

高麗法學

제 97 호

2020. 6.

高麗大學校 法學研究院

간 행 사

高麗法學이 제97호를 발간합니다.

高麗法學은 교수님들을 비롯한 연구자들로부터 옥고를 받아 엄정한 심사를 통해 제작되고 있습니다. 이번 호에는 법이론과 공법 및 사법의 각 분야에서 총 6편의 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 특히 학술지 평가를 위하여 애써주신 김배정 조교에게도 고마운 마음을 전합니다.

감사합니다.

2020년 6월

高麗法學 편집위원장 하 명 호

목 차

■ 연구논문

결정강제와 재판거부금지 - 체계이론적 해명을 위한 시도.....	윤재왕 / 1
공공재정환수법 제정에 따른 제재의 법률관계.....	서지민 / 57
외국인의 국내출생자녀에 대한 출생지주의 입법의 대안과 선택	민지원 / 109
아동·청소년 대상의 디지털 성범죄 수사를 위한 잠입수사관 제도의 도입방안 - 최근 개정된 독일형법 및 형사소송법 규정에 대한 검토를 겸하여 -	신상현 / 157
유럽연합 디지털 정책의 동향과 전망: “유럽의 디지털 미래” · “유럽 데이터 전략” · “인공지능 백서”의 주요 내용과 의의.....	이상운 / 193
직장 내 괴롭힘 금지의 실무상 제 문제 - 개정 「근로기준법」의 내용을 중심으로.....	정희경 / 241

결정강제와 재판거부금지 - 체계이론적 해명을 위한 시도*

윤 재 왕**

▶ 목 차 ◀

I. 글머리에	1. (법)체계이론의 개요
II. 재판거부금지의 효력근거 - 법이론적 정당화 시도와 그 한계	2. 체계의 폐쇄성과 개방성 3. 체계의 코드와 프로그램 4. 체계의 중심과 주변
III. (법)체계이론과 재판거부금지 의 이해를 위한 세 가지 좌표계	IV. 법체계에서 재판거부금지의 위치

I. 글머리에

법원은 제기된 사례에 대해 반드시 결정을 내려야 한다. 사례가 일상적으로 반복되는 단순한 경우이든 아니면 결정의 전제가 되는 법률과 선결례가 완전히 침묵하고 있는 일회적이고 이례적인 경우이든 일단 법원의 문지방을 넘어온 것이라면 어떤 식으로든 결정을 내려야 한다. 물론 법원의 문지방을 넘어서기 이전, 즉 법원과는 다른 사회적 맥락 속에서 등장한 갈등을 법원의 결정에 맡길 것인가에 대한 결정은 전적으로 갈등의 당사자 또는

* 이 논문은 2016년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임
(NRF-2016S1A5A2A01023871)

** 고려대학교 법학전문대학원 교수.

관련된 당사자의 몫이다. 이 점에서 법원의 결정에 맡길 것인지에 대한 결정은 법원과는 무관하고 동시에 결정을 유예하거나 결정을 회피할 수 있는 당사자들의 주권적 결정 영역에 속한다. 따라서 법원 이전의 영역에서는 결정강제(Entscheidungszwang)가 존재하지 않는다. 이와 동일한 맥락에서 결정의 전제가 되는 프로그램으로서의 법률 역시 그 자체 하나의 결정의 산물이지만, 이 입법적 프로그램을 둘러싼 결정 역시 반드시 결정을 내려야 한다는 강제하에 놓여 있지 않다. 즉 의회가 특정한 규율영역과 관련해 법률의 제정을 일단 유보하거나 결정을 내리지 않는다고 결정하는 것은 허용될 뿐만 아니라 때로는 - 예컨대 미래에 대한 예측 가능성이 매우 낮거나 문제 영역과 관련된 갈등이 첨예해 어느 한쪽에 유리한 방향으로 법이 제정되는 것을 피하고자 하는 경우에는 - 합리적인 결정으로 평가되기도 한다. 유독 법원만이 제기된 사례에 대해 ‘어떠한 경우에도’ ‘어떤 식으로든’ 결정을 내려야 한다는 결정강제하에 있으며, 이러한 강제를 법이론에서는 통상 재판거부금지 또는 법거부금지(Justizverweigerungs-oder Rechtsverweigerungsverbot)라고 부른다.¹⁾

하지만 재판거부금지는 명문의 실정법적 토대를 갖고 있지 않는 경우가 많고, 실제로 우리 법질서에서 이 금지를 명문화한 규정을 찾아볼 수 없다. 단지 법원이 재판을 거부한 실례가 없다는 사정으로부터 소극적으로 이 금지가 묵시적 효력을 갖고 있다고 전제할 수 있을 뿐이다. 더욱이 재판거부금지는 역사적 측면에서 볼 때 결코 당연한 것으로 여겨지지 않았다. 예컨대 근대 법체계의 모범적 원형에 해당하는 로마법대전(Corpus Iuris Civilis)은 - 일부 영역에 국한되긴 하지만 - 재판거부금지와는 정반대로 재판을 거부하도록 명령을 부과했고,²⁾ 절대왕정의 태동과 함께 시작된 중세 후반 및 근대 초기의 법질서 역시 사법권력에 대한 통제와 제한 그리고 법질서의 통일

1) 일반적으로는 후자의 ‘법거부금지’라는 용어가 더 자주 사용된다. 물론 양자 사이에는 약간의 개념적 차이가 있긴 하지만, 여기서는 ‘재판거부금지’라는 용어를 통일적으로 사용하겠다. ‘법거부금지’에 관한 간략한 설명으로는 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 6. Aufl. 2011, Rn. 823 참고. 또한 윤재왕, 법관의 결정의무 - 재판거부금지의 역사적 전개과정에 관하여, 「고려법학」 제92호(2019), 5-6면 각주 11도 참고.

2) 이에 관해 자세히는 Th. Mayer-Maly, Iurare sibi non liquere und Rechtsverweigerungsverbot, in: Festschrift für Franz Matscher zum 65. Geburtstag, 1993, S. 349 이하 참고.

성이라는 이념을 기치로 내세우면서 사법권의 행사 범위를 좁은 범위에 한정시켜 법률프로그램을 벗어나는 영역에서는 재판을 거부하도록 명령하는 방향으로 발전해왔다. 물론 이러한 명령의 수행으로 인한 결정의 공백을 보충하기 위한 다른 제도를 발전시켰고, 프랑스의 입법문의(référé législatif)나 오스트리아와 프로이센의 문의의무(Anfragepflicht)는 이와 관련된 대표적인 사례에 해당한다.³⁾ 즉 주권자의 의지로서의 법률을 사법에서도 일관되게 관철하기 위해 법관의 해석권한을 제한하고, 법관이 법률문언의 불명확성 등을 이유로 법관 개인의 법적 견해나 법 이외의 논거가 법적 결정에 영향에 미치는 것을 사전에 차단하기 위해 결정 자체를 법원으로부터 외재화(Externalisierung)하는 방식이 법의 역사에서는 예외가 아니라 원칙이었다고 말할 수 있다.⁴⁾ 이 역사에 종지부를 찍은 것은 프랑스 민법전 제4조라는 획기적인 사건이었다. 이 조항은 사법권에 관한 그 이전의 역사와는 어떠한 연결가능성도 없는 상태에서 그리고 그 이전의 역사와는 완전히 모순되게도 법관이 법률의 불명확성 등을 이유로 재판을 거부하는 것을 금지한다고 규정했다. 이러한 획기적 전환은 비슷한 시기에 ‘해석지침’의 입법화를 통해 결정강제와 결정금지 사이의 긴장을 완화하려고 했던 입법적 시도와 같은 절충적 해결방법을 포기하고, 법질서 내에서 법원이 차지하는 위치를 - 조금은 과장해서 표현하자면 - ‘예속으로부터 해방으로’ 전환하는 혁명을 불러일으켰다. 이제 일정한 경우에는 결정을 금지한다는 전제로부터 어떠한 경우에도 결정이 강제되고, 이러한 강제는 역설적이게도 법률로부터 거리를 둘 수 있는 자유를 법원에게 인정한 것이기 때문이다.⁵⁾ 다시 말해 거부의 금지라는 이중‘부정’은 사실상 법관의 적극적 활동을 정당화하는 ‘긍정’의 토대로 작용하게 되었다.

3) 이러한 역사적 전개과정에 관해서는 윤재왕, 법관의 결정의무 - 재판거부금지의 역사적 전개과정에 관하여, 「고려법학」 제92호(2019), 1면 이하 참고.

4) 특히 관습법이 지배하던 시대와 관련하여 법의 효력 및 외재화의 기술에 관해서는 Th. Simon, Geltung. Der Weg von der Gewohnheit zur Positivität des Rechts, in: Rechtsgeschichte 7(2005), S. 102 이하 참고.

5) 자세한 것은 윤재왕, 법관의 결정의무 - 재판거부금지의 역사적 전개과정에 관하여, 「고려법학」 제92호(2019), 35면 이하, 44면 이하 참고.

따라서 이와 같은 역사적 연원(Genesis)에 비추어 본다면 재판거부금지는 법질서를 구성하는 당연한 원칙이 아니라 특정한 역사적 및 현실적 원인에 기초한 것으로 여겨야 한다. 즉 사법부라는 제도가 존재하면 당연히 재판거부는 금지된다는 논리적 결론에 도달할 수는 없다. 그러나 무엇보다 ‘입법과 사법’ 또는 ‘법률과 법관’ 사이의 관계를 둘러싼 끝없는 이론적 논의와 권력분립이라는 근대적 법원칙과 결부된 섬세한 정치적 역학관계 그리고 법관의 법률해석의 의미와 한계에 관련된 모든 방법론적, 법이론적 논쟁이 법원 또는 사법(司法)이라는 소실점(Fluchtpunkt)으로 집약된다는 사정을 감안한다면,⁶⁾ 사법작용을 다른 국가권력의 작용과 뚜렷이 구별되게 만드는 재판거부금지 제도를 단순히 역사적 연원만으로 설명 또는 정당화할 수 없다. 즉 결정금지로부터 결정강제로 전환하게 된 시대사적 배경만을 근거로 재판거부금지를 설명할 수는 없고, 연원과는 독립된 타당성(Geltung)을 밝혀야만 한다.

문제는 19세기 초반 이후 재판거부금지는 ‘지나칠 정도’로 당연한 원칙으로 이해된 나머지 이에 대한 이론적 해명을 시도하는 경우가 거의 없다는 사실이다.⁷⁾ 이 점에서 부르주아 형식법(bürgerliches Formalrecht)의 해체와 법의 실질화(Materialisierung des Rechts)라는, 19세기 후반부터 법질서가 겪게 된 변화를 감지하면서 법관의 자유와 재량을 대폭 확대하고자 했던 자유법이론(Freirechtslehre)이 재판거부금지를 갑작스럽게 부각시킨 것은 이 제도에 대한 이론적 해명을 시도한 예외에 속한다. 즉 자유법론은 법률에 흠결이 있는 경우에는 법관 개인의 인격을 결정에 적극적으로 투입해야

6) 이 점에 관한 정확한 지적으로는 J. Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992, S. 241 참고.

7) 이러한 판단은 물론 독일권에 제한된 것이긴 하지만 법률의 해석에 관한 비교법적 연구에 따르면 재판거부금지를 명문화하고 있는 로마계열 국가(프랑스, 스페인, 포르투갈 등)나 영국에서도 사정은 크게 다르지 않다는 것을 알 수 있다. 오히려 최근에 이 금지를 명문화하는 경향이 새롭게 형성되고 있을 정도이다. 이에 관해서는 S. Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, 2001, S. 188 이하, 312 이하, 418 이하, Bd. 2, 2001, S. 905 이하, 1200 이하; Ch. Wendehorst, Methodennormen in kontinentaleuropäischen Kodifikationen, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 75(2011), S. 736 이하, 749 이하 참고.

한다는 ‘해방’된 법관상을 재판거부‘금지’를 통해 설명하고자 했다. 하지만 자유법론이 초창기에 내세운 급진적 이론은 이를 주창하는 학자들마저도 다시 후퇴의 필요성을 느낄 정도로 일종의 정치적 운동의 성격을 갖고 있었기 때문에 재판거부금지 자체보다는 이 제도의 역사적 연원으로부터 그 타당성을 설명하려는 이론사의 일회적 에피소드에 머무르고 말았다.⁸⁾ 그 이후 몇 가지 단편적인 연구를 통해 재판거부금지의 소송법적 또는 방법론적 의미를 밝히고 있을 뿐, 이 제도가 법체계 전체에서 차지하고 있는 위상을 하나의 완결된 이론적 토대 위에서 설명하려는 법학 내재적 이론은 존재하지 않는다.

이러한 배경을 감안하면서 아래에서는 먼저 재판거부금지에 대한 통상의 법이론적 설명과 그 한계(II)를 서술한 이후, 인식관심을 법학 외부로 전환해 특히 니클라스 루만(Niklas Luhmann, 1927~98)의 체계이론을 이론적 도구로 삼아 재판거부금지의 위치와 필요성을 설명하겠다. 잘 알려져 있는 대로 루만의 체계이론은 ‘사회적인 것(Das Soziale)’에 관한 보편적 이론이고, 특히 전체 이론을 구성하고 있는 개별적인 부분 이론들이 서로 밀접하게 유기적으로 결합되어 있어 어느 부분 이론에서 출발할지라도 다시 다른 부분 이론과의 연결고리를 거쳐 다시 출발지점으로 돌아오는 복합적인 순환과정을 거치게 된다.⁹⁾ 즉 ‘재판거부금지’라는 극히 제한된 영역에 대한 인식관심을 실현하기 위해서는 체계이론 - 사회적 체계에 관한 이론 - 을 거쳐 법체계 이론에 가닿아야 하고, 구체적 지점에 도달했을지라도 다시 이론부터 전체 이론으로 되돌아가는 상황이 반복된다. 이 점에서 특정한 문제에 대한 서술은 전체에 대한 조망이 없이는 불가능하다는, 통상의 거대이론

8) 재판거부금지를 자유법론의 핵심근거로 삼는 대표적인 문헌으로는 H. Kantorowicz, *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*(1925), in: ders., *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, hrsg. von Th. Würtenberger, 1962, S. 53 이하; ders., *Epochen der Rechtswissenschaft*(1914), in: ders., *Rechtshistorische Schriften*, hrsg. von H. Coing/G. Immel, 1970, S. 7 이하 참고.

9) 루만의 체계이론의 이러한 특성을 가장 섬세하게 밝히고 있는 A. Göbel, *Theoriegenese als Problemgenese. Eine problemgeschichtliche Rekonstruktion der soziologischen Systemtheorie Niklas Luhmanns*, 2000, S. 9-25 참고.

(Supertheorie)이 야기하는 난점에 덧붙여 개념과 개념 사이의 순환적 연결을 지속적으로 컨트롤해야 한다는 난점까지 추가된다. 이러한 난점 및 이 난점을 회피하기 위해서는 단순화를 감수하지 않을 수 없다는 점을 충분히 의식하면서 먼저 법체계에 관한 체계이론적 구상의 개요(III. 1)를 묘사하기로 한다. 그 이후 우리의 주제인 재판거부금지에 대한 서술을 위해 법체계의 폐쇄성/개방성의 구별, 코드/프로그램의 구별, 중심/주변의 구별이라는 세 가지 좌표계(Koordinatensystem)를 설정하고(III. 2, 3, 4), 이를 통해 재판거부금지가 전체 법체계에서 어떠한 위치에 있는지를 밝히고자 한다(IV). 이러한 좌표계 설정은 전적으로 서술 영역의 제한이라는 목적에 뒤따른 것일 뿐 그 자체 필연성을 갖지 않는다. 따라서 얼마든지 이 주제를 다른 방식, 다른 좌표계를 거쳐 서술할 수도 있다. 예컨대 결정의 역설과 역설의 전개라는 측면 또는 결정강제와 논증강제의 관련성이라는 측면을 좌표계로 설정하는 것도 가능하다. 이 “얼마든지 달리 될 수 있다”는 의미의 우연성(Kontingenz)¹⁰⁾은 곧 아래의 서술에도 해당되며, 따라서 다른 우연성과의 우연적인 만남은 있을 수 있는 다음 기회로 넘기기로 한다.

II. 재판거부금지의 효력근거 - 법이론적 정당화 시도와 그 한계

재판거부금지를 선형적 법원칙으로 전제¹¹⁾할 수는 없기 때문에, 법률

10) 이 개념으로부터 법체계를 파악하는 것으로는 N. Luhmann, Kontingenz und Recht. Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, hrsg. von J. Schmidt, 2013 참고. 재판거부금지와 관련해서는 S. 198 이하 참고.

11) 이 점은 재판거부를 명령했던 역사적 사실 자체에 의해 반박된다. 예를 들어 프랑스혁명 직후 로베스피에르는 법관을 입법자가 제정한 법률에 구속시키고 법률이 불명확할 경우에는 반드시 재판을 거부하도록 명령하기 위해 법률에 대한 해석의 여지를 출발점으로 삼는 ‘법학(jurisprudence)’이라는 단어 자체를 언어사용에서 삭제하려고 시도했다. 이에 관해서는 Ch. Schönberger, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, in: Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung, VVDStRL 71(2012), S. 298 이하 참고. 재판거부 명령과 관련해서는 M. Th. Fögen, Schrittmacher des Rechts. Anmerkungen zum Justiz- und Rechtsverweigerungsverbot, in: Honsel, Heinrich u.a.(Hrsg.), Privatrecht und

의 불명확성이나 흠결을 이유로 법관이 실제로 재판을 거부한 사례가 없었다는 경험적 사실로부터 소극적으로 이 금지의 효력을 관습법적으로 정당화¹²⁾하지 않는 이상 이 제도의 효력근거(Geltungsgrund)를 찾는 가장 우선적인 경로는 헌법이다. 헌법 제27조 제1항은 “모든 국민은 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가진다”라고 규정하여¹³⁾ 국민의 재판청구권 또는 국가의 사법보장의무를 확정하고 있다.¹⁴⁾ 재판청구권은 국민이 법원이라는 국가제도를 이용할 수 있고 이를 통해 기본권보장을 실현한다는 의미이다.¹⁵⁾ 따라서 권리보호에 반해 재판을 지나치게 지연하거나 소송절차의 공정성을 위반할 때는 이 기본권을 침해한 것이 된다. 하지만 재판거부금지는 법원이 소송절차와 관련해 법질서가 규율하고 있는 의무에 충실하게 변론과 심리를 거쳐 궁극적으로 법과 불법에 대한 결정을 내려야 한다는 강제를 내용으로 삼는다. 즉 법원은 “무엇이 법인지를 알 수 없고, 그 때문에 결정이 불가능하다”고 선언할 수 없다는 의미이다. 이 점에서 재판청구권은 소송절차의 개시 및 그 공정한 진행과 관련된 것이

Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer, 2004, S. 14 이하; (역사적 측면에 관한) 윤재왕, 앞의 논문, 18면 이하 참고.

- 12) 관습법적 정당화에 관해서는 E. Schumann, Das Rechtsverweigerungsverbot. Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, ZZP 81(1968), S. 90 이하; M. Scheffelt, Die Rechtsprechungsänderung. Ein Beitrag zu methodischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen und zur Anwendung der Ergebnisse im Verwaltungsrecht, 2001, S. 202 이하; K. Hemke, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, 2006, S. 190 이하 참고.
- 13) 우리나라 헌법에 명문으로 규정된 ‘재판청구권’과 헌법 해석상 기본권으로 인정되는 미국의 ‘법원접근권(access to the courts)’을 상호 비교하는 조수혜, 재판청구권의 실질적 보장을 위한 소고 - 수용자의 경우를 중심으로 한국과 미국의 논의 비교 -, 「홍익법학」 제14권 3호(2013), 433면 이하도 참고.
- 14) 헌법재판소는, 헌법 제27조 제1항이 보장하고 있는 재판청구권의 핵심적 내용으로 “헌법이 특별히 달리 규정하고 있지 않는 한 법관에 의하여 사실적 측면과 법률적 측면의 한 차례의 심리검토의 기회는 적어도 보장되어야 함”(헌재 2004. 12. 16. 2003헌바105, 판례집 16-2하, 505, 512)을 들고 있다.
- 15) ‘재판청구권’이라는 국민의 기본권에 대응하여 사법부가 일정한 형태의 ‘논증의무’를 부담한다고 주장하는 박준석, 재판청구권과 법원의 논증의무 - 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도3358 판결을 중심으로 -, 「법학논총」 제36권 2호(2012), 203면 이하 참고.

며, 결정강제라는 의미의 재판거부금지와는 직접적 관련성이 없다. 전자가 절차라는 형식적 측면에 관련된 것이라면,¹⁶⁾ 후자는 결정 및 결정의 내용이라는 실질적 측면에 관련된 것이기 때문이다. 심지어 헌법 제27조 제1항의 문언을 순전히 형식적으로 이해한다면 ‘법률에 의한 재판’이라는 문구는 법률의 침묵과 불완전성을 전제하는 재판거부금지와는 정반대되는 결론에 도달할 수 있다.¹⁷⁾ 물론 재판거부금지는 법적으로 불확정한 상태를 방지하는 결정을 저지하고, 이를 통해 궁극적으로는 재판청구권을 보장하기 위한 것으로 이해할 수는 있다. 하지만 법원은 의문과 업무 부담에도 불구하고 제기된 모든 사례에 대해 결정해야 하고, 더욱이 결정이 재판청구권을 행사하는 구체적 국민에게 불리한 것일지라도 어쨌든 결정을 내려야 한다는 명령을 재판청구권 또는 사법보장의무를 통해 정당화할 수는 없다.¹⁸⁾

헌법적 차원에서 생각할 수 있는 또 다른 논거는 권력분립 원칙이다. 즉 법을 제정하는 입법과 법을 구체적 사례에 적용하는 사법 사이의 역할분담을 의미하는 권력분립 원칙을 재판거부금지에 투영시켜 볼 수 있다. 이 원칙 자체는 국가권력을 통제한다는 법치국가와 민주주의 이념에 비추어 볼 때 당연한 전제조건에 해당하지만 사법작용에 대한 엄격한 통제와 그에 따른 법관의 법률구속으로 전환시킬 때는 곧장 재판거부금지에 반하는 것처럼 보인다. 역사적으로 볼 때에도 시민혁명 전환 직후 혁명위원회가 법관들을 최대한 통제하고자 했고 그 때문에 절대왕정의 통제무기였던 결정금

16) ‘재판청구권’이 법과 권리의 실체적 내용 자체를 보호하는 것이 아니라, 공정하고 신속한 재판을 받을 기회나 절차, 조직을 국가에 대해 요구할 수 있는 ‘절차적 기본권’임을 강조하는 김하열, 「헌법강의」, 2018, 622면 이하 참고.

17) 이와 관련하여 헌법재판소는, 헌법 제27조 제1항에서 정하는 “법률에 의한 재판”을 “합헌적인 법률로 정한 내용과 절차에 따라, 즉 합헌적인 실체법과 절차법에 따라 행하여지는 재판”(헌재 1993. 7. 29. 90헌바35, 판례집 5-2, 14, 31; 헌재 1996. 1. 25. 95헌가5, 판례집 8-1, 1, 14; 헌재 2001. 2. 22. 2000헌가1, 판례집 13-1, 201, 208 참조)이라고 새긴다. 나아가 “법률에 의한 재판”에서의 “법률”의 외연에는 형식적 의미의 법률뿐만 아니라, 그러한 법률의 위임 등에 따라 제정된 하위법령이나 죄형법정주의와 같은 특별한 요청이 없는 경우에는 관습법도 포함된다고 해석하는 김하열, 「헌법강의」, 박영사, 2018, 635면 이하도 참고.

18) 재판청구권으로부터 재판거부금지를 도출할 수 없다는 점에 관해서는 M. Th. Fögen, *Schrittmacher des Rechts*, S. 10 이하; E. Schumann, *Das Rechtsverweigerungsverbot*, S. 80 참고.

지와 문의의무를 부과하면서 주로 권력분립 원칙을 근거로 제시했으며, 이 점에서 재판거부금지를 규정한 프랑스 민법전 제4조는 마치 권력분립 원칙으로부터 이탈하는 것처럼 보일 수 있다. 그러나 문의의무 또는 결정금지는 권력분립이 아니라 전적으로 주권자의 의지를 절대시킨 군주제의 유산이고, 프랑스 혁명위원회가 내세운 근거였던 권력분립 역시 귀족 중심의 전통적 사법권력의 무력화라는 정치적 의도를 몽테스키외(Montesquieu)에 대한 형식적 이해 또는 오해로 포장했을 따름이었다는 사실을 기억해야 한다.¹⁹⁾ 설령 근대 초기의 권력분립 원칙과 이 원칙을 대표하는 법률유보 및 법률구속 이념을 극히 형식적으로 이해할지라도 법률 자체가 법률제정 이후에 발생하는 모든 사례들을 완벽하게 예측하는 것은 불가능하기 때문에 판결활동을 오로지 법률의 적용에만 국한시키는 일 또한 현실적으로 불가능하다. 만일 이 불가능을 가능으로 만들고자 한다면 문의의무와 같은 과거의 제도로 회귀할 수도 있겠지만, 이 - 현실적으로 불가능한 - 회귀를 권력분립 원칙으로 정당화할 수는 없다.²⁰⁾ 물론 권력분립 원칙은 오늘날에도 매우 형식적인 의미로 이해되기 때문에 입법과 사법을 엄격한 상하질서로 파악한다. 적어도 이러한 이해에 따른다면 - 이해 자체의 설득력과는 관계없이 - 권력분립 원칙은 재판거부금지의 효력근거가 될 수 없다. 오히려 재판거부금지 제도를 전제하면서 입법과 사법 사이의 관계를 새롭게 성찰하거나, 법률의 해석 및 해석의 한계를 둘러싼 법학방법론의 논의가 세분화하는 계기로 작용한

19) 즉 ‘해석금지 - 문의의무 - 해석방법의 법규범화’라는, 재판거부금지가 형성되기 이전의 역사는 권력분립이론으로 설명할 수 없고, 왕정의 파기 이후에 잠시 형식적 의미의 권력분립에 기초해 재판거부 명령을 원칙으로 삼았을 뿐이다. 이러한 역사적 배경에 관해서는 윤재왕, 앞의 논문 및 윤재왕, 몽테스키외의 권력분립이론에 대한 형식적 이해로 인한 이론적, 제도적 혼란을 밝히고 있는 윤재왕, “법관은 법률의 입”? - 몽테스키외에 대한 이해와 오해 -, 『안암법학』 제30권(2009), 129면 이하도 참고.

20) 이에 관해 자세히는 재판거부금지 원칙이 성립한 역사적 배경을 고려하면서 권력분립과의 연관성에 대해 의문을 제기하는 E. Schumann, Das Rechtsverweigerungsverbot, S. 83 이하 참고. 또한 법이론의 관점에서 재판거부금지를 형식적 의미의 권력분립 원칙으로 정당화할 수 없다는 점을 밝히고 있는 V. Klappstein, Demokratische Legitimation und Grenzen der Verlagerung von Entscheidungen auf den Rechtsanwender, in: C. Bäcker/S. Baufeld(Hrsg.), Objektivität und Flexivität im Recht, 2005, S. 116 이하 참고.

다고 말하는 것이 옳다. 따라서 권력분립 원칙은 재판거부금지를 정당화하거나 거부하는 근거가 될 수 없다.

바로 이 지점에서 법관이 법률의 적용을 넘어 법률에 반하는 법형성(Rechtsfortbildung) 또는 법창조(Rechtsschöpfung)의 권한까지 가지는지 여부를 둘러싼 헌법학, 법이론, 법학방법론의 끝없는 논쟁을 재판거부금지에 연결시켜 음미해 볼 수 있다. 얼핏 보기에는 법률의 불명확성과 흠결을 이유로 재판을 거부할 수 없다는 전제는 곧 법관에게 법을 창조하고 법을 지속적으로 발전시킬 수 있는 권한을 부여한다고 생각할 수 있다. 즉 객관적 목적에 지향된 해석, 법률의 흠결에 대한 보충 및 사회적 변화에 적응하기 위한 법의 지속적 발전을 통해 법관이 법을 형성하고 창조할 수 있다는 사고를 재판거부금지에 기초한 불가피한 결과로 이해하고, 심지어 법관의 이러한 창조적 활동을 독자적인 소송목적으로 상승시키기도 한다.²¹⁾ 이와 같이 법적 문제에 대해 반드시 법적 대답을 제시해야 할 의무로부터 법관의 법형성 명령을 도출한다면, 법적 분쟁의 해결을 위해 사법제도를 이용하는 것은 특정한 실체적 규범의 존재 여부에 의존하지 않게 되고, 사실상 법원으로 하여금 법형성을 통해 분쟁을 해결할 규범을 찾아내도록 강제하며, 그에 따라 법원은 법형성 과제를 담당한다고 볼 수도 있다. 하지만 법적 문제에 대한 법적 대답을 거부할 수 없다는 재판거부금지는 이 대답에 어떠한 내용을 담아야 하는지에 대해서까지 규정하는 것이 아니다. 예를 들어 제기된 신청이 기존의 법에 비추어 볼 때 확실한 판단을 내릴 토대를 갖추고 있지 않다면 법관은 얼마든지 신청을 각하하고 법형성을 거부할 수 있다. 이는 결코 재판거부금지에 대한 위반이 아니다.²²⁾ 즉 재판거부금지를 결정의 지침이 되는 실질적 원칙과 결합할 때만 재판거부금지를 이유로 법형성의 필요성을 제기할 수 있다. 이처럼 재판거부금지와 법형성 사이의 관계설정

21) 대표적으로는 E. Schmidt, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, 1973, S. 34 이하 참고.

22) J. Ipsen, Richterrecht und Verfassung, 1973, S. 53 이하; M. Scheffler, Die Rechtsprechungsänderung, S. 158 이하; R. Wimmer, Der Richter als Notgesetzgeber. Normabstinentz und richterlicher Entscheidungszwang, in: Der Richter und 40 Jahre Grundgesetz, 1991, S. 50 이하.

은 오로지 사법부의 기능을 분쟁에 대한 중국적 결정을 뛰어넘어 법질서의 지속적인 형성과 발전에까지 확장시킨다는 전제하에서만 가능하다. 이는 곧 - 우리가 바로 앞에서 살펴 본 - 입법/사법의 구별 및 관계에 관련된 권력분립 원칙의 이해에 따라 재판거부금지의 의미와 영향이 달라진다는 것을 의미한다. 물론 오늘날의 법이론이 대부분 법관의 판결이 갖고 있는 창조적 성격을 인정하고 있고, 이를 법률의 흠결 및 흠결보충과 같은 예외적 경우에 국한시켜 이해하지 않는다는 점²³⁾에서는 재판거부금지를 근거로 삼아 법형성을 정당화할 수 있는 여지는 얼마든지 있다. 하지만 이 경우에도 법관의 법형성을 재판거부금지로부터 정당화하는 것일 뿐, 재판거부금지를 법형성으로 정당화하는 것은 아니다. 다시 말해 법형성은 - 법관의 권한이나 권력분립 원칙에 대한 특정한 이해에 따라 - 재판거부금지에 수반되는 현상이라고 설명할 수는 있지만,²⁴⁾ 이 수반되는 현상을 거꾸로 금지 자체의 근거로 삼을 수는 없다.²⁵⁾

법관의 법형성이 과연 어느 정도의 범위에서 허용되는가라는 법이론적 쟁점과는 별개로 특히 법률의 흠결을 확인하고 법관이 이러한 흠결을 보충하는 활동을 인정하거나 이를 의무로 여길 때에는 재판거부금지는 법적 안정성(Rechtssicherheit)이라는 법이념의 한 요소와 결합할 수 있다. 즉 분쟁사안을 법률만으로 해결할 수 없다(흠결의 확인)는 이유로 사안에 대한 결정을 거부할 수 없다는 것은 곧 중국적 결정이라는 안정성을 확보하게 된다. 얼핏 보면 이는 상당히 설득력 있는 견해로 여겨진다. 왜냐하면 재판거

23) 이와 관련된 문헌은 윤재왕, 법관의 결정의무, 4면 각주 7)에 인용된 문헌을 참고.

24) 법관이 법형성 권한을 가지는 필연적인 이유로 '재판거부금지'를 들고 있는 최근 문헌으로는 Stefan Drechsler, Grundlagen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung, ZIS 2015, S. 344 이하, 특히 S. 346 참고.

25) 이 점을 정확하게 지적하고 있는 O. Ballweg, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, 1970, S. 108 이하. 칸토로비치 이후 재판거부금지를 가장 상세히 다룬 문헌 가운데 하나인 이 책에서 발백은 사이버네틱 이론을 수용해 판결을 결정강제와 논증강제의 결합으로 파악하면서 이를 통해 판결이 입법에 다시 영향을 미치는 피드백 과정으로 서술하고 있다. 이 선구적 연구는 거의 주목을 받지 못하다. 하지만 루만은 1970년대 초반에 집필해 사후에 출간된 단행본 N. Luhmann, Kontingenz und Recht, S. 198의 각주 32번에서도 이 책을 인용하고 있다. 또한 법체계에서 피드백의 의미에 관해서는 T. Eckhoff/N. K. Sundby, Rechtssysteme, 1988도 참고.

부금지는 법률을 뛰어넘어 반드시 결정을 내리도록 유도하고 이를 통해 분쟁 당사자들 사이의 평화를 가져오기 때문이다.²⁶⁾ 하지만 자세히 관찰해보면 재판거부금지가 법적 안정성 사상으로부터 탄생할 수는 없으며, 이 금지 자체가 상당히 높은 불안정성 요인을 담고 있음을 알 수 있다. 즉 국가 활동의 예견가능성이라는 의미의 법적 안정성은 법관이 법률에 흠결이 있을 경우 언제나 재판불가(non liquet) 결정을 선고하거나 의심스럽고 불명확하며 불완전한 규범인 경우에는 - 역사적 사례에서 알 수 있듯이 - 문의의무와 같은 제도를 이용해 입법자가 진정 무엇을 의욕했는지를 확인함으로써 확보할 수도 있다. 다시 말해 시민이 특정한 사례에서 법률의 흠결이나 불명확성으로 인해 자신의 권리를 보호받을 수 없다거나 법원이 입법 권한을 가진 자에게 문의한 이후에 권리를 보호받을 수도 있다는 사정을 사전에 알고 있는 상태라면 법적 안정성이라는 이념에도 얼마든지 부합할 수 있다. 이 점에서 재판불가 결정이 반드시 분쟁 당사자들 사이에 평화를 불러일으킬 수 없고 법적 평화라는 소송목적에도 도달할 수 없다고 말하기는 어렵다. 이러한 맥락에서 이미 라드브루흐는 재판거부금지를 전제함으로써 법관의 흠결보충과 같은 법창조적 활동을 인정하는 이상 사법권은 확대되지 않을 수 없고, 이는 다시 형식적 의미의 엄격한 권력분립과 법적 안정성이 갖는 의미가 후퇴하지 않을 수 없다고 말한다.²⁷⁾ 물론 법적 안정성을 재판거부금지의 근거로 보는 입장과 라드브루흐처럼 재판거부금지와 법적 안정성의 충돌가능성에 주목하는 입장 사이에는 ‘법적 안정성’을 완전히 다른 의미로 이해한다는 점에 주목할 필요가 있다.²⁸⁾ 전자의 입장은 어떠한 경우에도 법관이

26) 재판거부금지와 법적 안정성 및 법률의 흠결에 관해서는 한편으로는 밀접한 상호관련성을 전제하는 C.-W. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 1964, S. 177과 다른 한편으로는 이 상관관계를 부정하는 E. Schumann, Das Rechtsverweigerungsverbot, S. 99 이하 참고.

27) G. Radbruch, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung(1906), in: Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 1, 1987, S. 413 이하(동일한 논거로 라드브루흐는 권력분립 역시 재판거부금지와 양립할 수 없다고 한다).

28) 이는 ‘법적 안정성’이라는 개념이 안고 있는 근본적인 문제점이기도 하다. 이 개념의 다양한 의미에 관해서는 A. von Arnould, Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts, 2006, S. 101 이하 참고.

결정을 내린다는 사실 자체를 안정성의 핵심으로 이해하는 반면, 후자의 입장은 법률을 초월할 수 있는 가능성이 유발할 예측불가능성에 초점을 맞추어 재판거부금지가 오히려 법적 안정성을 침해한다고 생각한다. 이러한 개념이해의 대립만으로도 이미 법적 안정성을 재판거부금지의 효력근거로 삼는 것을 불가능할 뿐만 아니라 설령 전자의 입장을 취할지라도 역사적 전개 과정에 비추어 볼 때에도 법적 안정성만으로 법관에 대한 결정강제를 정당화할 수 없다.

이상의 간략한 논의에서 알 수 있듯이 재판거부금지를 정당화하기 위한 헌법적 및 법이론적 근거들은 이 제도와 연결가능성의 범위 내에 존재한다는 사정 이외에는 제도의 정당성 근거를 명확하게 보여줄 수 없다는 한계를 안고 있다. 다만 어떠한 정당화 시도도 19세기의 법실증주의가 전제했던 법질서의 완전무결성과 무모순성을 표방할 수 없다는 인식을 바탕에 깔고 있다는 점은 분명하다. 즉 재판거부금지를 법률의 흠결과 같은 예외적 상황을 해결하기 위한 제도로 파악하는 판결의 창조적 성격을 적극적으로 인정하는 관계없이 실정법질서로부터 언제나 유일하게 정당한 결정을 논리적으로 도출해낼 수 없다는 인식은 이 모든 시도의 공통된 기반에 해당한다. 이 점은 프랑스민법전 제4조의 입법 배경에서도 확인할 수 있고, 이른바 법다원주의(Rechtspluralismus)라는 개념²⁹⁾을 통해 근대법의 진화를 설명하려는 이론적 시도에서도 확인할 수 있다. 재판거부금지의 의미를 수면 위로 떠오르게 만든 자유법학, 특히 칸토로비치의 이론 역시 완전무결성 테제에 대한 비판을 실마리로 삼았다는 사실 역시 이 점을 증명한다.³⁰⁾ 문제는 법실증주의 이후(postpositivistisch)의 법이론³¹⁾이 재판거부금지가 전체 법체계에서 갖는 위상을 여전히 설명하지 못한다는 점이다. 이론사의 관점에

29) 형식적 법규범에만 한정된 법실증주의를 비판한 초기 법사회학의 출발점이자 오늘날의 세계사회 법현상을 집약적으로 표현하는 이 개념의 역사에 관해서는 R. Seinecke, Das Recht des Rechtspluralismus, 2015, S. 45 이하 참고.

30) 이에 관한 간략한 이론사는 윤재왕, 법과 논증 그리고 논증이론, 「법학논총」 제43권 4호(2019), 41면 이하 참고.

31) 이 개념에 관해서는 이계일, 포스트실증주의 법사고와 법효력론, 「법철학연구」 제13권 2호(2010), 9면 이하; 울프리트 노이만, 실증주의 이후 시대의 법률과 판결, 「법철학연구」 제19권 1호(2016), 205면 이하 참고.

서도 - 독일어권에만 국한시킨다면 - 법관의 법창조라는 시대사적 사명을 기치로 내세우면서 재판거부금지의 제도적, 이론적 무게를 한껏 높인 칸토로비치 이후 이에 대한 진지한 이론적 접근이 이루어지지 않았음을 확인하게 된다. 앞에서 서술한 내용들이 이론적 조각들(theoretische Fragmente)에 그칠 뿐 법질서의 속성과 법질서를 포괄하는 사회 전체의 변화를 함께 고려하는 이론적 설명력을 갖추지 못한 이유 역시 이러한 맥락에서 이해할 수 있다. 바로 그 때문에 우리는 칸토로비치 이후 처음으로 재판거부금지를 포괄적인 이론적 논의의 대상으로 삼은 루만의 체계이론을 끌어들여 이 제도의 위상을 밝혀보기로 한다. 물론 체계이론이라는 거대이론을 수용할 때 발생하는 추상화의 위험을 뚜렷이 인지할 것이고 동시에 ‘효력근거’나 ‘정당화’와 같은 규범적, 평가적 관점을 최대한 배제하는 체계이론의 특성 때문에 근대법의 전개양상을 재판거부금지에 비추어 설명하고 진단하는 작업이 우선하게 될 것이다. 즉 이제 중요한 것은 정당화가 아니라 설명과 분석이다.

Ⅲ. (법)체계이론과 재판거부금지의 이해를 위한 세 가지 좌표계

1. (법)체계이론의 개요

재판거부금지가 법체계 전체에서 어떠한 위상을 갖는지에 대한 설명과 분석을 위해 이제부터 끌어들이게 될 루만의 체계이론(Systemtheorie)은 크게 보면 ‘사회적인 것(Das Soziale)’ 전체에 대한 체계이론적 해명,³²⁾ 즉 전체 사회에 관한 이론 그리고 이 전체 사회를 구성하고 있는 부분체계(Teil- oder Subsystem)에 관한 이론으로 구별해 설명할 수 있다. 하지만 이 두 가지 구성부분을 ‘총론과 각론’처럼 이해해서는 안 되며, 또한 양자의 관계를

32) 루만 체계이론의 출발점과 종착점에 해당하는 이 이론적 관심은 체계이론의 ‘총론’에 해당하는 「사회적 체계들(Soziale Systeme, 1984)」 이전에 집필되어 사후에 출간된 Die Systemtheorie der Gesellschaft, hrsg. von J. Schmidt/A. Kieserling, 2017에 훨씬 더 순수한 형태로 서술되어 있다. 특히 ‘사회적인 것’의 의미에 관해서는 주로 분화이론의 관점에서 서술하고 있는 S. 707 이하 참고.

공간적으로 이해해 전체 사회라는 거대 공간 속에 법, 경제, 정치와 같은 부분체계들이 각각 자리를 차지하고 있다는 식으로 이해해서도 안 된다. 무엇보다 ‘사회적인 것’을 규정하는 커뮤니케이션(Kommunikation)은 - 그것이 법적 커뮤니케이션이든 또는 경제적 커뮤니케이션이든 - 그 자체 사회의 구성부분이고, 이 점에서 개별 부분체계의 커뮤니케이션은 동시에 사회의 커뮤니케이션이다. 즉 개별 부분체계의 작동은 언제나 사회의 ‘수행(Vollzug)’³³⁾이다. 오로지 특별한 관찰방식에 따라 부분체계의 분화를 확인할 수 있을 뿐이며, 부분체계의 분화는 일정한 형식을 전제한다. 전체 사회와 부분체계의 이러한 관계는 당연히 법체계에도 해당하며, 특히 기능적 분화를 특성으로 삼는 근대사회에서는 다른 기능체계와는 뚜렷이 구별되는 법체계(Rechtssystem)의 독자적인 속성을 밝히는 이론적 작업이 선행되어야 한다.³⁴⁾ 다시 말해 - 다른 모든 부분체계에 대한 서술에서도 그렇듯이 - 법체계에 관한 서술은 언제나 전체 사회와의 관련성과 다른 부분체계와의 구별을 함께 고려해야 한다. 그래서도 어찌면 전체 사회와 다른 부분체계에 대한 서술을 마친 이후에야 비로소 관심의 대상인 부분체계에 대한 서술이 가능하다고 여길 정도로 다른 것과 구별되는 한 부분체계는 이 부분체계 이외의 것(환경)과 밀접한 관련을 맺고 있는 셈이다. 이 중층적이고 복잡한 사정을 감안하면서 우리는 부분체계(법체계)의 부분체계(사법부)에서 이루어지는 커뮤니케이션을 제한하는 조건(재판거부금지)에 초점을 맞추는 국지적 관점을 취한다는 사실을 변명으로 삼아 법체계를 극도로 단순하게 체계이론적으로 서술해보기로 한다.³⁵⁾

33) 체계이론의 핵심개념에 해당하는 ‘수행’에 관해 자세히는 J. Clam, Kontingenz, Paradox, Nur-Vollzug : Grundprobleme einer Theorie der Gesellschaft, 2004, S. 234 이하 참고.

34) 전체 사회와의 연관성을 고려하면서 법체계 전반을 체계이론적으로 서술한 루만의 수많은 문헌 가운데 - 글쓴이의 주관적 관점에서 - ‘접근성’이 가장 수월하고 또한 아래의 서술에 직간접적으로 반영되어 있는 두 개의 문헌으로는 N. Luhmann, Die soziologische Beobachtung des Rechts, 1986; ders., Recht als soziales System, ZfRS 20(1999), S. 1-13 참고. 또한 체계이론의 ‘체계’ 개념을 법이론적 배경에서 서술하고 있는 Th. Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl., 2015, S. 67 이하도 참고.

35) 루만의 (법)체계이론과 관련된 수많은 1차문헌과 2차문헌을 이하에서는 주로 1차문헌 중심으로 인용하겠다. 기본적으로 각주의 부담을 완화하기 위한 것이지만, 모든 개념

앞에서 서술했듯이, 체계이론은 법을 사회의 한 부분체계로 이해하고, 이 부분체계가 다른 부분체계들(정치, 학문, 경제, 교육, 예술 등)과는 구별되는 특정한 기능(행위기대의 안정화³⁶⁾)을 근거로 모든 커뮤니케이션을 포괄하는 전체 사회체계로부터 분화했다는 전제에서 출발한다. 전체 사회는 커뮤니케이션/비커뮤니케이션이라는 구별에 비추어 자신의 환경(의식, 생명, 사물)과의 경계를 설정하는 반면, 기능적 부분체계들은 체계의 기본적인 소재(기초적 작동)를 사회와 공유한다. 즉 부분체계를 구성하는 요소들인 커뮤니케이션은 동시에 사회의 구성요소이기도 하다. 다만 각 부분체계는 사회의 커뮤니케이션이 귀속될 수 있는 코드(Code)를 통해 나머지 사회와 구별된다. 따라서 법/불법(Recht/Unrecht)이라는 코드와 관련된 모든 커뮤니케이션은 법체계에 속하고, 이러한 개념정의만으로 이미 법체계 바깥에는 법적 커뮤니케이션이 존재하지 않게 된다. 하지만 모든 법적 커뮤니케이션이 곧바로 법적 효력을 주장할 수는 없다. 다시 말해 모든 법적 커뮤니케이션이 향후에 이루어지는 체계의 모든 작동에서 출발점으로 삼아야 할 정도로 법체계의 상태를 변경시키는 것은 아니다. 오히려 효력은 일정한 반사적 법규범(reflexive Rechtsnormen)³⁷⁾에 의거해 특정한 법적 행위(예컨대 계약, 법률, 판결)에 귀속시키는 의미(Sinn)이다. 이 점에서 법체계는 자기 자신의 힘으로 스스로를 조종한다. 또한 다양한 법적 행위들은 지시규칙을 통해 서로 순환적으로 연결되어 있고, 그 때문에 법효력은 한 커뮤니케이션에

과 모든 이론 단위가 서로 맞물려 있기 때문에 어느 한 지점에 고정시켜 인용을 밝히기 어렵게 만드는 체계이론의 이론적 성격에 기인하는 문제이기도 하다. 또한 이 글의 논의 전체에 결정적 영향을 미치고 있는, 체계이론과 법체계이론에 관한 세 개의 번역서를 여기에서 지적해둔다. 니클라스 루만, 「사회의 법」, 윤재왕 옮김, 2014; 니클라스 루만, 「사회의 사회」, 장춘익 옮김, 수정번역판, 2014; 니클라스 루만, 「체계이론 입문」, 윤재왕 옮김, 2014. 여타의 루만 저작은 번역서가 있는 경우라 할지라도 원문을 인용하겠다.

36) 루만 법사회학의 핵심에 해당하는 이 개념에 관해서는 무엇보다 N. Luhmann, Rechtssoziologie, 2. Aufl., 1983, S. 176 이하; 윤재왕, 법체계의 자율성 - 체계이론적 관점에서 본 법과 정치의 관계, 「강원법학」 제50호(2017), 285면 이하 참고.

37) 예컨대 하트(H. L. A. Hart)가 말하는 '인식규칙(rules of recognition)'이나 '변경규칙(rules of change)'과 같이 법규범의 '변경'에 관한 법규범은 이러한 반사적 법규범에 해당한다.

서 다른 한 커뮤니케이션으로 전달된다(예컨대 법률 → 판결; 판결 → 법률). 이와 같은 순환적 지시의 과정을 통해 법적 커뮤니케이션은 다른 법적 커뮤니케이션에 끝없이 연결되고 이로써 법은 스스로를 재생산한다(자기생산; Autopoiesis).³⁸⁾ 그렇기 때문에 법코드에 지향되어 있지 않은 (예컨대 정치적 또는 경제적) 커뮤니케이션은 법적 상태를 변경할 수 없고, 이 점에서 법은 작동상 폐쇄되어(operativ geschlossen) 있다. 그렇지만 법체계는 환경의 정보를 법체계 고유의 메커니즘을 통해 처리한다는 정보적 개방성을 통해 환경에 연결되어 있다. 이와 동시에 서로 다른 코드에 따르는 커뮤니케이션들이 함께 진행되는 과정을 거쳐 부분체계들 사이의 조율을 가능하게 만드는 구조적 연결(strukturelle Kopplung)³⁹⁾을 통해서도 법체계는 환경에 연결되어 있다. 예를 들어 법률과 계약이라는 법체계의 제도를 통해 정치와 경제가 법체계 내에서 작동할 수 있게 되고, 법적 상태를 변경할 수 있다. 물론 이 경우에도 법률 및 계약의 성립과 효력에 관한 법체계의 규칙이 준수되어야 한다. 이처럼 법체계의 작동상의 폐쇄성과 구조적 연결은 체계/환경(System/Umwelt)의 관계가 고도의 선별성을 갖게 만들고, 이로써 이 관계를 합리적이고 효율적으로 형성할 수 있도록 기여한다. 즉 법체계가 환경에 의해 압도(체계의 타락)되거나 거꾸로 법체계가 환경을 전혀 고려하지 않는 맹목적인 상태(체계의 고립)에 빠지지 않게 해준다. 그 때문에 법체계는 다시 중심과 주변이라는 내부 분화를 겪게 된다. 법체계의 중심에는 상하질서로 이루어진 법원이 자리 잡고, 법원은 법/불법 코드가치의 귀속에 관련된 최종적 결정을 담당한다. 이에 반해 법체계의 주변에서는 입법, 계약의 형성 등을 거쳐 법체계와 환경과의 구조적 연결이 이루어진다.⁴⁰⁾

38) ‘자기생산’ 개념에 관해서는 윤재왕, 법체계의 자율성, 292면 이하; Th. Vesting, Rechtstheorie, S. 69 이하 참고. 또한 ‘자기생산’ 개념을 도입하면서도 법체계의 자율성을 하버마스의 논의이론(Diskurstheorie)에 연결시킬 가능성을 탐색하는 G. Teubner, Recht als autopoietisches System, 1989, 특히 21면 이하(자기관련성)도 참고.

39) 이에 관해 자세히는 (법체계와 정치체계의 구조적 연결을 중심으로 서술한) 윤재왕, 법체계의 자율성, 298면 이하 참고.

40) 법체계이론에 관한 상세한 서술로는 Th. Huber, Systemtheorie des Rechts, 2007; 간략한 서술로는 A. Fischer-Lescano, Globalverfassung. Die Geltungsbegründung

2. 체계의 폐쇄성과 개방성

(법)체계이론에 관한 이러한 간략한 서술은 괄호가 상징하듯이 사회적 체계에 관한 일반적 이론을 법에 대입시켜 추출한 결론들의 연결에 해당한다. 다시 말해 체계이론은 전체 사회를 설명하는 이론적 개념들을 다른 모든 부분체계에서 일관되게 유지하면서 전체 사회로부터 분화된 부분체계에 특수한 측면을 포착하기 위해 새로운 개념을 추가하거나 일반적 차원의 개념의 변용하면서 동시에 동일한 개념을 모든 부분체계에 투사하는 보편이론을 구상한다. 이 점에서 전체 사회와 부분체계의 관계는 동일성과 차이의 차이(Differenz von Identität und Differenz)⁴¹⁾에 해당한다. 따라서 하나의 사회적 부분체계인 법체계에 관한 이론은 사회적 체계 전체에 대한 이론구성에 직접적으로 연결되어 있다. 이 측면에서는 무엇보다 체계이론 자체가 제기하는 물음의 방식에 주목할 필요가 있다. 즉 체계이론은 “사회(체계)가 무엇인가?”가 아니라 “사회(체계)가 어떻게 가능한가?”라고 묻는다. 흔히 ‘자기생산적 전환(*autopoietische Wende*)’⁴²⁾이라고 불리고, 루만 스스로도 자신의 이론이 전개과정에서 그 이전과 그 이후로 구별하는 의미를 갖는다고 평가하는 「사회적 체계들(1984)」은 ‘체계는 존재한다(*Es gibt Systeme*)’라는 전제에서 출발한다.⁴³⁾ 존재론의 혐의에 노출되어 있는 이 짧은 문장은 이에 대한 복잡한 이론적 논의를 접어둔다면 체계이론이 제기하는 물음의 방식을 분명하게 보여주고 있다. 즉 사회적 체계들의 존재 자체에 대해서는 의문을 제기하지 않으며, 오히려 존재하는 체계들이 어떠한 방식으로 작동하고 각 체계가 어떻게 다른 체계와 구별되는지를 묻는다.

der Menschenrechte, 2005, S. 55-66 참고.

41) 헤겔철학과의 차별성을 보여주는 이 측면에 관해서는 R. Frey, Vom Subjekt zur Selbstreflexion. Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie, 1987, S. 38 이하 참고.

42) ‘전환’이라는 표현이 갖는 의미 및 이 표현이 불러일으킬 수 있는 불연속성에 대해 회의적인 입장으로는 특히 Th. Schwin, Funktion und Gesellschaft. Konstante Probleme trotz Paradigmenwechsel in der Systemtheorie Niklas Luhmanns, ZfS 24(1995), S. 196 이하 참고.

43) N. Luhmann, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, 1984, S. 30.

이와 동일한 맥락에서 루만은 무엇이 법인가라고 묻지 않고 어떻게 법 체계가 가능한가를 묻는다. 이 물음에 대한 체계이론적 대답은 “법체계는 ‘자기생산적’ 체계로서 법체계 내의 모든 구별과 지칭을 스스로 생산한다”이다.⁴⁴⁾ 이는 물론 엄격한 의미의 자율성 개념을 뜻하지 않는다. 왜냐하면 법 체계는 처음부터 사회체계의 부분체계로 구상되어 있고, 법체계는 사회의 문제를 해결하기 때문이다. 즉 법체계는 사회를 수행하고 커뮤니케이션이라는 사회의 활동에 기초하고 있다. 따라서 체계의 자율성은 결코 엄격한 의미의 자율성이 아니다. 다시 말해 루만은 “사회, 인간, 또는 물리학적·화학적 측면에서 본 지구의 특수한 여건이 없이도 법이 존재한다”라고 주장하려는 것이 아니다.⁴⁵⁾ 오히려 법체계의 자율성을 통해 루만이 표현하고자 하는 내용은 체계가 이러한 환경과의 관계를 오로지 법체계 고유의 활동에 기초해서만 수립하고, 따라서 작동상 폐쇄되어 있다는 점이다.⁴⁶⁾ 다시 말해 법 체계는 오로지 자신의 작동을 통해 스스로를 재생산함으로써 자신의 통일성을 획득한다는 것이다. 이는 법적 커뮤니케이션이 다른 법적 커뮤니케이션에 연결될 수 있어야 한다는 사실 이상의 의미가 아니다. 그리하여 체계와 환경의 차이는 법적 작동의 재귀성(Rekursivität)⁴⁷⁾을 통해 생성되고, 이러한 재귀성은 체계의 자기생산적 작동이 법체계의 작동으로 연결될 수 없는 모든 것을 배제하는 단순한 사실을 통해 확보된다. 이로써 핵심적인 이론적 문제는 고정된 구조의 재생산이라는 물음으로부터 작동들의 연결가능성의 물음으로 전환되고,⁴⁸⁾ 자기생산 개념의 핵심은 법의 자기준거(Selbstreferenz)라는 점이다. 즉 무엇이 법인지는 법 스스로 규정한다.⁴⁹⁾

44) 니클라스 루만, 「사회의 법」, 56면.

45) 니클라스 루만, 「사회의 법」, 111면.

46) 니클라스 루만, 「사회의 법」, 56면.

47) 여기서 ‘재귀성’은 체계의 작동이 반드시 그 이전의(또는 장래의) 체계의 작동에 연결된다는 단순한 의미이고, 이 점에서 - 뒤에 등장하는 - 기초적 자기준거, 반사성, 성찰 등과 같은 강한 의미의(im emphatischen Sinne)의 재귀성과는 구별된다. 재귀성 개념에 관해 자세히는 W. L. Schneider, Die Beobachtung von Kommunikation. Zur kommunikativen Konstruktion sozialen Handelns, 1996, S. 169 이하 참고.

48) 이 점을 지적하는 U. Stäheli, Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie, 2000, S. 37 참고.

이처럼 자기 스스로를 규정하는 자율적 체계로서의 법의 성격을 상징하는 자기준거를 루만은 다음과 같이 간략하게는 표현한다. “어떠한 체계가 그 체계를 구성하는 요소들을 기능의 단위로서 스스로 구성한다면 그 체계는 자기준거적이다.”⁵⁰⁾ 자기준거적 체계는 체계를 통해 구성되고 또한 체계를 구성하는 요소들의 통일적인 재생산을 뜻하지, 체계의 구조를 유지한다는 의미의 자기조직화(Selbstorganisation)를 의미하지는 않는다.⁵¹⁾ 생물학적 자기생산 이론을 끌어들이면서 루만은 체계의 통일성(Einheit)을 일차적으로 “체계를 구성하는 최종적 요소들의 통일성과 체계의 작동이 이러한 요소들을 결합해 나가는 과정의 통일성”으로 파악한다.⁵²⁾ 이에 따라 루만은 “자기생산적 체계는 체계를 구성하는 요소들을 체계를 구성하는 요소들을 통해 구성하고 이로써 체계의 환경에 있는 하부구조의 복잡성에서는 존재하지 않는 경계를 설정한다”라고 말한다.⁵³⁾ 이와 함께 루만은 자기준거의 형식을 다시 기초적 자기준거(basale Selbstreferenz), 반사성(과정적 자기준거; Reflexivität) 그리고 성찰(Reflexion)로 구별한다.⁵⁴⁾ 세 가지 자기준거의 형식들은 각각 요소/관계(Element/Relation)의 구별, 이전/이후(Vorher/achher)의 구별, 체계/환경(System/Umwelt)의 구별에 기초한다. 세 번째 자기준거인 성찰은 체계와 환경을 구별하는 체계 자체에 대한 준거를 의미하기 때문에 자기준거와 체계준거가 일치한다. “이 경우 ‘자기’는 자기준거적 작동이 귀속되는 체계 자체이다. 성찰은 체계가 자기 자신을 자신의 환경과의 차이로 지칭하는 작동으로 수행된다.”⁵⁵⁾ 물론 기초적 자기준거나 반사성에 비해 훨씬 더 포괄적인 자기준거인 성찰은 당연히 기초적 자기준거와 과정적 자기준거를 전제한다.

자기준거를 체계 내부에서 순차적으로 선별되는 요소들과 관계들의 작

49) A. Fischer-Lescano, Globalverfassung. S. 56.

50) N. Luhmann, Soziale Systeme, S. 59.

51) N. Luhmann, Die Einheit des Rechtssystems, Rechtstheorie 14(1983), S. 132.

52) N. Luhmann, Soziale Systeme, S. 43.

53) N. Luhmann, Die Einheit des Rechtssystems, S. 131.

54) N. Luhmann, Soziale Systeme, S. 600 이하.

55) Ebd., S. 601.

동적 자기생산으로 파악한다면 폐쇄성의 문제에 직면하게 된다. 이 지점에서 루만은 자기생산 개념을 처음으로 도입한 마투라나(Humberto Maturana)의 자기생산 개념⁵⁶⁾으로부터 벗어나 의미체계와 비의미체계를 구별해 자기생산 개념을 사용한다. 생물학적 자기생산에서는 의미체계의 자기생산에 비해 훨씬 더 철저한 폐쇄성 구상이 존재하고, 그 때문에 체계/환경의 관계를 수립하기 위해서는 체계 바깥의 관찰자, 다시 말해 다른 체계를 필요로 한다. 이에 반해 의미체계에서는 “자기관찰이 자기생산적 재생산의 필수적인 요소이다.”⁵⁷⁾ 의미체계는 이 체계가 자기 자신(내부를 향해) 및 환경(외부를 향해)을 함께 지시한다는 점에서 자기생산적 성격을 유지하고 이를 통해 체계/환경이라는 핵심적 차이와 함께 체계 내재적으로 작동한다.⁵⁸⁾ 따라서 의미가 의미와만 관련을 맺고 오로지 의미를 통해서만 변경될 수 있는 한, 체계의 완전한 폐쇄성은 침해되지 않는다.⁵⁹⁾ 체계/환경의 차이를 의미와 관련된 커뮤니케이션체계에 장착하게 되면, 즉 자기관찰을 자기생산의 작동적 요소로 포함시키게 되면 폐쇄성과 개방성을 새로운 방식으로 결합할 수 있게 된다. 즉 환경관련(개방성; 예컨대 정치나 경제와의 관련)을 통해 자기생산(폐쇄성)의 순환성(“법은 법이고 법이고...”)⁶⁰⁾이 중단될 수 있다.⁶¹⁾ 루만에 따르면 환경은 체계에 대해 단순히 “요소들의 구성 가능성을 위한 구조적 조건이 아니지만 그렇다고 해서 단순히 장애나 소음에 불과한 것도 아니다.”⁶²⁾ 환경은 그 이상의 것이고 체계의 토대이다.⁶²⁾ 즉 환경의 규정요인들은 다양한 방식으로 체계에 작용하지만 이 요인들을 체계에 개입시키는 것은 체계가 체계 고유의 차이에 따라 이 요인들에게 체계의 형식을 부여함으로써 비로소 성립한다(“토대는 언제나 형식이 없는 그 무엇이다”⁶³⁾).

56) 이 개념에 관한 마투라나의 생물학적 서술에 대해서는 H. Maturana, Erkennen. Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit. Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie, 1982, S. 141 이하 참고.

57) N. Luhmann, Soziale Systeme, S. 64.

58) Ebd., S. 64.

59) Ebd., S. 64.

60) Ebd., S. 64 이하.

61) Ebd., S. 60.

62) Ebd., S. 602.

자기준거적 의미체계의 폐쇄성에 관한 루만의 이론을 생물학적 자기생산 이론과 구별하면 폐쇄된 체계와 개방된 체계를 대립적으로 파악했던 고전적인 이론⁶⁴⁾과의 차별성을 확인할 수 있다. 폐쇄된 체계라는 개념은 “과거의 체계이론에 비해 새로운 의미를 얻게 된다. 이 개념은 더 이상 환경이 없이 존재하는 체계, 즉 자기 자신을 거의 완벽하게 규정할 수 있는 체계를 지칭하지 않는다.”⁶⁵⁾ 다시 말해 “이제 폐쇄성은 환경이 없다거나 오로지 자기 자신에 의해 완벽하게 규정된다는 뜻이 아니다.”⁶⁶⁾ 체계의 폐쇄성은 체계의 자폐성(*Abgeschlossenheit*)이나 자급자족(*Autarkie*)⁶⁷⁾이 아니며, 개방성을 폐쇄성에 조합한다는 의미의 자율성이다.

사회적 체계의 폐쇄성/개방성에 관한 체계이론적 구성은 당연히 사회적 체계로서의 법체계에게도 해당한다. 즉 법체계 역시 외부와 아무런 연결도 없이 완전히 자기관련적으로만 존재하지 않는다. 단지 법체계의 규범과 관련해 체계가 폐쇄되어 있다는 것, 다시 말해 예컨대 도덕적 규범에 대해서는 법체계가 직접적으로 접근할 수 없다는 뜻일 뿐이다. 하지만 법체계는 인지적으로는(*kognitiv*) 개방되어 있다. 예컨대 전기회사가 공급하는 전력이 원자력발전소에서 생산된다는 이유로 전기료의 납부를 거부하는 시민의 행위는 정치적 저항에 해당하고 그 자체만으로는 법체계의 작동에 영향을 미치지 않지만, 법체계는 이를 법적 갈등으로 인지하고 기존의 법적 작동에

63) “Grund ist immer etwas *ohne* Form”[Ebd., S. 602(강조표시는 원문)].

64) 고전적 체계이론 또는 체계이론의 역사에 관한 간략한 설명으로는 D. Baecker, *Einleitung*, in: ders.(Hrsg.), *Schlüsselwerke der Systemtheorie*, 2. Aufl., 2016, S. 7-16 참고.

65) N. Luhmann, *Soziale Systeme*, S. 602.

66) N. Luhmann, *Die Einheit des Rechtssystems*, S. 133.

67) 루만의 자기생산 테제 또는 체계의 폐쇄성에 대한 가장 커다란 오해는 체계가 이로써 환경과 아무런 관계도 맺지 않고 오로지 체계의 논리만을 추구한다는 식으로 폐쇄성을 해석하는 것이다. 이와 관련된 대표적인 사례로는 J. Habermas, *Der normative Gehalt der Moderne. Exkurs zu Luhmanns systemtheoretischen Aneignung der subjektphilosophischen Erbmasse*, in: ders., *Der philosophische Diskurs der Moderne*, 1985, S. 390 이하; (체계의 환경으로서의 인간과의 연관성에 대한 오해에 기초한) W. Kargl, *Kommunikation kommuniziert? Kritik des rechtssoziologischen Autopoiesebegriffs*, *Rechtstheorie* 21(1990), S. 352 이하 참고.

비추어 판단하거나 새로운 법적 작동에 연결시켜 법체계 내부의 커뮤니케이션으로 전환할 수 있다.⁶⁸⁾ 물론 이 경우에도 환경의 사건이 그대로 법체계 안으로 유입되어 법체계의 작동이 되는 것은 아니며 법체계 고유의 논리에 따라 여과되는 과정을 거치게 된다. 이로써 법체계는 인지적 개방성을 통한 학습가능성(Lernfähigkeit)을 유지하게 된다. 그리고 이 학습은 학습 여부와 대상 및 학습의 방식을 결정하기 위한 사전 조건이 체계를 통해 마련되어 있기 때문에 비로소 가능하다. 앞의 예를 다시 끌어들이자면, 전기료의 납부 거부가 법과 불법의 판단대상이고 판단의 기준이 되는 법률, 판례, 법도그마틱 등이 이미 전제되어 있기 때문에 이 거부를 법적인 문제로 인식할 수 있게 된다. 따라서 법체계의 개방성은 오로지 폐쇄성을 전제할 때만 가능하고, 이 점에서 법체계는 개방된 폐쇄성을 갖는다고 말할 수 있다. 즉 “작동상의 폐쇄성은 오히려 개방성을 위한 조건이다. 모든 개방성은 폐쇄성에 기초한다.”⁶⁹⁾

물론 법체계가 개방성을 갖기 위해서는 언제나 개별적인 사례를 지속적으로 끝없이 이어지는 법적 결정실무에서 처리한다는 자기생산적 조건이 충족되어야 한다. 즉 - 폐쇄성이 개방성의 전제조건이라는 점을 다른 관점에서 서술하자면 - 법체계는 외부의 사실들을 인지할 수 있지만, 이는 오로지 체계 내재적으로 생성된 정보로서만 가능하다.⁷⁰⁾ 다시 말해 법체계는 타자준거(Fremdreferenz)를 거쳐 그에 상응하는 체계 내재적 정보를 스스로 생성한다. “법은 환경이 복잡성을 구조화하고 감축했다는 것을 전제하며, 법은 그 결과를 이용한다. 물론 법이 환경에서 이루어진 그러한 결과의 성립 과정을 스스로 분석하지는 않는다.”⁷¹⁾ 그렇기 때문에 법체계는 통상적인 경우라면 어떤 식으로든 기능한다. 따라서 자기생산적 체계이론은 극단적인 경우가 아닌 이상 법체계의 자율성에 대해 의문을 제기하지 않는다. 그러서도

68) 이 예는 R. Frey, Vom Subjekt zur Selbstreferenz, S. 75에 따른 것이다.

69) “[Geschlossenheit] ist vielmehr Bedingung der Möglichkeit für Offenheit. Alle Offenheit stützt sich auf Geschlossenheit”(N. Luhmann, Soziale Systeme, S. 606). 이에 관해서는 윤재왕, 법체계의 자율성, 295면 이하도 참고.

70) 니클라스 루만, 「사회의 법」, 121면 이하.

71) 니클라스 루만, 「사회의 법」, 129면.

자기생산적 체계이론으로 법체계를 설명할 때는 사회적 기능체계들이 사회적 변화를 각 기능체계에 고유한 형태로 전환한다는 것을 근거로 법체계의 독자성과 자율성을 최대한 고려할 수 있다는 장점이 있다. 이 맥락에서 “다행히도 어떠한 사회운동이나 어떠한 언론홍보도 법을 변경하지 못한다”⁷²⁾라는 루만의 단호한 표현 역시 법의 변경이 법체계의 형식을 통해서만 수행될 수 있고, 이러한 형식을 통해 법체계가 사회운동이나 일반 여론도 얼마든지 감안할 수 있다는 이론적 설명을 거치게 되면 상당부분 완화된다. 그러므로 자기생산이 사회 내에서 사고의 변화를 봉쇄하는 것이 아니라 단지 여과장치를 만드는 것일 뿐이라는 루만의 결론 역시 커다란 설득력을 갖고 있다. 이러한 여과장치는 사회적 견해의 변화를 학습의 계기로 받아들여 인지적으로 지각한다는 의미이고, 결국 여론이 곧바로 새로운 규범으로 전환되는 것은 아니라는 뜻이다.

폐쇄성과 개방성 사이의 이러한 조합은 두 가지 측면에서 고찰할 수 있다. 첫째, 의미체계는 “자신의 요소를 생산할 때 이미 자신의 부정가능성에 대한 통제”를 행사(폐쇄성)함에도 불구하고 - 법체계의 경우 법 및 법의 부정으로서의 불법에 대한 통제는 법체계에 의해 행사된다 -, 이 통제는 ‘예/아니요’의 선택을 위한 조건 - 법 또는 불법이라는 판단은 예컨대 납부 거부와 관련된 환경의 사건에 대해 이루어진다 - 예 의존한다(개방성).⁷³⁾ 둘째, 부정가능성의 통제(폐쇄성)는 체계가 환경과 지속적이고 더 안정적으로 (최소한 덜 불안정적으로) 선별적 관계를 맺을 수 있도록 만든다(적절한 개방성).⁷⁴⁾ 다시 말해 법체계는 환경이 없이는 존재할 수 없지만, 그렇다고 해서 환경과 하나로 뒤섞이지 않으며 언제나 체계의 선별과정(여과장치)을 거쳐서만 환경과 관련을 맺는다.

물론 자기준거적인 커뮤니케이션 연관성에 기초해 구성되는 사회적 체계에 관한 이러한 서술은 당연히 전체 사회에도 그대로 해당된다. 즉 전체

72) 니클라스 루만, 「사회의 법」, 135면.

73) N. Luhmann, Soziale Systeme, S. 603; ders., Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?, 2. Aufl., 1988, S. 83.

74) N. Luhmann, Soziale Systeme, S. 606.

사회(사회체계)의 기초적 단위들인 커뮤니케이션은 오로지 사회 내에만 존재할 뿐 환경에는 존재하지 않는다.⁷⁵⁾ 따라서 사회는 현실적이고 필연적으로 폐쇄되어 있다고 말할 수 있다. 즉 커뮤니케이션의 재생산은 전적으로 사회 내부에서 이루어지는데도(자기준거적 폐쇄성) 불구하고 커뮤니케이션은 필연적으로 자신의 (심리적, 물리적, 유기체적, 화학적) 환경(예컨대 코로나 바이러스)에 대해서(über die Umwelt)도 존재한다(개방성).⁷⁶⁾

그렇기 때문에 사회적 부분체계(우리의 경우에는 법체계)의 자기생산적 성격을 사회체계와 같은 방식으로 설명할 수는 없다. 즉 커뮤니케이션은 모든 사회적 체계의 기초적 단위이고, 모든 사회적 부분체계의 환경에는 다른 커뮤니케이션(예컨대 정치적 커뮤니케이션)이 존재한다. 이러한 부분체계는 환경에 대한 커뮤니케이션뿐만 아니라 환경과의(mit der Umwelt) 커뮤니케이션도 형성한다.⁷⁷⁾ 따라서 하나의 사회적 체계는 특수한 코드에 따른 ‘예/아니요’의 차이를 갖게 될 때 비로소 자기준거적으로 폐쇄된(동시에 환경에 개방된) 체계라고 지칭할 수 있다. 즉 체계 고유의 이항적 코드화(‘예/아니요’)를 거쳐 체계의 기초적 단위들이 체계 내부에서 재생산되고 체계 외부의 커뮤니케이션과 뚜렷이 구별되어야 한다.⁷⁸⁾ 그 때문에 코드화는 사회적 체계가 폐쇄성을 갖기 위해 전제되어야 할 구조이고, 이 폐쇄성에 기초한 개방성은 프로그램을 통해 실현된다. 이처럼 부분체계의 폐쇄성과 개방성은 코드와 프로그램의 구별로 표현되어야 한다.

3. 체계의 코드와 프로그램

주로 폐쇄성과 개방성의 상호관련성에 초점을 맞추어 자기준거와 타자준거를

75) 이 점에 관한 자세한 서술은 N. Luhmann, Soziale Systeme, S. 192 이하 참고.

76) N. Luhmann, Die Einheit des Rechtssystems, S. 137; ders., Soziale Systeme, S. 193 이하.

77) N. Luhmann, Die Einheit des Rechtssystems, S. 137 이하.

78) N. Luhmann, Die Einheit des Rechtssystems, S. 134; ders., Soziale Systeme, S. 603; ders., Ökologische Kommunikation, S. 83; ders., Die Codierung des Rechtssystems, Rechts-theorie 17(1986), S. 171 이하.

구별하고, 전체 사회와는 구별되는 부분체계의 특수성을 감안하기 위해 코드와 프로그램의 필요성을 서술한 앞 절의 서술은 분화이론(Differenzierungstheorie)의 관점에서는 얼마든지 다음과 같이 재서술(re-description)할 수 있다.

하나의 사회적 부분체계가 폐쇄성을 갖기 위한 첫 번째 조건이 기능의 독점 그리고 이에 따른 체계의 자기준거적 재생산(자기생산)은 전체 사회를 구성하는 부분체계들의 위계질서가 붕괴되고 기능적으로 분화된 사회로 전환하게 되었다는 역사적 변화를 표현한다.⁷⁹⁾ 이 조건과 관련해서는 근대에 들어 특정한 기능의 우선을 지시하고 조율하는 전체 사회의 구조적 전제를 결코 제도화할 수 없다는 사실을 지적하는 것만으로 이미 이 조건의 역사적 의미를 밝히기에 충분하다. 즉 모든 부분체계는 다른 기능과 비교해 자신의 기능이 우선한다고 전제한다. 이 점에서 루만은 다음과 같이 말한다. “오로지 교육체계에게만 교육이 다른 모든 것보다 더 중요하다. 오로지 법체계에게만 일차적으로 법과 불법이 중요하고, 경제만이 다른 모든 고려들을 경제적으로 표현된 목표의 뒷전으로 물러나게 만든다. 기능적으로 분화된 사회 체계는 기능들 사이의 위계질서를 허용하면서도 동시에 작동이 어떠한 체계준거에 속하는지에 따라 위계질서를 허용하지 않는다.”⁸⁰⁾ 이처럼 자기 자신을 다른 기능체계에 우선하는 체계로 인식하고 작동하는 체계에 관한 이론은 체계 내부에서만 작동하고 환경에서는 작동하지 않는다는 전제에서 출발하기 때문에 이로부터 곧바로 작동상의 폐쇄성을 도출할 수 있다. 즉 기능체계는 다른 모든 사회적 체계와 마찬가지로 작동상 폐쇄된 체계이고, 작동상의 폐쇄는 체계가 자기 자신과 접촉하면서 작동하고 체계를 구성하는 전체 요소를 체계의 창발적(emergent) 단위로서 스스로 생산하고 지속

79) 루만의 체계이론적 분화이론에서 기능적 분화는 사회적 부분체계의 첫 번째 층위에 해당할 뿐, 이차적 층위의 사회적 분화가 이로써 배제되는 것은 아니다. 하지만 기능적 분화 이외의 다른 유형의 분화 - 예컨대 동일한 분절단위, 서로 다른 위계층위 또는 중심/주변의 구별 - 는 모두 근대사회의 기능적 분화 원칙에 구속된다. 자세히는 (법의 진화와 관련된) N. Luhmann, Rechtssoziologie, S. 132 이하; ders., Ökologische Kommunikation, S. 168 참고.

80) N. Luhmann, Gesellschaftsstruktur und semantische Tradition, in: ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft Bd. 1, 1980, S. 28.

적으로 재생산한다는 의미이다. 따라서 기능체계는 폐쇄적으로 작동하는 체계로서 사회의 특수한 관련문제를 지향한다. 하지만 작동상의 폐쇄라는 현상은 하나의 사회적 기능에 대한 지향이라는 첫 번째 조건만으로는 충족되지 않는다.⁸¹⁾ 여기에 두 번째 진화적 성취(evolutionäre Errungenschaft)가 덧붙여져야 한다. 그것은 바로 이항적 코드화이다.⁸²⁾

코드(Code)라는 개념은 현실 속에서 등장하는 사건 또는 커뮤니케이션을 관찰할 때 관찰의 지침이 되는 기본적 결정을 뜻한다. 예컨대 바이러스에 감염된 사람이 확진판정에도 불구하고 식당과 백화점을 간 행위의 연쇄는 그 자체 사실상의 행위연쇄에 불과하지만 경제체계가 이를 관찰할 때와 법체계가 이를 관찰할 때는 각각 체계 고유의 지침에 따르게 된다. 코드는 오로지 두 개의 가치만을 갖는 구별로서 긍정가치와 부정가치만을 갖고 있다. 제3의 가치는 배제된다. 제3의 가치를 배제한다는 점에서 코드는 이항적(binär)이다. 예를 들어 경제체계는 지불/비지불의 구별에, 학문체계는 참/거짓의 구별에, 법체계는 법/불법의 이항적 코드에만 지향된다.⁸³⁾ 여기서 주의해야 할 점은 이항적 코드화에 포함되어 있는 구별이 경제, 학문, 법 등에서 관찰을 생성하는 여러 가지 요인들 가운데 하나의 요인이 아니라, 각 부분체계의 사회적 자기생산을 위한 단 하나의 기초적 귀속 메커니즘이라는 점이다.⁸⁴⁾ 다시 말해 기능체계는 단 하나의 코드를 배타적으로 사용한다는

81) 물론 기능의 독점이라는 분화현상과 앞으로 더 자세히 서술하게 될 이항적 코드화를 경험적으로 분리할 수 있다는 의미는 아니다. 다만 분석적으로는 근대사회의 기능적 부분체계가 폐쇄되기 위해 기능의 독점과 코드화라는 두 가지 조건을 분리해 다룰 수 있다는 의미이다. 이에 관해서는 N. Luhmann, Die Politik der Gesellschaft, hrsg. von A. Kierserling, 2000, S. 81 참고.

82) 니클라스 루만 「사회의 법」, 91면.

83) 자세히는 윤재왕, 법체계의 자율성, 279면 이하 참고.

84) 기능적 부분체계에서 이항적 코드라는 기초적 구별을 통해 이루어지는 관찰은 일차적 질서의 관찰(기대/실망의 구별에 따른 관찰 - 확진자의 행태에 대한 실망)이 아니라 이차적 질서의 관찰(실망에 대한 법적 관찰)이다. 관찰에 대한 관찰, 즉 이차적 질서의 관찰은 특수한 기능체계가 구조적으로 분화하기 위한 작동상의 토대이다. 예컨대 법체계의 이항적 코드는 행위 또는 사건을 그것이 법인지 불법인지, 다시 말해 합법적 행위/사건인지 불법적 행위/사건인지를 관찰한다. 즉 행위/사건 자체도 이미 하나의 관찰 차원에 해당하고, 법코드에 기초한 관찰은 이 일차적 질서의 관찰에 대한 이차적 질서의 관찰이다. 그렇기 때문에 이차적 질서의 차원에서 비로소 참/거짓의 차이코드

뜻이다. 물론 그렇다고 해서 기능체계 내에서 다른 구별들의 사용이 배제된다는 뜻은 아니다. 예를 들어 법체계에서는 법률과 판결을 구별을 관찰할 수 있다. 이 구별 및 다른 구별들은 코드의 차원에 있는 것이 아니다. 왜냐하면 다른 구별들은 커뮤니케이션을 체계 스스로에게 귀속시키는 것을 가능하게 만드는 것은 아니기 때문이다. 그렇기 때문에 법/불법이라는 코드와 관련해 코드화의 차원에서 다른 구별 - 법률/판결, 허용/금지, 효력/비효력 - 들을 추가하게 되면 체계 내부에서 서로 연결되어 있는 작동을 통한 명확한 경계가 불투명해지고 불확실성을 야기하게 된다.⁸⁵⁾

코드는 총체적 구성이고, 보편성을 주장하는 세계구성이다.⁸⁶⁾ 루만이 적극적으로 수용한 고트하르트 귄터(Gotthard Günther)의 이론적 표현을 빌리자면, 코드는 하나의 맥락(Kontextur)⁸⁷⁾이 성립하게 만든다. 이항적 코드

가 분화할 수 있고, 이 차원에서 비로소 체계는 자신의 모든 작동을 법/불법, 즉 이차적 질서의 관찰 도식으로 소급시키게 된다. 그리하여 법/불법을 준거로 삼을 때는 언제나 이와 관련된 커뮤니케이션은 모두 법체계에 귀속된다. 이처럼 사회의 개별 기능체계는 특정한 코드차이를 통해 자신을 구성하고, 이로써 이항적 코드는 명백한 경계설정을 가능하게 만들며, 이를 통해 체계의 작동상의 폐쇄를 보장한다. 물론 역사적으로 보면 사회의 부분체계들의 기능적 분화는 일차적으로 기능관련성이 아니라 코드의 차이를 통해 야기되었다고 보아야 할 것이다. 즉 법/불법이라는 이항도식은 - 그것이 사회 전체에서 관찰되는 정도와는 별개로 - 역사적으로 먼저 등장했고, 이 구별에 기초한 독립된 기능체계로서의 법체계는 나중에 형성되었다. 이에 관해서는 N. Luhmann, "Distinctions directrices". Über Codierung von Semantiken und Systemen, in: ders., Soziologische Aufklärung, Bd. 4, 3. Aufl., 2005, S. 20 참고: "체계들의 분화는 기능이라는 통일성 관점이 아니라 코드의 차이도식을 통해 야기되었다(Die Ausdifferenzierung dieser Systeme wird nicht durch den Einheitsgesichtspunkt der Funktion, sondern durch das Differenzschema eines Code ausgelöst)."

85) 니콜라스 루만 「사회의 법」, 104면.

86) N. Luhmann, Ökologische Kommunikation, S. 78.

87) 'Kontextur'는 일단 '맥락'으로 번역하긴 하지만 텍스트의 주변을 의미하는 'Kontext'와는 엄격히 구별해야 한다. 귄터는 이론에서 Kontextur는 두 개의 가치(Zweiwert)로 구조화되어 있는 영역이고, 이 영역 내부에서 다시 이치적인 부분체계가 형성될 수 있으며, 후자의 부분체계를 Kontext라고 부른다. 루만은 이항적으로 코드화된 부분체계들을 귄터가 말하는 Kontextur로 파악하고, 귄터의 다맥락성(Polykontexturaalität)을 부분체계의 자율성 및 부분체계들 상호간의 관계의 관점에서 수용한다. '다맥락성'과 관련된 가장 중요하고 난해한 문헌으로는 다치논리(mehrwertige Logik)를 다루는 G. Günther, Die Theorie der 'mehrwertigen' Logik. in: ders., Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik. 2. Band: Wirklichkeit als

에 의해 구성된 세계는 엄격하고 - 어쩌면 가혹할 정도로 - 이치적(zweiwertig)이고 제3의 가치는 없다. 이 점에서 이항적 코드는 보편성과 특수성을 결합한다. 즉 코드는 자신의 의미영역과 관련해 코드의 구별 및 코드가치가 체계 내에서 보편타당성을 갖는다고 주장한다. 법체계는 모든 것(보편성)을 관찰할 수 있지만, 오로지 법/불법의 구별을 통해서만(특수성) 관찰할 수 있다. 이는 곧 법/불법의 구별이 참/거짓(학문) 또는 지불/비지불(경제) 등과는 다른 특수한 구별이라는 뜻이다. 즉 법코드는 오로지 두 개의 가치만을 사용함으로써 제3의 가치를 배제한다.

법코드의 분화는 결국 법과 불법이라는 코드의 차이를 이 문제에 특화된 기능체계에 의해 통제한다는 의미로 해석할 수 있다. 루만에 따르면 법이 갖는 이 새로운 지위는 위계질서원칙에 따라 분화된 상태에서 정치가 법을 통제하던 근대 이전의 사회⁸⁸⁾가 파괴되었다는 것을 전제한다. 즉 분화원칙이 상/하의 구별에 따라 이루어진 경우에는 오로지 최상위의 정점에 자리잡은 정치체계만이 자기준거적 자율성을 가졌다. 그리하여 법은 정치와 정치를 정당화하는 정태적인 도덕원칙에 의해 완벽하게 규정되었고, 법은 ‘예/아니오’의 특수한 코드 차이를 사용하지 못했다. 따라서 근대사회에서 이루어진 법의 실정화(Positivierung des Rechts)는 법/불법의 코드 차이가 오로지 작동상의 폐쇄성을 획득한 법체계에 의해서만 통제된다는 뜻이다.⁸⁹⁾

이 맥락에서 실정성은 법의 자기규정성(Selbstbestimmtheit)으로 파악할 수 있다. 자기규정성은 - 작동상의 폐쇄성의 또 다른 표현이기 때문에 - 당연히 환경의 존재를 완전히 무시한다는 뜻이 아니다. 법/불법 코드의 차이를 사용함으로써 작동상의 폐쇄성을 야기할 수는 있지만 두 개의 코드

Poly-Kontextualität, 1979, S. 181-202 참고. 또한 권터의 이론에 관해서는 K. Klagenfurt, Technologische Zivilisation und transklassische Logik. Eine Einführung in die Technikphilosophie Gotthardt Günthers, 2016, S. 49 이하; (사회학적 관점에서는) T. Jansen, Zweiwertigkeit und Mehrwertigkeit. Einige Vorschläge zu einer soziologischen Polykontextualität, ZTS 2(2014), S. 20 이하 참고.

88) 이러한 분화 형식에 따라 법체계에서는 정치적 입법권이 사법권을 장악하고, 이에 따라 입법과 사법이 위계질서를 형성하게 되는 역사에 관해 자세히는 윤재왕, 법관의 결정의무, 8면 이하 참고.

89) 자세히는 N. Luhmann, Ökologische Kommunikation, S. 125 이하 참고.

가치 가운데 어느 하나를 선택하는 환경으로부터 영향을 받기 때문이다. 다른 한편 법의 자기규정성은 규범적 기대(normative Erwartung)와 인지적 기대(kognitive Erwartung)의 구별에 기초한다. 이 구별은 오로지 법체계가 이 독점하는 법과 불법의 이항적 코드화를 통해 비로소 명확하게 이루어진다. 즉 ‘규범적/인지적’이라는 구별⁹⁰⁾에 비추어 비로소 법체계의 작동상의 폐쇄성은 환경에 대한 개방성과 함께 보장된다. 루만은 이 점을 다음과 같이 서술한다. “법체계는 이러한 차이를 재귀적 자기생산의 폐쇄성과 환경 관련성의 개방성을 조합하기 위해 이용한다. 다시 말해 법은 규범적으로는 폐쇄되어 있지만 인지적으로는 개방되어 있는 체계이다. 규범으로서의 성질은 체계의 자기생산, 즉 환경과의 차이 속에서 스스로를 지속하는 데 기여한다. 인지적 성질은 이러한 과정을 체계의 환경과 조율하는 데 기여한다.”⁹¹⁾ 이렇게 해서 근대사회의 법체계는 환경의 요인들을 자신의 고유한 기준에 따라 처리하지만, 이 요인들에 의해 직접적으로 영향을 받지 않는다. 즉 규범적 기대의 법효력은 직접 경제적 이익, 정치적 기준, 윤리적 사고나 학문적 명제에 따라 규정될 수 없고, 법효력은 법체계 내부에서 이루어지는 선별적인 개념적 여과과정에 의존한다. 실정법의 학습능력(인지적으로 개방된 차원)은 실정법이 복잡하고 신속하게 변화하는 환경에 적응할 수 있도록 그 자신도 변화한다. 다만 코드화에 기초한 규범적 폐쇄성은 법체계와 환경의 융합을 저지하고, 환경의 정보를 법체계 내부에서 디지털화(Digitalisierung)⁹²⁾할 것을 요구한다. 따라서 이 두 가지 방향설정을 매개하는 것 역시 법체계의 사회적 분화를 통해 법체계 나름의 방식으로 이루어질 수 있게 된다. 이렇게 해서 법의 변경가능성은 - 환경이 없는 폐쇄성을 주장하는 것과는 달리 - 강화되면 강화되지 억제되지 않는다. 다만 변경가능

90) 이 기초적 구별에 관해서는 무엇보다 N. Luhmann, Rechtssoziologie, S. 40 이하; 윤재왕, 법체계의 자율성, 284면 이하 참고.

