의 본질적 내용을 침해하고 도산격리라는 신탁제도의 근본을 훼손하는 것이다.

저당권의 경우에는 체육시설법 제27조 제2항이 저당권의 우선변제적 효력을 저당목적물의 매각대금을 줄이는 방법에 의하여 간접적으로 제한하는데 비하여 담보신탁의 경우에는 체육시설법 제27조 제2항이 담보신탁의 도산격리성을 배제하고 담보신탁재산을 회원의 이익을 위한 특별재산으로 삼는 방법에 의해서 담보신탁의 우선수익권을 직접적으로 제한한다. 체육시설법 제27조 제2항이 담보신탁의 우선수익권의 본질적 내용을 침해한다.

(4) 소결

체육시설법 제27조 제2항은 공시제도도 없이 성립 시기에도 불문하고 담보물권 및 담보신탁의 우선수익자에게 사실상 우선하는 채권을 인정하여 담보물권 및 담보신탁의 권능을 형해화한다. 체육시설법 제27조 제2항은 담보물권, 담보신탁의 우선수익권 등 재산권의 본질적 내용을 침해하는 것으로 헌법에 반한다.

47) 대법원 2018. 10. 18 선고, 2016다220143 판결; 대법원 2009. 7. 6 선고, 2008다49844 판결.

IV. 체육시설법 제27조 제2항의 평등원칙 위반

1. 헌법상 평등원칙 위반 여부 심사기준

헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”고 규정한다. 평등은 국가기관의 구체적 활동방향을 제시하고 평가하는 기준으로 작용하는 헌법원칙이고, 나아가 평등은 국민이 불합리한 차별을 당하지 않을 권리로서 헌법상 기본권으로 인정된다.⁴⁸⁾ 입법자는 광범위한 입법 형성권을 가지므로 본질적으로 동일한 집단을 차별대우하는 경우에 그 차별대우를 정당화하는 객관적이며 합리적인 이유가 없는 경우에만 평등원칙을 위반하는 것이라고 판정하는 것이 원칙이다.⁴⁹⁾ 이러한 합리성원칙이나 자의금지원칙에 따라 차별대우에 합리적인 근거를 가지느냐를 평등원칙 위반여부의 심사기준으로 삼으면, 평등원칙에 위반되지 않는다는 결론에 이르는 경향이 있다고 한다.⁵⁰⁾

그러나 체육시설법 제27조 제2항은 자의금지원칙에 따라 평등원칙 위반여부를 심사하더라도 위헌 판정을 면할 수 없다. 체육시설법 제27조 제2항은 회원의 채권에 대하여 체육시설 경락인 등이 승계하도록 함으로써 회원을 다른 채권자에 비하여 불합리하게 차별 취급하는 것으로 헌법 제11조 제1항의 평등원칙에 위반한다.

48) 방승주, “헌법과 조세정의”, 「헌법학연구」 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009.12, 14면.

49) 헌재 2003. 1. 30. 2001헌마64 결정. 헌법재판소는 종래 평등원칙 위반 여부 심사기준으로서 자의금지원칙을 원칙으로 하고, 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우와 차별 취급으로 관련 기본권에 중대한 제한을 초래하게 되는 경우에는 비례성 기준에 따른 엄격한 심사를 하여야 한다고 한다(헌재 1999. 12. 23. 98헌마33 결정).

50) Jeffrey M. Shaman, “Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny”, 45 *Ohio State L. J.* 161, 1984, p. 162.

2. 체육시설법 제27조 제2항에 의한 채권자 차별 취급의 비합리성

평등원칙 심사에 있어 두 개의 대상이 비교가능하고 동등하지만 차별 취급을 받고 있다는 사실을 확인해야 한다.⁵¹⁾ 앞서 본 것과 같이 회원의 권리는 체육시설을 이용할 권리와 입회금의 반환을 청구할 수 있는 권리를 내용으로 하는 채권이다. 체육시설업자에 대한 채권자가 회원만 존재하는 것은 아니다. 체육시설업자에게는 금융기관, 공사대금 채권자, 물품공급채권자, 용역공급채권자, 임차인, 공과금채권자 등 다수의 채권자가 존재한다. 회원이나 다른 채권자 모두 체육시설업자에 대한 채권자이므로 회원과 그 밖의 채권자의 지위는 비교가능하고 동등하다. 그런데 회원의 권리는 경매 등 절차에 의해서 체육시설을 취득한 자에게 승계하도록 함으로써 최우선적으로 보호되고, 다른 채권자는 자신의 채권을 회수하기 위한 노력을 다하여도 회원에 우선하여 자신의 채권을 만족받을 수 없다. 같은 체육시설업자에 대한 채권자를 차별 취급한 것이다.

입법자는 이러한 차별 취급에 대해서 어떤 설명도 하고 있지 않다. “국민의 건강증진과 여가선용”이라는 체육시설법의 입법목적이 체육시설법 제27조 제2항까지 설명할 수 없다. 앞서 본 것과 같이 체육시설법 제27조 제2항은 회원과 이용료를 내고 체육시설을 이용할 수 있는 자의 건강증진과 여가선용에 기여할 수 있을 뿐이다. 건강증진과 여가선용은 회원과 이용자의 사익이므로 이러한 차별 취급을 합리화할 수 없다. 차별 취급을 설명할 수 있는 아무런 근거가 없는데 평등원칙에 반한다고 하지 않을 수 없다.

3. 우선특권에 대한 체육시설업 회원권 우선의 부당성

(1) 우선특권의 내용 및 정당화 근거

법정담보물권으로서 여러 우선특권이 있다. 이러한 우선특권에 의해서 「민사집행법」에 따른 경매 또는 「국세징수법」에 따른 공매를 할 때 환

51) 이부하, “평등원칙 심사기준에 관한 헌법적 고찰-헌법재판소 결정을 분석하며”, 「법과 정책연구」 제18집 제2호, 한국법정책학회, 2018, 583면.

가대금에서 후순위권리자나 그 밖의 채권자에 우선하여 채권을 변제받을 수 있다. 체육시설업의 회원의 권리와 충돌할 수 있는 우선특권으로 임금 우선특권(「근로기준법」 제38조), 퇴직금 우선특권(「근로자퇴직급여보장법」 제12조), 임대차보증금 우선특권(「주택임대차보호법근로기준법」 제3조의2 제2항, 「상가임대차보호법」 제5조), 조세 우선특권(「국세기본법」 제35조, 「지방세기본법」 제75조)이 있다. 우선특권의 성질과 범위는 같지 않다. 임금, 퇴직금, 조세채권과 같이 채무자의 총재산의 매각대금에서 우선 변제권을 가지는 경우도 있고, 임대차보증금과 같이 특정물건의 환가대금에서 우선변제권을 가지기도 한다.

우선특권은 일정 범위의 채권으로 한정되고, 저당권 등 담보권의 성립 시기와의 선후 비교에 따라 변제의 우선순위가 달라지는 경우가 대부분이다. 모든 채권에 대해 최우선 변제권을 가지는 예는 최종3개월간의 임금과 재해보상금, 최종3년간의 퇴직금, 소액임차인의 일정액의 임대차보증금에(「주택임대차보호법」 제8조, 「상가건물임대차보호법」 제14조)에 한정된다.

우선특권제도는 스스로 보호수단을 갖기 어려운 사회경제적 약자를 보호하거나 채권이 고도의 공공성을 갖기 때문에 그 정당성을 가진다. 헌법은, 제34조에서 “모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다(제1항). 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.(제2항)”라고 규정하고 제32조 제1항에서 “모든 국민은 근로의 권리를 가진다. 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에 노력하여야 하며, 법률이 정하는 바에 의하여 최저임금제를 실시하여야 한다.”라고 규정한 다. 근로자의 임금(퇴직금) 우선특권을 인정하는 것은 임금채권자가 경제적·사회적 약자이고, 임금은 근로자의 최저생활 보장을 위한 것이며, 나아가 근로자가 임금에 대한 담보를 설정하기 어렵기 때문이다. 임대차보증금의 우선특권 또한 임차인이 경제적·사회적으로 약자로 인정되기 때문이다.⁵²⁾ 조세채권의 우선특권은 조세가 고도의 공공성을 가지기 때문이다.

52) 헌법재판소는 소액임차인을 보호하는 것은 헌법 제34조 제1항 및 제2항에 의해 정당화될 수 있다고 한다(헌재 2019. 12. 27. 2018헌마825 결정).

(2) 우선특권자에 대한 회원 우대의 부당성

체육시설 경락인 등의 회원에 대한 의무승계로 인하여 우선특권자의 이익도 제한된다. 우선특권자 이익의 제한은 앞서 본 약정담보권 등에서의 일련의 과정과 마찬가지로 과정을 통해서 이루어진다. 경매 등 절차에 의하여 체육필수시설을 인수한 자의 회원에 대한 의무의 당연승계는 입찰자로 하여금 의무승계약과 위험부담액을 감안하여 입찰가액을 줄이고 결국 경락가액 등을 대폭 줄인다. 그 결과 우선특권에 의해서 담보되는 채권의 만족 기회를 대폭 줄이거나 박탈한다. 헌법상 인간다운 생활을 할 권리 보장을 위해서 마련한 최우선변제권인 최종3개월간의 임금과 재해보상금, 최종3년간의 퇴직금, 소액임차보증금조차 체육시설법 제27조 제2항 의하여 변제받지 못할 수 있다.⁵³⁾

우선특권은 헌법적 정당성을 가지므로 우선특권자보다 우대하는 것이 합리성을 가지려면 회원의 권리보호 필요가 우선특권자의 보호필요 보다 중해야 한다. 그런데 앞서 본 것과 같이 회원의 이익 보호에 의해 공익이 달성되는 것은 아니므로 회원의 이익 보호에 이와 같은 중한 보호의 필요가 있을 수 없다. 국민의 건강증진과 여가선용이 사회·경제적 약자의 인간다운 생활을 보장이라는 헌법적 요청에 따라 마련된 임금 등 우선특권을 제한할 수 있을 만큼 중한 것이라고 볼 수는 없으므로 회원의 이익 보호에 의하여 국민의 건강증진과 여가선용을 달성할 수 있다고 하더라도 회원을 임금 등 우선특권자보다 우대할 수 없다.⁵⁴⁾

4. 소결

체육시설법 제27조 제2항이 회원을 다른 채권자에 대해서 차별 취급하

53) 현실에서 체육필수시설의 경매대금으로부터 퇴직금 회수를 못하게 되는 근로자가 회원권으로 대물변제를 받아 그 퇴직금을 회수하는 예까지 있다고 한다. 대법원 2009. 7. 6 선고, 2008다49844 판결의 대상 사안이 그러하다.

54) 국민 전체의 건강증진과 여가선용이 공익이 된다면 국민의 평균적 이익이 될 것이다. 평균적 이익을 위한다는 이유로 기왕에 사회의 최소수혜자에게 보장된 인간다운 생활을 위한 수단을 제거할 수는 없다.

는 것에는 합리적인 근거가 없다. 우선특권자 보다 회원을 우대하는 것은 비합리적인 것을 넘어 부당하다. 체육시설법 제27조 제2항은 회원을 다른 채권자에 대해서 차별대우를 하는 것이고 이를 정당화하는 객관적이며 합리적인 이유가 없으므로 위헌이다.

V. 결 론

헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 규정한다. 따라서 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위해 필요한 경우에 한하여 국민의 자유와 권리를 제한할 수 있다. 체육시설법 제27조 제2항과 관련해서는 공공복리의 필요가 있지만 문제된다. 공익은 개개인, 혹은 특수한 단체나 집단의 이익을 넘는 이익이다.⁵⁵⁾ 어떤 이익상황이 특정한 주체의 개별적 이익에만 관련되는 것이 아니라 국가나 공공단체, 기타 사회의 공동체 이익이 되는 것을 공익이라 한다.⁵⁶⁾ 헌법 제37조 제2항의 공공복리는 이러한 공익을 대표한다.⁵⁷⁾

스포츠 활동을 건강증진을 위한 것으로 보기도 하지만, 유한계급의 융맹성과 약탈적 기질의 전승활동으로 보기도 한다.⁵⁸⁾ 스포츠를 약탈적 문화에서 일상 최고의 여가로 전해 내려온 명예활동이라고 말하기도 한다.⁵⁹⁾ 현실에서 체육시설법 제27조 제2항에 의해 보호되는 회원의 대부분은 골프장 회원이다. 골프장 회원과 이용자가 사회·경제적 약자가 아니라는 점은 명

55) 최송화, 공익론, 서울대학교 출판부, 2002, 21면.

56) 최송화, 위의 책, 312면.

57) 성정엽, “헌법과 공익 - 헌법 제37조 제2항의 공공복리의 의미와 기능을 중심으로 -”, 「외법논집」 제43권 2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019.05, 97면.

58) Thorstein Veblen, *The Theory of The Leisure Class*, the Floating Press, 2009, pp290-324.

59) *ibid*, pp304-305.

확하다. 시간당 최저임금은 2019년 8,350원이고, 2020년 8,590원이다.⁶⁰⁾ 골프장 회원권의 평균 가격은 1억원 이상이다.⁶¹⁾ 1회 골프장 이용료는 수십만원이다.⁶²⁾ 회원과 1회에 10만원을 넘는 비용을 부담할 수 있는 사람만이 골프장을 이용할 수 있다. 골프장 회원의 이익을 보호하여 골프장 시설을 늘리면 사회수혜계층인 회원 및 이용자의 레저활동에 보탬이 되는 것이다. 공원 대신에 골프장을 지어 소수 수혜계층의 레저활동을 보장하는 것까지 공익 또는 공공복리라고 하여 이런 목적을 위하여 다른 국민의 기본권을 제한하는 것은 사회 전체 구성원의 이익, 적어도 대다수의 이익을 뜻하는 공익의 개념에 반하는 것으로 사회구성원의 동의를 받지 못할 것이다.⁶³⁾ 국민의 건강증진과 여가선용에 이바지하는 것이 현재의 체육시설법 제27조에 의한 회원의 이익을 보호하는 제도를 정당화시킬 수 있는 가치라고 할 수 있는지의문이 제기되기도 한다.⁶⁴⁾ 그런데 이를 체육시설법 제27조 제2항을 정당화할 수 있는 가치라고 하여도, 체육시설법 제27조 제2항은, 금융기관으로부터 자금조달을 차단함으로써 국민의 건강증진 및 여가증진을 방해하는 수

60) 최저임금위원회, 연도별 최저임금액 현황(<http://www.minimumwage.go.kr/stat/statMini Stat.jsp> (2020. 1. 21. 방문))

61) 2020년 1월 4주차 전국 회원권 평균 시세는 12,745만원이다 (동아회원권 시세동향, 2020. 1. 20), {<https://www.dongagolf.co.kr/membership/sisetrends?uid=222>, (2020. 1. 20 방문)}.

62) 2019년 수도권 회원제 골프장의 비회원 1인당 이용료는 주중 24만4,000원, 토요일 30만400원, 이용료가 싼 지역의 회원제 골프장의 비회원 1인당 이용료는 주중 16만4천원, 토요일 20만3천원이다(“골프장 이용료 양극화”, 골프저널, 2019. 04. 12) {<https://www.golfjournal.co.kr/news/articleView.html?idxno=1650> (2020. 1. 21 방문)}. 이외에 카트비, 캐디피 등이 따른다.

63) 현재 2012. 2. 23. 2011헌가8 결정은 우리나라의 골프인구가 전체인구에서 차지하는 비율이 10%에 못 미치고, 그 중 회원제 골프장 회원 수는 전체 골프인구의 5%에도 이르지 못하는 점과 함께 회원제 골프장의 회원권 가격이 고가인 점, 회원제 골프장의 경우 비회원의 그린피가 수도권의 경우 대체로 주중 15만원, 주말 20만원을 상회하는 점 등을 고려할 때 골프장 이용행위에 사치성이 없다고 단정할 수는 없고, 골프가 아직은 많은 국민들이 경제적으로 부담 없이 이용하기에는 버거운 고급스포츠인 점을 부인할 수 없다고 한다.

64) 이철송, 앞의 논문, 111-112면, 천종훈, 앞의 논문, 223-232면, 이계정, 앞의 논문, 150-155면, 최수정, “부동산담보신탁법상 신탁재산 처분의 성질과 효과-대법원 2018. 10. 18 선고, 2016다220143 전원합의체 판결에 대한 비판적 검토-”, 「선진상사법률연구」 제85호, 법무부, 2019.01, 66면.

단으로서 수단의 적절성 요건을 갖추지 못한다. 보험제도 등 다른 국민의 기본권을 제한하지 않으면서 자금을 조달할 수단이 있으므로 피해의 최소성 요건도 충족하지 못한다. 또한 저당권 등의 우선변제효력을 제대로 기능하지 못하게 함으로써 저당권 본질적 내용을 침해한다. 사회수혜계층의 요구를 소액임차인이나 근로소득자 등 최소수혜계층의 이익에 우선함으로써 정의의 관념이나 평등원칙에 반한다.

체육시설법 제27조 제2항은 폐기되거나 개혁되어야 한다. 소비자로서 회원의 이익을 보호해야 할 필요가 있다면 그 필요는 시장경제질서에 반하지 않고 다른 국민의 권익을 제한하지 않는 방법으로 충족시켜야 한다. 이 연구가 체육시설법 제27조 제2항과 관련 법령의 헌법적 정당성 여부에 대한 깊은 논의와 개혁 입법 마련에 보탬이 되기를 희망한다.

『체육시설의 설치·이용에 관한 법률』 제27조 제2항의 위헌성 연구 - 신 호 영	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2020.02.28.	2020.03.03.	2020.03.26.

[참고문헌]

I. 국내문헌

1. 단행본

- 이동식, 조세법과 헌법, 준커뮤니케이션즈, 2012.
최송화, 공익론, 서울대학교출판부, 2002.
한수웅, 헌법학, 법문사, 2019.

2. 논문

- 김종보, “기본권 침해 심사기준에 대한 소고 - 과잉금지원칙의 적용영역에 대한 비판적 고찰을 중심으로”, 「공법학연구」 제10권 제3호, 한국비교공법학회, 2019.01.
김용철, “체육시설(골프장)의 영업양도와 회원권의 지위”, 「자유와 책임 그리고 동행」 (안대희 대법관 재임기념 논문집), 사법발전재단, 2012.
노희범, “기본권의 제한과 형성”, 「헌법논총」 제18집, 헌법재판소, 2007.
박영만, “예약금제 골프회원권자의 회칙과 관련된 법률분쟁”, 「스포츠와 법」 제11권, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2008.
성정엽, “비례원칙과 기본권”, 「저스티스」 통권136호, 한국법학원, 2013.
성정엽, “헌법과 공익 - 헌법 제37조 제2항의 공공복리의 의미와 기능을 중심으로 -”, 「외법논집」 제43권 2호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019.
이계정, “골프장 시설에 대한 담보신탁에 대한 공매와 입회보증금반환의무의 승계- 대법원 2018. 10. 18 선고 2016다220143 전원합의체 판결-», 「민사법학」 제19권 제12호, 한국민사법학회, 2019.
이부하, “평등원칙 심사기준에 관한 헌법적 고찰”, 「법과 정책연구」 제18집 제2호, 한국법정책학회, 2018.
이상규, “체육시설의 신탁공매에 따른 소유권이전과 체육시설업자의 권리 의무의 승계여부”, 「건설법무」 제2권, 한국건설법무학회, 2016.
이재홍, “과잉금지원칙의 논증구조 - 침해의 최소성 원칙을 중심으로 -”, 「저스티스」 통권 제163호, 한국법학원, 2017.
이철송, “체육시설의 양도와 회원권 승계의 법리 - 관련 판례의 소개를 중심으로”, 「인권과 정의」 제372호, 대한변호사협회, 2007.
정병덕, “체육시설의 승계와 관련된 판례의 쟁점 연구”, 「강원법학」 제57권, 강원대학교 비교법학연구소, 2019.
천경훈, “골프장 부지의 양도와 회원권의 승계 - 대법원 2006. 11. 23 선고 2005다5389 판결을 중심으로», 「민사재판의 제문제」 제22권, 민사실무연구회, 2013.
최수정, “부동산담보신탁법상 신탁재산 처분의 성질과 효과 - 대법원 2018. 10. 18 선고 2016다220143 전원합의체 판결에 대한 비판적 검토-», 「선진상사법률연구」 제85호, 법무부, 2019.
허완중, “헌법 제23조 제1항과 제3항의 구별”, 「재산권 보장과 위헌심사」, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2012.

II. 국외문헌

1. 단행본

John Rawls, A Theory of Justice, Havard Universtiy, 1971.

Thorstein Veblen, The Theory of the Leisure Class, The Floating Press, 2009.

2. 논 문

Jeffrey M. Shaman, "Cracks in the Structure: The Coming Breakdown of the Levels of Scrutiny", 45 Ohio State L. J. 161, 1984.

III. 기 타

<https://www.dongagolf.co.kr/>

<https://www.golfjournal.co.kr/>

<http://www.minimumwage.go.kr/>

<https://news.joins.com/>

【국문초록】

이 연구는 「체육시설 설치·이용에 관한 법률」(‘체육시설법’) 제27조 제2항의 위헌성을 검토하였다. 체육시설 회원은 체육시설업자에 대하여 체육시설 이용권과 입회보증금반환청구권을 가진다. 체육시설법 제27조 제2항은 「민사집행법」에 따른 경매 등에 의하여 체육필수시설을 인수한 자(‘경락인 등’)가 체육시설업자의 회원에 대한 의무를 승계하도록 규정한다. 이에 따라 회원은 체육시설을 신탁재산으로 하는 신탁의 우선수익자와 같이 체육시설의 사용가치와 교환가치를 모두 누린다. 회원이 광고한 지위를 누림에 따라 체육시설업자의 채권자의 권익은 심대하게 제한한다.

체육시설법 제27조 제2항과 같이 국민의 권익을 제한을 정당화할 근거가 없다. 체육시설법 제27조에 의해서 달성할 수 있는 최대한은 회원 등 일부 계층의 건강증진과 여가선용에 그치고, 국민이나 지역공동체 구성원의 건강증진과 여가선용을 달성할 수 없다.

체육시설법 제27조 제2항은 저당권 등 채권담보수단을 마련한 이후에 회원이 된 자에 대한 의무도 경락인 등에게 승계시킴으로써 담보물권이나 담보신탁의 우선수익권의 본질적 내용을 침해한다. 체육시설법 제27조 제2항은 체육시설업자의 다른 자금조달 수단을 차단함으로써 체육시설 설치 등에 방해가 되는 등 기본권 제한 입법의 한계인 과잉금지원칙의 요구를 충족하지 못한다. 공시의 요구를 등한시함으로써 법적 안정성을 훼손한다. 수혜계층의 요구를 최소수혜계층의 이익에 우선함으로써 정의의 관념이나 평등원칙에 반한다.

체육시설법 제27조 제2항을 시급히 폐기하거나 개혁하여야 한다. 소비자로서 회원의 이익을 보호해야 할 필요가 있다면 헌법에 반하지 않고 다른 국민의 권익을 제한하지 않는 방법으로 충족해야 한다.

【Abstract】

The Study on the Unconstitutionality of Article 27(2) of the Installation and Utilization of Sports Facilities Act

Shin, Ho Young

(Professor, School of Law, Korea University)

This study examined the unconstitutionality of Article 27 (2) of the Act on the Installation and Use of Sports Facilities (“Sports Facilities Act”). The members of the sports facilities have the right to use the sports facilities and claim for refund of the deposit. Article 27 (2) of the Sports Facilities Act provides that any person who acquires essential sports facilities according to the auction pursuant to the Civil Execution Act, conversion pursuant to the Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Act, sale of seized property pursuant to the National Tax Collection Act, the Customs Act, or the Local Tax Collection Act, and other procedures corresponding to subparagraphs 1 through 3(“successful bidder”) shall succeed the obligations of the sports facilities business entity to the members. Accordingly, the members of the sports facilities enjoy both the use value and exchange value of such facilities owned by the successful bidders. While members enjoy this strong position, the rights of the creditors to sports facilities business entities are severely limited.

As in Article 27, Paragraph 2 of the Sports Facilities Act, there is no basis for justifying the restriction of the rights of the creditors. Article 27 of the Sports Facilities Act is not a provision for public welfare, but just

a provision for the protection of the private interests of members. Article 27 (2) of the Sports Facilities Act violates the essential aspect of security real rights of the creditors or the beneficiary rights of the collateral trusts. Article 27 (2) of the Sports Facilities Act excessively restricts the right of property. Article 27 (2) of the Sports Facilities Act, by prioritizing the interests of the socio-economic benefit class over those of the socio-economic underprivileged, is contrary to the justice and equality principle. Article 27 (2) of the Sports Facilities Act shall be urgently repealed or reformed.

주제어(Keyword) : 체육시설업 회원(sports facilities business member), 회원에 대한 의무의 당연승계(successful bidders' forced succession of obligations to members), 재산권의 본질적 내용 침해(violation of essential aspect of property right), 과잉금지원칙(principle of excessive prohibition), 평등원칙(principle of equality)

재건축부담금의 위헌성에 대한 검토*

차 진 아**

▶ 목 차 ◀

- | | |
|--|-------------------------------------|
| I. 서론 | 2. 토지공개념과 주택에 대한 |
| II. 재건축부담금의 법적 성격 | 재산권 제한의 합헌성 판단 |
| 1. 재건축부담금의 의의 | 기준 |
| 2. 재건축부담금의 법적 성격:
조세인가, 특별부담금인가? | 3. 미실현이득에 대한 환수제도
로서 재건축부담금 부과 |
| 3. 재건축부담금을 조세로 볼
경우와 부담금으로 볼 경우
의 실질적 차이 | 한계 |
| III. 개발부담금과 재건축부담금의
비교 | 4. 재건축부담금의 법적 성격과
부과의 한계 |
| 1. 유사점 | V. 재건축부담금 부과의 위헌성 |
| 2. 차이점 | 1. 초과이익 산정방식의 위헌
성: 법률유보 및 포괄적 위 |
| 3. 토지초과이익세, 개발부담금
과 재건축부담금의 비교 | 임입법금지 위배 |
| IV. 재건축부담금의 본질과 부과의
한계 | 2. 비례성 원칙과 재산권 침해
여부 |
| 1. 부담의 평등과 특별부담금
부과의 허용요건 | 3. 평등권 침해 여부 |
| | VI. 결론 |

* 이 연구는 고려대학교 법학전문대학원 특별연구비에 의하여 수행되었음.

** 고려대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 변호사.

I. 서론

현대 사회에서 공동주택의 재건축 문제는 매우 다양한 법적 쟁점들과 연결되어 있다. 그중에서도 가장 뜨거운 현안의 하나가 ‘재건축부담금’의 성격과 그 합헌성 인정의 범위 및 한계에 관한 문제일 것이다.

『재건축초과이익 환수에 관한 법률』(이하 ‘재건축초과이익환수법’이라 함) 제2조 제3호에서는 “재건축초과이익 중 이 법에 따라 국토교통부장관이 부과·징수하는 금액”을 “재건축부담금”으로 정의하는 등 재건축부담금(특별)부담금의 하나로 보고 있지만, 종래 헌법재판소 판례에서 개발부담금이 조세로서의 성격을 갖는 것으로 인정한 것¹⁾과 비교할 때, 재건축부담금에 대해서도 조세적 성격을 갖는 것으로 볼 수 있는지가 문제될 수 있다.

이와 관련하여 최근 헌법재판소는 재건축부담금을 조세가 아닌(특별)부담금에 해당하는 것으로 판시한 바 있다.²⁾ 그러나 이 판례로 재건축부담금에 법적 성격에 대한 논란이 해결되었다고는 보기 어려우며, 남은 문제들은 여전히 복잡하다. 개발부담금과 재건축부담금 사이에 어떤 차이가 있는지, 또 전자는 조세로, 후자는(특별)부담금으로 인정하는 것이 어떤 차이에서 비롯되는 것이며, 그 결과 양자의 법적 효과에는 어떤 상이점이 인정되는지가 더욱 중요한 문제로 부각되기 때문이다.

헌법재판소는 과거의 판례에서 개발부담금을 실질적인 조세로 인정하

1) 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바191등 결정.

2) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381 결정: “재건축부담금은 국토해양부장관이 주택재건축사업에서 발생하는 초과이익을 환수함으로써 주택가격의 안정과 사회적 형평을 제고한다는 특정한 공적 과제의 수행을 위하여, 구 도시정비법에 의하여 주택재건축사업을 하기 위하여 설립된 조합(또는 조합원)이라는 특정 부류의 법인 또는 사람들에게 특정한 반대급부 없이 일정한 금전을 강제적·일률적으로 부과하는 것이다. 또한, 이렇게 마련된 부과금은 국민주택기금, 도시·주거환경정비기금 또는 국민주택사업특별회계로 귀속되어 별도로 관리·운용되고(구 재건축이익환수법 제4조), 국민주택의 건설, 임대주택의 건설·관리 등 제한된 용도로만 지출된다는 점에서, 법률상 규정된 과세요건이 충족되면 국민이면 누구나 부담하는 일반적인 재정책임, 즉 일종의 일반부담으로서 정부의 재정수요를 충당하기 위하여 보상이나 반대급부 없이 국민으로부터 강제적으로 징수하는 조세와는 그 목적과 기능이 구별되므로, 재건축부담금은 조세가 아닌 부담금에 해당한다.”

면서, 다음과 같은 점을 그 근거로 제시한 바 있다.

첫째, “특정 개발사업에 대한 반대급부적 성격 없이 개발이익환수법에 규정된 요건에 해당하는 모든 사람에 대하여 일방적으로 부과·징수되는 점”,³⁾ 둘째, “징수된 개발부담금의 100분의 50에 상당하는 금액은 개발이익이 발생한 토지가 속하는 지방자치단체에 귀속되고, 이를 제외한 나머지 개발부담금은 따로 법률이 정하는 지역발전특별회계에 귀속됨으로써(개발이익환수법 제4조 제1항) 국가 및 지방자치단체의 재정수입에 충당되는 점”,⁴⁾ 셋째, “개발부담금은 개발사업의 시행 등으로 인하여 우연히 발생한 불로소득적인 개발이익을 환수하여 국가 및 지방자치단체의 재정수입에 배분함으로써 부가적으로 토지에 대한 투기를 방지하고 토지의 효율적인 이용을 촉진하는 사회·경제 정책적 목적을 실현하는 기능도 수행하는 점”,⁵⁾ 넷째, “개발부담금과 토지초과이득세의 입법 경위 및 연혁 등에 비추어 개발부담금과 토지초과이득세는 그 목적과 기능에 있어서 본질적으로 다르지 아니한 점”⁶⁾에 비추어 볼 때, 입법자의 명시적인 의사에도 불구하고 개발부담금의 법적 성격은 부담금이 아닌 조세로 보아야 한다는 것이다.⁷⁾

이러한 헌법재판소의 논거는 나름의 설득력을 갖고 있지만, 그것만으로 개발부담금을 조세로 보는 것이 타당한지에 대해서는 여전히 논란이 많다.⁸⁾ 더욱이 개발부담금을 실질적 조세로 본 과거의 판례와 재건축부담금을 (특별)부담금으로 본 최근의 판례는 내적 일관성을 갖춘 것으로 보기 어려우며, 전체 헌법재판소 판례를 통일적으로 이해하는 데에 새로운 어려움에 직면하게 된다.

결국, 관련 문제를 전체적으로 정리하기 위해서 한편으로 조세와 특별부담금의 유사점과 차이점에 대한 깊이 있는 고찰이, 다른 한편으로 개발부

3) 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바191등 결정.

4) 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바191등 결정.

5) 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바191등 결정.

6) 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바191등 결정.

7) 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바191등 결정.

8) 이에 대하여는 차진아, 개발부담금의 법적 성격에 관한 헌법재판소 판례의 분석과 평가, 강원법학 제59권(2020.2), 155-206면 참조.

담금과 재건축부담금의 유사점과 차이점에 대한 정확한 분석과 검토가 필요할 것이다. 그 기초 위에서만 재건축부담금에 대한 이해의 혼란을 정리하고, 재건축부담금의 의의와 기능 및 합헌성의 범위에 대한 합리적인 결론을 도출하는 것이 가능할 것이기 때문이다.

II. 재건축부담금의 법적 성격

1. 재건축부담금의 의의

‘재건축부담금’은 재건축사업에서 발생하는 재건축초과이익 중에서 재건축초과이익 환수법에 따라 국토교통부장관이 부과·징수하는 금액이다.⁹⁾ 이는 곧 모든 재건축초과이익을 대상으로 재건축부담금이 부과·징수되는 것도 아니며, 재건축초과이익의 전액을 재건축부담금으로 부과·징수하는 것도 아니라는 점을 의미한다.

‘재건축사업’이라 함은 “정비기반시설은 양호하나 노후·불량건축물에 해당하는 공동주택이 밀집한 지역에서 주거환경을 개선하기 위한 사업”을 말한다.¹⁰⁾ 또한 ‘소규모재건축사업’이란 “정비기반시설이 양호한 지역에서 소규모로 공동주택을 재건축하기 위한 사업”을 말한다.¹¹⁾

‘재건축초과이익’이란 재건축사업으로 인하여 정상주택가격상승분을 초과하여 재건축조합 또는 조합원에게 귀속되는 주택가액의 증가분을 말한다.¹²⁾ 이러한 재건축초과이익은 재건축초과이익 환수법 제7조에 따라 산정한다.¹³⁾

9) 재건축초과이익환수법 제2조 제3호.

10) 「도시 및 주거환경정비법」 제2조 제2호 다목.

11) 「빈집 및 소규모주택 정비에 관한 특례법」 제2조 제1항 제3호 다목.

12) 재건축초과이익환수법 제2조 제1호.

13) 재건축초과이익환수법 제7조(부과기준) 재건축부담금의 부과기준은 종료시점 부과대상 주택의 가격 총액(다만, 부과대상 주택 중 일반분양분의 종료시점 주택가액은 분양시점 분양가격의 총액으로 하며, 이하 “종료시점 주택가액”이라 한다)에서 다음

그러면 어떤 경우에 재건축부담금이 부과·징수되며, 재건축초과이익 중의 어느 정도를 재건축부담으로 환수하는 것이 정당한 것인가? 이는 재건축부담금의 의의와 성격, 기능 등을 종합적으로 고려하는 가운데 판단하여야 할 것이다.

2. 재건축부담금의 법적 성격: 조세인가, 특별부담금인가?

재건축부담금의 법적 성격과 관련하여 가장 먼저 고려되어야 할 것은 재건축초과이익환수법의 규정이다. 이 법률에서 재건축부담금이라는 용어를 사용하고 있으며 부담금관리기본법에서도 재건축부담금을 부담금의 하나로 규정¹⁴⁾하고 있다는 것은 곧 입법자가 재건축부담금을 조세가 아닌 부담금으로 보고 있음을 보여주는 것이다.¹⁵⁾

그러나 헌법재판소의 일관된 판례는 “어떤 공과금이 조세인지 아니면 부담금인지는 단순히 법률에서 그것을 무엇으로 성격 규정하고 있느냐를 기준으로 할 것이 아니라, 그 실질적인 내용을 결정적인 기준으로 삼아야 한다”¹⁶⁾는 것이다. 헌법재판소의 이러한 입장은 원칙적으로 타당한 것으로 보인다. 만일 특별부담금이 입법자의 편의에 따라 조세 우회적 공과금으로 오·남용된다면, 일반과세의 수행을 위한 재정수요는 공동의 부담인 조세로써 충당하여야 함에도 불구하고 입법자가 특별부담금으로써 특정한 범위의 인적 집단에게만 추가적인 부담을 지울 수 있게 되어 조세평등주의 등이 형

각 호의 모든 금액을 공제한 금액으로 한다.

1. 개시시점 부과대상 주택의 가격 총액(이하 “개시시점 주택가액”이라 한다)
2. 부과기간 동안의 개시시점 부과대상 주택의 정상주택가격상승분 총액
3. 제11조의 규정에 의한 개발비용 등

14) 부담금관리기본법 제3조의 별표 제68호.

15) 이에 따라 「국세와 지방세의 조정 등에 관한 법률」 제4조에서는 “국가와 지방자치단체는 이 법에서 규정한 것을 제외하고는 과세물건(課稅物件)이 중복되는 어떠한 명목의 세법(稅法)도 제정하여서는 아니 된다”라고 규정하면서 동법 제2조에서 국세의 세목을, 제3조에서 지방세의 세목을 규정하고 있으나, 재건축부담금에 대해서는 규정하고 있지 않다.

16) 헌재 2001. 4. 26. 99헌바39 결정; 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바191등 결정; 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381등 결정.

해화할 우려가 크기 때문이다.¹⁷⁾

그런데 과연 입법자의 판단에 대해 헌법재판소가 어떤 경우에 어느 정도까지 이를 달리 볼 수 있는지에 대한 논란은 접어 두더라도, 조세와 부담금의 실질적인 차이는 무엇이며, 이를 나누는 기준이 무엇인지에 대해서는 분명하게 정리할 필요가 있다.

특별부담금(Sonderabgaben)¹⁸⁾은 특정한 급부에 대한 반대급부가 아니라서 점에서 사용료·수수료 등 다른 공과금과 구별되고 조세¹⁹⁾와 유사하며, 징수금의 지출 용도가 특정한 사업에만 한정된다는 점에서 특히 목적세와 구별하기가 쉽지 않다.²⁰⁾

그러나 조세가 국가의 일반과제 수행을 위해 모든 국민에게 부과하는 공동의 부담이다. 반면에, 특별부담금은 특별한 과제의 수행을 위해 해당 과제와 특별한 밀접한 관련이 있는 특정한 인적 집단에게만 조세라는 공동의 부담에 더해지는 추가적인 부담이라는 점에서 양자는 구별된다.²¹⁾ 어떠한 과제가 일반과제인지 아니면 특별한 과제인지는 입법목적, 부과대상 사업의 내용과 성격, 부과대상자, 징수금의 지출 용도와 관리 등을 종합적으로 고려하여, 해당 과제에 대해 부과대상자가 일반 국민과 구별되는 특별히 밀접한 관련성이 있는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이다.²²⁾

그런데 헌법재판소는 개발부담금을 실질적인 조세로 인정하면서 “개발

17) 헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42 결정; 차진아, 위의 논문(주 8), 167-168면.

18) 특별부담금은 “국가 또는 지방자치단체 등이 특정한 공적 과제의 수행을 위해 반대급부 없이 특정한 인적 집단에게 부과하는 금전납부의무”로서 「부담금관리 기본법」 제2조의 부담금에 해당한다. 특별부담금의 개념에 대하여 자세한 것은 차진아, 위의 논문(주 8), 165-167면.

19) 조세는 “국가 또는 지방자치단체 등 공법상 단체가 일반적 과제수행을 위한 재정수요를 충당하기 위해 과세요건에 해당하는 모든 자에게 반대급부 없이 부과하는 금전납부의무”이다. 조세의 개념에 관하여 자세한 것은 차진아, 위의 논문(주 8), 157면의 각주 2 참조.

20) 차진아, 위의 논문(주 8), 167면.

21) 헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42 결정: “조세는 국가 등의 일반적 과제의 수행을 위한 것으로서 담세능력이 있는 일반국민에 대해 부과되지만, 부담금은 특별한 과제의 수행을 위한 것으로서 당해 공익사업과 일정한 관련성이 있는 특정 부류의 사람들에게 대해서만 부과되는 점에서 양자는 차이가 있다.”

22) 차진아, 위의 논문(주 8), 190면.

부담금은 실질적으로는 조세의 성격을 가지는 금전급부로서 국가나 지방자치단체의 활동을 위한 재정수입의 원천이 되므로, 고도의 공공성과 공익성을 가져 그 징수의 확보를 보장할 필요가 있다.”는 이유로 개발부담금의 우선징수권을 인정한 것이 합헌이라고 판시한 바 있다.²³⁾ 이러한 기준을 적용할 경우에 재건축부담금도 개발부담금과 마찬가지로 실질적 조세로 볼 가능성은 결코 작지 않을 것이다.

그러나 헌법재판소는 앞서 살펴본 바와 같이 개발부담금은 실질적 조세로²⁴⁾ 본 반면에, 재건축부담금은 (정책실현목적의) 특별부담금으로 보았다. 헌법재판소는 이 결정에서 재건축부담금이 “법률상 규정된 과세요건이 충족되면 국민이면 누구나 부담하는 일반적인 재정책임, 즉 일종의 일반부담금으로서 정부의 재정수요를 충당하기 위하여 보상이나 반대급부 없이 국민으로부터 강제적으로 징수하는 조세와는 그 목적과 기능이 구별되므로”, “조세가 아닌 부담금에 해당”한다고 본 근거는 다음과 같다.²⁵⁾

첫째, “재건축부담금은 국토해양부장관이 주택재건축사업에서 발생하는 초과이익을 환수함으로써 주택가격의 안정과 사회적 형평을 제고한다는 특정한 공적 과제의 수행”²⁶⁾을 위한 것이다.

둘째, 재건축부담금은 “구 도시정비법에 의하여 주택재건축사업을 하기 위하여 설립된 조합(또는 조합원)이라는 특정 부류의 법인 또는 사람들에게”²⁷⁾만 부과하는 것이다.

셋째, 재건축부담금은 “특정한 반대급부 없이 일정한 금전을 강제적·일률적으로 부과하는 것이다.”²⁸⁾

넷째, 재건축부담금 징수금은 “국민주택기금, 도시·주거환경정비기금 또는 국민주택사업특별회계로 귀속되어 별도로 관리·운용되고(구 재건축이익환수법 제4조), 국민주택의 건설, 임대주택의 건설·관리 등 제한된 용도로

23) 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바191등 결정.

24) 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바191등 결정.

25) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381등 결정.

26) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381등 결정.

27) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381등 결정.

28) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381등 결정.

만 지출된다.”²⁹⁾

그런데 이러한 기준을 그대로 개발부담금에 적용한다면, 과연 개발부담금을 실질적 조세로 인정할 수 있을 것인지가 문제된다. 개발부담금도 첫째, “토지에서 발생하는 개발이익을 환수하여 이를 적정하게 배분하여서 토지에 대한 투기를 방지하고 토지의 효율적인 이용을 촉진하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지”한다는 특정한 공적 과제의 수행을 위한 것이고,³⁰⁾ 둘째, 개발이익환수법 제5조에 규정된 개발사업의 시행자라는 특정한 인적 집단에게만 부과되고, 셋째, 특정한 반대급부 없이 강제적·일률적으로 부과되는 금전납부의무이며, 넷째, 징수금의 지출 용도와 관련하여 국가에 배분되는 징수금은 지역사회기반시설의 확충 및 개선 관련 사업 등 지방자치단체의 사업에 대한 보조³¹⁾에, 지방자치단체에 배분되는 징수금은 해당 특별자치도, 시·군 및 자치구의 토지 관리와 지역균형개발사업의 효율적 추진³²⁾에 그 용도가 한정되어 있다.

헌법재판소가 재건축부담금을 일종의 정책실현목적 부담금으로 인정³³⁾한 점에 비추어 볼 때, 개발부담금을 재건축부담금과 달리 보아야 할 결정적인 이유가 불명확해지는 것이다.³⁴⁾

29) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381등 결정.

30) 개발이익환수법 제1조.

31) 개발이익환수법 제4조 제1항; 국가재정법 제4조 제3항의 별표1 제2호; 국가균형발전법 제32조, 제34조 제1항 제3호, 제34조 제2항.

32) 개발이익환수법 제4조 제3항; 동법시행령 제3조 제3항.

33) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381 결정: “부담금은 그 부과목적과 기능에 따라 ① 순수하게 재정조달의 목적만 가지는 재정조달목적 부담금과 ② 재정조달 목적뿐만 아니라 부담금의 부과 자체로써 국민의 행위를 특정한 방향으로 유도하거나 특정한 공법적 의무의 이행 또는 공공출연으로부터의 특별한 이익과 관련된 집단 간의 형평성 문제를 조정하여 특정한 사회·경제정책을 실현하기 위한 정책실현목적 부담금으로 구분될 수 있다(헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42; 헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20 참조). 이 사건 재건축부담금 제도는 재건축사업으로 발생하는 초과이익의 사유화로 인하여 발생하는 소득구조의 불균형과 계층 간 갈등, 주택가격의 폭등을 방지함으로써 주택가격의 안정과 사회적 형평을 기하고, 주거환경(노후·불량주택)을 개선하고자 하는 재건축사업이 본래의 목적대로 추진되도록 유도하고자 마련된 것이다. 그렇다면 이는 재정조달목적이 아예 없다고는 할 수 없지만, 대체로 부담금의 부과 자체로 특정한 사회·경제 정책의 실현을 목적으로 하는 ‘정책실현목적의 유도적·조정적 부담금’이라고 할 것이다.”

3. 재건축부담금을 조세로 볼 경우와 부담금으로 볼 경우의 실질적 차이

재건축부담금을 조세로 볼 것인지, 아니면 특별부담금으로 볼 것인지의 문제는 각각의 경우에 어떤 실질적 차이가 발생하는지를 고려하지 않을 수 없다. 각각의 경우에 관련 법령들이 체계적 통일성 속에서 정리될 수 있는지도 중요하지만, 재건축부담금의 성격 규정에 따른 파급효를 고려하지 않고서는 재건축부담금이 제 기능을 하도록 만들기 어려울 것이기 때문이다.

개발부담금과 재건축부담금을 모두 조세로 볼 때에는 세 가지 문제가 주로 대두될 수 있다. 첫째, 재건축부담금과 개발부담금 모두 미실현이득에 대한 과세이므로, -특히 실현된 이득에 대한 과세인 양도소득세와 비교할 때- 최고세율 50%로써 중과세하는 것이 비례성 원칙에 반하는지가 문제되고,³⁵⁾ 둘째, (특히 토지초과이득세에 관한 헌법재판소 결정³⁶⁾에 따르면) 양

34) 개발부담금을 조세로 본 헌법재판소 결정에 대한 비판에 대하여는 신정규, 개발부담금의 법적 성격과 우선징수권에 관한 고찰 - 헌법재판소 2016. 6. 30. 2013헌바191, 2014헌바473 (병합) -, 토지공법연구 제76집(20016.11), 131-156면; 차진아, 위의 논문(주 8) 참조.

35) 성소미, 재건축 개발이익환수에 관한 법적 쟁점, 토지공법연구 제31집(2006.5), 19-20면.

36) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등 결정: “토초세법 제26조 제1항은 토초세 결정일로부터 6년 이내에 당해 토지를 양도하는 경우에는 토초세 결정일로부터 양도일까지의 경과년수에 상응하여 양도소득세 등의 납부세액에서 토초세액의 40~80%만을 공제하도록 규정하고 있고, 같은 조 제4항은 토초세가 부과된 토지를 양도하는 경우 위의 세액 공제 대신 토초세액을 필요경비로서 양도차익으로부터 공제할 수 있도록 규정하고 있는바, 위의 어느 경우에도 양도소득세액에서 토초세액 전부를 곧바로 공제하지 아니하는 결과 위 두 가지 세금이 중복되는 부분이 생길 수 있다. 그러나 이미 본 바와 같이 토초세는 양도소득세와 같은 소득세의 일종으로서 그 과세대상 또한 양도소득세 과세대상의 일부와 완전히 중복되는 자본이득에 대한 과세이고, 위 두 가지 조세가 지향하는 목적과 기능의 상당부분이 겹치고 있어 어느 의미에서는 토초세가 양도소득세의 예납적 성격을 가지고 있다 봄이 상당하므로, 결국 위 중복부분은 이중과세에 해당하여 조세법률주의상의 실질과세의 원칙에 반한다.”

위 결정에서 헌법재판소가 “이중과세에 해당하여 조세법률주의상의 실질과세의 원칙”에 위배되는 것으로 판시한 것은 조세법률주의의 내용을 지나치게 확장한 것으로서 타당하지 않으며, 조세법률주의가 아닌 과잉금지원칙에 위배되는 것으로 보아야 할 것이다.

도소득세 등과 관련하여 이중과세의 문제가 제기될 수 있으며,³⁷⁾ 셋째, 재건축부담금의 부과·징수에 있어서 - 주택재개발사업과 비교할 때- 조세평등주의 위반 여부가 문제될 수 있다.³⁸⁾

반면에 재건축부담금을 특별부담금으로 볼 때에는 다음과 같은 문제들이 해결되어야 한다. 첫째, 특별부담금 부과에 허용요건을 충족하여야 한다. 둘째, 재건축부담금의 부과율과 관련하여 - 특히 주택재건축사업은 개발부담금의 부과대상인 개발사업보다 공공성이 더 낮음³⁹⁾에도 불구하고 최고부과율이 50%로써 개발부담금 부담률(20% 또는 25%)의 2~2.5배에 이르고 있다는 점과 관련하여 - 그 비례성 문제가 해결되어야 한다.⁴⁰⁾ 셋째, 양도소득세와 재건축부담금을 병과할 경우에 그 적정성은 어떻게 판단할 것인가가 밝혀져야 한다. 넷째, 우선징수권의 위헌성 문제를 어떻게 설명할 수 있는지가 해명되어야 한다.

이러한 문제들은 매우 복잡한 현실적 조건들과 종횡으로 연결되어 있기 때문에 이를 전체적으로 정리하는 것은 매우 어려운 일이며, 어느 하나의 문제를 해결하는 것이 다른 문제를 더욱 복잡하게 만들기도 한다. 그러므로 이를 전체적으로 정리하기 위해서는 먼저 재건축부담금과 개발부담금의 유사점과 차이점을 조망하는 가운데 그 성격과 기능을 분명하게 정리하는 것이 선행되어야 할 것이다.

37) 김완석, 재건축에 관한 조세법적 검토, 토지공법연구 제33집(2006.11), 71-72면; 성소미, 위의 논문, 20-21면; 정지선, 재개발·재건축 관련 조세법상 쟁점과 정책과제, 조세연구 제10-2집(2010.8), 88면 이하.

38) 성소미, 위의 논문, 23면.

39) 성소미, 위의 논문, 18-19면; 이정희/ 권대중, 재건축 개발이익환수제도의 실증분석 연구 -재건축 부담금을 중심으로-, 대한부동산학회지 제25호(2007.6), 277-278면.

40) 이상신, 재건축 부담금의 법적 성격 및 위헌성 검토, 부동산학보 제74권(2018.8), 114면.

Ⅲ. 개발부담금과 재건축부담금의 비교

1. 유사점

여러 유형의 부담금 중에서 재건축부담금과 가장 유사성이 높은 것이 개발부담금이라 할 수 있다. 양자는 모두 부동산의 개발에 따른 개발이익의 환수에 관한 것이라고 볼 수 있기 때문이다. 물론 전자는 재건축사업을, 후자는 특정 지역의 개발사업을 전제로 한다는 차이가 있지만, 공통점이 매우 많다는 점은 부인할 수 없다.

첫째, 양자는 부과의 목적이 유사하다. 개발부담금과 재건축부담금은 모두 개발사업 또는 주택재건축사업의 시행으로 인한 불로소득의 환수 및 이를 통한 부동산투기의 억제, 부동산시장의 안정(부동산가격의 급격한 상승억제) 등을 목적으로 하고 있다. 양자는 모두 해당 개발사업이나 주택재건축사업의 시행과 관련된 비용조달의 목적보다는 상기한 유도·조정적 목적의 달성을 위해 부과된다.

둘째, 개발부담금과 재건축부담금 모두 유도·조정적 목적을 위해 반대급부 없이 부과된다는 점에서 공통점을 갖는다. 조세와 특별부담금 모두 반대급부 없이 부과되는 공과금이기 때문에, 개발부담금과 재건축부담금이 조세인지 특별부담금인지 논란이 되고 있다.

셋째, 납부의무자도 개발사업의 시행자라는 점에서 유사하다. 개발부담금의 경우 개발사업자가 납부의무자가 되며, 재건축부담금의 경우에도 주택재건축조합의 사업의 시행자이며, 주택재건축조합이 해산한 경우 그 조합원이 납부의무자라는 점에서 유사성이 인정된다.

넷째, 환수대상 불로소득과 납부의무자 간 관계와 관련하여, 개발부담금의 납부의무자와 재건축부담금의 납부의무자는 해당 토지의 소유자인 사업시행자나 해당 주택의 소유자인 조합원 또는 조합원으로 구성된 조합에 그치지 않고 해당 개발사업이나 주택재건축사업을 시행함으로써 불로소득인 개발이익이나 재건축초과이익을 적극적으로 유발한 당사자라는 유사성을 갖는다. 반면에 토지초과이득세의 납부의무자는 토지초과이득이 발생한

토지의 소유자일뿐이라는 점에서 개발부담금이나 재건축부담금의 납부의무자와는 구별된다.

다섯째, 징수금의 귀속과 용도도 - 일부 차이는 있으나- 유사성이 크다. 개발부담금 징수금은 50%를 지역발전특별회계에,⁴¹⁾ 50%를 지방자치단체⁴²⁾에 귀속되도록 하고, 징수금의 용도를 한정하고 있다.⁴³⁾ 이와 유사하게 재건축부담금 징수금의 귀속 및 용도는 50%를 국가(주택도시기금)에, 20%를 특별시·광역시·도에, 30%를 시·군·구(자치구)에 귀속하되, 기초와 광역의 구분이 불명확한 특별자치시·특별자치도에는 50%를 귀속하도록 하였다. 또한 지자체 귀속분은 도시·주거환경정비기금, 재정비촉진특별회계 또는 국민주택사업특별회계⁴⁴⁾의 재원으로 귀속되도록 하였다.

여섯째, 양도소득세와의 관계도 매우 유사하다. 개발부담금의 경우, 부과개시시점 이후 개발부담금 부과 전 납부한 양도소득세를 개발비용으로 계상한다.⁴⁵⁾ 또한 재건축부담금의 경우에도 부과개시시점 이후 재건축부담금 부과 전 납부한 양도소득세를 개발비용으로 계상한다.⁴⁶⁾ 그밖에 개발부담금 또는 재건축부담금 부과 이후 양도소득세가 부과되는 경우, 양도소득세 과세표준의 계산에서 개발부담금 또는 재건축부담금을 필요경비로 공제한

41) 개발이익환수법 제4조 제1항; 국가재정법 제4조 제3항, 별표1 [특별회계설치 근거법률](제4조제3항 관련) 제2호; 국가균형발전법 제32조, 제34조 제1항 제3호.

42) 개발이익환수법 제4조 제1항, 제3항, 동법 시행령 제3조 제3항.

43) 개발부담금 징수금 중 국가귀속분의 지출용도는 지역사회기반시설의 확충 및 개선 관련 사업 등 지방자치단체의 사업에 대한 보조 등에 한정된다(국가균형발전법 제34조 제2항).

지방자치단체 귀속분은 “해당 특별자치도, 시·군 및 자치구의 토지 관리와 지역균형 개발사업을 효율적으로 추진하기 위하여 사용하여야 하며, 필요한 경우에는 조례로 정하는 바에 따라 귀속되는 개발부담금을 재원으로 하는 토지관리특별회계를 설치할 수 있다.”(개발이익환수법 제4조 제1항, 제3항, 동법 시행령 제3조 제3항).

44) 재건축초과이익환수법 제4조.

45) 개발이익환수법 제12조 제1항.

46) 재건축초과이익환수법 제11조 제1항 제2호, 시행령 제9조 제2항, 별표 제2호 가목. 재건축초과이익환수법 시행일 전에 부과개시시점 이후 개시시점 부과대상 주택의 양도로 인해 부과된 양도소득세의 경우에는 당해 양도세액 중 당해 양도세액 중 부과개시시점부터 양도시점까지에 상당하는 세액을 개발비용을 계상함(동법 제13조 제1항).

다⁴⁷⁾는 점도 양자의 유사점이라고 할 수 있다.

일곱째, 우선징수권이 인정된다는 점에서도 그러하다. 개발부담금 및 가산금 등에 대해 국세와 지방세를 제외한 그밖의 채권에 대한 우선징수권 인정되고 있으며(개발이익환수법 제22조 제2항),⁴⁸⁾ 재건축부담금 및 가산금 등의 징수와 관련하여 개발이익환수법 제22조 제2항이 준용⁴⁹⁾되고 있는 것이다.

2. 차이점

양자의 유사점에 비하면 차이점은 오히려 뚜렷하지 않은 것으로 볼 수 있다. 재건축사업도 넓은 의미의 개발사업에 속하는 것으로 볼 수 있고, 단지 공동주택의 재건축과 관련하여 많은 관심이 있고, 이해관계가 첨예하기 때문에 이를 특별히 다루고 있는 것으로 볼 수 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 다음의 몇 가지 차이점에 주목할 필요가 있다.

첫째, 현행법상 부과 대상이 되는 사업의 유형이 구분되어 개발부담금은 ‘택지개발사업’ 등으로 인하여 발생한 개발이익을, 재건축부담금은 ‘주택재건축사업’으로 인한 재건축초과이익을 환수하기 위한 것으로 구별된다. 그러나 이러한 차이점은 본질적인 것으로 평가하기 어렵다. 재건축초과이익환수법의 제정필요성과 관련하여 주택재건축사업을 개발부담금 부과사업의 일종으로 규율할 수도 있으나,⁵⁰⁾ 주택재건축사업에 대해서는 개발부담금의

47) 소득세법 제97조제1항 제2호, 소득세법 시행령 제163조 제3항 제3조의2호, 재건축초과이익환수법 제13조 제1항, 소득세법 제97조제1항 제2호, 소득세법 시행령 제163조 제3항 제3조의3호.

48) 개발이익환수법 제22조(채납처분 등) ② 제1항에 따른 개발부담금 및 가산금 등은 국세와 지방세를 제외한 그 밖의 채권에 우선하여 징수한다. 다만, 제15조에 따른 개발부담금 납부 고지일 전에 전세권, 질권 또는 저당권의 설정을 등기하거나 등록한 사실이 증명되는 재산을 매각할 때 그 매각 대금 중에서 개발부담금과 가산금 등을 징수하는 경우 그 전세권, 질권 또는 저당권으로 담보된 채권에 대하여는 그러하지 아니하다.

49) 재건축초과이익환수법 제18조.

50) 김남근, 재건축초과이익 환수에 한 법률 제정에 한 공청회, 국회 건설교통위원회 회의록, 2006. 4. 19, 2-3면.

최고부담률인 25%보다 고율인 50%의 부담률로 부과하기 위해 별도의 특별법으로써 규율한 것으로 이해하는 것이 일반적이기 때문이다.⁵¹⁾

둘째, 양자는 부과대상 이익에 차이가 있다. 개발부담금은 정상지가상승분을 초과하는 지가상승분(개발사업의 시행이나 토지이용계획의 변경, 그 밖에 사회적·경제적 요인에 따라 정상지가상승분을 초과하여 사업시행자나 토지 소유자에게 귀속되는 토지 가액의 증가분)을 그 대상으로 한다.⁵²⁾ 반면에 재건축부담금은 정상주택가격상승분을 초과하는 주택가액상승분(재건축사업으로 인하여 정상주택가격상승분을 초과하여 주택재건축조합(원)에게 귀속되는 주택가액의 증가분)을 그 대상으로 한다.⁵³⁾ 그러나 전술한 바와 같이 개발부담금 부과 대상 사업과 재건축부담금 부과대상 사업 간 본질적인 차이를 인정하기 어렵고 오히려 유사성이 더 크다면, 개발부담금과 재건축부담금의 해당 사업으로 인한 부과대상 이익 간에도 본질적인 차이를 인정하기 어렵다.

셋째, 납부의무자의 성격에 차이가 있다. 개발부담금의 납부의무자인 사업시행자는 해당 개발사업의 시행 등으로 인한 토지 등의 공급자인 반면에, 재건축부담금의 납부의무자인 주택재건축조합(조합이 해산된 경우 등에는 조합원)은 해당 사업의 시행자로서 해당 주택의 공급자이나 해당 주택의 수요자인 조합원으로 구성된 단체이므로 조합원에게 공급되는 주택과 관련하여서는 수요자의 성격도 가지고 있다.

넷째, 대상 사업의 공공성에 차이가 있다. 개발부담금 대상 사업인 택지개발사업 등은 주택단지조성이나 산업단지 등의 건설 등 대규모 인프라 구축을 위한 사업이나,⁵⁴⁾ 재건축부담금 대상 사업은 비교적 인프라가 잘 구축

51) 즉, 재건축부담금을 개발부담금의 일종으로 파악하는 것이 일반적이다. 이에 대해서는 김남근, 앞의 글, 2-3면; 김성수, 재건축부담금에 대한 헌법적 검토, 토지공법연구 제31집(2006.5), 36-37면; 이상신, 위의 논문, 110면; 이춘원, 재건축 부담금의 헌법적 검토, 부동산법학 제22집 제1호(2018.2), 9면 참조.

52) 개발이익환수법 제2조 제1호.

53) 재건축초과이익환수법 제2조 제1호.

54) 헌재 2016. 6. 30. 2013헌바191등 결정: “개발부담금은 실질적으로는 조세의 성격을 가지는 금전급부로서 국가나 지방자치단체의 활동을 위한 재정수입의 원천이 되므로, 고도의 공공성과 공익성을 가져 그 징수의 확보를 보장할 필요가 있다.”

된 토지를 기반으로 노후된 주택을 재건축하는 사업이므로 재건축대상사업은 개발부담금 대상 사업보다 공공성이 약한 것으로 평가할 수 있다.⁵⁵⁾

다섯째, 개발이익 내지 초과이익 산정방식(특히 부과종료시점의 지가 내지 주택가액의 산정방식)에 관한 규정에도 차이가 있다.

개발이익 산정 관련 부과 개시 시점(사업시행자가 국가나 지방자치단체로부터 개발사업의 인가 등을 받은 날)⁵⁶⁾의 지가산정방식은 해당 연도의 부과 대상 토지의 개별공시지가(부과 개시 시점으로부터 가장 최근에 공시된 지가를 말한다)에 그 공시지가의 기준일부터 부과 개시 시점까지의 정상 지가상승분을 합한 가액⁵⁷⁾이며, 개발이익 산정 관련 부과 종료 시점(준공인가 등을 받은 날)⁵⁸⁾의 지가산정방식은 “부과 종료 시점 당시의 부과 대상 토지와 이용 상황이 가장 비슷한 표준지의 공시지를 기준으로 「부동산

55) 성소미, 위의 논문, 18-19면. 주택재개발사업은 개발부담금 부과대상은 아니나, 광범위한 기반시설의 구축을 전제한다는 점에서 개발부담금 부과대상 사업과 마찬가지로 공공성이 매우 강한 것으로 이해할 수 있다. 이러한 맥락에서 헌법재판소가 아래에서 보는 바와 같이 주택재건축사업은 주택재개발사업보다 공공성이 약하다고 판시한 점에 주목할 필요가 있다.

헌재 2012. 11. 29. 2011헌바224 결정: “도시정비법에서 주택재건축사업과 주택재개발사업이 함께 규율되고 있으나, 사업의 성격과 세부적 규율에 있어서는 여전히 양자간에 차이가 있다. 주택재개발사업은 주택재건축사업과 달리 정비기반시설이 열악한 지역에서 시행하는 사업으로, 도시기능을 회복하고 공공복리의 증진을 목적으로 다소 강제적인 방법으로 시행하는 공공사업(헌재 1997. 4. 24. 96헌가3, 판례집 9-1, 416, 427-428)이고, 본질상 도시의 건전한 발전과 공공복리의 증진이라는 공공성이 크게 강조되는 공익사업(헌재 1996. 3. 28. 95헌바47, 판례집 8-1, 213, 222)의 성격이 강하다. 그리하여 주택재개발사업은 정비구역 안에서 인가받은 관리처분계획에 따라 주택 및 부대·복리시설을 건설하여 공급하거나 환지로 공급하는 방법에 의하는 반면, 주택재건축사업은 정비구역 안 또는 정비구역이 아닌 구역에서 인가받은 관리처분계획에 따라 주택 및 부대·복리시설을 건설하여 공급하는 방법에 의한다(제6조). 또한 주택재개발사업에서는 정비구역 내 토지등소유자 전원이 강제로 사업에 참여하게 되는 반면, 주택재건축사업에서는 주택재건축사업에 동의한 자만이 조합원이 된다. 이와 같이 주택재건축사업은 주택재개발사업에 비하여 공공성이 상대적으로 약하고, 방법상으로 주택재개발사업보다 온건하며, 대상지역이 불량주거지가 아니고, 토지등소유자가 대체로 재건축사업에 자발적으로 합의한다는 점에서 공적 관여의 강도에 차이가 있다.”

56) 개발이익환수법 제9조 제1항.

57) 개발이익환수법 제10조 제3항

58) 개발이익환수법 제9조 제3항

가격공시에 관한 법률」 제3조 제7항에 따른 표준지와 지가산정 대상토지의 지가형성 요인에 관한 표준적인 비교표에 따라 산정한 가액(價額)에 해당 연도 1월 1일부터 부과 종료 시점까지의 정상지가상승분을 합한 가액으로 한다. 이 경우 종료시점지와 표준지의 공시지가가 균형을 유지하도록 하여야 하며, 개발이익이 발생하지 않을 것이 명백하다고 인정되는 경우 등 대통령령으로 정하는 경우 외에는 종료시점지의 적정성에 대하여 감정평가업자(「감정평가 및 감정평가사에 관한 법률」 제2조 제4호에 따른 감정평가업자를 말한다)의 검증을 받아야” 한다.⁵⁹⁾

반면에 재건축초과이익 산정 관련 부과개시시점(주택재건축조합설립추진위원회 설립 승인일)⁶⁰⁾ 주택가액 산정방식은 「부동산 가격공시에 관한 법률」에 따라 공시된 부과대상 주택가격, 공시된 주택가격이 없는 경우는 제2항에서 규정한 절차에 따라 국토교통부장관이 산정한 부과개시시점 현재의 주택가격총액에 공시기준일부터 개시시점까지의 정상주택가격상승분을 반영한 가액이며,⁶¹⁾ 재건축초과이익 산정 관련 부과종료시점(준공인가일)⁶²⁾의 주택가액산정방식은 대통령령이 정하는 바에 따라 국토교통부장관이 대통령령이 정하는 부동산 가격의 조사·산정에 관하여 전문성이 있는 기관(이하 “부동산가격조사 전문기관”이라 한다)에 의뢰하여 종료시점 현재의 주택가격 총액을 조사·산정하고 이를 「부동산 가격공시에 관한 법률」에 따른 부동산가격공시위원회(이하 “부동산가격공시위원회”라 한다)의 심의를 거쳐 결정한 가액으로 한다. 이 경우 본문 규정에 의하여 산정된 종료시점 현재의 주택가격은 「부동산 가격공시에 관한 법률」 제16조, 제17조 및 제18조에 따라 공시된 주택가격으로 본다.⁶³⁾

여섯째, 양자는 부담률(부과율)에 차이가 있다. 개발부담금의 부담률은

59) 개발이익환수법 제10조 제1항.

60) 재건축초과이익환수법 제8조 제1항. 다만, 부과개시시점부터 부과종료시점까지의 기간이 10년을 초과하는 경우에는 부과종료시점으로부터 역산하여 10년이 되는 날을 부과개시시점으로 함(동법 제8조 제1항).

61) 재건축초과이익환수법 제9조 제1항.

62) 재건축초과이익환수법 제8조 제3항.

63) 재건축초과이익환수법 제9조 제2항.

대상사업의 종류에 따라 20% 또는 25%⁶⁴⁾인 반면에, 재건축부담금의 부과율은 3,000만원을 초과하는 재건축초과이익에 대하여 그 액수에 따라 10%~50%, 5단계의 초과누진율에 의하고 있다.⁶⁵⁾

일곱째, 학교용지부담금과의 재산정·조정에 차이가 있다. 개발부담금의 경우에는 개발부담금에서 납부한 학교용지부담금 전액을 공제한다.⁶⁶⁾ 반면에 재건축부담금의 경우에는 납부한 학교용지부담금을 개발비용으로 계상하도록 하여 그 일부만 공제하고 있다.⁶⁷⁾

3. 토지초과이득세, 개발부담금과 재건축부담금의 비교

개발부담금과 재건축부담금은 개발이익의 환수라는 공통점을 가지고 있다. 그러나 과거 토지공개념 3법으로 알려졌던 택지소유상한제, 토지초과이득세, 개발이익환수제 중에서 앞의 두 제도가 헌법재판소의 위헌결정 및 헌법불합치결정으로 인해 무효화되었고, 개발이익환수제만이 합헌결정으로 현재까지 유지되고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.⁶⁸⁾

특히 현재의 개발부담금과 재건축부담금의 뿌리가 되는 개발이익환수제와는 달리 토지초과이득세가 위헌으로 결정된 이유에 대해 주목할 필요가 있으며, 이러한 검토를 통해 개발부담금 및 재건축부담금이 향후 합헌적

64) 개발이익환수법 제13조.

65) 재건축초과이익환수법 제12조.

66) 개발이익환수법 제14조의2, 소득세법 시행령 제163조 제3항 제3조의3호.

개발이익환수법 제14조의2(부담금의 조정 등) ① 개발부담금 결정·부과 후 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」에 따른 학교용지부담금을 납부하는 등 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우에는 이를 다시 산정·조정하여 그 차액을 부과하거나 환급하여야 한다.

② 제1항에 따른 산정·조정 방법 및 부과·환급 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

67) 재건축초과이익환수법 제11조 제1항 제2호, 시행령 제9조 제2항, 별표 제2호 나목(“그 밖의 원인자부담금 등”에 학교용지부담금이 포함되는지 여부에 대해서는 논란의 여지가 있어 보임).

68) 이에 대하여는 아래의 「IV.2. 토지공개념과 주택에 대한 재산권 제한의 합헌성 판단기준」 참조.

으로 유지되고, 발전할 수 있는 방향과 범위를 정확하게 확인하는 것의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다.