91) N. Luhmann, Einheit des Rechtssystems, S. 139. 또한 ders., Self-Reproduction of the Law and its Limits, in: G. Teubner(Hrsg.), Dilemmas of Law in the Welfare State, 1985, S. 113 이하도 참고.

92) 아날로그와 디지털의 구별을 체계와 환경의 관계에 접목하는 경우로는 니클라스 루만, 「사회의 법」, 585면 이하; 니클라스 루만, 「사회의 사회」, 892면 이하 참고.

성은 학습능력이 있고 환경에 민감한 체계 내부의 특수한 기준에 따라 이루어질 따름이다. 바로 이 점에서 - 앞의 III. 2의 서술에서 드러나듯이 - 자기준거적 폐쇄성, 즉 규범성은 법체계에게 결코 체계의 자기목적이 아니라 오히려 개방성의 조건이 된다.⁹³⁾ 그 때문에 법체계의 인지적 폐쇄성은 자기생산이 도저히 극복할 수 없는 역설을 낳게 되며 상호의존의 중단을 가능하게 만들 수 없다.⁹⁴⁾

그렇기 때문에 - 폐쇄성의 측면을 다시 부각시킨다면 - 이항적 코드는 체계 내에서는 코드에 복종하는 것만이 중요한 의미를 가질 수 있다는 것을 통해 체계 내에서 이루어지는 정보처리를 ‘매개’한다. 즉 코드는 언제나 긍정가치와 부정가치를 갖고 있기 때문에 체계 내에서 정보로 등장하는 모든 사안은 이 코드를 통해 이중화할 수 있다. 다시 말해 정보를 긍정적으로 표현할 수도 있고 부정적으로 표현할 수도 있다. 다만 긍정가치는 부정가치에 비해 더 나은 연결가능성을 갖고 있기 때문에 일반적으로 긍정가치로부터 구조를 형성하는 작동이 수행되고, 이에 반해 부정가치는 일반적으로 긍정가치를 보충하는 역할을 한다. 따라서 긍정가치를 코드의 지정가치(Designationswert)로, 부정가치를 코드의 성찰가치(Reflexionswert)라고 부른다.⁹⁵⁾ 이렇게 해서 이항적 코드는 기능적으로 특수한 커뮤니케이션 연관성이 사건들의 자기준거적 연쇄라는 자기생산적 체계의 형태를 갖추도록 해준다. 법체계는 이 부분체계의 단위(Einheit; 더 이상 분해할 수 없는 최종적 요소)로 기능하는 것을 오로지 체계 자신이 자신과 접촉함으로써 규정하게 된다. 그 때문에 법체계 고유의 특수한 커뮤니케이션에서는 정보의 측면에서 사회적 환경 속에는 이에 상응하는 것이 존재하지 않는다고 말할 수 있다.⁹⁶⁾ 물론 법체계가 관찰하는 커뮤니케이션(그리고 커뮤니케이션의 귀속지점인 행위나 사건)을 얼마든지 다른 가치를 토대로 관찰할 수 있다. 다시 말해 얼마든지 다

93) Niklas Luhmann, Soziale Systeme, S. 59.

94) Ebd. S. 65.

95) 쿤터의 구별을 수용한 이 개념에 관해서는 N. Luhmann, "Distinctions directrices", S. 17; ders., Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, S. 200 이하 참고.

96) 경제체계의 관점에서 이 점을 더 자세히 서술하고 있는 N. Luhmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, 1988, S. 48-51 참고.

른 구별을 통해 관찰할 수 있다. 하지만 다른 구별로 관찰하는 이상 그 커뮤니케이션은 더 이상 법체계에 속하는 것이 아니라 다른 기능체계의 작동이 된다. 따라서 체계이론에서 의미하는 코드의 보편성은 완결성을 뜻하지 결코 필연성을 뜻하지 않는다. 이 점에서 “코드는 ‘...하는 한의 추상화(Sofern-abstraktion)’이다. 즉 커뮤니케이션이 코드의 적용영역을 선별하는 한(‘선별해야 한다’가 아니다)에서만 그 코드가 효력을 가질 뿐이다. 모든 상황에서 언제 어디서나 진리, 법 또는 소유가 중요한 것은 아니다. 특정한 코드를 개입시키는 것은 전체 사회에서는 우연적인 현상이고, 이렇게 할 때만 단순히 이항적 도식을 총체화하는 것이 가능하다.”⁹⁷⁾

개별 기능체계의 작동상의 폐쇄는 커뮤니케이션이 이항코드의 두 가지 가치 가운데 어느 하나에 귀속되는 것을 가능하게 만든다. 이를 통해 체계가 어떤 종착점을 향해 움직인다거나 완벽한 상태에 근접한다는 사고는 배제된다. 다른 모든 자기생산적 체계가 그렇듯이 기능체계는 목적론적 체계가 아니다. 이와 동시에 기능적 부분체계가 하나의 코드가치로부터 다른 코드가치로 흘러간다는 식의 사고도 배제된다. 즉 법체계가 불법이라는 코드가치로부터 법이라는 코드가치로 가치로 흘러가거나 법으로부터 불법으로 흘러가는 것이 아니다. 예컨대 권리남용(Rechtsmissbrauch)은 권리의 행사가 원래 법이었다가 불법으로 흘러간 것이 아니라, 하나의 커뮤니케이션(그리고 커뮤니케이션의 귀속지점인 행위나 사건)에게 법이라는 코드가치를 귀속시키거나 불법이라는 코드가치를 귀속시킨 것일 뿐이다.⁹⁸⁾ 기능체계는 특정한 주도적 차이(Leitdifferenz)에 지향될 뿐 코드가치의 구별이 체계의 작동에 포함되는 것은 아니다. 그 때문에 법/불법의 코드화는 법적 커뮤니케이션들의 연결가능성을 보장할 뿐, 정의(고전적 법철학), 근본규범(순수법

97) N. Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, S. 79.

98) 그 때문에 권리남용은 법(권리)이면서 동시에 불법(남용)이라는 역설에 봉착하고, 이 역설을 법은 어떤 식으로든 해소하거나 눈에 보이지 않게 만들어야 한다. 즉 법/불법의 구별 자체가 불법일 수 있는 상황을 전제하면서 이를 해소하는 메커니즘도 법체계 내부에 존재해야 한다. 역설의 측면에서 권리남용의 문제를 집요하게 추적하는 문헌으로는 R. Guski, *Rechtsmissbrauch als Paradoxie: Negative Selbstreferenz und widersprüchliches Handeln im Recht*, 2019, S. 50 이하 참고.

학) 등과 같은 최상위 가치와의 연결가능성을 보장하는 것은 아니다. 이 점에서 작동상의 폐쇄 및 체계의 통일성은 두 가지 가치의 차이를 통해 가능하게 된다고 말할 수 있다. 물론 그렇다고 해서 기능체계가 정의와 같은(코드와는 구별되는) 가치개념에 비추어 자기서술(Selbstbeschreibung)을 할 수 없다는 뜻은 아니다. 하지만 이러한 자기서술은 커뮤니케이션적인 자기 관찰 및 자기서술(체계 아이덴티티의 확인)로서 그 자체 체계의 작동상의 통일성에 기초해서만 가능하고, 따라서 이항적 코드화를 통한 체계의 폐쇄성이 전제되어야 한다. 다시 말해 커뮤니케이션적 작동으로서의 자기서술 역시 그 토대가 되는 주도적 차이를 지향한다. 이 점에서 자기서술에서 사용되는 통일성(법체계 자체) 및 최상의 가치(정의)는 법/불법이라는 코드가치를 파기하는 것이 아니라 오히려 이를 전제한다.

이항적 코드는 기능체계의 작동이 이루어지는 맥락(Kontextur)의 범위를 확정한다. 이 경우 코드 자체가 구체적 사례에서 두 개의 코드가치 가운데 어느 것을 선택해야 하는지에 관한 기준을 제공하지 않는다는 점에 주목해야 한다. 법과 불법 사이의 구별은 특정한 사건 또는 상태를 법으로 규정해야 하는지 불법으로 규정해야 하는지에 대한 지침을 제공하지 않는다(법 코드는 법의 기준이 아니다). 또한 참/거짓의 구별이 곧 참/거짓 판단의 기준이 되는 것은 아니다(“진리는 진리의 기준이 아니다”⁹⁹⁾). 코드의 적용, 즉 코드가치의 귀속 또는 분배의 기준들은 코드화의 차원이 아니라 프로그램화의 차원에서 확보된다. 따라서 프로그램은 - 간단히 말하면 - 귀속규칙이다. 즉 프로그램은 코드의 어느 쪽이 선택되어 현재화(Aktualisierung)되어야 하는지를 규정한다. 법체계에서는 법률, 법규명령, 판례, 계약 등이 법과 불법에 관한 정보를 제공한다.

이 측면에서 보면 이항적 코드와 프로그램은 상호보충적인 관계를 맺고 있다는 점이 분명하게 드러난다. 코드는 코드 자체만으로는 어느 쪽 코드가치를 선택해야 하는지에 대한 정보를 제공하지 않기 때문에 프로그램(Programm)에 의존한다. 역으로 프로그램은 코드가치의 선택에 관한 지시

99) N. Luhmann, “Distinctions directrices”, S. 19.

를 담고 있고, 따라서 양쪽을 가진 형식(Form)을 전제하기 때문에 이항적 코드에 의존한다. 그럼에도 불구하고 코드와 프로그램은 뚜렷한 차이를 갖고 있다.¹⁰⁰⁾ 즉 모든 기능체계는 단 하나의 배타적인 코드를 갖고 있지만, 동시에 다수의 프로그램을 갖는다. 다시 말해 법체계의 작동상의 폐쇄는 법/불법이라는 이항적 도식에 따라 이루어지고, 이 코드화의 차원에서는 법/불법 이외의 다른 코드(예컨대 학문체계, 경제체계, 정치체계의 코드)와 법체계 내부의 다른 구별(예컨대 법률/판결 그리고 코드/프로그램의 구별 자체)은 배제되지만, 이와 동시에 법체계에는 다수의 프로그램들, 즉 다수의 법률들과 다수의 법규명령들이 존재한다. 더 나아가 기능에 특수한 코드는 시간적 지속성을 갖고 고정되는 반면, 프로그램은 변경되고 개정되며 교체될 수 있다. “코드는 체계의 통일성을 규정하고, 체계가 어떠한 작동을 재생산하고 어떠한 작동은 재생산하지 않는지를 인식할 수 있게 해준다. 이에 반해 프로그램은 체계의 작동에서 때로는 사용되고 때로는 사용되지 않을 수 있는 구조이다. 또한 프로그램은 코드와는 달리 체계의 작동을 통해 변경될 수 있다. 따라서 코드와 프로그램의 관계는 지속성/가변성이라는 개념을 통해 표현할 수 있다. 다만 이로부터 결코 위계질서를 추론할 수는 없다. 왜냐하면 만일 코드와 프로그램을 위계질서로 설명하면 마치 지속적인 것이 가변적인 것에 비해 더 중요하다는 형이상학적 선입견을 따르는 것이 되기 때문이다. 실제로는 이 구별의 한쪽은 구별의 다른 쪽의 다른 쪽일 뿐이고, 양쪽의 차이는 형식의 통일성을 표시한다.”¹⁰¹⁾

이항코드는 양쪽을 가진 형식을 구성하고 엄격한 이치성(Zweiwertigkeit)은 양쪽의 교차를 쉽게 만든다. 즉 별 어려움 없이 긍정적인 쪽에서 부정적인 쪽으로 넘어갈 수 있고 그 역도 마찬가지이다. 법의 부정은 곧장 불법을 향하고, 진리, 지불, 권력과 같은 다른 제3의 가치로 향하지 않는다. 하지만 코드의 차원에서 부정된 제3의 가능성은 코드의 이항성을 포기하지 않고서도 얼마든지 프로그램의 차원에서 체계로 도입될 수 있다. “새로운 사회적 문제가 아무리 중요할지라도 법/불법/고통과 같은 3항코드로 전환할 수는

100) 자세한 것은 윤재왕, 법체계의 자율성, 286면 이하 참고.

101) N. Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, S. 401 이하.

없다. 하지만 (법체계 바깥에 있는) 인간의 고통이나 고통을 차단하는 문제를 법적 규율의 대상으로 만들 수는 있다.”¹⁰²⁾ 이 점에서 코드/프로그램의 구별은 기능체계의 폐쇄성과 개방성의 차이로 재구성할 수 있다. 즉 이항적 코드는 체계의 작동상의 폐쇄성을 상징한다. 긍정가치는 언제나 부정가치를 지시하지만 결코 체계 바깥으로 나가지 않는다. 이에 반해 프로그램은 사회적 부분체계의 개방성을 대변한다. 즉 프로그램화의 차원에서는 체계 내에서 외부의 관점을 고려할 수 있다는 뜻이다. 이로 인해 작동상의 폐쇄성이 파괴되는 것은 아니다. 더 나아가 프로그램이 외부로부터 체계로 도입된다는 뜻도 아니다. 프로그램은 어디까지나 체계 내재적 의미론(Semantik)으로서 두 개의 코드가치의 귀속을 위한 기준을 포함한다. 다만 프로그램은 이항적 코드와는 달리 외부의 사실들을 지시한다(타자준거). 이 점에서도 법체계는 코드와 프로그램의 조합, 자기준거와 타자준거의 조합 또는 - III. 2의 서술에 따른다면 - 폐쇄성과 개방성의 조합으로 표현할 수 있다.

4. 체계의 중심과 주변

기능체계의 분화는 - 동어반복을 구사한다면 - 기능적 분화를 표현한다. 이 형식의 분화는 전체 사회라는 하나의 사회적 체계 내에서 기능의 독점 그리고 코드를 통한 폐쇄성을 거쳐 독립된 부분체계가 분화한다는 뜻이다. 그리고 분화는 분화한 체계 내에서 다시 반복될 수 있다. 즉 기능체계의 분화만으로 분화과정이 종식되는 것은 아니며 기능체계 내부에서 체계 고유의 특성에 따라 다양한 형태의 분화가 수행된다. 더욱이 기능체계 내부의 분화 형식은 결코 기능적 분화(funktionale Differenzierung)에 국한되지 않고, 다른 형식의 분화, 즉 분절적 분화(segmentäre Differenzierung)나 위계질서적 분화(stratifikatorische Differenzierung)까지 함께 포함하게 된다. 이렇게 되면 전체 사회 내부에서 이루어지는 기능적 분화는 기능적으로 분화한 사회적 체계 내부에서 분절적, 위계질서적, 기능적 분화를 거치는 과정

102) N. Luhmann, Ökologische Kommunikation, S. 84.

으로 관찰할 수 있다. 무엇보다 근대사회를 그 이전의 사회와 뚜렷이 구별되게 만드는 조직(Organisation)은 다수의 조직들이 수평적으로 존재(분절적 분화)하거나 조직들 사이에 상하질서를 형성(위계질서적 분화)하는 방식으로 분화하게 되었다. 예를 들어 학문체계와 교육체계의 조직인 대학은 분절적 분화 형식을, 정치체계의 조직인 행정은 위계질서적 분화 형식을 대표한다. 조직은 한 기능체계 내부의 커뮤니케이션들을 공식화하고, 체계 내부의 커뮤니케이션들을 집약해 ‘결정’이라는 형식을 생성하는 기능을 한다.¹⁰³⁾ 특히 조직은 기능체계가 다른 기능체계와 커뮤니케이션할 수 있는 가능성을 확보하고, 체계 내부에서 이루어지는 분화의 형식을 규정한다. 즉 체계를 구성하는 조직들의 상관관계는 곧 체계의 속성을 규정한다.

물론 기능체계의 코드에 지향된 커뮤니케이션은 결코 조직 내부 또는 조직들 상호간의 커뮤니케이션에 국한되지 않는다. 누구나 언제든지 코드에 지향된 커뮤니케이션을 수행할 수 있다. 심지어 법체계의 경우 사법조직의 법적 커뮤니케이션이 이루어지기 위해서는 소의 제기를 필요로 한다는 점에서 조직 외부의 커뮤니케이션이 더 주권적(souverän)인 지위를 차지한다.¹⁰⁴⁾ 따라서 모든 법적 커뮤니케이션의 집합으로서의 법체계의 경계는 모든 제도와 모든 조직의 바깥에 존재한다. 이러한 복잡성을 감축하기 위해 법체계는 자신의 통일성(모든 커뮤니케이션)을 행위체계로 축소시켜 서술하게 된다. 즉 법체계의 아이덴티티를 행위체계로 상정함으로써 이러한 복잡성을 감축한다.¹⁰⁵⁾ 그리하여 좁은 의미의 법체계는 법적 행위, 즉 법적 결과를 야기하고 이로써 법적 상태를 변경하는 모든 행위로 구성된다.¹⁰⁶⁾ 법적 행위는 무엇이 법적으로 효력을 갖는지를 내용적으로 확정(그것이 추상

103) 이에 관해서는 결정체계로서의 조직에 관한 루만의 수많은 저작 가운데 특히 N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, 1978; (조직과 사회의 상관성에 관한) 니클라스 루만, 「사회의 사회」, 945면 이하 참고.

104) N. Luhmann, *Konflikt und Recht*, in: ders., *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, S. 93 이하.

105) 이에 관해서는 니클라스 루만, 「사회의 법」, 110면 참고. 또한 ‘복잡성 감축’에 관한 일반적인 서술로는 (우연성과 관련된) N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, S. 31 이하; ders., *Soziale Systeme*, S. 48 이하도 참고.

106) N. Luhmann, *Die Einheit des Rechtssystems*, S. 135 이하.

적-일반적 규칙인지 아니면 개별적-구체적 행위인지는 중요하지 않다)한다는 의미에서 법효력을 지속적으로 전달하는 과정이다.¹⁰⁷⁾ 여기서 결정적인 측면은 법체계가 지속적인 작동을 하면서 출발점으로 삼게 되는 현재의 상태, 다시 말해 현재 법적으로 효력을 갖고 있는 상태가 새로운 상태로 변경된다는 사실이다. 그렇기 때문에 법률 이외에도 판결, 계약, 규약, 행정행위, 유언 등도 법적 행위에 속한다. 이렇게 해서 법/불법 코드에 지향된 모든 커뮤니케이션의 집합으로서의 법체계 내부에서 법을 확인하고 변경하기 위해 법적 구속력을 갖는 결정이 이루어지기 위한 좁은 영역이 형성된다. 이 조직화된 결정체계로서의 법(좁은 의미의 법체계)은 규범의 반사성(규범의 규범화),¹⁰⁸⁾ 즉 권한규범, 조직규범, 절차규범 등에 기초하게 되고 이러한 규범들을 준수할 때 비로소 하나의 결정 자체가 규범력을 갖는 법적 행위가 된다.¹⁰⁹⁾

루만에 따르면 법체계는 - 역사적으로 볼 때 - 조직화된 결정체계가 도입되는 즉시 규범적으로 폐쇄된 체계라는 의미에서 자기생산적 체계로 확립되었다고 한다.¹¹⁰⁾ 즉 법/불법 코드가치의 분배에 대해 구속력 있는 결정을 내리는 조직화된 결정체계가 법으로 인정한 것은 곧 법으로서 효력을 갖게 된다. 이때 결정체계가 독립된 법원인지 최상위 법관인 군주인지는 중요하지 않다. 물론 판결은 단순히 법률의 적용(Gesetzesanwendung)으로, 입법은 단순히 체계 외부에 이미 주어져 있는 자연법이나 이성법을 문서화한 것으로 이해했을 때는 이러한 사정이 은폐되어 있었다. 법의 실정화는 법체계의 폐쇄성뿐만 아니라 법의 정당화와 관련해서도 새로운 국면에 접어드는 촉매 역할을 했다. 즉 이제 정당화는 인식이 아니라 사회적 차원의 ‘합의’¹¹¹⁾를 통해서만 매개될 수 있게 되었다. 하지만 법원이 스스로 합의를

107) N. Luhmann, Die Geltung des Rechts, Rechtstheorie 22(1991), S. 273; 니클라스 루만, 「사회의 법」, 150면 이하.

108) 이러한 ‘반사성’에 관해서는 N. Luhmann, Reflexive Mechanismen, in: ders., Soziologische Aufklärung, Bd. 1, 7. Aufl., 2005, S. 116 이하 참고.

109) 니클라스 루만, 「사회의 법」, 203면 이하.

110) 니클라스 루만, 「사회의 법」, 93면.

111) 여기서 ‘합의(Konsens)’는 하버마스가 말하는 의사소통적 합의나 이상적 합의를 말

조달할 수는 없기 때문에 합의의 요구는 법체계의 다른 메커니즘에 의존하지 않을 수 없게 된다. 바로 이 지점에서 기능체계의 분화는 중심과 주변(Zentrum und Peripherie)이라는 형식을 취하게 된다.

중심/주변의 구별은 그 자체 위계질서적 분화를 연상시킬 정도로 역사적으로는 더 원시적인 분화 형식에 해당한다. 즉 도시/농촌의 구별에 기초한 봉건제도나 제국의 형성은 중심과 주변 사이의 수직적 관계를 전제하고, 따라서 중심은 질적 측면과 중요성에 비추어 주변보다 더 우위에 있다는 전제에서 출발한다. 세계체계(Weltsystem)관한 연구로 유명한 월러스타인(Immanuel Wallerstein)의 중심/주변의 구별¹¹²⁾ 역시 이러한 위계질서적 분화를 출발점으로 삼고 있고, 기능주의 사회학 역시 동일한 의미로 이 구별을 사용한다. 이에 반해 루만은 분절적, 위계질서적 및 기능적 분화와 함께 중심/주변을 제4의 분화 형식으로 파악한다.¹¹³⁾ 독자적 분화 형식으로서의 중심/주변의 차이는 당연히 위계질서적 구별이 아니고, 기능체계 상호간의 관계에서 발생하는 분화 형식은 더더욱 아니다.¹¹⁴⁾ 즉 이 형식은 기능체계 내부에서 이루어지는 또 다른 기능적 분화로서 수평적 차원의 구별이고, 특

하는 것이 아니라 경험적 합의, 더 정확히는 합의의 가정이라는 경험적 전제이다. 이러한 차이는 루만의 체계이론과 하버마스의 의사소통이론을 구별하는 결정적 측면에 해당한다. 이에 관해서는 사회적 차원에서 합의를 가정하는 제도화(Institutionalisierung)를 서술한 N. Luhmann, Rechtssoziologie, S. 64 이하 참고. ‘합의’ 개념을 둘러싼 루만과 하버마스의 이론구성의 차이에 관해서는 M. Neves, Zwischen Themis und Leviathan: Eine schwierige Beziehung. Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas, 2000, S. 55 이하 참고.

112) 이에 관한 월러스타인의 간결한 서술로는 I. Wallerstein, Aufstieg und künftige Niedergang des kapitalistischen Weltsystem, in: D. Senghaas(Hrsg.), Imperialismus und strukturelle Gewalt. Analysen über abhängige Reproduktion, 1972, S. 31 이하 참고.

113) 분화 형식으로서의 중심/주변의 구별에 대해 자세히는 니클라스 루만, 「사회의 사회」, 710면 이하, 766면 이하 참고.

114) 조금 더 정확하게 표현한다면, 기능체계를 사이에서도 위계질서의 형성 가능성이 배제되어 있는 것은 아니다. 예컨대 정치체계가 법체계보다 우선하는 경우는 얼마든지 발생하고 그 역도 마찬가지이다. 다만 이러한 관계가 시간적 차원에서 일시적으로만 발생할 뿐이고, 이 관계 자체가 기능적 분화를 전제할 때에 비로소 성립한다는 점을 고려해야 한다.

히 기능체계의 중심에서 다시 위계질서적 분화가 성립할 가능성을 배제하지도 않는다. 이 점에서 중심/주변의 구별은 결코 공간적으로 이해해서는 안 된다.¹¹⁵⁾

중심/주변의 차이를 이렇게 이해한다는 전제하에 이를 법체계 내부의 분화로 도입하게 되면, 합의의 조달은 법체계의 주변에서 일정한 절차규칙에 따라 법체계의 환경이 법의 내용을 확정할 기회를 부여한다는 뜻이고, 법체계의 중심에서는 직접 합의를 조달할 필요 없이 지속적으로 법/불법에 대한 결정을 담당한다는 뜻이라고 설명할 수 있다. 주변에서 이루어지는 합의의 조달의 대표적 형식은 법률과 계약이고, 법/불법에 대한 지속적 결정을 위한 체계, 즉 조직은 사법이다. 그렇다면 법체계는 - 민주적 법치국가를 전제한다면 - 민주적으로 의결된 법률 또는 개인들의 계약이라는 형식을 거쳐 법적 내용을 스스로 정립한 것이 된다.

하지만 법체계의 환경과의 접촉을 통해 합의를 조달하는 것이 법과 정치의 작동적 연결(*operative Kopplung*) - 하나의 작동이 곧 법적 작동이 작동시에 정치적 작동인 경우 - 또는 법과 경제의 작동적 연결의 형태로 이루어질 수는 없다. 다시 말해 정치적 또는 경제적 커뮤니케이션이 곧장 법적 상태를 변경하게 해서는 안 된다. 만일 그렇게 되면 법의 규범적 폐쇄성이 파괴될 것이고 법과 불법을 구별하는 것 역시 불가능하게 될 것이기 때문이다. 따라서 법체계는 자신의 사회적 환경에게 환경 스스로 구속력 있는 법적 행위(계약 또는 입법)를 수행할 수 있는 가능성만을 제공해야 한다. 이를 위해서는 법체계가 어떠한 전제조건하에서 특정한 행위가 법적으로 구속력을 갖는지를 섬세하게 확정해야 한다. 이와 같은 연결을 루만은 작동적 연결과 반대되는 구조적 연결(*strukturelle Kopplung*)이라고 부른다.¹¹⁶⁾ 만일

115) 이에 관해서는 N. Luhmann, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, 1981, S. 22 참고. 또한 T. Lieckweg, *Das Recht der Weltgesellschaft. Systemtheoretische Perspektiven auf die Globalisierung des Rechts am Beispiel der Lex Mercatoria*, 2003, S. 104 이하도 참고.

116) 구조적 연결이라는 개념은 환경이 체계에 미칠 수 있는 영향이 제한되어 있으면서 동시에 이 영향이 더 쉬워진다는 것이다. “뇌는 눈과 귀를 통해 매우 좁은 물리학적 범위 내에서만 환경에 연결되어 있다. [...] 하지만 바로 그렇기 때문에 뇌는 유기체로 하여금 환경에 고도로 민감할 수 있도록 만든다(니클라스 루만, 「사회의 법」,

법체계가 아무런 제한도 없이 환경의 압박에 노출되어 있다면 법체계는 부패한다. 경제와 법 그리고 정치가 분화되어 있지 않다면 법은 모든 형태의 정치적 테러와 정치적 부패 그리고 사인의 권력에 대해 저항하기 어렵다. 이 세 가지 영역이 각 영역의 기능과 특수한 코드에 따라 작동상 폐쇄되어 있는 체계로 분화할 때만 세 부분체계들은 구조적 연결을 거쳐 각 체계들의 상호관계를 선별적으로 조직할 수 있고 이를 통해 폭력, 권력, 부패를 연결 가능성으로부터 배제할 수 있다. 이러한 상태가 실현될 경우에만 예컨대 법과 정치는 헌법이라는 제도를 거쳐 서로 연결된다. 즉 법과 정치는 두 체계 모두에서 실효적으로 작용하는 구조인 헌법이 마련하고 있는 채널 속에서만 서로 영향을 주고받게 된다. 또한 법과 경제는 소유권과 계약이 마련한 채널 속에서만 서로 영향을 주고받는다.

중심/주변의 구별은 이러한 구조적 연결을 위해서도 중요한 의미를 갖는다. 왜냐하면 구조적 연결은 각 부분체계의 중심에서 이항적 코드를 통해 기능적 독립성과 체계의 폐쇄성을 보장하는 가운데 체계의 주변에서는 환경에 대한 개방성에 기초해 프로그램의 생성과 변경을 지속적으로 반복할 때 비로소 가능하기 때문이다. 이 점에서 법체계의 경우에는 코드가치의 최종적 분배를 담당하는 법원이 체계의 중심에 자리잡고 있고, 주변에서는 법률(입법)과 계약뿐만 아니라 법도그마틱, 법이론 등을 통해 다른 부분체계들과의 구조적 연결이 이루어진다. 그렇다면 법체계는 분화형식의 관점에서 얼마든지 중심과 주변의 차이로 표현할 수 있다.

IV. 법체계에서 재판거부금지의 위치

체계이론에 관한 - 주로 법체계를 염두에 두면서 - 이상의 서술에 기초해 우리는 하나의 사회적 체계가 수많은 구별 및 구별을 통한 경계를 재생산하고, 이로써 자기준거만으로는 컨트롤할 수 없는 개방성을 체계 고유

585면).” 특히 법체계와 정치체계의 구조적 연결에 관해서는 윤재왕, 법체계의 자율성, 298면 이하 참고.

의 방식으로 ‘제한’하는 작동적 메커니즘 또는 작동의 연쇄라는 것을 확인할 수 있었다. 체계가 지속적으로 수행하는 이러한 제한은 작동의 체계 귀속 여부를 정하는 엄격한 이치논리(체계/환경)를 통해 이루어진다. 즉 체계는 무언가를 자신의 요소로 구성하거나 구성하지 않을 뿐이다. 그 때문에 체계가 작동하는 논리에 포섭될 수 있는 것, 다시 말해 체계에서 연결가능성이 있는 것만이 체계의 사건이 될 수 있다. 이러한 폐쇄성은 무엇보다 또 다른 이치논리에 해당하는 코드를 통해 확보된다. 하지만 코드 자체는 코드가 어떻게 적용되어야 하는지에 대해서는 아무것도 말해주지 않는다. 오로지 프로그램만이 코드의 구체적 사용을 위한 복잡한 절차와 규칙을 규정할 수 있다. 따라서 프로그램은 코드의 자기적용(Selbstanwendung)¹¹⁷⁾을 저지함으로써 코드의 해석과 적용을 규율하는 셈이다. 그 때문에 코드의 자기준거적 폐쇄성은 타자준거적 프로그램이 갖고 있는 개방성을 통해 보충되지 않을 수 없다. 코드/프로그램 구별 형식의 안쪽인 코드가 단순히 스스로를 반복하거나 코드에 코드를 적용할 때 발생하는 작동상의 난관을 다른 작동 형식으로 전환하거나 다른 방향으로 변경하는 것이 형식의 바깥쪽인 프로그램의 과제인 셈이다. 그러므로 자기생산적 체계의 종말이라는 대가를 치러야만 변경할 수 있는 코드 - ‘법/불법’ 코드를 다른 코드로 변경하는 것은 곧 법체계의 종말이다 - 와는 반대로 프로그램은 변경할 수 있고 또한 변경할 수 있어야 한다. 이 측면에서 폐쇄성/개방성의 구별은 코드/프로그램의 구별과 중복되고 또한 반복한다고 볼 수 있다.¹¹⁸⁾ 즉 변경 불가능한 코드는

117) 코드를 자기 자신에게 적용하면 예를 들어 “법은 법이고 불법은 불법이다”라는 동어반복이나 “법과 불법의 구별은 불법이다” 또는 “불법이기 때문에 법이다”라는 역설을 생산한다. 전자는 코드에 기초한 폐쇄성이 아무런 정보가치를 갖지 않는 작동의 순환을 야기하고, 후자는 체계의 작동이 더 이상 불가능한 정지상태로서의 폐쇄성을 야기한다. 이러한 동어반복이나 역설을 눈에 보이지 않게 만들기 위해 체계는 동어반복과 역설을 펼쳐 풀어헤치는(entfalten) 과정을 필요로 하고, 바로 그 때문에 환경 개방성을 필요로 한다. 이렇게 보면 폐쇄성은 개방성의 전제이자 역으로 개방성이 폐쇄성의 전제라고 할 수 있다. 루만의 체계이론의 마지막 단계에서 극히 중요한 개념으로 떠오른 ‘동어반복과 역설’에 관해서는 N. Luhmann, Tautologie und Paradoxie in den Selbstbeschreibungen der modernen Gesellschaft, ZfS 16(1987), S. 161 이하 참고.

118) 결코 두 개의 구별이 일치한다는 의미가 아니다. 양자는 각각 체계/환경의 차원과

폐쇄성을 통한 체계의 아이덴티티를 보장하는 반면, 프로그램은 이러한 체계 아이덴티티에 체계를 개방시키고 코드의 동어반복과 역설을 작동의 연쇄로 풀어헤치게 된다. 이를 위해 프로그램은 새로운 것과 환경에 개방되어야 하고 적응능력을 갖추어야 한다. 두 개의 구별은 다시 체계 내부의 분화 형식 가운데 하나인 중심/주변과도 곧장 연결가능성을 확보한다. 왜냐하면 환경과 상당한 거리를 유지하고 있는 중심에서는 폐쇄성과 코드를 관리하는 반면, 체계가 환경과 밀접한 접촉을 유지하는 주변에서는 개방성과 프로그램을 관리한다고 추론하는 것은 어렵지 않은 일이기 때문이다. 이처럼 폐쇄성 - 코드 - 중심의 시퀀스는 개방성 - 프로그램 - 주변의 시퀀스로 서로 대응시킬 수 있다. 우리가 앞에서 살펴본 세 가지 좌표계는 바로 이러한 결론에 도달하기 위해 체계이론을 재서술한 것이었다. 이 시퀀스를 - 단순화의 위험을 분명히 의식한다는 전제하에 - 법체계에 적용한다면 판결 또는 사법은 - 시퀀스를 역순으로 대입하면 - 법체계의 중심에서 코드를 관리하면서 법체계의 폐쇄성을 보장하는 반면, 법률 또는 입법은 법체계의 주변에서 프로그램을 생산하면서 법체계의 개방성을 보장한다고 말할 수 있다. 이러한 (법)체계이론의 구성에 비추어 보면 우리의 주제인 ‘결정강제와 재판거부금지’는 커다란 이론적 무게를 부담하지 않고서도 쉽게 설명이 가능하다. 물론 프로그램은 법률과 입법에 국한되지 않고, 프로그램의 성격에 걸맞게 선례, 일반적 법원칙, 법도그마틱과 같이 역동적 요소들로 구성되어 있긴 하지만 여기서는 일단 입법/판결이라는 헌법과 법이론의 전통적 구별 및 이 구별의 역사적 전개과정¹¹⁹⁾을 함께 고려하면서 조금 더 구체적인

체계 내부의 작동 차원에 있기 때문이다. 더욱이 본문에서 사용한 ‘중복’ 또는 ‘반복’이라는 표현 역시 체계이론의 전문가에게는 상당히 도발적으로 들릴 수 있다는 사실도 감안해야 한다. 차원을 뒤섞을 경우 체계이론이라는 전체 건물의 설계도를 심각하게 위협할 수 있기 때문이다. 무엇보다 사회 자체와 마찬가지로 모든 것이 모든 것과 맞물려 있는 순환적 관계로 이루어진 체계이론의 구성 자체를 고려할 때 두 구별의 상관성을 이렇게 단순화하는 것은 별도의 이론적 정당화가 필요하다는 유보조건하에서 이 테제를 제기할 뿐이다. 양자가 상당부분 중복된다는 입장으로는 예컨대 U. Stäheli, Sinnzusammenbrüche, S. 244 참고.

119) 이에 관해서는 (본 논문의 전편에 해당하는) 윤재왕, 법관의 결정의무, 8면 이하 참고. 앞으로 서술하는 내용 가운데 역사적 측면에 대한 서술은 전편의 내용에 대한 요약으로 보아도 무방하다.

으로 재판거부금지의 위치를 재구성해보기로 한다. 이는 체계이론적 서술방식과 법학적 이론들 사이의 연결가능성을 회복한다는 의미를 담고 있기도 하다.

주로 판결이라는 사법작용을 중심으로 발전했던 고대와 중세의 법은 근대가 시작되기 직전부터 왕권이 법의 제정과 법의 적용을 한 손에 장악하는 방향으로 전환되었다. 이른바 정치적 사법권(iurisdictio)은 - 오늘날의 표현에 따른다면 - 입법과 판결을 모두 포함한다. 즉 입법과 판결은 iurisdictio라는 한 가지 과제의 두 가지 구성부분으로 파악되었다. 약 16세기 후반 그리고 특히 17세기부터 근대적 의미의 정치권력이 탄생하면서 입법은 훨씬 더 높은 가치를 갖게 되었고 iurisdictio라는 전통적인 의미연관으로부터 갈수록 해방되면서 입법은 정치적 주권과 법적 주권이라는 의미로 변화했다. 오늘날의 통상적 의미의 입법과 판결의 구별은 18세기의 산물이다. 하지만 근대 초기에 입법은 여전히 사법에 대해 지시를 할 수 있는 권한을 갖고 있는 상위기관이었고, 법원은 입법의 프로그램을 수행하는 기관으로 파악되었다. 법학방법론의 개념을 원용하자면 판결의 방법은 - 구체적 결정이 실제로 어떻게 이루어졌는지에 관계없이¹²⁰⁾ - 명확한 논리적 연역을 이상적 모델로 여겼다. 즉 법체계 내부의 분화 형식은 입법 → 사법이라는 위계질서였다. 그러나 19세기에 들어서면서 이러한 위계질서적 이해는 압박을 받게 되었다. 무엇보다 법체계의 기능적 분화가 강화되고 코드를 통한 폐쇄성이 정착됨과 동시에 사회 전체의 복잡성의 상승과 함께 입법 프로그램이 코드 가치의 분배를 완전히 장악하는 것이 현실적으로 불가능해졌기 때문이다. 이는 입법과의 관계에서 법관의 해석권한이 뚜렷이 확대되었다는 현상으로 표출되었다. 해석을 둘러싼 논의에서도 연역적-논리적 사고가 갈수록 뒷전으로 물러나고 동시에 다수의 법률해석 방법론이 존재할 여지가 발생한다.¹²¹⁾ 물론 이론적으로는 여전히 위계질서가 입법과 사법의 관계에 대한

120) 표방된 해석이론과 법실무의 불일치에 관해서는 R. Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., 2008, S. 1-11 참고.

121) 특히 입법자의 의지를 지향한 주관적 해석론으로부터 ‘법률의 의지’ 또는 ‘법률의 이성(ratio legis)’라는 ‘기이한’ 개념을 거쳐 객관적 해석론으로 전환되는 과정은 이

사고를 지배하고 있긴 했지만 사법은 법관법이라는 법원(法源)을 통해 입법과는 구별되는 독자적인 방식을 통해 법체계에 참여하게 되었다. 이와 같은 과정을 거쳐 오늘날에는 입법과 판결은 각각 자율적이고 분업적으로 함께 작용하는 조직으로서 법체계 내에서 지속적인 규범생산 활동을 한다는 점에 대해 더 이상 의문을 제기하기 어렵다.¹²²⁾

따라서 입법과 판결의 구별을 위계질서로 이해할 수 없다. 즉 프로그램이라는 표현 자체가 상징하듯이,¹²³⁾ 입법 프로그램은 법체계의 주변에서 체계의 개방성을 보장하는 메커니즘으로서 환경과의 구조적 연결을 통해 합의의 조달하는 기능을 수행하면서 코드가치의 분배를 위한 하나의 프로그램을 제공할 뿐이고, 개별사례에 직면해 코드가치를 궁극적으로 분배하는 것은 사법의 몫이다. 특히 누적된 판례를 통해 사법이 입법으로 하여금 다른 방식으로 환경을 고려하도록 자극한다는 오늘날의 상황까지 고려한다면 입법과 사법의 관계는 상호순환 또는 피드백 관계(입법 ↔ 사법)로 파악하는 것이 더 적절하다. 입법과 사법의 사회적 중요성의 차이에 관한 사고 역시 마찬가지이다. 즉 사법이 입법보다 더 중요하다거나 입법이 사법보다 더 중요하다는 식으로 말할 수 없다. 중요한 것은 법체계의 중심은 주변과는 다른 기능을 담당한다는 사실뿐이다.¹²⁴⁾ 체계이론적 관점에서 중심과 주변

와 동일한 맥락에 속한다. 이에 관해서는 특히 (독일어권에서) 객관적 해석이론의 시발점이라 할 수 있는 J. Kohler, Über die Interpretation von Gesetzen, in: Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 13(1886), S. 1 이하 참고.

122) N. Luhmann, Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem, Rechtstheorie 22(1990), S. 459 이하; 니클라스 루만, 「사회의 법」, 402면 이하. 이 지점에서 법관법 또는 판례의 법원성(Rechtsquellencharakter)을 둘러싼 지루한 논쟁에 대해 다시 생각해 볼 필요가 있다. 굳이 법현실주의를 원용하지 않더라도 오늘날 판례는 부수적인 법원이 아니라 핵심적인 법원이라고 말하는 데는 이의를 제기하기 어렵다. 차라리 어떠한 경우에 어떠한 과정을 거쳐 판례가 법원으로서 기능하는지를 이론적으로 분석하는 것이 더 급선무라 할 수 있다. 이에 관한 이론적 단초는 M. Albers, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, in: Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung, VVDStRL 71, 2012, S. 257 이하 참고.

123) 문서작성 프로그램이 문서를 작성하지는 않는다!

124) 자세히는 N. Luhmann, Die Stellung der Gerichte, S. 469 이하; ders., Die Politik

은 명백히 한¹²⁵⁾ 가지 구별의 양쪽에 해당하기 때문에 양자는 서열의 차이나 중요성의 차이를 표현하는 것이 아니라 단지 각각의 특수한 기능에 비추어 볼 때 중심에서는 주변과는 정확히 반대되는 것이 타당성을 갖도록 설비되어 있다는 의미일 뿐이다. 즉 중심은 폐쇄성과 코드를 관리하는 기능을, 주변은 개방성과 프로그램을 관리한다는 의미이다. 이 점은 결정의 측면에서도 분명하게 확인할 수 있다. 입법과 사법 또는 법률 프로그램과 코드 중심의 판결은 모두 조직(의회와 행정부/법원)의 결정을 필요로 하지만, 주변에서 수행되는 작동들의 연쇄인 입법은 반드시 결정을 내려야 할 강제하에 있지 않는 - 즉 결정을 내리지 않는 결정이 허용된다 - 반면, 이와는 정반대로 사법은 어떠한 경우에도 결정을 내려야 하는 - 즉 결정을 내리지 않는 결정은 허용되지 않는다 - 강제하에 있다. 사법을 구속하는 이 결정강제는 곧 법체계의 중심에서 관리되는 폐쇄성과 코드의 제도적 표현이고, 이것이 곧 법원에게만 구속력을 갖는 근본규범인 재판거부금지이다.

법원의 근본규범(Grundnorm der Gerichtsbarkeit)으로서의 재판거부금지는 ‘내용이 없는 이중부정(inhaltsleere doppelte Negation)의 형식’¹²⁶⁾으로 만들어져 있다. 즉 법관에게는 결정하지 않는 것이 허용되지 않는다. 역사적 연구가 보여주듯이 이는 결코 당연한 원칙이 아니었다.¹²⁷⁾ 예컨대 고대 로마법과 중세법에서는 특정한 방식으로 규정되어 있는 소(actiones)에 대해서만 권리보호가 보장되어 있었다. 이에 반해 - 우리의 논의의 출발점이었던 - 오늘날에는 프랑스 민법 제4조로 대표되는, 재판거부에 대한 명시적 금지가 없더라도 법치국가적 및 민주적으로 조직된 법체계에서는 일반적으로 이 금지의 효력을 인정한다. 이에 반해 법률(과 계약)은 이와 같은 법적 작동강제나 결정강제를 받지 않는다. 물론 예컨대 코로나 바이러스를 효율적으로 방지하기 위해 시민의 자유를 현행법보다 더 넓게 제한해야 할 경우에는 반드시 법률을 필요로 한다. 하지만 그 원인은 전적으로 사회적, 정치

der Gesellschaft, S. 251; 니콜라스 루만, 「사회의 법」, 432면 이하 참고.

125) N. Luhmann, Die Stellung der Gerichte, S. 470.

126) Ebd., S. 467.

127) 자세한 것은 윤재왕, 법관의 결정의무, 5면 이하 참고.

적 원인이고, 그 결과만이 법적으로 의미가 있다. 이에 반해 법원은 이미 법적 이유에서 법원에 제기된 모든 소, 이의제기 또는 신청에 대해 결정을 내려야 한다. 설령 법원이 관할권이 없다고 선언할지라도 어쨌든 결정을 내려야 한다. 즉 법원은 규범을 해석하고 구성하며 사례들을 구별하고 이에 대해 결정을 내려야만 한다.¹²⁸⁾ 이때 법원은 입법자(또는 계약 당사자)에 비해 내용적 차원에서 훨씬 더 제한적인 정보와 인식만을 사용할 수 있을 뿐이다. 시간적 차원에서도 법정절차는 입법과 계약에 비해 - 절대적 시간이 아니라 투입할 수 있는 시간이라는 의미에서 - 훨씬 더 짧은 시간만을 활용할 수 있다. 또한 사회적 차원에서도 절차참여자의 범위는 입법과 계약과는 비교할 수 없을 정도로 좁다.

순수하게 기능적으로만 고찰한다면 재판거부금지는 법체계의 통일성과 복잡성을 유지하기 위한 장치이다. 즉 이 금지는 환경에 대한 개방성을 강제하는 복잡성의 증대 속에서도 법체계의 통일성과 폐쇄성을 유지하기 위한 것이다.¹²⁹⁾ 이 점에서 “오로지 결정할 수 없는 문제만을 결정할 수 있다”¹³⁰⁾는 결정의 근원적 역설 - 결정과 관련된 모든 측면의 복잡성을 고려한다면 결정은 불가능하다 - 을 재판거부금지를 통해 관리하는 셈이다.¹³¹⁾ 다시 말해 법원에게 재판불가를 허용하지 않음으로써 결정할 수 없는 결정의 역설을 눈에 보이지 않게 만드는 것이다.¹³²⁾ 이로써 법체계 자신의 복잡

128) N. Luhmann, Die Stellung der Gerichte, S. 468; 니클라스 루만, 「사회의 법」, 412면 이하, 437-438면.

129) 이에 관해서는 N. Luhmann, Die Politik der Gesellschaft, S. 429 이하 참고.

130) 하인츠 폰 포어스터(Heinz von Foerster)의 이 유명한 명제는 다음과 같이 계속된다. “왜 그럴까? 그 대답은 간단하다. 즉 결정이 가능한 문제는 이미 이 문제가 제기된 영역의 선택을 통해 이미 결정된 것이고 또한 우리가 문제라고 부르는 것을 우리가 ‘대답’으로 허용하는 것과 어떻게 결합할 것인지에 대한 규칙을 선택함으로써 이미 결정된 것이기 때문이다(인용은 H. von Foerster, Shot Cuts, 2001, S. 51 이하에 따름).” 이에 관해서는 또한 N. Luhmann, Paradoxie des Entscheidens, Verwa 84(1993), S. 287 이하 참고.

131) 니클라스 루만, 「사회의 법」, 428-429면. 이에 관해서는 또한 A. Fischer-Lescano, Globalverfassung, S. 61, 150 이하; Th. Huber, Systemtheorie des Rechts, S. 171도 참고.

132) 이 점에 관해서는 A. Kieserling, Kommunikation unter Anwesenden. Studien über Interaktionssysteme, 1999, S. 278 이하 참고.

성이 상승할지라도 규범적 기대의 안정화라는 법체계의 기능이 침해되지 않게 된다. 그렇다면 법체계의 중심에 있는 조직인 법원은 법체계의 복잡성 증대로 인해 주변에서 발생하는 교란(Irritation)¹³³⁾을 얼마든지 허용함에도 불구하고 법과 불법에 대한 결정 자체는 지속될 수 있도록 함으로써 법체계의 기능을 유지한다.¹³⁴⁾

법원이 재판거부금지를 통해 법체계에서 갖게 되는 이러한 특수한 지위는 법체계의 직접적인 기능, 즉 ‘규범적 기대의 반사실적 안정화(kontrafaktische Stabilisierung normativer Erwartungen)’¹³⁵⁾와 관련을 맺고 있고 이와 동시에 법체계 전체를 위계적으로 구조화할 수 없다는 것을 분명하게 보여준다. 그렇게 하기에는 법체계의 작동과 구조가 너무나도 복잡하고 시간적으로 너무나도 역동적이다.¹³⁶⁾ 이렇게 볼 때 법체계는 다양한 분화형식을 사용하지 않을 수 없다.¹³⁷⁾ 즉 오로지 중심에서만 위계질서를 형성하고 이에 반해 주변에서는 더 높은 복잡성을 유지하기 위해 분절적 분화를 유지한다. 다시 말해 오로지 법원만이 다수의 심급으로 구성된 위계질서(상급법원/하급법원)를 갖고 있고, 오로지 이 위계질서 내에서만 결정강제와 재판거부금지가 효력을 갖는다. 이에 반해 법체계의 주변에서는 다수의 법률제정 형식(국내법/국제법; 실체법/절차법; 법률/법규명령)들의 네트워크라는 분절적 분화가 우선한다. 그 때문에 법체계의 주변에서는 다수의 프로그램들이 병존하는 반면, 중심에서는 결정강제와 재판거부금지에 힘입어 법/불법 코드가치의 분배가 이루어진다. 다시 반복하지만 이러한 설명은 주변이 중요하지 않다는 뜻이 아니며, 현실은 오히려 법다원주의(Rechtspluralismus)라는 표현이 상징하듯이 법체계의 주변이 훨씬 더 역동적인 변화가 발생하는 영역이라

133) ‘교란’ 개념에 관해서는 니클라스 루만, 「사회의 사회」, 146면 이하, 903면 이하 참고.

134) 이에 관해 자세히는 T. Lieckweg, Das Recht der Weltgesellschaft, S. 104 이하 참고.

135) 이 기초적 개념에 관해서는 특히 N. Luhmann, Rechtssoziologie, S. 43 이하.

136) N. Luhmann, Die Stellung der Gerichte, S. 470.

137) N. Luhmann, Die Stellung der Gerichte, S. 470; ders., Die Politik der Gesellschaft, S. 251; 니클라스 루만, 「사회의 법」, 342면 이하.

는 의미이다. 주변 역시 역동적인 전체 사회(세계사회)와 다른 사회적 체계들과 접촉지역(Kontakt-Zone)이기 때문이다.

결론적으로 재판거부금지는 법체계의 작동을 법체계의 작동으로 인식하고 서로 연결될 수 있기 위한 체계 중심의 근본규범이다. 즉 법체계는 체계이기 때문에 폐쇄성을 갖고, 폐쇄성은 코드를 통해 보장되며, 이 폐쇄성과 코드의 관리는 법체계의 중심인 법원에서 수행되고, 이 수행은 재판거부금지를 전제하면서 이루어진다. 그렇기 때문에 재판거부금지는 역사적으로 볼 때 법체계의 자기생산과 독립성, 다시 말해 개방성을 가능하게 만드는 폐쇄성의 확립을 위한 ‘개척자(Schrittmacher)’의 역할을 했다는 평가¹³⁸⁾는 결코 과장이 아니다. 다만 중심이 거꾸로 주변을 참칭(정책법원?)하는 것과 같이 중심이 주변화하는 현대의 경향은 재판거부금지를 둘러싼 이론적 논의가 새로운 국면에 접어들 수밖에 없다는 점을 부차적으로 지적하고자 한다. 또한 재판거부금지라는 형식이 곧 재판의 질적 수준까지 보장하지는 않는다는 점 그리고 이 금지의 토대가 되고 동시에 이 금지를 통해 강화되는 토대인, 법체계의 폐쇄성이 빈번히 법체계의 외부 관찰자에게는 오히려 자의와 예측의 상징으로 여겨질 수 있다는 점¹³⁹⁾도 고려하지 않을 수 없다. 하지만 이러한 고려 역시 법체계 주변의 프로그램 차원에서 의미를 가질 뿐 - 현재의 법질서를 유지하는 이상 - 중심에서 처리해야 할 문제는 아니다. 이 점에서 법이 ‘비합리적 합리성의 근원적 현상(Urphänomen irrationaler Rationalität)’이라는 아도르노의 잠언¹⁴⁰⁾은 오늘날에도 여전히 타당하다.

결정강제와 재판거부금지 - 체계이론적 해명을 위한 시도 - 윤재왕	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.05.07.	2020.05.18.	2020.06.19.

138) M. Th. Fögen, Schrittmacher des Rechts, S. 20.

139) 재판거부금지가 안고 있는 이 ‘어두운’ 측면에 관한 비판으로는 E. Geulen, Plädoyer für Entscheidungsverweigerung, in: C. Vismann/Th. Weitin(Hrsg.), Urteilen/entscheiden, 2006, S. 51 이하 참고.

140) Th. Adorno, Negative Dialektik, 1966, S. 302.

[참고문헌]

- 김하열, 「헌법강의」, 박영사 2018.
- 김하열, 「헌법강의」, 박영사 2018.
- 노이만, 울프리트, 실증주의 이후 시대의 법률과 판결, 「법철학연구」 제19권 1호(2016), 205-220면.
- 박준석, 재판청구권과 법원의 논증의무 - 대법원 2010. 6. 24. 선고 2010도3358 판결을 중심으로-, 「법학논총」 제36권 2호(2012), 185-207면.
- 루만, 니클라스, 「사회의 법」, 윤재왕 옮김, 새물결 2014.
- 루만, 니클라스, 「사회의 사회」, 장춘익 옮김, 수정번역판, 새물결 2014.
- 루만, 니클라스, 「체계이론 입문」, 윤재왕 옮김, 새물결 2014.
- 윤재왕, “법관은 법률의 입”? - 몽테스키외에 대한 이해와 오해 -, 「안암법학」 제30권 (2009), 109-145면.
- 윤재왕, 법체계의 자율성 - 체계이론적 관점에서 본 법과 정치의 관계, 「강원법학」 제50호(2017), 259-317면.
- 윤재왕, 법관의 결정의무 - 재판거부금지의 역사적 전개과정에 관하여, 「고려법학」 제92호(2019), 1-60면.
- 윤재왕, 법과 논증 그리고 논증이론, 「법학논총」 제43권 4호(2019), 31-74면.
- 이계일, 포스트실증주의 법사고와 법효력론, 「법철학연구」 제13권 2호(2010), 7-58면.
- 조수혜, 재판청구권의 실질적 보장을 위한 소고 - 수용자의 경우를 중심으로 한국과 미국의 논의 비교 -, 「홍익법학」 제14권 3호(2013), 433-468면.
- Adorno, Theodor, Negative Dialektik, Frankfurt am Main 1966.
- Albers, Marion, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, in: Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung, VVDStRL 71, Berlin/New York 2012, S. 257-291.
- von Arnould, Andreas, Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directnis des Rechts, Tübingen 2006.
- Baecker, Dirk(Hrsg.) Schlüsselwerke der Systemtheorie, 2. Aufl., Wiesbaden 2016.
- Ballweg, Ottmar, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, Basel 1970.
- Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, Berlin 1964.
- Clam, Jean, Kontingenz, Paradox, Nur-Vollzug : Grundprobleme einer Theorie der Gesellschaft, Konstanz 2004.
- Drechsler, Stefan, Grundlagen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung, in: Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik, 2015, S. 344-355.
- Eckhoff, Torsten/Sundby, Nils Kristian, Rechtssysteme, Berlin 1988.
- Fischer-Lescano, Andreas, Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte, Weilerswist 2005.
- Frey, Rainer, Vom Subjekt zur Selbstreflexion. Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie, Berlin 1987.

- Fögen, Marie Therese, Schrittmacher des Rechts. Anmerkungen zum Justiz- und Rechtsverweigerungsverbot, in: Honsel, Heinrich u.a.(Hrsg.), Privatrecht und Methode. Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, S. 3-20.
- Geulen, Eva, Plädoyer für Entscheidungsverweigerung, in: Vismann, Cornelia/ eitin, Thomas(Hrsg.), Urteilen/Entscheiden, München 2006, S. 51-55.
- Göbel, Andreas, Theoriegenese als Problemgenese. Eine problemgeschichtliche Rekonstruktion der soziologischen Systemtheorie Niklōas Luhmanns, Konstanz 2000.
- Günther, Gotthard, Die Theorie der 'mehrwertigen' Logik. in: ders., Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik. Bd. 2: Wirklichkeit als Poly-Kontextualität, Hamburg 1979, S. 181-202.
- Guski, Roman, Rechtsmissbrauch als Paradoxie: Negative Selbstreferenz und widersprüchliches Handeln im Recht, Tübingen 2019.
- Habermas, Jürgen, Der normative Gehalt der Moderne. Exkurs zu Luhmanns systemtheoretischen Aneignung der subjektphilosophischen Erbmasse, in: ders., Der philosophische Diskurs der Moderne, Frankfurt am Main 1985, S. 390-426.
- ders., Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main 1992.
- Hemke, Katja, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, Berlin 2006.
- Huber, Thomas, Systemtheorie des Rechts, Baden-Baden 2007.
- Jansen, Till, Zweiwertigkeit und Mehrwertigkeit. Eiige Vorschläge zu einer soziologischen Polykontextualität, in: Zeitschrift für theoretische Soziologie 2(2014), S. 20-42.
- Kantorowicz, Hermann, Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre(1925), in: ders., Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, hrsg. von Th. Würtenberger, Heidelberg 1962, S. 41-68.
- ders., Epochen der Rechtswissenschaft(1914), in: ders., Rechtshistorische Schriften, hrsg. von H. Coing/G. Immel, Heidelberg 1970 1-14.
- Kargl, Walter, Kommunikation kommuniziert? Kritik des rechtssoziologischen Autopoiesebegriffs, Rechtstheorie 21(1990), S. 352-373.
- Kieserling, André, Kommunikation unter Anwesenden. Studien über Interaktionssysteme, Frankfurt am Main 1999.
- Klagenfurt, Kurt, Technologische Zivilisation und transklassische Logik. Eine Einführung in die Technikphilosophie Gotthardt Günthers, Marburg 2016.
- Klappstein, Verena, Demokratische Legitimation und Grenzen der Verlagerung von Entscheidungen auf den Rechtsanwender, in: C. Bäcker/S. Baufeld(Hrsg.), Objektivität und Flexivität im Recht, Stuttgart 2005, S. 111-130.
- Kohler, Josef, Über die Interpretation von Gesetzen, in: Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart 13(1886), S. 1-60.
- Lieckweg, Tania, Das Recht der Weltgesellschaft. Systemtheoretische Perspektiven auf die Globalisierung des Rechts am Beispiel der Lex Mercatoria, Stuttgart 2003.
- Luhmann, Niklas, Organisation und Entscheidung, Opladen 1978.
- ders., Gesellschaftsstruktur und semantische Tradition, in: ders., Gesellschaftsstruktur

- und Semantik. Studien zur Wissenschaftssoziologie der modernen Gesellschaft Bd. 1, Frankfurt am Main 1980, S. 9-71.
- ders., Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, München 1981.
- ders., Konflikt und Recht, in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt am Main 1981, S. 92-112.
- ders., Rechtssoziologie, 2. Aufl., Opladen 1983.
- ders., Die Einheit des Rechtssystems, in: Rechtstheorie 14(1983), S. 129-154.
- ders., Die soziologische Beobachtung des Rechts, Baden-Baden 1983.
- ders., Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt am Main 1984.
- ders., Self-Reproduction of the Law and its Limits, in: Teubner, Gunther(Hrsg.), Dilemmas of Law in the Welfare State, Berlin/New York 1985, S. 111-127.
- ders., Die Codierung des Rechtssystems, in: Rechtstheorie 17(1986), S. 171-203.
- ders., Tautologie und Paradoxie in den Selbstbeschreibungen der modernen Gesellschaft, in: Zeitschrift für Soziologie 16(1987), S. 161-174.
- ders., Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1988.
- ders., Ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?, 2. Aufl., Opladen 1988.
- ders., Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1990.
- ders., Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem, in: Rechtstheorie 21(1990), S. 459-473.
- ders., Die Geltung des Rechts, in: Rechtstheorie 22(1991), S. 273-286.
- ders., Paradoxie des Entscheidens, in: Verwaltungsarchiv 84(1993), S. 287-310.
- ders., Recht als soziales System, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 20(1999), S. 1-13.
- ders., Die Politik der Gesellschaft, hrsg. von André Kieserling, Frankfurt am Main 2000.
- ders., "Distinctions directrices". Über Codierung von Semantiken und Systemen, in: ders., Soziologische Aufklärung, Bd. 4, 3. Aufl., Wiesbaden 2005, S. 13-32.
- ders., Reflexive Mechanismen, in: ders., Soziologische Aufklärung, Bd. 1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme, 7. Aufl., Wiesbaden 2005, S. 116-142.
- ders., Kontingenz und Recht. Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang, hrsg. von J. Schmidt, Berlin 2013.
- ders., Die Systemtheorie der Gesellschaft, hrsg. von Johannes Schmidt und André Kieserling, Berlin 2017.
- Mayer-Maly, Theo, Iurare sibi non liquere und Rechtsverweigerungsverbot, in: Festschrift für Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Wien 1993, S. 349-354.
- Maturana, Humberto, Erkennen. Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit. Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie, Braunschweig 1982.
- Neves, Marcelo, Zwischen Themis und Leviathan: Eine schwierige Beziehung. Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas, Baden-Baden 2000.
- Ogorek, Regina, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2008.
- Radbruch, Gustav, Rechtswissenschaft als Rechtsschöpfung(1906), in: Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 1, Heidelberg 1987, S. 409-422.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel, Rechtstheorie, 6. Aufl. München 2011.

- Scheffelt, Michael, Die Rechtsprechungsänderung. Ein Beitrag zu methodischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen und zur Anwendung der Ergebnisse im Verwaltungsrecht, Konstanz 2001.
- Schmidt, Eike, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, Frankfurt am Main 1973.
- Schneider, Wolfgang Ludwig, Die Beobachtung von Kommunikation. Zur kommunikativen Konstruktion sozialen Handelns, Opladen 1996.
- Schönberger, Christian, Höchststrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, in: Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung, VVDStRL 71, Berlin/New York 2012, S. 296-330.
- Schumann, Ekkehard, Das Rechtsverweigerungsverbot. Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, ZZP 81(1968), S. 79-102.
- Schwin, Thomas, Funktion und Gesellschaft. Konstante Probleme trotz Paradigmenwechsel in der Systemtheorie Niklas Luhmanns, in: Zeitschrift für Soziologie 24(1995), S. 196-214.
- Seinecke, Ralf, Das Recht des Recht des Rechtspluralismus, Tübingen 2015.
- Simon, Thomas, Geltung. Der Weg von der Gewohnheit zur Positivität des Rechts, in: Rechtsgeschichte 7(2005), S. 100-137.
- Stäheli, Urs, Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie, Weilerswist 2000.
- Teubner, Gunther, Recht als autopoietisches System, Frankfurt am Main 1989.
- Vesting, Thomas, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2015.
- Vogelauer, Stefan, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I/II, Tübingen 2001.
- Wallerstein, Immanuel, Aufstieg und künftige Niedergang des kapitalistischen Weltsystem, in: Senghaas, Dieter(Hrsg.), Imperialismus und strukturelle Gewalt. Analysen über abhängige Reproduktion, Frankfurt am Main 1972, S. 31-67.
- Wendehorst, Christiane, Methodennormen in kontinentaleuropäischen Kodifikationen, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 75(2011), S. 730-763.
- Wimmer, Raimund, Der Richter als Notgesetzgeber. Normabstinentz und richterlicher Entscheidungszwang, in: Der Richter und 40 Jahre Grundgesetz, Heidelberg 1991, S. 39-55.

【국문초록】

재판거부금지는 19세기부터는 너무나도 당연시된 나머지 이에 대한 이론적 해명을 시도하는 경우를 좀처럼 찾아보기 어렵다. 특히 이 금지규범이 법체계 전체에서 차지하고 있는 위치를 하나의 완결된 이론적 토대 위에서 설명하려는 법학 내재적 이론은 존재하지 않는다. 이 글에서는 인식 관심을 법학의 외부로 전환함으로써 법체계의 폐쇄성/개방성의 구별, 코드/프로그램의 구별, 중심/주변의 구별이라는 세 가지 좌표계를 설정하고, 이러한 체계이론적 접근을 통해 재판거부금지라는 독특한 강제를 받는 사법부가 전체 법체계에서 어떠한 위치를 점하고 있는지를 해명하고자 한다. 요컨대, 환경과 상당한 거리를 유지하고 있는 체계의 중심에서는 폐쇄성과 코드가 관리되는 반면, 환경과 밀접한 접촉을 유지하는 체계의 주변에서는 개방성과 프로그램이 관리된다. 이를 부분체계인 법체계에 적용해보면, 법체계의 중심을 차지하는 법원은 코드를 관리하면서 법체계의 폐쇄성을 보장하는 반면, 법체계의 주변에 위치한 입법부나 계약 당사자는 프로그램을 생산하면서 법체계의 개방성을 보장한다. 입법부나 계약 당사자는 반드시 결정을 내려야 할 강제하에 있지 않지만, 법원은 어떠한 경우에도 결정을 내려야 하는 강제하에 있다. 이러한 결정강제는 법체계의 중심에서 관리되는 폐쇄성과 코드의 제도적 표현에 해당하고, 이것이 바로 법원에 대해서만 구속력을 갖는 근본규범인 재판거부금지이다.

【Abstract】

A Systems-theoretical Approach to Compulsory
Decision-making, or the Prohibition of the Denial of Justice

Yoon, Zai-Wang

(Professor Dr., School of Law, Korea University)

The prohibition of the denial of justice (Justizverweigerungsverbot) has been taken for granted since the 19th century; it is very difficult to find any theorist trying to analyze and explain the principle. Needless to say, any jurist has never constructed a complete theory to describe the significance of the norm in the legal system as a whole, which needs us to look outside. This paper basically gives details about the correlatio among three distinctions made in the legal system: the distinction between closure/openness, code/program, and center/periphery. And this systems-theoretical approach will lead us to new insights into the position of courts in the legal system as a whole which are subject to the special pressure of the prohibition of the denial of justice. To sum up, the operational closure and the binary code are dealt with in the center of the legal system which lies far away from the environment, whereas the structural coupling and the programs are coped with in the periphery which stays in close contact with the environment. This can be applied to the sub-systems including the legal system as well. While courts as the center of the legal system deal with its code of legal/illegal and accomplish its closure, legislators and contracting parties as its periphery

generate its programs and guarantee its openness. Statutes need not to be passed and contracts need not to be concluded, but courts must decide every case submitted to them. This compulsory decision-making gives an institutional expression to the closure and the code dealt with in the center of the legal system; only courts are subject to this basic norm, or the prohibition of the denial of justice.

주제어(Keyword) : 체계이론(systems theory; Systemtheorie), 결정강제(compulsory decision-making; Entscheidungszwang), 재판거부금지(prohibition of the denial of justice; Justizverweigerungsverbot), 작동상의 폐쇄성(operational closure; operative Geschlossenheit), 구조적 연결(structural coupling; strukturelle Kopplung), 자기생산(autopoiesis; Autopoiesis), 자기준거(self-reference; Selbstreferenz), 타자준거(other-reference; Fremdreferenz), 코드(code; Code), 프로그램(program; Programm), 중심과 주변의 분화(center-periphery differentiation; Zentrum/Peripherie-differenzierung)

공공재정환수법 제정에 따른 제재의 법률관계

서 지 민*

▶ 목 차 ◀

I. 들어가는 말	IV. 법 제정 이후의 변화와 공공기관등의 지위
II. 공공재정환수법의 주요 특징과 타 법률 간의 관계	1. 법 제정 이후의 변화
1. 주요 특징	2. 공공기관등의 법적 지위와 실효성 추가 확보 수단
2. 다른 법률과의 관계	VI. 소송상 분쟁의 해결
III. 기존 환수 등 규제 방식의 문제 : 통일성 및 실효성 미비	1. 행정주체 또는 행정청이 원고인 경우
1. 문제점	2. 행정주체 또는 행정청이 피고인 경우
2. 기존의 환수등 방식	VII. 맺음말

I. 들어가는 말

흔히들 일컬어 이제는 마치 속담처럼도 여겨지는, “나랏돈은 눈먼 돈”이라는 말이 있다. 이는 공공재정지급금 부정수급의 실태를 여실히 드러내는 말이라고 할 것이다.

지금까지의 공공재정지급금의 환수는 통일적 기준 없이 각각의 개별법에 의존하고 있었다. 즉, 「보조금 관리에 관한 법률(이하 ‘보조금법’이라 한

* 고려대학교 행정법 박사과정. 변호사.

다)」 및 「지방재정법」 등에서 환수 관련 규범을 두고 있었지만, 이러한 법률들만으로는 복잡해지는 공공재정 급부유형 및 당사자 관계를 모두 포섭하지 못하는 한계가 있었다. 예를 들어, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제78조 제1항에 따른 이주정착금 등의 손실보상금, 「국가재정법」 제 12조 및 지방재정법 제18조 제2항에 따른 출연금, 「고용정책기본법」 제26조에 따른 지원금, 「농업소득의 보전에 관한 법률」 제4조에 따른 농업소득보전직접지불금, 「교육기본법」 제28조에 따른 장학금 등의 부정수급이 발생할 때는 환수에 대한 명시적 법적 근거가 없어서 사각지대에 놓여있었다.

그중에서도 근로장학금 관련 부정수급이 꾸준히 문제로 지적되어왔는데, ① 근로장학생이 실제로는 근무하지 않았음에도 출결 및 근로시간 등을 허위로 기재하여 부정수급하는 사례나, ② 근로장학생 본인이 아닌 타인이 대신 근무하는 사례, ③ 실제 근로시간과 출근 시간과 상이한 사례 등이 2019년 기준 최근 4년간 적발 5,569건¹⁾에 이를 정도로 빈번하게 일어났기 때문이다. 기존에는 이러한 근로장학금 관련 부정수급의 환수를 직접적으로 규율할 법률이 없었기 때문에, 공공재정 급부관계의 공법적 성격에도 불구하고 민사적인 해결 방법을 취할 수밖에 없었다.

이러한 부조리가 쌓여가자, 더 이상의 “눈먼 돈”을 만들지 않기 위해서 2019. 4. 16. 「공공재정 부정청구 금지 및 부정이익 환수 등에 관한 법률(이하 ‘공공재정환수법’이라 한다)」이 제정되고, 2020. 1. 1.자로 동 법률이 시행된 상황이다. 이제는 공공재정환수법에 따라, 위와 같은 사례에서도 근로제공 없는 허위기재뿐만 아니라 대리근로나 대체근로의 경우에도 부정수급한 장학금을 환수대상으로 할 수 있으며, 경우에 따라서는 5배 내의 제재부가금, 그리고 명단공개까지 이루어지게 되었다.

이처럼, 모든 공공재정지급금의 일반법적인 규정으로서 공공재정환수법이 기능하게 되면서 환수 사각지대를 밝혔다는 점은 상당히 의미 있는 일이다. 그러나 부정수급된 공공재정지급금 환수에서 나아가 제재부가금, 그

1) <http://www.newspim.com/news/view/20191011000466>

리고 명단공개까지 이루어지는 강력한 제재방식이 개별 사안에 적용될 때에는 매우 복잡한 법률관계가 형성될 수 있음에도 이에 대해서는 아직 연구가 충분하지 못한 실정이다. 즉, 급부관계에 관련된 당사자가 다양할 수도 있고, 다른 법률상의 규정이나 행정법 일반 이론, 그리고 헌법 원칙 등이 한 데 얹혀 들어갈 수도 있는 등, 규명해야 할 영역이 아직 산재해있는 것이다.

따라서 이 글에서는 당사자 간 입장 등에 따라 발생할 수 있는 다양한 법률문제들을 조화롭게 해결하기 위하여, 제정법률의 특징과 기존 규범 간의 관계를 살펴보고, 공공재정환수법 이전의 환수 체계, 그리고 같은 법 개정 이후의 실질적인 제재조치가 어떤 식으로 이루어질 수 있는지 등에 대하여 다룬 뒤, 분쟁발생시의 소송의 형식에 대하여도 상술하고자 한다.

II. 공공재정환수법의 주요 특징과 타 법률 간의 관계

1. 주요 특징

(1) 개설

공공재정환수법은 다양한 개별 환수 관련 규범들에 대하여 후발적으로 도입된 일반법적 성격의 법률²⁾이기 때문에 기존 법률들의 특징을 집대성한 측면이 있다. 이하에서는 다른 나라에서 시행하고 있는 유사 제도를 살펴본 후 및 기존 개별법들과 대비되는 주요 특징을 알아보되, 부정청구등의 확대와 명단공표에 대하여는 구체적 타당성에 대해서도 의문을 제기하고자 한다.

(2) 각국의 사례

미국의 경우, 정부계약이나 재정보조 부정수급에 관하여는 연방부정청구금지법(The False Claims Act, 1986)에 따라 ① 고의로 정부에 허위 또는 부정한 예산지출을 청구하거나, ② 이를 위해 허위 기록이나 진술하는 행위,

2) 신봉기, “공공재정의 부정이익환수 법안에 대한 검토”, 『부패방지법연구』 제2권 제1호, 2019, 53면.

③ 다른 사람과 공모하는 행위나 정부에게 지불해야 하는 돈이나 이전해야 하는 재산을 피하거나 축소하기 위해 부정한 기록이나 진술을 하는 행위 등에 대하여 민사소송으로 다루고 있는데, 징벌적 손해배상을 통해 부정수급금의 일정액 이상을 병과하는 방식으로 이루어진다. 또한 직접적인 정부의 재정지원금 뿐만 아니라 정부와 약간의 관련성이 있는 경우에도 부정청구의 책임을 묻는 사기행위 단속 및 환수법(The Fraud Enforcement and Recovery Act, 2009)과 부정지출 위험분야의 통제장치로서의 부정지출 금지 및 환수 촉진법(Improper Payments Elimination And Recovery Improvement Act, 2012)이 시행되고 있다. 또한 영국에서는 사기행위방지법(The Fraud Act, 2006), 범죄수익 환수법률(Proceeds of Crime Act, 2002)에서 부정청구를 다루고 있으며, 일본의 경우 「보조금 등에 관한 예산집행의 적정화에 관한 법률」(1955년 법률 제179호)에서 고의적인 부정수급 사안에 대해서는 교부 결정 취소, 이미 교부된 보조금에 대한 환수 조치를 하고 있다.³⁾

(3) 환수 주체의 확대 : 공공기관 의미의 확장 및 행정청 개념 도입

공공부문 관련 규율의 필요성이 개별 규범마다 달라서 ‘공공기관’의 정의 또한 법률마다 조금씩 다르다. 실제로 공공기관이라는 용어는 다양한 법률에서 사용되어왔는데, 「공공기관의 운영에 관한 법률(이하 ‘공공기관운영법’이라 한다)」 제정 이후로는 통상적으로 이 법상의 의미를 보편적인 것으로 인식하게 되었다.

공공기관의 의미를 구분하자면 협의로는 국가만, 또는 지방자치단체까지만 포함하는 정도에서, 광의로는 공공기관의 운영에 관한 법률에 따른 기관과 학교까지, 더욱 광의의 개념으로는 공직유관단체까지도 포함하여 정의할 수 있을 것이다. 예를 들면, 「공공기관의 갈등 예방과 해결에 관한 규정」에서의 공공기관은 원칙적으로 중앙행정기관만을 말하고, 공공기관운영법에서는 국가·지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 기관으로서 기획재정부장관이 공공기관으로 지정한 기관을 말하며, 「공공기관의 정보공개

3) 박기백, 박훈, 정지선, “「공공재정환수법 시행령」 제정을 위한 정책연구”, 한국재정학회, 2019, 61면.

에 관한 법률」에서는 국가, 지방자치단체, 공공기관운영법상의 기관을 모두 공공기관으로 포섭하고 있다(시행령에 따라 학교, 지방공기업, 지방출연기관, 특수법인, 사회복지법인, 연간 5천만원 이상의 보조금을 받는 기관 등도 포함⁴⁾).

공공재정환수법에서는 기존의 환수 관련 법률들(보조금법 등)에서는 명시적으로 드러나 있지 않던 ‘공공기관’의 개념에 중앙행정기관등과 같은 국가기관뿐만 아니라 「공직자윤리법」에 따른 공직유관단체, 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 따른 기관 등을 포함하도록 정의하여 매우 넓은 의미로 규정하고 있을 뿐만 아니라, 환수의 주체가 되는 ‘행정청’을 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관과 그 밖에 법령 또는 자치법규에 따라 행정 권한을 가지고 있거나 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인(私人)으로 정의하여, 사실상 실무에서 통용되는 ‘공공기관’이 모두 이 법의 적용을 받을 수 있도록 적용대상 범위를 확대하고 있다(공공재정환수법 제2조 제1호 및 제2호).

이처럼 공공재정환수법에서는 공공부문에서 발생하는 재정지급의 투명한 관리와 이에 대한 기본적 사항을 다루고자 하는 입법 취지가 강력하게 드러난다.

(4) 부정청구등 의미의 확대

공공재정환수법 제2조 제6호에서는, 부정청구등에 대하여 ‘각 목의 어느 하나에 해당하는 행위로 공공재정에 손해를 입히거나 이익을 얻는 일체의 행위를 말한다’라고 정의하면서, 가. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 공공재정지급금을 청구할 자격이 없는데도 공공재정지급금을 청구하는 행위, 나. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 받아야 할 공공재정지급금보다 과다하게 공공재정지급금을 청구하는 행위, 다. 법령·자치법규나 기준에서 정한 절차에 따르지 아니하고 정해진 목적이나 용도와 달리 공공재정지급

4) 이때, 공공기관의 정보공개에 관한 법률에서, 특수법인이나 사회복지법인, 보조금을 받는 기관(단, 보조금 사업에 국한) 등을 모든 공공기관으로 정의한 것은 공공재정환수법보다 좀 더 넓은 의미라고 할 수 있을 것이다.

금을 사용하는 행위와 같이, 통상적으로 부정행위라고 정의할 수 있는 사항들을 예시하고 있다. 그런데 환수 사유를 ‘열거’하고 있는 주요 환수 관련 개별법들과 달리, “라. 그 밖에 공공재정지급금이 잘못 지급된 경우”라는 포괄적 규정을 포함하고 있다는 점은 공공재정환수법상 환수 사유의 특징이라고 할 것이다. 그런데, 가부터 다목의 사항은 부정청구의 구체적 내용이기 때문에 충분히 예상할 수 있고 실제 적용상 어려움도 거의 없을 것으로 보이나, 라목의 경우에는 그 범위가 지나치게 포괄적이어서 분쟁의 여지가 많다고 생각한다. 나아가 지나친 해석의 여지로 인해 명확성의 원칙에 위배될 가능성도 있다.

“그 밖에 공공재정지급금이 잘못 지급된 경우”라는 포괄적인 사유가 공공재정에 손해를 입히거나 이익을 얻는 행위로써 부정청구에 포섭되어버린다면, 매우 경미한 과실에 의한 행위도 부정청구등에 포함될 수 있을 뿐만 아니라, 문언을 그대로 해석할 경우 극단적으로는 행정청 자신의 오지급조차 부정청구등에 해당할 수도 있다.

결국, 이는 적절한 해석을 통해 그 범위를 제한함으로써 보완이 되어야 할 것인데, 후술하는 바와 같이 부정청구에 해당하게 된다면 행정청은 재량의 여지없이 이를 환수하여야 할 뿐만 아니라, 금액에 따라서는 제재부가금, 가산금, 명단공표 등의 처분 또한 반드시 해야만 한다. 그런데 과연 위와 같은 경미한 과실이나 심지어 행정청의 과실까지 부정청구등으로 보아 이와 같은 다수의 제재를 가하는 것이 비례성이나 효율성 및 행정청의 비용 측면에서 바람직한가에 대하여는 의문을 제기할 수밖에 없는 것이다.

생각건대, 적어도 지금처럼 행정청이 환수등 각종 제재에 대하여 재량이 없는 구조인 한, 환수 사유를 사실상 무제한적인 예시로 취급하게 되는 위 라목 규정에 대하여는 입법적 재고가 필요하다.

(5) 제재의 실효성 확보

1) 명단공표(행정상 공표)

공공재정환수법의 또 다른 특징은, 행정청에게 제재부가금 처분 대상 등에 대하여 명단을 공표하도록 정하고 있다는 것이다⁵⁾. 행정상 공표는 통

상 실효성 확보를 위한 간접적 의무이행 강제 수단으로, 의무위반자의 성명 및 위반 사실 등을 일반 공중에 공개함으로써 일종의 심리적 압박을 가하는 것이다. 전통적 실효성 확보 수단과 비교하여, 행정 목적의 실현이 공표 그 자체에 의해 확실하게 담보되기는 어려우나, 의무위반자가 장래의 의무위반에 주의를 기울이게 하는 효과가 있다고 할 것이다.⁶⁾

이러한 행정상 공표의 법적 성질에 대하여는 ① 비권력적 사실행위설과, ② 권력적 사실행위설 등으로 견해의 대립이 있으나,⁷⁾ 사회적 평판이 중요한 현대사회에서 명예에 대한 침해를 사실상의 불이익에 불과하다고 보기 어려우므로 행정상 공표는 권력적 사실행위라고 보는 것이 타당하다. 판례 또한 그간 행정상 공표의 성질 자체를 명시적으로 판단하지는 않더라도 하급심이나 집행정지 사건에서 처분성을 인정하는 경향이 있었다.⁸⁾⁹⁾

그런데 최근 대법원에서는 인적사항의 공개결정이 항고소송의 대상이

5) 행정청은 직전 연도부터 과거 3년간 제재부가금 부과처분을 받은 횟수가 2회 이상이고, 제재부가금 부과처분의 대상이 되는 부정이익 가액의 합계가 3천만원 이상인 고액부정청구 등 행위자의 명단을 공표하도록 하고 있다(공공재정환수법 제16조).

6) 김치환, “행정상 공표에 있어서 실효성 확보와 권익보호의 조화”, 「토지공법연구」 제26집, 2005, 258면.

7) 홍정선, 「행정법원론(상)」 제27판, 박영사, 2019., 772면. 박균성, 「행정법강의」 제9판, 박영사, 2012, 423면.

8) 서울행정법원 2011. 10. 21. 선고 2011구합16933 판결.

행정상 공표는 정보화 사회에서 여론의 압력을 통하여 의무이행의 확보를 도모하기 위하여 개인의 명예 내지 수치심을 자극함으로써 개인에게 제재를 가하고 아울러 간접적으로 행정상 의무이행을 확보하기 위한 제도이다. 이 사건 공개가 항고소송의 대상이 되는 처분이 되는지에 관하여 보면, ① 공표로 인하여 개인의 명예, 신용 또는 프라이버시권이 제한되므로 권력적 사실행위의 성격을 갖고 있는 점, ② 이 사건 공개처분은 일회적으로 끝나는 것이 아니라 상당기간 공표의 상태를 지속하면서 공표의 대상자에게 이를 수인할 것을 명령하는 성격도 아울러 가지고 있는 점, ③ 위와 같은 계속성을 갖는 사실행위에 대하여 그 처분을 취소할 경우 장래에 이루어질 인격권 침해로부터 국민의 권리를 구제할 실익이 있는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 공개처분은 국민의 구체적 권리의무에 직접적 변동을 초래하는 공법상 행위로서 항고소송의 대상이 되는 ‘처분’에 해당한다고 판시하였다.

9) 대법원 1999. 4. 27.자 98무57 결정.

신문게재로 대외적 전파에 의한 신용의 실추와 기업운용자금 수급계획의 차질 등에서 상당한 손해를 입을 것임을 쉽게 예상할 수 있는바 그와 같은 손해는 사회관념상 회복하기 어려운 손해에 해당한다고 하여, 처분성을 전제로 결정한 바 있다.

되는 행정처분이라고 명시하면서, 대중에 병역의무 기피를 알리는 것은 그의 명예를 훼손하고 그에게 수치심을 느끼게 하여 병역의무를 간접적으로 강제하려는 조치로서 ‘공권력의 행사’에 해당한다고 판시하였다.¹⁰⁾ 이러한 대법원의 입장은 행정상 공표를 ‘권력적 사실행위’에 가깝게 판단한 것으로 보인다. 행정상 공표를 권력적 사실행위로 본다면 법률유보의 원칙은 당연히 적용되어야 하기 때문에 법적 근거를 필요로 한다. 위 대법원 판례 또한 법적 근거인 「병역법」에 따라 판단하고 있다.

공표의 방식(공표 명령을 포함)은 공공재정환수법뿐만 아니라 인적사항 등에 대한 공개인 ① 국세기본법, 관세법, 지방세기본법 등의 조세법 ② 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률(이하 ‘청소년성보호법’이라 한다)」, 그리고 법 위반사실의 공표인 ③ 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률(이하 ‘공정거래법’이라 한다)」 ④ 식품위생법 등에서도 찾아볼 수 있다.

그러나 행정상 공표를 정하고 있는 위의 법률들은, 의무위반자의 사익(명예, 신용, 프라이버시)과 공익(알권리, 표현의 자유, 의무이행의 확보)간의 형량을 철저히 하여야 하는 입법 과정에서의 헌법적 한계를 가지고 있는데, 공공재정환수법의 경우에 명단공표의 대상이 되는 고액 부정청구등의 불법성은 자체는 높다고 할 것이지만 알 권리 등의 구체적 공익가치를 충분히 충족하는지 다소 의문이 있다. 어떠한 제재든 과잉금지의 원칙과 비례의 원칙에 위배되어서는 안 된다는 점에서, ① 부정청구된 이익을 환수하고 ② 이에 대하여 몇 배의 제재부가금까지 부과하면서 ③ 개인의 명예를 침해하는 명단공표까지 하는 것은 자칫 위헌적으로 여겨질 수도 있기 때문이다.

타 법률을 살펴보면, ①국세기본법(제85조의5)의 경우에는 체납 중이거나 이에 준하는 의무위반이 진행 중인 사실에 대한 공표이며, ②청소년성보호법(제5장)은 재발 방지와 보호의 필요성이 매우 높은 아동·청소년 관련

10) 대법원 2019. 6. 27 선고 2018두49130 판결.

① 인적사항의 공개는 대상자의 명예를 훼손하여 병역의무 이행을 간접 강제하는 조치로 병역법에 근거한 공권력 행사이고, ② 공개조치는 특정인을 병역의무 기피자로 판단하여 그에게 불이익을 가하는 행정결정이 전제되어 있고, 공개라는 사실행위는 행정결정의 집행행위이며, ③ 인적사항이 게시되는 경우 그의 명예가 훼손되므로 공개결정에 대해 다룰 법률상 이익이 있다는 이유 등으로 처분성을 인정하였다.

성범죄 사실에 대한 공표이고, ③공정거래법(제5조, 제16조 등)상 명단공표는 거래의 안정화를 위해 ‘시정명령을 받은 사실’에 대한 공표를 말하고, ④식품위생법(제84조)상의 공표는 행정처분을 받은 사실의 공표로, 공중의 건강을 위하여 알릴 필요성이 큰 경우로서 어느 정도 균형성을 확보하고 있다.

반면에, 공공재정환수법은 재산상의 제재를 모두 가하여 ‘환수’라는 목적을 이미 달성한 뒤에 추가로 명단공표의 제재를 할 뿐만 아니라, 이러한 명단공표를 의무규정으로 구성하여 명단공표 대상자들의 개별적 사정을 전혀 고려할 수 없는 구조로 되어있다. 특히, 앞서 살핀 바와 같이 공공재정환수법 제2조 제6호 부정청구의 정의에서 라목은 “그밖에 공공재정지급금이 잘못 지급된 경우”까지 광범위하게 포함하도록 하고 있으므로, 실제 부정청구로 취급되는 사례 중에 단순한 과실 등 재산상 조치를 넘어서 그 사람의 명예를 침해해서까지 명단공표를 해야 할 당위성까지는 확보하지 못하는 경우가 있을 것이다.

헌법재판소는 과잉금지의 원칙에 따라, 구 공정거래법(2004. 12. 31. 법률 제7315호로 개정되기 전의 것) 제27조에서 사업자단체의 위법 제26조 위반행위를 단순히 적발한 경우 공정거래위원회가 당해 사업자단체에 대하여 ‘법 위반 사실의 공표’를 명할 수 있도록 한 부분에 관하여, “소비자 보호를 위한 이러한 보호적, 경고적, 예방적 형태의 공표조치를 넘어서 형사재판이 개시되기도 전에 공정거래위원회의 행정처분에 의하여 무조건적으로 법위반을 단정, 그 피의사실을 널리 공표토록 한다면 이는 지나치게 광범위한 조치로서 앞서 본 입법목적에 반드시 부합하는 적합한 수단이라고 하기 어렵다. 나아가 ‘법 위반으로 인한 시정명령을 받은 사실의 공표’에 의한 경우, 입법 목적을 달성하면서도 행위자에 대한 기본권 침해의 정도를 현저히 감소시키고 재판 후 발생 가능한 무죄로 인한 혼란과 같은 부정적 효과를 최소화할 수 있는 것이므로, 법 위반사실을 인정케 하고 이를 공표시키는 이 사건과 같은 명령 형태는 기본권을 과도하게 제한하는 것이 된다.”고 결정한 바 있다(헌법재판소 2002. 1. 31. 선고 2001헌바43 전원재판부 결정). 이후 위 규정은 헌법재판소 결정의 취지에 따라 2004. 12. 31. 법률 제7315호로 ‘시정명령을 받은 사실의 공표’를 명할 수 있는 것으로 개정되었다. 이처럼

행정상 공표가 기본권을 과도하게 제한하는 경우에는 위헌의 소지가 있다고 할 것이다.

물론, 공공재정환수법에서는 제재부가금 부과처분 2회 이상, 부정이익 가액 합계 3천만원 이상인 경우에만 명단공표 대상으로 삼아 부정수급금 규모를 특정하고 있으므로 어느 정도 균형성을 갖추었다고 볼 여지도 있다. 그러나 공공재정지급금 환수를 위한 실효성 확보는 재산적 조치를 철저히 하기 위한 방향으로 나아가는 것이 더욱 바람직하며, 현행과 같이 공공재정지급금의 개별적 성격을 모두 무시한 채로 일률적인 명단공표를 강제하는 것은 과잉금지의 원칙 또는 비례의 원칙 위반 가능성이 있다. 즉, 부정청구의 환수와 제재부가금이라는 재산적 해결방법이 있음에도, 개별 사안을 고려할 수 없는 상황에서 기업의 신용이나 개인의 인격에 영향을 미치는 명단공표는 간접적 의무이행 수단의 목적을 넘어설 수 있다는 것이다.

따라서 현행보다는, 향후에는 조세 관련 법률과 같이¹¹⁾ 환수 조치에 응하지 않는 사람들에 대한 명단공표로 변경하는 것이 더욱 합리적인 입법 방향이라고 본다.

2) 공익신고

누구든지 부정청구를 하는 등의 행위를 한 것을 인지한 경우 신고를 할 수 있고, 신고자에 대한 보호조치 및 포상을 할 수 있다는 점도 공공재정환수법의 특징 중 하나이다(공공재정환수법 제17조부터 제23조까지). 이러한 공익신고 및 포상제도는 소위 청탁금지법 위반을 적발하는 란파라치(부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률), 탈세 현장을 찾는 세파라치(국세기본법) 등의 이름으로 불리면서 이미 다양한 영역에서 시행되고 있다. 이는 시민 감시기능을 활용하기 위한 것인데, 특히 신규 제정법률의 초기 정착에 도움이 되는 측면이 있으며 간접적으로나마 법률 준수의 동기를 부여할 수 있다는 점에서 긍정적이다. 다만, 실제 지급되는 포상금의 정도나 신고의 편의성에 따른 실익 문제가 발생할 수 있으므로, 감시기능을 충분히

11) 공공재정환수법에 따라 환수되는 금액은 세외수입으로 분류될 것이기 때문에 조세 자체와는 다르지만, 강제징수 등을 통해 국고 등에 환입한다는 점에서는 결이 유사한 측면이 있다고 생각한다.

할 수 있을 만큼 영향력을 발휘 할 수 있을지는 법 시행 이후의 추이를 지켜보아야 할 문제라고 생각된다.

2. 다른 법률과의 관계

(1) 적용 범위

「국세기본법」, 「지방세기본법」 및 「관세법」 등에 따른 조세, 「부담금관리 기본법」에 따른 부담금, 벌금·과료, 물수·추징 및 과태료, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 ‘국가계약법’이라 한다) 및 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률(이하 ‘지방계약법’이라 한다) 적용을 받는 사항과 이에 준하는 계약관계에 해당하는 사항에 대하여는 공공채정환수법이 적용되지 않도록 명시하고 있다(공공채정환수법 제4조).

그런데, 예를 들어 국가보조금을 수령한 보조사업자가 간접보조사업자에게 다시 보조금을 교부하는 경우, 단순한 보조금의 지급이 아니라 다양한 법률관계를 규율하기 위한 ‘계약서(통상 협약서·약정서 등으로 표현)’를 작성하는 경우가 많고, 이러한 계약서에 국가계약법 관련 법령이 직접 적용되거나 간접적으로 계약의 내용에 포섭되는 경우 또한 빈번하다. 즉, 공공채정지급금 급부관계가 오로지 공법적으로 이루어지는 것이 아니라 계약적 요소를 포함하는 경우가 많다는 것이다. 이러한 문제점에 대하여는 법 제정 이후에도 남아있는 문제 부분에서 후술하도록 한다.

(2) 다른 법률에 관련 규정이 있는 경우

1) 개설

먼저, 환수등의 개별 조문들은 공공채정지급금 근거 법률 등 다른 법률에 관련 규정이 있는 경우 그 법률에서 정하는 바에 따른다. 지급중단의 경우 다른 법률에 중단, 정지 또는 중지 규정이 있는 경우, 환수의 경우 다른 법률에 환수, 징수, 회수, 반납 명령, 반환 명령, 반환요구 등이 있는 경우를 말하고, 또한, 그 명칭에도 불구하고 그 성질상 환수로 볼 수 있는 규정이

있는 경우, 이에 따라 환수, 징수, 회수 등의 처분을 한 경우 공공재정환수법 제8조에 따라 환수한 것으로 보고, 제재부가금도 다른 법률에 환수의 원인이 되는 행위를 제재하기 위하여 금전을 부과하도록 하는 규정이 있는 경우 공공재정환수법 제9조에 따라 제재부가금을 부과한 것으로 본다. 조사의 실시에도 관하여도 다른 법률에서 부정청구등에 대한 조사를 할 수 있도록 하는 규정이 있는 경우, 이의신청시 다른 법률에서 공공재정지급금의 지급중단, 환수, 제재부가금, 가산금·체납처분에 관하여 이의신청이나 그 밖의 불복절차에 관한 규정이 있는 경우(단, 「행정심판법」에 따른 행정심판 및 같은 법 제4조에 따른 특별행정심판은 제외), 그 밖에 다른 법률에 가산금 및 체납처분, 명단공표, 포상금에 관하여 규정이 있는 경우에도 마찬가지이다.

이러한 문언에 따르면 공공재정환수법이 위 법률들과의 관계에서 일반 법적 지위를 가지고, 위 법률들이 특별법적 지위를 가진다고 해석할 수 있다. 즉, 만약 개별법에 오로지 환수에 관한 규정만 있는 경우라면, 그 법에 따라 환수를 하고 공공재정환수법에 따른 제재부가금 부과, 명단공표 등도 더불어 적용할 수 있을 것이다. 또한, 법률(법률에 근거한 시행령·시행규칙 포함)이 아닌 행정규칙, 자치법규에 관련 규정이 있는 경우는 공공재정환수법이 우선 적용되는데, 이에 따르면, 예를 들어 지방재정법상의 보조금 환수 실무를 일부 규율하고 있는 「지방보조금 관리기준(행정안전부 예규)」는 후순위로 해석될 것이다.

2) 보조금법

(가) 비교의 필요성

지금까지 공공재정지급의 가장 대표적인 집행 근거 법률은 보조금법과 지방재정법이며, 그중에서도 보조금법은 법 전체가 공공재정의 대표적인 형태인 보조금의 지급과 환수등 관리를 위한 목적으로 이루어진 규범이다. 물론, 공공재정환수법 제5조 제1항에 따라 보조금법이 적용되는 사안에 대하여는 보조금법이 우선 적용될 것이나, 이하에서는 환수에 대한 개념을 정리하기 위하여 공공재정환수법 보조금법상 비교 실익이 있는 부분을 위주로 간단히 살펴보려 한다.

(나) 적용대상과 환수 주체

보조금법에서는 ‘국고보조금’ 그 자체가 적용대상이나, 공공재정환수법에서는 공공재정과 금품에 대해 공공기관이 조성·취득하거나 관리·처분·사용하는 금전, 채권(債券), 물품, 상품권, 이용권(利用券), 그 밖에 이에 준하는 증표로 정의하고, 공공재정지급금을 법령 또는 자치법규에 따라 공공재정에서 제공되는 보조금·보상금·출연금이나 그 밖에 상당한 반대급부를 받지 아니하는 금품 등으로 정의(공공재정환수법 제2조 제4호 및 제5호)하여 그 적용대상이 더욱더 폭넓어졌다.

환수 주체에 대하여는, 보조금법에서는 중앙관서의 장·보조사업자·간접보조사업자로 규정하고 있는 반면에(단, 교부취소에 따른 반환 명령의 경우에는 중앙관서의 장), 공공재정환수법에서는 ‘행정청’으로 정의하고 있다. 이때의 행정청에는 공무수탁사인이 포함되므로, 주체의 개념이 더 넓어졌다고 평가할 수 있는 부분이 있지만, 공무수탁사인과 보조사업자나 간접보조사업자는 동일한 개념이 아니므로, 단정적으로 공공재정환수법이 더 넓다고 말하기는 어려울 수 있다.

(다) 환수처분과 이자

공공재정환수법에서는, 행정청이 부정청구 등이 있는 경우 부정수익자 등이 부정청구 등으로 공공재정에서 얻거나 사용한 금품 등의 부정이익과 부정이익에 대한 이자를 환수하도록 하고 있는데(공공재정환수법 제8조), 이러한 환수 명령 자체는 보조금법에서도 거의 같은 취지로 규정되어 있다(보조금법 제33조).

공공재정환수법이 환수 사유를 폭넓게 규정한 것과는 달리, 보조금법에서는 이를 “① 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금 또는 간접보조금을 지급받은 경우, ②보조금 또는 간접보조금의 지급 목적과 다른 용도에 사용한 경우, ③보조금 또는 간접보조금을 지급받기 위한 요건을 갖추지 못한 경우”로 열거적으로 규정하고 있다. 단, 부정청구 금지 등의 취지는 공공재정환수법에서도 드러나기 때문에 예시된 내용에 한하여는 상당히 유사한 점이 있다.¹²⁾

또한, 공공재정환수법은 이자에 대하여도 환수처분과 동시에 규정하고

있는 반면, 보조금법의 경우에는 보조금의 환수에 대한 제33조가 아닌, ‘보조금 반환’에 대하여 규정한 제31조에서만 이를 찾아볼 수 있다.

즉, 공공재정환수법에 따른다고 가정하면, 보조사업자에 해당하는 때도 행정청(공무수탁사인 등)에 포함된다면 이자¹³⁾의 환수까지 모두 명할 수 있는 반면에, 보조금법에 따르면 ‘중앙관서의 장’만이 이자의 반환을 명할 수 있는 것이다. 이로 인하여 보조금법에는 구조적 문제가 발생하는데, 예를 들어 중앙관서의 장이 보조사업자에게 보조금 반환을 명할 때는 보조금법상 이자까지 반환하도록 하는 근거가 있지만, 보조사업자가 보조금수령자에게 환수를 할 때는 이자 반환 근거가 없었기 때문에, 환수 주체가 누구냐에 따라 환수 금액의 차이가 발생했다.

물론, 후술하는 바와 같이 보조사업자(지방자치단체 제외)의 환수 명령이 처분성을 가지는지와 관계없이, 보조사업자 자체는 민사법의 적용을 받을 뿐만 아니라 체납처분과 같은 강제집행이 불가능하여 실질적인 환수를 위해서 민사소송을 제기하게 되므로, 여기에 「민법」 제379조의 민사이자(5%)를 붙이는 것이 실무적으로 가능한 방법일 것이나, 그렇다 하더라도 환수 금액이 달라질 수 있는 점은 여전하다. 즉, 예를 들어, 중앙관서의 장으로부터 지방자치단체의 장이 보조금을 수령하여 보조사업자가 되고, 공공기관이 간접보조사업자, 그리고 개별 보조금수령자가 별도로 있는 복잡한 4단계 구조인 경우에, 이자의 산정 방식, 금액, 부과 근거 등이 모두 달라지므로, 환수 과정에서의 혼란이 가중되는 측면이 있다.

이와 달리 공공재정환수법에서는 행정청이 환수할 이자에 대하여 국제기본법 시행령 제43조의3 제2항의 이자율을 적용하도록 통일적으로 규정하였고¹⁴⁾, 공공재정환수법이 적용되는 경우에 환수 주체는 ‘행정청’이므로 적

12) 다만, 환수대상인 부정이익의 범위에 “그 밖에 공공재정지급금이 잘못 지급된 경우”라는 포괄적 규정으로 인해 보조금법과 상당한 차이가 발생하게 된다.

13) 이때의 이자는 「국고보조금 통합관리지침」 제26조에 따라 해석될 수 있으나(지방자치단체는 보통 금리예금, 그밖에는 민사이자), 이는 집행 잔액 반환의 경우이기 때문에 ‘교부 결정 취소에 의한 반환’의 경우에도 명시적으로 적용된다고 볼 수 있을지는 의문이다. 다만, 개별 중앙부처의 규정에는 교부 결정 취소에 의한 반환의 경우에도 집행 잔액 반환에 관한 규정을 적용하도록 하는 경우가 있다(예를 들어, 「과학기술정보통신부 국고보조금 관리에 관한 규정」 제22조 제3항).

어도 보조금법과 같은 혼란 발생의 가능성은 낮을 것이다.

(라) 제재부가금

행정청은 부정청구 등이 있는 경우 부정이익 등의 환수에 추가하여 부정이익 가액의 5배 이내에서 제재부가금을 부과·징수하도록 하고 있는데(공공재정환수법 제9조), 이러한 내용은 보조금법 제33조의2에서도 동일하게 규정되어 있다.¹⁵⁾

제재부가금은 행정법상 의무위반에 따른 금전적 제재로, 행정벌이나 과징금과 같이 일반행정권을 근거로 해 행정의무자에게 부과되는 것으로, 민사적으로는 징벌적 손해배상과도 일부 유사한 개념이다. 제재부가금 제도를 도입할 때에도 외국의 징벌적 손해배상에 대한 연구¹⁶⁾가 밑바탕이 되었고, 이와 관련하여, 미국은 실제 민사적인 징벌적 손해배상 방식을 택했지만, 우리나라는 제재부가금이라는 행정적 방식을 택했다는 점에서 차이가 있다.¹⁷⁾

이러한 제재부가금에 대해서 의무위반으로 인한 금전적 제재를 몇 배 곱하여 환수하는 것은 과도한 측면이 있다는 견해가 있는데, 이 견해는 보조금법상 제재부가금을 폐지할 필요성이 있다고까지 주장한다. 과징금의 경우 경제적 이익의 박탈이 목적인 데 반하여, 제재부가금의 경우에는 환수대상이 영리적 이익이 아니라는 점을 고려한 것이다.¹⁸⁾

그러나 이러한 견해에도 불구하고, 제재부가금은 공공재정의 부정수급을 막고자 하는 목적을 달성하기 위한 타당하고 효율적인 수단이고, 또한 재산적인 부정행위에 대한 재산적 제재이기 때문에 위헌에 이를 정도로 과잉금지의 원칙을 위반하였거나 비례성을 잃었다고 하기는 어렵다고 생각된다. 즉, 환수 금액의 5배 이내의 제재부가금을 부과하는 것은 행정의 실효성

14) 1년 만기 정기예금 평균 수신금리를 고려하여 기획재정부령으로 정하는 이자율

15) 각 시행령상으로 세부적인 부가금 책정 방식은 다소 차이가 있으나, 부정청구의 불법성 정도에 따라 판단하고자 하는 기본적인 취지는 거의 유사하다.

16) 국민권익위원회, 「공공재정 허위·부정청구 등 방지법」 제정을 위한 공개토론회, 2014, 31면.

17) 임성훈, “보조금 부정청구에 대한 부정이익 환수 및 제재에 관한 연구”, 「행정법연구」, 제58호, 2019, 14면.

18) 김지영, “행정법상 부가금에 관한 고찰-징계부가금과 제재부가금을 중심으로-”, 「법과 정책연구」 제17권 제3호, 2017, 426-428면.

확보 수단으로 적절한 수준으로 보아야 한다.

제재부가금에 대한 것은 아니나, 유사한 행정상 부가금의 한 종류인 ‘징계부가금’과 관련하여, 헌법재판소는 위헌소원 사건에서 과잉금지 원칙 등에 위배되지 않는다는 이유로 이를 합헌으로 판단한 바 있다.¹⁹⁾

(마) 가산금

공공재정환수법 제12조에서는, 환수처분을 받거나 및 제재부가금을 부과받은 자가 기한까지 이를 완납하지 않을 경우 완납한 날의 전날까지의 기간에 대해 대통령령으로 정하는 이자율에 따라 계산한 금액을 가산금으로 징수한다고 정하고 있는데(단, 60개월 초과 금지), 이러한 가산금 규정은 보조금법과 거의 동일한 형태로 규정되어 있다(보조금법 제8조 및 동시행령 제14조의2).

3) 환수 규정을 두고 있는 개별 공공재정지급금 근거 법률

(가) 지방재정법

지방보조금의 경우에는 보조금법이 아니라 「지방재정법」 등에 의하여 규율되고 있다. 나아가 실질적 환수를 위한 체납처분의 예에 따른 징수는 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률(이하 ‘지방징수법’이라 한다)」에 따라 처리하고 있다.

(나) 그밖에 개별 법률

① 「공익신고자 보호법」 제29조에서는 보상금 또는 구조금의 부정청구 등의 경우에 이를 반환하도록 규정하고 있고, ② 「장애인복지법」 제51조에서는 자녀교육비 및 장애수당의 부정청구의 환수를, ③ 「독립유공자예우에 관한 법률」 제35조에서는 보훈급여금의 부정수급등에 대한 환수를 규정하고 있다. 또한, 환수가 아닌 ‘징수’라는 표현을 쓰는 예도 있는데, ④ 「한부모가족지원법」 제25조의2에서는 복지급여의 부정수급에 대하여 징수를, ⑤ 국민기초생활 보장법 제46조에서는 부양의무자가 있는 경우나 부정수급의 경우 보장비용의 징수를 규정하고 있다.

19) 헌법재판소 2015. 2. 26 자 2012헌바435 결정.

특히, 개별법 중에서 강력하게 부정수급 관련 환수와 제재를 하는 것으로서 ⑥ 「과학기술기본법」 제11조의2가 있는데, 여기서는 환수뿐만 아니라 국가연구개발사업의 참여를 제한하여 공공재정 지급 사업의 진입 장벽형 제재까지 부가하고 있다는 점이 특징이다.

그밖에, 자주 다툼이 일어나는 개별 법률로서, 「여객자동차운수사업법」 제50조 제1항의 유가보조금²⁰⁾, 「장애인고용법」 제26조의 장애인고용장려금²¹⁾, 산업재해보상보험법 제84조의 보험급여등²²⁾, 「영유아보육법」 제40조의 보조금 등이 환수 규정을 두고 있는 개별 법률에 해당한다.

Ⅲ. 기존 환수 등 규제 방식의 문제 : 통일성 및 실효성 미비

1. 문제점

공공재정지급금의 환수등과 관련하여, 공공재정환수법 이전에는 개별 지급 근거 법률에서 각자 다른 방식이 산재해있었다. 표현 또한 ‘환수’, ‘반환’, ‘징수’ 등으로 다양하게 쓰였을 뿐만 아니라, 문언상 ‘~할 수 있다’와 같이 환수 주체의 재량에 맡겨진 경우와 ‘~하여야 한다’와 같이 의무로 규정된 경우 등이 혼재하여, 공공재정지급금의 환수를 위한 통일적이고 기본적인 기준이 없었던 것이다. 나아가, 제재부가금 규정이 없거나 구체적 환수 절차(강제징수 등)가 없는 등, 실효성 확보를 위한 수단이 부족하였다(농촌진흥법상 연구개발사업비 등). 이에 공공재정의 부정 수급에 대한 통일적 관리 및 실효성 강화에 대한 필요성이 커졌고, 공공재정환수법이 제정되는 중대한 이유가 되었다.

이하에서는 편의상 공공재정환수법상 행정청의 개념을 ① 국가기관, ② 지방자치단체, ③ 공공기관등(공무수탁사인 포함)으로 나눈 뒤²³⁾, 법 제정

20) 대구고등법원 2013. 1. 11 선고 2012누1991 판결.

21) 부산고등법원 2009. 1. 9 선고 2008누2095 판결.

22) 대법원 2017. 8. 29 선고 2017두44718 판결.

이전의 환수 방식과 문제점에 대하여 상술하고자 한다.

2. 기존의 환수등 방식

(1) 국가기관

1) 교부취소, 반환, 환수 명령 등

국가기관은 행정청으로서 각종 개별 법률에 따른 환수 및 관련 제재의 주체가 되는 경우가 대부분이기 때문에, 적어도 주체로서의 문제가 발생하는 경우는 거의 없었다. 다만, 환수 관련 개별법들이 흩어져 있고 구체적으로 규정하고 있는 바도 달라서, 그때그때 사례에 맞게 환수를 해야 한다는 난점이 존재했다.

기존 보조금법에 따르면, 중앙관서의 장은 교부취소 결정과 반환과 환수 명령이 모두 가능하다. 반면에, 앞서 밝힌 바와 같이 보조사업자나 간접보조사업자의 경우에는 환수 명령만 가능한 구조이다. 이때는 모두 재량이 아닌 의무규정의 형태로 규정되어 있다.

보조금법 제30조 교부 결정의 취소의 효과로, 동법 제31조에서는 보조금을 반환하도록 하고 있고, 이때에는 이자를 포함하여 반환하도록 정하고 있어 이자의 언급이 없는 동법 제33조의 ‘환수’와 차이점이 있다.

교부결정 취소에 따른 반환은 ‘보조사업자’에 대한 것이면서, 그 사유 또한 보조사업자가 ① 보조금을 다른 용도에 사용한 경우, ② 법령, 보조금 교부 결정의 내용 또는 법령에 따른 중앙관서의 장의 처분을 위반한 경우, ③ 거짓 신청이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금을 교부받은 경우로 정하고 있다. 그런데 동법 제33조의 환수는, ‘보조금수령자’에 대한 것이면서, 보조금수령자가 ① 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 보조금 또는 간접보조금을 지급받은 경우 ② 보조금 또는 간접보조금의 지급 목적과 다른 용도에 사용한 경우 ③ 보조금 또는 간접보조금을 지급받기 위한 요건을 갖추지 못

23) 엄밀히 말하면 중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장 등이 행정청이 될 것이지만, 이 글에서는 편의상 필요한 부분에서만 이를 언급하도록 한다.

한 경우에, 보조사업자 또는 간접보조사업자도 환수를 할 수 있도록 정하고 있는 것이다. 보조사업자도 보조금수령자의 지위를 중첩적으로 가진다는 점에서, 보조사업자는 위 총 여섯 가지의 사유에 해당하면 모두 반환 또는 환수대상에 해당할 수 있다.

부정한 신청이나 수령, 그리고 다른 용도 사용의 경우에 같은 법 제31조의 반환 또는 같은 법 제33조의 환수대상이 되는 점은 유사하나, 반환의 경우에는 교부내용 또는 중앙관서의 처분을 위반한 경우에, 환수는 지급요건 불충족의 경우를 다소 다른 사유로 규정하고 있다.

국가기관은 보조사업자나, 중간적 지위에 있는 간접보조사업자, 그리고 오로지 보조금을 수령하는 보조금수령자(보조사업자나 간접보조사업자도 보조금수령자의 지위도 가진다), 모두를 대상으로 ‘환수’를 위한 실질적 조치를 할 수 있는 권한을 가지는 셈이며, 이러한 모든 일련의 조치를 하는 경우 모두 ‘처분성’을 가진다.

이에 관례 또한, “제31조 제1항에서 중앙관서의 장은 보조금의 교부 결정을 취소한 경우에 취소된 부분의 보조사업에 대하여 이미 교부된 보조금의 반환을 명하여야 한다고 규정하고 있으며, 제33조 제1항에서 위와 같이 반환하여야 할 보조금에 대하여는 국세징수의 예에 따라 이를 징수할 수 있도록 규정하고 있으므로, 중앙관서의 장으로서는 반환하여야 할 보조금을 국세 체납처분의 예에 의하여 강제징수할 수 있고, 위와 같은 중앙관서의 장이 가지는 반환하여야 할 보조금에 대한 징수권은 공법상 권리로서 사법상 채권과는 성질을 달리하므로, 중앙관서의 장으로서는 보조금을 반환하여야 할 자에 대하여 민사소송의 방법으로는 반환청구를 할 수 없다고 보아야 한다.”고 판시한 바 있다.²⁴⁾

2) 그밖에 제재 및 체납처분

국가기관은 기존 보조금법상 제재부가금과 미납시의 가산금 부과가 가능했고, 2016년 신설된 보조금법 제31조의2에 따라 보조사업 수행배제도 할 수 있었다. 나아가 국가기관은 국세 체납처분의 예에 따라, 국세징수법상의

24) 대법원 2012. 3. 15 선고 2011다17328 판결.

강제징수를 할 수 있었기 때문에 별도의 소송 없이도 비교적 원활한 환수가 가능했다. 다만, 실제 환수 업무가 많지 않은 부처에서는 보조사업자인 산하 기관 등에 환수를 맡기는 경우가 빈번하게 발생하는 현실적 문제가 있었다.

(2) 지방자치단체 : 지방재정법 및 개별 법률

지방재정법 제32조의8에서는 부정수급등이 발생하는 경우 지방보조금 교부 결정 취소와 반환 명령에 관해 규정할 뿐, 복잡한 당사자 관계에 따른 환수 명령이나 제재부가금에 관한 조항이 없어서 실효성 확보에 다소 어려움이 있었다. 지방재정법이 실효성 확보 수단으로 삼고 있는 것은 제32조의 9, 5년의 범위에서 지방보조금 사업을 제한하는 제32조의8 제7항의 규정 정도에 불과했다. 이 때문에 국가보조금과 지방보조금 간 회수나 제재의 온도차가 크게 벌어져, 형평성 문제도 야기되었다. 즉, 게다가 지방자치단체의 장이 보조금법상 ‘보조사업자’인 경우에는 지방재정법이 아니라 보조금법이 적용되며, 이때에는 중앙관서의 장이 제재부가금까지도 부과할 수 있는 반면에, 지방보조금의 근거 법률인 지방재정법에 의해서는 이러한 조치를 취할 수 없는 불균형이 존재했던 것이다.

또한, 지방보조금의 경우에도 지방보조사업자는 규정하고 있으나, 간접보조사업자나 보조금수령자에 관한 규정이 없고 지방보조사업자에 대한 교부취소만이 가능했기 때문에 만약 지방보조사업자로부터 보조금을 수령한 사람의 부정행위가 있다면 이에 대해 환수할 근거가 부족한 문제도 있었다.

(3) 공공기관등

1) 보조금법상 환수의 실효성 미비

보조금법상으로도 보조금을 교부받은 공공기관등은 통상 보조사업자 또는 간접보조사업자로, 부정수급자에 대한 환수가 가능한 것처럼 규정되어 있다.²⁵⁾ 그러나 체납처분의 예에 의하여 강제집행이 가능한 국가기관과 달

25) 제33조(보조금수령자에 대한 보조금의 환수) ① 중앙관서의 장, 보조사업자 또는 간접

리, 공공기관등의 경우에는 어떠한 강제력도 행사할 수단이 없었기 때문에 환수를 위해서는 사실상 개별 보조금수령자를 대상으로 민사소송을 제기할 수밖에 없었다(국가기관이나 지방자치단체가 민사소송으로 반환을 구할 수 없다는 점과 대비된다).

2) 민사소송 사례

첫 번째 민사소송 사례는, 2019년에 선고된 청년인턴지원금반환청구의 소(이하 ‘청년인턴지원금 판례’라고 한다)²⁶⁾이다. 이는 원고가 민사소송으로써 보조금수령자로부터 보조금의 반환요구를 한 것으로, 이 판례 자체에서 원고가 공무수탁사인인지 여부는 명확하게 드러나지 않으나, 적어도 보조금 법상 반환을 명할 수 있는 보조사업자임은 분명한 사안이다.

위 판례에서, 국가기관이나 지방자치단체가 아닌 ‘보조사업자’가 청년인턴지원금을 부정수급한 피고에게 반환을 요구하는 것은, 우월한 지위에서 하는 공권력의 행사로서의 ‘반환 명령’이 아니라, 대등한 당사자의 지위에서 계약에 근거하여서 하는 의사표시라고 보아야 하고, 보조사업자가 보조금수령자에 대하여 한 지원금 반환청구는 협약에서 정한 의무의 위반을 이유로 채무불이행 책임을 구하는 것에 불과하다는 이유로 민사소송에 따라 판단해야 한다고 판시했다. 이는 국가기관이나 지방자치단체에 해당하지 않는 ‘공공기관등(공무수탁사인 포함)’은 환수를 위해 행정법적인 강제력 행사가 불가능하고, 민사적으로 해결해야 한다는 취지로 해석된다.

두 번째, 당사자 간 구체적인 협약을 체결하지 않은 채 지급된 보조금이지만 이를 보조금수령자가 부정수급한 것이 밝혀짐에 따라, 공공기관인 보조사업자가 반환을 요구하면서 민사소송의 방법에 따른 경우도 실무상 발생한 바 있다.²⁷⁾

이와 관련하여, 국가기관이 아무런 교부취소 사유가 없는 보조사업자에게 교부취소를 하고, 보조사업자가 보조금수령자에게 민사적인 반환청구 후

보조사업자는 보조금수령자가 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 지급한 보조금 또는 간접보조금의 전부 또는 일부를 기한을 정하여 반환하도록 명하여야 한다.

26) 대법원 2019. 8. 30 선고 2018다242451 판결.

27) 대구지방법원 서부지원 고령군법원 2019. 5. 29. 선고 2018가소5557 판결.

이를 다시 국가기관으로 반납하는 형태로 환수가 이루어지기도 하는데(예를 들어 보조금수령자만이 보조사업자에게 서류를 허위 제출한 경우), 이는 매우 잘못된 실태이다. 보조사업자에 대한 보조금법 제31조 상의 교부취소 및 반환은 보조사업자의 위법에 대한 것이어야 하고, 보조금수령자의 위법사항에 대해서 직접 반환을 구할 경우에는 보조금법 제33조의 환수를 하는 것이 마땅하기 때문이다. 다만, 국기기관과 보조사업자(특히 산하기관) 간 존재하는 구조적 특수관계로 인하여 보조사업자가 국가기관을 상대로 이를 다투는 소송을 하는 경우는 발생하기 어렵고, 해석기준의 부재로 인하여 불합리한 환수 관행이 지속될 가능성이 있다.

IV. 법 제정 이후의 변화와 공공기관등의 지위

1. 법 제정 이후의 변화

(1) 서론

공공재정환수법 제정으로 개선된 사항으로써, 환수의 통일적 기준 마련, 사각지대 해소, 국가와 지방자치단체의 경우 주체 간 차이로 인한 문제 해결 등을 들 수 있다. 그러나 이 법 제정으로 재량의 필요성 등과 같이 새롭게 발생한 문제도 있으며, 공공기관등의 처분 주체성 문제나 국가계약법 등에 의한 법 적용 배제 등과 같은 문제는 법 제정에도 불구하고 여전히 남아있는 문제라고 할 수 있을 것이다.

이하에서는 개선사항, 새롭게 발생한 문제, 여전히 남은 문제를 순서대로 살펴보고자 한다.

(2) 법 제정에 따른 개선 사항 : 통일적 기준 마련과 사각지대 해소 등

일반법인 공공재정환수법의 제정으로, 공공재정지급금의 환수 등 제재의 통일적 기준이 마련되었으며, 그간 사각지대에 놓여있던 수많은 사례를 해소할 수 있게 된 점은 고무적이다. 예를 들어 보조금법을 기준으로 생각

해보면, 국가기관이나 지방자치단체가 아닌 공공기관등의 경우, 환수는 보조금법, 제재부가금·가산금·명단공표·체납처분은 공공재정환수법에 따라서 처리하는 결과가 될 것이다. 이처럼 제재부가금 등의 규정 없이 환수만 정하고 있는 개별법 적용 사안들도 공공재정환수법에 의해 통일적인 제재가 가능하게 되었다. 또한, 아예 환수 규정 자체가 없었던 많은 사안(장학금부정수급 사례 등)들의 경우에도 환수가 가능해져서 사회에 만연한 공공재정지급금의 부정수급을 근절하기 위한 토대가 마련되었다고 할 수 있다.

(3) 법 제정으로 새롭게 발생한 문제

1) 재량의 필요성

(가) 재량의 여지

보조금법상 보조사업자, 과학기술기본법상 연구수행기관, 「기초연구진흥법」상 연구수행기관, 「산업기술혁신촉진법」상 산업기술 수행기관, 「농촌진흥법」상 연구수행기관에 대하여, 또 「고용보험법」상 고용안정 직업능력개발과 실업급여, 「간척지이용관리법」상 간척지 활용사업, 「남북협력기금법」상 협력기금 등의 경우 환수 규정이 “재량”으로 구성되어 있다. 공공재정환수법 입법 과정에서는 이러한 재량의 여지가 많은 개별법의 규정을 문제점으로 지적하면서²⁸⁾, 최종적 법률 제정시에 환수를 “의무²⁹⁾”규정으로 반영하였다.

그러나 이러한 입법이 바람직한지는 다소 의문이다. 의무규정의 특성상, 강력한 제재 목적 달성에는 효율적일 수 있으나, 개별법이 우선되는 공공재정환수법의 구조에 비추어보면, 오히려 부정수급을 방지하기 위한 필요성이 더욱 먼저 제기되어 관리되던 개별법은 재량인데, 후발적으로 사각지대를 해소하고자 하는 일반법은 의무로 구성되어 입법상 불균형이 발생한다.

법률의 제정시에는 그 규정이 입법 취지 달성에 효과적인지, 구체적 타

28) 국민권익위원회, 「공공재정 허위·부정청구 등 방지법」 제정을 위한 공개토론회, 2014, 7면.

29) 의무규정 문언의 해석상 공공재정환수법상 환수등 처분은 “기속행위”로 보인다.

당성이나 현실 반영은 잘 되어있는지, 구체적 균형성을 갖추고 있는지, 기존 법체계와 조화를 이루는지 등을 면밀히 살펴보아야 할 것인데, 환수의 목적에 매몰된 나머지 균형성이 흐트러졌을 뿐만 아니라 기존 법체계와의 조화가 부족한 점이 있다.

(나) 재량의 일탈·남용 심사 사례

예를 들어 재량의 일탈·남용을 심사하여 환수처분을 취소한 판례를 통하여 개별 사안에서의 재량의 필요성을 살펴보자.

산업기술혁신촉진법 제11조의2 제1항에 따른 환수처분³⁰⁾은 재량으로 구성되어 있는데, 출연금 일부를 횡령한 사안³¹⁾에서 대법원은, 이 사건 조항의 내용 및 취지 등에 비추어 볼 때 산업통상자원부장관으로부터 환수 등 권한을 위임받은 피고에게 위 환수 사유가 있는 경우 환수 여부 및 환수 금액을 얼마로 정할 것인지에 관하여 재량이 부여되어 있고, 다만 이러한 재량을 행사함에 있어 사실을 오인하거나 비례·평등의 원칙에 위배되는 등의 사유가 있다면 이는 재량권의 일탈·남용으로서 위법하다고 한 바 있다.³²⁾

다른 판례 사안³³⁾도 살펴보면, 학술진흥법 제19조 제2항³⁴⁾에 따른 사

30) 제11조의2(국가연구개발사업의 참여제한 등) ① 산업통상자원부장관은 제11조에 따라 산업기술개발사업에 참여한 기관, 단체, 기업, 연구책임자·연구원 또는 소속 임직원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 5년(동일한 참여제한 사유로 다른 국가연구개발사업 과제에서 참여를 제한받은 자에 대하여는 10년) 이내의 범위에서 산업통상자원부장관이 발주하는 「과학기술기초법」 제11조에 따른 국가연구개발사업의 참여를 제한할 수 있으며 산업통상자원부장관이 이미 출연한 사업비의 전부 또는 일부를 환수할 수 있다. 다만, 제1호에 해당하는 경우로서 연구개발을 성실하게 수행한 사실이 인정되는 경우에는 참여제한 기간과 사업비 환수액을 감면할 수 있다.

31) 대법원 2016. 3. 24. 선고 2015두53657 판결.

32) 구체적으로는, ① 원고의 대표이사가 사적으로 유용하기 위해 출연금 중 일부를 횡령한 것이 아니라 원고의 생산설비 등을 보수하는 데 사용하기 위하여 횡령한 점 등에 비추어 볼 때 횡령한 돈이 이 사건 사업과 전혀 관련 없는 데에 사용되었다고 보이지 않는 점, ② 원고가 이 사건 사업과제를 성공적으로 수행하여 연구개발을 마친 점 등에 비추어 부정사용 금액을 현저히 초과하여 출연금 전부의 환수를 명하는 것은 원고에게 지나치게 가혹하다는 이유로, 이 사건 처분은 비례원칙 위반으로 재량권 일탈·남용에 해당한다고 판단하였다.

33) 대법원 2020. 1. 16. 선고 2018두56237 판결.

34) 제19조(사업비의 지급 중지 등) ② 교육부장관은 사업비를 지원받은 연구자 및 대학등

업비 지급 중지 또는 환수처분 및 동법 제20조 제1항에 따른 참여 제한 처분은 역량 있는 주관연구기관 또는 연구책임자를 일정 기간 국가연구개발 사업에서 배제하고 그로부터 연구에 사용한 연구비를 환수하는 것으로서, 이의 적극적 활용이 오히려 학술진흥법의 궁극적인 목적을 저해할 우려도 있으므로, 참여제한 여부 및 그 기간, 연구비 환수 여부 및 그 범위 등을 정함에 있어서 행정청의 신중한 판단이 요구된다고 하면서, 공동관리계좌 운영과 관련한 위법성과 비난가능성에 비해 가혹한 처분이라는 이유로 처분이 위법하다고 판단한 바도 있다.³⁵⁾

이처럼 재량에 대한 심사를 통하여 처분을 받은 국민의 권리구제 가능성을 어느 정도 열어두는 것이 오히려 구체적 타당성을 가지는 행정이 될 수 있을 것이다. 그런데 현행 공공재정환수법과 같이 환수처분을 비롯하여 제재부가금 등의 모든 제재조치가 의무규정으로 구성되어 있다면, 제반 사정을 고려할 수 없는 경직된 구조로 인하여 부정수급자의 위법성에 비해 과도한 제재가 가해질 여지가 있는 것이다.

생각건대, 개별법에 특별히 의무로 해야 할 필요성이 있는 경우라면 이를 개별법에서 반영하고, 일반법인 공공재정환수법에서는 이를 의무가 아닌 재량으로 규정하여 ‘재량인 개별법’들과의 균형을 맞추는 것이 바람직한 방향일 것이다.

2) 제재부가금 수준의 차이

개별법과의 관계로 인한 문제는 제재부가금 수준의 차이에서도 발생할 수 있다. 공공재정환수법은 제재부가금을 5배 이내의 규모로 규정하고 있지

이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 사업비 지급을 중지하거나 이미 지급한 사업비의 전부 또는 일부를 환수할 수 있다.

35) 구체적으로는, 공익 목적을 침해하는 정도나 그 위법성의 정도가 높다고 보기는 어렵고 나아가 원고에 대한 개인적 비난가능성도 크다고 보기 어려운 반면, 자연과학 분야의 연구발전 속도를 고려할 때 아무런 개인적 이익을 취득하지 아니한 원고에 대하여 이 사건 공동관리계좌 운영금액 전액에 대해 환수처분을 함과 아울러 학술진흥법 및 동법 시행령에서 사업비를 의도적으로 부정 집행한 경우의 상한으로 정한 3년의 제외처분을 하는 것은 원고에게 지나치게 가혹하다는 이유로 재량권의 일탈·남용을 인정한 것이다.

만, 「농업소득의 보전에 관한 법률」상 부정등록(2배), 「산업재해보상보험법」상 진료비·약제비 부당수령, 「어선원 및 어선재해보상보험법」상 보험급여 부당수령(2배) 등과 같이, 개별법에 따라 더 낮은 수준의 제재가 발생할 수 있는데, 부정수급 제재의 필요성이 더 먼저 강조되었던 개별법 분야가 별도의 제재를 하지 않던 분야보다 더 낮은 수준의 제재를 하게 되는 불균형이 야기되는 바, 이에 개별법상 규정을 정비해야 한다는 견해가 있다.³⁶⁾

생각건대, 이는 앞서 살펴본 제량의 문제와는 결이 다소 다르지만, 마찬가지로 일반법적 지위의 공공재정환수법에 합리적이고 통일적인 기준을 마련하는 것이 타당하다는 점에서는 유사한 접근방식을 취하는 것이 합리적이다. 즉, 제재부가금의 취지에 비추어, 개별법이 공공재정환수법 보다 경한 경우에는, 경하게 다루어야만 할 특별한 사정이 없는 한 이를 정비하여 공공재정환수법이 적용될 수 있도록 하는 것이 바람직하다.

3) 실무적 문제 : 조문간 혼동

공공재정환수법 시행 이후, 환수는 개별법에 따르지만 제재부가금은 공공재정환수법에 따르는 등, 개별법과 공공재정환수법을 번갈아 가며 적용해야 하는 사례가 다수 발생할 것이다. 이에 실무적으로 제도 정착기까지 공공재정지급금 환수 담당자의 조문간 혼동 가능성이 높다.

국가기관이나 지방자치단체, 그밖에 공공기관의 경우에는 이러한 혼란에 대해 교육 등을 통한 방지가 가능할 것이나, 공무수탁사인의 경우에 이러한 사항을 모두 숙지하기를 기대하기는 상당히 어렵다. 따라서 공공재정지급금 업무를 행하는 공무수탁사인에 대하여, 해당 권한을 부여하는 행정기관의 철저한 관리·감독이 병행되어야 할 것이다.

(4) 법 제정에도 불구하고 여전히 남은 문제

1) 개설

공공재정환수법과 다른 법률과의 관계에 있어서, 환수등의 규정을 정한

36) 김기선, “공공재정 부정수급 방지 법제에 관한 연구”, 「법학연구」 제31권 제1호, 2020, 223면.

개별법이 있을 경우 그 법에 따르기 때문에, 결국 개별법상의 문제점은 여전히 남는다. 특히, 예를 들어, ‘부정이익’을 어디까지로 보아 어떤 범위로 환수해야 하는지, 관련된 다른 법률관계(노동법 등)에 따른 실제 적용상 해석은 어떻게 해야 하는지 등의 사안도 아직 남아있는 문제라고 할 것이다.

2) 환수범위

(가) 문제점

공공재정환수법이 통일적 기준을 제시한 것은 바람직한 입법 방향일 것이나, 통일적인 만큼 공공재정지급금의 성격과 부정수급의 개별적 비난 가능성이 크게 고려되지 않을 뿐만 아니라, 환수범위에도 해석상 불분명한 지점이 발생하게 된다.

환수는 본질적으로 부당이득의 반환을 의미한다고 볼 수 있다.³⁷⁾ 따라서 환수범위는 ‘부당이득(부정이익)’에 한하는 것이고, 지급금 중에 정당하게 사용한 부분이 있다면 이를 고려하는 것이 바람직하다.

그런데 판례는 정당하게 수령한 보조금까지 환수하는 것이 위법하다고 판단하면서도³⁸⁾, 정당하게 ‘수령’한 부분을 매우 엄격하게 분리 해석하여, 부정하게 지급받은 사실만 있으면 정당하게 ‘사용’한 부분이 있다 할지라도 전액에 대해 환수를 하도록 하고 있다.³⁹⁾

이에 대하여, 일부 부정이익에 해당하는 부분을 초과하는 전액 환수는 제재적 관점에서 접근할 필요가 있다는 견해⁴⁰⁾가 있으며, 나아가 ‘정상적으로 지급받은 보조금’까지 포함하여 환수할 수 있는 규정이 별도로 있다면, 이는 개별법상 ‘제재부가금’에 대한 규정에 해당하는 것으로 보아 공공재정 환수법상의 제재부가금 적용에서 배제한다고 보는 견해도 있다.⁴¹⁾

37) 임성훈, “보조금 부정청구에 대한 부정이익 환수 및 제재에 관한 연구”, 「행정법연구」 제58호, 2019, 109면.

38) 대법원 2013. 12. 12. 선고 2011두3388 판결.

39) 대법원 2019. 1. 17. 선고 2017두47137 판결, 수원지방법원 2010. 4. 14. 선고 2009구합10933 판결.

40) 임성훈, “보조금 부정청구에 대한 부정이익 환수 및 제재에 관한 연구”, 「행정법연구」 제58호, 2019, 109-110면.

41) 김기선, “공공재정 부정수급 방지 법제에 관한 연구”, 「법학연구」 제31권 제1호,

이를 구체적으로 살펴보면, “다른 법률에 제2항에 해당하는 환수에 추가하여 환수의 원인이 되는 행위를 제재하기 위하여 금전을 부과하도록 하는 규정이 있는 경우에는 그 법률에서 정하는 바에 따른다.”라고 정해진 현행 공공재정환수법상, 정상적 지급금에 대한 전액 환수 규정을 ‘환수에 추가하여 환수의 원인이 되는 행위를 제재하기 위한 금전 부과’로 해석하는 것도 문리적으로 불가능하지는 않을 것이다.

다만, 정상적 지급금에 대한 전액 환수 규정이 있는 경우는 오히려 강한 비난가능성을 내포하고 있는 사안이라는 점과, 개별법에서 공공재정환수법과 개별법 간 제재의 불균형을 해소하고 통일적 기준 마련하는 것이 합리적이라는 점에서, 이러한 해석이 가능하다고 할지라도 제재부가금 규정을 배제하는 것은 바람직하지는 않은 것으로 보이고, 향후 입법 과정에서 이를 정비할 필요성이 있다.

(나) 부정이익과 환수범위 사례 : 근로장학금 부정수급

공공재정환수법의 제정에 따라, 개별 사례 중에서는 근로장학생의 부정수급에 대해서 적용이 활발하게 검토되고 있다.

서론에서 언급한 바와 같이, ① 근로장학생이 친인척이 운영하는 회사에 근로하면서 실제로는 근무하지 않았음에도 근로장학생의 출결 및 근로시간 등을 허위로 기재하여 부정수급하는 사례나, ② 근로장학생 본인이 아닌 타인이 대신 근무하는 사례, ③ 실제 근로시간과 출근시간과 상이한 사례 등이 빈번하게 발생하여왔는데, 기존의 법률에서 이를 모두 통일적으로 규율할 법률이 없었기 때문에 민사적 관점에서 환수를 해왔었다.

이제는 어떤 형태이든 지급된 장학금 전액에 대해 환수를 할 것으로 보이는바, 일부 근로를 제공하였거나 근로시간을 대체하여 근로를 제공한 경우와 같이 실제 근로를 한 부분은 어떻게 처리해야 것인지 여부에 대해 고민해볼 필요가 있다. 즉, ‘부정청구’인 이상 장학금 전액이 부정이익으로써 환수대상이라고 보아야 하는지, 근로를 제공하지 않은 부분만 부정이익으로써 환수대상이라고 보아야 하는지가 문제될 수 있다.

먼저 “부정이익”이란 부정청구등으로 공공재정에서 얻거나 사용한 금품등(정당한 권리나 자격이 인정되는 금품등에 해당하는 부분은 제외한다)을 말하는바, 일부 또는 대체근로가 ‘정당한 권리나 자격이 인정되는 금품’에 해당하는 ‘근로’에 해당하는지를 살펴보아야 할 것이다.

고용노동부에서는 근로장학생의 경우, 지급되는 보수가 임금의 성격을 갖기보다 장학금의 명목이기 때문에 임금을 목적으로 근로를 제공하는 것으로 볼 수 없어 근로기준법상 근로자성이 인정되기 어려우며, 그밖에 모집과 선발, 수업 시간의 근무시간 인정 등의 근로자성이 부인되는 요소가 많고, 단순히 근로의 대가가 아니라 사회봉사 활동을 시키고 장학금을 지급하는 개념이기 때문에 근로자성이 인정될 수 없다는 취지로 해석하고 있다.⁴²⁾

이에 따른다면 실질적으로 근로를 일부 또는 대신 제공했다고 하더라도 그 보수는 오로지 장학금에 불과하므로 부정이익 전액 환수에 별다른 문제가 없을 것이다. 그러나 근로장학생들의 업무가 사실상 교내 직원과 다를바 없는 경우가 많고, 명목을 떠나 실질은 임금인 경우가 대다수이다. 이에 근로장학생의 근로자성을 인정해야 한다는 각계의 목소리가 커지고 있는 상황에서, 무작정 2006년도 고용노동부 행정해석에만 기대어 근로장학생의 근로자성을 마냥 부정할 일은 아니라고 생각된다. 만약 향후에라도 근로장학생의 근로자성이 인정된다면, 일부 또는 대체 제공 등을 한 근로장학생에 대하여 최소한의 임금(최저임금) 수준에서는 부정이익으로 보기 어려워 환수대상이 아니라고 보아야 할 것이다. 다만, 이렇게 본다면 업무는 모두 제공되 정해진 시간에 하지 않은 대체근로의 경우 사실상 전액이 환수대상에 해당하지 않는 것처럼 해석될 수도 있는데, 그럼에도 불구하고 정해진 시간에 해당하는 근무시간만을 ‘정당한 권리가 인정되는 금품’으로 해석하는 것이 타당하므로, 결국 공공재정환수법의 입법목적은 크게 해치지 않는 것이다.

42) 고용노동부 행정해석 : 근로(장)학생의 근로자성 인정여부 (근로기준팀-5332, 2006. 10. 2.)

3) 계약관계 배제의 문제

공공재정지급금의 정의가 ‘반대급부를 받지 아니하는 금품’이기 때문에, 통상적인 조달계약과 같이 반대급부가 있는 경우에 현행 법문상 공공재정지급금 자체에 해당하지 않지만⁴³⁾, 계약의 형태에는 반대급부를 요하지 않는 경우(증여 또는 부담부증여등)도 존재한다는 점에서 혼란이 야기될 수 있다고 생각한다. 즉, 공공재정에서 지급되는 금원은 오히려 명확한 반대급부가 있는 경우가 드물다는 것이 사건이다.⁴⁴⁾

그렇다면, 공공재정지급금 지급시에 별도의 지급협약을 체결한 경우에 공공재정환수법은 적용되지 않는다고 해석해야 하는지 의문이 생긴다. 앞서 살펴본 청년인턴지원금 판례도 ‘국가기관이나 지방자치단체가 아닌 보조사업자의 보조금 지급협약이 공법적 요소를 포함하고 있다 할지라도 그 성질은 사법상 계약이며 환수 또한 채무불이행에 따른 것’이라고 보고 있을 뿐, 그 계약의 성질이 반대급부가 있는 쌍무계약임을 특정하지는 않고 있기 때문이다.

후술하는 바와 같이 ‘공공재정환수법의 일반법적인 지위’를 고려한다면 국가계약법이나 지방계약법의 적용을 받는다는 이유로 이 법의 적용을 일률적으로 배제하는 것은 바람직하지 않다. 예를 들어, 과학기술정보통신부장관의 학교법인에 대한 사업비(연구개발비) 환수 조치가 부당하게 집행한 금액에 대한 것일지라도 과학기술기본법 제11조의2(환수 관련)에 따른 것이 아니라 별도의 관리규정 따른 것이라면 행정처분으로 볼 수 없어 민사소송이라고 판단한 하급심 판례⁴⁵⁾에 따르면, 이때의 환수(반환)은 ‘계약’에 따른

43) 신봉기, “공공재정의 부정이익환수 법안에 대한 검토”, 「부패방지법연구」 제2권 제1호, 2019., 57면.

44) 보조금의 지급은 민사적으로 접근한다면 일정한 의무를 부담하게 하는 부담부증여이거나, 완전히 시혜적인 것으로써 부담부증여조차도 해당되지 않는 경우가 많다고 생각한다. 또한 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률이 증여계약을 배제한다는 명시적 근거는 없고, 하급심이기는 하지만 판례 또한 증여계약 체결의 여부를 판단함에 있어서 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률상의 절차를 준수하였는지 여부를 기준으로 하고 있다. 따라서 공공재정지급금에 해당하면서도 증여계약으로써 공공재정환수법의 적용이 배제되는 경우가 발생할 수 있을 것이다.

45) 서울행정법원 2018. 5. 4 선고 2017구합75576 판결.

정산절차라고 보고 있다.⁴⁶⁾

만약 위 사례에 공공재정환수법을 적용한다면, 어떻게 해석하여야 할 것인가? 환수가 아니라 ‘지급’을 기준으로 본다면 사업비(연구개발비)는 과학기술정보통신부장관과 학교법인 간의 ‘계약’에 따라 지급되는 구조이므로 ‘계약’ 자체는 국가계약법이 적용되는 상황이 발생한다. 이때, 부정청구등이 과학기술기본법 제11조의2에 따른 환수 사유에 해당하는 경우에는 공공재정환수법이 배제되므로 이 법에 의한 환수등 조치(참여제한, 제재부가금 포함)를 하면 된다.⁴⁷⁾ 그런데, 판례와 같은 부당한 사업비 집행(정산)은 과학기술기본법 제11조의2의 사유에 해당하지 않으므로 이를 적용할 수 없다. 하지만 연구개발비 지급에 따른 연구사업 자체를 공공재정지급금 정의에서 제외되는 반대급부라고 단정하기 어려운 반면, 공공재정지급금의 부정청구등(제2조 제6호 다목)에는 충분히 해당할 수 있기 때문에, 공공재정환수법이 적용될 수도 있는 사안인 것이다.

그러나 계약관계가 배제되는 법문에 따르면, 국가계약법도 일부 적용되는 위 사업비(연구개발비)의 부정수급에 대하여는 공공재정환수법이 적용될 수 없고, 여전히 위 판례와 같이 민사적으로 다투어야 할 사항에 불과한 것이 된다. 즉, 공공재정환수법에 따라서도 여전히 사각지대가 광범위하게 남는 셈이다. 물론 이러한 분쟁도 민사적으로 해결하면 되는 문제이기는 하나, 공공재정환수법이 공공재정지급금의 촘촘한 관리를 위하여 제정된 이상, 이처럼 ‘공공재정지급금’이라는 점에서는 동일함에도 불구하고 계약관계

46) 구체적으로는, 사업비 반납요청은 국가연구개발사업 연구과제를 수행하는 기관과 피고 과학기술정보통신부장관 사이에 체결되는 협약에 따라 지급한 연구개발비 중 협약에 위반하여 지출된 금액이 있는 경우 그와 같이 부당집행된 금액을 한도로 부당이득으로 반환할 것을 통보하는 내용의 사업비 정산 행위에 불과하다. 또한 이 사건 납입고지에도 불구하고 원고가 그 비용을 반납하지 아니하는 경우 행정상의 제재 등 처분을 할 수 있는 공법상 근거규정이 없고, 구 처리규정 제30조 제6항에 따라 3개월 이상 반납을 지연하는 경우 채권추심 등의 조치만을 할 수 있는 점 등에 비추어 보더라도 피고 과학기술정보통신부장관이 한 이 사건 납입고지는 협약상대방인 원고에게 계약상 의무인 정산금 반환을 최고한 것에 불과하다고 판시하였다.

47) 즉, 과학기술기본법에서는 명단공표를 규정하고 있지 않으므로, 이 법에 의한 연구개발비가 국가계약법의 적용을 받는다는 이유로 공공재정환수법의 배제대상이라면, 명단공표는 적용될 여지가 없다.

가 일부라도 포함되면 개별 법률상 환수 사유에 해당하는지에 따라 제재와 환수 방식이 달라지는 것은 통일성의 기초에 부합하지 않는 면이 있다고 할 것이다.

생각건대, 계약을 배제하는 입법적 판단 자체는 가능한 영역일 것이나, 이러한 입법의 의도가 ‘조달계약’과 같이 반대급부가 명확하게 있는 계약만을 제외하고자 하는 것이라면, 공공재정환수법 제4조 제4호의 규정은 혼란을 줄이기 위한 추가적 개선이 필요할 것이다.

2. 공공기관등의 법적 지위와 실효성 추가 확보 수단

(1) 개설

기존에 공공기관등(공무수탁사인 포함)은 국가나 지방자치단체가 아니기 때문에 개별 공공재정급부 관계있어서 다소 불분명한 지위에 있었다. 그러나 공공재정환수법 제정을 통해 이제는 ‘행정청’으로써 처분 주체가 될 수 있게 되었으며, 공공재정지급금 환수의 적극적 당사자로 역할을 하게 될 것이다.

따라서 공공재정환수법 이후 공공기관등의 법적 지위를 살펴보고, 특히 이러한 법적 지위에 의해 실질적 환수 완료를 위해 필요한 ‘채납처분’이 가능한지, 가능하다면 어떠한 방식을 취하게 될 것인지 등의 문제를 살펴볼 필요가 있다.

(2) 공공기관등의 법적 지위

1) 행정청에 해당하는지 여부

공공재정환수법상 ‘공공기관’은 국가, 지방자치단체, 공공기관운영법상의 공공기관을 포함하여, 기타 특수법인들을 포함하는 개념이나, 그중에서도 공공기관운영법상의 공공기관 및 기타 특수법인인 공공공기관이 협의의 공공기관이라고 할 것이다. 이때 국가와 지방자치단체의 행정주체성은 분명하지만, 이를 제외한 공공기관도 행정주체인지 여부가 문제이다.

먼저 조직적 측면에서, 공공기관이 공공단체에 해당하는 경우 행정주체로서의 지위를 가진다. 통상 공공기관은 국가가 특별한 법률로 법인격을 부여하고 공적 업무를 수행하게 하기 때문인데, 단, 이때의 ‘행정주체’라는 것은 공공행정조직의 구성 부분으로서 독립된 법인체의 지위를 갖는다는 의미이지 그 자체로 행정처분을 하거나 공법상 계약을 체결할 수 있는 행정행위의 주체라는 의미는 아니라는 견해가 타당하다.⁴⁸⁾

위 견해에 따르면, 모든 공공기관(공법인)이 공권력 작용을 할 수 있는 것이 아니기 때문에, 그 자체로 행정처분을 발할 수 있는 행정의 주체, 또는 공법상 계약의 주체가 되는 것은 아니며, 실제 상업적 공기업은 대부분 법률관계가 이용자와의 사법적 관계로 이루어져 있다고 한다.⁴⁹⁾ 결국, 공공기관이 처분의 주체로서의 행정주체가 되는지는 별도로 검토해야 한다.

그렇다면 ‘공공재정지급금을 지급한 공공기관’중에 국가기관과 지자체를 제외한 기관이 공공재정환수법에 따른 행정청이라고 할 수 있는가?

우선 공공재정환수법 제2조 제2호 나목에서는 ‘행정청’을 국가, 지방자치단체, 그 밖에 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인(私人)으로 정의한다. 따라서 법령 또는 자치법규에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위탁받은 공공단체 또는 그 기관으로서, 일부 공공기관(특수법인)도 그 법에 따른 업무에서는 행정청이 될 수 있다. 급부 자체가 그 공공기관의 업무인 경우에도 마찬가지이다.

다음으로 위에 해당하는 공공기관이 아닌 공무수탁사인에 대하여도 살펴보면, 공무수탁사인 역시 자기 권한 범위 안에서 행정행위를 발령할 수 있고, 수수료를 징수할 수도 있고 기타 공법상 행위를 할 수도 있으므로,⁵⁰⁾ 이러한 범위 내에서는 행정청이 될 수 있다.

이때, 공공단체에 해당하지 않는 공공기관의 경우에는 공무수탁사인으로서 행정청에 해당한다고 보아야 할 것인가? 비록 공공단체에 해당하지 않

48) 김재규, “공법인에 관한 연구”, 「성균관대학교」 박사학위 논문, 2008, 143면.

49) 김재규, “공법인에 관한 연구”, 「성균관대학교」 박사학위 논문, 2008, 144면.

50) 홍정선, 「행정법원론(상)」 제27판, 박영사, 2019, 128면.

는다고 하더라도 공적인 성격을 갖는 공공기관이 ‘사인(私人)’에 해당한다고 보는 것은 문언상 상충하는 면이 있다고 생각한다.

그러나 공공기관등이 ‘공공재정지급금’을 지급하는 이상, 공공단체·기관 또는 공무수탁사인으로서 모두 공공재정환수법상의 ‘행정청’에 해당한다고 해석하는 것이 불합리한 공백이 발생하지 않도록 하는 합리적 방향일 것이므로 이를 분별하는 것은 실익이 크지 않다.

2) 공공재정환수법상 공공기관등의 지위

기존의 보조금법에 따르면 공공기관등(공무수탁사인 포함)이 해당하게 되는 보조사업자의 지위는 매우 불분명했고, 보조사업자가 환수 명령을 할 수 있다고 하여도 실제 환수는 민사적 반환청구의 형태로 가능했다.

공공재정환수법에는 ‘행정청’의 개념으로 이러한 공공기관등을 모두 포섭하고 있다. 그렇다면 이 법에서는 처분의 주체가 되는 행정청인가?

공공기관등이 행정주체성을 가질 수 있음은 앞서 살핀 바와 같고, 보조금법과 달리 행정청이라는 행정법적 개념을 전면적으로 도입한 공공재정환수법의 경우에는, 공공기관과 공무수탁사인 또한 처분의 주체가 되는 행정청에 포섭된다고 보는 것이 바람직할 것이다. 앞서 언급한 보조사업자의 환수를 처분으로 보지 않은 청년인턴지원금 판례에서도, “협약은 보조금 지원에 관하여 보조사업자인 원고와 보조금수령자인 피고 사이에 체결한 계약으로서 공법적 요소가 일부 포함되어 있다.”라고 하여 공법적 요소를 자체를 부정하고 있지는 않고 있다.

3) 강제징수와 체납처분의 문제

(가) 체납처분의 예에 따른 징수의 성격과 공공기관등에의 적용 타당성

체납처분이란, 납세자가 국세 또는 지방세를 납부하지 않는 경우 체납자로부터 강제적인 채권 회수를 하기 위한 과세관청의 행위이다(「국세징수법」 제3장, 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률(이하 ‘지방징수법’이라 한다)」 제3장). 법원의 강제집행과는 달라서 별도의 집행권원을 확보할 필요는 없다는 특징이 있다.

이러한 체납처분 자체는 조세법률에서 정하고 있으나, 행정청의 다양한

징수 행위와 관련하여 이러한 체납처분의 절차를 활용할 수 있도록 규정한 개별법들이 있는데, 공공재정환수법을 비롯한 각종의 환수 관련 법률이 바로 그러한 사례에 해당한다. 이때 법문에서는 ‘체납처분의 예에 따라 징수한다’고 표현하고, 공공재정환수법에서는 제12조 제2항에서 이를 규정하고 있다.

그런데 공공재정환수법에서 정하는 ‘체납처분의 예’에 의한다는 표현에서 알 수 있듯이, 그 의미는 위의 체납처분 자체를 완전히 준용하는 것이 아니라 체납처분의 절차를 예로써 활용할 수 있다는 것으로 보인다.

‘국세징수의 예’에 따른다는 의미에 대하여 법제처에서는, “통상 특정 조문을 그와 성질이 유사한 규율 대상에 대하여 그 성질에 따라 다소 수정하여 적용하는 것을 ‘준용’이라고 하고, 이러한 준용형식 중의 하나로 준용되는 규정이 많거나 일련의 절차에 관한 사항으로서 명문의 규정을 특정하기 어려운 경우 ‘예에 따른다’는 표현을 사용하는 것이므로, ‘예에 따른다’라고 표현되어 있는 경우에 준용 조문이 명확히 지정되어 있지 않기 때문에 준용하는 법률과 준용되는 법률 간의 규정 대상이나 법적 성격의 차이를 불문하고 모든 내용을 준용할 수 있는 것은 아니다”라는 취지로 해석하고 있다. 즉 보조금법 제33조에서 준용되는 ‘국세징수의 예’라는 규정은 반환되어야 할 보조금의 징수·절차에 관해서만 국세징수의 예를 따라 진행하도록 한 것으로 보는 것이 합리적이라고 할 것인바,⁵¹⁾ 보조금법 제33조는 「국세징수법」 등에서 징수와 관련하여 규정한 체납처분 절차 등을 준용하려는 것으로 보아야 할 것이다.

생각건대, ‘체납처분의 예’에 따른다는 문언이 가리키는 것처럼, 행정청의 강제징수는 조세 관련 법령에서 정하고 있는 사항을 가져다 쓰는 것이기 때문에 그 본질은 여전히 ‘조세 징수의 절차적 성격’을 띠고 있다고 생각된다.

그렇다면 아무리 공공기관등이라 할지라도 조세징수권에 준하는 업무를 직접 수행한다는 것은 적절하지 않기 때문에, 적어도 체납처분에 관한

51) 법제처 10-0446, 2011. 1. 13 [고용노동부 - 보조금 반환 징수시 「국세징수법」에 따른 가산금 등의 부가 가능 여부(「보조금의 예산 및 관리에 관한 법률」 제33조 및 「국세징수법」 제21조 등 관련)]

공공재정환수법 제12조 제2항에서의 ‘행정청’은 국가기관의 장 또는 지방자치단체의 장으로 한정해야 한다고 생각된다. 즉, 공무수탁사인은 물론 넓게 보아 공공부문에 해당하는 공공기관 또한 공공재정환수법 제12조 제2항과 같은 형태의 일반적인 강제징수 권한을 부여하는 것은 바람직하지 않다.

실제로, 국민연금공단이나 국민건강보험공단의 경우에도 강제징수를 하기 위해서, 국가기관의 장인 보건복지부장관의 승인을 받아 국세 체납처분의 예에 의하여 환수금, 연금보험료 등을 징수할 수 있도록 하고 있으며,⁵²⁾ 사립학교교직원연금공단의 경우에도 마찬가지로 상급 국가기관의 장인 교육부장관의 승인을 받아 체납처분을 하도록 하고 있다.⁵³⁾

그러나 이러한 경우조차도 ① 사회적 보험의 특수성에 기인한다는 점, ② 체납처분의 예에 따른 강제징수 권한 자체는 여전히 국가기관에 유보되어 있는 점을 고려하면, 강제징수 권한 자체를 공공기관이 가지고 있다고 하기 보다는 제도의 효율적 관리를 위해 해당 공공기관이 실무적인 징수 행위만을 위탁받아 집행하는 것으로 보아야 할 것이다.

그런데 현행 공공재정환수법 법문의 문리해석에 따른다면 ‘행정청’에 공공기관과 공무수탁사인이 모두 포함되고 나아가 ‘행정청’이 강제징수 할 수 있다고 정하고 있기 때문에 이들이 직접 자기의 권한과 이름으로 체납처분의 예에 따른 징수를 할 수 있다고 해석할 수밖에 없는 상황이다. 앞으로 공공기관등의 체납처분의 예에 따른 징수를 완전히 허용하는 것이 바람직한지에 대하여는 더욱 심도 있는 논의가 필요할 것이다.

(나) 실효성 추가 확보 수단 : 강제징수 요청 권한 부여

실효성을 확보한다는 의미는, 부정청구를 획기적으로 줄여서 입법 목적을 달성하는 것에 궁극적 비중이 있겠지만, 부정청구된 금액 등을 국고 등으로 실질적 회수를 하는 것 또한 중요한 목적이기 때문에 이를 위한 실무적 장치 마련에 대한 고민도 실익이 있을 것이다.

통상 공공기관등이 행정청의 지위를 가지는 경우라고 하더라도, 일반적

52) 국민연금법 제57조의2(환수금등의 고지, 독촉 및 체납처분 등), 제95조(연금보험료 등의 독촉 및 체납처분)

53) 사립학교교직원연금공단법 제52조(강제 징수)

인 공공기관등의 경우에는 사실상 채납처분의 예에 따른 강제력 행사가 어려우므로 민사소송에 의한 강제력 확보 방식을 택할 수밖에 없다. 그런데 만약 공공재정환수법에 따라서 공공기관등이 행정청으로서 ‘처분의 주체성’을 가진다는 점이 명료해진다면, 앞으로는 기존의 판례 입장처럼 민사소송으로는 강제력을 확보할 수는 없게 될 것이다.⁵⁴⁾⁵⁵⁾

반면에, 빈번한 채납처분 방식의 강제징수를 수행하는 기관(예를 들어 국민연금공단 등)이 아닌, 일반적인 공공기관이나 사인이 채납처분 절차를 주체적으로 수행한다는 것은 조직과 인력 측면에서 매우 어려운 일이다. 특히, 사인(심지어 개인)에 불과한 공무수탁사인이 직접 채납처분의 예에 따른 절차를 진행하는 것은 더욱더 어려운 일일 것이다. 그렇기 때문에 공공재정환수법의 제정에도 불구하고 ‘회수’의 실효성 확보는 충분하지 않다고 할 것이다.

특히, 상급 행정청에 지시·감독을 받게 되는 공공기관의 특수성을 고려할 때, 그중에서도 상급 행정청으로부터 받은 예산으로 집행하게 되는 공공지급금사업의 경우 환수 조치 또한 공공기관에서 주도하게 될 가능성이 크지만 이를 위한 실무적 뒷받침이 부족한 것이다.

따라서 오히려 역으로 생각하여 행정청으로 포섭되는 공공기관등(특수법인, 공무수탁사인 등)의 경우, 관련 국가기관 또는 지방자치단체에 채납처분의 예에 의한 강제징수를 요청(의뢰)할 수 있는 권한을 부여하는 것도 진정한 실효성 확보의 한 방법이 될 수 있을 것으로 보인다.⁵⁶⁾

물론, 이미 환수 업무를 위한 인력과 조직을 어느 정도 갖추고 있는 일부 공공기관들이 택하는 방식처럼, 채납처분 3단계 절차 중에 압류와 청산은 직접 수행하되 매각의 경우에는 한국자산관리공사에서 대행하도록 하는

54) 대법원 1995. 12. 22. 선고 94다51253 판결. : 개발부담금 부과처분이 취소된 이상 그 후의 부당이득으로서의 과오납금 반환에 관한 법률관계는 단순한 민사 관계에 불과한 것이고, 행정소송 절차에 따라야 하는 관계로 볼 수 없다.

55) 대법원 2012. 3. 15 선고 2011다17328 판결. : 중앙관서의 장이 보조금법에 따른 환수를 하는 경우 처분이므로 민사소송의 방법으로 할 수 없다.

56) 앞서 살펴본 바와 같이 강제징수권을 공공기관등(공무수탁사인 포함)이 직접 수행하는 것 자체도 의문이기 때문에, 역으로 공공기관등에게 이러한 요청권을 신설하는 것에 대해서도 고려해볼 수 있다고 생각한다.

방식도 차선으로 택할 수 있을 것이나, 사인에 불과한 공무수탁사인의 경우에도 이러한 기능까지 기대할 수 있을지는 여전히 미지수이다.

VI. 소송상 분쟁의 해결

1. 문제의 제기

그동안 국기기관이나 지방자치단체와는 달리, 공공기관등은 환수를 위한 강제력을 확보하기 위해서 민사소송 및 이에 따른 집행을 할 수밖에 없었음은 여러 차례 언급한 바와 같다.

그러나 공공기관등이 환수를 하기 위해서 소송을 할 때는 민사적 방식을 취할 수밖에 없었던 반면에, 환수청구(처분)에 대해 다투는 입장에서는 항고소송(무효·취소소송)과 민사소송(채무부존재확인소송)이 모두 고려될 수 있는 구조인 것이다. 이러한 혼란은 공공재정환수법 이후로도 복잡해질 가능성이 있는데, 즉, 공공재정환수라는 하나의 목차 아래에 있음에도 불구하고 ‘어느 당사자’가 ‘어떤 세부 소송’을 제기하느냐에 따라 소송의 종류가 달라지는 난해한 체계가 계속될 수 있는 것이다.

2. 행정주체 또는 행정청이 원고인 경우

(1) 환수의 처분성과 환수를 위한 소송 형태

‘환수’는 행정청이 우월적 지위에서 행하는 행위로 처분성을 가진다고 보아야 하고, 실제 국가기관이 보조금법에 따라 환수하는 경우 민사소송의 방법으로 할 수 없다고 판시한 바도 있으며,⁵⁷⁾ 보조금 환수처분에 대해 다투는 사례 대부분은 행정소송으로 진행되고 있다.⁵⁸⁾ 이는 ‘행정청’에 의한

57) 대법원 2012. 3. 15 선고 2011다17328 판결.

58) 대법원 2013. 12. 12 선고 2011두3388 판결., 대법원 2019. 1. 17 선고 2017두47137

환수 권한을 명시한 공공재정환수법에 따른다면 더욱더 명확해지는 점이라고 할 것이다.

따라서 행정청의 환수를 위한 강제력 확보는 체납처분의 예에 따르는 것이 타당하고, 통상적으로는 민사소송이나 당사자소송의 원고로서 강제력을 확보할 필요성은 거의 없을 것이다.

이와 관련하여, 보조금법상 중앙관서의 장은 체납처분등을 할 수 있으므로 민사소송으로 반환청구를 할 수 없다는 판례⁵⁹⁾를 예를 들어, 판례가 행정주체의 공법상 부당이득청구에 대해 당사자소송에 의하여야 한다는 입장을 취했다고 해석하는 견해가 있는데,⁶⁰⁾ 후술하는 바와 같이 행정청이 집행력을 확보할 수 없는 경우와 같이 특별한 필요가 있을 시에는 공공재정지급의 공법적 성격에 비추어 ‘당사자소송에 의하여야 한다’는 그 취지에는 동의하지만, 해당 판례 자체는 당사자소송의 적용을 판단했다기보다는 체납처분의 예에 따라야 한다는 취지로 해석된다.

(2) 공공기관등의 경우

1) 개별법 적용을 받는 경우

기존의 개별법에 따라 환수등의 규정이 정해져 있는 경우 공공재정환수법에도 불구하고 해당 법률을 따라야 하는데, 이때 공공기관등의 경우에는 여전히 민사소송으로 환수를 해야 하는가?

공공재정환수법 제5조 제2항에서는 다른 법률에 따라 환수하는 경우가 법 제8조에 따라 환수를 한 것으로 본다. 또한, 같은 법 제12조 제2항에서는, 제8조에 따른 환수처분을 받은 자가 이를 납부하지 아니하면 독촉 후 체납처분의 예에 따라 징수할 수 있다.

그렇다면 예를 들어 공공기관등이 보조사업자로서 환수는 할 수 있도록 규정되어 있으나 체납처분 절차에 다른 징수를 할 수 있도록 규정하지는

판결.

59) 대법원 2012. 3. 15. 선고 2011다17328 판결.

60) 정선균, “공법상 당사자소송의 활성화에 대한 연구”, 「서강대학교」 박사학위 논문, 2015, 95면.

않은 보조금법의 경우에도, 행정청으로 포섭되는 한 보조금법이 아닌 공공재정환수법에 의하여 체납처분에 의한 징수를 할 수 있게 되는 구조가 된다.⁶¹⁾ 즉, 공공재정환수법에 따라 부여받은 행정청의 권한들을 대부분 그대로 행사할 수 있다는 점에서, 환수에 따르는 일련의 과정은 공권력의 행사로 취급될 것이다.

결국, 원칙적으로 공권력의 행사로서의 환수는 민사소송이 불가능하다는 판례⁶²⁾의 입장을 고려해보면, 민사소송으로 부정수급자에게 환수 또는 반환청구를 하는 사례는 줄어들 것으로 생각되며, 향후 사례가 쌓여감에 따라 해석적으로 해결될 것으로 보인다.

2) 공공재정환수법이 배제되는 경우

공무수탁사인이 환수를 할 때는 민사소송에 의하여야 한다는 청년인턴지원금 판례의 경우를 살펴보면 또다시 복잡한 해석상 문제점이 발생한다. 이 판례의 경우 보조금법상의 환수를 민사소송으로 의율한 주요 이유 중 하나가 당사자 간의 관계가 ‘계약’에 기인한다는 점이었는데, 그렇다면 공공재정환수법 제4조에 제4호에 의하여 국가계약법 등이 적용(준용)되거나, 적어도 이에 준하는 계약관계에 해당하는 사항으로 분류되어 공공재정환수법 자체의 적용이 배제될 수 있는 것이다.⁶³⁾

이렇게 본다면 공공기관등의 경우에는 공공재정환수법이 적용되지 않아 보조금법만을 따라야 하고, 결국 여전히 체납처분 등의 행정상 강제력 확보가 불가능하므로 위 판례는 당분간 유지될 것으로 예상된다. 즉, 판례가 변경되지 않는 한, 앞으로도 국가계약법 등의 적용을 받거나 이에 준하는 계약관계를 통해 공공재정지급금을 지급하는 공공기관등(공무수탁사인 포

61) 다만, 공공기관등의 체납처분의 예에 의한 강제집행은 부적절한 면이 있다. 그렇다고 강제력 확보 수단을 마련하지 않으면 민사소송에 의할 수밖에 없기 때문에 앞서 관련 국가기관 또는 지방자치단체에 대하여 강제집행의 협조를 요청할 수 있도록 규정하는 방안을 제시한 것이다.

62) 대법원 2012. 3. 15 선고 2011다17328 판결.

63) 해당 판례는 ‘공법상 요소를 포함하는 계약’이라고 하여 공법상 계약이라고 명시한 것은 아니나, 사법상 계약이든 공법상 계약이든, 국가계약법등이 적용되거나 이에 준하는 계약관계로 분류된다면 동일한 문제가 발생한다.

함)의 경우에는 민사소송의 방법으로 환수할 수밖에 없을 것이다.

3) 당사자소송의 필요성

공공재정지급금의 반환이 공법상 계약에 기인하는 이유로 공공재정환수법이 배제되는 경우, 민사소송이 아닌 당사자소송의 활용에 대해서도 검토할 필요가 있을 것이다.⁶⁴⁾

보조금의 지급이 행정행위가 아닌 계약의 방식으로 이루어졌다 할지라도 그에 관한 법률관계를 사법상 법률관계로 보아 비례의 원칙 등에 의한 사법통제가 회피되어서는 안 된다는 견해가 있다.⁶⁵⁾ 그런데, 비례의 원칙이나 재량의 일탈남용 등의 일반 이론 자체는 공법상 통제이기 때문에 민사소송에 그대로 적용되는 것은 아니지만, 민사소송에서도 어느 정도 고려의 요소로는 작용하고 있다. 따라서 실제 청년인턴지원금 판례와 같이 민사소송으로 이루어지고 있는 환수 분야에서는, 당사자소송의 적극적 활용이 가능할지가 아직 불분명하다.

그러나 공공기관등의 환수 역시 ‘처분성’을 가진다고 보아야 하고, 공공재정환수법상 공공재정지급금 급부관계는 모두 공법적 영역에 놓여있기 때문에, ‘공공기관등이 제기하는 강제력을 확보 수단으로써의 사인에 대한 소’는 당사자소송에 의하는 것이 체계적으로 타당하다고 생각한다.⁶⁶⁾⁶⁷⁾

64) 부정수급금에 대한 환수는 본질적으로 부당이득의 반환을 의미한다고 볼 수 있다. 공법상 부당이득의 성질에 대하여는 학설이 나뉘는데, 사권설은 부당이득반환청구권의 민사적 성격에 집중하며, 공권설은 원인된 법률관계가 공권이라는 점을 중시하는 입장이다. 판례는 부당이득 관련 사항에서 대체로 사권설에 따라 판단하고 있고, 실제 보조금 등의 환수의 경우에도, 환수 주체가 국가기관이나 지방자치단체가 아닌 경우에는 대부분 사권설에 따른 것으로 보인다. 생각건대, 공법상 부당이득은 공법적 관계에 관한 것으로, 당사자소송에 의하는 것이 타당하다.

65) 히이훈, 행정계약 관련 분쟁의 소송형식-공법상 당사자소송과 민사소송의 구별을 중심으로-, 「강원법학」 제59권, 2020, 394면.

66) 행정소송법은 당사자소송의 피고격에 대하여 “국가·공공단체 그밖에 권리주체”라고 규정하고 있는데, 판례는 이때의 ‘권리주체’는 행정주체에 한정한다는 의미가 아니기 때문에 ‘사인을 피고로 하는 당사자소송’을 제기할 수 있다고 본다(대법원 2019. 9. 9 선고 2016다262550 판결).

67) 판례는 조달계약의 경우 사법상 계약이므로 민사소송에 의하여야 한다고 보고 있으며(대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결), 부가가치세 환급세액 지급청구(법원 2013. 3. 21 선고 2011다9556 4판결)에 대해서는 당사자소송을 인정하고 있다. 그러나

따라서 위와 같은 대법원의 청년인턴지원금 판례의 입장은 분쟁 당사자들의 혼란을 가중시킬 뿐이므로, 추후 변경의 필요성이 크다고 할 것이다.

다만, 위 대법원 판결 이전의 하급심 판결이지만 민사소송으로 제기된 보조금 반환채무부존재확인 소송에서, 당사자 관계가 공법상 계약에 기인하기 때문에 전속관할 위반을 이유로 행정부 이송을 결정한 사례⁶⁸⁾도 있음을 고려하면, 법원의 당사자소송 활용에 대한 가능성도 닫혀있지는 않는다고 할 것이다.

3. 행정주체 또는 행정청이 피고인 경우

(1) 민사소송 및 당사자소송

공무수탁사인이 환수를 할 때는 민사소송에 의하여야 한다는 청년인턴지원금 판례의 논리에 따르면, 이러한 경우에 환수를 다투고자 하는 자는 마찬가지로 민사소송인 채무부존재확인소송을 할 수 있다고 보아야 한다.

그러나 이와 달리 위 대법원 판례 이전의 하급심 판결⁶⁹⁾에서는, 공공기관 내지 공무수탁사인에 불과한 한국산업기술진흥원이 원고에게 한 출연금 환수 통보를 ‘처분’으로 보고, 원고의 채무부존재확인의 소를 부적법 각하한 바 있다. 그런데 그 이후에는 유사한 사안에서 채무부존재확인소송으로 판단한 하급심 판결⁷⁰⁾도 등장하는 등, 다툼의 방식에 대하여 법원은 일관되지 못한 입장이었다.

위 대법원 판례의 입장에 따른다면, 적어도 민사소송에 의하여야 하는

적어도 현행 공공재정환수법상 공공재정지급금의 의의에 판례가 일관되게 사법상 계약으로 취급하는 ‘조달계약’을 제외하므로, 이 법에 따른 환수의 강제력 확보수단으로써의 소의 형식에 대해서는 판례의 해석에 따르기도 어렵다. 법원 또한 위 부가가치세 판결에서 “공법상 계약”의 경우에는 당사자소송의 대상이라 판시하고 있고, 사인에 대해 특정한 행정목적을 가지고 지급되는 공공재정 급부관계는 공법적 효과의 발생을 목적으로 하는 공법적 관계라고 보아야 하므로, 당사자소송에 의하는 것이 바람직하다.

68) 대전지방법원 2016. 11. 18 선고 2016나106108 판결.

69) 서울행정법원 2015. 4. 24 선고 2014구합71399 판결.

70) 울산지방법원 2018. 6. 28. 선고 2017구합6307 판결.

사례(즉, 계약관계에 해당하여 공공재정환수법이 적용되지 않는 사례)의 경우에는 환수 통지를 받은 자의 채무부존재확인소송도 허용된다고 보는 것이 마땅하다.

물론 더욱 체계적으로 바람직한 것은, 공무수탁사인의 환수와 환수 대상자의 채무부존재확인소송 모두 당사자소송으로 다루는 것이나, 적어도 법원의 판단에 최소한의 일관성 확보되기 위해서는 그러하다는 것이다.

(2) 항고소송

공공재정환수법에 따라, 행정청의 환수등의 행위는 공권력의 행사로서 처분성을 인정받을 것으로 보이므로, 대부분 항고소송의 대상이 될 것이라는 점은 큰 의문이 없을 것이다. 다만, 앞서 살핀 바와 같이 계약관계 등의 이유로 공공재정환수법이 배제되는 경우에도 민사소송으로 다투어야 할 것인가? 물론 이때에도 계약관계를 배제하지 않는 개별 환수법령에서 공공기관등에 환수 권한을 부여한다면, 처분으로 보는 것이 이론적으로 바람직하다고 생각한다. 실제 국민건강보험공단과 같은 공공기관등이 개별법에 따라 환수를 하는 경우에도 처분성에 대해 별도의 다툼 없이 항고소송으로 대법원의 판결⁷¹⁾을 받은 바 있다.

그러나 앞서 살핀 바와 같이 보조사업자가 민사소송에 의하여 환수하도록 한 청년인턴지원금 판례에 따른다면, 공공기관등(공무수탁사인 포함)의 처분을 다투고자 하는 경우에도 항고소송이 아닌 민사소송에 의하는 것(채무부존재확인소송)이 논리적으로 일관성을 유지할 수 있는 해석일 것이다.

VII. 맺음말

지금까지 공공재정환수법의 주요 특징과 기존 환수방식의 문제점들, 그리고 공공재정환수법 이후의 변화와 관련 법률관계에 대하여 살펴보았다.

71) 대법원 2018. 10. 4. 선고 2016두33841 판결.

「부정청탁 및 금품등 수수의 금지에 관한 법률」이 공직자의 부패를 방지하기 위해 생겨난 법이라면, 공공재정환수법은 공공재정 수급자의 부패를 방지하기 위한 법률이다. 이처럼 반부패 정책의 강화로 공적 영역에서의 투명성을 제고하는 것은 바람직하다. 이러한 측면에서 공공재정환수법은 그 입법목적에 부합할 만큼 많은 회수 방법의 개선이 이루어졌지만, 반면에 오히려 혼란을 가중하는 부분도 있다. 개별법들이 산재한 상황에서 뒤늦게 일반법의 지위를 획득하게 되는 공공재정환수법이기에, 기존 법률들과의 관계에서 해석상 무리가 없도록 더욱 명료한 개선이 이루어져야 할 것이다. 즉, 부패방지의 입법목적에 지나치게 치중하여 법률간 균형성을 잃어서는 안 된다.

앞으로 더 많은 연구를 통해 환수 주체들의 혼란을 줄이고, 환수 공백을 최소화하며, 나아가 부정수급을 근절할 수 있는 더 바람직한 입법과 판례의 동향을 기대해본다.

공공재정환수법 제정에 따른 제재의 법률관계 - 서 지 민	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.05.14.	2020.06.02.	2020.06.19.