이러한 맥락에서 토지초과이익세와 개발부담금, 재건축부담금을 정밀하게 비교·분석하는 것은 재건축부담금의 올바른 이해와 관련 법규정의 해석을 위해서도 중요한 의미를 갖는다. 이러한 비교·분석을 정리하면 아래의 표와 같다.

《표-1》 토지초과이익세, 개발부담금과 재건축부담금의 비교⁶⁹⁾

	토지초과이익세	개발부담금	재건축부담금
목적	○ 토지초과이익의 환수를 통한 조세부담의 형평과 지가의 안정 및 토지의 효율적 이용	○ 개발이익의 환수를 통한 토지에 대한 투기의 방지와 토지의 효율적인 이용 촉진	○ 재건축초과이익의 환수를 통한 주택가격의 안정과 사회적 형평 ⁷⁰⁾
반대급부성	○ 없음	○ 없음	○ 없음
부과 대상	○ 토지초과이익	○ 개발이익	○ 재건축초과이익
부과 대상 부동산	○ 개발사업시행지 주변의 유휴 토지등 (개발부담금이 부과되는 토지는 대상에서 제외)	○ 개발부담금 부과 대상 사업이 시행되는 지역의 토지	○ 재건축사업으로 준공된 주택
토지초과이익 / 개발이익의 발생요인	○ 개발사업 기타 사회·경제적 요인	○ 개발사업의 시행이나 토지이용계획의 변경, 그 밖에 사회적·경제적 요인	○ 주택 재건축사업의 시행
부과대상자	○ 유휴토지등의 소유자	○ 개발사업시행자나 이에 준하는 자	○ 주택 재건축조합(원)
토지초과이익 / 개발이익과 부과대상자의 관련성	○ 해당 유휴토지등의 소유 (개발부담금이 부과되는 토지는 부과대상에서 제외됨)	○ 해당 개발사업을 시행함으로써 개발이익의 적극적인 유발	○ 해당 주택재건축사업을 시행함으로써 재건축초과이익의 적극적인 유발
세율/부담률 (부과률)	○ 50%	○ 도입 당시 50%(현행 20% 또는 25%)	○ 3,000만원을 초과하는 재건축초과이익에 대해 10%.

69) 이 표는 차진아, 위의 논문(주 8), 177-178면의 「《표1》 토지초과이익세와 개발부담금의 목적과 부과·징수체계의 비교」를 기초로 이를 수정 및 보완한 것이다.

			<u>20%, 30%, 40%, 50%의 5단계 초과 누진율</u>
부과기간	○ 3년	○ 개발사업완료 후 1회 (준공인가를 받은 날 등 부과종료시점부터 5개월 이내 부과)	○ 주택재건축사업 완료 후 1회
징수금의 용도	○ 일반회계	○ 100분의 50 지역발전특별회계, ⁷¹⁾ ○ 100분의 50 지방자치단체(시·군·구의 조례로 토지관리특별회계 설치가능 ⁷²⁾) ⁷³⁾	○ 국가에 100분의 50: 주택도시기금 ○ 특별시·광역시·도에 100분의 20, 시·군·구(자치구)에 100분의 30, 특별자치시·특별자치도에 100분의 50 ○ 지자체 귀속분은 도시·주거환경정비기금, 재정비촉진특별회계 또는 국민주택사업특별회계
우선징수권	○ 우선징수권	○ 우선징수권	○ 우선징수권
양도소득세와 관계	○ 양도소득세액의 일부를에서 토초세에서 공제, 토초세액을 양도세액 산정시 필요경비로 인정하는 것에 대해 현재가 위헌성 인정 ⁷⁴⁾	○ 양도소득세액을 개발비용으로 계상 ⁷⁵⁾ ○ 개발부담금을 양도세액 산정시 필요경비로 인정	○ 양도소득세액을 개발비용으로 계상 ○ 재건축담금을 양도세액 산정시 필요경비로 인정
학교용지부담금 등 다른 부담금과의 관계		○ 재산정·조정하여 차액부과 내지 환급	○ 개발비용으로 계상

70) 재건축초과이익환수법 제1조.

71) 개발이익환수법 제4조 제1항; 국가개정법 제4조 제3항, 별표1 [특별회계설치 근거법률](제4조제3항 관련) 제2호; 국가균형발전법 제32조, 제34조 제1항 제3호. 개발부담금 징수금의 지출용도는 지역사회기반시설의 확충 및 개선 관련 사업 등 지방자치단체의 사업에 대한 보조 등에 한정된다(국가균형발전법 제34조 제2항).

72) 개발이익환수법 제4조 제3항; 동법 시행령 제3조 제3항.

73) 개발이익환수법 제4조 제1항.

IV. 재건축부담금의 본질과 부과의 한계

1. 부담의 평등과 특별부담금 부과의 허용요건

입법자는 전술한 바와 같이 재건축부담금의 법적 성격을 조세가 아닌 특별부담금으로 규정하고 있으므로, 먼저, 재건축부담금이 특별부담금의 허용요건을 갖추었는지를 검토하여야 한다. 특별부담금의 허용요건은 (부담의) 평등의 요청을 구체화한 것으로 이해할 수 있다.⁷⁶⁾ 만약 재건축부담금이 특별부담금의 허용요건을 갖추지 못하였다면, 입법자가 조세로써 부과하여야 할 재정부담을 편의적으로 특정한 인적 집단에게만 추가부담을 지운 것으로서 위헌인지, 아니면 조세로서는 정당성을 갖는 공과금인지, 그 과세의 목적, 세목의 특성, 과세표준과 세율 등을 면밀하게 따져보아야 할 것이다.

헌법재판소는 일관된 판례에서 특별부담금을 부과목적과 기능에 따라 재정조달목적 부담금과 정책실행목적 부담금으로 나누고,⁷⁷⁾ 특별부담금 부과의 허용요건⁷⁸⁾으로 집단적 동질성, 객관적 근접성, 집단적 책임성과 집단적 효용성을 요구하되,⁷⁹⁾ 정책실행목적 부담금의 경우에는 집단적 책임성

74) 헌재 1994. 7. 29. 92헌바49등 결정.

75) 개발이익환수법 제12조.

76) 헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42 결정; 헌재 2005. 3. 31. 2003헌가20 결정; 김성수, 위의 논문(주 51), 39면; 차진아, 위의 논문(주 8), 167-168면.

77) 헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42 결정; 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381 결정 등.

78) 특별부담금의 허용요건에 관한 논의에 대하여는 김성수, 특별부담금의 정당화 문제, 공법연구 제31집 제3호(2003.3), 217-239면; 신정규, 헌법재판소의 특별부담금 합헌성 심사구조에 관한 비판적 고찰 -독일연방헌법재판결정과의 비교를 중심으로-, 공법학연구 제18권 제4호(2017.11), 143-184면; 윤성현, 부담금의 위헌심사기준에 관한 헌법이론적 재검토, 공법학연구 제13권 제1호(2012.2) 249-280면; 정호경, 소위 특별부담금 개념의 인정여부와 허용요건에 관한 소고 -헌재 2004. 7. 15. 선고 2002헌바42 먹는물관리법 제28조 제1항 위헌소원 사건을 중심으로-, 행정법연구 제14호(2005.10), 399-42면; 홍완식, 특별부담금에 관한 연구 -헌법재판소의 결정례를 중심으로-, 토지공법연구 제54집(2011.08.25.), 167-189면 참조.

79) 헌재 2008. 11. 27. 2007헌마860 결정: “특히 부담금 납부의무자는 그 부과를 통해 추구하는 공적 과제에 대하여 ‘특별히 밀접한 관련성’이 있어야 한다는 점에 있어서 ① 일반인과 구별되는 동질성을 지녀 특정집단이라고 이해할 수 있는 사람들이어야

과 집단적 효용성의 요건을 완화하고 있다.⁸⁰⁾

헌법재판소가 판시한 바와 같이 재건축부담금은 토지공개념에 근거하여 불로소득인 재건축초과이익의 환수를 위한 정책실현목적의 부담금으로 볼 수 있다.⁸¹⁾ 특별부담금의 허용요건과 관련하여 전술한 바와 같이 정책실현목적 부담금이라 하더라도 집단적 동질성과 객관적 근접성은 반드시 갖추어야 하며, 집단적 책임성과 집단적 효용성은 완화된다.

재건축부담금이 특별부담금의 허용요건을 갖추었는지를 검토하면,⁸²⁾ 첫째, 집단적 동질성과 관련하여 재건축부담금의 납부의무자는 주택재건축사업의 시행자인 주택재건축조합 또는 (주택재건축조합이 해산된 경우) 조합원으로서 해당 주택재건축사업의 시행으로 인한 재건축초과이익의 환수와 관련하여 집단적 동질성을 인정할 수 있다. 둘째, 객관적 근접성과 관련하여 재건축부담금의 납부의무자인 주택재건축조합(원)은 해당 주택재건축사업의 (실질적) 시행자라는 점에서 재건축초과이익의 환수 필요성과 관련하여 일반국민과 구별되는 객관적 근접성도 인정된다. 셋째, 집단적 책임성

하고(집단적 동질성), ② 부담금의 부과를 통하여 수행하고자 하는 특정한 경제적·사회적 과제와 특별히 객관적으로 밀접한 관련성이 있어야 하며(객관적 근접성), ③ 그러한 과제의 수행에 관하여 조세외적 부담을 져야 할 책임이 인정될만한 집단이어야 하고(집단적 책임성)” “④ 만약 부담금의 수입이 부담금 납부의무자의 집단적 이익을 위하여 사용될 경우에는 그 부과의 정당성이 더욱 제고된다(집단적 효용성)”.

80) 헌재 2004. 7. 15. 2002헌바42 결정: “정책실현목적 부담금의 경우에는, 특별한 사정이 없는 한, 부담금의 부과가 정당한 사회적·경제적 정책목적을 실현하는 데 적절한 수단이라는 사실이 곧 합리적 이유를 구성할 여지가 많다. 그러므로 이 경우에는 ‘재정조달 대상인 공적 과제와 납부의무자 집단 사이에 존재하는 관련성’ 자체보다는 오히려 ‘재정조달 이전 단계에서 추구되는 특정 사회적·경제적 정책목적과 부담금의 부과 사이에 존재하는 상관관계’에 더 주목하게 된다. 따라서 재정조달목적 부담금의 헌법적 정당화에 있어서는 중요하게 고려되는 ‘재정조달 대상 공적 과제에 대한 납부의무자 집단의 특별한 재정책임 여부’ 내지 ‘납부의무자 집단에 대한 부담금의 유용한 사용 여부’ 등은 정책실현목적 부담금의 헌법적 정당화에 있어서는 그다지 결정적인 의미를 가지지 않는다고 할 것이다.”

81) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381 결정.

82) 헌법재판소가 2014헌바381 결정에서 재건축부담금의 법적 성격을 (특별)부담금으로 보면서도 그 허용요건에 대하여 별도로 검토하지 않았는데, 재건축부담금의 법적 성격 규정과 허용요건은 - 연결되어 있지만- 별도로 검토해야 할 문제이므로 헌법재판소의 이러한 판단내용은 정당성을 갖기 어렵다.

과 관련하여 재건축부담금의 납부의무자인 주택재건축조합(원)은 전술한 바와 같이 해당 주택의 소유자의 역할에 그치지 않고 그 재건축사업을 적극적으로 시행함으로써 재건축초과이익을 적극적으로 유발한 주체라는 점에서 재건축초과이익 환수의 필요성에 대한 집단적 책임성을 인정할 수 있다. 넷째, 재건축부담금의 징수금 중 국가귀속분은 주택도시기금으로, 지방자치단체 귀속분은 도시·주거환경정비기금이나 재정비촉진특별회계 또는 국민주택사업특별회계의 재원으로 별도로 관리·운용되며,⁸³⁾ 지출용도가 (도시·주거환경정비기금의 경우) 임대주택의 건설·관리 등에,⁸⁴⁾ 기반시설의 설치, 그 설치비용의 보조 및 융자 등⁸⁵⁾에, 국민주택사업특별회계의 경우 국민주택사업의 시행⁸⁶⁾에 한정된다는 점에서 집단적 효용성도 갖춘 것으로 평가할 수 있다.⁸⁷⁾

2. 토지공개념과 주택에 대한 재산권 제한의 합헌성 판단기준

재건축부담금은 개발이익 환수의 일종이며, 이는 널리 알려진 바와 같이 토지공개념⁸⁸⁾을 구체화한 것이다.⁸⁹⁾ 토지공개념 자체를 부정하는 견해도 없지 않으나, 오늘날 토지의 공적 성격에 따라 토지재산권에 대해서는 여타의 사유재산권에 비해 강화된 공적 제약이 인정될 수 있다는 점이 다수설과 판례에 의해 인정되고 있다.⁹⁰⁾

83) 재건축초과이익환수법 제4조, 「도시 및 주거환경정비법」 제126조 제3항 제4호, 「도시 재정비 촉진에 관한 특별법」 제24조 제2항 제3호, 주택법 제84조 제2항 제8호.

84) 「도시 및 주거환경정비법」 제126조 제3항.

85) 「도시재정비 촉진에 관한 특별법」 제24조 제3항.

86) 주택법 제84조 제1항.

87) 이와는 달리 재건축부담금이 특별부담금의 허용요건을 충족하지 못한 것으로 평가하는 견해로는 김성수, 위의 논문(주 51), 38면 이하 참조.

88) 토지공개념에 관하여 자세한 것은 차진아, 사회국가의 실현구조와 토지공개념의 헌법상 의미, 공법학연구 제19권 제1호(2018.2), 3-41면 참조.

89) 재건축초과이익환수법의 제정 및 개정의 배경에 대해 자세한 것은 이춘원, 재건축초과이익 환수제도에 관한 문제점 및 개선방안, 집합건물법학 제24권(2017.11), 45면 이하 참조. 재건축초과이익환수법 제정 당시 찬반론에 대하여는 이동수, 재건축개발 이익환수제의 내용과 문제점, 토지공법연구 제25집(2005.2), 89면 이하 참조.

헌행법상 토지공개념을 구체화하는 제도들은 다양하다. 제한된 요건 하에서의 토지거래허가제⁹¹⁾가 있고, 토지공개념 3법으로 불리는 토지초과이득세법, 「택지소유상한에 관한 법률」, 개발이익환수법률이 토지공개념에 근거하에 제정된 바 있다. 그러나 헌법재판소가 「토지초과이득세법」에 대해서는 헌법불합치결정⁹²⁾을, 「택지소유상한에 관한 법률」에 대해서는 위헌결정⁹³⁾을 내렸다. 반면에 헌법재판소는 일련의 결정에서 개발이익환수제 자체에 대해서는 합헌결정을 내렸다.⁹⁴⁾ 그밖에 농지소유의 제한⁹⁵⁾이나 종합부동산세⁹⁶⁾도 토지공개념을 구체화한 것이다.⁹⁷⁾

이러한 토지공개념은 일부 사항들에 대한 헌법재판소의 위헌결정 및 헌법불합치결정에서 확인되듯이 토지의 공공성만으로 사유재산권의 제한을 무제한으로 허용하는 것은 아니며, 공익적 요청과 개인의 재산권보장의 균형 속에서 그 허용 범위 내지 한계가 인정되어야 하는 것이다. 특히 택지 및 주택의 경우에는 - 비록 토지공개념이 적용되지만⁹⁸⁾- 재산권에 대한 특별

90) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등 결정: “토지는 원칙적으로 생산이나 대체가 불가능하여 공급이 제한되어 있고, 우리나라의 가용토지 면적은 인구에 비하여 절대적으로 부족한 반면에, 모든 국민이 생산 및 생활의 기반으로 토지의 합리적인 이용에 의존하고 있으므로, 그 사회적 기능에 있어서나 국민경제의 측면에서 다른 재산권과 함께 다룰 수 있는 성질의 것이 아니므로 공동체의 이익이 보다 더 강하게 관철될 것이 요구된다고 할 것이다. 따라서 헌법 제122조는 토지가 지닌 위와 같은 특성을 감안하여 “국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에 의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다.”고 규정함으로써, 토지재산권에 대한 광범위한 입법형성권을 부여하고 있는 것이다.”

91) 토지거래허가제에 대해 헌법재판소는 합헌결정을 내린 바 있다(헌재 1989. 12. 22. 88헌가13 결정).

92) 헌재 1998. 5. 28. 95헌바37 결정.

93) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등 결정.

94) 헌재 1998. 5. 28. 95헌바37 결정 등.

95) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌바98등 결정; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌바116 결정; 헌재 2010. 2. 25. 2010헌바39등 결정; 헌재 2016. 12. 29. 2015헌바449 결정 등.

96) 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112등 결정 등.

97) 이에 대하여 자세한 것은 차진아, 위의 논문(주 88), 25-27면 참조.

98) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등 결정: “한편 헌법 제23조 제1항 제2문은 재산권은 보장되되 “그 내용과 한계는 법률로 정한다.”고 규정하고, 동조 제2항은 “재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.”고 규정하여 재산권 행사의 사회적 의무성을

한 보호의 요청도 충분히 고려되어야 한다⁹⁹⁾는 점에서 재건축부담금 부과에도 일정한 한계가 인정되어야 한다.

또한 토지공개념이 적용되는 경우라 하더라도 투기목적 없는 실거주자(1세대 주택자, 그중에서 특히 장기보유자 등)에 대한 감면필요성은 인정되어야 한다. 헌법재판소는 종합부동산세와 관련하여 이를 고려하지 않은 입법에 대해 위헌성을 인정¹⁰⁰⁾했지만, 같은 논리는 재건축부담금에 대해서도

강조하고 있다. 이러한 재산권 행사의 사회적 의무성은 헌법 또는 법률에 의하여 일정한 행위를 제한하거나 금지하는 형태로 구체화될 것이지만, 그 정도는 재산의 종류, 성질, 형태, 조건 등에 따라 달라질 수 있다. 따라서 재산권 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적인 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 더 광범위한 제한이 허용된다고 할 것이다.”

99) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등 결정: “입법자가 택지에 대하여 규제를 함에 있어서는, 택지가 재산중식의 수단이나 투기의 대상이 되기도 하지만, 그 보다는 그것이 일차적으로 인간의 존엄과 가치를 가진 개인의 주거로서, 그의 행복을 추구할 권리와 쾌적한 주거생활을 할 권리를 실현할 장소로 사용된다는 점을 고려하여야 한다. 앞에서 본 바와 같이, 재산권은 개인이 각자의 인생관과 능력에 따라 자신의 생활을 형성하도록 물질적·경제적 조건을 보장해 주는 기능을 하는 것으로서, 재산권의 보장은 자유실현의 물질적 바탕을 의미하고, 자유와 재산권은 상호보완관계이자 불가분의 관계에 있는 것이기 때문이다. 지가상승과 토지투기를 목적으로 택지를 소유하는 것을 방지하고자 하는 입법목적의 관점에서는 입법자가 택지소유의 상한을 낮게 정할수록 실수요 없이 투기용으로 택지를 소유하는 가능성을 보다 더 효율적으로 봉쇄할 수 있지만, 한편으로는 개인마다 인생관과 경제적 능력에 따라 자유실현의 방법이 다를 수 있고 택지가 개인의 삶의 장소로서 그의 인간으로서의 존엄성과 행복추구권을 실현하는 데 있어서의 근본요소라는 점을 고려할 때, 소유상한을 너무 낮게 책정하는 것은 개인의 자유실현의 범위를 지나치게 제한하는 것이라는 점을 인식하여야 한다.”

100) 헌재 2008. 11. 13. 2006헌바112등 결정: “납세의무자 중 적어도 주거 목적으로 한 채의 주택만을 보유하고 있는 자로서, 그 중에서도 특히 일정한 기간 이상 이를 보유하거나 또는 그 보유기간이 이에 미치지 않는다 하더라도 과세 대상 주택 이외에 별다른 재산이나 수입이 없어 조세지불 능력이 낮거나 사실상 거의 없는 자 등에 대하여 주택분 종합부동산세를 부과함에 있어서는 그 보유의 동기나 기간, 조세 지불 능력 등과 같이 정책적 과세의 필요성 및 주거생활에 영향을 미치는 정황 등을 고려하여 납세의무자의 예외를 두거나 과세표준 또는 세율을 조정하여 납세의무를 감면하는 등의 과세 예외조항이나 조정장치를 두어야 할 것임에도 이와 같은 주택 보유의 정황을 고려하지 아니한 채 다른 일반 주택 보유자와 동일하게 취급하여 일률적 또는 무차별적으로, 그것도 재산세에 비하여 상대적으로 고율인 누진세율을 적용하여 결과적으로 다액의 종합부동산세를 부과하는 것이므로, 그 입법 목적의 달성에 필요한 정책수단의 범위를 넘어 과도하게 주택 보유자의 재산권을 제한하는 것으로서 피해의 최소성 및 법익 균형성의 원칙에 어긋난다고 보지 않을 수 없다.”

적용될 수 있을 것이다.¹⁰¹⁾

3. 미실현이득에 대한 환수제도로써 재건축부담금 부과에 한계

재건축부담금의 부과와 관련하여 또 한 가지 중요한 헌법적 쟁점은 미실현이득에 대한 환수의 정당성 여부이다.

재건축초과이익은 양도소득세와는 달리 미실현이득이며, 이를 평가하는 시점에 따라 그 이득의 정도는 크게 달라질 수 있다. 미실현이득을 조세나 특별부담금 등으로써 환수하는 제도 자체를 위헌이라고 볼 수는 없으나, 이 경우 담세능력이나 부담능력은 예컨대 양도소득세처럼 실현된 이득에 대한 환수제도와 비교할 때 현저하게 낮다는 점이 고려되어야 할 것이다.¹⁰²⁾

또한 재산권의 사회적 구속성에 따른 재산권 제한은 “재산권 행사의 대상이 되는 객체가 지닌 사회적인 연관성과 사회적 기능이 크면 클수록 입법자에 의한 보다 더 광범위한 제한이 허용된다.”¹⁰³⁾는 점도 고려되어야 한다.¹⁰⁴⁾

이러한 관점에서 볼 때, 전술한 바와 같이 재건축부담금의 부과대상인 주택재건축사업은 개발부담금의 부과 대상사업인 개발사업보다 공공성이 약하므로, 주택재건축사업에 대한 공적 규제의 필요성과 강도가 개발부담금 부과대상 개발사업보다 약한 것으로 평가할 수 있다.¹⁰⁵⁾ 따라서 주택재건축사업의 시행으로 인한 재건축초과이익의 환수 필요성 및 정도 또한 개발사업의 시행으로 인한 개발이익의 환수 필요성 및 정도보다 크지 않은 것으로 보는 것이 논리적으로 일관성 있는 결론이라 할 수 있다.

그러나 아래의 《표-2》 및 《표-3》에서 보는 바와 같이 개발부담금의

101) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381 결정 중 재판관 이은애, 재판관 이영진의 반대의견; 이춘원, 위의 논문(주 51), 16-17면.

102) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381 결정 중 재판관 이은애, 재판관 이영진의 반대의견.

103) 헌재 1999. 4. 29. 94헌바37등 결정.

104) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381 결정 중 재판관 이은애, 재판관 이영진의 반대의견.

105) 성소미, 위의 논문, 18-19면.

부담률과 재건축부담금의 부과율을 비교하면 재건축부담금이 더욱 무거운 부담이라는 점이 뚜렷해진다. 재건축부담금의 부과율이 최고 50%로서, 개발부담금 부담률의 최대 2배에 이르는 것은 피해의 최소성 및 법익의 균형성 원칙에 위배되는 것으로 평가될 수 있을 것이다.

《표-2》 개발부담금의 부담률¹⁰⁶⁾

사업의 종류	부담률
1. 택지개발사업(주택단지조성사업을 포함)	20/100
2. 산업단지개발사업	
3. 관광단지조성사업(온천 개발사업을 포함)	
4. 도시개발사업, 지역개발사업 및 도시환경정비사업	
5. 교통시설 및 물류시설 용지조성사업	
6. 체육시설 부지조성사업(골프장 건설사업 및 경륜장·경정장 설치사업을 포함)	
7. 지목 변경이 수반되는 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업	25/100(다만, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제38조에 따른 개발제한구역에서 제5조제1항제7호 및 제8호의 개발사업을 시행하는 경우로서 납부 의무자가 개발제한구역으로 지정될 당시부터 토지 소유자인 경우에는 100분의 20)
8. 그 밖에 제1호부터 제6호까지의 사업과 유사한 사업으로서 대통령령으로 정하는 사업	

《표-3》 재건축부담금의 부과율¹⁰⁷⁾

재건축초과이익 (조합원 1인당 평균이익)	부과율
3천만원 이하	면제
3천만원 초과 5천만원 이하	3천만원을 초과하는 금액의 100분의 10 × 조합원수
5천만원 초과 7천만원 이하	200만원 × 조합원수 + 5천만원을 초과하는 금액의 100분의 20 × 조합원수
7천만원 초과 9천만원 이하	600만원 × 조합원수 + 7천만원을 초과하는 금액의 100분의 30 × 조합원수

106) 개발이익환수법 제13조.

107) 재건축초과이익환수법 제12조.

9천만원 초과 1억1천만원 이하	$1\text{천}200\text{만원} \times \text{조합원수} + 9\text{천만원}$ 을 초과하는 금액의 100분의 40 $\times$ 조합원수
1억1천만원 초과	$2\text{천만원} \times \text{조합원수} + 1\text{억}1\text{천만원}$ 을 초과하는 금액의 100분의 50 $\times$ 조합원수

그리고 아래의 《표-3》 및 《표-4》에서 보는 바와 같이, 실현된 이득인 양도소득세의 세율과 비교할 때, 재건축부담금의 부과율이 과도하다는 점이 더욱 뚜렷해진다. 특히 미실현이득에 대한 환수를 위한 재건축부담금의 부과율이 실현이득의 환수를 위한 양도소득세의 세율보다 일부 더 높은 경우는 침해의 최소성 및 법익의 균형성에 위배되는 것으로 볼 수 있다.

《표-4》 양도소득세의 세율

과세표준	세율 ¹⁰⁸⁾
1,200만원 이하	6퍼센트
1,200만원 초과 4,600만원 이하	72만원 + (1,200만원을 초과하는 금액의 15퍼센트)
4,600만원 초과 8,800만원 이하	582만원 + (4,600만원을 초과하는 금액의 24퍼센트)
8,800만원 초과 1억5천만원 이하	1,590만원 + (8,800만원을 초과하는 금액의 35퍼센트)
1억5천만원 초과 3억원 이하	3,760만원 + (1억5천만원을 초과하는 금액의 38퍼센트)
3억원 초과 5억원 이하	9,460만원 + (3억원을 초과하는 금액의 40퍼센트)
5억원 초과	1억 7,460만원 + (5억원을 초과하는 금액의 42퍼센트)
※ 보유기간이 1년 이상 2년 미만인 것: 양도소득 과세표준의 100분의 40(소득세법 제104조 제1항 제2호) ※ 보유기간이 1년 미만인 것: 양도소득 과세표준의 100분의 50(주택 및 조합원 입주권 경우에는 100분의 40)(소득세법 제104조 제1항 제3호) ※ 미등기양도자산: 양도소득 과세표준의 100분의 70(소득세법 제104조 제1항 제10호) ※ 「주택법」 제63조의2 제1항 제1호에 따른 조정대상지역 내 주택의 입주자로 선정된 지위의 경우에는 양도소득과세표준의 100분의 50 ※ 조정대상지역 내 다주택자 (소득세법 제104조 제7항) - 1세대 2주택: 기본세율 + 10% 가산 - 1세대 3주택 이상: 기본세율 + 20% 가산	

108) 소득세법 제104조 제1항 제1호, 제94조 제1항 제1호, 제2호 가목, 제55조 제1항.

이러한 상황을 더욱 심각하게 만드는 것은 재건축부담금과 양도소득세가 병과된다는 점이다. 결국 미실현이득에 대해 재건축부담금을 부과하고, 같은 대상에 대해서 실현이득에 대한 과세가 또 행해지는 것이기 때문이다.

만일 재건축부담금의 법적 성격을 조세로 볼 경우에는 양도소득세액 전액을 감면하지 않으면 이중과세로서 과잉금지원칙에 위배되는 것으로서 위헌으로 인정되어야 할 것이다.¹⁰⁹⁾ 반면에 재건축부담금의 법적 성격을 조세가 아닌 특별부담금으로 볼 경우, 특별부담금은 일반 납세의무자와 구별되는 특별한 인적 집단에게 납세의무에 더해서 추가적인 부담을 지우는 것이기 때문에, 양도소득세 전액을 공제하지 않는 것 자체를 이중부담에 해당하여 위헌이라고 보기는 어렵다.

그러나 재건축부담금은 미실현이득에 대한 부담금이기 때문에, 그러한 이득이 현실화되어 (대표적인 정책적 조세인) 양도소득세로써 환수한 경우, 재건축부담금과 양도소득세 중 어느 하나로도 그 입법목적은 충분히 달성된 것임에도 불구하고 정상주택가액상승분을 초과하는, 불로소득적인 이익의 환수가 중복적으로 이루어진 것이기 때문에, 양자를 병과하는 것은 과잉금지원칙 중 피해의 최소성 및 법익의 균형성에 위배되는 것으로 볼 수 있을 것이다.

4. 재건축부담금의 법적 성격과 부과의 한계

재건축부담금의 법적 성격과 관련하여 다른 부담금과의 관계를 어떻게 정리할 것인지가 문제될 수 있다. 예컨대 재건축부담금과 학교용지부담금 등이 병과되는 경우에 다른 부담금을 어떻게 공제할 것인지가 문제되는 것이다.

개발부담금의 경우에는 납부한 학교용지부담금에 대해 재산정·조정하여 차액을 부과하거나 환급하고 있다.¹¹⁰⁾ 이와는 달리 재건축부담금의 경우

109) 현재 1994. 7. 29. 92헌바49등 결정.

110) 개발이익환수법 제14조의2(부담금의 조정 등) ① 국토교통부장관은 개발부담금 결정·부과 후 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」에 따른 학교용지부담금을 납부하

에 학교용지부담금은 개발경비로서 그 일부만 공제되고 있다.¹¹¹⁾ 이러한 차이는 양자의 법적 성격에 대한 해석의 차이에서 비롯되는 것일 수도 있지만, 그 타당성 여부에 대해서 신중한 검토가 필요할 것이다.

만약 헌법재판소 판례에 따라 개발부담금을 조세로 볼 경우에는 - 조세와 부담금은 성격이 다르므로- 오히려 개발부담금 산정시 학교용지부담금을 반드시 고려할 필요가 없을 수도 있다. 반면에 헌법재판소가 그러하듯이 재건축부담금을 특별부담금으로 볼 경우에는 학교용지부담금과 재건축부담금을 (부분적으로) 병과하여 부담을 (부분적으로) 중첩시키는 것은 피해의 최소성 및 법익의 균형성에 위배되는 과도한 부담이 될 수 있다.

이러한 문제점들을 합리적으로 해결하기 위해서는 재건축부담금 자체의 성격을 분명히 하는 것과 더불어 재건축부담금과 유사한 목적을 갖고 있는 부동산 세제 및 부담금과의 관계를 입법적으로 보다 명확하게 정리할 필요가 있다.

는 등 대통령령으로 정하는 사유가 발생한 경우에는 이를 다시 산정·조정하여 그 차액을 부과하거나 환급하여야 한다.

② 제1항에 따른 산정·조정 방법 및 부과·환급 절차 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

『개발이익환수법 시행령』 제15조의2(부담금의 재산정·조정) ① 법 제14조의2 제1항에서 “「학교용지 확보 등에 관한 특례법」에 따른 학교용지부담금을 납부하는 등 대통령령으로 정하는 사유”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 「학교용지 확보 등에 관한 특례법」에 따른 학교용지부담금의 납부

2. 제12조 제1항 제5호에 따른 기부채납액의 납부

② 국토교통부장관은 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 경우 즉시 부담금을 다시 산정·조정하여 그 차액의 부과 또는 환급을 결정하여야 한다.

③ 제2항에 따라 그 차액을 환급하는 경우에는 해당 부담금의 납부일부터 그 차액의 환급을 결정하는 날까지의 기간에 대하여 「국세기본법 시행령」 제43조의3 제2항에 따른 이자율에 따라 계산한 금액을 더하여 지급한다.

111) 재건축이익환수법 제11조 제5호, 동법 시행령 제9조 제2항 [별표1] 개발비용 등의 구성항목(제9조 제2항 관련)

2. 법 제11조 제1항 제2호	가. 제세공과금	해당 재건축사업을 위하여 지출되는 취득세, 등록세, 면허세, 법인세, 산업재해보상보험료 등
	나. 부담금	기반시설부담금, 광역교통시설부담금, 그 밖의 원인자부담금 등

V. 재건축부담금 부과의 위헌성¹¹²⁾

1. 초과이익 산정방식의 위헌성: 법률유보 및 포괄적 위임입법 금지 위배

재건축초과이익환수법 제9조 제2항은 종료시점의 주택가액 평가에 대해 규정하면서, 평가대상 내지 비교대상 토지, 평가기준과 방법 및 절차에 관하여 전혀 규정함이 없이 대통령령이 정하는 바에 따라 국토교통부장관이 정하는 부동산가격조사 전문기관으로 하여금 종료시점의 주택가액을 종료시점 현재의 주택가격 총액을 조사·산정하도록 포괄적으로 위임하고 있으며, 이렇게 산정된 종료시점 현재의 주택가격은 「부동산 가격공시에 관한 법률」 제16조, 제17조 및 제18조에 따라 공시된 주택가격으로 의제하고 있다.

이는, 비록 부동산가격조사 전문기관이 조사·산정한 주택가격 총액을 부동산가격공시위원회의 심의를 거쳐 결정한 가액을 종료시점의 주택가액으로 하는 통제장치를 두고 있다 하더라도, 종료시점의 주택가액은 재건축 부담금액의 산정에 있어서 가장 중요한 요소이므로, 그 산정의 기초가 되는 평가대상 내지 비교대상이 되는 주택, 주택의 평가방법과 절차 등의 주요사항은 반드시 법률로써 직접 규정하여야 할 것이며, 하위법령에 위임하는 것이 허용되지 않는 것으로 볼 수 있다(본질성이론과 결합한 의회유보론).¹¹³⁾

112) 재건축부담금의 위헌성 여부가 문제되는 쟁점은 많으나, 이하에서는 재건축부담금의 법적 성격에 대한 이해와 관련한 주요쟁점을 중심으로 검토한다.

113) 헌재 1999. 5. 27. 98헌바70 결정: “헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보를 그 핵심적 내용의 하나로 하고 있다. 그런데 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 한다(이른바 의회유보원칙). 그리고 행정작용이 미치는 범위가 광범위하게 확산되고 있으며, 그 내용도 복잡·다양하게 전개되는 것이 현대행정의 양상임을 고려할 때, 형식상 법률상의 근거를 갖출 것을 요구하는 것만으로는 국가작용과 국민생활의 기본적으로 중요한 요소마저 행정에 의하여 결정되는 결과를 초래하게 될 것인바,

그럼에도 불구하고 종료시점의 주택가액의 산정에 있어 중요한 사항들을 법률에서 전혀 정함이 없이 포괄적으로 대통령령 등에 위임한 것은 법률유보원칙에 위배될 뿐만 아니라, 재건축부담금의 납부의무자로서는 종료시점의 주택가액의 산정기준과 방법 및 절차에 관하여 법률에서 정함이 없이 하위법령에 포괄적으로 위임한 까닭에 종료시점의 주택가액이 어느 정도로 결정될지 예측하기 어려우므로 포괄위임입법금지원칙에도 위배되는 것으로 볼 수 있다.

재건축초과이익환수법 제9조 제2항 제2문에서 “이 경우 본문 규정에 의하여 산정된 종료시점 현재의 주택가격은 「부동산 가격공시에 관한 법률」 제16조, 제17조 및 제18조에 따라 공시된 주택가격으로 본다.”라고 규정한 것은 동규정들을 준용한 것과 같은 것으로 볼 수 없다. 이러한 점은 개발이익환수법 제10조 제1항에서 개발이익의 산정의 주요요소인 종료시점의 지가산정과 관련하여 비교대상토지, 평가방법 및 절차에 관한 주요사항들을 법률에서 직접 규정하고 있는 점과 비교할 때, 더욱 뚜렷해진다.

《표-5》 재건축초과이익 산정 및 개발이익 산정의 근거규정 비교

재건축초과이익환수법 제9조(주택가액의 산정) ① 제7조의 규정에 의한 개시시점 주택가액은 「부동산 가격공시에 관한 법률」에 따라 공시된 부과대상 주택	개발이익환수법 제10조(지가의 산정) ① 종료시점지가는 부과 종료 시점 당시의 부과 대상 토지와 이용 상황이 가장 비슷한 표준지의 공시지를 기준
---	--

이러한 결과는 국가의사의 근본적 결정권한이 국민의 대표기관인 의회에 있다고 하는 의회민주주의의 원리에 배치되는 것이라 할 것이다. 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 그러한 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 확정할 수 없고, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 내지 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나, 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 할 것이다. 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”고 규정하고 있는바, 여기서 “법률로써”라고 한 것은 국민의 자유나 권리를 제한하는 행정작용의 경우 적어도 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 국회가 제정하는 법률에 근거를 두는 것만으로 충분한 것이 아니라 국회가 직접 결정함으로써 실질에 있어서도 법률에 의한 규율이 되도록 요구하고 있는 것으로 이해하여야 한다.”

가격(공시된 주택가격이 없는 경우는 제2항에서 규정한 절차에 따라 국토교통부장관이 산정한 부과개시시점 현재의 주택가격)총액에 공시기준일부터 개시시점까지의 정상주택가격상승분을 반영한 가액으로 한다. ② 제7조의 규정에 의한 종료시점 주택가액은 대통령령이 정하는 바에 따라 국토교통부장관이 대통령령이 정하는 부동산 가격의 조사·산정에 관하여 전문성이 있는 기관(이하 "부동산가격조사전문기관"이라 한다)에 의뢰하여 종료시점 현재의 주택가격 총액을 조사·산정하고 이를 「부동산 가격공시에 관한 법률」에 따른 부동산가격공시위원회(이하 "부동산가격공시위원회"라 한다)의 심의를 거쳐 결정한 가액으로 한다. 이 경우 본문 규정에 의하여 산정된 종료시점 현재의 주택가격은 「부동산 가격공시에 관한 법률」 제16조, 제17조 및 제18조에 따라 공시된 주택가격으로 본다.	으로 「부동산 가격공시에 관한 법률」 제3조제7항에 따른 표준지와 지가산정 대상토지의 지가형성 요인에 관한 표준적인 비교표에 따라 산정한 가액(價額)에 해당 연도 1월 1일부터 부과 종료 시점까지의 정상지가상승분을 합한 가액으로 한다. 이 경우 종료시점지와 표준지의 공시지가가 균형을 유지하도록 하여야 하며, 개발이익이 발생하지 않을 것이 명백하다고 인정되는 경우 등 대통령령으로 정하는 경우 외에는 종료시점지가의 적정성에 대하여 감정평가업자(「감정평가 및 감정평가사에 관한 법률」 제2조제4호에 따른 감정평가업자를 말한다)의 검증을 받아야 한다.
--	---

2. 비례성 원칙과 재산권 침해 여부

재건축부담금의 부과가 재산권에 대한 제한이 된다는 점에 대해서는 이론을 찾기 어렵다. 한편으로 재건축부담금의 부과는 금전납부의무를 부과함으로써 납부의무자의 재산권을 제한하며,¹¹⁴⁾ 다른 한편으로 주택재건축 내지 이를 통한 부동산투기 등의 억제에 의해 경제적 불이익을 가함으로써 주택재건축을 제한하는 것은 주택에 대한 재산권의 사용·수익권에 대한

114) 조세 등 금전납부의무의 부과와 재산권의 보호영역 간 관계에 대하여 자세한 것은 차진아, 과세에 의한 재산권 제한의 의미와 한계, 고려법학 제81호(2016.3), 161-211면 참조.

제한으로 이해된다.¹¹⁵⁾

먼저, 재산권 제한 목적의 정당성 측면에서 볼 때, 재건축부담금의 부과는 주택재건축사업의 시행으로 인한 불로소득적 재건축초과이익의 환수로써 부동산투기억제, 주택가격의 안정, 사회적 형평의 도모 등의 공익이 토지공개념(헌법 제23조 제2항, 제122조)에 근거한 것으로 정당성이 인정될 수 있다.¹¹⁶⁾

그러나 기본권 제한 목적이 정당하다고 하다고 해서 제한 수단이 모두 합헌인 것은 아니며, 비례성 원칙에 비추어 그 정당성 여부를 세밀하게 평가해야 할 것이다.

첫째, 적합성(방법의 적정성)의 측면에 볼 때, 불로소득의 환수로 인한 사회적 형평 도모 및 부동산투기억제의 목적을 달성 효과를 어느 정도 인정할 수 있다. 다만, 재건축부담금 부과로 인해 재건축을 제한함으로써 신규주택 공급을 제한하고 이것이 서울을 비롯한 수도권 등 일부 지역에서는 (신규)주택에 대한 수요가 지속적으로 증대하는 반면 그 공급이 제한됨으로 인하여 오히려 부동산 가격의 상승과 투기수요의 창출로 이어지는 악순환이 반복되고 있다는 점에서 적합성에 의문이 제기될 수 있다.¹¹⁷⁾

셋째, 필요성(침해의 최소성) 측면에서는 전술한 바와 같이 재건축부담금의 부과율이 개발부담금의 부담률에 비해 과도하며,¹¹⁸⁾ 전술한 바와 같이 미실현이득에 대한 환수임에도 불구하고 실현이득에 대한 환수제도인 양도소득세의 세율보다 부담률이 전체적으로 더 높다는 점에서 문제가 된다.¹¹⁹⁾ 특히 투기목적 없는 실거주자(장기보유하고 있는 1세대 1주택자 등)에 대한 배려가 전혀 없는 점,¹²⁰⁾ 양도소득세액을 일부만 공제하고,¹²¹⁾ 학교용지부

115) 차진아, 위의 논문(주 88), 27면.

116) 길준규, 재건축 개발이익환수제도의 법적 문제, 공법학연구 제7권 제3호(2006.8), 65면; 김수갑/여경수, 「재건축초과이익 환수에 관한 법률」의 법적 쟁점과 과제, 공법학연구 제7권 제2호(2006.6), 404면. 반면에 재건축부담금 부과 목적의 정당성을 인정하기 어렵다는 견해도 있다. 이에 대해서는 김성수, 위의 논문(주 51), 48-49면; 이춘원, 위의 논문(주 51), 11-12면 참조.

117) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381 결정 중 재판관 이은애, 재판관 이영진의 반대이견.

118) 위 《표-2》 및 《표-3》 참조.

119) 위 《표-2》 ~ 《표-4》 참조.

담금 등의 부담금을 일부만 공제(개발부담금에서는 학교용지부담금을 전액 공제하는 것과 비교)함으로써 재건축부담금과 양도소득세 일부 및 학교용지부담금 일부가 중첩된다는 점에서 필요성을 갖추지 못한 것으로 볼 수 있다.¹²²⁾

넷째, 협의의 비례성(법익의 균형성) 측면에 대한 판단은 구체적인 사건을 전제로 판단해야 할 것이므로 일반론적인 판단에는 어려움이 있다. 그런데 사건의 경우처럼 재건축부담금의 부과를 통해 달성하려는 공익 내지 공공성이 - 예컨대 개발부담금 부과와 공익과 비교할 때 - 상대적으로 높지 않은 반면에, 청구인에 대한 재산권 제한의 정도는 매우 심각한 경우에는 법익의 균형성에도 위배되는 것으로 판단할 수 있을 것이다.¹²³⁾

3. 평등권 침해 여부

재건축부담금 부과와 합헌성 판단에서 또 하나의 중요한 쟁점은 평등권 침해 여부이다. 주택재건축과 주택재개발의 경우에는 상당히 유사한 점

120) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381 결정 중 재판관 이은애, 재판관 이영진의 반대의견; 김성수, 위의 논문(주 51), 53-54면.

121) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381 결정 중 재판관 이은애, 재판관 이영진의 반대의견.

122) 주택재건축사업의 시행으로 인한 불로소득은 재건축부담금 이외에도 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에 따른 기반시설부담금, 「도시 및 주거환경정비법」에 따른 임대주택 및 소형평형주택 건설의무, 소득세법에 의한 양도소득세 중과 등의 수단을 통해 환수되고 있다. 이에 대하여 자세한 것은 길준규, 위의 논문, 58면 이하; 김성수, 위의 논문(주 51), 51면; 성소미, 위의 논문, 9면 이하; 이동수, 위의 논문, 85면 이하; 이주희, 재건축사업의 초과이익 환수제도의 부적정성에 관한 연구, 토지공법연구 제40집(2008.5), 8면 참조. 이러한 수단으로 충분히 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고 재건축부담금을 부과하는 것은 필요한 범위를 넘어서는 제한으로서 침해의 최소성의 원칙에 위배된다는 견해도 있다. 이에 대해서는 김성수, 위의 논문(주 51), 51-52면 참조.

123) 헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381 결정 중 재판관 이은애, 재판관 이영진의 반대의견. 주택재건축사업에 대해서는 전술한 바와 같이 기반시설부담금과 양도소득세 중과세 등 여러 부담과 재건축부담금이 중첩되어 법익의 균형성 원칙에도 위배된다는 주장도 있다. 이에 대하여는 김재철, 재건축과이익 환수에 한 법률 제정에 한 공청회, 국회 건설교통위원회 회의록, 2006. 4. 19, 5-6면; 황해봉, 재건축초과이익 환수제도의 법적 검토, 일감법학 제20권(2011.8), 125면 이하 참조.

들이 많음에도 불구하고 각각의 경우에 인정되는 부담에는 상당한 차이가 발생하는 바, 그것이 합리적인 차별에 해당하는지의 여부가 문제되는 것이다.

먼저 재건축부담금과 관련한 비교집단의 설정에서는 주택재개발의 경우에 인정되는 개발부담금을 비교집단으로 인정하는 것이 적절하다.¹²⁴⁾ 양자는 앞서 검토한 바와 같이 유사점도 많고, 차이점도 적지 않다. 유사점과 차이점의 어느 쪽에 초점을 맞추는지에 따라 양자의 관계는 달리 분석될 수 있으나, 당사자인 국민의 입장에서는 유사점이 훨씬 큰 것으로 느끼는 경우가 많으며, 이러한 국민의 인식을 충분히 고려하는 가운데 법적 판단일 내려질 필요가 있기 때문이다.¹²⁵⁾

평등권의 제한에 대한 합헌성 심사기준으로는 엄격한 심사기준보다는 완화된 심사기준이 적용되어야 할 것이다. 재건축부담금의 부과에 있어서는 단순히 재산권에 대한 제한이라는 측면보다는 부동산투기의 억제 및 이를 통한 부동산가격의 안정화라는 정책실현을 위해 입법자에게 폭넓은 입법형성권이 인정된다고 볼 수 있기 때문이다. 그러므로 엄격한 심사기준인 비례성원칙에 의한 심사 대신에 완화된 심사기준인 자의금지원칙에 따른 심사를 하여야 할 것이다.

완화된 심사기준인 자의금지원칙에 따른 심사에 의한다 하더라도, 상술한 입법목적을 달성하기 위해 본질적으로 같은 것을 자의적으로 다르게 취급하였는지 여부와 관련하여, 현재 부동산시장에서 재개발 및 재건축으로 인한 이해관계의 충돌이 매우 첨예하고 이를 규율하는 입법들 또한 투기수요의 정도나 재개발 및 재건축으로 인한 지가상승 효과 등을 충분히 검토하여 부담금 등을 적정한 범위 내에서 부과하여야 할 것이다..

특히 헌법재판소는 앞서 검토한 바와 같이 주택재개발사업이 주택재건축사업보다 공공성이 강하며 이에 따라 공적 관여의 강도도 더 크다고 판시한 바 있다.¹²⁶⁾ 그러므로 만일 주택재개발조합(원)과 주택재건축조합(원) 사

124) 재건축부담금 납부의무자를 일반 국민 내지 납세의무자에 비해 차별하는 것인지 여부는 특별부담금의 허용요건에 관한 문제이다.

125) 이러한 맥락에서 헌법재판소(헌재 2019. 12. 27. 2014헌바381 결정)가 주택재개발사업과 주택재건축사업이 비교집단이 될 수 없다고 판시한 점은 문제가 있다.

126) 헌재 2012. 11. 29. 2011헌바224 결정.

이에 현저하게 형평에 반하는 결과가 나온다면 이는 자의적인 차별에 의한 평등권 침해로 볼 수 있을 것이다.

VI. 결 론

헌법재판소가 최근 판례에서 개발부담금을 조세적 성격을 갖는 것으로 보고 있는 반면에 재건축부담금은 조세가 아닌 특별부담금으로 보고 있다. 이러한 불일치의 원인에 대해서는 더 많은 고찰이 필요할 것이지만, 재건축부담금의 법적 성격은 조세가 아닌 특별부담금으로 보는 것이 타당한 것으로 보인다. 재건축초과이익환수법의 재건축부담금은 특별부담금으로서의 요건을 갖춘 것으로 볼 수 있다. 재건축부담금을 특별부담금으로 본다고 하더라도 재건축부담금에 관한 일부 조항들은 위헌성의 의심이 있다.

반면에 이를 조세로 볼 경우에는 - 토지초과이득세의 경우와 유사하게 - 재건축부담금 제도 자체가 합헌성을 인정받기 어려운 복잡한 문제가 발생할 것이다. 첫째, 재건축부담금은 특별한 추가적 부담의 정당성 문제와 관련하여 조세평등주의 관점에서 정당성을 인정받기 어려우며, 둘째, 양도소득세액에서 일부만 공제하는 것은 양도소득세와 이중과세라는 점이 문제될 수 있으며, 셋째, (특히 미실현이득에 대한 과세임에도 불구하고 실현이득에 대한 양도소득세보다 중과세되는 일부 경우 등에) 부담이 과도하여 비례성 원칙에 위배되며, 넷째, 장기보유한 1세대 1주택에 대한 감면이 없는 점도 특히 침해의 최소성과 법익의 균형성에 위배될 우려가 큰 것이다.

재건축초과이익환수법 제9조 제2항은 종료시점의 주택가액 평가에 대해 규정하면서, 평가대상 내지 비교대상 토지, 평가기준과 방법 및 절차에 관하여 전혀 규정함이 없이 대통령령이 정하는 바에 따라 국토교통부장관이 정하는 부동산가격조사 전문기관으로 하여금 종료시점의 주택가액을 종료시점 현재의 주택가격 총액을 조사·산정하도록 포괄적으로 위임하고 있는 바, 종료시점의 주택가액의 산정에 있어 중요한 사항들을 법률에서 전혀 정함이 없이 포괄적으로 대통령령 등에 위임한 것은 법률유보원칙(본질성

이론과 결합한 의회유보론)에 위배될 뿐만 아니라, 포괄위임입법금지원칙에도 위배되는 것으로 볼 수 있다.

재건축부담금제도 자체는 토지공개념의 구체화 제도의 하나로서 목적의 정당성이 인정된다. 그러나 방법의 적합성과 관련하여 불로소득의 환수로 인한 사회적 형평 도모 및 부동산투기억제의 효과를 어느 정도 인정할 수 있으나, 신규주택의 수요가 많은 지역의 주택재건축 공급을 제한함으로써 주택가격이 더 상승하는 악순환의 고리가 되는 부작용이 더 크게 나타난다면 방법의 적합성에 의문이 제기될 수 있다.

또한 재건축부담금제도는 다음과 같은 점에서 침해의 최소성에 위배된다. 첫째, 미실효이득에 대한 환수제도로써 개발부담금보다는 공공성이 약하고 불로소득인 재건축초과이익의 환수 필요성 및 강도가 약함에도 불구하고 재건축부담금의 부과율이 개발부담금보다 높은 경우가 있다. 둘째, 미실효이득에 대한 환수제도임에도 불구하고 실효이득에 대한 환수제도인 양도소득세의 세율보다 그 부과율이 높은 경우가 있다. 셋째, 재건축초과이익이 실현되어 양도소득세로써 환수된 경우에도 양도소득세액을 개발비용으로 계상하여 일부만 공제하거나 양도소득세 산정에서 재건축부담금을 필요경비로 계상하여 일부만 공제하고 있다. 넷째, 개발부담금은 학교용지부담금의 전액을 공제함에도 불구하고 개발부담금보다 공공성이 약한 재건축부담금에서는 학교용지부담금이 개발비용으로 계상되어 일부만 공제되고 있다. 다섯째, 부동산투기 억제 등의 입법목적과 상관 없는 경우, 즉 투기목적 없는 장기보유한 1세대 1주택자 등에 대해서도 재건축부담금 감면 등의 조치가 전혀 없다.

그리고 재건축부담금이 부과되는 구체적 사안에 따라 평가되어야 할 것이지만, 많은 경우에 과도한 부담률, 장기보유한 1세대 1주택자에 대해서도 일률적인 재건축부담금부과, 일부 양도소득세 및 일부 학교용지부담금 등 여러 부담들의 중첩 등으로 인해, 재건축부담금의 부과를 통해 달성하고자 하는 공익보다 청구인들의 재산권 침해 정도가 훨씬 무겁게 나타나는 경우가 많다는 점에서 법익의 균형성에도 위배되는 것으로 평가된다.

재건축초과이익환수제도가 개발이익환수의 일종으로서 과거 개발이익

환수제도가 헌법재판소의 합헌결정을 받았다는 것이 곧 개발이익환수는 어떤 수단을 통하든, 어느 정도까지 행해지든 모두 헌법상 허용된다는 의미는 결코 아니다.

헌법재판소가 토지초과이득세나 택지소유상한제와는 달리 개발부담금을 통한 개발이익환수제에 대해서는 합헌성을 인정하기는 하였으나, 개발부담금의 구체적인 부담률, 양도소득세와의 관계 등과 관련하여 비례성 원칙에 위배되는지 여부에 대해서는 아직 판단한 바 없다. 만일 재건축부담금과 같은 새로운 제도가 과도한 부담으로 인해 비례성 원칙에 위배되는 것으로 인정될 경우에는 위헌으로 판단될 가능성은 여전히 열려있는 것이다. 재건축부담금의 입법에 의한 구체화는 이런 점들을 충분히 고려하는 가운데 신중하고 정밀하게 행해져야 했다. 이를 간과하고 국가목적달성에만 치우쳐 관련 당사자들에게 과도한 부담을 지울 경우에는 위헌성의 문제가 새롭게 대두될 수 있다는 점을 결코 가볍게 생각하지 말아야 할 것이다.

재건축부담금의 위헌성에 대한 검토 - 차 진 아	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2020.03.01.	2020.03.03.	2020.03.26.

[참고문헌]

- 길준규, 재건축 개발이익환수제도의 법적 문제, 공법학연구 제7권 제3호(2006.8), 47-75면.
- 김성수, 특별부담금의 정당화 문제, 공법연구 제31집 제3호(2003.3), 217-239면
- 김성수, 재건축부담금에 대한 헌법적 검토, 토지공법연구 제31집(2006.5), 29-57면.
- 김수갑/ 여경수, 『재건축초과이익 환수에 관한 법률』의 법적 쟁점과 과제, 공법학연구 제7권 제2호(2006.6), 403-431면.
- 김완석, 재건축에 관한 조세법적 검토, 토지공법연구 제33집(2006.11), 41-74면.
- 성소미, 재건축 개발이익환수에 관한 법적 쟁점, 토지공법연구 제31집(2006.5), 1-26면.
- 신정규, 개발부담금의 법적 성격과 우선징수권에 관한 고찰 - 헌법재판소 2016. 6. 30. 2013헌바191, 2014헌바473(병합) -, 토지공법연구 제76집(20016.11), 131-156면.
- 신정규, 헌법재판소의 특별부담금 합헌성 심사구조에 관한 비판적 고찰 -독일연방헌법재판결정과의 비교를 중심으로-, 공법학연구 제18권 제4호(2017.11), 143-184면.
- 윤성현, 부담금의 위헌심사기준에 관한 헌법이론적 재검토, 공법학연구 제13권 제1호(2012.2) 249-280면.
- 이동수, 재건축개발이익환수제의 내용과 문제점, 토지공법연구 제25집(2005.2), 81-100면.
- 이상신, 재건축 부담금의 법적 성격 및 위헌성 검토, 부동산학보 제74권(2018. 8), 106-117면.
- 이정희/ 권대중, 재건축 개발이익환수제도의 실증분석 연구 -재건축 부담금을 중심으로-, 대한부동산학회지 제25호(2007.6), 253-285면.
- 이주희, 재건축사업의 초과이익 환수제도의 부적정성에 관한 연구, 토지공법연구 제40집(2008.5), 1-19면
- 이춘원, 재건축 초과이익 환수제도에 관한 문제점 및 개선방안, 집합건물법학 제24권(2017.11), 43-78면.
- 이춘원, 재건축 부담금의 헌법적 검토, 부동산법학 제22집 제1호(2018.2), 1-28면
- 정지선, 재개발·재건축 관련 조세법상 쟁점과 정책과제, 조세연구 제10-2집(2010.8), 71-115면.
- 정호경, 소위 특별부담금 개념의 인정여부와 허용요건에 관한 소고 -헌재 2004. 7. 15. 선고 2002헌바42 먹느물관리법 제28조 제1항 위헌소원 사건을 중심으로-, 행정법연구 제14호(2005.10), 399-42면.
- 차진아, 개발부담금의 법적 성격에 관한 헌법재판소 판례의 분석과 평가, 강원법학 제59권(2020.2), 155-206면.
- 차진아, 사회국가의 실현구조와 토지공개념의 헌법상 의미, 공법학연구 제19권 제1호(2018.2), 3-41면.
- 차진아, 과세에 의한 재산권 제한의 의미와 한계, 고려법학 제81호(2016.3), 161-211면.
- 차진아, 재산권 보장의 상대화와 입법자의 역할 - 헌법 제23조 제1항의 해석에 관한 시론-, 고려법학 제76호(2015.3), 149-191면.
- 홍완식, 특별부담금에 관한 연구 -헌법재판소의 결정례를 중심으로-, 토지공법연구 제54집(2011.08.25.), 167-189면.
- 황해봉, 재건축초과이익 환수제도의 법적 검토, 일감법학 제20권(2011.8), 87-135면.

【국문초록】

주택재건축 문제는 매우 다양한 법적 쟁점들과 연결되어 있다. 그 중에서도 가장 뜨거운 현안의 하나가 ‘재건축부담금’의 법적 성격 및 그 합헌성 인정의 범위 및 한계에 관한 문제이다.

『재건축초과이익 환수에 관한 법률』 제2조 제3호에서는 재건축부담금을 “재건축초과이익 중 이 법에 따라 국토교통부장관이 부과·징수하는 금액”이라고 정의하고 있다. 또한 종래 헌법재판소 판례에서 개발부담금이 조세로서의 성격을 갖는 것으로 인정한 것과 달리, 최근 헌법재판소는 재건축부담금을 조세가 아닌 부담금에 해당하는 것으로 판시한 바 있다.

그러나 문제는 여전히 복잡하다. 개발부담금과 재건축부담금 사이에 어떤 차이가 있는지, 또 전자는 조세로, 후자는 특별부담금으로 인정하는 것이 어떤 차이에서 비롯되는 것이며, 그 결과 양자의 효과에는 어떤 상이점이 인정되는지가 더욱 중요한 문제로 부각되기 때문이다.

이 논문에서는 조세와 특별부담금의 유사점과 차이점 및 개발부담금과 재건축부담금의 유사점과 차이점에 대한 분석과 검토를 전제로 재건축부담금의 의의와 기능 및 합헌성의 범위에 대한 합리적인 결론을 도출하고자 하였다.

재건축부담금의 법적 성질은 조세가 아닌 특별부담금으로 보는 것이 타당한 것으로 보인다. 재건축초과이익환수법의 재건축부담금은 특별부담금으로서의 요건을 갖춘 것으로 볼 수 있다. 재건축부담금을 특별부담금으로 본다고 하더라도 재건축부담금에 관한 일부 조항들은 위헌성의 의심이 있다.

반면에 이를 조세로 볼 경우에는 - 토지초과이득세의 경우와 유사하게 - 재건축부담금 제도 자체가 합헌성을 인정받기 어려운 복잡한 문제가 발생할 것이다. 첫째, 재건축부담금은 특별한 추가적 부담의 정당성 문제와 관련하여 조세평등주의 관점에서 정당성을 인정받기 어려우며, 둘째, 양도소득세액에서 일부만 공제하는 것은 양도소득세와 이중과세라는 점이 문제될 수 있으며, 셋째, (특히 미실현이득에 대한 과세임에도 불구하고 실현이득에

대한 양도소득세보다 중과세되는 일부 경우 등에) 부담이 과도하여 비례성 원칙에 위배되며, 넷째, 장기보유한 1세대 1주택에 대한 감면이 없는 점도 특히 침해의 최소성과 법익의 균형성에 위배될 우려가 큰 것이다.

재건축초과이익환수법 제9조 제2항이 종료시점의 주택가액의 산정에 있어 중요한 사항들을 법률에서 전혀 정함이 없이 포괄적으로 대통령령 등에 위임한 것은 법률유보원칙(본질성 이론과 결합한 의회유보론)에 위배될 뿐만 아니라, 포괄위임입법금지원칙에도 위배되는 것으로 볼 수 있다.

또한 과잉금지원칙에 위배된다는 점도 문제된다. 재건축부담금제도 자체는 토지공개념의 구체화 제도의 하나로서 목적의 정당성이 인정된다. 그러나 신규주택의 수요가 많은 지역의 주택재건축 공급을 제한함으로써 주택가격이 더 상승하는 악순환의 고리가 되는 부작용이 더 크게 나타난다면 방법의 적합성에 의문이 제기될 수 있다.

가장 심각한 문제는 침해의 최소성 측면에서 나타난다. 미실휴이득에 대한 환수제도로써 개발부담금보다는 공공성이 약함에도 불구하고 재건축 부담금의 부과율이 개발부담금보다 높은 경우가 있고, 심지어 실휴이득에 대한 환수제도인 양도소득세의 세율보다 그 부과율이 높은 경우가 있으며, 투기목적 없는 장기보유한 1세대 1주택자 등에 대해서도 재건축부담금 감면 등의 조치가 전혀 없다는 점 등이 그러하다.

그리고 재건축부담금이 과도한 부담률, 장기보유한 1세대 1주택자에 대해서도 일률적인 재건축부담금부과, 일부 양도소득세 및 일부 학교용지부담금 등 여러 부담들의 중첩 등으로 인해, 재건축부담금의 부과를 통해 달성하고자 하는 공익보다 청구인들의 재산권 침해 정도가 훨씬 무겁게 나타나는 경우가 많다는 점에서 법익의 균형성에도 위배된다.

【Abstract】

A Study on Unconstitutionality of the Rebuilding Charges

Jina Cha

(Professor, Korea University School of Law, D. jur., Lawyer)

Housing rebuilding issues are linked to a wide variety of legal issues. One of the hottest issues among them is the question of the legal nature and the onstitutionality(its cope and limitations).

Article 2 (3) of the Act on the Restitution of Exess Rebuilding defines the term “rebuilding charges” as “the amount that the Minister of Land, Infrastructure and Transport imposes and collects in accordance with this Act out of the excess rebuilding gains”. In addition, the Constitutional Court recently judged the rebuilding charges as a levies not taxes, while the Constitutional Court in the past recognized the legal nature of the development charges as taxes.

But the problems are still complicated. Because the following points are highlighted as more important: What is the difference between the development charges and the rebuilding charge, for which differences the former is recognized as a tax and the latter as a levy and what are the differences between the legal effects of both?

This paper attempts to draw reasonable conclusions about the significance, function and scope of constitutionality of the rebuilding charges based on the analysis and review on the similarities and

differences between taxes and levies and the similarities and differences between the development charges and the rebuilding charges.

The legal nature of the rebuilding charges seems to be reasonable as levies rather than taxes. The rebuilding charges under the the Act on the the Restitution of Exess Rebuilding can be regarded as meeting legal requirements as levies. Even if the rebuilding charges are seen as levies, some provisions of the Act regarding the rebuilding charges are suspicious of unconstitutionality.

On the other hand, if the legal nature of the rebuilding charges seems to be taxes, complex problem arise in which the rebuilding charges system itself -similar to that in the Land Excess Gain Tax Law- is not constitutional: First, It is difficult to be justified in terms of the principle of equality of tax in relation to the issue of justification of extra burden. Second, the partial deduction of the rebuilding charges (or the capital gains tax) has a double taxation problem with the capital gains tax(the rebuilding charges). Third, the rebuilding charges(In particular, although theys are taxes on unrealized gains, in some cases they are taxed more than capital gains tax as tax on realized gains) violate proportionality principle because they are overburden. Fourth, the lack of exemption for one-family homeowners who have long-term possession, is also particularly concerned with the violation of the necessity and the balance of legal interests.

Article 9 (2) of the Reconstruction Excess Gains Recovery Act, which entrusted important matters in the calculation of the housing price at the end of the rebuilding, to the Presidential Decree, violates the principle of the statutory reservation (Parliamentary reservation in conjunction with the theory of essentialness [parlamentarischen gesetzesvorbehalt in Verbindung mit Wesentlichkeitstheorie]) In addition, it can be seen as violating the principle of Prohibiting over-

comprehensive delegation.

Another problem is that it violates the prohibition of excessiveness (Übermaßverbot). The rebuilding charges system itself is one of the concrete systems of publicity of real estate, and the justification of the purpose is recognized. However, the suitability of the method could be questioned if the adverse effects of a vicious cycle in which housing prices rise further by restricting the supply of housing rebuilding in areas with high demand for new homes are greater.

The most serious problem is in terms of the necessity. As a restitution system for unrealized gains, although the publicity is weaker than the development charges, there are cases that the rates of rebuilding charges are higher than the development charges, and even higher than the tax rates of capital gains tax, which is a restitution system for realized gains. There is no measure to reduce the burdens of the rebuilding charges even for long-term one-family homeowners who do not have a speculative purpose.

In addition, the claimant is more than the public interest to achieve through imposition of rebuilding charges due to the excessive rates of imposition, uniform imposition for one-family homeowners who have long-term possession, and overlapping several burdens such as some capital gains tax and charges for school sites. Their infringement of their property rights is often much heavier, which violates the balance of legal interests.

주제어(Keyword) : 재건축부담금(rebuilding charges), 개발부담금(development charge), 재건축초과이익의 환수(restitution of excess rebuilding gains), 특별부담금(special levy Sonderabgabe), 조세(tax)

함정수사의 위법성 판단기준에 관한 고찰

- 학설과 판례의 개관 및 객관설의 타당성 논증을 중심으로 -

권 순 호*

▶ 목 차 ◀

I. 들어가며	2. 객관설에서 발생하는 처벌의
II. 학설과 판례의 개관	공백은 우리가 비워두어야
1. 학설의 개관	할 정당한 공백이라는 점
2. 판례의 개관	3. 주관설에 따르면 순환논증적
III. 객관설의 타당성 논증	오류의 판단을 하게 된다는
1. 위법수집증거배제법칙의 위	점
법수사의 판단과 양립되어	4. 소결
야 한다는 점	IV. 나오며

I. 들어가며

함정수사란 무엇인가? 함정수사란 수사기관이나 수사기관의 의뢰를 받은 수사협력자가 그 의도나 신분을 감추고 상대방으로 하여금 범죄를 실행하도록 한 후, 범죄의 실행을 기다려 그를 검거하는 수사방법을 가리킨다.¹⁾

* 경찰대학 치안대학원 석사과정(수사법제전공).

1) 노명선·이완규, 「형사소송법」, 성균관대학교 출판부, 2017, 157면; 배종대·홍영기, 「형사소송법」, 홍문사, 2018, 108면; 손동권·신이철, 「새로운 형사소송법」, 제4판, 세창출판사, 2019, 163면; 이은모·김정환, 「형사소송법」, 제7판, 박영사, 2019, 174면; 이재상·조균석, 「형사소송법」, 제12판, 박영사, 2019, 193면; 이주원, 「형사소송법」, 박영사, 2019, 93면; 이창현, 「형사소송법」, 제5판, 정독, 2019, 212면; 정웅석·최창호,

함정수사 기법은 일선의 수사실무에서 현실적 필요에 따라 자연스럽게 형성된 것으로서, 현재에도 광범위하게 사용되고 있다. 이렇게 광범위하게 사용되고 있는 함정수사와 관련한 법적인 쟁점으로 무엇이 있는지 알아보기 위해서는, 먼저 구체적으로 함정수사가 어떤 것인지 예를 들어 살펴보는 게 바람직하다.

그 첫 번째 사례로는, 음지에서 도굴·도난 문화재를 보관·판매·유통하려는 일당들을 검거하기 위해 전형적인 함정수사의 기법을 이용하는 사건을 생각해 볼 수 있다. 몇 년 전 추운 겨울날, 불교방송국이 위치한 서울시 마포구 소재의 ‘OO빌딩’ 지하 1층의 찻집에서는 “문화재보호법” 위반 혐의의 수사가 한창 진행 중이었다. 수사기관은 미리 시중 은행의 협조를 얻어 고액의 현금다발을 소지하고 있는 것처럼 사진을 여러 장 촬영한 후, 이를 이용해 회소가치가 있거나 유서 깊은 기물(器物) 또는 서화 등을 수집하는 취미를 가진 거액의 자산가인 것처럼 한 중년 남성을 위장시켰다. 이 위장된 중년 남성(수사협력자)이 ‘OO빌딩’ 지하 1층의 찻집에서, 그에게 도굴·도난 문화재를 판매하려는 일당을 접촉하고 있었던 것이다.