[참고문헌]

[국내 문헌]

- 박균성, 「행정법강의」 제9판, 박영사, 2012.
- 홍정선, 「행정법원론(상)」 제27판, 박영사, 2019.
- 국민권익위원회, 「공공재정 허위·부정청구 등 방지법」 제정을 위한 공개토론회, 2014.
- 김기선, “공공재정 부정수급 방지 법제에 관한 연구”, 「법학연구」 제31권 제1호, 2020.
- 김재규, “공법인에 관한 연구”, 「성균관대학교」 박사학위 논문, 2008.
- 김지영, “행정법상 부가금에 관한 고찰-징계부가금과 제재부가금을 중심으로-”, 「법과 정책연구」 제17권 제3호, 2017.
- 신봉기, “공공재정의 부정이의환수 법안에 대한 검토”, 「부패방지법연구」 제2권 제1호, 2019.
- 임성훈, “보조금 부정청구에 대한 부정이의 환수 및 제제에 관한 연구”, 「행정법연구」 제58호, 2019.
- 정선균, “공법상 당사자소송의 활성화에 대한 연구”, 「서강대학교」 박사학위 논문, 2015.
- 정해방, “국고보조금의 법적 성격과 집행의 실효성확보 강화방안에 대한 고찰”, 「일감법학」 19권, 2011.
- 허이훈, 행정계약 관련 분쟁의 소송형식-공법상 당사자소송과 민사소송의 구별을 중심으로-, 「강원법학」 제59권, 2020.

【국문초록】

지금까지 공공재정지급금의 부정수급은 통일적 기준 없이 개별 법률과 일반 민사법등에 의하여 통제되어왔다. 그러나 2019. 4. 16. 「공공재정 부정 청구 금지 및 부정이익 환수 등에 관한 법률(이하 ‘공공재정환수법’이라 한다)」이 제정되고 2020. 1. 1.자로 시행되면서, 많은 변화가 일어날 전망이다.

이에 당사자간 입장에 따라 발생할 수 있는 다양한 법률 문제들을 조화롭게 해결하기 위하여, 제정법률의 특징과 기존 규범들 간의 관계를 살펴보고, 공공재정환수법 이전의 환수 체계, 그리고 동법 개정 이후의 실질적인 제재조치가 어떤 식으로 이루어질 수 있는지 등에 대하여 다룬 뒤, 소송의 형식에 대하여도 상술하고자 하였다.

첫째, 제정법률의 특징 중에서 가장 두드러지는 점은, ① 공공기관의 의미를 확장하고 행정청 개념을 정면으로 도입하여 환수 주체의 확대를 가져왔다는 것과 ② 부정청구등의 의미에 ‘그밖에 공공재정지급금이 잘못 지급된 경우’와 같은 포괄적 정의규정이 반영되었다는 것이다. ③ 이외에도 명단 공표, 공익신고 등 기존의 공공재정지급금 환수 관련 법률에서 흔히 보기 어려웠던 간접적 의무이행방식의 채택도 특징적인 내용이라고 할 수 있다.

기존 규범 중에서도 「보조금 관리에 관한 법률(이하 ‘보조금법’이라 한다)」을 기준으로 공공재정환수법을 비교해보면, ① 공공재정지급금의 범위를 넓게 정의하여 적용대상이 확대된 점, ② 환수주체가 모두 이자를 포함하여 환수할 수 있게 된 점은 기존과 다소 달라진 점이라고 할 수 있고, 제재부가금·가산금과 관련된 규정은 기존과 거의 유사한 형태임을 알 수 있다.

둘째, 기존 환수등 규제 방식의 문제점을 살펴보면, 제재 주체나 방식·절차들이 개별 법률에서 제각각 규율됨에 따라 혼란과 함께 규제의 공백이 발생하는 부분이 많았다. 특히 국가나 지방자치단체가 아닌 공공기관등(공무수탁사인 포함)의 경우에는, 예를 들어 보조금법상(간접)보조사업자와 같이 법률에서 환수 권한을 부여하는 경우조차도, 실제 환수를 위한 집행력을 갖기 위해서는 민사소송을 별도로 제기해야 하는 경우가 빈번하여 실효성 확보에 어려움이 있었다.

셋째, 그렇다면 공공재정환수법 제정 이후의 변화와 공공기관등의 지위는 어떻게 될 것인가? 통일적 기준이 마련되고 사각지대가 어느 정도 해소되었다는 점에서는 긍정적인 변화가 일어난 것으로 볼 수 있다.

그러나 법문이 모두 의무 규정으로 이루어져 있어 행정청의 재량이 없다는 점은 마치 양날의 칼과 같은데, 강력한 제재 목적 달성을 위해서는 효율적인 방식이라고 할 것이나, 제반 사정을 고려할 수 없는 경직된 구조로 인한 형평성 문제가 발생할 가능성이 있다. 나아가 부정수급 관리의 필요성을 더욱더 강하게 인식하였던 기존 개별법이 재량으로 구성되어 있어 입법상 불균형이 발생할 여지도 있다. 또한, 환수범위의 문제, 공공재정환수법이 계약관계를 배제하기 때문에 사각지대가 상당수 잔존하게 된다는 점 등은 법 제정에도 불구하고 여전히 남아있는 문제점이라고 할 것이다.

공공기관등(공무수탁사인 포함)의 법적 지위를 고려하면, 법문상 공공재정환수법에 따른 채납처분이 가능할 수는 있으나 특수한 기관을 제외하면 실제 그러한 실무를 처리할 인력과 역량을 기대하기 어렵고, 이러한 권한을 부여하는 것이 바람직한지도 의문이므로, 오히려 역으로 공공기관등이 중앙행정기관 또는 지방자치단체에 채납처분을 요청할 수 있는 권한을 부여하는 것도 실효성 확보를 위한 방안이 될 수 있다고 생각한다.

마지막으로, 공공재정환수법 제정 이전의 소송상 분쟁 해결방식을 살펴보면, 환수 주체에 따라 민사소송과 행정소송이 혼용되어왔음을 알 수 있다. 즉, 국가나 지방자치단체의 경우에는 환수를 위해 채납처분이 가능하고 환수에 대해 다툴 때도 처분성에 대한 문제가 거의 일어나지 않는다. 그러나 공공기관등의 경우, 환수를 위한 강제력을 확보하기 위해 민사소송 및 이에 따른 집행을 할 수밖에 없는 반면, 환수를 다투는 입장에서는 항고소송과 채무부존재확인소송을 혼용하여 제기하는 등, 일관성이 현저히 부족했다. 이러한 관례의 모순은 공공재정환수법 이후로도 당분간 심해질 것으로 예상된다.

앞으로 더 많은 연구를 통해 환수 주체들의 혼란을 줄이면서도 제재의 공백을 최소화하고, 나아가 부정수급을 근절할 수 있는 더 바람직한 변화를 기대해본다.

【Abstract】

Legal Relations of the Sanctions under the
Establishment of the Public Fund Recovery Act

SEO JI MIN

(Ph.D student in Law at Korea University Graduate School,
Attorney at Law)

To this day, the false claims for the public funds grant have been controlled by the individual laws and general civil laws without any consistent standard. However, in April. 16, 2019, The Act on the Prevention of the Public Funds False Claims is enacted (“The Public Funds Recovery Act.”) and enforced by Jan. 1, 2020, the prospect is that big changes are upcoming.

Hence, to resolve the various legal issues that might arise upon the positions of the parties, in this paper, it is intended that features of the enacted law and the relationships between the existing laws are reviewed, and the recovery system before the Public Funds Recovery Act and how to impose the substantial sanction after such legal reform are dealt with, and the structure of the litigation is described thereafter.

First of all, the most distinctive point among the features of the enacted law is ① expanding the meaning of the public institutions, and adopting the concept of the administrative authority at a full scale, bringing about the expansion of the main recovery actors, and ② in the meaning of the false claims, the regulation on the comprehensive definition such as ‘other cases where the public funds grant is mistakenly

given.’ is reflected. ③Besides, the adoption of the indirect duty implementation manner such as the announcement of the list, the whistle-blowing, which was not commonly found in the existing public funds grant recovery laws is one of the features.

Among the existing rules, comparing the Public Funds Recovery Act with 「The Act on the Budgeting and Management of Subsidies」 (“The Subsidy Law”) as a criterion, ①defining the scope of the Public Funds Grants wider, so that the scope of applicable targets are expanded. and ② main recovery actors are able to recover entire amount including interests, these are somewhat different from the existing laws, and the rules related sanctions surcharge & additional dues are almost same with the existing rules.

Secondly, in review of the regulation styles such as the existing recovery, the sanction subject, manner & procedures are controlled in individual laws, so that the confusion and the vacuum of the regulations often come about. Especially, public institutions (including the person entrusted public affairs) other than the state or the local government, for example, even in case that the recovery right is delegated by the law such as the (indirect) axillary business person under the Subsidy Law, to have the enforcement power for the actual recovery, the civil litigation needed to be brought very often, imposing difficulties in securing the effectiveness.

Thirdly, and then, how the change after the enactment of the Public Funds Recovery Act and the status of the public institutions will turn out? It would be fair to say that the positive change took place in that the consistent standard is arranged, and the blind spots are settled at a certain level.

However, as the laws are all composed of prescribed duties, having no discretion of the administrative authority is a double edged sword,

though it is an efficient way to achieve the powerful sanction, there is a possibility to bring about an equity issue due to the rigid structure that cannot consider all matters. Further, existing individual laws that recognized the necessity of the false claim management very strongly are composed of discretion, there is a room for the legislative imbalance. Also, in addition to the recovery scope issue, another issue still left in spite of the law enactment is that the substantial number of blind spots may be left because the Public Funds Recovery Act rules out the contractual relationship.

Considering the legal status of public institutions (including the person entrusted public affairs) disposition for the failure to pay according to the Public Funds Recovery Act is possible under the law, but, except the special institutions, it is difficult to expect the personnel and capacity to handle those actual work, also it is unclear that delegating such authority is desirable, rather, it may be a measure for securing effectiveness that delegating to public institutions an authority to request central agencies or local governments a disposition for failure to pay reversely.

Lastly, in view of the dispute resolution manners in the litigation, before the enactment of the Public Funds Recovery Act, it is found that the civil litigation and the administrative litigation are mixed. In other words, in case of the state or local governments, a disposition for the failure to pay is possible for the recovery, and when arguing the recovery, the disposability issue does not arise. Nevertheless, in case of public institutions, to secure the enforceability of recovery, while the civil litigation and the resultant enforcement are the only way, in arguing the recovery, bringing up the appeal or the debt nonexistence litigation in combination, the consistency was lacking remarkably. The contradiction of these cases is expected to get more serious after the Public Funds

Recovery Act.

From now on, through the more research, while reducing the confusion of the recovery actors and minimizing the vacuum of the sanction, further, it could be expected that the false claim can be eradicated as a more desirable change.

주제어(Keyword) : 공공재정 부정청구 금지 및 부정이익 환수 등에 관한 법률_공공재정환수법(The Public Funds Recovery Act), 공공기관의 지위(The Legal Status of Public Institutions), 공법상 부당이득(Unjust Enrichment under Public Law), 당사자소송(Party Litigation in Public Law), 명단공표(Announcement of the List), 부정이익(Illegal Profit), 채납처분(Disposition for Default), 환수(Recovery)

외국인의 국내출생자녀에 대한 출생지주의 입법의 대안과 선택*

민 지 원**

▶ 목 차 ◀

I. 서론	1. 입법의 목적
II. 이론적 검토 및 입법의 유형	2. 입법의 대상
III. 독일과 프랑스의 입법례	3. 입법의 결과
1. 독일	4. 법적 요건
2. 프랑스	V. 결론
IV. 출생지주의 입법의 국내 도입 가능성	

I. 서론

한국에서 출생에 따른 국적(혹은 시민권)¹⁾ 취득은 부모양계 혈통주의

* 이 논문은 2018년 「외국 국적자의 국내출생자녀에 관한 보충적 출생지주의: 독일과 프랑스를 중심으로」 정책보고서를 수정, 보완, 재구성했으며 2019년 7월 5일 한국이민정책학회 하계 학술대회에서 초고를 발표한 바 있다. 프랑스(정부 홈페이지 및 판례)와 독일(정부 홈페이지 및 그래프)에 관한 조사와 부분 번역을 도와 준 전세정님과 정다희님께 감사드린다.

** 이민정책연구원 부연구위원

1) 이 논문에서는 ‘국적(nationality)’과 ‘시민권(citizenship)’의 용어상 구분을 하지 않고 일반적으로 상호 교환적으로 통용되는 의미로 사용했다. 그러나, Thomas Faist, Jürgen Gerdes, Beate Rieple (2007)은 다음과 같이 각각의 개념을 구별하고 있다. ‘국적’은 국가의 법과 권력의 지배를 받는 국가의 완전한 멤버십(membership)을 의미하고

(*jus sanguinis* 혹은 속인주의) 원칙에 의해 이루어진다. 국적법 제2조는 출생 당시에 부 또는 모가 대한민국의 국민인 자녀의 경우에 국적을 취득한다고 규정하고 있다. 예외적으로, 부모가 모두 분명하지 않거나 국적이 없는 경우 대한민국에서 출생한 사람은 대한민국 국적을 취득하게 된다(국적법 제2조 3항).²⁾ 또한, 현 제도 하에서 외국인 미성년 자녀는 부 또는 모가 귀화허가를 신청할 때 국적을 함께 취득(수반취득)하거나(국적법 제8조) 성인이 되어 귀화를 신청할 수 있다. 외국 국적자의 자녀가 국내에서 출생하고 오랫동안 거주하고 성장기를 보냈다 하더라도 국적이 부여되지 않는다. 또한, 혈통주의에 의해서 자동적으로 한국 국적이 주어졌지만 사회적 관계나 구성원으로서의 어떠한 유대가 없이 성장하는 경우도 있다.

이에 반해 속지주의(*principle of birthplace*)라고 불리는 출생지주의(*jus soli*)는 영토 내에서 출생한 모든 사람에게 국적을 부여하는 원칙이다. 대표적으로 미국, 캐나다 등 국가에서 채택하고 있다. 이러한 출생지주의는 국가에 체류할 의사가 없는 일시 방문자나 단기 거주자에게 출생한 자녀들에게도 국적이 부여되는 문제점이 있다.³⁾ 또한, 국내에서 출생하지 않았다면, 영

국가 내부의 관계에서 구성원의 권리와 의무를 부여한다. ‘국적’은 국가 간의 관계에서 명확하게 구획된 영토 내부의 사람들을 정의하고 외부의 적대적인 세계로부터 시민을 보호하는 기능을 한다. 국가의 배타적인 법적 권한, 즉 주권이라는 자기결정권에 의해 ‘국적’에 대한 접근성을 결정한다. 이에 비하여 ‘시민권’의 의미는 집단적인 자기결정권과 민주주의, 동등하고 정치적인 자유와 권리에 대한 법적 보장, 정치적 공동체의 멤버십을 포괄한다. 무엇보다도 민주주의적 절차에 의한 지배와 피지배의 일치의 원칙을 강조한다. 또한, 현대 국가의 헌법은 ‘시민권’이라는 법적 지위의 인권과 자유의 본질적 권리를 존중한다. 시민권은 시민과 특정한 정치적 공동체와의 관계에 기반하고 있어 자치에 의한 공동체(*self-governing collective*)에 충실한 개념이다. Faist, Thomas, Jürgen Gerdes and Beate Rieple, “Dual Citizenship as a Path-Dependent Process,” Portes, Alejandro and Josh DeWind, eds., *Rethinking Migration: New Theoretical and Empirical Perspectives* (Berghahn Books, 2007), 94-95.

2) 제2조(출생에 의한 국적 취득)

① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 출생과 동시에 대한민국 국적(國籍)을 취득한다.

1. 출생 당시에 부(父)또는 모(母)가 대한민국의 국민인 자
2. 출생하기 전에 부가 사망한 경우에는 그 사망 당시에 부가 대한민국의 국민이었던 자
3. 부모가 모두 분명하지 아니한 경우나 국적이 없는 경우에는 대한민국에서 출생한 자

② 대한민국에서 발견된 기아(棄兒)는 대한민국에서 출생한 것으로 추정한다.

[전문개정 2008. 3. 14.]

아기 혹은 유년기에 입국해 유입국에서 오랜 기간 성장했다고 할지라도 부모의 귀화를 통해서만 국적을 취득할 수 있다.

오늘날 혈통주의와 출생지주의 원칙은 각각의 한계점을 가지고 있기 때문에 세계 각국은 그 간극을 좁히기 위한 정책을 도입해 상호 융합의 방향으로 이동하고 있다.⁴⁾ 예를 들면, 영국과 같은 전통적인 출생지주의 국가는 1981년 개정된 국적법(British Nationality Act of 1981)에 따라 모든 국내출생자녀가 아니라, 시민이나 합법적인 영주권자에게 출생한 자녀에게 출생 시 국적을 부여하도록 규칙을 수정했다.⁵⁾ 또한, 프랑스와 같은 혈통주의 국가는 부모에 이어 국내에서 출생한 제3세대 자녀에게 국적을 부여하는 이중출생지주의 정책을 도입하기도 했다. 이와 같은 현상에 대해 이철우는 혈통주의와 출생지주의가 절충되고 있기 때문에 한 국가가 어떤 제도를 가지고 있는 지는 이분법적으로 구별되기 보다는 상호 보완적이며 상대적으로 비교될 수 있다고 설명한다.⁶⁾

이러한 국제적 추세 속에서 혈통주의가 지배적인 유럽 등에서 이민 2세대 등의 사회적 통합을 촉진시키기 위해 출생지주의 요소가 도입되고 있다. 이를 편의상 “보충적 출생지주의”⁷⁾ 혹은 “제한적 출생지주의”⁸⁾로 명명한다. 유럽에서 가장 중요한 개혁은 2000년 독일 국적법 개정으로 평가된다.⁹⁾ 독일과 프랑스는 유럽의 입법례 중에서 가장 차이가 큰 모델이고 거주와 출생에 관한 법적 요소들을 도입해 서로 다른 방식의 입법 대안을 제시하고 있다.¹⁰⁾ 이러한 이유로 본 논문은 독일과 프랑스의 최근 개정 입법례를 수

3) T. Alexander Aleinikoff and Douglas Klusmeyer, *Citizenship Policies for an Age of Migration*, (Carnegie Endowment for International Peace, 2002), 11.

4) Ibid., 7.

5) Ibid., 7; Maarten P. Vink and Gerard-René de Groot, “Birthright Citizenship: Trends and Regulations in Europe,” Eudo Citizenship (Observatory, European University Institute, 2010), 21.

6) 이철우, 이종수, 김현미, 『국적제도의 개선방안: 보충적 출생지주의와 제한적 이중국적 용인을 중심으로』, 법무부 용역보고서, 2007, 14면; 이철우, “국적법의 세계적 동향과 한국의 현실: 시민권정책지수에 기초하여,” 『법과사회』 제46호, 2014, 148면.

7) 이철우, 이종수, 김현미, 위의 보고서.

8) 이철우, 앞의 논문, 144면.

9) Vink and Groot, “Birthright Citizenship,” 20.

집해 소개하고 독일과 프랑스의 판례를 통해 관련 제도가 운영되는 방식을 살펴본다. 독일과 프랑스의 정부 홈페이지 등을 통해 습득된 최신 정보를 통해 법제도가 어떠한 지향성을 가지고 변화했는지를 반영하고 과거 출생지주의 도입에 따른 입법적 결과 혹은 효과를 문헌조사를 통해 제시한다. 법무부의 통계연보와 통계월보를 통해 입법 환경을 분석하고 입법의 잠재적 대상이 될 이주민 인구의 변동 사항 등 인구 현황을 조사해 세대별 접근법에 따라 독일과 프랑스 모델을 대입해 보았다. 추가적으로 미등록 아동에 대한 활동가의 인터뷰 내용을 담았다.

이 연구의 목적은 혈통주의 국가에서 출생지주의 요소를 도입한 독일과 프랑스의 보충적 출생지주의 제도를 최근 개정 입법 내용과 그 결과를 비교·분석하고 이들 입법의 국내 적용 가능성을 살펴보는 데 있다. 향후 입법적 대안으로 어떠한 다양한 법적 요건이 존재하는 지를 알아보고 입법의 대상을 어떠한 기준에서 설정할 것인지를 고찰하고 이에 따라 국내에서 법정정책적 선택의 범위를 넓힐 수 있는 방안은 무엇인지에 관해 논의하고자 한다.

II. 이론적 검토 및 입법의 유형

국적 취득의 기준인 혈통주의와 출생지주의가 가지고 있는 공통점은 국적이 ‘출생 시’에 결정된다는 점이다. 이에 반해 중요한 차이는 ‘혈통’ 혹은 ‘출생지’라는 두 가지 기준에 의해서 국적취득이 이루어진다는 데 있다. 한국은 국적법 제2조 제1항에 따라 “출생과 동시에 대한민국의 국적을 취득”하게 되고 이를 “선천적 국적” 혹은 “생래적 국적”이라고 부른다.¹¹⁾ 후천적으로 국적을 취득하는 사람들은 ‘귀화’의 절차를 거치게 된다. 이러한 선천

10) Annick Devynck, “Citizenship and Naturalization in France and Germany,” ECPR Conference Copenhagen, Denmark (14–19 April 2000). p. 1; Vink and Groot, “Birthright Citizenship,” 13.

11) 석동현, 「국적법」, 법문사, 2011, 89면.

적 국적 결정을 비판적으로 분석하는 학자 아엘렛 샤차(Ayelet Shachar)의 주장은 선천적으로 취득된 시민권에 의한 개인의 국가 귀속성이 전 세계적인 불평등의 결과를 정당화하고 주장한다. 샤차는 혈통주의나 출생지주의 원칙 모두가 혈통이나 출생지라는 자의적 기준을 통해 시민권을 타고난 권리(birthright)로 전제하고 있다고 분석하면서 시민권이 마치 소유권과 같이 출생 시 상속된다고 비판한다.¹²⁾ 두 원칙 모두 ‘선택’이나 ‘동의’가 아닌 ‘부모(혈통)’ 혹은 ‘영토’라는 생득적인 속성에 의해서 정치적 구성원의 자격을 부여한다는 점에서 동일하다는 것을 지적한다.¹³⁾

샤차는 ‘출생’에 의해 운명적으로 시민권이 배분됨으로써 발생한 글로벌 차원의 불평등에 대한 구제방안으로 ‘진정한 관계의 원칙(*jus nexi*)’을 제시한다. 혈통주의와 출생지주의의 대안(혹은 보완)이 될 수 있는 이 원칙은 출생 시 자동적으로 시민권을 부여하는 생득적인 원리에 의해서가 아니라, 관련성, 결합, 연결점 등과 같은 진정한 관계에 의해 구성원의 자격(시민권)을 제공하는 것을 그 내용으로 하고 있다.¹⁴⁾ 이 원칙은 1955년 국제사법재판소의 노테봄(Nottebohm case) 결정의 ‘실질적이고 효과적인 국적(real and effective nationality)’의 개념에 의해서도 뒷받침된다.¹⁵⁾ 재판소는 국적 국가와 국적자의 사실 관계가 다른 국가 사이에 존재하는 관계에 비해 압도적일 만큼 충분히 밀접하여 당사자에게 부여된 국적이 (존재하는 관계의 사회적 사실에 대한 사법상의 정확한 표현으로써) 실질적이고 효과적이라고 볼 수 있는 지를 확인해야 한다고 판시했다.¹⁶⁾ 노테봄 판례에 의하면 ‘국적’

12) Ayelet Shachar, *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality*, (President and Fellows of Harvard College, 2009), 127; Ibid., 189.

13) Ibid., 127.

14) Ibid., 165.

15) Ibid., 167.

16) “(Since this is the character which nationality must present when it is invoked to furnish the State which has granted it with a title to the exercise of protection and to the institution of international judicial proceedings,) the Court must ascertain whether the nationality granted to Nottebohm by means of naturalization is of this character or, in other words, whether the factual connection between Nottebohm and Liechtenstein in the period preceding, contemporaneous with and following his naturalization appears to be sufficiently close, so preponderant in

은 “사회적 사실로서의 결속, 즉 존재와 이해, 감정과 상호 권리의 의무 등의 순수한 연결을 그 근거로 삼는 법적 구속력”이라고 정의하고 있다.¹⁷⁾ “법에 의한 것이든 당국의 행위결과에 의한 것이든, 사실상 한 개인은 그 어떤 국가보다도 그에게 국적을 부여하는 국가의 사람들과 보다 밀접하게 연결되어 있”다고 설명한다.¹⁸⁾

이와 같이 국적을 구성하는 개인과 사회의 실질적인 유대를 평가하는 데에는 해당 사회에서 살아온 ‘시간’이 중요한 요소가 될 수 있다. 시민권을 부여할 때의 중요한 기준으로 알렉산더 알레이니코프(T. Alexander Aleinikoff)와 더글라스 클러스메이어(Douglass Klusmeyer)는 ‘시간의 길이’를 의미하는 ‘세대’에 의한 접근(generational approach)을 제안하고 있다.¹⁹⁾ 여기서 중요한 규범은 ‘시간의 길이’이다.²⁰⁾ 유입 국가에서 세대를 거치며 얼마나 오랜 시간을 보내며 사회화 과정을 경험했는지가 시민권에 대한 접근성에 바로미터가 된다. 세대에 의한 접근에 관련한 구분과 정의는 아래와 같다.²¹⁾

relation to any connection which may have existed between him and any other State that it is possible to regard the nationality conferred upon him as real and effective, as the exact juridical expression of a social fact of a connection which existed previously or came into existence thereafter.” Nottebohm case (LIECHTENSTEN V. GUATEMALA). I.C.J. Reports. 1955.

17) “According to the practice of States, to arbitral and judicial decisions and to the opinions of writers, nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties.” Nottebohm case (LIECHTENSTEN V. GUATEMALA). I.C.J. Reports. 1955; 국제이주기구, 「이주 용어사전」 제2판, 「국제이주법」 제26호, 2011, 30면.

18) “It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as the result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State.” (LIECHTENSTEN V. GUATEMALA). I.C.J. Reports. 1955; 국제이주기구, 앞의 단행본, 30면.

19) Aleinikoff, and Klusmeyer, *Citizenship Policies*, 4.

20) Ibid., 9.

21) 민지원·권채리, 「외국 국적자의 국내출생자녀에 관한 보충적 출생지주의: 독일과 프랑스를 중심으로」, IOM이민정책연구원 정책보고서 No. 2018-05, 2018, IOM이민정책연구원, 56면.

〈표 1〉 이주자의 세대별 분류 및 정의

구 분	개 념
1세대	다른 나라에서 출생·성장하고 성년이 되어 이민을 온 사람
2세대	유입국(host society)이나 외국에서 출생한 후 유입국에서 대부분의 사회화를 경험한 이민 1세대의 자녀
3세대	이민 1세대의 손주 세대를 의미하고 유입국에서 출생하고 성장한 사람

출처: Aleinikoff and Klusmeyer, *Citizenship Policies*, 4; 민지원·권채리, 앞의 보고서, 56면, <표 5-1>에서 수정 후 재인용.

알레이니코프(Aleinikoff)와 클러스메이어(Klusmeyer)는 2세대와 3세대가 시민권에 대해 자동적 혹은 자동에 가까운 정도의 접근성을 가져야 한다고 설명한다.²²⁾ 무엇보다도 3세대는 출생과 동시에 국적이 부여되거나 출생과 성년 사이에 국적 취득이 가능해야 한다고 강조한다.²³⁾ 알레이니코프와 클러스메이어의 세대별 정의의 특징은 ‘유입국’에서 성장한 외국출생자녀도 2세대에 포함시키고 있다는 점이다. 이와 같은 세대별 구분에 따라 통합에 우선시되어야 하는 시민권에 근접한 이주자 대상이 누구인지를 판단할 수 있다. 이러한 세대별 접근법은 독일과 프랑스 모델에 기반한 출생지주의의 보충적 도입과 관련한 입법 대상을 검토할 때 유용하다.

이러한 세대별 접근에 따라 이주자 제2세대를 위한 시민권 부여의 기준은 3가지로 나뉜다.²⁴⁾ 첫 번째, 제2세대의 ‘출생’ 당시에 시민권을 부여하는 방법이다. 현재 캐나다와 미국에 해당하는 정책으로 앞서 말한 바와 같이 일시적 방문자의 출생 자녀에게도 시민권이 부여되어 ‘해외 원정 출산’이라는 비난으로부터 자유롭지 못하다. 두 번째, ‘거주’에 기반한 시민권을 취득하게 하는 방법이다.²⁵⁾ 이 정책은 ‘출생’을 요구하지 않기 때문에

22) Aleinikoff, and Klusmeyer, *Citizenship Policies*, 9; 민지원·권채리, 앞의 보고서, 56면.

23) Ibid., 9.

24) Ibid., 11-12.

25) Ibid., 14-15.

외국에서 태어난 후 유입국에서 자라난 2세대를 포함할 수 있다.²⁶⁾ 알레이니코프와 클러스메이어는 유입국에서 출생한 자녀와 외국에서 태어나 유년기에 입국한 자녀가 소속감을 나타내는 정체성 또는 사회화의 정도에 있어 구별의 의미가 없기 때문에 ‘거주’에 의한 시민권 취득이 합리적이라고 주장한다.²⁷⁾ 이러한 기준이 장소에 대한 이해관계, 애착, 삶의 계획을 반영할 수 있어 사회 통합을 촉진시킨다는 설명이다.²⁸⁾

〈표 2〉 이주민 2세대에 대한 시민권 부여 기준

대안	요 건
1	출생시 시민권 (Citizenship at Birth)
2	거주시 시민권 (Residence Alone)
3	출생과 거주에 기반한 시민권 (Citizenship Based on Birth Plus Residence)

출처: Aleinikoff and Klusmeyer, *Citizenship Policies*, 10-15.

세 번째, ‘출생’과 ‘거주’에 기반한 시민권(citizenship based on birth plus residence)이다.²⁹⁾ 출생과 더불어 부모나 자녀의 일정 기간 거주기간을 충족시키면 국적을 부여하는 접근 방법이다. 독일, 호주, 영국, 프랑스 등 포함된다. 이와 같이 출생, 거주, 출생과 거주라는 세 가지의 기준으로 대안을 폭넓게 구분하고 있다.

알레이니코프와 클러스메이어의 세 가지 대안이 ‘출생’과 ‘거주’라는 기준에 대한 것이었다면, 이철우는 제한적 출생지주의에 관한 국가별 제도의 유형을 세분화해서 정주자출생지주의, 이중출생주의, 출생+거주주의, 예외주의의 4가지로 분류하고 있다(표 3).³⁰⁾ 이와 같은 4가지의 입법 유형은 상

26) Ibid., 14.

27) Ibid., 14.

28) Ibid., 14.

29) Ibid., 12.

30) 이철우, 앞의 논문, 435-437면.

호 배타적이지 않아서 조합에 의한 구성이 가능하다는 점을 주목할 필요가 있다. 영국에서 정주자출생주의와 출생+거주주의에 의한 제도를 함께 도입한 점, 프랑스와 벨기에에서 이중출생지주의와 출생+거주주의 관련 법조항을 통한 국적취득이 가능한 점이 그 예이다. 한국과 일본은 예외주의에 해당하고 특히 한국의 국적법 제2조 제3항이 이에 속한다.

〈표 3〉 제한적 출생지주의의 입법 유형, 내용, 해당국

구분	유형	내용
1	정주자출생지주의	장기 거주자 지위(settled status) 등 장기 거주한 부 또는 모에게 출생한 자는 출생과 더불어 국적취득
		독일, 아일랜드, 영국, 포르투갈, 호주 등
2	이중출생지주의 (double <i>ius soli</i>)	부 또는 모와 더불어 본인도 해당국에서 출생한 경우
		그리스, 네덜란드, 벨기에, 스페인, 프랑스 등
3	출생+거주주의 (<i>ius soli</i> + <i>ius domicili</i>)	출생 후 본인이 일정 기간 동안 거주하면 주어진 기간에 국적 취득
		벨기에, 영국, 이탈리아, 프랑스, 호주 등
4	예외주의	혈통주의에 의해 국적 취득이 불가능한 경우 (부모가 분명하지 않거나 국적이 없는 경우)
		일본, 한국 등

출처: 이철우, 전계서, 435-437면의 내용을 표로 재구성

본 논문에서 다루고자 하는 독일과 프랑스의 입법례는 앞서 설명한 알레이니코프와 클러스메이어의 2세대를 위한 입법 유형(표 2)에 따르면 세 번째 대안(출생과 거주에 기반한 시민권)에 해당된다. 다른 한편 후자(표 3)의 분류 체계에 따르면 독일은 정주지출생지주의, 프랑스는 출생+거주주의로 구분된다. 다음 장에서는 독일과 프랑스의 법제와 판례 등을 통해 해당 요건 등이 어떻게 운영되고 있는 지에 대해 살펴보려고 한다.

Ⅲ. 독일과 프랑스의 입법례

1. 독일

(1) 국적법

독일은 한국과 같이 혈통주의에 의해 부 혹은 모가 독일 시민권자인 경우 출생과 동시에 독일 국적을 취득한다(국적법 제4조 제1항). 외국국적 부모의 독일 출생자녀는 독일 시민권을 취득할 수 없다가 2000년 1월 1일부터 시행된 독일 국적법에 의해 외국인 부모가 일정한 요건을 만족하면 자녀가 출생 시 독일 시민권을 취득하게 되었다. 이로 인해, 외국인 부모에게 출생한 국내출생자녀들이 예외적으로 독일 시민권을 취득할 수 있는 길이 열리게 되었다.

구체적으로 독일 국적법(Staatsangehörigkeitsgesetz) 제4조 제3항에 따르면 외국 국적자 부모를 둔 독일 출생 자녀는 부 또는 모가 독일에서 8년간 합법적으로(rechtmäßig) 통상적인 거소(gewöhnlichen Aufenthalt)를 가지고 있고 ‘정주허가(Niederlassungserlaubnis)’가 있으면 출생 시 독일 시민권을 취득한다.³¹⁾ 8년간의 통상적인 거소는 ‘중단 없이’ 이루어져야 한다.³²⁾ 이러한 거소 기간은 독일 귀화자격에서의 최소 8년이라는 합법적인 거주 자격요건과 동일하다(국적법 제10조). 정주허가는 유럽 시민이 아닌 외국인에게 무기한의 체류를 허가하는 영주권으로 이해될 수 있다. 2004년 제정된 이민법(Zuwanderungsgesetz)이 2005년 1월 1일 발효되면서 기존의 체류자

31) 국적법 제4조 제3항(국적의 취득)

외국인 부모의 자녀는 독일에서 출생한 경우, 부 또는 모가

1. 독일에서 8년간 합법적으로 통상적인 거소를 가지고
2. 정주허가(Niederlassungserlaubnis)가 있거나 “스위스 국적자 또는 그의 가족으로서 1999년 6월 1일 유럽연합 및 그 소속국가와 스위스 연방 사이에 체결된 거주자의 자유에 관한 협정에 의해 거주허가”가 있으면 독일 국적을 취득한다.

최윤철·권형진, 「이주 시대의 법과 제도 III-1: EU·독일」, 건국대학교 이주·사회통합연구소, 2017, 90면; 민지원·권채리, 앞의 보고서, 11면.

32) 이철우, 이종수, 김현미, 앞의 보고서, 62면.

격 관련 유형이 단순화되었고 2005년 1월 1일 이전에 사용되었던 “무기한 거주권(unbefristete Aufenthaltserlaubnis)”을 정주허가로 대체하였다.³³⁾ 해당 이민법은 체류법(Aufenthaltsgesetz)과 EU 시민들의 자유 이전에 관한 법(Freizügigkeitsgesetz/EU) 등을 포함한 통합 패키지의 성격을 가지고 있다. 체류법 제101조은 2005년 1월 1일 전에 발급된 ‘무기한 거주권’이 영주의 정주허가와 같은 효력이 유지된다고 명시하고 있다. 이러한 정주허가의 자격요건은 체류법 제9조에 따라 5년간의 ‘거주허가(Aufenthaltserlaubnis)’이다. 허가를 받은 경우 취업과 기간 제한이 없는 체류가 가능하다.

또한, 개정 국적법 시행(2000년 1월 1일) 이전에 출생한 외국인 자녀의 경우 국적법 제4조 제3항의 적용을 받지 못하기 때문에 이들을 위한 경과규정(국적법 제40b조)을 마련했다. 국적법 제40b조에 의하면 2000년 1월 1일을 기준으로 ① 만 10세 미만의 외국인 자녀가 ② 독일에 합법적으로 통상적인 거소가 있고 ③ 출생 시부터 “독일에서 8년간 합법적으로 통상적인 거소(국적법 제4조 제3항 제1문)”가 있다면 국적 취득을 ‘신청(Antrag)’할 수 있다.³⁴⁾ 이 경우 귀화 청구권을 가지고 ‘신청’을 통해 국적을 취득한다.³⁵⁾

한편, 앞서 설명한 국적법 제4조 제3항이나 제40b조에 따라 독일 국적을 취득한 사람은 외국 국적과 독일 국적 중 하나를 선택해야 한다(국적법 제29조 제1항 제1호). 즉, 선택의무(Optionspflicht)를 부여했다. 2000년 1월 1일 이후 독일에서 출생하고 성장해 제4조 제3항 혹은 국적법 제40b조 요건을 충족시키고 유럽연합 회원국이거나 스위스 시민권자가 아닌 사람으로

33) District of Görlitz, Niederlassungserlaubnis, (2013), (2020. 3. 22. 방문), <https://www.kreis-goerlitz.de/city_info/webaccessibility/index.cfm?item_id=859212&waid=422&modul_id=15&design_id=11789&record_id=21686>; Landeshauptstadt Düsseldorf, Niederlassungserlaubnis (unbefristete Aufenthaltstitel), (Düsseldorf, 2020), (2020. 3. 22. 방문), <<https://www.duesseldorf.de/auslaenderamt/aufenthalt/unbefristeter-aufenthalt.html>>.

34) “제40b조(만 10세 미만 어린이들을 위한 경과규정)
2000년 1월 1일에 독일 내에 합법적으로 통상적인 거소가 있는 만 10세 미만의 외국인은 제4조 제3항 제1문의 요건이 출생 시부터 지속적으로 충족한다면 신청에 의해 국적을 취득한다. 2000년 12월 31일까지 신청할 수 있다.”

민지원·권채리, 앞의 보고서, 13면.

35) 이철우, 이종수, 김현미, 앞의 보고서, 63면.

만 21세가 된 후 정부로부터 선언(Erklärung, 국적 신고)의 과정 및 내용에 대해 고지를 받은 사람은 국적 선택의무가 있다.³⁶⁾ 국적법 제29조 제1항에 따라 이와 같은 “국적 선택의무자는 만 21세가 된 후³⁷⁾ 독일 또는 외국의 국적 중 어떤 것을 가지고 있을 것인지 신고[선언]하여야 한다. 신고[선언]는 문서형식으로 한다.”³⁸⁾ 선택의무 부여 연령을 2014년 시행 국적법에서 만 18세로 규정하던 것을 만 21세로 변경한 데 따른 것이다.

2014년 12월 20일에는 이와 같은 선택의무를 완화하도록 국적법(Zweite Gesetz zur Änderung des Staatsangehörigkeitsgesetzes)이 개정되었다.³⁹⁾ 이는 2013년 사민당(Social Democratic Party, SPD)과 기독교사회연합·기독교민주연합(CDU/CSU)이 연립정부 합의문에 이 같은 내용을 포함하고 2014년 구체적으로 합의를 이룬 결과이다.⁴⁰⁾ 이러한 변화는 독일에서 출생하고 성장한 외국인 자녀들의 상황을 반영한 것이었고 시민권이 공동체 의식을 높이는데 국적의 중요성을 인식한 것을 의미했다.⁴¹⁾ 국적법 제29조 제1a항에 ‘선택의무’ 면제 조항(제29조 제1a항)을 추가하여 사실상의 이중국적을 인정하게 되었다.

2014년 시행된 국적법 제29조 제1a항은 ‘만 21세가 될 때까지 독일에서 성장한’ 모든 외국인 자녀에게 적용되는 것이 아니라 그 대상을 한정하고

36) 고지를 받은 지 2년 이내로 외국 국적이 상실되지 않으면 독일 국적을 상실한다. 독일 국적 선택자는 외국 국적 포기 또는 상실에 대한 증빙이 필요하고 외국 국적 선택자는 당국에 신고만 하면 된다. 민지원·권채리, 앞의 보고서, 19면.

37) 최윤철·권형진, 「이주 시대의 법과 제도 III-1: EU·독일」의 독일 국적법에서는 “만 21세 만료되면”으로 번역되었으나 해석상 ‘만료’를 생략한다. 민지원·권채리, 앞의 보고서, 13면.

38) 최윤철·권형진, 앞의 단행본, 100면.

39) Auswärtiges Amt. Staatsangehörigkeitsrecht(2018. 12. 28. 방문). <<http://www.auswaertiges-amt.de/de/einreiseundaufenthalt/-/214116>>; Federal Foreign Office, Law on Nationality(2020. 1. 30. 방문), <www.auswaertiges-amt.de/en/einreiseundaufenthalt/staatsangehoerigkeitsrecht-node>.

40) Kay Haibronner and Anuscheh Farahat, “Country Report on Citizenship Law: Germany,” (Italy: EUDO Citizenship Observatory, 2015), 15.

41) Federal Ministry of the Interior, Building and Community. New Rules on Dual Citizenship(2018. 12. 28. 방문), 2014, <<http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/EN/2014/12/dual-citizenship.html>>.

있다. “8년간 독일 국내에 정상적으로 거주하거나, 6년 동안 독일 국내에서 학교에 재학하거나, 독일 국내에서 취득한 졸업증서 또는 독일 국내에서 직업훈련 수료증을 제출한 경우”에 선택의무가 면제된다.⁴²⁾ 더 나아가, “개별적으로 독일과 비교적 긴밀한 관련이 있거나 국적선택의무자가 특별히 어려운 상황에 처할 것으로 판단되는 경우”로 규정하고 있어 인도적 사유를 추가하고 있다.⁴³⁾ 이와 같은 사유에 대해서는 사례별로(case-by-case basis) 정부기관이 결정한다.⁴⁴⁾

국적법 제29조 제1a항 조건을 충족하는 사람은 독일이나 외국 국적 중 하나를 선택하지 않아도 된다. 하지만, 이에 해당하지 않는 만 21세까지 독일에서 출생하고 성장한 외국인 자녀는 국적법 제29조 제1항 제2호에 근거해 국적 선택의 의무를 가지고 있다. 국적 선택의무자는 국적 선택 의무가 면제되었는지에 대해 정부 당국에 확인을 요청할 수 있다.⁴⁵⁾ 2014년 개정 국적법의 시행으로 국적 선택을 해야 하는 사람의 수가 상당히 줄어든 것으로 평가된다.⁴⁶⁾

(2) 판례

판례를 통해 제한적 출생지주의 입법에 따라 예상되는 사안, 관련 법적 혹은 행정적 쟁점 등을 함께 살펴볼 수 있다. 아래 소개되는 독일 판례는 국적법 제4조 제3항 1문에 따라 독일 출생 자녀의 외국인 부 또는 모가 중단 없이 8년 동안 합법적으로 통상적인 거소를 가지고 있는 지에 대

42) 최윤철·권형진, 앞의 단행본, 100면.

43) 최윤철·권형진, 앞의 단행본, 100면.

44) Kay and Farahat, ibid., 15-16.

45) Federal Office of Administration, Opting Procedure(2018. 9. 25. 방문), <http://www.bva.bund.de/EN/Themen/Citizenship_staatsangehoerigkeit/opting_procedure/node.html>.

46) Federal Foreign Office, Law on Nationality(2020. 1. 30. 방문), <www.auswaertiges-amt.de/en/einreiseundaufenthalt/staatsangehoerigkeitsrecht-node>; Federal Foreign Office, New Provisions Regulating Choice of Citizenship(2020. 1. 30. 방문), <<http://www.auswaertiges-amt.de/en/einreiseundaufenthalt/staatsangehoerigkeit-srecht-node/optionsregelung-node>>.

한 내용이다. 연방행정법원(Bundesverwaltungsgericht)의 2007년 3월 29일(BVerwG, Urteil vom 29.03.2007-5 C 8.06) 판례는 부 또는 모의 합법적인 통상 거소 기간이 국적법 제4조 제3항 1문을 충족하는 지 여부를 다루고 있다. 해당 사안 원고의 부모는 앙골라 국적자이며 원고는 2000년 12월 19일 독일 뮌헨에서 출생했다. 원고의 부모는 1985년 1월 16일 입국 후 난민지위를 인정받았다. 그러나 행정법원에서 난민인정이 취소되면서 이들의 무기한 거주권(unbefristete Aufenthaltserlaubnis)에 대한 결정이 지연되었다. 원고의 부모는 1996년 9월 10일에 무기한 거주권을 받은 후 2002년 1월 29일에 원고의 독일 국적에 관한 신분증(Staatsangehörigkeits ausweises)을 신청했다. 그러나, 2003년 5월 6일 연방정부는 1996년 9월 10일 이전의 거주 기간이 합법적인 통상적 거소로 볼 수 없다며 원고에게 독일 국적을 불인정하였다. 연이어, 바이에른 주 행정법원(Verwaltungsgerichtshof)이 국적법 제4조 3항 1문의 요건을 충족하지 않는다는 판결을 내렸고 이에 원고는 연방행정법에 상소하였다. 연방행정법원은 연방정부(Bundesministerium des Inneren)와 검사와 견해를 같이 하며 원고의 부모가 난민 지위를 인정받지 못했다면, 난민신청자였던 부모의 독일 체류기간이 8년의 합법적인 통상 거소 기간에 산입되지 않으며 이에 따라 원고의 독일 국적 취득 요건(국적법 제4조 제3항)이 충족되지 않는다는 연방법원의 판단을 인용했다.

다음 판례는 국적법 제41b조(경과규정)에 따라 귀화를 신청한 경우로 국적법 제4조 제3항에 따라 합법적인 거소가 8년 동안 ‘중단 없이’ 이루어져야 하는 요건과 관련된다. 연방행정법원의 2006년 3월 29일 판례(BVerwG, Urteil vom 29.03.2006-5 C 4.05)로 체류의 합법성이 일시적으로 중단된 사안에 대한 것이다. 1991년, 1993년 독일에서 각각 출생한 10세 미만의 원고 2인은 국적법 제40b조에 따라 2000년 4월 19일에 귀화를 신청했다. 원고의 부는 유고슬라비아, 모는 미국 시민권자이다. 과거 독일인이었지만 미국으로 입양된 모는 1976년 독일에 입국해 1978년 12월 12일에 무기한 거주권을 취득했다. 그러나, 1987년 4월 14일 미국 여권이 만료되고 (같은 해 6월 15일 새 여권이 발행될 때까지) 외국인법 제9조 1항에 의해 거주 허가도 만료(1987년 4월 14일)되어 거소 기간의 연속성이 문제가 되었다. 이에 대해 정

부는 합법적 거소 기간을 산정함에 있어 법적 체류의 ‘중단’이 발생한 것으로 보고 2001년 2월 1일에 원고의 귀화를 거부했다. 행정법원도 원고가 출생할 당시 모가 독일에서 8년간 합법적으로 거주한 것으로 볼 수 없다며 원고의 상소를 기각했다. 그러나 연방행정법원은 외국인법(Ausländergesetz) 제89조 제3항을 고려해 유효한 여권의 미소지가 체류 합법성의 중단 사유로 간주할 수 없다고 판단했다. 외국인법 제89조는 외국인이 의무적인 거주 허가나 연장을 적정한 시기에 지원하지 않거나 유효한 여권을 소지하지 않은 경우는 합법적 체류의 중단으로 간주되지 않는다고 규정하고 있다. 이에 따라서 상고 법원의 기각 결정은 오류이며 국적법 제40b조(경과규정)에 따라 원고의 귀화가 승인되어야 한다는 판결이 내려졌다.

2016년 4월 26일 연방행정법원 판례(BVerwG, Urteil vom 26.04.2016-1C 9.15)는 임시 목적(학업 등)의 거주가 국적법 제4조 제3항의 합법적 통상 거소에 포함되는 지에 관한 내용이다. 원고의 부모는 이스라엘 시민권자이고 원고는 부의 재학 기간 동안 2013년 5월에 독일에서 출생했다. 1999년부터 독일에서 체류하기 시작한 원고의 부는 의학 공부를 위해 거주 허가를 받았다. 그러나, 이후 공부를 중단하고 2004년에 독일 여성과 결혼해 거주허가를 받아 2005년 1월까지 체류를 연장하였다. 그러던 중 독일 아내와 헤어지면서 학업 재개를 위해 거주 연장신청을 했고 2006년 10월에 거주허가(2008년 10월 18일까지 체류 가능)를 받았다. 또한, 2008년 10월 23일에 다시 거주허가의 연장을 신청을 했다. 2010년 12월 학업을 마친 후 취업을 위한 거주허가를 받았고 2011년 9월부터 정주허가를 받았다. 그러나, 2013년 10월 7일 정부는 학업을 위한 부의 체류 기간이 국적법 4조 3항의 거소 기간에 포함되지 않는다고 원고에게 독일 국적을 불인정하는 결정을 내렸다.

2014년 5월 7일 행정법원은 거주 의 일시적인 목적이 학업인 경우도 ‘통상적인 거소’에 해당하므로 원고에게 독일 국적을 부여해야 한다는 판결을 내렸다. 학업을 위한 임시 목적의 체류기간이 국적법 제4조 제3항의 ‘통상 거소’에 해당하는지를 판단함에 있어서 연방행정법원은 ‘예견 가능성(혹은 전망)’의 기준을 제시했다. 다시 말해서, 외국인이 향후 기간의 제한 없이 독일에서 체류할 기회가 있을 것이라는 전망이 있어야 한다. 연방행정법원은

원고의 아버지가 학업을 성공적으로 마치고 직장을 구할 목적으로 독일에 머물 가능성만으로도 ‘통상 거소’를 추정하는 데 충분하다고 설명했다. 더 나아가, 통상 거소의 ‘합법성’을 어떻게 판단할 것인가의 문제에 대해서는 예견 가능성은 요구되지 않으나 임시적 성격의 거주허가를 통해 영주 거주 자격의 접근 가능성을 고려하도록 판시했다. 결과적으로 소급해 판단했을 때 임시 거주허가로 영주 거주에 대해 접근이 가능해졌다면 합법성은 충족된다는 것이다. 즉, 통상적 거소에 해당하는 (학업 목적의) 장기간의 임시 체류는 합법적이다. 따라서 연방행정법원은 2005년 5월부터 원고의 출생시점인 2013년 5월까지 8년 동안의 부의 합법적 통상 거소를 인정했다. 추가적으로, 원고의 부가 2008년 10월 18일에 거주 허가 기간이 끝나고 10월 23일에 뒤늦게 연장 신청을 한 부분에 대해서도 국적법 제12b조 제3항의 (체류기간에 대한) 합법성 중단으로 고려되지 않는다고 설명했다. 이는 거주권 신청 또는 뒤이은 연장이 기간 내에 이루어지지 않았다고 해서 거주의 합법성 중단으로 간주하지 않는다는 명시적 조항(국적법 제12b조 제3항)에 따른 결과이다.⁴⁷⁾

2. 프랑스

(1) 민법

프랑스의 국적에 관한 규율은 혈통주의를 규정한 1804년 민법전에 기반하고 있으며 이후 여러 차례의 개정을 통해 현재는 출생지주의 입법이 함께 도입되어 있다.⁴⁸⁾ 민법전 제18조(혈통주의)에 따라 부모 중 한명이 프랑

47) Nationality Act of 22 July 1913 (Reich Law Gazette I p. 583 - Federal Law Gazette III 102-1), as last amended by Article 1 of the Act of 20 November 2019 (Federal Law Gazette I p. 1626), Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz & Bundesamt für Justiz (2020. 4. 10. 방문), <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stag/englisch_stag.html>.

48) 프랑스 민법 규정에 관한 내용은 Légifrance (프랑스 정부의 법률 사이트)와 2018년 정책보고서 중 권채리(한국법제연구원)가 집필한 제3장(pp. 26-43)에서 참조했다; 민지원·권채리, 앞의 보고서, 34면.

스 국적자이면 그 자녀는 국적을 취득하게 된다.⁴⁹⁾ 또한 출생에 의한 국적 취득은 민법전 제19조부터 제19-4조에 규정되어 있다.⁵⁰⁾ 민법 제19-3조는 부 또는 모, 자녀 모두 프랑스에서 출생한 경우 프랑스 국적을 취득할 수 있도록 하고 있다 (이중출생지주의).⁵¹⁾ 이 제도는 프랑스에서 1851년에 프랑스에서 이민자 통합을 위해 처음으로 만든 제도로 알려져 있다.⁵²⁾ 또한, 외국인 부모의 프랑스 출생 자녀도 출생과 거주에 관한 일정 요건을 충족하면 국적을 부여한다(민법 제21-7조; 민법 제21-11조). 이 경우 자녀의 연령에 따라 기준과 절차가 달라진다.⁵³⁾

외국인 국적 부모의 국내출생 자녀에게 국적취득을 가능하게 하는 민법 21-7조는 1993년 7월 22일 제정되었고 1994년 1월 1일부터 시행되었다.⁵⁴⁾ 당시 민법 제21-7조에 따르면 외국인 부모에게 태어난 프랑스 출생 외국인의 경우 만 16세부터 만 21세까지 국적 취득 의사를 표명했고 프랑스에 거주하고 있으며 5년 동안 프랑스에 상시 거주했다면 프랑스 국적을 취득할 수 있었다. 예외적으로 프랑스어가 모국어인 사람이 5년간 프랑스어 교육기관에서 재학했거나 프랑스어를 공식적인 표준어로 사용하는 국적자의 경우에는 민법 제21-20조에 의해 5년의 상시거주 요건을 충족하지 않아도 되었다. 그러나 1998년 3월 16일자로 이 예외 조항은 삭제되었다.⁵⁵⁾

프랑스에서는 현재 프랑스에서 출생한 국내출생자녀가 연령에 따라 구분되는 거주 및 선언 관련한 요건을 충족하면 프랑스 국적이 부여된다. 국적 취득 연령은 만 18세, 만 16세 이상 만 18세 이하, 만 13세 이상 만 16세

49) Code Civil, Version consolidée au 14 février 2020, Légifrance (2020. 4. 10. 방문), <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20200701>>.

50) Code Civil. Version consolidée au 14 février 2020.

51) Code Civil. Version consolidée au 14 février 2020; 민지원·권채리, 앞의 보고서, 36면.

52) 이철우, 이종수, 김현미, 앞의 보고서, 20면.

53) Code Civil. Version consolidée au 14 février 2020.

54) Code Civil. Version en vigueur du 1 janvier 1994 au 1 septembre 1998, Légifrance (2020. 4. 10. 방문).

55) Code Civil. Version en vigueur du 1 septembre 1998 au 1 janvier 2020, Légifrance (2020. 4. 10. 방문).

이하로 구분되고 연령별로 거주기간의 기산점, 거주 기간의 연속/불연속 요건, 선언의 주체 등이 달라진다. 연령에 따른 구분은 다음과 같다.

첫째, 만 13세 이상 만 16세 이하의 경우 프랑스 시민권을 취득하기 위해서는 만 8세 이후 ‘연속적으로’ 프랑스에 거주했어야 한다(민법 제21-11조 2문).⁵⁶⁾ 이와 같은 조건을 충족시키면 부모(법적 대리인)는 선언(déclaration)⁵⁷⁾에 의해 자녀의 프랑스 국적을 주장할 수 있다(선언 당시 자녀는 프랑스에 체류하고 있어야 한다).⁵⁸⁾ 보통은 부모가 거주지에서 가까운 국적 담당 소법원(tribunal d’instance)에 신고를 하는데 파리의 경우는 프랑스 국적 센터(Pôle de la nationalité française)가 그 기능을 담당한다.⁵⁹⁾ 미성년 자녀가 정신적, 육체적 능력이 없지 않는 한, 자녀의 동의가 반드시 필요하다. 준비 서류에는 미성년자와 법적 대리인의 이름이 기재되고 미성년자의 법적 대리인이 서명 날인한 신고서(선언문)가 포함된다. 이외에도 자녀의 출생신고서와 신원증명서, 외국인 부모의 거주허가 또는 신원증명서, 선언 당시 프랑스 거주를 증명하는 모든 서류, 법적 대리를 증명하는 모든 문서, 미성년자의 정신적, 육체적 능력을 증명하는 진단서 등이 요구된다.⁶⁰⁾ 미성년자의 동의를 위해서 인터뷰 절차가 필요하다. 법원의 최고 서기장은 6개월 내에 신고서를 등록하거나 등록을 거부할 수 있으며 당사자는 거부 통지를 받은 시점부터 6개월 내에 지방법원에 이의를 제기할 수 있다. 법적 요건을

56) 민법 제21-11조 2문

“전항과 동일한 조건에서, 부모가 외국인이고 자녀가 프랑스에서 출생한 경우, 그 자녀는 만 8세부터 프랑스 상시적 거주지가 있는 경우 만 8세부터 만 13세 사이에 프랑스 국적을 취득할 수 있다. 법 제17-3조 제3항에서 정하는 바에 따라 의사표시를 저해하는 정신적·신체적 권능에 문제가 있는 경우를 제외하고는 미성년자의 동의를 구해야 한다” [권채리 번역]. 민지원·권채리, 앞의 보고서, 39면.

57) 라루스(Larousse) 불어 사전에 따르면 ‘어떠한 사실이나 법적 지위의 존재에 관한 존재(affirmation d l’existence d’une situation juridique ou d’un fait)’를 의미한다. Larousse.fr, déclaration (2020. 5. 5. 방문), <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/d%C3%A9claration/22224>>.

58) Service-Public.fr, Nationalité française d’un enfant né en France de parents étrangers (2019. 11. 30. 방문), <<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F295>>.

59) Service-Public.fr, ibid.

60) Service-Public.fr, ibid.

충족하지 않은 경우 검사가 2년 이내에 국적 등록(허위 혹은 사기의 경우 이를 알게 된 때부터 2년 이내)을 문제시할 수 있다.⁶¹⁾

본래 민법 제21-11조의 연혁을 살펴보면, 1994년 1월 1일에 시행된 당시에는 만 21세 전에 군 입대를 하거나 국가에 적극적인 봉사를 한 프랑스 출생 외국인 자녀에게 국적을 부여하기 위해 제정한 조항이었다.⁶²⁾ 이 조항이 현행 민법 제21-11조(2007년 11월 21일 시행)와 유사한 내용(1문과 2문)으로 구성되기 시작한 것은 1998년 9월 1일 시행된 개정 민법에서 부터이다.⁶³⁾ 이후 현행 민법 조항에 ‘미성년자 동의는 정신적·육체적으로 의사를 표명하는 것이 자유로운 경우에 한 한다’는 단서가 추가되었다.⁶⁴⁾

둘째, 만 16세 이상 만 18세 이하의 자녀가 만 11세부터 최소 5년간 체류한 경우에는 거주 지역의 법원에 시민권을 선언(혹은 신고)할 수 있다. 선언 당시 프랑스에 거주해야 하고 연속적이거나 비연속적으로 최소 5년간 상시적인 거주지가 있어야 한다(민법 제21-11조 1문).⁶⁵⁾ 정신적이거나 신체적

61) Service-Public.fr, ibid.

62) 1994년 1월 1일부터 1991년 9월 1일까지 시행된 프랑스 민법 참조, Legifrance(Le Service Public de la Diffusion du Droit), Version en vigueur du 1 janvier 1994 au 1 septembre 1998 (2020. 5. 5. 방문), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=4C9D04EDEF6F6FAF9BBAC871E23DF55F.tplgfr29s_3?idArticle=LEGIARTI000006419869&cidTexte=LEGITEXT000006070721&categorieLien=id&dateTexte=19980831>.

63) Legifrance. Version en vigueur du 1 septembre 1998 au 21 novembre 2007, (2020. 5. 5. 방문)<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=4C9D04EDEF6F6FAF9BBAC871E23DF55F.tplgfr29s_3?idArticle=LEGIARTI000006419870&cidTexte=LEGITEXT000006070721&categorieLien=id&dateTexte=20071120>.

64) Legifrance. Version en vigueur au 21 novembre 2007, (2020. 5. 5. 방문)<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=4C9D04EDEF6F6FAF9BBAC871E23DF55F.tplgfr29s_3?idArticle=LEGIARTI000006419871&cidTexte=LEGITEXT000006070721&categorieLien=id&dateTexte=>>.

65) 제22-11조 제1문

“부모가 외국인이고 자녀가 프랑스에서 출생한 때에는, 제26조 이하에서 정하는 바에 따라 그 자녀는 만 16세부터 신고로써 프랑스 국적을 취득할 수 있다. 단, 신고하는 때에 프랑스 거주지가 요구되고 만 11세 이후 연속적 또는 비연속적으로 최소 5년간 프랑스에서의 상식적 거주지가 있거나 있어야 한다” [권채리 번역]. 민지원·권채리, 위의 보고서. 38면.

인 능력으로 인한 의사표시에 문제가 없는 한 부모의 동의를 필요로 하지 않으며 신고 시 거주하는 지역의 법원에 관련서류와 함께 제출한다.⁶⁶⁾ 소법원(tribunal d'instance)에서 선언이 등록되면 법적 요건을 충족시켰는지 여부에 관해 검사는 2년 이내에 허위 신고 사례 등을 조사해 밝힐 수 있다. 소법원이 등록을 거부한 경우에는 고지한 시점부터 6개월 이내에 신청자의 관할 법원에서 다룰 수 있다.⁶⁷⁾

셋째, 만 11세가 된 이후 최소 5년간 프랑스에서 거주하면 만 18세에 프랑스 시민권을 취득할 수 있다(민법 제21-7조). 5년간의 체류기간은 연속적일 것을 요구하지 않는다.⁶⁸⁾ 이 경우는 선언(신고)없이 자동으로 취득되기 때문에 별도의 절차가 필요 없다. 자동적인 국적 취득이지만, 여권 혹은 국가신분증 카드 등 신분관련 문서를 발급받기 위해서 자신의 국적을 증명해야 한다.⁶⁹⁾ 이를 위해서 자녀는 만 18세가 되면 빠른 시일 내로 거주지에서 가까운 국적 담당 관할 소법원 혹은 파리의 프랑스 국적 센터에서 ‘프랑스 국적 증명서(Certificat de nationalité française)’를 신청할 수 있다.⁷⁰⁾ 5년의 거주기간 관련 서류 등을 구비해야 한다.⁷¹⁾ 더 나아가, 민법 제21-7조 2문은 소법원, 지방 기관, 공공 기관, 특히 교육기관은 1문의 적용을 받는 사람과 일반 대중에게 국적 관련 규정을 알려줘야 하는 의무 조항을 부과했다. 자동 국적 취득이지만, 다른 국적을 가지고 있다고 증명하여 프랑스 국적을 거부할 수 있다.⁷²⁾

프랑스는 이와 같은 제도 이외에도 프랑스 출생자가 아니더라도 프랑

66) Service-Public.fr, *ibid.*

67) Service-Public.fr, *ibid.*

68) 외국인 부모가 외교나 영사 업무에 종사하는 사람은 제외한다. Service-Public.fr, 앞의 인터넷 자료.

69) Service-Public.fr, *ibid.*

70) Service-Public.fr, *ibid.*

71) 학교 책자, 재학 증명서, 취업 수료증 등 관련 문서들이 필요함. Service-Public.fr, *ibid.*

72) 이러한 선언은 만 17.5세에서 19세 사이에 이루어져야 한다. 미성년자가 국적을 거부하더라도 법적인 대리를 필요로 하지 않는다. 다만, 프랑스 군대와 계약관계 있는 사람은 국적을 거부할 수 없다. Service-Public.fr, *ibid.*

스 국적을 가진 형제자매를 두었을 때 시민권을 받을 수 있는 새로운 정책을 2016년에 마련했다. 만 6세부터 프랑스에 상시적으로 체류해왔고 의무교육을 이수했으며 프랑스 국적의 형제자매가 있는 사람은 만 18세부터 시민권을 신청할 수 있게 되었다(민법 제21-13-2조). 제출 서류는 국적 신고서, 출생증명서, 신고 시 프랑스 거주를 입증하는 서류, 유효한 체류증 사본 또는 (체류증이 의무가 아닌 유럽인일 경우) 출신 국가의 신분증, 만 6세부터 프랑스 상시 거주에 대한 입증 자료, 프랑스 정부 감독 하에 있는 교육기관으로부터 의무교육 이수 자료 (취학 증명서), 프랑스 국적을 가진 형제와의 가족 관계 증명서, 제 21-7조 또는 제 21-11조에 근거해 해당 형제나 자매의 프랑스 국적 취득을 입증하는 프랑스 당국 발행 프랑스 국적 증명서, (결혼 또는 이혼한 경우) 결혼 증명서 사본과 이전 혼인관계 파기에 관한 입증 서류 등이다.⁷³⁾ 이와 같은 법제는 프랑스 출생을 요구하지 않는다는 점에서 출생지주의 입법은 아닐지라도 국적 취득 요건의 엄격성을 완화하고 새로운 입법을 모색 및 시도했다는 점에서 중요한 의미가 있다. 그 밖에, 프랑스에서 25년 이상을 상시 거주한 적 있는 만 65세 이상의 프랑스 직계 동포 (부모 또는 조부모)에게도 국적을 신청해 취득할 수 있도록 하였다.⁷⁴⁾

(2) 판례

앞서 설명했듯이, 외국인의 프랑스 출생 자녀는 일정 거주 기간 등 요건이 충족되면 프랑스 국적을 선언할 수 있다. 법원에서 시민권의 선언이 등록되면 검사는 법적 요건의 충족 여부를 조사한다. 프랑스 민사소송의 최고법원 파기원(Cassation Court)⁷⁵⁾의 판례는 프랑스 국적취득이 무효화된 사안의 법적 쟁점과 절차를 통해 제도를 엿보게 한다. 다음 판례는 선언에 의한 국적 취득이 허위 문서 제출에 의한 것임이 밝혀지면서 무효화된 사안

73) Service-Public.fr, Nationalité française du frère ou de la sœur d'un Français(2019. 5. 5. 방문), <<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F33800>>.

74) Service-Public.fr, Nationalité française de l'ascendant (parent, grand-parent...) d'un français(2019. 11. 30. 방문), <<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F33430>>.

75) 파기환송만 가능하다고 해서 파기원이라고 불린다.

이다. 해당 사안의 모하메드는 1981년 11월 30일 프랑스에서 튀니지 국적의 부모에게 태어나 1984년부터 1987년까지 프랑스 학교를 다녔다. 재학 중에 튀니지로 이주해 살았지만, 다시 프랑스로 귀환한 후 1999년 7월 28일에 프랑스 시민권을 선언했다. 그러나 2003년 엑스앙프로방스 항소 법원이 모하메드의 프랑스 시민권 취득을 무효화하는 판결을 내렸고 파기원도 모하메드의 상소에 대해 기각 결정을 내렸다. 모하메드는 개정 전 민법 제21-11조에 근거해 5년의 거주 기간의 면제를 주장했다지만 항소 법원은 거주 기간에 대한 문서는 허위로 작성된 것이고 1998년 3월 16일 개정 민법의 (11세 이후) 5년 상시 거주 기간에 해당하는 요건을 충족시키지 못했다고 판단했다. 연이어 파기원도 상고를 기각했다.⁷⁶⁾

또 다른 판례는 거주 요건을 충족시킨 사람에게 성년이 된 후 프랑스 국적 증명서가 발급되었으나 허위문서 제출이 밝혀지면서 국적 취득이 무효화된 내용이다. 튀니지 출생의 부모를 둔 모니아(Monia)는 1982년 6월 28일에 프랑스 빌레르반에서 태어났고 2001년 7월 23일 안시 소법원(Tribunal d'Instance d'Annecy)에서 민법 제21-7조에 근거한 프랑스 국적 증명서(certificat de nationalité française)를 받았다. 그런데, 5년 거주 증명을 위해 제출된 졸업증명서(혹은 재학증명서) 등이 검사에 의해 허위 문서로 밝혀지면서 2009년 10월 8일 리옹 지방법원(Tribunal de Grande Instance)이 모니아의 외국인 신분을 확정하며 벌금을 부과하였다. 만 11세부터 최소 5년간 거주하면 프랑스 국적을 부여받을 수 있도록 한 민법 제21-7조에 따라 프랑스 국적 증명서를 발급된 것이었지만, 친척이 제출한 졸업증명서(혹은 재학증명서)가 허위로 드러나 (선언자가 허위 문서 제공에 관여하지 않았다 하더라도) 문제가 된 사안이다. 리옹 상고법원은 항고 소송에서 이와 같은 리옹 지방법원의 하급심 판결을 인용하는 결정을 내렸다.⁷⁷⁾

76) Court of Cassation, Civil Chamber 1, Jul. 4, 2006, Appeal 04-14120.

77) Court of Appeal, Lyon, 2nd Chamber, Feb. 14, 2011. Public Hearing of Monday, RG 09/07973.

IV. 출생지주의 입법의 국내 도입 가능성

1. 입법의 목적

혈통주의 국가에서 출생지주의의 요소를 검토하는 주요한 정책 목표와 가치는 사회통합이다.⁷⁸⁾ 출생지주의의 긍정적인 효과는 출생 시 부여되는 시민권을 통해 사회에서 완전한 법적 구성원임을 인식하도록 도와 개인의 사회 통합과 소속감에 긍정적인 영향을 미칠 수 있다는 점이다.⁷⁹⁾ 따라서, 국내에서 출생하고 성장하며 인격의 형성 및 사회화가 이루어진 이민 2세대에게 시민권을 부여해 사회 통합의 가치를 실현할 수 있도록 하는 것이 제도 도입에 있어서 중요한 기준이 된다.

독일 출생지주의 입법의 정치적 배경에는 1998년 게르하르트 슈뢰더가 집권하면서 사회민주당(Sozialdemokratische Partei Deutschlands, SPD)과 녹색당(Bündnis 90/Die Grünen)의 연정이 있었다. 이때 국적법 개정에 대한 논의가 이루어졌는데 당시 맺었던 적녹연정협약(Koalitionsvereinbarung zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands und Bündnis 90 / Die Grünen)의 세부 주제에 이민자의 ‘통합’이 포함되었다.⁸⁰⁾ ‘통합’ 정책의 핵심에는 근대의 시민법이 있다며 출생지주의 정책 도입을 제안했다.⁸¹⁾ ‘외국 국적의 부 또는 모가 독일에서 태어났거나 혹은 미성년자로 14세 이전에 독일에 입국해 거주허가를 받은 경우에 그 자녀는 출생 시 독일 국적을 취득한다’는 내용이 이에 해당된다. 이와 같이 독일의 혈통주의에 기반한 법제도는 출생지주의 법조항에 의해 수정될 수 있었다.

혈통주의 법제도의 한계는 부모가 시민권이 없는 경우 세대를 거쳐 그

78) Aleinikoff and Klusmeyer, *Citizenship Policies*, 13.

79) Ibid., 7.

80) ‘모두를 위한 안전 - 민권의 강화(IX Sicherheit für alle - Bürgerrechte stärken)’ 과제가 제시되었고 이에 대한 하부 주제로 이민자의 통합이 포함되어 있다.

81) Koalitionsvereinbarung zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands und Bündnis 90 / Die Grünen(1997. 10. 20.), Aufbruch und Erneuerung - Deutschlands Weg ins 21. Jahrhundert(2019. 12. 23. 방문), <<https://www.agrar.de/politik/kv98.htm>>.

러한 법적 지위가 대물림되는 데 있다. 예외적으로 귀화를 통해 국적을 취득하지 않는 한, 한국에서 일생을 살았거나 스스로를 한국인과 동일시하고 있는지 여부와 관계없이 한국인이 될 수 없다. 따라서 이들은 시민으로서의 보호에서 배제되는 동시에 의무도 공유하지 않는다. 다른 한편, 한국에서 체류하지 않고 한국과 사실상의 유대가 전혀 없는 한국인 자녀는 한국인으로서는 법적인 보호를 받을 수 있다. 국제사법재판소 노테봄 판례의 ‘국가와 개인 간의 진정한 관련성(genuine link)’을 국적의 요소로 적용하더라도, 일정한 유대를 가진 외국인 자녀에 대한 출생지주의 입법의 도입은 혈통주의의 제도적 모순을 교정한다는 점에서 중요한 의미를 갖는다.

더 나아가, 정부는 이와 같은 입법을 통해 인구의 점진적 증가, 사회에서 고립된 이주민 밀집지역 형성의 방지, 실질적인 사회 구성원의 참여를 통한 민주주의 질서의 보장 및 시민으로서의 의무 이행 등 추가적인 정책적 목적을 달성할 수 있다.

2. 입법의 대상

입법의 대상은 입법의 적용을 받는 개인이나 집단을 의미한다. 앞서 제시한 입법 목적을 실현하기 위해 입법에 대한 수요를 파악하는 것은 필요한 작업이다. 입법의 대상은 정책 환경에 따라 변화될 수 있다. 5년 이상 상시적으로 거주한 인구에 해당하는 영주권자의 국적별 인구분포도를 살펴볼 때 최근의 변화는 중국인과 한국계 중국인 영주권자 수가 급증했다는 사실이다. 2005년 법무부에서 외국인 국내출생 자녀에 대해 독일의 입법례 도입을 검토했을 당시 내린 잠정적 결론은 영주권자의 수가 적어 실익이 없으므로 향후 수요가 많아질 때 사회적 비용 등을 감안해 시행하겠다는 것이었다.⁸²⁾ 당시로부터 10년이 더 지난 시점에 이주민에 대한 인구 통계에는 변화가 나타나고 있다.

인구구성 및 잠재적 수요 현황은 재한화교를 출생지주의의 주요 정책

82) 법무부 내부자료(2005. 12): 이철우, 앞의 글, 453면의 재인용.

대상으로 보았던 2007년 선행연구 「국적제도의 개선방안: 보충적 출생지주의와 제한적 이중국적 용인을 중심으로」 연구 당시와 차이가 있다.⁸³⁾ 즉, 출생지주의의 보충적 도입에 따른 잠재적인 정책 수요의 대상이 과거보다 증가했고 대상과 범위도 다소 넓어졌다. 2006년 말 당시 영주자격 소지자 중 타이완 국적 소지자는 총 13,717명이었고 뒤를 이은 일본 국적자는 1,921명, 중국 국적자는 79명, 한국계 중국인은 39명에 불과했다.⁸⁴⁾ 제한화교로 인식되는 타이완 국적의 영주자격 소지자는 2017년 말 총 13,003명, 2018년 말 총 12,786명으로 2006년 말과 비교했을 때 큰 차이가 나지 않는다.⁸⁵⁾

〈표 4〉 중국과 타이완 영주권자 현황(2018)

(단위 : 명)

국적	성별	영주자(F-5)	총수
한국계 중국인	남성	41,920	81,026
	여성	39,106	
중국	남성	10,256	30,812
	여성	20,556	
타이완	남성	6,967	12,786
	여성	5,819	

자료: 2018년 출입국·외국인정책본부 통계연보

그러나, 2006년 말 39명에 불과했던 한국계 중국인은 2017년 말 78,204명, 2018년 말 81,026명에 달해 그 수가 압도적으로 증가했다. 한국계를 제외한 중국인 영주권자 수도 2006년 79명에서 2017년 말 28,326명으로 큰 폭의 증가세를 보였고 이러한 증가 추세에서 2018년 말에는 30,812명이 되었

83) 이철우, 이종수, 김현미, 앞의 보고서.

84) 이철우, 이종수, 김현미, 앞의 보고서, 143면.

85) 출입국·외국인정책본부, 2장 II. 1. 국적(지역) 및 체류자격별 등록외국인 현황, 2017년 출입국·외국인정책본부 통계연보, 법무부(2017); 출입국·외국인정책본부, 2장 II. 1. 국적(지역) 및 체류자격별 등록외국인 현황, 2018년 출입국·외국인정책본부 통계연보, 법무부(2018).

다. 이 외에도 일본 국적의 영주권자 수는 2017년 말 총 7,338명, 2018년 말 7,432명에 달했다. 이와 같이 현재 영주권자의 구성과 인구수의 변화 등의 정책 환경은 2006년 말의 상황과 동일하지 않다. 이들 영주권자의 자녀가 독일식 제도에서의 잠재적 입법 대상자이다.

〈그림 1〉 연도별 영주권자와 영주출생자녀의 수 (2012-2019)



자료: 출입국·외국인정책본부 통계월보⁸⁶⁾

잠재적 입법의 대상은 어떠한 제도를 도입할 지에 따라 달리 설정될 수 있다. 독일의 제도를 도입할 때 고려될 수 있는 잠재적 대상자는 영주권자

86) 2012년부터 2019년까지 년도에 따른 영주권자 및 영주출생자 수의 변화는 아래와 같다.

년도	영주(F-5)	영주출생(F-5-20)
2012	84,140	258
2013	100,169	992
2014	112,519	2,027
2015	123,033	3,055
2016	130,011	4,338
2017	136,118	5,463
2018	141,973	6,540
2019	153,038	7,653

출입국·외국인정책본부, “등록외국인 지역별 현황” (2012년-2019년 지역별, 체류자격별 대분류 및 세부분류), 통계월보, 통계자료실, <<http://immigration.go.kr>>.

의 국내출생자녀이다. 2018년 12월 31일자 영주권자의 총수는 141,973명이
고 영주출생자녀(F-5-20)의 수는 6,540명에 달한다.⁸⁷⁾ 향후 국적별로는 한
국계 중국인 자녀의 입법적 수요가 가장 많을 것으로 기대된다.⁸⁸⁾

〈표 5〉 영주권자와 영주출생자녀 통계 (2018.12.31.)⁸⁹⁾

(단위 : 명)

	영주(F-5)	영주출생(F-5-20)
총계	141,973	6,540
남성	63,282	3,370
여성	78,691	3,170

자료: 2018년 12월호 출입국·외국인정책본부 통계월보

이에 반해 프랑스 제도에서 부모와 자녀 모두 국내출생일 것을 요구하
는 이중출생지주의를 도입할 경우 한국에서 오랫동안 정주해온 재한 화교
가 잠재적 대상이 된다.⁹⁰⁾ 2017년 12월 31일자 재한화교 영주권자(F-5-8)
의 수는 11,156명에 달한다.⁹¹⁾ 2018년 12월 31일자 통계에서는 재한화교
(F-5-8) 총인구 10,934명(남성 6,161명, 여성 4,773명)으로 2019년 (12월 31
일)에는 10,517명으로 나타났다.⁹²⁾ 재한화교(F-5-8) 영주권을 신청하기 위
해서 절차상 출생증명서와 화교협회 발행 호적등본이 필요로 되기 때문에
이 통계는 국내에서 출생한 화교 인구를 가리킨다고 볼 수 있다.⁹³⁾ 거주

87) 출입국·외국인정책본부, 등록외국인 지역별 현황(2018년 지역별, 체류자격별 대분류
및 세부분류)(2018. 12. 31. 현재), 통계월보, 통계자료실.

88) 민지원·권채리, 앞의 보고서, 49면.

89) 2019년 12월말 현재 “등록외국인 지역별 현황”(통계월보)에는 성별에 따른 통계가
포함되지 않아 2018년 12월말 통계월보 통계를 인용함..

90) 민지원·권채리, 앞의 보고서, 51면.

91) 출입국·외국인정책본부, “등록외국인 지역별 현황(2017. 12. 31. 현재), 통계월보, 통계
자료실, <<http://immigration.go.kr>>.

92) 출입국·외국인정책본부, 등록외국인 지역별 현황(2018. 12. 31 및 2019. 12.31), 앞의
통계.

93) 2018년 10월 법무부 관계자 자문.

(F-2) 사증 등을 가지고 있는 재한화교를 감안했을 때 사실상 3대 째 한국에서 살아가는 재한화교 총인구수는 더 많을 것으로 추정해볼 수 있다.

국내출생자녀에게 국적을 부여하는 입법 유형을 도입한다고 가정했을 때 시급한 것은 이들의 국내출생 기록이다. 현재 의료기관은 출산한 사람에게 출생증명서를 발급하고 있지만, 출생 신고의 의무가 없으므로 가족관계등록법 상의 출생신고의무자(부 또는 모 등)가 출생신고를 하지 않는 한 국가가 출생사실을 파악할 수 없다.⁹⁴⁾ 신고의무자 또한 국민으로 제한된다. 이러한 기록이 부재한 상황에서 출생지주의에 대한 잠재적 수요를 파악하기는 어려울 뿐만 아니라, 제도에 있어서 요건의 충족 여부를 판단하기 위해서도 의료기관이 출생 사실을 신고하는 제도 마련이 선행되어야 한다.

더 나아가, 국내에서 합법적인 장기체류 자격을 가진 외국인의 국내출생자녀도 부모 혹은 자녀의 거주 요건에 따른 출생지주의의 대상이 될 수 있다. 그러나 “문화예술(D-1)부터 특정활동(E-7)까지의 체류자격에 해당하는 사람”의 국내출생자녀에 대한 법무부 통계는 파악되지 않는다. 국내출생자녀를 포함해 이들의 미성년 자녀(혼인한 자는 제외)에게 가족재결합을 인정해 동반(F-3) 사증을 부여해 왔지만, 국내출생자녀를 세분화해 구분하고 있지 않기 때문이다. 이러한 전문 인력과 달리 기술연수(D-3), 비전문취업(E-9), 선원취업(E-10), 방문취업(H-2), 재외동포(F-4), 거주(F-2) 체류자격자의 국내출생자녀의 수는 법무부 통계에 따라 2018년 12월 말 현재 총 1,319명의 합법출생자녀(F-1-8)로 집계된다. 정부가 2012년 4월 9일부터 부 또는 모가 합법 체류자격자를 가진 국내출생자녀에게 방문동거(F-1-8)를 부여한 결과이다. 과거 이러한 장기 체류자격자에게 가족결합권을 인정하지 않아 자녀가 국내에서 출생한 경우에 문제가 되었다. 적은 수치에 해당하지만, 수요가 적다는 것만으로 정책의 실효성이 없다고 판단할 수 없으며 입법적 가치가 지향하는 바를 통해 제도적 모순을 교정하고 법적 공백을 메우면서 사회적 의미를 부여할 수 있다. 한국에서 태어나 오랜 사회화 과정을 거치고 스스로를 한국인으로 정체화한 세대들에게 정주자가 아닌 방문자로

94) 송효진, “출생신고제도의 개선방안 - 의료기관 연계 출생통보제도의 도입을 중심으로,” 「가족법연구」, 제31권 2호, 한국가족법학회, 2017, 171면.

서의 지위만을 인정하는 것은 법과 현실의 불일치를 나타낸다.

마지막으로, 출생지주의 제도의 법적 요건으로 부모의 합법적인 체류 자격을 요구하지 않는다면, 가장 많은 정책적 수요를 가질 것으로 예측한다. 즉, 현재 통계화되지 않은 미등록 혹은 무국적 국내출생자녀를 잠재적 수요로 고려해 볼 수 있다. 현장의 활동가들은 대사관에 출생신고하기 어려운 난민불인정자의 자녀들을 포함해 이들의 체류권, 건강권, 교육권 등을 보장받지 못한 점을 해결해야 할 당면 과제로 보고 있다.⁹⁵⁾ 입법의 대상에 따라 출생지주의 제도의 법적 요건이 다양화될 수 있고 그에 따른 입법의 효과 및 결과도 달라진다.

3. 입법의 결과

입법의 결과는 입법의 목적을 달성했는지 여부와 관련된다. 실질적인 사회적 구성원에 대한 법과 현실의 불일치를 매우고 민주주의적 규범을 실현하고 사회적 통합에 기여했는지, 입법의 수혜자가 공동체의 일원으로서의 정체성을 형성하고 권리와 의무를 행사하고 있는 지, 법 개정의 결과 국적 취득을 통해 인구 증가가 발생했는지 등에 대한 평가는 장·단기적으로 이루어 질수 있다. 단기적 입법 효과는 개정 국적법에 따라 취득한 국적취득자의 인구수로 나타난다.

독일에서 2000년도 개정 국적법을 시행했을 때의 단기적 효과는 기대에 미치지 못하였다. 새로 국적을 취득한 인구수가 한해 100,000명을 훨씬 못 미쳤기 때문이다.⁹⁶⁾ 독일 연방통계청(Statistisches Bundesamt)에 따르면 2000년에는 41,257명, 2003년에는 그 수가 더 감소하여 35,819명의 독일출생 외국인 자녀(양쪽 부모가 모두 외국인인 경우)가 새 제도에 의해 독일 국적을 취득했다(그림 2). <그림 2>의 막대그래프 상에서 진하게 나타난 부분이 이 수치에 해당한다. 또한, 법률 개정 당시에 만 10세 미만 어린이들을 위한 경과규정'(국적법 제41b조)을 통해서도 300,000명에서 350,000명의 독

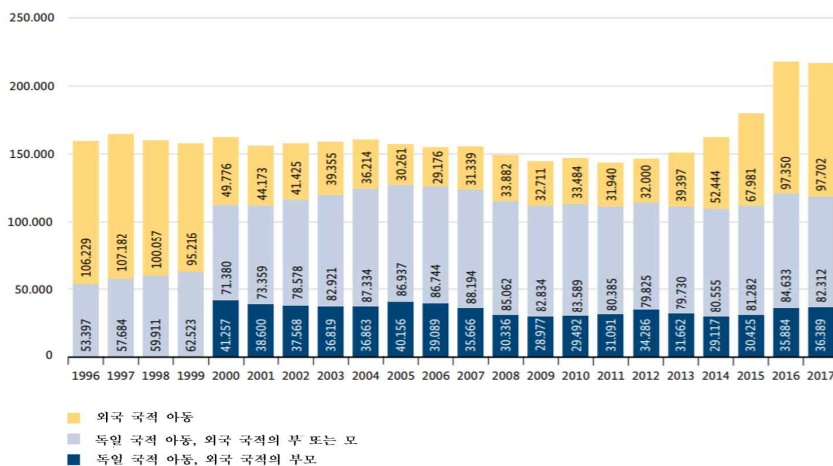
95) 2019년 12월 12일 천주교의정부교구 파주 Exodus의 사무국장 면접 조사.

96) Kay and Farahat, "Country Report on Citizenship Law: Germany," 16.

일 국적 취득을 예상했다.⁹⁷⁾ 그러나, 국적법 제41b조 경과규정에 의한 귀화자 수는 2001년과 2002년을 합해 약 43,700명에 불과했다.⁹⁸⁾

2009년에는 출생지주의 입법에 의한 국적 취득자가 더욱 감소하여 28,977명을, 2014년에는 29,117명을 기록했다(그림 2). 그러나, 2012년과 2015년에 다시 그 수가 증가했고 2016년에는 전년에 비해 17.9% 증가해 35,884명에 달하는 외국인 부모의 자녀가 독일 국적을 취득했다. 이러한 누적 증가에 대해서 높은 출생률을 기록하는 국가 출신 이주자(증가)가 독일의 출생률을 결과적으로 높였다고 평가된다.⁹⁹⁾ 2017년 말에는 그 누적 수가 623,700명에 달했다.¹⁰⁰⁾

〈그림 2〉 외국인 국적의 국내 출생자 혹은 부 또는 모의 외국 국적을 부여 받은 국내 출생자 (1996년 - 2017년, 독일)



자료: 독일 연방통계청(Statistisches Bundesamt), Bundesministerium des Innern Referat Öffentlichkeitsarbeit, 앞의 보고서, 218면에서 재인용.¹⁰¹⁾

97) Ibid., 16.

98) Ibid., 16.

99) Bundesministerium des Innern Referat Öffentlichkeitsarbeit, *Migrationsbericht der Bundesregierung Migrationsbericht 2016/2017* (Berlin: Bundesamt für Migration und Flüchtlinge 2019), 217.

100) Ibid., 217.

초기에 기대했던 법적 효과를 가지지 못한 이유는 부모 중 한 명이 무기한 정주허가를 요건으로 요구한 것과 관련 된다. 2004년 1월 1일 기준으로 ‘정주허가’ 요건을 충족시킨 사람은 독일에 거주하는 외국인 인구수의 절반 이하였다.¹⁰²⁾ 또한, 유입국과 수용국의 법, 정치, 문화 등이 중요하게 영향을 미쳤던 것으로 평가된다. 국적법 40b조 경과규정에 근거한 10세 미만 자녀의 귀화 비율이 낮았던 것에 대해 “본국에서의 유산, 재산권 등의 법적 권리,” 이민자가 독일을 마지막 정착지로 기대하기 어려운 독일 내 사회적 분위기 등 여러 요인이 작용했을 것이라는 설명이 이를 뒷받침한다.¹⁰³⁾

이와 같은 국적 취득을 통한 인구의 증가에는 “귀화정책, 이민자에 대한 수용국의 문화적 태도, 송출국과 수용국간의 법적·제도적 차이, 이민자의 문화적 소속감” 등 다양한 환경적 요인과 변수가 작용하기 때문에 제한적 출생지주의가 저출생·초고령 사회에 근본적인 인구 증가의 변화를 가져오는 정책적 수단이라고 판단하기 어렵다.¹⁰⁴⁾ 출신국의 출생률이 상관성을 갖는 것으로 분석되기도 하지만, 유입국의 출산 및 양육에 대한 환경도 출생에 영향을 미치는 것으로 볼 수 있다. 높은 출생률을 가진 국가의 결혼이주 여성이라도 한국에서의 체류기간이 늘어날수록 자녀의 양육 환경과 교육에 대한 부담을 인식하게 되면서 저출산의 경향을 가지게 된다는 설명이 설득력을 가진다.¹⁰⁵⁾ 이와 같이 다양한 변수에도 불구하고 독일의 출생지주의에

101) 해당 통계에 대한 추가 설명은 아래와 같음.

1. 2013, 2014, 2015년에는 기술적 오류로 외국인 부모의 독일 국적 아동의 수가 적게 기록되어, 외국 국적 아동의 수가 실제보다 과장되어 나타난.

2. 미혼의 독일 국적 모와 외국 국적 부의 아동은 통계에 포함되지 않음. 2017년 통계에 따르면 이러한 아동의 수는 13,855명에 달함.

독일 연방통계청(Statistisches Bundesamt), Bundesministerium des Innern Referat Öffentlichkeitsarbeit, 앞의 보고서, 218면.

102) Kay and Farahat, “Country Report on Citizenship Law: Germany,” 16; 민지원·권채리, 앞의 보고서, 23면의 재인용.

103) More Morjé Howard, “The Causes and Consequences of Germany’s New Citizenship Law,” *German Politics* 17, no. 1 (2008), 56.

104) 민지원·권채리, 앞의 보고서, 22면.

105) 설동훈, “[다문화칼럼함께하는세상] 다문화 가정도 저출산하는 이유는...,” 세계일보(2020. 1. 31. 방문), 2018.12.19, <<https://www.segye.com/newsView/20181219003646>>; “다문화 가정도 저출산 영향... 혼인 연령도 늦어졌다,” 중앙일보(2020. 1. 31. 방문),

기반한 법제가 점진적이고 장기적으로 꾸준한 인구 증가에 기여하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다.

독일의 경우와 다르게 프랑스에서는 10대 시기를 프랑스에서 보낸 외국인 부모의 국내출생자녀들 대부분이 프랑스 국적을 취득했다.¹⁰⁶⁾ 내무부와 법무부 통계에 따르면 선언에 의한 국적 취득자 수가 2000년에는 63,977명이었다가 2017년 46,672명, 2018년에는 52,350명으로 기록되었고 부모와 조부모 및 형제자매의 국적 취득 건수는 2017년 544명에서 2018년 948명으로 증가했다.¹⁰⁷⁾ 국적 취득에 대한 거부권을 인정하는 프랑스에서 만 17.5세와 만 19세 사이의 사람 중 한해 평균 100명이 프랑스 국적을 거부하고 있다는 것도 주지의 사실이다.¹⁰⁸⁾ 국적별로는 특히 프랑스 출생의 터키인 2세가 평균 이상으로 프랑스 시민권을 거부한 것으로 나타났다.¹⁰⁹⁾ 이에 대한 이유로 터키인 이민자들 사이의 공동체로서의 결속력이 강하고 터키 본국의 상황과 긴밀하게 연관되어 있기 때문이라는 분석이 있다.¹¹⁰⁾ 따라서, 단기적인 인구 증가라는 입법적 효과의 측면에서 보면 프랑스 모델이 독일 모델보다 더 나은 선택지가 될 수 있다.

2019.11.06, <<https://news.join.com/article/23625782>>; “다문화출산도 6년 감소... 피할 수 없는 ‘저출산,’ 조선비즈(2020. 1. 31. 방문), 2019.11.06., <https://biz.chosun.com/site/data/html_dir/2019/11/06/2019110601286.html>; “다문화 가정도 뚜렷해진 저출산... 출생아수↓·출산연령↑, 연합뉴스(2020. 1. 31. 방문), 2018.12.5. <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20181205098700371>>.

106) Thomas Kirszbaum, Yaël Brinbaum and Patrick Simon, *The Children of Immigrants in France: The Emergence of a Second Generation*, Innocenti Working Papers (United Nations Children's Fund (UNICEF), 2009).

107) 프랑스 내무부(ministère de l'Intérieur)와 법무부(ministère de la Justice, SDSE) 자료에 기반한 표(Figure 1 Acquisitions de la nationalité française)를 참조. Insee, 2020, Étrangers - Immigrés(2020. 5. 5. 방문). <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/4277645?sommaire=4318291#consulter>>.

108) Ibid., 12.

109) P Simon, “La crise du modèle d'intégration.” Cahiers français (2006), 330; Kirszbaum, Brinbaum and Simon, *The Children of Immigrants in France*, 12에서 재인용.

110) V Irtis-Dabbagh(2003), Les jeunes issus de l'immigration de Turquie en France: Etat des lieux, analyse et perspectives, Paris: Editions L'Harmattan, Kirszbaum, Brinbaum and Simon, *The Children of Immigrants in France*, 12에서 재인용.

국내 도입 시 예측되는 결과는 어릴 적부터 학교생활과 교외활동 등을 통한 사회화 과정에서 국내출생 외국인 자녀들의 ‘국적’을 통한 자긍심과 공동체 의식이 높아지고 차이로 인한 차별과 배제가 완화되어 갈등을 예방할 수 있다. 선주민 자녀들도 다양한 구성원 속에서 평등과 공동체 의식을 공유하며 차이 속에서 공존과 공생을 배울 수 있는 토대가 마련된다. 제한적 출생지주의에 의한 국적 취득에 따라 사회적 대립과 침예한 갈등이 예측된다 하더라도, 규범적 당위성 역시 시급한 문제이며 점진적 인구 증가가 기대되는 법정정책 대안과 선택이 가능한 만큼 사회적 의식의 변화도 정책적 변화의 속도에 보조를 맞출 수 있을 것으로 보인다. 정부차원의 지속적인 교육과 홍보 노력이 요청된다.

4. 법적 요건

이주민 2세대의 국적 취득에 대한 알레이니코프와 클러스메이어의 분류 기준에 따르면 독일과 프랑스는 모두 ‘출생(birth)’과 ‘거주(residence)’의 조합에 의한 입법 모델을 마련했다. ‘출생,’ ‘거주,’ ‘출생 및 거주’라는 세 가지 기준은 외국인 자녀의 국적 취득에 관한 입법의 유형을 결정하는 큰 축으로 작용하고 법제도를 구성하는 세부적인 내용은 다양한 요건의 선택과 조합을 통해 입법 결과에 있어 차이를 만들어 낼 수 있다.¹¹¹⁾ 국적 취득 시점, 거주기간, 교육이나 훈련에 따른 졸업장이나 자격증, 형제·자매의 국적 유무, 범죄 기록 등이 그 예에 해당한다.¹¹²⁾ 이러한 각각의 입법의 기술적 요소가 현실에서 어떠한 결과 혹은 부작용을 가져올 지에 대해 사전적인 분석 및 입법평가가 필요하다. 아래 <표 6>는 앞서 검토한 독일과 프랑스 입법례를 비교한 내용이다.

111) Aleinikoff and Klusmeyer, *Citizenship Policies*, 13 참조.

112) Ibid., 13; 민지원·권채리, 앞의 보고서, 58면.

〈표 6〉 이주민 2세대의 국적 취득을 위한 독일과 프랑스 입법례 비교

국가	국적 취득 요건	단일/복수국적의 원칙								
독일	외국인 부모의 독일 출생 자녀 + 부 또는 모가 독일에서 8년간 합법적 통상 거주(연속) 및 정주허가 있는 경우	(원칙) 단일국적주의 국적선택의무 (만21세부터 선언가능)								
		(예외) 제한적 복수국적 허용 국적선택의무의 면제 * 아래 요건 중 하나에 해당 시 (자녀의) 국적선택의무 면제 ① 8년간 독일 국내에 정상적으로 거주한 경우 ② 6년 동안 독일 국내에서 학교 에 재학한 경우 ③ 독일 국내에서 취득한 졸업증 서 또는 독일 국내에서 직업훈 련 수료증을 제출한 경우 ④ 개별적으로 독일과 비교적 긴 밀한 관련이 있거나 국적선택 의무자가 특별히 어려운 상황 에 처할 것으로 판단되는 경우								
프랑 스	* 아래 요건 중 하나에 해당 시 (자녀의) 국적 취득 ① 부 또는 모가 프랑스에서 태어나고 자녀도 프랑스에서 출생한 경우(이중출생지주의) ② 외국인 부모의 자녀로 프랑스에서 출생 및 아래 요건 충족하는 경우 <table><tr><th>자녀의 거주 및 선언 요건</th><th>국적취득 연령</th></tr><tr><td>만 8세 부터 거주 (연속) + 부모 선언(신청) + 자녀 동의</td><td>만13세 - 만16세</td></tr><tr><td>만 11세 부터 5년 거주 (연 속 또는 불연속) + 자녀 선 언(신청)</td><td>만16세 - 만18세</td></tr><tr><td>만 11세 부터 5년 거주 (연속 또는 불연속)</td><td>만18세(성년시 자동국적취득)</td></tr></table>	자녀의 거주 및 선언 요건	국적취득 연령	만 8세 부터 거주 (연속) + 부모 선언(신청) + 자녀 동의	만13세 - 만16세	만 11세 부터 5년 거주 (연 속 또는 불연속) + 자녀 선 언(신청)	만16세 - 만18세	만 11세 부터 5년 거주 (연속 또는 불연속)	만18세(성년시 자동국적취득)	(원칙) 복수국적 허용
자녀의 거주 및 선언 요건	국적취득 연령									
만 8세 부터 거주 (연속) + 부모 선언(신청) + 자녀 동의	만13세 - 만16세									
만 11세 부터 5년 거주 (연 속 또는 불연속) + 자녀 선 언(신청)	만16세 - 만18세									
만 11세 부터 5년 거주 (연속 또는 불연속)	만18세(성년시 자동국적취득)									

③ 프랑스 국적의 형제자매가 있는 경우 + 만 6세부터 프랑스 상시 거주 + 프랑스 의무교육 이수 → 만 18세부터 국적신청 가능	
---	--

출처: 민지원·권채리, 앞의 보고서, 46면, <표 4-1>의 수정 및 재구성

이주민 2세대의 국적 취득과 관련해 법정책적 다양성을 위한 고려사항은 다음과 같다. 첫째, 외국인 자녀의 국적취득 요건으로 거주 기간 및 국적 취득 시점을 입법을 통해 다르게 설정할 수 있다. 부모 혹은 자녀에게 요구되는 거주기간은 다양하게 정할 수 있지만 합리적이어야 한다.¹¹³⁾ 독일의 입법례에서 요구하는 부나 모의 8년간의 통상적인 거소 기간은 귀화 요건과 동일하다. 프랑스의 경우 자녀의 거주기간으로 5년을 조건화했는데 이 또한 귀화 자격 요건과 일치한다. 프랑스 입법례와 같이 자녀의 거주요건은 출생 시부터 혹은 만 6세에서 만 18세의 기간 내에서 정할 수 있다. 시민권의 취득 시기는 이 같은 거주 요건을 완료한 시점이나 만 18세(성년)와 같이 특정연령이 되었을 때로 한다.¹¹⁴⁾ 또한, 독일과 같이 부모가 일정요건을 충족시켰을 때 자녀는 출생시점에 시민권을 취득하도록 할 수 있다. 프랑스는 연령에 따라 거주 요건이 다르며 국적취득 시기도 다양화되어 있다(표 6).

둘째는 행위에 관한 조건으로 범죄 기록, 교육(훈련) 과정의 완성 또는 자격 취득(자격증 혹은 졸업장) 등이 있다.¹¹⁵⁾ 이러한 조건을 만족했을 때 시민권은 자동적으로 혹은 ‘신청’에 의해 부여된다. 독일은 졸업증서 또는 직업훈련 수료증을 조건화하여 외국인의 국내출생자녀가 사실상 이중국적을 취득할 수 있도록 했다. 프랑스는 프랑스 국적의 형제자매가 있고 일정기간 프랑스에 거주했으며 프랑스 의무교육 이수를 했다면 국내에서 출생

113) Ibid., 14; 민지원·권채리, 앞의 보고서, 58면.

114) Ibid., 13.

115) Ibid., 13; 민지원·권채리, 앞의 보고서, 59면.

하지 않았더라도 국적을 부여하고 있다(표 4). 추가로 범죄행위에 대해서 기준을 세울 때에는 입국해 살아간 결과로써 이해하려는 노력이 뒷받침되어야 한다.¹¹⁶⁾

셋째, 국적취득 요건의 충족 시 국적을 자동으로 혹은 신고에 의해 취득하게 할지 여부를 고려할 수 있다. 또한, 자동 취득 시 ‘국적을 거부할 권리(right to refusal)’를 부여할 지도 입법적 선택이 된다.¹¹⁷⁾ 프랑스의 경우는 만 18세에 국적을 자동 취득할 때 이를 거부할 권리가 있는 반면에 독일에서는 통합을 이유로 부모가 미성년 자녀가 독일 시민권을 자동으로 취득하는 것을 거부할 수 없도록 했다.¹¹⁸⁾

넷째, 행정적 혹은 기술적으로 출생 또는 거주 사실을 파악하고 증빙이 가능한지가 실무적으로 중요하다.¹¹⁹⁾ 앞서 언급했듯이, 국내에 출생등록시스템이 갖춰지지 않아 의료기관이 출생신고의 의무가 없어서 신고의무자인 부 또는 모가 출생신고를 하지 않는 한, 국가가 출생사실을 파악하기 어렵다. 따라서, 의료기관이 출생 사실을 신고하는 시스템을 제도화하는 것이 필요하고 출생신고가 되어 있지 않은 경우 등 인도주의적 차원의 ‘기타 사유’를 마련해 출생지주의 입법 조항에 포함시킬 수 있다.¹²⁰⁾ 다른 한편, 만 6세부터 만 18세 사이의 경우 교육에 대한 기록 확보는 용이하다.¹²¹⁾ 이러한 학교 기록은 거주 기간에 대한 증빙자료가 되기도 한다. 미성년 시기의 교육과 훈련은 사회화 과정에 영향을 미치고 사회통합에 기여하는 기제가 된다는 점에서 국적 취득의 중요한 요건이 될 수 있다.

116) Ibid., 14; 민지원·권채리, 앞의 보고서, 59면.

117) Ibid., 13; 민지원·권채리, 앞의 보고서, 59면.

118) 이철우, 이종수, 김현미, 앞의 보고서, 62면; 민지원·권채리, 앞의 보고서, 59면.

119) 민지원·권채리, 앞의 보고서, 59면.

120) 민지원·권채리, 앞의 보고서, 59면.

121) Aleinikoff and Klusmeyer, *Citizenship Policies*, 13.

V. 결 론

혈통주의와 출생지주의를 절대적 원칙으로 적용했을 때 실질적인 사회적 구성원과 법률상의 시민권자가 불일치가 발생하고 사회적 구성원간의 권리와 의무의 공유에 있어 불평등이 나타난다. 국적을 결정하는 두 개의 방식을 관통하는 원리는 출생시 혈통이나 출생지라는 이분법이다. 이 원칙이 절대시되었을 때 국가와 유대가 없는 복수국적자와 사회 공동체 속에서 뿌리내린 외국국적자가 향유하는 권리의 차이로 인해 불평등이 초래되거나 구성원간의 공유되지 않은 의무로 사회적 갈등을 강화시킬 수 있다. 사회와 맺는 진정한 관계가 국적을 결정하는 데 중요한 요소로 자리 잡아야 하고 이분법을 완화할 수 있는 다양한 법정책적인 시도들이 필요하다. 노테봄 판례가 보여주듯이 사회 구성원이 진정한 사회적 관계(*jus nexi*) 속에 뿌리내렸다면 국적의 주요 요소를 충족하고 있음을 의미한다. 국내에서 출생하고 성장한 외국인 자녀들을 고려해 출생지주의 제도를 도입하는 것은 공동체로서의 사회통합에 기여하는 것이다. 세대를 넘어 국가에 거주한 ‘시간의 길이’도 개인과 국가가 진정한 사회적 관계를 형성했음을 보여주는 바로미터이다.

세대별 접근법을 적용하면, 부모와 자녀가 모두 국내출생 외국인으로 3세대 이상 한국에 체류한 경우 한국과 실질적이고 진정한 관계를 세대를 거쳐 관계를 맺었다고 볼 수 있으므로 3세대(혹은 이후 세대)에게 출생과 동시에 국적을 자동 부여하는 방안(이중출생지주의)을 고려할 수 있다.¹²²⁾ 이중출생지주의에 의해 국적을 취득하게 되면 국민으로서 권리 행사는 물론 병역 등 의무도 부담한다. 한국에서 가장 오래 정주해 온 10,517명 이상(2019년 12월 31일)의 국내출생 재한화교(영주권자)가 입법의 대상이 될 수 있다. 이들에게 국적을 부여하게 되면, 대만인 혹은 대만인과 외국인 사이에서 태어난 재한화교 자녀도 대만인과 한국인 부모를 둔 자녀와 동일하게 선천적 복수국적자가 되어 일정 연령에 도달하면 「국적법」 제12조 제1항¹²³⁾

122) 민지원·권채리, 앞의 보고서, 58면.

에 따라 외국 국적이나 한국 국적을 선택해야 한다. 만일 국적 이탈을 하고 향후 한국 국적을 취득하고자 할 경우에는 귀화가 아니라 「국적법」 제9조 제1항¹²⁴⁾에 따라 국적회복을 신청하게 된다.

2세대의 경우 독일이나 프랑스 입법에서 국적취득을 위해 부모 또는 자녀의 일정한 거주기간이 요구되는 데 일반 귀화 요건과 동일한 체류기간이고 한국은 그 기간이 5년이다. 독일의 출생지주의 입법을 도입할 경우 가장 많은 수요가 예상 되는 입법 대상은 한국계 중국인 자녀이다. 독일은 국적법 제29조 1항에 국적 선택의무를 면제하는 규정을 마련해 단일국적주의를 완화시키고 복수국적의 인정범위를 넓혔다. 한국에서 출생시 국적이 부여되어 선천적 복수국적자가 된다면, 만 22세가 되기 전까지 하나의 국적을 선택해야 하는 데 한국에서 외국 국적을 행사하지 않겠다는 외국국적불행사 서약을 하면 국적선택의무에서 면제되고 사실상 복수국적을 유지할 수 있다(국적법 제12조 제1항, 국적법 제10조 제2항). 독일의 입법례(독일 국적법 제29조 1항)와 같이 부모의 자격 요건 이외에 자녀에 대한 요건(자녀가 8년간 국내에 거주한 경우, 6년간 학교에서 교육을 받은 경우, 졸업장이나 직업 훈련 수료증이 있는 경우, “개별적으로 한국과 비교적 긴밀한 관련이 있거나 국적선택의무자가 특별히 어려운 상황에 처할 것으로 판단되는 경우” 등)을 추가로 부가하는 것은 법정정책 선택이다. 출생지주의 입법을 통해 단기간 인구 증가를 목표로 한다면, 국적 선택의 다양한 변수가 작용하고 합법적인 상시 거소를 요구하는 독일 모델이 최적의 대안은 아니지만, 이주의 시대에 장기적이고 점진적인 인구 증가에 기여할 수 있으며 한국 사회도 국민의 구성원이 변화되는 속도에 적응할 수 있게 된다.

부모가 출생 자녀의 독일 국적 자동취득에 대한 거부권을 인정할 것인

123) 국적법 제12조(복수국적자의 국적선택의무)

① 만 20세가 되기 전에 복수국적자가 된 자는 만 22세가 되기 전까지, 만 20세가 된 후에 복수국적자가 된 자는 그 때부터 2년 내에 제13조와 제14조에 따라 하나의 국적을 선택하여야 한다. 다만, 제10조 제2항에 따라 법무부장관에게 대한민국에서 외국 국적을 행사하지 아니하겠다는 뜻을 서약한 복수국적자는 제외한다. <개정 2010. 5. 4.>

124) 제9조(국적회복에 의한 국적 취득) ① 대한민국의 국민이었던 외국인은 법무부장관의 국적회복허가(國籍回復許可)를 받아 대한민국 국적을 취득할 수 있다.

지 혹은 부모가 자녀의 국적 취득을 신청할 권리를 인정할 것인지가 정책적 선택이 될 수 있다.¹²⁵⁾ 그러나, 당사자가 아닌 부모가 출생당시 의사능력 없는 미성년 자녀에게 부여된 국적을 거부하는 제도는 국적이 가진 보호 기능 및 권리 보장의 취지에 반한다. 독일과 같이 거부권 없는 자동 국적 취득의 방식을 취하거나 출생 시부터 부모(혹은 법정 대리인)에게 의사능력 없는 자녀를 대리해 국적을 신고(선언)하도록 하는 것은 대안이 될 수 있다. 만 18세 미만의 미성년자는 국적취득을 통해 의무¹²⁶⁾가 아닌 권리만이 생성되기 때문에 미성년 자녀의 동의 없는 법정 대리인의 국적 신고(선언)가 가능하다고 해석할 수 있다. 현행 국적법 제19조¹²⁷⁾는 15세 미만의 미성년자가 신청이나 신고를 하려고 할 때 법정대리인이 대신하도록 규정하고 있다. 미성년 자녀가 출생 후 법정대리인과 국적취득의 견해를 달리할 수 있으므로 만 15세부터 미성년 자녀가 국적 취득이나 국적 이탈을 신고할 수 있도록 해야 한다. 현행법에 따르면 선천적 복수국적자 여성은 언제든지 이탈할 수 있으며¹²⁸⁾ 미성년자 남성은 병역의무가 발생하는 만 18세가 되는 해 3월 말까지 국적 이탈을 신고할 수 있다(국적법 제12조 제2항¹²⁹⁾, 국적법 제14조 제1항¹³⁰⁾). 출생 이후 국적취득을 신고한 경우 국적 취득 시기가 출생 시로

125) 이철우, 이종수, 김현미, 앞의 보고서, 2007, 62면.

126) 미성년자는 만 18세 이전에는 병역의무, 납세의 의무, 노동의 의무가 없다.

127) 제19조(법정대리인이 하는 신고 등) 이 법에 규정된 신청이나 신고와 관련하여 그 신청이나 신고를 하려는 자가 15세 미만이면 법정대리인이 대신하여 이를 행한다.

128) 주시애틀총영사관, 선천적 복수국적자의 국적이탈신고안내 (2019년 1월 2일), (2020. 5. 4. 방문) <http://overseas.mofa.go.kr/us-seattle-ko/brd/m_4727/view.do?seq=1336866&srchFr=&srchTo=&srchWord=&srchTp=&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0&company_cd=&company_nm=&page=1>.

129) 제12조(복수국적자의 국적선택의무) ① 만 20세가 되기 전에 복수국적자가 된 자는 만 22세가 되기 전까지, 만 20세가 된 후에 복수국적자가 된 자는 그 때부터 2년 내에 제13조와 제14조에 따라 하나의 국적을 선택하여야 한다. 다만, 제10조제2항에 따라 법무부장관에게 대한민국에서 외국 국적을 행사하지 아니하겠다는 뜻을 서약한 복수국적자는 제외한다. <개정 2010.5.4.>

130) 제14조(대한민국 국적의 이탈 요건 및 절차) ① 복수국적자로서 외국 국적을 선택하려는 자는 외국에 주소가 있는 경우에만 주소지 관할 재외공관의 장을 거쳐 법무부장관에게 대한민국 국적을 이탈한다는 뜻을 신고할 수 있다. 다만, 제12조 제2항 본문 또는 같은 조 제3항에 해당하는 자는 그 기간 이내에 또는 해당 사유가 발생한 때부터

소급하는 지(국적법 제2조 출생에 의한 국적 취득) 혹은 신고를 한 때(예를 들면, 국적법 제2조나 제3조의 귀화나 인지)에 국적을 취득하는 지에 대해서는 전자가 본래 취지에 부합한다고 볼 수 있다. 독일 입법은 (자녀의 출생 전) 부모 세대의 일정한 체류기간을 요구해 출생 시에 자녀에게 독일 국적을 부여한다. 선천적 복수국적자와 후천적 복수국적자를 구분하고 있는 현재의 법체계상 전자는 국적이탈을 할 수 있고 이후 귀화가 아닌 국적회복이 가능하다. 신고를 하지 않는 경우에는 국적 취득의 의사가 없는 것으로 간주하고 선천적 복수국적자의 국적 선택시기인 만 22세 이전까지 국적선언기한을 한정할 수 있다.

프랑스 입법 모델(*프랑스의 출생지주의 입법을 도입할 경우*)은 독일과 달리 부모의 체류 자격과 기간이 아닌 국내출생자녀의 요건(거주기간 등)과 관련 있으며 출생 시가 아니라 (만 8세부터 미성년자의 동의와 부모의 선언에 의해) 만 13세 부터 국적을 취득할 수 있다. 한국에서 프랑스 입법을 도입해 국적의 자동취득 연령을 만 18세로 할 경우 선천적 복수국적자가 조만간 국적 선택(만 22세까지) 혹은 이탈(남성은 만18세 3월 이내)을 해야 하므로 국적취득 시기가 적절하지 않다¹³¹⁾. 따라서 자녀가 5년의 거주요건을 충족시켰을 때 만 15세 이전에는 부모, 이후에는 당사자인 자녀가 신고하도록 하는 방법이 있다. 동시에 국적의 자동취득 연령을 만 18세로 하되 당사자가 거부권을 행사하도록 하는 것이 타당하다. 터키가 복수 국적을 허용하는 징병제¹³²⁾ 국가이고 프랑스가 복수국적제도와 모병제 국가임에도 평균 이상의 터키인 2세대들은 프랑스 국적 취득에 대한 거부권을 행사하고 있다. 재한화교의 경우에도 한국 사회의 차별과 배제의 역사 속에서 형성된 화교로서의 정체성과 강한 공동체 의식, 대만과의 이해관계 등을 고려할 때 복수국적이나 거부권 행사를 허용하지 않은 채 2세대에게 한국 국적을 자동

만 신고할 수 있다. <개정 2010. 5. 4.>

131) 민지원·권채리, 앞의 보고서, 61면.

132) 터키 의회는 2018년 일정 비용을 국가에 지불하면 군 복무기간을 단축하는 법안을 통과시켰다. 조선일보(2020. 5. 4. 방문), 2018.7.27. “터키 ‘350만원 내면 군대 안 가도 됩니다’” <https://news.chosun.com/site/data/html_dir/2018/07/27/2018072702110.html>.

부여하면 향후 국적 이탈에 대한 예측이 가능하다.¹³³⁾ 더욱이 남성의 병역 문제에 있어서 대만은 2019년 1월 1일부터 1년간 의무 복무하는 징병 제도가 4개월간의 군사훈련으로 대체되면서 양국 간의 병역제도의 차이로 인한 국적이탈은 가속화될 수 있다.¹³⁴⁾ 대만국적을 소지한 화교도 일정기간 동안 대만에 체류하면 병역 의무를 부여받고 있다.¹³⁵⁾ 현재 대만에서는 1993년 12월 이전 출생자는 기존의 제도에 따라 1년간의 병역을 마쳐야 하지만, 1994년 출생자부터는 자원입대를 하거나 4개월간 군사훈련을 선택할 수 있다.¹³⁶⁾ 제한화교 이외에도 중국 국적자가 호구제도 등의 이유로 중국 국적을 유지하는 경향 등을 살펴볼 때 자동 국적부여에 의한 강제성을 완화할 수 있는 대안을 모색하는 것이 바람직하다. 이외에 국내출생자녀가 아니더라도 어린 시절 입국해 국내에서 성장한 외국인 자녀도 거주기간, 형제자매의 국적취득, 의무교육과정의 수료 등 요건 충족을 통해 국적취득이 가능한 다양한 채널을 열어 놓는 입법을 탐색해 볼 수 있다. 또한, 요건에 따라 대상의 범위도 달라질 수 있는 데 입법의 잠재적 수요자로 국내에서 출생한 영주권자의 자녀, 장기체류자격을 소지한 합법적 체류자의 자녀, 미등록 체

133) 아래는 국내체류 화교의 언론 인터뷰 내용이다.

“한국 화교에게 이중국적을 부여하지 않으면 한국 화교의 발전이 없습니다. 한국인들은 ‘그럼, 한국으로 귀화하면 되지 않느냐’고 하지만, 화교의 문화도 보존해야 합니다. 한국으로 귀화하라는 논리는 냉전시대에는 가능할지 몰라도, 한쪽을 버리고 한쪽을 택하라는 것은 누구에게도 도움이 안됩니다. 한국화교들에게 만이라도 이중국적을 허용하면 한국 국적으로 군대도 가겠다는 것이 화교의 생각입니다.” “중국계 한국인 ‘한국 화교’ 연구: 한국인·대만인·중국인 사이에서 길을 잃다.” 월간조선 (2020. 5. 5. 방문), 2013. 2, <<http://monthly.chosun.com/client/news/viw.asp?ctcd=C&nNewsNumb=201302100044>>.

134) “대만에서 징병제가 67년 만에 역사 속으로 사라지다” 허프포스트코리아(2020. 4. 27. 방문), 2018. 12. 17, <https://www.huffingtonpost.kr/entry/story_kr_5c175769e4b009b8aea8bbf6>; 중앙일보(2020. 5. 5. 방문), “대만 軍 징병제 완전 종료 ... 67년 만에 역사속으로,” 2018. 12. 27.

135) Taipei City Government, *Q & A for Overseas Chinese Draftees Serving Military Service in Taiwan*, (2018), 13.

136) Central Intelligence Agency, “Military Service Age and Obligation.” The World Factbook (2020. 5. 4. 방문), <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/333.html>>.

류자의 자녀 등이 있다. 제한적 출생지주의 입법은 외국인의 국내출생자녀들이 성장하면서 사회 통합에 기여할 수 있는 장을 제공한다. 개인과 국가와의 진정한 관계를 보여주는 여러 요소 등의 조합을 통해 혈통주의와 출생지주의의 제도적 모순을 교정하고 간극을 메우며 상호 보완적일 수 있는 국적 취득의 장치를 마련해야 한다.¹³⁷⁾

외국인의 국내출생자녀에 대한 출생지주의 입법의 대안과 선택 - 민 지 원	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.05.06.	2020.05.29.	2020.06.19.

137) 민지원·권채리, 앞의 보고서, 61면.

[참고문헌]

<국내문헌>

- 민지원·권채리, 「외국 국적자의 국내출생자녀에 관한 보충적 출생지주의: 독일과 프랑스를 중심으로」, IOM이민정책연구원 정책보고서 No. 2018-05, IOM이민정책연구원, 2018.
- 박명선, “독일의 이주민 통합정책,” 「국제사회보장동향」, 2006년 겨울, 한국보건사회연구원, 2006.
- 송효진, “출생신고제도의 개선방안 - 의료기관 연계 출생통보제도의 도입을 중심으로,” 「가족법연구」, 제31권 2호, 한국가족법학회, 2017.
- 이철우, 이종수, 김현미, 「국적제도의 개선방안: 보충적 출생지주의와 제한적 이중국적 용인을 중심으로」, 법무부 용역보고서, 법무부, 2007.
- 이철우, “국적법의 세계적 동향과 한국의 현실: 시민권정책지수에 기초하여,” 「법과사회」 제46호, 2014.
- 최윤철·권형진, 「이주 시대의 법과 제도 III-1: EU·독일」, 건국대학교 이주·사회통합연구소, 2017.

정부자료

- 출입국·외국인정책본부, 등록외국인 지역별·세부체류자격별 현황(2017. 12. 31. 현재), 통계월보(2019.11.30. 방문), 통계자료실, 법무부, 2017.
- _____, 등록외국인 지역별·세부체류자격별 현황(2018. 12. 31. 현재), 통계월보(2019.11.30. 방문), 통계자료실, 법무부, 2018.
- _____, 2장 II. 1. 국적(지역) 및 체류자격별 등록외국인 현황, 2017년 출입국·외국인정책본부 통계연보, 법무부, 2017.
- _____, 2장 II. 1. 국적(지역) 및 체류자격별 등록외국인 현황, 2018년 출입국·외국인정책본부 통계연보, 법무부, 2018.

신문및사설

- “다문화 가정도 뚜렷해진 저출산... 출생아수↓·출산연령↑,” 연합뉴스(2020. 1. 31. 방문), 2018.12.5.
- “다문화 가정도 저출산 영향... 혼인 연령도 늦어졌다,” 중앙일보(2020. 1. 31. 방문), 2019.11.06.
- “다문화출산도 6년 감소... 피할 수 없는 ‘저출산,’” 조선비즈(2020. 1. 31. 방문), 2019.11.06., 설동훈, “[다문화칼럼함께하는세상] 다문화 가정도 저출산하는 이유는...,” 세계일보(2020. 1. 31. 방문), 2018.12.19.

<국외문헌>

- Aleinikoff, T. Alexander and Douglas Klusmeyer, *Citizenship Policies for an Age of Migration*, (Carnegie Endowment for International Peace, 2002).

- Bundesministerium des Innern Referat Öffentlichkeitsarbeit, *Migrationsbericht der Bundesregierung Migrationsbericht 2016/2017*, (Berlin: Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, 2019).
- Devynck, Annick, "Citizenship and naturalization in France and Germany." ECPR Conference Copenhagen, Demark, 14-19 April 2000.
- Haibronner, Kay and Anuscheh Farahat, "Country Report on Citizenship Law: Germany," (Italy: EUDO Citizenship Observatory, 2015).
- Howard, Morc Morjé, "The Causes and Consequences of Germany's New Citizenship Law," *German Politics* 17, no. 1 (2008).
- Kirszbaum, Thomas, Yaël Brinbaum and Patrick Simon, *The Children of Immigrants in France: The Emergence of a Second Generation*, Innocenti Working Papers, United Nations Children's Fund (UNICEF) (2009).
- Koalitionsvereinbarung zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands und Bündnis 90 / Die Grünen(1997. 10. 20), "Aufbruch und Erneuerung - Deutschlands Weg ins 21. Jahrhundert."
- Shachar, Ayelet, *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality*, (President and Fellows of Harvard College, 2009).
- Vink, Maarten P. and Groot, Gerard-René de, "Birthright Citizenship: Trends and Regulations in Europe," Eudo Citizenship Observatory, (European University Institute, 2010).

정부자료

- Auswärtiges Amt. Staatsangehörigkeitsrecht.
- Federal Foreign Office, Law on Nationality.
- Federal Foreign Office, New Provisions Regulating Choice of Citizenship.
- Federal Ministry of the Interior, Building and Community. New Rules on Dual Citizenship (2014).
- Federal Office of Administration, Opting Procedure.
- Insee, 2020, Étrangers - Immigrés.
- Service-Public.fr, Nationalité française de l'ascendant (parent, grand-parent...) d'un français.
- Service-Public.fr, Nationalité française d'un enfant né en France de parents étrangers..
- Taipei City Government, *Q & A for Overseas Chinese Draftes Serving Military Service in Taiwan* (2018),

판례

- BVerwG, Urteil vom 29.03.2006-5 C 4.05.
- BVerwG, Urteil vom 29.03.2007-5 C 8.06.
- BVerwG, Urteil vom 26.04.2016-1C 9.15.
- Court of Cassation, Civil Chamber 1, Jul. 4, 2006, Appeal 04-14120.
- Court of Appeal, Lyon, 2nd Chamber, Feb. 14, 2011. Public Hearing of Monday, RG 09/07973.

【국문초록】

이 논문은 국적법상 혈통주의(*jus sanguinis*) 국가에서 외국 국적자의 국내출생자녀에게 국적을 예외적으로 부여하는 입법(‘보충적 출생지주의’ 또는 ‘제한적 출생지주의’)을 채택한 대표적인 국가, 독일과 프랑스의 최신 입법례를 비교·분석하여 국내에서의 적용 가능성을 살펴본다. 한국의 국적법은 부모양계 혈통주의를 따르고 있어 외국인의 자녀가 국내에서 출생하고 오랜 사회화 과정을 거쳤다 하더라도 국적이 부여되지 않는다. 이에 반해 출생지주의(*jus soli*)는 단기 방문자라 하더라도 영토 내에서 출생한 모든 사람에게 국적이 부여되는 한계점을 가지고 있다. 이로 인해 두 원칙 간의 간극을 좁히기 위한 입법적 선택의 하나가 ‘제한적’ 출생지주의이고 세계적인 추세는 상호 융합의 방향으로 진행 중이다.

서로 다른 두 원칙은 혈통과 출생지라는 이분법적 구도에 의해 시민권을 타고난 권리로서 부여한다는 점에서 동일하다. 이 원칙의 절대적 적용은 국가와 개인 간의 진정한 의미의 유대가 없는 시민권자와 밀접한 유대 속에서 사회적 구성원으로 살아가는 외국인 간에 권리와 의무의 공유에 있어서 불평등을 초래한다. 즉, 법률상 시민권자와 실질적인 구성원을 반영하지 못하는 법과 현실의 불일치로 인해 사회적 갈등을 강화시킬 수 있다. 본 논문에서는 사회적 통합을 모색하기 위한 법적 대안으로써 제한적 출생지주의의 입법 목표, 입법 대상, 입법 효과, 국적취득 요건 및 기타 관련 사항 등을 한국의 최근 변화된 이주민 현황과 함께 검토하고 국내에 도입 가능한 입법적 대안과 선택에 대해 모색해본다. 무엇보다도, 국적법 개정을 통해 한국 사회에서 관계를 맺으며 살아온 시간에 대한 규범적인 의미를 부여함으로써 국내출생자녀의 국적에 대한 접근성을 높이는 것을 그 목적으로 한다.

【Abstract】

Legislative Alternatives of the Supplementary
Birthplace Principle for Children Born of Foreign
National Parents

Jeewon Min

(Migration Research & Training Centre)

In case where a child is born of non-Korean parents (and socialized) in South Korea, which adopted *jus sanguinis*, the child would not automatically acquire South Korean citizenship at birth under Article 2 of the *Act of Nationality*. This is opposite to the direction of *jus soli* where children born to short-term travelers gain citizenship. As an alternative between *jus soli* and *jus sanguinis*, this article examines the legislation on the supplementary birthplace principles in Germany and France, legislation that has existed as an exception to *jus sanguinis*, a rule of citizenship that restricts children born and raised in those countries from becoming citizens at birth. Despite the dualism between blood and birthplace, both *jus soli* and *jus sanguinis* principles share similarities in the sense that they may apply to citizenship being granted at birth. The absolute application of either principle however, leads to inequality between citizens, who do not have genuine link to a state, and a foreign national, who is able to establish a close bond as a community member. As this discrepancy between *de jure* citizen and *de facto* member may manifest as social conflict, it has become a global

trend that *jus soli* and *jus sanguinis* policies must be modified to become less distinct than they have been in the past. This article introduces recent amendments to relevant laws, and compares legislative cases from Germany and France to analyze the possibility of adopting such principles in the Act of Nationality for social integration and access to citizenship for children born and raised in South Korea. On the basis of the models between two European countries, this article examines legislative goals or values, policy target groups, and requirements for citizenship acquisition. It also proposes an expected level of effectiveness and normative value for such legislative adoption in the current South Korean domestic context.

주제어(Keyword) : 혈통주의(*jus sanguinis*), 출생지주의(*jus soli*, birthplace principle), 진정한 관계의 원칙(*jus nexi*), 국적(또는 시민권)(nationality or citizenship), 독일(Germany), 프랑스(France)

아동·청소년 대상의 디지털 성범죄 수사를 위한 잠입수사관 제도의 도입방안

- 최근 개정된 독일형법 및 형사소송법 규정에 대한 검토를 곁히여 -

신 상 현*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---|-------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 우리에게 주는 시사점 |
| II. 아동음란물 관련 성범죄의 수사
· 처벌을 위한 독일의 법률규정 | 1. 논의상황 |
| 1. 새로운 법률규정의 도입과정 | 2. 잠입수사관 제도의 도입방안 |
| 2. 독일형법 제184조b | IV. 나오는 말 |
| 3. 독일형사소송법 제110조d | |

I. 들어가는 말

올해 초 이른바 “n번방 사건”으로 국민적 공분이 일어난 결과 행정부, 입법부, 사법부 모두가 디지털 성범죄를 근절하기 위해 여러 방법을 강구해 나가고 있다. 우선 정부와 법무부는 이를 위해 “무관용 원칙, 아동·청소년 보호의 강화, 처벌·보호의 사각지대 해소, 중대 범죄라는 사회적 인식의 확산 등의 기준을 설정하고, 중대 성범죄의 예비·음모죄, 아동·청소년을 유인해 길들인 다음 성적 착취를 하는 ‘온라인 그루밍’에 대한 죄, 성인 대상

* 고려대학교 법학연구원 연구원, 독일 뮌스터 대학교 박사과정.

의 음란물 소지죄 등에 대한 처벌조항의 신설, 각종 성범죄의 법정형 상향 및 공소시효 폐지, 성범죄 관련 범죄수익 환수의 강화, 디지털 성범죄 가해자의 신상공개 확대 등을 추진한다고 발표하였다.¹⁾ 이에 따라 국회는 4월, 5월에 이 중 일부 법률규정을 개정하였다. 또한 대법원 양형위원회는 아동·청소년 대상의 디지털 성범죄를 규율하고 있는 아동·청소년의 정보보호에 관한 법률(이하 ‘청소년정보보호법’) 제11조에 대한 양형기준을 강화하기로 의견을 모으고 있고,²⁾ 서울지방변호사회도 이를 촉구하는 의견서를 제출하였다.³⁾

디지털 성범죄는 음란물이나 불법영상을 피해자의 의사에 반하여 온라인 공간에 유포시킴으로써 행해지는데, 이렇게 특정 영상이나 사진이 한번 온라인 공간에 퍼지기 시작하면 그 높은 전파성으로 인해 피해자에게 회복 불가능한 피해를 가져온다. 특히 그 피해자가 자신의 행동의 의미를 정확하게 이해하지 못할 수 있는 아동이나 청소년인 경우에는 더욱 문제가 심각해진다. 아동·청소년 피해자는 자신의 의사와 상관없이 이러한 극심한 피해를 평생 감수해야만 하고, 사회 전체적으로 봤을 때에도 아동·청소년 대상의 음란물이 구매자들을 자극하여 또 다른 모방범죄를 야기할 위험이 있다.⁴⁾

그에 따라 정부는 위와 같은 노력의 일환으로서 디지털 성범죄 수사를 위해 현재 마약수사에서 활용되고 있는 ‘잠입수사’⁵⁾ 기법을 도입할 것을 계

1) “‘미성년자’ 강간 모의만 해도 처벌… ‘성범죄물’ 공소시효 폐지”, 전자 법률신문 2020년 4월 23일자 기사, (최종검색일: 2020. 5. 15.), <<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=161097&kind=AD>>.

2) “대법원, 아동성범죄 양형 기준 높인다”, 전자신문 우먼타임스 2020년 4월 21일자 기사, (최종검색일: 2020. 5. 15.), <<http://www.womentimes.co.kr/news/articleView.html?idxno=50561>>.

3) “서울변회 “디지털 성범죄 엄중 처벌하는 양형기준 마련돼야””, 전자 법률신문 2020년 5월 13일자 기사, (최종검색일: 2020. 5. 15.), <<https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=161489&kind=AE>>.

4) MüKo-StGB/Hörnle, § 184b, Rn. 3.

5) 이 용어는 (신분)위장수사, 비밀수사와 같은 의미로 사용된다. 다만 합정수사라는 용어는 학계에서 일반적으로 이와 다른 의미로 쓰이고 있으므로, 이 글에서는 ‘잠입수사’와 ‘합정수사’를 구별하도록 한다.

확하면서, 잠입수사관의 보호와 재판과정에서의 증거능력 등을 위해 법률에 근거 조항을 마련하겠다고 밝혔다.⁶⁾ 즉 새로운 범죄의 신설, 법정형의 상향과 같은 사후적 대응방법과 함께, 선제적으로 대응하여 범죄자를 효율적으로 수사·검거하기 위한 방안을 고려하고 있는 것이다. 이러한 잠입수사 기법이 실제로 자리잡게 된다면, 온라인 공간에서 활동하는 잠재적 범죄자에 대한 일반예방적 효과를 발생시킬 수 있고, 수사기관의 조기 개입을 통해 잠재적인 아동·청소년 피해자를 보호할 수 있게 된다.⁷⁾

그런데 디지털 성범죄 수사를 위한 잠입수사가 어려운 이유는 수사를 진행하는 공간이 폐쇄적인 온라인 사이트나 SNS라는 점이다. 특히 이 공간에 접근하는 데 성공하더라도 수사를 위해 그 회원으로서의 지위를 유지하기 위해서는 범죄자들의 요구에 따라 실제로 아동·청소년음란물을 제작하거나 배포함으로써 그들의 ‘신뢰’를 얻어야 한다. 따라서 잠입수사자 스스로가 범죄를 저지를 수밖에 없는 상황이 되어 원활한 수사가 이루어질 수 없는 경우가 발생한다.

이와 관련하여 독일에서는 2020년 3월에 아동 대상의 디지털 성범죄 수사를 위해 특정한 수사기법을 활용해 잠입수사관을 투입할 수 있는 실체법·절차법적 근거 조항을 신설하였다. 즉 수사기관이 범죄자가 되어야 하는 모순점을 해결하기 위해 그 특정한 수사기법의 허용요건을 명문으로 규정한 것이다. 이러한 시도는 잠입수사관 제도를 도입하고자 하는 우리에게도 많은 참고가 될 수 있다는 점에서, 우선 신설된 독일의 법률규정을 검토해 볼 필요성이 있다(Ⅱ). 이에 기초하여 아동·청소년 대상의 디지털 성범죄에 대응하기 위한 잠입수사관 제도를 우리나라에서 실현가능한 형태로 제시해 보도록 한다(Ⅲ).

6) 각주 1)의 기사 참조.

7) 김한균, “아동·청소년성보호법상 아동성매수범죄와 위장수사”, 「형사법의 신통향」 제42호, 2014, 43면; 이성대, “채팅어플리케이션을 통한 성매매방지를 위한 법률적 규제 방안”, 「형사정책」 제31권 제1호, 2019, 50면.

II. 아동음란물 관련 성범죄의 수사·처벌을 위한 독일의 법률규정

1. 새로운 법률규정의 도입과정

독일형법 제176조에서는 아동에 대한 성적 남용에 관한 죄(Sexueller Mißbrauch von Kindern)를 규정하고 있는데, 제1항부터 제5항까지 14세 미만의 아동에 대한 여러 형태의 성범죄를 처벌하고 있다.⁸⁾ 그 중에서 제4항 제3호는 ‘온라인 그루밍(Cybergrooming)’이란 형태의 새로운 아동성범죄를 규율하고 있다. 이는 아동과의 성적인 관계를 얻기 위해 온라인 공간에서 아동에게 접근하는 예비행위 자체를 처벌하는 규정이다.⁹⁾ 그런데 기존에는 제6항에서 제4항 제3호에 대한 미수범 처벌규정을 두고 있지 않아서, 범죄자가 아동에게 영향을 미친다고 믿었으나 실제로 성인과 연락한 경우(불능 미수의 형태)에는 구성요건에 해당하지 않고 미수범 처벌규정도 없어서 처벌의 공백이 생겼다.¹⁰⁾ 하지만 일반예방 및 특별예방의 관점에서 봤을 때,

8) § 176 아동에 대한 성적 남용에 관한 죄

- (1) 14세 미만인 자(아동)에 대하여 성적 행위를 하거나 아동으로 하여금 자신에 대하여 성적 행위를 하게 한 자는 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.
- (2) 아동으로 하여금 제3자에 대하여 성적 행위를 하게 하거나 또는 제3자가 자신에 대하여 성적 행위를 하게 한 자도 전항과 동일하게 처벌한다.
- (3) 특히 중한 경우에는 1년 이상의 자유형에 처한다.
- (4) 다음의 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.
 1. 아동 앞에서 성적 행위를 한 자,
 2. 아동이 (혼자) 성적 행위를 하게 한 자(제1항이나 제2항에 의해 처벌되는 경우는 제외),
 3. 다음의 목적으로 문서 또는 정보통신기술을 매개로 아동에게 영향을 미친 자,
 - a) 자기 또는 제3자에 대하여 또는 그들 앞에서 성적 행위를 하거나, 또는 자신 또는 제3자가 아동에 대하여 성적 행동을 하게 할 목적으로,
 - b) 제184조b 제1항 제3호 또는 제3항의 범죄를 수행하게 할 목적으로,
 4. 음란도화나 음란표현물의 제시, 음란한 내용의 음성매체의 상연, 정보통신기술을 매개로 한 음란물의 공개, 그에 준하는 대화를 통해 아동에게 영향을 미친 자
- (5) 제1항부터 제4항의 행위를 아동에게 제안하거나 또는 알선을 약속한 자 또는 다른 사람과 함께 그러한 행동을 약속한 자는 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

9) BT-Drs. 19/16543, S. 1; Lackner/Kühl-StGB/Heger, § 176, Rn. 4a; MüKo-StGB/Renzikowski, § 176, Rn. 41.

10) MüKo-StGB/Renzikowski, § 176, Rn. 41.

범죄자와 온라인상으로 접촉한 사람이 범죄자의 생각대로 실제로 아동인지 아닌지 여부에 가별성이 달려 있게 되는 상황은 문제가 있다고 판단되었다.¹¹⁾ 그에 따라 독일연방법무부가 독일형법 제176조 제6항 등을 개정할 것을 제안하였고, 그 후 독일연방정부는 2019년 6월 29일에 해당 법률안(BT-Drs. 19/13836)을 의회에 제출하였다. 이 법률안은 온라인 그루밍에 관련된 죄의 불능미수 상황을 처벌하기 위해 독일형법 제176조 제6항에 미수범 처벌규정을 신설하는 내용을 담고 있었다. 즉 행위자가 어쨌든 자신이 아동에게 영향을 미쳤다고 생각했다면, 실제로 그 대상이 아동이 아니어서 그 행위가 기수에 이르지 않은 경우에도 이 조항에 따라 미수범으로 처벌할 수 있도록 한 것이다.¹²⁾

한편, 위원회의 토론과정에서 아동음란물의 배포(유포), 취득 및 소지(Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften¹³⁾)에 관한 독일형법 제184조b 역시 개정할 필요가 있다는 점이 추가로 지적되었다. 경찰범죄통계에 따르면 지난 4년간 독일형법 제184조b의 범죄가 지속적으로 증가하고 있다.¹⁴⁾ 앞서 살핀 온라인 그루밍에 관한 죄도 이 규정과 관련하여 행해지는 경우가 많다.¹⁵⁾ 하지만 익명성이라는 온라인 공간의 특성 때문에, 범죄자는 검거될 우려가 없이 폐쇄적이고 비공개적인 온라인 사이트나 SNS 등에서 아동음란물을 사고 팔 수 있다. 대부분의 이러한 온라인 사이트 등은 이용자가 처음 가입을 하거나 계속 가입신분을 유지하려면 스스로 아동음란물 배포 등의 범죄를 저지르게끔 요구를 하고 있다. 즉 이를 통해 이용자로부터 ‘신뢰’를 얻고 있는 것이다. 따라서 수사기관은 - 스스로 범행을 저지르지 않는 한 - 이러한 온라인 사이트 등에 침투하여 수사를 하는 것이 현실적으로 쉽지 않다.¹⁶⁾ 그러므로 수사의 효율성을 강화하고 추가

11) BT-Drs. 19/16543, S. 1.

12) BT-Drs. 19/16543, S. 2.

13) 여기서의 ‘문서(Schrift)’란 음성 및 영상매체, 파일저장장치, 도화 및 기타 표현물을 모두 포함한다(독일형법 제11조 제3항).

14) 2015년에 3753건, 2016년에 5687건, 2017년에 6512건, 2018년에 7449건이 처벌되었다(BT-Drs. 19/16543, S. 10).

15) 독일형법 제176조 제4항 제3호 b) 참조.

적인 범죄가 이어질 가능성을 억제하기 위해, 수사기관이 그러한 폐쇄적인 공간에 접근하거나 계속 머무를 수 있게끔 음란물을 제작하거나 배포하는 것까지 허용하는 예외규정을 둘 필요가 있다. 이를 위해 엄격한 요건을 설정하여 수사기관의 그러한 행위를 허용한다면(=구성요건해당성 배제), 범죄 영역으로부터 아동을 보호할 긴급한 필요성 및 경우에 따라 있을 수 있는 수사기관의 성적 남용에 관한 죄를 방지할 필요성이 독일헌법 제20조 제3항에서 도출되는 법치국가성의 요구보다 우위에 있을 수 있다.¹⁷⁾ 또한 이렇게 비밀수사관을 투입할 수 있는 절차적 근거를 독일형사소송법 제110조d에 마련하는 것도 필요하다.¹⁸⁾

그 결과 이 규정들을 개정·신설하는 법률안이 2020년 1월 17일에 위원회의 표결을 통과하였다. 그 후 2월 14일에 독일연방의회에서 승인을 받고, 3월 13일부터 효력을 갖게 되었다.¹⁹⁾

2. 독일형법 제184조b

독일형법 제184조b는 아동음란물의 제작, 배포(유포), 취득, 소지 등을 처벌하는 규정이다. 제1항에서는 다음 네 가지 형태의 범죄자, 즉 “아동음란물²⁰⁾을 배포하거나 일반에 공개한 자(제1호), 타인에게 실제로 또는 실제와 유사한 사건을 묘사(재현)하고 있는 아동음란물을 소지하도록 기도한 자(제2호), 실제의 사건을 묘사(재현)하고 있는 아동음란물을 제작한 자(제3호),

16) BT-Drs. 19/16543, S. 10; LR-StPO/Hauck, § 110a, Rn. 26a f.; Von der Grün, Verdeckte Ermittlungen, 141-142면; Rosengarten/Römer, NJW 2012, 1764, 1766 f.

17) BT-Drs. 19/16543, S. 10.

18) BT-Drs. 19/16543, S. 11 f.

19) 입법과정 전체에 대해서는 “Cybergrooming - Gesetzentwürfe”, KriPoZ, (최종검색일: 2020. 5. 13.), <<https://kripoz.de/Kategorie/gesetzentwuerfe/cybergrooming-gesetzentwuerfe/>>.

20) “아동음란물이란 a) 14세 미만인 자(아동)로 하여금 성적 행위를 하게 하는 것, 아동에 대해 성적 행위를 하는 것, 아동 앞에서 성적 행위를 하는 것, b) 부자연스럽게 성(性)을 강조한 자세로 전부 또는 일부 벌거벗은 아동을 묘사(재현)한 것 또는 c) 아동의 벌거벗은 성기나 엉덩이를 성적으로 자극하여 묘사(재현)한 것을 대상으로 하는 음란물이다.”

아동음란물을 제작, 수령, 공급(판매), 보관(저장), 제공, 취득(하려 노력) 또는, 아동음란물이나 제1호, 제2호, 제184조d 제1항 제1문²¹⁾의 아동음란물로부터 획득한 제작물을 사용할 목적으로 또는 타인에게 그러한 사용을 가능하게 할 목적으로 아동음란물을 수입 또는 수출한 자(다만 제3호에 따라 처벌되는 행위는 제외)(제4호)를 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.” 제2항에는 가중적 구성요건이 규정되어 있는데, “제1항의 행위자가 영업적으로 또는 그러한 범죄의 계속적 수행을 위하여 결합된 조직의 구성원으로서 행위하고, 제1항 제1호, 제2호, 제4호의 경우에 아동음란물이 실제로 또는 실제와 유사한 사건을 묘사(재현)하고 있는 경우에는, 6월 이상 10년 이하의 자유형에 처한다.” 제3항에 따르면 “자신이 실제로 또는 실제와 유사한 사건을 묘사(재현)하고 있는 아동음란물을 소지하도록 기도한 자는 2년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.” 제4항에서는 제1항 제1호, 제2호, 제4호 및 제3항의 경우를 제외하고는 미수범을 처벌하고 있다. 제6항에서는 “제1항 제2호, 제3호 또는 제3항의 범죄와 관련된 대상물을 몰수한다. 제74조a가 적용된다.”고 규정하고 있다.

한편, 제5항에서는 본조의 구성요건을 배제²²⁾하는 예외규정이 존재하는데, 제1문에 따르면 “제1항 제2호 및 제3항은 오로지 ① 국가의 과제 또는 ② 권한 있는 국가관청과의 합의에 의한 과제 또는 ③ 직무상이나 직업상의 의무를 합법적으로 실현하는 데 기여하는 행위에 대해서는 적용되지 않는다.” 이에 추가하여 앞서 살펴보았듯이 2020년에 또 다른 형태의 예외규정이 신설되었는데, 제2문²³⁾에서 “제1항 제1호와 4호는, ① 실제의 사건을 묘

21) “음란물을 방송이나 정보통신망을 매개로 타인에게나 일반에 공개한 자는 제184조부터 제184조c에 따라 처벌된다.”

22) Lackner/Kühl-StGB/Heger, § 184b, Rn. 8; MüKo-StGB/Hörnle, § 184b, Rn. 45.

23) Absatz 1 Nummer 1 und 4 gilt nicht für dienstliche Handlungen im Rahmen von strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, wenn

1. die Handlung sich auf eine kinderpornographische Schrift bezieht, die kein tatsächliches Geschehen wiedergibt und auch nicht unter Verwendung einer Bildaufnahme eines Kindes oder Jugendlichen hergestellt worden ist, und
2. die Aufklärung des Sachverhalts auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

사(재현)하고 있지 않고 또한 아동이나 청소년의 사진촬영을 사용하지 않은 채 제작된 아동음란물과 관련되는 행위인 경우(1호), 그리고(und) ② 범죄사안의 규명이 다른 방법으로는 성공할 가망이 없거나 현저히 곤란할 것으로 예상되는 경우(2호)로서 형사상 수사절차의 과정에서 이루어지는 직무상 행위에 대해서는 적용되지 않는다.”고 규정하고 있다. 즉 신설된 제2문이 적용되기 위해서는 ①과 ②의 상황이 ‘모두’ 충족되어야 한다.

①의 요건과 관련해서는, 우선 실제의 사건을 묘사(재현)하고 있지 않아야 한다. 따라서 실제 아동과 실제로 성적인 행위를 하거나, 부자연스럽게 성(性)을 강조한 자세로 전부 또는 일부 벌거벗은 실제의 아동을 등장시키거나, 실제 아동의 벌거벗은 성기나 엉덩이를 성적으로 자극하는 형태로 영상물을 제작하는 것이 금지된다. 또한 위와 같은 형태로 아동이나 청소년을 직접 대상으로 한 사진촬영을 해서도 안 되며, 실제의 사진을 포토샵 등으로 편집하여 사용하는 것도 허용되지 않는다. 다만 회화, 스케치, 캐리커처(풍자화) 등은 여기의 ‘사진’에 포함되지 않으므로, 이를 수사에 사용하는 것은 허용된다. 또한 오직 기술적인 방법으로 또는 디지털 형태로 생성되는 음란물도 사용할 수 있는데, 그 예로는 인공지능을 통해 생성한 사진이나 그림을 들 수 있다. 이러한 형태의 음란물을 제작하기 위해서 인공지능을 훈련시키는 것도 이 예외조항에 따라 허용되는데, 왜냐하면 훈련시키는 것 그 자체는 ‘제작’이 아닐 뿐만 아니라 오히려 시간적으로 그 제작에 선행하는 (준비)행위이기 때문이다.²⁴⁾ ②의 요건은 수사기관의 아동음란물 제작 또는 배포행위가 단지 최후의 수단으로서만 허용된다는 점을 보여준다.²⁵⁾ 즉 컴퓨터의 압수 등과 같은 다른 방법을 이용해서는 범죄사안의 규명이 성공할 가망이 없거나 현저히 곤란할 것으로 예상되는 경우에만 제1항 제1호 또는 제4호의 구성요건이 배제되는 것이다.²⁶⁾ 마지막으로 형사상 수사절차의 과정에서 이루어지는 직무상 행위여야 하므로, 형사상 수사목적으로 투입되는 수사기관에게만 이러한 혜택이 주어질 뿐이고,²⁷⁾ 사인(私人)이 조항

24) BT-Drs. 19/16543, S. 11.

25) M-G/S/Köhler, § 110d, Rn. 1.

26) BT-Drs. 19/16543, S. 11.

을 통해 처벌을 피하는 것이 불가능하다.

한편, 독일형법 제184조b 제5항은 청소년²⁸⁾음란물의 제작, 배포(유포), 취득, 소지 등을 처벌하는 규정에도 준용된다(독일형법 제184조c 제6항). 따라서 잠입수사를 위해 수사기관이 청소년음란물을 제작하거나 배포하는 행위 역시 그 구성요건이 조각될 것이다.²⁹⁾

정리하면, 독일형법 제184조b 제5항 제2문(과 이를 준용하는 제184조c 제6항)에 따라 수사기관은 제1항 제1호 또는 제4호의 구성요건에 해당하는 행위를 하더라도 처벌되지 않고, 디지털 성범죄 수사를 위해 컴퓨터로 생성한 아동·청소년음란물을 온라인 공간에서 활용할 수 있게 된다.

3. 독일형사소송법 제110조d

독일형법 제184조b 제5항 제2문이 잠입수사관 투입의 과정에서 아동음란물의 제작이나 배포를 가능하게 하는 실체적 허용요건을 규정한 것이라면, 독일형사소송법 제110조d는 이를 위해 요구되는 절차적 허용요건을 규정하고 있다.³⁰⁾ 이 규정의 제목은 ‘형법 제184조b에 따라 범죄수사를 위해(잠입수사관을) 투입할 경우의 특별절차’³¹⁾인데, 독일형사소송법 제110조a부터 제110조c에서 ‘비밀수사관(Verdeckter Ermittler, VE)’³²⁾ 투입을 위한 규정이 이미 존재한다는 점에서 이를 특별규정의 형태로 도입한 것이다. 따라서 먼저 비밀수사관 투입에 관한 기존의 규정을 간략히 살펴본 후,³³⁾ 독

27) BT-Drs. 19/16543, S. 11.

28) 14세 이상 18세 미만의 자.

29) 독일형법 제184조b를 개정하는 과정에서 독일형법 제184조c에 대한 언급은 없었지만, 두 조항의 형태가 거의 유사하므로 이렇게 해석하여도 체계적으로 문제될 것은 없어 보인다.

30) M-G/S/Köhler, § 110d, Rn. 1.

31) § 110d Besonderes Verfahren bei Einsätzen zur Ermittlung von Straftaten nach § 184b des Strafgesetzbuches.

32) 이 용어는 잠입수사관과 같은 의미인데, 독일형사소송법 규정을 언급할 때에는 원문에 가깝게 표현하기 위해 ‘비밀수사관’으로 번역한다.

33) 이를 소개하는 문헌이 많기는 하지만, 2017년 이후에 개정된 사항들이 있기 때문에 이를 반영하여 다시 한 번 살펴보도록 하겠다.

일형사소송법 제110조d의 규정형태를 검토해 보도록 한다.

(1) 비밀수사관 투입의 요건 및 절차

비밀수사관이란 자신에게 지속적으로 부여된 변경된 가장신원(Legende)을 가지고 수사를 하는 경찰공무원을 의미한다(독일형사소송법 제110조a 제2항 제1문). 비밀수사관은 그 가장신원으로 법적 거래행위를 할 수 있고(동조 제2항 제2문), 가장신원의 생성 또는 유지를 위하여 불가피한 경우에 그에 상응하는 문서를 작성, 변경, 사용할 수 있다(동조 제3항). 또한 가장신원을 사용하여 권리자의 승낙을 받아 주거에 출입할 수 있는데, 가장신원을 사용하는 것을 넘어서 출입권이 있는 것처럼 기망하여 그러한 승낙을 받아서는 안 된다(독일형사소송법 제110조c).

비밀수사관의 투입이 허용되는 경우는 다음 세 가지로 정리해 볼 수 있다(실체적 요건). 첫째로 ① 금지된 마약류 또는 무기거래, 통화 또는 유가증권위조의 분야에서 범죄, ② 국가안보(법원조직법 제74조a, 제120조)의 분야에서 범죄, ③ 업무상 또는 상습적으로 수행되는 범죄, ④ 범죄단체구성원에 의하여 또는 다른 방식으로 조직된 범죄 중 하나에 해당하는 중대한 범죄행위가 있었다는 충분한 사실적 근거(=최초혐의(Anfangsverdacht))가 인정되는 경우로서(독일형사소송법 제110조a 제1항 제1문), 그 범죄의 규명이 다른 방법으로는 성공할 가망이 없거나 현저히 곤란할 것으로 예상되는 경우(동조 제1항 제3문), 둘째로 중죄(Verbrechen)에 해당하고, 특정한 사실에 근거해 재범의 위험성이 인정되며(동조 제1항 제2문), 그 중죄의 규명이 다른 방법으로는 성공할 가망이 없거나 현저히 곤란할 것으로 예상되는 경우(동조 제1항 제3문), 셋째로 특히 중대하여 비밀수사관의 투입이 필요한 중죄가 행해졌고, 그 중죄의 규명이 다른 조치로는 성공할 가망이 없을 것으로 예상되는 경우(동조 제1항 제4문)이다. 비밀수사조치로 인한 국민의 기본권침해를 최소화하기 위해서, 비례성원칙에 부합할 수 있도록 모든 경우에 보충성을 공통요건으로 설정하고 있다.³⁴⁾

34) HK-StPO/Gercke, § 110a, Rn. 15; KMR-StPO/Bockemühl, § 110a, Rn. 28; LR-StPO/Hauck, § 110a, Rn. 37; SK-StPO/Wolter/Jäger, § 110a, Rn. 5. 독일형사소송법

동시에 다음의 절차적 요건도 충족해야 한다. 우선 ① 특정한 피의자를 대상으로 하는 경우나 ② 공중에 개방되지 않은 주거에 비밀수사관이 들어가는 경우에는 사전에 법원의 승인³⁵⁾을 받아야 한다(독일형사소송법 제110조b 제2항 제1문). 지체의 위험이 있는 경우에 검사의 사전승인만으로도 충분하나(동조 동항 제2문), 검사의 판단을 적시에 받을 수 없는 경우에는 경찰이 우선 지체 없이 비밀수사관을 투입해야 한다(동조 동항 제3문). 그 후 3근무일 이내에 법원의 사후승인을 받아야 하고, 그렇지 못한 경우에는 투입조치를 종료해야 한다(동조 동항 제4문). 이 승인은 서면으로 받아야 하고, 기간을 설정할 수 있으며, 투입 요건이 지속된다면 그 기간을 연장할 수도 있다(동조 동항 제5문). 위의 두 가지 예에 해당되지 않는 그 밖의 경우에는 검사의 사전승인만 받아도 투입이 허용되고(동조 제1항 제1문), 지체의 위험이 있고 검사의 판단을 적시에 받을 수 없는 경우에는 경찰이 우선 지체 없이 비밀수사관을 투입해야 하나, 검사가 3근무일 이내에 사후승인을 하지 않으면 그 조치를 종료해야 한다(동조 동항 제2문).³⁶⁾ 서면의 승인, 기간의 설정 및 연장은 위와 같다(동조 동항 제3문, 제4문).

비밀수사관 투입을 하면서 실체적 요건을 위반한 경우에는 그로부터 획득한 증거물을 증거로 사용할 수 없다.³⁷⁾ 또한 2019년 11월에 추가된 독일형사소송법 제110조a 제1항 제5문에 의하면 이 경우에도 독일형사소송법 제100조d 제1항과 제2항이 준용되어, 사생활 형성의 핵심영역(Kernbereich privater Lebensgestaltung)을 알아내기 위한 비밀수사관의 투입은 허용되지 않고, 이와 관련해 획득한 사항은 언제나 증거로 사용할 수 없다(절대적 증거사용금지).³⁸⁾ 절차적 요건을 위반한 경우에는 다음과 같이 나누어서 판

은 감청, 온라인수색, 사진촬영, 이동통신기기에 대한 수사 등 그 밖의 비밀수사처분의 경우에도 이러한 보충성원칙을 동일하게 요구하고 있다.

35) 우리나라에서 영장을 발부하는 것과 같은 의미이다.

36) 경찰의 의사에 반해 검사가 투입의 결정을 할 수는 없다(M-G/S/Köhler, § 110b, Rn. 1).

37) Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht(이하 ‘독일형사소송법’ 교과서의 경우 서명을 생략한다), Rn. 481a; Kindhäuser/Schumann, § 8, Rn. 127; HK-StPO/Gercke, § 110a, Rn. 24; KMR-StPO/Bockemühl, § 110b, Rn. 23.

38) 이는 학계에서 이미 인정되어 왔던 사항(예를 들어 SK-StPO/Wolter/Jäger, § 110c, Rn. 13)을 입법한 것이다.

단해야 하는데, 우선 단순히 서면요건을 충족하지 못하였다고 하여 그 증거물의 증거사용이 불가능한 것은 아니다.³⁹⁾ 반면 검사나 법원의 사후승인을 받지 못한 경우에는 위법한 수사에 해당하게 되어, 그 이후에 획득한 증거물은 공판절차에서 증거로 사용할 수 없게 된다. 하지만 그 이전까지 3근무일 내에 획득한 증거물은 증거능력이 있다.⁴⁰⁾

비밀수사관의 신원은 투입을 종료한 이후에도 계속하여 비밀로 유지할 수 있고(독일형사소송법 제110조b 제3항 제1문), 특히 그 신원을 밝히는 것이 비밀수사관이나 다른 사람의 생명, 신체 또는 자유를 위태롭게 하거나 비밀수사관의 계속적인 사용 가능성을 위태롭게 할 것이라는 우려가 있는 때에는 독일형사소송법 제96조⁴¹⁾의 기준에 따라 형사절차에서 신원의 비밀유지가 허용된다(동조 동항 제3문).

이러한 비밀수사조치는 대상자의 기본권을 침해할 가능성이 크기 때문에, 기본권보호의 수단으로서 독일형사소송법 제101조가 마련되어 있다. 동조 제4항 제1문 제9호에 따르면, 비밀수사관을 투입한 경우에는 대상자, 그와 매우 밀접하게 관련되는 자, 비밀수사관이 출입한 공중에 개방되지 않은 주거의 거주자에게 통지를 해야 한다. 예외적으로 수사의 목적, 사람의 생명, 신체의 불가침성, 개인적 자유와 중대한 재산가치, 비밀수사관의 지속적인 사용 가능성을 위태롭게 할 수 있는 경우에는, 이러한 통지를 보류할 수 있고 그 사유를 문서화해야 한다(동조 제5항). 또한 동시에 동조 제7항에 따른 사후적인 권리보호 수단과 그 기한을 고지해야 한다(동조 제4항 제2문). 위의 통지의 대상자는 그 비밀수사조치가 종료한 이후 그 통지받은 때로부터 2주일 이내에 관할법원에 그 조치(명령) 및 집행방법의 적법성에 대한

39) BGH StV 1995, 398; LR-StPO/Hauck, § 110a, Rn. 67; SK-StPO/Wolter/Jäger, § 110b, Rn. 13; SSW-StPO/Eschelbach, § 110b, Rn. 13.

40) BGHSt 41, 64, 66; Beulke/Swoboda, Rn. 481b Putzke/Scheinfeld, Rn. 267; Volk/Engländer, § 28, Rn. 30; BeckOK-StPO/Hegmann, § 110b, Rn. 13; KMR-StPO/Bockemühl, § 110b, Rn. 24; M-G/S/Köhler, § 110b, Rn. 11. 3근무일 내의 증거물의 증거사용을 인정하는 것을 비판하는 견해로는 Krey/Heinrich, Rn. 935, Fn. 140; Roxin/Schünemann, § 37, Rn. 2.

41) 관청이나 공무원이 직무상 보관하는 문서의 경우 연방이나 주의 안녕을 해칠 우려가 있으면 제출요구에 응하지 않을 수 있다는 규정.

심사를 청구할 수 있다(동조 제7항 제2문).⁴²⁾

(2) 아동음란물을 제작·배포하는 비밀수사관 투입의 절차요건

독일형사소송법 제110조d는 “형법 제184조b 제5항 제2문에 준하여 형법 제184조b 제1항 제1호와 제4호의 행위가 이루어지는 (비밀수사관의) 투입을 실시하는 경우에 법원의 승인을 받아야 한다. 그 신청을 함에 있어서는 행동하는(투입되는) 경찰공무원이 광범위하게 투입 준비가 되었다는 점을 설명(제시)해야 한다. 지체의 위험이 있는 경우에는 검사의 승인을 받으면 충분하다. 법원이 3근무일 이내에 승인을 하지 않는 경우에 그 조치를 종료해야 한다. 그 승인은 서면으로 해야 하고 기간을 정해야 한다. 투입을 위한 요건이 지속되는 한 그 기간의 연장이 허용된다.”⁴³⁾고 규정하고 있다.

온라인 공간에서 수사를 진행하는 수사기관을 비밀수사관으로 보아 독일형사소송법 제110조a부터 제110조c상의 엄격한 형식규정을 적용할 것인지에 대해서는 그동안 계속 논란이 되어 왔다.⁴⁴⁾ 이 경우 온라인상의 익명성을 강조하면서 이 조항들의 적용을 부정한다면, 검사나 법원의 승인 없이도 쉽게 비밀수사가 개시될 수 있다는 비판이 제기되었다.⁴⁵⁾ 특히 수사기관

42) 독일형사소송법 제101조에 대해 자세히는 신상현, “수사절차에서 준항고를 통한 피의자의 법적 보호”, 『외법논집』 제43권 제3호, 2019, 107-108면.

43) Einsätze, bei denen entsprechend § 184b Absatz 5 Satz 2 des Strafgesetzbuches Handlungen im Sinne des § 184b Absatz 1 Nummer 1 und 4 des Strafgesetzbuches vorgenommen werden, bedürfen der Zustimmung des Gerichts. In dem Antrag ist darzulegen, dass die handelnden Polizeibeamten auf den Einsatz umfassend vorbereitet wurden. Bei Gefahr im Verzug genügt die Zustimmung der Staatsanwaltschaft. Die Maßnahme ist zu beenden, wenn nicht das Gericht binnen drei Werktagen zustimmt. Die Zustimmung ist schriftlich zu erteilen und zu befristen. Eine Verlängerung ist zulässig, solange die Voraussetzungen für den Einsatz fortbestehen.

44) 그 적용을 부정하는 견해로는 BeckOK-StPO/Hegmann, § 110a, Rn. 6; KK-StPO/Bruns, § 110a, Rn. 7; SSW-StPO/Hadamitzky/Eschelbach, § 110a, Rn. 9; Von der Grün, 앞의 책, 142면. 반면, 장기간 수사할 목적으로 투입되어 적극적으로 활동하는 경우에는 이 규정들이 적용되어야 한다는 견해로는 LR-StPO/Hauck, § 110a, Rn. 26; M-G/S/Köhler, § 110a, Rn. 4; Soiné, NStZ 2003, 225, 226; Kudlich, StV 2012, 560, 566; Rosengarten/Römer, NJW 2012, 1764, 1767.

45) 이러한 취지로는 Soiné, NStZ 2003, 225, 227.

이 단순히 인터넷상에서 탐문을 하는 것을 넘어서 직접 아동음란물을 제작·유포하는 행위까지 효율적인 수사라는 명목으로 허용하는 것은 무리가 있었기 때문에, 이에 대한 명확한 절차요건을 법률에 도입하게 된 것이다.

아동음란물을 직접 제작·유포하는 형태의 비밀수사관 투입이 허용되기 위해서는, 원칙적으로 법원의 승인이 있어야 한다. 즉 법관유보(Richtervorbehalt)의 제한을 받는다. 긴급한 사정이 있다면 검사의 승인을 받은 후 3일 이내에 법원의 사후승인을 받을 수 있으나, 독일형사소송법 제110조b와 달리 검사의 결정을 기다릴 수 없다고 하더라도 경찰 스스로 투입을 결정할 수는 없다.⁴⁶⁾ 법원이 사전·사후의 승인을 검토하는 경우에는 독일형법 제184조b 제5항 제2문 제2호상의 보충성원칙까지 함께 고려해야 하고, 그 결과 비밀수사관의 투입이 위법하다고 여겨진다면 그 승인을 거부할 수 있다.⁴⁷⁾

법원이나 검사가 승인을 할 때에는 이를 서면형식으로 작성해야 한다. 여기에는 개별상황을 전체적으로 평가하여 비교형량을 했다는 점을 적시해야 한다. 즉 최초혐의(Anfangsverdacht)를 인정할 수 있는 사실관계를 기술해야 하고, 위의 보충성원칙을 어떻게 판단했는지도 자세히 언급해야 한다.⁴⁸⁾ 또한 일정한 기간을 설정한다는 점도 기재해야 하는데, 그 기간의 상한을 법률이 정하고 있지는 않다. 따라서 특히 위의 보충성 요건을 고려하면서 모든 사정을 종합적으로 판단하여 비례성원칙에 부합하게 기간을 제한해야 한다.⁴⁹⁾

이 경우 비밀수사관 투입을 통해 얻은 증거물의 증거능력이 문제되는데, 기존의 비밀수사관 투입의 경우와 동일하게 판단할 수 있다. 우선 법원 또는 검사의 승인을 받아야 하는 점을 위반했다면 증거사용금지원칙이 적용된다.⁵⁰⁾ 하지만 지체의 위험이 있어 먼저 검사의 승인을 받은 후 사후에

46) M-G/S/Köhler, § 110d, Rn. 2.

47) 다만 함묵적성이 없다는 이유로 그 승인을 거부할 수는 없다(M-G/S/Köhler, § 110d, Rn. 2).

48) M-G/S/Köhler, § 110d, Rn. 3.

49) M-G/S/Köhler, § 110d, Rn. 4.

50) M-G/S/Köhler, § 110d, Rn. 6.

법원의 승인을 받지 못하였더라도, 비밀수사관 투입이 소급적으로 위법하게 되는 것은 아니다. 따라서 법원의 승인을 받지 못한 이후부터는 이 조치가 위법하게 되나, 그 이전까지 3근무일간 획득한 증거물은 증거로 사용할 수 있다.⁵¹⁾ 또한 처음 투입을 결정하면서 설정된 기간을 연장하는 경우에도, 이에 대해 재승인을 받기 이전까지 얻은 증거물은 증거로 사용할 수 있다.⁵²⁾ 단순히 서면형식규정을 위반한 때에는 그 증거물의 증거사용이 가능하다.⁵³⁾

한편, 독일형사소송법 제110조d를 신설하면서 이 규정을 독일형사소송법 제101조의 적용대상으로 포함시키지 않았다.⁵⁴⁾ 따라서 법원의 사후적 심사를 규정하고 있는 독일형사소송법 제101조 제7항 역시 이 경우에는 적용되지 않으므로, 일반적인 불복절차가 적용된다고 보는 견해가 있다.⁵⁵⁾ 즉 이 조치를 통해 기본권을 침해받았다고 여기는 대상자는 (수사)판사의 명령(영장발부)에 대해서는 항고(독일형사소송법 제304조)로, 검사 또는 경찰의 명령 또는 집행에 대해서는 독일형사소송법 제98조 제2항 제2문을 유추적용하여 법원에 그 위법성의 심사를 청구할 수 있다. 또한 그 처분이 이미 종료한 경우라면 법적 보호이익(반복될 위험, 명예회복의 이익, 중대한 기본권 침해)이 있어야만 그 청구가 허용된다.⁵⁶⁾ 사건으로는 독일형사소송법 제110조d의 제목에서도 “특별절차”라고 명명하고 있는 것으로 보아, 이 경우에도 독일형사소송법 제110조a의 경우와 마찬가지로 - 모든 비밀수사조치를 규율하고 있는 - 독일형사소송법 제101조가 적용된다고 해석하는 것이 바람직할 것이다.⁵⁷⁾ 새로 입법을 하는 과정에서 독일형사소송법 제101조를 고려

51) M-G/S/Köhler, § 110d, Rn. 6.

52) M-G/S/Köhler, § 110d, Rn. 4.

53) M-G/S/Köhler, § 110d, Rn. 6.

54) M-G/S/Köhler, § 110d, Rn. 5.

55) M-G/S/Köhler, § 110d, Rn. 7.

56) 독일형사소송법상 수사절차에서 피의자가 법원 또는 수사기관의 강제처분에 대해 불복할 수 있는 근거조문에 대해 자세히는 신상현, 앞의 2019년 논문, 101면 이하 참조.

57) 이 규정이 적용된다면, 투입조치가 이미 종료했더라도 법적 보호이익에 대한 증명이 필요하지 않아서 피의자에게 더 유리하다.

하지 못한 것으로 보이므로, 법적 명확성을 위해 장차 독일형사소송법 제110조d를 독일형사소송법 제101조의 적용대상에 포함시켜야 할 것이다.

(3) 위법한 함정수사(Lockspitzel)와의 구별필요성

독일형사소송법 제110조a부터 제110조c가 적용되는 비밀수사관 이외에도, 실무상 위장구매자 등의 형태로 일시적으로 투입되는 경찰인 ‘비공개로 수사하는 경찰공무원(Nicht offen ermittelnder Polizeibeamter, NoeP)’, 개별 사례에서 일회성으로 수사기관에게 범죄정보를 제공해주는 사인인 ‘정보제공자(Informanter)’, 장기간 신분위장 등을 통해 수사기관의 범죄규명에 도움을 주는 사인인 ‘신뢰인(Vertauensperson, V-Person, V-Leute)’이 활용되고 있다.⁵⁸⁾ 이들에 대해서는 독일형사소송법 제110조a부터 제110조c가 적용되지 않고, 그 법적 근거가 수사에 관한 일반규정인 독일형사소송법 제161조 및 제163조라고 보는 것이 일반적인 견해이다.⁵⁹⁾

하지만 비밀수사관, 비공개로 수사하는 경찰공무원, 정보제공자, 신뢰인의 행위가 언제나 적법하게 되는 것은 아니다. 즉 피의자가 이미 범행을 저질렀거나 장래의 범행을 결심했다는 충분한 범죄혐의가 인정되는 상태에서 수사기간이 단지 그러한 범행의 준비 또는 진행을 이용한 것일 뿐인 경우에만⁶⁰⁾ 적법한 수사행위로 인정되어, 그로부터 획득한 증거물의 증거능력도 인정된다.⁶¹⁾ 반면, 이들이 범죄혐의가 없거나 범죄경향이 없는 사람의 범의를 유발하거나 강화한 경우,⁶²⁾ 즉 단순히 피의자의 행위에 참여하는 것을 넘어서 피의자가 범행에 나아가게끔 야기하거나 범행계획을 강화할 수 있게 영향을 미치는 것은 위법한 형태의 잠입(함정)수사에 해당한다.⁶³⁾ 또한

58) 자세히는 Beulke/Swoboda, Rn. 423 f.; Krey/Heinrich, Rn. 940 ff.; Kühne, Rn. 534; Volk/Engländer, § 10, Rn. 60; 김태은, “비밀수사관제도의 도입방안”, 「인권과 정의」 제401호, 2010, 29-31면.

59) BGH NJW 1995, 2236; BGH NJW 2000, 1123, 1125; Putzke/Scheinfeld, Rn. 270; MüKo-StPO/Günther, § 110a, Rn. 24; SK-StPO/Wolter/Jäger, § 110a, Rn. 3a, 13.

60) 물론 비밀수사관의 경우에는 독일형사소송법 제110조a부터 제110조c를, 나머지의 경우에는 독일형사소송법 제161조와 제163조를 준수해야 함은 당연하다.

61) BGHSt 45, 321, 337; 47, 44, 48; BGH NJW 2016, 91, 92.

62) BGHSt 45, 321, 335; 47, 44, 47; BGH NJW 2016, 91, 92.

피의자가 자발성이 없이 오로지 수사기관의 도구로서 활동한 경우에도 마찬가지이고,⁶⁴⁾ 이렇게 수사기관의 개입이 없었다면 피의자가 그 범행을 저지르지 않았을 것이라는 사정이 인정된다면 유럽인권조약(EMRK) 제6조 제1항 제1문상의 공정한 절차원칙을 위반하게 된다.⁶⁵⁾ 이를 ‘위법한 함정수사(Lockspitzel)’라 부른다.

즉 이 개념은 새로운 유형의 잠입수사관을 지칭하는 것이 아니라, 비밀수사관, 비공개로 수사하는 경찰공무원, 정보제공자, 신뢰인이 활동을 할 때 위와 같은 한계를 넘게 된다면 위법한 함정수사자(Lockspitzel)로 된다는 것을 의미한다.⁶⁶⁾ 그 법적 효과에 대해서는 명확한 규정이 존재하지 않은 관계로, 여전히 여러 견해들, 즉 소송장애설, 양형해결설(유죄설), 무죄설, 증거사용금지설이 대립하고 있다.⁶⁷⁾

그에 반해 독일형사소송법 제110조a부터 제110조c는 ‘수사기관이 범의를 유발·강화한 것이 아닌 경우’ 중에서 비밀수사관을 투입할 때의 요건·절차·효과를 명문으로 규정한 것이다. 마찬가지로 아동음란물 관련 수사를 하기 위해 직접 아동음란물을 제작·배포하는 비밀수사관을 투입하는 경우에도 ‘수사기관이 범죄자의 범의를 유발·강화한 것이 아닌 때’에만 독일형법 제184조b 제5항 제2문 및 독일형사소송법 제110조d가 적용될 수 있는 것이고, 더 나아가 그 규정상의 허용요건을 충족하여야만 적법한 수사로 볼 수 있다. 반면, ‘수사기관이 범의를 유발·강화한 경우’에는 위법한 함정수사(Lockspitzel)로서의 법적 효과가 문제될 뿐이고, 처음부터 위 조항들이 적용될 여지가 없게 된다.⁶⁸⁾

63) BGHSt 45, 321, 338; 47, 44, 47.

64) BVerfG NJW 2015, 1083, 1084.

65) EGMR, NJW 2015, 3631, 3634.

66) Krey/Heinrich, Rn. 950; Kühne, Rn. 537; Roxin/Schünemann, § 37, Rn. 7; Schmitz, Rechtliche Probleme des Einsatzes verdeckter Ermittler, 7면; SK-StPO/Wolter/Jäger, § 110c, Rn. 9a; Von der Grün, 앞의 책, 146면.

67) 독일에서의 학설 및 판례에 대해 자세히는 신상현, “공정한 절차의 원칙 및 법치국가 원리에 반하는 함정수사의 법적효과”, 「외법논집」 제42권 제4호, 2018, 78면 이하.

68) 따라서 - 이러한 구별 없이 - 위법한 (범의유발형) 함정수사로 인정되는 요건이나 그 법적 효과를 명문으로 규정하자고 하면서 독일형사소송법 제110조a 이하를 참조

Ⅲ. 우리에게 주는 시사점

1. 논의상황

(1) 우리나라의 법률규정

우리나라에서는 현재 아동·청소년 대상의 디지털 성범죄에 대한 실제 법적 처벌규정만을 두고 있다. 우선, 특별법의 성격을 지니는 청소년성보호법 제11조에 따르면, 아동·청소년음란물을 제작, 수입, 수출, 배포, 공연히 전시 또는 상영, 소지 등을 한 자를 비교적 높은 형으로 처벌하고 있다. 또한 피해자의 연령과 상관없이 적용되는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력처벌법’)도 위 조항에 해당하지 않는 한 적용될 수 있다. 동법 제14조는 카메라 등 기계장치를 이용해 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 사람의 신체를 촬영대상자의 의사에 반하여 촬영한 경우나 그 촬영물 또는 복제물을 반포, 판매, 임대, 제공, 공공연하게 전시 또는 상영 등을 한 자를 처벌하고 있고, 동법 제14조의2는 위의 반포 등을 할 목적으로 사람의 얼굴·신체 또는 음성을 대상으로 한 촬영물·영상물·음성물을 그 대상자의 의사에 반하여 성적 욕망 또는 수치심을 유발할 수 있는 형태로 편집, 합성, 가공 등을 한 자를 처벌의 대상으로 삼고 있다. 마지막으로 그러한 영상물 등을 온라인상에 배포, 공공연하게 전시하는 등의 행위를 한 자는 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제74조 제1항 제2호 및 제44조의7 제1항 제1호에 따라 처벌될 수 있다.⁶⁹⁾

하지만 이러한 범죄의 규명을 위해 잠입수사관을 투입할 수 있는 근거 조항 및 그 과정에서 수사기관이 직접 음란물을 제작·배포하는 행위에 대한 면책조항은 존재하지 않는다.