하지만 수사는 난항에 부딪혔다. 상대방 일당은 수사기관의 의뢰를 받은 수사협력자가 진실로 골동품 수집의 취미를 가진 거액의 자산가인지 의심스러워 하며, 이에 대해 구체적으로 따져보려 했기 때문이다. 이들은 좀처럼 자신들이 판매 의사를 분명하게 가지고 있는지, 혹은 소지하는 골동품 문화재가 무엇인지, 그리고 어디에 보관 중인지 전혀 내색하지 않았다. 대강의 첩보를 통해 상대방 일당이 도굴·도난 문화재를 보관·판매한다는 ‘주관적 의심’은 형성할 수 있었지만, 도굴·도난 문화재와 관련한 범죄는 매우 은밀하게 이루어지기 때문에 주관적 의심을 입증할 만한 객관적인 단서를 전혀 확보할 수 없었던 것이다.

그럼에도 불구하고 수사기관의 의뢰와 지령을 받은 수사협력자는 이들을 적극적이고 꾸준하게 회유하였다. 마침내 수사기관은 현장을 확인함으로써 문화재보호법 위반 등의 혐의로 도굴·도난 문화재 판매 일당 다수를 검

「형사소송법」, 제8판, 대명출판사, 2018, 49면; 정승환, 「형사소송법」, 박영사, 2018, 90면; 조국, 「위법수집증거배제법칙」, 박영사, 2017, 427면.

거하였고, 기소 의견으로 사건을 검찰에 송치할 수 있었다. 그런데 이러한 수사기관의 수사는, 결과적으로 도굴·도난 문화재를 불법적으로 판매하는 일당을 검거함으로써 처벌할 수 있게 되었으므로 전혀 문제가 없는 것일까? 수사협력자가 범인들을 적극적으로 꾸준히 회유했다는 점에서, 그 수사방법의 위법성이 문제 될 수도 있지 않을까?

이와 유사하지만 결이 다른 사례로, 전화금융사기(보이스피싱) 범죄자들을 검거하기 위해 마찬가지로 함정수사의 기법을 이용하는 사건을 생각해볼 수 있다. 몇 년 전 더운 여름날, 다수의 금융기관이 밀집한 서울시 중구 을지로 소재의 ‘OO빌딩’ 2층의 ‘OO저축은행’에서는, 이미 전화금융사기 피의자들에게 거액의 현금을 건네준 사실로 당일 수사기관을 방문했던 피해자가 다시 추가 현금대출을 시도하고 있었다. 전화금융사기 사건은 다수의 피의자가 역할 분담을 철저히 하여 매우 구조적이고 신속하게 범죄가 진행되는데, 피해자를 직접 만나 돈을 건네받는 범죄자 외에도 돈을 건네받는 현장을 멀리서 지켜보는 공범이 존재하고, 그 이전에 피해자가 은행을 방문하거나 할 때 수사기관이나 피해자의 일행이 따로 동행하진 않는지 현장을 확인하는 공범이 또 존재한다. 따라서 이들을 모두 현장에서 검거하기 위해서는, 실제로 추가 현금대출을 받거나 혹은 적어도 추가 현금대출을 받는 것처럼 위장함으로써 그들을 속여야 한다. 이미 상당한 금전 피해를 입었음에도 피해자는 자발적이고 적극적으로 수사기관에게 협조할 의사를 밝혔고, 이에 응하여 수사기관은 저축은행 측의 양해를 받아 마치 추가 현금대출이 이루어진 것처럼 공범들을 모두 속일 수 있었다. 이후 위 은행 인근의 장소에서 돈을 직접 건네받으려 하던 피의자와 이를 따라다니며 지속적으로 지켜보며 감시하던 공범들을 모두 검거할 수 있었음은 물론이다.²⁾

위의 두 사례의 공통점과 차이점은 다음과 같다. 공통점은 모두 함정수사 기법을 이용한 사건으로 수사기관이 적극적으로 기획하고 구성한 성격이 강하다는 점이고, 또한 두 사례를 통해 함정수사 기법이 일선의 수사실무에서 현실적 필요에 따라 폭넓게 사용되고 있음을 알 수 있다는 점이다.³⁾

2) 이상의 내용은 모두 가정적인 내용으로, 실제 처리된 형사사범 업무와 관계가 없음을 밝힌다.

하지만 전자는 수사협력자가 범인이 범행을 실행하도록 적극적이고 꾸준하게 회유함으로써 범의를 유발했다는 점에서 그 위법성이 문제 될 수 있는데 반해, 후자는 이미 완료된 전화금융사기 사건에 있어 동일한 피의자가 추가 범행을 시도하도록 단순히 기회를 제공한 것에 그쳤다는 점에서 차이가 분명히 존재한다.

이처럼 모든 함정수사 기법은 수사기관이 범죄를 실행하도록 유도하고 나아가 그 실행을 기다려 상대방을 검거하므로, 사건을 적극적으로 ‘기획’하고 ‘구성’하게 된다. 따라서 함정수사 기법을 이용한 사건에 관해서는 수사방법의 위법성에 대한 논의가 태생적으로 야기될 수밖에 없어 보인다. 이에 함정수사에 대한 학계의 논의도, 함정수사의 위법성에 대한 논의를 중심으로 i) 무엇이 함정수사이고 함정수사의 위법성을 어떻게 판단할 것인가(함정수사의 위법성 판단기준), ii) 위법한 함정수사의 형사소송상 효과를 어떻게 할 것인가(위법한 함정수사의 법적 효과)에 관해 전개되어 왔다.

본 연구자는 이 중에서도 무엇이 함정수사이고 함정수사의 위법성을 어떻게 판단할 것인지에 관해 검토하고자 한다. 아래에서는 함정수사의 위법성 판단기준에 대한 학계와 판례의 입장을 간략히 살펴보고, 학설을 비판적으로 검토하면서 세 가지 근거를 들어 객관설의 타당성을 논증할 것이다. 참고로 본 연구에서는 함정수사의 위법성 판단기준에 관한 외국의 입장에 대해 생략하려 한다.⁴⁾

-
- 3) 실제 경찰 단계의 수사 실무에서 함정수사는, 그 유용성으로 인해 매우 광범위하고 빈번하게 이용되고 있다.
 - 4) 함정수사의 위법성 판단기준에 관한 외국의 입장에 대해서는 이미 많은 연구가 진행되어 왔다(류전철, “함정수사의 형사소송법적 고찰”, 「법학논총」 제6호, 2000, 114-122; 조국, “함정수사의 위법성 기준과 법적효과에 대한 재검토”, 「형사법연구」 제14호, 2000, 68-81면; 정한중, “함정수사에 대한 미국의 논의와 한국의 판례 및 학설 비판”, 「비교형사법연구」 제15권 제1호, 2013, 234-246면 등). 위법성 판단기준에 관해 외국의 입장을 비교적 최근에 정리한 것으로는 송승현, “함정수사의 형사책임과 한계”, 박사학위 청구논문, 성균관대학교, 2014, 43-50면.

II. 학설과 판례의 개관

본격적으로 함정수사의 위법성 판단기준에 대한 학설과 판례를 개관하기에 앞서, 본 연구자는 통상 학계에서 사용되고 있는 용어 대신 범의유발형 ‘수사방법’, (범죄)기회제공형 ‘수사방법’이라는 용어를 사용하려 한다. 왜냐하면 범의유발형 함정수사 또는 기회제공형 함정수사라는 용어는 대법원 1983. 4. 12. 선고 82도2433판결이나 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339판결과 뒤섞여 다소 혼동될 수 있고, 나아가 함정수사라는 용어 자체가 적절하지 못하다는 견해도 존재하기 때문이다.⁵⁾ 그래서 본 연구자는 이러한 혼란을 피함과 동시에, 함정수사의 방식에 의한 수사도 결국 수사기관이 행하는 수사의 다양한 방법 중 하나라는 상식적인 전제하에, 전체로서의 함정수사를 범의유발형 수사방법과 (범죄)기회제공형 수사방법으로 구분해 표현할 것이다.

이러한 표현 방식의 타당성은 다음과 같다. 첫째, 그것이 대법원 1983. 4. 12. 선고 82도2433판결과 양립할 수 있을 뿐만 아니라 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339판결과도 양립할 수 있어 개념상 혼란을 쉽게 피할 수 있다. 둘째, 대법원이 이미 지속적으로 함정수사를 “수사방법” 또는 “수사방식”으로 표현해오고 있고,⁶⁾ 학계의 통설도 함정수사를 “수사방법” 중 하나로서 정의하고 있어,⁷⁾ 용어의 사용에 무리가 없다. 마지막으로, 해당 용어만

5) 그 맥락은 본 연구자의 것과 다소 다르긴 하나, 함정수사라는 용어의 문제점을 지적하는 견해로는 김준호, 앞의 논문, 142면, 그리고 이창현, “판례를 통해 본 함정수사와 그에 대한 비판적 고찰”, 『동아법학』 제59호, 2013, 59-60면.

6) 함정수사에 관해 판시하며 이것을 ‘수사방법’으로 언급하는 판례는 다음과 같다. 대법원 1983. 4. 12. 선고 82도2433 판결; 대법원 1992. 10. 27. 선고 92도1377 판결; 대법원 2000. 10. 24. 선고 2000도3490 판결; 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도1066 판결; 대법원 2005. 3. 24. 선고 2005도320 판결; 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결; 대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도3464 판결; 대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3672 판결; 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도7362 판결. 함정수사를 ‘수사방식’으로 언급한 판례도 존재한다(대법원 1987. 6. 9. 선고 87도915 판결).

7) 노명선·이완규, 앞의 책, 157면; 배종대·홍영기, 앞의 책, 108면; 손동권·신이철, 앞의 책, 163면; 이은모·김정환, 앞의 책, 174면; 이재상·조균석, 앞의 책, 193면; 이주원, 앞의 책, 93면; 이창현, 앞의 책, 212면; 정웅석·최창호, 앞의 책, 49면; 정승환, 앞의 책, 90면;

으로도 추가설명 없이 상대방에게 의미가 혼동되지 않고 분명하게 전달될 수 있어 기존의 용어보다 학문적으로 더 효율적이다.

1. 학설의 개관

우리나라의 함정수사의 위법성 판단기준에 대한 학설은 모두 미국의 주관설과 객관설(내지 적정절차 항변)의 영향을 받은 것으로 볼 수 있다.⁸⁾ 보다 세부적으로는 함정수사의 위법성 판단기준을 무엇으로 하는지에 따라 주관설과 객관설, 그리고 종합설로 나뉘어 있다.

먼저 주관설은 미국 연방대법원이 함정수사의 항변을 처음으로 인정한 1932년 소렐즈 판결에서 비롯된 것으로서,⁹⁾ 피의자의 내심의 의사를 기준으로 사전에 범의가 없는 자에게 범죄의사를 생기게 하였는지 여부에 따라 위법한 함정수사인지를 판단한다.¹⁰⁾ 즉, 사전에 범죄를 저지를 의사가 있는 사람이라면 그러한 사람에 대한 수사기관의 수사는 위법하지 않은 것이고, 피의자가 사전에 범의가 없었다면 그에 대한 수사기관의 수사는 위법한 함정수사가 된다는 것이다. 이는 피교사자인 범죄인이 이미 범의를 가지고 있었는지에 따라 (범죄)기회제공형 수사방법과 범의유발형 수사방법으로 나누고, 후자인 범의유발형 수사방법만을 위법하다고 보는 견해라고 볼 수 있다. 이러한 주관설적 견해에 대해서는 수사의 위법성 판단에 있어 수사기법의 객관적인 측면은 부당하게 제외되어 버린다거나, 전과가 있는 사람에 대한 수사는 대부분 기회제공형 수사방법에 해당하여 불합리하게 적법한 것으로 판단될 수 있다는 비판이 가능하다.¹¹⁾

조국, 앞의 책, 427면.

8) 자세한 내용은 정한중, 앞의 논문, 246면 이하.

9) Sorrells v. United States, 287 U.S. 435, 451 (1932).

10) 백형구, 「형사소송법」, 법원사, 2012, 43면; 송광섭, 「형사소송법」, 형설출판사, 2019, 197면; 정승환, 앞의 책, 90면; 차용석·최용성, 「형사소송법」, 제4판, 21세기사, 2013, 164-165면.

11) 조국, “함정수사의 위법성 기준과 법적효과에 대한 재검토”, 82면; 박찬걸, “함정수사의 허용요건과 법적 효과 - 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도7362 판결을 중심으로 -”, 「홍익법학」 제12권 제3호, 2011, 231면

이에 반해 수사기관이 사용한 수사의 방법과 내용을 객관적으로 보아, 그 수사방법이 일반인도 범죄를 저지르게 할 정도의 설득 내지 유혹의 방법을 사용한 것이라면 위법하고, 그렇지 않다면 위법하지 않다는 것이 객관설이다.¹²⁾ 즉, 수사기관의 객관적인 수사기법만을 기준으로 하여 함정수사의 위법성을 판단하자는 것이다. 나아가 객관설에서는 범의를 가지지 않은 자에게 범죄의 기회를 제공하여 범죄를 실행하게끔 하였다면 그것은 일반인에게 범의를 유발하게 할 정도의 강력한 유혹인 경우가 대부분이고, 따라서 주관설은 객관설의 객관적인 기준 속에 흡수통합이 가능하다는 견해도 존재한다.¹³⁾ 이러한 객관설에 대해서는, 수사의 대상이 되는 사람이 사전에 범죄의 의사가 있는지 여부는 수사기관이 그 사람에 대한 수사방법을 선택할 때 중요한 판단 요소가 됨에도 불구하고 이를 전혀 무시해버리게 된다는 점이나, 범의를 가진 사람에게 수사기관이 정도를 넘어 유혹하였다면 이를 처벌하지 못하게 되는 불합리한 공백이 생길 수 있다는 비판이 가능하다.¹⁴⁾

그리고 주관설과 객관설을 종합하여 위법한 함정수사인지 여부를 결정해야 한다는 것이 종합설이고,¹⁵⁾¹⁶⁾ 이것이 현재 우리의 통설이자 판례이다.

12) 김기두·박재윤·조준현, 「형사소송법」, 제2판, 한국방송통신대학교출판부, 1995, 227면; 김준호, “함정수사의 위법성 판단기준”, 「법조」 제57권 제7호, 2008, 278-281면.

13) “범의를 가지지 않은 자를 유혹하여 범의를 유발케 하였다면, 이는 주관적 기준을 충족시키는데 그치지 않고 객관적 기준도 충족시킨다고 보아야 한다.”(김준호, 앞의 논문, 278면).

14) 박찬걸, 앞의 논문, 232면; 會田正和, 「おとり入捜査」, 刑事裁判實務大系 第11卷 犯罪捜査, 1991, 232면(박광민, “함정수사의 규제”, 「성균관법학」 제7권 제1호, 1996, 51면; 유인창, “함정수사의 법적 효력에 관한 연구”, 「법학연구」 제20호, 2005, 535면; 정금천, “함정수사에 관한 고찰”, 「형사법연구」 제26호, 2006, 746면에서 재인용)

15) 노명선·이완규, 앞의 책, 157-158면; 박광민, 앞의 논문, 61-62면; 방경휘, “함정수사에 관한 형사소송법적 제검토”, 「고려법학」 제93호, 2019, 205면; 배종대·홍영기, 앞의 책, 109-110면; 손동권·신이철, 앞의 책, 165면; 신양균, “함정수사의 적법성”, 「형사법연구」 제21권 제4호, 2009, 164-166면; 유인창, 앞의 논문, 545-546면; 이은모, “함정수사의 적법성 판단기준과 법적 효과”, 「법학논총」 제27권 제1호, 2010, 142면; 이재상·조근석, 앞의 책, 195면; 이주원, 앞의 책, 93면; 이창현, 앞의 논문, 63-64면; 임동규, 「형사소송법」, 제14판, 법문사, 2019 132-133면; 임상규, “미수의 교사와 함정수사”, 「형사법연구」 제22권 제2호, 2010, 269-270면; 정진연, “함정수사의 위법 판단기준과 법적효과”, 「비교형사법연구」 제7권 제2호, 2005, 82-83면; 정신교, “함정수사의 합리적 통제방안”, 「법학연구」 제42호, 2011, 243-255면; 정웅석·최창호,

대표적으로 조국 교수는 자신이 주관설에 따른 기준과 함께 객관설의 기준도 고려해야 한다는 ‘통합설’(종합설)을 주장하는 것이라며, 사전범의가 없는 시민에게 범의를 유발하였을 경우는 당연히 위법한 합정수사이고 사전범의가 있는 시민에 대해서도 일정한 경우 위법한 합정수사라고 판단해야 한다고 이야기한다.¹⁷⁾ 다만 조국 교수는 수사기법을 이용한 것인지 아니면 수사기법을 이용하지 않은 것인지에 따라 합정수사를 둘로 나누고 이러한 구분하에서 논증을 전개하기도 하는데,¹⁸⁾ 이것이 적절한지에 관해서는 다소 의문이 든다. 조국 교수에 따른 종합설이 정당화되기 위해서는, 사전범의가 없는 시민에게 수사기관이 범의를 유발하는 것을 수사기관의 수사기법이 사용되지 않은 것으로 볼 수 있어야 한다. 그것이 상식에 반함은 물론이다.

끝으로, 그 적용에 있어 주관설, 객관설, 그리고 종합설에 따른 합정수사의 위법성 판단이 구체적으로 어떻게 달라질 수 있는지 거칠게 정리하면 아래 <표 1>와 같이 A, B, C, 그리고 D의 네 가지 경우로 나뉘볼 수 있다. 여기서 B와 C에 대한 판단에 있어서는 주관설과 객관설, 그리고 종합설이 모두 일치함을 알 수 있다. 따라서 학설이 구분되는 지점은 바로 A와 D에 대한 판단이다.

<표 1> 학설에 따른 합정수사의 위법성 판단의 구체적 적용

		대상자가 사전범의를 지니고 있는지	
		사전범의 있음	사전범의 없음
객관적인 수사 기법이 위법한지	위법함	A	C
	위법하지 않음	B	D

앞의 책, 50면; 정한중, 앞의 논문, 248-249면; 지영환, “합정수사의 위법판단기준과 법적효과에 관한 연구”, 「경희법학」 제41권 제1호, 2006, 270면; 조국, “합정수사의 위법성 기준과 법적효과에 대한 재검토”, 82-83면.

16) 이때, 이재상 교수의 견해를 범죄의 종류에 따라 합정수사의 위법성 판단기준을 달리 한다는 점에서 별개의 ‘이원설’로 나누는 견해도 존재한다(임동규, 앞의 책, 132면).

17) 조국, “합정수사의 위법성 기준과 법적효과에 대한 재검토”, 82-83면.

18) 조국, 앞의 책, 448-453면.

학설의 적용	주관설 : A, B는 적법하고 C, D는 위법한 것으로 판단 객관설 : B, D는 적법하고 A, C는 위법한 것으로 판단 종합설 ¹⁹⁾ : B는 적법하고 A, C, D는 위법한 것으로 판단
--------	--

이때, 대상자가 사전범의를 지니지 않았는데 수사기관이 그에게 위법하지 않은 수사기법을 통해 범죄의 기회를 제공하여 범죄를 실행하게 한 경우인 D가 실존할 수 없다는 앞서의 타당한 지적²⁰⁾(보다 엄밀히 말한다면, D는 수사의 객관적인 기법이 위법한 경우일 수밖에 없으므로 C가 속한 영역에 속해야 한다는 것)을 수용한다면, 실제적인 적용의 결과에 있어서는 객관설과 종합설은 사실상 동일한 견해이다. 결론적으로, 학설들이 서로 구별되는 지점은 오로지 A에 관한 것(사전범의 있는 자에게 수사기관이 객관적으로 위법한 수사기법을 사용하여 범죄를 실행하게끔 한 경우)만이 남게 될 것이다.

2. 판례의 개관

한편 합정수사의 위법성 판단에 관한 판례의 입장과 흐름은 정확히 파악하기 어려울 뿐만 아니라 상당히 혼란스럽기까지 하다.²¹⁾ 이러한 어려움과 혼란은 일정 부분 형사소송법에 합정수사에 관한 규정이 존재하지 않는 것에 기인한다. 만일 오랜 기간 연구에 헌신해 온 학자들도 합정수사의 위법성 판단에 관한 판례의 입장을 분명히 파악하기 어렵다면, 본 연구자가 여기서 판례의 독창적인 해석론을 전개하는 것은 결코 적절하지 않을 것이다.

다만 본 연구자는 합정수사에 관한 각각의 판례에서 명시적으로 드러난 ‘판시사항’과 ‘판결요지’, 그리고 ‘판결 이유’를 덧붙이거나 변형하지 않고,

19) 이때의 종합설은, 주관설에 따른 기준과 객관설에 따른 기준을 하나라도 만족하지 않으면 위법한 것으로 인정되어야 한다는 견해를 의미하는 것으로 전제하였다.

20) 김준호, 앞의 논문, 278-279면.

21) “합정수사의 의미에서부터 합정수사의 주체, 위법한 합정수사의 판단기준이나 위법한 합정수사의 효과 등에 있어서 …… 판례의 입장을 정확히 파악하기 어렵고 상당히 혼란스럽기까지 할 정도이다.”(이창현, 앞의 논문, 32-34면).

오로지 문리적으로만 해석하는 방법을 통해 판례의 흐름을 개관하고자 한다. 즉, 주요 판례의 문구를 그대로 가져오되 필요에 따라 문리적 범위 내에서만 덧붙여 해석할 것이다.

(1) 대법원 1963. 9. 12. 선고 63도190판결 및 대법원 1982. 6. 8. 선고 82도884판결

함정수사에 관한 최초의 판결은 대법원 1963. 9. 12. 선고 63도190판결이다. 이 판결에서는 판시사항 ‘함정수사에 의하여 행한 범죄의 가벌성 및 그 소송절차의 위법 여부’에 대하여 다음과 같이 판시하였다.

“…… 마약사범을 단속하는 공무원이 정보원을 앞세워 피고인으로부터 마약을 매수하게 하여 본건 범죄를 행하게 하였다 할지라도 전혀 범의가 없는 피고인으로 하여금 본건 범행을 유발하게 한 경우나 아니라면 피고인의 본건 소위가 범죄가 되지 아니한다거나 공소제기절차 내지 공소권에 흠이 있는 경우라고 볼 수 없고 ……”.

이는 ‘함정수사가 범의유발형 수사방법이 아니라면 범죄가 되지 않는다거나 공소제기절차 내지 공소권에 흠이 있는 경우라고 볼 수 없다’(즉, 범의유발형 수사방법이 아니라면 범죄가 되지 않는다거나 공소제기 절차 내지 공소권에 흠이 있다고 볼 수 없다)는 취지로 판시한 것으로 해석된다.

그런데 이것을 논리적으로 반대해석 하면 ‘함정수사가 범의유발형 수사방법에 해당된다면, 범죄가 되지 않는다거나 공소제기절차 내지 공소권에 흠이 있는 경우로 볼 수 있다’로 해석할 수 있다. 이에 대해 신양균 교수는 위 판결이 위법한 함정수사에 대해 무죄와 공소기각의 가능성을 모두 시사한 것으로서 특기할 만하다고 지적하는데,²²⁾ 위와 같은 논리적인 단순 반대해석의 내용에 미루어 보면 타당한 지적이라 생각한다.

그 후 대법원 1982. 6. 8. 선고 82도884판결에서는 판시사항인 ‘함정수사의 적법성’에 관하여 판결이유에서 다음과 같이 판시된다.

“원심은 …… 함정수사에 의하여 피고인의 범의가 비로소 야기된 것이

22) 신양균, 앞의 논문, 161면.

거나 함정수사에 의하여 이 사건 범행이 이루어진 것은 아니므로 피고인의 행위가 함정수사에 의한 것으로서 처벌할 수 없다는 주장은 이유없다고 배척하고 있는 바, …… 원심의 위와 같은 사실인정과 판단은 정당 …… ”

이는 부정 표현이 지나치게 반복 사용되어 그 의미가 한눈에 와닿진 않으나, ‘함정수사가 범의유발형 수사방법이 아니라면 처벌할 수 있음’을 표현한 것으로 단순히 해석할 수 있어 보인다.

(2) 대법원 1983. 4. 12. 선고 82도2433판결

그런데 뒤이은 대법원 1983. 4. 12. 선고 82도2433판결은 이전의 두 판결과 조금 결을 달리한다. 이 판결에서는 판시사항인 ‘함정수사의 의미’에 관해 판결요지와 판결이유에서 아래와 같이 실시하고 있다.²³⁾

“함정수사라 함은 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범죄를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 수사방법을 말하는 것이므로 범의를 가진 자에 대하여 범행의 기회를 주거나 범행을 용이하게 한 것에 불과한 경우에는 함정수사라고 말할 수 없다 할 것인바 ……”.

이것은 먼저 ‘범의유발형 수사방법이 아닌 경우에는 함정수사가 아니다’(즉, 함정수사는 범의유발형 수사방법만을 가리키고, 기회제공형 수사방법은 함정수사라 볼 수 없다)는 취지를 분명하게 드러낸 것으로 볼 수 있다.²⁴⁾ 구체적으로는 ‘함정수사에 해당되면 당연히 위법하다’는 전제하에,²⁵⁾ 범의유발형 수사방법은 함정수사에 해당하여서 위법하고 기회제공형 수사방법은 함정수사에 의하여 이루어진 것이 아니어서 위법하지도 않음을 판시한 것으로 해석된다.

23) 이후의 같은 취지인 판결로는 대법원 1992. 10. 27. 선고 92도1377 판결; 대법원 2000. 10. 24. 선고 2000도3490 판결; 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도1066 판결; 대법원 2005. 3. 24. 선고 2005도320 판결.

24) 신양균, 앞의 논문, 161면.

25) ‘함정수사에 해당되면 당연히 위법하다’는 전제가 위 판결의 요지나 이유 부분에서 명시적으로 실시되고 있진 않다. 하지만 이것이 전제되어야만 위 판결의 결론이 도출될 수 있으므로, 위 판결의 논증에서 ‘함정수사에 해당되면 당연히 위법하다’는 것이 암묵적으로 전제되고 있다고 쉽게 추정해 볼 수 있다.

이러한 판례의 입장은 주관설과 양립할 수 있지만 객관설이나 종합설로는 설명할 수 없으므로, 이를 주관설에 따른 판시라고 판단해 볼 수 있다. 동일한 논리로, 이전의 대법원 판례 역시 주관설과는 양립할 수 있지만 객관설이나 종합설로는 설명할 수 없으므로 우리는 대법원이 주관설적 입장을 계속 유지해왔다고도 생각할 수 있다. 그렇다면 판례 간 차이점은, 함정수사의 범위를 좁게 보는 것(대법원 1983. 4. 12. 선고 82도2433판결)과 좁게 보지 않는 것(대법원 1963. 9. 12. 선고 63도190판결, 대법원 1982. 6. 8. 선고 82도884판결)의 차이일 것이다.

(3) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결
(대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도1066판결)

그 후 대법원은 상당 기간 대법원 1983. 4. 12. 선고 82도2433판결의 입장을 유지한다. 그러던 중, 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결²⁶⁾에서 판시사항 ‘위법한 함정수사에 기한 공소제기의 효력’에 관하여 판결요지와 판결이유에서 아래와 같이 실시함으로써, 종전의 확고한 입장(‘범의유발형 수사방법만이 함정수사에 해당하여 위법한 것이고 범의유발형 수사방법이 아니라면 함정수사가 아니고 위법하지 않다’)을 조금 누그러뜨리게 된다.²⁷⁾

“…… 범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있음은 별론으로 하고, 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 함정수사는 위법함을 면할 수 없고 ……”.

이는 기회제공형의 수사방법도 늘 적법한 것이 아니라 경우에 따라 위법할 수 있고, 범의유발형의 수사방법은 함정수사로서 반드시 위법하다는

26) 이 판결은 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도1066판결에 의해 파기환송된 사안에 대해 대법원이 원심을 확정판결한 판결임.

27) 같은 취지의 판결로 대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도3464 판결; 대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3672 판결; 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도7362 판결

것으로 해석된다.

물론 위 판결의 전체적인 사실관계가 전형적인 범의유발형 수사방법이고 심리를 소홀히 한 원심판결의 문제를 지적한 후 파기환송된 원심판결에 대한 상고심으로서 범의유발형 함정수사의 위법성을 인정했을 뿐이라는 점에서, 종전의 판례와 크게 다르지 않은 것도 사실이다. 이에 대해 박찬걸 교수는 “세부적인 기준들을 비교적 상세하게 제시하고 있는 특징을 보이고 있다. 하지만 주관적 기준설에 치우쳐 있는 기본 입장에는 변화가 없는 것으로 보인다”라고 지적하고 있는데, 이는 일견 타당한 지적이다.²⁸⁾

그럼에도 불구하고, 판결요지에서 방론의 형태로 “범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법이 경우에 따라 허용될 수 있음은 별론으로 하고 ……”라며, 기회제공형의 수사방법도 늘 적법한 것이 아니라 경우에 따라 위법할 수 있는 가능성을 드러내었다는 점에서 결코 그 의미가 작다고 볼 수 없다. 위 판결은 기회제공형의 수사방법도 위법하게 판단될 수 있는 여지를 남겨둔 판결로서, 또한 범의유발형 수사방법을 위법하다고 판단한 최초의 사안으로서 높이 평가될 수 있다.²⁹⁾

(4) 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339판결

가. 판결의 의의

‘범의유발형 수사방법만이 함정수사에 해당하여 위법한 것이고, 범의유발형 수사방법이 아니라면 함정수사가 아니고 위법하지 않다’는 식의 확고한 입장을 보다 명백하게 변경한 판결은 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339판결이다. 나아가 이 판결에서는 이전까지 함정수사의 위법성 판단기준으로 주관설적 견해를 일관되게 취해왔던 것과는 달리, 주관설과 객관설을 종합하여 위법한 함정수사인지 여부를 결정해야 한다는 종합설의 입장을 취

28) 박찬걸, 앞의 논문, 235면.

29) 박이규, “위법한 함정수사에 기하여 제기된 공소의 처리(2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결: 공2005하, 1899)”, 「대법원판례해설」 제59호, 2006, 451면; 신양균, 앞의 논문, 162면.

하였음을 최초로 적시하였다. 이렇게 변경된 대법원의 입장은 가장 최근의 대법원 2015. 4. 9. 선고 2015도1003 판결에서도 동일하게 유지되고 있다.

그런데 비슷한 시기의 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007도1903판결이 대법원이 종전의 입장을 변경한 첫 번째 판결이라고 주장하는 견해도 존재한다.³⁰⁾ 하지만 본 연구자의 생각은 이와 다소 다른데, 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007도1903판결의 판시사항과 판결요지, 판결이유를 종합하면 이것이 이전까지의 대법원 판결과 두드러지는 차이점을 보인다고 생각하기 어렵기 때문이다.

대법원 2007. 5. 31. 선고 2007도1903판결의 취지는 ‘기회제공형 수사방법은 위법한 함정수사가 아니다’로 요약된다. 이것을 단순 논리적으로 분석하면, ‘기회제공형 수사방법은 함정수사가 아니거나 또는 위법한 것이 아니다’로 해석할 수 있다. 위 판결의 취지를 ‘기회제공형 수사방법은 적법한 함정수사이다’로만 해석하게 되면, 기회제공형 수사방법이 함정수사가 아닐 때에도 ‘기회제공형 수사방법은 위법한 함정수사가 아니다’는 명제가 참이 된다는 사실이 누락된다. 따라서 판결의 취지와 동치인 명제는 ‘기회제공형 수사방법은 함정수사가 아니거나 또는 위법한 것이 아니다’로 보는 것이 문리에 부합하는 해석이다.³¹⁾

따라서 우리는 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007도1903판결에서 대법원의 입장이 기존과 같이 ‘기회제공형 수사방법이 함정수사가 아니기 때문에 위법하지 않다’는 것인지, 입장을 변경하여 ‘기회제공형 수사방법은 함정수사에 해당하지만 (해당 사안에서) 위법하지 않았다’는 것인지 정확하게 알 수 없다. 판례의 문구 자체가 논리적으로 애매하게 설치돼 있어서, 그 내용에 따르면 상반된 두 가지 해석이 모두 성립할 수 있기 때문이다. 뿐만 아니라, 판결요지나 이유에서 방론의 형태를 이용해 다른 해석의 가능성이나 여지를 남겨두었다고 볼 만한 문구나 표현도 전혀 찾아볼 수 없다. 그렇다면 대법원이 기존의 입장을 유지했다고 판단하는 것이 보다 보수적인 해석이고, 법적으로 바람직한 해석이다.

30) 이창현, 앞의 논문, 37-38면.

31) 이때의 선언관계는 서로를 배타적으로 배제하지 않는 선언관계임은 물론이다.

결국 판결에서 드러난 판시사항과 판결요지, 판결이유를 모두 종합한다면, 대법원이 종전의 확고한 입장을 보다 명시적이고 분명하게 변경한 것은 대법원 2007. 5. 31. 선고 2007도1903판결이 아니라 본 연구에서 검토되고 있는 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339판결로 보아야 한다.

나. 판시사항 및 판결요지

대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339판결에서는 판시사항인 ‘합정수사의 위법성에 대한 판단 기준’과 ‘합정수사에서 유인자와 수사기관의 직접적 관련성과 피유인자의 범의유발에 개입한 정도에 따라 합정수사의 위법성을 판단하는 방법’에 관하여 아래와 같이 판시하고 있다.

“[1] 본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는 합정수사는 위법하다 할 것인바, 구체적인 사건에 있어서 위법한 합정수사에 해당하는지 여부는 해당 범죄의 종류와 성질, 유인자의 지위와 역할, 유인의 경위와 방법, 유인에 따른 피유인자의 반응, 피유인자의 처벌 전력 및 유인행위 자체의 위법성 등을 종합하여 판단하여야 한다.

[2] 수사기관과 직접 관련이 있는 유인자가 피유인자와의 개인적인 친밀관계를 이용하여 피유인자의 동정심이나 감정에 호소하거나, 금전적·심리적 압박이나 위협 등을 가하거나, 거절하기 힘든 유혹을 하거나, 또는 범행 방법을 구체적으로 제시하고 범행에 사용할 금전까지 제공하는 등으로 과도하게 개입함으로써 피유인자로 하여금 범의를 일으키게 하는 것은 위법한 합정수사에 해당하여 허용되지 아니하지만, 유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 아니한 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 부탁하였을 뿐 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우는, 설령 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 합정수사에 해당하지 아니한다.”

다. 검토

위와 같은 판결 내용에서 미루어 볼 수 있는 사실은 첫째, 판시사항을 ‘함정수사에서 유인자와 수사기관의 직접적 관련성과 피유인자의 범의유발에 개입한 정도에 따라 함정수사의 위법성을 판단하는 방법’으로 이전과 달리 구체적으로 적시하면서, 범의유발형 수사방법만이 함정수사에 해당한다는 기존의 엄격한 구분을 포기하려 함을 간접적으로 드러내었다는 것이다. 만일 이전까지의 판례의 확고한 입장이었던 대법원 1983. 4. 12. 선고 82도 2433판결을 유지하고자 하였다면, 판시사항을 위와 같이 표현하지 않았을 것이다. 즉, 판시사항의 문구 안에 이미 기회제공형 수사방법이 함정수사에 해당하고 그 위법성은 정도에 따라 달라진다는 사실이 암시되고 있다고 보아야 한다.

둘째로, 이러한 판시사항의 문구와 결합한 판결요지 [2]의 구체적 서술을 통해, 우리는 판례가 기회제공형 수사방법도 원칙적으로는 함정수사에 해당하고 나아가 기회제공형 수사방법도 위법할 수 있음을 판시한 것으로 결론내릴 수 있다. 아쉬운 점은 판례요지 [2]의 문구가 이전(대법원 2007. 5. 31. 선고 2007도1903판결)과 같이 여전히 논리적으로 애매하게 설시돼 있어서, 마치 상반된 해석이 성립할 수 있는 것처럼 오해를 불러일으킨다는 점이다. 하지만 이러한 애매한 설시에도 불구하고 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339판결을 종전의 입장을 분명하게 변경한 판결로 해석해야 하는 이유는, 위 판결의 전체적인 내용이 주관설이나 객관설과는 양립할 수 없고 오로지 종합설과의 관계에서만 양립할 수 있기 때문이다. 즉, 위 판결에서 판결요지 [2]의 논리적 애매함은 판결요지 [1]에서 적시된 함정수사의 위법성 판단기준의 요소(해당 범죄의 종류와 성질, 유인자의 지위와 역할, 유인의 경위와 방법, 유인에 따른 피유인자의 반응, 피유인자의 처벌 전력 및 유인행위 자체의 위법성 등)와 판시사항의 문구(‘함정수사에서 유인자와 수사기관의 직접적 관련성과 피유인자의 범의유발에 개입한 정도에 따라 함정수사의 위법성을 판단하는 방법’)에 의해 치유된다.

다만 본 연구자는 함정수사의 위법성 판단기준에 관하여 객관설이 여러 가지 면에서 가장 타당하다고 생각한다. 이에 대해서는 곧이어 후술하겠다.

(5) 소결

대법원 1963. 9. 12. 선고 63도190판결에서는 ‘합정수사가 범의유발형 수사방법이 아니라면 범죄가 되지 않는다거나 공소제기절차 내지 공소권에 흠이 있는 경우라고 볼 수 없다’는 취지로 판시하였고, 대법원 1982. 6. 8. 선고 82도884판결에서는 ‘합정수사에 의해 범의가 야기되거나 범행이 이루어진 것이 아니라면 처벌할 수 있다’는 취지로 간략히 판시하였다.

그런데 대법원 1983. 4. 12. 선고 82도2433판결에서는 ‘합정수사는 범의유발형 수사방법만을 가리키고, 기회제공형 수사방법은 합정수사라 볼 수 없다’는 취지로 판시하게 된다. 즉, ‘합정수사에 해당되면 당연히 위법하다’는 전제하에 범의유발형 수사방법은 합정수사에 해당하여서 위법한 것이고, 기회제공형 수사방법은 합정수사에 의하여 이루어진 것이 아니고 위법하지도 않은 것으로 보겠다는 것이다. 이후의 판례는 상당 기간 대법원 1983. 4. 12. 선고 82도2433판결의 입장을 확고히 유지한다. 이러한 입장은 주관설과 양립할 수 있지만 객관설이나 종합설로는 설명할 수 없는 것이어서, 이를 주관설에 따른 판시라고 해석할 수 있다.

그러던 중 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결에서는 판결요지에서 방론의 형태로 기회제공형의 수사방법도 늘 적법한 것이 아니라 경우에 따라 위법할 수 있음을 지적함으로써, 기회제공형의 수사방법이 위법하게 판단될 수 있는 여지를 남겨두었다.

그 후 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339 판결에 이르러서는, 기회제공형 수사방법도 원칙적으로 합정수사에 해당하고 기회제공형 합정수사도 위법할 수 있음을 판시하였을 뿐만 아니라, 주관설과 객관설을 종합하여 위법한 합정수사인지를 여부를 결정해야 한다는 종합설의 입장을 취하였음을 드러내었다.

Ⅲ. 객관설의 타당성 논증

바로 위에서 살펴본 바와 같이 합정수사의 위법성 판단기준에 대한 현

재 통설과 관례의 입장은 종합설이다. 그런데 본 연구자는 객관설이 여러 가지 면에서 가장 타당하다고 보고 있다. 객관설이 타당한 이유로는 위법한 합정수사의 판단이 위법수집증거배제법칙의 위법수사의 판단과 양립되어야 한다는 점, 객관설에서 발생하는 처벌의 공백은 우리가 비워두어야 할 정당한 공백이라는 점, 주관설적 기준에 따르면 순환논증의 판단을 하게 된다는 점을 들 수 있는데, 아래에서 각각에 대해 구체적으로 논해 보겠다.

1. 위법수집증거배제법칙의 위법수사의 판단과 양립되어야 한다는 점

위법한 합정수사는 그것이 수사기관에 의한 수사라는 점에서 위법수사의 영역에 대부분 포함될 것이고, 위법하게 수집된 증거라 할 때의 위법도 형사소송에서 다루지는 증거는 대개 수사기관에 의해 수집된다는 점에서 위법수사에 대부분 포함된다. 따라서 양자의 위법성 판단은 모두 수사 일반의 차원에서 일관되게 검토되는 것이, 위법수사의 판단에 대한 체계적인 논의를 위하여 바람직하다.³²⁾ 이처럼 수사의 위법성 판단에 대한 체계적이면서 일관된 논의가 중요한 것은, 그렇지 않으면 위법수사의 판단이 수사기관이나 국민 모두에게 혼란스럽고 어려운 과정이 될 것이라는 점에서, 결코 바람직하지 않기 때문일 것이다.

그런데 주관설에 따라 수사의 위법성을 판단하는 것은 합정수사의 영역에서만 극히 제한적인 의미를 지닐 뿐이어서, 합정수사의 영역을 벗어나게 되면 주관설은 아무런 효용가치를 찾을 수 없게 된다. 합정수사의 영역을 벗어난 통상의 수사에 있어서, 주관설에 의한 판단과 같이 단순히 수사의 대상이 되는 피의자가 범죄의사를 가지고 있으면 수사기관의 수사방법이 적법한 것이 되고 범죄의사가 없으면 위법한 것이 되는 경우를 상상하기란 쉽지 않다. 즉, 주관설에 따라 합정수사의 위법성을 판단하는 것은 전체

32) 신양균, 앞의 논문, 164면; 신이철, “형사법상 합정수사의 허용한계와 합리적 통제”, 「경찰학연구」 제18권 제2호, 2018, 259면.

적인 수사의 위법성 판단과의 관계에 있어 비일관적일 수밖에 없는 것이다.

뿐만 아니라, 조국 교수의 “형사소송법 제308조의2가 위법한 함정수사에 적용되는 것은 …… 수사기관의 수사기법의 위법성을 따지는 ‘객관설’의 기준도 적용되어야 한다는 입론에 분명한 근거를 제공”하는 것이라는 언급에서 추론할 수 있는 것처럼,³³⁾ 위법수집증거배제법칙에서 수사가 위법하다 할 때 그 위법성은 수사의 객관적인 방법과 내용에 강하게 연관되어 있는 것으로 보인다. 또한 대법원도 위법수집증거 여부를 판단할 때 그 판단 기준으로 “수사기관의 증거 수집과정에서 이루어진 절차 위반행위와 관련된 모든 사정”을 고려해야 한다고 하면서 ① 절차 조항의 취지, ② 위반 내용과 정도, ③ 구체적인 위반 경위와 회피가능성, ④ 절차 조항이 보호하고자 하는 권리나 법익의 성질과 침해 정도, ⑤ 이러한 권리나 법익과 피고인 사이의 관련성, ⑥ 절차 위반행위와 증거수집 사이의 관련성, ⑦ 수사기관의 인식과 의도 등을 종합하여 판단해야 한다고 판시하고 있다.³⁴⁾ 이처럼 판례에 따르더라도 위법수집증거 여부를 판단할 때 ‘피의자의 범죄의사를 가지고 있는지’ 따위가 고려된다고 보긴 어렵다.

중요한 것은, 대부분의 수사가 대상자의 범죄의도 있음을 전제로 하여 진행된다는 점이다. 따라서 위법수집증거 여부를 판단함에 있어 피의자의 사전범의 여부를 조금이라도 고려대상으로 삼게 된다면, 당연한 논리적 귀결로 대부분의 수사가 정당한 것으로 판단될 여지가 발생한다. 이는 위법수사를 억제하기 위한 목적으로 도입된 위법수집증거배제법칙의 근본적인 취지에 비추어 보면 매우 불합리하므로, 결코 정당화될 수 없다. 따라서 대상자가 범죄의도가 있었는지 여부는 위법수집증거 여부를 판단에 있어 고려대상이 되어선 안 된다.

결론적으로, 주관설에 따른 함정수사의 위법성 판단은 위법수집증거배제법칙에서의 수사의 위법성 판단과 양립할 수 없다. 비단 이런 논증 과정

33) 조국, “위법수집증거배제법칙 재론”, 「사법」 제1권 제3호, 2008, 198-199면.

34) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 판결, 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결, 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결 등. 가장 최근의 것으로는 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결

을 거치지 않더라도, 애당초 사전범의 있는 사람에게 이루어진 수사활동은 적법하고 그렇지 않은 사람에게 이루어진 수사활동은 위법하다는 판단이 조금이라도 가능하리라고 생각하긴 어렵다. 따라서 위법수사에 대한 일관된 논의를 위해서는, 주관설에 따른 함정수사의 위법성 판단을 포기하는 것이 바람직하다. 오직 객관설에 따라 함정수사의 위법성을 판단하는 것만이, 위법수집증거배제법칙에서의 수사의 위법성 판단에 미루어 보아 타당할 수 있다.

2. 객관설에서 발생하는 처벌의 공백은 우리가 비워두어야 할 정당한 공백이라는 점

주관설에 따르면 범의를 가지지 않은 사람을 수사기관이 유혹하는 것을 위법한 것으로 보고, 범의를 가진 사람을 수사기관이 유혹하는 것은 적법한 것으로 본다. 그런데 범의를 가지지 않은 사람을 수사기관이 유혹하여 범의가 유발된다면 그것은 대부분의 일반인도 범의가 유발될 만한 강력한 유혹일 것이라는 점에서, 함정수사의 위법성 판단에 관한 구체적인 적용에 있어서는 객관설에 따르더라도 처벌의 공백은 최소화된다. 이는 앞서 <표 1>에서 검토한 것처럼, 대상자가 사전범의를 지니지 않았는데 수사기관이 위법하지 않은 수사기법을 통해 범죄를 실행하게끔 한 경우인 D가 실제 존재할 수 없기 때문이다.

다만 주관설 중 객관설에 통합되지 않는 일부가 존재한다면, 그것은 “위험한 상습범인을 놓칠 수 있는 우려가 있다”는 지적이나,³⁵⁾ “객관설을 적용하게 되면 수사기관 등이 피고인을 함정으로 유인할 때 사용한 방법과 행동만 중시하여 사전에 충분한 범의를 갖고 있었다고 해도 이를 문제삼지 않게 된다”는 지적³⁶⁾이 가리키는 영역일 것이다. 즉, 객관설에 따를 경우 처벌해야 할 사람을 처벌하지 못하게 되는 불합리한 공백이 생길 수 있다는

35) 會田正和, 앞의 책, 232면(박광민, 앞의 논문, 51면; 유인창, 앞의 논문, 535면; 정금천, 앞의 논문, 746면에서 재인용).

36) 박광민, 앞의 논문, 51면; 방경휘, 앞의 논문, 205면.

것이다. 이것은 앞서의 <표 1>에서의 A영역(사전범의 있는 자에게 수사기관이 객관적으로 위법한 수사기법을 사용하여 범죄를 실행하게끔 한 경우)에 대해 주관설은 이를 적법한 것으로 판단하지만 객관설에 따르면 위법한 것으로 판단하게 되므로, ‘부당한 처벌의 공백’이 발생함을 의미할 것이다.

그런데 어떤 범죄의 영역에서 만일 충분한 범의를 갖고 있는 것 자체가 문제가 된다면, 입법에 의해 범죄로 규정하고 그에 따라 판단하면 해결될 문제이다. 범의를 갖고 있는 것 자체가 처벌해야 할 만큼 문제가 되는 것이라면, 입법자의 의사에 따라 형벌을 투입하면 그 공백은 충분히 메워질 수 있기 때문이다. 반대로 입법자가 이를 형벌의 투입으로써 해결하고자 하지 않는다면 범의를 갖고 있는 것 자체를 문제삼지 않겠다는 의사의 표현일 것이고, 만일 입법자가 형벌의 투입으로 해결하고자 한다면 충분한 범의를 갖는 것을 처벌의 방법을 통해 해결하겠다는 정당한 의사표현으로 볼 수 있다. 다만 이런 면에서 함정수사의 위법성에 대한 논란은 현대사회의 적극적인 형벌 투입의 경향과 연결될 수 있어 보이는데, 현대사회의 적극적인 형벌 투입의 경향에 대해서는 형사법의 기본원리인 책임의 원칙을 벗어나는 것은 정당화될 수 없다는 비판이 제기되고 있음을 유념할 필요가 있다.³⁷⁾ 범의를 가졌다는 것 자체를 형법의 영역에서 처벌의 방법으로 다루는 것이 과연 적절한가에 대해, 우리는 의문을 가져야만 한다.

보다 근본적으로는, 우리 형사소송법이 적법절차 원칙에 의해 제한된 ‘실체적 진실주의’를 추구하고 있음을 고려하면,³⁸⁾ 수사기관의 수사방법이 그 상당성을 명백히 넘어섰음에도 상대방이 범의를 가지고 있었을 것이란 추측·사실만으로 이를 형사소송상 정당화할 수 있다는 발상은 과도한 발상

37) 김동률, “위험형법론으로서 일반예방론에 대한 고찰 - 지난 20년간 독일에서의 논의들을 중심으로 -”, 「형사법연구」 제25권 제3호, 2013, 345-347면; 김성돈, “책임형법의 위기와 예방형법의 한계”, 「형사법연구」 제22권 제3호, 2010, 4-5면; 윤영철, “한국 형법의 최근 형벌강화 입법경향에 대한 비판적 고찰 - 성폭력범죄를 중심으로 -”, 「법학논총」 제21권 제3호, 2014, 제21권 제3호, 713-715면; 백상진, “위험형법의 전개에 대한 비판과 바람직한 형법적 대응방안”, 「비교형사법연구」 제13권 제1호, 2011, 7-9면.

38) 홍영기, “형사소송법, 그 독자적인 법 목적에 대한 이해”, 「저스티스」 제100호, 2007, 266-267면.

이다. 형사소송법의 범이념에 비추어 보았을 때, 이는 결코 바람직하지 않다. 형사소송에서 말하는 실체적 진실은 과거에 존재했던 사실 그대로 절대적 진실을 밝히는 것이 아니고, 형사소송의 과정을 통해서 나타난 사실을 기초로 법관이 새롭게 만들어 낸 ‘있을 법한 사실’일 뿐이다.³⁹⁾ 즉, 형사소송에서의 실체적 진실이란, 적법절차를 통해 얻어낸 과거의 정보를 토대로 재구성된 사실인 것이다.⁴⁰⁾ 따라서 수사기관이 상당한 범위를 넘어서 적법한 절차를 위반하여 찾아 낸 사실은, 이미 형사소송에서 요구하는 실체적 진실이 될 수 없다. 우리는 이것을 없는 듯 취급해야만 한다.

마지막으로, 내심의 의사 형성의 영역은 누구도 간섭할 수 없는 것이어서 그것이 외부로 표출되지 않는 한 대상자의 범의 자체를 문제삼는 것은 위헌적이라는 점에서도, 주관설은 적절하지 않다. 헌법 제19조가 규정하고 있는 양심의 자유는 양심을 형성하는 내부영역을 보호하는 양심형성의 자유와 형성된 양심을 실현하는 외부 영역으로 나누어 볼 수 있는데, 양심형성의 자유(또는 양심상 결정의 자유)는 내심에 머무르는 한 제한할 수도 없고 또 제한할 필요도 없다.⁴¹⁾ 따라서 그것이 외부로 분명하게 표출되지 않는 한, 내심의 의사 형성의 영역을 문제삼겠다는 발상은 법적으로 정당화되기 어렵다.

결론적으로, 객관설에 따를 경우 일정한 처벌의 공백이 생길 수 있다는 비판은 타당하지 못하고 주관설에서 말하는 위법한 함정수사의 판단은 객관설 안에 무리없이 흡수될 수 있다고 보아야 한다. 설사 처벌의 공백이 생긴다 하더라도, 형사소송법이 적법절차 원칙에 의해 제한된 실체적 진실주의를 추구하고 있다는 사실과 내심의 의사 형성의 영역은 누구도 간섭할 수 없다는 점에 비추어 보면, 객관설에서 발생할 수 있는 처벌의 공백은 결코

39) 변종필, “형사소송의 목적과 ‘실체적 진실’원칙”, 「안암법학」 제4호, 1996, 10-11면.

40) 이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거의 증거사용의 한계 - 형사소송법 제308조의2 새로운 도그마틱 -”, 「법학논총」 제36권 제2호, 2012, 398면

41) 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912판결, 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379, 2012헌가17 결정; 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2012헌바95·261결정; 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22결정; 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1결정; 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 2004헌바61결정; 헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 98헌마425결정.

부당한 공백이 아니다. 이것은 우리가 마땅히 비워둬야 할 ‘정당한 공백’이다.

3. 주관설에 따르면 순환논증을 하게 된다는 점

주관설에 따르면 수사기관이 함정을 파놓고 대상자에게 접근하는 시점에 이미 그 수사의 대상이 범죄인이라는 예단을 갖게 된다.⁴²⁾ 그런데 이것은 (수사기관은 수사의 대상이 범죄인이라는 예단을 어느 정도 가질 수밖에 없겠지만) 법원의 입장에서 순환논증에 따른 논리적 오류인 판단을 하는 것이어서, 이를 수사기관의 수사가 적법하다는 사실을 정당화되는 근거로 사용하는 것은 결코 바람직하지 않다. 왜냐하면 수사기관이 함정수사를 통해 입증하고자 하는 결론은 ‘함정수사는 적법하고 따라서 대상자는 범죄자로서 처벌되어야 한다’라는 것이고 이것이 타당하기 위한 전제가 되는 것이 ‘대상자는 범죄를 실행할 의도를 가지고 있었다’라는 사실인데, 이러한 전제와 결론의 구조는 전제(‘대상자는 범죄를 실행할 의도를 가지고 있었다’)에서 결론의 판단(‘함정수사는 적법하다. 그리고 대상자는 범죄자로 처벌되어야 한다’)이 강하게 내포된 것이나 다름없기 때문이다. 즉, 전형적인 순환논증적 오류인 판단을 하게 되는 것이다.

만일 수사라는 것이 공정한 제3자인 법원에게 대상자의 혐의사실을 밝히고 이를 납득하게 하기 위한 과정임을 전제한다면, 위와 같은 논리구조에 따라 법원이 함정수사의 위법성을 판단한다는 것은 곧 법원이 수사기관에게 “대상자가 처벌받아야 할 범죄자라는 판단의 근거는 무엇인가요?”라고 물어보자 수사기관이 “애초부터 범죄를 실행할 의도를 가지고 있어서 범죄자나 다름없기 때문입니다”라고 답하고, 법원은 이를 근거로 수사기관의 수사가 적법하게 정당화된다고 판시하는 것과 같을 것이다. 이러한 순환논증에 대해서는 무죄추정의 원칙에 반한다거나,⁴³⁾ 사전범의라는 불확실한 개념만으로 유죄를 인정하는 것으로서 구성요건 해당성의 근본을 형해화하는 발

42) “수사기관이 함정을 파놓고 접근하는 그 시점에 이미 수사의 대상은 무고한 시민이거나 혹은 범죄인이라는 구별을 설정해 놓고 있는 것이다.”(김준호, 앞의 논문, 273면)

43) 김준호, 앞의 논문, 273-274면

상이라는 비판이 가능하고,⁴⁴⁾ 나아가 위법한 합정수사에 대한 사법적인 통제가 무의미해진다는 심각한 문제제기도 가능해 보인다.⁴⁵⁾

하지만 안타깝게도 순환논증은 대법원 판결이나 학계에서 드물지 않게 발견된다. 특히 위법수집증거배제법칙에 대한 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061판결에서 별개의견은 “(위법수집증거는) 그 증거수집 절차의 위법사유가 ... 그 증거의 증거능력을 부정해야 할만큼 중대한 것이라고 인정될 경우”에 증거능력이 배제되는 것이라는 입장을 밝힌 바 있다. 그런데 이것은 압수물의 증거능력을 부정할만큼 중대하게 위법하기 때문에 증거능력이 부정되어야 한다는 추론이어서, 전형적인 순환논증이다.⁴⁶⁾

결론적으로, 수사기관의 수사에 대한 법원의 판단은 오로지 논리법칙과 경험법칙에 부합하는 건전한 판단에 근거해야 한다는 것이 우리의 법상식이라면, 위와 같이 그릇된 순환논증적 논리구조를 합정수사의 위법성 판단 기준으로 삼는 주관설과 종합설의 입장은 적절하지 않다고 보아야 한다. 순환논증을 통해 정당화 되는 것은 아무것도 없기 때문이다.

4. 소결

이상의 논의를 정리하면, 합정수사의 위법성 판단기준에 관해서는 주관설이 과거의 통설이자 판례의 입장이었고 현재는 종합설이 통설이자 판례

44) 주관설에 따른 위법성 판단은 사전범의라는 불확실한 개념만으로 유죄를 인정하는 것으로서 구성요건 해당성의 근본을 형해화하는 발상이라는 비판이나(정진연, 앞의 논문, 66면; 정신교, 앞의 논문, 253면), 범죄성향만으로 합정수사의 적법 여부가 결정되면 피고인의 범죄 실행 사실로부터 소급하여 사전의 범죄성향을 쉽게 인정해버리게 된다는 비판이 가능하고(정한중, 앞의 논문, 236면), 또 피고인의 성격이나 사전성향을 증명하기 위해 통상의 증거법칙이 무시되고 전과·세평 등이 증거로 사용될 수도 있다는 비판도 제기된다는 점에 대해서는 會田正和, 앞의 책, 231면(박광민, 앞의 논문, 51면; 유인창, 앞의 논문, 535면; 정금천, 앞의 논문, 746면에서 재인용)

45) “주관적 기준설의 기준만으로는 전과가 있거나 악평이 있는 피고인에게는 어떠한 합정수사 기법을 사용하더라도 문제가 없다는 안이한 결론으로 빠질 수밖에 없으며 수사활동에 대한 사법적 통제는 무의미해진다”(조국, “합정수사의 위법성 기준과 법적효과에 대한 재검토”, 82면).

46) 최석윤, 앞의 논문, 275면; 같은 취지인 견해로 조국, “2007년 이후 대물적 강제처분 분야에서의 위법수집증거배제”, 「비교형사법연구」 제19권 제1호, 2017, 237면.

의 입장이었다. 하지만 본 연구자의 검토 내용에 미루어 보면, 합정수사의 위법성 판단은 위법수집증거배제법칙의 위법수사의 판단과 양립되어야 한다는 점, 객관설에서 발생할 수 있는 처벌의 공백은 우리가 비워두어야 할 ‘정당한 공백’이라는 점, 주관설에 따른다면 법원이 순환논증을 하게 된다는 점에서 객관설의 견해가 가장 타당했다.

IV. 나오며

합정수사는 수사기관이 사건을 적극적으로 ‘기획’하고 ‘구성’한다는 점에서, 합정수사 기법을 이용한 사건에 관해서는 그 수사방법의 위법성에 대한 논의가 태생적으로 야기될 수밖에 없다. 따라서 학계의 논의도 합정수사의 위법성에 대한 논의를 중심으로 i) 무엇이 합정수사이고 합정수사의 위법성을 어떻게 판단할 것인가, ii) 위법한 합정수사의 형사소송상 효과를 어떻게 할 것인가에 관해 판례와 함께 전개되어 왔다.

본 연구에서는 합정수사의 위법성 판단기준에 관한 논의를 중심으로 학계와 판례의 입장을 간략히 살펴보고, 이에 대한 학설인 주관설과 종합설, 객관설에 관하여 비판적으로 검토하면서 세 가지 근거를 들어 객관설이 타당함을 논증하였다.

객관설이 타당한 근거로는, 합정수사의 위법성 판단은 위법수집증거배제법칙의 위법수사의 판단과 양립되어야 한다는 점, 객관설에서 발생할 수 있는 처벌의 공백은 부당한 공백이 아니라 우리가 비워두어야 할 ‘정당한 공백’이라는 점, 그리고 주관설에 따른다면 법원이 순환논증에 따른 논리적 오류인 판단을 하게 된다는 점을 들 수 있었다.

합정수사의 위법성 판단기준에 관한 고찰 - 권 순 호	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.02.15.	2020.03.07.	2020.03.26.

[참고문헌]

I. 단행본

- 김기두·박재윤·조준현, 「형사소송법」, 제2판, 한국방송통신대학교출판부, 1995
 노명선·이완규, 「형사소송법」, 성균관대학교 출판부, 2017
 배종대·홍영기, 「형사소송법」, 홍문사, 2018
 백형구, 「형사소송법」, 법문사, 2012
 성낙인, 「헌법학」, 제19판, 법문사, 2019
 손동권·신이철, 「새로운 형사소송법」, 제4판, 세창출판사, 2019
 송광섭, 「형사소송법」, 형설출판사, 2019
 신양균, 「형사소송법」, 화산미디어, 2009
 이재상·조균석, 「형사소송법」, 제12판, 박영사, 2019
 이은모·김정환, 「형사소송법」, 제7판, 박영사, 2019
 이주원, 「형사소송법」, 박영사, 2019
 이준일, 「헌법학강의」, 제7판, 홍문사, 2019
 이창현, 「형사소송법」, 제5판, 정독, 2019
 임동규, 「형사소송법」, 제14판, 법문사, 2019
 정웅석·최창호, 「형사소송법」, 제8판, 대명출판사, 2018
 정승환, 「형사소송법」, 박영사, 2018
 조국, 「위법수집증거배제법칙」, 박영사, 2017.
 차용석·최용성, 「형사소송법」, 제4판, 21세기사, 2013
 한수웅, 「헌법학」, 제9판, 법문사, 2019.

II. 논문

- 김동률, “위험형법론으로서 일반예방론에 대한 고찰 - 지난 20년간 독일에서의 논의의 중심으로 -”, 「형사법연구」 제25권 제3호, 2013, 339-363면.
 김성돈, “책임형법의 위기와 예방형법의 한계”, 「형사법연구」 제22권 제3호, 2010, 3-31면.
 김준호, “함정수사의 위법성 판단기준”, 「법조」 제57권 제7호, 2008, 254-283면.
 류전철, “함정수사의 형사소송법적 고찰”, 「법학논총」 제6호, 2000, 105-130면.
 박광민, “함정수사의 규제”, 「성균관법학」 제7권 제1호, 1996, 45-71면.
 박이규, “위법한 함정수사에 기하여 제기된 공소의 처리(2005. 10. 28. 선고 2005도1247 판결: 공2005하, 1899)”, 「대법원판례해설」 제59호, 2006, 440-461.
 박찬걸, “함정수사의 허용요건과 법적 효과 - 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도7362 판결을 중심으로 -”, 「홍익법학」 제12권 제3호, 2011, 221-257면.
 방경휘, “함정수사에 관한 형사소송법적 재검토”, 「고려법학」 제93호, 2019, 195-227면.
 변종필, “형사소송의 목적과 ‘실체적 진실’원칙”, 「안암법학」 제4호, 1996, 1-21면.
 백상진, “위험형법의 전개에 대한 비판과 바람직한 형법적 대응방안”, 「비교형사법연구」 제13권 제1호, 2011, 2-17면.
 송승현, “함정수사의 형사책임과 한계”, 박사학위 청구논문, 성균관대학교, 2014.
 신양균, “함정수사의 적법성”, 「형사법연구」 제21권 제4호, 2009, 153-174면.
 신이철, “형사법상 함정수사의 허용한계와 합리적 통제”, 「경찰학연구」 제18권 제2호, 2018, 253-284면.

- 유인창, “합정수사의 법적 효력에 관한 연구”, 「법학연구」 제20호, 2005, 525-542면.
- 윤영철, “한국형법의 최근 형벌강화 입법경향에 대한 비판적 고찰 - 성폭력범죄를 중심으로 -”, 「법학논총」 제21권 제3호, 2014, 705-736면.
- 이석배, “적법절차에 따라 수집한 증거의 증거사용의 한계 - 형사소송법 제308조의2 새로운 도그마틱 -”, 「법학논총」 제36권 제2호, 2012, 387-417면.
- 이은모, “합정수사의 적법성 판단기준과 법적 효과”, 「법학논총」 제27권 제1호, 2010, 133-150면.
- 이창현, “판례를 통해 본 합정수사와 그에 대한 비판적 고찰”, 「동아법학」 제59호, 2013, 31-75면.
- 임상규, “미수의 교사와 합정수사”, 「형사법연구」 제22권 제2호, 2010, 257-280면.
- 정금천, “합정수사에 관한 고찰”, 「형사법연구」 제26호, 2006, 739-754면.
- 정진연, “합정수사의 위법판단기준과 법적효과”, 「비교형사법연구」 제7권 제2호, 2005, 53-74면.
- 정신교, “합정수사의 합리적 통제방안”, 「법학연구」 제42호, 2011, 249-270면.
- 정한중, “합정수사에 대한 미국의 논의와 한국의 판례 및 학설 비판”, 「비교형사법연구」 제15권 제1호, 2013, 233-258면.
- 조국, “합정수사의 위법성 기준과 법적효과에 대한 재검토”, 「형사법연구」 제14호, 2000, 67-87면.
- , “위법수집증거배제법칙 재론”, 「사법」 제1권 제3호, 2008, 197-221면.
- , “2007년 이후 대물처 강제처분 분야에서의 위법수집증거배제”, 「비교형사법연구」 제19권 제1호, 2017, 233-256면.
- 지영환, “합정수사의 위법판단기준과 법적효과에 관한 연구”, 「경희법학」 제41권 제1호, 2006, 253-282면.
- 홍영기, “형사소송법, 그 독자적인 법 목적에 대한 이해”, 「저스티스」 제100호, 2007, 255-271면.

III. 기타

- 대법원 2019. 7. 11. 선고 2018도20504 판결
- 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 판결
- 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도10092 판결
- 대법원 2009. 3. 12. 선고 2008도11437 판결
- 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도7362판결
- 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도 3061 판결
- 대법원 2007. 7. 13. 선고 2007도3672판결
- 대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도3464판결
- 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247판결
- 대법원 2005. 3. 24. 선고 2005도320 판결
- 대법원 2004. 5. 14. 선고 2004도1066 판결
- 대법원 2000. 10. 24. 선고 2000도3490 판결
- 대법원 1992. 10. 27. 선고 92도1377 판결
- 대법원 1987. 6. 9. 선고 87도915 판결
- 헌법재판소 2018. 6. 28. 선고 2011헌바379 결정
- 헌법재판소 2015. 4. 30. 선고 2012헌바95 결정

헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2008헌가22 결정
헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2002헌가1 결정
헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 2004헌바61 결정
헌법재판소 2002. 4. 25. 선고 98헌마425 결정
헌법재판소 1992. 12.24. 선고 92헌가8 결정
헌법재판소 1989. 12. 22. 선고 88헌가13 결정

【국문초록】

본 연구에서는 무엇이 합정수사이고 합정수사의 위법성을 어떻게 판단할 것인가에 관한 판례의 입장을 개관하고, 이에 대한 학설인 주관설과 종합설, 객관설에 관하여 비판적으로 검토하면서 세 가지 근거를 들어 객관설이 타당함을 논증하였다.

먼저 판례를 개관하면, 대법원 1963. 9. 12. 선고 63도190판결에서는 ‘합정수사가 범의유발형 수사방법이 아니라면 범죄가 되지 않는다거나 공소제기절차 내지 공소권에 흠이 있는 경우라고 볼 수 없다’는 취지로 판시하고 대법원 1982. 6. 8. 선고 82도884판결에서는 ‘합정수사에 의해 범의가 야기되거나 범행이 이루어진 것이 아니면 처벌할 수 있다’는 취지로 간략히 판시한다. 그런데 대법원 1983. 4. 12. 선고 82도2433판결에서는 ‘범의유발형 수사방법만 합정수사에 해당하여 위법할 수 있고 기회제공형 수사방법은 합정수사라 볼 수 없어서 위법하지 않다’고 판시하게 된다. 이것은 주관설과 양립할 수 있지만 객관설로는 설명할 수 없는 것이어서, 이를 주관설에 따른 판시라고 해석할 수 있다. 그러던 중 대법원 2007. 7. 12. 선고 2006도2339판결에 이르러서는 범의유발형 수사방법 뿐만 아니라 기회제공형 수사방법도 합정수사에 해당하고 또 위법할 수 있음을 판시함과 동시에 그 위법성 판단기준으로 종합설을 취하였음을 분명하게 드러내었다. 이러한 입장은 가장 최근의 대법원 2015. 4. 9. 선고 2015도1003 판결에서도 유지되고 있다.

위와 같이 합정수사의 위법성 판단기준에 관해서는 현재 종합설이 통설이자 판례의 입장이었다. 하지만 합정수사의 위법성 판단기준으로는 객관설만이 타당할 수 있다. 왜냐하면 합정수사의 위법성 판단은 위법수집증거배제법칙에서의 위법수사의 판단과 양립할 수 있어야 하고, 객관설에서 발생할 수 있는 처벌의 공백은 메워져야 할 불합리한 공백이 아니라 우리가 비위두어야 할 정당한 공백이었으며, 법원이 주관설에 따른다면 순환논증과 같은 논리적 오류인 추론을 하게 되었기 때문이다.

【Abstract】

A Study on Judgment Standard of Illegal
Entrapment Investigation

- Focusing on Proving the Validity of Objective test -

Kweon, Soonho

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

Entrapment investigation refers to the method of investigation that the investigative agency who hides its intention and identity, encourages other person to commit a crime and then arrests him. Therefore, the dispute on the illegality of the entrapment investigation is inevitable. The Criminal Procedure Act, however, does not have specific legal provisions for entrap investigation. So the questions of how to determine the illegality of entrap investigation and what is the legal effect of illegal entrapment investigation had been raised. This study reviewed the academic theories and the court's precedents on the illegal entrap investigation and tried to logically prove the validity of 'Objective test'.