하자고 말하는 것은 잘못된 주장이다.

69) 그밖에도 형법 제243조의 음화반포 등의 죄와 제244조의 음화제조 등의 죄도 적용될 수 있으나, 아동·청소년 대상의 범죄가 문제되는 경우에 이 형법규정들이 실제로 적용될 가능성은 없다.

(2) 함정수사의 문제

대법원은 “범의를 가진 자에 대하여 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 하는 것에 불과한 수사방법”에 해당하는 ‘기회제공형’ 함정수사의 경우에는 “경우에 따라 허용될 수 있”다고 하면서, “본래 범의를 가지지 아니한 자에 대하여 수사기관이 사술이나 계략 등을 써서 범의를 유발케 하여 범죄인을 검거하는” 형태의 ‘범의유발형’ 함정수사는 “위법함을 면할 수 없고, 이러한 함정수사에 기한 공소제기는 그 절차가 법률의 규정에 위반하여 무효인 때에 해당한다.”고 보고 있다.⁷⁰⁾ 즉 기회제공형 함정수사는 원칙적으로 적법한 수사방법이나 그 수사에 중대한 위법이 있는 등의 예외적인 사정이 있다면 위법한 수사로 될 수도 있다는 점을 암시하고 있다. 또한 범의유발형 함정수사는 원칙적으로 위법하여 공소기각판결을 해야 하지만, 예외적으로 “유인자가 수사기관과 직접적인 관련을 맺지 아니한 상태에서 피유인자를 상대로 단순히 수차례 반복적으로 범행을 교사하였을 뿐, 수사기관이 사술이나 계략 등을 사용하였다고 볼 수 없는 경우는, 설령 그로 인하여 피유인자의 범의가 유발되었다 하더라도 위법한 함정수사에 해당하지 아니한다.”고 하여,⁷¹⁾ 그 범위를 제한하고 있다. 즉 정보원 등의 사인이 범죄를 유발한 행위가 수사기관과 관련이 없이 이루어졌다면 적법한 수사방법으로 볼 수 있다는 것이다.

앞서 살펴본 바와 같이, 법률상 허용되는 잠입수사로서 입법을 추진해야 하는 형태는 적법한 수사행위, 즉 - 대법원의 구별에 따른다면 - 기회제공형 함정수사일 것이다. 대법원이 기회제공형 함정수사에 대해 “경우에 따라 허용될 수 있”다고 언급한 것 역시 그에 대한 법적 근거를 마련할 것을 간접적으로 촉구한 것이라고 해석할 수 있다. 이러한 법적 명확성의 확보 없이 단순히 형사소송법 제199조 제1항 (또는 제195조 및 제196조 제2항⁷²⁾)

70) 대법원 2005. 10. 28. 선고 2005도1247; 2007. 7. 13, 선고 2007도3672; 2008. 10. 23. 선고 2008도7362 판결.

71) 대법원 2007. 7. 12 선고 2006도2339; 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도7680 판결; 2008. 3. 13. 선고 2007도10804 판결; 대법원 2013. 3. 28. 선고 2013도1473 판결.

72) 2020년 2월 개정된 법률에 따르면 각각 제196조 및 제197조 제1항.

을 허용되는 (기회제공형) 함정수사의 법적근거로 드는 것은 문제가 있다.⁷³⁾

반면, 해당 수사기법이 범의유발형 함정수사로 판명된 경우에는 처음부터 입법을 추진해야 할 잠입수사관의 투입규정이 적용될 수 없다. 범의유발형 함정수사의 법적 효과에 대해서 학계에서는 공소기각판결설, 유죄설(가벌설), 무죄설이 대립하고 있는데, 그 이론상 모순을 해결하기 위해 입법이 필요하다는 주장⁷⁴⁾은 적법한 형태의 잠입수사를 규율하는 규정을 두자는 주장과 구별되어야 하는 것이다.

그러므로 이하에서는 수사기관이 피의자의 범의를 유발하는 형태가 아닌 수사방법(=기회제공형 함정수사)을 전제로 한 채, 잠입수사관 제도의 도입방안을 검토해 보도록 한다.

2. 잠입수사관 제도의 도입방안

엄밀히 말하면, 최근에 이루어진 독일법률의 개정은 온라인 공간에서의 디지털 성범죄 수사를 위한 비밀수사관(VE)의 투입 그 자체를 새롭게 허용한 것이라기보다는, 그 투입의 과정에서 필요한 수사기법으로서 수사기관이 아동·청소년음란물을 직접 제작·유포할 수 있게끔 허용한 것이다. 왜냐하면 수사기관이 온라인 공간에서 특정범죄를 수사하기 위해 일시적으로 투입된 경우라면, 학계에서 이미 그 수사기관을 비공개로 수사하는 경찰공무원(NoeP)으로 보아 엄격한 절차요건을 구비하지 않더라도 그 행위의 적법성을 일반적으로 인정하고 있기 때문이다.⁷⁵⁾

73) 같은 취지로 임철희, “함정수사”, 『형사법연구』 제30권 제4호, 2018, 269면 이하; 도중진, “범죄수사에 있어서 잠입수사관제도의 도입여부”, 『중앙법학』 제15집 제3호, 2013, 189면.

74) 예를 들어 노명선/이완규, 『형사소송법』, 2017, 159면; 신상현, 앞의 2018년 논문, 98면; 방경휘, “함정수사에 관한 형사소송법적 재검토”, 『고려법학』 제93호, 2019, 214면. 독일에서의 입법론으로는 Jahn/Hübner, StV 2020, 207, 211 ff.

75) 이에 대해서는 각주 44) 참조. 물론, 현실적으로 비밀수사관(VE)과 비공개로 수사하는 경찰공무원(NoeP)을 명확하게 구별할 수 없다는 문제점에 대해서는 Kudlich, StV 2012, 560, 566.

하지만 우리나라의 경우에는 아직 잠입수사관 투입 자체가 법률로써 인정되고 있지 않으므로, 음란물 제작·유포의 수사기법을 허용하는 것을 포함하여 잠입수사관 제도 자체를 어떠한 형태로 도입할 것인지를 종합적으로 살펴볼 필요가 있다.

(1) 헌법상 정당화되는지 여부

비록 수사기관이 피의자의 범의를 유발하거나 강화하지 않고 잠입수사를 진행하더라도, 그러한 행위 자체가 언제나 정당화된다고 볼 수는 없다. 피의자가 이미 범의를 가지고 있었는지 여부와 상관없이, 그는 자신의 대화 상대방이 수사기관이라는 사실을 알았다면 최소한 그때부터는 범죄행위를 계속 진행하지 않았을 것이다. 따라서 이 과정에서 수사기관이 피의자로부터 얻은 진술증거나 물적 증거는 피의자의 개인정보자기결정권⁷⁶⁾이나 진술거부권을 침해할 여지가 있고, 자기부죄금지원칙(nemo tenetur-원칙)에도 반할 수 있게 된다.⁷⁷⁾ 또한 상황에 따라서는 사생활의 자유 및 양심의 자유와의 충돌이 문제될 수도 있다.⁷⁸⁾

하지만 이러한 피의자의 기본권도 헌법 제37조 제2항에 따라 법률에 의해 제한될 수 있다. 즉 이 경우에는 피의자의 권리뿐만 아니라 피해자인 아동·청소년의 기본권침해 및 그로 인한 사회적 폐해도 함께 고려해야 하는 것이다. 온라인 공간에서 벌어지는 아동·청소년 대상의 성범죄의 경우에는, 한 번 음란물이 유포되면 그 확산을 쉽게 막을 수 없으므로 사실상 그로 인한 영구적 침해를 사후에 회복할 수도 없게 된다.⁷⁹⁾ 특히 아직 신체·정신적으로 미성숙한 아동·청소년의 경우에는 자신을 대상으로 하는 음란물의 제

76) 도중진, 앞의 논문, 180-181면; Schmitz, 앞의 책, 163면; Soiné, NSiZ 2003, 225; KMR-StPO/Bockemühl, § 110a, Rn. 3.

77) Krey/Heinrich, Rn. 938. 진술방식과 상응한 형태로 피수사자의 정보를 얻어내는 모든 경우에 이 원칙이 적용된다(홍영기, “형사사법에서 nemo tenetur-원칙의 구체화”, 「고려법학」 제67호, 2012, 250면). 자기부죄금지원칙에 반하지 않는다는 견해로는 도중진, 앞의 논문, 183-184면.

78) 김태은, 앞의 논문, 23면.

79) 이원상, “아동포르노그래피 처벌 목적에 따른 관련 규정 개선방안”, 「비교형사법연구」 제16권 제2호, 2014, 76면.

작이나 배포 등의 행위에 대해 처음부터 동의를 할 능력조차 결여되어 있거나 부족하다. 그러므로 이러한 점을 이용하여 온라인 공간에서 음란물을 공유하는 행위는 아동·청소년의 인격권과 인간존엄성을 극심하게 침해하는 범죄라 할 수 있다.⁸⁰⁾ 결국 이러한 침해를 방지하려는 공익과 피의자의 기본권을 비교형량해본다면, 전자의 이익이 더 우위에 있다고 볼 수 있다. 따라서 잠입수사관을 투입하여 아동·청소년의 기본권을 보호하려는 법률규정은 목적의 정당성과 협의의 비례성이 인정된다. 물론 그러하더라도 피의자의 기본권침해를 가급적 최소화해야 할 의무가 있으므로, 잠입수사관의 투입을 허용하는 요건과 범위를 엄격하게 제한해야 할 필요가 있다.

(2) 적용대상 범죄의 범위

기본적으로는 온라인 공간에서 벌어지는 아동·청소년 대상의 성범죄에 한정하여 잠입수사관을 투입해야 할 것이다.⁸¹⁾ 즉 청소년성보호법 제11조에 규정되어 있는 범죄 목록이 그 대상이 될 것이다. 또한 이와 관련해 최근에 문제가 되고 있는 온라인 그루밍 성범죄의 유형도 별도로 도입할 필요가 있다. 이 범죄유형은 - 청소년성보호법 제11조를 포함한 - 아동·청소년 대상의 성범죄를 저지르기 위한 예비행위로서의 성격을 지니고 있으므로, 현행법상으로는 이를 명확하게 처벌하기 힘든 문제가 있다. 하지만 최근 이러한 목적으로 SNS나 채팅앱 등을 통해 아동·청소년에게 접근하는 행위가 늘고 있다는 점을 고려한다면,⁸²⁾ 아동·청소년 대상의 디지털 성범죄의 한 유형으로서 이를 명시할 필요성이 인정된다.⁸³⁾ 이에 따라 새로운 입법이 이루어진다면 이 범죄유형의 수사를 위해서도 잠입수사관 투입이 허용될 수 있다.

80) MüKo-StGB/Hörnle, § 184b, Rn. 4.

81) 같은 견해로 이성대, 앞의 논문, 306면.

82) 그 원인으로는 요즘 아동·청소년들이 온라인 공간에서의 활동에 매우 익숙하다는 점, 온라인상의 익명성 때문에 가해자에 대한 수사가 상대적으로 어렵다는 점 등을 들 수 있다(오세연/신현주, “온라인 그루밍 성범죄 실태 및 피해자 보호방안에 관한 연구”, 「경찰학논총」 제14권 제4호, 2019, 138-139면).

83) 같은 견해로 오세연/신현주, 앞의 논문, 151-152면.

그 밖의 다른 형태의 성범죄에 대해서도 잠입수사를 허용할 것인지에 대해서는 더욱 논의가 필요할 것으로 보인다. 즉 성폭력처벌법이 적용되는 성인 대상의 디지털 성범죄나 청소년성보호법에 규정된 기타의 성범죄도 잠입수사관 투입의 대상으로 할 것인지가 문제될 수 있는 것이다. 이에 대해, 아동·청소년 대상의 성범죄와 일반인 대상의 성폭력 범죄자의 특성으로서 다를 바가 없고 후자에서 전자로 나아갈 연관성이 증명되는 한, 예방적 차원에서 전체 성폭력 범죄와 관련해 잠입수사관 제도를 도입해야 한다는 견해가 주장되고 있다.⁸⁴⁾

(3) 적용의 주체

잠입수사를 할 수 있는 주체로 수사기관만 인정할 것인지 또는 사인인 ‘정보원’도 이에 포함시킬 것인지가 문제된다. 피의자의 입장에서서는 어차피 자신의 상대방의 신분이 수사기관인지 일반인인지 알 수 없다는 점에서, 사인인 정보원이 피의자의 범행을 유도한 경우에도 앞서 말한 기본권이 침해될 수 있다는 점은 동일하다. 하지만 일시적으로 또는 우연히 범행을 알게 되어 신고를 한 사인까지 정보원의 범위에 포함시킬 수는 없을 것이다. 대법원은 사인을 통한 함정수사가 적법해 질 수 있는 근거로서 ‘수사기관과의 직접적인 관련성’을 제시하고 있는데, 이 기준은 불분명한 것으로 보인다.⁸⁵⁾ 따라서 적법한 잠입수사의 주체인 정보원이란 장기간 수사기관의 수사행위를 보조·지원하는 자로서, 수사기관이 그의 활동을 주기적으로 통제할 수 있어야 할 것이다.⁸⁶⁾ 이러한 ‘장기성’ 및 ‘통제가능성’이 인정될 때에만 정보원이 수사기관에 상응하는 지위를 획득하게 되는 것이다.

84) 김한균, 앞의 논문, 58면. 같은 취지에서 아동·청소년 관련 성범죄에만 국한하지 않고 잠입수사관의 투입을 허용해야 한다는 견해로는 박찬걸, “성매매 조장 사이트 규제의 집행력 강화를 위한 제언”, 「형사정책연구」 제30권 제4호, 2019, 109면.

85) 이창현, “판례를 통해 본 함정수사와 그에 대한 비판적 고찰”, 「동아법학」 제59호, 2013, 61-62면; 임철희, 앞의 논문, 280-281면.

86) 같은 취지로 김태은, 앞의 논문, 36면.

(4) 실체적 허용요건

① 이미 설명한 바와 같이, 아동·청소년 대상의 디지털 성범죄를 저지를 의도가 없는 피의자를 유인하여 그 범의를 야기하는 경우에는 그 자체로 위법한 함정수사로 되므로, 그러한 피의자는 여기에서 논의하는 잠입수사관 제도의 대상에 포함될 수 없다. 따라서 “청소년성보호법 제11조상의 범죄 혐의를 가진 자로서, 잠입수사관의 투입이 없었더라도 그 범행을 저질렀을 것이라는 사정이 인정되는 자에게 단순히 범행의 기회를 제공하거나 범행을 용이하게 한 경우”에만 잠입수사관의 투입이 허용되어야 한다.

② 또한 “청소년성보호법 제11조의 대상범죄가 이루어지고 있다는 충분한 사실적 근거가 존재”하여야 한다. 즉 최소한 형사소송법 제195조 및 196조 제2항⁸⁷⁾에 따른 범죄혐의가 인정되어야 잠입수사관의 투입이 고려될 수 있는 것이고, 수사 실적을 올리기 위해 또는 아직 발생하지도 않은 범죄를 예방한다는 명목으로 특정 온라인 사이트에 접근하는 것은 허용될 수 없다.

③ 마지막으로 비례성원칙 중 최소침해의 원칙(보충성 원칙)을 보장하기 위해서, 일반적인 형태의 수사로는 범죄자를 검거하는 것이 불가능한 극히 예외적인 경우에만 잠입수사관의 투입을 인정해야 한다. 그러므로 “위 범죄의 규명이 다른 방법으로는 성공할 가망이 없거나 현저히 곤란할 것으로 예상되는 경우”로 그 범위를 제한해야 할 것이다.⁸⁸⁾ 특히 실제의 사례에서 범죄자들이 신뢰를 얻기 위해 잠입수사관에게 해당 음란물의 배포를 직접 지시하는 경우가 많은데, 이러한 요구가 집요하게 이어져서 해당 온라인 사이트에 접근하는 것 자체가 사실상 불가능해진다면 위의 보충성 요건이 충족될 수 있을 것이다.

(5) 절차적 허용요건

독일형사소송법은 비밀수사관 투입을 위해 사전·사후에 검사나 법원의 승인을 받아야 하는 형태를 취하고 있다. 하지만 우리나라의 경우에는 기본

87) 2020년 2월 개정된 법률에 따르면 각각 제196조 및 제197조 제1항.

88) 같은 취지로 박찬걸, 앞의 논문, 108-109면.

적으로 수사기관이 강제처분을 진행하기 위해서는 법원으로부터 영장을 발부받아야 하므로, 법원의 사전영장 또는 예외적으로 사후영장을 전제로 하여서만 잠입수사관 제도가 활용될 수 있어야 한다.⁸⁹⁾ 잠입수사관의 투입은 대상자 몰래 실시되는 비밀수사조치의 하나라는 점에서, 통신비밀보호법상의 통신제한조치와 일맥상통한다. 따라서 통신비밀보호법상의 허가절차를 참조하여 잠입수사관 투입을 위한 절차적 요건을 제시해 볼 수 있다.⁹⁰⁾

① 원칙적으로는 법원의 사전영장이 필요하다. 그 형태는 통신비밀보호법 제6조를 참조할 수 있을 것이다. 우선 “검사는 위의 실체적 요건이 구비된 경우에는 법원에 대하여 잠입수사관 투입을 허가하여 줄 것을 청구”할 수 있고, “사법경찰관은 검사에 대하여 잠입수사관 투입에 대한 허가를 신청하고, 검사는 법원에 대하여 그 허가를 청구”할 수 있다. 실체적 요건이 갖추어졌다는 점에 대해서는 수사기관이 서면으로 소명하는 것이 필요하므로, “잠입수사관 투입의 청구는 필요한 수사조치의 종류·그 목적·대상·범위·기간·집행장소·방법 및 당해 잠입수사관 투입조치가 실체적 허가요건을 충족하는 사유 등의 청구이유를 기재한 서면으로 하여야 하며, 청구이유에 대한 소명자료를 첨부”하여야 한다. 그러한 투입 방법의 하나로써 - 보충성원칙을 충족하는 한 - 수사기관이 음란물을 직접 제작하거나 배포하는 행위도 활용될 수 있을 것이다. 이 경우 수사기관은 어떠한 기술적 수단을 사용하여 그러한 음란물을 제작할 것인지를 구체적으로 소명하여야 한다. 법원은 이 서면상의 청구이유와 소명자료를 엄격히 심사해야 하고, 필요한 경우에는 사법경찰이나 검사와 연락을 하여 사실관계를 확인하는 등의 조치를 취해야 한다.⁹¹⁾ “법원이 위의 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에는 잠입수사관 투입조치를 허가하고, 이를 증명하는 서류를 청구인에게 발부”하여

89) 같은 취지로 도중진, 앞의 논문, 189면.

90) 독일의 경우에도, 통신감청의 절차적 요건을 정하고 있는 독일형사소송법 제100조e 제1항과 독일형사소송법 제110조d가 거의 유사한 형태로 규정되어 있다.

91) 실제로 독일에서도 검사나 법원의 동의를 통한 통제(독일형사소송법 제110조b)가 제한적일 수밖에 없다는 비판이 있는데, 왜냐하면 실무상 (검사나) 법원은 실행 가능한 그 밖의 수사방법이 없다는 점을 스스로 검토할 수 없어서 경찰의 주장이나 서류에 의존하여 이를 판단할 수밖에 없기 때문이다(Hüls, Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit, 246-247면). 그러므로 법원의 적극적인 심사가 요구되는 것이다.

야 하며, 이 때 “잠입수사관 투입조치의 종류·그 목적·대상·범위·기간 및 집행장소와 방법을 특정하여 기재”하여야 한다. 잠입수사관 투입조치는 그 “목적이 달성되었을 경우에는 즉시 종료하여야 하나, 실제적 허가요건이 존속하는 경우에는 소명자료를 첨부하여 그 기간의 연장을 청구”할 수 있다. “법원이 위의 청구가 이유없다고 인정하는 경우에는 청구를 기각하고 이를 청구인에게 통지”하여야 한다.

② 예외적으로 “긴박한 상황이 존재하고 긴급한 사유가 있는 때”에는 법원의 사후영장을 허용해야 할 경우도 있을 수 있다. 이에 대해서는 통신비밀보호법 제8조를 참조할 수 있는데, 이 경우 “검사, 사법경찰관은 위의 실제적 요건이 구비된 경우라면 법원의 허가없이 잠입수사관 투입조치를 실시”할 수 있다. “검사, 사법경찰관은 이러한 ‘긴급 잠입수사관 투입조치’의 착수 후 지체없이 법원에 허가청구를 하여야 하며, 그 긴급 잠입수사관 투입조치를 한 때부터 36시간 이내에 법원의 허가를 받지 못한 때에는 즉시 이를 중지”하여야 한다.

(6) 증거능력의 문제

독일의 경우에는 증거사용금지 이론에 따라 - 절대적 증거사용금지를 규정하는 경우⁹²⁾가 아닌 한 - 원칙적으로 비교형량을 하여 증거의 증거능력을 판단한다. 그에 따라 서면형식규정을 위반한 경우와 같이 절차하자자 경미하여 범죄규명의 이익이 더 크다고 보이는 경우에는 증거사용금지를 인정하고 있지 않다. 우리나라의 경우에도 위법수집증거배제법칙을 규율하는 형사소송법 제308조의2에 따라 원칙적으로 법률규정을 위반한 강제조치는 위법하게 되지만, 예외적으로 “수사기관의 절차 위반행위가 적법절차의 실질적인 내용을 침해”하지 않는다면 그로부터 획득한 증거의 증거능력을 인정할 여지가 있다.⁹³⁾

잠입수사관을 투입하는 강제조치는 피의자가 알지 못한 채 이루어진다

92) 그 예로는 위법한 신문방법을 금지하는 독일형사소송법 제136조a 제3항 제2문, 사생활 형성의 핵심영역에 대한 통신감청을 금지하는 제100조d 제2항 제1문 등이 있다.

93) 대법원 2007. 11. 15. 선고 2007도3061 전원합의체 판결.

는 점에서, 그의 인격권 및 프라이버시권을 현저히 침해할 위험이 발생할 수 있다. 그러므로 위의 실체적 및 절차적 요건을 준수하지 않은 경우에는 그로부터 획득한 증거의 증거능력을 부정하여야 한다. 한편, 서면으로 청구 이유를 소명하는 것은 잠입수사관 투입의 목적과도 연결되는 핵심적인 사항일 뿐만 아니라 그 조치의 타당성을 법원으로부터 승인받기 위한 사전행위에 해당하므로, - 독일의 경우와 달리 - 이를 위반한 경우에도 절차가 위법하게 된다고 보아야 한다. 또한 긴급 잠입수사관 투입조치가 있는 후에 사후영장을 발부받지 못하는 경우에는, 투입조치 개시 후 36시간 안에 획득한 증거물이 있더라도 그 증거능력을 부정하여야 할 것이다.⁹⁴⁾

(7) 통지 및 불복절차

잠입수사관을 투입하여 수사의 대상이 된 자는 수사단계에서도 법원에 그 조치의 적법성 심사를 청구할 수 있어야 한다. 이러한 권리는 헌법 제27조의 재판청구권에서 도출된다.⁹⁵⁾ 이를 실현하기 위한 법적 보호수단으로서 형사소송법 제417조에 준항고가 규정되어 있기는 하지만, 그 적용대상을 한정적으로 열거하고 있기 때문에⁹⁶⁾ 잠입수사관 투입조치에 대해서는 별도의 규정을 두어야 할 것이다.

① 이를 위해서는 먼저 “잠입수사관 투입조치의 대상자에게 잠입수사관 투입조치를 통한 수사가 이루어졌다는 사실 및 법원에 적법성 심사를 청구할 수 있다는 사실을 서면으로 통지”해 주어야 한다. 이에 대해서는 통신비밀보호법 제9조의2와 제13조의3을 참조할 수 있다.⁹⁷⁾ 물론, “국가의 안전 보장, 공공의 안녕질서, 피해자 또는 그 밖의 사건관계인의 생명이나 신체의

94) 압수·수색·검증 형태의 강제조치가 이루어지는 경우에도 마찬가지로 해석하고 있다.

95) 디엔에이감식시료채취영장 발부나 그에 따른 채취행위에 대해 불복할 기회를 부여하지 않은 것이 청구인의 재판청구권을 침해한다고 본 판례로는 헌법재판소 2018. 8. 30. 선고 2016헌마344·2017헌마630(병합) 전원재판부 결정.

96) 이에 대해 비판적인 견해로는 신상현, 앞의 2019년 논문, 109면 이하.

97) 통신비밀보호법 제9조의2는 공소를 제기하거나 제기하지 아니하는 처분을 한 경우에만 그러한 통지의무를 부과하고 있는 반면, 통신비밀보호법 제13조의3은 수사가 진행 중인 경우에도 통지가 이루어져야 한다는 차이가 있다.

안전을 위태롭게 할 우려가 있거나 증거인멸, 도주, 증인 위협 등 공정한 사법절차의 진행을 방해할 우려가 있는 경우에는 그 사유가 해소될 때까지 같은 항에 따른 통지를 유예”할 수 있다는 예외가 인정되어야 한다.

② 한편, 통신비밀보호법에는 대상자의 불복조치에 관한 규정이 존재하지 않는다. 따라서 이 경우에는 디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률 제8조의2 및 준항고 규정을 참조할 수 있을 것이다. 즉 “잠입수사관 투입조치의 대상자는 그 처분에 대하여 불복이 있으면 그 직무집행지의 관할법원 또는 검사의 소속검찰청에 대응한 법원에 그 처분의 취소를 청구”할 수 있다는 점, 이러한 “청구는 서면으로 관할 법원에 제출”하여야 한다는 점, 이에 대해 “형사소송법 제409조, 제413조, 제414조 및 제415조의 규정을 준용”한다는 점을 별도로 규정하면 될 것이다.⁹⁸⁾ 다만 대상자가 위의 통지를 받지 못한 사이에 검사의 공소제기가 이루어질 수도 있으므로,⁹⁹⁾ 그 이의제기의 청구기간을 어느 정도 제한할 필요가 있다. 예를 들어 “공소를 제기하지 아니하는 처분을 한 경우에는 그 처분한 날로부터 0일 이내, 수사가 진행 중인 경우에는 조치가 종료된 날부터 0일 이내 또는 통지가 있는 날로부터 0일 이내”에 청구를 할 수 있다는 형태로 규정할 수 있을 것이다.

(8) 잠입수사관의 형사처벌의 문제

앞서 언급했듯이, 디지털 성범죄의 수사가 어려운 이유는 아동·청소년 음란물이 폐쇄적인 온라인 공간에서 유포되고 있다는 점과 범죄자가 해당 온라인 사이트나 SNS에 참여한 자료부터 신뢰를 얻어내기 위해 직접 동종의 범죄를 저지를 것을 요구한다는 점에 있다. 따라서 폐쇄적인 공간에 엄격한 요건을 갖춘 잠입수사관을 투입한다고 하더라도, 그 수사자가 실제로 범행을 저질러야만 실효적인 수사가 가능해질 수 있는 것이다.

이와 관련하여, 잠입수사관의 범죄행위가 인과관계의 부정으로 인한 구

98) 한편, 마찬가지로 통신비밀보호법 제9조의2 및 제13조의3과 관련하여서도 대상자의 불복절차를 신설해야 할 것이다.

99) 만일 이미 공소가 제기된 이후에 통지가 이루어졌다면, 공판이 개시된 본안법원에서 직접 그 적법성 여부를 심사하면 된다.

성요건조각사유 또는 정당행위로 인한 위법성조각사유에 해당하지 않는다면 원칙적으로 국가권력의 남용을 방지하기 위해 범죄가 성립되는 것으로 보아야 한다는 견해가 있다.¹⁰⁰⁾ 수사목적이 있더라도 실제로 범죄를 저지르는 것까지 허용하게 되면 더 큰 남용의 위험이 생길 수 있다는 점에서, 기본적으로는 범죄의 성립을 인정할 수밖에 없는 것이 현실이다. 하지만 이는 별도의 규정이 없기 때문에 발생하는 문제이다. 달리 말하면, 구성요건이나 위법성을 배제하는 명문규정을 둔다면 수사기관의 행위가 범죄로 되지 않을 수 있게 된다. 그 예로써 독일형법 제184조b 제5항 제2문처럼 일정한 조건하에 그 행위의 구성요건을 배제시키는 방법을 들 수 있다. 즉 위의 실체적·절차적 요건들을 충족한 경우라면, “청소년보호법 제11조 제1항과 제3항은 검사 또는 사법경찰관이 범죄수사의 목적으로 한 직무상 행위에는 적용하지 않는다.”와 같은 형태의 규정을 마련하면 될 것이다.¹⁰¹⁾

물론, 이 경우에도 수사기관이 취할 수 있는 수단은 엄격히 제한되어야 한다. 해당 온라인 사이트를 접근하는 것이 다소 용이한 경우에는 열리지 않는 영상·사진 파일을 보내는 방법을 통해 그 사이트에 접근하는 것을 시도해야 한다.¹⁰²⁾ 직접 아동·청소년음란물을 제작해야 하는 경우라도 실제 아동이나 청소년을 등장시켜서는 안 되고, 실제의 사진이 아닌 회화 등을 사용하거나 디지털 기술을 이용해 제작한 음란물을 활용하는 것만 허용되어야 한다. 실제와 가깝게 영상을 제작하기 위해 경우에 따라서는 성인연기자를 투입한 후 기술적 수단을 이용해 편집을 할 수도 있겠지만, 이 경우에도 성범죄와 관련된 행위를 직접 실행하게 해서는 안 된다. 이렇게 기술적 수단을 이용해 제작한 (가짜) 음란물을 배포함으로써 범죄자로부터 신뢰를 얻어내기 위해서는, 이 작업을 진행할 전문가를 양성하고 그와 관련된 전담반을 신설하는 등의 후속조치가 뒤따라야 할 것이다.

100) 도종진, 앞의 논문, 193-194면.

101) 법률의 규정이 생긴다면 최소한 ‘법령에 의한 행위’에 해당하여 형법 제20조에 따라 위법성이 조각될 것이다.

102) 이러한 수사방법이 허용된다는 점에 대해서는 Von der Grün, 앞의 책, 141면.

IV. 나오는 말

아동·청소년을 대상으로 하는 디지털 성범죄는 아동과 청소년의 인격을 극심하게 침해하고, 그 침해를 무한적으로 반복·확산시킬 위험성이 있으며, 그 피해의 회복이 현실적으로 불가능하다. 이러한 사회악을 예방 및 저지하기 위해서 여러 수단들이 강구되고 있지만, 사후적으로 범정형을 높인다거나 양형기준을 엄격히 설정하거나 범죄수익을 몰수하는 것은 어느 정도 한계가 있을 수밖에 없다. 이를 통해 기대할 수 있는 일반예방의 효과를 극대화하기 위해서는, 범죄자들에게 디지털 성범죄를 저지르면 반드시 검거될 것이라는 인식을 확고히 심어주어야 한다. 이를 위해 잠입수사관 제도를 도입하자는 주장은 수사의 효율성 측면을 고려했을 때 상당히 긍정적인 결과를 가져올 수 있다.

하지만 잠입수사관의 투입이라는 강제수사는 대상자가 모르는 가운데 진행되는 비밀수사조치에 해당하므로, 대상자의 인격권, 개인정보자기결정권, 사생활의 자유권이라는 내심의 기본권을 건드리게 된다. 그 결과 경우에 따라서는 공개적으로 이루어지는 대인적·대물적 강제조치보다 더 큰 기본권침해를 야기할 우려가 있다. 그러므로 잠입수사관 투입이 허용되기 위해서는, 강제처분법정주의에 따라 피의자의 범의를 유발하지 않을 것, 대상범죄가 이루어지고 있다는 충분한 사실적 근거가 존재할 것, 최후의 수단으로서만 실시할 것이라는 실체적 요건과 함께 법원의 영장을 받아야 하는 등의 절차적 요건을 법률에 명확히 규정해야 한다.

이렇게 새로운 강제처분을 법제화하는 것은 국민의 기본권침해 가능성을 확대하는 것이라고 비판할 수도 있겠지만, 그 과정에서 엄격한 요건을 설정하고 그 처분에 대한 통지나 불복절차를 명확히 보장해 준다면 오히려 국민의 기본권을 보호하는 역할을 수행할 수 있게 된다. 잠입수사관 투입조치는 이미 마약범죄를 수사하기 위해 실시되고 있는 수사기법이라는 점을 고려한다면, 이러한 형태의 강제처분을 음지의 영역(관행이나 지참)에서 양지의 영역(법률에 규정)으로 끌어올리는 것은 수사의 정당성을 강화하고 그 과정에서 획득한 증거물의 증거능력에 대한 불필요한 논쟁도 불식시키는

결과를 가져올 것이다.

궁극적으로는 잠입수사관 제도의 적용범위를 어디까지 확장할 것인지에 대해서도 더욱 논의가 필요하다. 왜냐하면 아동·청소년 대상의 디지털 성범죄(청소년성보호법 제11조) 이외에도 성인 대상의 성착취 범죄, 마약범죄, 조직범죄, 국가안보에 관한 죄, 뇌물죄 등과 관련해서도 위와 같은 근거가 동일하게 적용될 수 있기 때문이다.¹⁰³⁾ 이를 위해서는 국민의 기본권보호 및 사회·국가의 이익과 잠입수사관 투입을 통해 얻을 수 있는 범죄규명의 이익을 비교형량하는 작업이 필요하게 된다. 이 경우 처음부터 여러 영역에서 잠입수사관 제도를 도입하는 것보다는, 먼저 - 최근 시급히 해결해야 할 문제로 부각되고 있는 - 아동·청소년 대상의 디지털 성범죄에 대해서만 잠입수사관 제도를 도입하여 시행해 본 후,¹⁰⁴⁾ 그 수사효과나 문제점 등을 고려하여 다른 영역에도 이 제도를 확대할 것인지를 진지하게 검토해 보는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다.¹⁰⁵⁾ 잠입수사관 제도의 적용대상 범죄는 사회적 합의에 따라 결정되어야 하겠지만, 그와 상관없이 잠입수사관 투입을 위한 요건과 절차를 반드시 법률에 규정해야 한다는 사실은 변함이 없어야 할 것이다.

아동·청소년 대상의 디지털 성범죄 수사를 위한 잠입수사관 제도의 도입방안	- 신 상 현	수령 날짜 2020.05.19.	심사개시일 2020.05.27.	계재결정일 2020.06.19.
--	---------	----------------------	----------------------	----------------------

103) 즉 III. 2. (3)부터 (7)까지의 내용은 그 밖의 범죄유형에 대해서도 마찬가지로 적용될 것이다.

104) 이 경우에는 청소년성보호법 제11조의2, 제11조의3, ... 과 같은 형태로 새로운 근거조항을 마련하면 될 것이다.

105) 이 경우에는 잠입수사관 제도를 형사소송법에 규정하거나 별도의 특별법을 제정하여, 통신비밀보호법과 같은 형태로 그 대상범죄, 허용요건 및 절차를 규정하면 될 것이다.

[참고문헌]

1. 국내문헌

- 김태은, “비밀수사관제도의 도입방안”, 「인권과 정의」 제401호, 대한변호사협회, 2010
- 김한균, “아동·청소년성보호법상 아동성매수범죄와 위장수사”, 「형사법의 신동향」 제42호, 대검찰청, 2014
- 노명선/이완규, 『형사소송법』, SKKUP, 2017
- 도중진, “범죄수사에 있어서 잠입수사관제도의 도입여부 - 독일의 잠입수사관 투입제도를 중심으로 -”, 「중앙법학」 제15집 제3호, 중앙법학회, 2013
- 박찬걸, “성매매 조장 사이트 규제의 집행력 강화를 위한 제언”, 「형사정책연구」 제30권 제4호, 한국형사정책연구원, 2019
- 방경휘, “함정수사에 관한 형사소송법적 재검토”, 「고려법학」 제93호, 고려대학교 법학연구원, 2019
- 신상현, “공정한 절차의 원칙 및 범죄국가원리에 반하는 함정수사의 법적효과”, 「외법논집」 제42권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2018
- 신상현, “수사절차에서 준항고를 통한 피의자의 법적 보호 - 독일형사소송법과의 비교법적 연구 -”, 「외법논집」 제43권 제3호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2019
- 오세연/신현주, “온라인 그루밍 성범죄 실태 및 피해자 보호방안에 관한 연구”, 「경찰학논총」 제14권 제4호, 경찰학연구소, 2019
- 이성대, “채팅어플리케이션을 통한 성매매방지를 위한 법률적 규제방안”, 「형사정책」 제31권 제1호, 한국형사정책학회, 2019
- 이원상, “아동포르노그래피 처벌 목적에 따른 관련 규정 개선방안”, 「비교형사법연구」 제16권 제2호, 한국비교형사법학회, 2014
- 이창현, “판례를 통해 본 함정수사와 그에 대한 비판적 고찰”, 「동아법학」 제59호, 동아대학교 법학연구소, 2013
- 임철희, “함정수사”, 「형사법연구」 제30권 제4호, 한국형사법학회, 2018
- 홍영기, “형사사법에서 nemo tenetur-원칙의 구체화”, 「고려법학」 제67호, 고려대학교 법학연구원, 2012

2. 외국문헌

- Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra, Graf, Jürgen-Peter (Hrsg.), 35. Edition, Stand: 01.10.2019 (BeckOK-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Beulke, Werner/Swoboda, Sabine, Strafprozessrecht, 14. Auflage, Heidelberg 2018
- Deutscher Bundestag, Drucksache, 19/16543, 2020 (BT-Drs. 19/16543, S. 로 인용)
- Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, Gercke, Björn u. a. (Hrsg.), 6. Auflage, Heidelberg 2019 (HK-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Hüls, Silke, Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit. Machtzuwachs und Kontrollverlust, Berlin 2006
- Jahn, Matthias/Hübner, Yannic, “Notwendigkeit und Ausgestaltung einer gesetzlichen Regelung der Tatprovokation im deutschen Strafprozess”, StV 2020, 207 ff.

- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG, EMRK, Hannich, Rolf (Hrsg.), 8. Auflage, München 2019 (KK-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Kindhäuser, Urs/Schumann, Kay H., Strafprozessrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2019
- KMR Kommentar zur Strafprozessordnung, von Heintschel-Heinegg, Bernd/Bockemühl, Jan (Hrsg.), 96. Lieferung, Stand: März 2020 (KMR-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Krey, Volker/Heinrich, Manfred, Deutsches Strafverfahrensrecht. Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, 2. Auflage, Stuttgart 2019
- Kudlich, Hans, "Straftaten und Strafverfolgung im Internet", StV 2012, 560 ff.
- Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht, 9. Auflage, Heidelberg 2015
- Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch. Kommentar, 29. Auflage, München 2018 (Lackner/Kühl-StGB/저자, §, Rn. 로 인용)
- Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, 27. Auflage, Erb, Volker u. a. (Hrsg.), Berlin 2016 ff. (LR-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram, Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 63. Auflage, München 2020 (M-G/S/저자, §, Rn. 로 인용)
- Schmitz, Monika, Rechtliche Probleme des Einsatzes verdeckter Ermittler, Frankfurt a. M. 1996
- Münchener Kommentar zum StGB, Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), 3. Auflage, München 2016 ff. (MüKo-StGB/저자, §, Rn. 로 인용)
- Münchener Kommentar zur StPO, Kudlich, Hans u. a. (Hrsg.), München 2014 ff. (MüKo-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Putzke, Holm/Scheinfeld, Jörg, Strafprozessrecht, 8. Auflage, München 2020
- Rosengarten, Carsten/Römer, Sebastian, "Der "virtuelle verdeckte Ermittler" in sozialen Netzwerken und Internetboards", NJW 2012, 1764 ff.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd/Kern, Eduard, Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 29. Auflage, München 2017
- Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter (Hrsg.), Strafprozessordnung mit GVG und EMRK. Kommentar, 4. Auflage, Köln 2020 (SSW-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Soiné, Michael, "Verdeckte Ermittler als Instrument zur Bekämpfung von Kinderpornographie im Internet", NSTz 2003, 225 ff.
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK, Wolter, Jürgen (Hrsg.), 5. Auflage, Köln 2015 ff. (SK-StPO/저자, §, Rn. 로 인용)
- Volk, Klaus/Engländer, Armin, Grundkurs StPO, 9. Auflage, München 2018
- Von der Grün, Ursula-Isabel, Verdeckte Ermittlungen. Eine praxisorientierte Darstellung der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen der StPO mit Ausblick auf landesrechtliche Vorschriften, München 2018

【국문초록】

정부는 디지털 성범죄를 근절하기 위한 여러 수단들 중의 하나로써 ‘잠입수사’ 기법의 도입을 추진하고 있다고 발표하였다. 자신의 행동의 의미를 정확하게 이해하지 못할 수 있는 아동이나 청소년을 대상으로 한 음란물이 한 번 온라인 공간에 퍼지게 되면 그 높은 전파성으로 인해 피해자에게 회복 불가능한 피해를 야기할 수 있다는 점에서, 이제 아동·청소년을 선제적으로 보호하기 위한 잠입수사관 제도의 도입을 고려해 볼 시점이 되었다. 그런데 디지털 성범죄 수사를 하기 위해서는 수사기관이 폐쇄적인 온라인 공간에 접근해야 하고, 범죄자들의 요구에 따라 직접 아동·청소년음란물을 제작하거나 배포하여 그들의 ‘신뢰’를 얻어야 하는 문제가 발생한다. 따라서 범죄자를 검거하기 위해 스스로 범죄를 저질러야 하는 모순점을 해결할 수 있는 방안이 필요하다.

2020년 3월에 독일에서는 위와 같은 문제를 해결하기 위해 수사기관이 직접 아동음란물을 제작하거나 배포하는 형태로 잠입수사를 할 수 있는 근거 조항을 신설하였다. 즉 독일형법 제184조b 제5항 제2문에는 잠입수사관 투입의 과정에서 아동음란물의 제작·배포를 가능하게 하는 실체적 허용요건을, 독일형사소송법 제110조d에는 이를 위해 필요한 절차적 허용요건을 명문으로 규정하였다.

온라인 공간에서 벌어지는 아동·청소년 대상의 성범죄는 아동·청소년의 인격권과 인간존엄성을 극심하게 침해하므로, 이를 보호할 이익이 피의자의 개인정보자기결정권 또는 프라이버시권보다 우위에 있다. 다만 잠입수사관의 투입은 피의자의 권리침해를 최소화할 수 있는 범위 내에서만 허용되어야 한다. 따라서 피의자의 범의를 유발하지 않을 것, 대상범죄에 대한 충분한 사실적 근거가 존재할 것, 최후의 수단으로써만 실시할 것이라는 실체적 요건과 함께, 법원의 영장을 받을 것, 통지·불복절차를 보장할 것 등의 절차적 요건을 법률에 명확하게 규정해야 한다. 또한 위 요건들을 충족한 경우, 수사기관이 특정한 형태로 아동·청소년음란물을 직접 제작·배포하는 것을 형사처벌의 대상에서 제외해야 할 것이다.

【Abstract】

Introduction of Undercover Investigators for the
Investigation of Digital Sex Crimes against Children and
Juveniles

Shin, Sang-Hyun

(Doctoral Candidate, Westfälische Wilhelms-
Universität Münster, Germany)

In order to eradicate digital sex crimes, the government announced that it was pushing for the introduction of an investigative technique called undercover investigation. It is time to consider the introduction of undercover investigators to preemptively protect children and juveniles, because once pornography targeting them begins to spread to the online space, its high radio frequency causes irreparable encroachment to them. However, when investigating digital sex crimes, there is a problem that investigators need to gain the trust of criminals by actually producing or distributing child or juvenile pornography at the request of them. Thus, this contradiction must also be resolved.

In March 2020, in Germany, provisions were newly established in § 184b StGB and § 110d StPO that allow investigative agencies to conduct undercover investigations using the method of producing or distributing child pornography.

Sex crimes against children and juveniles in online spaces are extremely infringing on their personality rights and human dignity, so in

order to protect them, undercover investigations should be allowed to the extent possible to minimize the infringement of criminals' rights. Therefore, the law should clearly stipulate substantive requirements such as not causing the criminal intent of criminals, having sufficient factual grounds for the targeted crime, and that the investigation should be conducted only as a last resort, along with procedural requirements such as getting a court warrant and ensuring notification and objection procedures. In addition, investigative agencies should not be punished for producing and distributing child or juvenile pornography in specific forms in order to gain access to criminals.

주제어(Keyword) : 디지털(온라인) 성범죄(Digital Sex Crimes), 아동·청소년 음란물(Child or Juvenile Pornography), 온라인 그루밍(Cybergrooming), 잠입수사(위장수사, 비밀수사)(Undercover Investigation), 함정수사(Entrapment), 독일형법 제184조b(§ 184b StGB), 독일형사소송법 제110조d(§ 110d StPO)

유럽연합 디지털 정책의 동향과 전망: “유럽의 디지털 미래” · “유럽 데이터 전략” · “인공지능 백서”의 주요 내용과 의의

이 상 윤*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|---------------|--------------|
| I. 서론 | 2. 유럽 데이터 전략 |
| II. 배경 | 3. 인공지능 백서 |
| III. 주요 내용 | IV. 결론 |
| 1. 유럽의 디지털 미래 | |

I. 서론

2020년 2월 19일 유럽연합 집행위원회(European Commission)는 향후 5년간 유럽연합 디지털 정책의 방향과 대원칙을 밝히는 세 가지 정책 문서를 발표하였다. 첫째는 인공지능 정책에 관한 제안을 담은 “인공지능 백서”,¹⁾ 둘째는, 데이터 정책에 관한 “유럽 데이터 전략”,²⁾ 셋째는 디지털 정책의 전반적인 청사진을 그리는 “유럽의 디지털 미래”다.³⁾ 제목에서 알 수 있듯이

* 고려대학교 ICR 센터 연구원. 연구의 진행과 발전 과정에서 도움을 주신 행정안전부 김판기 박사님께 감사드립니다.

1) European Commission, ‘White Paper on Artificial Intelligence - A European Approach to Excellence and Trust’ COM(2020) 65 final (“White Paper, 2020”).

2) European Commission, ‘A European Strategy for Data’ (Communication) COM(2020) 66 final (“Data Strategy, 2020”).

앞의 두 문서는 각각 인공지능⁴⁾과 데이터 정책에 집중하고 있고⁵⁾ 세 번째 문서는 앞의 두 이슈를 연결시키면서 경쟁이나 환경 같이 다른 정책들과의 관계를 조망해주는 역할을 하고 있다.

이들은 앞으로 집행위원회의 정책 방향을 밝혀주는 문서로 아직 그 자체로 어떤 법적 효력을 갖는 것은 아니다. 하지만 유럽연합은 그동안 미국과 중국에 비해 디지털 분야에서 크게 뒤쳐지고 있다는 위기감을 바탕으로 강력한 정책적 지원이 필요하다는 공감대를 형성해 왔고,⁶⁾ 유럽연합에서 집행위원회는 입법제안권을 사실상 독점하고 있는 기관으로서⁷⁾ 위와 같은 공감대를 바탕으로 이번 정책 문서들은 실제 입법으로 이어질 가능성이 매우

3) European Commission, 'Shaping Europe's Digital Future' (Communication COM(2020) 67 final ("Shaping Digital Future, 2020")).

4) "인공지능 백서(White Paper on AI)"는 우르줄라 폰데어라이엔(Ursula von der Leyen) 위원장이 2019년 후보 당시 했던 인공지능 관련 입법 공약을 부분 이행하는 차원에서 발표되었다. 사실 후보 당시에는 취임 시점으로부터 100일 내에 구체적인 입법안을 내놓겠다고 발표하였는데 이는 처음부터 비현실적이고 바람직하지도 않은 목표였다. 따라서 집행위원회는 먼저 이해 당사자들의 의견을 수렴하기 위한 이번 백서를 내놓게 되었다. Ursula von der Leyen's Political Guidelines for the Next European Commission 2019-2024 (Jul 16, 2019), p.13 et seq. <<https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20190716RES57231/20190716RES57231.pdf>> (이하 모든 링크는 2020년 4월 30일 접속하여 확인하였다).

5) 유럽 데이터 전략(European Strategy for Data) 커뮤니케이션은 유럽연합의 데이터 주권을 지속적으로 강조해 온 티에리 브레톤(Thierry Breton) 집행위원의 주도로 마련되었다고 전해진다. 그는 현재 단일시장 담당 집행위원(Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs)으로, 유럽의 인공지능 발전을 위해서는 데이터 정책의 뒷받침이 필수적이라는 점을 꾸준히 강조해왔다. Janosch Delcker, 'Thierry Breton: European companies must be ones profiting from European data' *POLITICO Europe* (Jan 19, 2020) <<https://www.politico.eu/article/thierry-breton-european-companies-must-be-ones-profiting-from-european-data/>>; Laura Kayali, Melissa Heikkilä, and Janosch Delcker, 'Europe's digital vision, explained: The EU is rolling out strategic plans on data, artificial intelligence and platform regulation' *POLITICO Europe* (Feb 19, 2020) <<https://www.politico.eu/article/europes-digital-vision-explained/>>.

6) Kayali et al., *supra* note 6, 2020.

7) See e.g. Art. 289(1) and Art. 294(2) of the Treaty on the Functioning of the European Union ("TFEU"). See also Damian Chalmers, Gareth Davies, and Giorgio Monti, *European Union Law: Text and Materials* (4th edn, Cambridge University Press 2019), p.73.

크다.⁸⁾ 그리고 유럽연합의 법제는 ‘일반 데이터 보호 규칙(GDPR)’⁹⁾ 우리의 제도 설계에 많은 영향을 미치고 있기 때문에 이번 정책 패키지에 담긴 내용이 갖는 중요성은 결코 작지 않다고 본다.

그동안 국내에서는 유럽연합 등 해외의 디지털, 데이터, 인공지능 정책과 관련하여 계속적으로 많은 연구들이 이뤄져 왔으며 또 진행 중이다.¹⁰⁾ 그렇지만 이번 정책 패키지의 내용은 비교적 최신 내용으로 주로 언론 보도와 관련 기관의 간략한 보고서 형태로만 대강의 내용이 전해지고 있을 뿐¹¹⁾ (이 글을 쓴 2020년 4월 기준으로) 아직 구체적인 배경 설명과 함께 주요 내용들을 상세히 검토한 문헌은 많지 않은 상황이다. 또 이번 정책 패키지는

8) 백서(White Paper)와 커뮤니케이션(Communication)은 집행위원회가 구체적인 입법에 나서기 전 각료이사회(Council of the European Union)와 유럽의회(European Parliament)로부터 정치적 공감대를 얻기 위해 발행하는 정책 문서의 성격을 갖는다.

9) Regulation (EU) 2016/679 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (“GDPR”). 최근 국회를 통과한 데이터 3법 중에는 개인정보 거버넌스 체계를 개편하는 내용이 담겨 있는데, 이러한 변화의 계기 중 하나에 유럽연합과의 정보이전 협정(See Art. 45, Reg. 2016/679)이 있었다는 것은 주지의 사실이다. Daniel R. Stoller, ‘South Korea Privacy Law Changes May Help EU Data Transfer Talks’ *Bloomberg Law* (Feb 23, 2019) <<https://news.bloomberglaw.com/privacy-and-data-security/south-korea-privacy-law-changes-may-help-eu-data-transfer-talks>>.

10) 예컨대, 윤혜선, “인공지능 규제 정책에 관한 연구: 주요국의 규제 정책 사례를 중심으로”, 「정보통신정책연구」 제26권 제4호, 2019. 12; 이희정(역), Ben Wagner(저), “Codes만으로 충분한가? 행위는 필요하지 않은가?: 인공지능에 대한 규율을 실행하기”, 「경제규제와 법」 제12권 제2호, 2019. 11; 임용·정해빈·고학수, “인공지능과 시장경쟁: 데이터에 대한 규율을 중심으로”, 「한국경제포럼」 제12권 제3호, 2019. 10; 박민주·최신영·이대희, “유럽연합 DSM 저작권지침상 간행물 발행자의 보호”, 「경영법률」 제29권 제4호, 2019. 7; 홍대식·최요섭, “온라인 플랫폼 관련 유럽연합 경쟁법과 경쟁정책 - 온라인 플랫폼에 대한 규제 현황을 중심으로”, 「법학연구」 제28권 제2호, 2018. 6. 등; 최창수, “공공데이터 개방에 관한 유럽연합, 영국, 미국의 입법례와 국내 법제의 개선방향” 「홍익법학」 제19권 제2호, 2018. 6. 등.

11) 예를 들어, 심은정, “EU 디지털전략 정책안 발표, 디지털시대 EU의 전략은?” 「KOTRA 해외시장뉴스」, 2020. 3. 13; 한국인터넷진흥원, “유럽집행위(EC), 유럽 데이터 전략 패키지 공개 (2020. 2. 19.)” 「인터넷 법제동향」 제149호, 2020. 2; 주벨기에대사관, “[정보통신정책] EU 신집행위 디지털 정책 방향” 「경제통상 동향 - 연구개발 및 과학기술정책」, 2020. 3. 2. <http://overseas.mofa.go.kr/be-ko/brd/m_7570/view.do?seq=1286199>; 우창완·김규리·김영은, “EU디지털 미래와 1 데이터 경제” 「EU Digital Special Report」, 한국정보화진흥원, 2020. 4. 17. 등.

디지털뿐만 아니라 유럽연합이 진행 중인 다른 중요한 정책들과의 관계들 속에서 작성되었음에도 불구하고 국내에서는 주로 특정 분야에만 집중된 단편적 시각에서만 소개되고 있다는 점에서 한계가 나타나고 있다.

이러한 배경에서 이 글은 세 정책 문서들이 나오게 된 전후 맥락과 이들의 정책적, 법적 관점에서의 주요 내용들에 대해 좀 더 자세히 살펴보고자 한다. 그리고 이를 통하여 유럽연합 디지털 정책의 전망과 예상 가능한 제도적 변화에 대한 이해를 높이고, 앞으로 유럽연합 디지털 정책과 법제에 대한 후속 연구에 기여할 수 있기를 기대하고 있다. 다만 이번 연구는 주로 후속 연구를 위한 기초 문헌으로서의 역할에 집중하고 있기 때문에 각 주제별 세부 내용이나 이번 조치가 우리나라 정책에 주는 시사점 등에 대해서 깊이 다루지 못한 한계가 있음을 미리 밝혀둔다. 이하에서는 먼저 이번 정책 패키지가 나오게 된 배경을 간략하게 살펴본 뒤, 세 문서들의 주요 내용들을 검토해보고, 의의와 전망에 대해 살펴보도록 한다.

II. 배경

그동안 유럽연합은 디지털 산업 부문에서 미국이나 중국에 크게 뒤쳐져 있다는 데 위기의식을 느끼며¹²⁾ 역내 디지털 경제를 발전시키기 위한 제도 설계를 위해 많은 노력을 기울여 왔다.

본격적인 시작은 2015년 5월 발표된 장클로드 융커(Jean-Claude Juncker) 집행위원회(2014-2019)의 ‘디지털 단일 시장 전략(Digital Single Market

12) 예컨대 시장 가치로 평가한 상위 10개 글로벌 사업자들의 리스트를 보면, 2018년 봄 기준, 미국 기업이 8개, 중국 기업이 2개로 나타난다. 더욱이 상위 6개 기업은 모두 기술기업들인데 이 중 1위부터 5위까지는 우리가 잘 아는 미국 기업들이 랭크되어 있으며(Apple, Amazon, Alphabet, Microsoft, Facebook), 6위에는 중국 기업(Alibaba)이 랭크되어 있다. Thomas Philippon, *The Great Reversal - How America Gave up on Free Markets* (Harvard University Press 2019), p.241. 참고로 애플의 구글, 아마존, 페이스북, 애플의 머릿 글자를 딴 “GAFA”의 시가총액은 이미 프랑스 경제의 GDP를 상회하는 수준이다. Anthony Luzzatto Gardner, *Stars and Stripes* (1st edn, Palgrave Macmillan 2020). p.194.

Strategy)’¹³⁾으로 볼 수 있다. ‘디지털 단일 시장’은 미국 등에 뒤처지고 있던 유럽연합의 디지털 경쟁력을 회복시키기 위해 발족된 정책 이니셔티브로, 당시 집행위원회는 디지털 단일시장 구축을 위해 온라인 접근성 제고, 적합한 시장 여건 조성, 성장잠재력 극대화 등 세 가지 목표로 하는 다양한 정책 제안들을 내놓았다.¹⁴⁾ 이후 유럽연합은 이 제안들을 따라 다양한 입법을 진행해왔는데 개략적인 내용은 다음과 같다.

데이터 부문에서는 2016년 4월 27일 역내 개인 데이터의 자유로운 이동과 보호를 위한 ‘일반 데이터 보호 규칙(GDPR)’을 도입했고, 2018년 11월 14일 ‘자유로운 비개인 데이터의 이동에 대한 규칙’¹⁵⁾을 도입하였으며, 2019년 6월 20일 ‘공공분야 정보의 재이용 등을 촉진하기 위하여 기존 공공분야 정보지침을 개정한 오픈 데이터 지침(Open Data Directive)’¹⁶⁾을 마련하였다.¹⁷⁾ 플랫폼 부문에서는 플랫폼-사업자 간 거래에서의 투명성을 높이기 위

13) “단일 시장(Single Market)”은 1957년 유럽 경제 공동체 설립 조약(Treaty establishing the European Economic Community) 체결 시부터 인정되었던 유럽 공동체의 주요 목표 중 하나지만, 그 작업이 본격 궤도에 오르게 된 것은 1980년대부터다. 1985년부터 1995년까지 집행위원장을 지낸 자크 들로르(Jacques Delors)는 1986년 “하나의 유럽 법(European Single Act)” 통과 등을 통해 유럽 단일 시장 프로젝트를 본격 궤도에 올리면서 공동체의 시장을 점진적으로 통합시키는 데 성공하였다. 오늘날 단일 시장 프로젝트의 성공은 유럽의 경기 침체를 극복하고 경제 부흥을 가능하게 만든 들로르 위원장의 주요 업적 가운데 하나로 평가 받고 있다. 이러한 역사적 배경을 고려하면 2015년 ‘디지털 단일 시장’ 전략은 2008년 금융 위기 이후 침체되고 있는 유럽 경제에 이러한 과거의 경험을 환기시키기 위한 목적도 있었던 것으로 보인다. Jacques Delors, ‘For a New Relaunch of the Single Market’ *Notre Europe* (Oct 15, 2012) <<https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2018/01/singlemarketdelorsne-jdioc12.pdf>>; See Guy Verhofstadt’s speech in the European Parliament, posted at his Facebook page on Apr 16, 2020, available at <<https://www.facebook.com/GuyVerhofstadt/videos/269049414257635/?refsrc=https%3A%2F%2Fm.facebook.com%2Fstory.php>>. Yo Sop Choi, ‘The Fast Evolution of the Digital Regulations for Competition and Data Protection in the EU’ 42 *Soongsil Law Review* 42, 131 (Sep 2018) p.136 *et seq.*

14) European Commission, ‘A Digital Single Market Strategy for Europe’ (Communication) COM(2015) 192 final, pp.3-4.

15) Regulation (EU) 2018/1807 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union.

16) Directive (EU) 2019/1024 on open data and the re-use of public sector information (“Open Data Directive”).

해 2019년 6월 20일 ‘플랫폼 투명성 규칙’¹⁸⁾을 도입하였고 2019년 4월 17일에는 개정 ‘저작권 지침’¹⁹⁾을 도입하였다.²⁰⁾ 인공지능 부문에서는 2018년 4월 처음으로 인공지능 산업에 대한 투자와 규율의 청사진을 제시하면서²¹⁾ 2018년 6월 ‘인공지능 고위 전문가 그룹’을 꾸렸고²²⁾ 이듬해 2019년 4월 8일 ‘인공지능 윤리 가이드라인’²³⁾을 발표하였다.²⁴⁾

그리고 2019년 말 우르줄라 폰테어라이엔(Ursula von der Leyen)의 집행위원회(2019-2023)가 출범하였다. 폰테어라이엔 위원장은 그의 정책 가이드라인을 통해 임기 내 6대 정책 목표 중 하나로 ‘디지털 시대에 부합하는 유럽(A Europe fit for the digital age)’을 제시하고, 그 일환으로 데이터의 이용과 공유를 촉진하기 위한 제도 개선, 유럽연합 차원의 인공지능 관련 법제 도입, 그리고 디지털 플랫폼을 타깃으로 한 새로운 규제(이른바 “Digital Services Act”) 도입 등을 약속하였다.²⁵⁾ 한편 이전 집행위원회에

17) 유럽연합의 데이터 정책 관련 자료들은 다음 웹페이지에 시간 순으로 정리되어 있다 <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/data-policies-and-legislation>>.

18) Regulation (EU) 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services.

19) Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market.

20) 참고로 박성호, “유럽연합 ‘디지털 단일시장 저작권지침’ 주요 쟁점” 『KISO저널』 제35호, 2019. 6. 18. <<http://journal.kiso.or.kr/?p=9580>>.

21) European Commission, ‘Artificial Intelligence for Europe’ (Communication) COM(2018) 237 final (“AI for Europe, 2018”).

22) 인공지능 고위 전문가 그룹(High-Level Expert Group on Artificial Intelligence)은 학계, 시민사회, 산업계를 대표하는 52인의 전문가로 구성되었으며 이들은 유럽의 인공지능 정책(European Strategy on AI)을 지원하고 유럽의 인공지능 관계자들의 포럼인 ‘European AI Alliance’와 협력하는 역할을 하고 있다. <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>>.

23) High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, ‘Ethics Guidelines for Trustworthy AI’ (Apr 8, 2019) <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60419>.

24) 2019년 6월에는 위 가이드라인에 기초하여 ‘신뢰할 수 있는 인공지능(trustworthy AI)’를 위한 정책과 투자 관련 권고사항 33개항을 발표하였다. High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, ‘Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI’ (Jun 26, 2019) <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence>>.

서 미국 기술 기업들에 대한 강력한 경쟁법 집행으로 전 세계의 이목을 유럽으로 집중시켰던 마르그레테 베스타게르(Margrethe Vestager)가 이번엔 경쟁과 디지털 정책 모두를 총괄하는 부위원장의 자리에 오르게 되었다. 유럽 내외에서 이러한 인사는 미국 기술 기업들에 대한 강력한 제재와 공정성(fairness) 등 이른바 ‘유럽적 가치(European values)’에 기초한 적극적인 시장 개입 기조를 유지·강화하겠다는 신호로 받아들여졌다.²⁶⁾

이와 같은 배경에서 2020년 2월 19일 집행위원회가 발표한 세 가지 정책 문서가 나오게 되었다. 이렇게 ‘역외 독점적 사업자들(주로 미국 기술 기업들)에 대한 견제, 유럽의 기술 주권 회복 및 산업의 부흥, 그리고 유럽 공통의 규범 마련을 통한 시장 통합 촉진과 유럽 규범의 글로벌 스탠다드화’가 이번 디지털, 데이터, 그리고 인공지능 정책의 토양을 이루고 있다는 점은 이번 정책 문서들의 목적과 의의를 이해하는 데 있어서 많은 도움을 준다.²⁷⁾

Ⅲ. 주요 내용

그렇다면 이번 정책 패키지에서 집행위원회는 구체적으로 어떤 내용을 담고 있는가? 이번 항에서는 먼저 정책 문서들의 내용을 보다 넓은 시각에서 조망하고 있는 “유럽의 디지털 미래”의 내용부터 살펴보고, 다음으로 “유럽 데이터 전략”과 “인공지능 백서”의 내용을 차례로 검토해보도록 한다.

25) *Supra* note 5, p.13 *et seq.*

26) David M. Herszenhorn and Maia de La Baume, ‘Trump slammed her as a U.S.-hating ‘tax lady.’ She just got a promotion.’ *POLITICO* (Dec 27, 2019) <<https://www.politico.com/news/2019/11/27/margarethe-vestager-eu-tax-promotion-074181>>.

27) Editorial, ‘The Brussels effect, cont: The EU wants to set the rules for the world of technology on data protection, artificial intelligence, competition and more’ *The Economist* (Feb 20, 2020) <<https://www.economist.com/business/2020/02/20/the-eu-wants-to-set-the-rules-for-the-world-of-technology>>.

1. 유럽의 디지털 미래

“유럽의 디지털 미래”는 집행위원회의 정책 아젠다에서 디지털 정책이 갖는 위치를 보여주면서 디지털 정책의 기본적인 방향과 틀을 조망해주고 있는 문서다. 이 문서에서 집행위원회는 먼저 유럽연합이 당면한 가장 큰 과제는 친환경과 디지털 전환(digital transformation)임을 강조하면서²⁸⁾ 향후 집행위원회의 정책 역량을 유럽의 기술 주권을 되찾고 공정한 디지털 경제를 만드는 데 집중할 것이라고 선언한다. (비록 직접 언급이 나온 것은 아니지만) 이러한 방향성이 추구하고 있는 효과는 크게 두 가지, 첫째, 미국이나 중국 같은 외국 기술기업들에 대한 의존도를 줄이고 유럽 자신의 역량을 키우면서, 둘째, 중소기업자 등에게도 데이터 활용 기회를 최대한 보장하고 소비자들의 데이터 보호 수준을 높이는 등의 방법으로 디지털 경제에 대한 사회의 전반적인 적응 수준을 높이려 하는 것으로 볼 수 있다.²⁹⁾

집행위원회는 디지털 정책의 지향점을 크게 세 가지의 세부 정책 목표로 나누어 설명하는데, 첫째는 ‘인간을 위한 기술(technology that works for people)’, 둘째는 ‘공정하고 경쟁력 있는 경제(a fair and competitive economy)’, 그리고 마지막은 ‘개방된, 민주적인, 지속가능한 사회(an open, democratic and sustainable society)’다.

(1) 인간을 위한 기술

첫 번째 목표인 ‘인간을 위한 기술’이란, ‘인간 삶의 질을 향상시키기 위하여 기술 개발을 촉진하고 또한 기술 변화에 따른 사회적 대응을 준비하겠다’는 선언이다. 이를 위해 특히 강조되고 있는 키워드는 연결성(connectivity)과 사이버안전성(cybersecurity) 그리고 신뢰성(trustworthiness)이다. 즉, 연결성의 확보를 위하여 5G와 미래의 6G 설비 등³⁰⁾에 대한 충분한 투자가 이뤄질 수

28) Shaping Digital Future, 2020, p.1.

29) *Ibid.*, p.2.

30) 집행위원회는 슈퍼컴퓨터, 양자 기술, 블록체인, 보안, 클라우드 기술 등에 대한 투자도 함께 강조한다. 구체적으로 양자 기술과 블록체인 기술 발전을 위한 전략 수립(2020년 2/4분기까지), 고성능 슈퍼컴퓨팅 협력·지원에 관한 규칙(Council Regulation

있도록 하고, 유럽 시민들의 사이버안전을 확보하기 위해 관련 제도를³¹⁾ 개편하며, 또 신뢰성 확보를 위하여 인공지능 등 신기술이 지닌 리스크들에 대응하는 정책적 조치들을 도입하겠다는 계획이다.³²⁾

구체적으로 “유럽의 디지털 미래” 커뮤니케이션은 2021년부터 2023년까지 ‘광대역망 구축 비용 절감에 관한 지침’³³⁾ 개정, 5G와 6G를 위한 액션 플랜(Action Plan), 새로운 전파 정책 프로그램(Radio Spectrum Policy Programme), 커넥티드/자율주행차를 위한 5G 주행로 프로젝트(5G corridors for connected and automated mobility) 등을 통하여 유럽의 기가비트(Gigabit) 연결망 구축을 위한 투자를 촉진시키겠다고 밝히고 있다. 그리고 2020년 2/4분기까지 디지털 교육을 지원하기 위한 액션 플랜(Digital Education Action Plan)을 마련하고 노동 기술 아젠다(Skills Agenda)와 청년보장제도(Youth Guarantee)에서 디지털 부문을 강화하겠다는 계획을 제시하며, 또 회원국 정부들이 상호 호환성 높은 디지털 공공서비스를 제공할 수 있도록 2021년까지 강화된 ‘유럽연합 정부 호환 전략(EU governments interoperability strategy)’을 내놓겠다고 밝힌다.³⁴⁾ 특히 인공지능 기술의 신뢰성 확보를 위한 차원에서 나온 것이 바로 2020년 2월 발표된 “인공지능 백서”인데, 집행위는 이 백서를 통해 유럽의 인공지능 산업 지원과 규율에 관한 복잡한 이슈들을 검토하면서 다양한 정책안들을 제시한다.³⁵⁾ 이밖에도 “유럽의 디지털 미래”에서는 기술 발전과 사회적 변화에 대한 적응을 돕는 차원에서 디지털 교육 촉진과 플랫폼 노동자들의 고용 환경 개선을 위한

(EU) 2018/1488 establishing the European High Performance Computing Joint Undertaking)의 개정 등을 통해 투자를 확대하고자 한다. *Ibid.*, p.4 and p.7.

31) e.g. Directive (EU) 2016/1148 concerning measures for a high common level of security of network and information systems across the Union; Regulation (EU) 2019/881 on ENISA (the European Union Agency for Cybersecurity) and on information and communications technology cybersecurity certification.

32) Shaping Digital Future, 2020, pp.4-5.

33) Directive 2014/61/EU on measures to reduce the cost of deploying high-speed electronic communications networks

34) *Ibid.*, p.7.

35) 이에 대한 자세한 내용은 ‘III. 3. 인공지능 백서’의 설명 참고.

정책적 노력이 필요하다는 점도 강조되고 있다.³⁶⁾

(2) 공정하고 경쟁력 있는 경제

두 번째 목표인 ‘공정하고 경쟁력 있는 경제’는 유럽연합의 경쟁 정책 및 데이터 정책의 지향점을 밝히고 있는 부분이다. 먼저 집행위원회는 디지털 경제에서는 ‘데이터’가 생산의 핵심적 요소로서 중요한 위치를 갖고 있고 또한 데이터로부터 나온 가치는 그 데이터를 생성한 사회 구성원 모두에게로 돌아가야 한다는 점을 강조하면서 유럽의 ‘데이터 단일 시장(European single market for data)’을 위한 정책이 수립되어야 한다고 주장한다. 이러한 정책 목표에서 나온 대표적인 움직임이 바로 2020년 “유럽 데이터 전략”(European Strategy for Data) 정책 제안이다. 여기서 집행위원회는 데이터 공유와 이용의 활성화를 위한 2021년 데이터 법(Data Act)의 도입, 관련 규제 체계의 개편 등을 하겠다는 계획을 밝히고 있는데³⁷⁾ 좀 더 자세한 내용은 뒤에서 살펴보도록 한다.

데이터 정책 다음으로 흥미로운 변화가 예고되고 있는 분야는 바로 경쟁 정책이다. 집행위원회는 “유럽의 디지털 미래”에서 이미 수평적, 수직적 협력의 평가와 시장 확정에 대한 기존의 제도를 손보는 작업을 진행 중임을 언급하면서, 앞으로 데이터 접근, 풀링, 공유와 경쟁제한적인 데이터 수집, 처리 행위들에 관한 경쟁상의 이슈들이 폭 넓게 검토될 것이라고 설명한다.³⁸⁾ 이러한 설명은 2020년 효력이 만료되는 경쟁법 일괄 적용 면제 규칙들(Block Exemption Regulations)³⁹⁾에 대한 검토 작업과⁴⁰⁾ 디지털 및 글로

36) Shaping Digital Future, 2020, pp.6-7

37) *Ibid.*, p.7 and p.10.

38) *Ibid.*, p.8 and p.10. *Infra* note 90 and note 97.

39) Commission Regulation (EU) No. 1217/2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of research and development agreements(2020년 12월 31일 효력 만료 예정); Commission Regulation (EU) No. 1218/2010 of 14 December 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to certain categories of specialisation agreements(2020년 12월 31일 효력 만료 예정); Commission Regulation (EU) No. 330/2010 on the application of Article 101(3) of

별 경쟁 환경을 고려한 시장 확정 가이드라인⁴¹⁾ 개정 작업이 진행 중인 것⁴²⁾을 지칭하는 것으로 이해되는데, 유럽연합 집행위원회의 경쟁법 집행은 유럽 내외로 미치는 파급력이 상당히 크기 때문에 구체적인 내용들이 어떻게 진행되는지에 대해서는 면밀히 주시할 필요가 있을 것으로 본다.⁴³⁾ 그리

the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices(2020년 5월 31일 효력 만료 예정).

- 40) 이들 규칙들의 개정 배경과 전망에 대한 간략한 설명은 다음 참고. Pauline Kuipers and Mariska van de Sanden, ‘The European Commission’s review of the Vertical Block Exemption Regulation’ *LEXOLOGY* (May 27, 2019) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=01b1f1ac-a947-4fe7-8623-ae83e074f9ce>>; Floris ten Have, ‘EU competition policy agenda: full to the brim’ *LEXOLOGY* (Apr 2, 2020) <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=34b27cd3-3bc2-42c8-8357-8e2d53dd3be0>>.

- 41) European Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03).

- 42) Margrethe Vestager, ‘Defining markets in a new age’ (Chillin’ Competition Conference, Brussels, Dec 9, 2019) <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/defining-markets-new-age_en>.

- 43) 유럽연합의 정책 동향을 파악할 때 경쟁 정책은 다른 분야보다 더 눈여겨 볼 필요가 있다. 유럽연합 차원에서 경쟁 정책은 집행위원회가 (회원국이 아닌) 일반 사업자들을 상대로 적극적으로 처분을 내리며 개입할 수 있는 거의 유일한 분야로 그 위상이 미국의 반독점 정책이나 우리나라 공정거래 정책 등과는 다른 면이 있기 때문이다. 다시 말해서, 유럽연합 규제의 경우 사업자들에 대해 직접 법을 집행하며 처분을 내리는 것은 주로 각 회원국의 집행 당국이 되는 반면(예컨대 방송통신 분야나 개인정보 보호 분야에서 개인 사업자들의 활동을 규율하는 어떤 유럽연합 법이 도입되었다고 했을 때 이를 집행하는 주체는 집행위원회가 아니라 회원국의 집행 당국이 된다) 경쟁 분야에서만큼은 예외적으로 집행위원회가 마치 행정청이 처분을 내리듯 결정(decision)으로 기능조약(TFEU) 제101조나 제102조와 같은 경쟁법 위반 사업자에 대해 과징금을 부과하고 시정조치를 내릴 수 있기 때문에 그 위상이 다른 나라들의 경쟁 정책과 다르므로 유럽연합의 정책 동향을 파악할 때에는 경쟁 정책을 다른 분야보다 특히 더 눈여겨 볼 필요가 있다는 것이다. Cf. Chalmers et al., *supra* note 8, p.78 *et seq.* and also p.115. 이와 같은 특징은 경쟁 정책의 관점에서 유럽 경쟁법의 집행을 비교법적으로 검토할 때도 역시 중요하게 고려되어야 한다. 다른 단일 국가들과 비교할 때 유럽연합의 경쟁법의 해석과 집행은 구조적으로 조약에서 보장하고 있는 다양한 가치들(*e.g.* Art. 3, The Treaty on European Union (“TEU”))에 의해 보다 쉽게 영향을 받을 수 있기 때문이다. Cf. Anna Gerbrandy, Willem A. Janssen, and Lyndsey Thomsin, ‘Shaping the Social Market Economy after the Lisbon Treaty: How ‘Social’ Is Public Economic Law?’ 15(2) *Utrecht Law Review* 32 (2019).

고 집행위원회는 디지털 이슈 외에 환경 이슈(green challenges)도 함께 언급하면서 향후 유럽연합의 경쟁법 판단에 지속가능성(sustainability) 고려가 담길 것으로 예고하고 있는데, 최근 유럽연합 경쟁법계에서 지속가능성 문제가 계속 이슈가 되고 있는 점을 고려할 때 이는 상당히 특기할 만한 부분으로 보인다.⁴⁴⁾

‘공정하고 경쟁력 있는 경제’ 파트에서 가장 눈길을 끄는 부분은 (올해 4/4분기까지를 목표로) 경쟁법 영역 밖에서의 사전(ex ante) 규제 도입 계획을 밝히고 있는 부분이다. 이번 문서에서 집행위원회는 디지털 플랫폼들을 “사적 문지기(private gatekeepers)”로 묘사하고⁴⁵⁾ 그들이 갖고 있는 “시스템적인 역할(systemic role)”과 “마켓파워(market power)”에 우려를 표하면서 이런 “시스템적인 문제들(systemic problems)”은 경쟁정책으로는 다뤄질 수 없기 때문에 추가적인 사전 규제, 즉, ‘디지털 서비스 법(Digital Services Act)’의 도입이 필요하다고 주장한다.⁴⁶⁾ 구체적인 규율 방식이나 범위는 올해 말로 예정된 후속 조치를 기다려봐야겠지만⁴⁷⁾ 최근 비공식적으로 공개된 집행위원회 내부 문서의 내용 등에 비춰볼 때 어떠한 형태로든 “GAFA”⁴⁸⁾라고 불리는 글로벌 디지털 플랫폼 사업자들의 비즈니스 모델이 주요 고려대상 중 하나가 될 가능성은 높아 보인다.⁴⁹⁾ 만약 새로운 디지털

44) Shaping Digital Future, 2020, p.9.

45) 이와 유사하게 “large platforms with significant network effects acting as gate-keepers”라는 표현으로 묘사하기도 한다. *Ibid.*, p.10.

46) *Ibid.*, pp.8-9.

47) *Ibid.*, p.10.

48) 구글(Google), 아마존(Amazon), 페이스북(Facebook), 애플(Apple)의 첫 알파벳을 딴 두문자어.

49) 집행위원회가 그 공식적인 효력을 부인하기는 하였지만, 지난 2019년 8월 POLITICO에 유출되었던 집행위원회의 내부문서에서는 ‘디지털 서비스 법(Digital Services Act)’이라는 입법 패키지를 통하여, 글로벌 플랫폼 이용자들(유럽연합 시민들)의 권익 보호를 증진시키고 동시에 유럽 사업자들에게 규제 확실성을 제공하는 한편 이들의 경쟁력을 고양시키고자 하는 집행위원회의 목표 의식이 잘 드러나고 있다. European Commission’s internal document, ‘DGx proposed priorities’ (obtained by POLITICO, Aug 22, 2019) <https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2019/08/clean_definite2.pdf> pp.24-25. See also, Lili Bayer, ‘Commission dismisses internal document outlining policy plans’ *POLITICO* (Aug 23, 2019)

규제가 특정 플랫폼들의 특정한 행위를 금지하는 적극적인 방식을 포함하게 된다면⁵⁰⁾ 이는 그동안 집행위원회가 구글 등에 대한 적극적인 경쟁법 집행으로 전 세계에 불러왔던 과금 효과 이상의 상당한 논란과 영향력을 보이게 될 것으로 예상된다.⁵¹⁾

집행위원회는 이 외에도 공정성의 관점에서 중소기업자를 위한 산업정책적 접근, 다국적 디지털 사업자들을 겨냥한 세제의 개편, 소비자 보호 강화 등도 함께 중요한 정책 목표로 제시한다. 구체적으로 산업 전략 패키지(Industrial Strategy Package) 제안, 암호 자산(crypto assets)과 재정 분야의 디지털화 등에 관한 입법적 제안과 유럽연합 통합 결제시스템 시장 전략 등을 포함하는 디지털 파이낸스(Digital Finance) 프레임워크 창설, 디지털 세제 개편안에 관한 커뮤니케이션(Communication) 발표, 디지털 전환 시기 소비자의 지위 변화를 반영한 새로운 소비자 아젠다(Consumer Agenda) 마련 등을 계획하고 있는 것으로 밝히고 있다.⁵²⁾

(3) 개방된, 민주적인, 지속가능한 사회

세 번째 목표는 ‘개방된, 민주적인, 지속가능한 사회’로, 집행위원회가 디지털화의 정치, 사회적 측면에 보다 주목하면서 이에 대한 정책적 대응을 준비하고 있는 부분이다. 먼저 집행위원회는 디지털 플랫폼 사업자들을 “정

<<https://www.politico.eu/article/commission-dismisses-internal-document-outlining-policy-plans/>>.

- 50) 기존의 유럽연합 플랫폼 규칙(Regulation (EU) 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services)은 직접적인 행위 금지보다는 주로 ‘투명성(transparency)’ 원칙에 입각한 계약법의 테두리 내에서의 제한적 규율이었음을 상기하라. 이상윤·이황, “검색 중립성과 경쟁법 집행원리”, 「경쟁법연구」 제40권, 2019. 11. 279면 이하.

- 51) *Ibid.*, p.284 *et seq.* 참고로 최근 베스타게르 집행위원은 플랫폼 문지기(gatekeeper) 역할을 하는 디지털 플랫폼에 대한 새로운 규제의 도입을 긍정적으로 검토한다고 밝힌 바 있다. Charley Connor ‘Vestager: EU may introduce competition rules for “digital gatekeepers”’ Global Competition Review (Apr 24, 2020) <<https://globalcompetitionreview.com/article/1226098/vestager-eu-may-introduce-competition-rules-for-%E2%80%9Cdigital-gatekeepers%E2%80%9D#.XrFdEY9s-hQ.twitter>>.

- 52) Shaping Digital Future, 2020, p.10.

보와 데이터 흐름에 대하여 문지기 역할을 하고 있는 존재”들로 정의하면서 이들의 강력한 사회적, 정치적 영향력에 대한 우려의 시각을 보인다. 특히 ‘불법적 상품 및 콘텐츠의 유통과 확산’, ‘이용자들의 자신의 데이터와 정체성(identity)에 대한 통제권 보장의 문제’, 그리고 ‘잘못된 정보 확산으로 인한 민주주의 위협’ 등에 대한 문제의식을 강하게 드러낸다.⁵³⁾ 이러한 배경에서 세 가지의 정책 제안이 나오는데, 첫째는 유럽연합 역내에서 디지털 플랫폼들(및 정보 제공 사업자들)의 책임을 증가시키고 이들의 콘텐츠 정책을 효과적으로 감독하기 위한 연합 차원의 조화된 접근을 디지털 서비스 법(Digital Services Act)을 통해 도입할 것,⁵⁴⁾ 둘째는, 전자 신원 확인 규칙(eIDAS Regulation)⁵⁵⁾을 개정하여 ‘보편적으로 통용가능한 전자신원증(an universally accepted public electronic identity (eID))’을 도입하고 이를 통해 이용자들이 자신의 데이터에 대한 접근성을 높이고 상품이나 서비스 이용을 위해 개인의 데이터를 불필요하게 플랫폼들에 제공하지 않아도 되게 할 것,⁵⁶⁾ 셋째는, 미디어의 자율과 다양성, 그리고 신뢰성을 제고하고 유럽 선거에 대한 외부의 개입을 차단하기 위한 유럽 민주주의를 위한 액션 플랜(Democracy Action Plan)을 마련할 것 등이다.⁵⁷⁾

53) *Ibid.*, pp.10-11.

54) 위에서 언급했듯이 디지털 서비스 법(Digital Service Act) 패키지는 일단 올해 4/4분기에 구체적인 청사진을 내놓을 것을 목표로 하고 있다. *Ibid.*, p.12.

55) Regulation (EU) 910/2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market. 유럽연합 차원의 전자신원확인 서비스 관련 내용을 규율하고 있다.

56) 올해 4/4분기까지를 목표로 하고 있다. *Shaping Digital Future*, 2020, pp.11-12.

57) 문서에 직접적 언급은 없지만, 여기서 외부로부터의 개입이란 ‘러시아와 중국이 온라인 플랫폼 상의 잘못된 정보를 이용하여 유럽 민주주의를 약화시키고 있다’는 유럽연합 지도부의 인식을 반영하고 있는 것으로 이해된다. Samuel Stolton and Vlagyislav Maksimov, ‘Platform regulation ‘needed’ as part of Democracy Action Plan, Jourova says’ *Euractiv* (Jan 30, 2020) <<https://www.euractiv.com/section/digital/news/platform-regulation-needed-as-part-of-democracy-action-plan-jourova-says/>>. 참고로 이번 문서에서는 미디어 다양성에 대한 접근을 높이기 위한 시청각 미디어 서비스를 위한 액션 플랜(Media audiovisual Action Plan)도 제안되고 있다. 두 액션 플랜 모두 올해 4/4분기를 시간표로 제시하고 있다. *Shaping Digital Future*, 2020, p.12.

집행위원회는 이어 디지털화의 영향을 환경과 보건 분야까지 확장시키면서 이들 분야를 지원하기 위한 정책 제안들도 같이 내놓으면서,⁵⁸⁾ 이러한 정책 수단들이 ‘디지털화와 데이터의 활용이 순환 경제(circular economy)를 촉진시키고, 모든 분야에 있어서 탄소 절감(decarbonisation)의 효과를 증진시켜주며, 제품 생산에 따르는 환경 발자국(environmental and social footprint)⁵⁹⁾을 줄여주고, 에너지 효율을 높여줄 수 있다’고 설명한다.⁶⁰⁾ 이러한 인식 하에, (i) 유럽의 환경 예측과 위기 관리 능력 향상을 위한 “Destination Earth initiative” 출범(2021년 목표), (ii) 순환 경제 정책의 일환으로서 전자기기의 친환경적 설계를 보장하기 위한 ‘전자산업 순환경제 이니셔티브(circular electronics initiative)’ 마련(2021년 목표), (iii) 2030년까지⁶¹⁾ 기후 중립적이고, 에너지 고효율적이며, 지속가능한 데이터 센터 설립

58) 환경 분야에 있어서는 2019년 12월 발표된 ‘유럽 그린 딜(European Green Deal)’ 등을 말한다. ‘유럽 그린 딜’은 환경 분야에 특화된 유럽연합 집행위원회의 정책 제안 패키지로, 지속 가능한 친환경 경제, 사회로의 완전한 전환을 목표로 녹색 전환을 위한 공동의 규범을 마련하고(예컨대 “기후 중립 2050”), 막대한 예산을 투입할 것 등을 내용으로 하고 있다. European Commission, ‘The European Green Deal’ (Communication) COM(2019) 640 final.

59) 발자국(footprint)란 보통 인간의 특정 활동이 전체 환경에 미치는 영향을 평가하기 위한 지표로 널리 쓰이는 용어다. 예컨대 탄소 발자국(carbon footprint)이 크게 측정되는 제품이 있다면 그 뜻은 그만큼 해당 제품의 생산이나 소비에 따르는 탄소 배출 총량이 크고 그만큼 환경에 대한 부담이 크다는 것을 뜻한다. 탄소 발자국 외에도 ‘생태발자국(ecological footprint)’, ‘물발자국(water footprint)’ 등 여러 지표들이 많이 쓰인다. Tycho Vandermaesen et al., ‘EU Overshoot Day - Living Beyond Nature’s Limits’ World Wide Fund for Nature (May 2019) <https://www.footprintnetwork.org/content/uploads/2019/05/WWF_GFN_EU_Overshoot_Day_report.pdf>.

60) Shaping Digital Future, 2020, p.11.