주제어(Keyword) : 함정수사(Entrapment Investigation), 위법한 함정수사(Illegal Entrapment Investigation), 위법성 판단기준(Judgment Standard on Illegality), 주관설(Objective test), 객관설(Subjective test)

프랑스 형사상 원격화상시스템 분석 및 시사점 검토

- 헌법재판소 2019년 9월 20일 n° 2019-802 결정¹⁾을
토대로 하여 -

심 승 범*

▶ 목 차 ◀

I. 들어가며	III. 한국 형사상 원격화상시스템 현황 및 시사점 검토
II. 프랑스 형사상 원격화상시스템 분석	1. 한국 형사상 원격화상시스템 현황
1. 프랑스 형사상 원격화상시스 템 현황	2. 형사상 원격화상시스템 문제 점 검토
2. 프랑스 헌법재판소 위헌 결 정 : 구금 석방 신청 시 화상 심리(Vidéo-audiences)	3. 시사점 확인
	IV. 나오며

I. 들어가며

프랑스 형사소송법 제144조는 “진실발견을 위해 필요한 증거 또는 물
증의 보전, ‘증인 및 피해자와 그 가족들에 대한 위협의 방지’, ‘예심수사피
의자와 공범 또는 공모자 사이의 부정행위의 방지’...” 등에 해당될 경우 구속

* 파리1 캉테옹-소르본 대학교 법학과 박사과정.

1) Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019.

결정 또는 연장할 수 있다고 규정하고 있다.²⁾ 최근 2019년 9월 20일에 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)³⁾는 중죄에 있어 석방 신청 시 1년 동안 법원에 출석 없이 화상심리(Vidéo-audiences)을 통해 구금이 유지될 수 있다고 규정하는 프랑스 형사소송법 제706-71조 제3항에 대해 위헌이라 결정했다.⁴⁾ 프랑스 법률 및 인권 관련 다수 기관은 이 조항에 대해 방어권(Droit de la défense)의 침해라고 주장하며 헌법재판소에 사후적 위헌법률심사(Question Prioritaire de Constitutionnalité)를 신청했다.⁵⁾

“한 나라의 형사사법 민주화의 척도는 형사피의자와 피고인의 방어권 보장과 관련된 인신구속제도를 어떻게 운용하고 있는가에 달려있다.”⁶⁾ 과학기술이 발달하면서 한국 사회에서도 점차 사법분야에 있어 원격화상시스템에 대한 필요성이 높아지고 있다. 게다가 2020년 3월 현재 코로나19가 전 세계를 강타하면서 원격재판 확대에 대한 목소리 또한 높아지고 있다.⁷⁾ 원격화상시스템을 도입하자는 주장에 따르면, 이는 법원으로 이송하는 인력 및 예산의 낭비를 방지할 수 있고, 이송 시에 미결수용자가 도주할 문제를

2) 프랑스 형사소송법 제144조 “구속은 다음 각호를 위한 유일한 수단이며, 사법통제 또는 전자감시 하의 가택구금으로 다음 각호에 정한 위협을 방지할 수 없는 경우에만 결정 또는 연장된다 : 1. 진실발견을 위해 필요한 증거 또는 물증의 보존, 2. 증인 및 피해자와 그 가족들에 대한 위협의 방지, 3. 예심수사피의자와 공범 또는 공모자 사이의 부정행위의 방지, 4. 예심수사피의자의 보호, 5. 형벌 집행을 위한 예심수사피의자의 신병 확보, 6. 범죄의 종료 또는 재발 방지, 7. 범죄의 중대성, 범행상황 또는 피해 규모 때문에 공공질서에 대하여 초래된 특별하고 지속적인 혼란의 방지. 이와 같은 혼란이 범죄로 인하여 직접초래 되어야 하며, 본항의 규정은 경죄에는 적용되지 않는다” ; 조문 번역은 2011년 법무부에서 발간한 프랑스 형사소송법을 참고하였으며, 개정 또는 추가된 사항은 자체 번역하였다.

3) 지역 시 헌법위원회라 번역 가능하다.

4) Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019.

5) Jean-Baptiste JACQUIN, Le Conseil constitutionnel encadre les « vidéo-audiences » en détention provisoire, Le Monde, 2019. 09. 20., https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/09/20/les-video-audiences-judiciaires-encadre-es-par-le-conseil-constitutionnel_6012370_3224.html(최종 검색일 : 2019. 12. 04).

6) 천진호, “개인 형사소송법상 형사피의자 · 피고인의 방어권 보장”, 「사법」 제1권 제3호, 2008, 39면.

7) 김철 변호사, 코로나19, 범조계 사회적 거리두기 현실화, 대한변협신문 2020. 03. 16., <http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=21220>(최종 검색일 : 2020. 03. 27).

예방할 수 있는 등 여러 어려움을 해결할 수 있다고 말한다.⁸⁾ 그럼에도 현재 현행 형사소송법에서는 직접주의 원칙을 채택하고 있기 때문에 원격화상장치를 사용할 시 피의자 및 피고인의 방어권에 대한 침해와 실효성과 같은 문제가 지적되고 있다.⁹⁾

이에 따라 본고는 우선 프랑스에서 형사상 원격화상시스템이 어떻게 제도화되어 있는지를 확인한 후, 원격화상시스템 관련 최신 헌법재판소의 위헌 판결에 대해 분석(II)할 것이다. 이어 한국 형사상 원격화상시스템의 현황에 대해 살펴본 후 문제점 및 시사점(III)을 검토해보고자 한다.

II. 프랑스 형사상 원격화상시스템 분석

1. 프랑스 형사상 원격화상시스템 현황

프랑스에서는 2000년 말 파리 항소법원과 생-삐에르-에-미끌롱(Saint-Pierre-et-Miquelon) 간에 전자 장치를 이용한 원격 화상재판이 시행되면서 사법절차에 있어 화상시스템에 대한 논의의 불씨가 불거졌다.¹⁰⁾ 이후 2001년 처음 형사절차에 있어 화상시스템 사용에 대한 법률이 제정되었다. 프랑스 국회는 2001년 11월 15일 법률¹¹⁾을 통해 프랑스 형사소송법에 제706-71조를 삽입하면서, 수사 및 예심단계에서 화상장치를 사용하도록 규정하였고, 이어 2002년 9월 9일 법률¹²⁾을 통해 경찰 수사 단계에서 실행될 수 있는 보호유치 또는 사법유치의 연장에 대한 출석 또한 화상장치를 사용하도록 동법 제706-71조를 개정하였다. 게다가 프랑스 국회와 정부는 2004

8) 이동임, “원격화상시스템을 통한 미결수용자 공판절차 참가”, 「교정복지연구」 제53호, 2018, 103-104면.

9) 윤지영, 형사절차상 원격화상시스템의 활용방안, 형사정책연구원, 2012, 37-42면.

10) Christian LICOPPE et Laurence DUMOULIN, “L’ouverture des procès à distance par visionconférence, activité, performativité, technologie”, *Reasaux* Vol. 25, n°144, p.105.

11) Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001.

12) Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002.

년 3월 9일 법률¹³⁾을 통해 판결법원과 구금 관련 심리에 대해, 이후 2005년 1월 26일 법률¹⁴⁾, 2007년 3월 5일 법률¹⁵⁾, 2009년 11월 24일 법률¹⁶⁾, 2011년 3월 14일 법률¹⁷⁾과 4월 14일 법률¹⁸⁾, 2014년 6월 20일 법률¹⁹⁾, 2016년 6월 3일 법률²⁰⁾과 12월 1일 명령²¹⁾, 2019년 3월 23일 법률²²⁾을 통해 대략 2년마다 형사소송법 제706-71조를 개정하면서 형사상 화상장치의 사용에 대한 대상과 범위를 넓혀나갔다. 이러한 법률 개정 연혁을 비추어 보아 프랑스 형사절차에 있어 원격화상시스템이 한국에 비해 보다 일반화되어 있음을 짐작할 수 있다.

프랑스 형사소송법 제706-71조²³⁾ 제1항은 “정의의 올바른 시행을 위해 해당 재판의 판사나 재판장이 정당하다고 평가될 시에는 현 조항에서 적시된 방법 아래 형사절차상 화상전기통신 수단을 이용할 수 있다”고 규정하면서 화상장치 사용에 대한 목적과 가능성을 법으로 명시하고 있다. 동조 제2항에서는 “수사 또는 예심수사에 있어 정당화하는 필요가 있을 때”라 명시하면서 수사단계상 넓은 범위에서 화상장치 사용을 인정하고 있다. 다시 말해 예심 전 단계에서 사법기관과 예심단계에서 예심판사에 의해 실행되는 진술청취, 신문, 대질신문, 보호유치 및 사법유치 등과 같은 수사를 위해 화상장치가 사용될 수 있다. 또한 제2항 후단에서는 프랑스 지역뿐만 아니라 유럽연합에 가입된 국가의 영토에서도 이를 허가할 수 있다고 명시하고 있

13) Loi n°2004-204 du 9 mars 2004.

14) Loi n°2005-47 du 26 janvier 2005.

15) Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 et la loi n°2007-291 du 5 mars 2007.

16) Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009.

17) Loi n°2011-267 du 14 mars 2011.

18) Loi n°2011-392 du 14 avril 2011.

19) Loi n°2014-640 du 20 juin 2014.

20) Loi n°2016-731 du 3 juin 2016.

21) Ordonnance n°2016-1636 du 1er décembre 2016.

22) Loi n°2019-222 du 23 mars 2019.

23) II에서 다루어진 프랑스 형사소송법 제706-71조와 III에서 다루어진 동조의 조문은 다르다. 이는 2019년 3월 23일 법률(Loi n°2019-222 du 23 mars décembre 2019)에 의해 현재에는 개정되었기 때문이다. 예를 들어 위 법률을 통해 제1항이 신설되어 II의 사후적 위헌법률심사의 대상이 된 동조 제3항은 개정 후 제4항에 위치해 있다.

다. 제3항은 수사 단계뿐만 아니라 판결법원에서 이루어질 수 있는 증인, 사소 당사자, 감정인 심문과 당사자의 진술에 관한 출석에 있어도 화상장치를 사용할 수 있다고 적시하고 있다. 동조 제4항은 구금과 관련된 심리에 있어서도 이를 적용할 수 있음을 법률로 명문화하고 있다. 제4항에서의 구금 관련 심리는 다음과 같다 : 예심판사의 구속된 자에 대한 구속 결정 전 심리, 구속연장 결정을 위한 심리, 구속 결정에 대한 예심부 또는 판결법원의 항고심 심리, 중죄법원 재판장의 피고인 심문, 판결법원 합의부 심리 결과에 대한 피고인 출석 절차, 사익과 관련된 출석 절차, 영장과 관련하여 체포된 자에 대한 검사 또는 검사장 심리, 구금석방판사와 고등법원 재판장 앞의 출석에 관한 심리, 경찰법원의 심리. 특히 제4항은 “구금 결정 또는 구금 연장을 위한 심리와 관련된 때에 구금된 자는 화상전기통신 수단의 사용을 거절할 수 있다”고 명시하면서 구금자에 대한 거절 권한을 규정하고 있다. 다만 “공공질서 침해 또는 탈옥과 같은 중대한 위험”이 존재할 시에는 그러하지 아니하다는 예외규정을 함께 두고 있다. 제5항은 구금으로 인한 피해보상 청구와 관련된 심리에서의 화상시스템 적용을 규정하고 있으며, 제6항은 화상심리 시 변호인의 출석 위치에 대한 선택권에 대해, 제7항에서는 통역인에 대한 화상장치 사용을 명시하고 있다.

이와 같이 프랑스에서는 원격화상시스템에 관한 법률이 여러 차례 개정 되었음에도 불구하고 여전히 비판과 문제점이 제기되고 있다. 이는 먼저 방어권과 관련 있다. 피의자 혹은 피고인이 심리를 위해 판사 앞에 직접 출석하지 못하고 화상으로 진행하는 것은 직접주의 원칙에 반할 뿐만 아니라 그들의 존엄성과 방어권을 침해할 수 있다.²⁴⁾ 특히 추후 살펴볼 프랑스 헌법재판소 결정에서 구금된 자가 석방신청 시 화상장치의 사용을 거부할 수 없다는 사실 또한 방어권에 반함을 확인할 수 있다. 이뿐만 아니라, 이외 다른 상황에서도 피의자나 피고인에 대한 존엄성과 방어권이 침해될 수 있다.

24) Angélique CLÉRET, Rennes. Justice par visioconférence : des problèmes et des questions, Ouest-France, 2019. 04. 02, <https://www.ouest-france.fr/bretagne/rennes-35000/rennes-justice-par-visioconference-des-problemes-et-des-questions-6291637>(최종 검색일 : 19. 12. 28).

두 번째는 공정한 재판을 받을 권리와 연관 있다. 재판 중 화상장치의 사용은 피고인에게 공정한 재판을 받을 권리를 침해할 수 있다.²⁵⁾ 형사재판은 피의자 또는 피고인의 출석에 의한 신체적 그리고 정서적 유대 속에서 달성되어야 한다.²⁶⁾ 하지만 원격화상시스템을 통한 심리 진행은 이와 같은 목표에 걸림돌로 작용할 것이다. 예를 들어, 변호인은 프랑스 형사소송법 제 706-71조 제6항에 따라 화상장치를 사용할 때 어디서 변론을 진행할지 선택할 수 있다. 만일 그가 판사석에 출석하여 변론한다면 의뢰인에 대한, 또는 의뢰인 옆에서 변론을 진행한다면 판사에 대한 태도, 어조, 분위기 등을 파악하기 힘들 것이다. 변호인뿐만 아니라 통역인, 감정인 등 또한 마찬가지이다.²⁷⁾ 게다가 판사의 경우에 있어서도 피고인을 직접 보지 않고 어떻게 공정한 판결을 내릴 수 있겠는가라는 비판이 제기될 수 있다.²⁸⁾ 이외에도 화상장비의 기술, 투명성 그리고 운영과 관련된 문제가 존재한다.²⁹⁾

2. 프랑스 헌법재판소 위헌 결정 : 구금 석방 신청 시 화상심리 (Vidéo-audiences)

-
- 25) Milano LAURE, “Visioconférence et droit à un procès équitable”, *RDLF* 2011 chro n°8, p.1.
- 26) Anne-Sophie JAHN et Laurence NEUER, La numérisation des dossiers et des procédures est en cours. Mais peut-on juger toutes les affaires à distance ? À vous de juger !, *Le Point*, 2015. 11. 23, https://www.lepoint.fr/societe/au-tribunal-de-l-internet-le-proces-en-visioconference-est-il-l-avenir-de-la-justice-23-11-2015-1983867_23.php (최종 검색일 : 19. 12. 29).
- 27) Olivia DUFOUR, Faut-il supprimer la visioconférence ?, *Gazette du Palais*, 2017. 10. 26, <https://www.gazette-du-palais.fr/actualites-professionnelles/13449/> (최종 검색일 : 19. 12. 29).
- 28) Marine BABONNEAU, Visioconférence devant la chambre de l’instruction : une « justice informatique » qu’il faut torpiller, *Dalloz actualité*, 2019. 09. 11, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/visioconference-devant-chambre-de-l-instruction-une-justice-informatique-qu-il-faut-torpiller#.XgjS6kdKiM9> (최종 검색일 : 2019. 12. 29).
- 29) Laurence DUMOULIN et Christian LICOPPE, *Les comparutions par visioconférence : la confrontation de deux mondes. Prison et tribunal*, Mission de recherche Droit et justice, 2013, pp.83-85.

1) 사후적 위헌법률심사(Question Prioritaire de Constitutionnalité) 신청 및 이유

프랑스 변호사 노조(Syndicat des Avocats de France), 사법관 노조(Syndicat de la Magistrature), 파리 변호사 협회(Barreau de Paris), 인권 연합(Ligue des Droits de l'homme) 등은 프랑스 헌법 제61-1조³⁰⁾에서 규정하는 절차에 따라 프랑스 파기원³¹⁾을 통해 2019년 6월 27일 프랑스 헌법재판소에 구금 피의자의 화상심리에 대한 위헌법률심사를 제기하였다.³²⁾ 이에 따라 프랑스 헌법재판소는 2019년 9월 20일 위헌법률심사에 대한 결정을 내렸다. 이 결정은 다음과 같은 조문이 참고 되었다 : 프랑스 헌법, 프랑스 형사소송법, 1958년 11월 7일 n° 58-1067 법률명령(Ordonnance), 2016년 12월 1일 n° 2016-1636 법률명령, 2010년 2월 4일 명령(Règlement).³³⁾

사후적 위헌법률심사 신청자는 프랑스 형사소송법 제706-71조 제3항³⁴⁾

30) “① 법원에서 진행 중인 소송과 관련하여, 당사자가 법률규정이 헌법에서 보장하는 권리와 자유를 침해한다고 주장하는 경우, 콩세이데따나 파기원을 통해 본 문제를 헌법위원회에 제소할 수 있고, 헌법위원회는 정해진 기한 내에 결정한다. ② 본 조의 적용 조건은 조직법으로 정한다” ; 조문 번역은 2008년 법제처에서 발행한 프랑스 헌법을 참고하였으며, 개정 또는 추가된 사항은 자체 번역하였다.

31) Arrêt n° 1484 du 26 juin 2019.

32) Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019.

33) Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019.

34) “③ 이러한 조치는 구금된 자에 대한 예심판사의 신문, 다른 이유로 구금된 자에 대한 구속 결정 전 심리, 구속연장 결정을 위한 심리, 구속 결정에 대한 예심부 또는 재판법원의 심리, 제272조에 따른 중죄법원 재판장의 피고인 신문, 합의부의 재판에서의 피고인 심리 출석 절차 또는 민사상 문제만을 다루는 심리, 구인영장, 체포영장, 유럽 체포영장, 임시 체포 요청서, 범인 인도 요청서, 범죄 인도 종료 후 체포 요청서에 의해 체포된 자에 대한 검사 또는 검사장의 신문, 석방구금판사에 의한 출석 절차, 만일 다른 이유로 구금된 자라면 제607-5조, 제695-28조, 제696-11조, 제696-23조의 적용 시 지정된 사법관 또는 항소법원장에 따른 절차, 경찰법원에서 다른 이유로 구금 중인 자에 대한 신문의 경우에도 적용한다. 심리가 구속 결정 전 심리, 구속연장 결정을 위한 심리에 관한 때에, 이와 같은 방법에 대한 청원이 검토된 사실과 심리 날짜가 알려질 시, 피의자 또는 피고인은 화상전기통신의 사용을 거절할 수 있다. 다만, 피의자 또는 피고인의 이동이 공공질서에 대한 중대한 위험 또는 침해를 막기 위한 사유에 대해서는 그러하지 아니하다 ; 이러한 조치는 동조 제1항과 제2항을 의미한다 : ① 수사 또는 예심수사에 있어 이를 정당화하는 필요가 있을 때에는 프랑스의 다수 지역에 있는 다수 사람들에 대한 진술청취·신문·대질 신문은 통신의 비밀이 보장되는 전기통신을 이용하여 이를 행할 수 있다. 같은 조건 하에서 보호유치

이 위헌이라는 근거를 크게 두 가지 들고 있다. 첫 번째는 ‘방어권의 침해’와 관련 있다. 신청자들의 주장에 따르면 “석방신청을 한 구금자가 화상으로 진행되는 심리에 대해 예심부에 반대할 수 있는 규정의 부재, 이는 방어권의 침해이다”³⁵⁾라고 언급했다. 다시 말해 구금된 자가 석방 신청 시 예심부에 의해 실시된 화상심리에 대한 반대 권한의 부재는 피의자의 방어권에 반한다는 의미로 해석할 수 있다. 다음은 ‘평등원칙의 위반’과 관련 있다. 그들에 따르면 “구금된 자의 화상심리를 결정할 수 있는 명확한 기준의 부재는 법률 앞의 평등원칙과 프랑스 헌법 제34조³⁶⁾에 반한다”³⁷⁾고 주장했다. 즉 명확히 법률에 규정되어 있지 않음에도 석방청구 시 구금된 자가 화상심리를 거부할 수 없고 해당 판사의 결정에 절대적으로 따라야 한다는 것은 평등원칙에 반할 뿐만 아니라 법률에 명확히 규정되어야 한다는 프랑스 헌법 제34조에도 반한다고 해석할 수 있다.

2) 프랑스 형사소송법 제706-71조 제3항에 대한 위헌 결정

프랑스 헌법재판소는 우선 1789년 프랑스 인간과 시민의 권리 선언 제16조에서 명시하고 있는, “권리의 보장이 확보되지 않고 권력의 분립이 제정되어 있지 않은 사회는 헌법이 없는 사회이다”고 언급하며 방어권 보장에 대한 중요성을 강조하였다. 헌법재판소의 위헌 결정 이유를 살펴보면, 첫째로 ‘구금자의 석방 신청 및 직접 출석할 권리’와 관련 있다. 프랑스 형사소송법 제148조 제1항은 “모든 사건에 대하여 구속된 자 또는 그 변호인은 전조에서 정한 것을 조건으로 하여 언제든지 석방 청구를 할 수 있다...”고 규정하고 있다. 이는 구속 기간 동안에 이행될 수 있는 구속된 자의 석방 청구

또는 신분검사를 위한 유치 연장을 위해 행하는 출석도 화상전기통신 수단에 의할 수 있다. 이와 같은 조치가 실시된 장소에서 그 조치에 대한 조서가 작성되며, 영상녹화물로 녹화 또는 녹음될 수 있다. 이 경우 제706-52조 제3항 내지 제8항이 적용된다.
② 화상전기통신을 사용하는 데에 대한 전항의 규정은 판결법원에서의 증인신문·감정인신문 및 당사자의 진술청취에도 적용된다. 또한 이는 당사자와 검사의 동의하에 만일 피고인이 구속되어 있다면 경죄법원에서의 피고인 출석에 대해서도 적용한다.”

35) Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019.

36) “법률은 다음 사항을 규정한다...중죄 및 경죄와 그에 적용되는 형벌 ; 형사소송법...”.

37) Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019.

권한을 규정한 조항이라고 볼 수 있다. 또한 동조 제5항은

석방구금판사가 제3항에 규정된 기간 내에 재판을 하지 아니한 때에 예심수사피의자는 직접 고등법원 예심부에 석방 청구를 할 수 있다. 직권으로 피의자를 석방하는 경우가 아닌 한 고등법원 예심부는 고등검사장의 이유를 붙인 서면에 의한 청구에 기하여 수리일부터 20일 이내에 재판한다. 청구의 적법 여부에 대한 심사기간은 전문의 기간에 산입하지 않는다. 검사도 동일한 요건 하에서 고등법원 예심부에 석방 청구를 할 수 있다

고 명시하고 있다. 즉 이 조항은 석방 신청이 지체될 시 다른 구제 수단을 마련함으로써 피의자의 석방 청구 권한을 더 강력히 보장하고 있다. 또한 프랑스 형사소송법 제199조 제6항은 “구속 사건에서 이해관계인 또는 그 변호인의 청구가 있는 경우, 예심수사 피의자가 직접 출석할 권리가 있다...”고 규정하고 있다. 이는 구속된 피의자에게 직접 출석할 권리를 보장하고 있는 조항이다. 즉 법으로 명시하고 있는 예외적인 경우를 제외하고 동법 제199조 제6항에 따라 구속된 자는 직접 출석을 정할 수 있다. 여기에서의 예외적인 경우는 프랑스 형사소송법 제199조 제6항 후단에 적시되어 있는데, 동조에 따르면 “...4월 이내에 그 피의자가 고등법원 예심부에 소환된 적이 있는 경우, 부장은 석방 청구 기각 결정에 대한 항고심에서, 이유를 붙인 결정으로 이해관계인의 소환 청구를 기각할 수 있고, 이에 대하여는 항고할 수 없다”고 규정하고 있다. 다시 말해 이전 4개월 내에 이미 예심부의 심리를 거친 구금자에 대해서는 예외적으로 직접 출석 없이, 판사의 판단하에 화상을 통한 심리를 진행할 수 있다. 프랑스 헌법재판소는 이 예외 경우에 대해 “정의에 있어 올바른 행정과 시민의 공적 자급에 대한 바람직한 방향으로 이를 사용할 수 있음에 기여한다”³⁸⁾고 보았다.

두 번째는 ‘석방 신청에 대한 화상심리 거부권의 부재’와 관련 있다. 프랑스 헌법재판소에 따르면 “석방을 신청한 구금된 자의 출석을 화상전기통신의 수단에 의해 진행할지에 대한 결정은 판사에게 달려 있다”³⁹⁾고 보았

38) Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019.

다. 게다가 프랑스 형사소송법 제706-71조 제5항은

전항들이 적용되는 경우, 대상자가 변호인의 도움을 받는 때에 변호인은 사법관·판결법원·위원회 측에 출석하거나 혹은 대상자 옆에 출석할 수 있다. 사법관·판결법원·위원회 측에 출석하는 경우에 변호인은 전기통신 등을 이용하여 대상자와 비밀리에 의견을 교환할 수 있어야 한다. 대상자 옆에 출석하는 때에는 대상자의 구금 장소에 소송기록 일체를 두어 변호인이 열람할 수 있도록 하여야 한다. 단, 이미 변호인에게 기록이 송부되어 있는 때에는 그러하지 아니하다

고 적시하고 있다. 즉 석방 신청에 대한 심리를 화상으로 진행할지, 직접 출석으로 진행할지에 대한 선택은 오로지 판사의 몫이고⁴⁰⁾, 구금자의 변호인은 단지 판사 옆에서 변호할지 아니면 피의자 옆에서 심리에 참여할지만 선택할 수 있다. 그러므로 프랑스 헌법재판소는 이러한 조치에 대해 “이는 판사에게 항상 특권을 부여하고 있다”⁴¹⁾고 판단하였다.

세 번째는 ‘중죄의 구금기간’과 연관 있다. 프랑스 형사소송법 제706-71조 제3항 후단에서는

...심리가 구속 결정 전 심리, 구속연장 결정을 위한 심리에 관한 때에, 이와 같은 방법에 대한 청원이 검토된 사실과 심리 날짜가 알려질 시, 피의자 또는 피고인은 화상전기통신의 사용을 거절할 수 있다. 다만, 피의자 또는 피고인의 이동이 공공질서에 대한 중대한 위험 또는 침해를 막기 위한 사유에 대해서는 그러하지 아니하다

고 규정하고 있다. 동조에 따르면 예외 경우인 ‘공공질서에 대한 중대한 위

39) Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019.

40) 설령 석방 신청을 한 구금자가 화상심리를 반대하더라도, 판사는 화상으로 심리를 진행할 수 있다, Jean-Baptiste Jacquin, Le Conseil constitutionnel encadre les « vidéo-audiences » en détention provisoire, Le Monde, 2019. 09. 20., https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/09/20/les-video-audiences-judiciaires-encadrees-par-le-conseil-constitutionnel_6012370_3224.html(최종 검색일 : 2019. 12. 04).

41) Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019.

험 또는 침해'가 존재할 경우를 제외하고 '구속 결정 전 심리'나 '구속연장 결정을 위한 심리' 시에 구속된 자는 화상심리에 대한 거부권을 행사할 수 있다. 또한 프랑스 형사소송법 제145-1조 제1항에서는 구금기간을 경죄에 관해 4개월을 초과할 수 없고, 동법 제145-2조 제1항에서는 중죄에 관해 1년을 초과할 수 없다고 규정하면서, 구금 연장 시 심리는 경죄에 관해 4개월마다, 중죄에 관해 6개월마다 진행되어야 한다고 명시하고 있다. 이에 대해 프랑스 헌법재판소는 “판사는 1년 전체의 기간 동안 구속된 자에게서 직접 출석할 가능성을 빼앗는다”⁴²⁾고 보았다. 다시 말해 프랑스 헌법재판소는 프랑스 형사소송법 제706-71조 제3항에서 '구속 결정 전 심리'나 '구속연장 결정을 위한 심리'에 대해 거부권을 행사할 수 있다고 규정하고 있는 반면, 석방 신청 시에 대한 거부권은 규정하고 있지 않으며, 이러한 부재는 중죄를 범한 구금자에게 1년 동안 석방 신청 시 직접 출석할 수 있는 권리를 보장하지 않게 되므로 이는 헌법에 반한다고 판단했다.

따라서 프랑스 헌법재판소는 위의 세 가지 근거 아래 중죄에 있어 1년간 석방 신청 시 구금자가 화상심리에 대한 거부권 또는 직접 출석할 수 있는 권리를 보장받지 못하는 것에 관해 구금자의 방어권에 대한 지나친 침해라고 판단하여, 이를 규정하고 있는 프랑스 형사소송법 제706-71조 제3항에 대해 위헌이라 결정했다.⁴³⁾ 이러한 헌법재판소의 결정에 따라, 프랑스 헌법 제62조의 근거하에 “위헌으로 선언된 규정은 공포, 시행될 수 없으며, 헌법재판소의 결정일 또는 지정일에 폐기되고, 이에 대해 일체 상소할 수 없으며, 위 결정은 모든 공권력, 행정권 및 사법권에 우선한다”.

42) Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019.

43) Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019.

Ⅲ. 한국 형사상 원격화상시스템 현황 및 시사점 검토

1. 한국 형사상 원격화상시스템 현황

이전부터 한국에서 형사상 원격화상시스템을 도입하자는 의견이 지속적으로 제기되었고 현재 일부 채택하여 시행하고 있다. 다만 이는 증인신문에 한정되어 있다. 한국 형사소송법 제165조는 “법원은 증인의 연령, 직업, 건강상태 기타의 사정을 고려하여 검사, 피고인 또는 변호인의 의견을 묻고 법정 외에 소환하거나 현재지에서 신문할 수 있다”고 규정하고 있다. 또한 동법 제165조의2는 비디오와 같은 중계장치 등에 의한 증인신문을 규정하고 있는 조항으로, 다음과 같다 :

법원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 증인으로 신문하는 경우 상당하다고 인정하는 때에는 검사와 피고인 또는 변호인의 의견을 들어 비디오 등 중계장치에 의한 중계시설을 통하여 신문하거나 차폐(遮蔽)시설 등을 설치하고 신문할 수 있다. 1. 「아동복지법」 제71조 제1항 제1호부터 제3호까지에 해당하는 죄의 피해자, 2. 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제7조, 제8조, 제11조부터 제15조까지 및 제17조제1항의 규정에 해당하는 죄의 대상이 되는 아동·청소년 또는 피해자, 3. 범죄의 성질, 증인의 연령, 심신의 상태, 피고인과의 관계, 그 밖의 사정으로 인하여 피고인 등과 대면하여 진술하는 경우 심리적인 부담으로 정신의 평온을 현저하게 잃을 우려가 있다고 인정되는 자.

위와 같은 조건이 달성된 때에 한하여 증인신문을 원격화상장치를 통해 이행할 수 있다고 현행법에서는 규정하고 있다. 최근 2019년 10월 2일에 대구지법 안동지원은 처음으로 형사재판에 있어 화상 증인신문을 실시하였다.⁴⁴⁾ 또한 원격영상재판에 관한 특례법⁴⁵⁾은 일정 범위와 조건하에 경미한 사건

44) 백경열 기자, 안동지원, 형사재판 첫 화상 증인신문...‘2차 피해 방지’ 대안 눈길, 경향신문, 2019. 10. 02, http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201910022125025&code=940301(최종 검색일 : 2019. 12. 30).

45) “제1조(목적) 이 법은 원격영상재판(遠隔映像裁判)의 실시에 필요한 사항과 원격영상

에 대해 원격화상장치 사용을 허가하고 있다.

재판에 있어 원격화상시스템의 도입을 긍정하는 주장은 프랑스와 같이 경제성과 효율성을 강조하고 있다. 특히 법원의 이송 시 발생할 수 있는 비용과 인력낭비를 줄일 수 있는 점이 화상시스템 도입하자는 주장에서 가장 많이 들고 있는 근거이다.⁴⁶⁾ 이외에도 시간 절약, “참고인 내지 증인 등 보호목적, 피해자진술권의 강화, 재외국민의 진술확보”⁴⁷⁾, “이송 시 도주우려 방지, 상대적 약자 이동에 따른 불편해소”⁴⁸⁾ 등 많은 긍정적인 면을 들 수 있으며, 이는 차세대를 위한 사법의 전자화에 큰 기여할 것이라 보여진다. 그러나 형사재판에 원격화상시스템을 도입하는 것에는 장점만이 존재하지는 않는다. 한국 형사상 원격화상장치의 문제점으로는 법원에 원격화상시스템을 구축하기 위한 장비 및 기술적인 문제, 장치의 운영상 문제, 방어권 보

재판에 관한 절차상의 특례를 규정함을 목적으로 한다. 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다 : 1. “재판관계인”이란 법관, 당사자, 증인 등 법원의 재판절차에 참여하는 자를 말한다 2. “원격영상재판”이란 재판관계인이 교통의 불편 등으로 법정(法廷)에 직접 출석하기 어려운 경우에 동영상과 음성을 동시에 송수신(送受信)하는 장치가 갖추어진 다른 원격지(遠隔地)의 법정에서 출석하여 진행되는 재판을 말한다. 제3조(적용 범위) 법원은 다음 각 호의 사건에 대하여만 원격영상재판을 할 수 있다 : 1. 「법원조직법」 제34조제1항 각 호의 사건(같은 항 제3호의 사건은 즉결심판하는 경우만 해당한다) 2. 원격영상재판을 하는 과정에서 발생하는 「법원조직법」 제61조제1항의 사건 3. 다른 법률에 따라 시법원(市法院) 또는 군법원(郡法院)의 권한에 속하는 사건. 제4조(원격영상재판의 효과) 원격영상재판은 재판관계인이 동일한 법정에서 출석하여 진행되는 재판으로 본다. 제5조(원격영상재판의 장치) 원격영상재판을 진행하기 위한 장치는 다음 각 호의 요건을 모두 갖추어야 한다. : 1. 동영상 및 음성의 송수신 장치는 양쪽에 모두 갖추어져 서로 상대방을 보면서 대화할 수 있을 것 2. 동영상 및 음성의 전송은 양쪽에서 동시에 이루어질 것 3. 전송되는 동영상 및 음성은 권한이 없는 자가 송수신할 수 없도록 보안장치를 갖추 것 4. 그 밖에 대법원 규칙으로 정하는 요건을 갖추 것. 제6조(변호권 등의 보장) 법원은 소송대리인 또는 변호인이 당사자 또는 피고인과 서로 다른 법정에서 출석하여 원격영상재판이 진행되는 경우에는 소송대리인 또는 변호인이 당사자 또는 피고인과 비공개로 대화할 수 있는 장치를 마련하여야 한다. 제7조(녹화) 원격영상재판을 할 때에는 재판의 진행상황 전부를 녹화하여야 한다. 제8조(시행규칙) 이 법 시행에 필요한 사항은 대법원 규칙으로 정한다.”

46) 이동임, 앞의 논문, 2018, 101면.

47) 정웅석, “형사절차에서 원격영상시스템의 도입에 관한 연구”, 「형사사법의 신동향」 통권 제25호 2010, 6-12면.

48) 이동임, 앞의 논문, 2018, 103-104면.

장 문제, 변호인 조력 문제, 예산부족 등이 존재한다.⁴⁹⁾

2. 형사상 원격화상시스템 문제점 검토

사법분야에서의 원격화상시스템 구축에 대한 필요성은 이전부터 제기되어 왔고, 이에 따라 1995년에 원격영상재판에 관한 특별법이 제정되면서 현재 한국에서는 이를 제한적으로 시행하고 있다. 이러한 원격화상시스템과 같은 사법의 전자화의 경제성 및 효율성에 대해서는 반론의 여지가 없다. 그러나 원격화상재판의 실효성이 높은 만큼 이용에 따른 문제의 위험성 또한 크다. 이는 특히 민사재판보다 형사재판에서 더욱 신중한 검토가 필요할 것이다.

원격화상시스템의 문제점에 대해 생각건대, 먼저 방어권 보장과 관련 있다. 즉 이는 직접주의를 채택하고 있는 형사절차에 있어 화상장치를 사용할 시 피고인 또는 피의자의 방어권이 보장될 수 있는가에 대한 문제이다. 방어권은 형사상 가장 기본적인 권리 중 하나이기 때문에 우선적으로 이와 관련된 문제를 해결하지 않으면 이후 다른 문제들에 대한 논의의 가치는 희미하다. 한국 형사소송법 제276조는 “피고인이 공판기일에 출석하지 아니한 때에는 특별한 규정이 없으면 개정하지 못한다. 단, 피고인이 범인인 경우에는 대리인을 출석하게 할 수 있다”고 규정하면서 피고인의 출석권을 보장하고 있다. 이와 같이 “우리 형사소송법은 피고인이 반드시 공판정에 출석하게 하여 방어권 보장의 충실을 기할 수 있도록 하고 있다.”⁵⁰⁾ 이 점은 프랑스와 동일하다. 그렇다면 프랑스에서는 원격화상장치를 사용할 경우 어떻게 피의자 및 피고인의 방어권을 보장하고 있는지에 대해 살펴보면, 해당 당사자에게 원격화상장치 사용에 대한 거부권을 줌으로써 이러한 문제를 해결하고 있다. 앞서 살펴본 헌법재판소 2019년 9월 20일 n° 2019-802 결정 또한 석방 신청 시 판사의 원격화상장치 사용에 대한 거부권을 구급된 자에게 보장하지 않았기 때문에 프랑스 헌법재판소는 이에 대해 위헌 결정을 내렸다.

49) 이동임, 앞의 논문, 2018, 107-113면.

50) 이동임, 앞의 논문, 2018, 111면.

프랑스 형사소송법 제706-71조 제4항 후단에서는 원칙적으로 구금된 자에 대한 원격화상장치 사용의 거부권을 보장하고 있다. 다만 “피의자 또는 피고인의 이동이 공공질서에 대한 중대한 위험 또는 침해를 막기 위한 사유⁵¹⁾가 존재할 때와 “4개월 이내에 피의자가 고등법원 예심부에 소환된 적”⁵²⁾이 있을 시에는 예외적으로 이를 인정하고 있지 않다. 이처럼 한국도 예외적인 경우를 제외하고 원칙적으로 피의자 또는 피고인에게 원격화상장치 사용에 대한 거부권을 법적으로 보장함으로써 방어권에 대한 문제를 해결할 수 있을 것으로 보여진다.

이외 원격화상시스템의 기술적인 문제에 대해서는 이미 학교, 회사 그리고 공공 기관 등에서 원격화상시스템 구축이 완료되어 활용도가 높으며, 관련 전문 업체에 문의한 결과 사법절차에서의 기술적인 문제는 큰 장애물이 되지 않는 것으로 확인되었다.⁵³⁾ 법원과 관련 기관의 장비 설치에 관한 예산문제도 점차 원격화상재판의 필요성이 부각됨에 따라 해결될 것으로 보여진다. 국회 예산결산특별위원회의에서 제출한 2020년 예산안 및 기금운용계획안에 따르면, “대법원은 재판사무와 사법정보 공개 혁신을 목표로 내년(2020년)부터 차세대 전자소송시스템 구축 사업에 돌입한다”고 밝히며, 원격영상재판을 위해 예산계획안을 제출했다.⁵⁴⁾ 게다가 변호인 조력 문제에 대하여 한국 원격영상재판에 관한 특례법 제6조에서 규정하고 있는 바와 같이 변호인과 피고인이 다른 법정에서 출석한 때에 변호인은 비공개로 대화할 수 있는 장치를 마련하도록 요청할 수 있고, 이 장치에 대한 기술 또한 문제되지 않음을 확인하였다.⁵⁵⁾ 이는 프랑스 형사소송법 제706-71조 제6항⁵⁶⁾에 동일하게 규정되어 있다.

51) 프랑스 형사소송법 제706-71조 제4항.

52) 프랑스 형사소송법 제199조 제6항.

53) 이동임, 앞의 논문, 2018, 107면.

54) 이승윤 기자, “형사공공변호인 제도, 근거법 마련 선행돼야” 국회예결특위, 내년도 예산안 검토 보고서 내용, 법률신문뉴스, 2019. 11. 04, <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=156933>(최종 검색일 : 2019. 12. 31).

55) 이동임, 앞의 논문, 2018, 112면.

56) “...변호인은 전기통신 등을 이용하여 대상자와 비밀리에 의견을 교환할 수 있어야 한다...”.

3. 시사점 확인

위에서 살펴본 바와 같이 프랑스에 비해 한국 형사절차상 원격화상장치를 사용할 수 있는 범위는 너무 제한적으로 규정되어 있다. 프랑스에서는 수사, 구금 및 공판 전반에 걸쳐서 원격화상장치를 사용할 수 있도록 제도적으로 마련되어 있다. 그러나 프랑스와 달리 한국의 경우 공판단계에서 경미한 사건에 극히 제한적으로 원격화상장치의 이용이 가능하다. 국회 예산결산 특별위원회는 대법원의 차세대 전자소송시스템 구축 항목 내 원격영상재판에 대한 근거 법률을 우선적으로 개정해야 한다는 의견을 내놓았다.⁵⁷⁾ 또한 국내에서 원격영상재판에 대한 현 문제점으로, 시스템은 구축되어 있지만 그에 대한 이용률이 낮다는 지적이 존재한다.⁵⁸⁾ 이에 대한 대응책으로 사법발전위원회는 지역별 조정센터를 설치하는 등 여러 시도를 해보았지만, 이용률에 대한 문제는 지금도 여전히 제기되고 있다.⁵⁹⁾ 그러므로 한국도 프랑스와 같이 법률 개정을 통해 원격화상장치의 사용에 대한 범위를 넓혀야 할 것이다. 이러한 적용 범위의 확대는 사회 실정에 맞게, 그리고 장기적인 계획하에 점진적으로 진행되어야 할 것이다.⁶⁰⁾

이에 대해 생각해 보건대, 국회 예산결산 특별위원회의 의견과 같이 형사절차 전반에 걸쳐 원격영상재판이 실시될 수 있도록 법률 개정이 이루어져야 할 것이고, 필요하다면 적합한 법률 제정이 선행되어야 할 것이다. 우선 증인과 경미한 범죄에 한정되어 사용되고 있는 원격화상시스템이 피의자 및 피고인에게로 확대되어야 할 것이다. 현재 프랑스 형사소송법 제

57) 이승윤 기자, 앞의 기사, 2019. 11. 04.

58) 유환구 기자, “법정 대신 화상 출석… 영상재판 확대를”, 한국일보, 2018. 10. 24, [https://www.hankookilbo.com/News/Read/201810241537093103?did=NA&dtype=&dtypecode=&prnewsid=\(최종 검색일 : 2020. 01. 01\)](https://www.hankookilbo.com/News/Read/201810241537093103?did=NA&dtype=&dtypecode=&prnewsid=(최종 검색일 : 2020. 01. 01)).

59) 백주연 기자, 법원, 영상재판 실효성 높이고 지역별 조정센터도 설치 추진, 서울경제, 2018. 10. 24, [https://www.sedaily.com/NewsView/1S61DU3HS0\(최종 검색일 : 2020. 01. 01\)](https://www.sedaily.com/NewsView/1S61DU3HS0(최종 검색일 : 2020. 01. 01)).

60) “2018년 9월 전국법관대표회의에서 판사들의 대상으로 진행된 설문조사에 따르면 일선 판사들 사이에서는 신중한 검토가 과반수 이상(58%), 도입 반대의 의견이 22%로에 달했다”, 유환구 기자, 앞의 기사, 2018. 10. 24.

706-71조 제2항은 수사단계에서 원격화상장치의 시행에 관해 명시하고 있다. 한국의 경우 형사소송법 제165조와 제165조의2는 증인에 한해서, 원격영상재판에 관한 특례법은 경미한 범죄로 제한하여 피고인을 대상으로 원격화상장치가 사용될 수 있다. 이는 원격화상장치의 적용범위가 너무 제한적이기에 활발히 사용되기 어려워 보인다. 그러므로 원격영상재판에 관한 특례법의 내용을 기반으로 하여 적용대상이 증인에서 피고인까지 확대되어야 하고, 수사단계에서 원격화상시스템이 적용될 수 있도록 피의자 또한 추가될 필요가 있다. 게다가 한국 국회는 경미한 범죄에 한해 적용될 수 있도록 규정하고 있는 원격영상재판에 관한 특례법 제3조를 10년 미만의 징역형에 해당하는 범죄로 개정하여 원격화상시스템의 적용범위를 확대시켜야 할 것이다. 이 10년이란 기간은 프랑스의 중죄 기준에서 참고하였다. 프랑스에서는 범죄의 종류를 중죄(Crime), 경죄(Délit), 위경죄(Contravention)로 구분하고 있다. 프랑스 형사소송법 제131-1조에서는 중죄의 기준을 징역형(Réclusion criminelle) 또는 금고형(Détention criminelle) 10년 이상으로 규정한다. 그러므로 한국 원격영상재판에 관한 특례법 제3조에서 규정하고 있는 범죄들이 10년 미만의 징역형에 해당하는 범죄로까지 그 대상을 확대됨으로써 원격영상재판의 활용도를 높일 수 있을 것이다. 다만 10년 이상의 범죄에 대해서는 보다 엄격하고 정확한 재판을 위해 직접주의 원칙을 고수하는 것이 타당해 보인다.

또한 형사상 통역인 및 감정인에 대해서도 원격화상시스템이 적용될 수 있도록 법률을 개정해야 할 것이다. 현재 프랑스는 통역인 및 감정인에 대한 원격화상장치 사용을 인정하고 있다.⁶¹⁾ 프랑스 형사소송법 제706-71조 제8항에 따르면 “통역인이 이동할 수 없어서 통역인을 통한 진술청취·신문·대질신문이 불가능할 경우에는 통역도 전기통신을 통해서 할 수 있다”고 규정하고 있다. 또한 동조 제4항은 감정인에 대해서 원격화상장치 사용을

61) 프랑스에서는 일상 안보에 관한 2001년 11월 15일 법률(Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne)을 통해 형사상 통역인에 대한 원격화상장치 사용의 법률적 근거를 마련했다, 대법원 사법정책연구원, 원격영상재판에 관한 연구-외국의 원격영상재판 이용현황을 중심으로-, 2016, 101면.

허가하고 있다. 한국에서는 2016년부터 민사절차에 있어서 원격화상장치를 통한 통역을 인정하고 있는 반면 형사절차에 대해서는 시행되지 않고 있다. 2018년 외국인의 형사재판에 있어 원격화상장치를 통해 통역이 진행될 수 있도록 하는 형사소송법을 개정하는 시도는 있었지만⁶²⁾, 2020년인 현재 여전히 개정되지 않고 있다. 따라서 법률 개정 및 제정을 통한 적용범위의 확대가 우선적으로 달성되어야 할 것이다.

IV. 나오며

최근 2019년 9월 20일에 프랑스 헌법재판소는 중죄에 있어 구금자의 석방 요청 시 1년 동안 법원에 직접 출석하지 못할 수 있다고 규정하는 프랑스 형사소송법 제706-71조 제3항에 대해 위헌이라 결정했다. 이는 다수의 법률 및 인권 관련 기관에 의해 제기된 사후적 위헌법률심사를 통해 이루어졌다. 프랑스 헌법재판소는 위헌 결정의 근거로 크게 다음과 같은 세 가지를 들고 있다 : ① ‘구금자의 석방 신청 및 직접 출석할 권리’, ② ‘석방 신청에 대한 화상심리 거부권의 부재’, ③ ‘중죄의 구금기간’. 이와 같은 이유로 헌법재판소는 위와 같은 사실을 법과 정의에 대한 평등원칙 및 방어권에 대한 지나친 침해로 간주하며, 프랑스 형사소송법 제706-71조 제3항에 대해 위헌 결정을 내렸다.

다만 프랑스 헌법재판소 2019년 9월 20일 n° 2019-802 결정에 따른 위헌 결정은 실질적으로 효력이 없게 되었다. 그 이유는 2019년 3월 23일 법률⁶³⁾ 통해 프랑스 형사소송법 제706-71조를 개정하여 2019년 6월 1일에 이미 발효되었기 때문이다.⁶⁴⁾ 즉 사후적 위헌법률심사의 대상이 개정 전 조항

62) KBS NEW, 금태섭, 외국인 형사재판 원격영상 통역 도입 추진, 2018. 02. 15, <http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=3606536&ref=A>(최종 검색일 : 2020. 01. 01).

63) Loi n°2019-222 du 23 mars décembre 2019.

64) 20 Minutes, Détention provisoire : Le Conseil constitutionnel délimite le recours aux « vidéo-audiences », 2019. 09. 20, <https://www.20minutes.fr/justice/2609463->

이므로 개정된 조항에 대해서는 위헌 결정의 효력이 미치지 않게 되었다. 이에 따라 헌법재판소의 결정이 과연 유의미한가라는 의문이 제기될 수 있다. 하지만 프랑스에서는 이번 헌법재판소의 결정을 통해 사회상 구금자에 대한 평등원칙과 방어권의 중요성을 다시금 재확인할 수 있는 기회가 되었다. 만일 이번 위헌으로 결정된 프랑스 제706-71조 제3항이 추후 개정되지 않았다면 동일한 이유로 다시 한번 사후적 위헌법률심사의 대상이 되었을 것이다.

앞으로 한국 사회에서 ‘차세대를 위한 사법 전자화’라는 목표 아래 형사상 화상시스템에 대한 논의는 더욱 활발히 진행될 것이다. 이에 따라 2001년부터 법률의 많은 개정을 통해 형사상 원격화상시스템의 사용을 확대시키고 있는 프랑스는 한국 형사절차에 있어 하나의 좋은 예시가 될 것이다. 본고는 프랑스 형사상 원격화상시스템에 대한 현황을 살펴본 후, 화상심리 관련 최근 헌법재판소 결정을 검토함으로써 프랑스 형사절차에 있어 원격화상시스템을 어떻게 운영 하는지, 이에 따라 발생하는 문제점들이 어떤 것이 있는지를 선행적으로 살펴보았고, 나아가 프랑스 사회의 피의자 및 피고인의 기본권에 대한 인식과 태도를 확인할 수 있었다. 그러므로 이러한 분석은 추후 한국 형사상 원격화상시스템 개정에 있어 적용범위의 확대에 대한 필요성 등 다양한 시사점을 제공해줄 것이라 믿어 의심치 않는다.

프랑스 형사상 원격화상시스템 분석 및 시사점 검토 - 심 승 범	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.02.27.	2020.03.07.	2020.03.26.

[참고문헌]

[국내문헌]

법무부, 프랑스 형사소송법, 2011.

대법원 사법정책연구원, 원격영상재판에 관한 연구-외국의 원격영상재판 이용현황을 중심으로-, 2016.

윤지영, 형사절차상 원격화상시스템의 활용방안, 형사정책연구원, 2012.

이동업, “원격화상시스템을 통한 미결수용자 공판절차 참가”, 「교정복지연구」 제53호, 2018.

정웅석, “형사절차에서 원격영상시스템의 도입에 관한 연구”, 「형사사법의 신동향」 통권 제25호 2010.

천진호, “개인 형사소송법상 형사피의자 · 피고인의 방어권 보장”, 「사법」 제1권 제3호, 2008.

김철 변호사, 코로나19, 법조계 사회적 거리두기 현실화, 대한변협신문 2020. 03. 16., <http://news.koreanbar.or.kr/news/articleView.html?idxno=21220>

백경열 기자, 안동지원, 형사재판 첫 화상 증인신문...‘2차 피해 방지’ 대안 눈길, 경향신문, 2019. 10. 02, http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201910022125025&code=940301

백주연 기자, 법원, 영상재판 실효성 높이고 지역별 조정센터도 설치 추진, 서울경제, 2018. 10. 24, <https://www.sedaily.com/NewsView/1S61DU3HS0>

유환구 기자, “법정 대신 화상 출석... 영상재판 확대를”, 한국일보, 2018. 10. 24, <https://www.hankookilbo.com/News/Read/201810241537093103?did=NA&dtype=&dtypecode=&prnewsid=>

이승윤 기자, “형사공공변호인 제도, 근거법 마련 선행돼야” 국회예결특위, 내년도 예산안 검토 보고서 내용, 법률신문뉴스, 2019. 11. 04, <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=156933>

KBS NEW, 금태섭, 외국인 형사재판 원격영상 통역 도입 추진, 2018. 02. 15, <http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=3606536&ref=A>

[외국문헌]

Décision n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019.

Laurence DUMOULIN et Christian LICOPPE, *Les comparutions par visioconférence : la confrontation de deux mondes. Prison et tribunal*, Mission de recherche Droit et justice, 2013

Christian LICOPPE et Laurence DUMOULIN, “L’ouverture des procès à distance par visionconférence, activité, performativité, technologie”, *Reasaux* Vol. 25, n°144.

Milano LAURE, “Visioconférence et droit à un procès équitable”, *RDLF* 2011 chro n°8

- Angélique CLÉRET, Rennes. Justice par visioconférence : des problèmes et des questions, Ouest-France, 2019. 04. 02, <https://www.ouest-france.fr/bretagne/rennes-35000/rennes-justice-par-visioconference-des-problemes-et-des-questions-6291637>
- Anne-Sophie JAHN et Laurence NEUER, La numérisation des dossiers et des procédures est en cours. Mais peut-on juger toutes les affaires à distance ? À vous de juger !, Le Point, 2015. 11. 23, https://www.lepoint.fr/societe/au-tribunal-de-l-internet-le-proces-en-visioconference-est-il-l-avenir-de-la-justice-23-11-2015-1983867_23.php
- Jean-Baptiste JACQUIN, Le Conseil constitutionnel encadre les « vidéo-audiences » en détention provisoire, Le Monde, 2019. 09. 20., https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/09/20/les-video-audiences-judiciaires-encadrees-par-le-conseil-constitutionnel_6012370_3224.html
- Marine BABONNEAU, Visioconférence devant la chambre de l'instruction : une « justice informatique » qu'il faut torpiller, Dalloz actualité, 2019. 09. 11, <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/visioconference-devant-chambre-de-l-instruction-une-justice-informatique-qu-il-faut-torpiller#.XgjS6kdKiM9>
- Olivia DUFOUR, Faut-il supprimer la visioconférence ?, Gazette du Palais, 2017. 10. 26, <https://www.gazette-du-palais.fr/actualites-professionnelles/13449/>
- 20 Minutes, Détention provisoire : Le Conseil constitutionnel délimite le recours aux « vidéo-audiences », 2019. 09. 20, <https://www.20minutes.fr/justice/2609463-20190920-detention-provisoire-conseil-constitutionnel-delimite-recours-video-audiences>

【국문초록】

프랑스는 형사상 원격화상시스템에 관한 법률을 2001년에 제정한 후 현재까지 약 2년마다 개정함으로써 수사부터 재판단계까지 형사절차의 전 범위에 걸쳐 이를 적용하고 있다. 특히, 최근 2019년 9월 20일 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel)는 중죄에 있어 석방 신청 시 1년 동안 법원에 출석 없이 화상심리(Vidéo-audiences)를 통해 구금이 유지될 수 있다고 규정하는 프랑스 형사소송법 제706-71조 제3항에 대해 위헌이라 결정했다. 이는 프랑스 법률 및 인권 관련 기관들이 헌법재판소에 사후적 위헌법률심사(Question Prioritaire de Constitutionnalité)를 신청하면서 이루어졌다. 사후적 위헌법률심사를 신청한 근거는 다음과 같은 두 가지이다 : ① ‘방어권의 침해’ 및 ② ‘평등원칙의 위반’.

이에 대해 프랑스 헌법재판소는 다음과 같은 세 가지 근거 아래 프랑스 형사소송법 제706-71조 제3항에 대해 위헌 결정을 내렸다. 첫째로 ‘구금자의 석방 신청 및 직접 출석할 권리’에 관련하여 헌법재판소는 예외적인 경우를 제외하고 구금자는 언제든지 석방신청을 할 수 있고 직접 출석할 권리를 가지고 있다고 보았다. 두 번째로 ‘석방 신청에 대한 화상심리 거부권의 부재’에 대해, 판사의 화상심리 결정에 대한 거부권을 구금자에게 주지 않는 것은 판사에게 특권을 부여하고 있다고 판단했다. 세 번째로 ‘중죄의 구금기간’과 관련하여 재판소는 1년 동안 중죄를 범한 구금자에게 석방 신청 시 화상심리 거부권 또는 직접 출석할 수 있는 권리를 보장해주지 않는 것에 대해 위헌이라 결정했다.

그러므로 본고는 프랑스 형사상 원격화상시스템을 분석함으로써 한국 형사상 원격화상시스템의 문제점 및 해결방안을 비교법적으로 검토할 수 있었다. 이는 추후 한국 형사상 원격화상시스템 개정에 있어 적용범위의 확대에 대한 필요성 등 다양한 시사점을 제공해줄 것이라 믿어 의심치 않는다.

【Abstract】

L'analyse sur le système français de visioconférence
 en matière pénale et l'examen des suggestions
 -sur la base de l'analyse de décision n° 2019-802 QPC du 20
 septembre 2019 du Conseil constitutionnel-

Seungbeom SIM

(Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Doctorant en droit.)

Le système de visioconférence a été utilisé dans le champ très large de la procédure pénale en réformant la loi tous les deux ans environ depuis 2001 jusqu'à ce jour en France. Surtout, le Conseil constitutionnel français a censuré l'article 706-71 al(alinéa). 3 du Code de procédure pénale qui dispose qu'une personne peut être maintenue en détention provisoire en matière criminelle à travers les vidéo-audiences pendant un an. Cette décision a été saisie par des associations juridiques en soulevant la QPC(Question Prioritaire de Constitutionnalité). Elles ont établi deux motifs ainsi conçus : ① 'l'atteinte aux droits de la défense' et ② 'la violation du principe d'égalité.

Le Conseil constitutionnel français a prononcé une déclaration d'inconstitutionnalité à la base de trois motifs comme suit. Premièrement, le détenu a les droits à la comparution personnelle et à la demande de remise en liberté. Deuxièmement, l'absence du droit de refuser la décision sur les vidéo-audiences attribue un privilège à un

juge. Troisièmement, c'est l'inconstitutionnalité qu'une personne placée en détention provisoire n'a pas de garantie concernant le droit à la comparution personnelle en matière criminelle pendant un an.

Ce mémoire a comparativement examiné les problèmes et les solutions du système coréen de visioconférence en matière pénale en analysant celui français. Ainsi, il donnera les diverses suggestions relatives à la réforme du système de visioconférence en procédure pénale coréenne comme la nécessité sur l'élargissement du champ d'application etc.

주제어(Keyword) : 프랑스 형사소송법(procédure pénale française), 프랑스 헌법재판소(Conseil constitutionnel français), 사후적 위헌법률심사(QPC(Question Prioritaire de Constitutionnalité)), 원격화상시스템(système de visioconférence), 방어권(droits de la défense)

사회 내 보안처분¹⁾으로서 보호관찰의 실효성 제고방안

- 보호관찰 특별준수사항을 중심으로 -

박 정 일*

▶ 목 차 ◀

I. 문제의 제기	2. 보호관찰 유형별 특별준수사항 현황
II. 사회 내 보안처분으로서 보호관찰의 법적 지위	3. 우리나라 보호관찰 특별준수사항의 문제점
1. 보호관찰의 개념 및 유형	IV. 보호관찰 준수사항의 유형화 및 구체화
2. 보호관찰의 법적 성격	1. 준수사항의 유형화
3. 보호관찰의 목적으로서 재사회화	2. 범죄유형 및 범죄원인별 준수사항의 구체화
4. 보호관찰의 목적 실현을 위한 핵심요소로서 보호관찰 준수사항	V. 나오며
III. 보호관찰 등 준수사항의 현황 분석	1. 보호관찰 관련 입법의 개선점
1. 보호관찰법의 준수사항	2. 보호관찰 준수사항 집행방식의 개선점

* 법무부 여주보호관찰소 소장.

1) 본 논문에서는 보안처분을 시설 내 보안처분 즉, 치료감호와 사회 내 보안처분 즉, 보호관찰로 구분한다. 형벌과 보안처분의 관계가 형식적으로 구분된다는 입장에서 이원론을 취하지만, 실질적으로 양자는 융합되고 있다는 점, 특별예방 목적을 지향한다는 점, 보호관찰의 준수사항에도 응보적 색채를 띤 형벌과 같은 유형이 존재한다는 점 등으로 인해서 차이가 없다고 생각된다. 또한 현재 도입돼 시행되고 있는 소위 ‘강성적 보안처분류’ 및 사회봉사명령 그리고 수강명령은 보호관찰 준수사항의 이행확보 수단 또는 준수사항으로서 기능이 있음을 주장하고, 이러한 기능마저도 없는 신상공개제도는 형벌이라고 생각되므로 보안처분의 논의에서 제외하였다.

I. 문제의 제기

보호관찰이란 용어는 일본에서 영미법계의 프로베이션(Probation)과 퍼로울(Parole)제도를 대륙법계의 유예제도와 결합하여 명명한 것으로 그 개념과 법적 성격을 일률적으로 고찰하는 것이 쉽지 않다. 대체로 보호관찰은 범죄인을 교정시설에 수용하지 않고 자유로운 사회생활을 허용하면서 보호관찰관의 전문적인 지도·감독을 통해 건전한 사회인으로 선도할 수 있도록 국가가 적극적으로 관여하는 제도이다.²⁾

1953년 형법 제정 당시에 보안처분의 도입에 관한 논의가 있었으나, 보안처분은 ‘우리나라의 현실에 비추어’ 유보되었고, ‘이후에 국가의 제반 조건이 구비된다면 형법총칙에 보안처분의 1장을 추가하거나 단행법으로 그에 관한 법률을 제정하면 될 것’으로 전망되었다.³⁾ 그나마 보호관찰이 전문적 영역으로 자리매김 할 수 있었던 계기는 1958년 7월 소년법의 제정이었다. 제정 당시에는 명문화 되지 않았지만, 1963년 7월 제1차 소년법 개정으로 소년법에 대한 보호처분 중의 하나로 보호관찰이 규정된 것이다. 그러나 보호관찰을 실시할 조직 및 절차 등에 관한 내용은 입법적·실무적으로 뒷받침받지 못했다.

1975년에는 사회안전법⁴⁾을 제정하여 보안관찰이라는 제도를 실시하였다. 경찰서장이 보안관찰을 담당하면서 ‘비전향 장기수’라는 정치범을 감시하고 사회적으로 배제시키기 위한 목적을 수행하였다. 또한 보안감호처분은 국가보안법 등을 위반하여 사상을 전향하지 않았다는 사유로 형기 종료 후에도 보안감호소⁵⁾에 수용하였는데, 이러한 이유 때문에 인권단체의 지속적

2) 배종대, 형법총론, 홍문사, 2017, 612면.

3) 한국형사정책연구원, 형사법령제정자료집 I, 형법편, 1990, 91면.

4) 사회안전법은 형법, 국가보안법 등의 일정한 범죄를 범한 자를 대상으로 하여 재범의 위험성이 있다고 인정되는 자 또는 보호관찰처분이나 주거제한처분을 위반한 자에게 보호관찰, 주거제한과 같은 처분뿐만 아니라 보안감호라는 시설 내 수용처분도 규정하고 있었다.

5) 1975년 사회안전법 제정당시에는 사회안전법 상 보안감호처분을 받은 자를 수용하기 위한 별도의 시설이 없었으나, 1978년 청주보안감호소가 설치되면서 본격적으로 사상범 통제를 위한 시설수용을 실시할 수 있었다. 1989년 6월 사회안전법이 보안관찰법으

인 비난을 받고 있었다. 1980년 사회보호법⁶⁾은 재범의 위험성이 높은 상습누범자를 대상으로 보호처분 즉, 보호감호, 치료감호, 보호관찰을 규정하고 있었다. 이 법률에 의한 보호관찰 역시 경찰서장이 담당하였고, 보호감호처분은 학계 및 인권단체로부터 이중처벌, 적법절차 위반이라는 이유로 헌법에 반한다는 비판이 지속되고 있었다. 사회보호법이 추구하는 사회방위 목적을 결코 가볍게 볼 수는 없겠으나, 재사회화를 통한 사회의 안전이라는 목적을 추구하는 보안처분으로서의 요건이 흠결된 법률이었다고 평가할만하고, 기존의 보안처분 대신 보호처분이라는 용어를 사용하여 향후 보안처분, 보호처분, 보호관찰 등의 용어가 혼용⁷⁾되는 단초를 제공하였다.

사회 내 처우로서 재사회화 목적을 추구하는 보호관찰은 1988년 12월 보호관찰법의 제정으로 그 형식과 내용을 구비하게 되었고, 1988년 12월 소년법의 개정을 통해 소년법에 대한 보호처분을 중심으로 운영되었다. 1994년 1월 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」의 제정으로 성폭력 범죄를 범한 자에 대하여 형의 선고 또는 집행을 유예할 경우에는 보호관찰을 명할 수 있도록 하여 특별법을 통한 보호관찰 등 소위 ‘사회 내 보안처분류’가 실시될 수 있는 계기를 제공하였다. 이에 더해 1995년 12월 형법 개정으로 유예제도 및 가석방과 결합한 보호관찰이 일반 성인 형사범에 대해서 실시되었다. 2000년대에는 성범죄에 대한 사회적 공분을 야기한 대형 강력사건의 빈발로 각종 소위 ‘사회 내 보안처분류’ - 전자장치부착명령 및 이와 결합한 보호관찰, 성충동약물치료명령 및 이와 결합한 보호관찰 그리고 형기 종료 후 보호관찰 - 가 실시되면서 보호관찰은 외형적으로 그 영역을 확대하게 되었으나, 재사회화 목적과 거리가 있는 사회방위 목적의 강성 형사정책으로 방향을 전환하였다. 폐지되었으나 우회로를 통해 여전히

로 대체되면서 사회안전법상의 보안처분 중 보안관찰처분을 제외하고 보안감호처분과 보호관찰처분은 폐지되었다.

- 6) 2005년 7월 폐지되었으며, 치료감호처분과 보호관찰처분은 2005년 8월 치료감호 등에 관한 법률의 제정으로 다시 도입하였다.
- 7) 대표적 보안처분 관련 법률로서 사회보호법은 규정된 처분들 즉, 보호감호, 치료감호, 보호관찰에 대한 총칭이자 상위개념으로 ‘보호처분’이란 용어를 사용하여 개념의 이해에 대한 혼란을 야기하고 소년법 기타 특별법에 보호처분을 규정한 법률상의 처분과도 구별을 어렵게 하였다는 견해로는 박재윤, 우리나라 형사제재제도의 개편방안, 1993, 34면.

효력을 발휘하고 있는 제도들 즉, 보안관찰처분은 폐지된 사회안전법을 대체한 보안관찰법을 통해 여전히 시행되고 있고, 주거제한처분은 전자장치부착명령의 준수사항으로 부활하였다.

보호관찰의 준수사항과 관련해서 2007년 12월 개정된 소년법은 (단기 및 장기)보호관찰을 부과할 때 1년 이내의 기간을 정하여 외출제한명령을 준수사항으로 부과할 수 있음을 규정⁸⁾ 이래 오늘에 이르고 있다. 이는 소년법에 대해서 보호관찰을 부과할 때 외출제한명령만 보호관찰의 특별준수사항으로 인식할 우려가 있었다.⁹⁾ 또한 전자장치부착명령이나 성충동약물 치료명령과 병과된 보호관찰의 경우 개별 특별법상의 준수사항과 「보호관찰 등에 관한 법률」¹⁰⁾ 상의 준수사항이 중복되는 경우가 있어 관련 규정에 대한 정비가 필요하다.

보호관찰법에서 준수사항과 관련된 내용의 기본적인 사항을 규정하고, 개별 특별법에서 법률의 목적에 부합하는 특별준수사항을 마련하는 방법 또는 현재 시행하고 있는 소위 ‘사회 내 보안처분류’를 보호관찰법으로 통합하고 이러한 처분들은 보호관찰의 준수사항화 하는 방안도 고려해 볼 수 있겠다. 무엇보다도 보호관찰 지도·감독 과정에서 보호관찰관이 대상자와 지속적인 접촉을 갖는다는 측면을 고려하면 특별준수사항의 추가 내지 변경 그리고 삭제에 보다 적극적으로 임하는 것이 바람직하다. 즉, 특별준수사항을 부과하는 절차에서 재사회화 목적과 이를 위한 보안처분의 관계가 비례적인가에 대한 판단은 사법부의 통제에 두는 것이 바람직하지만, 그 전 단계인 판결전조사 등의 과정에서 특별준수사항에 대한 보호관찰관의 적극적인 의견의 개진이 요구되고, 보호관찰 지도·감독 과정에서 드러나는 대상자

8) 소년법 제32조의 2(보호관찰처분에 따른 부가처분 등) 제2항 : 단기보호관찰 또는 장기 보호관찰 처분을 할 때에는 1년 이내의 기간을 정하여 야간 등 특정시간대의 외출을 제한하는 명령을 보호관찰대상자의 준수사항으로 부과할 수 있다.

9) 왜냐하면 법원이 보호관찰 대상자에게 일반준수사항과 외출제한명령을 제외한 특별준수사항 자체를 부과하지 아니하거나 법령에 규정된 특별준수사항 전체를 그대로 대상자에게 부과하는 경우도 적지 않았으나, 최근에는 개선된 것으로 보인다. 다만, 선도위탁 보호관찰의 경우에는 아직도 특별준수사항으로 해석되어야 할 사항을 대상자의 개별적 특성을 고려하지 아니한 채 일반준수사항처럼 운영하고 있음은 개별처우의 관점에서 문제의 소지가 있다.

10) 이하 ‘보호관찰법’이라 한다.

의 범죄 위험요인을 차단할 수 있는 특별준수사항의 추가 및 변경도 적극적으로 신청할 필요가 있다.