61) 참고로 2030년은 유럽연합이 온실가스 배출량 40% 이상 절감(1990년 대비), 재생 에너지 비율 32% 이상 달성, 에너지 효율성 32.5% 이상 개선 등을 달성하기로 잠정 합의한 기준 년도다. 물론 최저 기준이다(European Commission, ‘A Clean Planet for all - A European strategic long-term vision for a prosperous, modern, competitive and climate neutral economy’ COM(2018) 773 final, p.5). 최근 이 목표치는 더욱 상향되어 폰테라이엔(Von der Leyen)의 집행위원회는 2030년까지 온실가스 배출량을 50% 이상 절감하는 것으로 계획하고 있다. 이 새로운 기준은 이번 여름까지 영향 평가(impact assessment)를 마친 뒤 기존 내용에 삽입 될 예정이다. Paola Tamma, Eline Schaart, and Anca Gurzu, ‘Europe’s Green Deal plan unveiled’ *POLITICO Europe* (Dec 11, 2019) <<https://www.politico.eu/article/the->

이니셔티브 마련, 그리고 통신 사업자들의 환경 발자국 투명성을 위한 조치 마련에 착수, (iv) 유럽 내 전자건강기록(electronic health records) 데이터의 공유 촉진을 위한 조치 마련(2022년부터) 등의 제안들을 내놓는다.⁶²⁾

서두에서 밝혔듯이 유럽연합은 자신의 규제 영향력을 이용해 역내를 넘어 국제적으로 강력한 영향력을 행사하기 위해서도 상당한 노력을 기울이는데, 디지털 정책 제안의 마지막 상당 부분은 이러한 글로벌 영향력 확대를 위한 방안을 제시하는 데 할애되고 있다. 집행위원회는 ‘일반 데이터 보호 규칙(GDPR)’을 대표적인 성공 사례로 언급하면서 5G, 사물인터넷(Internet of Things), 블록체인, 슈퍼 컴퓨팅, 양자 기술, 알고리즘, 데이터 기술 등에 있어서도 유럽연합이 글로벌 스탠다드의 정립을 이끌어가야 한다고 강조하고, 올해 3/4분기 안으로 관련 전략을 마련하겠다는 계획을 밝힌다.⁶³⁾ 이 외에도 중국 등 비유럽연합 회원국에서 국가 보조를 받는 기업들을 규제하기 위한 백서 발표 계획,⁶⁴⁾ 아프리카 등 다른 지역과의 디지털 협력 전략 등을 위한 계획들도 함께 제안한다.⁶⁵⁾

2. 유럽 데이터 전략

다음으로 살펴볼 문서는 “유럽의 디지털 미래”와 같은 날 발표된 “유럽 데이터 전략”이다. 앞서 설명했듯, 이 문서는 유럽연합 디지털 정책 중 ‘공정하고 경쟁력 있는 경제’ 달성을 위한 세부 정책으로 발표되었으며 특히

commissions-green-deal-plan-unveiled/”; European Commission, ‘The European Green Deal’ (Communication) COM(2019) 640 final, p.4.

62) Shaping Digital Future, 2020, p.13.

63) *Ibid.*, pp.13-14.

64) 유럽연합 내에서는 역내 시장의 경쟁을 제한하는 국가 보조(state-aid)는 이미 유럽연합 경쟁법(Art. 107, TFEU)을 통해 관리되고 있다. 하지만 이 규정은 역내를 벗어나서 이뤄지는 국가 보조에는 적용이 안 되기 때문에 그동안 역차별 논란이 있었다. 본문의 백서 작업은 이런 배경에서 국가 보조를 받는 역외 사업자들에 의한 경쟁 왜곡을 규제하기 위해 진행되고 있는 것으로 보인다. Sam Fleming and Javier Espinoza, ‘Brussels urged to rein in state-backed foreign rivals’ *Financial Times* (Dec 4, 2019) <<https://www.ft.com/content/flf1896-15fa-11ea-9ee4-11f260415385>>.

65) Shaping Digital Future, 2020, p.14.

데이터 관련 제도를 어떤 방향으로 어떻게 설계해나갈 것인지에 대한 구체적인 청사진을 담고 있다. 디지털 정책과 마찬가지로 데이터 정책 역시 그 내용을 관통하고 있는 키워드는 ‘유럽 산업의 경쟁력 확보’, ‘역내 규범의 조화’, ‘공정성(중소 사업자 보호 및 지원)’, ‘이용자의 권리 보장 확대’, 그리고 ‘친환경 시스템으로의 전환’ 등이다. 외국 거대 기술 기업들에 대한 의존도를 줄이고 유럽연합의 가치에 기반한 데이터 산업 발전을 도모하면서 동시에 이런 데이터 경제가 중소기업과 개인에게도 공정한 이익이 될 수 있도록 제도를 개편하고 나아가 친환경 정책 목표 실현에도 기여할 수 있도록 하는 것이 이번 정책안의 핵심이다.

(1) 배경 및 문제 정의

집행위원회는 먼저 기술 발전에 따라 막대한 데이터의 저장과 처리가 중앙에서 끝단으로 분산, 변화하고 있으며(이른바 “edge computing”)⁶⁶⁾ 앞으로 이러한 변화가 경제와 사회, 환경 모두에 막대한 가능성을 열어 줄 것이라는 점을 환기시킨다. 그리고 데이터는 맞춤형 의료서비스와 같이 개인화 된 상품과 서비스를 가능하게 해주면서 경제의 생산성과 자원 효율성을 높여주고, 공공 서비스의 품질을 개선시켜 주며, 또 친환경적인 지속가능한 사회로의 전환을 촉진하는 등 무한한 가능성을 갖고 있는 것으로 설명한다.⁶⁷⁾

집행위원회는 유럽의 데이터 산업은 미국이나 중국 등 선발 주자들에 비해 뒤쳐져 있음을 인정하면서 이들 국적의 소수 거대 기업들에 전 세계의 데이터가 집중됨으로 인하여 유럽의 데이터 산업 성장 유인이 저해되고 있다고 분석한다. 하지만 집행위원회는 미국이나 중국과는 차별화된 유럽식 데이터 경제·사회의 가능성에 더 주목하는데, 즉, 연합 차원의 적절한 제도 설계와 지원이 이뤄진다면, 데이터 환경의 구성이 민간 분야에만 맡겨진 미

66) Ahmet Cihat Baktir, 'How Can Edge Computing Benefit From Software-Defined Networking: A Survey, Use Cases, and Future Directions' 19(4) IEEE Communications Surveys & Tutorials 2359 (2017), p.2360.

67) Data Strategy, 2020, p.2.

국 모델이나 개인에 대한 충분한 보호 없이 권위주의적 감시와 통제를 기반으로 접근하는 중국 모델과는 다른 유럽만의 ‘인간 중심적 가치에 기반한 데이터 환경 구축’이 가능하고 이를 통해 미래 데이터 경제를 리드할 수 있다고 보는 것이다. 최근 도입되어 국제적인 데이터 프라이버시 보호 규범으로서 영향력을 확장해가는 일반 데이터 보호 규칙(GDPR)이 그 대표적인 예다.⁶⁸⁾

집행위원회가 그리고 있는 유럽식 데이터 환경의 미래는 “유럽 단일 데이터 공간(single European data space)”이란 개념을 통해서 드러나고 있다. 이는 데이터 단일 시장과 데이터 개방성을 포괄하는 개념으로, ‘개인 데이터, 비개인 데이터, 민감한 비즈니스 데이터 모두 안전하게 보호되고, 사업자들은 거의 무한한 고품질의 산업 데이터에 쉽게 접근할 수 있으며, 이로써 성장을 촉진시키고 가치를 창출하는 한편 환경 발자국을 최소화할 수 있는 공간’을 의미한다. 집행위원회는 이러한 단일 데이터 공간을 실현하기 위해서는 ‘역내, 분야간 자유로운 데이터 이동이 이뤄져야 하고, 데이터 보호법, 소비자 보호법, 경쟁법 등 관련 규범들과의 긴장 관계가 적절히 해소되어야 하며, 데이터에 대한 접근과 이용에 관한 규범들이 공정하고, 실용적이며, 분명하고, 그리고 신뢰할 수 있게 설계되어야 한다’고 설명한다.⁶⁹⁾

하지만 이와 같은 미래를 구현하기 위하여 앞으로 개선해 나가야 할 부분은 결코 적지 않다. 집행위원회 역시 (i) 현재 회원국들의 데이터 관련 정책과 제도가 제각각으로 분절되어 있어 유럽 단일 시장의 규모의 이익이 제대로 이용되지 못하고 있고,⁷⁰⁾ (ii) 데이터의 공익적 성격에도 불구하고⁷¹⁾

68) *Ibid.*, pp.3-5.

69) *Ibid.*, 2020, pp.4-5.

70) *Ibid.*, p.6.

71) “유럽 데이터 전략”에 따르면, 데이터는 사회에서 생성된 것으로(created by society) 공공 분야에서 생성된 데이터는 구성원 모두(연구자들, 다른 공공 기관, 중소기업들 또는 스타트업들)에게 이용되면서 공공 선(common goods)에 기여할 수 있도록 보장되어야 하는 것으로 설명된다. 나아가 동 문서에서는 민간 분야에서 생성된 데이터도 (예컨대 익명 처리된 소셜 미디어 데이터를 전염병 상황에서 일차의료진의 보고를 보충하는 방식 등으로) 공공선에 상당한 기여를 할 수 있다고 서술되고 있다(Data Strategy, 2020, pp.7-8). 어찌 보면 당연한 내용으로 보일 수도 있지만, 이번 문서에서

정부-사업자 간,⁷²⁾ 사업자-사업자 간,⁷³⁾ 사업자-정부 간,⁷⁴⁾ 공공 기관-공공 기관 간 데이터 공유에는 제약이 많으며,⁷⁵⁾ (iii) 소수 글로벌 플랫폼 사업자들의 데이터 독점에서 나오는 이들과 중소기업자들 간 마켓 파워의 불균형 문제가 해소되지 않고 있다는 점 등을 문제로 지적하고 있다.⁷⁶⁾ 또한

집행위원회가 계속해서 플랫폼 사업자들에게 데이터가 집중되어 있는 상황을 문제로 인식하면서 중소기업자들의 데이터 접근성을 강조하고 있고, 그동안 일부 회원국에서 계속 소수 플랫폼 사업자들이 보유한 데이터에 대한 접근권한을 강제하는 법안을 도입하려는 시도를 해왔다는 점 등을 함께 생각해 보면, 이는 집행위원회의 데이터 공유에 대한 긍정적인 시각이 드러난 부분이라고 읽을 수도 있다. 물론 이번 데이터 정책 제안에서는 뒤에서 설명하는 것처럼 민간 사업자의 의무적 데이터 공유에 대해서 비교적 신중한 태도를 취하고 있으므로 지나친 해석은 경계할 필요가 있지만 데이터 공유에 대한 위와 같은 시각은 우리에게 많은 시사점을 던져 준다. 참고로 회원국에서 민간 사업자의 의무적 데이터 공유를 도입하려고 했던 대표적인 예는, 독일 사회민주당 소속 안드레아 날레스(Andrea Nahles) 의원이 시도했던 “Daten-für-alle-Gesetz” (번역하면, “모두를 위한 데이터”)를 들 수 있다. Sebastian Christ, ‘SPD will Unternehmen zum Teilen ihrer Daten zwingen’ *Der Tagesspiegel* (Feb 13, 2019) <<https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/daten-fuer-alle-gesetz-spd-will-unternahmen-zum-teilen-ihrer-daten-zwingen/23979210.html>>)

- 72) 현재 유럽연합 차원에서는 각 분야별 규정 외에 공공의 데이터에 대한 접근과 재이용을 촉진하기 위한 ‘오픈 데이터 지침(Open Data Directive)’이 2019년부터 도입되어 시행 중이다. 하지만 집행위원회는 고품질 데이터 셋(high-value datasets)과 보건의 데이터와 같이 공공 데이터베이스 내의 민감한 데이터들에 대해서는 접근과 이용이 어렵다는 점을 예로 들면서 현 제도에 개선이 필요하다고 지적하고 있다. Data Strategy, 2020, p.7.
- 73) 특히 데이터 공유를 위한 경제적 유인의 부족, 사업자들 간 신뢰 부족, 협상력의 불균형, 제3자에 의한 데이터 남용에 대한 우려, 사물인터넷 데이터와 같이 중복적으로 발생된 데이터의 경우 정보 처리권이 누구에게 있는지와 그 범위에 대한 법적 불명확성 등이 장애로 설명되고 있다. *Ibid.*, p.7.
- 74) 유럽 입장에서 가장 큰 문제라면 사실 정부 기관들에서 유용하게 쓸 만한 민간 분야의 데이터 양 자체가 절대적으로 적은 것이라고 할 수 있다. 그리고 이 대목에서도 데이터 공유의 유인을 조성하기 위한 유럽연합 규제 체계의 개편의 중요성은 또 강조되고 있다. *Ibid.*, pp.7-8.
- 75) 회원국 정부들, 회원국의 공공 기관들, 유럽연합의 기구들, 또 관련 공공 기관들 등이 준비한 유럽연합의 상황에서 공공 기관 간 정보 공유 활성화로 사업자들의 행정 처리 부담을 감소시킬 필요가 있다는 지적은 거의 언제나 모든 정책 분야에서 강조되는 사항이다. *Ibid.*, p.8.
- 76) 이번 디지털, 데이터 정책의 핵심 중 가장 중요한 하나를 꼽으라면 ‘공정성’이라고 할 수 있을 정도로, 문서상에는 중소기업에 대한 언급과 고려가 매우 자주, 상당한 중요성을 갖고 등장한다(Data Strategy, 2020, p.9). 이슈의 핵심은 미국의 거대 디지털 플랫폼 사업자들이 데이터를 독점하면서 압도적인 경쟁력으로 유럽 중소기업

- (iv) 공통의 데이터 포맷과 데이터 호환성을 위한 프로토콜의 부재,⁷⁷⁾ (v) 데이터 이용에 관한 효과적인 거버넌스의 부재,⁷⁸⁾ (vi) 외국 데이터 인프라에 기술적으로 의존하고 있는 상황,⁷⁹⁾ (vii) 개별 정보주체의 자신의 개인정보에 대한 권리 행사가 제약되고 있는 상황,⁸⁰⁾ (viii) 디지털 기술 인력 및

들의 성장 가능성을 가로 막고 있는 현 상황을 어떻게 타개할 것인지 여부라고 볼 수 있다. 같은 맥락에서 최근 집행위원회는 아마존의 데이터 처리 행위에 대해 경쟁법 위반 여부 조사에 나서기도 하였다. European Commission, Press release 'Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon' IP/19/4291 <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291>; 이상윤, “유럽 집행위, 아마존의 데이터 이용에 대한 공식 조사에 착수”, 「ICR센터 유럽연합 경쟁법 동향 시리즈19」, 2019. 8. 2. <<https://www.icr.re.kr/blank-clrv/jytmuy5x14/유럽연합-경쟁법-동향-시리즈19-유럽-집행위-아마존의-데이터-이용에-대한-공식-조사에-착수>>. 참고로 아마존, 구글, 페이스북, 애플 등의 데이터 경쟁 우위에 대한 유럽연합의 깊은 위기의식은 2019년 집행위원회 경쟁당국의 디지털 경쟁정책 보고서에서도 잘 드러나고 있다. Jacques Cr mer, Yves-Alexandre de Montjoye and Heike Schweitzer, 'Competition Policy for the Digital Era' Special Advisers' Report for the European Commission (Apr 2019).

77) Data Strategy, 2020, p.8.

78) *Ibid.*, p.8.

79) 유럽연합 기반의 사업자가 클라우드 시장에서 그다지 큰 점유율을 갖고 있지 못하고 많은 부분이 외국의 기술에 의존되어 있는 상황에서, 유럽 시민과 사업자들(특히 중소기업자들)의 데이터 이용 및 처리와 관련해 보안, 데이터 프라이버시 등 다양한 우려들이 나타나고 있다고 설명한다. 즉, 미국이나 중국과 같은 제3의 관할권에서 유럽 데이터가 처리되는 상황에 대한 문제의식을 보이며 개선이 필요하다고 주장하고 있다. Data Strategy, 2020, pp.9-10. 이번 디지털 정책을 준비하면서 폰테어라이엔(Von de Leyen) 위원장이 강조했던 “기술 주권(tech sovereignty)”의 필요성에 대한 인식이 잘 드러나고 있는 부분이다. Ursula von der Leyen, 'Shaping Europe's Digital Future: Op-ed by Ursula von der Leyen, President of the European Commission' *Competition Policy International* (Feb 19, 2020) <<https://www.competitionpolicyinternational.com/shaping-europes-digital-future-op-ed-by-ursula-von-der-leyen-president-of-the-european-commission/>>.

80) 예컨대 일반 데이터 보호 규칙(GDPR) 제20조는 데이터의 흐름과 경쟁을 촉진시키기 위하여 데이터 이동권(right to data portability)에 대해 규정하고 있는데, 해당 규정이 디지털 생태계에서 개인이 자신의 데이터를 재이용(re-use)할 수 있게 하는 것보다는 서비스 제공자를 대체하는 데 초점을 맞추게 되면서 정보주체의 권리행사에 여전히 현실적인 어려움이 남게 되었다는 점을 집행위원회는 지적하고 있다. 즉, 현재 규정은 단지 집적된 과거의 데이터를 획득할 권리에 초점을 두어 설계됨으로써 개인이 자신의 데이터에 계속적으로 접근할 권리 또는 개인이 이용하는 복수의 기기 간 데이터 호환성을 요구할 수 있는 권리에 대한 보장에는 소홀하게 되었다는 것이다. 같은 맥락에서 집행위원회는 사물인터넷 등 기술환경의 변화로 점점 더 많은 양의 데이터가

디지털 리터러시의 부족,⁸¹⁾ (ix) 사이버 안보에 대한 위협⁸²⁾ 등도 문제로 분석하면서 전반적인 개선 노력이 필요하다고 주장한다.

(2) 정책 방향

집행위원회는 크게 네 가지 축을 기준으로 앞으로의 정책 방향을 구체화시키고 있는데, 첫째는 데이터 접근과 이용을 위한 포괄적 거버넌스 체계 구축, 둘째는 데이터에 대한 투자 확대와 유럽의 역량 및 데이터 인프라, 호환성 강화, 셋째는 개인의 권리 보장 강화, 기술 인력과 중소기업에 대한 투자 확대, 그리고 넷째는 산업 부문별 유럽의 공통 데이터 풀 조성이다. 이하에서는 각 파트별로 주요 내용을 살펴보도록 한다.

1) 데이터 접근과 이용을 위한 포괄적 거버넌스 체계 구축

첫 번째 파트는 각 회원국들의 데이터 경제에 대한 정책적 대응이 제각각 분절되어 있는 현 상황을 문제로 인식하면서, 이러한 배경에서 데이터 공유에 관한 새로운 연합 차원의 메커니즘을 어떻게 구축하고 지침을 마련해갈 것인가에 관하여 다루고 있는 부분이다. 여기서 집행위원회는 먼저 연합 차원의 거버넌스는 데이터 경제의 역동성을 위하여 촘촘한 사전 규제 식의 접근을 지양하고 그 대신 규제 샌드박스(regulatory sandbox)와 같이 실험적 시도 등을 지향할 것이라는 원칙부터 밝힌다. 이어 이러한 원칙 하

이용자 끝단에서 발생하고 이용자들이 특정 디지털 생태계에 종속(lock-in)될 위험이 커지고 있는 상황이 전개되고 있음을 주지시키면서, 앞으로는 좀 더 개인 차원에서 자신의 데이터에 대한 통제를 쉽게 할 수 있는 방안들이 강구되어야 한다고 주장한다. 참고로 이러한 흐름을 뒷받침하는 사례로 개인 정보주체에게 실질적인 소유권을 귀속시키기 위한 '자기정보(MyData) 운동'이 언급되기도 한다. Data Strategy, 2020, p.10. 더 자세한 내용은 'III. 2. (2) 3) 개인의 권리 보장 강화, 기술 인력과 중소기업에 대한 투자 확대' 참고.

81) Data Strategy, 2020, pp.10-11.

82) 기존에 사이버안보법(Cybersecurity Act)이라고 불리는 규칙(Regulation (EU) 2019/881 on ENISA (the European Union Agency for Cybersecurity) and on information and communications technology cybersecurity certification)이 있지만, 앞서 언급했듯 데이터의 발생과 보관이 중앙화가 아닌 분산화, 개인 끝단에서 주로 이뤄지는 환경의 변화에 맞추어 관련 체계도 업데이트 되어야 한다는 것을 말한다. Data Strategy, 2020, p.11.

에서 앞으로 실현해나갈 구체적인 제안들이 제시되는데 주요 제안은 크게 네 가지다.⁸³⁾

첫째는 (올해 4/4분기까지를 목표로) 유럽 공동의 데이터 공간(common European data spaces) 거버넌스를 위한 법적 골격 마련이다. 이 안에는 데이터 이용 범위와 조건 등에 관한 결정을 돕고 국경 간 데이터 이용을 촉진하며 데이터 호환성을 위한 공통의 요건과 기준들을 마련하는 내용 등이 담기게 된다. 집행위원회는 이러한 작업이 프랑스의 보건 데이터 허브⁸⁴⁾와 같이 회원국 차원에서 진행되고 있는 이니셔티브들⁸⁵⁾ 위에서 진행될 것이라고 밝히고 있다.

둘째는 (2021년 1/4분기까지를 목표로) 오픈 데이터 지침(Open Data Directive) 하에 공공 부문의 고품질 데이터 셋(high-value datasets)에 대한 접근과 이용을 용이하게 하기 위한 시행법규(implementing act)⁸⁶⁾를 제정하는 것이다. 집행위원회는 특히 중소기업들의 필요를 중요하게 고려하면서, 고품질의 공공 데이터를 기계가 읽을 수 있는 포맷으로 표준화 된 API를 통하여 이용 가능하도록 하겠다는 계획을 밝히고 있다.

셋째는 데이터 공유와 이용의 활성화를 위한 2021년 데이터 법(Data Act)의 도입 검토다. 이는 앞서 지적했던 사업자-정부, 정부-사업자, 사업자-사업자 간 정보 공유에 어떤 제약이 있는지를 검토하고 필요한 입법적 조치들을 담겠다는 계획으로, 여기서 집행위원회는 데이터 접근과 이용을 위한 지식재산권 법체계의 검토⁸⁷⁾를 예고한다.

83) Data Strategy, 2020, pp.12-15.

84) Margo Bernelín, 'Why France's 2019 Health Bill will be key in harnessing health data for research' *BioNews* (Jul 8, 2019) <https://www.bionews.org.uk/page_143754>.

85) 문서에서 제시되고 있는 사례들은 다음과 같다: Finnish Health and Social Data Permit Authority (<https://www.findata.fi/en/>), French Health Data Hub (<https://www.health-data-hub.fr/>), German Forschungsdatenzentrum (<https://www.forschungsdatenzentrum.de/en>). Data Strategy, 2020, p.12, note 35.

86) Art. 291, TFEU; Regulation (EU) No 182/2011 laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission's exercise of implementing powers.

87) 데이터 베이스 지침(Directive 96/9/EC on the legal protection of databases,

마지막 네 번째는 앞서도 설명했던 ‘디지털 서비스 법(Digital Services Act)’의 도입이다. 집행위원회는 이번 “데이터 전략” 문서에서도 거대 디지털 플랫폼 사업자들이 데이터를 독점하고 있는 상황에 대해 우려하는 시각을 드러내면서 모니터링 기구인 “Observatory of the Online Platforms Economy”를 통해 데이터 집적과 협상력의 관계, 플랫폼 사업자들의 데이터 이용과 공유 현황에 관한 분석을 하고 이를 토대로 사전 규제 도입 여부를 검토하겠다는 계획을 밝힌다.⁸⁸⁾

이밖에도 동 문서에서는 경쟁법 규정들과의 긴장 관계 해소를 위한 조치들,⁸⁹⁾ 관할권 문제, 각 산업 부문별 데이터 활용 장애 요소들의 검토 계획 등에 대해서도 언급이 이뤄지고 있다.

2) 데이터에 대한 투자 확대와 유럽의 역량 및 데이터 인프라, 호환성 강화

이어지는 파트에서는 투자와 지원에 관한 계획이 제시된다. 집행위원회는 먼저 유럽 데이터 공간을 위한 하이 임팩트 프로젝트(High Impact project)에 투자하겠다는 계획을 밝히는데, 이 계획은 클라우드 인프라, 데

“Database Directive”)의 개정과 영업 비밀 보호 지침(Directive (EU) 2016/943 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure)의 적용 여부를 명확히 하는 작업을 포함한다.

88) 잘 알려져 있듯이 유럽연합은 이미 2019년 플랫폼-사업자 간 거래에 있어서의 공정성과 투명성을 위한 규칙(Regulation (EU) 2019/1150 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services)을 도입한 상태인데(2020년 7월 12일부터 적용), 이 투명성 규칙을 도입하면서 집행위원회가 설립한 전문가 모니터링 기구가 바로 “Observatory of the Online Platforms Economy”다.

89) 앞의 ‘III. 1. (2) 공정하고 경쟁력 있는 경제’에서 언급된 내용을 말한다. 즉, 사업자들이 데이터를 공유하거나 풀을 만드는 경우 반경쟁적 합의(Art.101(1), TFEU)에 해당할 수 있기 때문에 수평적 협력 가이드라인의 재검토가 필요하고, 기업결합의 경우 데이터의 집적이 경쟁에 미치는 영향에 대해 분석할 필요가 있으며(관련 규범으로 다음 참고, Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings), 회원국 정부의 데이터 산업 지원 정책 등을 국가 보조(state-aid) 규정들에서 어떻게 평가할지(Art.107, TFEU)에 대한 검토가 이뤄져야 한다는 것이다.

이터 공유 틀, 데이터 아키텍처(architecture) 등을 위한 투자, 데이터 공유의 활성화 및 인공지능 생태계 조성을 위한 거버넌스 체계의 구축에 대한 투자, 에너지 효율적이고 신뢰할 수 있는 클라우드 인프라와 관련 서비스를 위한 ‘유럽 클라우드 연방(European cloud federation)’⁹⁰⁾에 대한 투자 등을 모두 포함하는 것이다. 집행위원회는 회원국들 그리고 산업계와 합하여 총 40 - 60억 유로 상당의 투자금을 조성(이중 집행위원회가 20억 유로를 투자)한다는 계획을 밝히는 한편⁹¹⁾ 특정 산업 부문별로 유럽연합 전역에 걸치는 공동의, 호환 가능한 데이터 공간을 구축하기 위한 자금 지원 계획도 밝힌다.

집행위원회는 또 앞으로 (외국) 클라우드 사업자와 이용자들의 유럽연합 규범 준수 여부에 각별한 관심을 두겠다는 언급을 하면서 2022년 2/4분기까지 ‘클라우드 규정집(cloud rulebook)’이란 형태로 클라우드 사업자/이용자들이 참고할 수 있는 통합적인 규제 체계(자율 규제 포함)를 제공할 것이라고 밝히고, 이와 함께 데이터 처리 서비스의 공공 조달을 위한 유럽 공통의 기준과 요건을 마련하고 유럽연합 이용자들을 위한 클라우드 서비스 마켓플레이스를 구축하겠다는 계획도 함께 내놓는다.⁹²⁾

90) 이번 파트에서는 자주 등장하고 있는 ‘유럽 클라우드 연방(European cloud federation)’라는 표현은 생소할 수 있는데, 여기서 연방(federation)이라는 표현은 클라우드 기술과 관련이 있는 표현이라기보다는 유럽연합의 궁극적 지향점인 유럽연방(“United States of Europe” 또는 “European Federation”)을 연상케 하는 정치적 표현으로 이해된다. 특히 이번 디지털 정책에서 계속 강조되고 있는 유럽의 “기술 주권(technological sovereignty)”이라는 표현과 2016년 시작된 유럽 클라우드 이니셔티브(European Cloud Initiative)의 내용을 고려할 때 유럽 클라우드 연방(European cloud federation)’이란 미국 등 외국 사업자로부터의 영향에서 독립하여 유럽연합 역내에 공동의 데이터 풀을 만들겠다는 집행위원회의 정책 의지가 담긴 표현으로 이해하는 것이 적절해 보인다. Adil Nussipov, ‘Data Governance in the EU: Data Sovereignty & Cloud Federation’ (*The CMDS Blog*, Mar 23, 2020) <<https://medium.com/center-for-media-data-and-society/data-governance-in-the-eu-data-sovereignty-cloud-federation-f26d44032d63>>; European Commission, ‘European Cloud Initiative - Building a competitive data and knowledge economy in Europe’ (Communication) COM(2016) 178 final.

91) Data Strategy, 2020, p.16.

92) *Ibid.*, pp.18-19.

3) 개인의 권리 보장 강화, 기술 인력과 중소기업들에 대한 투자 확대

세 번째 파트는, 개별 정보주체의 개인정보에 대한 권리 보장을 강화하고, 데이터 기술 인력 양성 지원과 교육 강화를 하면서, 중소기업들의 데이터 역량을 강화하겠다는 내용을 담고 있다. 가장 주목할 부분은 개인정보 권리 보장 강화에 관한 부분이다.

집행위원회는 (점점 더 많은 양의 데이터가 이용자 끝단에서 발생하고 있는 상황을 배경으로) 보다 강력한 개인적 차원의 데이터 통제권 보장이 이뤄져야 한다고 보면서, 일반 데이터 보호 규칙(GDPR) 제20조에 규정된 데이터 이동권(right to data portability) 보장이 강화되어야 한다고 주장한다. 현재 데이터 이동권 규정은 집적된 과거의 데이터를 획득할 권리에 초점을 두어 설계되어 있지만, 앞으로는 사물 인터넷과 스마트 홈 등 변화된 기술 환경에 맞추어 개인이 자신의 데이터에 계속적으로 접근할 권리 또는 자신이 이용한 복수의 기기 간 데이터 호환성을 요구할 수 있는 권리에 대해서도 보장이 이뤄질 수 있도록 규정이 강화될 필요가 있다는 것이다. 집행위원회는 예컨대 실시간 데이터 접근을 위한 인터페이스 요건을 엄격하게 하거나 스마트 홈 기기나 웨어러블 기기 이용 과정에서 발생한 데이터를 기계가 읽을 수 있는 포맷으로 만들 것을 의무화함으로써 개별 정보주체가 ‘누가 내 데이터에 접근하고 어떻게 활용할 수 있는지’에 관한 더 많은 통제·관리권을 행사할 수 있게 된다고 설명한다. 이에 더하여 최근 부상하고 있는 개인 데이터 앱(personal data apps)이나 개인 데이터 저장소(personal data spaces) 제공 사업자들에 대해 이들이 중립적 중개인(neutral broker)이 될 수 있도록 하기 위한 규범들을 도입할 필요가 있는지도 함께 고려한다고 밝히고 있는데, 이러한 구상들은 모두 2021년 데이터 법(Data Act)의 도입 과정에서 검토될 것이라고 한다.⁹³⁾

4) 산업 부문별 유럽의 공통 데이터 풀 조성

마지막은 산업 정책적 성격이 가장 선명하게 나타나고 있는 데이터 풀

93) Data Strategy, 2020, p.20. See also Cr  mer et al. *supra* note 77, pp.81-82.

조성에 관한 파트다.⁹⁴⁾ 여기서 집행위원회는 데이터 활용이 생태계 전반과 시민의 삶에 구조적인 영향을 줄 수 있는 몇 개의 부문을 전략적으로 선정하여, 공통의 데이터 풀과 거버넌스 체계를 구축하고 이를 통해 데이터 산업을 발전시켜나가겠다는 구상을 전개한다.⁹⁵⁾ 선정된 부문들은 총 9개로, 제조업(manufacturing), 그린 딜(Green Deal), 모빌리티(mobility), 보건(health), 금융(finance), 에너지(energy), 농업(agriculture), 행정(public administration) 그리고 인력 양성(skills) 분야 등이다. 법제적 관점에서 각 부문별 주요 내용들을 살펴보면 다음과 같다.

먼저 제조업 관련해서는, 2021년 4/4분기까지를 목표로 도입되는 데이터 법(Data Act)에서 사물 인터넷이 적용된 산업 현장에서 발생하는 데이터들에 대한 이용권 관련 내용이 다뤄질 것으로 예고하고, 또 관련 당사자들과 함께 어떤 조건 하에서 데이터, 특히 스마트 환경으로 연결된 기기들을 통해서 발생하는 데이터를 공유할지에 대해 협의하겠다는 계획을 밝히고 있다. 이때의 조건이 수평적 협력에 관한 경쟁법 규정을 위반하지 않으면서도 동시에 공정한 내용이어야 함은 물론이다.⁹⁶⁾

환경, 즉, ‘그린 딜’과 관련해서는 2050년까지 기후중립이라는 목표를 달성하는 데 있어서 데이터의 역할이 중요하다는 점을 강조하면서 데이터 활용도를 높이기 위해 관련 법규들을 개정하거나⁹⁷⁾ 다양한 이니셔티브들을 발족할 것을 밝히고 있다.⁹⁸⁾

94) European Commission, ‘A New Industrial Strategy for Europe’ (Communication) COM(2020) 102 final, p.4.

95) Data Strategy, 2020, pp.21.

96) *Ibid.*, pp.26.

97) 예컨대 환경 정책적 활동들을 지원하기 위하여 도입된 공간 데이터 인프라 구축 지침(Directive 2007/2/EC establishing an Infrastructure for Spatial Information in the European Community. 이른바 “INSPIRE”)과 환경 정보 접근 지침(Directive 2003/4/EC on public access to environmental information) 등을 개정할 필요가 있는지 검토한다고 밝히고 있다(2021년 4/4분기 또는 2022년 1/4분기까지를 목표로 한다). Data Strategy, 2020, pp.26.

98) 여러 가지 액션 플랜과 이니셔티브들이 언급되는데 그중에서도 스마트 환경의 순환 경제 구축을 위한 순환 경제 액션 플랜(Circular Economy Action Plan)과 지속 가능한 발전을 목표로 지구 위에서의 모든 현상을 디지털로 재현해내기 위한 이니셔티브

모빌리티 관련해서는 커넥티드 카(*connected car*)를 포함한 지능형 교통 시스템(*Intelligent Transport System*) 분야의 발전을 위한 동력으로서 데이터의 중요성을 인식하고 데이터의 이용 가능성과 호환성을 높이기 위한 제도 개편 여부에 대해 검토할 것을 예고한다.⁹⁹⁾

한편 보건 분야에서는 일반 데이터 보호 규칙(*GDPR*) 제40조에 따라 보건 분야 개인정보 처리를 위한 행동규범(*Code of Conduct*)을 만들고, 시스템 구축이나 교환 포맷을 지원하여 전자건강기록(*electronic health records*), 유전정보, 디지털 건강 이미지 등 데이터의 이전을 촉진하고, *eHDSI* (*eHealth Digital Service Infrastructure*)를 통한 의무 기록 등의 이전을 시작한다는 제안들을 내놓고 있다.¹⁰⁰⁾

금융 분야에서는 2020년 3/4분기까지 디지털 금융 전략(*Digital Finance Strategy*)을 발표할 것을,¹⁰¹⁾ 에너지 분야에서는 2021년에서 2022년 중 데

인 “*Destination Earth*” 프로그램 등이 주목할 만한 것으로 보인다. *Ibid.*, pp.27.

99) 기존의 자동차 분야 형식 승인 제도(*type approval*)의 개편(Cf. Regulation (EU) 2019/2144 on type-approval requirements for motor vehicles and their trailers, and systems, components and separate technical units intended for such vehicles, as regards their general safety and the protection of vehicle occupants and vulnerable road users.); 강 정보 서비스 지침(Directive 2005/44/EC on harmonised river information services (RIS) on inland waterways in the Community)과 지능형 교통 시스템 지침(Directive 2010/40/EU on the framework for the deployment of Intelligent Transport Systems in the field of road transport and for interfaces with other modes of transport.)의 개정; 유럽 단일 영공 규칙 제안(European Commission, ‘Proposal for a Regulation on the implementation of the Single European Sky’ COM(2013) 410 final)의 수정; 철도 교통 관련 규제 체계 개편; 해상물류통관 단일창구 규칙(Regulation (EU) 2019/1239 establishing a European Maritime Single Window environment)과 곧 도입 예정인 전자 화물운송 정보 규칙 하에 공통의 데이터 셋 마련 등. 전자 화물운송 정보 규칙 관련 내용은 다음 글 참고. Agnieszka Kulikowska-Wielgus, ‘The EU Council approved rules on electronic documents in freight transport’ (*Trans.info*, Apr 14, 2020) <<https://trans.info/lt/the-eu-council-approved-rules-on-electronic-documents-in-freight-transport-180856>>.

100) Lisa Peets et al., ‘European Commission’s Plans for AI and Data: Focus on Digital Health (Part 4 of 4)’ (Covington, Mar 9, 2020) <<https://www.covingtondigitalhealth.com/2020/03/european-commissions-plans-for-ai-and-data-focus-on-digital-health-part-4-of-4/>>.

101) Data Strategy, 2020, p.30.

이터 호환의 요건들과 비차별적이고 투명한 데이터 접근 절차를 마련하기 위한 시행 법규(implementing act)를 제정할 것을 제안하고 있다.¹⁰²⁾

농업 분야에서 역시 정확한 데이터 분석을 바탕으로 한 지속가능한 산출 및 경쟁력 강화를 실현하기 위한 지원, 협의, 행동규범 마련 계획들을 밝히고 있으며, 기타 행정, 공공조달 분야에서는 투명성과 책임성, 효율성을 높이기 위한 정책 제안들을, 인력 양성 분야에서는 데이터 기술 인력 양성을 위한 다양한 프로그램 지원 계획들을 언급하고 있다.¹⁰³⁾

(3) 국제적 측면

마지막 부분에서는 유럽연합 규범의 국제적 영향력을 확대하기 위한 방안들이 제시된다. 집행위원회는 ‘유럽 공동의 데이터 공간(common European data spaces)’이란 국제적 데이터 흐름에 개방되어 있으면서도 동시에 그에 대한 적극적인 참여를 지향하는 접근이라고 정의하면서, 역외에서 활동하는 유럽 사업자들이 데이터와 관련하여 부당한 처우를 받지 않도록 하고 유럽연합 시민들의 개인정보가 역외에서 처리되는 경우에도 적합성 평가(adequacy decision)¹⁰⁴⁾ 등으로 잘 보호될 수 있도록 하겠다고 언급한다. 특기할 만한 것은 국제적인 데이터 흐름 가운데 유럽연합의 전략적 이익을 지키기 위한 정책 제안으로, 집행위원회는 2021년 4/4분기를 목표로

102) See Art. 24, Directive (EU) 2019/944 of the European Parliament and of the Council of 5 June 2019 on common rules for the internal market for electricity. Data Strategy, 2020, p.31.

103) Data Strategy, 2020, pp.32-33.

104) 일반 데이터 보호 규칙(GDPR) 제45조 참고. 집행위원회는 유럽연합과 동등한 개인 정보 보호 수준을 갖춘 관할권들에 한하여 유럽연합 시민들의 개인정보가 자유롭게 이전될 수 있도록 하는 내용의 결정을 내릴 수 있는데 이를 보통 “adequacy decision” 이라고 한다. 지난 2019년 1월 23일 일본으로의 개인정보 이전에 대한 적합 결정이 이뤄졌으며, 한국에 대해서도 곧 같은 결정이 나오게 될 것으로 보인다. Cf. Commission Implementing Decision (EU) 2019/419 on the adequate protection of personal data by Japan under the Act on the Protection of Personal Information; 개인정보보호위원회, “제16차 한-EU 공동위 출장결과 보고 - EU GDPR 적정성결정 추진 관련”, 2020. 1. <http://www.pipc.go.kr/cmm/fms/FileDown.do?sessionId=uhvCriDtzGzEajzWY45gCheS.pips_home_jboss21?atchFileId=FILE_000000000501453&fileSn=0>.

국제적인 데이터의 흐름을 계속적으로 분석하고 데이터 처리 부문의 경제적 발전 양태와 데이터의 경제적 가치 등을 측정하기 위한 프레임워크를 마련하겠다는 계획을 밝힌다.¹⁰⁵⁾

3. 인공지능 백서

집행위원회는 데이터 정책과 함께 인공지능 정책에 관한 백서(White Paper on AI)를 발표하였고, 이에 부수하여 “인공지능·사물인터넷·로보틱스 등이 안전과 법적 책임에 미칠 영향에 관한 보고서(Report on safety and liability implications of AI, the Internet of Things and Robotics)”도 함께 공개하였다.¹⁰⁶⁾ 이들 역시 유럽적 가치에 기초한 인공지능 환경을 조성하여 유럽의 기술 주권을 확보해나간다는 유럽연합의 뚜렷한 목표 의식을 드러내고 있으며¹⁰⁷⁾ 백서에서는 “우수한 생태계(ecosystem of excellence)”라는 표제 하에서 그와 같은 목표를 실현하기 위한 다양한 인공지능 산업 지원 방안들을 제시되고 있다.¹⁰⁸⁾ 집행위원회는 또 이번 정책의 중요한 목표를 “신뢰할 수 있는 생태계(ecosystem of trust)”로 제시하면서 인공지능 기술에 대한 ‘신뢰’를 어떻게 제도적으로 보장해갈 수 있을지에 대해서도 논의하고 있는데,¹⁰⁹⁾ 이는 집행위원회가 인공지능 규제와 관련한 질문들을 포괄적으로 다룬 거의 최초의 시도로¹¹⁰⁾ 이번 백서의 핵심에 해당하는

105) Data Strategy, 2020, pp.23-24.

106) European Commission, ‘Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics’ COM(2020) 64 final (“AI Liability Report, 2020”)

107) White Paper, 2020, p.1; AI Liability Report, 2020, 2020 p.1.

108) White Paper, 2020, p.3 and p.5 *et seq.*

109) ‘III. 1. (1) 인간을 위한 기술’ 설명 참고. White Paper, 2020, pp.1-3, 9.

110) Béatrice Delmas-Linel and John Buyers, ‘European Commission’s AI White Paper: a new framework for liability issues’ (*Osborne Clarke Blog*, Feb 20, 2020) <<https://www.osborneclarke.com/insights/european-commissions-ai-white-paper-new-framework-liability-issues/>>.

다. 따라서 이하에서는 주로 두 번째 부분에 초점을 맞추어¹¹¹⁾ 이번 정책안의 내용에 대해 살펴보도록 한다.

(1) 인공지능 리스크와 현행 규제 체계의 문제점

집행위원회는 먼저 새로운 기술인 인공지능이¹¹²⁾ 한편으로는 기존에 인간 고유의 영역이던 많은 부문을 대체하고 효율성을 극대화하면서 인간의 삶을 전례 없이 개선시켜줄 가능성이 있음을 인정하면서도 다른 한편으

111) 첫 번째 목표인 ‘우수한 인공지능 생태계 조성(ecosystem of excellence)’과 관련해서는 주요 내용의 상당 부분이 데이터 정책에서의 내용과 중첩되고 있다. 집행위원회가 백서에서 밝히고 있듯이 데이터는 인공지능 기술의 개발과 적용을 위한 필수적인 자원으로 인공지능 산업에 대한 지원은 결국 데이터 산업 발전을 위한 지원이라는 큰 틀에서 함께 보충적으로 이뤄지기 때문이다. White Paper, 2020, e.g. p.1, p.4, p.8, p.19. 해당 부분의 주요 내용만 간략히 정리하면, 우수한 인공지능 생태계 조성을 목표로 회원국들은 다음과 같은 계획을 밝히고 있다: (a) 각 회원국들의 인공지능 산업 정책의 조화를 위한 기존의 ‘인공지능 전략의 조화 플랜(Coordinated Plan on AI)’을 업데이트 할 것을 제안(see European Commission, ‘Coordinated Plan on Artificial Intelligence’ (Communication) COM(2018) 795 final); (b) 유럽의 연구 개발 역량 강화와 집중을 위한 센터 설립; (c) 교육, 훈련을 통한 기술 인력 양성; (d) 중소기업자 지원; (e) 민간부문과의 협력; (f) 공공 부문에서의 인공지능 활용 촉진; (g) 데이터 및 컴퓨팅 인프라에 대한 접근 보장; (h) 국제 협력 강화 등이다. White Paper, 2020, pp.5-9.

112) 2018년 집행위원회의 정의에 따르면 인공지능이란 “특정한 목표를 성취하기 위하여 어느 정도의 자율성을 갖고 주변 환경을 분석하고 행동함으로써 지능적인 행동을 보여주는 시스템”을 말하고 “인공지능 기반 시스템은 가상 세계에서 작동하는 순수하게 소프트웨어에 기반한 시스템일 수도 있고(예컨대 음성 비서, 이미지 분석 소프트웨어, 검색 엔진, 음성 및 안면 인식 시스템 등), 하드웨어 장치에 내장된 형태일 수도 있다(예컨대 로봇, 자율주행차, 드론, 사물인터넷 애플리케이션 등)”(AI for Europe, 2018, p.1). 이러한 정의는 2019년 인공지능 고위 전문가 그룹에 의해 좀 더 구체화되는데, 이들은 “인공지능이란 인간에 의해 설계되어, 복잡한 목표를 전제로, 데이터 수집, 수집된 정형 또는 비정형 데이터의 해석, 데이터로부터의 지식 추론, 또는 정보 처리를 통해 주변 환경을 인식하고 이를 바탕으로 주어진 목표 달성을 성취하기 위한 최선의 행동을 결정하는 물리적 또는 디지털 차원에서 활동하는 소프트웨어 또는 하드웨어 시스템”으로 “인공지능 시스템들은 상징적 규칙들(symbolic rules)을 사용하거나 수리적 모델(numeric model)을 학습할 수 있으며, 또 이전 행동들에 의해 환경이 어떻게 영향을 받았는지 분석함으로써 행동을 조율시킬 수 있다”고 설명한다(High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, ‘A Definition of AI: Main Capabilities and Disciplines’ (Apr 8, 2019). p.6). 백서는 이러한 기존의 정의를 그대로 따르고 있다. White Paper, 2020, p.16.

로 전에 없던 심각한 잠재적 리스크들(risks)¹¹³⁾을 발생시키고 있다는 점을 지적한다.¹¹⁴⁾ 백서에 따르면, 인공지능 리스크는 크게 두 가지 측면으로 나누어 볼 수 있는데, 하나는 데이터 프라이버시 등 기본권에 대한 침해와 같은 무형(immaterial)의 측면이고, 다른 하나는 재산, 신체, 생명에 대한 침해와 같은 유형(material)의 측면이다.¹¹⁵⁾

백서에서 말하는 무형의 리스크란 인공지능 시스템의 설계상 결함이나 편향된 데이터 사용으로 인해 데이터 프라이버시를 비롯하여 표현의 자유, 집회의 자유, 인간 존엄, 성·인종·종교·장애·연령·성적 지향에 따른 차별 금지, 효과적인 사법 구제와 공정한 재판을 받을 권리, 소비자 권리 등 인간의 기본적 권리들이 침해당할 수 있는 불확실성을 뜻한다. 집행위원회는 인간이 인공지능에 의한 또는 인공지능의 보조를 받은 행동과 결정의 대상·객체가 되면서도, 그러한 판단이 나오기까지의 과정을 이해하지 못하고 또 필요한 효과적인 대응도 하지 못하는 상황에 대한 우려를 드러낸다.¹¹⁶⁾ 그리고 인공지능 기술의 불투명성(opacity), 복잡성(complexity), 예측불가능성(unpredictability) 그리고 부분적 주체성(partially autonomous behaviour) 등으로 인해 기존 법규들에 의한 기본권 보호가 제대로 이뤄지지 않을 수 있다는 점을 문제로 지적한다.¹¹⁷⁾

113) “Risks”라는 표현은 국문으로 ‘위험’으로 번역될 수도 있고 이러한 번역이 전혀 틀린 것이라고 보기는 어렵지만, 이러한 번역은 자칫 “danger”와는 다르게 “risks”라는 개념이 갖는 ‘관리 가능한 불확실성’이라는 의미를 배제할 우려가 있으므로 이 글에서는 ‘리스크’라는 표현을 사용하도록 한다.

114) White Paper, 2020, p.1.

115) *Ibid.*, p.10.

116) 백서에서 잘 설명되고 있듯, 인공지능 기술은 당국의 집단 감시 시스템으로 활용될 수도 있고, 고용자의 고용인 감독을 위한 시스템으로 활용될 수도 있으며, 또 데이터 역추적 및 재식별화 등을 통해 개인정보에 대한 새로운 위협을 만들어낼 수도 있다. 또 사람들은 편향된 데이터로 학습된 인공지능으로 인해서 아무런 사회적 통제 메커니즘 없이 차별에 영향을 받을 수도 있다. 이 모든 일들은 인간에 의해서도 행해지던 것들이지만 인공지능이 만들어낼 영향력은 인간 행동에서 비롯되던 영향력보다 훨씬 크기 때문에 심각한 우려를 낳는다. *Ibid.*, p.11.

117) 인공지능은 작동 중 스스로 학습해나가면서 새로운 상황에서 사전에 결정되지 않은 판단을 내릴 수 있는데, 이러한 특성은 인공지능이 최초 기술 설계 당시 예방하거나 예상할 수 없었던 문제 상황을 발생시킬 리스크를 만든다. 이러한 리스크는 설계

유형의 리스크는, 예컨대 자율주행차가 노상의 물체를 잘못 인지하여 사고가 나는 경우와 같이, 인공지능 기술의 결함으로 말미암아 인명, 재산 상에 직접적인 피해가 발생할 불확실성을 말한다. 기본권 측면에서와 마찬가지로 이러한 리스크는 데이터의 이용가능성이나 품질, 머신 러닝(machine learning)으로부터 비롯될 수 있고 기존의 전통적 기술보다 더 큰 부정적 효과를 초래할 수 있다는 점에서 우려를 불러일으킨다. 집행위원회는 인공지능 기술의 특성¹¹⁸⁾과 현 법규의 모호성 등으로 인해 시장 감시 당국의 적절한 조사와 개입이 어려워지고 이로써 사업자들의 불확실성이 높아질 수 있음을 지적하면서, 민사 분쟁에서도 인공지능의 문제 소지가 있는 결정 과정에 대한 역추적의 어려움과 증거 확보의 어려움 등으로 인해 효과적인 구제가 어려워질 수 있다고 우려한다.¹¹⁹⁾

백서에 따르면, 위와 같은 인공지능 리스크들이 기존의 규제 체계로부터 완전히 벗어나 있는 것은 아니며 현재 있는 법규들로도 어느 정도의 대응은 가능하다.¹²⁰⁾ 하지만 집행위원회는 현재 수준의 규제만으로는 리스크

당시의 결함보다는 이후 시스템이 대규모 데이터 셋 속에서 확인해가는 상관성과 패턴의 실제 영향으로부터 비롯되는데, 문제는 그 내부 메커니즘을 인간은 이해하기가 어렵다는 것이다. 이러한 인공지능 내부 메커니즘의 불투명성을 흔히 ‘블랙박스 효과(black-box effect)’라고 부른다. *Ibid.*, pp.11-12.

118) 유형 리스크에 대해서는 안전과 법적 책임 문제에 관한 부속 보고서(AI Liability Report, 2020)가 좀 더 자세한 부가적인 설명을 제공한다. 이 보고서는 특히 기술의 상시적 연결성(connectivity), 인공지능이 내리는 결정의 자율성(autonomy), 데이터 의존성(data dependency) 그리고 그 내부 메커니즘의 불투명성(opacity), 그리고 제품·서비스·공급망의 복잡성(complexity) 등에 주목하면서 이들로부터 기존과는 다른 새로운 안전과 법적 책임 문제들이 발생한다고 설명하고 있다. AI Liability Report, 2020, pp.2-16.

119) White Paper, 2020, pp.12-13.

120) 유형 리스크의 경우 일반 제품 안전 지침(Directive 2001/95/EC on general product safety)을 비롯한 각종 산업 부문별 제품 안전 관련 규정들, 그리고 제조물 책임 지침(Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products)과 민사책임에 관한 기존의 회원국 규정들 등으로도 일정 부분 규율이 될 수 있다(AI Liability Report, 2020, pp.1-2). 무형 리스크 역시 원칙적으로는 유럽연합 기본권 헌장부터 시작하여(Charter of Fundamental Rights of the European Union; Art. 6, TEU) 구체적으로 인종 평등 지침(Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic

대응에 한계가 있다고 보면서 구체적으로 다음과 같은 문제점들을 지적한다: (i) 인공지능 기술의 불투명성(opaqueness)으로 인해 기본권 보호, 법적 책임 부담 그리고 손해배상 요건 등에 관한 기존 법규들의 적용이 어렵다¹²¹⁾; (ii) 현재 제품 안전에 관한 연합의 법규는 순수 소프트웨어에도 적용될 수 있는지 여부가 불분명하고¹²²⁾ 인공지능 기반 ‘서비스’의 문제가 다뤄지지 않는 문제가 있다¹²³⁾; (iii) 인공지능 시스템·제품의 경우 잦은 소프트웨어 업데이트나 머신러닝 등으로 인해 시간이 지나면서 시장 출시 시점에서의 상태와는 전혀 다른 시스템·제품으로 바뀌어버리는데, 기존 법은 이런 특성을 반영하지 못하고 시장 출시 시점에서의 안전 리스크에만 집중하는 한계가 있다¹²⁴⁾; (iv) 인공지능 적용 상품·서비스 공급망의 복잡성으로

origin), 고용 및 직업에서의 동등 대우 지침(Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation), 남녀 동등 대우에 관한 지침들(Directive 2004/113/EC implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services; Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation), 소비자 보호 관련 지침들(Directive 2005/29/EC concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market; Directive 2011/83/EU on consumer rights), 일반 데이터 보호 규칙(GDPR) 및 데이터 보호법 집행 지침(Directive (EU) 2016/680 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data (“LED”))과 같은 데이터 보호 규정들, 장애인 접근성 지침(Directive (EU) 2019/882 on the accessibility requirements for products and services. 참고로 이 지침은 2025년부터 적용 예정) 등의 규정들을 통해 다루어질 수 있다. 이하 본문과 각주에서 말하는 ‘기존의 법규’, ‘현행 법제’ 등은 위 규정들을 염두에 둔 표현이다. 다만 필요한 경우에는 각주에 구체적인 해당 법령을 써두었다.

- 121) 앞서 언급한 ‘블랙박스 효과’와 같이 알고리즘 기반 시스템의 불투명성에서 비롯되는 리스크들에 대해서 현행 제품 안전 법규는 명시적 언급이 없고, 제조물 책임 관련 법규도 위와 같은 불투명성에서 비롯되는 손해배상의 어려움, 입증 책임 등의 문제를 제대로 고려하지 않고 있다는 지적이다. AI Liability Report, 2020, p.9 and p.15.
- 122) 현행 법규는 제품에 포함된 소프트웨어에 대해서는 적용 가능하지만, 앱과 같이 순수 소프트웨어(stand-alone)에 대해서는 의료 기기 분야같이 적용을 명시적으로 밝히고 있는 특별 규정이 없는 한 적용이 어렵다는 점을 지적하는 것이다. AI Liability Report, 2020, pp.10-11 and also p.14.
- 123) See Directive 2001/95/EC on general product safety, recital 9.

인해 제품 안전 책임과 제조물 책임의 소재를 밝히는 데 불확실성이 있다¹²⁵⁾; (v) 기존의 법체계가 상정하고 있지 않던 새로운 안전 리스크들이 등장하고 있다.¹²⁶⁾

현재 위와 같은 법적 공백 상황에 대응하기 위하여 각 회원국들은 개별적인 입법 움직임을 보이고 있는데, 집행위원회는 이러한 개별적 대응이 상이한 규제 체계를 만들어 단일 시장의 파편화를 초래할 수 있음을 우려하면서 유럽연합 공동의 조화된 접근이 필요하다고 주장한다.¹²⁷⁾

(2) 인공지능 리스크 규제 방안

1) 원칙

집행위원회는 리스크 기반 접근(risk-based approach)을 원칙으로 하는 새로운 규제 체계 도입이 필요하다고 주장한다. 즉, 원칙적으로 기존의 규제 체계를 조정하여 인공지능 리스크에 대한 적절한 대응이 이뤄지도록 하되 특별히 리스크가 큰 경우들(high-risks)에 한해서는 새로운 규제 체계

124) AI Liability Report, 2020, p.7 and pp.10-11,

125) *Ibid.*, p.11 and p.14. 제품 안전 책임의 경우 현재는 제품을 시장에 출시한 사업자에 안전 책임이 부과되는데, 제품의 시장 출시 후 제3자가 인공지능을 적용한 경우와 같이 기존의 법규로는 적용 여부가 불명확해지는 상황이 있음을 지적하는 것이다. 제조물 책임의 경우도 마찬가지로 복잡한 기술 환경 때문에 누가 책임을 지는 지 등의 문제에서 법적 불확실성이 나타나게 된다.

126) 인공지능 기술의 상시적 연결성(connectivity)에서 나오는 사이버 위협, 보안 리스크(예컨대 스마트폰을 이용하는 아동에게 제3자가 접근한다거나, 자율주행차의 라디오 등 보안이 약한 기기에 제3자가 접근함으로써 발생할 수 있는 위험들), 또는 연결 상태가 끊기면서 발생하는 리스크(예컨대 화재 경보의 네트워크 연결이 끊겨서 위험이 발생하는 경우) 등을 말한다. 추가적으로 부속 보고서는 (인공감성지능기술을 노인을 위해 사용되는 경우 등에서 발생할 수 있는) 정신 건강에 대한 리스크 역시 제품 안전 법제에 포섭되어야 한다고 설명하고 있다. *Ibid.*, pp.5-6, p.8.

127) 유럽연합 차원의 법이 만들어지기 위해서는 허여의 원칙(principle of conferral)에 따라 유럽연합의 권한(competence)이 인정되어야만 하고, 분명한 조약상 근거(legal basis)가 있어야 한다. 조약상 법적 근거(legal basis)는 여러 가지가 있지만, 그중에서도 기능조약(TFEU) 제114조가 규율 범위가 포괄적이어서 역내 시장 관련 입법의 근거로 가장 많이 사용된다. 유럽연합 정책안들에서 본문과 같은 표현이 등장하는 경우는 대부분 기능조약(TFEU) 제114조를 염두에 둔 것이다. See Art 4 and Art.5 TEU and Art.114(1) TFEU. See also, Chalmers et al., *supra* note 8, p.635 et seq.

를 도입하여 선별적·비례적 대응이 이뤄지도록 하겠다는 것이다.

백서의 제안에 따르면 이러한 ‘고 리스크 군 인공지능(high-risks AI applications)’은 (i) 기술이 적용되는 분야(sectors)의 특성과 (ii) 인공지능이 활용되는 방식·의도(intended use)를 기준으로 결정될 수 있다. 구체적으로 리스크가 높은 분야들(sectors)은 리스크의 심각성과 발생 가능성 등을 고려하여 구체적이고도(specifically) 한정적으로(exhaustively) 선별되는데 백서는 의료, 운송, 에너지, 일부 공공 부문¹²⁸⁾ 등이 여기에 해당할 수 있다고 설명한다. 물론 이들에 해당하더라도 곧바로 규제 대상인 고 리스크 군으로 분류되는 것은 아니며¹²⁹⁾ 집행위원회는 인공지능 기술의 활용 방식과 의도가 심각한 리스크를 초래하는지 여부도 추가적으로 검토해야 한다고 지적한다. 특히 당사자에 미치는 영향력(impact)을 중요하게 고려할 수 있다고 하면서, 인공지능 기술의 활용이 개인의 법적 권리에 상당한 영향을 주거나 신체, 생명, 또는 재산에 심각한 피해를 초래하거나 합리적으로 회피할 수 없는 효과를 초래하는 경우 등에는 고 리스크 군으로 분류할 수 있다고 설명한다.¹³⁰⁾

새로운 규제는 원칙적으로 위의 두 기준을 만족하는 경우에만 적용된다. 하지만 집행위원회는 위 기준과 상관없이 언제나 고 리스크 군으로 분류되어야 하는 예외적인 경우 두 가지를 제시하는데, 첫째는 채용 과정에서 활용되거나, 노동자 또는 소비자 권리에 영향을 미치는 인공지능 기술의 활용, 둘째는 원격 생체 인식(remote biometric identification),¹³¹⁾ 감시 등에

128) 예컨대 망명, 이민, 국경 통제, 사법, 사회보장제도, 고용 서비스 등.

129) 예컨대 의료 분야에서 활용되는 인공지능 기술이라도 단지 예약 날짜를 정하는 데 활용되는 경우에는 특별히 높은 리스크를 갖는다고 보기 어렵다.

130) White Paper, 2020, p.17.

131) 개인이 본인 확인을 위해 생체 정보를 이용하는 생체 인증(biometric authentication)과는 다른 개념임에 주의해야 한다. 원격 생체 인식(remote biometric identification)은 지문, 안면 이미지, 홍채(iris), 정맥 등 혈관 패턴(vascular patterns) 등 생체 정보를 이용하여 (1) 공공장소에서 (2) 복수 사람들의 신원을 (3) 원격으로 (4) 사전 고지나 동의 없이 (5) 계속적으로 확인하는 것을 말한다. Laura K. Donohue, ‘Technological Leap, Statutory Gap, and Constitutional Abyss: Remote Biometric Identification Comes of Age’ 97 Minnesota Law Review 407 (2012) p.415.

인공지능 기술이 적용되는 경우 등이다.¹³²⁾ 여기서 특기할 만한 부분은 원격 생체 인식 기술에 대한 부분이다. 그동안 집행위원회는 직·간접적으로 원격 생체 인식에 대한 매우 엄격한 입장을 견지해왔기 때문에¹³³⁾ 곧 이에 대한 전면적 금지가 선언될지도 모른다는 시장의 우려가 있었지만¹³⁴⁾ 예상과 달리 이번 백서에서 집행위원회는 한발 물러서서 관련 기술의 “기본권에 대한 영향은 목적과 맥락, 활용 범위에 따라 상당히 달라질 수 있다”고 언급하면서 공적인 논의를 열겠다는 입장을 보였다.¹³⁵⁾ 원격 생체 인식 기술에 대한 (추가적인 엄격한) 규제는 현재도 계속 논란이 이어지고 있는 부분으로 앞으로의 논의 추이를 계속하여 주시할 필요가 있을 것으로 보인다.¹³⁶⁾

2) 법적 의무

그렇다면 고 리스크 군으로 분류되는 인공지능 기술들은 어떤 규제를 받게 되는가? 집행위원회는 이들에 적용되어야 할 법적 의무(requirements)의 대략적인 내용을 다음과 같이 제시한다: (i) 인공지능 시스템을 트레이닝 하기 위한 데이터 셋은 안전을 위해 충분히 광범위하고 모든 관련된 시나리오를 반영하는 것이어야 하고(safe), 비차별을 보장하기 위해 충분히 대표성을 지니는 것이어야 하며(non-discriminative), 현행 법규가 제공하는 프라이버시와 개인 데이터의 보호 수준에 부합하는 것이어야 한다(ensuring privacy protected); (ii) 인공지능 기술의 복잡성과 불투

132) White Paper, 2020, p.18.

133) 백서에서 밝히고 있듯이, 일반 데이터 보호 규칙(GDPR) 제9조, 집행 지침(LED) 제10조 등 현행 규정 하에서 이미 신원 확인 등을 위한 생체 데이터의 처리는 중대한 공익적 사유 등 엄격한 조건에서 예외적으로 인정되는 몇몇 경우를 제외하면 허용되지 않는다.

134) 실제 비공식적으로 유포된 초안에서는 공공장소에서의 원격 생체 인식 기술에 대한 5년 간 전면 금지에 관한 내용이 포함되어 있었다. Angela Chen, ‘The EU just released weakened guidelines for regulating artificial intelligence’ *MIT Technology Review* (Feb 19, 2020) <<https://www.technologyreview.com/2020/02/19/876455/european-union-artificial-intelligence-regulation-facial-recognition-privacy/>>.

135) White Paper, 2020, p.22.

136) Elena Sánchez Nicolás, ‘EU backtracks on plans to ban facial recognition’ *euobserver* (Feb 20, 2020) <<https://euobserver.com/science/147500>>.

명성 등으로 발생하는 법적 문제들을 해소하기 위하여¹³⁷⁾ 인공지능 시스템을 트레이닝 하는 데 사용된 데이터에 관한 기록들, 필요한 경우에는 데이터 셋 자체, 그리고 알고리즘 프로그래밍에 관한 기록들을 보관하도록 해야 한다(keeping of records and data); (iii) 인공지능 시스템의 목적, 작동 조건, 정확도 등에 관한 정보가 투명하게 제공되어야 하며, 이와 별개로 이용자가 사람이 아닌 인공지능 시스템을 상대하고 있는 경우 그에 관한 정보를 객관적이고 간결하면서도 이해하기 쉬운 형태로 제공받을 수 있어야 한다; (iv) 인공지능 시스템은 그 기술을 신뢰할 수 있을 만큼 생애 주기 내내 견고하고(robust) 정밀해야(accurate) 하고, 시스템의 처리 결과는 재현 가능한 것이어야(reproducible) 하며, 시스템 작동 중 발생할 수 있는 오류와 비일관성을 적절한 수준에서 통제할 수 있어야 하고, 외부의 공격이나 부적절한 개입을 받았을 때 원상태로 회복하는 탄성력이 있어야(resilient) 한다; (v) 사전 또는 사후에 인간 개입을 보장하는 것처럼 적절한 형식과 수준으로 인간에 의한 감독(human oversight)이 이뤄질 수 있도록 해야 한다.¹³⁸⁾ 집행위원회는 이들을 바탕으로 향후 세부적인 법적 기준을 마련하겠다는 계획을 밝힌다.

3) 수범자

구체적인 법적 기준들을 마련하는 것과 함께 중요하게 다뤄져야 할 이슈는 그와 같은 의무들을 과연 누가(addresses) 부담하게 될 것인지 여부다. 집행위원회는 새로 도입될 규제 체계에서는 ‘문제 될 수 있는 리스크를 가장 잘 다룰 수 있는 자에게 그에 대한 법적 의무가 적절히 배분될 수 있도록 해야 한다’고 하면서, 예컨대 개발 단계의 리스크는 개발자에게 이용 단계의 리스크는 인공지능을 제품·서비스에 배치한 자에게 부과될 수 있도록 해야 한다고 설명한다. 마찬가지로 인공지능 시스템의 결함으로 인한 책

137) *Supra* note 118.

138) White Paper, 2020, pp.18-22. 집행위원회는 마지막으로 원격 생체 인식에 활용되는 인공지능의 경우에는 위의 다섯 가지 외에 추가적인 법적 의무가 더 필요하다고 보고 있지만 앞서 본문에서 설명한 것처럼 구체적인 규제 여부나 방식, 내용에 대해서는 추후 논의를 약속하면서 일단 유보적인 태도를 보이고 있다.

임(liability)에 대해서도¹³⁹⁾ 인공지능 기반의 제품이나 서비스에 관여하는 당사자들 간에 책임이 적절히 배분될 필요가 있다는 시각을 밝힌다.¹⁴⁰⁾

4) 사전 적합성 평가

이번 백서의 제안 중 또 눈여겨볼 부분은 의무적 사전 적합성 평가(prior conformity assessment) 제도를 도입하고자 하는 점이다. 집행위원회는 위에서 말한 법적 의무들이 제대로 준수되도록 하기 위해서는 테스트(testing), 조사(inspection), 또는 인증(certification) 관련 절차들로 구성된 사전 적합성 평가 메커니즘을 마련해야 한다고 보면서, 데이터 트레이닝 관련 의무들을 충족시키지 못한 경우에는 해당 인공지능 시스템을 다시 트레이닝하도록 명령하는 등 적절한 시정조치를 부과할 수 있도록 하고, 인공지능 시스템이 학습 등을 변화하는 경우 등에는 인공지능 시스템의 생애 전주기에 걸친 반복된 평가가 이뤄질 수 있도록 해야 한다고 설명한다. 물론 이러한 사전 예방적 메커니즘과는 별개로 관련 당국에 의한 모니터링, 사후 집행 메커니즘도 그대로 유효하게 이뤄져야 한다고 본다.¹⁴¹⁾

5) 거버넌스

유럽연합 차원의 새로운 규제 체계가 도입되더라도 결국 인공지능 규제의 집행을 담당하는 핵심 주체는 결국 각각의 회원국들이고¹⁴²⁾ 회원국들의 조화되지 않은 대응은 규제 효과를 감소시킬 우려가 있다. 따라서 집행위원회는 유럽연합 공동의 조화로운 접근 보장과 회원국 당국들의 역량 강

139) 현행 제조물 책임 관련 법규는 ‘제조물(product)’ 중심으로 되어 있고 또 법적 책임이 제품을 출시한 ‘제조업자(producer)’에만 집중되어 있어 복잡한 경제 주체들이 관여하는 인공지능 시스템의 결합으로 인한 문제를 다루는 데에는 한계가 있다. ‘Ⅲ. 3. (1) 인공지능 리스크와 현행 규제 체계의 문제점’ 부분의 설명 참조.

140) 그리고 다른 대부분의 규제와 마찬가지로 인공지능 분야에서도 사업자의 설립지 등에 상관없이 유럽 역내에서 제품·서비스의 제공이 이뤄지는 경우에는 유럽연합의 법규가 적용될 수 있다고 밝히고 있다. White Paper, 2020, p.22.

141) 의무적 사전 적합성 평가 제도는 고 리스크 군 인공지능 시스템을 타깃으로 하고 있지만, 백서는 저 리스크 군 인공지능에 대해서도 자발적 인증 제도(voluntary labelling scheme)가 신뢰성 확보에 효과적일 수 있으므로 고려될 수 있다고 언급하고 있다. White Paper, 2020, pp.23-24.

142) *Supra* note 44.

화를 위하여 유럽 차원의 거버넌스(European governance structure)를 도입할 것을 제안한다. 이는 관련 당국들이 정보와 모범 사례를 정기적으로 공유하고 동향을 파악하며 표준화 활동과 인증에 관한 자문을 제공하는 포럼(forum)으로 집행위원회는 이 기구에게 인공지능 관련 가이드와 의견서 등을 통해 정책을 보조하는 역할을 맡길 것을 제안한다.¹⁴³⁾

(3) 향후 절차

백서의 목적은 본격적인 입법 절차에 들어가기 전 이해 당사자들 및 유럽연합의 다른 입법 기구들과 정치적 합의에 도달하기 위하여 논의의 장을 마련하는 데 있다. “인공지능 백서” 역시 같은 이유로 작성되었으며, 집행위원회는 2020년 6월 14일까지 각 회원국들, 산업계, 시민계, 학계, 일반 대중 그리고 기타 이해당사자들로부터 의견을 수렴하고¹⁴⁴⁾ 이에 기초하여 올해 4/4분기까지 입법 영향 평가(impact assessment)를 진행하겠다는 계획을 밝히고 있다.¹⁴⁵⁾ 구체적인 규제 범위와 내용, 방식은 집행위원회의 초안(proposal)이 나와야 알 수 있고 그 뒤에도 의회(European Parliament)와 이사회(Council of the European Union)의 검토 결과에 따라 달라지겠지만, 큰 틀은 백서가 제시하는 골격을 크게 벗어나진 않을 것으로 보인다.

IV. 결 론

지금까지 폰테어라이엔 집행위원회 디지털 정책의 주요 내용을 “유럽의 디지털 미래”, “유럽 데이터 전략” 그리고 “인공지능 백서”를 중심으로

143) 유럽연합 전자 통신 규제 당국들의 모임인 “BEREC(Body of European Regulators for Electronic Communications)”나 데이터 보호 규제 당국들의 모임인 “EDPS(European Data Protection Board)”와 유사한 기구의 설립을 말하는 것으로 보인다.

144) <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust>>.

145) European Commission, ‘Commission Work Programme 2020 – A Union that strives for more’ (Communication) COM(2020) 37 final, Annex I, No. 10.

검토해보았다. 이를 통해 유럽연합의 디지털 환경과 관련된 산업·규제·경쟁 정책안의 내용들을 망라해 살펴보면서 다양한 정책 이니셔티브들과 제·개정이 예상되는 법규들의 내용에 대해서 폭 넓게 살펴볼 수 있었다. 세 정책 문서가 공통적으로 강조하고 있는 것처럼 현재의 시도들은 모두 유럽의 기술 주권 확보와 유럽식 가치 기반(value-based) 모델의 실현을 위한 것으로 이러한 시도에 대한 평가는 각자의 입장과 시각에 따라 고유의 시사점과 의견을 갖게 될 것으로 본다. 필자는 디지털 규제의 관점에서는 특히 경쟁법의 개정, ‘데이터 법(Data Act)’과 ‘디지털 서비스 법(Digital Services Act)’의 도입, 인공지능 리스크 규제 체계의 개편 등이 중요하고 이들의 논의가 어떻게 귀결되는지에 대해 계속적으로 주시할 필요가 있다고 보고 있다. 디지털 플랫폼에 대한 경쟁법 집행과 관련 규제, 데이터 보호, 인공지능 등은 지금도 유럽연합이 전 세계에 강력한 규제 영향력을 행사하고 있는 분야들로서 향후 우리나라의 규제 체계에도 미칠 효과가 결코 적지 않을 것이기 때문이다. 현 단계에서 이번 글은 유럽연합 규제가 우리에게 미칠 효과에 대한 분석까지는 나아가지 못하고 있다는 한계를 갖고 있지만, 필자는 이 글이 후속되는 연구의 기초 자료 중 하나로 기여할 수 있기를 기대하고 있으며, 궁극적으로는 이러한 연구들을 통하여 우리의 정책과 법제가 국제 논의의 흐름에 부합하는 방향으로 발전하는 데 기여할 수 있기를 희망한다.

유럽연합 디지털 정책의 동향과 전망: “유럽의 디지털 미래”·“유럽 데이터 전략”·“인공지능 백서”의 주요 내용과 의의 - 이 상 윤	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.05.05.	2020.05.27.	2020.06.19.

[참고문헌]

[국내문헌]

- 개인정보보호위원회, “제16차 한-EU 공동위 출장결과 보고 - EU GDPR 적정성결정 추진 관련”, 2020. 1.
 <http://www.pipc.go.kr/cmm/fms/FileDown.do?sessionId=uhvCriDtzGzEajzWY45gCheS.pips_home_jboss21?atchFileId=FILE_000000000501453&fileSn=0>.
- 박민주·최신영·이대희, “유럽연합 DSM 저작권지침상 간행물 발행자의 보호”, 『경영법률』 제29권 제4호, 2019. 7.
- 박성호, “유럽연합 ‘디지털 단일시장 저작권지침’ 주요 쟁점” 『KISO저널』 제35호, 2019. 6. 18. <<http://journal.kiso.or.kr/?p=9580>>.
- 심은정, “EU 디지털전략 정책안 발표, 디지털시대 EU의 전략은?” 『KOTRA 해외시장뉴스』, 2020. 3. 13.
- 우창완·김규리·김영은, “EU디지털 미래와 1 데이터 경제” 『EU Digital Special Report』, 한국정보화진흥원, 2020. 4. 17.
- 윤혜선, “인공지능 규제 정책에 관한 연구: 주요국의 규제 정책 사례를 중심으로”, 『정보통신정책연구』 제26권 제4호, 2019. 12.
- 이상윤, “유럽 집행위, 아마존의 데이터 이용에 대한 공식 조사에 착수”, 『ICR센터 유럽연합 경쟁법 동향 시리즈19』, 2019. 8. 2.
 <<https://www.icr.re.kr/blank-clrv/jytmuy5x14/유럽연합-경쟁법-동향-시리즈19유럽-집행위-아마존의-데이터-이용에-대한-공식-조사에-착수>>.
- 이상윤·이황, “검색 중립성과 경쟁법 집행원리”, 『경쟁법연구』 제40권, 2019. 11.
- 임용·정혜빈·고학수, “인공지능과 시장경쟁: 데이터에 대한 규율을 중심으로”, 『한국경제포럼』 제12권 제3호, 2019. 10.
- 이희정(역), Ben Wagner(저), “Codes만으로 충분인가? 행위는 필요하지 않은가?: 인공지능에 대한 규율을 실행하기”, 『경제규제와 법』 제12권 제2호, 2019. 11.
- 주벨기에대사관, “[정보통신정책] EU 신집행위 디지털 정책 방향” 『경제통상 동향 - 연구개발 및 과학기술정책』, 2020. 3. 2.
 <http://overseas.mofa.go.kr/be-ko/brd/m_7570/view.do?seq=1286199>
- 최창수, “공공데이터 개방에 관한 유럽연합, 영국, 미국의 입법례와 국내 법제의 개선방향” 『홍익법학』 제19권 제2호, 2018. 6.
- 한국인터넷진흥원, “유럽집행위(EC), 유럽 데이터 전략 패키지 공개 (2020. 2. 19.)” 『인터넷 법제동향』 제149호, 2020. 2.
- 홍대식·최요섭, “온라인 플랫폼 관련 유럽연합 경쟁법과 경쟁정책 - 온라인 플랫폼에 대한 규제 현황을 중심으로” 『법학연구』 제28권 제2호, 2018. 6. 등.

[외국문헌]

- Adil Nussipov, ‘Data Governance in the EU: Data Sovereignty & Cloud Federation’
 (The CMLS Blog, Mar 23, 2020)

- <<https://medium.com/center-for-media-data-and-society/data-governance-in-the-eu-data-sovereignty-cloud-federation-f26d44032d63>>.
- Agnieszka Kulikowska-Wielgus, 'The EU Council approved rules on electronic documents in freight transport' (*Trans.info*, Apr 14, 2020)
<<https://trans.info/lt/the-eu-council-approved-rules-on-electronic-documents-in-freight-transport-180856>>.
- Ahmet Cihat Baktir, 'How Can Edge Computing Benefit From Software-Defined Networking: A Survey, Use Cases, and Future Directions' 19(4) IEEE Communications Surveys & Tutorials 2359 (2017).
- Angela Chen, 'The EU just released weakened guidelines for regulating artificial intelligence' *MIT Technology Review* (Feb 19, 2020)
<<https://www.technologyreview.com/2020/02/19/876455/european-union-artificial-intelligence-regulation-facial-recognition-privacy/>>.
- Anna Gerbrandy, Willem A. Janssen, and Lyndsey Thomsin, 'Shaping the Social Market Economy after the Lisbon Treaty: How 'Social' Is Public Economic Law?' 15(2) Utrecht Law Review 32 (2019)
- Anthony Luzzatto Gardner, *Stars and Stripes* (1st edn, Palgrave Macmillan 2020).
- Béatrice Delmas-Linel and John Buyers, 'European Commission's AI White Paper: a new framework for liability issues' (*Osborne Clarke Blog*, Feb 20, 2020)
<<https://www.osborneclarke.com/insights/european-commissions-ai-white-paper-new-framework-liability-issues/>>.
- Charley Connor 'Vestager: EU may introduce competition rules for "digital gatekeepers"' Global Competition Review (Apr 24, 2020)
<<https://globalcompetitionreview.com/article/1226098/vestager-eu-may-introduce-competition-rules-for-%E2%80%9Cdigital-gatekeepers%E2%80%9D-XrFdEY9s-hQ.twitter>>.
- Damian Chalmers, Gareth Davies, and Giorgio Monti, *European Union Law: Text and Materials* (4th edn, Cambridge University Press 2019).
- Daniel R. Stoller, 'South Korea Privacy Law Changes May Help EU Data Transfer Talks' *Bloomberg Law* (Feb 23, 2019)
<<https://news.bloomberglaw.com/privacy-and-data-security/south-korea-privacy-law-changes-may-help-eu-data-transfer-talks>>.
- David M. Herszenhorn and Maia de La Baume, 'Trump slammed her as a U.S.-hating 'tax lady.' She just got a promotion.' *POLITICO* (Dec 27, 2019)
<<https://www.politico.com/news/2019/11/27/margarethe-vestager-eu-tax-promotion-074181>>.
- Editorial, 'The Brussels effect, cont: The EU wants to set the rules for the world of technology on data protection, artificial intelligence, competition and more' *The Economist* (Feb 20, 2020)
<<https://www.economist.com/business/2020/02/20/the-eu-wants-to-set-the-rules-for-the-world-of-technology>>.
- Elena Sánchez Nicolás, 'EU backtracks on plans to ban facial recognition' euobserver (Feb 20, 2020) <<https://euobserver.com/science/147500>>.

- European Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03).
- _____, 'A Clean Planet for all - A European strategic long-term vision for a prosperous, modern, competitive and climate neutral economy' COM(2018) 773 final.
- _____, 'A Digital Single Market Strategy for Europe' (Communication) COM(2015) 192 final.
- _____, 'A European Strategy for Data' (Communication) COM(2020) 66 final.
- _____, 'A New Industrial Strategy for Europe' (Communication) COM(2020) 102 final.
- _____, 'Artificial Intelligence for Europe' (Communication) COM(2018) 237 final.
- _____, 'European Cloud Initiative - Building a competitive data and knowledge economy in Europe' (Communication) COM(2016) 178 final.
- _____, 'Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics' COM(2020) 64 final.
- _____, 'Shaping Europe's Digital Future' (Communication) COM(2020) 67 final.
- _____, 'The European Green Deal' (Communication) COM(2019) 640 final.
- _____, 'White Paper on Artificial Intelligence - A European Approach to Excellence and Trust' COM(2020) 65 final.
- _____, 'Commission Work Programme 2020 - A Union that strives for more' (Communication) COM(2020) 37 final.
- _____, Press release 'Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon' IP/19/4291
[<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291>.](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291)
- _____, 's internal document, 'DGx proposed priorities' (obtained by POLITICO, Aug 22, 2019)
[<https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2019/08/clean_definite2.pdf>.](https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2019/08/clean_definite2.pdf)
- Floris ten Have, 'EU competition policy agenda: full to the brim' *LEXOLOGY* (Apr 2, 2020)
[<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=34b27cd3-3bc2-42c8-8357-8e2d53dd3be0>.](https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=34b27cd3-3bc2-42c8-8357-8e2d53dd3be0)
- Guy Verhofstadt's speech in the European Parliament, posted at his Facebook page on Apr 16, 2020, available at
[<https://www.facebook.com/GuyVerhofstadt/videos/269049414257635/?refsrc=https%3A%2F%2Fm.facebook.com%2Fstory.php>.](https://www.facebook.com/GuyVerhofstadt/videos/269049414257635/?refsrc=https%3A%2F%2Fm.facebook.com%2Fstory.php)
- High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, 'A Definition of AI: Main Capabilities and Disciplines' (Apr 8, 2019).
- _____, 'Ethics Guidelines for Trustworthy AI' (Apr 8, 2019)
[<https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60419>.](https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=60419)
- _____, 'Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI' (Jun 26, 2019)
[<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence>.](https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence)
- Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye and Heike Schweitzer, 'Competition

- Policy for the Digital Era' Special Advisers' Report for the European Commission (Apr 2019).
- Jacques Delors, 'For a New Relaunch of the Single Market' *Notre Europe* (Oct 15, 2012)
<https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2018/01/singlemarketdelorsne-jdiect12.pdf>.
- Janosch Delcker, 'Thierry Breton: European companies must be ones profiting from European data' *POLITICO Europe* (Jan 19, 2020)
<https://www.politico.eu/article/thierry-breton-european-companies-must-be-ones-profiting-from-european-data/>.
- Laura K. Donohue, 'Technological Leap, Statutory Gap, and Constitutional Abyss: Remote Biometric Identification Comes of Age' 97 *Minnesota Law Review* 407 (2012).
- Laura Kayali, Melissa Heikkilä, and Janosch Delcker, 'Europe's digital vision, explained: The EU is rolling out strategic plans on data, artificial intelligence and platform regulation' *POLITICO Europe* (Feb 19, 2020)
<https://www.politico.eu/article/europes-digital-vision-explained/>.
- Lili Bayer, 'Commission dismisses internal document outlining policy plans' *POLITICO* (Aug 23, 2019)
<https://www.politico.eu/article/commission-dismisses-internal-document-outlining-policy-plans/>.
- Lisa Peets et al., 'European Commission's Plans for AI and Data: Focus on Digital Health (Part 4 of 4)' (*Covington*, Mar 9, 2020)
<https://www.covingtondigitalhealth.com/2020/03/european-commissions-plans-for-ai-and-data-focus-on-digital-health-part-4-of-4/>.
- Margo Bernlin, 'Why France's 2019 Health Bill will be key in harnessing health data for research' *BioNews* (Jul 8, 2019)
https://www.bionews.org.uk/page_143754.
- Margrethe Vestager, 'Defining markets in a new age' (Chillin' Competition Conference, Brussels, Dec 9, 2019)
https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/defining-markets-new-age_en.
- Paola Tamma, Eline Schaart, and Anca Gurzu, 'Europe's Green Deal plan unveiled' *POLITICO Europe* (Dec 11, 2019)
<https://www.politico.eu/article/the-commissions-green-deal-plan-unveiled/>.
- Pauline Kuipers and Mariska van de Sanden, 'The European Commission's review of the Vertical Block Exemption Regulation' *LEXOLOGY* (May 27, 2019)
<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=01b1f1ac-a947-4fe7-8623-ae83e074f9ce>.
- Sam Fleming and Javier Espinoza, 'Brussels urged to rein in state-backed foreign rivals' *Financial Times* (Dec 4, 2019)
<https://www.ft.com/content/f1ef1896-15fa-11ea-9ee4-11f260415385>.

- Samuel Stolton and Vlagyislav Makszimov, 'Platform regulation 'needed' as part of Democracy Action Plan, Jourová says' *Euractiv* (Jan 30, 2020) <<https://www.euractiv.com/section/digital/news/platform-regulation-needed-as-part-of-democracy-action-plan-jourova-says/>>.
- Sebastian Christ, 'SPD will Unternehmen zum Teilen ihrer Daten zwingen' *Der Tagesspiegel* (Feb 13, 2019) <<https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/daten-fuer-alle-gesetz-spd-will-unternehmen-zum-teilen-ihrer-daten-zwingen/23979210.html>>.
- Thomas Philippon, *The Great Reversal - How America Gave up on Free Markets* (Harvard University Press 2019).
- Tycho Vandermaesen et al., 'EU Overshoot Day - Living Beyond Nature's Limits' World Wide Fund for Nature (May 2019) <https://www.footprintnetwork.org/content/uploads/2019/05/WWF_GFN_EU_Overshoot_Day_report.pdf>.
- Ursula von der Leyen, 'Shaping Europe's Digital Future: Op-ed by Ursula von der Leyen, President of the European Commission' *Competition Policy International* (Feb 19, 2020) <<https://www.competitionpolicyinternational.com/shaping-europes-digital-future-op-ed-by-ursula-von-der-leyen-president-of-the-european-commission/>>.
- _____'s Political Guidelines for the Next European Commission 2019-2024 (Jul 16, 2019) <<https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20190716RES57231/20190716RES57231.pdf>>.
- Yo Sop Choi, 'The Fast Evolution of the Digital Regulations for Competition and Data Protection in the EU' 42 *Soongsil Law Review* 42, 131 (Sep 2018).

【국문초록】

2020년 2월 19일 유럽연합 집행위원회는 향후 5년간 유럽연합 디지털 정책의 방향과 대원칙을 밝히는 세 가지 정책 문서를 발표하였다. 첫째는 “인공지능 백서(White paper on AI)”, 둘째는 “유럽 데이터 전략(European Strategy for Data)”, 셋째는 “유럽의 디지털 미래(Shaping Europe’s Digital Future)”다. 이들은 그 자체로 법적 효력을 갖는 것은 아니지만, 집행위원회는 사실상 입법제안권을 독점하고 있는 기관으로서 그의 정책 문서는 향후 입법으로 이어질 가능성이 크고, 유럽연합의 법제는 우리나라는 물론 국제적으로도 영향력이 크다는 점에서 각별한 주의를 기울일 필요가 있다. 이러한 배경에서 이 글은 세 문서의 배경과 주요 내용 및 의의를 검토하고 있다. 여러 내용 중에서도 필자는 특히 디지털 규제에 관점에서는 특히 경쟁법의 개정, ‘데이터 법(Data Act)’과 ‘디지털 서비스 법(Digital Services Act)’의 도입, 인공지능 리스크 규제 체계의 개편 등이 중요하고 이들의 논의가 어떻게 귀결되는지에 대해 계속적으로 주시할 필요가 있다고 보고 있다. 디지털 플랫폼에 대한 경쟁법 집행과 관련 규제, 데이터 보호, 인공지능 등은 지금도 유럽연합이 전 세계에 강력한 규제 영향력을 행사하고 있는 분야들로서 향후 우리나라의 규제 체계에도 미칠 효과가 결코 적지 않을 것이기 때문이다. 필자는 이 글을 통하여 경쟁법의 개정, ‘데이터 법(Data Act)’과 ‘디지털 서비스 법(Digital Services Act)’의 도입, 인공지능 리스크 규제 체계의 개편 등 예상 가능한 제도적 변화에 대한 이해를 높이고 궁극적으로 우리 정책에 대한 시사점도 찾을 수 있기를 기대한다.

【Abstract】

An Overview of the European Commission's Digital Package: Digital Strategy, Data Strategy, and White Paper on AI

Sangyun Lee

(PhD Candidate, Research Fellow at Korea University ICR Centre)

On 19th February 2020, the European Commission released seminal papers that shape the block's digital policy: the White Paper on AI, the European Strategy for Data, and the Shaping Europe's Digital Future. These documents, albeit with no legal effect, are worth paying attention, given the European Union's increasing willingness to regulate the digital platforms and the AI industries and its, not *de jure* but *de facto*, global regulatory power today. Against this backdrop, this paper explores the papers' background, context, and main proposals on the digital platforms and AI industries with the aim of finding legal and regulatory implications for Korea's regulatory framework governing data practices, digital platform businesses, and AI applications. Through this, the author aims to contribute to the establishment of a sound regulatory framework for digital markets in South Korea.