이와 같은 문제의식을 기반으로 본 논문에서는 우리나라의 개별 특별법에서 규정하고 있는 보호관찰의 법적 성격을 살펴보고, 보호관찰의 준수사항에 응보적인 면과 예방적인 면이 있음을 분석하여 응보형 준수사항의 경우에는 형벌의 제한원리로서 책임원칙의 적용을 배제할 수 없고, 개선형 준수사항은 매우 다양하게 부과될 가능성이 높다는 점을 고려하여 관련 법률에 보안처분의 제한원리로서 비례성원칙을 명문화하기를 제안한다. 또한 준수사항의 내용을 범죄유형 및 범죄원인별로 유형화하고 보다 구체화할 수 있도록 성범죄자를 대상으로 한 특별준수사항의 예시를 제시한다. 그 밖에 여러 유형에 산재된 보호관찰 준수사항의 현황을 분석하고, 보호관찰의 실효성을 제고할 수 있는 개선 방안에 대해서 살펴본다.¹¹⁾

II. 사회 내 보안처분으로서 보호관찰의 법적 지위

1. 보호관찰의 개념¹²⁾ 및 유형

(1) 보호관찰의 개념

보호관찰은 범죄자에 대한 사회 내 처우의 일종이다. 즉, 유죄가 인정된 범죄자 또는 전환처분(diversion)의 수단으로 시설에 수용하는 대신 일정 기간 그 집행을 유예하거나 형(또는 보안처분) 집행 중 재범위험성이 개선되어 가석방(또는 가종료 등)의 조건으로 부과하거나, 소년범 등에 대한 보호처분의 일종으로 부과하기도 한다. 또한 형 집행이 종료된 후에도 특정 범

11) 본 논문은 특별준수사항 분야에서 보호관찰의 실효성을 제고할 수 있도록 그 방향을 제시하는데 목적이 있고, 실무적 관점에서 각 범죄 유형 및 원인을 고려한 구체적 준수사항의 메뉴얼에 대해서는 추후 연구를 통해 수행되어야 할 것임을 밝힌다.

12) 보안처분의 전제조건으로서 보안처분의 선고기관을 행정기관이 아니라 법원으로 해야 한다면, 사회 내 보안처분으로서 보호관찰의 범위에 차이가 발생하지만, 여기에서는 보안처분의 선고기관의 문제를 논외로 한다.

죄에 대한 재범위험성이 존재하는 경우 보호관찰을 부과할 수 있다. 이처럼 여러 유형의 보호관찰이 존재함에도 그 공통적 요소를 간추린다면 사회 내에서 전문가인 보호관찰관의 지도·감독을 받는다는 점, 형사사범 절차 어느 단계에서 부과하더라도 재범위험성 평가를 거친다는 점, 법원(또는 각종 심사위원회라는 행정기관)으로부터 부과된 보호관찰 준수사항 이행을 통해 재사회화를 도모하는 처분이라는 점이다. 보호관찰의 유형은 다음과 같다.

(2) 보호관찰의 유형

1) 유예형(기소·선고·집행유예)

형법 상 보호관찰을 조건으로 형의 선고유예를 받는 자¹³⁾와 보호관찰을 조건으로 형의 집행유예를 받은 자¹⁴⁾를 대상으로 한다. 즉, 형 집행 없이 형의 선고만으로도 형벌질서로 재통합될 수 있다는 긍정적 예측을 기반으로 하는 처분이다. 「아동·청소년 성보호에 관한 법률」¹⁵⁾과 「치료감호 등에 관한 법률」¹⁶⁾은 치료명령을 부과할 경우에 보호관찰을 조건으로 할 수 있고, 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」의 경우에는 집행유예 시 보호관찰을 조건¹⁷⁾으로 선고할 수 있다.

검사는 소년 피의자에 대하여 범죄예방자원봉사위원이나 소년의 선도교육과 관련된 단체시설에서의 상담 등의 선도를 받게 하는 처분을 하면서 공소를 제기하지 않을 수 있는데, 소년의 선도교육과 관련된 단체로 법무부 소속 보호관찰소를 선택할 경우에는 보호관찰관의 지도·감독을 받게 된다.¹⁸⁾ 즉, 정식 형사절차 과정을 통하기보다는 사회 내 처우프로그램을 통해

13) 형법 제59조의 2(보호관찰) : 형의 선고를 유예하는 경우에 재범방지를 위하여 지도 및 원호가 필요한 때에는 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다. 그 기간은 1년으로 한다.

14) 형법 제62조의 2(보호관찰 등) : 형의 집행을 유예하는 경우에는 집행을 유예한 기간의 범위 내에서 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다.

15) 아동·청소년 성보호에 관한 법률 제21조 제1항 및 제21조 제4항 참조.

16) 치료감호 등에 관한 법률 제44조의 2 제3항 참조. 이하 ‘치료감호법’이라 한다.

17) 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제8조 제3항 참조.

18) 소년법 제49조의 3(조건부 기소유예) 참조.

선제적 대응을 한다는 점에서 다이버전(Diversion)의 일종으로 볼 수 있다.

2) 가석방형

성인범죄자가 가석방심사위원회의 심사를 통해 행정처분으로 가석방을 허가 받은 경우에는 무기형은 10년, 유기형은 남은 형기 동안 보호관찰을 받는다.¹⁹⁾ 또한 징역 또는 금고로 선고받은 소년 수형자의 경우 일정기간이 경과하면²⁰⁾ 보호관찰심사위원회는 가석방을 허가 할 수 있다. 이때 심사위원회는 보호관찰의 필요성 여부를 심사하여 결정한다.²¹⁾ 즉, 수형자의 행상이 양호하다는 점에서 재사회화 목적 달성에 대한 긍정적 예측을 기초로 특별예방적 판단을 하는 것이다.

3) 보호처분형

보호처분이란 보안처분의 특수한 영역으로 비록 재범의 위험성이 인정된다고 하더라도 범죄자의 특성을 고려할 때 환경의 조정 및 성행의 교정 등을 통해 가소성 즉, 개선가능성이 높다는 점, 사회보호적 측면보다는 행위자를 보호하기 위한 성격이 더 강하다는 점 때문에 통상의 형사절차와 다른 특별한 절차를 규정한 처분을 말한다. 보호처분을 보안처분으로 볼 것인가 아니면 사회복지처분의 일종으로 볼 것인가에 대해서는 견해가 대립되어 왔으나, 보호처분도 형사절차를 통해 부과된다는 점뿐만 아니라 재범의 위험성에 대처하기 위한 형사제재의 일종이라는 점에서 넓은 의미의 보안처분으로 보는 것이 타당하다.

보호처분에 해당하는 보호관찰 대상자로는 소년법 상 단기 보호관찰²²⁾과 장기 보호관찰²³⁾ 처분을 받은 경우, 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 보호관찰 처분을 받은 자,²⁴⁾ 「성매매 알선 등 행위의 처벌에

19) 형법 제73조의 2(가석방의 기간 및 보호관찰) 참조.

20) 소년법 제65조(가석방) : 징역 또는 금고를 선고받은 소년에 대하여는 다음 각 호의 기간이 지나면 가석방을 허가할 수 있다. 1. 무기형의 경우에는 5년 2. 15년 유기형의 경우에는 3년 3. 부정기형의 경우에는 단기의 3분의 1

21) 보호관찰법 제23조 참조.

22) 소년법 제32조 제1항 제4호

23) 소년법 제32조 제1항 제5호

관한 법률」 상 보호관찰 처분을 받은 자²⁵⁾, 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 상 보호관찰을 받은 자²⁶⁾가 해당된다.

4) 보안처분형

우리 헌법 제12조 제1항의 보안처분이란 용어는 독일어의 “Sicherungsmaßnahme”를 번역한 것²⁷⁾이라고 한다. 현재 대륙법계 국가는 물론이고 영미법계 국가에서도 행위자의 교육·개선과 사회방위를 위해서 보안처분이 광범위하게 시행되고 있다. 보안처분의 개념은 형벌의 개념보다도 한층 불명확하고 다의적인 것으로 이해된다. 왜냐하면 보안처분으로 불리는 것의 종류 및 내용이 다양하고, 이 제도가 아직 생성·발전 중에 있기 때문이다.²⁸⁾ 보안처분의 전제조건으로 선행 위법행위, 재범의 위험성, 보안처분 제한원리로서 비례성원칙, 처분기관의 사법부 관할²⁹⁾ 등이 논의된다.

이 유형에 속하는 보호관찰은 치료감호법³⁰⁾ 상 가중료 또는 치료위탁되었을 때, 이미 폐지되었으나, (구) 사회보호법 부칙 조항³¹⁾에 의해 아직 그 효력이 살아있는 보호감호 가출소자가 그 대상이 된다. 또한 「특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률」³²⁾ 상 형 집행 종료 후 보호관찰과 형 집행 종료 후 전자장치부착명령에 필요적으로 부과되

24) 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제40조 제1항 제5호 참조.

25) 성매매 알선 등 행위의 처벌에 관한 법률 제14조 제1항 제2호 참조.

26) 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제36조 제1항 제5호 참조.

27) 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 한국형사정책연구원, 2013, 334면.

28) 배종대, 형사정책, 2018, 홍문사, 437면

29) 본 논문에서는 사법부 관할 문제 즉, 각종 위원회의 보안처분의 부과 문제는 논외로 한다. 다만, 사법부 관할을 엄격하게 적용할 경우에는 치료감호심의위원회, 보호관찰심사위원회에서 부과하는 처분은 적법절차 위반으로 보안처분으로서 적격성을 상실할 가능성도 있다.

30) 치료감호법 제32조 참조.

31) 2005. 8. 4. 시행 및 폐지된 사회보호법 부칙 제2조(이미 선고된 보호감호 판결 및 집행에 관한 경과조치) : 이 법 시행 전에 이미 확정된 보호감호 판결의 효력은 유지되고, 그 확정판결에 따른 보호감호의 집행에 관하여는 종전의 사회보호법에 따른다. 다만, 보호감호의 관리와 집행에 관한 권한은 치료감호법에 따른 치료감호심의위원회가 행사한다.

32) 이하 ‘전자장치부착법’이라 한다.

는 보호관찰, 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」³³⁾ 상 성충동약물치료명령에 필요적으로 부과되는 보호관찰 등이 보안처분형에 해당한다.

2. 보호관찰의 법적 성격

보호관찰은 그 유형에서 살펴본 것처럼 형사사법 절차 각 단계에서 활용되고 있어서 그 활용범위가 매우 넓다. 그럼에도 보호관찰이라는 형식으로 실시되는 처분을 단일한 개념으로 보고 그 법적 성격을 고찰하는 견해와 형사사법절차 각 단계별 처분을 개별적으로 고찰하는 견해가 있다. 보호관찰의 법적 성격에 대한 학설을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 일원론

현행법상 보호관찰을 그 유형에 관계없이 보안처분의 일종으로 보는 견해³⁴⁾다. 대법원의 태도³⁵⁾ 또한 같다. 이 견해에 따르면, 행위자의 특별예방을 목적으로 하는 보안처분에는 자유박탈적인 면이 있고, 자유형의 집행이 종료된 후의 보호관찰과 같은 유형의 보안처분이기 때문에 보호관찰과 보안처분은 큰 차이가 없다고 한다. 그리고 보호관찰은 형의 집행유예제도의 본질적이고 불가결한 구성요소가 아니고, 독일 등 대륙법계 국가에서 조건부 판결이 집행유예 및 가석방에 의한 경고와 보호관찰이 결합된 것이며, 전자를 특수한 자유형의 변형이라고 한다면 보호관찰은 보안처분의 성질을 지닌다고 해석한다. 다만, 보안처분의 목적은 사회방위이지만 보호관찰은 범죄인의 치료 및 개선을 목적으로 하기 때문에 양자는 구별되고, 보안처분은 재범의 위험성이 있는 자를 대상으로 시설 내 처우를 원칙으로 하는 반면 보호관찰은 재범의 위험성에 대한 긍정적 예측을 바탕으로 하는 사회 내

33) 이하 ‘성충동약물치료법’이라 한다.

34) 김일수, 형법총론, 박영사, 2018, 627면; 박상기/손동권/이순래, 앞의 책, 359면; 배종대, 형법총론, 홍문사, 2017, 625-631면; 임웅, 형법총론, 법문사, 2010, 625면; 이재상, 형법총론, 박영사, 2011, 633면; 정성근/박광민, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2012, 744면.

35) 대법원 2010. 9. 30. 선고 2010도6403 판결.

처우를 원칙으로 하는 점³⁶⁾에서 차이가 있다고 한다.

(2) 다원론

보호관찰의 법적 성격을 개별 유형에 따라 다르게 파악하는 견해로 형법 외의 법률에 의해 부과되는 보호관찰을 보안처분으로 본다.³⁷⁾ 그러나 형법상 선고유예와 집행유예시 부과되는 보호관찰 및 가석방자 그리고 가종료(가출소)자에 대해 부과되는 보호관찰의 법적 성격에 대해서는 견해가 대립된다.

1) 제3의 독립된 제재로 보는 견해

보호관찰을 독립된 제재수단으로 보고 형벌이 부과되지 않을 경우에 형벌을 대체하는 제재수단만을 보안처분에 포함시키는 견해³⁸⁾가 있다. 이 견해에 따르면, 치료감호법상의 치료감호만을 보안처분으로 보고 그 이외의 형벌을 보완하는 일체의 형사제재수단은 형벌을 대체하는 수단이 아니기 때문에 보안처분이 될 수 없고, 형벌과 보안처분에 이은 제3의 독립된 제재로 본다.³⁹⁾ 또한 보안처분을 사회방위를 위하여 감호, 거세 등과 같이 범죄자에 대한 직접적인 자유의 박탈 내지 제한을 가하는 제재수단으로 국한시키는 견해⁴⁰⁾가 있다. 이에 따르면, 형법상의 보호관찰은 사회방위보다는 피고인의 개선과 교화를 통한 사회복귀라는 측면에 중점을 두고 있는 것이므로 일반 보안처분과 동일시할 수는 없고 형벌과 같이 독립적으로 부과되고 자유의 박탈 내지 제한을 내용으로 하는 것도 아니라고 한다. 따라서 형법상의 보호관찰은 형벌도 아니고 보안처분도 아닌 제3의 독자적 형사제재로

36) 이재상, 앞의 책, 632-633면.

37) 김성돈, 보호관찰의 실효성 확보방안, 형사정책 제18권 제1호, 2006, 32면.

38) 손동권/김재윤, 새로운 형법총론, 홍문사, 2011, §41/14.

39) 다만 이러한 견해도 소년법상 보호처분의 일종으로 부과되는 보호관찰은 보호주의에 입각하여 소년범죄를 비범죄화, 비행사처벌화하는 특수한 처분이기 때문에 재범의 위험성을 전제로 하는 보안처분에 해당할 수 없다고 한다. 손동권/김재윤, 앞의 책, §41/14.

40) 김해정, 법적성질의 재고찰을 통한 보호관찰의 형사정책적 위상 정립, 형사정책 제13권 제2호, 2001, 123면.

이해한다.

2) 넓은 의미의 재판의 일종으로 보는 견해

형법상의 보호관찰은 재판의 일종으로 그 내용은 법관이 다종다양하게 형성해 나갈 수 있다고 보는 견해이다.⁴¹⁾ 자유형의 선고유예자 또는 집행유예자에 대하여 사회생활이 양호할 것이라는 긍정적 예측에 기초하여 사회복귀를 촉진하기 위해 부과되는 것이기 때문에 소년법에 대한 보호관찰에 보다 가까운 성격을 갖는다고 한다. 따라서 형법상의 보호관찰이 범죄자에 대한 감시·감독을 내용으로 한다는 점에서 사회방위의 효과를 노리는 수단이지만 그러한 효과는 보호관찰의 부수적 기능에 불과하기 때문에 보호관찰의 본질적 성격이 보안처분으로 바뀌는 것이 아니라고 본다.

3) 자유형 또는 형 집행의 변형으로 보는 견해

보호관찰은 범죄인이 준수하여야 할 일정한 사항을 제시하고 이에 대한 준수여부를 지도·감독하고 보호·원호함으로써 사회에 적응하게 하려는 것이다. 보호관찰을 집행하는 동안 부과된 준수사항을 위반하면 집행유예나 가석방을 취소하여 다시 구금한다는 점에서 형벌의 집행과 밀접한 관계가 있으며, 범죄가 발생한 것을 전제로 하여 부과되기 때문에 시설 내 처우와 자유로운 상태의 중간 정도의 자유형의 변형이라고 한다.⁴²⁾

(3) 소결

유예형(기소유예 제외)의 경우, 보호관찰 조건부 집행유예를 받은 자가 준수사항을 위반하고 그 정도가 무거운 경우에는 집행유예의 선고를 취소할 수 있고, 보호관찰 조건부 선고유예를 받은 자는 보호관찰 기간 중에 준수사항을 위반하고 그 정도가 무거운 경우에는 유예한 형을 선고할 수 있다. 대상자가 보호관찰 기간을 무사히 종료한 경우 형의 선고는 효력을 잃게 되므로 구금형과 자유롭게 사회생활을 하는 상태의 중간 정도로 자유가

41) 신동운, 보호관찰의 법적성질과 소급효문제, 고시연구, 1997. 164면.

42) 이재상, 보안처분의 연구, 서울대학교 박사학위논문, 150-151면; 차용석, 보호관찰제도의 효과적 시행방안, 청소년범죄연구 7집, 법무부, 1989. 10면.

제약된다고 파악할 수 있다는 점에서 형벌의 집행이 변형된 것으로 보는 것이 타당하다. 보안처분의 핵심적 요건이라고 할 수 있는 장래의 재범위험성에 대한 평가를 과거의 행위책임에 따른 변형된 형태의 법 집행과 동일한 차원에서 논할 수 없기 때문이다.

가석방형의 경우, 가석방된 자는 가석방기간 중 필요적으로 보호관찰을 받고, 가석방기간 중에는 형의 집행이 종료된 것이 아니므로 보호관찰기간 중 준수사항을 위반하고 그 정도가 무거운 경우에는 가석방 처분이 취소될 수 있다. 가석방이 취소될 경우 가석방기간 중의 일수는 형기에 산입 되지 않기 때문에 가석방 당시의 남아있는 자유형의 기간 동안 형 집행을 받아야 한다. 대상자가 보호관찰 기간을 무사히 종료한 경우에는 형의 집행을 종료한 것으로 보므로 이때의 보호관찰도 구금형과 자유롭게 사회생활을 하는 상태의 중간 단계로 파악할 수 있다는 점에서 형벌의 집행이 변형된 것으로 보는 것이 타당하다.

가종료(가출소)형의 경우에도 형벌과 보안처분을 동일하게 보지 않는 한 형 집행을 변형으로 보는 것은 타당하지 않다. 치료감호가 가종료되었을 때에는 필요적으로 보호관찰이 부과된다. 즉, 시설 내 보안처분이 임시로 종료되고 여기에 사회 내 보안처분으로서 보호관찰이 부과되며 그 집행과정에서 취소가능성이 있다는 점을 고려한다면, 보안처분의 집행형태가 변형된 것으로 보는 것이 타당하다.

전자장치부착명령 등과 결합한 보호관찰의 경우, 전자장치부착법 제5조는 형 집행 종료 후 보호관찰이 부과될 수 있는 자를 규정하고 있고, 형 집행이 종료된 이후에도 여전히 재범의 위험성이 있다고 판단되는 경우에 형벌과는 별개의 보호관찰이라는 사회 내 보안처분을 부과하는 것이다. 또한 전자장치부착법 제9조 제7항은 “부착명령의 선고는 특정 범죄사건의 양형에 유리하게 참작되어서는 아니 된다”고 규정하여 전자장치부착명령이 형벌과 별개의 성격을 띤 것으로 보고 있다. 따라서 전자장치부착명령 및 성충동약물치료명령과 결합된 보호관찰은 보안처분이 이중적으로 부과되는 형태라고 할 수 있다.

3. 보호관찰의 목적으로서 재사회화

(1) 재사회화의 개념 및 범주

보호관찰법에서는 형법, 소년법, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 등에 산재되어 있는 보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령 등의 집행에 관한 규정을 통합하고 있다. 이 법률은 죄를 범한 자⁴³⁾로서 사회 내 치우가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 지도·감독 및 원호를 함으로써 건전한 사회복귀를 촉진하고, 효율적인 범죄예방 활동을 전개함으로써 개인 및 공공의 복지를 증진함과 아울러 사회를 보호함을 목적으로 하고 있다.⁴⁴⁾

재사회화란 일차적으로 사회화가 이루어진 사람들을 대상으로 한다고 볼 수도 있지만, 특히 범죄자의 경우에는 적절한 시기에 사회화 과정이 불충분하게 이루어졌거나 잘못된 방향으로 이루어져 있으므로 행형 과정을 통해 이를 보충하거나 교정하여야 한다는 것이다.⁴⁵⁾ 영미법계 국가의 경우에는 재사회화(re-socialization, Resozialisierung) 개념이 사회복귀사상이나 재활(Rehabilitation)⁴⁶⁾의 개념과 함께 구별이 모호한 경우에는 수형자를 재사회화 시킨다는 의미의 재활의 개념에 포함시켜 이해하고 있는 것으로 보이는 반면, 우리나라와 일본에서 사용되는 사회복귀라는 용어는 독일의 재사회화 개념과 비교적 일치한다.⁴⁷⁾

재사회화적인 측면에서 ‘국가가 범죄자에게 재사회화 노력을 가해도 되느냐’에 대해 문제를 제기해 볼 수 있다. 칸트(I. Kant)와 포이어바흐(P. J.

43) 보호관찰법에서는 ‘죄를 범한 자’로 규정하고 있으나, 소년법에서는 ‘촉법소년’, ‘우범소년’ 관련 규정이 있음으로 해서 양법은 체계적으로 부정합적인 면이 있다.

44) 형의 집행 중 가석방으로 사회 내 치우를 받게 되는 경우는 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제1조에서, 시설 내 보안처분 즉, 치료감호는 「치료감호 등에 관한 법률」 제1조에서 각각 재사회화 목적을 규정하고 있다.

45) 배중대/정승환, 행형학, 홍문사, 2002, 54면.

46) 재활(Rehabilitation)은 환자를 치료하여 다시 건강한 상태로 복원시키는 것을 의미의 의학용어다. 형벌의 목적과 행형의 목적으로서 재사회화는 질병이 아니라 사회적 일탈행위를 그 대상으로 삼는다는 점에서 이를 구별하는 견해로는 박달현, 행형의 목적으로서 재사회화이념에 관한 연구, 2007, 254면

47) 양화식, 행형에 있어서 재사회화 목적(상), 교정, 1992, 20-21면

A. Feuerbach) 등은 국가가 이와 같은 권리를 갖는다는 사실을 단호하게 거부한다. 윤리적 존재인 인간에 대해 국가의 간섭을 허용하는 것은 인간성에 대한 모독이라고 보았기 때문이다. 오늘날은 국가가 범죄자에 대해 재사회화라는 목적과 더불어 특별예방적인 영향력을 행사해야 한다는 것이 일반적인 견해로 간주되고 있다.⁴⁸⁾

형사법적 관점에서 재사회화의 의미를 살펴보면, 형사법적 일탈에서 벗어난 범죄자를 다시 사회구성원으로 재 편입한다는 것을 말한다. 특별예방 목적의 재사회화는 모든 형사범위반자가 형사제재를 마치고 난 후에 다시 범죄를 저지르지 않는다는 것을 의미한다. 여기에는 ‘자유형을 선고받은 자’ 뿐만 아니라 ‘벌금형을 선고 받은 자’, ‘자유형의 집행유예를 선고받은 자’를 포함⁴⁹⁾하고, 보안처분을 부과 받은 자도 이에 해당된다.

사회 내 처우는 시설 내 처우가 갖는 한계 즉, 시설 내 처우의 목적을 재사회화로 전환했음에도 여전히 재범률이 높다는 비효율성, 자유를 박탈당한 상태에서 자유를 위한 적절한 처우프로그램이 불가능하다는 비인도성, 시설수용자에 대한 편견과 무시를 넘어 사회의 적으로 보려는 낙인효과 등에 대한 문제의식을 바탕으로 창출된 결과물이다. 사회 내 처우 중 대표적인 제도가 보호관찰이다.

(2) 재사회화의 모델

행형의 목적으로 재사회화가 일반적으로 받아들여지고 있다하더라도 그 구체적인 처우모델은 다양한 형태가 있다. 클레멘스 바르톨러스(C. Bartollas)는 의료모델(medical model), 적응모델(adjustment model), 재통합모델(reintegration model) 등으로 분류하고 있고,⁵⁰⁾ 데이비드 듀피(D. Duffee)의 경우에는 재활모델(rehabilitation model), 개선모델(reform model), 재통합모델(reintegration model)로 구분⁵¹⁾하고 있으나, 여기서는

48) Heinz Zipf/김영환·허일태·박상기(역), 형사정책, 한국형사정책연구원, 1993, 130면.

49) 박달현, 형벌의 목적과 행형의 목적의 관계, 형사법연구 제19권 제3호, 2007, 820면.

50) C. Bartollas, Correctional Treatment, Englewood Cliffs, NJ : Prentice-Hall, 1985, p.26-28.

대표적인 모델인 의료모델과 공정모델⁵²⁾을 살펴본다.

1) 의료모델(medical model)

의료모델은 범죄원인 및 범죄자에 대한 자연과학적이고 인간 과학적인 처우기법을 사용한다. 이러한 사고는 19세기 후반 체사레 롬브로조(Cesare Lombroso)의 생물학적 결정론과 20세기에 들어 형사정책의 인접학문인 자연과학 및 심리학, 사회학, 교육학 등의 발전에 기반하여 형사사법체계에서 범죄의 원인과 범죄자의 특성을 파악하여 일련의 범죄대책을 수립하는 과학화의 단계로 발전하는 계기가 되었다. 보호관찰관과 보호관찰대상자를 치료자와 내담자(Client) 관계로 보고, 이를 의료체계에 비유하여 범죄자를 환자에 비유하여 치료하는 구도를 형성한다. 범죄의 원인을 파악하기 위해 Case Work적인 개별 심리치료를 활용하여 대상자의 재범에 대한 소질적·환경적 위험요인 및 보호요인을 파악하게 된다. 이를 통해 대상자에게 적합한 맞춤형의 개별적인 처우를 위해 ‘진단’하고 재범위험성의 정도에 따라 ‘분류’하여 개입한다.

2) 공정모델(justice model)

데이비드 포겔(David Fogel)은 범죄자를 비정상적인 존재로 보고 반사회적인 성격이나 이상적인 성격을 변화시키고자 하는 점에 대한 회의와 반성을 토대로 공정모델을 주장하였다. 포겔은 재사회화 목적의 교정을 범죄자 간 평등을 확보하려는 시도를 통해 형량의 결정과 형사사법 각 단계에서 범죄자의 법적이고 공정한 취급을 목적으로 하는 범죄자 처우모델을 제시하였다.⁵³⁾ 범죄자를 이상한 소질을 가진 비정상적인 존재로 보지 않고 자유의사를 가진 정상적인 존재로 이해하고, 형벌은 자유의사에 따른 범죄행위에 대한 응분의 대가이므로 행형은 공평의 관점에서 이를 충실하게 집행하

51) D. Duffee, V. O'Leary, Model of Correction, An Entry in the Packer-Gritffh Debate, 7 Criminal Law Bulletin, 1971, p.329-352.

52) 여기서는 공정모델 또한 재사회화를 지향하는 의료모델에 대한 반작용일 뿐 큰 틀에서는 재사회화 모델에 포함시킬 수 있다고 본다. 공정모델은 정의모델로 번역되기도 한다.

53) David. Fogel, "...We are the Living Proof...", The justice model of corrections, Journal of Criminal Justice, 1975, p.185.

는 것이 바람직하다는 것이다.⁵⁴⁾ 공정모델이 커다란 관심을 불러일으킨 것은 양형 과정의 불공정이 형사제재 대상자의 불만을 낳고, 행형 프로그램 운영에 있어서 최대의 장애가 되고 있다는 인식에서였다.

3) 사회 내 처우에 있어서 재사회화 모델의 지향점

사회 내 처우에서 범죄자가 재범의 위험으로부터 차단되고 건전한 사회인으로 복귀할 수 있도록 조력하는 재사회화 목적의 타당성을 인정한다 하더라도 사회 내 처우의 선고 및 집행 그리고 종료에 이르기까지 발생하는 불평등 문제, 치료 및 개선의 관점에서 접근하면 치료기간(보호관찰 등 보안처분의 집행기간)을 확정할 수 없어 부정기화 되는 경향이 있다. 치료가 능성(내지 개선가능성)에 대한 확약이 없는 상태에서도 치료를 계속하는 것은 인권침해의 문제가 야기될 수 있다. 또한 사회 내 처우 집행과정에서 지속적으로 이루어져야 할 재범위험성평가 과정이 헌법상 적법절차원칙에 어긋나는 것은 아닌지 의문이 제기된다.

법원의 요구로 보호관찰관이 판결 전 조사서를 작성하면서 재범의 위험성에 따른 처분의견을 제시한다하더라도 법관의 직관적인 판단으로 처분의 결정이 이루어지기 때문에 그 평가과정을 보다 객관화하고 재범위험성 평가도구에 대한 신뢰성 확보가 선결문제로 등장한다. 또한 법관 또는 각종 심사위원회가 실시하는 재범위험성에 대한 최종적 평가는 항상 오류의 가능성이 존재하므로 신중해야 한다. 잘못된 재범위험성의 인정은 대상자에 대한 인권의 침해문제가, 잘못된 재범위험성의 부정은 사회의 안전이 위협받는 상황이 전개될 수 있기 때문이다. 따라서 대상자의 범죄 원인 및 다양한 재범 위험상황에 대처할 수 있도록 보호관찰 등 사회 내 처우의 집행에 탄력성을 확보해야 하지만, 재범위험성 평가 과정에서 객관적 기준을 마련하는 등의 적법절차의 보장도 요구된다.

(3) 재사회화 목적과 사회방위 목적의 관계

형벌은 과거에 일어난 행위에 대한 책임을 전제로 하여 국가가 범죄자

54) David.. Fogel/Joe. Hudson, Justice as Fairness : Perspectives on the Justice Model, Cincinnati : Anderson, 1981, p.1.

에게 법익의 침해를 가하는 제재인 반면 보안처분은 형벌로는 재사회화의 목적을 달성할 수 없거나 재범의 위험성 때문에 형벌의 목적을 달성할 수 없는 경우에 범죄자에게 교육 및 치료적 처분을 통해 재범의 위험으로부터 사회를 방위하기 위한 국가의 예방적 형사제재이다.⁵⁵⁾ 이처럼 보안처분이 범죄자의 재범의 위험성에 기초하여 장래의 범죄에 대한 예방적 성질을 가진 제재라는 점에서, 행위책임을 기초로 하여 책임의 범위 내에서 과거의 행위에 대한 제재인 형벌과 개념적으로 구별된다. 그러므로 보안처분은 행위자를 위한 특별예방에 초점을 맞추고 있다고 할 수 있다.

반면, 개별 보안처분이 추구하는 특수목적 이전에 보안처분의 일반목적으로서 모든 보안처분에 공통적으로 내재하고 있는 목적은 사회의 안전 즉, ‘보안’이라는 견해⁵⁶⁾가 있다. 교육 및 치료를 통한 개선의 목적이 재사회화 목적에 부합하는 처분이라 하더라도 형사제재로서 보안처분을 부과하는데 있어서 일차적 목적 또는 정당화 근거가 될 수는 없다는 것이다.⁵⁷⁾ 치료감호와 같은 시설 내 보안처분의 경우에는 타당하다고 생각한다. 시설 내에서 아무리 재사회화적 특별예방 목적을 추구한다고 하지만 자유가 박탈된 상태에서 재사회화 교육은 한계가 존재하기 때문이다. 그러나 보호관찰과 같은 사회 내 보안처분은 비록 자유가 제한되었다고는 하나 그 제한된 상황에서도 비교적 정상적인 사회활동이 가능하고 보호관찰관의 전문적 지도·감독이 병행된다는 점을 고려한다면 보안의 목적이 일차적일 수 없다. 전적으로 보안의 목적만을 추구할 대상자에게 사회 내 보안처분을 부과할 가능성은 낮기 때문이다.

재사회화 목적은 사회국가원리에 의해서 정당화 될 수 있다. 즉, 사회의 안전을 확보하려는 목적을 범죄자에 대한 공동체의 의무 즉, 사회국가원칙에 따른 의무를 통하여 보완하여야 할 필요가 있는 것이다. 또한 이러한 관점에서 보면 보안처분을 통해 사회의 안전이라는 보안목적은 추구함과 동

55) 배종대, 형법총론, 26-27면 참조.

56) 박학모·강우예, 보안처분제도의 정비방안, 형사정책연구원, 2009, 5면.

57) 송문호, 형법상 치료감호에 대한 비판적 고찰, 형사정책 제12권 제1호, 2000, 11면 이하; 전수영, 치료감호에 관한 고찰, 법학연구 제20권 제20호, 2005, 548면.

시에 보안목적이 허용하는 범위 내에서 치료와 교육이라는 수단을 통해 범죄자의 사회복귀 촉진이라는 개선목적을 추구해야 한다. 다시 말해 보안처분은 보안목적을 실현하기 위하여 부과되지만, 보안목적의 실현을 위해 보안처분이 집행되는 과정에서 추가적으로 개선목적을 추구할 것이 요구된다.⁵⁸⁾ 형법정책이 범죄예방 또는 사회방위를 중시하면 피해자를 비롯한 사회 일반의 범죄로부터 자유로워질 권리에 중점이 있게 되고, 재사회화의 측면을 중시하면 보호관찰 대상자에 대한 치료와 교육 등 개선적인 처분이 핵심적인 과제로 등장하게 된다.

4. 보호관찰의 목적 실현을 위한 핵심요소로서 보호관찰 준수 사항

(1) 보호관찰 준수사항의 개념

보호관찰은 정상적인 사회생활을 하는 과정에서 일정기간 보호관찰관의 지도·감독을 받으며 부과된 준수사항을 지키는 것을 조건으로 한다. 보호관찰관은 준수사항을 토대로 처우계획을 수립하고, 준수사항 위반 시 일정한 제재조치를 하여 보호관찰을 실효성을 제고하게 된다. 즉, 보호관찰관은 대상자로 하여금 준수사항을 지키게 함으로써 지도·감독하기 때문에 준수사항의 부과는 대상자 개개인의 범행특성과 범죄 위험요인 등에 따라 가장 효과적으로 재범을 억제할 수 있는 내용으로 부과되어야 한다.

보호관찰법 제32조는 보호관찰 대상자 모두에게 적용되는 일반 준수사항과 대상자의 개별적 특성을 고려하여 부과하는 특별준수사항으로 구분하고 있다. 보안처분형과 보호처분형 등 보호관찰의 유형을 고려하지 않고 부과된다는 점, 성인범과 소년범을 구별하지 않고 모두 적용된다는 점, 일반 준수사항은 명문화 되어 있지만 특별준수사항은 보호관찰법 제32조 제3항 제10호 및 보호관찰법 시행령 제19조 제8호⁵⁹⁾를 고려하면 준수사항으로 부

58) 김성돈, 앞의 논문, 8면.

59) 그 밖에 보호관찰 대상자의 생활상태, 심신의 상태, 범죄 또는 비행의 동기, 거주지의

과될 수 있는 내용이 매우 광범위하다는 점 등의 특색이 있다.

특별준수사항을 부과할 수 있는 주체로 법원 및 각종 위원회를 제외하고 보호관찰관도 법률에 근거하여 준수사항을 부과할 수 있다는 견해⁶⁰⁾가 있다. 보호관찰관은 보호관찰 대상자의 재범을 방지하고 건전한 사회복귀를 촉진하기 위해 필요한 지도·감독을 하는데, 대상자에게 부과된 준수사항을 이행하기에 적절한 지시를 할 수 있다는 조항⁶¹⁾을 근거로 하고 있다. 그러나 보호관찰관의 지시는 대상자에게 이미 부과된 준수사항을 제대로 이행할 수 있도록 하는 지도·감독의 일환이고 원조하는 방법일 뿐 새로운 준수사항을 부과하는 것으로 해석할 수 없다. 보호관찰관의 지시사항을 준수사항으로 이해할 경우에는 부과 범위가 광범위해지고, 사소한 지시사항을 위반했을 경우에도 준수사항 위반을 이유로 보호관찰이 취소될 가능성을 배제할 수 없기 때문이다. 또한 대상자가 준수사항을 위반하거나 사정변경의 상당한 이유가 있는 경우에는 보호관찰소의 장 등의 신청으로 법원 또는 보호관찰심사위원회에서 준수사항의 전부 또는 일부를 추가하거나 변경 또는 삭제할 수 있기 때문이다.⁶²⁾

(2) 보호관찰 준수사항의 기능

보호관찰 준수사항은 보호관찰관과 대상자가 상호 교류할 수 있는 합법적인 행위의 기준이 된다. 법률에 규정된 일반준수사항과 법원 또는 보호관찰심사위원회로부터 부과 받은 특별준수사항은 대상자의 재범위험성에 기초한 범죄 위험요인을 경감시키기 위한 구체적이고 전략적인 프로그램인 것이다. 준수사항 부과도 대상자의 이행가능성과 인권침해 가능성을 고려해야하고, 보호관찰관도 준수사항을 이행하는데 필요한 조치 이상으로 대상자에게 의무 없는 일을 강요하거나 실현 불가능한 조치를 해서는 안 된다. 보

환경 등으로 보아 보호관찰 대상자가 준수할 수 있고 자유를 부당하게 제한하지 아니하는 범위에서 개선자립에 도움이 된다고 인정되는 구체적인 사항을 특별준수사항으로 부과할 수 있다.

60) 정진연, 보호관찰 준수사항의 위헌성 검토, 보호관찰 제13권 제1호, 2013, 292면.

61) 보호관찰법 제33조 제2항 제2호 참조.

62) 보호관찰법 제32조 제4항 참조.

호관찰관은 준수사항을 전제로 처우계획을 수립하고 지도·감독을 실시한다. 보호관찰의 적절한 기법은 보호관찰 유형 및 대상자에 따라 처우 내용을 다양화하고 개별화하는 것이라 할 수 있다. 다만, 처우내용의 개별화가 진전될수록 특별 준수사항의 내용이 세밀해지고, 권리제한의 정도가 강해질 수 있는데 이는 대상자의 일상생활에 대한 간섭으로 이어지기 쉽다. 재사회화 목적에 충실하다 보면 불평등 문제가 발생할 수 있고 바로 이 지점에서 공정 모델의 가치가 높아지게 된다.

준수사항을 위반하는 경우에는 구인, 준수사항의 추가·변경 등의 일정한 제재를 가할 수 있고, 집행유예·가석방·가중료의 취소, 보호처분이 변경될 수 있으며, 전자장치부착명령과 결합한 보호관찰의 경우⁶³⁾에는 준수사항 위반이 곧 범죄 구성요건으로 이어질 수 있으므로 준수사항은 일정한 규범력을 가지고 있다고 볼 수 있다. 그러므로 보호관찰의 적절한 집행을 위해 특별준수사항은 대상자의 준법의식, 자립심 등을 함양하고 개선 및 교화적 방향에 합리적으로 관련되어야 하며 자유를 과도하게 제약하여서도 안 될 것이다. 또한 대상자의 소질과 사회·환경적 상황을 고려하여 실현가능성이 있어야 하고 그 내용은 명확해야 한다. 사회방위에 중점을 두고 준수사항을 부과할 경우 즉, 응보형 준수사항이 형벌적인 요소를 가지고 있다는 점을 배제할 수 없기 때문이다.⁶⁴⁾

(3) 보호관찰 준수사항의 법적 성격

보호관찰 준수사항의 법적 성격과 관련하여 재사회화 목적을 수행하기 위한 처우라는 점에서 기본적으로 보안처분으로서의 성격을 갖는다는 견해⁶⁵⁾가 있다. 그 논거는 다음과 같다. 첫째, 준수사항의 부과는 그 전제로 전자장치부착명령을 선고할 때에 추가적으로 부과할 수 있는 것이고, 전자장치부착명령은 보호관찰을 선고할 때에만 부과할 수 있다는 점,⁶⁶⁾ 형 집

63) 전자장치부착법 제39조 제2항 참조.

64) 이 점에서 본 논문에서는 준수사항을 응보형 준수사항과 개선형 준수사항으로 구분하고 있다.

65) 박형민·박준희·황만성, 앞의 논문, 2018, 26-27면 참조.

행 종료 후 전자장치부착명령을 선고한 법원의 결정에 대하여 1차적으로 보호관찰소장이 재범의 위험성이 없다고 판단을 하고 보호관찰심사위원회가 부착명령의 가해제를 결정할 수 있도록 한 점, 보호관찰관이 피부착자의 치료, 전자장치의 교체, 그 밖의 전자장치를 일시 분리할 필요가 있을 경우에 피부착자의 신체 또는 주거에서 일시적으로 분리할 수 있다는 점을 들고 있다. 이상의 논거를 요약하면 전자장치부착명령은 보호관찰을 선고할 때에만 부가할 수 있어서 형벌과 본질적으로 차이가 있다는 점, 전자장치부착명령의 가해제제도, 전자장치의 일시 분리 등을 고려할 때, 준수사항은 보안처분으로서의 성격을 가진다고 한다.

생각건대, (전자장치부착명령이 없는)형 집행 종료 후 보호관찰 및 기타 유형과 같이 보호관찰을 선고할 때에 전자장치부착명령이 부과되는 것은 아니라는 점, 임시해제는 보안처분에만 유일한 것은 아니고 형벌의 집행 중에도 임시해제와 유사한 가석방 등이 활용되고 있다는 점, 전자장치의 일시 분리는 전자장치부착명령 집행 중 병원 치료 등 일정한 사유가 발생하면 실시할 수 있다는 점에서 준수사항을 보안처분으로 보는 것은 무리가 있다. 전자장치부착명령 대상자는 필요적으로 보호관찰을 받는다. 또한 전자장치 부착법의 준수사항⁶⁷⁾과 보호관찰법의 준수사항을 이중으로 적용받게 된다. 따라서 전자의 준수사항과 후자의 준수사항이 각각 다른 근거에 의해 부과되고 있지만, 특정범죄 치료프로그램의 이수⁶⁸⁾를 제외하고 양자가 동일하다고 볼 수 있다. 예컨대, 전자장치부착명령 대상자가 특별준수사항으로 ‘검정고시에 응시하여 합격할 것’을 부과 받은 경우,⁶⁹⁾ 즉, 개선형 준수사항을 보안처분으로 볼 수 있는지 의문이다. ‘거주 장소의 제한’이라는 응보형 준

66) 이는 전자장치부착법 제9조 제4항의 내용을 오해한 것으로 보인다. 같은 법에 규정된 형 집행종료 후 보호관찰의 경우에는 전자장치부착명령이 없고, 또한 일반보호관찰을 선고할 때 부착명령을 선고하는 경우는 없다. 전자장치부착명령을 선고할 때 필요적으로 보호관찰이 부과되기 때문이다. 다만, 전자장치부착명령을 보호관찰 준수사항의 하나로 부과할 수 있다는 것으로 선택한다면 보호관찰법 시행령 제19조 제8호를 근거로 부과하는 것은 가능하다고 본다.

67) 전자장치부착법의 준수사항도 각 유형별로 동일하지 않다.

68) 전자장치부착법 제9조의 2 제1항 제4호 참조.

69) 전자장치부착법 제9조의 2 제1항 제5호 및 보호관찰법 시행령 제19조 제8호 참조.

수사항을 부과 받은 경우에는 (구)사회안전법에서 독자적인 보안처분으로 규정한 ‘주거제한’ 처분처럼 이를 보안처분으로 볼 여지도 없지 않다. 그러나 보호관찰 준수사항의 법적 성격을 재판의 일종으로 보아야 한다. 선고된 형벌 또는 보안처분의 내용과 목적을 가장 잘 이해하는 주체는 법관⁷⁰⁾이라고 할 수 있고, 보호관찰의 집행과정에서는 보호관찰관이 개입하므로 대상자의 재사회화 목적을 위해서는 양 기관이 긴밀한 협조체계를 유지해야 한다. 법원의 결정으로 준수사항이 부과되고, 보호관찰 지도·감독 중 대상자의 변화하는 재범 관련 위험요인과 보호요인을 총체적으로 판단하여 준수사항의 추가, 변경, 삭제 등 그 내용도 개별처우에 적합하도록 다종다양하게 형성할 수 있기 때문에 재판의 일종으로 볼 수 있는 것이다.

(4) 보호관찰 준수사항을 통한 개별처우의 실현

보호관찰 준수사항은 재사회화 목적의 실현을 위한 개별처우의 핵심요소이다. 준수사항의 부과와 관련하여 다음과 같은 모형이 있다.

1) 충분 모형

충분모형(Sufficient Model)은 범죄를 저지른 사람은 처벌받아야 마땅하고, 사회 내 처우도 자유형과 같은 시설 내 처우와 마찬가지로 처벌의 의미에서 부과된 것으로 인식한다. 범죄자는 지역사회 감독처분을 부과할 정도로 충분히 개선된 상태임을 전제로 하고 있고, 범죄자가 구금형을 회피하였기 때문에 사회 내 처우에 부과되는 어떠한 준수사항도 정당하다고 한다.⁷¹⁾

충분모형의 적용에 있어 준수사항은 사회 내 처우를 받는 모든 대상자들에게 공통적으로 적용되는 패키지 형태로 제공된다. 음주제한, 취업금지, 불량교우와 접촉 금지, 처우프로그램 참여, 각종 비용과 벌과금의 납부, 사회봉사명령에 이르기까지 보통 10여 개 혹은 그 이상의 많은 준수사항이

70) 정승환, 형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성, 형사법연구 제22호, 2004, 376면.

71) 진수명·김혜정, 각국의 보호관찰 준수사항에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2001, 22면.

부과되는 형태가 일반적이다.⁷²⁾

충분모형은 준수사항이 패키지 형태로 부과된다는 점에서 보호관찰의 개별처우에 적합하지 않고, 범죄의 경중이나 범죄의 원인을 고려하지 않고 준수사항을 부과한다는 단점이 있다. 우리나라의 소년법에 대한 기소유예 보호관찰의 경우에는 패키지 형태로 준수사항이 부과된다.

2) 필요모형(Necessary Model)

필요모형은 범죄자에 대한 사회 내 처우의 준수사항은 지도·감독의 목적을 이루는데 있어 절대적으로 필요한 범위 내에서 부과하는 것이 정당하다는 생각에 근거하고 있다. 준수사항은 범죄자에 대한 법률적 요구사항이며, 형사사법제도의 권한을 해치지 않기 위하여 명확하게 밝힐 수 있는 상황이나 문제에 한정되고, 개별 준수사항이 해당 범죄자의 효과적인 감독에 전략적으로 반드시 필요한 것인지를 확인한다. 부과되는 준수사항의 수는 보통 2개나 3개 정도이고,⁷³⁾ 대상자의 구체적인 문제 즉, 재범과 관련된 위험요인을 통제하기 위한 목적으로 부과된다.

필요모형은 준수사항의 부과와 관련하여 객관적 기준이 명확하지 않기 때문에 결정권자가 직관적으로 판단할 경우 보호관찰관의 개입의 초점이 흐려질 가능성이 있다는 단점이 있지만, 범죄원인 및 대상자의 특성분석에 대한 전문적 지식을 기초로 하여 치료 및 개선을 위한 개별처우에 적합하다는 점, 준수사항의 추가·변경·삭제제도를 활용함으로써 보호관찰 기간 동안 재범 위험요인에 대한 보호관찰관과 법관의 전문적·직업적 교류를 통해 재범의 위험성을 적절히 통제할 수 있는 것이 장점이다.

Ⅲ. 보호관찰 등 준수사항의 현황 분석

보호관찰에 관한 일반법으로서 보호관찰법과 소년법, 전자장치부착법,

72) 진수명·김혜정, 앞의 논문, 22-23면.

73) 진수명·김혜정, 앞의 논문, 24-25면.

성충동약물치료법을 중심으로 살펴본다. 결국 보호관찰법 상의 준수사항 논의로 요약된다.

1. 보호관찰법의 준수사항

(1) 일반준수사항과 특별준수사항의 구별

일반준수사항은 법정준수사항이라고도 불리며, 모든 보호관찰 대상자에게 공통적으로 필요한 기본적 사항을 법률로 정한 것이다. 이 의미는 보호관찰의 기본적 틀을 명시하는 동시에 기본적으로 중요한 권리제한에 관한 사항에 대해서는 법률에 의한다는 입장의 표명이라는 데 있다.

특별준수사항은 일반준수사항의 내용에 넣을 수 없는 개별적인 사항을 대상자의 특성 및 범죄의 원인, 보호관찰 기간 중 역동적 상황변화에 가장 적합하다고 인정되는 형태로 정하는 것이다. 통상 일반준수사항은 일반적이고 추상적인 특성이 있고, 특별준수사항은 개별적이고 구체적인 특성을 가진다. 일반준수사항은 보호관찰법 제32조 제2항⁷⁴⁾, 특별준수사항은 보호관찰법 제32조 제3항⁷⁵⁾에 규정되어 있다. 그 밖의 보호관찰 대상자의 재범방지를

74) 보호관찰법 제32조 제2항 : 보호관찰 대상자는 다음 각 호의 사항을 지켜야 한다.

1. 주거지에 상주하고 생업에 종사할 것
2. 범죄로 이어지기 쉬운 나쁜 습관을 버리고 선행을 하며 범죄를 저지를 염려가 있는 사람들과 교제하거나 어울리지 말 것
3. 보호관찰관의 지도감독에 따르고 방문하면 응대할 것
4. 주거를 이전하거나 1개월 이상 국내외 여행을 할 때에는 미리 보호관찰관에게 신고할 것

75) 보호관찰법 제32조 제3항 : 법원 및 심사위원회는 판결의 선고 또는 결정의 고지를 할 때에는 제2항의 준수사항 외에 범죄의 내용과 종류 및 본인의 특성 등을 고려하여 필요하면 보호관찰 기간의 범위 내에서 기간을 정하여 다음 각 호의 사항을 특별히 지켜야 할 사항으로 따로 과할 수 있다.

1. 야간 등 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 특정 시간대의 외출제한
2. 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 특정 지역·장소의 출입금지
3. 피해자 등 재범의 대상이 될 우려가 있는 특정인에 대한 접근 금지
4. 범죄행위로 인한 손해를 회복하기 위하여 노력할 것
5. 일정한 주거지가 없는 자에 대한 거주장소 제한
6. 사행행위에 빠지지 말 것

위하여 필요하다고 인정하는 사항에 대해서는 보호관찰법 시행령 제19조⁷⁶⁾에 상세한 내용을 규정하고 있다.

성인 대상자의 경우는 ‘운전면허를 취득할 때까지 자동차(원동기장치자전거를 포함한다) 운전을 하지 말 것’, ‘일정량 이상의 음주를 하지 말 것’, ‘직업훈련, 검정고시 등 학과교육 또는 성행개선을 위한 교육, 치료 처우 프로그램에 관한 보호관찰관의 지시에 따를 것’, ‘정당한 수입원에 의하여 생활하고 있음을 입증할 수 있는 자료를 정기적으로 보호관찰관에게 제출할 것’, ‘범죄행위로 인한 손해를 회복하기 위하여 노력할 것’ 등의 순으로 많이 부과 되고 있다.

(2) 일반준수사항과 특별준수사항의 효력 비교

일반준수사항과 특별준수사항의 효력을 비교해 보면, 전자가 일반적, 추상적이며, 후자가 개별적, 구체적이라는 성격상의 상위는 있지만, 양자 간에 처우 측면이나 법적 효과상의 우열이 차이는 없다는 것이 일본의 통설⁷⁷⁾

-
7. 일정량 이상의 음주를 하지 말 것
 8. 마약 등 중독성 있는 물질을 사용하지 아니할 것
 9. 마약류 관리에 관한 법률상의 마약류투약, 흡연, 섭취 여부에 관한 검사에 따를 것
 10. 그 밖의 보호관찰 대상자의 재범방지를 위하여 필요하다고 인정되어 대통령령으로 정하는 사항

- 76) 각주 59)의 제10호는 보호관찰법 시행령 제19조(특별준수사항)에 규정되어 있다.
1. 운전면허를 취득할 때까지 자동차(원동기장치자전거를 포함한다) 운전을 하지 않을 것
 2. 직업훈련, 검정고시 등 학과교육 또는 성행개선을 위한 교육, 치료 및 처우 프로그램에 관한 보호관찰관의 지시에 따를 것
 3. 범죄와 관련이 있는 특정 업무에 관여하지 않을 것
 4. 성실하게 학교 수업에 참석할 것
 5. 정당한 수입원에 의하여 생활하고 있음을 입증할 수 있는 자료를 정기적으로 보호관찰관에게 제출할 것
 6. 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 소지 또는 보관하거나 사용하지 아니할 것
 7. 가족의 부양 등 가정생활에 있어서 책임을 성실히 이해할 것
 8. 그 밖의 보호관찰 대상자의 생활상태, 심신의 상태, 범죄 또는 비행의 동기, 거주지의 환경 등으로 보아 보호관찰 대상자가 준수할 수 있고 자유를 부당하게 제한하지 아니하는 범위에서 개선·자립에 도움이 된다고 인정되는 구체적인 사항

77) 진수명·김혜정, 앞의 논문, 98면.

이라고 한다. 일반준수사항과 특별준수사항은 부과 시 위법행위에 대한 제재를 전제로 부과되는 것이 아니라 대상자의 개선을 위해 필요한 사항으로서 부과되는 것이므로 일반준수사항은 기본적인 공통사항으로 명시한 것에 불과하고 특별준수사항을 배제하는 것은 아니라는 것이다. 그러나 양자 간에는 성격상의 상위만큼 효력의 차이가 있다고 봐야 한다. 모든 보호관찰 대상자가 준수해야 하는 사항과 개별 대상자의 특성과 환경적 요인을 고려하여 부과하는 사항의 효력이 동일할 수 없다. 예컨대, 일반준수사항으로 명시된 ‘재범하지 말 것’ 또는 ‘주거를 이전하거나 1개월 이상 국내·외 여행을 할 때에는 미리 보호관찰관에게 신고할 것’과 특별준수사항으로 부과된 ‘검정고시에 합격할 것’의 위반에 대해서 동일하게 평가해야 하는 것인가?

재범을 한 경우와 신고 없이 1개월 이상 국내·외 여행을 한 경우에는 준수사항 위반으로 제재조치의 대상이 되지만, 검정고시에 응시하지 않은 경우 또는 응시하였으나 합격하지 않은 경우에 준수사항 위반으로 제재조치를 하기에는 무리가 따른다. 따라서 일반준수사항은 특별준수사항에 비해 대상자에게 더 강한 준수의무를 부과하는 것이고, 또한 모든 대상자가 준수해야 할 것으로 기대되는 공통적으로 중요한 사항을 규정해야 한다.

(3) 특별준수사항의 준수가능성

특별준수사항을 부과할 때 대상자가 이를 준수할 것으로 기대하고 부과해야 하는지 여부이다. 예컨대, 신체 침해적인 치료명령을 준수사항으로 부과할 경우에 준수가능성여부는 법관 등 준수사항을 부과하는 자를 기준으로 할 것이 아니라 피처분자인 대상자를 기준으로 하는 것이 타당하지만, 일률적으로 정할 수 없다. 왜냐하면 보호관찰의 목적으로 개선과 사회방위 중 개선에 중점을 두는 입장은 준수가능성 즉, 동의를 중요시하지만, 사회방위에 무게를 두는 입장은 준수가능성여부를 그다지 문제 삼지 않기 때문이다. 따라서 보호관찰관은 판결 전 조사서를 작성할 때 그리고 보호관찰 기간 중에도 준수사항을 추가·변경할 때 준수가능성에 대해서 면밀히 검토해야 한다.

2. 보호관찰 유형별 특별준수사항 현황⁷⁸⁾

(1) 소년법 및 성인법에 대한 보호관찰

소년법에는 보호처분으로서 보호관찰관의 단기 보호관찰과 보호관찰관의 장기 보호관찰을 부과할 때 야간 등 특정 시간대의 외출을 제한하는 명령을 준수사항으로 함께 부과할 수 있다고 규정⁷⁹⁾하고 있을 뿐 다른 준수사항에 대해서는 명문 규정이 없다.⁸⁰⁾

소년법에 대한 보호관찰은 보호관찰법에 의해 실시되고 있다. 소년 보호관찰대상자가 특별준수사항을 부과 받은 비율은 79.4%로 나타났다.⁸¹⁾ ‘야간 등 외출제한명령’의 부과율이 제일 높고, ‘직업훈련, 검정고시 등 학교교육 또는 성행개선을 위한 교육, 치료 처우 프로그램에 관한 보호관찰관의 지시에 따를 것’, ‘성실하게 학교 수업에 참석할 것’, ‘운전면허를 취득할 때까지 자동차(원동기장치 자전거를 포함한다) 운전을 하지 말 것’ 등의 순으로 많이 부과 되고 있다.

소년법과 관련한 선도위탁의 근거는 소년법에 규정돼 있다. 법무부 훈령으로 검사에게 사실상 보호조치를 취할 수 있게 했다는 비판을 의식하여 2007년 소년법 개정 시 신설되었다. 검사는 피의자인 소년법에 대하여 범죄예방 자원봉사위원의 선도 또는 소년의 선도·교육과 관련된 단체·시설에서의 상담교육활동 등을 받게 하고, 피의사건에 대한 공소를 제기하지 않을 수 있다. 다만, 이 경우 소년과 소년의 친권자·후견인 등 법정대리인의 동의

78) 2019. 10. 현재 서울·부산·대구·광주·대전보호관찰소에서 보호관찰 중인 대상자 각 30명을 무작위 추출하여 조사한 사항이다. 이하 우리나라 준수사항 관련 분석은 동일한 자료를 기초로 하였고, 보호관찰법 시행령 제19조를 그대로 준수사항으로 부과한 지역이 있어 약간의 편차는 존재할 것으로 본다.

79) 소년법 제32조의 2 참조.

80) 보호관찰관의 보호관찰이라는 보호처분 및 야간외출제한명령이라는 준수사항 부과 규정을 근거로 보호관찰법의 준수사항을 부과하는 결정이 타당한가는 의문이다. “보호관찰 집행과 관련해서는 보호관찰 등에 관한 법률에 따른다”는 규정을 신설함이 타당하다.

81) 소년대상자에게 부과된 특별준수사항 개수의 비율을 살펴보면, 1개 18.2%, 2개 40.6%, 3개 18.9%, 4개 7.7%, 5개 3.5%, 6개 2.8%, 7개 3.5%, 8개 4.9% 순으로 부과 현황을 보였다.

를 받아야 한다.⁸²⁾

보호관찰소 선도위탁 규정 제6조⁸³⁾에 의하면 선도위탁자의 준수사항이 명문화 되어 있다. 다만, 신고의무 규정이나 기소유예 사건이 제기될 수 있다는 사실을 명심해야 하는 것이 준수사항에 해당하는지 의문이다. 또한 범죄 유형이나 대상자의 특성을 고려하지 않은 사항을 나열하고 있고, 준수사항 추가 또는 변경 등의 조치를 할 수 없다는 비판이 가능하다.⁸⁴⁾

성인 대상자의 경우에는 특별준수사항을 부과 받는 비율이 63.9%에 달한다.⁸⁵⁾ 다만, 보호관찰관은 특별준수사항을 부과 받지 않은 대상자(36.1%)에게 일반준수사항을 지도·감독의 지침으로 삼게 되지만, 개별처우에 부적합하므로 적극적으로 특별준수사항을 추가할 필요가 있다. 부과된 준수사항 중 빈도가 높은 순으로 나열하면 다음과 같다. ‘운전면허를 취득할 때까지 자동차(원동기장치자전거를 포함한다) 운전을 하지 않을 것’, ‘일정량 이상의 음주를 하지 말 것’, ‘직업훈련, 검정고시 등 학과교육 또는 성행개선을 위한 교육, 치료 및 처우 프로그램에 관한 보호관찰관의 지시에 따를 것’, ‘정당한 수입원에 의하여 생활하고 있음을 입증할 수 있는 자료를 정기적으로 보호관찰관에게 제출할 것’, ‘범죄행위로 인한 손해를 회복하기 위하여

82) 소년법 제49조의 3 참조.

83) 보호관찰소 선도위탁 규정 제6조 제2항(선도위탁자의 준수사항)

1. 선도유예처분을 받은 후 7일 이내에 주거지를 관할하는 보호관찰소에 출석하여 담당보호관찰관에게 신고할 것
2. 선도기간 중 임의로 주거지를 이동하지 아니하고, 주거지를 이동하거나 1월 이상 국내외 여행을 할 때에는 보호관찰관에게 신고할 것
3. 나쁜 습관을 버리고 선행을 하며 범죄성이 있는 자들과 어울리지 아니할 것
4. 선도기간 중 보호관찰관의 선도교육 및 제반 지시에 순응할 것
5. 생업에 종사하며 맡은 일을 태만히 하지 아니할 것
6. 마약·향정신성의약품·대마·본드·신나·부탄가스 등 해로운 작용을 일으킬 우려가 있는 물질을 사용하지 아니할 것
7. 사행행위에 빠지지 말고 주류를 과도하게 마시지 아니할 것
8. 이상의 사항을 위반하였을 경우에는 유예사건의 재기 등 불이익 처분을 받게 된다는 것을 명심할 것

84) “보호관찰 집행과 관련해서는 보호관찰법에 따른다”라고 규정하고, 준수사항과 관련한 조항을 새롭게 정비하는 것이 필요하다.

85) 성인대상자에게 부과된 특별준수사항 개수의 비율을 살펴보면, 1개 42.6%, 2개 35.7%, 3개 7.8%, 4개 10.4%, 5개 1.7%, 6개 1.7%이다.

노력할 것' 순으로 나타났다.

(2) 전자장치부착형 보호관찰

전자장치부착법 상의 준수사항은 각 유형별로 약간의 차이를 두고 규정하고 있다. 즉, 형 집행 종료 후 보호관찰은 야간 등 특정 시간대의 외출 제한, 특정지역·장소에의 출입금지, 주거지역 제한, 피해자 등 특정인에의 접근금지, 특정 치료프로그램의 이수를 규정⁸⁶⁾하고 있다. 이 조항을 형 집행 종료 후 보호관찰에 준용한다. 가석방과 전자장치 부착의 경우⁸⁷⁾ 및 가 종료 등과 전자장치 부착⁸⁸⁾ 그리고 형의 집행유예와 부착명령의 경우⁸⁹⁾에는 준수사항의 이행여부 확인을 위해 전자장치 부착을 명할 수 있으므로 이 경우에 부과하는 준수사항은 전자장치부착명령을 통해 그 이행여부가 확인될 수 있는 사항이 부과되어야 한다. 예컨대, '치료프로그램의 이수', '음주 제한'과 같은 준수사항은 동 명령을 통해 이행여부를 확인하기 어렵기 때문에 보호관찰 특별준수사항으로 부과해야 한다. 또한 전자장치부착명령 준수사항의 내용과 보호관찰법 상의 준수사항의 내용이 치료프로그램의 이수라는 사항을 제외하고는 거의 동일하다.⁹⁰⁾

전자장치부착명령의 경우, 전자장치부착법상의 준수사항 1개 이상 부과율은 100%였고, 보호관찰 관련 특별준수사항 부과율은 17.7%로 나타났다. 전자장치부착명령과 보호관찰이 병합되고 있음에도 준수사항 추가·변경 등이 전자의 준수사항에 집중되고 있다. 이는 근거 없이 동일한 준수사항을 다르게 취급하고, 전자장치부착법 제9조의 2 제5호의 기능과 보호관찰법 시행령 제19조 제8호를 잘못 이해하는 것으로 판단된다. 이 규정을 통해 대상

86) 전자장치부착법 제9조의 2 제1항 참조.

87) 전자장치부착법 제22조 참조.

88) 전자장치부착법 제23조 참조.

89) 전자장치부착법 제28조 참조.

90) 전자장치부착명령을 독자적인 보안처분으로 보기 보다는 보호관찰 준수사항의 이행여부를 확인하기 위해 필요한 도구일 뿐이고, 대상자에게 낙인의 부작용을 낳는 부착장치가 아닌 일상생활에서 발견할 수 있는 전자기기를 활용한 처분이 가능하다고 본다.

자의 개별처우에 적합한 준수사항을 지속적으로 추가하고 변경하는 등 역동적인 보호관찰의 취지를 살리지 못하고 있는 것으로 파악된다. 또한 전자의 준수사항 위반과 후자의 준수사항 위반의 경우에 형량의 차이가 있는데, 집행담당자와 집행방식 및 준수사항의 내용이 동일함에도 불구하고 차별적 취급을 하는 특별한 이유가 있는지 의문이다.

(3) 성충동약물치료형 보호관찰

성충동약물치료법 상의 준수사항⁹¹⁾은 치료명령을 받은 대상자는 치료기간 동안 필요적으로 보호관찰을 부과 받기 때문에 보호관찰법 상의 일반 준수사항을 이행하여야 하고, 또한 특별준수사항을 부과 받을 수 있다. 성충동약물치료명령에 특유한 사항은 보호관찰관의 지시에 따라 약물치료에 응할 것, 정기적으로 호르몬 수치 검사를 받을 것, 인지행동 치료 등 심리치료 프로그램을 성실히 이수할 것 등이다. 그러나 이는 ‘보호관찰법 시행령의 성행개선을 위한 교육, 치료 및 처우 프로그램에 관한 보호관찰관의 지시에 따를 것’과 대동소이하다. 성충동약물치료명령과 전자장치부착명령이 병과된 경우의 특별준수사항으로 ‘피해자 등 특정인에의 접근금지’를 부과 받은 대상자가 16.7%로 가장 높게 나타났다.

(4) 형 집행 종료 후 보호관찰

전자장치부착법 제9조의 2 준수사항 규정을 형 집행 종료 후 보호관찰에 준용하고 있다. 형 집행종료 후 보호관찰 대상자의 준수사항 부과율은 77.2%, 준용규정에 의해 전자장치부착명령 준수사항을 부과 받은 자의 비율은 7.6%로 나타났다.

3. 우리나라 보호관찰 특별준수사항의 문제점

(1) 강성보호관찰과 연성보호관찰의 구분 미약

전자장치부착형 보호관찰, 성충동약물치료형 보호관찰, 형 집행 종료

91) 성충동약물치료법 제10조 참조.

후 보호관찰 등 강성보호관찰의 준수사항과 유예형 보호관찰 및 가석방형 보호관찰 등 연성보호관찰의 준수사항이 극히 일부 내용을 제외하고 거의 동일하다. 현재 개별 보안처분 법률에 근거해서 준수사항을 부과할 경우에는 특정범죄 유형을 고려한 준수사항의 개발이 필요하다.

(2) 성인 대상자와 소년대상자의 구분 미약 및 특별준수사항 미 부과

성인대상자와 소년대상자를 구분하지 않고 준수사항이 규정되어 있기 때문에 예컨대, 소년대상자에게 ‘일정량 이상의 음주를 하지 말 것’을 부과하는 경우에는 반대해석을 하면 일정량의 음주가 허용된다는 것이 되고, ‘범죄행위로 인한 손해를 회복하기 위해 노력할 것’을 부과하는 경우에 경제활동을 하지 않고 있다면 그 부담을 감당하기 쉽지 않다는 문제가 있다. 소년대상자의 경우 특별준수사항 미부과율이 20.6%로 나타나고, 일반성인대상자의 경우 미부과율은 36.1%로 나타나고 있다. 이러한 대상자에게는 일반준수사항만이 지도·감독의 기준이 되기 때문에 보호관찰 개시 초기에 적극적으로 처우를 위한 개입이 쉽지 않은 측면이 있고, 일반 준수사항 중 “범죄로 이어지기 쉬운 나쁜 습관을 버리고”라는 포괄적인 사항에 근거해서 보호관찰을 집행하는 것은 과도한 개입의 여지가 발생할 수 있다.

(3) 준수사항 내용의 명확성원칙 준수 여부

형벌에는 죄형법정주의가 적용된다. 즉, 적정한 법률 없으면 범죄 없고 형벌 없다는 원칙이다. 이는 국가형벌권의 자의적 행사로부터 국민의 자유와 안전을 보호할 뿐만 아니라 입법자의 자의적 입법권으로부터 국민의 자유를 보호하는 기능을 한다.⁹²⁾ 죄형법정주의 내용 중 명확성원칙이 있다. 법률에 범죄와 형벌을 가능한 한 명확하게 규정하여야 법관의 자의를 방지하고 국민에게 어떤 행위가 형법에서 금지되고 그 행위에 대해서 어떤 형벌이 부과되는지 예측하여 규범의 의사결정력을 담보할 수 있다는 데 그 근거가 있다. 이 원칙이 보호관찰을 비롯한 보안처분에도 적용된다. 보안처분법정주의가 적용되기 때문이다.

92) 김일수, 형법총론, 박영사, 2018, 47면.

보호관찰법과 관련하여 먼저 일반 준수사항의 내용이 명확성원칙에 부합하는지 살펴보면, ‘생업에 종사할 것’이라는 준수사항은 다양한 이유로 생업에 종사하지 않은 것이 준수사항 위반인지 문제되고, ‘범죄로 이어지기 쉬운 나쁜 습관’이 무엇을 의미하는지, ‘선행’이라는 모호한 용어를 사용하고 있는 점 등이 문제로 지적될 수 있다.

특별준수사항의 내용을 보면, ‘사행행위’의 범위가 불명확하고, ‘일정량 이상의 음주를 하지 말 것’의 일정량이 어느 정도를 의미하는지 명확하지 않다. 보호관찰법 시행령 상의 ‘범죄와 관련이 있는 특정 업무에 관여하지 않을 것’에서 예컨대, 유흥업소에 종사하는 대상자에게 동 업종을 그만두게 할 수 있는지 직업선택의 자유와 충돌할 가능성이 있다.

(4) 보호관찰 준수사항 위반에 대한 형벌 부과 문제

전자장치부착법 제39조는 피부착자 또는 보호관찰대상자가 특별준수사항으로 부과된 ‘피해자 등 특정인에의 접근금지’, ‘특정범죄 치료프로그램의 이수’를 정당한 사유 없이 위반한 때에는 형벌로 의율하고 있고, 보호관찰법 상의 일반준수사항 및 특별준수사항을 위반하여 경고를 받은 후 정당한 사유 없이 재차 위반할 경우에 형벌에 처하고 있다.