주제어(Keyword) : 데이터(data), 인공지능(Artificial Intelligence), 디지털(digital), 커뮤니케이션 (Communication), 백서(White Paper), 집행위원회(European Commission), 유럽연합(European Union)

직장 내 괴롭힘 금지의 실무상 제 문제

- 개정 「근로기준법」의 내용을 중심으로

정 희 경*

▶ 목 차 ◀

- | | |
|-------------------------------|-------------------------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 직장 내 괴롭힘 금지 규정의 실무상 제 문제와 개선방안 |
| II. 직장 내 괴롭힘 금지의 입법적 규율 | 1. 당사자의 범위 문제 |
| 1. 직장 내 괴롭힘의 개념 | 2. 괴롭힘의 장소적 문제 |
| 2. 직장 내 괴롭힘 금지의 헌법적 근거 | 3. 직장 내 괴롭힘 행위요건과 관련한 문제 |
| 3. 개정 「근로기준법」의 의의와 한계 | 4. 신고 및 조사절차상의 문제 |
| 4. 고용노동부 「괴롭힘 매뉴얼」의 법적 근거와 한계 | 5. 취업규칙 내 직장 내 괴롭힘 내용 포함의 문제 |
| | 6. 처벌기준의 형평문제 |
| | 7. 사전예방조치 규정의 미비 |
| | IV. 맺음말 |

I. 들어가는 말

모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가지며, 근로조건 기준 역시 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정하도록 하고 있다.¹⁾ 또한 근로에 있어 안전하고 건강한 환경에서 일을 할 권리

* 고려대학교 법학과 박사과정 수료, 한화에어로스페이스(주) 준법지원팀 부장.

1) 「대한민국 헌법」 제10조 전문 및 제32조 제3항.

는 근로자의 가장 기본적 권리 중 하나이다.²⁾

그럼에도 불구하고 근로자가 사업장에 편입되어 노무를 제공하는 직장 조직에서는 사업주, 상급자 또는 다른 근로자 사이에서 업무수행·업무지휘 등의 지배·종속·인사 관계나 상호 이해관계 등에 의해 어느 근로자가 수치를 당하거나 적대시 되거나 비하·모욕을 당하여 정신적 또는 신체적 고통을 주는 괴롭힘이 발생할 수 있으며,³⁾ 이로 인해 근로자는 인간적 품위를 손상함은 물론 건강에 심각한 악영향을 받게 되는 결과를 초래할 수 있다.

물론 이미 다양한 개별 법률들에서 괴롭힘 행위로 볼 여지가 있는 일부 내용들을 포함하고 제재규정들을 두고 있으나, 이는 다양하게 발생하는 괴롭힘 양상을 모두 포섭하지 못하여 직장 내 괴롭힘을 예방 대응하는 데는 한계가 있다는 비판이 있고, 더욱이 최근의 사회이슈 중의 하나로 떠오르는 근로관계에서의 폭행과 갑질, 이로 인한 근로자의 자살과 극단적 선택 등은 직장 내 괴롭힘이 더 이상 방치할 수 없는 심각한 사회문제로서 금지의 필요성에 대한 사회적 관심을 높이는 계기가 되었다.⁴⁾

이에 따라 정부는 ‘직장 내 괴롭힘 근절’을 정책과제로 선정하여 관계부처 근절대책 수립하였으며, 후속 입법조치로 2019년 1월 15일 「근로기준법」 개정을 통해 직장 내 괴롭힘 금지조항이 마련되었으며, 해당 조항은 6개월의 유예기간을 거쳐 2019년 7월 16일부터 시행되었다.⁵⁾

2) 근로의 권리는 “일할 자리에 관한 권리”만이 아니라 “일할 환경에 관한 권리”도 함께 내포하고 있는바, 후자는 인간의 존엄성에 대한 침해를 방어하기 위한 자유권적 기본권의 성격도 갖고 있어 건강한 작업환경, 일에 대한 정당한 보수, 합리적인 근로조건의 보장 등을 요구할 수 있는 권리 등을 포함한다. ; 헌재 2017.5.25. 선고 2016헌마 640결정, 헌재 2007.8.30. 선고 2004헌마 670 결정 참조.

3) 김형배, 『노동법(제26판)』, 박영사, 2018, 248면.

4) 간호계의 태움문화, IT업체 사업주의 폭행, 대기업 오너 일가의 폭언 등 사회적 이슈로 부각된 사안들 뿐 아니라, 직장인 70%내외가 괴롭힘 피해를 경험했다고 답변할 정도로 우리 사회에 직장 내 괴롭힘이 광범위하게 발생하고 있는 상황이다. : 고용노동부, 「직장 내 괴롭힘 판단 및 예방 대응 매뉴얼」, 2019.2, 1면.

5) 「근로기준법」 개정과 함께 개정된 「산업재해보상보험법」은 ‘직장 내 괴롭힘과 고객 폭언 등으로 인하여 발생한 질병이 업무상 재해의 범위에 포함되었으며 「산업안전보건법」도 개정되어 ‘직장 내 괴롭힘 예방을 위한 조치기준 마련, 지도 및 지원’이 정부의 책무로 추가되었다. 다만, 본 고에서는 주로 「근로기준법」의 개정사항을 위주로만 살피기로 한다.

그러나 이번 법 개정은 직장 내 괴롭힘 금지에 대한 포괄적인 기준만을 담고 있을 뿐, 이에 대한 구체적인 내용이나 예방, 위반에 구체절차 등 모든 사항은 사업장별 상황에 맞게 정하도록 함으로써 실제 기업 현장에서 발생하는 다양한 행위들에 대한 판단 근거는 고용노동부가 발간한 「직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼」(이하 “괴롭힘 매뉴얼”)이나 이를 참고로 각 사업장에서 작성한 취업규칙에 의할 수밖에 없게 되었다. 예컨대 괴롭힘 행위 당사자 범위의 모호성, 괴롭힘 행위의 업무관련성, 고의성이나 지속성 등 행위요건의 불명확성, 사전예방 조치기준의 부재 및 제재기준의 미흡 등은 각 사업장에서 직접 해결해야 할 문제로 남겨지게 되었고, 특히 「괴롭힘 매뉴얼」의 내용은 「근로기준법」의 적절한 해석으로 보기 어려운 내용들도 상당부분 포함되어 있어 실무적인 어려움을 더하고 있다. 이로 인해 법 규정의 해석상 모호성과 위반여부에 대한 판단 및 해결 절차를 진행해야 하는 실무현장의 혼란은 물론 이러한 자율성이 직장 내 괴롭힘에 대한 해결보다는 오히려 조직 구성원 간에 새로운 갈등을 발생시키는 결과를 초래하는 것은 아닌지에 대한 염려 또한 있는 것이 사실이다.⁶⁾

이에 본 고에서는 직장 내 괴롭힘의 개념과 입법적 규율(II), 「근로기준법」 및 하위 「괴롭힘 매뉴얼」에 정리된 직장 내 괴롭힘 관련 내용들 및 이를 사업장 실무에 적용시 발생하는 제 문제들을 살펴보고 이에 대한 개선방안을 아울러 모색해 보고자 한다.(III)

II. 직장 내 괴롭힘 금지의 입법적 규율

1. 직장 내 괴롭힘의 개념

직장 내 괴롭힘이란, 통상 소속 근로자를 사용자나 다른 근로자가 업무와 관련해 신체적·정신적 침해를 주는 모든 언행을 의미한다.⁷⁾

6) 김근주, “직장 내 괴롭힘 방지법의 현황과 과제”, 「노동리뷰」 (통권 176호), 한국노동연구원, 2019.11, 51면.

직장 내에서의 근로자간의 괴롭힘과 관련한 문제는 비단 국내에만 국한되는 문제는 아니다. 이미 수십 년 전부터 서구 선진국을 중심으로 직장 내 괴롭힘, 특히 정신적 괴롭힘 문제를 해결하기 위한 논의와 함께 다양한 입법화 시도가 이루어져 왔으며, 국제노동기구(ILO)는 2018년 제107차 국제노동회의에서 80개 국가의 직장 괴롭힘 방지를 위한 ‘일터에서의 폭력과 괴롭힘의 종식’을 위한 보고서를 발표하였다.⁸⁾ 또한 2019.6.21. ILO 100주년 기념 총회에서는 ‘일하는 세계에서의 폭력과 괴롭힘의 근절’에 대한 협약을 절대 다수의 찬성으로 의결하여 제190호 협약을 채택하고, 동시에 권고안으로서 제206호를 채택하였는데 여기에는 취약한 그룹으로서의 여성을 주목하고 폭력과 차별 등 모든 괴롭힘을 실질적으로 근절하기 위한 당사자간 역할을 규범화하였다.⁹⁾

2. 직장 내 괴롭힘 금지의 헌법적 근거

우리 헌법은 ‘모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다’고 하여 국민의 인격권과 행복추구권을 인정하고 있으며, 근로조건 기준 역시 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정하도록 하고 있다.¹⁰⁾

7) 신권철, “직장 내 괴롭힘의 법적 개념과 요건”, 「노동법학」 제69호, 한국노동법학회, 2019.3, 219면.

8) ILO, “Ending violence and harassment against women and men in the world of work” International Labour Office, Geneva, 2018, 1면 이하 ; 각국의 직장 내 괴롭힘 개념정의, 요건과 효과, 분쟁해결 및 인식개선 방법 등을 소개하고 있다. 그 순서는 i) 일터에서의 폭력과 괴롭힘의 개념 구성(폭력, 젠더기반 폭력, 심리적·사회적 위협), ii) 일터 괴롭힘으로부터의 보호와 예방, iii) 일터 괴롭힘에 대한 모니터링과 분쟁해결 방법(고충처리절차, 분쟁해결기구, 신고자나 증인 등 관련자의 보호), iv) 제제와 피해 회복(입증책임, 피해자 보호와 지원), v) 국가의 정책과 지원(가이드라인 제정, 교육, 인식개선 등), vi) 국제기준의 준수 등이다.

9) 박수경, “ILO 협약 제190호에서의 괴롭힘과 젠더 괴롭힘”, 「제17회 직장 괴롭힘 포럼 자료집」, 행복한 일 연구소, 2019, 17~43면.

10) 「대한민국 헌법」 제10조 및 제32조 제3항.

대법원은 근로자의 근로제공은 단순히 임금 획득만을 목적으로 하는 것이 아니라 근로를 통해 자아를 실현하고 나아가 기술을 습득하고 능력을 유지·향상시키며 원만한 인간관계를 형성하는 등으로 참다운 인격의 발전을 도모함으로써 자신의 인격을 실현하고 있으므로, 사용자는 특별한 사정이 없는 한 근로자가 근로제공을 통하여 이러한 인격을 실현시킬 수 있도록 배려해야 하는 신의칙상 의무를 부담한다고 보았다.¹¹⁾ 따라서 근로제공 과정에서 발생하는 괴롭힘은 인간존엄성을 해치고 인격권을 침해하는 행위로서 금지되어야 할 불법행위를 구성할 수 있다.¹²⁾

또한, 이러한 정신적·신체적 고통을 주는 괴롭힘이 성, 국적, 신앙, 사회적 신분, 장애 등을 이유로 사업주, 상급자 또는 다른 근로자에 의하여 의도적으로 행하여진다면 이는 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다는 헌법 제11조 제1항 후단의 균등처우 원칙에 어긋나는 불법행위가 성립할 수도 있다. 오늘날 직장 내 괴롭힘을 차별적 불이익의 하나로써 직접 규정하여 금지하는 국제적 입법추세는 이를 반영하고 있다고 보여 진다.

그러나 괴롭힘은 비교되는 제3자와 대비해서 불이익을 받는지 여부와 관계없이 그 자체로서 사람의 품위를 침해하는 행위로 마땅히 금지되는 행위이며, 따라서 괴롭힘 중에는 차별행위로서의 괴롭힘이 있는가 하면 이와 무관한 괴롭힘도 있다는 견해 역시 고려할 필요가 있다.¹³⁾

3. 개정 「근로기준법」의 의의와 한계

(1) 개정배경

우리나라에서는 그동안 직장 내 괴롭힘에 대하여 별도의 독자적인 법

11) 대법원 1996. 4. 23. 선고 95다6823 판결.

12) 김민정, “직장 내 괴롭힘의 법적 개념과 성립요건-직장 내 성희롱과의 비교를 중심으로”, 「젠더법학」 제11권 제1호, 한국젠더법학회, 2019.7, 98~99면.

13) 김형배, 앞의 책, 248면.

규가 없이 규범상 도출할 수 있는 권리와 의무를 통해 침해되는 법익을 따져 불법행위를 구성하는 방식으로 사후적으로 형사제재나 손해배상을 통하여 구제해 왔으나, 태움과 같은 조직문화의 문제, 기업구조조정이나 가혹적인 인사관리의 문제, 직장 내 갑질 등의 사례증가,¹⁴⁾ 실제 피해자들에 대한 구제조치의 범위나 한계에 대한 근거법령 부재¹⁵⁾ 등은 직장 내 괴롭힘에 대한 입법화를 촉발시킨 계기가 되었다.

이에 따라 직장 내 괴롭힘은 2013년 19대 국회에서 최초 의원입법 발의로 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 내에 성희롱 규정을 확대 적용하는 안이 제시된 이래, 19대와 20대 국회에서 관련한 법률안이 여러 번 제출되었는데 입법화 방식은 크게 기존 노동법제 내에 조항을 추가하는 방식¹⁶⁾과 새로운 통일법규를 제정하는 방식 등 2가지 형식으로 제안되었다.¹⁷⁾ 이후 20대 국회 환경노동위원회는 2018.9.12. ‘직장 내 괴롭힘’과 관련된 다수의 「근로기준법」 일부개정 법률안과 특별법을 통합 조정하여 「근로기준법」 개정안을 도출하였고, 이와 함께 관련된 2개 법안(「산업재해보상보험법」, 「산업안전보건법」)까지 총 3개의 개정법률안을 여야 합의로 의결하면서 특별한 사정이 없는 한 본회의에서 입법화될 것으로 예상되었다. 그러나 9.20. 법제사법위원회에서 또다시 ‘직장 내 괴롭힘’에 대한 정의규정이 모호하다는 이유로 개정안이 처리되지 못하고¹⁸⁾ 법안심

14) 김민정, 앞의 논문, 99면.

15) 심재진, “직장 내 괴롭힘에 대한 구제의 확대방안 소고”, 「노동법학」 제68호, 한국노동법학회, 2018, 31면.

16) 19대 국회에서는 한정에 의원 대표발의안(2013.9.30.)은 직장 내 괴롭힘 금지 및 예방교육 실시, 행위자에 대한 징계 실시와 피해자의 불리한 처우 금지, 강동원 의원 대표발의안(2015.8.31.)은 폭언금지 및 폭력행위 예방교육 실시, 이인영 의원 대표발의안(2015.11.2.)은 직장 내 괴롭힘 금지 및 예방교육 실시와 불리한 처우의 금지 등을 각각 담고 있었으나 모두 국회임기 만료로 폐기되었으며, 이후 20대에도 한정에 의원 대표발의안 등 4개의 근로기준법 일부개정법률안이 국회에 다시 상정되었다.

17) 이정미 의원 대표발의안(2018.3.21.)인 「직장 내 괴롭힘 방지 및 피해근로자 보호 등에 관한 법률안」과 강병원 의원 대표발의안(2018.4.27.)인 「직장 내 괴롭힘 예방 및 피해근로자 보호에 관한 법률안」 등이 있으며, 공통으로 담긴 내용은 직장 내 괴롭힘의 개념과 적용범위, 국가와 사업주의 책무, 직장 내 괴롭힘의 실태조사와 예방교육, 조사 및 조치, 조치에 대한 이의제기와 감독기관의 역할, 불리한 처우의 금지, 비밀유지 및 벌칙조항 등이다.

사2소위에 회부되었으며, 이 와중에 언론에서는 모회사 사업주의 근로자에 대한 폭력을 담은 영상과 녹음파일이 폭로되면서 계류되어 있던 ‘직장 내 괴롭힘’ 관련 3법은 기존의 개별법률(「근로기준법」, 「산업재해보상보험법」, 「산업안전보건법」)에 직장 내 괴롭힘 내용을 추가하는 형식으로 전격 확정되어 2019년 1월 15일 공포되었다.¹⁹⁾

(2) 개정 「근로기준법」의 주요 내용

20대 국회에서 통과된 직장 내 괴롭힘 관련 「근로기준법」 개정내용은 다음과 같다.

「근로기준법」

제76조의2(직장 내 괴롭힘의 금지) 사용자 또는 근로자는 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위(이하 “직장 내 괴롭힘”이라 한다)를 하여서는 아니 된다.

제76조의3(직장 내 괴롭힘 발생 시 조치) ① 누구든지 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 알게 된 경우 그 사실을 사용자에게 신고할 수 있다.

② 사용자는 제1항에 따른 신고를 접수하거나 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 인지한 경우에는 지체 없이 그 사실 확인을 위한 조사를 실시하여야 한다.

③ 사용자는 제2항에 따른 조사 기간 동안 직장 내 괴롭힘과 관련하여 피해를 입은 근로자 또는 피해를 입었다고 주장하는 근로자(이하 “피해근로자”이라 한다)를 보호하기 위하여 필요한 경우 해당 피해근로자 등에 대하여 근무 장소의 변경, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다. 이 경우 사용자는 피해근로자들의 의사에 반하는 조치를 하여서는 아니 된다.

18) 2018.9.20. 국회법제사법위원회 회의록, 33면.

19) 문강분, “직장 내 괴롭힘 법제화와 여성노동”, 「이화젠더법학」 제12권제1호, 이화여대 젠더법학연구소, 2020.5, 46면.

- ④ 사용자는 제2항에 따른 조사 결과 직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인 된 때에는 피해근로자가 요청하면 근무 장소의 변경, 배치전환, 유급휴가 명령 등 적절한 조치를 하여야 한다.
- ⑤ 사용자는 제2항에 따른 조사 결과 직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인 된 때에는 지체 없이 행위자에 대하여 징계, 근무 장소의 변경 등 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 사용자는 징계 등의 조치를 하기 전에 그 조치에 대하여 피해근로자의 의견을 들어야 한다.
- ⑥ 사용자는 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자 등에게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다.

(3) 의의와 한계

금번 「근로기준법」의 개정은 직장 내 괴롭힘 금지와 관련한 문제를 법과 제도내로 포섭함으로써 근로자들이 직장 내에서 겪을 수 있는 다양한 형태의 괴롭힘을 단순히 사적으로 해결해야 할 문제로만 보지 아니하고 공식적으로 드러내고 이에 대한 사용자의 조력과 배려를 받을 수 있는 권리를 법으로 보장한데 가장 큰 의의가 있다고 하겠다. 특히 직장 내 괴롭힘의 문제가 우리나라만의 문제가 아니라 전세계적으로 비교적 긴 시간동안 문제점에 대한 인식과 관심을 가져왔다는 점을 고려할 때, 우리나라의 직장 내 괴롭힘 법제화는 비교적 짧은 논의과정을 거쳤지만 괴롭힘 예방, 피해자보호 및 사업장 자율의 가치를 중심에 두고 통합적으로 규율되도록 설계되고 국제적 기준에도 부합하는 입법이라는 긍정적 평가도 일응 가능하다.²⁰⁾

그러나, 한편 ‘직장 내 괴롭힘’은 다층적이고 구조적으로 발생하는 사회 전반적인 문제이므로 「근로기준법」에 몇 개의 조항을 신설하는 정도로 관련 문제를 해결하는 것은 불가능하다는 비판 역시 존재한다.²¹⁾

20) 문강분, 앞의 논문, 47면.

21) 권오성, “‘직장 내 괴롭힘’ 관련 개정법(안)에 대한 평가와 향후의 과제”, 「노동법포럼」 제25호, 노동법이론실무학회, 2018.11, 96면.

그동안 19대와 20대 국회에서 상정되었던 다양한 발의안 들이 특별법 형태가 아닌 「근로기준법」 개정안에 담기게 됨으로써, 직장 내 괴롭힘의 수범자의 범위 설정 문제와 보호대상자를 「근로기준법」상 근로자로만 한정하여야 하는 문제가 동시에 발생하며, 직장 내 괴롭힘에 대한 개념 정의가 유형화가 없이 포괄적으로만 정리됨으로 인하여 실제 노동현장에서 발생할 수 있는 다양한 행위들에 대한 판단기준을 적극적으로 제시하지 못하였다는 비판을 받는다. 또한, 당초 발의안에 포함되어 있던 예방교육, 입증 책임 문제, 위반에 대한 제재기준 등에 대한 내용들이 모두 최종안에는 제외되고,²²⁾ 실제 실무현장에서 준수하여야 할 사항들은 사업장별로 취업규칙 내에 포함시켜 시행하여야 하며 이를 위하여 고용노동부의 「괴롭힘 매뉴얼」의 설명과 권고를 적극적으로 따라야 할 수 밖에 없게 되었다. 구체적인 문제점은 이하에서 검토하기로 한다

4. 고용노동부 「괴롭힘 매뉴얼」의 법적 근거와 한계

(1) 법적 근거

2019년 1월 직장 내 괴롭힘 금지에 대한 규정이 「근로기준법」에 포함되어 개정되자 고용노동부는 정식 시행일인 7월 16일이 되기 전인 2월 22일 「괴롭힘 매뉴얼」을 제작하여 배포하였다. 고용노동부는 통상 중요한 법률이나 제도를 도입할 때 지침이나 매뉴얼, 가이드라인(명칭에는 구애되지 아니한다, 이하 통틀어 “매뉴얼등”)을 제작해 배포하는데 그 목적은 ‘사업장에서 문제된 행위가 실제 법률 등에 저촉되는지 여부를 판단하여 예방·대응 시스템을 구축하는데 참조하기 위해서’라거나²³⁾ 혹은 ‘노사간 불필요한 혼란과 갈등을 방지하기 위해서’²⁴⁾라고 하고 있는 바 이는 결국 ‘제도 취지에 부합하는 대응체계 구축과 현장 혼란 및 갈등방지’를 위한 보조적인 역할을

22) 신권철, 앞의 논문, 224~225면.

23) 고용노동부, 『직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼』, 2019, 2면.

24) 고용노동부, 『통상임금 노사지도 지침』, 2014, 1면.

하는 것이 가장 중요한 목적이라 할 것이다.²⁵⁾ 그러나 실제 기업 실무현장에서는 이러한 매뉴얼등이 실제 법규와 같은 혹은 오히려 법규보다 더 가깝게 실무에 적용되고 있는 것이 현실이다. 근로감독관의 현장조사나 감독행정 수행시 참조하는 것은 이 매뉴얼등이고 결국 매뉴얼등에 따르지 않는 경우 시정명령을 받게 될 여지가 크기 때문이다.

그렇다면 이렇게 폭넓게 활용되고 있는 매뉴얼등의 법적 성격이나 효력근거는 무엇일까. 이에 대하여는 만약 그 매뉴얼등이 책자로서 발간되어(온라인 포함) 일반에게 공개되는 경우에는 이를 ‘행정지도’²⁶⁾로 보고, 이와 달리 고용노동부 내부에서 하위 지방 관서의 조직이나 임무수행에 대하여 규율하기 위하여만 작성 배포하는 지침이나 규정의 경우는 이를 ‘행정규칙’으로 대국민에 대한 구속력 즉 법규성을 부인하는 것이 일반적이다.²⁷⁾ 행정지도는 행정규칙과는 성격은 달리하나 그 법적 강제성에 있어서는 역시 비권력적 사실행위로서 성질을 가지므로 처분성이 인정되지 않아 원칙적으로 행정심판이나 행정소송을 통해 문제를 제기할 수 없다고 본다.²⁸⁾ 따라서 「괴롭힘 매뉴얼」이 비록 위법적인 내용을 담고 있다 하더라도 그 위법한 내용이 재판의 근거가 되는 것도 아니고, 직접 근로자나 사용자에게 영향을 미쳐 권익을 침해하는 것이 아니라고 볼 수밖에 없다. 다만, 행정지도는 법령의 기준을 준수하여야 하고, 이에 위반되는 부분은 무효라 할 것이다.

(2) 한계와 개선제안

그러나 고용노동부가 매뉴얼 등을 발간하거나 공개하는 빈도수는 늘어나고 있으며, 그 적용대상이 되는 사용자와 근로자, 기업의 인·노사 담당자들에게 이 매뉴얼은 필수자료이며, 특히 법률에 구체적인 기준이 부여되지

25) 이준희, “고용노동부 『직장 내 괴롭힘 대응·예방 매뉴얼』의 문제점과 개선방안”, 「강원법학」 제58권, 강원대 비교법학연구소, 2019.10, 170면.

26) 노호창, “지침 등을 통한 노동관계 개입에 관한 검토”, 「법학논집」 제21권4호, 이화여자대학교 법학연구소, 2017.6, 182면.

27) 홍정선, 『신, 행정법특강』 (18판), 박영사, 2019, 122면.

28) 홍정선, 앞의 책, 303면 ; 대법원 1980.10.27. 선고 80누395판결.

않고 포괄적인 입법으로만 그친 본 건 직장 내 괴롭힘 금지 규정과 같은 경우는 결국 그 해석을 매뉴얼 등에 맡기게 될 수밖에 없다고 하겠다.

예컨대 고용노동부의 「괴롭힘 매뉴얼」은 직장 내 괴롭힘 관련 취업규칙 작성시 고려사항으로 i) 금지되는 직장 내 괴롭힘 행위, ii) 직장 내 괴롭힘 예방교육, iii) 고충상담, iv) 사건 처리절차, v) 피해자 보호조치, vi) 행위자 제재, vii) 재발방지대책 등 7가지를 나열하고 있다.²⁹⁾ 또한, 각 사업장에서 마련하여야 할 취업규칙 표준안을 예시하면서는 i) 직장 내 괴롭힘 금지, ii) 금지되는 직장 내 괴롭힘의 유형, iii) 직장 내 괴롭힘 예방교육, iv) 직장 내 괴롭힘 행위 발생 시 조치사항, v) 징계사항(직장 내 괴롭힘 행위를 한 자) 등 다섯 가지 항목을 예시하고 있다.³⁰⁾ 이에 따라, 상시 10인 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 「근로기준법」에 정한대로 직장 내 괴롭힘 금지와 관련한 내용을 포함한 취업규칙을 개정하여 고용노동부에 신고하여야 하고, 만약 취업규칙의 내용이 「근로기준법」에 정한 기준에 미달하면 신고서는 반려되도록 되어 있는 바, 결국 각 사업장은 별도의 내용이 없는 「근로기준법」이 아닌 「괴롭힘 매뉴얼」에서 정한 상세한 권고사항을 충실히 준수할 수밖에 없게 된다.

매뉴얼 등을 통해 드러나는 정부의 대상 법률에 대한 해석과 적용 방침은 그래서 그 법률의 적용 대상이 되는 당사자들에게는 직접적인(비록 처분성은 인정되지 않더라도) 효력을 가질 수밖에 없다. 따라서, 매뉴얼 등은 특정 소관부서의 독단적인 판단 하에 작성되어서는 안되며, 전체 정부의 법률에 대한 공통인식하에 정확한 지식에 기반하여 작성되어야 하며, 일단 작성되어 배포되었다 하더라도 끊임없는 사후 검증을 통한 오류작업 수정이 필수적으로 뒤따라야 한다.³¹⁾ 특히 「괴롭힘 매뉴얼」과 같이 법률이 대부분의 내용을 취업규칙 등으로 미루어둔 경우에는 더욱 그러하다.

29) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 28면.

30) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 58~59면.

31) 이준희, 앞의 논문, 174면.

Ⅲ. 직장 내 괴롭힘 금지 규정의 실무상 제 문제와 개선방안

1. 당사자의 범위 문제

(1) 행위자

1) 직장 내 괴롭힘 행위자의 범위

직장 내 괴롭힘 행위자의 범위에 대하여 「근로기준법」 제76조의2는 ‘사용자 또는 근로자’를 지정하고 있는데, 이것은 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 제2조 제2호가 직장 내 성희롱의 행위자를 ‘사업주, 상급자 또는 근로자’로 세분하여 규정하고 있는 것과는 달리 정의하고 있다. 이에 대하여 「근로기준법」상 ‘사용자’의 개념에는 사업주는 물론, ‘사업경영담당자’와 ‘사업주를 위하여 행위 하는 자’가 포함되어 있으며,³²⁾ 고용노동부 「괴롭힘 매뉴얼」 역시 ‘사업경영담당자’는 ‘사업주로부터 사업 경영의 전부 또는 일부에 대하여 포괄적인 위임을 받고 대외적으로 사업을 대표하거나 대리하는 자’를 말한다고 하고, ‘사업주를 위하여 행위 하는 자’는 ‘직무상 근로자의 업무를 지휘·감독하며 근로조건에 관한 사항을 결정하고 집행할 수 있는 자’라고 하여 사용자의 범위를 넓게 판단하고 있는 바³³⁾ ‘상급자’의 상당부분은 ‘사용자’에 포함되어 있다고 볼 것이며, 이에 포함되지 않는 ‘상급자’는 다른 근로자 개념에 포섭될 수 있을 것이므로 두 법률상 적용되는 행위자의 차이는 사실상 크지 않다고 할 것이다.

문제는 최근의 고용관계가 중층적이고 복합적이라는 데 있다. 기존의 「근로기준법」에서 정하는 고전적 의미의 사용자와 근로자 관계를 넘어서는 관계에 대한 부분도 고민이 필요하다. 그 중 하나가 근로자 파견에 있어 ‘파견근로자’와 ‘사용사업주’와의 관계이다. 이에 대하여는 「파견근로자보호 등에 관한 법률」(이하 “파견법”) 제34조 제1항 본문에서 파견중인 근로

32) 근로기준법 제2조 제1항 제2호, “사용자는 사업주 또는 사업 경영 담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위 하는 자를 말한다.”

33) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 8면.

자에 대하여 파견사업주 및 사용사업주를 함께 「근로기준법」상 사용자로 보아 「근로기준법」을 적용하도록 규정하고 있으므로 파견근로 중 발생한³⁴⁾ 사용사업주 소속 근로자와 파견근로자간의 직장 내 괴롭힘 문제에 있어서는 「근로기준법」상 직장 내 괴롭힘 규정이 적용된다고 보아야 할 것이다.

판례 역시 사용사업주인 피고인이 직장 내 성희롱과 관련하여 피해를 입은 파견근로자에게 불리한 조치를 하였다고 하여 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」 위반으로 기소된 사안에서, 같은 법 제37조 제2항 제2호, 제14조 제2항에서 규정한 ‘사업주’에는 파견근로자에 대한 사용사업주도 포함되고, 사용사업주인 피고인이 파견근로자에게 파견근로계약 해제를 통보하면서 파견업체에 해당 파견근로자의 교체를 요구한 것은 위 규정에서 정한 ‘그 밖의 불리한 조치’에 해당한다는 이유로 유죄를 인정하였다.³⁵⁾

2) 원·하청관계에서의 직장 내 괴롭힘 규정 적용여부

원·하청관계에 있어 원청사업주를 ‘직장 내 괴롭힘’에서 하청근로자 사용자로 인정할 수 있는가에 대하여 고용노동부의 「괴롭힘 매뉴얼」은 원청사업주가 취업규칙에 직장 내 괴롭힘에 관하여 규정할 때 소속근로자가 누구를 상대로 행위를 하였는지를 불문하고 적용되도록 하는 것이 바람직하다고 권고하고 있으며,³⁶⁾ 아울러 원청업체는 자신의 근로자(임직원)가 하청업체의 근로자에게 괴롭힘 행위를 하는 경우 사용자로서 이를 방지해야 할 의무도 있기 때문에 적어도 사내하청의 경우에 있어서는 원·하청관계에서도 직장 내 괴롭힘 규정이 적용될 수 있어야 한다는 주장 역시 있다.³⁷⁾

그러나 이것은 현재 법체계하에서는 실무상 적극적인 적용은 어려울 것으로 보인다. 우선은 직장 내 괴롭힘에 대한 규정이 「근로기준법」 내에

34) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 8면.

35) 대법원 2017.3.9. 선고 2016도18138 판결.

36) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 10면.

37) 신권철, 앞의 논문, 232~233면.

도입됨으로 인하여 그 규율대상 범위는 한정적일 수밖에 없으며, 파견법과 같은 별도 명문규정도 두고 있지 않은 원·하청관계는 엄밀히는 독립된 회사 간의 문제이므로 함부로 원청사업주를 하청업체 근로자에 대한 사용자로 인정할 근거가 부족하다. 자신의 사업장 소속이 아닌 피해 근로자 또는 가해자에 대한 조사 및 처리에 한계가 있고 자칫 가해 근로자에 대한 해고 기타 징계에 대한 결정 등 직접적인 권리행사를 할 경우 불법파견 등의 이슈가 발생할 여지 역시 있다.³⁸⁾

원·하청관계에 있어서도 원청을 사용자로 포섭하는데 인용되는 현대미포조선 사건 역시 ‘원고용주는 사업주로서의 독립성이 없거나 독립성을 결하여 제3자와의 종속적인 관계에 있으며 실질적으로 임금을 지급하는 자도 제3자이고, 또 근로제공의 상대방도 제3자이어서 당해 피고용인과 제3자간에 묵시적 근로관계가 성립되어 있기 때문에 원청을 근로기준법상 사용자로 본 판결’³⁹⁾인 바 결국 불법파견이나 위장도급 등 하청업체의 독립성이 결여된 사안에 결과론적으로 적용될 것이지, 합법적이고 정상적인 원·하청관계에 있어 발생할 수 있는 ‘괴롭힘’에 대한 대응은 여전히 공백이 있을 수밖에 없다.

그럼에도 불구하고 원·하청관계에서의 괴롭힘 문제는 오히려 갑을관계에 따른 발생위험을 더욱 중요하게 고려할 필요가 있다고 한다면 결국 입법적인 개선을 통한 보완이 필요하다고 본다. 이와 관련하여 영국의 평등법이 원청업체가 하청업체 근로자를 하청근로와 관련하여 괴롭히는 것을 금지하는 규정을 두고 있다는 점은 우리에게도 시사하는 바가 크다.⁴⁰⁾

38) 고용노동부, 『근로자파견 판단기준에 대한 지침』, 2019.12, 8면; 수급인등이 업무에 투입될 근로자의 선발·교체, 교육 및 훈련, 작업·휴게시간, 휴가, 근무태도 점검, 승진·징계·해고 등 인사노무와 관련된 사항의 결정·관리 권한을 독자적으로 행사하는지를 검토하여 도급인등이 인사노무와 관련하여 결정한 사항에 대해 수급인등 소속 근로자가 그대로 종속되는 경우에는 근로자파견의 징표에 해당할 수 있다.

39) 대법원 2008.7.10. 선고 2005다75088 판결.

40) 심재진, “영국에서의 직장 내 괴롭힘 규제”, 『노동법논총』 제25집, 한국비교노동법학회, 2012, 65~66면.

(2) 피해자 - 사용자의 피해자 범위 포함문제

개정 「근로기준법」 상의 직장 내 괴롭힘의 피해자는 ‘다른 근로자’로만 되어 있으나 이 범위가 적절한지는 고려가 필요하다. 즉, 직장 내에서의 괴롭힘 행위는 경우에 따라 ‘사용자’에게도 가해질 여지가 있는데 괴롭힘 가해행위의 객체를 다른 근로자로 국한함으로써 근로자의 사용자에게 대한 괴롭힘을 금지할 수 없게 되는 문제가 발생할 수 있다. 실제 국가인권위의 직장 내 괴롭힘 실태조사 결과에 따르면 동료직원이나 하급자에 의한 직장 내 괴롭힘 피해비율도 각각 15.4%, 4.7%에 해당하여 반드시 직장 내 괴롭힘이 회사 내 직급 우위에 따라서만 이루어지는 것은 아님을 보여주며,⁴¹⁾ 유형 역시 다양하게 이루어지고 있음을 알 수 있다.⁴²⁾ 「근로기준법」 상 사용자의 범위가 사업주는 물론 ‘사업 경영 담당자, 그 밖에 근로자에 관한 사항에 대하여 사업주를 위하여 행위 하는 자’를 모두 포함하는 포괄적인 개념임을 고려한다면 피해자의 범위에도 사업주를 제외한 나머지 사용자, 적어도 관리직 등 사용자와 근로자의 지위를 함께 갖는 자는 피해자의 범위 내에 포섭하는 것이 바람직하다.

2. 괴롭힘의 장소적 문제

원칙적으로 「근로기준법」은 ‘사업 또는 사업장’을 중심으로 규율되고 있음에도(제2조 제1항 제1호) 유독 괴롭힘 규제에서만 ‘직장 내’라는 표현을 사용하고 있다.⁴³⁾ 이에 따라 「근로기준법」 내의 용어 선택에 있어 ‘직장’과 ‘사업 또는 사업장’의 용어 차이에 대한 의문이 발생할 수 있으나, 그럼에도 불구하고 ‘직장 내’라는 표현을 장소적으로만 이해하기 보다는 직장에서의 지위와 연관되어 또는 업무를 일탈하여 행하여지는 것이라면 족하고, 물리

41) 홍성수 외, 「직장 내 괴롭힘 실태조사 보고서」, 국가인권위원회, 2017, 111면.

42) <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20200420152700504?input=1195m>> (2020.4.20)

43) ‘직장 내’라는 용어는 괴롭힘 외에는 「남녀고용평등법」 상 ‘직장 내 성희롱’이라는 용어에서 사용되고 있으며, 이것이 괴롭힘 금지 법안에서도 그대로 수용된 것으로 보인다.

적인 장소에 한정할 필요는 없다고 봄이 상당하다.⁴⁴⁾

이에 따라 직장 내란 반드시 사용자의 지정된 공장, 사업소나 영업소 등과 같은 내적 장소에서 발생하는 경우뿐만 아니라 외근 장소, 출장 중, 사용자에게 의해 주도되는 회의, 회식, 야유회, 체육대회, 교육, 훈련, 기타 각종 행사 등도 해당이 되며 업무시간 종료 이후와 같은 사적 공간이나 사적인 시간에 발생하는 경우까지 포함하는 것으로 이해하는 것이 타당하다고 본다.⁴⁵⁾

또한 최근 발생하는 괴롭힘 유형 중에는 개인 간의 접촉 외에도, 온라인상에서 발생하는 경우도 늘어나고 있다. 사내 메신저나 통신망을 통해서도 발생하지만, 개인 이메일, 블로그, SNS, 휴대전화 단체 대화방, 휴대전화 문자 등을 통해서도 빈번히 이루어지며 특정인을 대상으로 하기도 하지만 불특정인을 대상으로 이루어질 수도 있다. 특히 단체 대화방 등에 특정인을 초대하는 방법으로 괴롭히거나 반대로 단체 대화방에서 배제하는 방식으로 발생될 수도 있다. 결국 이러한 사이버 괴롭힘 역시 ‘직장에서의 지위나 관계 등의 우위를 이용하여 업무상 적정범위를 넘어서 발생하였다면’ 직장 내 괴롭힘에 해당될 수 있다고 보아야 할 것이다.⁴⁶⁾

3. 직장 내 괴롭힘 행위요건과 관련한 문제

「근로기준법」 제76조의2는 직장 내 괴롭힘의 행위요건으로서 i) 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위를 이용하여, ii) 업무상 적정범위를 넘어, iii) 다른 근로자에게 신체적·정신적 고통을 주거나 근무환경을 악화시키는 행위 등을 들고 있다. 그러나 이러한 요건의 해석에 있어서는 실무적으로 구체적인 검토가 필요한 사항 들이 발생한다.

44) 신권철, 앞의 논문, 242~243면.

45) 이수연, “직장 내 괴롭힘에 대한 법적 쟁점 분석을 통한 대응방안 모색”, 「산업관계연구」 제29권 제2호, 한국고용노사관계학회, 2019.6, 79면.

46) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 10면.

(1) 우위성

직장 내 괴롭힘이 성립하기 위해서는 행위자가 피해자에 대하여 직장에서의 지위 또는 관계 등의 우위에 있는 자일 것을 요한다. 판례는 직장 내 ‘지위의 우위’에 대하여 ‘근로자에 대한 지휘명령권 또는 인사권을 가지거나 기타 실질적으로 그 근로자의 임면, 근로조건의 결정 등에 대하여 영향을 미칠 수 있는 권한을 가진 자’로 정의하고 있다.⁴⁷⁾

‘지위의 우위’는 주로 직급체계상 상위에 있는지에 따라 비교적 판단이 용이하다고 본다면, ‘관계의 우위’에 대하여는 사실상 우위를 점하고 있다고 판단되는 모든 관계가 다 포함될 수 있어 쉽게 판단하기 어려울 수도 있다. 즉, 동료 또는 부하로부터의 괴롭힘은 집단에 의한 행위와 같은 수적 우위의 관계, 업무상으로 전문지식 등을 가지고 있어 협조하지 않으면 일을 진행하기 어려운 관계, 학벌, 지역 등 인적 속성 등에 따라 상대방이 저항 또는 거절하기 어려운 개연성이 높은 관계에서는 충분히 가능하며, 상급자에 의해서만 이루어질 성질의 것은 아니고 동급자와 하급자에 의하여도 이루어질 수 있다. 이에 대하여 고용노동부 「괴롭힘 매뉴얼」은 ‘직장에서의 지위나 관계 등의 우위를 이용하여 행위한 것이 아니라면 직장 내 괴롭힘에 해당하지 않는다.’고 판단하고 있으나,⁴⁸⁾ 여기서의 관계의 우위는 외부로 드러난 일반적인 상황만을 볼 것이 아니라 사적 영역에서의 상황도 아울러 고려해야 한다. 즉, 동급자나 하급자의 경우라도 장래에 맡게 될 지위나 담당 업무를 통해, 집단적 힘, 피해자의 업무상 과오나 약점 등 비밀의 지득, 과도하고 집착적인 요구와 문제제기 등을 통해 사실상 우위를 확보할 가능성이 있다.⁴⁹⁾ 특히 동료나 하급자에 의한 상급자에 대한 괴롭힘은 공개되었을 경우 피해자가 받게 되는 수치심, 회복되기 어려운 권위와 리더십의 실추를 이유로 대부분 그 관계의 우위나 괴롭힘 자체가 감춰지거나 은밀히 이루어질 가능성이 크다는 부분도 고려가 필요하다.

47) 대법원 2009.7.10. 선고 2007두 22498판결.

48) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 11면.

49) 신권철, 앞의 논문, 218면.

(2) 업무관련성

직장 내 괴롭힘은 ‘업무상 적정 범위를 넘어’ 이루어져야 한다. 그런데 이때의 업무상 적정범위를 넘는다는 규정의 해석에 있어 고용노동부의 「괴롭힘 매뉴얼」의 설명은 실무상으로는 수용이 어려운 부분이 있다. 「괴롭힘 매뉴얼」은 괴롭힘 행위가 ‘업무관련성’이 있는 상황에서 발생한 것이어야 하며 다만 여기서의 업무관련성은 ‘포괄적 업무관련성’이므로 직접적인 업무수행 중이 아닌 업무수행에 편승 또는 업무수행을 병자하여 발생한 경우에도 적용된다는 기준을 두고 있다.⁵⁰⁾

그러나, 「근로기준법」의 규정은 ‘업무상 적정범위를 넘는다’고만 할 뿐 ‘업무관련성’ 여부는 언급하고 있지 않음에도 이를 조건으로 해석하는 것은 무리가 있을 뿐 아니라, 실제 발생하는 직장 내 괴롭힘의 유형에는 오히려 ‘업무관련성’을 인정하기 어려운 유형이 다수 포함되어 있는 점을 고려한다면 「괴롭힘 매뉴얼」은 용어의 해석과 그 사례의 설명이 서로 어긋나는 불합리한 상황을 만들고 있다고 보인다.⁵¹⁾

따라서 직장 내 괴롭힘은 업무로부터 이어져 적정범위를 넘어서는 행위와 업무와는 무관하게 이루어지는 사적 행위로서의 일탈행위 모두를 포함하는 것이 바람직할 것이며,⁵²⁾ 고용노동부의 「괴롭힘 매뉴얼」은 수정이 필요하다고 본다.

한편, 업무의 적정범위에 있어서는 실제 업무로부터 이어진 괴롭힘의 경우는 업무일탈성과 정당한 업무지시권의 경계가 모호하기 때문에 적정범위를 설정하는 기준은 실무상으로는 판단이 용이하지 않다. 다양한 상황과

50) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 12면 ; 이에 따라 개인적 용무 중에 발생한 갈등상황은 그것이 직장 내 구성원 간에 벌어진 일이라 하더라도 업무수행에 편승하여 이루어졌거나 업무수행을 병자하여 이루어졌다는 특별한 사정이 없는 한 사용자에 범상 조치 의무를 부담하는 직장 내 괴롭힘에 해당한다고 보기 어렵다고 설명하고 있다.

51) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 16면; 직장 괴롭힘 행위예시 중에서도 i) 사적 심부름 등 개인적인 일상생활과 관련된 일을 하도록 지속적, 반복적으로 지시, ii) 개인사에 대한 뒷담화나 소문을 퍼뜨림, iii) 신체적인 위협이나 폭력을 가함, iv) 욕설이나 위협적인 말을 함, v) 다른 사람들 앞에서 온라인상에서 나에게 모욕감을 주는 언행을 함, vi) 집단 따돌림 등 업무관련성이 없는 행위를 다수 포함하고 있다.

52) 신권철, 앞의 논문, 239면.

요소를 고려해야 할 것이며, 실제 판례 등을 통해 판단기준이 축적되어야 할 것이다.

(3) 괴롭힘의 의도

직장 내 괴롭힘은 주로 말과 행동으로 혹은 부작위로 상대방에게 신체적·정신적 고통을 주거나 이로 인하여 근무환경이 악화되는 결과를 초래하여야 할 것이지만, 이때 행위자에게 괴롭힘의 고의가 있어야 하는지에 대하여는 원칙적으로는 없다고 할 것이다.⁵³⁾

다만 이에 대하여는 ‘신체적·정신적 고통을 주는 경우’와 ‘근무환경이 악화되는 경우’를 나누어, 전자의 경우는 적극성을 포함하는 개념이므로 상대방에게 고통을 가한다는 강화된 의도는 아니라도 적어도 행위자체에 대한 고의(인식)는 필요하고, 후자의 경우는 행위에 대한 인식 자체도 불필요하다는 구분이 필요하다는 의견도 있으나,⁵⁴⁾ 현장실무상으로는 결국 둘 다 상대방에게 고통을 주고자 하는 적극적인 고의까지를 요하는 것은 아니라는 점에서 크게 구분의 실익은 없을 것으로 보인다.

(4) 지속성과 반복성

직장 내 괴롭힘이 성립하기 위하여 그 행위가 지속적, 반복적으로 행하여질 것을 필요로 하는가에 대하여는 괴롭힘 행위의 불법성이 인정된다면 그 괴롭힘 행위가 1회적이라 하더라도 성립되어야 하며, 개정 「근로기준법」이 반복성이나 지속성을 함께 규정하고 있지 않은 것이 이러한 직장 내 괴롭힘의 특성을 반영한 것이라는 견해가 있다.⁵⁵⁾ 그러나 직장 내 괴롭힘은 피해자에 대하여 지속적·반복적으로 집요하게 행하여지는 특성이 있는 유형들이 많고 실제 피해자의 입장에서는 그 행위가 더 이상 발생하지 않도록 하는 것을 가장 우선적인 구제 목적 중 하나로 본다면 괴롭힘 행위가 1회 또는 수회에 걸쳐 행하여 졌다 하더라도 이후 반복되지 않고 종료된 경우

53) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 14면.

54) 이준희, 앞의 논문, 188면.

55) 김민정, 앞의 논문, 109면.

더 이상의 이루어질 가능성이 없는 경우에는 괴롭힘에 해당하지 않는다고 보는 것이 보다 타당하다고 본다.⁵⁶⁾ 프랑스의 경우도 ‘근로자의 권리와 존엄을 해하거나 신체적·정신적 건강을 손상 또는 직업의 장래를 위태롭게 할 수 있는 근로조건을 저하를 목적으로 하거나 그러한 결과를 초래하는 반복적인 행위’를 괴롭힘으로 정의하고 있다.⁵⁷⁾

다만, 현재는 1회에 걸친 괴롭힘 행위가 이루어졌어도 앞으로 반복될 가능성이 있는 경우에는 직장 내 괴롭힘으로 보아야 할 것이며, 만약 1회성이라도 폭행이나 상해, 모욕이나 명예훼손 등 형사적인 처벌 대상이 될 수 있는 유형은 별도 구분하는 것이 바람직하겠다.

4. 신고 및 조사절차상의 문제

(1) 조사절차의 생략문제

「근로기준법」 제76조의3 제2항은 직장 내 괴롭힘에 대한 신고가 접수되거나 혹은 자체 인지한 경우 ‘지체 없이 그 사실 확인을 위한 조사를 실시하여야 한다.’고 하여 조사 의무를 부여하고 있다. 그런데 「괴롭힘 매뉴얼」에 따르면 사용자의 조사절차를 i) 피해자가 분리만을 원하는 경우, ii) 행위자의 사과 등 당사자 간 합의를 원하는 경우, iii) 정식조사를 통한 해결을 원하는 경우 등 3단계로 나누어, 앞의 두 경우와 관련하여서는 i)의 경우는 피해자의 상담 외 아예 조사절차 자체를 생략하고 피해자가 원하는 조치(행위자로부터의 분리)를 행하며, ii)의 경우는 피해자와 피해자가 추천하는 관련자에 대한 조사만 실시 후 행위자에게 피해자의 요구사항을 전달하여 수용여부를 확인 후 사건을 종결하거나 행위자가 이를 수용하지 않을 경우 비로소 정식조사 절차를 진행하도록 하고 있다.⁵⁸⁾ 이러한 절차는 「근로기준법」 내 직장 내 괴롭힘 금지 규정이 노사간 자율적인 해결을 하도록 하

56) 이준희, 앞의 논문, 178~179면.

57) 조임영, “직장 내 괴롭힘과 프랑스 노동법”, 「노동법논총」 제25집, 한국비교노동법학회, 2012, 10면.

58) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 38~45면.

는 도입 취지와 궤를 같이 한다는 것으로는 이해된다고 하더라도 조사의무의 미이행은 새로운 문제를 발생시킬 우려가 있다.

우선은 이러한 절차는 「근로기준법」 상의 사용자의 ‘지체 없는 조사의무’ 규정과는 상충되는 부실한 조사절차가 되어 「근로기준법」 제76조의3의 규정이 유명무실해 질 우려가 있다. 더 큰 문제는 괴롭힘 피해를 주장하는 근로자가 만에 하나 허위로(혹은 설사 고의가 아니더라도 직장 내 괴롭힘이 아닐 수 있는 사안에 대하여) 괴롭힘 피해사실을 신고하는 경우 일방의 진술만 들게 된다면 새로운 직장 내 괴롭힘의 피해자가 발생할 수 있다는 데 있다. 한편으로는 i)의 경우에는 피해를 주장하는 자의 격리 요청만 수용하는 것이므로 실제 행위자로 지목된 자에 대한 별도의 제재나 불이익 역시 없다는 주장도 가능할 수는 있다. 그러나 ‘직장 내 괴롭힘’은 단순히 업무상 발생할 수 있는 규정위반이나 불법행위가 아닌 ‘비윤리적인’ 행위로서 보이지 않는 인격과 평판의 손상이 발생할 우려가 있다. 더욱이 행위자로 지목된 자에 대하여는 ‘일정기간 동안 문제되는 행동을 하는지 관찰하도록’ 까지 함으로써 당사자도 모르는 사이에 문제 있는 자로 취급되거나 낙인이 찍히는 결과도 발생할 우려도 있다. 그럼에도 행위자로 지목된 자에 대하여 별도 조사나 면담, 소명을 듣는 절차를 거치지 않고 피해자의 말만으로 가해자로 치부하는 것은 문제가 있을 수 있다.

한편으로, 이러한 피해자의 진술에 근거하여 행위자로 지목된 자에 대한 조사절차를 생략하고자 하는 것이 성폭력 사건에서의 이른바 피해자 중심주의를 직장 내 괴롭힘의 범주에까지 원용한 것으로도 해석될 여지가 있으나 이에 대하여는 수증하기 어렵다고 본다. 본래 피해자 중심주의는 성폭력 등 사건의 해결에 있어 피해자 특히 여성인 피해자의 관점과 경험을 중시할 것을 강조하는 개념이라고 할 수 있다. 일반적 사건 판단에 있어서의 판단기준이었던 ‘합리적 인간(그 사회의 평균적인 도덕적, 정서적 수준 및 판단력을 가진 가상의 사람)’의 관점’이 특히 성차별이나 성희롱 등의 사건에서는 남성중심적인 사회문화와 사법구조에 의하여 주로 남성의 입장을 대변한다는 비판을 받게 되자, 그 대안으로 ‘합리적 여성의 관점’이 제시되었으나 이 또한 실무적으로 남성인 피해자인 사건에 대한 해결방법이 되지

못하고 결국은 성별에 대한 정형화된 가치관에 기초할 수밖에 없을 것이라는 비판을 받게 됨에 따라 두 관점을 종합적으로 고려한 ‘합리적 피해자의 관점’이 제시되고 있다.⁵⁹⁾ 이는 성중립적인 용어를 사용하여 객관성을 높이면서도 결과적으로 여성이 피해자인 경우에 피해자의 입장을 충분히 고려할 수 있다는 장점을 가지고 있다. 최근 판례 역시 이러한 판단기준을 일부 적용하고 있는 것으로 보이며,⁶⁰⁾ 검찰이나 고용노동부, 지방자치단체들을 중심으로 실제 사건조사나 재판과정, 현장실무에서의 피해자 중심의 해결방안들을 마련하고자 하는 시도들이 나타나고 있다.⁶¹⁾

그러나 이러한 피해자 중심주의는 사건의 해석에 있어서 행위자의 의도보다는 피해자의 경험과 입장을 중심에 두고, 피해자에게 책임을 전가하거나 부당하게 비난하지 않고 그들의 호소를 진지하게 고려해서 합리적으로 판단해야 한다는 취지이지 이것이 피해자의 주관적 의사만을 절대화한 다거나 당사자 쌍방에 대한 사실관계 확인을 하지 않거나 행위자로 지목된 자의 진술을 듣지 않는다는 의미는 아니라고 할 것이다.

직장 내 괴롭힘 역시 직장 내 성희롱과 마찬가지로 상대적 약자인 피해자를 보호하고 이들의 관점에서 이들이 하는 이야기를 진지하게 들어야 할 필요는 당연히 있겠으나 그럼에도 그것이 행위자로 지목된 자에 대한 조사를 생략해야 할 근거는 되지 않는다고 본다.

따라서 모든 과정에 있어서 있어 피해자와 행위자로 지목된 자 모두에 대한 조사절차는 필요하며 그 결과에 따라 직장 내 괴롭힘이 확인된다면 이후 피해자의 의견을 청취하고 징계 등 절차진행 여부를 결정하는 것이 바람

59) 김엘림, “‘직장 내 성희롱’의 법적 개념과 판단기준”, 「노동법학」 제32호, 한국노동법학회, 2009, 336~340면.

60) 서울고등법원 2015.12.18. 선고 2015나2003264판결 ; 성희롱사건에서의 성적 언동 등을 ‘객관적으로 보아 상대방(피해자)과 같은 처지에 있는 일반적이고 평균적인 사람에겐 성적 굴욕감 내지 혐오감을 느낄 정도로..’라고 실시하고 있다.

61) <<https://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LPOD&mid=tvh&oid=001&aid=0003159390>> (2010.3.10.)

<https://search.naver.com/search.naver?where=nexearch&sm=tab_jum&query=%EC%84%B1%ED%8F%AD%EB%A0%A5+%ED%94%BC%ED%95%B4%EC%9E%90+%EC%A4%91%EC%8B%AC> (2020.5.22.)

직하겠다.

(2) 대표이사가 행위자인 경우의 조사절차 문제

직장 내 괴롭힘 행위자의 범위에 대하여 「근로기준법」 제76조의2는 ‘사용자 또는 근로자’를 지정하고 있는데, 고용노동부의 「괴롭힘 매뉴얼」에서는 특별히 ‘대표이사’가 직장 내 괴롭힘의 행위자가 될 경우에 대하여는 그 지위의 특수성을 고려하여 대표이사의 선임 또는 해임 등의 결정권한을 가진 기관에서 결정할 수 있도록 하면서, 조사의 공정성과 신뢰성 확보를 위하여 ‘감사’가 조사를 직접 실시하고 결과를 ‘이사회’에 보고하여 이사회에서 ‘주주총회’등을 통해 조치를 취할 수 있도록 방법을 제시하고 있다.⁶²⁾

이에 대하여는 감사가 대표이사의 의사에 반하는 의사결정을 하는 것은 현실적으로 매우 어려운 일이며, 이사회의 논의내용과 의결방향이 대부분 대표이사로부터 큰 영향을 받는다는 것을 고려해서 비현실적이라는 비판이 있을 수 있으며⁶³⁾ 감사의 회사 내에서의 지위나 이사회의 의결방향에 대한 우려는 일응 수긍이 가는 바가 없지 않다.

그러나 회사 내부의 문제를 스스로 자율적으로 해결하도록 하는 당초 입법 취지를 고려한다면 국가기관의 즉각적인 개입보다는 사내기관인 ‘감사’ 또는 준법감시인(준법지원인)이나 아예 제3자인 ‘외부전문가(개인 또는 기관)’에의 의뢰를 통해 조사를 진행하고 그 결과를 해당 대표이사를 배제한 이사회나 기타 위원회에 보고하도록 하고,⁶⁴⁾ 이 위원회에서 직장 내 괴롭힘 여부를 최종적으로 판단하여 대표이사 제재를 결정하되 해당 제재가 이사 해임 등까지 진행하여야 할 사안으로 판단된다면 주주총회를 통하여 결정

62) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 41~46면.

63) 이준희, 앞의 논문, 190~191면.

64) 최근에는 기업별로 이사회 의장과 대표이사를 분리하거나 이사회 의장을 아예 외부 사외이사가 맡는 회사들도 있고, 회사의 중요한 사항들을 공정하게 판단하기 위하여 외부 전문가나 사외이사들이 참여하는 별도 컴플라이언스(준법)위원회들을 운영하기도 한다. :

<<https://www.yna.co.kr/view/AKR20200221062100003?input=1195m>> (2020.2.21.),

<<https://www.news1.kr/articles/?3894553>> (2020.4.2.)

<https://newsis.com/view/?id=NISI20200206_0016055583> (2020.2.6.)

하도록 하는 것이 바람직하다고 보며,⁶⁵⁾ 이러한 조치에도 불구하고 피해자 또는 행위자가 결국 수감하지 못한다면 고용노동부에 진정을 통하여 해결하는 2단계 절차가 바람직할 것으로 사료된다.

아울러, 이러한 절차는 단순히 ‘대표이사’에만 국한 할 것이 아니라, 주주총회를 통하여 선임된 ‘이사’들에 의한 직장 내 괴롭힘에 대하여는 모두 적용하는 것이 필요하다고 본다.

(3) 노동조합이 행위자인 경우의 조사문제

직장 내에서 ‘관계의 우위’를 이용하는 직장 내 괴롭힘의 경우 행위자가 노동조합 간부 또는 조합원이 되는 경우가 있을 수 있다.⁶⁶⁾ 노동조합 간부나 조합원 역시 원칙적으로는 회사 근로자로서 취업규칙 등 회사 규정을 준수해야 할 의무가 있으나, 그 특수한 위치로 인하여 현장 실무상은 실제 직장 내 괴롭힘 발생시 조사 절차나 징계과정에서 대표이사와 마찬가지로 공정성과 신뢰성의 문제가 발생할 가능성이 있다. 이에 대하여 「괴롭힘 매뉴얼」 상에는 별도의 언급이 없으나, ‘노조대표’ 등을 조사에 함께 참여시키거나, 노사간에 합의한 ‘외부전문가 또는 외부기관’에 의한 조사절차를 진행하는 것을 고려할 필요가 있다. 아울러 향후 「괴롭힘 매뉴얼」 내에 해당 경우의 절차에 대한 부분도 보완할 필요가 있다고 하겠다.

5. 취업규칙 내 직장 내 괴롭힘 내용 포함의 문제

(1) 「근로기준법」 조항의 포괄성과 불명확성

개정 「근로기준법」 제93조 제1항 제11호는 상시 10명 이상의 근로자를 사용하는 사용자는 ‘직장 내 괴롭힘의 예방 및 발생 시 조치 등에 관한

65) 상법 제362조(소집의 결정) (주주)총회의 소집은 본법에 다른 규정이 있는 경우 외에는 이사회가 이를 결정한다.

제385조(해임) ①이사는 언제든지 제434조의 규정에 의한 주주총회의 결의로 이를 해임할 수 있다.

66) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 11면.

사항'을 취업규칙에 포함시켜야 할 사항으로 추가하여 고용노동부 장관에게 신고하도록 하고 있다.

그러나, 취업규칙에 정하여야 할 사항에 대하여 「근로기준법」은 '직장 내 괴롭힘의 예방 및 발생 시 조치 등에 관한 사항'이라고 포괄적인 기준만 정함으로 인해 실제 노동 현장에서는 자율적인 판단과 해석으로 이 규정을 풀어서 취업규칙 내에 이를 포함시켜야 한다. 「근로기준법」상 직장 내 괴롭힘이 사업장 내부 구성원 간의 규율문제이므로, 기업 내에서 자율적 해결을 도모하는 것을 고려한 것으로 해석하기도 한다.⁶⁷⁾

그러나 이러한 기업 내 자율적 해결도모는 직장 내 괴롭힘 방지 규정이 조직구성원 간의 새로운 갈등을 발생시키는 것이 아닌지 염려하는 견해도 있다. 취업규칙의 필요조항, 문구작성에 있어서 적절성 여부판단이 어렵고 노사간 이견이 발생할 가능성이 크기 때문이다. 또한 내용작성이 기업 자율에 맡긴 내용이라 할지라도, 이렇게 작성되어 변경된 취업규칙은 고용노동부장관에게 신고하여야 하는데(법 제93조) 신고의무 위반에 대하여는 제재(법 제116조 제1항 제2호, 500만원 이하의 과태료)가 가해질 수 있다. 특히, 여기서의 신고의무 위반에는 작성의무자가 필요기재사항의 일부를 기재하지 않거나 사업장 내의 일부 근로자에 대하여 적용되는 취업규칙을 작성하지 않는 것도 포함된다고 본다.⁶⁸⁾

한편, 고용노동부장관은 사용자가 신고한 취업규칙이 「근로기준법」과 같은 법률 또는 단체협약에 저촉되는 경우 그 변경을 명할 수 있고(법 제96조제2항), 이 명령에 위반할 경우에는 500만원 이하의 벌금형에 처해질 수도 있다.(법 제114조 제2호) 결국, 사용자는 취업규칙 내에 직장 내 괴롭힘 금지와 관련한 사항을 필요기재사항으로 반드시 기재하여 신고하여야 하고 위반에 대한 제재 역시 부과됨에도 「근로기준법」에는 구체적인 기재사항이 정리되어 있지 않아 혼돈이 있을 수밖에 없으며, 결국 기업의 자율적인 판단과 작성은 제한적이고(취업규칙의 내용을 판단하는 감독기관의 입장에서는) 고용노동부의 「괴롭힘 매뉴얼」의 예시를 따랐는지가 판

67) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 24면; 김근주, 앞의 논문, 51면.

68) 김형배, 앞의 책, 298면.

단기준이 될 수밖에 없을 것이며, 이것은 앞서 언급한 「괴롭힘 매뉴얼」의 법적 성격의 한계에 다시 봉착할 우려도 있다.

(2) 근로조건 불이익변경의 문제

취업규칙의 내용의 적정성을 기하기 위하여 「근로기준법」은 취업규칙의 적용을 받는 근로자들의 의견을 청취하도록 하고 있으나 만약 이러한 취업규칙이 근로자에게 불리하게 변경되는 것일 경우에는 근로자 과반수의 동의를 얻도록 하고 있는데,⁶⁹⁾ 이 규정이 본 건 직장 내 괴롭힘 예방과 관련한 조항에 까지 적용되어야 하는지는 의문이 있다.

즉, 「근로기준법」 제76조의3 제5항은 ‘사용자의 조사 결과 직장 내 괴롭힘 발생 사실이 확인된 때에는 지체 없이 행위자에 대하여 징계, 근무 장소의 변경 등 필요한 조치를 하여야 한다.’고 하고 있고, 고용노동부의 「괴롭힘 매뉴얼」 역시 ‘가해자에 대한 제재조치’ 사항을 취업규칙에 규정하도록 하면서 취업규칙 표준안에도 해당 내용을 담고 있다.⁷⁰⁾ 그런데 고용노동부는 직장 내 괴롭힘 행위자에 대한 사내 징계규정을 신설 또는 강화하는 내용은 근로조건의 불이익한 변경으로 근로자 과반수의 동의를 얻을 필요가 있다고 하고 있는 바, 법률의 개정에서 그 취지를 좇아 전체 근로자의

69) 「근로기준법」 제94조 (규칙의 작성, 변경 절차) ① 사용자는 취업규칙의 작성 또는 변경에 관하여 해당 사업 또는 사업장에 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 있는 경우에는 그 노동조합, 근로자의 과반수로 조직된 노동조합이 없는 경우에는 근로자의 과반수의 의견을 들어야 한다. 다만, 취업규칙을 근로자에게 불리하게 변경하는 경우에는 그 동의를 받아야 한다.

② 사용자는 제93조에 따라 취업규칙을 신고할 때에는 제1항의 의견을 적은 서면을 첨부하여야 한다.

70) <직장 내 괴롭힘 관련 취업규칙 표준안> 1. 기존 취업규칙에 직장 내 괴롭힘 예방·대응규정을 추가하는 경우에는 ‘제0조 (징계) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 직원에 대하여 인사위원회를 거쳐 징계할 수 있다. 1~9.(생략), 10. 직장 내 괴롭힘 행위를 한 자’로 둘 것을 권유하고, 2. 별도의 직장 내 괴롭힘 예방·대응규정을 제정하는 경우에는 ‘제00조(징계) ①회사는 직장 내 괴롭힘 행위자에 대하여는 취업규칙 제00조에 따른 징계사유 등에 따르되, 무관용 원칙에 따라 징계 등이 이루어지도록 한다. ②회사는 직장 내 괴롭힘 사건을 은폐하거나 피해자, 신고자 또는 사건 관련 진술자들에게 신고 등을 이유로 또 다른 직장 내 괴롭힘 행위를 한 경우 관련자를 엄중 징계한다.’고 취업규칙안을 제시하고 있다; 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 58~65면.

보호를 위해 직장 내 괴롭힘 행위자를 징계하도록 하는 취업규칙 조항을 징계사유로 추가하는 것이 과연 근로조건의 ‘불리한 변경’에 해당하는지는 의문이며, 동의과정에서 과반수 노동조합이 있는 경우 그 조합의 동의가 없는 경우 그 효력 역시 부인되는 결과가 되므로⁷¹⁾ 노사간 갈등요인으로 작용할 가능성도 배제하기 어렵다.

판례는 더 나아가 설사 취업규칙의 변경이 ‘불리한 변경’에 해당된다고 하더라도 이것이 ‘사회통념상 합리성이 인정되는 경우’에는 근로자집단의 동의가 없더라도 근로자에게 불이익한 취업규칙의 변경자체를 유효하다고 하고 있는 바,⁷²⁾ 본 건 직장 내 괴롭힘 금지에 대한 징계조항은 설사 불이익 변경에 해당된다고 하더라도 ‘사회통념상 합리성’이 인정되는 변경으로 보아야 할 것이며 따라서 근로자과반수의 동의절차가 반드시 필요한 것은 아니라 할 것이다.

참고로 일본의 노동계약법은 원칙적으로는 우리나라와 같이 근로자와의 합의 없는 근로조건의 불이익변경은 할 수 없다고 할 것이지만, 취업규칙 불이익 변경이 제반 사정에 비추어 합리성이 있다면 유효하다는 예외 규정을 법규에 미리 담고 있는 바⁷³⁾ 우리나라 역시 참고할 사항이라고 하겠다.

6. 처벌기준의 형평문제

개정 「근로기준법」상 직장 내 괴롭힘 규정은 법으로 금지하는 항목은 설정하되, 실제 ‘괴롭힘 행위’에 대한 형벌규정이나 행정제재로서의 과태

71) 대법원 1997.5.16. 선고 96다2507 판결 참조.

72) 사회통념상 합리성의 인정여부는 취업규칙의 불이익 변경에 의하여 근로자가 입게 될 불이익의 정도, 사용자측의 변경 필요성의 내용과 정도, 변경 후의 취업규칙의 내용의 상당성, 대상조치 등 관련된 다른 근로조건의 개선상황, 노동조합과의 교섭경위 및 노동조합이나 다른 근로자의 대응, 동종 사항에 관한 국내의 일반적인 상황 등을 종합적으로 고려하여 판단되고 있다; 대법원 2009. 6.11. 선고 2007도 3037 판결; 2004.7.22. 선고 2002다 57362 판결 참조.

73) 박효숙, “일본의 취업규칙에 의한 근로조건의 불이익변경 법리”, 「노동법학」 제50권, 한국노동법학회, 2014, 68면.

료 규정을 두고 있지 않다.

당초 지난 19대와 20대 국회에서는 직장 내 괴롭힘 금지와 관련된 법률안들이 여러 차례 상정되면서 직장 내 괴롭힘과 관련한 각종 위반사항에 대하여도 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」상 직장 내 성희롱 금지와 동일 또는 그보다 더 가중된 수준의 처벌기준이 상정되기도 하였으나,⁷⁴⁾ 최종 입법에는 모두 반영되지 아니하고 ‘직장 내 괴롭힘을 신고한 근로자나 피해(주장) 근로자에게 사용자가 불리한 처우를 하는 경우 형사처벌 하는 규정’ 한 가지만 도입되었다.⁷⁵⁾

이는 직장 내 괴롭힘의 정의규정이 다소 불명확한 이유로 인해 과도한 형사처벌 규정은 또 다른 문제 발생 우려가 있는 바 이를 최소화하는 대신 기업이 취업규칙 등을 통해 직장 내 괴롭힘에 대해 자율적으로 해결하도록 함으로써 내부 관행과 조직문화를 법으로 규제하기 보다는 회사의 자정작용에 의하도록 하기 위한 목적에서 소극적 입법태도를 취한 것으로도 해석할 수 있다.⁷⁶⁾

이러한 입법 취지는 실제 직장 내 괴롭힘 규정을 현장에서 적용해야 할 당사자들의 입장에서는 충분히 수긍할 수 있는 사항이라 할 수 있다. 다만, 직장 내 괴롭힘 역시 직장 내 성희롱과 마찬가지로 피해자에 대한 보호와 행위근절이 강하게 요구되는 것이 현실이라면 위반에 대한 제재 역시 어느 정도 수준으로는 마련되어야 할 필요가 있다고 본다. 직장 내 성희롱과 달

74) 이정미의원의 대표발의안 (2018.3.2., 의안번호 2012272)인 「직장 내 괴롭힘 예방 및 피해근로자 보호에 관한 법률안」에는 기존 남녀고용평등법상 직장 내 성희롱 행위에 대한 형사처벌 및 과태료 부과기준에 더하여, i) 상습적으로 직장 내 괴롭힘 행위를 한 사업주, 상급자, 근로자에 대한 형사처벌 기준(1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금), ii) 사업주 외에도 직장 내 괴롭힘 행위에 대한 신고를 이유로 한 불리한 처우를 한 자에 대한 과태료부과 기준(1천만원 이하의 과태료) 등이 추가되어 직장 내 성희롱에 비해 더욱 강화된 법률안이 제출되기도 하였다.

75) 「근로기준법」 제76조의3(직장 내 괴롭힘 발생 시 조치) ⑥ 사용자는 직장 내 괴롭힘 발생 사실을 신고한 근로자 및 피해근로자등에게 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 된다.

제109조(벌칙) ① 제76조의3 제6항을 위반한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

76) 「근로기준법」 일부 개정안(2018.12.26., 의안번호 2017767)에 대한 법사위 검토보고서, 2~4면.

리 직장 내 괴롭힘에 대하여는 적극적인 조치가 강제되지 않는다면 여전히 이러한 행동은 조직 내에서 용인될 수 있는 행위라고 생각하기 쉬울 뿐 아니라 근절 역시 어려울 것이기 때문이다. 또한 괴롭힘 피해자에 대한 보호 조치 역시 작동되지 않는다면 2차 피해를 우려한 피해자의 사내 신고는 감소할 것이고, 기업의 자율적 해결이라는 당초 목표는 실현되기 어려울 수도 있을 것이다.⁷⁷⁾

7. 사전예방조치 규정의 미비

개정 「근로기준법」 제76조의2 및 제76조의3은 직장 내 괴롭힘 금지 원칙 및 실제 직장 내 괴롭힘이 발생하였을 경우 사후적으로 진행해야 하는 조치사항 및 위반시 제재에 대한 내용은 포함하고 있으나, 가장 중요한 사항 중 하나인 사전 예방활동과 관련 내용은 포함되어 있지 않다. 다만, 동법 제93조 제11호는 ‘직장 내 괴롭힘의 예방 및 발생 시 조치 등에 관한 사항’에 대하여 취업규칙에 포함하도록 하고 있다.⁷⁸⁾

이에 따라 고용노동부의 「괴롭힘 매뉴얼」에서는 직장 내 괴롭힘의 예방 및 대응 방안으로 i) 취업규칙을 포함한 사내규범 마련, ii) 최고 경영자의 정책선언, iii) 직장 내 괴롭힘 발생 위험요인 점검, iv) 직장 내 괴롭힘 예방교육, v) 직장 내 괴롭힘 예방·대응 조직(담당자)의 지속적 운영, vi) 다양한 방식을 통한 캠페인과 제도 홍보, vii) 주기적인 예방정책 및 제도 평가 등 사전활동 등을 제안하고 있다.⁷⁹⁾ 다만, 함께 포함된 취업규칙 표준안에는 예방활동과 관련한 내용 중 ‘교육’만 포함되어 있을 뿐 나머지 사항에 대한 언급은 부재하다. 결국 강제력이 없거나 혹은 취업규칙에도 포함되어 있지 않은 나머지 예방활동과 관련한 내용은 적극적인 효과를 기대하기 어려울 수 있다. 이에 따라 앞에서도 언급한 대로 직장 내 괴롭힘에 대한 정의규

77) 김민정, 앞의 논문, 125면.

78) 취업규칙 필요기제사항의 미기제 및 신고의무 위반에 대하여는 500만원 이하의 과태료 부과처분 대상이 된다.(근로기준법 제114조 제2호)

79) 고용노동부, 앞의 매뉴얼, 24~35면.

정의 모호성으로 위반에 대한 직접적인 형사처벌 기준을 부여하는 것은 무리가 있다 하더라도, 적어도 본 예방절차와 관련된 부분만이라도 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」에 규정된 수준에는 유사하도록 「근로기준법」 내에 포함시키는 입법적 보완이 필요하다고 보여 진다.

IV. 맺음말

근로자가 직장에서 근로를 제공하는 것은 일차적으로는 임금 획득을 통한 생계의 유지를 목적으로 할 것이지만 이에만 한정되는 것은 아니다. 일상의 대부분의 시간을 사용자 및 다른 근로자, 고객이나 협력업체, 제3자들과의 관계 속에서 생활하는 근로자는 근로를 통해 자아를 실현하고 나아가 기술을 습득하고 능력을 유지·향상시키며 원만한 인간관계를 형성하는 등으로 참다운 인격의 발전을 실현하게 되는 바, 특별한 사정이 없는 한 사용자는 근로자가 건강한 근로를 제공하고 이러한 인격을 최대한 실현시킬 수 있도록 배려해야 하는 신의칙상 의무를 부담한다.

그동안 우리 노동관계는 약자인 근로자를 보호하기 위한 다양한 법률 규정들이 마련되어져 왔으나, 그럼에도 사용자가 근로자를 지휘·감독하고 근로자가 이에 종속되는 것은 근로계약이 가진 본질적 속성으로 인해 현실에서 이들의 관계는 일반적 계약관계와 달리 결코 평등하다고 말할 수 없다.⁸⁰⁾

이에 따라 2019년 1월 15일 개정 「근로기준법」 내에 도입된 직장 내 괴롭힘 금지 규정은 그동안 사업장에서 괴롭힘의 피해자가 될 수 있는 근로자에게 괴롭힘을 말하고 호소할 기회를 부여하고, 대신 과도한 제재규정을 통한 범법자의 양산보다는 기업 내부적으로 자율적인 제도마련 및 예방활동, 문제발생시 해결을 할 수 있도록 하였다는데 그 의의가 있다. 그러나 괴롭힘에 대한 개념은 법에서 포괄 규정하면서 그 구체적인 양태나 내용, 절차는 모두 기업 내에서 해결하도록 함으로써 기업의 수용태도에 따라 적극

80) 조상욱·송연창, “직장 내 괴롭힘에 관한 주요 실무문제에 대한 소고”, 「법학평론」 제7권, 2017.5, 201면.

적이고 자율적인 구제는 요원해질 우려를 배제할 수 없다. 특히 보호대상이 「근로기준법」 상 근로자로 한정됨으로 인하여 보호의 사각지대가 발생할 우려가 크고, 구체적인 괴롭힘의 유형이나 사용자의 예방의무, 근로자들의 준수 의무, 위반에 대한 제재기준이 모두 포함되어 있지 않음으로써 직장 내 괴롭힘 금지를 적극적으로 도입, 적용해야 하는 노동 현장에서는 혼란이 발생할 수밖에 없다. 또한 「근로기준법」을 해석하고, 이를 취업규칙에 적극적으로 반영하는데 방향을 제시하여야 할 고용노동부의 「괴롭힘 매뉴얼」 역시 여러 가지 해석상 오류와 오해소지가 있는 기준들을 제시하고 있어 불필요한 분쟁의 발생 우려도 제기된다.

이에 괴롭힘 행위 당사자 범위의 모호성으로 인하여 피해구제의 대상에 포함되기 어려운 당사자 특히 원·하청관계에서의 당사자 범위를 확대할 필요성이 있으며, 직장 내 괴롭힘의 행위요건에 있어서도 업무관련성, 고의성이나 반복성 등에 대한 기준도 구체적으로 정리하여 현장의 업무 혼선을 방지할 필요가 있다. 또한 사전예방 조치의 중요성이 크다는 점을 고려할 때 ‘직장 내 괴롭힘 금지’의 핵심이 근로자의 인격권 보호라는 점을 인식하여 법률상 근로자 인격권보장에 관한 선언적 조항이나 각 기업 내에서 사용자의 적극적 의지표명과 조직문화로의 정착을 위한 근거 등을 마련하고, 예방교육의 실시 의무를 법으로 규정할 필요가 있으며⁸¹⁾ 위반에 대하여는 제재기준도 보완될 필요가 있다.

향후 입법적 개선을 통하여 또한 이를 해석하고 적용하는 고용노동부의 「괴롭힘 매뉴얼」의 보완을 통하여 구체적인 기준 및 절차를 강화하고, 이를 통하여 실무현장에서의 혼선을 최소화하고 직장 내에서 근로자의 인격권을 적극적으로 보호하고자 하는 제도의 취지가 몰각되지 않도록 하는데 많은 노력이 필요한 시점이라고 하겠다.

직장 내 괴롭힘 금지의 실무상 제 문제 - 정 회 경	수령 날짜	심사개시일	게재결정일
	2020.05.24	2020.05.30	2020.06.19

81) 권오성, 앞의 논문, 110~111면.

[참고문헌]

- 김형배, 『노동법』 제26판, 박영사, 2018.
- 임종률, 『노동법』 제18판, 박영사, 2020.
- 홍정선, 『新, 행정법특강』 제18판, 박영사, 2019.
- 고용노동부, 「직장 내 괴롭힘 판단 및 예방·대응 매뉴얼」, 2019.
- 고용노동부, 「통상임금 조사지도 지침」, 2014.
- 고용노동부, 「근로자파견 판단기준에 대한 지침」, 2019.
- 홍성수 外, 「직장 내 괴롭힘 실태조사 보고서」, 국가인권위원회, 2017.
- ILO, 「Ending violence and harassment against women and men in the world of work」, 2018.
- 권오성, “‘직장 내 괴롭힘’ 관련 개정법(안)에 대한 평가와 향후의 과제”, 「노동법포럼」 (제25호), 노동법이론실무학회, 2018.
- 김근주, “직장 내 괴롭힘 방지법의 현황과 과제”, 「노동리뷰」 (통권 176호), 한국노동연구원, 2019.
- 김민정, “직장 내 괴롭힘의 법적 개념과 성립요건-직장 내 성희롱과의 비교를 중심으로”, 「젠더법학」 (제11권 제1호), 한국젠더법학회, 2019.
- 김엘림, “‘직장 내 성희롱’의 법적 개념과 판단기준”, 「노동법학」 (제32호), 한국노동법학회, 2009.
- 노호창, “지침 등을 통한 노동관계 개입에 관한 검토”, 「법학논집」 (제21권제4호), 이화여자대학교 법학연구소, 2017.
- 문강분, “직장 내 괴롭힘 법제화와 여성노동”, 「이화젠더법학」 (제12권제1호), 이화여자대학교 젠더법학연구소, 2020.
- 박수경, “ILO 협약 제190호에서의 괴롭힘과 젠더 괴롭힘”, 「제17회 직장 괴롭힘 포럼 자료집」, 행복한 일 연구소, 2019.
- 박효숙, “일본의 취업규칙에 의한 근로조건의 불이익변경 법리”, 「노동법학」 (제50권), 한국노동법학회, 2014.
- 신권철, “직장 내 괴롭힘의 법적 개념과 요건”, 「노동법학」 (제69호), 한국노동법학회, 2019.
- 심재진, “영국에서의 직장 내 괴롭힘 규제”, 「노동법논총」 (제25집), 한국비교노동법학회, 2012.
- 심재진, “직장 내 괴롭힘에 대한 구제의 확대방안 소고”, 「노동법학」 (제68호), 한국노동법학회, 2018.
- 이수연, “직장 내 괴롭힘에 대한 법적 쟁점 분석을 통한 대응방안 모색”, 「산업관계연구」 (제29권 제2호), 한국고용노사관계학회, 2019.
- 이준희, “「직장 내 괴롭힘 대응·예방 매뉴얼」의 문제점과 개선방안”, 「강원법학」 (제58권), 강원대학교 비교법학연구소, 2019.
- 조상욱·송연창, “직장 내 괴롭힘에 관한 주요 실무문제에 대한 소고”, 「법학평론」 (제7권), 서울대학교, 2017.
- 조임영, “직장 내 괴롭힘과 프랑스 노동법”, 「노동법논총」 (제25집), 한국비교노동법학회, 2012.

【국문초록】

근로에 있어 안전하고 건강한 환경에서 일을 할 권리는 근로자의 가장 기본적인 권리 중 하나이다. 그럼에도 근로자가 사업장에 편입되어 노무를 제공하는 직장 조직에서는 사업주, 상급자 또는 다른 근로자 간에 업무수행·업무지휘 등의 지배·종속·인사 관계나 상호 이해관계 등에 의해 어느 근로자가 수치를 당하거나 적대시 되거나 비하·모욕을 당하여 인간적 품위를 침해받는 일이 상존하고 있으며, 더욱이 최근 직장 내에서의 폭행과 갑질, 이로 인한 근로자의 자살과 극단적 선택 등으로 인해 직장 내 괴롭힘은 더 이상 방치할 수 없는 심각한 사회문제로 대두되었고, 2019년 1월 15일 「근로기준법」 개정을 통해 직장 내 괴롭힘 금지조항은 6개월의 유예기간을 거쳐 2019년 7월 16일부터 시행되었다.

그러나 금번 법 개정은 직장 내 괴롭힘을 법률에서 금지하는 포괄적인 기준만을 담고 있을 뿐, 이에 대한 구체적인 내용은 각 회사별 취업규칙에 담도록 함으로써 법 규정의 해석상 혼란은 물론 조직 구성원 간의 다양하고 새로운 갈등을 발생시키는 결과를 초래할 우려가 있다. 특히, 직장 내 괴롭힘의 피해자·행위자에 대한 기준, 괴롭힘의 판단기준, 내부신고·조사절차 및 징계 등의 사후조치, 교육이나 경영진 의지천명 등 다양한 사전예방 활동 등 모든 사항은 결국 고용노동부의 매뉴얼을 참조할 수밖에 없음에도 매뉴얼 역시 법률 취지에 어긋나는 여러 기준을 제시함으로써 실무상 여러 문제점을 노출하고 있다.

직장 내 괴롭힘 규정의 도입취지를 보다 적극적으로 구현하기 위하여 「근로기준법」 개정 등 입법적인 보완은 물론 매뉴얼의 개선작업이 조속히 병행되어야 할 필요가 있다.

【Abstract】

The business field practical problems of the prohibition of the
workplace harassment

- Focusing on the contents of the revised Labor Standards Act

Jeong, Hee Kyung

Ph.D. candidate at Korea University, major in Labor Law, coursework completed /
Director, Compliance & Legal Affair Team, Hanwha Aerospace Co., Ltd.

The right to work in a safe and healthy environment for work is one of the most basic rights of workers. Nevertheless, in workplace organizations where workers are incorporated into work places and provide labor, there are still many cases in which a worker is infringed on human dignity by being shamed, hostile, demeaned, or insulted by the dominance, subordination, personnel relations or mutual interests during business performance or business supervision between business owner, seniors, or other workers. Moreover, recent assaults and abuse of power in the workplace, resulting in suicide and extreme choices of workers have emerged as serious social issues that bullying in the workplace can no longer be neglected. The prohibition of harassment in the workplace has been implemented since July 16, 2019 after a grace period of six months through the revision of the Labor Standards Act on January 15, 2019.

However, the revised Labor Standards Act only contains comprehensive standards that prohibit harassment by law in the workplace, and the specific contents of this are of this are required to be

included in the employment rules of each company, which is feared to result in various and new conflicts among members of the organization as well as confusion in interpretation of laws and regulations. In particular, all matters, such as standards for victims and actors of bullying in the workplace, standards for judging bullying, follow-up measures such as internal reporting and investigation procedures and disciplinary actions, and various preventive activities, such as education and management wills, are eventually referred to the Ministry of Employment and Labor's manual, but the manual also presents various standards that violate the purpose of the law, exposing various problems in practice. In order to more actively implement the introduction of bullying regulations in the workplace, it is necessary to supplement the legislative supplements such as the revision of the Labor Standards Act and to improve the manual as soon as possible.

주제어(Keyword) : 직장 내 괴롭힘(Workplace Harassment), 성희롱(Sexual Harassment), 매뉴얼(Manuals), 고용노동부(Ministry of Employment and Labor), 업무관련성(Work Relevance)

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 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 제99호 원고모집

고려대학교 법학연구원에서는 **高麗法學** 제99호에 수록될 원고를 다음과 같이 모집합니다. 많은 투고를 바랍니다.

— 다 음 —

1. 제출 기한

2020년 11월 15일 (12월 30일 발행 예정)

2. 원고 형식

1) 원고 분량 : 원고지 200매 내외

2) 원고 형식 : 논문 또는 판례평석(국문 및 영문초록 필점)

※ 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 변안해서 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.

高麗法學 논문 투고자 서약서/저작물 동의서

편집위원장 : 하명호(고려대학교 법학전문대학원 교수)

편집위원 : 김경욱(고려대학교 법학전문대학원 교수)

이희정(고려대학교 법학전문대학원 교수)

차진아(고려대학교 법학전문대학원 교수)

신호영(고려대학교 법학전문대학원 교수)

김상중(고려대학교 법학전문대학원 교수)

김성은(강원대학교 법학전문대학원 교수)

윤은경(제주대학교 법학전문대학원 교수)

박찬호(부산대학교 법학전문대학원 교수)

김서기(상명대학교 공공인재학과 교수)

전윤구(경기대학교 법학과 교수)

「高麗法學」은 고려대학교 법학연구원이 발간하는 법학학술지입니다.

문의나 건의사항이 있으신 분은 아래로 연락주시기 바랍니다.

서울특별시 성북구 안암로 145 고려대학교 법학연구원

lab004@korea.ac.kr

TEL : (02)3290-1630 / FAX : (02)922-4013

高麗法學 (제97호)

2020年 6月 20日 印刷

2020年 6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 무단전제 또는 복제행위를 금합니다.

ISSN 1598-1584