형 집행이 종료 된 후의 전자장치부착명령 및 보호관찰대상자라는 점에서 형벌에 의하지 않으면 준수사항의 이행확보가 곤란하다는 점이 반영된 것이겠으나, 보안처분 집행 중 그 이행확보를 형벌로 제재한다는 점에서 전자장치부착명령 및 보호관찰의 효율성에 의문이 제기될 수 있다. 강성 보안처분의 집행에도 불구하고 그 실효성을 확보하지 못하고 재사회화 목적 달성에 실패한다면 특정 강력 범죄로부터 국민들의 불안⁹³⁾은 더 높아질 수 밖에 없기 때문이다.

93) 과학기술적 위험에 대한 논의가 불안 심리를 매개로 전통적인 범죄 특히 성범죄 등 특정범죄 영역으로 논의가 확대되면서 형량의 강화, 전자장치부착명령·성충동약물치료명령·형 집행 종료 후 보호관찰 등의 강성적 보안처분이 도입되었다. 형벌뿐만 아니라 보안처분에서도 특별예방 목적을 지향하고 있음에도 장기간의 시설 내 수용 및 강성보안처분의 집행에도 불구하고 여전히 재범위험성이 개선되지 않는다면 그간의 재사회화를 위한 조치에 국가의 책임은 없는 것인가 하는 지적이다.

IV. 보호관찰 준수사항의 유형화 및 구체화

우리나라의 보호관찰 유형별 준수사항은 남녀노소의 구분 없이 부과되고 있어 대상자의 개별 특성을 고려한 준수사항의 부과가 더 개발될 필요가 있다. 보호관찰법 시행령 제19조의 제8호를 범죄유형 및 범죄원인별로 보다 구체화해서 제시할 필요가 있다. 법원 등에서 보호관찰 및 준수사항을 부과한다는 측면에서는 선고기관에서 준수사항을 구체화해야 한다는 견해가 있을 수 있지만, 결국 보호관찰관의 지도·감독 과정에서 대상자의 재범 위험요인을 제거 내지 약화시킬 수 있는 준수사항이 부과되고, 추가 내지 변경되어야 한다는 점에서 보호관찰 기관의 적극성이 요구된다 하겠다. 또한 재범의 위험성이 낮다는 긍정적 예측에 기반한 유예형 보호관찰 그리고 가석방 및 가종료형 보호관찰을 받은 대상자와 재범위험성이 높다고 판단하여 형 집행이 종료한 이후에도 ‘강성 보안처분류’와 함께 실시되는 보호관찰 대상자가 부과 받는 준수사항의 내용이 거의 동일하다. 물론 일부 치료프로그램 내용이 들어가 있다고 하더라도 이는 보호관찰법 시행령 제19조의 준수사항으로 편입이 가능하다. 따라서 동 시행령 제19조를 범죄유형이나 범죄원인별로 구체화 할 필요가 있다.

1. 준수사항의 유형화

대상자 일반에게 적용되는 일반 준수사항과 개별적으로 부과되는 특별 준수사항의 구분은 타당하다. 다만, 준수사항의 내용 중 구체적으로 무엇을 의미하는지 분명하지 않은 경우가 존재한다. ‘범죄행위로 인한 손해를 회복하기 위하여 노력할 것’과 같은 준수사항은 대상자가 “노력하고 있습니다” 하면 준수사항 위반인지 아닌지 구분이 모호하고, 어느 정도의 노력을 해야 이행하는 것이 되는지 불분명하므로 보다 구체적으로 규정할 필요가 있다. 또한 보호관찰 준수사항에서 형벌적인 요소를 완전히 배제할 수 없기 때문에 그 내용을 응보형 준수사항⁹⁴⁾과 개선형 준수사항⁹⁵⁾으로 구분하고, 보호관찰관의 지도·감독에 순응하는 정도를 고려하여 준수사항의 추가·변경이

개선형에서 응보형으로 단계적으로 이루어져야 한다.

2. 범죄유형 및 범죄원인별 준수사항의 구체화

(1) 범죄유형별 준수사항의 구체화

성범죄자 중 성폭력범 중 강간범을 예로 들면, ‘재범하지 말 것’이라는 준수사항보다는 강간죄가 성적 자기결정권을 보호법익으로 하는 범죄라는 측면에서 구체적인 준수사항의 부과가 적절하다. ‘재범하지 말 것’이라는 준수사항보다는 ‘아동·청소년의 의사에 반하여 위협하지 말 것’, ‘여성의 의사에 반하여 난폭한 행위를 하지 말 것’, ‘타인의 의사에 반하여 폭력적인 행위를 하지 말 것’, ‘여성의 인격을 존중하고 음란한 행동을 하지 말 것’ 등의 준수사항 부과가 가능할 것이다. ‘강간하지 말 것’이나 ‘추행하지 말 것’과 같은 법적 평가가 아닌 자연적 행위를 금지하는 형태가 대상자가 인지하는데 보다 장점이 있을 것으로 판단된다.

성폭속범죄에 속하는 음화반포 등 죄⁹⁶⁾를 예로 들면, ‘상대방에게 성적 수치심을 야기할 수 있는 음란⁹⁷⁾한 문서, 도화, 필름, 물건을 소지, 수입 또

94) ‘범죄행위로 인한 손해를 회복하기 위해 노력할 것’과 같은 준수사항은 비록 배상명령과 같은 강제적 방식은 아니더라도 ‘노력하라’는 부분에 강조점을 둘 경우 보호관찰이 부과된 선행 범죄행위에 대한 책임의 형태로 구체화될 수 있다. ‘외출제한명령’은 실질적으로 가택구금이라는 점에서, ‘주거지역 제한’, ‘특정지역·장소에서의 출입금지’, ‘특정인에의 접근금지’ 등은 거주이전의 자유를 제한하고 있다는 점에서 응보적 준수사항으로 분류될 수 있다.

95) ‘마약 등 중독성 있는 물질을 사용하지 말 것’, ‘흉기나 위험한 물건을 소지 또는 보관하거나 사용하지 말 것’, ‘이순신장군 전기문을 읽고 1개월 이내에 독후감을 제출할 것’, ‘검정고시에 응시하여 합격할 것’, ‘YWCA에서 진행되고 있는 인권감수성에 관한 특강프로그램에 참석한 후 감상문을 제출할 것’ 등은 대상자의 개선을 위한 조치로 개선형 준수사항으로 분류될 수 있다.

96) 음란한 문서·도화·필름 등을 반포·판매 등의 행위를 함으로써 성립하는 범죄로 선량한 풍속을 보호하기 위한 추상적 위헌법이다. 배중대, 형법각론, 홍문사, 2018, 561면.

97) 음란성은 그 내용이 사람의 성욕을 자극하고 흥분시켜서 보통인의 정상적인 성적수치심을 침해하는 것을 의미한다고 해석하는 것이 일반적이고 판례의 태도라고 한다. 배중대, 형법각론, 홍문사, 2018, 561면. 음란성에 대한 판단의 기준은 보통의 일반성인을 가리키지만 성범죄로 인해 보호관찰을 받는 대상자에게는 이러한 의미에 대

는 수출하지 말 것, ‘반포, 판매 또는 상영, 전시할 목적으로 음란한 문서, 도화, 필름, 물건을 소지, 수입 또는 수출하지 말 것’ 등의 준수사항 부과가 가능할 것이지만, 구성요건에 해당하는 행위태양이 다양하므로 준수사항을 부과할 때 보다 구체적으로 제시할 필요가 있다. 예컨대, 음화를 판매 등을 할 목적으로 소지 등을 하고 있는 경우에는 구성요건에 해당하기 때문에 ‘성적 수치심이나 성욕을 자극할 수 있는 동영상을 판매할 목적으로 소지하지 말 것’, ‘수출할 목적으로 성적 수치심을 자극할만한 필름을 소지하지 말 것’ 등으로 준수사항을 부과하는 것이 적절하다.

(2) 범죄원인별 준수사항의 구체화

예를 들어, 강간죄의 원인을 구분하여 살펴본다.

1) 대상자의 폭력성이 원인일 경우, ‘아동·청소년에 대해서 폭력적인 행위를 하지 말 것’, ‘여성에 대해 음란한 말, 행동을 하지 말 것’, ‘여성에 대해 난폭한 행위를 하지 말 것’ 등의 부과가 가능할 것이다.

2) 음주가 원인인 경우에는 ‘일정량 이상의 음주를 하지 말 것’보다는 ‘음주나 유흥을 하지 말 것’, ‘음주를 금지하고 보호관찰관의 불시 음주측정에 응할 것’, ‘음주점에 출입하지 말 것’ 등의 부과가 가능하다.

3) 정신·성적 장애가 원인인 경우에는 대상자 주거지 인근 또는 지정병원의 ‘보호관찰 기간 동안 정신과 진료를 받을 것’, ‘정기적인 정신과 진료 후 의사 소견서를 보호관찰관에게 제출할 것’, ‘보호관찰소에서 진행하는 정신심리프로그램 40시간을 이수할 것’ 등의 부과가 가능하다.

V. 나오며

이상의 논의를 통해 보호관찰의 실효성을 확보하기 위해서 입법적 측면과 보호관찰의 집행면에서 개선점을 도출하였다.

1. 보호관찰 관련 입법의 개선점

(1) 사회 내 보안처분에 관한 일반법으로서 보호관찰법의 지위 확보

최근 도입된 전자장치부착명령, 성충동약물치료 등 강성 보안처분류에는 필요적으로 보호관찰이 병과된다. 또한 각 보안처분류에 관한 특별법을 통해 준수사항을 마련하고 있지만 극히 일부를 제외하고 보호관찰법의 준수사항과 중복된다. 따라서 보호관찰의 목적으로서 사회방위와 대상자의 개선목적을 조화시킬 수 있는 형태의 보호관찰의 부활을 위해서는 각종 법률에 흩어져 있는 관련 내용들을 보호관찰법으로 통합하여 규정해야 한다.

(2) 새로 도입된 소위 ‘사회 내 보안처분류’의 독립 보안처분 적격성 검토

본 논문에서는 실무상 ‘전자감독’ 또는 ‘전자발찌’로 불리는 제도를 ‘전자장치부착명령’이라는 용어를 사용하고 있다. 동 명령이 전자감독제도로 불리어야 할 이유가 없다. 가석방의 법적 성격을 논하면서 필요적으로 보호관찰이 부과되기 때문에 ‘가석방감독’으로 불려야 하는가에 대해서는 의문이 있다. 전자장치부착명령은 외출제한명령, 피해자 등 특정인에의 접근금지 등 같은 준수사항을 부과 받은 대상자가 이를 제대로 이행하였는지 파악하는 보조수단에 불과하다. 보호관찰의 준수사항 정도의 위치에 있는 처분이 보호관찰의 상위를 점할 수는 없다. 이는 성충동약물치료 또한 동일한 지적이 가능하다. 따라서 독립된 보안처분보다는 사회 내 보안처분으로서의 보호관찰 집행에 있어서 준수사항을 제대로 이행하고 있는지 확인하는 정도의 보호관찰관 지도·감독의 보조수단으로 하는 입법적 조정이 필요하다.

(3) 보안처분의 제한원리로서 비례성원칙의 명문화

형벌에 있어서 법치국가적 제한원칙인 책임주의가 적용되는 것처럼 보안처분에서는 비례성의 원칙에 의하여 그 한계가 설정되어야 한다. 책임원칙과 비례성원칙은 모두 법치국가에 있어서 국가의 형벌권을 제한하는 기능을 한다. 보호관찰이 필요적으로 부과되는 전자장치부착명령 등 강성적

보안처분의 경우에 재사회화의 목적을 달성하기 위해 그 수단이 중복해서 부과된다고 하더라도 원 처분 및 보호관찰과 준수사항을 종합적으로 고려하여 침해를 최소화하는 처분인지를 형량해야 한다. 또한 보호관찰 기간 중 준수사항을 위반하여 다른 준수사항으로 변경되거나 추가되는 경우에는 새로운 준수사항이 재사회화 목적에 부합하는지, 준수사항 위반과 변경되거나 추가되는 준수사항 간의 관계가 비례적인지 등이 검토되어야 한다. 이를 위해 보호관찰법에 비례성원칙을 명문화하는 방안을 고려해 볼 수 있다.

2. 보호관찰 준수사항 집행방식의 개선점

(1) 보호관찰 특별준수사항의 추가·변경·삭제 적극적 실시

성인대상자에게 특별준수사항을 부과하지 않은 비율이 36.1%, 소년대상자의 경우는 20.6%였다. 보호관찰관은 대상자에게 특별준수사항이 부과되지 않은 경우에는 일반준수사항만을 가지고 지도·감독해야 하는가 하는 의문이 있다. 보호관찰 지도·감독 중 적극적으로 준수사항 추가·변경을 해야 하고, 일회적인 준수사항이나 더 이상 준수사항으로서 효용이 없을 경우에는 삭제 신청을 해야 한다. 또한 판결 전 조사서 작성 시 재범위험성을 고려하여 준수사항을 적극적으로 제시하는 것이 바람직하다.

(2) 범죄유형 및 범죄원인별 준수사항의 구체화 매뉴얼 개발

보호관찰법 제19조 제8호는 대상자의 지도감독 과정에서 보호관찰관과 법관의 긴밀한 협력관계를 반영한 규정이라고 생각된다. 범죄유형 및 범죄원인이 다양하기 때문에 법률과 시행령에서 이를 구체화 한다는 것은 불가능에 가깝다. 그러나 재산범죄, 폭력범죄, 성범죄, 약물범죄 등의 유형과 그 원인을 고려하여 준수사항과 관련된 매뉴얼을 개발한다면 보호관찰 지도·감독의 질적 수준을 제고할 수 있을 것이다. 또한 준수사항의 구체화 과정에서 그 내용을 명확하게 규정해야 한다. 준수사항 위반 시 원 처분의 변경 및 기간의 연장, 그리고 새로운 준수사항이 추가되거나 변경될 수 있다는 점에서 불이익한 측면이 강하므로 그 설정은 명확하고 한정적이어야 한다.

(3) 준수사항 위반 시 추가 제재의 적절성 검토

전자장치부착형 보호관찰대상자가 ‘특정인에의 접근금지’, ‘특정 프로그램의 이수’라는 준수사항을 위반한 경우와 형 집행 종료 후 보호관찰 대상자가 동일한 내용의 준수사항을 위반하였을 경우 처벌 내용이 다르다. 전자가 재범위험성이 더 높고 더 중한 보안처분이라는 생각에 기인하는 것으로 생각되나, 보호관찰관이 동일한 수단과 방법으로 집행하는데 그 차이가 발생한다는 것은 의문이다. 동일한 준수사항 위반임에도 그에 대한 제재의 정도가 다르다는 것은 선행 범죄행위에 대한 책임이 보호관찰의 집행에도 여전히 영향을 미치는 것으로 보인다. 이는 재범위험성 판단을 본질적 요소로 하는 보호관찰 집행에서 바람직하지 않다. 준수사항 위반의 경우에 형벌로 대처하는 것이 처벌위주의 형사정책과 무관치 않다고 생각된다. 이는 특정 범죄의 발생으로 불안해진 국민들에게 안도하라는, 정부는 사회의 안전을 위협하는 대상에 대해서 무엇인가를 하고 있다는 상징적 효과에 방점을 두는 정책으로 매우 위험한 형사정책이다. 국민의 주관적 불안감을 경감시키기 위한 목적으로 특정한 제도의 효과성에 집착하는 것은 이미 법치국가적 한계를 벗어나 있기 때문이다.

사회 내 보안처분으로서 보호관찰의 실효성 제고방안 - 박 정 일	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2020.02.15.	2020.03.07.	2020.03.26.

[참고문헌]

- 강우예/박학모, 보안처분제도의 정비방안, 한국형사정책연구원, 2009.
- 김성돈, 보호관찰의 실효성 확보방안, 형사정책 제18권 제1호, 2006.
- 김일수, 형법총론, 박영사, 2018.
- 김혜정, 법적 성질의 재고찰을 통한 보호관찰의 형사정책적 위상 정립, 형사정책 제13권 제2호, 2001.
- 박달현, 형벌의 목적과 행형의 목적의 관계, 형사법연구 제19권 제3호.
- 박상기/손동권/이순례, 형사정책, 한국형사정책연구원, 2013.
- 박형민/박준희/황만성, 전자감독에서의 준수사항 효과성 연구 -야간외출제한명령을 중심으로-, 한국형사정책연구원, 2018.
- 배종대, 형법총론, 홍문사, 2017.
- _____, 형사정책, 홍문사, 2018.
- 배종대/정승환, 행형학, 홍문사, 2002.
- 손동권/김재윤, 새로운 형법총론, 홍문사, 2011.
- 송문호, 형법상 치료감호에 대한 비판적 고찰, 형사정책 제12권 제1호, (한국형사정책학회), 2000.
- 신동운, 보호관찰의 법적성질과 소급효 문제, 고시연구, 1997.
- 양화식, 행형에 있어서 재사회화 목적(상), 교정, 1992.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2011.
- _____, 보안처분의 연구, 서울대학교 박사학위논문, 1978.
- 임웅, 형법총론, 법문사, 2010.
- 전수영, 치료감호제도에 관한 고찰, 법학연구 제20권 제20호, 2005.
- 정성근/박광민, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2012.
- 정승환, 형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성, 형사법연구 제22호, 2004.
- 정진연, 보호관찰 준수사항의 위험성 검토, 보호관찰 제13권 제1호, 2013.
- 진수명/김혜정, 각국의 보호관찰 준수사항에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2001.
- 차용석, 보호관찰제도의 효과적 시행방안, 청소년범죄연구 7집, 법무부, 1989.
- 하인즈 지프(Heinz Zipf)/김영환·허일태·박상기(역), 형사정책, 한국형사정책연구원, 1993.
- 한국형사정책연구원, 형사법령제정자료집 I, 형법편, 1990.
- C. Bartollas, Correctional Treatment, Englewood Cliffs, NJ : Prentice-Hall. 1985.
- D. Duffee, V. O'Leary, Model of Correction, An Entry in the Packer-Gritffh Debate, 7 Criminal Law Bulletin. 1971.
- D. Fogel, "...We are the Living Proof...", The justice model of corrections, Journal of Criminal Justice, 1975.
- D. Fogel/ Joe. Hudson, Justice as Fairness : Perspectives on the Justice Model, Cincinnati : Anderson, 1981.

【국문초록】

보호관찰은 보호관찰대상자를 교정시설 내에 수용하여 생활하게 하는 대신 사회 내에서 일정기간 준수사항을 지키는 것을 조건으로 보호관찰관의 지도·감독을 통해 재사회화 목적을 실현하는 제도이다. 보호관찰 준수사항은 보호관찰관의 지도·감독의 지침이 되고, 대상자에게는 생활의 지침이자 행위의 기준이 된다.

현재 우리나라에 도입되어 시행되고 있는 보호관찰은 크게 기소유예와 결합된 보호관찰, 집행유예 및 선고유예 그리고 전자장치부착명령 및 성충동약물치료명령과 결합한 보호관찰, 형 집행 종료 후 보호관찰, 가석방심사위원회 등 행정기관을 통한 가석방과 결합된 보호관찰, 치료감호 집행 중 치료감호심의위원회를 통한 가종료와 결합된 보호관찰, 소년범 등의 보호처분의 한 종류로서 보호관찰 등이 있다.

보호관찰 집행을 위한 기본법은 「보호관찰 등에 관한 법률」이고, 보호관찰대상자가 지켜야할 준수사항도 규정되어 있다. 그럼에도 최근 도입된 전자장치부착명령이나 성충동약물치료명령의 경우에는 필요적으로 보호관찰이 병과되고 각 개별법에 준수사항을 따로 정하고 있다. 그 내용이 「보호관찰 등에 관한 법률」 상의 준수사항과 차이가 없음에도 이중으로 규정되어 있어 집행상의 혼란을 초래할 수 있으므로 기본법이라 할 수 있는 「보호관찰 등에 관한 법률」에서 통합해서 규정하는 것이 바람직하다.

법원 또는 보호관찰심사위원회에서 준수사항을 설정할 때에는 보호관찰관이 작성하여 보고한 판결전조사서 및 사안조사 등이 중요한 결정인자로 작용하기 때문에 보호관찰관은 적극적으로 준수사항 부과에 대한 의견을 개진해야 한다. 또한 보호관찰관의 지도·감독에 대한 대상자의 반응에 따라 준수사항이 추가되거나 변경되는 등의 절차를 통해 다종다양하게 형성될 수 있으므로 그 내용도 응보형 준수사항과 개선형 준수사항으로 구분하여 부과하여야 한다.

보호관찰 준수사항의 문제점으로는 전자장치부착명령 등과 병과된 강성적 보호관찰과 집행유예 등 재범위험성이 낮은 자에게 부과하는 연성적

보호관찰을 구분하지 않고 실시하고 있고, 성인대상자와 소년대상자를 구분함이 없이 준수사항을 일률적으로 규정하고 있었다. 또한 소년 및 성인대상자에게 특별준수사항이 부과되지 않은 경우에는 일반준수사항만으로는 보호관찰관의 지도·감독에 한계가 예상되고, 준수사항으로 부과하는 일부 내용이 명확하지 않아서 대상자에게 그 의미가 정확하게 전달되지 않을 가능성이 있음을 지적할 수 있다.

이상의 논의를 통해 보호관찰의 실효성을 확보하기 위해서 입법적 측면과 보호관찰 준수사항의 집행 면에서 개선점을 도출하였다.

【Abstract】

A Study on the
Improvement of Effectiveness of Probation as a
Security Measure in Society
- Focusing on Special Observance for Probation -

Park, Jeong Il

(Director of Yeosu probation office.)

Probation is a system that realizes the purpose of re-socialization through the supervision and direction of probation officers who provide correctional programs to probationer for a certain period of time. Probation observance is a guide for supervision and direction by probation officers, and a guideline to life and standards of conduct to probationers. The probation that is currently introduced and implemented in Korea is largely probation combined with suspension of prosecution, suspended sentence, electronic monitoring order and chemical castration order, after released and with parole through administrative agencies such as the parole review committee. medical treatment and custody review board, and probation as a protection measure for juvenile offenders.

The basic law for probation is the act on probation. There are also provisions to be followed by probationers. Nevertheless, in case of the recently introduced electronic monitoring order and chemical castration order, probation is required and probation observance each

individual law is determined. Probation observance contents are doubled even though they are not different from the observance of the individual law on probation. It is desirable to integrate them in the law on probation.

When setting up probation observance matters in the court or probation review committee, probation officers should actively express their opinions on the imposition of compliance matters, since the preliminary investigations prepared and reported by the probation officer act as important determinants. In addition, since the probation observance items can be added or changed according to the response of the probationer to the guidance and supervision of the probation officer, the contents can be divided into retributive and improved compliance items.

Currently the problem of probation observance is not distinguished between soft probation and strong probation, and not divided into juvenile offender and adult offender. In case of not imposed special rule to juvenile offender and adult offender, there are certainly limits to probation officer's supervision and direction. It can be pointed out that the probation observance are vaguely defined, making it difficult for probation officer to supervise probationer.

Through the above discussion, in order to secure the effectiveness of probation, improvement points in legislative aspects and enforcement of probation were drawn.

주제어(Keyword) : 보호관찰 유형(Type of Probation), 보호관찰 준수사항(Observance for Probation), 보안처분(Security Measure), 보호관찰 등에 관한 법률(Act on Probation), 재범위험성(Recidivism Risk)

공정거래법상 알고리즘 담합 책임의 귀속과 준법사항(compliance)에 관한 연구

박 창 규*

▶ 목 차 ◀

I. 서론	2. 사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합 책임의 귀속에 대한 검토
II. 알고리즘 담합의 의의	3. 사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합 책임의 귀속에 대한 대안
1. 알고리즘의 분류	
2. 알고리즘과 담합	
III. 알고리즘 담합 책임의 귀속에 대한 검토	IV. 알고리즘 담합을 방지하기 위한 준법사항
1. 알고리즘 담합 책임을 사업자에게 귀속시킬 수 있는지 여부	V. 결론

I. 서론

디지털 경제에서 경쟁법의 역할에 대한 관심이 커지고 있다. 전통적인 산업과 달리 디지털 경제에서는 빅데이터, 개인정보 등과 같은 새로운 분야에 대한 경쟁법의 적용이 주목을 받고 있다. 알고리즘에 대한 경쟁법의 적용도 디지털 경제에서 주목을 받고 있는 분야라고 할 수 있다. 그리고 알고리즘에 대한 경쟁법의 적용에 대해서는 최근 많은 연구가 이루어지고 있다. 담합은 경쟁법에서 가장 중요한 분야이다. 담합은 시장에서 경쟁을 제한하

* 고려대학교 법무대학원 강사, 법학박사.

고 소비자의 후생을 감소시키는 위법적인 행위라고 할 수 있다. 알고리즘은 디지털 경제에서 효율성과 소비자의 후생을 증진하는 친경쟁적인 효과가 있어 많이 활용되고 있다. 그러나 이러한 친경쟁적 효과에도 불구하고 알고리즘이 경쟁법적으로 위법성이 높은 담합을 유도하거나 담합의 결과를 가져오게 된다면 알고리즘에 대한 경쟁법의 적용을 고민하게 된다. 해외의 경쟁당국과 OECD는 이러한 알고리즘 담합에 대한 경쟁법의 적용과 관련하여 지속적인 연구를 해왔다. 2017년 OECD는 알고리즘 담합에 대한 보고서를 발표하였고,¹⁾ 2018. 10월 영국 경쟁당국(Competition and Markets Authority, CMA)도 가격결정 알고리즘에 대한 경쟁법적인 검토를 담은 보고서를 발행하였다.²⁾ 2019. 11월 프랑스와 독일의 경쟁당국도 알고리즘과 경쟁법에 대한 공동연구를 진행한 후 알고리즘과 경쟁(Algorithms and Competition)이라는 공동보고서(“프랑스·독일 공동보고서”)를 발표하였다.³⁾ 프랑스·독일 공동보고서는 가장 최근에 발표된 알고리즘과 경쟁법에 대한 보고서라고 볼 수 있어 그 내용을 이해하는 것도 큰 의미가 있다고 생각된다.

알고리즘 담합에 대한 경쟁법적인 검토의 대상은 크게 세 가지로 분류될 수 있다고 생각한다. 첫 번째는 알고리즘 담합의 발생과 이에 대한 경쟁법 적용의 필요성이다. 이와 관련해서는 이미 대부분의 연구에서 알고리즘 담합이 발생될 수 있다고 보며 경쟁법 적용의 필요성을 인정한다. 두 번째는 알고리즘 담합 책임의 귀속과 관련된 것이다. 알고리즘 담합의 책임을 사업자에게 귀속시킬 수 있는지 여부와 사업자에 귀속시킬 경우 귀속 근거 등이다. 세 번째는 알고리즘 담합을 사전적으로 방지하기 위해 사업자가 준수해야 하는 사항이다. 이는 알고리즘 담합을 방지하기 위한 일종의 사업자의 준법사항(compliance)⁴⁾이라고 볼 수 있다.

1) OECD, “Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age”, (2017).

2) Competition and Markets Authority, “Pricing algorithms Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing”, (8 October 2018).

3) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, “Algorithm and Competition”, (November 2019).

4) Compliance는 일반적으로 기업이 경영 과정에서 발생할 수 있는 법적 위험을 사전에

본 논문에서는 공정거래법상 알고리즘 담합 책임의 귀속과 알고리즘 담합을 사전적으로 방지하기 위한 사업자의 준법사항에 대해 검토하고 이에 대한 대안을 제시하기로 한다.

II. 알고리즘 담합의 의의

디지털 경제는 인터넷 서비스를 바탕으로 디지털화된 정보와 ICT 기술을 생산의 주요한 요소로 보는 경제체제이다. 이를 통해 구글, 아마존, 페이스북, 트위터, 애플 등과 같이 고유의 플랫폼을 보유한 사업자들이 성장하였다.⁵⁾ 알고리즘은 이러한 디지털 경제가 활성화되는데 있어서 중요한 요소가 된다.

1. 알고리즘의 분류

알고리즘은 데이터를 입력하여 자동적으로 결과물을 산출한다. 알고리즘은 복잡한 계산과 데이터의 처리와 관련된 반복적 업무를 자동으로 처리한다. 인공지능(Artificial Intelligence)의 발전은 복잡한 문제의 해결과 결과의 예측을 가능하게 하고 인간보다 더 효율적인 의사결정을 할 수 있는 수준으로 알고리즘을 발전시켰다.⁶⁾

프랑스·독일 공동보고서는 수행기능, 입력 데이터, 작동원리 등을 기준으로 알고리즘을 분류하였다. 수행기능에 따라 데이터 수집 및 모니터링 알고리즘, 가격결정 알고리즘, 개별최적화 알고리즘, 등급분류 알고리즘, 매칭

예방하기 위하여 자발적으로 구축한 법규 준수시스템을 의미한다. 본 논문에서도 같은 의미이다. 기업들은 영문 그대로 컴플라이언스라고 표현하는 경우가 많다. 하지만 본 논문에서는 구체적인 법 준수 항목을 강조하는 의미로 컴플라이언스라는 표현 대신 준법사항이라고 표현하기로 한다.

5) 박창규, “디지털 경제에서 알고리즘 담합에 관한 연구”, 「법학논총」, 제43집, 2019, 2-3면.

6) OECD, “Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age”, p. 9.

알고리즘 등으로 분류될 수 있다.⁷⁾

데이터수집 및 모니터링 알고리즘은 시장, 경쟁사업자, 구매자의 행위와 선호 등과 같은 데이터의 수집을 효율적으로 진행한다.⁸⁾ 가격결정 알고리즘은 다이나믹 프라이싱(dynamic pricing)을 위해 이용된다. 다이나믹 프라이싱은 실시간으로 수요와 공급의 변화에 맞추어 가격을 변화시키는 것을 의미한다.⁹⁾ 입력 데이터의 양이나 입력 매개변수(parameter)의 수 또는 입력 데이터의 형태에 따라 알고리즘을 분류하기도 한다.¹⁰⁾ 작동원리 등에 의해서도 알고리즘이 분류될 수 있다. 작동원리 등에는 알고리즘의 학습방법, 해독가능성의 정도, 개발자 등이 고려된다. 학습방법과 관련하여 자기학습 알고리즘(self-learning algorithms)이 고려될 수 있다. 자기학습 알고리즘은 일련의 훈련 데이터와 경험 축적을 통해 문제 해결 능력을 개선하는 알고리즘이다. 이와 반대되는 개념으로 고정 알고리즘(fixed algorithms)이 있다. 자기학습 알고리즘은 인공지능의 하위 분야로서 볼 수 있다. 자기학습은 학습대상, 학습빈도, 학습방법에 따라 지도학습(supervised learning), 자율학습(unsupervised learning), 강화학습(reinforcement learning)으로 분류된다.¹¹⁾ 이 외에 알고리즘은 해독가능성의 정도에 따라 분류될 수 있는데 인간이 작동원리를 해독할 수 있는 알고리즘과 해독할 수 없는 알고리즘이 있다. 인간에 의한 해독이 가능하지 않은 알고리즘을 블랙박스(black-box)형 알고리즘이라고 한다. 블랙박스형 알고리즘의 경우 알고리즘이 달성할 목표는 해석이 가능하지만 목표를 달성하는 과정은 해석이 어렵다.¹²⁾ 또한 알고리즘은 개발자에 의해서도 분류가 될 수 있다. 회사 내부에서 자체적으로 제작되는 알고리즘이 있고 특정한 개발자가 동일 시장의 여러 사업자에

7) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., pp. 4-8.

8) 유럽집행위원회의 전자상거래 조사 결과에 의하면 EU 내의 대부분의 온라인 소매업자들은 경쟁사업자의 가격을 모니터링한다고 한다. 그리고 그러한 온라인 소매업자 중 대부분이 자동화된 소프트웨어를 사용한다고 한다., European Commission, “Final report on the E-commerce Sector Inquiry”, (2017. 5. 10), paragraph 13.

9) OECD, “Personalised Pricing in the Digital Era”, (2018. 11. 20), p. 9.

10) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., pp. 8-9.

11) Ibid., pp. 9-11.

12) Ibid., pp. 11-13.

게 유사한 알고리즘을 개발하여 판매하는 경우가 있다.¹³⁾

알고리즘을 통해 담합의 결과를 가져오는 것을 알고리즘 담합이라고 한다. 그런데 OECD는 알고리즘이 담합에 미치는 영향을 기준으로 알고리즘을 모니터링 알고리즘(monitoring algorithm), 병행 알고리즘(parallel algorithm), 신호 알고리즘(signaling algorithm), 자기학습 알고리즘(self-learning algorithm) 등 4가지 형태로 분류하였다. 모니터링 알고리즘은 담합에 참여한 경쟁사업자들의 가격과 수량을 자동적으로 수집하고 경쟁사업자가 담합에서 이탈할 경우 즉각적으로 대응하는 알고리즘이다. 병행 알고리즘은 담합에 참가한 기업의 가격을 자동으로 일치시키는 알고리즘이다. 신호 알고리즘은 담합을 주도하고자 하는 기업이 가격 인상 신호를 계속해서 경쟁사업자에게 보내고 이러한 신호를 받은 모든 기업이 가격 인상에 동의하는 신호를 회신하면서 공동으로 가격이 인상되게 하는 알고리즘이다. 자기학습 알고리즘은 시장의 입력 데이터를 지속적으로 수집하여 스스로 학습하고 인간인 개발자가 이러한 과정에 전혀 관여하지 않아도 담합의 결과를 가져올 수 있는 머신러닝 또는 딥러닝과 같은 인공지능 알고리즘이다.¹⁴⁾

현재까지 담합과 관련된 사례에 실제로 이용되었다고 볼 수 있는 것은 모니터링 알고리즘과 병행 알고리즘이라고 할 수 있다. 신호 알고리즘과 자기학습 알고리즘은 사업자의 개입이 사실상 어렵기 때문에 별도의 경쟁법적인 검토가 필요하게 된다. 프랑스·독일 공동보고서에서 언급하고 있는 데이터수집 및 모니터링 알고리즘, 가격결정 알고리즘, 블랙박스형 알고리즘, 특정한 개발자가 동일 시장의 여러 사업자에게 판매한 유사한 알고리즘도 별도의 경쟁법적 검토가 필요한 알고리즘이라고 할 수 있다.

2. 알고리즘과 담합

Ariel Ezrachi 교수와 Maurice E. Stucke 교수는 알고리즘 담합을 메신

13) Ibid., p. 13.

14) OECD, “Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age”, Op. cit., pp. 26-32.

저형 담합(messenger category), 허브 앤 스포크형 담합(hub and spoke category), 예측 에이전트형 담합(predictable agent category), 자기학습형 담합(digital eye category) 등 4가지 유형으로 분류하였다. 메신저형 담합은 기업들이 담합 형성에 동의하고 그러한 담합을 실행하고 감시하기 위해 알고리즘을 사용할 때 발생된다. 허브 앤 스포크형 담합은 다수의 경쟁사업자(spoke)들이 하나의 알고리즘을 제공하는 사업자(hub)를 통해 정보교환이나 합의 등이 이루어져서 수직적 관계에 있는 경쟁사업자(spoke)들이 수평적인 담합을 하게 되는 것이다. 예측 에이전트형 담합은 기업들이 각자 자신들의 알고리즘을 통해서 경쟁사업자들의 행위를 예측하고 그에 대한 대응을 신속하게 이행하여 담합이 발생하는 경우이다. 자기학습형 담합은 기업들이 개별적으로 알고리즘을 개발하여 이용하고 알고리즘이 자기학습을 통해 이익의 극대화를 독립적으로 최적화하는 것이다.¹⁵⁾

한편, 프랑스·독일 공동보고서는 알고리즘 담합의 유형을 사실상 네 가지로 분류한다. 알고리즘이 전통적인 반경쟁적 행위의 지원 또는 촉진의 수단인 경우, 자신의 경쟁사업자가 동일·유사한 알고리즘을 사용한다는 것을 인식하면서 제3자가 제공한 동일·유사한 알고리즘을 이용하는 경우, 자신의 경쟁사업자가 동일·유사한 알고리즘을 사용한다는 것을 인식하지 않으면서 제3자가 제공한 동일·유사한 알고리즘을 이용하는 경우, 사업자들이 개별적인 알고리즘을 병행적으로 이용하는 경우 등이다. 또한 프랑스·독일 공동보고서에 따르면 담합은 개시와 이행과 같은 두 단계가 있다고 한다. 담합에서는 의사교환(communication)의 영향이 중요하며 이러한 의사교환은 담합의 가능성을 높여주게 된다고 한다.¹⁶⁾ 프랑스·독일 공동보고서는 담합의 개시 단계와 이행 단계에서 알고리즘의 역할에 대해 분석한다. 이하에 소개하기로 한다.

15) Ariel Ezrachi, Maurice E. Stucke, “Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition”, 『University of Illinois Law Review』, Vol. 2017 no. 5, 2017, pp. 1782-1796.

16) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., pp. 15-17.

(1) 담합의 개시 단계에서의 알고리즘의 역할

사업자간 의사교환 없이 담합이 시작되는 경우는 일반적으로 시장의 선도사업자에 대한 모방에서 시작된다고 할 수 있다고 한다. 이 경우 선도사업자의 행태는 다른 사업자에 의해 지속적으로 모니터링된다. 이 때 알고리즘은 경쟁사업자의 가격을 계속적으로 모니터링하고 자동적으로 반응하게 된다. 이러한 알고리즘의 작용에 의해 담합이 개시될 수 있다. 그러나 인간도 이러한 형태의 담합을 촉진시킬 수 있기 때문에 이 상황에서 알고리즘이 담합의 개시에 결정적인 역할을 한다고 볼 수는 없다고 한다. 공모의 방법과 관련해서도 현실의 시장과 경제적 상황이 복잡하기 때문에 다양한 공모의 방법이 존재하게 된다. 이러한 배경에서 경쟁사업자가 선택할 담합 방법을 아는 것은 어려운 일이 된다.¹⁷⁾ 그런데 알고리즘은 암묵적으로 공모를 할 것인지 여부 또는 공모의 방법을 결정할 때 고려되어야 하는 복잡한 환경적 요소를 더 효율적으로 분석할 수 있게 한다.¹⁸⁾ 알고리즘이 고객의 요구, 다른 경쟁사업자의 행태, 시장의 특성 등을 쉽게 분석하기 때문에 담합이 시작될 수 있는 단계를 촉진시킬 수 있다고 보는 것이다.¹⁹⁾ 그러나 이러한 이론적 설명에도 불구하고 현실에서 알고리즘이 담합을 촉진시킨다고 단정하기는 어렵다고 한다.²⁰⁾

(2) 담합의 이행 단계에서의 알고리즘의 역할

담합의 이행 단계에서 담합의 안정성에 영향을 주는 요소는 사업자의 수, 진입장벽, 상호작용의 빈도, 사업자에 대한 시장투명성, 소비자에 대한 시장투명성, 사업자간의 비대칭성과 제품차별화, 혁신 등이라고 할 수 있다. 알고리즘은 이러한 요소에 영향을 주게 되고 그 결과 담합의 안정성에 영향을 미치게 된다고 한다.²¹⁾

17) Ibid., pp. 19-20.

18) Ariel Ezrachi, Maurice E. Stucke, Virtual Competition, Harvard University Press, 2016, pp. 61-64.

19) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op.cit., p. 21.

20) Ibid.

첫째, 사업자의 수가 많아질수록 담합의 비용이 높아지며 담합에서 일탈할 때 얻을 수 있는 수익이 많아지므로 담합이 지속되기 어렵다. 알고리즘은 공모를 위한 정보 처리 과정을 촉진시킬 수 있으므로 담합 비용의 감소를 가져오고 이로 인해 담합의 안정성을 증대시키는 효과가 생긴다. 둘째, 진입장벽은 담합의 안정성을 증대시킨다. 그런데 알고리즘으로 인해 진입장벽이 높아지거나 낮아질 수 있다. 따라서 알고리즘이 진입장벽에 미치는 영향은 모호하다고 할 수 있다. 셋째, 상호작용의 빈도는 담합의 일탈에 대한 신속한 벌칙 부과를 가능하게 하여 담합을 촉진시킨다. 알고리즘은 이러한 상호작용의 빈도를 증가시켜 담합의 안정성을 증가시킨다. 넷째, 사업자에 대한 시장투명성은 일탈의 탐지를 용이하게 하여 담합의 안정성을 증가시킨다. 따라서 많은 양의 정보를 수집하여 처리할 수 있는 알고리즘은 담합의 가능성을 높여주게 된다. 소비자에 대한 시장투명성은 친경쟁적인 효과로 볼 수 있다. 알고리즘을 통한 검색비용의 감소로 인해 소비자에 대한 시장투명성이 높아지게 되면 경쟁이 더 치열해질 수 있게 된다. 그러나 담합의 안정성 측면에서 이러한 친경쟁적인 영향은 모호하다고 볼 수 있다. 담합의 일탈에서 얻을 수 있는 수익이 커질 수 있는 반면에 담합에서 일탈할 때 부과되는 벌칙으로 인한 손해가 커질 수도 있기 때문이다. 다섯째, 사업자간의 비대칭성과 제품 차별화는 담합에서 일탈을 처벌하는 것을 더 어렵게 하는 경우가 있다. 그러나 이와 관련한 알고리즘의 효과는 모호하다고 할 수 있다. 또한 알고리즘은 사업자의 제품을 차별화하는 것에 의해 사업자간의 비대칭성을 증가시킬 수 있다. 그러나 사업자가 경쟁사업자의 차별화된 제품의 가격을 효율적으로 분석하여 대응하게 할 수 있으므로 공모의 가능성을 높여주는 부분이 있다. 여섯째, 혁신은 사업자간의 비대칭을 증가시키고 사업자의 환경을 덜 안정적으로 만들 수 있다. 혁신은 사업자에게 담합을 통한 장기적 이익 보다 일탈을 통한 단기적 수익을 추구하게 한다. 알고리즘은 혁신을 촉진시키는 면이 있어서 담합의 안정성을 감소시키는 효과를 가져오게 된다.²²⁾

21) Ibid., p. 17.

22) Ibid., pp. 18-19.

결론적으로 알고리즘은 담합의 안정성을 증가시키는 부분과 감소시키는 부분이 동시에 존재한다고 볼 수 있다. 따라서 담합의 이행 단계에서 담합에 대한 알고리즘의 효과는 전체적으로는 불확실하다고 볼 수 있다. 또한 알고리즘의 친경쟁적 효과와 반경쟁적 효과는 시장 환경에 따라 결정된다고 할 수 있다.²³⁾

(3) 소결

알고리즘은 담합의 개시와 이행 단계에서 영향을 주게 되지만 담합에 결정적인 영향을 준다고 보기는 어렵다. 일반적으로 소비자에게 최적화된 알고리즘은 소비자의 관심과 수요를 분석하여 최적의 결과물을 얻게 해준다. 알고리즘은 공급 측면에서 신규사업자의 혁신을 가능하게 하고 수요 측면에서는 수요자에게 더 많은 기회를 부여하게 된다. 그러나 알고리즘은 이러한 친경쟁적 효과에도 불구하고 여전히 반경쟁적 위험도 존재한다고 할 수 있다. 알고리즘의 반경쟁적 위험은 담합의 가능성이 증가되는 것을 의미하는 것이다.²⁴⁾ 따라서 알고리즘은 혁신과 효율의 증대라는 친경쟁적 효과와 담합의 촉진이라는 반경쟁적 효과가 동시에 존재하는 것으로 보아야 한다.²⁵⁾ 반경쟁적 효과의 측면에서 알고리즘은 가격 담합의 가능성을 높이고 경쟁사업자의 경쟁 기회 박탈 등의 경쟁법적인 문제를 야기하게 된다.²⁶⁾ 따라서 알고리즘의 반경쟁적 효과를 고려한다면 알고리즘 담합에 대해 경쟁법이 적용될 수 있다고 보아야 한다.

Ⅲ. 알고리즘 담합 책임의 귀속에 대한 검토

지금까지 살펴본 것과 같이 알고리즘을 통한 담합의 가능성과 이에 대

23) Ibid., p. 19.

24) Ibid., pp. 1-2.

25) Competition and Markets Authority, Op.cit., paragraph 4.1, paragraph 5.1-5.2.

26) 박창규, 앞의 논문, 6면.

한 경쟁법 적용의 필요성이 인정된다. 그러므로 공정거래법을 통해서 알고리즘 담합을 규제할 수 있다. 그렇다면 다음 단계로서 알고리즘 담합에 대한 공정거래법상 책임을 사업자에게 귀속시킬 수 있는지 여부와 사업자에게 귀속시킬 수 있는 근거에 대해서 검토가 이루어져야 한다.

1. 알고리즘 담합 책임을 사업자에게 귀속시킬 수 있는지 여부

알고리즘을 통해 담합이 유도되거나 담합의 결과가 발생하였다면 이는 공정거래법 위반의 결과가 발생한 것으로 볼 수 있다. 공정거래법의 적용대상은 사업자이며²⁷⁾ 적용대상이 되는 행위도 사업자의 행위이다.²⁸⁾ 따라서 일반적으로 공정거래법 위반의 책임은 사업자에게 귀속이 된다. 그러므로 담합을 유도하거나 담합의 결과를 가져오게 된 알고리즘의 행위를 사업자의 행위로 볼 수 있는지가 중요한 문제가 된다. 또한 공정거래법의 위반으로 피해가 발생한 경우 불법행위가 될 수 있고²⁹⁾ 공정거래법은 형사적 규제도³⁰⁾ 규정한다. 따라서 민사적·형사적 규제를 고려하더라도 알고리즘 담합 책임을 사업자에게 귀속시킬 수 있는지 여부를 판단하는 것은 의미가 있는 것이다.

알고리즘 담합 책임을 사업자에게 귀속시키는 문제는 두 가지 관점에서 검토가 되어야 한다. 사업자의 개입이 존재하는 알고리즘 담합과 사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합으로 구분하여 검토되어야 하는 것이다.

(1) 사업자의 개입이 존재하는 알고리즘 담합

사업자의 개입이 존재하는 알고리즘 담합은 Ariel Ezrachi 교수와 Maurice E. Stucke 교수의 분류를 기준으로 할 경우 메신저형 담합, 허브 앤 스포크

27) 공정거래법 제2조.

28) 신현윤, 「경제법(제7판)」, 법문사, 2017, 140면.

29) 공정거래법 제56조.

30) 공정거래법 제66조.

형 담합, 예측 에이전트형 담합 등이 이에 해당한다고 볼 수 있다. 또한 프랑스·독일 공동보고서의 분류를 기준으로 할 경우에는 (i) 전통적인 반경쟁적 행위의 지원 또는 촉진의 수단으로서의 알고리즘을 통한 담합과 (ii) 자신의 경쟁사업자가 동일·유사한 알고리즘을 사용한다는 것을 인식하면서 제3자가 제공한 동일·유사한 알고리즘을 이용한 담합이 이에 해당한다고 할 수 있다. 사업자의 개입이 존재하는 알고리즘 담합에서 알고리즘은 사업자에 의한 담합을 위한 도구나 수단에 불과하며 실제 담합 행위는 사업자에서 이루어진다.

프랑스·독일 공동보고서는 전통적인 반경쟁적 행위의 지원 또는 촉진의 수단으로서의 알고리즘을 통한 담합의 개별적인 경우를 다음과 같이 소개한다.³¹⁾

첫째, 사업자의 담합을 유지하기 위해 알고리즘이 사용되는 경우이다. 2016년 영국 CMA의 Trod Ltd 포스터 판매 담합 사건에서³²⁾ Trod Ltd와 GB eye Ltd는 아마존 UK에서 포스터를 판매하면서 가격담합을 공모하고 이를 위해 각자가 가격결정 알고리즘을 사용하였다. 둘째, 알고리즘이 담합을 촉진하는 역할을 하는 경우이다. 이와 관련한 영국의 에너지 산업 규제 당국인 가스·전력시장국(Office of Gas and Electricity Markets, “Ofgem”)의 최근 사례가 있다.³³⁾ Ofgem은 Economy Energy, EGEL, Dyball 등이 영국 내 전기와 가스 공급과 관련한 Economy Energy와 EGEL의 시장과 고객을 분할하였다고 판단하였다.³⁴⁾ Dyball은 본 사건에서 사용된 소프트웨어의 알고리즘을 개발한 사업자이었다. Dyball이 개발한 알고리즘을 통해 Economy Energy와 EGEL이 상대방의 고객을 확보하는 것이 금지되었다. Dyball의 알고리즘은 양사 고객명단이 공유될 수 있도록 하였고 일방의 고

31) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., pp. 27-28.

32) Decision of CMA, Online sales of posters and frames Case 50223. (2016. 8. 12), 본 사건의 내용과 평가에 대해서는 박창규, 앞의 논문, 15면. 참조.

33) Decision of Ofgem, Infringement by Economy Energy, E (Gas and Electricity) and Dyball Associates of Chapter I of the Competition Act 1998 with respect to an anti-competitive agreement (2019. 7. 26).

34) Ibid., paragraph 1.3.

객이 상대방의 고객과 바뀌는 것을 막기 위한 안내도 공유되도록 하였다. 본 사건에서 Dyball이 제작한 알고리즘은 Economy Energy와 EGEL의 담합을 촉진시키는 역할을 하였다고 볼 수 있다.³⁵⁾ 셋째, 알고리즘이 경쟁사업자의 가격을 모니터링하여 합의한 가격에서 이탈할 경우 자동적으로 벌칙을 부과하는 경우이다. 알고리즘의 이러한 모니터링 효과는 수직적 담합에서도 적용이 된다. 알고리즘은 제조업체가 부과한 재판매가격으로부터 소매업자가 이탈하는 것을 탐지해낸다. 또한 제조업체의 권장가격에 따르지 않는 소매업자에게 처벌을 부과하는 것을 용이하게 한다. 이를 통해 소매업자가 제조업체가 요구한 권장가격을 사실상 준수하게 한다. 이러한 소매업체가 사용하는 알고리즘을 다른 소매업자도 사용할 경우 최초의 소매업자와 제조업체간에 합의된 상대적으로 높은 재판매가격은 다른 소매업자에게도 영향을 미치게 된다.³⁶⁾ 유럽집행위원회(European Commission)의 Asus, Denon&Marantz, Philips, Pioneer의 재판매가격유지행위 조사 사건에서도 이와 유사한 알고리즘이 사용되었다.³⁷⁾ 본 사건에서 유럽집행위원회는 Asus를 비롯한 4개의 제조업체가 소매업자들의 재판매가격을 알고리즘을 통해 모니터링하면서 희망가격 이하로 재판매가격이 인하되지 못하게 하였다고 판단했다. 넷째, 경쟁사업자간에 알고리즘 자체 또는 알고리즘의 원리를 교환함으로써 사실상 합의와 같은 효과를 가져 오는 경우이다. 다섯째, 알고리즘을 통해 신속하고 직접적으로 정보교환 자체가 가능하게 되어 정보교환을 촉진시키는 경우가 있다. 여섯째, 알고리즘은 경쟁사업자간의 담합을 은폐하기 위해 활용될 수도 있다. 알고리즘을 통해 전체적으로는 공모한 가격을 유지하면서 일정 기간 동안만 형식적으로 가격을 변화시키는 것이다. 이 외에 알고리즘에 의해 미리 계산된 입찰 가격을 제출하기로 경쟁사업자들이 동의하는 경우도 있다. 또한 알고리즘을 통해 암호화된 메시지를

35) Ibid., paragraph 1.4.

36) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., p. 30.

37) European Commission, Press release, “Antitrust: Commission fines four consumer electronics manufacturers for fixing online resale prices”, (2018. 7. 24.) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4601_en.htm (2020. 2. 24. 최종접속), 본 사건의 자세한 설명과 평가는 박창규, 앞의 논문, 19-20면 참조.

전달하여 경쟁사업자간의 의사교환 활동을 숨기는 경우도 있다.

프랑스·독일 공동보고서는 자신의 경쟁사업자가 동일·유사한 알고리즘을 사용한다는 것을 인식하면서 제3자가 제공한 동일·유사한 알고리즘을 이용한 경우의 담합에 대해서도 상세히 설명하고 있다. 이 유형은 경쟁사업자간에 직접적인 의사교환이 존재하지 않는다는 특징이 있다. 경쟁사업자들에게 동일·유사한 알고리즘이 제공되는 이유는 알고리즘의 설계나 개발과 관련하여 한 명의 전문가가 경쟁사업자들에게 동일한 자문을 제공하거나 단일한 소프트웨어 공급업체가 동일·유사한 알고리즘을 여러 사업자들에게 공급하기 때문이다.³⁸⁾

프랑스·독일 공동보고서에 의하면 이 유형에서 고려되는 의사결정을 위한 알고리즘의 협력 단계는 코드 단계(code level)에서의 협력과 데이터 단계(data level)에서의 협력으로 구성된다.

코드 단계에서의 협력은 제3자가 공유목적의 알고리즘을 제공하면서 수행 방법론도 같이 공급할 때 발생한다. 의사결정을 위한 동일한 알고리즘이나 의사결정과 관련한 로직(logic)의 일부만 공유될 경우에도 협력은 발생하게 된다. EU 최고법원(Court of Justice, “CJ”)의 Eturas 사건에서도³⁹⁾ 여행사들은 동일한 알고리즘을 사용했고 그 결과 할인율도 동일하였다.⁴⁰⁾ 이러한 코드 단계에서의 협력은 동일한 알고리즘을 사용하기 때문에 경쟁사업자에 대해 공통적인 위치에 있는 제3자에게 사업자들이 전략적 의사결정을 위임할 때 발생한다.⁴¹⁾

데이터 단계에서의 협력은 공통적인 알고리즘이 경쟁사업자간의 정보교환을 위한 수단을 제공하는 경우에 발생할 수 있다. 또한 공통의 알고리즘을 통해 데이터 풀(data pool)을 공유하는 경우에도 발생한다. 동일한 데이터 풀의 데이터를 이용한 알고리즘 모델이 여러 사업자에게 지속적으로 제공될 때 협력이 일어나게 되는 것이다. 그리고 소프트웨어 공급업체가 공

38) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., pp. 31-32.

39) Judgment of 21 January 2016, Eturas et al. v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, Case C-74/14. ECLI:EU:C:2016:42

40) Eturas 사건에 대해서는 박창규, 앞의 논문, 15-18면 참조.

41) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., p. 33.

개된 정보 등을 상업적으로 제공하는 특정업체에 의지하여 데이터를 취합하는 경우도 경쟁사업자간에 데이터에 대한 협력이 발생할 수 있다. 소프트웨어 공급업자가 동일한 데이터 공급업자에 기초하여 다수의 경쟁사업자에게 소프트웨어를 공급하는 경우이기 때문이다.⁴²⁾ 이러한 종류의 알고리즘 담합에서는 허브 앤 스포크형 담합이 고려된다. 이 외에도 경쟁사업자간의 수평적인 의사교환은 존재하지 않지만 제3자와 개별적인 경쟁사업자간의 직접적인 수직적인 합의만 존재하는 경우도 고려된다. EU 경쟁법은 제3자를 통한 경쟁사업자간의 간접적인 의사교환도 수평적 담합 또는 동조적 행위로 본다. EU의 수평적 결합에 대한 가이드라인에서도 제3자를 통한 정보교환을 언급하고 있다.⁴³⁾ 이러한 유형의 알고리즘에서는 경쟁사업자들이 경쟁법적인 책임을 부담하기 위해서는 자신들의 반경쟁적 행위가 동일한 공급업자에게 의존하고 동일한 알고리즘 사용하는 것에 근거하고 있다는 것을 인식하거나 최소한 합리적으로 예상 가능해야 한다. 이러한 인식의 중요성은 Eturas 사건에서도 중요한 요소로 판단되었다. EU 최고법원(CJ)은 여행사들이 Eturas의 메시지를 인식했는지를 핵심적인 요소로 판단했다.⁴⁴⁾ Eturas 판결에 의하면 사업자들이 이러한 위법적인 동조적 행위에 대해서 인식을 하고 있거나 최소한 인식할 수 있었는지가 중요했다.⁴⁵⁾ 알고리즘 담합이 제3자와 관련이 있다면 그러한 제3자는 EU기능조약(Treaty on the Functioning of the European Union, “TFEU”) 제101조의 책임을 함께 부담하게 된다.

42) Ibid., pp. 33-34.

43) European Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2011/c 11/01), paragraph. 55.

44) Judgment of 21 January 2016, Eturas et al. v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, Case C-74/14. ECLI:EU:C:2016:42, paragraph 45.

45) Eturas 사건에서는 EU 최고법원(CJ)이 동조적 행위에 대한 판단을 했고 판단의 핵심적인 내용은 여행사들의 인식이었다. 새로운 정보교환의 방법인 알고리즘을 통한 가격 통제를 여행사들이 인식했는지를 바탕으로 동조적 행위의 참여 여부를 결정하는 것이다., 박창규, 앞의 논문, 17면.; Andreas Heinemann, Aleksandra Gebicka, “Can Computers Form Cartels? About the Need for European Institutions to Revise the Concertation Doctrine in the Information Age.”, 「Journal of European Competition Law & Practice」, Vol. 7, 2016., p. 434.

EU 최고법원(CJ)도 담합의 촉진자는 반경쟁적 행위가 발생한 시장에서 사업을 영위하는지와 상관없이 책임을 부담한다고 결정하였다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾

사업자의 개입이 존재하는 알고리즘 담합 책임을 사업자에게 귀속시키는 것은 어렵지 않다. 프랑스·독일 공동보고서에서 분류한 알고리즘 담합의 유형을 기준으로 공정거래법상 알고리즘 담합 책임의 귀속을 검토해보기로 한다.

전통적인 반경쟁적 행위의 지원 또는 촉진의 수단으로서 알고리즘을 통한 담합은 이미 공정거래법이 부당한 공동행위에 대해 요구하는 사업자간의 의사 합의가 존재하는 경우가 된다. 미국의 David Topkins Poster 담합 사건⁴⁸⁾이나 영국의 Trod Ltd 포스터 판매 담합 사건의 경우에도 사업자간의 의사의 합치는 존재하며 알고리즘을 담합의 수단으로 이용하였다. 프랑스·독일 공동보고서에서도 이러한 유형은 특별히 기존과 다른 새로운 경쟁법적인 문제를 일으킨다고 보지 않았다.⁴⁹⁾

자신의 경쟁사업자가 동일·유사한 알고리즘을 사용한다는 것을 인식하면서 제3자가 제공한 동일·유사한 알고리즘을 이용한 경우의 담합은 명시적인 의사교환이 존재하지 않지만 동조적 행위, 의식적 병행행위 또는 정보교환의 관점에서 접근할 수 있다. 이러한 형태의 알고리즘이 이용된 담합에 대해 EU 경쟁법을 최초로 적용한 사건인⁵⁰⁾ Eturas 사건에서도 알고리즘을 통한 가격 결정의 통지를 새로운 정보교환 수단으로 보았다. 본 사건에서 EU 최고법원(CJ)은 여행사들이 알고리즘을 통한 가격 결정의 통지를 인식

46) Judgment of 22 October 2015, AC Treuhand v Commission, Case C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717

47) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., pp. 36-38.

48) 본 사건은 온라인에서 판매되는 포스터의 가격을 담합한 사건으로서 미국 법무부(Department of Justice, DOJ)가 e-commerce를 대상으로 한 온라인 담합에 대해 최초로 기소한 사건이다., DOJ Justice News, “Former-E-Commerce Executive Charged with Price Fixing in the Antitrust Division’s First Online Marketplace Prosecution”, April 6, 2015, <https://www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace> (2020. 2. 24. 최종접속).

49) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., pp. 29-30.

50) Andreas Heinemann, Aleksandra Gebicka, Op. cit., p. 432.

했는지에 따라 동조적 행위의 성립 여부를 판단하였다. 공정거래법은 동조적 행위를 인정하지 않지만⁵¹⁾ 공정거래법적인 관점에서도 이러한 형태의 알고리즘을 정보교환의 한 수단으로 보아 판례가 요구하는 추가적인 요소를 종합적으로 고려하여⁵²⁾ 사업자의 합의를 인정할 수 있다고 본다. 사업자의 합의가 인정된다면 알고리즘 담합 책임을 사업자에게 귀속시킬 수 있게 되는 것이다.

한편, 프랑스·독일 공동보고서는 자신의 경쟁사업자가 동일·유사한 알고리즘을 사용한다는 것을 인식하지 않으면서 제3자가 제공한 동일·유사한 알고리즘을 이용한 경우에도 협력의 결과가 발생할 수 있다고 하였다. 그러나 이 경우 제3자의 반경쟁적 행위를 인식하거나 적어도 그러한 행위를 합리적으로 인식 가능해야 경쟁법 위반이 가능하다고 하였다. 그러한 인식이 없다면 위반행위는 발생하지 않고 경쟁사업자에 대한 병행행위가 이루어질 뿐이라고 하였다.⁵³⁾ 공정거래법의 관점에서도 자신의 경쟁사업자가 동일·유사한 알고리즘을 사용하는 것을 인식하지 않은 채 사업자가 동일·유사한 알고리즘을 사용한 경우에는 의식적 병행행위로 보아 사업자에게 책임을 귀속시킬 수 없다고 보아야 한다.

(2) 사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합

사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합은 Ariel Ezrachi 교수와 Maurice E. Stucke 교수의 자기학습형 담합과 프랑스·독일 공동보고서의 사업자간의 의사교환 없이 개별적인 알고리즘을 병행적으로 이용하여 담합이 유도되는 경우이다.

프랑스·독일 공동보고서에 의하면 이러한 상황은 알고리즘의 설계자나 이용자의 의사와는 무관하게 알고리즘이 고도의 자율적 작동에 의해 담합을 유도하거나 담합의 결과를 가져오는 경우이다. 이러한 유형은 컴퓨터의 상호작용에 의해 협력이 이루어지는 경우이며 현재까지 사례는 존재하지

51) 권오승, 「경제법(제13판)」, 법문사, 2019, 281면.

52) 대법원 2014. 7. 24. 선고 2013두16951 판결.

53) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., p. 41.

않는 것으로 보인다.⁵⁴⁾ 이러한 유형의 담합은 알고리즘 담합 책임의 귀속에 대한 본질적인 검토 대상이라고 할 수 있다. 이 유형의 알고리즘 담합은 다른 사업자의 알고리즘과 상관없이 발생한다. 이 유형의 알고리즘 담합은 각각의 사업자가 서로 관련이 없는 개별적인 알고리즘을 사용하면서 사업자간에 의사교환이 별도로 존재하지 않는 경우이다. 이러한 상황에서 고려되는 알고리즘은 블랙박스형 알고리즘인데 블랙박스형 알고리즘은 해독이 쉽지 않다.⁵⁵⁾ Ariel Ezrachi 교수와 Maurice E. Stucke 교수의 자기학습형 담합에서의 알고리즘은 이익극대화라는 목적을 설정하면 그러한 목표를 달성하기 위하여 자율적으로 작동하게 된다. 이로 인해 발생하는 묵시적 협력의 결과는 인간이 의도한 결과가 아니고 독립적인 알고리즘의 자기학습의 결과이다.⁵⁶⁾ 이러한 담합의 결과가 어떻게 이루어질 수 있는지는 알려진 것이 없다.⁵⁷⁾ OECD 보고서에서도 머신러닝 알고리즘과 같은 자기학습 알고리즘이 공모적 결과에 도달하는 과정은 명확하지 않다고 한다.⁵⁸⁾ 이 유형은 담합이 알고리즘 단독의 작용으로 발생되며 의사교환 없이도 묵시적 담합의 결과에 이를 수 있다. 그러나 현재까지는 알고리즘이 자율적으로 민감한 정보를 교환하고 상호간에 전략을 암시할 수 있는지에 대해서 명확하게 판단할 수 없다. 향후 인공지능이 발전하면 알고리즘이 스스로 의사교환을 하게 되고 이로 인해 담합이 발생할 수 있다고 본다.⁵⁹⁾

이러한 유형의 블랙박스형 알고리즘의 경우 알고리즘의 설계와 이행 단계에서 사업자의 개입이 존재하지 않기 때문에 알고리즘의 고도의 자율성에 의해 발생한 담합의 결과에 대해 사업자의 책임을 묻는 것은 기본적으로 타당하지 않는 것처럼 보인다. 그러나 공정거래법상 부당한 공동행위는 금지되고 있기 때문에 담합의 결과가 발생했다면 이러한 유형의 알고리즘

54) Ibid., p. 42.

55) Ibid.

56) Ariel Ezrachi, Maurice E. Stucke, “Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition”, Op. cit., p. 1795.

57) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., p. 43.

58) OECD, “Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age”, p. 31.#

59) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., pp. 42-45.

담합 책임의 귀속에 대해서는 검토가 이루어져야 한다. 이하에서 검토해보기로 한다.

2. 사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합 책임의 귀속에 대한 검토

사업자의 개입이 없는 고도의 자율성을 가진 블랙박스형 알고리즘의 담합 결과에 대해서 그 누구에게도 책임을 귀속시키지 못한다면 향후 미래에 발생할 알고리즘 담합은 규제할 수 없다는 모순에 빠지게 된다. 따라서 사업자의 개입이 없는 블랙박스형 알고리즘의 담합 결과에 대해서도 누군가는 책임을 부담해야 하는 것이 기본 원칙이 되어야 한다. 블랙박스형 알고리즘 담합의 책임을 부담해야 하는 주체는 알고리즘을 설계한 설계자 또는 알고리즘을 사용한 사업자, 사업자의 인간 대표, 알고리즘 자체를 생각할 수 있다. 결국 알고리즘 설계자를 포함한 사업자와 알고리즘으로 구분할 수 있는 것이다.

(1) 알고리즘에게 책임을 귀속시킬 수 있는지 여부

우리나라 민법체계를 볼 때 권리·의무의 주체가 될 수 있는 권리능력자는 자연인과 법인이다.⁶⁰⁾ 형법적인 관점에서도 자연인만이 범죄를 저지할 수 있다.⁶¹⁾ 따라서 현재까지의 법체계에서는 알고리즘은 자연인도 아니고 법인도 아니기 때문에 민법상 권리·의무가 주체가 될 수 없고 형법적으로도 자연인이 아니기 때문에 범죄 행위의 주체가 될 수 없다. 또한 공정거래법의 적용대상은 사업자 또는 사업자단체이므로⁶²⁾ 현행 공정거래법의 관점에서 알고리즘에게 책임을 귀속시킬 수는 없다.

다만, 현재 고도의 자율성을 가진 알고리즘이 포함되어 있는 인공지능

60) 민법 제3조, 민법 제34조.

61) 대법원 판례는 법인의 범죄능력을 부정하고 있다., 대법원 1984. 10. 10. 선고 82도2595 판결.

62) 신현윤, 앞의 책, 138-139면; 공정거래법 제1조, 제2조.

로봇에 대해 법적지위를 부여하는 것에 대해 많은 검토가 이루어지고 있다. EU에서도 2017. 2월, 유럽의회에서 로봇에 전자인격(electronic persons)을 적용할 것을 요구하는 결의안이 통과되기도 하였다.⁶³⁾ 향후 미래에 인공지능 로봇에 대해 자연인과 법인과 같은 수준의 법적 지위가 부여된다면 알고리즘 자체에 대해 공정거래법적인 책임을 부과하는 것도 긍정적으로 검토가 될 것이다. 그러나 아직까지 로봇에 대해 법적 지위가 부여된 적은 없으므로 현행 법체계에서는 알고리즘에게 책임을 귀속시킬 수 없다고 할 수 있다. 그러므로 향후 알고리즘 자체에 공정거래법적 책임을 귀속시키는 것은 별도로 검토되어야 하는 분야이다.

이러한 면을 고려할 때 현재로서는 사업자의 개입이 없는 블랙박스형 알고리즘 담합 책임도 사업자에게 귀속시키는 것이 타당하다. 유럽집행위원회의 Margrethe Vestager는 2017년 독일연방카르텔청(Bundeskartellamt)의 제18회 경쟁법 회의의 연설에서 사업자의 경쟁법적인 준법사항을 강조하였다.⁶⁴⁾ 이는 알고리즘 담합 책임을 사업자가 부담해야 한다는 것을 의미한다.⁶⁵⁾ EU 경쟁법도 알고리즘 담합에 대한 사업자의 책임을 인정하고 있다.⁶⁶⁾ 프랑스·독일 공동보고서도 알고리즘 담합에 대한 사업자의 책임을 인정하고 있으며 더 나아가 알고리즘을 공급한 제3자의 책임까지도 인정하고 있다.

(2) 사업자에게 책임을 귀속시킬 수 있는 근거

사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합 책임을 사업자에게 귀

63) European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotic (2015/2103(INL)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html#title1 (2020. 2. 25 최종접속).

64) Algorithms and Competition Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berlin 16 March 2017., https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en (2020. 2. 25. 최종접속)

65) Freshfields Bruckhaus Deringer, “Pricing algorithms: the digital collusion scenarios” p. 3.

66) OECD, “Algorithms and Collusion – Note from the European Union”, (14 June 2017), p. 9.

속시키는 것이 타당하다면 그 근거가 무엇인지 검토가 되어야 한다.

그러한 근거로서 합리적 주의의무와 예측가능성의 관점에서 알고리즘 담합 책임의 귀속을 인정하는 견해⁶⁷⁾, 사업자가 알고리즘의 공모적 행위를 인식하게 된 후 필요한 조치를 하지 않았을 때만 사업자가 책임을 인정해야 한다는 견해⁶⁸⁾, 알고리즘의 행위를 사업자의 임직원의 행위로 취급해야 한다는 견해⁶⁹⁾ 등이 있다.

첫 번째 견해는 합리적 주의의무와 예측가능성의 관점에서 알고리즘 담합 책임의 귀속을 평가한다. 본 견해는 타인의 행위에 대한 책임의 귀속과 관련한 법적 원리를 기초로 한다.⁷⁰⁾ 본 견해는 독일 형법과 민법의 규정과 EU 최고법원(CJ)의 AC Treuhand II 사건과 VM Remonts 사건의 판결에 근거하여 논리를 전개한다. 독일 형법은 일반적인 경험의 범위를 벗어나 예측가능성이 없는 행위는 범죄가 되지 않을 수 있으며 행위자가 다른 사람의 범죄의 도구로 이용된 경우에는 행위자를 이용한 그 다른 사람에게 책임이 귀속이 된다고 한다. 과실의 경우에도 범죄 행위가 합리적인 수준의 주의의무와 예측가능성의 범위 내에 있는지를 검토해야 한다고 한다.⁷¹⁾ 독일 민법도 채무자가 자신의 채무를 이행하기 위해 이용한 제3자의 과실을 자신의 과실로 인정되는 채무자의 책임을 규정하고 있다.⁷²⁾ 그리고 대리인이 계약관계가 없는 제3자에게 불법행위를 한 경우 대리인에 대한 본인의 책임을

67) Sebastian Felix Janka, Severin Benedict Uhsler, “Antitrust 4.0 – the rise of Artificial Intelligence and emerging challenges to antitrust law”, 「European Competition Law Review」, 2018, pp. 11-12.

68) Ariel Ezrachi, Maurice E. Stucke, “Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition”, Op. cit., pp. 1803-1804.

69) OECD, “Algorithms and Collusion – Note from the European Union”, Op. cit., paragraph 38.

70) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., pp. 57-58.

71) Sebastian Felix Janka, Severin Benedict Uhsler, Op. cit., p. 11.

72) 독일민법 제278조.

- 채무자는 자신의 법적대리인과 자신의 채무를 이행하기 위해 이용한 제3자의 책임을 자신의 책임의 범위까지 부담한다.

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0838 (2020. 2. 24. 최종접속).

규정한다. 이 때 본인은 대리인의 선택 등과 관련하여 합리적인 주의의무를 이행한 것을 입증하여 본인의 책임을 부정할 수 있다고 한다.⁷³⁾⁷⁴⁾

EU 최고법원(CJ)은 AC Treuhand II 사건에서 사업자가 계획된 위반행위를 알았거나 합리적으로 예측할 수 있었을 때 사업자가 책임을 부담한다고 판결하였다.⁷⁵⁾ 또한 VM Remonts 사건에서도 경쟁사업자와 서비스 공급업자의 반경쟁적 행위를 사업자가 알았거나 합리적으로 예측 가능할 때 사업자가 독립적인 서비스 공급업자로 인한 경쟁법 위반 책임을 부담한다고 하였다.⁷⁶⁾

본 견해는 독일 형법과 민법의 규정 및 EU 최고법원(CJ)의 판례들을 통해 알고리즘 담합에 대한 책임을 사업자에게 귀속시키는 요소로서 합리적 주의의무와 예측가능성을 제시한다. 본 견해는 알고리즘이 독립적인 제3자가 될 수 있는지의 관점에서 접근을 하는 것인데 알고리즘 개발자의 책임도 문제 삼을 수 있게 된다. 알고리즘 개발자가 알고리즘 소프트웨어의 위험성을 합리적으로 알거나 예측 가능한 것을 판단의 요소로 보는 것이다. 알고리즘 담합이 사업자의 예측가능성을 넘어서거나 사업자의 행위로 볼 수 없는 알고리즘의 행위인지를 판단하여 사업자의 책임을 제한할 수도 있다. 알고리즘 개발과 사용에 대해 합리적인 주의의무를 부과하였는지를 입증함으로써 사업자의 책임을 부정할 수 있다고 본다.⁷⁷⁾ 본 견해는 예측이 전적으로 불가능하고 경험과 전문가 의견을 넘어서는 알고리즘의 행위에

73) 독일민법 제831조.

(1) 업무를 하기 위해 다른 사람을 이용한 자는 그러한 사람이 업무 수행 중에 제3자에게 위법하게 피해를 준 손해를 배상해야 할 책임을 부담한다. 본인이 그러한 사람을 선택할 때 합리적인 주의의무를 행하거나 그러한 합리적인 의무를 이행했는데 손해가 발생했을 경우는 이러한 책임이 적용되지 않는다.

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3510
(2020. 2. 24. 최종접속)

74) Sebastian Felix Janka, Severin Benedict Uhsler, Op. cit., pp. 11-12.

75) Judgment of 22 October 2015, AC Treuhand v Commission, Case C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717, paragraph 30.

76) Judgment of 21 July 2016, VM Remonts v Konkurences padome, Case C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578, paragraph 33.

77) Sebastian Felix Janka, Severin Benedict Uhsler, Op. cit., p. 12.

대해서도 법적 책임을 확장할 경우 사업자가 알고리즘을 사용하는 것을 꺼리게 된다는 문제가 발생한다는 비판이 있다.⁷⁸⁾

본 견해는 타당하지 않은 부분이 있다고 본다. 블랙박스형 알고리즘의 경우 담합이 발생할 수 있다는 우려는 일반적으로 인정된다고 볼 수 있다. 따라서 블랙박스형 알고리즘을 통해 사업자의 개입이 전혀 이루어지지 않은 담합의 결과가 발생하더라도 일반적으로 담합이 발생할 우려가 있다고 인식하고 있었기 때문에 알고리즘 담합이 처음부터 사업자의 예측가능성의 범위 내에 있는 것이라고 볼 여지가 존재한다. 그렇다면 블랙박스형 알고리즘의 담합에 대해서는 사업자의 예측가능성이 항상 인정되어 모든 알고리즘 담합의 책임이 사업자에게 귀속되는 극단적인 상황이 발생할 수 있는 것이다. 그러므로 합리적 주의의무와 예측가능성을 고려 요소로 하여 알고리즘 담합의 책임을 사업자에게 귀속시키는 것은 타당하지 않은 부분이 있다고 생각한다.

두 번째 견해는 사업자가 알고리즘의 공모적 행위를 인식하게 된 후 필요한 조치를 하지 않았을 때만 사업자가 책임을 부담해야 한다는 내용이다. 본 견해의 경우 수익의 불법적인 원천을 인식하면서도 계속적으로 수익을 얻는 경우 법적인 책임을 부담해야 하는 원리가 이전부터 있었다는 것에 근거한다. 그러나 본 견해는 사업자가 알고리즘을 통해 이익이 증가되고 있다는 것을 알고 있는 경우 그러한 이익이 알고리즘 담합으로 인한 것인지 알고리즘의 독립적인 행위로 인한 것인지 알 수 없는 현실적인 문제가 있다는 비판이 있다.⁷⁹⁾

본 견해는 타당하지 않다고 생각한다. 사업자가 알고리즘의 공모적 행위를 인식하기 이전에 이미 발생한 블랙박스형 알고리즘 담합의 책임에 대해서는 사업자에게 부담시킬 수 없다는 한계가 있기 때문이다. 또한 공모적 행위에 대한 사업자의 인식의 내용과 인식 시기가 불명확하다는 한계도 존재한다. 공모적 행위에 대한 사업자의 인식이 경쟁사업자와의 가격과 유사

78) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., p. 57.

79) Ariel Ezrachi, Maurice E. Stucke, "Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition", Op. cit., pp. 1803-1804.

하거나 동일하다는 것을 알게 되는 것을 의미한다면 사업자는 알고리즘의 공모적 행위와 단순한 의식적 병행행위를 구분하지 못한 상태에서 알고리즘의 의식적 병행행위에 대해서도 책임을 부담하게 될 가능성이 존재하기 때문이다. 그리고 공모적 행위에 대한 사업자의 인식이 알고리즘 행위의 불법성을 인식하는 것을 의미한다면 어느 시기부터 알고리즘의 행위가 불법적이었는지를 명확하게 확정할 수 없다는 문제가 있다.

세 번째 견해는 알고리즘의 행위를 사업자의 임직원의 행위로 취급해야 한다는 내용이다. 본 견해는 특정행위와 관련하여 권한을 수여 받은 임직원의 책임에 대해서는 사업자가 책임을 부담한다는 법적 원리에 근거한 것이다. Musique Diffusion Française 사건에서 EU 최고법원(CJ)은 경쟁법상 벌금을 부과하는데 있어서 반드시 사업자 대표의 행위가 필요한 것은 아니며 사업자를 위하여 행위를 할 것을 위임받은 자의 행위로도 충분하다고 판단하였다.⁸⁰⁾ 또한 VM Remonts 사건에서도 서비스 공급업자가 자율성이 없이 사업자의 지시나 통제를 받는 경우에는 서비스를 이용하는 사업자가 서비스 공급업자의 위법한 행위에 대해 책임을 부담한다고 하였다.⁸¹⁾ 본 견해는 EU 경쟁법에서 알고리즘 담합 책임을 사업자에게 귀속시키는 것에 대한 기본적인 원리로 작동하고 있다고 보인다. 사업자의 지시와 통제를 받는 임직원이나 외부 사업자의 책임을 사업자의 책임으로 귀속시킬 수 있는 것처럼 기본적으로 알고리즘도 사업자의 지시와 통제를 받고 있다고 보아 알고리즘의 행위에 대해 사업자가 책임을 부담하도록 하는 것이다.⁸²⁾ 본 견해와 관련하여 프랑스·독일 공동보고서는 알고리즘이 가격결정과 같이 특별한 행위에 대해 권한을 위임 받았다고 본다면 사업자가 단순히 알고리즘을 소개하거나 사용하는 경우에도 책임을 부담해야 하는 경우가 생긴다는 비

80) Judgment of 7, June 1983, Musique Diffusion Française v Commission, Case 100-103/80, ECLI:EU:C:1983:158, paragraph. 97., 본 사건은 Pioneer 제품을 프랑스로 병행수입하는 것을 방해하기 위한 Pioneer와 그의 독점 판매점들의 동조적 행위에 대한 판결이다.

81) Judgment of 21 July 2016, VM Remonts v Konkurences padome, Case C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578, paragraph 27.

82) OECD, “Algorithms and Collusion - Note from the European Union”, Op. cit., paragraph 38.

판을 한다. 하지만 권한을 부여 받은 임직원의 독자적인 행위도 사업자에게 책임이 부과되는 것처럼 사업자가 알고리즘의 반경쟁적 행위를 인식하지 못했어도 알고리즘의 행위에 대해 사업자가 책임을 부담하는 것이라고 본다. 알고리즘이 권한을 위임 받지 못한 경우에는 사업자가 그 책임을 부담하지 않게 된다. 그러한 면에서 본 견해는 임직원의 책임과 알고리즘의 책임에 대해 동등한 효과를 부여하는 의미가 있다고 한다.⁸³⁾

본 견해는 기본적으로 사업자가 알고리즘을 통제하고 있다고 보는 점에서 전적으로 수용하기 어렵다고 생각된다. 블랙박스형 알고리즘의 고도의 자율성에 대해 사업자가 예측할 수 없고 사업자가 완전히 통제하고 있다고 보기 어렵기 때문이다. 한편 프랑스·독일 공동보고서는 본 견해와 관련하여 알고리즘이 가격결정과 같은 특별한 권한을 부여 받았다고 보고 있는데 이 부분도 수용하기 어렵다. 인간인 임직원과 인간이 아닌 알고리즘을 동등한 권한 부여의 객체로 보고 있기 때문이다. 또한 사업자가 알고리즘에게 가격결정과 같은 특별한 행위에 대한 권한을 부여했다고 보기도 어렵다.

이와 같이 사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합 책임을 사업자에게 귀속시키는 문제에 대해 여러 가지 견해가 있지만 전적으로 수용하기는 어렵다고 판단된다. 따라서 이하에서 이에 대한 대안을 제시하고자 한다.

3. 사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합 책임의 귀속에 대한 대안

공정거래법은 사업자에게 어떠한 방법으로도 다른 사업자와 공동으로 부당하게 경쟁을 제한하는 행위를 할 것을 합의하거나 다른 사업자로 하여금 이를 행하도록 하는 것을 금지하고 있다.⁸⁴⁾ 따라서 사업자는 공정거래법상 부당한 공동행위를 해서는 안 되는 담합 금지 의무를 가지고 있다고 볼 수 있다. 이러한 담합 금지 의무는 사업자가 소극적으로 담합을 하지 않는 부작위 의무와 사업자가 적극적으로 자기 자신이 담합을 하게 되는 것을 방

83) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., pp. 58-59.

84) 공정거래법 제19조 제1항.

지할 작위 의무를 포함한다고 보아야 한다. 따라서 사업자는 공정거래법상 담합을 적극적으로 방지해야 하는 예방의무가 존재한다고 할 수 있다.⁸⁵⁾

이러한 사업자의 담합에 대한 예방의무를 고려할 때 사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합에 대한 책임은 사업자의 예방의무에 근거한 예방조치의 유무에 의해 판단되어야 한다.

예방조치가 전혀 없는 경우 알고리즘 담합 결과에 대해서는 개발자를 포함한 사업자가 책임을 부담하도록 하는 것이 타당하다. 이 때 예방조치는 설계 단계에서의 예방조치와 이행 단계에서의 예방조치로 구분하여 이루어져야 한다. 설계 단계에서의 예방조치는 알고리즘 개발자와 사업자의 설계상의 주의 등이 포함될 것이다. 이행 단계에서의 예방조치는 알고리즘의 작동 결과에 대한 지속적인 모니터링을 통해 사전에 담합의 결과를 방지하려는 사업자의 노력 등이 포함될 것이다.

이러한 예방조치가 있는데도 알고리즘 담합이 발생했을 경우에는 주로 의식적 병행행위, 외관상 동조적 행위의 형태, 정보교환의 형태가 될 가능성이 크다고 본다. 의식적 병행행위, 외관상 동조적 행위, 정보교환에 해당될 경우에는 판례에서 요구되는 추가적인 정황요소를 고려하여 책임을 사업자에게 귀속시키는 것이 바람직하다. 이 때 추가적인 요소는 의식적 병행행위, 외관상 동조적 행위, 정보교환에 대한 구체적인 인식, 담합의 결과를 수용하는 태도, 담합을 유도할 수 있는 행위, 담합에 대한 인식 이후 알고리즘의 수정 여부, 수정된 알고리즘의 사용 여부 등이 될 것이다. 한편 알고리즘의 의식적 병행행위, 외관상 동조적 행위, 정보교환의 형태가 아니고 알고리즘이 고도의 자율성을 통해 적극적인 의사교환을 하고 그로 인해 담합의 결과를 가져오는 형태는 이행과정에서의 예방조치 미실현이라는 관점에서 사업자에게 책임을 부담시킬 수 있다고 판단된다.

결론적으로 알고리즘 담합에 대한 공정거래법의 적용은 기존의 전통적인 담합에 대한 공정거래법의 적용과 기본적으로 다르다고 할 수 없다. 따

85) 이 때의 예방의무는 다른 경쟁사업자의 담합행위를 사업자가 적극적으로 방지해야 하는 의무를 의미하는 것이 아니다. 이 때의 예방의무는 사업자 자기 자신이 담합을 하지 않도록 스스로 방지해야 하는 의무를 의미하는 것이다.

라서 공정거래법상 예방의무에 근거한 예방조치의 유무를 판단하여 사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합에 대한 책임을 사업자에게 귀속시키는 것이 현실적 대안이라고 생각한다.

IV. 알고리즘 담합을 방지하기 위한 준법사항

앞서 언급한 대로 사업자는 알고리즘 담합을 방지할 공정거래법상 예방의무가 있다고 볼 수 있다. 그러한 공정거래법상 예방의무를 효과적으로 이행하기 위해서 알고리즘 설계 단계에서의 예방조치와 이행 단계에서의 예방조치를 포괄하는 내용으로서 준법사항이 중요하다고 할 수 있다. 사업자는 사전에 알고리즘 담합을 방지하기 위한 예방조치로서 준법사항을 준비하여 이행하는 것이 필요하다. 준법사항은 알고리즘 방지를 위한 사업자의 사전적인 예방조치 등을 통해 알고리즘 담합의 발생을 방지하여 알고리즘 담합의 책임이 사업자에게 귀속되는 것을 최소화할 수 있다. 또한 준법사항을 통해 알고리즘 담합의 발생을 사전적으로 감소시킬 수 있는 긍정적인 효과도 있다고 할 수 있다.

프랑스·독일 공동보고서는 경쟁당국이 알고리즘 담합을 조사할 때 수집해야 할 증거와 분석방법에 대해서 논의하고 있다. 이는 경쟁당국의 관점에서 사업자를 조사할 때 필요한 사항이지만 사업자의 관점에서도 알고리즘 담합의 방지를 위한 준법사항으로 활용될 수 있다고 본다. 이하에 설명하기로 한다.

프랑스·독일 공동보고서는 잠재적인 관련 증거를 확보하는 것과 관련하여 조사 초기에는 알고리즘의 역할을 사업적인 면과 기술적인 면에서 이해하는 것이 중요하다고 보고 있다. 이러한 이행에 도움이 되는 정보는 (i) 알고리즘의 목적과 실행 및 시간에 따른 변화와 관련된 정보, (ii) 알고리즘이 사용한 입력 데이터에 대한 정보, (iii) 알고리즘의 출력에 대한 정보와 알고리즘과 관련된 의사결정 과정에 대한 정보 등이다. 알고리즘의 목적과 실행 및 시간에 따른 변화에 대한 정보는 침해행위의 범위, 과징금 부과를

위한 고의와 과실을 판단하는데 도움이 된다. 알고리즘이 사용한 입력 데이터에 대한 정보는 데이터 단계에서의 협력 여부와 목적에 의한 경쟁제한 여부를 판단할 때 도움이 될 수 있다. 출력과 의사결정 과정에 대한 정보는 잠재적인 협력, 행위의 고의와 예측가능성, 사업자에 대한 책임 부담 등을 판단할 때 도움이 된다.⁸⁶⁾ 알고리즘의 기능을 완전하게 이해하는 것도 중요하다고 한다. 알고리즘의 설계원리, 알고리즘 작동의 변화, 알고리즘의 의사교환, 반경쟁적 행위를 방지하기 위한 요소, 경쟁사업자가 사용한 알고리즘의 유사성 등이 기능과 관련된 정보이다. 이러한 정보는 잠재적인 협력을 판단할 때 도움이 된다.⁸⁷⁾

프랑스·독일 공동보고서는 관련 정보를 수집하고 분석하는 방법에 대해서도 언급하고 있다. 관련 정보를 수집하는 방법으로는 정보 요청, 조사 등이 있고 광범위한 데이터 또는 제한된 증거 가치를 가진 서류 등은 수령하지 않는 것이 바람직하다고 한다. 별도의 개발자가 있는 경우 소프트웨어 개발회사 또는 호스팅 회사 등에게 자료를 요청해도 된다. 또한 사업자에게 알고리즘의 소스 코드(source code)를 공개할 것을 요구하는 것이 바람직하다.⁸⁸⁾ 알고리즘을 분석하는 방법과 관련해서는 정황증거와 알고리즘 기능의 연관성을 파악하는데 알고리즘 분석이 필요하다고 한다. 알고리즘을 분석할 때는 일반적 알고리즘과 블랙박스형 알고리즘간의 차이를 구분하는 것이 중요하다. 알고리즘 분석 시 일반적으로 고려해야 하는 사항은 알고리즘의 실행에 대한 세부사항이 시간이 지나면서 변화될 수 있다는 점이다. 따라서 특정 기간의 알고리즘 실행에 대한 사항이 조사되어야 한다. 그리고 알고리즘의 조사는 기본적으로 대량의 정보가 필요하다. 알고리즘의 환경과 인터페이스에 대한 분석도 중요하다.⁸⁹⁾ 추가적으로 고려되어야 하는 접근법도 있다. 알고리즘의 기능과 행위를 분석하기 위해서 소스 코드의 분석, 현재와 과거의 입력 데이터와 출력 데이터의 비교, 이전 입력 데이터에 근

86) Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Op. cit., pp. 62-64.

87) Ibid., p. 64.

88) Ibid., pp. 65-67.

89) Ibid., pp. 67-70.

거하여 알고리즘의 행위를 시험하는 방법, 알고리즘간의 비교 등이 그러한 접근법이 된다.⁹⁰⁾

알고리즘 담합을 방지할 공정거래법상 예방의무를 효과적으로 이행할 수 있는 방법인 사업자의 준법사항은 (i) 알고리즘의 설계 또는 선택 단계, (ii) 알고리즘 이용 단계, (iii) 알고리즘 관련 자료 보관 단계로 분류하여 검토되어야 한다.

첫째, 알고리즘의 설계 또는 선택 단계에서 사업자에게 필요한 것은 알고리즘의 역할에 대한 명확한 정의라고 할 수 있다. 또한 사업자가 알고리즘을 설계하거나 선택할 때 알고리즘의 역할과 기술적인 면을 이해하는 것이 중요하다. 특히 알고리즘이 사용한 입력 데이터에 대한 정보는 초기의 담합 여부를 판단할 수 있는 근거가 되며 경쟁제한성을 판단하는 요소가 될 수 있기 때문에 입력 데이터의 선택과 활용에 대해서 신중해야 한다. 사업자가 알고리즘을 설계하고 선택하는 과정에서의 의사결정과 이후 이용 단계에서의 의사결정의 과정도 알고리즘 담합에 대한 사업자의 고의나 예측가능성을 판단하기 위한 자료로서 유용하게 사용될 수 있기 때문에 의사결정의 내용과 과정은 항상 적법해야 한다.

둘째, 알고리즘의 이용 단계에서 사업자는 알고리즘의 기능을 완전하게 이해하는 것이 필요하다. 알고리즘 설계 원리, 알고리즘 작동의 변화, 경쟁 사업자가 활용하고 있는 알고리즘과의 유사성 등을 항상 검토하는 것도 중요하다. 이러한 검토 과정에서 경쟁사업자와 동일·유사하게 작동되는 부분이 있다면 알고리즘의 개발자와 함께 알고리즘을 분석하여 수정하여야 한다.

셋째, 알고리즘과 관련된 자료 보관 단계에서는 알고리즘의 소스 코드, 알고리즘 분석 자료, 알고리즘의 입력 데이터와 출력 데이터, 알고리즘의 비교 자료, 알고리즘의 환경과 인터페이스에 대한 분석 자료 등을 잘 보관하고 관리하는 것이 필요하다. 이러한 자료의 보관을 통해 사업자가 더 쉽게 효율적으로 알고리즘을 분석하고 수정할 수 있게 될 것으로 보인다.

이와 같은 준법사항은 공정거래법상 담합을 적극적으로 방지할 사업자

90) Ibid., pp. 70-74.

의 예방의무가 효과적으로 이행되도록 하여 알고리즘 담합의 발생을 사전적으로 감소시킬 수 있다. 또한 사업자가 알고리즘 담합의 책임을 부담하는 것을 최대한 제한할 수 있는 효과적인 대응방법이라고 할 수 있다.

V. 결 론

알고리즘 담합이 발생할 가능성이 존재하고 이에 대한 공정거래법의 적용의 필요성도 인정이 된다. 공정거래법이 알고리즘 담합에 적용이 된다고 하더라도 알고리즘 담합 책임을 사업자에게 귀속시킬 수 있는지가 중요한 문제로 남아있게 된다.

알고리즘 담합 책임을 사업자에게 귀속시키는 문제는 사업자의 개입이 존재하는 알고리즘 담합과 사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합으로 분류하여 접근하는 것이 필요하다. 사업자의 개입이 존재하는 알고리즘 담합은 기존의 사례도 존재하며 전통적인 공정거래법의 원리가 적용될 수 있기 때문에 공정거래법에 따라 사업자가 알고리즘 담합 책임을 부담할 수 있다. 블랙박스형 알고리즘과 같이 설계자가 목표만 설정하면 고도의 자율성을 가지고 스스로 작동하는 알고리즘의 경우 사업자가 개입할 여지가 거의 없기 때문에 공정거래법상 사업자에게 알고리즘 담합 책임을 귀속시킬 수 있는 것인지에 대해 논의가 필요하게 된다. 현행법 체계에서는 알고리즘에게 책임을 귀속시킬 수 없기 때문에 알고리즘 담합에 대한 책임은 사업자에게 귀속이 되어야 한다. 그러므로 사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합 책임도 사업자에게 귀속이 되어야 한다. 사업자는 담합의 발생을 방지할 공정거래법상 예방의무가 있기 때문이다. 따라서 사업자는 이러한 공정거래법상 예방의무에 근거하여 예방조치를 하여야 한다. 그러한 예방조치는 알고리즘의 설계 단계와 이행 단계에서 알고리즘의 담합을 방지할 수 있는 내용이 되어야 한다. 이러한 예방조치의 유무에 따라 알고리즘 담합에 대한 사업자의 책임이 판단되어야 한다. 따라서 예방조치가 없거나 미비할 때 사업자는 알고리즘 담합에 대한 책임을 부담해야 한다. 예방조치가 있는 경우는 알고리즘 담합을 의식적 병행행위, 외관상 동조적 행위, 정

보교환 등으로 보고 추가적인 정황요소를 고려하여 사업자에게 책임을 귀속시키는 것을 판단해야 한다.

담합을 방지할 공정거래법상 사업자의 예방의무의 효과적인 이행방법으로 사업자의 준법사항이 고려되어야 한다. 사업자의 관점에서 사업자의 예방조치는 알고리즘 담합을 사전에 방지할 수 있는 준법사항이 될 수 있다. 이러한 준법사항을 통해 사업자는 알고리즘 담합의 발생을 사전에 효과적으로 최소화할 수 있으며 사업자의 책임을 최대한 제한할 수 있는 것이다.

공정거래법상 알고리즘 담합 책임의 귀속과 준법사항 (compliance)에 관한 연구 - 박 창 규	수령 날짜	심사개시일	계재결정일
	2020.03.01.	2020.03.09.	2020.03.26.

[참고문헌]

【국내문헌】

단행본

권오승, 경제법(제12판), 법문사, 2015.

권오승, 이봉의, 이호영, 홍대식, 홍명수, 조성국, 신영수, 황태희, 독점규제법(제6판), 법문사, 2018.

신현윤, 경제법(제7판), 법문사, 2017.

이기수·유진희, 경제법(제9판), 세창출판사, 2012.

이호영, 독점규제법, 홍문사, 2015.

정재훈, 공정거래법 소송실무 제2판, 육법사, 2017.

논문

박창규, “디지털 경제에서 알고리즘 담합에 관한 연구”, 「법학논총」, 제43집, 2019.

전지은, 이충권, “온라인 판매자들의 가격조정에 관한 연구”, 「한국전자거래학회지」, 제19권 제3호, 2014.

정진명, “인공지능에 대한 민사책임 법리”, 「재산법연구」, 제34권 제4호, 2018.

최난설현, “알고리즘을 통한 가격정보의 교환과 경쟁법적 평가”, 「경쟁법연구」, 제35권, 한국경제법학회, 2017.

홍명수, “정보교환과 카르텔 규제”, 「법과 사회」, 제36호, 2009.

【해외문헌】

단행본

Alison Jones, Brenda Sufrin, EU Competition Law Text, Cases, and Materials(6th Edition), Oxford University Press, 2016.

Andrew I. Gavil, William E. Kovacic, Jonathan B. Baker & Joshua D. Wright, Antitrust Law in Perspective Cases, Concepts and Problems in Competition Policy, Third Edition, West Academic Publishing, 2017.

Ariel Ezrachi, Maurice E. Stucke, Virtual Competition, Harvard University Press, 2016.

Daniel J. Gifford & Robert T. Kurdrie, The Atlantic Divide in Antitrust: An Examination of US and EU Competition Policy, University of Chicago Press, 2015.

Elenor M. Fox, Damien Gerard, EU Competition Law: Cases, Texts and Contexts, Edward Elgar Publishing, 2017.

Herbert Hovenkamp, Principles of Antitrust, West Academic Publishing, 2017.

Richard Whish, David Bailey, Competition Law(Ninth Edition), Oxford University Press(2018).

Sandra Marco Colino, Competition Law of the EU and UK, Oxford Press University.

논문

- Andreas Heinemann, Aleksandra Gebicka, “Can Computers Form Cartels? About the Need for European Institutions to Revise the Concertation Doctrine in the Information Age.”, 「Journal of European Competition Law & Practice」, Vol. 7, 2016.
- Ariel Ezrachi, Maurice E. Stucke, “Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition”, 「University of Illinois Law Review」, Vol. 2017, no. 5, 2017.
- Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, “Algorithm and Competition”, November 2019.
- Competition and Markets Authority, “Pricing algorithms Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing”, 8 October 2018.
- Freshfields Bruckhaus Deringer, “Pricing algorithms: the digital collusion scenarios”. OECD, “Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age”, 2017.
- _____, “Algorithms and Collusion – Note from the European Union”, 14 June 2017.
- _____, “Personalised Pricing in the Digital Era”, 2018. 11. 20.
- Sebastian Felix Janka, Severin Benedict Uhsler, “Antitrust 4.0 – the rise of Artificial Intelligence and emerging challenges to antitrust law”, 「European Competition Law Review」, 2018.

기타

- Algorithms and Competition Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berlin 16 March 2017.
- Decision of CMA, Online sales of posters and frames Case 50223.(2016. 8. 12),
- Decision of Ofgem, Infringement by Economy Energy, E (Gas and Electricity) and Dyball Associates of Chapter I of the Competition Act 1998 with respect to an anti-competitive agreement (2019. 7. 26).
- European Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements (2011/c 11/01).
- _____, “Final report on the E-commerce Sector Inquiry”, 2017. 5. 10.
- _____, Press release, “Antitrust: Commission fines four consumer electronics manufacturers for fixing online resale prices”, 2018. 7. 24.
- Judgment of 22 October 2015, AC Treuhand v Commission, Case C-194/14 P, ECLI:EU:C:2015:717
- Judgment of 21 January 2016, Eturas et al. v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, Case C-74/14. ECLI:EU:C:2016:42
- Judgment of 21 July 2016, VM Remonts v Konkurences padome, Case C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578

【국문초록】

알고리즘 담합에 대한 경쟁법의 적용은 최근에 주목을 받고 있는 분야이다. 일반적으로 알고리즘 담합의 가능성과 이에 대한 경쟁법 적용의 필요성은 인정된다. 그렇다면 알고리즘 담합의 책임을 사업자에게 귀속시킬 수 있는지가 중요한 문제가 된다. 이 문제는 사업자의 개입이 존재하는 알고리즘 담합과 사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합으로 구분이 되어 검토되어야 한다.

프랑스·독일 공동보고서의 알고리즘 분류를 참조할 때, 사업자의 개입이 존재하는 알고리즘 담합은 (i) 전통적인 반경쟁적 행위의 지원 또는 촉진의 수단으로서의 알고리즘을 통한 담합과 (ii) 자신의 경쟁사업자가 동일·유사한 알고리즘을 사용한다는 것을 인식하면서 제3자가 제공한 동일·유사한 알고리즘을 이용한 담합 등이 있다. 사업자의 개입이 존재하는 알고리즘 담합에서 알고리즘은 사업자에 이루어지는 담합을 위한 도구나 수단에 불과하며 실제 담합 행위는 사업자에서 이루어진다. 따라서 공정거래법이 요구하는 사업자간의 의사의 합치가 있는 것으로 볼 수 있어 알고리즘 담합의 책임을 사업자에게 귀속시키는 것은 어렵지 않다. 자신의 경쟁사업자가 동일·유사한 알고리즘을 사용한다는 것을 인식하면서 제3자가 제공한 동일·유사한 알고리즘을 이용한 경우는 동조적 행위, 의식적 병행행위 또는 정보교환의 관점에서 접근을 할 수 있다. 공정거래법의 관점에서는 이러한 형태의 알고리즘을 정보교환의 한 수단으로 보아 판례가 요구하는 추가적인 요소를 종합적으로 고려하여 사업자의 합의를 인정할 수 있다고 본다.

사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합은 사업자간의 의사교환 없이 개별적인 알고리즘을 병행적으로 이용하여 담합이 유도되는 경우라고 볼 수 있다. 블랙박스형 알고리즘과 같이 알고리즘이 사업자와 무관하게 고도의 자율적 작동에 의해 담합을 유도하거나 담합의 결과를 가져오는 경우이다. 이 경우는 사업자의 개입이 존재하지 않기 때문에 사업자의 책임이 존재하지 않는 것처럼 보일 수 있다. 현재의 우리나라 법체계에서는 알고리즘은 자연인도 아니고 법인도 아니기 때문에 민법상 권리·의무가 주체가 될

수 없다. 형법적으로도 자연인이 아니기 때문에 범죄 행위의 주체가 될 수 없다. 또한 공정거래법의 적용대상은 사업자이므로 알고리즘에게 담합 책임을 귀속시킬 수는 없다. 따라서 현재로서는 사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합 책임을 사업자에게 부담시키는 것이 타당하다. 사업자는 공정거래법상 담합 금지 의무를 가지고 있다. 이러한 담합 금지 의무는 사업자가 자신이 담합할 것을 적극적으로 방지해야 하는 예방의무를 포함한다고 보아야 한다. 담합을 방지할 사업자의 이러한 공정거래법상 예방의무를 고려하여 사업자의 개입이 존재하지 않는 알고리즘 담합에 대한 책임은 사업자의 예방조치 유무에 따라 판단되어야 한다. 예방조치가 전혀 없는 경우 알고리즘 담합 결과에 대해 사업자가 책임을 부담하도록 하는 것이 타당하다. 예방조치가 있는데도 알고리즘 담합이 발생했을 경우는 주로 의식적 병행행위 또는 외관상 동조적 행위나 정보교환의 형태가 될 가능성이 크다. 이때는 판례가 요구하는 추가적인 정황요소를 고려하여 담합 책임을 사업자에게 귀속시키는 것이 바람직하다.

사업자의 공정거래법상 예방의무를 효과적으로 이행하기 위해 사업자의 관점에서 알고리즘 설계 단계와 이행 단계의 예방조치를 포함하는 준법사항이 중요하다. 사업자의 준법사항은 알고리즘 담합의 발생을 사전적으로 감소시킬 수 있고 사업자가 알고리즘 담합의 책임을 부담하는 것을 최대한 제한할 수 있는 효과적인 대응방법이라고 할 수 있다.

【Abstract】

A Study on an Undertaking's Accountability for
Algorithmic Collusion and Compliance from the Perspective
of the Korean Competition Law

Park, Changgyoo

(Lecturer, Korea University, Ph.D in Law)

Recently the competition law enforcement against algorithmic collusion has been drawn attentions. The possibility of algorithmic collusion and the necessity of competition law enforcement against such algorithmic collusion are generally accepted. Therefore whether or not an undertaking should be responsible for algorithmic collusion is the important matter. This matter should be reviewed with being categorized into algorithmic collusion an undertaking is involved in and algorithmic collusion an undertaking is not involved in.

Considering a joint study of the French competition authority and the German cartel office algorithmic collusion an undertaking is involved in includes (i) collusion using algorithms as supporters or facilitators of traditional anti-competitive practices, and (ii) algorithm-driven collusion between competitors involving a third party with an undertaking's knowing its competitors use the same or coordinated third party algorithms. In case that algorithmic collusion an undertaking is involved in algorithms is supporters or facilitators of collusion and such collusion happens between undertakings. Therefore there is the meeting of minds required under the Korean competition law and so it would not be

difficult for an undertaking to be liable for algorithmic collusion. In case that algorithm-driven collusion between competitors involving a third party with an undertaking's knowing its competitors use the same or coordinated third party algorithms it would be reviewed as concerted practices, conscious parallelism, and information exchange. From the perspective of the Korean competition law this kind of algorithmic would be regarded as a means of information exchange and so the collusion between the undertakings would be accepted with the plus factors required under the Korean precedents.

Algorithmic collusion an undertaking is not involved in is the case that such collusion was induced by the parallel use of individual algorithms without communications between the undertakings. This is the collusion induced by black-box algorithms which has the high graded autonomy without an undertaking's involvement. This case looks that there would not be an undertaking's accountability for algorithmic collusion because there is no an undertaking's involvement. Under the Korean laws algorithms is neither a person nor a juristic person and so algorithms cannot be subject of rights and duties under the Korean civil law. Under the Korean criminal law algorithms is not a person and so algorithms cannot commit crimes. Also, because the Korean competition law applies to an undertaking algorithms cannot be liable for collusion. Therefore under the current Korean laws an undertaking shall be liable for algorithmic collusion which such undertaking is not involved in. An undertaking has the obligation not to collude under the Korean competition law. This obligation includes the preventive obligation that an undertaking shall prevent his own collusion actively. With considering an undertaking's preventive obligation under the Korean competition law algorithmic collusion which an undertaking is not involved in shall be reviewed based on whether or not the undertaking took the preventive measures. In case that an undertaking did not take any preventive measures at all the undertaking should be liable for the result of

algorithmic collusion. In case that algorithmic collusion takes place despite the preventive measures such algorithmic collusion means mainly the conscious parallelism, quasi-concerted practices, and information exchange. In such cases the plus factors required by the court should be considered and then the undertaking shall be liable for such practices.

From an undertaking's viewpoint compliance including the preventive measures in the design phase of algorithm and the preventive measures in the implementation phase of algorithm is important in order that an undertaking will perform its preventive obligation under the Korean competition law effectively. Compliance of an undertaking can diminish the possibility of algorithmic collusion in advance and can be an effective means that limits an undertaking's accountability for algorithmic collusion.

주제어(Keyword) : 동조적 행위(Concerted Practices), 사업자(Undertaking), 알고리즘 담합(Algorithmic Collusion), 예방의무(Preventive Obligation), 예방조치(Preventive Measures), 의식적 병행행위(Conscious Parallelism), 준법사항/컴플라이언스(Compliance), 책임(Accountability)

역사문화환경 보호제도의 재정립 방향 고찰

- 문화재보호법상 역사문화환경 보호제도를 중심으로 -

김 지 민*

▶ 목 차 ◀

I. 서 론	IV. 허용기준과 행위허가에 대한 검토
II. 역사문화환경의 의의	1. 허용기준
1. 역사문화환경의 개념정의	2. 행위허가
2. 역사문화환경 보호의 필요성	3. 소결
III. 문화재보호법상 역사문화환경 보호제도	V. 역사문화환경 조성을 위한 제도 재정립 방향
1. 제도의 연혁	1. 서설
2. 주요 내용	2. 역사문화환경 관리계획의 기능
3. 소결	3. 계획확정절차의 절차적 통제
	4. 허가절차의 개선
	VI. 결론

* 고려대학교 일반대학원 법학과 박사과정수료.

** 이 글은 지난 2019년 8월 규제법연구회·고려대학교 ICR센터 주최 제51회 규제법연구회 정기발표회에서 발표한 ‘문화재보호법상 역사문화환경 보호제도에 관한 고찰’이라는 글을 발전시킨 것입니다. 당시 토론 과정에서 귀중한 가르침을 주셨던 김연태 교수님, 서정범 교수님, 하명호 교수님, 김용주 교수님, 박정연 교수님, 김재선 교수님, 신상민 변호사님 등 규제법연구회 회원분들과, 늘 곁에서 세심히 지도해주시고 관련 경험을 공유해주신 이회정 교수님께 진심으로 감사드립니다. 유익한 조언을 해주신 익명의 심사위원님들께도 깊이 감사드립니다.

I. 서론

문화는 국가 또는 지역사회, 집단 고유의 정체성과 밀접한 관련이 있으며, 한 사회에서 널리 공유되는 문화는 공동체적 삶의 중요한 토대가 된다. 그러한 문화의 산물 중 오랜 역사를 거쳐 형성된 문화재는 국가의 정체성 확립에 기여하고 국민의 문화생활의 토대가 되는 중요한 공공적 자산일 뿐만 아니라 지역경제 활성화를 위한 자원이자 문화산업의 원동력으로서 그 중요성을 인정받고 있다. 이러한 문화재는 한 번 훼손되면 되돌릴 수 없는 비가역성을 갖기 때문에 사전적인 보호가 적절히 이루어져야 한다. 특히 문화재의 보호를 위협하는 요인으로서는 문화재 자체의 열화(劣化)도 있지만 자연재해나 건설공사와 같은 외부적 요인이 심각한 훼손을 초래한다고 할 수 있으며, 그 중에서도 건축행위나 건설공사는 문화재 주변 지역에서 일상적으로 일어나는 외부적 변화로서 문화재 보존과 관련한 여러 가지 문제를 제기한다.

우리나라는 1962년부터 역사적·문화적 가치 있는 자산을 훼손·멸실의 위험으로부터 보호하기 위한 목적으로 문화재보호법을 제정·시행해왔다. 이 법에서 ‘문화재’란 인위적이거나 자연적으로 형성된 국가적·민족적 또는 세계적 유산으로서 역사적·예술적·학술적 또는 경관적 가치가 큰 것을 말하고, 그 종류는 유형문화재·무형문화재·기념물·민속문화재로 구분된다(문화재보호법 제2조제1항). 이러한 문화재 중 중요한 것을 지정하여 지정문화재에 대한 중점적인 보호가 이루어졌으며, 그 중에서도 문화재보호법상 원형 유지 원칙의 적용과 현상변경행위에 대한 허가제도가 문화재 보호제도의 주된 내용을 이루었다.

그러나 개별 문화재만을 보존하는 것은 오히려 문화재를 고립시킬 수 있다는 우려와 함께 문화재 주변 환경에서 이루어지는 일들이 문화재와 그 중요성에 영향을 미친다는 인식이 점차 확립되면서 문화재의 인접 지역에서 이루어지는 행위에 대한 관리가 요구되었다. 이에 문화재보호법은 역사문화환경 보존지역을 설정하여 이곳에서 허용되는 구체적인 행위기준을 수립·고시하도록 하고, 역사문화환경을 훼손하는 행위를 하려는 자는 행정청

의 허가를 받도록 하고 있다.

그러나 최근의 문화재 보존 관련 논의에서 지속가능성이 중요하게 다루어지면서 문화재를 지역 공동체의 삶의 질을 제고하는 공유된 자원(shared resource)으로 보는 관점이 확립되고 있고, 물질로서의 문화재의 보존보다 문화재의 가치 보존, 공동체의 절차적 참여가 중요시되고 있다. 이러한 상황에서 최근 문화재청은 역사문화환경 보호에 계획적 접근방법을 도입하는 역사문화환경 관리계획의 법제화를 추진하는 등 우리의 역사문화환경 보호제도는 변환점을 맞이하고 있으나, 이러한 정책 변화에 대하여 행정법에 입각한 연구를 찾아보기 어렵다.

이에 이 글은 현행 역사문화환경 보호제도의 한계점을 논하고 이를 보완하기 위한 역사문화환경 관리계획의 방향성을 제시하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 먼저 역사문화환경의 정의와 보호 필요성에 대해 고찰하고, 현행 문화재보호법상 역사문화환경 보호제도의 연혁과 주요 내용을 살펴본 후, 역사문화환경 보호제도의 건축행위 등 허용기준과 행위허가를 구체적으로 고찰하고 향후 제도의 재정립 방향으로 역사문화환경 관리계획의 방향성을 제시하였다.

II. 역사문화환경의 의의

1. 역사문화환경의 개념정의

(1) 논의의 배경과 학문상 개념

우리나라는 1960년대부터 1990년대까지 급격한 산업화·도시화를 겪었고, 도시지역에서는 고밀도 개발이 이루어졌다. 성장과 개발, 경제적 효율성이 최고의 가치였던 산업화 시대에 도시는 개발을 통하여 경제가치를 창출하는 공간으로 인식되었다. 도시개발 과정에서는 도시의 역사적 맥락에 대한 숙고없이 역사적 의미를 갖는 건축물이 철거되거나 문화재 주변 지역이 난개발되었다.¹⁾ 문화재 주변 지역에 들어서는 고층·대규모 건축물로 인해

문화재가 상대적으로 초라해보이게 되었고, 문화재의 형성배경이 되는 지역적 맥락을 단절시켰다. 이에 도시계획학, 건축학, 환경학 등 학계에서는 도시화로 인한 개발압력으로부터 도심의 역사적 장소를 보호할 필요성이 있음을 인식하고, 역사적 문화환경, 문화환경, 역사경관, 역사문화경관, 역사환경 등 다양한 용어를 사용하면서 관련 논의를 활발히 전개하였다.²⁾

학문상 개념으로서의 역사문화환경은 그 용어가 일치되어 있지 않으며 다양하게 정의되고 있다. 예컨대, 역사문화환경, 역사환경, 역사문화경관, 역사지구 등 용어를 엄밀히 구분하지 않고, 역사적 가치를 갖는 건축물(구조물)과 주변 공간이 이루는 경관³⁾으로 이해하기도 하고, 역사적 특징을 가진 지역·지구 등 일단의 공간⁴⁾으로 파악하기도 하며, 역사적으로 형성되어 온 생활환경·자연환경·도시환경⁵⁾ 등으로 상당히 포괄적으로 개념짓기도 하였다.

(2) 실정법상 개념

역사문화환경이 처음 실정법상 용어로 개념정의된 것은 2004.3.5. 제정된 ‘고도(古都) 보존에 관한 특별법(현행 고도 보존 및 육성에 관한 특별법)’이다. 제정 당시 이 법은 ‘역사적 문화환경’을 “역사적 의의를 갖는 전통 및

-
- 1) 우리나라 근대 상업시설이었던 화신백화점이 서울특별시의 종로도로확장계획으로 모두 철거되었고, 덕수궁과 인왕산을 배경으로 로마네스크 양식의 독특한 실루엣이 뚜렷했던 대한성공회 건물도 역사적 경관이 훼손되었다. (조대성, “도시개발과 역사문화환경”, 「건축」, 제40권 제7호, 1996.8. 참조)
 - 2) 이 시기에 이루어진 연구의 예로서, 조대성, “도시개발과 역사문화환경”, 「건축」, 제40권 제7호, 1996.8.; 이영경, “문화역사공간의 환경보존을 위한 정책방향”, 「환경정책」, 제4권 제2호, 1996.12.; 이왕기 외, “역사적 문화환경의 효율적 보존을 위한 문화재 보존 관련법 고찰”, 「대한건축학회 논문집」, 제13권 제4호, 1997.4.; 김동현, “역사문화 환경의 보존과 재생”, 「건축」, 제40권 제7호, 1996.8. 등이 있다.
 - 3) 진영환, 역사경관의 재구성성에 관한 연구: 도시내의 문화재를 중심으로, 서울대 환경대학원 석사학위논문, 1982; 채미옥, “역사문화환경 보존 및 회복을 위한 문화적 도시계획 수립 방안 연구”, 「국토계획」, 제54권 제3호, 2019, 174면에서 재인용.; 최형석, “역사경관 보전을 위한 건축물 높이규제에 관한 연구(1)”, 「국토계획」, 제36권 제1호, 2001.
 - 4) 강동진·최동식, “역사지구의 개념 확대와 정립을 위한 기준”, 「국토계획」, 제37권 제4호, 2002.
 - 5) 강성원 외, “역사환경으로서의 도시조직 변화 연구: 종로구 익선동 도시환경정비구역을 중심으로”, 「2006 도시설계학회 춘계학술발표대회」, 2006; 장재일·오종열, “역사문화환경을 활용한 해의 도시재생 사례의 문헌적 고찰”, 「부동산학보」, 제57권, 2014.

문화를 구현·형성하고 있는 건조물·유적 등과 주위의 자연환경이 일체를 이루고 있는 것”으로 정의하고 있었다. 그러다가 2011.7.21. ‘고도(古都) 보존 및 육성에 관한 특별법(이하, 고도육성법)’으로 개정이 이루어지면서 “고도의 생성·발전 과정의 배경이 되는 자연환경과 역사적 의의를 갖는 유형·무형의 문화유산 등 고도를 구성하고 있는 일체의 요소”로 ‘역사문화환경’을 정의하였다. 이와 같은 고도육성법상 역사문화환경 정의규정은 종래의 정의가 건조물·유적 등과 주위의 자연환경으로 이해하여 한 시대의 도읍지로서 고도가 입지하게 된 지리적 여건을 부차적인 것으로 인식하던 것에서, 고도의 생성·발전과정의 배경이 되는 자연환경 및 유·무형의 문화유산 등을 망라하는 총체적인 개념으로 인식의 전환이 있었음을 보여준다.⁶⁾

한편, 2010.2.4. 개정 ‘문화재보호법’에 역사문화환경 정의조항이 신설되면서 문화재 보호행정 전반에 적용되는 법률상 용어로서 역사문화환경 개념이 도입되었다. 이 법은 역사문화환경을 ‘문화재 주변의 자연경관이나 역사적·문화적인 가치가 뛰어난 공간으로서 문화재와 함께 보호할 필요성이 있는 주변 환경’으로 정의한다(제2조 제6항). 여기에서 ‘지정문화재’가 아니라 ‘문화재’라는 표현을 사용한 것은, 지정문화재뿐만 아니라 비지정문화재도 그 주변 환경과 함께 역사문화환경을 형성할 수 있다는 것으로 이해된다. 다만, 현행 문화재보호법상 지정문화재의 주변 지역을 ‘역사문화환경 보존지역’으로 정하고 이 지역에 한하여 일정한 행위제한이 가해진다는 점에서, 제도적으로 보호되는 역사문화환경은 지정문화재 주변 지역에 한정된다. 또한, 동법상 역사문화환경은 ‘문화재 주변’의 공간이면서 ‘문화재와 함께 보호할 필요성이 있는 (문화재의) 주변 환경’을 뜻하므로, 이는 문화재의 존재가 전제되어야 성립되는 개념이라는 점에서, 고도육성법상 역사문화환경 개념과는 차이가 있다.

(3) 검토

역사문화환경이라는 용어는 ‘역사’, ‘문화’, ‘환경’이라고 하는 추상적 용

6) 문화재청 고도보존팀, 고도육성 정책의 이해, 2009.7, 7~8면.

어들의 합성어로서, 단어 자체만으로는 의미가 명확히 파악되지 않는다. 그리고 그 개념은 그 자체로 독립적·객관적인 실체를 갖는 것이 아니라, 규범과 제도를 통해 구체화되고 내용을 형성해나가는 개념이라고 할 수 있다.

학문상 개념과 실정법상 개념에 기초하여 역사문화환경의 개념을 종합해보면, ‘문화재와 그 주변 환경이 이루는 역사적 경관’이라는 최협의부터 ‘역사적인 특성과 정체성을 나타내는 일정한 지역범위의 공간’이라는 최광의까지 개념적 스펙트럼이 존재한다. 그 속에서 역사문화환경의 개념을 좁게 이해할수록 개념의 중심에 문화재를 두고, 역사문화환경은 문화재와 주변 환경이 이루는 경관으로서 문화재의 감상에 방해되지 않도록 하는 기능적인 공간으로 파악하게 된다. 반면 역사문화환경의 개념을 역사적인 특성과 정체성을 나타내는 일정한 지역범위의 공간으로 넓게 이해하면, 문화재 등 역사적 자산은 그 공간의 구성요소로서의 의미를 갖게 된다. 고도육성법상 역사문화환경의 개념이 여기에 해당된다고 할 수 있다.

다만, 이러한 개념적 구별이 절대적인 것은 아니고, 개별 단위의 문화재와 그 주변 지역이 형성하는 일단(一團)의 물리적 공간에 대하여, 문화재와 그 주변 지역의 관계를 어떻게 이해하느냐에 따라 역사문화환경에 대한 개념의 폭이 달라질 수 있다. 즉, 문화재와 주변 지역의 관계를 파악할 때, 문화재에 초점을 맞추어 주변 지역을 부수적·기능적으로 이해한다면 역사문화환경의 개념도 협의로, 일단의 지역을 역사적 특성을 나타내는 하나의 면단위 공간으로 이해한다면 역사문화환경의 개념도 광의로 이해될 수 있는 것이다.

현행 문화재보호법상 역사문화환경은 문화재의 주변 지역으로서 문화재와 함께 보호되어야 하는 공간을 의미하므로 역사문화환경을 협의로 개념 정의하는 것으로도 볼 수 있다. 그러나 문화재와 시각적 조화를 이루는 주변의 자연경관뿐만 아니라, ‘역사적·문화적 가치가 뛰어난 공간’을 문화재와 함께 보호되어야 하는 역사문화환경의 개념에 포함시키고 있다는 점에서, 단순히 문화재의 주변 지역으로서 부수적·기능적으로 이해한다고도 할 수 없다. 역사문화환경은 문화재가 형성된 배경(setting)으로서 문화재와 함께 일체로서 보호되어야 하는 공간이다. 그런 점에서 역사문화환경은 시각적으로

문화재의 감상을 방해하지 않는 소극적 기능만을 하는 것이 아니라, 문화재와 일체를 이루어 역사적·문화적 가치있는 공간을 형성하는 적극적인 기능을 수행하는 공간으로 역사문화환경의 개념을 이해할 필요가 있다.

2. 역사문화환경 보호의 필요성

(1) 전통적 관점: 문화재 가치의 온전한 보호

문화재는 한 사회가 오랜 시간동안 축적해온 문화적 산물이며, 이러한 문화재의 가치를 온전히 보호하기 위해 관리되는 공간이 역사문화환경이다. 한 사회 또는 집단에서 역사적으로 형성된 문화재는 그 자체가 갖는 고유한 특징이 바탕이 되어 문화적 정체성을 형성한다. 개인으로서는 이러한 문화적 정체성을 공유하는 일원으로 스스로를 인식함으로써 그 공동체에 소속감을 느끼게 되고⁷⁾, 사회의 관점에서 문화재는 공동체의 역사의식 확립과 문화적 정체성의 공유에 기여함으로써 사회통합의 구심력으로 작용한다. 이러한 문화재를 보전하기 위하여 대부분의 국가 또는 사회공동체는 법·제도를 마련하고 있는바, 우리 헌법 제9조는 전통문화의 계승·발전에 대한 국가의 노력의무를 규정하고 있다. 전통문화의 계승·발전 및 민족문화의 창달은 문화재에 대한 이해와 깊은 연구를 통해서 가능하게 되고⁸⁾, 이에 국가는 문화재를 보호할 의무를 가지며, 이러한 헌법상 의무를 구체화하여 문화재보호법은 국가 및 지방자치단체가 문화재를 훼손·파괴·멸실로부터 보호하도록 하고 있다.⁹⁾

7) J.H. Merryman, "The Public Interest in Cultural Property", California Law Review 77(2), 1989., p.349; Arjo Klammer, "The Values of Cultural Heritage", in Handbook on the Economics of Cultural Heritage, edited by Idle Rizzo & Anna Mignosa, Cheltenham·Northampton: Edward Elgar, 2013. p. 428.

8) 헌재 2000.6.29. 98헌바67 결정.

9) 헌법 제9조는 "국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다."고 규정함으로써 문화국가의 이념을 천명함과 동시에 국가에 전통문화의 계승·발전 및 민족문화의 창달을 위한 노력의무를 부과하고 있는바, 이러한 헌법적 요청에 따라 국가는 문화재를 보호할 의무가 있다. 이에 문화재보호법은 국가의 이같은 헌법상 의무를 구체화하여 국가 및 지방자치단체는 각종 개발사업을 계획·시행할 경우 문화재가

그런데 직접적인 보존대상이 되는 문화재만을 개별적으로 보호하는 것은 문화재를 적절히 보호한다고 할 수 없다. 특히 도시지역과 같이 건축밀도가 높은 지역에서는 토지개발유인이 크기 때문에 적절한 규제가 이루어지지 않는다면 고층건물의 건축이나 대규모 건설공사가 문화재 인접지역에서 이루어지게 된다. 여러 국제규범과 관련 문서에서 문화재와 주변 환경이 상호 조화를 이루는 방식으로 보호되어야 한다는 것을 계속해서 확인해온 것처럼¹⁰⁾, 문화재와 일체를 이루는 주변 환경까지 보호하여야 문화재의 가치를 온전히 보호한다고 할 수 있다.

(2) 새로운 관점: 지역 주민의 삶의 질을 제고하는 도시자원 확보

2005년 유럽회의(Council of Europe)에서 채택한 ‘사회를 위한 문화유산의 가치에 관한 협약(Convention on the value of cultural heritage for society, 파로협약)’은 문화유산(cultural heritage)을 정체성을 확인하는 ‘자원’으로 정의하면서¹¹⁾, 문화유산은 물질과 장소 그 자체로 중요한 것이 아니라 문화유산이 표출하는 가치에 사람들이 의미를 부여하고 활용하기 때문에 중요한 것이라는 점을 강조했다. 그리고 사회의 지속가능한 발전을 위해서는 문화유산이 지니는 가치와 그것이 가지고 있는 다양한 잠재력이 자

훼손되지 않도록 노력해야 한다고 규정하고 있다(헌재 2010.10.28. 2008헌바74 결정).

10) 1964년 문화재 보호에 관한 최초의 국제헌장인 ‘기념물과 사적지의 보존, 복원을 위한 국제헌장’이 기념물과 그 주변 환경의 불가분의 관계를 명시하면서 기념물은 주변 환경과 함께 보존되어야 한다고 선언한 이후로, 1968년 제15차 유네스코 총회에서 채택된 ‘공적 또는 사적 공사에 의해 위협에 처한 문화재의 보존에 관한 국제권고’에서도 문화재와 그 주변 환경까지도 공적·사적 공사에 의한 파괴 및 훼손 위험으로부터 사전적·시정적인 보존 및 구제조치를 취할 것을 권고하였다. 또한 1972년의 ‘문화 및 자연유산의 국가적 보호에 관한 권고’는 문화 또는 자연유산이 그 환경으로부터 분리되어서는 안 되고, 보호조치에 있어서는 시간의 흐름에 따라 자연적으로 혹은 인위적으로 기념물과 그 주변 환경 사이에 형성된 조화가 가장 중요하며, 그것이 저해되거나 파괴되어서는 안 된다는 것을 원칙으로 제시하였다. 그리고 1976년 ‘역사 유적지의 보호와 현대적 역할에 관한 권고’는 개발과 현대화에 따라 역사적 유산이 심각한 위협을 받고 있음에 주목하면서 역사 유적지와 그 환경이 전체적으로 통일성을 가지고 위험으로부터 보존되어야 함을 천명하였다.

11) Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society Article 2(a)

원으로서 잘 사용되어야 한다는 것 역시 강조했다.¹²⁾ 2016년 신도시아젠다(New Urban Agenda)는 문화유산을 비롯한 문화적 인프라는 도시지역을 재생 및 재활성화하고 시민의 사회적 참여를 증진시킨다고 하여 도시정책에 있어서 문화유산의 역할을 강조하였다. 또한 지속가능한 도시발전에 있어서 문화유산의 보호 및 활용(leveraging)의 중요성을 언급하기도 하였다.

이처럼 한 도시의 문화재 및 역사문화환경은 지역사회의 정체성과 고유의 특성을 나타냄으로써 지역주민의 삶의 질에 중요한 요소로 작용한다. 획일적이고 일률적인 환경보다는 지역의 고유한 자연, 지형, 풍토, 문화를 바탕으로 개성과 특색 있는 공간이 활력을 가지므로, 도시공간을 조성함에 있어서 기능적 효율성만을 강조할 것이 아니라 쾌적하고 미관이 양호하며 문화적으로 다양한 생활환경을 조성하여 인간의 삶의 층위를 더욱 풍요롭게 만들어야 한다. 뿐만 아니라 다양하고 풍부한 역사적 경관은 그 자체로서 국가 또는 도시의 경쟁력의 원천이 된다. 역사문화환경의 보전·관리를 통해 지역경제를 활성화하고 지역재생을 추진하는 사례를 통해 역사문화환경의 경제적 측면에서의 보호가치도 찾을 수 있다.

Ⅲ. 문화재보호법상 역사문화환경 보호제도

1. 제도의 연혁

(1) 건축법상 사전승인제도(1978년~1999년)

1962.1.10. 문화재보호법(이하, 다른 법률명과 명시적으로 구별되어야 할 때를 제외하고는 ‘법’이라 한다.) 제정 당시에는 문화재 자체의 보존에 중점을 두어 개별 문화재의 보호구역을 지정하는 정도에 그치다가¹³⁾, 1978.10.30. 개정된 건축법 시행령에 따라 문화재 보호구역 경계로부터 일정한 반경 이

12) 이수정, “가치 중심의 건축문화유산 보존정책의 필요성”, 「건축」 제62권 제3호, 2018, 34면.

13) 1962.1.10. 제정 구 문화재보호법 제11조 참조.

내에서 이루어지는 건축행위에 대한 허가는 시장·군수가 상급기관의 승인을 얻도록 하는 사전승인제가 도입되어 문화재 주변 지역에서 이루어지는 건설공사 등의 행위에 대한 규제가 이루어졌다.¹⁴⁾

한편, 1998년부터는 건축허가권자가 건축허가를 하고자 할 경우, 해당 대지에서의 건축이 문화재 현상변경 허가사항을 규정한 법 제20조에 적합한지 여부, 즉 국가지정문화재의 현상을 변경하거나 그 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위로서 문화체육부장관의 허가를 받아야 하는 사항에 해당 하는지를 확인하도록 하였다.

그러나 사전승인제도는 당시 행정규제완화 조치에 따라 1999.4.30. 법령 개정으로 해당 규정이 삭제되었다.¹⁵⁾ 이에 건축허가시 법 제20조에 적합한지 여부를 확인하도록 한 규정만이 존속하게 되었고, 개정 법률에서는 확인 사항이 다른 행정기관의 권한에 속하는 때에는 당해 행정기관의 장과 협의 하도록 하였다.¹⁶⁾

(2) 문화재보호법상 문화재 보존영향검토제도(2000년~2010년)

사전승인제도 관련 규정의 삭제로 문화재 주변에서 이루어지는 건설공사에 대한 통제에 공백이 생겼고, 건설공사로 인한 문화재 훼손을 유발하거나 이에 대해 행정청이 사후에 보완지시를 하는 등 비효율의 문제가 발생하였다. 이에 문화재 주변 지역의 건설공사에 대한 사전 검토의 필요성이 다시 제기되었고, 2000.1.12. 법 개정으로 문화재 외곽경계의 일정한 반경 내에서 이루어지는 건설공사에 대하여는 인·허가에 앞서 문화재 보존에 미치는

14) 제도 도입 당시 문화재보호법상 문화재 보호구역 경계(보호구역이 지정되지 아니한 경우에는 문화재의 외곽경계)로부터 300미터 이내에 건축하는 건축물로 사전승인권자는 건설부장관이었다. 이후 1982.8.7. 건축법 시행령 개정으로 100미터로 축소되었다(영 제7조 제3호). 1992.5.30. 건축법 시행령 개정과 함께 사전승인권자는 시·도지사로 변경되었다.

15) 1998년도 건축분야의 주요규제정비 사항으로는 건축물 건축에 따른 불편사항을 개선하기 위한 신고로 가능한 건축물의 범위 확대, 각종 지구 안에서의 건축제한 완화 등이 이루어졌다. (규제개혁위원회, 1999년도 규제개혁백서, 2000, 462면).

16) 건축법(1999.2.8., 일부개정) 제8조 제4항, 건축법 시행령(1999. 4. 30., 일부개정) 제8조 제4항 참조.

영향을 검토하도록 하였다(이른바 문화재 보존영향검토).¹⁷⁾

개정법에 따라 시·도지사는 문화재청장과 협의하여 조례로써 문화재 외곽경계로부터 500미터 이내의 지역을 문화재 보존영향검토가 이루어지는 지역(문화재 보존영향검토구역)으로 정하도록 하였다(구 시행령 제43조의2 제1항). 그리고 보존영향검토 결과, 해당 건설공사가 국가지정문화재 보존에 영향을 미칠 우려가 있다고 판단되는 때에는 같은 법 제20조 제4호에서 규정하는 “국가지정문화재의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위”에 해당하는 것으로 보아 문화재청장의 허가를 받도록 하였다. 그러나 문화재 보존영향검토구역에 대해서는 시·도지사가 조례로써 정하도록 하는 것과는 별개로, 동일한 지역에 대해 국가지정문화재 외곽경계로부터 500미터 이내 지역에 대한 확실적인 허가기준을 적용하는 법 제20조제4호를 적용하면서, 문화재의 성격과 입지조건에 대한 고려 없이 재산권을 침해한다는 등의 문제가 제기되었다.¹⁸⁾ 그러던 중 2005.12. 토지이용규제기본법 제정과 함께 토지이용 관련 규제의 투명성 제고를 목적으로 하는 정책들이 추진되었고, 이와 관련하여 문화재 보존영향검토 시 투명하고 객관적인 기준을 마련하여 건축행위 등의 허가대상 여부를 결정할 것이 요구되었다. 이에 관련 규정 개정을 통해 문화재별 입지환경과 조망권역 등 검토사항을 반영한 구체적인 ‘허용기준’을 마련·고시하고, 허용기준 범위 내에서 이루어지는 건설공사에 대해서는 문화재 보존영향검토를 생략할 수 있도록 하였다.¹⁹⁾

17) 문화관광위원회, 문화재보호법 중 개정법률안 검토보고서, 1999.11, 5~6면 참조; 문화재보호법 제74조 제2항.

18) 노재현 외, “문화재 주변 영향검토구역의 유형화 방안”, 「한국전통조경학회지」, 제27권 제2호, 2009.6., 22면; 시행규칙은 허가대상이 되는 “보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위”를 구체적으로 열거하면서, “국가지정문화재 외곽경계로부터 500미터 이내의 지역에서 행하여지는 국가지정문화재의 일조량에 영향을 미치거나 경관을 저해할 우려가 있는 건축물 또는 시설물을 설치·증설하는 행위”는 허가대상이 되는 것으로 하였다(2000.9.1. 문화재보호법 시행규칙 제18조의2 제2항 제2호 다목). 해당 조문은 현상변경 허가규정의 적용범위인 ‘국가지정문화재 외곽경계로부터 500미터’와 시·도지사가 조례로 정한 문화재 보존영향검토구역과의 관계에 대한 해석상 문제를 초래하였다.

19) 2006.9.27. 제정 국가지정문화재 주변 현상변경허용기준 마련 지침

(3) 문화재보호법상 역사문화환경 보존지역제도(2010년 이후)

2010.2.4. 문화재보호법 전부개정으로 역사문화환경 보호에 관한 규정도 대폭적으로 정비되었다. 먼저 ‘역사문화환경’의 정의조항이 신설되어 법률상 용어로서 그 의미를 명확히 하고, 제13조는 ‘역사문화환경 보존지역의 보호’라는 제목 하에 역사문화환경 보존지역의 설정(제1항), 역사문화환경 보존지역에서 시행하는 건설공사에 대한 문화재 보존영향검토(제2항), 역사문화환경 보존지역의 범위(제3항), 문화재 지정시 역사문화환경 보존지역에서의 구체적인 행위기준 고시(제4항), 행위기준 범위 내에서 행하여지는 건설공사에 대한 문화재 보존영향검토 생략(제5항) 등의 내용을 규정하였다.

이 시기 역사문화환경 보존지역의 보호와 관련된 규정을 전면적으로 정비하면서 나타난 주요 변화는 첫째, 이전까지는 실무상 ‘문화재 보존영향검토구역’이라고 불리던 지역이 ‘역사문화환경 보존지역’이라는 법률상 용어로 변경되었다. 둘째, 문화재 보존영향검토의 대상을 지정문화재·등록문화재·비지정문화재 등을 포괄하는 ‘문화재’에서 ‘지정문화재’로 구체화하였다.²⁰⁾ 셋째, 시행령과 지침에 분산되어 있던 역사문화환경 보존지역의 범위, 구체적인 행위기준의 고시, 문화재 보존영향검토의 생략 등의 규정을 법률차원에서 규정하게 되었다.

2. 주요 내용

현행 문화재보호법(이하 ‘법’이라 한다)상 역사문화환경 보호제도의 주요 내용을 살펴본다.

(1) 역사문화환경 보존지역의 범위 설정

문화재청장은 문화재 중 중요한 것을 국보·보물, 국가무형문화재, 사적·

20) 문화재보호법상 ‘지정문화재’는 문화재청장이 지정하는 국가지정문화재, 시·도지사가 지정하는 시·도지정문화재, 향토문화보존상 필요로 인해 시·도지사가 지정하는 문화재자료를 말한다(제2조 제2항)

명승·천연기념물, 국가민속문화재 등으로 지정할 수 있고, 국가무형문화재 이외의 국가지정문화재 지정 시 문화재 보호를 위하여 특히 필요하면 보호물 또는 보호구역을 지정할 수 있다(법 제27조). 보호구역은 지상에 고정되어 있는 유형물이나 일정한 지역이 문화재로 지정된 경우, 해당 지정문화재의 점유 면적을 제외한 지역으로서 그 지정문화재를 보호하기 위하여 지정된다. 문화재청장은 ‘보존상 특히 필요한 경우’에 최대 100m 이내 또는 최소한의 범위를 문화재 보호구역으로 지정할 수 있다.²¹⁾ 문화재 구역 및 보호구역에 대해서는 경미한 행위를 제외한 모든 현상변경 행위는 문화재청장의 허가를 받도록 하는 등 엄격한 제한이 가해진다.

법은 지정문화재(보호구역이 지정된 경우 보호구역)로부터 500미터 이내 범위에서 시·도지사가 문화재청장과 협의하여 조례로써 ‘역사문화환경 보존지역’의 범위를 정하여야 한다고 규정하고 있다. 국가지정문화재의 역사문화환경 보호는 국가사무이지만, 이를 시·도지사가 문화재청장과 협의하여 조례로 정하도록 한 취지는 국가지정문화재가 입지한 환경 및 지역의 특성에 정통한 지방자치단체의 장이 그러한 지역적 특성을 고려하여 정하는 것이 주민의 생활환경 조성 및 토지이용의 측면에서 타당하기 때문이다.²²⁾ 그에 따라 각 시·도는 문화재보호조례에서 역사문화환경 보존지역의 범위를 <표 1>과 같이 설정하였다. 그에 따라 2017.12.31. 기준으로 지정문화재의 문화재구역(문화재 지정구역 및 보호구역)은 총 2,209.6km², 역사문화환경 보존지역은 총 4,144.0km²의 면적을 차지하고 있다.²³⁾

21) 국보·보물 및 국가민속문화재의 경우 해당 문화재의 최대 돌출점에서 최대 100m 이내의 지역을 보호구역으로 정할 수 있고, 사적의 경우 문화재 보호에 필요한 최소한의 구역을 보호구역으로 정할 수 있다(문화재보호법 시행령 별표2 보호물 또는 보호구역의 지정기준).

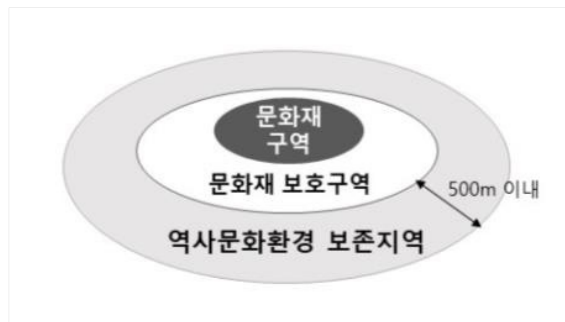
22) 대법원 2006.3.10. 선고 2004추119 판결

23) 문화재청, 역사문화환경 보존지역 현황분석 및 허용기준 재조정 정책효과분석 연구, 2018, 13면.

<표 1> 각 시·도별 문화재보호조례에서 정한 ‘역사문화환경 보존지역’의 범위

구분	국가지정문화재		시·도지정문화재		비고
	주·상·공 ²⁴⁾	그 외 ²⁵⁾	주·상·공	그 외	
서울	100m	100m	50m	50m	
전북	500m	500m	500m	500m	
부산, 대구, 인천, 광주, 울산	200m	500m	200m	500m	
충청, 경기, 강원, 세종, 전남, 경상	200m	500m	200m	300m	주·상·공 지역 10층 이상 건축은 500m
제주	500m	500m	300m	300m	

출처: 문화재청, 2018년 문화재 현상변경 등 업무 편람, 2018, 28면.

<그림 2> 문화재구역, 문화재 보호구역과
역사문화환경 보존지역의 개념

(2) 허용기준의 수립·고시와 문화재 보존영향검토

문화재청장은 문화재를 지정하면, 그 지정고시가 있는 날로부터 6개월 이내에 역사문화환경 보존지역에서 지정문화재의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위에 관한 구체적인 행위기준(이하, ‘허용기준²⁶⁾’이라 한다)을 고

24) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제36조제1항에 따른 도시지역 중 주거지역, 상업지역, 공업지역

25) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제36조제1항에 따른 도시지역 중 녹지지역, 관리지역, 농림지역, 자연환경보전지역

시해야 한다(법 제13조제4항).

역사문화환경 보존지역은 2개 이상의 구역으로 구분되어 구역별 허용기준이 수립된다. 이 때 문화재의 왜소화 방지, 문화재 내·외부로의 조망권 확보, 스카이라인 확보 등 문화재 보존 및 경관적 측면과 주변 지역의 개발 정도, 건축물 현황 등 지역의 토지이용 여건이 반영된다. 그리하여 역사문화환경 보호를 위하여 지형, 삼림, 수계 등 보존이 필요한 구역, 건축물 규제(규모, 형태) 및 행위(소음·진동, 대기오염 등) 제한이 불가피한 구역, 기타 특별한 검토가 필요한 구역은 ‘개별심의구역’으로, 문화재 주변의 기존 건물의 현황, 토지 이용 정도 등을 고려하여 층고의 최고높이를 m단위로 구분하는 ‘고도제한구역’, 지형특성에 따라 역사문화환경의 보존에 직접적 영향이 없다고 판단되는 구역은 ‘타 법령에 따른 구역’으로 구분하여 정해진다.

허용기준이 고시된 이후, 해당 역사문화환경 보존지역 내에서 건설공사를 하려는 자가 그에 대한 허가신청을 한 때에는 건설공사 인·허가 담당기관(관할 시·군·구)은 그 건설공사가 허용기준의 범위 내에 해당하는지를 검토한다. 그 결과 허용기준 범위 이내의 건설공사는 건축법 등 관계법규에 따라 처리하도록 하고, 그 범위를 초과하는 경우 법 제35조제1항제2호의 행위허가 절차를 이행하도록 한다.

허용기준이 수립되지 않은 역사문화환경 보존지역²⁷⁾에서는 건설공사 인·허가 신청시 개별적인 문화재 보존영향검토를 실시한다. 검토 결과 문화재 보존에 영향을 미칠 우려가 없는 경우에는 건축법 등 관계법규에 따라 처리하고, 보존에 영향을 미칠 우려가 있다고 확인되는 경우에는 행위허가 절차를 이행한다.

26) 실무와 학계에서는 현상변경허용기준, 현상변경기준, 현상변경허가기준, 현상변경허가처리기준 등의 명칭을 혼용하고 있으나, 본고에서는 ‘역사문화환경 보존지역내 건축행위 등에 관한 허용기준 작성 지침’에 따라 ‘허용기준’으로 칭하고자 한다.

27) 2017.12.31. 기준으로 국가지정문화재의 행위허용기준은 작성대상인 1,951건 중 1,832건(93.9%)이 마련되었으며, 2018.12.31. 기준 행위허용기준은 총 1,933건이 마련(고시)되었다. (문화재청, 역사문화환경 보존지역 현황분석 및 허용기준 재조정 정책효과분석 연구, 2018 ; 문화재청, 통계로 보는 문화유산, 2018)

(3) 행위허가

문화재는 한 번 손상되면 원상태로 되돌릴 수 없거나 회복에 막대한 비용과 시간이 소요되기 때문에, 문화재의 보존·관리 및 활용은 ‘원형(原形) 유지’를 기본 원칙으로 한다(법 제3조). 따라서 문화재의 원형을 훼손하는 행위, 즉 문화재의 현상을 변경하고 그 보존에 영향을 미치는 행위는 엄격히 제한되며, 이를 위한 사전적인 수단으로서 허가제를 실시하고 있다. 법은 문화재 및 그 보호구역뿐만 아니라 문화재(보호구역) 외곽경계의 외부 지역에서 이루어지는 현상변경행위도 문화재 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 경우에는 문화재청장의 허가를 받도록 하고 있다.²⁸⁾ 이러한 역사문화환경 보존지역에서 이루어지는 건설공사 등에 대한 허가를 ‘행위허가’라 한다.²⁹⁾

법 제35조는 허가사항을 정하면서 제1항제2호에서 ‘국가지정문화재의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위’로서 구체적인 허가대상은 하위법령에 위임하고, 이에 시행령 제21조의2 제2항은 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위를 아래 <표 2>와 같이 구체화하고 있다. 한편, ‘역사문화환경 보존지역내 경미한 건축행위 등에 관한 기준³⁰⁾’으로 고시되는 경미한 현상변경 등의 행위는 시장·군수·구청장의 허가를 받는 것으로 한다(법 제35조제1항 단서).

28) 이러한 입법취지에 대하여 대법원은 원형유지 원칙은 문화재 그 자체뿐만 아니라 문화재가 위치한 자연환경과 주변 환경까지를 포함하기 때문이라고 해석하였다(대법원 2004.1.29. 선고 2003두10701 판결).

29) 종래에는 문화재 지정구역과 보호구역, 역사문화환경 보존지역의 현상을 변경하는 행위에 대한 허가를 ‘현상변경허가’로 통칭하였으나, 성질상 다른 제도를 동일한 용어로 칭하는 것은 제도의 취지를 과도하게 엄격히 받아들일 수 있다는 점에서 ‘역사문화환경 보존지역 내 건축행위 등에 관한 허용기준 작성지침’ 개정으로 문화재구역과 역사문화환경 보존지역을 분리하여 운용하고 있다. 이에 문화재 및 문화재보호구역에서의 현상변경행위에 대한 허가는 ‘현상변경허가’, 역사문화환경 보존지역에서의 건축행위 등에 대한 허가는 ‘행위허가’로 구별하여 부르고, 이 글에서도 역사문화환경 보존지역에서의 허가를 ‘행위허가’라는 용어를 사용하고자 한다.

30) 이 고시에서는 일반사항으로서 역사문화환경 보존지역내에서 행하는 건축물의 개·제축, 대수선 및 수선, 사방시설의 설치·보수, 도로사면 정비공사, 농도개설·정비, 농업용 용·배수로 정비, 기존 철도·항만·교량의 개·보수, 전기·통신관로 매설·정비, 재난방지시스템, 소방시설 설치 등은 ‘경미한 행위’로 정하고 있다.

<표 2> 허가대상 행위 (시행령 제21조의2 제2항)

1. 역사문화환경 보존지역에서 하는 다음 각 목의 행위 가. 해당 국가지정문화재의 경관을 저해할 우려가 있는 건축물 또는 시설물을 설치·증설하는 행위 나. 해당 국가지정문화재의 경관을 저해할 우려가 있는 수목을 심거나 제거하는 행위 다. 해당 국가지정문화재의 보존에 영향을 줄 수 있는 소음·진동·악취 등을 유발하거나 대기오염물질·화학물질·먼지·빛 또는 열 등을 방출하는 행위 라. 해당 국가지정문화재의 보존에 영향을 줄 수 있는 지하 50미터 이상의 땅 파기 행위 마. 해당 국가지정문화재의 보존에 영향을 미칠 수 있는 토지·임야의 형질을 변경하는 행위 2. 국가지정문화재가 소재하는 지역의 수로의 수질과 수량에 영향을 줄 수 있는 수계에서 하는 건설공사 등의 행위 3. 국가지정문화재와 연결된 유적지를 훼손함으로써 국가지정문화재 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위 4. 천연기념물이 서식·번식하는 지역에서 천연기념물의 동지나 알에 표시를 하거나, 그 동지나 알을 채취하거나 손상시키는 행위 5. 그 밖에 국가지정문화재 외곽 경계의 외부 지역에서 하는 행위로서 문화재청장 또는 해당 지방자치단체의 장이 국가지정문화재의 역사적·예술적·학술적·경관적 가치에 영향을 미칠 우려가 있다고 인정하여 고시하는 행위

허가절차는 먼저 신청자가 허가신청서와 함께 행위계획서, 도면, 현장 사진을 첨부하여 시장·군수·구청장을 거쳐 문화재청장에게 제출한다(시행령 제21조 제1항, 시행규칙 제14조 제2항). 문화재청장이 이를 접수한 후 해당 역사문화환경 보존지역 관련 문화재 현황, 사업내용, 사업대상지 현황, 시장·군수·구청장 의견, 관계전문가 또는 문화재청 소관부서 의견 등을 검토하여 그 결과를 문화재의 보호에 관련된 사항을 조사·심의하기 위하여 설치된 자문기구인 문화재위원회에 제출하고, 해당 신청건의 행위허가 여부에 대해 문화재위원회의 심의를 거친다(국가지정문화재 현상변경 등 허가 절차에 관한 규정(이하, 허가절차규정) 제12조). 문화재위원회 심의 또는 자체 허가에 앞서 필요한 경우 관계 전문가에게 현지조사 또는 서면검토 등 조사

를 의뢰할 수 있다(허가절차규정 제13조제1항). 문화재청장은 허가신청서를 접수한 날부터 30일 이내에 허가 여부를 시장·군수·구청장을 거쳐 신청인에게 통지하여야 한다. 허가 처리 기간이 30일을 초과하는 경우 시장·군수·구청장을 거쳐 신청인에게 진행 과정을 회신해야 한다(허가절차규정 제11조 제1항 및 제2항).

법은 1. 허가신청 대상 행위가 문화재의 보존과 관리에 영향을 미치지 아니할 것, 2. 문화재의 역사문화환경을 훼손하지 아니할 것, 3. 문화재기본계획과 연도별 시행계획에 부합할 것을 허가기준으로 한다(제36조제1항).

허가를 받아 건설공사를 시행하는 자는 허가사항을 착수·완료한 경우에 문화재청장에게 신고하여야 하고, 미신고시 과태료를 부과한다(법 제40조 제3항 및 제103조 제3항). 또한 허가없이 국가지정문화재의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위를 한 자에 대하여 문화재청장 또는 지방자치단체장은 행위중지 또는 원상회복을 내용으로 하는 행정명령을 발할 수 있고, 이를 이행하지 않을 시 행정청이 직접 대집행하고 그 비용을 명령위반자로부터 징수할 수 있다(법 제42조제1항제4호 및 제42조제3항). 무단으로 역사문화환경 보존지역에서 허가받지 않은 건축행위를 하여 지정문화재 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위를 한 경우 5년 이하의 징역, 5천만원 이하의 벌금에 처하고, 정당한 사유 없이 행정명령을 위반한 자는 3년 이하의 징역, 3천만원 이하의 벌금에 처한다(법 제99조제1항제1호 및 제100조제1호).

3. 소결

문화재 주변 지역에서 이루어지는 건축행위 등에 대한 규제는 가장 먼저 건축법 차원에서 건축허가의 관할관청이 상급기관에 사전승인을 얻도록 하는 제도로 시행되어 오다가, 2000년대에 들어 문화재로부터 500미터 이내의 지역을 문화재 보존영향검토구역으로 정하고, 여기에서 이루어지는 건설공사에 대해서는 개별적으로 문화재 보존영향검토를 실시하도록 하였다. 그러다 문화재 보존영향검토를 거쳐 건축행위 등의 허가대상 여부를 결정함에 있어서 보다 객관적이고 예측가능한 기준을 마련할 것이 요구되어, 현행과

같이 역사문화환경 보존지역에서의 구체적인 행위기준을 고시하고, 그 기준 범위를 벗어나는 건설공사 등에 대해서만 행정청의 허가를 얻도록 하였다.

현행 역사문화환경 보호제도는 문화재와 역사문화환경을 보호하기 위하여, 문화재를 중심으로 한 일정한 지역을 역사문화환경 보존지역으로 정하고, 구역을 나누어 구역별로 허용되는 건축기준을 수립·고시하여, 그 기준 이내의 건축 및 건설공사에 대해서는 건축법 등 관계법령에 따르도록 하고, 기준을 초과하는 행위는 ‘문화재 보존에 영향을 미치는 행위’로서 문화재청장의 행위허가를 받도록 한다. 행정주체 또는 그 기관이 일정한 행정활동을 행함에 있어서 일정한 목표를 설정하고 그 목표를 달성하기 위하여 필요한 수단을 선정하고 그러한 수단들을 조정하고 종합화한 것을 행정계획이라 하는데³¹⁾, 현행 역사문화환경 보호제도는 문화재보호법으로 규율되는 특수한 공간계획으로서 행정계획에 해당한다.

또한 각 시·도는 국토계획법상 용도지역을 기준으로 역사문화환경 보존 지역의 범위를 차등적으로 설정하고 있는데, 이처럼 지역 내 문화재 주변의 일정한 지역범위를 확정하여 기존의 국토계획법상의 용도지역 및 그에 따른 허가요건과 중첩되는 또 다른 허가요건을 부과하는 것이 되어 국토계획법상 ‘지구제’의 기능을 한다.³²⁾

다음 장에서는 역사문화환경 보호제도의 주요한 수단이라 할 수 있는 허용기준과 행위허가에 대해 구체적으로 검토하면서 각각의 법적 성질과 제도 운영상 한계점을 살펴본다.

IV. 허용기준과 행위허가에 대한 검토

1. 허용기준

(1) 허용기준의 법적 성질

31) 박균성, 행정법론(상), 제18판, 박영사, 2019, 274면.

32) 김종보, 건설법의 이해, 제6판, 박영사, 2018, 293면 참조.

문화재청장은 문화재의 지정고시가 있는 날로부터 6개월 이내에 역사문화환경 보존지역에서 허용되는 구체적인 행위기준(이하, 허용기준이라 한다)을 수립·고시하여야 한다(법 제13조제4항).

허용기준은 문화재청장이 문화재의 입지와 주변 환경에 따라 구역을 세분화하여 각 구역별로 허용되는 구체적인 행위의 기준을 수립하고, 구역별 행위기준을 명시한 허용기준표와 지형도면을 함께 관보에 고시함으로써 효력이 발생한다. 역사문화환경 보존지역의 범위를 조례로 정하는 것이 해당 시·도 내에 존재하는 모든 지정문화재를 규율하는 것이라면, 허용기준은 개별 문화재의 역사문화환경 보존지역을 규율하는 것이다. 따라서 허용기준은 개별 문화재의 역사문화환경 보존지역이라는 일정한 대상지역 내에서 행정청의 허가를 받지 않고도 허용되는 건설공사 등 행위기준을 설정하는 구체적인 행정계획에 해당한다. 이러한 허용기준은 역사문화환경 보존지역 내의 다수의 수범자를 예정하므로 법은 허용기준을 관보에 고시하도록 규정한 것이다.³³⁾

이후 역사문화환경 보존지역에서 건설공사 등을 하려는 자는 행정청에 건축허가 등을 신청하고, 건설공사 인·허가 담당기관은 신청행위가 문화재 보호법상 행위허가의 대상이 되는지를 허용기준을 기초로 하여 판단한다. 허용기준을 초과하는 행위는 ‘허가대상’이 되는 것이므로, 이때 허용기준은 ‘허가여부’를 판단하는 기준이 아니라, ‘허가대상 여부’를 판단하는 기준이다. 따라서 법 제13조제4항의 위임을 받아 정한 허용기준은 역사문화환경 보존지역 관련 규정(제13조) 및 행위허가 관련 규정(제35조 및 시행령 제21조의2)에서 정하는 허가대상을 구체적인 기준으로 제시하는 것으로서, 이러한 상위법령과 결합하여 건설공사 인·허가 신청단계에서의 ‘허가대상’을 판단하는 한도에서 대외적 구속력을 갖는다고 보아야 할 것이다.

그러나 허용기준 그 자체만으로는 직접 개인의 구체적인 권리의무에 영향을 미치지 않기 때문에, 허용기준의 고시를 행정쟁송으로 다룰 수는 없다고 보아야 한다. 대법원도 “(허용기준) 고시에 따라 현상변경허가의 대상

33) 김종보, “계획·확정 행위와 행정행위의 구별”, 『행정법연구』, 제7호, 284~287면 참조.

이 된 행위에 대하여 현상변경 불허가처분이라는 구체적인 집행행위가 있을 때 토지 소유자 등의 구체적인 권리의무에 대한 영향이 발생하거나 그에 관한 법률관계가 확정되는 것인 이상, 이 사건 고시가 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가진 것이라고 볼 수 없다”고 하여 허용기준 고시가 항고소송의 대상이 되는 처분에 해당하지 않는다고 판단한 원심을 인용하였다.³⁴⁾

(2) 허용기준의 기능과 규율밀도

허용기준은 ‘지정문화재의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위에 관한 구체적인 행위기준’을 그 내용으로 한다(법 제13조제4항). 여기서 ‘지정문화재의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위’란 다른 아니라 행정청(문화재청장)의 허가대상인 ‘국가지정문화재의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위(법 제35조제1항제2호)’에 해당하는 것을 말한다. 즉, 허용기준은 ‘국가지정문화재의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위’라는 불확정개념에 포섭되는 행위기준을 개별 문화재마다 구체화한 것으로 이해할 수 있다.

전국에 분포해 있는 문화재는 모두 제각기의 고유한 특성과 가치를 가질 뿐만 아니라, 그것이 위치한 지형, 입지환경, 주변 지역의 개발정도가 다르다. 그렇기 때문에 법률차원에서 문화재의 주변 환경에 대한 건축허용기준을 객관적·세부적으로 제시한다는 것은 불가능할 뿐만 아니라 개별 문화재의 특성이 도외시될 수 있다는 문제가 있다. 그렇다고 해서 -문화재 보존 영향검토제도와 같이- 모든 문화재 주변 지역에서 이루어지는 건설공사에 대해 행정청이 개별적으로 판단하게 되면 그 또한 법치국가의 원칙에 부합한다고 할 수 없다. 결국 역사문화환경 보존지역의 허용기준은, 추상적 법률과 행위허가라는 행정행위를 매개해주는 것이라 할 수 있다.³⁵⁾

행정에 계획성을 부여함으로써 행정의 합리성을 고양하는 것이 행정계획의 주된 기능이라고 한다면³⁶⁾, 허용기준도 객관적이고 합리적인 기준을

34) 대법원 2015.6.24. 선고 2014두2218 판결

35) 김종보, 앞의 논문, 278면 참조.

36) 황도수, “행정의 행위형식으로서의 ‘행정계획’ 개념에 대한 검토”, 「일감법학」, 제26

제시하여야 한다. 그러나 허용기준과 관련하여, 적용개념이 모호하고 불명확하여 지침이 일관적으로 해석되지 않는다거나 구체적 행위기준의 근거를 제시하지 못한다는 지적이 있다.³⁷⁾ 예컨대, 서울 홍인지문(보물 제1호)의 허용기준에는 제1구역부터 제3구역에 해당되는 공통사항 중 ‘문화재와 조화되는 명도와 채도가 낮은 색상 권장’이라고 기술되어 있는데, 이처럼 ‘문화재와 조화되는’, ‘권장’이라는 표현은 허가대상여부를 판단하는 기준으로서 신청인과 행정청에 일정한 구속력을 갖는 허용기준에서 사용하기에는 부적절한 표현이다.

물론 현행 제도와 같이 일정 범위의 지역에 공통적으로 적용되는 허용기준은 모든 개별 필지를 대상으로 세부적인 기준을 마련하지 않는 한 그 구체화에는 한계가 있을 수밖에 없다. 그렇다 하더라도 추상적이고 불명확한 허용기준은 건축허가 담당기관인 시·군·구가 허가대상 여부를 판단함에 있어 일관된 해석이 이루어지기 곤란하고 기준에 저촉되는 결정을 피하기 위하여 허용여부를 축소해석 하는 등 소극적 의사결정이 이루어질 가능성이 크다. 따라서 허용기준은 가능한 한 밀도 있게 규율하여 행정청이 허가대상 여부를 판단함에 있어서 불확정개념의 개입 여지를 최소화하여 행정청의 재량의 정도를 축소하여야 한다.³⁸⁾

(3) 허용기준 수립절차

행정청은 허용기준을 수립하는 과정에서 해당 문화재와 그 주변 지역의 객관적인 입지환경이나 토지이용실태, 행정청의 전문적·기술적 판단을 통한 폭넓은 내용형성의 자유를 갖는다. 이러한 행정계획의 근거규범에 의해 행정주체에게 허용되는 행정계획의 내용이나 개별적 수단에 대한 형성의 자유를 일컬어 계획재량이라 한다.³⁹⁾ 이와 같이 행정청에 인정되는 계획

호, 2013, 607~609면.

37) 조홍석 외, 앞의 논문, 113~114면.

38) 김중보, “도시계획변경거부의 처분성”, 「행정법연구」, 제11호, 2004, 255~256면; 최승필, “행정계획에서의 형량-형량명령에 대한 논의를 중심으로”, 토지공법연구, 제73집 제1호, 2016, 233면 참조.

39) 류지태·박종수, 행정법신론, 제17판, 박영사, 2019, 378면.

재량은 사후적인 사법심사에 한계가 있으며, 여러 이해관계의 적절한 조정이 필요하므로 계획의 확정절차가 특히 중요하다.⁴⁰⁾

앞서 본 바와 같이 허용기준은 허가대상을 판단하는 한도에서 일정한 구속력을 갖기 때문에, 허용기준의 수립절차에서는 행정계획에 관련된 여러 이해관계의 조정을 위해서 절차적 측면에 대한 규율이 필요하다.

‘역사문화환경 보존지역내 건축행위 등에 관한 허용기준 작성 지침(문화재청 훈령 제449호)’에서 시장·군수·구청장의 문화재 현황조사 후 허용기준안 작성⁴¹⁾, 주민 등 이해관계자의 의견수렴 절차, 문화재청장에 대한 허용기준안 제출 및 문화재위원회의 심의, 허용기준의 확정 및 관보고시 순으로 허용기준 마련절차를 규정하고 있다.⁴²⁾

그러나 시장·군수·구청장의 허용기준안 작성 후 주민 등 이해관계자의 의견수렴 절차가 있다 하더라도, 이 절차가 허용기준안의 내용을 형성하는데 얼마나 영향을 미칠 수 있을지는 의문이다. 또한 동 지침은 법률의 수권 없이 제정된 행정규칙으로서 행정조직의 내부적인 구속력을 갖는데 그친다. 그러나 허용기준의 절차적 통제의 필요성을 고려하면 법령 차원에서 허용기준의 수립절차가 명시되거나, 법률에 수권 조항을 둬으로써 허용기준의 절차규정이 대외적 효력을 가지도록 해야 한다.

(4) 허용기준 기능의 축소

허용기준은 개별심의구역, 고도제한구역, 타 법령 처리구역 등으로 구분하여 정해진다. 그 중 개별심의구역은 사실상 기존 건축물의 개·보수 이

40) 류지태·박중수, 앞의 책, 338면.

41) 허용기준안은 ‘문화재 유형별 역사문화환경 보존지역내 건축행위 등에 관한 검토기준(이하 허용검토기준)’을 참고하여 작성된다. 허용검토기준은 일반원칙으로 문화재 핵심가치의 보호, 보존관리계획의 고려, 개발정도의 고려, 토지이용계획과의 정합성 고려 등을 제시하고 있다. 공통검토기준으로는 장소성·왜소화·조망성·마루선·일체성 등 경관관리 중점지표와 소음·진동·대기오염·수질오염·토양오염·화학물질·빛공해·토지의 형질변경 등 유해행위관리 중점지표를 제시하여 허용기준 마련시에 이를 고려하도록 하고, 문화재 보존영향검토 및 현상변경 허가시에도 이 검토기준을 참고하도록 하고 있다.

42) 역사문화환경 보존지역내 건축행위 등에 관한 허용기준 작성 지침 제5조~제11조 참조.

외의 행위는 ‘지정문화재의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위’로 되어 문화재청장의 허가를 받아야 한다. 그리고 관할 시·군·구의 건축 인·허가 담당기관은 고도제한구역에서의 건축행위에 대해 높이를 중심으로 허용기준을 검토하게 된다. 한편, 타 법령 처리구역으로 설정되면 법에 의한 별도의 제한 없이 지역의 도시계획조례 등 관련 법령에 따르게 된다.

문화재청은 역사문화환경 보호제도의 합리화와 규제완화의 일환으로 2015년부터 국가지정문화재 대상으로 허용기준 재조정을 추진하였고, 그 결과 개별심의구역과 고도제한구역은 각각 14.7%, 16.4%의 면적이 축소된데 대해, 타 법령 처리구역은 22.7% 증가하였다.⁴³⁾ 2017.12.31. 기준 조정 완료된 역사문화환경 보존지역의 구역현황은 아래 표와 같다.

<표 3> 국가지정문화재 역사문화환경 보존지역 구역별 면적 현황

구분	개별심의구역	고도제한구역	타 법령 처리구역	전체
면적(km ²)	312.6	101.5	399.9	814.0
비율(%)	38.4	12.5	49.1	100

출처: 문화재청, 역사문화환경 보존지역 현황분석 및 허용기준 재조정 정책효과분석, 30면의 그래프를 표로 정리함.

전국의 국가지정문화재 역사문화환경 보존지역 면적 현황을 나타내는 <표 2>를 보면, 구체적인 허용기준을 마련함으로써 개별심의에 대한 행정청과 토지 소유자 등의 부담을 경감하려는 제도 도입취지에도 불구하고 개별심의구역이 38.4%의 상당한 비율을 점하고 있어, 현행의 역사문화환경 관리는 상당 부분 개별적인 행위허가에 의해 이루어지고 있음을 알 수 있다. 역사문화환경 보존에 직접적 영향이 없다고 판단되는 구역인 타 법령 처리구역이 49.1%를 차지하고 있어서 조례를 통해 일률적인 역사문화환경 보존지역의 범위를 정하는 것이 합리적인가 하는 의문을 가지게 된다. 마지막으로 개별심의구역과 타법령 처리구역을 제외하고는 고도제한구역으로 구체

43) 문화재청, 역사문화환경 보존지역 현황분석 및 허용기준 재조정 정책효과분석, 30면.

적인 허용기준이 층고의 최고높이(규모)만을 제한하여 역사문화환경 보존지역에서의 건축 등 행위가 문화재의 경관을 저해하지 않는 소극적인 방식으로 역사문화환경의 보호가 이루어지고 있음을 나타낸다.

2. 행위허가

(1) 행위허가의 법적 성질

행위허가는 역사문화환경 보존지역 내에서 문화재 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위를 할 수 없도록 법령에 의하여 금지하고, 일정한 요건을 갖추면 이를 해제하여 적법하게 건설공사를 할 수 있도록 하는 행정행위이다. 따라서 그 법적 성질은 법령에 의한 일반적 금지를 일정한 요건을 갖춘 경우에 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하는 행정행위인 강화상 허가에 해당한다.⁴⁴⁾

행위허가의 허가기준은 ‘보존과 관리에 영향을 미치지 아니할 것’, ‘역사문화환경을 훼손하지 아니할 것’(법 제36조제1항) 등 추상적 표현을 사용하고 있어서, 구체적이고 명확한 허가기준을 제시하고 있다고 보기 어렵다. 이와 관련하여 기본권제한입법에 있어서 요구되는 명확성원칙에 반하는 것이 아닌가라는 문제가 제기될 수 있지만, 일반적·추상적 범규범으로서의 법률은 그 입법기술상 어느 정도의 보편적 내지 일반적 개념의 용어사용이 부득이하고, 당해 법률조항의 입법취지와 전체적 체계 및 내용 등에 비추어 해석을 통해 의미가 분명해 질 수 있는 경우까지 명확성을 결여하였다고 할 수 없다.⁴⁵⁾

이에 비추어 행위허가 역시 문화재보호법의 입법취지, 문화재보호의 기본원칙, 문화재의 지정 및 역사문화환경 보존지역의 보호에 관한 규정 등 관련 규정을 고려하여 허가여부가 결정될 것이고, 허가기준으로서 보편적,

44) 박균성, 행정법론(상), 제15판, 박영사, 2016, 332면; 김남진·김연태, 행정법I, 제23판, 법문사, 2019, 245면.

45) 헌재 2014. 8. 28. 2013헌바172 등; 헌재 2015. 3. 26. 2014헌바156 등 참조.

일반적 개념은 입법기술상의 한계로 인한 것으로서 명확성원칙을 위반하였다고 볼 수는 없다고 생각된다.

그리하여 허가기준에서 사용하는 불확정개념으로 인해 행정청이 독자적으로 판단할 수 있는 판단의 여지가 인정되고, 이에 행정청은 개별 신청건마다 문화재위원회의 심의를 거쳐 문화재 및 역사문화환경의 보호(공익)와 사인의 재산권 보장(사익)을 형량하여 허가여부를 결정하게 된다. 학설은 판단여지가 법률요건에 관한 해석·적용의 문제인 반면 재량은 법률효과의 결정에 관한 문제라는 점 등의 차이로 재량과 판단여지를 구별하는 것이 타당하다는 견해⁴⁶⁾가 유력하지만, 판례는 판단여지와 재량의 개념을 구별하지 않고 판단여지가 인정되는 경우도 행정청에 재량권이 인정되는 것으로 본다. 이러한 판례의 태도에 따르면 역사문화환경 보존지역에서의 행위허가는 재량행위의 성질을 갖는다고 할 수 있다.

불확정개념도 법적 개념이기에 사법심사의 대상이 되는 것이 원칙이다. 그러나 행정청이 허가대상 행위가 허가기준에 해당하는지를 판단함에 있어서 개별 사안의 구체적인 사실관계를 따져 법률요건을 해석·적용하게 되고, 행정청의 결정도 구체적 상황에 따라 달리 판단되어질 수밖에 없으므로, 고도의 전문적·기술적 판단을 존중하여 구체적 타당성 있는 행정을 보장하기 위한 한도에서 법원에 의한 사법심사가 이루어질 것이다.⁴⁷⁾ 역사문화환경 보존지역에서의 건설공사 등에 대한 행위허가도 사실관계에 대한 허가기준의 적용에 대해서는 행정청의 전문적·기술적 판단에 의한 결정이 존중될 것이므로, 이러한 점에서 행정청의 행위허가 또는 허가거부에 대한 실체적 통제에 한계가 존재하며, 결국 절차적 통제의 중요성이 제기된다.

(2) 행위허가 대상이 되는 행위: 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위

법 제35조제1항제2호는 국가지정문화재 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위로서 대통령령으로 정하는 행위를 허가대상으로 하고, 시행령 제21

46) 김남진·김연태, 앞의 책, 219면; 하명호, 행정법, 박영사, 2019, 107면.

47) 김남진·김연태, 앞의 책, 234면. 하명호, 앞의 책, 108~109면 참조.

조의2제2항은 이를 구체적으로 규정한다.

허가를 받아야 하는 행위는 역사문화환경 보존지역에서 국가지정문화재의 경관을 저해하거나 국가지정문화재의 보존에 영향을 줄 수 있는 행위(제1호)뿐만 아니라, 국가지정문화재가 소재하는 지역의 수로의 수질과 수량에 영향을 줄 수 있는 수계에서 하는 건설공사 등의 행위(제2호), 국가지정문화재와 연결된 유적지를 훼손하는 행위(제3호), 천연기념물의 서식·번식지에서의 등지나 알에 표시하거나 그것을 채취·손상하는 행위(제4호), 그 밖에 국가지정문화재 외곽경계의 외부지역에서 하는 행위로서 국가지정문화재의 문화재적 가치에 영향을 미칠 우려가 있다고 인정하여 고시하는 행위(제5호)이다.

이 중에서 먼저 제5호는 역사문화환경 보존지역의 허용기준과의 관계가 불분명하다. 또한 국가지정문화재 소재지의 수계에서 하는 공사(제2호), 국가지정문화재와 연결된 유적지에 대한 훼손행위(제3호)도 허가대상이 된다고 규정하고 있는데, 이러한 행위들은 공간적 범위와 상관없이 역사문화환경 보존지역 내에서 이루어지는 행위뿐만 아니라 그 이외의 지역에서 이루어지는 수계에서 하는 공사⁴⁸⁾, 연결된 유적지의 훼손을 초래하는 행위는 허가대상이 되는 것으로 해석된다. 이는 해당 문화재의 가치형성에 기여하는 수계, 연결된 유적지 등이 역사문화환경 보존지역 외에 존재할 수 있을 가능성을 전제로 한 규정이다. 이 역시 조례로써 일률적으로 역사문화환경 보존지역의 범위를 정하는 방식을 취하는 현행 제도의 한계점이라 할 수 있다.

(3) 행위허가의 절차: 문화재위원회의 조사·심의

행위허가 절차에 있어서 신청자가 허가신청서류를 갖추어 시장·군수·구청장을 거쳐 문화재청장에게 제출하면, 문화재청장은 이를 접수하여 해당 역사문화환경 보존지역 관련 문화재 현황, 사업대상지 현황, 시장·군수·구청

48) 특히 궁궐, 관아·객사, 왕릉 등 풍수지리, 노거수 등 민속신앙과 같이 지역의 인문학적 특성과 관계된 문화재의 경우는 지형 및 수계와 인접마을을 일체적 관점에서 검토할 것이 요구되고, 가마터의 경우 재료(땔감·흙·물) 공급지, 공방터, 운송로에 해당하는 문화재와 직접적으로 연관된 산지(產地) 및 운송로도 고려하여야 한다.

장 및 관계전문가와 소관부서의 의견을 검토하고 이를 문화재위원회에 제출하여 심의를 거친다. 행위허가에 있어서 문화재위원회의 조사·심의절차가 핵심적인 절차라고 할 수 있으므로, 이하에서 자세히 살펴본다.

1) 문화재위원회의 기능과 권한

문화재위원회는 법 제8조에 의거하여 문화재청에 설치된 자문기관으로 문화재의 보존·관리 및 활용에 관한 사항을 조사·심의한다. 심의절차는 관련 전문가로 구성된 문화재위원회의 전문적 식견을 활용함으로써 합리적인 행정결정이 가능할 뿐만 아니라 행정청의 의사결정에 정당성을 부여하기도 한다. 또한 문화재위원회 심의절차를 충실히 이행함으로써 결과의 타당성을 확보하는 것은 신청인의 권익보호의 측면뿐만 아니라 문화재 및 역사문화환경 보호의 관점에서도 매우 중요하다.

법령상 행위허가의 근거조문에는 문화재위원회의 심의를 의무로 규정하고 있지 않지만, 허가절차규정은 역사문화환경 보존지역에서 국가지정문화재 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위에 대해서는 문화재위원회의 심의를 거치도록 하는 한편, 심의를 거치지 않고 허가여부를 결정할 수 있는 사항을 규정하고 있으나 그러한 경우에도 사후에 문화재위원회에 허가사항을 알리도록 하고 있다.⁴⁹⁾

역사문화환경 보존지역에서의 행위허가여부는 문화재위원회의 심의·의결을 거쳐 문화재청장이 결정하는데, 문화재청장은 자문기관인 문화재위원회의 의견에 구속되지 않는다. 그러나 현실적으로는 문화재청장이 문화재위원회의 심의결과에 반하여 정책결정을 하는 경우가 거의 없다는 점에서, 문화재위원회의 심의·의결이 허가여부에 상당한 영향력을 미치고 있다고 할 수 있다. 실제로 지난 2017.11. 설악산 오색케이블카 사건에서 문화재위원회

49) 허가절차규정 제12조 및 문화재위원회 운영 지침 별표1 ‘문화재위원회 현상변경 허가 주요 심의대상’. 문화재위원회의 심의를 거치지 않고 문화재청장이 허가여부를 결정할 수 있는 사항으로는 문화재위원회 운영 지침 별표1의 ‘문화재위원회 현상변경 허가 주요 심의대상’에 명시되지 않은 사항(제12조 제2항 제1호)으로 규정되어 있고, 해당 별표에는 역사문화환경 보존지역에서 국가지정문화재 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 행위는 문화재위원회의 심의대상으로 명시되어 있으므로, 결국 역사문화환경 보존지역에서의 행위허가는 문화재위원회의 심의를 거쳐야 하는 사항으로 해석된다.

는 현상변경 허가신청을 부결하였으나 이러한 심의결과와 달리 문화재청장은 조건부허가처분을 하였는데, 이것이 문화재위원회 심의결과와 다른 처분을 한 최초의 사례로 알려졌다.⁵⁰⁾

2) 문화재위원회 심의

문화재위원회 구성을 살펴보면, 문화재위원회는 문화재청장이 위촉하는 80명 이내의 위원으로 구성되고, 심의내용에 따라 문화재 종류별로 분과 위원회가 설치되어 있다.⁵¹⁾ 이 중에서 세계유산분과와 동산문화재분과를 제외한 분과위원회는 월 1회 개최된다. 문화재위원회의 2014년부터 2018년까지의 연간 안전처리현황을 살펴보면, 회차별 평균 의안은 21건 정도이다. 문화재 지정구역의 현상변경이나 역사문화환경 보존지역에서의 건설공사 인·허가 등 허가 관련 심의안건을 많이 다루는 사적분과(건축문화재분과, 천연기념물분과)의 경우, 2019년 한 해 회차별 평균 36.8건 정도의 안건을 처리하였다(심의 24.1건, 검토 8건, 보고 4.8건). 안건 유형 중에서도 심의안건이 가장 많은 비중을 차지하고 그 중에서도 건축공사를 위한 행위허가 등 민원성 안건이 집중되고 있다.⁵²⁾ 신규신청 3,902건 중 건축공사가 2,352건으로 60.3%를 차지하는 주요 행위유형이라는 정량적인 수치만으로 이해하기에는 한계가 있으나, 월 1회 1일 동안 처리된다는 점을 감안한다면, 안건수가 매우 과다하여 충분한 검토와 심도 있는 논의가 이루어지기를 기대하기에는 어려울 것으로 보인다.

또한 2010년부터 2014년까지 5년간의 문화재위원회 허가심의실태를 조사한 한 연구⁵³⁾에 따르면, 분석대상 현상변경 등 허가심의안건의 3,902건

50) 연합뉴스, “문화재청, 설악산 오색케이블카 현상변경 허가”, 2017.11.24.

51) 건축문화재분과·동산문화재분과·사적분과·천연기념물분과·매장문화재분과·근대문화재분과·민속문화재분과·세계유산분과

52) 2010년부터 2014년까지 5년간 문화재위원회 허가심의실태 조사 결과에 따르면, 건축공사에 대한 행위허가가 허가심의 안건 3,902건 중 2,352건으로 60.3%를 차지하는 주요 행위유형이라고 한다.(조홍석·박현준, “국가지정문화재 역사문화환경 보존지역 내 건축행위 등에 관한 허가심의 실태조사연구”, 「한국전통조경학회지」, 제35권 제4호, 2017.12, 120면).

53) 조홍석·박현준, “국가지정문화재 역사문화환경 보존지역내 건축행위 등에 관한 허가심의 실태조사연구”, 「한국전통조경학회지」, 제35권 제4호, 2017.12.

중 원안 가결 1,504건(38.5%), 조건부 가결 983건(25.2%), 보류 297건(7.6%), 부결 1,118건(28.7%)으로 확인되었다.⁵⁴⁾ 부결안건은 설계변경 등 내용을 보완하여 재심의를 받을 수 있으므로⁵⁵⁾ 보류 및 부결되는 안건의 비율이 높을수록 신청인의 입장에서는 허가절차에 소요되는 시간이 길어져 재정적·행정적 비용이 발생하게 된다. 이러한 상황은 신청인의 법적 지위를 불안정하게 할뿐만 아니라 행정력이 분산되어 절차상 비효율을 초래한다는 점에서 개선이 필요한 부분이다.

<표 4> 문화재위원회 안건처리 현황(단위: 건, %)

연도별	회의 횟수 (회)	안건처리				평균안건 처리수	비고 (증감율)
		심의	검토	보고	계		
2014	85	1,347	313	188	1,848	21.7	-5.4
2015	86	1,380	306	182	1,868	21.7	1.1
2016	85	1,397	309	171	1,877	22.1	0.5
2017	80	1,294	309	146	1,749	21.9	-6.9
2018	84	1,109	350	193	1,652	19.7	-5.5

출처: 문화재청, 통계로 보는 문화유산 2018, 2018, 11면.

3. 소결

현행 역사문화환경 보호제도에 있어 주요한 행정법적 수단이라 할 수 있는 허용기준 및 행위허가 제도를 검토한 결과는 다음과 같이 정리할 수 있다.

-
- 54) 1. 가결 : 신청안에 대한 원안 가결과 조건부 가결로 다시 구분할 수 있다.
 2. 부결 : 신청안 원안의 부결이며 동일내용 재심의를 하지 않음을 의미한다. 단, 제4조 제4항에 해당하는 경우는 예외로 한다.
 3. 보류 : 추가조사 등 조건에 따라 안건을 보완한 후 재심의를 함을 의미한다.
- 55) 간사는 행정처분과 관련하여 처분의 내용을 달리할만한 객관적인 사정으로 민원인의 신청이 있는 경우 분과위원회에 1회에 한하여 재심의를 요청할 수 있다(문화재위원회 운영지침 제4조 제4항).

첫째, 허용기준의 법적 성격은 구체적인 행정계획으로서 허가대상을 판단하는 한도에서만 대외적 구속력을 가진다. 그러나 허용기준의 고시는 행위허가라는 집행행위의 매개 없이는 국민의 직접적이고 구체적인 권리의무 관계를 변동시키지 않으므로 행정쟁송의 대상이 되는 처분이라 할 수 없다. 또한 허용기준 수립절차는 법규적 효력을 갖는 법령에서 규율하고, 절차가 실질적으로 이해관계자의 참여를 통해 허용기준의 내용 형성에 영향을 미칠 수 있을 정도로 보장되어야 한다.

둘째, 허용기준은 행위허가 대상여부를 판단하는 범위에서 일정한 구속력을 갖는바, 모호하고 불분명한 용어는 지양하고 밀도 있는 규율을 통해 불확정개념의 개입 여지를 최소화하는 것이 타당하다.

셋째, 역사문화환경 보존지역의 현황자료에 따르면, 개별심의구역이 38.4%를 차지하여 허용기준제도는 상당부분 행위허가 라는 개별적 검토가 이루어지고 있으며, 타법령 처리구역 외에 나머지 고도제한구역은 높이제한만을 두고 있어 역사문화환경을 소극적으로 관리하고 있음을 알 수 있다. 특히 개별심의구역은 건축행위 등 허가신청 건마다 개별적으로 검토하고 허가여부를 결정하는 미시적이고 소극적인 방식의 통제라고 할 수 있으며, 종전의 문화재 보존영향검토제도와는 개별적 검토가 이루어지는 공간적 범위는 축소되었으나 여전히 유사한 방식으로 운영되고 있다.

넷째, 행위허가는 재량행위로서 실체적 통제에 한계가 있어 절차적 통제가 중요하다 할 수 있는데, 그 중에서도 문화재위원회 심의결과가 처분내용에 상당한 영향을 미치는 핵심적 절차라고 할 수 있다. 그러나 문화재위원회의 민원성 안건이 집중되어 과다한 안건으로 심의의 부실화가 우려되며, 절차상 신청인은 허가절차에 소요되는 시간이 길어져 신청인의 법적 지위를 불안정하게 할뿐만 아니라 행정력의 분산으로 비효율을 초래한다는 점을 지적할 수 있다.

V. 역사문화환경 조성을 위한 제도 재정립 방향

1. 서설

문화행정의 영역 중에서 특히 문화재 보존행정은 규제적 성격이 강한 행정영역으로 이해되어 왔다.⁵⁶⁾ 그러나 이러한 관점을 취하여 역사문화환경의 보호를 문화재 주변 지역에 대한 건축규제의 관점으로 접근하게 되면, 문화재 보존이라는 ‘공익’과 그로 인해 침해되는 ‘사익’이라는 구도가 형성된다. 그리하여 사인의 재산권을 침해하는 행정에 대해서는 국가권력을 통제하고 제한하기 위한 법률우위 및 법률유보 원칙이 엄격하게 작용하여 행정은 소극적이고 기계적으로 법을 집행하는 역할에 그치게 된다.

앞서 본 바와 같이, 법상 역사문화환경은 문화재와 함께 보호해야 하는 자연환경 및 역사적·문화적 가치가 있는 공간으로 개념정의 되면서도, 정작 역사문화환경의 보호를 실현하는 행정단계에서는 여전히 역사문화환경 보존지역에서의 행위허가를 중심으로 규제적 관점에서 역사문화환경 보호제도에 대한 접근이 이루어지고 있다.

그러나 역사문화환경의 개념에서 ‘문화재 주변 지역’이라는 요소보다 ‘자연경관과 역사적·문화적 가치’에 방점을 찍게 되면, 문화재 보호행정을 규제적 측면에서만 인식하던 관점에 변화를 가져올 수 있다. 문화재와 함께 역사적·문화적 가치를 갖는 역사문화환경은 지역의 문화자원으로서 활용 가치가 있으며, 역사문화환경의 관리가 적절히 이루어지는 지역은 인근 거주자의 생활만족도가 높아진다는 점을 고려하면⁵⁷⁾, 역사문화환경의 보호는 문화재와 역사문화환경의 역사적·문화적 가치를 향유하는 일반국민과 지역민을 위한 조성행정의 관점에서 파악할 수 있게 된다.

56) 根本昭, 文化行政法の展開, 水曜社, 2005, 37~40頁.

57) 역사문화환경 보존지역 관리수준이 인근 지역 거주민의 만족도에 가장 큰 영향을 미친다는 연구결과는 역사문화환경 보존지역에 대한 적극적인 관리의 필요성을 시사한다(조일형 외, “역사문화환경 보호정책의 무형적 편익이 규제순응에 미치는 영향”, 「정책개발연구」, 제19권 제1호, 2019, 19~23면 참조).

결국 역사문화환경의 보호를 실현하기 위하여 행정이 적극적으로 개입하고, 이러한 행정의 임무를 효과적으로 달성하기 위해서는 행정계획이라는 수단이 필요하다는 결론에 이르게 된다.

이에 문화재청은 역사문화환경 보존지역에 대한 도시계획적 관리기법을 도입한 역사문화환경 관리계획 시범사업을 실시한바 있다. 역사문화환경 관리계획 제도의 방향성을 제시하는 차원에서, 역사문화환경 제도의 재정립 방향은 다음의 사항들을 고려하여야 한다.

2. 역사문화환경 관리계획의 기능

(1) 통합적 관리계획

역사문화환경 관리계획은 문화재와 역사문화환경 보존지역을 통합적으로 관리하는 것을 내용으로 하는 행정계획이어야 한다.

현행 제도 하에서는 역사문화환경 보존지역의 범위 설정이 개별 문화재에 대한 이해가 선행되는 것이 아니라 조례를 통해 일률적으로 정한 후, 문화재 지정 시 별도의 지정행위 없이 역사문화환경 보존지역이 정해지며, 허용기준을 수립하는 과정에서 세부적으로 조정하는 방식이라 할 수 있다.⁵⁸⁾ 그에 따라 역사문화환경 보존에 직접적인 영향이 없는 구역은 ‘타법령 처리구역’으로 정하는 한편, 역사문화환경 보존지역의 외부 지역이라 하더라도 문화재의 보존에 영향을 미칠 우려가 있는 수계나 역사적 장소에서 이루어지는 행위는 허가대상이 되도록 하는 등 제도의 예측가능성을 떨어뜨리고 있다.

이에 관리계획의 내용 측면에서는 문화재 지정 시 문화재의 지정가치와 함께 문화재의 가치에 기여하는 역사문화환경의 구성요소에 대한 검토가 전반적으로 이루어져야 한다. 문화재 지정 이전에 기초자료를 수집·분석

58) 예컨대, 서울특별시의 경우 역사문화환경 보존지역의 범위를 지정문화재의 외곽경계로부터 100미터로 정하고 있으므로, 서울특별시에 소재한 건축물 또는 토지가 문화재로 지정될 경우, 그 외곽경계로부터 반경 100미터는 행정청에 의한 별도의 지정행위 없이 역사문화환경 보존지역이 된다.

하고 역사적 고증이 이루어지는 단계에서, 문화재와 함께 보호해야 할 지형 지물, 수계, 연속된 유적지를 파악하여 이를 관리계획에 포함시킴으로써 이러한 가치요소들의 보존·관리 및 활용이 이루어질 수 있도록 해야 한다.

통합적 관리계획을 수립·시행함으로써 문화재와 역사문화환경은 일체로서 보호해야 한다는 정의에도 부합하게 된다.

(2) 적극적 관리계획

관리계획은 구체적인 목표를 설정하고, 보호되어야 하는 역사문화환경의 구성요소를 적극적으로 규정하여야 한다.

행정목표의 설정은 그 목표를 지향하는 행정작용을 일관성있게 하므로, 결과적으로 행정의 일관성을 유지하게 하는 기능을 동반한다. 또한 미래지향적 행정을 일관적으로 수행하려면 목표를 설정하고 분명하게 제시해야 한다.⁵⁹⁾ 따라서 관리계획은 개별 문화재 및 역사문화환경 보호의 구체적인 목표를 설정하여야 이를 토대로 적절한 관리수단을 모색할 수 있을 것이다.

또한 개별 건축행위의 허용여부를 검토하고 허가여부를 결정하는 현행 역사문화환경 보호제도의 소극적 방식으로는 행정청의 허가에 대한 재량권 행사가 적법했는가를 계속해서 다룰 수밖에 없으며, 심지어 행정청의 재량행위에 대한 사후적 통제는 한계가 있을 수밖에 없다. 그러므로 관리계획 차원에서 건축물·시설물의 높이뿐만 아니라 농도, 형태 등을 종합적으로 고려하는 등 보호되어야 하는 역사문화환경의 요소들을 적극적으로 규정하여 불확정개념의 사용을 줄이고 재량을 축소시키는 것이 필요하다 하겠다.

(3) 다양한 수단의 종합

역사문화환경 관리계획은 계획의 구체성을 기준으로 기본계획, 관리계획, 실행계획 등으로 구분될 수 있을 것이다. 이 중에서 관리계획 또는 실행계획의 수준에서는 현행 허용기준과 유사하게 역사문화환경 보존지역의 경관적 가치를 확보하기 위한 건축기준이 마련되어야 할 것이다.

59) 황도수, 앞의 논문, 609면; 김재호, “행정계획론 소고”, 「법학연구」, 제18권 제1호, 2007, 52면.

현행 허용기준은 양각규제 등 높이 규제 위주로 규정되어 있어 문화재에 대한 시각적 통경축 확보는 가능하지만, 대상 문화재와 주변 환경의 특성에 대한 고려가 부족하여 문화재와 주변지역의 경관적 괴리감을 창출하는 등 문화재 및 역사문화환경 관리의 수단으로서 활용 한계를 노출하고 있다.⁶⁰⁾ 이에 관리계획에는 역사문화환경 및 가로 경관을 개선하고 시설물 정비 등 해당 지역 주민에도 편익이 되돌아갈 수 있는 방식의 수단을 개발해야 한다.

이외에도 관리계획의 도입과 관련하여 계획수립의 주체, 국가와 지방자치단체의 권한배분, 지방자치단체의 계획고권, 지역 주민의 입안권 인정 여부, 도시계획과의 관계 등은 면밀한 검토가 필요한 부분이다.

3. 계획확정절차의 절차적 통제

관리계획의 수립에 있어서 행정기관에는 계획내용의 형성의 자유가 폭넓게 인정될 것이고, 이러한 계획재량은 사법심사에 제약이 있으므로 계획의 확정절차과정이 중요하다. 또한 관리계획의 내용이 다수의 이해관계인에게 영향을 미치게 되는 것이므로, 수립절차에 있어서 관계기관의 협의·조정, 합의제기관의 심의, 지역주민 및 관계전문가의 의견청취 등의 절차에 대한 고려가 필요하다.

문화재 및 역사문화환경은 그 자체로 내재적인 가치를 갖는 것이 아니라 그것이 속한 공동체의 구성원들이 가치를 부여할 때에 비로소 가치를 갖는 것이다. 따라서 문화재가 속한 공동체의 구성원들이 관리계획 수립을 비롯한 문화재 보존절차에 스스로 참여하는 것이 중시되며, 공동체 구성원 즉 지역주민들의 의지를 존중하는 것이 중요하다.⁶¹⁾ 이러한 문화재 행정의

60) 문화재청, 역사문화환경 관리계획 수립 가이드라인, 2017, 27면.

61) ‘가치중심 접근법(value-based approach)’은 다양한 이해관계자로 구성된 사회가 문화재에 부여하는 가치에 중점을 두어 공동체의 문화재 보존절차 참여를 중시한다. I. Poullos, *The Past in the Present: A Living Heritage Approach-Meteora, Greece*, London: Ubiquity Press, 2014, pp.20~23; H. Kalman. *Heritage Planning: Principles and Process*, Routledge, 2014. p.228.

특성을 고려하여 계획확정절차가 설계되어야 한다.

관리계획의 합리성·타당성을 확보하기 위하여 문화재위원회 등 관계 전문가의 참여절차를 마련하여 전문적 지식이 활용될 수 있도록 해야 할 것이고, 관계 행정기관 또는 중앙-지방자치단체간의 협의절차를 통해 관리 계획과 관련되는 다른 도시계획 등과 정합성을 확보할 수 있도록 해야 할 것이다. 특히 지역 주민의 참여를 위한 절차, 이해관계인의 권익을 보호하기 위한 의견제출, 청문절차 등의 절차 역시 중요하며, 이러한 지역주민 등 이해관계자의 참여절차가 실질적으로 관리계획의 내용을 형성할 수 있도록 하여야 한다.

아울러 행정계획을 확정하기에 앞서 합의제기관의 심의를 거치는 것이 일반적이다. 이러한 합의제기관에는 문화재위원회 외에도 지방자치단체의 도시계획위원회 등이 참여하는 것이 거버넌스의 측면에서 바람직하다.

4. 허가절차의 개선

(1) 허가 이전의 사전절차 개선

문화재위원회의 심의는 관련 전문가가 문화재 및 역사문화환경 보호에 관한 전문지식을 가지고 신청인의 허가신청내용의 당부를 판단하는 과정이다. 그런데 이와 같이 문화재위원의 전문성과 재량적 판단은 신청인이 건설 공사 등 행위 계획단계에서 이루어지는 것이 바람직하다. 특히 어느 정도 규모가 있는 건설공사의 경우 허가절차를 진행하는 과정에서 설계도면의 작성 등에 상당한 비용이 소요되어 공사시행자의 경제적 부담을 초래하기 때문이다.

이에 역사문화환경 보존지역에서의 건설공사 등에 대해서도 역사문화 환경 관리계획의 내용에 기초하여 전문가의 사전심의나 기술지도 등을 제공하는 방안이 필요하다.⁶²⁾ 이를 위해 문화재위원회 위원보다 자격요건이

62) 이미 현행법상 등록문화재의 경우에는 문화재 소유자가 필요한 경우 기술적 조언·지도를 요청할 수 있다.(문화재보호법 제54조 제3항)

완화되어 있는 전문위원회⁶³⁾를 적극 활용하는 것도 하나의 방안이다.

(2) 허가기준 개선

문화재청장의 행위허가 결정에 있어서 문화재위원회의 심의·의결이 중대한 영향력을 가지는바, 문화재위원회가 안건 심의시 반영해야 하는 ‘허용 기준 작성 지침’의 별표2 ‘허용 검토기준’⁶⁴⁾의 일반적인 사항은 법령수준에서 명시함으로써 허가의 예측가능성을 제고하고 신청인의 권익을 보호하는 것이 바람직하다.

VI. 결론

우리 사회에서 ‘문화재 보존’과 ‘국토개발’은 상충되는 가치로서 국토개발은 문화재 보존을 위협하는 요인으로, 문화재 보존은 국토개발의 걸림돌로 인식되어 온 것이 사실이다. 그러나 최근에는 문화적으로 풍요로운 생활환경의 조성과 문화자원을 활용한 지역경제의 활성화를 경험하면서, 문화재와 역사문화환경은 지속가능한 발전의 자원으로 인식하고 이를 보호하기 위한 공동체의 참여와 협력을 중요시하고 있다.

또한 지난 2000년대 문화재 보존영향검토구역 제도가 실시되던 시기에

63) 문화재위원회 규정 제11조(전문위원) ① 위원회에 200명 이내의 비상근 전문위원을 둘 수 있다.

② 전문위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자 중에서 문화재청장이 위촉한다.

1. 「고등교육법」에 따른 대학에서 문화재의 보존·관리 및 활용과 관련된 학과의 조교수 이상에 재직하거나 재직하였던 자

2. 문화재의 보존·관리 및 활용과 관련된 업무에 5년 이상 종사한 자

③ 전문위원은 문화재청장이나 각 분과위원회의 위원장의 명을 받아 심의사항에 관한 자료수집·조사·연구와 계획의 입안을 하고 당해 분과위원회에 출석하여 발언할 수 있다.

④ 전문위원의 임기는 2년으로 한다. 다만, 전문위원의 사임 등으로 인하여 새로이 위촉된 전문위원의 임기는 전임자 임기의 남은 기간으로 한다. <신설 2009. 4. 6., 2010. 12. 31.>

64) 문화재위원회 운영 지침 제2조 제3항

는 문화재 주변 지역을 문화재의 물리적 보존을 위한 기능적 공간으로 인식되기도 하였으나, 이제는 문화재와 그 주변 지역이 일체로서 역사적·문화적 가치를 갖는 공간으로 이해될 필요가 있다. 특히 최근에는 지역 주민의 삶의 질을 제고하는 도시자원을 확보하는 차원에서 역사문화환경의 보호 필요성이 논의되는 것과 맥락을 같이 한다.

그러나 현행의 문화재보호법상 역사문화환경 보호제도는 허용기준과 행위허가를 주된 행정법적 수단으로 하는데, 허용기준은 그 표현이 불명확하고 추상적인 개념을 사용하여 구체적인 행위기준으로서의 기능을 충분히 하지 못하고 있으며, 행위허가 역시 역사문화환경 보존지역에서의 건축허가 신청 등에 대하여 소극적·방어적으로 대응하고 있다. 그러나 이러한 대응방식은 역사문화환경이 ‘문화적 자원’이라는 새로운 의미를 획득한 최근 논의와는 괴리가 있다.

적극적으로 역사문화환경을 보호하고 지역의 공동체(주민)가 삶의 질을 확보하면서 문화적 가치를 향유하기 위해서는 역사문화환경의 보호라는 공공의 과제를 행정계획의 차원에서 접근하는 것이 필요하다. 이에 역사문화환경 보호제도의 재정립 방향으로서 통합적·적극적인 역사문화환경 관리계획을 도입하고, 관리계획의 수립 과정에서는 충분한 의견수렴과 절차적 통제가 이루어져야 하며, 관리계획의 도입시에도 여전히 구체적인 행정작용으로 활용될 수 있는 행위허가의 개선을 제시하였다.

역사문화환경의 보호와 활용을 통하여 역사적·문화적 가치가 확산되고, 점차 국민이 살아가는 터전이 더욱 풍요롭고 다양해지기를 바란다.

역사문화환경 보호제도의 재정립 방향 고찰 - 김 지 민	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.02.13.	2020.03.05.	2020.03.26.

[참고문헌]

1. 단행본

- 규제개혁위원회, 1999년도 규제개혁백서, 2000.
- 김남진·김연태, 행정법I, 제23판, 법문사, 2019.
- 김중보, 건설법의 이해, 제6판, 박영사, 2018.
- 류지태·박중수, 행정법신론, 제17판, 박영사, 2019.
- 문화관광위원회, 문화재보호법 중 개정법률안 검토보고서, 1999.11.
- 문화재청, 역사문화환경 관리계획 수립 가이드라인, 2017.
- 문화재청, 역사문화환경 보존지역 현황분석 및 허용기준 재조정 정책효과분석 연구, 2018.
- 문화재청, 역사문화환경 조성 관리계획, 2016.
- 문화재청, 통계로 보는 문화유산, 2018.
- 문화재청, 2018년 문화재 현상변경 등 업무 편람, 2018
- 문화재청 고도보존팀, 고도육성 정책의 이해, 2009.7.
- 박균성, 행정법론(상), 제17판, 박영사, 2019.
- 하명호, 행정법, 박영사, 2019.
- Arjo Klamer, "The Values of Cultural Heritage", in *Handbook on the Economics of Cultural Heritage*, edited by Idle Rizzo & Anna Mignosa, Cheltenham·Northampton: Edward Elgar, 2013.
- H. Kalman. *Heritage Planning: Principles and Process*, Routledge, 2014..
- I. Poulios, *The Past in the Present: A Living Heritage Approach*-Meteora, Greece, London: Ubiquity Press, 2014.
- 根木昭, 文化行政法の展開, 水曜社, 2005.

2. 학술논문

- 강동진·최동식, "역사지구의 개념 확대와 정립을 위한 기준", 「국토계획」, 제37권 제4호, 2002.
- 강성원 외, "역사환경으로서의 도시조직 변화 연구: 종로구 익선동 도시환경정비구역을 중심으로", 「2006 도시설계학회 춘계학술발표대회」. 2006.
- 권영상·강성원 "역사문화환경의 지구단위 관리정책과 도시공간분석: 호주 멜버른 도심지역 헤리티지오버레이 제도를 중심으로", 「한국도시설계학회지 도시설계」, 제11권 제5호, 2010.1.
- 김동현, "역사 문화 환경의 보존과 재생", 「건축」, 제40권 제7호, 1996.8.
- 김재호, "행정계획론 소고", 「법학연구」, 제18권 제1호, 2007.
- 김중보, "도시계획변경거부의 처분성", 「행정법연구」, 제11호, 2004.
- 노재현 외, "문화재 주변 영향검토구역의 유형화 방안", 「한국전통조경학회지」, 제27권 제2호, 2009.6.
- 연웅 외, "도심지 내 명승 주변지역 거주민의 의식 연구: 명승 제35호 성락원 주변 역사문화 환경 보존지역을 중심으로", 「한국전통조경학회지」, 제31권 제1호, 2013
- 이수정, "가치 중심의 건축문화유산 보존정책의 필요성", 「건축」 제62권 제3호, 2018.
- 이영경, "문화역사공간의 환경보존을 위한 정책방향", 「환경정책」, 제4권 제2호, 1996.12.
- 이왕기 외, "역사적 문화환경의 효율적 보존을 위한 문화재 보존 관련법 고찰", 「대한건축

- 학회 논문집」, 제13권 제4호, 1997.4
- 장재일·오종열, “역사문화환경을 활용한 해외 도시재생 사례의 문헌적 고찰”, 「부동산학보」, 제57권, 2014.
- 정지욱·김철영, “역사문화환경 보존을 위한 개발권 양도제(TDR)의 적용방안에 관한 연구”, 「한국도시설계학회지 도시설계」, 제17권 제5호, 2016.
- 조대성, “도시개발과 역사문화환경”, 「건축」, 제40권 제7호, 1996.8.
- 조일형 외, “역사문화환경 보호정책의 무형적 편익이 규제순응에 미치는 영향”, 「정책개발연구」, 제19권 제1호, 2019.
- 조홍석·박현준, “국가지정문화재 역사문화환경 보존지역내 건축행위 등에 관한 허가심의 실태조사연구”, 「한국전통조경학회지」, 제35권 제4호, 2017.12.
- 조홍석 외, “문화재 현상변경허용기준 제도개선을 위한 기초연구”, 「한국전통조경학회지」, 제32권 제4호, 2014.
- 채미옥, “역사문화환경 보존 및 회복을 위한 문화적 도시계획 수립 방안 연구”, 「국토계획」, 제54권 제3호, 2019.
- 최승필, “행정계획에서의 형량-형량명령에 대한 논의를 중심으로”, 토지공법연구, 제73집 제1호, 2016.
- 최형석, “역사경관 보전을 위한 건축물 높이규제에 관한 연구(1)”, 「국토계획」, 제36권 제1호, 2001.
- 황도수, “행정의 행위형식으로서의 ‘행정계획’ 개념에 대한 검토”, 「일감법학」, 제26호, 2013
- J.H. Merryman, “The Public Interest in Cultural Property”, *California Law Review*, 77(2), 1989.

【국문초록】

2010년 문화재보호법에 법률상 용어로서 ‘역사문화환경’이 정의되었고, 역사문화환경 보존지역제도가 신설되었다. 역사문화환경 보존지역은 개별 문화재의 보존뿐만 아니라 그 주변 환경까지 적절히 관리하여 문화재의 가치를 온전히 보호하기 위한 제도이다. 역사문화환경은 국가공동체의 자산인 문화재 보존과 함께 지역주민의 생활환경을 풍요롭게 하고 역사적 경관을 형성하여 도시경쟁력의 원천이 된다는 점에서 보호와 관리가 필요하다. 이에 문화재보호법상 역사문화환경 보호제도의 내용을 고찰하여, 허용기준과 행위허가의 실제적 통제의 한계와 그에 따른 절차적 통제의 필요성, 현행 역사문화환경 보호제도의 미시적이고 소극적인 통제방식, 문화재위원회의 심의 부실화의 우려 등 제도상 한계점을 제시하였다. 결론적으로 문화재 보존에 초점을 맞춘 역사문화환경의 보호가 아니라 적극적으로 역사문화환경을 조성하는 방향으로 관점을 전환함과 동시에 그 수단으로서 역사문화환경 관리계획을 수립할 것을 제안하며 향후 제도개선 기초를 제공하고자 하였다.

【Abstract】

Study on the Re-establishment of the Historic and
Cultural Environment Protection System

- Focusing on the Historic and Cultural Environment Protection
System under the Cultural Heritage Protection Act -

Kim, Ji Min

(Doctoral Course, Administrative Law,
Dept. of Law, Graduate School, Korea University)

In 2010, the “Historical and Cultural Environment” was defined as a legal term in the Cultural Heritage Protection Act(CHPA), and a system for historic and cultural environment preservation area(HCEPA) was established. The HCEPA is a system to protect the value of cultural heritage by appropriately managing not only individual cultural heritage but also its surrounding environment. The historic and cultural environment needs protection and management in that it not only preserves cultural heritage but also enriches the living environment of local residents and forms historical landscapes to become a source of urban competitiveness. In this regard, the contents of the historic and cultural environment protection system under the CHPA were reviewed to limit the limits of the actual control of the acceptance criteria and permission, and the necessity of procedural control, the microscopic and passive control method of the current historical and cultural environment protection system, the Cultural Properties Committee The limitations in

the system were presented, including concerns about deterioration in doubt. Therefore, it is not recommended to protect the historic and cultural environment with a focus on preserving cultural heritage, but to actively shift the view toward ‘creating’ the historic and cultural environment, and to establish a Heritage Planning as a means to provide a basis for future system improvement.

주제어(Keyword) : 문화재보호법(cultural heritage protection act), 역사문화환경(historic and cultural environment), 현상변경허가(Permission for the Alteration of the Current State), 문화재위원회(Cultural Heritage Committee), 역사문화환경 관리계획(Heritage Planning)

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 제97호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 **高麗法學** 제97호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2020년 5월 15일 (6월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식

1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외

2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

※ 한국연구재단 등재지로서 기일을 준수함은 물론 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.korea.ac.kr

※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있습니다. 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 심사결과 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 제98호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 高麗法學 제98호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2020년 8월 15일 (9월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식

1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외

2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필첨)

※ 한국연구재단 등재지로서 기일을 준수함은 물론 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.korea.ac.kr

※ 고려법학 제95호(2019.12)부터는 온라인논문투고시스템을 이용하여 원고를 모집하고 있습니다. 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 심사결과 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 연구결과의 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 연구결과의 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.

[별첨 1]

高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물 동의서

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

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)

김서기 (상명대학교 공공인재학과 교수)

윤은경 (제주대학교 법학전문대학원 교수)

박찬호 (부산대학교 법학전문대학원 교수)

윤남순 (충북대학교 법학전문대학원 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 (제95호)

2020年 3月 20日 印刷

2020年 3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 무단 전재 또는 복제 행위를 금합니다.

ISSN 1598-1584